





אבן אל אבן

חושן משפט ג'

כרך א'

סימנים קפ"ט – ר"צ

עם תשובות לשאלות
ממבחני ההסמכה לדיינות
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"צ


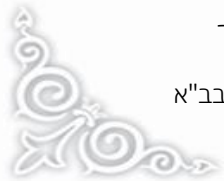
הלכות מקח וממכר, אונאה ומקח טעות,
מתנה, מתנת שכיב מרע, אבידה ומציאה,
הפקר, נחלות ואפוטרופוס

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
סימן רב - דין קניית מטלטלין אגב קרקע, או עבדים וקרקע או עבד ומטלטלין או בהמה	
70	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
סימן רו - דין כשאמכור אמכור לך במאה ומכר לאחר ביותר או שאמר אמכרנה לך כמו	
98	שישמו 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
סימן רטז - המוכר שדה ואמר חוץ מדקל פלוני או חוץ מהאילנות או קרקע לזה ואילנות לזה	
149	
סימן ריז - המוכר בתוך שדהו אמת השלחים או דרך יחיד או דרך רבים או מקום לעשות	
153	קבורה
154	סימן ריח - המוכר בית כור עפר ויש בו סלעים ובקעים

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

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

- סימן רפד - אין צריך עדות ליורש שהוא קרוב וצריך עדות שמת המוריש469
- סימן רפה - שבוי שברח והיוצא לדעת מה יעשו בנכסים471
- סימן רפו - יתומים גדולים וקטנים היאך ניזונים מנכסיהם475
- סימן רפז - מי שמת והניח בנים גדולים וקטנים477
- סימן רפח - היאך שמין מה שעל בניהם ובנותיהם כשחולקים479
- סימן רפט - אחים גדולים וקטנים ורוצים לחלוק481
- סימן רצ - דין אפוטרופוס מי ימנו וכיצד יתנהג וכל משפטיו482



"רק כאשר מקדים האדם ללמוד הדק היטב את כל המקורות בדברי הגמרא ומעמיק בדברי הראשונים והאחרונים באותו ענין אז אה"כ יכול להתבונן בדברי ההלכה הפסוקה ואז יבין וישכיל ויזכה לרדת לעומקם של דברים בהבנה אמיתית.. **ועובדא ידענא** על אחד שחיבר ספר מקיצורי 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, ואה"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 מְפָדּ הַכֹּל וּמְדַדּ נְתַנוּ לָךְ". תודתי והערכתי מעומק הלב לראשי מכון 'ארץ חמדה' שליט"א, אחלה של תורה, מקום לימודי. חלק גדול מהשאלות נלקחו מאתר המכון, ובזה יש להכיר תודה לרב עקיבא כהנא נ"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 שיופיעו במבחינים בעתיד]. בתודה עצומה להורי ולרעייתי היקרה שירה הי"ו, וברכות תודה לחמי וחמותי (זון) נ"י.

הלכות מקח וממכר

סימן קפט - דין אין המקח נגמר בדברים

סעיף א

האם ישנם דברים שיכולים להעביר בעלות בדיבור בעלמא ומבלי מעשה קניין? 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 הונו 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 שקונן 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"א "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 מציינו 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 שסיפיק 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 הואי".

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 וחתימת 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"י 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 דאלין קנין חזקה דעשה מעשה בגוף הדבר מידי דהוה אמשיכה, ולפי"ז 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 וחתיים אי כתיב יקנו לבסוף כדקאמרת השתא דכתיב יקנו מעיקרא, כסף קני שטר ראייה 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 השה 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 עמשי"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 **אבני"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 לאחריני 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** (ח"י 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 ולמחלו לא היה נקנה לו הקרקע כלל ואע"ג דבקדושין הוי קידושי ספק במקח לא נקנה, דרק באשה קמפלגי דבקרקע לא סמכה דעתיה דבעל הקרקע ורק באשה סבר ר"מ דסמכה דעתה דכיון דאיתניה אנא לא שביק דידי ומחיל לאחריני, 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

דרי"מ, והא דבקידושין 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 שטי"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 ה**פת"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 דידה לא שייך חשש דלא סמכא דעתיה דילמא מחיל, מ"מ לא מהננ, שהרי הש"ך למד זה מקדושין, ובקדושין קי"ל דאם נתן שטר על עצמו אינה מקודשת, ובקצות סק"ו "האריך בזה" [דכתב דלפי הרא"ש שטי"ח דידה הו"ל כמו כסף בין לקידושין בין לקרקע ולדעת הרמב"ן והרשב"א לא, עיי"ש], ובמחנה אפרים הביא מדברי ספר מקח וממכר לרב האי גאון דמבואר דשטר חוב דידה 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 בבית 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 מהני, 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 מהני, 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 לידה קא משעביד נפשיה האי איתתא נמי אף על גב דלא מטי הנאה לידה 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 לידה קא משעבד נפשיה האי איתתא נמי אע"ג דלא קא מטי הנאה לידה 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 עסקינן 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 דבקידושין גופייהו 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 ממון 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 ממון אין למדין מעבד כנעני אך אין זה מחזור וצ"ע. הרי"ן תמה איך עלה בדעתו של הרי"ן לומר שלרמב"ם לענין ממון 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 ה**סמ"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 הני"ל], וכתב ה**קצות** (ב) **דפסקינן בענין האמירה דלא כטור כיוון דקיי"ל זכין לאדם שלא בפניו וזה נתן מעותינו 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. ה**נתיבות** (ג) חלק על אוקימתא דקצות דהא אי מיירי שהלוה לו מעות לא היה צריך לגמור מעבד כנעני דאמרינן התם 'אף על גב דלא חסרי ואי כדבריו הרי חסר הוא דהא הלוה המעות ויצטרך לשלם ומהיכי תיתי לא יקנה, ומה צורך ללמוד מעבד כנעני, אלא מיירי 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 ה**שו"ע** ע"פ בעיא דרבא בקידושין ז. (לעיל מקרה⁴) 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 דעושיין 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 דאמרינן 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 קידושיין כה"ג שחייב לה ואמר לה כנסי סלע סתם

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

טעיפים ז - ה

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 הדריתו 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 שכיון שדרכן 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 הרמב"ם 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 'ומכרתני' ו'נתתני' לשון עבר שטר קנין הוא ולחזק הדבר כותבין כך כמו בקרא 'נתתני 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 שדרכן 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 הנתניבות כנ"ל בב"י דר"ל דאם דרכן 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 שדרכן לכתוב שטר כתב הפת"ש (ד) בשם המל"מ דאפילו דאיכא שבועה לקיים המקח לא חשיב כאילו פירש (והנתניבות 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 ט

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 זבינייהו 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,י) **דיש 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 ערבין וכל דליכא ליה ליכא ערב לשיטה זו אם נתן שט"ח מהני אפילו בלא משכון ושט"ח דידיה 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 רב 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 הברייתא 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 שנתת 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"ת 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), ונטל 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"ע רבונני יקון" משמע שערבונני יהיה קנוי לך אם אחזור בי וגם משמע יקון שיקנה לו כמקח שיוויו יותר מכדי הערבון אם תחזור בך דהיינו כאילו אמר ליה בהדיא תכפול לי ערבונני, ודלא כרש"י הסובר שכוונת "ערבונני 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 - דהגבייה 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 ונוטל 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 התחוננה, 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 התחוננה, ולכן תמה על הרמ"א שהגיה בחזרת הלוקח 'ונותן לו המוכר כפי שער של עכשיו ובחזרת המוכר כתב דנותן לו הלוקח 'כשער שפסקו' דהוא 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. הנתניבות (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 הנתניבות (ז) דהא דיכול הלוקח לכוף 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 וכרמב"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 התחוננה, 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 וכדאמרינן 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 דאפי"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) דבקרקע 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 דבקרקע כשהמוכר חוזר יד הלוקח על עליונה ואם רוצה יכול לכופף למוכר ליתן לו מעידית, ובמטלטלין אינו יכול לכופו 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 שדה מפני רעתה דמי". כתב הפת"ש (ז) בשם השבו"י דכל מכירות יין הוא 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 שדה 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 שדה מפני רעתה אם לאו, ולפיכך הרוצה לחזור משניהם אינו יכול לחזור, ואם תפס המוכר ממקח שמכר כנגד המעות שנשאר 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 שנשאר 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 מעינדא 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 דחוקו לפרוע לו מעותיו וזה דוחהו גם זה נקרא עייל ונפיק אזוזי ואם לא יפרענו אזי 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"י 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 כשאינו נחוץ למעות אבל אם קבע זמן לפרעון והוא נחוץ למעות באותו יום שתבע אין ספק דכי עייל ונפיק אזוזי בהוא 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 -) בדידעינן 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 לזבינן, או ביום שקרוב לו, אבל לא עייל ונפיק ביומיה, אפילו עייל ונפיק למחר, לא מצי הדר ביה, וכי עייל ונפיק ביומיה, אפילו ששתק אזי 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 שסכף 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 ערבונני 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.

עמשי"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 פי"א הטי"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.

עמשי"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 קנהו 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 מותיב לה והוא מפרק לה במוכר שדהו מפני רעתה, רב אשי אמר במתנה ביקש ליתנה לו ולמה כתב לו לשון מכר כדי ליפות את כוחו". פירש רש"י "מפני רעתה - דניחא ליה דליקנייה שטרא ללוקח כי היכי דלא מצי למיהדר ביה. רב אשי אמר - הך מתניתא בנותן מתנה מיירי וכולה חדא היא ולא 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 קני"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 בכלו, 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 ב**נתיבות** (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 להזדייף, 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"ז כתב שבחינם תמה עליו הב"ח וצוין ב**פת"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 ה**נתיבות** 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 דשליח 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?]

ה**קצות** (א) הוכיח מגיטין כי 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**פת"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 זוזי והקנה השטר למוכר, וסיים שם דנמצינו למידן 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 הר"ן (הובא בב"י קצ,ז) דשטר ראייה דקאמרינן שאינו מועיל לקנין היינו שטר הודאה בעלמא שמודה שמכר בשטר בזה אבל בשטרי דידן שכתוב בהם 'ומכרתי' ונתתי' 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 הרא"ה והטור בסימן קצ"א חולקים ואינם אלא לראיה ואין הקרקע נקנה על ידן, וסיים הב"י דלענין הלכה כיון דכל הני רבוותא מסכימים דהני שטרי דידן שטרי קנין הם הכי נקטינן.

וז"ל שו"ע כעיתור והר"ן "שטרי דידן שטרי קנין הם" והוסיף הרמ"א ע"פ הר"ן והמ"מ "והקרקע נקנה על ידן ואם כתב לו בפירוש שלא מכר לו בשטר ואינו אלא לראיה בעלמא אין הקרקע נקנית על ידו".

כתב הסמ"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.

[בפת"ש (ב) כתב בשם הבית 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 הרשב"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 כרב 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 דתרוייהו 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 אזוזי, 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"ט"ז יישב את הרמ"א דמירי 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 באחי' 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' ראי'.

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 הרמ"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 הוה סלקי לה והשתא נמי לא סלקי לה מאי עבד? ואלא דמעיקרא הוה סלקי לה והשתא לא סלקי לה טובא עבד. לא צריכא דמעיקרא הוה 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 ה**רדב"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 ופותר אין זו חזקה, שכך 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. ב**נתניבות** (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 מכווחו, 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 ורא"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 דליו 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 כרשב"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 הוא כאומר לו לך חזק וקני, וכן המוכר בור לחבירו כיון שמסר לו דליו (כיסויו, טור וסמ"ע) הוא כאומר לו לך חזק וקני".

כתב המחנ"א (פת"ש ג) דמדברי הרדב"ז משמע **דבמוכר לשותף** הוא כמוכר לאינש דעלמא דשלא בפניו דצריך שיאמר לו לך חזק וקני, והעיר עליו דמדברי התוס' ורא"ש בב"ב ג' משמע דכשהקרע 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 סעי' 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 כמבריה 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 דמי"מ בעי שישגור במפתח, וגם התוס' דחו דברי הרשב"ם דכיון דנועל בפני כל אדם מוכחא מילתא שהבית שלו ולא דמי למבריה ארי.

הרשב"א בתוס' הקשה על שיטת התוס' דקונה בנעילת דלת מדאמרינן בע"ב 'הבונה פלטרין 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 דבנעל 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"ז הקשה דמנא ליה לפלוגי בהכי ועוד דא"כ אמאי הקשה הרשב"א בתוס' מבונה פלטרין 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 ראייה לדבריהם מדאמרינן 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 לאישתעוויי 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 וחקק 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"ז 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 הוספת 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 לכנוס 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 מבריה 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 דרמיא 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 וב"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 ברי' 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 הר"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.

ז"ל השו"ע כרמב"ם "המוכר או הנותן לחבירו שדה בצד שדהו, כיון שדש המצר שבין שתי השדות ונעשו שתייהן 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" והרמ"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 הט"ז בשם המשאת 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 הבא"ה, וחידד הנתיות (א) דאע"ג דבצחיה סלע לא קנה בשטיחת 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 פירל 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 צחיה סלע שאין בה לא גדר ולא פרצה ואינה בת זריעה (שאין יכולין לקנותו לא בגדר ולא בפרצה, סמ"ע), החזקה שקונה אותה שטיחת 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 צחיה סלע דלא חזי לנעילה וגדירה אמרינן כן אבל בשדה או בית לא הוי חזקה בכה"ג.

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 כששתמש 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 דברי שא 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 וייפהו 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"חכס אחד לסתור דברי"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 שאינו מחוברות לקרקע חזינן מהתם דחשיב כהאי גוונא תיקון לקרקע, ועמשי"כ הנתיבות הטעם ה"ב 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 הנתניבות 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 בנתיבות (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 דבנתן 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 הנתניבות 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, עי"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 סעי' טו: "דין מחזיק בנכסי הגר יתבאר בסימן ער"ה".

סעיף טז

[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 דאלימ קנין חזקה משום דעשה מעשה בגוף הדבר מידי דהוה אמשיכה 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"ו)}", ודלא כע"טור ות"ת וכו' בשם "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 סעי' 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 הבי"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 ותירץ 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 בשו"ע צריכין לקרקע, אבל כשאין

צריכין הא אמרינן בכתובות נ"א דכל העומד לגדור כגדור דמי א"נ שבועה שאני. אולם הרמ"א פסק כטור וויש חולקין ואומרים דאפילו אין צריך לקרקע דינן כקרקע (דלכל מילי דפליגי הלכה כרבנן חוץ מאכלה פירות גמורים דקיי"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 הנתניבות (חי' 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 דהוויין כקרקע, מיהו דוקא לענין חיוב ושבועת שומרים ס"ל דהוויין כקרקע, אבל לענין קנין למקניניהו 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 ניהלייהו 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 ניהלייהו 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 הנתניבות: 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 במזמר?]

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 דידיה 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 בכספא 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.

ז"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 הנתיות) 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 הנתיות (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 לאינד 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 דעתו, אפילו בשכירות אינו קונה. **הקצות** (א) הביא ראיה לרמ"א. גם הנתיות (ד) פסק כרמ"א דבשכירות 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 הנתיות (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.

עמ"ש"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 - } ונתן 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 נתן 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 משווייה.

כתב הפת"ש (ג) בשם הכנס"י דאף לרמב"ם והמחבר דאם החזיק ראשון קודם לשני מעמידן 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.

[ועוד 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 שטרן 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 דישאל הראשון נתכוין תחילה לזכות בתורת משכון עד שיחזיר לו דמים, אבל בנידון ברור 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, וישאל השני לא משתרשי ליה הני זוני, 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"ו 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 "יש 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) דישאל 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 ה"י 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 ישראל 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 א"כ עומד בה דקיי"ל דמדן 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 דהוא 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 **באודייתא** 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 באודייתא זו ומשום דאודייתא הוי קנין אעפ"י ששניהן יודעין שאינו כן, וקנין אודייתא 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 אודייתא 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 אודייתא הוי קנין ואפילו לענין איסורין. עוד הביא שם דעת הרשב"ץ דאודייתא לא מהניא בברייתא אולם השי"ך בסימן ס' הכריע דאיתא גם **בברייתא** 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 אודייתא לא הוי אלא עד שיודה בהודאה גמורה בפני עדים כשרים, וכל זמן דליכא אודייתא ממילא ליכא קנין אודייתא. עוד כתב דכיון דאודייתא 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 אודייתא, אולם גבי שעבוד מטלטלין כיון דמטלטלין גרידא לאו בני שיעבוד אלא אגב קרקע הוא דמשתעבדי, וכיון שאנו יודעין שקרקע אין לו לא משתעבדי בקנין אודייתא, כיון שקרקע אין לו לא משתעבדי מטלטלין גרידא בקנין אודייתא, דאין שום שעבוד נתפס במטלטלין בלא קרקע.

גם בסימן מ' כתב הקצות (א) דבעינן עדים באודייתא, 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 כתי"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"ו 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 דבכגוונא 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 סעי' 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. הר"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 קונין 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 מינייה 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 שנוהגים לכתוב בשטרות אינו אלא לרווחא דמילתא, וגם הט"ז בסימן מב חולק אסמ"ע דהשטר כשר דסתם קנו מינייה היינו קנין סודר, ושם בהגהת החכם צבי כתב דודאי גם מהרא"י מודה לזה אלא דעובדא דידיה 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 הנתיבות שכאן העתיק דברי הסמ"ע בסתמא.

הסמ"ע (ז) פסק כר"ן (מבלי להזכירו) דאפילו טלה והדומה לו ניתן להקנות בהם כיון שנהנין מהם בעינים, 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 הכלל אעדים) אפילו בפני הקונה לפי שרוב הקניינים הן שלא בפני הקונה (טור, וז"ל העיטור בשם גאון – "כיון דאי תפיס להו מקנה לחליפין לא מפיקין 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 א"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 שיסבור 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, ומוכרח בתוס' וכן משמע ברמב"ם דאפילו במכר מועיל שלא בפניו, ועכ"פ יש לפסוק דמועיל היכא שהיה מקח בזול. הנתבות (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 דקיי"ל אין שליח לדבר עבירה השליחות בטל לגמרי, וא"כ היכי מהני בשבת קנין סודר ע"י שליח והוא העדים, ואע"ג דכתב מוהרי"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 מדן 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 המקנה גורם, וגבי קידושין ומתנה דבעינן 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 דילף 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 'ומוזכי 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, ותירץ 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 (אירוסיין ונישוואין 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"ד 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 סגן 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 שיוור 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

קרו 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 1 – 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 דבנדריים 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 בישוב 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 הנתניבות (ח"י 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 דחה 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, חזינן 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"ג במשיכה או מסירה או הגבהה דאפילו תוך כדי דיבור אינו יכול לחזור, דברמב"ם בהלי 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 ה

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 **נקנין** (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 הבי"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)". הבי"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, ובנתיבות (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 ליי"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 קונין בשבת בקנין סודר, אם עשו בשבת קנין סודר האם תופס?

ע"פ רי"ז פסק בשו"ע "אין קונין 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' "מנלך 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 שהולך 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 הנתבנות)".

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 הפניי דהא מבואר בסימן ר"ב גבי עציץ נקוב דאינו קונה הזרעים במשיכה משום דאין קרקע נקנה במשיכה והיא גמי' בגיטין כ"ב אלמא דקרקע אף דאפשר במשיכה לא נקנה במשיכה, ולכן עיקר כתירוץ הראשון בפניי - 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 עמ"ש"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 לסמטא 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 שימשוך מרשות הרבים לרשותו או לסמטא, 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 בסמטא 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 ורא"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 שימשכה ברגליו, ע"י בב"י דדבריהם ע"פ ב"מ ח:) והלכה בו שקנה, אלא אפילו קרא לה ובאה, או שהכיסה במקל (או שהנהיגה בקול (טור)) ורצתה בפניו (סמ"ע): אהכיסה 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 והרמ"ה דשניהם נקנין בין במשיכה בין בהנהגה, ולא 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, שבזה הנהגה במקום משיכה לאו כלום הוא, ומקור המח' בב"מ ח-ט.. עוד נחלקו הראי' 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 ורי"ף שברכיבה לחוד קונה.

כתב הנתניבות (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 ברכוב 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 ניחא ליה דנקנה ולא בדי' 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 דרכו בכך ולדעת הרא"ש והטור פשיטא להו דקנה.

סעיף ד

ע"פ ב"ק נב. והרמב"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", וברמ"א ע"פ הגה"מ "מכר לו ספר א' (חלוק לשנים) ונתן לו

חציו והלך ומשך או הגביה השני [שלא מדעת חבירו] 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"פ 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 הכל), 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 וואי רשות הרבים הוא אי אדם חשוב הוא קנה, דלא כגירסת הספרים שלנו וואי רה"ר הוא קני ואי אדם חשוב הוא קני".

הסמ"ע (יד) תמה על הגהת הרמ"א "ברשות הרבים" ברישא וואם בעיר לא קנה, דא"כ יהיו דברי המחבר סותרין זה את זה דברי שא 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 שכחי 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 שכחי ביה טובא כולי האי, ובסיפא מיירי במקום דשכחי ביה טוב, 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 מסירה 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 לי יום, קנה, ואפילו היתה עומדת באגם ביום לי, שזה כמי שהקנה אותה מעתה על תנאי, נעשה התנאי נתקיים הקנין. (קידושין ס. -) וכל האומר על מנת כאומר מעכשיו דמי".

עמ"ש"כ המחבר דאפילו היתה עומדת באגם, כתב הסמ"ע (יז) 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 בעלייה, 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 ממונו לא כל שכן, ולא הובא כאן בפוסקים].

כתב הסמ"ע (ג) שאם קידש המוכר אשה במעות שקיבל מן הלוקח, דמקודשת דלחומרא לא עקרו בתקנתו 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^נתיבות והוסיף דלכ"ע אחר שקיבל מי שפרע ודאי דאינו יכול לקדש בו אשה [יש לציין לריטב"א

שכתב "כיון דמדברבנן 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 בהגבהת 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 כד, 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 ויוציאנו 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 דיוציאנו 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: דוקא 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 ניחא 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 תרווייהו 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 כששאוּלה 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' **מורדכי** 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 שהוא תקנת חכמים אימא לא פלוג חכמים בתקנתו 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 הוא 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 קונין מן הקנינים אע"פ שפירש המוכר והלוקח שיקנה בו אינו קונה והרי הוא כאלו אמר שיקנה באמירה בעלמא ולא אמרו בש"ס ואי 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 לדין 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 ניחא לי בתקנתא דרבנן שהוא לטובתי, והפת"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 שיך 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 ונתנית 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 ארכו ברה"ר לחוד, אלא בעינן שימשכנה מרה"ר לסימטא או לחצר של שניהן, ושם לא בעי דיחזור וימשכנה מלא ארכו 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 ה

ע"פ הראי' שהוזכרו בסימן קצו/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 שאחו בה הלוקח בפני המוכר או במצותו, הוה ליה מסירה", וראייתם (כמבואר בגר"א) מב"ב דף ע"ו י"א דאמר ליה לך חזק וקני"י 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, דאל"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 משי"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 ניחא 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 שמשכה 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 כדן 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 כ"ס 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 הוו יחבי 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 לזבוני...".

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 יחבינהו ניהליה 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 בעינייהו, וכ"ד **תלמידי הרשב"א** דאע"פ שאמר לו תא שקול זוזך הוו זוזי ברשותיה עד דמקבל עליה מי שפרע משום דמי ימר 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 הרי"ף -) 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 הנתניבות (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. נתניבות: 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"א}. 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 קונין 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 ברשותו** שנתחייב לו מדמי השור, ולא דמי למלוה דאית ליה רשותא לאפוקה דמעת שנתחייב לו דמי השור ואית ליה לא מצוי לאפוקי ומחייב למיפרע ליה מיד הלכך הוי כפקדון גביה והוי כנתינת מעות בעין, והקצות דחהו 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 (פתי"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 **הפתי"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 ממציאה 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.

עמשי"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 וכמשי"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) ותמהו 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 בדי פרקים דסעי ג', גם במלוה קונה קנין גמור, אך מדברי הרב המגיד לא משמע כן, דכתב דקונה קנין גמור בלא 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 בדי פרקים אינו קונה קנין גמור רק למי שפרע, וכתב עליו הפת"ש דדבריו צ"ע.

סעיף ג

נכנס לחנות בערב שבת ושילם למוכר כסף לזין או לחלות ולא הגביה ואחר כך בא אחר והגביה לפני הגבהת הראשון מי זכה? עיין 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 ס"י שסי"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 בהדיוט 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 חיטיך 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 חיטיך אלא כשיש זולתנו 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 ונתייקרו 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, דא"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 ביהכני"ס 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 הנתניבות (ג) כרמ"א דאכן צדקה אין דינה כהקדש לענין דינים הנלמדים מ"רעהו" כיון שעניינם 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 דבכולהו 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, נחלק 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"ן 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 וגמי"ב שם -) כיון שקבל עליו המוכר למכור, קנה לוקח ואע"פ שעדיין לא מדד, והוא שפסק דמיס", 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, עי"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, וזוכה באותו חצר המשומר לדעת המקנה לו, הביא הקצות שבשיטה משמע דבמתנה מועיל גם באינה משתמרת כלל משום דמתנה אינה משתמרת כמשתמרת דמיא, 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 לזוכה מן ההפקר דלא ליתי לאינצויי אבל במכר ובמתנה דלא אתו לאינצויי 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 הבי"ה 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". הבי"ה 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 הבי"ה 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 ליתי 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 אי"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 ממשכה כתב ד"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 דבהדיא אתרבי חצר מ'ואם המצא תמצא בידו' אבל לא בהקדש, וכ"כ התוס' דאין מועלין במה שבתוכן דלא אמרינן שיקנה חצר הקדש כמו שקונה חצר דהדיוט, דחצר משום יד אתרבי ואין יד להקדש. התוי"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 בתוי"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 לידן 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 בן 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 מועלין בן. 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 דא"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 באי 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 ה**נתיבות** (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 כרי"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"ר ולא ברשות המוכר, אא"כ אמר לו המקנה לך וקנה בכלי זה ואז קנה אם הוא ברשות המוכר"}."

ביאר ה**סמ"ע** (ט) דהמחבר נמשך אחר שיטת הרי"ף והרמב"ם דס"ל דהיא איבעיא דאיפשטא בגמרא דכליו של לוקח ברשות מוכר אינן קונין, 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 קונין 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 {ו"י"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 לר"י, 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 דמיירי 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"י"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 לפני זו 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 א"כ אינו מקפיד על מקומו", וביאר שם הב"ש דבאין לה שולים ע"כ איירי בקרקע שלה דא"כ קשה הא כליו אינו קונה אפילו בסימטא, ונשמע מכאן כלי של לוקח בתוך כלי של מוכר ועומד על גבי קרקע של לוקח אינו קונה, דא"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 תרתני 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"ה 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 משכהו 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 אא"כ פסק תחלה המדה בכך וכך, אבל כל זמן שלא פסק אין לו שום צד שיקנה בו, דכל זמן שלא פסק לא סמכה דעת שניהם, שמא לא יסכימו על הסכום (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 אא"כ מדדו (דאמרינן ודאי היה צריך לקנות מקח או לשלם חוב בסך ל' סלעין, ופחות מזה לא יעלה המעות בידו לכלום, וכל שלא יהיה במכר כדי ל' סלעין לא ימכור כלל)".

כתב הש"ך בשם הב"ח דכיון דפלוגתא דרבוותא היא היכא דקיימי זווי 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 דאירי 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 בלי 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 לתבירו, 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 הנתניבות 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 ה

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 הנתניבות (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) ונאנס בידו חייב, שהואיל ודמיו קצובים מעת שהגביהו נעשה ברשותו ואין המוכר יכול לחזור בו, והוא שיגביהו כדי לקנות את כולו, ויהיה אותו חפץ הנמכר חביב על הלוקח (נדריים 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, י"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 הגבהתיהו 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, דאמרינן 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 משד, 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 ששינונו 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) וע"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^הנתיבות (א) ציין לרש"ל שכתב דב'אורנדי' מהני שטר אף שהוא דבר שלא בא לעולם, אולם אפשר דהתם הוא ג"כ מדינא דמלכותא. ה^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. ה^הפת"ש העיר על החת"ס דפשטות 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^הנתיבות (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^הנתיבות (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). ה^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^הנתיבות (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 דידהו מדאורייתא כדין הזוכה מהפקר, משא"כ במזכה לקטן נהי דשוב הממון יצא מרשות המזכה מדאורייתא מ"מ לא בא לרשות הקטן מדאורייתא, דהקנין 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 לדאורייתא, ובזה אמרינן דמדאורייתא דמריה קאי, אבל אם הקונה מוציא החפץ ההוא מידו במכירה או נתינה לאחר, פשיטא שהלוקח מידו הוא קונה מדאורייתא, דלא גרע תקנתא דרבנן שתקנו שיקנה מיאוש ושינוי רשות, ואפילו בקטן שיי"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 דאורייתא, וכיון שאנו לוקחין בעד שקלי הקטנים בהמות לקרבן פשיטא שהם קנויין לציבור מדאורייתא, 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 דאורייתא, ואמנם תקנתא דרבנן דמריהם דמריהם 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 דאורייתא ולתוס' והרמ"א הוי רק דרבנן.

