סעיף 1(א)
מהות המתנה

מהות המתנה

1. (א) מתנה היא הקניית נכס שלא בתמורה.

התוכן

מבוא 2
הנותן 2
כללי 2
קטן 3
(1) מן התורה 3
(2) מדרבנן 5
גדול שאינו יודע בטיב משא ומתן 15
גדול שלא הגיע לגיל עשרים 16
אילם 18
חרש ושוטה 18
גוסס 19
שיכור 20
נותן שאינו מבורר 20
המקבל 21
כללי 21
מתנה לקטן 21
מתנה לחרש ולשוטה ולדומיהם 31
מתנה למי שעוד לא נולד - עובר ומי שלא נהרה 33
(1) אם אינו בנו של הנותן 33
(2) אם הוא בנו של הנותן 40
מתנה לאשת איש 51
מתנה לאדם לא ידוע 55
מתנה לרבים 65
מתנה לחצי אדם 65
זכות אב במתנה שניתנה לבנו 65
שני מקבלים שאחד מהם אינו כשיר לקבל מתנה ("את וחמור") 78
פרשנות - קביעת זהות המקבל 83
סוגים מיוחדים של מתנות 84
מתנה באיסור 84
מתנה שחבה לאחרים 99
פגם בגמירת דעתו של הנותן 100
כללי 100
עקב הפצרה 101
הנותן את כל נכסיו לאשתו 102
כללי 102
אם אין לו בנים 104
אם יש הוכחה שהתכוון למתנה 105
שיור במתנה 108
מתנה לאשתו ולאחר יחד 110
מתנה לאשתו ואחריה לפלוני 111
הנותן את כל נכסיו לאחד מבניו 112
כללי 112
הבן המקבל 114
אופן הנתינה 116
מתנה לבנו ולאחר יחד 118
אם ניכר מתוך הנסיבות שהתכוון לתת רק מתנה מוגבלת 119
מתנה טמירתא 121
כללי 121
שטר מתנה בלי הודעה על גילוי ("סתם") 129
בצוואה מחמת מיתה ובשכיב מרע 139
חריגים 143
סוגים אחרים של הסתרה 157
מצבים שונים שהמתנה בטלה בהם מחמת חוסר גמירת דעת של הנותן 161
נתינה מכללא 167
כללי 167
מעשה של בעל הנכס המוכיח כוונה לתת מתנה 171
המשיא את בנו בבית 171
סיוע למקבל במעשה 177
השאלה המתפרשת כמתנה 178
הפקר חלקי 193
פחות מבן עשרים שמכר קרקע 194
הבעת הסכמה לאחר מעשה 194
הליכה לערכאות 197
השכרת בית עם בתים משותפים 197
טבע בני אדם המלמד על כוונה לתת מתנה 198
חפץ שאין בעליו מקפיד עליו 198
אם המקבל צריך לעשות מעשה דתי או משפטי בחפץ 204
ידידות בין הנותן למקבל 210
שתיקה המוכיחה על כוונה לתת מתנה 212
הרואה שאחר נוטל מנכסיו ושותק 212
הרואה שאחר נותן נכס שלו במתנה ושותק 214
מי שהיה יכול לתבוע בב"ד ולא תבע 215

מבוא

סעיף זה מגדיר את המתנה כ"הקניית נכס שלא בתמורה". בהצעת החוק[1] היה נוסח שונה: "מתנה היא עיסקה להעברת נכס". הנוסח שבהצעת החוק הדגיש את היסוד האובליגטורי, ואילו הנוסח הנוכחי מדגיש את האקט הריאלי המקנה את הנכס. גישה זו מתאימה לגישת המשפט העברי[2].

מעבר לשאלה תיאורטית זו, מתעוררות שאלות אחדות בעלות נפקות מעשית, בתחום הכללי של דיני מתנה: מי כשיר לתת מתנה, ומי כשיר לקבל מתנה?...

הנותן

כללי

לפי חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, סעיף 2, כל אדם כשר לפעולות משפטיות אלא אם נשללה או הוגבלה כשרות זו בחוק או בפסק דין של בית משפט. מכאן שכל אדם כשר לתת מתנה, אלא אם זכותו נשללה או הוגבלה כאמור.

לפי אותו חוק, סעיף 20, ס"ק 3, אין הורים מוסמכים לייצג את בנם הקטין בנתינת מתנה, בלי אישור מראש של בית המשפט. יוצאים מן הכלל - מתנות ותרומות הניתנות לפי נוהג, ובנסיבות הענין. באותו חוק, סעיף 47 ס"ק 4, נאמר שדין זהה יחול על אפוטרופוס ביחס לנתינת מתנה ע"י החסוי. מטרת ההוראה להגן על הקטין ועל החסוי, כדי שההורה או האפוטרופוס לא יבזבז את רכושו. בהגיעו לגיל 18, כשכבר אינו קטין, ביכולתו לתת מתנה בלי הסכמת ההורים[3]. גם בהתחייבות לתת מתנה מצד קטן, דרוש אישור בית המשפט כאמור[4]. לא מועיל אישור בית המשפט בדיעבד[5]. במתנה של הקטין עצמו, אין תוקף עד שיאשר בית המשפט, לפי חוק הכשרות המשפטית, ס' 7, ואישור בית המשפט הוא בגדר תנאי מתלה למתנה, על פי חוק החוזים ס' 27(ב). מתנה של פסול דין - אין לה תוקף. חסוי רשאי לתת מתנה, אלא שעל פי חוק הנאמנות ס' 13(ה), מתנה של

---

[1] ה"ח 669 תשכ"ה עמ' 368.

[2] ח"כ מ' אונא, דברי הכנסת 52 עמ' 2349-2348 (=המשפט העברי בחקיקת הכנסת, עמ' 750) (הובא אצל נ' רקובר, "עקרונות המשפט העברי בחוק המתנה, תשכ"ח-1968", הפרקליט כד (תשכ"ח), עמ' 496).
ראבילו ב, עמ' 75-61, מברר לגבי סוגים שונים של פעולות משפטיות, האם הם בגדר מתנה, כלומר, האם חוק המתנה חל עליהם. אולם אין מקום לבירור כזה לגבי המשפט העברי, שכן במשפט העברי ייתכן שדין פעולה משפטית מסוימת יהיה כדין מתנה בתחומים מסוימים, ולא בתחומים אחרים. יצוין שבחוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 251, נאמר שדין שאילה והקדש כדין מתנה לענין מצב שנעשו בכפייה.
הדברים אמורים לגבי הדיונים של ראבילו ב, עמ' 205-180, מה נחשב תמורה, שאם היא ניתנה, אין זו מתנה אלא מכר. אין מקום לבירור כזה לגבי המשפט העברי, שכן במשפט העברי ייתכן שהקנאה מסוימת תיחשב מתנה בתחומים מסוימים, ומכר בתחומים אחרים. מקומו של דיון זה הוא בכל תחום ספציפי בפני עצמו.
מן ההנחה הכללית, שהנותן לא היה נותן אילולא גרם לו המקבל הנאה בעבר (מגילה כו ע"ב; ב"מ טז ע"א), ואף על פי כן אין אומרים שכל מתנה תהפוך למכר, אפשר להסיק שהנאה מוסרית אינה נחשבת תמורה; אבל ייתכן שהסיבה היא שזו תמורה שניתנה בעבר, ולכן אינה נחשבת. אך שו"ת מהרי"ט ח"ב, יו"ד סי' נד כותב שעשו תקנת השוק במתנה כמו במכר [עי' ב"י, ס, ז], כי בודאי עשה לו המקבל נייח נפשא, הרי שהוא סובר שזה נחשב תמורה; וצ"ע, א"כ מדוע לא אמרו ש"תלוהו ויהיב" יועיל כמו במכר? [עי' דברי ירמיהו הל' ע"ז פ"ז ה"ה; ר' אברהם מנדל שטיינברג, דגל התורה סי' מו [לא תמיד]; רש"י כתובות מט: ד"ה מיבעיא; חסד לאברהם (תאומים) מהדו"ב חו"מ סי' יד; חי' ר"א גוטמכר מועד עמ' קו; גן נעול כפתור ג פרח יח (מח ע"ב), כ, כא; ש"ך יו"ד קיז ס"ק ג; סמ"ג (מכון י-ם) ל"ת מה, ביאור מהר"ז זק (עמ' עח)].
סמ"ע, קעה, ס"ק ל וס"ק קב (הובא בנתיבות המשפט, ס, ס"ק ג), כותב שאם הנותן כתב למקבל אחריות, שאם דבר המתנה תיטרף ממנו ע"י נושהו (של הנותן), ישפה אותו הנותן על ערך הנכס, יש להניח שזאת לא היתה מתנה (שהרי במתנה אין רגילים לכתוב אחריות) אלא מכר, ומסיבה כלשהי הם רוצים להסתיר זאת. עיי"ש בנפקא מינה מהנחה זו.
בשאלה התיאורטית, האם מתנה היא חד צדדית או דו צדדית, כתב דביר הקודש, ב"ב, סי' כז, אות ב, שבמתנה כל הקנין נעשה ע"י הנותן, שלא כמכר שהוא מתוך הסכמת שניהם.

[3] ראבילו ב, עמ' 90-89.

[4] ראבילו ב, עמ' 90, בשם ד"נ 17/75 נחול נ' לוי, פ"ד ל(2) עמ' 113 [עי' אנגלרד, חוק הכשרות, סי' 26 והערה 8].

[5] ראבילו ב עמ' 91.

חסוי לאפוטרופסו טעון אישור בית המשפט[6]. בזמן שעד אישור בית המשפט, דין המתנה כדין מתנה על תנאי בזמן שעובר עד קיומו[7].

בפרק זה נדון בעמדת המשפט העברי לגבי כשרותם של קטן ושל פסול דין לתת מתנה, בצד דינן של מתנות של אישים נוספים[8].

קטן

(1) מן התורה

לפי דין תורה, קטן, היינו זכר פחות מבן שלוש עשרה (ונקבה פחותה מבת שתים עשרה), אינו יכול לתת מתנה, שנאמר "כי יתן איש" (שמות כב, ו), וקטן אינו איש[9]. גם אם הוא בן שלוש עשרה (וקטנה בת י"ב) ולא הביא שתי שערות, לא מועילה מתנתו מהתורה[10], עד שיעברו רוב שנותיו (גיל 35) או עד שיביא סימני סריס[11]. טעם

---

[6] ראבילו ב עמ' 92.

[7] ראבילו ב עמ' 300.

[8] **אשה**: ראה הערה 955, שיש אומרים שאשה שנותנת דבר שעתיד לחזור אליה, אינה מתכוונת לתת אותו במתנה, אלא רק בהשאלה. יד המלך (פלומבו) הל' גירושין, ד, ה (הובא בשו"ת הסבא קדישא ח"ב אהע"ז סי' יג, עמ' סג), מעלה אפשרות שלפי תירוץ אחד של חידושי הרשב"א, גיטין כ ע"ב, אם אשה נתנה למישהו מטבע שיקדש אותה בה, הקידושין הם בספק, שמא אינה מתכוונת להקנות, כיון שהמטבע אמור לחזור אליה.

[9] ירושלמי גיטין ה, ט (הובא בחי' מהר"ם שיק, גיטין סד ע"ב, עמ' שו, בזכות משה סי' ט, דף לד ע"א, ובערוך השולחן, חו"מ, רמג, יז),

אבל יד דוד (קרלין), ח"א דף ע ע"א, כותב שמה שהירושלמי לומד מ"כי יתן" אינו לימוד אמיתי, שהרי הפסוק אינו מדבר על נתינת מתנה אלא על הפקדת פקדון.

אבן העוזר, פסחים ב ע"א, מביא את הדען שקטן אינו יכול להקנות.

מאירי, סוכה מא ע"ב (ד"ה התבאר עוד), כותב שבאתרוג של הציבור, מן הסתם כל אחד מתכוון לתת את חלקו לחברו למשך זמן המצוה ע"ד שיחזיר אח"כ (ראה ליד ציון הערה 974), ואף שיש בציבור יתומים קטנים שאין יודעים להקנות, כולם נגררים אחרי מנהיגיהם - הרי שיש אפשרות שקטן יכול להקנות מהתורה.

ר' שלמה ליפמאן ועלדלער, תורה מציון שנה ח חוב' ג סי' י דף יג ע"ג, כותב שאף שקטן לא יכול להקנות, יכול לסלק עצמו מן המכס, ואז הוא הפקר, והמקבל יכול לזכות בו.

גוי קטן: שו"ת חתם סופר יו"ד סי' שיז (ד"ה הנה) (הובא בשו"ת מהר"ש ענגל ח"ח סי' כג), ומנחת חינוך מצוה קצ, אות ח, ומצוה תקעא, אות טז, כותבים שהיות שאין שיעורים לבני נח (רמב"ם, הלכות מלכים, ט, י), גוי קטן נחשב גדול אם שכלו שלם, שמבין מה שמסבירים לו, ויוכל לקנות ולהקנות מהתורה כגדול. אבל שו"ת חסד לאברהם (תאומים), מהדו"ק, חו"מ, סי' לח, כותב שאין קנין בגוי קטן, כי לא יתכן שכוחו יהיה יפה משל ישראל קטן.

[10] חידושי הר"י מיגאש, ב"ב קנה ע"ב; ספר המכריע סי' ל; מגיד משנה, הלכות מכירה כט, יד; רמ"א, חו"מ, רלה, א; ים של שלמה, גיטין, פרק ה, אות כ; פרי מגדים, אשל אברהם, תרנח, ס"ק יב (הובא באמרי בינה, דיני יו"ט, סי' כא, אות ט); פד"ר כרך ג עמ' 136. הם נקטו מתנת קרקע, מפני שמתנת מיטלטלין מועילה כבר בגיל הפעוטות, כפי שנראה ליד ציון הערה 21.

ספר המכריע כותב שאם לא הביא שתי שערות אין מתנתו מתנה בקרקע גם אם הוא יודע בטיב משא ומתן, כי כל דעת הקטן אינו נחשב דעת; אבל בסתם, חזקה שהביא שתי שערות אם הגיע לגיל י"ג.

ספר המכריע, סי' ל וסי' נד, מביא שרב צמח גאון פסק שמי שהוא בן שלש עשרה שנים ויום אחד אבל לא הביא שתי שערות, ונתן במתנה קרקע שירש מאביו, אם אין עליו אפוטרופוס, מתנתו תקפה; ושרב נחשון פסק שאף אם יש לו אפוטרופוס, מתנתו תקפה, כי אפוטרופוס מעכב דוקא לפעוטות (כפי שראינו ליד ציון הערה 43). הרי"ד עצמו כותב שאם לא הביא שתי שערות, דינו כפעוט עד רוב שנותיו (גיל 35) או עד שייוולדו בו סימני סריס, אלא שלענין מתנה אין בודקים, כי חזקה שהביא שתי שערות כיון שהגיע לגיל י"ג, אבל אם ידוע שלא הביא שתי שערות הוא כקטן לכל דבריו ואין מתנתו מתנה בקרקע.

חידושי הר"י מיגאש, ב"ב קנה ע"ב, ונ"י, ב"ב עג ע"ב (בדפי הרי"ף), כותבים שיכול לתת במתנה את נכסי אביו רק אם הביא שתי שערות.

רב נחמן בב"ב קנו ע"א אומר שבן שמכר נכסים שירש מאביו, בודקים אותו, עד שיהיה בן עשרים, והובא ברי"ף ב"ב עב ע"ב (בדפי הרי"ף); ור"ן על הרי"ף, גיטין לא ע"א (בדפי הרי"ף), פירש שצריך לבדוק האם הביא שתי שערות. נ"י ב"ב עג ע"ב (בדפי הרי"ף), כותב שצריך בדיקה עד רוב שנותיו. אבל תוס', ב"ב קנד ע"א (ד"ה ועוד), כותבים שאם הגיע לגיל י"ג, חזקה שהביא סימנים. אך הם לא דיברו על מתנה.

שו"ת משפטים ישרים (גאון), סי' ע (קיז ע"ד), מדייק ממהרי"ח המובא בהג"א ב"ב פ"ט סי' לג, שצריך לבדוק אם הביא שתי שערות. הוא מדייק כך גם מתשובת הרשב"א, המובאת בב"י חו"מ, רלה, מחודש א, שכתב שהעדים צריכים לדעת שהביא שתי שערות. שלטי הגבורים, ב"ב עג ע"א (בדפי הרי"ף), כותב שאם המקבל מביא שטר חתום בעדים, סומכים על

הדבר הוא שכדי להקנות מתנה, הנותן צריך כוונה, ואין לקטן דעת להקנות[12], ובדבר שצריך כוונה אף אין מעשה שלו מוכיח על מחשבתו[13].

אלא שבשנה האחרונה לפני גיל הגדלות (זכר בן שתים עשרה, ונקבה בת שלוש עשרה - "עונת נדרים" או "מופלא הסמוך לאיש"), אם הוא יודע בטיב משא ומתן, מועילה הקנאתו אף **מהתורה**, כמו שיש תוקף לנדרו[14].

קטן אינו יכול להקנות (מהתורה) גם אם גדול עומד על גביו ומלמד אותו איך להקנות[15]. אף שמועיל מעשה של קטן כשגדול עומד על גביו, בדברים שדורשים כוונה מסוימת שבגללה קטן אינו יכול לעשותם בעצמו, כגון כתיבת גט, הרי בקניין לא די בכוונה ובמחשבה אלא צריך גם דעת ורצון לחלות הקניין, ואין לקטן דעת ורצון, ולא מועיל דעת של איש אחר ליצור רצון אצל הקטן[16].

חזקה שעדים חותמים רק אם הנותן היה גדול (כתובות יט ע"א). אך משפטים ישרים כותב שהדבר אמור דוקא אם אין העדים בפנינו, אבל אם הם בפנינו צריך לחקור אותם, האם בדקו אותו, שהרי הרשב"א כתב "מסתמא לא חיישינן", משמע שאם זה לא סתמא אלא העדים אמרו שלא בדקו, אלא סמכו על החזקה כדעת התוס', נאמנים ומקבלים מהם, וזה לא נחשב "חוזר ומגיד", כי זה דבר שאנשים עשויים לטעות בו. שו"ת הריב"ש סי' שעא, כותב שסומכים על חזקה זו רק אם העדים בקיאים בהלכה. משפטים ישרים שם לומד מדבריו שבמקום שיש מחלוקת בין הפוסקים בשאלה האם צריך לבדוק, אין סומכים על חזקה זו, כי לא הכל יודעים שבאמת צריך לבדוק ואולי הם חשבו שאין צריך לבדוק ולא בדקו, ולכן כאן ייתכן שחשבו שהלכה כתוס' שא"צ לבדוק ולא בדקו, וגם אם יעידו עכשו שבדקוהו, אין מקבלים את עדותם שלא בפני בעל דין. משפטים ישרים כותב שאם ידוע שכשנתן הנותן היה לו זקן, זה ראיה שהביא שתי שערות, אבל צריך עדים שיעידו על הזקן, ואם מקבל המתנה בא להוציא אותה מיורש קטן של הנותן, אין מקבלים עדים על כך , שהרי אין מקבלים עדים שלא בפני בעל דין, וקטן נחשב כשלא בפניו; אבל אם מפורסם לכול שהיה לו זקן וגם ב"ד יודע זאת ("ידיעה שיפוטית"), א"צ עדים; אבל אם לא ידוע האם היה לו זקן בשעת המתנה ורק אחרי כמה שנים ידוע שהיה לו זקן, זה לא מועיל; ואמנם שו"ת הרא"ש כלל לג, סי' ה, ותוס' ב"ב קנו ע"א (ד"ה בודקין), כתבו שאם בדקו אותו רק זמן רב אחרי שהגדיל, ובדקוהו ומצאו שתי שערות, הוא בחזקת גדול למפרע מבן י"ג, הרי חי' הרמב"ן ב"ב קנד ע"א, חולק וכותב שלא מועילה בדיקה לאחר זמן. תשב"ץ, חלק ג, סי' רנג, כותב שהחזקה שאין העדים חותמין על השטר אלא אם כן נעשה בגדול קיימת רק אם העדים בקיאים בהלכה בשיעור השערות, ששיעורן כדי לכוף ראשן לעיקרן, ואם יש בהם גומות שלא היו שם לפני גיל גדלות, שלא ייחשבו שומא.

פד"ר שם כותב שאם בת נתנה קרקע כשהיתה בת י"ב, ואח"כ נבדקה וראו שיש בה שתי שערות - ספק האם זה מוכיח שגם אז היו לה שתי שערות, ומספק המתנה בטלה, וזאת ע"פ מסקנת פתחי תשובה חו"מ, לה ס"ק ב (באופן כללי), שזה ספק. בעמ' קלז דן האם אפשר להניח שהיתה גדולה מצד "חזקה על העדים שאין חותמים על השטר אלא א"כ נעשה בגדול" - עיי"ש.

[11] ספר המכריע סי' ל; מישרים, נתיב יט (נ ע"ד).

[12] תשובות ראב"י אב"ד סי' מג אין לו גמירת דעת לתת); יד דוד שם.

[13] שו"ת דברי חיים אהע"ז חלק א סי' נג, בסופו, גם על חרש ושוטה.

[14] פרישה חו"מ, רלה, ס"ק א, ודרישה שם, וסמ"ע, רלה, ס"ק ג (הובא בשו"ת נודע ביהודה, מהדורא תנינא, אהע"ז סי' נד ד"ה ולא עוד אני תמה), בדעת הרמב"ם; דברי חיים (אוירבך) הל' מכירה סי' מג, בדעת רש"י, עירובין מט ע"א (ד"ה ה"ג א"ב). המקור לכך שיש תוקף לנדרו הוא בנדה מה ע"ב.

אבל מישרים, נתיב יט (נ ע"ד), כותב ש"שנת י"ג דינה כלפני הזמן וכן שנת י"ב לקטנה".

כמו כן, שו"ת כרם שלמה (אמריליו) חו"מ סי' סו, ושו"ת נאמן שמואל סי' קיב, עוסקים בקטן בן י"ב, שנתן מתנה, והחילו עליו את המגבלות של תקנת הפעוטות (ליד ציון הערה 43 ואילך), משמע שלדעתם מתנתו אינה תקפה מהתורה.

[15] שו"ת בית שלמה (דרימר) חו"מ סי' סז (לו ע"ד, לז ע"ג); שו"ת הרי"ם אהע"ז סי' כג (ד"ה עוד), וחי' הרי"ם, גיטין סד ע"ב (ד"ה התוס' כתבו); שערי ישר שער ז פ"ו (ד"ה וכן); קובץ הערות (וסרמן) סי' עו, אות א; נודע בשערים (אשכנזי), ח"א, הלכות גיטין, סי' קכג (פה ע"א); חלקת יואב ח"ב [החדש] סי' סז = שערי תורה ח"ג קונטרס ד סי' כא; בית מאיר אהע"ז קכא, ו; מנחת ברוך סי' ד ענף ב.

[16] שו"ת הרי"ם שם; בית שלמה שם; אור שמח הל' מקואות, א, ח, אות יג; חלקת יואב שם; נודע בשערים שם; לב ים גיטין סי' כב אות ג (עמ' קפה במהד' תשנ"ד). קובץ הערות שם אות ב ואות ט, מסביר, שבקניין, האדם הוא הפועל את חלות הדין, ואילו בכתיבת גט (לדוגמה), פעולת הכתיבה לשמה מכשירה את הגט, ולכן שם מועיל גדול עומד ע"ג קטן, כי די במעשה בצירוף כוונה לשמה, אבל בקניין, צריך שהאדם יפעל את החלות, ואין לקטן כוח לפעול את החלות, ולכן לא מועיל גדול עומד על גביו.

מנחת ברוך שם מסביר שבמתנה צריך דעת, כי זה נוגע לחובתו של הנותן, וכשצריך דעת, לא מועיל שגדול עומד על גביו.

חלקת יואב מסביר עוד ע"פ חי' הרשב"א, חולין יב ע"ב, שכתב בשם רבו שאחר עומד על גביו מועיל מדין שליחות, ולכן זה לא מועיל בחליצה, שלא שייך בה שליחות כלל, ואפשר לומר כך בכל דבר בקטן, שאינו בר שליחות. צריך להוסיף, שגדול עומד על גביו מועיל רק בכתיבת **טופס** הגט (שו"ע, אהע"ז, קכג, ד), שמעיקר הדין קטן כשר בה כיון שאינו צריך להיות לשמה.

קטן שעושה קנין שיחול כשיגדל - יש אומרים שהקנין חל מהתורה כשיגדל[17], ואין זה דומה לדבר שלא בא לעולם, שאי אפשר להקנותו אף לכשיבוא לעולם, כי דבר שהוא רק "מחוסר זמן", היינו שאין דבר שמונע את הופעתו מלבד הזמן שעוד לא הגיע, נחשב שבא לעולם, וגדילת הקטן תגיע ממילא עם הזמן[18]. אבל זאת רק אם כבר הביא שתי שערות והיה יום אחד לפני גיל י"ג, שהוא רק מחוסר זמן, אבל אם לא הביא שתי שערות, הוא בגדר "מחוסר מעשה" שנחשב דשלבל"ע ולכן לא חל קנין, וכן אם יש זמן רב עד שיגיע לגיל י"ג, גם אם הביא שערות, אולי הם "שומא" ולא סימני גדלות[19]. אבל יש אומרים שאין מועילה הקנאה לכשיגדל בכלל, מהתורה[20].

(2) מדרבנן

אף שמן התורה קטן אינו יכול לתת מתנה, כאמור, חכמים תיקנו שקטן שהגיע לבגרות מסוימת, "עונת הפעוטות", יכול לתת מיטלטלין במתנה[21], אפילו מתנה מרובה[22], גם בנתינה מכללא[23]. חכמים תיקנו כך, מפני

שערי ישר שם מנמק שצריך שהענין ייעשה ע"י בן דעת שמבין מה לקרב ומה לרחק, ולכן לא מועיל שמישהו ילמד את הקטן, כי צריך שיהיה בר שכל להבין אם זה דבר שכדאי לו ולא יפסיד מזכותו, ולזה לא מועיל שגדול עומד על גביו.

[17] רש"י יבמות לד ע"א (ד"ה ומתוך), אומר שקטן שקידש אשה לכשיגדל, כשיגדל חלים הקידושין. תורת הקנינים, ח"ב, פרק טז, הערה יג, לומד מדבריו שכך הדין גם בקנין.

קהלות יעקב, יבמות, סי' כה (=סי' ל במהד' תשמ"ח), אות ו, מסביר דעה זו, שיש לקטן דעת, אלא שהוא מופקע מתורת קניינים, שכמו שדיני המצוות לא נאמרו בקטנים, כך דיני קניינים לא נאמרו בקטנים, ולכן הוא יכול לעשות מעשה קנין שיחול כשיגדל, כי אינו עושה קנין עכשו, אלא עושה מעשה בעלמא שיועיל לכשיגדל, והרי יש לו דעת. יש להעיר שלפי הסבר זה, קניין כזה מועיל בכל קטן ולא כדברי משנה למלך ליד ציון הערה 18, שמועיל רק יום אחד לפני גיל י"ג.

[18] משנה למלך, אישות, ד, ז (ד"ה ולפי), הסביר כך לגבי קידושין.

[19] כך כתב משנה למלך שם לגבי קידושין. ואמנם שו"ת נודע ביהודה מהדו"ת אהע"ז סי' נב (ד"ה וזה פשוט), כותב שהקידושין מועילים גם אם אין לו שתי שערות וגם זמן רב לפני גיל י"ג, כי גם אז הוא רק מחוסר זמן, כי כשיעברו רוב שנותיו יהיה גדול גם בלי שתי שערות (יבמות צז ע"א), אבל תורת הקנינים, ח"ב, פרק טז, הערה יג, מעלה אפשרות שלפי הסברו של נודע ביהודה שם, סי' נד, דחיית החלות לכשיגדל מועילה רק בקידושין ולא בקניינים.

[20] תוס' יבמות שם (ד"ה מתוך) כותבים שקטן אינו יכול לקדש לכשיגדל, ותורת הקניינים שם, הערה טז, כותב שיסברו כך גם בהקנאה. הוא מסתפק האם טעמם הוא שאי אפשר להקנות דשבל"ע, כמו שכתב חי' הרמב"ן, יבמות שם, שהקידושין חלים כשיגדל רק לדעה שאדם מקנה דשבל"ע, ואם כן, מועילה תפיסת המקבל כשיגדל הקטן, כמו שמועילה תפיסה בדשבל"ע (שו"ע, חו"מ, רט, ד); או שטעמם הוא שפעולת קטן אינה כלום, ולא תועיל תפיסה.

קהלות יעקב, יבמות, סי' כה (=סי' ל במהד' תשמ"ח), אות ו, מסביר שתוס' אינם מקבלים את הנימוק שנתן לשיטת רש"י (ראה בשמו בהערה 17), אלא סוברים שבקנין צריך גמ"ד מוחלטת ואין לקטן דעת כזאת; או שטעמם הוא שזה דבר שלא בא לעולם.

הבחנה: קובץ הערות (וסרמן) סי' כט, אות ג (הובא בחמדת אהרן (קוגמן, תשס"ו), סי' לד, אות א, עמ' ר), כותב (לענין קידושין) שבהקנאת קטן שאין בו דעת כלל ובהקנאת שוטה יש חסרון מצד עצם המעשה, שעשייה בלי דעת היא כמעשה קוף, והקנין אינו יכול לחול ע"י מעשהו כי חלות הקנין צריכה להיות ע"י כוח האדם, ויש בו חסרון נוסף, שאין בו דעת ואינו יכול לפעול חלות קנין; אבל קטן שיש בו דעת לפי ראות עינינו, אין בו החסרון הראשון; ולכן אם קטן קידש אשה במטרה שהקידושין יחולו כשיגדל, חלים הקידושין, לפי הדעה שאפשר להקנות דשבל"ע, כי מצד המעשה - הוא יכול לעשות, ומצד חלות הקנין שקטן אינו יכול לעשות - הרי יחולו כשיהיה גדול.

[21] גיטין נט ע"א; רמב"ם, הלכות מכירה, כט, ו; אור זרוע סנהדרין סי' ס; יד רמה ב"ב פ"ג סי' רו, בסופו; טור, חו"מ, רלה, ב; שו"ע, חו"מ, רלה, א; שו"ת הריב"ש סי' קח; שו"ת דבר אליהו (לרמן), סי' א (שמקנה לאחרים מדרבנן); מרגליות הים סנהדרין סח ע"ב אות יב; בנין שלמה (מאז), סנהדרין סח ע"ב; שו"ת נודע ביהודה מהדורא תנינא אהע"ז סי' נד (ד"ה ומעתה אני); שער המלך הלכות שקלים א, א (הובא בלשד השמן, הלכות לולב, ח, י); שו"ת שואל ומשיב מהדו"א ח"ב סי' קג, בסופו; דעת מרדכי ח"ב סי' ו עמ' כז; דברי אמת קוני ז (קניינים) סי' ג (צו ע"א במהד' הלברשטט); להורות נתן, מועדים, ח"ה, עמ' קמז; שו"ת יחוה דעת ח"ד סי' יג עמ' סג; אמרי הצבי (בער) סוגיות דף יח ע"א; אהלי יהודה (הכהן), ע' זכיה לקטן (סה ע"ב); דין אמת סי' קצח, דף מג ע"א; שו"ת ציץ אליעזר חלק טו סימן א אות א.

פרשנים רבים דנים בשאלה האם מועילה תקנת הפעוטות, שתועיל מתנת קטן לדאורייתא - עיין במקורות שציין תורת הקניינים לארבעת המינים, ענף ה, עמ' ע-עב, ויש להוסיף: גנון והציל, שקלים פ"א; תורת החוף ימים, עמ' פה-קא (=שערי ציון, שנה יז, חוב' י-יב (תמוז תרצ"ז), הוספה). רשימות שעורים (ריד"ס) סוכה מו ע"ב (עמ' רמז), כותב שרש"י, סוכה שם, סובר שמה שקטן **נותן** בעונת הפעוטות אינו מועיל לדאורייתא כי אין לו דעת מקנה, ואילו מה שהקטן **קונה** מדרבנן (לדעה ליד ציון הערה 161) מועיל לדאורייתא כי יש "דעת מקנה" של הגדול. שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן ח (יח ע"ב), כותב שתקנת חכמים שמועילה מתנה של פעוטות אינה מתורת הפקר ב"ד אלא סתם תקנת חכמים, ולכן אינו מועיל לדינים דאורייתא. זכרון אליהו (קרמרמן) סי' לב (עמ' קמב), כותב שר"ן, על סוכה מו ע"ב, סובר שהקנאת פעוטות אין בה פעולת קנין כי אין לו דעת, אלא היא פועלת כהפקעת חכמים, ולכן היא מועילה לדאורייתא, ואילו הרמב"ם סובר שהיא פועלת כקנין שהקטן עושה, ולכן אינה מועילה לדאורייתא.

חריגים: תורת ירוחם (צ'כנוביץ) ח"א סי' עד (ע ע"ד), כותב שלרב האי בס' המקח, שער ג, שכתב שפעוט יכול למכור רק בשיעור של כדי חייו, מתנת פעוט מועילה רק אם יש לשער שבגלל המתנה באה לו הנאה שהיא כדי חייו, משא"כ אם הוא מקבל רק מותרות, ולכן אינו יכול לתת לולב במתנה כי הטובה שהיתה לקטן בלולב הוא יותר מכדי חייו; אבל לפי חידושי הרמב"ן, גיטין נט ע"א, שפעוט יכול למכור אף יותר מכדי חייו, הוא יכול לתת לולב במתנה (מדרבנן).
נתיבות המשפט, סו, ס"ק לב (הובא בשו"ת הלכה למשה (אלבז), חו"מ, סי' קמג), כותב שקטן בגיל הפעוטות שנתן מתנה באופן שעושה שלא כהוגן, אין מתנתו מתנה.
שו"ת חסד לאברהם (תאומים), מהדו"ק, חו"מ, סי' לח, כותב שאין עושים תקנה לגוי לטובתו, אבל לענין מה שגוי נותן לישראל, שהתקנה היא לטובת ישראל, מועילה התקנה. נידונו הוא ישראל המוכר לגוי קטן, לענין הקנאת הכסף לישראל; ואפשר ללמוד מדבריו שגוי פעוט שנותן מתנה לישראל, המתנה תקפה, ואם נתן לגוי, אינה תקפה.
אמירה נעימה (הלוי), מהדורא קמא, מאמר מא, ענף ג פרח ד, כותב שהרמב"ם סובר שתקנת הפעוטות מועילה רק בדבר ששייך לקטן מהתורה, אבל אינו יכול להקנות דבר ששייך לו רק מדרבנן, כי חכמים לא תיקנו שתי זכיות; ולכן כתב בהלכות לולב, ח, י, שאין להקנות לולב לקטן כי אינו יכול להקנותו - שאינו יוכל להקנותו אף מדרבנן. כנראה הוא סובר שלרמב"ם הקטן זכה בו רק מדרבנן - ראה בשמו בהערה 332, שמה שאב נותן לבנו, הבן זוכה בו רק מדרבנן.
בהקדש: תורת החוף ימים, עמ' פו (=שערי ציון, שנה יז, חוב' י-יב (תמוז תרצ"ז), הוספה), כותב במסקנתו שקטן בעונת הפעוטות יכול (מדרבנן) לתת שקלים להקדש כמו שהוא יכול לתת מתנה, כי יש לו נחת רוח **עכשו** מהנתינה כדי שיהיה לו חלק בקרבנות הציבור, וזה ק"ו ממתנה שמועילה כי **בעבר** קיבל נחת רוח מהמקבל.
בארבעת המינים: ס' המכריע סי' נד (הובא באמרי בינה, דיני יו"ט, סי' כא, אות ח) כותב שקטן יכול לתת מתנה מדרבנן רק בממון, שתיקנו שמתנתו תועיל כדי שאחרים יתנו לו, אבל אם נותנים לו אתרוג בסוכות לקיים מצות נטילת לולב, ואח"כ הוא נותן לאחר לצאת בו, מתנתו בטלה. כמו כן, שו"ת משאת משה ח"א, או"ח, סי' ד (יג ע"א-ע"ב), כותב שהרמב"ם סובר כרב האי שם, שתקנת פעוטות היא רק בסכום מועט הנחוץ לכדי חייו, ולכן הקנאת לולבו במתנה לאחר אינה מועילה אפילו מדרבנן, כיון שלא שייך הטעם של כדי חייו, כי אינו בר חיוב. אבל ברכי יוסף, או"ח, תרנח, אות ג, מעיר ששו"ת מהר"ם אלשקר, סי' יא, כותב שהרמב"ם חולק על רב האי. משאת משה מוסיף שגם החולקים על רב האי מסכימים שכאן המתנה בטלה, כי לא שייך הטעם "משום כדי חייו". ברכי יוסף מקשה עליו, הרי הר"ן על הרי"ף, סוכה כב ע"ב (בדפי הרי"ף), כותב שהמתנה מועילה מדרבנן; וברכי יוסף מסביר שרב האי מסכים שכאן מועילה מתנת הלולב, כמו שכתב הר"ן בגיטין (הערה 38) שמועילה מתנת שכ"מ של פעוט, אף שלא שייך בה הטעם של "כדי חייו", משום "לא פלוג רבנן".
תורת החוף ימים, עמ' פו-פז (=שערי ציון, שנה יז, חוב' י-יב (תמוז תרצ"ז), הוספה), כותב שפעוט שנותן לולב חזרה למי שנתן לו אותו, אין לומר שיש לו נחת רוח מזה שנתן לו את הלולב כדי לקיים את המצוה, שהרי משנה ברורה, תרנח ס"ק כח, מביא אחרונים רבים הסוברים שקטן יוצא ביום ראשון בלולב שאול, ונמצא שמי שהקנה לו לא עשה לו נחת רוח (כי היה די שישאיל לו), וא"כ לא מועיל מה שפעוט מקנה את הלולב, אפילו מדרבנן. הוא מסביר בזה את מחלוקת הפוסקים המובאת בשו"ע או"ח, תרנח, ו, בשאלה האם אפשר לתת לולב ביום ראשון לפעוט: הדעה שסוברת שאין לתת לו, סוברת כרב האי, שם, שפעוט המוכר יותר מכדי חייו, המכר בטל, מפני שתקנת פעוטות נאמרה רק במקום שיש טעם של כדי חייו, או נחת רוח, ולא במקום שלא שייכים טעמים אלו, כגון בלולב; ואילו הדעה הסוברת שאפשר לתת לפעוט (כי הוא יכול להקנות חזרה) סוברת כחידושי רמב"ן, גיטין נט ע"א, שלא פלוג רבנן, ומתנתו מועילה גם במקום שלא שייך הטעם, כמו בלולב; או שגם הדעה השנייה היא כרב האי, אלא שנחלקו האם קטן יוצא ביום ראשון בלולב שאול, שהדעה הראשונה סוברת שהוא יוצא, ולכן אין לו נחת רוח ממי שנתן לו ולכן מתנתו בטלה, והדעה השניה סוברת שאינו יוצא, ולכן יש לו נחת רוח ממי שהקנה לו, ולכן מועילה מתנתו שהוא נותן לו חזרה. הוא מעלה אפשרות (בעמ' פט) לומר מטעם אחר שתקנת הפעוטות אינה חלה בלולב: התקנה מועילה מטעם הפקר ב"ד, ומשמעות הפקר ב"ד הוא שמפקיעים את הקניין של האדם בחפץ למפרע (עיי"ש שהוא מוכיח זאת), ואם נאמר שמועילה הקנאת הפעוט מצד התקנה, נמצא שב"ד הפקיע את קניין הקטן בלולב למפרע, ונמצא שלא קיים את המצוה; וחכמים לא תיקנו את התקנה אם היא תגרום הפסד לפעוט.
שו"ת דברי חיים, ח"א, או"ח, סי' לו, כותב שאם פעוט מקבל לולב במעמ"ל ומחזיר אותו לגדול, הגדול קונה מהתורה (גם לדעה שקנין דרבנן אינו מועיל לדאורייתא) מדין "זכין" לקטן, כי זו זכות גמורה לקטן, כיון שאם לא יקנה הגדול, תתבטל המתנה לקטן (כי לא התקיים התנאי שיחזיר) ולא יוכל לקיים את המצוה; ודוקא בקטן שלא הגיע לעונת הפעוטות אין אומרים שהגדול קונה מדין "זכין", כי יש בזה קצת חובה לקטן, כי הוא מפסיד את הלולב בהחזרתו לגדול, אבל אם הגיע לעונת הפעוטות בלאו הכי צריך להחזיר כיון שהקנאתו מועילה מדרבנן, ולכן מה שההחזרה פועלת ע"י הגדול שיהיה קנוי לגדול מהתורה, הוא זכות גמורה לקטן. אבל שו"ת מהר"ש ענגל ח"ח סי' כג, מעיר על דבריו, שאין זה זכות גמורה לקטן שהרי הלולב לא יישאר שלו, והזכות היא רק קיום המצוה, ולגבי הקטן זה רק מצוה דרבנן של חינוך, והרי מגיד משנה, אישות, א, ד, כותב שאנשים אינם זהירים באיסור דרבנן, לכן זאת לא זכות גמורה, וגם אם הקטן אומר שהוא רוצה לקיים את המצוה, אין זה משנה שהרי אינו בר דעת; ועוד שתוס' כתובות יא ע"א (ד"ה מטבילין) כתבו שבדבר שאין בו זכות גמורה, מועיל "זכין" רק מדרבנן. הוא מיישב, שבעונת הפעוטות, הוא נחשב בר דעת, כמו שכתב חתם סופר לגבי גוי (בהערה שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת.), אלא שהלכה למשה מסיני שאינו בר קנין, והיות שגילה את דעתו שהוא רוצה לקבל את הלולב במעמ"ל כדי שיוכל לצאת בו, זו נחשבת זכות גמורה עבורו שהגדול יזכה בו אח"כ, כי ע"ז יוכל הקטן לקיים את המצוה. אבל הוא מקשה על הסבר זה, הרי הר"ן הסביר שבמעמ"ל לקטן, אף שאינו מקנה חזרה, המתנה אינה מתבטלת בגלל אי-קיום התנאי, כי זה כתנאי שא"א לקיים, שהתנאי בטל, כי התנאי לא נעשה ברצינות אלא "להפליגו בדברים" (ראה סעיף 4); ולפי זה אין לקטן זכות ממה שהגדול יזכה בו שהרי גם אם לא יזכה בו, הקטן יצא ידי חובה, ואדרבה, הקטן מעדיף שהגדול לא יזכה כי ע"ז הלולב נשאר של הקטן. הוא מיישב שבעונת

שיש להניח שאילו לא נהנה הקטן מהמקבל לא היה נותן לו[24], ולכן תיקנו שמתנתו מתנה כדי שאנשים יעזרו לו[25]. מועילה גם מתנה מעבר לסכום שנתנו לו, מפני שיש בו דעת, והוא מבין שאפילו מי שעזר לו מעט, ראוי לקבל הרבה, לפי העניין[26].

התקנה חלה על קטן בן שש שנים ומעלה[27], שנבדק והתברר שהוא יודע בטיב משא ומתן[28]. היות שהתקנה היא משום כדי חייו, הרי אם אינו יודע בטיב משא ומתן לא תהיה לו תועלת מיכולתו להקנות, שהרי אז בני אדם שאינם הגונים יַטעו אותו, ולכן לא תיקנו לקטן כזה[29]. אין צריך שיהיה בקי בטיב כל משא ומתן, אלא די

הפעוטות, שהוא יכול להקנות מדרבנן, בלאו הכי לא יישאר הלולב בידו, א"כ יש להניח שהנותן הקפיד על קיום התנאי, ותוס', ב"מ טו ע"ב (ד"ה ונתן) כותבים שבדבר שיש בו מחלוקת אין אומרים "אדם יודע" וכו', והיות שי"א שקנין דרבנן מועיל לדאורייתא, ולדעתם הגדול יוכל לקיים את המצוה גם אם הקטן אינו מקנה לו מהתורה, אין הכרח לומר שהנותן התכוון בתנאי הזה להפליג בדברים, וא"כ אם נאמר שלא חל הקנין לגדול, לא קיים הקטן את המצוה, א"כ זכות היא לקטן שהגדול יזכה בו, ולכן הגדול זכה מהתורה. עוד הוא מסביר ע"פ שו"ע, חו"מ, קפה, ב, הכותב ששליח למכור נכס אינו יכול לקנות אותו לעצמו, ויש מנמקים כי א"א שאותו אדם יהיה קונה ומקנה, ולפי זה לא תועיל זכיית הגדול מדין "זכין" לקטן כאמור, שהרי זכייה מטעם שליחות, א"כ הוא נחשב כגופו של המקנה, וא"א שאדם אחד יהיה קונה ומקנה; אבל זה רק לפני עונת הפעוטות, שהקטן אינו יכול להפקיר (חי' רעק"א גיטין כא ע"א), א"כ צריך שהגדול יהיה קונה ומקנה, וא"א שאדם אחד יעשה את שניהם; אבל בעונת הפעוטות, שהקטן יכול להקנות מדרבנן, הקנאתו עושה את החפץ להפקר, ודי שהגדול יזכה מההפקר, וא"כ מועיל מצד שזה זכות לקטן כיון שהזוכה אינו צריך להיחשב מקנה אלא רק זוכה, ולכן מועיל מדין "זכין". צמח יהודה ח"א סי' מט אות א, מסביר את כוונת דברי חיים, שמועילה הקנאת קטן, כי מצרפים את דעת הגדול הקונה עם מעשה הקנין, וזה בגדר זכייה עבור הקטן. הוא מסביר (באות ג) שזו זכות לקטן, כי בזה שהוא יכול לקיים את התנאי של "ע"מ להחזיר", זכייתו מועילה למפרע, וקיים את מצוות נטילת לולב.

[22] גיטין שם; טור, חו"מ, רלה, ב; מישרים, נתיב יט (נ ע"ג); שו"ע, חו"מ, רלה, א; שו"ת כרם שלמה (אמריליו) חו"מ סי' סו.

[23] גידולי שמואל בבא קמא קיט ע"ב. ראה בשמו ליד ציון הערה 937.

[24] רש"י גיטין נט ע"א, ד"ה מתנתו (הובא בשו"ת מהריט"ץ סי' ח); רא"ש, כתובות פ"ו סי' כג, ותוס' הרא"ש כתובות ע ע"א; ב"ח, חו"מ, רלה, ב; סמ"ע, רלה, ס"ק ה (שזה כלול ב"כדי חייו"); גן נעול כפתור ג פרח יח (מח ע"ב).

[25] חידושי הרשב"א, גיטין נט ע"א; חידושי הריטב"א גיטין נט ע"א; חידושי הר"ן גיטין נט ע"א, ור"ן על הרי"ף גיטין כז ע"ב (בדפי הרי"ף); רא"ש גיטין פ"ה סי' יט, ותוספות הרא"ש גיטין נט ע"א (כדי שיעשו לו נחת רוח); מישרים, נתיב יט (נ ע"ג); שו"ת דברי ריבות, סי' קלג (ד"ה וכ"ת הני מילי). דברי ריבות מביא ראיה ממה שנאמר בב"ב קנו ע"א, שלכן מועילה מתנת פחות מבן כ' בקרקע שירש מאביו, להלן ליד ציון הערה 100.

פרישה, חו"מ, רלה, ב, וסמ"ע, רלה, ס"ק ו, מסביר שמתנה מרובה מועילה בפעוט כי לא היה נותן מתנה מרובה אילו המקבל לא עשה לו נחת רוח גדולה, ואם לא תהיה מתנתו תקפה, אנשים לא יעשו לו נחת רוח גדולה.

[26] שו"ת מהריט"ץ, סי' ח.

[27] רמב"ם, הלכות מכירה, כט, הלכות ו ו-ח; שו"ע, חו"מ, רלה, א.

מאירי גיטין נט ע"א (הובא במילי דמרדכי, על הרמב"ם, מכירה, כט, ו), ובבא בתרא קנה ע"א, רב האי גאון, ספר המקח, שער ג, שו"ת מהר"ם אלשקר, סי' יא, וקול בן לוי, על רמב"ם, מכירה, כט, ח, עמ' פז, כותבים ש"מבן שש" - היינו כשנגמרים שש שנים, תחילת שנה שביעית. אבל הערות וחידושים (טויב), עירובין, סי' לט, אות ו (עמ' אלף קעח) כותב שהכוונה לתחילת שנה ששית.

חי' ר' אריה ליב (מאלין), ח"א, סי' מז, מגדיר שיעור זה כשיעור ב"דעת קנין", כלומר, שתיקנו רק במי שיש לו דעת קנין.

[28] רמב"ם, שם (הובא במעשה רקח, הלכות אישות ד, ז, במרכבת המשנה, הלכות אישות, שם, ובפרישה אהע"ז מג, טו); סמ"ג עשה פב (קס ע"ד); שו"ע שם; שו"ת הרשב"א חלק ב סימן ריט (אם הוא חריף, לדעת בית דין); שו"ת הריטב"א, סימן קסח; מאירי, גיטין נט ע"א (שבודקים האם הוא חריף); שו"ת הריב"ש, סי' תסח; שו"ת שם אריה (בולחובר) או"ח סי' יב (יז ע"ב); שו"ת דברי ריבות, סי' קלג; כרם חמר, ח"ב, דף נז ע"ג.

דעה חולקת: רבנו גרשום, המובא במרדכי, ב"ב סי' תרלה, כותב שמתנת פעוט במטלטלין מועילה גם אם אינו יודע בטיב משא ומתן. אבל ר' יעקב בר' שמואל הלוי, בתי כהונה, בית ועד, סי' ו (לא ע"ב), כותב שרבנו גרשום כתב כך רק בנידונו, שהיה גדול יותר מעשר שנים, וכדברי הרא"ש (הערה 35) שמתנתו תקפה אם אינו שוטה, גם אם אינו יודע בטיב משא ומתן.

שו"ת פרח מטה אהרן ח"ב סי' צב, כותב שגם ר"ן על הרי"ף גיטין כז ע"ב (בדפי הרי"ף) סובר שמתנת פעוט מועילה גם אם אינו יודע בטיב משא ומתן, והוא מקשה עליו, הרי מתנתו מועילה רק כי היא כמכר כיון שבוודאי המקבל עשה לו נחת רוח, והרי במכר מועיל רק אם הוא יודע בטיב משא ומתן. ר' יעקב בר' שמואל הלוי, בתי כהונה, בית ועד, סי' ו (לא ע"ב), דוחה את דיוקו של פרח מטה אהרן מהר"ן, כי הר"ן מדבר על בן י"ג שנותן קרקע במתנה, שמועיל גם אם אינו יודע בטיב משא ומתן (לדעה שליד ציון הערה 96), בניגוד למכר שאינו מועיל אם אינו יודע בטיב משא ומתן, מדרבנן.

[29] עצי ארזים אהע"ז מג ס"ק ד.

שתהיה בו דעת לתת רק למי שעשה עמו חסד, שהרי הטעם שתיקנו שתועיל מתנתו הוא משום שעשו לו נחת רוח[30]. אבל קטן שטרם הגיע לגיל שש אין יכול להקנות אפילו היה חריף ביותר[31].

לגבי קטן מעל גיל עשר, יש אומרים שחזקה שהוא יודע בטיב משא ומתן, ולכן מתנתו תקפה גם אם לא בדקו אותו[32], אבל אחרים אומרים שגם מעל גיל עשר צריך בדיקה[33]. יש אומרים שגם לפי הדעה הראשונה, אם **ידוע** שאינו יודע בטיב משא ומתן, מתנתו בטלה[34], ואחרים אומרים שגם אז מתנתו תקפה, בתנאי שאינו שוטה[35].

---

[30] שו"ת מהריט"ץ, סי' ח (ד"ה אמנם).
כמו כן, פעמוני זהב, רלה, א, כותב שדי שידע להבחין בין גדול לקטן, ושיבין כשמסבירים לו.
אבל שו"ת מהר"ם גלנטי סימן עב (ד"ה תשובה), כותב שתקנת הפעוטות חלה רק במי ש"חריף ובקי היטב" במשא ובמתן, ולא מספיק שיֵדע משהו ממקח וממכר. והוא מדייק (בד"ה זאת עוד) מהרמב"ם שצריך שיהיה "חריף וחכם ונבון" במקח וממכר. אבל הוא מביא (בד"ה ולפי ששמעתי) חכם אחד שאמר שאינו צריך שיהיה בקי בעצם, אלא די אם מסבירים לו והוא מבין, וכותב (בד"ה ועתה יראה) שגם אם מסבירים לו והוא מבין, צריך שיהיה לו דעת להבין איזה בזול ואיזה ביוקר.
רשב"ם ב"ב קנה ע"ב (ד"ה אית), כותב שמועיל גם אם אינו יודע "יפה" בטיב משא ומתן. משפטים לישראל, עמ' רפג, מדייק מזה שלדעתו די בקצת הבנה במו"מ. ראב"ן גיטין נט ע"א (רפא ע"ג במהד' ערנרייך) כותב שבן שש עד תשע שהוא "חריף ויודע בטיב משא ומתן" מקחו מקח. משפטים לישראל, עמ' רפג, מדייק מזה שלדעתו צריך שידע יפה ענייני מו"מ.
רא"ש שבועות פ"ו סי' כב, כתב שלענין מו"מ צריך "קצת חכמה וחריפות", ומשפטים לישראל שם עמ' רפד כותב שהרא"ש סובר כראב"ן. רב האי בספר המקח שער ג כתב "ויודע במו"מ כאשר יודעים בני אדם", ומשפטים לישראל, עמ' רפג, מדייק מזה שלדעתו די בידיעה בינונית בלי חריפות; ובעמ' רפה כתב שזו גם דעת הרמב"ם.
[31] מאירי גיטין נט ע"א ובבא בתרא קנה ע"א ("כילדי ירושלים בשעתה"); אמת ליעקב (קמינצקי), גיטין נט ע"א (עמ' קנג).
[32] רמ"ה, המובא בטור, חו"מ, רלה, א; רמ"א, חו"מ, רלה, א; שו"ת מהר"ם אלשקר סי' יא, בדעת הרא"ש; שו"ת להורות נתן חלק טו, סי' קלז (שכך הבין הרמ"א בדעת הרמב"ם והרא"ש); מעשה רקח, הלכות מכירה, כט, ו, בדעת הרמ"ה והרא"ש; משפטים לישראל, עמ' רפה, בדעת הרמב"ם והשולחן ערוך; שו"ת כרם שלמה (אמריליו) חו"מ סי' סו.
[33] ים של שלמה, גיטין פרק ה אות כ, גם בדעת הרמב"ם (כי ייתכן שמהלכו עם הבריות, אבל אין לו הבנה בטיב משא ומתן ועלולים לפתותו לתת מתנה); לח"מ הל' אישות, ד, ז, בדעת רמב"ם הל' מכירה שם.
בני אהובה, הלכות אישות ד, ז, מסביר שהרמב"ם סובר שרוב קטנים שהגיעו לכלל עשר יודעים בטיב משא ומתן, אבל אין הולכים בממון אחר הרוב, ולכן צריך בדיקה עד שיגדל.
שו"ת מהריט"ץ סי' ח (ד"ה והן אותו), מקשה על הרמב"ם הסובר שאין הבדל בין בן עשר לבין בן אחת עשרה, מדוע הגמרא בגיטין שם נותנת דוגמאות מבן שש עד בן עשר, ולא יותר? קול בן לוי, על רמב"ם, מכירה, כט, ח, עמ' פא-פב (במהד' תשס"ג) מיישב את קושייתו - עי"ש.
שו"ת תורת חיים ח"א סי' צז (עמ' רעא במהד' תשס"ג), שו"ת לחם רב, סי' רו, שו"ת משפט צדק ח"ב סי' נ (קח ע"ב), שו"ת פני יהושע (חנדלי), סי' כב, דף קכא ע"א), ושו"ת כרם שלמה (אמריליו) חו"מ סי' סה (קפט ע"ד), מביאים את מחלוקת רא"ש ורמ"ה לגבי בן עשר.
[34] סמ"ע, רלה, ס"ק ג, בדעת הרמ"ה (אם אינו חריף) (הובא בשו"ת שארית יהודה (ינוביץ) אהע"ז סי' כב (ד"ה ועל דבר הספק הב'), עמ' תו במהד' תשס"ט); שו"ת מהר"ש צרור (תשב"ץ, חלק ד, טור ב), סי' ג, בדעת הרמב"ם, בדעת הריב"ש ובדעת הרמ"ה (שצריך שיהיה חריף); שו"ת מהר"ם אלשקר סי' יא, בדעת הרא"ש; שו"ת להורות נתן חלק טו, סי' קלז (שכך הבין הרמ"א בדעת הרמב"ם והרא"ש).
אם גדל ולא מחה: מעשה רקח, הלכות מכירה, כט, ו, כותב שגם אם אינו יודע בטיב משא ומתן, הרי אם נתן מטלטלין כשהיה מבן עשר ומעלה וגדל ולא מיחה - מתנתו מתנה. הוא לומד זאת מדברי כנסת הגדולה חו"מ, רלה הגהות הטור אות לט, בשם שו"ת משפט צדק ח"ב סי' נ (קח ע"ב). אבל במשפט צדק שם מבואר שטעמו הוא שמתנתו מתנה מיד (ומדובר שהוא יודע בטיב משא ומתן), ומה שנקט שגדל ולא מחה, הוא כי זה היה הנידון שם, והיה מי שרצה לומר שמתנתו בטלה לפי רבותיו של הרמב"ם, המובאים ברמב"ם, הלכות מכירה, כט, יז, שאמרו שמי שפחות מבן עשרים שמכר קרקע שירש מאביו ועבר את גיל עשרים ולא מחה, המכר בטל - הם יסכימו שכאן מועיל כי יש תוקף למתנה מיד.
[35] הרא"ש, המובא בטור, חו"מ, רלה, א; רמ"א, חו"מ, רלה, א.
ראב"ן גיטין נט ע"א (רפא ע"ג במהד' ערנרייך) כותב שמעל גיל עשר, גם אם אינו חריף, מקחו מקח. משפטים לישראל, עמ' רפג-רפד, מדייק ממה שלא כתב "אפילו אינו יודע בטיב משא ומתן", מכאן שלראב"ן, מעשר ומעלה יצא מכלל פעוטות, ודי שהוא יודע בטיב משא ומתן גם אם אינו חריף, ואינו בקי היטב וידיעתו מוגבלת. והוא כותב שהרא"ש סובר כראב"ן, ולכן כתב שמעל עשר א"צ בדיקה, כי אז מועיל גם אם אינו חריף (כלומר, כיון שא"צ להיות חריף, מסתמא הגיע לדרגה של קצת ידיעה וא"צ לבדוק, ורק לפני עשר, שצריך להיות חריף, ומסתמא אינו חריף, צריך בדיקה). הוא כותב שהרמ"א והלבוש, חו"מ, רלה, א, וב"ח, חו"מ, רלה, א, הבינו שהרא"ש אינו מתכוון לומר שמעל עשר מועיל גם אם בדקו ומצאו שאינו יודע בטיב משא ומתן, אלא שא"צ בדיקה וחזקה שיודע בטיב משא ומתן (בניגוד לרמ"ה שסובר שגם מעל עשר, אם ידוע שאינו חריף, אפילו לא בדקו ולא מצאו שאינו יודע טיב משא ומתן, לא מועיל), כי אז די בידיעה בינונית; וזה כדעת הרמב"ם, שרק מי שמעל גיל י"ג והביא שתי שערות, מכרו קיים גם אם בדקו וראו שאינו יודע בטיב משא ומתן.

דין קטנה כדין קטן לענין תקנה זו[36].

למתנת הפעוטות יש תוקף גמור, ואפשר לתבוע אותה בב״ד[37].

גם מתנת שכיב מרע של פעוט תקפה[38]. אף שבמתנת שכ״מ לא שייך הטעם שבזכות המתנה יעשו לו טובות, ״לא פלוג רבנן״[39].

מתנה של פעוט מועילה גם במטלטלין שקנה, וגם במטלטלין שניתנו לו במתנה, או שירש[40], ואפילו במטלטלין שירש מאביו[41], אף שבתחומים אחרים כוחו של הבן במה שירש מאביו מצומצם יותר[42].

---

[36] אמרי בינה, קונטרס בדיני קנינים, סי׳ כד (רלג ע״ב), מדייק כך משו״ת מהר״ם גלנטי, סי׳ עב. יש להעיר שאף שבת מגיעה לגיל גדלות מוקדם יותר מבן, לא מצאנו שתיקנו בה תקנת פעוטות בגיל מוקדם מבבן.

[37] עמק יהושע (שפירא), סי׳ יג (עמ׳ עג במהד׳ תרפ״ה).

[38] גיטין נט ע״א; רמב״ם, הלכות מכירה, כט, ו; טור, חו״מ, רלה, ב; חידושי הר״ן גיטין נט ע״א, ור״ן על הרי״ף גיטין כז ע״ב (בדפי הרי״ף), בשם הרמב״ן; נחמד למראה, על ירושלמי עירובין פ״ז (ח״ב דף צה ע״ג); שו״ת הריב״ש סי׳ כ (עמ׳ כז).

[39] חידושי הרמב״ן גיטין נט ע״א; חידושי הרשב״א, גיטין נט ע״א.

[40] שו״ת הריב״ש סי׳ תסח (עמ׳ תרפד).

[41] שו״ת מהר״ש צרור (תשב״ץ, חלק ד, טור ב), סי׳ ג; שו״ת מהר״ם אלשקר סי׳ יא.

[42] ראה לדוגמה ליד ציון הערה 100.

קטן שיש לו **אפוטרופוס**, יש אומרים שאין מועילה מתנתו אף שהגיע לעונת הפעוטות[43], כמו שאין מועיל מכר שלו אז[44]. ממה נפשך: אם האפוטרופוס רואה צורך שהקטן יתן מתנה למישהו, יצווה לקטן לתת והוא יאשר את המתנה, שאז יש לה תוקף, כפי שנראה בסמוך[45]; ואם המתנה מיותרת, אין סיבה שחכמים יתנו לקטן כוח לתת מתנה שתזיק לו[46]. אבל יש אומרים שמתנתו מועילה[47]. לדעתם, דוקא מכר של פעוט שיש לו אפוטרופוס

---

[43] [לא מועיל] חידושי הרשב"א, גיטין סה ע"א (הובא בשרשי הים ח"א, שורש זכיית קטן דף קלו ע"ב), ושו"ת הרשב"א ח"א סי' אלף קמז, בסופו, וח"ב סי' סו; שו"ת הריב"ש סי' כ (עמ' כח) וסי' תסח (עמ' תרפה) בדעת רמב"ם, מכירה, כט, ז; חידושי הריטב"א, סוכה מו ע"ב, וכתובות ע ע"א, ושו"ת הריטב"א סי' קסח (הובא בב"י חו"מ סי' רלה מחודש ה); שו"ת הר"ן סי' מד; מאירי, כתובות ע ע"א (בין מינהו אבי יתומים, בין מינהו בית דין), גיטין נט ע"א, ובבא בתרא קנה ע"א; ראבי"ה, המובא במרדכי כתובות, סי' קצג, בהגהות אשרי כתובות פ"ו סי' כג, ובאגודה כתובות פ"ו סי' צז; מרדכי, כתובות, סי' קצג, בדעת הרמב"ם; פסקי רי"ד, כתובות ע ע"א, וגיטין נט ע"א (הובא בזכור לאברהם (תשס"ב) עמ' תתקמא), וסי' המכריע סי' ל; פסקי ריא"ז, גיטין פרק ו, הלכה ג, אות ג; תיקון סופרים (רשב"ש) שער יג (נט ע"א), בדעת הרמב"ם; שו"ת מהריט"ץ, סי' ח, בדעת הרמב"ם; שו"ת פני יהושע (חנדלי), סי' כב (דף קיט ע"ג ודף קכ ע"ב) בדעת הרמב"ם, בדעת מגיד משנה, ובדעת הראב"ד; שו"ת מהר"ש צרור (תשב"ץ, חלק ד, טור ב), סי' ג, בדעת הרי"ף, בדעת מגיד משנה, בדעת הריב"ש, בדעת השו"ע, ובדעת הלבוש; תורת הקנינים, ח"ב, פרק טז, הערה קי, בדעת עליות דרבנו יונה בשטמ"ק ב"ב קנה (ד"ה אמר); שו"ת משפט צדק ח"ב סי' נ (קח ע"ב), בדעת הריב"ש; שו"ת ישועת משה, ח"א, סי' פד, עמ' שנט, בדעת רמב"ם, מכירה, כט, ז; שו"ת כרם שלמה (אמרילו) חו"מ סי' סה (קפט ע"ד), בדעת הרמב"ם והשו"ע; שו"ת פרח מטה אהרן ח"ב סי' צב; כרם חמר, ח"ב, דף נז ע"ג; ביאור הגר"א, חו"מ, רלה ס"ק יב, בדעת שו"ע, חו"מ, רלה, ב; שו"ת באר עשק סי' פא; ערוך השולחן חו"מ, רלה, י; אור שמח הלכות מכירה כט, ח; שו"ת דברי ריבות, סי' קלג (ד"ה יש לומר דהני), בדעת הרמב"ם; שו"ת מהר"ם גלנטי סימן צז (ד"ה ולפי); שו"ת מהר"ם אלשיך, סי' קא, בדעת הרמב"ם; שו"ת נאמן שמואל סי' קיב (קסז ע"ג), בדעת הרמב"ן, ושם (קסז ע"ד) בדעת מישרים, ושם (קסח ע"א) בדעת הרי"ף, השולחן ערוך, הרמ"א והלבוש; קהלות יעקב כתובות סי' לט במהד' תשמ"ח [סי' לא במהדורה ראשונה] (עמ' קלט), בדעת הרמב"ם; זר זהב על ס' המכריע ח"ג סי' טו, אות ו, בדעת רב צמח גאון ורב נחשון גאון.

פסקי רי"ד, כתובות שם, ושו"ת הרשב"א ח"ב סי' סו, מוכיחים שאין לומר שמתנתו תועיל יותר ממכירתו, שהרי יש דעה בגיטין נט ע"א שמתנתו בכלל אינה מועילה כי אין בה משום כדי חייו.

שו"ת פני יהושע (חנדלי), סי' כב (דף קיט ע"ג), כותב שיש לפסוק שאין מתנתו מועילה, כי מדאורייתא מתנתו אינה מועילה, ויש מחלוקת האם יש תקנת חכמים שמועילה, ולכן יש ללכת לפי דין תורה.

שו"ת מהריט"ץ, סי' ח, ושו"ת כרם שלמה (אמרילו) חו"מ סי' סה (קפט ע"ד), כותבים שאפשר לטעון קים לי כדעה זו.

חריגים: שו"ת מהר"ם אלשיך, סי' קא, מעלה אפשרות שאפילו לדעה שמתנתו בטלה אם יש לו אפוטרופוס, הרי אם נתן מתנת שכיב מרע, היא תקפה, כי היא חלה לאחר מיתה, ואז כבר אין לו אפוטרופוס; ועוד, שמתנת בריא תלויה בהקנאת הנותן, ואין קטן יכול להקנות, אבל מתנת שכיב מרע היא תקנת חכמים ואינה תלויה בהקנאה, ולכן האפוטרופוס לא מעלה ולא מוריד; ועוד, שאפוטרופוס שייך רק במה שקשור להנאת היתום, ויכול להתנגד למתנה כדי שהיתום ייהנה מממונו, אבל בשכיב מרע, התנגדות האפוטרופוס תועיל רק ליורשי היתום, ואין לאפוטרופוס שייכות בזה, שהרי לא נתמנה אפוטרופוס ליורשי היתום.

מהר"ם אלשיך שם (הובא בחושן אהרן סו, כג, ד"ה שם במחבר), מעלה אפשרות שטעם דעה זו הוא החשש שהקטן טעה וחשב שמקבל המתנה עשה לו נחת רוח ובאמת לא עשה, או שמא ידע שלא עשה לו נחת רוח ובכל זאת "הלך אחר שיחה נאה" ונתן לו; ואם זה הנימוק, הרי אם ידוע לכול שהמקבל היטיב עמו, המתנה תקפה גם לדעה זו.

סמוך על שולחנו של אחר: שו"ת הריב"ש סי' תסח (הובא ברמ"א, חו"מ, רלה, ב), וערוך השולחן חו"מ, רלה, י, כותבים שאם הפעוט סמך אצל מישהו או שמישהו מטפל בנכסיו, דינו כקטן שיש לו אפוטרופוס, ומתנתו בטלה. אבל שו"ת מהריט"ץ, סי' ח, כותב שזה אמור דוקא במכר, אבל במתנה לא יהא גדול כחו כאפוטרופוס ממש, והיות שגם באפוטרופוס ממש י"א שהמתנה מועילה, אל נוסיף על האומרים שהמתנה בטלה אם יש לו אפוטרופוס, לומר שגם כאן היא בטלה. לעומתו, ר' יעקב בר' שמואל הלוי, בתי כהונה, בית ועד, סי' ו (לא ע"ב) כותב שמלשון הריב"ש משמע שדיבר גם על מתנה.

גדול: ר"ן על הרי"ף, כתובות לא ע"א (בדפי הרי"ף) (הובא ברמ"א חו"מ, רלה, ב, ובשו"ת מהריט"ץ, סי' לח), כותב שגדול, גם אם יש לו אפוטרופוס שמינה לו אביו, מכירתו תקפה, וזאת גם אם האב הורה שלא לתת לו נכסים עד גיל מסוים, מפני שהנכסים שייכים לבן, והוראת האב מחייבת רק את האפוטרופוס מטעם "מצוה לקיים דברי המת", ואינה מחייבת את הבן או את הקונה. שו"ת דברי ריבות, סי' קלג (ד"ה וכיון שכן), לומד מדבריו בקל וחומר שמתנתו תקפה שהרי יש מצבים שמתנתו תקפה וממכרו אינו תקף. אבל שו"ת באר עשק סי' פא, כותב שאם האב מינה בצוואת שכ"מ את אמו אפוטרופוס עליו עד גיל 25, לדוגמה, אינו יכול לתת מתנה עד אז, כי גדול שסמוך על שלחן אביו הוא כקטן גם אם הוא חריף בענייני מסחר. הוא מסתמך על שו"ת הריב"ש סי' תסח (עמ' תרפה), האומר שאם האב ציווה לא לתת לבן את הנכסים עד גיל מסוים, אין נותנים לו, וכן על מנהג שהיה בזמנו (ומבואר יותר שם סי' פג) שהאופוטרופוס אינו יכול לתת לבן מנכסי האב עד הזמן שקבע האב.

[44] כתובות ע ע"א.

[45] ליד ציון הערה 51.

[46] ערוך השולחן חו"מ, רלה, י.

[47] [מועיל] ליקוטי פירוש רבנו חננאל (בסוף אוצה"ג), כתובות ע ע"א (הובא בתוספות שאנץ, כתובות ע ע"א, באור זרוע סנהדרין סי' סא, בראי"ש כתובות, פ"ו, סי' כג, בהגהמ"י מכירה כט, ז, אות ג, בפסקי רקנטי, סי' תא, בטור, חו"מ, רלה,

אינו תקף, שהרי אין צורך לגביו בתקנה, שהרי האפוטרופוס יכול למכור במקומו, וכוחו מבטל את כוח הפעוט, ואילו במתנה אין לומר כך, שהרי האפוטרופוס אינו יכול לתת מתנה מנכסי היתומים[48]. בתשובה לנימוק זה, הדעה הקודמת סוברת שעיקר התקנה בפעוטות היתה לגבי מכר, שהוא נחוץ לפרנסתו, והתקנה במתנה נתקנה אגב כך, ולכן דוקא במקום שתיקנו חכמים שמכר של פעוטות חל, תיקנו שמתנתם חלה, אבל כשיש אפוטרופוס, שלא מועיל מכר של הפעוט, לא מועילה גם מתנתו[49]. לפי הדעה הראשונה, מתנה של פעוט בטלה גם אם אין לו אפוטרופוס אבל רכושו שנמסר ביד שליש להשגיח עליו, שהרי כוח השליש גדול מכוחו של אפטרופוס[50].

פעוט שיש לו אפוטרופוס, ונתן מתנה, והאפוטרופוס רצה לקיים את המתנה שנתן הפעוט, המתנה תקפה[51], גם לפי הדעה שהפעוט אינו יכול לתת מתנה בגלל האפוטרופוס. אף שאפוטרופוס אינו יכול לתת מתנה מנכסי היתומים, הסכמתו תועיל לקיים מתנה שנתן הקטן, כיון שלולא האפוטרופוס, מתנת הקטן היתה מועילה, ועכשו שהסכים למתנת הקטן, הוא כאילו אינו, וכאילו סילק את כוחו המבטל את כוחו של הקטן[52]. לכן אם יש שני אפוטרופוסים, צריך ששני האפוטרופוסים יסכימו למתנה, אבל אם אחד שותק או מתנגד, כוחו מבטל את כוחו של הקטן[53]. קטן שהוא צעיר מגיל הפעוטות או שאינו פיקח, מתנתו אינה מועילה, גם אם אפוטרופוס מקיים את מתנתו, שהרי אפוטרופוס אינו יכול לעשות דבר שהוא לרעת היתום, כגון לתת מתנה[54].

ד, בשו"ת מהריט"ץ, סי' לח, ובתורת ירוחם (צ'כנוביץ) ח"א סי' עד דף ע ע"ד); רב האי, המובא בראי"ש, כתובות, פ"ו, סי' כג, ובריב"ש בשטמ"ק כתובות ע ע"א; תוס' כתובות ע ע"א (ד"ה אבל); מרדכי, גיטין סי' תיג (הובא ברב ברכות, מע' א, אות א, עמ' כא במהד' תשמ"ה); הגהות אשרי כתובות פ"ו סי' כג בשם מהרי"ח; חוקות הדיינים סי' שכט (ח"ג עמ' רפ); תוספות הראי"ש כתובות ע ע"א, וגיטין נט ע"א, ראי"ש גיטין פ"ה סי' יט, ושו"ת הראי"ש כלל פה סימן י; שו"ת דברי ריבות, סי' קלג (ד"ה וכיון שכן) (גם בדעת הטור, חו"מ, רלה, ד); שו"ת מהר"ם אלשיך, סי' קא, גם בדעת רי"ף, גיטין כז ע"ב בדפי הרי"ף, בדעת רגמ"ה, במרדכי ב"ב סי' תרלה, בדעת סמ"ג עשה פב (קס ע"ד), בדעת הגהמ"י שם, בדעת הטור ובדעת הריב"ש.

שו"ת פני יהושע (חנדלי), סי' כב (דף קיט ע"ג) מקשה על דעה זו מסוגיית כתובות, ומתרץ - עי"ש.

תורת החוף ימים, עמ' פו (=שערי ציון, שנה יז, חוב' י-יב (תמוז תרצ"ז), הוספה) מביא דעה זו.

מישרים, נתיב יט (נ ע"ג), שארית יוסף, שו"ת סי' יד (עמ' מד במהד' תשמ"ד), שו"ת מהר"ם גלנטי סי' מו, צמח ארז, עמ' קצז, שו"ת פרח מטה אהרן ח"א סי' כט (ע ע"ב), ושו"ת תורת חיים ח"א סי' צז (עמ' רעא במהד' תשס"ג), מביאים את המחלוקת בשאלה האם מועילה מתנת פעוט שיש לו אפוטרופוס.

שו"ת מהר"ש צרור (תשב"ץ, חלק ד, טור ב), סי' ג, כותב שאפשר לומר קים לי שהמתנה תקפה.

[48] אור זרוע סנהדרין סי' סא, בשם ר' שמשון בן אברהם; ראי"ש, כתובות, פ"ו, סי' כג, תוס' ראי"ש, גיטין נט ע"א, ושו"ת הראי"ש, כלל פה, סי' י; שו"ת הריב"ש סי' תסח (עמ' תרפה), וריב"ש בשטמ"ק כתובות שם; מרדכי, כתובות סי' קצג; שו"ת פני יהושע (חנדלי), סי' כב (קיט ע"ב); תורת הקנינים, ח"ב, פרק טז, הערה קי, הגהה ד.

תוספות שאנץ, כתובות שם, נימק שדווקא מכר, שטעמו משום כדי חייו, אינו מועיל אם יש אפוטרופוס, כי האפוטרופוס ידאג לכדי חייו, אבל במתנה הטעם הוא שמן הסתם המקבל עשה לו נחת רוח, וטעם זה שייך גם אם יש אפוטרופוס. אבל נראה שגם הוא זקוק לטעם שבטקסט, שאפוטרופוס אינו יכול לתת מתנה, שהרי בלי טעם זה, האפוטרופוס היה יכול לדאוג לתת תמורה לאותו אדם שעשה נחת רוח לקטן.

[49] ריטב"א, כתובות שם; שו"ת פני יהושע (חנדלי), סי' כב (דף קיט ע"ג). כמו כן, תורת הקנינים, ח"ב, פרק טז, הערה קי, הגהה ד, מסביר שדעה זו סוברת שהתקנה לא נתקנה כלל לקטן שיש לו אפוטרופוס, ולכן גם מתנתו בטלה.

[50] מאירי, כתובות ע ע"א.

[51] רמב"ם, הלכות מכירה, כט, ז (הובא בשו"ת הריב"ש, סי' כ, עמ' כח, וסי' תסח, עמ' תרפה); מאירי בבא בתרא קנה ע"א; שו"ע, חו"מ, רלה, א; שו"ת משפט צדק ח"ב סי' נ (קח ע"ב); שו"ת מהר"ש צרור (תשב"ץ, חלק ד, טור ב), סי' ג; תיקון סופרים (רשב"ש), שער יג (נט ע"א); שו"ת מהר"ם גלנטי סי' מו; ערוך השולחן חו"מ, רלה, י.

שו"ת פרח מטה אהרן ח"א סי' כט (ע ע"ב), כותב שהמתנה תקפה מדרבנן.

שו"ת נאמן שמואל סי' קיב (קסח ע"ב), כותב שאם האפוטרופוס הוא אחד מהעדים שחתמו על שטר המתנה, היא תקפה לכל הדעות; ונראה שטעמו הוא שבכך האפוטרופוס מקיים את המתנה.

נאמן שמואל שם כותב שאפוטרופוס שמסר את הנכסים לפעוט, אין אומרים שמתנת הפעוט תהיה תקפה כדין פעוט שאין לו אפוטרופוס, שהרי אסור היה לאפוטרופוס למסור לו את הנכסים, כדברי שו"ת הריב"ש סי' תסח, וא"כ אף שמסר לו, האפוטרופוס עדיין אחראי על היתום.

[52] שו"ת פני יהושע (חנדלי), סי' כב (קכ ע"ג).

[53] פני יהושע שם.

[54] שו"ת הריטב"א סי' קסח; שו"ת מהר"ש צרור (תשב"ץ, חלק ד, טור ב), סי' ג (אם הוא פחות משש שנים, אפילו חריף ביותר); פני יהושע שם (קכ ע"ד).

גם אם אין לו אפוטרופוס, הרי אם יש לו **אב** שמפרנס אותוו, אין מתנתו מועילה, לדעת פוסקים אחדים, כמו אם יש לו אפוטרופוס[55], ורק אם אביו אינו מפרנס אותו והוא אינו סמוך על שלחן אביו, תקנת הפעוטות חלה עליו[56]. אבל מדברי פוסקים אחרים משמע שגם אז מתנתו תקפה[57], משום שדוקא אם יש לו אפוטרופוס לא תיקנו חכמים שמתנתו תקפה, כי האפוטרופוס ממונה לקנות ולהקנות בשביל הקטן, והוא שליח של בית דין לעמוד במקום הקטן, אבל האב אינו כמורשה בנכסי הקטן[58].

פעוט יכול להקנות ברוב הקניינים שגדול יכול להקנות בהם. לדוגמה, הוא יכול להקנות במשיכה ובהגבהה[59]. הוא יכול להקנות בקניין מסירה דברים שנקנים במסירה[60], גם לדעה[61] שלא מועילה מסירה (בהקנאת בהמה וספינה) שלא בפני המקנה, שכן טעם דעה זו אינו מתוך הקפדה על נוכחותו של המקנה, אלא משום שצריך מסירה מיד ליד, ולכן לא שייך כאן הכלל[62] שקטן בפניו נחשב כשלא בפניו; וכן אם משך המקבל בפניו, קנה אפילו לא אמר לו "לך משוך וקנֵה"[63], אף שקטן נחשב כשלא בפניו, משום שטעם ההקפדה שימשוך בפני המקנה הוא רק כדי שיהיה ברור שהנותן מסכים שימשוך[64]. אבל אינו יכול להקנות בקנין סודר[65], מפני שקנין

---

[55] חידושי הרשב"א, גיטין סה ע"א (הובא במשכנות יעקב או"ח סי' קנט (סי' קמה במהד' תקצ"ח), בשו"ת מנחת יצחק, חלק ה, סי' סה, אות טז, ובשרשי הים ח"א, שורש זכיית קטן דף קלו ע"ב); מרדכי גיטין סי' תיג (הובא בדרכי משה, חו"מ, רלה, ס"ק ו, בשרשי הים ח"א, שורש זכיית קטן דף קלו ע"ד-קלז ע"א, בשו"ת אור לי, סי' לא, אות סה, במטה אהרן, כללי הה', דף פח ע"ב, וברב ברכות, מע' א, אות א, עמ' כא במהד' תשמ"ה); מאירי, ב"ב קנה ע"א; כרם חמר, ח"ב, דף נז ע"ג; חנוך לנער (בלויא), פרק מג, סעיף ז, בדעת נתיבות המשפט, רלה, ס"ק י.
דעה זו מובאת בחידושי הריטב"א, סוכה מו ע"ב (הובא בשרשי הים ח"א, שורש זכיית קטן דף קלו ע"א ודף קלח ע"ב).
מרדכי כותב כך אף שלדעתו (הערה 47), אם אין לו אב, מתנתו מועילה גם אם יש לו אפוטרופוס.
שו"ת באר עשק סי' פא, כותב שתקנת פעוטות היא ביתום; משמע שאם יש לו אב, אין מתנתו מתנה.
תורת הקניינים לארבעת המינים, ענף ה, הערה קכא, מתקשה, שממאירי, סוכה מא ע"ב, משמע שקטן שיש לו אב מתנתו תקפה, ואם כן, הוא סותר את מה שכתב בב"ב שם.

[56] נתיבות המשפט, רלה, ס"ק י. תורת הקנינים, ח"ב, פרק טז, הערה קח, מעלה אפשרות שאם לא מסר הקטן את נכסיו לאביו לטפל בהם, חלה עליו תקנת הפעוטות.

[57] תורת הקניינים לארבעת המינים, ענף ה, הערה קכא, מדייק כך מהפוסקים הללו: שו"ע או"ח תרנח, וחו"מ רלה, א; פרי מגדים, תרנח, אשל אברהם ס"ק ח; חזו"א, אהע"ז, סי' עד אות יד ואות יח; שער המלך, שקלים, פ"א; קצות החושן, רלה ס"ק ד; ונתיבות המשפט שו ס"ק ג.

[58] תורת הקניינים לארבעת המינים, שם. הוא מעלה אפשרות אחרת, שהם סוברים כרבנו חננאל, בהערה 47, שגם פעוט שיש לו אפוטרופוס יכול לתת מתנה, ולכן הדין כך גם בפעוט שאביו מפרנס אותו.

[59] חידושי רבנו קרשקש, גיטין נט ע"א; שו"ת הריטב"א, סי' קסח (משיכה).

[60] דברים אלו מפורטים בשו"ע, חו"מ, קצז, ז.

[61] ר"ת בתוס' ב"ב עו ע"א (ד"ה ספינה); רמ"א, חו"מ, קצז, א.

[62] שו"ע, חו"מ, כח, יט.

[63] ראה סעיף 6, שמשיכה קונה רק אם אמר המקנה לקונה "לך משוך וקנֵה", או שהקונה משך בנוכחות המקנה.

[64] נתיבות המשפט, רלה, ס"ק ה.

[65] רמב"ם, הלכות מכירה, כט, ט; חי' ר' קרשקש, גיטין סד ע"ב. דין אמת, חו"מ סי' רלה, א, דף עא ע"ב, כותב שכך גם דעת תוס' גיטין סה ע"א (ד"ה צרור), אף שתוס' מדברים בעיקר על הקנאה **לקטן**, וכאן מדובר בהקנאה שהקטן מקנה.
חידושי ר' קרשקש, גיטין נט ע"א, מביא דעה שפעוט אינו יכול להקנות בחליפין. אמרי בינה, קונטרס בדיני קנינים, סי' כד (רלג ע"ב), כותב בשם הריטב"א שהקונה מפעוט אינו זוכה בחליפין, ומדייק מדבריו שלא מועיל חליפין שוה בשוה (אלא שבמתנה לא שייכים חליפין שוה בשוה). והוא מדייק מהרמב"ם שגם קטנה פעוטה לא יכולה להקנות בחליפין.
המהדיר לחי' ר' קרשקש, גיטין נט ע"ב, הערה 919, לומד מחי' ר' קרשקש גיטין סד ע"ב, שהחסרון בסודר בקטן הוא כי אינו יכול לעשות מעשה קנין שאין בו החזקה בחפץ, ולפי"ז לא יועיל גם חליפין שוה בשוה.
סמ"ע צו, ס"ק טו, נימק שקטן אינו יכול להקנות בחליפין כי כתוב בהם (רות ד, ז) "שלף **איש** נעלו", ולא קטן. נתיבות המשפט רלה ס"ק יא, דן על פי זה האם פעוט יכול להקנות בחליפין שוה בשוה; אבל זה לא שייך במתנה, כאמור.
לחם שלמה, קנין סודר, סי' נד (מה ע"ב-ע"ג) מביא שאביו פירש את כוונת הרמב"ם, שקטן קונה רק בדבר שבא לידו, ומקנה רק באופן שמוציא את הדבר מידו ליד המקבל, מפני שרק אז הוא גומר בדעתו להקנות; והביא ראיה ממה שאינו קונה בקנין חצר וארבע אמות (כפי שנראה בסעיף 6), הרי שקטן אינו זוכה במה שלא בא לידו ממש, וק"ו שאינו זוכה בקנין סודר, שהמטלטלין אינם ברשותו כלל, אף לא בחצרו; ואילו קטנה שקונה בחצר אף שלא בא לידה (כפי שנראה בסעיף 6), תקנה גם בקנין סודר.
ר' יעקב בר' שמואל הלוי, בתי כהונה, בית ועד, סי' ו (לא ע"ב), כותב ע"פ הרמב"ם שם, שפעוט שנותן מתנה, היא חלה רק כשהיא מגיעה לידי המקבל.

סודר הוא כמו שטר, ואין כותבים שטר על מעשה של קטן[66]. כלומר, סתם קנין סודר "לכתיבה עומד", וקנין סודר זה אינו ראוי לכתיבה ולכן אינו מועיל[67]. ועוד, שקנין סודר ושטר שניהם עניינם סימן וזכרון למעשה שעשו, שעל ידי כך נעשה קנין, ולכן כמו שאין שטר מועיל בקטן, כך גם קנין סודר אינו מועיל בקטן[68]. כמובן, פעוט אינו יכול להקנות בקנין אגב, מיטלטלין אגב קרקע, שהרי אינו יכול להקנות קרקע[69].

קטן, גם אם הגיע לעונת הפעוטות, אינו יכול לתת **קרקע** במתנה אפילו מדרבנן[70], גם אם הוא יודע בטיב משא ומתן[71]; ובכלל זה בית וכל דבר שהיה תלוש ואח"כ חובר לקרקע[72]. טעם הדבר הוא שאינו בר דעת, ויש לחשוש שמא יפתו אותו לתת את כל נכסיו לאחר; וחששו דווקא לגבי קרקעותיו, שהן הרכוש העיקרי[73]. ועוד, שבקרקע צריך חריפות ובקיאות במשא ומתן יותר מבמטלטלין, ולכן לא תיקנו בה שמתנתו תועיל[74]. מתנת קטן בקרקע בטלה לגמרי, ואפילו לא חזר בו מעצמו, יכולים ב"ד או קרוביו לסלק את המקבל מהקרקע, ואם קרוביו מתנגדים והוא שותק או שהלך למקום רחוק, אסור למקבל לאכול פירות מהקרקע; אבל אם רצה הקטן שתתקיים מתנתו, ואכל המקבל את הפירות, אין מוציאים אותם מידו, ואפילו חזר בו הקטן ואמר שהיה סבור שמתנתו מתנה ומשום כך הניח לו לאכול וזו מחילה בטעות, המחילה תקפה, וכל שכן אם הסכים הקטן בפירוש שיאכל המקבל הפירות, שהרי הוא יכול לתת לו את הפירות במתנה, שהרי הם מטלטלין, ואפילו חזר בו הקטן אחר שהמקבל ליקט את הפירות, אין שומעים לו, כיון שבשעת לקיטת הם הפירות היו מטלטלין,

---

דעות חולקות: ראב"ד, שם הלכה ח, כותב שפעוט יכול להקנות בקנין סודר. שו"ת דברי מלכיאל ח"א סי' פב, מדייק משו"ת הרא"ש, כלל פה, סי' י, שלדעתו קנין סודר מועיל בקטן. אבל ר' יעקב בר' שמואל הלוי, בתי כהונה, בית ועד, סי' ו (לא ע"ב), כותב שא"א להוציא מהקטן נגד דעת הרמב"ם.
מאירי בבא בתרא קנה ע"א, מביא את שתי הדעות.

[66] רמב"ם שם.

[67] מגיד משנה שם.

[68] נתיבות חיים (קארב), ח"ג, סי' כא, אות א (הובא בעיונים במסכתות התלמוד, ח"א עמ' רמח-רמט). בסי' כה, הוא כותב שטעם הרמב"ם הוא שתקנת הפעוטות חלה רק אם ניכר שהפעוט יודע מה הוא עושה, ולא ניכר שהוא מקנה אא"כ הוא נותן לקונה למשוך, כלשונו "והמשיך" - הקטן מסייע לקונה למשוך.
נתיבות המשפט, רלה, ס"ק יב, מפרש את כוונת הרמב"ם שכתב שאין קטן יכול להקנות בקנין סודר מפני שהוא כשטר - שכשם שלא תיקנו שטר בקטן כמו כן לא תיקנו קנין סודר בקטן, שהרי אילו היו מתקנים קנין סודר בקטן בודאי שהיה לו ג"כ דין שטר.

[69] חידושי רבנו קרשקש, גיטין נט ע"א; שו"ת הריטב"א, סי' קסח; ר' יעקב בר' שמואל הלוי, בתי כהונה, בית ועד, סי' ו (לא ע"ב), בדעת הראב"ד.

[70] רגמ"ה, הובא בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תתמז = מרדכי ב"ב סי' תרלה; תוספות גיטין נט ע"א (ד"ה אחת); מרדכי גיטין סי' ת; תוספות הרא"ש גיטין נט ע"א, ושו"ת הרא"ש כלל א סי' ח (=כלל פה סימן יא), גם בשם העיטור ורבינו שמשון (גם במתנת שכיב מרע), וכלל פה סימן י (שלא תיקנו שתועיל, כדי שלא ישחית נחלתו); סמ"ג, עשה פב (קס ע"ד); שו"ת הרשב"א, חלק א, סי' אלף קמז, וחלק ב, סי' ריט; שו"ת הרן, סימן מד; מישרים, נתיב יט (נ ע"ג); טור, חו"מ, רלה, ג; נימוקי יוסף, ב"ב עג ע"ב (בדפי הרי"ף); שו"ע, חו"מ, רלה, א; שו"ת מהר"ם אלשקר סי' יא; שו"ת מהר"ש צרור, סי' ג; שו"ת כרם שלמה (אמריליו) חו"מ סי' סה (קצ ע"א); פד"ר כרך ג עמ' 136.
קרבן נתנאל גיטין פ"ה סי' יט אות ק, כותב שמתנת פעוטות בקרקע **תקפה**; אבל כנראה כוונתו שכך ההווה אמינא בקושיית הרא"ש שם.
תיקון סופרים (רשב"ש) שער יג (נט ע"א) כותב שגם אם האפוטרופוס של הקטן מקיים את מתנת הקטן בקרקע, המתנה בטלה.
לחם שלמה, קנין סודר, סי' נד (מד ע"ד), כותב שקטן אינו יכול **להשאיל** קרקע.
שו"ת הר"ן, סימן מד, כותב שפעוט יכול לתת במתנה מטלטלים שיצאו מקרקעות.
עבד: קצות החושן, רלה, ס"ק ד, חי' רעק"א, חו"מ, רלה, א (הובא בשו"ת להורות נתן חלק טו, סי' קלז), ושו"ת באר יצחק יו"ד, סימן כג, ענף ז (בדרך "אפשר"), כותבים שפעוט יכול לתת עבד במתנה, שהרי תוס' ב"ק יב ע"א (ד"ה אנא), ורא"ש, ב"ק פ"א סי' יד, כותבים שעבד כמטלטלין לכל דין שהוא דרבנן, וגם מתנת פעוטות מועילה מתקנת חכמים. וכך הוכיחו שו"ת פרח מטה אהרן ח"א סי' כט (ע ע"א-ע"ב), קהלת יעקב, תוספת דרבנן, אות נט (עמ' מא במהד' תשע"א), ושו"ת אור לי, סי' לא, אות יז, מרש"י גיטין מ ע"ב (ד"ה זוזי). קהלת יעקב שם (עמ' מד) מוכיח כך גם מחי' הרשב"א, גיטין מ ע"ב, ומר"ן על הרי"ף, גיטין כא ע"ב (בדפי הרי"ף), שהרי הביאו את דברי רש"י שם. אבל שיטה לא נודע למי, קידושין יט ע"א, כותב שעבד כקרקע ופעוט אינו יכול לקנות אותו.

[71] רגמ"ה שם; מהר"ם אלשקר שם; כרם שלמה שם.

[72] שו"ת דובב מישרים ח"ב סי' מא.

[73] שו"ת הרא"ש כלל א סי' ח (=כלל פה סימן יא).

[74] סמ"ע, רלה, ס"ק ט.

ומתנתו במטלטלין תקפה[75]. אף אם לא אמר לו הקטן בפירוש לאכול את פירות, אלא שהוא וקרוביו היו שם ולא מחו, זו מחילה על הפירות, ואפילו מחילה בטעות תקפה[76].

ה"חזקות", זכויות מיוחדות בקרקע שהיו נהוגות בקהילות האימפריה העותמנית[77], דינן כקרקע לעניין זה[78].

אם זו קרקע שהפעוט קנה, באופן שהוא יכול לחזור בו ולדרוש את כסף המחיר מהמוכר, היא נחשבת כמטלטלין, לענין זה שהפעוט יכול לתת אותה במתנה[79]. כמו כן, אם זו קרקע שהפעוט קיבל כפרעון חוב, אבל החייב יכול לפדות אותה ממנו, היא נחשבת כמטלטלין, לענין זה שהפעוט יכול לתת אותה במתנה, כיון שהיא עומדת לצאת מרשותו, וזכותו בקרקע היא רק בשווייה[80].

אם פעוט נתן מיטלטלין וקרקע ביחד, מתנת המיטלטלין תקפה ומתנת הקרקע בטלה[81].

שטר חוב דינו כמטלטלים לענין זה, ופעוט יכול לתת אותו במתנה[82]. טעם הדבר הוא ששטר דומה למטלטלין בכך ששניהם נקנים אגב קרקע, ומה ששטר נחשב שעבוד קרקעות, הוא לענין שבועה, אבל לענין קנייה, הוא מטלטלין[83]. ואם פעוט יכול לתת אפילו דבר שגופו ממון, כל שכן שהוא יכול לתת שטר, שאין גופו ממון; ואף שהמוכר שטר צריך לכתוב "קנֵה לך אותו ואת כל שעבודו", הרי היות שפעוט יוכל להקנות מטלטלין, הוא מקנה את השטר בכל הדרוש לשם כך, ומועילה כתיבת הקטן[84].

---

[75] שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סי' ב. רמ"א, חו"מ, רלה, א, מביא את מה שכתב הרשב"א שכל זמן שהוא חפץ במה שעשה, וקרוביו או הבית דין לא בטלו מעשיו, והמקבל אכל פירות, א"צ לשלם מה שלקח.
ר' יעקב בר' שמואל הלוי, בתי כהונה, בית ועד, סי' ו (לא ע"ד) כותב (ע"פ ס' התרומות שער מז ח"א) שמה שכתב הרמב"ם, הלכות מכירה, כט, יז, שהקטן מוציא פירות מהקונה הוא רק במכר, והטעם הוא שאם לא יחזיר את הפירות זה ריבית, כאילו הקונה מקבל פירות תמורת הכסף שלו שהיה ביד הקטן, מה שלא שייך במתנה.

[76] סמ"ע, רלה, ס"ק יד. על מחילת קטן, ראה מחילה, שער שתים עשרה. וראה מחילה, שער שמיני, שהלכה נפסקה שמחילה בטעות בטלה.

[77] ראה: שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל ו, סי' א; ר' מיכאל מולכו, "תקנת חזקת בתים, חצרות וחנויות בשאלוניקי", סיני כח (תשי"א), עמ' רצו-שיד; ר' ישראל שציפנסקי, התקנות בישראל, כרך ד, עמ' תקפא.

[78] שו"ת נאמן שמואל סי' קיב (קסח ע"ב).

[79] סמ"ע, רלה, ס"ק יב.

[80] שו"ת נאמן שמואל סי' קיב (קסח ע"ג-ע"ד).

[81] רבנו גרשום, במרדכי ב"ב סי' תרלה-תרלו. כמו כן, ר"י קאפח, בהערתו לשו"ת הריטב"א סי' קסח, הערה 5, מדייק כך מהריטב"א שם, העוסק בקטנה שנתנה שטרות ומטלטלין יחד, ופסק שמתנת השטרות אינה מועילה ומתנת המטלטלין מועילה.
דין אמת, חו"מ, רלה, א (עא ע"ב), פוסק כר' גרשום כי ר' שמחה, במרדכי ב"ב סי' תרה, פוסק בדומה שהנותן קרקע ומטבע יחד בקנין סודר, שאינו מועיל למטבע, קנה את הקרקע ולא את המטבע (ראה סעיף 6), ואף שי"א שלא קנה כלום וי"א שקנה הכל, תמיד בכיו"ב הלכה כדעה האמצעית. אבל הוא עושה הבחנה על פי צורת ההקנאה: אם הקנה את המטלטלין אגב הקרקע, לא קנה אף את המטלטלין, שהרי אינו יכול להקנות קרקע; ואם הקנה את המיטלטלין במשיכה ואת הקרקע בקנין אחר - נקנו המטלטלין; ואם הקנה את שניהם בקנין סודר - הרי קטן אינו יכול להקנות בקנין סודר (כאמור ליד ציון הערה 65); ואם אמר בפירוש שאינו רוצה לתת אלא את המטלטלין עם הקרקע, הרי היות שלא מועילה מתנת הקרקע גם לא מועילה מתנת המטלטלין.
שו"ת להורות נתן חלק טו, סי' קלח, כותב שמקרה זה לא ייתכן במתנה, שהרי מתנת פעוטות מועילה רק במשיכה, ומשיכה לא שייכת בקרקע; וייתכן רק במכר, שמישהו שילם לפעוט כסף עבור שניהם. דבריו קשים, שהרי מיטלטלין אינם נקנים בכסף. ובפשטות, מדובר שעשה בכל אחד קניין המתאים לו, כפי שכתב דין אמת.
דעה חולקת: שו"ת כרם שלמה (אמריליו) חו"מ סי' סה (קצ ע"א), וסי' סו (הובא בשו"ת דבר משה ח"ב סי' עה, דף פא ע"א), כותב שלפי הדעה ברמ"א, חו"מ, רג, י, שהמקנה בקנין סודר דבר שמועיל בו קנין סודר עם מטבעות שלא מועיל בהם קנין סודר, לא קנה כלל (ראה סעיף 6), כאן לא קנה אף את המטלטלין. והוא כותב שאפשר לומר קי"ל כדעה זו.
מל"מ, מכירה, כט, ו, מסתפק בזה. דין אמת, חו"מ, רלה, א (עא ע"ב), מעלה אפשרות שהספק של מל"מ הוא בכגון שהקנה את שניהם בקנין סודר, ולפי הראב"ד (הערה 65) שסובר שמועילה הקנאת פעוט בסודר. אבל מעשה בצלאל, על פסקי רקנטי, סי' תא, מביא כאילו משנה למלך כותב שאם מכר מטלטלין וקרקע יחד, לא נקנה כלום.

[82] שו"ת הרא"ש כלל פה סימן י (הובא בטור, חו"מ, רלה, ד, ובים של שלמה, גיטין, פ"ה, אות כ); שולחן ערוך, חו"מ, רלה, א; שו"ת דברי מלכיאל ח"א סי' פב; כרם חמר, ח"ב, דף נז ע"ג.

[83] השואל, ר' יוסף הכהן בר' אברהם הכהן, בשו"ת הרא"ש שם.
שו"ת נאמן שמואל סי' קיב (קסט ע"א), נימק שייתכן שיגבו בשטר הזה מטלטלין כפרעון החוב (כך נראית כוונתו).

[84] הרא"ש בתשובתו שם.

אבל יש אומרים שפעוט אינו יכול להקנות שטר חוב[85], כי אפשר להקנות שטר חוב רק ב"כתיבה ומסירה" או אגב קרקע, וקטן אינו בר הכי[86], שהרי צריך לומר באותה כתיבה: "הריני נותן את השטר ואת שעבודו", ופעוט אינו מבין מהי נתינת שעבוד שהרי הוא דבר מופשט; ואינו יכול להקנות אגב קרקע, שהרי אינו יכול להקנות קרקע[87]; ועוד, שאפשר לומר, שהשטרות יש להם דין של קרקע לכל דבר[88]; וגם אינו יכול לתתו במתנת שכיב מרע, כיון שדבר שאי אפשר לתת במתנת בריא, אי אפשר לתת במתנת שכיב מרע[89]. ועוד, שבהקנאת שטר, צריך המקנה לכתוב בשטר נפרד כותב "אני מקנה לך אותו ואת כל שעבודו", והרי אין כותבים שטר על קטן[90]; ועוד, שיש אומרים[91] שלא מועילה מסירה (בהקנאת בהמה וספינה) שלא בפני המקנה, והרי קטן בפניו נחשב כשלא בפניו, ולכן לא מועילה בו מסירת השטר[92]. השיטה הקודמת משיבה על כך, שמה שאין כותבים שטר לקטן הוא דוקא בשטר שצריך עדים, אבל להקנאת שטר די בכתב ידו של הקטן; ומה שצריך מסירה בפניו אינו מתוך הקפדה על נוכחותו אלא משום שצריך מסירה מיד ליד[93], ולכן היא מועילה בקטן שמוסר מיד ליד[94].

גדול שאינו יודע בטיב משא ומתן

גדול יכול לתת **מטלטלין** במתנה גם אם אינו יודע בטיב משא ומתן[95].

אשר לקרקע, לפי דעה אחת, גדול יכול לתת במתנה קרקע שלו, כגון שקיבל אותו במתנה, או שאפוטרופוס שלו קנה אותה בשבילו, אפילו אינו יודע בטיב משא ומתן, בתנאי שאינו שוטה[96]. אבל דעה אחרת היא שמתנתו

---

[85] שו"ת הרשב"א, ח"ב, סי' ריט; חידושי רבנו קרשקש, גיטין נט ע"א; שו"ת הריטב"א סי' קסח.
קצות החושן, רלה, ס"ק ג, פוסק שאם קדם הקטן (הנותן) וגבה מן הלווה, אין מוציאין מידו למקבל, שמא הלכה כדעה זו, שהמתנה אינה תקפה.
דין אמת, חו"מ סי' רלה, א (עא ע"ב), כותב שלרמב"ם, הלכות מכירה, כט, ח, פעוט אינו יכול לתת שטר חוב, שהרי כתב שפעוט יכול להקנות רק במשיכה. הוא מסביר (בדף עא ע"ג) ששו"ת הרא"ש שם שכותב שמועילה מתנת שטר, סובר כראב"ד (הערה 65) הסובר שקטן יכול להקנות ולקנות בסודר. אבל הוא מעלה אפשרות ששו"ע סובר שלרמב"ם מועילה מתנת שטר, כי א"צ לכך קנין סודר או עדים אלא די בכתיבת "קנה לך איהו וכל שעבודיה", ומסירה, שהיא משיכה.
הרשב"א נקט את דינו לגבי מכירת שטר חוב **שירש** הקטן מאביו, ולכן שו"ת אוריין תליתאי (תאומים), סי' עא, מבין שהדיון הוא לגבי הדין שבן י"ג שהוא פחות מבן עשרים אינו יכול **למכור** קרקע שירש מאביו (ראה ליד ציון הערה **100**), שאילו בפחות מבן י"ג, נתינת קרקע אינה מועילה אפילו בקרקע של עצמו. הוא מביא כאילו הרשב"א מסופק בדין זה, וזאת מפני שמשנה למלך, מכירה, כט, ו, כותב שהרשב"א מסופק (לאמתו של דבר הרשב"א כותב כמה נימוקים בצורה ודאית, ורק בנימוק האחרון נקט לשון "אפשר"). לאור זה הוא מתקשה, נאמר שכיון שיש ספק האם חלה כאן התקנה שאין תוקף למכירת מי שפחות מבן עשרים בקרקע שירש מאביו, נעמיד על דין תורה, שיש תוקף למכירה, לפי הכלל שבמקום שיש ספק לגבי תקנה, חוזרים לדין תורה? והוא מתרץ, שאם נלך לפי דין תורה, מכירת שטר לא מועילה אף בגדול, שהרי מכירת שטר מועילה רק מדרבנן, ולכן נשאר ספק האם מועילה מכירה זו.

[86] שו"ת הריטב"א שם.

[87] שו"ת הרשב"א חלק ב סימן ריט.

[88] שו"ת הרשב"א חלק ב סימן ריט.
רוב דגן (הלוי), ח"א חו"מ, רלה, אות ז (ריז ע"ד), כותב שהרשב"א הסתפק האם שטר כקרקע לענין נתינת קטן, אבל כתב שמטעם אחר נתינתו לא מועילה - כי אינו יודע לתת בכתיבה ומסירה.
אמרי בינה, קונטרס בדיני קנינים, סי' כד (רלג ע"א), מביא את דעת שו"ת הרא"ש ואת הספק של הרשב"א.

[89] חידושי הריטב"א, גיטין נט ע"א.

[90] קצות החושן, סי' סו, ס"ק ה, וסי' רלה, ס"ק ג. בסי' רלה הוא מוכיח מרמב"ם, הלכות מכירה, כט, ט, ושו"ע, רלה, ה, שאפילו בדבר שקטן יכול להקנות, אין כותבים שטר עליו, שלא כשו"ת הרא"ש שם, שכתב שדוקא במכירת קרקע שאין קטן יכול למכור, אין כותבים עליה שטר, אבל שטר הוא כמטלטלין שהוא יכול למכור, ולכן אפשר לכתוב שטר על מכירתו.

[91] ר"ת בתוס' ב"ב עו ע"א (ד"ה ספינה); רמ"א, קצז, א.

[92] קצות החושן סי' רלה שם.
אבל הוא מעיר שהרא"ש ב"ב פ"ה סי' ד (הובא בטור, חו"מ, קצז, ז), סובר שמסירה מועילה אפילו שלא בפניו.

[93] תוס' ב"ב עו ע"א (ד"ה ספינה).

[94] נתיבות המשפט, רלה, ס"ק ה. ראה בשמו ליד ציון הערה 64.

[95] רבנו גרשום, בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תתמז = מרדכי ב"ב סי' תרלה (הובא בשארית יוסף, שו"ת סי' יד, עמ' מד במהד' תשמ"ד); שו"ת הרא"ש כלל א סי' ח (=כלל פה סימן יא), בשם רי"ף ורשב"ם; מישרים, נתיב יט (נ ע"ג); תיקון סופרים (רשב"ש), שער יג (נט ע"ב); שו"ת הר"ן, סי' מד; שו"ע, חו"מ, רלה, ח; כרם חמר, ח"ב, דף נז ע"ג.

תקפה רק אם הוא יודע בטיב משא ומתן[97]. אם הוא גר במקום שנוהג בו מו"מ, מסתמא הוא יודע בטיב משא ומתן; אבל אם הוא גר במקום שאין נוהג בו מו"מ, צריך חקירת חכם לברר האם הוא יודע בטיב משא ומתן[98].

גדול שלא הגיע לגיל עשרים

צעיר שהוא פחות מגיל עשרים אינו יכול **למכור** קרקע שירש מאביו. זו תקנת חכמים, שחששו שיתפתה למכור את הקרקע בזול כיון שהיא באה לו בקלות[99]. אבל הוא יכול לתת **במתנה** קרקע שירש מאביו, אפילו הוא פחות מבן עשרים[100]. טעם הדבר הוא, שדוקא במכר יש חשש שיתפתה למכור בזול, אבל במתנה, אילו לא קיבל מהמקבל הנאה רבה לא היה נותן לו את הקרקע, וזה דבר לא מצוי, ולכן השאירו חכמים את מתנתו בתוקפה, כדין תורה, כדי שיהיו דבריו נשמעים[101]. המתנה תקפה אפילו יש לו אפוטרופוס[102].

---

[96] ראב"ד, המובא בחי' הרשב"א, ב"ב קנה ע"ב; אור זרוע, סנהדרין סי' סא; מישרים, נתיב יט (נ ע"ג); ים של שלמה, גיטין פרק ה אות כ; ר' יעקב בר' שמואל הלוי, בתי כהונה, בית ועד, סי' ו (לא ע"ב), בדעת הר"ן. הדוגמאות של קרקע שקיבל או שקנה, באות למעט קרקע שירש מאביו, שבה יש דין אחר, כפי שנראה ליד ציון הערה 100 ואילך.

[97] שו"ת הרא"ש כלל א סי' ח (=כלל פה סימן יא), בשם הסמ"ג; תיקון סופרים (רשב"ש) שער יג (נט ע"ב) (על מכר); שו"ת הרשב"א המיוחסות סי' יד; שו"ע, חו"מ, רלה, ח; שו"ת משפטים ישרים (גאון), סי' ע (קיז ע"ב), בדעת שו"ת הרשב"א ח"א סי' תתצח, ושם (קיח ע"א), בדעת רמב"ם הל' מכירה, כט, ח; כרם חמר, ח"ב, דף נז ע"ג.

רמ"ה, המובא בטור, חו"מ, רלה, א, כותב שמן הסתם, בן עשר יודע בטיב משא ומתן (הבאנו את דבריו בהערה 32). וכן נ"י ב"ב עג ע"א (בדפי הרי"ף), כותב שסתם גדול יודע בטיב משא ומתן. אבל תוס' ב"ב קנה ע"א (ד"ה איתמר, בסופו), כותבים שהעובדה שהוא יודע לסבור אינה מראה שהוא יודע בטיב משא ומתן. שו"ת משפטים ישרים (גאון), סי' ע (קיח ע"א), לומד מזה שהם חולקים על רמ"ה ונ"י.

משחא דרבותא, נימוקי ר' שלמה אלפסי, רלה, ח, כותב שדי שהוא ידע להבחין בין גדול לקטן, ושיבין מה שמסבירים לו.

[98] כרם חמר, ח"ב, דף נז ע"ג.

[99] ב"ב קנו ע"א; רמב"ם הל' מכירה, כט, יג. ראה על כך בחוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 367.

[100] רמב"ם הל' מכירה, כט, יד; רבנו גרשום, בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תתמז = מרדכי ב"ב סי' תרלה (הובא בשארית יוסף, שו"ת סי' יד, עמ' מד במהד' תשמ"ד); מהר"י ברונא, במוריה שנה ד גל' י-יא (גל' מו), עמ' מו; חידושי רבנו קרשקש, גיטין סה ע"א; תוספות, גיטין נט ע"א, ד"ה אחת; תוספות הרא"ש גיטין נט ע"א, ורא"ש גיטין פ"ה סי' יט, וב"ב פ"ט סי' לד, ושו"ת הרא"ש כלל א סי' ח (=כלל פה סימן יא) (כדי שיעשו מיליה); חידושי הרשב"א, בבא בתרא קנה ע"ב, גם בשם ר' יהוסף הלוי, ושו"ת הרשב"א ח"ב סי' רמט, וח"ג סי' קכא; ר' יוסף הכהן בר' אברהם הכהן בשו"ת הרא"ש כלל פה סימן י; מרדכי גיטין סי' ת; תיקון סופרים (רשב"ש), שער יג (נט ע"ב); מישרים נתיב יט, חלק א (כמוסבר בשו"ת משפטים ישרים, סי' ע, דף קיז ע"ג) בשם הרשב"א ור"י מיגאש; ס' המכריע, סי' ל (אם הביא שתי שערות); נימוקי יוסף, ב"ב עג ע"ב (בדפי הרי"ף); מאירי, ב"ב קנה ע"ב; שו"ע, חו"מ, רלה, י; ים של שלמה, גיטין פרק ה אות כ; בית מאיר אהע"ז קיג, ז; אמרי בינה, קונטרס בדיני קנינים, סי' כד (רלג ע"א); שו"ת כרם שלמה (אמרילו) חו"מ סי' סו.

ראה גם הערה 10, שרב צמח ורב נחשון סוברים שהוא יכול לתת את מה שירש מאביו במתנה גם אם לא הביא שתי שערות, ושר"י מיגאש ונ"י סוברים שהוא יכול לתת רק אם הביא שתי שערות, אבל גם לדעתם הוא יכול לתת גם אם הוא פחות מגיל עשרים.

דעה חולקת: חידושי הרשב"א, בבא בתרא קנה ע"ב, מביא שהראב"ד סובר לא מועילה מתנה במה שירש מאביו עד שיהיה בן עשרים.

מרדכי, כתובות, סי' קצג, הגהות אשרי, כתובות פ"ו סי' כג, אגודה, כתובות סי' צז, ושלטי הגבורים כתובות לא ע"ב (בדפי הרי"ף), כותבים בשם ר' ישראל ור' שמואל מבונבורק, שאין מתנתו בנכסי אביו תקפה לפני גיל עשרים, ומשפטים ישרים מדייק מדבריהם שמדובר גם במי שיודע בטיב משא ומתן. משפטים ישרים שם כותב (בדף קיז ע"ג) שהמוחזק יכול לומר קי"ל כדעה זו, שהרי הגהות אשרי ושלטי הגבורים שם הביאו את דברי ר"י ור"ש, משמע שהם סוברים כמותם, וכן דעת הרי"ף לפי הבנת הרשב"א, לכן אפשר לסמוך על דעה זו להשאיר את הנכסים בחזקת היתומים, כי יש לעשות כל תחבולה אפשרית להשאיר ירושה במקומה ולהפך בזכות יתומים.

מורה צדק, חו"מ, סי' רלה, מדייק משו"ת הרשב"א, ח"א, סי' תתצח, שמתנה דינה כמכר ואינו יכול לתת עד גיל עשרים. אבל כנה"ג, חו"מ, רלה, הגה"ט, אות כה, כותב שלא ייתכן שהרשב"א והמרדכי יחלקו על הגמרא האומרת שמועילה מתנה של פחות מבן עשרים בנכסי אביו, אלא במרדכי שם צ"ל "מתנתו מתנה", או שמש"כ "אין מתנתו מתנה" הוא על פחות מבן י"ג, ושו"ת הרשב"א שם מדבר על קטן מבן י"ג. אבל הוא נשאר ב"צריך עיון". שו"ת נאמן שמואל סי' קיב (קסז ע"ד), כותב על דברי מורה צדק, שהרשב"א שם מדבר על מי שאינו יודע בטיב מו"מ.

שו"ת משפטים ישרים (גאון), סי' ע (קיז ע"ב), מדייק משו"ת הרשב"א ח"א סי' תתצח, שלרי"ף, מתנתו מועילה בנכסי אביו רק מגיל עשרים. מדברי משפטים ישרים עולה שהבין שהראב"ד, המובא במישרים, נתיב יט, חלק א (נ ע"ג), סובר שלא מועילה מתנתו של הפחות מבן עשרים, בנכסי אביו. אבל שו"ת נאמן שמואל סי' קיב (קסז ע"ד), כותב שיותר נראה לפרש שהראב"ד שם מדבר על מי שאינו יודע בטיב מו"מ.

[101] רמב"ם שם; חידושי הרשב"א, ב"ב קנה ע"ב, ושו"ת הרשב"א ח"ב וח"ג שם.

הוא יכול לתת נכסים שירש מאביו במתנה גם אם אינו יודע בטיב משא ומתן[103], מפני שרק במכר אם אינו יודע בטיב משא ומתן, חוששים שמא הכסף מעביר אותו על דעתו ומכר בזול, אבל במתנה אין מקום לחשש כזה, ואילו לא היה נהנה מהמקבל, לא היה נותן לו[104].

יש אומרים שבן שלא הגיע לכ׳ שנה מתנתו בטלה אם נתן את **כל הנכסים** שירש[105], וזאת מכמה טעמים: (א) כיון שלא השאיר לעצמו די לחיי שעה[106]. (ב) הוא הראה בכך שהוא שוטה, כי מי שנותן את כל נכסיו לאחרים ומניח את עצמו בלי כלום הוא שוטה[107]. (ג) יש לחשוש שהוא מאבד את נכסי אביו מפני קלות דעתו, וב״ד חייב לשמרם מכוח מצוות השבת אבידה[108]. (ד) בנתינת כל נכסיו, נעקרת הנחלה מבני המשפחה, שהוא דבר שאינו רצוי[109]. (ה) מתנתו במקצת הנכסים תקפה כדי שיהיו דבריו נשמעים, כאמור, אבל נימוק זה אינו קיים במי שנותן את כל נכסיו, שהרי לא נשאר לו כלום שיעשו בשבילו דברים[110]. (ו) הנימוק שבוודאי קיבל הנאה מהמקבל אינו שייך כאן, כי לא ייתכן שקיבל מהמקבל הנאה רבה כל כך שתשווה לכל הנכסים שלו[111]. זאת גם אם מה שנתן הוא מטלטלין[112]. אבל דעה אחרת היא שגם אז יש תוקף למתנה, שהרי אפילו בגיל הפעוטות מועילה מתנה במטלטלין, אפילו מתנה מרובה[113]; ולא משנה שעקר נחלה מבני משפחה, כיון שהוא נותן בלשון מתנה[114].

אם הצעיר שנתן את נכסי אביו במתנה קיבל על עצמו אחריות כלפי המקבל, לפצותו אם תיטרף ממנו הקרקע, ולפי ראות עיני הדיינים יש בה חשש הערמה, שזה באמת מכר (שהרי לא נהוג לקבל אחריות על מתנה), אלא שנקטו לשון מתנה כדי שיהיה לו תוקף - המתנה בטלה[115].

---

[102] הגהות מיימוניות הל׳ מכירה, כט, יד, אות י (הובא בשו״ת דברי ריבות, סי׳ קלג). כמו כן, שארית יוסף, שו״ת סי׳ יד (עמ׳ מד במהד׳ תשמ״ד), כותב שבן י״ג מתנתו מועילה גם אם יש לו אפוטרופוס, אבל הוא לא הזכיר את נכסי אביו.

[103] ר״י מיגאש, ב״ב קנה ע״ב, הובא במגיד משנה, הלכות מכירה כט, יד (הובא בשו״ת נאמן שמואל סי׳ קיב, דף קסז ע״ד); ס׳ המכריע, סי׳ נד; שו״ת מהר״ש צרור (תשב״ץ, חלק ד, טור ב), סי׳ ג, בשם רשב״ם ור״י מיגאש; שו״ת הריב״ש סי׳ כ (עמ׳ כו), וסי׳ תסח (עמ׳ תרפו); רשב״ם ב״ב קנו ע״א (ד״ה והלכתא כאמימר); שו״ת משפטים ישרים (גאון), סי׳ ע (קיז ע״א) בדעת הרי״ף והרמב״ם (כדי ש״ליעבדו ליה מילי״).
מאירי, ב״ב קנה ע״ב (עמ׳ 645 במהד׳ סופר), אומר שמתנתו תקפה רק אם הוא יודע בטיב משא ומתן, אבל בעמ׳ 646 הוא מביא שגאוני ספרד (כינויו לר״י מיגאש) כתב שהמתנה קיימת גם אם אינו יודע בטיב משא ומתן, כי אין אדם טועה לתת אלא למי שנהנה ממנו. ראה על כך חוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ׳ 368.
השגות הראב״ד על הרי״ף, גיטין לא ע״א (בדפי הרי״ף) = תמים דעים סי׳ רלט (ד״ה ואני תמה; סימן זה מופיע רק בתמים דעים שנדפס בתוך ״תמת ישרים״, ונציה שפ״ב, סב ע״ב), כותב שאפילו בקרקע של אביו יכול למכור מעונת נדרים אם יודע בטיב משא ומתן.
שו״ת משפטים ישרים (גאון), סי׳ ע (קיז ע״ב), מביא מי שפירש את דברי הראב״ד, המובא במישרים נתיב יט, חלק א (נ ע״ג), שכוונתו היא שרק אם הוא יודע בטיב משא ומתן, מועילה מתנתו בנכסי אביו מגיל י״ג. אבל משפטים ישרים דוחה פירוש זה כי הוא דחוק מצד הלשון, ועוד שלא הוזכר תנאי זה בגמרא.

[104] ר״י מיגאש שם.

[105] תשב״ץ, חלק ג, סי׳ רנא וסי׳ רנג בשם הראב״ד.

[106] תשב״ץ, חלק ג, סי׳ רנא וסי׳ רנג בשם הראב״ד.

[107] תשב״ץ, חלק ג, סי׳ ריט וסי׳ רכא.

[108] תשב״ץ, חלק ג, סי׳ רכא.

[109] רבינו יצחק בר מלכי צדק, המובא בס׳ המכריע, סי׳ ל וסי׳ נד.

[110] תשב״ץ, חלק ג, סי׳ רכא.

[111] תשב״ץ, חלק ג, סי׳ רכא.

[112] תשב״ץ, חלק ג, סי׳ רכא.

[113] כפי שראינו ליד ציון הערה 22.

[114] הרי״ד, בס׳ המכריע, סי׳ ל וסי׳ נד.

[115] נימוקי יוסף, ב״ב עג ע״ב (בדפי הרי״ף), בשם הריטב״א. כנה״ג, חו״מ, רלה, הגה״ט, אות כד, מביא שהראב״ד סותר את עצמו בשאלה זו בכמה תשובות שבכתב יד, ומיישב: (א) התשובה שבה נכתב שהמתנה בטלה היא של חכם אחר; (ב) בקטן ממש, המתנה בטלה, ואם הוא בין גיל שלוש עשרה לגיל עשרים, המתנה תקפה.

מתנתו קיימת רק אם נתן בגלל נחת רוח שעשו לו וכדי שיתעסקו בנכסיו ויטפלו בהם היטב, משא"כ מתנה שנעשית למטרה אחרת, כגון אם נתן את הנכסים לידידו כי חשש שהאפוטרופוס שלו יסרב לתת לו, וידידו היה תקיף, כך שהאפוטרופוס לא יוכל לסרב לו[116].

מאחר שמתנתו של הצעיר מבן עשרים תקפה בגלל ההנאה שקיבל ממקבל המתנה, שהיא כנגד המתנה, הרי אם יש אומדנא שהנותן לא קיבל הנאה גדולה כל כך שיתן בגללה מתנה בהיקף שנתן, היא בטלה[117], שהרי אם מפני הנאה זו נתן הרבה יותר, זו שטות[118].

אילם

אילם, ששומע ואינו מדבר, בין שנולד כך ובין שאחרי שנולד נעשה אילם[119], שנתן מתנה, מתנתו קיימת, בין במיטלטלין ובין בקרקע[120]. אבל צריך לבדוק אותו כדי לברר האם דעתו צלולה[121], מפני שמי שאינו יכול לדבר, נראה שאין דעתו מיושבת עליו כל כך[122].

חרש ושוטה

חרש שנתן מתנה, אין לה תוקף[123].

שוטה אינו יכול לתת מתנה[124], לא במיטלטלין ולא בקרקע[125].

---

[116] תשב"ץ, חלק ג, סי' רנא. הוא מוסיף שהמתנה בנידונו בטלה כי היא דומה ל"מתנת בית חורון" שנעשתה בהערמה, שהיא בטלה, כיון שהיה ידוע שהנותן לא נתן למקבל רשות להקדיש את הנכסים. על טעם זה ראה חוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 35.

[117] תשב"ץ, חלק ג, סי' רנא.

[118] תשב"ץ, חלק ג, סי' רנג.

[119] סמ"ע, רלה, ס"ק מט.

[120] שו"ע, חו"מ, רלה, יח.

[121] שו"ע, שם.

[122] סמ"ע, רלה, ס"ק נ.

[123] שער המפקד, קונטרס "כלי חרש על מים רבים", ס"ק ד (עמ' ד). קהלת יעקב, תוספת דרבנן, מע' ז, אות קיט (לח ע"ג) כותב שאי אפשר לומר שחרש שנתן, מתנתו מתנה, כי הוא נקרא "איש", שהרי לא שמענו זאת.
שו"ת ציץ אליעזר חלק טו סימן א אות ג, מעלה אפשרות שבזמננו חרש יכול להקנות, לפי הדעה (שהוא מציין שם) שבזמננו, שמלמדים חרשים בבתי ספר מיוחדים כתב ולשון, והם מבינים מה שרומזים להם ונושאים ונותנים כפקחים - דינם כפקחים.

[124] רמב"ם, הלכות מכירה, כט, ד.
אז ישיר (איצקוביץ), סי' טו (עמ' נח), מעיר שהרמב"ם נקט "אין מתנותיו קיימות", ולא כתב "אין מעשיו כלום", כי המעשה שעשה נחשב מעשה אלא שאינו יכול לעשות "חלוּת", ואילו בשיכור כלוט (הלכה יד) ובקטן פחות מבן שש (הלכה ו), כתב "אין מעשיו כלום", כי שם אין המעשה נחשב מעשה בכלל.
קובץ הערות סי' כט אות ג (הובא בשחר אורך, עמ' תכז ועמ' תמח), כותב שיש שני דינים בשוטה (בהקנאה ובקידושין וכדומה) : (א) עשייתו נעשית בלי דעת, כמו מעשה שפיקח עושה כשהוא ישן, (ב) חסרה לו כח הקנאה.
שו"ת מהר"י קצבי, סי' כג (ד"ה וכל הדברים), כותב שאם השתבשה דעת הנותן בגלל מחלה, ודיבר בצורה מבולבלת, ואמרו הרופאים שחדרי מוח נסתמו ולכן התבלבלה דעתו, מתנתו בטלה גם אם בדקו את צלילתוו באופן שבודקים חולים והוא עבר את הבדיקה. הוא מוסיף (בד"ה וכתבו רש"י) שגם אם בעת נתינת המתנה היה מדבר באופן צלול, לא נתנו חכמים דבריהם לשיעורים, והרי הם אמרו שדינו כשוטה, והמוחזק כשוטה מתנתו בטלה גם אם רואים שדבריו מכוונים לפעמים ; ואף שמי שהוא לעתים שפוי ולעתים שוטה, בעת שהוא שפוי מעשיו קיימים, זה נאמר בנכפה וכדומה, ונכפים בעת שפיותם הם כבריאים לכל דבר, משא"כ אם השטות הוא מחמת מחלה.

[125] שו"ע, חו"מ, רלה, כ.
רמב"ם, הלכות מכירה, כט, ה (הובא בשו"ת משפטים ישרים (גאון), סי' ע דף קיח ע"א), אומר שאם הנותן עתים בריא ועתים שוטה, העדים צריכים לחקור האם נתן בעת שהיה בריא.
תורת הקנינים, ח"ב, פרק טז, הערה יג, כותב שלפי קובץ הערות (לעיל, הערה 18) שהסביר שקטן יכול להקנות באופן שהקנין יחול כשיגדל, מפני שמעשה של קטן נחשב מעשה וחסר בו רק דעת לעשות "חלוּת" של קנין - הרי שוטה אינו יכול לקנות ולהקנות לאחר שישתפה, גם לדעה שאדם מקנה דשלבל"ע, כי מעשה של שוטה אינו מעשה כלל, כפי שכתב קובץ הערות שם.

חרש ושוטה אינם יכולים להקנות גם אם אדם פיקח עומד על גביהם ומלמד אותם[126], מהטעם שראינו לעיל[127] לגבי קטן.

גוסס

יש אומרים שמתנה של גוסס אינה תקפה[128], גם אם הוא מדבר היטב וגם דעתו מיושבת[129], בין בגוסס בידי אדם ובין בגוסס בידי שמים[130], מפני שהוא נחשב כמת, שכן רוב הגוססים מתים תוך זמן קצר[131]. אף שלדברים מסוימים הוא נחשב חי, הרי מתנתו באה מכח דיבורו ודעתו ולכן אין לה תוקף[132]. זאת ועוד: כדי להקנות מתנה, צריך שיהיה למקנה כוח גדול להוציא את דבר המתנה מרשותו ולהכניסו לרשות המקבל, ואין לגוסס כוח כזה[133]. ועוד, שכיון שהתחיל להתחלש, אינו כחי לגמרי, ואין תוקף למעשה שהוא עושה[134].

אבל אחרים אומרים שמתנתו תקפה אם הוא מדבר[135] ודעתו מיושבת עליו[136]. לפי דעה אחת, אפילו השתתק אבל רמז שהוא נותן מתנה לפלוני, מתנתו תקפה אם בדקו אותו והתברר שדעתו צלולה[137]. אבל לפי דעה

עבד שנתן מתנה: רמב"ם, הלכות מכירה, ל, ב (הובא באמרי משה סי' כה, אות יז), ושו"ע, חו"מ, רלה, כד, כותבים שעבד כענעני שנתן מתנה, והאדון הסכים לכך, המתנה תקפה. שו"ת הרשב"ש, סי' עט (עמ' סו), מנמק, כי העבד הוא כשלוחו של רבו וידו כידו, והרי משלח א"צ לקיים את מעשה שלוחו בקנין, ודי בגילוי דעתו.

[126] שו"ת בית שלמה (דרימר) חו"מ סי' סז (לו ע"ד, לז ע"ג); שו"ת חתם סופר אהע"ז ח"ב סי' קנ (ד"ה ועוד מאי) (בשוטה); אור שמח הל' מקואות, א, ח, אות יג; נודע בשערים (אשכנזי), ח"א, הלכות גיטין, סי' קכג (פה ע"א) (בשוטה); בית מאיר אהע"ז קכא, ו; מנחת ברוך סי' ד ענף ב.

[127] ליד ציון הערה 16.

[128] רש"י, קידושין עח ע"ב (ד"ה כשהוא); ר' יואל ב"ר יצחק הלוי מבונא, המובא בראבי"ה סי' תתקלג, בחידושי הרשב"א גיטין ע ע"ב, בר"ן על הרי"ף גיטין לד ע"א (בדפי הרי"ף), ובראב"ש קידושין פרק ד סימן טז; רבינו חננאל, המובא בחידושי הרשב"א גיטין ע ע"ב, בר"ן על הרי"ף גיטין לד ע"א (בדפי הרי"ף), ובראב"ש קידושין פרק ד סימן טז; קצות החושן רנ, ס"ק א, בדעת שו"ת הרא"ש, כלל פד סי' א; בתי כהונה, בית ועד סי' ז (לו ע"ד).
גט פשוט, קכא, ס"ק לב, מדייק משו"ת מהר"י בן לב ח"ב סי' פא, וח"ג סי' לו, ותורת אמת סי' קמו, שאפשר לומר קי"ל כדעה זו.
חוקת עולם ח"א עמ' 205 (במהד' תש"י), מביא דעה זו.
ראה סעיף 4, על הנותן מתנה לאחר זמן, שתחול כשיהיה גוסס.
מתנת שכיב מרע: פרי חדש, אהע"ז, קכא, ז, כותב שלר' יואל, גוסס אינו יכול לתת מתנת שכיב מרע. הוא מקשה עליו, הרי מתנת שכיב מרע מתקיימת בדיבור, וחידושי מהרי"ט קידושין עח, הסביר שר' יואל מסכים שגוסס יכול להקדיש, מפני שההקדש חל בדיבור ממילא ואינו צריך מעשה? גט מקושר (בולה), סי' יג (כה ע"ד), מיישב, שלר' יואל גוסס יכול רק להקדיש בגלל חומרת הדבר, משא"כ דברים אחרים, גם אם הם נגמרים בדיבור, ולכן אינו יכול לתת מתנת שכיב מרע. אור חדש (בלומנפלד), אות ב, פרק יא (לג ע"א), מסביר שלר' יואל, גוסס אינו יכול לתת מתנת שכיב מרע כי "דברי שכ"מ ככתובים וכמסורים" אמור רק אם היה **יכול** לעשות את המסירה, והרי גוסס אינו יכול למסור. עיי"ש שהוא מסביר מדוע זה שונה מהקדש.

[129] ר' יואל שם (הובא בספר התרומה סי' קל, ובמרדכי גיטין, סי' תכא).

[130] גט מקושר (בולה), סי' יג (כו ע"ב), בדעת ר' יואל. עיי"ש בהוכחתו לכך.

[131] ר"ח שם; ר' יואל שם.
חכמת שלמה, אהע"ז, קכא, ז, כותב שטעם ר' יואל הוא שרוב גוססים למיתה, והיות שהוא עומד למות, ואינו מחוסר מעשה לפני שימות, הוא נחשב כמת. אור חדש (בלומנפלד), אות ב, פרק יא (לג ע"ג), מקשה על טעם זה, הרי גוסס הוא כחי לכל דבריו (חוץ ממה שצריך מעשה). הוא מנמק בדרך אחרת (בדף לג ע"ד): שלענין דבר שצריך מעשה, הוא נחשב כמת.
פרישה, חו"מ, רנ, י, כותב שטעם ר"ח אינו שגוסס נחשב כמת, אלא שאין עליו שם "אדם".
חמדת אהרן (קוגמן, תשס"ו), סי' לד, אות א, עמ' ר, מסביר שהחסרון בגוסס (לדעת ר' יואל) הוא שאין לו כח פעולה לחלות קנין, כמו שהסביר קובץ הערות, סי' כט אות ג (ראה הערה 125), לגבי שוטה (וחוזר על זה באות ח). הוא כותב שהפוסקים נקטו כצד שגוסס הוא כשוטה, כפי, שלדוגמה, קצות החושן, קפח ס"ק ב, משווה גוסס לשוטה (לענין גט), ולא כצד שגוסס נחשב כמת.

[132] ר' יואל שם.

[133] שו"ת הרדב"ז ח"ג סי' אלף לד (תרח), בהסבר דעת ר"ח.

[134] חידושי מהרי"ט, קידושין עח ע"ב, בהסבר דעת רש"י.

[135] תוספות קידושין עח ע"ב (ד"ה לא); ר' יצחק בר שמואל (ר"י הזקן), בראבי"ה שם (הובא בחידושי הרשב"א גיטין ע ע"ב, בר"ן על הרי"ף גיטין לד ע"א (בדפי הרי"ף), במרדכי גיטין, סי' תכא, ובראב"ש קידושין פרק ד סימן טז); ר' אליעזר ב"ר שמואל ממיץ, בראבי"ה שם; ראב"ש קידושין פרק ד סימן טז, בדעת רשב"ם בבא בתרא קכז ע"ב (ד"ה בנכסים);

אחרת, אין סומכים על רמיזתו[138], מפני שקשה לעמוד על בדיקתו[139], ורק אם כתב שהוא נותן מתנה, המתנה תקפה[140].

שיכור

שיכור - אם הוא יודע מה הוא עושה, יש תוקף למתנתו[141], גם אם ברור שאילו לא היה שכור לא היה נותן[142]. אבל אם הגיע לשכרותו של לוט, היינו שאינו יודע מה הוא עושה, מתנתו בטלה[143].

נותן שאינו מבורר

אף אם אין הנותן מבורר, כגון בנכס שאין ידוע מי בעליו, מועילה מתנה, ואין בכך בעיה של "ברירה", כי איננו צריכים שהמתנה תחול משעת הנתינה, אלא די אם תחול כשיתברר מי בעל הנכס[144].

ספר התרומה סי' קל בדעת רשב"ם שם, ובדעת ר"ח, ובשם רבו; מרדכי גיטין, סי' תכא בדעת רשב"ם שם, ובדעת ר"ח; שו"ת הרשב"א חלק ב, סי' שכז; סמ"ג, עשה נ, בדעת רשב"ם שם, ובדעת ר"ח; ר' יואל שם, בדעת הרשב"ם שם; שו"ת הרדב"ז ח"ג סי' אלף לד (תרח) (שזו דעת "כל הפוסקים אשר אנחנו רגילין לסמוך עליהם"), וחלק ד סימן אלף רעז (רו) (שזו דעת רוב הפוסקים); שו"ע, חו"מ, רנ, ו; שו"ת מהר"י בן לב ח"ב סי' פא; ערוך השולחן חו"מ, רנ, כח; שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סי' קיח (שזו דעת רוב הפוסקים); שו"ת מהרח"ש (אהע"ז) סי' לב, בדעת רש"י.
חידושי הרשב"א גיטין ע ע"ב, מעלה אפשרות שגם רבינו חננאל סובר שמועילה מתנתו אם הוא יכול לדבר.
שו"ת תורת אמת סי' קמו (ד"ה וכ"ש), כותב שזה ספק בדין.
טור חו"מ רנ, י, לב ים גיטין סי' מג אות ה (עמ' שנח-שנט, במהד' תשנ"ד), בית דוד ח"ו (תשע"ב) עמ' רנב, ושו"ת מהר"י בן לב חלק ג סי' לו, מביאים את המחלוקת.

[136] ר"י הזקן ברשב"א ובר"ן ובסמ"ג, שם; ס' התרומה שם בשם רבו.
שו"ת מהר"י בן לב ח"ב סי' פא (הובא בפרי חדש, אהע"ז, קכא, ז), כותב שמי שנתן מתנה בצוואה לפני מותו ומיד אח"כ נפטר, מתנתו תקפה אף שלא בדקו אותו, ואין חוששים שמא דעתו לא היתה צלולה, כי הוא בחזקת שפוי. אבל הוא מעלה אפשרות שאם הוא גוסס, צריך בדיקה לברר האם דעתו מיושבת, כפי שמשמע מר"י הזקן.
מהרש"ך שם כותב שבגוסס אין חוששים לטירוף דעת ואינו צריך בדיקה.

[137] מישרים נתיב כד חלק א (סח ע"ב); בית יוסף אהע"ז סימן קכא; פרי חדש, אהע"ז, קכא, ז; גט פשוט קכא, ס"ק לב, בדעת רשב"ם ותוס'.

[138] ב"ח אהע"ז סי' קכא, בסופו; קצות החושן, רנ, ס"ק ח (גם בשם חי' מהרי"ט, קידושין עח ע"ב), בדעת תוס' (כי הוא בחזקת שאינו שפוי בדעתו); ערוך השולחן חו"מ, רנ, כח; גט מקושר (בולה), סי' יג (כו ע"ד) בדעת מרדכי, סמ"ג וסמ"ק (וכותב שכן דעת רוב הפוסקים); שו"ת חבל יעקב ח"א סי' כ, אות יג (מחשש שאינו שפוי).
כמו כן, רמ"א, אהע"ז, קכא, ז, מבין שהראשונים (בהערה 135) שהזכירו דיבור סבורים שאין מועילה רמיזה, ופסק לענין גט שיש להחמיר - כלומר שהגט אינו חל.
הבחנה: מערוך השולחן שם משמע שלדעתו, מתנתו של מי שנעשה גוסס באופן פתאומי מועילה ברמיזה, שהרי הסביר ששחוט ומגוייד וצלוב כותבים גט לאשתו ע"י רמיזתו, כי הוא גוסס פתאומי, ודעתו צלולה בתחלתו, והוא שונה מגוסס עקב מחלה, שיש לחוש שאין דעתו צלולה.

[139] ערוך השלחן שם.

[140] ערוך השלחן שם.

[141] רמב"ם, מכירה, כט, יח; מישרים, נתיב יט (נ ע"ד).

[142] שו"ת פני משה (בנבנשתי), ח"א סי' לז (צ ע"ב); ר' שלמה בולה, המובא בגט מקושר (בולה), סי' טז (ל ע"ג-ע"ד).
אבל גט מקושר עצמו, שם, כותב שגם אם הוא יודע מה הוא עושה, הרי אם אינו מבחין בין טוב לרע ואינו מבין איזה נזק ייגרם מהמעשה שהוא עושה, ואם היה יודע לא היה עושה, נחשב שכור כלוט, ומתנתו בטלה; ורק אם ידע איזה נזק ייגרם, ובכל זאת התפתה ביינו לתת את המתנה, יש לה תוקף, כי לא היה חסרון ידיעה אלא שנתפתה ביינו, ואף שאילו לא היה שיכור לא היה עושה, היה לו להתגבר על יצרו.

[143] רמב"ם, מכירה, כט, יח; מישרים, נתיב יט (נ ע"ד).

[144] הגרי"פ פרלא, בביאורו לסהמ"צ לרס"ג, ל"ת רנה (ח"ב דף רע ע"ג). הוא מוכיח שמתנה כזאת תקפה, מיבמות צט ע"ב. שם מדובר בכהן ועבד שנתערבו ואין ידוע מי הכהן, ונאמר שם שהם יכולים לקבל תרומה יחד ולמכור אותה, וזאת אף שלא ידוע למי מהם שייכת התרומה. הוא מסביר ע"פ שו"ת הרשב"א ח"ב סי' פב, שאין בעיה של ברירה במצב כזה. על פי זה הוא כותב שאחים שחלקו את ירושתם, לדעה ש"אין ברירה" ולכן צריכים להחזיר זה לזה ביובל (רמב"ם, הלכות שמיטה, יא, כ), יש פתרון אחר: בשעת חלוקה, כל אחד יאמר "אם זה חלקי, טוב, ואם לא, כל האחרים נותנים לי את חלקם במתנה ע"מ שלא יחזור ביובל" (ראה סעיף 4, על תוקפו של תנאי כזה), ומועילה מתנה אף שעדיין לא חלקו, כאמור בב"ב קכד ע"א.

המקבל

כללי

חוק הכשרות המשפטית והאפוטרוסות, התשכ"ב-1962, סעיף 1, קובע שכל אדם כשר לזכויות מגמר לידתו עד מותו; וזה כולל **זכייה** במתנה[145]. אולם **קיבול** מתנה היא פעולה משפטית, הפעלת הזכות לזכות במתנה [לא בהכרח - זה תלוי בשאלה האם זו עיסקה חד צדדית או דו צדדית], ולכן היא מוגבלת לפי סעיף 2 שם, בכך שחוק או פסק דין יכול לשלול או להגביל את כשרותו לכך[146]. גם אשה נשואה כשרה לזכות במתנה[147].

בפרק זה נברר את עמדת המשפט העברי לגבי סוגים שונים של מקבלי מתנה.

מתנה לקטן

לפי החוק, מתנה לקטין או לפסול דין טעונה הסכמת נציגו[148]. על מתנה זו חלה חזקת ההסכמה, שבסעיף 3 לחוקנו[149]. אם הנותן היתנה שניהול הנכס יהיה בידי הורה אחד בלבד, או בידי אדם שאינו הורה של המקבל, נחוצה הסכמה של נציגו הרגיל של הקטין[150]. אם הנציג לא ידע על המתנה, נוצר חוזה מתנה בתנאי מפסיק, עד שייוודע לו[151]. אם הורה (או קרובו) נתן מתנה לקטין, אין צורך באישור בית המשפט; ועל ההורים לנהוג כדרך הורים מסורים, לפי הנסיבות[152]. מתנה שרגילים לתת לקטין, כגון ליום הולדת או לבר מצוה, קיימת גם אם לא היתה הסכמה מצד נציגו, ואין נציגו יכול לבטלה, כפי שקובע חוק הכשרות, סעיף 6, באופן כללי, לגבי כל פעולה משפטית של קטין, שדרכם של קטינים בגילו לעשותה. אולם אם יש אפשרות שהמתנה תשפיע לרעה על הקטין, כגון מכונית, שהחזקתה כרוכה בהוצאות רבות, או רוֹבה, שעלולה להביאו לפעולה אסורה, יכול הנציג לבטל את המתנה. זאת לפי חוק הכשרות, שם, המאפשר ביטול פעולה שעשה קטין בלא הסכמת נציגו, אם יש בה נזק של ממש לקטין או לרכושו, גם אם זוהי פעולה שדרכם של קטנים בגילו לעשות[153].

לפי המשפט העברי, מתנה שניתנה לקטן שיש לו קצת דעת, כך שאם נותנים לו אבן הוא זורק אותה ("צרור וזורקו") ואם נותנים לו אגוז הוא לוקח אותו (כלומר, אף שהאגוז נראה מבחוץ כאבן, הוא מבין שיש בתוכו מאכל[154]), המתנה תקפה[155].

---

[145] ראבילו ב, עמ' 121.

[146] ראבילו ב, עמ' 153.

[147] ראבילו ב, עמ' 121, בניגוד לשיטות משפט שונות שלא אפשרו מתנות בין בני זוג.

[148] ראבילו ב, עמ' 153, על פי הוראה כללית בנידון בחוק הכשרות, סעיפים 4 (קטין) ו-9 (פסול דין) [עי' פירושו של אנגלרד לחוק הכשרות, תשנ"ה, עמ' 57 ואילך].

[149] ראבילו ב עמ' 153. אבל ייתכן שסעיף 3 חל על ההסכמה הנחוצה במתנה לפי ס' 2, ואילו בקטין דרושה הסכמה מפורשת של הנציג, כמו שבמכר, גם אם הקטין מסכים בפירוש, צריך את הסכמת נציגו. כנראה ראבילו סבור שסעיף 3 קובע חזקה שגם הנציג מסכים.

[150] ראבילו ב, עמ' 153, על פי חוק הכשרות, סעיף 31.

[151] ראבילו ב עמ' 155.

[152] ראבילו ב, עמ' 153, על פי החוק הכשרות, סעיף 20 ס"ק 5, וסעיף 17. ראה בדיוננו בסעיף 2, שהורה שנותן לילד סתם, חזקה שהתכוון למתנה.

[153] ראבילו ב, עמ' 154-155.

[154] ערוך השולחן, חו"מ, רמג, טז.
משכנות הרועים מע' צ, אות א (רפד ע"ב), כותב ששיעור זה תלוי בהבנת הקטן בלבד, ולא בגיל. והוא כותב (בדף רפד ע"ג) שהילד בנידונו, שהיה בן 4 וחצי, היה יכול לזכות במתנה, כי מן הסתם הוא מבחין בין אגוז לאבן.
חנוך לנער (בלויא), פרק מג, הערה ז, כותב ששיעור זה הוא לפני עונת הפעוטות (שעסקנו בו ליד ציון הערה 27 ואילך), כפי שמוכח בגיטין סה ע"א.

[155] סמ"ג, עשה פב (קסא ע"ד); מישרים, נתיב יט (נ ע"ג); תשובות ר"א בן הרמב"ם סי' עח עמ' 95 (שקטן קונה); שו"ע, חו"מ, רמג, טו; שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ סי' כג; קובץ שעורים בבא בתרא סי' תצד; תשובות יהודה, סי' מט, אות ב (נו ע"א); דברי יצחק (הרצוג, סוף אור הישר על בכורות) דף עג ע"ב-ע"ג; שו"ת מהרש"ד, חלק ב, סי' ריא; שו"ע הרב, חו"מ, הלכות מכירה ומתנה, סעיף י; שו"ת היכלי שן מהדו"ת סי' נג (סו ע"ד); מנחת חינוך מצוה מב אות ט ואות יב; שו"ת מהר"י הכהן (רפפורט), חו"מ סי' כט (קכג ע"א).
גוי שנותן לקטן: ר' משה זאב מביאליסטוק, בשו"ת חוט המשולש, חלק ב, סי' ה (ד"ה אולם ראיתי), כותב שלפי קצות החושן (הערה 157) ש"דעת אחרת מקנה" פועל מטעם "זכין", יוצא שגוי שנתן מתנה לקטן, היות שאין לגוי זכייה אפי'

אע"פ שאין לקטן דעת להתכוון לזכייה, די בכך שהנותן מתכוון להקנות לו ("דעת אחרת מקנה"), כמו שכל מקבל מתנה שעשה בה מעשה קניין, זכה גם אם לא ידע שזו מתנה, כי הכלל הוא, כפי שנראה בסעיף 3 [או 6], שאין צורך שהמקבל יתכוון לזכות במתנה[156]. יש המסבירים ש"דעת אחרת מקנה" מועילה מצד "זכין לאדם

מדרבנן, הקטן לא קנה כי אין דעת אחרת מקנה (ראה סעיף 6, שר' הלל מוולוזין כותב שאכן גוי שנתן לקטן בלי מסירה מיד ליד, לא קנה כי אין בגוי זכייה). אבל הוא מדייק מתוס' גיטין סד ע"ב (ד"ה שאני) ומחידושי הרשב"א גיטין סה ע"ב, שדין "דעת אחרת מקנה" אינו מטעם "זכין". גם שו"ת כתב סופר או"ח סי' קכח (ד"ה ונבוא), כותב שגוי שנתן חפץ לישראל קטן, לא קנה מהתורה, לפי הרמב"ם ש"דא"מ" הוא מדין זכין, וגוי אינו יכול לזַכות, והקטן קנה רק מדרבנן; אבל כתב (בד"ה ומ"מ לדינא) שלפי תוס' גיטין סד ע"ב, "דא"מ" אינו מדין זכין, ולכן הוא מועיל גם בגוי שנתן. גם שו"ת מנחת יצחק, חלק ה, סי' סה, אות יד , כותב שאם הנותן נכרי, הקטן אינו קונה לפי הרמב"ם, כיון שאין בו דין "זכין".

גוי קטן: שו"ת חתם סופר יו"ד סי' שיז (ד"ה ובנידון), חתן סופר, מקנה וקנין, סי' ט, חלק ה (כרך ב עמ' יב), אות מח, ושו"ת האלף לך שלמה יו"ד סי' רפז, כותבים שגוי קטן אינו קונה ע"י שדא"מ, שהרי קצות החושן (הערה 157) הסביר ש"דא"מ" מועיל מדין "זכין", ואין זכייה לגוי. חי' מהר"ם שיק גיטין סד ע"ב (הערה לג), מקשה על חתם סופר, הרי גם לקטן ישראל אין שליחות ובכל זאת מועיל בו "דא"מ". תורת הקנינים, ח"ב, פרק טז, הערה לט, מיישב, שבקטן ישראל יש זכיה אף שאין לו שליחות, ואילו לגוי, אין אפילו זכיה.

