

סעיף 3 הסכמת המקבל

חזקת הסכמה
3. חזקה על מקבל המתנה שהסכים למתנה, זולת אם הודיע לנותן על דחייתה תוך זמן סביר לאחר שנודע לו עליה.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 1 פרק שני: הצורך בהסכמת המקבל 2 פרק שלישי: דחיית המתנה 5

א. מבוא 5

ב. הכלל: רק דחייה מיידית מועילה 6

ג. במתנה המזוכה למקבל ע"י אחר 14

ד. דחייה מאוחרת בלשון הודאה 22

ה. תוצאתה של דחייה מאוחרת - הנכס הפקר 39

ו. דחייה מאוחרת שנוסף לה חיזוק 48

ז. דחייה בטענה שטעה באשר לאופי הנכס 50

ח. דחיית מתנה לפני נתינתה 51

ט. דחייה חלקית 51

פרק רביעי: מתנה שהמקבל אינו יודע עליה 52

א. הצגת השאלה 52

ב. נימוקים לכאן ולכאן 53

ג. עמדת החוק 54

ד. חזקת ההסכמה של מקבל שאינו יודע על המתנה 55

ה. בעיית "אין ברירה" 56

פרק חמישי: סיכום 57

פרק שישי: הצעת נוסח ע"פ המשפט העברי 58

פרק ראשון: מבוא

סעיף זה מורה, שבמקום שספק בעינינו האם המקבל הסכים לקבל את המתנה, כגון ששתק ולא אמר דבר, יש להניח שהסכים לקבל את המתנה. זו הוראה פרטית, הכלולה בהוראה הכללית של חוק החוזים (חלק כללי), סעיף 7, הקובע חזקת קיבול בכל חוזה שההצעה בו היא לטובת הניצע.¹

יש חזקת הסכמה גם במקרה שיש במתנה גם חיוב המוטל על המקבל (המצב המתואר בסעיף 4 לחוק)², וגם במתנה על תנאי³. יש חזקת הסכמה גם לגבי התחייבות לתת מתנה, כשנודע עליה למקבל, והכתב דרוש רק לגבי התחייבות הנותן⁴.

ראבילו קובע שאם שתיקת המקבל היתה מלווה מעשים שמלמדים שאינו רוצה את המתנה, נדחית חזקת ההסכמה⁵. כנראה, כוונתו היא למצב שמעשים אלו אינם מגיעים לכדי דחייה בדרך התנהגות, שהרי אילו כן, היה צריך לומר שגם אם שתק בתחילה (וחלה לחזקת ההסכמה) ואח"כ ביצע פעולות מסוג זה, המתנה בטלה, כי דחייה מבטלת (תוך זמן סביר).

¹ על סעיף 7 ראה פרידמן וכהן, חוזים (תשנ"א) א' 233 ואילך; ג' שלו, חוזים __. הדיון בשאלה הכללית האם שתיקה כהסכמה בדבר שהוא לטובתו, וכמה זה צריך להיות לטובתו - מקומו בקומנטאר שם.

הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, סעיף 179, חוזר על הוראת סעיפנו בשינויי נוסח: "חזקה כי מי שהוצעה לו מתנה קיבל את ההצעה, אלא אם כן הודיע למציע על דחיית ההצעה בתוך זמן סביר אחרי שנודע לו עליה". שינוי הנוסח מתאים לגישת הצעת החוק, שמתנה היא חוזה - ראה על כך בסעיף 1(א).

² ראבילו ב, עמ' 288-289 ועמ' 315.

³ ראבילו ב, עמ' 300.

⁴ ראבילו ב, עמ' 288-289 ועמ' 348. מדבריו עולה שלדעתו ההתחייבות תקפה רק אם הסכים המקבל (וזאת משום שלדעתו גם התחייבות לתת מתנה היא מתנה לאלתר - שווי ההתחייבות, כפי שכתב במקום אחר), שאם לא כן, אין נפקות לחזקת הסכמה.

⁵ ראבילו ב, עמ' 286.

גם לפי המשפט העברי, שתיקת המקבל בזמן שנודע לו על המתנה, או בזמן שהוא מקבל אותה, מתפרשת כהסכמה.⁶ יש לכך אף יותר תוקף מבחוק, שכן לפי המשפט העברי המקבל אינו יכול לחזור בו מהסכמתו שמכללא הזאת, אפילו תוך זמן סביר⁷; ומעריכים את דעתו הסתמית כהסכמה, גם עוד לפני שנודע לו על הקניית המתנה⁸; ושתיקת המקבל מתפרשת כהסכמה גם אם המתנה אינה טובה מוחלטת ("זכות גמורה"), כגון שאחזקת דבר המתנה תעלה כסף למקבל⁹.

הטעם שמפרשים את שתיקתו כהסכמה, הוא שסתם אדם מעוניין בקבלת מתנות¹⁰.

הסעיף נוקט כדבר מובן מאליה שהסכמת המקבל דרושה כדי לתת תוקף למתנה. כך משתמע גם מסעיף 2, הקובע שכדי שמתנה תיגמר, צריך שהמקבל יסכים שהדבר ניתן כמתנה. אבל כאן עולה השאלה, מה הבסיס התיאורטי להצריך את הסכמת המקבל? בענין זה נדון בפרק שני.

הוראה נוספת של הסעיף היא, שהמקבל יכול לדחות את המתנה ע"י הודעה לנותן תוך זמן סביר מאז שמע המקבל על המתנה. היא מנוסחת כסייג לחזקת ההסכמה, אבל למעשה זו הוראה נוספת, בדבר משך הזמן שבו יכול המקבל לדחות את המתנה. הסעיף אינו מפרט את דיניה של דחיית המתנה, כגון צורת הדחייה, תוצאותיה, ודינה של דחייה לפני נתינת המתנה. בכל אלו נרחיב בפרק שלישי, בהצגת עמדת המשפט העברי.

כאמור, הסעיף קובע את התקופה שבה יכול המקבל להודיע על דחיית המתנה: זמן סביר אחרי שנודע לו עליה. מכאן מתעוררת השאלה מה מעמדה של המתנה בשעה שהמקבל אינו יודע עליה? האם גם אז אפשר להפעיל את חזקת ההסכמה, ולתת תוקף למתנה? בענין זה נדון בפרק רביעי.

פרק שני: הצורך בהסכמת המקבל

כפי שאמרנו במבוא, החוק נוקט כדבר מובן מאליה, שכדי שמתנה תהיה גמורה, דרושה גם הסכמת המקבל. הסכמת המקבל נחוצה מפני שלא יעלה על הדעת שהנותן יוכל להכריח את המקבל לקבל בלי הסכמתו. אין צורך שההסכמה תינתן בכתב או בצורה פורמלית; גם התנהגות שמלמדת על הסכמה, מועילה¹¹. תהיה לכך נפקות רק אם המקבל יודיע אח"כ על דחיית המתנה תוך זמן סביר (ודחייה זו לא מועילה אם כבר הביע הסכמה, אפילו בהתנהגות), שאילו אם לא דחה אח"כ, הרי גם שתיקה מתפרשת כהסכמה, מטעם חזקת ההסכמה.

גם לפי המשפט העברי, אי אפשר לתת מתנה לאדם נגד רצונו¹². משום כך, מי שכפו עליו לקבל מתנה, המתנה בטלה, אפילו אמר בגלל האונס "רוצה אני", כי כדי לקנות צריך רצון גמור¹³. גם אם הוא מעוניין לקבל את הנכס, אבל אינו מוכן לקבל אותו בחינם אלא הוא רוצה לשלם תמורתו, אי אפשר להקנותו לו

⁶ נביא מקורות לכך בהערות 45-48.

ניסוח זה מתאים לתפיסה (ראה ליד ציון הערה 23) שהסכמת המקבל נחוצה כמרכיב חיוני ביצירת המתנה. לפי התפיסה האחרת (שם), שאין צורך בהסכמתו החיובית ובלבד שלא יתנגד, הניסוח יהיה: "אם שתק המקבל... המתנה תקפה מפני שלא הביע התנגדות". אבל אין לכך נפקות מעשית בכל הנוגע לפרק זה.

⁷ נביא מקורות לכך בהערה 48.

⁸ ראה ליד ציון הערה 118.

⁹ שו"ת מהרי"ק, שורש קנה (הובא בשמחת יו"ט, סימן לו, דף קמ"ג ע"ד) - על עבדים, שיצטרך לזון (ראה סעיף 6, על זיכוי עבדים במתנה ע"י אחר, שמועיל אף שיצטרך לזונם). הוא מדגיש שיש חזקת הסכמה גם אם לא עשה מעשה נוסף על הסכמתו. הוא לומד מזה לנידונו, שע"י המתנה, הופך המקבל לשומר שכן, ומניחים שהסכים (והובא בחוק לישראל, שומרים, סעיף 1(ג), ליד ציון הערה 41); אך שם זה כבר לא מתנה, אלא שכר שמירה.

¹⁰ נביא טעם זה ליד ציון הערה 132, בענין הקניית מתנה כשהמקבל אינו יודע על ההקנייה, וקל וחומר שטעם זה טוב בענייננו, שהמקבל יודע על המתנה.

¹¹ ראב"ל ב, עמ' 272. פ"ד כו(2) עמ' 790 אומר שההסכמה לא צריכה להיות בכתב.

¹² הדבר פשוט, וכך עולה מן המקורות שנביא בכל הסעיף, שדנים בפרטי הלכה זו, ובמיוחד מהמקורות בהערה 39, האומרים שאם המקבל התנגד מיד כשקיבל את המתנה, המתנה בטלה. בכל זאת נציין מקורות אחדים שכתבו עקרון זה בפירושו: רש"י, גיטין כא ע"א (ד"ה בעל כרחך); תוס' ערכין לב ע"א (ד"ה מדאיצטריך); מגיד משנה, הלכות מכירה, ל, א; שו"ת שפת הים (מיו) יו"ד סי' כב (כו ע"א); שו"ת מנחת אלעזר ח"ג סי' ע; שו"ת בן פורת ח"א סי' יא (נב ע"א), על פי ב"מ יא ע"ב, וע"פ תוס' גיטין עה ע"א (ד"ה מכלל); ר' יהודה אריה לייב אלטר, במכתבי תורה (אלתר) מכתב קיח עמ' קפד במהד' תשכ"ז (=מכתב קנב, עמ' רסב במהד' תשנ"ז).

לטעמים אפשריים שאדם ירצה לסרב לקבל מתנה, ראה סעיף 6, בענין זכות המקבל להתנגד לזיכוי מתנה. ראה הערה 141, בשם משנת יעקב, שיייתכן שמועילה מתנה לאדם חשוב גם אם הביע התנגדות.

¹³ קצות החושן סי' ט. וכך עולה מהרמב"ם שנביא ליד ציון הערה 81, שדן במקבל שטען שהמתנה ניתנה באונס - האם הוא נאמן. אבל ראה חוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 247, שיש דעה שהמתנה תקפה. מנחת עני (תקמז) דף א ע"ג, תולה שאלה זו בדרך פלפול במחלוקת אמוראים - עיי"ש. וראה על כך בהערה 17.

בחינם נגד רצונו¹⁴. כמו כן, מוריש שנתן מתנה ליורשו על תנאי, והיורש רוצה את הנכס אבל אינו רוצה לקבל אותו במתנה אלא לרשת אותו שאז לא יהיה כבול בתנאי - המתנה בטלה¹⁵. גם אם התחייב מראש לקבל את המתנה, הוא יכול לחזור בו ולסרב ואז לא יקנה את המתנה, מפני שהתחייבות שייכת רק במי שבא לחוב עצמו, ואילו קבלת מתנה היא רק זכות¹⁶. גם אם יש לו נושים, וחשוב להם שיקבל את המתנה כדי שיוכלו לגבות ממנו את חובם, הנותן אינו יכול לתת לו את המתנה נגד רצונו, אף שהתנגדותו מזיקה לנושים ("חב לאחרים")¹⁷.

מכאן מתעוררת שאלה של הגדרה: האם מתנה היא חד צדדית או דו צדדית? בלשון אחרת: האם המקבל נוטל חלק פעיל בעסקה, ולכן דרושה הסכמה חיובית מצד המקבל, כדי לתת תוקף לעסקת המתנה, או שמא המקבל ממלא רק תפקיד סביל בעסקה, אין דרושה הסכמתו החיובית, ובלבד שלא יתנגד?

לפי החוק, מתנה היא חוזה, כפי שמוכח מסעיף 2, המצריך הצהרות רצון של שני הצדדים, הצעה וקיבול¹⁸. הסכמת המקבל אינה רק הצטרפות לפעולה משפטית מושלמת, אלא היא הקיבול שנחוץ בכל חוזה¹⁹. אבל החוזה הזה הוא חד צדדי²⁰, כי הוא יוצר חיוב רק לגבי צד אחד²¹. רצונו של המקבל הוא חלק מיצירת החוזה, אבל חשיבותו מישנית מבחינה חברתית ומשפטית²².

שאלה זו לא נדונה הרבה במקורות המשפט העברי, אבל יש פרשנים שהתייחסו אליה אגב השלכות מעשיות שהם תלו בשאלה זו.

לדעת ר' יחזקאל אברמסקי, יש למקבל תפקיד אקטיבי ביצירת המתנה: הקנאת מתנה נגמרת ע"י מעשה הקנין שעושה המקבל בעצמו או ע"י אחר, וצריך הסכמה חיובית שלו לקנין, אלא שגם שתיקת המקבל כשבאה המתנה לידו נחשבת הסכמה חיובית, מפני שהעובדה שאינו מתנגד, מוכיחה שהוא מסכים²³.

¹⁴ מגן גיבורים, יד, אלף המגן ס"ק ו. הוא מסביר בכך את מה שכתב ט"ז, או"ח, שסט, ס"ק ד, בדעת תוס' עירובין פא ע"א (ד"ה לא), שהנותן כסף לנחתום ומבקש ממנו למכור לו חלק בכר לחם שמשמש לעירוב חצרות - לא זכה בעירוב כי מעות לא קונות, וגם אם הנחתום זיכה לו במתנה, לא קנה, כי אינו רוצה לקבל מתנה, כי "שווא מתנות יחיה", אלא רוצה לעשות מצוה בממונו. אבל יש להעיר שהט"ז כותב ששו"ע, או"ח, שסט, א, סובר שאם זיכה לו ע"י אחר, קנה. ייתכן ששם קנה מפני שבפועל הוא שילם לנחתום, אלא שכסף אינו קונה, ואולי גם לפי שו"ע, אם לא שילם, א"א להקנות לו במתנה בעוד הוא רוצה לשלם.

¹⁵ כך עולה משו"ת שער אשר ח"ב סי' כו (נו ע"ג), שנתן תוקף למתנה בנידונו רק מפני שהיורש לא מחה מיד כששמע על המתנה - ראה בשמו בהערה 57.

על התנגדות לקבל מתנה מותנית מפני שהמקבל מסרב לקיים את התנאי - ראה סעיף 4. גם שם הוא רוצה את המתנה, אבל בלי התנאי.

¹⁶ דבר למשפט (רוזנברג), סי' ה, עמ' סח. ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 491, מביא ראיה מכסף הקדשים, לט, יז, האומר שאין תוקף להתחייבות להפקיד כי אין בפקדון זכות לנפקד, כלומר שהתחייבות צריכה ליצור חיוב ממוני על המתחייב וזכות ממונית למקבל התחייבות, ובלי זה, זה בגדר קנין דברים. אבל הוא מעלה אפשרות שלדעה שיכול לחול שעבוד הגוף בלי שעבוד נכסים, וגם התחייבות שלילית תופסת (ההתחייבות, עמ' 205-201), גם התחייבות לקבל מתנה תופסת.

¹⁷ מאירי, גיטין לב ע"ב (ד"ה מקבל), וב"ב קלח ע"א (ד"ה ובמסכת וד"ה ונמצאת); שער משפט, פו, ס"ק ה. על עמדת החוק בענין זה, ראה ליד ציון הערה 37.

אבל יש מקום לומר שבכגון זה, בית דין יכוף עליו לקבל את המתנה, כדי שיוכל לפרוע לנושיו. משנה למלך, מלוה, ב, ו, כותב שמי שכתב לאשתו שטר מתנה עם תנאי "אם תרצה לקבל", ב"ד כופה עליה לדרוש את המתנה כדי לפרוע לנושה שלה. אלא שקצות החושן, סי' ט, מעיר שאם כופים עליו לקבל, אינו קונה - ראה בשמו ליד ציון הערה 13. כנגד זה, כותב נחל יצחק, סי' ט, ענף ב (ד"ה לעני"ד) (הובא בשארית חיים, ברודא, יו"ד, קסא, ה, דף טז ע"ד) שכפיית בית דין לקבל מועילה, מפני שזה נחשב רצון מטעם "מצוה לשמוע דברי חכמים".

¹⁸ ראב"ל ב, עמ' 32-30.

¹⁹ ראב"ל ב, עמ' 272.

²⁰ פ"ד לו(2) עמ' 62 [לבדוק]; ע"א 3601/96 בראשי נ' עיזבון המנוח זלמן בראשי פ"ד נב(2) 582, 595 [לבדוק].

²¹ ראב"ל ב, עמ' 32-30 (הובא ע"י השופט דניאל טפרברג, ב"ש, תמ"ש 2160/06, פלונית נ' עזבון המנוח פלוני ואח', בית משפט לעניני משפחה, פסקה 25).

אבל ראב"ל, שם, הערה 10 מציין שצלטנר אומר שהיא חוזה דו-צדדי. בדברי ההסבר להצעת חוק המתנה, תשכ"ה-1965 (ה"ח תשכ"ה 368) נאמר שהיא עסקה דו-צדדית ולכן נחוצה הסכמת המקבל.

הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, סעיף 176, ובכותרת הפרק, מדברת על "חוזה מתנה", ובדבר ההסבר שם, נאמר שנוסח זה ננקט כדי להדגיש את "האופי החוזי (הדו-צדדי) של עסקת המתנה".

²² ראב"ל ב, עמ' 35.

²³ חזון יחזקאל, בכורות, השמטות לפ"ג, וב"ב, פ"ח ה"ג, בחידושים. הוא מציג בעניין זה מתנה רגילה (של בריא) מול מתנת שכיב מרע, שבה מעשה הקנין לא נעשה ע"י המקבל, אלא כל ההקנאה היא מכח השכ"מ לבדו, ולכן לא צריך גילוי דעת או הסכמה חיובית של המקבל, אלא שאם התנגד אינו קונה כי אי אפשר להקנות דבר לאדם בעל כרחו, ואם שתק ולא מחה (גם אם עוד לא הגיע לידו) זכה במתנה מתקנת חכמים. הוא מוצא מכך נ"מ לנותן שזיכה למקבל

לעומתו, ר' יצחק אייזיק הרצוג סבור שמתנה היא פעולה משפטית חד צדדית, ואינו חוזה, כלומר שהסכמת המקבל אינה נחוצה כחלק קונסטיטוטבי בתקפות העסקה²⁴. ראייתה היא מהדין שזכין לאדם שלא בפניו, כלומר, שהנותן יכול לזכות את המתנה למקבל שלא בנוכחותו ושלא בידיעתו, ומכאן שהסכמת

מתנה ע"י אחר, והמקבל שתק כששמע, לפני שהגיע לידו, ואח"כ הביע התנגדות: בשכיב מרע, כיון שזכה כששתק, קנה, ולא מועיל שיביע התנגדות אח"כ, אבל בבריא, לרמב"ם (להלן הערה 57) שתיקה זו לא מגלה הסכמה חיובית לקנין, ואם אח"כ התנגד, יש ספק אולי הוכיח סופו על תחלתו, ששתק בתחלה רק כי לא היה איכפת לו. יש להעיר, שיש פוסקים החולקים על הרמב"ם, וסוברים שקנה אף שהביע התנגדות אח"כ; אבל אפשר שגם לדעתם מעשה הקנין נגמר ע"י המקבל, אלא שלדעתם שתיקתו בשעה ששמע מוכיחה על הסכמה חיובית. רח"א מילר העיר שחזון יחזקאל אמר את דבריו רק להסביר את ההבדל בתוספתא בין שכיב מרע לבריא, אך הוא העלה אפשרות להסביר בדרך אחרת את ההבדל: בשניהם צריך הסכמה חיובית, אלא שבשכיב מרע קנה אף ששתק כי דבריו ככתובים ומסורים ונחשב כאילו נמסר הנכס לידו, כסברת הדרישה בהערה 54 (אבל קשה לומר שכיון ש"כאילו" הגיע לידו זה משפיע על אומדן הדעת שלנו האם המקבל הסכים).

חידושים וביאורים (גריינימן) כריתות ס"ח ס"ק ו = ב"ב ס"י יג ס"ק יז, כותב שקנין מתנת שכיב מרע נעשה בלי פעולה מצד המקבל; ומשמע מדבריו שמתנת בריא צריכה פעולה מצד המקבל. ולכאורה קשה, הרי באמת אין צורך בפעולה, אלא, לדוגמה, די שהנותן יניח אותו בידי המקבל או בחצרו? אלא, כוונתו היא שצריך את הסכמתו החיובית של המקבל כדי שיהיה לו חלק פעיל בהקנאה.

ראה גם הערה 38, שר"י פייגנבוים אומר שלפי תוס' אין צורך בכוונת המקבל לקנות, אלא שאם הוא מתנגד א"א להקנות לו בעל כרחו, ואילו לפי הרמב"ם צריך את כוונת המקבל לקנות. וראה הערה 109, שייתכן שהמחלוקת אם מתנה בטלה בגלל טעות המקבל, תלויה בשאלה האם רצון המקבל נחוץ ליצירת החוזה. וראה הערה 54, בשם תפארת יעקב, שלפי רח"א מילר יש מחלוקת ראשונים בשאלה אם צריך הסכמה חיובית או די באי-התנגדות. וראה [סעיף 6 בענין שליח של המקבל], ראייה שדי באי-התנגדות. וראה [סעיף 6 בענין שליח של המקבל], שחוסר יכולתו של המקבל למנות שליח לקבל, מתיישבת יותר עם התפיסה שהמקבל ממלא תפקיד סביל בלבד.

לכאורה אפשר להביא ראייה שנחוצה הסכמה חיובית, משו"ת מהרי"ק (שנביא בהערה 9) שנוקט שתיקת המקבל היא **כהסכמה**, והרי אם אין צורך בהסכמה חיובית אלא די שלא יתנגד, היה צריך לומר בפשטות שקנה כיון **שלא התנגד** בפירוש (כפי שכתבתי בהערה 6)? רח"א מילר דחה הוכחה זו, שבנידונו היתה סיבה להניח שלא רצה המקבל את המתנה, והיה מקום לומר ששתק כי היה ברור שהוא מתנגד, כלומר שתיקתו מעידה על **התנגדות**, והוא כאילו התנגד בפירוש; ולכן הוצרך מהרי"ק לומר שאעפ"כ מניחים ששתק כי הסכים, כי נוח לאדם לקבל מתנה.

מהרי"ן שאומר שבזיכוי ע"י אחר, המקבל קונה רק בשעה ששמע (הערה 146) - משמע שצריך הסכמה חיובית מצד המקבל, שאילו אם די בהעדר התנגדות, היה צריך לקנות מרגע הזיכוי, כי התברר אח"כ שלא היה אז עיכוב של התנגדות. מצד שני, את הדעה השלטת, שהמקבל קונה משעת הזיכוי, אפשר להבין גם אם נאמר שצריך הסכמה חיובית - מניחים שהיתה הסכמה כזאת כבר בשעת הזיכוי. באותו קו מחשבה, אפשר להוכיח מהסוברים (בתוך הערה 149) שאם המקבל עשה קנין בנכס, אך לא ידע שהוא ניתן לו במתנה אלא חשב שהיא שלו, לא קנה, מכאן שלדעתם צריך הסכמה חיובית של המקבל, שהרי אם די בהעדר התנגדות, הרי לא התנגד (אך אפשר לדחות את שתי ההוכחות, ששם לא קנה כי צריך **ידיעה** בנוסף להעדר התנגדות); ואילו את הדעה ששם קנה, אפשר להסביר בשתי הדרכים.

מן האחרונים שכתבו שטעם הרמב"ם שמתנה שאינה מסוימת לא מועילה, הוא כי דעת המקבל אינה סומכת (ראה סעיף 1(ב)), מכאן שהסכמת המקבל נחוצה כחלק חיובי בהקנאה, שהרי אם די שלא יתנגד, מה בכך שאין לו גמירות דעת לקנות, הרי סוף סוף לא התנגד.

בשבת י ע"ב נאמר שהנותן מתנה לחברו צריך להודיעו. ס' חסידים ס"י ז, מספר על אדם שהיה מתקן ציציות של אחרים והיה מודיע לבעל הטלית. אך מקור חסד, על ס' חסידים שם, מציין שבס' חסידים דפוס בולוניה הגירסה היא "ולא היה מודיע". גור אריה (למהר"ל), שבת שם (הובא בשו"ת בית אבי, ח"ד, ס"י מ, וברוחא שמעתתא, ח"א, עמ' עא), מבאר שצריך ידיעה מי הנותן, כי בלעדיה אין קבלה גמורה, ובלי קבלה, גם הנתנה אינה שלמה; ומעיר שנתנת צדקה שונה מזה, שאין צורך שידע המקבל, כי שם המטרה היא רק שהעני יתפרנס. גליוני הש"ס, שבת שם, לומד משם שבמתנות לאביונים צריך ידיעת המקבל, כי כתוב בפסוק "מתנות". שו"ת בית אבי שם מבאר את דברי גור אריה על פי תוס' שבת שם, שסתם מתנה ניתנת מחמת אהבה, ואם אינו יודע מי הנותן, המטרה לא תושג. שו"ת לב אברהם, ס"י סה, כותב שמהר"ל לא מתכוון לומר שאינו יוצא ידי חובת מתנה אם המקבל אינו יודע מי הנותן (וני"מ, שהנשבע לתת מתנה, אינו צריך שהמקבל ידע), אלא בא להסביר מדוע יש **מעלה** בזה שיודע, שלא כבצדקה - כי המטרה במתנה היא להרבות אהבה; ומכאן שגם במתנות לאביונים אין צריך להודיע, וזה רק עצה טובה. אבל הוא מציין ששו"ת מהר"ם שיק, או"ח, ס"י שמא, ושו"ת כתב סופר, או"ח, ס"י קמא, אות ב, כתבו שלא יצא במשלוח מנות אם לא הודיע. נטעי גבריאל, פורים, מהדו"ת (תשמ"ו), עמ' קכט, מביא ששו"ת נחלת בנימין, ס"י קלז, כותב שלא יוצא במשלוח מנות אם לא הודיע.

²⁴ רי"א הרצוג, פסקים וכתבים (הרצוג), חלק ט, סימן קיב, עמ' תטז.

כמו כן, שו"ת משיב דבר ח"א ס"י כז, אות ג, כותב שהמקבל הוא רק כזוכה מהפקר, ולכן אין איסור לקבל מתנה בשבת מגוי.

כמו כן, דביר הקודש, ב"ב, ס"י כז, אות ב, כותב שבמתנה כל הקנין נעשה ע"י הנותן, שלא כמכר שהוא מתוך הסכמת שניהם.

כמו כן, אליהו מרידור, דברי הכנסת, כרך 44, עמ' 24-25 (=המשפט העברי בחקיקת הכנסת, עמ' 746), אמר שלפי המשנה"ע מתנה אינה עסקה דו צדדית.

המקבל אינה חלק מהותי מן העיסקה²⁵. אפשר להשיב על ראייה זו, שבאמת הסכמת המקבל נחוצה ליצירת החוזה, אלא שההסכמה אינה צריכה להיות מודעת, ודי בהסכמה קונסטרוקטיבית או בהסכמת שלוחו²⁶.

לכאורה, אפשר להביא ראייה אחרת שהסכמת המקבל אינה משחקת תפקיד פעיל בעיסקה, מן הדין שמועיל לתת מתנה לקטן, כפי שראינו בסעיף 1(א), אף שאין לו דעת לקנות, ואינו יכול לקנות דבר הפקר כגון מציאה. אבל אפשר לדחות ראייה זו, שהנותן נחשב זוכה בשביל הקטן אף שבדרך כלל (במתנה לגדול) הנותן לא יכול לשמש גם כנותן וגם כ"זוכה" עבור המקבל²⁷, והוא כשלוחו, שייחשב כאילו יש לו רצון.

פרק שלישי: דחיית המתנה

א. מבוא

הסעיף קובע שגם אם שתק המקבל בעת קבלת המתנה, הרי אם הודיע לנותן על דחייתה תוך זמן סביר לאחר שנודע לו עליה - המתנה בטלה. ההודעה יכולה להיות בעל פה, או בכתב, או בהתנהגות - החזרת המתנה לנותן. המקבל יכול לחזור בו מדחיית המתנה כל זמן שהנותן נשאר בדעתו לתת אותה. הודעת הדחייה תקפה כשהיא מגיעה לנותן. ניצול לרעה של זכות הדחייה היא התנהגות שלא בתום לב²⁸.

"תוך זמן סביר" - מה שסביר מנקודת ראותו של המקבל, גם בהתחשב בסוג המתנה²⁹, ובנסיבות, כגון אבל שפקד את המקבל³⁰.

יש דעה שהמקבל יכול לדחות את המתנה גם אחרי זמן סביר, כל זמן שלא שינה הנותן את מצבו בהסתמכות על הסכמת המקבל, ובהתחייבות לתת מתנה יכול המקבל לדחות אותה כל זמן שהמתנה לא נשלמה³¹. אבל ראב"ו חולק ואומר שאינו יכול לחזור אחרי זמן סביר, גם בהתחייבות לתת מתנה, אלא יצטרך שני הצדדים לעשות הסכם חדש, שבו הם קובעים את התוצאות של ביטול החוזה מרצון³².

אם המתנה כבר ניתנה, והמקבל כבר הסכים לקבלה, ורוצה אחר כך לוותר עליה, יצטרך להעביר את הנכס בפועל או בהתחייבות בכתב חזרה לנותן הראשון, כמתנה חדשה בכיוון השני. זאת גם אם עוד לא עבר "זמן סביר", מפני שהאפשרות לדחות תוך זמן סביר ניתנת רק אם שתק. הטעם לכך הוא, שדרושה ודאות כלפי צד שלישי, שידע למי שייך הנכס; אלא שאם שתק המקבל, נותנים לו זמן להביע התנגדות, מפני שיתכן ששתק לא מפני שהסכים אלא מסיבה אחרת. אם המתנה הראשונה עוד לא ניתנה, והיתה רק התחייבות לתת, והמקבל הסכים לקבל, ואח"כ רוצה לוותר על זה, די בהודעה בעל פה, כי בכך הופך המקבל להיות נותן, ולפי סעיף 6, אם הנכס נמצא ברשות המקבל, הבעלות עוברת למקבל על פי הודעה מהנותן למקבל³³.

²⁵ ראב"ו ב, עמ' 285, הערה 5.

²⁶ כפי שנסביר להלן, ליד ציון הערה 118, מדוע מועילה מתנה הניתנת בלי ידיעת המקבל. אף שנראה בסעיף 6, שאין המקבל יכול למנות שליח לקבל, מכל מקום, אם הנותן כבר מינה אותו שליח בזה שאמר "זכה לו", הוא יוכל לשמש גם שליח של המקבל, להעניק את ההסכמה הנחוצה להקנאה, כפי שנראה שם שיש משמעות למינוי המקבל אם הוא כבר שליח של הנותן.

²⁷ ראה הסבר זה בסעיף 1(א), בשם קצות החושן. וראה שם הסברים אחרים.

אפשר להביא ראייה נוספת מהדין שמבטלים מתנה אם יש אומדנא שהנותן לא נתן על דעת כך וכך, ואילו מכר אינו מתבטל עקב אומדנא של דעת המוכר, כי צריך להתחשב גם בדעת הקונה (ראה חוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 1), הרי שדעת מקבל מתנה אינה חשובה. אבל אפשר לדחות ראייה זו, שיתכן שביצירת המתנה יש למקבל חלק מהותי, אבל אין מתחשבים ברצונו לקבל את המתנה כשיש אומדנא נגדית של הנותן, כיון שהוא לא יפסיד אם לא יקבל, ואילו הנותן יפסיד אם יתן, כלומר, שרק לנותן יש אינטרס רכושי במתנה.

²⁸ ראב"ו ב, עמ' 289-290. לגבי חזרת המקבל מהדחייה, עי' פ"ד כט(1) עמ' 315.

²⁹ ראב"ו ב, עמ' 290.

³⁰ ראב"ו ב, עמ' 290, בשם פ"מ תשמ"ו(א) 261.

³¹ פ"מ תשמ"ו(א) 261, כמובא בראב"ו שם.

³² ראב"ו ב, עמ' 291. לגבי התחייבות לתת מתנה, תהיה לזה נפקות רק אם בעת נתינת המתנה בפועל לא הביע התנגדות, שהרי ברור שאם הביע התנגדות אז, המתנה אינה קיימת; וכן תהיה נפקות, שבינתיים יהיה תוקף להתחייבות לתת מתנה, ולא יוכל הנותן לחזור בו (שלא כמו אילו דחה המקבל את ההתחייבות תוך זמן סביר, שאז יכול הנותן לחזור בו גם אם לא נתמלאו תנאי סעיף 5 לחזרתו).

³³ ראב"ו ב, עמ' 401. דבריו קשים, שהרי אם היתה רק התחייבות, הנכס אינו שלו, ואיך הוא יכול להפוך להיות נותן מתנה (כמובן, זה מגוחך, לומר שדווקא בגלל זה מצבו חזק יותר, שאינו יכול להיפטר מהמתנה)? ועוד, שאם כן, אין משמעות למה שאמר בעמ' 291 שאינו יכול לחזור בו מהסכמתו (מכללא) להתחייבות, אחרי זמן סביר (אלא אם נאמר שהודעתו צריכה להיות בלשון מתנה חדשה ולא חזרה מהסכמה לקבל).

דחיית המתנה משמעותה שאין קיבול להצעת הנותן לתת, ולכן החוזה כלל לא נוצר; וזאת לא כנתינת מתנה חזרה לנותן, ואינו נחשב ויתור על זכות לענין חיוב מס שבח מקרקעין.³⁴

המתנה נגמרת ברגע שנודע למקבל, עוד לפני שחלף הזמן הסביר; אלא שהחוזה מותנה בתנאי מפסיק - אם לא ידחה המקבל תוך זמן סביר; ואם ידחה, המתנה מתבטלת למפרע.³⁵

אם המקבל נהג בחוסר תום לב בדחיית המתנה, כגון שהראה בהתנהגותו שהוא מוכן לקבל את המתנה, ואח"כ דחה בלי סיבה מוצדקת, חייב בפיצויי הסתמכות.³⁶

אם נושי המקבל מתנגדים לדחיית המקבל את המתנה (כולל חייב שרוצה לדחות מחילה של אחד מנושיו, ושאר הנושים מתנגדים לדחייה): אמנם אדם אינו רשאי לתת **מתנה** לפני שפרע את חובותיו (הברחה מנושים), כי כדי להגן על הנושים, מונעים מהחייב לבצע פעולה משפטית, אבל יכול **לדחות** קבלת מתנה לפני שפרע את חובותיו, כי כדי להגן על נושים אין הצדקה **לאלץ** את החייב לבצע פעולה משפטית - קבלת מתנה. ועוד, שבמקרה הראשון, היתה הסתמכות ברורה של הנושים על הנכסים שהיו בידי החייב, ואילו במקרה השני קשה לומר שהסתמכו על כך שיקבל מתנה.³⁷

בהמשך הפרק נברר את עמדת המשפט העברי בסוגיית דחיית המתנה.

ב. הכלל: רק דחייה מיידית מועילה

לפי המשפט העברי, הכלל הוא, שדחיית המקבל את המתנה מועילה רק אם הביע את ההתנגדות בשעה שקיבל את הנכס (או תוך כדי דיבור לקבלתו),³⁸ שאם אמר אז שאינו רוצה במתנה, המתנה בטלה,³⁹ והנכס

³⁴ ראבילו ב, עמ' 292, ומביא דעה שזה נחשב ויתור על זכות.

³⁵ ראבילו ב, עמ' 293-294. [ראה לעיל סעיף 1(ג), על חזקת הסכמה ודחייה, לגבי מחילה].

³⁶ ראבילו ב, עמ' 54.

³⁷ ראבילו ב, עמ' 225. על עמדת המשפט העברי בדבר התחשבות בנושי המקבל, ראה ליד ציוני הערות 17, 63, 79.

³⁸ קהלת יעקב, אה"ע"ז, ל, ז. כמו כן, אור זרוע, ב"ב, ס"י קמב, בשם ר' יצחק בר' מרדכי (הובא בהגהות אשרי, ב"ב, פ"ח, ס"י נא, ומשמם הובא בשו"ת דברי ריבות ס"י פה), יד רמה, ב"ב, פ"ח, ס"י קצד (גם על מקרה של זיכוי ע"י אדם שלישי), וחי' הרמ"ה ושיטות קדמונים (=חי' הריטב"א כ"י), גיטין לב ע"א, שו"ת שמחת יו"ט, ס"י לו (קמא ע"ב), וחי' דושי' וביאורים (גריינימן), ב"ב, ס"י יג, ס"ק יז, נוקטים שאם שתק ולבסוף התנגד **לאחר** כדי דיבור, הנכס שלו, ומכאן שהתנגדות **תוך** כדי דיבור, מבטלת את המתנה. נראה פשוט שהתנגדות תוך כדי דיבור מבטלת את המתנה גם אם בהתחלה הביע הסכמה מפורשת (ולא רק שתק).

רמב"ם, הלכות מכירה, ה, י, כותב שאם המתנה הוקנתה בקנין סודר, המקבל יכול לבטל את המתנה כל זמן שעוסקים באותו ענין. הוא מסתמך על הדין בב"ב קיד ע"א, שבקניין סודר אפשר לחזור מהקניין בשיעור זה (בגמרא כתוב קנין סתם, אבל כמעט כל הראשונים כותבים שמדובר רק בקניין סודר).

מאירי, ב"ב קלח ע"א (עמ' 570), מביא שתוס' אמרו שהשיעור הוא תכ"ד. והוא עצמו אומר שהשיעור הוא כל זמן שעוסקים באותו ענין, ואם עברו לענין אחר או שיצאו מאותו מעמד, ורק אח"כ התנגד, זו נחשבת התנגדות מאוחרת. והוא אינו עוסק דוקא בקנין סודר אלא גם בקנין שטר.

דעה חולקת: ר' יצחק פייגנבוים, שערי תורה ח"ב קונטרס יא ס"י צב, אות ב, כותב שמקבל מתנה אינו יכול לחזור בו תכ"ד לבטל את המתנה, מפני שבדעת אחרת מקנה אין צורך בכוונת הקונה לקנות (ראה סעיף 6), אלא שאם מתנגד א"א להקנות לו בעל כרחו, א"כ לא תועיל חזרת המקבל תכ"ד, כי תכ"ד מועיל רק **לבטל** את הרצון שרצה לקנות, אבל זה לא יכול לעשות כאילו התנגד אז (וכאן א"צ רצון לקנות, ודי שלא יתנגד). אבל הוא מעיר שלפי הרמב"ם, המובא בקצות החושן, רמ, ס"ק ז, שמה שבדעת אחרת מקנה א"צ כוונת הקונה לקנות הוא משום שדעת המקנה מועילה לו מטעם זכין, א"כ אינו עדיף מכוונת הקונה עצמו, ויכול לחזור תכ"ד; ועוד, שאם המקבל התכוון לקנות, הנותן לא התכוון בקנין עבורו, וממילא נחוצה כוונת הקונה, ויכול לחזור תכ"ד; אבל לתוס' המובא בקצות החושן שם, "דעת אחרת מקנה" אינו מדין זכין אלא שא"צ כלל כוונת הקונה, א"כ המקבל לא יכול לדחות מתנה תכ"ד. רח"א מילר הוסיף, שלפי אחיעזר, ח"ב, ס"י כה, אות ח (ד"ה ועיקר), זכות החזרה תכ"ד גורמת לכך שהמעשה נגמר רק אחרי כדי דיבור, וא"כ, כיון שהנותן יכול לחזור בו תכ"ד, המתנה נגמרת רק אחרי כדי דיבור, וא"כ מועילה התנגדות עד אז.

³⁹ ב"ב קלח ע"א; חולין לט ע"ב; ר"י"ף ב"ב סג ע"ב (בדפי הרי"ף); ירושלמי ב"ב פ"ח ה"ז, לפי פני משה ושדה יהושע (שלא קנה); פסקי ר"י"ד ב"ב קלח ע"א (גם אם מסר לידו את השטר, אין נושה גובה ממנו), ותוס' ר"י"ד ב"ב קלו ע"ב; ראב"ן, ב"ב שם (ריט ע"ג, במהד' ערנריד); מגיד משנה, הלכות מכירה, ל, א; חי' הריטב"א, עירובין פא ע"ב, וב"ב קצד ע"א (הובא בשו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ, ס"י מו); חידושי הרשב"א, גיטין עה ע"א; מאירי, גיטין לב ע"ב, ד"ה מקבל; ס' המתנה, המיוחס לר' שמואל בן חפני, מספרות הגאונים (תרכ"ג), עמ' 11; נתיבות המשפט, רס, ס"ק ט (על מי שהביע התנגדות כששמע שהחפץ נכנס לחצרו); שו"ת ראנ"ח ח"א סימן צח, בסופו; שו"ת באר יצחק, או"ח, ס"י ב, ענף ד, וס"י כו; שו"ת מעיני גנים (עבאדל), חו"מ, ס"י י; משך חכמה, במדבר יד, יח; תורת אהרן, חו"מ, ס"י לה.

יש להעיר שר' שמואל בן חפני שם, הרי"ף שם, רא"ש, ב"ב, פ"ח, ס"י נא, ר' ישמעאל בן חמון ב"ב קלח ע"א, ועיטור, מתנת שכיב מרע, ליד אות קפד, כותבים שהסוגיה בב"ב עוסקת בשכיב מרע, שאילו במתנת בריא, המקבל קנה רק כשהמתנה מגיעה לידו. עם זאת נראה שהם מסכימים שהעקרונות שנלמדים מסוגיה זו טובים גם למתנת בריא. כך עולה מדברי אור זרוע ב"ב ס"י קמב, שכתב שאין מחלוקת להלכה בין הרי"ף לרשב"ם, שהעמיד בריא שקונה

שייך לנותן⁴⁰. יש אמנם אחדים מן הראשונים הסבורים שהנכס יהיה הפקר, ואינו חוזר לנותן, מפני שהנותן סילק את בעלותו מהנכס⁴¹. אבל רוב הפוסקים סבורים שהנכס חוזר לנותן, כאמור, ואין אומרים שיהיה

בקבלת שטר, אלא דין מתנת שכ"מ בדיבור כדין מתנת בריא בקבלת השטר, שכשמקבל את השטר במתנת בריא, קיבל את המתנה, ובשכ"מ, כששותק זכה. שמחת יו"ט, סי' לו (קמא ע"ב), מבאר שהסיבה שהרי"ף והרא"ש העמידו בשכיב מרע היא שאם מדובר בבריא צריך לומר שמדובר ששתק אחרי שבא השטר לידו, שאם לא כן אין עדיין שום קנין, וא"כ אין בזה חידוש שקנה בהתנגדות מאוחרת, שהרי זה שתיקה עם מעשה - קבלת השטר, וזה פשוט שמראה שהסכים. וכן נימק חזון יחזקאל, ב"ב, ח, ג, בחידושים, ובכורות, השמטות לפ"ג, שלא רצו להעמיד בריא כי שם זה פשוט (שמחת יו"ט וחזון יחזקאל בכורות כותבים שגם לרי"ף, הסוגיה של זיכוי ע"י אחר הוא בריא). גם גידולי שמואל ב"ב קלח ע"א, מסביר שלא רצו להעמיד בריא, כי לפני קבלת השטר אין קנין, ואחרי קבלת השטר, לא שייכת התנגדות מאוחרת, כי עשה מעשה קנין בקבלת השטר, ופשוט שלא מועילה התנגדות מאוחרת, שהרי בכל קנין שנעשה ברצון שניהם, לא מועילה חזרה אחרי כדי דיבור. ולפי זה אין הבדל בין בריא לשכיב מרע להלכה. לעומתם, ר"י קרקושא ב"ב קלח ע"א, מסביר שהרי"ף לא רצה להעמיד בריא כי בבריא קונה רק כשבא לידו, וכשבא לידו פשוט שקנה, ולא שייכת התנגדות מיידית או מאוחרת כיון שקיבל. משמע מדבריו, שבבריא גם בהתנגדות מיידית קנה, כי העובדה שקיבל את הנכס לידו מראה שהוא מסכים לקבל, והתנגדותו היא חסרת משמעות. וכך כנראה הבין גם הראב"ד, בהשגותיו על הרי"ף, גיטין טז ע"א, בדפי הרי"ף (הובא בשיטה מקובצת, ב"ב קלז ע"ב), שדחה את דברי הרי"ף בכך שאפשר שמדובר בבריא, כגון שהנותן השליך את שטר המתנה לתוך חיקו - כלומר, שרק אז יש משמעות להתנגדותו מיד, אבל אם קיבלו בידו, אין מתייחסים להתנגדותו המיידית. וכן מאירי ב"ב קלח ע"א (עמ' 570), דוחה את דברי הרי"ף, שאפשר להעמיד בריא, כגון שנתן את השטר לתוך חיקו או הקנהו באחת מדרכי ההקנאות שמועילות בלי שיגיע השטר לידו. ובדומה הגיב ר"א אב"ד, ב"ב קלח ע"א, על דברי הרי"ף, בכך שהעמיד בריא, כגון שהנותן שם את הנכס בחצרו של המקבל. כמו כן, עיטור, מתנת שכיב מרע, ליד אות קפד, כותב שבבריא, כיון שקיבל שטר או בקנין לא מועיל; ושער החדש שם אות קפד, כותב שמרי"ף ורא"ש משמע שבריא יכול לחזור בו, ואילו מהעיתור משמע שכיון שקנה רק כשהגיע השטר לידו או שעשה קנין, לא יכול לחזור בו אח"כ (אך הוא מסיים ש"י"ל שהעיתור והרי"ף אומרים אותו הדבר). אפשרות אחרת היא שר"י קרקושא והראב"ד מתכוונים לומר שבמציאות לא סביר שאדם יקבל בידו ויביע התנגדות, אבל אם זה יקרה, אכן המתנה בטלה. צרור הכסף הקצר דרך ה שער א (עמ' קלט), והארוד דרך ה שער א אות ב (עמ' שמב), כותב כדברי הרי"ף, ומוסיף עליו שבריא קנה אם עשה קנין, גם אם לא הגיע השטר לידו. אבל זה שונה מדברי הראב"ד ור"א אב"ד, שהרי אם עשה המקבל קנין עם הנותן, עדיין לא סביר שיביע התנגדות באותו רגע, או לא תהיה משמעות להתנגדותו. "מפרש לא נודע שמו", המובא בשיטה מקובצת ב"ב קלז ע"ב, מסביר שהרי"ף לא רצה להעמיד בריא, כי אם כבר קיבל את השטר פשוט שקנה, ומדוע אומרים שבהתנגדות מיידית לא קנה, אם התנגד מייד איך הגיע השטר לידו? אבל הוא דוחה את דברי הרי"ף, ומעמיד בריא שבא השטר לידו, והתנגדות מיידית היינו שבשעת מסירת השטר התנגד ואינו רוצה לקחת אותו. מישרים, נתיב כד, ח"א, אחרי שמביא את ההבדל בין התנגדות מיד להתנגדות מאוחרת, כותב שיש בזה הבדל בין בריא לשכיב מרע: בריא קנה רק כשהנכס בא לידו, וא"כ התנגדות מאוחרת פירושו ששתק כשבא הנכס לידו (כך נראית כוונתו); ואילו בשכיב מרע, שקנה מיד ע"י כתיבת המתנה, זמן השתיקה היא לפי זמן הכתיבה (כך נראית כוונתו). וראה הערה 46, מה שכותב חידושים ובאורים בדעת הרי"ף והרא"ש - נראה שהבין שלא רצו להעמיד בורק לתוך חיקו, כי אז גם בהתנגדות מאוחרת לא קנה. בשאלה זו ראה גם הערה 54 בשם ב"ח ודרישה.

חריג: ר' אשר מלוניל, ב"ב קלח ע"א, כותב ע"פ ברייתא בכריתות כד ע"ב, ששני מקבלי מתנה, וכתב אחד לחברו "דין ודברים אין לי על שדה זו", "אין לי עסק בה", או "ידי מסולקות ממנה", לא מועיל, גם אם אמר זאת מיד עם קבלת המתנה, והגמרא שם מנמקת, כי מפרשים שהתכוון לסלק את עצמו רק מדין ודברים ולא מגוף הנכס. ראה סעיף 6, בענין שליח של המקבל, ששרשי הים כותב שאם גילה המקבל את דעתו שהוא רוצה את המתנה, לפני שקנאו, אינו יכול לסרב אח"כ.

תוס' ר"י ב"ב קלז ע"ב, אומר שהמתנה בטלה אם מתנגד בתחילה, דוקא אם אמר לשון שמשמעה לשעבר ומשמעו שאינו רוצה את המתנה כגון "בטלה היא", "אינה מתנה", או "אי אפשר", אבל אם אמר "תיבטל" או "מבוטלת", משמע לעתיד ולכן זה לא מועיל לבטל את המתנה, שהרי עכשו הוא קונה אותה ואינו יכול לבטלה לעתיד. ובפסקי רי"ד (נדפס בגליון הגמרא בכינוי "תוס' רי"ד"), גיטין לב ע"ב, כותב שהלשונות "אי אפשר", "מבוטלת", "תיבטל", משמעם להבא, וכיון שכבר זכה, זה שלו, ואינו יכול להוציאו מרשותו עד שיקנה אותו לאחר; ואילו הלשונות "בטלה היא", "אינה מתנה", משמעם לשעבר, שמשעה שקיבל אינה מתנה, ולכן המתנה בטלה. וכן פסקי ריא"ז ב"ב פ"ח הלכה ה אות כו, עושה הבחנה לגבי התנגדות מראש: אם אחרי שבאה המתנה לידו, אמר מיד "מבוטלת היא", או "תיבטל", זכה, ונושאו גובה, כי משמעות הלשון היא שתהיה מבוטלת מכאן ואילך, אבל הסכים לקבל אותה; ואם אמר מיד "בטלה היא", "אינה מתנה", או "אי אפשר בה", נושאו לא גובה. כמו כן, חזון איש, אהע"ז, סי' קמז, לדף מב, ס"ק ד (=חזון איש, גיטין לב ע"א), כותב שאפילו במתנגד מראש לא מועילה לרש"י לשון "אי אפשר", כי משמעו להבא, והמתנה קיימת, אבל לר"י התנגדות מראש מועילה בכל לשון, גם בלשון להבא. אבל לפי שאר הפוסקים, הבחנה בין הלשונות אמורה בהתנגדות מאוחרת (ראה ליד ציון הערה 61 ואילך), ואילו בהתנגדות מיידית, המתנה בטלה בכל לשון.

⁴⁰ תוס' ב"ב קלח ע"א (ד"ה כאן) (הובא בשו"ת קול אליהו חלק ב, אבן העזר סימן ב, ובשו"ת ברית אברהם, פיעטרקוב, אור"ח סי' כז, אות ב); רא"ש ב"ב פ"ח סי' נא (הובא בבני דוד, השמטות להל' זכיה, דף צב ע"ב), ופירוש הרא"ש, נדרים מג ע"א (הובא באהלי אהרן ח"א סי' מח) (כי היא ברשות הנותן עד שתבוא ליד המקבל); נימוקי יוסף ב"ב סג ע"ב (בדפי הרי"ף) (הובא בב"ח, חו"מ, רמה, יג), בשם הריטב"א; מאירי, חולין לט ע"ב, ומאירי, ב"ב קלח ע"א (עמ' 570, ועמ' 572) (וגם נושאו של המקבל לא יוכל לגבות, אם בשעת המתנה אמר "אי אפשר" או "איני רוצה במתנה זו" או "בטלה היא" או "מבטלת היא" או "תיבטל" או כל לשון שמשמעותה שאינו רוצה); חי רבנו קרשקש, גיטין לב ע"א; חי הר"ן ב"ב קלח ע"א; ירושלמי גיטין פ"א ה"ה (ח ע"א), לפי קרבן העדה לפני משה; רמב"ם, הלכות זכיה, ד, א; יד רמה ב"ב פ"ח סי' קצד (לנותן או ליורשיו); חי הרמב"ן, ב"ב קלז ע"ב; ר"י קרקושא,

בי"ב קלח ע"א, בדעת רש"י; ר' אשר מלוניל, בי"ב קלח ע"א, גם בדעת רש"י; ר"פ (?), בס' הישר, ס"י תקלו; חידושי הריטב"א בי"ב קלח ע"א; ס' ההשלמה בי"ב פ"ח ס"י כא; סמ"ג, עשה פב (קסא ע"ג); מישרים, נתיב טו ח"א (באמצעו, בשם תוס' ורא"ש), ונתיב כד, ח"א; טור, רמה, יג; שו"ע, רמה, י (הובא בשו"ת מהר"ם שיק או"ח סימן רלב); קרית ספר הל' זכיה פ"ד; שו"ת בשמים ראש, ס"י רסח; קצות החושן, ר"א, ס"יק ד; אהלי אהרן, ח"א ס"י יד; שו"ת קנין תורה בהלכה ח"ג ס"י עו; ערוך השלחן, חו"מ, רמה, יא; ר' דוד מילדולה, פרי עץ חיים, כרך ד, דף רכח ע"ד (מס' 474) (שכך הסכימו כל הפוסקים) ודף רלא ע"ב; שלמי נדרים, נדרים מג ע"א; שלטי הגיבורים, בי"ב מד ע"ב, בדפי הרי"ף (הובא בשו"ת דברי שמואל, ארדיטי, חו"מ ס"י ט, דף רז ע"ד), בשם מהר"ם; כפי אהרן (עזריאל), ח"ב, חו"מ, ס"י ח (קיב ע"א), בדעת מהרי"ח בהגהות אשרי; ח"י מהר"ם שיק, גיטין לב ע"א (עמ' קסז), בדעת רש"י.

⁴¹ רשב"ם, בי"ב קלח ע"א (הובא באור זרוע, בי"ב, סימן קמב, ובשו"ת מנחת שלמה (לוין) ס"י עג עמ' רכד); הגהות אשרי בי"ב פ"ח ס"י נא; ר"א אב"ד, בי"ב קלח ע"א; רב האי, בס' המקח והממכר, שער טו (הובא בחי' הרמב"ן ובחי' הרי"ן בי"ב קלח ע"א); ר' אפרים בר' יצחק, בשו"ת הרשב"א ח"א ס"י אלף קא, ברא"ש בי"ק פ"י ס"י כא, בשו"ת מהר"ם (פראג), ס"י תתקנ"ג (חסר בדפוס סדילקאב, מפני הצנזורה), במרדכי, בי"ק ס"י קסט, במרדכי, כתובות, ס"י רנז (ובשלשה מקורות אלו מהר"ם חולק עליו), בשלטי הגיבורים, בי"ב מד ע"ב (בדפי הרי"ף), בשו"ת שמן המור, חו"מ, ס"י א (מו ע"ב), בשו"ת דברי שמואל, ארדיטי, חו"מ ס"י ט, דף רד ע"ד ודף רז ע"ב, ובשו"ת שפת היס, חו"מ, ס"י א, דף עט ע"ג; ר"ת, בס' הישר, ס"י קטו וס"י תקלה (אם לא זכה עדיין בנכס אלא הנותן השליכו בפניו), בגליון תוס' בשטמ"ק כריתות כד ע"א בהשמטות (לא מופיע במהד' אילן), (אם קודם שבאה המתנה לידו אמר "אי אפשי"), ובמרדכי, גיטין ס"י שסז (אם אמר "אי אפשי" לפני שבא הנכס לידו, כגון שזיכה לו ע"י אחר); רבנו גרשום, כריתות כד ע"א (הובא בארזא דבי רב גיטין לב ע"ב, אות קצג (השני), ובארזא דבי רב גיטין ס"י כ (עמ' רלו) אות א); פסקי ריא"ז בי"ב פ"ח הלכה ה אות כג ואות כד; שו"ת ברית אברהם (פיעטרקוב), או"ח ס"י כז, אות יא (כך נראית כוונתו) (הובא במאמר מרדכי (קורנמל) ח"א דף יז ע"א).

תוס' רי"ד בי"ב קלז ע"ב, כותב שמה שר"ל אומר שב"א אפשי" זה הפקר, כי הנותן הסתלק והמקבל לא רצה לזכות, מדובר שהגיעה ליד המקבל, אבל אם עוד לא יצאת מידי הנותן, הרי לא הסתלק ממנה. והוא כנראה פוסק כר"ל, שהרי ריא"ז נכדו פוסק כך.

רבנו גרשום נוקט דין זה לגבי "אי אפשי" ו"בטלה היא", אבל אינו מתכוון לומר שהדין כך רק בלשונות אלה, ומה שכתב אח"כ שב"תיבטל" או "מבוטלת" נשאר למקבל, הוא בהתנגדות מאוחרת, כפי שהוא מדגיש "מאחר שבאה לידו".

ס' האגודה בי"ב ס"י קפב, חסד דוד, תוספתא, בי"ב, ח, א, מנחת ביכורים (מיוחס), בי"ק, לז ע"ג (בדפי הספר), שו"ת ראשי בשמים (גוריון), או"ח, ס"י יז, אות כה, שו"ת חבל יעקב, חלק א, סימן ו, אות כא, שו"ת אמר שמואל, חו"מ, ס"י טו (השני), דף קו ע"א, ח"י הרי"ם, בי"מ לז ע"א (עמ' ריג במהד' תשס"ז), ושו"ת אהלי יעקב, ס"י קט, מביאים את מחלוקת תוס' ורשב"ם.

שו"ת אמר שמואל, חו"מ ס"י יד (ק ע"א), כותב שאפשר לומר קי"ל כרשב"ם. ר' אפרים מסביר שאין הנותן יכול לטעון שנתן רק ע"ד שיקבל ואם לא יקבל יחזור לו, כי משעה שיצאה מתחת ידו, הסיח דעתו ממנו. מנימוק זה עולה, שלפי שיטה זו, המתנה היא הפקר גם אם המקבל לא עשה מעשה קנין, כי סוף סוף יצא הנכס מידי הנותן. מצד שני, מהרשב"ם עולה שזה הפקר גם אם עשה מעשה קנין, שהרי נקט "כשמסר לו את השטר".

גידולי שמואל, בי"ב קלח ע"א, מבאר את דעת הרשב"ם, שבהתנגדות מיידיית הנכס הוא הפקר, שכיון שנתן את המתנה מרצונו, וסילק את עצמו מהנכסים, הרי אם המקבל אינו רוצה, זה הפקר, ואף על פי שלא הגיע הנכס לרשות אדם אחר, הרי כל הפקר יוצא מרשות המפקיר אף לפני שמישהו זכה בו. כמו כן, שערי חיים, על ס' המקח, שער טו, דף קנד ע"ג (הובא בכפי אהרן (עזריאל), ח"ב, חו"מ, ס"י ח, דף קיא ע"ג), נימק את דעת רשב"ם, שבהתנגדות מיידיית זה הפקר כי הנותן נתן מטוב רצונו, ולכן אומדים דעתו שמשעה שגמר בלבו לתת, סילק כל זכותו ממנה גם אם המקבל לא יקבל; וכיון שהנותן הסתלק, והמקבל סירב לקבל, בין שניהם נעשה הפקר, כי הנותן הפקיר אותו למקבל, שיעשה מה שירצה - או שיזכה בו או שיפקיר אותו לכל, א"כ כשמביע התנגדות, הרי הפקירו לכל. בכך הוא משיב על הטענה שהפקר צריך להיות גם לעשירים: ברגע שהחליט הנותן לתת, סילק את זכותו מהמתנה, בין אם ירצה המקבל לקבל ובין אם ירצה המקבל להפקיר (וזה לא שהתכוון להפקיר רק למקבל), ונמצא שגילה דעתו שהוא מוכן שכל העולם יזכה.

נראה שלפי הרשב"ם, שזה הפקר ממילא בהתנגדות מיידיית, כי יצא מרשותו ומרשות הנותן, זה הפקר גם אם אין שם שלשה (שלא כמו לגבי הפקר מחמת דחייה מאוחרת - ראה הערה 89).

ח"י כתב סופר (תרצ"ח) חולין לט ע"ב (ד"ה דתנן), מסביר שלרשב"ם לא אומרים שהתכוון הנותן לתת רק אם יישאר אצל המקבל, כי א"כ היה צריך הנותן לומר בפירוש "ואם לאו, יחזור לי".

אולם המשפט, רמה, י, מבאר את דעת הרשב"ם, שלא שכיח שאדם לא יסכים לקבל מתנה, ולכן הנותן לא העלה זאת על דעתו, והפקיר אותה; ורשב"ם יסביר שרשב"ג שאומר בי"ב קלח שחוזר לנותן, הולך לשיטתו, שסובר ששכיח שאדם יסרב לקבל מתנה משום "שונא מתנות יחיה", כפי שראינו שהוא מתחשב ב"שונא מתנות יחיה" לענין "טול אתה שיעור ואני פחות" (שו"ע, חו"מ קעא, י), אבל אנו פוסקים שלא כרשב"ג בזה. הוא מסיים, ש"לולי שאיני כדאי" היה אומר שאפשר לטעון קי"ל כרשב"ם.

גולאק, לחקר תולדות המשפט העברי, עמ' 81, הערה 3, מסביר את דעת הרשב"ם, שהנותן סילק את קניינו, והמקבל עוד לא זכה, ולכן יכול אחר לזכות. והוא מציין שגם במשפט הרומי ייתכן מצב שהמקנה הסתלק, והנכס כבר לא שלו, והקונה עוד לא זכה בו.

ח"י מהר"ם שיק גיטין לב ע"א (עמ' קסז), מבאר את דעת הרשב"ם, שאומרים שלא נתן הנותן ע"ד שיהיה הפקר, רק אם לא נתקיימה מחשבת הנותן, ונתינתו לא פעלה מה שהיה רוצה לפעול, אבל אם פעל ע"י מתנתו מה שרצה לפעול, הוא מוכן שנתנתו תתקיים; וכאן הנותן רצה שחברו יקבל ממנו מתנה, להחזיק לו טובה, ובנדרים כד ע"א נפסק לענין נדר, שהאומר "הריני כאילו התקבלתי" הוא כאילו קיבל, וכך כאן, כיון שחברו כבר מחזיק לו טובה ע"י הנתנה, כבר פעל מה שרצה, ועד"ז הסתלק ממנו, ולכן זה הפקר.

שו"ת מהר"ם שיק, יו"ד, סי' שפט, מקשה על רשב"ם, הרי בנדרים מג ע"ב נאמר שמתנה יוצאת מרשות בעליה רק כשהיא מגיעה לרשות המקבל, ואם כן, מאחר שהמקבל סירב, לא יצא הנכס מרשות בעליו, ומדוע הוא הפקר? ותירץ שמתנה, מיד כשיצאה מרשות הנותן, דינה כמו אבידה שבעליה התייאשו, שעדיין יכול בעליה לחזור מהיאוש, אבל אם מישהו זכה בה לפני שחזר בו, זכה; ומ"מ לענין מודר הנאה (הנידון בנדרים שם) זה נחשב של הנותן עדיין, לענין שאם המודר לוקח אותו, נחשב שהוא נהנה מהנותן, כי היה יכול לחזור בו. הוא כותב שהרשב"ם מסכים שלרבא, בהתנגדות מיידיית זה לא הפקר (עיי"ש להוכחתו). הוא מבאר את דעת רשב"ם, שהנותן מסיח דעתו, ואחר יכול לזכות, על פי דברי שו"ת חתם סופר יו"ד סי' שטו-שטז, שהפקר בפני שנים מועיל לא מדין הפקר אלא מדין היסח הדעת.