[בשערי יושר (ג,ג) כתב דהוי קנין מדאורייתא וז"ל "שכלל הוא במשפט גדרי זכות ממון שכל ספק הנוולד 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"י].

מה דין קנין סיטומתא בדבר שאינו קצוב?

כתבו כנה"ג (הג"ב 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 (רי"ו 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. וי"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 כרי"ו דכתב דווקא שנתן דמי כל המטלטלין אבל לא נתן דמי כולן לא קנה אלא כנגד מעותיו והוסיף דדווקא 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 רי"ו 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 ושאני 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 אגבו, 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 מיירי 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 "כדרכו 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 ממונא 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 **המב"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 כשאינו 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 אחרני 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 דהו 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 מדאו' 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 לדעתו, דלא כרי"ן שיהיה העבד כפות בידי 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 הו' 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 דקנין 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, ולנ"י בכל אופן יש לומר דקנין 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 הר"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 פרו 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 הר"ן דכיון דבעיין 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. ²ודחהם דאיפכא היא דטעמא דלא אתי לה משום משיכה משום

דפשיטא ליה דקנה אלא הכא הכי קמיבעיא ליה היכא דאמר ליה משוך וקני כלים שעליה על גבה כלומר מדון כלון מי קני, וכתב הב"י דמשמע מדבריו דפשיטא ליה דאי אמר ליה קני בהמה ממש וקני כלים דקנה. ³ **התוס'** כתבו דהכי קמיבעיא 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 דהיא 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 כפותה (**כטור** דלא בעינן ישן כעבד דהוא בן דעת ולא סגי בכפות, ודלא כר"ן בשם י"א דיטשן 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 כפותה". **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 והרא"ש "אמר ליה המוכר משוך בהמה זו וקנה כלים שעליה, הואיל ולא הקנה לו גוף הבהמה, אף על פי שמשכה והיא כפותה, 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 כפותה, מ"מ הולכין אחר הרוב דאינם כפותים. **רע"א** כתב דזה דעת התוס' בסוגיה, אבל לנ"י וודאי אי א"ל משוך וקני מושך 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 ואלו חלוקים על הנכסים שבבית, דהו"ל ראובן המוחזק העיקר כברמ"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

שלו/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 "כלל 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 הנתניבות 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 הנתניבות (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 לאחזו 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 זכיותו 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 ה^{נתיבות} (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 וי"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 ה^{נתיבות} (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 הברייתא 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 גונא, משום שאין החמור ראוי ליחלק, אבל אם אמר פרה וטלה בכור חטים ומשך הפרה ולא משך הטלה, קנה בחטים כנגד דמי הפרה (דהתקשה בברייתא הנ"ל אמאי לא קנה כנגד מעותיו כדאמרינן בקדושין כ"ז גבי מכר לו עשר שדות ולא נתן לו דמי כולן כשהחזיק באחת מהן לא קנה כולן דכנגד מעותיו מיהא קנה, ותירץ 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 ה^{נתיבות} (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 הללן, 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 שכחי 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 בסעי' 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 בטי"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 בסעי' 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 ממיני 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 לישן 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 לישן 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, וחיוב 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 הביאוה 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 דמתנ"י דאחרון אחרון גרוע והוא פירא לגבי ראשון נחשת לזהב ומעות הרעות לנחשת ואסימון למעות הרעות, רא"ש"ו".

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 דהוה ככלי לכל דבר כמבואר ברא"י 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 מיה 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 בני"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 ראייה 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 בברייתא מהני קנין אודיתא וכ"כ התוס' דאף דידיעין 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 דבברייתא 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 שהביאווה **הרא"ש** וה**רשב"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 אמעות, 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 אכן 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 הרא"י לחלק בין זה לקני את וחמור דק"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' מיירי 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' אין כאן קנין – וי"א (הריב"ש הנ"ל) דה"ה (שאיין 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 למחרף]. 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 וחוזר 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 הש"ג (בש"ך א) דמדברי הגי' אשרי מוכח דאע"ג דק"י"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 מהתנוס' (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 בתנוס' בדף מ"ג וכן בקנין סודר אם כבר נתן המעות לא ליקני דהא שוב לא שייך תירוץ התנוס', 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 שהמתאנה 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 המתאנה 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 חוזר 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 הבי"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 שמא 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** **סעי' 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 ראי' 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 דמדאו' קני, וכל זה דלא כעיטור דאי בעידנא דזבני יהבי משכון הוה ליה כמעות 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 בסי' 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 כרי"ף 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 ולגורר 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 שבוזה 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 העדדים 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 החוזר 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 מקדושין 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 מזדעא 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 זביניה 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 כתבינן מודעא אזביני לעולם דזביני מודי רבא היכא דאניס וכמעשה דפרדיסא". **ב"ב מח:** דעת רב הונא דוהלכתא בכולהו דהו זביניה 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 דהו אונס גמור. **הב"י** האריך בשיטות הרא' בדעת רבא, ור"י ועוד גם פסקו כמותו דבשדה זו לא כתבינן, ודעת **הרי"ף** דלא כתבינן מודעא אליבא דרבא אפילו היכא דאניס אלא כה"ג דפרדיסא שהיה בידו לעשות, ובסתימת **הרמב"ם** משמע כרב הונא, וראה לקמן.

וז"ל **השו"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, אפ"ה הוה זביניה זביני, טור וסמ"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 הא אם 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** וטור) וסבירא להו דבעינן שראו העדים נתינת המעות אבל הודאתו לחוד לא מהני (**סמ"ע**: ס"ל כיון דידיעין 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, אפ"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 שממכרו 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 כתבינן 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 'ויודע 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 שמשכים 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 להבריח 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 [זכשאין 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, אי"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 ממנו הוא 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 הוא 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 **הפת"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 כה"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, אי"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 ניחא הא דמהני כתב המודעה אפילו אחר הזבינא, וכנראה בפוסקים וכ"פ הר"ן, דאי משום שליחות לא הוי מהני כתב המודעה 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 רשאי 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 מודעה על מתנה וגט בלא אונס האם מועיל מודעה ומה הדין במכר?

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

ב"ב מ: "אמרי נהרדעי כל מודעה דלא כתיב בה אנן ידעינן באונסיה דפלניא לאו מודעה היא, מודעה דמאי אי דגיטא ודמתנתא גלויי מילתא בעלמא היא, ואי דזביני והאמר רבא לא כתבינן מודעה אזביני לעולם דזביני מודי רבא היכא דאניס וכמעשה דפרדיסא", ופירש רשב"ם "במודעה 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 מודעה זו כלום גבי גט ומשמע דהוא הדין לענין מתנה, אבל הרא"ש כתב דגילוי מילתא בעלמא הוא כלומר הוא מגלה דעתו במסירת המודעה וכו' עד כשיהיה לו מעות אע"פ שאין לו אונס וכ"כ הרמב"ם רי"ו עיטור רשב"א.

עוד מבואר בתוס' רא"ש ר"ן ועוד דהיכא שאנסוהו עד שנתן ולא מסר מודעה כיון שעדים מעידים שהיה אנוס המתנה בטילה דדוקא תליוהו וזבין הוי זביניה זביני אבל תליוהו ויהיב לא הויא מתנה אפילו לא מסר מודעה 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, ותירץ¹ 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 זווי 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, ותירץ ע"פ הרשב"א² 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 כתב³ 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 מודעה 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 ידעינן 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 ידעינן באונס אינה מתנה, לפיכך המוסר מודעא על המתנה, כתבין ליה אף על גב דלא ידעינן 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 דידעינן באונסיה ומסר מודעא ובטלה, לא מהני הביטול כיון דאונס הוא אפילו אי לא מסר מודעא לא הוי מתנה, אבל אי מסר מודעא ולא ידעינן 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 ובזה הוי מתנה, ולכך באנסוהו ונתן מעצמו מתנה להיפטר מהאונס הוי מתנה אבל כשמסר מודעא המתנה בטילה (פתי"ש : וכן מוכח בדרכ"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 מודעה, ואם לא כתבו במודעה אנו סהדי ידעינן באונסיה אין מודעה זו כלום אבל אם אנסו עד שמחל לו אם יש עדים שיודעים באונסו אף על פי שלא מסר מודעה וכן אם מסר מודעה 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) "עיינן לעיל סימן י"ב סעיף י"א ובב"ח סעיף ט"ז מה שכתב בזה" וכתב הפת"ש (ה) דכוונתו דיש סתירה מסימן יב/א דשם איתא אם ראובן הפחיד את שמעון כו' ועשה פשרה בקנין וביטול מודעה יכול לחזור בו, משמע דא"צ אפילו למסור מודעה דממילא בטל, וכאן איתא דפשרה דינה כמכר, א"כ הוי כמו תלוהו וזבין דצריך מסירת מודעה, 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 מודעה 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"י יא) דאם הפשרה היא מחמת דין מסופק בעינן תרווייהו לבטולי, אונס ומודעה, אבל אונס לבד או מודעה לבד לא מבטלתו, דדמי למכר, אבל כשהדין ברור עם אחד מהם ואנסו השני לפשר עמו, דמי למתנה שבטלה מחמת אונס לחוד, אבל מודעה 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 מודעה 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 הפשר, 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 זביניה 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 מודעה של המלוה דאיזה הכרה באונסו יש דלשליח היה למסור מודעה וכיון שהשליח לא מסר מודעה הפשר קיים, ובפרט שהלוח יאמר למלוה לאו בע"ד דידי את ואולי מכרת השטר לשליח או נתת במתנה, ובהג"ה מבן המחבר תמה עליו על מה שכתב שצריך הכרה באונסו, דהא פסקינן 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 ידעינן באונסו אפילו לא מסר מודעה, א"כ לא הועיל הרב בן המחבר בתירוצו דאכתי א"צ מסירת מודעה 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 הלבנוש 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 הטושי"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 הנתניבות (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 לו 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 (דחיישינן 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 דחיישינן רק לכתחילה. נתניבות: אף דלא תיקנו חכמים לכתוב מודעא כי האי, 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 דידיעין באונסיה, שמע מינה דאע"פ דלא ידעין 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 מבטלין המכר מחמת מודעא זו עד שיביא ראיה שנאנס.

הפנ"מ (פת"ש ו) תמה על טעם הבי"ד דהא קיי"ל בסימן רנ"ה דב"ד בתר ב"ד לא דייקי ב"ד בתר עדים דייקי אלמא דלא חיישינן לב"ד טועין שלא ידקדקו אחר עדים (וכן הקשה הנתניבות), 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 ניחא, דלבי"ד טועין לא חיישינן, אבל לסתם בני אדם טועין ודאי חיישינן וזילי נכסיה.

סעיף ז

מהי הגדרת תליוהו? פרט!

ע"פ **ב"ב מ: וכמעשה דפרדיסא פסק בשו"ע** "אחד האונס את חבירו בשכהו 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 אניס 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, ובכח"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 שיולכנו בערכאות ויוציאנו מידו הוי אונס.

כתב **הבא"ה** בשם המהרי"ק דאין חילוק בין איסור תמור 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 בזביני, 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 שאיימו 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 לעניינינו, 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, שלדידו 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 רא' במעשה דפרדיסא, ועוד למדו במהרי"ק שאיום הינו רק אם אין באפשרות המאויים 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 שהחזיק 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 בידו, 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 דהו זביניה זביני".

הרי"ף והרא"ש סתמו כהלכתא, ודלא כרב ביבי דמעוהו 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 דדעת 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, ² ועוד 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 הגוזל 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 השדה 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 ה**נתיבות** (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 ראיתו 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 ט

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

פסק בשו"ע "עדי המודעה יש להם לחתום הם עצמם באותו המוכר 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 ה**סמ"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 לפניו קודם המכירה דמהני.

[מה הדין בשטר מודעה שאין בו זמן ואין העדים כאן ולא ידעינן 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 ידעינן אי נעשית קודם המכר או אח"כ, המודעה כשרה ומבטלת המקח (דרכ"מ -) מאחר דידיענן 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 כדון, 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 וידענו 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 דידיענן 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 אנוס 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' דאיירי 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 דאמרינן 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 קמייתא 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 הוו 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 דאלי"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, דאמרינן 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, ותירץ 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 כאנסוהו לקנות גם האנס אינו קונה כמבואר בסימן רגג, 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 מברשיון, 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.

ה**נתיבות** (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 ואלביה 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 הנתיבות (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 הנתיבות 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 בעייתי, אך גם על זה כתב ע"פ ערוה"ש (סימן רא) ו'משפטיך 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 די) 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 דגן בלא חתימה, זו פרשנות שאינה מחייבת דין סיטומתא, והביא שם 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 בנייהם 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 דיכובסקי** 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 אמאימר 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 **שו"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"ו 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 ה"ב"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 שכ"כ 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 להלך 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 ב**פת"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.

[בשבויי (פת"ש א) דן גבי מי שמכר ביתו והלוקח זקף הדמים על עצמו לשלם כשישא בנו פלוני שלשים יום קודם הנישואין ומת המוכר, עיי"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 שהעיכוב 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 אא"כ אמר לו קנה מעכשיו וקנו מידו על כך", וביאר הכס"מ דמקורו בב"מ סה: ונדריס 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 שרצה 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. הנתיות (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 הים החליט לעלות להשתקע בארץ ישראל. טרם צאתו ציוה לחלק את רוב רכושו למוסדות עדיקה. 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 מידו אמר רבא הוי דברים שבלב ודברים שבלב אינם דברים... ההוא גברא דזבנינהו לניכסיה אדעתא למיסק לארעא דישאל (ופריש ליה דאדעתא דהכי עביד) 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 דזבנינהו 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 (לליק לא הדרינן זביני דהכי קאמר דאי בעי למטרח ולא הדורי בתר שיירתא הוה סליק ולליב 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 דלזבונא ההוא מידי קא זבין, וכ"כ **הרא"ש ורי"ו**, ותמה **הב"י** עמ"ש **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 נודמן 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 איתדרר" אלמא אפילו לזמן מרובה הוא לפי מה שהוא ענין. **ברי"ו** הובא שני פירושים ב'איתיליד 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 להולד 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 **דבממון 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 ראייתם 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 ששואה יותר והוזל קודם שהוליכו יכול לחזור בו כמו מוכר נכסיו לעלות לארץ ישראל.

ז"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 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 בשי"ס וברא"ש מידי דהתם מיירי אדעתא למיסק ולא אדעתא לדור וצ"ע. גם ה"ט"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 דבשי"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 בשי"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 בשי"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 דבריד שאמרת שכבר רצה אחר ליתן נשבעת סמכתי והוי 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 הדינים 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 ה"ט"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"ת כנ"ל שאין חילוק בין מוכר ללוקח, ר"ל

בין מוכר קרקע דאיירי בגמי' 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 בנדריים 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 כשיחזירנו 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 שיחזירנו 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 ה

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 נחשבין 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 ו

עוד ע"פ ב"מ סה:-סו: פסק בשו"ע "הלוחו על שדה מאה זהובים והוא שוה יותר {ו"י"א אפילו לא שוה יותר בכי האי גוונא מיקרי אסמכתא (תלמידי רשב"א)} וא"ל אם לא תפרעני עד שלש שנים [יהיה של] הוי אסמכתא ולא קנה, אבל אם אמר ליה אם לא תפרעני עד שלשה שנים תהא שלי מעכשיו, קנה {ו"י"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. ו"י"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 המתפיש זכויותיו בב"ד דכיון שיצאו מרשותו הזכויות והתפיסן 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 התפיסו 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 והטושי"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 דמעות אינו קונה, ועוד אפילו אי הוי מעות 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, ותירץ 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 ובדאי 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, וכונתו 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, והקשתה 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' נוספיים "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.), ³ומה 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, ⁴אבל 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 סעי' 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"י.

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 ורי"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) דדעת³ ר"ת דדווקא 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 כולו 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 הנתניבות (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 משכונו 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 ישלמו 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"י ונ"י דיש לומר דכל שבידו ולא גזים לא הוי אסמכתא (ויש עוד לעיין היטב בשיטת ר"י ובאיזו 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 היוזיקא 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 אוריאל 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 (סעי' 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 דבהיא 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! (צל"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 והגר"א** לבאר דעת הרא"ש דכל קנין מעכשיו הוא וא"כ גם בנדרים 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 דאמרינן 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) כתבו² 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 דב"ד חשוב, ובכך יישב מדוע בסעי' 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 אמרינן 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 כתב³ בשטר זמן הוי כמעכשיו דזמנו של שטר מוכיח עליו.

ע"פ **נדרים כז**: ושיטת **הרמב"ם** דלא הצריכו ב"ד חשוב אלא במתפיס 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 עליה⁴ 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 שיתפיס 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 שהתפיס שטרו או שוברו בבית דין, וקנו מידו שאם לא יבא ביום פלוני יתן שטר זה לבעל דינו, והגיע היום ולא בא, הרי אלו נותנים, והוא שיהיה בבית דין חשוב". ואילו **הרמ"א** פסק **כרא"ש** (וההלכתא בנדרים חוזרת מכל השינויים שם, גר"א) "וי"א אף על גב דלא התפיס זכויותיו מהני, הואיל וקנו ממנו בב"ד חשוב" וכתב הרא"ש דהכי נהיגי עלמא".

< עוד ברמ"א "וי"א דאם השלישו משכנות זה כנגד זה⁵ 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 קניא⁶ 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"י, 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, ותלין 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 טז

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 כד 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 וכ"ו מחול לו מעכשיו וכיון דאיכא מעכשיו אפילו יהיה התנאי באתן לך קנה, וא"כ אין מכאן ראייה 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 ד"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 כ"ו, 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, ד"ל דחייב אפילו נאנס כיון דהמחייב התחייב עצמו בלי תנאי רק שהמוחל 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) דחתן דודאי אין דין בושת 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 בושת, 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 ערבונות 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 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 (ר"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 עי"י דא"י - 'אם יהיה אלהים עמדי' 'אם נתון נתן את העם הזה בידי' 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 לדין 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 דאיירי 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 כ**סמ"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 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. בשבו"י (פת"ש כ) כתב דהמעייין 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 ס"י זה סעי' ט"ו לענין בב"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 דיודע 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, לפי"ז 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 התיבות (כ) דמש"כ כאן הסמ"ע דאף דידעין דלא קיבל עליו מהני זה לשיטתו דס"ל דהשבועה מחזק הקנין דגמר והקנה, מהני ג"כ כשצויה 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"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 ערבונני 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 דידיה אינו אלא משום אומדנא ומשום דאמר על מנת להשיאה, ומהשלי"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"ע¹³ המחייב 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 זווי דרביתא 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' זווי דרביתא 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 דרביתא הוא."

וכתב ה**רא"ש** "משמע דוקא משום דלא לימרו מכסי בגלימא דרביתא 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 דאוסוף 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 דאוי 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 ה**סמ"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 ה**נתיבות** (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 ופוטר 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 דאוי 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, ובסיוס 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 יי דהשליח בר חיובא אי קיי"ל כלישנא אי בעי עביד, 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 מסויים או שלא בא לעולם

סעיף א

פסק בשו"ע כלשון הרמב"ם ע"פ ב"ב צה. וב"מ מו: "המקנה לחבירו דבר שאינו מסויים, 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 עיזו דאמר ליה מה שעזי חולבות מכור לך ואמרינן דמותר, ומשמע דקנה אפילו יהיה יותר על דמיו והרי אינו דבר המסויים, 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 וגיזה 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 מסויים, 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 בתניבה 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 אהדדי מ"מ בכה"ג מודו דלא קנה, דדווקא התם דאין שום אחד יודע על מה לסמוך אמרינן דגמרי ומקנו אהדדי, 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 דינ 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 וכנתבאר 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 הנתיות 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 בכה"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 בנתיות) 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 לעובריהם 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 **הנתיבות** (ג) גבי קדם ותפס די"ל דמיירי 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 מיירי 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 לכופ אותנו 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 אדם 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 **הט"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 ושבחיהון), כמו שנתבאר לעיל סימן ס' סעיף ו"ו.

וכתב הסמ"ע (יז) דלאחר שבא לעולם מודים החולקים דאינו יכול לחזור משעבודו ומשו"ה מהני כשמעבד לו (כלומר חולקין רק לענין אם חזר בו משעבודו 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 להדדי, 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 וליזל 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 הנתניבות (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 ה**עיטור** 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"ם 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, וב**נתיבות (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 ה**נתיבות** 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 ב**פת"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, מחוייב 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 שמחוייב לשכור מהראשון גם אחר ג' שנים, מאי ליקו בהימנותיה שייך בזה, וכתב דכ"כ בתשובת הר הכרמל, ודלא כ**צמח צדק**.

סעיף ו

בקנין כסף שהפקיעו חז"ל, האם ניתן להתנות עליו להקנות בו? (ראה קצצה) 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 לקנות ולהשתדלו לו, משא"כ כשאינו מצוי בשוק למכור, ומשו"ה דקדקו הרמב"ם והמחבר לומר הפוסק על שער שבשוק, ובסעיף ה' פסק דבדבר 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 דאמרינן דדבר שאינו ברשותו הוי כדשלב"ל היינו לענין שלא קנה אבל בכל ענין מקבל מי שפרע.

הקצות (ט' והובא גם בפת"ש דלקמן) כתב שראין 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 בין 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 אי"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 תמצוי לומר לאחר לא הוי שייר לעצמו חוץ מפירותיו מהו אמר רבא אמר רב נחמן אם תמצוי 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 וטור** 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 לבניו, 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"ך), 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 ולירשי (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 מסויים, דאז לא הוי רק כתנאי בעלמא ולכן צריך לפרש לי ולירשי, אבל שייר לעצמו דבר מסויים, 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 ואפ"ה ילקחן ראובן עם השדה בחנם, וכתב ה^{נתיבות} (י) דפשוט שהמוכר צריך להחזיר לשמעון מעותיו, ומ"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 ולירשי" כתב רע"א בשם תשובת הרשב"א דירשי יורשיו בכלל ואם אמר לי ולבני דוקא ולא לבן בני, ואם אמר לי ולזרעי הכל בכלל אף בן בתו ובת בנו.

סעיף ה

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 בנכסיה אוכל פירות מנכסיה בחייה ואם מתה יורשה אך אם מכרה מכרה קיים, ומיירי בכותב לה ועודה ארוסה וכדרב כהנא דאמר רב כהנא נחלה הבאה לו לאדם ממקום אחר אדם מתנה עליה שלא יירשנה, וכדרבא דאמר רבא האומר אי אפשרי בתקנת חכמים כגון זו שומעין לו, ודעת הר"ן שם דאף בדאון' 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 דאון' לדרבנן ובכלהו מצי להסתלק כיון דמעשיו גרמו והם לטובתו, והכריע דכל שעתיד לזכות מן התורה לא מהני סילוק.

הקצות האריך להוכיח דמהני סילוק בדאון' 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 דאתי 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?

באיזה 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 נוטלת מאתים, אם זכר מנה אם נקבה מאתים וילדה זכר ונקבה זכר נוטל מנה נקבה נוטלת 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 **(ירו' 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 אתננו 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 ראיה, "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 דירושה הבאה מאליה קני. הש"ך בשם חתנו יישב הגמ' בב"ב לר"י דהא דמשמע דירושה הבאה מאליה עדיפא ממזכה לעובר היינו מעיקרא דסוגיא דהוי בעי למימר דעובר קני מטעם זכיה אמרינן מזכה לעובר לא קנה דעובר לית ליה זכיה וירושה הבאה מאליה קנה מצד זכיה אבל למאי דמסקינן דהמזכה לעובר לא קנה ומשנתנו משום שדעתו של אדם קרובה אצל בנו אי"כ עובר לית ליה זכיה, ועיקר כר"י פ.

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 בתה"ד ומהרי"ט דה"ה בבן בנו, ובפת"ש (ג) כתב בשם השבו"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, ובשו"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 שהשו"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 לכשילד 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 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 לכשיולד המחצה השניה.

כתב רע"א דדעת ריא"ז דאם אמר זכה את וחמור קנה מחצה ודעת הש"ג דלא קנה כלום, וכתב מהרר"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 מכם לביאה תתקדש לי, והקשו הרא"ה היכי פריך את וחמור כיון דקיי"ל כרב נחמן דאמר קנה מחצה, ו"ביותר תמוה" דברי הרמב"ם שכתב כמסקנא דש"ס באומר הראויה מכם לביאה דכיון דפסק כרב נחמן דקנה מחצה למה צריך לומר הראויה מכם, ותיירץ בשם תלמידו מוהר"ר יצחק פרענקיל ע"פ מש"כ המרדכי במעשה באחד שהקנה לחבירו בקנין סודר קרקעות ומטלטלין ומעות בבת 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"י הוא תמוה דהא קיי"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 מכם, 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.

והוא **התוס'** והוא **ש** דמכאן נראה **לר"ת** דהא דאמרינן 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 דאבוה 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 דשלבי"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 חננד**) 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 מורישו (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 מאבא 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 דדוקא היום).

כתב הדרכ"מ עמש"כ "כדי חייו" בסיפא דבין לרי"ף והרמב"ם ובין לרב האי שמעינן אם מכר יותר מכדי חייו לכולי עלמא לא הוי מכירתו מכירה, ודלא כמרדכי בשם ראבי"ה 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 והדרכ"מ ברי"ף והרמב"ם וגם לדעתם בעינן דוקא 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 הנתיות (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 טצדקאות שימכור לו ומת, היורשין פטורין.

כתב הנתיות (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 עליו 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' רעג/ב) 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"ד מהרי"ק, רע"א שם) דודאי כשם שאין יכול להקנות ולהקדיש כן נמי אינו יכול להפקיר דבר שאינו ברשותו והביא ראייה 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 הנתיות 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] ודוקא 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 ניחא לי במה דאוקי רחמנא ברשותי, כמו כן יכול לומר קודם לכן לא ניחא 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 מאבוה דאבא יריתנא", ודלא כראב"ד דהסתפק בדין זה דשמא לא אמרינן אנא מאבוה 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 נו**. 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 כבר 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 "מי 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 כבר 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 בכתיבה 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 הביאוה, 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 זכות 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 דיודור ויאכל פירות תרווייהו 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) דחקשה 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 ביוד 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 ביוד הוא דלא חייל דהו"ל לשון שלילה ובקונם שאני אוכל התם בנדר נמי חייל על האכילה עצמה וכרא"ש].

זו"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 לזונו, דהיינו דוקא שם דגילה דעתו שרוצה לזונו שנה לפחות, הא קיבל עליו לזונו 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 חל¹ מדין סיטומתא או² 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 יהא 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 אסור³ 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 היא⁴ מידת הצדק והיושר, והסכמת כל האומות כולן מוכיחה שע"כ כך הוא שורת הצדק, ואין לד חילול ה' גדול מזה שרק אנו בני א-ל חי שנצטוינו 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 שכתב⁵ בתשובת חת"ס (חוי"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 בו 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 ואלביא 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, דהוּו 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' דקיי"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 בס"י 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 יהרוס, אבל הקונה לזמן קצוב (אפילו לזמן קצר כמו שנה, סמ"ע) הוא בונה והורס ועושה בכל זמנו הקצוב, כמו שעושה הקונה קנין לעולם" והשיג הראב"ד "איני מוצא מוכר לזמן קצוב שיבנה ושיהרוס אלא באומר נכסי לך ואחריך לפלוני". וכתב ה"ה "ולוי 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 יהרוס, 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), 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 שנתו, 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 הנדרים אינו כדין ההדיוט בקנייתו, שאילו אמר אדם כל מה שתלד בהמתי יהיה הקדש לבדק הבית, או יהיה אסור עלי, או אתננו לצדקה, אף על פי שאינו מתקדש, לפי שאינו בעולם, ה"ז חייב לקיים דברו, שנאמר ככל היוצא מפיו יעשה, 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 וש"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 שיוצא 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 דכתביב בפיך 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 שיוצא 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 בי"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 שתם לעיל בדברי הרמב"ם, וכאן כדברי 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 ממוכר 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 פירי 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 נמכרין 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 נמוכר 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 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 בלשונו 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 {וי"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 הושה דין חדר ליציע.