חתן סופר שם, אות מט, מוסיף, שגם לפי השיטה (של תוס', המובא בהערה 157) שהקטן זוכה ע"י עצמו, אלא שמצרפים לזה את כוונת הנותן, גוי קטן אינו קונה, מפני שגם זה מטעם שליחות, כמו שכתב חי' הרשב"א חולין יב ע"ב, שכשגדול עומד על גבי קטן, כוונת הגדול מועילה מטעם שליחות.

לעומתם, שו"ת חסד לאברהם (תאומים), מהדו"ק, חו"מ, סי' לח, כותב שגם גוי קטן שהגיע לגיל צרור וזורקו, קונה אם דא"מ.

האלף לך שלמה שם מביא שהשואל טען שהיות שמחנה אפרים, הלכות שלוחין, סי' יא, אומר שיש שליחות לנכרי אם הוא מקבל שכר, יש תוקף למתנה שבעל בהמות נותן לקטן גוי שרועה את בהמותיו בשכר, כי אפשר לומר לגביו שדעת אחרת מקנה. המשיב דוחה זאת משתי סיבות: (א) מחנה אפרים אומר שאם שכרו גוי לעשות מעשה מסוים, הוא נחשב פועל וידו כיד המעביד לענין מעשה זה, אבל כאן השכר שנותנים לו הוא בעד הרעייה, לא בעד קבלת המתנה; (ב) אם נאמר שיד הפועל כיד הנותן שמשלם לו, לא קנה, כי הנכס לא יצא מרשות הנותן.

שו"ת ושב הכהן, סי' ד (עמ' טז במהד' תשמ"ח), מביא חכם אחד שטען שהיות שזכיית הקטן היא תקנה משום כדי חייו, תיקנו רק לישראל ולא לגוי. אבל המשיב דוחה, שקטן זוכה לעצמו מהתורה (כדעה ליד ציון הערה 160), וגם לדעה (ליד ציון הערה 161) שזוכה מדרבנן, אין זה משום כדי חייו, וא"כ התקנה חלה גם בקטן גוי.

בקרקע: פתחי חושן, קניינים, פי"א הערה סה מדייק מקצות החושן, רלה, ס"ק ד, ומסתימת הפוסקים, שקטן קונה גם קרקע שניתנה לו במתנה. אבל הוא עצמו מעלה אפשרות שהיות שקטן זוכה רק אם מגיעה המתנה לידו (שו"ע חו"מ, רמג, כג - ראה סעיף 6 על אופן הקנאת מתנה לקטן), אינו זוכה בקרקע, כי קרקע אינה יכולה להגיע לידו. כרם חמר, ח"ב, דף נז ע"ד, כותב ש**בן י"ג**, אף שאינו יודע בטיב משא ומתן, זוכה בקרקע שניתנת לו במתנה (אף שאינו יכול לתת קרקע במתנה אם אינו יודע בטיב משא ומתן, לדעתו - ראה ליד ציון הערה 97), כי בקבלת מתנה לא חשוב אם הוא יודע בטיב משא ומתן.

חי' ר' שמעון יהודה הכהן (שקאפ), גיטין, סי' ה (לט ע"א), כותב שבגירושי קטנה, אי אפשר להקנות לה את הנייר של הגט במתנה, כי אין זה זכות לה. כוונתו היא שגם אם היא מסכימה לקבל, לא די בכך, אלא צריך גם את דין "זכין" (ראה בשמו בהערה 157), המבוסס על כך שמתנה היא זכות למקבל.

דעה חולקת: דברות משה ב"ק סי' עד ענף ג מדייק מהתירוץ השני בתוס' סנהדרין סח ע"ב (ד"ה קטן), שגם בדעת אחרת מקנה, קטן אינו זוכה. קהלת יעקב, תוספת דרבנן, מע' ז, אות קיט (לט ע"א), מביא שבירושלמי גיטין, ה, ט, יש דעה שקטן אינו זוכה מהתורה גם אם דעת אחרת מקנה.

רדב"ז, על רמב"ם הלכות נדרים, ה, ז, כותב שלא מועילה זכייה לקטן. דבר יעקב, נדרים מח ע"ב, אות ג, מקשה, הרי קטן קונה כשדעת אחרת מקנה? ילקוט ביאורים (במהד' מתיבתא), נדרים שם, הערה יד, מתרץ שכוונת הרדב"ז היא שאין מועיל זיכוי לקטן ע"י אחר כי אין לו שליחות (ראה סעיף 6, שאין הלכה כך). אבל אי אפשר לפרש כך את הרדב"ז שהרי הוא בא להסביר מדוע בסוגיה שם, הסב הוצרך לתת לנכדו בדרך "קנֵה ע"מ להקנות", ומסביר שמדובר בקטן, ומכאן שהוא סובר שלא היה יכול לתת לו מתנה במישרין.

טורי אבן, חגיגה ו ע"א (ד"ה והא שמואל), כותב שלפי רוב המפרשים, קטן אינו קונה בדעת אחרת מקנה. אבל הוא מדבר על קרקע. ואולי הוא מתכוון שאינו קונה מהתורה אלא מדרבנן, שהרי נידונו הוא לענין הדין שמי שאין לו קרקע פטור מעלייה לרגל, וייתכן שאם היא שלו רק מדרבנן, פטור.

בן אברהם (אשטרושה), פ' קדושים (עב ע"א), כותב שלדעת ר' שמעיה המובא בתוס' קידושין כו ע"ב (ד"ה ה"ג), שלא מועיל קנין שלא בפני הקונה, אי אפשר להקנות לקטן במעשה קנין שהוא עושה, שהרי קטן הוא כשלא בפניו. אבל דבריו קשים, שהרי ר' שמעיה דיבר רק על קנין סודר, כפי שנראה בסעיף 6.

ר' משה סולובייצ'יק, מוריה גל' קנז עמ' כא, מוכיח שהש"ך סובר שדעת אחרת מקנה אינו מועיל בקטן (עיי"ש להוכחתו).

[156] קצות החושן, רמג, ס"ק ה (הובא בישרש יעקב יבמות נב ע"ב, בחי' ר' אריה ליב (מאלין) ח"א סי' מז, בסיני, ס' יובל (תשי"ח), עמ' שפז, בשו"ת בית שלמה (דרמר), חו"מ, סי' סז, דף לו ע"א, ודף לח ע"ב, באבני חפץ (גולדברגר) סי' יז, וע"י ר' רפאל שמולביץ, במכתבו בתחילת ספר ראש אמנה על מסכת פאה); שו"ת הרי"ם, אהע"ז, סי' כג, וחי' הרי"ם, גיטין סד ע"ב (ד"ה גמרא שם צרור); מזל שעה, על הרמב"ם, הלכות זכיה, ד, ו (עו ע"א); ר' הלל מוולוזין, בשו"ת חוט

שלא בפניו", ואף שבדרך כלל הנותן אינו יכול לזַכות מתנה למקבל בלי שאדם שלישי יזכה בעבורו (כפי שנראה בסעיף 6) - הרי זה במצב שהמקבל אינו עושה מעשה קנין, ואילו כאן המקבל (הקטן) עושה קנין, אלא שאין בו דעת, אבל כיון שדעת אחרת מקנה, ההקנאה חלה גם בלי כוונה לקנות, מטעם "זכין"[157]. ר' יעקב מליסא

המשולש, חלק ב, סי' ג; חי' מהר"ם שיק, גיטין סד ע"ב, עמ' שח; חי' ר' שמעון יהודה הכהן (שקאפ), גיטין, סי' ה (לט ע"א) (=סי' ח במהד' תשע"א); זכרון שמואל סי' נ אות ג, בשם ר' שמעון שקאפ; נחל יצחק, סי' צו, סעיף ב, ענף ה (קפח ע"ג).

קצות החושן, רעה ס"ק ד, מזכיר את דבריו אלו.

שו"ת ישועת משה, ח"א, סי' פד, עמ' שס, כותב שתוס' סוברים שהקטן קונה מפני שדי בכוונת המקנה וא"צ דעת הקונה, אלא די בהסכמתו לקבל את המתנה, ואם זו זכות, יש להניח שהסכים, ודי בזה לחלות הקנין; וגם אם נאמר שצריך שתהיה לו יד לקנות, ובקטן אין יד, לזה מועילה דא"מ, שאף שאין די כוח ליד שלו מצד עצמה, הרי אם גדול מושיט לו את ידו וכוחו, נעשה גם כוחו של הקטן יותר חזק, ונוצרה יד לקטן בעזרת דעתו של הגדול שמקנה לו מכוחו, כי מסתמא הגדול בדק לפני כן ויודע שדבר המתנה יישמר ביד הקטן (כי אל"כ הוא מאבד את ממונו ברצון, שזו אבידה מדעת).

חוסן יוסף, אות קמט, מסביר שקנין נצרך רק כדי לגלות גמירת דעת (ראה חוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 335), ומצד המקבל אין צורך בגילוי כזה שהרי הוא בוודאי רוצה לקנות, ודי בגילוי שהנותן מקנה בלב שלם, ולכן אם המקנה גדול, הקטן קנה.

חי' הגריי"ר ב"מ סי' טו עמ' מה, מסביר שבדא"מ, הקנין נעשה ע"י הנותן, ומצד הקונה די ברצון לקבל, ואין צורך בכוונה לקנות, ולקטן יש רצון.

קהלות יעקב, יבמות, סי' כה (=סי' ל במהד' תשמ"ח), אות ז, מסביר שאם דעת אחרת מקנה, חלות הקנין אינו מצד הקונה אלא מצד המקנה, שיש לו כוח להקנות לכל מי שירצה, והקטן עושה רק מעשה קנין, שהוא תנאי להקנאה.

אהלי יהודה (הכהן), ע' זכיה לקטן (ס ע"א), מסביר שהקטן קונה כי זה נקרא מעשה של הנותן ולא של הקטן.

תורת הקנינים, ח"ב, פרק טז, הערה כב, מדייק מחי' ר"ח הלוי, זכיה, ד, ו, שדעת אחרת מקנה מועיל כי הקנין חל מכוח המקנה ואין זה מדין "זכין".

תורת הקנינים, ח"ב, פרק טז, הערה כב, כותב שלפי תוס' הטעם הוא שכמו שאם אין הקונה מתכוון לקנות, מועילה כוונת המקנה, כך בקטן מועילה כוונתו של הגדול המקנה. הוא מביא שהאחרונים הסבירו שקנין יכול לחול בשני אופנים - ע"י שהקונה פועל את החלות, או ע"י שהמקנה פועל את החלות, ולכן אם דעת אחרת מקנה לקטן, אמנם אינו יכול לפעול את חלות הקנין בעצמו, אבל הקנין יכול לחול ע"י המקנה, ולכן קונה מדאורייתא.

חמדת אהרן (קוגמן, תשס"ו), סי' לד, אות ח, מסביר את מה שקטן קונה בדא"מ ע"פ מה שכתב שם שאין כוח לקונה לקנות, וכל מה שהוא קונה בא מהקנאת המקנה (ראה בשמו בסעיף 6) - היות שכח המקנה פועל את הקנין, לא משנה מי המקבל.

לעומתם, מנחת הבוקר ב"מ יב ע"א (ד"ה משנה, כד ע"ג בדפי הספר), כותב שאף שגדול שקונה א"צ כוונה לקנות, זה מפני שגדול הוא בר כוונה, אבל בקטן שאינו בר כוונה, כוונה מעכבת; והוא מסביר שכיון שדא"מ, הוא כגדול עומד ע"ג ומלמד את הקטן להתכוון לקנות.

[157] קצות החושן, סי' רלה ס"ק ד (בדעת רמב"ם, הלכות מכירה, כט, יא, ובדעת חידושי הרשב"א קידושין מב ע"א, ד"ה מהא) וסי' רעה, ס"ק ד (הובא באור שמח, הלכות זכיה, ד, ו, בצמח ארז, עמ' עה, ובדברי יוסף (קונוויץ) סי' יג (=שו"ת בית רידב"ז סי' לד) עמ' 55), ואבני מילואים, מג, ס"ק ב; שו"ת ושב הכהן, סי' ד (עמ' טו במהד' תשמ"ח) בדעת הרמב"ם, שם.

אבל קצות החושן כותב שלפי תוספות, "דעת אחרת מקנה" אינו מצד "זכין", ולכן אם דעת אחרת מקנה, הקטן קונה מהתורה, אף שלדעתם זיכוי לקטן ע"י אחר מועיל רק מדרבנן כיון שזכייה היא משום שליחות, ואין לו שליחות מהתורה אלא שתיקנו חכמים שתועיל זכייה.

שני ההסברים של קצות החושן הובאו בתורת הקניינים לארבעת המינים, ענף ה, הערה קלב, הגהה יד (עמ' פב).

תורת השליחות סי' כא אות א, כותב שנקודות הכסף יו"ד, סי' שה, סובר כהסבר קצות החושן בדעת הרמב"ם, שדעת אחרת מקנה מועיל מדין "זכין" (עיי"ש להוכחתו שכך הבין נקודות הכסף). אבל הוא מקשה על הסבר זה, איך כוונת הנותן מועילה כאילו הקטן התכוון, הרי על מחשבה לא שייכת שליחות, והרי הקטן עושה את מעשה הקנין בעצמו, ומה זוכה לו הגדול? ועוד, אם זה מדין זכייה, הרי זכייה מדין שליחות ואין שליחות לקטן? הוא מסביר שבזכייה יש שני דברים: ראשית, שיש לאדם כוח לפעול מעשה זכות לחברו, ומעשהו מועיל לגבי חברו, ושנית, שהוא נעשה שלוחו, ללפי הדעה שזכייה מטעם שליחות, ומעשה שלו נחשב כמעשה של האדם האחר; ומה שאומר קצות החושן שדעת אחרת מקנה הוא מדין זכייה הוא לגבי הדבר הראשון, שמה שהנותן יכול להכניס ממון לבעלות הקטן, הוא מדין זכיה, שאדם יכול לפעול ומעשהו יועיל לגבי חברו; ואע"פ שאין שליחות לקטן, זה רק כשצריך לייחס את המעשה לשולח, אבל כאן צריך רק כוח עשייה, ואין צריך לייחס את המעשה לקטן; וה"דעת אחרת" של המקנה מועילה לעשות את מעשה הקטן לתורת מעשה קנין; ולכן ייתכן שלרמב"ם זכיה מטעם שליחות, ובכל זאת כאן ה"דעת אחרת" מועילה כי א"צ לייחס לקטן את גוף מעשה הקנין.

ר' עידו רכניץ, בהערת עורך, משפטי ארץ ג (תש"ע), עמ' 156, הערה 47, מבאר את כוונת קצות החושן, שהעקרון הוא שבהעברת בעלות די בגמירת דעת של המקנה, וזה הטעם שמועיל "זכין", וזה הטעם שמועילה הקנאה לקטן. אבל מדברי קצות החושן נראה שכוונתו הפוכה, שבהעברת בעלות די בגמירת דעת של המקנה **מטעם זכין**, שהרי הוא כותב (בסי' רעה ס"ק ד) על פי הסברו זה, שהקנאת גוי אינה מועילה בלי כוונת הקונה, כיון שבגוי אין דין "זכין". וכך הבינו הפרשנים שכתבו (ראה הערה 155) על פי סברת קצות החושן כאן, שגוי שנתן מתנה לקטן, לא קנה.

מסביר שלקבלת מתנה די בדעת החלקית של קטן[158]. ר׳ משה פיינשטיין מסביר שהמקנה הוא זה שנותן תוקף להקנאת כל מתנה, כי הוא בעל הנכס, ולכן בסמכותו להקנות אותו לאחר; ולא ייתכן שההקנאה תחול מכוח הקונה, כי אין לא שליטה וסמכות על הנכס, כיוון שאינו שלו, ולכן אינו יכול לעשות בו קניין; אלא שהמקבל צריך לעשות את מעשה הקנין, כי אם המקנה יעשה אותו, אין לכך משמעות, כי אדם אינו יכול לזַכות את שלו לחברו, כי צריך לעשות מעשה שיוציא את הנכס מרשות המקנה לרשות הקונה; נמצא שהמקנה נחשב עושה את **ענין** הקנין, והקונה עושה רק את **מעשה** הקנין; והרי הקטן יכול לעשות את מעשה הקנין, ואילו "ענין" הקנין מועיל כי הוא נעשה ע"י המקנה, שהוא גדול[159].

כפות תמרים סוכה לט ע"א (על תוס׳ ד"ה מעות), מוכיח שלרמב"ם, הלכות לולב, ח, י, זכייה אינה מטעם שליחות, ממה שכתב שקטן קונה מהתורה, ולח"מ שם הסביר שהוא קונה מטעם "דעת אחרת מקנה", ואם זכייה היא מטעם שליחות, לא היה מועיל דעת אחרת מקנה בקטן שהרי אין לו שליחות. תורת השליחות סי׳ כא אות ג, לומד מכאן שכפות תמרים סובר כקצות החושן, שדעת אחרת מקנה הוא מכוח "זכין".

שו"ת הרי"ם אהע"ז סי׳ כג, מדייק ממגיד משנה הל׳ מכירה פרק כט, שהקטן קונה מטעם "זכין", ומסביר שאף שאדם אינו יכול לזַכות בשלו בשביל אחרים, מ"מ לענין הכוונה לזכות (שחסרה אצל הקטן), מועילה כוונת המקנה.

אמרי בינה, מערכת הקניינים, סי׳ כ (ד"ה אם) מדייק מיד רמה ב"ב מא, שכתב שדעת אחרת מקנה מועיל במקום כוונת קנין (לענין קונה שעשה מעשה קנין בלי כוונה לקנות), שהוא סובר כהסבר קצות החושן, ש"דעת אחרת" מועילה מדין "זכין".

שו"ת חתם סופר יו"ד סי׳ שיז (ד"ה ובנידון), מביא את דברי קצות החושן, שדעת אחרת מקנה מועיל מטעם "זכין". אבל חי׳ חתם סופר ע"ז עא (ד"ה המוכר), דוחה את הסבר קצות החושן, כי לא שייך כאן "זכין", אלא הוא מסביר שהקטן קונה אף שאין לו כוונה, מפני שהמקנה רוצה בלב שלם להקנות.

שו"ת כתב סופר, או"ח, סי׳ קכח (ד"ה אמנם כן), מקשה על הסבר קצות החושן, הרי במתנה יש קצת חובה, כי שמ"י, ו"זכין" לקטן רק בזכות גמורה (תוס׳ כתובות יא ע"א, ד"ה מטבילין, בסופו)? הוא מתרץ, ששמ"י (שמשמעותו שאם יקבל מתנה, ימות, כדברי ר׳ אליעזר בחולין מד ע"ב) נאמר רק בגדול, שהוא בר עונשין ובר דעת, ורצוי שיימנע מלקבל מתנות ויסמוך על ה׳, אבל בקטן זה לא שייך, ולכן לגביו מתנה היא זכות גמורה; ולכן מועיל דא"מ מדין "זכין".

גם חי׳ ר׳ שמעון יהודה הכהן (שקאפ), גיטין, סי׳ ה (לט ע"א), כותב שקניית קטן מבוססת על "זכין לאדם שלא בפניו", שכיון שחזקה היא שמתנה היא זכות למקבל, מועילה הסכמתו לקבל.

ר׳ משה זאב מביאליסטוק, בשו"ת חוט המשולש, חלק ב, סי׳ ה (ד"ה אולם ראיתי), ור׳ מנחם מנדל שפרן, מעדני מלך (תשמ"ח), עמ׳ קלז, דוחים את הוכחת קצות החושן ממה שהרמב"ם, הלכות מכירה, כט, יא, נימק שהקטן הוא כמו שאינו בפניו וזכין לאדם שלא בפניו, שכוונתו היא רק שלכן מועיל דעת אחרת מקנה אפילו שלא בפניו, כי זו זכות עבורו, שאילו היה בזה חובה למקבל, המקנה לא היה יכול לייחד את החפץ לקונה בלי דעת הקונה; כלומר, הרמב"ם נקט "זכין" לא משום שזו הדרך שבה הקנאה פועלת, אלא להסביר שהמתנה היא לטובת המקבל, דבר שהוא תנאי מיקדמי לכך שהקנין יחול.

[158] תורת גיטין, גיטין סד ע"ב (תוס׳ ד"ה שאני). בזה הוא מבאר את דברי תוספות, גיטין שם, שקטן יכול להיות שליח לקבל מתנה לאחר לדעת רב יהודה כי "איתה בדנפשיה", שהוא יכול לקבל מתנה לעצמו. צריך להוסיף שזה מועיל רק בצירוף דעת מקנה, כדי להסביר מדוע הדעת החלקית של קטן אינה מועילה לו לקנות מציאה.

[159] דברות משה ב"ק סי׳ עד ענף ג. הוא כותב ששו"ת עבודת הגרשוני, סי׳ קב, ושו"ת צמח צדק, סי׳ קכט, המובאים בקצות החושן, רעה, ס"ק ד, צריכים להסביר כך, שהרי הם סוברים שגם בדעת אחרת מקנה צריך כוונה לקנות, כך שאינם יכולים להסביר כמו קצות החושן שם. אבל הוא מעיר שלפי זה, הקטן קונה רק אם הוא עושה את מעשה הקנין ע"ד מי שמצַווה אותו לעשות, כי אז הוא עושה את מעשה הקנין ע"פ מחשבת המקנה, שהוא לשם קנין. בענף ד הוא מעלה אפשרות שמעשה **הקונה** עושה את הקנין, ולא מעשה המקנה, ובכל זאת קטן קונה ע"י "דעת אחרת מקנה", כי המקנה "מזכה" לקטן את הכוונה שחסרה לו (כמו שלכן מועילה הקנאה בלי כוונת הקונה לקנות - ראה בשמו בסעיף 3 או 6); אבל לפי ההסבר (בסעיף 3 או 6) שהסיבה שבמתנה א"צ כוונה לקנות היא כי יש לכל אדם כוונה כללית שמעשה שלו יועיל לקנות לו אם זה אפשרי (והיא מצטרפת לכוונת המקנה להקנות), לפי זה קטן אינו קונה גם אם דעת אחרת מקנה, כי אין לו אפילו כוונה כללית.

הסברים נוספים: שו"ת כתב סופר, או"ח, סי׳ קכח (ד"ה והנה מ"ש), כותב שמהרי"ט (ולא ציין איפה) מפרש שלרמב"ם קטן קונה כי הוא בר קנין כשדא"מ.

חי׳ הרי"ם, גיטין סד ע"ב (ד"ה הא דקטן), מנמק שקטן זוכה מטעם חצר, כי ידו היא כחצרו, וחצר קונה שלא מדעת בעליה (ראה סעיף 6), ולכן לא משנה שאין לו דעת לזכות, וקונה גם בלי דעת אחרת מקנה. דבריו קשים, שהרי קטן אינו קונה בקנין חצר כפי שנראה בסעיף 6; ועוד שהלכה היא שקטן אינו זוכה במציאה, ולפי הסבר זה היה צריך לזכות גם במציאה. אבל קהלות יעקב יבמות סי׳ כה (=סי׳ ל במהד׳ תשמ"ח) אות ח, כותב שאי אפשר לפרש שקטן קונה משום שידו של אדם זוכה לו שלא מדעתו, כי דוקא גדול שיכול לעשות קנין, ידו זוכה לו, משא"כ קטן שאינו בר עשיית קנין. תורת הקנינים, ח"ב, פרק טז, הערה כה, מוסיף, שיד קונה רק מה שנמצא לגמרי בתוך ידו (ראה סעיף 6).

ר׳ משולם יעקב מבארשטוב, השואל בשו"ת בית שלמה (דרמר), חו"מ, סי׳ סז, מסביר שקטן קונה כי מעשה של קטן מועיל אם מחשבתו ניכרת מתוך מעשיו (חולין יג ע"א). אבל המשיב דוחה (בדף לח ע"ב) הסבר זה, כי מחשבתו ניכרת מתוך מעשיו מועיל רק מדרבנן ולחומרא (עיי"ש דף לו ע"ב בהוכחתו לכך); ועוד שגם חרש קונה בדא"מ (כאמור ליד ציון הערה 178), אף שבחרש לא מועיל "מחשבתו ניכרת מתוך מעשיו"; ועוד שקנין אינו נחשב "מחשבתו ניכרת מתוך מעשיו" (עיי"ש בהוכחתו לכך).

יש אומרים שהוא קונה מהתורה[160], אבל אחרים אומרים שהוא קונה רק מדרבנן[161]. בין האומרים שהוא קונה רק מדרבנן, חלוקות הדעות באשר לדרגת הזכייה: יש אומרים שזו זכייה גמורה, מטעם הפקר ב"ד[162], אבל אחרים אומרים שזכה רק **מפני דרכי שלום**[163].

שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן ח (כ ע"ג), מסביר שקטן זוכה במתנה ע"י עשיית הקנין, מפני שמעשה שלו נחשב מעשה, אף שאין לו יד לזכות לעצמו.
חושן אהרן, רמג, טו, מסביר מדוע קטן זוכה במתנה ולא בדבר הפקר: בקנייה מהפקר, פעולת הקנייה גם מייחדת את החפץ לקונה וגם מפקיעה זכות מאנשים אחרים, וידו של קטן אינה חזקה דיה לעשות את שתי הפעולות; ואילו בקניית מתנה, פעולת הקנייה אינה באה להפקיע זכות מאדם אחר, שהרי אדם אחר בלאו הכי לא יכול לקנות את המתנה כי הנותן אינו מוכן לתת לו, ופעולת הקנין באה רק לייחד את החפץ שיהיה של הקונה, ואת זה יכול קטן לעשות.
הליכות אליהו (פיינשטיין), אהע"ז, סי' לד (עג ע"ג), מסביר ע"פ חי' הרשב"א חולין יא, שעולה מדבריו שכוונה ומעשה אינם קשורים זה בזה, ויכול אחד לעשות מעשה ואחד יהיה שליח ויכוון כוונה שמועילה - וכאן המקנה זוכה בעבור הקטן בכוונתו לשם קנין, ו"זכין לאדם לא בפניו". אבל הוא מעיר שלפי זה הקטן קנה רק אם עשה מעשה הקנין בפני המקנה (כצ"ל, ויש שם טעות דפוס) והמקנה התכוון להקנות בשעת מעשה (נקודה זו הובאה בטבעת החושן, רלה, על קצות החושן ס"ק ד, קלא ע"ב); והוא משאר ב"צ"ע" על כך.
טבעת החושן, רלה, על קצות החושן, ס"ק ד (קלא ע"ב), מסביר שכוונת המקנה מצטרפת למעשה הקנין של הקטן שיהיה קנין גמור; ואף שאין שליחות לקטן, המקנה זוכה לקטן את הדעת הנדרשת לקנין, כמו שאפשר לזכות חפץ לקטן (ראה בשמו בסעיף 6 על הקנאה בלי כוונה לקנות).
ר' ברוך מרדכי אטינגר, "ביסוד דין כח קנין והמסתעף", שחר אורך, עמ' תמט, מסביר שקטן יכול לקנות כי בכל הקנאה, כח המקנה פועל את הקנין, ואין כוח לקונה לפעול את הקנין, ולכן לא משנה שאין לקטן דעת.
אבני חפץ (גולדברגר) סי' יז, כותב שלפי ש"ך, חו"מ, רמג, ס"ק ו, שקטן בגיל "צרור וזורקו" זוכה אף במציאה, אף שאין בה "דעת אחרת מקנה", הטעם הוא שיש תוקף למעשה קנין שלו כי "מחשבתו ניכרת מתוך מעשיו"; אלא שבפחות מגיל זה, חסר לו הרצון, ולכן אינו זוכה.

[160] [מהתורה] תוס' פסחים צא ע"ב (ד"ה איש זוכה) (הובא בשו"ת אור לי, סי' לא, אות מ), גיטין סד ע"ב (ד"ה שאני), בתירוץ ראשון, קידושין יט ע"א (ד"ה אומר) (הובא בקהלת יעקב, תוספת דרבנן, מע' ז, אות קיט דף לט ע"ד), ב"ק קט ע"ב (ד"ה קטן), וסנהדרין סח ע"ב (ד"ה קטן), בתירוץ אחד (הובא בשו"ת חכם צבי סי' א, ובשו"ת אור לי, סי' לא, אות לז); חידושי הרשב"א, גיטין סה ע"א (הובא בתשובות חדשות לר"ע איגר (ירושלים תשל"ח), סי' יא (עמ' סח), ובשרשי הים ח"א, שורש זכיית קטן דף קלו ע"ב), וקידושין יט ע"א (הובא בשרשי הים שם דף קלו ע"ג, ובזכות משה סי' ט דף לב ע"ב), ושו"ת הרשב"א סי' תתקצז; ר"ן על הרי"ף, קידושין ז ע"ב (בדפי הרי"ף) (הובא בשו"ת שם אריה (בולחובר) או"ח סי' יב דף יז ע"א); חידושי הריטב"א, סוכה מו ע"ב (הובא בהגהת ר' יהודה נבון למחנה אפרים הל' קנין משיכה סי' ב, ובשו"ת אור לי, סי' לא, אות עא), וב"מ יב ע"א; פסקי ריא"ז, גיטין פרק ה, הלכה ה אות ב, ופרק ו, הלכה ג, אות ג; רא"ש קדושין פ"א סי' כה (הובא בשו"ת מהרי"ט, ח"ב, אהע"ז, סי' מא, ובשו"ת אור לי, סי' לא, אות מח); מגיד משנה, הלכות מכירה, כט, א (הובא בבית יוסף, חו"מ, רלה, א, בשו"ת חסד לאברהם, תאומים, מהדו"ק, חו"מ, סי' לח, בזקן שמואל, חו"מ, רסח, ז, בשו"ת הרי"ם, אהע"ז, סי' כג, בקהלת יעקב, תוספת דרבנן, אות נט (עמ' מב במהד' תשע"א), בדברי שאול - יוסף דעת יו"ד, שכ, ו (כג ע"א), ובשו"ת רוח יעקב (שלם) סי' סז), בדעת הרמב"ם; שו"ת שארית יוסף (ידיד) ח"ב חו"מ סי' ב (עמ' ריד), בדעת תוס' גיטין לט ע"א (ד"ה קטנים); שו"ת דבר אליהו (לרמן), סי' א; פני יהושע גיטין לט ע"א, על תוס' ד"ה קטנים (שזו דעת כל הפוסקים); ביאור הלכה סי' תרנח, ד"ה לא יתננו, בדעת הרמב"ם; לחם משנה, הלכות לולב, ח, י (הובא בבכורי אברהם דף ט ע"א), בדעת הרמב"ם; שם יוסף, על הרמב"ם הלכות לולב, ח, י (הובא בשו"ת אור לי, סי' לא, אותיות י-יא), בדעת רש"י, גיטין סד ע"ב (ד"ה זוכה אף), ובדעת ר"ן על הרי"ף, גיטין ל ע"ב (בדפי הרי"ף); שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, אהע"ז סי' נד, ד"ה והנה קשה (הובא בידות נדרים השלם עמ' רלז, וע"י ר' שמואל לנדא, בית אהרן וישראל גל' מא עמ' יא) (שזו דעת רוב הפוסקים), ואות יא, ודה"ה ומה שכתבו שאם (ששום פוסק מפורסם אינו אומר שזה מדרבנן); שער המלך, הלכות לולב, ח, י (ד"ה ואין נותנין) בדעת הרמב"ם; דברות משה ב"ק סי' עד ענף ג, בדעת ר"ן על הרי"ף, גיטין ל ע"ב (בדפי הרי"ף), ובדעת מגיד משנה, זכיה, ד, ז; מלאכת חרש, כרך א, ח"ב, אות נה, בדעת הרמב"ם; לחם יהודה, הלכות מכירה, כט, ו (ד"ה ודעת הרמב"ם), בדעת הרמב"ם; אמרי בינה, קונטרס בדיני קנינים, סי' כד (רלד ע"א) (שזו דעת רוב הפוסקים); שו"ת ושב הכהן, סי' ד (עמ' יג במהד' תשמ"ח) בדעת הרמב"ם; רב ברכות, מע' א, אות א (עמ' ו במהד' תשמ"ה), בדעת רמב"ם הל' לולב, ח, י; אור שמח, הלכות זכיה ד, ו, וחי' ר' מאיר שמחה קידושין יט אות ב; שו"ת קול יהודא (גרינפלד), סי' לא; משכנות יעקב או"ח סי' קנט (סי' קמה במהד' תקצ"ח), בדעת רא"ש קידושין פ"א ס' טו; דרך המלך (רבי), הלכות מכירה, דף קא ע"ד (בדעת הרמב"ם), ודף קב ע"א (שזו דעת רוב הפוסקים); בכורי אברהם, ברכות סד (כט ע"ג בדפי הספר); גט מקושר, סי' טו (עמ' שנג במהד' קליין); ר' הלל מוולוזין, בשו"ת חוט המשולש, חלק ב, סי' ג; חתן סופר, מקנה וקנין, סי' ט, חלק ה (כרך ב עמ' יב) אות מד, בדעת רמב"ם הלכות לולב, ח, י; ערוך השולחן, חו"מ, רמג, יז (שזו דעת הרבה מרבותינו); כנה"ג, חו"מ, רמג, הגהב"י, אות כד, בדעת הרמב"ם; שו"ת פרת יוסף (רוזין, מסלאנים), סי' נז (פט ע"א), בדעת ר"ן על הרי"ף, גיטין ל ע"ב (בדפי הרי"ף); כרם חמר, ח"ב, דף נז ע"ג, בדעת הרמב"ם; משכנות הרועים מע' צ, אות א (רפד ע"ג), בדעת שו"ע, או"ח, תרנח, ו; בכורי ציון (הלוי) ענף יא פרח טו, בהגהה ("גרגיר"), דף כח ע"ג, בדעת רש"י גיטין סד ע"ב; שו"ת מים חיים (די סילווה), סי' ד (הובא באגורה באהלך דף כ ע"ג) (שזו דעת רוב הפוסקים); שו"ת כתב סופר, או"ח, סי' קכח (ד"ה גי"ה) בדעת הרמב"ם, וחי' כתב סופר גיטין סד ע"ב, אות ג, בדעת רמב"ם הל' לולב, שם, ובדעת הר"ן בסוכה שם; יד דוד

(קרלין), ח״א, דף ע ע״א (שזו דעת כל הפוסקים); ש״ך, חו״מ, רמג, ס״ק ו (אף במציאה) (הובא בהגהות מוהר״י קרט, סי׳ ל, אמרי מרדכי, עמ׳ מא); אהלי יהודה (הכהן), ע׳ זכיה לקטן (ס ע״א, סה ע״ב) (אבל בדף סד ע״ד כתב שקנה מדרבנן); שו״ת בית שלמה (דרמר), חו״מ, סי׳ סז (לח ע״ב); ר׳ יעקב בר׳ שמואל הלוי, בתי כהונה, בית ועד, סי׳ ד (כו ע״ב), בדעת הרמב״ם, הלכות לולב, שם, וסי׳ ו (ל ע״ד, לא ע״א), בדעת רש״י; מלכי בקודש, על רמב״ם הלכות לולב, ח, י (ק ע״ג), בדעת הר״ן בגיטין שם; שו״ת אור לי, סי׳ לא, אות א, בדעת הרמב״ם; כסף נבחר כלל נד אות ד (ד״ה כתבו תוס׳) (הובא בשו״ת אור לי, סי׳ לא, אות ט ואות מד), בדעת תוס׳ גיטין לט ע״א (ד״ה קטנים); נקודות הכסף סי׳ שה, על ט״ז ס״ק יא, בסופו; מחנה אפרים הל׳ קנין חצר סי׳ א (הובא בזכות משה סי׳ ט דף כט ע״ב); כפות תמרים, סוכה מה ע״א; יד דוד (זינצהיים), סוכה מו ע״ב, בדעת רש״י ב״מ עב; שביתת יו״ט, קדושין יט ע״א (סז ע״ג בדפי הספר) בדעת הרמב״ם, הלכות לולב, שם; שו״ת משאת משה (ישראל), ח״א, או״ח, סי׳ ד (יג ע״ב); אילת אהבים, קונטרס אחרון, סי׳ קס (שזו דעת רוב הפוסקים); שו״ת מקוה המים (מלכה), ח״א, חו״מ, סי׳ עז (עמ׳ רעא), בדעת הרמב״ם; שו״ת בית יצחק אהע״ז ח״ב סי׳ י אות ד, בדעת רש״י, ואות ה, בדעת הרמב״ם; נחל יצחק, סי׳ צו, סעיף ב, ענף ד (קפח ע״ב), בדעת הרמב״ם; קצות החושן, שסב ס״ק א, ואבני מילואים, מג, ס״ק ב (הובא בנועם ירושלמי יבמות פי״ד, ד״ה והנה בספרי); ר׳ משה ן׳ חביב, בשו״ת גינת ורדים, חו״מ, כלל ה, סי׳ יג (ד״ה עוד כתב הרב הפוסק), בדעת הרמב״ם; מנחת פתים או״ח סי׳ תרנח; כבוד הלבנון סי׳ ט אות ח דף מג ע״ד; שו״ת ציץ אליעזר חלק טו סימן א אות ב; אבני השוהם (הורוויץ) דף יט ע״ד; שרשי הים ח״א, שורש זכיית קטן (קלח ע״ג-ע״ד), בדעת רשב״א בב״מ, ובדעת הראב״ד המובא בריטב״א ב״מ עא; זכרון אליהו (קרמרמן) סי׳ לב (עמ׳ קמא), בדעת הרמב״ם.

שו״ת להורות נתן חלק ה סימן ק אות ד, מביא דעה זו.

מחנה אפרים, הל׳ זכיה ומתנה, סי׳ ד (הובא בקרית ארבע (אקריש), ליקוטים סי׳ טז, דף קנא ע״ד), מביא ראיה מן האמור בגיטין סד ע״ב, על ״צרור וזורקו״: ״וכנגדו בקטנה מתגרשת״, הרי שבגיל זה יש לו ״יד״ מהתורה. זכות משה סי׳ ט (כט ע״ב-ל ע״ג) דוחה הוכחה זו, שלרש״י בגיטין שם היא מתגרשת רק בגיל הפעוטות, ועוד שייתכן שקטנה זוכה מהתורה ולא קטן, כמו שכתב הר״ן (הערה 236), ועוד שיותר קל להתגרש כי דעתה אינה נחוצה, שהרי אשה מתגרשת בעל כרחה, שמטעם זה נאמר ביבמות קיג ע״ב שמהתורה שוטה מתגרשת, משא״כ מתנה, שצריך דעת (דחייה זו כתב כבר חידושי הר״ן, גיטין סה ע״א, הובא בבני משה (מאג׳אר), הל׳ זכייה ומתנה, סי׳ טז), ועוד שאפשר לומר שקטנה מתגרשת מדרבנן, כי תיקנו לה יד, וסוברים שקנין דרבנן מועיל לדאורייתא, או מטעם ״כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש״.

יד דוד (קרלין), ח״א דף ע ע״א, מביא ראיה שקטן שיש בו דעת זוכה מהתורה, ממה שקטנה מתגרשת מהתורה, ואם לא היה קטן יכול לזכות, לא היתה יכולה לקבל את גטה.

בית אבא (גוטווירטה) סי׳ א (ג ע״ב), כותב שר׳ אלעזר, בירושלמי קידושין, א, ג, סובר שקטן קונה מהתורה אם דא״מ.

יש סתירה במגיד משנה הל׳ מכירה, פרק כט: בהלכה א, כתב כאמור שקטן זוכה לעצמו מהתורה, ובהלכה ו כתב שזה מדרבנן. שרשי הים ח״א, שורש זכיית קטן (קמא ע״א-ע״ב) מיישב שמה שכתב שזוכה מהתורה הוא על דברי ר׳ יהודה בשם רב אסי, בגיטין סד ע״ב, ומה שכתב שזה מדרבנן, הוא על דברי רבא שב״צרור וזורקו״ זוכה לעצמו כשאין דעת אחרת מקנה, כגון במציאה. יד דוד (קרלין), ח״א, דף ע ע״א, כותב שבדברי מגיד משנה שם, הלכה ו, יש ט״ס וצ״ל שזוכה לעצמו **מהתורה**. שביתת יו״ט, קדושין יט ע״א (סז ע״ג בדפי הספר), מיישב שמה שכתב שזה מדרבנן הוא במציאה. הסבר אחר הוא שמה שכתב בהלכה ו הוא לפני גיל הפעוטות - ראה הערה 161 בשם לחם יהודה.

[161] [מדרבנן] רש״י סוכה מו ע״ב (ד״ה מקנא) (הובא בשו״ת מהרי״ט חלק ב, אהע״ז, סי׳ מא, בשו״ת בית שלמה (דרמר), חו״מ, סי׳ סז (לח ע״ג), בזכרון אליהו (קרמרמן) סי׳ לב (עמ׳ קמא), במנחת הבוקר ב״מ יב ע״א (ד״ה משנה, כד ע״ג בדפי הספר), ובשו״ת פרת יוסף (רוזין, מסלאנים), סי׳ נז, דף פח ע״ד); חידושי רבינו קרשקש, גיטין סד ע״ב, בשם רבו; ס׳ המכריע, סי׳ נד (הובא באבני מילואים סי׳ כח ס״ק נג, ובשו״ת אור לי, סי׳ לא, אות עג); נימוקי יוסף, ב״מ ה ע״א (בדפי הרי״ף); לחם משנה, הלכות לולב, ח, י, בדעת הר״ן; שו״ת הריב״ש סימן תסח, וריצב״ש בשטמ״ק ב״מ יב ע״ב; שער המלך, הלכות לולב, ח, י (ד״ה ואין נותנין), בדעת תוס׳ קידושין מב ע״א (ד״ה איש זוכה); מלאכת חרש, כרך א, ח״ב, אות נד, בדעת ר״ן על הרי״ף, סוכה כב ע״ב, בדפי הרי״ף (הובא בשו״ע או״ח, תרנח, ו); תורת הקנינים, ח״ב, פרק טז, הערה כג, בדעת חידושי הריטב״א סוכה מו, ובדעת נתיבות המשפט קלג ס״ק א; דברי יוסף (קונוויץ) סי׳ יג (=שו״ת בית רידב״ז סי׳ לד) עמ׳ 55 בדעת הרמב״ם; תורת ירוחם (צ׳כנוביץ) ח״א סי׳ עד (עא ע״א-ע״ב) (כי המקנה קונה עבורו); שו״ת ישועת משה, ח״א, סי׳ פד, עמ׳ שנו, בדעת חי׳ ר׳ קרשקש, גיטין לט ע״א, בתירוצו השני; שרשי הים ח״א, שורש זכיית קטן, דף קלח ע״ב, בדעת חידושי הרמב״ן, ב״מ עא ע״ב, ודף קלח ע״ג-ע״ד, בדעת הרא״ה; חתן סופר, מקנה וקנין, סי׳ ט, חלק ה (כרך ב עמ׳ יב) אות מג, בדעת ר״ן על הרי״ף, סוכה כב ע״ב (בדפי הרי״ף); כנה״ג, חו״מ, רמג, הגהב״י, אות כד, בדעת רש״י גיטין סה; שו״ת פרת יוסף (רוזין, מסלאנים), סי׳ נז, דף פט ע״ב-ע״ג, בדעת הרשב״א בקידושין; יד המלך (פלומבו) הל׳ זכיה, ד, ז, בדעת רש״י גיטין סה; ר׳ נחום טרייביטש, בית אהרן וישראל גל׳ מא עמ׳ ח; שו״ת כתב סופר, או״ח, סי׳ קכח (ד״ה ומ״מ לדינא) בדעת רש״י, וחי׳ כתב סופר גיטין סד ע״ב, אות א, בדעת רש״י בגיטין; פני יהושע, גיטין סד ע״ב (ד״ה רש״י בד״ה זוכה), בדעת רש״י; ר׳ יצחק הכהן, בתי כהונה, בית ועד, סי׳ ה (כח ע״א), בדעת רש״י; שו״ת בעי חיי חו״מ ח״א סי׳ קפ (ריג ע״ד) (הובא בקרית ארבע (אקריש), ליקוטים סי׳ טז דף קנא ע״ד), בדעת רש״י; שו״ת אור לי, סי׳ לא, אות ד, בדעת ר״ן קדושין פ״ב, ואות ט, בדעת תוס׳ גיטין לט ע״א (ד״ה קטנים); אלפסי זוטא, סוכה מו ע״ב (הובא במחזיק ברכה, תרנח, ס״ק ב); זכות משה סי׳ ט (כח ע״ב), בדעת רש״י בגיטין ובדעת נ״י ב״מ פ״א; שביתת יו״ט, קדושין יט ע״א (סז ע״ב בדפי הספר), בדעת רש״י גיטין סה; הליכות אליהו (פיינשטיין), אהע״ז, סי׳ לד (עט ע״ב), בדעת רשב״ם ב״ב קנו ע״א; זר זהב על ס׳ המכריע ח״ג סי׳ טו, אות ג, בדעת תוס׳ ב״ב קנו ע״ב (ד״ה זכין).

פני יהושע, גיטין סד ע״ב (ד״ה וזה יצא), מביא מהירושלמי ראיה שזוכה לעצמו מדרבנן (עיי״ש לראייתו).

גם מחי׳ הגרנ״ט, סי׳ פו עמ׳ 238-237, עולה שקטן קונה מתנה רק מדרבנן.

חידושי הרשב״א קידושין מב ע״א, כותב שלפי תוס׳, קטן אינו זוכה מדאורייתא אפילו ע״י עצמו.

תורת הקנינים, ח״ב, פרק טז, הערה כג, הגהה א, דוחה את הוכחת שעה״מ לולב ח, י, שתוס׳ קידושין מב ע״א סוברים שקטן זוכה במתנה מדרבנן - עיי״ש לדחייתו.
גידולי שמואל ב״ב קכז ע״ב (ד״ה הנה תמהו), מביא את הדעה שמתנה לקטן אינה מועילה מהתורה.
דעת הר״ן: ר״ן על הרי״ף, קדושין ז ע״ב (בדפי הרי״ף), כותב שבדעת אחרת מקנה, זוכה מן התורה, כפי שהבאנו בהערה 160. הוא סותר בכך לדבריו בסוכה, שמהם דייקו האחרונים שהבאנו שלדעתו קטן קונה רק מדרבנן. שו״ת בית אפרים חו״מ סימן ח דף יט ע״ג (הובא בשו״ת מנחת יצחק, חלק ה, סי׳ סה, אות ה), מיישב שמה שכתב בקידושין, כתב לפי מי שאומר כך, והוא עצמו אינו סובר כך. זכות משה סי׳ ט (כח ע״ד-כט ע״א) מעלה אפשרות לתרץ שמה שכתב בקידושין הוא בעונת הפעוטות, שאז יש לו יד; או שצ״ל שם ״קטנה״ במקום ״קטן״, כדבריו בב״מ (שנביא בסמוך) שקטנה קונה מהתורה; אבל הוא כותב שאלו תירוצים דחוקים. שו״ת בית אפרים, שם (יט ע״ד), כותב שמה שמשמע מר״ן על הרי״ף, גיטין לח ע״ב (בדפי הרי״ף), שזוכה לעצמו מהתורה (כפי שהבאנו בהערה 160 אחרונים שכתבו כך בדעתו), הוא כתב כך בדעת תוס׳, והוא עצמו סובר כרש״י שזוכה לעצמו מדרבנן. זכות משה סי׳ ט (כט ע״א), דוחה את הוכחת לח״מ הל׳ לולב שהר״ן בסוכה סובר שקונה מדרבנן; ודוחה (בדף כט ע״ב) את הוכחת מלכי בקדש מהר״ן בגיטין שם, שקטן זוכה מהתורה (עיי״ש לדחייתו). שביתת יו״ט, קדושין יט ע״א (סז ע״ב בדפי הספר), מוסיף להקשות, שמחי׳ הר״ן, סנהדרין סט ע״א, ומר״ן על הרי״ף, קדושין טז ע״ב (בדפי הרי״ף) משמע שזוכה במתנה רק מדרבנן. ביישוב דעת הר״ן עי׳ גם זכרון אליהו (קרמרמן) סי׳ לב (עמ׳ קמא).
שער המלך, הלכות לולב, ח, י (ד״ה ומעתה תמיה) דן בדברי שו״ת מים חיים, סי׳ ד, בהבנת דעת הר״ן על הרי״ף, סוכה כב ע״ב (בדפי הרי״ף), האם בדעת אחרת מקנה, זוכה מן התורה.
דעת הרשב״א: זיר יצחק, כלל גדול בדרבנן, אות ב (ט ע״ב), ושו״ת פרת יוסף (רוזין, מסלאנים), סי׳ נז (פט ע״ב-ע״ג), מביאים שחידושי הרשב״א, סוכה מו, סובר שקטן קונה מדרבנן; וזה בניגוד לדבריו בקידושין שהבאנו בהערה 160. שו״ת בית אפרים חו״מ סימן ח דף יח ע״ג (הובא בשו״ת מנחת יצחק, חלק ה, סי׳ סה, אות ה), מיישב שמה שנדפס בעבר כחי׳ הרשב״א לסוכה, אינם מאת הרשב״א, אלא הריטב״א.
דעת הרמב״ם: אמירה נעימה (הלוי) קמא, מאמר מא, ענף ב, פרח א, מדייק מרמב״ם הל׳ לולב , ח, י, שקטן קונה מהתורה אם דא״מ. אבל בענף ד פרח א, הוא מדייק מרמב״ם, מכירה, כט, יא, שלדעתו קטן קונה בדא״מ מטעם ״זכין״ (כהסבר קצות החושן, ליד ציון הערה 157), ולכן זוכה רק מדרבנן שהרי זכיה לקטן מועילה רק מדרבנן כאמור בב״מ עא (ראה סעיף 6). בפרח ג, הוא מבאר שלפי רמב״ם, קטן קונה מטעם זכין ע״י דא״מ אף שאינו יכול לקנות בעצמו, כמו שמי שעושה מעשה קנין בנכס וחושב שהנכס שלו, קונה בגלל דא״מ (ראה סעיף 6), הרי שהעיקר הוא שיתמלאו תנאי הקנין מצד המקנה, וכך קטן קונה בכוח המקנה וכוונתו ורצונו להקנות (כהסבר שליד ציון הערה 156); וזה לפני עונת הפעוטות, אבל אח״כ, תיקנו שיקנה מצד עצמו. בפרח ד הוא כותב שלרמב״ם מה שקטן זוכה בדא״מ הוא משום שהמזכה גם מזכה וגם זוכה בשביל הקטן מטעם ״זכין״, כאילו שהמזכה זוכה לעצמו, וזוכה מהתורה (סותר את עצמו).
ס׳ המכריע, סי׳ נד [להרחיב], מקשה על דעה זו, א״כ מדוע אמרו בסוכה מו ע״ב שאין להקנות לולב לקטן ביו״ט ראשון כי הוא יכול לקנות ואינו יכול להקנות, והרי מדרבנן הוא יכול גם להקנות אם הוא בעונת הפעוטות, ואם היה קנוי לו רק מדרבנן, אבל מהתורה לא היה שלו, נמצא שאחרי שנתן אותו לאחר, הן לפי הדין דרבנן והן לפי הדין דאורייתא כבר אינו שלו, ואם כן מי שקיבל ממנו יכול לקיים בו את המצווה? טל חיים והברכה, בסוגיה דמעמ״ל, נט ע״ב, מתרץ ע״פ דברי האחרונים שקנין דרבנן אינו מועיל לדאורייתא להכניסו לרשות הקונה, אבל מועיל מדאורייתא להוציא מרשות הנותן, כי הפקר ב״ד מועיל להפקיע בעלות ולא להקנות לאחר - היות שהקטן קונה מדרבנן, הלולב יצא מרשות אביו מהתורה, אבל הקטן אינו יכול לחזור להקנות לו מדאורייתא. אך הוא מביא שחתם סופר הקשה על זה, הרי מהתורה זה הפקר, א״כ האב יוכל לזכות בו מעצמו, בלי שהקטן יַקנה לו?
ביאור הלכה, סי׳ תרנח, ד״ה לא יתננו (הובא במשנת יעקב, הלכות לולב, ח, י), כותב שהדעה בשו״ע, או״ח, תרנח, ו, שאפשר לתת לולב לקטן אם הגיע לעונת הפעוטות, סוברת שאפילו כשדעת אחרת מקנה אותו הוא זוכה רק מדרבנן, ולכן כשהגיע לעונת הפעוטות, מי שמקבל ממנו זוכה, כי כשם שהוא זוכה מדרבנן כך הוא מקנה מדרבנן.
קצות החושן רלה ס״ק ד כותב שחידושי רשב״א, קידושין מב ע״א, סובר שמתנה לקטן מועילה מדין זכין (ראה בשמו ליד ציון הערה 157), ולכן הרשב״א כתב שלדעה (שנביא בסעיף 6) שזיכוי לקטן מועיל רק מדרבנן, הקטן קונה רק מדרבנן.
שרשי הים ח״א, שורש זכיית קטן (קלז ע״ב), מעלה אפשרות (״בדוחק״) שמה שרש״י סוכה מו ע״ב כתב שחכמים תיקנו שקטן זוכה לעצמו, מדובר במי שפחות מ״צרור וזורקו״, ובזה זוכה לעצמו רק מדרבנן מפני דרכי שלום, אבל בגיל ״צרור וזורקו״, זוכה מהתורה. גם מלאכת שלמה (קמחי) דף פח ע״ג, מעלה אפשרות שמה שכתב בסוכה שלא זוכה לעצמו במתנה, הוא בפחות מצרור וזורקו.
שו״ת בנין דוד (מייזליש) סי׳ סז אות ב, מסביר בדרך אחרת מדוע רש״י כתב שהקטן קונה מדרבנן, אף שהוא מסכים שקונה מהתורה אם ״דעת אחרת מקנה״: מדובר שם בהקנאת לולב לקטן ביו״ט לקיום המצוה, והקנאה זו אינה יכולה לפעול בדרך של דא״מ, כי אסור להקנות ביו״ט (ואף שמגן אברהם, שו ס״ק טו הסביר שמותר להקנות אתרוג ביו״ט כי זה צורך מצוה או כי זה מעמ״ל שאינה מתנה גמורה, בכל זאת אסור לתת לקטן כי אצלו זה לא מצוה גמורה, וי״א שיוצא בשאול וא״כ א״צ להקנות לו, וגם התירוץ שמעמ״ל אינה מתנה גמורה לא שייך בקטן שהרי הר״ן כתב שבמעמ״ל לקטן התנאי בטל כי אינו יכול להתקיים - ראה סעיף 4), והקנאה אסורה בטלה (ראה הערה 377 שיש דעה כזאת), אלא זה פועל בדרך של קנייה ממילא של הקטן, ובזה אין איסור, כמו שכתב המקנה קו״א סי׳ מה, א (ד״ה בהגה יש אומרים) שאיסור נתינת מתנה ביו״ט הוא רק על המקבל כי לגבי הנותן זה רק סילוק רשות שמותר ביו״ט כאמור בעירובין עא (מה שלא שייך לומר אם הנותן פועל את הקניין ע״י דא״מ), וא״כ בנתינת מתנה לקטן ביו״ט אין איסור כי המקבל הוא קטן, ולכן אין לומר אעל״מ, אבל כיון שההקנאה פועלת ע״י הקטן, קנה רק מדרבנן.

קול בן לוי, על רמב"ם, מכירה, כט, ח, עמ' פג-פו (במהד' תשס"ג) מביא תשובה של רבו, האומר שהרמב"ם ומגיד משנה סוברים שקטן בגיל צרור וזורקו זוכה לעצמו מדרבנן במתנה כי דעת אחרת מקנה, וזו זכיה גמורה מדרבנן, יותר מבמציאה; ואם הגיע לעונת הפעוטות, זוכה לעצמו **מהתורה** במתנה מצד דעת אחרת מקנה, כי אז יש לו דעת.

דעת רש"י: שרשי הים ח"א, שורש זכיית קטן (קלח ע"ג-ע"ד), כותב שלפי הבנת ר"ן על הרי"ף, גיטין ל ע"ב (בדפי הרי"ף), רש"י סובר שיש לו יד לזכות לעצמו מהתורה, כי אין צורך בשליחות; אבל לפי רשב"א קידושין מב, רש"י סובר שגם כשנותנים לו משהו שיזכה לעצמו, הוא זוכה לעצמו רק מדרבנן.

יד דוד (זינצהיים), סוכה מה ע"א, מביא את שתי הדעות.

הבחנות שונות: חידושי הר"ן, ב"מ יא ע"א, כותב שקטן זוכה לעצמו מדרבנן במתנה, **וקטנה** זוכה מהתורה, כי יש לה "יד" מהתורה, כמו שהיא יכולה לקבל את גיטה בעצמה. ראה בשמו בסעיף 6 על אופן ההקנאה לקטן ולקטנה. דברי משפט, רלה, א, כותב שהר"ן מדבר רק במתנה, שדעת אחרת מקנה. אבל תורת הקנינים, ח"ב, פרק טז, הערה כד, מעיר שהר"ן כתב שקטנה יש לה חצר מהתורה גם במציאה, הרי שטעמו אינו משום דא"מ. דברי משפט שם מקשה, שחי' הר"ן, גיטין סד, אומר שגם לקטנה אין יד לזכות לעצמה (לפי שמואל) מהתורה (וכן העיר זכות משה סי' ט דף ל ע"ב). הוא מתרץ שזה תלוי בשאלה האם קטנה שאינה יודעת לשמור את גיטה, מתגרשת - לדעה ביבמות קיב שהיא מתגרשת כמו שפיקחת מתגרשת בעל כרחה, לפי זה אין לה יד לזכות, אלא שהיא מתגרשת כמו פיקחת בע"כ; אבל הלכה היא שקטנה שאינה יודעת לשמור את גיטה, אינה מתגרשת, ואין לומדים מפיקחת בעל כרחה, כי פיקחת יודעת לשמור את גיטה, ולפי זה צ"ל שמה שקטנה מתגרשת (אם היא יודעת לשמור את גיטה) הוא כי יש לה יד לזכות מהתורה. יד דוד (קרלין), ח"א דף ע ע"א, מקשה על הר"ן, שההבדל בין קטן לקטנה לענין קניין חצר (ב"מ י ע"ב) מובן רק אם יש לקטן יד, שלכן מתגרשת ע"י ידה, ובגט דורשים מהפסוקים שבמקום שמועיל יד, מועיל חצר, ולכן יש לה חצר, משא"כ בקטן שלא מצאנו שהוא קונה בקנין חצר, ואף שמצאנו קנין חצר בגנב, הרי קטן אינו מתחייב בגניבה אף בידו; אבל אם נאמר שאין לקטן יד, לא יתכן שהיא תתגרש בידה.

אמירה נעימה (הלוי) קמא, מאמר מא, ענף ב, פרח ד, מדייק מרש"י גיטין סד ע"ב שלדעתו קטן קונה מהתורה, וכותב שמה שמשמע מרש"י בסוכה שקטן קונה מתנה מדרבנן, הוא **אם יש לו אב**, ואז הבן אינו זוכה מהתורה, כי בשעת הזכיה הבן מתכוון לזכות בשביל אביו (כמו שאמר שמואל בב"מ יב ע"א שלכן מציאת בן לאביו, כי הבן מביא אותה לאביו), אבל גם האב אינו זוכה כי הקטן אינו יכול לזכות בשביל האב, וכן אם האב נותן לבן, הוא זוכה רק מדרבנן (ראה בשמו בהערה 332).

לחם יהודה, הלכות מכירה, כט, ו (בד"ה אמנם) כותב שמגיד משנה, כט, ו, סובר **שבפחות מעונת הפעוטות** זוכה במתנה רק מדרבנן. גם מעשה רקח, הלכות מכירה, כט, ו, כותב ש**פחות מבן שש** זוכה רק מדרבנן. כמו כן, חי' מהר"ם שיק, גיטין סד ע"ב, עמ' שח, כותב שלפי תוס', קטן קונה מתנה מהתורה רק בגיל הפעוטות, היינו בגיל "חפץ ומחזירו", אבל לפני גיל זה, גם בגיל "צרור וזורקו", קונה רק מדרבנן. ר' יצחק הכהן, בתי כהונה, בית ועד, סי' ה (כח ע"ג-ע"ד, כט ע"ב) כותב שלרמב"ם ולר"ן, קטן זוכה לעצמו מדרבנן, אבל בגיל הפעוטות, זוכה מהתורה במתנה; ובמכר אפילו אז אינו זוכה מהתורה, כי אינו יכול לתת את הכסף, אלא שחכמים תיקנו שיועיל המכר בגיל הפעוטות לצורך. והסכים אתו ר' יעקב בר' שמואל הלוי, שם, סי' ו (לא ע"א). גם זכות משה סי' ט (ל ע"ג), כותב שהסוברים שקטן זוכה מדרבנן, מסכימים שבעונת הפעוטות זוכה מהתורה, כדי ליישב את הסוגיה בסוכה. יד דוד (זינצהיים), סוכה מו ע"ב, ונחל יצחק סי' צו סעיף ב, ענף ג (קפז ע"ג), מעלים אפשרות שרש"י סובר שקטן זוכה במתנה מדרבנן, אבל בגיל הפעוטות הוא זוכה מהתורה.

דברי יוסף (קונוויץ) סי' יג (=שו"ת בית רידב"ז סי' לד) עמ' 57, כותב שלרמב"ם קטן קונה רק מדרבנן, אבל החפץ נעשה הפקר **ויצא מרשות הנותן** מהתורה, כי הפקר ב"ד הפקר מהתורה, ואם הקטן מחזיר לו אח"כ, אינו מועיל מהתורה, אלא אם יתכוון לזכות מההפקר.

יד דוד (קרלין), ח"א, דף ע ע"א, כותב שנ"י סובר **שבמכר** קטן זוכה רק מדרבנן, כי הוא צריך גם להקנות את הכסף, וכיון שאינו יכול להקנות, אינו יכול לקנות, אבל **במתנה** הוא סובר שזכה מהתורה. כמו כן, מלכי בקודש, על רמב"ם הלכות לולב, ח, י (ק ע"ג), כותב שמגיד משנה סובר שבמכר קנה דרבנן ובמתנה קנה מהתורה. ר' יצחק הכהן, בתי כהונה, בית ועד, סי' ה (כח ע"ב), כותב שמגיד משנה סובר שקטן זוכה לעצמו במתנה מדרבנן, ובמכר אפילו מדרבנן אינו זוכה, כי אינו יכול להקנות את הכסף. זכות משה סי' ט (לא ע"א) דוחה את הבחנת מלכי בקודש, שהרי במכר לא תיקנו שיועיל בגיל "צרור וזורקו" אלא בגיל הפעוטות; על כך יש להשיב ששם מדובר במה שהוא מוכר לאחרים, וכאן מדובר במה שהוא קונה מאחר.

שו"ת קול יהודא (גרינפלד), סי' לא, עושה הבחנה בדעת רש"י כדי ליישב את הסתירה ברש"י, שבדרך כלל קטן קונה מהתורה, ורק **בלולב** הוא קונה מדרבנן, כי בלולב יש אומדנא דמוכח שהנותן נתן לו רק על דעת שיחזיר לו, ובגלל אומדנא זו נחשב שאין דא"מ, ונחשב כקונה מההפקר, ולכן קנה רק מדרבנן. בדומה, שו"ת קול אריה סי' לג, כותב שרש"י סובר שבדרך כלל קטן קונה מהתורה, ורק בלולב, שבו עסק, זה דרבנן - עיי"ש לטעמו.

ר' שמואל לנדא, בית אהרן וישראל גל' מא, עמ' יא, כותב שגם לפי רש"י, קטן זוכה במתנה מהתורה, ודוקא **במעמ"ל** הוא קונה מדרבנן, ואינו קונה מהתורה, כיון שאינו יכול לקיים את תנאי ההחזרה; ובסוכה שם מדובר בלולב, שבדרך כלל נותנים במעמ"ל.

שו"ת כתב סופר, או"ח, סי' קכח (ד"ה אחר שיצאתי, וד"ה לפ"ז מ"ש), כותב שאם גדול נתן לקטן **אתרוגים** במטרה למכור לאחרים, לא קנה מהתורה, לפי הסברו של קצות החושן, ליד ציון הערה 157, שקטן קונה מתנה מדין "זכין", כי כאן אין זה זכות בשבילו לקנות, שהרי אם יהיו שלו מהתורה, לא יוכל למכור אותם לגדולים, כי הקנאתו מועילה רק מדרבנן (כדין פעוטות) והקונים לא יוכלו לקיים את מצוות הנטילה מהתורה; ואילו לתוס' גם בכגון זה קנה מהתורה, כי לדעתם (ראה הערה 157) טעם קניית קטן אינו מדין "זכין". שו"ת מנחת יצחק, חלק ה, סי' סה, אות יד, מסכים לכתב

קטן שהוא מתחת לגיל הזה אינו יכול לזכות במתנה שניתנה לו[164], כי אין לו "יד" לקנות[165]. מעשה קנין שהוא עושה אינו נחשב מעשה קנין, כי הסיבה שמעשה קנין מועיל היא כי תפיסת החפץ מראה שהחפץ נעשה שלו, ובקטן פחות מגיל "צרור וזורקו" אין תפיסתו בחפץ מראה שהוא נעשה שלו, ולכן אינו קונה[166].

סופר, וכותב שגם אם ניתן לקטן אתרוג דרך מתנה, אם היה ע"ד למכור ולהרויח, אין זו זכות עבורו, ולכן לרמב"ם קנה רק מדרבנן.

ר' יצחק הכהן, בתי כהונה, בית ועד, סי' ה (כו ע"ג), כותב שגם לפי הר"ן, אם ניתנו לקטן נכסים שיקנה **כשיגדל**, קנה מהתורה, ואין זה נחשב דשלבל"ע, כי המקבל נמצא בעולם וממילא יגדל, והוא רק מחוסר זמן, ואינו מחוסר מעשה. אבל הוא כותב (בדף כה ע"ד) שמנדרים מח ומהר"ן שם נראה קצת שלא מועיל לתת לו שיקנה כשיגדל. ר' יעקב בר' שמואל הלוי, שם, סי' ו (כט ע"ד), חולק עליו כי לא מצאנו חידוש זה בשום מקום. ר' יצחק הכהן, שם, סי' ז (לב ע"א), מביא ראיה ממה שהמזכה לעובר שלו קנה מהתורה לכשייוולד (ראה ליד ציון הערה 238, דעה שהוא קונה רק כשייוולד). וראה סעיף 4, שר' יצחק הכהן כותב שלר"ן אפשר להקנות לקטן מהתורה בדרך "קנֵה ע"מ להקנות".

אמרי הצבי (בער) סוגיות דף יח ע"ג, כותב שקטן זוכה במתנה מהתורה, אבל זאת רק אם ניתנה לו באופן שתמיד יהיה **שמור בידו**, כגון שניתנה לו בנוכחות האפוטרופוס שלו, שאל"כ זה בגדר אבידה מדעת (ב"ב פז ע"ב).

ראה גם הערה 162, בשם שערי ישר, הבחנה בין דרכי הקנין.

[162] חידושי הריטב"א, סוכה מו ע"ב (הובא בשרשי הים ח"א, שורש זכיית קטן דף קלו ע"א, ובשו"ת יביע אומר, חלק ג, חו"מ, סי' ב, אות ה); לחם יהודה, הלכות מכירה, כט, ו (ד"ה והר"ן), בדעת הר"ן; ר' יצחק הכהן, בתי כהונה, בית ועד, סי' ה (כז ע"ג, כח ע"ב); שו"ת אור לי, סי' לא, אות ט, בדעת תוס' גיטין לט ע"א (ד"ה קטנים); נחל יצחק סי' צו סעיף ב, ענף ג (קפז ע"ב).

שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן ח (יט ע"ג), כותב שחי' הר"ן ב"מ יא (שהובא בהערה 161) סובר שקטן זוכה מדרבנן זכיה גמורה, יותר מדרכי שלום. אבל הוא כותב (בדף יח ע"א), שלדעה שקטן זוכה מדרבנן, התקנה אינה בגדר הפקר ב"ד, שהרי קטן אינו יכול לזכות מהפקר, וחכמים אינם יכולים לעשות "יד" למי שאין לו "יד", אלא יש להם כח לתקן קנין דרבנן, ותוקפו הוא מצד שכופים לשמוע מצוות חכמים.

שערי ישר שער ה פ"ט (ד"ה והנה בדין), כותב שגם לדעה שקטן קונה רק מדרבנן, הוא זוכה זכייה כלשהי מהתורה, שאל"כ זה גזל ביד הקטן, ועוד שאם הנותן יתפוס מהקטן, א"א לכופו להחזיר לקטן; והוא מסביר שהתקנה היא שב"ד מקנה לקטן, ויש לכך תוקף מהתורה, ואף שאדם רגיל אינו יכול להקנות לקטן, זה משום שהוא מקנה ע"י מעשה קנין, שהוא ענין של הוצאה מרשות לרשות, ולקטן אין רשות, ואילו ב"ד מקנה בלי מעשה קנין; ועוד, שגם לדעה שקטן קונה רק מדרבנן בדא"מ, זה רק בקנין שהקטן עושה כגון משיכה, הגבהה, חצר וחזקה, אבל במקום שא"צ מעשה מצד הקונה כגון בכסף ע"י אחרים (קנין מדין עבד כנעני), קונה מהתורה, לכן קטן קונה מהתורה ע"י הקנאת ב"ד. אבל הוא כותב שלא הקנו לו חכמים זכות גמורה, אלא רק זכות שימוש, לאכול ולכלות את הגוף, כמו זכות של אדם לעשות בשלו, ובזה מתקיימת תקנתם שקטן קונה, ולא היו צריכים להקנות לו קנין גמור. אבל אח"כ (ד"ה עוד נ"ל) הוא מעלה אפשרות שלדעה שקטן אינו קונה מהתורה בדא"מ, גם הקנאת ב"ד לא תועיל מהתורה, כי אינו בר זכיה בממון ע"י קנייה.

[163] חידושי הרשב"א גיטין לט ע"א (הובא בשרשי הים ח"א, שורש זכיית קטן דף קלו ע"ג, ובלחם יהודה, הלכות מכירה, כט, ו), בתירוץ ראשון, בשם ר"י; שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן ח (יח ע"ד), בדעת רש"י סוכה מו; תורת הקנינים, ח"ב, פרק טז, הערה כג, בדעת פני יהושע גיטין לט ע"א (ד"ה באד"ד וא"ת).

בית אפרים שם מנמק דעה זו, שחכמים לא היו צריכים לתקן תקנה יותר חזקה מזה.

פני יהושע גיטין לט ע"א (על תוס' ד"ה קטנים), מביא שרש"י בסוכה מו ע"ב, פירש לענין הקנאת לולב לקטן, שהוא זוכה מדרבנן מפני דרכי שלום; ומסביר שתוס' לא רצו לפרש כך כי אין צורך לתקן משום דרכי שלום בדבר שהקנו לו רק כדי לצאת בו, ואם זה הטעם, אין סיבה שלא יוכל להקנות חזרה, שהרי הטעם של דרכי שלום אינו מצדיק שלא יוכל להקנות חזרה, ולכן הבינו שהוא זוכה זכיה גמורה. שרשי הים ח"א, שורש זכיית קטן (קלה ע"ד-קלו ע"א) מעיר שרש"י כתב רק שחכמים תיקנו שקטן יזכה, ולא כתב "מפני דרכי שלום", שהרי לא שייך דרכי שלום במתנה, אם הנותן לו חוזר ונוטל אותה ממנו, כמו בלולב; אלא כוונת רש"י היא שתיקנו לקטן זכייה במתנה.

זכות משה סי' ט (לג ע"ד-לד ע"א) כותב שלפי הירושלמי, קטן בגיל "צרור וזורקו" זוכה במתנה רק מפני דרכי שלום, ובשיעור שכשמקבל אגוז מצניעו ומחזירו לאחר זמן, זוכה מהתורה.

[164] רמב"ם, הלכות זכיה, ד, ז; סמ"ג, עשה פב (קסא ע"ד); שו"ע, חו"מ, רמג, טו; שו"ת מהרש"ך ח"ב סי' קסב וסי' ריא; שו"ת מהרי"ט חלק ב חו"מ סי' כב; פני יהושע גיטין לט ע"א, על תוס' ד"ה קטנים; שרשי הים, ח"א, שורש ברירה סעיף כ (צז ע"ד), ושורש זכיית קטן (קמד ע"ג) (שאינו זוכה אף מדרבנן כי אין לו דעת); פתח הבית (טיקטין, תק"פ) סי' לה (פו ע"ב); לחם יהודה, הלכות מכירה, כט, ו (אפילו מדרבנן); אגורה באהלך דף כ ע"ג.

סמ"ע רמג ס"ק כח (הובא בשו"ת ישועת משה, ח"א, סי' פד, עמ' שנח), כותב שבפחות מצרור וזורקו זוכה לעניין זה שיש בו גזל משום דרכי שלום כמו במציאה. כך גם מדייקים פני יהושע, גיטין סד ע"ב (ד"ה רש"י בד"ה זוכה), והקטן והלכותיו (רקובסקי), פרק סו הערה יא, משי"ד חו"מ, רמג ס"ק ו. שו"ע הרב, חו"מ, הלכות מכירה ומתנה, סעיף י, כותב שיש מי שאוסר לקחת ממנו את המתנה, מדברי סופרים. ר' חיים יואל בלוך, "הקטין בדיני הקניין", משפטי ארץ ג (תש"ע), עמ' 156, כותב שזה לפי ההבנה שהתקנה לא לקחת מציאה מקטן מפני דרכי שלום הוא מחשש לריב בין הנוטל לבין הקטן ובני משפחתו, והרי חשש זה קיים גם במתנה; אבל לפי ההבנה שטעם התקנה במציאה הוא מחשש לריב בין הנוטל לבין מוצאים אחרים, הרי חשש זה אינו קיים במתנה כיון שהחפץ יישאר בבעלות הנותן. הוא כותב שקצות החושן, שסב, ס"ק א, סובר שבמתנה אין גזל מפני דרכי שלום, אלא המתנה נשארת בבעלות הנותן. האמת היא שקצות

אם **קטן** שהגיע לעונת הפעוטות **נותן מתנה לקטן** שהוא רק בגדר "צרור וזורקו", אינו קונה, אף שקטן שהגיע לעונת הפעוטות יכול לתת מתנה, כי מה שקטן בגדר "צרור וזורקו" זוכה הוא רק מכוח שדעת אחרת מקנה, והקטן הנותן אין בו דעת שייחשב שדעת אחרת מקנה[167].

קטן שקיבל מתנת **שכיב מרע**, לדעת ר' עקיבא איגר, אינו זוכה בה קנין גמור, אלא משום דרכי שלום אסור לקחת ממנו, ואם זכה בה אחר אין מוציאים ממנו, כי קטן קונה ב"דעת אחרת מקנה" רק אם הנכס בא לידו, ולא בקנין חליפין[168], ומתנת שכ"מ ניתנת באמירה ואינה באה לידו, ולכן היא כמו קנין חליפין[169]. דעת ר' עוזיאל אלחייאק היא שלא קנה כלל, כי אלו שתי תקנות דרבנן, שהרי גם במתנת בריא קטן זוכה רק מדרבנן[170], וגם מתנת שכ"מ תקפה מכוח תקנה, וחכמים אינם מתקנים תקנה לתקנה[171]. אבל פוסקים אחרים סבורים שקנה מן הדין[172], ואין זה נחשב שתי תקנות במקום אחד, אלא תקנה כללית אחת היא שמתנת שכ"מ

החושן אומר רק **שבגזלן** שנתן את הדבר הגזול במתנה לקטן אין חשש למריבה, כי אם הקטן לא יזכה יישאר החפץ של הנגזל; ואין ללמוד מדבריו למתנה רגילה; והוא לא דיבר דוקא על קטן פחות מצרור וזורקו. הוא כותב שלכל הדעות אסור ליטלו מהקטן מצד איסור אונאת דברים. יש להעיר, שלפי השיטה (ליד ציון הערה 163) שבגיל "צרור וזורקו" הקטן זוכה רק מפני דרכי שלום, צריך לומר שבפחות מגיל זה אינו זוכה בכלל.

חנוך לנער (בלויא), פרק מג, הערה ו, כותב שלפני גיל "צרור וזורקו", גם קטנה אינה קונה, אף שהיא עדיפה על קטן לענין קנין חצר (ראה סעיף 6), כי מעלת קטנה היא רק מצד שיש לה יד, כפי שמצאנו שמתגרשת ע"י עצמה, ובפחות מ"צרור וזורקו" אינה מתגרשת, כאמור בשו"ע, אהע"ז, קמא, ו.

דעות חולקות: ר' יעקב בר' שמואל הלוי, בתי כהונה, בית ועד, סי' ו (לא ע"א), כותב שרש"י, סוכה מו ע"ב, סובר שלפני גיל צרור וזורקו קונה מדרבנן. קצות החושן, רלה, ס"ק ד (שהובא ליד ציון הערה 157), כותב שלרמב"ם כשדעת אחרת מקנה הוא כאילו הנותן זכה עבורו; ופתחי חושן, קניינים, פי"א, הערה סה, ושו"ת בארות שלמה חו"מ עמ' לז, מדייקים מזה שגם פחות משיעור "צרור וזורקו" זכה אם דעת אחרת מקנה. ותמוה, שהרי השו"ע כותב להיפך. וכבר הסביר קצות החושן (הערה 165), מדוע אין אומרים שקנה מטעם זיכוי.

פתחי חושן, הלואה, פרק יב הערה יד, כותב שלפי ש"ך, חו"מ, רמג ס"ק ו, האומר שקטן שהוא פחות מ"צרור וזורקו" זוכה במציאה מפני דרכי שלום, נמצא שגם במתנה זוכה בגיל הזה מדרכי שלום אם הוא בידו, וזאת אף שבגיל הזה אין לו "יד". אבל ראה הערה 184, שנחל יצחק אומר שבמתנה יש פחות מקום ל"דרכי שלום" מבמציאה.

[165] שו"ת הרשב"א, חלק ד, סי' רסא, ושו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סי' פו (הובא בשו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן ח דף כ ע"א); קצות החושן, רמג, ס"ק ה (הובא בחתן סופר, מקנה וקנין, סי' ט, חלק ה (כרך ב עמ' יב) אות מז, ובשו"ת שמחה לאיש (אבא שאול), חו"מ, סי' ה, אות כט); ברכת שמואל, קידושין סי' יא אות ו; ר' הלל מוולוזין, בשו"ת חוט המשולש, חלק ב, סי' ג (שהנותן לו כזורק לאשפה, כאמור בירושלמי מעשר שני פ"ד); ערוך השולחן, חו"מ, רמג, טז; חי' ר' אריה ליב (מאלין), ח"א, סי' מז; נחל יצחק סי' צו סעיף ב, ענף ג (קפז ע"ב); שו"ת הרי"ם אהע"ז סי' כג (בהסברו הראשון).

[166] חי' הרי"ם, גיטין סד ע"ב (ד"ה גמרא שם צרור), ושו"ת הרי"ם אהע"ז סי' כג (בהסברו השני).

[167] פתחי חושן, קניינים, פי"א הערה סה.

שו"ת כתב סופר, או"ח, סי' קכח (ד"ה ונבוא), כותב ע"פ סברת קצות החושן (ליד ציון הערה 157), שאם קטן מקנה לקטן, לא קנה מהתורה, כי הקטן הנותן אינו יכול לַזכות לו, וקנה רק מדרבנן. והוסיף (בד"ה הרי די) שבלאו הכי, אם קטן נותן לקטן, קנה רק מדרבנן מתקנת הפעוטות, כי אינו בר הקנאה מהתורה.

[168] ראה על כך בסעיף 6.

[169] כתב וחותם מהדו"ת (תשנ"ג) סי' לד (כמובא בתורת הקנינים, ח"ב, פרק טז, הערה לז).

[170] לפי דעה אחת, לעיל ליד ציון הערה 161.

[171] משכנות הרועים מע' צ, אות א (רפד ע"ג), כותב כך לפי הדעה שקטן זוכה במתנה רק מדרבנן.

בדומה, שו"ת בעי חיי ח"א סי' קפו (ד"ה ועוד אני אומר), כותב שלא מועילה מתנת שכיב מרע לקטן, שהרי הר"ן כתב שקטן קונה רק מה שמגיע לידו (ראה סעיף 6), ואין עושים שתי תקנות, תקנה אחת, שיועיל בלי קנין מטעם שכיב מרע, שייחשב כאילו הגיע השטר לידו, ועוד תקנה, שיזכה אף שגם אילו הגיע השטר לידו לא היה זוכה מן הדין (דבריו קשים - נאמר שיש רק תקנה שדברי שכיב מרע כמסורים, כאילו נמסר הדבר לידו, ואז קונה). כנה"ג, סו, הגהב"י אות קו, וסי' רנג, הגהב"י אות פא, מציין לדבריו אלו.

שו"ת מהרי"ט ח"ב חו"מ סי' צה, בסופו, מביא דעה שלא מועילה מתנת שכיב מרע לקטן **בזיכוי** ע"י אחר כיון שמתנה כזאת אינה מועילה בבריא אפילו בקנין, שהרי אולי לא ימצא מי שיסכים לזכות עבור הקטן.

[172] שו"ת מהרי"ט ח"ב חו"מ סי' צה, בסופו; שו"ת בית שלמה (חסון), חו"מ, סי' לה; דברי אמת קונטרס ז סי' ג (צה ע"ב במהד' הלברשטט); מזל שעה, הלכות זכיה ח, ו (צד ע"א); חינא וחסדא, ח"א, דף קעג ע"ב.

מזל שעה מביא ראיה משו"ת הרשב"א ח"א סי' אלף מו, שעוסק במתנת שכ"מ לקטן, ודן רק בשאלה האם היורש נאמן לומר שכבר נתן. והוא מביא עוד ראיות - עי"ש. הוא מוכיח עוד מהדין (לעיל, ליד ציון הערה 38) שפעוט שנתן מתנת שכ"מ, המתנה תקפה, אף שאלו שתי תקנות דרבנן, ואם הוא יכול **לתת** מתנת שכ"מ, כ"ש שהוא יכול **לקבל** מתנת שכ"מ, כי יותר קל לקטן לקנות מלהקנות.

תקפה גם במקבל גדול, ותקנה כללית אחרת שקטן שקיבל מתנה, מתנתו תקפה[173]; וגם אם הוא פחות מגיל "צרור וזורקו", הרי אפשר להקנות לו מתנה בזיכוי ע"י אחר, כפי שנראה בסעיף 6, והכלל הוא שמתנת שכיב מרע מועילה בדיבור אם יש דרך כלשהי להקנות לו במתנת בריא[174].

בנתינה מכללא: הנוטל חפץ של חברו בלי ידיעתו, וידוע שבעל החפץ מוכן שהוא יקח אותו, קנה מטעם נתינה מכללא[175]. אבל קטן שנוטל חפץ במצב כזה קונה רק מדרבנן (גם לפי הדעה שמתנה מפורשת נקנית לקטן מן התורה), כי רק אם המקנה יודע על הנתינה, הוא עושה את חלות הקנין ומכניס את החפץ לרשות הקטן[176], משא"כ אם אינו יודע, שאז הקטן הוא כזוכה מההפקר, שזוכה רק מדרבנן[177].

מתנה לחרש ולשוטה ולדומיהם

חרש שקיבל מתנה - קנה[178], אף שאין לו דעת, מפני ש"דעת אחרת" מקנה לו, ואין צורך שהמקבל יתכוון לקנות[179]. משום כך, החרש זוכה מהתורה[180]. המתנה היא ממונו הגמור, והוא יכול להוציא אותה מהנותן בב"ד[181].

ראה ליד ציון הערה 324, שמהר"ם ן' חביב אומר שקטן זוכה במתנת שכיב מרע ואין לאביו זכות בה, שלא כבמתנה רגילה.

אבל חינא וחסדא, שם דף קעג ע"ג, מציין שיש מחלוקת בענין דבר שקטן קונה מדרבנן, האם הוא יכול להוציאו בדין ממי שתפס ממנו (עיי"ש מקורות לכך), ומספק א"א להוציא.

ש"ך חו"מ, רע, ס"ק א, מביא כאילו שו"ת מבי"ט ח"ב סי' קכב כותב שקטן קונה מתנת שכ"מ מדרבנן. אבל האמת היא שהמבי"ט אינו מזכיר שהמקבל היה קטן.

[173] מזל שעה, שם.

[174] דברי אמת שם.

[175] ראה ליד ציון הערה 963.

[176] לפי שני ההסברים של קצות החושן, שהבאנו בהערה 155.

[177] תורת הקניינים לארבעת המינים, ענף ה, הערה קלב, הגהה יד (עמ' פב-פג). הוא כותב שכך הדין גם באופן שתיאר מרדכי, סוכה, סי' תשנט, והגהות אשרי, סוכה פ"ד סי' ו, ש"נקיי הדעת" היו מניחים את הלולבים שלהם במקומם כדי שהילדים יטלו אותם מעצמם (שאילו היו נותנים את הלולבים לקטנים במעשה, לא היו יכולים לקבל אותם חזרה לבעלותם, כאמור בסוכה מו ע"ב) - גם בזה לא קנה הקטן מהתורה כי לא היתה הקנאה ע"י הגדול.

[178] רמב"ם, הלכות זכיה, ד, ז (הובא במחנה אפרים הל' שלוחין סי' כד, ובהליכות אליהו (פיינשטיין), אהע"ז, סי' כד, דף נז ע"ג, וסי' לד, דף עד ע"א); סמ"ג, עשה פב (קסא ע"ד); פסקי ריא"ז, גיטין, פ"ה, הלכה ה, אות ב; מישרים, נתיב יט (נא ע"א); שו"ע, חו"מ, רמג, יז; אמרי בינה, קונטרס בדיני קנינים, סי' כד (רלד ע"א); ערוך השולחן, חו"מ, רמג, יח.

קהלת יעקב, תוספת דרבנן, מע' ז, אות קיט (לח ע"ב), כותב שזו גם כוונת הירושלמי קידושין פ"א, שהוא זוכה כשדעת אחרת מקנה לו, מדאורייתא או מדרבנן.

מלאכת חרש, כרך א, ח"ב, אותיות נד-נה, כותב שחרש נחשב כקטן שהגיע לעונת הפעוטות, ולכן לדעה (ליד ציון הערה 161) שקטן שקיבל מתנה קונה מדרבנן, גם חרש יכול לקנות מתנה מדרבנן, ולדעה (ליד ציון הערה 160) שקטן קונה מתנה מהתורה, גם חרש קונה מהתורה. אבל הוא כותב (באות נו) שחרש שמגרש את אשתו, ומקנים לו את הנייר של הגט, יש לחשוש שמא לא יתכוון לזכות, כי לא יבין שנותנים לו מתנה.

דעה חולקת: מחנה אפרים הל' שלוחין סי' כד, אמרי בינה דיני פדיון הבן סי' ה, וקהלת יעקב תוספת דרבנן אות נט (עמ' מג במהד' תשע"א), מדייקים מחידושי הרשב"א, קידושין ח ע"ב, שלדעתו אין חרש זוכה לעצמו. קהלת יעקב שם מקשה על הרשב"א, הרי שו"ת הרשב"א ח"א סי' תתקצז הוכיח שקטן זוכה מהתורה ממה שקטנה מתגרשת מהתורה, ובאותה דרך היה צריך להוכיח שחרש זוכה מהתורה ממה שחרשת מתגרשת. אבל דברי אמת קונטרס ז (דף סד ע"ב), כותב שהרשב"א שם מתכוון לומר רק שחרש אינו זוכה **לאחרים**. נחל יצחק, סי' צו, סעיף ב, ענף ה (קפח ע"ד), מיישב את סתירת הרשב"א, שהרשב"א בקידושין כתב כך בשם הירושלמי, ואינו להלכה כי הירושלמי לשיטתו, מעשר שני ד, ג, שקטן בגיל צרור וזורקו גזלו גזל מפני דרכי שלום בלבד, וחרש דומה לקטן בגיל זה, והלכה כבבלי שבגיל זה זוכה זכייה גמורה, וכך גם חרש.

[179] קצות החושן, רמג, ס"ק ה. סברה דומה כתב לגבי קטן - ליד ציון הערה 156.

[180] ריא"ז שם; ערוך השלחן שם; יד דוד (קרלין), ח"א, דף ע ע"א, ופ"ג אות קנג, הגהה ב (נד ע"א), בדעת הרמב"ם; קהלת יעקב, תוספת דרבנן, אות נט (עמ' מב במהד' תשע"א) (הובא בבני משה (מאג'אר), הל' זכייה ומתנה, סי' טז); נחל יצחק סי' צו סעיף ב, ענף ג (קפז ע"ג) (לפי הפוסקים האומרים כך בקטן), ענף ד (קפח ע"ב), בדעת הרמב"ם, וענף ה (קפח ע"ג) בדעת הרשב"א. הם מביאים ראיה לכך, מהדין שחרשת יכולה להתגרש מהתורה. ראיה דומה יש לגבי קטן - ראה בהערה 160.

אבל שו"ת בית שלמה (דרמר), חו"מ, סי' סז (לח ע"ג), כותב בדעת רש"י סוכה מו ע"ב, שחרש קונה רק מדרבנן, כדעתו לגבי קטן (הערה 161).

[181] נחל יצחק סי' צו סעיף ב, ענף ג (קפז ע"ב).

לעומת זאת, **שוטה** שקיבל מתנה - לא קנה[182], כי אין לו "יד" לקנות[183], ואף לא תיקנו חכמים שיזכה "מפני דרכי שלום"[184]. מדובר בשוטה שעושה מעשה מוזר בדרך שטות[185], שאינו בר מצוה כלל והוא כבהמה ולכן אין לו יד, אבל אם שטותו מתבטאת בדברים אחרים, גם אם זו פתיות גדולה, הוא יכול לקנות אם "דא"מ"[186]. כמו כן, אם מסבירים לו את העניין, וניכר שהבין, מעשהו תקף[187].

אבל מתנת שכיב מרע לשוטה תקפה, שהרי אפשר להקנות לו מתנה בזיכוי ע"י אחר, כפי שנראה בסעיף 6, והכלל הוא שמתנת שכיב מרע מועילה בדיבור אם יש דרך כלשהי להקנות לו במתנת בריא[188].

חולה מחלת **כפיון** שקיבל מתנה - לא קנה[189].

---

[182] רמב"ם הל' זכיה ד, ז (הובא באגורה באהלך דף כ ע"ג, ובשדי חמד כללים מע' ח אות קטו, ומערכת חמץ ומצה סי' ח אות מג); סמ"ג, עשה פב (קסא ע"ד) (שאינו זוכה לעצמו); מישרים, נתיב יט (נא ע"א); שו"ת הרשב"ש, סי' קיד; סמ"ע, רלה, ס"ק נא; ערוך השולחן, חו"מ, רמג, יח; תשובות יהודה, סי' מט, אות ב (נו ע"א); קהלת יעקב, תוספת דרבנן, אות נט (עמ' מב במהד' תשע"א); קצות החושן, רמג, ס"ק ד.
שטמ"ק כתובות כ ע"א (ד"ה וז"ל תלמידי) מציין שרבנו יונה מביא שרמ"ה כתב שאם מישהו נתן מתנה לשוטה, אינה זכיה גמורה.
שו"ת הרי"ם אהע"ז סי' כג (ד"ה ולכאורה וממילא) מנמק בשתי דרכים (כמו ההסברים לעניין קטן שהוא פחות מ"צרור וזורקו", ליד ציוני הערות 165-166): (א) אין לשוטה יד לקנות, (ב) מעשה קנין צריך להורות על כך שהחפץ נעשה של הקונה, ושוטה שאינו יודע כלום, משיכתו אינה מורה שהדבר נעשה שלו, ולא מועיל "דא"מ" כי אין כאן קנין בכלל.
אמרי בינה, קונטרס בדיני קנינים, סי' כד (רלד ע"א), מסביר שבשוטה לא מועיל דא"מ כי אין לו יד כלל. הוא כותב (בדף רלד ע"ב) שלפי פני יהושע גיטין לט, שמוכיח שמועיל דא"מ מהתורה בקטן בגיל "צרור וזורקו" (כאמור ליד ציון הערה 160), מהדין שמועיל גט שחרור בעבד קטן, הרי שאפשר להוכיח מגט לקנין, לפי זה שוטה שיודע לשמור את החפץ (כצ"ל, ולא "את עצמו") יכול לזכות במתנה ישירה מטעם דא"מ, כמו שאפשר לגרש שוטָה כזאת. אבל הוא מדייק מרמב"ם וטור שסתמו, משמע שגם שוטה כזה לא קונה.
סמ"ע, רמג, ס"ק כט, מסביר שקטן שמעשיו קיימים במטלטלין, יכול לזכות לעצמו במתנה, משא"כ שוטה. אמרי בינה, קונטרס בדיני קנינים, סי' כד (רלד ע"ב) דוחה הסבר זה, שהרי מה שמעשיו קיימים במטלטלין הוא רק מדרבנן, מתקנת הפעוטות, ואילו דא"מ מועיל מהתורה לפי רוב הפוסקים (שהובאו בהערה 160).
חמדת אהרן (קוגמן, תשס"ו), סי' לד, אות ז, כותב שאין לומר שהטעם ששוטה אינו קונה הוא משום שחסר לו בכח קניין, שהרי אין **לשום** קונה כח קנין, וכל קניין נעשה רק ע"י הנותן, ומה שהקונה עושה הוא רק "צורה" להקנאת המקנה (ראה בשמו בסעיף 6), ואת זה יכול גם שוטה לעשות; אלא הטעם הוא שאין לשוטה דעת.
שו"ת מים חיים (די סילווה), סי' ד, כותב שאפשר לתת מתנות כהונה לחשו"ק כי "דעת אחרת מקנה". קצות החושן, רמג, ס"ק ד, מקשה עליו, הרי "דעת אחרת" אינה מועילה להקנות לשוטה. מעדני שמואל, סי' כח, אות ה, מיישב שזה רק בהקנאת דבר חדש שאין למקבל זכות בו, אבל במתנות כהונה יש לכהן זכות מראש, כי זה ממון השבט, וצריך רק לייחד כהן מסוים, ולזה די בהקנאה ע"י "דעת אחרת" לשוטה.
דעה חולקת: שיטה מקובצת, כתובות כ ע"א, כותב בשם "מצאתי כתוב", שהנותן מתנה לשוטה, קנה.
פסקי ריא"ז, גיטין, פ"ה, הלכה ה, אות ב, כותב ששוטה קונה מהתורה אם דעת אחרת מקנה.
רא"ש, כתובות, פב, סי' יד (הובא בדברי שאול - יוסף דעת, יו"ד, שכ, ו, דף כג ע"א), מביא שהרמ"ה אומר שנכסים שניתנו לשוטה במתנה הם ברשותו, אבל אח"כ הוא נוקט שאם הקנו לו אותם בקנין או בחזקה ע"י אחר, קנאם, ולא ברור האם כוונתו לומר שאינו יכול לעשות את הקנין בעצמו. על זיכוי לשוטה ע"י אחר ראה סעיף 6.
לבוש, חו"מ, רמג, טז, כותב ששוטה זוכה לעצמו במתנה. שו"ת הרי"ם אהע"ז סי' כג, כותב שהלבוש דיבר רק בשוטה שיודע להבחין בין צרור לאגוז, ובזה מועיל דא"מ, והוא מסכים עמו
בניין יחזקאל על פרי מגדים, פתיחה כוללת, חלק ב, אות ב, ס"ק ד, מדייק מפמ"ג ששוטה זוכה לעצמו מדרבנן.
צמח ארז עמ' עה, כותב שאם דא"מ לשוטה, זכה, כיון שאפשר לזַכות לשוטה ע"י בן דעת (ראה סעיף 6), והרי קצות החושן (הערה **155**) כתב שבדא"מ קטן קונה מטעם "זכין".
[183] קצות החושן, רמג, ס"ק ה (הובא בחתן סופר, מקנה וקנין, סי' ט, חלק ה (כרך ב עמ' יב) אות מז, ובנחל יצחק סי' צו סעיף ב, ענף ג, דף קפז ע"ב).
שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן ח (כ ע"ג), מסביר ששוטה אינו זוכה לעצמו, כי אין מי שיעשה את הקנין, שהרי מעשה שלו אינו נחשב מעשה, ואין לו יד.
[184] נחל יצחק סי' צו סעיף ב, ענף ג (קפז ע"ב). הוא מנמק, שהחשש לקטטה קיים רק במציאה.
[185] סימני השוטה, הנזכרים בחגיגה ג ע"ב.
[186] אמרי בינה, קונטרס בדיני קנינים, סי' כד (רלד ע"א).
[187] שו"ת מהרי"ט, ח"ב, אהע"ז, סי' טז (הובא בגט פשוט, קכא ס"ק יב, ובאמרי בינה, קונטרס בדיני קנינים, סי' כד דף רלד ע"ב).
[188] דברי אמת קונטרס ז סי' ג (צה ע"ג, במהד' הלברשטט).

גוסס שקיבל מתנה - קנה[190].

מתנה למי שעוד לא נולד - עובר ומי שלא נהרה

(1) אם אינו בנו של הנותן

לפי חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, סעיף 1, עובר אינו כשר לזכויות, ולכן אינו יכול לזכות במתנה. אך אפשר להשיג את המטרה של הקנטאת מתנה לעובר בדרך אחרת: אפשר להקנות זכות עתידית לילד שטרם נולד (ואף אם טרם נהרה או שהוא מוקפא), לכשייוולד; וזוהי מתנה, שמותנית בתנאי מתלה: הלידה. עם הולדת הילד, הוא זוכה במתנה, אלא אם הנותן חזר בו בינתיים, או שמת. אם הילד לא ייוולד, המתנה בטלה. בפתרון זה יש חסרונות: זהו חוזה, שבעת הצעתו, חסר אחד משני הצדדים לחוזה, ואפשר לפתור בעיה זו ע"י מינוי אפוטרופוס לעובר ע"פ חוק הכשרות המשפטית, ס' 33, ס"ק 6[191]. פתרון אחר הוא ע"י כריתת חוזה לטובת צד שלישי - לטובת הילד ברגע שייוולד[192]. פתרון אחר הוא ע"י שמישהו יפעל כשלוחו של העובר, מאחר שחוק השליחות, התשכ"ה-1965, סעיף 6(א), מעניק תוקף לפעולה שאדם עושה כשלוחו של אדם אחר, בלי שהורשה לכך, אם האחר מאשר את הפעולה בדיעבד. זאת, בהנחה שיכולה להיות שליחות בלי של"שולח" היתה כשרות משפטית בעת ביצוע הפעולה המשפטית[193]. דרך אפשרית נוספת היא ע"י נאמנות, שבה חייב נאמן לפעול בנכס או להחזיק בו לטובת נהנה[194]. ניתן גם לתת את המתנה לקרן לטובת העתידים להיוולד[195].

לפי המשפט העברי, אי אפשר לתת מתנה לעובר, מפני שאי אפשר לתת מתנה למי שלא בא לעולם[196]. קל וחומר שאי אפשר לתת מתנה למי שעוד לא נתעברה אמו ממנו[197]. הסבר אחד לכך הוא שהעובר אינו יכול להיות בעלים על רכוש[198]. הסבר אחר הוא שהוא יכול להיות בעלים, אלא שלנותן אין גמירת דעת לתת לו[199].

---

[189] שו"ת הרשב"ש, סי' קיד.

[190] שו"ת הרשב"א חלק ב, סי' שכז (הובא בב"י, חו"מ, רנז מחודש א, ובנתיבות המשפט, סי' רמח, ס"ק י).
אבל מחנה אפרים הל' זכיה ומתנה סי' טז, כותב שא"א להקנות לגוסס.
ראה סעיף 4, על הנותן מתנה לאחר זמן, שתחול כשהמקבל יהיה גוסס.
אשר לנתינת מתנה **למת**, ראה חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 390, מקורות שעולה מהם שהמת זוכה במתנה שניתנה לו (בזיכוי ע"י אחר), ולעומתם מקורות שעולה מהם שאינו זוכה. למקורות שצוינו שם יש להוסיף: שו"ת שואל ומשיב מהדו"א ח"א סי' קפו, וח"ב סי' קיד (נח ע"ג), ומהדו"ד ח"א סי' כז בסופו; אור אלחנן סי' תתקמו-תתקנד; בית מרדכי (סאויצקי) דף מט ע"ב.

[191] ראבילו ב, עמ' 124-125. הוא מחזק מסקנה זו על פי היקש לצוואה שמועילה בעובר, אם נולד תוך שלוש מאות יום ממות המצווה, לפי חוק הירושה, ס' 3(ב). אך יש להעיר שזה לא יועיל במתנה למי שנולד יותר משלוש מאות יום אחרי המתנה.
י"ק מיקלישנסקי, "משפט העובר (פרק בחקר השואתי)", ספר היובל לש' פדרבוש, ירושלים תשכא (=ערכים והערכות, חלק א, ירושלים-ת"א תשלו עמ' 154-167), עמ' רנב-רנג, מציין שלפי המשפט הרומי, הנותן מתנה לעובר - העובר זוכה בה ביום לידתו.

[192] ראבילו ב, עמ' 125-126. ובהערה 13, הוא מציין שג' שלו, "חוזה לטובת אדם שלישי", סי' 45, סבורה שחוזה לטובת צד שלישי שהוא עובר, נחשב חוזה על תנאי.

[193] ראבילו ב, עמ' 126, ע"פ א' ברק, חוק השליחות, פסקה 220.

[194] ראבילו ב, עמ' 126.

[195] ראבילו ב, עמ' 126, הערה 15, ע"פ ע"א 9/74 אינזל נ' קוגלמס, פ"ד כט(1) עמ' 633, 666.

[196] שו"ת הרשב"א חלק ב סימן ריג, וח"ג, סי' קיט (הובא בב"י חו"מ, רנג, מחודש ט, ובשו"ת מגן גבורים, סי' נח, דף צג ע"ב); מאירי, ב"ב קמא ע"ב (ד"ה כבר ידעת); תשב"ץ חלק ג סימן קמז; שו"ע, חו"מ, רי, א (הובא בשו"ת ברית עולם (ולר), סי' סא אות ז); שו"ת מהרי"ט חלק א סי' לח (ד"ה ותו); הפלאה כתובות יא ע"א (ד"ה תוד"ה מטבילין); שארית יעקב (אלגזי), פ' שלח (סח ע"א) (הובא בשו"ת יביע אומר ח"ג חו"מ סי' ה אות טז), ושמע יעקב (אלגזי), פ' ויצא (לג ע"ב); שו"ת שבות יעקב חלק ג סימן קיח; אבני מילואים, מ ס"ק יב; שו"ת עבודת הגרשוני סי' יא; שו"ת הרד"ם, חו"מ, סי' ד; שרשי הים, שורש זכיית קטן, דף קמז ע"ב; שדה יהושע, ירושלמי קדושין א, ד (יב ע"ד); שו"ת ויאמר יצחק ח"ב סי' קצט (קפה ע"ד); גידולי שמואל ב"ב קכז ע"ב (ד"ה הנה תמהו); משנת ר' אהרן, גיטין, סי' לג, אות ח; ר' גבריאל יהודה אליאוויטש, "זכיה וירושה בעובר", קול התורה גל' מז (תשרי תש"ס) עמ' ר-רה.
קרית ספר, הלכות מכירה, כב, י, אומר שהמקור לכך שאי אפשר להקנות לעובר הוא מהפסוק: "וכי תמכרו ממכר לעמיתך" (ויקרא כה, יד), ו"עמיתך" משמעו מי שנמצא בעולם.

צדק ומשפט, רי, א, כותב שזיכוי לעובר זר אינו מועיל אפילו בלשון "חיוב" ואפילו בחיזוקי לשון שרגילים לכתוב בשטרות.
לביאור שיטות הפוסקים בזיכוי לעובר, איך הבינו את שיטות האמוראים, עי' ר' דניאל כץ, "מעמד העובר בקניינים, ירושה ובקידושין", בלכתך בדרך תשנ"ט, עמ' 75-71.
על מתנה למי שעדיין לא נולד בדרך של "נכסי לך ואחריך לפלוני", או בדרך של "קנֵה על מנת להקנות", ראה סעיף 4. על התחייבות למי שעוד לא נולד, ראה סעיף 5.
במתנה לרבים: שו"ת מהריט"ץ סי' פו, ד"ה ועוד יש לבטל (הובא בשו"ת ישמח לב (גאגין) חו"מ סי' יט דף עב ע"ד, ובשו"ת שער אשר ח"ב סי' כו, דף נח ע"ב), כותב שבהקדש עניים, זוכים גם עניים שיוולדו בעתיד, שהיות שההקדש התחיל לחול לגבי העניים שכבר נולדו, אין לו הפסק. אפשר ללמוד מדבריו שהנותן מתנה לקבוצת אנשים, גם מי שנולד אח"כ זוכה אם הוא שייך לאותה קבוצה. אבל ייתכן שהוא מדבר רק בצדקה.
אם נשבע: ר' אברהם מונסון, בשו"ת ר' יחיאל באסן סי' יח (ט ע"ג), כותב שהמקנה למי שעוד לא נולד, ונשבע, חייב לקיים את שבועתו.
במתנת שכיב מרע: תוס' ב"ב קמא ע"ב (ד"ה נכסי) (הובא בשו"ת שואל ומשיב, מהדורא א, ח"א, סי' מה), כותבים שגם שכ"מ אינו יכול לזכות לעובר כיון שבריא אינו יכול. אבל אמת ליעקב (קמינצקי), ב"ב קמח ע"א, מעלה אפשרות שלרמב"ם, הלכות זכיה, ח, ה, שכיב מרע הנותן מתנה לעובר, קנה, כי דעתו קרובה אצל המקבל כאילו הוא בנו.
בשטר חצי זכר: יש מנהג, שאב נותן לבתו חלק בירושה השווה לחצי חלקו של כל בן זכר, ע"י "שטר חצי זכר", ובו נאמר שהוא מתחייב סכום גדול לה ול"יוצאי חלציה" (אם תמות בחיי האב), והיא מוחלת על החיוב אם הבנים יתנו לה רכוש בשווי חצי חלק של זכר בירושה (רמ"א, חו"מ, רפא, ז). יש בכך קושי, איך מועילה הקנאה למי שעוד לא נולד? קצות החושן, רפא, ס"ק ו, כותב שאכן החיוב הוא לבת שהיא בעולם, ויוצאי חלציה זוכים בתור יורשים שלה; ואכן בנותיה לא יקבלו אם יש לה גם בנים, כיון שבנותיה אינן יורשות אז (הוא מעלה אפשרות שמועיל מטעם מתנה, כאילו התנה שאם יהיו לבת צאצאים, יתן להם הבן מחלקו בירושה, ואם לא יתן, יתבטל השטר לגמרי; אולי כוונתו היא, שאם לא יתן, תישאר על כנה התחייבותו הגדולה לבת; אבל הוא דוחה אפשרות זו, כין שאין תנאי מפורש על כך). המבי"ט, בתשובתו בשו"ת בית יוסף, דיני כתובות, סי' י (ד"ה ומה שכתב ואם יהיו), מסביר על כיו"ב, שמועיל כי הוא מקנה לאשה ע"מ שיירשנה בנה. שו"ת ברית אברהם, חו"מ, סי' כ, אות ו, מסביר שמועילה ההקנאה לכל יוצאי חלציה, מפני שגם בלי הזכרת "יוצאי חלציה" ייתכן שבניה יזכו בתורת ירושה מאמם, אלא שייתכן שיש אומדנא שהנותן התכוון שתהנה בתו דוקא, והרי כסף משנה, הלכות אישות ז, טו, כותב שבדבר שיש ספק האם הוא יכול לחול עכשו, נחשב שבא לעולם, ולכן מועיל בוודאות אם הוא אומר שיחול כשיבוא לעולם לגמרי; וכך כאן, כשמזכיר בפירוש את יוצאי חלציה, זכו. באות י, הוא מביא שיש מי שהסביר שמועיל כי זכו מכוח תפיסה ע"פ השטר (ראה על כך בהערה 206). באות יא הוא מסביר שבשטר חצי זכר, מטרתו לחבב את בתו על בעלה (בכך שיֵדע שתקבל חלק בירושת אביה), נמצא שכל מה שהוא מתחייב ליוצאי חלציה של הבת הוא עושה עבור בתו, והרי דעתו של אדם קרובה אצל בתו, לכן מפרשים את דבריו באופן שיועיל - שהוא מקנה לבתו ע"מ שאם תמות בחייו תַּקנה את השטר ע"מ להקנות ליוצאי חלציה, ומועיל "קנה ע"מ להקנות" למי שעוד לא נולד (ראה סעיף 4). באות יב-טו הוא דוחה הסבר זה, מפני שאין דעתו קרובה אצל בתו, אם יש לו גם בנים (ראה הערה 247). באות יז הוא מסביר ששטר חצי זכר מועיל כי זה מנהג, וגם לר' יחיאל הגהות מרדכי, שבת, סי' תעב (הובא בב"י יו"ד סי' רסד), האומר שסיטומתא לא מועיל בדשלבל"ע, הרי הקנאה לעובר מועילה בקעמ"ל, ובמקום שדעתו קרובה (היינו לעובר שהוא בנו), ולכן מועיל מנהג להחשיבו כקנין גמור.
בתנ"ך: משכנות יעקב (נאים) פ' חיי שרה דף כד ע"א, כותב שהיות שהמזכה לעובר לא קנה, לכן הוצרך ה' להקנות את א"י לאברהם עצמו, ולא הקנה אותה לישראל, שעוד לא נולד.
אש דת (אלפנדרי), פ' שלח (נד ע"ג, עמ' רי במהד' תשמ"ח), כותב שאף שאין תוקף למתנה למי שלא בא לעולם, בכל זאת הועילה מתנת ה' לאפרים ומנשה שנאמרה לפני לידתם (בראשית לה, יא), כי העתיד גלוי לפני ה' וכאילו כבר נולדו.
[197] שו"ת הרשב"א ח"ב סי' ריג; גינת ורדים אהע"ז כלל ד סי' ה (ד"ה ולעד"ן); שו"ת שער אשר ח"ב סי' כו (נה ע"ב). ראה ליד ציון הערה 219, שאפילו אב אינו יכול לתת מתנה לבנו שעוד לא נולד.
[198] ספר יראים (השלם), סימן קמא; בית דוד (פילוסוף), חו"מ, סי' יב, בדעת ר"ח, המובא בטור, חו"מ, רי, ב (האומר שעובר אף אינו זוכה בירושה), ובדעת הרמב"ן וסיעתו שנביא בהערה 224 (האומרים שמה שאב יכול לתת מתנה לעוברו הוא רק תקנת חכמים), ובדעת הרא"ש וסיעתו, שנביא בהערה 204 (שכתבו שמועילה הקנאה לעובר זר אם אמר "לכשתלד"); מנחת אשר (תשס"ד) ב"ב סי' מו אות ז, בדעת הרמב"ן וסיעתו; מחנה אפרים, הלכות מוכר דבר שלא בא לעולם סימן א, בסופו, בדעת רשב"ם, ב"ב קמב ע"א (ד"ה לכשתלד); קצות החושן, רט ס"ק א. וראה מקורות נוספים לכך בהערה 227.
חי' מהר"ם שיק, קידושין סב ע"ב (עמ' רפה), מסביר שאמנם עובר נחשב שבא לעולם, אבל אינו יכול לזכות לעצמו, שהרי מהתורה מותר להמית עובר, ואם אין לו זכות על גופו ק"ו שאין לו זכות לממון; ואף שהוא זוכה בירושה, אבל מי שלוקח ממנו אינו חייב משום גזל, ק"ו ממה שההורגו פטור, ולכן לא סמכה דעתו לזכות כי יכולים ליטול ממנו.
יש אומרים שעובר נחשב שלא בא לעולם, גם לענין שא"א להקנות עובר בהמה לאדם רגיל, ולכן אינו יכול לקנות. כך כותב אור הישר, תמורה יב ע"א, בדעת תוס' כתובות ז ע"ב (ד"ה המזכה), יבמות סז ע"א (ד"ה זו), צג ע"ב (ד"ה לאחר), גיטין יג ע"ב (ד"ה לדבר), וקידושין סב ע"ב (ד"ה ואמר), שלכן עובר אינו קונה. אחרים אומרים (וביניהם קצות החושן, רט ס"ק א) שהוא נחשב שבא לעולם, ואפשר להקנות עובר בהמה, ובכל זאת אינו יכול לקנות, כי הוא כמו חתיכת בשר, כפי שהסביר יראים שם, שאפשר להקנותו ואינו יכול לקנות בעצמו. בשאלה זו ראה סעיף 1(ב).
א' אפטוביצר, "עמדת העובר בדיני העונשין של ישראל", סיני כרך יא (תש"ב) עמ' יד, מסביר שאין מעמד חוקי לעובר לענין ממון (בין היתר, לענין מתנה) כי עובר ירך אמו הוא, ולא ייתכן שייחשב אדם עצמאי אם הוא חלק מאמו. אבל ר'

מדובר בנתינה על ידי זיכוי לאחר עבור העובר (שהרי ברור שהעובר אינו יכול לזכות בעצמו), ובכל זאת הזיכוי חסר תוקף[200], מפני שאין לזכות על מי לחול, כיון שאיש האמצע אינו זוכה לעצמו, וכאילו אמר לחברו "זכֶה בשדה זו בעד אבן פלונית"[201].

המזכה לעובר לא קנה גם אם הוכר העובר - היינו אחרי שליש ההריון[202], ואפילו סמוך ללידתו[203].

אליקים גציל אלינסון, "העובר בהלכה", סיני כרך סו (תש"ל), עמ' כח, דוחה הסבר זה, שהרי הסוגיה בב"ב לא הזכירה "עובר ירך אמו", ועוד שר' יוחנן סובר בב"ב שם שאין זכיה לעובר, אף שהוא סובר ש"עובר לאו ירך אמו" (תמורה כה ע"א). והוא מסביר ש"עובר ירך אמו" אומר רק שתכונות חוקיות של האם מתפשטות לעובר, ושינוי שחל באם נחשב שחל גם בעובר, אבל זה לא קובע את מעמד העובר.

[199] רא"ש יבמות פרק ז סי' ד (הובא בנתיבות חיים ח"א סי' מד), ורא"ש המובא בשטמ"ק, ב"ב קמב ע"ב; בית דוד, שם, בדעת הרמב"ם וסיעתו, שנביא בהערה 232 (האומרים שאב יכול לתת מתנת בריא לעוברו מפני שיש לו גמירת דעת); ר' אברהם מונסון, בשו"ת ר' יחיאל באסן סי' יח (ט ע"ב); קובץ שיעורים, ב"ב סי' תצ; גליוני הש"ס ב"מ טז ע"א. מקורות נוספים לכך נביא בהערה 215.

ר' אברהם מונסון, שם (דף ט ע"ג) מביא שהרשב"א כתב שפגם הרצון שבנתינה לעובר הוא בגדר אסמכתא. אבל ר' יחיאל באסן עצמו, שם סי' יט (יב ע"ב-ע"ג, מוכיח שהוא יותר גרוע מאסמכתא.

ר' אליקים גציל אלינסון, "העובר בהלכה", סיני כרך סו (תש"ל), עמ' כד, כותב שלפי השיטה (ליד ציון הערה 232) שאב הנותן לבנו העובר, קנה גם במתנת בריא, הטעם שעובר זר לא קנה הוא שחסר לו אמצעי הקנין ע"י שליחות או זכיה. ואין דבריו ברורים.

[200] שו"ע שם; שמע יעקב שם; שו"ת פרי הארץ, ח"א, חו"מ, סי' ו (נז ע"ג); פת"ח קניינים, פי"א הערה פ.

פני יהושע קידושין סב ע"ב (ד"ה אלא דלפי"ז) (הובא בחי' מהר"ם שיק, קידושין סב ע"ב, עמ' רפה), מסביר שאף לדעה שאפשר להקנות לדבר שלא בא לעולם, אי אפשר **לזַכות** לו, כי "זכין" מטעם שליחות (ראה על כך בסעיף 6), אלא שקטן שיבוא לכלל שליחות תיקנו לו חכמים שיועיל זיכוי (ראה על כך בסעיף 6), אבל לא תיקנו זכייה לעובר כי אינה שכיחה (הוא חוזר על כך בד"ה אלא דלכאורה); וגם לדעה (ראה סעיף 6) שמועיל זיכוי לקטן מדאורייתא, הרי "זכין לאדם שלא בפניו" נלמד בקידושין מב ע"א ממה שנשיאי השבטים זכו בנחלת ארץ ישראל עבור עם ישראל, וביניהם היו גם קטנים שהם בני נחלה, אבל לא עוברים, כיון שלשיטת הרמב"ם בפירוש המשניות יבמות פ"ז מ"ב עובר אינו בר נחלה, ולכן אין לו זכייה לא מדאורייתא ולא מדרבנן. קהלת יעקב, תוספת דרבנן, מע' ז, אות קיט (לז ע"א), מסביר שדעה זו סוברת שלא היו עוברים בזמן חלוקת הארץ שהגיעה להם נחלה. בשאלה האם עובר יורש, ראה אנציקלופדיה תלמודית, ע' ירושה, ליד ציון הערה 691 ואילך.

כמו כן, מרחשת, ח"ב, סי' לח, ענף ג אות יג, כותב שמה שמזכה לעובר לא קנה אינו מטעם דשלבל"ע, שהרי רמב"ם, אישות, ז, טז, סובר שעובר נחשב שבא לעולם (אם הוכר!), אלא הבעיה היא **בזיכוי**, שזיכוי לקטן מועיל מדרבנן כי יבוא לכלל שליחות, ולא תיקנו לעובר כי יעבור הרבה הרפתקאות עד שייוולד, לכן אינו נחשב שיבוא לכלל שליחות.

[201] בית דוד (פילוסוף), חו"מ, סי' יב.

[202] חידושי הרמב"ן קידושין סב ע"ב; חידושי הרשב"א קידושין סב ע"ב; חידושי הריטב"א קידושין סב ע"ב; ר"ן על הרי"ף, קידושין כו ע"ב (בדפי הרי"ף); טור, חו"מ, רי, א (הובא בבן הרמה הל' מכירה, כב, א); פני יהושע קידושין סב ע"ב (ד"ה אלא דלפי"ז), בדעת רמב"ם הלכות מכירה, כב, י; שו"ת מהרשד"ם אהע"ז סי' קי; שו"ת גור אריה יהודה יו"ד סי' נח (נח ע"ב), בדעת הרמב"ם; שו"ת ר' יחיאל באסן, סי' יט (יא ע"ד) בדעת הרמב"ם; חקרי לב חו"מ ח"ב סי' יז דף יז ע"ג, בדעת הרמב"ם, ודף יח ע"ג בדעת השו"ע; חי' מהרי"ט, קידושין סב ע"ב, בחידושיו על הרי"ף, בדעת הרמב"ם; אור הישר, תמורה יב ע"א; ערך השלחן, חו"מ, סי' ס, ס"ק ל (דעת עצמו), וסי' רי, ס"ק ו, בדעת הרמ"ה, שהובא בטור אהע"ז סי' מ (האומר שהמקדש עובר שהוכר אינה מקודשת); הלכה רבה, חלק ב, הלכה שפג, עמ' 149, בדעת הרמב"ם; מצעדי גבר, קידושין, סי' מה, אות ג, בדעת הרמב"ם; קרית מלך רב, הלכות מכירה, כב, י (עמ' תשעא), בדעת הרמב"ם; ר' יוסף שרבינטר, "זיכוי לעובר", יד אהרן (לזכר ר' אהרן כהן), עמ' רלג, בדעת הרמב"ם.

דעה חולקת: ר"ן שם, חלקת מחוקק, מ, ס"ק יד, ערך השלחן, חו"מ, רי, ס"ק ו, ועבד המלך, הלכות מכירה, כב, י, אות ב, כותבים שלדעת הרמב"ם, הנותן מתנה לעובר שהוכר, קנה, שהרי רמב"ם, הלכות אישות, ז, טז, כותב שאפשר לקדש עוברה שהוכרה.

לעומתם, פרשנים אחרים אומרים שאין ללמוד מדין קידושין לדין מתנה, והסבירו זאת בכמה דרכים: (א) בית שמואל, מ, ס"ק יב, כותב שאף שהמזכה לעובר לא קנה (והיינו אפילו הוכר), בכל זאת רמב"ם פסק שקידושין תופסים בעובר, כי האב בעולם והוא זוכה בכסף הקידושין. (ב) קצות החושן, רט ס"ק א (הובא בקנין תורה בשמעתתא דברים עמ' רמו), כותב שאף שלרמב"ם עובר נחשב שבא לעולם (אם הוכר), אינו קונה מתנה שניתנת לו משום שאינו בר זכיה (מחנה יהודה (חסמן), סי' ח, עמ' קמה, כותב שכוונת קצות החושן היא שאף שהוא יכול לזכות בירושה ובמתנה מאביו, אינו קונה מתנה מאדם זר כי אין למקנה גמירות דעת). (ג) מרכבת המשנה (חעלמא) מהדו"ב הלכות אישות ז, טז, בני אהובה, אישות ז, טז, בית מאיר, אהע"ז, מ, ח, תורת ההשלמה, על ספר ההשלמה ב"ב פ"ט סי' ג, ונחלי מים (שנפלד), סי' ה, עמ' מה, כותבים שמה שרמב"ם פסק שהמקדש עובר שהוכר מקודשת הוא רק **לחומרא**, אבל באמת הוא סובר שנחשב דשלבל"ע גם אם הוכר. (ד) דברי חיים, פרשת ויצא (פ ע"ב במהד' תש"ו), מסביר שהרמב"ם סובר שהקנאת עובר מועילה (ולכן קידושין מועילים בעובר), כי הוא קונה את הוולד כפי שהוא עכשו, ומה שיגדל אח"כ יהיה שלו כי גדל משלו; אבל בהקנאה לעובר, הוא כמקנה לאם, כיון שעובר ירך אמו, וא"א שהוולד יקנה כשייוולד, שהרי הוא לא הקנה לוולד אלא

גם אם אמר הנותן שהמקבל יזכה כשייוולד, לא קנה[204], וגם אם הנותן לא חזר בו עד הלידה, הוא יכול לחזור בו אחרי הלידה[205].

לחלק מהאם. (ה) שו"ת שבות יעקב חלק ג סימן קיח, ומרומי שדה קדושין סב ע"א (ד"ה אם היתה), מסבירים שקידושין שונים מהקנאה, כי הם דומים להקדש, ואפשר להקדיש עובר (רמב"ם, הלכות מעשה הקרבנות, טו, א). בדומה הסביר אבני מילואים, מ ס"ק יב, שרק קידושין חלים בעובר, כי קדושת הגוף חלה גם על דבר שלא בא לעולם. בדומה הסביר צפנת פענח הלכות אישות ז, טז, שקידושי עובר מועילים כמו שמועיל הקדש של עובר, כי קידושין הם רק "דין" (ולא העברת בעלות) ולכן הם חלים בעובר כמו הקדש. אבל בית מאיר, אהע"ז, מ, ח, דוחה הסבר זה, שהרי לפיו היה צריך להיות שמקודשת עוד לפני שהוכר העובר, שהרי קדושת הגוף חלה גם על דבר שלא בא לעולם בכלל. (ו) כהונת עולם, סי' ז (ד ע"א), וכח מעשיו הגיד לעמו, דרוש יד (לד ע"ד), מסבירים שרק מקדש עובר שהוכר מועיל לרמב"ם, משום שהקונה (המקדש) נמצא בעולם, משא"כ כאן שהקונה - העובר - אינו בעולם, ולכן לא קנה אפילו הוכר. (ז) ר' משה שמואל שפירא, "בשיטת הר"מ בקידושי עובר", מוריה גל' רמא עמ' צב, כותב שקידושין מועילים בעובר כי הוא נחשב שבא לעולם, ובכל זאת זיכוי לעובר אינו תקף, כי הקנאה מתקיימת רק באדם ש"מצוי בפועל", כפי שנימק רמב"ם בפירוש המשנה, ב"ב פ"ט מ"ב, ולא כתב מטעם דשלבל"ע. (ח) קנין תורה בשמעתתא בראשית עמ' עב ועמ' עט, מסביר שקידושין שונים מהקנאה, שקידושין עיקרם הסתלקות האשה, ובזה די שיהיה קצת בעולם, משא"כ בהקנאה. (ט) טיב קדושין (צינץ), מ, ס"ק טז, מסביר שבקידושין עיקר עניינו להתפיס את האיסור בה, שהרי המקדש אינו זוכה בשום דבר, וגם כשתיוולד אינו זוכה בשום דבר כי תהיה ראויה לנישואין רק בגיל 3, וא"כ אין הבדל בין מעוברת לבין שנולדה, אלא הקידושין חלים רק לענין התפסת האיסור, וזה יכול לחול מיד; ואילו זיכוי לעובר אינו מועיל כי עכשו אינו בר קנין ואינו יכול לזכות בחפץ. בדומה מסביר שו"ת אגרות משה אהע"ז חלק א סימן פא (ד"ה ולולא), שגם בקידושי עובר, עדיין אינה קנויה למקדש בקנין אישות, ורק לענין האיסור שהקידושין עושים מועיל כמו שחלה קדושת הגוף על עובר. (י) נתיבות חיים ח"א סי' מד, ור' יוסף שרבינטר שם, מסבירים שלרמב"ם בקידושין, בגלל חומרתם, אדם עושה אותם רק בלב שלם (ר"ן נדרים פז ע"א), ולכן יש לו גמ"ד אם הוכר העובר, משא"כ במתנה. כנה"ג חו"מ, רי, הגה"ט, אות ז, מעלה אפשרות שהרמב"ם עושה הבחנה בין קידושין למתנה, בלי לנמק.

[203] חידושי הריטב"א בבא בתרא קמב ע"ב.

[204] יד רמה ב"ב פ"ט סי' לב; חי' הרמב"ן ב"ב קלא ע"א (הובא בשו"ת ר' יחיאל באסן, סי' יט דף יא ע"ד); חידושי הר"ן בבא בתרא קמב ע"ב; שו"ע, חו"מ, רי, א; רמ"א, חו"מ, רי, א (הובא בשו"ת תועפות ראם (אנקאווא) סי' ל דף לה ע"א); חידושי הריטב"א בבא בתרא קמב ע"ב; נימוקי יוסף, ב"ב סו ע"א (בדפי הרי"ף); מאירי קידושין סב ע"א (ד"ה האומר), (גם בדעת הרמב"ם), ובבא בתרא קמב ע"א (אף אם אמר "מעכשו ולכשתלד"); לחם משנה, הלכות זכיה ב, יח, בדעת הרמב"ם; ט"ז, יו"ד, רסז, ס"ק ל (הובא בשו"ת גור אריה יהודה, סי' ס, דף סא ע"ב); משכנות הרועים מע' ע אות עג, בדעת הרי"ף; ס' המקנה, קידושין סב ע"ב (ד"ה והנה הרמב"ם), בדעת הרמב"ם, והפלאה, כתובות יא ע"א (ד"ה תוס' ד"ה מטבילין); כח מעשיו הגיד לעמו, דרוש יד (לד ע"ג), בדעת הרמב"ם (אבל כתב שהגהות מיימוניות שם הבין שלרמב"ם קנה); מעשה נסים (הכהן), על רמב"ם, הלכות מכירה, כב, י (פא ע"ד בדפי הספר), בדעת הרמב"ם; הלכה רבה, חלק ב, הלכה שפג, עמ' 149; קרית מלך רב, הלכות מכירה, כב, י (עמ' תשעא), בדעת הרמב"ם.

תוספות ב"ב קלא ע"א (ד"ה וש"מ), מוכיחים ממה שהגמרא בב"ב קמא ע"ב רצתה לומר שב"אם תלד אשתי זכר, יטול מנה", לא קנה כי זו הקנאה לדבר שאינו בעולם - מכאן שאף שכשילדה העובר כבר בעולם, לא קנה.

דעה חולקת: רב נחמן, בב"ב קמב ע"א, אומר שהמזכה לעובר ואומר שיקנה "לכשתלד", קנה. פוסקים רבים פסקו כמותו: רב האי גאון, בספר המקח, שער ה, הדרך השני (הובא בחידושי הרשב"א קידושין סב ע"ב, ובערך השלחן חו"מ סי' ס, ס"ק ל); עיטור, זיכוי, ליד אות ל (ח"ב, ט ע"ד); ר"ח המובא בטור, חו"מ, רי, א, ובשו"ת פרי הארץ, ח"א, חו"מ, סי' ו (נה ע"ד); שו"ת הרא"ש כלל פב סי' ד, וראי"ש, ב"ב פ"ט, סי' ה (הובא בשו"ת שואל ומשיב מהדו"ה סי' נו דף נג ע"ב, בבתי כהונה, בית ועד, סי' ז (לב ע"ג), ובחי' מהר"ם שיק, קידושין סב ע"ב, עמ' רפה); רשב"ם ב"ב קמג ע"א (ד"ה הראויה) (הובא בגידולי שמואל, ב"מ ל ע"א, ד"ה שכן); מישרים נתיב יז; אור זרוע בבא בתרא סימן קנז, בשם ר' ברוך מארץ יון; רבינו מאיר, המובא במרדכי ב"ב סי' תרג (הובא באור שמח הלכות מכירה, כב, י); ספר החכמה, המובא במרדכי, ב"ב סי' תקעח (על מי שאומר שהקנין יחול בזמן שהילד כבר ייוולד); ר' אברהם כ"ץ, המובא בשו"ת מהר"י וייל סימן סט; ושו"ת שארית יוסף (כץ), סי' יב - והם כותבים שאם הנותן אמר שהעובר יזכה כשייוולד, ועשה קניין מהסוג המועיל לאחר זמן, ולא מת המזכה עד שנולד העובר, קנה העובר. בית ישחק, הלכות מכירה, כב, י (קי ע"ב), כותב שזו דעת רוב הפוסקים.

סמ"ע, רי, ס"ק א, וט"ז, אהע"ז, קלב, ס"ק ב (הובא באבני מילואים, לה, ס"ק יג), מסבירים שדעה זו סוברת כדעה המובאת ברמ"א, חו"מ, רט, ד, שאפשר להקנות דבר שלא בא לעולם, אם אמר "לכשיבוא לעולם". אבל ט"ז, חו"מ, רי, א, סותר את עצמו ואומר שהרא"ש סובר שכאן קנה, אף שהוא סובר שאי אפשר להקנות דבר שלא בא לעולם גם אם אמר "לכשיבוא לעולם" (כפי שמוכח מדבריו המובאים בשטמ"ק ב"ב קמב ע"א בדעת רב נחמן, וכן מוכיח כתונת פסים, על נ"י ב"ב שם [עג ע"ד-עד ע"א בדפי הספר] ממה שפסק רא"ש ב"ב פ"ד סי' ז שהמוכר עובר פרתו לא קנה, ומשמע שם שכך הדין אפילו אמר "לכשתלד"), כי הקנאה לדשלבל"ע חזקה יותר מהקנאת דבשלבל"ע. נתיבות המשפט, רי, ס"ק א, מסביר שהרא"ש סובר שהקנאה לדשלבל"ע מועילה יותר מהקנאת דבשלבל"ע, כדברי תוס' גיטין יג ע"ב (ד"ה לדבר) (בשאלה מה מועיל יותר, עי' בהרחבה בשו"ת ר' יחיאל באסן, סי' יח, וסי' יט, דף י ע"ג, בערך השלחן חו"מ סי' ס, אות ל, ובחקרי לב חו"מ ח"ב סי' יז דף כא ע"ב). גם ס' המקנה, קידושין סב ע"ב (ד"ה ונראה), כותב שדעה זו אינה תלויה בדעה שמועילה הקנאת דבר שלא בא לעולם אם אמר "לכשיבוא לעולם".

תורת הקנינים ח״ב מילואים סי׳ לג, אות א, מסביר שרק דשלבל״ע א״א להקנות לכשיבוא לעולם, כיון שבשעת הקנין אין לנותן כוח הקנאה (כי אין לו בעלות בנכס), ולכן גם אינו יכול לעשות שהקנין יחול כשייווצר לו כוח הקנאה; אבל בהקנאה לעובר יש לו כוח הקנאה, שהרי דבר המתנה נמצא בעולם, אלא שיש חסרון בגמר חלות תפיסת הקנין, שאין חלות קנין אצל העובר, ולכן מועיל אם הוא מזכה לעובר לכשייוולד, שהקנין יתפוס כשהוא ילוד, שהרי יש לו עכשו כוח הקנאה, ומה שהקנין יתפוס כשייוולד אינו כוח הקנאה שייווצר בעתיד. באות ב (עמ׳ תרא), הוא כותב שזו גם טעמו של רשב״ם, ב״ב קמב ע״א (ד״ה לכשתלד), ומה שנקט שמועיל ״לכשתלד״ משום שהעובר ישנו קצת בעולם, הוא כי לולא זה היה נחשב שכוח ההקנאה נוצר רק בלידה, כי לא ייתכן כוח הקנאה למי שעדיין אינו בעולם כלל. ועוד הסביר (בעמ׳ תרב), שאם לא היה נחשב בעולם כלל, לא היה מועיל זיכוי, שהרי זכייה מטעם שליחות, ואין דין שליחות בדשלבל״ע.

בית דוד (פילוסוף), חו״מ, סי׳ יב, מסביר שראשונים אלו סבורים שהחסרון בהקנאה לעובר הוא שהעובר אינו יכול לזכות ברכוש בעודו עובר (הטעם שליד ציון הערה 198), ולכן אם הנותן דוחה את ההקנאה לרגע הלידה, שאז הוא יכול לזכות, יש לה תוקף. כמו כן, אמרי משה סי׳ לט אות ד, מסביר שרב נחמן סובר שעובר נחשב שבא לעולם אלא שכשהוא עובר אין לו קנינים. אבל אפשר לנמק בדרך אחרת: בעיקרון מועילה מתנה לעובר, כי א״צ שיהיה הקונה בעולם, משום שבכל הקנינים הקנין נעשה ע״י המקנה, שלכן א״צ את כוונת הקונה לקנות במקום ש״דעת אחרת מקנה״ (וכך מסביר קובץ שעורים בבא בתרא סי׳ תצד בדעת תוס׳ בדעת רב נחמן; אלא שתורת הקנינים ח״ב מילואים סי׳ לג, אות א, מקשה עליו, א״כ מה ההבדל בין הקנאה לעובר עכשו לבין הקנאה לכשייוולד), אלא שבסתם מתנה לא קנה העובר מפני שאין לנותן גמירת דעת (כמו שכתב רא״ש יבמות פרק ז סי׳ ד, וכך הסביר שיעורי ר׳ שמואל (רוזובסקי), ב״ב, אות קצב, בדעת רב נחמן), ועל ידי האמירה ״לכשתלד״, מסתלק חסרון גמירות הדעת, כי רק המקנה לעובר לאלתר, כשאינו בעולם, מתייחס למציאות שאינה קיימת, ואינו גומר בדעתו להקנות, כיון שמציאות העובר היא ערטילאית בעיניו; ואילו המקנה לעובר ״לכשתלד״ מתייחס למציאות קיימת, אע״פ שאינה קיימת בהווה, ולכן הוא גומר בדעתו, אבל חלות הקניין היא לאחר שייוולד. וכך מסביר גידולי שמואל ב״ב קמ ע״א (ד״ה והנה סברת), שדעה זו סוברת שעובר הוא בר קניין, אלא שזיכוי לעובר לא מועיל כי אין לנותן גמירת דעת, אבל אם אמר ״לכשתלד״, מועיל, כמו שדבר שבידו להקנות, אפשר להקנות אותו לאחר זמן (וצריך להוסיף שעל זה יש לו גמירות דעת).

ר׳ אליהו ב״ר יוסף חזן, בחקרי לב חו״מ ח״ב סי׳ יז (כב ע״ב), מנמק שאם אמר ״לכשתלד״ המשמעות היא שהוא **מתחייב** להקנות לו כשייוולד, ואז חל הקנין כי המקבל כבר בעולם (צריך להוסיף שהוא מקיים את התחייבותו בכך שהחפץ נמצא בחצרו של המקבל בשעת הלידה, כפי שנראה בהמשך הערה זו, וקונה בקנין חצר). אבל הוא מתקשה, א״כ מדוע לפני העיבור אינו קונה (כפי שנראה בהמשך הערה זו), הרי גם אז אפשר לראותו כאילו התחייב כאמור? עיי״ש לתירוצו, שאינו ברור. והוא מדייק (בדף כד ע״ב) מרא״ש ב״ב שם, שהקנין חל מיד, אבל נגמר רק בלידה, ואם לא מת הנותן ולא חזר בו, כשנולד חל הקנין למפרע (ולפי הרא״ש אין זה מטעם התחייבות).

יש כמה סייגים לקניין העובר לפי דעה זו:

(א) אם חזר בו הנותן: רא״ש ב״ב שם (הובא בשו״ת מהר״י ווייל סימן סט, בחקרי לב חו״מ ח״ב סי׳ טז וסי׳ יז דף כג ע״ב, ודף כד ע״ב, ובאמרי משה סי׳ לט אות ד), טור שם (הובא שו״ת ראש יוסף (אישקאפה) דף יז ע״א, ובאבן האזל הלכות זכיה ומתנה, ב, יח, ד״ה אלא דצריך), מישרים שם, מחנה לוי (הורוביץ), ב״ב קמב ע״א (נט ע״ד), ובית דוד (פילוסוף), חו״מ, סי׳ קטז, כותבים שהנותן יכול לחזור בו עד שייוולד, כי הקנין חל רק ברגע הלידה.

(ב) אם מת הנותן: שו״ת הרא״ש כלל פב סי׳ ד (הובא בשו״ת מהר״י ווייל סימן סט, באמרי משה סי׳ לט אות ד, ובקובץ שעורים בבא בתרא סי׳ תצו), רא״ש ב״ב שם, מישרים שם, פרישה, חו״מ, רי, ס״ק א, תומים, סא, ס״ק א, בית דוד (פילוסוף), חו״מ, סי׳ קטז, ובן הרמה הל׳ זכיה, ח, ו (קפ ע״א), כותבים שגם לשיטה זו, אם מת הנותן לפני שנולד הילד, לא קנה, כי לא נגמר הקנין ואין קנין לאחר מיתה. שו״ת הרא״ש כותב כך גם לגבי שכ״מ, ועל כך מקשה פתח הבית (טיקטין, תק״פ) סי׳ לה (פה ע״ד), הרי שו״ת הרא״ש כלל פד (שלא מצאנו) כותב שמתנת שכיב מרע חלה אחרי מותו ויכולה לחול זמן ניכר אחרי מותו. תורת הקנינים ח״ב מילואים סי׳ לג, אות ג, כותב שאם הנותן חי בשעת לידת המקבל, גם אם הוא גוסס שאינו ראוי לתת אז (ראה ליד ציון הערה 128), הילד קנה, כי חלות הקנין נעשתה בשעת הזיכוי, כי כבר אז יש לנותן כח הקנאה, ורק גמר הקנין נעשה בשעת הלידה.

קצות החושן, רנ ס״ק א, כותב שאם מת הנותן לפני הלידה, לא מועיל ״לכשתלד״, ורק בשכיב מרע מועיל מפני שמתנתו חלה אחרי מותו. גידולי שמואל ב״ב קמ ע״א (ד״ה אמנם לפרש), כותב שאף שקצות החושן, קצז ס״ק ד, כותב שב״לכשתלד״, הקנין מתחיל בשעת הזיכוי כי העובר בר קנין באופן חלקי, בכל זאת אינו קונה אם מת המקנה לפני הלידה, שהרי ב״מעכשו ולאחר שלושים״, לר׳ יוחנן שהקנין מתחיל ״מעכשו״, הנותן יכול לחזור בו בינתיים כמו שכתבו תוס׳ קדושין סג ע״א (ד״ה כגון), ולכן הנותן היה יכול לחזור בו לפני הלידה, ואם מת, אינו גרוע מחזרה כיון שבשעת גמר הקנין אין דעת מקנה. והוא כותב (בד״ה אכן) שלפי חידושי הרשב״א קדושין סג ע״א, האומר שלר״מ הסובר שאשר להקנות דשלבל״ע, אם אמר ״מעכשו״ קונה למפרע ואינו יכול לחזור בו, נמצא שלפי ר״מ קנה גם אם מת המקנה לפני שהדבר בא לעולם, וכן לדעה שמועיל ״לכשתלד״, הרי אם אמר ״מעכשו״, הנותן אינו יכול לחזור בו, וגם אם מת הנותן, קנה.

(ג) סוג הקניין: רא״ש ב״ב שם (הוא בשו״ת מהר״י ווייל סימן סט), מישרים שם, טור שם, ומחנה לוי (הורוביץ), ב״ב קמב ע״א (נט ע״ד), כותבים שקנין סודר אינו מועיל כאן, כי הקנין חל ברגע הלידה, ואז כבר חזר הסודר לבעליו; ומאותה סיבה גם חזקה אינה מועילה. כמו כן, עליות דרבנו יונה, בשטמ״ק ב״ב קמב ע״א, אומר שלרב נחמן שהעובר קנה אם אמר ״לכשתלד״, לא מועילה משיכה, חזקה או סודר, שהרי הקנין יחול רק כשתלד, ואז כבר ״כלתה קניינו״. דרישה, חו״מ, רי, א, כותב שקנין חזקה אינו מועיל גם אם עשה גדר והגדר עדיין קיימת כשנולד, כי בשעת עשייתו לא חל הקנין. שו״ת מהרי״ט חלק ב חו״מ סי׳ כב, מביא (בהסכמה) חכם אחד שכתב שאם הקנה לעובר בקנין סודר, לא קנה, כי כשנולד כבר חזר סודר לבעליו, ומנמק שאפילו במתנה לגדול לא מועיל ״משוך פרה זו ולא תקנה אלא לאחר שלושים יום״ כי

לאחר שלושים כלתה משיכתו, וכך גם בקנין סודר. בית דוד (פילוסוף), חו"מ, סי' קטז, כותב שלא מועיל קנין חזקה (בקרקע) מטעם זה. גבעת פנחס (ארביטמן) עמ' סא, כותב ששטר אינו מועיל, שהרי העובר אינו יכול לזכות בשטר עכשו, ואין לומר שהקנין חל כשהוא נולד, שהרי מה שנאמר שאם השטר קיים בסוף הזמן, "לא כלתה קניינו", אין הכוונה שהשטר עושה אח"כ קנין גמור (עיי"ש להוכחתו), אלא עיקר הקנין חל מקודם, אלא שהוא נמשך, וזה לא ייתכן בשטר בעובר, שאינו יכול לקנות בתחילה. כנגד זה, שיעורי ר' שמואל (רוזובסקי), ב"ב, אות קפט, מסביר, שהנותן עושה את מעשה זכיית השטר בשביל העובר לכשייוולד, וכשייולד יקנה את השטר, וממילא הוא קונה את הקרקע. גבעת פנחס מעלה אפשרות שבקרקע יַקנה לו בקנין כסף ע"י אחר מדין עבד כנעני (ראה סעיף 6), ובמטלטלין יַקנה לו אגב קרקע, ואת הקרקע יַקנה ע"י כסף ע"י אחר מדין עבד כנעני. שיעורי ר' שמואל שם כותב שמועיל קנין חזקה ומשיכה באומר "לכשתלד" (לשיטה זו), אם אמר לאיש האמצע "לך חזֵק וקנֵה בשביל עובר זה לכשייולד"; אבל הוא מעלה אפשרות שאינו מועיל, כי צריך שהנותן יעשה את איש האמצע שליח, והרי אינו יכול לעשות אותו שליח שיזכה **עכשו** בשביל העובר, ולכן גם אינו יכול לעשותו שליח שיזכה **אח"כ** בשבילו.

(ד) מקום הנכס ברגע הלידה: ראי"ש ב"ב שם (הובא בחקרי לב חו"מ ח"ב סי' יז, דף כד ע"ד), מישרים שם, טור שם ובית דוד (פילוסוף), חו"מ, סי' קטז, כותבים שקנה רק אם עשה קנין משיכה והנכס עדיין ברשות איש האמצע או ב"אגם" (מקום שאינו רשות הקונה ולא רשות הרבים) בשעת הלידה, או שהקנה קרקע בשטר, והשטר עדיין ביד איש האמצע. כמו כן, סמ"ע, רי ס"ק ב, כותב שלפי דעה זו, קנה דוקא אם הנכס ברשות איש האמצע או באגם בשעה שנולד העובר, או שזה קרקע והשטר קיים ביד הזוכה. קצות החושן, קצז, ס"ק ד, מדייק מזה שאם הנכס ברה"ר, לא קנה. כמו כן, עליות דרבנו יונה, בשטמ"ק ב"ב קמב ע"א, אומר שלרב נחמן מועיל רק אם מזכה ע"י אחר בשטר והשטר עדיין קיים, או במשיכה, וכשנולד, המטלטלין עדיין בחצרו של איש האמצע. לגבי דברי הטור שאם היה באגם, קנה, ראה בהמשך הערה זו בשם קצות החושן.

(ה) הלשון: שו"ת הרא"ש כלל פב סי' ד, כותב שהאומר "מה שתלד כלתי יירש חלק בנכסי", או "אם תלד" וכו', אין זה כאומר "לכשתלד כלתי יטול הוולד כך וכך". לעומתו, ר"ן על הרי"ף, קידושין כו ע"א (בדפי הרי"ף, בתחתית העמוד), כותב שאמירת "אם האשה תלד זכר" דינה כאמירת "לכשתלד". ערך השלחן חו"מ סי' ס, ס"ק ל, מביא את שתי הדעות. בית מאיר, ב"ב קמב ע"א, מעלה אפשרות ש"אם תלד זכר" אינו כמו "לכשתלד" אלא משמעותו למפרע כי זה לא תנאי של עשייה אלא דבר שיתברר בלידה, שאז יתברר שכבר בשעת האמירה התקיים התנאי; ומעלה אפשרות שכל תנאי בלשון "אם" חל למפרע (ראה סעיף 4). בית דוד (פילוסוף), חו"מ, סי' קטז, כותב שגם לשיטה זו, המזכה לעובר של אחר קנה רק אם אמר "לכשייוולד", ולא אם אמר "לכשתלד". שארית יוסף שם כותב שמי שכתב "כשאמות יקחו הבנים שיוולדו כך וכך", וכשמת הנותן היו הבנים בעולם, קנו כמו אם אמר "לכשייוולד".

(ו) לפני העיבור: קצות החושן, רי, ס"ק ב (הובא בכח מעשיו הגיד לעמו, דרוש יד (לד ע"ג), ובקובץ שעורים בבא בתרא סי' תצב), כותב שלפי רב האי גאון והרא"ש, "לכשתלד" מועיל רק אם זיכה כשהאשה מעוברת, ונימק ע"פ רשב"ם, ב"ב שם (ד"ה כשתלד), שהסביר שעובר נחשב קצת שבא לעולם, ולכן לרב נחמן מועיל "לכשייוולד" אף שבדבר שלא בא לעולם לא מועיל לומר "לכשיבוא לעולם", משמע שלפני העיבור לא מועיל לומר "לכשתלד", כי אינו בעולם בכלל. כמו כן, שערי חיים (אריה) על ס' המקח, שער ה (נא ע"א), מדייק מס' המקח שם שגם אם אמר "לכשתלד", לא מועיל לפני העיבור כי זה דשלבל"ע. גם מלאכת שלמה (חכים) הל' זכיה ח, ה, חקרי לב חו"מ ח"ב סי' טז, וסי' יז דף כב ע"א (בדעת הרשב"ם) ודף כד ע"ד (בדעת הרא"ש), פלס חיים, גיטין יג ע"ב, ד"ה תוס' לדבר (עמ' קכד), ס' המקנה, קידושין סב ע"ב, ד"ה והנה הרמב"ם (בדעת רב נחמן), תורת גיטין, גיטין יג ע"ב, על תוס' ד"ה לדבר (בדעת רב נחמן), תפארת יעקב, גיטין יג ע"ב, על תוס' ד"ה לדבר (בדעת רב נחמן), אמרי משה סי' לט אות ד (בדעת רב נחמן), פתח הבית (טיקטין, תק"פ) סי' לה (פז ע"א), ושו"ת ר' יחיאל באסן, סי' יט (יא ע"ב), כותבים שלרא"ש מועיל רק בעובר ולא לפני העיבור. בית דוד שם כותב שקנה רק אם "הוכר העובר", ומהמשך דבריו מתברר שכוונתו למעט לפני העיבור (ראה על שימוש כזה בלשון "הכרת העובר" בהערה 237), ולא במובן הרגיל, שהוא אחרי שליש תקופת ההריון. כמו כן פת"ח, קניינים, פי"א הערה פג, מדייק מהט"ז, חו"מ, הנ"ל, שהסביר שלכשתלד" מועיל אף שאין מועילה הקנאת דשלבל"ע גם אם אמר "לכשיבוא לעולם", כי עובר נחשב שכבר בא לעולם - לפי זה "לכשתלד" מועיל רק אם האשה מעוברת בעת האמירה (אבל לפי זה, לפי הדעה ברמ"א, חו"מ, רט, ד, שאפשר להקנות דשלבל"ע אם אמר "לכשיבוא לעולם", יועיל "לכשתלד" גם אם אינה מעוברת).

לעומתם, רבינו מאיר, המובא במרדכי ב"ב סי' תרג, כותב ש"לכשתלד" מועיל אף לפני העיבור. גם שארית יוסף שם כותב שבאומר "לכשייוולד" קנה גם אז לא היתה מעוברת, כי הקנין חל רק אחרי הלידה. חזו"א חו"מ ליקוטים סי' ט ס"ק יא, מדייק מהגהות אשרי ב"ב פ"ט סי' ה, ומשטמ"ק ב"ב קמב ע"א בשם תוספי הרא"ש, שב"לכשתלד" קנה גם לפני העיבור.

מצד שני, קצות החושן שם מדייק מחידושי הרשב"א קידושין סב ע"ב, שלרב האי מועיל "לכשיוולד" רק בעובר שהוכר, כי נחשב קצת בעולם; וכוונתו לעובר אחרי שליש תקופת ההריון, שאז נחשב ש"הוכר".