קשה על הרשב"ם, הרי זה הפקר בטעות שאילו ידע הנותן שהמקבל יסרב, לא היה מפקר, והפקר בטעות אינו הפקר (תוס', פסחים נז ע"א) (משפט שלום, קצד, ב, מקשה משם על דברי התלמוד בכריתות, האומר שזה הפקר, ותירץ שמדובר שכבר נקנה הנכס למקבל, והמקבל מפקירו בלי טעות; אבל תירץ זה אינו טוב לרשב"ם, שפירש שהתלמוד עוסק במקבל שהתנגד לפני שקנה את הנכס)? ואולי רשב"ם חולק על תוס' בפסחים.

טיב גיטין, גיטין לב ע"ב (ד"ה והנה), מסביר שהראשון מסתלק כיון שרצה לתת את המתנה ונתבטלה מצד המקבל, וזה בתורת יאוש או הפקר, מפני שכבר הסיח דעתו, וביטול המתנה לא היה מצד הנותן, אלא סילוק זה הוא מן הדין, ואע"פ שהיה אפשר שלא היה מסתלק עדיין? שהמקבל לא יקבל, לא איכפת לנו, כי מדינת זה כיאוש או כהפקר, ולכן זה לא מתבטל בגלל דברים שבלבו.

אבן ישראל ח"ח סי' קג (עמ' קמ), מבאר שמחלוקת הרשב"ם והרא"ש תלויה בשאלה, האם בכל מתנה הנותן מסלק את עצמו מהחפץ ולכן המקבל קונה, או שע"י שהמקבל קונה, הנותן מסלק את עצמו? הרא"ש נדרים מג (שהבאנו הערה 40) כותב שמתנה היא ברשות הנותן עד שבאה לרשות המקבל, ולכן אם המקבל סירב, החפץ חוזר לנותן, הרי שהוא סובר שהנותן מסתלק רק אחרי שהמקבל קונה; ואילו הרשב"ם סובר שבדרך כלל הנותן מסתלק ועי"ז המקבל קונה, ולכן אם המקבל סירב, החפץ הוא הפקר כי הנותן הסתלק; וגם תוס' (הערה 42) שכתבו שהחפץ חוזר לנותן כי הוא נתן על דעת שהמקבל יקבל ולא על דעת שיהיה הפקר, סוברים שבדרך כלל הנותן מסתלק ועי"ז המקבל קונה, אלא שכאן שהמקבל סירב, הנותן לא הסתלק עדיין.

שו"ת חבל יעקב, חלק א, סימן ג, אות י, מקשה על הרשב"ם, הרי לא מועיל סילוק מבעלות - מנכס שבעלות האדם (מחילה, שער יד, פרק ה); ואין לומר שהדבר יוצא מרשות הנותן כשהוא מקנה, עוד לפני שהקונה מתחיל לקנות, שהרי כל זמן שלא זכה המקבל, המתנה היא ברשות הנותן (עיי"ש הוכחתו לכך). לגבי שטר מתנה, הוא מסביר (באות יא) שההקנאה מתחילה עם חתימת העדים (ועדין בחתומיו זכין לוי), ונגמרת במסירת השטר, ונמצא שעוד לפני שהגיע השטר לידי המקבל, נקלש מעט קניינו של הנותן בנכס, ולכן מועיל סילוקו. אבל וא מעיר שדחסבר זה אינו טוב במתנת מיטלטלין, שאין בה שטר.

אפשר להסביר את דעת רשב"ם שסילוק הנותן עושה את הנכס הפקר, על פי סברת שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, אה"ע, סי' נט, שדבר שבעליו לא מקפיד עליו - נעשה הפקר. ועי' על דבריו בסיני סי' יובל עמ' שנו, ולעיל סעיף 1א).

הבחנות בדעת הרשב"ם: אהל משה (הורוביץ), ב"ב קלח ע"א, עושה הבחנה בדעת הרשב"ם בהתנגדות מיידיית: אם הנותן רואה שאינו רוצה ומ"מ נותן לו, זה מראה שהוא מסיח את דעתו מהחפץ, ומפקיר אותו, כמו שמקבל שהתנגד אחרי זמן, זה הפקר; אבל אם הנותן לא ידע על התנגדות המקבל, כגון שזיכה לו ע"י אחר ואח"כ מת, והמקבל התנגד כששמע, זה לא הפקר אלא חוזר לנותן, כי הנותן נתן רק על דעת שהמקבל יקבל. גם גרש ירחים, גיטין לב ע"א (ד"ה וכבר), כותב שלרשב"ם זה הפקר רק אם הנותן שומע שהמקבל אומר "אי אפשי" (בשעה שבאה המתנה לידו), ומ"מ הנותן לא חוזר בו, ואומר "בכל זאת אני נותן לך", וזה כאילו גם הנותן אמר "אי אפשי", ולכן זה הפקר, ואין לומר שנתן רק על דעת שיגיע הנכס למקבל.

מזל שעה, על הרמב"ם, הלכות זכיה, ד, ג, עושה הבחנה אחרת בדעת הרשב"ם: אם זיכה הנותן למקבל ע"י אחר בקנין, מאחר שהנותן אינו יכול לחזור בו, לכן כשהמקבל אינו רוצה לקבל, זה הפקר שהרי הנותן הסתלק משעה שזיכה למקבל ע"י שליח; אבל האומר "הריני נותן מתנה זו לפלוני", ושולח לו בלי לזכות לו ע"י השליח, יכול לחזור בו עד שיגיע לידי המקבל, כי יש בזה רק אמירה, ואז בודאי אינו הפקר אם לא רצה המקבל לקבל (שהרי לא נעשה מעשה קנין!), וזאת כוונת הגמרא בנדרים מג ע"ב "מתנה עד דאתיא לרשות מקבל", הרי שמתנה יוצאת מרשות הנותן רק כשכנסת לרשות המקבל, וא"כ אי אפשר לומר שאם לא רצה המקבל נעשה הפקר, שהרי לא יצאה מרשות הנותן מעולם. שו"ת דברי שמואל (ארדיטי), חו"מ סי' ט (רח ע"א-ע"ב), דוחה את דברי מזל שעה, ואומר שהרשב"ם סובר שגם במתנה בלי זיכוי, באמירה בלבד, אם הוציא הנותן את הנכס מידו, והמקבל התנגד מיד, הוא הפקר, שהרי טעם הרשב"ם הוא שהנותן הסיח דעתו מהנכס כשהוציא את הנכס מידו, כי נתן על דעת שלא יחזור אליו, וטעם זה תקף גם כאן. עוד הוא מקשה על מזל שעה, הרי ר' אפרים (מסיעת הרשב"ם) הוכיח ממקרה זה לנידונו, השולח כסף לגוי, ושכח אותו הגוי, שזכה השליח מדין הפקר, והרי בגוי לא מדובר בזיכוי ע"י אחר, שהרי אין זכיה לגוי; ומכאן שר' אפרים דיבר גם במתנה בלי זיכוי. ולקושיה מנדרים, הוא מתרץ שהסוגיה שם אמנם סוברת שאם התנגד מיד, חוזר לנותן (וכך פירש הרא"ש בנדרים את הסוגיה שם), ואילו רשב"ם וסיעתו פסקו כריש לקיש בכריתות כד ע"א, שזה הפקר גם אם התנגד מיד כשבאה המתנה לידו, כי הנותן הסיח דעתו ממנו.

ר' יחיאל מיכל פיינשטיין, אהל יצחק גיטין לב ע"ב (עמ' תשצג), כותב שסברת הרשב"ם שהמקבל סילק עצמו שייכת רק בלשון עבר.

מזל שעה שם מקשה על הרשב"ם, שבקידושין נט ע"א נאמר על רב אבא שקנה קרקע שר' גידל התעניין לקנות, ור' אבא נתן אותה במתנה לרב גידל, ורב גידל לא לקח אותה משום "שונא מתנות יחיה", ורב אבא לא נכנס לה כי רב גידל התעניין לקנותה; ולכאורה הגמרא היתה יכולה לומר שכיון שרב גידל לא רצה לקבל, הרי זה הפקר לדעת הרשב"ם וסיעתו, וא"כ מה שרב אבא לא נכנס לא היה משום חסידות אלא מן הדין כי היה הפקר. המגיה בשו"ת דברי שמואל (ארדיטי), חו"מ סי' ט (רח ע"ד), מתרץ קושיה זו, שהרשב"ם אומר שזה הפקר רק אם נתן במתנה החלטית, שאז הסיח הנותן את דעתו, ולכן אם המקבל לא רצה, זה הפקר, אבל ר' אבא לא נתן את השדה לרב גידל במתנה החלטית אלא אמר "אם ירצה רב גידל לקבלה במתנה, יקבלנו", כלומר זה נתינה על תנאי, וכיון שרב גידל לא

רצה לקבל, לא חל שם מתנה עליה, וחוזרת לנותן גם לדעת הרשב"ם, ולכן מן הדין היה יכול רבי אבא להיכנס לשדה. עוד תירץ, שגם אם נניח שהיתה זו מתנה החלטית, וזה הפקר, מ"מ הרי רבי אבא היה יכול לזכות מן ההפקר, ולכן אמרה הגמרא שזו היתה מידת חסידות, שלא זכה מההפקר. רח"א מילר דחה את התירוץ השני, שאם זה הפקר, הגמרא לא היתה צריכה להסביר מדוע ר' אבא לא זכה מן ההפקר, כמו שלא הסבירה מדוע שום אדם אחר לא זכה מן ההפקר, שהרי במעמד זה, ר' אבא שווה לכל אדם.

אור לישראלים על ס' הישר סי' צז (מקביל לסי' קטו במהד' שלזינגר), מצמצם את דעת רבנו תם, בכך שבמתנה רגילה, אם התנגד לפני שהגיע הנכס לידו, אינו הפקר, שהרי בנדרים מג ע"ה נאמר "מתנה עד דאתי לרשות מקבל", כלומר שהנותן יכול לחזור בו לפני שהגיעה לידי המקבל, וכ"ש שאם המקבל חזר בו לפני שבא לידו, שחוזר לנותן; ומה שאמר רבנו תם שלפני שבא לידי המקבל, ואמר "אי אפשר", זה הפקר, מדובר שזיכה לו ע"י אחר ושתק כששמע ואח"כ התנגד, ופסק כחכמים שבמקרה זה המתנה אינה בטלה, ולכן יצא הנכס מרשות הנותן, וכיון שהמקבל התנגד, זה הפקר.

דברות משה ב"ק ח"ב סי' פה, ענף ד, כותב שהרשב"ם מדבר גם במקרה שידע שזה שטר מתנה, שהרי רשב"ם לא פירש שמדובר שכשקיבל אותו לא ידע שהוא שטר מתנה ורק אחרי שהתחיל לקרוא אותו וראה שהוא שטר מתנה, התחיל להתנגד; ועוד, שאם לא ידע שזה שטר מתנה, מסתבר שלא יקנה בקבלת השטר גם אם הוא רוצה לקנות. גרש ירחים, גיטין לב ע"א (ד"ה וכבר), מסביר את דעת רשב"ם, שאין לומר שהתכוון לומר "איני רוצה שתהיה המתנה", שהרי הוא מדבר בשעת המתנה והמתנה עדיין לא ניתנה לו; וזאת לעומת מי שאומר "אי אפשר" אחרי זמן, שאז לרשב"ם אינו הפקר (ראה להלן), כי כיון שהוא עומד אחרי המתנה, אפשר לפרש שאינו רוצה שתהיה המתנה מתנה, והרי זה בלתי אפשרי, ולכן המתנה קיימת.

דברות משה ב"ק ח"ב סי' פה ענף א (קצ ע"א), מבאר את דעת הרשב"ם שבהתנגדות מיידיית זה הפקר מצד סילוק הנותן, ולא אומרים שנתן רק על דעת שהמקבל יקבל - כי לא העלה על דעתו שהמקבל לא יקבל וא"כ הדעת נותנת שהסתלק לגמרי. בענף ג, הוא מבאר שהרשב"ם סובר שאפשר שיועיל מעשה קנין רק להוציא מהמקנה בלי שיועיל להכניסו לרשות הקונה, וכיון שליציאה מרשות המקנה היה מעשה קנין, אין לבטלו משום שלא עשה את הקנין ע"ד שהמקבל לא ירצה, כי זה דבר לא מצוי שהמקבל לא ירצה את המתנה (שמטעם זה זכין לאדם מתנה שלא בפניו, ואילו היה מצוי שבני אדם לא רוצים, לא היה נחשב זכות ברור ולא היה דין זכין). כנגד זה הוא כותב (וזה יכול לשמש טעם לדעה הנגדית) סברה, שמ"מ זה קצת מצוי, מספיק מצוי שיהיה שייך להעלות על דעתו שלא יצא מרשותו אם זה יקרה; וגם אם אינו דבר מצוי, מ"מ רק בדבר שקורה אחרי מעשה הקנין צריך שיהיה מצוי כדי נאמר שהעלה זאת על דעתו לבטל את הקנין, אבל אם כבר בשעת הקנין היה באופן שלא היה עושה את הקנין, אלא שלא ידע, זה קנין בטעות, גם אם זה דבר שלא היה מעלה על דעתו, וכיון שהתנגד מיד (כששמע), זה כאילו התברר שעוד בשעת ההקנאה לא היה רוצה לקבל, ונמצא שהיה קנין בטעות גם בשעת הקנין, ובטל גם בלי שהיה יכול להעלותו על דעתו; ואף שת"ק דרשב"ג לא אומר הוכיח סופו על תחלתו בהתנגדות מאוחרת, זה רק מפני ששתק בתחלה, אבל בהתנגדות מיידיית גם לת"ק נאמר הוכיח סופו על תחלתו, שהרי לא היה סימן נגדי קודם ממנו; ואמנם רוב האנשים רוצים מתנות, אבל הרי כאן הוכיח סופו על תחלתו שאדם זה הוא מהמיעוט (כפי שרואים מצויחתו עכשו). בענף ד, הוא מסביר איך הרשב"ם ישיב על סברה זו של קנין טעות: המקבל יכול לעשות שלא יהיה קנין בטעות, שכאשר המקבל קיבל את השטר והתנגד מיד, הוא עושה את הקנין רק להוציא מהמקנה ולא לקנותו לעצמו, וממילא זה הפקר; וכיוון שהמקבל עשה את זה אין לומר שזה טעות לגבי המקנה (ונבטל את הקנין מצד קנין בטעות), שהרי אילו היה קונה (בשתיקה) ומפקיר מיד, בודאי זה לא קנין בטעות כי אחרי שקונה יכול לעשות בו כרצונו, כי אין לומר שאנן סהדי שלא נתן לו ע"ד שיפקיר, כי אולי המקנה מוכן שיעשה זאת כיון שזה מה שהמקבל רוצה; ולכן גם אם המקבל עשה זאת בשעת מעשה הקנין, זה לא קנין בטעות, כיון שזה רצון המקבל, והנותן נותן לו כדי לעשות דבר שיהיה לרצון בפני המקבל, וסילוקו הוא גם על מה שיעשה הקונה במעשה הקנין, ולכן כשעשה קנין ובאותו זמן התנגד, עשה את הקנין להוציא מהמקנה ולא לקנותו, וזה הפקר. אבל הוא מעיר שהסבר זה שייך רק אם עשה את הקנין בעצמו, אבל אם זיכה לו הנותן ע"י אחר, והתנגד מיידי, שלא עשה את מעשה הקנין, חוזר לנותן שהרי הנותן הסתלק מהנכס רק למתנה ולא להפקר, וכיון שהביע התנגדות והתברר שגם בשעת מעשה הקנין לא רצה, זה מתבטל לגמרי גם לענין הנותן (מטעם קנין בטעות). הוא כותב שאם התנגד כששמע שזיכה לו, אין קנין כלל, כי בלי הוכחה אין סיבה לומר שירצה בקנין לחצאין, רק להוציא מהמקנה, שזה דבר לא מצוי. בענף ה, כתב שלרשב"ם, נחשב שהמקבל הפקיר ולא הנותן (ולכן אם המקבל כהן וקיבל עבדים, העבדים אוכלים בתרומה מטעם מעוכב גט שחרור), ואע"פ שעוד לא קנה המקבל, נחשב הוא זה שהפקיר, שהרי הוא עשה את הקנין להוציא מהנותן, ונמצא שהוא היה הבעלים להפקירם ולא הנותן, שהרי הנותן מסר למקבל בקנין שיוכל המקבל לעשות בו מה שירצה. בענף ו, מבאר את דעת מהר"ם, שחוזר לנותן, כי אין ההקנאה מתחלקת לשניים, כי קנין מתנה הוא רק כשקיבל ממנו, שלא שייך קנין מתנה בלי שהקונה יקנה. בענף ז, הוא מעמיק את הסברו למחלוקת האם זה הפקר או לא: הדעה הסוברת שחוזר לנותן, כי הקנאה לא יכולה להתחלק, סוברת שכונת הנותן, שנותן ע"ד שיקבל ממנו, עושה שמעשה הקנין קיים רק אם יצא מזה קנין למקבל, ולכן לא יועיל גם אם ירצה הקונה להוציא מהמקנה בלבד, כי אז אין קנין בכלל; והדעה הסוברת שזה הפקר כי יכול להיות מעשה קנין רק להוציא מהמקנה בלי לקבלו, סוברת שבמעשה הקנין אין חשיבות לכונת הנותן, שנותן ע"ד שיקבל ממנו, כי הכוונה אינה משנה את עצם המעשה, ולכן על הוצאה מהמקנה יש מעשה קנין, ואמנם הכוונה עושה שזה נחשב קנין בטעות, אבל כיוון שהקונה רוצה בזה, אין כאן טעות, ויוצא מהמקנה, וזה הפקר; ואולי אף לדעה הראשונה, הכוונה אינה משנה את המעשה, שלא יהיה מעשה קנין, אלא שהיא סוברת שלא שייך כלל מעשה קנין להוצאה מרשות המקנה בלבד בלי שיקנה הקונה, שהרי עיקר מעשה הקנין נחוץ בשביל קנין הקונה, שהרי להפקר א"צ מעשה קנין אלא די באמירה.

בית הלוי ח"א סי' כד, כותב שלפי רשב"ם זה הפקר במתנגד מראש גם בעבדים, ואין אומרים שהנותן נתן רק ע"ד שהמקבל יקבל, כי אינו רוצה שיהיה הפקר אם המקבל לא יקבל, שהרי אז יעבור ב"לעולם בהם תעבודו" - מפני שאין בזה איסור, כי אינו מפקיר ממש, אלא נותן לשני, אלא נעשה הפקר ממילא כשהשני מסרב לקבל. בית הלוי תולה את דברי הרשב"ם, שזה הפקר מצד סילוק הנותן, במחלוקת תנאים: לפי חכמים דר"מ (ענין שם למקורו - ירושלמי נדרים, ראה סעיף 1א), סתם נותן מתנה מתכוון לכבד את המקבל, בזה שנותן לו, ומרשה למקבל לקבל,

הפקר, מפני שהנותן סילק את בעלותו רק על דעת שהמקבל יקבל, ועכשו שהמקבל מסרב לקבל, הוא רוצה את הנכס חזרה.⁴²

ולא איכפת לו אם המקבל יקבל, ולכן נעשה הפקר כשהסתלק; אבל לפי ר"מ א"א לומר שאם המקבל מסרב לקבל, יהיה הפקר, שהרי מטרת הניתנה היא לכבד את הנותן, וזה כמו זורק כלי כדי לשוברו, שעד השבירה זה שלו, כי גם אם משליך דבר לאיבוד, אלא יש לו איזה מטרה בהשלתו, לא נעשה הפקר, וזה שלו כל זמן שלא נגמר רצונו. גידולי שמואל, ב"ב קלח ע"א, כותב שגם לרשב"ם, שזה הפקר, אם מישהו זכה מההפקר, נושי המקבל לא יכולים לגבות, כי המקבל מתכוון לומר שאינו רוצה במתנה מעיקרו, ולכן זה הפקר רק מצד הנותן כיון שסילק עצמו מזה (אילו היינו מפרשים שהמקבל באמת רוצה לקנות אבל רוצה להפקיר, נושי המקבל היו גובים גם ממי שזכה לפנייהם מן ההפקר, ע"פ שר"ע, חו"מ, רעה, לא - ראה ליד ציון הערה 95), כי "שונא מתנות יחיה" מכריע שנאמרו שאינו רוצה את המתנה מעיקרה, אף ש"אי אפשי" משמעו לשון הפקר גם בנכסים שלו. קול דודי, כריתות כד ע"א, ס"י תקע"ד, מוכיח שרש"י חולק על רשב"ם, ומפרש שריש לקיש מדבר שהתנגד אחרי שבאה המתנה לידו. גם ר' יחיאל מיכל פיינשטיין, אהל יצחק גיטין לב ע"ב (עמ' תשצג), כותב שרש"י אינו סובר לרשב"ם, שהרי כתב (ראה הערה 91) שבקרקע לא מועיל "אי אפשי" כהפקר, כי בקרקע כוונתו לסילוק. נתיבות המשפט, קצה, ס"ק א, מבאר את מחלוקת רשב"ם ורא"ש: "רא"ש חושש שמא לא ירצה המקבל לקבל מטעם "שונא מתנות יחיה" (ולכן הנותן חשב על מקרה זה והיה בדעתו שאם זה יקרה, יחזור אליו); והרשב"ם לא חושש, ולכן הנותן לא חשב על זה ולא היה בדעתו שאם זה יקרה, יחזור אליו, ולכן זה הפקר. עמק השער, על ס' המקח והממכר, שער טו, אות ד, מדייק מהסברו של נתיבות המשפט, שרשב"ם זה הפקר רק אם זיכה ע"י אחר, שאז מעשה הקנין נעשה הזוכה בשביל המקבל מוציא את הנכס מרשות הנותן, אבל אם נתן לו במישרין, זה לא הפקר, כי לא היה מעשה קנין במתנה. אך הוא מעיר שמהרשב"ם מוכח שגם במתנה רגילה, בלי זיכו, זה הפקר. קובץ שיעורים, ב"ב ס"י תע, מביא מקרה נוסף שהרשב"ם סובר שבמקום שהקונה לא קנה, הנכס אינו חוזר למקנה (עיי' שם). מנחת אשר ב"ב ס"י מג אות ג, מבין מזה שלדעתו הרשב"ם סובר שבכל הקנאה אם לא יקנה הקונה, זה הפקר כי המקנה סילק את עצמו. אך הוא מעלה אפשרות שהרשב"ם לא מתכוון לומר שבכל קנין זה הפקר אם לא קנה הקונה מאיזו סיבה, אלא הוא אומר רק במקרה של מתנה, שכיון שהנותן שומע שהמקבל לא רוצה לקבל, ומ"מ לא לוקח ממנו חזרה את החפץ או השטר, זה מראה שרצונו להפקירו. אך הוא מציין שהראשונים לא הבינו כך את דבריו.

איילת השחר, ב"ב קלח ע"ב, מקשה על הרשב"ם, אם כל נותן מתנה הוא כמפקיר, נמצא שמקבל לא קונה מחמתו אלא כזוכה מהפקר, וא"כ איך שייך שיקנה בשטר מתנה, הרי הוא קונה מהפקר? הוא מתרץ, שיש בזה גם הקנאה וגם מעשה הפקר; או, שרשב"ם זה תמיד כמסתלק ומפקיר, ומ"מ מועילה ההקנאה, כמש"כ רש"י, ב"מ יב, שהפקר נקרא דעת אחרת מקנה, וכשקונה נחשב קונה ע"י ההקנאה, אע"פ שהקנאה היתה הסתלקות מרשותו, כי ע"י השטר נעשה ההסתלקות והקנין, וכל ענין צורת קנין מתנה הוא דרך הפקר, שע"י יהיה ההקנאה.

ראה הערה 73, קושיית זקן שמואל על הרמב"ם. גם חזון איש, אהע"ז, ס"י קמד, לדף מב, ס"ק ד, כותב שיש שהמתנה נעשית הפקר בהתנגדות מיידיית: אם אמר לשון עתיד כגון "תיבטל", שמשמעותה היא שהוא רוצה עכשו שתיבטל המתנה. אבל נראה שדעתו שונה מדעת הרשב"ם, שרשב"ם זה הפקר כי הנותן מסתלק, ולחזון איש זה הפקר כי המקבל זכה בו ומפקיר.

⁴² תוס' ב"ב קלח ע"א (ד"ה כאן); רא"ש ב"ב פ"ח ס"י נא (ולכן לא יצא הנכס מרשות הנותן מעולם); נימוקי יוסף ב"ב סג ע"ב (בדפי הרי"ף), בשם הריטב"א; מאירי, ב"ב קלח ע"א (עמ' 570, עמ' 571 ועמ' 572); ח"י הרי"ן ב"ב קלח ע"א (כי מתנה יוצאת מרשות הנותן רק בזמן שהיא מגיעה לרשות המקבל); ח"י הרמב"ן, ב"ב קלו ע"ב (ועוד, כי מתנה לא יוצאת מרשות הנותן עד שמגיעה לרשות המקבל, וכאן שלא נכנסה לרשות המקבל, לא יצאה מרשות הנותן); ר"י קרקושא, ב"ב קלח ע"א, בדעת רש"י (כי הנותן נותן על דעת שהמקבל יקבל לפחות לזמן קצר); ח"י רבנו קרשקש, גיטין לב ע"א; ר' אשר מלוניל, ב"ב קלח ע"א, גם בדעת רש"י; חידושי הריטב"א ב"ב קלח ע"א; ס' ההשלמה ב"ב פ"ח ס"י כא; ח"י הרים, גיטין ח עב (ד"ה אמנם, עמ' לד).

יד רמה ב"ב פ"ח ס"י קצד, מבאר שאין אומרים שזה הפקר, כי הלכה היא שהפקר שאינו לכל העולם אינו הפקר (וכאן הנותן הפקר רק על דעת המקבל), וגם לבית שמאי (פאה פ"ו מ"א), שסוברים שמועיל הפקר לעניים, זה לא הפקר למי שלא התכוון אליו (ולכן אדם מבחוץ לא יכול לזכות בו). שו"ת אמר שמואל, חו"מ ס"י יד (צט ע"ב), כותב שרשב"ם ישיב על טענה זו, ששם מדובר שהפקר בפירוש לעניים ולא לעשירים, א"כ הסיח דעתו מהנכס רק אם יזכו בו עניים, ולא אם יזכו בו עשירים, אבל כאן הנותן לא הפקר במפורש, אלא אנו מניחים שהסיח דעתו מהנכס, והנכס הוא ברשות המקבל, ואם המקבל אינו רוצה בו, ממילא הוא נעשה הפקר לכל העולם.

אור הישר ב"ב קלח ע"א, מבאר את דעת תוס' שהנותן נתן רק ע"ד שהמקבל יקבל, על פי הגמרא בנדרים מג ע"א שבמתנה "עד דאתי מרשות נותן לרשות מקבל"; ומקשר זאת לתוס' ב"מ יב ע"א, שכתבו שבמתנה נחשב דעת אחרת מקנה, כי הוא נותן רק על דעת שהמקבל יקבל, וא"כ אם המקבל לא ירצה לקבל יחזור לנותן, לכן המתנה אגודה לנותן עד שיגיע לרשות המקבל שלא כהפקר שהוא רק סילוק רשות בעל הנכס. שו"ת אמר שמואל, חו"מ ס"י יד (צט ע"ב), כותב שרשב"ם ישיב על הראיה מנדרים מג, ששם זה נאמר לפי ר' יוסי, וחכמים חולקים עליו, והלכה כחכמים; ועוד שלמסקנת הגמרא זה לא טעם ר' יוסי, אלא טעם ר' יוסי הוא משום מתנת בית חורון, ורש"י ור"ן כותבים שלמסקנה ר' יוסי סובר שזה מתנה מיד, אף שלא בא לרשות הזוכה; וגם לפי השיטה שרש"י שם מביא, שגם למסקנה מתנה יוצאת מרשות הנותן רק כשבא לרשות המקבל, אפשר שזה דוקא כשלא יצא הנכס עדיין מרשות הנותן, אבל כשיצא מרשות הנותן, הסיח דעתו ממנה, ויצאה מרשות הנותן אף שעוד לא באה לרשות המקבל. תשובה נוספת לראיה מנדרים שם, ראה הערה 41 בשם דברי שמואל.

אשל אברהם (נימרוק) ב"ב קלח ע"א, מקשה על תוס' שאמרו שהנותן נתן רק על דעת שהמקבל יקבל, הרי בב"ב נד ע"ב אמרו שגוי שמוכר קרקע מסתלק ברגע שקיבל כסף, ולא אומרים שהסתלק רק ע"ד הקונה? הוא מתרץ, שדוקא בגוי זה כך כי אין לו רגש וחיוב מוסרי כלפי הקונה, ואצלו העיקר שהכסף יישאר אצלו. לכאורה אפשר לדייק מדבריו, שגוי שנתן מתנה, והמקבל התנגד מראש, זה הפקר גם לשיטה שבטקסט, כי אין לו רגש מוסרי כלפי המקבל

גם אם אח"כ חזר בו המקבל והביע רצון לקבל את המתנה, אינו זוכה בה⁴³. המקבל אינו זוכה גם אם הנותן אינו מביע התנגדות לכך, משום שכאשר המקבל התנגד, הנכס נעשה כפקדון בידו, כי הנותן נתן על דעת שהמקבל יזכה בה מיד, ואילו ידע שלא זכה, היה חוזר בו, והנותן השאיר אותה ביד המקבל בטעות, ולכן גם אם לא חזר בו הנותן בפירוש, נתבטלה המתנה מיד, ואין המקבל יכול לזכות בה⁴⁴.

דוקא. אך רח"א מילר סבור שבמתנה הדין שונה, שגם גוי אינו מסתלק מבעלותו בנכס עד שהמקבל יקבל, ודוקא אם הוא מקבל כסף, הוא מסתלק מיד מבעלותו כיון שקיבל משהו אחר בתמורה. יש להוסיף, שבמתנה, יש מקום לומר שהוא מעוניין שדוקא המקבל (שהוא מעוניין בטובתו, מסיבה כלשהי) יקבל, ולכן אינו מסתלק מבעלותו מיד. שו"ת שפת הים, חו"מ, סי' א (ע"ד), מנמק שהנותן יכול לחזור בו כל זמן שהנכס לא מגיע ליד המקבל, ולכן הנותן אינו מסיח דעתו מהנכס עד שיזכה המקבל.

דברות משה ב"ק ח"ב סי' פה, ענף ב, מנמק דעה זו: העובדה שנתן מתנה למישהו אינה מראה שאינו רוצה את הנכס, שנאמר שלכן אם לא נתקיימה המתנה, מקיימים חלק ממה שרצה הנותן - שרצה שלא יהיה שלו, אלא הוא נתן רק כי הוצרך לתת לו כי עשה לו ניח נפשא, וא"כ כשלא נתקיימה המתנה, יחזור לו הנכס, ולא יהיה הפקר, כי מעולם לא רצה שיהיה הפקר.

שו"ת שואל ומשיב, מהדו"ה, סי' פא (פד ע"ג), כותב שהשאלה האם אומרים שהנותן הסתלק רק על דעת שהמקבל יקבל - תלויה בשאלה האם מי שהתחייב לתת מתנה למישהו, ומת, צריך לתת ליורשיו (ראה בשמו בסעיף 5): אם חייב לתת ליורשיו, נמצא שהוא חייב חיוב מוחלט לתת, א"כ כל שנתן, הסתלק ממנו, בין אם המקבל יקבל ובין אם יורשיו יקבלו; וכן אם המקבל סירב, לא משנה לו, אלא הוא מסתלק; ואילו רשבי"ם סובר שהנותן יכול לחזור בו אם מת המקבל, כי לא רצה לתת אם המקבל ימות, וכך גם אם המקבל סירב, חוזר לנותן, כי הוא לא רצה לתת אם המקבל יסרב.

עין יהודה סי' ו אות טו (עמ' לג), כותב שגם לדעה זו, במצב שהנותן מעדיף שיהיה הפקר ולא יחזור אליו, הנכס הוא הפקר. הדוגמה שהוא נותן היא לפי דעת שו"ת ברית אברהם או"ח סי' כו, ששטר על נייר של הפקר מועיל כ"ספר המקנה" - אם המלוה כתב את השטר על נייר שלו, ומקנה אותו לערב כדי שתחול התחייבות הערב (כמבואר בגיטין כ ע"ב), והערב אינו רוצה לזכות בו כדי שלא יתחייב, מניחים שהמלווה מפקיר את הנייר, כדי שייחשב "ספר המקנה", שאילו אם יישאר שלו, לא יועיל לחייב את הערב.

⁴³ שו"ת הרשב"א, ח"א, סי' תרב (הובא בשו"ת מעיין גנים, עבאדי, חו"מ סי' י). אך ראה הערה 57, שכפי אהרן כותב שהרשב"א סובר שאם המקבל הביע אח"כ רצון לקבל, הוא זוכה (ושרח"א מילר הסביר שכוונתו למקרה שעשה קניין); ושמשנת ר"א כותב שאם המקבל עשה מעשה של תפיסת הנכס אחרי שחזר בו, זכה. גם שו"ת בנין יחזקאל, סי' י (יח ע"ד), כותב שמקבל מתנה שלא רצה לקבל, והתחרט ואח"כ רצה לקבל, קונה רק אם יש דעת הנותן מחדש לתת לו.

כפי אהרן (עזריאל), ח"ב, חו"מ, סי' ח (קיד ע"ב), מביא מקור נוסף לכך שמקבל שהתנגד מראש לא יכול לחזור בו מסירובו: טור חו"מ, רעה, יא, מביא ראב"ד, שבכור שאמר "איני יורש ואינו פורע", בחלק הפשיטות יכול לחזור בו ולומר "אטול ואפרע", אבל בחלק הבכורה שנקרא מתנה, כיון שהתנגד, אינו יכול לזכות בו שוב. הוא מביא (קיד ע"ג) ששו"ת מהר"ש הלוי חו"מ סי' מו (פה ע"ב), הסביר את דעת הראב"ד, שאינו יכול לחזור בו מסירובו כי שם מדובר במתנגד מראש.

שעת הכושר, דרוש א לשבת הגדול, דף קט ע"א, נימק את דברי הרשב"א, שכיון שלא זכה בשעה שהגיע הממון לידו, זה נשאר בידו כפקדון, ואינו יכול לקנותו אלא אם יעשה קנין מחדש, ואין אומרים שברגע שאומר שהוא רוצה, ידו יכולה לזכות, משום שצריך את דעת הנותן, והדעת האחרת המקנה התבטלה כשסירב המקבל, ואם רוצה אח"כ לזכות, צריך דעת אחרת מקנה מחדש (אבל הוא דוחה את ראיית הרשב"א מעבדים - עיין שם). ובספרו מזל שעה, על הרמב"ם, הלכות זכיה, ד, ג, כותב שלדעת הרשב"ם, שזה הפקר, אם בינתיים זכה בו מישהו, ואח"כ המקבל הביע רצון לקבל, לא יועיל לו; אבל לשאר הפוסקים, שאם התנגד מראש חוזרת המתנה לנותן, אם אח"כ המקבל רוצה בה, והנותן לא חזר בו בינתיים, והסכימו שניהם בקיום המתנה, המתנה קיימת וא"צ קנין חדש גם לרשב"א (כלומר, הרשב"א מדבר רק במקרה שעכשו הנותן אינו רוצה לתת את המתנה; ובזה מיושבת קושיית שמחת יו"ט מדבר שלא בא לעולם). הוא מסתמך על רמ"ה בטור סי' רמג ור"ת המובא בטור סי' קכה, שאומרים שאם אמר הנותן למישהו "זכה לך", ולא זכה לו, כגון שהוא אינו ברשותו (של הזוכה), כשיבוא לרשותו יזכה לו אם לא חזר בו הנותן בינתיים. קל וחומר שאם הביע התנגדות, ואח"כ שתק, המתנה בטלה, כי אין לצפות ממנו שיביע התנגדות בלי הפסקה - כך כתב שו"ת אחיעזר חלק א סימן כו אות ב.

⁴⁴ שמחת יו"ט, סי' לו (קמג ע"א). רח"א מילר הוסיף, שגם אם נכח הנותן בעת דחיית המקבל, ושתק, אין אומרים ששתיקתו מראה שהוא מוכן שהמתנה תהיה תלויה ועומדת, ושהמקבל יוכל לזכות בה כשירצה, אלא אכן סהדי שכיון שהוא רואה שהמקבל מסרב לקבל, גם הוא חוזר בו מרצונו לתת.

שמחת יו"ט מקשה על הרשב"א, הרי מדברי מיישרים, נתיב טו, ח"ג, עולה שהנותן פירות דקל לחברו במתנה, יכול לחזור בו אף אחרי שבאו לעולם, אבל אם תפס המקבל פירות, אין מוציאין מידו (והובא בכנה"ג, רט, הגה"ט אות מט), הרי שכל עוד לא חזר בו הנותן בפירוש, אם תפס המקבל פירות, זכה, כי מניחים שהנותן מוכן שיזכה בהם כיון שמראש רצה לתת לו, ואף שמצד הדין יכול לחזור בו, מ"מ כל זמן שאינו חוזר בו בפירוש, אומרים שמן הסתם הוא עדיין עומד בדיבורו כדי שיעמוד במהימנותו, ואנן סהדי שגם אילו ידע שיכול לחזור בו לא היה חוזר בו; ולפי זה גם כאן נאמר שכל עוד לא חזר בו הנותן בפירוש, אף שמצד הדין היה יכול לחזור, מכל מקום אם המקבל תפס, זכה? והוא מתרץ, שכאן זה שונה כי המקבל אמר שאינו רוצה, ובזה אין לומר שנוח לנותן לעמוד במהימנותו, ואנן סהדי שאילו ידע הנותן שלא קיבל המקבל, היה חוזר בו, כי מן הסתם הוא מקפיד על זה, שהנה הוא רצה לתת לו מתנה והמקבל זילזל בו וסירב לקבל, ומאחר שנתבטלה המתנה מצד המקבל, שמעשי גרמו שתבטל, אינו יכול לזכות בה אח"כ גם אם ירצה, משא"כ במקרה הני"ל, שנתבטלה מצד הדין. אך יש להעיר שהסברו לא מועיל למקרה של מתנה למודר הנאה שנשאל על נדרו לאחר נתינת המתנה (שגם בו פסק הרשב"א שאינו יכול לזכות במתנה אחרי הנתינה -

אולם אם שתק המקבל (וקל וחומר אם הסכים בפירוש) לאחר שזכה בדבר המתנה, כגון שכבר קיבל את שטר המתנה, וקרא אותו, והבין שזו מתנה⁴⁵, או במיטלטלין, שכבר באו לידו⁴⁶ או לביתו בנוכחותו⁴⁷, ורק אח"כ אמר שאינו רוצה בה, אינו יכול לבטל את המתנה בדחייתו⁴⁸.

לדוגמה, אם אחרי שהגיעה המתנה לידי המקבל, אמר "מתנה זו מבוטלת", "מתנה זו תיבטל", או "אי איפשי במתנה זו", אין המתנה נדחית בכך⁴⁹. טעם הדבר הוא, שלשונות אלה משמען לשון עתיד (ולא לשון הודאה - ראה להלן (ג)), והרי המקבל אינו יכול לחזור בו מכאן ולהבא, מאחר שכבר קיבל את המתנה⁵⁰.

ראה סעיף 1(ב), ששם המתנה בטלה מצד הדין; ואולי העובדה שנדר ממנו הנאה נחשבת סירוב המקבל אף שנדר לפני שידע על כוונת המודר לתת לו. שערי חיים, על ס' המקח, שער טו (קנה ע"ג), מתרץ את קושיית שמחת יו"ט, ע"פ מה שכתב שו"ת הרשב"א, ח"ג, סי' קיד, שתפיסת הפירות מועילה רק אם ראהו המוכר שתופס, ושתק, וזה מראה שהוא מוחל, משא"כ כאן.

⁴⁵ מדובר שהבין, כפי שאומר חזון איש, אהע"ז, סי' קמו, לדף מב, ס"ק ד, שאם בשעת קבלת שטר המתנה, עוד לא קרא מה שכתוב בו, ושתק, ואח"כ כשקראו, הביע התנגדות, דינו כמביע התנגדות מראש.

⁴⁶ פרישה, רמה, יג.

אבל חידושים וביאורים (גריינימן) כריתות סי' ח ס"ק ו = ב"ב סי' יג ס"ק יז, מעלה אפשרות בדעת הרי"ף והרא"ש, שאם זרק הנותן את שטר המתנה לתוך חיקו, גם בהתנגדות מאוחרת לא קנה, כי לא חשש למחות כי לא נטל את השטר בעצמו (אבל הראב"ד, בהשגותיו לרי"ף, גיטין טז ע"א, בדפי הרי"ף, כותב שעל מקרה זה הגמרא אומרת שבהתנגדות מאוחרת, קנה). אולי כוונתו היא שכך יהיה הדין לרשב"ג שאומר כך בזיכה ע"י אחר. ראה הערה 39, על דברי הרי"ף והרא"ש שעליהם הוא מסתמך.

⁴⁷ אבן האזל, הלכות זכיה, ד, א.

⁴⁸ ב"ב קלח ע"א; חולין לט ע"ב; ירושלמי ב"ב פ"ח ה"ז, לפי שדה יהושע; רי"ף ב"ב סג ע"ב (בדפי הרי"ף); שו"ת קול אליהו (ישראל) ח"א חו"מ סי' לט, בשם ס' המקח והממכר לרב האי שער טו (ואינו מפורש בדבריו); טור, רמה, יג; רא"ש, ב"ב, פ"ח, סי' נא; רמב"ם, הלכות זכיה, ד, א; ר"י קורקוס, על הרמב"ם, הלכות תרומות, ט, ו; ר"י קורקוסא, ב"ב קלח ע"א; תוס' רי"ד ב"ב קלו ע"ב (על מקרה שכתב שטר ומסר לידו); רשב"ם, ב"ב קלח ע"א (על מקרה שקיבל את השטר בשתיקה); אור זרוע, ב"ב, סי' קמב (הובא בהגהות אשרי, ב"ב, פ"ח, סי' נא) (על מקרה שקיבל את השטר בשתיקה); תרומת הדשן, שו"ת, סימן שיא (גם בקרקע); שו"ע, רמה, י; שו"ת דברי ריבות סי' פה; תורת אהרן, חו"מ, סי' לה; שו"ת דברי מרדכי (קרישפין), חו"מ, סי' כג, בסופו; שו"ת ר' עזריאל דאינה ח"א סי' קכ עמ' 405; שו"ת דרכי נועם, חו"מ, סי' ג (קפא ע"א); שו"ת משאת משה, אהע"ז, סי' ג (קי ע"ד); חקרי לב, חו"מ, ח"ב, סי' ע (קיח ע"א); שו"ת מנחת שלמה (לויף) סי' עח עמ' רלח.

חידושים וביאורים (גריינימן) כריתות סי' ח ס"ק ו = ב"ב סי' יג ס"ק יז, כותב בתחילה שאם שתק ואח"כ התנגד, המתנה קיימת גם אם אומר שגם בשעה ששתק לא התכוון לזכות, שזה לא מועיל, כי קבלת המתנה, או שתיקתו בשעה שנודע לו שזיכו לו ע"י אחר - נחשבת כמעשה המבטלת את מחשבתו שהיא דברים שבלב. אך אח"כ הוא נוטה לומר, ששתיקה בשעה שמודיעים לו שהקנו לו, אינה רצון בקנין, וא"כ מקבל מתנה שאומר שלא התכוון לזכות אלא קיבל אותה רק משום סיבה פלונית, לא יקנה על כרחו, שהרי הוא רשאי לקבל שלא ע"מ לזכות משום איזו סיבה; וכן (כך נראה מדבריו אח"כ) אם אומר שהתכוון לזכות אז ע"מ שירצה את המתנה אחרי זמן מסוים, מועילה הדחיה אח"כ; ומדייק מטור ורמ"א בסי' רמה, שאם אומר שלא התכוון לזכות, לא קנה אפילו שתק; ומה שבהתנגדות מאוחרת המתנה קיימת, הוא במקרה שגם במחשבתו לא החליט את הדבר בשעה ששתק, וזה כעין שתיקה מחשבתית, כמסתפק, ואז שתיקתו מחליטה את הדבר, שזה שאינו חושש למחות נחשב מעשה המכריע את רצונו, ונחשב כאילו יש כאן רצון לזכות, ואע"פ שהוא טוען שלא שתק משום שרצה לקנות אלא כי עדיין לא החליט, מ"מ קנה.

ר"א אב"ד, ב"ב קלח ע"א, כותב שיש מקרה שתועיל הבעת התנגדות אחרי שבאה המתנה לידו: אם אין עדים ששתק כשבאה המתנה לידו. נראה שכוונתו היא, שכיון שאין עדים, הוא נאמן (בהודאת בעל דין) לומר שהתנגד מראש (ואז המתנה חוזרת לנותן); ואילו אם יש עדים, אינו נאמן (שלא כדעה השלטת, שמועילה הודאת בעל דין גם אז, אם נקט לשון הודאה - ראה להלן ליד ציון הערה 62; וראה הערה 61, שגם אבן האזל עושה הבחנה זו בין כשיש עדים לכשאין עדים). הוא אומר שהסוגיה בגיטין לב ע"א עוסקת במקרה זה, שאין עדים; והרי הסוגיה שם מבדילה בין לשונות, ועולה מזה שגם אם אין עדים, ההודאה מועילה רק אם נקט לשון עבר, כאומר "בזמן שקיבלתי, התנגדתי", ולא לשון עתיד, כי אינו יכול לבטל את המתנה מכאן ולהבא אם היא כבר חלה. ייתכן שהוא מדבר רק במקרה שהודאתו חבה לאחרים, ולכן הודאתו אינה מועילה אם היא נגד עדים, אבל אם אינה חבה לאחרים, היא מועילה גם אם היא נגד עדים; ונמצא שהוא סובר כראב"ד שנביא להלן (הערה 63), בענין הודאה שחבה לאחרים. רח"א מילר חיצק הבנה זו, לאור דברי נימוקי יוסף שנביא בהערה 63, שכותב בשם "הרב אב"ד" את מה שהאחרים מביאים בשם הראב"ד. אבל הוא הקשה, אם ר"א אב"ד דיבר רק בחב לאחרים, מדוע הוצרך להבחין בין הסוגיות, שבגיטין מדובר שאין עדים ובב"ב מדובר שיש עדים, הרי היה יכול לומר שבשניהם מדובר שיש עדים ומ"מ בגיטין מועילה הודאתו כי מדובר שלא חב לאחרים ובב"ב מדובר שחב לאחרים?

ח"י הרמ"ה ושיטות קדמונים [=ח"י ריטב"א מכ"י], גיטין לב ע"א, כותב שני"מ מכך שהמתנה קיימת, שאם הנותן רוצה לחזור בו ועכשו המקבל רוצה אותה, הדין עם המקבל, ועוד שנושהו גובה ממנה.

לכאורה יש מקור לכך שתועיל הבעת התנגדות אחרי זמן סביר: רא"ש, גיטין, פרק ה, סימן ח, בשם הריצב"א, ותוס' רא"ש, גיטין לו ע"ב, אומר ששתיקה אינה כהודאה אם השותק התנגד אחרי זמן מסוים ומסביר ששתק רק משום שלקח לו זמן לחשוב ולהחליט מה האמת; אך שם לא מדובר על מתנה, אלא על שתיקה לנוכח טענות שמישהו טוען שהוא חייב לו, או שאומר שעשה דבר איסור, וספק האם מקבל מתנה יכול לטעון שלקח לו זמן להחליט האם הוא רוצה את המתנה, שכן זו החלטה פשוטה שאין כרוכים בה גורמים רבים.

הסדר זה, שהמקבל אינו יכול לדחות את המתנה אחרי הסכמה שבשתיקה, שונה מן ההסדר בחוק המאפשר דחייה תוך זמן סביר. ההסדר שבמשפט העברי עדיף מכמה סיבות: ראשית, הקריטריון של "זמן סביר" יוצר חוסר ודאות משפטית, מפני שאדם מן היישוב אינו יכול לדעת איך בית המשפט יעריך מהו זמן סביר, ולכן לפני פסיקת הבית המשפט אי אפשר לדעת האם הדחייה תקפה ולמי שייך הנכס. שנית, מאחר שאנו מפרשים את שתיקתו כהסכמה, היה כאן קיבול להצעת הנותן, והחווה נגמר, ואין הצדקה לראות חוזה זה כשונה מחוזה רגיל, שאי אפשר לבטלו באופן חד-צדדי לאחר הקיבול. אם כך הוא בחוזה רגיל, שמטיל חיובים גם על הניצע, קל וחומר הוא במתנה, שהיא רק לטובת הניצע, שלא יוכל לחזור בו אחרי הקיבול. וקל וחומר בן בנו של קל וחומר, לפי הגישה שמתנה אינה חוזה, אלא עיסקה חד-צדדית, כאשר רצון המקבל אינו מהותי ליצירתה - בוודאי לא יוכל לבטל אותה אחרי יצירתה. גם אין לומר שיש לתת למקבל זמן לדחות, כדי למנוע פגיעה בו - שהרי אין קבלת המתנה פוגעת בו במידה ניכרת, שכן אם לא ירצה את הנכס, יוכל להפקירו. לכן ראוי לפרש בצמצום את ה"זמן הסביר" שבו החוק מאפשר למקבל לבטל את המתנה.

אם אין ידוע האם הסכים המקבל או התנגד כששמע על המתנה, וידוע שלאחר זמן הוא הביע התנגדות לקבל אותה, המתנה בטלה, מפני שיש להניח שגם בתחלה הביע התנגדות, שכן "הוכיח סופו על תחלתו" שזה יחסו למתנה.⁵¹

ג. במתנה המזוכה למקבל ע"י אחר

אותו כלל אמור גם לגבי מתנה שמזוכה למקבל ע"י זכיית אדם אחר⁵²: רק אם התנגד מראש, המתנה בטלה, דהיינו, הנכס חוזר לנותן.⁵³

⁴⁹ ח"י הרמ"ה ושיטות קדמונים [=ח"י ריטב"א מכ"י], גיטין לב ע"א; שו"ת הרא"ש כלל יג סי' כא (מהד' מכון ירושלים עמ' סח); טור, רמה, יא. רמב"ם, הלכות זכיה, ד, א, ושו"ע, רמה, י, נוקטים את הלשונות: "איני רוצה בה", "איני מקבלה", "הרי היא בטלה", "מום זה נראה לי בה"; והרמב"ם מנמק, שאינו יכול לחזור בו לאחר שזכה. סמ"ג, עשה פב (קסא ע"ג), נוקט "איני רוצה בה", "איני מקבלה", ו"הרי היא בטלה". אך הראב"ד בהשגות שם כתב שאם אמר "הרי היא בטילה", אינו מועיל, אבל אם אמר "בטלה היא", המתנה אכן בטלה; ב"ח, רמה, יג, מביא מקור לכך ש"הרי היא בטילה" משמע להבא, ולכן אינו מועיל, ואילו "בטלה היא" משמע לשעבר ולכן מועיל (בתור הודאה - ראה להלן). אבל דרישה, רמה, יג, כותב שהרמב"ם ותוס', גיטין לב ע"א (ד"ה מבוטלת), סוברים שהאומר "בטילה היא", אינו מועיל, והמתנה קיימת (ומבין שגם שו"ת מהרש"ד, ח"ב, סי' קכב, כוונתו לפרש את הרמב"ם כך). ב"י שם, וכסף משנה, הלכות זכיה, ד, א, כותב שמה שהרמב"ם לא הזכיר "מבוטלת" ו"תיבטל", הוא משום שפשוט שאלו משמען לשון עתיד, ואין דברי המקבל מועילים.

⁵⁰ רש"י, גיטין לב ע"א (ד"ה לא), וכריתות כד ע"א (ד"ה ה"ג).

⁵¹ שמחת יו"ט, סי' לו (קמג ע"א), אומר שזו דעת התלמוד הבבלי, ואע"פ שלפי ירושלמי גיטין א, ה (כמוסבר בשדה יהושע, על הירושלמי שם), נחלקו בדבר רשב"ג וחכמים, שחכמים סוברים שתולים שאז הסכים ורק עכשו חוזר בו, ורשב"ג אומר שהוכיח סופו על תחלתו שמן הסתם גם אז התנגד, מכל מקום הכלל הוא שהלכה כבבלי נגד הירושלמי. מקרה דומה הוא כשלא ידוע האם ניתנה המתנה בכלל, ולאחר זמן אומר המקבל שהנותן כלל לא נתן לו אותה. נדון במקרה זה בפסקה (ג), ליד ציון הערה 66 ואילך, בעניין הודאה (ושם נידון גם מקרה שידוע שהמתנה ניתנה, והמקבל אומר שלא קיבל). למעשה גם במקרה של שמחת יו"ט אפשר לנמק שהמתנה בטלה מטעם הודאה, כי המקבל מודה שהתנגד בעת ששמע על המתנה (שהרי אם הוא אומר שהסכים בעת ששמע, לא מסתבר ששמחת יו"ט יאמר שהתנגדותו עכשו כל כך מוכיחה על תחילתו עד שנאמר שהוא **משקר** בזה שאמר שהסכים כששמע), וזה כמו המקרה ליד ציון הערה 81, במקבל שאומר שהמתנה ניתנה לו בעבר באונס, שאז מאמינים לו. אבל אילו היה רק נימוק של הודאה, היא לא היתה מתקבלת אם חב לאחרים, ואילו מטעם הנימוק של "הוכיח סופו על תחלתו", המתנה בטלה גם אם חב לאחרים. אבל רח"א מילר סבור שכאן אין לומר שהמתנה בטלה בגלל הודאה, וזאת ע"פ סברת אולם המשפט, בהערה 54, שכיון שהביע התנגדות עכשו, הנכס יוצא להפקר, וממילא הוא כבר אינו בעל דין, ואינו נאמן לומר שהתנגד מראש. מצד שני, במקרה ליד ציון הערה 66 ואילך, אין לומר "הוכיח סופו על תחלתו" (שאינו אמרנו כך, המתנה היתה בטלה גם אם חב לאחרים), מפני שהוא לא אמר שהוא מתנגד, אלא אומר שבכלל לא קיבל, כלומר הדיון הוא מה קרה במציאות ולא מה היתה כוונתו, ורק כשהדיון הוא מה היתה כוונתו, אפשר לומר "הוכיח סופו על תחלתו".

⁵² ראה סעיף 6, על זיכוי מתנה באמצעות אדם אחר.

⁵³ בסעיף 6, בענין זיכוי, נביא מקורות ונימוקים לכך.

דעה שהנכס הוא הפקר: לפי הרשב"ם (הערה 41) האומר לגבי מתנה ישירה, שבהתנגדות מיידיית הנכס הוא הפקר מפני הסתלקות הנותן, גם בזיכוי ע"י אחר, בהתנגדות מיידיית, הנכס הוא הפקר. כך כתבו מזל שעה, עמק השער ואהל משה (ועוד) שהבאנו בהערה 41. ושם הבאנו שעמק השער אף כתב שבזיכוי ע"י אחר יש יותר סברה לומר שזה הפקר, מבמתנה ישירה; ושמצד שני, אהל משה כתב שאם הנותן לא ידע על התנגדות המקבל, דבר שמצוי בזיכוי ע"י אחר, אינו הפקר.

כמו כן, שו"ת שפת היס, חו"מ, סי' א (עט ע"א), מדייק מרשב"ם ב"ב קלח ע"א, שגם אם זיכה לו ע"י אחר, וכששמע המקבל, התנגד, זה הפקר (ראה לעיל בשמו, שכאן יש יותר סברה לומר שזה הפקר). הוא מדייק כך (בדף פ ע"ב) גם מ'י אפרים (הערה 41), ומנמק, שהנותן מסיח דעתו כי הוא בטוח שהמקבל יסכים, ולכן אם המקבל מסרב, זה הפקר.

אבל אם בתחילה הסכים, אינו יכול לחזור בו על ידי הבעת התנגדות מאוחר יותר, אלא המתנה קיימת.⁵⁴

שו"ת שפת הים, חו"מ, סי' א (עט ע"א), מביא שר' אלעזר הלוי כותב שאם זיכה ע"י אחר, מאחר שהנותן לא היה יכול לחזור בו מהרגע שאמר "זכה לו", הסיח דעתו מהנכס, וזה הפקר; ורק אם אמר לשון שאינה של זיכו, כגון "הולך", אינו הפקר, לפי הרמב"ן (הערה 40), מפני שלשון זו מראה שהנותן לא הסיח דעתו מהנכס (כך נראית כוונתו). שפת הים עצמו כותב שגם בלשון זיכו, אינו הפקר, כיון שזיכית המקבל תלויה בהסכמתו, ואם יתנגד, לא קנה, והנותן יודע דין זה, ולכן הנותן לא מסיח דעתו מהנכס עד שידע שהמקבל הסכים, אע"פ שהנותן כבר אינו יכול לחזור בו, ואם המקבל מתנגד, מתברר למפרע שזה לא זכות לו, ולא יצא הנכס מרשות הנותן.

שלטי הגיבורים, ב"ב מד ע"ב, בדפי הרי"ף (הובא בשו"ת אמר שמואל, חו"מ, סי' יד, דף קא ע"א), כותב שלפי ר' אפרים, במקרה שהמתנה זוכתה ע"י אחר, והמקבל התנגד כששמע, השליח זוכה, כי הנכס בידו, וזכה מההפקר. כנה"ג, חו"מ, קכה, הגה"ט, אות כא, מקשה, מדוע השליח זוכה, הרי זה כאילו נתן לו על תנאי שיתן למקבל, וכיון שהמקבל לא רצה, לא קיים את תנאו, וכאילו זה עדיין ביד הנותן? ומתרץ, שדוקא אם העיכוב הוא מצד השליח, נחשב שלא קיים את התנאי, אבל כאן העיכוב הוא מצד המקבל, והרי השליח קיים את שליחותו, וכיון שהמקבל אינו רוצה, זה הפקר, והשליח זוכה. פתחי חושן, קניינים פט"ו הערה פב, כותב שהשליח זוכה מההפקר רק אם לא יצא הנכס מידי השליח, והתכוון לזכות, אבל אחרי שיצא מידי השליח, כל הקודם זוכה.

כך נראה שיש להבין את נתיבות המשפט, סי' קצד, סי"ב וסי"ג, שאומר שבזיכו ע"י אחר, אם התנגד המקבל, זה הפקר, כי מאחר שהנותן אינו יכול לחזור בו (מהרגע שזיכה לאחר), הפקירו; והוא לומד מזה למקרה מיוחד של מכר, שכיון שהמוכר אינו יכול לחזור בו, והקונה עדיין לא קנה, זה הפקר; והקשה עליו משפט שלום, קצד, ב, הרי בשו"ע מבואר שאם המקבל התנגד לפני שהתחיל קניינו, הנכס חוזר לנותן; כנראה, נתיבות המשפט התכוון לדעת הרשב"ם, שזה הפקר בהתנגדות מיידית, מטעם הסתלקות הנותן; שאילו בדין של הפקר בהתנגדות מאוחרת, מצד שהמקבל מפקיר (ראה ליד ציון הערה 89), אין לדמותו למקרה הנ"ל במכר.

חי' הרי"ם, חו"מ, קצה, סי"ק טז (ד"ה ולע"ד), מבאר את שיטת רשב"ם ורב האי, שבהתנגדות מיידית זה הפקר, בנימוק ששייך רק בזיכו ע"י אחר (אף שאינו אומר במפורש שהנימוק שייך רק כאן): שלדעתם, המקבל זוכה לחלוטין בשעת הזיכו בלי ברירה למחות, ואף שאינו יכול למחות על הזיכו, זה נחשב זכות (ראה בשמו בהערה [?]), בהסברו הראשון, שנחלקו סמ"ע והרמ"א בשאלה זו, ואין אומרים שהוכיח סופו על תחלתו שבשעת הזיכו לא רצה, כי אין אומרים "הוכיח סופו על תחלתו" במה שאינו עומד לכך (הוא מוסיף שהרשב"ם סובר כרא"ש ב"ב, פ"א, סי' ג, שאין מתחשבים ב"שונא מתנות יחיה" לענין חלוקת שותפים; וכנראה כוונתו להסביר מדוע רשב"ם סובר שלא מועילה התנגדותו למתנה), אלא שמועילה מחאתו לענין שיהיה הפקר, כמו שבהתנגדות מאוחרת זה הפקר (אך ראה הערה 89, שלרשב"ם, בהתנגדות מאוחרת, אינו הפקר!), כי בעצם כאן כבר זכה בנכס. הוא מוסיף (בד"ה עוד י"ל דודאי), שרב האי ורשב"ם סוברים שלא אומרים שהנותן נתן רק על דעת שיסכים המקבל לקבל, שהרי אמירתו "זכה" משמעותה שמיד יצא מרשותו והברירה למקבל. הסבר זה לא שייך במתנה ישירה, שהרי שם השמיעה וההקנאה הם באותו רגע, ובוודאי מועילה מחאתו שלא יקנה.

חזון איש אה"ע"ז סי' קמז, לדף מב, סי"ק ד (=חזון איש, גיטין לב ע"א), עושה הבחנה: אם זיכה לו ע"י אחר, וכשנודע לו אמר "בטלה היא" או "אינה מתנה" או שאר לשון שמשמעו שאינו רוצה לזכות בה, לא זכה וחוזרת לנותן, כי נתן רק ע"ד שיקבל המקבל (הוא אומר שגם לפי ר"י, בתוס' גיטין לב ע"א [ד"ה מבוטלת], האומר ש"בטלה" משמעו שני לשונות, ונוקטים את הלשון שמשאיר את הנכסים בידו [ראה הערה 62], הדין יהיה כך, כי גם אם נפרש להבא זה יהיה הפקר, ונמצא שאין נפקות לגביו [כי בכל מקרה זה לא יישאר אצלו], ולכן מפרשים בלשון עבר לבטל את המתנה, כי לפי פירוש זה, דבריו מתקיימים); ואם אמר "תיבטל", "מבוטלת" או "אי אפשי" או שאר לשון עתיד שמשמעו שרוצה שתבטל עכשו, זה הפקר.

מקרה מיוחד מעין זה הוא במי שנתן מתנה לעבד כנעני, שמאחר שמה שקנה עבד קנה רבו, זו בעצם מתנה לאדון, שהעבד זוכה בה בעבורו. על מקרה זה פסק רמב"ם, הלכות מכירה, ל, ב, טור, חו"מ, רלה, כו, ושו"ע, חו"מ, רלה, כד, שהאדון יכול להסכים או לסרב לקבל את המתנה, ודי בדיבורו (ולא נאמר שם מתי הוא צריך להודיע על החלטתו). הרמב"ם שם, ל, ג, כותב כך גם על מתנה שניתנה לאשה, שביד הבעל להחליט.

אמרי משה סי' כה אות יז, כותב שלשיטה ש"מה שקנה עבד קנה רבו" שהעבד זוכה בנכס, והאדון זוכה ממנו (שם הביא ראשונים שסוברים כך), מי שנתן מתנה לעבד, והאדון אמר שאינו רוצה, אין זה מועיל לבטל את המתנה, כמו שלא מועיל שהאדון יאמר "איני רוצה את מעשה ידי עבדי", שהרי זה שלו על כרחו; ולפחות יישאר הנכס ברשות העבד; והרמב"ם שאומר שמועיל שהאדון יאמר "איני רוצה", סובר ש"מה שקנה עבד קנה רבו" פירושו הוא שהאדון זוכה במישרין ממי שנתן לעבד, כי כל קניין שהעבד עושה הוא כאילו האדון עשה, ולכן כשהאדון אומר "איני רוצה", המצב הוא כמו כשמזכים לאחר מתנה ע"י אחר, שיכול לומר אח"כ "איני רוצה לזכות".