בבית אפרים (פת"ש א) הסתפק גבי אחד שצויה 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 לישראל 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 דדינא 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 בשו"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 למוכרן נראה שהיה בדעתו שאם תשיג ידו שיחזור לבנות הבית, ודמיא 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 רט/ז.

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 רחב 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 רע"ו), 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 ממי"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 שייר לעצמו רק האויר שאין בו ממש, ולא יוכל להקנותו כדלעיל סימן ר"יב (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 שייר 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 איך 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 שמשויר האויר לנפשו ממילא נשאר בידו לעולם, סמ"ע), אבל הקונה עליה 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 לפניו 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 (כלבזבים סביב מזוזת הבית) המחבורים 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 (חתרכת עץ תחת כרעי המטה כדי שלא ירקבו בקרקע) ולא את מלבנות החלונות, אע"פ שהם מחבורים 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)}".

עמש"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 מחוברים בטיט לא קמיבעיא ליה דפשיטא דמחשב מחובר, ומשו"ה נמי פסקו כל הפוסקים דמחובר בטיט היא ודאי נמכרת עם הבית, וביתידות פסקו דאין נמכרת עמו ככל תיקו דמונא 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 בתיקו]. לכן הגיה **דסמי מכאן תיבת וי"א** והרמ"א בא לפרש דברי המחבר דכתב המחברים בטיט דלא נאמר דכל שכן המחברים ביתידות (דמן הסברא המחובר 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 מחוברים בטיט אינם נמכרים ולרשב"ם הנ"ל הם נמכרים ככה"ג, דבזה י"ל דנמשך אחר פירוש ה"ה.

עמש"כ המחבר "ולא את מלבנות כרעי המטה" כתב **הסמ"ע** (מו) דאיבעיא דלא איפשטא בגמרא והוה קולא לנתבע, ואפילו אם מחוברים 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 קדרה 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 (כו,ז) 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 התחונה, 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 טרקליון, 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 לעשותו' 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"י –) 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 כדאמרינן לגבי בור ודות, וכבר נתבאר לעיל סימן ר"י (סעי' ב') דיש חולקין גבי בור ודות וה"ה כאן}."

הקשה הסמ"ע (א) דבסימן הקודם סעי' 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 מירי 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 ששוחטים בהם זיתים או שומשמים, 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 הבריכות 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 (פ"י 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 (פ"י בגמרא פסקי באגי ופ"י רשב"ם חתיכות בקעה הסמוכה לעיר אלא שמופלת 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 שמופלת מן העיר ומיהו על שם העיר נקרא, אלא שהרשב"ם גורס בברייתא דחלק זה שבים ושבבשה 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" ו**פרשב"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 מכורים (**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 הרשב"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 חפיצה 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 המחברים 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 שהוא 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 דכשאומו 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** (פתי"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 דקנהו 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 אילימא 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 ס"ט: 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, נויי השטר (ישופרא 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 בקיאיין בדינין 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 ס"א: 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 אבוה הסובר כן.

סעיף ג

[מה הדין במוכר שדה לחבירו ואמר חוץ מדקל פלוני? פרט הדין במקרה שיש פחותים

ממנו.]

ע"פ ב"ב ס"ט: 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, ותירץ דמצד שלא היו ברשותו מיחשבי דבר שלא בא לעולם, ומצד שהיו בעולם אף על פי שאינן 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' פטופטי 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"י"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 ימעט 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 שמה 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 ודיינא, 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 לז. 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 אילנד {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 אילנד 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 הנוכר 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 נטיעתן, דבזה ודאי אמרינן דגם לבעל האילן מכר לו האילנות בעין יפה דהיינו הצורך להן באופן שאינו יכול לומר לו בעל הקרקע עקור אילנד וזיל, וצריך ליתן לו מקום בתוך הקרקע ללקוט פירותיו כל שנה וגם ליטע אחרים במקומן כשיתיבשו, אבל אין לו חלק בקרקע לזרוע תחתיהן וביניהן ואינך הנוכרים 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. 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 **שם 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 "מחללים" ופירושו שהשרשים מהנטיעות מעמיקים הרבה אבל הזרעים מתפשטים מיד בתוך ג' טפחים ומחללין הקרקע למעלה בשפתו.

עוד ע"פ **שם 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 בשבם 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 טעוניהן 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"ם 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 שקוברין 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 קוברין אותו בעל כרחו.

סימן ריח – המוכר בית כור עפר ויש בו סלעים ובקעים

טע"פ 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 אינן ראויים לזריעה כלל, וה"ה בסלעים שאינן גבוהין י' טפחים אפילו אינן 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.

טע"פ 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) דבגמי 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 ב**שו"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 אינו משום דיש שם עליו עפר מעט שאינו בעומק המחרשה מ"מ ראוי לזרוע איזה ענינים.

סעיף ה

ע"פ **ב"ב קג**. וכגירסת **רב האי פסק בשו"ע** "היה בו סלע יחידי, 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 **שו"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 **שו"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 יתיר 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 **שו"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, 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 מכך, 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 ז'ה', דבאומר בית כור סתם ולא הזכיר מדה בחבל ולא הן חסר הן יתיר, דדינו כאילו אי"ל הן חסר הן יתיר ועד רובע לבית סאה הוה מחילה, וזה דלא כתוסי והרא"ש דמפרשים דהגמרא מייירי בדעומד בתוכו וכרמ"א בסעי' ו', והר"י הלוי פירש דמייירי בא"ל בית כור עפר זה אני מוכר לך, ושניהן אמת לדינא, דגם כשאומר לו בפירוש בית כור ז'ה"א אע"פ שלא עמד בתוכו לא על חנם אי"ל ז'ה", משו"ה ה"ל כאילו אמר הן חסר הן יתיר.

המשך השו"ע ע"פ שם"ט (ט) ומה הוא מחזיר לו, אם היה התוספות פחות מטי 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 והזולה, 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 מטי קבין, הרשות ביד המוכר ליקח קרקע או מעות, ואם נותן לו מעות נותן כשעת הזול, בין היתה בזול והוקירה או היתה ביוקר והזולה, 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 ושיד 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 לטי 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 בכ"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, עי"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 בב"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 אומר 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 לגריעותא 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 והמעות 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 מעות הלוקח הוא התובע ואם לא נתן והלוקח מחזיק והמוכר תובע מעות 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 השיור, 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 מאתיים".

כתב הסמ"ע (מז) דכתב הרב המגיד בשם הרשב"א דהמעשה כך היה 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 ושואי 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 {וי"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 טפה, 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 הפת"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 הפת"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"טו 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 יישב 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 לבי"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 הטושי"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

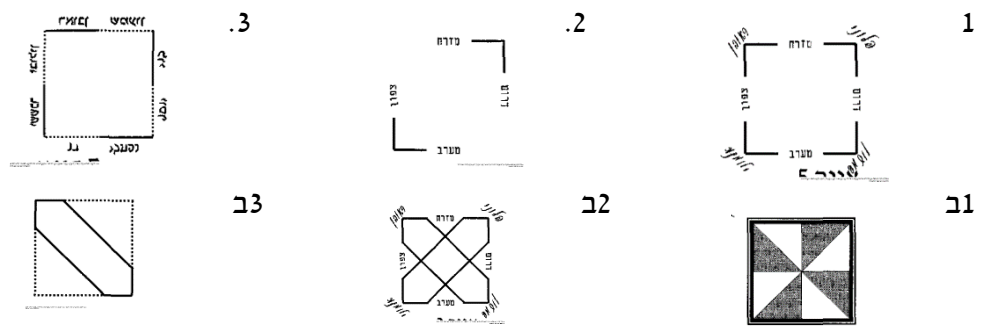
ע"פ **ב"ב סב. וכרמב"ם** דפסק כרב (והא דשתק למאי דאמרי ליה רב כהנא ורב אסי משום דלא חש להשיבם, רמ"ה) פסק **בשו"ע** "מצר לו מצר אחד ארוך ומצר אחד קצר, אם היה הארוך של איש אחד, לא קנה מן הארוך אלא כנגד הקצר, ואם היה של שנים, קנה כנגד ראש תור" **והרמ"א** פסק **כרא"ש** דלא כרב (מדשתק רב הודה להם) "ויש אומרים 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 הארוך לצד מצר מערב הקצר.



סעיף ד

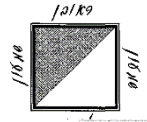
ע"פ בעיות **בסב**. דמסקי בתיקו ודעת **הרמב"ם** דאמרינן שודא פסק **בשו"ע** "סיים לו את הזויות **בלבד**, ולא מצר לו את המצר של כל רוח (1), או שסיים לו ב' מצרים כמין גם {זה כנגד זה} (2), או שסיים לו חלק מכל רוח ורוח (3), הרי זה לא קנה את כולה, אלא יקנה ממנה כפי מה שמצר לו (1, ב, 2, ב3) וכפי מה שיראו הדיינים".



בבדק הבית כתב דיש לתמוה למה פסק בה שודא דדייני דהוה ליה לפסוק כשאר תיקו דדיינינן 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 שמתמרין 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 בלשונו 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, ובודאי 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)}."

טע"פ 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 האיך 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 יחיד, 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}."

טע"פ 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 (רי"ף 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'.

טע"פ 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, כדין 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."

טע"פ 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 לאחרי 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}” ובבלבש פסק כרמ"א אך הסמ"ע (יט) חלק ודווקא דאמר שפחה ז'ו', 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 הולד 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 בביריתא 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 ה"י (בדרכ"מ) דאם מכר באר מים חיים כ"ע מודים שמכר המים שעל שם זה נקרא באר.

סעיפים יז – יח

פסק ה**שו"ע** "**משנה ב"ב עח: -** **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"ו או י"י ימים וכו', רשב"ם) הראשונים, ומכאן ואילך נוטל נחיל ומניח נחיל, כדי שתתיישב 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 (פ"י 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 שלוי". 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 המחברים 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 ב**רי"ף** (קידושין ד.) וה**רמב"ם** פסק ב**שו"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 ה"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 ה"ל בזה אומר במנה וזה אומר במאתים, קמ"ל דלא.

אולם ה**ט"ז** כתב דצ"ע מאד, מאחר שאין לנו גילוי דעת מהלוקח דלא ניחא 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 שחוזר 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

טעף 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 אווחזים 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 נקיט זוזי מתרווייהו מחד מדעתיה ומחד בעל כרחיה לא שנא נקיט מחד, ואם אין המקח בידו ונקיט מתרווייהו זוזי אינו נאמן לומר מזה קבלתי מדעתי ונתרציתי לו והשני השליכם בעל כרחי אבל אי לא נקיט אלא מחד נאמן אפילו אם אומר שנתרצה לשני דמידכר דכיר, כך למד הרא"ש בדבריו (ראה גם בד"ה) ובפי"ר ש"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"ח דהיכא דנקיט 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 נקיט 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 הטרור 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 גוונ, 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 חייבת, אבל אם אין המקח יוצא מתחת ידו (אלא שניהם אווחזים בו, באה"ג) הרי הוא עד אחד בלבד ודינו בעדות זו כדין כל אדם (סמ"ע ע"פ הטרור - 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 רמו 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 שנה נקט זוזי מחד וכו' דעל פניו משמע דקאי אדסמ"ך 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 היסת 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 ושאי"פ שסתמו הדברים משמע דס"ל דאף האידינא דינא הכי לפי דאף האידינא אין כאן שום חיוב שבועה על זה העד דהא שנים אוחזין 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 שפטרוהו 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 אוחז 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 אמרינן 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 שיודו 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 מכם מנה ואינו יודע איזה מכם או אביו של אחד מכם הפקיד אצלי מנה ואינו 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 וכדאמרינן לגבי פקדון ותירץ דבפקדון נמי אינו חייב מדינא אלא דוקא בשני כריכות כגון שהפקיד זה שלא בפני זה וכמ"ש בסימן ש' אבל כאן קאמרינן 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', ולפי' 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 אינו 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 דבתרומייהו 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.

סניף 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 בבי"ד, וכיון שצריך ליתן לידו דהנגזל הי מינייהו 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 דאלי"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.

סניף 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 (י"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"י" וכו' וכן פסקו ראי' נוספים ותמה על הרמ"א דהשמיטם.

סימן רכג – המחליף פרה בחמור וילדה, או מי שיש לו ב' עבדים או ב' שדות

טע"פ 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 שפחה 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 וברי וברי מי 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 י) 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 טוענין 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 בסעי' 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 בסעי' 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 בסעי' 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 דפליגי 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 בסיומן 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 לדידיה, 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 דהמע"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 כתוסי' (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 דיחילוקו 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 מהרי"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 (שאינן 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 להזכיר 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 זווי לא יהיב איניש חיותא (דרך העולם, שאין המוכר נותן את הבהמה לפני ששילם לו הלוקח)".

וכתב הר"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 הר"י 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 הר"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 הר"י) 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 הר"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 הר"י 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 וני"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 הר"י דאיכא מאן דאמר דלית הלכתא כשמואל ואיכא מאן דאמר הלכתא כוותיה, וכתב הר"ש דנראה מדבריו דהלכתא כוותיה. עוד כתב הב"י דהרמב"ם כר"י, ויכול להיות שיוודו לדינו של הר"ש גבי עומד חמור בסימטא שעל בעל הפרה להביא ראיה.

וז"ל השו"ע כר"י "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 כר"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, אמרינן הכותי משקר, וצריך לתת היין לראובן".

כתב **הסמ"ע** (ב) דהרי"ף ס"ל (כמבואר ברא"ש) דכאן נמצא כאן היה ואמרינן 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 אמרינן 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 לדוכתיך ליפטר לוקח בטענתו במיגו דאי בעי אמר פרעתיך ונשאר בצ"ע, והקצות יישב דאינה קושיא, דודאי אפילו שמע מפני 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 עדי 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 הכוסות ונקבה אותו נקב מפולש, אם נמצא עליה קורט דם בידוע שזו נטרפה קודם שחיטה, לפיכך אם הגליד (פירוש עור דק שעלה על המכה, ערוך, ורש"י פירש קרושט"א) פי המכה, בידוע שזו נטרפה שלשה ימים קודם שחיטה; לא הגליד פי המכה הרי זה ספק ועל הטבח להביא ראיה שקודם לקיחתו נטרפה, שהרי ברשותו נולד הספק, ואם לא הביא ראיה, ישלם הדמים למוכר", 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 אמרינן כל שנולד ספק ברשותו אלא היכא דאיכא חזקת הגוף וכמו בספק טריפה, וחזקת הגוף דאלים 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 יחלוק, נמצא גנב זה אומר ברשותו נגנבה וזה אומר ברשותו נגנבה יחלוק, 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 דקי"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 ממונו 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). הנתניבות (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 דגזל כל שכן דלא קפיד לקיים מקחו, וכתב הנתניבות 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 משביחיין.

כתב הפת"ש (א) בשם צמח צדק ועבודת 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 הנתניבות וכתב דלא ניתן לכתוב מרוב הפשיטות, וכ"ד השבו"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 כדין, 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 השבו"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 בתיהם 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 המלוח 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 המלוח, 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' גי' "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 תשי' 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 כוללין 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 הנתניבות (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 הטושי"ע בסימן שס"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 דכתבנא, 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, וכשארין 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 התניתני 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, ואמרינן 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 אמר 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' ותירץ דעד כאן לא קאמרינן 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 ומחיימוץ אין ראייה דחיימוץ 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 במלוה שיש לו על לוח אחד שני שטרות דיי"א דטוב לו שישרוף 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 להשיעו 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 הטוש"ע בסימן 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 דאיירי 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 דאליבייהו 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 הוזה 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'. מנהגי 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) ושמואל 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 כשמואל 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 דאמרינן בפרק הזהב דשניהם חוזרים (דף נ' ע"ב) "אילו שתות מי שנתאנה חוזר ואילו יתר על שתות שניהם חוזרינן" אמאי לא קאמר מתאנה למאנה אי לאו דאוניתן וכו' כמו דאמרינן 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 ופטר את המאנה מדמי אונאתו אין המאנה יכול לבטל המקח משום דא"ל אי לאו דאוניתן, ונראה שרב 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 חוזרינן 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

שאינו 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 דאוניתן וכו' שהרי בנושא 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 דאוניתן. הרא"ש רצה לומר דכן סובר גם הרי"ף אולם ה"טור 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 דכתב ה"טור 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 אזי 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 דהוניתני לא היית יכול לחזור ועתה שהוניתני 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 ה"ה **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' בני 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 הוה 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 בט', ולגבי קבלת המעות הוה יותר משתות שכשתחלק נ"א לו' חלקים יגיע לחלק ח' דינרין וחצי בצמצום, והוא נתאנה בט' 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 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 הוה פחות משתות מצד המקח, אף דהוה 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 הר"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 הר"ף דאפשר דסובר כדברי הרמב"ם שלא מיעט רב כהנא אלא פרוטה בלבד אבל כל שהוא יותר מפרוטה הוה 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 חברו אלא שחכמים אמרו עד שתות הוה מחילה לפי שכן הוה דרך מקח וממכר שאין הלוקח והמוכר יכולין לכיין 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 הוה 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 ממי"ש דין זה גם ביותר משתות, דביותר משתות תו אין חילוק במטלטלין.

כתב הש"ך (ד) עמ"ש"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 ה**נתיבות** (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 ה**משכנות 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 תונו 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 מלי"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) עמ"ש"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"כ 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 בידיים 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 ל**נתיבות** (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**: המשיך 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 שנודמן 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 ה**קצות** (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 דהחזרת 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 ושויא חמשא ואי הוו יהבי ליה חמשא ופלגא הוה שקיל אתא ההוא גברא ואמר אי יהיבנא ליה חמשא ופלגא הוויא 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 ה**מרדכי** 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**דרב"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 ה**ראב"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, דא"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 לתבעו 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 ה**רא"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 לתובעו לדין ולא מחל שהרי אמר בפני עדים אתבעיה לדינא, התם ודאי יכול לתבעו אף לאחר זמן. ה**קצות** (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 באונסו 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 לתבעו 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** (שם) 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

שאינ המחילה אצל הלוקח חלוטה כ"כ, דאפשר שהלוקח חושב, שהמוכר להשביח מקחו אומר כך, ובאמת שוה יותר, לכן בעינן על מנת, **והנתיבות** (שם) חלק במש"כ גבי שניהם יודעים דמהיכי תיתי נאמר דהוי כאילו התנה, הא בתנאי בעינן דיני תנאים, ואיזה אומדנא דמוכח יש כאן, **ובפת"ש** (ד) ע"פ תשובת **גליא מסכת הכריע** קצות.

סעיף ט

אם נחלקו האם השתנה השער על מי להביא ראייה?

בהמשך לסעי' הקודם, נשאל **הרא"ש** בתשובה דהא דאמרינן מוכר לעולם חוזר עד מתי יהיה זה והשיב וכו"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 ראייה, 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 ה"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 סמיך 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 דדרך 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 דאלי"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 היא 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 הדר 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 שוויו 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 לחלקי הסותר יעשה פשרה".

סעיפים י – יא

ע"פ מימרא דרב חסדא **בב"ב פג:** (בסעי' 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 גווי 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 הבקיאים בהם בכל מקום שהם, שאין הכל בקיאים בדברים אלו, לפיכך אם לא היה מכיר באותה מדינה, והוליד המקח למקום אחר, או שבא הבקי לאחר זמן מרובה והודיעו שטעה, הרי זה חוזר".

כתב ה**קצות** לעיל (א) דכתב ה**ריטב"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 דידיה 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 ה**קצות** 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 לבקיאים מ"מ לא הוי מחילה.

הביא ה**פת"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 טז

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 אינשי דאמרי אינשי 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 ה**נתיבות** (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 ה**סמ"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 שמלשון 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 מנין ובלא מדה ובלא משקל), כגון שחפן מעות וא"ל מכור לי פרתך באלו, קנה ומחזיר אונאה, והוא הדין ללוקח פירות אכסרה בסלע או בשתיים (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.

ה"ט"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 מייירי 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 בשמוהו, הלא גם כלים בכלים נמי דינא הכי בשמוהו, אולם **בפת"ש** (יב) ו**בנחל"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 ה**נתיבות** (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 דאלי"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)**.

עמש"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 דאונאה 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**. 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 מכויין 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 סע' 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 שידוע 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) "**רא"ש** -) הא דמוכר כלי תשמישו ואינה את הלוקח אין לו דין אונאה, הני מילי בשתות, אבל ביותר משתות הרי הוא כשאר כל אדם. ויש חולקים **(רמב"ם** דסתם דאין לו אונאה)".

כתב **הפת"ש** (יז) בשם הגליא **מסכת** דהרמב"ם מודה דמום 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 שויו 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 והראה 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 דקי"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 בשבילי") 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 אותו ואני מאמינך במה שתאמר שקנית אותו ואוסף 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 מהגמי 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 דא"כ היה לנו להשמיע רבותא יותר.

כתב הנתניבות (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 תוננו וחיוב 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 ואינן 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 להונות לחבירו, ועובר על לאו דלא תוננו, 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 סמיך שהרי עדיין לא ידע כמה, אלא חיותא 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 רכונה 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 והאו"י (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 דמסתמת 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 הרדב"ז והשע"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 ואו"י 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 ב' 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 הסמ"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 וקרקות", 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 אקרקות ותרווייהו משמיה דרבי יוחנן אמרו אונאה אין להם ביטול מקח יש להם מאן דאמר אהקדשות כ"ש אקרקות ומאן דאמר אקרקות 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 מאבוי ורבא ואילך הוא דפסקינן הלכתא כבתראי אבל מקמי אבוי 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 דאמרינן 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 והקרקות 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 וחז"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 מהירו', 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 דבדק 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 דאימעוט מהפס' יכי תמכרו ממכר לעמיתך' הקדש ה"כ **נמי אימעוט קהל**, והשב"י דחהו 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 נינהו, 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 השוו 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 בסעי' 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 חברו 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 בסעי' 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 דאימעית 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 (מיירי 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 } וי"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) } וי"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, ו**דלא** **כמפרשים** דר"ל אם אחד מאנה אותך ג"כ אתה מותר להונהו ועצמו דכתב, ר"ל עצמו של זה שמתיר לו המדרש לחזור להונהו, **דזה אינו** דלשון עצמו אינו משמע כן, דהל"ל מי שמאנה אותך, ועוד מאי איריא עצמו ואותו, אפילו מאנה לאחרים ג"כ אתה מותר להנותו.

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 שדמעתי 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). (רמב"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 מגי' 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] שיסעוד 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 לכבודו, אין צריך להודיעו".

כתב **הסמ"ע (ח)** דמלשון 'יסרהב' וגם אחר זה כתב ולא ירבה לו בתקרובת, יש לדקדק דדוקא בכה"ג להפציר בו ולהרבות שלא כנהוג הוא דאסור, אבל לדבר לו פעם אחת ושתים 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 ט

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 שערוותיה כדי שתראה שמינה. וכן אין מקרדין ולא מקרצפין אותה כדי לזקוף שערוותיה, ולצבוע כלים ישנים כדי שיראו כחדשים (אבל חדשים מותר לצבוען כדי ליפותם שבלא"ה הן חדשים וטובים, טור וסמ"ע). ואין נופחין בקרבים כדי שיראו שמנים ורחבים, ואין שורין הבשר 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 לישנן".

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 **הפתי"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'}. "

עמש"כ המחבר דיכול למכור בזול וכו' **הפת"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).

טע"פ 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. {ו"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

טע"פ א - ב

ע"פ **ב"ב צג:--צד.** ו**הרמב"ם** (ע"י 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. {ו"א (ר"ן) דדוקא בדלא ידעינן [ש]ערבן, אבל אם ידוע שהמוכר לא ערבן, צריך לקבל [אלו] השיעורים והמותר ינכה לו, ו"א (רשב"ם) דבידוע שלא ערבן צריך לקבל עליו הכל, ו"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 דק"ל גרמא בניזקין פטור, האי דינא דגרמי הוא ומזיק בידיים הוא והזיקו נעשה מיד), שאילו הניחו היה נמכר במדת חטים ואם תאמר יחזירנה, הרי אמרו אסור לערב כל שהוא."

עמש"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

טע"פ 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 וכר' 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 העירווי 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 האג) }".

סעיפים ז – ח

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 סע' 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 ששנה 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 כרי"ו (בב"י) 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 ובמשורה", 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 עביט 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 עושים אותו ממין דבר אמצעי, סמ"ע מדלעת מפני שהוא קל ורע למוכר, ולא משל מתכת מפני שהוא כבד ורע ללוקח, אלא עושים משל אגוז שקמה ואשכרוע (מין עץ). ואין עושים אותו מצד אחד עב ומצד אחד קצר (מפני שהעב אינו נכנס כ"כ בתבואה ועובר מעל גביו ורע למוכר והקצר נכנס ביותר ורע ללוקח, וחיישינן 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, מקנח המדות שמודד בהם דבר לח (דדבר לח הוא נדבק במדות לאפוקי מהרמ"ה בב"י דגם בדבר יבש צריך לקנח 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 שיקנח אחת ליי"ב חדש, והחנוני שאינו צריך להטיף שלשה טיפין ונדבק בה הרבה, צריך לקנח פעמיים בשבת".

סעיף ח

ע"פ משנה וגמ' ב"ב פח: (ודרשינן 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 לשה לוגין דרע ללוקח, ובהיפך הוא רע למוכר, סמ"ע ע"פ רשב"ם, ואילו לפי הטור 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 עושים 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 עושים 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 ליוזר אפילו במשקל דדבר יבש, ור"ת נתן הטעם משום דהלחות 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 הצריכהו 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 עשיות של ברזל וכיוצא בהם, צריך להיות חוטי המאזנים שאוחז השוקל בידו, תלוי באויר שלשה טפחים, וגבוהים מהארץ ג' טפחים, ואורך הקנה שכפי המאזנים תלויים בבי' ראשיו 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 מדי' 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 בי' פעמים דא"א שיצמצם כל הי' פעמים, סמ"ע). היה שוקל לו שלשה רביעי ליטרא לא יאמר לו שוקל לי כל רביע ורביע בפני עצמו, אלא ישקול לו ליטרא ויתן רביע ליטרא עם הבשר (סמ"ע: דוקא במקום שאין מכריעין, דבמקום שמכריעין לא יעשה כן, דיהיה בזה הפסד למוכר דיצטרך ליתן לו הכרע גם לרביע העודף על משקל ליטרא שהניח בכף מאזנים חנם, כי אף שהניח רביע ליטרא לצד הבשר, הלא ההכרע כולו הוא מהבשר ולא מאותו רביע משקל, נמצא דהבשר יכריע כל משקל הליטרא שהניח בכף מאזנים), שאם אתה אומר יתן חצי ליטרא ורביע ליטרא בכף אחת שמא יפול רביע 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 הטושי"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 חמשי') 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 לחריץ מזלזלין במדידתן, והסמוכים לשפת הנהר אין מודדין אותם כלל, מפני שהם של בני רשות הרבים (רש"י וסמ"ע: 'ד' 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 בידיים לא מפסדינו)."

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 להרויחן 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 והחנותיות 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 דאגודמים 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 ואבוה 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

ברייתא **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 כמלוח ברבית (דהרי השו"א אותן בברייתא, ה"ה) – ועובר על יוחי אחיד עמד, סמ"ע".

סעיף כו

ע"פ הברייתא וכת"ק בב"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: ז: "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 כד וכד".