בני יעקב, מאמר ב, קנין, דף סז ע"ג (הובא בשו"ת כפי אהרן (עזריאל), ח"ב, חו"מ, סי' ט, דף קיד ע"ד), מקשה, שלפי רשב"ם שם "לכשתלד" אינו מועיל בזיכוי למי שעוד לא נתעברה אמו, ואין אומרים שההקנאה תחול כשייוולד, ואילו תוס' ב"ב קלא ע"א (ד"ה וש"מ) ומרדכי ב"ב סי' תקעח, כתבו בשם רשב"ם (והוא ב"פירוש רשב"ם העקרי" (מדפוס פיזרו), ב"ב קלא ע"א) שכתובת בנין דכרין נקנית למי שעוד לא נולד בשעת התחייבות האב בכתובה, כי ההקנאה חלה כשמת האב ואז הם בעולם (אבל שו"ת רשב"ש, סי' תקלח, מסביר שמועיל כי זה תנאי ב"ד). קול יעקב (שאול), דרשה כד, דף עג ע"ב, וחקרי לב חו"מ ח"ב סי' לז (סט ע"ד), ור' אליהו ב"ר יוסף חזן, בחקרי לב חו"מ ח"ב סי' יז (כב ע"א, כג ע"ג [גם בדעת חידושי הרמב"ן, ב"ב קלא ע"א]), תירצו (ע"פ תוס', ב"ב קמא ע"ב, ד"ה איתיביה), שלדעת הרשב"ם, אם אמר "לכשתלד" ונתן **לבנו**, מועיל גם אם עדיין אינו עובר (ראה בשמם בהערה 219), וכתיבת "ירתון" לגבי בנין דכרין היא

כאמירת "לכשתלד". ר' אליהו ב"ר יוסף חזן, בחקרי לב חו"מ ח"ב סי' יז (כא ע"ד), מתרץ שלרשב"ם מועיל גם אם עדיין אינו עובר (גם אם אינו בנו), ומה שכתב שעובר ישנו קצת בעולם, אינו בדווקא. אור שמח הלכות מכירה, כב, י (ד"ה ונראה לי וד"ה ומטעם זה), מיישב שאף שלרשב"ם, באומר (לפני העיבור) "לכשיבוא לעולם" לא קנה, כמו שהקנאת דבר שלב"ל אינה מועילה גם אם אמר "לכשיבוא לעולם", מכל מקום התחייבות בכתובת בנין דכרין, מועילה מפני שלפני שהוא נושא את האשה, הוא יכול להסתלק מירושתה, ע"י סילוק או ע"י תנאי "ע"מ שלא אירשנה" (כתובות פג ע"א), ואז היו הבנים הזכרים שלה יורשים ממנה את נכסיה (הנדוניה שהכניסה), ולכן גם אם לא הסתלק הבעל, אלא הוא זוכה בנכסים שלה ובנדונייתה, הוא יכול להקנות את נכסיה לבנים כשימות, כמו שהאומר לחברו "שדה זו שאני מוכר לך, לכשאקחנה ממך תהא קנויה לך", קנה, אף שאז כבר לא תהיה ברשותו (ראה בשמו בסעיף 1(ב)); ואע"פ שאילו הסתלק היו יורשים מכח האם, ועכשיו שזכה בהם האב הם יורשים מכוחו - הכל אחד כיון שהזכות הוא אחד. הוא מוסיף (בד"ה אולם מה) שהסבר זה לא שייך בעיקר הכתובה ובתוספת הכתובה, שהרי גם אם הסתלק מירושתה, לא יירשו בניה הזכרים את עיקר הכתובה ואת תוספת הכתובה; ובכל זאת, היות שהתחייבותו בכתובת בנין דכרין מועילה על הנדוניא, היא מועילה גם על עיקר הכתובה ותוספת הכתובה. ר' צבי בוקשפן, בית אהרן וישראל גל' עז עמ' סז, מסביר בדעת הרשב"ם, ע"פ אור שמח שם, שבעצם הטעם בכתובת בנין דכרין הוא שהתכוון שההקנאה תחול כשהבנים יבואו לעולם, אבל יש בזה חסרון אחר - שהקנאת כתובת בנין דכרין חלה אחרי מיתתו, ואז אינו יכול להקנות, ועל זה התשובה היא שמועיל מפני שהיה יכול להסתלק מירושתה; אבל אם יאמר שיחול בחייו לכשיבואו לעולם, מועיל גם בלי טעם אחרון זה. שו"ת פני משה ח"א סי' לב (עב ע"ד), לומד מהרשב"ם בענין כתובת בנין דכרין, שאם הנותן מקנה את הנכס לראובן ואחרי ראובן מקנה אותו ליורשיו, שהמשמעות היא שמקנים ליורשיו אחרי מות ראובן, קנה, כי הוא אומר שהקנין יחול אחרי שייוולדו היורשים, וזאת גם אם עכשו עוד לא היה עיבור כלל. אבל לא יועיל ליורשי ראובן שיוולדו אחרי מותו. אבל הוא מציין (בדף עג ע"א) שרבים חולקים על רשב"ם בזה. גם שו"ת אדמת קודש ח"א סי' לב (פ ע"ב) מקשה על הרשב"ם שם.

טעם דעה זו: נתיבות המשפט רי, ס"ק א, מעלה הסבר אפשרי אחר לכך שההקנאה מועילה באומר "לכשתלד": שו"ת מהרי"ט, ח"ב, חו"מ, סי' כג, כותב שהעושה שליח בדבר שלבל"ע, ואומר שיהיה שליח כשיבוא לעולם, מועיל; לפי זה, אפשר לזַכות לעובר באמירת "כשייוולד" כי זכייה מטעם שליחות, ואיש האמצע הוא שליח של הנותן (ראה סעיף 6, בשאלה האם בזיכוי, איש האמצע נחשב שליח של הנותן או של המקבל, לשיטה שזכייה מטעם שליחות), וכשייוולד יזכה השליח עבור הילד, אם לא חזר בו הנותן בינתיים. אבל הוא כותב שלפי הדעה שזכייה אינה מטעם שליחות (ראה סעיף 6, שנחלקו בזה), היות שאינו יכול לזכות עבורו עכשו, גם אינו יכול לזכות עבורו אח"כ (פתחי חושן, קניינים, פי"א הערה פג, מציין שחלקו על מהרי"ט לענין שליחות; ראה חוק לישראל, שליחות, עמ' 216-214). אבל תורת הקנינים ח"ב פרק יד הערה קסא, מקשה על נתיבות המשפט, הרי מהרי"ט מתכוון לומר שהשליח יכול לעשות את הפעולה כשיבוא הדבר לעולם, והחידוש הוא שמועיל אף שבשעת המינוי הדבר עדיין לא היה בעולם, אבל השליח אינו יכול לעשות את הפעולה לפני שיבוא הדבר לעולם, וכאן פעולת הזיכוי נעשית לפני הלידה. שו"ת שער אשר ח"ב סי' כו (נז ע"ב), כותב שאי אפשר שהנותן ימנה שליח לתת את המתנה למי שעוד לא נולד, כשייוולד, שהרי שליח אינו יכול לעשות מה שהשולח לא היה יכול לעשות בשעת מינוי השליחות גם אם אח"כ סרה המניעה (עיי"ש להוכחתו כלל זה). לגבי מצב שהשליח נותן אחרי מות הנותן, הוא מוצא טעם אחר שהשליחות בטלה: הרי כשמת הנותן נפלו הנכסים ליורשיו, והשליח כבר לא יכול להקנות, כמש"כ רמ"א, חו"מ, רנ, א, שא"א למנות אדם שיחלק את נכסיו אחרי מותו, כי במותו נכסיו עוברים ליורשים. קצות החושן, קצז, ס"ק ד, מקשה, איך מועיל לדעה זו כשאומר "לכשייוולד", הרי הוא כאומר "משוך ולא תקנה אלא לאחר שלושים יום", ששו"ע, חו"מ, קצז, ד, אומר שלא קנה; ואמנם באומר שיקנה "**מעכשו** ולאחר שלושים יום" קנה אם הנכס ב"אגם" (ולא ברה"ר) בסוף שלושים יום, אבל הרי כאן אינו יכול להקנות לעובר "מעכשו" (כך מקשה גם דברי אמת קונטרס ב דף י ע"א, במהד' קושטא, ולקושי זה רמז גם משנה למלך, הלכות מכירה, ב, ט)? הוא מתרץ שעובר נחשב קצת שישנו בעולם, ומ"מ צריך לתקן את הלשון ולומר "לכשייוולד", ונחשב שהקנין מתחיל מעכשו ונגמר כשייוולד אם החפץ נמצא ברשות הזוכה או ב"אגם". לא ברור האם כוונתו היא שמדובר שאמר "מעכשו" או שגם בלי זה מניחים שהתכוון לכך. אבל כתונת פסים, על נימוקי יוסף שם (עד ע"א בדפי הספר), דוחה את הסבר קצות החושן, שהרי הוכיח (והובא לעיל בהערה זו) שהרא"ש והטור סוברים שעובר אינו נחשב קצת בעולם, ועוד, שהם לא כתבו שאמר "מעכשו"; ועוד, שאם אמר "מעכשו" מועיל גם קנין סודר, כאמור בטור, חו"מ, קצה, יא, לגבי "מעכשו ולאחר שלושים יום", ואילו כאן כתבו הרא"ש והטור שקנין סודר אינו מועיל (כפי שראינו לעיל בהערה זו). שער המלך, הלכות גירושין, ט, ג, בסופו, מתרץ ע"פ פרישה, חו"מ, רי, א, שמדובר שאמר "מעכשו ולכשתלד", ולכן קנה אם הנכס ב"אגם"; ובכל זאת לא מועיל קנין סודר, כי קנין סודר אינו יכול לחול עכשו. גם פתח הבית (טיקטין, תק"פ) סי' לה (פה ע"ד), מתרץ, שהרא"ש והטור מדברים באומר "מעכשו", ולכן קנה אם החפץ נמצא ב"אגם". אבל הוא כותב (בדף פו ע"א) שאם אמר "מעכשו" אינו יכול לחזור בו. חזו"א אהע"ז סי' עא ס"ק כו, מתרץ שהרא"ש סובר (שלא כשולחן ערוך) שהמקנה לאחר זמן, גם בלי "מעכשו", קנה אם החפץ נמצא ב"אגם" בסוף הזמן, ולכן קנה כאן אף ש"לכשתלד" אינו כאומר "מעכשו".

ראה סעיף 4, שנחלקו פוסקים האם מועיל "נכסי לך ואחריך לפלוני" אם השני עוד לא נולד; ולפי הדעה שכאן הוולד קנה אם אמר "לכשתלד", שם קנה כיון שאמר שהקנין יחול לאחר זמן, ואז כבר נולד. אך ייתכן שגם לדעה שכאן לא קנה, שם קנה כיון שההקנאה כבר התחילה עם הראשון, והשני זוכה מכוחו.

הבחנה: פתח הבית (טיקטין, תק"פ) סי' לה (פו ע"ד), מעלה אפשרות שאם אמר לחברו "כשייוולד העובר, קח כסף משלי וזכֵה בו עבורו", קנה, כי אמירה מועילה גם לדשלבל"ע; וכן אם נתן לחברו ממון בתורת פקדון ואמר לו "כשייוולד זכֵה עבורו", קנה; אבל לא מועיל לומר "זכֵה במנה זה עבור בני לכשייוולד", שהזכייה תתחיל מעכשו. אבל הוא מדייק ממה שכתב הרא"ש ש"לכשתלד" מועיל רק אם זיכה לעובר ע"י אחר והנכס היה ברשותו בשעת הלידה, הרי שאינו סובר כך.

אם תפס המקבל אחרי שנולד, הנכס שלו[206], כמו שהמקבל דבר שלא בא לעולם, שתפס אותו אחרי שבא לעולם, קנה[207]. כמו כן, אם הנותן לא חזר בו עד שנולד המקבל, והנכס היה ביד איש האמצע בשעת הלידה, קנה העובר[208], כמו שבדבר שלא בא לעולם, אם תפס, קנה.

ציבור יכול להקנות למי שעוד לא נולד[209].

(2) אם הוא בנו של הנותן

אם **אביו** של העובר מזכה לו מתנה, כשאשתו מעוברת, קנה[210], גם אם לא אמר "לכשייוולד"[211], בין במטלטלין ובין בקרקע[212], מפני שהוא גומר בדעתו להקנות לו כיון ש"דעתו של אדם קרובה אצל בנו"[213]. הסיבה שאין מועילה הקנאת אדם זר לעובר, היא שאינו גומר בדעתו להקנות[214], אבל המזכה לבנו, גומר בדעתו ומקנה[215].

דעה שקונה כשייוולד גם אם הנותן לא אמר "לכשתלד": הגהות אשרי, ב"ב, פ"ט סי' ה, כותב שהר"י סובר שאם לא חזר בו הנותן עד שנולד המקבל, קנה, גם אם לא אמר "לכשתלד". ביאור הגר"א, חו"מ, רי, ס"ק ו, כותב שזו גם דעת תוס' גיטין יג ע"ב (ד"ה לדבר). קרית מלך רב, הלכות מכירה, כב, י (עמ' תשעב), מבאר מנין למד הר"י שקנה גם אם לא אמר "לכשתלד" - עי"ש. והוא מנמק, שלדעת הר"י, עובר עדיף על דבר שלא בא לעולם, כיון שהוא נמצא קצת בעולם, ולכן הוא קונה כשייוולד. והוא כותב (בעמ' תשעג) שגם לר"י, יש עדיפות אם אמר "לכשתלד", שאז הוא קונה מזמן האמירה, כי משמעותו היא "מעכשו אם לא אחזור בי עד שתלד". חזו"א חו"מ ליקוטים סי' ט ס"ק יא, כותב שאם הקנה **לפני העיבור**, המקבל קונה כשייוולד גם אם לא אמר "לכשתלד" כי מן הסתם הנותן התכוון שיקנה כשייוולד, אבל המקנה **לעובר**, ייתכן שהוא חושב שהעובר יכול לקנות כבר עכשו, ולכן המקבל לא קנה אף כשייוולד.

[205] סמ"ע, רי, ס"ק א.

[206] סמ"ע, רי, ס"ק א (הובא בשו"ת מגן גבורים, סי' נח דף צג ע"ב); כנה"ג חו"מ רי, הגה"ט אות ג.

בשטר: שו"ת ברית אברהם, חו"מ, סי' כ, אות י, מביא מי שכותב שאם נכתב שטר על המתנה, קנה הנולד ע"י תפיסתו את השטר, ע"פ דברי הסמ"ע, כיון שרמ"א, חו"מ, רט, ד, כותב שהקונה דבר שלא בא לעולם וקיבל שטר על כך, זו נחשבת תפיסה, וקנה כשהדבר בא לעולם. אבל הוא מביא כמה הוכחות שלא קנה: (א) שו"ע, חו"מ, סא, ד, פוסק שלא מועיל שטר "לכל המוציאו" למי שלא נולד בשעת כתיבת השטר. (ב) בב"ב קלא ע"א נאמר שכתובת בנין דכרין, שבה יש הקנאה לבנים העתידים להיוולד, חלה רק מצד תנאי ב"ד, ולא אמרו שהיא חלה מצד שהבנים תופסים את שטר הכתובה. (ג) הרא"ש והטור אומרים שאם הקנה בשטר ואמר "לכשתלד", מועיל אם החפץ נמצא ביד איש האמצע כשנולד (הערה 204), ולא אמרו שמועיל כי הוא תופס את השטר, והרי אין הבדל בין תפיסה ביד איש האמצע ולבין תפיסה ביד הנולד עצמו. (ד) שו"ת מהר"ם אלשיך סי' ז מנמק שתפיסה מועילה בדשלבל"ע, מפני שייתכן שהקנה לו גוף לפירותיו, שמועיל, ולכן זה ספק והמע"ה; אבל זה לא שייך בהקנאה למי שעוד לא נולד. (ה) ר"ת, בתוס' ב"מ סו ע"ב (ד"ה התם), מנמק שתפיסה מועילה בדשלבל"ע, כי הנותן רוצה "ליקום בהימנותיה", ואולי זה לא שייך בהקנאה למי שעוד לא נולד. (ו) תפיסה מועילה בדשלבל"ע רק אם תפס לפני שחזר בו הנותן, ורק אם הנותן ידע שתפס, כמו שכתב ש"ך, חו"מ, סו ס"ק סו, וכאן לא שייכת מחילה; ולא הסביר מדוע אינה שייכת.

[207] ראה על כך בסעיף 1(ב).

[208] שו"ת הרמב"ן, סי' ז (הובא בחוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 165), ע"פ הסבר המהדיר, רח"ד שעוועל, הערה 14. אך פתח הבית (טיקטין, תק"פ) סי' לה (פה ע"ג) מעלה אפשרות שתפיסת איש האמצע אינה מועילה כמו אילו תפס בעצמו, כמו שהתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים - לא קנה, אף שאם הנושה עצמו תפס, קנה; וגם אם מועילה תפיסה לבעל חוב, הרי זיכוי לקטן מועיל רק מדרבנן (לדעה אחת שנביא בסעיף 6), ואולי במצב כזה לא תיקנו חכמים שיועיל.

[209] שו"ת הרשב"ש סי' קיב וסי' תקסו (הובא בפד"ר כרך ו עמ' 177). הוא מביא ראיה ממה שמועיל תנאי ב"ד להקנות למי שעוד לא נולד (ב"ב קלא ע"א).

[210] רמב"ם, הלכות מכירה, כב, י; אור זרוע בבא בתרא סימן קנז בשם ר"ח והלכות גדולות; ר"ן על הרי"ף, קידושין כו ע"א (בדפי הרי"ף); מאירי, יבמות סז ע"א; עיטור, מתנת שכיב מרע, ליד אות רז; שו"ע, חו"מ, רי, א (הובא בשו"ת ברית עולם (ולר), סי' סא אות ז, ובשו"ת בצל החכמה חלק ד סימן קעב אות ב); שארית יעקב (אלגזי), פ' שלח (סח ע"א) (הובא בשו"ת יביע אומר ח"ג חו"מ סי' ה אות טז); שו"ת הרד"ם, חו"מ, סי' ד; שו"ת ישמח לב (גאגין) חו"מ סי' כ (עו ע"ד); שרשי הים, שורש זכיית קטן, דף קמז ע"ב; קול יהודה (פרלוב) עמ' קטז-קיז; בכורי אברהם, ברכות סד (כח ע"ד בדפי הספר); שו"ת אפרקסתא דעניא חלק א סי' נז; שו"ת משפט וצדקה ביעקב, ח"א, סי' שכג; שו"ת אדמת קודש ח"א סי' לב (עט ע"ד, פא ע"א); שו"ת ברית עולם (ולר), סי' כב; שו"ת נוכח השלחן חו"מ סי' יג.

הצורך בקנין: מילי דמרדכי, הלכות מכירה, כב, י, כותב שהמזכה לבנו העובר קנה רק אם עשה קנין, ואף שהנותן מתנה לבנו בשעת נישואיו, קנה בלי קנין בגלל סברת "דעתו קרובה אצל בנו" (רמב"ם, הל' אישות, כג, יד), זה רק אם בנו בעולם. אבל ראה בהמשך הערה זו, שר"ש קליינמן הבין שכאן מועיל בלי מעשה קנין.

דעה שזה רק חיוב: מנחת אשר (תשס"ד) ב"ב סי' מו אות ז, מעלה אפשרות שבזיכוי לבנו העובר, יש לבן רק שעבוד ולא קנין ממש בחפץ, וזאת ע"פ כלל שהוא מוכיח שם, שהנימוק שנזכר כמה פעמים בתלמוד "גמר ומקנה", מועיל רק לעשות

חיוב ולא לעשות הקנאה. הוא מסביר שאף שהזוכה לא בעולם, חל שעבוד כלפיו, מפני שהחסרון בהקנאה לעובר הוא שאין סמיכות דעת, כמו בדשלבל״ע, ובבנו יש סמיכות דעת. ראה גם הערה 215, שגם לפי ס׳ קנין תורה זה רק שעבוד.
ר׳ רון ש׳ קליינמן, ״יסודות הקניין - גמירות הדעת ומעשה הקניין״, משפטי ארץ ג עמ׳ 98, מוכיח מהדין שהמזכה לבנו שהוא עובר קנה כי דעתו קרובה אצל בנו, מכאן שגמירות דעת יכולה ליצור קנין גם בלי מעשה קנין תקף (שלא כמילי דמרדכי, שכתב שכאן מדובר שעשה מעשה קנין), כי גמירות דעת היא עיקר הקנין. אבל הוא דוחה את ההוכחה ע״פ מנחת אשר, שם, שכתב שזה רק **התחייבות** לתת לעובר, בלי העברת בעלות.
אם נתן דבר שאינו ברשותו: ערך השלחן, חו״מ, רי, ס״ק ב, מוכיח משו״ת מהר״ם מרוטנבורג, דפוס קרימונה, סי׳ קלג, שהנותן לעובר שהוא בנו דבר שאינו ברשותו, כגון הלוואה, קנה, מפני שדעתו קרובה אליו, אף שיש בזה שני חסרונות - דבר שלא בא לעולם לאדם שלא בא לעולם. אבל חי׳ חתם סופר, גיטין יג ע״ב (ד״ה הקונה), כותב שאף שאפשר להקנות לעובר (כנראה הוא מתכוון להקנאה לבנו העובר), אינו יכול להקנות לו דשלבל״ע. וראה סעיף 1(ב), בשאלה האם מועילה הקנאת דשלבל״ע לבנו (שנולד).
באסמכתא: מחנה לוי (הורוביץ), ב״ב קמב ע״ב, כותב שאם האב נתן את המתנה לבנו העובר באופן שיש בו אסמכתא, אם הוא שכ״מ, הבן קנה, כי במתנת שכ״מ אין בעיה של אסמכתא, אבל אם הוא בריא, המתנה בטלה, ואף שקנין סודר מבטל אסמכתא, כאן לא יועיל, כי קנין סודר מועיל רק בכליו של קונה, וזה לא שייך בעובר, ואפשר רק שאדם אחר יזכה סודר לעובר, והרי אין דעתו של האחר קרובה אצל העובר.
דעה חולקת: פסקי ריא״ז ב״ב פ״ט הלכה א אות י (הובא בשלטי הגיבורים ב״ב סו ע״א, בדפי הרי״ף), פוסק (גם בשם מז״ה - הרי״ד), שאף בזיכוי לעובר שהוא בנו, לא קנה. בית ישחק, הלכות מכירה, כב, י (קי ע״א), מסביר שהוא סובר שכמו שעובר אינו יורש (כך הוא לומד מיבמות סז ע״א, אף שהדבר שנוי במחלוקת הפוסקים - ע״י טור, חו״מ, רי, ב) כך אינו יכול לזכות במתנה.
עיטור, זיכוי, ליד אות לא (ח״ב, ט ע״ד), כותב שרב האי סובר שגם הנותן לעובר שהוא בנו, לא קנה, וכוונתו אף בשכיב מרע, שהרי הוא עצמו כותב אח״כ כניגוד לרב האי, שקנה רק בשכיב מרע. וראה הערה 224, שמגיד משנה מבין שלרב האי, בשכיב מרע קונה.
שער המלך, הלכות מכירה, כב, י (ד״ה וראיתי להרב), מעלה אפשרות שרב פלטוי, המובא בעיטור, מאמר שני, קנין, דף י ע״א במהד׳ רמ״י (הובא בב״י, חו״מ, רז, ו), האומר שאדם אינו יכול לתת דשלבל״ע אף לבנו, סובר כריא״ז.
שו״ת דבר משה ח״ב סי׳ סט (סח ע״ד), כותב שאפשר לומר קי״ל כריא״ז. שו״ת משאת משה ח״ב סי׳ יא דף לח ע״א, מעלה אפשרות שאפשר לומר קי״ל כריא״ז. אבל שו״ת פני משה ח״א סי׳ צא (רכח ע״א) (הובא בשו״ת צרור הכסף סי׳ כא דף עז ע״ד, וסי׳ כב דף עח ע״ד) כותב שא״א לומר קי״ל כריא״ז.

[211] יד רמה ב״ב פ״ט סי׳ לב; טור, חו״מ, רי, ג; שו״ע, חו״מ, רי, א; בית דוד (פילוסוף), חו״מ, סי׳ קטז.
אבל מאירי בבא בתרא קמב ע״א, מביא ש״גדולי המפרשים״ (כינויו לראב״ד) סוברים שבבנו קנה רק אם אמר ״לכשתלד״. כמו כן, עבד המלך, הלכות מכירה, כב, י, אות יז, מעלה אפשרות שהמבי״ט סובר שבבנו קנה רק אם אמר ״לכשתלד״.

[212] ש״ך, חו״מ, רי, ס״ק א (הובא בשו״ת ברית אברהם, חו״מ, סי׳ כ, אות יב, ובמרחשת, ח״ב, סי׳ לח, ענף ב אות ה).
ירושלמי יבמות ד, ב, אומר שבבנו קנה רק מטלטלין אבל לא קרקעות. אבל הש״ך אומר שהבבלי חולק על הירושלמי. לעומתו, ר׳ אפרים וועלי, בשו״ת נודע ביהודה מהדורא תניינא חו״מ סימן סג, בסופו, כותב שנימוקי יוסף ב״ב סו ע״א (בדפי הרי״ף), שהביא את הירושלמי, פוסק כמותו.

[213] רשב״ם ב״ב קמב ע״ב (ד״ה קרובה) (הובא בשו״ת גור אריה יהודה יו״ד סי׳ נח דף נח ע״א); יד רמה, ב״ב פ״ט סי׳ כז; רא״ש, יבמות פ״ז סי׳ ד; שיטה מקובצת ב״ב קמב ע״ב בשם תוספי הרא״ש (ברמז) (הובא בשיעורי ר׳ שמואל ב״מ טו ע״ב אות רלא ואות רלב); מאירי, ב״ב קמב ע״א; סמ״ע, רי, ס״ק ג; שו״ת מבי״ט חלק א סי׳ שלט; הלכה רבה, חלק ב, הלכה שפג, עמ׳ 149; ר׳ יצחק הכהן, בבתי כהונה, בית ועד, סי׳ ה (כו ע״ג-ע״ד), וסי׳ ז (לב ע״א) (שקונה מהתורה); דרכי איש (ארוואץ), דרוש יג (לה ע״ד); ר׳ שמואל במהר״ר יוסף עוזיאל, בשו״ת מהרשד״ם אהע״ז סימן ר (ד״ה וראיתי); מנחת מרדכי (עליאש) פ׳ תולדות עמ׳ לח; שו״ת מהרשד״ם, חו״מ סי׳ שמב (הובא במשכנות הרועים, אלחאיק, מע׳ א אות צז, ד״ה האמנם); משכנות הרועים (אלחאיק) מע׳ מ אות שז (רלג ע״ד); ס׳ העיקרים (איגר) ח״א עמ׳ ש; גליוני הש״ס ב״מ טז ע״א; שו״ת שואל ומשיב מהדו״ב חלק א סימן א.

[214] כפי שראינו ליד ציון הערה 199.

[215] ראב״ד, המובא בראש״ש, יבמות פ״ז סי׳ ד (שמעיקר הדין עובר יכול לקנות) (הובא בגידולי שמואל ב״ב קמ ע״א, ד״ה והנה סברת); נתיבות המשפט, רי, ס״ק ב; קהלת יעקב, מדות חכמים מע׳ ד אות סה (עמ׳ לג במהד׳ רבין) (הובא בקנין תורה בשמעתתא, בראשית עמ׳ קסו); שו״ת ר׳ יחיאל באסן, סי׳ יט (יב ע״ב); קובץ שעורים בבא בתרא סי׳ תצ; יד המלך, הלכות אישות, ז, טו; שו״ת להורות נתן, חלק יד, סי׳ קמ; שערי חיים, כתובות, סי׳ קא, אות ג; אהלי יהודה (הכהן), ע׳ זכיה לקטן, דף סד ע״ג; מחנה יהודה (חסמן), סי׳ ח, עמ׳ קמה ועמ׳ קנ; מצעדי גבר, יבמות, סי׳ נד, אות ד, ונדרים, סי׳ יג, אות ב (בדעת הרמב״ם); משא יד, ח״א, פ׳ תולדות, עמ׳ כב; ר׳ יוסף שרבינטר, ״זיכוי לעובר״, יד אהרן (לזכר ר׳ אהרן כהן), עמ׳ רלג.
אור הישר, תמורה יב ע״א, מסביר, שדוקא עובר זר לא קנה, מפני שאין לנותן גמירת דעת כי אולי יהיה נפל לפני הלידה או אחרי הלידה, ויש לו רק תקווה קלושה שייוולד וישאר בר קיימא כדי שההקנאה תחול; אבל בבנו, שכלו וחפץ לבו נמשך להקנאה, כי יש לו תקווה שיהיה בן קיימא, ולכן הוא גומר בדעתו ומקנה.
י״ק מיקלישנסקי, ״משפט העובר (פרק בחקר השואתי)״, ספר היובל לש׳ פדרבוש, ירושלים תשכא, עמ׳ רנז, מסביר את ההבדל, שבעיני נותן זר, העובר אינו בר זכויות ולכן אין דעתו גמורה לזַכות לו; ואילו בעיני האב, העובר כאילו כבר נמצא בעולם, והוא מתכוון להקנות לו לגמרי.

יש סייגים אחדים להלכה זו, וחלקם שנויים במחלוקת:

(א) מתנה לעובר שהוא בנו תקפה דוקא אם ייוולד ויהיה בן קיימא, משא"כ אם הפילה אשתו[216], מפני שרק אם הוולד בן קיימא, דעתו קרובה אליו[217], ואומדים את דעת הנותן שנתן רק על דעת שהוולד יֵצא לאוויר העולם ויהנה מהמתנה[218].

נימוקים אחרים: ש"ך, חו"מ, רי, ס"ק א (הובא בשו"ת חתם סופר חו"מ סימן קא, בשו"ת ברית אברהם, חו"מ, סי' כ, אות יא ואות טז, במחנה לוי (הורוביץ), ב"ב דף קמב ע"א [דף נט ע"ד בדפי הספר], בשער נפתלי, שו"ת, סי' ג (לו ע"ג), ודף קמב ע"ב, בחי' מהר"ם שיק, קידושין סב ע"ב (עמ' רפה), בשו"ת אפרקסתא דעניא חלק א סימן נז (ד"ה ועוי"ל), ובחוק לישראל, שליחות, עמ' 668), נימק (בשם חתנו ר' מאנש) שהיות שדעתו של אדם קרובה אצל בנו, אנן סהדי שהתכוון לתת לבנו באופן המועיל, והרי ב"קנֵה מעכשו ע"מ להקנות" מועיל גם בעובר שאינו בנו, כפי שנראה בסעיף 4, ולכן רואים כאילו אמר "אני מודה שהקניתי לבני בדרך 'קנֵה מעכשיו ע"מ להקנות'". אבל נתיבות המשפט, רי, ס"ק ב, מקשה על הש"ך, שלפי טעמו יוצא שאיש האמצע זוכה לעצמו על תנאי שיזַכה לעובר כשייוולד, ואיש האמצע צריך להקנות לוולד בקניין חדש, ואם לא ירצה לקיים את התנאי ולהקנות לוולד, המתנה בטלה וחוזרת לנותן, ואם יתעורר ספק כלשהו יצטרך הוולד להביא ראיה שאיש האמצע זיכה לו, כבכל מתנה על תנאי שספק האם התקיים התנאי - ראה סעיף 4 (ומצד שני, אם איש האמצע רוצה להקנות לוולד, הוא יכול גם אם מת המזכה או חזר בו לפני שנולד הבן), ואילו מהפוסקים משמע שהעובר קונה מאליו כשייוולד, ורק בתנאי שהנותן עדיין בחיים ולא חזר בו.

עוד נימק הש"ך ש"עשו שאינו זוכה כזוכה" (כלומר זו תקנה מיוחדת, כמשמעות ביטוי זה בעניין אחר בב"מ יב ע"ב), כי דעתו קרובה אצל בנו. נתיבות המשפט דוחה נימוק זה, בטענה שזאת לא סיבה מספקת לומר ש"עשו שאינו זוכה כזוכה". שו"ת גור אריה יהודה יו"ד סי' נח (נח ע"ב), דוחה נימוק זה, שלפיו הבן קנה רק מדרבנן, שהרי מראב"ד המובא בראש יבמות פ"ז סי' ד, מוכח שזכה מדאורייתא, שהרי הוא לומד מכאן שעובר יורש לענין אכילת עבדים בתרומה (יצוין שגם כתר כהונה (כץ), סי' נא (עמ' קצט), כותב שגם לדעה שמועילה מתנת בריא לבנו העובר, זכה רק מדרבנן). והוא כותב בלשון מליצית שהש"ך הסכים לטעם שנתן ר' מאניש חתנו, רק כי "דעתו של אדם קרובה אצל חתנו".

צפנת פענח הלכות אישות ז, טז, מסביר שהעובדה שדעתו של אדם קרובה אצלו גורמת לכך שהעובר נחשב גוף בפני עצמו, ויש לו "שם", ולכן הוא יכול לקנות. כלומר, החסרון בעובר רגיל הוא שאינו נחשב גוף עצמאי ולכן אינו בר זכייה, אבל השאלה האם הוא נחשב גוף עצמאי תלויה בתחושת הנותן כלפיו.

משנת יעקב, מכירה, כב, א (עמ' קיד), כותב שלפי קרית ספר (הערה 196) שכתב שמה שא"א להקנות לעובר הוא גזיה"כ, צ"ל שמה שאב יכול להקנות לבנו העובר הוא כאחד ההסברים של הש"ך, שהרי הנימוק שסמכה דעתו אינו יכול לשנות לבדו את גזיה"כ. אבל יש להעיר שקרית ספר עצמו הסביר בספרו שו"ת מבי"ט חלק א סי' שלט, **שתקנו חכמים** שהאב יכול להקנות לבנו העובר משום שזה דבר מצוי ושכיח, וייתכן שכתב כך כי מהתורה לא ייתכן שיועיל נגד גזיה"כ.

קנין תורה בשמעתתא, בראשית עמ' קסו, מסביר ע"פ רמ"א, חו"מ, רט, ד, הסובר שאפשר **לשעבד** דשלבל"ע, וחז"ל קבעו שבבנו, גם אם השתמש בלשון הקנאה, חל שעבוד כיון שדעתו קרובה. ראה סעיף 5, בשאלה האם אפשר להתחייב למי שעוד לא נולד.

בעיה אחרת היא איך מועיל זיכוי לעובר, לפי הדעה (ראה סעיף 6) שזיכוי הוא מטעם שליחות, והרי אין שליחות לעובר. קהלת יעקב, תוספת דרבנן, מע' ז, אות קיט (דף לז ע"ד בדפוס לבוב), מסביר שתיקנו לו זכיה כמו שתיקנו לקטן (ראה סעיף 6), כי הוא יבוא לכלל שליחות, וגם עובר יבוא לכלל שליחות. צריך להוסיף, שבכל זאת לא מועיל זיכוי לעובר שאינו בנו, כי חסרה גמ"ד, ולאב יש גמ"ד.

[216] יד רמה ב"ב פ"ט סי' לב; סמ"ע, רי, ס"ק ג (הובא בבן הרמה הל' זכיה, ח, ו, דף קפ ע"ב); אור שמח הלכות זכיה ומתנה, ג, ח.

פתחי חושן, קניינים, פי"א הערה פו מקשה על הסמ"ע, הרי העובר קנה מיד (לפי דעה אחת - ראה הערה 239), ומדוע יפסיד מפני שהפילה אח"כ. הוא כותב שלפי הטעם של הש"ך (הערה 215), שקנה משום שהוא כאומר "קנֵה ע"מ להקנות", זה לא קשה (כי לפי טעם זה, הוא קונה רק כשייוולד).

דעה חולקת: שרשי הים ח"ג, הל' מכירה, כב, ה (טו ע"א), מביא מדברי רבו בעל שער המלך בכ"י, שמדייק משו"ת מהר"ם, דפוס קרימונה, סי' קלג, שהמזכה לבנו העובר קנה גם אם בסופו של דבר לא נולד, ותמה עליו.

י"ק מיקלישנסקי, "משפט העובר (פרק בחקר השואתי)", ספר היובל לש' פדרבוש, עמ' רנז, מדייק מתוס' יבמות סז ע"ב (ד"ה אין), שהעובר זכה גם אם הופל אח"כ. אבל יש להעיר שתוס' דיברו לפי הדעה בגמרא שהמזכה לעובר זר קנה.

[217] סמ"ע שם; כתונת פסים, על נימוקי יוסף שבסמוך (עד ע"ג בדפי הספר).

הסבר זה קשה: אם אין לו גמירת דעת להקנות לעובר שיהיה נפל, איך אפשר לומר שהנותן גומר בדעתו להקנות לעובר שבסופו של דבר נולד, הרי בשעת הקנין אי אפשר לחזות אם יהיה נפל? צריך לומר שכדי שדעתו תהיה שלמה, די לו שיש אפשרות שהעובר ימצא בר קיימא, ואל אפשרות זאת הוא מתייחס בשעת הקנין ומקנה לו בכל לבו, אבל אם יימצא העובר נפל, לא קנה, כיון שהנותן לא התכוון לעובר כזה.

הסמ"ע מביא דין זה בשם נימוקי יוסף, ב"ב סו ע"א (בדפי הרי"ף) (הובא גם בחנא וחסדא ח"א דף צה ע"ג). ויש להעיר שהנימוקי יוסף כתב כך לפי שיטתו (הערה 224) שאב יכול להקנות לבנו העובר רק במתנת שכיב מרע, מכוח תקנת חכמים כדי שלא תיטרף דעתו; ואפשר להסביר שאין מקום לתקנה זו בעובר נפל, שהרי אין תועלת לשכיב מרע שיקנה בנו, אם ימות זמן קצר לאחר מכן. אבל הסמ"ע הביא את דבריו לפי השיטה שמועילה גם מתנת בריא לבנו העובר, מפני שיש לאב גמירת דעת, ולכן הוצרך לנמק שאם יימצא נפל אין לו גמירת דעת.

(ב) הנותן מתנה לבנו העתידי לפני שהתעברה אשתו, אין לה תוקף[219], מפני שאין שדעתו של האב קרובה אצלו ואין לו גמירת דעת להקנות לו[220], ורק אחרי העיבור מועילה המתנה כי הוא נמצא בעולם באופן חלקי[221].

גם לפי הסבר הש"ך (הערה 215), שיש אומדנא שהאב מתכוון לקנין המועיל, "קנֵה על מנת להקנות", אפשר לומר שהאומדנא אינה קיימת לגבי עובר שהוא נפל.
מתוספות, ב"ב קמב ע"א (ד"ה בן), מוכח שכל עוד לא מת העובר, הוא מוגדר בעלים לענין ירושה, אף אם לבסוף ימות לפני הלידה. אבל כתונת פסים, על נימוקי יוסף שם (עד ע"ג בדפי הספר), כותב שהתוספות אינם חולקים בהכרח על הנימוקי יוסף, כיון שהם דיברו לפי השיטה שיש לעובר זכייה אפילו אינו בנו, ואילו הנימוקי יוסף דיבר לפי השיטה שאין לעובר זכייה אלא אם כן הוא בנו, ועל כן אמר שהתקנה לא קיימת בעובר נפל, ולזה גם תוספות יכולים להסכים.

[218] יד רמה שם; שער המלך, הלכות מכירה, כב, י (ד"ה ולעיקר).
יד רמה נימק עוד, שדעתו של אדם קרובה רק אצל בנו, והוא נקרא "בן" רק כשנולד.

[219] רמב"ם הלכות מכירה כב, יא; הגהות אשרי, ב"ב פ"ט סי' ו; רשב"ם, ב"ב קמב ע"ב (ד"ה נכסי), גם בשם ר"ח (הובא באור זרוע בבא בתרא סימן קנט, ובשו"ת מהרשד"ם אהע"ז סי' קי); עיטור, זיכוי, ליד אות לא (ח"ב, ט ע"ד) ("לבנים שייוולדו"); מישרים נתיב יז; טור חו"מ, רי, ד (הובא בבן הרמה הל' מכירה, כב, א); חידושי הרמב"ן בבא בתרא עט ע"ב (הובא בקצות החושן, רט, ס"ק א); מאירי, ב"ב קמב ע"ב; שו"ת הרשב"ש סי' תקלח; שו"ע, חו"מ, רי, א; שו"ת נחלה ליהושע סי' יב (טו ע"ב); שו"ת צמח צדק (קרוכמל) סי' קיד; שו"ת המבי"ט חלק א סימן שט (נדפס גם בשו"ת בית יוסף, דיני כתובות, סי' י, ד"ה ומה שכתב בתנאי); שו"ת גור אריה יהודה יו"ד סי' נט (ס ע"א); שו"ת שי למורא (יונה) סי' מז (נב ע"ד); קהלת יעקב, מדות חכמים מע' ד אות סה (עמ' לא במהד' רבין); בית דוד (פילוסוף), חו"מ, סי' קטז; שערי חיים (אריה) על ס' המקח, שער ה (נב ע"א); שו"ת ויאמר יצחק ח"ב סי' קצט (קפו ע"א); שו"ת עבודת הגרשוני, סי' מה; שו"ת ר' יחיאל באסן, סי' יט (יא ע"ב); משכנות הרועים מע' ע אות עב; ר' שמואל במהר"ר יוסף עוזיאל, בשו"ת מהרשד"ם אהע"ז סימן ר (ד"ה וראיתי); קובץ שעורים בבא בתרא סי' תצב; שו"ת פרח מטה אהרן ח"ב סי' ט (יז ע"ד); ר' יוסף דב כהן, "הצעת תקנה לירושת הבת בין הבנים", התורה והמדינה ב, עמ' יח; כח מעשיו הגיד לעמו, דרוש יד (לד ע"ג); י"ק מיקלישנסקי, "משפט העובר (פרק בחקר השואתי)", ספר היובל לש' פדרבוש, עמ' רנז.
צריך עיון, ששו"ת מהרש"ם חלק ה סימן לח (ד"ה ולכאורה י"ל הרי), מביא את הדין שהמקנה לבנו העובר, קנה, אף שבנידונו ההקנאה היתה לפני העיבור.
הבחנות שונות: קול יעקב (שאול), דרשה כד (עג ע"ב), ר' יוסף חזן, בחקרי לב חו"מ ח"ב סי' לז (סט ע"ד), ר' אליהו ב"ר יוסף חזן, בחקרי לב חו"מ ח"ב סי' יז (כב ע"א, כג ע"ב), ועבד המלך, הלכות מכירה, כב, י, אות ט, כותבים שהרשב"ם סובר שבבנו קנה גם **לפני** העיבור, אם אמר "לכשתלד", ואחרי העיבור, קונה גם בלי "לכשתלד". ר' אליהו שם (כב ע"ב) מנמק, שהמשמעות של "לכשתלד" היא שהנותן **מתחייב** להקנות לעובר כשיבוא לעולם, ואז חל הקנין כי המקבל כבר בעולם. אבל שו"ת כפי אהרן (עזריאל), ח"ב, חו"מ, סי' ט (קטו ע"א), חולק על כך, שהרי לא מצאנו שום פוסק שאומר כך בדעת הרשב"ם, ועוד שטור סי' רי, כותב שבבנו העובר מועיל גם בלי "לכשתלד", ולא ציין שזו דעת הרשב"ם. וראה על כך בהערה 204.
במתנות בשעת נישואין: שו"ת הריטב"א סי' קפ (הובא בשו"ת ר' יחיאל באסן סי' יח דף ט ע"ד), כותב שתנאי שעושים בעל ואשה בשעת הנישואין להקנות רכוש לזרעם העתידי, אם הוא נעשה ע"פ תקנת הקהל - תקף בגלל כוח התקנה, וכן אם יש מנהג לכתוב כך, הוא תקף בגלל המנהג. עוד הוא מסביר שאם האשה נותנת את זכותה בכתובתה לזרע שייולד בעתיד (אם יתקיים תנאי מסוים), יש לכך תוקף, כי היא מסתלקת מזכות כתובתה כאילו מוחלת זכותה, וממילא מגיע הממון לבעל וליורשיו, ואין כאן הקנאה למי שלא בא לעולם. שו"ת מהרשד"ם אהע"ז סי' קי (הובא בשו"ת ר' יחיאל באסן שם, דף י ע"א), מסביר בדומה, שמועיל הסכם בזמן נשואין שיקבל בנה שייוולד רכוש מסוים, כי הבעל מסלק (מכללא) את כוחו, ומוותר על זכותו לזרע שייוולד לאשתו משניהם, ועל מנת כן הסכימה האשה להינשא לו, וזאת לא הקנאה (כלומר כיון שהוא מסתלק, ממילא הנכסים שייכים לאשה, וכשהיא מתה, יורשיה האחרים, היינו בניהם של הזוג, יורשים אותה; ויש להעיר, שאם זה מכוח ירושה ולא הקנאה, נמצא שאם יש הבנים ובנות, רק הבנים מקבלים). שו"ת אדמת קודש ח"א סי' לב (פא ע"א), מסכים עם מהרשד"ם. שו"ת ויקרא אברהם (אדאדי) חו"מ סי' לט (ד"ה תדע שכן), כותב שמהרשד"ם מדבר בנדונייא בלבד אבל לא בתוספת כתובה, שהיא נכסי עצמו (שהרי הסתלקות הבעל מזכותו לרשת את האשה [שבגללה עוברים הנכסים לבנים], שייכת רק לנדוניה שלה, שהוא אמור לרשת, ולא לתוספת כתובה); והוא מיישב בכך (בד"ה ועפ"ז אתי) מדוע מהרשד"ם עצמו, באהע"ז סי' רלב, כותב שלא מועילה מתנה בשעת נישואין למי שעוד לא נולד - ששם כוונתו לנכסי עצמו. אבל הוא עצמו כותב (בד"ה ובזה מיושב) שעיקר הכתובה ותוספת כתובה נגררים אחר הנדוניה, ויכול להתנות על הכל. שו"ת תורת חסד (פרחיא) סי' פג, ור' אברהם מונסון, בשו"ת ר' יחיאל באסן סי' יח (ט ע"א) (הובא בשו"ת ברית אברהם, חו"מ, סי' כ, אות יח), כותב שאפשר להקנות בשעת אירוסין למי שעוד לא בא לעולם בגלל חיבת חיתון, כמו שמטעם זה מועילה הקנאה אז בלי מעשה קנין (רמב"ם, הלכות אישות, כג, יג). אבל ר' יחיאל באסן עצמו, שם, סי' יט (יב ע"ג-ע"ד) כותב שלא מועילה הקנאה למי שעוד לא נולד, בשעת נישואין. כמו כן, שו"ת הרי"ף (בלגוריי), סי' פג, כותב שגם מתנה שבכתובה אינה מועילה למי שלא נולד, אלא אם כן הוא תנאי ב"ד.
בתנ"ך: שארית יעקב (אלגזי) פ' תזריע, דרוש ב (כד ע"ד), ושמע יעקב (אלגזי) פ' לך לך (יד ע"ד, טו ע"א), כותב שהבטחת הארץ לעם ישראל הועילה לפני לידתנו כי המזכה לעובר שהוא בנו - קנה, ואנחנו בנים לה'. בדומה, חיי נפש, על הגדה של פסח, עמ' רנג, כותב שמתנת א"י לישראל הועילה אף שעוד לא נולדנו, כי מועילה מתנה אב לבנו העובר ואנחנו בנים לה'. שניהם לא התחשבו בעובדה שזה היה לפני העיבור.

(ג) אם אמו של העובר אסורה לאביו מן התורה כערוה, אין דעת האב קרובה אצל העובר, שהרי הוא נחשב "מעוות לא יכול לתקון"[222], ולכן אין תוקף למתנה שיתן לו[223].

(ד) כשייוולד הבן, הוא יוכל להתנגד להקנאה ברגע שהוא מגיע לכלל דעת, כמו שהמזכה מתנה לאחר ע"י אדם שלישי, האחר יכול לבטל את המתנה ע"י שיביע התנגדות מיד כשהוא שומע, כפי שנראה בסעיף 6.

(ה) לדעת רבים מן הראשונים, דין זה, שמועילה מתנת אב לבנו העובר, אמור דוקא במתנת שכיב מרע, ולא במתנת בריא[224]. לדעתם, במתנת בריא לא קנה גם אם הגיע החפץ לידו אחרי שנולד, כי בשעת הקנין לא יצא לאויר העולם[225], והרי הטעם שאין עובר קונה הוא משום החסרון שלו, שאינו בר זכיה[226], ולא משום חסרון במקנה, והעובדה שדעתו קרובה אצל בנו אינה יכולה לתקן חסרון זה[227], ולכן לא מועיל גם אם אמר בפירוש

---

[220] רמב"ם שם; רשב"ם שם; שו"ת כפי אהרן (עזריאל), ח"ב, חו"מ, סי' ט (קיד ע"ד); קובץ שיעורים שם (כי אין דעתו קרובה אצלו).

[221] חידושי הרמב"ן שם (הובא בקצות החושן, רט, ס"ק א); גור אריה יהודה שם.

[222] חגיגה ט ע"א.

[223] מלאכת שלמה (חכים) הל' זכיה ח, ה. הוא מעלה ספק האם הדין כך גם באשה שאסורה לו מדרבנן.

[224] רב האי גאון, בס' המקח, שער ה, דרך ב, כמוסבר במגיד משנה, הל' מכירה כב, י; עיטור, זיכוי, ליד אות לב (ח"ב, ט ע"ד במהד' רמ"י); חידושי הרמב"ן יבמות סז ע"א (הובא בשו"ת משפטים ישרים (חסון) סי' יג, בסופו); חידושי הריטב"א בבא בתרא קמב ע"ב (גם בשם הרי"ף והרא"ה); חידושי הר"ן בבא בתרא קמב ע"ב, בשם "יש מן הגאונים"; נימוקי יוסף, יבמות כב ע"ב (דפי הרי"ף), וב"ב סו ע"א (בדפי הרי"ף), בשם הגאונים; ב"ח, חו"מ, רנג, מב, בדעת הרמב"ם; חסד לאברהם (טרוימאן) דף יט ע"ג בדעת הרמב"ם; פני משה, ירושלמי יבמות פ"ד, ה"ב, בדעת הרי"ף; שו"ת פני יצחק (אבולפיה) ח"א חו"מ סי' כה (רז ע"א), בדעת הרי"ף; שו"ת צרור הכסף סי' כא (עז ע"ד), בדעת פסקי ריא"ז ב"ב פ"ט הלכה א אות י, ובדעת הרמב"ם.
ס' המקח כלל אינו מזכיר בשער ה (שם מדובר על הקנאה לעובר) שהנותן לעובר שהוא בנו קנה, ושערי חיים (אריה) על ס' המקח, שער ה (נא ע"א), מסביר זאת בכך שרב האי סובר שרק שכ"מ יכול להקנות לבנו העובר, והוא אינו עוסק שם בשכ"מ.
פני משה, על הירושלמי שם, ור' יוסף שרבינטר, "זיכוי לעובר", יד אהרן (לזכר ר' אהרן כהן), עמ' רלג, כותבים שכך דעת ר' לעזר בירושלמי שם. אבל מרחשת, ח"ב, סי' לח, ענף ב אות ה, מבאר את הירושלמי בדרך אחרת - עי"ש.
רא"ש יבמות פרק ז סי' ד, מביא שהרמב"ן כתב שהרי"ף סובר כדעה זו, שהמזכה לעובר בנו קנה רק בשכיב מרע (ואינו מצוי ברמב"ן לפנינו). מרחשת, ח"ב, סי' לח, ענף א, אות ב, מקשה עליו, הרי הרי"ף סובר שבכלל לא מועילה מתנת שכיב מרע לבנו (אפילו בן גדול) כי הוא צריך ליטול בתורת ירושה (עי"ש הוכחתו לכך).
שער המלך, הלכות מכירה, כב, י (ד"ה וראיתי להרב), מעלה אפשרות שרב פלטוי, המובא בעיטור, מאמר שני, קנין, דף י ע"א במהד' רמ"י (הובא בב"י, חו"מ, רז, ו), האומר שאדם אינו יכול לתת דשלבל"ע אף לבנו, סובר כדעה זו.
שאילת דוד, שבסו"ס יד דוד ח"א, סי' ה (רלו ע"ג), כותב שזו דעת הרמב"ם, והוא מסביר שהסיבה שהרמב"ם לא כתב בהל' מכירה, כב, י, שרק שכיב מרע יכול להקנות לבנו העובר, היא כי סמך על כך שהביא בהל' זכיה, ח, ה, את דין המשנה בב"ב קמ ע"ב "אם ילדה אשתי זכר יטול מנה", לגבי שכיב מרע.
בית דוד (פילוסוף), חו"מ, סי' יב, כותב שגם רשב"ם (הערה 213) שנקט שהטעם שבנו קנה הוא משום שהוא מקנה לבנו בכל לבו, לא כתב כך בדווקא, שהרי בכל הסוגיה משמע שהטעם הוא שאין זכיה לעובר, וא"כ לא משנה שהוא מקנה בכל לבו; אלא הרשב"ם מתכוון לסברת הרמב"ן, שזו תקנה כדי שלא תיטרף דעתו, ומה שכתב שהוא מקנה לבנו בכל לבו הוא להסביר מדוע תיקנו כך רק בבנו ולא בעובר זר - שבבנו יש יותר טירוף דעת כי הוא רוצה לתת לבנו בכל לבו.
בזיכוי: שו"ת חינוך בית יהודה, סי' קה, מביא כאילו סמ"ע, רי, ס"ק ו, כותב שאם זיכה בקנין ע"י אחר, לכל הדעות קנה גם בבריא. אבל סמ"ע מסתמך על דבריו בדרישה, חו"מ, רי, ס"ק ג, ושם כתב כך בדעת הרי"ף, אבל כתב שהרמב"ן סובר שגם בזיכוי לא קנה במתנת בריא. כמו כן, חכם אחד המובא בחקרי לב חו"מ ח"א סי' קנ (רכו ע"א), כותב שמהרמב"ן עולה שבריא אינו יכול להקנות לעובר אפילו בזיכוי.

[225] ס' המקח שם.

[226] לפי ההסבר שליד ציון הערה 198.

[227] ריטב"א שם; בית דוד (פילוסוף), חו"מ, סי' יב; מנחת אשר (תשס"ד) ב"ב סי' מו אות ז; ר' יוסף שרבינטר, "זיכוי לעובר", יד אהרן (לזכר ר' אהרן כהן), עמ' רלג (לפי דעה זו); ר' אליקים גציל אלינסון, "העובר בהלכה", סיני כרך סו (תש"ל), עמ' כד (לפי דעה זו).
עיניים למשפט, ב"ב קמב ע"ב, אות ה, ונחלי מים (שנפלד), סי' ה, עמ' מז, מסבירים את המחלוקת, שדעה זו סוברת שהטעם שא"א להקנות למי שלא בא לעולם הוא כי אין לקנין על מה לחול (כנימוק ליד ציון הערה 198), ולכן גם הנותן לבנו לא קנה, ולכן רק בשכיב מרע קנה, בגלל תקנת חכמים; ואילו הדעה ליד ציון הערה 232 סוברת שהטעם שא"א להקנות למי שלא בא לעולם הוא שלא סמכה דעת המקנה (כנימוק ליד ציון הערה 199), ובמתנה לבנו, יש לנותן גמירת דעת, ולא משנה שאין הקונה בעולם, כי הקנין יחול כשיבוא לעולם. אבל ראה הערה 238, שגם הדעה ההיא מתחשבת בכך שהעובר אינו יכול לזכות בעצמו, ולכן קנה רק כשייוולד.

שהוא מקנה בכל לבו[228]. אלא זו תקנה מיוחדת שתיקנו בשכיב מרע, כדי שלא תיטרף דעתו של הנותן אם יֵדע שרצונו אינו מקוים[229], והנימוק הניתן בתלמוד, שדעתו של אדם קרובה אצל בנו, היא הסיבה שחששו חכמים לטירוף דעתו[230]. גם בשכיב מרע קנה רק אם עברו עליו תשעה חדשי הריון ויצא רוב ראשו[231]. לעומתם, פוסקים רבים סבורים שגם מתנת בריא רגילה לבנו העובר - תקפה[232], מפני שיש לנותן גמירת דעת להקנות לו, כפי שהסברנו[233].

שו"ת כתב סופר יו"ד סי' קנה (ד"ה חדא), מנמק דעה זו, שאמנם דעתו של אב קרובה לבנו, אבל הוא מעדיף את עצמו על בנו, ולכן מן הסתם אינו מוכן שבנו ייהנה על חשבונו.

[228] בית דוד שם בדעת הרמב"ן.

[229] רמב"ן שם; ריטב"א שם; חי' הר"ן שם; נ"י שם ושם.

רא"ש יבמות פרק ז סי' ד, דוחה את ההסבר שבשכיב מרע תיקנו כדי שלא תיטרף דעתו עליו - הרי חכמים חיזקו את כוחו של שכיב מרע רק בכך שכל דבר הנקנה בבריא בקנין, נקנה בשכיב מרע בדיבור, אבל דבר שבריא אינו יכול להקנות אף במעשה קנין, גם שכיב מרע אינו יכול להקנות (ב"ב קמז ע"ב). כנגד זה, מסביר שאילת דוד שם שהיות שדעתו קרובה אצל בנו, מפרשים שהתכוון שיתנו כשייוולד, וזה מועיל בבריא ב"קנֵה ע"מ להקנות" (ראה סעיף 4). משכנות הרועים מע' ע אות עב, מיישב דעה זו, שהיות שבריא יכול להקנות לעובר ב"קנֵה ע"מ להקנות", לכן מועיל בשכ"מ בכל מצב. בית ישחק, הלכות מכירה, כב, י (קי ע"ב) מיישב שהיות שבריא יכול להקנות לבנו העובר אם אמר "לכשתלד", שאז קנה כשתלד, כמו שכתב הרא"ש (הערה 204), לכן בשכ"מ קנה גם אם לא אמר "לכשתלד". חקרי לב חו"מ ח"א סי' קנ (רכו ע"א), מביא מי שמיישב, שפוסקים אלו סוברים שהכלל "כל שליתיה בבריא ליתיה בשכ"מ" אינו כלל מוחלט; או ע"פ הסמ"ע (הערה 224) שגם לדעה זו מועיל בבריא ע"י זיכוי, ולכן מועיל בשכ"מ גם בלי זיכוי. חקרי לב עצמו (בדף רכו ע"ג) מיישב, שפוסקים אלו סוברים שהתקנה היסודית שמתנת שכ"מ מועילה בדיבור בלבד, כדי שלא תיטרף דעתו, לא נתקנה במקום אינו מועיל בבריא, משום שבזה לא חששו לטירוף הדעת; אבל במזכה לבנו העובר, חששו לטירוף הדעת אף שאינו מועיל בבריא כיון שדעתו קרובה אצל בנו, לכן תיקנו תקנה נוספת מעבר לתקנה הרגילה; ואכן בעובר שאינו בנו, לא מועיל בשכ"מ על אף החשש (המצומצם) לטירוף הדעת. גם זקן שמואל סי' רי (כמובא במלאכת שלמה (חכים) הל' זכיה ח, ה, ולא מצאנוהו שם), מיישב שלדעת רמב"ן, הכלל "מילתא דליתיה בבריא" וכו' נאמר רק לגבי אחר, אבל לגבי בנו, יש יותר חשש לטירוף דעתו כיון שדעתו קרובה אליו. נודע בשערים (אשכנזי), יבמות סז ע"א (ד"ה והנה מה), וגיטין יג ע"ב, מיישב שהרמב"ן סובר שדבר שמועיל בירושה, מועיל במתנת שכ"מ גם אם בריא אינו יכול לתת אותו, והרי עובר ישנו בירושה, שיורש כשייוולד; אלא שתיקנו שיועיל בשכ"מ רק בבנו ולא בעובר זר כי אין חשש שתיטרף דעתו כיון שאין דעתו קרובה אצלו.

נימוק אחר: מחנה לוי (הורוביץ), ב"ב קמא ע"ב, מנמק שיטה זו, שבבריא צריך קנין סודר או זיכוי ע"י אחר, וקטן אינו קונה בקנין סודר כפי שנראה בסעיף 6 (ובדף קמב ע"ב כתב הסבר זה בשינוי קל: קטן אינו קונה בקנין סודר כי קנין סודר מועיל רק בכליו של קונה, וזה לא שייך בעובר, וגם אי אפשר שאדם אחר יַזכה סודר לעובר, שהרי אין דעתו של האחר קרובה אצל העובר), ואם מזכה ע"י אחר לא שייך לומר שדעתו קרובה אצל בנו, שהרי אין דעת האחר קרובה אצלו (בפשטות זה לא משנה כי הוא רק אמצעי, ומה שקובע הוא רצון הנותן), ורק מתנת שכ"מ לבנו העובר מועילה כי אינו צריך קנין. ושם ב"ב דף קמב ע"א (ס ע"א בדפי הספר) הוסיף לנמק ע"פ דעת הר"ן המובאת בשו"ע, חו"מ, רמג, יט, שהתחייבות לקטן מועילה רק בזיכוי ע"י אחר, והרי האחר אין דעתו קרובה אצל הבן, ומועיל רק זיכוי ע"י אשתו, שדעתה קרובה אצל הבן (ובדף קמב ע"ב כתב שלא יועיל אף זיכוי ע"י אשתו, שהרי המבי"ט, שנביא בהערה 245, סובר שאין דעת האם קרובה לבנה); ובשכ"מ שא"צ קנין, מועיל בדיבור בלבד, ואף שדבר שאינו מועיל בבריא אינו מועיל בשכ"מ, הרי זה מועיל בבריא במזכה ע"י אשתו. בהסבר אחר הוא כותב (בדף ס ע"א-ע"ב) שגם לשיטה זו בריא יכול להקנות לעובר בנו, וההבדל בין בריא ושכ"מ הוא בנותן לבת שיש לה אחים, שבה אין לומר שמועיל מטעם דעתו קרובה, ולכן בבריא לא קנה, ורק בשכ"מ מועיל כי דבריו ככתובים וכמסורים, בבריא אם יש לו רק בת.

מועד הזכייה: הרמב"ן שם כתב "לכשנולד זוכה". משמע, שבעודו במעי אמו לא קנה העובר כלום. יש לנמק, שטעם התקנה הוא שלא תיטרף דעתו של שכיב מרע, והלא כדי ליישב את דעתו, די בכך שיקיימו את דבריו לאחר מותו. זאת ועוד: קשה לומר שיקבעו חכמים שהוא בעלים למרות שאינו בר זכייה, בעוד שאין צורך בתקנה מרחיקת לכת כל כך, שכן די לקבוע שיקבל את הממון לכשייוולד. ונראה שאינו צריך לעשות מעשה קנין חדש כשייוולד, שהרי אם זה תלוי בקנין נוסף, עדיין אפשר שתיטרף דעתו מהחשש שמא לא יקנה לו. לעומתו, נ"י ב"ב שם, ובית ישחק, הלכות מכירה, כב, י (קי ע"ב), כותבים שכשנולד, זכה למפרע. פתח הבית (טיקטין, תק"פ) סי' לה (פה ע"ג) מקשה על נ"י, הרי נ"י סובר שרק בשכ"מ קנה, ומתנת שכ"מ קונה רק לאחר מיתה? אפשר להסביר שכוונתו היא שחל למפרע ברגע מותו גם לפני שנולד התינוק.

[230] ריטב"א שם.

[231] נ"י ב"ב שם.

[232] רא"ש, יבמות, פ"ז סי' ד, גם בדעת הראב"ד; מישרים נתיב יז (שזו דעת הפוסקים חוץ מהרמב"ן); חידושי הר"ן, ב"ב קמב ע"ב, בדעת הרמב"ם; מגיד משנה, הלכות מכירה, כב, י (הובא במלאכת שלמה, קמחי, ב"ב קמ ע"ב), גם בדעת הרמב"ם; מאירי, ב"ב קמא ע"ב; בית אהרן וישראל גל' נב עמ' ז, הערה 2, בדעת שו"ת מהרש"ך ח"ג סי' צד; ש"ך, חו"מ, רי, ס"ק א, גם בדעת הרי"ף, ב"ב סו ע"א (בדפי הרי"ף), בדעת הרמב"ם ובדעת סמ"ג עשה פב (קס ע"ג); ש"ך, חו"מ, רנג, ס"ק לה, בדעת הרי"ף ובדעת הרמב"ם; ר' שלמה משה סוזין, בשו"ת מים קדושים (קריספין) חו"מ סי' ג (כב ע"א); אבן האזל הלכות זכיה ומתנה, ב, יח (ד"ה והנה במה), בדעת הרמב"ם; צדק ומשפט, רי, א, בדעת שו"ע; שער המלך, הלכות

(ו) יש אומרים שהבן קנה רק אם הוא לאחר ארבעים יום לעיבורו, אבל תוך ארבעים יום הוא "מים בעלמא" ואין דעתו האב קרובה אצלו, ועוד שהוא כאילו לא היה בעולם כלל, שלא תיקנו לו כלום[234]. אבל אחרים

מכירה, כב, י (ד"ה מיהו האי) בדעת חידושי הרשב"א, ב"ב קמ ע"ב, ובדעת הרמב"ם; שו"ת גור אריה יהודה יו"ד סי' נח (נח ע"א-ע"ב) (שזו דעת שו"ע ורוב הפוסקים); פני משה, ירושלמי יבמות פ"ד, ה"ב, בדעת הרמב"ם; ב"ח, חו"מ, רי, ג, בדעת הטור שם; בית דוד (פילוסוף), חו"מ, סי' קטז, בדעת הטור שם; חקרי לב חו"מ ח"א סי' קנ (רכו ע"ב), בדעת הרי"ף, בדעת ר"י מיגאש ובדעת הרמב"ם; שו"ת מבי"ט חלק א סימן שט (נדפס גם בשו"ת בית יוסף, דיני כתובות, סי' י, ד"ה ומה שכתב בתנאי), גם בדעת הרמב"ם; שו"ת כתב סופר יו"ד סי' קנה, בדעת הרמב"ם; כנה"ג חו"מ, רי, הגהב"י אות ב, בדעת הרי"ף, הרמב"ם והטור; כתונת פסים, על נ"י ב"ב שם (עד ע"ב בדפי הספר) בדעת הרמב"ם; שו"ת פני יצחק (אבולפיה) ח"א חו"מ סי' כה דף רז ע"א, רח ע"א (שזו דעת רוב הפוסקים); תורת ההשלמה על ס' ההשלמה ב"ב פ"ט סי' ג, בדעת ס' ההשלמה; ר' לוי יצחק הלפרין, הלכה ורפואה ה (תשמ"ח), עמ' קעח (=שו"ת מעשה חושב, ח"ד, סי' לח אות יח, עמ' שיב), בדעת הרמב"ם, ועמ' קפ (=מעשה חושב שם עמ' שיג), בדעת ישי"ש יבמות פ"ז סי' ו, ושם (=מעשה חושב שם אות יט עמ' שיד) בדעת שו"ע; מצודת דוד (שפרבר), על המשנה, ב"ב פ"ט מ"ב, בדעת הרמב"ם; מעשה נסים (הכהן), על רמב"ם, הלכות מכירה, כב, י (פא ע"ד בדפי הספר), בדעת הרמב"ם; שו"ת נודע ביהודה, מהדו"ת, יו"ד, סי' רז, בדעת הרמב"ם; דברות משה, ב"ק, ח"ב, סי' פ, ענף ד (קנז ע"א), בדעת הרמב"ם; אבן ישראל, הל' תרומות, ח, ד, בדעת הרמב"ם; מצעדי גבר, יבמות, סי' נד, אות ד, בדעת הרמב"ם; שו"ת משפט צדק ח"ב סי' סט (קנז ע"ד), בדעת רש"י, נדרים מח ע"ב (ד"ה ליקני); משא יד, ח"א, פ' תולדות, עמ' כב, בדעת הרמב"ם; עבד המלך, הלכות מכירה, כב, י, אות יח, בדעת המבי"ט; ר' יוסף שרבינטר, "זיכוי לעובר", יד אהרן (לזכר ר' אהרן כהן), עמ' רלג, בדעת הרמב"ם; עיניים למשפט, ב"ב קמב ע"ב, אות ה, בדעת הרמב"ם; י"ק מיקלישנסקי, "משפט העובר (פרק בחקר השואתי)", ספר היובל לש' פדרבוש, עמ' רנז.

נראה שזו גם דעת הראב"ד, הלכות תרומות, ח, ד, שהרי הוא הוכיח מהדין שמועיל זיכוי לעובר שהוא בנו, מכאן שעובר זוכה בירושה; והרי לדעה שהקניין לעובר בנו הוא תקנה מיוחדת בשכיב מרע, אין מקום להוכיח מכאן שעובר בר זכיה.

ר' דניאל כץ, "מעמד העובר בקניינים, ירושה ובקידושין", בלכתך בדרך תשנ"ט, עמ' 76, הערה 50, עמד על הסתירות בדברי הרמב"ם בשאלה זו, שמהל' מכירה משמע שאב יכול להקנות לעובר בנו גם במתנת בריא, ואילו בפירוש המשנה ב"ב, ט, א, כתב שמועיל רק בשכ"מ; ובהל' זכיה, ח, הלכות ה-ו, כתב שמועיל רק בשכ"מ.

השו"ע מביא בסתם את הדעה שהמזכה לבנו קנה אפילו במתנת בריא, וב"יש אומרים" מביא את הדעה שליד ציון הערה 224, שרק במתנת שכיב מרע קנה. דיני ממונות (בצרי), חלק ב, שער א, פרק כג, הערה 1, כותב שבכגון זה, בא"י נהגו לפסוק כדעה הראשונה, ובחו"ל נהגו שהדין בספק והולכים לפי המוחזק.

שו"ת יביע אומר, ח"ג, חו"מ, סי' ה, אות יח, ויוסף את אחיו, מילואים עמ' רכז, כותבים שאפשר לטעון קי"ל כדעה זו.

דברי אמת קונ' ז (קניינים) סי' ג (צד ע"ד במהד' הלברשטט), מביא את שתי הדעות.

מאירי יבמות סט ע"ב (ד"ה בת כהן), סותר את עצמו לדבריו בב"ב שם, שהרי הוא כותב שדין זה אמור "**לענין צואה**", משמע רק בשכ"מ.

[233] ליד ציון הערה 199.

[234] חידושי הריטב"א, בבא בתרא קמב ע"ב (הובא בנימוקי יוסף, ב"ב סו ע"א בדפי הרי"ף, בשער המלך, הלכות מכירה, כב, י (ד"ה האמנם מצאתי), בתשובת מהרי"ט, המובאת בשו"ת בני אהרן סי' נו, דף סז ע"ב, וע"י ר' יוסף שרבינטר, "זיכוי לעובר", יד אהרן (לזכר ר' אהרן כהן), עמ' רלד); תוס' חד מקמאי (=ס' ההשלמה), יבמות סז ע"א, בשם אביו; ש"ך, חו"מ, רי, ס"ק ב; בד קודש (פוברסקי), יבמות סי' טו (עמ' סה), וכתובות סי' מ (עמ' רסט), בדעת הרמב"ם.

הריטב"א נקט "שלא תקנו לו", לשיטתו (בהערה 224) שמועיל קניין לעובר שהוא בנו בגלל תקנה בשכיב מרע. אפשר להסביר את דבריו, שהתקנה אינה שייכת בתוך ארבעים יום משתי בחינות: (א) הסיבה לתקנה היא שלא תיטרף דעת האב, ובתוך ארבעים יום אין חשש כזה כיון שדעתו אינה קרובה אצלו. (ב) גם אם הסיבה לתקנה הייתה קיימת, לא מסתבר שחז"ל יצאו עד כדי כך מגדרם ויתקנו זכייה למי שאינו בעולם כלל. אבל הטעמים של הריטב"א שייכים גם לדעה (ליד ציון הערה 232) שגם מתנת בריא לבנו העובר מועילה, מטעם גמירות דעת, כיון שאם אין דעתו קרובה, אין גמירות דעת, ותוך ארבעים יום נחשב שאינו בעולם ואינו בר זכייה.

על ראיית הש"ך לדעה זו מיבמות סט ע"ב, שעובר פחות מבן ארבעים אינו יורש, עי' שאילת דוד, שבסו"ס יד דוד ח"א, סי' ה (רלו ע"ג), ותורת הקנינים ח"ב פרק יד הערה קעז.

צפנת פענח הלכות אישות ז, טז, מנמק דעה זו ע"פ מה שכתב (ראה הערה 215) שהעובדה שדעתו של אדם קרובה אצלו גורמת לכך שהעובר נחשב גוף בפני עצמו, ולכן הוא יכול לקנות - ואם הוא "מיא בעלמא", אינו נחשב גוף בפני עצמו גם אם הנותן מחשיב אותו (כך נראית כוונתו).

ר' אליקים גציל אלינסון, "העובר בהלכה", סיני, כרך סו (תש"ל), עמ' כה, מנמק דעה זו בכך שבגיל זה, העובר אינו יכול להיות בעלים על רכוש. דבריו קשים, שהרי לפי הדעה שעובר יורש (ראה בירור הלכה, יבמות סז ע"א ציון ב; אנציקלופדיה תלמודית, ערך ירושה, ליד ציוני הערות 811-691), כי הוא יכול להיות בעלים על ממון, הוא יורש עוד לפני ארבעים יום. הוא רומז שלפי השיטה (ליד ציון הערה 224) שמתנת אב לבנו העובר מועילה רק בשכיב מרע מכוח תקנה, קנה עוד לפני 40 יום, וזה שלא כריטב"א, כאמור.

גן המלך (סוף שו"ת גינת ורדים, יו"ד), סי' פט, כותב שאם זיכה לבנו העובר בימים ל"א-ל"ט להריון, ונולד לשבעה חדשים, קנה גם לריטב"א, מפני שמשך יצירת הוולד מתקצר באופן יחסי להתקצרות ההריון כולו, כמו שלענין היכר עובר, ביולדת לשבעה העובר ניכר אחרי חודשיים ושליש, ולא אחרי שלושה חדשים כמו בהריון רגיל (סנהדרין סט ע"א).

אומרים שגם לפני ארבעים יום, קנה[235], מפני שגם אז דעתו של האב קרובה אצלו[236]. גם לדעה הראשונה, הבן קנה גם אם זיכה לו האב לפני שהוכר העובר, כלומר לפני שחלפו שלושה חדשי הריון[237].

(ז) יש אומרים שהמתנה חלה רק ברגע הלידה[238], ולכן אם בינתיים מת האב-הנותן או חזר בו, המתנה בטלה[239]. אבל אחרים אומרים שהמתנה חלה מיד[240], ולכן העובר זכה גם אם מת הנותן או חזר בו[241], וגם אם הקניין נעשה בקניין סודר, שאינו יכול לחול לאחר זמן[242].

משכנות הרועים מע' ע אות עא, דוחה, שייתכן שיש הבדל בין היכר העובר ליצירת הוולד. חי' רעק"א, חו"מ, סי' רי, כותב שדברי גן המלך צריכים עיון.

[235] עיטור, זיכוי, ליד אות כט (ח"ב, ט ע"ד); מאירי יבמות סט ע"ב; תוס' חד מקמאי (=ס' ההשלמה), יבמות סז ע"א (הובא בשיורי ברכה, חו"מ, סי' רי, ובמראית העין, יבמות סז), בשם ראב"ד, ר' משולם ור' שמואל בר משה; סמ"ע, רי, ס"ק ד, בדעת הטור והשו"ע שסתמו; שו"ת ר' עקיבא איגר מהדורא קמא סי' קמו (ד"ה עוד הקשיתי), בדעת תוס' גיטין יד ע"ב (ד"ה האם); ערך השלחן, חו"מ, רי, ס"ק ו (שכך סתימת הפוסקים); צדק ומשפט, רי, א; משנת יעקב, על הרמב"ם, הלכות מכירה, כב, יא, בדעת הרמב"ם שם.

מאירי, יבמות סט ע"ב, דוחה את הנימוק שתוך ארבעים יום אין קירבת דעת, שהרי אף לאחר ארבעים אין קירבת דעת שהרי האב אינו רואה את העובר, ובכל זאת דעתו של אדם על כל מה שהוא יודע שייוולד, וזה נכון מהרגע שנוצר.

מאירי בבא בתרא קמא ע"ב מביא את המחלוקת וכותב שלפי רוב המפרשים, קנה.

שו"ת צפנת פענח, דפוס ורשא, סי' נט (הובא בשו"ת בית אבי ח"ב סי' קנד אות יח), כותב כאילו העיטור סובר שאין תוקף למתנה לעובר לפני ארבעים יום (ולומד מכאן לענין הפלת עובר לפני ארבעים יום).

עיניים למשפט, יבמות סט ע"ב (עמ' עז), מעלה ספק, האם לדעה זו מועילה מתנה לבן גם לפני שנקלט הזרע.

שו"ת עבודת הגרשוני סי' יא, שו"ת פרח מטה אהרן ח"ב סי' ט (יז ע"ד), שו"ת משפטים ישרים (חסון) סי' יג, בסופו, ור' לוי יצחק הלפרין, הלכה ורפואה ה (תשמ"ח), עמ' קפח (=שו"ת מעשה חושב, ח"ד, סי' לח אות כט, עמ' שכג), מביאים את שתי הדעות.

[236] זכור לאברהם (אביגדור) חו"מ סי' לג (מג ע"ד). הוא נוקט שהבן אינו קונה מדין זכיה, אלא משום שדעת האב קרובה אצלו, ולכן דינו שונה מדין ירושה, שבן פחות מארבעים יום אינו יורש (יבמות סט ע"ב) כי אינו יכול זכות.

[237] שרשי הים, ח"א, שורש ברירה סעיף יט (צה ע"ד); שו"ת כתב סופר יו"ד סי' קנה (ד"ה נחזור) בדעת הרמב"ם.

שרשי הים מוכיח זאת, מרמב"ם, הל' אישות ז, טז, הכותב שהמקדש עוברה שהוכרה, מקודשת, כי נחשב שבאה לעולם, ולפי זה צ"ל שהמשנה על האומר "אם ילדה אשתי זכר" וכו' בב"ב קמ ע"ב (שעליה הגמרא בב"ב קמא ע"ב אומרת שנחשב שלא בא לעולם, וקנה רק בבנו) היא בעובר שלא הוכר, כמש"כ הר"ן על הרי"ף, קידושין כו ע"ב (בדפי הרי"ף). הוא מוכיח גם משו"ת הרא"ש כלל יג, סי' כ, שהמשנה היא בשלא הוכר, שהרי הרא"ש מוכיח ממנה שהמזכה למי שאינו מבורר, קנה (ראה הערה 274); ואם במשנה מדובר שהוכר, אין ראיה משם, שהרי בשלב זה כבר נקבע מינו, אלא **שאנחנו** לא יודעים אם הוא זכר או נקבה.

כמו כן, ערך השלחן, חו"מ, רי, ס"ק ו, כותב שלפי הרמב"ם שהמזכה לסתם עובר קנה אם הוכר (ראה בשמו בהערה 202), צריך לומר שהמזכה לבנו קנה גם אם לא הוכר. והוא מביא ראיה שבבנו קנה גם אם לא הוכר, ממה שהגמרא אומרת בסתמיות שקנה.

ר' יוסף שרבינטר, "זיכוי לעובר", יד אהרן (לזכר ר' אהרן כהן), עמ' רלד, מסביר שאף שקידושין לעובר לפני הכרת העובר אינם מועילים (רמב"ם, הלכות אישות, ז, טז), הרי כאן יש גמ"ד טבעית בלב האב, ואילו בקדושין גמירת הדעת היא רק בגלל חומרת הדבר (ראה בשמו בהערה 202), ורק אם הוכר הוא חושש לחומרת הדבר.

דעה חולקת: יד רמה ב"ב פ"ט סי' לב וסי' לג, כותב שהנותן לבנו העובר לפני שהוכר העובר, לא קנה, כי לא סמכה דעתו.

ערך לחם, חו"מ, רי, נוקט שאף לפני ארבעים יום קנה, בתנאי שהוכר העובר. שיורי ברכה, חו"מ, סי' רי (=מראית העין, יבמות סז), מעיר שלא יתכן שיוכר העובר לפני ארבעים יום, ומסביר שערך לחם העתיק את דבריו מבית יוסף, חו"מ, רי, ג, שכתב כך בשם העיטור, ושם זו טעות דפוס. כמו כן, אנצי"ת ע' דשלבל"ע הערה 253, כותב שבב"י במקום "דבעינן הוכר העובר" צ"ל "דלא בעינן הוכר העובר", כפי שהוא בעיטור שם. אבל אפשר להסביר שב"י שם השתמש בלשון "הוכר העובר" לא במובן הרגיל אלא במובן שידוע שהאשה מעוברת, למעט מי שמזכה לפני העיבור (כאמור ליד ציון הערה 219).

גם ר' אברהם מונסון, בשו"ת ר' יחיאל באסן סי' יח (ט ע"א), ור' יוסף דב כהן, "הצעת תקנה לירושת הבת בין הבנים", התורה והמדינה ב, עמ' יח, כותבים שהנותן לבנו העובר לפני שהוכר העובר לא קנה, וכוונתם למעט נתינה לפני העיבור, כפי שמתברר מהמשך דבריהם. נראה שגם שו"ת פני משה ח"א סי' לב דף עב ע"ד שנקט "לא הוכר" התכוון למובן הזה.

פתחי שערים (הורנבלס), זמנים, סי' ה, אות ד, מתקשה, איך מועילה מתנה לעובר תוך שלושה חדשים, הרי לא ידוע אם האשה מעוברת, ובב"ב קמב אמרו "רפויי מרפיא בידיה", שאין קנין אם המקנה מתכוון לספק קנין.

[238] יד רמה, ב"ב, פ"ט, סי' לב; שו"ת ראש יוסף (אישקאפה), דף לז ע"א; חידושי רבנו חיים הלוי, הלכות תרומות, ח, ד (ד"ה ונראה) (הובא בבד קודש (פוברסקי), יבמות סי' טו, עמ' סה, וכתובות סי' מ, עמ' רסט, וח"ה, סי' יז, עמ' מא, ובנתיבות מאיר, יבמות, סי' כח אות א), בדעת הרמב"ם; קובץ שעורים בבא בתרא סי' תצ, לפי הדעה (ליד ציון הערה 204), שבעובר זר לא קנה אף כשייוולד.

אף שיד רמה כתב (ראה הערה 213) שהטעם שעובר בנו קנה הוא מפני שהנותן גומר בדעתו להקנות, צריך לומר שלדעתו יש שתי בעיות במתנה לעובר: (א) העובר אינו בר זכיה; (ב) חוסר גמירות דעת; ובמתנה לעובר בנו נפתרת רק הבעיה השנייה, אבל עדיין העובר אינו בר זכיה, ולכן הוא קונה רק כשייוולד.

(ח) יש אומרים שאם יש לנותן בנים אחרים, אין תוקף למתנה שהוא נותן לבנו העובר, מפני שהמתנה היא על חשבון בניו האחרים, ואין סיבה לומר שדעתו קרובה אצל בנו זה יותר מאצל בניו האחרים[243]. אבל ר' משה מטראני סבור שגם במצב כזה, קנה, מפני שהשיקול שדעתו קרובה אצל בנו אומר שהוא רוצה שיחול הקנין כלפי מי שהוא נותן עכשו[244].

ראש יוסף שם מסביר שהמזכה לעובר שהוא בנו, נחשב כאילו אמר "לכשתלד", כיון שדעתו קרובה אצלו; ולא ייתכן שיזכה בעודו עובר, שהרי עובר הוא דשלבל"ע, ולא משנה שהוא בנו.

אבן האזל הלכות זכיה ומתנה, ב, יח (ד"ה ולכן נראה), מסביר בדרך אחרת: שלרמב"ם קנה רק כשנולד, מפני שמן הסתם המזכה לעובר **מתכוון** שיקנה רק כשייוולד. לדעתו אין זה מטעם חסרון ביכולת העובר לקנות, מצד שעובר הוא דשלבל"ע, שהרי בבנו דעתו סמכה, ומצאנו בב"מ טז ע"א שמועילה סמיכות דעת בהקנאת דשלבל"ע.

תורת הקנינים ח"ב פרק יד הערה קעו, מוכיח שרמב"ם ורשב"ם, שצוינו בהערה 220, סוברים שקונה רק כשייולד, שהרי הם כתבו שאב המקנה לבנו לפני העיבור אינו קונה מפני שאין דעתו קרובה אצלו, משמע שאילו היתה דעתו קרובה היה קונה, ולא ייתכן שיקנה לפני העיבור שהרי אינו בעולם כלל, אלא הכוונה היא שיקנה כשייוולד. אפשר לדחות ראיה זו, שייתכן שאילו היתה דעתו קרובה לפני העיבור, היה קונה כשמתחיל העיבור.

[239] נתיבות המשפט, רי, ס"ק ב; בית דוד (פילוסוף), חו"מ, סי' קטז; ראש יוסף שם.

נראה שגם ר"ח הלוי שם סובר שלפי הרמב"ם הנותן יכול לחזור בו עד הלידה, כיון שלשיטתו, הזיקה הממונית שיש לעובר נובעת מדיני נחלה ואינה קיימת במתנה. נראה שלפי ר"ח הלוי, אם עשה קנין סודר וכדומה, ש"כלתה קנינו" אחר זמן, לא קנה.

בית דוד כותב שמטעם זה, הבן קנה רק אם איש האמצע משך (אבל חזקה או קנין סודר לא מועילים, כי כבר חזר הסודר לבעליו בעת חלות הקניין), ורק אם הדבר נמצא ברשות איש האמצע ברגע הלידה.

אבל מצעדי גבר, יבמות, סי' נד, אות ד, כותב שאף שהעובר קונה רק כשייוולד, הנותן אינו יכול לחזור בו כי כבר יש **סיבה** לקנין, אלא **שהשלמת** קנין היא רק כשייוולד.

כמו כן, אבן האזל הלכות זכיה ומתנה, ב, יח (בד"ה אלא דצריך) מדייק מלשון הרמב"ם שכתב בסתם "אם היה בנו קנה", ולא כתב שיכול הנותן לחזור בו עד הלידה, משמע שאינו יכול לחזור בו. הוא מסביר שאף על פי שהרמב"ם סובר שאין לעובר זכייה (עיי"ש בהוכחתו לכך), והמתנה חלה רק כשייוולד, מכל מקום יש לעובר זכות לזכות במתנה לאחר שייוולד, וזה מונע מהנותן לחזור בו, כמו שלענין ירושה אמנם אינו יורש ממש אבל יש לו דין לזכות במה שהוא ראוי לרשת, ולכן הוא מונע מהמשפחה לזכות בירושה (עיי"ש בהסברו לכך). נראה שאבן האזל סובר שהעובר אינו חשוב מספיק שתהיה לו בעלות גמורה, אבל חשוב מספיק כדי שתהיה לו בעלות חלקית, דהיינו זיקה לממון. ייתכן שלפי אבן האזל, כיון שהקנין פעל שלא יוכל הנותן לחזור בו, הרי שכבר חל במקצת, ועל כן מועיל גם קנין סודר וכדומה, ואף שבשעת הלידה כבר חזר הסודר לבעליו, אין בו צורך אז, כי הבעלות החלקית שהייתה לו בעודו עובר נהפכת מאליה לבעלות מלאה ברגע הלידה.

[240] פתח הבית (טיקטין, תק"פ) סי' לה (פה ע"ג); חי' ר' חיים הלוי, הל' תרומות ח, ד (ד"ה ונראה), בדעת השגות הראב"ד, הלכות תרומות, ח, ד (שהרי הוא לומד מכאן שכהן שמת, והניח עובר חלל [כגון שנשא גרושה], עבדיו אינם יכולים לאכול בתרומה כי הם שייכים לעובר החלל); קובץ שעורים בבא בתרא סי' תצ, לפי הדעה, בהערה 204, שבעובר זר קנה כשייוולד; שו"ת דגל ראובן ח"ב סי' כו בסופו, בדעת הרמב"ם והשו"ע; תורת הקנינים ח"ב פרק יד הערה קעב, בדעת הראב"ד שם, בדעת עליות דרבנו יונה, ב"ב קמב ע"ב, ובדעת חידושי הרשב"א, ב"ב שם; שיעורי ר' שמואל (רוזובסקי), ב"מ טו ע"ב אות רלב, בדעת תוס' ב"מ טו ע"ב (ד"ה בההיא) ובדעת רא"ש בשטמ"ק ב"ב קמב ע"ב, וב"ב, אות קצא, במסקנתו, בדעת הרמב"ם; גידולי שמואל ב"ב קמ ע"א (ד"ה והנה כל); ר' אליקים גציל אלינסון, "העובר בהלכה", סיני כרך סו (תש"ל), עמ' כה.

כמו כן, לפי טעם הראב"ד (ליד ציון הערה 215) (שנתיבות המשפט הסכים לו) מעיקר הדין עובר יכול לקנות, וא"כ המתנה חלה גם בעודו עובר.

ר' יצחק הכהן, בתי כהונה, בית ועד, סי' ה (כו ע"ד), כותב שהקנין תלוי עד שייוולד, והוא זוכה למפרע.

מצעדי גבר, נדרים, סי' יג, אותיות ב-ג, וקידושין, סי' מה, אות ד, כותב שלרמב"ם הנותן מתנה לבנו העובר - קנה מיד, כי החסרון במתנה לעובר הוא חוסר גמ"ד, ובבנו יש גמ"ד, ואין חסרון מצד שהוא דשלבל"ע, כי הוא נחשב בעלים לגבי הזמן שיבוא, ויש רק חסרון של גמ"ד, ולולא זה היה אפשר לעשות קנין, כי יש קונה ויש מקנה. אבל הוא עצמו, במצעדי גבר, יבמות, סי' נד, אות ד, כותב שקונה רק כשייוולד.

לחם משנה, הלכות זכיה ב, יח, כתב שלדעת הרמב"ם, יש לעובר זכיה לענין ירושה. אפשר להסיק מדבריו שבמתנה, העובר נעשה בעלים על המתנה בעודו עובר והנותן אינו יכול לחזור בו. וכן נראה מרדב"ז, הלכות תרומות, ח, ד, שכתב שלרמב"ם אין לעובר זכיה בירושה אבל זוכה כשאדם אחר מקנה לו.

וראה סעיף 6, שיש קושי איך הר"ן יסביר דין מזכה לעובר, מתוך הבנה שהעובר קונה מיד. וראה הערה 229, בשאלה מתי חלה המתנה לדעה שרק מתנת שכיב מרע מועילה בהקנאה לעובר.

[241] פרישה, חו"מ, רי, ג.

[242] פתח הבית שם.

[243] ידות נדרים, סי' רכג, יד שאול, ס"ק א; שו"ת כתב סופר יו"ד סי' קנה (ד"ה ולפענ"ד) (בלשון "אפשר").

[244] שו"ת המבי"ט, ח"ב, סי' קלז, בסופו.

יש תוקף למתנה גם אם **אמו** של העובר מזכה לו[245]. גם אם העובר היא נקבה, קנתה[246], ולפי דעה אחת, קנתה גם אם יש לאב בן מלבד הבת הזאת[247]. אבל סב המזכה לעובר שהוא **נכדו**, לא קנה[248], מפני שאין דעתו קרובה

---

[245] שו"ת מהר"ם בר ברוך מרוטנבורג, דפוס קרימונה, סי' קלג (הובא בשרשי הים ח"ג, הל' מכירה, כב, ה דף טו ע"א, ובשערי חיים (אריה) על ס' המקח, שער ה דף נב ע"א); שו"ת פני משה ח"א סי' צא (רכט ע"ג); ר' ישועה שבאבו זיין, בית אהרן וישראל גל' נב עמ' ז; שבות יעקב, ח"א, סי' קיא (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, רי, ס"ק א); שו"ת מהרש"ך, ח"ג סי' צד (הובא בחידושי רעק"א, חו"מ, רי, א); בני חיי, אהע"ז סי' נא; שו"ת חינוך בית יהודה, סי' קה; כנה"ג, חו"מ, רי, הגה"ט אות טז; ערך השלחן חו"מ, רי ס"ק ב; בגדי שש (שמאמא) אהע"ז סי' נט; שו"ת פני דוד חו"מ סי' יב (בין לבנה ובין לבתה).

דעה חולקת: שו"ת המבי"ט ח"א סי' שלט (הובא בפתחי תשובה שם, במחנה לוי (הורוביץ), ב"ב קמב ע"א [סא ע"ב בדפי הספר], וביד המלך (פלומבו) הל' מלוה ולווה, יח, ב, דף פז ע"ב), אומר שאם שנותנת לבנה העובר, לא קנה, לא אומרים כך, כי דוקא באב תקנו חכמים שמה שמקנה האב לבן תקף, משום שזה דבר מצוי, משא"כ באם שאע"פ שהיא כאב לענין אהבתה לעובר, לא תקנו בה תקנה זו משום שאינו שכיח; ועוד, שאב אוהב בן יותר מהאם בענייני ממון, כי אב עושה מלאכה, ואם הוא נותן לבנו שהוא אוהב, לא חסר לו כלום, כי יש לו רווח ממלאכתו, מה שאין כן האשה שאין לה מלאכה. נימוקו הראשון, שיש כאן תקנה, מתאים לשיטה ליד ציון הערה 229 שזו תקנה לשכ"מ, ולהסבר השני של השי"ך, בהערה 215, שזו תקנה.

ר' יהודה קמחי, בתשובתו בשו"ת פני משה ח"א סי' צ (רכז ע"ג), מסתפק האם הלכה כמבי"ט. אך ר' משה בנבנשתי, שם סי' צא (דף רכט ע"ג) כותב שאי אפשר לומר קי"ל כמבי"ט בזה. שו"ת יביע אומר, ח"ג, חו"מ, סי' ה, אות יח, כותב שהמוחזק יכול לומר קי"ל כדעת המבי"ט.

המבי"ט עצמו בח"ב סי' קלז כתב (כמעט במפורש) שאם שנתנה לבנה העובר, קנה. שער המלך, הלכות מכירה, כב, י (ד"ה ולעיקר), ומעשה נסים (הכהן), על רמב"ם, הלכות מכירה, כב, י (פא ע"ד בדפי הספר), מיישבים את הסתירה, שבחלק א עסק במתנה מחיים, ובה שייך הטעם שאין האשה יכולה להרוויח ולכן ממונה חביב לה יותר, ואף שהיא אוהבת את בנה, אדם קרוב אצל עצמו, וצערה חמור לה יותר, ולכן לא גמרה ומקנה, ואילו בח"ב מדובר בצוואה מחמת מיתה, שלא שייך בה הטעם שחביב לה ממונה, אלא דעתה קרובה אצל בנה. אבל חנא וחסדא ח"א דף צה ע"ד, כותב שלא משמע כך מהמבי"ט.

שו"ת שואל ומשיב מהדו"ה סי' כו (כג ע"ב), מביא ראיה שרק אב יכול להקנות לבנו העובר, ולא אם - עיי"ש. שו"ת אבני זכרון (פפר), ח"א סי' ה אות י, ועבד המלך, הלכות מכירה, כב, י, אות ט, מיישבים את קושית שעה"מ על הדעה שאם יכולה לתת מתנה לבנה העובר - עיי"ש.

[246] יד רמה ב"ב פ"ט סי' לב (שהרי בשעת המתנה, האב אינו יודע אם העובר בן או בת); שו"ת המבי"ט ח"א סי' קסב (הובא בטל אורות (ג'ויא, תשמז) קוני דשלבל"ע, עמ' תקנג), וח"ב סי' קלז (גם לטומטום); ר' שלמה משה סוזין, בשו"ת מים קדושים (קריספין) חו"מ סי' ג (כב ע"א), ע"פ שו"ת פני משה ח"א סי' צא; משפט שלום, רי, א, בדעת שו"ת גור אריה יהודה יו"ד סי' נט; שו"ת מהרש"ם, ח"ב, סי' טו, וחלק ה סימן לח (ד"ה ולכאורה י"ל הרי), ומשפט שלום, רי, א, הגהה ד, בדעת נ"י ב"ב סו ע"א (בדפי הרי"ף); חנא וחסדא ח"א דף צה ע"ד; בית ישחק, הלכות מכירה, כב, י (קיא ע"א); שו"ת שואל ומשיב מהדו"ב ח"א סי' ע, בסופו.

דעה חולקת: שו"ת מהרש"ם, ח"ב, סי' טו, ושו"ת פני יצחק (אבולפיה) ח"א חו"מ סי' כה (רז ע"ב) מביאים ששו"ת רמ"ע מפאנו, סי' נח, סובר שאדם אינו יכול להקנות לבתו כשהיא עובר (ואינו מפורש בדבריו). אבל חנא וחסדא ח"א דף צו ע"א, כותב שרמ"ע סובר שיכול להקנות גם לבתו. יוסף את אחיו מע' א אות ד (עמ' טו), כותב שגם לפי רמ"ע, אם יש לו **רק בנות**, דעתו קרובה אצלה.

מקנה אברהם ח"א מע' ד אות פח (יב ע"ג) מביא את שתי הדעות.

קהלת יעקב, לשון חכמים, מע' א, אות ז, כותב ע"פ רמ"ע שם **שאין** דעת אדם קרובה אצל בתו, אבל בת רגילה אצל אמה ולכן דעת **האם** קרובה לבתה, ולכן מועילה מתנת האם לבתה העובר ולא מתנת האב (כך משתמע מדבריו).

[247] שו"ת המבי"ט, ח"ב, סי' קלז.

אבל שו"ת ברית אברהם, חו"מ, סי' כ, אותיות יב-טו, ומחנה לוי (הורוביץ), ב"ב דף קמא ע"ב ודף קמב ע"א (נט ע"ד בדפי הספר), כותבים שאין דעתו קרובה אצל בתו לענין זה, אם יש לו גם בנים. כך יש ללמוד בקל וחומר גם מדברי ידות נדרים, ליד ציון הערה 244, שאף עובר זכר לא קנה אם יש לנותן בנים אחרים.

אם נתן לבנו ולבתו העוברים (תאומים) יחד: מחנה לוי (הורוביץ), ב"ב קמב ע"א, אומר שרב ששת סובר שאם נתן לבנו ולבתו העוברים יחד, מתוך שבנו קנה, גם בתו קונה (אף שאין דעתו של אדם קרובה לבתו אם יש לו גם בן), כי הוא סובר בב"ב קמג ע"א שהנותן מתנה לאדם ולחמור יחד, האדם קונה הכל (ראה ליד ציון הערה 345 ואילך). אבל שו"ת ברית אברהם, חו"מ, סי' כ, אות יד, תמה, הרי לפי ההשוואה ל"אתה וחמור" הדין היה צריך להיות שהבן יקנה גם את חלקה של הבת.

[248] שו"ת הרא"ש כלל פב, סי' ד (הובא בשו"ת משאת משה ח"ב סי' יא דף לח ע"א, בשו"ת בית דוד (פילוסוף) חו"מ סי' יג דף יט ע"ג, בקנין תורה בשמעתתא, בראשית עמ' קסה, בבן הרמה הל' זכיה, ח, ו, דף קפ ע"א, וע"י ר' יעקב בזק, "מעמדו המשפטי של העובר בהלכה היהודית ובמשפט הישראלי", סיני, כרך קטו (תשנ"ה), עמ' רכב), וכלל פד, סי' א-ב (למי שעוד לא נולד) (הובא בטור, חו"מ, רפב, ג); רמ"א, חו"מ, רי, א; שו"ת צמח צדק (קרוכמל) סי' קיד; שו"ת גור אריה יהודה יו"ד סי' נט (ס ע"א); בית דוד (פילוסוף), חו"מ, סי' קטז; שו"ת שי למורא (יונה) סי' מז (נב ע"ד); שו"ת מבי"ט חלק א סימן שט (נדפס גם בשו"ת בית יוסף, דיני כתובות, סי' י, ד"ה ומה שכתב בתנאי) (כי "הבו דלא לוסיף עלה"); משכנות

הרועים מע׳ ע אות עב, בדעת רש״י נדרים מח ע״ב (ד״ה ליקני); שו״ת ברית אברהם, חו״מ, סי׳ כ, אות ו ואות יג; ר׳ יצחק הכהן, בבתי כהונה, בית ועד, סי׳ ז (לב ע״ג); שו״ת משפט וצדקה ביעקב, ח״א, סי׳ רל.
בנדרים מח ע״ב נידון מי שלא רצה שבנו ייהנה מנכסיו כי הבן היה רשע, ורצה להקנותם לבנו ע״מ שיַקנה אותם לנכדו אם יתברר שנכדו ת״ח; והמפרש המיוחס לרש״י מסביר שלא היה יכול להקנותו לנכד במישרין, כי עדיין לא נולד, והמזכה לעובר לא קנה. הרי שלדעתו הנותן לנכדו העובר לא קנה. ועי׳ ידות נדרים שנביא בסמוך, הדוחה הוכחה זו.
קצות החושן, רי, ס״ק ד, מקשה מדברי הרמ״א שם על רמ״א, חו״מ, רנז, ב, שפסק (לענין הכותב נכסיו לבנו ומת האב והניח פירות מחוברים) שדעתו של אדם קרובה אצל בן בנו. שו״ת בנין יחזקאל סי׳ כה, מיישב ששם מדובר בנכדו שכבר נולד, ולכן דעתו קרובה אצלו, ודוקא בעובר, כיון שאינו מכיר אותו ואין לו תענוג ממנו, אין דעת הסב קרובה אצל נכדו, ורק בבנו שהוא עצמו ובשרו ממש אמדו חכמים שדעתו קרובה אצלו גם כשהוא עובר. גם חנא וחסדא ח״א דף צו ע״א מיישב, שבסי׳ רנז פסק שדעתו קרובה כי מדובר בגדול שיש לו זכיה. עיניים למשפט, ב״ב קמב ע״ב, אות ה, מיישב את סתירת הרמ״א, שבסי׳ רנז מדובר שנתן בפירוש לנכד ולכן דעתו קרובה, וכאן מדובר במזכה סתם לעובר זה. אבל הוא מעיר שסמ״ע, רי, ס״ק ה, כתב שגם כאן מדובר שכתב בפירוש, ולפיו אין לתרץ כך. שו״ת גור אריה יהודה יו״ד סי׳ נט (ס ע״ב), מיישב את הסתירה, שבסי׳ רנז, כיון שכבר נתן את גוף הקרקע, יש להניח שהתכוון לתת גם את הפירות כי נותן בעין יפה נותן. ערך שי, חו״מ, רנז, ב, מיישב שהרמ״א מסופק האם נכדו כבנו, ולכן לגבי מתנה לעובר, מספק לא קנה, ואילו בסי׳ רנז שהפירות נמצאים בקרקע של הנכד, וגם אם אינו נחשב כבן, די שישלם את דמי הפירות, לכן הנכד נחשב מוחזק, ומספק זכה.
הבחנות שונות: מחנה לוי (הורוביץ), ב״ב קמב ע״א (סא ע״ג), כותב שמה שהרא״ש כתב שנכדו אינו כבנו לענין זה, אמור דוקא אם בנו חי, אבל אם בנו מת, דעת הסב קרובה לנכד כי הוא במקום בנו.
עיניים למשפט, ב״ב קמב ע״ב, אות ה, מעלה אפשרות שלשיטה (ליד ציון הערה 224) שרק בשכ״מ קנה הבן מטעם תקנה, תקנו רק בבנו ולא בנכדו (כלומר, כי בנכדו אין חשש שתיטרף דעתו), ולשיטה (ליד ציון הערה 232) שגם במתנת בריא קנה כי יש לאב גמ״ד, הרי גם לנכדו קרובה דעתו קצת, ולכן יש לו גמ״ד להקנות לו אם כתב בפירוש.
דעה חולקת: תרומת הדשן, שו״ת, סי׳ שנ, ושו״ת מהרשד״ם אהע״ז סי׳ קצז, כתבו לענין אחר שדעתו של אדם קרובה אצל בת בנו כמו אצל בנו. כנה״ג, חו״מ, רי הגה״ט אות יח, מורה צדק סי׳ רי, שבות יעקב, ח״א סי׳ קיא (הובא בפתחי תשובה, רי, ס״ק ג), וחקרי לב חו״מ ח״ב סי׳ כח (מד ע״ג), כותבים שלדעת תרומת הדשן ומהרשד״ם מועילה מתנה לעובר שהוא נכדו (אבל לפי בנין יחזקאל וחנא וחסדא הנ״ל, אין ראיה ממה שכתבו לענין נכד גדול, לנכד שהוא עובר). כנה״ג וחקרי לב כותבים שמשום כך דין זה בספק. המעתיק בחקרי לב שם מביא ראיה לתרומת הדשן מזוהר ויחי דף רלג ע״א, האומר שנכדו של אדם חביב עליו יותר מבנו (גם שו״ת דובב מישרים, ח״ג, סי׳ כט, מביא ראיה זו (ויש להעיר שמוכח שם שדעתו קרובה לנכדו גם בחיי בנו, כמו הנידון שם - ברכת יעקב לאפרים ומנשה בחיי יוסף); אבל גנזי יוסף (שוורץ) סי׳ ט, מפרש את הזוהר באופן אחר, עיי״ש); ומדניאל ה, כב, שדניאל קרא לבלשאצר בנו של נבוכנדצר אף שהיה נכדו; ומרש״י, בראשית כא, כג, על ״נכדי״, שכתב ״עד כאן רחמי האב על בנו״, ומאבן עזרא שמות, ב, כ, המביא ראיות שנכד נקרא ״בן״.
מורה צדק סי׳ רמח (כט ע״ד), מעלה אפשרות שהמזכה לבן בתו העובר, קנה. חנא וחסדא ח״א דף צו ע״א מעלה אפשרות שהוא מסתמך על תה״ד.
אבל בית דוד (פילוסוף), חו״מ, סי׳ קכה דף קכז ע״ג (הובא בחנא וחסדא ח״א דף צו ע״א), מעלה אפשרות שרק על נידונו כתב תרומת הדשן שבת בנו כבנו, במי שנתן כסף לבת בנו ואמר ״ותקנה בו חגורה״, ומתה לפני שקנתה, כך שהזיכוי חל לגמרי מן הדין, אלא שהיה ספק האם המתנה מותנית בכך שתקנה חגורה, ועל זה כתב תה״ד שאומדים את דעתו שנתן בעין יפה כיון שהיא קרובתו, ולא התכוון להתנות את המתנה בתנאי; ואילו בנותן לעובר, שאינו זוכה, ״דעתו קרובה״ נאמר רק בבן שלבו דווה עליו אם ימות, ולא בבן בנו. חנא וחסדא ח״א דף צו ע״א מעיר שלפי הסבר זה, המוחזק אינו יכול לומר קי״ל כתה״ד לענין עובר, כי תה״ד בעצם מסכים לרא״ש. אבל הוא עצמו כותב שמתה״ד משמע שלדעתו גם לענין מזכה לעובר נכדו, קנה.
כמו כן, ר׳ יוסף אליא הלוי (המו״ל), בהגהתו ביד רמה ב״ב פ״ט סי׳ לב, כותב שתה״ד דיבר רק בנידונו, שהנכדה כבר נולדה, ולכן דעתו קרובה אצלה, משא״כ כאן שטרם נולד; ובזה מיישב גם את סתירת הרמ״א הנ״ל (כמו חנא וחסדא).
מטה שמעון רי, הגה״ט אות יד, כותב שרמ״א לא הביא את דעת תה״ד כי הוא סובר שאילו ראה תה״ד את הרא״ש לא היה חולק עליו.
ר׳ שלמה משה סוזין, בשו״ת מים קדושים (קריספין) חו״מ סי׳ ג דף כב ע״א, מדייק משו״ת פני משה ח״א סי׳ צא, שהנותן לעובר שהוא בן בתו - קנה.
בנין שאול, פ׳ ויחי (עמ׳ קנו), כותב שאדם יכול לתת מתנה לבן בנו, גם אם לא נולד, והסביר בזה דרך דרוש את הרא״ש, כתובות פ״ז סי׳ ט (עיי״ש); והמהדיר שם העיר שזה נגד שו״ת הרא״ש הנ״ל.
ערך השלחן, חו״מ, רי, ס״ק ז, כותב שדעתו קרובה אצל הנכד לענין עובר, קל וחומר מבתו.
ידות נדרים, סי׳ רכג, יד שאול, ס״ק א, כותב שגם לפי הרא״ש והרמ״א, **מועיל** זיכוי לנכד שהוא עובר, אלא שבנידונו של הרא״ש הנותן רצה להשוות את נכדיו לבניו, ולכן כתב שהנכד הוא כאחר ביחס לבנו. הוא מיישב בזה את סתירת הרמ״א: בסי׳ רנז מדובר שיש רק נכד, כמבואר בתרומת הדשן סי׳ שנ, ולכן הנכד כבן. הוא כותב עוד, שגם אם יש רק נכד אחד, הרי אם הדיר את בנו הנאה ממנו, לא יוכל להקנות לנכדו העובר, כי מה שנכד כבן הוא רק כי הוא בא מכוח בנו, וכאן אין לומר דעתו קרובה אליו, כיון שהדיר את בנו. עיי״ש איך הוא מיישב בזה קושי בנדרים מח ע״ב.
שו״ת שבות יעקב חלק א, סי׳ קיא, מביא את שתי הדעות.
נין: כנה״ג שם (הובא בשער המלך, הלכות מכירה, כב, י) כותב שגם לדעה זו, אם זיכה לבן בן בנו או לבן בן בתו, היינו הנין, לא קנה, כי ״עד כאן רחמי האב על הבן״ ולא לדור רביעי (בראשית רבה פרשה נד, ב).

לו כל כך כמו אב לבנו[249]. כמו כן, אח המקנה לעובר שהוא אחיו, לא קנה, מפני שדעתו של אדם אינה קרובה אצל אחיו[250].

הנותן מתנה לבנו העובר ולעובר של אחר יחד, כגון שאמר "יטלו שני הילדים" - היות שבנו קונה, כי מניחים שהוא גומר בדעתו ומקנה לו, יש להניח שגמר ומקנה גם לאחר, כיון שהדבר תלוי בכוונת הלב, וכָלל את שניהם יחד[251].

האב יכול להתנות את המתנה, בכך שהעובר הוא זכר (לדוגמה), ואם יתברר שהעובר הוא זכר, קנה; ואף שהכלל הוא ש"אין ברירה", כלומר שאין תוקף לחלות משפטית שנושאה אינו ידוע בשעת מעשה, גם אם אח"כ מתבררת זהותו, הרי כאן בשעת נתינת המתנה כבר נקבע מין העובר, ולא ישתנה, ואין זה משנה שהאמת לא היתה ידועה לנו אז[252].

מתנה לאשת איש

מתנה שניתנה לאשת איש נחשבת "נכסי מלוג", כלומר, שהגוף שייך לאשה, והבעל מקבל את פירותיה[253]. זאת גם אם זיכה לה את המתנה ע"י אחר[254].

---

[249] סמ"ע, רי, ס"ק ה.

[250] שו"ת המבי"ט ח"א סי' קסב.

[251] שו"ת גור אריה יהודה חו"מ סי' סג; משפט שלום, רי, א.
משפט שלום מנמק ע"פ הסבר הש"ך (בהערה 215), שהנותן לבנו העובר נחשב כאילו אמר "קנֵה על מנת להקנות". כוונתו היא שהנותן בוודאי התכוון לקעמ"ל כדי שבנו יקנה - לפי זה גם העובר האחר קנה, כי לא ייתכן שהתכוון להקנות לעובר האחר במישרין, שהרי אין סיבה שהוא יפצל את המתנה.

[252] שו"ת מהרי"ט ח"א סי' כב (ד"ה ואין להקשות), וח"ב חו"מ סי' כג.
מדבריו עולה שאם אמר כך לפני שהוכר העובר, אין תוקף למתנה - לשיטתו, ליד ציון הערה 276, שהמזכה מתנה ע"י אחר ולא היה ידוע מי המקבל, אין לזה תוקף. אבל שרשי הים, ח"א, שורש ברירה סעיף יט (צה ע"ד) כותב שגם אם לא הוכר העובר, קנה, כי דעתו של אדם קרובה אצל בנו, ושיקול זה פותר את הבעיה של ברירה, כמו שהוא פותר את הבעיה שאי אפשר להקנות למי שלא בא לעולם.
שו"ת ברית אברהם, חו"מ, סי' כ, אות טז, כותב שלפי הסבר מהרי"ט, אם נתן תוך ארבעים יום לעיבור, לא קנה כי "אין ברירה", כי עדיין לא נקבע מינו (מהרי"ט נוקט שמדובר שהוכר עוברה, אבל כתב כך משום שמסיבה אחרת מעמידים כך את המשנה ב"ב קמא ע"ב שהיא המקור לענייננו). אבל הוא עצמו כותב שלפי הש"ך שהסביר שנחשב כאלו אמר "קנֵה על מנת להקנות" (הערה 215), אין בעיה של ברירה, כמו שהמקנה לבנו ע"מ שיַקנה לנכדו "אם יהיה הנכד ת"ח", מועיל אף שעכשו הנכד אינו מבורר (ראה סעיף 4).
גידולי שמואל ב"ב קמ ע"א (ד"ה האומר), מביא את הסבר מהרי"ט מדוע אין בעיית ברירה, והוא מקשה עליו, הרי עובר לא קנה אם הפילה (ראה ליד ציון הערה 216), וא"כ יש בעיה של ברירה, שהרי היה ספק האם ייוולד בן קיימא? ותירץ שכיון שהרוב יולדות בני קיימא (יבמות קיט), זה כמבורר למפרע; אבל הוא מעיר שלפי זה אם זו אשה שמוחזקת בנפלים, שהרוב לא קיים אצלה, לא יועיל כי אין ברירה. והוא כותב (בד"ה והנה כל) שבעובר שהוא בנו, זוכה למפרע בעודו עובר (כדעה ליד ציון הערה 240), וא"כ יש בעיה של ברירה, אבל בעובר זר באומר "לכשתלד", גם לדעה שקנה (ראה הערה 204), קנה רק כשייוולד וא"כ אין בעיה של ברירה.

[253] רמב"ם, הלכות אישות, כב, כא, והלכות זכייה, ג, יב; טור אהע"ז סי' פה (ליד אות כה); חידושי הרמב"ן, גיטין עז ע"ב (ד"ה והא דאקשי), וקידושין כג ע"ב; חידושי הרשב"א, קידושין כג ע"ב; חידושי הריטב"א, קידושין כג ע"ב; ר"ן על הרי"ף, קידושין ח ע"ב (בדפי הרי"ף); ס' התרומות שער ו ח"ג אות ב; ר"י במרדכי קידושין סי' תצג; שו"ת הרשב"ש סימן עט (ד"ה וכבר נתבאר); שו"ע, אהע"ז, פה, ז.
שו"ת מקוה המים (מלכה), ח"א, חו"מ, סי' עז (עמ' רסט), מסביר שאינה לגמרי לבעלה כמו מציאתה, כי רק במציאה תיקנו חכמים שתהיה לבעל, מחשש שתהיה לו איבה כלפיה אם המציאה תישאר שלה (כתובות מז ע"א), וחשש זה אינו שייך במתנה.
ביכורי יעקב, תרנז, ס"ק ה, כותב שמשום כך, הנותן לולב לאשת איש, בעלה קנה, ואינה יכולה לקיים בו את המצוה. פירות האילן, תרמט, ס"ק י, מקשה עליו, מדוע לא נאמר שיש להניח שהתכוון להקנות לה באופן שתוכל לקיים בו את המצוה, היינו "על מנת שתוכלי לצאת בו", כפי שיש אומרים לגבי המשאיל לולב, שמניחים שהתכוון לתת במתנה (ראה הערה 887)?
דעה חולקת: רש"י סנהדרין עא ע"א (ד"ה על מנת), כותב שהמתנה נקנית לגמרי לבעלה כמו מציאתה. שו"ת הרדב"ז חלק א סי' רפז, כותב שגם לרש"י, הנותן בגדים לבת אחיו בוודאי התכוון לתת לה, ולא שהבעל יוכל לגרש אותה ויקח את מלבושיה. אבל חידושי הרשב"א קידושין כג ע"ב, כותב שגם לדעת רש"י, בכל מצב הגוף לאשה.
ר' יעקב מקורביל, המובא במרדכי קידושין סי' תצג, מסופק בזה, האם הבעל זוכה גם בגוף.

מתנה לעבד עברי: דברי סופרים (רזין) סי׳ כו, אות ב, כותב שע״ע יכול לזכות במתנה שנותנים לו, וגם במתנה שאדונו נותן לו, כי האדון שייר לו זכות זו, לזכות במתנה שנותנים לו. גם קהילות יעקב קידושין סי׳ כד (במהד׳ תש״נ = סי׳ כ במהד׳ ראשונה) עמ׳ פט, כותב שהוא זוכה במתנה שאדונו נותן לו.

מתנה לאמה עבריה: אילת אהבים, קונטרס אחרון, סי׳ קס, כותב שמתנה שקיבלה אמה עבריה - האדון אינו זוכה בה, שהרי לא קנה אותה לשם כך, והרי פשוט שמתנה שקיבל פועל היא לעצמו.

מתנה לעבד כנעני: רמב״ם, הלכות זכייה, ג, יב, ר״ן על הרי״ף, קידושין ח ע״ב (בדפי הרי״ף), שו״ת הרשב״ש סימן עט (ד״ה וכבר נתבאר), ומרדכי קידושין סי׳ תצג (הובא באבני מילואים, לז ס״ק א), כתבו שאם מישהו נתן לעבד מתנה, זכה בה האדון בגוף ובפירות.

כמו כן, אדון שנתן מתנה לעבדו, המתנה נשארת בבעלות האדון. כך כתבו חידושי הרמב״ן, קידושין כג ע״ב; חי׳ הרשב״א קידושין כג ע״ב; חידושי הריטב״א, קידושין שם; תוס׳ קדושין כד ע״א (ד״ה ורבי); רא״ש קדושין פ״א סי׳ כט; שו״ת הרשב״ש סימן עט (ד״ה וכבר נתבאר); בית האוצר, מע׳ א, אות קנז, בסופו. אמרי משה סי׳ כה, אות א, כותב שטעם הרשב״א הוא כי זה נוגע לאדון, כיון שאנחנו צריכים להפקיע מרשות האדון ע״י קנין העבד, ולא משנה שהאדון רוצה, כמו שאדם אינו יכול לזַכות לאחר ע״י עצמו. באות ח, הוא כותב שאין לומר שגם לרשב״א, העבד זוכה מרבו אלא שאח״כ האדון זוכה ממנו - שהרי א״כ, מדוע אדון אינו יכול לזַכות עירוב לאחרים ע״י עבדו הכנעני (ראה סעיף 6), הרי העבד יכול לזכות מן האדון, וכשהוא מזכה לאחרים, אי אפשר שאח״כ יזכה האדון מהם? לכן צ״ל שהרשב״א והריטב״א סוברים שעבד אינו יכול לזכות בכלל, כי כל מה שהוא עושה וקונה, כאילו האדון עשה, ולכן האדון אינו יכול לזַכות לאחרים ע״י העבד, כמו שאינו יכול לזַכות בעצמו לאחרים.

אבל חי׳ הרשב״א קידושין כג ע״ב מביא דעה שעבד יכול לקבל מתנה מהאדון, והאדון אינו אוכל פירות. אמרי משה, אות ב, מנמק שדעה זו סוברת שכשהעבד קונה משהו, הוא זוכה תחלה כי העבד נחשב ככל אדם לענין קניינים, ואח״כ האדון זוכה ממנו, כי הוא כמו שדה של האדון שהשתבחה, אבל אם האדון נותן לו מתנה, יכול לקנות, ואין לומר שאח״כ האדון יזכה ממנו, שהרי האדון אינו רוצה לזכות ממנו. באות י, הוא מסביר שדעה זו סוברת שהאדון אינו יכול לזכות חזרה מהעבד כי קנין העבד נחשב קנין לצמיתות, ולא כל מעשיו וקנייניו של העבד נחשבים כאילו האדון עשה.

רמב״ם, מכירה, ל, ב, ושו״ע, חו״מ, רלה, כד, כותבים שעבד שניתנה לו מתנה, והאדון הסכים שיזכה בה, העבד זכה. אמרי משה סי׳ כה, אות יז, מנמק, שאם מישהו נותן מתנה לעבד, האדון זוכה במישרין מהנותן, כי כל מה שעבד עושה נחשב כאלו האדון עושה, והוא קונה; ולכן אם האדון אומר שאינו רוצה לקנות, מועיל, כמו שאם ראובן מזכה לשמעון, שמעון יכול לומר אח״כ שאינו רוצה לזכות. הוא מעלה אפשרות לנמק, שהיות שהאדון אינו רוצה לקנות, יקנה העבד כיון שזה לא נוגע לאדון, כמו ב״ע״מ שאין לרבו רשות״. אבל הוא דוחה הסבר זה, ששם רשות אחרים מעכבת, שלא יוכל האדון לזכות ולכן נחשב שאינו נוגע לאדון, אבל כאן אילו האדון היה רוצה לזכות, היה זוכה, ולכן נחשב נוגע לאדון. אבל הוא כותב שלפי השיטה שאם מישהו נותן מתנה לעבד, העבד זוכה והאדון זוכה ממנו כי הוא כשדהו שהשתבחה, נמצא שלא קנה העבד גם אם האדון אומר אח״כ שאינו רוצה את המתנה אלא הוא רוצה לקיים את מעשה העבד, כמו שאם העבד עושה איזה מלאכה או כלי, לא יועיל אם האדון יאמר ״איני רוצה לזכות בו״, אלא הדברא הוא שלו על כרחו ואינו יכול להסתלק ממנו בלי קנין.

מרדכי קידושין, סי׳ תצג (הובא בשו״ת ברכת יוסף, אהע״ז, סי׳ לד), כותב בשם ר׳ אלחנן, שאדון **המזכה** מתנה לעבדו ע״י אחר, מועיל. אבל חידושי הריטב״א קידושין כג ע״ב (ד״ה מיהו צריך תלמוד) כותב שהעבד לא קנה, ורק אם האדון זיכה לעבד ע״מ שלא יהא בו רשות כלל, קנה. על ראיית הריטב״א, עי׳ מנחת אברהם (שפירא) ח״ב סי׳ לג (עמ׳ שלה). ראנ״ח ח״ב (מים עמוקים) סי׳ ב, ד״ה שמא (הובא בשו״ת נשמת כל חי, ח״ב, חו״מ, סי׳ יז (מג ע״ג) ובאיש אמונים (אלישר), דרוש ג לשבת כלה דף כה ע״ב) מכריע כריטב״א. מחנה אפרים, הלכות זכיה ומתנה, סי׳ ב, מביא את המחלוקת. ערך השלחן, חו״מ, קיא, ס״ק ז (כז ע״א), מדייק מירושלמי המובא בחידושי הרשב״א קידושין כג ע״ב, שאדון המזכה לעבד, אפילו אמר לו ״ע״מ שלא יהא לי רשות״, לא קנה העבד. מזל שעה, הלכות שגגות י, ו, מביא ראיה שלא קנה העבד - עיי״ש לראייתו.

אמרי משה סי׳ כה, אות יז, כותב שקטן שיש לו עבד, ומישהו נתן מתנה לעבד, האדון זוכה בה, לשיטה שאם מישהו נותן מתנה לעבד (שאדונו גדול), העבד זוכה והאדון זוכה ממנו; וגם לשיטה שהאדון זוכה במישרין מהנותן, הדין כך גם באדון קטן, ואף שקטן קונה רק אם דעת אחרת מקנה, טעם הדבר הוא שלא די בכוונתו וברצונו לקנות, אבל בעבד של קטן, שיש לעבד כוונה ורצון לקנות, מועיל לקנות לאדון הקטן, כמו אילו היה מצב שיש לקטן כוונה ורצון, שאז היה קונה; ואף שאין קטן קונה בקנין חצר, טעם הדבר הוא שאין לו שליחות (ראה סעיף 6), אבל זכייתו מהעבד אינה משום שליחות, שהרי העבד הוא אדם בפני עצמו אלא שקנייניו ומעשיו שייכים לאדון, ולכן האדון זוכה ממנו. אור שמח הל׳ גזילה, יז, יג, מסתפק האם האדון הקטן זוכה.

על מתנה **לגוי**, ראה בפרק על מתנה אסורה.

מתנה למומר: שו״ת מבי״ט, חלק ב, סי׳ קכב, כותב שהנותן מתנה למומר והגיעה לידו, או שזיכה לו ע״י אחר, שנחשב כאילו הגיע כבר לידו, יש לה תוקף ואין להפקיע אותה; ואף שכתב הרמב״ם הל׳ נחלות, ו, יב, לגבי יורש מומר, שב״ד רשאי לקונסו שלא יירש כדי שלא לחזק את ידי הרשעים, הרי במתנה שאינה שכיחה כל כך והנותן נותן מרצונו, לא קנסו; אבל במתנת ש״מ שהיא מדרבנן, יכולים ב״ד לקונסו לפי ראותם אם יראה להם שלא יחזור בתשובה.

[254] זקן שמואל, חו״מ, סי׳ רע. הוא מסתמך על כך שלא נזכר בשום פוסק שבזיכוי ע״י אחר קנתה האשה. שו״ת נשמת כל חי, ח״ב, חו״מ, סי׳ יז (מג ע״ג) מנמק, שאישה אינה קונה בזיכוי ע״י אחר, מפני שידה ממש כיד בעלה. ראה על כך בהערה 318.

אבל אם הנותן מגביל את המתנה, באופנים מסוימים, הבעל אינו זוכה בה אלא האשה זוכה בה לגמרי. ראה על כך בסעיף 4[255].

אם הבעל עצמו נתן לה את המתנה - היא זוכה בה לגמרי, והבעל אינו אוכל פירות[256], מפני שהנותן נותן בעין יפה[257]. יש שלושה סייגים לזכות האשה על דבר המתנה: (א) היא אינה יכולה למכור או לתת את הנכס במתנה לאחר[258], מפני שהבעל לא התכוון לתת לה רשות לכך[259], שכן בכך היא גורמת להפקיע את זכותו לרשת ממנה

---

[255] בפרק על שיור, בנותן לשימוש אחד, ובפרק על שיור בלשון תנאי. [אולי יועבר לכאן]

[256] ב"ב נא ע"ב; רמב"ם, הלכות אישות, כב, כז; ר"ן, נדרים פח ע"ב, ור"ן על הרי"ף, קידושין ח ע"ב (בדפי הרי"ף); תוס' נדרים פח ע"ב (ד"ה כיון), גיטין עז ע"ב (ד"ה מה), וקדושין כד ע"א (ד"ה ורבי); חידושי הרמב"ן, קידושין כג ע"ב; חידושי הריטב"א, קידושין כג ע"ב; רא"ש קדושין פ"א סי' כט (הובא בשו"ת נופת צופים (בירדוגו), סי' שו); טור אהע"ז סי' פה (ליד אות יז); ראבי"ה, סי' אלף ו (ד"ה ושמא); ר"י במרדכי קידושין סי' תצג; שו"ע, אהע"ז, פה, ז; שו"ת בני אהרן, סי' נד (סא ע"ב); חקרי לב חו"מ, ח"א, סי' לה; ר' אברהם הלוי, בשו"ת גינת ורדים חו"מ כלל ה סימן טו (ד"ה ואפילו הסוברין); עמק סוכות, סוכה מו ע"ב.
מגיני שלמה, כתובות מז ע"א (עמ' שלג), כותב שהטעם הוא, שבמתנה שקיבלה מאדם אחר, הבעל אוכל פירות כדי שלא תהיה לו איבה כלפי אשתו, ואם הוא עצמו נותן לה, אין חשש כזה.
חידושי הרשב"א גיטין עז ע"ב, כותב שאם נתן לה הבעל חצר רק כדי שתוכל לקנות בו גט, למשל, הפירות נשארים לבעל, כי זו מתנה "קלושה". אבל חי' הרמב"ן, ב"ב מא ע"ב, כותב שאין זה נכון.
על דינו המיוחד של בעל הנותן את **כל נכסיו** לאשתו במתנה, ראה ליד ציון הערה 453.
אם התאלמנה או נתגרשה: יד רמה בבא בתרא פ"ג סי' רה (ד"ה ואם נתאלמנה) כותב שאם התאלמנה או נתגרשה, נוטלת את דבר המתנה בנוסף על כתובתה.
אם נתן לפני הנישואין: יד רמה בבא בתרא פ"ג סי' רה (ד"ה אבל היכא) כותב שאם נתן לה מתנה לפני הנישואין או לפני אירוסין ושידוכין, ואח"כ נשא אותה, הפירות שלו, ואף שבשעת הקנאה הסתלק מהנכס לגמרי, הועילה לו זכות הנישואין שבאה לו אח"כ, לחול על קרקע זו, כמו שהיא חלה על נכסים שמגיעים אליה ממקורות אחרים. הוא מוסיף (בד"ה וכיון) שהיות שהפירות שלו, כשאר נכסי מלוג, לכן אם מכרה או ונתנה את הנכס, המכר בטל, אפילו אמר לה שהוא נתן לה "בין קודם נישואין, בין לאחר נישואין", כי ברגע שנשא אותה, חלה עליה זכות הנישואין על הגוף ועל הפירות, כמו על מתנה שקיבלה מאדם זר קודם נישואין.
דעה חולקת: ר' אלחנן המובא במרדכי קידושין סי' תצג, כותב שגם אם הבעל נותן לאשתו, לא זכתה (נראה שכוונתו היא שהפירות שלו), אלא אם זיכה לה ע"י אחר.
חי' רעק"א אהע"ז, פה, ז, ותורת חיים וחסד ח"ב עמ' תט, מביאים את המחלוקת. תורת חיים וחסד מציין ששו"ת ראנ"ח ח"ב סי' ב, כתב שאף ר' אלחנן לא כתב כך להלכה.
תורת חיים וחסד ח"ב עמ' תט, מביא שרי"ש אלישיב אמר שבעל הנותן לולב לאשתו שתטול למצוה, היא זוכה, מפני שהוא כאילו אומר אאב"ח, שתיקנו שהבעל מקבל פירות נכסי אשתו, שהרי הוא רוצה שהיא תזכה בלולב. נראה שכוונתו היא שכאן הדין כך גם לר' אלחנן, וסובר שאם הפירות שייכים לבעל, לא תוכל לקיים את המצווה. סברה זו אינה יכולה לשמש נימוק לדעה שבכל מצב האשה זוכה בפירות, שהרי אין הוכחה שהבעל אינו רוצה שהפירות יהיו שלו, שכן ייתכן שהוא נותן לה במתנה רק את הגוף.

[257] רשב"ם בבא בתרא נא ע"ב (ד"ה במתנה); תוספות הרא"ש גיטין עז ע"ב (ד"ה מה); בית מאיר, אהע"ז, פה, ז.
דברי חיים, ב"מ יב ע"א (עמ' לח במהד' הורוויץ, תשנ"ט), מסביר את אופן פעולתה של מתנה זו, שהבעל מסתלק בכך מדבר המתנה, כפי שנאמר בכריתות כד ע"ב שהנותן מתנה מסתלק מהחפץ (ראה סעיף 3), ואמנם לא מועיל סילוק הבעל מנכסי אשתו אחרי הנישואין (כתובות פג ע"א), אבל זה משום שידו כידה, וזה שייך רק בנכס שכבר יש לה (יש להעיר שזו דעת רבנו יונה - ראה מחילה, שער רביעי) שהוא מוחזק בו כמותה, אבל נכס זה שעדיין לא קנתה, מועיל סילוק ממנו; ואף שלא מועיל סילוק מדשלבל"ע (ראה מחילה, שער רביעי, פרק תשיעי, שזו מחלוקת), הרי הנכס עכשו בידו, והוא מסתלק ממנו בעת שיבוא לרשות אשתו, כי בידו לתת לה, ומה שבידו לא נחשב דשלבל"ע.

[258] ר"ת בתוס' ב"ב נא ע"ב (ד"ה במתנה), ובתוס', גיטין עז ע"ב (ד"ה מה שקנתה); הגהמ"י הל' אישות, פרק כב, אות מ; רא"ש ב"ב פ"ג סי' נד; טור אהע"ז סי' פה (ליד אות יז); שו"ע, אהע"ז, פה, ז.
בית מאיר, אהע"ז, פה, ז, כותב שגם במתנת כסף, אם נתנה את הכסף במתנה לאחר, המתנה בטלה, אף שהיא רשאית להשתמש בכסף לעצמה (ראה בשמו בהערה 263); וזאת מהטעם ליד ציון הערה 260, שבכך היא מפקיעה את ירושת הבעל. אבל שו"ת ר"ע איגר מהדורא תניינא סימן פה, תמה עליו, איך יתכן שהיא רשאית להשתמש בכסף ולכלותו, ולא לתת לאחר? הרי היא תוכל לתת לאחר את זכותה להשתמש בכסף ולכלותו, ולא יגיע לידי ירושה. והוא לומד מב"ש, צ, ס"ק יב, שאינה יכולה לתת את הכסף לאחר. וראה בשמו בהערה 263, שהוא חולק על בית מאיר וסובר שאינה רשאית להשתמש בכסף לעצמה.
ר' מאיר וייל, השואל בשו"ת ר"ע איגר מהדורא תניינא סימן פה, כותב שבמתנת כסף, אם הבעל חשב שכבר הוציאה את הכסף שנתן לה **והתייאש ממנו**, הוא כנכסי מלוג שאינם ידועים לבעל, שבהם יש תוקף למכירת האשה (שו"ע, אהע"ז, צ, יא). אבל ר"ע איגר שם חולק, בנימוק ששם לא חל עליהם מעולם דין נ"מ, ועליהם לא תיקנו חז"ל שמכירתה בטלה, אבל כאן כבר נכנסו בכלל נ"מ, וזכה בהם הבעל; ואף אם גילה דעתו שאינו מקפיד על כך שהיא מוציאה את הכסף, ואח"כ

את הנכס[260], וגם בגלל תקנת אושא[261], שאשה שמכרה נכסי מלוג בחיי בעלה, ומתה, בעלה מוציא אותם מן הקונה[262]. (ב) פירות הנכס הופכים להיות נכסי מלוג, וקונים בהם קרקע והבעל אוכל את פירותיה[263], כמו שאם ירשה נכס, הוא נעשה נכסי מלוג[264]. (ג) במותה, הבעל יורש את המתנה[265], אפילו הקנה לה על דעת שלא

הלוותה את הכסף לאחר, לא מועיל כיון שכבר זכה הבעל בכסף, ובעל אינו יכול להסתלק מנכסי אשתו הנשואה (כתובות פג ע"א).

אבל הרשב"א ב"ב שם (הובא במגיד משנה שם) כותב שאם אמר לה הבעל שתוכל למכור ולתת, היא יכולה.

דעה חולקת: יד רמה בבא בתרא פ"ג סי' רה, ד"ה והשתא (הובא בטור שם) כותב שאם מכרה, או נתנה, יש לזה תוקף, מפני שההלכה שאין לה פירות, מראה שהבעל הסתלק מהקרקע אפילו מדין נכסי מלוג. בית מאיר, אהע"ז, פה, ז, כותב שזו גם דעת הרמב"ם, שם, שהרי הוא כורך יחד בעל הנותן מתנה לאשתו, לאחר הנותן מתנה לאשה ע"מ שאין לבעלה רשות בה (שנדון בה בסעיף 4), ששם הפירות שלה לגמרי.

אבל בית מאיר, אהע"ז, פה, ז, כותב גם לרמ"ה לכתחילה לא תמכור כדי שלא תפקיע את הירושה מהבעל, שהרי רמ"ה מסכים שהבעל יורש.

ר' מאיר וייל, השואל בשו"ת ר"ע איגר מהדורא תניינא סימן פה, כותב שאפשר לטעון קי"ל כרמ"ה. אבל ר"ע איגר שם כותב שא"א לומר קי"ל כרמ"ה, כיון שהוא דעת יחיד.

[259] תוספות הרא"ש גיטין עז ע"ב (ד"ה מה).

[260] רא"ש ב"ב פ"ג סי' נד; בית מאיר, אהע"ז, פה, ז.

[261] ב"ק פט ע"ב.

[262] בית מאיר, אהע"ז, פה, ז, מביא את תקנת אושא לענייננו. אך יש להעיר שלפני נימוק זה, המכר תקף עד מותה.

גם שו"ת ר' עקיבא איגר מהדורא תניינא סימן פה, כותב שהטעם הוא משום תקנת אושא, ומה שנימק הרא"ש מצד כוונת הבעל, כוונתו היא לומר שאף שאת זכות הפירות מחל כי נותן בעין יפה נותן, לא מחל זכות תקנת אושא כי לא שייך בזה עין יפה לענין הפקעת הקרן ממנו.

מערכת הקניינים סי' יט (ד"ה ונראה), כותב שהטעם הוא בגלל תקנת אושא, ומה שנימק הרא"ש מצד שלא נתן לה ע"ד שתמכור, הוא כי אילו התכוון לתת לה גם שתמכור, היה מועיל. הוא כותב (בד"ה התוס') שאין לנמק מצד שהבעל שייר במתנתו, שהרי הרא"ש והטור סוברים שא"א לשייר במתנה, שהמקבל לא יוכל למכור (ראה שם סי' יח, ובדיוננו בסעיף 4), ואמנם מועיל תנאי "ע"מ שלא תמכור", אבל כאן אין לומר שזה בגדר תנאי, שהרי ר"ת בתוס', גיטין עז ע"ב (ד"ה מה שקנתה), הסביר שהאשה אינה יכולה לקנות בקרקע זה בקנין חצר כיון שאינה יכולה למכור, והרי העובדה שמתנה מותנית אינה מגרעת בקניינו בנכס, כמו שמוכח מהדין שהמקבל אתרוג במעמ"ל יכול לקיים בו את המצוה.

חידושי הרמב"ן בבא בתרא נא ע"ב, בשם רב שמואל הנגיד בשם רב שרירא ורב האיי, וחי' הרשב"א, ב"ב נא ע"ב (הובא במגיד משנה, הלכות אישות, כב, כז) נוקטים שאם מכרה **ומתה**, הבעל מוציא מיד הלקוחות, והסבירו בית מאיר שם, ואבני מילואים, צ ס"ק יא, שטעמם משום תקנת אושא. כמו כן, תוס' כתובות נ ע"א (ד"ה הבעל), כותבים שתקנת אושא חלה כאן. אבל הרשב"א עצמו, בב"ק פח ע"ב, מעלה אפשרות שכאן לא חלה תקנת אושא, כי הבעל הסתלק מהנכס בכך שנתן אותו במתנה.

[263] ר"י בתוס' ב"ב נא ע"ב (ד"ה במתנה); רא"ש ב"ב פ"ג סי' נד; טור אהע"ז סי' פה (ליד אות יח); שו"ע, אהע"ז, פה, ז (הובא באבני מילואים, צ ס"ק יא).

במתנת כסף: בית מאיר, אהע"ז, פה, ז, כותב שגם לפי תוס', אם נתן לאשתו **כסף** (או מיטלטלין) במתנה, קנתה לגמרי, והיא רשאית להשתמש בכסף לעצמה, ואין קונים בכסף קרקע כדי שהבעל יאכל פירות. הוא מביא ראיה לכך מהרמב"ם שם, שכורך מתנת בעל לאשתו עם כסף שמקבלת אשה המוכרת את כתובתה, ושם אין קונים קרקע בכסף, כמו שכתב רש"י, ב"ק פט ע"א (ד"ה ואין). אבל שו"ת ר"ע איגר מהדורא תניינא סימן פה, דוחה ראיה זו, שייתכן שהרמב"ם סובר שגם שם קונים בכסף קרקע כדי שהבעל יאכל פירות, שלא כרש"י. בית מאיר מביא עוד ראיה מנדרים פח ע"ב, שם נאמר שאם יש לאשה בית משלה בחצר, הבעל יכול לזַכות את כיכר העירוב על ידה לשאר בני החצר כי "מיגו דזכיא לנפשה, זכיא לאחרינני", כלומר כשהוא נותן לה במתנה את כיכר העירוב, היא זוכה בו (בחלק ממנו), ואם נאמר שבמתנת מיטלטלין, צריך לקנות בהם קרקע שפירותיהם יהיו לבעל, נמצא שאינה זכאית לאכול את העירוב, ואין לומר "זכיא לנפשה". ר"ע איגר דוחה ראיה זו, שלגבי העירוב צריך שיהיה הלחם שלה ולכן הבעל מזכה לה באופן המועיל ונתן לה לחלוטין, וכאילו אמר בפירוש שתהיה רשאית לאכלו; או שיש להניח שהוא מתיר לה לאכלו, כיון שאין דרך למכור לחם מועט כדי להוציא פירות. ור"ע איגר אומר במסקנתו שגם במתנת מטיטלטלין, אינה יכולה לכלות את המטלטלין אלא ימכרו ויקנו בהם קרקע, ויזכה הבעל בפירות הקרקע.

דעה חולקת: בית מאיר, אהע"ז, פה, ז, כותב שלדעת הרמ"ה, הפירות לגמרי של האשה, ואין קונים בהם קרקע כדי שפירותיה יהיו לבעל, כשם שהוא סובר (בהערה 258) שביכולה למכור את הנכס, כי אין לבעל שום זכות בקרקע.

[264] בית מאיר, אהע"ז, פה, ז.

[265] טור אהע"ז סי' פה (ליד אות כ); מגיד משנה, הלכות אישות, כב, כז; שו"ע, אהע"ז, פה, ז; בית מאיר, אהע"ז, פה, ז, בדעת הרמ"ה.

שו"ת מהרש"ם חלק ה סימן לח (ד"ה מכתבו), מדייק משו"ת שארית יוסף סי' עה, שגם בעל שנתן לאשתו מתנה בערכאות, מכרה בטל והבעל יורש אותה.

מהרש"ם שם (ד"ה ולכאורה י"ל לפמ"ש) מעלה אפשרות שאם הבעל קנה נכס ורשם אותו על שם אשתו, אינו יורש אותה, וזאת ע"פ ר"ן על הרי"ף, כתובות לז ע"ב (בדפי הרי"ף), שכתב על אשה הנותנת מתנה "מהיום ולכשארצה" שלרמב"ם אף שלא קנה המקבל, אין הבעל יורש אותה, כי היא כמזכה את הנכס ליורשיה ע"י המקבל, שהרי היא כתבה

יירשנה, מפני שאינו יכול להפקיע את זכות הירושה שיש לו על פי דין[266]. אבל אם אמר לה בפירוש שהיא תזכה גם עבור יורשיה, יורשיה ממשפחתה יורשים אותה[267].

מתנה לאדם לא ידוע

לכאורה, הנותן מתנה לאדם לא ידוע, גם אם אח"כ התברר מי המקבל, אין לה תוקף, בגלל הכלל ש"אין ברירה" - הכלל האומר שאין תוקף לחלות משפטית שנושאה אינו ידוע בשעת מעשה, גם אם אח"כ מתבררת זהותו, ואין אומרים שהדבר התברר למפרע. בכל זאת, נפסק שהאומר "כל מי שיבוא לידיו חפץ פלוני שלי, הוא נתון לו במתנה" - המתנה תקפה[268]. טעם הדבר הוא שהנותן אינו מתכוון שתחול המתנה משעת האמירה אלא משעה שתבוא לידי המקבל, ואז כבר הוברר האדם שקונה[269]. לא משנה שגם אז אין הנותן יודע מי המקבל, ודי

כן בשביל יורשיה (ראה בשמו בסעיף 4); וייתכן שגם כאן, היא זכתה בשביל יורשיה, ובעלה אינו יורש אותה. אך הוא דוחה זאת, שהרי כל הפוסקים חולקים על הרמב"ם (ראה סעיף 4 שם), וגם לרמב"ם, אפשר לומר כך רק שם, שבזה שנתנה לאחר, זיכתה את הנכס ע"י המקבל ליורשים, אבל כאן אינה יכולה לזְכות עבורם אם אין הבעל רוצה שתזכה עבורם.

במתנת כסף: ב"ש, צ, ס"ק יב, כותב שהנותן כסף במתנה לאשתו, והלוותה את הכסף לאחרים, ההלוואה בטלה, ובמותה, הבעל יורש אותה. אבל ר' מאיר וייל, השואל בשו"ת ר"ע איגר מהדורא תניינא סימן פה, כותב שלפי בית מאיר, בהערה 263, שהאשה יכולה להשתמש בכסף בעצמה, הבעל אינו יורש את ההלואה, כי בעל אינו יורש נכסים של אשתו שאינם ברשותה במותה אלא רק "ראויים" להגיע אליה, כמו הלוואה העתידה להיפרע.

[266] יד רמה בבא בתרא פ"ג סי' רה (ד"ה מיהו ודאי); טור אהע"ז סי' פה (ליד אות כ). יד רמה מביא ראיה מהדין שבעל אינו יכול להסתלק מזכותו לרשת את אשתו, במשך הנישואין (כתובות פג ע"א).

[267] שו"ת מהרש"ם חלק ה סימן לח (ד"ה ולכאורה י"ל לפמ"ש), מוכיח מרשב"א ח"א סי' אלף קמב (הובא בב"י אהע"ז סי' קיח), שאם עשה קנין לתת מתנה לאשתו, יורשיה זוכים, ומסביר שמדובר שאמר לה בפירוש שיזכו יורשיה מחמתה.

[268] סוכה מב ע"ב (על לולב); הרוקח, סי' רפא (הובא בהגהות מיימוניות, הל' חמץ, ו, ז, אות ו [שהובא בב"י או"ח תנד, במגן אברהם, תנד ס"ק ה, בשו"ת רבבות אפרים, ח"ד, סי' קיב, ובהדרת מרדכי (מסקין), סי' ה, דף י ע"ב]) (על מצה).
תלמידי ר"פ בשטמ"ק ב"מ יב ע"א, כותב שהסוגיה בב"מ שם עוסקת במי שאמר "אני נותנו למתנה למי שירצה", ומוכח מדבריו שזו מתנה תקפה, ודנים רק בצורת הקנין. אבל בתוס' רבינו פרץ שם הלשון שונה.
שו"ת באר משה (דנושבסקי), חו"מ, סי' ה (מג ע"א), כותב שאדם יכול לומר "כל הרוצה לזכות בחפץ זה יבוא ויזכה ואני אקנה לו" (בלי שיהיה נוכח בשעת הזכייה), וגם יכול להתנות "חוץ מפלוני".

[269] שו"ת מהרי"ט, ח"א סי' כב (הובא בשו"ת בית אפרים אהע"ז סי' קו, דף מא ע"א), וחלק ב, חו"מ, סי' כג (הובא בשו"ת בית יצחק, יו"ד, ח"ב, סי' פא, אות ח, ובקרבן אליצור, דיני ברירה, דף קפח ע"ד); שאגת אריה סי' צב, וסי' צג (בסופו) (הובא בשו"ת הרמ"ץ, או"ח, סי' א, אות ו, בנתן פריו, נדרים מה ע"ב, עמ' קטו, ובתורת חיים וחסד ח"ב עמ' תיא); חוקת הפסח (טייב), סי' תנד ס"ק ב; עמק יהושע (סלאנים), סי' ז, עמ' לו, וסי' ח, עמ' מ ועמ' מג-מד (במהד' תרפ"ה); גט מקושר (אלגזי), סי' טו (עמ' שנה במהד' קליין); שו"ת בית אבי ח"ב סי' מג אות ה; שו"ת אבני נזר חו"מ, סימן קסג (ברמז); שו"ת ר' עזריאל הילדסהיימר, ח"ב, חו"מ, סי' רכח (עמ' שע).
ראה על סברה זו בסעיף 1(ב), בעניין דבר שאינו מסוים.
לפי הסבר זה, זו מתנה שתחול לאחר זמן, שנדון בה בסעיף 4.
דברי מהרי"ט בשתי התשובות הללו אינם ברורים לגמרי, והבאנו את דעתו בטקסט לפי מה שנראה מדבריו. אבל פרשנים אחרים הבינו את דבריו בצורות אחרות, כפי שנראה (ראה לדוגמה הערה 276).
שאגת אריה סי' צג שם, ועמק יהושע סי' ז (עמ' לח במהד' תרפ"ה), מדגישים שהאומר שתחול המתנה אחרי שתגיע למישהו, למעשה נותן מתנה אף שהיא כבר ביד אחר. כמו כן, גט מקושר (אלגזי), סי' טו (עמ' שנ במהד' קליין) נוקט שאחרי שמגיע החפץ ליד אותו אדם, הנותן נותן לו במתנה, והדבר אפשרי כמו שמפקיד יכול לתת את הפקדון לנפקד במתנה (ראה סעיף 6), ואז המקבל מבורר, ולא משנה שהנותן אינו יודע מי הוא. וצ"ע מדוע נקטו שהנותן מקנה למקבל **אחרי** שהגיע לידו, והוצרכו להשוות להקנאת פקדון לנפקד, ולא הסבירו בפשטות שהמקבל קונה בהגבהה ואז הוא כבר מבורר. חי' חתם סופר (מהד' מכון חתם סופר), סוכה מב ע"ב, נוקט שאף שכבר הגיע החפץ לידי המקבל, אפשר להקנות לו, כי שניהם רוצים בהקנאה.
מהרי"ט, חלק ב, שם, מוסיף להוכיח שהאומר "מי שיגיע לולבי לידו" וכו' אינו מקנה מעכשו, שהרי בסוכה שם מדובר במצב שרבים הניחו את לולביהם בהר הבית בערב שבת, ובאים לקחת אותם בשבת בלי לדעת איזה לולב שייך למי, והרי אם למחר יכיר את הלולב שלו, ירצה ליטלו לעצמו ושלא יוכל אחר ליטלו ממנו (שהרי היה עדיף שכל אחד יטול את הלולב שלו, ורק משום שאין זה מעשי, קבעו שכל אחד יאמר "כל מי שיגיע לולבי לידו, יהיה לו במתנה"), ולכן אינו מקנה מעכשו, כדי שיוכל לחזור בו קודם שיגיע לולבו לידי אחר. נראה שלפי מהרי"ט, דווקא שם מניחים שהנותן התכוון שהקניין יחול רק בסוף, כי הוא רוצה להיות יכול ליטלו לעצמו, אבל במצב אחר, מניחים שהתכוון שהקנין יחול מיד, וגם אם כשיתברר המקבל, יעשה קנין, הרי אז אין דעת מקנה, ולכן יש בעיה של ברירה. בכך מוסבר מדוע מהרי"ט עצמו (ראה ליד ציון הערה 276) אומר לגבי המזכה ע"י אחר ואומר לו "תן למי שתבחר", שלא קנה; ולדעתו גם באומר "כל מי שיגיע חפץ פלוני לידו" וכו', קנה רק לגבי לולב ומצה, שבהם הוא רוצה לשמור לעצמו את הזכות ליטול בעצמו, ומתכוון שתחול מתנה רק אם לא יטול בעצמו, אבל אם הוא באמת רוצה לתת במתנה ואין בדעתו ליטול לעצמו, יש בעיה של ברירה (אבל ייתכן שגם שם, אחרי שהמקבל עשה מעשה קנין, זכה). וייתכן שהפרשנים האחרים (ליד ציון הערה 280),

הסבורים שגם במצב אחר אין בעיה של ברירה, סבורים שהטעם שכאן מניחים שהתכוון להקנות רק כשיתברר, הוא כי רק אז נעשה מעשה קנין (אבל מהרי"ט, ח"א ס' כב, מדגיש שגם אם עשה קנין סודר בהתחלה, לא קנה המקבל מיד, מהטעם שהסביר כאן); או שברור שהתכוון שהקנין יחול רק כשיתברר, כי אל"כ לא יקנה המקבל מטעם "אין ברירה"; וטעם זה שייך בכל מצב.