ע"י אבן האזל, ה"ל מכירה, ל, ב, ואור שמח, ה"ל מכירה, ל, ב, שהסבירו מדוע לא קנו העבד או האשה לעצמם אם האדון או הבעל יסרב לקבל.

שו"ת הרשב"ש, סי' עט (עמ' סו), מסביר שמועיל סירוב האדון, כי העבד הוא כשלוחו של רבו וידו כידו (אין להביא ראיה מכאן שהוא סובר שמקבל מתנה יכול למנות שליח - ראה סעיף 6 - כי הוא כותב את הדברים בעיקר על מה שהרמב"ם הזכיר "עבד שמכר", ולגבי מתנה אפשר לומר שמועיל כמו אם הנותן מניחו בחצר המקבל, ולכן אם עבר על דעת האדון, מעשהו אינו מועיל, כי האדון יכול לומר "לתקוני שדרתיך ולא לעוותי", וככל שליח, אם עיוות, תלוי ברצון המשלח לבטל או לקיים (רמב"ם, שלוחין, ה, א).

דברי אליהו (ניימנץ), סי' לח סי"ק יח דף כ ע"א, מסביר שיכול למחות מיד כששומע, כי בכך גילה למפרע שאינה זכות לו.

⁵⁴ דעת חכמים ב"ב קלח ע"א ובחולין לט ע"ב; רשב"ם, ב"ב קלח ע"א (הובא בשו"ת ר"י מסלוצק, סי' סח, עמ' רנא) (נוקט ששתק כשמסרו את השטר או הקנו בקנין סודר לאחר לצרכו, וכשבאו למסור לו את השטר, מביע התנגדות); הגהות אשרי ב"ב פ"ח סי' נא (הובא בשו"ת בנימין זאב סימן לו, ד"ה ומכל מקום); המאורות חולין לט ע"ב; ליקוטי

פ"י ר"ח (סוף אוצה"ג), גיטין לב ע"א; נימוקי יוסף ב"ב סג ע"ב (בדפי הרי"ף); אור זרוע ב"ב ס"י קמב (על מקרה שזיכה לו ע"י אחר בפניו, והוא שתק כשמסר את השטר או כשהקנה בקנין סודר לאחר לצורכו, ומביע התנגדות כשבאו למסור לו את השטר); מאירי ב"ב קלח ע"א (עמ' 574) בשם רוב הפוסקים; ח"י הר"ן ב"ב קלח ע"א, בדעת הרי"ף (שסתם); ראב"ד, בהשגותיו על הרי"ף, גיטין טז ע"א (בדפי הרי"ף), בדעת הרי"ף; פסקי ריא"ז ב"ב פ"ח הלכה ה אות כג; עיטור, זיכוי (ליד אות ט), בשם ר' שר שלום גאון (הובא בצרור הכסף הארוך, דרך ה, שער א, אות ב, עמ' שמב), ועיטור, מתנה, ליד אות סג; ס' ההשלמה ב"ב פ"ח ס"י כא, בדעת הרי"ף; שו"ת מהרי"ק שורש קנה, בשם ר' שמואל והרא"ש; ישי"ש, חולין פ"ב ס"י כ; דמשק אליעזר חולין לט ע"ב (ד"ה ולדעת); ר"י קורקושא, ב"ב קלח ע"א, בדעת הרי"ף; ר"א אב"ד, ב"ב קלח ע"א; ב"י, רמג, א; טור, רמה, יד, בדעת הרא"ש, ב"ב, פ"ח, ס"י נא (הובא באמרי בינה (אש) דף עט ע"ג); ב"י, רמה, יד, בדעת רי"ף, ב"ב סג ע"ב (בדפי הרי"ף); רמ"א, רמה, יא; ראב"ן, ב"ב קלח ע"א, דף ריט ע"ג במהד' ערנרייך (הובא בש"ד, רמה, ס"ק ז); ב"ח, יו"ד, ס"י ד; תקפו כהן, ס"י יט, אות ח, בדעת לבוש, חו"מ, רמה, יא; שו"ת אורח לצדיק, חו"מ ס"י ז (צ ע"א); שם משמעון (שטרן), דף נא ע"ד; חידושים וביאורים (גריינימן) ב"ב ס"י יא ס"ק א; שו"ת חתם סופר אהע"ז ח"ב ס"י מג (ד"ה ואעתיק). וראה להלן, ליד ציון הערה 98, שזה הפקר.

ר' האי, בס' המקח והממכר, שער טו, כותב שאם שתק כשבאה המתנה לידו או כששמע שניתנה לו מתנה זו, קנה מיד; וערך השלחן חו"מ רמה, ס"ק יא, ועמק השער, על ס' המקח שם, מדייקים מזה שהוא פוסק כחכמים, שגם בזיכה ע"י אחר התנגדות מאוחרת, קנה המקבל. ערך השלחן מקשה מדוע שו"ע לא פסק כך, ותמה על שו"ת אהלי יעקב, ס"י קט, שכותב [בדקתי] שכל הפוסקים פסקו שזה ספק.

וראה סעיף 6, שאם כשהגיע הזוכה למקבל, התברר שמת המקבל, היוורשים לא יכולים לדחות את המתנה (והטעם הוא, שהיוורשים אינם מקבלים עכשו את המתנה מהנותן, אלא ירשו אותה מהמקבל בשעת מותו, כי הוא כבר קנאה בשעת הזיכוי, ויורשיו אינם יכולים לבטל את הירושה שירש).

שו"ת חתם סופר אהע"ז ח"ב ס"י מג (ד"ה ואעתיק), מנמק דעה זו: גם אם נאמר שהוכיח סופו על תחילתו, שבתחלתו לא רצה, הרי שתיקה מעידה על הודאה, ולכן גם אם חשב בלבו שאינו רוצה (כפי שמוכח מסופו) דברים שבלב אינם דברים, להיות היפך שתיקתו, שהיא הסכמה; ואילו רשב"ג (ראה הערה 57) סובר שמה שתיקה עצמה היא כהודאה הוא רק שב ואל תעשה, ולכן המחשבה שאח"כ, שמוכיחה למפרע, מוציאה מידי מחשבה ראשונה. לאור זה הוא כותב (בד"ה ובודאי) שגם לחכמים, אילו היה איזה גילוי דעת בתחלה (גם בלי אמירה מפורשת) שאינו רוצה את המתנה, היינו אומרים "הוכיח סופו על תחילתו", והמתנה בטלה, ולא חוששים שמא בינתיים התחרט ורצה את המתנה, כי בזמן קצר לא חוששים להתחרטות.

אור הישר חולין לט ע"ב, מסביר שדעה זו לא מתחשבת בטענה שהוא שתק כי חשב שאין צורך להתנגד כל זמן שהנכס לא בא לידו - כי גם אם יש טעם לשתיקתו אומרים שתיקה כהודאה; והוא מעיר שזה מחלוקת אמוראים בב"מ לו. שער משפט, ס"י כט, ס"ק ד, מציין את סוגייתו כמקור לכך שתיקה אינה כהודאה אם יש טעם לשתיקתו; כנראה הוא סובר שגם חכמים סוברים כך, אלא שסוברים שהטעם "למה אביע התנגדות כל זמן שלא בא ליד" אינו טעם מספיק.

גור אריה (צינץ), חולין לט ע"ב, נימק דעה זו, שבדבר שאדם מתכוון לעשות נגד המובן מכוונתו, דרכו לפרש גם אם אינו מוכרח לפרש, כדי שהרואים יידעו שלא התכוון למה שמובן מסתמיות מעשיו; וכך כאן, כיון שכל אדם נוה לו לקבל מתנה, אילו אדם זה התכוון היפך הנהוג, היה צריך לפרש, ומזה שלא פירש, מן הסתם התכוון שהוא רוצה את המתנה, כמו שאנשים רגילים.

שו"ת דברי מלכאל ח"ג ס"י קסג, נימק שתיקה מעידה על הסכמה, כי רוב בני אדם מסכימים לקבל מתנה, ואילו לא רצה, היה צריך למחות כשרואה שהנותן מזכה בעבורו. שו"ת אורח לצדיק חו"מ ס"י ז, נימק שגם במקום שאפשר לתלות את השתיקה בטעם כלשהו, לא תולים בו, אלא מפרשים אותה כהודאה, ורק אם יש טעם גדול קרוב לוודאי, תולים בו.

שערי טוהר, חלק ח, דף תכו ע"א, מבאר שמאירי והטור פסקו כחכמים, כי הם סוברים שטעם רשב"ג הוא משום רוב, וסובר שהולכים בממון אחר הרוב, וכיון שאנו פוסקים שאין הולכים בממון אחר הרוב, אין הלכה כרשב"ג.

תפארת יעקב, חולין לט ע"ב (ד"ה בד"ה כ), כותב שלפי תוס', חכמים מסכימים שאין הוכחה משתיקתו שירצה לקנות, כי "כי לא אתא לידי אמאי אביע התנגדות", אך מ"מ מזה שהתנגד אח"כ אין להוכיח על תחלתו, שלא רצה לקנות, ולכן קנה, כי אין צורך בהוכחה **שרצה** לקנות, כיון שאין סיבה לומר **שלא רצה** לקנות. אך הוא כותב (בד"ה ולפי זה) שלפי רשב"ם, טעם חכמים הוא, שיש הוכחה מזה ששתק בתחלה, כי חכמים לא סוברים "כי לא אתא לידי אמאי אביע התנגדות", כי אילו לא רצה היה צריך להביע התנגדות, כיון שיש נ"מ לענין תרומה או יורשים. ועל פי זה הוא מעלה אפשרות שלפי רשב"ם רק אם נותן עבדים במתנה והמקבל כהן (שזה הנידון במחלוקת רשב"ג וחכמים), לא אומרים "כי לא אתא לידי אמאי אביע התנגדות", כי אילו התנגד היה צריך לומר זאת, כי זה נוגע לאיסור תרומה, אבל במקרה אחר, גם לחכמים חוזר לנותן (אבל לפי תוס' אין מקום להבחנה זו). רח"א מילר הסביר את דברי תפארת יעקב, שלפי תוס' אין צורך בהסכמה חיובית של המקבל, אלא די בחוסר התנגדות, ולכן כשאין הוכחה לא לכאן ולא לכאן, קנה; ואילו לרשב"ם צריך הסכמה חיובית, ולכן כשאין הוכחה, לא קנה; וזה מתקשר לשאלה ליד ציון הערה 23. אבל אפשר שאין זה קשור לשם, אלא לשתי הדעות צריך הסכמה חיובית (או די בחוסר התנגדות), אלא שהם חולקים ביניהם, כשאין הוכחה באשר לדעתו, האם יש אומדן דעת שהתכוון להסכים (או לא להתנגד), או לא.

שו"ת משפטי שמואל ס"י קיב (קכט ע"ד), נימק שכאן מפרשים את שתיקתו כהסכמה, ולא תולים את השתיקה בטעם מיוחד (ליד ציון הערה 57), "מדוע אתנגד לפני שבא ליד", כי לא שכיח שאדם מסרב לקבל מתנה, משום שזה טוב לו ומשום כבוד הנותן, ובודאי השתיקה היא הודאה, ולא תולים את השתיקה בהסבר אחר, ואמנם "שונוא מתנות יחיה", אבל זה רק אם אומר בפירוש שאינו רוצה (ולפני כן כתב טעם אחר, ששייך רק לעבדים - הנידון בגמרא - שאין בכוחו להפקיע מן העבדים את מה שזכו, להיות אצל האדון הזה ולאכול תרומה). אך שו"ת שמחת יו"ט ס"י לו (קמג ע"ד), מקשה עליו, הרי במקרה של הברייתא מדובר בעבדים שיש בזה צד חובה למקבל, שיצטרך לזונם, וכיון שיש צד חובה, אין חזקה שנוח לאדם לקבל מתנה, ולא שייכת סברת משפטי שמואל. והוא מדייק מתוסי' חולין לט,

לעניין זה, המועד הקובע להבעת הסכמה או התנגדות תלוי בנסיבות: אם הזיכוי נעשה בנוכחות המקבל, ושתק המקבל באותו זמן, מפרשים זאת כהסכמה, והמתנה תקפה⁵⁵; ואם הזיכוי נעשה שלא בנוכחות המקבל, הזמן הקובע להבעת התנגדות הוא הזמן שהוא שומע על הזיכוי, ואם הביע התנגדות באותו זמן, המתנה בטלה, אע"פ שהזוכה כבר זכה בשבילו⁵⁶, ואם שתק אז, המתנה תקפה.

שהטעם שלא אומרים הוכיח סופו על תחלתו הוא כי הטעם של רש"י להסביר את השתיקה הוא חלש מאד, כי מה בכך שעוד לא בא לידו, הרי סו"ס כבר שמע שנגמר הקנין מצד הנותן באופן שלא יוכל לחזור בו, וא"כ זה שייך למקבל, ולמה לא יביע התנגדות. אח"כ (קמד ע"ג) כתב שאפשר "בדוחק" לקבל את הסברו של משפטי שמואל גם בעבדים, וזאת במקרה שהנותן ישראל והמקבל כהן, ולפי הדעה שמעוכב גט שחרור אוכל תרומה (שלא כרמב"ם, ה' תרומות, ט, ה) - ההסבר הוא שיש להניח שהמקבל רוצה לעשות את רצון הנותן בלי שיינוק (המקבל), ויתכן שהנותן נתן כי היה קשה לו לזון אותם, ובמקום להפקירם כדי להיפטר ממזונותיהם רצה לתת אותם לכהן שיכול להאכילם תרומה שהיא זולה, ומניחים שהמקבל רוצה לעשות את רצון הנותן אוהבו, אע"פ שיש למקבל צד חובה, שיצטרך לזונם; אלא שתולים שהתכוון להפקירם מיד אח"כ, כדי שמצד אחד תתקיים קצת רצון הנותן, שרצה להיטיב עם המקבל, ומצד שני יהיו להם מזונות, שהרי מעוכב ג"ש אוכל בתרומה שהיא זולה. הוא מבאר שהרמב"ם כתב בסתם שאם זיכה ע"י אחר בהתנגדות מאוחרת יש ספק, משמע שזה לא רק בעבדים, כי מהסוגיה בחולין משמע שרש"י אומר "הוכיח סופו על תחלתו" גם במתנות אחרות, אע"פ ששם יש חזקה שרוצה את המתנה.

שיירי קרבן, על ירושלמי גיטין, א, ה (ח ע"א), כותב שהמתנה קיימת (לפי חכמים) גם בישראל שנתן עבדים במתנה לכהן, ואין אומרים ששתק כי לא שם לב שיאכלו העבדים תרומה, ועכשו התנגד כי הבין שתצא מזה תקלה, שהעבדים חושבים שקיבל אותם ולכן אוכלים בתרומה - כי א"כ היה צ"ל "לא זכיתי באלו", ואילו "אי אפשי" משמע שהם שלו אלא שאינו חפץ עכשו.

שו"ת שואל ומשיב, מהדו"ה, סי' פא (פד ע"ג), מקשה על דעה זו, שבזיכוי ע"י אחר אם התנגד בסוף, מפרשים שהמקבל זכה ואח"כ הוא מפקיר, הרי במקרה בכריתות שניתן עבד במתנה, אם הוא מפקיר אותו, העבד משתחרר, והרי המשחרר עבדו עובר בעשה "לעולם בהם תעבדו", והיה עדיף לפרש את דבריו כך, שאינו רוצה לזכות בעבד מעיקרא כדי שלא יעבור בעשה (כלומר, שיש לפרש ששתיקתו לא היתה כהסכמה)? ואין לומר שאינו עובר בלב"ת כי הוא משחרר לטובת עצמו, כדי שלא יעבור ב"שונא מתנות יחיה", שהרי ברגע שקיבל את המתנה כבר אינו בגדר "שונא" מתנות, ולא יוצא מגדר זה ע"י שיפקיר? הוא מתרץ (בד"ה ולפי"ז), שבזיכוי עבד במתנה שלא בפניו, את קניין האיסור שבעבד (שהוא אסור בבת חורין) א"א לזכות לו שלא בפניו, כי אין לו תועלת מזה שעבד אסור בבת חורין (ולכן זה לא זכות לו), והוא זוכה שלא בפניו רק בקנין הממון, שזוכה במעשה ידיו; ולכן כשאומר "אי אפשי", יכול להסתלק מקנין האיסור, שעדיין לא זכה בו, וכיון שלא זכה בקנין האיסור, ממילא בטל גם קנין הממון, כי אין עבד לחצאין, וממילא אינו עובר בלב"ת בזה שהוא מסרב. אך דבריו קשים, שהרי כששמע על הזיכוי ושתק, קנה גם את קנין האיסור אף שאינו זכות לו, כי כששמע זה נחשב בפניו, ואם הוא מפקירו אח"כ באמירת "אי אפשי", עובר בלב"ת; ועוד, שקושייתו קשה לא רק בזיכוי ע"י אחר אלא גם במתנה ישירה: מדוע במתנת עבד, בדחייה מאוחרת, הוא הפקר, הרי היינו צריכים לפרש שבשתיקתו לא התכוון להסכים אלא להתנגד, כי אם הוא מסכים ואח"כ מפקיר, עובר בלב"ת? ולזה לא מועיל התירוץ של שואל ומשיב, שהרי במתנה ישירה גם קנין האיסור נקנה מיד. ודוחק לומר ששואל ומשיב לא הקשה במתנה ישירה כי בה לא מצאנו בפירוש שגם בעבד המתנה קיימת בדחייה מאוחרת, כי מכל מקום, מסתימת הפוסקים משמע שהיא קיימת.

אולם המשפט, רמה, י, כותב שאם זיכה לו ע"י אחר, ושתק, ואח"כ אמר שלא התרצה **תחלה**, נאמן, ק"ו מהמקרה (ליד ציון הערה 61) שקיבל בעצמו בפניו, ושתק, ואח"כ אמר לשון הודאה, שנאמן לומר שלא התכוון לזכות; ומחלוקת רש"י וחכמים היא במקרה שאמר "אי אפשי", שאז מיד יצא מרשותו (בהפקר), ואינו נאמן יותר מאחר, והוא עד אחד, ולכן אינו נאמן לומר שמעולם לא התכוון לקבל.

ר"א אב"ד, ב"ב קלח ע"א, מפרש "זיכה לו ע"י אחר" - שמסר את השטר לאחר שיזכה בו עבורו, או לקח סודר מהאחר שיזכה עבורו בפניו, ושתק.

דעה חולקת: ב"ח כותב ששו"ע, חו"מ, רמה, יא, סבור שאם זו היתה מתנה רגילה ולא מתנת שכיב מרע, אע"פ ששתק כששמע, המתנה בטלה, כי לא קנה כששמע אלא כשהגיע הנכס או השטר לידו (רח"א מילר הסביר, שאע"פ שבזיכוי ע"י אחר קנה מיד בזמן הזיכוי ולפחות בזמן השמיעה, כוונת הב"ח היא כדברי הדרישה בסמוך, שלכן בבריא אין שתי סיבות לומר שזכה מיד, אלא רק סיבה אחת: שאחר זכה לו), והתנגדותו עדיין יכולה לבטל את המתנה מעיקרא. דרישה על הטור שם מעלה אפשרות שהדעה (אלו שפסקו כחכמים) האומרת שזכה המקבל כיון ששתק בתחילה, הוא דוקא בשכיב מרע (שהרי הר"י והרא"ש פירשו את הגמרא שם בשכיב מרע - ראה הערה 39), שיש בו שתי סיבות לומר שזכה מיד - שדבריו ככתובים ומסורים, וגם שאחר כבר זכה לו, אבל יתכן שבמתנת בריא המתנה בטלה; ובסמ"ע, רמה, ס"ק כג, כתב שהשו"ע מסופק האם כך סובר הרא"ש (אך ש"ך, רמה, ס"ק ז, כתב שאין זה הסבר נכון בדעת השו"ע); אבל הדרישה כותב שהרמב"ם מסופק גם בבריא, שגם בו יש מקום לומר שהמתנה קיימת כיון ששתק בתחילה. גם שו"ת משפטי שמואל, סי' קיב, דף קכט ע"ד (הובא בשו"ת שמחת יו"ט, סי' לו, דף קמג ע"ג), כותב שלפי הר"י, חכמים דרש"י דיברו רק בשכיב מרע, שיש בו שתי סיבות, ובבריא הם מסכימים שלא קנה. אך שמחת יו"ט (דף קמב ע"א, קמג ע"ד) מוכיח מחולין לט ע"א, שאי אפשר לפרש כך את דעת חכמים. טוב לישראל (חיון), הלכות שחיטה, סי' ע (כ ע"ד), דוחה את הראיה מחולין - עיין שם.

⁵⁵ ירושלמי ב"ב פי"ח ה"ז, לפי פני משה; רש"י, חולין לט ע"ב (ד"ה שזיכה); רש"י, ב"ב קלח ע"א (ד"ה זיכה); מאירי ב"ב קלח ע"א, עמ' 573 (בשכיב מרע באמירה, ובבריא בהקנאה); ר' ישמעאל בן חכמון, ב"ב קלח ע"א; ר"י קרקווא, ב"ב קלח ע"א; רבנו גרשום, ב"ב קלח ע"א (ד"ה הוכיח); פרישה, רמג, א.

⁵⁶ מאירי ב"ב קלח ע"א, עמ' 573 ועמ' 574; ר"ן על הר"י קידושין ח ע"ב (בדפי הר"י), וחי' הר"ן, ב"ב קכו ע"א; פרישה, רמג, א; אבני מילואים, לו ס"ק יב; מקור חסד, על ספר חסידים, סי' צ (בשם משנת חסידים, על ס' חסידים שם).

אלא שיש פוסקים המסופקים לגבי התנגדות מאוחרת למתנה שזוכתה ע"י אחר: האם המתנה תקפה, או שמא היא בטלה עקב התנגדותו המאוחרת, מפני שהוא יכול לתרץ את שתיקתו, שלא התכוון להסכים, אלא שחשב שאין צורך שיביע את התנגדותו מיד כששמע על הזיכוי, כיוון שהנכס טרם הגיע לידו, ותיכנן להביע התנגדות בשעה שהנכס יגיע לידו.⁵⁷

חידושים וביאורים (גריינימן) כריתות ס"י ח ס"ק ו = ב"ב ס"י יג ס"ק יז, מביא שמחנ"א ה"ל זכיה ס"י ו, כתב שמה שמועילה התנגדות כשנודע לו אחרי שזיכו לו שלא בפניו, העיקר תלוי בדעתו בשעת זכיה, אלא שנאמן לומר בשעת ידיעה מה היה בדעתו בשעת זיכוי. אבל הוא עצמו כותב שתלוי בדעתו בשעת ידיעה, ולא שואלים אותו מה היה רצונו בשעה שזיכו לו.

⁵⁷ רמב"ם, הלכות זכיה, ד, ג (ובקיצור בהלכות תרומות, ט, ו), מסופק בזה, שמא זה נחשב שמעולם לא זכה בנכס, משום שהתנגדותו בסוף מוכיחה על תחילתו, שגם בתחילה התנגד, ועקב התנגדותו נשאר הנכס בבעלות הנותן, ומה ששתק בתחילה הוא כי לא הרגיש צורך להתנגד כל זמן שהנכס לא הגיע לידו; וכן פסקו שו"ע, רמה, יא (הובא בדעת מרדכי (רבינוביץ) ח"ב ס"י א עמ' טו, וס"י ג, עמ' כא), קרית ספר ה"ל זכיה פ"ד, שו"ת חכם צבי, סימן מא (ד"ה ונמצא), שו"ת חבל יעקב, חלק א, ס"י ח, אות כא, המקנה קונטרס אחרון סימן לט סעיף ה, שו"ת אחיעזר חלק א סימן כו אות ב, שו"ת בית יצחק, יו"ד, ח"ב, ס"י פא אות יד, הגיוני אב, חו"מ קצה, ג (טו ע"א), ודברי נפתלי, רמה, ס"ק ו, שזה ספק. העיטור, מתנה, ליד אות סה, מביא שהגאונים פסקו שזה ספק. מישרים, נתיב כד, ח"א (הובא בהגהת הש"ך, רמה, ס"ק ז), כותב שהרי"ף פוסק שזה ספק (תקפו כהן, ס"י יט אות ח, מבין שמישרים שם פסק כרמב"ם, וכותב שלפי דברי מישרים שם, הרא"ש יוכל לסבור כרמב"ם, שזה ספק - אולי כוונתו היא כי הרא"ש העתיק את לשון הרי"ף). עיטור, זיכוי, ליד אות לט, כותב שמספק הולכים לקולא, ובשער החדש פירש, שמועילה תפיסה.

אהלי יהודה (אמאדו), על הרמב"ם, הלכות זכיה פ"ד ה"ב, כותב שהרי"ף מסופק האם הלכה כרשב"ג ולכן לא כתב כמי הלכה.

שו"ת קול בן לוי ס"י ד (מב ע"ד), כותב שהטור נוטה לומר שזה ספק (ונוקט, בדף מב ע"ג, שטעם רשב"ג הוא שהמקבל **התבייש** להביע התנגדות לפני שבא הנכס לידו).

כפי אהרן (עזריאל), ח"ב, חו"מ, ס"י ח (קיג ע"ב), כותב שסמ"ג עשה פב, ומישרים נתיב טו ח"א סוברים כמו הרמב"ם שזה ספק.

מנחת מרדכי (תש"ז), קונטרס תשובות, עמ' יג, מעלה אפשרות שרמ"א יו"ד, ס"י ד, סובר שגם לרא"ש זה ספק (עיי"ש שמוכיח זאת), ומה שכתב רמ"א ס"י רמה, שלפי הרא"ש זוכה המקבל בכל ענין, היינו שהרא"ש סובר שזו דעת ת"ק, ולכן יש ספק.

שמחת יו"ט, ס"י לו (קמב ע"ד), דחה את דברי ב"ח, יו"ד ס"י ד, שכתב שרבינו ירוחם פוסק כחכמים דרשב"ג.

פירוש קדמון (ר' ישמעאל בן חכמון) ב"ב קלח ע"א, מביא רק את דעת הרמב"ם. תשב"ץ ח"ב ס"י רעב (מ ע"ג), נר תמיד כריתות כד ע"ב (ד"ה בגמרא קסבר), שערי תורה (לעוו), ח"א, פרט יא אות לד, פרט יב, פרט טו, אות מב, ופרט טז, אות מז (ובפרט א, אות ג אות ה, ובפרט ב, מביא את מחלוקת חכמים ורשב"ג), שו"ת חתם סופר, אהע"ז, ח"ב, ס"י מג, שו"ת בנין יחזקאל, ס"י י (כ ע"א), שו"ת שער אשר, ח"ב, חו"מ, ס"י כו (נד ע"ד), שערי יצחק (פלקסור, תשי"ז), ס"י לט, אות ז (עמ' קל), שו"ת משאת משה, אהע"ז, ס"י ג (קי ע"ד-קיא ע"ב), דברי ריבות ס"י רז, שו"ת ר"י מסלוצק ס"י סח עמ' רנא, שבט סופר חולין לט ע"ב, ריח שדה דף סח ע"א, וגינת ורדים חו"מ כלל ה ס"י ד (קכט ע"ד), מביאים את דעת הרמב"ם שספק האם הלכה כרשב"ג.

שלטי הגבורים, ב"ב סג ע"ב (בדפי הרי"ף), מנחת חינוך, מצוה רפ (פח ע"ב), לקוטי הלכות, כריתות יז ע"א, עין משפט, אות צ, שו"ת תועפות ראם, אהע"ז ס"י לו, שו"ת שער אשר ח"ב ס"י כו (נו ע"ג-ע"ד), ערוך השולחן, חו"מ, רמה, יג, שו"ת מעיין גנים (עבאדל), חו"מ, ס"י ט (עמ' קכה-קכז), ר' דוד מילדולה, פרי עץ חיים, כרך ד, דף רכח ע"א (מס' 474), שו"ת כתב סופר חו"מ ס"י לו, וחי' כתב סופר (תרצ"ח), חולין לט ע"ב (ד"ה והנה), מביאים את מחלוקת רא"ש ורמב"ם.

שו"ת מהרי"ט ח"א ס"י קלט (הראשון), בהגהה, כותב בפשטות שהדין בספק במקרה זה (רח"א מילר העיר שמה שכתוב שם לפני כן "כדכתב הרא"ש ז"ל" אינו מוסב על נושא זה, אלא על הדברים שלפני כן).

שו"ת דברי מלכאל ח"ג ס"י קכא (פז ע"ב), כותב שסברת רשב"ג (ונו"מ לרמב"ם שחושש לדעתו) "למה אביע התנגדות לפני שבא ליד"י אמורה גם אם שתק כששמע ואח"כ התנגד לפני שרצה למסור לידו, כי יכול לטעון שבתחלה לא רצה להתנגד כיון שעוד לא בא לידו, ואח"כ התחרט והתנגד (אף שעוד לא בא לידו) כי היה מוכן לסבול את הגנאי הזה (כלשון הרשב"ם) כדי שלא יחשבו שהסכים לקבל את המתנה.

פני יהודה כריתות כד ע"ב (ד"ה הכותב), כותב שלפי רשב"ג, כיון שהמקבל שתק, התייאש הנותן, כי המתנה חלה מיד, ואח"כ כשהמקבל אמר "אי אפשר" זה כהפקר, ומה שרשב"ג אומר שחוזר לנותן הוא במתנת שכיב מרע, שחלה דוקא אחר מיתה, ולכן לא מתייאש כל חייו, ובשעת מותו לא יכול היאוש לחול כי מיד כשמת זכו היורשים.

מצב המתנה לרשב"ג בין שתיקתו להתנגדותו: שו"ת שמחת יו"ט ס"י לו (קמו ע"א), כותב שאם ישראל שנתן עבדים לכהן במתנה, בעוד שלחכמים מהרגע ששתק המקבל מותר להם לאכול תרומה, כי גם אם יתנגד אח"כ, אין שומעים לו (ואמנם יהיו הפקר מאז, אבל זה רק מאז ולהבא), הרי לרשב"ג אסור להם לאכול שמא כשיבואו לידו יתנגד ויתברר למפרע שהיו זרים, ומותר להם לאכול רק כשיבואו לידו וישתוק. הוא מביא ראיה שאסור להם לאכול בינתיים, ממה שאמר רשב"ג "אמאי אצוח", והרי אילו מראש לא רצה את המתנה, היה צריך להתנגד כדי למנוע מהעבדים לעבור איסור באכילת תרומה. אך רח"א מילר דחה ראיה זו, שאולי שתק כי לא שם לב שהעבדים עלולים להיכשל באיסור אכילת תרומה.

אבל שו"ת שער אפרים ס"י קכב (ד"ה הנה במ"ש) (עט ע"א), כותב שגם לרשב"ג, אם ישראל נתן עבדים לכהן, מותר לעבדים לאכול תרומה אחרי ששתק, אע"פ שיתכן שיתנגד.

אהלי יהודה (הכהן), עי זכיה לקטן (ס ע"ב), מנמק את דעת רשב"ג ע"פ מה שכתב (ראה סעיף 6 בשמו) שבזיכוי מתנה, בשעת הזיכוי החפץ עדיין לא נכנס לרשות המקבל, רק יצא מרשות הנותן, ונכנס לרשות המקבל רק כשירצה המקבל, ולכן המקבל יכול היה לחשוב שאינו צריך להביע התנגדות כל זמן שלא הגיע לידו - כי רק אז החפץ נכנס לבעלותו. דברי חיים (אורבך), דיני חפץ, סימן ג (ד"ה ומה שהקשה), כותב שלפי הרמב"ם, אם כשהתנגד אמר לשון שמשמעו שלא תהיה מתנה מעיקרא, ברור שאינו הפקר אלא הספק הוא האם חוזר לנותן (כי הוכיח סעיף שמעולם לא רצה) או נשאר למקבל (כי לחכמים בלשון זאת לא אמר כלום כי באמת כבר קנה והרי לא התכוון להפקיר מעכשו), ודוקא אם אמר "איני רוצה בה", זה ספק הפקר. הוא מיישב בזה קושיה על רמב"ם הלכות תרומות שם - עיין שם.

דעה שהמתנה בטלה בוודאי, כרשב"ג: תבואות שור סי' ד ס"ק ה, כותב שאומרים כאן הוכיח סופו על תחלתו, כרשב"ג. כפי אהרן (עזריאל), ח"ב, חו"מ, סי' ח (קיד ע"א) כותב ששו"ת הרשב"א ח"א, סימן תרב, סובר כרשב"ג, שהרי הביא ראייה מדבריו. אך ראה הערה 99, שהסברתי בדרך אחרת את הוכחת הרשב"א, ולפיה לא פסק כרשב"ג. שו"ת משפטי שמואל סי' קיב (קכט ע"ד), כתב שיש הרבה פוסקים שפסקו כרשב"ג, ומסתמך גם על מקורות שמוכח מהם באופן כללי, ששתיקה אינה כהסכמה אם אפשר לפרשה באופן אחר. אך שמחת יו"ט, סי' לו (קמג ע"ג), כותב על כך שבאמת אין שום פוסק כזה.

עבר זמן רב עד שמחה: תבואות שור סי' ד ס"ק ה, מדייק מסתימת התלמוד, שרשב"ג סובר שלא קנה גם אם עבר זמן רב בין שתיקתו כששמע, לבין התנגדותו כשבא לידו. אבל שערי תורה (לעוו), ח"א, פרט י אות כח, מעלה אפשרות שהסוגיה בחולין לט ע"ב מסופקת האם רשב"ג מדבר גם אז.

שמחת יו"ט, סי' לו (קמא ע"ב-ע"ג), כותב, שלפי הרי"ף, רשב"ג מודה שברוך כלל קנה (וני"מ לאומרים שהרי"ף מסופק האם הלכה כרשב"ג), והוא דיבר רק במקרה מיוחד: שעשו העדים קנין סודר עם הנותן, שהוא נותן מתנה זו לפלוני, ואמר הנותן לעדים "כתבו ותנו לו שטר על זה", והרי"ף לשיטתו (הובא בס' התרומות שער נב ח"ד ובב"י חו"מ סי' ט - ראה סעיף 6) שסובר שבמקרה זה ("שטרי אקנייתא") המקבל קונה רק כשבא השטר לידו, וכל זמן שלא הגיע השטר לידו יכול הנותן לחזור בו, כי גילה דעתו שהוא רוצה להקנות את הנכס רק בשטר, אלא שכשמגיע השטר ליד המקבל, זכה למפרע משעת הקנין; ומדובר כאן שהמקבל שתק כששמע שהנותן זיכה לו ע"י הקנין, וכשהגיע השטר לידו התנגד, ולכן אומרים "הוכיח סופו על תחלתו", ומה שלא התנגד עד עכשו הוא כי חשב: "כיון שעוד לא הגיע לידי השטר, שהוא גמר הקנין, מדוע אביע התנגדות"; וחכמים סוברים שבכל זאת קנה ולא אומרים "הוכיח סופו על תחלתו", כי הרי"ף מודה שאם הסכים המקבל בשעת הקנין, אינו יכול לחזור בו גם לפני שהגיע השטר לידו, כי הטעם שהנותן יכול לחזור בו בינתיים הוא כי גילה דעתו שהוא רוצה להקנות את הנכס רק בשטר (פני משה ח"א סי' סד - ראה סעיף 6), וטעם זה לא שייך לגבי המקבל, ואילו לא הסכים בשעת הקנין, היה צריך להתנגד מיד (אגב, זהו חידוש בדעת חכמים, ששתיקה מועילה עוד לפני שנעשה הקנין הסופי); ואילו רשב"ג סובר ששתק כי חשב שכיון שהנותן יכול לחזור בו עד שיגיע השטר לידו, אין המתנה ברורה ואין טעם שיתנגד סתם; אבל אם נגמר הקנין לגמרי בשעת שתיקת המקבל, אף שלא הגיע הממון לידו, מודה רשב"ג שגם אם בסוף התנגד, קנה. והוא כותב (בדף קמא ע"ד) שגם הרמב"ם סובר צמצום זה בדברי רשב"ג (בהנחה שהרמב"ם סובר כרי"ף בענין שטרי אקנייתא). בדעת השולחן ערוך, הוא כותב (בדף קמב ע"ב), שמדובר שלא זיכה לו ע"י אחר בקנין אלא בשטר, ובגוף השטר הקנה לו, ואף שזיכה לו את השטר ע"י אחר וזכה בו, מ"מ כל זמן שלא הגיע השטר לידו להיות כראיה, לא סמכה דעתו, ולכן שתק ורק כשהגיע לידו התנגד (ולכן לרשב"ג הוכיח סופו על תחלתו ולא קנה); משמע מזה שאם זיכה לו ע"י אחר בקנין, מודה רשב"ג שקנה בהתנגדות מאוחרת.

ח"י חתם סופר, ב"ב קלח ע"א, מנמק את דעת רשב"ג, שהמקבל מתנה ואח"כ מפקיר לא יצא מגדר מקבל מתנה, ולא מקיים "שונא מתנות יחיה" (ראה הערה 98 בשם תפארת יעקב), ולכן הסברא נותנת שהאומר "אי אפשי" הוכיח סופו על תחלתו, שמראש לא רצה לקבל, שהרי אם הסכים לקבל למה לו לחזור בו, הרי בזה לא ייחשב "שונא מתנות יחיה".

תפיסת הנותן ממי שזכה מההפקר: הרמב"ם שם כותב שאם מישהו זכה מן ההפקר, אין מוציאים מידו, מספק, אבל אם הנותן תפס ממנו, אין מוציאים מידו, שמה אכן אין זה הפקר אלא שייך לנותן. ביאור הגר"א, רמה, ס"ק כ, נימק שתפיסת הנותן מועילה, ע"פ שיטת הרמב"ם, הלכות בכורות, ה, ג, שמועילה תפיסה בספק ("תקפו כהן"). אבל משנת יעקב, הלכות זכיה, ד, ג, כותב שתפיסת הנותן מועילה כי הוא מרא קמא; והוא מעלה אפשרות שדברי הגר"א נאמרו על הדין שמועילה תפיסה של אדם אחר.

ב"ח, חו"מ, רמה, יד, הקשה הרי רמב"ם, הלי טוען, טו, ד, ושוי"ע חו"מ, קלט, א, בענין "כל דאליס גבר" בספינה, פסקו שהמתגבר ירד בה, משמע שלא יוכל השני לתפוס ממנו, ומדוע כאן מועילה תפיסת הנותן ממי שתפס? הב"ח תירץ, ששם כל אחד טוען ברי, ולכן כשאחד תופס, נחשב שהתברר בב"ד שהוא שלו, ולכן אין השני יכול לתפוס ממנו, אבל כאן התופס תפס רק מספק, ולכן מועיל אם הנותן תופס ממנו, ואז מספק משאירים את הנכס בידי הנותן, כי הוא הבעלים הראשונים. גם דרישה, חו"מ, רמה, יד (ובקיצור בסמ"ע, רמה, ס"ק כא), כותב שאחרי שתפס הנותן, לא מועילה תפיסה ממנו, שאם לא נאמר כך, אין לדבר סוף, ודוקא תפיסת הנותן ממי שזכה ראשון מההפקר, מועילה, כי הוא הבעלים הראשונים, וזה ההבדל בין מקרה זה למקרה בסי' קלט; ועוד, ששם זה דבר שיכול להתברר ע"י ראיות, ולכן מניחים שמי שהצליח להתגבר הוא הבעלים האמיתיים, כי השקרן לא היה מתאמץ, כי היה חושש שמא הבעלים האמיתיים יביא ראייה שזה שלו (כתירוץ השני כתב גם אשר למלך, על הרמב"ם, זכיה, ד, ג).

דברי נפתלי, רמה, ס"ק ו, מסביר (כמו הדרישה) שמספק מועילה תפיסת הנותן מהזוכה, אע"פ שבד"כ לא מועילה תפיסה מהתופס, כי כאן ידוע שהנותן היה בעלים ראשונים, אבל כותב שהזוכה מההפקר אינו יכול לתפוס מהנותן. שערי טוהר, חלק ח, דף תכו ע"ג, רומז שלפי ר"י קורקוס, הלי תרומות, ט, ו, הזוכה מההפקר אינו יכול לחזור ולתפוס מהנותן.

לעומתם, ט"ז, חו"מ, רמה, יא, כותב שמועילה תפיסה הלוך וחזור, ודוקא במקרה בסי' קלט, אינה מועילה, כי חכמים ידעו שרק הבעלים האמיתיים יצליח לתפוס כי הוא מתאמץ יותר. גם תקפו כהן, סי' יט אות ה, כותב שאם מישהו יתפוס מהנותן, תפיסתו מועילה, שהרי בספיקא דדינא הרמב"ם סובר בכמה מקומות שמועילה תפיסה מהבעלים הראשונים, ודוקא במקרה בסי' קלט, לא מועילה תפיסה חוזרת (עיי"ש בטעמו).

אמרי בינה, דיני דיינים, סי' ד (ה ע"ב), וערוך השולחן, חו"מ, רמה, יג, מביאים את מחלוקת סמ"ע וט"ז. דברות אליהו (אברזיל), ח"א, סי' לא, בסופו, הסביר שמועילה תפיסת הנותן ממי שזכה מההפקר, כי יש לנותן חזקת מרא קמא.

אבני שוהם (פרץ), על הרמב"ם, הל' זכיה, ד, ג, כותב שלפי הט"ז מועילה תפיסה של כל אדם אחר מן ה"זוכה". אבל רח"א מילר סבור שלפי הט"ז מועילה רק תפיסת ה"זוכה" והנותן, ולא אדם אחר.

שו"ת משנת ר' אליעזר ח"א סי' ככד, כותב שאם לא קדם אחר זוכה, אלא זה עדיין ביד מי שזיכה לו בעד המקבל, ותפס ממנו הנותן, ממ"נ זכה הנותן, כי אם המקבל הפקיר, זוכה הנותן מההפקר, ואם לא הפקיר אלא שמראש לא רצה המקבל לזכות, והמתנה בטלה, היא של הנותן מאז ומעולם, וזה דין פשוט ולכן הרמב"ם לא כתב זאת אלא נקט את תפיסת הנותן רק אחרי שמישהו אחר זכה.

מאורות נתן (הורוביץ) ח"ב סי' לט, מביא שהרמב"ם פסק שמועילה תפיסת הנותן ממי שתפס. ימי שלמה, על הרמב"ם, הלכות זכיה, ד, ג, מקשה שכאן הרמב"ם פסק שמועילה תפיסת הנותן ממי שתפס, ואילו בהל' ערכין, ד, כב, פסק שלא מועילה תפיסה חוזרת.

שו"ת מקור ברוך (קלעי), סי' ס (פג ע"ד), הביא ראייה מדברי הרמב"ם כאן, מכאן שבכל מקום מועילה תפיסה מתופס. אך שו"ת מקור ישראל (בורלא) חו"מ סי' מה (צ ע"ד), העיר שאין ללמוד מכאן למקרה שהראשון היה תפוס מעיקרו, שתועיל תפיסה ממנו.

עי' ר"י קורקוס, על הרמב"ם, הלכות תרומות, ט, ו, בתירוץ השני, שמצא נ"מ לענין תרומה, מיכולתו של הנותן לתפוס.

קול בן לוי, סי' ד (מב ע"ד), מקשה, מדוע יכול אדם זר לתפוס מראש, הרי הנותן הוא מוחזק, שהרי בשעה שאמר המקבל "אי אפשי", חזרה המתנה לנותן, א"כ קדמה זכות הנותן לפני שתפס הזוכה, ותפיסת הזוכה היא באיסור, ולפי ר"ש ב"מ פ"א, סי' לב, שאומר שלא מועיל לתפוס ממי שהיה מוחזק מספק תחילה, היינו צריכים לומר שלא מועילה תפיסה? הוא מתרץ (בדף מג ע"א), שמיד כשאמר המקבל "אי אפשי", כבר נראתה זכות הנותן, אבל זאת לא זכות מחודשת, בדבר שלא היה שלו, אלא בא מחמת טענה שאולי מעולם לא יצא הנכס מרשותו, ואילו זכות האחר היא מצד שמא זכה המקבל והפקירו והאחר זוכה מההפקר; ובזה לא שייך לומר שקדמה זכותו של הנותן לזכותו של אחר, כי לגבי האחר זה זכות מחדש, ולגבי הנותן הוא מוציא את שלו מידי אחרים, ואין לו שם קדימה, כי אם האמת היא שאומרים הסעי"ת, אין שום זכות מחודשת אלא מעולם לא היתה נתינה, ואם לא אומרים הסעי"ת, אין לו עליו כלום; והוויכוח הוא האם יצא הנכס מרשות הנותן; ולכן אין לומר שקדמה זכות הנותן; ואין לומר שנלך לפי מרא קמא, כי המקבל כבר זכה זכות גמורה, והנותן הסתלק, והדבר תלוי במקבל ולא בנותן, והספק נולד רק בגלל דיבור המקבל, שאנו מסופקים מה התכוון, ולכן הוא לא נקרא מרא קמא, ולכן תפיסת האחר מועילה, אלא שתפיסת הנותן מהזוכה מועילה, כי הוא מרא קמא. בני משה (מגא"ר), הל' זכיה מההפקר סי' א, דף לו ע"ג-ע"ד, מיישב ע"פ משי"כ הדרישה (להלן), שאם אחרי שאמר המקבל "אי אפשי", חזר בו המקבל זוכה בו, זכה המקבל אם עוד לא חזר בו הנותן בפירוש, ולפי זה מועילה תפיסה של אדם זר, כי עד אז לא נראתה זכות הנותן, שהרי גם אם נניח שהוסעי"ת ולא קנה המקבל, מ"מ יכול המקבל לחזור ולזכות בו, ורק אחרי שתפס אדם זר, שבכך הסתלק המקבל, נראית זכות הנותן, שעכשו התגלה שיתכן שזה של הנותן מטעם הסעי"ת, והספק הוא בין הנותן לזוכה, ולכן תפיסת הזוכה מועילה (לכאורה משמע מדבריו שדרישה מסכים שאחרי שתפס אדם זר, תועיל תפיסת המקבל). עוד תירץ, שכיון שהנותן לא היה מוחזק בפועל בשעה שנולד הספק, מועילה תפיסת אדם זר.

תפיסת המקבל: הטי"ז שם אומר שלרמב"ם אם חזר המקבל ותפס, לא מועילה תפיסתו. אבן האזל, השמטות אחרי הל' מלוה, דף צא ע"א, מביא שכך כתב רצ"פ פרנק, ואבן האזל מנמק, כי לצד שלא אומרים "הוכיח סופו על תחילתו", פשוט שזה הפקר (וזה לא של המקבל לשום צד בספק).

פתחי חושן, קניינים פט"ו הערה פב, כותב שגם לרמב"ם שזה ספק, פשוט שהמקבל לא יכול לתפוס, כי לפי שום צד בספק, אינו שלו. אך יש להעיר, שבקרקע, אם הלכה כחכמים, דינו כדחייה מאוחרת במתנה ישירה, שאינו הפקר אלא נשאר למקבל, לפי רש"י (הערה 91), ואם כן, תועיל תפיסת המקבל מספק. זאת ועוד: פנס שלמה, על הרמב"ם, הל' זכיה, ד, ג, כותב שאם המקבל נכח בשעת הזיכוי, ושתק ואח"כ הביע התנגדות, כיון שלפי ת"ק המתנה נשארת למקבל (ראה בשמו בהערה 98), לכן לרמב"ם שיש ספק, הספק הוא האם זה חוזר לראשון (כרשב"ג) או נשאר למקבל (כת"ק), וא"כ המקבל יכול לתפוס.

דרישה, חו"מ, רמה, יד, בסופו, כותב שגם לרמב"ם, אם חזר בו המקבל, זכה בנכס אחרי שהביע התנגדות, לא מועיל שהנותן יתפוס ממנו, אף שלפי הצד שהלכה כרשב"ג, הנכס חזר לנותן ברגע שהביע התנגדות. הוא מנמק, שהנותן הסתלק מהנכס על דעת שהמקבל יקבל, ובשעת התנגדות המקבל, לא אמר הנותן בפירוש שהוא רוצה שהמתנה תחזור אליו, ולכן כשתפס המקבל, זכה במתנה.

בני משה (מגא"ר), הל' זכיה מההפקר סי' א, דף לו ע"ד, נימק את דברי הדרישה, שהרעותא לא היה מצד הקנאת הנותן אלא מחמת סירוב המקבל, לכן אם לא חזר בו הנותן בפירוש, והמקבל חזר בו ורצה לקנות, קנה, כי הנותן סילק עצמו מנכסיו, שכל שירצה המקבל לקנות, יקנה אותה.

שמחת יו"ט סי' לו (קמג ע"א) (הובא בערך השלחן, חו"מ, רמה, ס"ק יב), וכפי אהרן (עזריאל), ח"ב, חו"מ, סי' ח (קיג ע"ד), הקשו על הדרישה מהרשב"א בהערה 43. שערי חיים, על ס' המקח, שער טו (קנה ע"ג), מתרץ שהרשב"א מדבר בהתנגדות מיידית, ולא זכה בה בכלל, לכן אינו יכול לחזור בו ולזכות בה; ואילו פרישה מדבר בהתנגדות מאוחרת, שזכה בה בשתיקתו, ולכן יכול לחזור בו מהתנגדותו, כי היא בחזקתו. אבל רח"א מילר דחה תירוץ זה, שהרי הדרישה כתב כך לפי הרמב"ם, גם לפי הצד שהלכה כרשב"ג, שלפיו חוזר הנכס לנותן. יש להשיב על כך, שגם לרשב"ג, בזמן שחולף בין שתיקתו להתנגדותו, היה צד לומר שהתכוון המקבל לזכות בנכס (כלשון שערי חיים). כפי אהרן (קיד ע"א) מתרץ שהרשב"א אומר שלא מועיל שיביע אח"כ רצון לקבל, כי הוא פוסק כרשב"ג שחוזר לנותן (דבריו קשים, שהרי הרשב"א דיבר בהתנגדות מיידית ורשב"ג דיבר בהתנגדות מאוחרת; ועוד, ששום פוסק לא פסק כרשב"ג בזה; ואולי כוונתו לומר שהרשב"א דיבר לפי רשב"ג, במה שהרשב"א מביא ראייה מלשונו של רשב"ג, ואמנם אין הלכה כרשב"ג בהתנגדות מאוחרת, אבל אפשר ללמוד ממנו להתנגדות מיידית), ואף שיש ספק בשתיקת הנותן בשעת אמירת "אי אפשי", האם מפרשים את שתיקתו, שבאה לומר "עדיין היא נתונה לו, ואם יחזור ויאמר 'אפשי

גם לפי הדעה השנייה, אם שתק כשהנכס הגיע לידו מאיש הביניים, ורק אח"כ התנגד, המתנה תקפה בוודאות⁵⁸, והנכס הוא הפקר⁵⁹. טעם הדבר הוא, ששתיקתו כשהגיע הנכס לידו מוכיחה שהסכים, והוכחה זו אי אפשר לדחות בטענה שלא ראה צורך להתנגד כל זמן שלא הגיע הנכס לידו.

זאת ועוד: גם לפי הדעה השנייה, אם כששמע, אמר בפירוש שהוא רוצה לקבל את המתנה, ואח"כ, כשהגיע הנכס לידו, (או אח"כ), אמר שאינו רוצה - קנה⁶⁰.

תהיה קיימת, שכיון שבתחלתו רצה לתת, גם אח"כ כששתק אומרים שהוכיח תחלתו על סופו, שרוצה שהמקבל יזכה, שהרי הוכיח שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, אהע"ז סי' מד, שאומרים "הוכיח תחלתו על סופו", או שמא שתק כי אינו צריך לפרש את דבריו כי פשוט שזה שלו - ספק זה לא מוציא מידי ודאי זכייה שיש לנותן, כי מתנה אינה יוצאת מרשות הנותן עד שהיא נכנסת לרשות המקבל (נדרים מג ע"ב), ואף שהמקבל תפס, הרשב"א (המובא בנימוקי יוסף ב"מ ג ע"א, בדפי הרי"ף) סובר שמועילה תפיסה מהתופס; לעומת זאת, הדרישה מדבר לפי הרמב"ם (המצוטט בטור), שספק האם זה לנותן או הפקר, ויש גם ספק האם שתיקת הנותן היתה הודאה, לכן ספק הודאה של הנותן מוציא מידי ספק זכיה של הנותן, וגם תפיסת הנותן אח"כ לא תועיל לפי טור, חו"מ, קלח, ז, שפסק שמי שזוכה מטעם ספק הודאה, לא מועילה תפיסת האחר (אבל יש להעיר שהטור שם מביא שהרמב"ם סובר שמועילה תפיסת אחר, ולפי זה לא יצדקו דברי הפרישה בהסבר הרמב"ם, ונשאר קשה מדוע לא כתב הרמב"ם שיכול הנותן לתפוס מהמקבל). עוד תירץ (קיד ע"ב), שהרשב"א רק אומר ש"הואיל" לא אומרים, שלא אומרים שישאר ברשות המקבל הואיל שיוכל לומר אח"כ "אפשי" ואז יהיה ברשותו (של המקבל) - כי לא אומרים "הואיל" במה שנתנו לו אחרים, שיזכה בו משום "הואיל"; אבל אם אמר המקבל בפירוש "אפשי", הרשב"א מסכים לדרישה שזכה המקבל (רח"א מילר הסביר שכוונתו למקרה שגם אמר "אפשי" וגם עשה קנין חדש, שאילו אם לא עשה קנין, הרי הרשב"א כתב בפירוש שגם אם אמר "רוצה אני", לא קנה).

ערך השלחן, חו"מ, רמה, ס"ק יב, כתב ששו"ת מהרשד"ם, אהע"ז, סי' קעט, כתב כמו הדרישה (ואינו מפורש בדבריו); ושמיד רמה, ב"ב פ"ח סי' קצד (ראה הערה 89), משמע שלא כדרישה.

שו"ת משנת ר' אליעזר ח"א סי' קכד, מסכים לדרישה, שאם הנכס ברשות המקבל, וקדם המקבל וזכה אחרי שהביע התנגדות, היא של המקבל, גם לרמב"ם, כי אם זה הפקר, הרי זכה לעצמו מההפקר, ואם מראש לא התכוון לזכות, הרי עכשו זוכה בה, כיון שהנותן לא חזר בו אחרי שהתנגד המקבל, וזה מראה שנוח לנותן שיזכה המקבל עכשו, שהרי מראש הנותן רצה שהמקבל יקבל. הוא מתרץ את הקושיה משו"ת הרשב"א, שכאן מדובר שהמקבל עשה מעשה זכיה, כגון שהמתנה היתה ביד מי שזכה עבורו, ואחרי שאמר "אי אפשי", תפס המקבל מהזוכה, והנותן לא חזר בו בינתיים - המקבל קנה כי מסתמא יש דעת מקנה עכשו, ויש הוצאה מרשות לרשות; ולא יועיל שאח"כ הנותן יתנגד, ויטען ששתק כי חשב שהמקבל לא יוכל לחזור ולזכות אחרי שהביע התנגדות - לא יועיל כי אומדים דעת הנותן, שכיון שהוא מתאמץ שהמקבל ייחנה ממנו, זה מראה שהמקבל עשה לו נחת רוח בעבר, ולכן הנותן לא התנגד כששמע שהמקבל אומר "אי אפשי", כי חשב הנותן "ואולי המקבל יחזור בו וירצה לקבל, כמו שקורה אצל בני אדם, שרגע הוא כועס, ומדי אח"כ חושב וחוזר בו"; ואילו במקרה של הרשב"א אין מעשה אלא יש רק אמירה, "רוצה אני", ואין הוצאה מרשות לרשות, ואמירה לבד לא מועילה להוציא מרשות הנותן. אבל הוא כתב שאם אחרי שהתנגד המקבל, מיד חזר בו הנותן ואומר "כיון שהמקבל לא רוצה, גם אני חוזר ביי", ואח"כ קדם המקבל וזכה, זה שלו רק מספק, כי אם כשהתנגד התכוון להפקיר, יכול לזכות מההפקר, אבל אם מראש לא התכוון לזכות, זה נשאר ברשות הנותן, אי"כ זכיית המקבל עכשו לא מועילה, ולכן אם הנותן חזר ותפס ממנו, תפיסתו מועילה. הוא מעלה אפשרות שבמקרה זה, אם הנותן יתבע את המקבל, גם אם הנכס עדיין ביד המקבל, נוציא את הנכס מידי המקבל, כי כשיש ספק, מעמידים בחזקת מרא קמא כמו שכתבו ח"י הרמב"ן, ב"מ יב, ובדק הבית סי' רמג, לגבי בעיית "זרק ארנק", שאם הזורק התכוון לתת אותו במתנה, וספק האם המקבל קנה בקניין חצר, מעמידים בחזקת מרא קמא, היינו הנותן, גם אם המקבל מוחזק.

שו"ת ר"מ גלנטי סי' יב (הבא בכנה"ג, חו"מ, רמה, הגה"ט, אות כט), כתב שאם זיכה ראובן ללוי מתנה ע"י שמעון, ועשו קנין, וראובן התחיל לתת ללוי קצת כסף בהלוואה ושהוא יתפרע ממעות שביד שמעון, ואחר זמן אמר לוי לראובן "הכסף [=המתנה] שנתת לי - הריני כאילו קיבלתי" (שמשמעו שאינו רוצה את המתנה; לשון זו, שמשמשת בדרך כלל למחילה על חיוב, לא מועילה לדחות את המתנה, בתור מחילה, שהרי אין מחילה מועילה על נכס שהוא בעין, כפי שנראה ליד ציון הערה 106; אבל מכל מקום זה לשון שמביעה התנגדות כמו "איני רוצה"), יחול דין התנגדות מאוחרת, שזה הפקר, כי שתק בתחילה, וזה שלקח את הכסף בהלוואה לא מראה שהוא מוכן לקבל במתנה, כי אולי בדעתו לפרוע; וכאן הרמב"ם יסכים שזה לא ספק, כי ידע שזיכה לו ע"י שמעון, וכבר זכה (דבריו אינם מובנים, הרי סוף כל סוף התנגד לפני שבא לידו).

במתנה ממוריש לירש: שו"ת שער אשר ח"ב סי' כו (נו ע"ג-ע"ד) עוסק באב שזיכה מתנות לכמה מבניו על תנאי שלא יוכלו למכור את הנכסים, ואמר שמי שיבטל את התנאי, תבטל מתנתו ויזכו בה אחיו; ושתקו כששמעו ואח"כ הביעו התנגדות, כי הם מעדיפים שלא לקבל את הנכסים במתנה אלא בירושה, שאז יוכלו למכור את הנכסים; והנכסים נמצאים בחזקת איש הביניים, שעל ידו זיכה האב לבניו. הוא כתב שלפי רמב"ם שהדין בספק, זכה איש הביניים, שמא לא הועילה התנגדותם, זכו הבנים ואח"כ הפקירו אותם בהתנגדותם, ואיש הביניים זוכה מההפקר; וכך הוא לדעת הרא"ש, שוודאי לא הועילה התנגדותם, והנכסים הפקר, ואיש הביניים זוכה מההפקר. הוא כתב שאם טענו שלא התכוונו להפקיר, אלא רצו לזכות בנכסים בתורת ירושה, הרי כיון שלא הסתלקו מהנכסים, הנכסים בבעלותם בתורת מתנה, ועליהם לקיים את התנאי. וראה בשמו ליד ציון הערה 15, על מצב שהירוש הותנגד מיד.

⁵⁸ ר"י קרקווא, ב"ב קלח ע"א, ויד רמה, ב"ב, פ"ח, סי' קצד, אומרים שרשב"ג דיבר רק במקרה שהתנגד כשהגיע השטר לידי המקבל מן הזוכה. וכן שו"ת אורח לצדיק חו"מ סי' ז (צ ע"א), כתב שגם רשב"ג מדבר רק אם התנגד מיד אחרי השתיקה, או התנגד כשנגמר המעשה, היינו שהגיע לידו, אבל אחרי שהגיע לידו, לא מועילה התנגדות. ⁵⁹ ראה ליד ציון הערה 89, שהתוצאה מהתנגדות מאוחרת היא שהנכס נעשה הפקר.

ד. דחייה מאוחרת בלשון הודאה

לכלל שדחייה מאוחרת אינה מועילה, יש חריג: אם נקט המקבל לשון שמשמעותה היא הודאה שמעולם לא התכוון לזכות במתנה, הדחייה מועילה לבטל את המתנה למפרע. לדוגמה, אם הגיעה המתנה לידי המקבל, ואח"כ אמר "מתנה זו בטלה", או "מתנה זו אינה מתנה", המתנה מתבטלת והנכס חוזר לנותן. טעם הדבר הוא, שבכך הוא מודה שהיתה בטלה מעיקרה, ומעולם לא התכוון לזכות בה; והודאת בעל דין מועילה כמאה עדים⁶¹. זאת גם אם בתחילה שתק המקבל ורק אח"כ אמר לשונות אלו, מפני שגם אז תקף הנימוק שהודאת בעל דין היא כמאה עדים⁶².

⁶⁰ קרבן העדה, על ירושלמי גיטין, א, ה (ח ע"א), כותב שבמקרה זה גם לרשב"ג קנה (ובשיירי קרבן שם כתב שמדובר שזיכה ע"י אחר, אף שאין זה מפורש בירושלמי). אפשרות זו מעלה גם שו"ת שמחת יו"ט, סי' לו (מא ע"ב-ע"ג).
⁶¹ רש"י, גיטין לב ע"א, וכריתות כד ע"א (ד"ה הי"ג) (על "בטלה היא" ו"אינה מתנה"); מאירי, גיטין לב ע"ב, במסקנתו, וב"ב קלח ע"א (עמ' 572), במסקנתו (על לשון עבר כגון "בטלה היא", "אינה מתנה"); רבנו תם, בס' הישר סי' קטו וסי' תקלה (על "בטלה היא" או "אינה מתנה"); מישרים, נתיב טו, ח"א, בתחילתו (על "בטלה היא" או "אינה מתנה"); תרומת הדשן, שו"ת, סי' שיא; ח"י רבנו קרשקש, גיטין לב ע"א; ר"י אלמנדרי, גיטין לב ע"א; ר"י קרקושא, ב"ב קלח ע"א; טור, חו"מ, רמה, יב; קרבן נתנאל, על הרא"ש, גיטין, פ"ד, סי' ג, אות ה; ערוך השלחן, חו"מ, רמה, י (על "בטלה היא" או "אינה מתנה"); ח"י מהר"ם שיק גיטין לב ע"א (עמ' קסז), ופני יהושע, גיטין לב ע"א (במסקנתו) - שניהם לפי "ספרים דגרסי" המובאים בתוס' (לגבי "בטלה היא" או "אינה מתנה"). רמ"א, רמה, י, כותב באופן כללי שאם אמר לשון שמשמע שלא היתה מתנה מעיקרא, אע"פ ששתק בתחילה, נאמן בהודאתו. גם ליקוטי פ"י ר"ח (סוף אוצה"ג), גיטין לב ע"א, כותב שאם אמר, אפילו לאחר שבאה לידו, "בטלה היא" או "אינה מתנה", היא בטלה מעיקרא, כי מפרשים שהתכוון לומר "לא הסכמתי קודם לכן" (אבל אינו נוקט בפירוש שזו הודאת בעל דין).