ב"ב ט. "הנהו בי תרי טבחי דעבדי עניינא בהדי הדדי דכל מאן דעביד ביומא דחבריה נקרעו למשכיה (עור הבהמה), אזל חד מנייהו עבד ביומא דחבריה קרעו למשכיה. אתו לקמיה דרבא חייביניהו רבא לשלומי, איתיביה רב ימר בר שלמיא לרבא ולהסיע על קיצתם לא אהדר ליה רבא אמר רב פפא שפיר עבד דלא אהדר ליה מידי ה"מ היכא דליכא אדם חשוב אבל היכא דאיכא אדם חשוב לאו כל כמינייהו דמתנו", 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 כד וכד {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 וגי' 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 לאחריני 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 כמורי"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 לכופ 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 אי"י למחות. מהריב"ל - אם הדבר לסלק סכנה ונוק יכולין הרוב לכופ המיעוט לכ"ע, אפילו למ"ד דמלתא דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי יכולין הרוב לכופ 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 אי"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 לכופ המיעוט (רע"א בסעי' 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 לכופ להמיעוט) וכתב להשוות המחלוקת דודאן 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 שכונתם רצויה ונימוקם עמם, מצוי יחיד לעכב, והסברא נותנת לחלק בכך אף שלא חילקו הגדולים בזה בעצמם, ועוד כתב דאפילו היכא דמצוי 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 שתיתקם מתחילה הוי כהודאה.

עוד כתב הפת"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 מהשגיא. עוד בענין רוב מתוך כולם הביא דבתשובת פני משה כתב (ליישב כמה תשובות במהרשד"ם) 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 הברכ"י דלעולם סבר מהרשד"ם 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 עביד.

הר"ן (ב"ב קג): האריך בשיטות הראי' 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 ממש).

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"י 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"י 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 מפלגינן 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 הלוח יתרון במעות?]

ע"פ מימרא דרב נחמן ב"מ סג: גבי מאן דאוזיף פשיטי מחבריה ואשכח ביה הלוח 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 הלוח 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 איניש אחרינא מיגזל גזליה וא"ל להאי כי אתי פלוני גבך אבלע ליה בחשבון, שם בגמ'), אם הם עשיריות טעה בין חמשים לארבעים או בין ארבעים לשלשים, ואם הם חמישיות יש שרגילים למנות ה' ה', ואם היו נ"ה טעה בעשיריות 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 אומרין 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 העשיריות, שאם היו כמנינם חייב להחזיר לו שמא האחרים שהיה מונה בהם החמישיות או העשיריות נתערבו עמהם (פירוש - שאם היה לו בידו ארבעים דינרים ונותן ארבעים וארבעה או ארבעים ושמונה, אמרינן דהארבעה הנוספים הן מכח שמנה בעשיריות ולכל עשירי שמנה הניח דינר אחד מן הצד לראות לסימן כמה עשיריות מנה לו, כי כן דרך המונים, נמצא, כשמנה ארבעים דינרים הניח מן הצד ד' דינרין, ואותן האחדים שמנה בהן העשיריות נתערבו בתוך המ' דינרין 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"ך פסק דצריך להחזיר, וכתב עוד שהמלוה לחבירו ואינו תובע הלואתו אין הלוח חייב לשלם לו מאילו 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 יכל 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 להבחינו לאלתר כגון שיכולין לנסותו ולטועמו ולא הקפיד לעשות כן, והמוכר מכר לו סתם, אינו חוזר, וכתב הנתיבות (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 בשבו"י כתב דאין כאן מחלוקת כלל, דאם קודם גמר המקח היה יכול להבחינו, 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 שידוע שיש לו עוד שהות לחזור כל אימת שיצטרך לדבר, לכן כל זמן שלא השתמש במקח לא הוי מחילה. הנתיבות כתב די"ל דכוונת הסמ"ע דכמו בראה המום ונשתמש בו אמרינן שמחל, כה"ג ביכול להבחינו 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 הנתיבות (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 גאוניס הסכימו לדברי המל"מ דגם בלא מיגו נאמן בכה"ג לומר לא מחלתי, ובגללא 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 הנתיבות (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

בעיניו 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 כשהרגשת בתקלה, עם מי הדיון?

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, ² ומכל 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 ויוליך בידיו העגלה עם המשא שעליו, וצ"ע בכל זה, וכתב הפת"ש דלכ"י פשוט בדין א"י 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 ב**פסקי 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 סעי' 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, וב**פסקי 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 הנתיבות 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** בסעי' 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 איסר, מחזיר את הכלי ואינו יכול לומר לו הילך איסר 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 דלפמש"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 השבו"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 ועשנו הכתלים ועקרו דלתות הבית והחלונות (ושמעון לא ידע מזה וגמר המקח בסברו שנשאר 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 פסקינן כרמב"ם, וכ"ד הש"ך (ד).

הנתיבות (ב) חלק על סברת ה"ה ודעימיה, דלא דמי לאונאה, דבשלמא באונאה הוא פחות משויו וצריך הוא למחול דמי אונאה וכיון דלא ידע דמחיל לא מהני, משא"כ כשמכרו בשויו 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 מזוייף 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 מזוייף ועשה עצמו כמסתפק לפני הלוקח דהוי מטעהו גמור ואף אם היה לשון מחילה ממש לא מהני, ולא גרע מבי"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 - מום זה ומום אחר כלומר שפירש לו שם אותו המום לבדו ואמר ליה מום זה בה ועוד מומים אחרים אין זה מקח טעות דכיון דאותו המום הזכיר לו לבדו היה לו לבדוק אך המומים אכן קיימים). אבל [אם] יש בה מומים הניכרים, בין כולם בין מקצתם, ויש בה גם המום שאינו ניכר, כגון שהיא חיגרת וגם נשכנית, או שהיא עוורת וגם נשכנית, אין זה מקח טעות, דכמו שמחל על הניכר כך מחל על שאינו ניכר. (ט) היה בה מום אי ניכר, והראה לו וא"ל יש בה מום פלוני ומום פלוני שאינם ניכרים, ונמצאו בה אותם המומים שהזכיר שאינם ניכרים, אין זה מקח טעות אפילו היה בה כל המומין שהזכיר, שהרי לא הטעהו, שלא הזכיר לו אלא מומין שבה".

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 מום מפני שמבטלו ממלאכתו, וכן אם נמצא בו צרעת וכיוצא בו מדברים המגואלים, הרי זה מום, מפני שנפשו של אדם אוננת מהם ונמצא שאינו מתעסק לו במלאכת אכילה ושתיה. וכן אם נמצא לסטים מזוין, הרי זה מום המאבד את כולו, מפני שהמלך תופס אותו והורגו, וכן אם נמצא מוכתב למלכות, ה"ז מום ומחזירו, מפני שהמלך תופסו למלאכתו בכל עת שירצה. אבל אם נמצא גנב או חוטף או גונב נפשות (קוביוסטוס לרש"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 מום (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 המום, 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 השבוי"י חלק דלא דק, דמבואר בש"ס ופוסקים דסמפון בעבדים לגמרי ליכא וכמה משניות דשפחה היא בחזקת זונה.

עוד חלק השבוי"י דלמד בחות יאיר דמשמע מדבריו דאף בעבד ישראל אמרינן אין סמפון בעבדים, זן שגגה, 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 מום גמור אי איכא עדות ברורה להוציאה מחזקת כשרות.

טעיפים 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 טרפה, אם נודע בודאי שהיתה טריפה כשלקחה, כגון שנקבו בית הכוסות והוגלד פי המכה שאז ידוע שיש לו שלשה ימים שניקב, אם קנאה תוך שלשה ימים הוי מקח טעות וצריך להחזיר הדמים. ואם לא קנאה תוך ג' ימים, או שקנאה תוך ג' ימים ולא הוגלד פי המכה, דאז הוי ספק אם ניקב תוך ג' אם לאו, על הלוקח להביא ראיה, ואם לא, יפסיד ויתן הדמים אם הם עדיין בידו (ע"פ התוס') דכתבו המוציא מחבירו עליו הראיה פירושו 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 "וכמדומה 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 למוכרן סתומים וחתומים כמות שהן, כגון תיבות עם דפי זכוכית לחלונות או תיבות עם אתרוגים וכיוצא בזה, יש לב"ד בכל מקום לחקור אחר המנהג".

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, ולפ"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"ג), ויש חולקים (רא"ש) {דהואיל והוי דבר דשכיח הוי ליה לאתנווי (טור), (ר"ן -) ואפילו טריפה שאנו אוסרין (או מחמת חומרות הגאונים, סמ"ע) מספק (כגון טריפות דסירכא שאנו מטרפין מכח שאין אנו בקיין 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 בסימנין 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 דאינשי 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 שיודע לו המום הראשון, אם עשה דבר שדרכו לעשותו (כשחיתה), פטור, ואם שינה ועשה מום אחר קודם שיודע 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 טו

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 הבהמה 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 להתליע, 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 לישבע ישבע הלוקח שהתנה עמו לתת לו שמן טוב וצלול ושזה הוא השמן שנתן לו ויחזיר לו השמן, או ישומו כמה דמיו פחותים משמן טוב, ואם ירצה הלוקח לקחתו יחזיר לו הפחת".

ביאר הסמ"ע (לו) דמעשה היה שלא בירר המוכר טענתו, אם טען שלא הבטיחו מעולם להיותו צלול או אם טוען אמת שהבטיחתו 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 לישבע על טענתו ולהוציא, אז אם המוכר סתם טענתו צריך הוא לישבע 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 לישבע 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, דישבע 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 לכוף 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 אי 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 זווי 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 היסת 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 דאמרינן אשכחוהו למריה דתורא ושקלי יתמי זווי מיניה שנתנם המוכר מרצונו ולא שמחויב בזה, והקשה עליו הב"י דאינו מחוור דאטו בשופטני עסקינן שהיה המוכר פטור ורצה לשלם מדעתו ועוד דאם כן לא הוה ליה לתלות הדבר ביתומים ולומר דאשכחוהו למריה דתורא ושקלי יתמי זווי מיניה אלא הוה ליה לתלות הדבר במוכר ולומר דמריה דתורא יהיב זווי 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 היסת 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 דאיירי כפשוטו ולק"מ דכיון שהלוקח אומר ברי לי שהיה בו בדיל אי"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 שייך הכסף?

ראובן קנה מגוי כלי בחזקת כלי נחושת ומכרו לשמעון, אחרי זמן מצא שמעון שהיה הכלי כלי כסף מצופה נחושת, האם יכול ראובן לטעון למקח טעות ומדוע? 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 שייך האוצר? ומדוע? האם שייך 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 דווקא 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 שאמרינן 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 דאמרינן 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 שיוודע 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 והבי' 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 ראייה 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 כיוצ"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 ששוא 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 (בסעי' 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 משוה 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 פטורי", 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 נג 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 דבורא 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 לוח 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, ובזה 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 הראב"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 כו

[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 ראייה, 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^{נת}יבות (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 בשי"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 אי"כ י"ל דרובא לשחיטה שפיר הוי רוב גמור.

[עוד כתב ה**נתיבות** (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 אפי"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**, וה**נתיבות** 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 ה**ש"ך** (א) על הרמ"א דצ"ע מאי שנא מיפות ונמצאו רעות דיכול הקונה לחזור, וכתב דאכן יש לומר בכונת המרדכי דלא כרמ"א וכונתו 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 ה**נתיבות** (ד) דלא כרמ"א, אולם ה**בא"ה** כתב ליישב דעת הרמ"א דיש לחלק בין ההיא דטבעת או כלי שקנה להיא דהכא דמיירי 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 ערבם 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 טרפה, מה שאכלו אכלו ויחזיר להם הדמים, ומה שלא אכלו יחזיר לו הבשר והוא יחזיר לו הדמים. ואם מכרו הלוקחים בשר זה של טריפה לעובד כוכבים, או שהאכילוהו לכלבים, יחשבו עם הטבח על דמי הטרפה, ויחזיר להם הטבח את המותר, וכן דין כל המוכר דבר שאיסור אכילתו מן התורה".

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 דאוי, משא"כ בדיקת בהמה מטריפותיה דמספיקא עומדת בחזקה שאינה טריפה ואינה צריכה בדיקה אלא מדרבנן וכמש"כ הרמ"א בסעי' ג', משו"ה כתב המחבר בסעי' 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 וכסעי' 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 שבסעי' 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 דסעי' 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 מדאוי 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 דאוי קנסוהו, ועוד דאין אכילת האוכל מחשב לו הנאה ואדרבה מצער הוא לו שעבר על איסור דאוי 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**נתיבות** דמשמע בש"ך שם דבדרבנן אפילו המותר משוין 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 בדרבנן עבדינן עובדא והדר מותבינן תיובתא ואילו היה נענש על השוגג היאך היה מניחין לו לעבור ולקבל עונש אלא ודאי דאינו נענש כלל על השוגג באיסור דרבנן והרי הוא להאוכל כאילו אכל כשירה, והרי נהנה כמו מן הכשירה, ומש"ה צריך לשלם כל דמי הנאתו כמו בזה נהנה וזה חסר מועט, דכללא הוא דצריך לשלם כפי מה שנהנה, משא"כ באיסור דאורייתא שמקבל עונש על השוגג וחסרונו גדול מהנאתו, וכתב ה**פת"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 מדאוי אף שהוא אסור רק מספק דאוי 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**נתיבות** (ב) דהנפק"מ בין ב' הטעמים שכתב הסמ"ע לעיל לחלק בין דאוי 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 דשנינו בקידושין נ"ו מכרן 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 רב 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 דעדותן עדות א"ל התם בעינא ועמדו שני האנשים וליכא".

זו"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 דאמרין 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 ניח 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"א 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 {ווי"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 שערות (רמב"ם). (שו"ת הרא"ש -) ואפילו הוא קרקע שניתן לו במתנה (הרבנות 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 ניהו 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 בכ"ה"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 ה**קצות** (ב) עמ"ש"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'.

עמ"ש"כ המחבר בשם הרא"ש גבי שט"ח, כתב ה**קצות** (ג) דקשיא לן דהא שט"ח אינו אלא בכתיבה והיכי כתיבי 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 ה**קצות** 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. ב**הנתיבות** (ה) כתב דלק"מ קושית ה**קצות** 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 ה**קצות** 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 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 (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"ף) }."

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 זידע דלא עביד 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 דליזון 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 בגדול 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 הנתניבות (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 קונין 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 מקומו 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 זכיה זכין לו לאדם שלא בפניו הילכך זכה בשכירות מקומו 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 דאמרינן דכ"ע ידעי דקטן אין לו קנין ובודאי בדעתו תלה הדבר, ועוד כתב דכשהקטן חוזר, כשהגדיל, משלם כל הפירות שאכל.

כתב ה"ה דמשמע לכי כרמב"ם בקידושין מ"ב דאמרינן מנין שזכין לאדם שלא בפניו שנאמר נשיא אחד ממטה, ופירש רש"י וקטנים הרבה היו בנחלת הארץ וכשלא בפניהם, ואף על גב דאידיחיא 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 ה**קצות** (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 דבקרקע 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 ה**קצות** דכיון דתקנו שיהיו מעשיו קיימין במטלטלין ממילא מהני נתינת דמים שלו כשקונה קרקע להיותן 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 דבקרקע אפילו במקחן אין מקח, וחכמים לא תיקנו שיהיה נתינת דמים שלהן נתינת 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 לדאורייתא 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 מכי 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 דדוקא נכסי אביו אבל אם קנה קרקע יכול למכרו דכיון

שקנאו אם כן לא מקרבה 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' מרדכ) 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 אפטרופוס 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 ויביא 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 אפטרופוס שנעשה בב"ד וטען האפטרופוס 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 מפיש 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 יו

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 שומעין 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 דצריכין לכל 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 מחזיקינן 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"ע דגם גבי פרנסה אמרו בכתובות ס"ח שאם לא מיחתה הפסידה, וראה לקמן בקצות.

עמשי"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 דתרתיה 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 המחייבה מב"מ ס"ו במוכר פירות דקל דאי שמיט ואכיל לא מפיקין 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 זביניה 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 גבייהו חזקה דאין העדים חותמים.

סעיף טו

האם קטן יכול לתת או לקבל הלואאה?

האם קטן שלוהה כסף חייב לשלם כשיגדיל?

כתב **השו"ע** "קטן שלוה מאחרים יש מי שאומר (רמ"ה) שחייב לשלם כשיגדיל, ויש מי שפוטר (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 כמש"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 דהלוה 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 דהלוה 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 חייו, סמ"ע.

סעיף יז

[מה דין בחרש לענין מקח וממקח במטלטלים וקרקעות?]

משנה גיטין נט. "חרש רומז ונרמו, 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 כד 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 אילם וזה הרי הן כפקחין לכל דבריהם, וכתב הב"י ליישב דטעמו משום דחרש דתנן ביה רומז ונרמו במטלטלין אמרו דלגיטין אינו רומז ונרמו 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 חרש, ועי"ל דסי"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 א"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 זכיתן זכייה, דיש כאן דעת מקנה ודעת הזוכה להן דשניהן בר דעת, סמ"ע) ". וע"פ ר"ה כח. וכתובות כ. פסק בסעי' 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 לבי"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 הנתניבות (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 גדול 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 (כז) 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' שהביא והו' ר"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 כגזל 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 מכרה 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 ה**נתיבות** (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 די"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, לרבותא 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 בהדיא, 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 ה**סמ"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 מיירי דוקא מסתמא כשאינו ידוע בכמה קנאה מהמציק וכן האריך להוכיח מהסיפא 'אם אינו מאמין לרישא, עיי"ש.

כתב ה**נתיבות** (ב) דמבואר בסוגיה שהברירה ביד הבעלים האם שליש במעות או רביע בקרקע, והוסף דנראה דאפילו נוטל רביע בקרקע א"צ להחזיר לו הפירות שאכל עד שעת העמדה בדין.

עמש"כ הרמ"א 'ישראל שדחקו חביריהם' וכו' כתב ה**נתיבות** (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 ב**שו"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 אגן לא טענינן 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 והורישה ליורשיו, טוענים ליורש"ו.

הביא ה**נתיבות** (ה) שהקשה ה**רשב"א** על הא דטוענים ללוקח ראשון, דהא אפילו ראינו שלקחה מהבעלים אחר שקנאה מהסיקריקון אמרינן דמחמת יראה הקנה ומכ"ש די"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**בנתניבות** 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 כהחזק 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 קמיהו 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 ממונו, 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 לדיון, 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 שהתה בידו דהגוי יותר מיי"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 נינהו 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 סיקריקון, 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 בחינם 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 (דאיך 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 אותנו, 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 ישמין 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 בסעי' א' דכל אנס דרכו להזיל 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 נתיאש, 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 כדין 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 המקוח?

האם דין עני מהפך בחררה נאמר גם בשכירות?

קידושין נט. "רב גידל הוה מהפיך בההיא ארעא אזל רבי אבא זבנה, אזל רב גידל קבליה לרבי זירא אזל רבי זירא וקבליה לרב יצחק נפחא אמר ליה המתן עד שיעלה אצלנו לרגל כי סליק אשכחיה אמר ליה עני מהפך בחררה ובא אחר ונטלה הימנו מאי אמר ליה נקרא רשע, ואלא מר מאי טעמא עבד הכי, א"ל לא הוה ידענא השתא נמי ניתבה ניהליה מר א"ל זבונא לא מזבנינא לה דארעא קמיינא היא ולא מסמנא מילתא אי בעי במתנה נישקליה. רב גידל לא נחית לה דכתיב ושונא מתנות יחיה רבי אבא לא נחית לה משום דהפיך בה רב גידל לא מר נחית לה ולא מר נחית לה ומיתקריא ארעא דרבנן".

פירש **רש"י** "עני המהפך בחררה מחזר 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 מחזר 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 משכניו 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 ה**טור** "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** ה"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 דא"כ יפסיד המוכר, דמיד שיבוא ישראל אחד לקנותו ויפסוק עליו פחות משויו יצטרך המוכר ליתן לו דאין אחר רשאי לקנותו, אלא אפילו המוכר גוי), ויש 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 ה**נתיבות** 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 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 ה**לבוש** 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 ה**בא"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 ה**פת"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 רנט/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 ה**בא"ה** (ו) בשם מהר"א ששון דהמחזור אחר תזקה לקנותה ובא אחר ונטלה מידו אינו נקרא רשע.

כתב ה**פת"ש** (ב) שבארעא **דרבנן** הסתפק האם הנקרא "רשע" הוא 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 ה**פת"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 מהנד, 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 ה**פרישה** (**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 ה**פת"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 ה**ר 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 הוא 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 כדאמרינן 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 עוות 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 בע"ה 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 לבע"ה שיש לו מלמד אחר בביתו, אם לא שיאמר בעל הבית אין רצוני לעכב המלמד שלי, אבל אם שכר בעל הבית מלמד אחד, יכול בעל הבית אחר לשכור אותו מלמד עצמו", 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 ועינו אין מלמדים שוין וה"ל כדבר שאינו מצוי.

כתב הנתניבות (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"י 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 אזמן אי 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 לפנינו (דזכין לאדם שלא בפניו, סמ"ע) (וכאוקימתא דרב אסי בב"מ י"ב בשטרי הקנאה דהא שעביד נפשיה וכרי"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' בב"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) דאלי"כ איכא למיחש שמא כתב ליתנו לו בניסן ולא נתנו לו עד תשרי ואזל וזבנה לאחרני בני בני ואזל האי ומפיק לשרא 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 כאביי דעדיו בחתומיו זכין לו הלכך גם בלא קנין כותבין לו שטר ומקום הדברים בסימן לט/כג. כתב הנתניבות (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 בני בני 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. הנתניבות (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 ונתנית השטר הוא כקיום התנאי, וכיון שזוכה למפרע בנתנית 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 ניחא 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 לקושי' 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 הנת"ב (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 כתבינן 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 ה**רמב"ם** לפסוק כרפרם דקרקע בחזקת בעלים הראשונים עומדת (ר"ן) וה**רמ"ה** פסק כרב אחא.

כתב ה**רא"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 דמיינן אהדדי דבכתובה שדרד 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 ניחא 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 ה**רמב"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 ה**סמ"ע** (ד) דמש"כ הרמ"א בסעי' 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 ה**סמ"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 בב"ד.

עמש"כ המחבר בשם הרמב"ם 'כל הפירות שאכל הלוקח מזמן ראשון עד זמן שני' כתב ה**סמ"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 עדין 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 ה**נתיבות** (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 בבית אחת מ"מ הא מילתא לא שכיחא ודינא דשודא שכיחא טפי) {וי"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, וי"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 יתנוננו)".

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 הנתניבות (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 ידעינן 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 א"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 כלבוש 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 לאחרני הכא קא חייב לאחרני, 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 דכולהן '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 בידיעה 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"א (ראה סימן קפט"א) וכ"פ בשו"ע בשינוי לשון¹ מחל לחבירו חוב שיש לו עליו או² נתן 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"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"ך 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 משכונו, 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 יצחק³ 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"קרוב 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 סעי' ג' לקמן וסעי' 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 דתמהו 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 דלעיקר 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 אי 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 "י"א שכשם שהמוכר צריך לסיים הממכר כך הנותן, כיצד, הכותב לחבירו קרקע מנכסי נתונה לך, או שכתב לו כל נכסי נתונים לך חוץ ממקצתם, הואיל ולא סיים הדבר שנתן לו ואינו ידוע, לא קנה כלום, ואינו יכול לומר לו תן לי פחות שבנכסך, 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 מסויים {וע"ל ריש סימן ר"ט וסימן ס' ס"ב מדין זה}."

כתב הב"ה בשם ה"ט"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 סיוס 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 הויא מתנה לאותו דבר, והוכיח כן מנדריים 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, הויא 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 (יוז) 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 הר"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 הר"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 בנדריים 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 בעיני 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 דידיה קנין הגוף בשעה שמשתמש 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 הר"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 אינש לולבא לינוקא כו', היינו במקנה בסתם בלי שום שיוור 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 ששיר 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 שיוור 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 הר"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 שתחזירהו' או 'על מנת שתחזירהו לי'?

ע"פ **ב"ב שם והרמב"ם פסק בשו"ע** "לפיכך הנותן שור לחבירו וא"ל על מנת שתחזירנו, והקדישו והחזירו, הרי זה קדוש. אבל אם א"ל על מנת שתחזירהו לי אינו קדוש, שלא התנה עליו שיחזיר לו אלא דבר הראוי לו".

כתב **רע"א** דבלא אמר 'לי' אם המיתנו בידים והחזירו כתב הרב המגיד שהוא ספק אם מקרי חזרה והמלי"מ הכריע דלא מקרי חזרה (וראה בסעי' הבא).

הקשה הנתניבות (ה) על הרישא דמחבר דבהקדישו והחזירו מוחזר, דהא מבואר ברא"ש בסוכה כנ"ל דאחר שיצא בו מחויב ליתן לו במתנה בשעת חזרה, והביא ראיה מהא דאמר לא ליקני איניש לולבא לינוקא ביומא קמא, ולפ"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 ומחזר 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 דמייירי 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 בני"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 שתחזירהו 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 שתחזירהו לי או אמר סתם שתחזירהו, 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 להחזירה לנותן לו לזמן ידוע ושעבדה לאחרים בעודו ברשותו, שעבודו 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 שתחזירהו סתם דלא צריך מידי דחזי, שפיר מתקיים התנאי בחזרה שהחזיר ושעבודו ושעבודו 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), בנינו (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 דבניו נותנים לו, דדוקא בעל מנת שתתן, משא"כ ב'אתה' תתן דאין בניו 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 דבניו 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 דוקא 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 הנתניבות (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 הנתניבות 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 ר"י "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 כן 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 דידיה 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 להדיוט 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 שתחזירנהו '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 מוצון, 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 ה

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 דידיה נעשה גולן או שואל למפרע וחייב, אבל כשלא נשתמש בו כלל, ודאי דלא הוי רק כשומר חינם ואינו חייב רק בפשיעה, ואם המיתו בידיים 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 שתחזירנהו 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 עי"ש.

הקשה הנתיבות (ט) עמש"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 כשימש 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, אי"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 ט

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 איחי 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 ואמרינן 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 דלכי 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 דמייירי 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 לתוסי' 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 שיחזירהו אלא שמתנה על מנת להחזיר דהיינו באופן שיהיה 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 להו 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", ובהו ביאר דברי הסמ"ג במצות נטילת לולב דכתב שצריך לזוהר 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 **בחמדת שלמה** חלק על הקצות.

כתב ה**נתיבות** (יא) כמה דינים מדיני תנאים, וביניהם בשם הבית הלל ושאי"ח דהמנהג דבקרקע 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 ונדריים 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' והרא"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 כתובו לא חשיב סתמא וכשר לפר"ח, ולפיכך מה שנהגו לכתוב בשטרות מתנה זו כתבוה בשוקא וחתמוה ברא 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 דידיה 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 לירשים.

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 אותה 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 אי"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 כתובה 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 אי"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, אי"כ הכא די"ל דעושה כן מחמת חניפה אי"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 כמודעה (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 מודעה 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 לההיא 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, בגמי ולקמן רמא/יא) אינו מקבל (והדרא למרה ולא הויא הפקר, נ"י) {הג' מרדכי -} ראובן שנדר מתנה לשלוחו של שמעון יכול שמעון להוציאה מראובן דשלוחו 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 שליח מתנה הרי הוא כשליח 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 לעניי הדר אמר נתביה ניהלאי אמר רב יוסף כבר זכו עניי ואף על גב דליכא עניי הכא אן יד עניי אן (קצות): אדרבה משם משמע דאי לאו יד עניי הוי איתיה בחזרה ונהי דכתבו הראי 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. נתבנות: 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 ה^יורשים 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** סעי' 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 דאלי"כ ה"ל כדבשלב"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).

< סעי' 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 ותבטל 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 לכתובה 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 הלבוש 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 כדון 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 שכתובה 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 שאמר 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 ה

ע"פ תוס' ב"ב עז. בשם ר"י והרא"ש (שם) פסק בשו"ע "אפילו אם מכר שדה 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"ו) 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 דמוחה בעדים מלכתוב לו השטר כדי דלא ליפקו עליה קלא דמכר נכסים, גם הן יזהרו למלאות רצונו ולא יפקו קלא ולא ידעו לקוחות ליהרהר, 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 בכתובת השטר, אבל במכר אפילו סתמא וגם מוחה בכתובת 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, ולפ"ז אם הוא תוך זמנו גובה ממשעבדי.

סעיף ו

ע"פ ר' יונה פסק בשו"ע "יש מי שאומר דהא שחוזר בשטר היינו דוקא כשאומר לאחרים זכו לפלוני, אבל אם אמר ללוקח או למקבל עצמו זכה ואכתוב לך שטר, כיון שזכה אינו יכול לחזור מלכתוב את השטר", 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' וצ"ע.