שו"ת מהרי"ט ח"א סי' כב וח"ב חו"מ סי' כג (הובא בשרשי הים, ח"א, שורש ברירה סעיף כ דף צו ע"א-צז ע"א), מביא ראיה לעיקרון זה, שדבר שאיננו צריכים שיהיה קיומו למפרע, אלא אפשר שיהיה קיומו משעה שיתברר הדבר ואילך, יכול לחול, ואף שבשעה שהתנה לא ידע, די בכך שבשעת חלות קיום הדבר, יהיה מבורר וידוע, ואין בכך בעיה של ברירה - עיי"ש להוכחתו. עמק יהושע סי' ז (עמ' לו במהד' תרפ"ה) מביא ראיה אחרת לכך - עיי"ש.

שו"ת בית אבי שם מוכיח מר"ש מעשר שני פ"ה מ"א, ומשו"ת נודע ביהודה מהדורא קמא אהע"ז סי' צא, שברירה נחוצה רק במצב שצריך שהחלות תהיה למפרע בזמן שעדיין לא הוברר, משא"כ אם החלות יכולה להיות בזמן שיתברר. משה ידבר, הלכות זכייה, סי' ט (ס ע"ב) מוכיח זאת ממהר"י קורקוס על הרמב"ם, הל' מעשר שני ח, טו. שדי חמד, פאת השדה, מע' ב, סי' מג, מוכיח עקרון זה מחי' הריטב"א עירובין לו ע"ב. חוקת הפסח שם מוכיח זאת מתוס' שאנץ המובא בשטמ"ק ב"ק סט.

שו"ת אבני נזר חו"מ, סימן קסג, מסביר שגם אם מי שהחפץ בא לידו מתכוון לגוזלו, הנגזל יכול להקנות לו, ואף שבדרך כלל הנגזל אינו יכול להקנות את הדבר שנגזל כי אינו ברשותו (ראה סעיף 1(ב)), כאן הוא יכול, שהרי כל חפץ גזול היה שייך לגזלן אילולא חיוב השבה שמוטל עליו, וכאן אין חיוב השבה, שהרי אם ישיב לנותן, החפץ יהיה של הגזלן למפרע, כפי שאומר הרא"ש, המובא בשיטה מקובצת ב"ק לג ע"א, שנגזל שהקדיש ואח"כ בא לידו הדבר שנגזל, ההקדש חל למפרע, ו"הפוכי מטרתא למה לי", וכיון שאין חיוב השבה, הדבר שנגזל שייך לגזלן.

גט מקושר, סי' טו, דף עא ע"א (עמ' שנא במהד' קליין), מקשה על האומרים שכאן המתנה תקפה גם לדעה ש"אין ברירה", מירושלמי סוכה, ד, ב, האומר שהמשנה האומרת שאמירת "כל מי שיגיע לולבי לידו" וכו' מועילה, היא כר' דוסא, משמע שירושלמי סובר שהמשנה היא כר' דוסא הסובר "יש ברירה", אבל לדעה ש"אין ברירה", לא יועיל. גם עמק יהושע סי' ז (עמ' מ במהד' תרפ"ה) (הובא בגידולי שמואל, ב"מ ל ע"א, ד"ה ר' ישמעאל) כותב שמהירושלמי בסוכה משמע ש"לולבי" וכו' מועיל רק לפי הדעה שיש ברירה. שרשי הים, ח"א, שורש ברירה סעיף כ (צז ע"ב) מיישב, שהסיבה שהירושלמי מעמיד כר' דוסא אינו כי הוא סובר שיש ברירה, אלא להסביר מדוע אמרו "כל מי שיגיע לולבי לידו" וכו' דוקא בערב שבת ולא בשבת - כי אי אפשר להקנות דבר שאינו ברשותו, והלולב ברשותו רק בערב שבת, שאז הוא מניח אותו בהר הבית, ואת זה אומר ר' דוסא (ראה בשמו בסעיף 1(ב)). חידושי הגאון אדר"ת (תשס"ג), תשובה מאהבה, אות סט (עמ' כז), מפרש את כוונת הירושלמי, שלגבי לולב המתנה תקפה כי "חילופיו בידו", כלומר, המקבל קונה כי כמו שחברו מחזיק את שלו, כך הוא מחזיק את של חברו. ייתכן שכוונתו לומר שלכן יש לו גמירת דעת להקנות אף שהמקבל אינו מבורר. יש להוסיף שאף שרוב הסיכויים הם שאדם שלישי יקח את הלולב של האדם השני, מכל מקום, בהסתכלות כוללת, כדאי לראשון להקנות לשני כדי שאחד מהאחרים יַקנה את לולבו לראשון. חי' חתם סופר (מהד' מכון חתם סופר), סוכה מב ע"ב, הסביר שכוונת הירושלמי היא שהמשנה היא כדעה **שאין ברירה**, ולכן המתנה תקפה רק אם תחול בשבת (כפי שהסביר מהרי"ט, שלכן אין צורך בברירה), אבל אם היה רוצה שהמתנה תחול מערב שבת, לא היה מועיל כי "אין ברירה" ואי אפשר שתחול למפרע, ולכן לא היו אומרים "כל מי שיגיע לולבי לידו יהיה לו במתנה **למפרע** מעכשו", אף שזה היה עדיף מצד שאסור לתת מתנה בשבת אם אין דרך אחרת. ולפי הסברו מיושבת קושיית גט מקושר על מהרי"ט מהירושלמי. ליישוב אחר לקושיה מהירושלמי, עי' קרבן אליצור, דיני ברירה, דף קפט ע"א.

דעה שהמתנה חלה משעת הנתינה: מקור חיים, תנד, ס"ק ב, כותב שכיון שהוא יכול להקנות כשיתברר, יכול גם להקנות למפרע. גם שפת אמת, סוכה מא ע"ב (ד"ה במשנה), כותב שחל למפרע, ע"פ שו"ת הרשב"א ח"ב סי' פב (הובא בקרבן אליצור, דיני ברירה, דף קפח ע"ג), האומר שדבר שיכול לחול אחרי שיתברר, חל למפרע. דעה דומה לגבוי זיכוי מתנה למקבל שאינו מבורר, נביא ליד ציון הערה 280.

הסברים אחרים לכך שקנה: קצות החושן, סא ס"ק ג (ד"ה ולכן נראה), מסביר ש"כל מי שיגיע לולבי בידו הרי הוא לו במתנה" מועיל מפני שהוא נתן לכל העולם, אלא שמחוסר זכייה מצד המקבל, ומי שמגיע הלולב לידו זוכה במשיכה (הסבר זה הובא בתורת חיים וחסד ח"ב עמ' תיא, וע"י ר' יוחנן שבדרון, בית אהרן וישראל גל' עא עמ' קלט). אבל נתיבות המשפט, סא, ס"ק ג, כותב שסברה זו "דקה כקורי עכביש".

שו"ת שואל ומשיב, מהדו"ד, ח"ב, סי' קלב, מסביר ש"כל מי שיגיע לולבי לידו יהיה לו במתנה" מועיל מפני שזו נתינה הדדית, שכל האנשים מניחים את לולביהם שם ואומרים כך, ולמחרת כל אחד נוטל לולב אחד, והיות שכל אחד רוצה לקנות את הלולב שהוא מגביה, הוא מוכן להקנות את שלו, ולכן אין בעיה של ברירה, כמו שרמ"א, חו"מ רט, ח, פוסק שמועילה הקנאה הדדית של דשלבל"ע כי אגב שרוצה לקנות, מקנה (ראה סעיף 1(ב)). ראה לעיל בהערה זו, הסבר דומה של האדר"ת. ויש להעיר שהסבר זה אינו שייך באדם בודד שמקנה חפץ "לכל מי שיגיע לידו". עוד הוא מסביר ע"פ רש"י, סוכה שם (ד"ה ומלמדין), הנוקט **שב"ד** מלמד את האנשים לומר "כל מי שיגיע לולבי לידו נתון לו" - שלכן זה מועיל מצד הפקר ב"ד (ויש להעיר שגם הסבר זה אינו שייך בסתם אדם שמקנה חפץ "לכל מי שיגיע לידו"); אבל הוא מעיר שהסבר זה אינו נכון לפי הדעה (ראה אנצי"ת, ע' הפקר בית דין, פרק ב) שהפקר ב"ד יכול רק להפקיע ולא להקנות.

משה ידבר, הלכות זכייה, סי' ט (סא ע"ב), מסביר ש"כל מי שיגיע לולבי" וכו' מועיל כי אפשר להקנות לולב זה לכל האנשים בעולם, אם ראובן יגביה ואח"כ יתן לשמעון וכן הלאה, כמו שכתב נ"י ב"ב פ ע"א (בדפי הרי"ף), ששטר שכתוב בו שהוא משתעבד לכל המוציאו, מועיל כי הוא ראוי להתחייב בו לכל האנשים בעולם זה אחר זה (ראה בשמו בסעיף 5).

לכאורה אפשר להסביר ש"מי שיגיע לולבי" וכו' מועיל ע"פ תוס' גיטין כה ע"ב (ד"ה דברי), הכותבים שאם האדם מברר את דבריו אין צורך לברירה. אבל עמק יהושע סי' ז (עמ' מ במהד' תרפ"ה), כותב שאי אפשר לפרש כך, שהרי לא אמר

שאדם כלשהו יודע את זהותו של המקבל[270]. אבל הנותן יכול לחזור בו עד שהחפץ יגיע לידיו של מישהו, כיון שעוד לא נעשה מעשה קנין[271].

"אם מישהו יזכה בלולבי" וכו' אלא "כל מי שיגיע לולבי לידו" וכו', וזה לא נחשב שמברר את דבריו, כי יתכן שלא יתחלפו הלולבים כלל.

תורת הקניינים פ"א הערה יד, מסביר ע"פ השיטה (ליד ציון הערה 794) שא"צ הקנאה מצד המקנה אם יש קניין מצד הקונה ובעל הנכס מוכן שיקנה - לפי זה אין צורך בברירה, כי גם אם לא הוברר למי הקנה, הרי ידוע שנוח לו שכל אחד יקנה ממנו את הלולב, וממילא כל אחד יכול לקנותו בקנין מצד הקונה.

ראה ליד ציון הערה 926, שאבני מילואים אומר שדבר שאין בעליו מקפיד עליו, הוא כמתנה לכל מי שיזכה בו; וזו דוגמה למתנה לאדם לא ידוע. וכן לפי ר' יוסי, בנדרים מג ע"א, שהפקר הוא מתנה, הוא מתנה לאדם לא ידוע - למי שיזכה בו.

בשני המצבים הללו, הקנין חל רק ברגע שמישהו זוכה בחפץ, ואז הוא כבר מבורר; ולכן אין בעיה של "ברירה".

גן נעול, כפתור ג, פרח יח (מח ע"ד), כותב בתחילה שא"א לתת מתנה למי שאינו מבורר בעת הקנין, כי "אין ברירה", ובזה לא תיקנו חכמים (שלא כמו התחייבות לאדם שאינו מבורר, שיש תקנת חכמים שתועיל - ראה בשמו בסעיף 5). אבל הוא כותב (כך נראית כוונתו) שלפי מה שהסביר שו"ת הרשב"א ח"ב סי' פב, לגבי דבר שאינו מסוים, שאין בעיה של "אין ברירה" בהקנאה מפני שלא איכפת למקנה שההקנאה תחול רק כשיתברר איזה דבר הוא נותן, נמצא שמועילה מתנה לאדם שאינו מבורר.

דעה חולקת: יד דוד (זינצהיים), סוכה מב ע"ב, כותב ע"פ הירושלמי, סוכה, ד, ב, שלפי הדעה שאין ברירה, לא מועילה הקנאת "כל מי שיגיע לולבי לידו", והעובדה שהנותן יכול למנוע מהזוכה לזכות אינה סיבה שייחשב שקונה רק למחרת, שבזה אין בעיה של ברירה. ראה לעיל בהערה זו, הסברים אחרים לירושלמי שם.

חתן סופר, מקנה וקנין, ח"ב, פרק כד, חלק ג, אות יא, מביא שחתם סופר בפירושו להגדה (ואינו מופיע במהד' תשי"ג), כותב שהסיבה שהלוקח אתרוג של אחר שלא מדעתו לא יצא, אף ש"ניחא ליה לאיניש דליעביד מצוה בממוניה" (ראה ליד ציון הערה 966), היא שבעל האתרוג מוכן להקנותו לכל מי שיטלנו, אבל "אין ברירה", ונמצא שאינו קנוי למי שיטול אותו. חתן סופר, שם, אות יב, מקשה עליו, הרי מהרי"ט כתב שבלולב אין בעיה של ברירה מפני שהחלות היא בשעת ההגבהה. והוא מציין שאכן חתם סופר שם כתב שזה לא ברירה גמורה כי א"צ שיחול למפרע. עוד כותב חתן סופר שם אות יא, שחתם סופר כנראה חולק על קצות החושן, סא, ס"ק ג (ד"ה אמנם כדי), שכתב שברירה מועילה בדבר שיתברר בוודאי, ולכן בדבר שאפשר שיתקיים בכל העולם בזה אחר זה, אין בעיה של ברירה (עיי"ש בהסברו לכך), והרי כאן אפשר שהאתרוג יוקנה לכל העולם בזה אחר זה.

חתן סופר, שם, אות טז, כותב ששו"ת הרשב"א, ח"ד, סי' קנג (הובא בב"י אהע"ז סי' קמא), חולק על היסוד הזה וסובר שגם בדבר שא"צ שיחול למפרע, לא מועיל אם אינו מבורר, כי אין ברירה, שהרי כתב שלא מועיל שאשה תאמר "מי שבעלי ימסור לו הגט יהיה שלוחי", כי אין ברירה, אף שאפשר שהמינוי יחול רק כשיתברר. שדי חמד, פאת השדה, מע' ב, סי' מג, מעיר שלפי זה הרשב"א סותר את עצמו למה שכתב בשו"ת הרשב"א ח"ב סי' פב.

חוקת הפסח (טייב), סי' תנד ס"ק ב, כותב שתוס' ישנים יומא נה ע"א סוברים שגם בחלות להבא, אין ברירה.

תורת הקניינים פ"א הערה יד, מעלה אפשרות ששו"ע הרב, או"ח, תנד, יג, סובר שאם אמר "כל מי שיגיע לידו", לא קנה מטעם ברירה, שהרי הוא כתב שצריך לומר "כל מי **שהגיעה** מצתי לידו" וכו', לשון עבר, שאז א"צ ברירה (כלומר, יאמר כך אחרי שלקחו את המצה, ואז כבר הוברר).

יד דוד (קרלין), ח"ב, הגהה יט (קא ע"ג), כותב שרמב"ן, המובא בר"ן על הרי"ף, גיטין ו ע"א (בדפי הרי"ף), סובר שגם במתנה יש בעיה של ברירה, שהרי הוא אומר שלא מועיל לומר "אני משתעבד למי שיבוא מכוחך", כי אין ברירה (ראה בשמו בסעיף 5).

אש דת (אלפנדרי), פ' שלח (נד ע"ג, עמ' רי במהד' תשמ"ח), כותב שאי אפשר להקנות למי שלא היה מבורר בשעת המתנה, ובכל זאת הועילה מתנת ה' לבני יוסף שנאמרה לפני לידת אפרים ומנשה (בראשית לה, יא), כי העתיד גלוי לפני ה' וכאילו כבר נתבררו.

ר' זלמן נחמיה גולדברג, "להשתמש בתחבולות להוריד את האיסור מדאורייתא לדרבנן", הלכה ורפואה, כרך ה (תשמ"ח), עמ' קטו, כותב שההסבר שבטקסט אינו מקובל על קצות החושן, סא ס"ק ג, שכותב שלשו"ת הרשב"א, ח"ד, סי' קנג, אין ברירה גם אם בשעת החלות הדבר מבורר, כמו שהקנאת דשלבל"ע אינה חלה אף שחלות ההקנאה היא כשהדבר כבר בעולם; וכדי ליישב את דין "כל מי שיגיע לולבי לידו" וכו', קצות החושן יצטרך לומר שאחרי שכל אחד לקח לולב, יאמר כל אחד שהוא נותן במתנה את לולבו לפי שזכה בו, ואז בשעת האמירה כבר מבורר מי המקבל (אבל הוא מעיר שלא משמע כך מהמשנה). לפי דבריו, קצות החושן סובר שהמקנה נכס "לכל מי שיזכה בו", המתנה אינה תקפה. אבל לעיל בהערה זו ראינו שקצות החושן שם נותן נימוק אחר מדוע כאן קנה; ועוד ראינו שאבני מילואים כתב שדבר שאין בעליו מקפיד עליו, נקנה למי שזוכה בו כי הוא נחשב כמתנה לכל מי שיזכה בו.

[270] עמק יהושע סי' ז (עמ' לו במהד' תרפ"ה). עיי"ש, שמביא ראיות לכך שא"צ שהנותן יֵדע מי המקבל.

[271] כך עולה מן המחלוקת שבסמוך, ליד ציוני הערות 276-280, לגבי מצב **שנעשה** מעשה קנין לפני בירור זהות המקבל, האם הנותן יכול לחזור בו לפני בירור זהות המקבל.

אבל מדברי שרשי הים, ח"א, שורש ברירה, סעיף כב (ק ע"א), עולה שלדעת מהרי"ט, הנותן לאדם שאינו מבורר, יכול לחזור בו כל עוד שלא התברר מי הזוכה, שהרי הוא כתב כך לענין נותן **דבר** שאינו מבורר; ואילו לפי שו"ת הרשב"א, ח"ב סי' פב, כופים על הנותן לבחור מישהו, שהרי שרשי הים כותב כך בדעת הרשב"א לענין דבר שאינו מבורר.

יש בכל זאת הבדל בין מתנה זו לבין מתנה רגילה: מתנה רגילה תקפה גם אם המקבל לא התכוון לקנות, מפני שדי בכוונת המקנה להקנות, כפי שנראה בסעיף 6. לעומת זאת, במתנה למקבל שאינו מבורר, צריך שהמקבל יתכוון לזכות בדבר המתנה, כיון שבשעה שדבר המתנה בא ליד המקבל, אין המקנה מתכוון להקנות (שהרי אינו יודע למי להקנות)[272].

נראה שאם מת הנותן לפני שמישהו זכה בדבר המתנה, זכו בו יורשיו, כיון שהוא עדיין בבעלותו של הנותן, והרי הם אינם מוכנים לתת את המתנה.

מועילה מתנה ל"כל מי שיזכה" גם אם הנותן אינו מוכן שכל אדם יוכל לזכות בו, אף שלא מועיל הפקר שאינו לכל העולם. טעם ההבדל ביניהם הוא, שהפקר יוצא מרשות בעליו מיד, ואילו מתנה אינה יוצאת מרשותו עד שהיא מגיעה לרשות המקבל, וכמו שהוא יכול לתת לאדם אחד, כך הוא יכול לתת לכמה בני אדם, ומי שיזכה בו, הוא שלו[273]. כלומר, המתנה היא לכל הקבוצה, והנותן קובע שמי מהקבוצה שיזכה בו, הוא שלו.

דוגמה אחרת למתנה למקבל שאינו מבורר, היא במי שכתב שטר מתנה ולא כתב בו את שם המקבל, וחתמו עדים, ורק אח"כ החליט למי לתת וכתב בו את שם המקבל. המקבל זוכה ע"י קבלת השטר, ואף שכשנכתב השטר לא היה ידוע מי הוא, הרי אין צורך שייכתב לשם המקבל[274].

---

[272] שו"ת מהרי"ט, חלק א, סי' קנ (הובא בתורת חיים וחסד ח"א עמ' רעז, וח"ב עמ' תיב). ראה בשמו בסעיף [3 או] 6, על מקבל שאינו מתכוון לקנות אבל הנותן מתכוון להקנות, באופן לא מבורר. לגבי "כל מי שיגיע לולבי" וכו', הוא מסביר שהיות שמלמדים את בעלי הלולבים שיאמרו כך, המגביה יודע שהוא צריך להתכוון לזכות בו, שמא הוא לולב של אדם אחר, גם אם הוא חושב שהלולב שלו.
לאור זה הוא מעלה אפשרות שאם קטן יקח את הנכס, לא קנה, כיון שאינו יכול לזכות מעצמו, וגם אין "דעת אחרת מקנה" אותו, וקטן קונה רק אם דעת אחרת מקנה - ראה ליד ציון הערה 155.
ראה הערה 298, מה שהוא מסיק מכך לענין אורח.
דעה חולקת: גט מקושר, סי' טו, דף עא ע"ב (עמ' שנב-שנג במהד' קליין), כותב שהנותן למי שאינו מבורר, המקבל זוכה גם אם בעת שזכה לא התכוון לקנות. הוא מביא ראיה לכך מרש"י ב"מ יב ע"א (ד"ה זרק), ומרא"ש, ב"מ, פ"א, סי' לב, הסוברים שגם הפקרה נחשבת "דעת אחרת מקנה", אף שהנכס יצא מרשות המפקיר ברגע שהפקיר אותו, וכ"ש כאן, שהנכס לא יצא מרשות הנותן עד שיגיע לידי המקבל, ייחשב דעת אחרת מקנה; וגם תוס' שם (ד"ה ויצא) שאומרים שהפקר אינו נחשב "דעת אחרת מקנה", יסכימו כאן, כי הנכס שייך לנותן עד שהמקבל זוכה בו. שרשי הים, ח"א, שורש ברירה סעיף כ (צז ע"ב-ע"ד), דוחה ראיה זו, שמהרי"ט מפרש ששם מדובר שהמפקיר עמד בפתח החצר של חברו, כך שברגע שהחפץ יצא מידו בתורת הפקרה, נכנס לרשות האחר, ולכן נחשב דעת אחרת מקנה, משא"כ במקנה למי שאינו מבורר, שרק אחרי שיצא מיד בעליו, לקח אותו אדם אחר, ולא בא מיד ליד, ולכן אין דעת אחרת מקנה.
יד דוד (זינצהיים), סוכה מב ע"ב, כותב שמהרי"ט ח"ב, חו"מ, סי' כג, חזר בו ממש"כ בח"א סי' קנ, שהמגביה קנה את הלולב כי התכוון לקנות, אבל לא הועילה דעת המקנה, שכן בח"ב כתב שההקנאה מועילה כי התכוון להקנות למחר. גם ר' אברהם ישראל קליין, מילואים לגט מקושר סי' טו הערה א (עמ' תמז), סבור שמהרי"ט סותר את עצמו בשתי התשובות, שבחלק א שם הוא כותב שב"כל מי שיגיע לולבי" וכו', הקונה מתכוון לקנות, ולכן אין בעיה של ברירה, כי הנותן רק נותן רשות למי שרוצה לזכות, שיזכה, אבל בלי כוונת הקונה לקנות, אינו קונה, כי אין דעת מקנה כיון שהמקבל אינו מבורר; ואילו בחלק ב שם, הוא כותב שהקונה אינו מתכוון לזכות, אלא הוא קונה ע"י דעת מקנה, ואין בעיה של ברירה כי הוא מקנה אחרי שיגיע לידו, שאז הוא כבר מבורר. בפשטות אין סתירה בין התשובות, אלא צריך את שני ההסברים: כדי שהנכס יֵצא מרשות הנותן, צריך שתהיה מתנה מבוררת, ואם לא ידוע מי המקבל, אין תוקף למתנה (ואין לומר שייחשב הפקר, שהרי לא התכוון להפקיר), ולזה הסביר בח"ב שההקנאה חלה למחרת ולכן יש תוקף לנתינה והחפץ יצא מרשות הנותן; אבל לא די בכך כדי שהנכס ייכנס לרשות הקונה, כיון שאין דעת מקנה בשעת הקנייה, ולכן המקבל צריך להתכוון לזכות, וזה מה שכתב בח"א.
שרשי הים, ח"א, שורש ברירה סעיף כ (צז ע"ד), מקשה על מש"כ מהרי"ט שאם לא התכוון הזוכה לקנות, לא קנה - הרי בח"ב, חו"מ, סי' מא, הוא כותב שדבר הפקר שנמצא ברשותו של אדם, נקנה לו גם אם לא התכוון לקנות אותו.
מנחת אשר (תשס"ד), ב"ב, סי' יג, אות ה-ו, מוכיח מדין "כל מי שיגיע לולבי לידו הרי הוא לו במתנה", שאמנם צריך הקנאה חיובית מצד המקנה (ראה בשמו בהערה 795), אבל אינו צריך להתכוון בשעת הקנין, אלא די שלפני הקנין ימסור המקנה כוח לקונה לקנות.

[273] אבני מילואים, כח, ס"ק מט (הובא באמרי בינה, דיני נדרים, סימן כב). הוא מביא ראיה לכך מהדין שמועיל לומר "כל מי שיגיע לולבי לידו, הרי הוא לו במתנה", אף שאינו מוכן שגוי יזכה בלולב. מדבריו שם עולה שמתנה "לכל מי שיזכה" היא בגדר דבר שאינו מקפיד עליו (שנדון בו ליד ציון הערה 926); אבל שו"ת משנה הלכות חלק ז סימן רסז (ד"ה ומיהו לפמ"ש), כותב שזה לא דומה לדבר שאינו מקפיד עליו, שהרי כאן הוא נותן מתנה מפורשת.

[274] שו"ת הרא"ש כלל יג סי' כ (סי' כא, עמ' סז במהד' יודלוב).
משה ידבר, הלכות זכייה, סי' ט (ס ע"ד), מדייק מהרא"ש שם שגם בלי טעם זה, מועיל כי א"צ שהקונה יהיה מבורר בשעת הקנין, כדעה שיש ברירה; ולא הסביר איך ייתכן שהרא"ש פוסק שיש ברירה.

אם מסר הנותן את דבר המתנה למישהו שיזכה בו עבור המקבל **בתורת זיכוי**[275], ואמר לו "תן אותו למי שתבחר", יש אומרים שהנותן יכול לחזור בו, אף שכבר עשה מעשה קניין, כי בעת נתינת המתנה לא היה מבורר מי מקבל, ואף שאח"כ התברר, "אין ברירה"[276]; ואם מת הנותן לפני שבחר איש האמצע מי יקבל, יורשי הנותן

---

[275] על זיכוי מתנה ע"י אחר, ראה בסעיף 6.

[276] [לא מועיל] שו"ת מהרי"ט ח"א סי' כב (הובא בשו"ת דבר משה, ח"ב, סי' עה, דף פא ע"ד, בשו"ת פרת יוסף (רוזין, מסלאנים), סי' נז (פז ע"ד), ובשו"ת ידי דוד (קרסו) סי' סא, דף סא ע"ד); מחנה אפרים, הלכות צדקה, סי' ב (על מי שמסר לחברו ואמר לו "זְכֵה למי שיֵצא ראשון").
מהרי"ט מוסיף (בד"ה וכן מוכח) שאף שלחומרא אומרים שיש ברירה, הרי בממון מספק פטור כי המוציא מחבירו עליו הראיה. משמע מדבריו שאם המקבל מוחזק, זכה מספק. ועי' אנצי"ת ע' ברירה, עמ' רכא, בשאלה האם מה שפוסקים שאין ברירה הוא בתורת ספק או בתורת ודאי.
נידונו של מהרי"ט הוא שכיב מרע שאמר "אני מניח את הכסף לחמש יתומות שיֵראו בעיני פלוני", ומהרי"ט כותב "שאילו היה בבריא בקנין" לא היה לזה תוקף, ולא ברור האם כוונתו שהנותן זיכה לאותו פלוני עבור היתומות, או שרק אמר שיתן לו. בתשובתו בחלק ב, שתידון בהערה 279, הוא עוסק במי שכתב "בחנויות שלי ישבו החתנים שלי", והוא כותב שלא יזכה מי שישא את בנותיו בעתיד, גם אם זיכה לו בפירוש. גם שם לא ברור האם כוונתו שזיכה לו ע"י אדם שלישי.
להסבר ההבדל בין מקרה זה לבין האומר "כל מי שיגיע לולבי לידו" וכו', שבו גם למהרי"ט אין בעיה של ברירה, ראה הערה 269.
שו"ת מהרי"ט ח"ב אהע"ז סי' ז כותב שמועיל זיכוי "לכל מי שירצה ללכת לעיר פלונית", אבל הוא מסייג את דבריו, "שהוא מתכוון לזַכות לאדם מיוחד". וצ"ע איך זה נחשב אדם מיוחד.
שו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מז (קג ע"ד), כותב שמהרי"ט מסכים שאם זיכה ע"י אחר, אינו יכול לחזור בו. כמו כן, פתחי חושן, קניינים, פט"ו הערה כג, כותב שמהרי"ט מסכים שאם הנותן אמר לראובן "זְכֵה עבור מי שתרצה", זכה במתנה, אף שעכשו הנותן אינו יודע למי ירצה ראובן לתת, כי ראובן זוכה בעצמו ואין צורך לברירה, וזה כמו "קנה ע"מ להקנות", והרי קנין ראובן הוא כבר מבורר (ראה בהמשך הערה זו, ששער אשר כותב שמהרי"ט מסכים ש"קנה ע"מ להקנות" מועיל כאן, אבל לא אם נתן בתורה זיכוי). כנראה, הוא מבין שמה שמהרי"ט כתב שלא קנה, הוא באופן שלא היה זיכוי. אבל שו"ת שעות דרבנן, סי' יז (לו ע"ג), כותב שלפי מהרי"ט, גם אם זיכה ע"י אחר, לא קנה, מפני שאיש האמצע עצמו אינו יודע למי הוא זוכה; וראיה ממה שמהרי"ט נקט "בבריא ע"י קנין", והיינו שזיכה לאחר בקנין לטובת היתומות, וגם מחנה אפרים הל' צדקה שם מדבר על מי שזיכה ע"י אחר לעשרה ת"ח, ופטר מפני שעדיין לא היו מבוררים. ובסי' יח (תשובה אחרת שלו באותו ענין, כנראה תגובה על מה שכתב חכם אחר), דף לח ע"ב, הוא מוכיח שלמהרי"ט גם בזיכוי לא מועיל, שהרי כתב שאינו מועיל בשכיב מרע כיון שאינו מועיל בבריא, משמע שאינו מועיל בבריא בשום אופן, אף ע"י זיכוי. עוד הוכיח זאת (בדף לט ע"ב), שהרי מהרי"ט עוסק בשכיב מרע, ורמב"ם, הלכות זכיה, י, ב, כותב שמתנת שכיב מרע נחשבת כאילו עשה קניין והגיע לידי המקבל. שו"ת ירים משה, חו"מ, סי' כב (מב ע"א), מדייק משו"ת מהרשד"ם יו"ד סי' קעא, שלא מועיל גם במזכה ע"י אחר.
שו"ת שעות דרבנן, סי' יח (לט ע"א), מביא חכם אחד שטען שגם למהרי"ט, אם יחד עם מה שהנותן זיכה לאדם לא ידוע, נתן לאיש האמצע סכום מסוים כשכר טרחה, הרי מתוך שזכה איש האמצע לעצמו, זכה גם לחברו. שעות דרבנן עצמו דוחה דעה זו, כי סברת "מתוך" נאמרת רק אם חברו ראוי לזכות, משא"כ כאן שחברו אינו ראוי לזכות כי אינו מבורר; ועוד שאפשר לומר שכיון שהמקבל המיועד אינו יכול לזכות, גם איש האמצע לא יזכה, כמו לפי דעה אחת לעניין "אתה וחמור" (ראה ליד ציון הערה 345 ואילך).
לגבי המזכה "למי שאבחר" (נידונו של פרי הארץ, בהערה 280), שו"ת שעות דרבנן, סי' יח (לט ע"ג), מוצא טעם נוסף שהנותן יכול לחזור בו: הנותן עדיין אגוד בממון, שבכוונה לא החליט עדיין למי הוא נותן, כדי שיוכל לחזור בו כל זמן לא יבחר.
מחנה אפרים הל' צדקה סי' י, כותב על מי שהתנדב סכום עבור עשרה ת"ח שילמדו תורה, ונתן את הכסף ביד אפוטרופוס, שאפשר לשנותו למטרה אחרת כי לא היו מבוררים; ושו"ת שעות דרבנן, סי' יח (מב ע"א) מסביר שטעמו הוא שהת"ח לא זכו, כשיטת מהרי"ט.
שו"ת דבר משה ח"ב סי' עה (פא ע"ד) מביא את מהרי"ט שם כאילו הוא **מסתפק** האם חלה המתנה ליתומות.
תשב"ץ חלק ג סי' קנב, עוסק במי שנתן את נכסיו לסוחר אחד, והורה לו לתת הכל להקדש ירושלים לעניים. הוא פוסק שאם מת הנותן לפני הליכת הסוחר, זכה היורש של הנותן בנכסים, כי בשעת הנתינה לא הוברר מי יהיה עני בשעה שהסוחר ילך לשם, שהרי ייתכן שמי שהיו עניים בשעה שנתן, יהיו עשירים או ימותו קודם שיגיע לשם הסוחר או ילכו למקומות אחרים, וא"כ ממון זה בשעת הנתינה היה ממון שאין לו תובעין ולא היתה בו זכות לשום אדם. חקרי לב, יו"ד ח"ב סי' יג (כא ע"ג), כותב שדעת התשב"ץ כדעת מהרי"ט. אלא שהתשב"ץ אינו עוסק במתנה ממש אלא בצדקה.
תשב"ץ חלק ג סימן קמז, עוסק בשניים שעשו קניין, שאיזה מהם שימות ראשון, נותן את נכסיו לחבירו במתנה מעכשו ולאחר מותו, והוא כותב שאין לכך תוקף כי בשעת עשיית הקניין לא ידוע מי יקבל את המתנה, ו"אין ברירה"; אבל הוא כותב שאם עשו שטר נפרד על כל מתנה, יש לכך תוקף (כך נראית כוונתו). ר' אברהם אשכנזי, בשו"ת ישמח לב (גאגין) חו"מ סי' כ (עז ע"ב), כותב שתשב"ץ סובר כמהרי"ט, שלא כרשב"א. אבל קצות החושן, רפב ס"ק א, חולק על תשב"ץ בנימוק שאין בעיה של ברירה בתנאי, כמבואר בתוס' גיטין כה ע"ב (ד"ה ולכי מיית).
ר' יעקב שאול אלישר, בשו"ת ישמח לב (גאגין) חו"מ סי' יח (סט ע"ג), כותב שלפי מהרי"ט, הקדשת ממון ל"ת"ח שבעיר" אינה תקפה כי אינם מבוררים. אבל רשמ"ח גאגין, שם סי' יט (עב ע"ד), כותב שגם למהרי"ט, נתינה לת"ח שבעיר נחשבת

נתינה מבוררת, כי כל מי שהוא ת"ח בעיר - יקבל. כמו כן, ר' אברהם אשכנזי, שם סי' כ (עז ע"ג) כותב שמי שזיכה לעניי עירו, שמיד כשהוא מדבר, זוכים התי"ח שבעירו שהם מבוררים באותה שעה, ומה שכתב תשב"ץ ח"ג סי' קנב (שסובר כמהרי"ט, כפי שהובא לעיל בהערה זו) שלא זכו, הוא רק בנידונו, שהנותן זיכה לעניי ירושלים שהם רחוקים ממקום מגוריו, ואולי העניים שם יתחלפו עד שיגיע הגזבר לשם. גם שו"ת שער אשר (קובו) ח"ב סי' כו (סה ע"ב), כותב שגם למהרי"ט, אם נתן "לעניי א"י", כמו בנידונו של שו"ת אבקת רוכל סי' פג, מועיל, כי הוא נותן לכולם והם מבוררים - כל מי שעני באותה שעה.

שו"ת שער אשר (קובו) ח"ב סי' כו (סג ע"ד), כותב שגם למהרי"ט, שאם נתן למישהו בתנאי שיתן אותו לאחר, וזהותו של המקבל השני אינה מבוררת, המתנה תקפה, בגדר "קנה ע"מ להקנות". ראה בשמו סעיף 4, בענין "קנה ע"מ להקנות". שו"ת מהרא"ל צינץ חו"מ סי' לח אות ז (סו ע"ג), מרחיב וכותב שמהרי"ט מסכים שאם עשה קנין סודר על דבריו, והרי סתם קנין סודר חל "מעכשו", או שכתב בשטר המתנה "כתיקון חז"ל", הוא **כאילו** אמר לאותו אדם "קנֵה מעכשו ע"מ להקנות למי שתרצה", שמועיל גם למהרי"ט.

שער אשר, במקום אחר באותה תשובה (נו ע"ב-ע"ג), דן בהיבט אחר של אותה מתנה: הנותן חילק את נכסיו לכמה מקבלים, ועשה תנאי שהמקבלים לא יוכלו למכור את הנכסים, ומי שימכור את הנכס שקיבל, הנכס יעבור לאחים שלו; והוא מביא שחכמי ירושלים כתבו, שאין להוראה זו תוקף, כי "אין ברירה", כי לא ידוע מי יבטל את תנאו (דבריהם קשים, שהרי יש לדון בכל מתנה בנפרד, והנותן כאילו אמר שאם המקבל ימכור, "אחריו יהיה לאחיו", ואחיו של כל מקבל הם מבוררים), ולכן אם אחד המקבלים מכר את הנכס שקיבל, המתנה שלו מתבטלת והנכס אינו הולך לאֶחיו אלא עובר ליורשי הנותן. גם שו"ת משאת משה ח"א חו"מ סי' א (ב ע"ד), כותב כך על מצב דומה, שהנותן אמר שמקבל שלא יקיים את התנאי של המתנה, המתנה תעבור לאחרים, שלפי מהרי"ט אין לכך תוקף כי "אין ברירה", ולא ברור מראש מי יזכה במתנה עקב אי קיום התנאי, כי ייתכן שעכשו בדעתו לקיים, ואח"כ יחזור בו. שער עצמו משיב על כך, שמה שנפסק ש"אין ברירה" הוא רק מספק, ולכן אין מוציאים ממון בגלל בעיית ברירה (ומציין שכך כתבו גט פשוט סי' קכב ושרשי הים שורש ברירה סי' טו וסי' כו), ובנידונו היורשים לא היו מוחזקים, מה עוד שיש חולקים על מהרי"ט, כך שזה ספק ספיקא. הוא היה יכול לומר שהוראת הנותן תקפה מצד "קנה ע"מ להקנות", כפי שהסביר לגבי המתנה עצמה (ראה סעיף 4 שם).

שו"ת משנת ר' אליעזר, ח"א, חו"מ סי' קכח (קעה ע"א), כותב שאפשר לומר קי"ל כדעת תשב"ץ ומהרי"ט, שלא מועילה הקנאה למי שאינו מבורר. על פי זה הוא פוסק (בדף קעד ע"א-ע"ב) שמי שהקדיש ממון כך שפירותיו יהיו לת"ח שבמקום מסוים, וקבוצה אחת של ת"ח עזבה ובאו אחרים במקומם, לא זכו, אם המקדיש בינתיים חזר בו, כיון שלא היו מבוררים בשעת המתנה, ו"אין ברירה"; ואף שב"משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך" כתב הר"ן על הרי"ף, גיטין ו ע"א (בדפי הרי"ף), שחייב מפני שאפשר להשתעבד לכל העולם בזה אחר זה, הרי כאן אין לומר כך, כי אם אחד יקבל, האחר לא יקבל. אבל הבחנתו אינה ברורה.

גם שו"ת שער אשר (קובו) ח"ב סי' כו (סה ע"ג), כותב שאפשר לומר קי"ל כמהרי"ט שא"א להקנות לאדם לא מבורר.

בנותן ע"י שליח: חקרי לב חו"מ ח"א סי' עט (כה ע"ד), כותב שלדעת מהרי"ט, אם נתן לאדם שאינו מבורר ע"י שליח, ובזמן שהגיע החפץ לשליח, המקבל כבר היה מבורר, קנה, שהרי מהרי"ט מסביר שהאומר "המבשרני אם ילדה אשתי זכר יטול מנה" (ב"ב קמא ע"ב) מועיל מדין שליחות, אף שבזמן האמירה, המקבל לא היה מבורר. חקרי לב לומד מזה לנידונו, שקהילה שלחה לשד"ר נדבה עבור עניי ירושלים, ושלחה גם קצת כסף עבור המשרת של השד"ר כנהוג, ובינתיים החליף השד"ר משרתים - אף שלא היו יכולים להקנות למשרת שיבחר בעתיד, כיון שלא היה מבורר, בכל זאת קנה לפי מהרי"ט, כי הקהלה עשתה את השד"ר שליח לתת את הכסף למשרת, ובזמן שהגיע הכסף לשד"ר, המשרת כבר מבורר, ויכול להקנות לו. אבל ראה סעיף 5, בענין התחייבות לאדם שאינו מבורר, שמהרי"ט אינו מתכוון לומר שב"המבשרני" מועיל מצד שמסר לשליח (שהרי באמת שם לא מסר לשליח) אלא מצד שכר למבשר על שקיים את שליחותו לבשר לו מה ילדה האשתו, ובשעה שה"שליח" קיים את שליחותו הוא כבר מבורר ולכן ההתחייבות חלה **אז.** אבל חקרי לב (בדף כו ע"א) דוחה את דעת מהרי"ט (לפי הבנתו), שהרי משלח אינו יכול לעשות שליח לעשות דבר שאינו יכול לעשות בעצמו (ראה חוק לישראל, שליחות, עמ' 201), וא"כ הקהילה אינה יכולה לעשות שליח שיזכה למי שאינו מבורר עכשו בשעת השליחות, כיוון שאילו רצתה הקהילה לזַכות לו עכשו, לא היתה יכולה. לפי מה שכתבנו בטקסט בדעת מהרי"ט, הקהילה יכולה לחזור בה כל זמן שלא הגיע הכסף למשרת, אבל כשהגיע למשרת, קנה.

בצדקה: רשמ"ח גאגין, בשו"ת ישמח לב (גאגין) חו"מ סי' יט (עג ע"א), כותב שמהרי"ט מסכים שהנותן צדקה לעניים חייב מטעם נדר גם אם אינם מבוררים. כמו כן, משה ידבר, הלכות זכייה, סי' ט (סא ע"ד-סב ע"א), כותב שגם למהרי"ט, הנותן צדקה לעניים שאינם מבוררים חייב לתת מדין נדר, ואם הגיע הכסף לידי הגבאי, אינו יכול לחזור בו. גם שו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מז (קג ע"א) (הובא בשו"ת ירים משה, חו"מ, סי' כב דף מב ע"ב), כותב שמהרי"ט מסכים שחייב מטעם נדר אם מסר לגבאי או למישהו שיזכה לעניים, אף שהמקבל אינו מבורר, ות"ח נחשב עני, ולכן הנותן אינו יכול לחזור בו. גם שו"ת ירים משה, חו"מ, סי' כב (מא ע"ג-ע"ד), כותב שמהרי"ט מסכים שחייב משום נדר, ומיישב בזה את הדין (שו"ע, חו"מ, רנג, כג), שהאומר "תנו מאתיים זוז לעניים", יתנו לעניי אותה העיר, אף שלא קבע לאלו עניים יתנו. עוד הסביר, ששם הטעם הוא שאומדים את דעת הנותן שהתכוון לעניי אותה העיר, ועניי אותה העיר הם מבוררים. בשאלה זו עי' שו"ת שער אשר (קובו) ח"ב סי' כו (סה ע"א-סו ע"א).

ראה סעיף 6, בענין זיכוי, שמהרי"ט עצמו אומר שמועיל זיכוי מתנה "לכל מי ירצה ללכת לעיר פלונית".

שו"ת מהרשד"ם, יו"ד סי' קעא (ד"ה תשובה אחרת, בסופה), כותב שהנותן סכום כסף לראובן, במטרה שהרווחים יהיו לתלמידי ישיבתו של חכם פלוני, יש לכך תוקף, אף שהתלמידים אינם מבוררים, מפני **שהחכם** הוא המקבל האמיתי, כי מה שהוא מלמד את התלמידים מועיל ללימוד שלו עצמו, כך שהוא מקבל את ההנאה האמיתית מהמתנה והוא נותן למי שירצה. שו"ת שעות דרבנן, סי' יז (לו ע"ג), כותב שמהרשד"ם סובר כמהרי"ט. פתחי חושן, קניינים, פט"ו הערה כג,

זוכים בדבר המתנה[277]; ורק ברגע שאותו אדם בחר למי לתת, חלה המתנה (אם הנותן עדיין בחיים) והנותן אינו יכול לחזור בו[278]. כך גם במי שזיכה מתנה למי שיקיים תנאי מסוים (כגון מי שישא את בתו), שאינו מבורר בשעת המתנה - הנותן יכול לחזור בו[279].

אבל אחרים אומרים שהזיכוי חל מיד, והנותן אינו יכול לחזור בו, ואיש האמצע יתן את הנכס למי שירצה[280], שהיות שזיכה ע"י אחר, יצאה המתנה מרשות הנותן, ואינו יכול לחזור בו[281]. ר' אריה לייב צינץ נימק, שאפשר

מדייק מדברי מהרשד"ם שהנותן יכול לחזור בו אם אינו יודע מי המקבל האמיתי, היינו עבור מי ראובן זוכה, והוא נשאר ב"צריך עיון" על דבריו, כי הדעת נותנת שאם ראובן יודע למי הוא זוכה, הלה קנה גם אם הנותן אינו יודע עבור מי מתכוון ראובן לזכות. שו"ת ירים משה, חו"מ, סי' כב (מב ע"א-ע"ב), מסביר שמהרשד"ם שם מחייב כיון שהחכם הוא המנהיג ומחלק את הכסף למי שיראה בעיניו, כך שהוא הזוכה, והוא לומד מזה שאם יש אדם שנתמנה לפקח ולחלק את הכסף למי שירצה, מועיל. כמו כן, ש' ורהפטיג, דיני חוזים במשפט העברי, עמ' 250, מבין שלדעת מהרשד"ם, מועיל לומר "זכֶה בחפץ זה במתנה לתת אותו לאדם אחר, יהיה מי שיהיה", מפני שאיש האמצע בעצם נחשב מקבל המתנה, כיון שקיבל את ההנאה שיכול לבחור למי לתת, ולכן אין הנותן יכול לחזור בו. אבל מלשון מהרשד"ם נראה שטעם מהרשד"ם הוא שראש הישיבה נחשב כמקבל כי הוא נהנה מכך שיש לו תלמידים. חקרי לב, יו"ד ח"ב סי' נד (קלד ע"ב), עוסק בעשיר שמינה את המחבר (ר' יוסף חזן) לבחור שלושה ת"ח שילמדו תורה, ויקבלו פירות מהקרן, והיה ספק כמה זמן צריכים הת"ח ללמוד (כך מבואר בסי' נג), והוא מוכיח ממהרשד"ם שמי שנתמנה לפקח - נחשב המקבל (גם בלי הטעם שהוא נהנה מהלימוד), ולכן בנידונו, היות שהעשיר מינה אותו לבחור, הוא המקבל האמיתי. עיי"ש מה הנ"מ לענין הספק שהיה שם; והוא אינו דן בבעיית מקבל שאינו מבורר.

מנחת חינוך מצוה שנז אות טו, ומצוה שצב אות ט, כותב שבימינו הכהנים הם רק כהני חזקה, ולכן כדי לקיים מצות פדיון הבן בשלמות צריך לזַכות את הכסף לכהן אמיתי, שנמצא בוודאי באיזה מקום בעולם. ר' מאיר אריק, בהגהותיו למנ"ח, מצוה שצב, ובשו"ת אמרי יושר ח"א סי' ד, מקשה על מנחת חינוך, הרי אין אנו יודעים מי הוא הכהן האמיתי, ויצטרך לזַכות לכל הכהנים האמיתיים שבעולם, וא"כ לא יגיע שוה פרוטה לאחד ולא יצא ידי חובתו. שו"ת שבט הלוי חלק ב סי' קעג, מסביר את כוונת ר"מ אריק, שאם יאמר "אני מזכה לכהן אחד שהוא מיוחס" אין זה מועיל, כי זה זיכוי לאדם לא מוגדר, ומוכח ממהרשד"ם יו"ד שם, שלא מועיל זיכוי אם לא ידוע כלל מי יקבל, ואין מי שיודע לתבוע את זכותו, וכן בעצתו של המנ"ח, אם הוא מזכה לאחד הכהנים, הזיכוי אינו חל, כי אין שום כהן שיודע לתבוע את זכותו, ורק אם הוא מזכה לכולם, יש קצת תפיסה לזכותם כי הכל בכלל. אבל שבט הלוי כותב שגם פתרון זה אינו נקי מספקות, כי עדיין אף אחד מהם אינו מבורר. אמרי יושר שם כותב שאם עשה כעצת מנחת חינוך, אסור לאיש האמצע להחזיר את הכסף למזכה, אלא יהא מונח עד שיבוא אליהו. אמרי בינה, יו"ד, דיני פדיון הבן, סי' ח, מביא מנהג שאבי הבן נותן חמש סלעים לכמה כהנים יחד ואומר "מי שהוא הכהן האמתי - יזכה בו"; והוא כותב שזה לא מועיל כי לא ידוע מי הכהן האמיתי, ואף שכלפי שמיא ידוע מי הוא, הרי בפועל הוא אינו זוכה ויצטרך להתחלק עם האחרים, והרי כדי שהפדיון יחול, צריך שכהן אחד יקבל חמש סלעים.

משה ידבר, הלכות זכייה, סי' ט (ס ע"ב-ע"ג), מסביר ע"פ מה שכותב מהרי"ט שא"א להקנות למי שאינו מבורר, שלכן כשמזכים עירוב תבשילין לאחרים, אומרים "לכל בני העיר הזאת" (שו"ע, או"ח, תקכז, יב), אף שהוא מועיל רק למי ששגג או נאנס ולא עירב (שו"ע שם, תקכז, ז), כי האומר "אני מזכה עירוב לכל מי ששכח או נאנס" אינו מועיל, שהרי הוא לא ידע בשעה שעירב מי שכח, וזה הקנאה למי שאינו מבורר; אלא הוא מזכה לכל בני העיר, וממילא מי ששכח או נאנס יכול לבשל למחר כי יש לו זכות בעירוב (צריך להוסיף שמי שפשע אינו יכול לבשל אף שיש לו חלק בעירוב, כי חכמים קנסו אותו). אבל בביצה טז ע"ב נאמר שאדם יכול לומר "מי שלא הניח עירוב תבשילין יבוא ויסמוך על שלי", ושבט הלוי שם נימק, שהתברר שכל אחד מבני העיר ששכח עירוב תבשילין הוא בכלל זכייה זו. נראה שכוונתו לומר, שכבר בשעת הזיכוי, כל מי ששכח כלול בזיכוי, ולכן הוא מועיל, כיון שהוא קובע קריטריון לזהותו של המקבל, שחל כבר עכשו. אך יש להעיר שצריך לעשות זיכוי זה סמוך לפני כניסת יום טוב, שאילו אם עשה זאת מוקדם יותר, הרי ייתכן שמי ששכח עד עכשו יזכור אח"כ, ולא יצטרך לזכות בעירוב (או שלא יהיה זכאי לזכות בעירוב, אם יפשע ולא יניח כשיזכור), כך שכרגע אין קריטריון ודאי למי שצריך לזכות.

[277] משה ידבר, הלכות זכייה, סי' ט (סא ע"ד), בדעת מהרי"ט; שרשי הים ח"ג הל' זכיה, ג, ה, דף כ ע"ג, בדעת מהרי"ט.

[278] שו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מז (קג ע"ד), בדעת מהרי"ט. יש להסביר, שאז דינו כמו ב"מי שיגיע לולבי לידו" וכו', שהמתנה תקפה אחרי הגבהת המקבל.

[279] שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סי' כג (הובא בשרשי הים, ח"א, שורש ברירה, סעיף כג דף ק ע"ד).

פתח הבית (טיקטין, תק"פ) סי' לה (פה ע"ד), מעלה אפשרות שהמזכה מתנה ע"י אחר למי שיבשר לו בשעת לידת אשתו מה מינו של היילוד, ואומר לאיש האמצע שיַקנה למבשר כשייוולד, קנה, כי אז הוא מבורר. אבל הוא מעלה אפשרות שלא קנה, כמו שאי אפשר להקנות דשלבל"ע לכשיבוא לעולם, כיון שאינו יכול להקנות עכשו בגלל "אין ברירה".

[280] [מועיל] שו"ת פרי הארץ, ח"א, חו"מ, סי' ו (שהאומר לחברו "זְכֶה מעכשו עבור מי שאברר אח"כ", חברו זוכה במשיכתו שהחפץ יהיה בידו עד שיבחר הנותן למי לתת); שו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מז (קג ע"ד); יד דוד (קרלין), ח"ב, דף קא ע"ד (על האומר "זכה בשדה זו למי שארצה לאחר זמן, לראובן או לשמעון").

חקרי לב, יו"ד ח"ב סי' יג (כא ע"ג), וחו"מ, חלק א, סי' קלה (ריד ע"ב), כותב שאפשר להשיב על טענת מהרי"ט, שבהקנאה לאדם לא מבורר, אין בעיה של ברירה, ע"פ סברת שו"ת הרשב"א ח"ב סי' פב, שהבאנו בהערה 269.

משה ידבר, הלכות זכייה, סי׳ ט (סא ע״א), כותב שמי שסובר שאפשר להתחייב ״לכל מי שיוציא שטר זה״ (ראה סעיף 5), חולק על מהרי״ט וסובר שמועילה מתנה ״למי שתרצה לתת״.
ראה גם 291, שאהל מנשה כותב שהריב״ש חולק על מהרי״ט.
פרי הארץ שם מביא ראיה (בדף נז ע״א) משו״ת הרשב״א, ח״ג, סי׳ רסה (הובא במגיד משנה הלכות עירובין, א, כ), ומשו״ע, או״ח, שסו, ט, שפסקו שהמזכה עירוב חצרות לבני המבוי צריך לזַכות גם למי שיתווסף במבוי בעתיד, הרי שמועיל זיכוי אף לאנשים שאינם מבוררים. גם מזל שעה, על הרמב״ם, הל׳ זכייה, ג, ה (סו ע״ד), מוכיח משם שמועיל זיכוי לכל בני החצר ולכל מי שיתווסף עליהם במשך השנה, אף שאלו שייתווספו לחצר אינם מבוררים בשעת הזיכוי. שו״ת שעות דרבנן, סי׳ יח (דף לט ע״ג ודף מא ע״ג), דוחה את הראיה מעירוב, שעירוב דרבנן, ובדרבנן יש ברירה (ביצה לח ע״א). כך דחה גם שו״ת ירים משה, חו״מ, סי׳ כב (מא ע״ד), ועוד דחה, ששם הוא מזכה לכל היהודים בעולם, כי כולם יכולים לזכות בו בזה אחר זה, ובמצב כזה יש ברירה.
פרי הארץ מביא עוד ראיה מזכיית הנשיאים בנחלת א״י עבור עם ישראל, הנזכרת בקידושין מב ע״א, ושם היו כמה אנשים שהנשיא לא הכיר, ובכל זאת הועילה זכיית הנשיא. גם שו״ת בית ידידיה (שוחט) ח״א סי׳ א (ד ע״ג), מביא ראיה זו. שו״ת שעות דרבנן, סי׳ יח (לט ע״ג) דוחה את הראיה מזכיית הנשיאים, ע״פ תוס׳, קידושין מב ע״א (ד״ה יתומים), שכתבו ששם היה דין מיוחד שנקבע ע״פ הדיבור, ועוד שברור שהמקבלים היו ידועים, שהרי כתוב ״לרב תרבה נחלתו״ (במדבר כו, נד), הרי שהיה ידוע כמה הם (אבל יש להעיר שזה לא אומר שהנשיאים ידעו **מי הם**); ועוד שהארץ נתחלקה ליוצאי מצרים, והם היו ידועים שהרי נמנו במדבר. גם ירים משה שם (בדף מב ע״א) דוחה את הראיה מזכיית הנשיאים, בכך שהנשיא זכה לכל בני השבט, והם מבוררים, ולא משנה שאיש האמצע אינו מכיר אותם, כמו שכתב שו״ת מהרי״ט ח״ב, אהע״ז סי׳ ז, שמועיל זיכוי לאדם שאיש האמצע אינו מכיר.
פרי הארץ כותב (בדף נז ע״ג) שמה שפסק מהרי״ט (הערה 279) שלא זכו היתומות כי אין ברירה, הוא משום שלא היה ״מעכשו״ ולא היה קנין, ומהרי״ט מסכים שאם זיכה ״מעכשו״, קנה. אבל שו״ת ירים משה, חו״מ, סי׳ כב (מא ע״ד), מוכיח שמהרי״ט סובר שגם אם זיכה ״מעכשו״, לא מועיל, שהרי מהרי״ט כתב שלא מועיל בבריא ע״י קנין סודר, וכל קנין סודר הוא כ״מעכשו״. גם שו״ת שער אשר (קובו) ח״ב סי׳ כו (סד ע״א), כותב שהיות שמהרי״ט נימק שלא מועיל קנין כי אין דעת קונה ומקנה, הרי גם ב״מעכשו״ אינו מועיל.
פרי הארץ, בתחילת דבריו (דף נה ע״ד), תלה את הדין כאן במחלוקת לגבי ״קנֵה ע״מ להקנות״ (ראה סעיף 4), שלפי הרא״ש והר״ן, ששם לא קנה כי כבר חזר הסודר לנותן בינתיים, גם כאן שהמתנה תלויה עד שיבחר הנותן למי לתת, עדיין שם הנותן על החפץ, וגם אם זיכה לשמעון ״מעכשו״, היא ברשות המקנה, ויכול לחזור בו; ואילו לפי הרמב״ם ושו״ע שפסקו ששם קנה, גם כאן קנה. אבל אח״כ (בדף נו ע״א) הוא כותב שגם לרא״ש ולר״ן, אם אמר ״מעכשו״, קנה שם, וכך כאן אם אמר ״מעכשו״ קנה. עוד הוא משווה את נידוננו (בדף נו ע״א) למי שמקנה ״מעכשו ולאחר שלושים יום״, שקנה (ראה סעיף 4). אבל שו״ת שער אשר (קובו) ח״ב סי׳ כו (סד ע״א), כותב שבנידונו של פרי הארץ אין זה קעמ״ל, כי בקעמ״ל, הנותן מקנה למקבל הראשון מעכשו בהקנאה גמורה, ואילו בנידונו של פרי הארץ, שראובן שאמר לשמעון ״זכה בחפץ זה במתנה מעכשו לאדם שאבחר״, הנותן זיכה מעכשו למי שאינו מבורר, כי שמעון הוא שלוחו, וכמו שהוא לא יכול להקנות למי שאינו בעולם, גם שלוחו אינו יכול.
רשמ״ח גאגין, בשו״ת ישמח לב (גאגין) חו״מ סי׳ יט (עב ע״ד), כותב שהרא״ש חולק על מהרי״ט, שהרי הוא אומר שמועיל חיוב למי שאינו מבורר (ראה סעיף 5), והוא כותב שגם חוקי חיים סי׳ מז חולק על מהרי״ט. אבל משה ידבר, הלכות זכייה, סי׳ ט (סא ע״א), כותב שאין הכרח לומר שהרא״ש חולק על מהרי״ט, כי טעם הרא״ש שם הוא כי אפשר להתחייב לכל האנשים בעולם זה אחר זה (ראה בשמו בסעיף 5), מה שלא שייך כאן. ולא הסביר מדוע א״א להקנות לכל האנשים בעולם זה אחר זה.
ר׳ אברהם אשכנזי, בשו״ת ישמח לב (גאגין) חו״מ סי׳ כ (עז ע״א), כותב בתחילה ששו״ת הרשב״א ח״ב סי׳ פב, חולק על מהרי״ט, שהרי הוא כתב שאין בעיה של ״ברירה״ בהקנאת נכס שאינו מסוים, כי א״צ שההקנאה תחול למפרע (ראה סעיף 1(ב)). אבל אח״כ הוא מעלה אפשרות שהרשב״א מסכים שהקנאה **לאדם** שאינו מבורר אינה מועילה, כי זה יותר גרוע מנכס שאינו מבורר, כפי שהוכיח מהרי״ט מהאמור בגיטין יג ע״ב, שהקנאה ״למי שאינו בעולם״ יותר גרועה מהקנאת דבר שאינו בעולם, כי אין כאן דעת קונה ומקנה. מצד שני, הוא כותב שלפי תוס׳ גיטין יג ע״ב (ד״ה לדבר - בדעת רב נחמן), ותוספי הרא״ש המובא בשטמ״ק ב״ב קמב ע״א, שכתבו שהקנאה למי שאינו בעולם עדיפה מהקנאת דבר שאינו בעולם, יוצא שלרשב״א שאפשר להקנות דבר שאינו מבורר כ״ש שאפשר להקנות לאדם שאינו מבורר. לעומתו, שרשי הים ח״ג הל׳ זכיה, ג, ה (כ ע״ב-ע״ג), כותב שאין מחלוקת בין הרשב״א למהרי״ט, והרשב״א מסכים שהנכס אינו **קנוי** למקבל מעכשו, והוא מתכוון לומר רק שחלה על הנותן **התחייבות** לתת למקבל כשיתברר מי הוא (ראה בשמו בסעיף 1(ב) הערה [533] שמועילה התחייבות לתת דבר שאינו מסוים), וכשהוא מברר, הדבר נקנה למקבל, אבל אם לא נתברר, ומת, היורשים פטורים, כי התחייבותו היתה אישית; וכן בנידונו של מהרי״ט, הנותן מת ולכן פסק שהמתנה בטלה (יש להעיר שהוא אומר בתחילה שהרשב״א אומר כך אם נקט לשון חיוב, או אמר ״אני מוכר לך״ שאינו לשון הקנאה כמו ״מכור לך״, ולא הסביר מדוע בנידונו של מהרי״ט מניחים שהתכוון להתחייבות). אבל שו״ת שער אשר (קובו) ח״ב סי׳ כו (סג ע״ב), דוחה את דבריו, כי מדברי הרשב״א יוצא שאין בא מטעם חיוב אלא סובר שהמתנה חלה בקנין; גם אם נאמר שיש רק חיוב, הרי הנכסים משועבדים לחוב זה, והיורשים ירשו את הנכסים עם שעבוד זה, ולכן גם הם חייבים לברר.
דחייה נוספת להבנה שרשב״א חולק כאן על מהרי״ט, דוחים רבני ירושלים המובאים בשו״ת שער אשר (קובו) ח״ב סי׳ כו (סג ע״ג), שרשב״א דבר רק בנותן דבר שאינו מסוים, ומודה שהנותן למי שאינו מבורר, לא קנה כי אין דעת קונה ומקנה. וכן שו״ת משנת ר׳ אליעזר, ח״א, חו״מ סי׳ קכח (קעה ע״א), כותב אף שהרשב״א דיבר רק **בנכס** שאינו מסוים, שיש שם דעת מקנה ודעת קונה, אבל **במקבל** שאינו מבורר, שאין דעת מקנה ולא דעת קונה, לא מועיל גם לרשב״א. אבל שער אשר

להקנות לאדם שאינו מבורר, אם הנותן נותן רשות למישהו לברור מי יקבל, כי הקנין חל מיד, והחפץ יצא מרשות הנותן לרשות אדם כלשהו, ואח"כ מתברר למי, והקנין תופס מיד, שהרי המקבל נמצא בעולם, וקנה בכל מקום שהוא נמצא[282]. עוד נימק, שאין בעיה של ברירה אם הדבר עומד להתברר[283], וגם בנותן "למי שירצה פלוני", עתיד להתברר למי ירצה פלוני, ולכן ההקנאה חלה מיד[284].

שם דוחה הבחנה זו, שהרי מהרי"ט אומר שהנותן למי שאינו מבורר, לא קנה כי אין דעת קונה, וכיון שאין ברירה, גם אין דעת מקנה, ולפי זה גם הקנאת דבר שאינו מבורר אינה תקפה, כי אין דעת מקנה וקונה על אותה קרקע כי "אין ברירה", ולכן אין לומר שהתברר למפרע שזו הקרקע שהקנה לו מראש (מביא ראיה לכך משמחת יו"ט סי' מ, דף קנד ע"ב); ואילו לרשב"א שאין בזה בעיה של ברירה, מועילה גם הקנאה למי שאינו מבורר.

ר' אברהם אשכנזי שם (בדף עז ע"ג) רומז ששו"ע חו"מ, סא, ד, שפוסק כרא"ש שאפשר להתחייב לאדם שאינו מבורר (ראה סעיף 5) סובר שמועילה מתנה למי שאינו מבורר, שהרי מהרי"ט השווה בין הדברים.

שו"ת שער אשר (קובו) ח"ב סי' כו (סג ע"ג), כותב ששו"ת עדות ביהוסף ח"א סי' יא, חולק על מהרי"ט, שהרי הוא עוסק בשכיב מרע שעשה הקדש לארבע ת"ח שילמדו, וקבע שאחותו וחתנה יבחרו שלשה מהם, ופוסק שא"א לשנות את ההקדש; ולא העיר שיש בכך בעיה של ברירה.

שו"ת שער אשר (קובו) ח"ב סי' כו (סג ע"ד), כותב ששו"ת בעי חיי יו"ד סי' רכ, חולק על מהרי"ט, שהרי הוא עוסק בהקדש לת"ח שאינם מבוררים, ולא העיר שיש בעיה של ברירה.

עמק המלך (יקותיאל), דיני ברירה (בתוך הלכות גירושין, פ"ג), העיקר הרביעי (ג ע"ג), מביא את דעת מהרי"ט שא"א להקנות לאדם שאינו מבורר, אבל הוא כותב במסקנתו שאפשר להקנות דבר שאינו מבורר ואין בכך בעיה של "ברירה" (ראה בשמו בסעיף 1(ב)), ומכאן שלדעתו אפשר להקנות לאדם שאינו מבורר.

יד דוד שם, הגהה יט (קא ע"ג), מוכיח שההקנאה תקפה, שהרי אפשר להקנות באמירת "הריני נותן שדה שלי למי שיעלה ראשון על החומה" וכדומה, כמו אם נתן את השדה לאדם מסוים **בתנאי** שיעלה ראשון על החומה, שהרי בתנאי לא שייכת ברירה (ראה בשמו בסעיף 4, מדוע בתנאי במתנה לא שייכת ברירה), וממילא גם בסתם (שלא אמר מי), שאומר "הריני מדבר [צ"ל: מקנה] מעכשו למי שיעלה ראשון על החומה", קנה, כי לא משנה שאינו מבורר, שהרי בקניינים, שאפשר להקנות לחצאין, קונה כל מי שיוכל לקיים את התנאי לעלות ראשון על החומה. הוא מעלה אפשרות שמהרי"ט צודק, אבל מטעם אחר: שלא מועיל **זיכוי** לאדם לא ידוע, כי בזיכוי, איש האמצע נעשה שלוחו של המקבל (ראה בשמו בסעיף 6), וייתכן שאינו יכול להיות שלוחו אם אין ידוע מי השולח. הוא דוחה את הק"ו שעשה מהרי"ט, ח"ב שם, שאם הדבר הנקנה צ"ל מבורר, כ"ש שהקונה צ"ל מבורר - שהרי גם אם לא בירר את הדבר הנקנה בעת ההקנאה, אין בזה בעיה של ברירה (ראה בשמו בסעיף 1(ב) על דבר שאינו מסוים).

שו"ת ירים משה, חו"מ, סי' כב (מב ע"א), כותב כאילו פני משה ח"א סי' לד, סובר שהמזכה ע"י אחר למי שאינו מבורר, קנה מיד. אבל ראה הערה 285, שהוא אומר כך רק במצב שאיש האמצע החליט מיד למי יתן.

שו"ת שעות דרבנן, סי' יח (לט ע"ד), כותב שהדין בספק, כיון ששו"ת הרשב"א ח"ב סי' פב, חולק על מהרי"ט.

שו"ת משנה הלכות חלק ז סימן רסז (ד"ה ובמקום) כותב לגבי "כל מי שיגיע לולבי לידו" וכו', שאמרו זאת בשעה שנתנו לחזנים את הלולבים, והחזנים זכו בהם בשביל מי שיגיע לידו, והמתנה חלה אז. הוא מסביר בכך שלכן לא עברו באיסור נתינת מתנה ביו"ט.

הבחנות שונות: נתיבות המשפט, סא, ס"ק ג (הובא בילקוט הגרשוני, ליקוטים, ח"א, מע' ב, דף טז ע"ב, ובטבעות החושן, רמח, על נתיה"מ ס"ק י), כותב שבדבר שא"צ שיחול למפרע, אם אמר "מעכשו", חל מיד. ברור שמדובר שעשה מעשה קנין בשעה שנתן, שהרי לא יתכן שהבעלות תעבור בלי מעשה קנין. ונמצא שהוא סובר כמו פרי הארץ, שהקנין חל מעכשו, אבל לפי נתיבות המשפט הדין כך רק אם אמר "מעכשו". אמרי הצבי (בער), סוגיות, דף נ ע"ד-נא ע"א, מבין שגם שו"ת הרשב"א שם סובר כך. אבל חתן סופר, מקנה וקנין, ח"ב, פרק כד, חלק ג, אות יד (הובא בשדי חמד, פאת השדה, כללים, מע' ב, סי' מג [כרך א, עמ' 433]), מוכיח שחתם סופר חולק על נתיבות המשפט, שהרי חתם סופר הסביר (ראה הערה 269) בדעת הירושלמי שלגבי "כל מי שיגיע לולבי לידו" וכו' אפשר להקנות רק באופן שהקנין יחול ביו"ט, והרי לפי נתיבות המשפט, אפשר שיאמר "מעכשו" והקנין יחול בערב יו"ט ולא יצטרכו לעבור באיסור הקנאה ביו"ט.

שו"ת שער אשר (קובו) ח"ב סי' כו (סג ע"א), מביא שחכמי ירושלים כתבו שלפי שו"ת הרשב"א שם, מתנת בריא תקפה במקבל שאינו מבורר, מפני שאפשר שהמתנה תחול אחרי שיתברר מי המקבל, אבל מתנת שכיב מרע אינה תקפה, כי צריכה לחול בשעת הנתינה, כי אינה יכולה לחול כשיתברר מי המקבל, דהיינו אחרי מות הנותן, שהרי בינתיים יפלו הנכסים ליורשים. שער אשר עצמו (בדף סג ע"ב) חולק וכותב שלרשבא מועילה גם מתנת שכיב מרע, כי הנכסים נופלים ליורשים כשהם משועבדים למתנה זו, שהיא תלויה ועומדת עד שיתברר מי המקבל.

[281] שו"ת פרי הארץ, ח"א, חו"מ, סי' ו (נז ע"א).

[282] שו"ת מהרא"ל ציגץ חו"מ סי' לח אות ז (סו ע"א).

[283] תוס' גיטין כה ע"ב (ד"ה ר"י); ר"ן על הרי"ף, גיטין יג ע"א (בדפי הרי"ף).

[284] מהרא"ל שם (סו ע"ב). הוא מוסיף שאף שייתכן שאותו פלוני לא יברור למי לתת (ומשום כך כתב משה ידבר, הלכות זכייה, סי' ט (ס ע"ב), שאין להסביר את תוקף הקנין ע"פ דברי תוס' שם, כי כאן יתכן שזהות המקבל לא תתברר, כי אולי ימות הבוחר לפני שיבחר), זה נחשב עשוי להתברר, כמו שבנידונו של הר"ן שם, "ע"מ שירצה פלוני", נחשב עשוי להתברר אף שייתכן שילך לדרכו ולא נדע אם הוא רוצה. הוא מסביר שמהרי"ט סובר שכאן אין תוקף למתנה, מפני שהוא סובר כרמב"ן המובא בר"ן על הרי"ף, גיטין יג ע"א (בדפי הרי"ף), שגם בדבר שבוודאי יתברר, יש בעיה של ברירה; אבל אין הלכה כמותו, שהרי שו"ע, אהע"ז, לח, י, פוסק שב"על מנת שיאמר 'הן'" חלים קדושין. דבריו קשים, שהרי הרמב"ן שם כותב שמועילה ברירה במתנה על אירוע מסוים אם יקרה או לא יקרה, ולפי זה אין בעיה של ברירה ב"על מנת שירצה

גם לדעה הראשונה, המוסר לחברו חפץ ואומר לו "זכֵה בחפץ זה למי שיראה בעיניך", וחברו החליט מיד עבור מי הוא זוכה, הנותן אינו יכול לחזור בו, כי המקבל היה מבורר בשעת הקנין[285].

אם הנותן זיכה מתנה ע"י שמעון, ואמר לו "זכֵה בה למי שאבחר" (שיש לכך תוקף לפי הדעה השנייה), והנותן בחר לתת לאדם ששמעון שונא - שמעון אינו יכול למנוע את העברת המתנה למקבל, שהרי שונא כשר להיות שליח לזכות בעד שונאו, ועוד, שמתוך שזכה שמעון לאחרים (שהרי בזמן הזיכוי לא ידע בעד מי הוא זוכה), זכה גם לשונאו; וגם אם הנותן בחר לתת לעבריין, שמצוה לשנוא[286], זכה, כמו שהדין הוא[287] שמצוה לעזור לעבריין לטעון את בהמתו[288].

האומר "תנו כך וכך לטוביה", והיו שם שני אנשים בשם טוביה, נותנים את הסכום לטוביה שמגיע ראשון לדרוש את המתנה[289], כי מן הסתם התכוון לטוביה שיבוא ראשון[290]. גם לפי השיטה שאי אפשר לזכות לאדם שעדיין אינו מבורר, כאן מועיל הזיכוי, כי הנותן התכוון שאותו טוביה יזכה בנכסים רק אחרי שיבוא ויתברר מי הוא, ואז הוא כבר מבורר[291]. אם באו שניהם בבת אחת, ושניהם שווים מבחינת קירבתם לנותן, בית הדין עושה הערכה למי מהם התכוון הנותן לתת, ונותן לו ("שודא דדייני")[292]. אין בכך בעיה של ברירה, כיון שהנותן

פלוני", ומה שהרמב"ן אומר שב"על מנת שיאמר 'הן'" יש בעיה של ברירה אינו משום שהוא סובר שבדבר שבוודאי יתברר יש בעיה של ברירה, אלא מפני שכך מוכח מגיטין כה ע"ב, והוא מנמק, כי זה דבר המסור ללב.

[285] שו"ת פני משה (בנבנשתי) ח"א סי' לד, דף פ ע"א (הובא בבני יעקב, דף סט ע"ג, בדברי אמת קונטרס ז, סי' ג, דף סח ע"ב, בדפוס קושטא, ודף צה ע"א בדפוס הלברשטט, ובשו"ת פורת יוסף (אלפנדרי), יו"ד סי' א (ז ע"ג). דברי אמת מדגיש שמדובר שאיש האמצע החליט מיד. גם שו"ת שעות דרבנן, סי' יח (לט ע"ב), מסביר שפני משה מתכוון למצב שאיש האמצע אמר לנותן: "ברגע המשיכה, בשעת חלות הקנין, החלטתי לזכות לאיש פלוני", ואז קנה אף שהמקנה לא ידע.

[286] פסחים קיג ע"ב.

[287] שו"ע חו"מ, רעב, יא.

[288] שו"ת פרי הארץ, ח"א, חו"מ, סי' ו (נז ע"ג). צ"ע, הרי זה זיכוי בטעות, שאילו ידע שהנותן יבחר אדם זה, לא היה שמעון מסכים לזכות עבורו.

[289] כתובות פה ע"ב; שו"ע, חו"מ, רנג, כט.

דעה חולקת: תוספתא ב"ב יא, ז, אומר שהאומר "תנו כך וכך ליוסף בן שמעון", והיו שם שני אנשים בשם יוסף בן שמעון, שניהם חולקים בשוה. חידושי הרמב"ן, כתובות פה ע"ב, וחידושי הרא"ה, כתובות פה ע"ב, מיישבים שתוספתא מדברת על פרעון חוב, שלגביו אין מקום לעשות הערכה למי היה רוצה לתת, כיון שזה לא תלוי ברצונו, ולכן חולקים מספק. רמ"א, חו"מ, רנג, כט, פוסק כהבחנה זו. אבל חידושי הריטב"א ב"ב קעג ע"א (הובא בנימוקי יוסף, ב"ב פ ע"ב, בדפי הרי"ף), מפרש שהתוספתא עוסקת במתנה (ואינו עומד על הסתירה לכתובות שם), ומנמק שהנותן או יורשיו אינם יכולים לדחות כל אחד מהם מספק, כי מקבל מתנה הוא כעין שותף בנכסים, כלומר הוא נחשב מוחזק. ש"ך חו"מ, רנג ס"ק לט, דוחה את דבריו, שהרי מצאנו כמה פעמים שאם יש ספק במתנה, א"א להוציא מהנותן או מיורשיו; ולכן הוא כותב שהתוספתא והגמרא שאומרת בשני טוביה שיתנו לאחד מהם הוא באופן שאין יורשים, או שהיורשים רוצים לתת או ששני הטוביה כותבים הרשאה זה לזה. שו"ת שואל ומשיב מהדורא א ח"א סי' מה (ד"ה והנה בשנת), מיישב את הריטב"א, שאם יש ספק האם אדם זה בכלל מקבל מתנה, אינו יכול להוציא מיד הנותן או יורשיו שהם ודאיים; אבל כאן הספק הוא רק למי התכוון אבל ברור שנתן לאחד מהם, לכן אין לומר כאן "אין ספק מוציא מידי ודאי", שהרי הממון בוודאי מגיע לאחד מהמקבלים, וגם הנותן אינו טוען טענת ברי.

אמר יוסף על הרמב"ם, זכיה, ג, ה (לט ע"ג), מסביר דעה זו, שאע"פ שהוא יכול לדחות כל אחד מהם, ולטעון שהתכוון לָאחר, זו נחשבת מתנה לאדם מבורר כיון שאמר "יוסף בן שמעון", כך שהיה בירור חלקי. הוא מסתמך על לחם משנה, על הרמב"ם שם, שהסביר שהאומר לקונה שהוא מוכר לו "שדה דרבי חייא", המכר תקף אם היו לו שתי שדות הנקראות "שדה דר' חייא" (רמב"ם, הל' מכירה כא, כ), מפני שיש בירור חלקי. עוד הסביר (בדף מ ע"א), על פי מחנה אפרים הל' זכיה ומתנה, סי' א, שכותב שהרמב"ם, האומר שאין תוקף למתנה שאינה מסוימת, מסכים שיש תוקף למתנה שאינה מסוימת בדבר שמינו שוה, דהיינו שכל החפצים שבקבוצת הספק שווים זה לזה, כי הנותן אינו יכול לדחות את המקבל (ראה בשמו בסעיף 1(ב)).

אמר יוסף שם (מ ע"א) מוסיף לנמק, שאם שניהם יבואו יחד לנותן, לא יוכל לדחותם, ולכן זה נחשב מבורר.

[290] ריב"ש המובא בשטמ"ק כתובות פה ע"ב.

[291] שו"ת שער אשר (קובו) ח"ב סי' כו (סה ע"א). הוא מסביר שאף בכתובות שם מדובר שאותו טוביה הגיע רק אחרי מות הנותן, הרי מדובר שם במתנת שכיב מרע, שיכולה לחול זמן מה אחרי מותו (עיי"ש להסברו לכך).

אבל אהל יעקב (מנשה) מע' ב אות ד, למד מכאן שהריב"ש חולק על מהרי"ט וסובר שאפשר להקנות למי שאינו מבורר.

צריך להוסיף, שלולא דברי הריב"ש, היה אפשר לומר שהנותן התכוון לטוביה א', ולכן זו נתינה מבוררת, והעובדה שאנחנו לא יודעים למי התכוון אינה בעיה של "ברירה"; והסיבה שנותנים למי שבא ראשון היא כי אין סיבה לחשוש שהתכוון לאחר, כמו הפירוש הראשון של הריב"ש שם.

[292] כתובות פה ע"ב; שו"ע, חו"מ, רנג, כט.

התכוון לטוביה מסוים, ולכן זו נתינה מבוררת, והעובדה שאנחנו לא יודעים למי התכוון אינה בעיה של "ברירה", ואת בעיית אי הידיעה שלנו בית דין פותר על ידי ההערכה שהוא עושה, שהיא רק **גילוי** כוונתו של הנותן[293].

מתנה לרבים

לפי החוק, אפשר לתת נכס במתנה לאנשים אחדים, כך שתהיה להם בעלות משותפת על הנכס. יש להניח שהנותן התכוון שלכל אחד מהם יהיה חלק שוה בנכס[294]. אם הנכס הגיע לאחד מהם, רשאים האחרים לדרוש ממנו את חלקם. כל אחד מהמקבלים יוכל, לחוד, לדרוש מהנותן את קיום כל החוזה[295].

לפי המשפט העברי, אפשר לתת נכס לקבוצת אנשים שיהיו שותפים בו. לדוגמה, בעירובי חצירות, מקנים כיכר לחם אחד לכל בני החצר, והם זוכים בו אף שלא מבורר איזה חלק יהיה לכל אחד, ואין כאן בעיה של "ברירה"[296], כיון שאינו מקנה כל משהו לכולם יחד, אלא לכל אחד חלק מן הככר[297].

בעירובי חצרות, המקבלים נשארים שותפים, ואינם מתחלקים בדבר המתנה. סוג אחר של מתנה לרבים היא זו שבסופו של דבר המקבלים מתחלקים בה. במתנה כזאת, עד חלוקתה, יש זכות לא מבוררת לכל אחד, ואחרי החלוקה, כל אחד מקבל חלק מבורר. דוגמה לכך היא אורחים המוזמנים לאכול, שכאשר קערת האוכל מונחת בפניהם, זכה כל אחד בחלקו שעתיד לאכול משם, אלא שעדיין אין לכל אחד חלק מבורר, לפי העיקרון ש"אין ברירה", וכשכל אחד פושט את ידו ונוטל מאכל לעצמו, הוברר שזה חלקו[298].

מתנה לחצי אדם

האומר למישהו "הנני נותן את המתנה לחצייך", המתנה פושטת בכולו, כי אי אפשר שלא יזכה כולו[299]. א"א לומר שרק חצי גופו יזכה כי המתנה היא לא לגוף אלא לאדם שבגוף, וא"א לומר שחצי אדם יזכה וחצי אדם לא יזכה[300].

זכות אב במתנה שניתנה לבנו

קטן שקיבל מתנה מאדם זר, אביו זוכה בה[301]. נימוקים שונים ניתנו לדבר: (א) יש להניח שהנותן נתן לו על דעת שהאב יזכה בה, כי החפץ אינו שמור ביד הקטן בלי אביו השומרו[302], והנותן נתן לקטן רק כדי לשמחו[303].

---

[293] אבל שו"ת מהרא"ל ציגץ חו"מ סי' לח אות ז (סו ע"א), מעלה אפשרות שהנותן לא התכוון לטוביה מסוים, אלא התכוון לתת לאיזה טוביה שב"ד ירצה, כך שבשעת הנתינה המקבל לא היה מבורר, והוא מוכיח מכאן שמועילה גם נתינה שמתבררת רק לאחר זמן (שלא כמהרי"ט). הוא מוסיף להוכיח כך, שכן לא יתכן שאילו אמר בפירוש "יתן ב"ד למי שירצה", לא קנה, ועכשו ששתק, נעשה מעצמנו את הדבר הזה ממש; ומכאן שגם אם אמר כך, זכה מי שב"ד בוחר בו.

[294] ראבילו ב, עמ' 162, על פי חוק החוזים (חלק כללי), סעיף 59(ב), העוסק בריבוי נושים.

[295] ראבילו ב, עמ' 163, על פי חוק החוזים (חלק כללי), סעיף 59(א).

[296] ראה לעיל, על הנותן לאדם שאינו מבורר.

[297] שו"ת ברית עולם (ולר), סי' סא אות ג. ראה בשמו בסעיף 1(ב), לענין דבר שאינו מסוים.

[298] מזל שעה, על הרמב"ם, הלכות זכייה, ד, א (עח ע"ג).
וראה סעיף 2 בשאלה מתי האורח קונה את חלקו, שי"א שגם מה שהונח בפני האורח באופן פרטני, לא קנה, ואפילו הגביה אותו.
שו"ת מהרי"ט, חלק א, סי' קנ, מהרי"ט כותב שאורח שלקח מאכל מהשלחן כדי לקדש בו אשה, לא קנה אותו, מפני שהוא לא התכוון לקנותו, כיון שחשב שהוא שלו, ואף שבעל הסעודה מקנה לאורחים את המאכלים שהוא מניח על השלחן (ראה סעיף 2, שמסקנתו אינה כך), אינו מזכה למי שאינו מכיר, ואין לאף אחד מהאורחים חלק מבורר במאכל, כי "אין ברירה", וכשהאורח רוצה לזכות אח"כ, אין דעת אחרת מקנה. זאת על פי מה שכתב (ראה ליד ציון הערה 272) שהקנאה למקבל שאינו מבורר, המקבל זוכה רק אם התכוון לקנות. שו"ת בית יצחק, יו"ד, ח"ב, סי' פא, אות ח, מסביר שמהרי"ט סובר שצריך כוונת המקנה בשעה שהקונה עושה את מעשה הקנין (ראה סעיף 6), וכאן בשעה שהמקנה התכוון להקנות, המקבל לא היה מבורר, ואח"כ כשהמקבל עשה מעשה קניין לא התכוון המקנה להקנות. אבל הוא דוחה הסבר זה בכך שהוא מוכיח שלדעת מהרי"ט מועילה כוונת המקנה שמתחילה - עיי"ש להוכחתו.

[299] אבני מילואים סי' לא ס"ק כא. הוא מביא ראיה ממה שכתב חידושי הריטב"א קידושין כג על הנותן מתנה לחצי עבד.

[300] תכריך מרדכי סי' ז עמ' נ.

[301] רמ"א, חו"מ, רע, ב; שו"ת מהרשד"ם חו"מ, סי' שצו, בדעת ר"ת ובדעת מהר"ם במרדכי ב"מ סי' רמא; ערך לחם (בשו"ע מהד' פרידמן, וחסר במהד' קושטא תע"ח), חו"מ, רע, ב; עללת הבציר, פ' האזינו, דף סט ע"א; ערוך השלחן,

חו״מ, רע, ד; ר׳ חיים יואל בלוך, ״הקטין בדיני הקניין״, משפטי ארץ ג (תש״ע), עמ׳ 158, בדעת חי׳ הרמב״ן, ב״מ יב ע״ב; נזיר ה׳, אהע״ז סי׳ לז.
דעה זו מובאת בחי׳ הר״ן, ב״מ יב ע״ב, ובנ״י ב״מ ו ע״א (בדפי הרי״ף).
אחרי מות האב: אמר יוסף הל׳ גניבה ו, ג (לג ע״ד), כותב שגם במצבים שהאב זוכה במתנת בן, הרי אחרי מות האב, יורשיו אינם יורשים את המתנה, אלא הבן מקבל הכל, וזאת על פי מהר״ם, המובא בהגהות מרדכי, ב״מ, סי׳ תמו (הובא ברמ״א, חו״מ, רע, ב, ובכנה״ג, חו״מ, רע הגהב״י אות ה), האומר שזכויות האב בבנו (כגון מציאתו) אינן עוברות בירושה. והוא מדייק (בדף לד ע״א) מהגהות מרדכי שם שגם אם הנכס הגיע לידי האב בחייו, אין יורשיו יורשים אותו. אבל שו״ת ירך אברהם, חו״מ, ח״ב, סי׳ עא (צג ע״א-ע״ד) כותב (לענין שכר מלאכה), שאפשר לדחות את ראיית הגהות מרדכי (עיי״ש), ומביא ראיות להיפך, וכותב ששו״ע סובר שיורשי האב יורשים אותו. הוא דוחה את הראיה שהביא סמ״ע, רע, ס״ק ה (לענין שכר עבודה של הבן), מהעיטור (שהובא בב״י חו״מ קעז, מחודש א), האומר לגבי מציאה שיורשי האב אינם יורשים אותו - שהעיטור אומר רק שאם מת האב **ולא תבע** מבנו, הדבר מראה שמחל לבנו ולכן יורשיו אינם יורשים זאת, אבל דבר שהאב זוכה בו בוודאות, עובר ליורשיו. כמו כן, שו״ת נשמת כל חי, ח״ב, חו״מ, סי׳ יז (נב ע״ב), מדייק מערך לחם חו״מ, רע, ב, שלפי הדעה (ליד ציון הערה 330) שבן אינו קונה מתנה שנותן לו אביו, אם מת האב זכו גם שאר הבנים.
בבן הגדל אצל אמו: מלאכת שמואל, סי׳ יג (עמ׳ קל), כותב שלפי הסבר הסמ״ע (הערה 302), שהנותן לקטן מתכוון שהאב יזכה, מפני שהחפץ אינו שמור בידו בלי שהאב ישמור - לפי זה **בהורים גרושים**, אם הבן נמצא אצל האם, האב אינו זוכה במתנה שניתנה לבן, שהרי הסבר הסמ״ע אינו שייך אז, שהרי האב אינו יכול לשמור מה שביד הבן, וזאת גם אם נאמר שהוא נחשב סמוך על שלחנו כיון שהאב חייב במזונותיו; ואם **האם הגרושה** נותנת מתנה לבן, יש טעם נוסף לומר שלא זכה האב - כי היא בוודאי רוצה שהמתנה תהיה של הבן ולא של האב.
ר׳ חיים יואל בלוך, ״הקטין בדיני הקניין״, משפטי ארץ ג (תש״ע), עמ׳ 162, כותב שלפי הטעם של הסמ״ע, אם אשה מגדלת את בנה לבדה, **היא** זוכה במתנה לקטן; אבל לפי הטעם (ליד ציון הערה 304) שהאב זוכה כי חכמים לא תיקנו לקטן זכיה אם יש לו אב, ייתכן שאם אין לו אב, הבן זוכה ולא אמו.
לענין קנין אגב: לחם שלמה, קונטרס קנין אגב, סי׳ מג (יד ע״ב), כותב שמי שנתן קרקע לבן הסמוך על שולחנו של אביו ואגבה נתן מטלטלין לאביו, קנה האב את המיטלטלין בקנין אגב, כי יד הבן כיד אביו, וגם הבן נהנה מזה שיש לאביו מטלטלין, משום ״רווח ביתא״. שו״ת נשמת כל חי, ח״ב, חו״מ, סי׳ יז (מב ע״א) מקשה עליו, הרי אם יד הבן כידו, הבן אינו זוכה בקרקע?
דעה חולקת: חי׳ הריטב״א הישנים, ב״מ יב ע״ב (הובא בשו״ת נשמת כל חי, ח״א, או״ח, סי׳ טו דף יח ע״ד), כותב שאם אדם זר נותן מתנה לקטן, אפילו הוא סמוך על שלחן אביו, זכה הבן מדרבנן, כי התקנה שאביו זוכה (ב״מ יב ע״א) נתקנה רק במציאה (אבל שו״ת ישועת משה, ח״א, סי׳ פד, עמ׳ שנז, כותב שלפי הריטב״א שם, אם אחר נותן לקטן, המתנה של **האב**). מרדכי ב״מ שם מביא שר׳ שמשון משפירא אומר שכיון שדעת אחרת מקנה, הבן קנה, ומחנה אפרים, הלכות זכיה ומתנה, סי׳ ב, כותב שלפי ר׳ שמשון, הבן קנה גם אם הוא סמוך על שלחן אביו. שו״ת ר׳ בצלאל אשכנזי, סי׳ לה (=סי׳ לח בדפוס ונציה, סי׳ לו בדפוס למברג ובמהד׳ בוחבוט) (ד״ה וכן כתב הריטב״א), כותב שמהר״ם המובא במרדכי שם חושש לדעת ר׳ שמשון. ראה חיים ח״ב פ׳ בהעלותך (מח ע״א-ע״ב), כותב שגם חי׳ הרמב״ן, ב״מ יב ע״ב, רשב״ם ב״ב קלז ע״ב, ומגיד משנה, הלכות מכירה, כט, יא, סוברים שאב אינו זוכה במתנה שניתנה לבנו הקטן הסמוך על שולחנו. מחנה אפרים, שם, מנמק דעה זו, שיש לקטן זכיה כשדעת אחרת מקנה (כפי שראינו ליד ציון הערה 155), ואין במתנה חשש איבה, שזו הסיבה שתיקנו חכמים שאב זוכה במציאת בנו (ב״מ יב ע״ב). אהלי יהודה (הכהן), ע׳ זכיה לקטן, דף סד ע״ג, כותב שמגיטין סד משמע שאם זר נתן מתנה לקטן, גם אם הוא סמוך על שלחן אביו, זכה הקטן. ובדף סד ע״ד כתב שאביו אינו זוכה כי הנותן התכוון שיהיה לבן. ובדף סה ע״ב שוב כתב שהקטן זכה.
מערכות דברי אמת, ע׳ אב ובן, אות ח (עמ׳ ד), מוכיח ששו״ת הרשב״א ח״א סי׳ תתקצז סובר שמתנה שניתנה לקטן היא של הקטן, שהרי הוא עוסק במתנה שניתנה לקטן שיש לו אב, ודן רק האם על הנותן למסור לו את החפץ או לשמור אותו אצלו, ואינו אומר שהיא לאב.
מחנה אפרים, שם, כותב שלפי הטעם בירושלמי, ב״מ א, ה, שמציאת בן לאביו מפני שהאב יכול לשנותו לאיזה מלאכה שירצה, כולל ליקוט מציאות (והוא מעלה אפשרות שזה הטעם גם לבבלי), לפי זה מתנה שנתן לו אדם זר היא של הבן כי לא שייך בזה טעם הירושלמי, אבל **פירות** הנכס של האב. על זכות האב בפירות ראה בשמו בהערה 332.
ראה הערה 161, בשם אמירה נעימה, שאם אחר נתן לקטן, זכה הבן מדרבנן.
שו״ת מקוה המים (מלכה), ח״א, חו״מ, סי׳ עז (עמ׳ רסח), כותב שהבן זוכה במתנה, כי ר׳ יוחנן בב״מ יב ע״ב (שהלכה כמותו) סובר שהטעם שהאב זוכה במציאת בן הסמוך על שולחנו הוא משום חשש איבה, אבל מהתורה הבן זוכה לעצמו גם אם הוא קטן, ולפי זה במתנה שאין חשש איבה, זכה הבן. והוא מוכיח (בעמ׳ רסט-רעא) שזו דעתם של פוסקים אחדים (עיי״ש להוכחותיו). אבל הוא כותב (בעמ׳ רעא) שבקטן שפחות משיעור ״צרור וזורקו״, זכה האב, כי אז הבן אינו יכול לזכות לעצמו (כאמור ליד ציון הערה 164). והוא כותב (בעמ׳ רעה) שגם הרמ״א שם סובר שבן בגיל ״צרור וזורקו״, זוכה לעצמו במתנה, ומה שכתב שזכה האב הוא בפחות מגיל זה, וראיה מהסמ״ע (הערה 302) שנימק שהקטן אינו יכול לשמור על דבר המתנה, נימוק ששייך רק בפחות מגיל ״צרור וזורקו״. אבל הוא כותב שגם כשהבן הקטן זוכה, אביו אוכל פירות, כמו שכתב מחנה אפרים.

[302] סמ״ע, רע, ס״ק ח; ערוך השלחן, אהע״ז, לז, ה (בקטנה שאין לה דעת לשמור את החפץ), וחו״מ, רע, ד.
ר׳ חיים יואל בלוך, שם, עמ׳ 158, לומד מנימוק זה של הסמ״ע, שהחפץ אינו שייך לגמרי לאב אלא הוא רק באחריותו. אבל בעמ׳ 161 כתב שערוך השלחן (הערה 303) הבין שלסמ״ע החפץ שייך לגמרי לאב.

[303] ערוך השלחן אהע״ז וחו״מ שם.

(ב) אין לקטן "יד" לזכות בעצמו[304]. (ג) דרכו של קטן למסור לאביו מתנה שהוא מקבל, ונמצא שהוא זכה בה לצורך אביו[305]. (ד) זו תקנת חכמים, מחשש שתהיה לאב איבה לבנו, על כך שהוא מפרנס את בנו בעוד שהבן מקבל מתנות ומחזיק אותן לעצמו, כמו שתיקנו חכמים שמציאתו לאביו מטעם זה[306].

כל זאת בקטן הסמוך על שולחן אביו. אבל אם מישהו נתן מתנה לקטן **שאינו סמוך** על שלחן אביו, זכה הבן במתנה[307].

אין הבדל לענין זה בין קטן לקטנה[308].

אם מישהו נתן לקטן מתנה ע"מ שאין לאביו רשות בה, הבן זוכה בה[309]. כמו כן, אם הנותן אומר בפירוש שהוא נותן לקטן ולא לאביו - הקטן זוכה[310].

---

[304] שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סי' ריא.
כמו כן, ר' חיים יואל בלוך, "הקטין בדיני הקניין", משפטי ארץ ג (תש"ע), עמ' 159, מעלה אפשרות שלפי הדעה שקטן קונה בדא"מ רק מדרבנן (ליד ציון הערה 161), הרי אם יש לו אב, לא תיקנו לו זכייה, אלא ידו כיד אביו, וזוכה לאביו. אבל יש להעיר שלפי הדעה (ליד ציון הערה 160) שקנה קונה מתנה מהתורה, קשה לומר שמי שיש לו אב, אין לו "יד".
כמו כן, המגיה למחנה אפרים שם, מסביר שכיון שלענין מציאה עשו חכמים את ידו כיד של אביו מחשש איבה, עשו את ידו כיד אביו גם לענין מתנה, כי לא ייתכן שתהיה ידו כיד של אביו לענין מציאה ושלו לענין מתנה. הוא מתרץ בכך את קושיית מחנה אפרים, שם, איך זוכה האב במתנה שנתנו אחרים לקטן, והלא אין קטן זוכה לאחרים (כפי שנראה בסעיף 6)? ואין לומר שהקטן זוכה לעצמו ואביו זוכה ממנו, שהרי אם יש לו יד לזכות לעצמו, מדוע אביו זכה במתנה, הרי אין חשש איבה? התשובה היא שזו תקנת חכמים.
[305] שו"ת ר' יחיאל באסן סי' עג (מד ע"ב).
[306] מערכות דברי אמת, ע' אב ובן, אות ח (עמ' ד), בדעת חידושי הריטב"א, ב"מ שם.
כך עולה גם מנשמת כל חי שנביא בהערה 326, שאומר שזה טעם הדעה שאב זוכה גם במתנה שקיבל בנו **הגדול** הסמוך על שולחנו. אבל נראה שמי שסובר (ליד ציון הערה 326) שאב אינו זוכה במתנה שקיבל בנו הגדול הסמוך על שולחנו, הרי שאינו חושש לאיבה, לא יוכל לומר שבבן קטן הטעם הוא משום איבה.
כמו כן, מזקן שמואל שנביא בהערה 327 שכותב לגבי בן גדול שאין חשש איבה, עולה שהטעם בקטן הוא מחשש איבה.
דרכי חושן (תשסח), על חו"מ סי' רע, ב, עמ' קיב, כותב שרמב"ם, הלכות עירובין, א, כ, שכתב שיד קטן כיד אביו, סובר שבמתנה לא חוששים לאיבה, ומה שאב זוכה במתנת בנו הקטן הוא מפני דרכי שלום. הוא מביא כאילו נ"י כתב שגם במתנה יש חשש איבה (ולא מצאנוהו), וכותב שנ"י יצטרך לומר כהסבר הסמ"ע (הערה 302).
[307] שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סי' ריא; ערוך השלחן שם; מגיני שלמה, כתובות מז ע"א (עמ' שלב), בדעת ר"ת, בתוס' ב"מ יב ע"ב (ד"ה לר"י).
כמו כן, רמ"א, ערך לחם ורח"י בלוך, הפוסקים שהאב זוכה במתנה שניתנה לקטן (כפי שהבאנו בהערה 301), מדגישים שמדובר בבן הסמוך על שלחן אביו, הרי שאם אינו סמוך על שולחנו, הבן זוכה.
[308] ערוך השלחן שם; חקרי לב, יו"ד, ח"ב, סי' נז (עמ' תלו).
[309] כנסת הגדולה, חו"מ, רע, הגה"ט אות ג, בשם ר"א גאליקו; ראה חיים ח"א פ' ויצא (מ ע"ג, מב ע"ב); שו"ת ירך אברהם, חו"מ, ח"ב, סי' עא (צב ע"ד); שו"ת פני יצחק (אבולעפיא), ח"ה, אהע"ז, סי' יד (צט ע"ג).
ראה חיים שם (מ ע"ג) כותב שיש ראיה לדין זה מתשובות מיימוניות, נזיקין, סי' ה.
מחנה אפרים, הלכות זכיה ומתנה, סי' ב, כותב בתחילה שהדין כאן שנוי במחלוקת: לר"ת, בתוס' ב"מ יב ע"ב (ד"ה לר"י), הבן זוכה כי כאן אין חשש איבה (דרכי חושן שם מקשה, א"כ מדוע אם האב נותן מתנה לבן, לא זכה הבן, לפי הדעה ליד ציון הערה 330); ואילו לרמב"ם, הלכות עירובין, א, כ, הטעם שהוא זוכה הוא שאין לקטן "יד" (הטעם ליד ציון הערה 302), ולכן גם כאן לא זכה הקטן. אח"כ כתב מחנה אפרים בסתם שבכגון זה לא זכה האב.
הבחנה: ערך השלחן, חו"מ, קיא, ס"ק ז (כה ע"ב), כותב שאם מישהו נתן מתנה לבן ע"מ שאין לאביו רשות בה, האב זכה, ואם אמר "ע"מ שאין לאביו רשות בה אלא שיאכל אותו", לא זכה האב, כמו שהדין כך בנותן מתנה לאשה או לעבד (ראה סעיף 4). והוא מוכיח (בדף כז ע"א) מתשובות מיימוניות, ס' נזיקין סי' ה, שאם אמר "ע"מ שאין לאביו רשות בה אלא לצורך עצמו מה שהוא אוכל", לא זכה האב. הוא מדבר על בת, והוא מתכוון לבת קטנה, שאילו בנערה הוא פוסק שהמתנה לעצמה גם בלי תנאי (ראה בשמו בהערה 328); אלא שלא הדגיש הבחנה זו בדבריו.
ר' חיים יואל בלוך, "הקטין בדיני הקניין", משפטי ארץ ג (תש"ע), עמ' 159, כותב שאם נאמר שבמציאת קטן, האב זוכה בה באופן ישיר, יוצא שגם אם הנותן אמר בפירוש שהוא נותן לקטן ע"מ שאין לאב זכות בה, הקטן אינו זוכה; אבל לרבנו תם שם, במציאה תחילה הבן זוכה והאב זוכה ממנו, ולפי זה אם הנותן אמר "ע"מ שאין לאב זכות בה", הקטן זוכה.
דעה חולקת: נתיבות משפט (אלגזי), דף צ ע"ב-ע"ג, מעלה אפשרות שגם אם ניתנה לקטן מתנה ע"מ שאין לאביו רשות בה, לדעת תוס', ב"ב נב ע"א (ד"ה קיבל), לא זכה הקטן כי אין לו "יד" לזכות לעצמו.
דברי חיים, דיני מתנה, סי' כא, כותב שלדעה (בסעיף 6) שאב אינו יכול לזַכות מתנה לאחר ע"י בנו הגדול הסמוך על שלחנו, הרי אם אחר נותן מתנה לבן, הבן אינו זוכה, גם אם הנותן נתן על מנת שאין לאביו רשות בו, אלא היא שייכת

כמו כן, אם יש אומדנא שהנותן לא התכוון שהאב יזכה, הבן זוכה, מפני שכאן אין מקום לנימוק[311] שהנותן מתכוון לתת לאב. לדוגמה, מי שאסור על חברו בנדר ליהנות ממנו, רשאי לפרנס את בניו של המודר, גם אם הם סמוכים על שלחן אביהם; אין בכך נתינה לאב (שאסורה), כי האב אינו זוכה במזונות שבנו מקבל, שהרי המדיר אינו מתכוון לתת לאב, כי אסור לו[312]. כמו כן, הנותן ממתק לקטן, הקטן זוכה בו ולא אביו, מפני שמן הסתם הנותן לא התכוון שיהיה לאב[313]. כך גם הנותן לולב לקטן למצוה, שמן הסתם מתכוון שלא יזכה האב, כי אז הבן לא יוכל לצאת בו[314], וכאילו התנה ע"מ שאין לאב רשות בה[315].

אם האב מחל על זכותו והסכים שהמתנה תהיה של הבן, הבן זוכה בה והאב אינו יכול לחזור בו ולהוציא אותה מידו, ואף שיד קטן כיד אביו ואין לו יד לזכות לעצמו, הרי היות שאין לאב זכות בה אלא מכח הבן, ברגע שהסתלק ממנה ומחל, הבן זכה[316]. גם אם מחילתו גורמת הפסד לאדם אחר, כגון שהאב חייב כסף ואין לו במה לשלם חוץ מנכס זה, יש תוקף למחילתו, ונושהו אינו יכול לגבות מהנכס, מפני שאי אפשר להקנות לאדם נכס בעל כרחו[317].

לאב, שהרי הראשונים תולים את שני המקרים זה בזה, שאם יש לו "יד" לעצמו, האב יכול לזַכות לאחרים על ידו, ואם אחר נתן לו מתנה, לא זכה האב (ראה סעיף 6).
מנחת הבוקר ב"מ יב ע"ב (ד"ה והנה, כה ע"ד בדפי הספר) מבין שנ"י (הערה 301) סובר שהמתנה לאב גם אם הנותן אמר "ע"מ שאין לאביו רשות בה", והוא תמה עליו, מדוע אז לא זכה הבן, הרי אין חשש איבה, שהרי אם נאמר שלא יזכה הקטן, תתבטל המתנה כי אין לו יד, וזה לא יביא תועלת לאב?

[310] שו"ת ישועת משה, ח"א, סי' פד, עמ' שסב.

[311] ליד ציון הערה 302.

[312] מלאכת שמואל, סי' יג, עמ' קלא. הוא לומד היתר זה מנדרים לח ע"א. עוד הסביר ע"פ מה שכתב מחנה אפרים (הערה 316), שאם האב מחל ומוכן שיזכה הבן, זכה הבן; וכאן האב בוודאי מוחל כי אל"כ יהיה אסור למדיר לתת לבן.
בדומה, אם אב או אחר נותן כסף או המחאה ע"ש קטן הסמוך על שלחן אביו, ומפקיד אותו **בחשבון הבנק** של הקטן, והאב לא משך את הכסף עד שהבן גדל או התחיל להתפרנס משלו - שו"ת ישועת משה, ח"א, סי' פד, עמ' שסב, מעלה אפשרות שהכסף שייך לבן, כי בזה גילה האב את דעתו שהוא שומר את הכסף לטובת בנו, שיזכה בכסף כשיגדל או שיהיה עצמאי. אבל הוא מעלה אפשרות שכיון שלפי חוק המדינה האב יכול למשוך את הכסף מהבנק עד שהילד יהיה בן 18, הכסף נקנה לבן רק מאז.

[313] ר' חיים יואל בלוך, "הקטין בדיני הקניין", משפטי ארץ ג (תש"ע), עמ' 158.
אבל ר' עידו רכניץ, הערה 59 שם, מעיר שהממתק ניתן לקטן בתנאי שהוריו מסכימים כי הוא עלול לפגוע בבריאותו.

[314] לדעה במשנה ברורה, תרנח, ס"ק כח, שקטן אינו יוצא ידי חובה בלולב שאינו שלו.

[315] ר' חיים יואל בלוך, שם, עמ' 160. הוא מוסיף שמחידושי הרמב"ן ב"מ יב ע"ב, משמע שבן קטן זוכה אם הזכייה היא לצורך האב, ולפי זה, הקטן זוכה בלולב שניתן לו, כי זה לצורך האב, שחייב בחינוך בנו. עוד הוא מעלה אפשרות (בעמ' 161) שחכמים תיקנו לקטן שיוכל לזכות כדי לקיים את המצוה.
דעה חולקת: ערך השלחן, חו"מ, קיא, ס"ק ז (כה ע"ב) כותב שאם לא עשה תנאי בפירוש שהאב לא יזכה, האב זוכה, גם אם יש אומדנא שהתכוון שהבן יזכה. הוא פוסק כך לגבי נידונו: אשה נתנה את נכסיה במתנה **לזרע בנה**, ולא לבנה, כדי שנושי בנה לא יוכלו לגבות מהנכסים, והיתה לבן רק בת קטנה, ואם נאמר שאביה זוכה במתנה שניתנה לה, נמצא שהנושה יכול לגבות, ולכן יש אומדנא שהתכוונה להבריח מהנושים ולכן לא רצתה שבנה יזכה מבתו (נכדתה). בכל זאת הוא פוסק שהאומדנא אינה מועילה, כי אומדנא אינה יכולה ליצור הקנאה או לעקור תקנת חכמים (הוא מוכיח עקרון זה באריכות). הוא מסביר (בדף כו ע"ב) שאמנם יש אומדנא שהתכוונה להבריח, אבל זה לא מועיל להוסיף על דבריה, כאילו אמרה בפירוש "ע"מ שאין לאביה רשות בה", אלא אומרים שטעתה וחשבה שתועיל ההברחה, ובאמת ההברחה אינה מועילה ולכן הנכסים נקנים לאב ומשתעבדים לנושה.

[316] מחנה אפרים, הלכות זכיה ומתנה, סי' ב (הובא בשו"ת פני יצחק (אבולעפיא), ח"ה, אהע"ז, סי' יד, דף צד ע"ג). הוא מביא ראיה מתוס' ב"ק פז ע"ב (ד"ה הכא) שכתבו לגבי קטן שנחבל, שהקטן זוכה בדמי החבלה מפני שאמדו חכמים את דעתו של האב שהוא מוחל לבנו על דמי חבלה בגלל צער גופו. הוא מדייק כך גם מדברי הרא"ש קידושין פ"א סי' טו, שכתב שקטנה זוכה לעצמה בשליחות אביה, ומדברי נתיבות משפט דף צ.
וראה הערה 336, בענין בן גדול הסמוך על שולחן אביו, אם אביו גילה את דעתו שהוא רוצה שהמתנה תהיה לבן.
דעה חולקת: מהרי"ט אלגזי, בשו"ת ברך משה (גלנטי), סי' כח (קח ע"ד), כותב ששו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' שצו, סובר שגם אם האב מחל, אינו מחול, כי מחילתו היא כמו מתנה שהוא נותן לבנו, שבנו לא קנה אותה, לדעה שנביא ליד ציון הערה 330. יש להעיר, שיש אומרים שמחילת חוב אינה כאילו הנושה מקנה את ממון החוב לחייב, אלא זו רק הפקעה של החוב (ראה מחילה, שער ראשון), ואפשר לומר שאף שאב זוכה במתנה שקיבל בנו, אינו זוכה בזכות שנמחלה לבנו; אבל כאן אין זו מחילה רגילה, שהרי אין מועילה מחילה על חפץ בעין (ראה מחילה, שער ארבע עשרה), אלא זו בעצם מתנה מכללא, ולכן האב זוכה בה.

[317] ערך השלחן, חו"מ, קיא, ס"ק ז (כו ע"ב-ע"ד).

אם מישהו **זיכה** מתנה לקטן ע"י אחר, קנה הקטן ולא אביו[318], גם אם זיכה אותה ע"י האב עצמו[319], מפני שגם אם אין לקטן יד לזכות לעצמו, הרי כאן איש הביניים זוכה בעבורו[320]. כאן גם אין מקום לנימוק[321] שהנותן לא התכוון לתת לקטן כיון שאינו יכול לשמור על החפץ, שהרי כאן איש הביניים יוכל לשמור עליו בעבורו[322].

לדעת ר' משה אבן חביב, אם **שכיב מרע** נתן מתנה לקטן, הקטן זוכה ולא אביו, כי מתנת שכ"מ היא כירושה[323], והרי קטן זוכה בירושה שהוא מקבל, גם אם הוא סמוך על שולחן אביו[324]. אבל לדעת ר' אברהם

בתחילה כתב שהמחילה בטלה מפני שאדם אינו יכול לומר "אי אפשי בתקנת חכמים שנתקנה לטובתי" אם אדם אחר יפסיד מכך, והוא מסתמך על ריב"א, המובא בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס קרימונה, סי' רח, ובמרדכי כתובות סי' רעז, שכתב שאאב"ח מועיל רק אם אין הפסד לאחרים. אח"כ העלה אפשרות שהדין תלוי במחלוקת בין ר' יחיאל באסן ומהרי"ט, בשו"ת מהרי"ט ח"ב, חו"מ סי' ט-י, בשאלה האם אדם יכול לומר "אי אפשי בתקנת חכמים שנתקנה לטובתי" אם אדם אחר יפסיד מכך. אבל במסקנתו כתב שכאן לכל הדעות האב יכול לומר אאב"ח, כי הנכס עדיין לא הגיע לחזקת האב, ואי אפשר להקנות לו נכס בעל כרחו, ובנידון שם הנכס כבר היה ברשותו ולכן מהרי"ט אמר שאינו יכול להתנער ממנו ע"י דחיית התקנה.

[318] שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סי' ריא; כנה"ג, חו"מ, רמג, הגה"ט, אות כז; נתיבות משפט (אלגזי), דף צ ע"ב-ע"ג; מחנה אפרים, הלכות זכיה ומתנה, סי' ב; אהלי יהודה (הכהן), ע' זכיה לקטן, דף סד ע"ג (אפילו הבן סמוך על שלחן אביו); דברי משפט, רע, ס"ק א (הובא בחנוך לנער (בלויא), פרק מד, הערה ו); שו"ת בית שלמה (חסון), חו"מ, סי' לה; ר' חיים יואל בלוך, "הקטין בדיני הקניין", משפטי ארץ ג (תש"ע), עמ' 159 (גם בדעת הרמב"ם); חקרי לב, יו"ד, ח"ב, סי' נז (עמ' תלו) (בקטנה). ראה גם במקורות בהערה 337 על אב שזיכה מתנה לבנו.

מהרש"ך מביא ראיה מהמסופר בב"מ עב ע"א על מי ש"אקנייה לבנו קטן" - הרי שמועילה הקנאת אב לבנו הקטן, ומבאר שמדובר שזיכהו על ידי אחר. אבל הוא דוחה ראיה זו, שייתכן שמדובר שם בקטן שאינו סמוך על שלחן אביו, שקונה גם בהקנאה רגילה, כאמור ליד ציון הערה 307.

נתיבות משפט כותב שאסור לאיש הביניים לתת את החפץ לקטן כי אינו יודע לשמור אותו (ראה על כך חוק לישראל, שומרים, עמ' 35). אבל הוא מעלה אפשרות שתוס', ב"ב נב ע"א (ד"ה קיבל), סוברים שהנותן מתנה לקטן, יודע שהקטן יאבד אותו, ולכן אם הקטן הפקיד אותו אצל אחר, יחזיר אותו לקטן, כי עד"ז נתן לו הנותן.

דעה חולקת: ר' יו"ט ן' יעיש, המובא בשו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סי' קעו (ד"ה והוספתי), אומר שגם בזיכוי מתנה ע"י אחר, זכה האב. אבל איש אמונים (אלישר), דרוש ג לשבת כלה (כה ע"ב), כותב שזו דעת יחיד. שו"ת מקוה המים (מלכה), ח"א, חו"מ, סי' עז (עמ' רעג), מציין שב"ד הגבוה (במרוקו) פסק שזיכוי ע"י אחר מועיל רק באב שנותן (כאמור ליד ציון הערה 337), אבל אם אחר נתן, האב זוכה; אבל הוא עצמו מוכיח מהפוסקים שבשני המקרים הבן זוכה.

זקן שמואל, חו"מ, סי' רע, כותב שגם אם הנותן זיכה לבן ע"י אחר, זכה האב, שהרי גם אז יש חשש איבה, ועוד שהדין כך במתנה לאשת איש (שמשם למד חידושי הרמב"ן, ב"מ יב ע"ב, דין מתנה לבן) - ראה ליד ציון הערה 254. שו"ת נשמת כל חי, ח"ב, חו"מ, סי' יז (מג ע"ג) משיב על כך, שאישה אינה קונה בזיכוי ע"י אחר, מפני שידה ממש כיד בעלה; ובכלל לא מצאנו בגמרא שאב זוכה במתנת הבן, אלא הפוסקים המציאו דעה כזאת, לכן אל נוסיף על זה, ודוקא באשה, שמפורש בגמרא שהבעל זוכה (ראה הערה 253), לא מועיל זיכוי ע"י אחר להפקיע את זכות הבעל שמפורש בגמרא. והוא כותב שא"א לומר קי"ל כדעה זו.

שו"ת ישועת משה, ח"א, סי' פד, עמ' שסא, מסופק בכגון זה, האם כוונת הנותן היא שאיש הביניים יזכה עבור הקטן כדרך קנין בעלמא ולמסור את הנכס מיד לתעודתו, לאביו, שהרי הקטן בוודאי ימסור אותו לאביו שזוכה בו לעצמו (ראה בשמו בסעיף 6 על זיכוי לקטן שאין לו אב), ולפי השיטה (בסעיף 6) שזיכוי לקטן מועיל רק מדרבנן, אפשר לומר שכך היתה התקנה, שהאב יזכה במקום הבן, או שישמור את החפץ לטובת הקטן כרצון האב שהוא מקבל המתנה העיקרי, ושֵם הקטן נזכר רק כדי לשמחו; או שמא הנותן התכוון שאיש הביניים ישמור את החפץ לטובת הקטן עד שיגדל, והבן זוכה כשיגדל. הוא כותב שאם הנותן אומר בפירוש לאיש הביניים שהמתנה היא בשביל הבן ולא בשביל אב, איש הביניים זוכה בשביל הבן ולא בשביל האב. הוא כותב שאין ראיה משתי התשובות של מהרש"ך, כיון שבנידונו של מהרש"ך ח"ב סי' קסב (שעסק באב שזיכה לבנו), לא היה זיכוי גרידא, אלא האב מינה אפוטרופוס על בנו, והקנה מתנה לבנו ומסר אותה לאפוטרופוס; ובסי' ריא הוא מסתפק האם האב זוכה במתנה שניתנה לקטן בזיכוי ע"י אחר, וכתב שבנידונו, שהאב התנה עם הזוכים בעד בניו הקטנים, לפרוע להם שכירות על הבתים שנתן במתנה וכו', משמע שהתכוון לומר שלא תהיה לו לעצמו זכות במתנות ושיזכו בניו הקטנים בלי פקפוק; א"כ גם משם אין ראיה לזיכוי גרידא, שהרי מדובר שנתן לאחר לשמור עד שיגדלו הקטנים, אלא שהם החזירו לאביהם בתורת פקדון ושכירות.

[319] שו"ת מקוה המים (מלכה), ח"א, חו"מ, סי' עז (עמ' רעה).

[320] שו"ת בית שלמה (חסון), חו"מ, סי' לה; שו"ת מקוה המים (מלכה), ח"א, חו"מ, סי' עז (עמ' רעד).

דברי משפט שם מנמק שהיות שזיכוי לקטן מועיל רק מדרבנן (לדעה אחת בסעיף 6), אין האב זוכה במתנה כי אלו שתי זכיות מדרבנן, שיזכה הבן ואח"כ יזכה האב, ותוס', ב"מ יב ע"א (ד"ה אי), כתבו שלא תיקנו חכמים שתי זכיות.

[321] ליד ציון הערה 302.

[322] שו"ת מקוה המים (מלכה), ח"א, חו"מ, סי' עז (עמ' רעג ועמ' רעה). נראה שזו גם כוונת אהלי יהודה שם (סד ע"ג), שנימק שדעת הנותן היא לבן.

[323] ב"ב קמט ע"א.

הלוי, אין הבדל בין מתנת שכיב מרע למתנה רגילה לענין זה, וההשוואה לירושה באה רק להחליש את כוחה של מתנת שכיב מרע מהיבטים שונים[325].

הנותן מתנה **לגדול** הסמוך על שלחן אביו, המתנה שייכת לבן ולא לאב[326], מפני שמן הסתם הנותן מתכוון שיהיה של הבן כיון שהוא יכול לשומרו[327].

---

[324] ר' משה ן' חביב, בשו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל ה, סי' יג (ד"ה ותו דאף לדעת) (הובא בהר המר דרוש ז, דף לו ע"ג, ודף לח ע"א). הוא מביאראיה משו"ת מהר"י הלוי סי' עד, שעסק במתנת שכיב מרע לקטן, ופסק שהבן זוכה. ראה ליד ציון הערה 169 ואילך, בשאלה האם מועילה מתנת שכיב מרע לקטן.
כמו כן, שו"ת בית שלמה (חסון), חו"מ, סי' לה, כותב שבמתנת שכיב מרע, אביו של הקטן אינו זוכה, מפני שמתנה הניתנת לקטן בזיכוי ע"י אחר אינה שייכת לאב (כאמור ליד ציון הערה 318), ודברי שכיב מרע כמסורים - כאילו נמסרו ע"י אחר.

[325] ר' אברהם הלוי, בשו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל ה, סי' טו, בסופו. בנידונו, שסב נתן מתנת שכיב מרע לנכדיו, הוא מוצא טעם נוסף שהאב יזכה: האב אמור לרשת את הסב מכח ירושה דאורייתא, והבנים באים מכח מתנת ש"מ שהיא דרבנן, ומספק יש לומר שהאב זוכה.

[326] חי' הרמב"ן, ב"מ יב ע"ב; חי' הר"ן, ב"מ יב ע"ב; נ"י ב"מ ו ע"א (בדפי הרי"ף); רמ"א, חו"מ, רע, ב (הובא בשו"ת משנה הלכות, חלק ו, סי' רפט, ובנטעי גבריאל, פורים, מהד' תש"ס, פרק מב, עמ' שנא); ערך לחם, חו"מ, רע, ב; ערוך השלחן, חו"מ, רע, ד; אהלי יהודה (הכהן), ע' זכיה לקטן, דף סד ע"ג; מחנה אפרים, הלכות זכיה ומתנה, סי' ב; שו"ת בגדי כהונה (מהרז"ך) אהע"ז סי' יז (עג ע"ג); דברי משפט, רע, ס"ק א; שו"ת מהר"י הלוי (ר' יעקב לבית הלוי) (מהד' שצ"ד) סי' קכד (קפה ע"ד); שבט בנימין סי' שב (קמב ע"ג), בדעת הרשב"א ובדעת ר' שמשון; שו"ת נשמת כל חי, ח"ב, חו"מ, סי' יז (מ ע"ד) בדעת חידושי הריטב"א, ב"מ יב ע"ב; שו"ת פני יצחק (אבולעפיא), ח"ה, אהע"ז, סי' יד (צג ע"ד), בדעת ב"י או"ח שסו.
שו"ת נשמת כל חי, ח"ב, חו"מ, סי' יז (מ ע"א), כותב שלפי ר' שמשון, במרדכי, ב"מ, סי' רמא, שנימק את דעת הרי"ף והרמב"ם וסיעתם, שאדם יכול לזַכות עירוב לבני החצר ע"י בנו הגדול הסמוך על שולחנו (ראה סעיף 6), מטעם "דעת אחרת מקנה" - לפי זה בן גדול הסמוך על שולחן אביו זוכה במתנה שקיבל מאחר, כי דא"מ; אבל לפי הנימוק של הרשב"א והר"ן, שאב יכול לזַכות עירוב ע"י בנו הגדול הסמוך על שולחנו כי אין חשש איבה, ייתכן שאם אחר נתן לבן מתנה, לא זכה הבן, משום חשש איבה (ראה בהמשך הערה זו בשמו, בדעת הר"ן). הוא מדייק (בדף מ ע"ד) משו"ת הרשב"א ח"ה סי' קנד, שהאב אינו זוכה כאן, אבל דוחה את הדיוק (עיי"ש לדיוקו ולדחייתו).
ר' משה ן' חביב, בשו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל ה, סי' יג (ד"ה עוד כתב הרב הפוסק), נוטה להכריע כדעה זו (כך נראית כוונתו), שהרי גם לדעה (בהמשך הערה זו) שזכה האב, זה רק מתקנת חכמים, וכיון שהבן זכה מן התורה אלא שייתכן שתקנת חכמים מפקיעה ממנו, ספק תקנה אינה מפקיעה מדין תורה. והוא כותב שלענין זה קטן שהגיע לעונת הפעוטות נקרא גדול, שהרי קטן בגיל זה זוכה מן התורה לדעת הרמב"ם (הערה 160). אבל יש להעיר שעוד לפני כן, בגיל של "צרור וזורקו, אגוז ונוטלו", זוכה מהתורה, כפי שראינו שם.
דעה חולקת: מחנה אפרים, הלכות זכיה ומתנה, סי' ב, מגיני שלמה, כתובות מז ע"א (עמ' שלב), ושו"ת נשמת כל חי, ח"ב, חו"מ, סי' יז (מ ע"א, מא ע"א), ובהספדו שנדפס בהר המר דרוש ז (לו ע"א) (אבל בספרו ראה חיים ח"א פ' ויצא דף מ ע"ב, כתב שר"ת סובר שקנה **הבן** - עיי"ש בהוכחתו לכך), כותבים שלדעת ר"ת, בתוס' ב"מ יב ע"ב (ד"ה קיבל), מתנה שנתנו לו אחרים היא של אביו, שהרי ר"ת אומר שאב אינו יכול לזַכות לאחר ע"י בן גדול הסמוך על שלחנו - ראה בשמו בסעיף 6 (וראה שם פוסקים נוספים הסוברים כך). שבט בנימין סי' שב (קמב ע"ג), כותב שזו דעת ר"ת, הרא"ש, מהר"ם ומרדכי. ר' אברהם הלוי, בשו"ת גינת ורדים חו"מ כלל ה סימן טו, בסופו (ד"ה וכתב עוד מעכ"ת), מבין שזו דעת ערך לחם, חו"מ, סי' רע. וכך כותב בית אהרן, ב"מ יב ע"ב, בדעת ר"ת שם, ובדעת טור, או"ח, סי' שסו, הסובר כר"ת לענין זיכוי עירוב.
בית אהרן מנמק, שר"ת סובר שאין לבן "יד" לזכות לעצמו כיון שלא יצא מרשות אביו. גם מגיני שלמה שם (עמ' שלה) מנמק שלר"ת, גדול הסמוך על שולחנו ידו כיד אביו, ומכאן הוא מחדש שלדעת ר"ת, גם אם אחר נותן לו ע"מ שלא תהיה לאביו רשות בו, קנה האב (עיי"ש בהוכחתו לכך).
שו"ת ברך משה (גלנטי), סי' כז (קו ע"א) מנמק דעה זו, שאף שמהתורה יש לו זכייה, הרי חכמים תיקנו משום איבה שמציאתו לאביו (ב"מ יב ע"ב), ולכן עשו חכמים ידו כיד אביו גם לענין מתנה.
שו"ת נשמת כל חי, ח"ב, חו"מ, סי' יז (מ ע"ב), כותב שהרשב"א סובר שקנה האב משום איבה. גם שבט בנימין שם כותב שזה טעם ר"ת. כמו כן, מחנה אפרים כותב שטעם דעה זו הוא מחשש איבה; והוא עצמו אומר שבמתנה שנתנו לו אחרים לא שייך איבה, כמו שמתנה שנתנו אחרים לאשה היא שלה, ויש לבעל רק פירות (כאמור ליד ציון הערה 253). גם נתיבות המשפט שנביא בהערה 328 כותב שטעם שיטה זו הוא מחשש איבה.
שו"ת ר' בצלאל אשכנזי, סי' לה, בתחילתו, מדייק מלשון חי' הר"ן ב"מ שם, שמתנה שנתנו לו אחרים קנה האב, משום שהבן לא טרח בה. כמו כן, שו"ת נשמת כל חי, ח"ב, חו"מ, סי' יז (מ ע"ב), כותב שחי' הר"ן ב"מ יב סובר שקנה האב, שהרי הוא הוכיח (ליד ציון הערה 336) שאם אב נתן מתנה לבנו הגדול הסמוך על שולחנו הבן זכה, מדינו של הנותן מתנה לאשתו, והוכחה זו אינה תקפה במתנה שאחר נתן לבנו, שהרי אם אחר נתן מתנה לאשה, אין היא זוכה לגמרי (כאמור ליד ציון הערה 253). והוא מציין שכ"כ זקן שמואל סי' רע, בדעת הר"ן (ואינו מפורש בדברי זקן שמואל). כמו כן, ר' חיים יואל בלוך, "הקטין בדיני הקניין", משפטי ארץ ג (תש"ע), עמ' 157, כותב שנ"י שם סובר שהאב זוכה במתנה, שהרי גם נ"י מוכיח ממתנה לאשת איש, והוכחה זו אינה שייכת במתנה שאחר נתן לו. לעומתם, אילת אהבים, קונטרס אחרון, סי'

אם מישהו נתן מתנה **לנערה** (בין גיל 12 לגיל 12 וחצי) שאינה סמוכה על שלחן אביה, הבת זוכה בה[328]. אף שמציאתה לאביה, דין מתנה שונה, מפני שחכמים זיכו לאב רק מציאה שאין דעת אחרת מקנה לה, אבל מי שנתן לה מתנה בוודאי לא התכוון להקנות אותה לאב, שהרי לא נתן לאב, ולכן הבת זוכה[329].

קס, מסביר שהרמ"א הבין שהר"ן סובר שגם במתנה שנתן אחר, יש הוכחה מאשה, שהרי אשה שקיבלה מתנה מאדם אחר, היא קונה את הגוף אלא שהבעל אוכל פירות (כאמור ליד ציון הערה 253), ומזה יש ללמוד שהבן זכה בכל, שהרי בבן לא שייך שהאב יאכל פירות. וכך הסביר גם רח"י בלוך שם בדעת הרמ"א.
שבט בנימין סי' שב (קמב ע"ג), כותב שאפשר לומר קי"ל ככל צד. ובדף קמד ע"ג כתב אפשר לומר קי"ל שהיא לאב. שו"ת נשמת כל חי, ח"ב, חו"מ, סי' יז (מב ע"ג), כותב שהמוחזק יכול לומר קי"ל.
דרכי חושן (תשסח), על חו"מ סי' רע, ב, עמ' קיב, כותב שמה שפסק רמ"א שם שהבן זכה, זו רק הכרעה מספק, שאין להוציא מהבן אם הוא מוחזק, שהרי שו"ע או"ח, שסו, י, מביא מחלוקת בשאלה האם אב יכול לזַכות עירוב לאחר ע"י בנו הגדול הסמוך על שלחנו, והמחלוקת כאן תלויה במחלוקת שם, כאמור.
ר' אברהם הלוי, בשו"ת גינת ורדים חו"מ כלל ה סימן טו (ד"ה ומאי דמסיק), כותב שאם האב **גילה את דעתו** שהוא רוצה שיזכה בנו במתנה, זכה הבן גם לדעה זו, מפני שזכיית הבן היא מן התורה וזכיית האב היא מתקנת חכמים, ואם יש ספק, ספק תקנה אינה מפקיעה דין תורה.
ראה הערה 336, בשאלה אם בן **נשוי** זוכה במתנה לדעה זו גם אם הוא סמוך על שולחן אביו. שם מדובר במתנה שנתן האב עצמו, אבל נראה שהדין זהה גם באחר שנתן.
[327] סמ"ע, רע, ס"ק ח; ערוך השלחן, חו"מ, רע, ד.
כמו כן, שו"ת ירך אברהם, חו"מ, ח"ב, סי' עא (צב ע"ד), מנמק דעה זו, שאילו הנותן היה רוצה שהאב יזכה, היה נותן לאב (אבל נימוק זה קשה, שהרי ייתכן שנתן לבן כדי לשמחו, כפי שהסביר ערוך השלחן, הערה 303, לגבי קטן). זקן שמואל, חו"מ, סי' רע, מנמק, שאין חשש איבה, כי הבן הגדול זקוק לדבר זה ויכול לשומרו.
שו"ת הרמ"ץ, יו"ד, סי' פו, אות א, מסביר ע"פ מה שכתב ריצב"ש המובא בשיטה מקובצת, ב"מ יב ע"ב, שמציאת בנו הסמוך על שלחנו שייכת לאב מחשש איבה, משום שלא טרח במציאה - לפי זה מתנה שייכת לבן, משום שנחשב שטרח להשיג אותה, שהרי לולא עשה לנותן טובה לא היה נותן לו (מגילה כו ע"ב), ולכן אין חשש איבה. הוא יצטרך להסביר שבבן קטן, האב זוכה אף שאין חשש איבה, מאחד הטעמים האחרים (ליד ציוני הערות 302-305).
[328] עצי ארזים, לז, ס"ק ב; טיב קידושין (צינץ), לז, ס"ק א; ערוך השלחן, אהע"ז, לז, ה; קצות החושן, קעו, ס"ק ו, ואבני מילואים סי' לז, ס"ק א (הובא בשו"ת חדות יעקב (מיזלש), תנינא, סי' יט), בדעת שו"ת הרשב"א, ח"ג, סי' קמג, ובדעת מרדכי, קידושין, סי' תצג; ערך השלחן, חו"מ, קיא, ס"ק ז (כד ע"ג-ע"ד).
מלאכת שמואל, סי' יג, עמ' קלא, מביא ראיה מנדרים לח ע"א, שהמתנה אינה לאב - עי"ש לראייתו.
אילת אהבים, קונטרס אחרון, סי' קס, כותב שהיות שזכויות אב בבתו הנערה נלמדות בכתובות מו ע"ב בהיקש לאמה עבריה, הרי כמו שמתנה שמקבלת אמה עבריה היא שלה, כך מתנת נערה היא שלה, כי "אין היקש למחצה". הוא כותב שגם לפי תוס' כתובות מו ע"ב (ד"ה זכאי), שכתבו שמציאת נערה אינה לאביה מהתורה כי טרחה בה, גם במתנה של נערה אין האב זוכה כי נחשב קצת טרחה, בזה שעשתה קנין משיכה. אבל הוא מעלה אפשרות שאם זיכו לה ע"י אחר, שלא טרחה כלל, המתנה לאב. עוד הוא כותב שלתוס', מתנה שאין בה ביטול מלאכה, שהאב אינו מפסיד כלל, אין האב זוכה בה. אבל הוא מעלה ספק, האם האב זוכה מדרבנן במתנת בתו משום איבה כמו במציאה, שהרי מצד אחד בב"ק פז ע"ב נאמר שבדבר שבא מבחוץ ויש לבן צער, האב אינו מקפיד עליו - לפי זה מתנה **שאין** בה צער, תהיה לאב מחשש איבה; ומצד שני הסמ"ע (הערה 327) כתב שבמתנה לגדול, הבן זוכה כי הנותן מתכוון שתהיה לבן, הרי שאין חשש איבה.
ערך השלחן, חו"מ, קיא, ס"ק ז (כד ע"ג), כותב שלפי חידושי הריטב"א, קידושין ד ע"א, הכותב שאב זוכה בקידושי בתו הנערה כי בזה היא יוצאת מרשותו, ואינו זוכה במציאתה (מהתורה), כי טעם זה אינו קיים במציאה - לפי זה גם אינו זוכה במתנתה, כי גם בה טעם זה אינו קיים; וכן להסברו השני של הריטב"א, שמציאה שונה מקידושין כי אינה שכיחה, האב אינו זוכה במתנה כי גם היא אינה שכיחה. אבל הוא מעלה אפשרות (בדף כד ע"ד) שלפי ההסבר של חי' הרשב"א כתובות מז ע"א, שההבדל בין מציאה לקדושין הוא שאינה שבח גופה, ייתכן שהאב זוכה במתנה כי היא נחשבת שבח גופה, כי אילו לא עשתה הנאה לנותן לא היה נותן לה, כאמור במגילה כו ע"ב (סברה זו כותב גם אמרי בינה אהע"ז סי' י).
הוא כותב שלפי ההסבר של תוס' כתובות מו ע"ב (ד"ה זכאי) שמציאה שונה מקדושין כי הבת טרחה בה - לפי זה האב אינו זוכה במתנה (מהתורה) כי נחשבת שטרחה מהטעם האמור. הוא כותב שגם מדרבנן אינה לאב, שלא כמציאה, כמו שמציאת אשה לבעלה משום איבה, אבל מתנתה לעצמה והבעל רק אוכל פירות (כאמור ליד ציון הערה 253). הוא מסביר שאין חשש איבה במתנה, כי הנותן לא רצה לתת לאב, כמו שהסביר בית שמואל, פה, ס"ק יב, לגבי אשה. הוא כותב שרש"י (הערה 253) הסובר שבמתנה שניתנה לאשה, זוכה הבעל בגוף ובפירות, סובר שגם במתנה לבת זוכה אביה בגוף ובפירות, כי אין לה "יד" לזכות לעצמה; אבל היות שלרוב הפוסקים (כפי שצוינו בהערה 253) בעל זוכה רק בפירות מתנת אשתו, נמצא שאב אינו זוכה במתנת בתו כלל, ואין לומר שיזכה בפירות, כי זה שייך רק בבעל.
דעה חולקת: בית שמואל, לז, ס"ק א, קצות החושן, רע, ס"ק א, ישועות יעקב, אהע"ז, לז, פירוש הקצר, ס"ק א, ושו"ת תועפות ראם (טויבש), אהע"ז סי' מ (גם בשם הרב השואל), כותבים שהאב זוכה במתנה שניתנה לבתו הנערה (ולא דק ר' חיים יואל בלוך, שם, עמ' 179, שכתב שלדעת תועפות ראם, הבת זוכה; תועפות ראם כותב כך רק בתחילת דבריו, אבל מסקנתו הפוכה). תועפות ראם מנמק, משום איבה. חלקת מחוקק, לז, ס"ק א, והמקנה, קונטרס אחרון, לז, א, מסתפקים בשאלה זו. באר היטב אהע"ז, לז, ס"ק א, דוחה את ראיית בית שמואל שהאב זוכה - עי"ש לדחייתו. הגהות רעק"א, אהע"ז, לז, א, נשאר ב"צריך עיון" על ב"ש.

אם **האב עצמו** נתן מתנה לבנו הקטן, לפי דעה אחת לא זכה בה הבן[330], כי אין לו "יד" לזכות לעצמו[331]. אבל אחרים אומרים שאב שנתן מתנה לבנו הקטן, הבן זכה בה[332], כי ידו אינו כיד אביו ממש[333], וגם לא שייך כאן הטעם[334] שנאמר לענין מתנה שאדם זר נתן לקטן, שמניחים שהנותן התכוון לתת לאב[335].

תורת חיים וחסד ח"א עמ' תקכב, מעלה ספק, האם לדעה זו, האב זוכה בגלל "כל שבח נעורים לאביה", ואינו זוכה במתנה שקיבל בנו, או שזה חלק מתקנת חכמים שמציאתה לאביה, והוא זוכה גם גם במתנה שקיבל בנו, שגם בו נתקנה התקנה.

שו"ת פני דוד אהע"ז סי' יא, מדייק משו"ת מהרשד"ם, אהע"ז, סי' מא, שהמתנה לאב, ממה שכתב שאם מישהו נתן לה מתנה ע"מ שאין לאביה רשות בה, זכתה הבת, משמע שבלי תנאי זה, זכה האב. אבל אפשר לדחות, שמדובר שם בקטנה או שהיא סמוכה על שלחן אביה, ולכן האב זוכה.

נתיבות המשפט, רע, ס"ק ב, כותב שלשיטה (בהערה 326) שאב זוכה במתנה שקיבל בנו הגדול הסמוך על שלחנו מחשש איבה, האב זוכה גם במתנת בתו הנערה מחשש איבה; ולשיטה (שם) ששם אינו זוכה ולא חששו לאיבה, גם בנערה אין האב זוכה. דרכי חושן (תשסח), על חו"מ סי' רע, ב, עמ' קיב, לומד מדבריו שמהתורה האב אינו זוכה במתנה, ורק מדרבנן יש דעה שזכה מחשש איבה.

קצות החושן, שם, מביא ראיה משו"ע או"ח, שסו, י, האומר שאדם אינו יכול לזַכות לאחר ע"י בתו הנערה, משמע שהאב זוכה במתנתה. שו"ת תועפות ראם (טויבש), אהע"ז סי' מ, דוחה, שייתכן שהאב אינו זוכה במתנתה, אבל אינו יכול לזַכות לאחרים על ידה עד כדי שלא יוכל האב לחזור בו, כי בזה שייך איבה.

נזיר ה', אהע"ז סי' לז, כותב שכמו שכתובת נערה לאביה (כתובות מג ע"ב), ומן הסתם הטעם הוא משום איבה, לפי זה גם מתנתה לאביה מטעם זה; ואמנם פני יהושע כתובות מג ע"ב, נימק שלומדים כתובה מקנס אונס ומפתה שהוא לאב, ונימוק זה אינו קיים במתנה, אבל מי שסובר שכתובה דרבנן לא יוכל לפרש כך.

[329] ערוך השלחן, אהע"ז, לז, ה. צריך להוסיף שבנערה אין לומר שבאמת התכוון לתת לאב אלא שנתן לידה כדי לשמחה, כפי שהוא הסביר לגבי קטן (ליד ציון הערה 303), מפני שדוקא בקטן סביר להניח שלא התכוון לתת לקטן, כי אינו יכול לשמור את החפץ, אבל נערה יכולה לשמור את החפץ בעצמה.

הוא מסביר שדוקא עבד שקיבל מתנה, זוכה אדונו (ראה הערה 253), כי גלוי לכל שאין קניין לעבד בלא רבו, ומניחים שהנותן התכוון לתת לאדון, אבל בבת אין זה גלוי לכל.

אמרי בינה אהע"ז סי' י, מעלה אפשרות שספרי זוטא, במדבר ל, יז, שממעט מ"אלה החוקים" (במדבר שם) שאב אינו זוכה בירושה שבתו יורשת, לומד מזה גם שהאב אינו זוכה במתנה לנערה. אבל יש להעיר שעדיין צריך להסביר מדוע חכמים לא תיקנו שהאב יזכה במתנתה כמו שתיקנו במציאתה.

[330] חי' הר"ן, ב"מ יב ע"ב; נ"י ב"מ ו ע"א (בדפי הרי"ף) (הובא באהלי יהודה (הכהן), ע' זכיה לקטן, דף סד ע"ב); רע"ב מעשר שני פ"ד מ"ד; ערך לחם (בשו"ע מהד' פרידמן, וחסר במהד' קושטא תע"ח), חו"מ, רע, ב (בקטן הסמוך על שלחן אביו); מחנה אפרים, הלכות זכיה ומתנה, סי' ב (גם בדעת פסקי תוספות ערכין סי' ו); בן אברהם (אשטרושה), פ' קדושים (עא ע"ד), בדעת הרא"ש בשטמ"ק ב"ב קלז ע"ב; מערכות דברי אמת, ע' אב ובן, אות ח (עמ' ד), בדעת חידושי הריטב"א, ב"מ שם; שו"ת ישועת משה, ח"א, סי' פד, עמ' שנז, בדעת חידושי הרמב"ן, ב"מ יב ע"ב; שו"ת חדות יעקב (מיזלש), תנינא, סי' יט (ד"ה אמנם נלע"ד).

בן אברהם שם (עב ע"ד) כותב שאפשר לומר קי"ל כדעה זו. והוא לומד מזה שמצוות שבן עושה, כשהוא סמוך על שולחן אביו - נזקפות לזכות אביו (עיי"ש בביאוריו לפסוקים על פי זה).

עמק סוכות, סוכה מו ע"ב, מביא ראיה ממשנה מעשר שני, ד, ד, שכאן הבן לא זכה. אבל ראה הערה 332, הסברים לכך שבענין מעשר שני לא זכה הבן גם לדעה שבדרך כלל הבן זוכה.

מתנת שכיב מרע: נראה שאם אב נתן לבנו מתנת שכיב מרע, זכה הבן, כי מתנת שכיב מרע חלה לאחר מיתה (ב"ב קלז ע"א), ואז כבר אין לומר שהאב יזכה ממנו.

התחייבות: שו"ת דברי משה (מזרחי), חו"מ, סי' צה, כותב (גם ע"פ שו"ת נוכח השולחן חו"מ סי' יג), שאב שהתחייב לבנו בשטר, אין זה בגדר מתנה שהאב זוכה, אלא אם האב גומר בדעתו ומקנה, זכה הבן.

בפני ב"ד: שו"ת ויען אברהם (פאלאג'י) חו"מ סי' יב, פוסק ע"פ שו"ת מהרש"ך ח"ד סי' כה, שאם האב אמר בפני ב"ד "סכום מסוים שיש לי ביד פלוני הוא מתנה לבני", זכה הבן בגלל כח ב"ד. אבל שו"ת דברי משה (מזרחי), חו"מ, סי' צה, כותב שאין ראיה ממהרש"ך כי שם מדובר **שזיכה** האב לבנו ע"י ב"ד.

[331] חידושי הר"ן שם; נימוקי יוסף שם. מחנה אפרים שם נימק שבהקנאת מתנה צריך הוצאה מרשות לרשות, וכיון שידו כיד אביו, לא יצא הנכס מרשות האב.

שו"ת תועפות ראם (טויבש), אהע"ז סי' מ, מסביר שדעה זו סוברת שיש לקטן זכייה רק מדרבנן (כדעה ליד ציון הערה 161), ולכן אינו יכול לזכות מאביו. כמו כן, מערכות דברי אמת שם מנמק שקטן זוכה רק מדרבנן, וכאן עקרו חכמים את זכיית הקטן מחשש איבה.

חנוך לנער (בלויא), פרק מד, הערה ו, מנמק דעה זו, שהבן אינו זוכה, מחשש איבה. כמו כן, ראה הערה 341 והערה 981, שס' אמר יוסף אומר שהטעם הוא חשש איבה.

וראה הערה 339, שמנחת אברהם אומר שלפי מהרש"ך, הטעם הוא שאין לאב גמירת דעת להקנות לבנו, כי הבן אינו יכול לשמור על החפץ.

[332] מגיני שלמה כתובות מז ע"א; כנסת הגדולה, חו"מ, רע, הגה"ט אות ב, בשם ר"א גאליקו; דברי משפט, קכא, ס"ק א, בשם בנו ר' יצחק איצק (בעל דברי חיים) בדעת כסף משנה, הל' שלוחין פ"ב; דברי משפט שם בדעת רש"י סוכה מו ע"ב

יש חריגים אחדים, שבהם הבן זוכה במתנה שנותן לו אביו, גם לדעה הראשונה: (א) **גדול** הסמוך על שלחן אביו, שאביו נתן לו מתנה, הבן זכה, כמו בעל שנתן לאשתו מתנה[336]. (ב) אב **שזיכה** מתנה לבנו הקטן ע"י אחר,

---

ובדעת סמ"ע, רע, ס"ק ח; סדר משנה (בוסקוביץ), הלכות מגילה וחנוכה, ג, ד, עמ' קפד (נדפס גם בבית אהרן וישראל גל' יט עמ' טז) (על אב שמקנה לבנו שמן לנר חנוכה); מחנה אפרים, הלכות זכיה ומתנה, סי' ב, בדעת ר' שמשון (גם אם הוא סמוך על שלחן אביו), ובדעת רש"י סוכה מו ע"ב (שקנה מדרבנן); משנה ראשונה, מעשר שני, ד, ד (אפילו סמוך על שלחן אביו); שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סי' ריא, בדעת מגיד משנה, הלכות מכירה, כט, יא; שו"ת תועפות ראם (טויבש), אהע"ז סי' מ, בדעת רש"י סוכה מו ע"ב; מצא חן (סלוצקין), סוכה מו ע"ב; ר' אברהם הלוי, בשו"ת גינת ורדים חו"מ כלל ה סימן טו (ד"ה ואפילו הסוברין); ר' חיים יואל בלוך, שם, עמ' 159, בדעת פסקי תוספות, ערכין, סי' ו.

שו"ת משפטים ישרים (בירדוגו), חלק א סימן רצו, עוסק במי שנתן מתנה לבנו הקטן, ופשוט לו שהבן זכה, והוא דן רק בזכותו של נושהו של האב לגבות מהבן.

אמירה נעימה (הלוי) קמא, מאמר מא, ענף ב, פרח ד, כותב שחכמים תיקנו שאם אב נתן לבנו מתנה, זכה הבן, ולר' יוחנן (ב"מ יב ע"ב) שהאב זוכה במציאת בנו אם הוא סמוך על שלחן אביו, מחשש איבה, הרי אם האב נותן לבנו לא שייכת איבה, לכן הבן זוכה בה זכייה גמורה.

שו"ת ישועת משה, ח"א, סי' פד, עמ' שנז, כותב שחידושי הריטב"א הישנים, ב"מ יב ע"ב, סובר שאם האב נותן לבן זה נחשב צורך האב, כי הוא נותן מפני שהבן עשה לו נחת רוח או לסיבה אחרת לשם חינוכו, ולכן זוכה הקטן מדרבנן, גם אם הוא סמוך על שלחנו.

תועפות ראם שם מביא ראיה מגיטין מ ע"א, שם נאמר "אקנייה לבנו קטן" (הביטוי מופיע גם בב"מ עב ע"א, ב"ב קלז ע"ב) ; וכותב שהדעת החולקת תצטרך לומר ששם מדובר בקטן שאינו סמוך על שולחן אביו.