כמו כן, השגות הראב"ד על הרי"ף, גיטין טז ע"א בדפי הרי"ף, כותב שאם זרק לו שטר מתנה לתוך חיקו, ושתק ולבסוף התנגד, ואמר "בטלה היא" (כך צ"ל, במקום "מבוטלת"), "אינה מתנה", המתנה בטלה.
ח"י הרמ"ה ושיטות קדמונים [=ח"י ריטבי"א מכ"י], גיטין לב ע"א, כותב שהלשונות "בטלה היא", או "אינה מתנה", משמעם לשעבר ולכן המתנה בטלה, כי גילה דעתו שמזמן שבא לידו לא היה מעונין בה, ומראש לא היתה מתנה. גרש ירחים, גיטין לב ע"א, על תוס' ד"ה מבוטלת, כותב שלגירסת "ספרים דגרסי" המובאת בתוס', באומר "בטלה", חוזר לנותן (לפי ההוה אמינא בכריתות כד ע"ב) לא מטעם הודאה אלא כי בטלה מעיקרא; ולא הסביר מדוע יכול לבטל.

שו"ת בית אפרים, חו"מ, סי' מב, כותב שגם במתנת מטלטלין, כשזה בלשון הודאה חוזר לנותן, ולא אומרים "אילו רצה שיחזור לנותן, היה מחזירים בפועל לנותן בעצמו" (כפי שאומרים לגבי לשון עתיד - ראה ליד ציון הערה 92), כי הוא אומר שמראש לא קיבל לשם מתנה אלא לשם פקדון (כלומר, וכיון שזה פקדון, אין סיבה שיחזיר לנותן; אך קשה, גם בלשון עתיד אולי התכוון שתבטל המתנה, וזה שלא החזיר בפועל הוא כי הוא מוכן שיישאר בידו לשם פקדון).

בזיכוי ע"י אחר: השגות הראב"ד על הרי"ף שם, ובית אפרים שם, כותבים דין זה, שבלשון עבר המתנה בטלה, גם בזיכוי ע"י אחר.

"**בטלה היא**": התלמוד מסביר בגיטין לב ע"ב, שהאומר כך, מפרשים זאת בלשון עבר (ולכן מועיל לבטל את המתנה כהודאת בעל דין - כך פירש רש"י, והובא בשו"ת אדרת אליהו, קובו, סי' י, דף סט ע"א), מפני שלשון זו יכולה להתפרש לשעבר ולעתיד, ובכל תחום מפרשים אותה באופן שיועיל לקיים את כוונת האומר, וכאן אם נפרש אותה בלשון עתיד, לא יועילו דבריו, שהרי אינו יכול לבטל את המתנה, ורק אם נפרש לשעבר, יועילו דבריו. הקשה על כך שער המלך, הלכות גירושין, ו, כב, מדוע לא נפרש שזה להבא, שהרי דחייה בלשון עתיד מועילה לענין שהמתנה היא הפקר? גרש ירחים, גיטין לב ע"א (ד"ה והר"ן), מתרץ, שיש מצבים שלא מועיל הפקר, כגון כשאין שלשה אנשים (ראה הערה 89), ויועיל רק מדין הודאה, ולכן מפרשים שהתכוון לשעבר, שיועיל מלשון הודאה (ראה עוד בשמו בענין זה בהערה 63, בענין חב לאחריים). לכאורה אפשר להסיק מדבריו, שאם יש שלושה אנשים, זה הפקר. אבל רח"א מילר סבור שגם אז לא הפקר, שהרי התלמוד לא עשה הבחנה זו, והטעם הוא שהמקבל מן הסתם מתכוון תמיד להודאה, כי אינו רוצה להיות תלוי במספר האנשים שנוכחים בעת התנגדותו.

טיב גיטין, גיטין לב ע"א (ד"ה בתוס' ד"ה מבוטלת), תירץ שב"בטלה" לא מפרשים שהתכוון להפקירו, כי ברור שרצונו לבטלו מעיקרא כדי שנושהו לא יוכל לגבות, שאילו אם יהיה הפקר, נושהו יזכה נגד המוחזק בנכסים. במהדו"ב (על תוס' ד"ה מבוטלת), הוא מסביר שאע"פ שבהודאתו הוא חב לאחריים - למי שהיה יכול לזכות מההפקר אילו פירשנו "בטלה" במובן של הפקר - אין זה נחשב חב לאחריים, מפני ששני הדברים (הסיכוי שלהם לזכות, והפקעת הסיכוי) באו בבת אחת. גם חזקה רבה אהע"ז ח"ב סי' קכו (עמ' 149), מסביר שאין מפרשים שהתכוון להבא, שיהיה הפקר, כי ברור שהוא רוצה לבטלו מעיקרה כדי שנושהו לא יוכל לגבות, שהרי אם זה יהיה רק הפקר יוכל נושהו לגבות אף ממי שתפס. הוא טיב גיטין מבינים, כנראה, שהמקבל שונא את נושהו ולכן רוצה בכל מחיר שלא יוכל לגבות את חובו עכשו, אף שזה לרעת עצמו, כי עקב זה, אם בעתיד יהיו לו נכסים, הנושה יגבה ממנו. אך בפשטות זה לא המצב, אלא הוא דוחה את המתנה מטעם "שונא מתנות יחיה", והפסד הנושה הוא רק תוצאה מזה ולא המטרה.

הגהות רא"י מרגליות על הרי"ף (נדפס אחרי הרי"ף בדפוס וילנא), לגיטין טז ע"א בדפי הרי"ף, תירץ, שב"בטל" לא אומרים שהתכוון לעתיד, כהפקר, כי לא מסתבר לפרש כך, שהרי אילו רצה להפקירו היה יכול להפקירו בפירוש, ולמה לו לומר שהמתנה "בטלה", הרי הוא רוצה שתתקיים המתנה ויזכה בה ואח"כ יפקיר? לכן ברור שהתכוון לשעבר ושיחזור לנותן.

רח"א מילר תירץ, שעדיף לפרש שהתכוון להודאת בעל דין, כי אז אינו עובר ב"שונא מתנות יחיה", שהרי לא קיבל מתנה, ואילו אם נפרש שהתכוון להפקיר, נמצא שקיבל את המתנה ואח"כ הפקיר, ובזה עובר ב"שונא מתנות יחיה" (כדברי חי' חתם סופר בהערה 57).

כפי אהרן (עזריאל), חי"ב, חו"מ, סי' ח (קיא ע"ב), כותב שהר"ן לא גרס בגמרא בעניין "בטלה היא" - "לגבי מתנה לישנא דמהני בה קאמר" (אלא רק לגבי גט), ולפי זה הפירוש הוא שיש ל"בטלה" שתי משמעויות, אבל נוטה יותר לשעבר, ומאחר שבשתי המשמעויות מתקיימת כוונתו לסלקה מעליו, מפרשים במשמעות היותר קרובה - לשעבר. גבול יאודה (אשכנזי), גיטין לב ע"א (לד ע"א בדפי הספר), וכפי אהרן (עזריאל), חי"ב, חו"מ, סי' ח (קי ע"ב), כותבים שמה שאומרת הגמרא בכריתות ש"בטלה" הוא הפקר הוא רק להו"א, אבל למסקנה שיש סברה של "אדעתא דמקבל מיניה" זה חוזר לנותן.

כתב וחותרם (רעק"א) גיטין לב ע"א (ד"ה ויעויין), כותב שבלשון הודאה חוזר לנותן גם אם מישהו אחר הקדים לזכות בו בתורת הפקר, כי זה ודאי הודאה ולא רק ספק.

סתירת הודאות: נחלת משה, גיטין לב ע"א (ד"ה בא"ד אלמא), מסביר שאע"פ שמול הודאת המקבל יש גם הודאת הנותן שנתן לו (ראה עוד ליד ציון הערה 66 על סתירת הודאות), אין אומרים שיהיה הפקר, כי הנותן נתן ע"ד שהמקבל יהנה מהמתנה, ולא ע"ד שיהיה הפקר, ולכן המתנה מתבטלת; ולפי חי' הרשב"א, גיטין מ ע"ב, שאומר שכשיש הודאה נגד הודאה חוזר לנותן כי יש להעמידה בחזקת בעלים הראשונים (ראה להלן ליד ציון הערה 72 בענין מקרה שהמקבל אומר שבכלל לא קיבל) - זה הטעם שכאן חוזר לנותן. הוא כותב שאם המקבל מודה שכשיקבל את המתנה לא אמר כלום, אלא שאח"כ אומר שלא התכוון לשם קנין, קנה, כי דברים שבלב אינם דברים; ורק אם כוונת המקבל שאומר "בטלה" או "אינה מתנה" היא שבשעה שקיבל כבר גילה דעתו שאינו רוצה, המתנה בטלה ע"פ הודאתו, ואע"פ שאנו יודעים שהוא משקר, הודאת בע"ד מועילה גם אם ידוע שזה שקר, כאמור בב"ב קמט ע"א (בכך מיושבת קושיית חזון איש, אהע"ז, סי' קמו, לדף מב, ס"ק ד [=חזון איש, גיטין לב ע"א], על רש"י, הרי אם קיבל בשתיקה קנה, ומה שחשב בלבו [כלומר שאומר עכשו שחשב כך אז בלב] הרי זה דברים שבלב? התירוץ הוא שמדובר שטוען עכשו שאז הביע התנגדות בפירוש). לכאורה אפשר להסביר בזה מדוע אין אומרים שזה הפקר מצד סתירת הודאות: כי הנותן אומר רק שנתן, ולא אמר שהמקבל שתק כשקיבל, וא"כ אין זה סותר את הודאת המקבל שהביע התנגדות כשקיבל. בד"ה בא"ד לא, כתב שלפי שלב אחד בסוגיה במס' כריתות, שבלשון עבר זה הפקר, הטעם הוא בגלל הסתירה בהודאות בעל דין.

טיב גיטין, גיטין לב ע"א (ד"ה בפירש"י), כותב שמדובר שהנותן לא מכחיש את המקבל (צ"ל שאף שמדובר שהכל יודעים ששתק בתחילה, מ"מ הנותן לא אומר זאת), ולכן אין כאן סתירת הודאות, ומ"מ הוצרך הטעם של הודאת בע"ד, כי לולא זה לא היינו מקבלים את דבריו, כי כיון שקיבלה ובה לידו בסתם ושתק, אנו סהדי שהתכוון לזכות ואין בכוחו להפקיע מידי נושהו אילולא הודאת בע"ד; ואילו אם הנותן מכחיש את המקבל, דינו כמקרה בגיטין דף מ.

גרש ירחים, גיטין לב ע"א (ד"ה והר"ן), מסביר שמה שהמתנה חוזרת לנותן אינו שהיא מבוטלת מעיקרא חמת הודאתו, אלא שהנותן קונה את הנכס בקניין אודיתא (ב"ב קמט ע"א); ולכן אין לומר שנלך לפי דברי הנותן, האומר שנתן, ונאמר שיועיל מדין הודאת בע"ד של הנותן - כי אין סתירה בין הדברים אלא מאמינים לנותן שהמתנה ניתנה, אלא שבהודאה זו של המקבל, הוא חוזר ומקנה לנותן בקניין אודיתא, אע"פ שיודעים שזה לא אמת. נראה שאף שהוא אומר שהמקבל נתן מתנה עכשו לנותן, מכל מקום לענין כל הנפקויות המעשיות, ייחשב כאילו היה של הנותן כל הזמן, כי כל זה כלול באודיתא.

משנה למלך, ה"ל זכיה ד, א, כותב שהר"ן סובר שבין ב"בטלה היא" ובין ב"הרי היא בטלה" חוזר לנותן. ישמח לב (לוי) גיטין לב ע"א, מנמק, כי מפרשים שהתכוון לשעבר (מן הסתם, כוונתו מטעם הודאה).

דעת הרמב"ם: ב"י, רמה, יג, כסף משנה, הלכות זכיה, ד, א, וב"ח, רמה, יג, מסבירים שהרמב"ם לא כתב דין זה, משום שסמך על מה שכתב, בה"ל זכיה, ד, יב (ראה הערה 66), שאם המקבל אומר "הנותן לא נתן לי את הנכס", המקבל נאמן כהודאת בעל דין, שניתן ללמוד מזה גם לגבי "בטלה היא" ו"אינה מתנה" שמשמען לשעבר, שנאמן מטעם הודאת בעל דין. כמו כן, לחם משנה, ה"ל זכיה, ד, א, כותב שלרמב"ם ב"בטלה היא" חוזרת לנותן, כי זה לשון לשעבר, והודאת בעל דין. וכן מעשה רקח, על הרמב"ם, הלכות זכיה, ד, א, כותב שלרמב"ם, באומר "בטלה היא" או "אינה מתנה", חוזר לנותן מטעם הודאת בעל דין.

לקוטי הלכות (בעל הח"ח) כריתות יז ע"א, עין משפט, אות צ, כותב שגם לרמב"ם, אם טען שמתחילה לא הסכים שיהיה שלו, הנכס חוזר לנותן משום הודאת בע"ד.

ערוך השלחן, רמה, יב, כותב שהרמב"ם מודה שבלשון עבר, חוזר לנותן. מגיד משנה, הלכות זכיה, ד, א (הובא בר"י קורקוס על הרמב"ם, הלכות תרומות, ט, ו, בזקן שמואל, חו"מ, רמה, א, ועיי' ר' דוד מילדולה, פרי עץ חיים, כרך ד, דף רכט ע"ב, מס' 474), גבול יהודה (אשכנזי), גיטין לב ע"א (לג ע"ד בדפי הספר), וכפי אהרן (עזריאל), חי"ב, חו"מ, סי' ח (קי ע"א), כותבים שב"בטלה היא" לרמב"ם המתנה אינה חוזרת לנותן, והוא מסופק האם זה הפקר או למקבל, כי בזה יש מחלוקת בין הסוגיות.

מגיד משנה, ה"ל זכיה, ד, יג (הובא בכפי אהרן (עזריאל), חי"ב, חו"מ, סי' ח, דף קי ע"ד), כותב שרק אם הוא אומר שמעולם לא באה לידו, כגון שאומר "בטלה היתה מתחילתה", זו הודאה, והמתנה בטלה, משא"כ באומר "בטלה היא". לחם משנה, הלכות זכיה, ד, א, מסביר שמגיד משנה עושה הבחנה לגבי "בטלה היא" או "אינה מתנה": אם התכוון לומר שמעולם לא קיבל, חוזר לנותן מטעם הוב"ד, אבל אם מודה שקיבל אותה אבל רוצה לעוקרה עכשו ולומר שיהיה כאילו לא קיבל אותה (שאת זה אינו יכול לעשות), לא חוזר לנותן.

נתיבות המשפט, רמה, ס"ק ד, כותב שהרמב"ם סובר שדוקא באומר "בטלה היתה מתחילתו" חוזרת לנותן מטעם הודאת בעל דין, אבל "הרי היא בטלה" הוא לשון עתיד וא"כ זה הפקר.

השגות הראב"ד, הלכות זכיה, ד, א, כותב שאם אמר "הרי היא בטלה" לא אמר כלום, אבל ב"בטלה היא" המתנה בטלה (מן הסתם, מטעם הודאה). צרור הכסף הארוך, דרך ה, שער א, אות ב (עמ' שמג), ולחם משנה שם, כותבים שזו גם דעת הרמב"ם, ולחם משנה נימק, כי "הרי היא בטלה" היא לשון עתיד. גם לחם משנה, ה"ל גירושין, ו, כא (הובא בשערי חיים, על סי' המקח, שער טו, דף קנה ע"א), כותב שהרמב"ם סובר שב"בטלה היא" לשעבר משמע

והמתנה בטלה, אבל "הרי היא בטלה" משמע להבא ואינה בטלה. מגדל עוז, ה' זכיה, ד, א, כתב על דברי הראב"ד "אמת הוא", ומכאן למד מקורות וציונים, על הרמב"ם שם (במהד' פרנקל), שמגדל עוז מבין שהרמב"ם מסכים לחילוק הראב"ד בין "בטלה היא" ל"הרי היא בטלה". ראב"ד בהשגה לרי"ף, גיטין טז ע"א (בדפי הרי"ף), כותב שאם אמר "בטלה היא" או "אינה מתנה", חוזר לנותן. שביתת יו"ט על כריתות (פז ע"ב), כותב שהרמב"ם מסכים לראב"ד שב"בטלה היא" חוזר לנותן מטעם הודאת בע"ד, ובי"הרי היא בטלה" נשאר למקבל. גם קול דודי כריתות כד ע"א אות תקעה, כותב שהרמב"ם מודה לראב"ד ש"בטלה היא" חוזר לנותן, ו"הרי היא בטלה" נשאר למקבל. גם שבילי דוד, רמה, ב, כותב שלרמב"ם, "הרי היא בטלה" משמע להבא (ומועיל כהפקר), כי "ביטול" הוא לשון הפקר, ואילו "בטלה היא" משמע לשעבר.

לחם משנה, ה' זכיה, ד, א, וזקן שמואל, חו"מ, ס"י רמה, א, מביאים ראייה להבחנה בין "הרי היא בטלה" ל"ביטלה היא", מדברי הגמרא, גיטין לב ע"ב, על "חרס היא", שעולה ממנה שאם אמר "הוא" בתחלה משמע להבא, משא"כ כשאמר "הוא" בסוף. מעייני המים, על הרמב"ם, הלכות זכיה, ד, א, דוחה הוכחה זו, שאולי דוקא "הרי היא חרס" משמע להבא בלבד, אבל "הרי היא בטילה" משמע שתי לשונות (כפי שאומרת הגמרא לגבי "בטלה היא"), ונפרש באופן המועיל, כלומר לשעבר, שתבטל המתנה ותחזור לנותן.

שו"ת נחלה ליהושע, ס"י ח, מנמק את הבחנת הרמב"ם בין "בטלה היא" ל"הרי היא בטלה", ש"בטלה היא" יש לה משמעות "היולית" (כוונתו לדברי התלמוד, גיטין לב ע"ב, שמשמעה גם להבא וגם לשעבר), ומפרשים אותו לפי מקומו, ולכן במתנה מפרשים אותו בלשון עבר כדי שיועיל, שלא כמו "חרס הוא" (שמשמעו לשעבר תמיד, כפי שמוכח בגיטין לב ע"ב), ואילו "הרי הוא חרס" מועיל לבטל גט, כי משמעו להבא (גיטין שם), ומכאן מוכח בכ"ש ש"הרי היא בטלה" הוא להבא ולכן לא מועיל לבטל מתנה.

עוד על הבחנות בדעת הרמב"ם בין הלשונות, ראה הערה 89, בשאלה מתי זה נחשב הפקר. וראה בהמשך הערה זו, בשם הסמ"ע ועוד, דעה שלרמב"ם לא מועילה לשון עבר לבטל את המתנה בתור הודאה.

מרכבת המשנה מהדו"ב, על הרמב"ם, ה' גירושין, ו, כב, כותב ש"מבוטלת" משמעו רק להבא ולכן לא מועיל כהודאה לבטל את המתנה. הוא כותב שלפי המגיד משנה, ה' גירושין, ו, כד, בהסברו הראשון, "בטל הוא" בצירי בטית משמעו גם לשון הווה וגם לשון עבר, ובמתנה מפרשים שהתכוון לשעבר; ו"בטל" בפתח תחת הטיה, ודאי הוא לשעבר, ויועיל כהודאה לבטל את המתנה; ולפי הסברו השני של מגיד משנה, ב"בטל הוא" העיקר הוא המלה "הוא", שמשמש בפועל הווה, ומשמש גם כשם תואר, כאילו אמר "המתנה היא עכשו בתואר בטלה כי נתבטלה לשעבר", ולכן מועיל במתנה; ולפי זה גם "מבוטלת" תועיל לבטל מתנה כי משמעו לשעבר כי הוא שם תואר, ורק "מבוטלת היא" לא מועיל, כי זה הווה ולא תואר, משא"כ "בטל הוא" שמועיל כי הוא שם תואר ואומר "הוא" כדי שלא נטעה לחשוב שהוא פועל עבר, אבל "מבוטלת" לא יכול להיות פועל עבר, אלא או הווה או תואר, ואם אמר "הוא" זה מראה שהוא הווה ולא תואר; והרמב"ם סובר (שם, הלכה א) ש"איני רוצה" או "איני מקבלה" לא מועיל לבטל, כי זה לשון עתיד, מזה שלא אמר "לא קיבלתי"; וממה שכתב ש"הרי היא בטלה" לא מועיל לבטל כי זה לשון עתיד, נלמד בקל וחומר ש"תיבטל" לא מועיל; וכן "מום זה נראה לי בה" לא מועיל, כי משמעו שהיתה שעה אחת בעולם ואח"כ נתבטלה מחמת מום; ורק ב"בטלה היא" ו"אינה מתנה" חוזר לנותן. רח"א מילר הסביר שמה שמרכבת המשנה מדייק מרמב"ם, הלכות זכיה, ד, יג, שכותב שאם אמר "בטלה היתה" המתנה בטלה, משמע ש"בטלה היא" לא מועיל לבטל את המתנה - כוונתו של הראב"ד הבין שלרמב"ם ב"בטלה היא" לא מועיל לבטל את המתנה, ולכן השיג עליו, אבל באמת לפי מרכבת המשנה, הרמב"ם סובר שזה מועיל לבטל את המתנה.

שו"ת אדרת אליהו (קובו), ס"י י (סט ע"ב-ע"ג), כותב שאם אמר "הרי הוא חרס" או "הרי היא בטלה", משמעו להבא, ולא חוזרת לנותן, לפי רש"י, ר"י, רמב"ם וראב"ד; ואילו מגיד משנה והר"ן סוברים ש"הרי היא בטלה" משמע לשעבר, כהודאה, וכן "הרי הוא חרס", שבטלה ועשאה כחרס (כלומר הודה שבעבר עשה אותה כחרס - כך נראית כוונתו).

דעה חולקת, שבלשון עבר זה הפקר: מרדכי, גיטין ס"י שסז, מביא שרבנו תם אומר, שהאומר "בטלה היא" לאחר שבאה המתנה לידו, כוונתו שהיתה בטלה לפני שבאה לידו, וכאילו אמר "אי אפשר" לפני שבא לידו, וזה הפקר - ראה הערה 41, שלדעתו האומר "אי אפשר" כדחיה מיידית, הנכס הוא הפקר (לכאורה, לפי כל הפוסקים שהבאנו שם, הסוברים שבדחיה מיידית זו הפקר, בדחיה מאוחרת בלשון עבר, יהיה הפקר). צריך עיון, שדברים אלו סותרים את מה שהבאנו בשם רבנו תם בס' הישר, שהובא בראש הערה זו.

שו"ת מהרשד"ם אהע"ז ס"י קעט, פוסק שגם בלשון עבר כגון "בטלה היא", זה הפקר, כדברי מגיד משנה (ואומר שזו דעת רמב"ם וסמ"ג), ושלא ככסף משנה בדעת הרמב"ם; ודוקא אם אומר "לא כתב ולא נתן ליי", חוזר לנותן מדין הודאה (ראה מקורות לכך בהערה 66), כי "לא כתב ולא נתן ליי" משמעותו שמעולם לא בא לידו, משא"כ אם ידוע שבא ליד המקבל ושתק ואח"כ אמר "בטלה היא".

ביאור הגר"א, רמה, ס"ק יד, כותב שרמב"ם כתב "איני מקבלה" במקום "אינה מתנה", שלשתיהן אותה משמעות, וכתב "הרי היא בטלה" במקום "בטלה"; יוצא מדבריו שבלשונות אלו הרמב"ם סובר (שלא כטור) שאין המתנה בטלה למפרע אלא זה הפקר, שהרי על "איני מקבלה" ו"הרי היא בטלה" כתב שזה הפקר, ולפי הגר"א זה שווה ל"ביטלה" ו"אינה מתנה". רח"א מילר הסביר שלפי הגר"א, לרמב"ם בלשון עבר זה הפקר מפני הסתלקות הנותן, ולא מצד המקבל (שלא כבלשון עתיד, שזה הפקר מטעם שהמקבל הפקר - ראה ליד ציון הערה 89), שהרי המקבל הודה שאינה שלו ואינו יכול להפקיר.

יש מגיעים לאותה תוצאה (שזה הפקר) אבל מטעם אחר - שאע"פ שיש הודאה, זה הפקר (שלא כטעם המשתמע ממהרשד"ם, שזה הפקר כי אין מאמינים להודאה): חק נתן כריתות כד ע"ב, כותב שלרש"י בלשון לשעבר זה הפקר, כי משמעו שהמקבל מודה שבשעה שקיבל, לא קיבלה לזכות לעצמו אלא לזכות לאחרים ולהפקירה להם, וזה מועיל מטעם הודאת בעל דין. לב מרפא, אות מ, ע' מבטל מתנה (מד ע"א), מסכים לחק נתן, ומסביר שהודאתו היתה שקיבל את הנכס רק במטרה לזכות בו כדי להפקירו לאחרים, ולכן אין מקום לסברה (ליד ציון הערה 42) שהנותן נתן רק על דעת שהמקבל יקבל, כי נעשית מחשבת הנותן שהמקבל יקבל, אלא שאח"כ הוא מפקיר. מים קדושים כריתות כד ע"ב, כותב (על "בטלה") שזה הפקר, אע"פ שכבר זכה בנכס, כי יש הודאת בע"ד שהמתנה מעיקרא ליתא, ולא היה בדעתו לקנותה, וגם הנותן הסתלק, ולכן זה הפקר.

קול דודי כריתות כד ע"א אות תקעו, כותב שלמסקנה בכריתות, ב"בטלה" זה הפקר משום ששמעו לשעבר, ויש כאן סילוק רשותו, וגם רשות הנותן נפקעה כיון שהתכוון לתת בלב שלם, וזאת גם בקרקע וגם במטלטלין, כי בלשון לשעבר אין לחלק ביניהם, ודווקא בלשון שלהבא, ההנחה שהתכוון להפקיר מבוססת על כך שלא החזיר בפועל, ולכן יש הבדל בין קרקע למטלטלין - ראה ליד ציון הערה 91.

גם גבול יהודה (אשכנז) גיטין לב ע"א (לג ע"ד בדפי הספר), כותב שלפי הסוגיה בגיטין "בטלה היא" משמעו לשעבר והמתנה בטלה מטעם הודאת בע"ד וזה הפקר, כי הנותן כבר הסתלק, כיון שכבר נעשה רצונו, שהמקבל יקבל אותה. והסביר (בדף לד ע"א) שמפרשים את דבריו באופן שיועיל (ראה לעיל את דברי התלמוד על שני המשמעויות של "בטלה היא"), והוא רצה שיחזור לנותן, שזה בודאי לשון עבר, וממילא זה הפקר. גם שער משפט, רמה, ס"ק ב, כותב שלמסקנת הסוגיה בכריתות, "בטלה היא" ו"אינה מתנה" הן לשון עבר כהודאת בעל דין, ומי"מ זה הפקר מצד שהנותן סילק את עצמו, כמשי"כ מהר"ם במהדו"ב ופני יהושע בגיטין לב ע"א. כנגד סברה זו, פרי האדמה, ח"ב, על הרמב"ם, הלכות זכיה, ד, א, מסביר שהשיטה שבטקסט סוברת שבלשון הודאה חוזר לנותן ולא אומרים שזה הפקר מצד סילוק הנותן, כי כיון שעוד לא זכה המקבל ומעולם לא קיבל את הנכס, הנותן נתן על דעת שהמקבל יקבל ולא על דעת שיהיה הפקר.

גם תפארת יעקב, גיטין לב ע"א (ד"ה בא"ד משום), כותב בדעת תוס', ש"בטלה" הוא לשון לשעבר ומועיל מטעם הודאה, ומי"מ זה נעשה הפקר כי הנותן הסתלק.

גם מחנה יהודה (אשכנז), חו"מ, רמה, יג, כותב שלפי הסוגיה בגיטין, ב"בטלה היא" זה הפקר כי משמע לשעבר ויש הודאת בע"ד, וזה הפקר כי הנותן הסתלק, ואע"פ שלפני שבא ליד המקבל וזכה בה לא הסתלקה זכות הנותן, מי"מ הרי כאן ראינו שקיבלה וזכה בה וכבר נעשה רצון הנותן בכך שקיבלה המקבל, כי אנו סהדי שלנותן איכפת רק שהמקבל יקבל ואח"כ יעשה בה כרצונו, ולא איכפת לנותן אם המקבל מפקיר אותה לשעבר או להבא (ואע"פ שאם מפקיר לשעבר יוצא שמעולם לא זכה, מי"מ די לנותן שיהיה ביד המקבל באופן זמני גם אם אח"כ זה מתבטל למפרע); ואילו לסוגיה בכריתות, ב"בטלה היא" אינו הפקר אלא נשאר למקבל; והרמב"ם לא פסק כלום לענין "בטלה היא" כדי לא ליכנס למחלוקת הסוגיות, ופסק רק שאינו חוזר לנותן, שזה הדין לפי שתי הסוגיות (כמגיד משנה הנ"ל).

גרש ירחים, גיטין לב ע"א (ד"ה וכבר), מעלה אפשרות שבלשון הודאה כמו "בטלה היא", זה הפקר מטעם הודאת בע"ד, שמודה שבשעה שבאה המתנה לידו אמר "אי אפשי בה", שהוא לשון הפקר, כדעה (ליד ציון הערה 41) שאם אמר "אי אפשי" בשעה שבאה המתנה לידו, זה הפקר. ובדף לב ע"ב (ד"ה בא"ד ורש"י), כתב כך בדעת רש"י, לפי ההוה אמינא. ולא ברור מדוע לא אמר כך גם לדעה (השלטת) ש"אי אפשי" לא מועיל כהפקר אם אמר זאת מיד כשבאה המתנה לידו, שהרי גם לדעה זו אפשר לפרש "בטלה" כהודאה שאמר "אי אפשי" קצת זמן אחרי שבאה לידו, שאז זה הפקר (כאמור ליד ציון הערה 89).

כתב וחותר (רעק"א) גיטין לב ע"א, על תוס' ד"ה מבוטלת, כותב שלרש"י למסקנה ב"בטלה" זה הפקר כי זה לשעבר וגם הנותן הסתלק, ולא כי זה לשון הפקר.

ארזא דבי רב גיטין לב ע"ב, אות קצג (השנ"ל), כותב שבלשון הודאה, לפי מהרי"ן לב המובא בקצות החושן סי' לב ס"ק ד, שהודאת בע"ד היא מטעם התחייבות לתת מתנה, צ"ל הפקר; ולשיטת קצות החושן שם (שזה מדין בירור), צ"ל הפקר מטעם שהראשון סילק את עצמו והמקבל לא קנה. בארזא דבי רב גיטין סי' כ (עמ' רלו) אות ה, הסביר יותר, שזה שהודה שהוא של הנותן עושה קנין כמו אודיתא או התחייבות שדי בה בדיבור בלבד לכמה שיטות, וכמו שבי"א אפשי", שהיא לשון להבא, תופסים את כוונתו שרוצה להפקיר, גם ב"בטלה", שהיא לשון הודאה, נתפוס את דבריו כך שרוצה להפקיר; אלא שיש הבדל, שבי"א אפשי" מועיל ההפקר כי אומר לשון הפקר על עכשו, ואילו ב"בטלה" (שהוא לשון עבר) נחשב הודאת בע"ד, שרוצה לתת ואומדים את דעתו שעושה הפקר. אבל נראה שהוא אומר כל זה להוה אמינא בגמרא (ועיין שם אות ג שמביא הסבר נוסף, מדוע זה הפקר), אבל למסקנה בכריתות, המתנה חוזרת לנותן, כי הנותן לא נתן עדי"ו שיפקיר מיד, ורק בי"א אפשי" זה הפקר, כי לא שייכת הסברה הנ"ל, שהרי זה כבר שלו, וכבר התקיימה מחשבת הנותן שייכנס לרשות המקבל לזמן מסוים.

דעה חולקת, שבלשון עבר המתנה נשארת למקבל: תוס' הרא"ש, גיטין לב ע"א, אומר שב"בטלה היא" הנכס נשאר למקבל, משום שמפרשים (כמו שכתב הר"י - ראה להלן) שכוונתו לומר על כל מתנה שאדם נותן לחברו וזוכה בה - שאינם מתנות, וזה בודאי לא נכון, ולכן הנכס נשאר שלו. גם הרא"ש, בשיטה מקובצת כריתות כד ע"א, כותב שב"בטלה היא", או "אינה מתנה", נשארת למקבל, כי זה לא לשון סילוק להבא אלא לשון לשעבר, שמעולם לא היתה מתנה, והרי הוא משקר, שהרי זכה בה והיא שלו (אך קשה, הרי הודאת בעל דין מועילה גם אם ידוע שהוא משקר).

כמו כן, פסקי רי"ד (נדפס בגליון התלמוד בכינוי "תוס' רי"ד"), גיטין לב ע"ב, כותב שבהתנגדות מאוחרת, גם בלשון עבר, נשאר למקבל, כי אינו יכול לחזור ממה שכבר קיבל.

שו"ת מהרש"ך ח"ב סי' קכב, כותב שלרמב"ם "בטלה היא" זה לשון לשעבר, ונשאר אצל המקבל. גם דרישה, חו"מ, רמה, יג, כותב שהרמב"ם סובר שהאומר "בטילה היא", אינו מועיל, והמתנה קיימת. ובסמ"ע, רמה, ס"ק יז, כתב שהרמב"ם סובר כך בכל הלשונות חוץ מי"א אפשי".

גם שער המלך, הלכות גירושין, ו, כב, כותב שלרמב"ם, הלכות זכיה, ד, א, אם אמר "הרי היא בטלה" או "בטלה היא", נשאר למקבל, כפירוש הר"י בתוס' (ראה בהמשך הערה זו).

גם בית יחיאל חו"מ ח"א סי' ה (עמ' קטז-ק"ח), כותב שלרמב"ם, אם שתק בתחילה, אינו יכול לבטל את המתנה ע"י אמירה בלשון עבר שמעולם לא קיבל, כי שתיקתו היא כהודאה שקיבל, ואין סיבה שתצדיק את שתיקתו עד עכשו; ולדעתו "הרי היא בטלה" היא לשון עבר, בשונה מ"הרי הוא הקדש" או "הרי הוא הפקר", מפני שהם לשונות שפועלים חלות, ולכן הם לשון עתיד, אבל "בטלה" אינו חלות אלא תיאור מצב, והיינו שהקבלה בטלה, כי רק זה יכול להתבטל; ורק אם לא ראינו שקיבל אלא ראינו שהחפץ בידו, או שהחפץ כלל אינו בידו, נאמן לומר שלא קיבל ברצון, כיון שלא ראינו ששתק כשקיבל, ולכן אין הוכחה שהסכים לקבל, ובכך מוסברים דברי הרמב"ם לגבי האומר "אינה מתנה אלא שומר אני" (הערה 81), או "לא נתן ליי" (הערה 66).

גם חזון איש, אה"ע"ז, ס"י קמז, לדף מב, ס"ק ד, כותב שבהתנגדות מאוחרת בלשון עבר כגון "אינה מתנה" או "בטלה היא", נשאר למקבל.

הבחנה: אבן האזל, על הרמב"ם, הלכות זכיה, ד, א, כותב שלרמב"ם רק אם אין עדים שראו את המתנה, נאמן המקבל לטעון שלא קיבל אותה בדעתו כמתנה (כמו שכתב בהלכה ג), אבל אם ראו עדים שקיבל את המתנה אינו נאמן בהודאת בעל דין לומר שלא קיבל ברצון, וגם אם קיבל בשתיקה, שתיקתו מעידה שנוח לו ובה נגמרת המתנה. כמו כן, ר"א אב"ד, ב"ב קלח ע"א, כותב שהסוגיה בב"ב (שאומרת ככלל שדחייה מאוחרת לא מועילה) היא כגון שיש עדים ששק, והסוגיה בגיטין לב היא כגון שאין עדים ששק. רח"א מילר הסביר שהוא מתכוון לומר, בדומה לאבן האזל, שמה שנאמר בגיטין שהתנגדות מאוחרת מועילה אם היא בלשון הודאה, הוא כגון שאין עדים ששק (ראה הערה 48, שר"א אב"ד סובר בעיקרון שמועילה דחייה בלשון הודאה). וראה הערה 85, על הודאת בעל דין מול עדים.

שיטת ר"י: ר"י, בתוס', גיטין לב ע"א (ד"ה מבוטלת), אומר שבלשון עבר, המתנה נשארת למקבל, מפני שהוא כאומר שאין תוקף לשום מתנה, ולכן אין שום תוקף לדבריו. והר"י אומר שב"בטלה היא", שאפשר לפרש לעבר ואפשר לפרש לעתיד, מפרשים לעבר, כי כך יותר טוב למקבל, שהמתנה תישאר שלו. וכן ר"י המובא בגליון תוס' בשטמ"ק כריתות כד ע"א בהשמטות (לא מופיע במהד' אילן), כותב שאם אמר "בטלה היא" או "אינה מתנה", לא אמר כלום (כלומר היא נשארת למקבל), כי זה לשון עבר ואומר שלא קיבל אותה, ואנן סהדי שקיבל אותה.

המהדיר לפסקי ריא"ז, נדרים פ"ד הלכה ו אות ט, הערה 83, כותב שהריא"ז סובר כר"י בתוס', ש"בטלה היא" משמעותו לשעבר.

נתיבות המשפט, רמח, ס"ק ד, מסביר שר"י סובר שבאומר "בטלה היא" (ובכל לשון עבר), אין אומרים שתבטל המתנה כהודאת בעל דין, משום שידוע שהנכס הגיע לידו לשם מתנה וכבר זכה בו.

ח"י הרשב"א, גיטין לב ע"א, מקשה על הר"י, הרי המקבל מתאמץ לבטל את המתנה, כי אינו רוצה את המתנה או כי רוצה לחיות וישונא מתנות יחיה"; ואיך אנחנו מחליטים מה טוב לו?

תפארת יעקב, גיטין לב ע"א (על תוס' ד"ה מבוטלת) בד"ה בא"ד הר"ל, כותב בדעת הר"י, שלשון לשעבר לא מועיל כהודאה כי זה דברים שבלב, כיון שמראש נתן לו מתנה, והוא קיבל, ואף שאומר שהיה בלבו שלא לשם מתנה, זה לא מועיל, ודוקא באומר "לא כתבת ולא נתת" מועיל, כי הודה שלא קיבל מתנה כלל, אבל כאן אומר שקיבל את המתנה אבל בלבו לא היה כך, וזה דברים שבלב. לגבי דברי ר"י שב"בטלה" מפרשים שהמתנה תישאר למקבל כי זה מה שטוב לו, הוא מסביר (בד"ה בא"ד וטוב), שאף שברור שהוא רוצה לבטל, אמנם טוב לו שתחזור לראשון יותר מקיום המתנה, אבל כאן אם יתקיימו דבריו, יהיה הפקר, והוא מעדיף שתישאר לו משיהיה הפקר, שאם יישאר שלו יוכל לתיתו במתנה לנותן, ולכן מפרשים שתישאר אצלו.

אפשר להסביר את דברי הר"י על פי העקרון של הרשב"א, ליד ציון הערה 132, שרוב האנשים רוצים מתנות אף שישונא מתנות יחיה". ח"י מהר"ם שיק גיטין לב ע"א (עמ' קסו), מפרש את דעת הר"י, שאע"פ שיש שאינם רוצים מתנות, רוב האנשים רוצים, ואע"פ שקצת משמע מלשונו שהוא מעוניין בביטול, לא מתחשבים בזה מפני שהוא יוצא מן הכלל. גרש ירחים, גיטין לב ע"א (ד"ה בא"ד והאי), מסביר שלשיטת ר"י, גם אם נניח שהוא רוצה להפקיר, מפרשים את לשונו שהיא לשעבר, ולא מועיל כהפקר, מפני שהוא לא מפסיד מזה, שהרי אם ירצה אח"כ להפקיר, יוכל. ישא ברכה, גיטין לב ע"א, אות לד, מעיר שהר"י יצטרך לומר שמפרשים שמה שאמר שאינו רוצה, אמר רק מתוך בושה. על הר"י עיין גם פורת יוסף, גיטין שם.

נחלת משה גיטין לב ע"א, לתוס' ד"ה מבוטלת (ד"ה בא"ד ור"י), כותב שלפי ר"י, "בטלה היא" ו"אינה מתנה" אינן לשון של הודאה (בזה מתורצת קושיית ר"א ליכטנשטיין, בהערות לח"י הרשב"א, גיטין לב ע"א, הערה 41, על הר"י, מדוע הדין כאן שונה מבמקרה בגיטין מ ע"ב, להלן ליד ציון הערה 66, ששם בטלה המתנה מחמת הודאת בעל דין) אלא לשון שרוצה לבטל את הקנין במתנה שעשה קודם, וזאת אינו יכול, ולכן המתנה קיימת. הוא מסביר (בד"ה בא"ד הר"ל) את סברת הר"י, שכמו שאם לוי אמר על מתנה שנתן ראובן לשמעון שאינה מתנה, שבוודאי המתנה אינה מתבטלת בכך, כך אם אמר על מתנה שהוא עצמו כבר קיבל, "אינה מתנה", אינה מתבטלת בכך; או פירוש, שכונות האדם לומר "אע"פ שעשיתי קנין, לא זכיתי במתנה והנותן יכול לחזור בו", כי הוא חושב שכל מי שנותן מתנה לחברו, אע"פ שעשה קנין, אינה מתנה, וחברו יכול לחזור בו. ישא ברכה, גיטין לב ע"א, אות לג, מסביר את סברת ר"י, שהוא כמו האומר על מתנה שכבר קיבל שאינו זוכה, שודאי לא אמר כלום.

קרוב נתנאל, על רא"ש, גיטין, פ"ד, ס"י ג, אות ו, כותב שבמקרה אחד, לפי גירסת ר"י בלשון עבר זה הפקר: הוא כותב שלפי ר"י, ב"אי אפשי" זה הפקר, מפני שזה לשון עבר, וכונתו לומר, "כשקיבלתיה, לא קיבלתיה לשם מתנה, והנותן נתן מרשותו לידי, ואני לא קיבלתיה לשם מתנה", ולכן אין בעלים.

הבחנה בין קרקע למיטלטלין: ים של שלמה גיטין פ"ד ס"י ו, כותב שבקרקע, בלשונות שהודה שלא זכה בה מעולם, זה חוזר לנותן, כי הנותן נותן על דעת שהמקבל יקבל, ואם לא, אינה מתנה מראש; אבל במיטלטלין, אף בלשונות שלשעבר כגון "בטלה היא" או "אינה מתנה", זה הפקר, כי דוקא בקרקע שלא זכה בה, אומרים שמסתמא התכוון לבטל את המתנה, אבל במיטלטלין שזכה בהם, מסתמא לא התכוון לבטל מעיקרא אלא להפקיר, ולכן זה מועיל, ואף שאמר לשון שלשעבר, מסתמא לא ידע לדקדק בין לשון עבר ללשון עתיד.

הבחנה הפוכה עושה תפארת יעקב, גיטין לב ע"א (על תוס' ד"ה מבוטלת): שאם זה קרקע, ומסר לו שטר מתנה שדי נתונה לד", ודחה בלשון לשעבר, זה נשאר למקבל כי לא שייכת בזה הודאה, כי כבר קיבל את שטר המתנה ואינו יכול לומר שאינה מתנה, ודוקא האומר שלא קיבל את השטר, זו הודאה שלא נתן לו, משא"כ אם הוא אומר "הוא נתן לי את השטר אבל אינה מתנה"; ובקרקע גם ב"בטל" נשאר למקבל, אע"פ שמשמע גם לשעבר וגם להבא, כי מפרשים בלשון שתועיל, ואע"פ שבלשון להבא זה יועיל כהפקר, מ"מ אנו מניחים שהוא רוצה שיחזור לנותן ולא להפקיר, ומעדיף שיהיה שלו כדי שיוכל לתיתו לנותן במתנה (דבריו קשים, שהרי יש להניח שהנותן יסרב לקבל אותו חזרה, והרי המקבל מעוניין להיפטר מהנכס, ולא סביר שיסמוך על האפשרות שהנותן יסכים לקבל אותו חזרה), ולכן מפרשים בלשון לשעבר כדי שיישאר אצלו; ובמיטלטלין בלשון לשעבר זה לשון הודאה, שמודה שקיבל את החפץ לפקדון ולא למתנה.

יש אומרים, שאם כתוצאה מביטול המתנה יפסיד אדם אחר, כגון שהיה למקבל נושה וכעת לא יוכל לגבות מן הנכס, אין המקבל נאמן לבטל את המתנה⁶². זאת על פי העיקרון שהודאת בעל דין אינה מתקבלת אם היא פוגעת באדם אחר ("חב לאחרים").

⁶² מאירי שם; ב"ח, רמה, יג, בדעת הטור. גם חלק מהמקורות בראש ההערה הקודמת אמרו כך. ייתכן שגם אם הסכים בפירוש, ואח"כ הביע התנגדות בלשון עבר, המתנה בטלה, כי מאמינים להודאת בעל דין גם כשמודה עכשו ששיקר מקודם.

⁶³ טור, רמה, יב, בשם הראב"ד (הובא גם בשו"ת ר"מ גלנטי, סי' סו, בסופו); ח"י הרשב"א, גיטין לב ע"א, בשם הרב אב"ד; ח"י רבנו קרשקש, גיטין לב ע"א, בשם הראב"ד; נימוקי יוסף, גיטין לב ע"א, בשם הרב אב"ד; מאירי שם עמ' 572 (שחוזרת לנוותן רק אם לא חב לאחרים). ראה גם ליד ציון הערה 79, שר' קרשקש אומר בשם הרא"ה שאינו נאמן בהודאתו שמעולם לא קיבל, וקל וחומר שיסבור כך כאן, כשאומר שקיבל אך לא התכוון לקנות. העיטור, מתנה, ליד אות סא, מביא ש"הרב קרובנו" פירש שב"בטלה היא" "דבריו קיימין כגון שחב לאחרים", כלומר המתנה בטלה גם אם חב לאחרים (ונקט "כגון" משום שעיקר הנפקות מביטול המתנה היא שנושי המקבל יפסידו); והעיטור כותב על כך שאין זה ברור, משמע שהוא סובר שאם חב לאחרים, המתנה קיימת, כי אינו נאמן בהודאתו. כך הוא לפי הגירסה שלפנינו בעיטור, וכך הבין שער משפט, רמה, ס"ק ב, שהעיטור סובר כראב"ד. אבל שער החדש על העיטור מגיה בדברי "הרב קרובנו", "המתנה קיימת כגון שחב לאחרים", ולפי זה העיטור עצמו, שחולק עליו, סובר שהמתנה בטלה גם אם חב לאחרים.

ב"ח על הטור שם מסביר שלראב"ד הנפקות מביטול המתנה כשאין אחר שמפסיד, הוא שנושה של הנותן זכאי לגבות מן הנכס אם יש סיבה כלשהי לתת לו זכות קדימה לגבייה מנכס זה לעומת נכס אחר של הנותן, שאילו המתנה היתה קיימת, לא היה הנושה של הנותן יכול לגבות מנכס זה, גם אם זה חוב בשטר, שיכול לגבות ממקבל מתנה, כי גם בחוב בשטר אינו יכול לגבות מנכס שניתן במתנה אם נשארו נכסים אצל החייב ("אין גובין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין"). רח"א מילר הוסיף שתהיה נפקות אם לא נשאר למקבל נכס אחר חוץ מנכס זה, ויש עליו נושה בחוב בעל פה (או חוב בשטר, והמתנה היא במטלטלין), שמאחר שהמתנה בטלה, הוא יכול לגבות מהנכס, ואילו היתה קיימת, לא היה יכול לגבות.

ר"א סופר, בהערותיו למאירי שם, עמ' 570, הערה י, כותב שלראב"ד ולמאירי, אם יש למקבל נושה, כיון שהמתנה קיימת, הנושה גובה מהנכס גם אם זה חוב בעל פה.

מישרים, נתיב טו, ח"א (בתחילתו), נוקט שהראב"ד סובר שאם חב לאחרים, אינו נאמן, כי נתינה בע"כ שמה נתינה וכן פריעת בע"ח. אולי צ"ל: "לענין פריעת בעל חוב", שהרי ברור שא"א להקנות לו את המתנה בע"כ, אלא כוונתו היא שלענין נושי אפסר להקנות לו בעל כרחו.

פרי החיים, זכיה, ד, יג = לחקרי הלכות סי' שמ, מביא את דעת הראב"ד, ובסמוך לה מביא את מחלוקת סמ"ע וט"ז (הערה 95), אם במלוה על פה מועיל ההפקר; ונראה מדבריו שהוא לומד מדבריהם, שיחלקו גם בשאלה אם נאמן בהודאתו, שלט"ז אינו נאמן גם אם יש עליו רק מלוה על פה, כי גם אז נחשב חב לאחרים, ולפי הסמ"ע, נאמן.

עולת שלמה (ליפשיץ), כריתות כד ע"א, כותב שגם לרש"י אינו נאמן לחוב לאחרים, ומה שאומר רש"י (הערה 64) שהודאת בע"ד מועילה שנושה (של המקבל) לא יוכל לגבות, מדובר שוה אחרי שאמר את לשון ההודאה, ואז בשרעת הודאתו לא היה חב לאחרים; או שמדובר בחוב על פה שאינו גובה ממשועבדים, ונאמן כי יש לו מיגו שאילו רצה היה מוכר או נותן לאחר (רח"א מילר הסביר את דבריו על פי תוס', כתובות יט ע"א, ד"ה וכגון, שסוברים שמי שיש לו מיגו נאמן בהודאתו גם לחוב לאחרים). גם תפארת יעקב, גיטין לב ע"א, על רש"י ד"ה לא אמר, כותב שלא מועילה הודאתו לחוב לאחרים, ומה שרש"י כתב שנושה לא יגבה הוא במילווה שאין עליו אחריות נכסים, והודאתו מועילה, כי היה יכול למכרה או לתת אותו לאחר במתנה ואז היה מופקע מבעל החוב, ולכן אינו חב לאחרים.

גם פני יהודה כריתות כד ע"א, כותב שגם לרש"י הודאת בעל דין זו לא מועילה כשחב לאחרים, כגון בקרקע במילווה בשטר שגובה ממשועבדים, שאולי הוא רוצה להפקיע את עצמו מנושהו, ודוקא במטלטלין או בחוב על פה שלא גובה ממשועבדים, נאמן, כי אילו רצה להפקיע עצמו מהנושה היה יכול לתת את הנכס במתנה לאחר ולא היה צריך לומר שאינו רוצה לקבל את המתנה.

כמו כן, שער משפט, רמה, ס"ק ב, כותב (לולא דברי הרשב"א והטור שהבינו שלרש"י נאמן לחוב לאחרים) שרש"י מסכים לראב"ד שלא נאמן לחוב לנושה, ומשי"כ רש"י שנושה אינו גובה ממנו, כוונתו לנושה שהילווה לו אחרי שאמר זאת, ואין נושה גובה כי הודאת בעל דין מועילה לחוב למי שהילווה לו אח"כ, כמו שכתבו המאור הגדול, כתובות מז ע"ב (דפי הרי"ף), ורא"ש, כתובות פ"ט סי' כב, לענין נאמנות לגבי לקוחות, ושו"ת הרשב"א, ח"ו, סי' קכא, המובאת בב"י חו"מ, צח, מחודש א; ואילו אם אמר לשון עתיד כמו "אי אפשי", נושה גובה, כי המתנה נשארה אצלו, גם בנושה שהילווה לו רק אח"כ (והיינו בקרקע, אבל במטלטלין שזה הפקר בלשון עתיד, הנושה לא יכול לגבות, שהרי הפקיר לפני ההלוואה). ולכן הוא מכריע כך להלכה, שאינו נאמן לחוב לאחרים. והוא דוחה את מה שנימקה הדעה האחרת, שכיון שלא היה בחזקתו עד עכשו נאמן - הרי מדובר בהתנגדות מאוחרת, ולכן אנו סהדי שהסכים בתחלה, וזה חזקה אלימתא שזה שלו, שהרי בכל מקום שאומרים "שתיקה כהודאה", זה חזק כמו עדים, שגם אם הביא עדים אח"כ נגד זה, לא מועיל (רמ"א, חו"מ, קלח, ו), ולכן אם בסתם מטלטלים שברשותו אינו נאמן לומר שאינו שלו (אם חב לאחרים) כי חזקה שמה שתחת ידו הוא שלו, כ"ש כאן ששתיקתו היא כעדים; ומה שאמרו הרמב"ם ושו"ע סעיף ט שנאמן גם לחוב לאחרים, הוא אם אומר שמראש נאנס לקבלו (ראה ליד ציון הערה 81), אבל לא אם שתק ולבסוף התנגד (רח"א מילר הסביר את ההבדל, שכאן ידוע שהמתנה ניתנה, ואילו שם אין ידוע האם ניתנה בכלל - ראה הערה 85 - ולכן שם נאמן יותר). הוא מסתמך גם על העיטור הנ"ל הסובר שאינו נאמן לחוב לאחרים.

גם גרש ירחים, גיטין לב ע"א, על רש"י ד"ה לא אמר כלום, כותב שגם לרש"י לא מועיל אם חב לאחרים, ומועיל רק במילווה על פה, שנאמן אע"פ שחב לנושה, כי אילו רצה היה נותן את הנכס במתנה למישהו והמלוה לא היה יכול לגבות ממנו, ועוד שיכול לטעון "פרעתי", א"כ אין לחוש לקונוני; או במילווה בשטר אם לא כתב בשטר "דאקני"

לעומתם, אחרים אומרים שהמתנה בטלה גם אם אחר יפסיד בשל כך⁶⁴. ואע"פ שהכלל הוא שהודאת בעל דין אינה מועילה אם היא פוגעת באחר, כאן ההודאה מועילה אף שהנושה יפסיד, משום שלא היה הנכס בחזקת המקבל עד עתה, והנושה מבקש לגבות מהנכס בטענה שהמקבל קיבל אותו במתנה, ואם כן הוא זה שצריך להוכיח את טענתו⁶⁵.

(שרק מי שכתב כך, גם נכסים שקנה אחרי ההלוואה משועבדים לנושה), ולכן אם יתנו למישהו לא יוכל המלווה לגבות ממנו. הוא דוחה את הבנת הטור, שרש"י סובר שנאמן לחוב לאחרים כיון שלא היתה בחזקתו עדיין - שהרי אם יש עדים שניתנה לו, ולולא הודאתו היתה בחזקתו, אין סיבה שיהיה נאמן להפקיע את כח הנושה; ואין לומר שמדובר שאין עדים שניתנה לו, שהרי א"כ מדוע אומר שהראב"ד שאינו נאמן, הרי יש לו מיגו שהיה יכול לכפור במתנה. הוא כותב הסבר נוסף בדרך פלפול, תוך שימוש בדיני עדות שאי אתה יכול להזימה, ואין דבריו ברורים. לגבי לשון "בטלה היא", הוא מקשה (בד"ה והר"ן), מדוע אם חב לאחרים, המתנה קיימת, הרי הגמרא אומרת שלשון זו משמעה לשעבר ולהבא, ומפרשים את כוונתו באופן המועיל (ראה בשמו בהערה 63), וכיון שאם חב לאחרים לא מועיל מדין הודאה, נפרש את כוונתו להבא, ויהיה הפקר; ותיירץ, שאין לומר שהתכוון ללשון המועילה, שיהיה הפקר, כי אולי התכוון ללשון המועילה, שיחזור לנותן, במובן זה שרצה להפסיד למלווה (ולא ידע שאם חב לאחרים אינו נאמן), אלא שלא היה יכול. רח"א מילר תירץ על פי דברי תפארת יעקב בהערה 61, שמן הסתם עדיף לו שישאר אצלו ולא יהיה הפקר, כדי שיוכל לתת את הנכס חזרה לנותן.

⁶⁴ טור, רמה, יב, בדעת רש"י והרא"ש; רמ"א, רמה, י (הובא בשער משפט, פו, ס"ק ה); דברי נפתלי, רמה, ס"ק ה. קרבן נתנאל, גיטין פ"ד, ס"י ג, אות ה, ואורח משפט, רמה, כג, מוכיחים שזו דעת הרא"ש - עיין שם (אך דברי אורח משפט בעניין זה תמוהים, שמצטט מהרא"ש דברים שאינם כתובים שם).

שו"ת אהלי יעקב, ס"י קט, מביא את דעת רש"י. שתי הדעות הובאו בשלטי הגיבורים, גיטין טז ע"א (בדפי הר"ף), אות ה.

רש"י, גיטין לב ע"א, על רש"י ד"ה בטלה, כותב שרש"י הודאת ב"ד מועילה כאן גם אם אין למקבל-הלווה דבר לפרוע ממנו מלבד דבר המתנה.

ב"ח, חו"מ, רמה, יב, כותב שגם הרמב"ם סובר שנאמן לחוב לאחרים, אך הוא צריך להישבע, כפי שהוא אומר בהלי זכיה, ד, יג (שנביא בהערה 81). ראה גם הערה 81, שפרישה אומר שלרמב"ם אם הנכס בידי המקבל, הוא צריך להישבע על הודאתו. אבל ראה הערה 63, ששער משפט כותב שלרמב"ם בהתנגדות מאוחרת (בלשון עבר) אינו נאמן לחוב לאחרים. וראה הערה 81, שפתחי חושן אומר שלפי הרמ"א נאמן כאן בלי שבועה.

הבחנה: ערוך השלחן, רמה, י, כותב שגם לרש"י נאמן דוקא אם אמר זאת לפני שבא הנושב לגבות, אבל אם אמר כך אחרי שבא הנושה לגבות, יתכן שהוא אומר זאת כדי להבריח מנושהו, ואינו נאמן. והוא מעלה אפשרות שרש"י והראב"ד לא חולקים, אלא הראב"ד דיבר במקרה שכבר בא הנושה.

⁶⁵ ח"י הרשב"א, גיטין לב ע"א (הובא בשו"ת דברי חיים, ח"א, חו"מ, ס"י א, ד"ה ומדברי); נימוקי יוסף, גיטין לב ע"א; טור שם (בקיצור); מישרים, נתיב טו ח"א, בתחילתו; סמ"ע, רמה, ס"ק יב (הובא בחזקה רבה, חו"מ, ח"ד, הלכה קו, עמ' 250).

שיעורי מרן ר' פסח מקוברין גיטין ס"י יד, מבאר דעה זו, שמדובר שלא השתמש עדיין בשדה, אלא קיבל את המתנה בשתיקה ואח"כ אמר "בטלה היא מתחילתה", לכן כיון שעוד לא בא לחזקתו, הוא נאמן לחוב לאחרים לומר שלא קיבל אותה כלל, אבל אם כבר השתמש, אינו נאמן לחוב לאחרים. בדרך שנייה ביאר, שכאן אינו מוחזק, כי לא ידוע שזה שלו; כי הודאת בע"ד היא בירור שזה האמת, כי אנו סהדי שאדם לא יאמר שקר בדבר שהוא לחובתו, ולכן ודאי שבאמת שדה זו היא של הנותן, ולכן זה בירור גם לגבי הנושים, ולא שייך לומר שעשו קנוניא, שהרי הנותן אומר להיפך, שנתן לו, ולכן זה בירור שזה של הנותן, ומועיל לחוב לאחרים. הוא מסביר שהראב"ד שחולק סובר שהודאת בעל דין היא מטעם התחייבות, ולא מטעם נאמנות, ולכן אינו נאמן לחוב לנושים.

שיעורי בקיאות גיטין לב ע"א (על רש"י ד"ה לא אמר), מסביר שאע"פ שהודאת בע"ד לא מועילה אם חב לאחרים, זה דוקא כגון שבהודאתו הוא מפקיע זכות שהיתה לאדם אחר, משא"כ כאן, שהוא מגלה שלנושה מעולם לא היתה זכות בקרקע כי מעולם לא קנה את המתנה. רח"א מילר דחה הסבר זה, שהרי גם מלווה האומר על שטר שבידו שהוא שטר אמנה, מגלה שלנושים שלו לא היתה זכות מעולם על פי שטר זה, ובכל זאת אינו נאמן, כי נחשב שחב לאחרים.

ארזא דבי רב גיטין לב ע"ב אות קצא, מבאר את דברי הרשב"א מדוע כאן נאמן לחוב לאחרים: רק במקום שאנו רוצים להאמין לו בתורת עדות, ככל הודאת בע"ד שנאמן כשנים, אז אם חב לאחרים לא נתנה לו התורה תורת נאמנות, והיינו במקום שהחזק (כגון "שטר אמנה הוא זה", שהשטר בחזקתו), שאז אם לא יהיה נאמן כעדים, לא תועיל טענתו, אבל במקום שלא החזק, כגון כאן, גם בלי נאמנותו כשנים, אינו גרוע מכל טענה שמועיל לעשותו ספק ולומר המע"ה. הגהות הרש"י, גיטין שם, תירץ שבי"שטר אמנה", הוא משועבד לחברו מדר' נתן, משא"כ כאן (אבל בני ציון, מיטאווסקי, ס"י קח, דוחה את תירוצו, ע"י שמוכיח שהכלל הוא שאין מועילה הודאת בעל דין לחוב לאחרים גם אם אין שעבודא דר"ט). ארזא דבי רב מסביר שכוונתו היא שאינו משועבד כי זה כמו "דאינקני". אך ארזא דבי רב דוחה את תירוצו, סוף כל סוף, הרי הוא חב לו ואע"פ שאינו משועבד? וכך הוא דוחה גם את מה שכתב תפארת יעקב, שמדובר כאן בחוב על פה (ראה בשמו בהערה 63). ואמנם ח"י הרשב"א, קידושין סה ע"ב (ד"ה א"ל ר' אש"י), סובר ש"חב לאחרים" הוא רק אם מפסיד זכותו של חברו, אבל מרש"י שם משמע שגם אם לא מפסיד זכותו נחשב חב לאחרים.

רח"א מילר הסביר את דברי הרשב"א, שבשטר אמנה וכדומה אינו נאמן מפני שבהודאתו הוא מפקיע מה שהיה ידוע בציבור כזכות כל נושיו, משא"כ כאן, שאין לציבור ידיעה נכונה בענין.

שו"ת בית אפרים, חו"מ, ס"י מב, מנמק שהמקבל נאמן גם אם חב לאחרים, כי אנו יודעים שזה לא היה שלו, אלא הנושה רוצה לגבות מפני שתיקת המקבל, ולכן נאמן המקבל לפרש את דבריו, שלא התכוון לזכות.

בני חיי, חידושי גיטין לב ע"א, נימק את דעת רש"י, שהוא נאמן במיגו שהיה יכול למחול על המתנה (כך נראית כוונתו; אבל קשה, הרי אחרי שכבר קיבל אינו יכול להפקיע את הנכס מהנושים ע"י שימחל על המתנה), שהרי תוס',

אופן אחר של דחיית מתנה על ידי הודאה היא כשהמקבל אומר שבכלל לא קיבל אותה. כך נפסק, שאם ראובן אומר "כתבתי [שטר מתנה] ונתתי נכס פלוני שלי לשמעון", ושמעון מגיב "לא כתב ולא נתן לי", המתנה בטלה, מפני ששמעון הודה שלא קיבל אותה, ומאמינים להודאתו, מפני שהודאת בעל דין מועילה כמאה עדים.⁶⁶ לכן ראובן יכול לחזור ולזכות בו.⁶⁷

איננו מאמינים לדברי ראובן, מפני שייתכן שהוא טעה וחשב ששמעון קיבל ממנו, ובאמת לא קיבל.⁶⁸ לדוגמה, ייתכן שהורה למישהו אחר לתת לו, והלה לא נתן.⁶⁹ אולי מתוך שחשב לתת, הוא חושב שנתן אף

כתובות יט ע"א (ד"ה כגון), הסביר שמלוה האומר ששטר שבידו הוא שטר אמנה, אינו נאמן (אם חב לאחרים) במיגו שהיה יכול למחול ללווה, כי אולי אינו רוצה להפסיד את חובו ע"י המחילה, ואילו עכשו שאומר שהוא שטר אמנה אינו מפסיד כלום כי הלווה יפרע לו כי הוא אינו גולן ויודע שזה באמת לא שטר אמנה; ולפי זה, כאן הוא נאמן במה שאומר "בטלה היא לפני שקיבלתיה", במיגו שהיה יכול למחול, כי בין כך ובין כך הוא מפסיד את מתנתו, כי גם כשאומר "בטלה היא", הנותן יקח את הנכס לעצמו, כי הוא חושב שבאמת המקבל ביטל אותה, אלא שהנותן לא ידע כשביטלה.