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 לחברו 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**הנתיבות** (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 דשלב"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 כמשי"כ הר"ן, וכיון דלא עשאן שלוחין רק נגד לזכות בשטר וכיון דהשטר הוי דשלב"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 ויקנהו 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 לידי, 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"ה ור"ג, אולם הש"ך (ד) חלק דבהדיא מוכח בש"ס ופוסקים דבאין בן 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 נפשית 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"ט) חידושי חת"ס ובפת"ש (ד) ציינו למג"א בסימן תמ"ח שחולק על זה.

סעיף טז

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 ממכרן ממכרן 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 ועי' נתיבות ז'). פחות מזה, לא לעצמו ולא לאחרים" - מיהו גזל מפני דרכי שלום יש בו אפילו במציאה וה"ה בשוטה, וכטושי"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 מתירוץ 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 שתם 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, וראיה 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 כשליח, 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 (עייני"ש), 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 דנחתינן 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 **בקצות** (ה) כתב דהעיקר כפוסקים לחלק בין מתנה למציאה, ומה שכתב הש"ך דאין סברא לחלק, כבר הוכרחנו לחלק בין מציאה למתנה בענין עוודר 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 מצרור 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 דצרור 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 ה**נתיבות** (י) בשם המחנ"א דקטן שמזכה לגדול ע"י אחר לא עשה כלום דלמד כן מהמשנה בב"ב י"א דראה אותן רצין שאי אפשר לזכות לחבירו א"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 ה**נתיבות** (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, ומשו"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?

ה**קצות** (ד) הביא דכתב **הקונטרס מים חיים** לפר"ח דמותר ליתן לכהן קטן פדיון חמש סלעים ⁰מהא"י טעמא דדעת אחרת מקנה אית ליה לקטן זכיה מן התורה ע"פ הרא' דהכא, והביא ראייה 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, וה**קצות** כתב ⁰דלא שייך במתנות דעת אחרת מקנה דכיון דק"ל 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 ראייה 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 בירושה 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 טרתו שלו מדאין 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 בב"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, ³ וְעוֹד דְכִיּוֹן דְקִיּוּל פֶּרְעוֹן בְּעִיכ שְׁמִיה פֶּרְעוֹן, א"כ במתנות כהונה נמי אפילו בע"כ שמייה נתינה וא"כ ממילא גם בנותן לחש"ו נפטר, ועוד דלפי טעמא ביבמות קי"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 שמייה נתינה לא אמרו בע"כ שמייה 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 שמייה פרעון, משא"כ הכא בפדיון בכור (ודמי להא דאמרינן 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 מתנסי' 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 קי"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 כלבוש 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 לכשיתגיייר, אלא ודאי מחוסר מעשה לא חשיב אתי לכלל, ודוקא קטן דאתי ממילא לכלל שליחות, ומהאי טעמא הוצרך הרב המגיד להביא ראייה (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' 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 שבעי) 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 א"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 פודין אותו הרי הם מזכין המעות לקטן דזכין לאדם שלא בפניו, וא"כ הרי הם פודין 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 רשאים 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 מייירי 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 דאמרינן בחולין י"ב דהאומר לשלוחו צא ותרום ושמע איניש אחרינא ואזיל ותרום דאין תרומתו תרומה י"ל דדווקא התם דאיכא למימר דדעת בעה"ב דשלוחו דוקא יתרום משום דיודע ומכיר באיזו מדה רגיל בעה"ב לתרום בעין יפה אבל בהפרשת חלה בזמן הזה דהכל שוין ליטול בכזית ולשרוף אין לומר כלל קפידא, והא דאמרינן בב"מ כ"ב כיצד התרום 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 דחזינו מיניה דניחא ליה ובעינן למימר דלמפרע הוי שליח, הא לא מהני משום דבעינן 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"ז והוסיף דאפילו ליכא קילקול העיסה מהני הפרשת משרתת משום זכין לאדם שלא בפניו.

אולם הקצות חלק ע"פ הרשב"א בנדריים 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 אמרינן 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 זכות ¹ דלא אמרינן 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 קילקול עיסה חשיב זכות, דהא ² 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 אמרינן 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 כשמוכה עיי אחר אפילו בקטן מהני אפילו עיי קנין סודר.

ברשימות שיעורים (ב"מ כו.) כתב דמבואר ברמב"ם (שנפסק בשו"ע בסי' רלהו 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 מדן 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 חליו 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 רלהו 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 כרחא 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 ה**רא"ש** דפסק כלישנא בתרא דמר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי או כלישנא קמא וקרבי יוחנן, עיי"ש בגמ', וכ"פ הרמב"ם (וראה בסימן רמ"ג בסמ"ע סקל"ח ובש"ך סק"יב עוד בדרך הלימוד בגמ').

ז"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 שנתרבתה 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 שייך לחלק בין קטן לקטנה בזה דדוקא לענין חצר מחלקינן 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, ונעוד 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 וזכה 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 אותנו 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 בצידו, 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 ור"א ש"ס 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 גבייהו 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 דאינן 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 ורמב"ם דלא פסקו כרב פפא בב"מ י"א לא קנה כלל אפילו במתנה, ולר"א ש"ס 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 שיקנהו במתנה ונכנס בפתח אחד ויצא בפתח השני ובעוד החפץ באויר חזר בו ראובן האם קנה שמעון? ומה הדין כשזרקו ראובן מגגו לחצר שמעון וחזר בו בעודו באויר האם קנה שמעון?

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 ואמרי לה רב אדא בר מתנה לרבא ואמרי לה 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 הר"א ש"ס 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 תיקו 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 הבי"ד 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 רבג 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 א"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 כרחה ומיד כשיגיע הגט ליד השליח הרי הוא כאילו מתגרשת, הלכך לא הוי מילי שהרי השליח יכול לגרשה בעל כרחה

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 להוליך 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 דלכן 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 לוח או מכר שיכולין להעיד או לכתוב עדותן, הא ודאי כל מה שהוגד חוץ לבי"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 לוח הילכך פסול עד מפי עד, כיון דלא העידו הראשונים בפני בי"ד הוי עד מפי עד, אבל הכא שנים 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 לבי"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 לפלוני 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 מירשיו?

האם לשון נתתי או אתן מועילים בקנין? ואם מת הנותן האם מוציאים מירשיו?

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 אנפשמ 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 עליהו כל צד אם יחזור בשידוכין, ומשו"ה המנהג דאין מוציאים מהחוזר 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.

עמשי"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'ו עמשי"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' דאיירי 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 אתננו לו מעכשיו, בין בשטר בין בקנין קנה לאלתך...".

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 שליט, עד שיוודע הדבר היאך הוא (חיישינן שמא זיכה לו ע"י אחר, ופירש הר"א 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 הר"א 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 האי, והא דלא אמרינן הודאת בעל דין דהנותן כמאה עדים דמי, משום די"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 היסת 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 היסת 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 ראייה גמורה משם די"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 רימו 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 שבת 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 דמיירי 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 בידיים 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 דמיירי 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 דאמרין הוכיח סופו על תחילתו ונשארה ביד הנותן, וכתב הרב המגיד דפסק כדין ספק ע"פ חולין ל"ט דאמרין התם לא אמרו בו היתר משום כבודו דרשב"ג ולא איסור משום כבודו

דתי"ק וכ"ד העיטור בשם הגאונים) - לפיכך אם קדם אחר זוכה 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 זוכה 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, והיי"ל לאחר שחזרו ותפסוהו הבעלים הראשונים מיד זה שקדם זוכה שוב אין שום אדם יכול להוציא מידו, ואפילו אם אותו שקדם זוכה 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 (ודלא 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 לנוותן אלא קנהו המקבל, ומכח שאמר איני מקבלה או אי אפשרי 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 שזכה המקבל בכל ענין".

הסמ"ע (כב) כתב ליישב דעת המחבר מדברי הרמ"א 'לא ראיתי', דהאי י"א הוא הרא"ש דס"ל דהלכה כתי"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 שזוכה 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 לאחד 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** והש"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 ונדחית 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 – 1

[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 כרז"ה 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** דפסקינן 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 פסקינן כרבי יוחנן בן ברוקא דאמר בדף ק"ל אם אמר על מי שראוי לירשו דבריו קיימים, וה**רשב"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 הר"י 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 די"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 י"ש 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' די על מש"כ דאם הקנה לו בקנין כו' קנה די"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 די 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 ה**רא"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 ה**רא"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 – טז

כתב בשו"ע (יב) "הכותב כל נכסיו לאשתו, לא עשאה אלא אפוטרופוס; ונתבאר פרטי דין זה בטור אבן העזר סימן ק"ז". כתב ה**רא"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 ה**סמ"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 ה**שו"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 חייו פלוני הרי זה אוכל פירות כל זמן המתנה כמו שביארנו (רמב"ם, וראיה מנותן בפירוש ע"מ להחזיר ובודאי דלא עדיף סתמו מפירושו, 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 ללינה ולארוחה, למחרת, הגיש שמעון לראובן חשבון ותבעו לשלם לו עבור הלינה והארוחה, ראובן סירב וטען שקיבל את ההזמנה משום שסבר כי מדובר במצות "הכנסת אורחים" ללא תשלום. מי צודק? 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 לשלמו (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 לאחיך 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 דידיה 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 פטרו, ואי משום דעביד מדעת בעלים, גבי נהנה ודאי חייב דלא גרע מיורד לתוך שדה חברו ונטעה דודאי חייב, והסכים לדבריו ה**נתיבות (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 בגברא דלא עביד למיגר דזה לא נהנה אלא דחצר דקיימא לאגרא וזה חסר, וכיון דאומר לו דור בחצרי פטור כיון דעבד מדעתיה, אבל גברא 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 ה**נתיבות (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 שהקראו 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"ג), 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) "עיינן 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"גה "מי שפירנס 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"כ 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 שמיעא 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 שפירנס 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 שפירנס 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 דבחייו 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 דיח 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 שבניו מן השניה יטלו הוי כמקנה לדבר שלא בא לעולם דלא קנו, ותירץ בשם חידושי אנשי שם דכתב זה למ"ד דס"ל דאם אמר בפירוש לכשאמות דקנה, ולפ"ז לדין, 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 ה^נתיבות 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) בכללן (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 ברא 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 א"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 כן.

[האם הלשון 'בני בניו' כולל דור רביעי?]

כתב הפת"ש (ב) דבתשובת המבי"ט הסתפק אי דור רביעי הוי בכלל לשון בני בניו, וכתב השבו"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 בצואה 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' 'והכרתני לבבל שם ושאר נין ונכדי 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 צוואה שכתב בה "לנכדיו שלו נישאו" דאינו כולל נכד שנשא אף שנפטר אשתו בחיי הנפטר, ואינו כולל נכד שנולד אחר כתיבת הצוואה.

בנו"ב דן בצואה שהניח קרן קיימת ופירות ללומדי תורה עד בני רבעים מזרעו ואח"כ יופסק דבר זה ויחולק הקרן בין 'נכדיו דור רביעי' שיהיו 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 בפייהמ"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 שפרטו החשיבו, אלא עיקר טעמיה דרב יוסף לומר שכוננתו 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 ומחצה 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 שאם ימות אחד מהן יחזרו הנכסים לקרוביהם, קרוביו נוטלין החצי וקרוביה החצי (הגה"מ)".

שכיב מרע שאמר נכסי לקרובי או לקרובתי מי נכנס במסגרת קרובים?

כתב הב"י בשם הריטב"א (בני"י) דהאומר לקרובי או לקרובתי 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 לבי' 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 לבי' 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 לפום הקורבא ולפי רוב העניות גם את זה לעומת זה. עוד דן שם בתשובות אחרות באמר בלשון הצוואה 'דיזעס געהערן אן מיינע ארמע פערואנדטע' [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

קו"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 וירושא 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 (כגאונים, 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), וירושא 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 דירושא 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 נתן 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"י 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 ה**ש"ך** (ה) דהגירסא בסיפא גבי שלישי היא 'או שאמרי' (ודלא כסמ"ע ז', נתיבות) כלומר דכשנותן המעות ע"י שלישי אפילו אמר סתם בלשון מתנה מהני וכ"ד הב"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, וה**נתיבות** (ו) חלק דלא שייך בזה מצוה לקיים דברי המת כיון שלא זכה זה אלא מכח הראשון.

כתב ה**נתיבות** (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 שתיעקר הירושה ממנו, מי מעקרה באומר לא יירשני בני, מידי מששא אית ביה וכו', אך כתב ה**נתיבות** דמסתימת הפוסקים שלא חילקו בזה, משמע דאין חילוק, עיי"ש.

כתב ה**פת"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 ואחריך 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 ה**רמ"א** ע"פ תשובת ה**רשב"א** "וכן אפילו הקדישה אחריו של ראשון אין להקדש כלום", וכתב ה**סמ"ע** דמשא"כ אם התנה באם יצא בנו מהבית יזכו בו עניים אזי מיד שיצא מהבית זכו בו עניים כ"כ בתשובת ה**גאונים**, ודלא כב"י דתמה על תשובה זו דכיון דחשיב להאי מילתא כאומר נכסי לך ואחריך 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, וה**דרכ"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 ה**רמב"ם** פסק ב**שו"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 הלקוחות, 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 הלקוחות (לאחר י" שנים, סמ"ע) שהרי לא נתן לו מתנה גמורה רק לזמן (ר' יונה, אולם דעת ה**רמב"ן** כיון דהנותן סילק נפשיה לגמרי מנכסים אלו הוי כמו אחריך לפלוני ואם מכר ראשון מכרו מכר, קצות)}".

עמש"כ הרמ"א בשם הרב המגיד דכן דין השלישי עם השני, כתבו **הקצות (ו) והנתיבות (ז)** דהרמב"ן כתב דהיינו דוקא באומר ואחריו לפלוני ואחריו לפלוני, דבזה כי אתי שלישי בתר שני דוקא, ואם מת שני בחיי ראשון יחזרו ליורשי ראשון, אבל באומר נכסי לך כל ימי חיך 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 אקניתיה 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" **וביאך 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"ן), והביאו הסמ"ע (טו) וביאר סיפא דדבריו שכתב 'אע"פ שיכול ליתנו לשאר בני' 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 בחייו 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 ו'מעכשיו' 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 עי"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** ו**טור** 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** ו**טור** ולקמן סע' ט). אמר נכסי לפלוני ואחריו ליורשי, והיה לו בשעת הנתנה 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 ולירשיך 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 עמשי"כ 'אבל מה שכותבין' דזה דברים חלוטים אלא עמשי"כ לפני כן גבי 'ואחריו ליורשיך מעכשיו', **פת"ש**)).

עמשי"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 והנתנה 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 והרמב"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, דנשאר הנכסים ביד יורשי ראשון, ואם לא היה לו בשעת אמירה והנתנה 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 הב"י) התנה שירשי 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 לאחר 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 ח"י** 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 בתרומות 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, וחזין 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 למכרו, 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 "ראובן שנתן מתנה ללוי והתנה עמו איזה תנאי ואם יעבור התנאי יהיו הנכסים של שמעון [מעכשיו], ואח"כ נתן שמעון כל זכות שיש לו במתנה זו ללוי מעכשיו, ומת, 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 שהלוח 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 דאביי **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 זבינה 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 דנפק 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 בינכסי 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 דהאינדא 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 מוציאין 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 וקרקות 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 זווי איקרי נכסי כו' שטרא איקרי נכסי כו', ואי נימא דהא דזווי 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, וזווי 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, ובשבוי"ה 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 א"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 דאמרינן 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 חיתו ובהמתו לבנו לא כתב לו את הכוי, וברמב"ם פירש דר"ל חייטו או בהמתו מש"ה הממע"ה אבל בכתב לו שניהם קנה ממנו"פ וכן הוא לפירוש הר"ש שם למאי דפסקינן בנדריים י"ט דמעיל בספיקא, וכתב רע"א דצ"ע דהשמיטו הפוסקים משנה זו.

כתב **רע"א** ע"פ רשב"א ושב"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 דקיי"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 שיעבודיה 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 וליישב הגמ' בחולין צ"ג דמוקמינן ההיא דשולח אדם ירך לגוי כרבי יהודה") או אם יש בו בדבר משום דרכי שלום (תוס' שם ליישב הא דאמרינן בעירובין ס"ד דאמר ליה להווא גוי טול גלוסקא ואע"פ שלא היה מכירו, דשאני התם שהיה מתלוח 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 בסוברם 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 אליעזר 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 אליעזר רבי יהושע אומר לקטן אמרו קל וחומר לגדול", וכתב הב"י "ויודע 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 הנתנה 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 לבי"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 ואחריך 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 אחריך, 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 בסעי' ד, מהרמב"ם ומטוש"ע בס"י קכ"ה ורנ"א וראה לקמן סעי' 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 אגן 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 בחליו**, 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 בחליו יכול לחזור**, ודייק כן גם בדברי הסמ"ע בסימן קכ"ה דבעינן דוקא שמוציא הממון מתחת ידו ובלא"ה אפילו בחליו 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 דהלן 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 ליה 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 אמרינן 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 אמרינן 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 ביד, 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 אמרינן 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 נשאר לו שכ"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 אפשר אין מבטלין ההקדש וההפקר והחילוק שחילק לעניים שהרי אנו באין לבטל מעשיו מכח אומדנא ואין מבטלין מעשיו אלא היכא דבריר לן האומדנא ובספיקא לא אמרינן 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 דדווקא 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 נשאר 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 בנדריים 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 כדין 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 דחוזר דווקא 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 עצמם 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 דדווקא כשחוזר בפירוש מהני אבל לא נתבטל ממילא כשעמד. עוד כתב דדוקא אם עמד חוזר, אבל כשחזר בחליו ומת אח"כ לא מהני החזרה, דהא במכירה בעינן קנין בריא במעכשיו כמש"כ הסמ"ע בסק"ב.

סניף ד

מה ההגדרה של שכיב מרע ומה דין מתנתו? (וראה גם סע' ה')

באיזה מקרים גם במתנה במקצת דינה כמתנת שכיב מרע? (וראה גם לקמן ז' ו-ט')

[מה הדין אם שייר השכ"מ במתנתו ובאיזה שיוזר 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 סמיך עליה מטלטלי נמי אי קאי סמיך עילויהו". דעת הרי"ף דאפילו כל שהוא בין בקרקע בין במטלטלי דבדף ק"נ ע"ב אמרינן 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 אלקים 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 הריוח, ובעל העיטור כתב דבעינן כדי פרנסתו אלא שנסתפק בשיעורו דאיכא למימר כדי פרנסתו לייב חודשים כדאמרינן גבי נכסים מרובים. הסמ"ע (טז) כתב "קצת טעם" לסייעת 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 דאמרינן 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. {וי"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 בכולהו 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 מחליו 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 בכולהו 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 בייב 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 שיור 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 השיור ששייר
דלא חשיב שיור ואילו מהני משמע דאפילו חייב לאחרים נגד השיור חשיב שיור, וכתב דנראה דכל חד לשיטתיה, דהרא"ש ס"ל דבעינן שיור כדי פרנסתו ולפי הסמ"ע כלומר שיתפרנס מהריוח כל ימיו ולפי"ז כשהבע"ח יטלו ממילא לא ישתייר לו כדי שיתפרנס מהריוח, ואילו הניי אזיל כרי"ף דס"ל בשיור כל שהוא סגי א"כ אפילו חייב לאחרים נגד השיור 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 שירויח 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 כבריא לכל דבריו במקחו וממכרו ומתנותיו, אבל החולה שתשש כח כל הגוף וכשל כחו מחמת החולי עד שאינו יכול להלך על רגליו בשוק, והרי הוא נופל על המטה, הוא הנקרא שכיב מרע {אע"פ שלא אמר שמצווה מחמת החולי (תשובת הרשב"א)} " וכתב ה"ה דכן נלמד מדף קני"ג 'ההוא מתנתא דהוה כתב בה כד הוה קציר ורמי בערסיה' דמשמע דהנק' היא משכב במיטה [וכן דייק בקרית מלך מדף קני"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 ולא 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 לעוות 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. 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 בכולה 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 לזוהר בצוואת שכיב מרע שלא לכתוב בה שנתן במתנת בריא או מהיום אם לא צוה כן, ואם צוה כן 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) דאיירי 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"י ומהכי 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"י "המפרש בים והיוצא בשיירא והיוצא בקולר והמסוכן, והוא שקפץ עליו החוליו 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 דישראל 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"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 דמתנת 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 נשאר 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 מבטלין 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 אי 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) דמיירי 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 במקצתן, 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 האי בטל עד שקנו ממנו. (בשם הרמב"ן –) כתב נכסיו מקצתן לאחרים ומקצתן 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 מקצתן 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 מקצתן 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"ך), 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 שליח 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 הצואה שכל מי שיבוא לערער על הצואה 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 כבסימן 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 שביטא מיתבא יתיב וגם ראובן נהנה בדירת שמעון ולכך יכול לדור בו שמעון, אמנם אחר הבא לדור בו ודאי דיכול ראובן למחות בו, דבערער כזה אינו כמערער על צואת 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 כירשין המערערין, וכל זמן שהוא אינו מערער לא מבטל התנאי.

סעיף יד

היאך דין מצוה מחמת מיתה בקנו מידו ובזכיה ע"י אחר?

ע"פ ה**נ"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"ז}, 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 ה**נ"י** בהדיא דאפילו באומר ווי דקא מית לא מהני)".

עוד כתב ה**נ"י** אהא דאמרינן דמצוה מחמת מיתה אפילו בקנין וזיכוי חוזר דנראה מדברי ה**רא"מ** דמחיים אפילו לא עמד חוזר, אך ה**רא"ה** וה**ריטב"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 ה**רא"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 כמהר"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 אם 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 שכתובת 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) עמשי"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 פירושו 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 שיקנהן אחר מותו אגב קרקע, וס"ל לרשב"א זה לפשיטות דאם היתה דעתו שיקנהן לאחר מותו אגב קרקע דלא קנאן דאין קנין לאחר מיתה ונשאר לפנינו לומר דדעתו היתה שיקנהן 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 (נד) 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 הצוואה שיכתבו הצוואה 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 לזכרון בעלמא וגמר להקנות לו מיד, ואין צריך יפוי כח (וגם לא בעינן שבא השטר צוואה 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 מיוורשו 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 שלישי {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 לידיה, 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 ירכו (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 שהלוח הפקידו אצלו לזמן מה עד שיאמר לו מה יעשה לפי שכותבין שטר ללוח 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 שכ"מ הנ"ל שמא כתב ונמלך כך חיישינן בשט"ח שמא כתב ללוות ולא לזה ומשו"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 אמרינן התם כאן נמצא כאן היה, וכתב דשאני התם דהנתבע בעצמו חי וטוען ברי שלא היה לו אז מדבר שנתן ולכך נאמן בשבועה, ובטושי"ע קיב"ג דכתב המחבר פלוגתא בזה והרמ"א כתב דהסברא הראשונה דס"ל דעל המקבל להביא ראיה עיקר וא"כ תימה 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 אמרינן 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"ג 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 מחזקינן 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 מדכתבי 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 מידיהם 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 כדאמרינן 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 משמשו 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 שכיב מרע בכולה היה ורוצה לחזור בו, ואפילו נכתב הקנין ביפוי כח כדרך הקנינים שעושין בשכ"מ בכולה, אפ"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 דבירושם 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 אפ"ה אמרינן 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) "דהוא דהוה קא שכיב ואמרו ליה נכסיה למאן דלמא לפליגא 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 מנכסין (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 דאוי דאלימא כח יורש אם ראוי ליורשו שהתורה זיכתה לו כדכתיב ביום הנחילו את בניו אפ"ה אמרינן אלמנה נזונית מנכסי היורש, **במתנה** דרבנן כי הך מתנת שכ"מ 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 שוויה 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 יורשי 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 בטר 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 מיתה {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 לגבותן 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 ולר"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' קלי"א גבי כתובת בנין דכרין 'אינון ירתון ולא יסבוני' 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 ושמעיה אשתו ולא מיחתה, ואח"כ חזר ונתן ואז

מיחתה אשתו?]

כתב הרמ"א ע"פ המרדכי בשם ראב"ן "ואחד שנתן במתנת ש"מ ושמעיה 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

שעוה 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 מוכרה מעכשיו", ופסקינן כרב נחמן כר"מ דכוותיה בדיני ודלא כרב יהודה, וא"כ מצוה לקיים דברי המת, וכתב הב"י דבגיטין 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 לירשיו 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 דבקטן 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 אותו, 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 קז/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 דפשוט 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 נתייאשו 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 הנ"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 וש"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 השלישו, 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 השלישו 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 עליהו דידהו רמיא לקיים משום מצות כיבוד אב ואף דקיי"ל בקדושין ל"ב כיבוד משל אב ולא משל בן,¹ י"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,² גם נפק"מ במצוה לאחד משאר יורשיו דלא שייך כיבוד אב, גם במצוה לבניו נ"מ,³ דמשום כיבוד אב לא כפינן להו ומדין מצוה לקיים דברי המת כפינן, אך למעשה נשאר בצ"ע, ד"ל כיון דירשו הממון הוי ממון שלהם ואינן 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 לדין (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 שכי"מ, 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, "ואכתתי 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 כ"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 מהראי' 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 שהתפיס דבר מיוחד לצדקה שהדבר גופיה נתפס בצדקה וכבר נתקיים הנדר שנדר כדמוכח בנדרים דף ז'. עוד ראה בזה מש"כ בפת"ש בסימן רנג 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 (גרי"א) "שכיב מרע שאמר תנו ק"ק זו 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' זו 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 בעירו, ואפילו היתה אותה צדקה מונחת ומופקדת ביד אחר, יתנו אותה ליורשים ויודיעום שכך 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 לכוף אותן ולתובעם שיקיימו צוואת המת, ואע"ג דעוברים וגוזלים העניים, מ"מ מקרי ממון שאין לו תובעים, הואיל ויכולין לחלק לכל מי שירצו".

האם אמרינן מעוה 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 השבו"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 לפי דעת דעת אמו שלא תיטרף דעתה, ופסק דמצד מצוה לקיים דברי המת לא אמרינן 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 אמרינן מצוה לקיים דברי המת משא"כ בשאר מילי דמשמעות הפוסקים דאף בלא היה אז בידו להשליש אפי"ה לא אמרינן מצוה לקיים דברי המת, אך מצד החסד לפנים משורת הדין ראוי לקיים גם בשאר מילי אך אין כופין על לפנים 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 דלכי 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 השבויי 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) [ודחה ראיית השבויי 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 ביתו 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 למ"מ.

וז"ל **האחיזר** (ג,לה) צוין בפסקי במשפט כאן) "המורם 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 כדון, ורק שהמצוה עשה שלא כדון 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 שצויה ליתן מתנה לנכרי לא מהני שזה כמי שצויה לעבור עבירה מנכסיו, וכיוצ"ב כתב המהרי"ט.. במי שצויה 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 הנחילן 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 ה**טור** "חולה שצוה לפני שלשה.. נעשו כדיינים.. בד"א ביום אבל אם צוה לפניו 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 ה**רשב"ם** דווקא שלא נכנסו להעיד אבל אם נכנסו להעיד או שאמר להם אתם עדים או שכתבו הצוה בתורת עדות שוב אין יכולין לדון א"כ יעידו אחרים בפניהם, ור"י פירש שאין חילוק ולזה הסכים ה**רא"ש** ז"ל (ועיקר הדברים בסימן ז'). ופירש עוד **רשב"ם** דאיידי במתנת ש"מ במקצת קנין, וכתב ה**טור** 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 ה**שו"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 ה**פת"ש** (א) בשם ה**שב"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 שנכתב 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 בשיכב מרע

מועילים גם בבריא?