חי' הרשב"א, ב"ב נא ע"ב (הובא במגיד משנה הלכות אישות כב, כז), כותב שאב שנתן לבנו מתנה, אין אב אוכל פירות מהנכס ; אבל לא כתב במפורש שמדובר גם בבן קטן.

אהלי יהודה (הכהן), ע' זכיה לקטן (סה ע"א), מביא ראיות שהבן הקטן זוכה במה שהאב נותן לו ; אבל מהדין שאב אינו יכול לזַכות עירוב לאחרים ע"י בנו הקטן (ראה סעיף 6), הוא מוכיח שאין לבן זכות במה שנותן לו אביו.

חקרי לב חו"מ, ח"ב סי' מז, ושו"ת פני יצחק (אבולעפיא), ח"ה, אהע"ז, סי' יד (צב ע"ד), כותבים שבגלל המחלוקת, אפשר לומר קי"ל ככל צד.

פירות המתנה: מחנה אפרים, הלכות זכיה ומתנה, סי' ב, מדייק מרשב"ם, ב"ב קלז ע"ב (ד"ה אקנייה), ומהשגות הראב"ד הלכות חובל, ד, יט, שאב שנותן מתנה לבנו הקטן הסמוך על שלחנו, **הפירות** של אביו. וכך מדייק שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סי' ריא, מהרשב"ם שם. שו"ת נשמת כל חי, ח"ב, חו"מ, סי' יז (מב ע"א), מסביר שפירות אלו הם במקום מזונות, שאם האב לא היה זן אותו, היה הבן צריך לאכול משלו, ולכן הפירות לאב, משום איבה. זקן שמואל, חו"מ, סי' רע, כותב שהר"ן סובר כרשב"ם שהפירות לאב.

לשם פדיון מעשר שני: אהלי יהודה (הכהן), ע' זכיה לקטן (סד ע"ד), כותב שאם האב נתן לבן פירות מעשר שני כדי שיפדה אותם בלי תוספת חומש, לא זכה הבן, כפי שמוכח ממשנה מעשר שני, ד, ד, כי האב מתכוון לזכות בהם חזרה אח"כ. מצא חן (סלוצקין), סוכה מו ע"ב, מסביר ששם לא זכה הבן, כי החומש שמרוויח הקטן הוא כמו מציאה, ששייכת לאביו. אבל הוא לא הסביר איך זוכה הבן בפירות עצמם, שעי"ז הוא יכול לפדותם בלי חומש.

מתנה באומדנא: ראה חיים ח"ב פ' בהעלותך (מח ע"ג), כותב בשם שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' שצו, ושו"ת ר"ב אשכנזי סי' לה, שאם האב לא נתן את המתנה בפירוש אלא באומדנא וכדומה, לכל הדעות לא קנה הבן. אבל אין זה מפורש בדבריהם, אלא רמוז בסוף תשובת מהרשד"ם שם.

[333] דברי משפט, קכא, ס"ק א.

[334] ליד ציון הערה 302.

[335] משנה ראשונה, מעשר שני, ד, ד.

[336] חי' הר"ן, ב"מ יב ע"ב (הובא בנ"י ב"מ ו ע"א, בדפי הרי"ף) ; שו"ת הרשב"א ח"ב סי' ו, וסי' שצז, ושו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סימן מב (=תשובה כ"י, המובאת בשו"ת ר' בצלאל אשכנזי, סי' לה, בסופו) ; רמ"א, חו"מ, רע, ב ; ערך לחם, חו"מ, רע, ב ; מחנה אפרים, הלכות זכיה ומתנה, סי' ב (גם בדעת הרמב"ם) ; שו"ת ר' יחיאל באסן סי' עג (מד ע"ב), בדעת הרי"ף והרמב"ם ; שו"ת בני אהרן, סי' נד (סג ע"ג), בדעת העיטור, שיתוף, דף מה ע"ב במהד' רמ"י (ליד אות מג) ; שו"ת פני יצחק (אבולעפיא), ח"ה, אהע"ז, סי' יד (צג ע"ד), בדעת ב"י או"ח שסו, ושם (צה ע"ד), בדעת שו"ת המבי"ט, ח"א, סי' סט.

שו"ת נשמת כל חי, ח"ב, חו"מ, סי' יז (מ ע"א), כותב שלפי הנימוק של ר' שמשון, במרדכי, ב"מ, סי' רמא, שאפשר לזַכות עירוב לבני החצר ע"י בנו הגדול הסמוך על שולחנו (לדעה אחת - ראה סעיף 6), כי דעת אחרת מקנה, לפי זה בן גדול הסמוך על שולחנו זוכה במתנה שקיבל מאביו, כי דא"מ ; וכן לפי הנימוק של הרשב"א והר"ן, שאפשר לזכות עירוב ע"י בנו גדול הסמוך על שולחנו כי אין חשש איבה, יוצא שאם האב נתן לבנו, זכה הבן.

אהלי יהודה (הכהן), ע' זכיה לקטן, דף סד ע"ב, מביא את דברי הר"ן, אבל בדף סד ע"ד כתב, שגם בדבר שאין האב יכול לזכות לעצמו, והבן הגדול הסמוך על שלחנו יכול לזכות, זוכה הבן לעצמו כי יש לו זכייה מהתורה, ואח"כ זוכה אביו מהבן ; ולכן אב יכול לתת לבנו הגדול פירות מעשר שני שיפדה בלי תוספת חומש, ואח"כ יזכה האב מהבן.

מזל שעה, הלכות שגגות י, ו, מביא ראיה שהבן קנה - עיי"ש.

ערך לחם שם כותב שאם גילה האב את דעתו שהוא רוצה שיהיה שלו (של האב), מדברי נ"י נראה שגם אז הבן זוכה, שהרי הביא ראיה מבעל הנותן לאשתו, שהיא זוכה בכל מצב ; ואילו העיטור, שם, סובר שאז האב זוכה. כנראה, הוכחתו

היא ממה שהעיטור אומר שמעשה ידי הבן שייכים לאב אם הקפיד עליו האב. אבל ר׳ אברהם הלוי, בשו״ת גינת ורדים, חו״מ, כלל ה, סי׳ יב (ד״ה והשתא דאתינא וד״ה נמצינו למדין) מבין שערך לחם מדבר על מצב שגילה האב את דעתו שהוא רוצה שיהיה **של הבן**, וכתב שמדברי נ״י ומשו״ת מהרשד״ם ח״מ סי׳ שצו משמע שגם אז קנה **האב**, ואילו שו״ת ר׳ בצלאל אשכנזי, סי׳ לה, כתב שאז קנה הבן; וכן בסי׳ טו שם, בסופו, מפרש כך את דברי ערך לחם. וכבר העיר מהר״ם ן׳ חביב, בתשובתו שם סי׳ יג (ד״ה עוד כתב הרב הפוסק), שר׳ אברהם הלוי לא הבין נכון את ערך לחם.

דעה חולקת: שו״ת מהרשד״ם, חו״מ, סי׳ שצו, מחנה אפרים, הלכות זכיה ומתנה, סי׳ ב, מגיני שלמה, כתובות מז ע״א (עמ׳ שלב), שו״ת משפט צדק ח״א סי׳ נד (קעו ע״א), ובן אברהם (אשטרושה), פ׳ קדושים (עא ע״ג), כותבים שלדעת ר״ת, בתוס׳ ב״מ יב ע״ב (ד״ה קיבל), אם נתן לו אביו מתנה לא זכה בה הבן, כי ידו כיד אביו, ונמצא שעדיין לא יצאה מיד אביו. כמו כן, בית אהרן, ב״מ יב ע״ב, כותב בדעת ר״ת שם, ובדעת טור, או״ח, סי׳ שסו, שאם אב נתן מתנה לבנו הגדול הסמוך על שלחנו, לא זכה הבן, כי אין לו ״יד״ לזכות (ראה בשמו בהערה 326). שו״ת ר׳ יחיאל באסן סי׳ עג (מד ע״א-ע״ב), ושו״ת נשמת כל חי, ח״ב, חו״מ, סי׳ יז (מ ע״א, מא ע״א), כותבים שלר״ת, ר״י, והרא״ש (הסוברים כר״ת בעניין זיכוי ע״י הבן), לא זכה הבן. נשמת כל חי (מא ע״ב) מדייק מתשובות מיימוניות נזיקין סי׳ ה, שר״ת סובר שהאב זוכה. מנחת אברהם (שפירא) ח״ב סי׳ לג (עמ׳ שלה), כותב שחידושי הרמב״ן, ב״מ יב ע״ב, הבין שלר״ת אב שנתן מתנה לבנו, הבן אינו זוכה. ראה חיים ח״ב פ׳ בהעלותך (מח ע״ג), כותב שמהר״ם במרדכי ב״מ סי׳ רמא ובתשובות מיימוניות, נזיקין סי׳ ה, סובר שאב שנותן מתנה לבנו הגדול הסמוך על שולחנו, לא זכה הבן. כך כתב גם שבט בנימין סי׳ שב (קמב ע״ג), בדעת ר״ת, רא״ש, מהר״ם ומרדכי, כי ידו כיד אביו. והוא מעלה אפשרות (בדף קמב ע״ד) שגם רשב״א ור׳ שמשון, שאומרים (בהערה 326) שאם אחר נתן לו מתנה, זכה הבן, יסכימו שאם **האב** נתן לו מתנה, לא זכה הבן, כי הנכס לא יצא מרשות האב. והוא כותב שבגלל המחלוקת, המוחזק זוכה. אבל אח״כ (בדף קמג ע״ד) כתב שלפי רוב גדולי הוראה, הבן **אינו** זוכה, ושכן ראוי להורות. בשאלה מה דעת מהר״ם בשאלה זו, עי׳ שו״ת נשמת כל חי, ח״ב, חו״מ, סי׳ יז (מא ע״ב-ע״ד).

שו״ת בית שלמה (חסון), חו״מ, סי׳ לה, כותב שטעם ר״ת הוא שמשום איבה תיקנו חכמים שיד הבן נחשבת כיד האב לגמרי, גם במתנה שהוא נותן לו, כדי שלא יימנע מלזון אותו; ולכן דינו שונה מדין הנותן לאשתו מתנה, שקנתה (כאמור ליד ציון הערה 256), משום שהוא חייב לזון אותה ואין חשש שיימנע מכך. הוא מסביר בדרך נוספת את ההבדל בין בן לאשה: כשהבן היה קטן, מתנתו היתה של האב, ואם נאמר שכשיגדל תהיה מתנתו לעצמו, תהיה איבה, ולכן השאירו אותו חז״ל בדינו הקודם; אבל אשה, לפני הנישואין היה לה ״יד״ לעצמה, ולכן היא זוכָה במתנה גם אחרי שנישאה. שו״ת ר׳ בצלאל אשכנזי, סי׳ לה, בתחילתו (הובא בשו״ת נשמת כל חי, ח״א, או״ח, סי׳ טו, דף כ ע״א), מסביר את ההבדל, שמזונות אשתו הם חוב על הבעל והיא כאילו אוכלת משל עצמה, ולכן אין חשש שבגלל איבה ימנע הבעל מזונות מהאשה (שו״ת נשמת כל חי, ח״ב, חו״מ, סי׳ יז (מא ע״ב) מציין שגם הריטב״א והמאירי הסבירו כך את ההבדל). שו״ת בני אהרן, סי׳ נד (סג ע״ד), מנמק דעה זו, שיש חשש איבה, שגם אם האב נותן לו מתנה עכשו, מסיבה כלשהי, אולי אח״כ יתחרט ותהיה לו איבה; ובאשה מדובר שאינה אוכלת משלו ולכן אין חשש איבה; אבל הוא כותב שזה הסבר דחוק.

ר״י באסן שם כותב שמספק אין מוציאים מהאב אם הוא מוחזק (כגון במתנת קרקע), כמו שכתב שו״ת הרשב״א המיוחסות לרמב״ן סי׳ ריג, שלענין זיכוי עירוב יש להחמיר כדעת ר״ת, מספק. שו״ת משפט צדק ח״א סי׳ נד (קעו ע״ב), שו״ת פני יצחק (אבולעפיא), ח״ה, אהע״ז, סי׳ יד (דף צב ע״ד, ודף צז ע״ג), ר׳ אברהם ברוך מני, בשו״ת ברוך מבנים (סו״ס זכרונות אליהו יו״ד במהד׳ תרצ״ו), סי׳ ג, עמ׳ פא, ושו״ת נשמת כל חי, ח״ב, חו״מ, סי׳ יז (מב ע״ג), כותבים שהמוחזק יכול לומר קי״ל.

חקרי לב, חו״מ, ח״א, סי׳ לה, מביא את המחלוקת.

תורת חיים וחסד ח״ב עמ׳ תט, מביא שרי״ש אלישיב אמר שגם לדעה זו, הנותן לולב לבנו הגדול הסמוך על שלחנו במעמ״ל, הבן זכה, מפני שהאב נחשב כאומר אאב״ח, שאינו רוצה את התקנה שתיקנו לטובתו, שאב זוכה במתנה, שהרי הוא רוצה שהבן יזכה בלולב. כך הוא כותב (בעמ׳ י) גם לענין אב הנותן לבנו הסמוך על שלחנו טבעת לקדש בה.

אבל שו״ת ר׳ בצלאל אשכנזי, סי׳ לה, בסופו, שו״ת בני אהרן, סי׳ נד (סג ע״ד), וראה חיים ח״א פ׳ ויצא דף מ ע״ב, מעלים אפשרות שגם לר״ת, בן גדול הסמוך על שלחנו זוכה במתנה, ודוקא לזכות לאחרים אין לו ״יד״, אבל לזכות לעצמו יש לו יד. כך כתב גם קרבן נתנאל עירובין פ״ז סי׳ ח אות ב (הובא בשו״ת מהרש״ם ח״ג סי׳ רצא), בדעת הרא״ש. שו״ת נשמת כל חי, ח״ב, חו״מ, סי׳ יז (מא ע״ב) כותב שיש מקום לפרש את ר״ת ואת הרא״ש כמו קרבן נתנאל, כדי למעט במחלוקת בין ר״ת לשאר הראשונים. ובספרו ראה חיים ח״ב פ׳ בהעלותך (מח ע״ג), ובהספדו שנדפס בהר המר דרוש ז (לו ע״א), כותב שחידושי הרמב״ן, ב״מ יב ע״ב, סובר שגם לר״ת קנה הבן במתנה שנתן האב, שלא כבמתנה שנתן אחר.

בבן נשוי: שו״ת מהר״י הלוי (ר׳ יעקב לבית הלוי) (שצ״ד) סי׳ קכד (קפה ע״ד) (הובא בס׳ ראה חיים ח״ב פ׳ בהעלותך, דף מח ע״ג, בהר המר דרוש ז דף לו ע״ד, ודף לח ע״ג, ובס׳ אמר יוסף, הלי׳ גניבה ו, ג, דף לג ע״ד, והלי׳ שכירות, יב, יד, דף מט ע״ד), שו״ת ר׳ יחיאל באסן סי׳ עג (מד ע״א-ע״ב), ומהרי״ט אלגזי, בשו״ת ברך משה (גלנטי), סי׳ כח (קט ע״א), כותבים שגם לדעת ר״ת, הרי אם הבן נשוי, גם אם הוא סמוך על שולחן אביו, הוא זוכה במתנה. הם מסתמכים על הגהת סמ״ק, מצוה רפב (עמ׳ שז) (הובא בב״י או״ח סי׳ שסו), הג״א עירובין פ״ז סי׳ ח (הובא ברמ״א או״ח, שסו, י, ובס׳ ראה חיים ח״א פ׳ ויצא דף מא ע״ג), וכל בו, סי׳ לג, הכותבים שאב יכול לזַכות לאחר על ידי בנו הנשוי גם אם הוא סמוך על שלחן אביו. נראה שזו גם כוונת כנה״ג חו״מ, רע, הגה״ט, אות ד, בשם ר״א גאליקו בתשובה כ״י, שהזכיר את הג״א בעניין זה. משנת ר׳ אליעזר (טולידו) ח״ב מע׳ מ אות פט, מביא ששו״ת ר׳ בצלאל אשכנזי סי׳ לה, עסק בבן נשוי ומ״מ כתב שיש מחלוקת מי זוכה במתנה, ומסביר שהטעם הוא מפני שהשאלה בנידונו היתה על מה שהבן הרוויח בעודו רווק. איש אמונים (אלישר), דרוש ג לשבת כלה (כה ע״ד), מוכיח שגם שו״ת הרשב״א ח״א סי׳ תתקצו (הובא בב״י אהע״ז סי׳ צו) סובר שבן נשוי הסמוך על שלחן אביו זוכה במתנה שניתנת לו (עי״ש להוכחתו).

שו"ת ברך משה (גלנטי), סי' כז (קז ע"א), מנמק את דברי הג"א, שכיון ש"ריחיים בצווארו", לא תיקנו חכמים שום זכות לאביו, וגם האב מעונין שהבן יקבל את המתנה כדי ש"תרום קרנו". לבוש, או"ח, שסו, י, נימק (לענין זיכוי), שאדם נשוי עושה הכל על דעת עצמו ולא על דעת אביו. שו"ת בני אהרן, סי' נד (סג ע"ד), מנמק דעה זו, שנוח לאב שתהיה לבן יד לזכות, כדי שתהנה אשתו, ובזה לא תהיה לאב איבה כלפי בנו. שו"ת נשמת כל חי, ח"ב, חו"מ, סי' יז (מז ע"א) מנמק, שכיון ש"ריחיים בצוארו", הוא משתדל להרוויח ולזכות עבור עצמו כדי שתהנה אשתו, כי יש לה צרכים שאביו אינו נותן לו, והאב יודע שהבן מתכוון לזכות לעצמו, ומסכים ואין לו איבה כי הוא מרחם על בנו.

שו"ת נשמת כל חי, ח"ב, חו"מ, סי' יז (מז ע"ג), מסביר על פי דעה זו את שו"ת לחם רב סי' קסא, העוסק במי שנתן מתנה לבנו הסמוך על שולחנו ופוסק שהבן זכה - כיון שמדובר שנשא אשה, יצא מכלל סמוך על שולחנו. והוא מדייק משו"ת הרשב"א המיוחסות סי' מב, שגם הוא סובר שבן נשוי אינו נחשב סמוך על שלחנו (עיי"ש להוכחתו). וראה בשמו בסעיף 6, בענין זיכוי לאחר ע"י בן כזה.

שו"ת באר עשק סי' מד, עוסק באב שנתן מתנה לבנו הגדול הנשוי הסמוך על שולחנו, ופסק שלא זכה הבן. נשמת כל חי שם (מח ע"ד) מסביר שמדובר שהאב התחייב **לפני** הנישואין לתת את המתנה.

שו"ת פני יצחק (אבולעפיא), ח"ה, אהע"ז, סי' יד (צג ע"ב), כותב שגם לדעה זו, אם נתן לפני האירוסין והנישואין, הבן אינו זוכה.

איש אמונים (אלישר), דרוש ג לשבת כלה (כו ע"א), מסביר ע"פ דין זה איך יש תוקף למתנה שנתן ה' את א"י לעם ישראל, אף שאנו בניו הסמוכים על שלחנו - כי אנחנו נשואים לתורה, כדרשת חז"ל (ברכות נז ע"א) "מורשה - מאורסה". וכך הסביר בס' אמר יוסף הל' גניבה ו, ג (לד ע"ב) איך זכינו במתנת התורה; והסביר שלעומתנו, אף שה' נתן את א"י לגוים, הוא יכול ליטלה מהם (רש"י בראשית א, א), כי הם סמוכים על שולחנו, ואינם נשואים, ולכן לא זכו במתנה. והוסיף (בדף לד ע"ג) להסביר בזה מדוע בבראשית כה, ה, כתוב שאברהם נתן "את כל אשר לו ליצחק", אף שכבר נתן לו שטר מתנה על כל אשר לו (רש"י בראשית כד, י) - כי יצחק היה סמוך על שולחנו ולכן לא זכה במתנה הראשונה, ולכן אברהם נתן לו אחרי שנשא אשה, שכבר לא היה נחשב סמוך על שולחנו.

לעומת זאת, לב מבין הל' גזילה יז, יג, מדייק מהרמב"ם, בפירושו למשנה, ב"מ, א, ה, שהוא סובר שהעובדה שהוא נשוי אינו מוציא אותו מגדר סמוך על שולחנו, וכתב שאפשר לומר קי"ל כמותו, כי הפוסקים שסתמו סוברים כרמב"ם. אבל פאת ים (מיו), ליקוטים, אות מ (צז ע"ד), דוחה את דיוקו מהרמב"ם (עיי"ש). נשמת כל חי שם (מט ע"א-ע"ד) כותב שאין לדייק משתיקת שאר הראשונים, שהם חולקים על הג"א, ודוחה (בדף נ ע"א-ע"ב) את ראיות לב מבין, והוא דן (בדף נ ע"ג-ע"ד, נא ע"א-ע"ג) האם אפשר לומר קי"ל כלב מבין, ובמסקנתו (נא ע"ד, נב ע"א) כתב שגם אם האב מוחזק, מוציאים מידו ואינו יכול לטעון קי"ל כדעת לב מבין. הוא מוסר (בדף נט ע"ב) שאחרי שטען את טענותיו כלפי בעל לב מבין, הלה אמר לו שאינו אומר בוודאות שהרמב"ם חולק על הג"א.

שבט בנימין סי' שב (קמג ע"ד), כותב שהג"א דיבר רק לענין זיכוי עירוב לבני החצר ע"י בנו, שבה האב אינו מקפיד, כי האב מעונין שבנו יקנה בעד האחרים, אבל במתנה, חכמים מעריכים שהאב מקפיד על בנו אם יקח את המתנה לעצמו כי הוא מפרנס אותו, ולכן עשו חכמים יד הבן כיד האב, ולכן האב זוכה במתנתו, וטעם זה שייך גם בנשוי, ובמיוחד לפי מה שהסביר ר"ב אשכנזי שאף שבמתנה לא שייכת איבה, לא פלוג רבנן, ואמרו שאין לו יד (והוא חוזר על כך בדף קמה ע"א). הוא מביא (בדף קמד ע"א) ראיה ממה שהג"א לא אמר את דינו לגבי מציאה, ומביא ראיות נוספות (עיי"ש), ומוסיף לנמק שבנשוי, יש לאב יותר איבה, שהרי הוא צריך לזון גם את האשה (כלתו), ותהיה לאב איבה אם יזכה הבן לעצמו. הוא דוחה את הנימוק של ברך משה שהאב רוצה שהבן יזכה במתנה כיון ש"ריחיים בצוארו", שהרי אין ריחיים בצוארו כיון שאביו מפרנס אותו.

גם מלך שלם, שו"ת, סי' ל (מו ע"ד) (הובא בשו"ת שער אשר ח"א סי' לב (צז ע"א), ובשו"ת פני יצחק (אבולעפיא), ח"ה, אהע"ז, סי' יד, דף צג ע"א), כותב שדברי הג"א נאמרו רק לגבי זיכוי עירוב, ואין הדין כך במתנה. אבל שו"ת נשמת כל חי, ח"ב, חו"מ, סי' יז (מז ע"ד), דוחה, שאין סיבה להבדיל בין מתנה לעירוב, ודוחה את ראיותיו (עיי"ש). והוא כותב (בדף מח ע"ב) שא"א לומר קי"ל כמלך שלם.

שו"ת פני יצחק (אבולעפיא), ח"ה, אהע"ז, סי' יד (צג ע"ג), כותב שהב"י סובר שהג"א דיבר רק בעירוב, שהרי הביא את הג"א באו"ח ולא בחו"מ סי' רע.

חקרי לב, חו"מ, ח"ב, סי' מז, כותב שמאחר שפוסקים אחרים לא כתבו כהג"א, אפשר לומר קי"ל נגד הג"א; ואף שב"י ורמ"א הביאו אותו, ייתכן שסברו שדיבר רק על זיכוי עירוב שהוא דרבנן. הוא מדייק מפירוש המשנה לרמב"ם ב"מ פ"א, משו"ת משפטי שמואל סי' כא, ומשו"ת באר עשק סי' מד, שהם חולקים על הג"א. בנו בהגהה שם כותב שגם משו"ת ר"ב אשכנזי סי' לה ומשו"ת הרשב"א המיוחסות סי' מב, משמע שלא כהג"א, אבל משו"ת הרשב"א המיוחסות סי' יד-טו, משמע כהג"א.

ר' אברהם ברוך מני, בשו"ת ברוך מבנים (סו"ס זכרונות אליהו יו"ד במהד' תרצ"ו), סי' ג, עמ' פא, מביא את המחלוקת האם אפשר לומר קי"ל נגד הג"א.

שאלה אחרת היא באב שנתן תכשיטים לבנו לשמחת הנישואין - האם מניחים שהוא מתכוון לתת אותם במתנה, או שמא הוא מתכוון רק להשאלה; ושאלה זו קיימת גם בבן שאינו סמוך על שולחנו, ונעסוק בה בסעיף 2.

אם מחה האב רק אחרי שיצא הבן מרשותו: ר' בצלאל אשכנזי שם (הובא בשו"ת בני אהרן, סי' נד (סג ע"ד), בשו"ת נשמת כל חי, ח"ב, חו"מ, סי' יז (נב ע"ב), ובפאת ים (מיו), ליקוטים, אות מ, דף צז ע"א) כותב, שאפילו לדעה שהנותן מתנה לבנו הסמוך על שולחנו, לא זכה הבן מחשש איבה, האב יכול להוציא מידו רק אם חזר בו בעודו סמוך על שולחנו, אבל אם לא מחה בעודו סמוך על שולחנו, אינו יכול למחות לאחר שיצא מאצלו, כי הוא כנותן לבנו מתנה ונמשכה מתנתו עד שיצא מאצלו, שבוודאי קנה. שו"ת דברי משה (מזרחי), חו"מ, סי' קכד, לומד מכך שאם מת האב, יורשיו אינם יכולים לתבוע מהבן את המתנה. ראה חיים שם (מא ע"ג) מסביר בזה מדוע יעקב יצא לחרן אחרי קבלת הברכות - יעקב חשש

זכה הבן[337]. (ג) אב שנתן מתנה לבנו הקטן **שאינו סמוך** על שלחנו, קנה הבן[338]. (ד) אם יש הוכחה מהנסיבות

שיצחק יתבע ממנו להחזיר את הברכות כיון שלא זכה בהן כי היה סמוך על שולחנו (וזו הסיבה שיצחק לא רצה לתת את הברכות ליעקב, אלא רצה לתת את הברכות לעשו כי לא היה סמוך על שלחנו והיה קונה את הברכות), לכן יצא לחרן, ששם כבר לא יהיה סמוך על שולחנו, ואז כבר לא יוכל יצחק לחזור בו. אבל ר"י באסן שם (מד ע"ב) כותב שהבחנה זו אינה נראית. שבט בנימין סי' שב (קמג ע"ג) מדייק מעיטור, שיתוף (על רווחים שהרוויח הבן), ומסמ"ע, רע, ס"ק ה (על מציאה), שמועילה מחאת האב גם אחרי שנפרדו, ומנמק, שחכמים תיקנו שהאב יזכה משום איבה, ולכן לא קנה הבן כלל, ולא משנה שבינתיים נפרדו. ר' אברהם ברוך מני, בשו"ת ברוך מבנים (סו"ס זכרונות אליהו יו"ד במהד' תרצ"ו), סי' ג, עמ' פב, מדייק משו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' שצו, שגם כאן לא זכה הבן, וכותב שבגלל המחלוקת אין להוציא מהמוחזק.

אם האב גילה את דעתו שהוא רוצה שהבן יזכה: ר' משה ן' חביב, בשו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל ה, סי' יג (ד"ה ותו דאף לדעת), כותב שגם לדעה שהאב זכה, הרי אם יש גילוי דעת שהאב רוצה שהבן יזכה, זכה הבן, כפי שעולה מס' העיטור, שיתוף, משו"ת מהרש"ך ח"ב סי' ריא, משו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' שמב, ומשו"ת ר' בצלאל אשכנזי שם. הוא כותב כך על נידונו (כפי שהסביר אותו מנחת אברהם (שפירא) ח"ב סי' לג עמ' שלו), שאדם ציווה לנאמנים לתת כסף לנכדיו, ובנו כתב לנאמנים אישור שקיבל את הכסף בשביל בניו; ופסק שזה נחשב גילוי דעת שהאב רוצה שבניו יקבלו את המתנה.

אבל שו"ת נשמת כל חי, ח"ב, חו"מ, סי' יז (מב ע"ב), כותב שאפילו מחל האב בפירוש על זכותו במתנה, לא קנה הבן, כיון שבא לבן מכוח מתנת האב; ונראה שכוונתו היא שגם המחילה היא בעצם מתנה (על סברה זו ראה בהערה 316). הוא דוחה (בדף מד ע"ב-ע"ג) את ראיות ר' משה ן' חביב שמועיל גילוי דעת (עי"ש לדחיות). משכנות יעקב (בן נאים) פ' תולדות (דף כט ע"א) כותב שיעקב ביקש מיצחק שיתן לו כסף ע"מ שאין לו רשות בו, כדי שיוכל לעשות לו סעודת הבראה (שאינה יכולה להיות מממונו של האבל) באבלו על אברהם. והרי יעקב היה אז בן 15, ומשמע שאילו נתן לו בלי תנאי זה, היה שייך ליצחק, וזה כדעת ר"ת, ובכל זאת אם אמר האב בפירוש שהוא נותן ע"מ שאין לו רשות בו, זכה הבן.

ר' אברהם הלוי, בשו"ת גנת ורדים חו"מ כלל ה סי' טו, בסופו, כותב שגילוי דעת לא מועיל, אבל אם עשה האב **מעשה** גדול שמראה על רצונו בקיום המתנה, הבן קנה. שו"ת נשמת כל חי, ח"ב, חו"מ, סי' יז (מד ע"ד), כותב שאם האב מודה שבנו אינו נחשב סמוך על שולחנו אלא הוא כשותף עמו, ומה שהוא מפרנס אותו, הוא תמורת טרחתו בעסקים שלו - זה מועיל בתור מעשה גדול. שו"ת ויען אברהם (פלאג'י), חו"מ, סי' יב, כותב שאם האב נתן כסף לשמעון, ואמר לעדים שהם בשביל בנו, ואמר לסופר לכתוב את סכום הכסף בשטר שותפות על שם בנו ועל שם שמעון, ובכך עשה את בנו שותף עם שמעון - זה נחשב מעשה גדול, והבן זכה.

ראה גם הערה 316, בענין אב שמחל על זכותו במתנה שקיבל הבן מאדם אחר.

[337] שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סי' קסב וסי' ריא, וח"ד סי' כה (הובא בשו"ת ר' יחיאל באסן סי' עג, דף מד ע"ב, בשו"ת נשמת כל חי, ח"ב, חו"מ, סי' יז (מב ע"א וע"ג), ובס' ראה חיים ח"א פ' ויצא דף מ ע"ד, ודף מב ע"א); כנה"ג, חו"מ, רמג, הגה"ט, אות כז; מחנה אפרים, הלכות זכיה ומתנה, סי' ב (אפילו הוא קטן הסמוך על שלחנו); ערך השלחן, חו"מ, קיא, ס"ק ז (כז ע"א), בדעת שו"ת מהר"ם אלשיך סי' נח; ערך השלחן, חו"מ, רמג, ס"ק ו; שו"ת לחם רב סי' ריז; אהלי יהודה (הכהן), ע' זכיה לקטן (סד ע"ד) (גם בהקנאה בקנין סודר); שו"ת דברי משה (מזרחי), חו"מ, סי' צה, וסי' קכד; שו"ת ויען אברהם (פלאג'י), חו"מ, סי' יב; שו"ת משפט צדק ח"א סי' נד (קעו ע"ב); שו"ת פני יצחק (אבולעפיא), ח"ה, אהע"ז, סי' יד (דף צב ע"ג ודף צט ע"ג); שו"ת ברכת יוסף, אהע"ז, סי' לד; תורת חיים וחסד ח"ב עמ' תי.

חלק מהפוסקים הללו עסקו במתנה לבן גדול הסמוך על שולחנו, לומר שבזיכוי ע"י אחר, הבן קנה גם לפי הדעה (בהערה 336) שבסתם מתנה, זכה האב; ואפשר ללמוד מדבריהם גם לבן קטן.

כמו כן, שו"ת תועפות ראם (טויבש), אהע"ז סי' מ, כותב שאם האב נתן לאֵם מתנה בשביל הבת, זכתה הבת, כי אין חסרון של "יד", כי האם זוכה מהתורה, וגם אין בעיה של איבה באב הנותן לבנו.

אמר יוסף הלי' גניבה ו, ג (לד ע"ב), מסביר על פי זה איך ישראל זכו במתנת התורה אף שאנו סמוכים על שולחנו של ה' - כי ה' זיכה לנו ע"י משה רבינו; ומשה עצמו זכה כי לא היה סמוך על שולחנו של ה', כי 40 יום לא אכל ולא שתה. אבל הוא כותב (בדף לד ע"ג) שזיכוי ע"י עבד אינו מועיל כי אינו נחשב יד אחר.

דעה חולקת: ערך השלחן שם, ור' אברהם ברוך מני, בשו"ת ברוך מבנים (סו"ס זכרונות אליהו יו"ד במהד' תרצ"ו), סי' ג, עמ' פו, כותבים שהדין תלוי במחלוקת (בהערה 253) האם אדון יכול להקנות לעבדו מתנה בזיכוי ע"י אחר (ואכן ברכת יוסף שם מביא ראיה מהדעה ששם העבד זכה). בן אברהם (אשטרושה), פ' קדושים (עב ע"ב), כותב שלא מועיל כאן זיכוי ע"י אחר, כי אין לבן "יד" לזכות לעצמו, ומיד כשזכה הבן ע"י הזיכוי, זכה ממנו אביו. הוכחתו לכך מסתמכת על הבנתו (הערה 330) שהרא"ש בשטמ"ק ב"ב קלז ע"ב, סובר שאב הנותן מתנה לבנו, האב זוכה בה, ולדעתו צ"ל שמדובר שהקנה בזיכוי ע"י אחר, כי לדעת ר' שמעיה לא מועילה הקנאה ישירה לקטן (ראה בשמו בהערה 155), הרי שגם בזיכוי, קנה האב. איש אמונים (אלישר), דרוש ג לשבת כלה (כה ע"ב), כותב שר' יו"ט ן' יעיש שהובא בהערה 318 לענין אדם אחר שמזכה לבן, סובר שכאן לא קנה הבן, אבל הוא כותב שזו דעת יחיד. כמו כן, שו"ת נשמת כל חי, ח"ב, חו"מ, סי' יז (מב ע"ד) (הובא בשו"ת ויען אברהם (פלאג'י), חו"מ, סי' יב), כותב שא"א לומר קי"ל כדעה שכאן לא זכה הבן. אבל ר' אברהם ברוך מני, שם, עמ' פו, כותב שאפשר לומר קי"ל כדעה זו, והוא מדייק (בעמ' פז) משו"ת מהר"י בסאן סי' עג שהוא סובר שכאן לא זכה הבן.

[338] שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סי' ריא; שו"ת ר' יחיאל באסן סי' עג (מד ע"ב); מחנה אפרים שם, בדעת פסקי תוספות, ערכין, סי' ו.

כמו כן, שו"ת מהרש"ך ח"ב סי' קסב, עוסק במי שנתן מתנה לבניו הקטנים שלא היו סמוכים על שלחנו אלא העמיד להם אפוטרופוס, ופוסק שבניו זכו, ולכן כשהנותן נשבע על סכום רכושו לענין מס, יכול להישבע על סכום רכושו בניכוי המתנה שנתן לבניו.

שהאב **מתכוון** להקנות את המתנה לבנו הקנאה גמורה, הבן זכה[339]. לדוגמה, אב הנותן לולב לבנו ביום הראשון של סוכות, קנה, כי האב מתכוון להקנות, כי האב מצוֶוה לחנכו במצוות לולב, וצריך שיהיה של הבן ביום הראשון[340]. כמו כן, בגדי חול פשוטים, שלא נועדו לכבוד אלא לכסות על ערוותו של הבן, קנויים לבן, מפני שיש להניח שהאב נותן אותם לבן בלב שלם ואינו מצפה שיחזירם לו, ואינם בכלל התקנה, שנתקנה רק לגבי מתנה שאינה צורך בסיסי של הבן ומיועדת לכבודו, ולכן עלולה לעורר איבה אצל האב; ועוד, שבגדי חול הם בגדר צדקה וגמ״ח, לכסות ערוותו, ואינם בגדר מתנה[341]. כמו כן, אב שנתן מתנה לבנו על דעת שיתן אותה לאחר,

---

בן אברהם (אשטרושה), פ׳ קדושים (עא ע״ד), מיישב בזה את מה שנאמר בב״מ עב וב״ב קלז ״אקנייה לבנו הקטן״ - שמדובר שלא היה סמוך על שלחנו.

ר״י באסן כותב שבכלל זה בן שהאב מפרנס אותו תמורת כסף שבנו ירש מאבי אמו.

[339] שו״ת מהרש״ך, חלק ב, סי׳ ריא, כותב כך על נידונו, שאב זיכה בתים לבניו הקטנים, והתנה עם אנשי הביניים שהוא ישתמש בבתים, ויפרע להם את שכירות הבתים עבור הבנים, ושהמטלטלין יהיו מופקדים ביד האב עד שיגדלו, והתחייב אביהם לתת להם כשיגדלו, ונשבע להעמיד את המתנה - הרי שהוא רוצה להפקיע את עצמו, שלא תישאר לו זכות במתנות ושיזכו בניו הקטנים בלי שום פקפוק. מנחת אברהם (שפירא) ח״ב סי׳ לג (עמ׳ שלז), מסביר שמהרש״ך סובר שהטעם שהבן אינו זוכה במתנה מאביו, הוא כי אין לאב גמירת דעת להקנות לו כי אינו יכול לשמור על החפץ, כמש״כ סמ״ע (הערה 302) לגבי אחר הנותן לקטן, ולכן אם האב נשבע לקיים את ההקנאה והתחייב לשלם דמי שכירות, ניכר שגמר בדעתו להקנות לקטן ולהוציא מרשותו; או שהוא סובר שבמתנה לקטן, הקטן זוכה והאב זוכה ממנו, וכאן גילה את דעתו שאינו רוצה לזכות מהבן.

ראה עוד במקורות המובאים בהערה 336, על אב הנותן לבנו הגדול הסמוך על שולחנו, וגילה את דעתו שהוא רוצה שהמתנה תתקיים.

ערך השלחן, חו״מ, רמג, ס״ק ו, כותב שאם אב נתן לבנו ע״מ שאין לו רשות בה, קנה הבן.

בן אברהם (אשטרושה), פ׳ קדושים (עב ע״ג-ע״ד), כותב שאם האב התחייב לבנו התחייבות נוספת מלבד המתנה, כגון שנתן לבנו נכס ״מהיום ולאחר מיתה״, שאז הרווח מהנכס שייך לנותן עד מותו, ובנוסף על כך התחייב לתת לבן את הרווח שיבוא מהנכס - זכה הבן, מפני שזו הוכחה שהוא נותן בלב שלם; והוא מסביר שלכן שו״ת מהרש״ך ח״ב, סי׳ קסב, שבנידונו נתן האב באופן זה, פסק שבנידונו הבן זוכה. אבל שו״ת נשמת כל חי, ח״ב, חו״מ, סי׳ יז (מג ע״ד) כותב שגם באופן זה לא זכה בן שהוא סמוך על שולחנו (לדעה שבמתנה רגילה אינו זוכה).

שו״ת ויען אברהם (פלאג׳י), חו״מ, סי׳ יב (הובא בשו״ת דברי משה (מזרחי), חו״מ, סי׳ קכד), כותב שאם האב נותן לבן מתנה כי הוא טורח בשבילו, קנה.

אם נשבע האב לתת: שו״ת נשמת כל חי, ח״ב, חו״מ, סי׳ יז (מג ע״ד), וראה חיים ח״א פ׳ ויצא (מא ע״א), וח״ב פ׳ בהעלותך (מח ע״ג), ובהספדו שנדפס בהר המר דרוש ז (לו ע״ד), מבין שמהרש״ך סי׳ ריא שם מתכוון לומר שכיון שהאב נשבע לקיים את המתנה, הוא חייב לקיים מכוח שבועתו. ראה חיים ח״א ובהספדו שם לומד מזה שאם הבן ת״ח, זכה במתנה (גם בלי שבועה), כי הנודר לתת מתנה לת״ח חייב מדין נדר (ראה על כך בסעיף 5); ומוסיף שיש טעם נוסף לומר שאם הבן ת״ח, הבן זוכה - כי אין חשש איבה, כי אב אוהב בן שהוא ת״ח. הוא מיישב בזה איך זכינו במתנת א״י מה׳ אף שאנו סמוכים על שולחנו - כי אנחנו ת״ח, כיון שקיבלנו את התורה. ראה חיים שם (דף מב ע״ג) מסביר בזה מדוע יעקב זכה במתנת א״י אף שהיה סמוך על שלחנו של ה׳ - כי ה׳ נשבע לתת ליעקב, ועוד שיעקב היה ת״ח (הוא מיישב (בדף מא ע״א-ע״ד) בדרך אחרת, שאנחנו ויעקב אינם נחשבים סמוכים על שולחנו, כי אנו אוכלים בעוה״ז בשכר היסורים, או בזכות עקידת יצחק, ומי שאוכל בשכרו לא נחשב סמוך על שולחנו [תוס׳ גיטין סד ע״ב, ד״ה אלא], ומסביר בזה את האמור בברכות ה ע״א, ששלוש מתנות טובות ניתנו ע״י יסורים; ודברים דומים כתב בהספדו שם, לז ע״א-לח ע״ג). בח״ב שם (בדף מט ע״ד) מסביר על פי זה שאנו זוכים במתנת הארץ מה׳, כי מה שה׳ אומר הוא עשוי כאילו נשבע (והסביר בדרך אחרת, בדף מח ע״ד, שע״י הברכה אנחנו אוכלים משלנו, ואיננו נחשבים סמוכים על שולחנו; ובדף מט ע״ב הסביר כאמור כי אנו אוכלים בשכר עבודתנו בתורה). נשמת כל חי שם (מד ע״א) כותב שאם נשבע האב, אינו יכול לומר קי״ל כדעה שהאב זוכה; ומוסיף ששבועתו מחייבת אותו גם מבחינה ממונית, לפי הדעה שמביא כנה״ג חו״מ ס הגהב״י אות נא, באופן כללי, שמי שנשבע, חייב לקיים גם מבחינה ממונית, והוא מציין שמנהג איזמיר כדעה זו.

[340] שו״ת ישועת משה, ח״א, סי׳ פד, עמ׳ שנו; אמר יוסף הל׳ גניבה ו, ג (לד ע״א); שו״ת חיים ושלום, ח״א, סי׳ כב (מט ע״ד); ר׳ חיים יואל בלוך, ״הקטין בדיני הקניין״, משפטי ארץ ג (תש״ע), עמ׳ 160 (לדעה במשנה ברורה תרנח, ס״ק כח, שקטן אינו מקיים את המצווה בלולב שאינו שלו).

אמר יוסף מסביר שכאן אין חשש איבה, כי אדרבה, האב רוצה שבנו יזכה כדי לקיים בזה מצוה; ואשר לצורך שהיה לו יד לזכות, חכמים תיקנו שיזכה, או שמדובר שזיכה לו ע״י אחר.

אהלי יהודה (הכהן), ע׳ זכיה לקטן (סה ע״ב) מסביר שאם האב הקנה לולב לבנו, קנה, כי לא תיקנו חכמים בזה שיהיה לאב, כי עיקר הקנין אינו לממון אלא לקיום המצוה; ועוד כי האב רוצה שהבן יקיים את המצוה, ולכן הוא גומר בדעתו ומקנה לו.

[341] שו״ת נשמת כל חי, ח״ב, חו״מ, סי׳ יז (מב ע״ב). הוא מביא ראיה משו״ע, חו״מ, צז, כה, הכותב שנושה אינו גובה מבגדי אשתו ובניו של הלווה או מבגדים שצבע לשמם אף אם עדיין לא לבשו אותם, משמע שהבן זוכה אף שהוא סמוך על שולחנו של אביו; ואילו בגדי שבת - הנושה גובה מהם (שם סעיף כו) כי אינם קנויים לבן. יש להעיר שרמ״א שם סעיף כו כותב שהנושה אינו גובה אף מבגדי שבת.

כמו כן, אמר יוסף הל׳ גניבה ו, ג (לד ע״א) (שנביא בהערה 981), אומר שאיבה שייכת רק בדבר שהבן אינו צריך, מפני שהאב אומר ״כיון שאני מפרנס אותך, מדוע אתה צריך מתנה זו?״.

והבן נתן אותה לאחר, האב אינו יכול להוציא מידו[342]. (ה) אם האב נתן מתנה לבתו הנערה, קנתה, ואף לדעה שאם אחר נתן מתנה לנערה, זכה האב[343], הרי שם זכה האב מחשש איבה, וזה לא שייך במתנה שהאב עצמו נותן[344].

שני מקבלים שאחד מהם אינו כשיר לקבל מתנה (את וחמור)

הנותן מתנה לשניים, ואחד מהם אינו כשיר לקבל מתנה מסיבה כלשהי, האחר זוכה בחצי דבר המתנה[345], מפני שהנותן התכוון שיקנה מי שיוכל לקנות, ואין סיבה לומר שמפני שאחד אינו כשיר לקנות, לא יקנה

---

[342] שו"ת חיים ושלום, ח"א, סי' כב (מט ע"ד).
דוגמה נוספת נותן שו"ת חיים ושלום, ח"א, סי' כב (מט ע"ד), וח"ב סי' צג, לענין בן גדול הסמוך על שולחנו, לדעה בהערה 336 שהבן אינו זוכה במתנה מהאב בדרך כלל: אב שנתן לבנו טבעת לקדש בה אשה, קנה הבן, כי מצוה לאב להשיא את בנו אשה (קידושין כט ע"א), והעיקר בנישואין הוא כסף הקידושין, ולכן ברור שהתכוון להקנות לו, כי אם לא כן, לא יוכל לקדש בה; ועוד, כיון שאמר שהוא מתכוון שבנו יתן את הטבעת לאשה, בוודאי התכוון לתת בלב שלם, כמו באב נתן מתנה לבנו על דעת שיתן אותה לאחר. בח"ב הוא מביא ראיה מהדין שבן האדון שמייעד אמה עבריה, הייעוד הוא בכסף קנייתה (רמב"ם, הלכות עבדים,ד, ז), משמע גם אם הבן עודנו סמוך על שלחנו, שגם אז מניחים שהאב מקנה לבנו את כסף קנייתה.
בחלק ב הוא נותן דוגמה נוספת: גדול שסמוך על שלחן אביו ונשא אשה ונולד לו בן בכור, ואביו נתן לו חמש סלעים לתת לכהן לפדיון בנו, מניחים שהוא מזכה לו קנין גמור כדי שהבן יוכל לקיים את המצוה כתקנה, כי "דרכיה דרכי נועם".
[343] ראה בהערה 328 בשם תועפות ראם.
[344] שו"ת תועפות ראם (טויבש), אהע"ז סי' מ.
[345] ר"ח המובא ברשב"ם, ב"ב קמג ע"א (ד"ה הראויה); רי"ף ב"ב סו ע"ב (בדפי הרי"ף); רמב"ם הל' מכירה, כב, יב (הובא במגיד משנה הל' אישות, ט, א, ובס' העיקרים (איגר), ח"א, עמ' רצא); רבינו ברוך מארץ יון, המובא באור זרוע בבא בתרא סימן קנט; יד רמה ב"ב פ"ח סי' ו (לדף קכו ע"ב), ד"ה ברם צריך; תוס' ב"ב קמג ע"א (ד"ה רב); חידושי הרמב"ן, קידושין נא ע"א; חידושי הרשב"א, קידושין נא ע"א; חידושי הריטב"א, קידושין נא ע"א, וב"ב קמג ע"א, ושו"ת הריטב"א סימן מא (בשם הגאונים); ראי"ש, קידושין, פ"ב, סי' כב, וב"ב, פ"ט, סי' ו (הובא בשו"ת שמחת יהודה סי' פה), ותוס' הרא"ש, קידושין נא ע"א; ר"ן על הרי"ף, קידושין כב ע"א (בדפי הרי"ף); העיטור, מתנת שכיב מרע, ליד אות רטו (דף סא ע"ב במהד' רמ"י); מישרים נתיב טו ח"א, ונתיב יז; נימוקי יוסף, ב"ב סו ע"ב (בדפי הרי"ף); שו"ת הריב"ש סי' קצה (בתחילתו), וסי' ריד; הגהות מיימוניות, הלכות מכירה, פרק כב, אות כ; תשב"ץ חלק ג סימן קמז; שו"ע, חו"מ, רי, ג (הובא בשו"ת נודע ביהודה מהדורא תניינא או"ח סימן נט, בשו"ת שושנים לדוד (צבאח) ח"ב אהע"ז סי' נ, ובפד"ר כרך יג, עמ' 177); שו"ת מהר"ם פדואה סימן נ; הפלאה כתובות יא ע"א (ד"ה תוס' ד"ה מטבילין); ב"ח, אהע"ז סי' מא; שו"ת עדות ביעקב (בוטון), סי' עב (קצח ע"ב); אבני מילואים, כח ס"ק לז; נתיבות המשפט, קפב ס"ק ח, ותורת גיטין, קלד, ס"ק ה; שו"ת גור אריה יהודה יו"ד סי' נח (נח ע"ב); שו"ת נחלה ליהושע סי' יב (טו ע"ב); תומים, סא, ס"ק ב; שו"ת אבני נזר יו"ד סימן טז אות ו, סימן ריד אות יב, וסימן תטו אות ד, ואהע"ז סימן קיט אות לט; שו"ת פני משה ח"ב סי' יד (כז ע"ג); שמחת יו"ט סי' עח, בתחילתו; שו"ת בית שערים יו"ד סימן תכג (ד"ה והנה בקצוה"ח); ר' משה אלגאבה, בס' טל אורות (ג'ויא), ענין דשלבל"ע, דף קיג ע"ב; שו"ת מהרי"ט חלק ב חו"מ, סי' ה; שו"ת תורת חיים (מהרח"ש) חלק א סימן ט, וחלק ב סימן כא (ד"ה אמנם כבר); שו"ת מהרשד"ם אהע"ז סימן רלב; ערוך השלחן, אהע"ז, קלד, ל, וחו"מ, רי, ג; שו"ת חתם סופר חו"מ סימן קעג (ד"ה וכאשר); ר' מאיר געציל כהן, "בדין אין מטבע נעשה חליפין", מאור תורה (שנגהי) חוב' א סי' כ; שו"ת רבנו יוסף מסלוצק סימן צח; שו"ת ר' עקיבא איגר החדשות סימן נח, בסופו; עצי ארזים, מא, ס"ק ה; פד"ר כרך יז עמ' 203.
הפוסקים למדו מדין זה למי שנותן במתנה אחת דבר שאפשר להקנות עם דבר שאי אפשר להקנות - ראה על כך בסעיף 1(ב) לגבי הקנאת דבר שלא בא לעולם; וכן למי שנותן שני דברים במתנה אחת ועושה מעשה קנין שאינו מועיל לאחד מהם - ראה סעיף 6 בענין הקנאת קרקע ומטבע יחד בקנין סודר.
ראה ליד ציון הערה 562 דוגמה נוספת לעיקרון זה.
במכר: הר"ן שם (הובא בתחומין גל' יד עמ' 282) כותב שהקונה משני מוכרים, ומכר אחד מתבטל, הקונה יכול לבטל גם את המכר האחר, בטענה שאינו רוצה לקנות זה בלא זה. שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סי' נב (ד"ה תשובה), מקשה, מה ההבדל בין זה לבין נידוננו, שכאן אין אומרים שהנותן מקפיד ואינו רוצה להקנות אלא הכל יחד? הוא מתרץ (והובא בפד"ר כרך יג, עמ' 190 = מוריה גל' קכט עמ' פ-פז = משכן שילה עמ' רסד-רעד) שכוונת הר"ן היא שהקונה משני מוכרים נחשב כקונה מאחד מפני שהקונה קונה יחד רע וטוב והמוכרים עושים פשרה ביניהם, ולכן הם נעשים כמוכר אחד, והקונה יכול לטעון שהוא צריך את הכל; אבל במוכר לשניים, כל קונה נוטל את שלו ואין ביטול קנין חבירו משפיע עליו, ולכן קנה חצי. מהרי"ט מסביר (בד"ה ואם באנו לומר) שהר"ן סובר שדוקא במכר, הקונה רוצה לקבל את כל מה שקנה, והמקנה מקנה ע"ד למכור הכל ולקחת את כל הכסף, ולכן אם בטל חלק, יכול המקנה לחזור בו מהכל, אבל בנותן מתנה לשנים אין סיבה שיקפיד ויתלה של זה בזה. כמו כן, שו"ת אבני נזר חו"מ סימן נ, כותב שמכר שונה ממתנה לענין זה, שבמכר, אם בטל מקצתו בטל כולו כי המוכר לא רצה למכור אלא אם יקבל את כל הכסף וכן הקונה לא רצה במכר אלא אם יקבל הכל, משא"כ במתנה, שאם רצה לתת מתנה בחינם לשניהם, בוודאי ירצה לתת לאחד.

פד"ר כרך יז עמ' 202, עוסק במי שכתב בצוואה שהוא נותן מתנה מסוימת לאדם אחד ו"תירש אשתי נכסים מסוימים", ומחיל על כך את כללי "אתה וחמור" כיון שאדם אינו יכול להוריש לאשתו, זה כמו את וחמור. ודבריו קשים, שהרי כאן זאת לא מתנה אחת לשניהם.

"**אתה והקדש**": שו"ת חתם סופר חו"מ סימן קעג (ד"ה וכ"ז) כיון שהקדש אינו בר קנין, האומר "קנה אתה והקדש" דינו כמו "אתה וחמור".

דעה חולקת: פסקי ריא"ז, ב"ב פ"ט, הלכה א, אות יד (הובא בשלטי הגיבורים, ב"ב סו ע"ב, בדפי הרי"ף), פוסק שלא קנה כלום.

העיטור שם כותב שבה"ג סובר שלא קנה כלום.

סמ"ע, רג ס"ק יט, ר' עזריה יהושע, בשו"ת תורת חיים (מהרח"ש) חלק ב סימן כא (ד"ה ויש ג"כ מקום), וכנה"ג, חו"מ, רי, הגהב"י אות ג, כותבים שמרדכי ב"ב סי' תרה, ותה"ד, כתבים סי' קעג, סוברים שב"אתה וחמור" לא קנה כלום.

סמ"ע, כנה"ג, שו"ת בני שמואל סי' יז (מט ע"ד), סי' ל (סז ע"ג) וסי' לד (עח ע"א) (הובא בשו"ת אדמת קודש ח"א סי' לב דף עו ע"ד), שו"ת תורת חיים (מהרח"ש) חלק א סימן ט, שו"ת אדרת אליהו (קובו) סי' כא (מב ע"ג), ושו"ת שי למורא (יונה) סי' לד (לט ע"ב), מסבירים שמרדכי ותה"ד מסתמכים על הגמרא בקדושין נא ע"א שמביאה ראיה מהדעה שלא קנה כלום (ואכן שיטה לא נודע למי, קידושין נא ע"א, מקשה מדוע הרי"ף פסק שקנה מחצה, הרי בסוגיית קידושין משמע שלא קנה). לעומתם, שו"ת ראש יוסף (אשקאפה), דף ו ע"ב, כותב שהמרדכי שם סובר שקנה מחצה, אלא שהוא סובר שהדין שונה בנידונו (הקנאת קרקע ומטבע בקנין סודר - ראה בשמו בסעיף 6).

סמ"ע הסביר בדרך אחרת: שהם מסופקים כמי מהאמוראים הלכה, ולכן מעמידים את הממון בחזקת מרא קמא, ולכן המקבל לא קנה כלום. כמו כן, שו"ת אדמת קודש ח"א סי' לב (עז ע"א), כותב שתה"ד אינו פוסק שלא קנה כלום, אלא הוא אומר רק שכיון שיש דעה בתלמוד שלא קנה כלום, אין להוציא ממון. גם שו"ת בית דוד (פילוסוף) חו"מ סי' טז (כד ע"ב), כותב שתה"ד מתכוון לומר רק שאפשר לומר קי"ל כדעה זו. אבל ר' חיים שבתי, בשו"ת תורת חיים (מהרח"ש) חלק ב סימן ח, כותב שהפוסקים שהביא המרדכי הסוברים ש"אתה וחמור" לא קנה כלל הם מיעוטא דמיעוטא.

שו"ת תורת חסד סי' רלז (קסה ע"ב), כותב שתוס' רי"ד קידושין נא ע"א, פוסק שלא קנה כלום. אבל שו"ת אדמת קודש ח"א סי' לב (עז ע"א) דוחה את דיוקו מתוס' רי"ד (עי"ש בהסברו לכך).

שו"ת עדות ביעקב סי' עב דף קצח ע"ב (הובא בשו"ת אדמת קודש ח"א סי' לב דף עח ע"ג), כותב (ברמז) שר"י מיגאש המובא בטור חו"מ, רפא, ה, סובר שאם בטלה המתנה לגבי מקבל אחד, בטלה גם לגבי המקבל האחר, שהרי כתב שמי שאמר "פלוני בני יירשני כך וכך", באופן שיקבל יותר מחלקו היחסי בירושה, ושלל מהבכור את חלק בכורתו, היות שאין תוקף לשלילת הבכורה, בטלה המתנה כולה. אבל שו"ת אדמת קודש ח"א סי' לב (עח ע"ג), דוחה, ששם זה מקרה מיוחד.

שו"ת הרמ"א סימן מח (ד"ה יש לשאול בזה), כותב שהאומר "קנה אתה וחמור", לא קנה (כלומר לא קנה כלום), ורק אם נתן בזה אחר זה, קנה.

ר' חיים שבתי, בשו"ת תורת חיים (מהרח"ש) חלק ב סימן ח (ד"ה אמנם יראה), כותב שהפוסק המובא במרדכי ב"ב סי' תרג, שמסתפק האם מועילה הקנאת דשלבל"ע עם דבר שבא לעולם (ראה סעיף 1(ב)), סובר שב"אתה וחמור" לא קנה כלל, והספק שלו הוא שייתכן ש"אתה וחמור" יותר גרוע, כי הכל יודעים שחמור אינו בר קנין, א"כ כיון ששיתף אותם יחד הוא כאומר "קנה כמו חמור", אבל המקנה דבר שבא לעולם ושלא בא לעולם משום שחשב שאפשר להקנותם, קנה את הדבר שבא לעולם; או משום שחמור אינו בר קנין לעולם, אבל דבר שלא בא לעולם שייך בו קנין כשיבוא לעולם.

טז, יו"ד, רנח, ס"ק ו, כותב כדבר פשוט שב"אתה וחמור" לא קנה.

בני שמואל, שו"ת, סי' יז (נ ע"א) (הובא בשו"ת פני משה ח"א סי' צד דף רלט ע"א ובשו"ת תורת חסד סי' רלד), כותב שמספק אין להוציא מהמוחזק. כמו כן, שו"ת בית דוד (פילוסוף) חו"מ סי' טז (כד ע"א), שו"ת תפארת אדם (לר' חיים אברהם) חו"מ סי' ט, שו"ת אדרת אליהו (קובו) סי' כא (מג ע"ב), שו"ת נודע ביהודה מהדורא קמא חו"מ סימן כט (ד"ה ומעתה נציע) (הובא בפד"ר כרך יג, עמ' 190 = מוריה גל' קכט עמ' פ-פז = משכן שילה עמ' רסד-רעד), ר' אברהם ברוך מני, בשו"ת ברוך מבנים (סו"ס זכרונות אליהו יו"ד במהד' תרצ"ו), סי' ג, עמ' פב, שו"ת חושן האפוד חו"מ סי' ו (יד ע"ג), ופד"ר כרך יז עמ' 207, כותבים שאפשר לומר קי"ל שלא קנה כלום. שו"ת דבר משה ח"ב סי' עה (פא ע"א), מציין שיש פוסקים שאמרו שאפשר לומר קי"ל כדעה זו. אבל שו"ת רב פעלים ח"ב חו"מ סי' ז, כותב שא"א לטעון קי"ל נגד פסיקת השו"ע, שקנה מחצה. שו"ת נטע שעשועים (קרא) סי' מא, כותב שסמ"ע, רי, ס"ק ח, סובר שא"א לומר קי"ל שלא קנה כלום.

שו"ת משאת משה חו"מ סי' יא (לח ע"ג), ושו"ת כרם שלמה (אמריליו) חו"מ סי' סו וסי' סז (קצג ע"א), מביאים את המחלוקת אם קנה חצי או לא קנה כלום.

חי' הרי"ם, אהע"ז, כו, ד (כמובא בבית אהרן וישראל, גל' עא, עמ' סה, ולא מצאנוהו), כותב כאילו ב"אתה וחמור" - קנה הכל.

אם דינו של אחד המקבלים שנוי במחלוקת: חקרי לב מהדו"ב חו"מ סי' יב (רב ע"ג), מעלה אפשרות שמתנה לשני מקבלים, שאחד מהם אינו כשיר לקבל מתנה לפי פוסקים אחדים, ולפי פוסקים אחדים הוא כשיר לקבל - האחר זוכה בחצי, גם לפי הדעה שבדרך כלל האחר לא קנה כלום. אבל שו"ת חושן האפוד חו"מ סי' ו (יד ע"ב) כותב שגם כאן, לא קנה כלום, לפי דעה זו.

במקבל אחרי המקבל: שו"ת מהרי"ט חלק ב חו"מ, סי' ה, כותב שגם לפי הדעה שבדרך כלל האחר לא קנה כלום, הרי אם שתי ההקנאות אינן בבת אחת, כגון שהנותן נתן לאחד לאלתר, ואמר שהאחר יזכה אחרי מיתת הראשון, והאחר אינו ראוי לקנות, כגון שעדיין לא נולד, אין לבטל את קנייתו של הראשון מפני שקניית השני לא תוכל להתקיים (והזכיר פסק זה שם סי' ו, ד"ה איברא). בדוגמה זו הוא מוצא טעם נוסף: קניית הראשון היא ודאית וקניית השני היא ספק, שהרי אם מכר הראשון את הנכסים, אין לשלאחריו כלום (כפי שנראה בסעיף 4), ולכן אין ההקנאה ראשונה תלויה בשנייה. אבל

האחר; אבל הוא קונה רק חצי, שכן העובדה שהנותן הזכיר גם את המקבל האחר, מלמדת שלא רצה שהמקבל הזה יקבל הכל[346]. הדוגמה הניתנת בתלמוד[347] הוא בנותן מתנה שפונה למקבל ואומר "קנֵה אתה והחמור", ועל כן הפוסקים מכנים ענין זה "את וחמור".

יש מי שעושים הבחנה: אם הנותן הזכיר בנפרד את מקבלי המתנה, כגון שאמר "לך ולפלוני", ואחד מהם אינו ראוי לקנות, קנה האחר, אבל אם עירב אותם בלשונו ואומר "נכָסַי לכולכם", מן הסתם אינו מוכן שיקנה זה בלא זה, ושניהם אינם קונים[348].

בני שמואל, שו"ת, סי' יז (נ ע"א), מדייק מתה"ד, כתבים, סי' קעג, שגם באופן זה נחשב "אתה וחמור", כי שתי ההקנאות נעשו במעשה קנין אחד. ראה סעיף 4, בענין האומר "נכסי לך ואחריך לפלוני", לפני שאותו פלוני נולד.
אבל מהרי"ט עצמו, שם סי' ו (ד"ה איברא) (הובא בשו"ת שער אשר ח"ב סי' כו, דף נז ע"א), כותב על מתנה כבדוגמה הנ"ל, שנתן לבנו ואחריו לבן בנו וכן הלאה, שהיא בטלה לגמרי כיון שניתנה **בטעות**, שהרי הנותן גילה את דעתו שהוא רוצה שהנכסים יהיו של יוצאי ירכו דור אחר דור, ובאמת יוצאי ירכו שעדיין לא נולדו בשעת הנתינה אינם זוכים במתנה זו, אלא בעליהן של בנות בניו יורשות אותן, ועל דעת זה לא נתן. וצריך עיון מדוע בסי' ה קיים את המתנה למקבל הראשון בכל זאת. יש אמנם הבדל בין המעשה בסי' ה, שם המקבל השני לא נולד בשעת נתינת המתנה, לבין המעשה בסי' ו, ששם הנכסים היו אמורים לעבור לדור השני אחרי מות המקבל הראשון, וחלק מהדור השני נולד בשעת נתינת המתנה וחלק לא; אבל הטעם של טעות שייך בשני המצבים. עוד יש להעיר שבמצב הרגיל של שני מקבלים, אין מקום לטענה של טעות כי חלק מהמתנה מתקיימת, משא"כ כאן, שבדור הבא המתנה מתבטלת לגמרי.
אם ייתכן שאחד המקבלים כלל אינו קיים: שו"ת נודע ביהודה מהדורא קמא חו"מ סימן כח (ד"ה אחרי דרישת), מעלה אפשרות שהיות שדברי רב המנונא שלא קנה כלל הם חידוש, הוא מסכים שאם הנותן אמר "קנה שדה זו אתה וחמור אם ייוולד בשנה זו חמור לאתוני", האדם קנה חצי, מפני שאין לומר שהנותן הקפיד שגם החמור יקנה, שהרי גם אם הנותן חשב שחמור יכול לקנות, הרי אינו בטוח אם ייוולד חמור בכלל.
בקניין סודר ובקניינים אחרים: נתיבות המשפט, סא, ס"ק ז, כותב שבעיית "אתה וחמור" שייכת רק בקנין סודר, ולא בקניינים אחרים. הוא מפנה לדבריו בסימן רג ס"ק ח (שם דיבר לענין הקנאת מעות וקרקע יחד - ראה סעיף 6), ששם נימק שבקנין סודר, הסודר משמש כחליפין לשני הדברים ובזה הוא תולה את שני הדברים זה בזה, ואילו קניין אחר, אפשר לראותו כאילו נעשה על כל דבר בנפרד. לא ברור האם הוא מתכוון לומר שלכן בקניין מסוג אחר, קונה חצי, גם לדעה שבדרך כלל לא קנה כלום, או שלכן קנה הכל.
[346] ר"ן שם (הובא בקרית מלך רב, הלכות אישות יז, ט, עמ' שיג); נימוקי יוסף שם.
קובץ שעורים בבא בתרא אות תקא (הובא בתחומין גל' יד עמ' 280), מנמק, שהנותן מתנה לשניים, מתכוון להקנות לכל אחד חצי, ולכן מי שכשיר לקנות זוכה רק בחצי; ואין אומרים שהנותן התכוון להקנות הכל לכל אחד, ואז אם שניהם כשירים, חולקים ביניהם, ואם אחד אינו יכול לקנות נשאר הכול לשני.
ר' מאיר געציל כהן, "בדין אין מטבע נעשה חליפין", מאור תורה (שנגהי) חוב' א סי' כ, מנמק ע"פ חי' ר"ח הלוי הל' עדות יד, ז (הובא בבית דוד (סמיט) ח"ו (תשע"ב) עמ' קפט), האומר שהנותן מתנה לשניים, זו הקנאה אחת וזכייה אחת לשניהם, אלא שאם המתנה מתבטלת לגבי אחד מהם (נידונו - אם עדי המתנה קרובים לאחד המקבלים), מתחלקת ממנה מתנת השני להיות מתנה בפני עצמה; והוא מסביר שמצד הנותן זו הקנאה אחת, אבל כיון שיש שני זוכים, אפשר שזכייתם תתחלק בהתבטל זכיית אחד מהם, שמי שיכול לזכות, יזכה כפי חלקו; ואילו רב המנונא, ב"ב שם, סובר שלא קנה כלל, כי רק אם שני המקבלים ראויים לקנות, אפשר לומר שכשמתבטלת המתנה לגבי אחד, מתחלקת ממנה מתנת השני להיות מתנה נפרדת, משא"כ אם המקבל האחר אינו בר קנין.
שו"ת אבני נזר אהע"ז סימן קיט אות כט, כותב שאף שר' יונתן אומר ששתי מלים המחוברות עם ו' החיבור "משמע שניהן כאחד, ומשמע אחד ואחד בפני עצמו" (סנהדרין פה ע"ב; והלכה כמותו - ראה חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 204), הרי במתנה לאדם ולחמור אין הפירוש או זה או זה או שניהם יחד, שהרי א"כ כיון שאין החמור יכול לקנות, יקנה האדם הכל; אלא הפירוש הוא שניהם, וכיון שאם שניהם ראויים לקנות, כל אחד מקבל רק חצי, לכן אם אחד אינו ראוי לקנות, השני מקבל רק חצי.
[347] ב"ב קמג ע"א.
[348] חי' הריטב"א, קידושין שם, בדעת בעל הלכות גדולות, הלכות קידושין (דף פב בדפוס ורשה) (הובא בשו"ת דבר משה ח"ב סי' עה, דף פא ע"ג); רא"ש, קידושין שם (הובא בשו"ת הרי בשמים ח"ב סי' קצא, ובשו"ת ויקרא אברהם (אדאדי) חו"מ סי' לט, ד"ה ובהיותי בזה), בשם "יש מחלקין"; שו"ת מהרי"ט חלק ב חו"מ, סי' ה, בדעת חידושי הרשב"א, קדושין שם; ים של שלמה קידושין פרק ב סימן כ; ר' צבי יהודה בן יעקב, "בשיטת תרומת הדשן בדין קני את וחמור", סיני גל' קיא עמ' רסג, בדעת תרומת הדשן, כתבים, סי' קעג; עצי ארזים, מא, ס"ק ו, בדעת רשב"ם, ב"ב קמג ע"א (ד"ה ואמאי).
הריטב"א מביא ראיה להבחנה זו, מהדין שהאומר להרבה בני אדם שכולם ראויים לקנות "נכסי לכולכם", חולקים בשוה, ואילו אם אמר לאחד מהם "נכסי לך ולאלו", הוא קנה מחצה והשאר קנו מחצה (ראה ליד ציון הערה 353), הרי שהאומר "כולכם" אינו מתכוון לעשות אותם שותפים.
שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סי' נב (ד"ה ואיכא למידק), מקשה על הבחנה זו, אם בלשון מערבת כמו "כולכם", הקנאה שבטלה מקצתה בטלה כולה, הרי גם אם הזכיר אותם בנפרד, הדין צריך להיות שיתבטל הכל כיון ששניהם בהקנאה אחת? הוא מיישב, שהדבר תלוי בהקפדת הנותן, ובזה שהזכירם בנפרד גילה דעתו שאינו מקפיד שיקנו שניהם.

שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סי' ו (ד"ה ואיבראא), שו"ת הרי בשמים ח"ב סי' סט, שמחת יו"ט סי' יז (סז ע"א, עמ' קפח במהד' משנת ר"א), וחזו"א אהע"ז סי' קמח, לקידושין נא ע"א, מבינים שהריטב"א מסכים לבה"ג.
שו"ת מהרי"ט, סי' ו שם, ושו"ת שי למורא (יונה) סי' לד (לט ע"ג), כותבים שזו דעת הרמב"ם. כמו כן, מגיד משנה הל' אישות, ט, א (הובא באבני מילואים, מא ס"ק ג), מעלה אפשרות שזו דעת הרמב"ם.
שו"ת אדמת קודש ח"א סי' לב (עז ע"ב), כותב שהפוסקים המובאים במרדכי ב"ב, סי' תרה, שנקטו שב"אתה וחמור" לא קנה כלום, סוברים כבה"ג, ובנידונם מדובר שהקנה את הכל בלשון כוללת.
כמו כן, ר' חיים בנבנשתי בשו"ת עדות ביעקב סי' עא, דף קצה ע"ב (הובא בשו"ת אדמת קודש ח"א סי' לב דף עח ע"ב) (תשובתו נדפסה גם בשו"ת פני משה ח"ג סי' סב), מעלה אפשרות שגם לדעה שב"אתה וחמור" קנה חצי, הרי אם הנותן הקנה לשניהם בבת אחת, לא קנה כלום.
שו"ת תורת חיים (מהרח"ש) חלק ב סימן כא (ד"ה מ"מ יראה), פוסק ע"פ בה"ג והרמב"ם, בענין סוגי נכסים שונים - ראה בשמו בסעיף 6.
שו"ת רב פעלים ח"ב חו"מ סי' ז, ואור חדש, קידושין נא ע"ב, מביאים דעה זו.
בני שמואל, שו"ת, סי' יז (נ ע"א) כותב שלפי דעה זו, מי שקובע שנכסיו יהיו "ואקוף אלולד", שהוא מוסד משפטי עותמני שמשמעותו היא שהנכסים יעברו לתולדותיו ולתולדות תולדותיו, והיורשים אינם יכולים למוכרם, ואם יכלה זרעו, הנכסים ילכו לעניים - כשם שאין תוקף במתנה לצאצאיו שעוד לא נולדו, כך אין לה תוקף לצאצאיו שכבר נולדו, כי הקנה לכל צאצאיו בלשון אחת. לעומתו, שו"ת מהרי"ט חלק ב חו"מ, סי' ה, כותב שיש תוקף למתנה כזאת, מפני שהוא כאומר "נכסי לך ואחריך לפלוני" שיש לה תוקף, כפי שנראה בסעיף 4. ראה בשמו בהערה 345, על "נכסי לך ואחריך לפלוני". שו"ת שער אשר ח"ב סי' כו (נה ע"ב), מביא שרבני ירושלים כתבו שאפשר לומר קי"ל כבני שמואל. אבל שער אשר עצמו כותב שהיות שבנידונו הנותן פירט כל מקבל בפ"ע, שאמר "כך וכך לפלוני ואחריו מעכשו לזרעו", המתנה תקפה לגבי מי שכבר נולד; ואף שבאמצע הדברים אמר "שיהיה הוואקוף קיים" אין בכך משמעות כוללת למי שכבר נולד ומי שעוד לא נולד, אלא להראות שרצונו שיהיו קיימים לעולם; ודוקא בנידונו של בני שמואל, נחשב נתינה אחת כיון שהזכיר בתחילה שהוא נותן לוואקוף אוולד, ו"אוולד" הוא לשון כולל למי שכבר נולד ומי שעוד לא נולד, ואח"כ הסביר את כוונותו, שילך מתולדותיו ולתולדות תולדותיו; ועוד שגם אם כללם במלה אחת, לרוב הפוסקים קנה חצי.
ר' אברהם וינרוט, "בטלות ההתחייבות למתן גט בהסכם הגירושין", תחומין גל' יד עמ' 286, כותב שגם לדעה זו, דוקא אם מלכתחילה חלק מההקנאה היה חסר תוקף, מוכח שהיה חסר גמ"ד, ולכן גם האחר אינו זוכה אם הנותן אמר "כולכם", אבל אם הקנין היה כשר מראש ואח"כ התברר שחלקו לא יחול, האחר זוכה גם אם הנותן אמר "כולכם".
דעה חולקת: קרבן נתנאל, על הרא"ש שם, אות ט, מדגיש שהרא"ש עצמו סובר שבכל מצב קנה מחצה. כמו כן, שו"ת שי למורא (יונה) סי' לד (לט ע"ג), ור' חיים שבתי, בשו"ת תורת חיים (מהרח"ש) חלק ב סימן ח (ד"ה אמנם מ"מ), כותבים שהרי"ף, הרמב"ן והתוספות סוברים שגם כאן קנה מחצה.
ר' אליהו מאיר סמיט, "בסוגיא דקני את וחמור", בית דוד (סמיט) ח"ו (תשע"ב) עמ' קפח, מדייק מרש"י קדושין נא ע"א (ד"ה הרי כולכם) שאינו מקבל הבחנה זו (עיי"ש להוכחתו), ומנמק (בעמ' קפט-קצ) שהבחנה זו היא לפי ההבנה שמה שקובע כאן הוא כוונת האדם, ולכן אם עירב את המקבלים, יותר מסתבר שהתכוון לתלות זה בזה; ואילו רש"י סובר שזה לא מצד כוונת הנותן אלא השאלה היא האם קנין שבטל מקצתו בטל כולו, ולענין זה לא חשוב איך ניסח את המתנה.
גם ר' שמואל פלדמן, שערי צדק (ערוסי), גל' א, עמ' 160, כותב בתחילה שהבחנה זו היא לפי ההבנה שמה שקובע כאן הוא כוונת האדם, אבל אם החסרון הוא בעצם הקנין אין מקום לחלק בין מלה אחת לשתי מלים; והוא מדייק מרש"י קידושין נא (ד"ה הרי כולכם) שהחסרון הוא בעצם הקנין (עיי"ש להוכחתו), ומכאן שאינו מקבל הבחנה זו. אבל אח"כ (בעמ' 161) הוא מסביר הבחנה זו גם לפי ההבנה שהחסרון הוא בעצם הקנין, ע"פ השיטה (ראה חוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 335) שהעיקר הקניין נעשה ע"י גמ"ד, ולכן במלה אחת יש "דעת" אחת, ולכן אם יש ריעותא, וחציו בטל, בטל כולו, ואילו בשתי מלים, יש דעת לזה ודעת לזה, וזה כשני קניינים, שביטולו של אחד אינו משפיע על האחר. אבל הוא מוכיח (בעמ' 162) שהרשב"א סובר שגמ"ד בלבד אינה יכולה לקנות, ועיקר הקנין נוצר ע"י מעשה הקניין (עיי"ש למקורותיו), ומסביר שלכן הרשב"א אינו מבחין בין מלה אחת לשתי מלים, כי סו"ס עשה מעשה קנין אחד. כמו כן, בעמ' 166-167, הוא כותב שלדעת קצות החושן, קצ ס"ק ז, גמ"ד בלבד אינה יכולה לקנות, ולכן אינו מבחין בין מלה אחת לשתי מלים.
ר"ש פלדמן, שם עמ' 164, תולה שאלה זו במחלוקת לענין התחייבות שיש בחלקה אסמכתא, שלפי רי"ף ב"מ סא ע"ב (בדפי הרי"ף) האומר שהיא בטלה רק באופן חלקי, כאן גם במלה אחת קנה מחצה, ואילו לפי הרא"ש ב"מ פ"ט סי' ז (הובא בחוק לישראל, ערבות, עמ' 499, וראה על כך שם גם בעמ' 126, 494, 501, 574 ו-721), הסובר שבטלה לגמרי, כאן במלה אחת הכל בטל. אבל הוא דוחה קישור זה (בעמ' 165), שהרי רמב"ם הל' שכירות ח, יג, פוסק כרי"ף בענין אסמכתא, ואילו כאן אומר מגיד משנה בדעתו שבמלה אחת הכל בטל, וכן ביאור הגר"א, חו"מ, שכח, ס"ק ג, פוסק לענין אסמכתא כרי"ף, ואילו בסי' רג, ס"ק מב, פוסק כהבחנה בין מלה אחת לשתי מלים. והוא מסביר שדוקא כאן במלה אחת הכל בטל הוא כי הכל "דעת" אחת, כאמור, אבל באסמכתא חלקית, כגון חוכר המתחייב "אם אוביר את הקרקע אשלם אלף זוז", חיובו מורכב משני סוגי חלקים, חיוב נזק על הנזק שעשה, והתחייבות מתנה על התוספת עד אלף זוז, והתחייבות לשלם על גרמא היא חיוב של מזיק, ואילו התחייבות על מתנה הוא חיוב חדש, לכן זה כמו שני קניינים, שני מיני "דעת", לכן היא חלה באופן חלקי. הוא מוסיף להסביר ע"פ סברת ר' שמחה בעניין הקנאת דבר שאפשר להקנות עם דבר שאי אפשר להקנות, שגם במלה אחת, אם אחד הוא בר קנין חלקי, השני נקנה (ראה בשמו בסעיף 1(ב)), וכך "אם אוביר ולא אעביד אשלם אלפא זוזי", החלק של התוספת הוא בר קנין אלא שחסרה גמ"ד.

הראב"ד עשה הבחנה אחרת: המקבל שכשיר לקבל קונה חצי המתנה במקום שיש להניח שהנותן טעה וסבר ששניהם כשירים לקבל, ולכן אם מתבטלת ההקנאה מאחד, אינה מתבטלת מהאחר; אבל באדם שהכל יודעים שאינו ראוי לקנות, לא קנה האחר, כי יש להניח שהנותן התכוון שלא יקנה כמו שהראשון אינו קונה, והוא שיטה בו[349]. באדם שאין ידוע לכל שאינו יכול לקנות, הנותן אינו יכול לטעון שידע שאינו קונה ושהתכוון שגם האחר לא יקנה והתכוון לשַטות בו - כי אין מבטלים מתנה בלי גילוי דעת מצד הנותן שאינו רוצה לתת, ואלו דברים שבלב, ואין להניח שהתכוון להשטאה, כי בסתם אין לאדם סיבה לשַטות באנשים, אלא מניחים שטעה כיון שלא ידוע לכל שאחד מהם אינו יכול לקנות[350].

הבדל בין מכר למתנה: מהרי"ט סי' נב שם כותב (בד"ה ושמא תאמר לא, וד"ה ובר מן דין) (הובא בשו"ת שער אשר ח"ב סי' כו, דף נז ע"א, ובשו"ת עדות ביעקב (בוטון), סי' עב, דף קצח ע"ב) שמה שאומר הריטב"א שלפי שיטה זו אם כללם יחד הכל בטל, הוא רק במכר, שבו יש מקום להקפדה (כמו שהסביר בדעת הר"ן - ראה הערה 345), ולא במתנה, שאין בה מקום להקפדה (כך נראית כוונתו). והוא דוחה אפשרות להסביר שטעם שיטה זו הוא שכיון שכללם יחד אי אפשר שיקנה זה בלא זה (ולא משום הקפדה, וזה שייך גם במתנה) - שהרי א"כ זה "הלכתא בלא טעמא", שקנין שבטל מקצתו בטל כולו, ולשם הלכתא בלא טעמא צריך מקור; והוא מביא ראיה מהסוגיה שזה לא ענין של "קנין שבטל מקצתו בטל כולו" (עיי"ש להוכחתו). אבל שו"ת אדרת אליהו (קובו) סי' כא (מב ע"א) כותב שאין הבדל בין מכר למתנה, אלא גם במתנה יש מקום להקפדה.

חלקים לא שווים: שו"ת אדרת אליהו (קובו) סי' כא (מא ע"ב) מדייק מהריטב"א, שמה שקנה מחצה אם לא עירב אותם, הוא דוקא אם נתן לכל אחד סכום שונה, ואז העובדה שהפריד ביניהם מראה שלא התכוון לתלות אותם זה בזה, אבל אם ריבה לאחד ומיעט לאחר, מניחים שהתכוון לתלות אותם זה בזה, כיון שעשה הכל בקנין אחד, והסיבה שלא עירב אותם יחד היא כי אז כל אחד היה מקבל חלק שוה, ואם אחד אינו יכול לקנות, גם האחר לא קנה; וזאת גם אם בעל החלק הקטן הוא זה שאינו יכול לקנות. וחזר על כך בדף מב ע"א.

אם דינו של אחד מהם שנוי במחלוקת: אדרת אליהו שם (מב ע"א) כותב שלפי שיטה זו, אם אחד מהם אינו יכול לקנות בגלל מחלוקת הפוסקים בעניינו, שמספק המע"ה, הרי אם הנותן כלל אותם יחד, גם האחר לא קנה כלל, כי גם כאן אומדים את דעת הנותן שהתכוון שהקנין יחול רק אם כל המתנה תחול, ולא נתקיימה מחשבתו.

[349] הראב"ד, המובא בחידושי הריטב"א, קידושין שם (הובא בשו"ת מוצל מאש ח"ב סי' כח, ובתחומין גל' יד עמ' 281).
ר' משה אלגאבה, בס' טל אורות (ג'ויא), ענין דשלבל"ע, דף קיג ע"ג, כותב שרש"י קידושין נא ע"א (ד"ה קני), סובר כראב"ד - עיי"ש להוכחתו.
בני שמואל, שו"ת, סי' ל (סז ע"ג-ע"ד), וסי' לד (עח ע"א), מעלה אפשרות שהפוסקים המובאים במרדכי, ב"ב, סי' תרה, שדנים במי שמקנה קרקע ומטבע יחד בקנין סודר (והרי מטבע אינו נקנה בקנין סודר - ראה סעיף 6) בהסתמך על כך שב"אתה וחמור" לא קנה כלום, סוברים כראב"ד, והכל יודעים שמטבע אינו נקנה בקנין סודר ולכן נקטו שב"אתה וחמור", במצב המקביל, לא קנה כלום. גם בסי' יז (מט ע"ד) העלה אפשרות זו, אבל שם הוא העדיף לבאר שהם סוברים שב"אתה וחמור" תמיד לא קנה כלום.
שו"ת אדרת אליהו (קובו) סי' כא (מא ע"ד), כותב שלפי הראב"ד, אם החסרון באחד מהם הוא מספק, האחר קונה מחצה, וכך גם אם דינו שנוי במחלוקת תנאים או אמוראים, גם אם נפסקה הלכה שלא קנה, האחר קנה חצי, כי אין הכרח לומר שהמקנה יודע שאינו בר קנין והתכוון לשַטות. הוא מוסיף (בדף מב ע"ד), שלראב"ד, אם אפשר לתלות בטעות, אף בדרך רחוקה, אין אומרים שהתכוון לשַטות.
שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סי' נב (ד"ה והראב"ד), מקשה על הראב"ד, הרי הדוגמה הניתנת בסוגיה היא של "אתה וחמור", ובזה נפסק שקנה מחצה, ואיך אפשר לטעות ולחשוב שחמור יכול לקנות? הוא מתרץ שהראב"ד סובר שאין כוונת הגמרא לחמור ממש, אלא במי שטרם נולד, שבו עוסקת הסוגיה, ובו ייתכן שהנותן חשב שאפשר להקנות למי שלא בא לעולם.

דעה חולקת: קרית מלך רב, הלכות אישות יז, ט (עמ' שיג), מוכיח שהרמב"ם אינו מקבל הבחנה זו, שהרי בהל' מכירה, כב, יב, כתב שקנה מחצה גם ב"אתה וחמור" וגם ב"אתה ועובר".

הבחנה הפוכה: שמחת יו"ט סי' עח (עמ' תרמח) (הובא בשו"ת חושן האפוד חו"מ סי' ו, דף יד ע"ב), כותב שרש"י קידושין נא ע"א (ד"ה קני), סובר שקנה מחצה רק אם המקבל האחר הוא כזה שהכל יודעים שאינו קונה, כגון חמור, ואז לא ייתכן שהנותן התכוון לתלות את קניין האדם בקנין החמור, כי הוא יודע שחמור אינו קונה ואין אדם מוציא דבריו לבטלה; אבל אם המקבל האחר הוא כזה **שאין הכל יודעים** שאינו קונה, כגון בנותן מתנה למי שנולד ולמי שעוד לא נולד, מי שנולד לא קנה כלום, כי הנותן התכוון לתלות זה בזה, ולא גמר בדעתו להקנות לאחד מהם בלבד. אבל הוא מוכיח שהרמב"ם סובר שבשני המקרים קנה מחצה, שהרי בהלכות מכירה כב, יב, פסק גם לגבי נולד ושלא נולד שקנה מחצה. ר' משה אלגאבה, בס' טל אורות (ג'ויא), ענין דשלבל"ע, דף קיג ע"ג, מביא הבחנה זו (בלי ציון המקור), ומקשה עליה, שהרי הלכה היא שאדם מוציא דבריו לבטלה (ראה אנציקלופדיה תלמודית, ע' אין אדם מוציא דבריו לבטלה, ליד ציון הערה 26). יש להעיר שפוסקים רבים נוקטים בתחומים שונים "אין אדם מוציא דבריו לבטלה" - ראה הערה 856.

[350] שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סי' נב (ד"ה ואחר שנתבררו) (הובא בשו"ת אדמת קודש ח"א סי' לב דף עט ע"ג).
שו"ת אדמת קודש ח"א סי' לב (עט ע"ג-ע"ד) עוסק במי שנתן מתנה לאשה ולבניה העתידיים, שבניה לא קנו כי לא נולדו עדיין; והנותן היה ת"ח ובוודאי ידע שבן שעוד לא נולד אינו קונה (אף שזה דין שרוב האנשים אינם יודעים), ולכן יש להניח שהתכוון לשטות באשתו, ואמר שהוא נותן לה מתנה רק כדי שתסכים להינשא לו. אבל הוא כותב ע"פ מהרי"ט שם, שחשש השטאה הוא רק בדברים שבע"פ, אבל אין אדם משטה בכתב (וכך כתב גם שו"ת עדות ביעקב (בוטון), סי' עב

הנותן מתנה בשטר "לכל מי שיוציא שטר זה", המקבל זוכה בכולה, אף שמשמעות השטר כוללת גם מי שעוד לא נולד, וכלפיו המתנה בטלה[351]. זאת משום שכאן אין זו מתנה לשני מקבלים, אלא למקבל אחד שיוציא את השטר, וכיון שהקנין נגמר רק לאדם שהוא בר קנין, קנה[352].

פרשנות - קביעת זהות המקבל

האומר להרבה בני אדם "נכסי לכולכם", חולקים בשווה[353].
ראובן שנתן לשמעון חדר בבית שידור בו, וכתב שישתמשו שמעון ואשתו בבית עד עולם, ומתו, בני שמעון אינם יורשים את זכותו, כי הזכרת שמעון ואשתו משמעה למעט את יורשיו[354]. אם מת שמעון ואשתו בחיים, אשתו אינה יכולה להשתמש בבית אחרי מותו[355], מפני שהנותן התכוון שישתמשו יחד דווקא.

מי שאמר "נכסיי לבניי", בניו זוכים ולא בנותיו. גם אם היו לו רק בן אחד ובת אחת, יש להניח שהתכוון לתת רק לבן, כי המלה "בניי" משתמע גם על בן אחד בלבד, יותר משהוא משתמע על בת[356]. אבל "ילדים" או "ולדות" משמעותן כוללת גם בנות[357].
מי שאמר "נכסיי לבניי", בניו זוכים ולא בני בניו, גם אם היו לו רק בן אחד ונכד אחד[358].
הנותן מתנה לחברו ואמר לו "הנכס נתון לך ולבניי", חברו מקבל חצי ובניו מקבלים חצי אע"פ שהם רבים[359].
מי שכתב "חצי נכסיי לפלוני", ובשטר אחר או באותו שטר כתב "חצי נכסי לאלמוני", ולא אמר "חציו האחר", קנו שניהם יחד את החצי[360].
מי ששלח מתנות לביתו בסתם או שאמר "ינתנו אלו לבני", מה שראוי לבנים כגון ספרים וכלי מלחמה - יינתנו לבניו, ומה שראוי לבנות כגון כלי משי ותכשיטים - יינתנו לבנותיו, ואם אין לו בנות או שהיו בנותיו נשואות, יינתנו לנשי בניו. מה שראוי לזכרים ולנקבות - יינתנו לזכרים[361].
עם מות המקבל, המתנה עוברת ליורשיו, גם אם הנותן אמר שהוא נותן לאדם זה ולא אמר שהוא נותן גם ליורשיו[362].

(קצח ע"ב, בשם מהרי"ט), ובמיוחד אם כתב בשטר "הוו עלי עדים וכתבו וחתמו בכל לשון של זכייה", שבכך גילה דעתו שהתכוון למתנה בלב שלם. עולה מדבריו שבמתנה בע"פ, בת"ח, בכל מצב מניחים שהתכוון לשטות, והמתנה בטלה לגמרי.

[351] שו"ע, חו"מ, סא, ד (הובא בשו"ת שער אשר ח"ב סי' כו, דף נה ע"ג).

[352] נתיבות המשפט, סא, ס"ק ז.

[353] חידושי הריטב"א קידושין נא ע"א, על פי ב"ב קמג ע"א.

[354] שו"ת חזה התנופה, סי' לח (הובא בב"י, חו"מ, רז, מחודש טז, ובדין אמת, חו"מ, רט, ז, דף נז ע"ג).

[355] שו"ת לחם רב סי' קצא (הובא בשו"ת אדמת קודש ח"א סי' לב דף פא ע"ב).

[356] ב"ב קמג ע"ב; רמב"ם הלכות זכיה, יא, א; שו"ע, חו"מ, רמז, ג; שו"ת מהרי"ט חלק ב חו"מ, סי' ה.

[357] שו"ת מהרי"ט חלק ב חו"מ, סי' ה.
מהרי"ט כתב כך לענין מי שקובע שנכסיו יהיו "ואקוף אלולד", שהוא מוסד משפטי עותמני שמשמעותו היא שהנכסים יעברו לתולדותיו ולתולדות תולדותיו, ומנמק ש"אלולד" משמעותו ולדות, ולכן בנות בכלל. אבל בני שמואל, שו"ת, סי' יז (מח ע"ד) כותב שב"ואקוף אלולד" הבנות לא זוכות, כי לא אמר לשון מתנה או לשון זכיה, ונראה שכוונתו לומר שזו בעצם ירושה בלבד. אבל ראה הערה 348, שהוא דן במצב זה לפי דיני מתנה.

[358] ב"ב קמג ע"ב; רמב"ם הלכות זכיה, יא, א; שו"ע, חו"מ, רמז, ג; שו"ת שבסוף ס' תורת השלמים (נדפס בסוף תורת חטאת), סי' ז.

[359] חידושי ר"י מיגאש, בבא בתרא קלא ע"ב; מישרים, נתיב טו, ח"א; טור, חו"מ, רמז, ז (הובא בשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שעה); חידושי הריטב"א קידושין נא ע"א, ושו"ת הריטב"א סימן מא ("לך ולבניך"); שו"ע, רמז, ה.
שו"ת שמחת כהן חו"מ סימן מט, כותב שגם אם בתחילת השטר כתוב "כתב וחתמו ותנו ביד פלוני וביד שני בניו", שמשמעותו שתתחלק המתנה לשלשה חלקים בין פלוני ושני בניו, הרי אם בדבריו האחרונים אמר "לפלוני ולבניו" ולא ביאר את הבנים בפרטות, הדבר מוכיח שכוונתו שיתחלק לחצאין, חצי לפלוני וחצי לבניו, והכלל הוא שאם כתובים בשטר דברים הסותרים, האחרון עיקר; ועוד שכאן אפשר לפרש את דבריו הראשונים כך שלא יסתרו לסוף דבריו, שהתכוון רק שיתנו את השטר יתנו ביד פלוני וביד שני בניו כדי להיות בידם לראיה, אך עצם המתנה היתה כמו שאמר בסוף דבריו.

[360] מישרים, נתיב טו, ח"א.

[361] רמב"ם הלכות זכיה ומתנה ו, יד.

[362] שו"ת הרשב"א ח"ב סי' שא.

הקנה קצת נכסיו לבהמה או למי שלא בא לעולם, ואח"כ אמר למישהו "קנה כבהמה זו" או "כעובר זה" לא קנה כלום[363]. גם אם אמר "קנה כאדם וכחמור", לא קנה כלום[364].
הנותן מתנה ל"חתניו", כלולים בכך רק החתנים שיש לו בשעת המתנה, ולא מי שישאו את בנותיו בעתיד[365].
ככלל, אם יש ספק בפרשנות לשון המתנה, הולכים אחר המנהג[366].

סוגים מיוחדים של מתנות

מתנה באיסור

מתנה שמוגדרת שוחד לפי חוק העונשין, התשל"ז-1977, סעיף 290(א), בטלה, גם אם היתה כבר הקנייה. זאת לפי חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, סעיף 30, המבטל חוזה שתוכנו בלתי חוקי[367].

במשפט העברי, הכלל הוא שמתנה שניתנה באיסור, המתנה תקפה[368]. אף על פי שיש דעה בתלמוד ובפוסקים שכל מה שהתורה אמרה לא לעשות, אם עשה, המעשה חסר תוקף ("כל מאי דאמר רחמנא לא תעביד, אי עביד לא מהני")[369], הרי כאן הדין שונה. הנצי"ב[370] מסביר, שלמדים מן הדין שריבית שקיבל מלווה קנויה לו אף

ר' יצחק אשכנזי, בשו"ת ברוך מבנים (סו"ס זכרונות אליהו יו"ד במהד' תרצ"ו), סי' ב עמ' יז-יח, מסביר שאף שנאמר בב"ב סג ע"א לגבי מוכר שדה "ע"מ שמעשר שלי", שמשמעותו "לי ולא ליורשי", זה משום שדי היה לומר "חוץ ממעשר", והמלה "לי" היא מיותרת, ולכן מפרשים שהיא באה למעט יורשים, אבל האומר שהוא נותן "לפלוני", אין לשון אחרת שהיה יכול לומר, ולכן אין ללמוד מזה למעט את יורשיו.

[363] ב"ב קמג ע"א; רמב"ם הלכות מכירה פרק כב הלכה יב; שולחן ערוך חו"מ סימן רי סעיף ב.

[364] שו"ת נודע ביהודה מהדורא קמא חו"מ סימן כח.

[365] שו"ת מהרי"ט חלק ב, חו"מ סימן כג (ד"ה אלא שבנ"ד).
בנידונו לשון המתנה היתה "שני חתנים שהם סוחרים" (למעט חתן אחר שלו שלא היה סוחר), ומזה הביא הוכחה נוספת שאין בכלל זה חתנים עתידיים, שהרי לא אמר "שיהיו סוחרים".
עוד נימק (בד"ה ועוד צריך לברר) שיש ספק האם חתניו העתידים יכולים לזכות, כי אינם מבוררים (ראה בשמו בהערה 276, בענין מקבל שאינו מבורר), וחתניו הנוכחיים זוכים בכל עכשו, וכשיבואו חתנים אחרים, לא יוכלו להוציא מידי החתנים הנוכחיים, כי אין ספק מוציא מידי ודאי.
עוד נימק (בד"ה וכבר היה מקום) שכיון שהחתנים העתידיים אינם בני זכיה עכשו, אין דעתו עליהם, כי אין דעתו של אדם על דבר שאינו יכול לעשות עכשו, להקנות למי שאינו נמצא. אבל הוא תולה שאלה זו במחלוקת ראשונים בנזיר יב ע"א - עי"ש.

[366] שו"ע חו"מ, ריח, יט, כותב כך לענין מכר, ושו"ת ר' עקיבא איגר, מהדורא קמא, סימן קכט (ד"ה אולם נלענ"ד) מביא את דבריו לענין מתנה.

[367] ראבילו ב, עמ' 151.

[368] רמ"א חו"מ, רח.
ראה סעיף 6, לעניין הנותן מתנה באיסור וזיכה אותה ע"י אחר, בשאלה האם המתנה בטלה מטעם "אין שליח לדבר עבירה".
יש איסורי מכירה מיוחדים שדנו לגביהם הפוסקים האם המכירה תקפה, כגון מכירת קרקע בארץ ישראל לצמיתות בזמן היובל (רמב"ם, הלכות שמיטה, יא, א), ומכירת מעשר בהמה (רמב"ם, הלכות בכורות, ו, ה), ומן הסתם אותו דין נוהג במתנה; אבל לא אדון בהם כאן כי לא מצאנו שהפוסקים הזכירו בהם מתנה.
יש לציין ששו"ת משפטי עוזיאל חו"מ סימן לב (השני), אות א, מביא שרא"י ולדינברג כתב לו שגם לאביי שבדרך כלל "אי עביד מהני", קנין באיסור **אינו מועיל** (עי"ש לראיותיו). אבל יש להעיר שבספרו שו"ת ציץ אליעזר ח"ד סי' ג, כתב בהרחבה על אעל"מ ולא כתב שקנין שונה, וכנראה חזר בו ממה שכתב לרבצמ"ח עוזיאל.

[369] דעת רבא בתמורה ד ע"ב. ראה שדי חמד, כללים, מע' כ, כלל ס, בשאלה האם הלכה כרבא בזה.

[370] שו"ת משיב דבר חלק ב סימן פו. הוא מסביר בזה מדוע הקנאה בשבת תקפה (כאמור ליד ציון הערה 377) ואת הדעה שיש תוקף להקנאה שנעשתה תוך עבירה על שבועה (ליד ציון הערה 396).
הוא כותב עוד, שלמדים זאת גם מדין "אתנן אסרה תורה אפילו בא על אמו" (ב"מ צא ע"א), כלומר שאתנן זונה פסול לקרבן גם אם הוא ניתן תמורת ביאת איסור שדינה מיתה, הרי שהאתנן קנוי לזונה אף שניתן באיסור. אבל שו"ת קול אריה חו"מ סי' קכב (קלב ע"א-ע"ב), מסביר שבאתנן אין מקום לומר אעל"מ, מפני שהאיסור הוא הביאה, ומה שקנתה את הטלה במשיכה או בחצרה, אינו קנין באיסור; וגם בזונה גויה שקונה בקנין כסף, וקונה את האתנן ע"י הביאה עצמה, שהיא כקנין כסף, כך שהקנין עצמו הוא באיסור, הרי פנים מאירות (הערה 398) אומר שאין אעל"מ אם רק צד אחד עובר באיסור, וכאן אין איסור על הגויה. עוד הוא מסביר, ע"פ הדעה (הערה 382) שאעל"מ רק אם ע"י ביטול המעשה, יתוקן האיסור, ובאתנן, ביטול הקנין לא יתקן את עבירת הביאה.

שניתנה באיסור[371], מכאן שכל הקנאה באיסור תקפה. ר׳ מאיר פוזנר[372] מסביר, שלמדים מן הדין שגזלן קונה את החפץ הגזול בשינוי[373], אף שהגזלן עבר באיסור גזילה, מכאן שכל הקנאה באיסור תקפה. רמ״א עמיאל[374] הסביר, שהעברת בעלות על סמך הסכמת הצדדים היא בגדר מציאות ולא רק בגדר חלות משפטית, ואי אפשר לשלול מציאות משום שהיא נוצרה באיסור. ר״א שוחטמן[375] הסביר, שחלות המתנה נוצרת עקב הסכמת הצדדים שהחפץ יעבור לבעלות המקבל, וזהו כלל משפטי, וכללי המשפט גוברים על דיני האיסור.

פרשנים אחרים סבורים שכעיקרון, הקנאה אסורה בטלה, והם נימקו נימוקים פרטניים לתקפן של הקנאות הכרוכות באיסורים ספציפיים, כפי שנפרט.

משיב דבר מסביר שמה שאין מועילה הקנאת מעשר בהמה (רמב״ם, הלכות בכורות, ו, ה), הוא משום שזהו ממון גבוה ואינו שלו, ולא בגלל האיסור; וכן מה שאין מועילה הקנאת שדה לצמיתות בזמן שנוהג היובל (רמב״ם, הלכות שמיטה, יא, א), הוא ״כי לי הארץ״, ואינה של המקנה.

[371] תמורה ה ע״ב. אבל יש להעיר שהדרשות שם הן לפי הדעה שהלווה אינו יכול לתבוע ריבית קצוצה חזרה מהמלווה, אבל הלכה נפסקה שהוא יכול (רמב״ם, הלכות מלווה ולווה, ד, ג).

[372] בית מאיר אהע״ז, צלעות הבית סי׳ ד (ד ע״א). הוא כותב כך בדעת תוס׳ (שנביא בהערה 396), האומרים שהנשבע שלא להקנות, והקנה, ההקנאה תקפה. הוא מסתמך על מגיד משנה, הלכות גזילה, א, ט, הכותב שלכן הרמב״ם שם סובר שהקנאה מועילה גם אם הקונה עבר על ״לא תחמוד״.
אבל הוא כותב שהרמב״ם סובר שאין לומדים משינוי לכל הקנאה, שהרי רמב״ם, הלכות שמיטה, יא, א, סובר שלא מועילה מכירת קרקע בא״י לצמיתות בזמן שנוהג היובל, אלא הוא סובר שרק בעבירת ״לא תחמוד״ לומדים משינוי כי הוא דומה לעבירת גזל, שכן האיסור הוא על הקונה, משא״כ במכירה לצמיתות, שהאיסור על המוכר.

[373] ב״ק סו ע״א ועוד.

[374] המדות לחקר ההלכה, מדה יא, אות יא.

[375] מעשה הבא בעבירה, עמ׳ 69-71.

הנותן מתנה בשבת או ביו"ט, אף שאסור מדרבנן להקנות מתנה בשבת וביו"ט[376], המתנה תקפה[377]. האחרונים נימקו נימוקים אחדים לכך שאין אומרים שהיא בטלה בגלל האיסור: (א) האיסור אינו מצד עצמו אלא היום גורם לו[378]. (ב) אין איסור בעצם ההקנאה, וחכמים אסרו אותה רק מטעם גזירה שמא יכתוב[379]. (ג) התורה

---

[376] מגן אברהם, שו, ס"ק טו. הוא מדייק כך ממרדכי, ביצה, סי' תרעו (הובא בב"י, או"ח, סי' תקכז), האומר שמותר לתת מתנה רק לצורך מצוה.
שו"ת בית אפרים אהע"ז סי' קיד (סז ע"ב), כותב שאיסור קנין בשבת הוא גם על הקונה.
אבל יש ראשונים המתירים. בשאלת ההכרעה במחלוקת זו, ובשאלה האם האיסור הוא על הנותן או על המקבל, עי' שו"ת כתב סופר או"ח סי' נט; אשד הנחלים (איזנשטין) ערובין פ"ו אות תפט ס"ק ג עמ' שנו; גדולי ציון (תשנב) עמ' שיט; דרש אברהם ח"ב דף עה ע"ג; חלקינו בתורתך (שטרן) מהדו"ב ח"א סי' לו אות ב עמ' קפז; יד שלמה (עזרא) דף כז ע"ד; שו"ת משנה הלכות ח"ז סי' רסז; משנת יהודה ח"א פכ"ג הי"ב עמ' קסו; שו"ת בצל החכמה ח"ג סי' קכג; נועם ח"כ עמ' קצח-קצט; נחמד למראה ח"ב דף נב ע"ד, נג ע"ב; שו"ת רבבות אפרים (גרינבלט) ח"ד סי' פו; שאל האיש דף כא ע"ב; שדה יצחק (רודניק) עמ' לט; שו"ת מהרש"ם ח"א סי' קסד, וח"ח סי' ו; אמרי איש (דדש) סי' יח אות ב; פתח הדביר סי' רמו, אות ד, דף יז ע"ב ואילך; ציון וירושלים, סוכה, ד, ב; נועם ירושלמי, סוכה, ד, ב.

[377] תוספתא ב"ב, י, ו (על מתנת שכיב מרע); רי"ף, ביצה כ ע"ב (בדפי הרי"ף); רמב"ם, הלכות שבת, כג, טו, והלכות מכירה, ל, ז (הובא בשו"ת מהרשד"ם, יו"ד, סימן קמב, ובלחם שלמה, קנין סודר, סי' נה, דף מו ע"ב); רא"ש ביצה פ"ה סי' ב; שו"ע חו"מ, סי' קצה, יא, וסי' רלה, כח; שו"ת שם אריה (בולחובר) או"ח סי' יב (יז ע"א-ע"ב); ים של שלמה ביצה פרק ה סי' ח; ט"ז, או"ח, תקכד, ס"ק א; שו"ת מהר"ם אלשיך סימן עה; שו"ת שאל האיש, חו"מ סי' ט (פח ע"ג); שו"ת מהר"ם לובלין סי' עב; שו"ת יד אליהו (רגולר) ח"א סי' פז; שו"ת בית שערים יו"ד סימן תכג (ד"ה ואמנם מה); מטה אהרן (הלוי) מע' ב דף מא ע"ב; מראה הפנים, על ירושלמי, ביצה פ"ה (כ ע"ב).
בשוגג: רי"ף שם (הובא במגיד משנה, הלכות מכירה שם), אומר (ע"פ תוספתא, ביצה, ד, ג) שהדין כך "בין אנוסים בין שוגגין בין מוטעין בין מזידין". שו"ת מהריט"ץ, סימן טז, בתחילתו, לומד מזה שגם אם הנותן היה שוגג, ולא ידע שאסור, אינו יכול לטעון שזו מתנה בטעות, שאילו ידע שאסור לא היה נותן. זאת אף שבסוף התשובה הוא כותב על המוכר באופן שאסור ע"פ חרם הציבור, שאם היה שוגג הוא יכול לבטל את המכר בטענת טעות. מדבריו בסי' קסד, ד"ה גם (הובא בחקרי לב יו"ד ח"ב סי' מט דף פג ע"א, ובחזון נחום, קדשים, תמורה ה, דף קנא ע"ב) עולה שההבדל הוא שבשבת, גם אם יתבטל המכר, לא יתוקן האיסור, ואם כן אין למוכר תועלת מביטול המכר; ואילו בחרם (או בשבועה שלא למכור), אם יתבטל המכר, נמצא שלא עבר איסור, כי טעם האיסור הוא שהמכירה פוגעת בצד שלישי, והפגיעה תתבטל אם המכירה תתבטל, ולכן הוא יכול לדרוש את ביטול המכר בטענת טעות.
דעה חולקת: המקנה, קידושין ו ע"ב (ד"ה באי"ד וי"ל), כותב כאילו יש דעה בשו"ע יו"ד סי' רל וחו"מ סי' רח, שהקנאה בשבת בטלה (ראה בשמו בסעיף 4).
טל חיים והברכה, בסוגיה דמעמ"ל, דף נט ע"ג, כותב שהנותן מתנה ביו"ט, המתנה בטלה בגלל האיסור. שו"ת מחזה אברהם או"ח סי' קמד (קסז ע"ג), כותב שהמתנה בטלה לפי הדעה שגם באיסור דרבנן אעל"מ. ראה הערה 161, שבניין דוד כותב שהמתנה בטלה.
שו"ת נחלת יוסף (מייזליש), סי' לא, אות ב, כותב שמתנה בשבת וביו"ט אינה תקפה, כי משיכה מועילה רק במתנה שבאה לידו בהיתר, ע"פ תוס' ע"ז עב ע"א (ד"ה ומאי) הכותבים שאם משיכה אינה קונה בגוי במכר, אינה קונה לו בגזל, אף שהיא קונה לגוי במתנה, כי בא לידו באיסור, ולפי זה בשבת ויו"ט שאסור לתת מתנה, והמקנה קידושין ו ע"ב כתב שעיקר האיסור הוא על המקבל, א"כ בא לידו באיסור, ולא מועילה משיכה. אבל באות ג, חזר בו, שדוקא בגזל לא קונה כי יש רשות אחרת המעכבת לקנות, משא"כ באיסור אחר.
שו"ת קול אריה סי' לג, כותב שבהקנאת לולב לקטן במעמ"ל, לפי הר"ן והריטב"א (שנביא בסעיף 4) שהתנאי בטל כי א"א לקיימו (כי אינו יכול להקנותו חזרה), וזו מתנה גמורה, אסור לתת לו ביו"ט, כי אסור לתת מתנה ביו"ט, וגם ההיתר לתת מתנה ביו"ט לצורך מצוה אינו קיים בקטן, כי אין צורך להקנות לו, כי מצות חינוך מתקיימת גם בלולב שאול, לפי הראשונים שהביא ברכי יוסף, או"ח, תרנח ס"ק ו, וממילא המתנה בטלה. אבל הוא כותב שלפי פנים מאירות (הערה 398) שאם נתינת המתנה אסורה רק לנותן ולא למקבל, המתנה תקפה גם לדעה שאעל"מ, כי המקבל יכול לומר "מה אכפת לי שהנותן עשה איסור" - לפי זה בנותן לולב לקטן, שהקטן לא עשה איסור אלא רק הנותן (לפי השיטה שאין איסור לקבל מתנה בשבת ויו"ט - ראה על כך בהערה 376), המתנה קיימת; וגם לפי חסד לאברהם (הערה 398), שחולק על פנים מאירות ואומר שהמתנה בטלה כי גם המקבל עבר ב"לפני עיוור" - הרי כאן הקטן לא עשה שום איסור (כנראה הוא סובר שאין קטן מצווה ב"לפני עיוור"), ולכן המתנה קיימת. אבל הוא כותב שקנה רק מדרבנן, ואף שבדרך כלל קטן קונה מהתורה כאשר דעת אחרת מקנה (כדעה ליד ציון הערה 160), כאן א"א לומר כן, שהרי אם כל הקנין הוא מצד המקנה, המתנה בטלה מטעם אעל"מ; אלא קנה רק מדרבנן מצד עצמו, ולכן המתנה קיימת.
מלוא הרועים, חלק א, מע' כל מלתא דאמר רחמנא, אות יז, כותב כאילו הקנאה בשבת בטלה, ומעיר שאין זה מתיישב עם כלל שהוא קובע שם, שבאיסור דרבנן שהוא איסור מצד עצמו, "אי עביד לא מהני", ואם זה רק משום גזירה, המעשה תקף, שהרי איסור הקנאה בשבת היא גזירה שמא יכתוב. שדי חמד, כללים, מע' כ, כלל נה (עמ' 210) מקשה עליו, הרי הקנאה בשבת מועילה, וזה דוקא מתיישב עם הכלל שהוא הניח? מדברי מלוא הרועים נראה שכוונתו לדברי שלטי הגבורים, ביצה שם, שאומר שהדין היה צריך להיות שההקנאה בטלה כי אעל"מ, ונשאר ב"צ"ע" מדוע ההלכה הפוכה.

[378] ט"ז חו"מ סי' רח (הובא בשו"ת קול אריה חו"מ סי' קכב (קלב ע"א), בשו"ת עזרת מצר סימן מא (ד"ה ואמנם הרב"ח), באבני השוהם (הורוויץ) דף טז ע"א, בשו"ת ברית יעקב (ליבשיץ) ח"א, סי' עט, בס' ויען שמואל ח"י סי' מד עמ'

התירה ליהנות ממלאכה שנעשתה בשבת באיסור[380], ומכאן יש ללמוד שיש תוקף לכל מעשה שנעשה בשבת באיסור[381]. (ד) העבירה לא תתוקן ע"י ביטול המתנה, ובכגון זה המעשה קיים[382]. (ה) כשאסרו חכמים את ההקנאה, אמרו שבדיעבד המעשה תקף[383]. (ו) מעשה שאסור דרבנן אינו בטל בגלל האיסור[384]. (ז) בהקנאה בשבת אין איסור פרטי אלא איסור כללי על כל מה שדומה למשא ומתן, ובכגון זה המעשה קיים[385].

תקלה, ובסיני גל' פא, עמ' יא); שער המלך, הלכות גירושין, ג יט; שו"ת היכלי שן מהדו"ת סי' נב (סו ע"א); שו"ת משפטי עוזיאל חו"מ סימן לב (השני) אות ב.

בני חיי יו"ד סי' שלד הגהב"י אות ב (ע ע"ב), וקרבן נתנאל, ביצה פ"ה אות צ, הסבירו בסתם שאין איסור בגוף המעשה אלא בגלל השבת. ר"א קארו, בחזון נחום, קדשים, תמורה ה (קמה ע"א), מסביר שזאת כוונת מהרי"ט (הערה 382) שכתב שאם ביטול המעשה לא יתקן את האיסור, הוא תקף - כוונתו היא שאם עשה מעשה כדין, אלא שעבר על איסור שאינו בגוף אותו מעשה (כך שביטול המעשה לא יתקן את האיסור, שהרי האיסור אינו תלוי בַּמעשה), הוא תקף; ולכן מתנה בשבת תקפה, כי גוף ההקנאה היה בהיתר והאיסור אינו בגוף המעשה.

שו"ת קול מבשר חלק א סימן יז (ד"ה ועפ"י האמור) מסביר את כוונת הט"ז, שדוקא אם עשה עברה בעצם המעשה, קונסים אותו שלא יועילו מעשיו הרעים שעשה באיסור, אבל כאן אין עבירה בעצם המעשה, אלא יש בו איסור מצד אחר, ולכן לקונסו בביטול המעשה.

הלכה רבה ח"א אות תרכו, עמ' 260, מנמק, שגוף המעשה הוא היתר, והאיסור רק על העושה.

אבל היכלי שן כותב שבאיסור דאורייתא בטל המעשה גם באיסור שאינו עצמי.

דעה חולקת: שער המלך מוכיח שתוס' תמורה ד ע"ב (ד"ה ורבא) סוברים שאעל"מ גם באיסור שהיום גורם לו.

[379] דברי חיים (אוירבך), דיני מכירה, סי' כט (עז ע"ב), בדעת הש"ך שם.

[380] "היא קודש" - ואין מעשיה קודש (ב"ק עא ע"א).

[381] שער המלך שם. גם שו"ת פנים מאירות, ח"א, סי' לד, מנמק, שכשם שכל מה שאדם עושה ומתקן בשבת, כגון הפרשת מעשר, מותר מיד לאחר שבת אף מדרבנן, כך גם הקונה בשבת יכול ליהנות ממנו אחרי שבת ומעשיו קיימים. ר"א קארו, בחזון נחום, קדשים, תמורה ה (קמה ע"ב), כותב נימוק זה לגבי הקנאה בשבת הכרוכה בעשיית מלאכה מהתורה.

אבל שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תנינא, יו"ד סי' ט דוחה נימוק זה, שדרשה זו מלמדת רק שאין לאסור דבר מותר, ואין בה כדי לתת תוקף למה שאמור להתבטל מטעם אעל"מ. בדומה, המגיה בקונטרס ר"א קארו בחזון נחום שם (קמו ע"א-ע"ב; הוא כנראה מחבר הספר, ר' אליעזר נחום), דוחה נימוק זה, שדרשה זו מתירה רק דבר מאכל שהוכן בשבת באיסור; ואם הדרשה היא לכל דבר, צריך ללמוד ממנה שבכל איסור שא"א לתקנו ע"י ביטול המעשה, המעשה תקף, שהרי אין סיבה שהתורה תתיר דוקא בשבת.

על סברת שער המלך, עי' שדי חמד, כללים, מע' כ, כלל ע.

[382] שו"ת מהריט"ץ, סימן טז (ד"ה ונראה לתרץ) (הובא באות היא לעולם, ח"ב, מע' מ אות כב דף לו ע"ד, ובסיני גל' פא, עמ' ה); נתיבות המשפט, רח ס"ק ב (הובא בשו"ת מחנה חיים ח"ג (יו"ד ח"ב) סי' מא, עמ' קכז, ובשו"ת אמרי איש, דדש, סי' יח, עמ' עב); מסגרת השלחן סי' רח; שו"ת מים רבים (מילדולה), או"ח, סי' ל, דף כד ע"ב, בדעת שו"ת דרכי נועם, אהע"ז, סי' נג; כבוד יו"ט, הלכות מכירה ל, ז; שו"ת שואל ומשיב מהדו"ת ח"ד סי' קיא (מד ע"ב); שו"ת כתב סופר, יו"ד, סי' א (ד"ה ומאז אמרתי), בדעת תוס', תמורה ו ע"א (ד"ה והשתא).

נתיבות המשפט מסביר שביטול המכר לא יתקן את האיסור מפני שחכמים אסרו רק את מעשה המכירה, ולא הקפידו על קיום המכירה. הוא כותב שזו כוונת ש"ך, חו"מ, רח ס"ק ב.

עיקרון זה, שאם ביטול המעשה לא יתקן את העבירה, המעשה קיים, כתבו גם שו"ת מהרי"ט ח"א סי' סט (הובא באבני השוהם (הורוויץ) דף טו ע"ג) (והסכים עמו שו"ת ברית אברהם (פצנובסקי), אהע"ז, סי' קכא, אות ז), חוות דעת, יו"ד, א, ס"ק ג, ור"ע איגר שנביא בהערה 408. על עיקרון זה עי' שדי חמד, כללים, מע' כ, כלל נט, ושו"ת בית אפרים יורה דעה סימן נד.

אבל שדי חמד, כללים, מע' כ, כלל נט, עמ' 218, סבור שביטול המתנה יתקן את העבירה של מתנה בשבת, מפני שלדעתו האיסור הוא בקיום המתנה ולא במעשה המתנה. גם שו"ת משפטי עוזיאל חו"מ סימן לב (השני) אות ב, כותב שאם נבטל את ההקנאה מתבטל גם האיסור, ולכן דחה את הנימוק שבטקסט.

[383] שו"ת מהר"ם אלשיך, סי' עה, כמוסבר בחזון נחום, קדשים, תמורה ה (קמט ע"א); שו"ת ברית יעקב (ליבשיץ) ח"א, סי' עט.

[384] אהל יעקב (מנשה), מע' כ, אות ג (נז ע"א); שו"ת ר' עקיבא איגר מהדורא קמא סימן קעד (ד"ה אך עכ"ז); כבוד יו"ט, הלכות מכירה ל, ז.

אבל לדעת פרשנים רבים, גם באיסור דרבנן אעל"מ. בשאלה זו עי' שדי חמד, כללים, מע' כ, כלל נה.

עקדת משה סי' נד עמ' קסו, מנמק ע"פ ההבחנה של מלוא הרועים (הערה 377), שבמה שתיקנו מטעם גזירה, אם עשה, קיים, אבל מה שאסרו מצד עצמו ולא מטעם גזירה, אף בדיעבד בטל, לכן הקנאה בשבת האסורה משום גזירה שמא יכתוב, תקפה.

[385] שו"ת מים רבים (מילדולה), או"ח, סי' ל, דף כג ע"ג.

נימוקים נוספים: טעם נוסף הוא שאפשר להקנות באופן המותר, בחול, כך שאינו איסור עצמי על ההקנאה; טעם זה כתב ש"ך (הערה 387) לגבי מכר בשבת שכרוכה בה מלאכה מהתורה, והוא טוב גם לענייננו. שדי חמד, כללים, מע' כ, כלל סא (עמ' 229) כותב שהש"ך הבין שזה הטעם לפי סמ"ע, רח, ס"ק ג, ושגם פמ"ג, או"ח עט, משבצות זהב בראש הסימן, הבין שזה הטעם לפי הסמ"ע, אלא שהסמ"ע לא הזכיר מתנה בשבת. שו"ת ציץ אליעזר חלק יא סימן צא אות ג, כותב

גם אם ההקנאה נעשתה בשבת באיסור דאורייתא, כגון ע"י שהמקבל הוציא מרשות לרשות, המתנה תקפה[386], כיון שאפשר להקנות באופן מותר, בלי הוצאה[387]; ועוד, שהאיסור אינו בעצם המעשה[388]; ועוד, שביטול המתנה לא יתקן את האיסור[389]; ועוד, שההוצאה אסורה גם בלי שזו מתנה[390].

טעם זה לענייננו. אבל בית מאיר אהע"ז, צלעות הבית סי' ד (ג ע"ד), דוחה נימוק זה לענייננו, שהרי אי אפשר להקנות **בשבת** בהיתר, כיון שיש איסור דרבנן בגוף מעשה הקנין (שלא כמו בהקנאה שנעשתה בשבת תוך מלאכת הוצאה, למשל, שהאיסור היא בהוצאה ולא במעשה הקנין, ואפשר לעשות את ההקנאה בלי מלאכת הוצאה), ולא משנה שאפשר להקנות בחול.

ים של שלמה ביצה פרק ה סי' ח, נימק שאיסור שבת קל, שהרי הוא נדחה עבור חולה. חקרי לב יו"ד ח"ב סי' מט (פג ע"א) מקשה על נימוק זה, הרי כל איסור נדחה במקום פקו"נ? שדי חמד, כללים, מע' כ, כלל סא (עמ' 229), מעלה אפשרות שיש"ש מתכוון לנמק שאפשר היה להקנות בחול (כמו הש"ך שם), והוא גורס בישי"ש "ונדחה אצל חול" ולא "חולה". שו"ת יש מאין סימן ו (ד"ה גם הים של שלמה) מביא את שתי הגירסאות.

שו"ת זכרון יהודה (מונק) או"ח סי' יח (לה ע"ב), מנמק, שהאיסור אינו על החפץ אלא על האדם.

[386] ש"ך, חו"מ, רח ס"ק ב (על מכר); בית מאיר אהע"ז, צלעות הבית סי' ד (ג ע"ד); פרי מגדים, או"ח, שלט, אשל אברהם, ס"ק י (על מכר) (הובא בהלכה רבה, ח"א, אות שסא, עמ' 155).

דעה חולקת: מעשה רקח, הלכות מכירה, ל, ז, מדייק מהרמב"ם שאם ההקנאה כרוכה באיסור דאורייתא של שבת, ההקנאה בטלה מטעם אעל"מ. אך הוא מציין לש"ך שם.

[387] ש"ך, חו"מ, רח ס"ק ב (הובא ביד המלך (לנדא) הלכות מכירה ל, ז, בתחילתו, בשו"ת קול אריה חו"מ סי' קכד, בנחל יצחק סימן א, ענף ב (ד"ה אכן באמת), בקול התורה גל' מב (תשנ"ז) עמ' שיא, בבית הלל גל' כט (תשס"ז), עמ' קכג, בס' ויען שמואל ח"י סי' מד עמ' תקלג, ובסיני גל' פא, עמ' יא); השואל בשו"ת ר' עקיבא איגר מהדורא קמא סימן קעד (ד"ה מה דנסתפק); שו"ת כתב סופר, יו"ד, סי' א (ד"ה ובתחלת הרעיון), בדעת תוס', תמורה ו ע"א (ד"ה והשתא).

ש"ך שם מתכוון להסביר שלכן דינו שונה ממי שנשבע שלא לתת, שלפי הגמ"ר (הערה 408) המתנה בטלה. חזון נחום, קדשים, תמורה ה (קמד ע"ב), וחכמת אדם - בית הנשים, בינת אדם סי' לא, ושדי חמד, כללים, מע' כ, כלל סא, עמ' 230, מקשים, הרי גם הנשבע היה יכול לעשות בהיתר, להישאל לחכם על שבועתו? בהגהה בחזון נחום שם תירץ, שזה לא נחשב שהיה יכול לעשות כי ההתרה תלויה בחכם, וייתכן שהחכם לא היה מסכים להתיר לו. ערוך השולחן, חו"מ, רח, ג, תירץ שאין זה נחשב שביכלתו לעשות בהיתר, כי אם הוא נשאל על שבועתו, "פנים חדשות באו לכאן" ואין כאן שבועה כלל, אבל כל זמן שהשבועה על מקומה אין דרך לתת בהיתר. שדי חמד שם (עמ' 231) מיישב לפי שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תנינא, יו"ד סי' ט שכתב שגם בדבר שהיה אפשר לעשות בהיתר, אם יש אזהרה מפורשת בתורה על כך, המעשה בטל, ובשבועה יש אזהרה מפורשת, משא"כ על הקנאה בשבת תוך כדי הוצאה; אבל הוא מעיר שנודע ביהודה, מהדורא תנינא, אהע"ז סי' קכט אות ד כותב שלפי הגמ"ר גם בדבר שיש אזהרה מפורשת, אם היה יכול לעשותו בהיתר, המעשה תקף. עוד הוא מיישב (בעמ' 232), שרק באיסור שתלוי בזמן כמו הקנאה בשבת, מועיל כי אפשר לעשותו בהיתר בחול; והוא מדייק משו"ת ר"ע איגר, מהדו"ק, סי' קעד, ומחי' מהר"ץ חיות ב"מ ט ע"א, שהם הבינו כך בדעת הש"ך.

ידות נדרים, סי' רל, יד שאול אות ג (והסכים עמו שדי חמד, כללים, מע' כ, כלל סא, עמ' 230), מבאר את נימוק הש"ך, שבדרך כלל מעשה אסור מתבטל כי "דברי הרב ודברי התלמיד, דברי מי שומעין" - לא יתכן שמעשה "התלמיד" יועיל להפקיע את דברי "הרב", וכאן לא שייך נימוק זה, כי האיסור הוא דבר צדדי.

שו"ת יש מאין סימן ו (ד"ה והש"ך ז"ל) מבאר את כוונת הש"ך, שהקנאה בשבת תקפה כי התורה השאירה לו זמן אחר להקנות בהיתר, דהיינו בחול, מה שאין כן בנשבע, שבזמן שאוסרת אותו השבועה אין לו שום דרך היתר.

שו"ת דברי חיים חו"מ חלק ב סימן ו, מבאר את ההבחנה של הש"ך, שבהקנאה בשבת או ביו"ט, האיסור הוא מה שעשה מלאכה בשבת וביום טוב, ואחרי עשיית המלאכה אין איסור, וגוף המכירה הוא היתר, ולא קנסו היתר אטו איסור, מה שאין כן בנשבע שלא יתן, שכל יום חל איסור השבועה ואיסורו קיים, ולכן אינו מועיל.

קצות החושן, רח, ס"ק א, מקשה על הש"ך, שבכמה איסורים אומרים אעל"מ אף שהיה אפשר לעשות בהיתר. ערוך השולחן, חו"מ, רח, ג, מיישב (כסברת נודע ביהודה שם), שבדבר שהתורה ציוותה במפורש "לא תעשה דבר זה" באופן ספציפי, ועבר ועשה, לא מהני גם אם היה יכול לעשות בהיתר כיון שעבר על דבר תורה, משא"כ במתנה שעשה באופן שאסור, הרי לא ציוותה התורה באופן ספציפי שלא לתת באופן זה, אלא שהאיסור כלול בין האיסורים, וכיון שהיה יכול לתת בלא האיסור, מהני.

[388] שו"ת מהרי"ט חלק א סימן סט (הובא בידי אליהו (גליפפה) דף קד ע"ג). הוא מדבר על מי שגדר או פרץ בשבת בתור קניין חזקה.

שו"ת לב שלמה (מחלמא), סי' ב, אות ה, כותב שזה אותו נימוק כמו הנימוק שאפשר לעשות בהיתר (ליד ציון הערה 387), שהרי אם אפשר לעשות בהיתר, נמצא שאין איסור בגוף המעשה.

ס' המקנה (סופר) ח"ב כלל כד פרט א (כה ע"ב) מבאר את כוונת מהרי"ט, שבהקנאה בשבת, ההקפדה היא שהאדם לא יעשה, אבל אין הקפדה שהפעולה לא תהיה בעולם, לכן הפעולה תקפה, ו"הקולר תלוי בראשו".

שו"ת בית שערים יו"ד סימן ז (ד"ה לכן נ"ל), מבאר את כוונת מהרי"ט, שבדרך כלל אעל"מ משום שהתורה אינה רוצה לא בעשיית המעשה ולא בקיום המעשה, אבל בקונה בשבת אין לומר שהתורה אינה רוצה את קיום המעשה, כיון שאין איסור בעצם המכירה אלא משום שנעשה באיסור שבת, ואת האיסור שבשעת העשייה א"א לתקן במה שנאמר שאינו מועיל, שהרי כבר נעשה, ולכן הוא מועיל.

כמו כן, מי שמושך שני מיני בעלי חיים כדי לקנות אותם, קנה, אף שיש בכך איסור כלאים[391], כי האיסור אינו בגוף המעשה[392]; ועוד, שניתן ללמוד זאת בקל וחומר ממה שמועיל קנין באיסור שבת, אף שאיסורו חמור יותר[393].

כמו כן, מי שכתב לבנותיו "שטר חצי זכר", שלפיו כל בת תקבל מעזבונו חצי מחלקו של בן זכר, ואח"כ נתן את כל נכסיו לאחרים במתנה בקנין כדי להבריחם מבנותיו (או מבעלי בנותיו) - אף שאסור לעשות כן[394], מתנתו תקפה[395].

לגבי מי שנשבע או קיבל על עצמו חרם, שלא יתן מתנה, ובכל זאת נתן, נחלקו הפוסקים. יש אומרים שהמתנה מועילה[396]. הם נימקו נימוקים אחדים: (א) האיסור הוא מצד השבועה ולא מצד המתנה עצמה[397]. (ב) האיסור

---

[389] שו"ת תורת חסד סי' רסט (בקיצור); שו"ת משפטי עוזיאל חו"מ סימן לב (השני) אות ב. כמו כן, מהרי"ט שם כותב שאעל"מ רק אם ביטול המעשה יתקן את האיסור, ואח"כ הוא כותב שאעל"מ רק אם האיסור הוא בגוף המעשה, והוא מחזק את דבריו, שאם לא כן, לא מובן מדוע ההקנאה כאן תקפה. לכן מטה אהרן (הלוי) מע' ב (מב ע"ב), מבין שלפי מהרי"ט, ההקנאה כאן תקפה כי ביטולה לא יתקן את האיסור.
כמו כן, אהל יעקב (מנשה), מע' כ, אות ג (נו ע"א), מבאר את טעם מהרי"ט, שהטעם לאעל"מ הוא מפני שדברי התורה קיימים לעולם, ואילו מעשה הפך התורה - בטל, אבל באיסור שאינו בגוף המעשה, אין האיסור מתוקן ע"י ביטול המעשה, ולכן אין בביטולו העמדת דברי תורה.

[390] שו"ת ר' עקיבא איגר מהדורא קמא סימן קעד (ד"ה אבל לענ"ד).
בהקנאה שנעשתה בקנין חצר, שו"ת שואל ומשיב מהדו"ת ח"ד סי' קיא (מב ע"ג), מוצא טעם נוסף שיהיה לה תוקף, ע"פ העקרון של פנים מאירות (ליד ציון הערה 398), שאם רק המקנה עושה איסור, המקבל יכול לקיים את ההקנאה, וכאן אף שהקונה עשה איסור בכך שזכה בחפץ, הרי חצר קונה שלא מדעתו (ראה סעיף 6), ולכן מה שהוא רוצה לקנות הוא רק כהרהור, שהוא מהרהר שיקנה לו חצרו בשבת לצורך הימים הבאים, והרהור בשבת מותר (שבת קנ ע"א).

[391] שו"ת מהרי"ט חלק א סימן סט.

[392] מהרי"ט שם (הובא בסיני גל' פא, עמ' ו). ראה הערה 388 והערה 389, להסבר כוונת מהרי"ט בנימוק זה.

[393] חזון נחום, קדשים, תמורה ה (קמז ע"א). הוא מסתמך על מה שלמדו בחולין קטו ע"א שאין איסור "לא תאכל כל תועבה" במה שצמח מחרישה בשור ובחמור, בק"ו ממה שאין איסור "לא תאכל כל תועבה" במה שצמח ממלאכה בשבת.

[394] שו"ת מהרי"ל, סי' פח; רמ"א אהע"ז, קח, ג.
נחלת שבעה, שטר כא, אות ג, כותב שהאיסור הוא רק לתת בדרך הערמה, במטרה להבריח, וגם אם נשבע לא לתת מתנה, משמעות השבועה היא רק למתנה בדרך הערמה. אבל שו"ת פנים מאירות, ח"א, סי' לד, כותב שאם נשבע לא לתת, כל מתנה אסורה.

[395] שו"ת פנים מאירות, ח"א, סי' לד; שו"ת ר' עקיבא איגר, מהדורא קמא, סימן קכט (ד"ה בפשוטו); שו"ת חתם סופר אהע"ז ח"א סימן קמז.
אלא שפנים מאירות כותב שאם נתן מתנות **לבניו**, יש אמנם תוקף למתנות לגבי היחסים בין הבנים לבין עצמם, אם נתן לבן אחד יותר מלבן אחר, אבל אין להן תוקף לענין צמצום זכות הבת בעזבון, וזאת על פי רמ"א, אהע"ז, ק, א, הכותב (לענין זכות אשה בגביית כתובתה) שהנותן מתנה לאחד מיורשיו, סכום המתנה מחושב כחלק מהירושה. אבל שו"ת ר"ע איגר שם (הובא בפתחי תשובה, אהע"ז, קח, ס"ק ד), כותב שהרמ"א שם דיבר רק על כתובה ולא על שטר חצי זכר, וגם לענין כתובה, בית שמואל, ק, ס"ק ו, כתב שאפשר לומר קי"ל נגד הרמ"א.
ר' אברהם שלום סג"ל, בשו"ת פנים מאירות חלק א סימן לג, כותב שאם נראה לב"ד שהנותן מתכוון להערים ולצמצם את חלקה של הבת, לא יתמעט ע"י זה חלק הבת. ייתכן שכוונתו היא (כמו המשיב בפנים מאירות שם) שהמתנה תקפה, אלא שחלק הבת בעזבון יחושב כאילו לא ניתנה מתנה, וזאת על חשבון חלקיהם של הבנים. והוא כותב שאם בשטר המתנה לבתו נכללת שבועה שלא לתת מתנה לאחר, המתנה בטלה. ראה ליד ציון הערה 396 ואילך, בדין הנשבע שלא לתת מתנה, ונתן.

[396] בית יוסף חו"מ סימן רח, בסופו (הובא בשו"ת שאל האיש, חו"מ סי' ט, דף פח ע"ב); ר' עזריה יהושע, בשו"ת תורת חיים (מהרח"ש) חלק ב סימן כא, דף צב ע"ג (ד"ה ואם יאמר) (הובא בכנה"ג, חו"מ, רנז, הגהב"י, אות יב); ר' חיים שבתי, בתורת חיים שם דף צד ע"א (ד"ה אמנם בענין); ט"ז, או"ח, תקכד, ס"ק א, יו"ד, רכח ס"ק מד, וחו"מ סי' רח (גם בדעת הרמ"א) (הובא במצות חליצה, טויבש, תורה אור, אות פז, ובזכור לאברהם (תשס"ב) עמ' תתקלט); שו"ת מהר"ם אלשיך סימן עה; שו"ת בעי חיי חו"מ חלק א סימן עו (ד"ה וסעד לדברי); שו"ת פנים מאירות, ח"א, סי' לד, בסופו; שו"ת חתם סופר אהע"ז ח"א סימן קמז; פרי חדש, יו"ד, קונטרס אחרון, סי' א, ס"ק לח; בני חיי יו"ד סי' שלד הגהב"י אות ב (עא ע"ב) בדעת שו"ת מהרשד"ם יו"ד סי' קמב; אהל יעקב (מנשה), מע' כ, אות ג (נז ע"ב); חכמת אדם - בית הנשים, בינת אדם סי' לא; גט מקושר (צינץ) אות ריד (דף עא ע"ב-ע"ג במהד' תרצ"ב); שו"ת יש מאין סימן ו (ד"ה ומאחר עלות); ערוך השולחן חו"מ, רח, ג.

בית יוסף שם מוכיח שמועיל, מהדין שבמכר שנעשה באיסור ריבית, החלק שאין בו ריבית תקף (טור, חו"מ, סי' רח). שו"ת מהרש"ך ח"א סי' קנז, דוחה את הראיה, שכאן **כל המתנה** אסורה, ואילו שם רק חלק מהמחיר הוא ריבית. מטה אהרן (הלוי) מע' ב דף מא ע"ב דוחה את הראיה מריבית בדרך אחרת - שבריבית יש לימוד מיוחד שמועיל (עיי"ש).

דעת התוספות: תוספות תמורה ו ע"א (ד"ה והשתא) (הובא בשו"ת ר' יעקב לבית הלוי (מהד' שע"ד), סי' י, דף מה ע"ב, ובשו"ת זכרון יהודה (מונק), קונטרס התשובות, סי' יז), כותבים שמי שנשבע שלא לגרש את אשתו ועבר וגירש אותה, מגורשת גם לרבא האומר "כל מאי דאמר רחמנא לא תעביד, אי עביד לא מהני" (הערה 369), כי הוא בדא מלבו את האיסור. מכאן למדו ר' עזריה יהושע שם (ד"ה אך מ"מ), ב"ח חו"מ סי' רח, שו"ת מהרי"ט חלק א סימן סט, בני חיי יו"ד סי' שלד הגהב"י אות ב (ע ע"ב), שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, אהע"ז, סי' קכט (ד"ה הן אמת), שו"ת הראנ"ח, ח"א, סי' כה, סי' נז, בסופו, וסי' סח, בסופו, שו"ת קול אליהו ח"א יו"ד סי' לה, שו"ת שער אפרים סימן סז (ד"ה אבל ז"א), ידות נדרים, סי' רל, יד שאול אות ג, שו"ת תורת חסד סי' רסט, שו"ת פורת יוסף (אלפנדרי) אהע"ז סי' ח (נב ע"ד), שו"ת יש מאין סימן ו (ד"ה ומעתה נסדר), מלאכת שלמה (חכים), הל' מלוה, ב, ו (סג ע"ג), ערוך השולחן, חו"מ, רח, ג, גט מקושר (צינץ) אות ריד (דף ע ע"ד במהד' תרצ"ב), ושו"ת מים רבים, או"ח, סי' ל (כב ע"ב) - שתוס' סוברים שהמתנה כאן תקפה.

אבל שו"ת שמן רוקח ח"א אהע"ז סי' ס (לו ע"ב) מעלה אפשרות שתוס' שם סוברים שהמתנה אינה תקפה, ואמנם לדעתם דין אעל"מ לא נאמר בשבועה, אבל המתנה בטלה מצד דברי רב יוסף בכתובות פא ע"ב, שכל מה שאסרו חכמים למכור, אם מכר, אין תוקף למכירה (ראה הערה 408).

כמו כן, קצות החושן, רח, ס"ק א (הובא בבית הלל גל' יח (תשס"ד) עמ' יב, והסכים עמו מעין גנים - עצי לבונה, חו"מ, סי' רח), כותב שבנשבע שלא להקנות, גם לתוס' המעשה בטל, והם אמרו רק שבנשבע לא **לגרש**, אמנם הגירושין חלים (זה חריג לכלל שאעל"מ, כי גירושין הוקשו למיתה - תוס', תמורה ה ע"א, ד"ה מיתיבי), אבל אינו חייב להחזיר את האשה, כי בשבועה שאדם בדה, כל שעבר על שבועתו כבר אין איסור, ודוקא באיסור שאסרה התורה על אונֵס לגרש את אנוסתו, נמשך האיסור גם אח"כ והוא חייב להחזיר אותה אף שהגט חל. אבל בית מאיר אהע"ז, צלעות הבית סי' ד (ד ע"א), דוחה פירוש זה (כך נראית כוונתו), שהרי אם תוס' מסכימים שבנשבע שלא להקנות, ההקנאה בטלה, עדיין קשה מדוע התלמוד לא הזכיר נ"מ זו בין אביי לרבא (שכדי לתרץ קושיה זו, כתבו שבנשבע לגרש, מועיל גם לרבא).

סמ"ע, רח, ס"ק ג (הובא באמרי זאב, כלל ז, אות א), כותב שתוס' לא התכוונו לפסוק להלכה שבשבועה "אי עביד מהני".

ר' אברהם שלום סגל, בשו"ת פנים מאירות חלק א סימן לג, כותב שמש"כ תוספות שבשבועה "אי עביד מהני" הוא לדעת אביי, אבל רבא חולק וסובר שאינו מועיל. שו"ת מים רבים (מילדולה), או"ח, סי' ל (כג ע"ד), כותב שתוס' אמרו רק שרבא **לא דיבר** על איסור שאדם בדא מלבו, ולא קבעו מה הדין בו, וייתכן שהם סוברים שהמעשה בטל.

דעת הרא"ש: ש"ך יו"ד, רל, ס"ק ד, שו"ת ראנ"ח ח"א, סימן מב, סי' נז, בסופו, וסי' סח, בסופו, מים רבים שם (כב ע"ב), קול אליהו שם, מלאכת שלמה שם, ופורת יוסף שם, כותבים ששו"ת הרא"ש כלל ז סי' ד סובר שהמתנה כאן מועילה, שהרי הרא"ש כתב שכל שאפשר לבטל את האיסור, המעשה מועיל, והרי כאן הנשבע יכול להישאל לחכם על השבועה. ועי' חזון נחום, קדשים, דף קמג ע"ב, מה שהקשה על סברת הרא"ש. אהל מנשה שם (נז ע"א) מנמק את דעת הרא"ש בדומה למה שנימק את דעת התוס' - ראה הערה 403. ידות נדרים, סי' רל, יד שאול אות ג, מנמק את דברי הרא"ש, שבדרך כלל מעשה אסור מתבטל כי "דברי הרב ודברי התלמיד, דברי מי שומעין" - לא יתכן שמעשה "התלמיד" יועיל להפקיע את דברי "הרב", ואיסור שאפשר לבטלו אינו בגדר "דברי הרב", כי אינו איסור עצמי. שו"ת זכרון יהודה (מונק) חו"מ סי' מא אות ח, מנמק את דברי הרא"ש, שטעם אעל"מ הוא כי עדיף שיתבטל המעשה, ובזה לא יהיה האדם משוקע באיסור, מלומר שהמעשה יועיל נגד רצון התורה; וזה שייך רק אם אין פתרון טוב יותר, אבל כאן שיכול להישאל על שבועתו, ויהיה מותר בלי ביטול המעשה, אין צורך שהמעשה יתבטל. אבל שו"ת יש מאין סימן ו (ד"ה ולעניות דעתי המעט) מעלה אפשרות שהרא"ש סובר שהמתנה בטלה, וטעמו בתשובה שם אינו משום שאפשר לבטל את האיסור, אלא טעם אחר - עיי"ש להסברו.

פוסקים נוספים הסוברים כך: נודע ביהודה שם (ד"ה והנה הארכנו) כותב שהרמב"ם סובר שהמתנה תקפה, שהרי הוא פוסק כאביי ש"אי עביד מהני" (עיי"ש להוכחתו שזו דעת הרמב"ם), והוא מוסיף (בד"ה ובזה מתורץ) שהרמב"ם סובר כתוס', שגם לרבא, באיסור שבדא מלבו "אי עביד מהני".

שו"ת קול אליהו ח"א יו"ד סי' לה, כותב שתשב"ץ ח"א סי' קנה (הובא בבית יוסף יו"ד סימן רח) סובר שהמתנה תקפה - עיי"ש להוכחתו.

שו"ת דרכי נועם אהע"ז, סי' נג (ד"ה אשר על כן) כותב שתוס', רא"ש, ערך לחם, חו"מ, סי' רח, והרמ"א, סוברים שהמתנה תקפה; ושו"ת גינת ורדים חו"מ כלל ג סימן לב, כותב שדרכי נועם פוסק כך. חתן סופר, בעניני המקנה והקנינים, סי' כח ס"ק ד אות כא, כותב שרוב האחרונים סוברים שהמתנה תקפה. שו"ת פורת יוסף (אלפנדרי) אהע"ז סי' ח (נב ע"ד), כותב שהדעה שהמתנה בטלה כמעט דחויה מהפוסקים. חקרי לב חו"מ ח"א סי' קיא (קסה ע"א), כותב שאין מי שחושש לדעה ההיא. חקרי לב אהע"ז סי' כד (נה ע"ד), כותב שכל הפוסקים סוברים שהמתנה תקפה. שו"ת משפט צדק ח"ג סי' ו (יט ע"ג), פוסק כתוס' וראי"ש (הוא עוסק בגט).

שו"ת יש מאין סימן ו (ד"ה וכאשר יובן) מוכיח משו"ת לחם רב סי' ל, ומשו"ת מהרש"ך ח"ב סימן קכט, שלדעתם ההקנאה תקפה, ומוכיח (בד"ה ובתשובות בעי חיי) שזו דעת שו"ת תורת אמת סימן פט.

כמו כן, שו"ת הרדב"ז, סי' שני אלפים סח, חולק באופן כללי על הגהות מרדכי (הערה 408) האומר שהמתנה בטלה (אבל לא הזכיר מתנה בייחוד).

[397] ט"ז חו"מ סי' רח (הובא בס' ויען שמואל ח"י סי' מד עמ' תקלה, בשו"ת כתב סופר, יו"ד, סי' א (ד"ה ובתחלת הרעיון), ובשו"ת בית שערים יו"ד סימן תכג, ד"ה ובאמת לדעתי); שו"ת ר"ב אנג'ל סי' כח (מב ע"ג); גט מקושר (צינץ) אות ריד (דף עא ע"א-ע"ב במהד' תרצ"ב); שו"ת עזרת מצר סימן מא (ד"ה ואמנם מדברי).

הוא על הנותן ולא על המקבל, ואין הצדקה לכך שהמקבל יפסיד בגלל איסור שעשה הנותן[398]. (ג) איסור שבועה קל, כי אפשר להתיר אותה בשאלה לחכם[399]. (ד) הכלל שמעשה שנעשה בעבירה מתבטל הוא נגד ההגיון

גט מקושר מסביר שהיות שאין איסור בנתינה עצמה, נמצא שהקנין אינו בא ע"י עבירה על השבועה, שהרי אילו לא נשבע היה יכול לעשות את הקנין בהיתר.

ראה הערה 378, בהסבר קול מבשר לאותה סברה שאמר הט"ז לענין הקנאה בשבת.

אמרות טהורות (ישראל) סי' קלד (ריד ע"ד), כותב שט"ז מתכוון לסברת מהרי"ט (שהובאה בהערה 382), שאם ביטול המעשה לא יתקן את העבירה, המעשה קיים. אבל שדי חמד, כללים, מע' כ, כלל נט (עמ' 222), כותב שאין נראה שזו כוונת הט"ז.

[398] שו"ת פנים מאירות ח"א סי' לד (הובא בחקרי לב יו"ד ח"ב סי' מט (פג ע"א), בשו"ת שאל האיש, חו"מ, סי' ט, דף פט ע"ד, בזכרון יהושע - לקט מנחם, עמ' 53, במנחת חינוך מצוה לח דף נט ע"ג [שהובא בדרך המלך (רפפורט) הלכות גירושין ב, כ], ומצוה שסא דף קנ ע"ג, יד שלמה (פרידר), הלכות תרומות, ה, ב, דף ל ע"א, בידות נדרים, סי' רכח, יד שאול, אות לז, וסי' רל, יד שאול אות ב, בשו"ת שואל ומשיב מהדו"ת ח"ד סי' קיא (מב ע"ב, מד ע"ב), בשו"ת תפארת יוסף (מייזלש), או"ח סי' יד (יב ע"ד), בשו"ת מהר"ם שיק אהע"ז סי' קל (בסופו), בשו"ת הר צבי, יו"ד סי' קכג וסי' רנט, ובשו"ת בית שערים, יו"ד סי' שכד). הוא כותב שמטעם זה, בכל מצב שרק הנותן או רק המקבל עושים איסור, המתנה תקפה.