שו"ת דברי חיים, ח"א, חו"מ, סי' א (ד"ה ומדברי), מקשה, לדעה שאודייתא מועילה כקנין (ראה סעיף 6), מדוע לא יוכל הנושה לגבות מהנכס, הרי זכות הנושה קדמה לזכותו של הנותן על החפץ, שזכותו נוצרה רק עכשו כשהודה המקבל, והודאתו הקנתה לנותן את החפץ? הוא מתרץ שרק בהודאה שברור שאינה אמת, יש דעה שזו אודייתא שהיא כקנין, משא"כ כאן.

⁶⁶ תוספתא, ב"ב, י, א; גיטין מ ע"ב (הסיפא); רמב"ם, הלכות זכיה, ד, יב; מישרים, נתיב טו, ח"א; צרור הכסף הארוך, דרך ה, שער א, אות ד (עמ' שמד-שמה); טור, חו"מ, רמה, ו; שו"ע, חו"מ, רמה, ה. בתוספתא ובתלמוד כתוב "לו" (במקום "לשמעון") מפני ששם נזכר לפני כן "לפלוגי"; ראה הערה 87 בשם כתב סופר שלמלה "לו" יש משמעות מהותית כאן, מדוע אין תולים שזיכה לו ע"י אחר ולכן לא ידע על כך. טור ושו"ע נוקטים "נתתיה לו בידו", ובוזה יותר מובן מדוע אין אומרים שזיכה לו ע"י אחר. חי' כתב סופר גיטין מ ע"ב (ד"ה כתבתי), כותב שאותו הדין הוא אם זה אומר "נתתי לו" וזה אומר "לא נתן לי", בלי להזכיר כתיבה. הוא מסביר שהמקבל יכול לומר "לא כתבתי" אם לא ידו של הנותן מידו של המקבל כך שהמקבל בטוח שלא כתב לו; אך אין בדבריו נ"מ, כי הוא רק בא להסביר את לשון "לא כתבתי", אבל באמת גם כשלא היה עמו כל הזמן, הוא יכול להיות בטוח שלא נתן לו.

בתוספתא כתוב שהנותן אומר "כתבתי שטר ונטלתי מעות ונתתי לו", ומצפה שמואל, על התוספתא שם, אות ב, מסביר (כך נראית כוונתו) שהפירוש הוא או "כתבתי שטר" או "נטלתי מעות", והמקרה השני הוא במכר.

שאלה חשובה היא, במה נבדל המקרה כאן (הסוגיה בגיטין מ ע"ב), מהמקרה הרגיל של דחיית מתנה (המקרה בגיטין לב ע"א וסוגיות נוספות), שבו אנו עוסקים בשאר הפרק. לכאורה ההבדל העיקרי הוא שכאן מדובר שלא ידוע האם ניתנה המתנה, ויש מדובר שידוע שניתנה. אבל ליד ציון הערה 86, נראה שיש אומרים שכאן (בסוגיה בגיטין מ ע"ב) מדובר גם אם יש עדים שניתנה מתנה. לכן כתבנו בטקסט שהמיוחד במקרה זה הוא רק שהמקבל טוען שבכלל לא קיבל (ראה לדוגמה הערה 87 בשם ראשי בשמים, שכאן מדובר שהמקבל אמר שלא קיבל ולא שאמר שהתנגד), ואילו בשאר הפרק אנו עוסקים במקבל שמודה שקיבל אך מביע התנגדות, ואם התנגדותו היא בלשון עבר, מפרשים זאת כהודאה שלא התכוון לקנות (ראה ליד ציון הערה 61). וצריך עיון האם במקרה שהביע התנגדות בלשון עבר, יחולו הדינים שמכאן עד ציון הערה 87.

פרישה, חו"מ, רמה, ו, אומר שמדובר שראובן רוצה לחזור בו, ושמעון אומר "איני רוצה לוותר לו אם לפי הדין הנכס שלי"; וההלכה היא שהנותן יכול לקחת את הנכס.

ר' יוסף קצבי, בשו"ת פני משה ח"ג סי' לג (נא ע"ג), כותב שאם הנותן רוצה לחזור בו, והמקבל עומד בהודאתו, לא נותנים למקבל; ואם המקבל רוצה לחזור בו ויאמר שטעה (לאחר שהנותן חזר בו), אינו יכול.

דורש משפט, עה, יא (עמ' מה), מדייק מהרמ"ה המובא בטור יו"ד, סי' רסז, שהנותן (כך צ"ל, במקום "המקבלי") אינו יכול לחזור בו ולומר: "נתן לי את השדה כיון שאתה מודה לי"; והוא כותב שאם הראשונים מודים לרמ"ה **שהמקבל** יכול לחזור מהודאתו, כל זמן שהנותן עומד בדיבורו. אבל הוא מדייק ממלחמות ה', ב"ק כ ע"ב (בדפי הרי"ף), משמע שמפרש שמדובר שכל אחד עומד בדיבורו, אבל אם האחר תופס, יועיל.

אמרי כהן (וארשאוויאק), פרשת משפטים, עמ' קיז, מביא מקרה זה כדוגמה למריבה שבה כל צד דורש את טובת הצד האחר, בדומה למעשה בירושלמי ב"מ ב, ה, וביקרא רבה, פרק כז, על שניים שכל אחד מהם טען שהאוצר שנמצא שייך לחברו. על אותו מעשה, הסביר ר"א דסברג, תחומין ח"ח עמ' 13, בהערת עורך, שאין הם בגדר בעלי דין, ופסיקת בית הדין לגביהם היא רק בגדר הוראת הלכה.

שו"ת מהר"ם גלנטי, סי' סו, בסופו, כותב שאם ראובן נתן לשמעון במתנה חזקת בית מסוים, והיה שטר מוקדם לזה שראובן נתן לבנו את כל החזקות שהיו לו, והבן אמר שמעולם לא נתן לו אביו את חזקת הבית הזה - הבן נאמן, כמו במקרה בגמרא (בנידון, שמעון מכר את החזקה לאחר). אבל שו"ת מהר"ם אלשיך סי' סד, כתב שאינו נאמן, כי הבן אינו מכחיש את המתנה ואומר רק שחזקה זו לא היתה כלולה במתנה, וזה לא ייתכן שהרי בשטר כתוב שנתן לו את כל החזקות, ואינו יכול להסיר חזקה זו מכללן. כנה"ג חו"מ רמה הגה"ט אות י (הובא במעשה רקח, על הרמב"ם, הלכות זכיה, ד, יב), הקשה על מהר"ם גלנטי, הרי אפשר ליישב את דברי הבן עם השטר, נכון שלא נתן לו חזקה, אבל נתן לו את השטר שכולל את כל החזקות. ראה ליד ציוני הערות 85-86 לגבי השאלה האם הודאת המקבל מועילה נגד עדים על המתנה.

⁶⁷ רש"י שם; מישרים שם.

⁶⁸ רש"י שם; תוסי' שם, ד"ה הודאת (הובא במל"מ, ה"ל נחלות, ד, ח, בהר המור, על הרמב"ם, הלכות זכיה, ד, יב, ובהלכה רבה ח"ג הלכה רלד, עמ' 129, והלכה רלה, עמ' 131); מרדכי, גיטין סי' שפג; פסקי רי"ד שם.

מסיבה זו אין לומר שיקנה שמעון באודייתא ע"י הודאת ראובן, כי אי אפשר להאמין להודאת ראובן כמוסבר בסקסט. שו"ת חסד לאברהם (תאומים) מהדו"ק חו"מ סי' לא, מסביר שאף שאודייתא מועילה גם אם ידוע שאינה

שעדיין לא נתן⁷⁰. לעומת זאת, מאמינים לדברי שמעון, כי אין סיבה שיטעה, והוא מתמצא בדבר יותר מראובן⁷¹. הסבר אחר הוא, שאמנם שתי ההודאות שקולות בערכן, אבל הנכס הולך לראובן, כי אחד מכללי ההכרעה בספק הוא שיש להעמיד את הנכס שבויכוח ביד בעליו הראשון⁷².

אמת, הרי זה שייך רק אם מאמינים לנותן ע"פ דין, וכאן המקבל מכחיש אותו, ולכן הנותן אינו נאמן בהודאתו, ולכן אין קנין אודיתא.

יד דוד (קרליו), הלכות אישות, פרק ט, דף ריג ע"ג, הגהה ה, מסביר את דברי תוסי' שם, שגם אם שהמקבל מודה שלא קיבל, מ"מ אין כוונתו להודות לנותן בתורת חיוב אלא כוונתו לומר את האמת, ולכן לא בטלה בכך הודאת הנותן שהיתה בתורת חיוב, שרצה לחייב את עצמו. נידונו שם הוא להראות שהודאה מועילה לחייב גם אם ידוע שהיא שקר.

גרש ירחים גיטין לב ע"א (ד"ה והר"ן), כתב שרק באופן שאפשר לומר שלא קים ליה לנותן, כדברי תוסי' גיטין מ ע"ב, הולכים לפי הודאת המקבל, אבל במקרה אחר שהמקבל נקט לשון הודאה שלא קיבל, והנותן אומר בוודאות שהמקבל קיבל, אין טעם ללכת אחר הודאת המקבל כהודאת בע"ד, כי אדרבה, נלך לפי הודאת הנותן כהודאת בע"ד. יש להעיר שלפי הרשב"א (הערה 72), גם במקרה זה נלך לפי הודאת המקבל; וזו תהיה נ"מ בין שני ההסברים; אך לא ברור מתי ודאי שקים ליה לנותן.

⁶⁹ רא"ש גיטין פ"ד סי' לב (הובא בפרישה, חו"מ, רמה, ו), ותוסי' רא"ש גיטין מ ע"ב; מישרים נתיב טו ח"א. המהדיר בתוסי' רא"ש, הערה 197, הסביר שכוונתו שאמר לשליח "הולך" שאינו כ"זכ"י, כך שלפי הנחה זו, המקבל יקנה את המתנה רק כשתגיע לידו, ואולי לא הגיעה לידו.

⁷⁰ חי הרשב"א, גיטין שם, בשם תוסי'; שו"ת הרשב"א המיוחסות, סי' קיז, בשם תוסי'; חי' ר' קרשקש, גיטין מ ע"ב; ר"ן על הר"ף גיטין כא ע"ב (בדפי הר"ף); מגיד משנה, הלכות זכיה, ד, יב (הובא בפרישה, חו"מ, רמה, ו, ובמשנה למלך, ה' נחלות, ד, ח); ב"ח, רמה, ו; סמ"ע, רמה, ס"ק ח (הובא בשו"ת סי' יהושע, פסקים וכתבים סי' שנג). חי' כתב סופר גיטין מ ע"ב (ד"ה כתבתי), מוסיף, שגם אם ראובן אמר "כתבתי", אפשר שתיכנס לכתוב ולתת, ולא כתב, ומ"מ חושב שכתב ונתן.

⁷¹ תוסי' רא"ש גיטין מ ע"ב; רשב"א, ר"ן, מגיד משנה, ב"ח וסמ"ע, שצוינו בהערה 70.

⁷² חי הרשב"א, גיטין מ ע"ב, גם בשם ר"א אב"ד (הובא בנתיבות המשפט, סימן רמה, ס"ק א, וסי' רפ ס"ק ג, בקצות החושן, סי' פח ס"ק ט, וסי' רפ ס"ק א, באורים גדולים (ריינס) פרק ה, לימוד לא, אות א, דף יז ע"ב, ובשו"ת שערי ציון (שטרנפלד) ח"א סי' מג אות יב); חי' הרמ"ה ושיטות קדמונים (=חי' הריטב"א כ"י), גיטין מ ע"ב; אשר למלך, על הרמב"ם, ה' זכיה, ד, יב.

שו"ת שמחת יהודה סי' מו (ס ע"ד), מסביר שמעמידים בחזקת בעלים, כי לדברי שניהם יש מרא קמא. דברי נפתלי, רמה, ס"ק ב, כותב שתהיה נ"מ בין שני הטעמים במטלטלין, אם המקבל מוחזק. וכן טיב גיטין, גיטין לב ע"א (ד"ה בפירש"י), כותב שלפי הטעם של הרשב"א, במטלטלין, שאין חזקת מרא קמא, זכה המקבל בגלל הודאת הנותן.

כמו כן, חמדה גנוזה - זכר מרדכי, רמה, ס"ק ב, כותב שלפי הטעם של תוסי', אם תפס המקבל, מוציאים מידו, כי הוא כבר הודה שלא קיבל, ולרשב"א מועילה התפיסה כי עכשו המקבל מוחזק. אבל הוא כותב שאם יש עדים שמעידים שנתן (ראה ליד ציוני הערות 85-86), גם לתוסי' מועילה תפיסת המקבל. לנפקות נוספת ראה הערה 86. פרי האדמה, ח"ב, על הרמב"ם, ה' זכיה, ד, יא (נב ע"ד), מסביר שתוסי' לא רצו לפרש שמקבלים דוקא את הודאת המקבל מצד שיש להעמיד את הקרקע בחזקת מרא קמא, כי הנותן הודה שנתן ולכן אין חזקה. תרומת הכרי סי' פח סי' יב, מסביר שתוסי' לא רצו לפרש כרשב"א כי מלשון הברייתא משמע שזה בתורת ודאי ולא בתורת ספק. ע"י דברי אליהו (חזן) ח"ג, ה' טוען ונטען, ג, ח (עמ' קמו), ואורים גדולים (ריינס) פרק ה, לימוד לא, אות ד, דף יז ע"ד, שהסבירו מדוע תוסי' לא רצו לפרש כרשב"א, ואין הסבריהם מובנים.

שושנת יעקב, רמה, ד, ס"ק ב, מסביר שהרא"ש לא היה יכול לנמק כמו הרשב"א, כי הוא מפרש שהנ"מ הוא לגבי נושי הנותן, כשיש לנותן ממה לפרוע (ראה בשמו בהערה 87, שכך הוא מפרש ברישא), ולכן אילו היתה הודאת הנותן חזקה כמו הודאת המקבל, היינו צריכים ללכת לפי הודאת הנותן ונושיו לא יוכלו לגבות כיון שאינו חב להם.

בני יעקב, על סי' העיטור, מאמר ב, קנין, דף פח ע"ג, מסביר שתוסי' לא רצו להסביר שלא מתחשבים בהודאת הנותן כי היא להוציא, ואילו הודאת המקבל היא להחזיק - כנראה לא רצו לתרץ כך כי אין הבדל בין להחזיק ללהוציא (ומביא גם את טעם הרשב"א, בדף פח ע"ד).

דברות משה ב"ק ח"ב סי' פט, הערה עא (דף רכח ע"ג), מסביר שתוסי' לא הסבירו כך כי סברו שבהודאת הנותן, הורעה חזקת מרא קמא שלו, והרי בקרקע אין מוחזק ממש, והיה הדין צריך להיות יחלוקו או שודא דדייני, ולכן הוצרכו לטעם אחר. נחלת משה, גיטין לב ע"א (ד"ה בא"ד אלמא), מסביר שרש"י לא פירש כרשב"א כי הוא סובר שכאן לא שייך חזקת מרא קמא כיון שהנותן עצמו הודה שהקרקע לא שייכת לו. וכן המהדיר לחי' ר' קרשקש, גיטין מ ע"ב, הערה 770, ביאר שהראשונים והאחרונים לא רצו להסביר שזה מטעם חזקת מרא קמא, כי הרי המרא קמא צועק שאינה שלו ולא שייך להעמידה בחזקתו.

חי' הר"ם, ב"מ לו ע"א (עמ' ריד במהד' תשס"ז), מסביר שהיה מקום לומר שהמתנה תקפה, כיון שהמקבל קנה ע"י האודיתא של הנותן שהודה שנתן לו, א"כ מה שהודה "לא נתתי ל"י לא משנה, כי גם אם באמת לא נתן לו, הרי הקנה לו באודיתא, והרי המקבל לא אמר שלא הקנה לו באודיתא; אבל מצד שני אפשר לומר שהאודיתא מתבטלת, כיון שהיא מבוססת על הודאת הנותן, והמקבל אומר שזו היתה הודאה שקרית. והוא עושה הבחנה בענין זה: אם הנותן מתכוון להקנות בהודאתו, לא משנה שהמקבל יודה אח"כ שהיה שקר, כי כבר קנה ע"י ההודאה, כמו המתחייב בדבר שאינו חייב בו; אבל אם בשעת הודאת הנותן, המקבל מודה שלא הקנה לו, מתבטלת הודאת הנותן וממילא לא נוצר קנין אודיתא. על פי זה הוא מסביר את הסברי הראשונים: הרשב"א סובר שצריך לדון מי נאמן בהודאתו, ובגלל סתירת ההודאות קובעים שהנכס שייך לבעלים הראשון, ומאחר שאין מתחשבים בהודאת הנותן, אין כאן קנין אודיתא; ואילו תוסי' סוברים שהנותן התכוון להקנות בהודאתו, וזאת לא רק ענין של נאמנות, שהרי המקבל יודע

שבאמת לא נתן, ולכן הודאת המקבל אינה יכולה לסתור את הודאת הנותן; לכן הוצרכו להסביר שייתכן שהנותן טעה ולא התכוון להקנות, ולכן הודאת המקבל עדיפה. דורש משפט, עה, יא (עמ' מה), מסביר שתוס' לא רצה להסביר כרשב"א, כי כיון שהנותן מודה שאינה שלו, לא שייך מוחזקות; ואילו הרשב"א סובר שהודאת המקבל מכחישה את כח הודאתו של הנותן וממילא זה ככל ספק שהולכים אחר מרא קמא. בדרך אחרת הוא מסביר, שתוס' סוברים שחזקת מרא קמא הוא עניין של בירור בהנהגת ב"ד, וזה לא מברר יותר מהודאת בעל דין, ואילו לרשב"א חזקת מרא קמא עניינה שהוא בעלים לפנינו עד שיתברר ההיפך. שמרו משפט על חוקות הדיינים ח"א סי' ק (עמ' שנג), כותב שמהרמב"ם נראה כהסבר תוס', ואילו ממלחמות ה', ב"ק כ ע"ב (בדפי הרי"ף) (הובא בשו"ת חסד לאברהם (תאומים) מהדו"ק חו"מ סי' לא, ובהלכה רבה ח"ג הלכה רלד, עמ' 134-135), ומס' התרומות שער ז ח"ב אות יח-יט, נראה כהסבר הרשב"א בשם הראב"ד (אבל המהדיר בס' התרומות שם הערה 111 מעלה אפשרות שס' התרומות סובר כטעם תוס'). תרומת הכרי, פח, יב, מעלה אפשרות שמלחמות ה' שם לא מתכוון מצד תורת תפיסה בספק, אלא שב"ד אינו מצווה לעשות משפט ולהציל עשוק מיד עושקו אלא כשהתובע מתלונן בפניהם (עי' שו"ת דברי מלכאל, ח"ג, סי' קע, שבמקום שנאמר שאין מטריחים ב"ד בכדי, אין סמכות לב"ד לדון גם אם הוא רוצה; ועי' יי צורי, "השיפוט ללא ריב במשפט העברי"), ואילו כאן אף אחד אינו תובע את חברו ולכן אין לב"ד להיזקק (אך יש להעיר שלפי פרישה, בהערה 66, מדובר שהם אכן תובעים זה את זה). חי' הרמ"ה ושיטות קדמונים [=חי' ריטב"א מכ"י], גיטין מ ע"ב (ד"ה כתבתל), כותב שאם המצב הוא שיש סיבה לומר שהמקבל טועה בהודאתו והנותן לא טועה, הולכים לפי הודאת הנותן, והנכס הולך למקבל, אע"פ שהנותן מוחזק.

פרח מטה אהרן ח"א סי' י (לא ע"ג) וסי' סה (קכה ע"א-ע"ב) [נדפס גם בשו"ת פני משה ח"ג סי' לה (דף סא ע"ג-ע"ד)], שו"ת פני משה ח"ג סי' לג (דף נא ע"ב ודף נג ע"ג-ע"ד), בית יחיאל חו"מ ח"א סי' ו (עמ' קיט), אשכולות הגפן, פי ויגש, עמ' קי, ערוך השולחן, חו"מ, רמה, ה, ור"א ליכטנשטיין, בהערותיו לחי' הרשב"א, קידושין סה ע"ב הערה 485, מביאים את שני ההסברים.

שו"ת נאות דשא (אייבשיץ) סי' מו (ד"ה ועתה נעתיק), כותב באופן כללי, ששני בעלי דין, שלפי טענותיו של כל אחד זוכה שכנגדו, הולכים לפי המוחזק (וחוזר על זה בסי' נא, ד"ה איברא).

שו"ת פרח מטה אהרן, ח"א סי' סה (קכה ע"ב), מקשה, שהרשב"א סותר את עצמו, שבתחילה כתב שהנכס הולך לנותן מפני חזקת מרא קמא, משמע שההודאות שוות, ואח"כ אומר שהודאת המקבל עדיפה. שו"ת ידיו של משה, חו"מ, סי' ח, מתרץ, שהרשב"א מסכים לתוס' שהודאת המקבל עדיפה, כי ייתכן שהנותן שכח, וחלק על תוס' רק בזה שהוא אומר שגם אילו היו ההודאות שוות היינו הולכים לפי המוחזק. יש להעיר שלפי זה נדחים דברי טיב גיטין ונחלת צבי, לעיל, שיש ני"מ בין רשב"א לתוס', שהרי למעשה הרשב"א מקבל גם את סברת התוס', ויסיכים שהנכס הולך לנותן גם כשאין מקום לנימוק של חזקת מרא קמא. אך מכל מקום, הני"מ נכונות כני"מ בין הטעמים, לא בין הפוסקים.

ס' התרומות שער מב ח"ד אות ג (בשם הראב"ד בתשובה), ושער סד ח"ב אות ב, מביא מכאן ראייה שמי שמודה שחייב לחברו, חייב גם אם איננו יודעים זאת, כי אפשר שהוא יודע מדוע הוא חייב, כמו שכאן הודאת המקבל מחייבת אותו. גם שו"ת פרח מטה אהרן ח"א סי' י (לא ע"ב), מוכיח מכאן שהודאת בעל דין מועילה. גם ר' אברהם גאגין, בשו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מא (פט ע"ג), מביא מברייתא זו ראייה ש"נתתי" מועיל כהודאה, **להקנאת** המתנה. שו"ת מהרש"ד ח"ב סי' קסג, מקשה על ס' התרומות, מה הראיה מכאן, הרי כאן ההודאה פועלת להשאיר את הנכס בידי מרא קמא, ואיך אפשר ללמוד מכאן שהודאה תועיל להוציא נכס מבעליו? בני יעקב, על ס' העיטור, מאמר ב, קנין, דף פח ע"ג, מתרץ, שכיון שהודאה מחייבת, לא משנה אם זה להוציא או להחזיק.

⁷³ גיטין שם לפי רש"י ור"ן על הרי"ף שם, ועיטור, מתנה, ליד אות נג; רמב"ם, הלכות זכיה, ד, יב; שו"ע, חו"מ, רמה, ה.

אבל חי' ר' קרשקש, גיטין מ ע"ב, כותב בשם ר' פנחס הלוי, שבמקרה זה הפירות יימסרו לשליש עד שיתברר העניין, שאחד יודה לחברו, כי יש הודאות סותרות, ואין אחד תפוס בשדה יותר מהשני. בדומה ר' קרשקש, גיטין לב ע"א, כותב (לא בהתייחסות לסוגיה בדף מ) שאם המקבל נקט לשון הודאה, וגם הנותן אומר שנתנה לו, זה גם לא של הנותן, אלא זה הפקר, והמקבל יכול לחזור ולזכות בו. רח"א מילר הסביר ששם זה הפקר כי אין טעם למסור לשליש, כי דוקא כאן שהשאלה היא האם המתנה ניתנה או לא, ייתכן שיתברר הדבר ע"י עדים, ולכן עד אז יש למסור לשליש, אבל שם השאלה היא האם התכוון לזכות בה או לא (ראה הערה 66, שבזה מדובר שם), וזה לא יכול להתברר, ולכן זה הפקר. אך יש להעיר שלכאורה גם שם יכול להיות שבמשך הזמן אחד יודה לחברו; והרי גם כאן הדבר יתברר רק ע"י הודאה, כי זה שיבואו עדים כצד אחד לא יפתור את הבעיה, לדעה (ליד ציון הערה 86) שהמקבל נאמן גם נגד עדים. עוד העלה רח"א מילר אפשרות להסביר שמה שכתוב שזה הפקר הוא במקום שהצדדים מוותרים על מסירה לשליש.

ע"ן גם אולם המשפט, רמה, ה, הכותב (בדעת רוב הפוסקים, שכאן הולכים לפי הודאת המקבל) שלולא ההסבר שייתכן שהנותן טעה (הערה 68), הנכס היה הפקר כיון ששניהם מודים שהוציאוהו מרשותם. אגב, בדברי אולם המשפט מתורצת קושיית זקן שמואל, חו"מ, סי' רמה, יג, על הרשב"ם שאומר שבהתנגדות מיידית, הנכס הוא הפקר כי הנותן סילק את עצמו (הערה 41), מדוע בנידונו תחזור לנותן - ולמה לא נאמר שזה הפקר כי הנותן הסתלק? התירוץ הוא, שכאן יש סיבה לומר שהנותן טעה, ולכן הסתלקותו היא בטעות, ובטלה, והרשב"ם דיבר במקרה שידוע שהמתנה ניתנה והמקבל מודה בכך אלא שהוא מביע התנגדות, ואז אין לומר שהסתלקות הנותן היתה בטעות.

פרח מטה אהרן ח"א סי' סה (קכה ע"ב), מקשה על פירוש ר' פנחס הלוי, שלפי דבריו בכל מקרה שיש ספק בקרקע מחמת טענות הצדדים, שאפשר לבררו, צריך לומר שמשלשים את הפירות עד שיוודה אחד לחברו, ואילו במקרה של עתים חלים ועתים שוטה (כתובות כ ע"א), כשהיו שתי כתות עדים סותרות, לא אמרו כך אלא העמידו את הקרקע בחזקת מרא קמא? הוא מתרץ, שכאן המתנה נעשתה בלי עדים (שהרי אם היו עדים לא היה מתחיל הוויכוח; אך

אם מת שמעון, ובנו אומר "לא נתן ראובן נכס זה לאביו", מוסרים את הפירות לשליש נאמן, עד שיתברר הדבר, אפילו עד שיבוא אליהו, או עד שישכימו ביניהם מה לעשות בנכס, שמא יבואו עדים שראובן מסר את הנכס לאביו⁷⁴. אין אומרים שישאר לראובן מטעם הודאת בעל דין כמאה עדים, כי הן לא קיבל את השטר בידו, אלא אומר על קבלת אביו שלא קיבל, ויתכן שטעה וחושב שלא קיבל ובאמת קיבל, ולכן דברי ראובן והבן שקולים⁷⁵. רק דברי שמעון עצמו מתקבלים כהודאה כי הוא בקי בדבר יותר מראובן, אבל הודאת הבן אינה הודאה גמורה כי אינו בקי בעסקי אביו, ולכן דברי ראובן והבן שקולים⁷⁶. יש אומרים,

ראה ליד ציוני הערות 85-86, על מקרה שיש עדים), וכיון שעשו שלא כהוגן, שלא השתדלו לברר את המתנה, ראוי שיהיו הפירות ביד שלישי עד שיתברר הדבר (עונש!). שו"ת פני משה ח"ג סי' לט (סט ע"א) (נדפס גם בשו"ת פרח מטה אהרן ח"א סי' סה, דף קכח ע"ג), מיישב את הקושייה מעתים חלים עתים שוטה, ששם מדובר שכל אחד טוען טענה **לטובתו**, ומעמידים את הקרקע בחזקת מרא קמא מחמת טענתו לזכותו, ולכן אין להוציא ממנו את הפירות ולהשלישם, שהרי בודאי שכנגדו לא יודה לו, כי יש להניח שלעולם לא יודה לו, בדבר שיהיה לרעתו, ואם נאמר שנוציא ממנו את הפירות, זה הוצאת דבר מחזקתו; משא"כ כאן, שכל אחד טוען **לחובתו**, ומצוי שבמשך הזמן אחד מהם יזכור את הדברים באמת, ו"יודה" לחברו, כיון שזה לטובת עצמו, ולכן משלישים את הפירות, כי בזה איננו גורמים הפסד לאף אחד, שהרי אף אחד מהם לא רוצה לזכות בהם.

⁷⁴ גיטין שם לפי רש"י ור"ן על הרי"ף ופסקי רי"ד שם; רמב"ם, הלכות זכיה, ד, יב; רא"ש גיטין פ"ד סי' לב; צרור הכסף הארוך, דרך ה, שער א, אות ד (עמ' שמד-שמה); טור, רמה, ז; מישרים, נתיב טו, ח"א; שו"ע, רמה, ה. רי"ף גיטין כא ע"ב (בדפי הרי"ף), נוקט שמדובר שהמקבל **לא היה מצוי**. הטור נוקט שמפקידים את הנכס עצמו בידי שלישי.

פרישה, חו"מ, רמה, ז, כותב שמדובר שהבן מעוניין לקבל את המתנה, אבל אומר שבאמת לא קיבל אביו, אבל אם אינו מעוניין במתנה, הנותן מקבל את הפירות.

חי' הרמ"ה ושיטות קדמונים [=חי' ריטב"א מכ"י], גיטין מ ע"ב (ד"ה ויש), כותב בפירושו השני, שמה שנאמר בתלמוד שמוסרים לשלישי, מדובר שהמקבל אומר "לא נתת", ומת, ובנו חזר בו מהודאת אביו ואומר "נתת", ואז אין ללכת לפי הודאת המקבל, כי עכשו הוא אינו בעל דין אלא הבן הוא בעל דין, ולכן משלישים, כי אין עדיפות להודאה אחת על פני חברתה (זאת לעומת מקרה שהמקבל עצמו חזר בו מהודאתו ואמר "נתת", שעדיין הולכים לפי הודאתו הראשונה, מטעם הודאת בעל דין). לפי פירוש זה, יוצא שאם הבן אומר (כמו אביו) "לא נתת", באמת נלך לפי הודאת הבן, והנכס יחזור לנותן. מצד שני, נראה שלפי פירוש הרגיל, אם המקבל אמר "לא נתת", ומת, הנכס חוזר לנותן גם אם הבן אומר "נתת".

רא"ה, בשטמ"ק, ב"ק לה ע"ב (ד"ה ודוקא) (הובא בשו"ת שמחת יהודה סי' מו, דף ס ע"ג), כותב על המקרה שמשלשים (הוא אינו מזכיר בפירוש את הבן, אבל נראה שהוא מתכוון למקרה שבו המקבל מתווכח עם הנותן, שבו הדין הוא משלשים; או שהוא סובר כר' קרשקש, בהערה 73, שבמקרה הרגיל משלשים, ולכן נקט בסתם, שבסתירת הודאות, משלשים), שאין אומרים שזה הפקר, כי אף אחד לא הפקיר את הנכס, והוא בוודאי של אחד מהם, ודוקא ב"אי אפשי" זה הפקר כי עכשו הוא מפקיר אותו, אבל כאן אף אחד לא מפקיר אלא כל אחד אומר שהנכס שייך לחברו.

דעה חולקת: חי' ר' קרשקש, גיטין מ ע"ב, מביא שר' פנחס הלוי אומר שאם המקבל מת זו דווקא סיבה שהמתנה תחזור לנותן: אם מתו האבות בעודם במחלוקת, זכה בן הנותן, ובן המקבל לא יכול להוציא מידו, כי הוא זוכה רק מכח אביו, והרי אביו הודה שלא זכה בה מעולם, ואילו לגבי בן הנותן, הרי היא היתה של אביו, אלא שספק האם נתנה לאחר או לא, ולכן מעמידים בחזקתו (אבל הוא כותב שאם הבנים עדיין חולקים כמו אבותיהם, דינם כדין האבות); וגם אם מת רק המקבל, והנותן מודה לבן המקבל שנתן לאביו, אין בן המקבל זוכה, כי הנותן נתן למקבל ולא לבנו, והרי המקבל הודה שלא קיבל, וכיון שהאב לא זכה, שהרי הוא נאמן, בן המקבל לא יכול לזכות, כי מכוח מי זוכה? יתר על כן: הוא אומר שגם במקרה הפוך, שמת הנותן והמקבל חי, ואחרי מיתת הנותן, חזר בו המקבל ואמר "נתן ליי", המקבל לא זוכה, כי מיד כשמת הנותן בלי שהמקבל חזר בו, זכה בן הנותן בשדה, וכבר אין למקבל כוח להוציא מידו. הערה 770, שלגבי מקרה זה מעמידים בחזקת מרא קמא, ואף שבחיי הנותן אין מתחשבים בחזקת מרא קמא שהרי הוא טוען שאינה שלו (ראה בשמו בהערה 73), מ"מ לגבי הבן מעמידים בחזקתו, כי הבן אינו אומר שהקרקע אינה שלו.

דין דומה יהיה כנראה, לפי הרשב"א והראב"ן, שמפרשים את מה שנאמר בתלמוד על בן, לגבי המקרה של הרישא (ראה הערה 87), ולפי זה במקרה שלנו (הסיפא), המתנה היא לנותן לגמרי, וגם אם מת המקבל, הנותן יאכל פירות, שהרי התלמוד לא עשה הבחנה בין האב לבן לגבי הסיפא, ודין הבן יהיה כדין האב - שהמתנה לנותן לגמרי (אך רח"א מילר העלה אפשרות שמדין המקבל ברישא נובע שגם בסיפא דין הבן שונה).

⁷⁵ תוס' רא"ש גיטין מ ע"ב; טור, רמה, ז; מישרים, נתיב טו ח"א; שלטי הגבורים גיטין כא ע"ב (בדפי הרי"ף) אות ז. חי' הרמ"ה ושיטות קדמונים [=חי' ריטב"א מכ"י], גיטין מ ע"ב, הסביר שאין אומרים שהקרקע תלך לנותן מטעם חזקת מרא קמא (ראה ליד ציון הערה 72), כי בהודאת הנותן, נכנסה הקרקע לחזקת המקבל, ואילו היה המקבל בחיים, לא היתה הודאת בנו מועילה להוציא את הנכס מרשותו, ולכן גם עכשו אין הודאת הבן מועילה, כי הבן זוכה מכוח אביו.

להסבר מדוע אין אומרים לצד השני שהנכס ילך לבן, ראה הערה 77 בשם הרמב"ן.

⁷⁶ חי' ר' קרשקש, גיטין מ ע"ב, בשם יש מפרשים.

פרח מטה אהרן ח"א סי' סה (קכה ע"ב), נימק שהודאת בן המקבל אינה כל כך הודאה כמו הודאת הנותן, ומצד שני יש חזקת מרא קמא לטובת הנותן, ולכן משלשים את הפירות.

צדק ומשפט, רמה, ו, מבאר שגם אם הבן אומר שהיה במעמד (שעליו אומר הנותן שנתן אז), וראה שהנותן לא נתן, אין אומרים שיחזור לנותן (ראה ליד ציון הערה 77), כי אפשר שנתן, אבל לא באותו מעמד, ואולי באותו מעמד חשב

שמדובר שהבן אומר "הייתי במעמד שאתה אומר שנתת לאבי, וראיתי שלא נתת", אבל אם הוא אומר שלא היה במעמד, הנכס שייך לגמרי לבן, כי מניחים שראובן נתן לאב את המתנה.⁷⁷

אם יש יורשים אחדים לשמעון, ורק אחד מהם אומר שראובן לא נתן את המתנה לשמעון, בשום מקרה אינו נאמן להפסיד מן האחרים את חלקם.⁷⁸

לפי דעה אחת, אם יש מי שנפגע ע"י הודאתו של שמעון שלא קיבל את המתנה, כגון שיש לו נושים ואין לו די נכסים משלו שיוכלו לגבות מהם את חובותיהם, אין מתחשבים בהודאת שמעון, אלא המתנה קיימת, ונושיו יכולים לגבות ממנה.⁷⁹ אך דעה אחרת היא שמקבלים את הודאת שמעון גם אם היא פוגעת בנושים, מפני שהנכס לא היה בחזקתו מעולם.⁸⁰

ראובן לתת אבל לא גמר את מחשבתו שם אלא במעמד אחר, שעליו הבן לא יודע, והנותן לא דק, כי דבר שאינו מוטל על האדם, אינו מדייק בו.

⁷⁷ תוס' הרא"ש, גיטין מ ע"ב; טור, חו"מ, רמה, ז; מישרים, נתיב טו ח"א; שלטי הגיבורים גיטין כא ע"ב (בדפי הרי"ף), אות ז; שו"ע, חו"מ, רמה, ו, בשם "יש מי שאומר"; ערוך השולחן, חו"מ, רמה, ה (המנמק שבמקרה השני ייתכן שהנותן זיכה לאב ע"י אחר ולכן האב לא ידע). ט"ז, חו"מ, רמה, ו (הובא בהר המור, על הרמב"ם, הלכות זכיה, ד, יב), אומר שאם הבן לא היה במעמד, אפילו אמר "שמעתי מאבי שלא קיבל מתנה זו", המתנה שייכת לבן לגמרי, כי ייתכן שהנותן זיכה לאביו ע"י אחר, והאב לא ידע (פתחי חושן, קניינים פרק טו, הערה פח, הקשה עליו, הרי במקרה של הסיפא אין מקום לאפשרות שזיכה ע"י אחר, כיון שהנותן אומר שנתן לו בידו, כמוסבר בהערה 87). פרישה, חו"מ, רמה, ז, וסמ"ע, רמה, ס"ק יא, כותב שאם הבן לא אומר שהיה במעמד, גם אם אמר "אני בטוח שלא נתת לאבי", מניחים שהוא לא היה במעמד.

צדק ומשפט, רמה, ו, מבאר את הבחנת הטור, שאם ראובן אמר לבן שמעון: "שדה פלונית, כתבתי ונתתי לאביך שמעון ביום פלוני", והבן אומר "הייתי באותו יום עם אבי ולא זיה ידי מתוך ידו ולא נתת לו כלום", או אומר "הייתי [באותו יום] גם עמך וראיתי שלא נתת" - משלשים; אבל אם הבן אומר "ברי לי שלא נתת" או "אמר לי אבי שלא נתת לו כלום", כלומר שמעון סיפר לבנו שראובן הבטיח לתת לשמעון שדה זו, ולא נתן - הנכס הולך לבן, כי אולי אח"כ כתב ונתן ראובן לשמעון, ושמעון לא הספיק להודיע לבנו עד שמת; ולכן זה שונה ממקרה שאמר ראובן לבן שמעון "אני חייב לאביך מנה" והבן אומר "ברי לי שאינך חייב לו כלום", שאז ראובן פטור מטעם הודאת בעל דין (ולא הסביר מדוע לא נאמר גם שם, שאולי היה חייב לו והבן לא ידע על כך). על פי זה הוא מחדש, שאם הבן טוען ברי, שאביו אמר לו כך סמוך למיתתו ולא היה זמן שיתנו לו ראובן אח"כ, משלשים כמו במקרה שאמר שהיה במעמד (והוא מקשה ברמז, שבמקרה זה צריך הדין להיות שחוזר לנותן, ולא רק משלשים, כי זה הודאת בעל דין גמורה של הבן, ולא שייך כאן ההסבר שבהערות 75-76).

אבל ח"י הרמב"ן גיטין מ ע"ב (בהשמטות בסוף המסכת, ובמהד' הירשקר מופיע במקומו), מסביר שאין אומרים שיישאר למקבל, מחשש שמא זיכה הנותן לאביו ע"י אחר - כי הבן טוען טענה רעועה (כלומר, טענה שהיא רעה לעצמו), "בודאי לא נתת לאבי", במקום לומר "לא ידעתי". ומשמע מדבריו שזה גם אם הבן לא היה במעמד. פרי האדמה, ח"ב, על הרמב"ם, הל' זכיה, ד, יא (נב ע"ד), מעיר שהרמב"ם לא כתב הבחנה זו, ומסביר שסובר שבכל מקרה משלשים בבן, או שסובר שהחילוק פשוט ולא הוצרך לכתב.

כמו כן, פסקי ריא"י ב"ב פ"ח הלכה ה אות כח, נוקט שאם אמר הנותן לבנו של המקבל "נתת שדה זו לאביך" והבן אומר: "לא נתת לאבי, שאני יודע מאבי דבר זה", כיון שאין המקבל בפנינו ולא שמענו ממנו דבר, יש ספק, והפירות יישארו ביד שלישי עד שיתברר או עד שישכימו שניהם. ורח"א מילר הוכיח מדבריו שהוא חולק על הרא"ש וסובר שבכל מקרה מוסרים את הפירות לשלישי.

כמו כן, ח"י הרמ"ה ויטות קדמונים [=ח"י ריטב"א מכ"י], גיטין מ ע"ב, כותב שמוסרים לשלישי בין אם הבן אומר "באותו יום שאתה אומר שנתת, אני אומר שלא נתת", ובין אם אמר סתם "לא נתת".

צדק ומשפט, רמה, ו, כותב שהרשב"א והריטב"א [רי קרשקש] חולקים על הטור וסוברים שמשלשים אם הבן טוען "לא נתת לאבי" וסומך על ידיעתו, שחושב שאילו נתן לאביו, היה (הבן) יודע, ולכן משלשים, כי טענת הנותן מסופקת, כי אולי חשב לתת ולא נתן, וטענת הבן מסופקת, כי אולי אינו יודע בדברי אביו; אבל אם הבן אומר שהיה במעמד, יחזור הנכס לנותן, מצד הודאת בעל דין של הבן; שהרי הם נימקו שלא מתחשבים בהודאת הבן כי אינו יודע בדברי אביו, ונימוק זה לא תקף במקרה שאמר שהיה במעמד. והוא מוסיף שכך משמע מרמב"ם ושו"ע שכתבו שהבן אומר "לא נתת לאבי שדה זו", שאז משלשים (אבל לא כתב שרמב"ם ושו"ע סוברים שאם אומר שהיה במעמד, הנכס חוזר לנותן). לכן הוא נשאר בצ"ע להלכה, כי אולי אילו היה שו"ע רואה את דברי רשב"א וריטב"א היה פוסק כמותם כי טעמם מסתבר.

תורתן של ראשונים, גיטין מ ע"ב, מביא מרש"י כת"י שהבן אומר "אמר לי אבא שלא נתת", כלומר שגם אז משלשים את הפירות, שלא כרא"ש.

⁷⁸ ערוך השולחן, חו"מ, רמה, ה.

⁷⁹ ח"י ר' קרשקש, גיטין מ ע"ב, בשם רבו (הרא"ה).

⁸⁰ פרישה, חו"מ, רמה, ו. הוא כותב שגם לראב"ד האומר (ליד ציון הערה 63) שהודאת המקבל אינה מועילה אם היא פוגעת בנושה, כאן ההודאה מועילה, כי מדובר שהמקבל רוצה את המתנה אלא שאומר את האמת, ועוד, שכאן הנכס לא הגיע לידו בכלל. רח"א מילר הסביר את נימוקו השני, שכאן מדובר שלא ידוע אם ניתנה המתנה בכלל (ראה ליד ציוני הערות 85-86, ששאלה זו שנויה במחלוקת), ולכן הוא נאמן יותר בהודאתו.

שו"ת פני משה ח"א סי' סג (דף קמז ע"ד), עושה הבחנה: אם לא חב לאחרים, א"צ שבועה (ובכך מדובר בגיטין מ ע"ב), ואם חב לאחרים, צריך שבועה (ובזה מדבר הרמב"ם, בהערה 81), ונאמן כי הנכס לא היה בחזקתו מאז ומעולם.

כמו כן, אם יש בידי שמעון נכס שהיה של ראובן, ושמעון אומר: "זו אינה מתנה אלא אני שומר עליה", או אומר: "בטלה היתה מתחלתה מפני שקיבלתיה בעל כרחי באונס או בטעות", דברי שמעון מתקבלים, והנכס חוזר לראובן⁸¹, מטעם הודאת בעל דין⁸². ושוב, לדעה אחת, שמעון נאמן גם אם הוא חב לאחרים בהודאתו⁸³, ולדעה אחרת אינו נאמן אם חב לאחרים⁸⁴.

⁸¹ רמב"ם, הלכות זכיה, ד, יג; שו"ע, חו"מ, רמה, ז (הנוקט סתם "בטלה היתה בתחילתה" בלי לנמק). צריך להעיר שהמקרה של "באונס או בטעות" בעצם אינו שייך כאן, כי כאן מדובר כשהמקבל אומר "לא נתת בכללי" (כפי שראינו בהערה 66); ומ"מ אנו מצרפים אותו כאן, כי הרמב"ם חיבר מקרים אלו יחד. על קבלה "בטעות" ראה גם פסקה (ו).

הרמב"ם כותב להישבע שבועת היסת על טענתו, וכן כתב צרור הכסף הארוך, דרך ה, שער א, אות ד (עמ' שמד-שמה) והשו"ע שם. טור, חו"מ, רמה, ט, תמה עליו, מדוע יישבע? אם הוא אינו רוצה במתנה, יסתלק ממנה? מגיד משנה על הרמב"ם שם (והסכים לו שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' סד), מסביר שמדובר שתבעוהו נושיו בטענה שהוא משקר ושבאמת קיבל, ועל כן הוא צריך להישבע כנגדם. וכן שו"ע שם נוקט דין זה על מקרה שנושהו בא לגבות ממנו. ב"י, רמה, ט (הובא בביאור הגר"א, רמה, ס"ק יב, בערוך השולחן, רמה, ז [שם הושמטה המלה "חרם" מתוך פחד מהשלטון], ובסמ"ע, רמה, ס"ק יב, ומשם בשו"ת חוות יאיר, סי' פ), כותב שאם הנושה טוען שמא, אין עליו אלא חרם סתם. סמ"ע, רמה, ס"ק יב, כותב שהטור סובר שאם הנושה טוען ברי, המקבל אינו נאמן גם בשבועה, והסמ"ע עצמו מעלה אפשרות שנאמן כי הנכס לא היה שלו מאז ומתמיד. דברי נפתלי, רמה, ס"ק ד, כותב (על הטוען שהוא רק שומר עליו), שאם הנושה ברי, חייב המקבל להישבע, ואם הנושה ספק, די שהמקבל יקבל חרם. אך בסי' אולם המשפט, רמה, ז, כתב שדברי הבי"י הם לדינא דגמרא, אבל כיון שהגאונים תיקנו שבועת "אין ליי" גם בטענת ספק (רמב"ם, הל' מלווה ולווה, ב, ב), כך גם כאן. ב"ח, רמה, ח, כתב שגם אם הנושה טוען טענת ספק, צריך המקבל להישבע שבועת היסת, כעין מה שהגאונים תיקנו שבועה בנקיטת חפץ כעין דאורייתא, בחייב הטוען שאין לו נכסים. חוות יאיר, סי' פ, כותב שגם אם המקבל היה מוחזק שלש שנים, אם אומר "אני רק שומר עליה", נאמן בשבועת היסת, מול הנושים, כי לא היה שלו מעיקרא. דרכי משה, חו"מ, רמה, ס"ק ג (הובא בט"ז, רמה, ז), מסופק האם הוא נאמן בשבועה, לפגוע בנושה. רח"א מילר הסביר שלפי דרכי משה, הסמ"ע והט"ז, אם החזיק שלוש שנים, אינו נאמן בשבועה.

חמדה גנוזה - זכר מרדכי, רמה, ס"ק ג, מסביר שכאן מדובר שהנכס היה מוחזק ביד המקבל שלש שנים, ולכן צריך שבועה, ולטור גם בשבועה אינו נאמן, ואילו במקרה ליד ציוני הערות 63-66, לפי רש"י ורא"ש המתנה בטלה מטעם הודאה גם כשיש נושה, והמקבל נאמן בלי שבועה, כי מדובר במתנה שבאה לידו עכשו.

פתחי חושן, קניינים פט"ו, הערה פט, מעלה אפשרות שהרמ"א סובר שא"צ להישבע כאן, שלא כרמב"ם, כמו שבאומר "בטלה היא" (הערה 64), כתב שנאמן בהודאתו, ולא הזכיר שבועה.

שער משפט, צט, ס"ק ג, כותב שדוקא בקרקע המקבל נאמן, כי גם אם הוא מוחזק שלוש שנים, חזקתו אינה מועילה כי אין עמה טענה שהרי אינו טוען שקנה את הקרקע או שקיבל אותה במתנה (וזה כדעת חוות יאיר, שנאמן גם אם היה מוחזק שלוש שנים), אבל במטלטלין נאמן, כי בגלל מוחזקותו אנו מניחים שהנכס שלו; אך הוא מעיר שמהרמב"ם משמע שאין הבדל בין קרקע למטלטלין.

מרכבת המשנה מהדו"ב, על הרמב"ם, הל' גירושין, ו, כב, כותב שלרמב"ם לגבי "אינה מתנה אלא שומר אני עליה או לא קיבלתיה כלל ובטלה היתה וקיבלתיה באונס וכו'", מדובר שמישהו החזיק בנכס, והמקבל צריך להישבע למחזיק שלא התכוון לומר "בטלה אח"כ", שזה הפקר.

הרמב"ם אינו אומר מה טוען ראובן. לחם משנה על הרמב"ם שם כותב שמדובר גם אם ראובן אומר שנתן - גם אז דברי שמעון מתקבלים. סמ"ע, רמה, ס"ק יב, נוקט שמדובר שראובן אינו טוען כלום, אבל כוונתו שאינו טוען שלא נתן (עיי' שם). וראה הערה 83, שערך השולחן אומר שאם ראובן אומר שנתן, נאמנות שמעון פחותה.

נראה שבמקרה זה אין הבדל בין שראובן אומר "נתתי לשמעון" או "לוי" (הבדל הקיים, ומקורו בתלמוד, לגבי מקרה ששמעון הגיב "לא נתן ליי" - ראה הערה 87), כי כאן אין לתלות שראובן זיכה לו ע"י אחר ושמעון לא ידע על כך, כיון ששמעון יודע איך הנכס הגיע אליו, ואומר שהוא לא הגיע אליו בדרך של מתנה מועילה.

צפנת פענח, על הרמב"ם, הלכות תרומות, פ"א (כג ע"ב), כותב שהראב"ד בהשגותיו שם סבור שאין חיוב להישבע כאן, כי זה רק "גרם לטענת ממון". חזון יחזקאל, ב"מ, השמטות לפרק א, ו, דף צא ע"ב (=תבונה מרחשוון תש"ו), מסביר שהראב"ד סובר שאינו צריך להישבע מפני שאינו נוגע בדבר, שהרי אינו רוצה את הנכס לעצמו, ואינו בעל דבר; ואילו הרמב"ם סובר שכיון שבסופו של דבר, טענת המקבל מונעת מהנושה לגבות מהנכס, כי הנכס בידו, הוא חייב להישבע על כך, כי הוא בעל דבר, ולא משנה שבתענתו אינו מבקש את הנכס לעצמו אלא לנותן.

אבן האזל, על הרמב"ם, הלכות זכיה, ד, יג, מבאר שהראב"ד חולק על הרמב"ם בזה משום שהוא סובר שהמקבל נאמן מדין עד אחד, ואין צורך בשבועה, ואילו הרמב"ם סובר שנאמן לא מדין עד אחד אלא מדין בעלים, ואף שאין נשבעים על טענת שמא, וכאן הנושים טוענים "שמא", הרי רמ"א, חו"מ, עה, יז, אומר שמשביעים שבועת היסת בטענת "שמא" כשיש רגלים לדבר, וכאן יש רגלים לדבר שזה שלו, כי כך היינו אומרים לולא דבריו (ומאריך בענין השבועה). ובאבן האזל, הל' נזקי ממון, א, א, אות ז, הסביר שלראב"ד נאמן בלי שבועה, כי הוא כמו עד אחד, שנאמן כי אינו נוגע בדבר, כמו שאומר ר"ן על הרי"ף, חולין לד ע"א (בדפי הרי"ף), שעד אחד נאמן אם אין לו הנאה מן העניין, והוא נאמן אף לחוב לאחרים, כי עדיין לא הוחזק הדבר בחזקתו, כמו שהסביר הרשב"א (דבריו קשים, שהרי הראב"א כתב זאת בדעת רש"י, ראה הערה 65, ואילו הראב"א חולק ודבריו חולק ואומר שאם חב לאחרים אינו נאמן; רח"א מילר תירץ שאבן האזל מבין שהראב"ד בהערה 63, החולק על רש"י, אינו בעל ההשגות על הרמב"ם, אלא ר"א אב"ד) (ומעלה אפשרות שנאמן מדין נאמנות בעל מקח ונאמנות דיון); ואילו הרמב"ם סובר שצריך להישבע כי הוא רק עד אחד, אלא שנאמן בשבועה כי לדבריו הוא שומר, והרמב"ם סובר ששומר יש לו דין בעלות (חלקית) על הפקדון, ונאמן מצד בעלותו, אבל צריך שבועה כיון שנאמן רק מצד טענתו. רח"א מילר העלה אפשרות להסביר את הראב"ד בדומה

לאבן האזל, שאף שהראב"ד סובר שאין מקבל מתנה נאמן בהודאתו שלא קיבל, אם חב לאחרים, מ"מ כאן הוא נאמן, כי מדובר בחוב בעל פה, כך שאינו נחשב חב לאחרים (כאמור בהערה 63). משנת ר' גרשון ס"י נו (עמ' פח), מקשה כמה קושיות על הסבר אבן האזל: א) הרי רמב"ם אומר שגם האומר שקיבל באונס, צריך שבועה, ואז בודאי אינו שומר, ולמה חייב שבועה, הרי היה צריך להיות נאמן כעד אחד? ב) אמנם שומר נחשב בעלים כמש"כ הרא"ש, גיטין, פ"ה, ס"י יג, ולכן נאמן גם כשאינו בידו, אבל זה רק לענין איסורים, אבל לא שיהיה חייב שבועה מטעם זה, שהרי סו"ס אינו שלו; ג) היכן מצינו שבועת היסת במקרה כזה, שהמלוה טוען "אני יכול לגבות מנכס פלוני" והלווה מכחיש? הרי שבועת היסת היא רק באומר "אני חייב" (ד) איך יהיה נאמן מטעם ע"א, הרי אם המלוה מכחיש אותו בטענת ברי, אין ערך לע"א נגד הכחשה, ואם המלוה טוען שמא, בלאו הכי אין שבועת היסת בטענת שמא; ה) איך אפשר לומר שנאמן מצד ע"א, הרי כל שיש קצת נגיעה, גם בדרך רחוקה, אינה עדות, וכאן הרי יש חשש שעושים קנוניא להפקיע מהמלוה? לכן הוא מסביר את המחלוקת ע"פ ש"ך, חו"מ, עה, ס"ק סג, שאומר שלרמב"ם נשבעים היסת גם על טענת שמא אם ב"ד רואה שיש רגלים לדבר, וכאן ב"ד רואה שיש רגלים לדבר, שהרי ראו שהוא קיבל מתנה, אבל טוען שהיה לשם פקדון; ואילו הראב"ד סובר שגם כשיש רגלים לדבר אין שבועת היסת בטענת שמא.

בני משה (שלטון), ליקוטים, דף ז ע"א (הובא במרכבת המשנה, מהדו"ב, על הרמב"ם, הלכות זכיה, ד, יג), הסביר שמדובר במי שהיו לו 199 זוז, ובא מישהו ונתן לו זוז במתנה, שמאז אינו רשאי לקבל צדקה (פאה, ח, ח), וצריך להישבע שבועת היסת על טענתו שזה לא היה במתנה או שסירב לקבל, כדי שהעניינים האחרים ירשו לו לקחת צדקה; או מדובר בנותן לאשתו קרקע כל שהוא (ואת שאר נכסיו נתן במתנה לבניו), שהדין הוא שאיבדה כתובתה (פאה, ג, ז), והיא אומרת שמעולם לא קיבלה את המתנה, ולכן צריכה להישבע על כך שבועת היסת.

פרי חיים, על הרמב"ם, זכיה, ד, יג (=לחקרי הלכות, ס"י שמ), כותב שמה שהרמב"ם הצריך שבועה, מדובר שהמקבל והנותן מתווכחים מי ישלם מס הקרקע מיום המתנה עד עכשו (ומצייין שו"ע, חו"מ, רמ, ב, שלמ"ד אודויי אודי, נאמן המקבל, שצריך הנותן לשלם מס); אבל אם המקבל נתן לאחר מטלטלין אגב קרקע זו, ונתן לו את הקרקע בשכירות או בשאלה, שמועיל בו קנין אגב, ועכשו שאומר שהקרקע אינה מתנה בידו, יפסיד האחר את המטלטלין שקנה אגב קרקע זו - המקבל אינו נאמן אפילו בשבועה; וכל שכן שאם נתן קרקע זו לאחר, והאחר קנה בדרכי קנין, אינו נאמן אח"כ לומר שלא קיבל אותה במתנה, וע"ז יפסיד האחר שקיבל ממנו.

פרי ציון ח"ב, גיטין ס"י לז, מנמק את דעת הרמב"ם, שכיון שלא היה שלו בתחלה אלא ע"י זכיתו במתנה, ומכח זכיתו רוצה המלווה לטרוף, נאמן (בשבועה) לומר שלא קיבל בתורת זכיה; והנותן שאומר שהמקבל התכוון לקבל כמתנה, צריך להביא ראיה; ואע"פ שהנותן אומר שנתן לשם מתנה והמקבל קיבל בסתם, ומן הסתם קיבל ע"ד הנותן, ומה שהמקבל אומר שהתכוון להיפך, זה דברים שבלב, מ"מ כיון שלא אמר כלום בשעת קבלה, זה שאומר אח"כ "לא קיבלתי לשם מתנה" אינם **סתירה** למעשיו, אלא **פירוש** שקבלתו לא היתה לשם מתנה אלא לצורך אחר, כדעה שדברים שבלב מועילים אם הם באים לקיים את מה שאמר בפיו (ע"י ברכת שמואל קידושין ס"י א); ולכן הוא נאמן ע"פ דין לומר שלא היה שלו מעולם, וזה לא רק הודאת בע"ד. הוא מנמק את שיטת הראב"ד החולק, שסובר שגם כשדבריו הם פירוש, יש חסרון של דברים שבלב, אח"כ זה אומדנא דמוכח, ולכן כאן שקיבל בסתם לשם מתנה, לא יכול לפרש דבריו אח"כ מחמת החסרון של דברים שבלב, ורק מטעם הודאת בע"ד הוא נאמן לומר שלא קיבל לשם מתנה, וזה לא מועיל לחוב לאחרים.

שו"ת שתי הלחם ס"י יב, כותב שהראב"ד מסכים לרמב"ם ששבע שבועת היסת, אבל חולק בזה שסובר שהנותן לא חייב לקבל את הנכס חזרה אם זה מזיק לו, כגון אם יצטרך לשלם הרבה מיסים על הנכס, אלא היא הפקר, כדברי שו"ע, חו"מ, רמה, י (אבל הרי שם זה בהתנגדות אחרי שהנכס כבר נקנה למקבל, ואילו כאן שלדברי המקבל מעולם לא נקנה לו הנכס, לא מובן איך יסרב הנותן לקבל את הנכס חזרה).

פרישה, חו"מ, רמה, ח, כותב שרק כאן, שהנכס בידי שמעון, הוא צריך להישבע, אבל במקרים האחרים (כוונתו למקרה ליד ציון הערה 66), שהנכס אינו בידו, הוא נאמן בהודאתו שלא קיבל, בלי שבועה [צריך לסדר את המקורות בשאלה האם נאמן בשבועה לחוב לאחרים]. ++

⁸² מגיד משנה, הלכות זכיה, ד, יג.

⁸³ לח"מ, הלכות זכיה, ד, יג (הובא בשו"ת פרח מטה אהרן, ח"א, ס"י עה), מ"מ, הלכות זכיה, ד, יג, ובני יוסף (קאריו), ס"י יח, מסבירים שאע"פ שבדרך כלל לווה אינו נאמן לומר על נכס שבידו שזה לא ממונו, לחוב לנושה (רמב"ם, ה"ל מלוה ולווה, פרק א, ד, ופרק ב, ב), מכל מקום כיון שכאן ידענו שממונו זה היה של ראובן, אע"פ שראובן אומר שנתן לו, מ"מ נאמן שמעון לטעון שלא קיבל. גם שו"ת ר' יוסף אבן עזרא, ס"י כט, עמ' קסד, הסביר שכאן נאמן בשבועה אף שבדרך כלל לא נאמן לומר למלוה "נכס זה אינו שלי", כי מדובר שידוע שבאה לידו במתנה, אלא שלא יודעים האם ניתנה לו במתנה או כשומר. עולה מדבריהם שהוא נאמן גם אם זה חב לאחרים. נימוקם מקביל לנימוק של הטור (הערה 65), מדוע לרש"י הודאתו מועילה לחוב לנושים.

כמו כן, שו"ת פני משה ח"א ס"י סג (קמח ע"א), מביא חכם (ר' יוסף פילוסוף) שכתב (והוא מסכים עמו) שגם הראב"ד הסובר שמקבל לא נאמן לדחות בלשון הודאה אם חב לאחרים, מודה שכאן נאמן בשבועה אם טוען "אני שומר", גם אם חב לאחרים, ודוקא במקרה שליד ציון הערה 63, שידוע שקיבל בדרך מתנה אלא אח"כ אומר המקבל שהיתה בטלה מעיקרא ולא התכוון מעולם לזכות בה, אינו נאמן אם חב לאחרים, לראב"ד, אבל במקרה של "שומר וכו", אין ידוע בעדים שהנכס בידו בתורת מתנה, אלא שהיה בחזקתו, שהיה שוכן בתוכה, ויש לו רק חזקה בלי טענה, והנושה טוען שזה שלו במתנה, והוא טוען שהוא שומר, ולכן הוא נאמן, כי אין להוציא קרקע מחזקת בעליו (המקורי) רק מפני חשש קנוניא. הוא מוסיף (בדף קמח ע"ב) שגם אם נניח שהראב"ד סובר שאינו נאמן לחוב לאחרים גם אם לא ידוע שהגיע לידו בדרך מתנה, יש לפסוק מספק כרש"י, שהמקבל נאמן, והנכס הולך לנותן, מפני חזקת מרא קמא. הוא מעלה אפשרות (בדף קמח ע"ג) ששו"ת מהריב"ל ח"ב ס"י ע, הבין שרש"י ורא"ש מודים שאם המקבל כבר החזיק שני חזקה, אינו נאמן כשחב לאחרים, כי אז זה יותר ברשותו מבמקרה של "בטלה היא", אבל הרמב"ם סובר שגם אז נאמן בשבועה אף שהחזיק שני חזקה אף שחב לאחרים, ומ"מ יש לפסוק כרמב"ם מספק, שנאמן והקרקע חוזרת לנותן, מטעם חזקת מרא קמא. ושוב הוא כותב (בדף קמט ע"ב) במסקנתו, שהראב"ד מודה שמרא קמא יכול לטעון קי"ל כרמב"ם ששו"ע פסק כמותו, שבמקרה של "שומר וכו", נאמן בשבועה.

לפי דעה אחת, אם יש עדים על נתינת המתנה, אין שמעון נאמן באמירתו שלא קיבל את הנכס במתנה (בין שאומר "לא נתת לי" ובין שאומר "שומר אני" וכדומה), מפני שאינו יכול לסתור את דברי העדים, והמתנה קיימת⁸⁵. אבל דעה אחרת היא ששמעון נאמן בהודאתו גם אם יש עדים, והמתנה בטלה, כיון שיד שמעון על העליונה, שאם לא ירצה במתנה אינו חייב לקבלה, ולכן אמירתו שמעולם לא קיבל אותה, היא הודאת בעל דין, ולא משנה שיש עדים שחתמו בשטר המתנה, כיון שהוא אומר שמעולם לא קיבל אותה, ואין בזה הכחשת עדים כי הם העידו על הנתינה ולא על הקבלה⁸⁶.