ע"פ ב"ב קמח: פסק בשו"ע "שיכב 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 בשיכב מרע, י"א (רא"ש) שהוא הדין שמועילים בבריא (דכיון דמהני בשיכ"מ כ"ש בבריא שיש עמו קנין), וי"א (רמ"ה) שאינם מועילים (דדוקא בשיכב מרע דאין דעתו מיושבת עליו לדבר בלשון מתנה מבורר הקילו שלא תטרופ 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 שיכב מרע ככתובין וכמסורין דמי, ואפילו קנו על זה יש אומרים דהוה קנין דברים ויש אומרים דמהני, וגבי מניח דהוי לשון מתנה היינו דוקא בשיכב מרע שכן דרך לשון שיכב מרע שמניח מעזבונו אחריו לפלוני כך ולפלוני כך, אבל בבריא בכה"ג לא מהני לכ"ע, והמחבר שכתב תחילה דין "מניח" דמהני בשיכב 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 צואה 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 בשיכב 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 זוהי 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 צואה 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, שירושה 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 סעי' 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".

עמשי"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 מיירי בדנתן לו סתם ולא הזכיר לא לשון ירושה ולא לשון מתנה וגם הרא"ש מודה בזה דיש חילוק בין בן לבת.

כתב הנתניבות (ו) עמשי"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 ורימוז 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 ד"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 רמו"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 ה

[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** "שיכב 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 מכויין 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 נחוות נפש דעבד ליה נתנו לו, והסמ"ע הוסיף לציין דעת הרמ"ה בטור דאפילו באומר לפלוני בחובו לא מחזי כריבית, ומאידך ה"ש"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), דלבניו 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, בכלם 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 דברי שא דנתן 'לבעל חובי כראוי לו' היינו דדוקא 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 ו

ע"פ ברייתא **קלח**. וכלשון **הרמב"ם** "שיכב 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 הת' 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 בשהו, 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 הנתניבות 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 בברייתא 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 ומוזה 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' תי' 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 כלו 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 אי ולא ינתן לו אם לא ישא ואע"ג דמעשה קודם לתנאי וק"י"ל דתנאי בטל ומעשה קיים וכסימן רמא"ב, חדא דבש"מ ק"י"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"י"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 די"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 (עי' בב"י) פסק בשו"ע "שכיב מרע שאמר תנו לפלוני שוה ק"ק **זוז מייני**, והחמיץ קצת מהיין, ההפסד לפי חשבון. וכן אם אמר תנו לו מדמי ייני ק"ק זוז, ונמכר ונאבדו קצת מהמעות, ההפסד לפי חשבון. אבל אם אמר תנו לו ק"ק זוז מייני, בין אם החמיץ קצת מהיין או נמכר ואבדו קצת מהמעות, כל האחריות על היורשים, ונוטל המקבל ק"ק זוז שלמים. (ע"פ **כתובות נד**. לקמן סעי' טז -) ואם נתייקר, לעולם הריוח 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 לאפוטרופסין לברר לו וכן עשו, מ"מ כיון דלא אמר להו לברר 'ולהניח' אלא לברר 'וליתן' לו מיד, והרי הן לא קיימו ציוויו, משו"ה עדיין כל נכסים באחריות המנה, רשב"א וסמ"ע)".

כתב ה**נתיבות** (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 מנכסיו דההפסד לפי חשבון כמבואר בסעיף י"ט ודלא כריטב"א שהביא הבי"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 מנכסיו 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 ב**פת"ש יג**).

סעיף יד

[שכיב מרע שאמר תנו לפלוני בית המחזיק מאה חביות ולא נמצא לו בית המחזיק פחות

ממאה וחמשים? ומה הדין באמר ליתן ערור מעות ק' ונמצא ק"כ?]

ע"פ ב"ב עא. פסק בשו"ע "שכיב 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"ד ג"כ היה נותן לו כל הבית דנותן בעין יפה נותן ואמרינן ודאי דנתן לו כל הבית ולא חלק הבית, אבל בצרור מעות דאין קפידא אם יקח מהצרור הד' 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 דאמרינן דטעה דלמא טעה וחשב דהך בית הקטן מחזיק מאה.

סעיף טו

ע"פ ב"מ קד: פסק בשו"ע "שכיב מרע שאמר תנו ת' וזו 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 שלישי 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 שלישי או מחצה כפי מה שידעו שנהגו להוסיף באותו מקום, ומשו"ה אף שציוה ליתן לבתו ת' וזו 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 ברי' זו והוקרו או הוזלו הריוח וההפסד הוא ליתומים".

פסק השו"ע ע"פ הריטב"א בשם רבותיו "אם אמר ק"ק זוז 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 זוז לפלונית בנדונייתה משמעותו 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 זוז 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 ה**נתיבות (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 ועדיין מניתן ליד האב המקבץ בעדה, ובשו"ת מהריב"ל פסק כר' חיים כהן על כן אפילו אי תפסו יורשי היתומה מפקינן מינייהו 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 ליישבו) פסק ב**שו"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 להרעיב 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 תחתיים, 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 חייהו, **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 ממונו למי שירצה, ושבניו ישאלו על הפתחים.

סעיף יח

שכיב מרע מצוה מנה לפלוני, האם זכה פלוני?

ע"פ **גיטין יג.** פסק ב**שו"ע** "שכיב מרע שאמר **תנו מנה לפלוני נותנים** בין אמר מנה זו בין אמר מנה סתם (כמסקנת הגמ' דלמנה קבור לא חיישינן 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 (דיתנו מנה' דמשמע מנה כאשר היא בעינה ולא ניתן לומר שכוונתו לשווה מנה, **סמ"ע**), וצריך להקנות לו אגב קרקע או דמסר ממונא ליד שלישי 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 מדהקנה 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 הרי"ף** דדוקא באמר תנו לא חיישינן למנה קבור אבל בלא אמר תנו חיישינן 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 חיישינן שמא יש לו קרקע אחר ודין זה הוא מתשובת הרשב"א, והרשב"א למד זה מהא דלא חיישינן למנה קבור, ומזה **מוכח דלא ס"ל כרי"ף**, דאל"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 דחיישינן 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 **"יש מי שאומר שאם אמר הריני נותן מנה לפלוני**, מנה ממש דוקא קאמר, ואי איתיה בעיניה ממש ונאבד מראהו אבוד. וכן אם יש לו כמה מנים בעין, כל אחד בפני עצמו, ונאבד אחד מראהו, אבוד, ואפילו אמר מנכסי, ואם אין לו מנה מיוחד אלא ת"ק זוז בבת אחת, ונאבד מנה מהם, לא הפסיד זה אלא לפי חשבון, ואם אין לו מעות כלל בעין ולא אמר מנכסי, איכא למימר שלא זכה מקבל {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

שיכב מרע שמצוה הלוואתו, האם המקבל זכה? פרט.

האם מתנת שיכב מרע מועיל במקום שקנין בריא לא מהני? (וכן לקמן סע' כ"ז)

"ב"ב קמז: "אמר רבא אמר רב נחמן שיכב 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 בשיכב מרע דליתא בבריא ליתא בשיכב מרע והא אמר רבא אמר רב נחמן שיכב 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 שיכב מרע ככתובים וכמסורים דמו".

וז"ל **השו"ע** ע"פ הגמרות **"שיכב 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 שיכב מרע (כדי שלא תטרף דעתו דשיכב מרע דמהאי טעמא גופא אמרו דדברי שיכב מרע ככתובין וכמסורין דמי, דלא כלבוש שכתב משום דמקבל מתנה כדורש שוויה 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 שיכב מרע במקצת ולא קניא אא"כ הקנה לו בקנין ובמיפה כחו או שהוא מצוה מחמת מיתה".

כתב **הסמ"ע** (מג) עמש"כ המחבר **יכאילו 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 אמרינן 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 ה**נו"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 דשיכב 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 ("קרוב 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 יוכל 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 (יז) דלכי 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 (יז) הביא דברי הב"ח לבאר בדרך אחרת סברת המרדכי לחלק בין ישראל לגוי, דכיון שאין מעמד שלשתו 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 שלשתו 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 שלשתו 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 דבריא 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 כוי 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 בן 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 וכדרב 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 הצואה דאין מעמד שלשתו 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 שלשתו 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 בהלואתי לפלוני דבריו קיימים הואיל ואיתא בברייתא 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 בברייתא כלל וממילא ליתא בשיכב 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 צואה 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 דבנ"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 שיכב מרע בלי פקפוק והכי מסקנא דהילכתא והדברים ברורים"].

סעיף כא

שיכב 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 "שיכב 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 בשיכב מרע לעשותו כאילו אמר שנותן לו הבית לדירה והדקל לפירותיו, כמו שהקילו בשיכב 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'.

< סעי' 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 מרביעי".

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** בסעי' כ"ה פסק "וי"א (**רי"י**) דבכולן אין לו חלק אלא כל שהוא (דקיי"ל כרבנן ולא כסומכוס, והא דפשיט 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 (**רי"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, ותרווייהו 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 מספקינן ביה אי ר"ל מחצה או חלק כל דהוא 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 סעי' כ"ה קאי גם על הדעות שהביא הרמב"ם בסעי' כד גבי חלק מנכסים, **ולא כלבוש** דהבין דמאן דאמר כל שהוא אינו קאי אמשי"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"י"ף -) ואין למדים מהשיעורים האלו לדין אחר".

סעיפים כו - כז

[מה הדין באמר אם תלד אשתי זכר יטול מנה ואם נקבה מאתים וילדה זכר ונקבה? האם ישנו הבדל בין שב"מ לבריא? ומה הדין בנמצא טומטוס או אנדרוגינוס?]

ע"פ הרמב"ם כתב בשו"ע (כו) "שיכב מרע שצוה לתת מתנה לעובר שבמעו 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 דבריא 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"י דבריו סותרים את דבריו ודבריו האחרונים עיקר (בהלכות זכיה), והש"ך כתב דלא יפה כיון דבריו ברורים דהא דמזכה לעובר בבנו קנה היינו אפי' בבריא ודלא כ"י 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 דבריא 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 דבריא 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 בלשון 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 דאו או קאמר, ולא עלתה על דעת המצוה שתלד אשתו תאומים ואהא לא ציוה אלא אאם תלד זכר לחוד או נקבה לחוד קמ"ל דאף דאו 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 א"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, ד"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 התכוון 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 {א"כ ידוע שדעתו יותר קרובה על שכינו או קרובו ששמו כך (טור), וכתב באה"ג דזה לפמ"ש 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 ממתניין 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 כלבוש 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, בכ"ה קאמר שהוא קודם לשכן, כיון שקרוב לו כ"כ עד שראוי ליורשו, יש לו קירוב הדעת אתו יותר ממה שיש לו קירוב 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'יתנו' 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 פרכינן 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, ולפי"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"ח 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 שוה 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 לקוברו", וכתב רע"א דמיירי אף אם הם מתנת שכי"מ. עוד כתב דאם לא שייר כלום בנכסים יש לעיין אם המקבל מתנת שכי"מ חייב לקוברו 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 יורש 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 שכי"מ העולה בערכאות של עכו"ם.. מתנת שכי"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 (בי"י), רק שהודה בערכאות, דכל השטר אינו אלא ראייה בעלמא, כשר מה שנעשה לפנייהם (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 לפנייהם, 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 לדידן 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 הנת"ב (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 כג

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 מבתים שלו, וכתב שהמקבל יוכל לברר איזה בית שירצה הן מבתים התחתונים הן מבתים העליונים, יוכל לברר אף מבתים 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 תשובת 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 הטושי"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 (השתא סמכא דעתיה)".

וז"ל השו"ע "אף על פי שמתנת שכיב מרע אינה צריכה קנין (סמ"ע): כפי שנתבאר בסימן ר"ג 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 דאיירי 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 קעד: 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"ד), 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 הר"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"ז ושם הגיה הרמ"א דהיינו דוקא כשהכתיבת יד יוצא מתחת יד המקבל, ואפשר דהכא שכתב כן לפני עדים דרך צואה 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 **בשבו"י** (פת"ש א) דאם ציוה 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 שציוה 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 קעד: "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 מקוים 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 משי"כ הלבוש דהמקדיש כל נכסיו דאפילו בתוך כדי דיבור אינו יכול לחזור, דהא קי"ל בכל דבר דתוך כדי דיבור 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 עי"ש, וכ"כ התוס' דבהקדש אפילו תכ"ד אינו יכול לחזור דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט, ואישתמיט להם הגמ' בב"ק ה"ל. **הקצות** (ב) האריך בשיטת הרמב"ם וכתב דלדבריו הסוגיה בב"ק נדחית מהלכה עי"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 הקדיש 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 שמייירי 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 בידי, 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 תירוץ הראשונים דמיירי שכבר מסר ליד גזבר דכשבא ליד גזבר שוב אי אפשר בשאלה".

עוד כתב ה**לבוש** 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 ה**סמ"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 ה**נתיבות** (ח"י ג): דעת ה**סמ"ע** שבבריא חיישינן 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 בידי 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 בידי, 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' זו"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 הרמ"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 דהתובע תבעוהו מנה והודה ואמר, ואין שטר ביד התובע, ולשיטתו מסעי' 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

פרעתי?]

עוד פסק השו"ע ע"פ הרמב"ם במסקנת הגמ' שם "שכיב מרע שהודה שיש לפלוני בידו מנה ואמרו יתומים חזר ואמר לנו אבינו פרעתי, נאמנים ונשבעים על זה היסת, אבל אם אמר תנו ואמרו יתומים חזר ואמר לנו אבינו פרעתי, 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 נאמנין 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 הויא 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 פרעתי 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 ליטען 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

[מזה 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, חוששינן 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) דברי שא 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 שירושיו 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 שלו (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 ששהדר 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 שביטו 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 דלר"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 אדסמ"ך 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 אמעשה 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 שעיינ 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 הנתניבות (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, ולפי"ז כשיש ספק אי מחויבין לעשות המצוה, ודאי דאין הבי"ד יכולין לכופין 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 דהבי"ד אינם יכולין לכופו בדין, וא"כ הי"נ כשהוא מוחזק יאמר קים לי ואדין ליה דינא וכשהוא דיין ממילא יכול לכופו על קיום המצוה, ומשו"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 דבקרקע 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 להוודע 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 שמשתיקין אותו מנכסי אביו פשיטא מי ידעין אבוהו 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 שציותה הגיורת והיה אפטרופוס של היתומה לשמור ממונה, עד ששמע מעשה דראובן ונתחדש לו דאין בצואתה כלום ורוצה לחזור, אינו יכול לחזור דק"ל המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו, והרי גם זה כיון לזכות לה והשאל 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 כרי"ף 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 משו"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 הצואה 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 למ"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 וכסעי' ג', ביאר הר"ן דמוקמינן למוריש אחזקת כשרות ואמרינן 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 רנו - 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 שכתב 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 מהרא"ד המקדיש 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 שחוזר 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 ברי"ו 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 דמספקינן ליה בספק תנאי ספק חזרה ואוקי בחזקת מרא קמא, ומדובר דווקא בהקדש בדק הבית אבל בהקדש עניינים 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 בנכסי אשתו, א"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 אי"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 כקנין הגוף".

הקצות (ג) דן בשאלת התוס' בגיטין מ"ח דאי לאו דאמר ר' יוחנן קנין פירות כקנין 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 כקנין הגוף לא משכחת דמייתי ביכורים אלא חד בר חד, וא"כ אנו היכי מצינו ידיו ורגליו כיון דק"ל כריש לקיש דלאו כקנין הגוף וק"ל נמי בקידושין מ"ב האחין שחלקו לקוחות הן, ותירצו דדוקא בהאי לחודיה ק"ל כריש לקיש משום דאבא לגבי בריה מחיל אבל בעלמא קנין פירות כקנין הגוף, וכתב הקצות דלשיטת הפוסקים נראה דבכל דוכתי קנין פירות לאו כקנין הגוף, אלא דנראה דאע"ג דק"ל כריש לקיש דקנין פירות לאו כקנין הגוף היינו דוקא היכא שאין לו אלא פירות ולית ליה בגוף כלום כמו האי דמכר הבן, אבל קנין פירות דיובל הוי כקנין 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 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" וכתב הרמ"א ע"פ תשובת הרשב"א "הכותב נכסיו לבנו והתנה לדור בהן כל ימי חייו ולהיות ניוון 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 דבתריווייהו איירי, ולא עלה על דעתו להיות בלא אשה ובלא שמש והוא יעשה כל מלאכתו בעצמו, ואף על פי שאמר שמשירר לעצמו, לא בא בלשון זה אלא למעט אפילו לבניו הקטנים ושאר הנטפלים לו.

עמש"כ הרמ"א דהתנה האב להיות ניוון תמה ה**נתיבות** (ג) דכיון שהתנה שיהיה ניוון מאלו הנכסים מה בכך שיש לו נכסים ממקום אחר, ובתשובת הרשב"א משמע קצת שהתנאי היה שיוון 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 ה**תוס'** 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 ככה"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 ב**נו"ב (פת"ש ה)** דבזה אם מכר איזה דבר, המכירה עצמה היא החזרה, ולא אמרינן ששיעבד נפשו בשעת המכירה להיות לוח על המעות הללו, כי מה לו לצרה הזאת להיות עבד לוח כיון שבידו לחזור בו בהיתר, ואפילו משום מחוסר אמנה איננו שהרי על מנת כן נתן.

עוד כתב **נו"ב (פת"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 שייך טענה שחזר בו ומכרם, אבל בטל הוא מטעם דבר שאינו ברשותו.

בזמן הזה, איך יעשה אדם צוואת בריא כשרוצה להקנות נכסי דניידי ולא ניידי, נירות 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 שליח 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 והוראותיי על מה שיעשה בנכסי לאחר אריכות ימי ושנותיי" 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 שהמצוה 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 שהמצוה 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 התיבות (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 מידי, 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"ן 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 מהעזבונו, ב' אם הנכסים ישיבו 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 מהעזבונו נמכר (למשל סחורה שיש בחנות שנמכרה), לדעת י"א שמובא בשו"ע קזד 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 פלוני בן פלוני שתחיה ובנותי... וכן התנתי עמהן, 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 ובי"כ אז לשלם כל סך הנ"ל לאשתי ובנותי הנ"ל... אכן תנאי התנתי עמהן, שאם ירצו בני הזכרים ליתן להן חלק מכל עזבוני כמפורש לעיל, אף מאותם שלא היה חלות להקניינים 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 להקנותו", 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 הזה 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 דאמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו, היינו בכותב לו לאחר מיתה, אבל בכותב לו לאחר שלשים יום, אין אומרים זמן של שטר מוכיח עליו, ולכן אם מת נותן או המקבל תוך ל', בטלה המתנה, 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 דאמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו, היינו שצוה הנותן לכתוב זמן, או שצוה לעדים לעשות שטר מעליא, אבל צוואה שלא נכתב בה זמן, רק לזכרון בעלמא, אין אומרים זמנו של שטר מוכיח עליו, 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 מכתובת 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 דכונתו 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 בישוב 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 כו: פסק בשו"ע כלשון הטור "הרואה אבידת ישראל חייב לטפל 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 דכונתו 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 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 שנטלה 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 (ירבא 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 דאוי 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 ממונא, 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 רסב/ג "אין המוצא מציאה חייב להכריז, אלא בדבר שיש בו סימן בגופו או שראוי ליתן סימן (משנה וגמ' כא). במקומו (דפסקו הרי"ף והפוסקים כרבא 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 רסח/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 לזכות 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 (בסעי' 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

באיזה מקרים חייבים להשיב אבידה לפני משורת הדין? (ראה גם רס"ג, ג)

במקום שנפסק להלכה שטוב לעשות לפני משורת הדין, האם בי"ד כופה על כך? ומהם אופני הכפייה? האם ניתן לקבוע כללים לחיוב, וכללים לכפייה לעשייה לפני 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 לפני 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 לפני משורת הדין להחזיר לישראל שנתן בה סימן {ואם הוא עני ובעל אבידה עשיר, אין צריך לעשות לפני משורת הדין (מרדכי)},", ובסמ"ע (יב) ציין לדף ל' דאסמכוה אקרא 'והודעת להם את הדרך ילכו בה ואת המעשה אשר יעשו' דדרשו דזה לפני משורת הדין וראה לקמן.

עמש"כ המחבר דאינו צריך להחזיר, כתב הש"ך (ג) בשם האגודה דאנו נוהגים להחזיר, וכ"פ ראב"י 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 שנשאו יין ושברום והובא בסימן דשא 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 לפני) 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 לפני משורת הדין כמו אחרים, ² והכא בשמעתין (כד:): דהדרניהו בתר תריסר ירחי שתא כ"ע פטורים לכך לא מייתי קרא הכא ומ"מ משום לפני משורת הדין בעי ליה לאהדורי כיון שאינו מתחסר ממונא, ³ אבל בסוף האומנין (שם) בהנהו שוקלאי ששברו לו החבית ועשו לו הפסד גדול משום לפני 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 לפני משורת הדין "ופשוט הוא בעיני", ותמה על המרדכי בב"מ דס"ל דכייפינן למעבד לפני 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 לפני 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 רוב 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 ובשולוליתו 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 ופשוירי 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 ופשוירי 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) ושולוליתו 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 ק"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 מיירי 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 הנתניבות (ג) דמוכח מהסמ"ע (יט) דבאין יכול להציל אפילו מרדף לא מהני דהוי כזוטו של ים, וחלק הנתניבות דהוא דוחק בטור והרמ"א והאריך בכוננת 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 ה

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 'אבלי', 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 ו

ע"פ ב"מ לא. פסק בשו"ע "אבידת קרקע גם כן חייב להשיב, שאם ראה מים באים לשטוף שדה חבירו חייב לגזור 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 שייך האוצר? ומדוע?
האם שייך 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 מבי' 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 (ש"ך 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 מרשותם, 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 במקום הגבוה הוא ונתגלגל למקום השפלי".

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 מנין 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 והוי אבידת ישראל אולם כל הפוסקים סתמו וכתבו דין זה דהמוצא בגל ועל כרחך לא ס"ל הטעם שכתב המרדכי, וכן מוכח מהש"ך 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 דאלי"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, תרווייהו למה לי, ואפשר דספוקי מספקא ליה בפירוש הש"ס לכך פסק דבעינן תרווייהו לחומרא (ובכת"י נוסף: אבל לפענ"ד מסתברא דבחד מינייהו סגי ואין כאן מח' לענין דינא) [ובנתיבות 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], ועמש"כ הסמ"ע בסק"ה בסיפא בכותל חדש דבחציו ולחוץ דאפילו נמצא מטה מטה כדרך המטמוניות, הוא של מוצאו, קשה מני"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 דאלי"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 אזלין 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 טוענין 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 וש"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 מייירי 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 מתייאש הבע"ה ג"כ כשאחרים דרים עמו וכל זה מוכח בתוס', ומש"כ המחבר בסיפא דאיירי בג' עכו"ם מייירי שעדיין ישנם בבית דאלי"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' דמייירי שנמצא בענין שנראה שהוא אבדה ולשיטתם אזלי דמפרשים דמייירי 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 דאיירי באין בו סימן.

סעיף ד (עם סימן שיוג)

מה הדין בנכנס דבר הפקר לחצר מושכרת מי קונה בקנין חצר השוכר או המשכיר?

ראובן הדר 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 הדר עם שמעון בביתו ומעלה לו שכר, אם צבי שבור או גוזלות שלא פרחו נכנסו לתוך הבית, זכו בהם שניהם {דהו כשנים השותפין בחצר (טור), 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 האוויר 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 י"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 שי"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 וראיה 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 הקנוי 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 דאמרינן 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 דידיה 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 למי שיש לו רשות השתמשות".

כתב הנתיבות (הקדמה לסימן ר"י) 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 שמונח בחצר הוא של המשכיר מן הסתם מטעם הני"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. כללא 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 נו: 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 שישראל 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 ד"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 בב"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 בתוסי בב' על ד' אמות הרי אלו שלו), או קביים בח' אמות, או שהיה הקב משנים וגי מינים כגון תמרים ושומשמין (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 בשומשמין 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 לני' 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 חבירו, שהרי אין לו בה סימן להחזיר בו, ואם היה דבר שיש בו סימן, הרי זה הטריחן לרדוף אחריה ולתת סימניה, לפיכך אסור לו שיגע בה עד שימצאנה דרך נפילה (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 להרים? 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 סק"י"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 דיתזיקנו 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 לישנא 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 הניחום 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 במקומם, 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 והוליכו לביתו, אם יש בו סימן יכריז, ואם אין בו סימן יהא מונח עד שיבא אליהו. לא הוליכו לביתו, יחזור ויניחנו 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 ויניחנה כיון דהמקום הוא משומר). ² ובמקום שאינו משתמר כלל, אפילו ודאי הונח ואין בו סימן לא בחפץ ולא במקום (דאמרינן מתחילה הניחום 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 הוליכו לביתו לא יחזיר, שהרי אין המקום משתמר היטב, ויהא מונח עד שיבא אליהו (ש"ך): מדברי הרמב"ן ר"ן ועוד נראה להדיא דבכה"ג יחזיר כיון שלא הוליכו לביתו דממ"נ אם הבעלים הניחום 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 הנתניבות 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 דבודאי הנחה הוא מקום המשומר קי"ל דאף אם נטלה ממקומה כל זמן שלא הוליכה 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 הניחום 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 דבודאי 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 הניחום 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. הנתניבות (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 אוקמיותות 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 והתרה בה דאמרינן 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 אשמועינן 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 כפשטן 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 אבדה

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 {ווי"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 ליה מן הכרמים נהי דלא מסקבא תיפוק 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 {וי"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 {וי"א (טור) דאבידה מדעת הוי הפקר וכל הקודם זכה}."

כתב **הסמ"ע** (י) 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 רני"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"ז הטור והרמ"א חולקים בשניהן וס"ל דדברים הללו משו"ה קראן הגמרא אבידה מדעת משום דהו"ל כאילו הפקירן וכל הקודם ליטלן זכה בהן.

הש"ך (ג) הביא בתחילה דברי הבי"י דלעיל וכתב דגם הבי"ח כתב דהעיקר כרמב"ם, אולם לא ירדו לסוף דעת הטור, דאין כוונתו להשיג בסברא דמסתמא, אלא כוונתו להשיג דאבדה מדעת דאמרינן 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 שימצאנו 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 בנייהו" וכו' ואסיק רבא דפרוטה שהוזלה אי נמי פרוטה שהוקרה לכולי עלמא פטור כי פליגי בפרוטה שהוקרה והוזלה 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, והוזלה, או שלא היתה שוה פרוטה בשעת אבידה, והוקרה, אינו חייב. אבל אם היתה שוה פרוטה בשעת אבידה ובשעת מציאה, אפילו הוזלה באמצע, חייב (רמב"ם -) וכן אפילו הוזלה 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 שהוזלה.

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 מצאו, 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 חיישינן 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 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 בסעי' 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"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 בינייהו שו"פ של שותפין.

< סעי' 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 ותרים, 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 שליקט 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 חיישינן 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 אידחיא מהך סוגיא דעירובין כמו דאידחיא 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 אמרינן 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 דידיענן 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 הר"א ש והמוצאה 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 מימים 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 בנדירים 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' אמרינן 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, ולשוונות של ארגמן וגיזי 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 וחושוב עליו וממשמש בהו, וגיזי 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 לממשמש 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 וגיזי 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 מיקרין) 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 שמתייאש 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 התייאש, 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: **טור 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 לאחריים)}".

סעיף יד

ע"פ מימרא דרבי **ב"מ כו**: פסק בשו"ע "ראה שנפל מטבע מחברו בתוך החול או בתוך העפר, מותר לקחתו, שודאי נתייאש, ואפילו ראהו שהביא כברה לכבור החול או העפר לחפשו, אין חוששין לו (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 עשאוים 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 נשוך וכן כל כיוצא באלו, הואיל ויש בהם שינוי חייב להכריז, שלא עשאים 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 בסעי' 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 העיני)", 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 הוי"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 סעי' 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 נתייאשו ממנו הבעלים (נ"י)} {סמ"ע: דכיון ששהו וכו' אזי בשעה שמצאן כבר נתיאש ממנו האובדו, דאם מצאן קודם ששהו בידו כל כך, אזי הוי יאוש שלא מדעת וצריך להחזיר כשיבוא בעל המעות ויתן סימן אפילו אחר זמן מרובה, אולם הש"ך כתב דלא דק הסמ"ע בלשון, דיאוש שלי"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 יאוש שלי"מ וצריך להחזיר אם יודע של מי הוא}, אבל אם לקחם מבעי"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 ומתייאש 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 אמרינן 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 דאשתייר ביה חייב להכריז אפילו לא מהדר אפיה לגבי פירי ואפילו לית ליה אוגניים, כלומר דלרש"י בכובא וכיתנא בכל ענין הם של מוצאן ולר"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 מדי' 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 כרי 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 בעיני", וכתב הקצות דפשיטותיה זידיה 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 הרוג

ואין אנו יודעין 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 נא

משנה נא. "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 בראיתן 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 ידעינן 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 מתיימש 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 נוהר (הג' אשר"י)".