שו"ת חסד לאברהם (תאומים) מהדו"ק יו"ד סי' פג, ואהע"ז סי' לח (הובא בשו"ת קול אריה סי' לג), כותב שהפוסקים שסוברים שאעל"מ גם במכר באיסור, יענו לטענת פנים מאירות, שהמכר בטל כי גם הקונה עבר ב"לפני עיוור". כנגד זה, חתן סופר, בעניני המקנה והקנינים, סי' כח ס"ק ד אות כד, מסביר שאיסור "לפני עיוור" אין בו כדי לבטל את המתנה, לפי הסברה (הערה 382) שאם ביטול המעשה לא יבטל את העבירה, "אי עביד מהני", וב"לפני עיוור" ביטול המעשה לא יבטל את העבירה כי עובר בלפני עיוור על עצם העמדת המכשול גם אם האחר לא עשה עבירה.

שו"ת משפטי עוזיאל חו"מ סימן לב (השני) אות א, דוחה את דברי פנים מאירות, בטענה שאעל"מ אינו מדין קנס, אלא הוא סברא, שמעשה איסור אינו מעשה לבטל דין תורה, ולכן לא משנה שהמקבל לא עשה איסור.

שו"ת ברית אברהם (פצנובסקי), אהע"ז, סי' קכא, אות ז, מקשה על פנים מאירות, מדוע במכר שנעשה באיסור ריבית (כגון שהוסיף על המחיר בגלל המתנת המעות), העלה הרא"ש, ב"מ פ"ה סי' יט (שאותו ציין פנים מאירות כשונה מהנשבע) אפשרות שההקנאה בטלה, הרי האיסור הוא רק על המלווה, וללווה אסור לתת רק מפני "לפני עיוור", וזה המצב גם בנשבע; ועוד, שלפיו היינו צריכים לומר שאם המקבל רוצה לבטל את הנתינה, והנותן רוצה לקיים, ההקנאה בטלה (שואל ומשיב שם, מג ע"א, כותב שאכן כך הדין לפי פנים מאירות); ועוד, הרי ההקנאה בטלה מצד הנותן, בגלל האיסור, ואיך יכולה הקנאה להתקיים רק עם צד אחד? לקושיה האחרונה הוא מיישב, שפנים מאירות סובר שאעל"מ הוא משום קנס, וכאן אין לקנוס את הקונה בגלל עבירת המוכר. הוא מדייק מדברי פנים מאירות, שגם לדעתו, אם יתוקן האיסור ע"י ביטול המעשה, המעשה בטל גם אם המקבל לא עשה איסור, וזאת כדי להציל את הנותן מאיסור; ורק אם לא יתוקן האיסור ע"י ביטול המעשה, הוא אומר שאם המקבל לא עשה איסור, המעשה תקף (ראה הערה 405 בשם פנים מאירות).

שו"ת בית אפרים או"ח סימן מא (ד"ה ואני עשיתי) מביא ראיה לפנים מאירות מתוספות סוכה לא (עיי"ש להוכחתו). והוא כותב (בד"ה והנה מדברי) שהמקנה, קידושין נו ע"ב (ד"ה בא"ד והא דלא חשיב), חולק על פנים מאירות (עיי"ש להוכחתו).

כבוד הלבנון סי' טו אות יא, מנמק את דברי פנים מאירות ע"פ שו"ת בית אפרים או"ח סי' נט (ד"ה והנה בהא) ויו"ד סי' לט (ד"ה ועדיין צריך) שכתב שאעל"מ שייך רק באיסור שצריך כוונה, וכשיש איסור כוונתו מתבטלת, וממילא המעשה מתבטל; לפי זה, אם יש איסור רק לקונה או רק למקנה, גם אם מתבטלת כוונתו, הקנין חל ע"י כוונתו של הצד האחר.

שו"ת קול מבשר חלק א סימן יז (ד"ה ועפ"י האמור) מנמק את דברי פנים מאירות, שאעל"מ הוא מטעם קנס, שקנסו את העובר שלא יועילו מעשיו הרעים, וכאן, אם נאמר שההקנאה בטלה, יהיה גם קנס למקבל, שלא עשה איסור, לכן ההקנאה תקפה.

[399] בני חיי יו"ד סי' שלד הגהב"י אות ב (עב ע"ב) (נדפס שוב שם, חו"מ, רח, הגה"ט אות ג דף קמט ע"ג); חכמת אדם - בית הנשים, בינת אדם סי' לא; בית מאיר אהע"ז, צלעות הבית סי' ד (ד ע"ב); כבוד יו"ט, הלכות מכירה ל, ז; שו"ת באר יצחק יורה דעה סימן א ענף ד, בדעת ש"ך יו"ד רל, ס"ק ד; שו"ת בית שערים יו"ד סימן שכד (ד"ה ולפענ"ד נראה). הם כותבים שזה טעם התוס' (הערה 396), שבאופן כללי, באיסור שבועה, "אי עביד מהני". הם מסתמכים על הרא"ש (הערה 396), הכותב שבעבירה על איסור שאפשר לבטל, "אי עביד מהני". גם שו"ת זכרון יהודה (מונק) חו"מ סי' מא אות ז, כותב שטעם תוס' בתמורה הוא כי יכול להישאל על שבועתו, כטעם הרא"ש.

שו"ת כתב סופר, יו"ד, סי' א (ד"ה ונבוא לבאר) מסביר נימוק זה ע"פ סברת הט"ז (397) שכל שהאיסור בא מצד אחר, המעשה תקף: היות שאפשר להשאל על השבועה, ובזה יבוטל איסור השבועה בלי ביטול המעשה, נמצא שהעבירה אינה תלויה בביטול המעשה אלא בביטול השבועה ע"י שאלה, ולכן גם אם לא נשאל, המעשה תקף, כיון שאין המעשה עצמו נגד רצון ה', אלא השבועה. אבל הוא כותב (בד"ה ופתח דברינו) שלפי תוס' הנימוק אינו משום היכולת להישאל, שהרי לא הזכירו זאת.

כתב סופר שם (ד"ה וצריך אני) מעיר שלפי נימוק זה, מי שנשבע ע"ד רבים שלא לתת, המתנה בטלה, כיון שאי אפשר להישאל על שבועה כזאת.

עי' שדי חמד, כללים, מע' כ, כלל נז (עמ' 212-213), שמביא פרשנים האומרים שטעם התוס' הוא משום שאפשר להתיר את השבועה, ומביא פרשנים אחרים האומרים שטעם התוס' הוא אחר, ולפיהם גם בשבועה שא"א להתיר, המעשה תקף.

הפשוט, והוא חידוש שנלמד מפסוקים, ולכן אין לך בו אלא חידושו, ואינו חל באיסור שבועה, שבדא האדם מלבו[400]. (ה) באיסור שבועה, שמקורו בפסוק "לא יחל דברו"[401], אי אפשר לפרש שכוונת התורה היא שלא תחול הפעולה שנשבע לא לעשות, שהרי יש שבועות שהן במציאות (כגון "לא אוכל"), שאין לומר שלא יחולו תוצאותיהן, ומכאן שהתורה מתכוונת רק לאסור את המעשה, ולא לשלול את תוקפו[402]. (ו) בדרך כלל מעשה אסור מתבטל כי "דברי הרב ודברי התלמיד, דברי מי שומעין" - לא יתכן שמעשה "התלמיד" יועיל להפקיע את דברי "הרב", ואילו באיסור שבועה, גם המתנה וגם השבועה הם דברי "תלמיד"[403]. (ז) "אי עביד לא מהני" רק אם ביטול המעשה יתקן את העבירה[404], וכאן ביטול המתנה לא יתקן את העבירה, שהרי האיסור כבר נעשה, ורק אם הקונה יסכים להחזיר, האיסור יתוקן, וגם אם יחזיר, והנשבע ישוב בתשובה, העבירה כבר נעשתה והתשובה היא המכפרת, ולא ביטול המעשה[405]. (ח) בדרך כלל מעשה אסור מתבטל משום שאין התורה רוצה לא בעשיית המעשה ולא בקיום המעשה, וזה שייך באיסור שאסרה תורה, שיכולה לאסור גם את קיום המעשה, אבל בשבועה, האדם אינו יכול להישבע שלא תועיל ההקנאה, והוא יכול רק לאסור את עשיית המעשה[406].

גם לדעה זו, אם דבר המתנה נמצא עדיין ביד הנותן, גם אם כבר עשו קנין, הוא יכול לומר: "איני רוצה לתת לך כדי שלא אעבור על שבועתי"[407].

---

[400] שו"ת חתם סופר יו"ד סי' ו (הובא בשו"ת בית שערים יו"ד סימן שכד, ד"ה תמול הגיעני, ובשו"ת כתב סופר, יו"ד, סי' א, ד"ה ופתח דברינו); שו"ת קול מבשר חלק א סימן יז (ד"ה גם לפיענד"נ). הם כותבים שזה טעם התוס' שם.

[401] במדבר ל, ג.

[402] שו"ת ר' עקיבא איגר, מהדורא קמא, סימן קכט (ד"ה זאת ועוד); מנחת חינוך מצוה שסא (קנ ע"ב) (הובא בסיני גל' פא, עמ' ז); גט מקושר (צינץ) אות ריד (דף עא ע"א במהד' תרצ"ב). מנחת חינוך כותב שזה טעם התוס' שם. סברה זו כתב גם מים רבים, שנביא בהערה 408. על סברה זו עי' שדי חמד, כללים, מע' כ, כלל עא.

[403] ידות נדרים, סי' רל, יד שאול אות ג.
גם אהל יעקב (מנשה), מע' כ, אות ג (נז ע"א), מנמק, שהטעם שאעל"מ הוא כדי להראות שדברי תורה קיימים לעולם, ואילו מעשה הפך התורה - בטל, וזה לא שייך באיסור שבועה.
בדומה, חתן סופר, בעניני המקנה והקניינים, סי' כח ס"ק ד, אות כב, מנמק את דעת תוס', שהטעם שאעל"מ הוא שיש בזיון כלפי ה' אם יתקיים מעשה של האדם ויתבטל דין תורה, אבל זה שייך רק בדבר שנראה לעין כל שהאדם עושה נגד רצון ה', אבל איסור שבועה תלוי בלבו של האדם, שהרי אם אין לבו שוה לפיו, השבועה בטלה, וא"כ לא נראה לעין כל שהוא ממרה את רצון ה', ולכן המעשה קיים.

[404] העקרון שראינו בהערה 382.

[405] שו"ת מים רבים (מילדולה), או"ח, סי' ל (כג ע"ב); פנים מאירות (הערה 398) (כחלק מנימוקו העיקרי, שם); שו"ת כתב סופר, יו"ד, סי' א (ד"ה וע"כ צריכים). על שיקול זה לעניין שבועה ראה הערה 408 בשם ר"ע איגר ושמן רוקח, וראה הערה 416 שכתב סופר כותב שהדעה האחרת סבורה שמשמעות השבועה היא רק להקנאה תקפה.
מים רבים כותב שאין נראה לומר שאם "לא מהני", ההקנאה אינה חלה כלל, ונמצא שלא עבר עבירה.
כתב סופר מסביר שדוקא אם מעשה העבירה קיים וישנו בעולם, זה דבר מתועב נגד רצון התורה שדבר זה לא יקום ולא יהיה, ולכן עלינו לומר שיתבטל; אבל בשבועה, מעשה ההקנאה אינו נגד רצון ה', ורק איסור שבועה יש עליו, וכבר עבר, ולא נרוויח דבר בכך שיתבטל. והוא כותב שזאת כוונת תוס'.
נימוק נוסף: ר' עזריה יהושע (הערה 396) מנמק, כי אין שבועה עושה קנין.

[406] שו"ת בית שערים יו"ד סימן ז (ד"ה לכן נ"ל).
בדומה הסביר שם סי' שכד (ד"ה וגם במ"ש חת"ס), שדוקא במקום שאין התורה רוצה בקיום התוצאה, לא מועיל, ובזה נתקן, שיתקיים רצון התורה, אבל באיסור שאדם בדה מלבו, שהמעשה וגם התוצאה מן המעשה אינם נגד רצון התורה, אלא שהוא נשבע שלא יעשה מעשה מסוים, אין לומר שלא יועיל כדי שיתקיים רצון ה', שהרי קיום התוצאה אינו נגד רצון ה'.

[407] חכמת אדם - בית הנשים, בינת אדם סי' לא.

לעומת זאת, אחרים אומרים שהמתנה אינה מועילה[408], בגלל העיקרון שמעשה שנעשה באיסור אינו תקף -

[408] ר״י בר פרץ, בהגהות מרדכי שבועות סי׳ תשפד (הובא בשו״ת מהרי״ט חלק א סימן קלח, ד״ה וגם ראיתי); שו״ת מהר״י וייל סימן קנו; סמ״ע, רח, ס״ק ג (הובא בשו״ת יד אליהו (רגולר) ח״א סי׳ פז); פסקי הגר״א חו״מ רח, בדעת ביאור הגר״א שם ס״ק ב; קרבן נתנאל, ביצה פ״ה אות צ; שרשי הים, הלכות אישות יב, ז (ד״ה וא״ת כיון); שו״ת ציץ אליעזר חלק יא סימן צא אות ג.
מהר״י וייל לומד מכאן שמי שנשבע שלא לתת מנכסיו מתנה לשום אדם כדי שלא לפגוע בזכויות אשתו בכתובתה, חוץ ממתנת בריא שיחול מיד - אם עבר ונתן במתנת שכיב מרע, אינה תקפה.
ערוך השולחן, חו״מ, רח, ג, מעלה אפשרות שגם לפי הגמ״ר, הנותן **חייב להישאל** לחכם על שבועתו כדי לקיים את המתנה.
פוסקים נוספים שסוברים כך: שו״ת שמן רוקח ח״א אהע״ז סי׳ ס (לו ע״ב) כותב שמשנה למלך הל׳ מלוה ח, א, שו״ת מהרש״ך ח״א סי׳ קנז, ישי״ש ביצה פ״ה סי׳ ח, ומגן אברהם, שלט ס״ק י - מסכימים להגמ״ר; והוא אף סומך עליו בפסיקתו שם לגבי מי שנשבע לא לגרש. אבל חקרי לב יו״ד ח״ב סי׳ מט (פג ע״א) כותב שיש״ש שם לא התכוון לפסוק כהגהות מרדכי אלא ליישב קושיה שקשה עליו.
חוות דעת, יו״ד, א, יא, כותב שלדעת להרבה פוסקים, אינו תקף. שדי חמד, כללים, מע׳ כ, כלל נז (עמ׳ 215) מביא עוד פוסקים שפסקו כהגמ״ר.
כסא אליהו אהע״ז קנד אות ד, כותב שחידושי הרשב״א יבמות ב ע״א סובר כהגמ״ר - עיי״ש להוכחתו.
כנה״ג אהע״ז קיט הגה״ט אות ט, כותב ששו״ת מהר״י מינץ סי׳ יז הכותב שהמגרש אשה בע״כ, אינה מגורשת כיון שעבר על חרם רבינו גרשום, סובר שבעובר על חרם אעל״מ, ע״פ הגמ״ר.
מלאכת שלמה (חכים), הל׳ מלוה, ב, ו (סג ע״ג), מוכיח מתוס׳ ב״ק פט ע״א (ד״ה כל) שלדעתם מי שנשבע לא למחול ומחל, המחילה אינה תקפה, ומסביר שהם סוברים כהגמ״ר.
חקרי לב אהע״ז סי׳ כד דף נה ע״ד (הובא בחוק לישראל, שליחות, עמ׳ 209) ושו״ת לב שלמה (מחלמא), סי׳ ב, אות ב, כותבים ששו״ת ראנ״ח ח״ב (מים עמוקים) סי׳ יח, סובר כהגמ״ר, ולכן הוא כתב שהנשבע שלא לגרש, אינו יכול למנות שליח לגרש, כי מה שאדם אינו יכול לעשות, אינו יכול למנות שליח לעשות; והרי כלל זה אינו אמור בדבר שאסור לשולח לעשות אבל יהיה תקף אם יעשה אותו (כפי שמעיר מחנה אפרים, הל׳ שלוחין, סי׳ ט).
שו״ת מים רבים (מילדולה), או״ח, סי׳ ל (כג ע״ב), כותב ששו״ת שער אפרים סי׳ קיג (סח ע״ד) כנראה סובר כהגמ״ר.
ישועות יעקב אהע״ז סי׳ א ס״ק ז מביא את הרמ״א, יו״ד סי׳ רל, הפוסק כהגמ״ר, ואינו מביא את הרמ״א, חו״מ סי׳ רח הכותב להיפך (על סתירת הרמ״א ראה בהמשך הערה זו).
חוות דעת סימן א ס״ק ג, מביא דעה זו.
שלטי הגבורים ביצה כ ע״ב (בדפי הרי״ף), סי׳ ד, שו״ת פרח מטה אהרן, ח״א, סי׳ נד (קו ע״ד), וסי׳ סח (קלד ע״ג), כסא אליהו או״ח תקפט, אות ג, שו״ת זכר יהודה (בטלן) סי׳ ז עמ׳ לד-לה (במהד׳ תשנ״א), שו״ת טל אורות (ג׳ויא) אהע״ז סי׳ א (יב ע״ד-יג ע״א), שו״ת ראנ״ח ח״א סי׳ כה (לענין מתנה שנאסרה בתקנת קהל) וסי׳ מב (הובא בשו״ת דרכי נועם אהע״ז סימן נג, ד״ה מעתה), שו״ת בית אפרים יורה דעה סימן נד, בתחילתו, ר׳ יעקב שלום פרייפלד, קול התורה גל׳ מב (תשנ״ז) עמ׳ שיא, ר׳ שלמה משה עמאר, זכור לאברהם (תשס״ב) עמ׳ תתקלט, חשוקי חמד בבא בתרא קיב ע״א, ור׳ יוסף מאיר מרגליות, ״מסחר וקנין במצוות ועבירות״, סי׳ יובל הפרדס (תשי״א), עמ׳ 154 (עיי״ש על ביטול מכירת מצוות ועבירות מטעם מכירה אסורה, ושם עמ׳ 155, על ביטול מכירת הבכורה ליעקב מטעם זה), מביאים את שתי השיטות.
ב״ח חו״מ סי׳ רח, ש״ך, יו״ד, רל ס״ק ד, וחו״מ, רח, ס״ק ב (הובא בשושנת העמקים, תאומים, כלל כא, ד״ה תשובה), שו״ת אבני נזר יו״ד סי׳ שח ס״ק א, שו״ת ר׳ עקיבא איגר, מהדורא קמא, סימן קכט (ד״ה אולם כפי), עטרת צבי חו״מ רח, אות ג, שו״ת קול אליהו ח״א יו״ד סי׳ לה, שו״ת תורת חסד סי׳ רסט, שו״ת דברי שלום (מזרחי) חו״מ חלק ב סימן פה, וחשוקי חמד כתובות פא ע״ב (בכל הקנאה אסורה), כותבים שהדין בספק. ר״ע איגר שם כותב (בד״ה גם דעת) שהרמ״א מסופק שהרי ביו״ד סי׳ רל, הביא את הגהות מרדכי בלשון ״יש אומרים״, ובחו״מ סי׳ רח, כתב בפשטות שהמכר קיים, משמע שלדעת הרמ״א תלוי מי מוחזק. הוא מוסיף (בד״ה וכל זה) שהדין בספק, שהרי ספק האם הלכה כרבא האומר ״אי עביד לא מהני״. מלאכת שלמה (חכים), הל׳ מלוה, ב, ו (סג ע״ג), כותב שבגלל המחלוקת אפשר לומר קי״ל שהמתנה תקפה. ר׳ אברהם שלום סג״ל, בשו״ת פנים מאירות חלק א סימן לג, כותב שאפשר לומר קים לי שאינה תקפה. שו״ת עזרת מצר סימן מא (ד״ה ונלע״ד דמאחר), כותב שאפשר לומר קי״ל כשני הצדדים.
אבל שו״ת ר״ב אנג׳ל סי׳ כח (מג ע״ב) כותב שהמתנה תקפה ואף א״א לומר קי״ל כהגמ״ר, כי הוא דעת יחיד.
הבנה אחרת בדברי הגהות מרדכי: ר״א שוחטמן, מעשה הבא בעבירה, עמ׳ 146-148 (הובא בחוק לישראל, שליחות, עמ׳ 209), מביא גירסה של הגהות מרדכי מכתב יד, ולפיה מדובר במוכר שטר חוב, שכדי שהקונה לא יחשוש שימחל ללווה (כפי שיש בכוחו לעשות - כתובות פה ע״ב), או יַקנה אותו לאדם אחר, הוא נשבע שלא ימחל ולא ימכור (ושם לא נזכרת שבועה שלא לתת). הוא מסביר שהסיבה שההקנאה אינה מועילה אינה משום שהיא באה ע״י איסור, אלא כי בזה שנשבע, איבד את זכותו בחוב, שהרי אחרי שמכר את השטר, כבר אינו יכול לגבות מהחייב, והזכות היחידה שנשארה לו היא הכוח למחול או להקנות לאחר, וע״י שבועתו הוא מוותר גם על זכות זו. לפי הסבר זה, אין ללמוד מכאן לסתם נושה שנשבע שלא יתן, שהרי בסתם נושה, השבועה דווקא **מחזקת** את זכותו בחוב (אבל ראה הערה 410 שחתם סופר הסביר שהנשבע מפקיר את זכותו בנכס לעניין מכירתו ונתינתו, ויש בכך **צמצום** כוח בעלותו). ובמלים אחרות (בעמ׳ 151), בנידונו של הגמ״ר, השבועה מונעת את חלות המתנה מפני שהיא משעבדת את נכסי הנשבע למי שהוא נשבע לטובתו, אבל סתם אדם שנשבע לא לתת, אין בכך שעבוד נכסים לאדם אחר, ולכן יש תוקף למתנה. הוא מסביר (בעמ׳ 149, הערה 197) שהנוסח שלפנינו שובש ע״י מעתיק ששינה את הנוסח המקורי כי חשב שטעמו של הגמ״ר הוא מצד אעל״מ. הוא מביא ראיה (בעמ׳ 150) משו״ת מהר״י וייל סי׳ קנו, שמבין את הגמ״ר כטעמו האמיתי, שהנשבע מאבד את זכותו הממונית

בחוב שמכר, וגם בנידונו היתה שבועה לטובת אדם אחר - נשבע לאשתו לא לתת מתנה לשום אדם, שבכך ייגרע מכתובתה. מסקנתו היא (בעמ' 153) שהיות שאלו שפסקו שההקנאה בטלה הסתמכו על גירסה לא נכונה בהגמ"ר, אין להתחשב בדבריהם, אלא יש תוקף להקנאה.

הבחנות שונות: הפוסקים עשו הבחנות שונות בדבר תקפות המתנה, בין היתר כדי ליישב את סתירת הרמ"א, שבחו"מ פסק שהמתנה תקפה וביו"ד פסק שהיא בטלה. נודע ביהודה, אהע"ז שם (ד"ה ג - בהיתר האשה) כותב שהגהות מרדכי דיבר רק בנשבע **על דעת רבים**, וכדומה, שאין לשבועתו התרה, אבל בשבועה רגילה שאפשר להתיר, הרי גם אם לא התיר ונתן, המתנה תקפה, כי שבועה שאפשר להתיר, איסורה קל יותר, כאמור ליד ציון הערה 399. כך כתב גם שו"ת שמן רוקח ח"א אהע"ז סי' ס (לד ע"ד), גם בדעת הרמ"א (לגבי מכר). כמו כן, שו"ת ר' עקיבא איגר, מהדורא קמא, סימן קכט (ד"ה ומ"ש גיסי), מביא שגיסו סבור שבסתם שבועה, המתנה תקפה כיון שאפשר להתיר את השבועה ע"י שאלה לחכם, ושו"ת הרא"ש, כלל ז, סי' ד (שצוין בהערה 396), כתב שאיסור שאפשר לבטל, "אי עביד מהני"; אבל אם נשבע על דעת אדם אחר, המתנה בטלה, מפני שאפשר להתיר את השבועה רק בהסכמת אותו אדם אחר, ואין ביד הנשבע-הנותן להשיג את הסכמתו, ולכן נחשב שא"א לבטלו. כמו כן, שו"ת קול מבשר חלק א סימן יז (ד"ה אולם באמת), כותב שלפי הנימוק של הרא"ש, בנשבע על דעת רבים שלא מועילה בו התרה, ההקנאה בטלה. אבל ר"ע איגר עצמו שם כותב שלא ברור האם אפשר להסתמך על הרא"ש. כמו כן, שו"ת ר"ב אנג'ל סי' כח (מב ע"ג) כותב שלדעת תוס' (הערה 396), גם אם א"א להתיר, מהני, מפני שטעמם הוא שבאיסור שבדא מלבו, מהני, ולא מצד שאפשר להתירו (ראה על כך בהערה 399). גם שו"ת בית שערים יו"ד סימן תכג (ד"ה ובאמת לדעתי) כותב שאפילו בנשבע ע"ד רבים שאין לו התרה, מועילה ההקנאה.

גם דברי חיים (אוירבך), דיני מכירה, סי' כט (עז ע"ג), עושה הבחנה כזאת (גם בדעת הרמ"א), אבל מטעם אחר - על פי העקרון (בהערה 382) שאעל"מ דווקא אם ביטול המעשה יתקן את העבירה (הוא עוסק במכר): בשבועה רגילה, המתנה תקפה, כי גם אם תבוטל, הנותן עובר על השבועה (אם לא יישאל עליה) כי סו"ס נתן מתנה שיש לה תוקף חלקי, שהרי יהיה לה תוקף אם יישאל על שבועתו; אבל בשבועה על דעת רבים וכדומה, שא"א להתיר, המתנה בטלה, כי ביטולה יבטל את האיסור, כי המתנה לא תהיה תקפה כלל, כי אין אפשרות להתיר את השבועה, ונמצא שלא עבר על שבועתו.

ר"ע איגר שם (ד"ה גם אם, ד"ה ויראה לכאורה, ד"ה ולפי הדברים) עושה הבחנה אחרת ע"פ העקרון הנ"ל, ש"אי עביד לא מהני" נאמר רק אם בביטול המעשה תבוטל העבירה: בסתם שבועה, גם אם נאמר שהמתנה בטלה, עבר על שבועתו, שהרי נשבע שלא לתת, ומשמעות שבועה זו היא על **מעשה** הנתינה ואוסרת גם נתינת מתנה שאינה תקפה (עיי"ש שמוכיח שזו דעת הרמב"ם, הל' גירושין ח, יב), ורק אם נשבע **שלא לתת מתנה תקפה**, המתנה בטלה מפני שביטול המתנה מבטל את העבירה. שדי חמד, כללים, מע' כ, כלל נט, עמ' 221, מחזק את דברי רעק"א בכך שיש עוד הסוברים ש"נתינה" סתם כוללת גם נתינת מתנה שאינה תקפה. גם שו"ת ברית אברהם (פצנובסקי), אהע"ז, סי' קכא, אות ח, עושה הבחנה זו בדעת הגמ"ר ורמ"א, ע"פ העיקרון שהמעשה מבוטל רק אם בכך תבוטל העבירה: שאם נשבע בלשון שמשמעותו שלא יישאר החפץ קנוי למקבל, ההקנאה בטלה כי ביטולה מתקן את האיסור; ואילו אם נשבע בלשון שמשמעותו על תחילת ההקנאה, ההקנאה תקפה כי ביטולה לא יתקן את האיסור. אבל שו"ת שמן רוקח ח"א אהע"ז סי' ס (לה ע"א), דוקא נימק את דעת הגמ"ר ע"פ העקרון הנ"ל שאעל"מ אם ביטול המעשה יתקן את העבירה, והרי אם נשבע לא להקנות, ביטול ההקנאה מבטל את העבירה; הוא סבור כנראה שבסתם, משמעות השבועה היא שלא יעשה הקנאה **תקפה**. וראה ליד ציון הערה 405 בשם מים רבים.

שו"ת מחנה חיים ח"ג (יו"ד ח"ב) סי' מא, עמ' קכז, עושה הבחנה דומה בדעת תוס' (הערה 396), שמש"כ תוס' שבשבועה המעשה תקף, הוא אם האיסור הוא **על הפעולה** (כלומר שהתכוון בשבועתו לאסור את עצם הנתינה), אבל אם האיסור הוא על התוצאה (שהתכוון להישבע לא לתת כדי לא לגרום נזק לאחר - כך נראית כוונתו), המעשה בטל, שהרי אילו היה תקף, היה נחשב כאילו אנו רוצים לעבור על האיסור; ואילו הגמ"ר סובר שגם במצב הראשון, אעל"מ.

ר"מ אוירבך, בהגהתו בדברי חיים (אוירבך), דיני מכירה, סי' כט (עח ע"א), כפי שהסביר אותה בספרו אמרי בינה דיני הקניינים סימן כז (ד"ה והנה למה), עושה הבחנה דומה בדעת תוס': שאם נשבע בסתם שלא יתן, ונתן, מועיל, כיון שזה איסור שבדה מלבו, וביטול המתנה לא יתקן את העבירה, וקיום המתנה אינו מתועב בעצמותו, אבל אם נשבע שלא **תתקיים** המתנה, כך שאם תתבטל המתנה לא יעבור על שבועתו, היא בטלה.

רי"ש אלישיב, בית הלל גל' יח (תשס"ד) עמ' יב, עושה הבחנה הפוכה: אם נשבע לא לעשות הקנאה כלשהי, אפילו הקנאה שאינה תקפה, היא בטלה משום אעל"מ, ואילו אם נשבע לא לעשות הקנאה תקפה, זה מעגל קסמים, שהרי אם נאמר אעל"מ נמצא שלא עבר על השבועה, ולכן ההקנאה תקפה.

שו"ת חתם סופר יו"ד, סימן ו, כותב שהגהות מרדכי דיבר רק במי שנשבע שלא לתת **חפץ מסוים**, ולכן אם נתן אותו, כבר א"א להישאל לחכם על השבועה, כמו שמי שנשבע שלא לאכול כיכר לחם ואכל אותו, שכבר אינו יכול להישאל על שבועתו, ובזה סילק את כוחו מהחפץ (הסברה ליד ציון הערה 410); אבל אם נשבע שלא יתן כלל, אפשר להישאל על השבועה גם אחרי שנתן, כי התרת החכם תועיל להתיר נתינת דברים אחרים, ולכן לא סילק את כוחו מנכסיו, ולכן המתנה תקפה (הוא דיבר על מכר). הבחנה זו כתב גם באהע"ז חלק ב סי' סג, ובחו"מ, סימן ה (הראשון) (ד"ה וכבר בארתי), סימן כז, בסופו, וסי' קד (ד"ה ולפי"ז וד"ה ונקל), גם בדעת הרמ"א. גם שו"ת תפארת יוסף (מייזלש), או"ח סי' יד דף יג ע"א-ע"ב, עשה הבחנה זו מאותו טעם. שו"ת בית שערים יו"ד סימן שכד (ד"ה אבל מה) מקשה על חת"ס (כך נראית כוונתו), נכון שאם נשבע שלא יתן כלל, אפשר להישאל על השבועה, אבל אי אפשר להישאל על מה שסילק את כוחו מהחפץ, שבכך כאילו הפקיר את החפץ וא"א להישאל על הפקר (ראה על כך אנציקלופדיה תלמודית, ע' הפקר, ליד ציוני הערות 470-472)? הוא מיישב (בד"ה אבל נ"ל) שהנשבע סתם שלא להקנות, יש בכלל זה גם נכסים שלא קנה עדיין שהם דשלבל"ע, שאינו יכול להפקיר את כוחו בהם (קצות החושן, ריא, ס"ק ד), וממילא לא חל ההפקר אף על הנכסים שכבר באו לעולם. וכך הוא מגיע (בד"ה ובזה מיושב, וחזר על כך בסי' תכג, ד"ה והנה בקצוה"ח) להבחנתו של חת"ס מטעם אחר: אם נשבע סתם, לא חל ההפקר כאמור, ונשאר רק איסור שבועתו, ובזה "אי עביד מהני" (כדברי תוס'

בהערה 408), אבל אם נשבע שלא יתן חפץ פלוני שנמצא ברשותו, שייך בו הפקר, ובשבועתו הפקיר את כוחו בחפץ, ולכן ההקנאה בטלה. שו"ת מנחת יצחק חלק ט סימן סא (ד"ה ועוד קשה), מקשה על חתם סופר, הרי שו"ע יו"ד רלח, כ, פוסק שאפילו אכל את כל הכיכר שנשבע עליו, יכול להישאל על שבועתו, ורמ"א לא חלק עליו שם. הוא מוסיף (בד"ה ועוד נראה) שהמוחזק יכול לטעון קים לי כדעת שו"ע שם, ולפיו גם בשבועה על חפץ מסוים, לא סילק את כוחו כי הוא יכול להישאל, והמתנה חלה.

שו"ת כתב סופר, יו"ד, סי' א (ד"ה ועל פי דברים), עושה הבחנה דומה: בשבועה כללית, אין צורך שיתבטל המעשה, שהרי אפשר שינצל מן האיסור ע"י שאלה על השבועה (ראה בשמו בהערה 399), אבל בנשבע על חפץ פלוני, אחרי שעבר א"א להישאל עליו כמו שכתב חת"ס כי אין להתרה על מה לחול, וא"א להצילו מן האיסור אלא ע"י ביטול מעשה, ולכן המעשה מבוטל. הוא מוסיף (בד"ה וזאת תורת) שאם נשבע על חפץ פלוני, ההקנאה בטלה, כאמור, ונמצא שלא עבר על שבועתו, אבל אסור לו להקנות שנית את החפץ, ולכן יוכל לשאול מעתה על שבועתו כי החפץ שלו ויש להתרה על מה לחול, כיון שהשבועה מוטלת עליו, והשאלה תועיל שיוכל להקנות את החפץ. נראה שכוונתו לומר שאין אומרים שיש כאן מעגל קסמים, שכיון שההקנאה בטלה, יוכל להישאל על שבועתו, וממילא אין צורך לבטל את ההקנאה - אין לומר כך כי היכולת להישאל נוצרת רק אחרי ביטול ההקנאה. וזאת בניגוד לבית שערים (הערה 410), האומר שיש כאן מעגל קסמים, מפני שלפי הסברו, אי-היכולת להישאל מונעת ממנו את היכולת להקנות עוד לפני שנתן, ולא רק מביאה לביטול ההקנאה לאחר שנתן.

שו"ת ר"ב אנג'ל סי' כח (מב ע"ב), מביא הבחנה דומה בשם ר' יוסף פילוסוף (שנקט דוגמה של מכר), מטעם אחר: שאם נשבע לגבי דבר מסוים, המתנה בטלה, כדי שלא יאמרו הרואים שהחפץ הזה נקנה באיסור, כמו שנאמר בב"מ סה ע"א לגבי רבית. אבל ר"ב אנג'ל עצמו דוחה, שזה נאמר רק אם האיסור הוא בדבר המסוים, כגון בגלימה שניתנה כריבית, משא"כ כאן שהאיסור הוא חיצוני, השבועה; ועוד, שכאן אין איסור על המקבל.

שו"ת מים רבים (מילדולה), או"ח, סי' ל (כג ע"ג-ע"ד), מבחין בדומה, ע"פ עקרון שהוא מניח, שאעל"מ נאמר רק באזהרה פרטית (כסברת מנחת חינוך, הערה 402), ולפי זה הגמ"ר דיבר רק במי שנשבע לא לתת דבר מסוים, אבל אם נשבע שלא לתת שום חפץ, ונתן חפץ אחד, המתנה תקפה, כיון שזו כאזהרה כללית; והוא מיישב בכך את סתירת הרמ"א.

שו"ת בית שערים יו"ד סימן ז (ד"ה ודעת הג"מ), עושה הבחנה דומה בדעת הגמ"ר ורמ"א, שאם נשבע שלא להקנות חפץ מסויים, מפרשים שכוונתו היתה כדי שהחפץ יישאר לו, וא"כ התכוון רק שלא להקנות הקנאה תקפה, ולכן אינה תקפה וממילא לא עבר על שבועתו; אבל אם נשבע שלא להקנות שום דבר, אולי אין כוונתו כדי שיישאר לו החפץ, אלא מטעם אחר, ולכן מפרשים את דבריו כמשמעות דיבורו שלא ימכור בכלל, ולכן המכירה תקפה, כי גם אם נאמר שהיא בטלה, יעבור על השבועה, ואין אומרים אעל"מ באיסור שאדם בדא מלבו, כדברי תוס' (הערה 396).

שו"ת לב שלמה (מחלמא), סי' ב, אותיות ד, ז-ח, עושה הבחנה דומה בדעת תוס' (הערה 396), ע"פ מה שהוא מחדש, שתוס' מסכימים שאין תוקף למתנה האסורה באיסור שבועה, אבל לא מטעם אעל"מ, אלא משום שבכל הקנאה אסורה, המקנה אינו עובר, כאמור, כי ההקנאה נגמרת רק בצירוף קניית הקונה, וזה כמו שניים שעשו מלאכת שבת, שפטורים, ואין לומר שהקונה נחשב שלוחו של המקנה, שהרי אין שלד"ע; והיות שאין כאן שליחות, ההקנאה אינה חלה, כי הקונה כאילו משך בלי דעת המקנה (דבריו קשים, שהרי מה שהסביר שצריך שהקונה יהיה שליח של המקנה הוא כדי לחייב את המקנה בעונש, אבל לעניין תוקף ההקנאה, קניית הקונה יכולה להצטרף גם בלי שיהיה שליח); אבל זאת רק אם נשבע לא לתת חפץ מסוים, שאז הוא כאילו אסר חפץ זה על כל העולם, ולכן יש איסור גם על הקונה, ולכן ההקנאה אינה חלה כאמור, ואילו אם נשבע שלא לתת בכלל, האיסור על המקנה ולא על הקונה (שהרי יהיה זה מרחיק לכת מדי לומר שנחשב כאילו אסר את כל נכסיו על כל העולם), ולכן השליחות חלה, שהרי יש שלד"ע אם השליח אינו בר חיוב (רמ"א, חו"מ, קפב, א), ולכן המתנה תקפה. הוא מיישב בזה את סתירת הרמ"א.

יצויין שבתורת חיים (הערה 396), מדובר במי שנשבע שלא לתת מתנה כלל.

דברי משפט סי' רח, כותב (בדעת הרמ"א), **שאם המקבל לא ידע** שהנותן נשבע לא לתת, המתנה בטלה, כי זו זכייה בטעות, שאילו ידע, מן הסתם לא היה רוצה לקבל, כי בזה הוא מכשיל את הנותן באיסור; אבל אם המקבל ידע שהנותן נשבע לא לתת, ובכל זאת קיבל, המתנה תקפה (הוא עוסק במכר). אבל שו"ת דברי שלום (מזרחי) חו"מ חלק ב סימן פה, דוחה את מה שכותב דברי משפט שהגמ"ר ורמ"א ביו"ד, שפסקו שהמתנה בטלה, טעמם משום טעות כאמור, כיון שלא משמע כך מלשונם.

לב שלמה שם עושה הבחנה הפוכה: אם המקבל ידע שהנותן נשבע, המתנה בטלה כי אין שלד"ע, כאמור לעיל בהערה זו בשמו, אבל אם המקבל לא ידע שהנותן נשבע, המתנה תקפה, כי משיכתו היא מדעת הנותן כאילו עושה בשליחות הנותן, ויש שלד"ע אם השליח שוגג.

חתן סופר, בעניני המקנה והקנינים, סי' כח ס"ק ד אות כז, מעלה אפשרות שמי שנשבע לא לתת **מתנה לעני**, ונתן לו, המתנה תקפה כי עשה מצוה; והוא תולה זאת בשאלה כללית האם אעל"מ במי שעבר עבירה שיש בה מצוה, במצב שהמצוה אינה דוחה את העבירה. הוא כותב שאם הטעם שאעל"מ הוא כי התורה סילקה את כוחו של האדם לעשות את הפעולה, בכך שאמרה "לא תעשה", ייתכן שהדברים אמורים רק במי שממרה את רצון ה', משא"כ במי שעושה בכך מצוה; אבל אם הטעם הוא כדי להציל את העושה מעבירה (וביטול המעשה מבטל את העבירה), הרי גם כאן צריך להצילו, כי מצוה זו אסורה בגלל העבירה.

חתן סופר שם אות כא, כותב (גם בדעת הרמ"א) שאם הקנה בקנין כסף או סודר או אגב, שהקנין מצד המקנה, ההקנאה בטלה, כי בזה שנשבע לא להקנות, ביטל את המעשה שלו שיעשה; אבל בקנין משיכה וכדומה **שהקנין מצד הקונה**, אמנם לא מועילה הקנאת הנותן, אבל תועיל משיכת המקבל כאילו הפקיר הנותן את החפץ. שו"ת בית שערים יו"ד סימן שכד (ד"ה ועוד נ"ל ביישוב), עושה אותה הבחנה, בהסתמך על סברת פנים מאירות (הערה 398) שאין אעל"מ אם רק המקנה

״אי עביד לא מהני״[409], ועוד, שבכך שנשבע, ויתר על כוחו לתת[410]. בניגוד לסברת הדעה האחרת[411] שהאדם

עושה איסור - זה אמור דוקא בקנין שעושה הקונה, והקנין חל כיון שהקונה אינו עושה איסור; אבל בקנין שעושה המקנה (הוא נותן דוגמה של קנין כסף, במכר), ההקנאה בטלה מטעם אעל״מ כיון שהמקנה עשה איסור.
שו״ת תפארת יוסף (מייזלש), או״ח סי׳ יד (יד ע״א), עושה הבחנה אחרת (כיישוב לסתירת הרמ״א), בהסתמך על עיקרון שהוא מביא בשם אחרונים, שהטעם שאעל״מ הוא קנס, כדי להרתיע מלעבור עבירות; לכן אם **נשבע מעצמו**, אין סיבה לבטל את המעשה כדי להרתיע, שהרי בלאו הכי אדם לא יעבור על שבועתו בשאט נפש; אבל אם **אדם אחר דרש ממנו להישבע** שלא לעשות מעשה שהוא (הנשבע) רוצה לעשות, יש לחשוש שיעבור על שבועתו כדי לעשות את המעשה, ולכן התורה קנסה אותו בכך שהמעשה לא יתקיים, כדי שלא ירצה לעבור על שבועתו, כי לא ירוויח מכך.
הבחנה זו עולה גם מדברי ב״ח חו״מ סי׳ רח (אבל מטעם אחר), שנוקט שלתוס׳ (הערה 396), אם נשבע מעצמו, שלא ע״י שב״ד השביעו אותו, ״אי עביד מהני״. משמע שגם לתוס׳, **אם ב״ד חייב אותו להישבע** שלא לתת מתנה, ונתן, המתנה בטלה, כיון שאין זה איסור ״שבדא מלבו״. נראה שכך יהיה הדין גם לפי הנימוק של הרא״ש (הערה 396), שאם עבר על שבועתו המעשה תקף מפני שאפשר להתיר את השבועה, והרי אי אפשר להתיר שבועה שהשביעוהו ב״ד, שהרי צריך לפרט את השבועה בפני החכם המתיר, והחכם לא יתיר כשישמע שזו שבועה שב״ד הטיל, ולכן המתנה בטלה.
כנסת הגדולה חו״מ, רח הגהות ב״י אות ט (הובא בשו״ת יש מאין סי׳ ו, ובשו״ת דברי משה (מזרחי) אהע״ז סימן ג), ושו״ת בעי חיי חו״מ חלק א סימן יב, וחלק ב סי׳ מג, דף מה ע״א (הובא בשו״ת שאל האיש, חו״מ, סי׳ ט, דף פח ע״ד, ודף פט ע״ד) כותב שהרמ״א סובר שמעיקר הדין המכר והמתנה תקפים, אבל במכר **מן הראוי שהקונה יוותר** כדי שהנותן לא יעבור על שבועתו, ואילו במתנה אין להטיל על המקבל לוותר, ולהפסיד את המתנה, ורק במכר ראוי לקונה לוותר כי יוכל לקנות מאחרים. אבל חקרי לב חו״מ ח״א סי׳ קיא (קסה ע״ב) כותב שאין מי שחשש לדברי כנה״ג אף במכר.
בדומה, ערוך השולחן, חו״מ, רח, ג, מעלה אפשרות, שהמקבל יכול לדרוש את קיום המתנה, בטענה שלא איכפת לו משבועת הנותן (כסברת פנים מאירות, ליד ציון הערה 398), אבל אם המקבל מוכן לוותר, כופים את הנותן לבטל את המתנה כדי שלא יעבור על שבועתו (הוא דיבר על מכר).
מסגרת השלחן, רח, ס״ק ג, מביא שבנו ר׳ שבתי יישב את סתירת הרמ״א, שאם כבר **עשו קנין**, הרי כבר נעשה האיסור וא״א לתקנו, וגם אם נבטל את ההקנאה זה יהיה קנין חדש (בהחזרה לנותן) בלי תיקון האיסור, ולכן היא תקפה; אבל אם לא עשו קנין, גם אם הקונה שילם כסף, כך שהמקנה חייב ב״מי שפרע״ אם יחזור בו (במכר), ההקנאה בטלה כדי שלא יעבור על שבועתו.

[409] הגהות מרדכי שם.

בתשובה לסברת הדעה האחרת (ליד ציון הערה 406) שהאדם אינו יכול להישבע שלא תועיל ההקנאה, מסביר שו״ת בית שערים יו״ד סימן ז (ד״ה ודעת הג״מ), שהגמ״ר סובר שהיות שהוא נשבע שלא להקנות, א״כ רצון התורה הוא שלא יקנה ויעבור על שבועתו, א״כ רצון התורה הוא גם שלא תתקיים ההקנאה שעשה באיסור, כמו בכל איסורי תורה.
בתשובה לסברת הדעה האחרת (ליד ציון הערה 397) שאין איסור בהקנאה עצמה, מסביר שו״ת קול מבשר חלק א סימן יז (ד״ה ועפ״י האמור), שהיות שאי אפשר לעשות את ההקנאה (או לקיים אותה) בהיתר, היא נחשבת מעשה של איסור, וקונסים אותו שלא יועילו מעשיו הרעים, שזה הטעם בכל אעל״מ.
הגמ״ר מביא ראיה ממה שנאמר בכתובות פא ע״ב לגבי יבם שמכר מנכסי אחיו המת, ״כיון דאמור רבנן לא ליזבין, אע״ג דזבין לא הוה זביניה זביני״, כלומר שחכמים החמירו שמי שעושה מעשה באיסור דרבנן, אין למעשה תוקף, וקל וחומר שיש להחמיר באיסור שבועה, שהוא מהתורה. ידי אליהו (גליפפה) דף קד ע״ד, כותב שהגהות מרדכי סובר כתוס׳ (הערה 396), שלא נאמר ״אי עביד לא מהני״ באיסור שאדם בודה מעצמו, ובכל זאת כאן המתנה בטלה, בגלל דברי הגמרא בכתובות. סמ״ע, רח, ס״ק ג, מסביר שהגהות מרדכי לומד מכתובות פא, שאם אפילו באיסור דרבנן אי עביד לא מהני, ק״ו באיסור דאורייתא שבדה מעצמו (ועי׳ בשו״ת קול מבשר חלק א סימן יז, ד״ה והנה המחברים, שהביא ראיה לסברת הסמ״ע). אבל שו״ת פנים מאירות, ח״א, סי׳ לד, דוחה את הוכחת הגמ״ר מכתובות שם, ששם המכר בטל כי הנכסים משועבדים ליבמה, ולא בגלל האיסור. קובץ שעורים כתובות אות רפח, משיב על כך, שרב יוסף בכתובות שם אמר כלל זה עוד לפני שהובאה הברייתא שעולה ממנה הנימוק של שעבוד הנכסים, ומכאן שלדעתו הקנאה האסורה מדרבנן בטלה.
אלא שהוא מתקשה, מנין להגמ״ר שהלכה כרב יוסף בנקודה זו.
ט״ז, או״ח, תקכד, ס״ק א (הובא בשו״ת יש מאין סימן ו (ד״ה ועוד יש לחלק), ובשו״ת מהרש״ם חלק ז סימן סד), דוחה את הוכחת הגמ״ר מכתובות, ששם הוצרכו חכמים לתקן שיבם המוכר נכסים המשועבדים ליבמה, לא יועיל המכר, כי אין איסור במכירה אלא זו רק פגיעה בזכויות היבמה, ולכן לולא תקנה זו לא היתה הרתעה ליבם מלמכור, אבל במקום שיש איסור, די באיסור כדי להרתיע, ואין צורך לשלול את תוקף ההקנאה כדי להרתיע.
שו״ת לב שלמה (מחלמא), סי׳ ב אות ג, מבאר שהגמ״ר מוכיח מכתובות שגם באיסור שאדם בדה מלבו, אעל״מ, שהרי שם נאמר שבאיסור דרבנן המעשה בטל אף שחכמים בדו את האיסור. והוא מעיר שאפשר לדחות את הראיה, בכך שאיסור דרבנן חמור יותר כי א״א לבטלו, שלא כשבועה, כסברת הרא״ש (הערה 396).
דרכי נועם שם (ד״ה ובר מן כל), וחכמת אדם - בית הנשים, בינת אדם סי׳ לא, כותבים שטעם הגהות מרדכי הוא משום קנס, שקנסו אותו שלא תועיל המתנה, ועי״ז נמצא שלא עבר על שבועתו; אבל מעיקר הדין המתנה תקפה למרות האיסור.
שו״ת עזרת מצר סימן מא (ד״ה תשובה), מעלה אפשרות שטעם הגהות מרדכי הוא משום שמה שנשבע שלא לתת הוא ״דבר מסויים״, והמתנה בטלה כדי שלא יאמרו ״הוא נתן חפץ זה ועבר על שבועתו״, כפי שנאמר בב״מ סה ע״א לגבי לווה שנתן למלווה גלימה כתשלום ריבית.

[410] ים של שלמה ביצה פרק ה סי׳ ח (הובא במגן אברהם, שלט ס״ק י) (כך נראית כוונתו); שו״ת חתם סופר יו״ד, סימן ו (הובא בשו״ת לבושי מרדכי אבן העזר מהדו״ק סימן ב) (שע״י שבועתו התבטל כוחו בנכס שלו וכאילו הפקיר אותו לענין

אינו יכול להישבע שלא תועיל ההקנאה, דעה זו סבורה שהיות שהוא נשבע שלא להקנות, א"כ רצון התורה הוא שלא יקנה ויעבור על שבועתו, א"כ רצון התורה הוא גם שלא תתקיים ההקנאה שעשה באיסור, כמו בכל איסורי תורה[412]. בניגוד לסברת הדעה האחרת[413] שאין איסור בהקנאה עצמה, דעה זו סבורה שהיות שאי אפשר לעשות את ההקנאה (או לקיים אותה) בהיתר, היא נחשבת מעשה של איסור, וקונסים אותו שלא יועילו מעשיו הרעים, שזה הטעם בכל אעל"מ[414]. בניגוד לעמדת דעה האחרת[415] שביטול המתנה אינו מתקן את האיסור, דעה זו סבורה שהנשבע שלא להקנות, מתכוון רק להקנאה תקפה, ולכן אם המתנה תבוטל, נמצא שלא עשה איסור[416].

גם לדעה זו, אם נשאל לחכם והחכם התיר את השבועה לאחר ההקנאה, ההקנאה תקפה, כי הוא כאילו לא נשבע מעולם, כי התרת חכם עוקרת את השבועה מעיקרה[417]. ועוד: גם לדעה זו, אם השבועה היתה על תנאי או

זה שאין לו כח לתת אותו לאחר), וחו"מ סימן ה (הראשון) (שבזה הפקיר את החפץ), וחי' חתם סופר, גיטין לה ע"ב (ד"ה צריך) (שבזה הפקיר את כוחו בחפץ זה); הלכה רבה ח"א אות שס, עמ' 155 (שהיות שהוא עצמו גרם לאיסור, איבד את זכותו בחפץ); שו"ת בית שערים יו"ד סימן ז (ד"ה ויותר נראה) (כי כוחו לתת בא מכוח התורה, ואיבד את כוחו בזה שנאסר לתת).

זכור לאברהם (אביגדור) כתובות פא ע"ב (צ ע"ד בדפי הספר), כותב שהגמ"ר נותן שני נימוקים, (א) הוא איבד את זכותו ע"י השבועה, שהרי מוכח מכתובות שם שאפשר להפקיע את זכותו של אדם, שלא יוכל למכור חפץ שלו; (ב) אעל"מ.

שו"ת מהרשד"ם יו"ד סימן קטו, מביא מי שהסביר שהגמ"ר סובר, שהיות שהביא את האיסור על עצמו, איבד את כחו לתת, יותר מבאיסור תורה. אבל מהרשד"ם דוחה סברה זאת, מפני שלא ייתכן שכוח האדם חזק יותר מכוח התורה.

ראה הערה 408, שחתם סופר כותב שמדובר שנשבע לא לתת חפץ מסוים, ואם נתן אותו כבר אינו יכול להישאל לחכם על השבועה, כמו מי שאסר על עצמו מאכל מסוים ואכל את כולו, ולכן נחשב שסילק את כוחו מהחפץ. שו"ת בית שערים יו"ד סימן שכד (ד"ה ושוב תמה), מביא שר' יהודה אלטמן הקשה עליו, מה משנה שאחרי שנתן אינו יכול להישאל, הלא לפני הנתינה עוד לא סילק את כוחו מהחפץ כיון שהוא יכול להישאל על השבועה, ואם כן יש לו כח לתת (כך מקשה גם שו"ת כתב סופר יורה דעה סימן א, ד"ה ואני בנו)? המחבר מתרץ (בד"ה אך מה שהקשה) שהיות שאם יתן, לא יוכל להישאל, מתגלה למפרע שפקע כוחו עוד לפני שיתן, או שההקנאה והפקעת כוחו באות כאחד. הוא מעיר (בד"ה והנה בהנך) שיש כאן מעגל קסמים: הוא נחשב שסילק את כוחו, ולכן ההקנאה בטלה, וא"כ יוכל להישאל, וא"כ לא סילק את כוחו, וא"כ ההקנאה תקפה, וא"כ לא יוכל להישאל, וא"כ סילק את כוחו וחוזר חלילה; ונוצר ספק איפה לעצור את המעגל, ולכן ההקנאה בטלה כי מעמידים את החפץ בחזקת מרא קמא (אבל שו"ת מנחת יצחק חלק ט סימן סא (ד"ה אמנם י"ל) מעיר שלפי זה אם המקבל מוחזק, אין מוציאים מידו מספק). עי"ש (בד"ה ומה שהקשה) שהסביר מדוע א"א לומר שאינו יכול להישאל אחרי ההקנאה כמו שאי אפשר להישאל על הקדש אחרי שהגיע לגזבר. ובסי' תכג (ד"ה ואמנם מה) כתב שעוד לפני ההקנאה, מיד כשנשבע הפקיר את כוחו בחפץ, וכבר אינו יכול לישאל, כמו שאי אפשר להישאל על הפקר, גם לרמב"ם, הלכות נדרים, ה, יד, שהפקר היא מטעם נדר, כי בזה שהפקיר, כבר קיים את נדרו.

שו"ת כתב סופר יורה דעה סימן א (ד"ה ואני בנו), כותב שאף שהוא יכול להישאל על השבועה, הוא נחשב שסילק את כוחו מהחפץ, כיון שהשאלה אינה בידו, אלא הוא תלוי בדעת אחרים, שהוא זקוק לחכם שיתיר לו.

[411] ליד ציון הערה 406.

[412] שו"ת בית שערים יו"ד סימן ז (ד"ה ודעת הג"מ).

[413] ליד ציון הערה 397.

[414] שו"ת קול מבשר חלק א סימן יז (ד"ה ועפ"י האמור).

[415] ליד ציון הערה 405.

[416] שו"ת כתב סופר, יו"ד, סי' א (בד"ה ומצאנו מקום).

הוא כותב (בד"ה ועל פי מה) שגם לפי אביי, הסובר בדרך כלל ש"אי עביד מהני", כאן המעשה בטל כדי שלא יעבור, בדומה למה שכתב טורי אבן ר"ה כח ע"א (ד"ה שלמים), שאביי מודה שהתוקע בשופר האסור הנאה, לא יצא, שהרי המעשה אינה עבירה אם לא נהנה, ואם לא יצא נמצא שלא נהנה, ואומרים שלא יצא כדי שלא יעבור. וראה הערה 408 על ההבחנה בין הקנאה תקפה לשאינה תקפה.

כתב סופר שם (ד"ה והיתה לבאר) תולה נקודה זו במחלוקת ראשונים: לפי חי' הרמב"ן, גיטין פג ע"א, העושה תנאי שלא ימכור, מתכוון למעשה מכירה גם אם אינה תקפה, וגם כאן, בנשבע שלא להקנות, מיד כשעושה מעשה הקנאה עבר על שבועתו גם אם נאמר שאינה תקפה, ולכן אין סיבה לומר שלא תועיל שהרי אין מרוויחים בכך את איסור השבועה; ואילו לשיטת תוס' גיטין פג ע"א (ד"ה ועמדה), שהעושה תנאי שלא ימכור, מתכוון למכירה תקפה, אומרים שהקנאתו אינה תקפה, כי ע"ז נמצא שלא עבר על שבועתו כיון שמשמעות לשונו היתה רק שלא יעשה הקנאה תקפה. אבל הוא מעלה אפשרות (בד"ה והיתה לבאר הגם) שגם לפי הדעה שהמתנה ע"מ שלא למכור כוונתו שלא יעשה מעשה מכירה אפילו שאינה תקפה, טעמה היא שיש להניח שהנותן מקפיד גם על כך, כי גם אם המקבל ימכור מכירה שאינה תקפה, יצטרך לתבוע את "הקונה" בדין, אבל בנשבע שלא להקנות, התכוון להקנאה תקפה. עוד הוא מסביר, שמן הסתם התכוון רק לאסור על עצמו הקנאה תקפה, מפני שרצה שהשבועה תמנע ממנו לעשות דבר זה, ואם יעבור, נאמר אעל"מ, ונמצא ששבועתו השיגה את מטרתה, שלא יעשה מעשה זה; ואין לפרש שהתכוון להישבע גם לא לעשות הקנאה שאינה תקפה, שהרי אם כן, שבועתו לא תמנע ממנו לעשות את ההקנאה כאמור, וממילא לא ישיג את מטרתו.

[417] ש"ך, יו"ד רכח ס"ק צו (הובא במעין גנים - עצי לבונה, חו"מ, סי' רח); שו"ת ר"ב אנג'ל סי' כח (מג ע"ב).

מוגבלת בצורה כלשהי (כגון שנשבע שלא יתן מתנה בלי ידיעת פלוני), ונתן תוך הפרת התנאי (כגון שנתן בלי ידיעת אותו פלוני), המתנה תקפה, כי היה יכול לתת אותה בהיתר (בדוגמה הנ"ל - היה יכול לתת בידיעת אותו פלוני)[418].

יש מי שאומר, שלפי הדעה[419] שאסור למכור או לתת אתרוג שנקנה למצוה, מתנה של אתרוג כזה בטלה בגלל האיסור[420].

בהקנאה שתוקפה נובע מכוח **תקנת חכמים**, יש סיבה מיוחדת שהיא בטלה אם נעשתה באיסור: חכמים לא התכוונו שתקנתם תתן תוקף למעשה שנעשה באיסור[421]. כך נפסק שמתנת שכיב מרע לנכרי אינה תקפה, מפני שנתינת מתנה לנכרי אסורה מטעם "לא תחנם"[422], ותוקף מתנת שכיב מרע (בלי מעשה קנין) הוא מדרבנן, וחכמים לא התכוונו שהיא תהיה תקפה אם תיעשה באיסור[423]. כמו כן, הקנאת "פעוטות", שתקפה רק מתקנת חכמים[424], אינה תקפה בהקנאה אסורה. לדוגמה, מי שמת ונכסיו אינם מספיקים לפרנסת כל ילדיו למשך שנה ("נכסים מועטים"), הדין הוא שהבנות מקבלות מזונות לצרכיהן, אבל אם הקנו הבנים את הנכסים

---

[418] מעין גנים - עצי לבונה, חו"מ, סי' רח, בדעת הסמ"ע שם (הוא דיבר על גירושין). זאת על פי הסברה (ליד ציון הערה 387) שמעשה שנעשה באיסור תקף אם היה אפשר לעשות אותו באופן מותר.

[419] ר' משה שלמה זלמן, אב"ד קראקא, בתשובותיו שנדפסו בסוף שו"ת בית שמואל אחרון, סי' ה (סג ע"א במהד' תרמ"ג).

[420] שו"ת שם אריה (בולחובר) או"ח סי' יב (טז ע"ג-ע"ד, יז ע"ב), לפי הדעה ש"אי עביד לא מהני".

דוגמאות נוספות: המקנה, קידושין נו ע"ב (ד"ה באו"ד והא דלא חשיב), כותב שהקנאת **חמץ בפסח** אינה חלה כי הקונה עובר בכך על איסור "בל ייראה", ואעל"מ. כך כותב גם יד המלך (לנדא) הלכות מכירה ל, ז (ד"ה ועפ"י דברים) על נכרי שנתן חמץ במתנה לישראל, והסביר (בד"ה אמנם בכל זאת) שהאיסור הוא בעצם הקניה. אבל שו"ת בית אפרים או"ח סימן מא (ד"ה ומה שבא), כותב שלא שייך בזה אעל"מ, כי אין האיסור על גוף קניית חמץ, אלא "לא יראה לך", והתחלת האיסור היא רק אחרי שכבר בא החמץ לרשותו והוא שלו, שאז מחויב הוא להשביתו ולבערו, ואם היה קונה אותו ושורפו ומאבדו מיד, לא היה איסור מצד הקניה עצמה. הוא מוצא (בד"ה ובמה דכתיבנא) טעם נוסף שבקניית חמץ לא שייך אעל"מ: כיון שמועילה חזרה מן ההקנאה תוך כ"ד, א"כ אין שם ישראל חל על החמץ לעבור עליו משום בל ייראה עד לאחר כ"ד, שאז נכנס ברשות ישראל, וכיון שלא שרפו מיד, עובר עליו, אבל בשעת הקנייה עדיין לא חל עליו איסור תורה, ולא שייך אעל"מ. הוא מוסיף (בד"ה והנה מדברי) שאם גוי מקנה חמץ ליהודי, יש סיבה נוספת שלא לומר אעל"מ, ע"פ דעת פנים מאירות (הערה 398) שאין אעל"מ במקום שאין האיסור על שניהם; וכך כתב גם ר' אברהם בנימין קלוגר, המובא בשו"ת מהר"י הכהן (רפפורט) מהדו"ת או"ח סי' ל. מהר"י הכהן עצמו כותב שבקניית חמץ בפסח אין אומרים אעל"מ, כי הטעם שאעל"מ הוא כדי שהאדם לא יהיה שקוע באיסור, ואילו כאן קנה רק לענין חיוב מלקות, אבל חייב לבערו, ובזה יקיים את מצוות התורה ולא יהיה שקוע באיסור. שו"ת זכרון יהודה (מונק) חו"מ סי' מא אות יא, מקשה על הסברו, א"כ גם בנשבע שלא לתת, מדוע המתנה בטלה (לפי הגמ"ר, בהערה 408), הרי ההקנאה חלה רק לענין שהנותן עובר עבירה ברגע זה, והוא באמת יהיה חייב להישאל על שבועתו ובזה יקיים את המצוה? לכן הוא מנמק (באות יב) בדרך אחרת: אעל"מ שייך רק באיסור שעומד להתקיים לאורך זמן, ואיננו רוצים שיהיה שקוע באיסור, ולכן מבטלים את המעשה, משא"כ בקונה חמץ, שעומד לבערו מן העולם, אינו נחשב משוקע באיסור, ולכן המעשה אינו בטל; ושונה המצב בנשבע שלא לתת (כך הוא מסביר באות יח), שאעל"מ ואין אומרים שאינו עומד להתקיים לעולם כי יישאל על שבועתו, כי דוקא אם החפץ שבו נעשה האיסור יכלה מן העולם, המעשה תקף, כי אז החפץ לא יהיה קבוע לפנינו שנאמר עליו שעשה בו איסור, אבל אם החפץ יהיה קיים, ורק האדם עומד להישאל, אין זו סיבה לומר שיועיל, כי סו"ס כל פעם שנראה את החפץ, יזכיר שעשה בו איסור בתחילה, ונמצא שקוע באיסור.

שו"ת זכרון יהודה (מונק), חידושים מלוקטים סי' ז, כותב שאסור לתת ספר תורה במתנה לבית כנסת, כי זה בזיון לס"ת, אם בתחלה כתב אותו בשביל קיום המצוה ולא במטרה לתתו לבית הכנסת, ולכן הוא יכול לחזור בו (אבל יש להעיר ששו"ת היכל יצחק או"ח סי' יז מתיר לתת לבית כנסת). אבל הוא אינו מנמק מטעם אעל"מ.

[421] ראה הערה 409, שכך נאמר בכתובות פא ע"ב.

[422] רמב"ם, הלכות עבודה זרה, י, ד.

[423] רמב"ם, הלכות זכיה ומתנה, ט, י; שו"ע חו"מ רנו, ג.

מתנת בריא לגוי: שו"ת שארית יוסף (ידיד) ח"ב חו"מ סי' ב (עמ' רח), כותב שהיות שאסור לתת מתנה לגוי, הרי אם נתן, היא בטלה, מטעם "אי עביד לא מהני"; וגם אם נאמר שהאיסור לתת מתנה לגוי הוא רק מדרבנן, והדרשה היא אסמכתא (אף שלא משמע כך מע"ז כ ע"א), הרי גם באיסור דרבנן אומרים "אי עביד לא מהני", כפי שנאמר בכתובות פא ע"ב (שצוין בהערה 409) שאם חכמים אסרו למכור משהו, המכר בטל. גם שו"ת כתב סופר או"ח סי' נט, כותב שמתנה לגוי אף בדיעבד אינה חלה מטעם אעל"מ. כמו כן, הלכה רבה ח"א סי' תתקנ (עמ' 370) כותב שאם נתן מתנה לגוי, לדעה ש"אי עביד לא מהני", המתנה בטלה. אבל דעת ומחשבה, על הרמב"ם, הל' ע"ז, י, ד, כותב שבדיעבד המתנה קיימת ואין אומרים "אי עביד לא מהני", כי האיסור הוא במחשבה, מפני שהגוי מוצא חן בעיניו, והמעשה רק מוכיח על מחשבתו.

[424] לעיל, ליד ציון הערה 21.

לאחרים, ההקנאה תקפה; אבל אם פעוט הקנה את הנכסים, ההקנאה אינה תקפה[425]. כמו כן, היות שקנין אגב הוא מדרבנן[426], אינו מועיל בהקנאת איסור הנאה, כי באיסור לא תיקנו חכמים[427]. כמו כן, מי שנשבע שלא להקנות נכס, והקנה אותו בקנין דרבנן כגון קנין משיכה, ההקנאה בטלה מאותה סיבה[428]. כמו כן, הנותן מתנה בשבת או ביום טוב, בקנין דרבנן כגון קנין משיכה, המתנה בטלה כי אסור לתת מתנה בשבת או ביום טוב[429].

אבל נתיבות המשפט אומר שקנין דרבנן מועיל אפילו במתנה הכרוכה באיסור[430]. לדעתו, דוקא בפעוט שחכמים תיקנו שתועיל הקנאתו משום כדי חייו[431], אם הקנה באופן שאסור, הקנאתו בטלה, כי לא תיקנו חכמים שיחַיה את עצמו בדבר האסור[432].

מתנה שחבה לאחרים

כעיקרון, יש תוקף למתנה גם אם נתינתה גורמת נזק לצד שלישי. לדוגמה, אם הנותן חייב כסף לנושים, נתינת המתנה גורמת להם נזק, שכן לא יוכלו לגבות ממנו את הנכס שנתן, ובכל זאת יש לה תוקף[433]. כמו כן, כל

---

[425] שו"ת הר"ן, סי' מד (הובא בנחל יצחק סימן א, ענפים א-ב, בשו"ת נחלת יוסף (מייזליש), סי' לא, אות ה, ובשו"ת מוצל מאש ח"א סי' כז); רמ"א, חו"מ, רלה, א.
משנה למלך הלכות זכיה ומתנה, ט, י, לומד מדברי הרמב"ם שם ומדברי הר"ן שם, ששכיב מרע שנתן מתנה מ"נכסים מועטים", המתנה בטלה, כי תוקף מתנת שכיב מרע הוא מדרבנן. אבל ר' שלמה משה עמאר, "דיין הדן בדבר שיש בו איסור", זכור לאברהם (תשס"ב) עמ' תתקמג, משיג עליו, שייתכן שרק אם **ציווה** לתת מתנה אסורה, היא בטלה, ואין ללמוד מזה לשכ"מ שכבר נתן מתנה אסורה (יש להשיב על כך, שאין זה משנה, שהרי מדובר שלא עשה מעשה קנין, שאז דיבורו חל רק בגלל התקנה, ולא תיקנו במתנה אסורה), ועוד, שרק על היורשים יש איסור למכור בנכסים מועטים, ולא על האב (אבל בפשטות מל"מ מתכוון לבן שהוא שכ"מ ונותן מנכסים מועטים).

[426] ראה סעיף 6.

[427] שו"ת ברית אברהם (פצנובסקי) או"ח סי' כח אות ג.

[428] נחל יצחק סימן א, ענף ב (ד"ה ומהאי טעמא). הוא מוסיף שאף שהכלל שהקנאה דרבנן בטלה אם נעשתה באיסור, אמור רק אם ביטול ההקנאה יתקן את האיסור (כפי שכתב שם, ד"ה ועוד י"ל, ע"פ עקרון מקביל שנאמר לענין אעל"מ, ליד ציון הערה 382), הרי כאן בביטול ההקנאה יתוקן האיסור, כי כוונת הנשבע היתה שלא להקנות הקנאה **תקפה**.

[429] שו"ת נחלת יוסף (מייזליש), סי' לא, אות ה.

[430] נתיבות המשפט, רלה, ס"ק ב. כך כותב גם ר' שלמה משה עמאר, "דיין הדן בדבר שיש בו איסור", זכור לאברהם (תשס"ב) עמ' תתקמא-תתקמג.
כמו כן, המגיה במשנה למלך הלכות זכיה ומתנה, ט, י, מביא שר' חיים קמחי כתב שמתנת שכיב מרע מועילה גם בדבר אסור, כי היה יכול לתת במתנת בריא לאחר מיתה, כך שכוחו לתת לא בא מכוח תקנת חז"ל (ומשנה למלך מקשה עליו מהרמב"ם הנ"ל בענין שכיב מרע). הוא מוכיח שגם תוס', ב"מ כ ע"א (ד"ה שובר), סוברים שמועילה הקנאה מכוח תקנת חכמים גם אם היא כרוכה באיסור.
לגבי מתנת שכיב מרע, שו"ת ברית יעקב (ליבשיץ) ח"א, סי' עט, עושה הבחנה: אם זו מתנה לגוי שאסורה מהתורה, היא בטלה, אבל אם המעשה אסור רק דרבנן, אינה בטלה, ולכן מתנת שכיב מרע מועילה גם אם נתן את כל נכסיו, אף שבכך עבר באיסור למנוע ירושה מיורשיו ("עבורי אחסנתא") - מפני שזה רק איסור דרבנן. ר' מתתיהו שוורץ, "בירור מקיף בענין העברת נחלה מהיורשים (ד)", בית אהרן וישראל גל' סא עמ' קב-קה, דן האם מותר לנותן לחזור בו בגלל האיסור (במצב שלא עשה מעשה קנין אלא בדיבור, שבדרך כלל אסור לחזור בו משום "מחוסר אמנה"), ועולה מהמקורות שהוא מביא שאם עשה מעשה קנין, היא תקפה למרות האיסור, גם במתנת שכיב מרע.

[431] כאמור בגיטין נט ע"א.

[432] נתיבות המשפט שם.
גם רש"מ עמאר שם כותב שדין פעוט הוא יוצא דופן, מפני שאין לו דעת, וחכמים תיקנו תקנה מיוחדת שתועיל הקנאה שלו, ואין זו תקנה גמורה לעשות פעוט כמו גדול, והתקנה היא משום כדי חייו, ואם הוא מוכר בנכסים מועטים, הוא פוגע במחיית הבנות, ולכן אין לה תוקף; ואילו בקנין משיכה (לדוגמה), חכמים תיקנו תקנה גמורה שתועיל ככל קניני תורה, בלי הגבלה, כי יש גמ"ד גמורה, והתקנה נחוצה רק לגבי צורת מעשה הקנין, ולכן היא מועילה גם במקום איסור. עוד הוא דוחה את הראיה מפעוט, שמל"מ שם כותב ששם לא מועיל כי אין דרך שהפעוט יַקנה באופן המועיל, והרי המקנה במשיכה היה יכול להקנות בקנין דאורייתא, ולכן היא מועילה גם באיסור.

[433] אם בנתינתו התכוון להבריח את הנכסים מנושיו, נחלקו הפוסקים האם יש תוקף למתנה - ראה חוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 71-63. מכאן שאם לא התכוון להבריח, יש לה תוקף אף שהיא פוגעת בנושים.
שו"ע, חו"מ, קיא, א, כותב שאם המתנה היא קרקע, והחוב הוא בשטר, יכול הנושה לטרוף את הקרקע מן המקבל (וגם זאת רק בתנאי שאין לחייב-הנותן נכסים אחרים - שם סעיף ח); ואם המתנה היא מיטלטלין, או שהחוב בעל פה, הנושה אינו יכול לטרוף. עולה מדבריו שהמתנה עצמה תקפה גם אם המתנה היא קרקע, והחוב הוא בשטר, אלא שהנושה זכאי לטרוף בגלל השעבוד שיש לו על הקרקע.

מתנה שנותן מישהו לאדם זר פוגעת ביורשיו, שלולא המתנה היו יורשים נכס זה במות הנותן, ובכל זאת יש תוקף למתנה[434].

כמו כן, מי שאמר לראובן שיטול בנכסיו "מהיום ולאחר מותי" חלק כאחד מיורשיו, יכול לתת מתנה לשמעון, אף שבזה נתמעטו הנכסים שלו, וממילא נתמעטו חלקו של כל יורש וגם חלקו של ראובן, מקבל המתנה הראשונה. טעם הדבר הוא שהנותן התכוון שראובן יקבל אחוז מסוים מסך הנכסים שיהיו לו בשעת מותו, בין יתרבו בינתיים, ובין יתמעטו בינתיים[435]. אבל אם אמר לראובן שיטול אחוז מסוים מנכסיו "מהיום ולאחר מותי", וכוונתו לאחוז מסך נכסיו בשעת נתינת המתנה - אין בכוחו לתת מתנה לאחר, מפני שבזה הוא ממעט את חלקו של ראובן, שגודלו כבר נקבע[436].

פגם בגמירת דעתו של הנותן

כללי

במתנה לאלתר, יש יסוד חוזי בהבטחה להשאיר את הנכס המועבר אצל המקבל[437]. צריך הסכמה, כי כדי ליצור חוזה צריך רצון שמבוטא בצורה חיצונית[438]. אם ההסכמה של אחד הצדדים נגועה בפגם ברצון, אינה הסכמה, ויחולו כללי פגם ברצון שבחוק החוזים, כי מתנה היא חוזה[439]. כמו כן, אפשר לפעמים לעשות אנלוגיה לחוק הירושה, סעיפים 30-31, בדבר פגם ברצון ובצורה[440].

עושק: לגבי מתנה שניתנה תוך ניצול מצוקה של הנותן, הפעלת השפעה בלתי הוגנת על הנותן, כגון עקב מעמד דומיננטי של המקבל על הנותן - יש לדון האם חל חוק החוזים ס' 18, או המשפט האנגלי בענין השפעה בלתי הוגנת, או שיש לעשות היקש לס' 18, או ע"פ ס' 30 - נוגד את תקנת הציבור[441].

חוסר תום לב בכריתה: אם הנותן מציע מתנה, והמקבל נוסע למרחקים לראותה, או מכין מקום מתאים לדבר המתנה, או דוחה הצעות מתנה אחרות, והנותן חוזר בו בלי סיבה מוצדקת - חייב בפיצויים על נזקי הסתמכות[442].

חוסר תום לב בקיום: אם היה פגם בנכס או בזכות הכרוכה בה, הנותן אחראי לנזק, משום חוק החוזים, ס' 39; ואם איחר בביצוע המתנה, הנותן אחראי אם היתה לו כוונה זדונית או רשלנות חמורה במיוחד[443].

לפי המשפט העברי, במתנה צריך רצון גמור של הנותן, כי הכל תלוי בדעתו, שלא כבמכר שבו די ברצון חלקי של המוכר, כי הוא תלוי בדעת המוכר ובדעת הקונה[444], כלומר, רצון הגמור של הקונה ורצונו החלקי של

---

[434] ראה הערה 430 על הנותן את **כל נכסיו** במתנה לאחר.

[435] שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן אלף ד (הובא במרדכי ב"ב סי' תקצט, ומשם הובא בב"י, חו"מ, רנז, מחודש ב, בסופו, בשו"ת פנים מאירות חלק א סימנים לג-לד, ובשו"ת תורת חיים (מהרח"ש) חלק ב סימן כא, ד"ה ולענין המתנה).
ראה גם ליד ציון הערה 395, שיש תוקף למתנה גם אם היא פוגעת בזכות הבת ב"שטר חצי זכר", שהיא סוג מיוחד של מתנה ליטול כאחד מיורשיו.

[436] מהר"ם שם - כך נראית כוונתו.

[437] ראבילו ב, עמ' 271 [הוא מביא שד' פרימר, משפטים י (תש"מ) 335, אומר שגם אחרי ההעברה יכול לחזור בו על פי חוק החוזים ס' 25(א) שאומר שמפרשים חוזה לפי אומד דעת הצדדים. על ביטול מתנה אחרי שניתנה, ראה ראבילו ב עמ' 380].

[438] ראבילו ב עמ' 270.

[439] ראבילו ב עמ' 33 (גם בשם ע"א 173/72 גנאיים נ' גנאיים, פ"ד כז(1) 420, הובא גם ע"י ב"ש, תמ"ש 2160/06, פלונית נ' עזבון המנוח פלוני ואח', בית משפט לעניני משפחה - השופט דניאל טפרברג, פסקה 34) ועמ' 273. אבל הוא מציין שד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט, סעיף 614, מסופק בזה, כי לדעתו מתנה היא פעולה חד צדדית.

[440] ראבילו ב עמ' 273 הערה 14.

[441] ראבילו ב עמ' 45-51 [בעמ' 189 הוא מביא פס"מ פו (תשל"ו(1) עמ' 406, על חזקת השפעה בלתי הוגנת, אם חולה נתן מתנה למנהל בית החולים] [על כפייה ראה ראבילו ב עמ' 43-45].

[442] ראבילו ב עמ' 53, גם בשם פ"ד מז(3) 185.

[443] ראבילו ב עמ' 55.

המוכר יכולים להצטרף. הבדל נוסף בין מתנה למכר הוא שבמכר בדרך כלל אין מוכר רצון גמור, שהרי אילו לא היה זקוק לכסף לא היה מוכר, ובכל זאת המכר תקף, ואילו במתנה נחוץ רצון גמור[445]. לכן אם יש פגם ברצונו של הנותן, שאינו נותן בלב שלם, המתנה בטלה.

אף על פי שבדרך כלל אין מתחשבים ב"דברים שבלב", זאת דווקא בהוצאה ממי שמוחזק, אבל מי שנותן בלי כוונה להקנות, ההקנאה אינה מועילה[446].

ככלל, אם יש **אומדנא** שהנותן לא התכוון לתת באמת, המתנה בטלה. אבל אם האומדנא חלשה, המתנה תקפה[447].

אם ידוע שהנותן לא גמר בלבו לתת, המתנה בטלה גם אם עשה מעשה קנין, גם אם לא היה אנוס[448].

בהמשך פרק זה נסקור סוגים מיוחדים של מתנות שבטלות מחמת פגם ברצון הנותן.

עקב הפצרה

אם אדם משכנע את חברו לתת לו מתנה, המתנה קיימת, כי הנותן לא היה מוכרח להסכים, ויש להניח שנתן בלב שלם[449]. אבל אשה שהסכימה לתת מתנה לבעלה עקב הרבה הפצרות שלו, עד שלא יכלה לסבול, המתנה בטלה גם אם לא איים עליה, כיון שהאשה נמצאת עם הבעל כל הזמן, ולכן "אנן סהדי" שהיא נתנה רק כדי לעשות לו נחת רוח, ומחשש שיתנכל לה, ולא מרצונה[450].

זקן שפיתוהו בחלקת לשון לתת, מתנתו בטלה[451].

גבאי צדקה שלחץ על אדם עשיר לתת לו צדקה, ונתן לו צ'ק על סכום גבוה, ולא היה לו כיסוי - המתנה בטלה כי ניכר שלא נתן בלב שלם[452].

---

[444] חלקת יואב, קונטרס בדיני אונס, אות ה.

[445] דביר הקודש, ב"ב, סי' כז, אות א.

[446] מגן גיבורים, או"ח, יד, ס"ק ד (מד ע"ג). עולה מדבריו שגם אם לא ניכר כלפי חוץ שלא התכוון להקנות, אלא שהוא אומר כך, והמקבל מאמין לו, המתנה בטלה; שאילו אם ניכר כלפי חוץ, אין זה דברים שבלב אלא "דברים שבלבו ובלב כל אדם", שמועילים בכל תחום.

[447] שו"ת בני שמואל, סי' טו (הובא בשו"ת פני יצחק (אבולפיה), ח"ה, חו"מ, סי' ד, דף קמט ע"ב).

[448] שו"ת דרכי נועם חו"מ, סימן ג (ד"ה עוד יש) (הובא בחי' ר' שלמה אלפסי, משחא דרבותא, חו"מ סי' יב, דף קלג ע"ב).

[449] שו"ת מהר"ש צרור, סי' ג; שו"ת משאת משה, אהע"ז סי' ל (קצד ע"א).
אבל מעין גנים (מזרחי) פ' חיי שרה (סג ע"א), כותב שהנותן מתנה רק מפני שהמקבל ביקש ממנו, יכול לחזור בו לאחר זמן.
פלא יועץ, ע' מתן, כותב שאין לבקש מתנה, שמא הנותן יתן שלא בלב שלם.

[450] שו"ת משאת משה אהע"ז סי' ל (קצד ע"א). הוא מוסיף לנמק (בדף קצד ע"ב) שהיה נהוג לכתוב בכתובה שהבעל מתחייב לא לפתות את האשה למחול לו על התנאים, ואם יפתה ותמחל, המחילה לא תהיה תקפה; הרי שביטל מראש מתנה שתתן עקב פיתוי. הוא מדייק כך גם משו"ת המבי"ט ח"א סי' ב, ומשו"ת מהרח"ש אהע"ז סי' כ. נראה שמדובר גם אם נתנה מנכסי מלוג שלה, שאילו נתנה מנכסי צאן ברזל שלה, בלאו הכי המתנה בטלה כפי שראינו ליד ציון הערה 759.

[451] שו"ת שארית יוסף (ידיד) ח"ב עמ' רלח. הוא מביא ראיה ממשחא דרבותא ח"א סי' רמב, אבל שם היתה גם בעיה של מתנה טמירתא.

[452] חשוקי חמד ב"ב מ ע"ב, עמ' ריט. הוא מסתמך על שו"ע הרב הל' נזקי ממון סעיף יח, האומר באופן כללי שמתנה שאינה בלב שלם - בטלה. הוא מביא ראיה מס' חסידים סי' שטז, האומר שמי שמתארח אצל אדם שאינו רוצה לארחו אבל הוא מתבייש לומר זאת, עבר בגזל בדין שמים.
אבל משפטי התורה ב"מ סי' מז כותב שהמתנה תקפה.

הנותן את כל נכסיו לאשתו

כללי

הנותן את כל נכסיו לאשתו, אינה זוכה בהם כמתנה, מפני שאנו אומדים את דעת הבעל שלא התכוון לתת לה מתנה, אלא התכוון לעשות אותה אפוטרופוס על הנכסים[453], כדי שיחלקו לה בניו כבוד[454]. יש להניח שלא

---

[453] ב״ב קלא ע״ב, קנ ע״ב; רב נטרונאי, בתשובות הגאונים שערי צדק חלק ד שער ג סימן כט = תשובות רב נטרונאי גאון, מהד׳ אופק, סימן שסד; תשובות גאונים קדמונים סימן כב = תשובות רב נטרונאי גאון, מהד׳ אופק, סימן תקנח; הלכות גדולות סימן מט (עמ׳ תקנא במהד׳ מכון ירושלים); רי״ף בבא בתרא נט ע״ב (בדפי הרי״ף); רמב״ם, הלכות זכיה ומתנה, ו, ד; רא״ש, ב״ב, פ״ח, סי׳ לב; שו״ת הרשב״א חלק א סימן אלף מח, והמיוחסות לרמב״ן סימן עא; תוס׳ קידושין מט ע״ב (ד״ה דברים) (שזו אומדנא); יד רמה בבא בתרא פ״ג סי׳ רה; טור, אהע״ז, סי׳ קז, וחו״מ, רמו, יג; תשב״ץ חלק ג סי׳ רנג וסי׳ שכה; שו״ת מהר״ם מינץ סימן מא (ד״ה עד הנה); שו״ע, אהע״ז, קז, א, וחו״מ, רמו, יב; ערוך השולחן, חו״מ, רמו, יז.

במתנת בריא: בב״ב קלב ע״א מסתפק התלמוד האם דין זה, שהמתנה בטלה והיא רק אפוטרופוס (וכן הדין המקביל בנותן כל נכסיו לבן אחד - להלן ליד ציון הערה 518) הוא גם במתנת בריא או רק במתנת שכיב מרע. נימוקי יוסף, ב״ב נט ע״ב (בדפי הרי״ף), מסביר שהספק הוא, שייתכן שכיון שהוא עדיין בחיים, אין סיבה שירצה לחזק את אפוטרופסותה, שהרי הוא חי ובלאו הכי יהיו בניו כפופים לאשתו. הספק לא נפשט, והפוסקים פסקו שמספק לא זכתה האשה במתנה. כך פסקו רי״ף, רמב״ם, רא״ש, רשב״א ושו״ע (הובא בפד״ר כרך יג, עמ׳ 164 = שערי עזרא ח״ב סי׳ קכט), שם, אגודה, ב״ב סי׳ קע, שו״ת הרמ״ה סי׳ רמד, שו״ת שב יעקב, אהע״ז, סי׳ לא (עז ע״א), שו״ת מגן שאול (קצנלנבוגן) סימן קסו, ושו״ת שי למורא (יונה) סי׳ מו (נב [מסומן נג] ע״ב). שו״ת הרשב״ש, סי׳ קעג (הראשון), ושו״ת מהרי״ט חלק א סימן קיט (ד״ה ואני רואה), עוסקים בנותן מתנת בריא לאשתו, וכותבים שלא זכתה.

מאירי, ב״ב קלב ע״א, ובית שמואל, קז, ס״ק א (הובא בשו״ת מהרי״א הלוי, ח״א, סי׳ סג, ובשו״ת מנחת יצחק ח״ו סי׳ קע ענף ח ס״ק א) כתבו שהיות שלא נפשט הספק, הרי אם האישה תפסה, מועילה תפיסה.

אבל ר׳ חיים בנבנשתי, בשו״ת עדות ביעקב (בוטון) סי׳ עא (קפט ע״ד), מביא תשובה כ״י של ר׳ שמואל גאון, שמדייק ממה שהרמב״ם לא כתב שתפיסת האשה מועילה, מכאן שאינה מועילה, ומנמק, כי הנכסים בחזקת היורשים. ר׳ חיים בנבנשתי מבאר (בדף קצ ע״א) את נימוקו, שהמתנה אמורה לחול אחרי מות הבעל, א״כ בחיי הבעל אין לה שום זכות בנכסים, ואינה יכולה לומר אז קי״ל, ולכן מיד כשמת הבעל עוברים הנכסים ליורשים, והם המוחזקים, ואינה יכולה לומר קי״ל. אבל ר״ח בנבנשתי דוחה, שכמו שבשעת מיתה מיד הגיעו הנכסים ליורשים, כך באותו רגע זכתה האשה בנכסים מכוח קי״ל, כי מיתת בעל ותפיסתה באים כאחד (עיי״ש שהוא דן בדבריו מצד שזו תפיסה לאחר שנולד הספק). והוא דוחה את דיוק ר״ש גאון ממה שהרמב״ם לא הזכיר תפיסה, שהרמב״ם סמך על משי״כ במקומות אחרים שמועילה תפיסה בספק. לעומתו, ר׳ יעקב די בוטון, שם, סי׳ עב (קצט ע״ג-ע״ד), מסכים שזו כוונת ר״ש גאון, ומביא ראיה מריב״ש סי׳ קס האומר שלא מועילה תפיסת מקבל, כי היורשים יורשים ממילא, והמקבל בספק, ומביא ראיה מדין ״נכסי לך ואחריך לפלוני״, שאם הראשון נתן את הנכסים למישהו במתנת שכ״מ, אינה מועילה כי מתנת שכ״מ חלה לאחר מיתה ו״אחריך״ קודם (ראה סעיף 4), וכך גם ביחס ליורשים, שהמוריש רוצה שיירשו עם גמר מיתה (לפני מתנת שכ״מ) כי אז הוא כבר לא צריך את הנכסים, ולכן תפיסת המקבל לא תועיל. ר״ח בנבנשתי שם (קצ ע״ב) מדייק ממה שנ״י כתב בנושא אחר (עיי״ש) שתפיסה לא מועילה ולא כתב כך בכותב כל נכסיו לאשתו, מכאן שלדעתו כאן מועילה תפיסה, והוא מסביר, שכאן יש ספק האם הנותן התכוון למתנה או לאפוטרופוסות, ואם אמנם התכוון למתנה, הנכסים יצאו מרשות היורשים, והיא יכולה לטעון קי״ל שהתכוון למתנה. אבל ר׳ יעקב די בוטון, שם (ר ע״א), דוחה שאין לחלק בין אם ביטול המתנה הוא מחמת הדין או מחמת כוונת הנותן, שהרי הכלל הוא שאין הבדל בין ספק בדין לספק במציאות; ועוד שבאמת בשניהם זה ספק בדין; ועוד, שגם אם זה תלוי בכוונת הנותן, הנכסים בחזקת היורשים כפי שמוכח מדין ״אחריך״. משכנות הרועים (אלחאיק) מע׳ מ אות שז (רלב ע״ד), כותב שלפי שו״ת מהר״י הלוי סי׳ קז, שכתב שלרמב״ם במקום שיש ספק האם התכוון למתנה, לא מועילה תפיסה, כאן לא מועילה תפיסה. אבל אח״כ (בדף רלג ע״ב) כתב שלפי לח״מ, הלכות נחלות, ו, ד, ומהר״י הלוי שם, תפיסה מועילה לפי הרמב״ם. תקפו כהן סי׳ ט, ותומים, תקפו כהן, סי׳ ט, מדייקים משתיקת הרמב״ם שתפיסת האשה לא מועילה. בית מאיר אהע״ז קז, א, מנמק, שהדין שהיא אפוטרופוס נאמר בתלמוד סתם, משמע גם במתנת בריא. עוד כתב שמטעם אחר לא מועילה תפיסת האשה אם הנכסים נשארו בידה כמו שהיו בידה בחיי בעלה או שבאו לידה בתורת אפוטרופסות בסתם, כי זו תפיסה גרועה, שלא הוציאה מרשות של אחר. ישועות מלכו, הלכות נזקי ממון ב, ה (ד״ה והנה המקומות), מדייק משתיקת הרמב״ם (לגבי הנותן לבנו) שתפיסה אינה מועילה, ומנמק (ד״ה וכדי לתרץ) שטוענים ליורשים כל מה דאביהם היה יכול לטעון, ואילו האב היה בחיים, והיה טוען ברי שהתכוון לעשות את בנו אפוטרופוס, ברי ושמא ברי עדיף, כיון שהוא להשאיר את הנכסים בידי המוחזק. משכן שילה, עמ׳ רסו, כותב שהדין אם תפסה תלוי במחלוקת בין שו״ע, חו״מ, רד, ג, הסובר שמועילה תפיסה בספק בדין, לבין רמ״א, חו״מ, רב, ג, המביא דעה שאינה מועילה.

שו״ת הרשב״א חלק ב סימן רסד, כותב שאף שזו ספק, נושי הנותן יכולים לגבות מהנכסים.

שו״ת שם אריה (בלחובר) חו״מ סי׳ כב (השני) (פט ע״א), וקונט׳ רוב וספק בממון אות מג (קט ע״ב; דף לא ע״ב במהד׳ הנפרדת של הקונטרס), מסביר שאף שראי״ש, ב״ב, פ״ט סי׳ כא, אומר שספק אומדנא אינו אומדנא (ועל סמך זה הסביר שו״ת עדות ביעקב (בוטון), סי׳ עב, דף רא [מסומן רב] ע״ד, את הדעה שמספק המתנה קיימת), זה רק במתנה ודאית, שבה אם יש ספק אומדנא שהנותן התכוון להתנות את המתנה בתנאי מסוים, המתנה נשארת מוחלטת בלי תנאי, כי ספק

התכוון לתת לה מתנה, משום שאדם סביר אינו משאיר את עצמו ואת בניו אחריו בלי שום נכסים, ונותן את כל נכסיו לאשתו[455], אלא יש להניח שהתכוון רק שתהיה אפוטרופוס על הנכסים, והסיבה שלא אמר בפירוש שהוא עושה אותה אפוטרופוס, אלא אמר לשון מתנה, היא שלשון מתנה משתמעת כנתינת סמכות בנכסים יותר מלשון אפוטרופסות, ולכן יכבדו אותה יותר כיון שהשתמש בלשון זו. במי שנתן את כל נכסיו לאדם זר אין אומרים כך, מפני שאין להניח שהנותן מעוניין כל כך לכבדו עד שימנה אותו אפוטרופוס על נכסיו, אלא יותר סביר להניח שהוא נותן לו את הנכסים במתנה מסיבה כלשהי, כגון שהיה חייב לו כסף[456].

התלמוד קורא להלכה זו "הלכתא בלא טעמא"[457], כלומר שזו דוקטרינה בלתי רציונלית, כיון שהנימוק הנ"ל נראה חלש; ואכן, משום כך נטו הפוסקים לצמצם הלכה זו בסייגים שונים, כפי שנראה[458].

הכוונה לאשתו הנשואה, אבל אם נתן את כל נכסיו לאשתו הארוסה או לאשתו הגרושה, המתנה תקפה[459], כי אין להניח שהתכוון לעשותן אפוטרופוס כדי שבניו יכבדו אותן, שהרי אין לבו גס בהן[460]. ועוד, שרק באשתו הנשואה, אפשר לומר שהתכוון לעשותה אפוטרופוס מפני שהוא מכיר אותה ויודע שמידותיה טובות, והוא סומך עליה שתטפל בנכסים כראוי; אבל אין לומר שהוא רוצה שגרושתו תהיה אפוטרופוס, שהרי אין דרך האדם לתת למי שהוא שונא לנהל את נכסיו, וכך לגבי ארוסתו, שאינו יודע מה אופייה, ואין דרך האדם לתת למי שאיננו מכיר את אופיו, לנהל את נכסיו; ויותר סביר שהתכוון למתנה גמורה, מאיזו סיבה שבעבר או

אומדנא הוא בדרגת דברים שבלב, ודברים שבלב אינם יכולים לבטל מעשה; אבל כאן יש ספק האם התכוון להקנות בכלל, ודברים שבלב מועילים לבטל את הכוונה שצריך כדי להקנות.
ר' שילה רפאל, פד"ר כרך יג, עמ' 185 (=מוריה גל' קכט עמ' פ-פז = משכן שילה עמ' רסד-רעד), תולה את דין התפיסה כאן במחלוקת הכללית בין שו"ע חו"מ רב, ג, הסובר שבכל ספק בדין מועילה תפיסה, לבין רמ"א שם, המביא דעה שאינה מועילה.
ראה הערה 518, שיש ספק מקביל לגבי בריא הנותן את כל נכסיו לבנו, ושם יש דעה שהבן זכה מספק, ולפי דעה זו, כך הדין גם באשה.
אם הבנים גדולים: ראה הערה 521, שנחלקו המאור והרשב"א לגבי הנותן כל נכסיו לבנו (שגם שם אינה מתנה, כי מניחים שהתכוון לעשותו אפוטרופוס), האם הדברים אמורים גם במצב שהיורשים גדולים ואינם צריכים אפוטרופוס. והם נחלקו גם לגבי הנותן לאשתו.
באמירה בעל פה: ראה ליד ציון הערה 546, שרבים אומרים שהדין המקביל בנותן כל נכסיו לבנו, נאמר רק בכתיבה ולא באמירה בעל פה; והעיטור, מתנת שכיב מרע (נט ע"א במהד' רמ"י, ליד אות סז), כותב שבנותן לאשתו באמירה, קנתה; ושו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סימן עא, מביא דעה זו לענין הנותן לאשתו. משכנות הרועים מע' מ אות שז (רלב ע"א), מבין ששו"ת הרי"ף סי' יב, מתכוון לומר שבאמירה, קנתה. שו"ת שי למורא (יונה) סי' מג, כותב שמספק, גם באמירה לא זכתה. בית מאיר, אהע"ז, קז, א, מתקשה מדוע שו"ע לא עשה הבחנה זו באשה כמו שעשה בבן.
בלשון ירושה: ראה הערה 518, שרשב"ם אומר שהנותן את כל נכסיו לבנו בלשון ירושה, קנה. אבל משכנות הרועים (אלחאיק) מע' מ אות שז (רלב ע"ב), כותב שזה לא יועיל בנותן לאשתו, שהרי האומר על מי שאינו ראוי ליורשו "יירשני", אין לכך תוקף.
[454] רשב"ם, בבא בתרא קלא ע"ב (ד"ה לא עשאה).
[455] רשב"ם, בבא בתרא קלא ע"ב (ד"ה לא עשאה); הרא"ש בתשובה המובאת בטור, אהע"ז, סי' קז.
[456] יד רמה, בבא בתרא, פ"ח, סי' קמב.
[457] גיטין יד ע"א; בב"ב קמד ע"א (הובא במשיבת נפש, לוריא, בראשית טו, טז). רשב"ם, בבא בתרא קלא ע"ב (ד"ה לא עשאה), מסביר שמצד ההגיון היינו צריכים ללכת לפי לשונו המפורשת, שזו מתנה, ולא לפי האומדנא שלא התכוון למתנה. כמו כן, שיעורי ר"ש רוזובסקי, ב"ב קלב ע"ב אות קיט (הובא באור תורה (שצ'יגל), ב"ב קמד ע"א), מסביר שלא די באומדנא לבדו, לפי חידושי הריטב"א, קידושין נ ע"א, שלא מועיל אומדנא נגד דברים שהאדם אמר בפירוש.
מראה כהן (כאהן), ב"ב קמד ע"א, מביא שיעורי אבי עזרי הסביר שה"הלכתא בלא טעמא" היא מה שחכמים תיקנו שייחשב אומדנא. מראה כהן מסביר שזה נקרא "בלי טעמא" כי תקנה זו שונה משאר תקנות, שהן רק הרחבה של הלכה מקבילה בדין תורה.
אבל משנת יעקב, הלכות זכיה, ו, א, כותב שהרמב"ם סובר שאין זה "הלכתא בלא טעמא", אלא מבוסס על אומדנא - עיי"ש הסברו לכך.
[458] ראה לדוגמה הערות 465, 488, 506, 519, 522, 541, 574.
[459] רי"ף בבא בתרא נט ע"ב (בדפי הרי"ף); רמב"ם, הלכות זכיה ומתנה, ו, ה; יד רמה, בבא בתרא, פ"ח, סי' קמג; חידושי הרשב"א, בבא בתרא קלא ע"ב; רא"ש, ב"ב פ"ח סי' לא; חידושי ר"י קרקושא, בבא בתרא קלא ע"ב; מאירי, בבא בתרא קלא ע"ב; חידושי הר"ן בבא בתרא קלא ע"ב; שו"ע, אהע"ז, קז, ב.
[460] רשב"ם, בבא בתרא קלא ע"ב (ד"ה בנו ואשתו); נימוקי יוסף, ב"ב נט ע"ב (בדפי הרי"ף); הגהות מרדכי בבא בתרא סי' תרסו.

שבעתיד, והרי כל אדם מוכר ומחליף גם לשונאו ולמי שאינו מכיר[461]. אם תיכנן לגרש את אשתו על תנאי כדי שלא תפול ליבום, אלא שלא היה לו זמן להזמין סופר ועדים, ונתן לה את כל נכסיו - לדעת ר' מנחם עזריה מפאנו דינה כגרושתו לענין זה[462], ואילו לדעה ר' שבתי יונה, היא רק אפוטרופוס, כי רק באשה שכבר גירש מתוך שנאתו, אין להניח שהתכוון לעשות אותה אפוטרופוס כי מן הסתם אינו רוצה לכבד אותה, אבל כאן הוא מגרש אותה מתוך אהבתו, שלא תצטרך להתייבם או לחלוץ[463].

אם אין לו בנים

גם אם אין לנותן בנים, אלא אחיו הם יורשיו, מה שנתן לאשתו אינה מתנה, אלא התכוון לעשות אותה אפוטרופוס[464], ואף שהאחים שלו אינם חייבים בכבוד אשתו, מכל מקום כיון שאשתו כגופו, הוא רוצה שיכבדו אותה ולכן עשה אותה אפוטרופוס[465]. כמו כן, גם אם יש לו בנים רק מאשה אחרת, ולא מאשה זו, אין זו מתנה אלא עשה אותה אפוטרופוס[466], מפני שיש להניח שהוא רוצה שיכבדו אותה, כיון שהם חייבים בכבודה בתור אשת אביהם[467]. כך גם אם אין לו אחים אלא רק יורשים שהם רחוקים יותר מאחים[468], ואין אומרים שיש

---

[461] שו"ת הרמב"ם (מהד' בלאו), סימן תכג.

[462] שו"ת הרמ"ע מפאנו, סי' נח.

[463] שו"ת שי למורא (יונה) סי' מג. הוא מוסיף לנמק, שבשעת הנתינה לא היתה מגורשת, ואולי שעת הנתינה קובעת ולא שעת חלות המתנה.

[464] רי"ף בבא בתרא נט ע"ב (בדפי הרי"ף); חידושי ר"י מיגאש, בבא בתרא קלא ע"ב; רמב"ם, הלכות זכיה ומתנה, ו, ד (הובא בשו"ת הרמ"ע מפאנו, סי' נח); רשב"ם, בבא בתרא קלא ע"ב (ד"ה ורב עוירא); עליות דרבנו יונה, ב"ב קלא ע"ב (עמ' תסו); רא"ש בבא בתרא פרק ח סימן לא; חידושי ר"י קרקושא, בבא בתרא קלא ע"ב; מאירי, בבא בתרא קלא ע"ב; חידושי הרשב"א, בבא בתרא קלא ע"ב; חידושי הר"ן בבא בתרא קלא ע"ב; נימוקי יוסף, ב"ב נט ע"ב (בדפי הרי"ף); טור, אהע"ז, סי' קז; שו"ע, אהע"ז, קז, א; שו"ת מהרי"ט חלק א סימן קיט (ד"ה ואני רואה); ר' עזרא בצרי, פד"ר כרך יג, עמ' 164 (=שערי עזרא ח"ב סי' קכט).

דעה חולקת: ספר העיטור, מתנת שכיב מרע (נח ע"ג במהד' רמ"י), בשם תשובה מריש מתיבתא, והגהות אשרי, ב"ב פ"ח סי' לא, בשם מהרי"ח, כותבים שאם אין לו בנים, המתנה תקפה. כמו כן, תשובות גאוני מזרח ומערב סימן קנה, כותב שאם אין לו בנים ובנות, המתנה תקפה, כי רק אם יש לו בנים או בנות, יש להניח שהנותן לא התכוון להשאיר אותם בלי נכסים ולתת את כל נכסיו לאשתו.

שו"ת הרמ"ע מפאנו, סי' נח (הובא בחנא וחסדא ח"א דף צו ע"א), מוכיח שהרי"ף סובר כעיטור, שהרי הרי"ף סובר שהנותן את כל נכסיו לבת בין הבנות או לאח בין האחים, המתנה תקפה (ראה ליד ציוני הערות 535-537). רמ"ע עצמו פוסק כדעה זו כי דין הנותן לאשתו הוא הלכתא בלא טעמא, ואין להפריז בה כל כך. הוא מביא ראיה לעיטור, מהדין שהנותן את כל נכסיו לבנו, המתנה בטלה והוא אפוטרופוס רק אם יש לו עוד בנים (כאמור ליד ציון הערה 539).

רמ"ע מנמק דעה זו, שאין דעתו של אדם קרובה אצל אחיו ואפילו אצל אביו ואצל בנותיו כמו אצל בניו, ורק לגבי בניו די באומדן דעת כלשהו לבטל את המתנה לאשה, כדי שלא להעביר נחלה מבניו. הרי שהרמ"ע מבין שלפי מהרי"ח וריש מתיבתא, גם אם יש לו רק בנות, האשה זכתה. אבל שו"ת שי למורא (יונה) סי' מג, כותב שמהרי"ח וריש מתיבתא דיברו רק במצב שאין בנים ובנות ויש רק אחים.

אבל שו"ת שי למורא (יונה) סי' מג, כותב שאין לחוש לדעה זו, כיון שהיא במיעוט, ועוד שמספק, אין להוציא את הנכסים מהיורשים המוחזקים בהם, ולתת לאשה.

[465] רשב"ם, בבא בתרא קלא ע"ב (ד"ה ואשה אצל האחין) (הובא בשו"ת שי למורא (יונה) סי' מג).

[466] חידושי ר"י מיגאש, בבא בתרא קלא ע"ב; רמב"ם, הלכות זכיה ומתנה, ו, ד; רשב"ם, בבא בתרא קלא ע"ב (ד"ה ורב עוירא); עליות דרבנו יונה, ב"ב קלא ע"ב (עמ' תסו); חידושי ר"י קרקושא, בבא בתרא קלא ע"ב; מאירי, בבא בתרא קלא ע"ב; חידושי הרשב"א, בבא בתרא קלא ע"ב; הגהות מרדכי בבא בתרא סי' תרסו; שו"ע, אהע"ז, קז, א; רמ"ע שם; שו"ת מהרי"ט חלק א סימן קיט (ד"ה ואני רואה).

[467] רשב"ם, בבא בתרא קלא ע"ב (ד"ה ואשה אצל בני הבעל).

[468] רמב"ם, הלכות זכיה ומתנה, ו, ד (הובא בשו"ת ר"י לבית לוי (מהד' שע"ד) סי' כד (קכו ע"ד) [=מהד' שצ"ב סי' ע דף קמט ע"א]); יד רמה, בבא בתרא, פ"ח, סי' קמד; חידושי ר"י קרקושא, בבא בתרא קלא ע"ב; עליות דרבנו יונה, ב"ב קלא ע"ב (עמ' תסו); נ"י, ב"ב נט ע"ב (בדפי הרי"ף) (הובא בסמ"ע, רמו, ס"ק יט), בשם הריטב"א; שו"ע, אהע"ז, קז, א.

שו"ת מהרש"ך, ח"א, סי' קח, כותב שאפשר לטעון קים לי כרמב"ם.

דעה חולקת: הרא"ש בתשובה המובאת בטור, אהע"ז, סי' קז (הובא בחלקת מחוקק, קז, ס"ק ג), ר' יהודה בן הרא"ש, בתשובה המובאת בב"י, חו"מ, רמו, יג, ורמ"ע שם בדעת רמב"ם ורשב"ם, כותבים שאם היורשים רחוקים מדרגת אחים, המתנה לאשה תקפה, כי יש להניח שהוא מעדיף את אשתו על פני קרוביו הרחוקים.

ר' עזרא בצרי, פד"ר כרך יג, עמ' 165 (=שערי עזרא ח"ב סי' קכט), מציע שתי דרכים לבאר את המחלוקת: (א) הרא"ש סובר שלגבי קרובים רחוקים יש אומדנא שלא התכוון שתהיה אפוטרופוס, ואומדנא זו גוברת על האומדנא שחז"ל אמדו שהנותן כל נכסיו לאשתו התכוון לעשות אותה אפוטרופוס, והרמב"ם סובר שאומדנא שלנו אינה יכולה לגבור על

להניח שהוא מעדיף את אשתו על פני קרוביו הרחוקים. כך גם אם אין לו בנים אלא אביו בחיים, כך שאביו יירש אותו - אם נתן את כל נכסיו לאשתו, היא רק אפוטרופוס, ואף שכבוד אביו עדיף, יש להניח שהוא רוצה שאביו יכבד את אשתו כי היא כגופו, ולכן הוא עושה אותה אפוטרופוס; וגם יש אומדנא שאינו רוצה להשאיר את אביו בלי נכסים, ע"י נתינתם לאשתו[469].

אם יש הוכחה שהתכוון למתנה

אם מוכח מתוך דברי הנותן שהתכוון למתנה גמורה, האשה זוכה במתנה[470], מפני שהסיבה שבמצב רגיל אינה זוכה היא שיש אומדנא שהנותן לא התכוון למתנה, ולא שנשללת ממנו האפשרות לתת את נכסיו לאשתו, שהרי אדם יכול לעשות בממונו מה שהוא רוצה, ולכן אם אמר בפירוש שהוא מתכוון למתנה, או שמוכח כך מדבריו, זכתה[471]. והרי אם הוא באמת רוצה לתת את המתנה, ושהאשה לא תהיה רק אוטרופוס, ברור שצריך שתהיה לו דרך לעשות כן, בכך שיבטא בבירור את כוונתו זו[472]. ואף על פי שאיננו מוסמכים ליצור אומדנות מעצמנו[473], הרי כל הדין שהאשה היא רק אפוטרופא בנוי על אומדנא, וא"כ אם יש אומדנא מוכחת שהנותן מתכוון למתנה גמורה, היא מבטלת את האומדנא שכוונתו לאפוטרופא[474]. דוגמאות לכך: (א) אם כתב לאשה שהוא מקנה לה הקנאה גמורה, ולא בתורת אפוטרופסות[475]. (ב) אם כתב לה "תהיה רשאית למכור או לתת

אומדנא של חז"ל; (ב) נחלקו בעצם האומדנא - האם בכגון זה דעתם של בני אדם לתת במתנה גמורה או למנות אפוטרופוס.
שו"ת מהרי"ט חלק א סימן קיט (ד"ה ואני רואה), מביא את שתי הדעות.

[469] שו"ת שי למורא (יונה) סי' מג.
אבל הפלאה, קונטרס אחרון, סי' קז, ס"ק ב, כותב בדעת הרא"ש, שבכגון זה זכתה, כי הדעת נותנת שאינו רוצה שאביו שהוא חייב בכבודו, יכבד את אשתו בתור אפוטרופוס.

[470] חידושי הרמב"ן, בבא בתרא קלא ע"ב, בשם רב האי גאון; שו"ת הרשב"א חלק ג סימן קכ; שו"ע, אהע"ז, קז, ח (הובא בפד"ר, כרך יג, עמ' 202 = דברי שלום, מזרחי, אהע"ז, ח"א, סי' א), ושו"ת אבקת רוכל, סימן ע (ד"ה ומ"מ כי דייקינן); שו"ת הרמ"ע מפאנו, סי' נח.
אבל ראה הערה 475, שיש דעה שאפילו אמר בפירוש שהוא מתכוון להקנאה גמורה, אינה זוכה.
שו"ת שי למורא (יונה) סי' מג, וסי' מו (נא ע"ג), כותב שאם לא אמר בפירוש שהוא מתכוון להקנאה גמורה, אבל יש הוכחה שהתכוון למתנה, אין להוציא מהיורשים, מספק, כי אולי הראשונים הללו דיברו רק באמירה מפורשת.

[471] הרא"ש בתשובה המובאת בטור, אהע"ז, סי' קז (בקיצור); שו"ת שמו משה חו"מ סי' יח (קמו ע"ב).

[472] ר' מתתיהו שרים, פד"ר כרך יג, עמ' 175.

[473] ערוך השלחן חו"מ רמו, א.

[474] ר' שילה רפאל, פד"ר כרך יג, עמ' 186 (=מוריה גל' קכט עמ' פ-פז = משכן שילה עמ' רסד-רעד).

[475] חידושי הרמב"ן, בבא בתרא קלא ע"ב, בשם ר"י מיגאש; חידושי ר"י קרקושא, בבא בתרא קלא ע"ב; עליות דרבנו יונה, ב"ב קלא ע"ב (עמ' תסד); שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סי' לט, גם בשם ר"י מיגאש והראב"ד ("אם בירר"); חידושי ר' קרשקש, גיטין יד ע"א; נימוקי יוסף ב"ב נט ע"א (בדפי הרי"ף).
אבל שו"ת שי למורא (יונה) סי' מו (נא ע"ג), כותב שאם אמר רק שהוא נותן "מתנה גמורה" ולא כתב "ולא לשם אפוטרופסות", אין הוכחה שהתכוון למתנה, כי אולי התכוון לאפוטרופסות ונקט לשון מתנה כדי שעי"ז יכבדו אותה בניו (כך נראית כוונתו).
דעה חולקת: שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סי' לט, מביא שיש מרבותיו שכתבו שאפילו כתב לה בפירוש שלמתנה גמורה הוא נותן לה, ולא שתהיה אפוטרופסית, לא קנתה, כי העובדה שכתב לה את כל נכסיו, מוכיחה שלא עשאה אלא אפוטרופסית, ומה שכתב לה לשונות מחזקים, הוא משום שרצה לכבד אותה, כדי שדבריה יישמעו. כמו כן, שו"ת הרשב"א חלק ב סימן רסג, כותב (בתחילת דבריו) שלפי הרי"ף, גם כאן המתנה בטלה, ומה שכתב לשון זו הוא רק לכבודה. בית דוד (פילוסוף) אהע"ז סי' עט, מנמק דעה זו, שיש אומדנא שאינו רוצה להשאיר את בניו בלי נכסים.
רמב"ן בבא בתרא שם מביא דעה שרק בנותן כל נכסיו לבנו, מועיל אם אמר שהוא נותן במתנה גמורה (כאמור ליד ציון הערה 553), כי דעתו של אדם קרובה אצל בנו (ראה ליד ציון הערה 213), אבל לא בנותן לאשתו. משכנות הרועים (אלחאיק) מע' מ אות שז (רלג ע"ד), מנמק הבחנה זו בדרך אחרת: שבנו ראוי לרשת אותו ולכן כוחו יותר גדול מאשה.
שו"ת ראש יוסף (אשקאפה), דף ה ע"ב, כותב שגם הרמב"ם סובר שלא מועילה הוכחה, שהרי כתב רק שאם שייר או שנתן לארוסה, זו מתנה, משמע שאין דרך אחרת שייחשב מתנה (יש לדחות, שאין דרכו של הרמב"ם לכתוב דברים שאינם מוזכרים בתלמוד). הוא מנמק דעה זו, שהלא גם במצב רגיל, הכותב לאשתו שטר מתנה, המשמעות היא מתנה גמורה, כמו אם כתב כך לאדם זר, ובכל זאת מוציאים את הדבר ממשמעותו ואומרים שהתכוון לעשות אותה אפוטרופוס, א"כ גם אם אמר בפירוש שאינו מתכוון לאפוטרופוס (וקל וחומר אם יש רק הוכחה לכך), נאמר שהתכוון בכך לחזק את כוחה בתור אפוטרופוס, שיצא קול שהנכסים שלה.
שו"ת חושן האפוד, חו"מ, סי' ו (ט ע"א), כותב (גם בשם שו"ת הגיד מרדכי, חו"מ, הלכות מתנה, סי' י, דף קט, ושיורי טהרה (הכהן) מע' ק, ס"ק מב) שאפשר לומר קי"ל כדעה זו. אבל שו"ת שמו משה חו"מ סי' יח (קמז ע"ג), ור' עזרא בצרי, פד"ר כרך יג, עמ' 166 (=שערי עזרא ח"ב סי' קכט), כותבים שא"א לומר קי"ל כדעה זו. שו"ת שי למורא (יונה) סי' מג,

לאחרים"[476], וזאת גם במקום שהכל נוהגים לכתוב בשטר "יש למקבל רשות למכור ולתת"[477]. (ג) אם כתב "אל תחשבו לי לשטות שאני נותן כל נכסי לאשתי, שהרי אני יודע שלא תינשא לאחֵר לעולם", משמעותו היא שחושבים שזו שטות לתת את כל נכסיו לאשתו שהרי ייתכן שתינשא לאחר ותעביר לו את נכסיו, וזהו עגמת נפש שתאכל את כל עמלו עם איש אחר, וזה לא שייך אם הוא יודע שאשתו לא תינשא לאיש אחר מתוך אהבתו לה; ונוסח זה מוכיח שהתכוון למתנה גמורה, שהרי אם התכוון רק לעשותה אפוטרופוס, אין מקום לחשוב שזו שטות אף אם תינשא לאחר, שהרי אם תינשא לאחר, יסלקוה ב"ד מן האפוטרופסות כדי שלא יאכל הבעל השני את הנכסים[478]. (ד) אם כתב "ולא יוכל שום אדם לתבוע ממנה אפילו פרוטה אחת"[479]. (ה) אם הנותן קיבל על עצמו אחריות על המתנה, דבר שלא שייך באפוטרופסות[480]. (ו) אם כתב בשטר המתנה שהוא נותן לה את כל נכסיו "זולת סכום כתובתה", ברור שהתכוון למתנה גמורה, ולכן הדגיש שהוא נותן לה את הכל, גם מה שמעבר לסכום כתובתה; שאילו התכוון רק שתהיה אפוטרופוס, לא היתה לו סיבה להזכיר את סכום כתובתה בנפרד[481].

מסתפק האם לחוש לדעה זו, שהיא נגד ההגיון, שהרי אם אמר במפורש שהוא נותן מתנה גמורה, לא שייך לומר אומדנא הפוכה.

[476] עליות דרבנו יונה, ב"ב קלא ע"ב (עמ' תסד) (הובא בטור, חו"מ, רמו, ח [שהובא בשו"ת שי למורא (יונה) סי' מו, דף נא ע"ב] לגבי הנותן לבנו); חידושי ר"י קרקושא, בבא בתרא קלא ע"ב; נימוקי יוסף ב"ב נט ע"א (בדפי הרי"ף); שו"ת הרמ"ע שם; שו"ת מגן שאול (קצנלנבוגן) סימן קסו.

ר' עזרא בצרי, פד"ר כרך יג, עמ' 166 (=שערי עזרא ח"ב סי' קכט), ור' מתתיהו שרים, שם, עמ' 174, כותבים שכך הדין גם בלשון "תוכל לעשות עמהם כמו עם שאר נכסיה". ר"ע בצרי מסביר שהסיבה שלא כתב שתוכל למכור ולתת, היא שעד מותו גם בשאר נכסיה אינה יכולה למכורולתת.

[477] שו"ת מהרי"א הלוי, ח"א, סי' סג. מהרי"א עוסק בשטר שהיה כתוב בו נוסח זה, אבל לא היה ברור אם הנותן ציווה לכתוב כך, או שהעדים כתבו כך מעצמם. הוא מביא ראיה משו"ע, חו"מ, עא, יד, האומר לגבי "נאמנות" (המקבל על עצמו להאמין למה שיטען שכנגדו), שאם כותבים כך **בכל השטרות**, מועיל גם אם המתחייב לא ציווה לכתוב כך, משא"כ אם כותבים כך רק **ברוב השטרות**. הוא לומד לעניין זה פרטי דינים ממה שנאמר לגבי "נאמנות": ב"י, חו"מ, עא, כד, כותב בתירוצו השני, שאם העדים בפנינו, צריך לשאול אותם איך הנותן ציווה לכתוב, ואם אינם בפנינו, מניחים שהמתחייב רצה לכתוב כמו שמקובל לכתוב; ושגידולי תרומה, שער כו, ח"ג, מבחין לענין "נאמנות" בין אם העדים כתבו כך רק לשופרא דשטרא לבין אם כתבו זאת בכוונה; ושש"ך, חו"מ, עא, ס"ק לג, כותב שאם המתחייב ידע שהמנהג לכתוב כך בכל השטרות, ויש להניח שהתחייב ע"ד כן, משא"כ אם לא ידע.

[478] הרא"ש, בתשובה המובאת בטור, אהע"ז, סי' קז (הובא בשו"ת שי למורא (יונה) סי' מו, דף נא ע"ב).

שו"ת ראש יוסף (אשקאפה), דף ה ע"א, מעיר שהיה אפשר לפרש שכוונתו לומר "אל תחשבו לי לשטות, כי רק עשיתי אותה אפוטרופוס, כדי שיכבדו אותה, כי אני יודע שלא תינשא לאחר, ולכן רציתי לכבד אותה"; ובכל זאת הרא"ש סובר שלא נראה לפרש כך.

[479] שו"ת מהרש"ך, ח"א, סי' קח (הובא בשו"ת שי למורא (יונה) סי' מו, דף נא ע"ג, בשו"ת מור ואהלות אהע"ז סי' ב (לט ע"א), ובשו"ת שב יעקב, אהע"ז, סי' לא, דף עז ע"א).

קול יעקב (שאול), שו"ת, סי' ה (ח ע"ד), מקשה על מהרש"ך, משו"ת דברי ריבות סי' קכ, שעוסק במי שמינה את אשתו אפוטרופוס, וכתב "לא יוכל שום יורש לתבוע אותה", הרי שלשון זו יכולה לשמש גם באפוטרופוס, ואם כן, אינה הוכחה שהתכוון למתנה. שו"ת שמו משה חו"מ סי' יח (קמז ע"ב-ע"ג) מתרץ, שבמקרה של מהרש"ך, הנותן כתב שהוא נותן למתנה גמורה, ולכן אין לומר שהתכוון שלא יוכל שום יורש לתבוע בענין האפוטרופסות.

מהרש"ך כותב שבנידונו היתה הוכחה נוספת שהתכוון למתנה גמורה: שכתב שאשתו תטול את כל נכסיו לפרעון כתובתה ואת השאר במתנה.

[480] משנה למלך, הלכות זכיה, ו, ד. הוא מתקשה מדוע שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סי' לט, העוסק בנותן מתנה לאשתו וקיבל על עצמו אחריות, אינו כותב שמטעם זה המתנה תקפה. וראה ליד ציון הערה 2, שהסמ"ע אומר שמתנה שכתובה בה אחריות היא בעצם מכר.

[481] שו"ת מהרי"ט חלק א סימן קיט (ד"ה ואם באנו). הוא כותב שאינה מפסידה בכך את כתובתה, אלא אם אחרי נתינת המתנה, יגיעו לבעל נכסים נוספים (שאינם כלולים במתנה), תוכל לגבות מהם את כתובתה.

דוגמאות נוספת: שו"ת הרשב"ש, סי' קעג (הראשון), כותב שבנידונו המתנה תקפה כי מי שעמד לרשת את הנותן היא אחותו, וברור שלא התכוון לעשות את אשתו אפוטרופוס על אחותו, וזאת גם לדעה (ליד ציון הערה 468) שגם אם היורש אינו בנו, המתנה לאשתו בטלה. כנראה, בנידונו היתה הוכחה מיוחדת שלא התכוון שאשתו תהיה אפוטרופוס, ולא הסביר מה ההוכחה.

כנה"ג, חו"מ, רמו הגהב"י אות לג (הובא בערך השלחן, חו"מ, רמב, ס"ק יד, דף קלט ע"ג), מביא שר"א מוטאל כתב שאם כתוב בשטר "ומתנה זו כתבוה בשוקא וחתמוה בברא כי היכי דלא להוי כמתנה טמירתא", זה מראה שהתכוון למתנה גמורה ולא לאפוטרופסות. כך כתב גם שו"ת מגן שאול (קצנלנבוגן) סימן קסו. משכנות הרועים (אלחאיק) מע' מ אות שח (רלז ע"ב), מקשה, שמדבריו יוצא שהיא נעשית אפוטרופוס רק אם לא כתוב "כתבו בשוק", והרי אם לא כתוב כך, המתנה בטלה בלאו הכי, כאמור ליד ציון הערה 608? הוא מתרץ שיש אופנים שגם אם לא כתוב כך, המתנה תקפה, כגון אם כתוב "מעכשו ילד ויחזיק" (כאמור בהערה 683), אבל לענין הכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפוטרופוס, הדין כך גם אם החזיק, כאמור ליד ציון הערה 483.

אבל דברים שאמר הנותן לפני כתיבת השטר, המוכיחים שרצה לתת מתנה גמורה אינם יכולים לתת תוקף למתה, שמא אח"כ בשעת כתיבת השטר השתנתה דעתו ורצה רק למנות אותה אפוטרופוס[482].

אם הנותן לא גילה את דעתו שהוא מתכוון למתנה גמורה, גם אם כתב בשטר המתנה לשונות של "שופרא דשטרא", כגון "מעכשיו ולאחר מיתה תלך ותזכה ותחזיק במתנה זו", היא רק אפוטרופוס, כי התכוון רק שיתפרסם שהנכסים שלה כדי שיישמעו דבריה, ולכן כתב כסגנון שטר מתנה רגיל[483]. בדוגמה הנ"ל, "תחזיק ותזכה" וכו' הם לשון מתנה[484], וייתכן שהוסיף לשונות מתנה כדי להפחיד את היורשים, שיהיו כפופים תחתיה; מה שאין לומר כן אם כתב שהוא נותן לה בהקנאה גמורה ולא בתורת אפוטרופוס, שאז המתנה תקפה[485], מפני שנוסח זה סותר את ענין האפטרופסות לגמרי, ולכן שם אי אפשר לומר שהתכוון רק שיישמעו דבריה ע"י שיודעים שהוא יכולה לעשות כרצונה בכל הנכסים, ואין להעמיס בדבריו כוונה נגד רצונו[486].

גם אם עשה מעשה קנין, היא נחשבת רק אפוטרופוס, ואין אומרים שהדבר מוכיח שהתכוון למתנה גמורה[487], מפני שכמו שבמתנה סתם, אנו מניחים שעשה את מה שעשה מתוך כוונה לחזק את כוחה כדי שיישמעו דבריה,

---

שו"ת ראש יוסף (אשקאפה), דף ה ע"א, כותב שאם כתב "כשתמות האשה, לא תהיה שום זכות ליורשיה במתנה זו", מוכח שהנותן לא התכוון לאפוטרופסות, שהרי ברור שאין שום זכות ליורשי אפוטרופוס, ולא היה צריך לכתוב כך; ובוודאי התכוון למתנה, ולכן הוצרך להתנות שיורשיה לא יירשו אותה.
שו"ת שב יעקב, אהע"ז, סי' לא (עו ע"ד), כותב שאם כתב שהוא נותן לאשתו את כל נכסיו "ואין אני משייר כלום", מוכח שהתכוון למתנה גמורה, שהרי ביטוי זה הוא מיותר, ולשון יתרה באה להוסיף.
עוד כתב שו"ת שב יעקב שם (עז ע"א), שאם היה שכיב מרע, וכתב "יהיה לשטר זה תוקף של מתנת בריא", ברור שהתכוון למתנה גמורה, שהרי אילו התכוון שתהיה אפוטרופוס, מתאים יותר שתהיה מתנת שכיב מרע, שאילו בבריא יש ספק האם התכוון לאפוטרופסות (ראה הערה 453), אלא, בדבריו אלה התכוון לאפשרות שבמתנת בריא זו מתנה גמורה.
שו"ת בית יצחק, יו"ד, ח"ב, סי' פא, אות טז, מביא שר"צ אב"ד לבוב כתב שאם כל הנכסים שלו הם רק בשווי כתובת אשתו, ונתן לה את כולם, יש להניח שהתכוון לתת במתנה גמורה כדי שלא תצטרך להישבע לשם גביית כתובתה, כאישה רגילה. אבל בית יצחק עצמו דוחה סברה זו, שהרי אילו התכוון לכך, היה לו לפטור אותה מהשבועה בפירוש. והוא מוכיח שגם אם כל נכסיו הם רק בשיעור כתובתה, היא אפוטרופוס (עיי"ש להוכחתו).
שו"ת מור ואהלות אהע"ז סי' ב (לט ע"א), כותב שאם זו מתנה הדדית, שהוא נותן לאשתו את כל נכסיו והיא נותנת לו את כל נכסיה, זו הוכחה שהתכוון למתנה גמורה, והיא תקפה.
שו"ת מגן שאול (קצנלנבוגן) סימן קסו, כותב שאם כתב שיהיה שלה להוריש, זו הוכחה שהתכוון למתנה גמורה. ר' עזרא בצרי, פד"ר כרך יג, עמ' 166 (=שערי עזרא ח"ב סי' קכט), ר' מתתיהו שרים, שם עמ' 175-174, ור' שילה רפאל, שם עמ' 185 (=מוריה גל' קכט עמ' פ-פז = משכן שילה, עמ' רסז), כותבים שאם כתב "ויהיו לה וליורשיה אחריה", זו הוכחה שהתכוון למתנה גמורה.
ר' שילה רפאל, שם עמ' 186, כותב שאם כתב "מי שיערער על המתנה יהיו דבריו מבוטלים", זו הוכחה שהתכוון למתנה גמורה.

[482] ר' עזרא בצרי, פד"ר כרך יג, עמ' 165 (=שערי עזרא ח"ב סי' קכט).
הוא מעלה אפשרות שהוכחה מדברים שאמר הנותן **בעל פה**, אינה מועילה גם אם אמר אותם בשעת כתיבת השטר, ורק הוכחה בשטר מועילה. מצד שני, הוא מעלה אפשרות (בעמ' 166) שגם לדעה (בהערה 475) שהיא אפוטרופוס גם אם יש הוכחה מלשון השטר, יועיל גילוי דעת בעל פה, כי לגבי לשון השטר אפשר לומר שאלו חיזוקי לשון לכבוד בלבד (כמנומק בהערה 475 שם), משא"כ אם יודעים את דעתו מדבריו שבעל פה. אבל ר' מתתיהו שרים, שם, עמ' 174, ור' שילה רפאל, שם עמ' 186 (=מוריה גל' קכט עמ' פ-פז = משכן שילה, עמ' רסז), כותבים בפשטות שאפשר ללמוד מדברים שאמר בעל פה, שהתכוון למתנה גמורה.

[483] עליות דרבנו יונה, ב"ב קלא ע"ב (עמ' תסד); חידושי ר"י קרקושא, בבא בתרא קלא ע"ב; נימוקי יוסף, ב"ב נט ע"א (בדפי הרי"ף).
אבל העיטור, מתנת שכיב מרע (נט ע"א במהד' רמ"י, ליד אות עד), כותב שאם אמר לשון מתנה, קנתה, ודווקא באומר "נכסי לך" לא קנתה, והיא אפוטרופוס. וראה בשמו בערה 518 לגבי הנותן לבנו.
דוגמה נוספת: שו"ת שי למורא (יונה) סי' מו (נא ע"ד), כותב שאם כתב שהוא נותן מתנה גמורה בלי אונס, אין בכך הוכחה שהתכוון למתנה, שהרי ייתכן שהתכוון לאפוטרופסות ונקט לשון מתנה כדי לחזק את כוח האשה, שיישמעו דבריה, ועל המינוי כאפוטרופוס הוא אומר שלא היה אונס.

[484] ב"ב קמח ע"ב.

[485] כאמור ליד ציון הערה 475.

[486] שו"ת שמו משה חו"מ סי' יח (קמו ע"ד).

[487] שו"ת הרי"ף סימן יב (הובא בפסקי ריקאנטי סימן תצג); רמב"ם, הלכות זכיה ומתנה, ו, ד; שו"ת הרשב"א חלק א סימן אלף מח, והמיוחסות לרמב"ן סימן עא; עליות דרבנו יונה, ב"ב קלא ע"ב (עמ' תסב); מאירי, ב"ב קלב ע"א (גם בקנין "מעכשיו"); שו"ע, אהע"ז, קז, א; שו"ת מגן שאול (קצנלנבוגן) סימן קסו; פסקי דין רבניים כרך ג עמ' 233.

כך אפשר לומר אם עשה מעשה קנין[488]. ייתכן שהתכוון לעשותה אפוטרופוס, ואף שאין צורך בקנין למינוי אפוטרופוס, ייתכן שעשה קנין כדי להראות שהוא עושה אותו אפוטרופוס בלב שלם[489].

שיור במתנה

אם הנותן שייר לעצמו כל שהוא מנכסיו שלא נתן לאשתו, המתנה תקפה[490], גם אם שייר רק מיטלטלין[491], מפני שרק אם נתן לה את **כל נכסיו**, ברור שלא התכוון למתנה, מפני שאין אדם משאיר את עצמו ואת בניו אחריו בלי שום נכסים, אבל ייתכן שיתן לה חלק מנכסיו, כי נשאר משהו לעצמו ולבניו. אבל אם שייר רק נכסים שהיה חייב לפני כן לאחרים, אין זה בגדר שיור[492], שהרי נכסים אלו לא יגיעו לבניו. אם באותו זמן חילק את כל נכסיו, חלק לאשתו וחלק לאחרים, אין זה בגדר שיור, כי לא שייר לעצמו כלום[493]. אם קבע

כמו כן, נימוקי יוסף, ב"ב נט ע"א (בדפי הרי"ף), כותב שגם אם כתב קנין בשטר, לא קנתה, כי ייתכן שהוא התכוון לחזק את כוחה בדרך הקנאה כדי שיישמעו דבריה.

דעה חולקת: שו"ת הרשב"א חלק ב סימן רסג, גם בשם הראב"ד, ושו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סי' לט, גם בשם הר"ח, וסי' עא, בשם העיטור, וחידושי ר' קרשקש, גיטין יד ע"א, כותבים שאם עשה קנין, קנתה. שו"ת הרשב"א המיוחסות שם נוקט "שקנו מידו", ונראה שכוונתו לקנין סודר. שו"ת הרשב"א חלק ב שם מנמק, שהדין שלא קנתה הוא "הלכתא בלא טעמא", ולכן אין להוסיף על המפורש בתלמוד.

ראה ליד ציון הערה 554, שנחלקו בזה פוסקים לענין מתנה לבנו, ובפשטות הם חלוקים גם לגבי אשה. אבל משכנות הרועים (אלחאיק) מע' מ אות שז (רלג ע"ג), כותב שלרי"ף ולרמב"ם קנין מועיל בבן כי הוא בר ירושה, ואמנם יש אומדנא שהתכוון לעשותו אפוטרופוס, אבל כיון שעשה קנין שהוא תוספת שאינה נחוצה, דוחים את האומדנא ומפקיעים את התקנה; משא"כ בנותן לאשתו שאינה בת ירושה, חיזקו חכמים את תקנתם ללכת אחר האומדנא. הוא עושה הבחנה זו (בדף רלד ע"א) גם בדעת הרשב"א, שכתב כאמור שכאן קנין לא מועיל, ואילו לגבי בנו כתב (כפי שנראה בהערה 554) שקנין מועיל. הוא עושה הבחנה זו (בדף רלד ע"ג) גם בדעת השולחן ערוך.

שו"ת שי למורא (יונה) סי' מו (נא ע"ד), ושו"ת שב יעקב, אהע"ז, סי' לא (עז ע"ג), כותבים שבגלל המחלוקת, לא זכתה, כי אין להוציא מהיורשים מספק.

ר' עזרא בצרי, פד"ר כרך יג, עמ' 166 (=שערי עזרא ח"ב סי' קכט), מביא את המחלוקת.

ר' שילה רפאל, פד"ר כרך יג, עמ' 186 (=מוריה גל' קכט עמ' פ-פז = משכן שילה עמ' רסז), כותב שאם עשה גם קנין סודר וגם קנין אודיתא, הדבר מראה שהתכוון למתנה גמורה, וקנתה.

בקנין אגב: ראה ליד ציון הערה 555, שהרשב"א אומר שהנותן את כל נכסיו לבנו בקנין אגב, זכה. לגבי נתינה לאשתו, שו"ת הרמ"ה סי' רמד, עוסק בקנין אגב, ובכל זאת כותב שהמתנה לאשה בטלה. אבל הפלאה, קונטרס אחרון, סי' קז, ס"ק א, כותב שזכתה כי מוכח שהתכוון למתנה גמורה. משכנות הרועים (אלחאיק) מע' מ אות שז (רלד ע"ג), כותב שלפי הדעה (הערה 475) שרק בבנו מועיל אם אמר בפירוש שזו מתנה גמורה, אבל לא באשתו, א"כ לא יועיל קנין אגב באשתו; ואילו לפי הרמב"ן (שם) ששם מועיל גם באשתו, יועיל קנין אגב באשתו. והוא כותב שלרי"ף ורמב"ם שקנין לא מועיל, הדעת נותנת שגם קנין אגב אינו מועיל. והוא נוקט שאי אפשר לחלוק על הרשב"א, ועולה מדבריו שלרשב"א קנין אגב מועיל גם באשתו. הוא מוכיח (בדף רלה ע"א) ששו"ת הרשב"ש סי' קעג (הראשון) סובר שקנין אגב לא מועיל, שהרי בנידונו היה קנין אגב ולא כתב שמטעם זה זכתה; והוא מוכיח שכך גם דעת השולחן ערוך, שלא כתב לגבי אשתו שמועיל קנין אגב, אף שכתב שבבנו מועיל. שו"ת שי למורא (יונה) סי' מו (נא ע"ד), כותב שלפי הדעה שקנין לא מועיל כאן, גם קנין אגב לא מועיל, מאותו טעם - ייתכן שעשה את הקנין כדי לחזק את כוחה, שיכבדו אותה יותר, כאילו זו מתנה אמיתית.

[488] עליות דרבנו יונה שם; חידושי ר"י קרקושא, בבא בתרא קלא ע"ב.

[489] משנה למלך, הלכות זכיה, ו, ד; מעשה בצלאל, על פסקי ריקאנטי שם. הם מסתמכים על דברי רמב"ם, הלכות מכירה, ה, יב, שיש דברים שנהגו לעשות בהם קנין אף שאין בכך צורך, כדי להראות שהוא עושה בלב שלם.

בית מאיר, אהע"ז, קז, א (ד"ה ואם), מסביר שאף שאין צורך בקנין למינוי אפוטרופוס, כאן צריך קניין למינוי כדי שהבנים לא יוכלו לסרב לקבל את אפוטרופסותה (ואף שבדרך כלל יכולים לסרב, כדברי רמ"א, חו"מ, רצ, כו, כאן אינם יכולים לסרב, כי מטרת הבעל במינוי הוא כדי שיכבדו אותה). אבל מעשה בצלאל דוחה הסבר זה, כי הקנין אינו על גוף הנכסים אלא על המינוי, ולא שייך קנין על מינוי כמו שלא שייך קנין על טובת הנאה שאינה ממון.

[490] תשובות הגאונים, מהד' הרכבי, סימן רס; תשובות הגאונים, מהד' קורונל, סימן מח; רשב"ם, בבא בתרא קלא ע"ב (ד"ה לא עשאה); העיטור, מתנת שכיב מרע (נח ע"ד במהד' רמ"י); שו"ת הרשב"א חלק ז סימן תקיב; שו"ע שם.

ר' אברהם יצחק גוטפריינד, שומרי משפט (טשכנוב), ח"א, עמ' נה, כותב שלדעת הט"ז, רק שיור כדי פרנסתו נחשב שיור, ולדעת הסמ"ע רק שיור כדי פרנסתו לכל חייו נחשב שיור. הוא לומד זאת ממה שבסמ"ע, רמו, ס"ק ב, וט"ז, חו"מ, רמו, א, כתבו כך לגבי גדר שיור בנותן כל נכסיו לאחרים כי חשב שבנו מת והתברר שבנו חי - ראה סעיף 4.

[491] בבא בתרא קנ ע"ב; שאילתות דרב אחאי, שאילתא לג; רמב"ם, הלכות זכיה ומתנה, ו, ד; עליות דרבנו יונה, ב"ב קלא ע"ב (עמ' תס); ר' יצחק קרקושא, בבא בתרא קלא ע"ב; מאירי, בבא בתרא קלא ע"ב; נימוקי יוסף, ב"ב נט ע"א (בדפי הרי"ף); שו"ת הרשב"ש סי' קסו, סי' קעג (הראשון) וסי' תקפ; שו"ע, אהע"ז, קז, א; פסקי דין רבניים כרך ג עמ' 233.

[492] הרא"ש בתשובה המובאת בטור, אהע"ז, סי' קז.

[493] הרא"ש בתשובה המובאת בטור, אהע"ז, סי' קז; ר' עזרא בצרי, פד"ר כרך יג, עמ' 164 (=שערי עזרא ח"ב סי' קכט).

שהמתנה לאשתו תחול אחרי מותו (או סמוך למותו), וקבע שיוכל לקחת לעצמו מהנכסים עד אז, אין זה בגדר שיור, כי בשעת חלות המתנה לאשתו, לא יישאר לעצמו כלום[494]. אם לא אמר שהוא נותן לה את "כל נכסיו" אלא פירט את הנכסים שהוא נותן לה, חוששים שמא שייר לעצמו נכסים, גם אם לא ידוע לנו על נכסים אחרים שלו, והמתנה תקפה[495]. גם אם אמר הנותן ליורשו, שעתיד לרשת את שאר הנכסים, שיתן אותם לאחרים, באופן שהיורש חייב לקיים את דבריו מטעם "מצווה לקיים דברי המת", הרי זה נחשב שיור, כיון שהמקבל זוכה בנכסים ורק אח"כ הוא צריך לתת אותם לאחרים[496]. אשר למי שנתן את כל נכסיו לאשתו חוץ מחלק מהנכסים שנתן לצדקה, נחלקו הפוסקים האם זה נחשב שיור: לפי דעה אחת, אין זה נחשב שיור לעצמו, כיון שהוא יצטרך לתת את שארית הנכסים לצדקה[497]; אבל לפי דעה אחרת, הוא נחשב ששייר לעצמו כי הוא יכול ליהנות מהנכסים עד שיגיעו לגבאי הצדקה, אלא שיהיה עליו חוב לשלם לצדקה את תמורתם[498].

גם אם נתן לה את כל נכסיו, הרי אם הורה לה לתת סכומים מסוימים ליורשיו, האשה זוכה במתנה, כמו אם שייר במתנתו, כי גם כאן שייך הנימוק שנאמר לגבי שיור, שהוא לא השאיר את יורשיו בלי כלום[499].

גם אם שייר במתנה, הרי אם מוכח מלשון השטר שלא התכוון למתנה, כגון שכתב "זוגתי **תמשול** בכל הנכסים", או אם בתחילת השטר כתב שהוא נותן את נכסיו לבניו ולבנותיו ולא הזכיר את אשתו, אינה זוכה במתנה, אלא היא רק אפוטרופוס, ומה שנכתב שיור הוא כי הסופר חשב שהנותן התכוון באמת למתנה, ולכן כתב שיור, כדי שיהיה תוקף למתנה; וגם אם בסוף השטר, ליד "וקנינא", נזכרת האשה, אין להסיק מזה שהנותן התכוון למתנה ממש, אלא יש להניח שזה מחמת טעות הסופר, שחשב שזה מתנה[500].

בעל שנתן את כל משכורתו לאשתו, והיה רגיל לתת לה כסף כל חודש להוצאות הבית, והמתנה הנוכחית היא מעבר לדרוש לה, אינה מתנה, גם אם שייר לעצמו את דירתו, וגם אם נתן את הכסף בפירוש למתנה או אמר בפירוש שהוא מוחל לה, כי יש להניח שאין אדם נותן את כל אשר לו לאשתו והוא יחזר על הפתחים, ודרך העולם שהבעל מפקיד את הכסף ביד אשתו לניהול הבית ולא לשם מתנה, ולכן גם אם אמר לה שהוא למתנה יש להניח שאמר כך משום שלום בית ולא באמת, וגם אם אמר לה "גם לי יש חלק", אמר כך כי לא רצה לומר שכל הכסף שלו, כדי שלא תתרגז[501].

---

[494] הרא"ש בתשובה המובאת בטור, אהע"ז, סי' קז.

[495] הפלאה, קונטרס אחרון, סי' קז, ס"ק ג. הוא מסתמך על דין דומה שנאמר לענין מתנת שכיב מרע, בשו"ע, חו"מ, רנ, י, וקל וחומר כאן, שזו "הלכתא בלא טעמא" שיש לצמצם.

"כך וכך מנכסי": שו"ת ראש יוסף (אשקאפה), דף ד ע"א, מביא מי שפסק שאם כתב שהוא נותן לאשתו "8000 ריאל מנכסי", זוהי מתנה עם שיור, שהרי מלשון זו משמע שיש לו נכסים אחרים, וזאת גם אם הוחזק לנו שאין לו עוד נכסים. אבל ראש יוסף עצמו כותב שאין הכרח לפרש כך את לשונו, שהרי ייתכן שכוונתו שערך כל נכסיו הוא בסך הכל 8000, ואם כן אין כאן שיור.

"ארבע אמות קרקע בחצרי": שו"ת ראש יוסף (אשקאפה), דף ד ע"ב, כותב שאם נתן לה את כל מטלטליו בקנין אגב, וכתב: "נתתי לה ארבע אמות קרקע בחצרי ואגבן נתתי את המטלטלין", אפשר להבין מזה שיש לו חצר, ונתן לה רק ארבע אמות מחצרו, ואם כן זו מתנה עם שיור. אבל הוא כותב שאם ידוע שאין לו חצר, אמנם קנין האגב מועיל מטעם הודאת בעל דין (ראה סעיף 6), אבל לענייננו, אין מניחים שיש לו חצר בארץ אחרת, אלא זו מתנה בלי שיור.

[496] פד"ר כרך ו עמ' 71 (=מוריה גל' ריא עמ' עא).

עוד פסק שם (פד"ר עמ' 72 = מוריה עמ' עב) שאם אמר ליורשו לכתוב ספר תורה על שמו, זה נחשב שיור כי הס"ת נשאר רכושו של היורש.

[497] השואל בהגהות מרדכי בבא בתרא סי' תרסו.

[498] ריב"א בהגהות מרדכי שם. שתי הדעות מובאות ברמ"א, אהע"ז, קז, י.

[499] שו"ת שי למורא (יונה) סי' מו (נא ע"ד).

הוא מסתפק לגבי מצב שהאשה לא קיימה את ההוראה של הבעל לתת: מצד אחד, בשעה שנתן, הראה שאינו משאיר את יורשיו בלי כלום, ואם כן אפשר לומר שהתכוון למתנה גמורה לאשתו, ולא משנה שאח"כ היא לא קיימה את הוראתו; מצד שני, בפועל הוא לא הניח ליורשיו. הוא כותב שבכגון זה המתנה בטלה, כי אין להוציא מהיורשים מספק.

[500] שו"ת הרא"ש כלל פד סי' ב.

[501] ר' אברהם יצחק גוטפריינד, שומרי משפט (טשכנוב), ח"א, עמ' נד-נה.

מתנה לאשתו ולאחר יחד

אם הבעל נתן את כל נכסיו לשתי נשיו, שתיהן אפוטרופוסים[502]. אבל אם כתב "חצי נכסַי לאשתי פלונית וחצי נכסַי לאשתי אלמונית", הראשונה זוכה במתנה, כיון שבמתנתה היה שיור, והשניה רק אפוטרופוס, מפני שאילו התכוון ששתי המתנות תהיינה בבת אחת (כך שאין שיור), היה כותב "כל נכסי לפלונית ופלונית נשותיי"[503]. גם אם כתב "שני שלישים מנכסַי לאשתי פלונית ושליש לאשתי פלונית", אף שלא היה יכול לכוללן יחד, הראשונה זכתה במתנה, כיון שבמתנתה היה שיור, והשניה היא אפוטרופוס על השאר, שהרי לא שייך לומר שהתכוון לתת לשתיהן בבת אחת כך ששתיהן אפוטרופוסיות, שהרי אין משמעות לחלוקה לא שווה של האפוטרופסות[504].

אם נתן את כל נכסיו לאשתו ולאחֵר בבת אחת, האחר זכה בחצי הנכסים במתנה ואשתו היא רק אפוטרופוס על החצי האחר[505]. אם כתב "תטול אשתי חצי ויטול איש פלוני חצי", האשה קונה, כי הקדים את אשתו, כך שכאשר נתן לאשתו, שייר במתנתו[506]. אבל אם כתב "ייטול איש פלוני כך וכך ושאר הנכסיו יהיו לאשתי", בהקדמת האחר, לא קנתה, כי לא שייר במתנתה, אלא נתן לה את כל הנכסים שנשארו לו אחרי המתנה לָאחר[507]. אם לא נתן להם חלקים שווים, היא אפוטרופוס גם אם הזכיר את מתנת אשתו לפני מתנת האחר, כי מן הסתם נתן להם בבת אחת, כך שלא שייר כלום במתנה לאשתו, והסיבה שלא כתב "כל נכסי לאשתי ולפלוני" היא כי אז היה משתמע שיקבלו חלקים שווים[508].

אם יש לו רק יורש אחד, ונתן לו חלק מנכסיו במתנה, ואת השאר לאשתו, אי אפשר לומר שהתכוון שתהיה אפוטרופוס על אותם נכסים, שהרי משמעות אפוטרופסותה היא שהנכסים עצמם יהיו של הנותן ובמותו יעברו ליורשיו, והאשה תהיה אפוטרופוס עליהם, ואם כן מדוע נתן ליורש חלק מנכסיו במתנה, אם הוא עומד לרשת הכל? ואין לומר שרצה שעל אותו חלק לא תהא אשתו אפוטרופוס ועל כל שאר נכסים תהיה אפטרופוס, שהרי אם סמך על אשתו בשאר הנכסים, היה לו לסמוך עליה בכולם; ומכאן ברור שהתכוון לסלק את היורש מירושת כל נכסיו ולתת לו רק חלק, והשאר יהיו מתנה גמורה לאשתו[509].

כמו כן, אם נתן את כל נכסיו לאשתו ולחלק מיורשיו, גם האשה קנתה, מפני שדי שקיים את ירושת התורה באחד מיורשיו[510].

---

[502] רא"ש, ב"ב פ"ח סי' לא; טור, אהע"ז, סי' קז, וחו"מ, רמו, יא; שו"ע, אהע"ז, קז, ו.
אבל בית יוסף אהע"ז, סי' קז, כותב שבה"ג (הערה 573) הסובר שהכותב כל נכסיו לשני בניו, קנו, יסבור שהכותב כל נכסיו לשתי נשותיו, קנו.

[503] רא"ש, ב"ב פ"ח סי' לא; טור, אהע"ז, סי' קז; שו"ע, אהע"ז, קז, ו.