שו"ת פני משה ח"א סי' סג (דף קמז ע"ד), עושה הבחנה: במקרה שטוען שקיבל באונס או בטעות, נאמן המקבל גם אם הנותן אומר שנתן אותה במתנה גמורה, וגם אם יש נושים, וגם אם החזיק בקרקע שני חזקה, כמו במקרה ליד ציון הערה 66, שהמקבל נאמן לומר "לא נתת לי" מטעם הודאת בעל דין, כי אולי הנותן טועה וחושב שהמקבל קיבל ובאמת לא קיבל (ראה ליד ציון הערה 70), ואף כאן, אולי הנותן חושב שהמקבל לא היה אנוס, אבל המקבל יודע שהיה אנוס, ולכן מועילה הודאת המקבל, והנכס חוזר לנותן; אבל לגבי המקרה שהמקבל טוען "אני שומר", אם הנותן אומר שנתן במתנה, המקבל לא נאמן לומר שהוא שומר (חוזר על נקודה זו בדף קמח ע"ג), שהרי לא יתכן שהנותן טעה בזה (וכותב בדף קמח ע"א שלחם משנה סובר כהבחנה זו). אבל בני חיי, חו"מ, רמה, ס"ק ג, חולק על פני משה, בנימוק שגם כשהוא אומר "שומר אני עליה", יתכן ששניהם אומרים אמת, שהמקבל נכנס לעניין בתורת שומר, ואח"כ הנותן זיכה לו ע"י אחר, ועכשו אינו מתכוון לקנות, וגם אם יאמר הנותן שהוא נתנה לשם מתנה, והמקבל קיבל לשם מתנה, אולי כשהחזיק בשדה לא התכוון לזכות לשם מתנה אלא לשם שמירה, וביטל בדעתו את המתנה ולא ידע הנותן, ולכן המקבל נאמן.

מטה שמעון, רמה, הגה"ט, אות כג, כותב שמדובר שאומר שמעולם לא באה לידו במתנה, שלא במקרה בהלכה א, לכן נאמן המקבל בשבועה מול נושיו אף שחזקה שכל מה שביד אדם הוא שלו, וכאן החזיק שלוש שנים. גם שו"ת גינת ורדים חו"מ כלל ה סי' ד (קכט ע"ד), מסביר שכאן נאמן בשבועה, כי מדובר שהנושה יודע שפעם לא היה שלו אבל טוען שניתנה לו במתנה.

ערוך השלח, חו"מ, רמה, ז, עושה הבחנה: בדרך כלל הוא נאמן לחוב לאחרים מהטעם של לחם משנה, אבל אם הנותן טוען "נתתי לו", המקבל אינו נאמן בשבועה להפקיע את החוב, ואף שהמקבל נאמן מול הנותן, אינו נאמן להפקיע מנושהו.

זכרון אהרן, קונטרס החזקות, סי' יא, מתרץ כמו לחם משנה, שהלווה נאמן כי ידענו שהנכס היה של אחר, והגיע לידו בתורת מתנה. מ"מ תירץ עוד, שמדובר שהנכס אינו בפנינו ולכן הלווה נאמן במיגו דלהד"ס. אבל זכרון אהרן דוחה תירוץ זה, שהרי הרמב"ם סובר שלא מועיל מיגו נגד חזקה שכל מה שתחת יד אדם הוא שלו. חזקה רבה חו"מ ח"ד הלכה קו (עמ' 245), מתרץ, שכוונת מ"מ היא שכיון שלא ראינו את החפץ בידו מעולם אלא שהנושה טוען שהיא בידו, נאמן לומר שהיא מתנה בטלה, כי יש שתי ריעותות לחזקה, א) לא ראינוה בידו מעולם, ב) הוא טוען שלא קיבלה לשם מתנה.

⁸⁴ קרית מלך רב, ח"ב, הל' זכיה, ד, יג (בהשמטות אחרי הל' עדות, דף סב ע"ג), דוחה את הסבר משנה למלך, שהרי ידוע שקיבל במתנה, וחזקה שהסכים, כי רוב האנשים רוצים לקבל מתנות, ואינם חסידים שאינם רוצים מתנות, ואם כן, אין סיבה שיהיה שונה מאדם סתם, שאינו נאמן לומר על נכס שבידו, שאינו שלו. לכן הוא כותב שזה תלוי במחלוקת רש"י וראב"ד (ליד ציוני הערות 64-65) האם הודאת המקבל, שלא התכוון לזכות, מועילה אם חב לאחרים. אבל לא ברור מה שעולה מדבריו שהרמב"ם סובר כרש"י, ולכן נאמן בהודאתו גם לחוב לאחרים - הרי טעם רש"י הוא שנאמן כי הנכס לא היה בידו עד עכשו, והרי קרית מלך רב אומר שזאת לא סיבה להאמין לו יותר.

⁸⁵ כנה"ג חו"מ, רמה, הגה"ט אות י. גם שו"ת מהר"ם אלשיך, סי' סד, בסופו, כותב על המקרה שעוסק בו כנה"ג, שהמקבל אינו יכול להכחיש עדים החתומים בשטר המתנה.

כמו כן, נחלת משה, גיטין לב ע"א (ד"ה בא"ד אלמא), כותב שבמקרה בגיטין מ ע"ב מדובר שלא ידוע האם נתן או לא נתן, ובזה זה שונה מהמקרה בגיטין לב.

ראה גם הערה 61, שאבן האזל כותב שלרמב"ם אם יש עדים על הנתינה, אינו נאמן בהודאתו, כשאומר "בטלה היא" וכדומה. ראה גם הערה 73, שפרח מטה אהרן אומר שבמקרה של "לא נתת" מדובר שאין עדים על הנתינה.

גם ערוך השלח, רמה, ז, כתב שמדובר שאין עדים שמעידים שנתן לו אותה במתנה, ולכן נאמן המקבל בשבועה אע"פ שבד"כ לווה לא נאמן בשבועה לחוב לנושהו, לגבי דבר שהוא מוחזק בו, כי כאן ידוע שזה לא היה שלו מקודם.

שו"ת ידיו של משה, חו"מ, סי' ח, מנמק את דברי כנה"ג, שההודאה לא מועילה נגד עדים (אף שבדרך כלל הודאת בעל דין מועילה נגד עדים), שכאן יש גם הודאת הנותן נגד הודאת המקבל, אלא שהודאת המקבל עדיפה כי הנותן אולי שכח (הערה 70).

⁸⁶ מעשה רקח, על הרמב"ם, הלכות זכיה, ד, יב.

נחלת צבי, חו"מ, עה, א (ובקיצור בפתחי תשובה, חו"מ, רמה, ס"ק ד), כותב שהדין במקרה שעדים מעידים כדברי הנותן, תלוי בשני הטעמים (ליד ציוני הערות 68 ו-72) מדוע אין מתחשבים בהודאת הנותן: לפי תוס', שהטעם הוא כי ייתכן שהנותן טעה, גם כאן מקבלים את הודאת המקבל, ולרשב"א, שהטעם הוא שבגלל סתירת ההודאות הולכים לפי חזקת מרא קמא, כאן נותנים למקבל כי העדים גוברים על המוחזקות. ואין דבריו מובנים, מדוע לתוס' אין מתחשבים בעדים, וכי לגבי העדים אפשר לומר שטעו? הרי בשום מקום אין חוששים שעדים טועים? חמדה גנוזה - זכר מרדכי, רמה, ס"ק ב, מקשה על נחלת צבי, הרי גם לטעם של תוס', אם יש עדים שאומרים כדברי הנותן, שנתן את הנכס ביד המקבל, אי"כ חוזר המצב להיות הודאה נגד הודאה (כי כבר אין לתלות שהנותן טעה בהודאתו), שאז הולכים לפי חזקת מרא קמא? בבירור הלכה, גיטין מ ע"ב, ציון ח, כתבתי ההפך מנחלת צבי (כי כתבתי על פי פתחי תשובה בלי לראות את נחלת צבי עצמו): שלטעם שחוששים שמא הנותן טעה, כשיש עדים כדברי הנותן, לא נלך לפי הודאת המקבל, כי טעם זה לא שייך כאן; ואילו לטעם של חזקת מרא קמא, גם כשיש עדים, הולכים לפי החזקה כי ההודאה חזקה יותר מהעדים.

כל זאת - אם ראובן אומר (במפורש או במשתמע) שנתן את הנכס לידי של שמעון. לעומת זאת, אם ראובן אומר "נתתי נכס פלוני שלי לשמעון", ושמעון מגיב "לא נתן לי", המתנה קיימת, מפני שייתכן שזיכה לו את המתנה ע"י אחר, בלי ידיעתו.⁸⁷

שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' סד, מדייק מהרמב"ם שגם אם היה שטר על המתנה, נאמן המקבל אם אומר שהיה באונס או בטעות.

מהרשב"א בהערה 87, אפשר להוכיח שהוא סובר כמו מעשה רקח: הוא כותב שמה שנאמר ברישא שהנכס הולך למקבל כי חוששים שמא זיכה לו הנותן ע"י אחר, הוא במקרה שעדים אמרו שהנותן נתן; מכאן שבסיפא, שבה המתנה בטלה והולכת לנותן בגלל הודאת המקבל, הדין כך גם אם עדים אומרים שנתן את המתנה. וראה הערה 83, ששמעון מפני משה שאם יש עדים שקיבל במתנה, אינו נאמן אם חב לאחרים.

⁸⁷ תוספתא, ב"ב, י, א; גיטין מ ע"ב (רישא); רמב"ם, הלכות זכיה, ד, יב; טור, חו"מ, רמה, ו; מישרים, נתיב טו, ח"א; שו"ע, חו"מ, רמה, ד; ים של שלמה, גיטין פ"ד סי' נה; שו"ת מהרי"ט ח"א סי' כז; בית יעקב (ליסא), צ, א. תוס' גיטין מ ע"ב (הובא בשו"ת זרע אברהם, חו"מ, סי' ג, דף ס ע"ד, בתרומת הכרי, פת, יב, ובס' דורש משפט, עה, יא), תוס' הרא"ש, גיטין מ ע"ב, מרדכי, גיטין, סי' שפג, מגיד משנה, זכיה, ד, יב, שו"ת פני יצחק (אבולפיה) ח"ה חו"מ סי' ד (קמז ע"ב), ומנחת ביכורים, על התוספתא שם, כותבים שאף שהגמרא נוקטת "חוששים", הכוונה היא שאומרים **בוודאי** שזיכה לו ע"י אחר.

ר' משה חיון, בשו"ת זרע אברהם (יצחקי) חו"מ סי' ד (סט ע"א), מסביר שאע"פ שזה ודאי, התלמוד נקט "חיישינן" כי מדובר שהנותן הלך לו ואח"כ אמר המקבל "לא נתן לי", לכן אע"פ שזו אומדנא ודאית ומוכרחת, מ"מ אינה נראית לעיניים שהרי הנותן אינו בפנינו, לכן אמרו "חיישינן".

פרי האדמה, ח"ב, על הרמב"ם, ה"ל זכיה, ד, יא (נב ע"ב), מביא ראיות מן הסוגיה שזה ודאי של המקבל. אך ב"ח, רמה, ו, וקרוב נתנאל, על רא"ש גיטין פ"ד סי' לב, אות צ, כותבים שלדעת הטור זה רק **ספק** של המקבל, כי אולי טעה (ומסבירים שמה שכתבו תוס' והרא"ש שזה ודאי הוא רק בעבד, שנזכר באותה סוגיה). אך בירור הלכה, גיטין מ ע"ב, ציון ח, פסקה א, מדייק מביאור הגר"א, רמה, ס"ק ט, שהבין שגם לטור זה בוודאי של המקבל. חסדי דוד, על התוספתא שם, כותב שלגבי הנותן זה ודאי, שאינו יכול לחזור ולזכות בנכס, אבל לגבי נושים זה ספק, שאם ההודאה פוגעת בנושה של המקבל היא אינה מועילה, ולכן כתוב "חיישינן". חזון יחזקאל, על תוספתא, ב"ב, י, א, מסביר את לשון "שמא", שכיון שאפשר שזיכה לו ע"י אחר, ממילא יש רק הודאת בעל דין של הנותן, כי דברי המקבל לא סותרים אותה, וכיון שיש הודאת בעל דין, הנכס **ודאי** שייך למקבל. רח"א מילר סבור שגם לפי חזון יחזקאל, אינו נאמן אם חב לאחרים, ככל הודאת בעל דין.

שו"ת הרמ"א סי' צב (הובא בישיבות ישראל, ס, עין משפט, ס"ק יב, דף קט ע"א), מעלה אפשרות שהרמב"ן והרמ"ה סוברים שאינו לשון ודאי אלא רק חשש. עיי"ש מדוע הוצרך לומר כך.

על "בלי ידיעתו" ראה הערה 14. [כנראה עכשו בסעיף 6]

יש להעיר, שאילו היינו מפרשים שהתכוון שמעון לומר "לא הסכמתי" (כמו שמפרשים במקרה ליד ציון הערה 61), הדין היה שהמתנה בטלה מטעם הודאת בעל דין, ועל פירוש זה לא משנה שייתכן שזיכה לו ע"י אחר; כנראה, הסיבה שלא מפרשים כך את דבריו, היא כי לא משמע כך לשון "לא נתן".

חי' הרמ"ה ושיטות קדמונים [=חי' ריטב"א מכ"י], גיטין מ ע"ב, כותב שאם הנותן רוצה לחזור בו מהודאתו, המקבל יכול למנוע זאת. כמו כן, פרישה, חו"מ, רמה, ו, אומר שמדובר שהנותן רוצה לחזור בו, והמקבל אומר "איני רוצה לוותר לו אם לפי הדין הנכס שלי" (במקביל למה שאמר על המקרה הקודם - ראה הערה 66); ובזה ההלכה היא שהנכס של המקבל, והנותן אינו יכול לקחת את הנכס. וכן סמ"ע, רמה, ס"ק ז (הובא בהלכה רבה, ח"ג, הלכה רלד, עמ' 129), מסביר שכאן מדובר שהמקבל רוצה את המתנה אבל אומר שבאמת הנותן לא נתן לו, שאילו אם המקבל אינו רוצה, א"א להקנותו לו בעל כרחו, אם הביע התנגדות מיד כששמע. וכן ט"ז, חו"מ, רמה, ד, אומר שמדובר שהמקבל אינו מסרב לקבל, אם המתנה באמת ניתנה, והדין הוא שגם אם הנותן חזר בו, ואינו רוצה לתת, המקבל יכול להוציא מידו.

שושנת יעקב, רמה, ד, ס"ק ב, כותב שלפי הרמ"ה, המובא בטור, יו"ד, סי' רסז, שכתב שמה שאומרת הגמרא לגבי עבד "חיישינן שמא זיכה לו ע"י אחר", הוא רק מספק, ומ"מ כיון שהוא תפוס בעצמו, יצא לחרות - יוצא שגם במתנה אם הנותן חוזר בו מהודאתו, הנכס בחזקת הנותן, אבל בגמרא מדובר שהנותן עומד בהודאתו, והנ"מ הוא רק לגבי נושי הנותן, באופן שלא חב לאחרים, שלכן הולכים אחר הודאת הנותן אף שזה רק ספק.

ההבדל בין מקרה זה למקרה שליד ציון הערה 66 ואילך: בטקסט אמרנו שלעיל מדובר שראובן אומר שנתן לידי שמעון. חי' כתב סופר גיטין מ ע"ב (ד"ה כתבתי), מסביר שבמקרה הקודם, אין לומר שאפשר שזיכה לו ע"י אחר, כיון שאמר "לוי", ו"לוי" משמעו "לידו". חושן אהרן, רמה, ה, מסביר שבמקרה של הסיפא לא תולים שמא זיכה ע"י אחר, כי אמר "נתתי בידו". פסקי ריא"ז ב"ב פ"ח הלכה ה אות כז, מסביר שההבדל בין המקרים הוא שכאן אמר "לפלונני" ולכן ייתכן שזיכה לו ע"י אחר ואינו יודע על כך, ואילו לעיל אמר שנתן "לוי", ולכן ברור שלא זיכה לו ע"י אחר; והוא נוקט בשני המקרים שהנותן אמר "כתבתי ונתתי". בפסקי ריא"ז גיטין פ"ד הלכה ד אות יט, נוקט שאם אמר "נתתי שדה פלונית לפלוני", ילך למקבל, ואם אמר "כתבתי ונתתי לו", נשאר לנותן. מישרים, נתיב טו, ח"א, נוקט שאם אמר "נתתי לפלוני", הנכס הולך למקבל, ואם אמר "כתבתי ונתתי לך", הולך לנותן.

ערוך השלחן, חו"מ, רמה, ה, נוקט שבמקרה של הסיפא, מדובר שאמר ראובן "כתבתי שדה פלונית לפלוני ונתתי את **השטר בידו**", ולכן אין לומר שזיכה ע"י אחר.

פתחי חושן, קניינים פט"ו, הערה פה, מסביר שבסיפא (המקרה בהערה 66) משובר שהנותן אומר "נתתי לו שטר בידו", ולכן לא תולים שזיכה לו ע"י אחר, וא"כ א"א לומר שהודאת המקבל היא מוטעית, ואילו ברישא (המקרה בהערה 87), אין צריכים לחקור את הנותן איך נתן, אלא מניחים מן הסתם שזיכה ע"י אחר.

ר' משה חיון, בשו"ת זרע אברהם (יצחקי) חו"מ סי' ד (סח ע"ב), מסביר שבסיפא לא חוששים שמא זיכה לו ע"י אחר, כי הנותן אמר בפירוש שכתב בשטר "שדי נתונה לך" ונתן לו את השטר, והמקבל אומר "לא נתן לי", א"כ לא ייתכן

שנתן ע"י אחר, ודוקא ברישא שאמר "נתתי" סתם, יש לחשוש שזיכה ע"י אחר; אבל בסיפא אין לומר שהוא לא דיבר בדוקא, כי א"כ למה לו לומר בפירוש שכתב שטר.

ר' אברהם יצחקי, בשו"ת זרע אברהם (יצחקי), חו"מ, סי' ג (סא ע"א), כותב שאם כתוב שטר מתנה בלשון הודאה, שהנותן מודה שהוא נתן (ראה סעיף 6, על הקנאה בלשון הודאה), והמקבל מודה שלא זיכה לו ע"י אחר, קנה, כי בכל זאת חוששים "שמה זיכה ע"י אחר". אבל מהר"ם חיון, בזרע אברהם שם, סי' ד (סח ע"ב), כותב שאם הנותן אמר שכתב לו שטר מתנה ונתן לו (לדוגמה), והמקבל מודה שלא נתן לו, המתנה בטלה בגלל הודאת בעל דין של המקבל, ואין לחשוש שזיכה לו ע"י אחר, שהרי הנותן פירט איך נתן. ר' יעקב ישראל, בשו"ת חוקי חיים (גאנין), סי' מא (פו ע"ד), לומד מזה, שאם בשטר מתנה כתוב שהנותן זיכה את המתנה למקבל ע"י אדם שלישי, והאדם השלישי אומר שלא זיכו למקבל על ידו, לפי מהר"ם חיון האדם השלישי נאמן, מטעם הודאת בעל דין, ולפי ר' אברהם יצחקי אינו נאמן. דבריו קשים, איך הודאת האדם השלישי יכולה לחוב למקבל?

חושן אהרן, רמה, ה, כותב שכאן המקבל אוכל פירות גם אם מת הנותן וכן הנותן הוא שאומר "אבי נתן לך את השדה", כי זה נחשב הודאה גמורה, ותולים שהמקבל לא יודע על המתנה, כי הנותן זיכה לו ע"י אחר. ראשי בשמים (גוריון) או"ח סי' יז אות ו, מסביר שאין אומרים שהמקבל מתכוון לומר שמחה כשקיבל, וא"כ יש לקבל את הודאת המקבל, כי אולי הנותן טעה, כי לא ידע שהמקבל מחה כשקיבל - אין אומרים כך כי לשון "לא נתתי" אינו יכול להתפרש "נתתי ומחית".

טור, חו"מ, רמה, ו, ושו"ע, חו"מ, רמה, ד, כתבו שנושהו של הנותן לא יכול לגבות מהנכס, אלא שאם אין לנותן ממה לשלם, יכול הנושה לגבות כי הודאת הנותן לא יכולה לחוב לנושה. ב"ח, חו"מ, רמה, ו, מנמק, שיכול לגבות מפני שהטור סובר שרק מספק חוששים שמא זיכה לו ע"י אחר (ראה לעיל, שנחלקו בזה האם זה ספק או ודאי). אבל פרי האדמה, ח"ב, על הרמב"ם, ה"ל זיכה, ד, יא (נג ע"א), כתב שמגיד משנה חולק שהרי הביא את תוס' שכתבו ש"חיישינן" הוא ודאי (כפי שהבאנו לעיל), א"כ נושי הנותן לא יוכלו לגבות גם אם אין לנותן במה לשלם (אך הב"ח העלה אפשרות שמגיד משנה מסכים לטור). גם מעשה רקח, על הרמב"ם, הלכות זכיה, ד, יב, מבאר שהטור כתב כך כי הנותן שמש"כ "חוששים שמא זיכה לו ע"י אחר" אינו ודאי; אבל כתב שמגיד משנה נראה שזה ודאי, כתוס' ורא"ש. מעשה רקח מעיר שאם זה קרקע, בלאו הכי הנושה יוכל לגבות מהמקבל, כמו שהוא יכול לגבות מי שקנו מהחייב, א"כ הקרקע הגיעה אליו אחרי שלוה הנותן, שאינה משתעבדת (בלי שכתב "דאיקני"), ואם זה מטלטלין, הרי הם לא משתעבדים לנושה.

חושן אהרן, רמה, ד, חולק על הב"ח, וכותב שלרא"ש ולטור זה ודאי, כי יש הודאת בעל דין, אלא שאינו נאמן לחוב לנושה, אם אין לו נכסים אחרים, כי גם בהודאה גמורה אינו נאמן לחוב לאחרים. בסי' רמה, ה, הסביר, שתוס' שכתבו ש"חיישינן" הוא ודאי, כי הודאת המקבל אינה חשובה, הולכים לשיטתם, שהובאה בהערה 68, שבסיפא לא מתחשבים בהודאת הנותן כי אולי טעה. הרי שלשיטתם אם יש הודאות סותרות ואחת מהם אינה חשובה כל כך, הולכים לפי ההודאה החזקה, באופן ודאי.

ט"ז, חו"מ, רמה, ד, כותב שגם אם יש לנותן קרקעות אחרים, אם קרקע זו היתה אפותיקי לנושהו, אינו יכול להפקיע מהנושה ע"י הודאתו; ואם ההודאה היתה אחרי זמן הפרעון, והקרקע היא בינונית, גם אם יש לנותן קרקעות אחרים, אין ההודאה מועילה להפקיע את הקרקע מהנושה (גם אם אינה אפותיקי); ורק אם ההודאה היתה לפני זמן הפרעון, היא מועילה להפקיע את הקרקע הזאת מהנושה גם אם היא בינונית, אם יש לו נכסים אחרים, גם אם הם זיבורית, כי בשעה שהודה היה יכול למכרה ואז הנושה היה מוכרח לגבות מהזיבורית (רח"א מילר הסביר את דבריו על פי תוס', כתובות ס ע"א, ד"ה וכגון, שכתבו שמי שיש לו מיגו נאמן בהודאת בעל דין גם לחוב לאחרים). חסדי דוד על התוספתא שם אומר שאם שדה זו היא בינונית, ויש לנותן גם זיבורית, המלוה לא יכול לגבות מהבינונית, שלענ"כ זה מועילה ההודאה שזה שייך למקבל, ורק אם אין לנותן שדה אחרת, יכול הנושה לגבות מזו. רח"א מילר הוסיף שבחוב על פה, הודאת הנותן מועילה אף להפקיע את זכות נושהו של הנותן, כי יש לנותן מיגו, שהיה יכול למכור את הנכס, ואז נושהו לא היה יכול לגבות ממנו.

פרישה, חו"מ, רמה, ו, וערוך השלחן, רמה, ד, כותבים שבזה הנושה גובה גם אם המקבל מודה שכבר נתן לו לפני מתן ההלוואה, כי כיון שעד עכשו היתה בחזקת הנותן, חוששים לקנוניה, ואין בכוח הודאות שניהם יכולת לחוב לו.

דעות חולקות: ח"י הרשב"א, גיטין מ ע"ב (והסכים לו תפארת שמואל, על רא"ש גיטין פ"ד סי' לב, אות א), כותב שבמקרה זה אין המתנה קיימת (משום שהוא מפרש שדברי הגמרא על האב והבן מתייחסים לרישא ולא לסיפא כפי שפירשו שאר המפרשים), והנותן אוכל את פירות הנכס, כי המקבל הודה שלא קיבל, ואין זה סביר לומר שזיכה לו ע"י אחר, כי אילו עשה כן, היה הזוכה מודיע למקבל; ועוד, אולי כשאמר "נתתי" התכוון שנתן בעצמו, ובה שהמקבל אמר "לא נתן ליי", זו הודאת בעל דין, והנותן טועה, כי חשב שנתן ולא נתן; ומה שאמר התלמוד שחוששים שזיכה ע"י אחר, היינו שאם עדים באו אח"כ ואמרו שזיכה לו ע"י אחר, הנכס של המקבל, ואין הולכים אחרי הודאת המקבל, כי אינה הודאה גמורה (כי היא לא התייחסה לאפשרות של זיכו ע"י אחר). לעומת זאת, אומר הרשב"א, שאם המקבל מת, ואמר ראובן לבן המקבל: "נתתי לאביך שדה פלונית", והבן אומר "לא נתתי", מפקידים את הפירות אצל שלישי, כי סביר מאד שהבן טעה, שהרי ייתכן שהנותן זיכה לאב ע"י אחר ואותו אחר לא סיפר לאב, וגם אם סיפר לאב או נתן לידי האב, אולי הבן לא ידע כי בן אינו יודע בדברי אביו, ולכן הודאתו אינה הודאה, וסביר שהנותן צודק, וסביר שיבואו עדים על כך, ולכן לא מתירים לנותן לאכול פירות, כדי שהבן לא יצטרך לתובעו בדין להחזיר את הפירות, אלא משלשים. אבל הוא מסיים בהערה שבתוספתא ב"ב פ"י כתוב על מקרה זה "לא אמר כלום שמא זיכה לו ע"י אחר", משמע שהמקבל אוכל פירות, ולא מתייחסים כלל להודאתו. מורה צדק, סי' רמה, המובא בכנה"ג, חו"מ, רמה, הגהב"י, אות ה, ר"מ חיון, בשו"ת זרע אברהם, חו"מ, סי' ד, דף סט ע"ב, צדק ומשפט, רמה, ו, ותוספתא כפשוטה, על התוספתא שם, עמ' 442, מבינים שהרשב"א חזר בו. אך תפארת שמואל כנראה הבין שהרשב"א לא חזר בו. כמו כן, הלכה רבה ח"ג הלכה רלד (עמ' 129), כותב שרמב"ם ושו"ע חולקים על הרשב"א, וסוברים שהולכים אחר דברי הנותן - מכאן שהבין שהרשב"א לא חזר בו.

גם ראב"ן, גיטין מ ע"ב (דף רפ ע"ג במהד' ערנריך, כמוסבר באבן שלמה, שם אות כב), מפרש שאין המתנה קיימת לגמרי (כי גם הוא מפרש שדברי הגמרא מתייחסים לרישא), ונותנים את הפירות לשלישי, כי אף אחד מהם אינו יכול

הנותן אינו יכול לחזור בו מהמתנה גם אם יאמר אח"כ "לך לעצמך נתתי [ולא בזיכוי ע"י אחר], וכיון שאתה כופר בזה, הודאת בע"ד כמאה עדים" - כי הנותן אינו יכול לחזור בו מהודאתו, ויותר נראה לפרש את דבריו הראשונים כך שזיכה ע"י אחר, כי לפי זה שניהם אומרים אמת, מלפרש כמו שהוא אומר עכשו, שלפי זה יש סתירה בין דבריהם.⁸⁸

ה. תוצאתה של דחייה מאוחרת - הנכס הפקר

אם המקבל דחה את המתנה (בלשון שאינה לשון הודאה) אחרי ששתק בעת קבלת המתנה, הנכס נעשה הפקר.⁸⁹ מפרשים את כוונת המקבל, שאינו רוצה שזו תהיה מתנה, ואם זו מתנה, הוא רוצה להפקיר אותה.⁹⁰

לאכול, כי כל אחד אומר שאינם שלו, ואם מת הנותן, בנו יאכל את הפירות, גם את אלו שהושלשו בחיי האב, כי הוא לא אמר "נתתי".

⁸⁸ ערוך השלחן, חו"מ, רמה, ד. הוא מסביר שלכן כאן אינו נאמן לפרש את דבריו, אף שבדרך כלל טוען וחוזר וטוען אם הוא רק בא לפרש את דבריו הראשונים (שו"ע, חו"מ, סי' פ).

ר"א יצחקי, בשו"ת זרע אברהם (יצחקי) חו"מ סי' ג (ס ע"ד), כותב שהמקבל אוכל פירות גם אם הנותן חזר בו ואמר "לא נתתי כלום, ושיקרתי קודם", כי הנותן אינו יכול לחזור בו מהודאתו הראשונה; ומוכיח זאת, שהרי אם מדובר רק בשהנותן עומד בדבריו הראשונים, מה השאלה, הרי הנותן אומר שיקחנה ויהיה לו ולזרעו. הוא מביא (בדף סא ע"א) ראייה מזה שבסיפא (המקרה בהערה 66) אומרים שזה הולך לנותן, ורש"י מפרש "שיכול נותן לחזור ולזכות", מכאן שברישא (נידוננו) מדובר גם אם הנותן חוזר ואומר שלא זיכה ע"י אחר, ומ"מ המקבל אוכל פירות. אבל ר' משה חיון, בשו"ת זרע אברהם (יצחקי) חו"מ סי' ד (סט ע"ב), חולק ואומר שאם חזר בו הנותן ואמר "לא נתתי", הוא נאמן, כי אפשר שטעה, שחשב שהמקבל קיבל ממנו. הוא דוחה את ראיית ר"א יצחקי מהסיפא, שבסיפא אין לחשוש שזיכה ע"י אחר כי אמר "כתבתי", לכן גם אם הנותן אינו בפנינו, מכל מקום מאחר שהמקבל אומר שלא קיבל, אנו מניחים שהנותן טעה וחשב שהמקבל קיבל, ובמקביל, ברישא מדובר שהנותן אינו בפנינו, ולכן מניחים שזיכה ע"י אחר, אבל אם חזר בו הנותן ואומר ששיקר קודם, הוא נאמן, שהרי הוא אומר שטעה. הוא כותב שאותו הדין יהיה אם לא אמר שיקר אלא רק חזר בו ואמר שלא זיכה ע"י אחר, כי בכך הוא אומר שהוא התכוון לומר "אני נותן" (כלומר הוא מתרץ את דבריו, שכשאמר "נתתי" לא התכוון להודאה על העבר אלא להודעה לעתיד, ובאמת עדיין לא נתן).

ר' משה חיון, בשו"ת זרע אברהם (יצחקי) חו"מ סי' ד (סח ע"ב), מסייג דין זה בדרך אחרת: אם המקבל אומר שהוא בטוח שהנותן לא זיכה לו ע"י אחר כי לא זיכה ידו מתוך ידו, הודאת בעל דין של המקבל מועילה.

⁸⁹ רמב"ם, הלכות זכיה, ד, א (על "אי אפשי") (הובא בטור, רמה, יג, בנתיבות שלום, עמ' קד, שערי יצחק [פלקסר, תשי"ז], סי' לט, אות ו, עמ' קכט, בשו"ת ר' יעקב לבית הלוי (מהד' שע"ד), סי' נד (=מהד' שצ"ב, סי' קד), וברית שדה, דף סח ע"א); פסקי ריא"ז, ב"ב, פ"ח, הלכה ה, אות כד; שו"ת מהר"ם (פראג) סי' תתקנ"ג (הובא במרדכי ב"ב סי' קסט, ובמרדכי, כתובות, סי' רנז, ובשלטי הגיבורים, ב"ב מד ע"ב, בדפי הרי"ף); פירוש קדמוני, ר' נחמיה, יצאו חכמון) ב"ב קלח ע"א, בשם הגאון (על "אי אפשי"); חידושי הריטב"א ב"ב קלח ע"א (ואם קיבל עבדים במתנה, יצאו להפקר, והעבדים זוכים בעצמם); תוס', ב"ב קלח ע"א (ד"ה כאן); מרדכי, גיטין, סי' שסז, בשם ר"י; ר"י קרקושא, ב"ב קלח ע"א (על האומר "מבוטלת", "תיבטל", או "אי אפשי"); ו"ה השלמה, ב"ב, פ"ח, סי' כא; נימוקי יוסף, ב"ב סג ע"ב (בדפי הרי"ף); מאירי, גיטין לב ע"ב, במסקנתו, וב"ב קלח ע"א (עמ' 572) (על לשון עכשו, כגון "מבוטלת", "תיבטל", או "אי אפשי"); ח"י ר' קרשקש (בעבר נדפס על שם הריטב"א), גיטין לב ע"א (על האומר "מבוטלת היא", "תיבטל", או "אי אפשי"), גם בשם רבנו חננאל; ח"י הרי"ן, ב"ב קלח ע"א; ח"י הרמב"ן, ב"ב קלו ע"ב; שו"ת הרא"ש, כלל עה סי' ב (על "אי אפשי"), ורא"ש ב"ב, פ"י, סי' כא, וב"ב פ"ח סי' נא, ורא"ש בשיטה מקובצת, כריתות כד ע"א (על "תיבטל", "מבוטלת", ו"אי אפשי"); סמ"ג, עשה פב (קסא ע"ג) (אם אמר "איני רוצה"); מישרים, נתיב כד, ח"א; שו"ע, חו"מ, רמה, י (לגבי כל ארבע הלשונות שאינן מועילות לבטל מעיקרא - "איני רוצה בה", "איני מקבלה", הרי היא בטלה", "מום זה נראה לי בה"); קרית ספר ה' זכיה פ"ד; ח"י מהרי"ט, קידושין סא ע"ב (שאינה חוזרת לנותן); שבילי דוד, רמה, ב, בדעת ר"י, גיטין לב ע"א, ד"ה מבוטלת (על "אי אפשי", "תיבטל" או "מבוטלת"); שערי ציון, שטרנפלד, חלק א, סימן יד (מו ע"א); ספר המקנה, קדושין ח ע"ב (ד"ה בגמרא ת"ר); שו"ת ספר יהושע, פסקים וכתבים, סי' שנג; שו"ת מים רבים, חו"מ, סי' ל; אהלי יהודה (הכהן), ע' זכיה לקטן (סב ע"א).

בפני כמה: גרש ירחים, גיטין לב ע"א (ד"ה והרי"ן), כותב שכדי שיהיה הפקר ע"י דחיית המתנה, צריך שלשה כבהפקר דעלמא. כמו כן, שו"ת בית אפרים, חו"מ, סי' מב, מביא את הדין שהפקר צריך להיות בפני שלשה, לענין מה שאומרים שבהתנגדות מאוחרת זה הפקר. אבל בית יעקב, רמה, י, מביא ראייה מזה שהקשו בכריתות מ"האומר לחברו" ולא תירצו ששם לא היו שלשה, מכאן שאין צריך שיהיו שם שלושה. חידושים וביאורים (גריינימן) כריתות סי' ח ס"ק ו = ב"ב סי' יג ס"ק יז, מסתפק האם זה הפקר דוקא אם אמר זאת לפני שלשה.

סמ"ג, עשה פב (קסא ע"ג), אחרי שמביא את הדין שבהתנגדות בסוף הנכס הוא הפקר, מביא את דברי התלמוד בנדריים שהמפקר, צריך שיהיו שם שלשה, ויכול לחזור בו עד שלשה ימים - משמע שבא לומר שגם כאן זה הפקר רק בתנאים אלו.

באלו לשונות: ב"ח, חו"מ, רמה, יג, כותב שלרמב"ם זה הפקר גם בשאר הלשונות שאינן מועילות לבטל את המתנה: "איני מקבלה", "הרי היא בטלה", "מבוטלת", "תיבטל", או "מום זה נראה לי בה". וכן כסף משנה, על הרמב"ם שם, כותב שלרמב"ם גם ב"מבוטלת", או "תיבטל", זה הפקר (וכסף משנה כותב שגם "הרי היא בטלה" משמעו להבא, לרמב"ם). משנה למלך, ולחם משנה, על רמב"ם שם, כותבים שלרמב"ם ב"הרי היא בטלה", זה הפקר, כי משמעו להבא. וכן מעשה רקח, על הרמב"ם, הלכות זכיה, ד, א, כותב שלרמב"ם גם ב"איני מקבלה" זה הפקר. אפשר להסביר שאף כשאומר שמצא בה מום, אין אומרים שיחזור לנותן כבכל מקח טעות, אלא מפרשים את כוונתו, שהוא

אומר שמחמת המום אינו רוצה להיות בעלים על החפץ, ואינו רוצה שישאר אצלו, ומשמעות הדבר היא שהוא מפקיר אותו.

הגהות הרש"ש, גיטין לב ע"א, על תוס' ד"ה מבוטלת, מעיר שלגירסתנו בכריתות "ביטול" הוא לשון הפקר, שלא כר"ן על הר"ף, פסחים א ע"א (בדפי הר"ף), שכתב ש"ביטול" אינו לשון הפקר. כנראה, הוא מתכוון ללשון "תיבטל" ו"מבוטלת", שעליה נאמר בכריתות שזה הפקר (ולא על "בטלה היא").

ערוך השלחן, חו"מ, רמה, י, כותב שגם אם אמר "מבוטלת" או "תיבטל", זה הפקר, כמו בביטול חמץ, שמועיל מטעם הפקר, ואף שחמץ אינו ברשותו של אדם ולכן די בגילוי דעת להוציאו מרשותו, הרי גם מתנה שאדם מקבל אינה נכסיה עצמו (ראה בשמו בהערה 100).

ר' יחיאל מיכל פיינשטיין, אהל יצחק גיטין לב ע"ב (עמ' תשצג), כותב שרק לשון עתיד מועיל כלשון של הפקרה. מחנה אפרים, הלי שכירות, סי' ט, מוכיח מהרמב"ם כאן ש"אי אפשי" הוא לשון הפקר. גם נתיבות המשפט, שלג ס"ק יח, מוכיח מכאן ש"אי אפשי" הוא לשון הפקר ומועיל בעל פה. צבי גאון יעקב, סי' יג, עמ' 58, מסביר ש"אי אפשי" מועיל כהפקר, כי כל לשון המורה שהאדם מסיח את דעתו מהדבר, מועיל כהפקר. אבל קרית ספר הלי זכיה פ"ד, כותב שאף שהאומר על נכסיו "איני רוצה בהם", אינם הפקר, כאן די בגילוי דעת, כיון שהנכס הגיע אליו כמתנה, והוא חוזר בו מפני ש"שונא מתנות יחיה".

מרכבת המשנה מהדו"ב, על הרמב"ם, הלי גירושין, ו, כב, כותב שלרמב"ם גם "תיבטל" או "מבוטלת" משמעם להבא, וכבר זכה בה המקבל שעה אחת, ויצאה מרשות הנותן, לכן כשהמקבל אינו רוצה, זה הפקר; אבל ב"ביטלה היא" כיון שיש שתי משמעויות, לכן אם יש ויכוח בין הנותן למי שהחזיק בה, האם זה הפקר או חוזר לנותן, הולכים לפי מה שהמקבל יפרש את דבריו (ולכן לא כתב הרמב"ם מה דינו בדיוק); וכן ב"אינה מתנה" תלוי איך המקבל יפרש את דבריו, שאם יפרש "מעיקרו לא קיבלתי", חוזר לנותן, ואם יפרש "אחרי קבלה חזרתי ב"י" מועילה הודאתו שיהיה הפקר; ובשתי לשונות אלו, אם שום אדם אחר לא החזיק, זוכה הנותן ממ"נ, או מתורת הפקר או כי מן הדין חוזר לנותן.

בית יחיאל חו"מ ח"א סי' ה (עמ' קיז), כותב שלרמב"ם רק ב"איני רוצה בה" זה הפקר, מפני ש"איני רוצה בה" מתייחס למצב הקיים: איני מרוצה בזה שהחפץ שלי, וזה גילוי דעת שהוא מפקיר אותו; אבל לשון "ביטלה" או "איני מקבלה" מתייחסת לקבלת המתנה ולא ליחס שלו לחפץ היום, והרי אינו יכול לבטל את הקבלה, שהוא דבר שבעבר.

הבחנה: תוס', ב"ב קלח ע"א (ד"ה כאן), כותבים שאם שתק ואח"כ אמר "אי אפשי", או "תיבטל", זה הפקר, אבל אם אמר "ביטלה", אינו הפקר. דרישה, רמה, יג, כותב שלרמב"ם זה הפקר גם ב"מבוטלת" ו"תיבטל", אבל ב"ביטלה היא" אינו הפקר, אלא זה של המקבל; סמ"ע, רמה, יג, ס"ק יז (הובא בשו"ת נודע ביהודה, מהדו"ת, או"ח סי' נח), כותב שלרמב"ם זה הפקר רק ב"איני רוצה", אבל בשאר הלשונות, נשאר ביד המקבל (והסכים עמו ר"א סופר, בהערותיו למאירי, ב"ב קלח ע"א, עמ' 571, הערה ג). בהערה 61 הבאנו שמגיד משנה כותב שהרמב"ם מסופק באומר "ביטלה היא", האם זה הפקר. נתיבות המשפט, רמה, ס"ק ד, כותב שלרמב"ם גם ב"הרי היא בטלה" הוא הפקר, אבל לא ב"ביטלה היא".

פתחי חושן, קניינים פט"ו הערה עא, מדייק מלשון הרמב"ם, שדוקא ב"אי אפשי" = "איני רוצה", זה הפקר, אבל ב"איני מקבלה", "הרי היא בטלה" או "מום נראה לי בה", אינו הפקר (בהערה עח דייק מהטור, שהבין שזו דעת הרמב"ם), שהרי ברור שב"מום נראה לי בה" אין סיבה שכיון שמצא בה מום, יהיה הפקר. אבל בהערה עד, דייק מלשון ב"י שגם ב"מום נראה לי בה" זה הפקר.

ים של שלמה גיטין פ"ד סי' ו, כותב ש"ביטלה היא" ו"היא בטלה" הם לשון עבר, ורק "הרי היא בטלה" משמעו להבא. גרש ירחים, גיטין לב ע"ב (ד"ה בגמרא וקא), כותב שלרמב"ם "ביטלה" בצירי עם יו"ד בין טית ללמד, משמע להבא, וזה הפקר, ואילו בלי יוד ובלי צירי משמעו לשעבר וחוזר לנותן.

שער המלך, הלכות גירושין, ו, כב, כותב שלגירסת "ספרים דגרסי" בתוס' (וכך גורס רבנו גרשום בכריתות), "אי אפשי" הוא לשון הפקר, אבל "מבוטלת" ו"תיבטל" אינם לשון הפקר והם להבא, ולכן נשאר למקבל. יד דוד גיטין לב ע"א, על תוס' ד"ה מבוטל, כותב שלגירסה של "ספרים דגרסי", "אי אפשי" הוא לשון הפקר, כי כיון שאינו רוצה בה, זה לכל אדם, אבל "ביטלה" לא משמע הפקר.

בני חיי, חידושי גיטין לב ע"א, כותב שלפי "ספרים דגרסי", "מבוטלת" או "תיבטל" לא מועיל לבטל מכאן ולהבא, וגם אינו משמע לשון הפקר, שלא כ"אי אפשי" שהוא לשון הפקר; וב"אי אפשי" מדובר שלא חב לאחרים ולכן מועיל (דבריו קשים, שהרי אם זה הפקר זה לא פוגע במלוה, כי הוא יכול לגבות - ראה ליד ציון הערה 93).

שביתת יו"ט על כריתות (פו ע"ד, פז ע"א-ע"ב), כותב, שלפי גירסת "ספרים דגרסי", ב"תיבטל" או "מבוטלת" זה נשאר למקבל, וב"אי אפשי", "ביטלה היא", ו"אינה מתנה" חוזר לנותן (כנראה, הוא מבין שמה שנאמר בכריתות שבמקרה זה הוא הפקר, לא נשאר למסקנה).

ר"א ליכטנשטיין, בהערותיו לחי' ר' קרשקש (בעבר נדפס על שם הריטב"א), גיטין לב ע"א, הערה 51, מבאר את שיטת "ספרים דגרסי", ש"אי אפשי בה" היינו שזה הפקר, מפני שלשון זו אין במשמעה שלילת המתנה, אלא סילוק רשותו מהחפץ, כלומר שיהיה החפץ הפקר, ואילו האומר "מבוטלת היא" נשאר למקבל כי כוונתו לבטל את המתנה ולשלול את הנתנה, ואת זה אינו יכול לעשות אחרי שכבר זכה. יש להעיר שרבנו גרשום, כריתות כד ע"א, גורס כגירסת "ספרים דגרסי", אבל מפרש בדרך שונה מהדרך שתוס' פירשו לפי גירסה זו. על פירושו ראה להלן.

כפי אהרן (עזריאל), ח"ב, חו"מ, סי' ח (קי ע"ד), כותב שלפי שיטת ר"י בתוס' (ראה הערה 61), ב"תיבטל" ו"מבוטלת" זה הפקר (כמסקנת הגמרא בכריתות), וב"ביטלה היא" זה נשאר ביד המקבל, כי כך הוא לטובתו.

שביתת יו"ט על כריתות (פו ע"ד, פז ע"א-ע"ב), כותב, שלפי רש"י, אם אמר "תיבטל" או "מבוטלת", נשאר למקבל, ואם אמר "אי אפשי", זה הפקר; לפי תוס' ור"ח, ב"תיבטל", "מבוטלת", ו"אי אפשי", זה הפקר, וב"ביטלה היא", ו"אינה מתנה" נשאר למקבל; ולפי הגירסה המובאת ברמב"ם ב"ב ובר"ן בגיטין, באומר "תיבטל", "מבוטלת", ו"אי אפשי" זה הפקר, וב"ביטלה היא", אינה מתנה" חוזר לנותן משום הודאת בע"ד כי משמע לשעבר; ולרמב"ם רק ב"אי אפשי" זה הפקר, ואילו בשאר לשונות שאמר קודם, "הרי היא בטלה", "איני מקבלה", "מום נראה לי בה", וכן "תיבטל" או "מבוטלת", נשאר למקבל, ונושהו גובה, כי זה לא משמע לשון הפקר, אלא הוא רוצה שתבטל המתנה ויישאר לנותן (ואינו יכול, ולכן זה נשאר למקבל).

לב מרפא, אות מ, ע' מבטל מתנה (מד ע"א), כותב שש"ת מהרש"ד, ח"ב, ס"י קכב, הבין כמו מגיד משנה שרק ב"איני רוצה בה" זה הפקר, ובשאר הלשונות זוכה המקבל בעל כרחו.

אבן האזל, על הרמב"ם, הלכות זכיה, ד, א, כותב שלרמב"ם זה הפקר רק ב"אי אפשי", או "איני רוצה", כי משמעותו היא שעכ"פ אינו רוצה שיהיה שלו, וזה לשון הפקר; וגם לשון "איני מקבלה" הוא לשון הפקר, כי זה לא משמעות של ביטול עיקר הנתנה אלא רק שאינו רוצה לקבל; אבל ב"מבוטלת" או "תיבטל", המתנה נשארת למקבל, כי לשון ביטול אינה לשון הפקר, וגם באופן שלא משמע לשעבר, שלא מועיל בדרך ביטול, מ"מ זה לא הפקר, כי סו"ס עכשו הוא רוצה לבטל את המתנה בדרך חזרה, ואינו יכול.

שו"ת הרא"ש כלל יג, ס"י כא (מהד' מכון י"ס), עמ' סח, כותב שאם אמר לשון סילוק כגון "ידי מסולקת ממנה", לא מועיל, כי כל דבר שזכה בו אדם, אינו יוצא מתחת ידו עד שיכתבנו או ימכרנו לאחר (משמע שזה לא הפקר). שערי חיים, על' ס' המקח, שער טו (קנה ע"ב), מקשה, שזה מתאים לדעת רשב"ם (להלן) שבהתנגדות מאוחרת זה לא הפקר, אבל הרא"ש (לעיל) פסק שזה הפקר? כפי אהרן (עזריאל), ח"ב, חו"מ, ס"י ח (ק"ב ע"ג), מיישב, שבכלל יג התכוון לומר שבלשון סילוק לא חוזר לנותן, אלא נעשה הפקר, אבל בנידונו, בחכירות, לא שייך הפקר כי זה דשלב"ל (ורק קנין מועיל בו מטעם מנהג), ולכן זה נשאר למוחזק. גם קהלת יעקב, מענה לשון, לשון בני אדם, מע' ס, אות תצח, דייק מהרא"ש שם שלשון סילוק הוא הפקר כמו "אי אפשי" (שלא כשערי חיים שהבין שלרא"ש זה לא לשון הפקר, ותמה על קהלת יעקב). שערי חיים (קנה ע"ג) כתב שמסקנת הסוגיה בכריתות כד ע"ב היא שסילוק אינו כ"אי אפשי" אלא "ימדין ודברים סילק עצמו". אך כפי אהרן מציין שלפי רש"י שם אומרים כך רק אם אמר את כל הלשונות ביחד, אבל אם אמר רק "ידי מסולקת משדה זו" זה הפקר כמו ב"אי אפשי". שבילי דוד, חו"מ, רמה, ב, כותב שהאומר "אין לי עסק בה" או "ידי מסולקות הימנה", לרש"י מועיל כמו "אי אפשי בה" (כלומר, זה הפקר), ולתוס' לא מועיל אלא אם עשה קנין.

חזון איש, אהע"ז, ס"י קמו, לדף מב, ס"ק ד (=חזון איש, גיטין לב ע"א), עושה הבחנה: אם כבר זכה בה בעצמו ואח"כ אמר "בטלה היא" או "אינה מתנה" וכדומה, לשון שמשמעו לשעבר, נשאר אצלו, ואם אמר לשון עתיד, כגון "תיבטל", "מבוטלת" או "אי אפשי", זה הפקר.

חידושים וביאורים (גריינימן) כריתות ס"י ח ס"ק ו = ב"ב ס"י יג ס"ק יז, מעלה אפשרות שזה הפקר דוקא באומר שמראש לא התכוון לזכות, או באומר שכשנטל נטל ע"מ להתישב בדבר, אבל אם אומר שבזמן ששק זכה בה בהחלט ועכשו חוזר בו, זה לא הפקר, כמו שהאומר על חפץ מחפציו "אי אפשי", אין זה מועיל כהפקר עד שיאמר לשון סילוק גמור (שלא כרמב"ן שנביא בהערה 90, ולא כמחנה אפרים ונתיבות המשפט שהבאנו לעיל, וכפי אהרן להלן בסמוך). אך הוא מעלה אפשרות שמדובר שאמר כך כשהיו עדיין עסוקין באותו ענין, ולכן מועיל לשון "אי אפשי" גם במקרה האחרון (על פי ב"ב קיד ע"א, שמועילה חזרה מחוזה כל זמן שעסוקים באותו ענין). גם פתחי חושן, קניינים פט"ו הערה עז, מעלה אפשרות שזה הפקר רק אם הביע התנגדות כל זמן שעסוקים באותו ענין, אחרי כדי דיבור, שמצד אחד לא יכול לבטל את המתנה (שתחזור לנותן) כי זה אחרי כדי דיבור, אבל עוד לא הוחזקה המתנה להיות שלו ממש, ולכן נעשה הפקר, אבל אם הביע התנגדות אחרי הזמן הזה, הנכס נשאר שלו, כי הדבר כבר נכנס לבעלותו, והאומר על דבר שהוא שלו "אי אפשי", אינו נעשה הפקר, ואמנם לא טרח במתנה זו, אבל היא נעשית שלו לכל דבר.

שו"ת שמן המור, חו"מ, ס"י א (מו ע"א), כותב שהזוכה מהפקר זכה, בין אם היתה המתנה בידו לפני שאמר המקבל "אי אפשי", ובין לא היתה אז ברשותו (הוא מתייחס למימרה של ריש לקיש).

חריג: ח"י ר' קרשקש (בעבר נדפס על שם הריטב"א), גיטין לב ע"א (עמ' רפב), כותב שאם אמר לנותן "נכס זה שנתת לי - יהא שלך", והנותן לא רצה לקבלו, אינו הפקר, כי המקבל רצה לתיתו רק לנותן. רח"א מילר הוסיף, שגם אינו חוזר לנותן, כי הנותן אינו רוצה אותו, וגם אילו רצה, היה צריך לעשות קנין לקנותו, כיון שהנכס כבר עבר לבעלות המקבל כיון ששק בתחלה..

אור שמת, הלכות זכיה, ט, יג, כותב שאם הנותן אמר "מהיום אם לא אחזור עד מיתה", לא יכול המקבל להפקיר בחיי הנותן, כי הנותן יכול לחזור בו כל חייו והמקבל לא יכול להפקיר כי זה לא ברשותו, ובהתנגדות מאוחרת בחיי הנותן, זה של המקבל. בפשטות, הדין יהיה כך לדעתו גם בתנאי כמו "אם לא אחזור תוך שלושים יום".

שערי טוהר, חלק ח, דף תכו ע"ג-ע"ד, כותב שהרמב"ם סובר שמה שנכס יוצא להפקר כשהמקבל מתנגד לקבל, הוא בגדר סילוק, ולא הפקר; ולכן בעבד שניתן במתנה, והמקבל התנגד, לא יצא לחרות כשאר עבד שאדונו מפקיר אותו, כי רק בהפקר שהוא כהקנאה לכל העולם הפקרת העבד מוציאה אותו לחרות, אבל סילוק אינו מוציא לחרות.

נראה שאם הנותן התנה את המתנה "בתנאי שירצה המקבל לקבל ולא יביע התנגדות אח"כ", והמקבל הביע התנגדות מאוחרת, המתנה אינה הפקר אלא בטלה וחוזרת לנותן, שהרי לא התקיים התנאי, בדומה למה שכתב המגיה לשו"ת דברי שמואל, שהבאנו בהערה 41, בדעת הרשב"ם לגבי דחייה מיידית. ייתכן שדי שיאמר "בתנאי שירצה המקבל", וגם אז התנגדות מאוחרת מבטלת את המתנה, כי זה לא נחשב שהוא "רוצה"; ברור שהנותן התכוון שהתנאי יכול גם שלא תהיה התנגדות מאוחרת, שאילו שלא תהיה התנגדות מיידית לא היה צריך תנאי, כי גם בלי תנאי המתנה בטלה בהתנגדות מיידית.

דעות חולקות: רשב"ם, ב"ב קלח ע"א, כותב שאם שתק ואח"כ אמר "אי אפשי", לא הועיל להוציא את המתנה מרשותו, עד שיתן לאחר בלשון מתנה או שיפקיר. וכן פסקי רי"ד, גיטין לב ע"ב (נדפס בגליון התלמוד בשם "תוס' רי"ד"), וב"ב קלח ע"א, כתב שאם שתק ואח"כ אמר "אי אפשי", קנה משעה ששתק, ואינו יכול להסתלק ממנה עד שיתננה במתנה למישהו, ונושה גובה ממנה. וכך כתב בתוספות רי"ד, ב"ב קלו ע"ב. גם אור זרוע ב"ב ס"י קמב (הובא בהגהות אשרי, ב"ב, פ"ח, ס"י נא), כותב שבהתנגדות מאוחרת, יכול להוציאה מרשותו רק אם נותן לאחר בלשון מתנה, או הפקיר. גם ראב"ן, ב"ב קלח ע"א (ריט ע"ג במהד' ערנרייך), כותב שבמקרה זה התנגדותו אינה מוציאה את הנכס מרשותו. גם רבנו גרשום, כריתות כד ע"א, כותב שאם אחרי שבאה המתנה לידו (כלומר בהתנגדות מאוחרת) אמר "תיבטל" או "מבוטלת", נשארת למקבל (ומה שכתב שם שב"אי אפשי" או "בטלה היא" זה הפקר, הוא בהתנגדות מיידית, כשיטתו שהובאה בהערה 41). גם רבנו תם, בספר הישר, ס"י תקלה, כותב שאם כבר בא הנכס לידו, אינו הפקר.

גם יד רמה ב"ב פ"ח ס"י קצד (הובא בשערי חיים, על ס' המקח, שער טו, דף קנד ע"ג), אומר שבשעת ואח"כ התנגד, קנה ואינו הפקר (כי אין הלכה כריש לקיש), ואם מת המקבל, יורשו זוכים, ועוד נ"מ, שאם אח"כ המקבל רוצה לזכות בו, הנותן לא יכול לבקש את זה חזרה. כפי אהרן (עזריאל), ח"ב, חו"מ, ס"י ח (קיד ע"ב), כותב שמה שכתב יד רמה (ראה הערה 99) שאם חזר בו המקבל ורוצה לזכות - הנותן לא יכול לחזור בו, טעמו כי במקרה זה, קנה וזה הפקר, ולכן אם המקבל אמר "אפשי", זכה מהפקר. וזה תמוה שהרי הרמ"ה אומר שאז אינו הפקר. גם ר"א אב"ד, ב"ב קלח ע"א, אומר שאינו הפקר, כי כיון שקנה, אין הנכס יוצא מרשותו בהבעת התנגדות, כי אינו אומר שמפקיר אותם, ו"אי אפשי" אינו לשון הפקר.

כפי אהרן (עזריאל), ח"ב, חו"מ, ס"י ח (קיד ע"א), כותב שגם לפי מהר"ח בהג"א, ור' האי המובא ברמב"ן, בנידונו אינו הפקר אלא זה למקבל. והוא כותב שבהתנגדות מאוחרת, ואדם שלישי בא וזכה במתנה, הזוכה יכול לומר ק"ל כדעה שבטקסט, שבהתנגדות מאוחרת זה הפקר (וכן בדף קיב ע"ג, מדייק משו"ת מהרש"ם אה"ע"ז ס"י קעט, שהמוחזק יכול לומר ק"ל שזה הפקר); ואע"פ שיש ס"ס נגדו - אולי אין הלכה כריש לקיש, וגם אם הלכה כריש לקיש, אולי הלכה כרשב"ם שריש לקיש דיבר רק בהתנגדות מיידית, הרי לפי כנה"ג ס"י כה כללי ק"ל אות עא, גם בס"ס אין מוציאין ממון מהמוחזק. דבריו קשים, שהרי שו"ע ורמב"ם פסקו שמי שזכה במתנה, זה שלו, ואין צורך בקים לי. הוא (וכן שערי חיים, על ס' המקח, שער טו, דף קנה ע"ב) תמה שם על שו"ת דברי ריב"ב ס"י פה, שכתב כאילו הרמב"ם סובר כרשב"ם שבהתנגדות מאוחרת, אינו הפקר.

גידולי שמואל, ב"ב קלח ע"א, מבאר את דעת הרשב"ם, שזה לא הפקר מצד המקבל אלא אומדים שהתכוון לבטל את המתנה מראש, ואינו יכול כיון שכבר זכה.

אהל משה (הורוביץ), ב"ב קלח ע"א, עושה הבחנה בדעת רשב"ם: לא מועיל שיאמר "אי אפשי במתנה" (כלומר, אז זה לא נעשה הפקר), ויועיל רק אם יאמר "אי אפשי בחפץ" (כלומר, אז הרשב"ם מסכים שזה הפקר).

עמק השער, על ס' המקח והממכר, שער טו, אות ה, עושה הבחנה בדעת רב האי: במתנה רגילה, אם התנגד אחר זמן, זה הפקר, כי ברור שהתכוון לכך, כי "אי אפשי" הוא לשון הפקר, אבל אם זיכה לו ע"י אחר, המקבל חושב שיכול לחזור בו ע"י התנגדות מאוחרת, ולא מתכוון להפקיר, ולכן זה לא הפקר אלא נשאר למקבל, כי באמת אינו יכול לחזור בו (הוא מסתמך על אבן האזל, על הרמב"ם, הלכות זכיה, ד, א, העושה הבחנה זו בדעת הסוגיה בב"ב קלח).

תוס' ב"ב קלח ע"א (ד"ה כאן), כותבים שגם לרשב"ם, האומר "בטלה היא" אחר שבאה לידו, זה הפקר. קול דודי, כריתות כד ע"א, ס"י תקעד, כותב שרשב"ם גורס כרש"י שב"אי אפשי" לא אמר כלום, ואילו "בטלה היא" או "אינה מתנה" הן לשון הפקר שמועיל גם לאחר שבאה המתנה לידו - כלומר התנגדות מאוחרת.

גרש ירחים, גיטין לב ע"א (ד"ה וכבר), כותב שגם לרשב"ם, אם אמר "אי אפשי בשדה זו" זה הפקר, ורק אם אמר "אי אפשי" סתם, מפרשים שהתכוון לומר שאינו רוצה שתהיה המתנה מתנה, ואת זאת אינו יכול לעשות, אבל אם אמר "אי אפשי בשדה זו", אי אפשר לפרש כך, וברור שהתכוון להפקיר. עוד כתב, שגם לרשב"ם, אם אמר "בטלה היא" או "אינה מתנה", זה הפקר, כי כבר הסתלק הנותן, ואין לומר שלא נתן לו ע"י שיפקיר שהרי כאן כבר בא לידו לידו וזכה בה, ועדי המתנה מועילים לענין שהסתלק הנותן, ולא יחזור אליו, ואע"פ ש"בטלה" היא לשון עבר, מפרשים "בטלה" כהודאת בע"ד שמודה שבשעה שבא לידו אמר "אי אפשי" שזה הפקר.

אבל בס' אולם המשפט, רמה, י, כותב שרשב"ם מודה שבהתנגדות מאוחרת, זה הפקר מכח המקבל, ומש"כ הרשב"ם שלא יצא מרשותו עד שיפקירה, כוונתו שלא יכול להוציא מרשותו מעיקרא (שיהיה כאילו מעולם לא היה שלו) אלא שמועיל בתורת הפקר אח"כ (ונ"מ האם נושה של המקבל גובה, וכן נ"מ לענין נושה של הנותן, לפי ה"ט"ז שכתב שמלוה על פה גובה מהפקר, שאילו אם זכה המקבל, לא יגבה מלווה על פה של הנותן כי מקבל מתנה הוא כלקוח).

⁹⁰ ח"י הרמב"ן, ב"ב קלז ע"ב. לגבי לשון "אי אפשי" הוא מוצא טעם נוסף: שהיא לשון הפקר גם בנכסי עצמו. גם ח"י הר"ן שם מנמק שלשון "אי אפשי" מועילה כהפקר גם בנכסי עצמו. גם ח"י הריטב"א שם מנמק, כי "אי אפשי" היא לשון הפקר. אבל בלשונות אחרות, נשאר רק הנימוק שבטקסט.

לכאורה דברי הרמב"ן קשים: אם זה לשון הפקר, מדוע כתב שכוונתו הראשונית היא שהמתנה תבטל ורק כוונתו המישיגית היא שתהיה הפקר (והוא כותב כך גם על "אי אפשי")? רח"א מילר הסביר שהרמב"ן בא לומר שלפעמים המקבל רוצה בעיקר לבטל את המתנה, ובכל זאת הדין הוא שזה הפקר, כי יש למקבל כוונה מישיגית שאם המתנה לא בטלה (שכך הדין, כיון שזו התנגדות מאוחרת), יהיה הפקר; והרמב"ן מתכוון ליישב בזה מדוע הסוגיה בכריתות כד ע"ב מנסחת את הדין שזה הפקר בנוסח "לא אמר כלום", הרי הוא רצה שיהיה הפקר? ההסבר הוא, שלפעמים כוונתו העיקרית היא שהמתנה תבטל, ולענין זה "לא אמר כלום".