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 מהוגנין 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"י דפירש דלא ישבחנו, דהוא אסור לפירושו אפילו בשעה שאינו מתארח אצלו, ודלא כלבוש 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 להכניסו, 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 דידיה 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** דלפי 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 אבידה 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, ונראה לי כיון שפטרה תורה את הזקן שאין לו לזלזל בכבודו איסור הוא לגבי דידיה 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.

ז"ל השו"ע **כרמב"ם** "היה דרכו להחזיר כלים כאלו בשדה ואין דרכו להחזירן בעיר, ומצאן בעיר, אינו חייב להחזיר, מצאם בשדה, חייב להחזיר עד שיגיעו לרשות הבעלים, ואף על פי שהרי נכנס בהם לעיר ואין דרכו בכך {ו"י"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 האבידה מכיסו, אלא ס"ל כגירסת הרי"ף 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 האבידה, מאחר דאנקטי נגרי ברייתא, אבל בשאר דברים שאין דרכו ליטפל בהן, אפילו התחיל בה מותר לחזור בו ולהניחה, מאחר דאין לבעל אבידה 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 חברו, אם יכול לחזור את שתיהן חייב להחזירם (ה"ה): שלא אמרו אבידתו קודמת כיון שהוא יכול להשיב שניהן), ואם לא יחזיר את שלו שאבידתו קודמת אפילו לאבידת אביו ורבו, כדדרשינן 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, וכטושי"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 ניחא לי להצילו לעצמי, משא"כ במלאכה שאינו עושה אלא כדי לקבל דמי שכרו.

סעיף ב

ע"פ **שם ובגמ'** וכרבי 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 למצילו?

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 מאליו, 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 מיירי כשקדם וזכה קודם שנתוודע לבעלים שעלה מאליו). ואם אין הבעלים שם אע"פ שלא התנה כאילו התנה דמי (טור, דמסתמא ניחא לחבירו 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 הדין בכל טובה שאדם עושה לחבירו מבלי ידיעתו, האם יוכל לטעון בחינם עשית לי?

ניסה לסייע לעצמו ולחבירו והוציא הוצאות על כך, האם חבירו 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) מאליו (דינא הכי דאפילו אם התנה עמו דירד להציל כדי שישלם לו דמי חמורו וירד להציל ונפסד חמורו וחמור חברו עלה מאליו 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 לחבירו 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 (גרי"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 חבירו 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, פתי"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 כמבריא 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 שתמא, 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 שלי"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 שכר, 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 שיא"ג].

כתב הש"ך (ה) ע"פ רש"ל גבי דין דנתפסים דאם אי 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 ונתפס 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 ובריח 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 דאלי"כ יהיו דברי הרמ"א עצמם סתורים מסימן קסגו 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 שעושיין 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** (פתי"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 הויסקי 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 בסעי' 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 ותימצו 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 בין 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, ודמיא 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 התייאשו 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
בשכרך 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** "אפסדתן 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 שלישו 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 סמנין 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
כיוצ"ב { **י"א (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 בסעי' 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 בסעי' 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 בסעי' 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 חבירו 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 מחוייב 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 מחוייב 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 **הנתיבות** (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"כ 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 ומחוייב 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**הנתיבות** (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, ובחכס 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 במשי"כ דאם נתן שטר חוב יכול לומר השדכן קים לי וכו' היינו באופן שנוזכר 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 כבסעי' 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 שכר, 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 האבידה

סעיף א

[מה הדין ברואה אבידה 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 אבידה חייב להחזיר בחנם, אם הוא בטל, אבל אם היה עוסק במלאכה ובטל ממלאכתו ששונה דינר, והחזיר אבדה ששונה 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 אבידה 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 ונשתהה 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 ב"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 לנכעני, 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 אבידת 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, אבידתו אסורה וחייב להחזירה (**ב"י**): שמצאו במקום שרוב ישראל והגוי לא יסבור שנפלה ממנו האבידה אלא ישראלים המצוים שם גבוה ממנו, **סמ"ע**). (ע"פ **הירו' -**) 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 אבידה 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 אבידה 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-רסב"ז דבהניחו בכונה במקום מיוחד א"צ להחזיר, הא נתבאר ברמ"א רס"י דהיינו דוקא דעדיין משתמר שם, משא"כ היכא דבאו לבסוף גנבים, ומה דכתב הטור 'עם כלי ישראל' אע"פ שאינו בירו' 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 שבזיה"ז שמודים בבורא עולם ונימוסיהם להחזיר אבידה, אכן **בב"י** דן בטור שכתב "עובדי עבודה זרה" דזה לאו דוקא, ואפשר דמשום דבארץ אדום היו המינים מבאישים 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 שאבידתו 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 אבידת אחיך, וצ"ע.

סעיפים ב – ג

מה דין אבידת רשע לתאבון או להכעיס?

ע"פ **ע"ז כו**: דלמדו "לכל אבידת **אחנך**" פסק **בשו"ע** ע"פ **הרמב"ם** "חייב להחזיר אבידת ישראל (אפילו אבידת קרקע) אפילו היה בעל האבידה רשע ואוכל נבילה לתיאבון ('אחנך' אפילו הוא רשע), אבל אוכל נבילה להכעיס הרי הוא אפיקורוס מישראל, והאפיקורסים והכותים וישראל המחלל שבת בפרהסיא (ע"פ חולין ה.) אסור להחזיר להם אבידה, 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 אבידה 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 אבידה, 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 כבוד את אביך ואת אמך ונאמר להלן כבוד 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 ניגריי 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 הנתניבות (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.

סעי' 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 כת. 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 ואומרין 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 החזן 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 כת: "איתמר רב יהודה אמר אבידתא מכריז דאי אמרת גלימא מכריז חיישינן לרמאי, ורב נחמן אמר גלימא מכריז לרמאי לא חיישינן 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", ובסעי' 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 וגוץ ומשקל ומקום הוא סימן בינוני והוא סימן מובהק סתם מיקרי ומיניה איירי הרמב"ם והמחבר כאן, וקאמר הרמב"ם (יג,ה) שמחזירין בסימן האבידה מדין תורה וכסעי' 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, ומדאוי כשיתן סימן מובהק תו לא חיישינן שהוא רמאי, וזה שמסיק בסעי' ו' וקאמר בראשונה וכו' ור"ל שדינו כדין תורה א"כ הוחזק רמאי שבו החמירו להצריכו עדים, ומשרבו הרמאים התקינו שלא להחזיר לסתם בני אדם א"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 וגוץ ומשקל הוא סימן כו' טעות הוא דלא הוי סימן כלל וכן הוא להדיא ברא"ש והמ"מ.

סעיפים ה – ו

משנה ב"מ כת: "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' "יתנו 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 ו"א 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 האידינא 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 האידינא 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 האידינא יש דין ת"ח לענין זה אף למאי דנסתפק בסמ"ע בסימן רס"ב אם יש דין ת"ח האידינא לענין אבדה היינו דוקא התם דמדינא אינן מחזירין לכל אדם אבל הכא דמדינא מחזירין לכל אדם אלא דמשרבו הרמאים התקינו כך כיון שהוא ת"ח סגי בהכי אף האידינא 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 אי לחברו או תשבע אתה שהיא שלך או אשבע אני שהיא שלי שומעין לו וכן אם באו לחלקה ביניהם שומעים להם וכן אם הודה אי 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 ה^{נתיבות} (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 -) 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 אמרינן 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 לישבע שזה שלו הוא ואם אינו רוצה לישבע 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 לשערו 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 ששיער הרמאי מדת רחבה כשהיתה ביד הבעלים אבל מדת ארכה אינו יכול לשער, ובש"ך כתב בשם תורת חיים שבימינו הדין להיפך שמדת אורכו אפשר לשערו 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 האמריות שבה יתן למי שנתן מדת ארכה ורחבה' והקשה הכס"מ שמדת האמריות היינו מדת ארכה וכבר כתב דין זה וכתב דנותן מדת האמריות שבה היינו לומר שנותן מדת אורך ורוחב האמריות שבה, וכתב הש"ך דאין זה מוכרח ד"ל דאמריות אינו בכלל אורך הטלית, ואפשר דאם נותן אורך ורוחב האמריות שבה לא ינתן לזה שאומר מדת ארכה ורחבה וצ"ע ונראה דהכל לפי ראות 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 ר"י, 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 נתמן אמר שמואל עד שנים עשר חדש.. מכאן ואילך שם דמיהן ומניחן".

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 בשיווי 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 הנתניבות (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 לגוזז 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 ישטחנה 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 הטוש"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 והוי כהפקירו לזה, כמ"ש הרשב"ם בב"ב נ"ז בד"ה 'אסורין ליכנס לחצרי 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 'ואינן 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 וכבסמוך.

[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 שוויו, וכישבוא אליהו ויגלה מי הבעלים ישלם לו הדמים, ואם אינו יודע את שוויו 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 המרקיבים 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 להרקיב וכיוצא בהן מוכרן בב"ד, וא"כ כיון שכתב המחבר בסעי' כ"ד דכל דבר שטפולו 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 סעי' כ"א}."

כתב הסמ"ע (לו) בסעי' כ"ד דהרמב"ם לא כתב דמחזיקין בשותפות כמשי"כ בסוף סעי' 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' כ"ט: 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"י ומהרמב"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, מעלינן ליה חד דרגא וחייב באונסין ומשו"ה סיים נמי דאם מצא מעות דאז אסור להשתמש בהן, דנשתתירו על דינן כשאר שומרי אבידה שאינן 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 דמעלינן חד דרגא כבר דחו התוס' מיהו גם הסמ"ג ור"י 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 לאבידן 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 הר"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 הר"ש דנראה דמפרשי המסקנה אלא בדברה קמפלגי 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 שכרן 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 אא"כ נמצא האחר הקשור עמו, הרי זה לא ישבע."

כתב הסמ"ע (מב) דאם טען ראיתי שהגבתה שני כיסים שלי, אין זה כדן 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 כיסין מצאת לי והן קשורין 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 דסעי' 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 דידיע 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 לאנצויי... 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 דידיה 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 דידיה 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 דהרי"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 הרי"ף משמע דס"ל כאוקימתא שניה וכן עיקר.

וז"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 {ודוקא בר"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 ניחא 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 ובוזה 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 מכוין לקנות אין כאן הגבהה, וכן תירץ בתשובת רע"א, וכתב דעפ"ז 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 הי"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 וכמשי"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 **שהשמיטון הפוסקים** את הגמ' **בב"מ קב.** דמתלב 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** **והרשב"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 דאוי 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 הוה אתי לאינצויי, וכיון 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 ומשי"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 (**ב"ט**) 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 והתוסי' 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 ממשכוננו של גר ביד ישראל (ב"ק מ"ט) דמה"ט אינו קונה הישראל מכח חצירו, ופליג על רש"י ותוסי' 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 ותוסי', דרש"י בכתובות ל"א כתב גבי הגבהה דאפילו בידו בעינן שלשה טפחים ובתוסי' 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 כד' 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, וסיכס 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 ש"ל שחצירו קונה גם בסחורה בזול, א"כ הדין עמך בסחורה השניה, תן לי הראשונה שגם ביתי 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 הטושי"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 הנתניבות (ד) דמיירי בסחורה שהובאה לחצירו בלא כלים ומיירי ג"כ שהביא הסחורה ופסק דמיו שבכך וכך רוצה למוכרו, דאלי"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"ז נשמרים בתוכו, טור וסמ"ע) ואמר זכתה לי שדי, זכתה לו שדהו, ואם אינו יכול להגיען, הרי אלו כצבי שהוא רץ כדרכו וכגוזלות המפריחים ולא אמר כלום, אלא כל הקודם בהם זכה (ועיי"פ 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 כדרכן לא קנה וכן מוכח בגמ', ה"ת, באה"ג).

כתב הסמ"ע (טו) דלפי הרמ"א בשם הרא"ש בסעי' ג' גם כאן לא בעינן שיאמר זכתה לי שדי וכ"כ הטור בהדיא, מיהו בני"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 אחריו 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 דקי"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 אגביהו והו"ל דברים שבלב כל אדם דמהני. הנתניבות (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 "הגביהו 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' דבהגבתו 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 הגבתו 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 ואינצווי כיון דהחרש רואה שגם הפיקח אינו קונה.

כתב הקצות (ב) דבחרש ופקח שהיו שניהם רוכבין או מנהיגים לדעת רש"י הוה כמו הגביהו שניהם דלא קנו כלל, ולפי הריטב"א דוקא גבי הגבהה בעיני 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 חבריו וקנה פקח כולו, עיי"ש שהאר"ך 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 לחבריו 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 לחבריו 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 לחברי 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 חבריו להגביהו לו ובין המגביה מעצמו לצורך חבריו, דבמגביה מעצמו סתם לצורך חבריו, אף אם קודם שהגביהו אמר שהגביה לצורך חבריו, נאמן אח"כ לחזור ולומר משטה הייתי בך 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 לחבריו 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 לחבריו 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 לחבריו

ו"יא (ראבי"ה) דאם לא היו לראובן דמים, זכה שמעון במה שקנה, ואם נתרצה לקנות לשניהן, הו"י 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 דימהו 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 שולחנו והרווחו סכום גדול בעסק מסחרי או בעבודה אחרת למי שייך הרווח ומה הדין אם מת האב, האם זכאים היוורשים 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 חייה בר אבא דאמר רבי חייה בר אבא אמר רבי יוחנן לא גדול גדול ממש ולא קטן קטן ממש אלא גדול וסמוך על שלחן אביו זהו קטן קטן ואינו סמוך על שלחן אביו זהו גדול (רש"י): שמואל דפירש טעמא דמתניתין משום דלית ליה זכייה, ורבי חייה 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 בבתו 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 דאמרינן 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 הויה 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 מחי' 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 דגמי 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 שולחן 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 שולחן 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 חברו 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 וכטושי"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 בבתו 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, ולהיפך 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 וכ"ו הרי הם שלו, הקשה הנתיבות (א) דהא מבואר בב"ק פ"ז דשבת ינתן 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 במזונותיך, שיהיה העדפה שלו כל זמן שלא אמרה לו איני ניזונית 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 לעצמו דמעיקרא 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 מציאותו לבעל הבית דמעיקרא 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 אי"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 הווי לבעל הבית אבל אם כששכרו אמר ליה לנכש או לעדור אם הוליכו ללקט מציאות אין זה בכלל מאי דאשתעבד ליה מעיקרא הילכך הווי 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 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 שילקטו, 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 רע"א – 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 כלישנא בתרא דגמ', דדוקא בשניהן מנהיגין בגמל קנו שניהן, דשניהן שוים בקנין, משא"כ הנהיגה במקום משיכה, דקנין של משיכה עדיפא מהנהיגה.

הסמ"ע (ב) הביא שהב"י בסימן קצ"ז כתב דשמע מינה מהרמב"ם כאן דמשיכה והנהיגה 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 בהנהיגה 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 שניה, 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 ושייד 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 אחוז 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 קנה, 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 (הלי 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 הב"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 (סעי' 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 'מילי, 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 לסעי' 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 באבידה 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' דא"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 מאבידה 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 אבידה 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 דאוי אמאי וחדלת עזב תעזב מבעי ליה לעולם צער בעלי חיים דאוי התם בטעינה אי הכי אימא סיפא בהמת ישראל ומשאוי נכרי עזב תעזב ואי בטעינה אמאי עזב תעזב, משום צערא דישראל. 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 לסייעו 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 דברי שא 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 דישראל חייב נמי משום צערא דבהמה והוי טעמא דסיפא דכיון דאין הכל של ישראל אין כאן מצות פריקה וטעינה כלל ומשום צערא דישראל שייך אפילו בטעינה חיוב דאילו בפריקה צערא דבהמה נמי איכא אי נמי נקט בסיפא טעמא דצערא דישראל 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 דישראל וכו' ומנא לן דחייב משום צערא דישראל 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 דברי שא 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 "וח 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 מטעינה, ומשו"ה אין זקוק לה דמצות טעינה 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 בטעינה כמו שהוא חייב בפריקה, כלומר ובפריקה פשיטא דחייב, ומש"כ בסעי' ט' שהבהמה ומשאה תרווייהו של גוי דאינו חייב ליטפל בה אלא משום איבה, איירי ג"כ בטעינה 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 בטעינה 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 והתרה 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 נלוים 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 דרמזו 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, ומשו"ה לא כתב כאן לשון פוגעין זו בזו, וגם משו"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 לאחריה אלא שיעמוד אחד במקומו עד שיעבור השני תחילה, משו"ה לא הזכירו כאן שיעלו שכר זה לזה אלא פשרה, דהיינו שזה יעבור תחילה פעם זה וזה פעם אחר, ודלא כלבוש שפירש דמיירי שפוגעין זה בזה ובשניהם טעונין 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 ישהה 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 משו"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 עושין, 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, ותירץ די"ל דר"ל אף לפי הנפשות כדברי המחבר דקאי עליה וכתב 'וכן, אי"נ מיירי שם בדליכא שוללים הבאים בשביל ממון'.

עמש"כ המחבר 'ואל ישנו' וכו' כתב **הסמ"ע** (כת) 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 אחריהו.

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 מיירי שיכולין להציל ע"י הדחק ואין מצילין א"כ למה חולקין לפי ממון הלא כל אחד אייפש ממה שנטל, ואי אין יכולין להציל פשיטא שהפקר הוא, ולכן פירש דאירי 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 (וצוינו בקצרה בש"ד), ובחכ"מ צבי (צוין בגליון רע"א) חלק על רש"ל ובי"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, ונדע 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 טז

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 חמורה 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 להתפשו 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 זכה, 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 הורשין כיון דאינו אלא משום נדר, והנודר ומת אין הורשין 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 דלבית 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 שליח 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 (ה"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 בירושלמי מדכתוב גבי שמיטה ונטשתה יתירא, שבא ללמד שכל נטישה דהיינו הפקר תהיה כמוה, סמ"ע (ז).

כתב רע"א דבירו' איתא דאם הפקיר לישראל ולא לנכרים או לאנשי עירו ולא לאחרים לא הוי הפקר לר"ל, ולר"י הוי הפקר.

כתב הפת"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 מהפקר, וצריך לומר דאף רש"י מודה דלענין שאר דברים לא חשיב הפקר דעת אחרת מקנה, רק לענין חצר שאינה משומרת, במשומר לדעת המפקיר סג"ל].

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 הפקיר 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 בגי' דשמעו שהפקירו, דכל אחד מהן שיקדם נפשו יזכה בו ושנים אחרים יעידו ששמעו שהפקירו) {וי"א (רא"ש) דאפילו בינו ולבין עצמו הוי הפקר (גם שיטה זו ס"ל דמדרבנן בעי גי' סמ"ע)} - וכתב בב"י דנפק"מ לענין אם השאיל בהמתו לעכו"ם ולא החזירה לו קודם שבת שיפקירנה 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' הוי הפקר, וכן משמע בסמ"ע (י) בשיטת המחבר.

סעיף ה

ע"פ נדרים ז. פסק בשו"ע "האומר הרי זה הפקר וזה, 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 מסויים 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 גי' ימים משום הרמאים שרגילים להפקיר פירותיהם ולחזור ולאכול מהן כדי לפטורן מהמעשר, לכן תיקנו דעד גי' 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 גי' 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 בתקנתן, דבלא תקנתן היו הרמאין יכולין לחזור בדיבור ולא היו יראין, משא"כ אחר התקנה דבעינן זכיה גמורה יראין לנפשן, אבל לרבנן דקי"ל כוותייהו 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 גי' 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 גי' ימים לשאר הפקר זולת בתוס' בנדרים מ"ה לחלק לר' יוסי דדוקא בקרקע שייך רמאות ובעינן שלשה אבל במטלטלין דליכא רמאות הוי הפקר מיד [ואפילו בפני אחד לר' יהושע דלא מצריך תלתא מדרבנן אלא גבי מעשר שלא יפקיענו ממעשר אבל לא להפקיר כליו בשבת שלא יעבור על שביתת 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) בסעי' 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 דידיה וממנעי ולא מפקרי, וכתבו המפרשים דאע"ג דהאי תירוצא אליבא דר' יוסי נאמר לחכמים נמי צריכינן 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 מז**. פסק בשו"ע "האומר שדה זו מופקרת ליום אחד, לחדש אחד, לשנה אחת, לשבוע (שמטיה) 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 בסעי' 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

הבטה בהפקר האם קונה?

ע"פ לישנא בתרא דרבא בב"ק **קית**. דהבטה 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' ב"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 היס, 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 וכ"ו 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) עמש"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 דאיירי 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 גוזל 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 קנן 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 ואוכלן, 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: וברייתא 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 שדכן הלכה כמותם, והרמב"ם בפרק ה' מהלכות נזקי ממון כתב תקנות שתיקן יהושע והשמיט לדרבי יהודה ודרבי ישמעאל ובפרק ו' מהלכות גזילה פסק בהדיא דלא כרבי ישמעאל ובפרק י"ג מהלכות נזקי ממון פסקה לדרבי 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 לקוף ענף כדי להציל נחילו ונותן דמי ענף לבעל האילן (רא"ש), ויש חולקין (רי"ף, וכ"פ בש"ל, ש"ד)", 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, ושעבוד 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 וסמ"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?

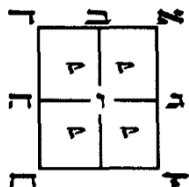
ב"ב נד. "איתמר שדה המסויימת במצריה אמר רב הונא אמר רב כיון שהכיש בה מכוש אחד קנה כולה ושמאל אמר לא קנה אלא מקום מכושו, ושאינה מסויימת במצריה עד כמה אמר רב פפא כד אזיל תיירא דתורי והדר" והלכתא כרב דהא רב נחמן עבד עובדא כוותיה, **רי"ף רמב"ם ורא"ש**, וז"ל **השו"ע** (ג) "שדה המסויימת במצריה, כיון שהכיש (פי' 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 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"כן 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 ור"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 אבל אם החזיק סתם ולא פירש לקנות כולן, לא קנה אלא ממקום שהחזיק מענה לארכו ולרחבו (וכסעי' 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 וני"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 מעמידן 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 כשאינו לפניו מזה או בשתי שדות, סמ"ע) (ב"י: הלכה כר"י הרמב"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"ן 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 דאנן קיי"ל כרבי"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 ובעה"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 בעה"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 סעי' 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.

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 שנתבארו 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 בידיה 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 הבי"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 ככיוור 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 (בי"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 ("הלכך אם קדם קמא ומסלק דלתות דבתרא ומוקי דלתות מדיליה, קנה, ואי לא, דינא הכי, דשקיל קמא לבנין ובתרא דלתות דידיה, 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 נד:** 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 עשאוה 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 דסעי' 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 סעי' 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 ה^{נתיבות} (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 ה^{נתיבות} (א) שבמחנ"א הביא דעת 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, וה^{נתיבות} 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, וכיאוש 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, מוציאים 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 (מודכני) 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 כדון, 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 ששמועה ראשונה 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 נדרן שלא לירד לנכסים ההמה כי היכי דתהוי ליה כפרה, אבל אם יש לו בנים, יורדים בניו לנכסים מכח אמא דאבוה.

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, ושלת 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 לדידה 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 אנפשייהו שהפקידו בידו בכרך אחד.

סעיף ה

מי שמת ואחר כך מתה אמו והשאירה ירושה ולבן שמת אחים או בנים האם הם קודמים לירשי 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 ליורשיו ממשפחת אביו {ודוקא שנולד הקטן, אבל עובר אינו יורש אמו, אם מתה כשהיא מעוברת, להנחיל יורשיו 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 ליורשיו 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"פ 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 וצפרנו [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, ומשו"ה כשנהרגה האשה ונמצא הולד מת דמי לסימן רפ"י בנפל הבית עליו ועל אמו דהנכסים בחזקת יורשי האם, והא דאמרו בערכין היא מייתא תחילה, היינו לומר דאפילו להך תנא דס"ל בב"ב קני"ח בנפל הבית עליו ועל אמו דיחלוקו, מ"מ הכא הכל הוא לאם דודאי הוא שהולד מת תחילה, אבל **לדין דקני"ח 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 אור לדירה? (המשך השאלה גבי קניית אור – 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 כשלי"ה והוכיח כן מתוס' בנדרים פ"ד עיי"ש שהאריך, ואילו ה**נתיבות** (ד) פסק כש"ך והביא ראיה לדבריו מהרמ"א בסימן ריד/ה שלא קנה שמעון האור של ביתו, ומבואר ברשב"א שם בסמ"ע דאף דפירות א"א אפילו לשייר לעצמו כי אם במשייר דקל לפירות מ"מ האור שעל ביתו ממילא משויר דלא נכנס בכלל המכירה ולכך א"י למוכרו, וכתב הנתיבות דכי יעלה על הדעת דכשמת שלא יהיו היורשים יורשין את האור ויהיה האור 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 קנב: 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 שוים ולא היה לפשוט שדה במיצר 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', (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 {2} "וי"א דאם נולד כשהוא גוסס אינו נוטל פי שנים (ג"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"ע³ 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' מדכתוב 'והיה הבן הבכור' שיהיה בן משעת הויה דהיינו משעת לידה, אבל מדכתוב '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 לאשמועינן 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 היבום 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: "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 מיירי דתפסי קידושין והשל"ג מיירי בממזר שבא על הערוה (אולם מהסמ"ע הנ"ל משמע דהרמב"ם מיירי 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 במחבואה 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 לנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס כל שכן דמהני לרבי יהודה, וכתב הסמ"ע (כד) דהמתבר 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 קנו:** 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 וכ"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 שהותיהו 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 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 בני 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 רעה – 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 ממורישי 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 (שצ"ן אליו הש"ך) והדברי ריבות חולקים.

סעיפים ד – ו

מהו הדין בזכיית 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'.

ב"ב 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 עסקינן ודאשתחיט 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 ככה"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 מחביריו או הלכה כרבי מחבירו ואפילו מחביריו אמר רב נחמן אמר רב אסור לעשות כדברי רבי קא סבר הלכה כרבי מחבירו ולא מחביריו אמר רבא ורב נחמן דידיה אמר מותר לעשות כדברי רבי קא סבר הלכה כרבי מחבירו ואפילו מחביריו אמר רבא 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" ובדף 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 ראייה 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 והוי שובלי שלופפי והוי 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, ותיירצ 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 הרמב"ם 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 ה**סמ"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 סעי' 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 השבחו הנכסים בעמל ויגיעת האחין וכן אם בנו בתים ונטעו כרמים, והלבוש השמיט הגהת הרמ"א "ולא ידעתי למה". כתב ה**נתיבות** (א) דמדברי ה**סמ"ע** משמע דבשכירות אינו נוטל פי שנים ובלחם משנה כתב שאף בשכירות נוטל משום דק"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 מיתה 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 ה**קצות** (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 בהלואת ריבית קודם שגילה הבכור דעתו שרוצה בחלוקה דאין הבכור נוטל פי שנים בריבית שהעלו אחר מות אביהם, דהלואת ריבית הרי הוא כמו חכרוה או שכרוה.

בסעי' ה' פסק ה**שו"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 ה**שו"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 השביח, 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 שנחלוק, 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 דמשי"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 ודרכום אז קנאום אחיו הפשוטין בשינוי ואינו נוטל פי שנים בשבח אלא כמו שהיה בשעה שמיחה בהן הבכור דכל הגזלנים קונין בשינוי ומשלמין כשעת הגזילה, ומשי"כ 'ולא בהפסד' ר"ל אם נתקלקל היין אחר הדריכה, ובטור הוסיף דאף אם לא עשו שינוי כגון שהיו ענבים מחוברים וחתכום ונתקלקלו, אין הבכור נוטל חלק בהפסד. כתב הנתניבות (ב) דבסמ"ע משמע דאיירי 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 ונתכוונו שיהיה דין בשבח כמו קודם המחאה, ומבואר הוא דקודם המחאה דהבכור נוטל השבח רק שצריך לשלם דמיה, ולדעת כך ירדו להשביח ונתכוונו 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 אי"צ היורשים לשלם רק דמי היין, וקמ"ל דאף שלא קנו גוף הדבר כיון שלא נתכונו לקנות, ואין היורשין יכולין לומר דידן אשבת, מ"מ קנו השבח משום תקנת השבים, וכמו בתוקף ספינתו של חבירו ועשה בה מלאכה ואפי"ה אי"צ להחזיר השכר משום תקנת השבים.