[504] חלקת מחוקק, קז, ס"ק יא; בני שמואל, קז, ס"ק יא.

[505] רי"ף בבא בתרא נט ע"ב (בדפי הרי"ף); רמב"ם, הלכות זכיה ומתנה, ו, ז; יד רמה, בבא בתרא, פ"ח, סי' קמג; רא"ש, ב"ב פ"ח סי' לא; הגהות מרדכי בבא בתרא סי' תרסו; מאירי, בבא בתרא קלא ע"ב; טור, אהע"ז, סי' קז; שו"ע, אהע"ז, קז, ח, ושו"ת אבקת רוכל, סימן ע (ד"ה אבל אם).
שו"ת מהרי"ט חלק א סימן קיט (ד"ה ואני רואה), כותב שהנותן "עשרים אלף לבנים וחצי החנות" לאחרים ואת שאר נכסיו נתן לאשתו, לא זכתה, כי זה לא נקרא שיור כיון שבבת אחת נתן הכל.

[506] שו"ת אבקת רוכל, סימן ע (ד"ה אבל אם); חלקת מחוקק, קז, ס"ק יד.

[507] שו"ת אבקת רוכל, סימן ע (ד"ה אבל אם).

[508] שו"ת אבקת רוכל, סימן ע (ד"ה ועוד אני, הראשון).

[509] שו"ת הרשב"א חלק ג סימן קכ (הובא בב"י, חו"מ, רמו, מחודש ד, וברמ"א, אהע"ז, קז, ז); שו"ת אבקת רוכל, סימן ע (ד"ה ואע"פ).
כמו כן, יד רמה, בבא בתרא, פ"ח, סי' קמג, כותב שאם נתן לאשתו וליורשים ביחד, יש להניח שהתכוון להקנאה גמורה, ולכן אשתו קנתה מחצה.
אבל חלקת מחוקק, קז, ס"ק יג, מתקשה לפסוק כך למעשה, שהרי ייתכן שרצה שתהיה אפוטרופוס רק על חלק מהנכסים, ואין כאן שיור, כיון שנתן לאשה את כל הנכסים שנשארו לו אחרי המתנה לבן. בית שמואל, קז ס"ק יג, מסביר שהרשב"א סומך גם על הסברא שהדין שהאישה נעשית אפוטרופוס הוא "הלכתא בלא טעמא" ויש לצמצם אותו.
הרשב"א נימק עוד, שהמתנה לאשתו היא עם שיור.

[510] תשובות הגאונים שערי צדק חלק ד שער ג סימן א. ב"י, אהע"ז, סי' קז (הובא בשו"ת משפט צדק ח"א סימן נב, דף קסט ע"א), וחו"מ, רמו, מחודש ה, כותב שזו תשובה של רב האי, והביא אותה בשו"ע, אהע"ז, קז, י.
כאן לא שייך הנימוק שליד ציון הערה 509, שהרי כאן ייתכן שרצה שחלק מהנכסים יהיו רק של חלק מהיורשים, והשאר יהיו של כל היורשים, ועל אלו רצה שאשתו תהיה אפוטרופוס.

מתנה לאשתו ואחריה לפלוני

מי שכתב לאשתו את כל נכסיו, ואמר שאחרי מותה, הנכסים יעברו לאדם פלוני, המתנה תקפה ואין אומרים שהתכוון רק שתהיה אפוטרופוס[511]. טעמים אחדים לדבר, למצבים שונים: (א) אם אותו פלוני אינו מיורשי הנותן, נמצא שלא ירוויחו היורשים דבר מכך שנקבע שהאשה היא רק אפוטרופוס, שהרי היורשים יהיו מסולקים מהנכסים לעולם, שכן האישה מוחזקת בנכסים כל ימיה, ואחרי מותה יעברו לאותו פלוני, ואין זה כמצב רגיל שיש להניח שהנותן התכוון לעשות את אשתו אפוטרופוס בלבד כדי שהנכסים ילכו ליורשיו אחרי מותה[512]. (ב) אם אותו פלוני הוא היורש של הנותן, ברור שהתכוון שהאשה תקנה את הנכסים ואחרי מותה יהיו ליורשו, שהרי אילו התכוון שתהיה רק אפוטרופוס אבל הנכסים יישארו בבעלותו, נמצא שיורשו יזכה בהם עם מות הנותן, ולא היה צריך לומר שאחרי מותה יעברו ליורש[513]. (ג) אם אותו פלוני הוא נכד של הנותן, ברור שלא התכוון שהנכד יהיה אפוטרופוס על אביו (או אמו), בנו של הנותן, שזוכה בנכסים בירושה, וממילא

חלקת מחוקק, קז, ס"ק יח, מבין שהטעם הוא ששייר במתנה לאשתו, והוא מקשה, הרי שו"ע פסק שהאומר "חצי נכסי לבני פלוני וחצי נכסי לבני אלמוני", הראשון זוכה במתנה והשני אפוטרופוס (ליד ציון הערה 575), הרי שלגבי השני לא אומרים שמה שהעמיד ירושה דאורייתא בבן הראשון נחשב שיור. בית שמואל, קז ס"ק יח, מיישב, שכאן העמיד ירושה דאורייתא ואח"כ נתן לה, ולכן זו מתנה גמורה, ואילו באומר "חצי נכסי לבני פלוני וחצי נכסי לבני אלמוני", אי אפשר לומר שבבת אחת נתקיימה ירושה דאורייתא וגם המתנה לבן.

כמו כן, שו"ת מהרשד"ם חו"מ, סימן שד, כותב שהנותן כל נכסיו לאשתו והניח חלק לבניו, מועילה המתנה לאשתו ואין אומרים שהתכוון לעשותה אפטרופא.

אבל שו"ת מהרי"ט חלק א סימן קיט (ד"ה ואני רואה), כותב שרב האי גאון כתב כך רק במתנת שכיב מרע, שהיא כירושה, ולא במתנת בריא. נראה שכוונתו היא, שהנימוק שקיים את ירושת התורה אינו שייך במתנת בריא, שאינה כירושה.

דעה חולקת: שו"ת מהרש"ך חלק ב סימן קסא (הובא בשו"ת משפט צדק ח"א סימן נב, דף קסט ע"א) כותב שהרשב"א חולק על רב האי, שאם נתן לאשתו ולחלק מהבנים, ולבן אחד לא נתן כלום, היא אפטרופא. נראה שכוונתו לרשב"א שבהערה 509, והוא מסביר שמה שפסק הרשב"א בנידונו שאינה אפוטרופוס, הוא מטעם מיוחד; ולא הסביר מהו. עם זאת, מהרש"ך פוסק שאם הבן שלא קיבל כלום הוא הבן **הגדול**, האשה זוכה במתנה, מפני שאין מתקבל על הדעת לומר שהתכוון לעשותה אפטרופוס על בנו הגדול ולא על בניו הקטנים.

על מי שנתן לאשתו ולבנו, ויש לו בנים אחרים, ראה ליד ציון הערה 568, מצד הדין שהנותן כל נכסיו לבנו התכוון רק לעשותו אפוטרופוס. מהרש"ך שם עושה הבחנה, ששם מדובר שכתב בסתם כל נכסיו ביחד לאשתו ולבנו, ואילו כאן מדובר שכתב כל נכסיו לאשתו בסתם, ושייר מקצת נכסים לבנו, דהיינו שפירט את החלק ששייר לבנו.

[511] הגהות מרדכי בבא בתרא סי' תרסו (הובא ברמ"א אהע"ז קז, ט).

שו"ת שב יעקב, אהע"ז, סי' לא (עז ע"ב), מביא מי שטען שהאמירה שאחרי מותה, הנכסים יעברו לאדם פלוני, מוכיחה דווקא שהתכוון לאפוטרופסות, ולכן אחרי מותה, שהאפוטרופסות נפסקת, הנכסים עוברים ליורשים. והוא דוחה דעה זו, כי ייתכן שהתכוון למתנה גמורה, ולכן הוצרך לומר שהמתנה תתקיים רק בימי חייה.

[512] הגהות מרדכי שם.

[513] הגהות מרדכי שם.

חלקת מחוקק קז, ס"ק יז, ובית שמואל, קז, ס"ק יז, מעירים שטעם זה אינו שייך אם יש לנותן יורשים אחדים, ואותו פלוני הוא רק אחד מהם, שהרי אז מובן שהוצרך לומר שאחרי מותה רק אותו פלוני יזכה, ולא יורשיו האחרים.

שו"ת חושן האפוד, חו"מ, סי' ו (ט ע"ג), מעיר שטעם זה הוא לפי העקרון (ליד ציון הערה 470) שאם יש הוכחה שהנותן התכוון למתנה גמורה, האשה קונה, אבל לפי החולקים על כך (ראה בהערה 475), טעם זה אינו נכון.

הגהות מרדכי שם כותב טעם נוסף שהאשה קונה (עד מותה): בזה שאמר "ואחריך ליורשי" שייר לעצמו את גוף הנכסים, שהרי אם תמכור מהנכסים, אין תוקף למכר (ראה סעיף 4, לגבי "ואחריך ליורשי"), ובמתנה עם שיור, האישה קונה. אבל אח"כ הוא כותב שגם אם זה נחשב שיור, יש להניח שהתכוון רק לעשות אותה אפוטרופוס. שו"ת חושן האפוד, חו"מ, סי' ו (ט ע"ג), מעיר שיש דעה (ראה סעיף 4) שב"ואחריך ליורשי", אם הראשון מכר, יש תוקף למכר, ולדעה זו אין זה נחשב שיור. בית מאיר, אהע"ז, קז, ט (הובא בפד"ר כרך ו עמ' 73), כותב שהמתנה תקפה בגלל השיור, ואף שהשיור יחול רק אחרי מות האשה, הרי הטעם שאין תוקף למכר שהראשון מוכר, הוא כי הנותן נחשב כמשייר ליורשיו זכות זו (ראה סעיף 4), א"כ זה שיור כבר עכשו; ועוד שהדין שהאשה היא אפוטרופוס הוא הלכתא בלא טעמא, ולכן יש להחריג ממנו כל מצב של שיור, גם שיור עתידי.

שו"ת ראש יוסף (אשקאפה), דף ה ע"א, עושה הבחנה בעניין זה: אם כתב "כשהיא תמות, היורשים שלי יירשו את הנכסים", מוכח שלא התכוון לאפוטרופסות, שהרי אילו התכוון לכך, לא היה צריך לכתוב זאת, שהרי ברור שהנכסים יגיעו ליורשיו אחרי מותה; אבל אם כתב "כשתמות, יחזרו הנכסים ליורשים שלי", ייתכן שהתכוון לאפוטרופסות, ובתוספת זו התכוון לומר שהאשה לא תוכל למנות מי שיהיה אפוטרופוס אחרי מותה, אלא אם היורשים גדולים, יתעסקו בנכסים בעצמם, ואם הם קטנים, ב"ד יטפל בהם.

לגבי מי שאמר "נכסי לאשתי ואחריה ליורשיה ולאחי", אומר פד"ר כרך ו עמ' 73 (=מוריה גל' ריא עמ' עג), שברור שהתכוון לתת מתנה גמורה לאשתו, שהרי אם נאמר שהתכוון שתהיה רק אפוטרופא, נמצא שכל רכושו עובר בירושה לאחיו שהוא יורשו היחידי, וא"כ הנותן אינו יכול לקבוע שאחרי מות אשתו יחולק הרכוש בין יורשי אשתו ובין אחיו, כיון שאחיו נכנס לנכסיו כיורש, וירושה אין לה הפסק.

לא ייתכן שהתכוון שהאישה תהיה אפוטרופוס, שהרי ב"נכסי לך ואחריך לפלוני" הראשון הוא עיקר והשני טפל (כפי שמוכח מן ההלכה[514] שאם הראשון מכר מהנכסים, הפסיד השני), ולא ייתכן שהעיקר רק אפוטרופוס והטפל זוכה בנכסים ממש[515]. זאת ועוד: ברור שלא התכוון שהאישה תהיה אפוטרופוס, ושהנכסים יישארו בבעלותו (של הנותן) ויעברו ליורשו כשימות, שהרי אם כן נוצר מצב תמוה: כל חיי האשה, הנכסים של הנותן או של יורשו, וכשתמות אשתו, הנכסים יעברו לנכד - ואין סיבה שירצה שהנכסים יעברו מהיורש לנכד דוקא במות אשתו[516]. (ד) אם עשה תנאי עם אשתו, שלא תוכל לתת מהנכסים לשום אדם, ואחרי מותה יעברו הנכסים לאדם פלוני - המתנה לאשתו תקפה, ואין אומרים שהתכוון לעשות אותה אפוטרופוס (ושהנכסים שייכים לנותן ואח"כ ליורשיו), שהרי עיקר זכות המתנה היא לאותו פלוני, אלא שיש לאשתו רשות ליהנות מהנכסים בחייה, ולכן הוא כאילו נתן את כל נכסיו במתנה ישירה לאותו פלוני, שהמתנה תקפה[517].

הנותן את כל נכסיו לאחד מבניו

כללי

הנותן את כל נכסיו לאחד מבניו, אין הבן זוכה בנכסים, אלא מניחים שהנותן התכוון רק שיהיה אפטרופוס על הנכסים[518], כי יש אומדנא שלא התכוון לנשל את בניו האחרים מנכסיו[519], וכתב לו בלשון מתנה רק כדי ששאר

---

[514] ראה סעיף 4.

[515] ריב"א, בהגהות מרדכי שם.
חלקת מחוקק, קז, ס"ק יז, מעיר שטעם זה אינו שייך אם אותו פלוני הוא יורשו של הנותן, שהרי אז אם האשה תמכור, המכר שלה אינו מועיל (ראה הערה 513), הרי שפלוני אינו טפל לאשה, ולכן יתכן שהעיקר (האשה) תהיה רק אפוטרופוס, ואילו המתנה לפלוני תהיה תקפה; ולכן הוא כותב שבכגון זה האישה היא רק אפוטרופוס, כיון שהטעמים הקודמים נזכרים בדברי השואל שם בלשון ספק. אבל בית שמואל, קז, ס"ק יז, כותב שהטעמים הקודמים הם טעמים טובים. בית מאיר, אהע"ז, קז, ט, כותב שגם כאן אמנם הראשון אינו עיקר לגמרי אבל הוא "קצת עיקר", שהוא מתפרנס מהנכס ברצונו כל חייו, ולכן לא יתכן שהאשה שהיא המקבל הראשון תהיה רק אפוטרופוס והטפל יזכה בבעלות ממש.

[516] ריב"א, בהגהות מרדכי שם.

[517] שו"ת אבקת רוכל, סימן ע (ד"ה ועוד דאפילו).
על הנותן לבנו ואחריו לאחר, ראה הערה 524.

[518] רמב"ם, הלכות זכיה, פרק ו, ב, ופרק ט, ה, והלכות נחלות, ו, ב; תשב"ץ, ח"ג, סי' רנג; טור, חו"מ, רמו, ד; שו"ע, חו"מ, סי' רמו, ד (הובא בשו"ת תועפות ראם (אנקאווא) סי' ל, דף לו ע"א), וסי' רנג, ז; שו"ת מהר"ם אלשיך סי' עב; שו"ת רמ"ע מפאנו, סי' נח; ערוך השולחן, חו"מ, רמו, ז.
במתנת בריא: ראה הערה 453, שהתלמוד מסתפק האם דין זה נוהג במתנת בריא, או שמא הוא נוהג רק במתנת שכיב מרע, והפוסקים פסקו שמספק, גם במתנת בריא הבן אינו זוכה במתנה - כך פסקו רמב"ם הל' זכיה, טור וערוך השלחן שם, וחידושי ר"י קרקושא, בבא בתרא קלא ע"ב.
אבל ערוך השולחן, חו"מ, רמו, טז, כותב כדבר פשוט שהספק שבתלמוד הוא רק במתנת בריא האמורה לחול אחרי מותו, כגון שכתב "מהיום ולאחר מיתה", אבל אם נתן לבן מתנה בחייו, קנה הבן אפילו נתן לו את כל נכסיו. כמו כן, חידושי הר"ן, בבא בתרא קלב ע"א, מביא דעה שאם נתן לבן את כל נכסיו לגמרי מהיום, פשוט שקנה, והספק בתלמוד הוא רק בכותב נכסיו "מהיום ולאחר מיתה". אבל מהרשב"א שנביא בהערה 521 עולה שהבין שלגבי בריא מדובר גם במתנה מחיים.
חידושי הר"ן, בבא בתרא קלב ע"א, כותב שמספק קנה הבן קנין גמור, כיון שזו "הלכתא בלא טעמא" (כאמור ליד ציון הערה 457, לענין הנותן לאשתו), ויש לצמצם אותה למה שנאמר בתלמוד בוודאות. כמו כן, חידושי הריטב"א, ב"ב קלב ע"א, כותב שכיון שיש למקבל המתנה שטר, הוא נחשב מוחזק, ועל שאר היורשים להביא ראיה שהנותן התכוון רק לעשותו אפוטרופוס. ר' יעקב די בוטון, בשו"ת עדות ביעקב (בוטון) סי' עב (ר ע"ד), ומשכנות הרועים (אלחאיק) מע' מ אות שז (רלג ע"ב), כותבים שלא די בכך יש לבן שטר, שהרי בב"ב נט מוכח ששטר אינו מועיל אם יש חשש שמא נתבטל השטר מסיבה כלשהי, ועוד יד בעל השטר על התחתונה ושטר העומד ליגבות אינו כגבוי; ולכן הם מסבירים (בעדות ביעקב הוא בדף רא [מסומן רב] ע"ב) שעיקר טעם הריטב"א הוא כטעם הר"ן.
כמו כן, מורה צדק (הכהן), סי' רמו (הובא בכנה"ג, חו"מ, רמו, הגהב"י אות ו), ומשכנות הרועים, מע' מ, אות רפד (ריט ע"א) ואות שז (רלב ע"ד), מדייקים מהגהמ"י הל' זכיה, פרק ו, שלדעתו מקבל המתנה זכה מספק כי השטר בידו, כך שהוא נחשב מוחזק. ר' חיים בנבנשתי, בשו"ת עדות ביעקב (בוטון) סי' עא (קפט ע"ד), מבאר איך מדייק מורה צדק מהגהמ"י, והוא דוחה את דיוקו (עי"ש); ור' יעקב די בוטון, שם, סי' עב (קצט ע"ב), מסביר בדרך אחרת מנין למד משפט צדק שזו דעת הגהמ"י (עי"ש). ר"ח בנבנשתי שם מדייק מהגהמ"י, דפוס קושטא, הל' זכיה, פרק ו, שכתב לגבי בריא הנותן את כל נכסיו לאשתו, שעליה להביא ראיה, מכאן שלדעתו גם במתנה לבן, מספק המתנה בטלה; אבל ר' יעקב די בוטון, שם (קצט ע"ג), ומשכנות הרועים (אלחאיק) שם אות שז (רלג ע"ב), מעירים שדברי הגהמ"י דפוס קושטא אינם על הנותן את כל נכסיו לאשתו אלא על הכותב נכסיו לבניו וכתב לאשתו קרקע כ"ש, וא"כ אין ללמוד מדבריו לגבי הכותב כל נכסיו לאשתו או לבנו. משכנות הרועים אות שז שם (רלג ע"א) מנמק את דעת הגהמ"י, שהיות שיש שטר טוב, אלא

בניו יצייתו לבן הזה ויכבדו אותו[520]. הלכה זו זהה בהיבטים רבים להלכה שהנותן את כל נכסיו לאשתו, לא זכתה בהם, מאותו טעם; אבל נדון בנפרד בנותן לבנו, כיון שבכל זאת יש הבדלים ביניהם, וחלק מהפוסקים דיברו רק על אחד מהם.

גם אם הבנים האחרים הם גדולים, שאינם צריכים אפוטרופוס ממש, הבן המקבל נחשב אפוטרופוס בלבד[521], כי ייתכן שהאב הנותן התכוון להחשיבו בעיני אחיו, כדי שדבריו יישמעו[522].

שחכמים תיקנו תקנה לבטל את המתנה בגלל אומדנא, וזה הפקר ב"ד כלשון רש"י גיטין יד ע"א (ד"ה אפיטרופיא), הרי אם יש ספק, הולכים אחר עיקר הדין ולא אחר התקנה, "הבו דלא לוסיף עלה", והמתנה תקפה.
יד רמה, בבא בתרא, פ"ח, סי' קמג, נוקט שספק האם הנותן התכוון למתנה או לאפוטרופוסות, ומספק אינה מתנה; ומשמע מדבריו שגם בשכיב מרע, הדין כך רק מספק.
בלשון ירושה: רשב"ם בבא בתרא קל ע"א (ד"ה הלכה) (הובא בראי"ש בבא בתרא פרק ח סימן לא, בחידושי הר"ן בבא בתרא קלא ע"ב, ובאגודה, ב"ב סי' קסז), אומר שהנותן את כל נכסיו לבנו בלשון ירושה - קנה, מפני שרק בלשון מתנה אפשר לומר שהאב הקנה לו את נכסים רק שיהיו בחזקתו כדין אפוטרופוס, וזו "מתנת אפוטרופוס", אבל לשון "ירושה" משמעה שהיורש בא במקום המוריש, לקנות את נכסיו לגמרי, שיהיו שלו כמו מורישו, ואם הוא רק אפוטרופוס נמצא שלא הוריש לו כלל. והסכימו עמו חידושי הרמב"ן, בבא בתרא קלא ע"ב (שדייק כך גם מלשון בה"ג, בהערה 546), חידושי ר"י קרקושא, בבא בתרא קלא ע"ב, ועליות דרבנו יונה, ב"ב קלא ע"ב (עמ' תס). כמו כן, נימוקי יוסף, ב"ב נט ע"א (בדפי הרי"ף), מעלה אפשרות שהנותן את כל נכסיו לבנו בלשון "ירושה" (או שאמר "כל נכסי לפלוני בני", שכיון שאמר כך על מי שראוי ליורשו, זה משתמע כלשון ירושה; גם חי' הר"ן כתב שהדין כך גם בלשון זו; וגם פרי האדמה הלכות זכיה ומתנה, ו, ב, כותב שלרשב"ם, אם לא נקט לשון מתנה אלא "בסתם", זכה הבן), קנה, ואין אומרים שהתכוון לעשות אפוטרופוס, כי אי אפשר לקרוא לאפוטרופסות "ירושה", אף שאפשר לקרוא לה "מתנה" כי היא מתנה מועטת. כך נימק גם סמ"ע, רמו, ס"ק ה, את הדעה הזאת (ועיי"ש שדחה את הנימוק שכתב הלבוש, חו"מ, רמו, ד). העיטור, מתנת שכיב מרע (נח ע"ד במהד' רמ"י), כותב (לפי הגהת שער החדש, אות מב), שאם אמר לשון ירושה, קנה הבן, אבל אם אמר "כל נכסי לפלוני בני", לא קנה (ושו"ת שי למורא (יונה) סי' מד, וסי' מו (נא ע"ב), מבין שלדעת העיטור, גם בלשון מתנה זכה הבן במתנה, ורק ב"כל נכסי" וכו' לא זכה - וראה הערה 483, שכך כתב העיטור לגבי אשה); אבל אח"כ (דף נט ע"א, ליד אות סז) הוא כותב שגם בלשון ירושה, לא קנה; ושוב כתב (ליד אות עא) שקנה בלשון ירושה. שו"ת מהרי"ל החדשות, סי' קסג, כותב שהרא"ש סובר שבלשון ירושה, אינו אפוטרופוס; וכותב ש"יהא" הוא לשון ירושה לענין זה. אבל לשון ירושה שייך רק בשכיב מרע, כפי שנוקט טור, חו"מ, רמו, ה (הובא ברמ"א, חו"מ, רמו, ד), שאם שכיב מרע נתן בלשון ירושה, הבן זוכה, אבל בריא בכלל אינו יכול לתת מתנה בלשון ירושה, כפי שכותב טור, חו"מ, רפא, ד. שו"ת שי למורא (יונה) סי' מד, וסי' מה, וסי' מו (נא ע"א), כותב ששאר הראשונם סוברים כרשב"ם בענין זה. לבוש, חו"מ, רמו, ד, מנמק, שבלשון ירושה קנה כי מהפסוק "והיה ביום הנחילו את בניו" לומדים שיש רשות לאב להנחיל לאחד מבניו כל אשר לו. סמ"ע, רמו, ס"ק ה, דוחה טעם זה, שהרי גם בלשון מתנה הרשות ביד כל אדם לתת כל אשר לו לבנו.
לעומתם, חידושי ר"י מיגאש, בבא בתרא קלא ע"ב, מאירי, בבא בתרא קלא ע"ב, וספר המכריע, סי' כז, כותבים שגם בלשון ירושה לא קנה. מחנה לוי (הורוביץ), ב"ב קמא ע"ב, מביא את שתי הדעות. שו"ת ראש יוסף (אשקאפה), דף ב ע"ב, כותב שאפשר לומר קי"ל כדעה שלא קנה.
אם שאר הבנים הם מאישה אחרת: העיטור, מתנת שכיב מרע (נח ע"ד במהד' רמ"י) כותב (לפי הגהת שער החדש, אות מא), שהנותן לבנו, ושאר הבנים הם אחיו מהאב ולא מהאם, המתנה תקפה. ייתכן שטעמו הוא, שאין להניח שהאב התכוון לעשות אותו אפוטרופוס, כי אין להניח שאחיו מאשה אחרת יצייתו לו.
בספק: שו"ת מהרי"ט ח"ב חו"מ סי' נג כותב, שאם יש ספק באומדנא, האם התכוון לעשות את המקבל אפוטרופוס, כגון בנותן כל נכסיו לבתו ויש לו בנות נוספות (ליד ציון הערה 535), או בנותן בעל פה (ליד ציון הערה 546), המתנה קיימת. שו"ת מהרי"א הלוי, ח"א, סי' סג, מקשה עליו, הרי הרי"ף (שהבאנו בהערה 453) פסק שכיון שיש ספק בגמרא האם דין זה קיים בבריא, מספק המתנה בטלה. מהרי"א כותב שתפיסה מועילה.
האפוטרופסות: ערוך השולחן, חו"מ, רמו, יא, כותב שהוא אפוטרופוס על נכסי אביו עד שהבנים יסכימו לחלק ביניהם את הנכסים.

[519] ערוך השולחן, חו"מ, רמו, ז; פתחי חושן, קניינים, פט"ו הערה קלב.

[520] סמ"ג, עשה פב (קסב ע"א); ערוך השולחן, חו"מ, רמו, ז.

[521] שו"ת הרשב"א חלק ב סימן רסה (הובא בב"י, חו"מ, רמו, ד), וחידושי הרשב"א, בבא בתרא קלא ע"ב; העיטור, מתנת שכיב מרע (נח ע"ג במהד' רמ"י); מגיד משנה, הלכות זכיה, ו, ב; סמ"ע, רמו, ס"ק ו; ערוך השולחן, חו"מ, רמו, יא.
הרשב"א בשו"ת ובחידושיו שם מביא ראיה לדין זה, שאילו המתנה היתה בטלה רק במצב שצריך אפוטרופוס, הדין היה צריך להיות כך לא רק בנותן לבנו ולאשתו, אלא גם בנותן לאדם אחר; ועוד, שדין זה נאמר (לפי צד אחד בספק - ראה הערה 518) גם בבריא, אף שכשהוא בחיים, בניו אינם צריכים אפוטרופוס (אבל ראה הערה 518, שבבריא אין מדובר במתנה מחיים).
אבל חידושי הר"ן בבא בתרא קלא ע"ב, מביא שהרשב"א מסתפק בדבר.
דעה חולקת: המאור הגדול, ב"ב נט ע"א (בדפי הרי"ף), כותב שהבן נחשב אפוטרופוס רק אם צריך אפוטרופוס כגון שהיורשים האחרים קטנים או שהם גדולים אבל נמצאים במקום רחוק, אבל אם היורשים האחרים גדולים ונמצאים

אחרי מות האב, הבן הזה מקבל חלק בנכסים כמו כל אח אחר[523].

אם **שייר** כלשהו מנכסיו עצמו, זכה הבן במתנה[524], גם אם שייר רק מיטלטלין[525], שהרי כאן ברור שהתכוון למתנה גמורה, כי אילו התכוון רק לעשותו אפוטרופוס, אין סיבה שיהיה אפוטרופוס רק על חלק מנכסיו ולא על כולם[526].

הבן המקבל

דין זה אמור גם בנותן לבן קטן המוטל בעריסה[527], שאמנם עכשו לא שייך שישמש כאפוטרופוס שיישמעו דבריו, אבל אולי האב מתכוון שכשיגדל יישמעו דבריו, וכך יותר סביר מלומר שהוא מתכוון להעביר את הנחלה מהאחרים[528]; והסיבה שרצה שאחיו ישמעו לו, היא כי הוא אהב בן זה יותר מהאחרים[529]. אף שבבן שהוא צעיר יותר מאֶחיו אין לומר שהאב התכוון שיכבדו אותו, בכל זאת ייתכן שרצה שיהיה אפוטרופוס משום שהוא בקי במשא ומתן, ומטעם "לא פלוג", קבעו שהדין כך גם בקטן המוטל בעריסה[530].

הדברים אמורים אם נתן את נכסיו לבן אחד מבין בניו[531], אבל אם נתן את כל נכסיו לבן שמלבדו יש רק בנות, גם אם אלה בנות יורשות, כגון שהן בנות של בן אחר (של הנותן), שמת[532], המתנה תקפה[533], מפני שאין סיבה

כאן, זו מתנה גמורה, מפני שאין לומר שהתכוון לעשותו אפוטרופוס כשאין בכך צורך, מה גם שדין זה הוא "הלכתא בלא טעמא" (כאמור ליד ציון הערה 457) ויש לצמצם אותו.
שו"ת שי למורא (יונה) סי' מד, כותב שאפשר לומר קי"ל שלא כדעת המאור.

[522] שו"ת הרשב"א שם; ערוך השולחן, חו"מ, רמו, יא.

[523] שו"ת ראש יוסף (אשקאפה), דף ג ע"א, מדייק כך מהרמב"ם, הלכות זכיה, ו, ב.
אבל הוא מדייק מהרי"ף, ב"ב נט ע"ב (בדפי הרי"ף), שאינו מקבל חלק בירושה, ואף שאין בזה הגיון, הרי זה "הלכתא בלא טעמא".

[524] סמ"ג שם; ספר המכריע, סי' כז. על גדרי שיור ראה גם בדין המקביל במתנה לאשתו, ליד ציון הערה 490.
"נכסי לבני ואחריו לפלוני": עליות דרבנו יונה, ב"ב קלא ע"ב (עמ' תסא), כותב שאם כתב לבנו "נכסי לך ואחריך לפלוני", הבן זוכה בנכסים, מפני שנתינה לאחֵר אחריו היא כמו שיור. המהדיר, הערה 343, מסביר שאף שלא שייר הנותן לעצמו, השיור הוא הוכחה שלא התכוון לעשותו אפוטרופוס, שהרי דרך אדם למנות אפוטרופוס על כל מה שיש לו, ולא על חלק מנכסיו בלבד. גם חידושי ר"י קרקושא, בבא בתרא קלא ע"ב, כותב שאם כתב לבנו "נכסי לך ואחריך לפלוני", הבן זוכה בנכסים, שהרי לא נתן לו כל נכסיו, שהרי נתנם אחריו לאחר. אך יש להעיר שהכלל הוא שהנותן בדרך "ואחריך לפלוני", אם הראשון ראוי ליורשו, "ירושה אין לה הפסק", וכשמת הראשון, אין הנכסים עוברים לאותו לפלוני אלא ליורשי הראשון, כפי שנראה בסעיף 4, ונמצא שבפועל אין כאן שיור. נראה שרבנו יונה מתכוון לומר שבכל זאת נחשב שהנותן שייר, כיון שסִייג את המתנה לבן, אף שהסייג אינו חל.
שו"ת מהרש"ך ח"ג סי' יב (ד"ה ותו איכא למידק דהא תנן) (הובא בפרי האדמה הלכות זכיה ומתנה, ו, ב), כותב שהרמב"ם סובר שבכגון זה הבן זוכה במתנה, כי יש אומדנא שהאב התכוון שהבן יזכה במתנה ממש ומה שישייר יהיה לשני.
שו"ת מהריט"ץ, סימן קפב, כותב שאם כתב שהוא נותן את נכסיו "לבני ולבניו", ולא היו בנים לבן בשעה שנתן, בוודאי התכוון שבניו יזכו **אחריו**, והיות שלגביהם זו מתנה ממש, א"כ גם לבן זו מתנה ממש.
סברות דומות על הנותן לאשתו ואחריה לאחֵר, ראה ליד ציון הערה 517.

[525] רמב"ם, הלכות זכיה, ו, ב; נימוקי יוסף, ב"ב נט ע"א (בדפי הרי"ף); מאירי, בבא בתרא קלא ע"ב; טור, חו"מ, רמו, יב; שו"ע, חו"מ, רמו, ד; ערוך השולחן, חו"מ, רמו, ז.

[526] סמ"ע, רמו, ס"ק ז; ערוך השולחן, חו"מ, רמו, ז.

[527] הלכות גדולות, הלכות נחלות (עמ' 506 במהד' הילדסהיימר); רב נטרונאי, בתשובות הגאונים שערי צדק חלק ד שער ג סימן כט; רי"ף בבא בתרא נט ע"א (בדפי הרי"ף); חידושי ר"י מיגאש, בבא בתרא קלא ע"ב; חידושי ר"י קרקושא, בבא בתרא קלא ע"ב; רמב"ם, הלכות זכיה, ו, ב; טור, חו"מ, רמו, ד; שו"ע, חו"מ, רמו, ד.

[528] יד רמה, בבא בתרא, פ"ח, סי' קמב; מאירי, בבא בתרא קלא ע"ב; נימוקי יוסף, ב"ב נט ע"א (בדפי הרי"ף); ערוך השולחן, חו"מ, רמו, ז; שו"ת ראש יוסף (אשקאפה), דף ה ע"א.

[529] ערוך השולחן, חו"מ, רמו, ז.

[530] ב"ח, חו"מ, רמו, ד.

[531] שו"ת רמ"ע מפאנו, סי' נח.

[532] ערוך השולחן, חו"מ, רמו, יב.
אבל ר' אייזק שטיין, בביאוריו לסמ"ג שם (בדפוס ונציה), דוחה פירוש זה, שהרי אדם אינו קורא לבן בנו "בן" (ב"ב קמג ע"ב), ועוד שאין זה מקביל ל"בן בין הבנים". ולכן הוא מפרש שמדובר באחיותיו של המקבל, שאינן בעלות זכות ירושה,

שהנותן ירצה לעשותו אפוטרופוס, כיון שהוא הבן היורש והבנות יכבדוהו בלאו הכי[534]. אם נתן לבת שמלבדה יש עוד בנות, המתנה קיימת[535], כי אין מקובל למנות בת כאפוטרופוס[536]. גם אם נתן לאח בין האחים, המתנה קיימת[537], וכל שכן אם נתן לאח שמלבדו יש בנים[538], וכן אם נתן ליורש יותר רחוק, המתנה קיימת[539], מפני שרק בבן מניחים שהאב התכוון לעשותו אפוטרופוס, כיון שהוא מקפיד יותר על כבודו[540]. אם נתן לבת שמלבדה יש בנים, יש אומרים שלא קנתה[541], כי האב מעוניין שיכבדו אותה ולכן עשה אותו אפוטרופוס[542], ויש אומרים שקנתה[543].

אבל זכאיות ל"עישור נכסים" (כתובות סח ע"א), והחידוש הוא שהבן זוכה בנכסים במתנה והבנות לא יקבלו עישור נכסים (כך נראית כוונתו).

[533] רמב"ם הל' זכיה, ו, ג; סמ"ג שם; רמ"ה, המובא בטור, חו"מ, רמו, ה; שו"ע, חו"מ, רמו, ו.
יד רמה, בבא בתרא, פ"ח, סי' קמד, כותב בתחילה שהוא אפוטרופוס, ואח"כ כותב שקנה.

[534] לחם משנה, הל' זכיה, ו, ג; ערוך השולחן, חו"מ, רמו, יב.

[535] רי"ף, המובא בראש, ב"ב פ"ח סי' לא; חידושי ר"י מיגאש, בבא בתרא קלא ע"ב; רמב"ם הל' זכיה, ו, ג; חידושי הרשב"א, בבא בתרא קלא ע"ב; מאירי, בבא בתרא קלא ע"ב; סמ"ג שם; שו"ע, חו"מ, רמו, ו.
דעה חולקת: יד רמה, בבא בתרא, פ"ח, סי' קמד, חידושי ר"י קרקושא, בבא בתרא קלא ע"ב, ועליות דרבנו יונה, ב"ב קלא ע"ב (עמ' תסו), כותבים שאינה מתנה. טור, חו"מ, רמו, ה (הובא ברמ"א, חו"מ, רמו, ו), כותב שלפי הרא"ש, אינה מתנה.
ערוך השולחן, חו"מ, רמו, יב, ושו"ת שי למורא (יונה) סי' מה, מביאים את שתי הדעות.
שו"ת שי למורא (יונה) סי' מד, כותב שגם הריא"ז סובר שלא זכתה, וכותב שאפשר לומר קי"ל שלא זכתה. שו"ת ראש יוסף (אשקאפה), דף ב ע"ב, כותב שמספק לא זכתה.
שו"ת הרמ"ע מפאנו, סי' נח, כותב שלפי הדעה (ליד ציון הערה 464) שהנותן את כל נכסיו לאשתו אינה זוכה גם אם יש לו רק אחים, גם כאן הבת אינה זוכה; אבל גם לדעה זו, הנותן לבתו ואין לו בנים אלא רק אחים - קנתה הכל ממה נפשך, או משום שכתב לה, או משום זכות ירושה דאורייתא, כי לא יתכן שכתיבה זו תגרע את כוחה.

[536] מאירי, בבא בתרא קלא ע"ב.

[537] חידושי ר"י מיגאש, בבא בתרא קלא ע"ב; יד רמה, בבא בתרא, פ"ח, סי' קמב; חידושי הרשב"א, בבא בתרא קלא ע"ב; חידושי הר"ן בבא בתרא קלא ע"ב; חידושי ר"י קרקושא, בבא בתרא קלא ע"ב; מאירי, בבא בתרא קלא ע"ב; נימוקי יוסף, ב"ב נט ע"א (בדפי הרי"ף); טור, חו"מ, רמו, ה; שו"ת מבי"ט חלק א סימן יז.
אבל סמ"ע, רמו, ס"ק יג, מעלה אפשרות שלפי הדעה (ליד ציון הערה 541) שבמתנה לבת בין הבנים, לא קנתה, גם כאן המתנה בטלה. וכך כותב שו"ת הרמ"ע שם לפי הדעה (ליד ציון הערה 464) שהנותן את כל נכסיו לאשתו כשאין לו בנים, זכתה (הוא נוקט שהדין כך גם בנותן לאחות בין אחיות).

[538] חידושי ר"י מיגאש, בבא בתרא קלא ע"ב.

[539] רמב"ם הל' זכיה, ו, ג; סמ"ג שם; טור, חו"מ, רמו, ה; שו"ע, חו"מ, רמו, ו; ערוך השולחן, חו"מ, רמו, יב.
לנכד: שו"ת שי למורא (יונה) סי' מה, כותב בתחילה שהכותב כל נכסיו לנכדו, ויש לו בנים אחרים, אבל אביו של נכד זה כבר נפטר, לא זכה הנכד אלא הוא אפוטרופוס, כמו הכותב לבנו, כי בני בנים הם כבנים. אבל אח"כ הוא מסתפק בדין זה כיון שהעיטור כותב שאם נתן לבת הבן בין הבנים, זכה. אבל הוא כותב שאם בנו של הנותן חי, והסב נתן לנכד, דינו כמו הנותן לבת בין הבנים, שלא זכתה (כדעה ליד ציון הערה 541).

[540] נימוקי יוסף, ב"ב נט ע"א (בדפי הרי"ף).
כמו כן, עליות דרבנו יונה, ב"ב קלא ע"ב (עמ' תסב), וחידושי ר"י קרקושא, בבא בתרא קלא ע"ב, נימקו שביורשים אחרים, אין זה מצוי שירצה לחזק את כוחם בדרך הקנאה להיות אפוטרופוס.
רי"ף בבא בתרא נט ע"ב (בדפי הרי"ף) (הובא בסמ"ע, רמו, ס"ק י), וערוך השולחן, חו"מ, רמו, יב, מנמקים את ההבדל בין בן ליורשים אחרים, בכך שהדין שאין תוקף למתנה לבן הוא "הלכתא בלא טעמא" (כאמור ליד ציון הערה 457, על הנותן לאשתו), ולכן אין להוסיף על מה שמפורש בתלמוד.

[541] עליות דרבנו יונה, ב"ב קלא ע"ב (עמ' תסו); חידושי ר"י קרקושא, בבא בתרא קלא ע"ב; חידושי הר"ן בבא בתרא קלא ע"ב; חידושי הרשב"א, בבא בתרא קלא ע"ב; נימוקי יוסף, ב"ב נט ע"ב (בדפי הרי"ף); טור, חו"מ, רמו, ה, בשם הרמ"ה והרא"ש; שו"ת רמ"ע מפאנו, סי' נח.

[542] ערוך השולחן, חו"מ, רמו, יב.
שו"ת שי למורא (יונה) סי' מד, מסביר שגם לדעה (ליד ציון הערה 535) שבבת בין הבנות זכתה, כאן לא זכתה, וההבדל הוא ששם אין עקירת נחלה כי גם היא אחת מהיורשים, משא"כ כאן, בבת בין הבנים, שאינה שייכת בירושה.

[543] חידושי ר"י מיגאש, בבא בתרא קלא ע"ב; לחם משנה הלכות זכיה ומתנה, ו, ג, בדעת הרמב"ם; מחנה לוי (הורוביץ), ב"ב קמא ע"ב.
רי"ף בבא בתרא נט ע"ב (בדפי הרי"ף), לפי הגירסה שלפנינו, כותב שכאן לא קנתה. אבל רא"ש בבא בתרא פרק ח סימן לא, וטור, חו"מ, רמו, ה, כותבים שלפי הרי"ף, קנתה. כנראה היתה להם גירסה אחרת ברי"ף.
העיטור, מתנת שכיב מרע (נח ע"ג במהד' רמ"י, ליד אות מ), כותב בתחילה שקנתה, אבל אח"כ (דף נח ע"ד, ליד אות נ) כתב שלא קנתה, ושוב אח"כ (בדף נט ע"א, ליד אות עב) כתב שקנתה.
רמ"א, חו"מ, רמו, ו, וערוך השולחן, חו"מ, רמו, יב, מביאים את שתי הדעות.

אם האב נתן את כל נכסיו לבנו, והוא בן יחיד, זו מתנה תקפה, כי אין לומר שהתכוון לעשותו אפוטרופוס, שהרי מלבדו רק אשתו, אם הבן, שייכת בנכסים, ומן הסתם אין רצונו שתכבד האם את בנה[544]. כך גם אם יש לו בנים אחדים, ונתן מתנה לכולם[545].

אופן הנתינה

הנותן את כל נכסיו לבנו **בעל פה**, הבן זוכה[546], מפני שדוקא בכתיבה, שיש לה פרסום, סביר להניח שהאב מתכוון לפרסם שהבן הוא אפוטרופוס, כדי שיכבדו אותו, משא"כ באמירה[547], ועוד, שכל הדין שהבן אינו זוכה במתנה הוא "הלכתא בלא טעמא"[548], ולכן יש לצמצם אותו רק למה שנאמר בתלמוד במפורש, דהיינו בכתיבה[549]; ועוד, שדוקא בכותב היה לו לכתוב בפירוש שהוא מתכוון למתנה, והעובדה שלא עשה כן מוכיחה שהתכוון רק לאפטרופסות; אבל באמירה, יתכן שהתכוון למתנה, והסיבה שלא אמר זאת בפירוש היא מפני שהדיבור היה כבד עליו[550]. לענין זה, אם דיבר בעל פה, אף שהעדים כתבו לזכרון את מה שאמר, זו נחשבת מתנה באמירה, והבן זוכה; "כתיבה" היא רק אם הנותן אמר לסופר ולעדים "כתבו ותנו לבני שאני נותן לו כל נכסי" וכדומה[551].

אם ניכר מהלשון שכתב, שהתכוון **למתנה גמורה**, הבן זוכה[552]. כך לדוגמה, אם כתב בשטר המתנה שהוא מקנה לבנו בהקנאה גמורה, ולא בתורת אפוטרופוס, המתנה תקפה[553]. כך גם אם עשה קנין סודר[554], או הקנה

---

[544] רשב"ם, בבא בתרא קלא ע"ב (ד"ה בנו ואשתו); נימוקי יוסף, ב"ב נט ע"ב (בדפי הרי"ף).

[545] יד רמה, בבא בתרא, פ"ח, סי' קמג.

[546] רי"ף, ב"ב נט ע"ב (בדפי הרי"ף) (הובא בפסקי רקנטי סי' תצג, באגודה, ב"ב סי' קסז, ובשו"ת ר"י לבית לוי (מהד' שע"ד) סי' כד (קכז ע"א) [=מהד' שצ"ב סי' ע דף קמט ע"א]); העיטור, מתנת שכיב מרע (נח ע"ג במהד' רמ"י), בשם ר"ח ורי"ף; רא"ש בבא בתרא פרק ח סימן לא, בשם ר"ח; חידושי הרמב"ן, בבא בתרא קלא ע"ב, חידושי הר"ן בבא בתרא קלא ע"ב ונימוקי יוסף, ב"ב נט ע"א (בדפי הרי"ף), בשם ר"ח, רב האי והרי"ף; יד רמה, בבא בתרא, פ"ח, סי' קמב; שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סימן עא; חידושי הרשב"א בבא בתרא קלא ע"ב, בשם הגאונים; פרי האדמה הלכות זכיה ומתנה, ו, ב, בדעת הרמב"ם.
הלכות גדולות, הלכות נחלות (עמ' 506 במהד' הילדסהיימר) (הובא ברי"ף, בבא בתרא נט ע"ב, בדפי הרי"ף), נוקט שהאומר בעל פה "יירשני בני", קנה, וזה הנוסח גם ברי"ף ב"ב שם, ברמב"ם, הלכות נחלות, ו, ב. על כן, שו"ת מהריט"ץ, סימן קפב, כותב שלדעתם מועילה אמירה רק בלשון ירושה, וכותב שיש להניח שזו גם דעת רבינו חננאל, כדי למעט במחלוקת. הוא פוסק כדעה זו כיון שגם לפי הרשב"ם (הערה 518), בלשון ירושה, הבן זוכה. אבל ערוך השולחן, חו"מ, רמו, יג, כותב שלדעת הרי"ף והרמב"ם, גם אם אמר לשון **מתנה** בעל פה, בוודאי התכוון למתנה גמורה כי אין כבוד באמירה בעלמא. גם סמ"ע, רמו, ס"ק ה, מבין שהרמב"ם לא נקט לשון ירושה בדוקא. שו"ת שתי הלחם סימן יג, כותב שמגיד משנה מסופק, האם לרמב"ם באמירת לשון מתנה, הבן זוכה.
דעות חולקות: עליות דרבנו יונה, ב"ב קלא ע"ב (עמ' תסד), חידושי ר"י קרקושא, בבא בתרא קלא ע"ב, מאירי, בבא בתרא קלא ע"ב, וספר המכריע, סי' כז, כותבים שגם בעל פה, אינה מתנה. חי' ר"י מיגאש, ב"ב קלא ע"ב, דוחה את ההוכחות של בעלי הדעה הקודמת, וחידושי הרשב"א בבא בתרא קלא ע"ב, ומגיד משנה, הלכות זכיה, ו, ג כותבים שר"י מיגאש סובר שגם באמירה, אינה מתנה. הרשב"א שם כותב שאין הבדל בין כותב לאומר.
שתי הדעות מובאות במשכנות הרועים (אלחאיק) מע' מ אות שז (רלב ע"א-ע"ב), ובברכות מים, חו"מ סי' רמח (רלט ע"ב).
שו"ת שי למורא (יונה) סי' מד, כותב שהרשב"ם והעיטור סוברים שגם בעל פה, אינה מתנה.
שו"ת שי למורא (יונה) סי' מד וסי' מה, ושו"ת ראש יוסף (אשקאפה), דף ב ע"ב, כותבים שאפשר לומר קי"ל כדעה זו.

[547] רמב"ן, ר"ן וני"י שם בשם הר"ח; יד רמה שם; חידושי הרשב"א בבא בתרא קלא ע"ב. הרא"ש מעלה מעצמו אפשרות שזה הטעם.

[548] כאמור ליד ציון הערה 457, לענין הכותב לאשתו.

[549] נימוקי יוסף שם; פרי האדמה הלכות זכיה ומתנה, ו, ב, בדעת הרמב"ם.

[550] ראב"ד, המובא בחידושי הרשב"א, בבא בתרא קלא ע"ב.

[551] מהריט"ץ שם.

[552] חי' ר"י מיגאש, ב"ב קלא ע"ב (הובא בחידושי הרשב"א בבא בתרא קלא ע"ב, ובמגיד משנה, הלכות זכיה, ו, ג); מר רב יוסף בר חיננא, המובא בעיטור, מתנת שכיב מרע (נט ע"ב במהד' רמ"י) (אם גילה את דעתו שהתכוון להקנות בקנין גמור); חידושי הר"ן בבא בתרא קלא ע"ב, בשם רב האי (אם גילה את דעתו שהתכוון להקנאה גמורה); שו"ע חו"מ, רמו, ד; ערוך השולחן, חו"מ, רמו, ט.
העיטור, מתנת שכיב מרע (נט ע"א במהד' רמ"י), מרחיב דין זה עוד: שאם כתב לשון מתנה, קנה הבן, ודווקא בכותב "נכסיי לך" לא קנה.

מיטלטלין אגב קרקע[555], שהרי אילו היתה כוונתו לאפוטרופסות לא היה צריך קניין[556]. כך גם אם כתב "ויהא הבן רשאי למכור ולתת לאחרים"[557]. כך גם אם שאלו אותו "נכסיך למי, שמא לבנך?", והשיב "אלא למי?", שאין לומר שהתכוון רק שיהיה אפוטרופוס, שהרי מי ששאלו אותו בוודאי לא התכוונו לכך, והרי הודה לדבריהם ושמע לעצתם[558].

---

[553] חידושי הרמב"ן, בבא בתרא קלא ע"ב, בשם ר"י מיגאש; רא"ש, ב"ב פ"ח סי' לא; רבנו יונה, המובא בטור, חו"מ, רמו, ח; שו"ת הרשב"א חלק ב סימן רסג; מאירי, בבא בתרא קלא ע"ב, בשם "גדולי המפרשים"; שו"ע חו"מ, רמו, ד (הובא בשו"ת בית יעקב (מצויזמיר) סי' יד, דף יח ע"א, ובערך השלחן, חו"מ, רמב, ס"ק יד, דף קלט ע"ג); ערוך השולחן, חו"מ, רמו, ח.

דעה חולקת: שו"ת הרשב"א חלק ב סימן רסג, כותב שלפי הרי"ף, גם כאן אינה מתנה, ומה שכתב לשון זו הוא רק לכבוד, כדי שיישמעו דברי בנו.

[554] שו"ת הרשב"א חלק א סימן תתקנח, וחלק ב סימן רסג, וחידושי הרשב"א, ב"ב קלא ע"ב, גם בשם הראב"ד; ב"ח, חו"מ, רמו, ח; שו"ע חו"מ, רמו, ד (הבא בשו"ת מעשה איש, חו"מ, סי' ד דף פב ע"ד, ובפד"ר כרך ו עמ' 69 = מוריה גל' ריא עמ' ע). דעה זו מביא גם רבנו יונה המובא בטור, חו"מ, רמו, ו.

הראשונים נקטו "קנין" סתם, וסמ"ע, רמו, ס"ק יח, ושו"ת רמ"ע מפאנו סי' נח, הסבירו שהכוונה לקניין סודר.

משכנות הרועים (אלחאיק) מע' מ אות שז (רלד ע"א), מקשה, איך מועיל קנין, הרי מדובר בשכיב מרע (ראה הערה 518), ומתנת שכיב מרע בקנין בטלה, שמא לא גמר להקנות אלא לאחר מיתה ואין קנין לאחר מיתה (שו"ע, חו"מ, רנ, יז)? הוא מיישב, שמדובר שעשה קנין בתור ייפוי כח, כגון "וקנינא מניה מוסיף על מתנתא דא", שאז מועיל (שו"ע שם). עוד הוא מקשה, אם קנין מועיל, מה הספק בבריא (ראה הערה 518), הרי מתנת בריא בוודאי נעשית בקנין, שנחוץ להקנאה? הוא מתרץ, שדוקא בשכיב מרע שא"צ קנין, אם עשה קנין מוכח שהתכוון למתנה גמורה, אבל בבריא לא מועיל קנין כי אולי עשאו כי הוא נחוץ. דבריו קשים, הרי קנין נחוץ רק במתנה רגילה, ולא במינוי אפוטרופוס, וא"כ הקנין מוכיח שהתכוון למתנה גמורה.

דעות חולקות: שו"ת הרשב"א חלק ב סימן רסג, כותב שלפי הרי"ף, גם כאן אינה מתנה. מאירי, ב"ב קלב ע"א, כותב שהבן אינו זוכה (גם בקנין "מעכשיו"). עליות דרבנו יונה, ב"ב קלא ע"ב (עמ' תסב), כותב שלא קנה, שכמו שבמתנה סתם, אף שעשה דרך הקנאה אנו מניחים שהתכוון לחזק את כוח בנו להיות אפוטרופוס כדי שיישמעו דבריו, כך אפשר לומר גם אם עשה קנין. ב"י, חו"מ, רמו, ו (שלא ראה את עליות דרבנו יונה), מוכיח שרבנו יונה סובר שקנין אינו מועיל, שהרי כתב (ליד ציון הערה 559) שאפילו חיזק את כוחו של הבן בלשון "תנו כל נכסי לפלוני בני ואף כְּתבו לו שטר", הבן אינו זוכה. אבל ב"ח, חו"מ, רמו, ח, כותב שלרבנו יונה קנין מועיל.

שו"ע חו"מ, רמו, ז, וערוך השולחן, חו"מ, רמו, ח, מביאים את שתי הדעות. לכאורה זה סותר למה שכתב שו"ע בסתם בסעיף ד שקנין מועיל. סמ"ע, רמו, ס"ק יד, כותב ששו"ע בסעיף ז מתכוון למי שכתב קנין בשטר ולא עשה קנין סודר, מפני שהוא הבין שלרבנו יונה, מועיל רק אם עשה קנין סודר, ולא מועיל אם רק כתב קנין בשטר; וסמ"ע בדעת עצמו כותב שלרבנו יונה גם קנין סודר אינו מועיל.

ראה עוד ליד ציון הערה 487, לגבי מתנה לאשתו, שלרוב הפוסקים קנין אינו מועיל. וראה הערה 487, שמשכנות הרועים כותב שלרי"ף ולרמב"ם קנין מועיל בבנו ולא באשתו.

[555] שו"ת הרשב"א חלק א סימן תתקנח; שו"ע, חו"מ, רמו, ד (הובא בערך השלחן, חו"מ, רמב, ס"ק יד, דף קלט ע"ג); ערוך השולחן, חו"מ, רמו, ח.

משכנות הרועים (אלחאיק) מע' מ אות שז (רלד ע"ד), מקשה, הרי מדובר כאן בשכיב מרע (ראה הערה 518), ושו"ת הרשב"א ח"א סי' תתפב, כותב ששכיב מרע אינו יכול להקנות בקנין אגב, כי המקבל זוכה בקרקע רק במות הנותן, ואי אפשר להקנות אחרי מיתה? הוא מתרץ שבכל זאת, היות שהקנין מיותר ובכל זאת עשה אותו, הראה שהתכוון למתנה גמורה; ועוד, שאכן הבן לא קנה את המטלטלין, אבל קנה את הקרקע כי זו מתנה עם שיור.

אבל שו"ת שב יעקב, אהע"ז, סי' לא (עז ע"ג), כותב שמי שסובר (ראה הערה 554) שלא מועיל קנין, היינו קנין סודר, סובר שגם קנין אגב לא מועיל.

[556] ערוך השולחן, חו"מ, רמו, ח.

[557] רבנו יונה, המובא בטור, חו"מ, רמו, ח (הובא במשכנות הרועים (אלחאיק) מע' מ אות שח, דף רלז ע"ב); שו"ע, חו"מ, רמו, ד (הובא בשו"ת מהרי"א הלוי, ח"א, סי' סג, ובערך השלחן, חו"מ, רמב, ס"ק יד, דף קלט ע"ג); ערוך השולחן, חו"מ, רמו, ח.

דוגמאות נוספות: עליות דרבנו יונה, ב"ב קלא ע"ב (עמ' תסא), וחידושי הרשב"א בבא בתרא קלא ע"ב, כותבים שמי שאמרו לו "למי תרצה לתת את נכסיך, שמא לבנך פלוני?", והשיב בחיוב (מקרה שנזכר בב"ב קלג ע"א), הבן קנה, ואין אומרים שהאב התכוון לעשות אותו אפוטרופוס, כי מן הסתם מי ששאל אותו התכוון לשאול למי הוא רוצה לתת מתנה ולא התכוון לאפוטרופסות.

שו"ת מהריט"ץ, סימן קפב, כותב שאם הנותן הזכיר שהוא נותן לבנו כי הוא חייב כסף לבנו, יש אומדן דעת שהתכוון לנתינה גמורה. שו"ת מעשה איש, חו"מ, סי' ד (פב ע"ד), כותב שאם כתב בשטר המתנה שבניו הגדולים כבר סיגלו לעצמם נכסים, כהסבר לכך שהוא נותן את נכסיו דווקא לבן הקטן, זו הוכחה שהתכוון למתנה ממש. ערוך השולחן, חו"מ, רמו, ט, כותב באופן כללי, שאם כתב בשטר את הסיבה לכך שהוא נותן לבן את כל נכסיו, הבן זוכה.

[558] חידושי ר"י קרקושא, בבא בתרא קלא ע"ב.

אבל אם לא כתב לשון כזאת, אפילו חיזק את כוח הבן בלשון "תנו את כל נכסי לפלוני בני ואף כִּתבו לו שטר", ואף האריך בלשון כדרך שופרא דשטרא "ילך, יזכה ויחזיק במתנה", יש להניח שהתכוון רק לעשות אותו אפוטרופוס, וכל לשונות החיזוק שכתב היו רק כדי שדברי הבן יישמעו[559]. כך גם אם עשה קניין - מניחים שהתכוון רק לעשות אותו אפוטרופוס, וחיזק את כוחו ע"י הקניין כדי שדברי הבן יישמעו[560].

אם יש ספק בלשון המתנה, האם האב התכוון למתנה גמורה, הבן אינו זוכה, כי המוציא מחבירו עליו הראיה[561].

מתנה לבנו ולאחר יחד

אם נתן את כל נכסיו לבנו ולאדם זר ביחד, האדם הזר זוכה בחצי מהנכסים, והבן הוא אפוטרופוס על החצי האחר[562], כי הוא כאילו נתן את כל נכסיו לבנו, כיון שלא שייר לעצמו כלום בנכסים אחרי המתנה לבנו[563]. גם אם בנו קטן, אין סיבה להניח שהתכוון שהאחר יהיה אפוטרופוס עליו, כי א"כ היה לו לומר זאת במפורש[564]. אבל אם כתב "חצי נכסיי לבני פלוני וחצי נכסיי לאדם פלוני", ולא כתב "כל נכסיי לבני ולפלוני", כך שהקדים את בנו, בנו זכה, כאילו נתן לבנו מקצת תחילה, שזו מתנה עם שיור, ואח"כ נתן את השאר לָאַחֵר[565]. אבל אם נתן להם חלקים לא שווים, כגון שני שלישים מהנכסים לבנו ושליש לאחר, דינו כנותן כל נכסיו לבנו ולאחר בבת אחת, ובנו לא קנה, גם אם האב הקדים את בנו[566], משום שלא היה יכול לכתוב "כל נכסי לבני ולפלוני" כי אז היה משמע שהוא נותן חצי לפלוני וחצי לבנו[567].

אם נתן את כל נכסיו לאשתו ולבנו, אשתו זוכה בחצי מהנכסים ובנו אפוטרופוס על החצי האחר, כי אשתו ביחס לבנו דומה לאחר[568]; ואין אומרים שאשתו תהיה אפוטרופוס כדין הכותב את כל נכסיו לאשתו[569], כי

---

[559] רבנו יונה, המובא בטור, חו"מ, רמו, ו-ז; ב"י, חו"מ, רמו, ז; שו"ע, חו"מ, רמו, ד; ערוך השולחן, חו"מ, רמו, ז.

[560] חידושי ר"י קרקושא, בבא בתרא קלא ע"ב.

[561] ערוך השולחן, חו"מ, רמו, ט.

[562] רי"ף בבא בתרא נט ע"ב (בדפי הרי"ף); חידושי ר"י מיגאש, בבא בתרא קלא ע"ב; רמב"ם, הלכות זכיה, ו, ו; חידושי הרמב"ן, בבא בתרא קלא ע"ב; עליות דרבנו יונה, ב"ב קלא ע"ב (עמ' תסה); חידושי ר"י קרקושא, בבא בתרא קלא ע"ב; מאירי, בבא בתרא קלא ע"ב; רא"ש בבא בתרא פרק ח סימן לא; טור, חו"מ, רמו, ט; שו"ת מהרי"ל החדשות, סי' קסג; שו"ע, חו"מ, רמו, ט; ערוך השולחן, חו"מ, רמו, יד; שו"ת עדות ביעקב (בוטון), סי' עב (קצז ע"ד, קצט ע"א).
יד רמה, בבא בתרא, פ"ח, סי' קמג, ושו"ת אדמת קודש ח"א סי' לב (עח ע"ב-ע"ג), מסבירים דין זה ע"פ העקרון (ליד ציון הערה 345) שבמתנה לשני מקבלים, שאחד מהם אינו כשיר לקבל, האחר זכה במחצית.
חידושי ר"י מיגאש, בבא בתרא קלא ע"ב, מביא דעה שבמקרה זה האחר קנה הכל, והבן הוא אפוטרופוס עליו.
רשב"ם, ב"ב קלא ע"ב (ד"ה פשיטא), מפרש את דברי הגמרא "בנו ואחר" בדרך אחרת, ודוחה את הפירוש שמדובר שנתן את כל נכסיו לבנו ולאחר יחד. אבל שו"ת עדות ביעקב (בוטון), סי' עב (קצז ע"ד), מעלה אפשרות שהוא מסכים להלכה לשאר המפרשים, שהאחר זוכה בחצי, ובנו אפוטרופוס על החצי האחר.
על הנותן לבנו ואחריו לפלוני, ראה הערה 524.

[563] עליות דרבנו יונה, ב"ב קלא ע"ב (עמ' תסה); רא"ש שם; טור, חו"מ, רמו, ט.

[564] נימוקי יוסף, ב"ב נט ע"ב (בדפי הרי"ף).

[565] עליות דרבנו יונה, ב"ב קלא ע"ב (עמ' תסה); חידושי ר"י קרקושא, בבא בתרא קלא ע"ב; רא"ש שם; נימוקי יוסף, ב"ב נט ע"ב (בדפי הרי"ף); טור, חו"מ, רמו, ט; שו"ע, חו"מ, רמו, י; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שעה; ערוך השולחן, חו"מ, רמו, יד.

[566] עליות דרבנו יונה, ב"ב קלא ע"ב (עמ' תסה) (אם נתן לשניהם תוך כדי דיבור); חידושי ר"י קרקושא, בבא בתרא קלא ע"ב (אם נתן לשניהם בתוך כדי דבור); רא"ש שם (הובא בשו"ת אבקת רוכל, סימן ע, ד"ה ועוד אני, הראשון); נימוקי יוסף, ב"ב נט ע"ב (בדפי הרי"ף); טור, חו"מ, רמו, ט (הובא בשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שעה); שו"ע, חו"מ, רמו, י; ערוך השולחן, חו"מ, רמו, יד.
חלקת מחוקק, קז, ס"ק יב, כותב שכך הדין גם אם כתב שני שלישים מן הנכסים לבנו ושליש לאשתו.

[567] רא"ש שם; טור, חו"מ, רמו, ט (הובא במהרשד"ם שם).

[568] יד רמה, בבא בתרא, פ"ח, סי' קמג; רא"ש שם (הובא בשו"ת אבקת רוכל, סימן ע, ד"ה ועוד אני, הראשון); טור, אהע"ז, סי' קז, וחו"מ, רמו, יא; שו"ת מהרי"ל החדשות, סי' קסג.
דעות חולקות: חידושי ר"י קרקושא, בבא בתרא קלא ע"ב (אם יש עוד בנים), ופסקי רי"ד, ב"ב קלא ע"ב (הובא בטור חו"מ שם), כותבים ששניהם אפוטרופסים. שו"ע, אהע"ז, קז, ז, מביא את שתי הדעות.
בהגהה ברשב"ם, בבא בתרא קלא ע"ב, כותב שהאשה אפוטרופוס והבן מקבל את המתנה, כי יש להניח שהוא רוצה שבנו יכבד את אשתו ולא להיפך. אבל שו"ת מהרש"ך חלק ב סימן קסא, כותב שלפי הגהה זו, תלוי באיזה סדר נתן: אם אמר שהוא נותן לאשתו ולבנו, האשה מקבלת מתנה ובנו אפטרופוס, ואם אמר שהוא נותן לבנו ולאשתו, הבן מקבל מתנה

ממה נפשך: אם התכוון לתת לבנו בהקנאה גמורה, הרי הדין הוא שאם נתן לאשתו ולאחד מבניו, קנתה[570], ואם לא התכוון לתת לבנו, נמצא ששייר במתנתו לאשתו, והרי אשה זוכה במתנה עם שיור[571]. אם כתב "חצי נכסי לבני וחצי נכסי לאשתי", גם לבנו זו מתנה, שהרי נתן לבנו מקצת תחלה בשיור[572].

אם נתן את כל נכסיו לשניים מבניו, שניהם אפוטרופוסים[573], וכך גם אם נתן את כל נכסיו לשלושה מבניו[574]. אם כתב "חצי נכסיי לבני פלוני וחצי נכסיי לבני פלוני", הראשון זוכה בחצי מהנכסים והשני אפוטרופוס, שהרי לא כתב "כל נכסי לפלוני ופלוני בניי"[575], ומכאן שהתכוון להקנות לראשון[576], שהרי הראשון קיבל מתנה בשיור, והשני קיבל מתנה בלי שיור.

אם ניכר מתוך הנסיבות שהתכוון לתת רק מתנה מוגבלת

הנותן מתנה סתם, אלא שניכר מתוך מעשיו שאינו מוכן שהמקבל יעשה בה את כל חפצו, המתנה בטלה, מפני שזו הערמה[577]. דוגמה לכך: אם ניכר ממחשבתו שהתכוון שהמקבל לא ימכור או לא יתן את הנכס במתנה

ואשתו אפוטרופוס. ולא הסביר מדוע הסדר קובע. הוא מדייק מהטור שגם לדעת הרא"ש, הדין תלוי בסדר שאמר, אך העיר שמלשון הרא"ש ב"ב שם משמע שלא משנה הסדר.

[569] כאמור ליד ציון הערה 453.

[570] ראה בשם יד רמה בהערה 505.

[571] יד רמה שם.

[572] חלקת מחוקק, קז, ס"ק יב (הובא בבית שמואל, קז, ס"ק יב). הוא מסתמך על הרא"ש (הערה 565) שכתב כך לגבי בנו ואחר.

[573] עליות דרבנו יונה, ב"ב קלא ע"ב (עמ' תסה); חידושי ר"י קרקושא, בבא בתרא קלא ע"ב; יד רמה, בבא בתרא, פ"ח, סי' קמג; רא"ש שם; נימוקי יוסף, ב"ב נט ע"ב (בדפי הרי"ף); טור, חו"מ, רמו, י; שו"ע, חו"מ, רמו, יא; ערוך השולחן, חו"מ, רמו, טו.

דעה חולקת: הלכות גדולות, הלכות נחלות (עמ' 506 במהד' הילדסהיימר) כותב שאם נתן את כל נכסיו לשני בניו ויש לו עוד בנים, או לשתי בנות ויש לו עוד בנות, קנו. חידושי הרמב"ן, בבא בתרא קלא ע"ב, חידושי הר"ן בבא בתרא קלא ע"ב (הובא בנ"י שם בכינוי "אחד מחכמי הדור"), נימקו, שלדעת בה"ג כיון שזה הלכתא בלא טעמא, הדין מצומצם רק למה שנאמר בתלמוד בפירוש.

[574] שו"ת הרשב"א חלק א סימן תתקנח.

[575] רא"ש שם; חידושי ר"י קרקושא, בבא בתרא קלא ע"ב; טור, חו"מ, רמו, י; שו"ע, חו"מ, רמו, יא (הובא בחלקת מחוקק, קז, ס"ק יח); ערוך השולחן, חו"מ, רמו, טו.

[576] סמ"ע, רמו, ס"ק יח.

[577] טור, רמא, ז-ח; רא"ש ב"ב, פ"ח, סי' לח (הובא בב"י, חו"מ, רמא, ז, במגן גיבורים, או"ח, יד, ס"ק ד (מג ע"ג), ובשו"ת ויאמר יצחק, ח"ב, חו"מ, סי' קצב, דף קסו ע"א), ושו"ת הרא"ש, כלל עד, סי' ד (הובא בביאור הגר"א, חו"מ, קיא, ס"ק ט); שו"ע, רמא, ה (בשם "יש מי שאומר") (הובא בשו"ת בני יהודה (בית יהודה) סי' קא (קעב ע"ד), ובשו"ת חיים ביד סימן סט, ד"ה ועוד למד); מישרים, נתיב טו, ח"א, בשם רא"ש ותוס'.

ר' דוד מילדולה, פרי עץ חיים כרך ד, דף רכח ע"ג (מס' 474), כותב שאף שהשו"ע כתב את דברי הרא"ש בשם "יש מי שאומר", כוונתו לפסוק כך.

מקורו של הרא"ש הוא בכלל שנקבע בב"ב קלד ע"א ובנדרים מח ע"א, לגבי "מתנת בית חורון" (ליד ציון הערה 583), "כל מתנה שאי אפשר להקדיש אינה מתנה", וביאר שהכוונה היא שהנותן לא אמר בפירוש שהמקבל לא יוכל להקדיש, אלא שניכר מהנסיבות שכך כוונת הנותן.

גם סמ"ג, לאוין רמב (עב ע"ג), נוקט שמתנה שא"א להקדיש **בגלל הערמה**, כלומר שאין למקבל שום תועלת מהמתנה, בטלה. גם שו"ת הרשב"ש, סי' תסח, כותב שמתנה שא"א להקדיש מחמת הערמה, אינה מתנה.

מזל שעה, דרשות, פ' ויצא, דף קכב ע"ד, מביא בסתם את הדין שמתנה שא"א להקדיש אינה מתנה.

רז"נ גולדברג, "מתנה ע"מ להחזיר - למשמעות התנאי", תחומין כב עמ' 304, מביא ראיה להלכה זו ממה שעולה מבכורות נא ע"ב, שמי שנתן לכהן חמש סלעים לפדיון בנו והיה בטוח שהכהן יחזיר לו - אין בנו פדוי, כי יש אומדנא שלא נתן בלב שלם אלא בהערמה. כך מסביר ראבי"ה, המובא במרדכי קידושין סי' תפא, את האמור בבכורות שם, שאינו פדוי כי האב לא גמר בלבו לתת. כמו כן, מגן גיבורים, או"ח, יד, ס"ק ד (מד ע"א), משווה לנידוננו את דברי רע"ב, בכורות ח, ח, האומר שאם האב היה בטוח שהכהן יחזיר לו, הבן אינו פדוי גם אם הכהן לא החזיר לו: מגן גיבורים מנמק, כי האב לא התכוון להקנות אותו לכהן בכלל, אף לשעה, והכהן אינו יכול להקדיש, וא"כ אין כאן נתינה (ראה על כך בהערה 788). אבל מגן גיבורים מעיר (בדף מד ע"ב) שלפי תוס', בכורות נא ע"ב (ד"ה הלכך), הטעם שהבן אינו פדוי שם הוא כי האב לא אמר מראש שהוא נותן עמ"ל והכהן לא הסכים שיהיה עמ"ל, הרי שלדעתם האב התכוון למתנה, ואם הכהן אינו מחזיר, הבן פדוי (דבריו קשים שהרי בסוגיה נאמר שגם אם לא החזיר אין הבן פדוי). כמו כן, רז"נ גולדברג כותב שלפי תוס' שם, אין ראיה משם לנידוננו, שהרי הם כתבו ששם הבן פדוי, כיון שמועיל מעמ"ל בפדיון הבן (קידושין ו ע"ב), אלא כוונת

לאחר[578]. טעם הדבר הוא משום שאין המתנה מבוררת, מאחר שמצד אחד נתן אותה סתם, ומצד שני גילה את דעתו שלא נתן אותה לכל דבר[579]. זאת אף שאם אמר בפירוש שהוא נותן מתנה מוגבלת, יש לה תוקף במגבלות שקבע, כפי שנראה בסעיף 4[580]. טעם ההבדל הוא, שאם נתן סתם בלי תנאי מפורש, הנותן חושש שלא תתקיים מחשבתו (בדוגמה הנ"ל - שמא המקבל ימכור את הנכס), והרי יש אומדנא שהוא רוצה שתתקיים מחשבתו, ולכן מניחים שלא נתן בלב שלם אלא **למראית עין**; לעומת זאת, אם עשה תנאי מפורש, אין לו סיבה לחשוש שלא יתקיים רצונו, ולכן הוא נותן מתנה מותנית בלב שלם[581].

המתנה בטלה גם אם לא עבר המקבל על מה שמשתמע מכוונת הנותן שרצה שלא יעשה, משום שנתן לו בסתם, שמשמע שהמקבל יכול לעשות בנכס מה שירצה, וזה נגד המחשבה הניכרת מתוך מעשיו[582].

בתלמוד מצאנו דוגמה למתנה שבטלה מטעם זה: "מתנת בית חורון"[583]. מעשה באב שנדר הנאה מנכסי בנו, ובנו השיא את הנכד ורצה שאביו יאכל בסעודת הנישואין, ונתן את הסעודה במתנה לאדם אחר כדי שיוכל

הגמרא היא שיש בזה חסרון של כהן המסייע בבית הגרנות. אבל בהערה 2 העיר שרמב"ם ורש"י סוברים שרק בתרומה נחשב כהן המסייע בבית הגרנות ולא בפדיון הבן, א"כ לא יכלו לפרש כך, והראיה נשארת.
שו"ת צמח צדק (לובאוויטש), אהע"ז, סי' צח, אות ח, לומד מהלכה זו, שהמקבל מעמ"ל וקידש בה אשה, זאת לא נחשבת נתינה כיון שאינה יכולה להקדישו (כמו שהמקבל עצמו אינו יכול להקדישו) ולא אמר לה זאת כשנתן לה. ראה על כך בסעיף 4.
ערוך השלחן, חו"מ, רמא, ט, מקשה, שדברי טור ושולחן ערוך כאן סותרים את מה שפסק שו"ע יו"ד, רכא, ט, שמתנת בית חורון בטלה רק אם הנותן אמר למקבל "יבוא אבא ויאכל", שאז מוכח שהתכוון רק שאביו יוכל לאכול בסעודה, אבל אם לא אמר כך, המתנה תקפה, כי דברים שבלב אינם דברים. ראה על כך חוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 77-76.
לכאורה קשה לאור זה הדין שנראה בסעיף 4, שהנותן אתרוג לחברו בסתם, זו מעמ"ל, כי הנותן מן הסתם לא התכוון שיישאר אצל המקבל לעולם, כיון שהוא צריך אותו לקיים בו את המצוה למחרת, ולאור הנ"ל היינו צריכים לומר שהמתנה בטלה לגמרי? ערוך השלחן, או"ח, תרנח, טו, מסביר ששם המתנה תקפה כי ברור שהנותן התכוון להקנות לו באופן מועיל, כדי שיוכל לקיים את המצוה, ורק אם מטרת הנותן היא שהמקבל יעשה את טובת הנותן, המתנה בטלה בגלל ההערמה. אבל מנחת ברוך סי' פט, ענף א (קז ע"ד), כותב שאם בעל האתרוג עדיין לא קיים בו את המצווה בסוכות, ונתן אותו לחברו בסתם לשעה אחת (לדעה שאפשר לקיים מצוות אתרוג במתנה לזמן) ברור שאינו מוכן שהמקבל יאכל אותו באותה שעה, שהרי הנותן זקוק לצאת בו אח"כ, ולכן המתנה בטלה. נראה שטעמו הוא ששם אי אפשר לומר שהתכוון למעמ"ל, שהרי קבע שהמתנה תהיה לזמן, כך שתנאי ההחזרה מיותר.
דעה חולקת: שו"ת צמח צדק (לובאוויטש), אהע"ז, סי' צח, אות ח, כותב שתוספות סוכה מא ע"ב (ד"ה הילך), נדרים מח ע"א (ד"ה כל), וב"ב קלד ע"א (ד"ה כל), ר"ן נדרים שם, חידושי הריטב"א סוכה שם, וחידושי הרשב"א קדושין ו בשם הרמב"ן, סוברים שהמתנה תקפה אף שניכר שהנותן אינו מוכן שהמקבל יעשה שימוש מסוים, שהרי הם הקשו איך מועילה מעמ"ל, הרי המקבל אינו יכול להקדיש אותה, ונאמר לענין מתנת בית חורון "כל מתנה שאינו יכול להקדיש אינה מתנה", ולא תירצו (כמו הרא"ש) שדוקא מתנת בית חורון אינה מתנה כי ניכר שהנותן אינו מוכן שיקדיש אותה ולא אמר זאת בפירוש, אלא הם תירצו שדוקא מתנת בית חורון אינה מתנה כי הנותן לא התכוון שיהנה המקבל **שום הנאה** מהמתנה, ומטרתו היתה רק להתיר לאביו של הנותן לאכול בסעודה, משמע שאם הוא מוכן שמקבל יהנה ממנה, אפילו לא יוכל להקדיש אותה, המתנה תקפה אפילו בנותן סתם.
תיקון עולם (קלוגר) דף כט ע"ד, עוסק בבעל שנתן את הגט במתנה למישהו כדי שלא יחולו הגירושין, וכותב שאם האשה נתנה את שכר הסופר, והנייר שלה והיא מקנה אותו לבעל, אנן סהדי שלא נתנה לו על דעת שיתן לאחר שעי"ז לא יועיל הגט, ולכן אין לו כוח לתת לאחר. הרי שלדעתו מה שהאשה נותנת את נייר הגט לאיש היא הקנאה תקפה אף שאינה מוכנה שהוא יתן את הנייר למישהו אחר. הוא לא הזכיר את המקורות שהזכרנו כאן.

[578] רא"ש ב"ב שם ושו"ת הרא"ש שם.

[579] פרישה, חו"מ, רמא, ח.
יד המלך (לנדא) הל' שבת, כ, ג, נוקט שהנותן מתנה סתם מתכוון שתהיה חלוטה, ואם אינה חלוטה כי המקבל אינו יכול להקדיש אותה (לפי מה שנראה שזו כוונת הנותן), היא בטלה, משא"כ במעמ"ל או במתנה לזמן, שמראש התנה שאינו נותן מתנה חלוטה אלא לזמן.

[580] ראה שם מקורות נוספים על ההבחנה בין הגבלה מפורשת להגבלה שאינה מפורשת.

[581] רז"נ גולדברג, "מתנה ע"מ להחזיר - למשמעות התנאי", תחומין כב עמ' 302. על פי זה הוא מעלה אפשרות (בהערה 1), שגם אם הנותן לא עשה תנאי מפורש, הרי אם המקבל התחייב בקנס (שישלם קנס אם לא ימלא את התחייבותו) להשתמש במתנה כפי שרצה הנותן (באופן שאין אסמכתא), או שנשבע לקיים את רצונו של הנותן - המתנה תקפה, כי אין לנותן סיבה לפחד שלא ייעשה רצונו.

[582] ב"ח, רמא, ז.

[583] נדרים מח ע"א.

האב לאכול. כאן ברור שלא היה מוכן שהמקבל יקדיש את הסעודה, מפני שהיה אומדנא דמוכח שנתן לו רק כדי שיאכל אביו מהסעודה, ולכן נפסק שהמתנה בטלה[584].

דוגמה נוספת היא במעשה היה בראובן שנתן שפחה במתנה לשמעון, ובשטר המתנה לא כתב תנאי, אבל במכתב נלווה כתב שהוא מבקש משמעון לשחרר אותה, והסביר שהוא נותן לו אותה כי הוא עצמו לא היה יכול לשחררה, בגלל המקום שהיה בו. נפסק שהמתנה בטלה, כי ניכר שלא התכוון להקנות אותה למקבל לגמרי, שיעשה בה כרצונו[585].

אבל אם לא ניכר מתוך הנסיבות שהנותן התכוון שהמקבל לא יעשה בנכס דבר מסוים, אלא שהוא **אומר** שהתכוון לכך, אלו דברים שבלב (גם אם אין סיבה שלא להאמין לו), והמקבל יוכל לעשות בנכס מה שירצה, והמתנה תקפה[586].

מצד שני, גם אם ברור לכל שהנותן מתכוון שהמקבל יעשה שימוש מסוים בדבר המתנה, המתנה תקפה אם אמר הנותן בפירוש שהוא מוכן שהמקבל יעשה בו כל מה שירצה. לדוגמה, מי שרוצה לתרום למוסד, ואינו צריך קבלה שתזַכה אותו בהחזר מס, יכול לתת את הסכום למישהו אחר במתנה גמורה, שיוכל לעשות בה כרצונו, והלה יתן את התרומה ויזכה בהחזר מס[587].

מתנה טמירתא

כללי

אם הנותן אמר לעדי המתנה "כתבו את שטר המתנה בסתר ותנו אותו למקבל", זו נקראת "מתנה טמירתא" (מוסתרת), והיא בטלה[588], כי העובדה שהנותן רוצה להסתיר את נתינת המתנה מעוררת חשש שלא התכוון

---

[584] על דין זה ראה חוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 75-79.
לכאורה קשה, הרי הרא"ש אומר שאם הגביל הנותן את המתנה בפירוש, היא תקפה, וכאן הנותן אמר "ואינן לפניך אלא כדי שיאכל אבי"? שו"ת צמח צדק (לובאוויטש), אהע"ז, סי' צח, אות ח, מיישב ששם המתנה בטלה משום שסעודתו מוכיחה שזו הערמה. לפי דבריו, מתנת בית חורון אינה דוגמה לבטלות המתנה מהטעם שבטקסט.
רז"נ גולדברג, "מתנה ע"מ להחזיר - למשמעות התנאי", תחומין כב עמ' 304, מקשה מדוע במתנת בית חורון אין אומרים שנחשב כאילו התנה "ע"מ שתזמין את אבי לסעודה" כיון שיש אומדנא שהתכוון לכך, וא"כ זו מתנה מותנית, שהיא תקפה? והוא מיישב, ששם מדובר במודר הנאה, ואם נאמר שנחשב כאילו התנה כך, יש חשש שיעבור על הנדר, שהרי אם המקבל לא יזמין את האב, תתבטל המתנה, וכשהאב יאכל מהסעודה נמצא הבן מהנה את אביו (בשאלה זו עיי"ש עמ' 314 הערה 11); לכן א"א לפרש כך את מתנת בית חורון, אלא אומרים שזו הערמה. דבריו קשים, שהרי השולחן ערוך (הערה 577) כותב באופן כללי שאם יש אומדנא שהנותן אינו מוכן שהמקבל יקדיש (לדוגמה), המתנה בטלה, ואין אומרים שהיא תקפה בתור מתנה מותנית בתנאי מכללא, ולא דיבר רק במודר הנאה.
הוא מקשה (בעמ' 314), לאור ההבחנה בין מתנה בלי תנאי מפורש לתנאי מפורש, מדוע הגמרא בנדרים מח ע"ב מקשה מפסילת מתנת בית חורון על הדעה שמועיל "קנֵה ע"מ להקנות" (ראה על כך בסעיף 4), הרי מתנת בית חורון גרועה יותר מפני שלא היה בה תנאי מפורש (יש להעיר שהרשב"א ונימוקי יוסף ונדרי זריזין, נדרים שם, כתבו שבאמת במקרה הנידון שם, ב"קנה על מנת להקנות", לא היה תנאי מפורש)? והוא מתרץ, שרק אומדנא שהתכוון **לתנאי** אינה נחשבת כאילו התנה, כי תנאי שאינו כפול אינו תקף, ואומדנא אינה עדיפה על תנאי שאינו כפול (בשאלה זו ראה סעיף 4), אבל אם יש אומדנא שהתכוון **לשיור**, שתקף גם אם אינו כפול, כמש"כ תוספות רעק"א, פאה, ו, יא (ראה סעיף 4), מתחשבים באומדנא, ולכן מתנת בית חורון היתה צריכה להיות תקפה בתור מתנה עם שיור, ולכן הוכרחה הגמרא להסביר שהסיבה לפסילתה היא מפני שסעודתו מוכיחה (ראה חוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 75-76). דבריו קשים, שהרי לפי זה, בכל מתנה שניכר שהנותן רוצה להגביל אותה ולא עשו תנאי מפורש, נאמר שתהיה תקפה בתור מתנה עם שיור, ומדוע השולחן ערוך אומר שהמתנה בטלה?
[585] ר' דוד מילדולה, פרי עץ חיים כרך ד, דף רל ע"ב (מס' 474).
[586] פת"ח, קניינים, פט"ו הערה קד.
כמו כן, שו"ת קול אליהו (ישראל), ח"ב, יו"ד, סי' ו (כב ע"א), כותב שהנותן מתנה סתם, אף שהוא מתכוון שתהיה מותנית, זה מתנה גמורה כי דברים שבלב אינם דברים.
[587] אמונת עתיך גל' 104 עמ' 14. שם לא נזכר הדין שמתנה בטלה אם ניכר שהנותן אינו מוכן שהמקבל יעשה בה את כל חפצו, אבל נראה שהפסיקה נכונה מהטעם המוסבר בטקסט.
[588] ב"ב מ ע"ב; רמב"ם, הלכות זכיה, ה, א; שו"ע, חו"מ, רמב, ג.
פסקי רי"ד, בבא בתרא מ ע"ב, ותוס' רי"ד, שם, כותב שבתלמוד יש מחלוקת לגבי נותן שאמר לעדים "אל תכתבו בשוק" ולא אמר שיסתתרו: לפי לשון אחת, המתנה תקפה, כי לא מנע מהם מלכתוב בפתח ביתם או בצידי רשות הרבים, ולא

לתת בלב שלם, אלא למראית עין, מסיבה כלשהי[589], והוא מתכנן לחזור בו, ולא רצה שהמתנה תתפרסם, כדי שלא יאמרו שדרכו לחזור בו ממעשיו, או כדי שלא יוזלו נכסיו[590]. הסתרת המתנה בצירוף העובדה שסתם בני אדם אינם נותנים מתנות, מעוררים חשש לחוסר גמירת דעת[591]. יכולות להיות כמה סיבות לכך שאדם יכתוב

איכפת לו אם ירגישו בהם בני אדם, ומכאן שאין זו הברחה, והסיבה שמנע מהם מלכתוב בשוק היא מפני שאינו רוצה לפרסם ברבים שהוא עשיר ונותן מתנות; ולפי הלשון השניה, גם בכגון זה חוששים שהתכוון להבריח את נכסיו. ולא כתב כמי הלכה. יש להעיר שלהלכה אין נפקות ממחלוקת זו, שהרי אם לא כתוב בשטר "כתבו בשוק", המתנה בטלה (כאמור ליד ציון הערה 610); ויש נפקות מכך רק לפי הדעות שנביא בהערה 610 שאז אין המתנה בטלה לגמרי.

ראה סעיף 5, בשאלה האם הסתרה פוסלת התחייבות לתת מתנה.

מבני חורין: ר' שמחה שפירא, בתשובות ופסקים מאת חכמי אשכנז וצרפת (בעריכת קופפר), סי' קז, כותב שהמקבל יכול לגבות את דבר המתנה מהנותן, כי ייתכן שאכן התכוון למתנה גמורה, ובכל זאת נתן בצנעה כדי שאנשים לא יחשבו שהוא עני ולכן הוא מוכר את נכסיו, וככל האפשר תולים להכשיר שטר, ומה שנאמר בתלמוד שהמתנה בטלה הוא רק לעניין זה שאם מכר אותה הנותן, המקבל אינו יכול לטרוף מהקונה; וכן אם אח"כ הנותן נתן אותה לאחר, גם אם המקבל הראשון גבה אותה, המקבל השני טורף מהראשון, כי ברור ששטר המתנה הראשון נכתב לשם מודעא ולא למתנה גמורה, אף שלמעשה אינה מועילה כמודעא (כנימוק ליד ציון הערה 595). אבל ספר העיטור, מתנה (נז ע"א במהד' רמ"י), ליד אות כו, מביא דעה זו ודוחה אותה. ר"ח בן מנחם, "מתנה טמירתא", שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז), עמ' 51, מבאר דעה זו על פי הטעם (ליד ציון הערה 597) שפסול מתנה טמירתא הוא מחשש קנוניה כלפי צד ג (ולא מחשש חוסר גמירת דעת), שלכן הנותן אינו יכול לטעון לבטלותה, והיא בטלה רק לגבי צד ג. אבל הוא כותב שמהסוגיה עולה שאין מקום להבחנה זו. וראה בשמו בהערה 597 מדוע גם לפי הטעם ההוא, הנותן יכול לטעון לבטלות.

בספק: שו"ת עדות ביעקב (בוטון), סי' עב (ריב ע"ד), כותב שבמצב שיש ספק האם זו מתנה טמירתא, היא תקפה, כיון שפסול מתנה טמירתא הוא תקנה מחשש קנוניא (ראה ליד ציון הערה 598, דעה שזו תקנה), וכלל הוא שכאשר יש ספק תקנה, חוזר הדין היסודי, גם להוציא מהמוחזק. אבל חושן האפוד, חו"מ, רמב, אות כב, כותב שדבריו הם נגד כל הפוסקים, שבכל מקרה של ספק במ"ט פסקו שהמוחזק זוכה; ועוד שדבריו שייכים רק לפי הטעם של חשש קנוניא, אבל לפי הטעמים האחרים (ליד ציון הערה 589 ואילך) שהוא משום חוסר גמ"ד, זה לא תקנה אלא אין הקנאה בכלל. הוא מוסיף, שגם לגבי הכלל שכאשר יש ספק תקנה, חוזר הדין היסודי, יש אומרים שאם זה ספק בגלל מחלוקת הפוסקים, המוחזק יכול לומר קי"ל כדעה שהוא זוכה מכוח התקנה (עיי"ש במקורות שהוא מציין). כמו כן, שו"ת משפט צדק ח"א סימן נב (קסט ע"ד), כותב שאין אומרים שכיון שזה ספק תקנה, חוזרים לדין תורה והמתנה תקפה, שהרי הטעם שמ"ט פסולה הוא משום שחוששים שלא נתן מרצון, וא"כ זאת לא תקנה (כך נראית כוונתו).

שני נותנים: בית יעקב (טבשונסקי), רמב, ו, מעלה ספק בשניים שנתנו יחד מתנה בהסתרה, האם המתנה בטלה, שכן לכאורה הטעמים לפסול "מתנה טמירתא" לא שייכים בהם.

בצדקה: כנה"ג חו"מ, רמב הגה"ט אות יג, מביא מחלוקת האם מתנה טמירתא לצדקה או ל"הקדש" תקפה. עי' על כך בנוה צדק, דרוש ה לנישואין (עב ע"ב).

[589] שו"ת הרי"ף סימן ח (נדפס גם בשו"ת הרי"ף (בלגוריי) סימן קכ, ובגנזי קדם ח"ד סי' כז עמ' 46) (שהרי מתנה אמורה להתגלות כשהיא מגיעה למקבל); ר' יצחק בר מרדכי, המובא באור זרוע, ב"ב סי' קפ (הובא בהגהות אשרי ב"ב פ"ט סי' יח); ר' יצחק קרקושא (בשיטת קדמונים), ב"ב קמז ע"א; מישרים נתיב יח חלק א (נ ע"א); תורת חיים בבא בתרא מ ע"ב; שו"ת מהר"ם גאויזון, סי' ג (עמ' כו); שו"ת צמח צדק (לובאוויטש) יורה דעה סימן שמה, אות יד; פסקים וכתבים (הרצוג) ח"ט עמ' תיא.

קרית ספר הלכות זכיה ומתנה, פרק ה (הובא בברכת אברהם (ארלנגר) ב"ב מ ע"ב), כותב שמטעם זה המתנה בטלה **מדאורייתא**.

שו"ת פאת נגב חו"מ סי' ו (סו ע"ד), כותב שזה אינו בגדר ספק, אלא ודאי לנו שהנותן לא התכוון למתנה אמיתית, אלא כתב את השטר מחמת איזו סיבה, אלא שאיננו יודעים מה הסיבה.

[590] יד רמה, בבא בתרא, פרק ג, סי' קי; תהלה לדוד (אמאדו) ח"א, דרוש ה לשבת הגדול (קסט ע"א).

יש להעיר שחשש זה אינו שייך אם הנותן הקנה את הנכס למקבל במעשה קנין, שהרי אז אינו יכול לחזור בו, מה שמראה שלא תיכנן לחזור בו. ראה ליד ציון הערה 680 שאכן יש אומרים שבכגון זה המתנה תקפה.

ר"ח בן מנחם, "מתנה טמירתא", שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז), עמ' 53, מקשה על נימוק זה, שאין זה סביר להניח חוסר גמ"ד, בגלל הנחה משפטית מוטעית של הנותן, שחשב שיוכל לחזור בו.

דבר שמואל (אליעזרוב), ב"ב מ ע"ב (ד"ה מתנתא), מקשה דוקא מכוח הסברה שבטקסט על פסילת המתנה: מנין שהסתיר מתוך חוסר גמ"ד, הרי ייתכן שנתן בלב שלם, אלא שהסתיר כי חשש שאנשים יחשבו שזה שטר חוב או מכר בשעבוד, כמש"כ תוס' ב"ב עז (ד"ה חוזר) שלכן אדם אינו רוצה שיתפרסם שטר מתנה?

לבוש, חו"מ, רמב, ג, מסביר שהוא מקווה למצוא אמתלא לחזור בו מכיון שנתן בסתר, מה שלא יוכל לעשות אם יתן בגלוי.

[591] ערוך השולחן, חו"מ, רמב, ג; ברכת אברהם (ארלנגר) ב"ב מ ע"ב; ר' עזרא בצרי, פד"ר כרך יג, עמ' 195 (=שערי עזרא ח"ב סי' קכט עמ' שכז-שכט).

שיעורי ר' אהרן ליכטנשטיין, ב"ב, פ' חזקת הבתים עמ' 203, שאף שדברים שבלב אינם דברים, הרי כאן יש אומדנא דמוכח שאין לנותן גמירת דעת, ואלו דברים ש"בלבו ובלב כל אדם". שיעורי הגרמ"ש ברמן (שיעורי מורנו), ב"ב מ ע"ב, אות סט, מקשה על הסבר זה, הרי חידושי הריטב"א קידושין נ ע"א (הובא בחוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 102) כותב

שלא מתחשבים בדברים שבלבו ובלב כל אדם אם בפיו אומר להיפך? והוא מתרץ שכאן יש תקנת חכמים ולא רק אומדנא.
ברכת אברהם מסביר בכך מדוע **מכר מוסתר** כשר, כפי שמוכח מהפוסקים שהזכירו זאת רק במתנה (כך הוכיח שו"ת דברי שלום (מזרחי) חו"מ ח"ב סי' קמ). ר' שמחה שפירא, בתשובות ופסקים מאת חכמי אשכנז וצרפת (בעריכת קופפר), סי' קז, מסביר שמכר תקף אפילו אמר לעדים שיסתתרו, כי אדם אינו זורק כסף סתם, ומן הסתם הקונה ידאג לפרסם את המכר ע"י העדים, ולכן הוא יכול לגבות את הנכס אף מלקוחות שקנו אחריו.
תורת חיים בבא בתרא מ ע"ב (הובא בתהלה לדוד (אמאדו) ח"א, דרוש ה לשבת הגדול, דף קסח ע"ג), ודברי משפט, רמב, ס"ק א, מסבירים שאף שההסתרה מראה שמכר שלא ברצון, הרי אפילו מכר עקב כפייה תקף (ראה חוק לישראל, פגמים בחוזה עמ' 238-236). דביר הקודש, ב"ב, סי' כז, אות א, מסביר את דבריהם, שבמתנה צריך רצון גמור, ואילו מכר מועיל גם בלי רצון, שהרי אילו לא היה זקוק לכסף לא היה מוכר, לכן הוא מועיל גם אם היה מוסתר. כמו כן, שו"ת דברי שלום (מזרחי) חו"מ ח"ב סי' קמ, מסביר שהטעם שחוששים שהמקבל לחץ עליו לתת ולא גמר בדעתו לתת (ליד ציון הערה 596), לא שייך במכר, כמו שמכר עקב כפייה תקף. אבל אח"כ הוא מעיר (לגבי הטעם הכללי שלא נתן בלב שלם) שגם מכר עקב כפייה בטל אם המוכר לא קיבל את הכסף מיד.
אור הלבנה (רובין) ח"ב, הלכות זכיה, ה, א (עמ' קד), מסביר שדוקא מתנה בטלה עקב חוסר גמ"ד כי הכל תלוי בנותן, משא"כ במכר שתלוי גם בקונה, כמו ההבחנה שעשו תוס' כתובות מז ע"ב (ד"ה שלא) לענין אחר.
דביר הקודש שם אות ב, מסביר ע"פ הטעמים של רשב"ם (ליד ציוני הערות 594-595), שמא נתן את הנכס לפני כן לאחר או שמא התכוון לעשותה מודעא למתנת אחרת, שפסילת המתנה היא לטובת המקבל, כדי שהנותן לא יטעה אותו, וזה שייך רק במתנה, שכל הקנין נעשה ע"י הנותן, אבל מכר נעשה מתוך הסכמת שניהם, א"כ הקונה יודע שנכתב באופן של הסתרה, ובכל זאת הסכים, לכן לא צריך לחשוש שמא המוכר מטעה אותו. אבל שו"ת דברי שלום (מזרחי) חו"מ ח"ב סי' קמ, כותב שהטעמים של רשב"ם שייכים גם במכר.
שמחת עולם (לגו) ב"ב מ ע"ב (דף יא ע"ג בדפי הספר), מסביר שבמכר לא שייך הנימוק של הרמב"ם (ליד ציון הערה 597) שחוששים לקנוניה, כי גילוי מילתא מועיל במתנה ולא במכר. דבריו קשים, שהרי זה נאמר על נותן שמודיע ראש שאינו נותן ברצון (ראה חוק לישראל שם, עמ' 278), ואילו כאן לא הודיע מראש, אלא יש אומדנא שלא התכוון למתנה. מחנה יהודה, רמב, ד (רכד ע"ב), מסביר שבמכר לא שייך הנימוק של הרמב"ם מפני שאין זה שכיח שאדם ישלם בלי לברר שהנכס שייך למוכר, ובבירור זה הדבר מתפרסם; ועוד, שמי שמוכר מוכר בפרהסיא כאמור בב"ב מב ע"א. ברכת אברהם (ארלנגר) ב"ב מ ע"ב, מסביר שבמכר לא שייך הנימוק של הרמב"ם כי אחרי שכבר קיבל תשלום, אין חשש שירצה למכור שוב, ודוקא במתנה שלא קיבל תשלום, יש לחשוש שיתחרט וימכור אח"כ (ואולי זאת גם כוונתו של מרכבת המשנה, הלכות זכיה, ה, א, שנימק שבמכר אין חשש קנוניה כי העדים ראו שהקונה הראשון שילם כסף). דבריו קשים, שהרי גם במכר יש לחשוש שמראש תיכנן קנוניה עם הקונה הראשון להוציא את הקרקע מהקונה השני ולהתחלק ברווח. דביר הקודש שם אות ה, מסביר שבמכר אין מקום לנימוק של הרמב"ם, שהרי אם נבטל מכר מוסתר מחשש להפסד לקונה עתידי, נמצא שהקונה הנוכחי מפסיד שהרי הוא רוצה לקנות את הקרקע, ויהיה קשה לקונה להוציא את הכסף שכבר שילם למוכר (כך נראית כוונתו). דברי משפט, רמב, ס"ק א, מסביר (בלשון "אפשר") שהטעם של הרמב"ם שייך רק במתנה, שיש לחשוש שימכור לאחֵר שלא ידע על המתנה כי אין קול לעדי מתנה (רמ"א, חו"מ, קטז, א) אבל למכר בעדים יש קול אף בלי שטר (שו"ע, חו"מ, קטז, א) ולכן גם אם הסתיר יש קול ואף אחד לא יקנה ממנו (ותמוה מה שכתב פסקי דין ירושלים כרך יד עמ' קכז כאילו דברי משפט ומרכבת המשנה סוברים שלפי הרמב"ם מכר מוסתר בטל). שו"ת דברי שלום (מזרחי) חו"מ ח"ב סי' קמ, דוחה הסבר זה, שהרי אם אמר לעדים לא לפרסם, לא יהיה קול, כמו שמתנה בשטר יש לה קול אבל אם אמר שיסתירו אין לה קול. דברי שלום מסביר בדרך אחרת, שהחשש לקנוניה, שיוציאו מהקונה השני ויתחלקו בכסף, לא שייך במכר כי מסתמא לא יסכים הקונה ראשון כי שילם כסף עבור הנכס. ואין דבריו מובנים, שהרי אין לקונה הראשון סיבה לסרב, כיון שהוא גם יקבל את הנכס מהקונה השני אחרי שיוכיח שזכותו קדמה, וגם יקבל מהמוכר חצי מהכסף שקיבל מהקונה השני. שו"ת משפטיך ליעקב ח"ג סי' כז אות ד (=שרידים גל' יח עמ' סה-סז), מסביר ע"פ דברי אור שמח (בהערה 598) שגם לרמב"ם המתנה בטלה רק בגלל חוסר גמירת הדעת עקב כוונת ההערמה, ואילו מכר קיים גם בלי רצון גמור, כדברי תורת חיים לעיל בהערה זו.
וראה הערה 598, הסבר נוסף בשם ר"ח בן מנחם לכך שהדין במכר שונה מבמתנה.
בנחלת שבעה, שטרות, סי' לא, בשו"ת פרח מטה אהרן ח"א סי' קיח, בספר השטרות של יהודי אנגליה, M. Davis, Hebrew Deeds of English Jews Before 1290, London 1888, p. 8, 14, 26, 28, 30-31, 36, 39, 41, 62, 69, 81, 84, 87, 93, ועוד, ואצל אסף, מקורות ומחקרים בתולדות ישראל, עמ' 102, נכתב "כתבוהו בשוקא" בשטרי מכירה. חקרי לב חו"מ ח"א סי' עה בסופו, מסביר שכותבים כך לשופרא דשטרא, אף שהוא מיותר.
תהלה לדוד (אמאדו) ח"א, דרוש ה לשבת הגדול (קסח ע"ד), כותב שאם נתן המקבל לנותן כסף או שוה כסף, המתנה תקפה, כי זה דרך מכר; אבל הוא תולה זאת בדברי ר"י מיגאש (ליד ציון הערה 680) שאם עשה קנין, המתנה תקפה.
מרגניתא דר"ב (פרנקל תאומים), פרשת תולדות, כותב שבגוי, גם מכירה טמירתא בטלה.
מתנה עבור תמורה: אורים גדולים, סי' ל, לימוד קפט, עוסק באשה שמינתה אדם נאמן כאפוטרופוס לבצע את צוואתה, שבה חילקה מתנות למקבלים שונים, והורתה שמה שיישאר יהיה לאותו אפוטרופוס, ופוסק שזה זה שכר עבורו ולא מתנה, ולכן הוא זוכה גם אם השטר מוסתר.

שטר מתנה בלי כוונה אמיתית לתת: (א) המקבל עשה לו איזו שהיא טובה, והוא רוצה ליצור מצג של החזרת טובה[592]. (ב) הוא רוצה להבריח את נכסיו, כדי שלא ישתעבדו לנושה עתידי[593]. (ג) הוא נתן את הנכס כבר לאדם אחר ואינו רוצה שהמקבל הראשון ישמע שהוא נותן אותו למקבל הנוכחי, ונמצא שהמתנה השנייה בטלה כי הנכס כבר אינו שייך לנותן[594]. (ד) מישהו כופה עליו למכור לו את הנכס או לתתו לו במתנה, ולכן הוא מקדים "לתת" לראשון כדי שלא יהיה תוקף למכר או למתנה הכפויים, ואינו מתכוון באמת להקנות לראשון[595]. (ה) המקבל לחץ עליו לתת לו, והנותן כתב לו שטר מתנה רק כדי שיפסיק ללחוץ[596].

---

[592] השגות הראב"ד, הלכות זכיה, ה, א, כמוסבר במגיד משנה שם. כמו כן, רא"ש, ב"ב, פ"ג, סי' לג, נימק, שחוששים שהוא נותן רק מפני שהוצרך "לפנים" לתת לו, כלומר, שהוא נותן למראית עין בלבד. כמו כן, ב"י, חו"מ, רמב, ח (הובא בשו"ת פני יצחק (אבולעפיא) ח"ה חו"מ סי' ג, דף קלב ע"ב), וסמ"ע, רמב, ס"ק יב, נימקו שחוששים שהתכוון רק להחניף למקבל. ראה גם הערה 598, שתהלה לדוד מסביר כך את כוונת הראב"ד.
שולי הגליון - פני מנחם, הלכות זכיה, ה, א, מסביר שכוונת הראב"ד היא שהנותן קיבל טובה מהמקבל, והוא רוצה להראות לו שהוא גומל לו במתנה, ולמעשה לא יתן לו כלום כי הוא ימכרנו אח"כ לאחר, ולכן הוא נותנו בסתר כדי שיוכל אח"כ למוכרו לאחר. צריך להוסיף, שהמתנה בטלה כי מניחים שלא התכוון לתת בלב שלם אלא למטרה זו, ולכן יש תוקף למכר שימכור לאחר.

[593] פסקי רי"ד, בבא בתרא מ ע"ב.

[594] ר' גרשום, ב"ב מ ע"ב; ר' ברוך הספרדי, בשיטת הקדמונים, ב"ב מ ע"ב; רשב"ם, ב"ב מ ע"ב (ד"ה לא מגבינן); ארזי לבנון (זולטי) סי' כ אות ז.
משכנות הרועים מע' צ, אות א (רפה ע"ג), מעיר שלפי טעם זה, אם קנה או ירש נכס, ומיד נתן אותו במתנה טמירתא, המתנה תקפה, כי כאן אין מקום לחשש זה.
ר"ח בן מנחם, "מתנה טמירתא", שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז), עמ' 51, מקשה על טעם זה, הרי אם כבר נתן לאחר, המקבל הראשון יוכל להוציא את הנכס מהמקבל הנוכחי, ואין צורך לפסול את המתנה הנוכחית כל זמן שלא התברר שיש מקבל קודם. איילת השחר ב"ב מ ע"ב, על רשב"ם ד"ה לא מגבינן, מיישב שחוששים שמא יבוא הראשון, ויהיה קשה להוציא מהמקבל הנוכחי את הפירות שאכל. עוד אפשר ליישב, שאיננו רוצים שהראשון יצטרך לטרוח ולתבוע את המקבל הנוכחי בדין כדי להוציא ממנו את הנכס. אבל שני היישובים הללו קשים, שהרי כשאנחנו פוסקים שהמתנה בטלה, הנכס חוזר לנותן, ועדיין יצטרך המקבל הראשון לטרוח בדין כדי להוציא מהנותן, ויהיה לו קשה להוציא את הפירות? נחלת משה, ב"ב מ ע"ב (ד"ה האי), מיישב שחוששים שנתן לראשון בשטר בלי תאריך, כך שלא יוכל להוכיח שמתנתו קדמה; או שחוששים שמא הראשון איבד את שטרו; או שחוששים שמא הנותן הקנה לראשון בלי שטר ובלי עדים, והנותן אינו מעיז פניו להכחיש, ובמקום זה נותן מ"ט ועי"ז יפסיד הראשון כי לא יוכל להוציא מהשני; או שחוששים שהקנה לראשון בפני עדים אבל העדים שכחו את התאריך ולכן לא יוכל להוציא מהשני.
איילת השחר שם מקשה, הרי בב"מ יט ע"ב נאמר לגבי המוצא שטר מתנה, שבסוג מתנה שבו הדין הוא שגם אם נתן למישהו אחר לפני כן, הראשון זוכה, מחזירים את השטר למקבל הנוכחי, כי אם יתברר שהיא ניתנה לפני כן לאדם אחר, לא יפסיד? הוא מתרץ ששם יש פחות חשש שמא יאכל פירות בינתיים, כיון שהשטר הורע בכך שאבד.
עוד מקשה איילת השחר, הרי מדובר שהנותן רוצה לבטל את המתנה, ואיך ייתכן שהוא יטען שהוא נתן את הנכס לפני כן לאדם אחר, וכי הוא יודה שהוא רשע (כך נראית כוונתו)? צריך להוסיף, שאין לומר שגם אם הנותן אינו בפנינו, או שהוא מוכן לקיים את המתנה, היא בטלה בגלל החשש לפגיעה במקבל הקודם, שהרי אם כן נמצא חוטא נשכר, שהנכס חוזר לנותן.
חיי דוד ב"ב מ ע"ב, מקשה על טעם זה, שהסוגיה דנה האם מתנה זו יכולה לשמש מודעא לבטל מתנה שיתן אותו נכס אח"כ לאדם אחר, ואם חוששים שמא נתן למישהו לפני נתינת המ"ט, גם המתנה הגלויה שאחרי המ"ט צריכה להיות בטלה מאותו טעם, גם בלי מודעא? בגלל קושיה זו, מילי דבבא בתרא (פריצקי), ב"ב מ ע"ב, מס' 615, כותב שאכן זה חשש קלוש ואינו סיבה לבטל מתנה, ולכן המתנה השנייה תקפה, וזה לא יכול להיות סיבה לבטל מתנה טמירתא, ובכל זאת הרשב"ם כתב זאת כי אם אמנם נתן לאחר לפני כן, מתנה זו בטלה.

[595] רשב"ם שם; יד רמה, בבא בתרא, פרק ג, סי' קי.
הרשב"ם נוקט שייתכן שהתכוון לעשות מתנה זו כמודעא למתנה אחרת שהוא אנוס לתת. משכנות הרועים מע' צ, אות א (רפה ע"ג), מעיר שאף שלמסקנה בב"ב שם, מתנה טמירתא אינה מועילה כמודעא, כוונת הרשב"ם היא שייתכן שהנותן **חשב** שתועיל כמודעא, אלא שטעה. חיי דוד ב"ב מ ע"ב, ומילי דבבא בתרא (פריצקי), ב"ב מ ע"ב, מס' 615, מבארים ע"פ רשב"ם שם (ד"ה אבל הכא) האומר שאם מוכח שכתב את המתנה השנייה מחמת אונס, הראשונה משמשת כמודעא לבטל את השנייה; ולפי זה ייתכן שהנותן התכוון לעשות מתנה זו כמודעא למתנה אחרת שיש לגביה הוכחה שהוא אנוס לתת אותה.

[596] יד רמה, בבא בתרא, פרק ג, סי' קי; לבוש, חו"מ, רמב, ג; ר' עזרא בצרי, פד"ר כרך יג, עמ' 195 (=שערי עזרא ח"ב סי' קכט עמ' שכז-שכט).

הרמב"ם[597] מסביר שחוששים שמתנה זו היא חלק מקנוניה, שהנותן מתכנן למכור את הנכס בעתיד לאדם אחר שלא יֵדע על המתנה ויחשוב שהוא עדיין של הנותן, והמקבל יוציא את הנכס מהקונה, ואח"כ יתחלק עם הנותן ברווח. לפי הסבר זה, פסילת המתנה אינה מטעם חוסר גמירת דעת, אלא היא תקנת חכמים, ונועדה למנוע קנוניה כזאת[598].

---

[597] רמב"ם, הלכות זכיה, ה, א (הובא בקצות החושן רמב ס"ק ב). כך נימקו גם פסקי רי"ד, בבא בתרא מ ע"ב, חידושי ר' ישמעאל בן חכמון, ב"ב מ ע"ב, עץ חיים (חזן) ח"ג, עמ' קו, ויד רמה, בבא בתרא, פרק ג, סי' קי (יד רמה הוא זה שמפרט את המזימה לחלק את הרווח ביניהם).
לכאורה קשה, מדוע יעשה קנוניה כזאת, הרי לא ירוויח ממנה, שהרי יצטרך להחזיר את הכסף לקונה אחרי שהמקבל יוציא ממנו את הנכס? קרית מלך הלכות זכיה ומתנה, ה, א, מסביר, שהוא רוצה שהקונה יחזיק לו טובה; והוא כותב שזאת כוונת הראב"ד בהשגתו. מהרא"ל צינץ (שנביא בהערה 599) מסביר שהחשש הוא שהמוכר יבריח את הכסף שקיבל מהקונה, ולכן הקונה לא יקבל את כספו חזרה.
משכנות הרועים מע' צ, אות א (רפה ע"ג), מעלה אפשרות שלפי טעם זה, אם העדים היו צמודים לנותן עד יום מותו, כך שברור שלא מכר את הנכס לאחר, המתנה תקפה.
שו"ת מהרא"ל צינץ, חו"מ, סי' לח, אות ו (סד ע"ג), כותב שהטעם של הרמב"ם לא שייך במי שכתב צוואה "לתיקון נשמתו", שבה נתן גם צדקה למטרה זו. עוד כתב (בדף סה ע"ב) שאם באותו שטר מתנה נתן גם צדקה, אין לחשוש שהתכוון "להתל".
ר"ח בן מנחם, "מתנה טמירתא", שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז), עמ' 52, כותב שלפי טעם זה, אם הנותן ציווה להסתיר אבל בסוף התפרסם, המתנה תקפה, כי כבר אין חשש לקנוניה. אבל ראה הערה 598, שהוא מסביר שגם לפי הרמב"ם, יש חוסר גמירת דעת, ולפי זה גם בכגון זה המתנה בטלה בגלל חוסר גמירת הדעת.
ראה הערה 591, בשאלה מדוע נימוק זה אינו קיים במכר מוסתר. וראה הערה 719, על מעשה שהיה שאכן הנותן התכוון להערמה זו.

[598] שביתת יום טוב הלכות זכיה ומתנה, ה, א; אבן האזל הלכות זכיה ומתנה, ה, א; אור שמח, זכיה, ה, א; ברכת אברהם (ארלנגר) ב"ב מ ע"ב; ר' משה רזיאל, "בדין מתנה טמירתא", מגל ו (תשמ"ח), עמ' 8 (שאין חסרון בעצם המתנה, אלא שהפקיעו אותה); ערך שי ב"ב מ ע"ב; דביר הקודש, ב"ב, סי' כז, אותיות ד-ו; מורשת יעקב (גניזי) ב"ב מ ע"ב; דבר שמואל (אליעזרוב), ב"ב מ ע"ב (ד"ה מתנתא).
גם שו"ת משפטים ישרים (חסון), סי' סט (עב ע"א), מבין שלרמב"ם זו תקנה, ומסביר שלכן אין אומרים שהמתנה קיימת כל זמן שהנותן אינו מוכר את הנכס לאדם אחר - מפני שלא נתנו חכמים דבריהם לשיעורים. בהסבר שני הסביר, שכוונת הרמב"ם היא שהנותן מערים, ואין כוונתו לתת אלא לאבד ממון אחרים, וכיון שאין בדעתו לתת, אינה מתנה; ולפי הסברו השני אין כאן תקנת חכמים.
גם שו"ת משפטי שמואל, סי' קג (קיב ע"א-ע"ג) (ד"ה ואמנם מהטעם השני), מבין שלרמב"ם זה תקנה, ומסביר בכך שלכן גם בנידונו, שהשטר לא היה ידוע בחיי הנותן ונתגלה רק כמה שנים אחרי מותו, המתנה בטלה אף שהטעם לא שייך, משום שבתקנות חכמים אומרים שלא פלוג רבנן **בתקנתם**.
גם שו"ת עדות ביעקב (בוטון), סי' עב (ריב ע"ד), נוקט שלפי הטעם של קנוניה, זה בגדר תקנה, אף שבתלמוד זה לא נקרא תקנה. ראה בשמו בהערה 588, נפקות מכך לענין ספק.
דביר הקודש שם, אות ד ואות ח, כותב שלרמב"ם זה לא רק חשש לגבי תוקף המתנה, אלא חכמים ביטלו את תוקף השטר.
סוכת דוד, ב"ב מ ע"ב, אות מט, מסביר שהרמב"ם לא רצה לפרש שהטעם הוא מחוסר גמ"ד, כי העובדה שהסתיר את המתנה אינה מוכיחה שאין לו גמ"ד, שהרי יש סיבות אחרות שהנותן ירצה להסתיר.
שו"ת שושנים לדוד (צבאח), חו"מ, סי' יד, כותב שלפי הרמב"ם הטעם הוא חשש הפסד **למקבל**. דבריו קשים, שהרי אילו היתה המתנה תקפה, הקונה לא היה יכול להוציא מן המקבל, ששטרו קודם. ר"ח בן מנחם, "מתנה טמירתא", שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז), עמ' 56, הערה 58, מעלה אפשרות שכוונתו היא שאחרי שנתקנה התקנה לגלות, אם יסתיר, יפסיד המקבל, בכך שלא יקבל את המתנה.
אבל אור שמח (הובא בהערות וציונים (אוסטרן) ב"ב מ ע"ב, עמ' קכה) כותב שאחרי שתיקנו את התקנה, התוצאה היא שמי שנותן מתנה טמירתא אינו מתכוון למתנה אלא להחניף למקבל כיון שהוא יודע שהמתנה בטלה; ולכן גם אם יש ספק האם הסתיר, המתנה בטלה, וזה לא בגדר ספק תקנה שבו חוזר הדין לעיקרו והמתנה תקפה.
חושן האפוד, חו"מ, רמב, אות כב, כותב שגם לפי הרמב"ם, אולי זה לא רק תקנה לקונים, אלא גם משום שאין לנותן גמ"ד לתת את המתנה, כפי שעולה מיד רמה.
ר"ח בן מנחם, "מתנה טמירתא", שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז), עמ' 58-57, כותב שלרמב"ם זו תקנה שבאה לתת בטחון מסחרי, בדומה לתקנת השוק (אבל הוא כותב שלפי יד רמה שם, טעם בטלות המתנה הוא משום חוסר גמ"ד, אלא שהקנוניה הוא הנימוק להסתרה, וכך כותב גם שיעורי ר' אהרן ליכטנשטיין, ב"ב, פ' חזקת הבתים עמ' 203 בדעת יד רמה), ובכל זאת הנותן יכול לטעון לבטלות המתנה (ולא רק צד ג שנפגע מהקנוניה), מפני הסברו של אור שמח, שאחרי תקנה זו, מתנה חשאית מלמדת על חוסר גמ"ד.
בית יחזקאל (סרנה) ב"ב סי' כא (עמ' קב), כותב שמגיד משנה שכתב "אמרו שלא תועיל להסיר קנוניה", הבין שלרמב"ם פסול מתנה טמירתא היא תקנה; וכותב שלפי הבנה זו, אם ידוע שלא התכוון לגרום נזק לאחרים, המתנה תקפה (אלא שיש להעיר שייתכן שגם אז המתנה משום "לא פלוג רבנן"). אבל הוא מביא ראיות שגם אז המתנה בטלה (עיי"ש להוכחותיו), ולכן הוא מפרש שגם לרמב"ם **אין זו תקנה**, אלא הטעם הוא שאינו מתכוון לתת מתנה גמורה אלא להערים

מדובר בין בקרקע ובין במטלטלין[599].

(ודעתו עדיין שונה מדעת שאר הראשונים שהסבירו שהטעם הוא שאינו נותן בלב שלם); ולא משנה אם אח"כ מישהו הפסיד או לא הפסיד מכך, העיקר שהתכוון להערמה.
שביתת יו"ט כותב שהראב"ד התקשה, אם זו רק תקנת חכמים והמקבל קנה מדאורייתא, מדוע יפסיד המקבל בגלל הערמת הנותן? ולכן הראב"ד פירש שהרמב"ם סובר שהמקבל לא קנה מפני שהנותן לא נתן בנפש חפצה אלא כדי להערים; משמע שהראב"ד הבין שלדעת הרמב"ם, זה אכן לא תקנת חכמים.
שמחת עולם (לגו) ב"ב מ ע"ב (דף יא ע"ג בדפי הספר), כותב שלרמב"ם טעם הפסול אינו מחשש הפסד לקונה עתידי (כפי שעולה ממגיד משנה), אלא מפני שאינו מתכוון למתנה אלא לקנוניה, כפי שהסביר יד רמה. נראה שכוונתו היא שהיות שהוא מתכוון לקנוניה, אין לו גמירת דעת לתת מתנה. אבל כבר העיר נוה צדק, דרוש ה לנישואין (עב ע"ב), שאין הבדל בין ההסבר של מגיד משנה להסבר של שמחת עולם, שהרי ברור שגם לפי המגיד משנה, הנותן מתכוון שהנכס יחזור אליו, ושהמתנה היא רק למראית עין, שאל"כ הוא נמצא מפסיד מהקנוניה.
אור הלבנה (רובין) ח"ב, הלכות זכיה, ה, א (עמ' קג-קד), כותב שגם לרמב"ם הטעם הוא שאין לנותן גמירת דעת, והרמב"ם רק בא להסביר מה המניע של הנותן לתת אף שאינו רוצה לתת.
תהלה לדוד (אמאדו) ח"א, דרוש ה לשבת הגדול (קסח ע"ג), מקשה, הרי חשש זה אינו קיים בשכיב מרע, שבו הדין הוא שאם נתן לאחד ואח"כ מכר לאחר, השני זוכה (שו"ע חו"מ, רנ, יג)? והוא כותב שמשום כך, הראב"ד הסביר את כוונת הרמב"ם בדרך אחרת: שהנותן מתכוון להערים על מקבל המתנה, שהוא קיבל ממנו טובת הנאה, וכאילו נותן לו מתנה בתמורה, ובאמת מוכר אח"כ לאחר, והמכר יהיה תקף, והמתנה תתבטל. וראה ליד ציון הערה 655, שמתנת שכיב מרע ב"סתם", תקפה.
טעמים אחרים: שיעורי ר' אהרן ליכטנשטיין, ב"ב, פ' חזקת הבתים עמ' 205, מדייק משו"ת הרי"ף, סי' ח, שהטעם הוא שמתנה צריכה להיות גלויה לכל; אבל הוא מתקשה, מנין לרי"ף חידוש זה? והוא מעלה אפשרות שהרי"ף מסתמך על חוסר גמירת הדעת.
א' גולאק, לחקר תולדות המשפט העברי, עמ' 67, הערה 4, מנמק, שבימיהם היו סופרי שטרות רגילים לשבת בשוק, בחוץ, ולכתוב שם שטרות, כנהוג "היום" בארצות המזרח, ולכן תיקנו חכמים לכתוב שטר מתנה בנוסח זה.
ר"ח בן מנחם, "מתנה טמירתא", שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז), עמ' 59-61, מעלה אפשרות שחכמים תיקנו לפרסם את המתנה, כדי לאפשר הוכחת דבר המתנה ולמנוע סכסוכי בעלות, כפי שזה הטעם של חוק דומה במשפט הרומי (אבל הוא דוחה את מה שכתב R. Yaron, Gifts in Contemplation of Death in Jewish and Roman Law, p. 117 שהתלמוד למד דין זה מהמשפט הרומי, שכן אין לכך הוכחה). בעמ' 62, הוא מעלה אפשרות שטעם התקנה היא שמירה על הכנסות הדיינים והסופרים מכתיבת השטרות, כפי שסדר עולם זוטא (שנדפס אצל נויבויאר, סדר החכמים וקורות הימים ח"ב עמ' 85), מוסר שהדיינים בבבל היו נוטלים תשלום מסוים על כל שטר, ומי שעשה שטר בסתר נתחייב נידוי וחוייב לשלם קנס, וכן מצאנו תקנות של קהילות ספרד המבטלות שטר שלא נכתב ע"י סופר העיר (ש' אסף, בתי דין וסדריהם אחר חתימת התלמוד, עמ' 99 ואילך; טור חו"מ סי' סא, א; שו"ת הרא"ש כלל סו סי' א). הוא מסביר מדוע התקנה כאן נתקנה דוקא בשטר מתנה (לפי שני הנימוקים): במכר ובהלוואה (לדוגמה), יש צד שדורש את כתיבת השטר כהלכה, ולכן בדרך כלל השטר נכתב בבית דין, ואילו במתנה המקבל אינו יכול לדרוש זאת מהנותן, לכן בשטר מתנה במיוחד יש חשש לעקיפת סופרי הקהל, ולכן נדרשה התקנה.

[599] חי' הריטב"א, ב"ב מ ע"ב; מגיד משנה, הלכות זכיה, ה, ב (הובא בשו"ת מהרשד"ם אהע"ז סימן ר, ד"ה עוד ראיתי, וחו"מ, סימן שד, בשו"ת פני משה ח"ג סי' סג, דף קכו ע"ג, בשו"ת אהל יעקב (ששפורטש) סי' יג דף טז ע"ג, בתקפו של רפאל סי' יט אות ו, ובשו"ת משפטי שמואל, סי' קג, דף קיב ע"א); שו"ת הרדב"ז ח"א סי' תקמ; חושן האפוד, חו"מ, רמב, אות א, בדעת ר' יונה ב"ב מא ע"א, בדעת הטור, ובדעת השו"ע.
מגיד משנה מעיר שלגבי מטלטלין לא מועיל שטר בלי קנין אחר, ולגביהם מדובר שעשה קנין אחר (ונמצא שהשטר הוא רק שטר ראיה). שיעורי ר' אהרן ליכטנשטיין, ב"ב, פ' חזקת הבתים עמ' 206, הערה 5, מסביר שמדובר שהקנה את המטלטלין אגב קרקע שהקנה בשטר, או שהקנה אותם בקנין סודר בלי שטר, לשיטה (ליד ציון הערה 730) שגם אז הסתרה פוסלת.
הבחנה: דרישה, חו"מ, רמב, ו, ומלאכת שלמה הלכות זכיה ומתנה פרק ה הלכה א (ד"ה ולענ"ד נראה), כותבים שלרמב"ם, מתנת מטלטלין בשטר בטלה רק אם אמר לעדים להסתתר, אבל בסתם המתנה תקפה. על נותן "סתם", ראה ליד ציון הערה 608 ואילך. וראה הערה 620, הבחנה בין מיטלטלין לקרקע לענין תפיסה ב"סתם". וראה הערה 731730, על הסתרה בקנין סודר במיטלטלין.
מרכבת המשנה הלכות זכיה ומתנה, ה, א, כותב שלרמב"ם, במיטלטלין, אם נתן בידו, אפילו בחדרי חדרים בינו לבין עצמו, קנה, אבל אם הקנה בחליפין, לא קנה. כמו כן, שו"ת מהר"ם אלשיך, סי' צט, שנביא בהערה 689, עוסק במתנת מיטלטלין מוסתרת, וכותב שרק אם **מסר** אותם למקבל, המתנה תקפה.
דעה חולקת: חי' הריטב"א, ב"ב מ ע"ב, מביא דעה שבמתנת מטלטלין ושטרות אין בעיית מתנה טמירתא.
חידושי ר' ישמעאל בן חכמון, ב"ב מ ע"ב, נוקט שמדובר בקרקע.
קצות החושן, רמב, ס"ק ג (הובא בפסקי דין ירושלים חי"ג עמ' תקז, ובשנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז), עמ' 57), כותב שהרמב"ם סובר שדוקא בקרקע לא קנה, כי הטעם שלו לפסול מתנה טמירתא (ליד ציון הערה 597), שיש חשש שימכור לאחֵר אח"כ, לא שייך במטלטלין, שהרי גם אם הנותן ימכור לאחר, הקונה לא יפסיד ממון, כי אמנם המקבל יכול להוציא ממנו את החפץ, אבל יצטרך לשלם לקונה את מה שהקונה שילם לנותן-המוכר, משום תקנת השוק, משא"כ בקרקע, שאין בו תקנת השוק (ראה חוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 48). כנגד זה, שיעורי ר' דוד (פוברסקי) בבא בתרא

הדברים אמורים גם במי שנותן את המתנה מפני שהנכס גרוע ("מפני רעתה"), מפני שאין להבחין בין סוגי המתנות[600].

במתנת קרקע, אם המקבל אכל פירות מהקרקע, הוא חייב להחזיר אותם לנותן, כיון שהנותן לא גמר בדעתו להקנות כלל; ורק אם אכל בהסכמת הנותן, אינו חייב להחזיר[601].

אסור לעדים לכתוב שטר במצב זה, גם אם הנותן חולה ויש חשש שתיטרף דעתו בגלל סירוב העדים[602].

גם אם הנותן לא הסתיר את המתנה לגמרי, אלא רק אמר לעדים לא לגלות את דבר המתנה **עד אחרי שיזכה המקבל** במתנה, זו מתנה טמירתא והיא בטלה, כי בזמן שהמקבל קנה, היתה מסותרת[603]. אבל במתנה לאחר

מ ע"ב, אות תקצד, מסביר שמגיד משנה סובר שלרמב"ם גם במטלטלין מתנה טמירתא בטלה, כי היתה תקנה כללית על כך, והיא חלה גם על מטלטלין, משום "לא פלוג". בית יעקב (טבשונסקי), רמב, ג, מקשה על קצות החושן, הרי יש מטלטלין שאין בהם תקנת השוק כגון שטר (ראה חוק לישראל שם, עמ' 49), ובהמה ועבד לפי דעה אחת (המובאת בש"ך, חו"מ, שנו, ס"ק ד), והיה לרמב"ם להזכיר אותם יחד עם הקרקע. בדומה מקשה עליו דברי התורה, רמב, ג, הרי יש לחשוש שהנותן ימכור את הנכס בקנין סודר, ואז לא יצטרך המקבל לשלם לקונה כיון שאין תקנת השוק אם הנכס עדיין ביד המוכר (ש"ך, חו"מ, שנו, ס"ק ד).

גם שו"ת עדות ביעקב (בוטון), סי' עב (ריב ע"ג), כותב שזו גם הרמב"ם, שהרי נקט רק קרקע. הוא מנמק, שהטעם שכתב הרמב"ם, שייתכן שהנותן מערים ובדעתו למכור אותו אח"כ לאחר, ומקבל המתנה יוציא אותו מהקונה, שייך רק בקרקע, אבל במטלטלין, המקבל לא יוכל להוציא אותם מהקונה, שהרי הקונה יהיה מוחזק, וטוענים לו מה שהמוכר היה יכול לטעון, והמוכר היה יכול לטעון למקבל "אחרי שנתתי לך, חזרתי וקניתי ממך". והוא כותב שאפשר לטעון קי"ל כדעה זו.

גם שו"ת מהרא"ל צינץ, חו"מ, סי' לח, אות ו (סד ע"ג), כותב שהרמב"ם סובר שדוקא מתנת קרקע בטלה, מפני שרק בה יש חשש קנוניה, שהמקבל יוציא את הקרקע מהקונה, והמוכר יבריח את הכסף, אבל זה לא שייך במטלטלין, שהרי אינם נקנים בשטר, ואם הם עדיין ביד הנותן, הם שלו, ואם ימכור אותם אח"כ לאחר, המכר תקף והמקבל לא יוכל להוציא אותם מהקונה; וגם אם המקבל יביא עדים שהנותן נתנם לו במתנה (כגון בקנין סודר), הקונה יכול לטעון שהוא קנה אותם מהמקבל (כך נראית כוונתו); ואם הם ברשות המקבל, כגון שמשך, אין חשש קנוניה, שהרי אף אחד לא יסכים לקנותם מהנותן, כיון שהכל רואים שכבר אינם שלו; ועוד, שאין לחשוש שהוא רוצה להוציאם מהקונה ברמאות אחרי שימכור לו, שהרי בשביל זה אינו צריך לתת אותם לפני כן במתנה, אלא הוא יכול לומר לקונה "כבר נתתי לך מיטלטלין אחרים" או "המיטלטלין שמכרתי לך נאנסו כשהיו בבעלותך, אחרי שמכרתי לך".

גם דביר הקודש, ב"ב, סי' כז, אות ה, כותב שהרמב"ם סובר שדוקא מתנת קרקע בטלה, מפני שהתקנה היתה רק בשטר קנין (ראה בשמו בהערה 730), וזה שייך רק בקרקע ולא במטלטלין, שאינם נקנים בשטר. אבל הוא כותב באות ח, שלפי הנימוק של חוסר גמירת דעת (ליד ציון הערה 589), מתנה טמירתא בטלה גם במיטלטלין.

חושן האפוד, חו"מ, רמב, אות א, כותב שמשמעות דברי הרמב"ם היא שדוקא מתנת קרקע בטלה, ושהמוחזק יכול לומר קי"ל כדעתו.

[600] חידושי ר' ישמעאל בן חכמון, ב"ב מ ע"ב. הוא כותב שהדין כך גם ב"סתם" (שנדון ליד ציון הערה 610). הנימוק שלו מבוסס על הכלל ש"לא פלוג רבנן בתקנתם", והוא שייך לפי ההסבר (ליד ציון הערה 597) שהוא עצמו נתן, שמתנה טמירתא פסולה מחשש הערמה, והיא תקנה.

[601] יד רמה, בבא בתרא, פרק ג, סי' קיב (עב ע"ג).

ר' אברהם ברוך מני, בשו"ת ברוך מבנים (סו"ס זכרונות אליהו יו"ד במהד' תרצ"ו), סי' ג, עמ' ל, מסביר שאם הנותן הסכים, המקבל זוכה מטעם מחילה, כמו הקונה דשלבל"ע ולקח אותו כשבא לעולם (ב"מ סו ע"ב), משא"כ אם הנותן לא הסכים, שלא מחל. הוא מקשה (בעמ' לא) מדוע לא תועיל תפיסת הפירות (בלי רשות הנותן) כמו שמועילה תפיסת מטלטלין לדעת הרמ"ה (כאמור בהערה 620)? הוא מתרץ ששם טענת המקבל באה מחמת המטלטין עצמם, שטוען שהנותן התכוון להקנות לו מראש, אבל כאן טענת המקבל היא על סמך מה שנתן לו את הקרקע במתנה, הרי כשם שלא מועילה תפיסת הקרקע, כך לא מועילה תפיסת הפירות שבאה מחמתה, כמו שכתב ש"ך, חו"מ, מב, ס"ק טז, באופן כללי, שלא מועילה תפיסת פירות קרקע כי דינם כקרקע.

[602] מעייני המים, על הרמב"ם, הלכות זכיה, ה, א, לומד כך מדברי הרמב"ם.

[603] ספר העיטור, מתנה (נו ע"ד), ליד אות כה (הובא בגור אריה, חו"מ, רמב, ס"ק ח, ובשו"ת מקיץ בן חי, סי' א, דף יא ע"א); ערך השלחן, חו"מ, רמב, ס"ק ח.

שו"ת אדמת קודש ח"א חו"מ סימן סח (ד"ה ולי הדיוט), כותב במסקנתו שאם אמר "אל תגלו מתנה עד השעה שהמקבלים זוכים בה", המתנה בטלה, אף שבשעה שהיא מתקיימת, אינה מתנה טמירתא.

אבל שו"ת מהר"ש צרור (תשב"ץ חלק ד טור ב) סימן ו, כותב שגם אם אמר הנותן שלא יגלה עד שנתיים אחרי מותו, המתנה תקפה. קושי נוסף בדבריו הוא שהוא מסתמך על מה שכתב הגאון בענין שכיב מרע (הערה 661), שאם אמר "אל תגלו עד לאחר מותי", המתנה תקפה, כי חלות המתנה היא לאחר מותו, ואילו מהר"ש צרור עוסק במתנת בריא, שחלה מיד, והרי בזה אין מקום לנימוק הנ"ל.

זמן, כגון שהיתה אמורה לחול לאחר שלושים יום, אם אמר לעדים לא לגלותה עד אחר עשרים יום (לדוגמה), המתנה תקפה, כי בשעת חלות המתנה היו רשאים לגלות אותה[604].

אם אמר לעדים להסתיר את המתנה, ואח"כ אמר שוב בפני עדים אחרים "**אל תשנו** מהצוואה שמכבר", המתנה בטלה, ואין אומרים שזו מתנה חדשה שאין בה הסתרה, אלא מניחים שסמך על העדים הראשונים, שנצטוו להסתיר, וא"כ גם השנייה היא מתנה טמירתא[605].

אבל אם הנותן אמר לעדים לפרסם את המתנה, היא תקפה גם אם בפועל **לא פירסמו** אותה[606]. אבל אם אח"כ התברר שצד שלישי שהיה נוגע בדבר לא ידע על המתנה, יש להניח שהנותן באמת אמר לעדים להסתיר אותה, וגם אם כתוב בשטר שהנותן הורה להם לפרסם אותה, ייתכן שהסופר כתב כך רק משום שזה הנוסח המקובל; ואמנם בדרך כלל סומכים על מה שכתוב בשטר, מפני שברוב המקרים מה שכתוב הוא נכון, אבל כאן שיש הוכחה נגד הרוב, חוששים שהנותן הסתיר, והמתנה בטלה[607].

---

[604] בני שמואל, שו"ת, סי' מ (צז ע"ב). הוא מסתמך על מה שכתב הגאון בענין שכיב מרע (הערה 661), שאם אמר "אל תגלו עד לאחר מותי", המתנה תקפה, כי חלות המתנה היא לאחר מותו.
שו"ת מקיץ בן חי, סי' א (ט ע"א-ע"ב), נוקט שבמתנה "מהיום ולאחר מיתה", אם זמן ההסתרה הוא בזמן שבינתיים, לא בזמן הכתיבה או החתימה או המסירה, אלא בזמן שעוד לא הגיע זמן המתנה לצאת לפועל, שאין לו שום נגיעה בעיקר קיום המתנה, המתנה תקפה, כיון שבזמן עיקר קיום המתנה היה לעדים רשות לפרסמה, כך שאין בכך הוכחה שאינו נותן בלב שלם, אלא ייתכן שאינו רוצה שזה יתפרסם אח"כ כי הוא עלול להינזק מזה אם יתפרסם הרבה, שנכסיו יוזלו, כי יחשבו שכבר נתן את כל נכסיו ולא יקנו ממנו ולא ימכרו לו, ולא יתנו לו הלוואות, וגם יפסיקו לכבד אותו בתור עשיר. דין זה פחות מחודש מדינו של בני שמואל, שהכשיר גם אם הסתיר בשעת החתימה. ייתכן שמקיץ בן חי מסכים עמו, אלא שנקט כפי שנקט כי כך היה בנידונו.
אבל מחנה יהודה, רמב, ד (רכד ע"ב), כותב שלפי טעם הרמב"ם (ליד ציון הערה 597), בכגון זה המתנה בטלה כי יש חשש הערמה. חושן האפוד, חו"מ, רמב, אות ל, דוחה את דבריו, שהרי החשש של הרמב"ם הוא שהנותן ימכור לאחֵר אחרי נתינת המתנה ואח"כ המקבל יוציא מהקונה, והרי כאן אין חשש כזה, שכן בשעת חלות המתנה המתנה גלויה, וא"כ אף אחד לא יקנה את הנכס אח"כ, ואם מישהו יקנה לפני הגילוי (היינו לפני עשרים יום) המקבל לא יוכל להוציא מידו, כיון שהקונה קנה קודם.
מחנה יהודה שם מדייק מדברי ר' יוסף בן עזרא, בבני שמואל שם, שהדבר שנוי במחלוקת, ולכן הוא כותב שאין להוציא מהמוחזק.
מישרים נתיב טו חלק ב (מז ע"ג) מדייק מדברי הגאון שם, שאם אמר "אל תגלו עד יום פלוני ואחר כך תגלו", המתנה תקפה. מורה צדק, סי' רמב (הובא בכנה"ג, חו"מ, רמב, הגהב"י, אות כב), מקשה עליו שאינו דומה. בית ישחק, הלכות זכיה, ה, א, מסביר שכוונתו היא שמשמע ממישרים שגם אם התיר להם לגלות רק אחרי שעת חלות המתנה, המתנה תקפה, והרי הגאון לא אמר זאת. חושן האפוד שם כותב שבני שמואל שם מתכוון לומר שמישרים מדבר באופן המתואר בטקסט, שהגילוי הוא לפני זמן חלות המתנה. תיקון סופרים, על העיטור, דף ריז ע"א, כותב שלפי מישרים, גם אם לא אמר "מעכשו ולאחר ל'", מועיל, כי בזה שאמר "אל תגלו עד יום פלוני", הוא כאילו אמר שהקנין תלוי עד אותו יום, כאילו אמר "מעכשו עד ל' יום".
ר' אברהם ברוך מני, בשו"ת ברוך מבנים (סו"ס זכרונות אליהו יו"ד במהד' תרצ"ו), סי' ג, עמ' מא, כותב שבמתנה "מעכשו ואחר ל' יום", לפי מישרים נתיב י ח"ד שקנה גוף מעכשו ופירות אחר ל' (ראה על כדבסעיף 4), נמצא שחלק מהקנין חל עכשו, ולכן אם אמר לעדים לא לגלות עד אחרי עשרים יום (לדוגמה), המתנה בטלה כיון שעכשו היא מוסתרת.

[605] שו"ת השיב משה, סי' קד, בסופו.

[606] דרישה, חו"מ, רמג, י, בסופו; שו"ת אדמת קודש ח"א חו"מ סימן סח (ד"ה ולי הדיוט).

[607] שו"ת הראב"ן, סי' מח (דף מ ע"ג במהד' ערנרייך). בנידונו, נושה נתן את החוב במתנה לבתו, ואח"כ תבע את החייב, והחייב שילם לו, מה שמוכיח שלא ידע על המתנה. בנידונו הצד השלישי ניזוק מאי ידיעתו (פרע את החוב לנושה-הנותן), אבל נראה שהמתנה בטלה גם אם לא ניזוק, אם יש הוכחה שלא ידע עליה, והיה עלול להינזק מאי הידיעה, כיון שהנותן היה אמור להודיע לו (ולפחות לא להסתיר) כדי שלא יינזק.
כמובן, העובדה **שאדם זר** שאינו נוגע בדבר לא ידע על המתנה אינה מוכיחה שהנותן הסתיר אותה.

שטר מתנה בלי הודעה על גילוי ("סתם")

גם אם הנותן לא אמר לעדים להסתיר את המתנה, הרי אם לא אמר להם לפרסם אותה, המתנה בטלה[608], שמא רצה שיסתירו אלא שלא רצה שהמקבל ישמע שהוא אומר להם להסתיר[609]. כמו כן, אם לא ידוע מה אמר לעדים, ולא כתבו העדים בשטר שאמר להם הנותן "כְּתֻבו מתנה גלויה ומפורסמת", וכדומה, אלא כתבו **סתם**, המתנה בטלה, כי העובדה שלא כתבו כך מעוררת חשש שמא התכוון הנותן להסתיר אותה[610]. השוני משאר

---

[608] מגיד משנה, הלכות זכיה ומתנה, ה, ב; טור חו"מ, רמב, ד; שו"ע, חו"מ, רמב, ג; לבוש, חו"מ, רמב, ג.
אבל ראה ליד ציון הערה 629, שאם כתב הסופר "כתבוהו בשוק" בלי הוראת הנותן, המתנה תקפה, ונמצא שהפוסקים הללו מדברים במצב שלא נכתב בשטר "כתבוהו בשוק", ואם כן אין בכך חידוש לעומת הדין שליד ציון הערה 610.
ישועה בראש, ב"ב מ ע"ב, שו"ת משפטיך ליעקב ח"ג סי' כז אות ה (=שרידים גל' יח עמ' סז-ע), ומורשת יעקב (גניזי) ב"ב מ ע"ב, כותבים שהרמב"ם סובר שאם הנותן אמר "כתבו" סתם, המתנה תקפה. אבל נראה שאין כאן מחלוקת, שהרי ברור שכוונתם היא למצב שהעדים כתבו "כתבוהו בשוק", שהרי אם לא כן המתנה בטלה כדברי הרמב"ם בהערה 610, והרי אם כתבו כך, המתנה תקפה גם לפי הפוסקים שבראש ההערה, כאמור.

[609] לבוש, חו"מ, רמב, ג.

[610] ב"ב מ ע"ב; רמב"ם, הלכות זכיה, ה, ב; סמ"ג, עשה פב (קסא ע"ד); ספר העיטור, מתנה (נו ע"ד), ליד אות יב; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תקמה; רא"ש ב"ב פ"ג סי' לג; מישרים נתיב טו חלק ב (מז ע"ב); שו"ע, חו"מ, רמב, ג; שו"ת מהריט"ץ, סי' רד; קרית ספר הלכות זכיה ומתנה, פרק ה; שו"ת מהרשד"ם חו"מ, סימן שד; שו"ת דברי חיים חו"מ חלק ב סימן לב (ד"ה והשטר מתנה); שו"ת ישמח לבב חו"מ סימן כ.
חידושי חתם סופר, ב"ב מ ע"ב, כותב שאם כתוב בשטר שהנותן **לא אמר** לעדים להסתתר, או שהוא כתוב בסתם אבל העדים אומרים שלא אמר להם להסתתר, המתנה תקפה.
דעה חולקת: תוס', ב"ב מ ע"ב (ד"ה איכא), ראבי"ה, בתשובתו באור זרוע, חלק א, שו"ת, סימן תשנז, וספר העיטור, מתנה (נו ע"ד), ליד אות יד, כותבים שלר"ח, בסתם המתנה תקפה. אבל שו"ת משפטים ישרים (חסון), סי' סט (עב ע"ב), ושו"ת מהר"י קצבי, סי' כג (ד"ה הנה כי כן), מציינים שרוב הפוסקים הביאו בשם ר"ח להיפך, שבלי "כתבו בשוק" המתנה בטלה (על דעת הר"ח, עי' פרי האדמה, זכיה, ה, א, בני אהרן, חו"מ, סימן רמב, דף קלא ע"ד, בשו"ת ברוך מבנים (סו"ס זכרונות אליהו יו"ד במהד' תרצ"ו), סי' ג, עמ' כ-כג, וסי' ד, עמ' קח-קטז, וחנינה בן מנחם, "מתנה טמירתא", שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז), עמ' 47-44). וכך נאמר בפירוש ר"ח, ב"ב שם, שנדפס בתשובות הגאונים (אסף, תש"ב) עמ' 221, שבסתם חוששים. משפטים ישרים כותב שלדעת הרמ"ה, ספק האם בזמננו בסתם המתנה תקפה. י' פרנצוס, "שיטת הקדמונים במתנתא טמירתא", סיני קג (תשמ"ט), עמ' רכז-רכח, כותב שגם שו"ת ר' גרשום מאור הגולה, סי' נז, סובר שבסתם המתנה תקפה. בשטר מתנה מהעיר ייב, באוצר השטרות (גולאק) עמ' 183, לא נזכר "כתבוהו בשוקא". ר"ח בן מנחם, "מתנה טמירתא", שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז), עמ' 45, מסביר דעה זו ע"פ הנימוק (ליד ציון הערה 589) של חשש חוסר גמ"ד: חשש זה אינו קיים אם הנותן רק לא נקט נוסח מסוים, שהרי יתכן שלא ידע שצריך נוסח זה.
שו"ת משאת משה אהע"ז סי' ל (קצד ע"ג) כותב שא"א לטעון קי"ל כדעה שבסתם, המתנה תקפה, כי ר"ח הוא דעת יחיד. שו"ת הגיד מרדכי חו"מ סי' י (קכא ע"ד-קכב ע"א), שא"א לטעון קי"ל כדעה זו, שהרי יש אומרים שהר"ח עצמו סובר שבסתם המתנה בטלה. הוא כותב שגם לדעה שר"ח מכשיר את המתנה, הדבר אמור בשטר שנכתב ע"י סופר, משא"כ אם הנותן כתב בעצמו, אילו היה לו גמירת דעת היה צריך לפרט כל דבר, ולכן בסתם פסול.
הבחנות שונות: פוסקים אחרים אומרים שבסתם, אמנם המתנה אינה תמיד תקפה, אבל דינה עדיף מבנותן שאמר לעדים להסתתר. רב האי, בתשובות הגאונים, שערי צדק, חלק ד, שער ג, סי' נה, כותב שבסתם, יש להתיישב בדבר ולעיין אם ראויה המתנה להתבטל ואם יש בה דיחוי, ומעשים בכל יום שמקיימים מתנה בסתם. בדומה כתב חי' הר"י מיגאש ב"ב מ ע"ב, **שבודקים** אם מישהו לחץ עליו לתת את המתנה, ונתן לו שלא ברצונו הגמור. דעה זו הובאה במגיד משנה, הלכות זכיה, ה, ב, וביד רמה, ב"ב, פ"ג, סי' קיב. משכנות הרועים (אלחאיק) מעי' מ אות שח (רלה ע"ג) כותב שגם ר' אפרים, שצוין בהערה 690, סובר שבסתם המתנה בטלה רק אם נראה פגם ברצונו של הנותן. ר' אברהם ברוך מני, בשו"ת ברוך מבנים (סו"ס זכרונות אליהו יו"ד במהד' תרצ"ו), סי' ג, עמ' לג-לד, כותב שלפי דעה זו, אם אי אפשר לברר אם המקבל לחץ עליו או לא, הנכס נשאר בחזקת מ"ק, שמא יתברר שזה מתנה טמירתא; אלא צריך עדים שיעידו דברים המוכיחים שנתן מרצון ולא לשם דחייה, כגון שהיו עמו יום או יומיים לפני נתינת המתנה, ולא ראו שום אדם שדיבר עמו בענין המתנה, וזה מוכיח שנתן מרצונו שהרי אם מישהו לחץ עליו לפני כן, לא היה צריך לתת עכשו, שהרי כבר השתחרר ממנו, ואם ילחץ עליו שוב, יתן לו אז; או שתהיה הוכחה אחרת שנתן ברצון, כגון שלא ערער הנותן. והוא מסביר שמה שנקט שו"ת משאת משה חו"מ סי' (כד ע"ד) להיפך, שלדעה זו פסול רק אם ברור שהמקבל לחץ עליו - טעמו הוא שבנידונו המקבל היה קטן, ולכן אין לחשוש שלחץ, אלא אם יש הוכחה שמישהו לחץ. אבל גם על כך חולק רא"ב מני (בעמ' לו), וכותב שחוששים שקרובו של הקטן או אוהבו של הקטן לחצו על הנותן לתת לקטן, כי מצוי שאדם מדבר בשביל חברו. מאירי, בבא בתרא מ ע"ב (ד"ה המתנה) כותב שבסתם, בודקים, ואם יתגלה שהיה בה "צד נדנוד אונס", אפילו רק שהמקבל הטריח את הנותן (בכך שביקש ממנו מתנה), היא בטלה, ואם לא נתגלה כלום, היא תקפה. אבל הוא מדייק מהרמב"ם שלדעתו מתנה סתם בטלה לגמרי. ש' אלבק, "האונס בדיני הממונות בתלמוד", סיני כרך עג עמ' יח, מסביר את דברי הר"י מיגאש, שאין בענין זה רוב שנוהג בדרך אחידה, ולכן אי אפשר להעריך את כוונת הנותן באופן אובייקטיבי, אלא צריך לבדוק את כוונתו באופן סובייקטיבי. שו"ת משפט צדק ח"א סימן נב (קסט ע"ג), כותב שאפשר לומר קי"ל כדעה זו.