שבילי דוד, רמה, ב, מסביר שמה שכתב הרמב"ן, שגם בנכסי עצמו "אי אפשי" הוא לשון הפקר, הוא לגירסה "אי אפשי בה" - דבריו קיימין, ומה שכתב ש"אי אפשי" משמעותו שאינו רוצה את המתנה מתחילה, הוא לפי הגירסה ש"אי אפשי" - לא אמר כלום, דהיינו שזה הפקר, ואם משמעותו של "אי אפשי" הוא שאינו רוצה בה להבא, כלומר שהוא רוצה שיהיה הפקר, לא היה שייך לומר "לא אמר כלום", שהרי אדרבה, הוא השיג מה שרצה; אלא משמעותו היא שרצה לבטל אותה מתחילה, ואינו יכול, ומ"מ זה הפקר, כי מפרשים שהתכוון לומר שאם אינו יכול לבטלה, יהיה הפקר, כפי שהסביר הרמב"ן; ולגירסה זו אפשר ש"אי אפשי" או "ביטול" אינו לשון הפקר בדרך כלל, ורק כאן יש אומדנא שהתכוון להפקיר, ככוונה מישיגית. והוא עצמו מעלה אפשרות (ומציין שכתב כך בחידושו לאה"ע"ז ס"י קלט), שגם לגירסה "דבריו קיימים", רק במקבל מתנה "אי אפשי" הוא לשון הפקר, כי גילה בדעתו שמראש לא התכוון לזכות לעצמו אלא להפקיר, ולא בנכס שלו.

אבל ערוך השלחן, חו"מ, רמה, יב, כותב שבנכסי עצמו, האומר "איני רוצה" או "בטלים הם", אינם נעשים הפקר, ומ"מ במתנה זה לשון הפקר. ראה גם הערה 89, שחידושים וביאורים כותב ש"אי אפשי" אינו לשון הפקר בנכסי עצמו.

ח"י ר' קרשקש (בעבר נדפס על שם הריטב"א), גיטין לב ע"א (עמ' רפב), מסביר שאין לומר שהפקירו רק על דעת שהנותן יקבל, שהרי לא אמר כך, אלא סתם אמר "אי אפשי בה", ולכן זה הפקר לכל אדם.

שו"ת מהר"א הלוי (איטינגא), ח"ב ס"י נא, מסביר שזה הפקר, כי אנו רואים שאינו רוצה בגוף הדבר, והוא רוצה להיפטר מהחפץ.

אולם יש אומרים שהדין כך רק במתנה של מיטלטלין, כיון שהם בידו, שכבר נכנסו לרשותו, ולכן משמעות דבריו היא שהוא מפקיר אותם; אבל בקרקע, שאינה בידו, אין הבעת התנגדות מתפרשת כלשון הפקר, אלא רק כרצון מצד המקבל לבטל את המתנה, והרי אינו יכול לעשות זאת, ולכן הנכס נשאר בבעלות המקבל⁹¹.

שו"ת מהר"ם שם מסביר, שהוא יכול להפקיר כי כבר זכה בנכס ונתקיימה המתנה שעה אחת, כך שנעשתה מחשבת הנותן, שרצה רק שיקבלנה ממנו, והרי קיבלה ממנו לשם מתנה, ולא איכפת לנותן מה יעשה בה אח"כ. גם שו"ת הרא"ש, כלל עה, שם, נימק, שכיון שהגיעה המתנה לידי המקבל, נתקיים רצון הנותן, ולכן הסתלק ממנה הנותן. גם נימוקי יוסף שם נימק, כי הנותן הסתלק. כנראה הוא מתכוון (כעין דברי מהר"ם) להסביר מדוע זה שונה מהתנגדות מיידית שבה אין אומרים שזה הפקר (בניגוד לדעת רשב"ם, שהבאנו בהערה 41, שזה באמת הפקר שם) - שם אינו יכול להפקיר, כי הנותן לא הסתלק כי נתן רק על דעת שהמקבל יקבל, ואילו כאן שהמקבל זכה במתנה לזמן מסוים, הסתלק הנותן, וממילא בזה שהמקבל אומר לשון הפקר, נעשה הנכס הפקר.

ארזא דבי רב, גיטין ס"ו כ (עמ' רלו) אות א, מסביר שזה הפקר כי דיבורו "אי אפשי" עושה את זה הפקר, ואע"פ שלא אמר כך בפירוש, הרי אומדנא מועיל בהפקר, כדברי תוס', שבת יח ע"ב (ד"ה דמפקרא); ומדייק מתוס' גיטין לב ע"א, ש"אי אפשי" הוא לשון הפקר.

ב"ח, חו"מ, רעה, יא, ופרישה, חו"מ, רעה, יא (הובאו בכפי אהרן (עזריאל), ח"ב, חו"מ, ס"ו ח, דף קיד ע"ג, ובשו"ת משפטים ישרים, גאון, ס"ו ו, דף טו ע"ב), הקשו, מדוע יורש שאמר "אי אפשי", יכול לחזור בו מאמירתו, ואילו כאן "אי אפשי" הוא לשון הפקר? ותירצו שזה לשון הפקר רק לגבי נכס שבא לידי זוכה בו, ואילו בענין ירושה מדובר שלא בא לידו. פרישה תירץ עוד (בתירוצו הראשון) בכיוון ההפוך, שכאן זה לא היה רכוש שלו עד עכשו, אבל ירושה היא ממונו ממש, ולכן כדי להפקירו צריך להפקיר במפורש.

⁹¹ רש"י, כריתות כד ע"א (הובא בטור, רמה, יג, בתוס', גיטין לב ע"א, ד"ה מבוטלת, ברא"ש, גיטין, פ"ד, ס"ו ג, בתוס' הרא"ש, גיטין לב ע"א, בחי' הרמ"ה ושיטות קדמונים [=חי' ריטב"א מכ"י], גיטין לב ע"א, במישרים, נתיב טו, ח"א, בטיב גיטין, גיטין לב ע"א, בפני יהושע, כתובות פג ע"א (ד"ה בתוס' ד"ה כדרב), בשביתת יו"ט, על כריתות, דף פו ע"ד, בשער משפט, רמה, ס"ק ב, בלב מרפא, אות מ, ע' מבטל מתנה, דף מד ע"א, בארזא דבי רב, גיטין, ס"ו כ, אות ב, בשו"ת בית אפרים, חו"מ, ס"ו מב, בעושה שלום, אות א, כלל ו, דף י ע"ג, ובמנחת ביכורים, מיוחס, ב"ק, דף לו ע"ד, בדפי הספר); לחם משנה, הלכות זכיה ד, א, בדעת מגיד משנה; ים של שלמה גיטין פ"ד ס"ו ו; רמ"א, חו"מ, רמה, י; שלטי הגיבורים, גיטין טז ע"א בדפי הרי"ף, אות ה, בשם הרא"ה; ערוך השלחן, חו"מ, רמה, י; ב"ח, חו"מ, רעה, יא. **הבחנה בין לשונות:** מן הסמ"ע, רמה, ס"ק יט, משמע שהבין שהרמ"א אומר כך רק על "אי אפשי", וסובר שלשון זו דינה שונה מדין שאר הלשונות, כולל "איני רוצה", שבהם זה הפקר גם בקרקע (גם באר הגולה אות ד הבין את הרמ"א כמו הסמ"ע); והסמ"ע עצמו אומר שאין הבדל בין "אי אפשי" ל"איני רוצה". אבל ש"ך, חו"מ, רמה, ס"ק ו (והסכים עמו שו"ת הרד"ם, חו"מ, ס"ו יא), כותב שהרמ"א לא מתכוון להבדיל בין "אי אפשי" ל"איני רוצה". ואכן בפשטות הרמ"א בא לומר שבכל הלשונות בקרקע אינו הפקר.

פני יהודה כריתות כד ע"ב, כותב שלמסקנה של רש"י, דוקא ב"אי אפשי" מפרשים להבא "איני חפץ", ומשמע כך יותר מהפקר, ולכן בקרקע נשאר למקבל, אבל ב"בטלה" (כך צ"ל, ולא "תיבטל", וטעות דפוס זו חוזרת שם חמש פעמים) א"א לפרש שאינו רוצה, ולכן גם בקרקע זה הפקר, ואף שלא הפקירו בפירוש מניחים שזו כוונתו. זקן שמואל, חו"מ, רמה, א, כותב שלרש"י דוקא ב"אי אפשי" יש הבדל בין קרקע למטלטלין אבל ב"בטלה היא, אינה מתנה" זה הפקר גם בקרקע, כי זה כמו הפקר בפירוש (כך נראית כוונתו, עיי"ש להוכחתו).

זקן שמואל, חו"מ, רמה, יג, עושה הבחנה נוספת: לפי הטעם שקרקע אינה בידו ולכן לא מועיל הפקר, הרי גם במטלטלין אם לא באו לידו, לא יועיל ההפקר; וכן לפי הטעם של הרשב"א, יוצא שגם במטלטלין אם לא באו לידו, יהיה דינו כקרקע, שאינו הפקר. מצד שני, הוא כותב שלפי טעם הרשב"א, בקרקע גם אם החזיק, אינו הפקר כי אינו יכול להחזירו לבעליו (שמאי-החזרתו, דייק הרשב"א שלא רצה לבטל את המתנה); ואילו מרש"י בכריתות הוא מדייק שבקרקע אם החזיק בה, זה הפקר כמו מטלטלין.

חקרי לב, חו"מ, ח"ב, ס"ו ע (קטז ע"ב), מביא שרש"י אומר ש"אי אפשי" הוא לשון הפקר רק במטלטלין אבל בקרקע אינו לשון הפקר. רח"א מילר סבור שלא ייתכן שחקרי לב הבין שזה עניין לשוני, שהרי אין טעם שהמשמעות הבלשנית של "אי אפשי" תשתנה בין מטלטלין לקרקע; לכן הסביר שכוונת חקרי לב היא שמשמעות הלשון היא לפי כוונת האדם, וכוונת האדם שונה בין קרקע למטלטלין.

בעבדים: בכריתות כד ע"ב נאמר שגם במתנת עבדים, הם הפקר אם אמר המקבל "אי אפשי". קול דודי כריתות כד ע"א, ס"ו תקפב, נימק, שעבדים הם כמטלטלין לענין זה (אם באו לידו), כי גם בהם שייכת האומדנא שאומר הרשב"א (הערה 92) שאילו רצה להחזיר לנותן היה צריך להחזירם בפועל. גם שמחת יו"ט, ס"ו לו (קמו ע"ג), כותב, שעבדים כמטלטלין לענין זה. וכן עולת שלמה ורד"ל, שנביא בהערה 92, כותבים שעבדים כמטלטלין (על פי נימוקיהם להבחנה בין קרקע למטלטלין - ראה שם). אבל רש"ש, כריתות כד ע"ב, מתקשה בדברי התלמוד שעבדים הם הפקר, הרי הם דומים לקרקע לענין זה, כי העבדים לא באו לידו אלא הנותן זיכה לו אותם בשטר. יש להוסיף שבעבד לכאורה יש מקום להניח שלא התכוון להפקיר, מפני שאם העבד מופקר, הוא משתחרר, ונמצא המקבל עובר באיסור "לעולם בהם תעבודו". אך לאמיתו של דבר אין בזה איסור, כיון שהוא עושה לטובת עצמו, כדי שלא יצטרך לזון את העבד, כדברי כתב סופר בהערה 17. [?]

קול דודי כריתות כד ע"א, ס"ו תקטט, כותב שתבואה שנקצרה ומונחת בשדה היא הפקר כמו מטלטלין בגלל סברת הרשב"א (הערה 92).

חי' רעק"א כריתות כד ע"ב, כותב שלפי רש"י, שבקרקע אע"פ שבא שטר המתנה בידו הוא חושב שהוא יכול לבטל את המתנה ולא התכוון להפקיר ולכן המתנה קיימת, הדין צריך להיות שגם במטלטלין אם זיכה לו ע"י אחר, שהנכס לא בא לידו אלא שתק והסכים, לא יהיה הפקר כי גוף המתנה לא באה לידו; והוא מתקשה, כי מהגמרא משמע שזה הפקר במקרה זה, בעבדים, כאמור לעיל.

שמחת יו"ט, סי' לו (קמו ע"ג), כותב, על פי טעם הרשב"א לחילוק של רש"י, שאם המתנה כוללת קרקע ומטלטלין, והוא אומר "אי אפשי" על כולם, הכל למקבל, כי אין הוכחה שהתכוון להפקירם מזה שלא החזירם לנותן, שהרי את הקרקע לא היה יכול להחזיר, ואין לומר שהעובדה שלא החזיר את המטלטלין מראה שהתכוון להפקירם, כי הרי הוא רצה לגלות דעתו שגם את הקרקעות אינו רוצה, ולגבי הקרקע יצטרך לעשות זאת בדיבור, ואפשר שרצה לעשות את הגילוי בבת אחת לכולם, ובדעתו להחזיר אח"כ את המטלטלים לנותן בפועל. הוא כותב שגם במטלטלין, אם שלח את המטלטלין בפועל חזרה לנותן, ושלח לו לאמר "אי אפשי", לא אומרים שזה הפקר, שהרי טעם רש"י שבמטלטלין זה הפקר הוא מהעובדה שלא החזירם לנותן, והרי כאן החזיר בפועל, וזה מראה שרוצה שהמתנה תתבטל מעיקרה, והרי אינו יכול, ולכן קנה המקבל, וזה לא הפקר.

נפקות מן הדין שבקרקע זה נשאר למקבל: כתר ישועה כריתות כד ע"א (ד"ה תיבטל), כותב שיש נ"מ למקרה שאדם אחר החזיק בה, שהמקבל יכול להוציא מיידו אם יתחרט וירצה את המתנה, כי לא הפקיר את המתנה, ולא יצאה מרשותו בזה שאמר שאינו רוצה בה.

נתיבות המשפט, רמה, ס"ק ג (הובא ביד בנימין, כריתות כד ע"א), מחדש שהדין כך גם במטלטלין שניתנו במתנת שכיב מרע, ואע"פ שהם עדיין ביד הנותן, והמקבל קיבלם רק מכח אמירת השכיב מרע שדבריו "ככתובים וכמסורים", ולכאורה בזה אין מקום לסברה של הרשב"א שהרי אין בידו להחזירם לנותן, בכל זאת כיון שחכמים עשו את דבריו כמסורים, יש להם כל דין "מסורים". מדבריו למד רח"א מילר, שבמתנת בריא, שהקנה בקנין סודר, שהמטלטלין עדיין לא ביד המקבל, אם אמר לשון זו, לא יהיה הפקר, כדברי ר"ע איגר לעיל.

דעה חולקת: הרמב"ם לא עשה הבחנה בין קרקע למטלטלין, ולכן יס של שלמה גיטין פ"ד סי' ו, פרישה, חו"מ, רעה, יא, שו"ת מהרש"ך, ח"ב, סי' קכב, שערי טוהר, ח"ח, דף תכו ע"ד, ושבתת יו"ט על כריתות (פז ע"א), כתבו שלרמב"ם בכל מקרה זה הפקר. גם מדברי ערוך השלחן, חו"מ, רמה, סעיף יב וסעיף יג, עולה שהבין כך את דעת הרמב"ם.

גם תוס' רי"ד ב"ב קלז ע"ב, חולק על רש"י, ומנמק, שגם בקרקע, כיון שזכה בשטר, קנה, וכשאומר "אי אפשי" שהוא לשון הפקר, יש לפרש שהפקיר אותה. כמו כן, חוסן ישועות ב"ב קלח ע"א (ד"ה בתוס'), כותב שתוס' לא מבחינים בין קרקע למטלטלין.

שו"ת הרד"ם חו"מ סי' יא, כותב שלרמב"ם ולתוס' ולשו"ע, זה הפקר גם בקרקע. גם זקן שמואל, חו"מ, סי' רמה, א, מדייק מתוס' בגיטין שהם לא חילקו בין קרקע למטלטלין. כמו כן, שו"ת מהרי"א הלוי (איטינגא), ח"ב סי' נא, כותב שלפי רי"ף ורמב"ם זה הפקר גם בקרקע וגם במטלטלין. כמו כן, ר' דוד מילדולה, פרי עץ חיים כרך ד, דף רכט (מס' 474), מביא שהרמב"ם פסק שבהתנגדות מאוחרת זה הפקר, בתור חולק על רש"י, טור ורמ"א, שסוברים שבלשון עתיד, נשאר למקבל; וברור שכוונתו למתנת קרקע, שרק בה לרש"י המתנה נשארת למקבל (אף צ"ע מה שכתב שלרמב"ם כיון שזה הפקר, נושהו לא יכול לגבות מהנכס, בניגוד לרש"י שלפיו הנושה גובה אם זה חוב בשטר - הרי גם אם זה הפקר הנושה גובה - ראה ליד ציון הערה 93). כמו כן, קול דודי, כריתות כד ע"א, סי' תקעד, כותב שהרשב"ם לא צריך לחלק בין מטלטלין לקרקע, כי הוא יכול ליישב בדרך אחרת את הקושי שהביא את רש"י לחלק כך (עיי"ש בהסברו לכך).

ב"ח, חו"מ, יג, כותב שגם רש"י מסכים לרמב"ם להלכה, ש"אי אפשי בה" מתפרש כלשון הפקר גם בקרקע, משום שמפרשים את לשונו באופן שתהיה תועלת באמירתו, ואם נפרש את לשונו כרצון לבטל את המתנה, לא תהיה תועלת באמירתו שהרי זה דבר בלתי אפשרי, לכן יש לפרש את לשונו כהפקר; ומה שכתב שאין מפרשים את לשונו כהפקר, היה רק ל"הוה אמינא" בגמרא - עיי"ש בהסברו לכך. הב"ח מסתמך על האמור בגיטין לב ע"ב, שבלשון מסופקת מפרשים את לשונו באופן המועיל (הגמרא עסקה בלשון "בטלה" - ראה הערה 61). חי' מהר"ם שיק גיטין לב ע"א (עמ' קסז), משיב על סברת הב"ח, שבדבר שמשמעו בשני אופנים, אם הוא אומר שלא התכוון לאופן המועיל, נאמן, ולפחות מספק משאירים אותו בחזקתו, ולכן כל לשון שמשמעו גם הפקר וגם דבר אחר, לא מועיל כהפקר, כי אם יהיה הפקר, לא תישאר לו שום זכות, ואם יש משמעות שאינו הפקר, תמיד יוכל המפקיר לומר אח"כ שהתכוון לאופן השני ולהחזיק, ולכן אינו הפקר (גם אם הפקר הוא האופן המועיל); ודוקא במטלטלין שבאו לידו, ש"אי אפשי" הוא לשון הפקר בבירור, זה הפקר, אבל בקרקע אפשר ש"אי אפשי" הוא לשון סילוק, שלא מועיל, ואין לומר שהתכוון ללשון שמועילה - במובן הפקר, שהרי אמרנו שלא מועיל הפקר בלשון לא ברורה. בדרך אחרת הוא משיב על הב"ח, שהכלל מפרשים את דבריו באופן המועיל הוא בגדר אומדנא, מצד אין אדם מוציא דבריו לבטלה, ובאומדנא לא מוציאים ממון, ולכן ב"אי אפשי" אין אומרים כב"ח; ודוקא ב"בטלה היא" שמודה שמעולם לא התכוון לקבל לשם מתנה, לפי המובן שלשעבר (א"כ אינו מוחזק), אמרה הגמרא שהולכים לפי האומדנא שהתכוון לדרך המועילה, כי זה מסייע לחזקת מרא קמא. קרבן נתנאל, על רא"ש, גיטין, פ"ד, סי' ג, אות ז, משיב על סברת הב"ח, שדוקא ב"בטלה היא" מפרשים באופן המועיל, כי שתי המשמעויות אפשריות, אבל "אי אפשי בה" משמע להבא, וכשדבר אינו שלו זה לא הפקר, שהרי לידו הגיע רק שטר מתנה, א"כ הפקר רק את שטר המתנה, וזה חסר משמעות.

שו"ת הב"ח (הישנות), סי' קכד, מנמק את דעת הרמב"ם שגם בקרקע שאינה בידו, אם אמר "אי אפשי", זה הפקר - מפני שאפשר להפקיר דבר שאינו ברשותו כי הפקר הוא מדין נדר (רמב"ם, הלכות נדרים, ב, יד) ואינו כמתנה. אך קצות החושן, ריא ס"ק ד, שו"ת מים חיים (רפפורט) או"ח סי' ו, וחזקה רבה אהע"ז ח"ב סי' קכו, אומרים שא"א להפקיר דבר שאינו ברשותו, אלא כאן מדובר שהקרקע באה לידו ועשה קנין חזקה, ואח"כ אומר "אי אפשי", וכיון שכבר זכה בקרקע, יכול להפקיר. בתשובה, רח"א מילר הסביר שהב"ח סובר כרד"ל (הערה 92), שמדובר שלא עשה קנין חזקה בקרקע, ולכן לרש"י אינו יכול להפקיר, כי אינו ברשותו.

חזון איש, אהע"ז, סי' קמז, לדף מב, סי' קד (=חזון איש, גיטין לב ע"א), מעלה אפשרות שאין כוונת רש"י לעשות הבחנה בין קרקע למטלטלין דווקא, אלא בא לומר שאם אמר זאת לאחר שאינו יכול לבטל את המתנה (כגון במטלטלין, שכבר הגיעו לידו), מפרשים שהתכוון להפקיר, אבל אם הוא בזמן שיכול לבטל את המתנה ע"י הבעת התנגדות (כגון בקרקע, שעוד לא עשה בה קנין חזקה - כהסבר רד"ל, בהערה 92), גם אם אמר לשון להבא, מפרשים שהתכוון לבטל את המתנה להבא, והרי גם מי שזכאי לבטל, אינו יכול לבטל להבא, ולכן המתנה אינה בטלה; ובעבדים, לחכמים דרשב"ג שסוברים שלא יכול לבטל את המתנה, זה הפקר. רח"א מילר הסביר שאף שהתלמוד

במיטלטלין ברור שהוא מתכוון להפקירם, שהרי אילו היה מתכוון שהמתנה תתבטל, היה צריך להחזיר את המטלטלין לנותן, כיון שהמטלטלין בידו; אבל בקרקע שהיא עדיין ביד הנותן, אפשר שאין כוונתו להפקיר אלא לומר שהוא רוצה שהמתנה תתבטל ותחזור לנותן; ומאחר שזה בלתי אפשרי, היא נשארת למקבל⁹².

קורא לזה "לאחר שבאה מתנה לידו", זה יכול לכלול מצב שעוד לא עשה קנין (ולכן עדיין יכול לבטל), ונקרא "לאחר שבא לידו" כי הוא יכול לזכות בה (כפי שחזון איש עצמו הסביר שם).

תפארת יעקב, גיטין לב ע"א (על תוס' ד"ה מבוטלת), כותב שבקרקע, אם אמר לשון להבא, זה הפקר, ואילו במטלטלין, כיון שנתן את החפץ לידו, ואח"כ אומר לשון להבא, נשאר למקבל, כי אינו יכול להפקיר מה שמונה ברשותו בלי להוציאו מרשותו. אבל אח"כ (בד"ה בא"ד ומשנל) הוא כותב בדעת רש"י, שדווקא בשדה שלא בא לידו לא שייך הפקר.

כפי אהרן (עזריאל), ח"ב, חו"מ, סי' ח (ק"ב ע"ג), מביא ששו"ת מים רבים חו"מ סי' ל, עוסק ביעקב שנתן קרקע לבנו ראובן, והיתה לו קטטה עם שאר בניו, ועשו פשרה שהבנים יתנו לאב שטר מחילה על כל התביעות שיש להם על אביהם, ואחרי מות האב טוענים האחים שבטלה מתנת הקרקע לראובן כי מחל לאביו; ופסק שכיוון שנתן ראובן ולבסוף התנגד (ע"י כתיבת שטר המחילה), לכל הדעות המתנה לא חוזרת לאב. כפי אהרן מסכים אתו, ומנמק, שגם לדעה שבהתנגדות מאוחרת זה הפקר, בקרקע זה נשאר למקבל, ועוד, שהמקבל יכול לומר ק"ל כרש"י (שהובא בהערה 89) שבהתנגדות מאוחרת הנכס נשאר למקבל; אך הוא מעיר שמקבל המתנה לא יוכל לומר ק"ל נגד אחריו, לפי שו"ת בעי חיי חו"מ ח"א סי' ק"ב, וח"ב סי' עט. הוא מעלה אפשרות לומר שמטעם אחר זה למקבל (גם במטלטלין): כי יש לאמוד את דעת האב שנתן לראובן (על חשבון הבנים האחרים) רק על דעת שיהיה שלו ולא על דעת שיהיה הפקר, שהרי אם זה הפקר גם אדם זר יוכל לקחת; אך הוא מדייק משו"ת הרא"ש כלל עה סי' ב, שאינו סובר הבחנה זו.

⁹² ח"י הרשב"א, גיטין לב ע"א (הובא בנתיבות המשפט, רמה, ס"ק ג, בשו"ת בית אפרים, חו"מ, סי' מב, ובשו"ת הרד"ם, חו"מ סי' יא).

נר תמיד כריתות כד ע"ב, על רש"י ד"ה לא אמר כלום, מקשה על הסברו של הרשב"א, הרי גם בקרקע מדובר שהגיע שטר המתנה לידו, כי אל"כ זה בגדר מתנגד מראש שאז לכל הדעות המתנה חוזרת לנותן, וא"כ גם בקרקע היינו צריכים לומר שאילו לא התכוון להפקיר היה צריך להחזיר את שטר המתנה לנותן, וזה מוכיח שהתכוון להפקיר, ואמנם החזרת השטר לא מחזירה את הבעלות לנותן (ראה ליד ציון הערה 101), אבל הרי גם החזרת המטלטלין אינה מחזירה את הבעלות לנותן אם הנותן אינו רוצה לקנות, אלא שבכל זאת היה צריך להחזיר לו את המטלטלין או את השטר כמעשה שמסמל את רצונו לבטל את המתנה (כך הסביר רח"א מילר את כוונתו).

כתר ישועה, כריתות כד ע"א (ד"ה תיבטל), מקשה על הרשב"א, הרי גם במטלטלין, אולי אילו החזיר לנותן, הנותן לא היה מסכים לקבל, והרי א"א להקנותו לו נגד רצונו כיון שעכשו הוא ככל אדם; אלא מניחים שהנותן היה רוצה לקבלו חזרה; וא"כ גם בקרקע נוכל לומר שהיה צריך להקנותו לנותן באחד מקנייני הקרקע, והרי אנו מניחים שהנותן יסכים לקבלו חזרה, והעובדה שלא עשה כך מוכיחה שהתכוון להפקיר? הוא מתרץ שאומרים כך רק בהחזרת מטלטלין, שהוא דבר קטן, ולא בהקנת קרקע שהיא מעשה גדול יותר, ואולי באמת הוא היה רוצה להחזיר לנותן, אלא שלא עשה כך כי זה טירחה בשבילו, ואין הוכחה שהתכוון להפקיר; ואמנם היה יכול להקנות לו את הקרקע בקנין אודיתא שהוא בדיבור בעלמא, שלפי נתיבות המשפט, מ, ס"ק א, מועיל גם בלי עדים - אבל אולי לא ידע המקבל הלכה זו, ולכן לא החזיר בדרך זו.

נימוקים אחרים להבחנה בין קרקע למיטלטלין: קדשי דוד כריתות כד ע"א (על רש"י), מבאר שבקרקע אע"פ שזכה בה כשהגיע שטר המתנה לידו, מ"מ כיון שהשדה לא באה לידו, לא שייך לומר שהתכוון להפקיר, אלא התכוון שאינו רוצה שהמתנה תהיה קיימת, שלא כמטלטלין שהם בידו, ולכן ברור שהתכוון להפקיר.

עולת שלמה (ליפשיץ) כריתות כד ע"א, מנמק, שבמטלטלין שהם בידו, הוא מתכוון להפקיר, אבל בקרקע יש בידו רק השטר, והוא מתכוון לומר שאינו רוצה את השטר, והרי אינו יכול להפקיר את השטר (=אין להפקרה כזאת משמעות); ובעבדים, אם אמר "אי אפשי בהן", ברור שאינו מתכוון לשטר אלא לעבדים ולכן הם הפקר. דבריו קשים, שהרי אם הוא מדייק מלשון המקבל "בהן", שאין כוונתו לשטר, אם כן גם בקרקע כשאמר "אי אפשי בה" נדייק שלא התכוון לשטר שהוא לשון זכר, אלא התכוון לקרקע, שתהיה הפקר? רח"א מילר הסביר, שעולת שלמה לא דייק מלשון "בהן", אלא סובר שהמקבל מתכוון להפקיר את מה שבידו, ובעבדים הם בידו, ובקרקע רק השטר בידו (כמו נחלת משה, בסמוך).

גרש ירחים, גיטין לב ע"ב (ד"ה בא"ד ורש"י), מבאר שרש"י סובר שבמטלטלין בסתם, כיון שמוציאם מתחת ידו ואומר "אי אפשי", כוונתו שאינו רוצה את הנכס; ואילו בקרקע בסתם "אי אפשי" מפרשים שאינו רוצה שתהיה מתנה, וזה לא מועיל, ולכן המתנה נשארת שלו.

נחלת משה, גיטין לב ע"א, לתוס' ד"ה מבוטלת (ד"ה בא"ד אבל), הסביר ש"אי אפשי" חל על מה שהוא מחזיק בידו, ובמטלטלין, שאוחז אותם בידו, ואומר "אי אפשי", זה לשון הפקר לנכס, אבל בקרקע, שהשטר בידו, כוונתו שאינו רוצה את שטר המתנה, ולא שמפקיר את השדה.

הגהות ה"ד"ל כריתות כד ע"א, נימק, שבקרקע, עוד לא קנאה בחזקה, ולכן זה לא בידו שיוכל להפקירה; ובעבדים, אם כתב שטר וכבר קנה, זה הפקר.

מגדל דוד, גיטין לב ע"א, מנמק, שבקרקע, הוא לא מפקיר, אלא אינו רוצה שתהיה המתנה קיימת, ולכן לא הועילו דבריו, ונושהו יכול לגבות מהמתנה, אבל במטלטלין יכול לחוב לנושהו. כנראה, כוונתו היא שכיוון שלא חל שעבוד הנושה על מיטלטלין, יכול להפקירו, כלומר ההבדל בין קרקע למטלטלין הוא מצד השעבוד, וני"מ רק לנושה. אבל לא ברור מלשוננו האם הוא בא לנמק את ההבדל, או רק לומר מה דין הנושה.

ס' הישר ס' תקלה, כשהוא מביא את הסבר רש"י מדוע התלמוד בכריתות לא מקשה מן הרישא של דברי רב ששת, "תיבטלי, 'מבוטלת' - לא אמר כלום" על ריש לקיש (שעל זה אומר רש"י לפנינו, שריש לקיש מודה שבקרקע אינו הפקר, ולכן לא קשה מרב ששת שעוסק בקרקע), הוא נוקט שריש לקיש מודה שאם המתנה היא בשטר, אינו הפקר, כי מסתמא דעתו לבטל את השטר, ולא להפקיר את הנכס. כנראה הוא מפרש שטעם רש"י מדוע בקרקע אינו הפקר,

מאחר שהמתנה אינה בטלה, נושה של המקבל יכול לגבות ממנה⁹³, גם אחרי שמישהו אחר זכה בנכס⁹⁴. אע"פ שהמקבל מפקיר את הנכס באמירתו "אי איפשי", יכול הנושה לגבות, משום שאין המקבל יכול להפקיע בכך את השעבוד שיש לנושה על הנכס, שחל עליו בשעת קבלת המתנה, כמו שאינו יכול להפקיע את השעבוד ע"י מכירת הנכס⁹⁵.

אם נושה של המקבל זכה בנכס בעצמו מההפקר, המקבל אינו מופטר מחובו כלפיו, מפני שהנושה יכול לטעון שלא התכוון ליטול את הנכס כפרעון החוב אלא כזכיה מההפקר⁹⁶. אבל אם הנושה נטל את הנכס

הוא כי קרקע נקנית בשטר ומסתמא התכוון לבטל את השטר (אלא שאינו יכול), כי לשון "בטל" שייך בשטר כיון שזה דבר מוחשי וקיים, משא"כ במטלטלין, שאינם נקנים בשטר, אי אפשר לפרש כך, ולשון "ביטול" לא שייך לגבי אחת מדרכי הקניית מטלטלין כרצון לבטל אותה מעיקרה, ולכן צריך לומר שהתכוון להפקיר.

⁹³ ח"י הריטב"א, ב"ב קלח ע"א; טור, חו"מ, רמה, יא; רמ"א, חו"מ, רמה, י. פסקי ריא"ז ב"ב, פ"ח, הלכה ה, אות כג, נוקט שאם יש עליו חוב או כתובת אשה, נושה ואשתו גובים מהנכס, שהרי שיעבד להם בשטרם נכסים שהוא עתיד לקנות, והוא הסכים לקנות את הנכס בשעה ששתק, וזה שהתנגד בסוף - הוא נמלך, וחוזר בו, אבל כבר זכו אשתו ונושהו לגבות מהם (כלומר שעבודם חל בינתיים); ובאות כד, כתב שאם אין עליו כתובת אשה או נושה, בהתנגדות מאוחרת, הנכס הוא הפקר, כי המקבל זכה בו ואח"כ הפקיר אותו, אלא שאם יש עליו נושה או כתובת אשה **אינו יכול להפקיר** את הנכס ולהפקיע את שעבודו; ובאות כה, כתב שאם קיבל עבד במתנה, והפקיר אותו - נושה ואשתו אינם יכולים לגבות, כי הפקרת העבד משחררת אותו, ושחרור מפקיע מידי שעבוד. כך כנראה יש להבין גם את מאירי, גיטין לב ע"ב, ב"ב קלח ע"א (עמ' 572), וחולין לט ע"ב, הנוקט שזה הפקר רק אם אינו חב לאחרים - משמע שאם יש לו נושים, ההפקר לא חל, כי שעבודם גובר. אבל רח"א מילר סבור שהריא"ז והמאירי לא התכוונו לומר שההפקר לא חל (כפי שבאר יצחק בסמוך אומר שאין לומר שההפקר לא חל), אלא כוונתו היא שאין להפקר השפעה למעשה.

ח"י מהר"ם שיק, גיטין לב ע"א (עמ' קסח), כתב שאם יש עליו נושה, הנכס אינו הפקר, כי אינו יכול להפקיר, כי הנכס משועבד לנושה.

באר יצחק, גיטין לב ע"א (על תוס' ד"ה מבוטלת), כתב שאע"פ שזה הפקר, נושה יכול לטרוף, כי המקבל אינו יכול להפקיע את שעבוד הנושה ע"י ההפקר; אך מצד שני אין לומר שההפקר לא יחול כיון שאינו יכול להפקיע את השעבוד, כי אפשר לסלק את הנושה בכסף, ולכן אם באמת מסלקו בכסף, חל ההפקר למפרע, ורק אם אינו מצליח לסלקו בכסף, בא הנושה וטורף ומבטל את ההפקר גם אם מישהו זכה בה.

⁹⁴ שער משפט, רמה, ס"ק א. אבל כתר ישועה, כריתות כד ע"א (ד"ה תיבטל), מעיר, שמי שמחזיק זוכה ואוכל פירות עד שעת טריפת הנושה, וגם יכול לסלק את הנושה בכסף (כמו כל מי שקונה נכס מאת לוה), ונמצא שיש השפעה לעובדה שהנכס הופקר.

⁹⁵ סמ"ע, רמה, ס"ק יח (הובא בערך השלחן, חו"מ, קיא, ס"ק ז, דף כו ע"ג). הסמ"ע מעמיד זאת בחוב בשטר, שרק בו השעבוד נשאר גם אם מוכרו (שהרי מכירה מקבילה לזכייתו של אותו אדם אחר בנכס מההפקר). גם דברי נפתלי, רמה, ס"ק ה, כותב דין זה בחוב בשטר. שער משפט, רמה, ס"ק א, כותב על דברי הסמ"ע, שכיון שהוא סובר שהנושה יכול לגבות מן הזוכה מההפקר משום שהוא יכול לגבות מקונה, צריך לומר שמדובר ששיעבד לו מטלטלין אגב קרקע, שהרי מדובר במתנת מטלטלין, לפי האמור ליד ציון הערה 91, ומדובר שכתב "דאקני", שהרי מדובר בנכס שהשיג החייב-המקבל לאחר מתן ההלוואה (וגם בס"ק ב כתב שהנושה יכול לגבות גם אם זה מטלטלין).

גם שו"ת שואל ומשיב מהדו"ה סי' נו (נג ע"ד), כותב שהסמ"ע יצטרך לומר שמדובר שכתב "דאקנה", שאל"כ לא יוכל הנושה לטרוף מהזוכים, שהרי נכס זה בא לרשות המקבל-החייב אחרי ההלוואה (נראה שלט"ז, בסמוך, האומר שגם במילוה על פה יכול לטרוף, יוכל לטרוף גם אם לא כתב "דאקנה", שהרי לדעתו זה לא תלוי בשעבוד שנוצר בשטר).

אבל ט"ז, חו"מ, רמה, י (הובא בערך השולחן, חו"מ, רמה, יב), כותב שמדובר גם בחוב בעל פה, כגון שאין לו נכסים אחרים, ולכן אין המקבל יכול להפקיר את דבר המתנה, כי בכך הוא מזיק בידיים לנושה. קצות החושן, רמה, ס"ק ב, ונתיבות המשפט, רמה, ס"ק ה, ושער משפט, רמה, ס"ק א, מסכימים לט"ז שנושה בחוב על פה גובה מנכסים שהפקיר החייב. נתיבות המשפט סי' קצד ס"ק ה, ושו"ת בית אפרים, חו"מ, סי' מב, מציינים שהמגיה בט"ז (דפוס אמשטרדם) השיג על הט"ז. ערך השלחן חו"מ, רמה, ס"ק ט, דוחה את ראיית הט"ז - עיין שם. מחלוקת הסמ"ע והט"ז הובאה בשו"ת שואל ומשיב, שם, בשו"ת ארצות יהודה (דבורץ) סימן יח (כא ע"א), בצמח מנחם סי' י אות ד (כז ע"ב), ובסי' לחקרי הלכות, סי' שמ.

קצות החושן, רמה, ס"ק ג, בסופו, כותב שאם יש למקבל נכסים אחרים, אין נושה יכול לגבות ממה שמישהו אחר זכה מן ההפקר, כי הזוכה יטען לנושה: "הנחתי לך מקום לגבות ממנו".

⁹⁶ קצות החושן, רמה, ס"ק ג (הובא בכתובת פסים, על נימוקי יוסף, ב"ב ריט ע"ב, ד"ה אמר המחבר); נתיבות המשפט, רמה, ס"ק ה; ערוך השולחן, חו"מ, רמה, יב.

נתיבות המשפט שם מסתפק, אם הנושה לא ידע שזה הפקר, אלא חשב שהנכס שייך למקבל ונטל אותו בתורת גוביינא, האם הופטר המקבל מחובו, משום שהנושה סילק את עצמו משעבודו כיון שגבה בתורת גוביינא, או שמא רואים כאילו לקח הנושה נכסים של אחר כגבייה, וחשב שזה נכס של החייב, ובעקבות זאת מחל לחייב על חובו, ששם ברור שלא נפטר החייב מחיובו כיון שמחל לו בטעות. חמדה גנוזה - זכר מרדכי, רמה, ס"ק ה, מעלה אפשרות שבמקרה זה לא נפטר הלוה מחובו, כי הנושה יכול לומר "גבייתי היתה בטעות [והתכוונתי לקחת בתורת זכיה מהפקר]".

דעה חולקת: סמ"ע, רמה, ס"ק יח, כותב בשם נימוקי יוסף, ב"ב סג ע"ב, בדפי הרי"ף (המדייק כך מדברי הריטב"א, והובא בדרכי משה, רמה, ס"ק ד), כתב שבמקרה זה המקבל מופטר מחובו, והנושה אינו יכול לטעון שהתכוון ליטול

ממי שזכה מן ההפקר (שהוא יכול לגבות ממנו, כאמור), המקבל מופטר מהחוב, שהרי כאן ברוך שהנושה נטל את הנכס בתורת פרעון החוב, שאם לא כן, לא היתה לו זכות ליטלו ממי שזכה בו מן ההפקר.⁹⁷

אותה תוצאה קיימת בדחיית **מתנה שזוכתה למקבל ע"י אחר**, אם הדחייה היתה מאוחרת: אם זיכה הנותן את המתנה למקבל ע"י אחר, ושתק, ואח"כ אמר שאינו רוצה, זכה המקבל בנכס כששתק, ומה שהתנגד אח"כ מתפרש כהפקר.⁹⁸

את הנכס רק כזכייה מההפקר. אך קצות החושן ונתיבות המשפט דחו הבנה זו בנימוקי יוסף, שכן הנכס היה הפקר ולא היה נכס של המקבל, ואין לחייב את הנושה לראות זאת כפרעון החוב; והם מסבירים שנימוקי יוסף מתכוון למקרה שליד ציון הערה 97.

נתיבות המשפט, רעה ס"ק א, מיישב את דברי סמ"ע, שאין הנושה יכול לומר שלקח אותו רק בתורת זכייה מהפקר - כי לפני שבא הנכס המופקר לידי הזוכה, זהו נכס של החייב, וכשהנושה נטל, נעשה פרעון מנכסי החייב. חמדה גנוזה - זכר מרדכי, רמה, ס"ק ה, מקשה על נתיבות המשפט, הרי נתיבות המשפט לפני כן כתב שיש הבדל בין הפקר רגיל להפקר שע"י שאסר הנאת הנכס עליו, שבמקרה השני כיון שאסור לו למנוע ממישהו ליטלו, זה כאילו הניחו ברה"ר, וזה כמו יאוש, ששונה מהפקר רגיל, שיצא מרשותו מיד, ואילו ביאוש זה שלו עד שיגיע לידי זוכה, ולכן אם נושה גובה מזה, החוב נפרע - ואיך אפשר לומר שההפקר של סירוב המקבל הוא כהפקר מסוג יאוש, הרי לשון השו"ע והרמב"ם הוא שזה הפקר, ואז זה יצא מיד מרשות הבעלים? והוא כותב, שלפי הדעה שהפקר הוא כדעת אחרת מקנה, אפשר לומר שאפילו הפקר רגיל לא יוצא מרשותו עד שיגיע לרשות זוכה (שלא כנתיבות המשפט), ולפי זה צודק הסמ"ע.

שו"ת שואל ומשיב מהדו"ה סי' נז (נג ע"ד), מיישב את הסמ"ע, שהלא אם מישהו אחר זכה מההפקר, הנושה יכול להוציא מידו, כמו אילו זוכה את קנה את הנכס מהמקבל-החייב; אי"כ לא יתכן שהנושה יטול את הנכס ויטען שהוא נוטל בתורת זכייה מההפקר, שהרי אם הוא מכיר בתוקף של ההפקר, אינו יכול לטרוף ממי שזכה מההפקר (יש להשיב על סברה זו, שהוא לא עושה את שני הדברים בבת אחת, ובכל מצב הוא יטען מה שנוח לו, האם הוא מכיר בהפקר או לא).

שושנת יעקב, רמה, י, ס"ק ג, נימק את דעת הסמ"ע, שהנושה יכול לטרוף מהזוכה מההפקר, כי ההפקר לא מפקיע את שעבודו כלל, שהרי יכול לזכות בנכס בעצמו (שלא כמו אם מכרו החייב לאחר, במטלטלין), וממילא גם כשהנושה זוכה מההפקר בעצמו, אינו יכול לזכות בתורת הפקר, כי ההפקר אינו מפקיע את שעבודו.

טבעת החושן, סי' רמה, מנמק שהסמ"ע סובר שגם בהפקר יש דין שעבוד כמו בלקוחות, וההפקר לא חל בכלל ביחס לנושה, וזה עדיין נחשב שלו, וממילא כשהוא נוטלו, נוטלו בתורת שלו, וכאילו החייב הפקירו לכל אדם חוץ מלנושה (כי אינו יכול להפקיר את הזכות של הנושה בנכס, כי אינו שלו).

טבעות זהב, רמה, ס"ק ג, מסכים לסמ"ע, ומנמק, כי אם יש על הנכס דין הפקר, לא יכול להיות עליו דין שעבוד, כי מה שמשועבד לאדם, הוא שלו באופן חלקי, ולא יכול להיות הפקר, וכאן, אם יש שעבוד על הנכס, הוא נעשה הפקר רק אם הנושה מתייחס מחלקו בקרקע, ואז זה נעשה הפקר; וא"כ אם הנושה בא לגבות בתורת זכיה מההפקר, זה מראה שהוא ויתר על חובו, כי אם לא ויתר, הקרקע משועבדת לו (ואינה הפקר) ועל כרחו גובה בתורת פרעון; וזאת כוונת הנ"י, שאם יש למקבל נושה, הנכס אינו נעשה הפקר, כי יש אדם אחד שזכאי ליטלו.

הבחנה: פרי החיים, זכיה, ד, יג = לחקרי הלכות סי' שמ, כותב שאם הנושה זכה בתורת גביית חוב (הוא מגיה בדברי נימוקי יוסף, שבמקום "בעל חוב דמקבלי" צ"ל "בעד חוב המקבלי", שמשמעו שמתרת הנושה בגבייתו הוא לפרעון החוב), החוב נפרע (והנושה לא יכול לחזור בו ולומר שהוא רוצה שהזכייה תהיה בתור זכייה מההפקר); אבל אם זכה הנושה במפורש בתורת הפקר, המקבל לא נפטר מחובו, כי אינו גרוע מאחר, שיכול לזכות מההפקר; וגם אם זכה בתורת גבייה מההפקר, אם באותו זמן לא היה ללווה במה לשלם, ואח"כ העשיר, אינו צריך לשלם (ולא נימק).

⁹⁷ קצות החושן ונתיבות המשפט ופרי חיים שם, על פי נימוקי יוסף שם.

⁹⁸ תוס' חולין לט ע"ב (ד"ה אם) (ברמז, לדעת חכמים החולקים על רשב"ג, שכמותם פוסקים המקורות שצוינו בראש הערה 54); דרישה, רמה, יד (לדעת חכמים דרשב"ג); ח"י כתב סופר (תרצ"ח) חולין לט ע"ב (ד"ה דתנן) (על עבדים); שמחת יו"ט, סי' לו (קמ ע"ג). גם רמב"ם, זכיה, ד, ג, נוקט שאם מפרשים את דחייתו כדחייה מאוחרת, זה הפקר (אלא שהוא מסופק איך לפרש את הדחייה, שמא היא נחשבת כדחייה מראש, כפי שהבאנו בשמו בהערה 57). סמ"ע, רמה, ס"ק כג, מעיר שלרא"ש (בהערה 54) שזה של המקבל, כיון שאמר "איני מקבלה" או "אי איפשי בה" זה נעשה הפקר, ולרש"י בקרקע אינו נעשה הפקר אלא נשאר של המקבל, כדין לשונות אלו במקרה שהמקבל עצמו קיבל את המתנה.

דברות משה ב"ק ח"ב סי' פה ענף ד, מסביר שאם שתק כששמע שזכו לו ואח"כ התנגד, גם אם נאמר שהשתיקה אינה ראייה שנקנה למקבל, שהרי התנגדותו אח"כ מוכיחה שאינו רוצה, מ"מ שתיקתו היא ראייה שהוא רצה את מעשה הקנין, שיועיל לענין הוצאה מהמקנה, והתנגדותו אח"כ יכולה להוכיח רק מה שודאי מוכח מסופו, שאינו רוצה לקנות, ואינה יכולה להוכיח שאינו רוצה את מעשה הקנין בכלל, ולכן רואים כאילו עשה בעצמו את מעשה הקנין, שרוצה רק להוציא מהמקנה ולא לקנותו לעצמו, ולכן זה הפקר; ומה ששתק בתחלה אינו משום שלא ראה צורך להתנגד לפני שבא לידו (כהסבר רשב"ג) אלא משום שרצה את מעשה הקנין, אבל רק לענין הוצאה מהמקנה ולא לקנות; ואילו רשב"ג סובר ששני חלקי ההקנאה תלויים זה בזה, וכיון שהתנגד והתגלה שמראש לא רצה לקנות, בטל מעשה הקנין גם לענין הוצאה מהמקנה. והוא מסביר שת"ק מסכים ש"הוכיח סופו על תחלתו" הוא כוודאי, ומ"מ לא חוזר לנותן, כי סופו הוכיח רק שאינו רוצה לקנות לעצמו, אבל הוא רוצה את צד ההוצאה מהנותן, ושיהיה הפקר, וכך אין סתירה בין השתיקה להתנגדות; ואילו רשב"ג סובר שא"א לפצל את ההקנאה, ובהכרח יש סתירה בין השתיקה להקנאה, ולכן אומרים "הוכיח סופו על תחלתו" גם על ההוצאה מרשות המקנה. הוא מעלה אפשרות אחרת להסביר: רשב"ג מסכים ששני חלקי ההקנאה יכולים להתחלק, אבל זה לא מצוי שירצה המקבל רק להוציא מהמקנה ולא לקנות, ולכן עדיף לומר שההתנגדות מוכיחה שאינו רוצה את מעשה הקנין כלל, והוא כאילו התנגדות מיידית, שהקנין בטל לגמרי אף לגבי הנותן, וחוזר לנותן, כי היה טעות בשעת קנין, כי לא הסתלק על דעת שיהיה

בדחייה מאוחרת, שאין בה כדי לבטל את המתנה, כאמור, אלא רק להפוך את דבר המתנה להפקר - אם המקבל חזר בו מדחייתו, וזכה בדבר המתנה (לפני שצד שלישי זכה בו), הנותן אינו זכאי להוציא אותו מידי. הנותן אינו יכול לטעון שכשהתנגד המקבל, חזר דבר המתנה לרשות הנותן, כיוון שהנותן היה מוכן בתחילה שהנכס יצא מרשותו לרשות המקבל, והוא לא חזר בו מרצונו זה מיד כשהתנגד המקבל, ולכן הנכס לא חזר לרשות הנותן.⁹⁹

ו. דחייה מאוחרת שנוסף לה חיזוק

דחייה אחרי הסכמה אינה מועילה גם אם חיזוק אותה בדרכים שונות. לדוגמה, גם אם החזיר המקבל את שטר המתנה לנותן, אחרי שקנה את הנכס כדין על ידי השטר, גם אם לא קנה המקבל בדרך הקנייה אחרת, אלא רק ע"י השטר¹⁰⁰, אין הנכס נקנה בכך חזרה לנותן¹⁰¹. רק אם המקבל החזיר את השטר, וכתב לנותן:

הפקר; ואילו ת"ק סובר ש"הוכיח סופו על תחלתו" אינו בגדר ודאי, ולכן לא אומרים אותו נגד השתיקה, ולכן אומרים שמתחלה רצה גם לקנות את המתנה, ועכשו רוצה לחזור בו, ואינו כלום, ולכן זה של המקבל ולא הפקר. בענף ה, הסביר שלת"ק משתי סיבות הנכס אינו חוזר לנותן: (א) שלא אומרים "הוכיח סופו על תחלתו" וא"כ הוא רק רוצה לחזור בו מהסכמתו, ואינו יכול לעשות זאת, (ב) גם אם נאמר "הוכיח סופו על תחלתו", מ"מ רצה במעשה הקנין.

חריג: חזון איש, אה"ע"ז, סי' קמו, לדף מב, ס"ק ד (=חזון איש, גיטין לב ע"א), כתב שאם אמר (בהתנגדותו המאוחרת) "אי אפשי בה מעיקרא", לחכמים נשאר למקבל ואינו הפקר, כי הוא רוצה לבטל את המתנה (והרי אינו יכול).

פנס שלמה, על הרמב"ם, הל' זכיה, ד, ג, כתב שרק אם המקבל לא נכח בשעת הזיכוי, לפי ת"ק התנגדותו היא בכוונה להפקיר, אבל אם המקבל נכח בשעת הזיכוי, ושתק, ואח"כ התנגד, לפי ת"ק ששתיקתו היא הסכמה ורק אח"כ חזר בו, הרי כשהנותן מניח את המתנה בפני המקבל, התנגדות המקבל היא רצון להחזיר לנותן (ע"י ביטול המתנה), ולא הפקר; והרי אינו יכול לבטל את המתנה, ולכן הנכס נשאר למקבל. אבל דרישה שם עסק במקרה שהזיכוי היה בנוכחות המקבל, ובכל זאת כתב שלת"ק זה הפקר.

תפארת יעקב, חולין לט ע"ב (ד"ה בגמרא משום), כתב שלפי הסוגיה בחולין, אם זיכה לו ע"י אחר, אינו הפקר, כיון שמה שהתנגד עכשו הוא כי הוא רוצה לבטל את המתנה מעיקרא, מפני שאינו רוצה להיות מקבל מתנה, כי "שונא מתנות יחיה", והוא חושב שהוא יכול לבטל אותה; וכיון שאינו יכול לבטל אותה, אין לומר שהתכוון להפקיר, כי הוא בגדר מקבל מתנה בעל כרחו, ולכן אין סיבה שירצה להפקיר (שהרי זה לא יכניס אותו לגדר "שונא מתנות" - כך נראית כוונתו; וראה הערה 57 בשם חידושי חתם סופר, שהמקבל מתנה ואח"כ הפקר, אינו מקיים "שונא מתנות יחיה"); ורק אם הנותן נתן למקבל בעצמו, וקיבל את המתנה, ואח"כ התנגד, פשוט שלא התכוון לבטל אותה מעיקרא, שהרי קיבל אותה בעצמו, אלא התכוון להפקיר אותה.

⁹⁹ דרישה, חו"מ, רמה, ס"ק יד, כתב כך אף לגבי זיכוי ע"י אחר, לפי הדעה שהתנגדות מאוחרת מועילה לבטל את המתנה (והבאנו את דבריו בהערה 57); וכל שכן שהדין יהיה כך לדעה שהתנגדות מאוחרת לא מועילה לבטל, בזיכוי ע"י אחר, או במתנה ישירה, שבה לכל הדעות התנגדות מאוחרת לא מועילה לבטל - שאז הנכס הוא הפקר, ובוודאי יכול המקבל לזכות מן ההפקר.

¹⁰⁰ סמ"ע, סו, ס"ק לו; ש"ך, חו"מ, סו, ס"ק מד.

¹⁰¹ חכמים, בב"ב קסט ע"א (לא נאמר שם שזה נעשה כדי לדחות את המתנה); חי' ר"י מיגאש, ב"ב קסט ע"ב (הובא בקונטרס הביאורים (שפירא, מהד' תשס"ד) קידושין סי' כד, אות ב עמ' פא); יד רמה, ב"ב פ"י סי' צב; עיטור, מתנה, ליד אות נה, בשם רבנו חננאל; חי' הרמב"ן, כתובות מד ע"א; חי' הרא"ה, כתובות מד ע"א; מאירי, כתובות מד ע"א; חי' הר"ן, ב"ב טז ע"ב; טור, סימן סו, יג, סימן רמג, טז, וסימן רמה, י (הובא בים של שלמה, גיטין, פ"ד, סי' ו, בשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' רעח, בשו"ת דרכי נועם, חו"מ, סי' ג (קפא ע"א), ובשו"ת המבי"ט, ח"א, סי' שיד); שו"ת הרשב"א ח"ג סי' קעט; שו"ת הרא"ש כלל סו סי' ג, וכלל סח, סי' כח (הובא בשלטי הגבורים, ב"ב סג ע"ב, בדפי הר"י, בשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' רעח, ובנועם ט עמ' מד); ר"ן על הר"י, כתובות טז ע"א (בדפי הר"י) (הובא בזרע אברהם (יצחק), חו"מ, סי' א (נג ע"ב), המציין שהובא גם בתורת אמת סי' קו); שו"ע, סימן סו, יג, וסימן רמה, ט (הובא בשו"ת שי למורא (הגר), סי' מז, ובשו"ת דברי משה (זקס), סי' יא, ענף א); פרישה, חו"מ, רלה, כו, וסמ"ע, קמו, ס"ק סט; ש"ך חו"מ, מג, ס"ק כט; שו"ת שפת הים (מיו) יו"ד סי' כב (כד ע"ד); שו"ת מהרשד"ם אה"ע"ז סי' קצז; שו"ת מהר"ם אלשיך, סי' עד; שו"ת המבי"ט, ח"א, סי' קיא, וסי' שו, ח"ג, סי' קלה (הובא בשו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' לט, דף עט ע"ב, ובהלכה למשה, אמארי, הלכות מכירה, פ"ו, דף קג ע"א); שו"ת עולת שמואל (פלורנטינו), חו"מ, סי' כז; משכנות הרועים, מע' מ, אות ה; שו"ת פני דוד (פאפון), חו"מ, סי' כא (ק"ז ע"ד); מצות ראייה, מילואי השמטות, חו"מ, קפט, על ביאור הגר"א ס"ק ה (עמ' קצז) (שאף שבהחזרת השטר הוא מוחל על הקנין שלו, זה לא מקנה את הנכס לנותן); ערוך השלחן, חו"מ, רמה, ט; שו"ת מים רבים, חו"מ, סי' ל; ר' דוד מילדולה, פרי עץ חיים, כרך ד, דף רכו ע"ד (מס' 474); ר' מרדכי אליהו רבינוביץ, בהגהות וביאורים על תשובות הגאונים הקצרות, סי' רכו (במהד' וילנא תרמ"ה).

חידושי הרשב"א, ב"ב קסט ע"א, מסביר שהנותן אינו קונה בהחזרת השטר, מפני שצריך שטר מקנה, וכל שטר שכותרתו על דעת לתת לקונה, מועיל כי הוא שטר מקנה, אבל אם נכתב לתת לשמעון, שמעון לא יכול להקנותו לאחר אלא בדרך שהוא מקנה שטר חוב (ראה ליד ציון הערה 102).

חריג: שו"ת המבי"ט ח"א סי' שו, כתב שאם המתנה נעשתה ע"י איומים (בלי אונס), החזרת השטר לנותן מגלה שהתבטל מעיקרו, ונמחל שיעבודו.

דעה חולקת: עיטור, מאמר שישי, ליד אות נט, פוסק שהמתנה חוזרת עם החזרת השטר, מפני שהוא פוסק ששטר נקנה במסירה. ב"ח, חו"מ, סו, יד, ופנים במשפט, סו, ס"ק כז, כותבים שגם ר' ישעיהו המובא בטור, סו, יד, סובר

"קנה אותו ואת כל שעבודו", הנכס חוזר לנותן, מפני שזו הדרך להקניית שטר, והמקבל כאילו הקנה לו את המתנה חזרה (ודרך זו מועילה גם להקניית הנכס לאחר, אם המקבל מסר את השטר לאחר וכתב לו כד¹⁰²). אבל דרך זו מועילה רק בשטר קניין, דהיינו שטר היוצר את העברת הבעלות ע"י שהוא משמש מעשה קניין בעצמו. לעומת זאת, אם העברת הבעלות נעשתה ע"י אחת מדרכי הקניין האחרות, והשטר נועד רק לראיה על העברת הבעלות, החזרת השטר אינה מבטלת את המתנה גם אם כתב המקבל לנותן "קנה לך" וכד¹⁰³.

גם אם קרע המקבל את שטר המתנה, אחרי שקנאו כדון, אין בכך כדי לבטל את המתנה¹⁰⁴.

ששטר נקנה במסירה, ולכן החזרת השטר מבטלת את המתנה (אבל פרישה שם כותב שר' ישעיה סובר ששטר אינו נקנה במסירה בלבד). נראה שכך יהיה דעת רשב"ם, ב"ב קסט ע"ב (ד"ה רשב"ג), שפסק ששטר נקנה במסירה. אך יש להעיר שרוב הפוסקים פוסקים ששטר אינו נקנה במסירה בלבד. ונראה שגם לעיטור וסיעתו, החזרת השטר אינה מבטלת את המתנה מעיקרה, אלא יוצרת מתנה חדשה בכיוון ההפוך, ובזמן שבינתיים, הנכס היה של המקבל. שו"ת פני אהרן סי' לג (קכ"א ע"א-ע"ב), כותב שבשטר קנייה, אם המקבל מחזיר את שטר המתנה, המוחזק יכול לומר קי"ל כדעה זו, שהלכה שאותיות נקנות במסירה, והמתנה חוזרת; אבל בשטר שמשמש רק ראיה, וההקנאה נעשתה בקנין סודר, אמנם ר' ישעיה, המובא בטור, סו, יד, סובר ששטר ראיה נקנה במסירה, אבל אולי הוא יחיד בזה, ואילו רשב"ם סובר ששטר ראיה גם לרשב"ג לא נקנה במסירה, ולפי זה א"א לומר קי"ל כר' ישעיה (בדף קכ ע"ד כתוב שאפשר לומר קי"ל כר' ישעיה, ואולי שם זה חכם אחר) (בדף קכ"א ע"ב הוא כותב שהרמב"ן סובר כר' ישעיהו, שהרי כתב ששטר ראיה נקנה בכתיבה ומסירה - ראה הערה 102, ולכאורה לפי זה אפשר לומר קי"ל כר' ישעיה שגם במסירה בלבד נקנה שטר ראיה; אבל הוא לא כותב בפירושו שאפשר לומר קי"ל כר' ישעיה בגלל הסכמת הרמב"ן). לגבי השטרות "שלנו" (כלומר, שטרות שהיו נהוגים בתקופתו, שהיה כתוב בהם בלשון עבר "אני נתתי לפלוני" - כך הסביר סמ"ע, קצ"א, ס"ק ו), הוא כותב שאפשר לומר קי"ל כדעה המובאת בכנה"ג, חו"מ, סו, הגה"ט אות כז, שהם שטרי קנין ולא שטרי ראיה, ונקנים ככל שטר, וקי"ל כדעה ששטר נקנה במסירה בלבד; ואמנם מהרש"ם חו"מ סי' רכה, כותב שגם לדעה ששטרותינו הם שטרי קנין, אם כתוב בו בפירושו "בפנינו הודה פלוני" זה שטר ראיה, אבל כנה"ג קצ, הגהב"י אות יד, מביא שו"ת מהרש"ל סי' כ, החולק.

גם שו"ת המב"יט, ח"א סי' קיא (הובא בשו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' לט, דף עח ע"ד), וח"ג, סי' קלה, שו"ת זרע אברהם (יצחק), חו"מ, סי' א (נד ע"ב), ושו"ת שפת הים (מיו) יו"ד סי' כב (כה ע"א), כותבים שרשב"ג מודה בשטר שהוא רק לראיה, שהחזרתו אינה מועילה, ודיבר רק בשטר מתנה, שבהחזרת השטר הוא כאומר "הרי לך במתנה".

¹⁰² ח"י ר"י מיגאש, ב"ב קסט ע"ב; פסקי ריא"ז ב"ב פ"י הלכה ד אות י; יד רמה, ב"ב, פ"י, סי' צב (שמאחר שכתב "אותו וכל זכות שיש בו", הוא כאילו הקנה את הקרקע בפירושו בשטר); פסקי רי"ד, ב"ב קסט ע"ב ("וכל שעבוד שיש בו"); ח"י הרשב"א, ב"ב קסט ע"א; טור, סו, יג; שו"ע, סו, יג.

¹⁰³ ח"י ר"י מיגאש שם; ב"ח ופרישה על הטור שם. ב"ח ופרישה, סו, יד, כתבו שזו דעת רא"ש, ב"ב, פ"י סי' כג (הובא בשו"ת מהר"י הלוי, מהד' שצ"ב, סי' סג-סד), שכמוהו פסק שו"ע, סו, יד (הרא"ש דיבר על שטר מכר ולא הזכיר בפירושו שטר מתנה).