האם בכור נוטל פי שנים בדבר השנוי במחלוקת הפוסקים אי הוא ראוי או מוחזק?

כתב השער משפט (פת"ש ג) דיש להסתפק במקומות שהפוסקים חולקים אי הוא 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 ענינים שאמרו בספיקן שיחלוקו, 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 הלוואתו (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 כלבוש 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 שעבודו 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 שעבודיה 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 דכתיב '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 וקנסין 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 הממשכון, הוי ראוייה, 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 ריבות 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 הפת"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 בשב"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 החיד"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**, ובפסקי המשפט (אות ג) כתב דהיוצא מהפת"ש בחצי מעות דפקדון גבי שטר עיסקא לעיל, שמעות שהופקדו בבנק עם היתר עיסקא יכול ליטול פי שנים בחצי המעות, ובפתחי 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".

בשבט הלוי (ד,רטו) כתב דאף דהממשלה ערבה מיד, לפי פשוטן של העניינים 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 ו"א דפלגא דמלוה הוי מוחזק והיינו כיון דהלואה אסור להוציא 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 דשבק להו אבוהון, וקשה להוציא ממון מיורשים 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 הפת"ש (ה) בשם הנו"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 בפתחי 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 ה

מהו הדין בזכיות 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 לידיה 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 לידיה 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 וכרבנן דסברי דאין נוטל פי שנים בשבח דמתנה קרייה רחמנא ועד דמטיא לידיה 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 כדאמרינן 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 דאבוה 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 כפשוט, ויתר בכל הנכסים ואינו נוטל בשאר אלא כפשוט".

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 לידיה, 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 סעי' 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 ההיכי תמצוי דבצרום וחלקום בשוה וכו' דלא ויתר, ביאר הסמ"ע (כו) דלא אמרינן מדלא עשה מחאה חדשה כשחלק בשוה אחר שבצרום הוא 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, ובנתיבות (ח) יישב דלא מיירי 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 בסעי' ו', וא"כ לכאורה הוכרח לחלוק בשוה, מ"מ י"ל דאף שאמר שרוצה לחלוק ענבים בשוה דלא היו חשיבי בעיניו, 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 סעי' 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 שאר 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 קמיינתא 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 ואמרינן 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 (ו) 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 הנתיות (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. ה^{נתיבות} (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 בדדף קכ"ה אמרינן 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 ה^{נתיבות} 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 אביו 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 אינו 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 בדידיה תליא אם אמר אינו 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 בני"י וביר"י 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 ה**נתיבות** (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. ה**נתיבות 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 כנתיבות 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 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 וחוזר 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 מפליגינן 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 מודים 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 אותנו בתכלית הריחוק אין סברא לומר שיהא נאמן אח"כ לומר עליו שהוא בנו וכן נראה בלבוש, אך סיים ידמיהו 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 אמרינן 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 שאינן 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 שאינן קרוביו והוא אומר שקרובו הוא נאמן במיגו דבידו לעשות, אולם ה**נתיבות** (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 מורדין 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 ולהעבירן 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 דאוהבו 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 ז' כדכתיב '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 להבריא 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 כבסעי' 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 הטושי"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 ואמרינן 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, וע"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 חלקן 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 בני, או שאמר בני הוא ומשוחררת היא אמו, אם ת"ח הוא או אדם כשר שהוא בדוק בדקדוקי מצוה הרי זה יירשנו (דאמרינן דודאי שחררה וקידשה ולא בא עליה בזנות וראה לקמן, ומ"מ לא סמכינן 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 החזקה 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 נחלוק בישראל ואין ראוי לסמוך על דבר זה, רמב"ם) (ה"ה-באה"ג: ברי"ף כתב חזינן לגאון דמספקא ליה בשפחה זידיה 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 אומרינן 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 בכ"ה שהיתה משרתת לו ורגילה עמו לכן שדינן בתר דידיה.

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 שלישי, שהרי הודה שהם שלשה אחים, ולוי נוטל שתות, מת לוי, יחזיר השתות לראובן. נפל ללוי נכסים אחרים, יחלקו אותם ראובן ושמעון, שהרי ראובן מודה לשמעון שלוי זה אחיהם {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 הבי"ח דהרישא איירי בידוע בודאי, ש"ך). (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 דבשבח 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 דהירש 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' מדכתוב 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 {ווי"א (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 מרובין 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 הולכין 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 הולכין 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 מיעוטא 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 הי"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 הראי' (בי"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 ולירתיהו 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, יחלוקו 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 כרי"ד וכ"ד הטור "וי"א דהנכסים בחזקת יורשי האב (דס"ל דאין לחלק מהמשנה כנ"ל, והיא ברייתא אתיא כבי"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, בי"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' דמוקמינן 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 א"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 בחיי 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, אי"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 לאחד

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 ביתי 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 בניים רבים או אחים או בנות, ואמר כשהוא שכיב מרע פלוני אחי יירשני מכלל אחיי, או בתי פלונית ירשני 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 אפוטרופוס, כמו שנתבאר בסימן רמ"ו".

כתב הסמ"ע (ג) דהמחבר בסיפא אזיל לטעמיה דפסק בסימן רמ"ו דלא אמרינן דעשאו אפוטרופוס 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 אפוטרופוס, ומיהו דוקא כשכתב להן בלשון מתנה, אבל כתב להן בהיותו שכיב מרע בלשון ירושה, אפילו בבנו לא אמרינן דלא עשאו אלא אפוטרופוס.

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 יוכל 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 יוכל 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 דרע"א 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 אבוא 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 מיירי 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 הפת"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 כד 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 היו עוברים', וכתב הפת"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 הנתיות (ד) דהמעייין 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 הר"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 דאיך 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 שצוה 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 'באנקענאטען' 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 לקמ"ן), כתב בענין זה **המנח"י** (ג,קלה) בנידון זה ממש (גבי בן מאומץ) "דעדיף יותר שיסלק 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 דק"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 דק"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 בזווי ואין הלוה יכול לסלקו במשכון, ואפילו לדעת רש"י דקונה משכון לאונסין, כל שמחזיר לו משכנו מחויב לסלק בזווי 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 בזווי. **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 לרבא 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 שתיטול הבת סך מה או חצי חלק זכר בן פשוט והברירה ביד היורשים ועכשיו ראובן שבק חיי ופסקו שתיטול 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 כשארית יוסף דס"ל דאף שכתוב בשטר חצי זכר הן בראוי הן במוחזק אין היורשים צריכין ליתן לו מנכסי אבוא דאבא¹ שיכולין לומר מכח אבוא דאבא קאתינן² ועוד דיש לחלק בין ראוי לראוי דאין ראוי זה מאבוא 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 עזבונו 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 עזבונו בפריעת חובו, או שלא הניח שום עזבונו, לא יוכל החתן לגבות שום דבר מעזבונו 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 לתשובות 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 אבוא דאבא קאתינן וגם אין יכולין לומר מכח אחינו קאתינא דדוקא באבוא דאבא שייך לומר כן משום תחת אבותיך יהיו בניך, אכן דוקא באופן שהכריע המהר"ם לובלין (לעיל) כלומר דדוקא אם נמצא בעזבונו ראובן כדי פריעת כל החוב המבואר בשטר חצי זכר וכי. אולם הפת"ש כתב דצ"ע לדינא דעיקר טעמו במה שהחליט דאח יורש את אחיו בתורת משמוש מהאב דירש 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. [בשבוי"י (שם) האריך בנידון שמעון שהשיא בת אחת לראובן בחייו ונתן לה שטר חצי זכר כנהוג ואח"כ מת שמעון בלא צואה 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 השבוי"י ואין להוציא ירושה דאורייתא בכדי, אך בעבודה"ג דעתו לחלק דעד

כאן לא אמרינו 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 אמרינו 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 דאמרינו דבטל השטר חצי זכר, אין הטעם משום דאמרינו כיון שרווח ביתא מחמת ירושתה ויתרה מתנתה, רק עיקר הטעם דבטל השטר משום דאמרינו 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 ולפי"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 לדניא.

סעיף ה

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 טושי"ע סמ"ע וש"ך בסימן רנ"ג דמניח לשון מתנה הוא, וטעות סופר הוא בש"ך וצריך להיות כתוב "לשון מתנת שכ"מ".

סעיף ו

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 שירור וכנתבאר בסימן ר"ג, סמ"ע.

כתב הש"ך בשם תשובת הרשב"א דאם נתן מתנה לאשתו שהיא יכולה ליתן למי שתרצה 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 "ארבע אחיות שהיה להן אח שאינו נוהג כשורה, 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 מן 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 כשצוואה המצווה לחלק את נכסיו שלא בשווה בין הילדים עם הדין שלא תהא בעבורי אחסנתא?

האם בעריכת ובאישור 'צוואה הודדית' 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 בצואה 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 המנהג¹ משום 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",³ ואולי 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,⁴ מ"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 נדוניה 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 (ח"ו"מ ב,ג) האריך בזה וסיים שכיון שהשאיר לכל בן אלף דולר דהוא ודאי דבר חשוב אף בזמננו יותר מדי' זוזים שבזמן הגאון אף אם היו בנין מעלי, ורוח חכמים נוחה מזה (אולם באג"מ אב"ה א/קי 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 עזבונו לבן הזוג הנותר בחיים ולאחר פטירת שניהם יועבר כל עזבונו ילדיהם המשותפים (וכן יכולים אף לערוך צוואה הדדית בה יורישו את כל עזבונו 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 ולידתו 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 ('ויראה 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 ליורשו (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 המנחם 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 שירש 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 ס, ג), 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"ז 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 עיזבונו '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 האישה שממנו בא הזרע המוקפא", ואחת מדרכי לימודו היא שכן דיני משפחה למדים מדיני יבוס ולא ניתן להפריד בין זה לזה וכזה למדנו בב"ב ק"ט דכיון דלענין יבוס בן ובת כי הדדי ניהו לענין נחלה נמי וכו', וזרע שנמצא בשעת מות הבעל מחוץ לגוף האישה במצב של קפאון, שרק באופן מלאכותי ע"י פעולות הנדרשות להוציאו ממצב זה ולזווגו עם הביצית שבמעיי האישה שמבלי פעולה זו לעולם לא יולד, 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 האישה בייבוס 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 יבוס, 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 ביבוס". גם במאמר של הרב משה מרדכי פרבשטיין 'נחלה וירושה' כתב שלפי הא דמצינו בחידושי ר' שמעון שקוף 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 שאנל** אלא מהכא כי לבני לוט נתתי את ער ירושה" ומדקאמר ודילמא ישראל מומר שאנל 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 שאנל 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"וכן המנהג תמיד במערב", רמב"ם, דהפקר 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"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"ג 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 (פתי"ש א) שנשאל מחותנו רע"א בנפקד שיש בידו פקדון שט"ח חילוף כתב והמפקיד לאחר מכן המיר דתו ומת והניח יורשים ישראלים, והלוה עני והיורשים אינם יודעים מהחילוף כתב, הנפקד יוצא ידי שמים אם לא יודיע ליורשים מהחילוף כתב כדי שלא ינגשו את הלוה 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 הלוה מחויב לשלם ליורשים כלל, והחת"ס הסכים עמו דמלוה דלהוצאה ניתנה ממילא פקע שעבודו ובר מן דין מי יכול להוציא ממון מהלוה נגד דעת רבינו ברוך שהוא הי"א דמייתי רמ"א בסימן שפח"ג 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 דלאביי 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 נשבית 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 יוציאו 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 ישנים 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 ושאר 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 לד' 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 שיביאון ראייה שמת מורישה, אבל אם שמעו בו שמת, או שבאו עובדי כוכבים מסיחים לפי תומם, אף על פי שמשאין 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 ליורשין, והא דהקילו בסע' ד' גבי נפלו למים שאין להם סוף ואינך 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 דתרתו בעינין 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, מוציאים 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 מורידין וסובר דאפילו שירדו לחלוק אין מוציאין מידם הוא משום דכיון דבשבוי מורידין 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 מורידין קרוב אפילו כאריס, משו"ה כשמעו בו שמת אין מעלין אותו כ"כ שאם ירד בו בתורת נחלה שלא להוציא מידו, אבל מעלין אותו שמורידין 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 מורידין 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 אמדינן 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 מורידין קרוב לנכסיו ושמואל (דהלכה כמותו בדיני וכן ס"ל לרב נחמן) אמר מורידין קרוב לנכסיו, בששמעו בו שמת כולי עלמא לא פליגי דמורידין כי פליגי בשלא שמעו בו שמת רב אמר אין מורידין דילמא מפסיד להו ושמואל אמר מורידין כיון דאמר מר שיימינן להו כאריס לא מפסיד להו, מיתבי (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.. ומורידין 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, ומורידין 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"יא (רא"ש) דוקא בשבח שמין לו כאריס, אבל פירות נוטל הכל (ר"ל פירות שקצרן 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 ושארף 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 בתקנתינו הקרוב להשחית מנחלתו 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"יא (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 אפוטרופוס 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 בברייתא 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"י - } 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 וכסעי' 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, ובנת"בות (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 בירושתו. 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 וקרוב מחמת קרוב' יתבאר בסעי' 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 ויוציאוהו 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 הנשבחה 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 שבוייה 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"ו"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 הנתניבות (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 כיוורד 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

שיבריהם 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 ה

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, והטושי"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 בסעי' 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** בסעי' הבא.

עוד ע"פ **שם משנה** ו**גמ'** פסק **בשו"ע** (ג) וכלשון **הרמב"ם** "נשאו גדולים לאחר מיתת אביהם [מהאמצע (טור וסמ"ע)], ישאו הקטנים גם כן מכלל הנכסים ואח"כ יחלוקו. 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 נדוניה ומת קודם שנכנס לחופה, אין נוטלין הנדוניה 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 הנדוניה 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 אותו 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 שנשתלחה לו השושבינות אזי יהיה זה שנשתלחה 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 שנשתלחה לו ואז היה זה שנשתלחה 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 הנירשת 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 הודיעים 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 תן 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 דעכשו 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 היוק 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 שיודע 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 שבודאי 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 הרמב"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 } וי"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 הבי"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 שכן 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"א אי אפשר לומר הכי, אמנם כתב דנראה דאעפ"כ הרשות בידו, משום דסתם אדם ניחא ליה בדקל או בקרקע, וכשה רוצה ליתן דקל שלו והשני ישאר דקלו בידו רק שישלם לו במעות וזה אינו רוצה, הוא ודאי מטעם דלא ניחא 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, ותיירץ דשאני הכא דידיעי כל האחין דעליהן ליתן לזה השדה או הדקל ולא נתנוהו לו לא מחשב גבייהו 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 התחונה 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
בני"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 כשה 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 האפוטרופוס 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 אפוטרופוס ובוררים להם חלק יפה ואם הגדילו יכולים למחות, ורב נחמן דידיה 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 אפוטרופוס לשמור נכסיהם הילכך אין חולקין נכסיהם בלא דעת כולם, אבל אם מקצתם גדולים ואומרים אנו רוצים לעבוד ולשמור חלקנו ואין אנו רוצים שיהא אפוטרופוס ממונה על חלקנו מילתא דפשיטא היא ששומעין להם דלמה יפסידו הם בשביל שאחיהם קטנים, ולכי 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 אפוטרופוס לקטנים ולחלוק עם הגדולים ומעמידין בית דין להם אפוטרופוס 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 לאפוטרופוסין 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 אפוטרופוס לקטנים ובורר (גר"א: גירסת הרי"ף ובוררין ואבית דין קאי) להם החלק היפה {ווי"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 אפוטרופוס 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 האפוטרופוסין רשאים למכור חלקו, 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 אפוטרופוס, שהרי אף לאחר חלוקה יבואו הנכסים ביד אפוטרופוס, ה"ה וסמ"ע), וכל שהגיעו הקטנים לייג שנה יכולים לחלוק בעצמן, דחלוקה לא הוי כמכר (רי"ן, 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 האפוטרופוסין רשאים למכור חלקו, כתב הנתובות (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 אפוטרופוס ליטול חלקו עד שיוודע אם הוא זכר או נקיבה, אבל לתאומים לא חיישינן.

סעיפים ב – ה

כתב השו"ע (ב) אם לא היו כאן כל האחים, ואותם שבכאן מבקשים לחלוק, או שחלקו ובא אח או בעל חוב ונטל 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 אפוטרופוס

סימן רצ – דין אפוטרופוס מי ימנו וכיצד יתנהג וכל משפטיו

סעיף א

[מי ובאילו אופנים ממנים אפוטרופוס?]

מי שהיה לו אפוטרופוס בחייו ומת והשאיר יתומים, האם האפוטרופוס הנ"ל ממשיך להיות האפוטרופוס של היתומים או שרשאין בית הדין למנות אפוטרופוס אחר?

פסק השו"ע כלשון הרמב"ם "מי שמת והניח יורשים קטנים, או שאשתו מעוברת, או שהניח קטנים וגדולים, צריך מורישם למנות להם אפוטרופוס (על נכסיו לאחר מותו, רשב"א) שיתעסק בשביל הקטנים עד שיגדילו (ה"ה): מבואר בגיטין נ"ב ובהרבה מקומות שאם מינה אבי היתומים אפוטרופוס אין לאחר מעשיו כלום, וכתב הראב"ד דהוא שחלק להם בחייו שאם לא חלק להם יניח הכל ביד הגדולים ואם ישביחו ושביחו לאמצע וטוב להם, 'ואני אומר שאף דעת רבינו כן', ואם לא מינהו ב"ד חייבים להעמיד להם אפוטרופוס עד שיגדילו, שביד 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 אפוטרופוס 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 אפוטרופוס אלמא שאין בית דין מעמידין להם אפוטרופוס בכל גוונא וק"ו הוא מהדין הסמוך שהרשות בידו למנות אפוטרופוסים נשים או עבדים או קטנים וכל שכן שיכול להניח ביד בניו הקטנים) וכן אם מינה המוריש אפוטרופוס על הקטנים, קטן או אשה או עבד, הרשות בידו (ברייתא גיטין נ"ב)"

עוד כתב הרמ"א "אחד שאמר לש"מ רצונך שאהיה שליט בנכסך ואמר הן, ה"ז לשון אפוטרופוס (ריב"ש ורשב"א). מי שהיה לו אפוטרופוס על נכסיו ומת, אין מניחין אותו אפוטרופוס 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 שבתיו לא היה יכול להעזי נגדו לעשות לו עיוות, סמ"ע), ואין מניחין לאדם שאינו ראוי להיות אפוטרופוס, 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 אי 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'אוי' או 'וי' 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 לפמשי"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 מינייהו, 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 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 "בריייתא 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), (בריייתא 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 'שהי' 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 ישלא נפסל קרוב אלא לדון קרובו לזכותו או לחייבו אבל כשאין לו זכות ולא חובה לאפוטרופוסים למה יפסל 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

וכסעי 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' שדחהו).

סעיפים ד – ו

הבא לפחות שלוש דיונים, 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 דלישתמעון 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 מסלקין אותו בשביל חשד א"כ יש עדים אבל מינוהו בית דין מסלקין 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 מסלקין 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, ומסלקין אותו ומעמידים אחר, א"אבל אם מינהו אבי יתומים, אין מסלקין אותו, שמא מציאה מצא, אבל אם באו עדים שהוא מפסיד נכסי היתומים (דווקא, לאפוקי מפסיד נכסי עצמו ומבזבז דאין מסלקין אותו, די"ל דנוהר בשל יתומים דבעי בר נש מיתן כמה ומיתקרי מהימן, סמ"ע בשם הריטב"א), מסלקין אותו² ומשביעים אותו (רי"ף), הואיל והוא מפסיד {ויש חולקין דאף כשמינוהו בית דין אין מסלקין אותו א"כ באו עדים שהוא מפסיד (רא"ש). אפוטרופוס שמלוה מעות יתומים לאחרים שלא היה לו להלוות, בית דין מוציאין מיד הלוח ומחזירין ליתומים, דמאחר דיכולין לסלק האפוטרופוס, כ"ש הלוח 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' וסי"א 'בדברי חשק'] או שפרץ בנדרים ובאבק גזל, בית דין חייבים לסלק אותו³ ולהשביעו ולמצוא להם אפוטרופוס כשר (כיון שנשתנה לגריעות אחר מיתת האב מסלקין 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

וז"ל **השו"ע** כלשון הרמב"ם ע"פ הגמ' הנ"ל "מעות של יתומים שהניח להם אביהם אינם צריכים אפטרופוס {ווי"א דגם במעות 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; ונותנים 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, ונתנין לו המעות 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 בנכיתא אפילו לדברי האוסרין אותו בנכיתא מותר 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 המעות קרוב לשכר ורחוק להפסד, הרי אלו מוציאים למזונות מעט [מעט], עד שיקנו להם במעות קרקע וימסרו אותו ביד אפטרופוס שיעמידו להם { **וי"א (ראב"ד** ע"פ עובדא דרב ספרא בב"ב קמ"ד) כמו שהאפטרופוס יכול ליתנם לאחרים, כך יכול לקבל המעות לעצמו, ובלבד שיעשה בבית דין, משום לזות שפתים (ודלא **כטור** שכתב שגנאי הוא הדבר ליקח אותם הוא בתורת עסק משום לזות 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.

עמשי"כ הרמ"א דיכול לקבל המעות 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"ט, 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 מעות היתומים והלוה אותן על משכונות של עובד כוכבים, ואחר כך בא אפטרופוס של יתומים ואמר להוליכן 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 המעות 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 התיירו 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"ך כתב דהרא"ש חולק וס"ל דגם בכאן שהוא הפסד משני צדדים צריך רשות ב"ד וטעמו שגם רבינו 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 לריוח, 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 להוליכן למטלטלין דיתומים לשוק שהוא במקום קרוב למוכרן.

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 הוגשה 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 שלישי 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 דאיירי שהיה תפוס האפוטרופוס במשכון או בשום ד"א של הלוה ולפי"ז כשאין לו משכון צריך הלוה שבועה דאוי 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 דכשלוקח 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, ובנתניבות 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 טבלי". כתב הסמ"ע (מב) דמדסיים ב'אלא ימכרום טבלי, שמע מינה דמשי"כ שלא יעשרו כדי להניח, אפילו כדי למוכרן מתוקנים אסור, והכי קאמר כדי להניח להיותן מוכנין למכור בתיקונן, אלא ימכרו אותן בטבלין 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 מעזה 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 לחנכו, 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'}.¹

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 רשאי, 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 היסת? פרט את התנאים שמחייבים שבועות אלו.

משנה גיטין נב. "אפוטרופוס שמינהו אבי יתומים ישבע מינהו ב"ד לא ישבע אבא שאול אומר חילוף הדברים" ובגמ' פסקין כאבא שאול ומפרש טעמיה דבמינהו בית דין בההיא הנאה דקא נפיק עליה קלא דאינש מהימנא הוא דהא סמיך 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. ²במה דברים אמורים, כשמינהו בית דין, אבל אפוטרופוס שמינהו אבי היתומים, וכן שאר המורישן, אין נשבע על טענת ספק {גוי"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 דאיירי 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 שצויהו לתת לבניו, אם רוצה לתת לכל בניו בשוה אינן 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 הנתיבות (ט) דמיירי שהודה בפני עדים שיש בידו מעות יתומים כך וכך ואביהם מינה אותו לאפוטרופוס לעסוק בצרכיהם ולהוציא על הצטרותם עד שיגדלו עיי"ש].

ע"פ הרמב"ם (אלו דברי רבינו ראובן אליו, ה"ה) פסק בשו"ע (יז) "אף על פי שאין האפוטרופוס צריך לעשות חשבון כמו שנתבאר צריך לחשוב בינו לבין עצמו לדקדק ולהזהר הרבה מאביהם של אלו היתומים שהוא רוכב ערבות שנאמר סולו לרוכב בערבות וכו' אבי יתומים (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 דהוא 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 מינוהו 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 מינוהו 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, וכיפור 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 ידעינן בה אם נאבד ליתומים דבר, דנהי דמשבעין ליה דלא עיכב משלהן כלום, לגניבה ואבידה לא חיישינן 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 בחדושיו, ודברי המחבר בין במינהו ב"ד בין במינהו אבי יתומים צ"ע, וסיים דנראה דהוי ספיקא דדינא ואי תפסי יתמי לא מפקינן מינייהו.

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"ן 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 לזה שלכנגד היתומים 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 ק"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 דיכול 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 אפוטרופוסית? 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 ניהלייהו 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 ליטבע בשלמא מינהו אבי היתומים או בית דין איכא למימר דילמא מימנע ולא יעשה בשבילם להשתדל באפוטרופוסות אם יש לו ליטבע 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 שסמוך 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 אפוטרופוס כהא סבתא שהרי אין ממנין נשים, אבל בשסמכו אצל מי שראוי למנות אפוטרופוס כנידון דידן כ"ע מודו דדין אפוטרופוס יש לו.

סעיף כה

ע"פ תשובת הרשב"א פסק בשו"ע "יתומים שסמכו אצל בעל הבית וזן 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 שהלוה ליתומים (תה"ד, ודוקא שהוציא הוצאות לצורך ולא לבזבז), אבל אם פרנסן בתורת גמילות חסדים פטורים (ספר התרומות)".

סעיף כו

מינה אפוטרופוס 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 ממונו ואין מעמידים לו אפוטרופוס (ה"ה: כן מבואר בב"מ ל"ט ובמקומות אחרים אפוטרופוס 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 אפוטרופוס לבניו הגדולים יכולים לומר אין אנו צריכין אפוטרופוס, אלא אם כן יש בו משום מצוה לקיים דברי המת (רי"ז, והיינו כשהוציא המעות מידו דדוקא כגון שנתן הממון בחייו לידו דאפוטרופוס או ליד שלישי 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 צואתו 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 באפוטרופוס שמינהו אביהם כמבואר באה"ע סימן ק"ז.

עוד כתב הסמ"ע (שם) ע"פ הר"ן דאם העמיד אפוטרופוס לבן אחד שהיה לו והניח אשתו מעוברת וילדה בן אחר מיתתו והבן הראשון נפטר, אותו אפוטרופוס 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 אפוטרופוס (רמב"ם וה"ה) וכך פסק בשו"ע "השוטה והחרש (ע"פ יבמות ק"ג). דינם כקטנים ומעמידים להם אפוטרופוס".

סעיף כח

אפוטרופוס 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 אפוטרופוס טוען שברשימות של אביו כתוב שהוציא משלו, האם נאמן?

ע"פ תשובת הרא"ש פסק בשו"ע "אפוטרופוס שמת, והוציא בנו פנקס אביו שכתוב בו שהוציא בפרנסת היתומים מנה, אין מוציאין מהיתומים בכך, דשמה נתפרע ולא נמחק { אבל בעודו חי, נאמן על מה שאומר שהלוה 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 האפוטרופוס בא להוציא אבל אם היו הנכסים ביד בן האפוטרופוס היה נאמן להחזיק מה שבידו כפי מה שכתוב בפנקס אף על פי שבן האפוטרופוס 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 מוציאין ר"ל דנכסים בחזקת יתמי קיימי ואף על פי שהם תחת יד בן אפוטרופוס אין מוציאין 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 אפוטרופוס כיון שמצא כתוב בפנקס דהוי כאמר לי אבא, משו"ה כשלא ראה בידם דהיה אביהם נאמן במיגו, דמי למשכון דטענין ליתומים כשאביהם היה נאמן במיגו, אבל כשראה וידוע שהוא של אבי היתומים הרי הוא כבא להוציא מהיתומים ואין מוציאין 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 שהלוה להן ונוטל בשבועה, כתב בשער משפט (ג), צוין בפת"ש (ט) 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 במינהו בית דין אבל במינהו אבי יתומים נאמן לומר שהלוה להן אף בלא שבועה להוציא מן היתומים, וכתב השע"מ דנראה דהיינו דוקא כשעדיין לא נסתלק מאפוטרופוסות אבל לאחר שסלקוהו אינו נאמן, מידי דהוי אגבאי צדקה ביו"ד רנזו 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.