רמ"ש שפירא, בהערותיו לח"י ר"י מיגאש, שם, הערה טו, מסביר שר"י מיגאש סובר ששטר אינו קונה כמעשה קנין, אלא המקבל קונה את הנייר של השטר, ומשום קניינו בנייר, ממילא קונה כל זכות הכתובה בו, וע"י שקונה את זכות השטר, קונה את גוף הנכס; אבל בהחזרת השטר לנותן, הנותן אינו יכול לקנות את הזכות שבשטר ע"י קניית השטר, שהרי השטר אינו על שמו, אלא שע"י קניית השטר, קונה את הזכות שהיתה למקבל בשטר, וע"י מסתלק המקבל, וע"י הסתלקות המקבל מזכותו בשטר, ממילא חוזר הנכס לנותן, שהרי זכות המקבל בנכס נוצרה ע"י קנין הזכות שבשטר, וכיון שפקעה זכותו בשטר והסתלק ממנה, מועיל קניין הנותן בזכות שבשטר, שתחזור המתנה ממילא לנותן. בכך הוא מסביר מדוע ר"י מיגאש אמר שבשטר ראיה לא מועיל להחזיר: כי שם זכות המקבל בנכס אינה מבוססת על קניינו בשטר. לאור זה הוא כותב שר"י מיגאש סובר שגם בשטר קנין לא מועיל להקנות את שטר המתנה לאדם שלישי (אפילו בכתיבה ומסירה), כי פקיעת זכות המקבל יכולה רק לגרום שהנכס יחזור לבעליו המקוריים, ולא שיעבור לאדם אחר. יש בדבריו חידוש גדול, ש"שם" הנותן נשאר על הנכס כל הזמן, גם אחרי הניתנה.

דעות חולקות: פסקי רי"ד, ב"ב קסט ע"ב (הובא בב"ח ובפרישה שם, באמצעות הטור בשם "ר' ישעיהו"), סבור שגם אם זה רק שטר ראיה, החזרתו מבטלת את המתנה, כיון שכתב לו "קנה לך שטר זה עם כל זכות שיש לי בו" (בתוס' רי"ד שם במהדורה אחת כתב שבשטר שיש בו קנין יכול להקנות, ובמהדורה אחרת כתב שאינו יכול).

גם יד רמה, ב"ב פ"י סי' צב, כותב שגם בשטר שיש בו קניין (סודר), אם כתב לו "קנה אותו ואת כל השעבוד שיש בו", והחזיר אותו לנותן, קנה הנותן את הנכס, שהרי קנה כל שעבוד שיש בשטר, והרי שטר זה עומד לראיה, ואילו לא היתה לבעל השטר ראיה על השעבוד, לא היינו נותנין לו את הקרקע. נראה שכונתו היא, שכיון שהמקבל מקבל את הנכס בגלל כח הראיה של השטר, ממילא כשהוא מקנה לנותן את כל כוחו של השטר, זה כולל את הזכות לקבל את הנכס.

גם ח"י הרמב"ן ב"ב קסט ע"א (הובא בשו"ת פני אהרן סי' לג, דף קכ"א ע"ב), כתב שאם כתב ומסר, קנה הנותן בהחזרת השטר, גם בשטר שיש בו קניין, כי בשטר כתוב כל שעבודו. שו"ת פני אהרן סי' לג (קכ"א ע"ג), כותב שלדעת הרמב"ן, גם שטר שיש בו הוכחה שהוא שטר ראיה, כגון שכתוב "הודה פלוני", נקנה בכתיבה ומסירה, שהרי הוא נימק "בשטר הוא כתוב כל שעבודו", משמע שכיון שכתוב כל שעבודו, הוא כשאר שטרות. לגבי שטר שלא כתוב בו "הודה פלוני", אבל הוא כתוב בלשון עבר, כנהוג בשטרות "שלנו" (ראה הערה 101), הוא כותב (בדף קכ"א ע"א), שלרוב הפוסקים שטרותינו הם שטרי קנין, ולכן בהחזרת השטר עם כתיבה ומסירה, חזרה המתנה כי שטר זה נקנה כדון שטר חוב, בכתיבה ומסירה.

¹⁰⁴ שו"ת מהריט"ץ סי' רד (הובא במים רבים, חו"מ, סי' ל, ובשו"ת עולת שמואל (פלורנטי), חו"מ סי' כז); שו"ת המב"יט חלק א סימן שיד, וח"ג סי' קלה (הובא בשו"ת שערי רחמים, חו"מ, סי' כד, דף מה ע"ג); שו"ת מהר"ם אלשיך סי' עד (הובא ברוב דגן (הלוי), חו"מ, רמג, ס"ק ב); משכנות הרועים, מע' מ, אות ה. מהריט"ץ מנמק, שגם אם

כמו כן, גם אם מחל המקבל לנותן על המתנה, אחרי שקנה את הנכס כדין, אין הנכס נקנה בכך בחזרה לנותן¹⁰⁵, משום שמחילה אינה מועילה אלא בהלוואה, שהמחילה היא כפרעון, ואינה מועילה לגבי נכס של המוחל גם אם היא בידי האחר¹⁰⁶.

ז. דחייה בטענה שטעה באשר לאופי הנכס

דחייה אחרי הסכמה שבשתיקה, אינה מועילה גם אם נימק המקבל את דחייתו בטענה שמצא פגם בנכס, ואין המתנה בטלה בכך¹⁰⁷.

לפי דעה אחת, הדברים אמורים בשהמום שהוא מצביע עליו הוא מום גלוי לעין כל, שבוודאי ראה מראש, וברור שהוא משקר כשאומר שרק עכשו ראה את המום, אבל אם ייתכן שלא ראה את המום בתחילה, המתנה בטלה מחמת טעותו, כי אפשר שבתחילה שתק (מתוך הסכמה) משום שלא ידע על המום, ורק עכשו הכיר במום, ואילו ידע עליו מראש, היה מתנגד¹⁰⁸.

אבל פוסקים אחרים אומרים שגם מום נסתר אינו מבטל את המתנה. טעמם הוא, שהגדרת "מום" לענין מקח טעות, במכר, הוא מה שדרך בני המקום להקפיד עליו ולראות בו "מום", והיינו מום שכל קונה אינו קונה נכס שיש בו מום זה; והרי במתנה אין דרך בני אדם להקפיד על מומים, כיון שזה בחינם, ולכן אנו סהדי שאינה טעות מעיקרא, אלא יש להניח שבתחלה הסכים ורק עכשו הוא חוזר בו, ואת זאת אינו יכול לעשות¹⁰⁹.

זה כמחילה, הרי מחילה לא מועילה על נכס בעין. והוא כותב שהדין כך גם אם קרע את השטר בפני ב"ד. המבטיח ומהר"ם אלשיך כתבו שהדין כך גם לדעת רשב"ג, החולק לענין החזרת השטר.

¹⁰⁵ טור, רמה, י; ח"י הרמב"ן, כתובות מד ע"א; ח"י הריטב"א, כתובות מד ע"א; שו"ת הרא"ש כלל סח, סי' כח (הובא בשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' רעח); שו"ע, רמה, ט; ר' דוד מילדולה, פרי עץ חיים, כרך ד, דף רכו ע"ד (מס' 474); ערוך השלחן, חו"מ, סי' סו, יג, וסי' רמה, ח; חבלים בנעימים, ח"א, סוגיא לג, חלק א, אות א. מקורות נוספים האומרים שמחילה אינה מועילה על נכס הקיים בעין, הבאנו בסעיף 1ג).

כמו כן, מצות ראייה, מילואי השמטות, חו"מ, קפט, על ביאור הגר"א ס"ק ה (עמ' קצז), כותב שאף שבלשונות "מבטלת", "תיבטל", "אי אפשר בה", יש לשון מחילה, שמוחל את קנין המתנה לבעלים, המתנה אינה בטלה.

¹⁰⁶ פרישה על הטור שם, וסמ"ע, רמה, ס"ק יד; ערוך השולחן, חו"מ, רמה, ט.

¹⁰⁷ רמב"ם, הלכות זכיה, ד, א; שו"ע, חו"מ, רמה, י.

¹⁰⁸ כסף משנה על הרמב"ם שם (הובא בסמ"ע, רמה, ס"ק טז, שהובא במשפט שלום, סי' רכב, ד, וסי' רלב, ג [בשני המקומות עוסק במכר]); ערוך השולחן, חו"מ, רמה, יב. גם מעשה רקח, על הרמב"ם שם, כותב שמדובר במום גלוי. גם דברי נפתלי, רמה, ס"ק ד, כותב שאם המקבל מצא מום במתנה אחרי שזכה בה, ואינו חפץ בה מחמת המום, ולא ראה את המום קודם, המתנה בטלה. גם בדק הבית, רמה, יג, מתקשה מדוע אין המתנה בטלה בטענת מום. יש ראייה לדעה זו מהרמב"ם, שהובא בהערה 81, שעוסק בשאלה האם המתנה בטלה אם המקבל אומר שקיבל בטעות, ומכאן שאם ברור שהיתה לו טעות, המתנה בטלה.

¹⁰⁹ אבני החושן רמה ס"ק ג, בדעת הרמב"ם; אולם המשפט, רמה, על סמ"ע ס"ק טז. כמו כן, שו"ת דברי מלכיאל ח"ג סי' קסד, ובית יעקב, רמה, י, נימקו (בדעת הרמב"ם), שיש להניח שגם אילו ידע על המום היה מקבל אותה. כמו כן, משרת משה (עטייה), על הרמב"ם, ה"ל זכיה, ד, א, מסביר שרק במכר שייכת טענת טעות ולא במתנה כיון שלא שילם כלום.

משמע מדברי אבני החושן שאם ידוע שבאמת לא היה מוכן לקבל אילו ידע על המום, היתה המתנה בטלה - וזה בעיקרון כמו כסף משנה.

אבן האזל, על הרמב"ם, הלכות זכיה, ד, א, כותב שלרמב"ם בעיקרון אין דנים דיני מומים וטעות במתנה (לבטל אותה כמו מקח טעות) כיון שלא שילם על זה, ולכן אינה בטלה למפרע; אבל יש לכך נ"מ, שאם מצא חסרון במתנה, וזה בעיניו בגדר טעות, שלא היה רוצה מתנה כזאת, כגון שהתברר למקבל שיש במתנה עבדים שיצטרך לזונם, ולא נוח לו לזונם (אף שזו אינה טענה טובה של טעות, כי יכול למוכרם), זו טענת טעות, ולכן לא אומרים שזה הפקר, ורק אם אין לו שום סיבה לחזור בו (שאינו טעות), ובודאי אינו יכול לחזור אם כבר התרצה, הדין הוא שבדחייה מאוחרת זה הפקר.

מעיל שמואל, על הרמב"ם, הלכות זכיה, ד, ב, כותב שגם במום נסתר אינו יכול לטעון ששתק כי לא ראה, כי היה צריך לבדוק אותה לאחר שבאה לידו. רח"א מילר הסביר שאף שבמכר אין אומרים כך, אלא יכול לטעון טענת מקח טעות גם אם המום התגלה רק אחרי זמן מסוים, מ"מ מתנה שונה, כי בה בעיקרון אין דנים דיני טעות, כדברי אבן האזל, ורק אם בדק את הנכס מיד אחרי שקיבל, יש לו טענת טעות כי זה מראה שאיכפת לו.

מחנה אפרים, ה"ל זכיה ומתנה, סי' א, כותב שמה שכתב שו"ת מהריב"ל ח"א סי' סה (סב), שמי שמכר גוף ופירות, ונמצא שרק הפירות היו של המוכר, כיון שבטלה מכירת הגוף, בטלה גם מכירת הפירות - הוא דוקא במכר, שהקונה יכול לטעון שזה מקח טעות, וממילא גם המוכר יכול לבטל, אבל במתנה אין לומר כך, כי נוח למקבל בכל שהוא. מכאן שהוא סובר שהמקבל אינו יכול לבטל מטעם "מתנת טעות".

אפשר לומר, שהסוברים שאין מבטלים קבלת מתנה בגלל טענת טעות, סוברים שמתנה אינה חוזה דו צדדי, ולא נחוץ רצונו של המקבל ליצירת החוזה, ולכן לא חשוב שיש פגם ברצונו, ורק התנגדות מפורשת מבטלת את המתנה, כי אי אפשר להקנות דבר לאדם בעל כרחו, אבל הסכמה בטעות אינה נחשבת התנגדות; ואילו הסוברים שהקבלה בטלה בגלל טעות, סוברים שזה דו צדדי. אבל לפי ההסבר שבטקסט, הסוברים שאין מבטלים קבלת מתנה בגלל טענת

ח. דחיית מתנה לפני נתינתה

לא מועילה דחיית מתנה לפני נתינתה. לדוגמה, האומר: "אם יתן לי פלוני נכס פלוני במתנה, איני רוצה אותו", אין לדבריו תוקף, ואם אותו פלוני נותן לו אחר כך את הנכס, והמקבל שותק אז, המקבל קונה אותו.¹¹⁰

אבל אם לפני קבלת המתנה, מסר "מודעא" שבו הוא אומר שאינו מקבל את המתנה מתוך רצון חפשי, המתנה בטלה.¹¹¹

ט. דחייה חלקית

עד כאן עסקנו במצב שהמקבל דחה את המתנה באופן מוחלט. ייתכנו גם מצבים, שהמקבל דחה את המתנה רק באופן חלקי.

אופן אחד הוא, אם המקבל אמר שהוא רוצה לקבל מקצת המתנה ולא הכל. אין אומרים שכיון שאינו רוצה את הכל, נתבטלה אמירת הנותן שנתן לו את המתנה, וממילא לא זכה אפילו במקצת. אין אומרים כך, כיון שהיה יכול לזכות בכולה אילו רצה, ולכן אף שנתבטלה המתנה בכולה, לא נתבטלה במקצת שהוא רוצה. זאת ועוד: סירובו הוא כאילו אמר "הריני כאילו קיבלתי", ואילו אמר כך היה מועיל, והיה נחשב כאילו קיבל, וא"כ בסירובו לא נתבטלו דברי הנותן כלל, ולכן אין לומר שכיון שבטלו מקצת דבריו, בטלו כל דבריו.¹¹² אבל אם המקבל אומר שהוא רוצה לקבל את הגוף ולא את הפירות, כל המתנה בטלה, כי כדי להפריד את הגוף מהפירות צריך שיור של הנותן עצמו, ואין בכוח המקבל לעשות הפרדה זו, גם אם הנותן אינו מקפיד על כך. רק אם הנותן עצמו חילק את המתנה לשני אנשים, ואמר שהגוף יהיה לראובן והפירות יהיו לשמעון, אם שמעון מסרב לקבל את הפירות, עדיין ראובן יקבל את הגוף.¹¹³

אופן שני הוא, בראובן ששלח מתנה לשמעון, ע"י שליח, ושמעון אמר לשליח שאינו רוצה לקבל, וביקש מהשליח שיתן את המתנה ללוי, וביקש מן השליח שלא יספר לראובן שלא רצה לקבל. בזה ששמעון הקפיד שלא יסופר לראובן שאינו רוצה לקבל, הראה שאינו רוצה לבטל את הנתינה מעיקרא, אלא שאינו רוצה

טעות יכולים להסכים שנחוץ רצונו של המקבל כדי לתת תוקף להעברה, אלא שגם אם היתה טעות זה נחשב רצון שלם, כי אין דרך מקבל מתנה להקפיד על מום, כיון שלא שילם. אך הסבר זה קשה, שהרי סמ"ע, רלג, ס"ק א, כותב שבמכר יש טענת מקח טעות גם אם הנכס שקיבל שווה יותר מן הסכום ששילם, אלא שרצה צבע אחר וכדומה, והרי אז הוא כאילו קיבל מתנה? התשובה היא, שכיון שבעיקר העיסקה שילם כסף, יש להניח שהוא מקפיד לקבל דוקא את מה שביקש.

¹¹⁰ חידושי הר"ן, ב"ב קכו ע"א (ד"ה קסבר); סמ"ע, רט, ס"ק כא, בשם שו"ת הר"ן, סי' כג. כמו כן, משה ידבר, ה"ל זכיה ומתנה, סי' ז (נח ע"ד), כותב שראובן ששמע ששמעון מתכנן לתת לו שדה במתנה, ואמר ראובן בפני שני עדים "קנו ממני שאני מוחל לשמעון מעכשו את השדה שהוא רוצה לתת לי", וקנו ממנו - לא מועילה המחילה, כפי שנאמר בכתובות פג ע"א, שאדם לא יכול להסתלק מנכסי אשתו לפני שהוא מתארס, כי אז אין לו שום שייכות בנכסים, וכך כאן, עדיין אין לראובן שום שייכות בנכסי שמעון, שהרי זאת לא מתנה מועטת, ושמעון יכול לחזור בו, ולכן המחילה לא מועילה. אך נימוק זה קשה, שהרי מקבל מתנה יכול לסרב ברגע שהוא מקבל, אף שהנושא אשה אינו יכול להסתלק מנכסיה ברגע הנישואין, וזאת כי שם זו מתנה הבאה לו ע"פ דין תורה, משא"כ מתנה; א"כ אין להשוות זאת לסילוק מנכסי אשתו. אורח משפט, רמא, הגה"ט אות ו, כותב (ברמז) שהמחילה לא מועילה כיון שמחילה לא מועילה על דבר שהוא בעין (אך יש להעיר שנימוק זה טוב רק ללשון מחילה, אבל לשון סילוק מועיל גם מדבר שהוא בעין, כגון נכסי אשתו הארוסה). זכרנו לחיים, ח"ב, חו"מ, ע' מתנה אות יג, מסתפק בקשר לדברי משה ידבר, מה הדין אם הנותן רוצה בקיום המחילה.

יש מהראשונים שמדברים על מקבל שדוחה את המתנה "לפני שבאה המתנה לידו", וקוראים לזה התנגדות מיידי, ואומרים שהמתנה בטלה. עיין לדוגמה תוס', ב"ב קלח ע"א, רבנו תם, בגליון תוס', בשטמ"ק כריתות כד ע"א בהשטות, וחי' רבנו קרשקש, גיטין לב ע"א, וערוך השולחן, חו"מ, רמה, יא. אין זה סותר את דברי הר"ן, מפני שהם מתכוונים למקרה שהנותן כבר נתן אלא שהנכס עוד לא הגיע לידי המקבל, כגון שהנותן שלח עם שליח או הניחו בפניו על הקרקע, כך שהנתינה כבר התחילה. וגם אם נתן לשלוחו שלא בלשון זיכוי, כך שהנכס עדיין שייך לנותן, נראה שהר"ן יסכים שהדחייה מועילה, כי יש לדחייה על מה לחול, כיון שהנתינה כבר החלה.

כך נראה להסביר את דברי שו"ת עדות ביהוסף (אלמושינינו), ח"א, סי' ב (כב ע"א), שאם המתנה עוד לא באה לידו, יכול להסתלק, כמו בבעל שמסתלק מנכסי אשתו הארוסה; הוא כותב זאת כניגוד להתנגדות מאוחרת, ואם כן אפשר לפרש שהוא מתכוון למקרה שהנתינה כבר התחילה אלא שעוד לא הגיע הנכס לידו.

¹¹¹ אמרי בינה דיני דיניינים סימן כ אות יז (ד"ה וראיתו). אבל הוא כותב שאם אח"כ הוא מבטל את המודעא (לפני קבלת המתנה) הולכים אחר דיבורו האחרון, והמתנה תקפה; ומתקשה בכך שמשמע משו"ת המב"ט חלק א, סי' שיד, שהמתנה בטלה גם אז.

¹¹² שואל ומשיב מהדו"ג ח"ג סי' קל (ס ע"א), כותב כך בלשון ספק. אבל שו"ת קנין תורה בהלכה ח"ג סי' עו, מבין ששואל ומשיב סובר שמקצת המתנה קיימת. שואל ומשיב מציין שפני יהושע, ב"ק קי, כתב שאי אפשר לומר "הריני כאילו קיבלתי" על דבר שלא היה שלו מעולם, והוא בא לזכות בו מחדש; אבל שואל ומשיב מציין שבמקום אחר הוא דחה את דברי פני יהושע.

¹¹³ אבן האזל, הלכות מכירה, ל, ב.

ליהנות בקבלת המתנה לעצמו, אבל הוא רוצה ליהנות מהנותן, בכך שלוי יקבל; ולכן המתנה אינה בטלה. אף שהנכס לא הגיע לידי שמעון מעולם, מ"מ ברור ששמעון רוצה שהשליח יזכה בנכס עבורו (עבור שמעון) כדי שיוכל לתיתו ללוי, ולכן רואים כאילו בא הנכס לידו והחזירו לשליח לתת ללוי. זאת ועוד: ברגע שראובן מסר לשליח בתורת זיכוי, השליח זכה עבור שמעון, כיון ששמעון רוצה את המתנה כדי להעבירה ללוי, וממילא כבר פקעה בעלות ראובן, וכיון ששמעון לא רצה לקבל אותה, הנכס הוא הפקר, כמו בדחייה מאוחרת, ולכן לוי יכול לזכות מההפקר¹¹⁴.

תיתכן גם דחייה על תנאי, ואף בתנאי מכללא. לדוגמה, אם המקבל דחה את המתנה ונימק את דחייתו בכך שקבלת המתנה תגרום לו קושי מסוים, ולאחר מכן הוסבר לו איך להתגבר על הקושי, המתנה תקפה¹¹⁵, מפני שדחייתו היתה על דעת שיש קושי בקבלת המתנה, והוא כאילו התנה את הדחייה בתנאי שהקושי הזה אינו קיים (או בגישה אחרת: הדחייה בטלה מפני שנעשתה בטעות). אולם אם ניכר מן הנסיבות, שהמקבל התכוון לדחות את המתנה דחייה מלאה, והנימוק שהוא נתן היה רק אמתלא, הדחייה תקפה למרות שהנימוק התברר כמוטעה, והמתנה בטלה¹¹⁶.

פרק רביעי: מתנה שהמקבל אינו יודע עליה

א. הצגת השאלה

חוזה רגיל מטיל חיובים על שני הצדדים לחוזה, ועל כן ברור שקיום החוזה מותנה בידיעת שני הצדדים על דבר החוזה. הרי לא ייתכן שאדם אחד יטיל על אדם אחר חיוב שלא בידיעתו. אבל מתנה היא סוג מיוחד של חוזה, שהמייחד אותו הוא שהוא מטיל חיוב רק על צד אחד - הנותן. למקבל יש רק זכויות, ואין עליו חיוב. על כן יש מקום לשאלה: האם יש תוקף למתנה שניתנה בלי ידיעת המקבל?

שאלה דומה קיימת בכל "הצעה שאין בה אלא כדי לזכות את הניצעי", ככינויו בחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, סעיף 7. אבל אנו נעסוק כאן רק במתנה, שהיא הקניית נכס שלא בתמורה, ולא נתינת שירות חנם וכדומה¹¹⁷.

¹¹⁴ שו"ת קנין תורה בהלכה ח"ג סי' עו. הוא כותב, שגם אם לא אמר ראובן לשליח לשון "זכי", כך שאין לומר שהשליח קנה עבור שמעון, מכל מקום ראובן אינו יכול לחזור בו אם שמעון עני, לפי שו"ע, חו"מ, קכה, ה. אבל דבריו קשים, שהרי זה לא אומר שכבר קנה המקבל, ואולי עוד לא קנה, אלא שהנותן לא יכול לחזור בו מדין נדר צדקה, וממילא אינו יכול להקנותו ללוי.

ראה סעיף 4, בשם שו"ת מהרש"ד, ח"ד, סי' ד, על מתנה שניתנה על תנאי, והמקבל הודיע שאינו רוצה לקיים את התנאי. זה סוג של דחייה חלקית, שהרי התוצאה היא שלא יקבל את המתנה. אבל שם בעצם הוא רוצה את המתנה, ואדרבה הוא רוצה במתנה מוחלטת, בלי תנאי.

ני רקובר הסתפק, מה הדין אם המקבל לא שתק ולא התנגד, אלא אמר "תן לי זמן לחשוב על זה עד מחר", ובינתיים חזר בו הנותן, ואח"כ אמר המקבל שהוא רוצה את המתנה. רח"א מילר סבור שכאן מאחר שהמקבל לא אמר "אם אחליט מחר שאני רוצה, יחול הקנין למפרע מהיום", לכן זה כמו הקנאה לאחר שלושים יום, שאז כל צד יכול לחזור בו, ולכן כשחזר בו הנותן, בטלה המתנה, ולא יועיל שהמקבל יחליט למחרת שהוא רוצה.

¹¹⁵ כך עולה מדברי ר' דוד מילדולה, בהערה הבאה, שהעלה אפשרות לקיים את המתנה בנידונו משום שהמקבל נימק את דחייתו בנימוק שהסתבר כמוטעה, אלא שלמעשה קיים את הדחייה משום שהנימוק היה רק אמתלא. אבל יש להעיר שבנידונו הנותן עצמו הוא שהסביר למקבל איך להתגבר על הקושי, ואולי אפשר לראות בכך נתינה מחדש שמתגברת על הדחייה, משא"כ אם אדם אחר מראה למקבל שהוא טעה.

דין זה מובן יותר לפי התפיסה (ליד ציון הערה 23) שאין דרושה הסכמה חיובית של המקבל, ובלבד שלא יתנגד - לכן כאן שהתנגדותו היתה מותנית, והתנאי לא התקיים, המתנה קיימת, אף שלא ניתנה הסכמה חיובית. ודוחק לומר שדרושה הסכמה חיובית של המקבל, ובכל זאת כאן מאחר שהתנגדותו נמחקת, הוא נחשב כשותק ויש לו חזקת הסכמה - קשה לומר כך, שהרי למעשה לא שתק.

¹¹⁶ ר' דוד מילדולה, פרי עץ חיים כרך ד, דף רל ע"ב (מס' 474). בנידונו, ראובן נתן שפחה במתנה לשמעון וביקש ממנו לשחרר אותה, והסביר שהוא נותן לו אותה כי הוא עצמו לא היה יכול לשחררה, מסיבה מסוימת התלויה במקום שהיה בו; ושמעון השיב לראובן שאינו רוצה את המתנה כי לא רצה לשחררה כי יש בזה איסור "לעולם בהם תעבודו". אח"כ אמר לו ראובן שיתן את השפחה ללוי, ולוי ישחרר אותה. הוא כותב שאין אומרים שכל סירובו לקבל את המתנה, היה כי לא רצה לעבור על "לעולם בהם תעבודו", ועכשו שהסביר לו ראובן איך לפתור את הבעיה, חלה המתנה למפרע - אין אומרים כך, כי שמעון אמר מראש, שהוא יודע שיש אומרים שבזמן הזה אין "לעולם בהם תעבודו", ומ"מ אינו רוצה את המתנה כי "מי הכניסני בתגר זה", ובזה הראה שאינו רוצה את המתנה גם אם תהיה דרך להימלט מאיסור "לעולם בהם תעבודו", ומה שאמר טעם "כדי לא לעבור בלעולם בהם תעבודו" היה רק אמתלא כדי שהנותן לא יקפיד עליו, ובאמת לא רצה את המתנה בכלל.

שו"ת מהרי"ל דיסקין, פסקים, אות קפז, דף נב ע"ד, מסופק, במזכה ע"י אחר, והמקבל התנגד כששמע, וניכר שהתנגד כי טעה באיזה ענין, האם יכול לומר אח"כ "אילו ידעתי, הייתי מסכים".

¹¹⁷ שאלה דומה קיימת בהתחייבות לתת מתנה, שניתנה בלי ידיעת המקבל. על כך ראה בדיונו בסעיף 5.

הדיון כאן יוצא מתוך הנחה שאין תוקף למתנה הניתנת תוך התנגדות המקבל. ברור שאי אפשר להקנות נכס לאדם המתנגד לקבל אותו. עיסוקנו כאן הוא במצב שלא הביע המקבל התנגדות, מפני שאינו יודע כלל על נתינת המתנה. השאלה היא לגבי פרק הזמן שבין רגע נתינת המתנה, לבין הרגע שנודע למקבל עליה, בין אם הביע אז הסכמה (או שתק, שחזקה שאז הסכים), ובין אם הביע התנגדות: האם הנכס נקנה לו למשך הזמן הזה? יכולות להיות השלכות משפטיות רבות מהיותו של הנכס קנוי לו למשך הזמן הזה. השאלה עולה גם לגבי מצב שבו נפטר המקבל לפני שנודע לו על דבר המתנה, כך שלא הספיק להביע הסכמה או התנגדות: האם הנכס קנוי לו ועובר ליורשיו, או לא? שאלה נוספת היא, האם הנותן יכול לחזור בו מהמתנה כל זמן שלא נודע למקבל? זוהי שאלה נפרדת מהשאלה הראשונה, מפני שייתכן שהנכס עדיין אינו קנוי למקבל, ובכל זאת הנותן אינו יכול לחזור בו מחיובו החוזי לתת את הנכס למקבל.

יש קושי מעשי בנתינת מתנה בלי ידיעת המקבל: דרך ביצוע ההקנייה. כל מתנה נגמרת ע"י הקניית דבר המתנה למקבל באחת מדרכי הקניין. כמעט בכל דרכי הקניין, המקבל ממלא תפקיד חיוני, כגון בלקיחת הנכס לידו. לכאורה, אם המקבל אינו יודע על המתנה, אינו יכול למלא את תפקידו בהקנייה, ואין אפשרות שהמתנה תיגמר.

המשפט העברי מכיר בתוקפה של מתנה שניתנה בלי ידיעת המקבל, משום שחזקה עליו שהוא רוצה בה. המתנה תקפה משעת הקנאתה, ונכנסת לבעלותו כבר אז, גם אם מת אח"כ ומעולם לא ידע עליה. אלא שהוא יכול לבטל את המתנה למפרע, אם הוא מביע התנגדות בשעה שהוא שומע עליה.

יש אופנים שונים שבהם יכולה מתנה להינתן בלי ידיעת המקבל, תוך פתירת בעיית ההקנייה. אופנים אלו מתחלקים לשתי קבוצות: באחת, ההקנאה נעשית באמצעות אדם שלישי בזיכוי ע"י האדם השלישי, העושה מעשה קניין, ו"זוכה" בנכס עבור המקבל; בהקנאת הנכס למקבל במישרין ע"י קנין סודר שעושה הנותן עם סודר של האדם השלישי; או ע"י קנין כסף, שמשלם האדם השלישי לנותן. בקבוצה השנייה, שהקנאה מבוצעת על ידי המקבל עצמו, העושה מעשה קניין בנכס בלי לדעת שהנכס ניתן לו במתנה; או שהנותן מכניס את הנכס לחצרו בלי ידיעתו.¹¹⁸

ייתכן שהלכה זו, שיש תוקף למתנה בלי ידיעת המקבל, היא ביטוי למגמה רעיונית של המשפט העברי בתחום דיני המתנה. המגמה מבוססת על הכלל ש"שונא מתנות יחיה"¹¹⁹, דהיינו, שאין רואים בעין יפה קבלת מתנות; ומצד שני, את הנתינה יש לעודד, כדי לחנך את האדם לאלטרואיזם ולעקור את האנוכיות.¹²⁰ כלומר, המשקל העיקרי במעשה המתנה מונח בצד של הנותן. אחד הביטויים לכך הוא מתן תוקף למתנה גם אם המקבל כלל אינו יודע עליה, דבר שמראה את החלק הזניח שהוא משחק במערכת עיסוקת המתנה, מהטעם האמור.

ב. נימוקים לכאן ולכאן

הטענה האנאליטית העיקרית נגד הכרה במתנה שניתנה בלי ידיעת המקבל, היא שמתנה היא חוזה, וחובה נוצר ע"י מפגש רצונות של הצדדים לחוזה, ולא ייתכן מפגש רצונות בלי ידיעת אחד הצדדים.¹²¹ כמובן, טענה זו יוצאת מתוך הנחה שמתנה היא חוזה. אולם קיימת גישה שלפיה מתנה אינה חוזה אלא עיסקה חד צדדית,¹²² ולפי גישה זו, לא דרוש מפגש רצונות, וממילא אין להצריך את ידיעת המקבל.

גם אם נקבל את ההנחה שמתנה היא חוזה, אפשר להשיב על טענה זו, שיש למקבל רצון קונסטרוקטיבי לקבל, מפני שאדם מן הסתם נותן את הסכמתו מראש לכל עיסקה שתהיה לטובתו, וחזקה שאילו ידע, היה מסכים.

¹¹⁸ על כל הדוגמאות האלה, ראה סעיף 6.

דוגמה מיוחדת להקנאה באמצעות אדם שלישי, שחלה גם בלי ידיעת המקבל: שו"ע, חו"מ, רלה, כד, כותב שהנותן מתנה לעבד, האדון יכול להסכים או לסרב אח"כ; ועל כך כותב דברי אליהו (ניימנץ), סי' לח ס"ק יח דף כ ע"א, שאם רצה האדון, נתקיימה המתנה למפרע. אין לראות זאת כדוגמה להקנאה בקנין חצר, שהרי עבד הוא "חצר מהלכת", שאינה מועילה כקנין חצר אלא אם הוא ישן וכפות (בי"ק יב ע"א).

גם מתנה מכללא, שנידונה בסעיף 1(א), היא סוג של מתנה בלי ידיעת המקבל, שהרי בדרך כלל העובדה שאין נתינה מפורשת מביאה לכך שהמקבל אינו מודע לכך שהמתנה ניתנת לו.

¹¹⁹ משלי טו, כז. ראה על כך בהרחבה בנספח.

¹²⁰ השווה רעיון דומה במצוות הצדקה: עיקרה אינה כדי שהעני יקבל, אלא לעקור מן הנותן את האנוכיות - ראה לדוגמה: אור הרעיון, עמ' סז.

¹²¹ ראב"לו, חוק המתנה, מהדורה שנייה, עמ' 286.

¹²² ראה על כך ליד ציון הערה 20 ואילך.

לגבי המקרה (שנראה בסעיף 6) של נתינת מתנה בלי ידיעת המקבל באמצעות אדם שלישי, אפשר לתת שתי תשובות נוספות לטענה זו: א) האדם השלישי, שזוכה עבור המקבל, פועל כשלוחו בהרשאה מכללא¹²³, ורצון השלוח מיוחס למשלח, כאילו היה רצון של המשלח. ב) יש כאן חוזה בין הנותן לבין מי שזוכה בעבור המקבל, ויש ביניהם מפגש רצונות, שהרי שניהם יודעים על החוזה; ותוכן החוזה הוא שהזוכה יעביר את הבעלות בנכס למקבל, וזהו חוזה לטובת צד שלישי, שהוא תקף לפי חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, סעיף 34. ואמנם חוזה לטובת צד שלישי יוצר רק התחייבות חוזית ואינו מקנה זכות קניינית (והרי כאן אנו צריכים שהמתנה תיגמר, כלומר, שתעבור הזכות הקניינית), אבל מכל מקום נדחית הטענה בדבר העדר מפגש רצונות, שהוא הנחוץ לצד החוזי¹²⁴.

נימוק אנאליטי לטובת הגישה שאינה דורשת את ידיעת המקבל, היא, שגישה זו מעניקה הגנה על האינטרס של הגשמת הרצון האוטונומי של הנותן. לפי עיקרון חופש ההתקשרות, יש לאפשר לאדם להעניק את נכסיו במתנה, ולא להקשות עליו בדרישות משפטיות בלתי הכרחיות. כמובן, הכול כפוף להסכמת המקבל כשייוודע לו, וכפוף לוודאות שלנותן יש גמירת דעת ברורה.

אשר לשיקולים המעשיים, יכולה להישמע טענה, שאם נכיר במתנה שניתנה בלי ידיעת המקבל, תיווצר אי-וודאות, שכן אדם לא יוכל לדעת בשום רגע נתון בכמה מסתכם רכושו, שהרי ייתכן שמישהו נתן לו מתנה, ולכן הוא לא יוכל לכלכל את צעדיו כראוי. כנגד טענה זו, יש להזכיר, שבכל מקרה יוכל המקבל לבטל את המתנה למפרע ע"י הבעת התנגדות כשייוודע לו עליה, כפי שנראה בסעיף 6 לענין זיכוי מתנה, ולכן אין שום אדם צריך לחשוש שמא יש לו נכסים רבים מדי ושמה הדבר יזיק לו מסיבה כלשהי, שכן אם יתברר שהדבר מזיק לו, יוכל לבטל את המתנה כשישמע עליה.

לכיוון ההפוך, יש יתרון מעשי בגישה שאינה דורשת את ידיעת המקבל, והוא: ייעול וזירוז הליך הקניית המתנה. לעיתים, יש צורך אובייקטיבי או סובייקטיבי (מצד הנותן) שהמתנה תועבר בהקדם, והדרישה שהמקבל ידע על המתנה עלולה לעכב ולסרב את ההעברה. במשפט העברי קיים צורך מיוחד בכך, בהקנייה לצרכים הלכתיים (כגון בעירוב בשבת, ובחילול מעשר שני), אך גם במשפט החילוני ייתכנו מצבים רבים של צורך דחוף בהעברת בעלות.

ג. עמדת החוק

בדברי ההסבר להצעת חוק המתנה, תשכ"ה-1965¹²⁵, נאמר שאף שהשקפת המשפט העברי והמשפט האנגלי¹²⁶ היא שאפשר לתת מתנה לאדם בלי ידיעתו מאחר שהיא לטובתו, הוחלט שלא לכלול הוראה כזאת בחוק, והחוק אומר רק שמניחים ששתיקתו כשנודע לו היא הסכמה.

מכאן מסיק ראבילו שלפי החוק הישראלי, המתנה יכולה להיגמר רק משנודע למקבל על המתנה¹²⁷. לכן אם ראובן שלח מתנה ללוי, וראובן מת לפני שנודע ללוי על המתנה, יורשי ראובן יכולים לבטל את המתנה; ואם לוי מת לפני שנודע לו, ראובן יכול לחזור בו; ורק אם נודע ללוי והייתה הקניית הנכס כדין, ואח"כ מת ראובן או מת לוי, המתנה קיימת¹²⁸. דרושה ידיעה סובייקטיבית של המקבל, ולא די בכך שההודעה הגיעה לכתובתו של המקבל ("יתורת המסירה"), מפני שדרוש כאן רצון המקבל לשם יצירת החוזה¹²⁹.

¹²³ מ' ויגודה העיר שקשה לראות כאן הרשאה מכללא כיון שהמקבל לא ידע על כך, מה גם שלפי החוק ולפי המשפט העברי אין תוקף להרשאה מכללא - ראה חוק לישראל, שליחות, עמ' 133 ועמ' 145.

¹²⁴ נימוקים נוספים לכך שההקנאה תקפה בלי ידיעת המקבל, נביא בסעיף 6 לענין מקבל העושה מעשה קנין בלי כוונה לקנות, מפני שהפרשנים אמרו אותם לגבי המקרה הנידון שם; אבל הם טובים לכל המקרים.

¹²⁵ ס"ח 446, תשכ"ה, עמ' 63.

¹²⁶ כך כותב האלסבורי, Halsbury, Laws of England, 4th ed., reissued, Vol. 20, p. 25, 32, שאם א נותן נכס ל-ב לצורך שימוש של ג, די במסירה זו כדי להקנותו ל-ג, גם אם ג לא ידע על המתנה.

גם המשפט האמריקאי מכיר בתקפותה של מתנה שניתנה בלי הודעה למקבל, אם הנכס נמסר לאדם שלישי בעבור המקבל, לפי Willistone on Contracts, 3rd ed., Vol. 3, p. 245, 293. אלא שבכרך 1, עמ' 787, הוא כותב שבחלק מהמדינות בארה"ב אין תוקף למתנה שהמקבל לא ידע עליה.

נ' רקובר, "עקרונות המשפט העברי בחוק המתנה", הפרקליט כד (תשכ"ח), עמ' 500, מציין מקורות אלו, במהדורות ישנות יותר של ספרי האלסבורי וויליסטון. אני ציינתי מהדורות חדשות יותר, להראות שעמדת המשפט האנגלי והאמריקאי לא השתנתה. [צריך לעדכן למהדורות יותר חדשות] ++

¹²⁷ מ' ראבילו, חוק המתנה, מהדורה שנייה, עמ' 286 (הובא ע"י השופט דניאל טרברג, ב"ש, תמ"ש 2160/06, פלונית נ' עזבון המנוח פלוני ואח', בית משפט לעניני משפחה, פסקה 31). כמו כן, ג' שלו, חוזים (מהדורה שנייה), עמ' 140, כותבת באופן כללי, לגבי כל הצעה שאין בה אלא כדי לזכות את הניצע, שיש חזקת קיבול רק אם ידע על ההצעה, שהרי אינו יכול להסכים לדבר שאינו יודע.

¹²⁸ ראבילו, שם, עמ' 286.

¹²⁹ ראבילו, שם, עמ' 287.

בית המשפט העליון הלך בעקבות ראבילו, וקבע שהמכניס כסף לחשבון בנק של אדם אחר במתנה, בלי ידיעתו, אין הכסף קנוי לבעל החשבון, עד שידע על כך¹³⁰.

אולם ספק אם יש הכרח לפרש כך את לשון החוק. אמנם החוק אינו אומר שאין צורך בידיעת המקבל, אבל הוא גם אינו אומר שיש בה צורך. מכאן שהמחוקק ביקש להשאיר שאלה זו פתוחה. מאחר שהענין לא נתפרש, ראוי יותר לפרש את החוק כך, שלא תידרש ידיעת המקבל, מפני היתרון שבגישה זו (שהוסבר לעיל פסקה 2), וגם כדי שהחוק יתאים לעמדת המשפט העברי והמשפט האנגלי. הרי לשון סעיף 3 סובלת גם פירוש זה: "חזקה על המקבל שהסכים" - גם אם לא ידע על המתנה¹³¹.

ד. חזקת ההסכמה של מקבל שאינו יודע על המתנה

כפי שאמרנו, הקנאת מתנה בלי ידיעת המקבל, תקפה משום העיקרון: "זכין לאדם שלא בפניו". בגלל עיקרון זה, אדם יכול לשנות את מצבו חמרי של אדם אחר, בלי ידיעתו, אם השינוי הוא לטובתו, מפני שמניחים שהיה מסכים לכך, אילו ידע על כך.

יש קושי מסוים בקביעת חזקה שהמקבל מסכים לקבל את המתנה. הרי מתנה אינה טובה מוחלטת ("זכות גמורה"), ותיתכנה סיבות שלא לרצות לקבל מתנה, כפי שנראה בסעיף 6, לענין זיכוי? התשובה היא, שמכל מקום, סתם אדם מעוניין בקבלת מתנות, ולכן יש להניח שהמקבל הזה היה רוצה לקבל את המתנה¹³².

בסתם אדם, אין מניחים שמן הסתם אינו רוצה לקבל, ואע"פ שמידה טובה היא שלא לקבל מתנות מפני ש"שונא מתנות יחיה"¹³³, זו רק "משנת חסידים", ומן הדין אין איסור לקבל מתנה¹³⁴.

העובדה שהמקבל שתק כששמע, היא הוכחה שהוא בחזקת סתם אדם, שנוח לו לקבל מתנות, ומסתמא הוא מרוב העולם שרוצים מתנות¹³⁵.

זאת ועוד: מאחר שהזכות רבה על החוב, זה נקרא "זכות"¹³⁶.

¹³⁰ ע"א 655/89 מטלון נ' כץ, פ"ד מה(3) 845, 850.

¹³¹ חיזוק לפירוש זה: בדברי ההסבר להצעת חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ל-1970, סעיף 7, נאמר שסעיף זה, האומר שהצעה שאין בה אלא כדי לזכות את הניצע, חזקה עליו שקיבל אותה, מבטא במדה מסויימת את עקרון "זכין לאדם שלא בפניו". ראבילו, שם, עמ' 284, תמה על כך, הרי "זכין" משמעו שהחובה תקף גם בלי ידיעת הניצע. אולם לפי פירושי, שהמחוקק השאיר שאלה זו פתוחה, נכון לומר שיש כאן ביטוי מסוים ל"זכין" - מפני שלא נאמר בחוק שדרושה ידיעת הניצע.

¹³² חידושי הרשב"א, קידושין כג ע"א, הובא בקצות החושן, קצה, ס"ק ב, בערך השלחן חו"מ, רמה, ס"ק י, בברכת שמואל, קידושין סי' יד, אות א, בשרשי הים, שורש זכית קטן, דף קמב ע"ב, בשו"ת ראשי בשמים (גוריון) או"ח סי' יז, אות יד, בס' עורה שחר מע' ז אות ב, בשו"ת שואל ומשיב מהדו"ה סי' פא דף פד ע"ג, באהלי אהרן, ח"א, סי' יד וסי' מח, במזל שעה על הרמב"ם, הלכות זכיה, ד, ב (עב ע"ב), בשו"ת באר יצחק, או"ח, סי' ב, ענף ד [ומשם הובא בשו"ת ראשי בשמים (גוריון) או"ח סי' יז אות א, אות ב ואות ז], ובשו"ת עין יצחק ח"א, אהע"ז סי' א, אות א, בשבילי דוד, חו"מ, קצה, ג, בחי' הרי"ם, חו"מ, קצה, ס"ק טז (ד"ה עוד י"ל דהא), בחידושי כתב סופר (תרצ"ח), חולין לט ע"ב (ד"ה כ"ע), שו"ת יביע אומר, חלק ג, חו"מ, סי' ב, אות ז, בשו"ת תשובות יהודה אהע"ז סי' מט (נו ע"א), וסי' נא אות ט (סב ע"ב), באשל אברהם (ניימרק), ב"ב, פירות הנושרין, קלח ע"א, ועיי' רז"י גולדברג, בחוק לישראל, שומרים, מילואים לסעיף 6, הערה 26, אות ב, עמ' 1092. כך הסביר גם ערוך השלחן, חו"מ, רמט, ד. וכן הגהת הב"ח, ב"מ יב ע"א, אות ג, ושו"ת ברית אברהם (פיעטרקוב, תרנ"ח), אהע"ז, סי' קא אות יב, מסבירים שאומרים "שונא מתנות יחיה" רק אם המקבל אומר זאת, אבל בסתם יש להניח שהוא רוצה לקבל.

דברי אליעזר (אורבך), דף י ע"ג, מביא כאילו הרשב"א אומר שמועיל "זכין" במתנה אע"פ ש"שונא מתנות יחיה", מפני שמ"מ זה לא חוב, מפני שלא כתוב להיפך (שאוהב מתנות ימות - ראה בנספח, שים של שלמה אומר שאין מידה טובה שלא לקבל מתנות, מפני שלא כתוב "אוהב מתנות ימות"), ולכן מסתמא אילו ידע היה נוח לו.

גם ש' אלבק, מבוא למשפט העברי בימי התלמוד, עמ' 241, כותב שהמקבל זוכה במתנה גם בלי ידיעתו כי אומדים דעתו לפי דעת רוב בני אדם שגמר בדעתו לזכות בה - "זכין".

אפשר להציע תירוץ אחר מדוע מועיל "זכין" למרות "שונא מתנות יחיה": מפני שאין "שונא מתנות יחיה" במתנה המזוכה ע"י אחר, כפי שאומר דברי אליעזר, שהבאנו בנספח [או בסעיף 6]. אבל מהרשב"א מוכח שגם אז יש "שונא מתנות יחיה", שלא כדברי אליעזר.

אבל אבני מילואים, לו ס"ק יב (ד"ה והנה), כותב שמתנה היא זכות גמורה, ואעפ"כ היא בטלה אם הביע התנגדות כששמע (ולא הזכיר את הרשב"א). רח"א מילר הסביר שאבני מילואים קורא למתנה זכות גמורה ביחס לקידושי בתו (שעליהם דיבר שם - עיין שם), ואילו הרשב"א שכתב שזאת לא זכות גמורה, כוונתו שאינה זכות אבסולוטית.

¹³³ ראה בנספח.

¹³⁴ שו"ת שארית יוסף (ידיד), ח"ב, חו"מ סי' ב (עמ' רכג-רכד). הוא מסביר שלכן בסתם מניחים שהמקבל רוצה לקבל, ורק אם המקבל מגלה דעתו שאינו רוצה, מועיל הסירוב מטעם "שונא מתנות יחיה".

¹³⁵ שערי תורה (לעוו), ח"א, כלל ד, פרט ו. אבל נימוק זה אינו טוב במקרה שמת לפני ששמע, שהרי אז אין הוכחה משתיקתו, ובכל זאת קנה, כפי שנראה בסעיף 6, לענין זיכוי.

זה נחשב זכייה, מפני שחכמים שיערו שצד החוב שבו הוא רחוק, מפני שגם אם זה חוב בעיניו, יכול להביע התנגדות מיד כשהוא שומע¹³⁷.

ואכן יש מי שאומר שקנה רק מדרבנן, מפני שמתנה אינה זכות בעצם, שהרי "שונא מתנות יחיה", אלא "זכין" מטעם ש"אנן סהדי" שנוח לו, מפני שנפשו של אדם מחמדתו, וזה לא מועיל מהתורה, כמו שביאוש שלא מדעת, אין אומרים שהדבר מתברר למפרע, ורק מדרבנן מועיל¹³⁸.

גם באדם שהכל יודעים שהוא חסיד, בסתם אומרים שנוח לו לקבל, שהרי לא שמענו פוסק שיאמר שא"א לזכות מתנה לחסיד שלא בפניו, מפני שחסיד מן הסתם יקפיד על "שונא מתנות יחיה"¹³⁹.

אבל יש מי שאומר, שאם ניכר לכל שהוא אדם חשוב, ואין דרכו לקבל מתנות, מפני שלאדם חשוב בזיון הוא לקבל מתנה¹⁴⁰, לא קנה גם אם הסכים אח"כ¹⁴¹.

ה. בעיית "אין ברירה"

לכאורה קשה, בכל מתנה שניתנה בלי ידיעת המקבל, הרי קניית המקבל מותנית בכך שהמקבל יסכים (או ישתוק) כשישמע, והרי הכלל הוא ש"אין ברירה", כלומר שאין מעשה מסופק יכול לחול על סמך מה שיתברר בעתיד, ואם כן, איך המתנה חלה בשעת ההקנאה, לפני שמתברר האם המקבל מסכים¹⁴²? האחרונים הציעו הסברים אחדים, מדוע אין כאן בעיה של "ברירה".

א) ר' דוד זילברשטיין¹⁴³ הסביר שאף ש"אין ברירה", כאן המקבל קונה מראש מפני שמן הסתם לא יתנגד לקבלה. כלומר, רק כשיש ספק שקול האם יארע המאורע שהוא תנאי לחלות הפעולה המשפטית הנידונה, אומרים "אין ברירה"; אבל כאן אין זה ספק שקול, אלא סביר להניח שהמקבל יסכים. גם ר' משה יואל גוריון¹⁴⁴, הסביר שאין כאן בעיה של "ברירה", מפני שאומדים את דעת מקבל שיסכים, ודוקא כשאין יסוד לאומדן דעת שהתנאי יתקיים, "אין ברירה", מפני שהעושה אינו יודע האם הדבר יתקיים, ולכן לא גמר בדעתו את המעשה בהחלטיות.

ב) ר' ישראל פישר¹⁴⁵ הסביר שכאן אין צורך ב"ברירה", מפני שחלות המתנה אינה תלויה בכך שהמקבל יעשה מעשה בעתיד, אלא די שלא יעשה מעשה - לא ימחה¹⁴⁶. גם ר' משה יואל גוריון¹⁴⁷ מעלה אפשרות

¹³⁶ ערוך השלחן, חו"מ, רמט, ד; שערי תורה (לעוו), ח"א, כלל ד, פרט ו.

¹³⁷ שו"ת בשמים ראש, סי' רסח.

¹³⁸ עורה שחר, מע' ז, אות ב, בדעת תוס', ב"ב קנו ע"ב (ד"ה זכין), בלשון "אפשר".

¹³⁹ שו"ת שארית יוסף (ידיד), ח"ב, חו"מ סי' ב (עמ' רכג-רכד), בלשון "אפשר".

¹⁴⁰ כך מוכח מקידושין ז ע"א, ששם נאמר שאם אדם חשוב הסכים לקבל מתנה ממישהו, הסכמתו גורמת הנאה לנותן, ולכן אשה הנותנת מתנה לאדם חשוב, מקודשת בהנאתה מכך שהסכים לקבל.

¹⁴¹ שו"ת בשמים ראש, סי' רסח.

מצד שני, משנת יעקב, הלכות זכיה, ד, א, אות ד, מעלה אפשרות שבאדם חשוב, גם אם הביע התנגדות מיד כששמע, המתנה תקפה, כי זו זכות גמורה, כי לגבי מתנה לאדם חשוב אין "שונא מתנות יחיה", כפי שנאמר בחולין מד ע"ב שר' זירא הסכים לקבל מתנה משום שהנותן התכוון להתכבד בכך שר' זירא מקבל ממנו.

חריג נוסף, שבו אין חזקת הסכמה: קצות החושן, לו, ס"ק י, כותב לגבי ס"ת שנגנב (הנידון בב"ב מג), ואחד מבני העיר יודע עדות נגד הגנב, אלא שהוא פסול לעדות כי הוא נוגע בדבר כי יש לו חלק בס"ת, ויוכל להעיד רק אם יסתלק מחלקו בס"ת - שאין לומר שיוכל להסתלק ע"י הקנאת חלקו בס"ת לגנב עצמו והקנאה זו חלה בדיבור בלבד - ראה סעיף 6), שהרי הגנב לא ירצה מתנה זו, שע"ז יעידו נגדו. עולה מדבריו שגם אם הגנב לא הביע התנגדות, מניחים שאינו רוצה.

¹⁴² ראה סעיף 6, בענין זיכוי, ששבילי דוד מעלה אפשרות, שהר"ן, האומר שביזכוי ע"י אחר אינו קונה עד שישמע על המתנה, טעמו הוא משום "אין ברירה"; וצריך לומר שהר"ן חולק על ההסברים דלהלן, ועל התפיסות שביסודם, המגבילות את דין "אין ברירה" בהגבלות שונות.

¹⁴³ שבילי דוד, חו"מ, רלה, ד (ד"ה ודברי). הוא עסק בזיכוי ע"י אחר.

¹⁴⁴ שו"ת ראשי בשמים (גוריון) או"ח סי' יז, אות כא. גם הוא עסק בזיכוי ע"י אחר.

¹⁴⁵ אבן ישראל, על הרמב"ם, ה' מלכים, ח, ח (עמ' ריח). גם הוא עסק בזיכוי ע"י אחר.

¹⁴⁶ עיי"ש, שהוא מוכיח שמצב כזה אינו נחשב ברירה. הוא כותב כך בדעת הר"ן, שלפי הבנתו, סובר שאם שמע ושתק, הוברר למפרע שזכה (ראה בשמו בסעיף 6, לענין זיכוי), ועולה מדבריו שלדעתו, לפי שיטת רוב הפוסקים, שהמקבל קונה מיד בשעת הזיכוי, אין בעיה של "ברירה" אף שיכול למחות ולבטל את קניית המתנה; ולא מובן מדוע אין בעיה. ¹⁴⁷ ראשי בשמים, שם, בהסברו השני.

שהמתנה מותנית בתנאי מפסיק, שלא ימחה המקבל (ולא בתנאי מתלה, שיסכים)¹⁴⁸, ובתנאי שלילי, אין בעיה של ברירה¹⁴⁹.

ג) ר' משה יואל גוריון¹⁵⁰ הסביר שבעיית "ברירה" קיימת רק במקום שהעושה היה יכול לגמור את המעשה לגמרי, ובכל זאת תלה אותו בדעת אחרים, אבל במקום שהוא גומר את המעשה לגמרי לפי יכולתו, אלא שממילא הדבר תלוי בדעתו של אחר, אין בעיה של ברירה.

ד) אפשר להסביר על פי דברי הרשב"א¹⁵¹, הקובע שאם לא איכפת לנו בין אם ההקנאה תהיה מראש או רק כשיתברר ספק כלשהו, ההקנאה חלה מראש, ואין בעיה של "ברירה"; הוא מסביר בכך מדוע אין בעיה של ברירה בהקנאת דבר שאינו מסויים¹⁵².

פרק חמישי: סיכום

הן לפי החוק הן לפי המשפט העברי, במקום שספק בעינינו האם המקבל הסכים לקבל את המתנה, כגון ששתק ולא אמר דבר, יש להניח שהסכים לקבל את המתנה. שתיות המקבל מתפרשת כהסכמה גם אם המתנה אינה טובה מוחלטת, כגון שאחזקות דבר המתנה תעלה כסף למקבל, או שנכלל בה חיוב המוטל על המקבל.

אין תוקף למתנה שניתנה בלי הסכמת המקבל. משום כך, מי שכפו עליו לקבל מתנה, המתנה בטלה, אפילו אמר בגלל האונס "רוצה אני". גם אם הוא מעוניין לקבל את הנכס, אבל אינו מוכן לקבל אותו בחינם אלא הוא רוצה לשלם תמורתו, אי אפשר להקנותו לו בחינם נגד רצונו. כמו כן, מוריש שנתן מתנה ליורשו על תנאי, והיורש רוצה את הנכס אבל אינו רוצה לקבל אותו במתנה אלא לרשת אותו שאז לא יהיה כבול בתנאי - המתנה בטלה. גם אם התחייב מראש לקבל את המתנה, הוא יכול לחזור בו ולסרב ואז לא יקנה את המתנה. גם אם יש לו נושים, וחשוב להם שיקבל את המתנה כדי שיוכלו לגבות ממנו את חובם, הנותן אינו יכול לתת לו את המתנה נגד רצונו.

לפי החוק, גם אם שתק המקבל בעת קבלת המתנה, הרי אם הודיע לנותן על דחייתה תוך זמן סביר לאחר שנודע לו עליה - המתנה בטלה. הוא יכול לחזור בו מדחיית המתנה כל זמן שהנותן נשאר בדעתו לתת אותה. אם המתנה כבר ניתנה, והמקבל כבר הסכים לקבלה, ורוצה אחר כך לוותר עליה, יצטרך להעביר את הנכס בפועל או בהתחייבות בכתב חזרה לנותן הראשון, כמתנה חדשה בכיוון השני.

לפי המשפט העברי, דחיית המקבל את המתנה מועילה רק אם הביע את ההתנגדות בשעה שקיבל את הנכס (או תוך כדי דיבור לקבלתו). אם אמר אז שאינו רוצה במתנה, המתנה בטלה, והנכס שייך לנותן. גם אם אח"כ חזר בו המקבל והביע רצון לקבל את המתנה, אינו זוכה בה. אולם אם שתק המקבל (וקל וחומר אם הסכים בפירוש) לאחר שזכה בדבר המתנה, כגון שכבר קיבל את שטר המתנה, וקראו, והבין שזו מתנה, או במיטלטלין, שכבר באו לידו או לביתו בנוכחותו, ורק אח"כ אמר שאינו רוצה בה, אינו יכול לבטל את המתנה בדחייתו.

אם אין ידוע האם הסכים המקבל או התנגד כששמע על המתנה, וידוע שלאחר זמן הוא הביע התנגדות לקבל אותה, המתנה בטלה, מפני שיש להניח שגם בתחלה הביע התנגדות.

גם לגבי מתנה שמזוכה למקבל ע"י זכיית אדם אחר, המתנה בטלה רק אם התנגד מראש, אבל אם בתחילה הסכים, אינו יכול לחזור בו על ידי הבעת התנגדות מאוחר יותר. אלא לפי פוסקים אחדים, אם שתק בתחילה, הדין בספק, שמא המתנה בטלה. גם לפי הדעה השנייה, אם שתק כשהנכס הגיע לידו מאיש הביניים, ורק אח"כ התנגד, המתנה תקפה בוודאות.

דחייה מאוחרת מועילה אם נקט המקבל לשון שמשמעותה היא הודאה שמעולם לא התכוון לזכות במתנה - כאן המתנה בטלה למפרע, גם אם בתחילה שתק המקבל. כך גם המקבל אומר שבכלל לא קיבל אותה, או שקיבל אותה באונס או בטעות, או שקיבל אותה לשמירה ולא כמתנה.

¹⁴⁸ זאת בניגוד להסברו הראשון, שבו כתב שהזיכוי כאילו נעשה על תנאי שיסכים הזוכה כשידע, כלומר בתנאי מתלה.

¹⁴⁹ עיי' אנציקלופדיה תלמודית, ע' ברירה, ליד ציון הערה 98.

¹⁵⁰ ראשי בשמים, שם, אות כג, בהסברו השלישי. וראה סעיף 6, בענין זיכוי, שראשי בשמים כתב במסקנתו שזיכוי אינו על תנאי, והוא רומז שלכן אין בעיה של ברירה.

¹⁵¹ שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן פב.

¹⁵² הבאנו את דבריו בסעיף 1(ב). ראה עוד בשאלה זו בשם הרי"ם, לגבי דעת הסמ"ע בענין מעשה קנין בלי כוונה, בסעיף 6.

אם המקבל דחה את המתנה (בלשון שאינה לשון הודאה) אחרי ששתק בעת קבלת המתנה, הנכס נעשה הפקר, מפני שמפרשים את כוונת המקבל, שאינו רוצה שזו תהיה מתנה, ואם זו מתנה, הוא רוצה להפקיר אותה. נושהו של המקבל יכול לגבות ממנה גם אחרי שמישהו אחר זכה בנכס מן ההפקר. אם המקבל חזר בו מדחייתו, וזכה בדבר המתנה (לפני שצד שלישי זכה בו), הנותן אינו זכאי להוציא אותו מידי.

דחייה אחרי הסכמה אינה מבטלת את המתנה גם אם המקבל חיזק את הדחייה בהחזרת שטר המתנה לנותן, או בקריעת שטר המתנה. דחייה מאוחרת אינה מבטלת את המתנה גם אם נימק המקבל את דחייתו בטענה שמצא פגם בנכס.

לא מועילה דחיית מתנה לפני נתינתה, כגון באמירה "אם יתן לי פלוני נכס פלוני במתנה, איני רוצה אותו". אבל אם לפני קבלת המתנה, מסר "מודעא" שבו הוא אומר שאינו מקבל את המתנה מתוך רצון חפשי, המתנה בטלה.

אם המקבל אמר שהוא רוצה לקבל מקצת המתנה ולא הכל, היא תקפה לגבי אותו מקצת. אבל אם המקבל אומר שהוא רוצה לקבל את הגוף ולא את הפירות, כל המתנה בטלה, כי כדי להפריד את הגוף מהפירות צריך שיוור של הנותן עצמו, ואין בכוח המקבל לעשות הפרדה זו.

אם המקבל דחה את המתנה ונימק את דחייתו בכך שקבלת המתנה תגרום לו קושי מסוים, ולאחר מכן הוסבר לו איך להתגבר על הקושי, המתנה תקפה; אולם אם ניכר מן הנסיבות, שהמקבל התכוון לדחות את המתנה דחייה מלאה, והנימוק שהוא נתן היה רק אמתלא, הדחייה תקפה.

המשפט העברי מכיר בתוקפה של מתנה שניתנה בלי ידיעת המקבל, משום שחזקה עליו שהוא רוצה בה. המתנה תקפה משעת הקנאתה, ונכנסת לבעלותו כבר אז, גם אם מת אח"כ ומעולם לא ידע עליה. אלא שהוא יכול לבטל את המתנה למפרע, אם הוא מביע התנגדות בשעה שהוא שומע עליה.

ראבילו סבור שלפי החוק, המתנה יכולה להיגמר רק משנודע למקבל על המתנה. אבל אפשר לפרש את החוק כך שיתאים לעמדת המשפט העברי, ופרשנות זו עדיפה.

פרק שישי: הצעת נוסח ע"פ המשפט העברי

3. חזקה על מקבל המתנה שהסכים למתנה, זולת אם הודיע לנותן על דחייתה מיד לאחר שנודע לו עליה.