ר״י מיגאש בבא בתרא מ ע״ב, כותב שבסתם יש חשש בעלמא, ואם לא טען הנותן שזו מתנה טמירתא, אין טוענים לו. כמו כן, צרור הכסף הארוך, דרך ה, שער א אות ג, עמ׳ שמג, כותב בשם ר״ח, שבסתם, רק **אם הנותן ערער**, המתנה בטלה. מגיד משנה, זכיה, ה, ב (הובא בשו״ת מכתם לדוד, חו״מ, סימן כד, ד״ה עלה בידינו), מביא דעה זו. חידושי הריטב״א בבא בתרא מ ע״ב מביא דעה זו, אבל הוא מביא שהרמב״ן סובר שהמתנה בטלה גם אם אין עליה עוררין. רא״ב מני, שם, עמ׳ לז, כותב שגם לפי הדעה הקודמת, שבודקים אם נתן בלב שלם, הרי אם הנותן לא עירער, המתנה תקפה, כי שתיקתו מראה שהוא נתן בלב של; וההבדל בין דעה זו לדעה הקודמת הוא רק במצב שהנותן מערער, שלפי דעה זו המתנה בטלה, ואילו לפי הדעה הקודמת, המתנה אינה בטלה לגמרי כי יתכן שרק עכשו הוא חוזר בו, ולכן אם יש הוכחה שנתן בלב שלם, המתנה תקפה. שו״ת עדות ביעקב (בוטון), סי׳ עב (ריב ע״ג), כותב שאפשר לטעון קי״ל כדעה זו. שו״ת משפטי שמואל, סי׳ קג (קיב ע״ב), כותב שהמתנה תקפה דוקא אם היה הנותן בפנינו ולא ערער, וזה מראה שהוא מרוצה במתנה, אבל אם לא נתגלה השטר עד שעברו שנים אחדות אחרי מות הנותן, המתנה בטלה. שו״ת משאת משה, ח״א, חו״מ, סי׳ ה (כד ע״ד), כותב שלפי הדעה שחוששים רק אם הנותן מערער, לא מועיל ערעור של היורשים אם הנותן לא ערער; ונראה שגם שו״ת משפט צדק ח״א סימן נב (קסט ע״ג) מבין כך. כמו כן, שו״ת בית יצחק (שמלקיש) חו״מ סי׳ ע, אות ב, כותב שלפי דעה זו, אם הנותן לא ערער, המתנה תקפה, אף שבנידונו היורשים ערערו (אבל להלכה, משכנות הרועים (אלחאיק) מע׳ מ אות שח (רלז ע״א) כותב שבסתם, אם מת הנותן ולא טען שזה מתנה טמירתא, היורשים יכולים לטעון זאת; וכן ר׳ נסים חיים משה מודעי, בשו״ת פני יצחק (אבולעפיא) ח״ה חו״מ סי׳ ג (קלג ע״ב), כותב שגם לדעה זו, שאינה להלכה, טוענים ליורשים כל מה שאביהם יכול לטעון, אף שטענתם היא רק טענת שמא). וראה הערה 670, שלדעת ידיו של משה, כל מתנה טמירתא בטלה רק אם הנותן ערער. אבן האזל, הלכות זכיה, ה, א (הובא בשיעורי ר׳ דוד (פוברסקי) בבא בתרא מ ע״ב, אות תקצג), כותב שדעה זו תיתכן רק אם הטעם לפסול מתנה טמירתא הוא חשש שלא התכוון באמת לתת (כאמור ליד ציון הערה 589), אבל לפי הטעם (ליד ציון הערה 597) שזו תקנה כדי למנוע קנוניה, המתנה בטלה גם אם לא עירער הנותן.

תוס׳ רי״ד, ב״ב מ ע״ב, כותב שאם הנותן לא אמר כלום לעדים, הם יכולים לכתוב בשטר ״כתבוהו בשוק״ והמתנה תקפה, מפני שלא ייתכן שהנותן יצטרך לומר ״כתבוהו בשוק״, שהרי אנשים אינם יודעים הלכות, ועוד שאם נתן סתם ולא ראינו שום עוול במתנתו, אין סיבה להניח שלא נתן בלב שלם ושזו מרמה, ולכן המתנה תקפה. אבל הוא כותב שאם העדים מעידים שהנותן אמר להם להסתתר, המתנה בטלה גם אם השטר כתוב בסתם. עוד הוא כותב, בדף מא ע״א, שאם לא כתוב בשטר ״כתבוהו בשוקא״, והעדים אינן לפנינו שנשאל אותם מה אמר, המתנה בטלה, כי הסופר שהוא רגיל לכתוב שטרות היה צריך לכתוב ״ואמר לנו כתבוהו בשוק״ כמקובל, והיות שלא כתב כך, יש לחשוש שאכן הנותן רצה להסתיר, ולכן כתב בסתם כדי שלא יהיה תקף.

תשובות הגאונים (מהד׳ הרכבי) סי׳ ע = שיטה מקובצת הנר, לר״ז אגמאתי, ב״ב מ ע״ב (שלפי ש׳ אברמסון, במרכזים ובתפוצות, עמ׳ 49, היא תשובה של רב האי), כותב שבסתם, אם הנותן מסר את השטר למקבל, המתנה תקפה, ואינו יכול להתחרט, אבל אם הוא טוען ״משטה הייתי בך, והתכוונתי שמתנה זו תהיה רק מודעא למתנה שתיכננתי לתת אח״כ לאדם אחר״, חוששים לדבריו. כמו כן, מאירי, בבא בתרא מ ע״ב (ד״ה חכמי פרווינשאה) מביא שכתבו קצת גאונים שבסתם, כל שלא הגיע השטר ליד המקבל, אם אמר הנותן ״למתנה מוסתרת נתכוונתי״, נאמן; והוא מבאר שמדובר שהיה קנין, ובכל זאת הנותן נאמן כיון שעדיין לא הגיע השטר ליד המקבל. כמו כן, מישרים נתיב טו ח״ב (מז ע״ג) כותב בשם ר״י מיגאש שבסתם, אם לפני שהגיע השטר למקבל, טען הנותן שהתכוון למתנה טמירתא, נאמן (ר״י מיגאש כתב כך על מתנה ״מעכשו״ - ראה ליד ציון הערה 680). ר״ח בן מנחם, ״מתנה טמירתא״, שנתון המשפט העברי יג (תשמ״ז), עמ׳ 50, כותב שמחי׳ ר״י מיגאש, ב״ב שם, עולה כהבחנת תשובות הגאונים שם, לענין ״סתם״. אבל בני אהרן, חו״מ, סימן רמב (קלב ע״א), כותב שמישרים דיבר על זמננו (שנהוג לכתוב ״כתבו בשוק״ - ראה ליד ציון הערה 720), שאילו בזמן התלמוד גם אם הגיע השטר למקבל, המתנה בטלה.

רשב״ם, ב״ב מא ע״א, ד״ה חיישינן (הובא באות היא לעולם ח״ב מעמ׳ מ אות לז דף סז ע״א), כותב שבסתם אין גובים את המתנה מהנותן, **ואם גבו**, אין מחזירים לו. שו״ת מהר״ם אלשיך, סי׳ סד, כותב שהרשב״ם סובר שיש לשטר כוח, ואם הגבו לו, קנה מספק, גם אם אין למקבל מיגו לומר ״מתנה נתנה לי״ או ״מכרה לי״, שהרי לא נקט שתפיסה מועילה, שאז הדין היה כך רק אם יש לו מיגו. שו״ת פאת נגב חו״מ סי׳ ו (סו ע״ד) מסביר שאף שבדרך כלל, כשיש ספק, נשארת הקרקע אצל מרא קמא, זה אמור רק במקום שיש אומדנא דמוכח לבטל את המתנה כגון שני עדים נגד שני עדים, משא״כ כאן שאין אומדנא דמוכח שהמתנה אינה אמיתית. שיעורי ר׳ דוד (פוברסקי) בבא בתרא מא ע״א, אות תר, מעלה אפשרות שהרשב״ם מתכוון שאם הנותן עצמו נתן למקבל, זכה, כי זו תפיסה ברשות, והוא מסכים שלא מועילה תפיסת המקבל, לפי הכלל שאין מעילה תפיסה בלי רשות. מגיד משנה, הלכות זכיה, ה, ב, משווה את דעת הרמב״ם לדעת הרשב״ם, ומשמרות כהונה בבא בתרא מא ע״א, לומד מכך שמגיד משנה הבין שלרמב״ם סתם פסול רק בתורת ספק, שלא כלחם משנה, הלכות זכייה, ה, א, שהבין שלמגיד משנה זה בתורת ודאי. איילת השחר ב״ב מא ע״א, על רשב״ם ד״ה חיישינן, מסביר שאף שבדרך כלל, אם ב״ד פסק להוציא קרקע מהמוחזק, במקום שיש ספק בדין, נשארת הקרקע בחזקת מרא קמא, הרי כאן שהתלמוד פוסק ״חיישינן״, זה פסיקה שנותנת מקום גם לצד שהמתנה תקפה, ואינו כספק רגיל. אבל הוא מקשה, א״כ מדוע לא תועיל תפיסת המקבל? וראה הערה 620, שיש אומרים שלפי הרשב״ם מועילה תפיסת המקבל. וראה הערה 680, שמשפטיך ליעקב מסביר מדוע לדעת הרשב״ם אם הגבו למקבל, אין מוציאים מידו; והוא כותב שלרשב״ם תפיסה אינה מועילה.

ר׳ משה רזיאל, ״בדין מתנה טמירתא״, מגל ו (תשמ״ח), עמ׳ 9, כותב שלפי הטעם (ליד ציון הערה 597) שמתנה טמירתא בטלה מפני שחוששים שהנותן רוצה להבריח את נכסיו מאחֵר, גם בסתם פסול, ואילו לפי טעם הראב״ד (הערה 592) שחוששים שלא גמר בלבו להקנות, בסתם כשר. ולא הסביר מדוע דוקא חשש זה אינו קיים בסתם.

השטרות שבהם נהוג לכתוב "כתבו בשוק", מוכיח שהוא מערים, והוכחה זו היא כמו דיבור, שהוא יותר חזק מאומדנא[611]. אין אומרים שיש להניח שהנותן אמר "כתבו בשוק", שאל"כ לא היו כותבים שטר שהוא "חספא בעלמא", אלא ייתכן שאמר להם בסתם לכתוב, ולכן כתבו אף שזה חספא בעלמא[612].

גם שטר **מתנה של ערכאות** בטל אם אין כתוב בו "כתבו בשוק", אע"פ שהוא כשר לפי דיני הערכאות, מפני שההקלה בשטר של ערכאות היא רק שהשטר כשר גם בעדים פסולים, וזאת כי הממשלה תקפיד עלינו אם נפסול את עדיהם, אבל פסולים הלכתיים אחרים נוהגים גם בשטר של ערכאות, כי הממשלה אינה מקפידה

דרוש: גבול בנימין (ויטאלי) ח"א, דרוש נ, דף צד ע"א-ע"ב, כותב שהסיבה שה' אמר למשה להודיע לישראל שהוא נותן להם את השבת (ביצה טז ע"א), היא כדי שלא יהא מתנתא טמירתא, שלא יערערו הגוים עליה.

[611] ר' בן ציון אב"ד קאלוואריא, יגדיל תורה (אודסא) גל' ד (תרס"ד), סי' ל, דף סו ע"א. ראה בשמו בחוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 87-85, שאומדנא דמוכח אינו מועיל לבטל מה שאדם אמר בפיו.

איילת השחר ב"ב מ ע"ב, על רשב"ם ד"ה לא מגבינן, מקשה, הרי גם אם לא התכוון למתנה, דברים שבלב אינם דברים, ואמנם אם יש אומדנא שלא התכוון למתנה, זה בגדר "דברים שבלבו ובלב כל אדם" שמתחשבים בהם, אבל בסתם יש רק ספק האם התכוון להסתיר, וספק אומדנא הוא בגדר דברים שבלב (רא"ש ב"ב פ"ט סי' כא)? ראה תשובת שם אריה לכך, בהערה 620.

מורשת יעקב (גניזי) ב"ב מ ע"ב, מנמק ע"פ טעמו של הרמב"ם (ליד ציון הערה 597) שחכמים תיקנו שמתנה טמירתא בטלה מחשש שהנותן יערים וימכור את הנכס אח"כ לאדם אחר, ותקנה זו נחוצה גם אם כתב סתם, שהרי גם אז יש חשש שהנותן יעשה הערמה זו, כיון שהמתנה אינה גלויה.

[612] מחנה יהודה, רמב, ה (רכד ע"ג).

שו"ת מקדשי השם ח"ב סי' יג, דבר צבי הערה ח, מסביר שאין אומרים שבוודאי התכוון למתנה מועילה, כי אל"כ לא היה כותב שטר, ואין אדם מוציא דבריו לבטלה (ושו"ת מהרש"ם, ח"ג, סי' קט, כותב שמשתמשים בעקרון זה במקום שאפשר לפרש את דבריו באופן המועיל בלי תוספת לשון; ראה על כך הערה 856) - כי כאן חסר פרט הנחוץ במתנה, ולא משנה שיש להניח שהתכוון למתנה שהרי גם אם התכוון, חסר הפרט הזה. בפשטות, ההסבר הוא שכאן ייתכן שלא רצה לתת מתנה ובכל זאת כתב את השטר מהטעמים שהוסברו ליד ציון הערה 592 ואילך.

עלינו אם אנו דנים בדינינו שלא כדיניהם[613]. מי שיש לו שטר מתנה של הערכאות שפסול כי לא כתוב בו "כתבו בשוק" - כופים אותו לבטל אותו, כדין מי שיש לו כלב רע בביתו[614].

אם לא כתוב בשטר "כתבו בשוק", המתנה בטלה גם אם עשו **קנין סודר**[615], שהרי כוחו של קנין סודר הוא ש"סתם קנין לכתיבה עומד", והרי כאן אפילו מתנה הכתובה בשטר בטלה[616]. אבל אם עשו את הקנין

---

[613] תשב"ץ חלק ג סי' רנא, סי' רנג, וסי' שכה (הנימוק נמצא בסי' שכה); שו"ת משפטי שמואל, סי' קג (קיב ע"ב-ע"ג); שו"ת עין משפט (הלוי) חו"מ סי' מה (סט ע"ב). טור חו"מ, סח, א, כותב עיקרון זה באופן כללי.
גם שו"ת מהרשד"ם אהע"ז סי' ר, ד"ה עוד ראיתי (הובא בשו"ת עדות ביעקב (בוטון) סי' עא, דף קצב ע"ד) וחו"מ סי' שד (הובא בבני אהרן, חו"מ, סימן רמב דף קלב ע"א, בבית יעקב (טבשונסקי), רמב, ה, ובשו"ת מהר"י קצבי, סי' כג, ד"ה וגם הנה) מצריך "כתבו בשוק" גם בשטר העשוי בערכאות, וכותב שמה שהרא"ש כתב שבזמננו הדין יותר קל (ראה ליד ציון הערה 720), הוא רק בסופר ועדים יהודים, שמנהגם לכתוב כך, משא"כ בסופר ועדים גוים.
דעה חולקת: שו"ת מהר"י בן לב ח"א סי' סד (סא), עוסק באותו מקרה כמו מהרשד"ם חו"מ שם, ולא כתב שפסול מפני שלא נכתב "כתבו בשוק" (אלא משום שהעובדה שלא נודע על השטר כמה שנים, מלמדת שלא נעשה בערכאות אלא בהדיוטות, ולכן היא פסולה). שו"ת משפט צדק ח"א סימן נב (קסט ע"ב), לומד מזה שלדעת מהר"י בן לב, שאם ידוע שנעשה בערכאות, ולא הוסתר, כשר גם אם לא כתוב בו "כתבוהו בשוק". שו"ת פני משה ח"א סי' סד (קנ ע"ד-קנא ע"א), מעלה אפשרות (במסקנתו) שגם מהר"י בן לב פוסל שטר של הערכאות שלא כתוב בו "כתבו בשוק", שהרי גם הוא סובר שפסולי שטר פוסלים גם בשטר של ערכאות - ראה בשמו בסעיף 6. ר' חיים בנבנשתי, בשו"ת עדות ביעקב (בוטון) סי' עא (קצב ע"ג) (תשובתו נדפסה גם בשו"ת פני משה ח"ג סי' סב), כותב שא"א לומר קי"ל כמהר"י בן לב כי הוא יחיד, ומוסיף שבאמת גם מהר"י בן לב פוסל בערכאות, אלא שלא פסל בנידונו מטעם זה כי רצה לפסול מטעם אחר. אבל משפט צדק שם מעלה אפשרות שמהרשד"ם סובר שאם נעשה בערכאות, כשר, אלא שבנידונו השטר לא נעשה בערכאות אלא ע"י גוים הדיוטות.
שו"ת מהרש"ך חלק ד סימן נד, כותב שהכותב שטר מתנה בערכאות אין כונתו להסתיר, שהרי שם הדבר מתפרסם, וגם היושבים לפני הערכאות מגלים את הדברים, ולכן המתנה תקפה.
ר' שמואל במהר"ר יוסף עוזיאל, בתשובתו בשו"ת מהרשד"ם אהע"ז סימן ר (ד"ה ותו איכא), כותב ששטר העולה בערכאות של גוים ואין בו "כתבו בשוק", קנה או משום דינא דמלכותא דינא או משום שיש לו קול; וזאת בשטר העולה בערכאות, מקום המשפט, משא"כ בשטר העשוי ע"י סופר העיר אף על פי שהוא ממונה ע"פ המלך. שו"ת בית יצחק (שמלקיש) חו"מ סי' ע, אות ב, כותב ששטר כזה כשר. שו"ת וזאת ליהודה חו"מ סימן ו (ד"ה ואם כנים) כותב שאם מנהג מקומו של הנותן הוא לכתוב שטר לפי חוקי הגוים, השטר כשר גם בלי "כתבו בשוק".
ר' עזרא בצרי, פד"ר כרך יג, עמ' 169 (=שערי עזרא ח"ב סי' קכט), כותב שאפשר לומר קי"ל ששטר זה בטל. ובעמ' 197 כתב בסתם שהוא בטל.
שטר של ערכאות כחיזוק לשטר רגיל: שו"ת מהר"י קצבי, סי' כג (ד"ה ואי לאו דמסתפינא), מביא שחכם אחד פסק ששטר רגיל שלא נכתב בו "כתבו בשוק", אם אח"כ הנותן נתן למקבל את הבתים בפני הערכאות, המתנה תקפה, מפני שאין לך פרסום גדול מזה. מהר"י קצבי עצמו חולק על כך, ע"פ שו"ת הרמב"ן, סי' ע, המובא בטור חו"מ, סח, ח, האומר באופן כללי, ששטר שלהם אינו יכול להיות עדיף משטר שלנו.

[614] תשב"ץ, חלק ג, סי' רנג.

[615] חידושי ר"י מיגאש, בבא בתרא מ ע"ב (הובא בשיטה מקובצת הנר, לר"ז אגמאתי, ב"ב שם); רב האי גאון, המובא בשיטה מקובצת הנר, לר"ז אגמאתי, ב"ב מ ע"ב; חידושי ר' ישמעאל בן חכמון, ב"ב מ ע"ב; ספר העיטור, מתנה (נו ע"ד), ליד אות טו; מישרים נתיב טו חלק ב (מז ע"ב); מאירי, בבא בתרא מ ע"ב (ד"ה מקצת גאונים) (גם בסתם); חידושי הריטב"א בבא בתרא מ ע"ב (אם יש קנין בשטר); שו"ע, חו"מ, רמב, ג (הובא בשו"ת דבר שמואל, סי' שכט, בשו"ת משפטי עוזיאל חושן משפט סימן מ (ד"ה נמצאנו למדין), ובאיילת השחר ב"ב מ ע"ב, על רשב"ם ד"ה לא מגבינן); שו"ת דרכי נועם חו"מ, סימן יב (ד"ה תשובה); ב"ח, חו"מ, רמב, ו, בדעת ר"י מיגאש המובא בטור שם; ערוך השולחן, חו"מ, רמב, ג.
ראה ליד ציוני הערות 680 ו-689, שאם עשה קנין בגוף הנכס, הדין שונה. וראה ליד ציון הערה 730 על מצב שעשו קנין בלי שטר.
דעה חולקת: ראבי"ה, סי' אלף ו, כותב שאם עשו קניין (היינו קנין סודר), המתנהה תקפה גם בסתם, ורק אם הנותן אמר לעדים להסתיר, המתנה בטלה.
שו"ת בעי חיי חו"מ, ח"ב סי' נז (נו ע"ב-ע"ג), ושו"ת משאת משה אהע"ז סי' ל (קצד ע"ג), וחו"מ סי' ה (כד ע"ד-כה ע"א), והשניות, חו"מ, סי' כג (פו ע"א), כותבים שר"י מיגאש המובא בטור שם סובר שאם יש קנין במתנה, מועיל גם אם לא כתוב "כתבו בשוק" (הם לא ראו את חידושי הר"י מיגאש, ב"ב שם, כפי שהעיר שו"ת משנת ר' אליעזר ח"א סי' יב). עם זאת הם כותבים שא"א לומר קי"ל כמותו כי הוא דעת יחיד. אבל שו"ת מור ואהלות אהע"ז סי' ב (לט ע"א), כותב שאפשר לומר קי"ל שקנין מועיל. ר' יצחק אשכנזי, בשו"ת ברוך מבנים (סו"ס זכרונות אליהו יו"ד במהד' תרצ"ו), סי' ב עמ' טו, כותב שאפשר לומר קי"ל - משמע, לשני הצדדים.
כנה"ג, חו"מ, רמב הגה"ט אות יז כותב שלר"י מיגאש קנין סודר מועיל גם אם אמר "לא תגלו". אבל ר' נסים חיים משה מודעי, בשו"ת פני יצחק (אבולעפיא) ח"ה חו"מ סי' ג (קלג ע"א), כותב שאי אפשר לומר כך בדעת ר"י מיגאש.
שמחת עולם (לגו) ב"ב מ ע"ב (דף יא ע"ד בדפי הספר), כותב שיד רמה סובר שבסתם מועיל קנין, ורק אם אמר לעדים שיסתתרו, לא מועיל קנין. שו"ת משנת ר' אליעזר ח"א סי' יב, וחושן האפוד, חו"מ, רמב, אות יז, כותבים שיד רמה סובר

בפרהסיא, המתנה תקפה[617]. מצד שני, אם ההקנאה נעשתה בקנין סודר והשטר הוא רק לראיה, לא די שיכתבו העדים "הנותן אמר לנו 'כתבו בשוק'", אלא הם צריכים להעיד ש**בשעת הקנין** אמר להם הנותן לפרסם את המתנה[618], שהרי אם בשעת הקנין לא היה פרסום, הקנין אינו מועיל, ולכן לא יועיל מה שיאמר אח"כ "שטר מתנה זו כתבוהו בשוק", שהרי זו מתנה בלי קנין[619].

אפילו **תפס** המקבל והחזיק בדבר המתנה, מוציאים אותו מידו, בין אם אמר הנותן לעדים להסתתר ובין בסתם[620], בין תפס מיטלטלין ובין תפס פירות של קרקע[621]. זאת גם אם טען המקבל שהנותן ציווה לעדים לכתוב בשטר "כתבו בשוק" והעדים שכחו לכתוב כך[622].

שבמתנה בקנין, מתנה תקפה. נביא את דברי יד רמה בהערה 730, בענין מתנה בקנין בלבד (בלי שטר). אבל ר' אברהם ברוך מני, בשו"ת ברוך מבנים (סו"ס זכרונות אליהו יו"ד במהד' תרצ"ו), סי' ג, עמ' נד, כותב שא"א לומר קי"ל כיד רמה כי הוא יחיד.

דביר הקודש, ב"ב, סי' כז, אות ו, כותב שלדעת רמב"ם, פסול מתנה טמירתא היא תקנה להפקיע את כח הקנין של השטר (ראה בשמו בהערה 730), ולכן בשטר ראיה, המתנה תקפה מכוח הקנין האחר שנעשה. הוא מוסיף, באות ז, שגם לשיטה שבטקסט, שהמתנה בטלה גם אם נעשה קנין, זה רק בקנין סודר, שסתם קנין לכתיבה עומד, ולכן כתיבת השטר גומרת את הקנין, אבל בקניינים אחרים שמועילים בפני עצמם והשטר הוא רק לראיה, המתנה תקפה. אבל באות ח הוא כותב, שהנימוק שמתנה טמירתא פסול מחשש חוסר גמירת דעת (ליד ציון הערה 589), שייך גם בשטר ראיה.

בזמננו: שו"ת מהרי"א הלוי, ח"ב סי' קמט, כותב שבזמננו, אם עשו קנין, המתנה תקפה, ודוקא בזמן התלמוד, שהנותן היה צריך לומר בפירוש "כתבו בשוק", הקנין אינו מועיל כי הקנין נחשב רק כאילו אמר "כתבו" סתם, אבל בזמננו, שאם אמר "כתבו" סתם, כשר (כאמור ליד ציון הערה 722), גם קנין לחוד מועיל. כך כתב גם ר' אברהם ברוך מני, בשו"ת ברוך מבנים (סו"ס זכרונות אליהו יו"ד במהד' תרצ"ו), סי' ג, עמ' נו, בדעת הרא"ש.

[616] ביאור הגר"א, חו"מ, רמב ס"ק ט.

נחלת משה, ב"ב מ ע"ב (ד"ה לא), מנמק שאם הנותן אמר לעדים להסתתר, מן הסתם התכוון שיסתירו גם את הקנין ולכן הקנין לא מועיל. צריך להוסיף, שגם בסתם, חוששים שאמר להסתיר גם את הקנין.

ציונים והערות (פלברבאום) ב"ב מ ע"ב, מסביר שיסוד הדין שסתם קנין לכתיבה עומד הוא שהעושה קנין בפני שניים מטרתו לפרסם את הקנין, וזה עושה גמ"ד, ואמנם הוא יכול לבקש שלא יכתבו, אבל יסוד הקנין הוא שרוצה שעדים יפרסמו, ולכן אם הוא אומר לעדים לא לפרסם, זה נגד מהותו של קנין סודר.

[617] שו"ת מהר"ם גלנטי, סימן סו. בסוף התשובה נאמר שהרדב"ז הסכים לכל מה שכתב.

[618] שו"ת הרדב"ז סי' תקמ (הובא בשו"ת שארית יוסף (ידיד) ח"ב עמ' רלח); מלאכת שלמה (חכים), הלכות זכיה ומתנה, ה, א (ד"ה ולענ"ד לא); ר' נסים חיים משה מודעי, בשו"ת פני יצחק (אבולעפיה), ח"ה סי' ג (קלב ע"ג-ע"ד, קלג ע"ג-ע"ד) (גם בזמננו); ר' רפאל יצחק ישראל, ר' אברהם מבורך, ור' יחיאל בר אדון, בשו"ת פני יצחק שם (קלז ע"ג).

ר' רפאל יצחק ישראל, ר' אברהם מבורך, ור' יחיאל בר אדון, כותבים שאם הנותן אומר שהוא מקנה ע"י הקנין והשטר, השטר הוא חלק מההקנאה, וא"כ הוא שטר קנין ולא שטר ראיה, ולכן די לומר בשעת הכתיבה "כתבוהו בשוקא".

יש להעיר שאם זה שטר קנין קרקע, השטר עצמו מהווה קנין, ודי בכך שכתוב בו "כתבו בשוק". עוד יש להעיר שהכוונה לקנין סודר, שאילו בקנין משיכה או חזקה, שהמקבל מחזיק בנכס עצמו, קנה בלאו הכי, כאמור ליד ציון הערה 680.

אבל חושן האפוד, חו"מ, רמב, אות יט, מעיר שכל השטרות שלנו הם שטרי ראיה, ובכל זאת אין נוהגים לכתוב בסגנון שדורש רנח"מ מודעי. והוא מסביר שהיות שבסוף השטר כתוב "וקנינא", נחשב שכתיבת השטר היא שעת הקנין, ולכן די בהוראת הפרסום בשעת כתיבת השטר.

[619] מלאכת שלמה שם; רנח"מ מודעי שם.

[620] עליות דרבנו יונה, ב"ב מא ע"א; ר' משה בר חנוך, בתשובות גאוני מזרח ומערב סימן רז (לפי הבנת המהדיר שם, הערה ג); טור חו"מ, רמב, ה, בשם הרא"ש (אף במיטלטלין); מאירי, בבא בתרא מ ע"ב (ד"ה המתנה); מישרים נתיב טו חלק ב (מז ע"ב); שו"ת הרשב"א חלק ו סימן ריח; ב"י, חו"מ, רמב, ד (הובא בשו"ת אהל יעקב (ששפורטש) סי' יג, דף טז ע"ג), גם בדעת הטור; רמ"א, חו"מ, רמב, ג (הובא בשו"ת הגיד מרדכי חו"מ סי' י, דף קכא ע"ג), ודרכי משה חו"מ, רמב, ס"ק ג; שו"ת מהר"ם גלנטי, סימן סו, בדעת הרמב"ם; תקפו כהן, סי' יט, אות ו, בדעת הרא"ש; משכנות הרועים מע' צ, אות א (רפה ע"ד) בדעת הרמב"ם; תקפו של רפאל סי' יט אות ו, בדעת הרמב"ם (כי זה בגדר ודאי); שו"ת בגדי ישע (הלוי) אהע"ז סי' לו אות יח; אורים גדולים, סי' ל, לימוד קפט; שו"ת פני יצחק (אבולעפיא) ח"ה חו"מ סי' ג (קמ ע"ד); שו"ת ידי דוד (קרסו) סי' סו.

רא"ש ב"ב פ"ג סי' לג, כותב כך לגבי נותן שאמר לעדים להסתתר, והטור מבין שדעת הרא"ש כך גם בסתם. בני אהרן, חו"מ, סימן רמב (קלא ע"א), ועיני דוד הלכות זכיה ומתנה, ה, א (ד"ה תבנא), מוכיחים שלפי הרא"ש אף בסתם לא מועילה תפיסה - עי"ש להוכחתם. חושן האפוד, חו"מ, רמב, אות כב, מוכיח מקיצור פסקי הרא"ש ב"ב פ"ג סי' לג, שגם בסתם לא מועילה תפיסת המקבל. גם שו"ת משפטי שמואל, סי' קג (קיב ע"א-ע"ב) כותב שזו דעת הרא"ש.

צרור הכסף הארוך, דרך ה, שער א אות ג, עמ' שמג, כותב שבמתנה טמירתא לא מועילה תפיסה; ולא ברור האם הוא מתכוון גם לסתם.

הרא"ש מנמק, שאומדים את דעת הנותן שלא גמר לתת בנפש חפיצה, ולא שיש ספק אם קנה או לא, וגם אילו היה ספק, לא היתה מועילה תפיסה. שו"ת באר יצחק, אהע"ז, סי' י ענף ד, מבאר שאין לומר שזה ספק, שהרי ספק אומדנא נחשב דברים שבלב ואינו יכול לסתור מה שהאדם אמר, כמו שכתב הרא"ש ב"ב פ"ט סי' כא וסי' כג, ולכן אילו היה כאן רק

ספק אומדנא לא היה יכול לבטל את המתנה שדיבר בפיו, ומכאן שזה אומדנא ודאית. הוא מסביר שרמ"ה (בהמשך הערה זו) הכותב שמועילה תפיסה, הולך לשיטתו (שהובאה בטור חו"מ, רנ, ד) ששכיב מרע שהקדיש את נכסיו (הנידון בראא"ש ב"ב פ"ט שם) יכול לחזור בו מספק, הרי שהוא סובר שמתחשבים בספק אומדנא. אבל שו"ת שם אריה (בלחובר) חו"מ סי' כב (השני) (פט ע"א), וקונטרס רוב וספק בממון, אות מג, דף קט ע"ב (דף לא ע"א במהד' הנפרדת של הקונטרס) (הובא בראש אליהו, כץ, ח"ג סי' לח אות ד עמ' רב, בקובץ מבית לוי, גל' ז, עמ' קז, ובאנציקלופדיה תלמודית כרך יד, ע' חזקת ממון, הערה 246) כותב שאם כתוב סתם, זה ספק אומדנא, ובכל זאת מתחשבים בו, כי יש כאן ספק האם התכוון להקנות בכלל, ודברים שבלב מועילים לבטל את הכוונה שצריך כדי להקנות (ראה דבר דומה בשמו בהערה 453).

ר' יונה מנמק ע"פ הכלל "אוקי ממונא בחזקת מרא", שנאמר לגבי מצבי ספק, ושיעורי ר' אהרן ליכטנשטיין, ב"ב, פ' חזקת הבתים עמ' 205, מסיק מכך שלר' יונה, גם אם הנותן הורה להסתיר את המתנה, אין זה פסול ודאי אלא מסופק.

ראה ליד ציון הערה 680, שאם הגיע הנכס למקבל ברצון הנותן, זכה.

פרישה, חו"מ, רמב, ד, כותב שלרא"ש תפיסה אינה מועילה גם אם המקבל אומר שהוא יודע שהנותן נתן לו בלב שלם.

נתיבות המשפט, דיני תפיסה בעדים, ביאורים, אות ד, מסביר שדוקא בספק בתלמוד שלא נפשט, מועילה תפיסה, כיון שאפשר לפשוט את הספק, ולכן התופס הוא כטוען ברי, אבל כאן התלמוד לא שאל "איבעיא", אלא קבע "חיישינן", הרי שפשוט לתלמוד שזה ספק שאי אפשר לברר, ולכן הוא כספק במציאות שבו לא מועילה תפיסה.

ערך שי ב"ב מא ע"א, מנמק שקנין רפוי אינו קונה כלל, כפי שלמד נתיבות המשפט דיני תפיסה כלל יט, מב"ב קמב ע"ב, וכיון שבשעת הקנין היה ספק, לא קנה כלל, וממילא לא מועיל מה שתפס אח"כ.

שו"ת דברי שלום (מזרחי) חו"מ ח"ב סי' קמא, אות א, מנמק ע"פ שיטתו הכללית של הרא"ש, ב"מ, פ"א, סי' יג, שאין מועילה תפיסה בספק.

תפיסה שלא בעדים: דברי משפט, רמב, ס"ק ב, כותב שאם המקבל תפס שלא בעדים, הוא נאמן לומר שהנותן אמר "כתבו בשוק", מיגו שהיה יכול לומר "לא תפסתי". אבל שו"ת דברי שלום (מזרחי) חו"מ ח"ב סי' קמא, אות ב, כותב שזה כמו מיגו במקום עדים, שאינו מועיל, שכן העובדה שלא נכתב "כתבוהו בשוק" מוכיחה שהנותן לא אמר כך.

דעה חולקת: יד רמה, בבא בתרא, פרק ג, סי' קיב (עב ע"א-ע"ב), כותב שבמיטלטלין, אם הגיעו ליד המקבל, והנותן טוען שנתן לו בתורת מתנה גמורה, אין מוציאים מידו, אבל בקרקע לא שייכת תפיסה, ולא קנה גם אם הקרקע ביד המקבל מזמן השטר, כי גם אז הקרקע עומדת בחזקת בעליה הראשון. הוא מוסיף שאפילו ישב המקבל בקרקע שלוש שנות חזקה, לא קנה, כי ייתכן שהנותן לא התכוון להקנות לו, ומה שהסכים שי ֶשב בקרקע הוא רק לפירות; וגם אם נאמר שהתכוון שהמקבל יזכה בגוף הקרקע, אולי זו החלטה של עכשו, אבל אינו יכול לקנות עכשו כי לא עשה מעשה קנין, ואינו קונה בשטר כי זו מתנה טמירתא. ר' אברהם ברוך מני, בשו"ת ברוך מבנים (סו"ס זכרונות אליהו יו"ד במהד' תרצ"ו), סי' ג, עמ' כח, מסביר שהרמ"ה סובר שאינו קונה ע"י חזקה, לשיטתו ביד רמה ב"ב פ"ה סי' כו, שצריך שהקונה יתכוון לקנות באותו קנין שהוא עושה, ובדומה מביא טור חו"מ, רעה, יא, בשם הרמ"ה, ועוד שלא התכוון לקנות בשום קנין כי חשב שכבר קנה. אבל אח"כ הוא כותב (בעמ' לא-לב) שאם אכן התכוון הנותן שהמקבל יזכה בקרקע עכשו, היה קונה מדין מחילה, כמו שמועילה תפיסה בדשלבל"ע גם בקרקע (ראה בשמו בסעיף 1(ב)); אלא יד רמה סובר שייתכן שהנותן לא התכוון שיזכה בקרקע אלא רק בפירות, וא"כ אין מחילה לגבי הקרקע, ומספק לא מוציאים מיד מרא קמא; וטעמו השני של יד רמה היא להסביר מדוע לא יזכה בפירות שנמצאים בעין באילן - כי לא תפס אותם, וייתכן שרק עכשו החליט הנותן להקנות לו את הפירות. אבל בעמ' לח ובעמ' מג הוא כותב שלפי הרמ"ה, גם אם הנותן "החזיקו" בקרקע, כלומר נתן לו רשות להחזיק, לא קנה. טור, חו"מ, רמב, ה (הובא בשו"ת מהרשד"ם אהע"ז סימן ר, ד"ה עוד ראיתי), מביא שכתב הרמ"ה שבסתם, במתנת מטלטלין, אם תפס המקבל וטוען שהנותן נתן לו במתנה גמורה, אין מוציאים מידו כיון שדין שטר סתם הוא ספק בתלמוד. שו"ת משפט צדק ח"א סימן נב (קסט ע"ג), כותב שאפשר לומר קי"ל כרמ"ה, שמועילה תפיסה במטלטלין.

שו"ת מהר"ם מינץ סימן סו (הראשון), ובני אהרן, חו"מ, סי' רמב (קלא ע"א-ע"ב), כותבים שגם לפי הרמ"ה, אם הנותן אמר לעדים בפירוש להסתתר, מוציאים מהתופס. אבל ב"י, חו"מ, רמב, ד, כותב שהטור סובר שלדעת הרמ"ה גם במתנה טמירתא גמורה מועילה תפיסה. וכך מדייק שמחת עולם (לגו) ב"ב מ ע"ב (דף יא ע"ג בדפי הספר), מיד רמה, בבא בתרא, פרק ג, סי' קיב (עב ע"ב).

ר' אברהם ברוך מני, בשו"ת ברוך מבנים (סו"ס זכרונות אליהו יו"ד במהד' תרצ"ו), סי' ג, עמ' לח, כותב שלפי יד רמה, תפיסת מיטלטלין מועילה גם אם התברר שהמקבל לחץ עליו לתת, כמו אם אמר להם שיסתתרו, שהרי גם אם המקבל לחץ עליו, זה לא הוכחה מוחלטת שלא נתן בלב שלם, והמקבל יכול לטעון שבאמת נתן בלב שלם. אבל הוא מעלה ספק (בעמ' לט) האם תועיל תפיסה לדעת הרמ"ה אם גם אמר לעדים להסתתר, וגם התברר שהמקבל לחץ עליו, שמצד אחד יש שתי הוכחות לביטול המתנה, ומצד שני המקבל עדיין יכול לטעון שההסתרה נבעה מסיבה אחרת.

הערות וציונים (אוסטרן) ב"ב מא ע"א (עמ' קכז) מדייק מיד רמה שם, שגם אם הנותן אמר לעדים להסתתר, מועילה תפיסה במטלטלין, כי זה פסול רק ספק. והוא מקשה, הרי יש ספק האם היתה לנותן גמירת דעת, וזה ספק במציאות, שבה לכל הדעות אין מועילה תפיסה? הוא מיישב בשתי דרכים: (א) יד רמה עוסק בתפיסה ברשות, כלשונו "דמטו לידא דמקבל", ותפיסה ברשות מועילה, כדברי קונטרס הספקות כלל ז, ואילו הרא"ש סובר שלא מועילה אפילו תפיסה ברשות כי לדעתו המתנה פסולה באופן ודאי. (ב) הרמ"ה סובר שהספק האם היתה לנותן גמירת דעת, נחשב ספק בדין, ולכן מועילה תפיסה.

ב"י, חו"מ, רמב, ד (הובא בבן ידיד הל' זכיה, ג, א, דף מח ע"ד), כותב שהרמ"ה עוסק במקבל שטוען שהנותן אמר "כתבו בשוק" וכו' אלא שהעדים לא הקפידו לכתבו, וכגון שהעדים אינם בפנינו ולכן אי אפשר לשאול אותם, אבל אם המקבל מודה שהנותן לא אמר כך, מסכים הרמ"ה שלא מועילה תפיסה. לעומתו, בני אהרן, חו"מ, סימן רמב (קלא ע"א-ע"ב),

כותב שהטור סובר שלדעת הרמ״ה בסתם מועילה תפיסת המקבל גם אם הוא אומר שהנותן אמר סתם אבל התכוון למתנה גמורה והתכוון שיכתבו כתקנת חכמים.
ט״ז, חו״מ, רמב, כותב שטעם הרמ״ה הוא שלדעתו מועילה תפיסה בספק בדין. שו״ת דברי שלום (מזרחי) חו״מ ח״ב סי׳ קמא, אותיות ב-ג, כותב שלפי הבנה זו, תפיסתו תועיל גם אם בשטר כתוב שהנותן אמר להסתיר, והמקבל טוען שלא הסתיר, כי גם אם אמר להסתיר, פסול מתנה מטירתא הוא רק ספק. אבל דברי שלום עצמו אומר שלפי הר״מ תפיסה מועילה רק כי המקבל טוען שהנותן נתן לו בלב שלם, שלפי דבריו אין זה מצב של ספק בדין, אבל אם הוא טוען שהנותן לא הסתיר, לא יועיל, כי זה עדיין ספק, ולדעתו לא מועילה תפיסה בספק בדין.
רא״ב מני שם (עמ׳ מז) כותב שלדעת ר״י מיגאש ור׳ אפרים במטלטלין מועילה תפיסה בסתם כי זה רק חשש.
שו״ת מהר״ם אלשיך, סי׳ סד, ור׳ דוד פינטו, בשו״ת מכתם לדוד, חו״מ, סימן כד (ד״ה נמצינו למדין), מדייקים מלשון הרמב״ם ״חוששין שמא מתנה מסותרת היא״, שבסתם זה רק חשש, ולכן תפיסה מועילה. גם לחם משנה הלכות זכיה ומתנה, ה, א, ור׳ דוד פרדו, בשו״ת מכתם לדוד, חו״מ, סי׳ כה (ד״ה שבתי וראיתי), כותבים שלרמב״ם בסתם זה רק חשש, ולכן **במטלטלין** תפיסה מועילה.
ביאור הגר״א חו״מ, רמב, ס״ק י (הובא בערוך השולחן, חו״מ, רמב, ג), כותב שהרמב״ם הולך לשיטתו, בהלכות בכורות, ה, ג, שתפיסה מועילה בספק, ולכן **במטלטלין** תפיסה מועילה, אבל בקרקע לא מועילה תפיסה כי היא בחזקת בעליה.
גם חוסן ישועות ב״ב מא ע״א, כותב כך בדעת הרמב״ם, אבל הוא מעיר שרוב הפוסקים חולקים עליו בזה; ורק אם המקבל טוען שהנותן החזיק אותו בנכס, שאז הוא קונה (כאמור ליד ציון הערה 680), הוא זוכה במטלטלין, מפני שלדבריו זו תפיסה ברשות. שיעורי הגרמ״ש ברמן (שיעורי מורנו), ב״ב מא ע״א, אות ע, מקשה על הסבר זה, הרי הרמב״ם מודה שאם יש מרא קמא לא מועילה תפיסה ממנו גם במטלטלין, כדברי שו״ת הרשב״א, ח״א, סי׳ שיא? והוא מתרץ שפסול מתנה טמירתא הוא תקנת חכמים, ומה שחכמים תיקנו הוא ספקא דדינא, ובספקא דדינא אין ב״ד מתערבים לעשות הכרעה כמ״ק. שו״ת דברי שלום (מזרחי) חו״מ ח״ב סי׳ קמא, אות ג, כותב שהדין כאן תלוי במחלוקת הכללית, שרמב״ם ושו״ע סוברים שמועילה תפיסה בספק בדין באופן כללי, ולכן מועילה תפיסה בסתם, ואילו לרמ״א שפוסק כרא״ש באופן כללי שלא מועילה תפיסה בספק, לא מועילה כאן. גם שו״ת משפטיך ליעקב ח״ג סי׳ כז אות ג (=שרידים גל׳ יח עמ׳ סד-סה), כותב שהמחלוקת תלויה במחלוקת הכללית.
ר׳ דוד פינטו, בשו״ת מכתם לדוד, חו״מ, סימן כד (ד״ה נמצינו למדין), כותב שרשב״ם, ב״ב מא ע״א (ד״ה חיישינן), סובר שבסתם תפיסה מועילה. כמו כן, בני אהרן, חו״מ, סימן רמב (קלא ע״א-ע״ב), כותב שלרשב״ם, אם הנותן אמר לעדים להסתתר, לא מועילה תפיסה, ובסתם מועילה תפיסה. כמו כן, הערות וציונים (אוסטרן) ב״ב מא ע״א (עמ׳ קכו), כותב שלרשב״ם בסתם אם המקבל תפס את הקרקע אין מוציאים מידו, והוא הולך לשיטתו המבוארת בתוס׳ ב״ב לב ע״ב (ד״ה והלכתא) שבספק בדין, אין הולכים אחר חזקת מרא קמא; אבל אם אמר ״הסתתרו״, ביטול המתנה הוא מדין ודאי, ולא מועילה תפיסת המקבל. גם סוכת דוד, ב״ב מ ע״ב, אות סג, מסביר שהרשב״ם לשיטתו שם, וסובר שכאן זה ספק בדין כיון שיש מחלוקת האם לאמוד שאין לנותן גמירת דעת; ואילו הדעה האחרת סוברת שגם בספק בדין מרא קמא זוכה, ולכן תפיסה לא מועילה, ועוד, שאפשר לראות זאת כספק במציאות, האם הנותן התכוון לתת, ובזה תפיסה מועילה. חידושי בתרא, ב״ב, מהדו״ת, אות תז, דוחה את ההסבר שהרשב״ם לשיטתו, שהרי כאן זה לא ספק בדין אלא ספק מה כוונת הנותן, וזה ספק במציאות, שבדרך כלל מועילה בו חזקת מרא קמא; והוא מסביר שהרשב״ם לומד מלשון ״חיישינן״ שהדין שונה מספק רגיל, בכך שכאן לא יועיל חזקת מ״ק, כי יש יותר נטייה להכשיר את מתנה, אבל לא לכתחילה. אבל הרשב״ם שם נקט ״ואי מגבינן לא מהדרינן עובדא״, וראה הערה 610, ששיעורי ר׳ דוד ואיילת השחר כתבו שלדעתו תפיסה **אינה מועילה**, ורק אם קיבל את הקרקע ע״י פסק של ב״ד, אין מוציאים מידו. כמו כן, סוכת דוד, שם, מעלה אפשרות שלדעת הרשב״ם, רק אם קיבל את הנכס ע״פ ב״ד, הוא זוכה, כי תפס ברשות.
שו״ת מהר״ם גלנטי, סימן סו, כותב שלדעת הר״ן ושאר הגאונים, בסתם מועילה תפיסה במטלטלין, אבל אם סופו הוכיח על תחלתו, שאחרי כן נתן הנותן את הנכס לאדם אחר, הוא כאילו אמר בפירוש ״אל תגלו מתנה זו״, והיא בטלה לגמרי.
ישועה בראש, ב״ב מ ע״ב, כותב שאם הנותן אמר לעדים סתם, לא מועילה תפיסה, כי יש ספק באומדן דעת הנותן, האם התכוון למתנה אמיתית, והמקבל אינו יכול לטעון ברי שהתכוון למתנה אמיתית; אבל אם השטר כתוב בסתם, ולא ידוע אם הנותן אמר ״כתבו בשוק״ או לא, והמקבל טוען ברי שהנותן אמר ״כתבו בשוק״, מועילה תפיסה במטלטלין, אבל לא בקרקע, כי היא עומדת בחזקת מרא קמא.
רמ״ה, המובא בראש״ש כתובות פ״ב סי׳ יג, אומר באופן כללי שתפיסה בספק אינה מועילה, ולכאורה זה סותר לדבריו כאן. תקפו כהן סי׳ יד, מתרץ שדוקא כאן מועילה תפיסה, כי מהסוגיה מוכח שגם מי שפוסק שהמתנה בטלה, זה רק מספק. והוא כותב שאם יש ספק במציאות, שהמקבל טוען שהיה גלוי והנותן טוען שהיה מוסתר, לא מועילה תפיסה לרמ״ה. בני שמואל, שו״ת, סי׳ מ (צה ע״ד) [להרחיב], תירץ שכאן מדובר שהנותן שתק כשהמקבל תפס, ולכן מועילה תפיסתו כי היא נחשבת תפיסה ברשות; וגם בזה, הרא״ש חולק ואומר שהתפיסה אינה מועילה, כי הוא סובר שתפיסה כזאת אינה נחשבת תפיסה ברשות, ועוד, כי הוא סובר ש״סתם״ נחשב מתנה טמירתא באופן ודאי. שו״ת סם חיי, סי׳ נז (קטו ע״ד), מתרץ שני תירוצים: (א) מה שהרמ״ה אומר שלא מועילה תפיסה, הוא באופן שהאחר יכול לסלק אותו בתשלום כסף (כלומר, שיש רק ויכוח האם א חייב ל-ב כסף), ואז המטלטלין נמצאים בחזקת בעליהם הראשון; אבל אם שניים מתווכחים על הבעלות במיטלטלין, וכל אחד אומר שחפץ מסוים הוא שלו (שאז האחר אינו יכול לסלק את התופס בכסף), סובר הרמ״ה שמועילה תפיסה, ולכן פסק כאן שמועילה תפיסה. (ב) מה שהרמ״ה אומר שלא מועילה תפיסה הוא אם שניהם טוענים ברי, אבל אם אחד שותק, והתופס טוען ברי, מועילה התפיסה; וכאן מדובר שגם הנותן אומר ״אמרתי לעדים לכתוב בשוק״, אלא שחוששים שהוא עשה קנוניה עם המקבל כדי להבריח את הנכס מנושיו, ולכן המתנה בטלה, אבל אם תפס המקבל, התפיסה מועילה. בני אהרן, חו״מ, סימן רמב (קלא ע״ב), מתרץ שדוקא כאן סובר הרמ״ה

גם אם הנותן לא ציווה לעדים לכתוב בפרהסיא, הרי אם ציווה להם **לחתום** בפרהסיא, או לתת את השטר למקבל בפני עדי מסירה בפרהסיא, המתנה תקפה[623], מפני שבכתיבת השטר אין חשיבות, שהרי אף המוצא טופס שטר בשוק שלא נכתב על מתנה זו, יכול לכתוב בו את שם הנותן והמקבל ולהחתים עליו עדים והוא כשר[624]; אבל רצוי לפרסם גם את הכתיבה[625]. אבל אם אמר להם **להסתיר** את הכתיבה או את המסירה, המתנה בטלה גם אם ציווה לפרסם את החתימה, מפני שהכתיבה והמסירה נוגעות לעיקר המתנה וקניינה[626]. אם אמר להם **להסתיר** את הכתיבה, המתנה בטלה גם אם ציווה לפרסם את המסירה, כמו ששטר שיש בו פגם ניכר לעין ("מזויף מתוכו") פסול גם אם יש עדי מסירה[627]. אם לא ציווה לחתום או למסור בפרהסיא, המתנה בטלה גם אם ציווה לכתוב בפרהסיא, מפני שכתיבת השטר אינה חשובה והעיקר הוא החתימה או המסירה[628].

גם אם הנותן לא אמר לעדים לכתוב במקום גלוי, הסופר יכול לכתוב (בדברי העדים) "ואמר לנו כתבו בשוק", כי מן הסתם הנותן התכוון שיכתבו את כל יפויי הלשון שצריכים להיות בשטר, והמתנה תקפה[629].

שמועילה תפיסה, כי יש ספק ספיקא, אולי הנותן לא אמר לעדים להסתתר, וגם אם אמר להם להסתתר, ייתכן שהתכוון לתת במתנה גמורה והסתיר אותה כי לא רצה שאנשים ידעו שהוא עושה טובות ויבואו לבקש ממנו מתנות. בני אהרן הולך לשיטתו, לעיל בהערה זו, שהרמ"ה מסכים שאם אמר להם להסתתר לא מועילה תפיסה - כי אז יש רק ספק אחד (אבל כאמור מבואר ביד רמה להיפך).

[621] עליות דרבנו יונה, ב"ב מא ע"א.

[622] ט"ז, חו"מ, רמב, ג; ערוך השולחן, חו"מ, רמב, ג.

[623] עליות דרבנו יונה, ב"ב מא ע"א; טור חו"מ, רמב, ז (הובא בשו"ת משאת משה, ח"א, חו"מ, סי' ה, דף כה ע"ד); שו"ע, חו"מ, רמב, ד (הובא בשו"ת להורות נתן חלק ג סימן קט); רמ"א, חו"מ, רמב, ה; ערוך השולחן, חו"מ, רמב, ה.
שיעורי ר' דוד (פוברסקי) בבא בתרא מ ע"ב, אות תקצז, מקשה מדוע די שהמסירה תהיה בגלוי, גם אם החתימה מוסתרת, הרי שטר שיש פסול בחתימתו ("מזוייף מתוכו") פסול אף שעדי המסירה הם העיקר (גיטין י ע"ב)?

[624] סמ"ע, רמב ס"ק ח.

[625] ערוך השולחן, חו"מ, רמב, ג.

[626] שו"ת מקיץ בן חי, סי' א (ט ע"א); שו"ת מכתם לדוד חו"מ סי' טו, ד"ה ברם הוסיף (על הסתרת המסירה). מקיץ בן חי מדייק כך מב"י, חו"מ, רמב, ו, בשם רבנו יונה.
גם חושן האפוד, חו"מ, רמב, אות כד, כותב שאם הסתיר את המסירה, המתנה בטלה, ומסביר שאף שאין צורך בעדי מסירה אם יש עדי חתימה, הרי יש דעה שהמקבל קונה רק אם הגיע השטר לידו (ראה סעיף 6), ואם אמר לעדים להסתתר בשעת המסירה, הנותן יכול לומר קי"ל כאותה דעה, שהמסירה היא גמר הקנייה, ולכן כשהיא מוסתרת אינה מועילה.
אבל שו"ת בני שמואל סי' מ (צד ע"ד) (הובא בעיני דוד הלכות זכיה ומתנה, ה, א, ד"ה והרב מוהרש"ח) כתב שאם ציווה לחתום בפרהסיא, גם אם בעת המסירה צווה שיסתתרו, המתנה תקפה. מכתם לדוד שם מביא חכם אחד שסבר כך.

[627] בני אהרן, חו"מ, סימן רמב (קלא ע"ד).

[628] ב"י, חו"מ, רמב, ז (הובא בשו"ת משאת משה, ח"א, חו"מ, סי' ה, דף כה ע"ד); ערוך השולחן, חו"מ, רמב, ה.
ייתכן שזאת כוונתו של שו"ת גינת ורדים חו"מ כלל ה סימן טו (ד"ה ואני אומר), הכותב שלא די שהמתנה תהיה גלויה בשעת הכתיבה, אלא צריך שגם בשעת הזכייה תהיה גלויה.
אבל בני אהרן, חו"מ, סימן רמב (קלא ע"ג), כותב שהרמב"ם (הערה 588) סובר שדי שהכתיבה תהיה בפרהסיא, שהרי כתב "וכתבו לו".

[629] פסקי רי"ד, בבא בתרא מא ע"א, ותוס' רי"ד שם; ר' שמחה שפירא, בתשובות ופסקים מאת חכמי אשכנז וצרפת (בעריכת קופפר), סי' קז (=שבלי הלקט ח"ב סי' קיט), גם בשם הרשב"ם; פסקי רקנטי, סי' שלו; בני חיי, חו"מ, רמב, הגה"ט אות א, בדעת רשב"ם, ב"ב מא ע"א (ד"ה והלכתא); מלאכת שלמה (חכים), הלכות זכיה ומתנה, ה, א (ד"ה ולענ"ד דברים), בדעת הרשב"ם שם; ימי שלמה, הלכות זכיה ומתנה, ה, ב, בדעת הרשב"ם שם, ובדעת הרמב"ם; עיני דוד, הלכות זכיה ומתנה, ה, א (ד"ה ובמטו), בדעת הרשב"ם שם; מעשה רקח הלכות זכיה ומתנה, ה, א, בדעת הרמב"ם והרא"ש; ר' דוד פינטו, בשו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סימן כד (ד"ה נמצינו למדין), בדעת הרמב"ם (גם בזמן התלמוד); שו"ת מהרא"ל צינץ, חו"מ, סי' לח, אות ו (סד ע"ד), בדעת הרמב"ם; שו"ת אגרות משה יורה דעה חלק ג סימן קסו ("דהוא כאמר להו").
ר' דוד פינטו, כותב שגם לדעה זו, אם ידוע שאמר שיסתירוה, המתנה בטלה גם אם נכתב השטר "כתבו בשוק".
ר' שמחה שפירא שם מוסיף שראוי שהעדים יאמרו לנותן בשעת הקניין: "אתה מקנה לו כתיקון שתיקנו חכמים".
ר' דוד פרדו, בשו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סי' כה (ד"ה תשובה), כותב שהרשב"ם סובר שמאז שנפסק בדור האחרון בחתימת התלמוד שבסתם "חיישינן", יש ספק בנותן האומר סתם, האם כוונתו "כתבו כתקנת חכמים בפרהסיא", או "כתבו בטמירתא", ומספק העדים צריכים להניח שלא אמר דברים בטלים אלא סמך על תקנת חכמים, והם יכולים וצריכים לכתוב כך כדי שלא יהיה ספק, והיות שהנותן יודע שלפי הדין, עדים צריכים לכתוב כך, לכן אם באמת אין בדעתו לתת מתנה גמורה, ימחה בידם, ואם לא מחה, יש להניח שהסכים שיכתבו כתקנת חכמים, ואינו יכול לומר

אם הנותן **פירסם** את מתנתו בקהל, המתנה תקפה גם אם לא כתוב בשטר "כתבו בשוק"[630]. כך גם אם מסר את השטר בפרהסיא בפני עדים[631]. כך גם אם רשם את המתנה **במירשם** הממשלתי ("טאבו"), דבר שמפרסם את נתינת המתנה - רישום זה גם מסיר את החשש[632] שהנותן מערים ומתכנן למכור את הנכס לאדם אחר, שהרי עכשו שהמתנה רשומה במירשם, אינו יכול למכור לאחר, וגם החשש[633] שאינו נותן בלב שלם נעלם כאן, כי הרישום במירשם מוכיח שנתן בלב שלם[634]. גם **התחייבות** לרשום את המתנה במירשם, נותנת לה תוקף, כיון שהדבר מלמד על נכונות הנותן לפרסם אותה[635].

אם כתוב בשטר שהנותן אמר שהמתנה "גלויה ומפורסמת", היא תקפה גם אם לא כתוב "כתבו בשוק", שהרי בכך גילה את דעתו לעדים שאינו רוצה שהמתנה תהיה מוסתרת[636]. כמו כן, אם כתוב בשטר שהנותן ביקש שיכתבו "כתקנת חכמים", המתנה תקפה[637], משום שהדבר מוכיח שהנותן אמר לסופר לכתוב כראוי, והסופר

שהתכוון שיסתתרו. והוא כותב (בד"ה הגם הלום) שלפי רב האי המובא בחי' הרמב"ן, ב"ב מ ע"ב, כבר בזמן התלמוד היו כותבים "כתבו בשוק", ולכן אם אמר "כתבו" סתם, יש להניח שהתכוון לומר שיכתבו "כתבו בשוק" כמו שנהוג לכתוב.
מהרא"ל צינץ מסביר שרק אם לא כתוב כך בשטר חוששים שהנותן אמר לעדים להסתתר, שהרי אילו אמר סתם "כתבו", היו צריכים לכתוב "כתבו בשוק". הוא מביא ראיה לכך ממה שמצאנו כמה פעמים בתלמוד "תנו מנה לפלוני" ולא נאמר שאמר "כתבו בשוק". הוא מסביר שמה שהתלמוד אומר שאם לא אמר לעדים כלום, המתנה בטלה, הוא בזמן התלמוד, שהיו רגילים לומר "כתבו בשוק" (אבל יש להעיר שבזה סתר את מה שאמר לפני כן, שבתלמוד נאמר "מנה זה לפלוני" סתם מפני שדי בכך), ולכן העובדה שלא אמר כך היא ריעותא; אבל מסקנת הסוגיה היא שרק "חיישינן", כלומר מה שלא אמר כך אינו ריעותא, ורק אם לא כתוב כך בשטר, המתנה בטלה.
דעה חולקת: פסקי ריא"ז, ב"ב פ"ג הלכה ג אות כא, כותב שאם אמר לעדים סתם, אינם יכולים לכתוב יותר מזה, ולכן המתנה בטלה. שלטי הגבורים, ב"ב כא ע"ב (בדפי הרי"ף), מביא את הריא"ז בנוסח שונה, שבתחילה הוא כותב שהם **יכולים** לכתוב "אמר לנו כתבוהו בשוק", ואח"כ כתב שנראה לו **שאינם** יכולים. משנה למלך הלכות זכיה ומתנה ה, ב (הובא בשו"ת ברוך מבנים (סו"ס זכרונות אליהו יו"ד במהד' תרצ"ו) סי' א, עמ' ג), מביא רק את תחילת דבריו המובאים בשלטי הגיבורים, וכותב שזו דעה יחידית, הרי שהוא סובר שהמתנה בטלה. מאירי, בבא בתרא מ ע"ב (ד"ה חכמי פרווינשאה) מביא דעה זו בשם חכמי פרווינשאה (בזמן הזה), ודוחה אותה. מהרא"ל צינץ שם (סד ע"ד) מעיר שלפי השיטה (בהערה 722) שתוס' וראי"ש אומרים **שבזמננו**, אם הנותן אמר סתם, העדים יכולים לכתוב "כתבו בשוק", נמצא שלדעתם, מעיקר הדין אינם יכולים לכתוב כך.
עי' שו"ת ברוך מבנים (סו"ס זכרונות אליהו יו"ד במהד' תרצ"ו), סי' ד, עמ' קיז-קכ, בבירור דעת ר"ח בכגון זה.
ראה עוד ליד ציון הערה 720, על הדין בכגון זה בזמננו.

[630] ר' ישעיה בן מהרי"ט, בשו"ת זרע אנשים סי' סח (סז ע"א).
שו"ת רש"י, סי' רי, נוקט שאם הנותן הכריז לקהל שיבואו וישמעו את דבריו, ולא רצו לבוא, המתנה תקפה.

[631] שו"ת להורות נתן חלק ג סימן קט.

[632] ליד ציון הערה 597.

[633] ליד ציון הערה 589 ואילך.

[634] ר' ישעיה בן מהרי"ט, בשו"ת זרע אנשים סי' סח (סז ע"א); עיונים במשפט (שאנן), חו"מ סי' ל עמ' רפו (הובא בפסקי דין ירושלים, כרך יג, עמ' תקז).
אלא שבנידונו של עיונים במשפט, הרישום נעשה במרמה, ולכן פסק שהמתנה בטלה. בנידונו לא היה שטר מתנה, והמתנה הוקנתה רק ע"י העברת הרישום במירשם, וההסתרה היתה בכך ששאר בניו של הנותן לא ידעו על המתנה. ואכן הוא אינו מנמק שמירשם מביא פרסום, אלא את הנימוקים האחרים.
בפסקי דין ירושלים כרך יג עמ' תמא, ניתן נימוק נוסף שמתנה שנרשמה במירשם תקפה: כיון שהמקבל זוכה בנכס מיד ע"י הרישום (ראה סעיף 6 לשאלה האם רישום זה יוצר קנין), ע"פ הדין ליד ציון הערה 689, שאם המתנה נקנית מיד, היא תקפה.

[635] דיני ממונות, חלק ג, שער ג, פרק ג, עמ' קג. הוא כותב שזו גם כוונת שו"ת מהר"י קצבי, סי' כג.

[636] משנת ר' אליעזר (טולידו) ח"ב מע' מ אות פה. הוא מביא ראיות לדבריו: (א) הרמב"ם (הערה 588) אומר "צריך שתהיה גלויה ומפורסמת". (ב) שו"ת משפט צדק ח"ב סי' לו, עוסק בכגון זה, ופוסק שהמתנה תקפה. (ג) משו"ת מהרי"ט ח"ב חו"מ סי' כא, נראה שבנידונו היה כתוב רק "גלויה ומפורסמת", ופסק שהמתנה תקפה; ואף שמהר"י באסן שם פסק שהמתנה בטלה, זה היה מטעם אחר.
אבל ר' אברהם ברוך מני, בשו"ת ברוך מבנים (סו"ס זכרונות אליהו יו"ד במהד' תרצ"ו), סי' ג, עמ' נז, כותב שאם העדים כתבו כך מפי עצמם, ולא כציטוט מדברי הנותן, אין זה מועיל; והוא מסביר שזאת כוונת שו"ת מהר"י קצבי דף עא ע"ב, ומשחא דרבותא דף כב ע"ב, שכתבו שלשון זו אינה מועילה.

[637] נימוקי יוסף, ב"ב כא ע"ב (בדפי הרי"ף) בשם הרמב"ן (הובא בשו"ת בני שמואל, סי' יג, בשו"ת מהרא"ל צינץ, חו"מ, סי' לח, אות ו דף סה ע"ב, בקהלת יעקב, אלגזי, לשון בני אדם, אות ש, כלל תשנח, בשו"ת ברוך מבנים (סו"ס זכרונות אליהו יו"ד במהד' תרצ"ו), סי' ב עמ' טו, ובערוך השולחן, חו"מ, רמב, ז); שו"ת שושנים לדוד (צבאח) ח"ב אהע"ז סי' נא

טעה ולא כתב "כתבו בשוק"[638]. כך גם אם כתוב שהמתנה ניתנה "כראוי" או "כדין"[639], או "וקבלתי עלי שטר מתנה זו כחומר כל שטרי מתנות"[640], או שהשטר "נעשה בכל אופן היותר מועיל לדעת רז"ל"[641]. כמו כן, אם כתוב בשטר "שלא תהא כמתנה טמירתא", המתנה תקפה[642].

אבל אם אמר רק "כתבו בכל לשון של זכות וייפוי כח", אין זה מועיל[643], כי חוששים שמא לא נתן אלא למראית עין, מחמת אילוץ כלשהו, בלי גמירת דעת, ולכן אינו רוצה לפרסם את המתנה, ומה שאמר שיכתבו

(כג ע"ג) (אם בסוף השטר כתוב "הכל כתיקון חז"ל"); ערך לחם, חו"מ, רמב, ה (הובא בשו"ת רבנו יוסף מסלוצק סימן צט, בסופו); ערך השלחן, חו"מ, רמב, ס"ק יד (קלט ע"ב).
ערך השולחן כותב שגם מי שסובר ש"כתיקון חז"ל" אינן מועיל במקנה פירות דקל, שייחשב כאומר "דקל לפירותיו" שמועיל (ראה סעיף 1(ב)), או אינו מועיל לענין הקנאת שטר, שייחשב כאילו אמר "קנה לך אותו ואת כל שעבודו" (ראה סעיף 6), זה מפני ששם חסרה ההקנאה, אבל כאן אין חסרון בהקנאה אלא נדרשת רק הוכחה שהנותן מתכוון להקנות.
אבל שו"ת פני משה ח"א סי' סו (קס ע"ב), וברכות מים, חו"מ סי' קצד (רא ע"ד), כותבים שהרמב"ן מתכוון לומר שהמתנה תקפה אם הנותן אמר להם "כתבוהו בשוק" כמו שחכמים תיקנו לומר, ולא התכוון שדי לומר את המלים "כתקנת חכמים".

[638] בני שמואל, שו"ת, סי' יג (מד ע"ב-ע"ג) [להרחיב].
בני שמואל מוסיף שגם אם כתובה המלה "וכו'" במקום שרגילים לכתוב "כתקנת חכמים", המתנה חלה כאילו נכתב.
שו"ת פני משה ח"א סי' סו (קס ע"ב), מסכים עם בני שמואל.
אבל אורים גדולים, סי' ל, לימוד קפט, כותב שפני משה (הוא לא ציין מראה מקום, והדברים רמוזים בפני משה שם, קס ע"ד, ומפורשים גם בפני משה ח"ב סי' יד, שנביא בסעיף 6 על לשון "כתקנת חז"ל" באופן כללי) מכשיר רק אם נכתב בשטר **שהעדים** אומרים ששטר זה הוא ככל שטר העשוי כתקנת חז"ל, כי בכך הם מעידים שנעשה כתקנת חז"ל ותקנת חז"ל היא שתהיה מתנה גלויה, משא"כ אם נכתב בשטר ש**הנותן** אומר כך. כמו כן, שו"ת משנת ר' אליעזר ח"א סי' יב, כותב שאם כתוב בשטר רק שעשה "לפו"ד [=לפום דינא] וכתקנת חז"ל", אינו מועיל.

[639] בני שמואל, שו"ת, סי' יג (מד ע"ב-ע"ג).

[640] ראבי"ה, המובא באור זרוע, חלק א, שו"ת, סימן תשנז (הובא בשו"ת רבנו יוסף מסלוצק סימן צט, בסופו); שו"ת תורת חיים (מהרח"ש) חלק ב סימן טז (ד"ה ויש להביא) (גם בדעת הרמב"ן, הערה 643).

[641] שו"ת בית יצחק (שמלקיש) חו"מ סי' ע, אות ב (הובא בשו"ת מקדשי השם ח"ב סי' יג, דבר צבי הערה ו).
שו"ת וזאת ליהודה (טרב) חו"מ סימן ז (ד"ה והגם), נוקט באופן כללי, שאם הנותן אמר לב"ד שהוא רוצה להקנות כדין בכל חיזוקי סופר, אלא שהסופר טעה ולא כתב "כתבו בשוק", המתנה תקפה.

[642] ר' משה בר חנוך, בתשובות גאוני מזרח ומערב סימן רז. המהדיר, הערה ו, כותב שזה כדעת ר"ח המכשיר סתם (ראה הערה 610). אבל נראה יותר שנוסח זה עדיף מסתם, ומשמש כהוראה שלא יסתירו.

[643] חידושי הרמב"ן, ב"ב מ ע"ב (הובא בנ"י שם, בשו"ת רשב"ש סי' קיד, בב"י שם, בשו"ת זרע אנשים סי' סח (סז ע"א), בשו"ת ברוך מבנים (סו"ס זכרונות אליהו יו"ד במהד' תרצ"ו), סי' ג, עמ' כד, וסי' ד, עמ' קכא, בערך השלחן, חו"מ, רמב, ס"ק יד (קלח ע"ד), במשכנות הרועים מע' ל אות א, ד"ה וחזי, ובערוך השולחן, חו"מ, רמב, ז); תשב"ץ חלק ג סי' שכה; שו"ת משאת משה אהע"ז סי' ל (קצד ע"ג), בדעת הרמב"ם; שו"ת בני שמואל, סי' יג (מד ע"ב), בדעת ר"ח, המובא בנימוקי יוסף, ב"ב כא ע"ב (בדפי הרי"ף).
דעה חולקת: נימוקי יוסף, ב"ב כא ע"ב, בדפי הרי"ף (הובא בב"י, חו"מ, רמב, ח, ובשו"ת שואל ונשאל חלק ד חו"מ סימן א אות יג) מביא שרבנו יונה כותב שאם כתובה לשון זו, אין חוששים למתנה טמירתא, כי יש במשמעותה הוראה שיכתבו בשוק (יש להעיר שעליות רבנו יונה, ב"ב מא ע"א כותב כך על זמננו, שנהוג לכתוב בשטר "כתבו בשוק"). משאת משה אהע"ז שם כותב שגם רבנו יונה מודה שלא מועיל אם ברור שהנותן לא יודע לדבר כך, אלא הסופר כתב מלים אלו מעצמו, ורק אם הנותן אמר כך מעצמו אומר רבנו יונה שמועיל, כי יש אמדן דעת שהיות שחיזק את כוחו של המקבל כל כך, לא התכוון לדחותו. גם שו"ת עין משפט (הלוי) חו"מ סי' מה (סט ע"ב), כותב ש"כתבו כל יפוי השטרות" מועיל. גם שו"ת גינת ורדים חו"מ כלל ה סימן ה (ד"ה נמצינו למדין), ור' מרדכי סגרון, המובא בשו"ת ישכיל עבדי חלק ב, חו"מ, סימן ה, אות יח, כותב ש"כתבו בכל לשון של זכות וייפוי כח" מועיל.
משכנות הרועים מע' מ אות רפד (ריט ע"ד), מבאר את המחלוקת, שלדעת רבנו יונה, היות שציווה להם לכתוב לשונות יפוי, ניכר שהוא נותן בלב שלם, ומן הסתם כתבו את השטר בגלוי, כי חזקה שליח עושה שליחותו; ולדעת הרמב"ן לא די באמירת הנותן עד שיעידו על עצמם שעשו כתקנת חז"ל. במע' ל אות ג (קסה ע"ד) הוא מביא את המחלוקת, וכותב שלדעת הרמב"ן מועיל רק אם הנותן גם יקבל על עצמו את השטר "כחוזק כל שטרות", שיהיה "כמו שנוהגים כתיקון חז"ל". במע' מ אות שח (רלז ע"ג), הוא כותב במסקנתו, שהמתנה תקפה כי לשון זו מראה שהנותן נתן מרצונו.
שו"ת גינת ורדים חו"מ כלל ה סימן ה (ד"ה נמצינו למדין), מעלה אפשרות שלנימוקי יוסף לשון זו מועילה רק שהעדים יוכלו לכתוב "כתבוהו בשוק" בלי הוראה מפורטת של הנותן, אבל אם לא כתבו בשטר "כתבוהו בשוק", המתנה בטלה.
חידושי הריטב"א בבא בתרא מ ע"ב, כותב שבסתם, אם ציווה לעדים לכתוב בכל לשון של זכות, המתנה תקפה; אבל הוא מעלה ספק האם הדין כך גם אם אמר לעדים להסתתר. ר' שלום מזרחי, פד"ר, כרך יג, עמ' 202 (=דברי שלום, מזרחי, אהע"ז, ח"א, סי' א), לומד מדבריו שאם אמר שהוא נותן "במתנה גמורה בכל דרכי הקנין", המתנה תקפה.
אורים גדולים, סי' ל, לימוד קפט, כותב שאפשר לומר קי"ל כרמב"ן שהמתנה בטלה. שו"ת ידיו של משה חו"מ סי' כג, כותב שבגלל המחלוקת א"א להוציא ממון.

בכל לשון של זכות כוונתו שיכתבו את השטר בכל תנאיו הנחוצים בינו לבין העדים, אך אינו רוצה לפרסם אותה[644]. כמו כן, אם כתוב בשטר רק שהשטר לא ייפסל מחמת שום טענה וריעותא "ותמיד יהיה בתוקפו", המתנה בטלה, כי גם אז יש חשש שכתב זאת רק כדי לרמות את המקבל[645].

בצוואה מחמת מיתה ובשכיב מרע

"מצווה מחמת מיתה"[646] שנתן מתנה, ולא אמר לעדים לכתוב אותו בשוק ("סתם"), והם לא כתבו זאת בשטר, המתנה תקפה[647]. טעם הדבר הוא, שכאן אין לחשוש שאינו נותן מדעתו אלא להחניף למקבל, שהרי הוא הולך למות וכבר לא איכפת לו[648]; ועוד, שהקילו עליו כי מתוך טרדתו אינו יכול להאריך ולומר "כתבו בשוק"[649]. גם הטעם[650] שחוששים שהוא מערים וימכור את הנכס לאחר, לא שייך כאן, שהוא עומד לפני מותו[651]. ועוד, שבמצווה מחמת מיתה הדין הוא שאם הוא נותן או מוכר לשניים, האחרון קונה, ואמנם יש חשש שבניו ימכרו לאחר אחרי מותו ומכר זה יתבטל, אבל לא חוששים כל כך במצווה מחמת מיתה[652]. ועוד, שיש להניח שלא התכוון להסתיר, ומה שלא ציווה "כתבו בשוק" היה מתוך טרדתו[653]. אבל אם ציווה לעדים להסתיר את המתנה, המתנה בטלה[654].

שו"ת פני משה, ח"ב, סי' יד (כו ע"א), ושו"ת משאת משה, ח"א, חו"מ, סי' ה, דף כג ע"א ודף כה ע"א, מביאים את שתי הדעות.

[644] שו"ת תורת חיים (מהרח"ש) חלק ב סימן טז (ד"ה אמנם יראה).

[645] רז"נ גולדברג, "ירושת הבת", תחומין ד (תשמ"ג), עמ' 348.

[646] הגדרת "מצווה מחמת מיתה" שדינו שונה משכיב מרע רגיל, היא מי שאמר שהוא נותן מפני שהוא הולך למות (שו"ע, חו"מ, רנ, ז), או שנתן אחרי שלושה ימים למחלתו, או שחלה פתאום (רמ"א, חו"מ, רנ, ה).
שו"ת תורת חסד סי' רל (קסב ע"ב) כותב שלענין זה, אם נתן את כל נכסיו במתנה, הוא נחשב מצווה מחמת מיתה גם אם לא הזכיר את המיתה במתנתו.
וראה הערה 655 בשם מהר"י קצבי על הבחנה זו.

[647] רי"ף, ב"ב כא ע"ב (בדפי הרי"ף) (הובא בצרור הכסף הארוך, דרך ה, שער א אות ג, עמ' שמג, בשו"ת הרשב"ש סימן קסו, בשו"ת עין משפט (הלוי) חו"מ סי' מה (סט ע"ב), בשו"ת משפט צדק ח"ב סימן לו (עה ע"ג), בשו"ת זרע אנשים סי' סח (סה ע"ב), בשו"ת דברי ריבות סי' קיט, בשו"ת וזאת ליהודה (טרב) חו"מ סימן ז ד"ה והנה בצוואה, ובדיני ישראל כרך ח עמ' קלה), בשם רב האי (=תשובות חכמי פרובינציה - שו"ת מהרשב"א ורבנים אחרים, סימן לט, עמ' 404); ס' השטרות לר"י ברצלוני, שטר מה (עמ' 76), בשם רב האי; פסקי ריקאנטי סימן תקכז; חידושי ר' ישמעאל בן חכמון, ב"ב מא ע"א, בשם רב האי; מאירי, בבא בתרא מ ע"ב (ד"ה זה שביארנו) בשם גאוני הראשונים; מישרים, נתיב כד, בשם רב האי; רמב"ם הלכות זכיה ומתנה ט, ב; שו"ע, חו"מ, רמב, ו (הובא בשו"ת משפטי עוזיאל חו"מ סימן מ (ד"ה ואם עדיין), ובפד"ר כרך ו עמ' 75-74 = מוריה גל' ריא עמ' עד); שו"ת מהרי"ט חלק ב חו"מ סי' נד; שו"ת זכות אבות (קורייאט) סי' יז (כד ע"ג); שו"ת בני יהודה (בית יהודה) סי' קא (קעא ע"ד); ערוך השולחן, חו"מ, רמב, ו; שו"ת שואל ונשאל חלק ד חושן משפט סימן ב אות יב; פד"ר כרך א עמ' 29.

[648] ב"י, חו"מ, רמב, ח (הובא במרגניתא דר"ב (פרנקל תאומים), פרשת תולדות), וכסף משנה, הלכות זכיה, ט, ב (הובא בתחומין יז (תשנ"ז), עמ' 302); סמ"ע, רמב, ס"ק יב (הובא בשו"ת שואל ונשאל חלק ד חו"מ סימן א אות יג); ערוך השלחן שם.
אבל שושנת יעקב, רמב, ג, כותב שטעם זה אינו עיקר, שהרי לפיו גם מי שנותן **לשכ"מ** מתנה טמירתא, היא תקפה, שהרי רמ"א, חו"מ, פא, ב, כותב שאין אדם משטה בדיבורו לשכ"מ; והרי לא מצאנו הלכה כזאת.
ב"י שם כותב שרא"ש בבא בתרא פרק ג סימן לג, הבין שטעם רב האי הוא משום שבזמננו אין צורך ב"כתבו בשוק" (ראה ליד ציון הערה 720), ודוחה טעם זה, שהרי טעם זה שייך גם בבריא ולא רק במצוה מחמת מיתה.

[649] ב"י וכ"מ שם.

[650] של הרמב"ם, ליד ציון הערה 597.

[651] שו"ת ר' עקיבא איגר, מהדורא קמא, סימן קלט.

[652] ר"ע איגר שם.

[653] ר"ע איגר שם.

[654] קצות החושן, רמב ס"ק ד (הובא בפד"ר כרך ו עמ' 75); שו"ת תורת חסד סי' רל (קסב ע"ב).
קצות החושן מנמק, שכאן אין מקום לנימוק שמתוך טרדתו אינו יכול להאריך בדברים. אבל הוא מעיר שהנימוק שאין חשש שהוא מחניף, שייך גם כאן. תורת חסד מסביר שאם הסתיר, יש הוכחה שהתכוון להחניף, ולכן יש לחשוש גם במצווה מחמת מיתה.
אבל שו"ת שואל ומשיב מהדו"ב חלק א סימן א, בסופו (הובא בשו"ת מקדשי השם ח"ב סי' יג, דבר צבי הערה ז), כותב שבצוואות אין פסול של מתנה טמירתא, כיון שהדרך הנותן לעשות אותם בסתר, כדי שלא יציקו לו היורשים, בדרישה שלא יתן לאחרים, ועוד, שהוא דבר של עגמת נפש.
ראה גם הערה 659 שערך לחם כותב שגם כאן המתנה תקפה.

גם מתנת שכיב מרע ב"סתם" תקפה[655], כי המתנה אמורה לחול לאחר מותו, ולאחר מותו יהיה גלוי לכל[656]. ועוד, שאין מטריחים על שכיב מרע יותר מדי, ואין חוששים למרמה, כי אין אדם משטה בשעת מיתה[657]. ועוד,

---

[655] חידושי הר"י מיגאש, בבא בתרא מ ע"ב, בשם רב האי גאון; שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סי' עו (ד"ה ואף על גב דלכאורה), בדעת הרמב"ם, וכנה"ג חו"מ, רמב, הגהב"י אות כז; שו"ת יכין ובועז חלק א סימן קטז (ד"ה ויש לעיין); ב"ח, חו"מ, רנג, ז, גם בדעת הרא"ש והטור; לחם משנה הלכות זכיה ומתנה ה, א, בדעת הרמב"ם; קצות החושן, רמב ס"ק ד; שלטי הגיבורים ב"ב כא ע"ב (בפי הרי"ף); נוה צדק, דרוש ה לנישואין (עב ע"ג); שו"ת מהר"י קצבי, סי' כג (ד"ה אשר על כן רוח); שו"ת שמחת כהן חו"מ סימן לא (ד"ה ומעתה חל, וד"ה וכן יש).
שו"ת משפטים ישרים (חסון), סי' סט (עב ע"א), כותב שהרי"ף שם דיבר במתנת שכ"מ (משמע - ולא בבריא שמצווה מחמת מיתה), ונימק, שכיון שנהגו להכשיר בסתם, מנהג זה תופס, שהרי הטעם לפסול הוא שמא לא התכוון לתת בפרהסיא, ונהגו שלא לחוש, וייתכן שרק במתנת שכ"מ הקילו בזה, שלא לחוש לחשש רחוק זה, כמו שהקילו בשכ"מ בכמה דברים.
שמחת כהן שם מנמק, ששכיב מרע שנתן את כל נכסיו במתנה, דינו כמצווה מחמת מיתה גם בתחומים אחרים, כיון שהעובדה שנתן את כל נכסיו ולא שייר לעצמו כלום מוכיחה שנתן מחמת שהרגיש שהוא עומד למות. הוא מוסיף שמשום כך, שני הטעמים שנאמרו במצוה מחמת מיתה (ליד ציוני הערות 648-649), שאין סיבה שיחניף ושהוא טרוד מדי להשלים את דיבורו, שייכים גם כאן.
יד רמה, בבא בתרא, פרק ג, סי' קיב, בסופו (עג ע"א-ע"ב), כותב ששכיב מרע שכתב את כל נכסיו במתנה, ומצוה מחמת מיתה במקצת נכסיו, אין בהם פסול מתנתא טמירתא, שהרי מתנתם מועילה רק אם אמר "אף כתובו וחתומו והבו ליה" (שהרי אם אמר "כתובו" סתם ומת, לא קנה, שמא לא רצה להקנות אלא בשטר ואין שטר מועיל לאחר מיתה), ובזה גילה דעתו שלא התכוון להקנות בשטר אלא לחזק את כוחו, ואז אין חוששים למתנתא טמירתא (ראה בשמו בהערה 730); וכן אם אמר "כתבו" סתם ומסר למקבל את השטר בחייו, אפילו אמר "הסתתרו וכתבו", קנה, כי אין אדם משטה בשעת מיתה, ועוד שדברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים, והוא כאילו מסר לו את הנכס, שאז מתנתא טמירתא כשרה (ראה ליד ציון הערה 680); ועוד שחשש מתנתא טמירתא הוא רק במתנת בריא שבה אם נתן אותו נכס פעמיים, הראשון זוכה, ולכן חוששים שבדעתו למכור את הנכס אח"כ וזו קנוניה, אבל במתנת שכיב מרע אם נתן אותו נכס פעמיים, השני זוכה, לכן אין לומר שהתכוון לקנוניה (נקודה זו הובאה בשמו בערך השלחן, חו"מ, רמב, ס"ק יד (קלט ע"ג); אבל ראה הערה 659, הסבר שגם בשכיב מרע קיים חשש קנוניה); וגם אין מקום לחשש (ליד ציון הערה 596) שהוא מתכוון לדחות את המקבל, שהרי השכיב מרע מוכן שיגלו לאחר מיתה, שאז המתנה מתקיימת, ועוד שאין אדם משטה בשעת מיתה.
בדומה, ר' דוד פינטו, בשו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סימן כד (ד"ה אמנם אמת), כותב שמתנת שכיב מרע בכתב ידו, תקפה גם אם לא כתב "כתבו בשוק", שהרי כתב יד זה הוא לראיה בעלמא, ואילו הקניין חל מכוח דבריו, שהם "ככתובים וכמסורים"; ואף שבסתם פסול גם אם עשה קנין (כאמור ליד ציון הערה 615), זאת דוקא בקנין, שלכתיבה עומד, אבל שכ"מ זכה מיד באמירתו או בכתיבתו. הוא כותב שגם מתנת שכיב מרע בעל פה תקפה גם אם לא אמר "כתבו בשוק", כפי שמוכח מבבא בתרא קנא ע"ב, על אמן של בני רוכל שהיתה שכיב מרע ואמרה: "תינתן כבינתי לבתי", וקיימו חכמים את דבריה אף שלא אמרה "שבו בשוק"; והוא מנמק כנימוק ב"י במצווה מחמת מיתה, שלא הטריחו אותו לומר שיגלו את המתנה.
כנה"ג חו"מ, רמב הגהב"י, אות כז, כותב ששכ"מ דינו כממ"מ, שבסתם כשר. אבל חושן האפוד, חו"מ, רמב, אות ג, מעיר שהוא עצמו, בתשובתו בשו"ת עדות ביעקב, סי' עא (קצב ע"ב) כותב להיפך (אבל אינו מפורש בדבריו); ולכן הוא מעלה אפשרות שיש ט"ס בדבריו בכנה"ג.
שו"ת מהר"י קצבי, סי' כג (ד"ה ותירצו), כותב שתוס' ב"ב מ ע"ב (ד"ה איכא), סוברים שטעמו של רב האי הוא ששטר מתנת בריא מועיל בזמננו אם כתוב בו "כתבו בשוק" גם אם הנותן לא אמר זאת (ראה ליד ציון הערה 720), ובשכיב מרע מקילים ויורדים דרגה אחת, שמועיל גם אם לא כתוב "כתבו בשוק". מדבריו יוצא שדין זה אמור רק בזמננו.
תהלה לדוד (אמאדו) ח"א, דרוש ה לשבת הגדול (קסט ע"א), מביא דעה שגם אם שכיב מרע נתן בסתר (ולא רקבסתם), מתנתו תקפה, כי חזקה שאינו מחניף למקבל לפני מותו, ועוד, שמתוך טירדתו אינו יכול לדבר הרבה (זה נימוק לכך שבסתם מועיל, אף שלא אמר "כתבו בשוק").
הבחנה: שו"ת מהר"י קצבי, סי' כג (ד"ה והנה דברי), כותב שמה שכתב הרמב"ם, הלכות זכיה, ה, א, "הנותן מתנה בין בריא בין חולה צריך שתהא גלויה ומפורסמת", כוונתו לחולה תוך שלשה ימים שאינו נקרא מצוה מחמת מיתה (ראה הערה 646). זאת אף שהוא עצמו כותב (בד"ה ותירצו) שבשכיב מרע סתם כשר. כנראה, לדעתו חולה תוך שלשה ימים אף אינו בגדר שכיב מרע.
דעה חולקת: שו"ת מהר"ם אלשיך סי' סד, שו"ת ויקרא אברהם חו"מ, סימן מד (ד"ה והואיל ואסיקנא), ומשנת יעקב, זכיה, ה, א, כותבים שבסתם גם בשכיב מרע המתנה בטלה. וכך עולה משו"ת בני יהודה (בית יהודה) סי' קא (קעא ע"ד). וכך כותבים ב"ח, חו"מ, רנג, ז, משכנות הרועים (אלחאיק) מע' מ אות שח (רלה ע"ג), וחושן האפוד, חו"מ, רמב, אות ג, בדעת הרמב"ם. וכן חידושי ר' ישמעאל בן חכמון, ב"ב מא ע"א, בעי חיי שם (ד"ה ומתחילת דבריו), ושו"ת משאת משה, ח"א, חו"מ, סי' ה (כה ע"ג), מדייקים מהגאון, שבשכיב מרע, בסתם המתנה בטלה. כמו כן, פרישה, חו"מ, רנג, ז, כותב שסתם שכיב מרע דינו כבריא לענין זה, שלא כמצוה מחמת מיתה. כמו כן, מחנה יהודה, רמב, ד (רכד ע"ב-ע"ג), כותב שבשכיב מרע, בסתם המתנה בטלה, ודוקא במצווה מחמת מיתה בסתם המתנה תקפה, כפי שהסביר ב"י (הערה 649), שמתוך טרדתו אינו יכול לדבר הרבה, וסומך על העדים שיפרסמו את המתנה, אבל בשכיב מרע אין מתחשבים בטרדה, כפי שמצאנו בגיטין סה ע"ב, ובשו"ע אהע"ז קמא, טז, לענין הוראת הבעל לכתוב גט, שממנה למד ב"י שם, שהדין אמור

שהסיבה שאינו מפרסם את מתנתו אינו מתוך חוסר גמירת דעת, אלא כדי למנוע מהמקבלים להתקוטט עמו, בטענה שנתן לזה יותר מלזה[658]. אבל אם ציווה לעדים להסתיר את המתנה, המתנה בטלה[659].

כדין מצווה מחמת מיתה, כך הדין גם במי שכותב "מהיום אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה"[660].

דוקא במסוכן (וכן נימק משכנות הרועים שם; וכן חושן האפוד, חו"מ, רמב, אות ג, ושושנת יעקב, רמב, ג, מעירים שהטעם שהוא טרוד, שייך רק במי שקפץ עליו החולי והכביד חליו פתאום). אבל הוא מעיר שלפי הטעם האחר של ב"י (הערה 648), שכיון שהוא הולך למות אין לחשוש לאהבה ושנאה, הדין צריך להיות כך גם בשכיב מרע. שו"ת מכתם לדוד חו"מ סי' טו (ד"ה אכן נכסוף), מביא חכם אחד הכותב שלדעת מגיד משנה הל' זכייה, ט, א, מתנת שכ"מ בסתם פסולה; והוא עצמו דוחה הבנה זו בדעת המגיד משנה.

נתיבות המשפט רמב ס"ק א, כותב שבמתנת שכיב מרע, אפילו נותן את כל נכסיו, בסתם המתנה בטלה, מפני שלא אמר שהוא נותן מחמת מיתה (ראה הערה 646), אלא שיש אומדנא שלא היה נותן את כל נכסיו אם לא מפני שהוא הולך למות, וכאן שלא הורה לגלות את המתנה, ייתכן שהוא עושה כן להחניף, וא"כ אין אומדנא שהוא עושה מחמת מיתה.

פד"ר כרך ו עמ' 75 מביא את שתי הדעות.

[656] ר"י מיגאש שם.

[657] פסקי ריא"ז, ב"ב, פ"ג, הלכה ג, אות כא, בדעת רב האי. העיקרון שאין אדם משטה בשעת מיתה נפסק בשו"ע, חו"מ, פא, ב.

כמו כן, מחנה אפרים הלכות זכיה ומתנה סימן לז, כותב שלפי טעמי ב"י (ליד ציוני הערות 648-649) שבמצווה מחמת מיתה בסתם המתנה תקפה, כי אין לחשוש שהוא מחניף וכי הוא טרוד, גם בשכיב מרע בסתם המתנה תקפה.

[658] חידושי הריטב"א, בבא בתרא מ ע"ב (הובא בפד"ר כרך יג עמ' 201 (=דברי שלום, מזרחי, אהע"ז ח"א, סי' א). ר' משה מזרחי, בקרית מלך רב, ח"א, שו"ת, סי' ג (י ע"א), מביא תשובה כ"י של חכם אחד, המדייק מהריטב"א שלדעתו הדין כך גם אם אמר לעדים להסתתר, שלא כדברי מגיד משנה, הערה 659.

כנגד זה, שו"ת עדות ביעקב (בוטון), סי' עב (ריא ע"ד), כותב שהדעה האחרת סוברת שאין לומר שהתכוון למנוע ריבים שהרי עוד מעט הוא הולך למות ולא איכפת לו מהריבים.

[659] מגיד משנה, הלכות זכיה ומתנה, ט, א; קצות החושן, רמב ס"ק ד (הובא בפד"ר כרך ו עמ' 75). לנימוק הדבר ראה הערה 654.

זקן שמואל, חו"מ, סי' רמב (קלט ע"א) (הובא במחנה יהודה, רמב, ד, דף רכד ע"ב), ובית יעקב (טבשונסקי), רמב, ו, מסבירים שגם נימוקו של הרמב"ם (ליד ציון הערה 597) לפסול מתנה טמירתא שייך כאן, ואף שבשכיב מרע המכירה המאוחרת תקפה, חששו שתיכנן **שהיורש** ימכור את הנכס לאחר ויוציא אותו ממנו בגלל המתנה שקדמה. קצות החושן כותב שנימוקו של הרמב"ם אינו שייך כאן, ובכל זאת היות שתיקנו במתנת בריא שמתנה טמירתא בטלה, לא פלוג חכמים בתקנתם בין שכיב מרע לבריא. נראה שזאת גם כוונתו של בית שרגא ב"ב סי' קל, הכותב שלרמב"ם תיקנו שכל מ"ט בטלה, גם במקום שאין חשש הפסד לאחרים, כגון במתנת שכ"מ. בית יחיאל חו"מ ח"א סי' לא עמ' קנד, מנמק, שאם אומר "אל תגלו" יש חשש ערמה, שאינו נותן מחמת מיתה, גם אם אמר בפירוש שהוא נותן מחמת מיתה, והטעם שהמכירה המאוחרת תקפה הוא מפני שנחשב כאילו התנה שאם ירצה יוכל לחזור בו, אבל אם נתן מחמת ערמה, אין לומר כך, ולכן הנימוק של הרמב"ם שייך כאן. וראה הערה 655, שיד רמה אכן אומר שהחשש לקנוניה אינו קיים בשכיב מרע.

הבחנות שונות: ערך לחם, חו"מ, רמב, ו, כותב שאם שכיב מרע ציווה להסתיר את המתנה, המתנה בטלה, ואילו אם מצווה מחמת מיתה ציווה להסתיר את המתנה, מפרשים שהתכוון רק שיסתירו עד מותו, שאז המתנה תקפה, כאמור ליד ציון הערה 661. שו"ת אדמת קודש, ח"ב, סי' י (סב ע"א), מנמק, שיש להניח שמחמת טרדתו לא הספיק להוסיף את המלים "אלא לאחר מותי", שהתכוון לומר. ר' יהודה נבון, בקרית מלך רב, ח"א, שו"ת, סי' ב, בסופו (ז ע"ב), כותב שאם אמר "אל תגלו", המתנה תקפה כי אפשר לפרש שהתכוון לומר "אל תגלו אלא לאחר מיתה". לעומתו, ר' משה מזרחי, שם, סי' ג (י ע"א), מסכים להבחנה של ערך לחם, ומנמק כמו אדמת קודש. גם שו"ת שואל ונשאל חלק ד חו"מ סימן א אות יג, מסכים לערך לחם. אבל הם לא הסבירו את ההבדל בין שכיב מרע למצווה מחמת מיתה. שו"ת מכתם לדוד חו"מ סי' טו (ד"ה אכן נכסוף), מסכים לערך לחם, ומוסיף לגבי שכ"מ שאף אם נראה מתוך כוונתו שהוא רוצה שיגלו לאחר מותו, המתנה בטלה אם לא אמר כן בפירוש. ר' משה מזרחי, שם (י ע"ב), מביא חכם אחד האומר שגם בשכ"מ, בזמננו שהמנהג הוא לכתוב תמיד "כתבו בשוק", המנהג מועיל ששכ"מ שאמר "אל תגלו", נפרש שהוא כאומר "אל תגלו אלא לאחר מותי".

שו"ת מהר"ם מינץ סימן סו (הראשון), כותב שלרב האי, במצוה מחמת מיתה דוקא בסתם כשר אבל אם הנותן אמר לעדים להסתתר, אינה תקפה, ובמתנת שכ"מ, אפילו אמר בפירוש לא לגלות זו מתנה. שו"ת בעי חיי חו"מ ח"א סי' עו (ד"ה והן אמת), מדייק מהרמב"ם כדברי מהר"ם מינץ. ר' דוד פרדו, בשו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סי' כה (ד"ה מעתה עת), כותב להיפך: שבש"מ בסתם כשר, ובמצוה מחמת מיתה אף אם ציווה להסתירה סתם, כוונתו שיסתירו בחייו, אבל יגלו לאחר מותו, וכשר.

דעה חולקת: בית יעקב (טבשונסקי), רמב, ו, כותב שמיד רמה משמע שמתנת שכ"מ מועילה גם אם הסתיר בפירוש. ראה גם הערה 658, שמהריטב"א עולה שגם כאן המתנה תקפה.

[660] שו"ת מקיץ בן חי, סי' א (י ע"א). הוא מסתמך על שו"ע חו"מ, רנז, ז, שכותב שהיא כמתנת שכיב מרע (לענין אחר).

שכיב מרע שציווה "אל תגלו מתנה זו **אלא לאחר מותי**", המתנה תקפה, כיון שמתנת שכיב מרע נקנית רק לאחר מותו, ונמצא שאמר שיגלו אותה בעת שחל הקנין[661]. ועוד, שאין להטריח על שכיב מרע, ואין אדם משטה בשעת מיתה ולכן אין לחשוש שהוא מרמה[662]. ועוד, שכאן אין לחשוש לקנוניה, שימכור את הנכס לאחֵר אחרי שנתן[663], שהרי אם ימכור, המכירה תקפה, שהרי שכיב מרע יכול לחזור בו ממתנתו, ורק אם ביקש שיסתירו אותה אף לאחר מותו, המתנה בטלה מחשש שבנו ימכור את הנכס, שאז הקונה יפסיד[664].

המתנה תקפה אם משתמע מתוך דבריו שהתכוון רק שיסתירו עד מותו, גם אם לא אמר בפירוש "תגלו אחרי מותי"[665].

---

[661] רי"ף ב"ב שם (הובא בחידושי הרמב"ן, בבא בתרא מ ע"ב, בשו"ת מהרי"ט חלק א סימן קה, ד"ה אבל, בשו"ת שמחת כהן חו"מ סימן לא (ד"ה ומעתה חל), ובשו"ת רבנו יוסף מסלוצק סימן צח), ושו"ת הרי"ף סימן ח (נדפס גם בשו"ת הרי"ף (בלגוריי) סימן קכ, ובגנזי קדם ח"ד סי' כז עמ' 46); ר"י ברצלוני בס' השטרות, שטר יא (עמ' 24) ושטר מה (עמ' 76) בשם רב האי; תשובות חכמי פרובינציה - שו"ת מהרשב"א ורבנים אחרים, סימן מ (עמ' 404); חידושי ר"י מיגאש, בבא בתרא מ ע"ב (בשם רב האי) (הובא בשו"ת ברוך מבנים (סו"ס זכרונות אליהו יו"ד במהד' תרצ"ו), סי' ג, עמ' מג); חידושי ר' ישמעאל בן חכמון, ב"ב מא ע"א, בשם רב האי; רמב"ם הלכות זכיה ומתנה ט, א (הובא בשו"ת דברי ריבות סי' קיט, בשו"ת בעי חיי חו"מ ח"א סי' עו, בשו"ת משאת משה, ח"א, חו"מ, סי' ה (כה ע"ג-ע"ד), בשו"ת מהר"י בן לב חלק א סימן סא (נח), בשו"ת אדמת קודש ח"א חו"מ סימן סח (ד"ה ולי הדיוט), ובשו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סי' כט, ד"ה חזה הוית); פסקי ריא"ז, ב"ב פ"ג הלכה ג אות כא; ספר העיטור, מתנה (נו ע"ד), ליד אות כה; שו"ת הרשב"א חלק ב סימן שנג; מאירי, בבא בתרא מ ע"ב (ד"ה זה שביארנו), וסנהדרין כח ע"ב (ד"ה זה שכתבנו); רא"ש בבא בתרא פרק ג סימן לד (בשם רב האי), ושו"ת הרא"ש כלל עח סי' ד; פסקי ריקאנטי סימן תקכז; מישרים, נתיב כד, בשם רב האי; אגודה ב"ב פ"ג סי' עט; טור, חו"מ, רנג, ז; שו"ע, חו"מ, רמב, ו (הובא בשו"ת אדמת קודש, ח"ב, סי' י, דף סא ע"ד, ובשו"ת מכתם לדוד חו"מ סי' טו, ד"ה הגם הלום); שו"ת מהרי"ט חלק ב חו"מ סי' נד; שו"ת פאת נגב חו"מ סי' ו (סו ע"ד); שו"ת תורת חסד סי' רל (קסב ע"ב) (גם על מצווה מחמת מיתה); ערוך השולחן, חו"מ, רמב, ו; פד"ר כרך ו עמ' 75.
שו"ת משאת משה, ח"א, חו"מ, סי' ה (כה ע"ד), כותב שאם בשטר כתוב "כתבו בשוק", ויורשי הנותן מביאים עדים אחרים שמעידים שהנותן אמר "תגלו רק אחרי מותי", המתנה תקפה ואין זה נחשב הכחשה.
דרישה, חו"מ, רנג, ז (הובא במעשה בצלאל, על פסקי ריקאנטי סימן תקכז), מדגיש שגם אם אמר רק "אל תגלו עד מותי", "ולא אמר "גלו אחרי מותי", המתנה תקפה כי משתמע דבריו שהוא מתיר לגלות לאחר מיתה.
אבל שו"ת מהר"ם אלשיך, סי' סד, כותב שמה שכתב הרמב"ם שבשכ"מ המתנה תקפה אם הוא מוכן שיגלו את הדבר אחרי מותו, היינו במצוה מחמת מיתה, אבל מתנת שכ"מ היא כמתנת בריא, שהרי בהלכות זכיה, ה, א, כתב שגם חולה צריך שתהיה מתנתו גלויה ומפורסמת.
שושנת יעקב, רמב, ג, מקשה, הרי טור, חו"מ, רנ, א, כותב שמתנת שכ"מ נקנית למפרע משעת נתינה, ונמצא שבשעת חלותה לא היתה גלויה? הוא מיישב על פי דרישה (הערה 664) הכותב שבאומר "אל תגלו אלא לאחר מותי" נחשב ממ"מ כיון שהזכיר מיתה, ובממ"מ גם לטור המתנה חל רק לאחר מיתה. ולא ציין מקור להבחנה זו. בפשטות, התשובה לקושייתו היא שהמתנה חלה למפרע רק אם לא חזר בו עד מותו, אבל היות שהוא יכול לחזור בו עד מותו, זמן חלות הקנין לענין ההסתרה נחשב בשעת מותו.
"**מהיום אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה**": שו"ת מכתם לדוד חו"מ סי' טו (ד"ה הגם הלום) (הובא בשו"ת איש מצליח חלק ג, משפט וצדק, סימן פא, ד"ה ושמא תאמר) מביא מי שכתב שבריא שנתן מתנה בלשון "מהיום אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה", ואמר "אל תגלו אלא לאחר מותי", המתנה תקפה, שהרי שו"ע, חו"מ, רנז, ז, אומר שזו נחשבת מתנת שכיב מרע. אבל הוא עצמו דוחה זאת, שהרי אינו לגמרי כמתנת ש"מ, שהרי רמ"א, רנז, ז, כותב שצריך קנין כמתנת בריא. יש להוסיף, שמתנת בריא אינה יכולה לחול אחרי מותו, אלא היא חלה בחיים, ונמצא שבשעת חלותה היא מוסתרת, ולכן היא בטלה. וראה על כך בהערה 665.

[662] פסקי ריא"ז שם.

[663] הטעם ליד ציון הערה 597.

[664] אור שמח הלכות זכיה ומתנה, ה, א.
נימוק נוסף: דרישה חו"מ, רנג, ז, כותב שלא די בנימוק שבשעת חלות הקנין הרשות בידם לגלות, שהרי גם מתנת בריא בסתם (שלא אמר להסתיר או לגלות) הרשות בידם לגלות, ובכל זאת היא בטלה; אלא הטעם הוא שכיון שהזכיר מיתה, הרי הוא כמצוה מחמת מיתה, וכל המצוה מחמת מיתה אפילו סתם הרי הוא כמצוה לגלות (מהטעמים שליד ציון הערה 648 ואילך), ואף שכאן אמר שלא יגלו עד מותו, הרי הוא כאילו אמר שלאחר מותו יגלו.

[665] שו"ת מקיץ בן חי, סי' א (י ע"א).
כך עולה גם משו"ת משפטיך ליעקב ח"ג סי' כז אות ו (=שרידים גל' יח עמ' ע-עא), העוסק בנותן שהסתיר את שטר המתנה, ושילם מסים על הנכס כל חייו, ונתן לאשתו זכות מדור בנכס בהסכם הממון שביניהם, מה שמוכיח שהתכוון שהמתנה תחול רק אחרי מותו, ופוסק (ע"פ הרי"ף שם) שהמתנה תקפה כיון שהיה מוכן שהמתנה תתגלה אחרי מותה שאז הוא שעת חלותה. אבל יש להעיר ששם היתה מתנת בריא, והרי מתנת בריא אינה יכולה לחול אחרי מותו כפי שראינו בהערה 661.

אם אמר לעדים לא לגלות עד יום פלוני, שהוא הרבה זמן אחרי מותו, המתנה בטלה[666], מפני שאם ימות לפני אותו יום פלוני, נמצא שבשעת קניית המתנה, שעת מותו, אסור לגלות, ולכן המתנה בטלה, והמתנה תקפה רק אם ציווה בסתם לגלות אחרי מותו, שמשמעותו שיכולים לגלות **מיד** אחרי מותו[667].

הדברים אמורים בשכיב מרע הנותן את כל נכסיו במתנה, שאז המתנה חלה רק לאחר מותו. אבל שכיב מרע הנותן רק **חלק מנכסיו**, דינו כדין מתנת בריא, שחלה ברגע עשיית הקניין[668], ולכן היא בטלה אם אמר "אל תגלו מתנה זו אלא לאחר מותי", שכן בשעת חלות הקניין היא עדיין מוסתרת[669].

חריגים

אם הנותן אמר לעדים להסתיר את המתנה, אבל אחר כך הוא **אומר שנתן מרצונו** אלא שלא רצה שפלוני ישמע עליה **מסיבה כלשהי**, ולכן הסתיר אותה - המתנה תקפה[670], אם זו סיבה הגיונית[671], בתנאי שהוא נתן את

---

[666] ערך השלחן, חו"מ, רמב, ס"ק ח. גור אריה, חו"מ, רמב, ס"ק ח, מדייק כך מהעיטור (ליד ציון הערה 603).

[667] שו"ת מקיץ בן חי, סי' א (יא ע"א).
כמו כן, מחנה יהודה, רמב, ד (רכד ע"ב), כותב שאם אמר "אל תגלו אלא אחר שלושים יום" וכדומה, כך שגם אחרי מותו היא עדיין נסתרת, המתנה פסולה, שמא הוא מתכנן שהיורש ימכור לאחר אחרי מותו, תוך שלושים היום (ראה הערה 659 בשם זקן שמואל).

[668] שו"ע חו"מ, רנ, ד.

[669] קצות החושן, רמב ס"ק ד.

[670] חידושי הר"ן, ב"ב מ ע"ב (הובא בב"י, חו"מ, רמב, ט); נימוקי יוסף, ב"ב כא ע"ב (בדפי הרי"ף), בשם "מפרשים"; ר' יצחק קרקושא הנרבוני, בצרור הכסף הארוך, דרך ה, שער א אות ג, עמ' שמג (הובא בשטמ"ק, ב"ב מא ע"א, ובשו"ת בגדי ישע (הלוי) אהע"ז סי' לו אות יח), בשם הגאונים; שו"ת מקיץ בן חי, סי' א דף ט ע"ב, בדעת כנה"ג, חו"מ, רמב הגהב"י אותיות לא-לב; כבוד יו"ט, הלכות זכיה, ה, א, דף סז ע"ב, בדעת חידושי הרמב"ן, ב"ב מ ע"ב.
מאירי, בבא בתרא מ ע"ב (ד"ה חוכך) כותב שמי שנתן מדעת עצמו ורוצה להעלים את המתנה כדי שלא להטריח את עצמו בקנאת אחרים, המתנה קיימת, כי ניכר שלא התכוון להזיק לאחרים; ואף שבתלמוד שם נאמר שבעל שנתן את נכסיו לבנו הגדול בסתר, המתנה בטלה, שם זה משום שהוא לא רצה לתת ונתן רק מתוך שבנו לחץ עליו. אבל הוא כותב "אין בידינו להכריע".
אם הנותן אינו מערער על המתנה: מצב אחר הוא שהנותן אינו מודה בפירוש שהתכוון למתנה, אבל אינו טוען להיפך. שו"ת ידיו של משה חו"מ סי' כג, מחדש שפסול מתנה טמירתא הוא אם הנותן טוען שלא רצה את המתנה, או שמת, ואנו טוענים כך ליורשים, אבל אם הוא בחיים ואינו מערער, המתנה תקפה. על פי זה הוא פוסק בנידונו, שהנותנת עשתה מורשה על כל ענייניה ובכללם על מתנה זו, והלכה לא"י, ולא אמרה למורשה שהמתנה היתה נגד רצונה - המורשה אינו יכול לטעון כך. ראה הערה 610, שיש שאמרו כך לגבי "סתם".
הבחנה: שו"ת רבנו יוסף מסלוצק סימן צח, כותב שנימוקי יוסף מכשיר את המתנה רק אם הנותן אמר את הסיבה בשעה שאמר לעדים לכתוב את השטר, כגון שאמר להם "הסתתרו כדי שלא תשמע אשתי שאני נותן לאדם אחר". הוא מוכיח שמהר"י בן לב (בהמשך הערה זו) גם הוא הבין כך את נ"י. הוא מוכיח שנימוקי יוסף לא הכשיר את המתנה אם הנותן אמר את הסיבה רק לאחר הנתינה (שכך הבין הט"ז את נ"י), שהרי אם כן, לעולם לא תיפסל מתנה טמירתא, שהרי תמיד אפשר למצוא סיבה להסתרה שאינה פוגמת בגמירת דעתו, כגון מה שכתבו תוס' ב"ב עז ע"א (ד"ה חוזר), שאדם לא רוצה שיצא עליו קול שנתן קרקעות לאחרים, שמא לא ילוו לו עוד. אפשר לדחות הוכחה זו, שמתנה טמירתא תיפסל אם הנותן טוען שאכן הסתיר מתוך חוסר גמירת דעת.
דעה חולקת: שו"ת מהר"י בן לב חלק א סימן סא (נח), ד"ה ומהטענה השלישית וד"ה ויש מקום (הובא בשו"ת דרכי נועם, חו"מ, סי' יג, בסופו, ובעיונים במשפט (שאנן), חו"מ סי' ל עמ' רפה) כותב שהנ"י מסופק בזה, ומספק המתנה בטלה, ואף שהרא"ש ב"ב פ"ט סי' כא, כתב שבספק אומדנא המתנה תקפה, ולכאורה גם כאן, שיש מתנה וספק האם יש לבטל אותה מכח מתנה טמירתא, המתנה תקפה - אין זה דומה (אולי התכוון לסברת שם אריה, בהערה 620), ועוד, שהרמ"ה (שצוין בהערה 620) חולק על הרא"ש שם וסובר שמספק המתנה בטלה.
לעומתו, שו"ת אדמת קודש ח"א חו"מ סימן סח (ד"ה ולי הדיוט), כותב שהנ"י אינו מסופק בזה. עיני דוד, הלכות זכיה, ה, א, בסופו (ד"ה ברם חזרתי, דף מז ע"ב), כותב שהמוחזק יכול לומר קים לי כדעה שהמתנה תקפה, ואף שמהר"י בן לב כתב שנמוקי יוסף מסופק בזה, הרי אילו ראה את דברי ר"י נרבוני, היה חוזר בו. גם מלאכת שלמה (חכים) הלכות זכיה ומתנה, ה, א (ד"ה ולענ"ד נראה), כותב שאילו מהר"י בן לב היה רואה את דברי ר"י נרבוני, היה חוזר בו. גם חושן האפוד, חו"מ, רמב, אות ח, כותב שא"א לומר קי"ל כמהר"י בן לב כי אילו ראה מהר"י בן לב את כל הפוסקים שנקטו כנ"י, לא היה כותב כך. גם ר' נסים חיים משה מודעי, בשו"ת פני יצחק (אבולעפיא) ח"ה חו"מ סי' ג (קלד ע"א), מעיר מדברי ר"י נרבוני על דברי מהר"י בן לב.
שו"ת מכתם לדוד חו"מ סי' טו (ד"ה עוד כתב הרב) מביא את המחלוקת.
וראה הערה 693, בשאלה מה דעת הריטב"א בענין זה.

המתנה מעצמו, בלי שהמקבל יבקש ממנו[672], ובתנאי שהוא בא בעצמו בלי דיחוי וטען כך[673], או ש**עדים** אומרים שלא התכוון להבריח ולא לדחות את המקבל אלא הסתיר מחמת אונס כלשהו[674]. היות שהנותן אומר שהתכוון בלב שלם לתת את המתנה, המתנה תקפה, כי הודאת בעל דין היא כמאה עדים[675]. אבל אם הודאה זו, שנתן מרצונו, תגרום נזק לצד שלישי, כגון שהנותן מכר את הנכס בינתיים לאדם אחר, וקיום המתנה יבטל את המכר, אינו נאמן בהודאתו, והמתנה בטלה והמכר תקף[676]. גם אז, העדים יכולים לכתוב שטר מתנה אחר עם תאריך של המתנה המקורית, ולכתוב בו "הנותן אמר לנו 'כתבו בשוק'", כיון שסתם קנין לכתיבה עומד, וכל עוד לא כתבו שטר כראוי לא עשו את שליחותם, כך שהם עדיין מוסמכים לכתוב שטר, וכשיכתבו, המתנה תהיה תקפה משעת נתינתה המקורית[677]. גם אם לא כתבו שטר חדש, הרי אם השטר נכתב בסתם, והעדים אמרו אח"כ בעל פה או כתבו בשטר אחֵר שהמתנה היתה גלויה, והסבירו ששכחו לכתוב בשטר שהנותן אמר להם "כתבו בשוק", המתנה תקפה[678].

---

[671] ט"ז, חו"מ, רמב, ג. שו"ת הגיד מרדכי חו"מ סי' י (קכא ע"ג), לומד מזה לנידונו, שבעל נתן לאשתו פירות של נכס כל חייה, שאין לומר שסיבת ההסתרה הוא כי פחד מהתנגדות הבנים, שהרי אין להם סיבה להתנגד, כיון שאחרי מותה הגוף והפירות יהיו שלהם.

[672] ר"ן שם (הובא בעיונים במשפט (שאנן), חו"מ סי' ל עמ' רפה).

[673] ט"ז, חו"מ, רמב, ג (הובא בערך שי ב"ב מ ע"ב).
ר' נסים חיים משה מודעי, בשו"ת פני יצחק (אבולעפיא) ח"ה חו"מ סי' ג (קלד ע"ב), כותב שהמתנה תקפה רק אם אמר הנותן **שבשעה שציוו**ה לעדים להסתתר, הסביר להם שאמר זאת בגלל סיבה מסויימת.
כנה"ג, חו"מ, רמב הגהב"י אות לב (הובא בשו"ת מקיץ בן חי, סי' א, דף י ע"א), מביא שר"א ן' יעיש כותב שהמתנה תקפה אם הנותן אמר את הטענה בפירוש, כגון "שלא ישמע פלוני", אבל אם לא הזכיר את הטענה, המתנה בטלה אם הסתיר אותה. מצד שני, הוא מביא חכם בתשובה כ"י, האומר שאם יש הוכחה שמה שהסתיר אינו כדי להחליש את כח המתנה אלא מחמת איזו סיבה, גם אם הנותן לא טען כך, המתנה תקפה. מחנה יהודה, רמב, ט (רכה ע"ג), כותב שמהר"ן ומנ"י משמע שהמתנה קיימת גם אם לא אמר את הטענה.
שו"ת שואל ונשאל חלק ד חו"מ סימן א אות יג, כותב ע"פ הר"ן שייתכן שבנידונו, אפילו אמר לעדים להסתיר את המתנה, המתנה תקפה, מפני שייתכן שהסתיר רק כדי למנוע מריבות עם קרוביו. זאת אף שהנותן לא טען כך בעצמו. לכאורה, אם נאמר כך, כל מתנה טמרתא תהיה כשרה כי תמיד נוכל לומר שהסתיר כדי למנוע מריבות. כנראה, הוא מסתמך על כך שהיו הוכחות לגמירת דעתו של הנותן, כאמור בשמו ליד ציוני הערות 703-704.
שו"ת דברי ריבות סי' קיט, לומד מנימוקי יוסף שאם השביע את העדים לא לגלות את דבר המתנה כי היורשים היו מרננים אחר מעשיו, המתנה תקפה.
פסקי דין ירושלים, כרך יג, עמ' תמא, מביא את דבי הר"ן על מקרה שהנותן דוקא טוען שלא התכוון לתת, ובכל זאת אומר שאינו מתנה טמירתא כיון שהנותן הסתיר רק כדי שבניו אחרים לא ידעו.

[674] יד רמה, בבא בתרא, פרק ג, סי' קיב (עב ע"ב).
חושן האפוד, חו"מ, רמב, אות ח, מסביר, שאף שהכלל הוא שעדים אינם יכולים לחזור בהם מעדותם ("אין חוזר ומגיד") הרי כאן אינם באים לעקור את השטר אלא לפרש דבריהם.
שמחת עולם (לגו) ב"ב מ ע"ב (דף יא ע"ד בדפי הספר), כותב שזה לא נוגד את דברי מהר"ם אלשיך (הערה 678), שאם כתוב בשטר שאמר להם להסתתר אינם יכולים לטעון אח"כ שנתן מתנה גלויה כי זה "חוזר ומגיד", שהרי כאן אינם חוזרים בהם מעדותם שאמר להם להסתתר, אלא רק מפרשים את כוונתו. אבל הוא כותב שיד רמה הולך לשיטתו (הערה 598) שטעם פסול מתנה טמירתא הוא חשש שלא התכוון למתנה אלא קנוניא, אבל לטעם של מגיד משנה (שם) ולטעם הרשב"ם (הערה 594) שחוששים שנתן לאחֵר לפני כן, אין מקום לסייג זה, שהרי העדים אינם יכולים להעיד שלא נתן לאחר לפני כן או שאינו מתכוון למכור לאחֵר בעתיד.

[675] אור זרוע, חלק א, שו"ת, סימן תשנז.
ייתכן שדין זה תלוי בטעמים השונים לכך שמתנה טמירתא בטלה (ליד ציוני הערות 596-597). לפי טעם הרמב"ם, שחוששים שהנותן התכוון לנצל מתנה זו כדי לבטל מכר שימכור נכס זה בעתיד לאדם אחר, נראה שהמתנה בטלה גם אם אמר הנותן שנתן בלב שלם (בייחוד להסבר בהערה 597 שלרמב"ם זו תקנה); וכך העיר בית שרגא ב"ב סי' קל. כך הוא גם לטעם של חשש הברחה (ליד ציון הערה 593). אבל לפי הטעמים האחרים, אם אמר שהוא נתן בלב שלם, המתנה תקפה. ראה עוד הערה 693, שר"ע בצרי כותב שלא מועיל שיאמר שהוא נותן בלב שלם.

[676] אור זרוע, חלק א, שו"ת, סימן תשנז. הוא כותב כך גם על מצב של "סתם", שהנותן לא אמר לעדים להסתתר. שיעורי ר' אהרן ליכטנשטיין, ב"ב, פ' חזקת הבתים עמ' 208, מדייק מזה שלדעתו מצב של סתם נחשב כוודאי מתנה טמירתא.
עצם נתינת המתנה אינה בגדר מודעא שתוכל לבטל את המכר אם אין הוכחה אחרת שהיה אנוס למכור - ראה ליד ציון הערה 757.

[677] ראבי"ה באור זרוע שם.

[678] יד רמה, בבא בתרא, פרק ג, סי' קיב (עב ע"ב); שו"ת מהר"ם אלשיך, סי' סד (הובא במעשה רקח הלכות זכיה ומתנה, ה, א, בשו"ת בית יצחק (שמלקיש) חו"מ סי' ע, אות א, בשו"ת קרני ראם (אנקאווה) סי' רמד, ובאות היא לעולם ח"ב מעמ' מ אות לז דף סז ע"ב); שו"ת מהרא"ל צינץ, חו"מ, סי' לח, אות ו (סד ע"ד); ערך השלחן, חו"מ, רמב, ס"ק ג וס"ק יד (קלט ע"ב); ערוך השולחן, חו"מ, רמב, ג, בסופו.

גם אם לא נכתב בשטר "כתבוהו בשוק", הרי אם הנותן נתן למקבל **להחזיק** בנכסים, או שהחזיק המקבל בהם בפני הנותן ולא מחה הנותן (ולא היה מוחזק בהם לפני נתינת המתנה[679]), המתנה תקפה[680], כיון שבכך היא

מהר"ם אלשיך מסביר שדברי העדים מתקבלים גם אם כתב ידם מוכר ממקום אחר (כך שנאמנותם אינה תלויה באמירתם בלבד), כי דוקא שטר המתבטל מחמת דברים שנכתבו בו שפוסלים אותו, אין העדים נאמנים לומר שטעו במה שכתבו אם כתב ידם מוכר ממקום אחר, כי "אין מגיד חוזר ומגיד", משא"כ כאן שביטול השטר הוא ממה **שלא כתוב** בו, וייתכן שהסופר שכח, ולכן הם יכולים לחזור ולהעיד שטעו בהשמטת הדבר הזה, ואינם נחשבים "חוזרים ומגידים", אלא הם רק **מפרשים** את דבריהם (חושן האפוד, חו"מ, רמב, אות יג, מעיר שמטה שמעון סי' כט הגהב"י אות ו, טעה במה שכתב שמהר"ם אלשיך עוסק רק במצב שאין כתב ידם יוצא ממקום אחר); ורק אם כתוב בשטר "ואמר לנו להסתתר", אינם נאמנים לומר אח"כ שנתן מתנה גלויה. הוא מוסיף שלפי רשב"ם (הערה 610) שכתב שבסתם, יש רק חשש, ואם המקבל גבה את המתנה, קנה, פשוט שאם אמרו העדים בע"פ שהיתה גלויה, אינם נחשבים "חוזרים ומגידים" אלא רק מבררים את הספק כיון שאינם סותרים את לשון השטר אלא זה גילוי מילתא בעלמא, ובמיוחד שיותר שכיח לתת מתנה גמורה ממתנה טמירתא. הוא כותב שגם הרמ"ה סובר שאין השטר פסול לגמרי בסתם, שהרי הרמ"ה אומר שאם יש למקבל מיגו, דהיינו במטלטלין, תפיסה מועילה (הערה 620), ואילו היה פסול לגמרי, לא היתה תפיסה מועילה, שהרי תפס מכוח שטר שהוא חרס בעלמא, וזה כמיגו במקום עדים; לכן גם לדעתו, אם אח"כ העדים אומרים שהיתה גלויה, הם נאמנים כי זה רק גילוי מילתא ולא חזרה מדבריהם הקודמים. הוא מביא ראיה מהרמב"ם, הל' זכיה ט, א, שכתב שאם שכ"מ אמר "לא תגלו מתנה זו ולא תודיעו בה אדם אלא לאחר מותי" המתנה קיימת כיון שאמר שיגלו אותה אחר מותו שהוא שעת הקנייה (ראה ליד ציון הערה 661), ומכאן שאם כתוב סתם, העדים יכולים להעיד אחר כך שהיתה גלויה. הוא מביא עוד ראיה ממה שכתב רבנו יונה (ליד ציון הערה 623) שאם לא ציווה לכתוב בפרהסיא וציווה לחתום בפרהסיא, כשר; והרי היות שלא ציווה לכתוב כך, הדרך היחידה לב"ד לדעת שלא היתה טמירתא היא ע"פ העדים עצמם או אחרים.

ערך השלחן מנמק, שדברי העדים כאן אינם באים להשלים חסרון בהקנאה אלא לברר שדעת הנותן להקנות.

כמו כן, שו"ת משנת ר' אליעזר ח"א סי' יב, כותב שיד רמה סובר שהעדים נאמנים על כך גם אם כתב ידם מוכר ממקום אחר.

חושן האפוד, חו"מ, רמב, אות יג, מדייק מב"י חו"מ, רמב, ד, שכתב שסתם פסול אם "ליתא לעדים קמן דנשיילינהו", משמע שאם העדים אומרים שהנותן אמר "כתבוהו בשוק", נאמנים. מצד שני, הוא מעלה אפשרות שיד רמה סובר שכאן העדים אינם נאמנים, ומה שכתב שהם נאמנים הוא אם העדים אומרים שהיתה מוסתרת אלא שאומרים שטעם ההסתרה לא היה מתוך חוסר גמ"ד (המקרה ליד ציון הערה 674), ואינם בגדר "חוזר ומגיד" כי הם באים **לפרש** את דברי השטר, משא"כ כאן שעדותם היא היפך דברי השטר, שהשטר כתוב בסתם שמשמע שאמר להסתתר, והם אומרים שאמר לפרסם, ו"אינו חוזר ומגיד".

הבחנה: מטה שמעון, כט, הגהב"י אות ו, כותב שמהר"ם אלשיך מדבר באופן שלא נתקיים השטר, ולכן אינם בגדר "חוזר ומגיד" במה שאמרו אח"כ. אבל חנא וחסדא, ח"ב דף מט ע"ג, דוחה את דבריו, שהרי מהר"ם אלשיך כותב שהדין כך גם אם כתב ידם מקוים ממקום אחר.

דעה חולקת: שו"ת משאת משה אהע"ז סי' ל (קצד ע"ד), כותב שגם אם העדים באו אח"כ ואמרו שהמתנה היתה גלויה, היא בטלה, שלא כדברי מהר"ם אלשיך. ובח"א, חו"מ, סי' ה (כה ע"ב-ע"ד) (הובא בשו"ת ידי דוד (קרסו) סי' סו), הוא דוחה את ראיות מהר"ם אלשיך; ומסביר (בדף, כו ע"א) שאם כתוב בשטר סתם, והם מעידים שאמר להם "כתבוהו בשוק" - זו תוספת שאינה רמוזה בשטר, ואף שאין סתירה בין דבריהם לבין השטר, הם נחשבים "חוזרים ומגידים" כי זו תוספת. כמו כן, ערך השלחן חו"מ, כט, אות ה, מדייק משו"ת הרשב"א ח"א סי' תקסג, שאינם נאמנים. כנה"ג, חו"מ, רמב, הגהב"י אות כג, דוחה את ראיית מהר"ם אלשיך מדין שכיב מרע, שיתכן ששם מדובר שלא הוצג לפני כן השטר הסתמי, אלא העדים באים אחרי מותו ואומרים שציווה להם בלשון זו, כך שאינם "חוזרים ומגידים"; או ששם מדובר שעדים אחרים מעידים על כך. עוד יש להעיר, שממה שראבי"ה (הערה 677) מצריך שיכתבו שטר אחר, משמע שבלי זה אינם נאמנים.

שו"ת מהר"ם גלאנטי סימן סו (ד"ה תשובה) כותב שאם כתבו העדים שטר חדש עם "כתבוהו בשוק" מהתאריך הראשון, השטר פסול כי "אינו חוזר ומגיד". והוא כותב (בד"ה ואל יעלה) שלא יועיל אם העדים יאמרו אח"כ שאמר להם "כתבוהו בשוק", כיון שלא כתבו זאת בשטר. שו"ת בעי חיי חו"מ ח"ב סי' נז (נז ע"א) כותב שדבריו נראים, וגם אם זה ספק, המתנה בטלה כי הנותן מוחזק. גם חושן האפוד, חו"מ, רמב, אות יג, כותב שא"א להוציא מהמוחזק.

המחלוקת מובאת בפד"ר כרך יג, עמ' 195 (=שערי עזרא ח"ב סי' קכט עמ' שכז-שכט).

ר' שלום מזרחי, פד"ר, כרך יג, עמ' 202 (=דברי שלום, מזרחי, אהע"ז, ח"א, סי' א), כותב שגם לדעה החולקת, אם עדים מעידים אח"כ שנתן מתוך רצון טוב ונפש חפצה, ושמח בנתינתה, זו הוכחה שהתכוון למתנה גמורה, ודוקא אם הם מעידים אח"כ שאמר להם "כתבוהו בשוק" הוא בגדר "חוזר ומגיד", כי זה סותר את דבריהם הקודמים, שלא כתבו בשטר "ואמר לנו כתבו בשוק", שנחשב כאילו העידו שלא אמר להם כך.

[679] שו"ת בית יצחק (שמלקיש) חו"מ סי' ע, אות ב.

[680] חידושי הרמב"ן, בבא בתרא מ ע"ב; חידושי הר"ן, ב"ב מ ע"ב, גם בשם הרי"ף; חידושי הריטב"א, בבא בתרא מ ע"ב; מאירי, בבא בתרא מ ע"ב, ד"ה המתנה (אם החזיק ולא ערער הנותן); נימוקי יוסף, ב"ב כא ע"א, בדפי הרי"ף (הובא בערך שי ב"ב מ ע"ב); שו"ע, חו"מ, רמב, ז (הובא בשו"ת פני יצחק (אבולפיה) ח"ה חו"מ סי' ד דף קמח ע"א, ובשו"ת שושנים לדוד (צבאח) חו"מ סי' יד); זקן שמואל סי' רמב (קלח ע"ג), בדעת הרמב"ם; ערוך השולחן, חו"מ, רמב, ד; שו"ת

מתפרסמת[681], ויש בכך הוכחה שנתן את המתנה בלב שלם[682]. כמו כן, אם כתב הנותן בשטר: "לך וחֲזֵק בו מעכשיו", המתנה תקפה[683], שהרי אין פרסום גדול מזה[684], וזו הוכחה שהוא התכוון למתנה גמורה[685]. כך גם

מהרי"א הלוי, ח"ב סי' קמט (אם המקבל ישב בבית שקיבל בידיעת הנותן כמה שנים); שו"ת משפט צדק ח"ב סי' סט (קנט ע"ג); קצות החושן, צט, ס"ק ו; ר' אברהם ברוך מני, בשו"ת ברוך מבנים (סו"ס זכרונות אליהו יו"ד במהד' תרצ"ו), סי' ג, עמ' מג, בדעת רב האי; שו"ת וזאת ליהודה (טרב) חו"מ סימן ז (ד"ה ובנדון).
שו"ת רש"י סי' רי, כותב שבמתנת מיטלטלין, אם החזיק המקבל, אין פסול של מתנה טמירתא.
י' פרנצוס, "שיטת הקדמונים במתנתא טמירתא", סיני קג (תשמ"ט), עמ' רכח, מדייק כך גם משו"ת הרי"ף סי' ח.
יד רמה, בבא בתרא, פרק ג, סי' קיב (עג ע"א), כותב שבסתם, אם אחרי כתיבת השטר, הקנה הנותן את הנכס למקבל בקנין סודר או בחזקה או בשטר קנין, קנה, כי זה מראה שחזר בו מהמתנה הראשונה ועכשו הוא רוצה להקנות אותה בקנין גמור.
ר' אברהם ברוך מני, בשו"ת ברוך מבנים (סו"ס זכרונות אליהו יו"ד במהד' תרצ"ו), סי' ג, עמ' לח, כותב שהדין כך גם אם התברר שהמקבל לחץ על הנותן נוסף על כך שהנותן אמר לעדים להסתתר, שהרי גם אז יש פרסום (הנימוק ליד ציון הערה 684) ויש הוכחה שנתן בלב שלם (הנימוק ליד ציון הערה 685).
תשב"ץ חלק ג סי' שכה, כותב (גם בשם הרי"ף בתשובה ובעל העיטור) שגם בלי "כתבו בשוק", המתנה תקפה אם היתה מתנה "מעכשיו" והחזיק המקבל בנכסים מיד.
שו"ת מהר"ש צרור (תשב"ץ חלק ד טור ב) סימן ו, כותב שמדובר שהחזיקו הנותן בפני עדים או שהחזיק המקבל בנכס בפני הנותן בעדים, אבל בלי עדים, המקבל אינו נאמן, כיוון שהנותן ציווה לעדים שלא יגלו.
שו"ת משפטיך ליעקב ח"ג סי' כז אות ג (=שרידים גל' יח עמ' סד-סה), כותב שרשב"ם, ב"ב מא ע"א (ד"ה חיישינן), סובר שאם הנותן הגבה לו או שב"ד הגבה לו והנותן שתק, זכה, כי אין חשש קנוניה (החשש ליד ציון הערה 597), שהרי אילו תיכנן קנוניה לא היה נותן למקבל אלא שומר את הנכס לעצמו עד שימכור אותה לאחר (וצריך להעיר שזה נכון רק במיטלטלין); וגם אין חשש שנתן לאחר מקודם (ולא הסביר מדוע).
דעה חולקת: בני אהרן, חו"מ, סימן רמב (קלב ע"ב), כותב שלפי בני שמואל, הרא"ש סובר שגם אם הנותן נתן למקבל להחזיק בנכס, המתנה בטלה.
ר"ח בן מנחם, "מתנה טמירתא", שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז), עמ' 50, מדייק מרמב"ם, זכיה, ה, א, הנוקט שמתנה טמירתא "אינה כלום" וממאירי, ב"ב שם, הנוקט שהיא "כמו שאינה", מכאן שלדעתם גם כאן המתנה בטלה. הוא תולה שאלה זו בטעם פסול מתנה טמירתא: לפי הטעם (ליד ציון הערה 589) של חוסר גמ"ד של הנותן, הרי כאן שהנותן גילה שיש לו רצון לתת, המתנה תקפה, ואילו לפי הטעם של הרמב"ם (ליד ציון הערה 597), של חשש קנוניה, לא משנה שהנותן גילה רצון לתת. יש להוסיף שלפי הטעם (ליד ציון הערה 594) שחוששים שהנותן נתן לפני כן לאדם אחר, גם כאן המתנה בטלה (כך רומז איילת השחר ב"ב מ ע"ב, על רשב"ם ד"ה לא מגבינן).
כמו כן, דביר הקודש, ב"ב, סי' כז, אות ד, כותב שלפי הטעם של הרמב"ם, גם אם הנותן אומר שהתכוון בלב שלם, או שמוכח כך כמן במקרים שבטקסט, המתנה בטלה, כי גם אז יש חשש הפסד לקונה העתידי, וכך עולה מלשון הרמב"ם "אינה כלום". הוא מעלה ספק מה הדין כאן לפי נימוק הרשב"ם (ליד ציון הערה 594) שחוששים שכבר נתן לאחר, שבפשטות החשש קיים גם כאן, ומצד שני ייתכן שאם מוכח שהתכוון לתת בלב שלם, אין חשש שיטעה את המקבל. גם מורשת יעקב (גניזי) ב"ב מ ע"ב, וסוכת דוד, ב"ב מ ע"ב, אות סב, כותבים שלפי הטעם של הרמב"ם, המתנה בטלה גם אם המקבל החזיק בנכסים.
אבני חושן (איטאח) (=יריעות החושן), רמב, ג, כותב שגם לפי הטעם של הרמב"ם, אם החזיקו הנותן המתנה תקפה כי יש לכך פרסום, כאמור ליד ציון הערה 681, אבל אם החזיק בפני הנותן אין לכך פרסום, וא"כ המתנה בטלה לפי הטעם של הרמב"ם. וראה לעיל בהערה זו, שלדעת משפטיך ליעקב כאן אין חשש לקנוניה.
סוכת דוד שם, אות סג, כותב שלרשב"ם במתנה טמירתא יש חסרון במעשה הקנין כי הנותן גילה דעתו שאינו רוצה לתת (כך הסביר בסי' מח שם), ולכן המתנה בטלה גם אם המקבל החזיק בפני הנותן.
ר' עזרא בצרי, פד"ר כרך יג, עמ' 196 (=שערי עזרא ח"ב סי' קכט עמ' שכח), כותב כאילו חושן האפוד, חו"מ, רמב, אות לא, כותב שיד רמה סובר שגם כאן המתנה בטלה, ולכן הוא כותב שאין להוציא מן המוחזק. אבל ראה הערה 687, שחושן האפוד אומר כך רק בנותן שאמר לעדים להסתתר, ולא בסתם. גם בספרו דיני ממונות, חלק ג, שער ג, פרק ג, סעיף ה, עמ' קד, כתב שמספק אין להוציא מהמוחזק.
ראה גם הערה 620 בשאלה האם תפיסה מועילה, ושם הכוונה היא שהנכס הגיע למקבל שלא ברצון הנותן, בשונה מנידוננו.

[681] חידושי הרמב"ן, בבא בתרא מ ע"ב; ביאור הגר"א חו"מ, רמב, ס"ק יא.

[682] חידושי הר"ן שם; ערוך השולחן, חו"מ, רמב, ד.
שו"ת מהר"ם אלשיך סי' צט (הובא בשו"ת בית יצחק (שמלקיש) חו"מ סי' ע, אות א, ובשו"ת יש מאין סימן לז, ד"ה וכל שכן), מעשה רקח, הלכות זכיה ומתנה, ה, א, ובית שרגא ב"ב סי' קל, כותבים שלרמב"ם (ליד ציון הערה 597) שטעם פסול מתנה טמירתא הוא חשש שיערים וימכור לאחר, הרי אם הגיעה המתנה למקבל, זכה בה, מפני שאז כבר לא יוכל הנותן להערים למכור לאחר. חושן האפוד, חו"מ, רמב, אות ב, מנמק דין זה, שחזקה שכל מה שביד אדם הוא שלו. אבל מעשה רקח כתב בתחילת דבריו, שאפילו הגיעה המתנה לידי המקבל, לא זכה.
שו"ת משפטיך ליעקב ח"ג סי' כז אות ה (=שרידים גל' יח עמ' סז-ע), כותב שלדעת מהר"ם אלשיך, גם בקנין סודר, המתנה בטלה כיון שהנותן אינו מוסר לידו, וכך גם בקנין חזקה בקרקע כי אינו נחשב שנותן בידו.

אם התחיל למסור למקבל חלק מדבר המתנה, מה שמראה שהתכוון למתנה בלב שלם[686]. ויש אומרים שהדין כך גם אם אמר לעדים להסתתר, ולא רק בסתם[687].

יש אומרים שבמתנה שאמורה לחול **מיד** (היינו שלא נאמר בשטר שהמתנה תחול לאחר זמן, גם אם לא נאמר בו שיחול "מעכשו"[688]), גם אם נכתב השטר בסתם, היא תקפה, כי ברגע שהגיע הנכס לידי המקבל, הוא נכנס לרשותו, והדבר התפרסם; ורק במתנה שאמורה לחול לאחר זמן, אם חזר בו הנותן לפני שהגיעה המתנה לידי המקבל, ועוד לא התפרסמה, והוא טוען שהתכוון למתנה טמירתא, המתנה בטלה[689].

---

[683] שו"ת הרשב"א חלק א סימן תתקצד, וח"ב סי' שנג ("ילך ויחזיק מעכשיו") (הובא בשו"ת עדות ביעקב (בוטון), סי' עב (ריא ע"ב), בשו"ת משפט צדק ח"ב סי' סט (קנט ע"ג), בשו"ת זרע אנשים סי' סח (סז ע"א), בשו"ת חושן האפוד חו"מ סי' ו (טז ע"ד), בשו"ת פני משה, ח"ב, סי' יד (כו ע"א) [שהובא בשו"ת דבר משה (אמריליו) ח"ב סי' עז (פד ע"ב)], ובשו"ת מהר"ם גלנטי, סימן סו); רמ"א, חו"מ, רמב, ג (הובא בליקוטי מוהר"ם, אות לב); ערך לחם, חו"מ, רמב, ד; שו"ת בית יצחק (שמלקיש) חו"מ סי' ע, אות ב (בכתב או בעל פה); ערוך השולחן, חו"מ, רמב, ד; משכנות הרועים (אלחאיק) מע' מ אות שח (רלז ע"א) ("מעכשו יזכה").

"יזכה": ר' יצחק אשכנזי, בשו"ת ברוך מבנים (סו"ס זכרונות אליהו יו"ד במהד' תרצ"ו), סי' ב עמ' טו, כותב ע"פ הרשב"א שם, שאם כתוב בשטר "יזכה", המתנה תקפה. לעומתו, ר' אברהם ברוך מני, שם סי' ג, עמ' נג, כותב שדוקא "ילך ויזכה מעכשו" מועיל אבל "יזכה" לא מועיל כי אין בזה כל כך משמעות שיחזיק בו, ובכך יגלה את נתינת המתנה, אלא שיהיה שלו.

"אני נותן מעכשו": ר' שילה רפאל, פד"ר כרך יג, עמ' 188 (=מוריה גל' קכט עמ' פ-פז = משכן שילה עמ' רסט), ור' שלום מזרחי, שם, עמ' 202 (=דברי שלום, מזרחי, אהע"ז, ח"א, סי' א), לומדים מדין זה שאם כתוב בשטר "אני נותן מהיום", המתנה תקפה. אבל ר' עזרא בצרי, שם, עמ' 196 (=שערי עזרא ח"ב סי' קכט עמ' שכז-שכט), כותב שדוקא אם כתב שהוא מרשה מעכשיו למקבל להחזיק בנכסים, הרי זה כאילו החזיק בנכסים ולא מחה הנותן, אבל "אני נותן מהיום" הוא לשון קנין ומתנה, ואין בלשון זה הוראה שיחזיק בנכסים מעכשיו. גם שו"ת ר' יצחק הלוי מקושטא סי' יח (עמ' סו) כותב שאמירת "מעכשו" אינה מועילה, ורק אם מסר לידו קנה.

[684] שו"ת הרשב"א חלק א וחלק ב שם (הובא בשו"ת מהרי"א הלוי, ח"ב סי' קמט); ר' אליהו עצור, "צוואה שהופקדה בידי עורך הדין", תחומין יז (תשנ"ז), עמ' 304.

משכנות הרועים (אלחאיק) מע' מ אות שח (רלז ע"א) מסביר ש"ילך ויחזיק" מועיל כי שטר יש לו קול, ומתפרסם שרצה להחזיק את המקבל בנכס מעכשו. כנראה, זה הסיבה שהוא פוסק (בדף רלז ע"ב) ש"מעכשו ילך ויחזיק" מועיל גם אם כתוב בשטר שהנכסים שייכים לנותן עד מותו, כך שבפועל המקבל אינו יכול להחזיק מעכשו - כי בכל זאת זה נותן פרסום.

[685] ערוך השולחן, חו"מ, רמב, ד.

[686] שו"ת משנת ר' אליעזר ח"א סי' יב.

אבל ר' אברהם ברוך מני, בשו"ת ברוך מבנים (סו"ס זכרונות אליהו יו"ד במהד' תרצ"ו), סי' ג, עמ' מח, מעיר שלפי הדעה (בהערה 680) שגם אם החזיקו הכל, אין גילוי דעת, הרי במתנה לאחר זמן, בקרקע, לא זכה גם בחלק שהחזיקו, ובמטלטלין קנה את מה שבידו מדין תפיסה ברשות (ראה בשמו בהערה 620), אבל לא את השאר. הוא מסתפק במתנה מעכשו, והחזיקו במקצת, האם המתנה תקפה רק באותו חלק, או שמא היות שהתגלה חלקו, קנה הכל כי המקבל מפרסם הכל.

[687] רב האי, בתשובות הגאונים, שערי צדק, חלק ד, שער ג, סי' נה (אם נתן הנותן למקבל); מישרים נתיב טו חלק ב (מז ע"ג) (במתנה "מעכשיו"); שו"ת ר"ח כהן, חו"מ סי' טז (אם כתב "מעכשו"); צדק ומשפט רמב, ז (קלט ע"א), בדעת הר"ן; ערוך השולחן, חו"מ, רמב, ד (כי מניחים שהיתה לנותן סיבה כלשהי לכתוב בסתר, ולא מתוך חוסר רצון לתת); שיעורי ר' אהרן ליכטנשטיין, ב"ב, פ' חזקת הבתים עמ' 207, בדעת הרמב"ן.

דעה חולקת: יד רמה, בבא בתרא, פרק ג, סי' קיב (עג ע"א), כותב שגם אם הנותן עשה מעשה קנין נוסף, הרי אם גילה דעתו שאינו רוצה שהעדים יגלו את נתינת המתנה, כגון שאמר להם "אל תגלו את המתנה", חוששים גם כאן.

שו"ת מהר"ם מינץ סימן סו (הראשון), מעלה אפשרות שר"י מיגאש (הערה 680) דיבר רק בסתם, אבל אם אמר להם להסתתר, המתנה בטלה. עיני דוד הלכות זכיה ומתנה, ה, א (ד"ה וכתב הרב מוהר"ם), מביא ראיה לדבריו מחידושי הר"י מיגאש שם (עיי"ש). גם חושן האפוד, חו"מ, רמב, אות לא, כותב שר"י מיגאש סובר כיד רמה, שאם אמר להם להסתתר, המתנה בטלה.

ערך השלחן, חו"מ, רמב, ס"ק יד (קלח ע"ג), מדייק מעיטור, שכאן המתנה בטלה גם אם החזיק.

משכנות הרועים (אלחאיק) מע' מ אות שח (רלו ע"ד), כותב בדעת שו"ת הרשב"א ח"ב סי' שנג, ובדעת הר"ן (הערה 680) שבסתם המתנה תקפה אם נכתב "ילך ויחזיק" גם אם הנכס לא הגיע לידי המקבל, אבל אם הנותן אמר לעדים שיסתתרו, המתנה תקפה רק אם הגיע לידי המקבל. כמו כן, ערך השלחן, חו"מ, רמב, ס"ק יד (קלח ע"ג), כותב שאם הנותן אמר לעדים להסתתר, המקבל קנה רק אם החזיק, ובסתם, די אם כתוב "מעכשו".

[688] ר' אברהם ברוך מני, בשו"ת ברוך מבנים (סו"ס זכרונות אליהו יו"ד במהד' תרצ"ו), סי' ג, עמ' נב.

[689] חידושי ר"י מיגאש, בבא בתרא מ ע"ב, בשם הרי"ף והגאון (אם הגיע הנכס לידי המקבל); רבנו אפרים, המובא בספר העיטור, מתנה (נו ע"ד), ליד אות כג; יד רמה, בבא בתרא, פרק ג, סי' קיב (עב ע"ג), בשם ר"י מיגאש בשם רי"ף וגאון.

יש אומרים שבסתם, שלא אמר לעדים להסתתר ולא לכתוב בגלוי, המתנה בטלה רק אם לא נתן מדעת עצמו, כגון שמישהו **ביקש ממנו** לתת לו מתנה, ודחה אותו פעם אחר פעם, ואחר כך אמר לעדים לכתוב לו שטר מתנה - בזה יש לחשוש שלא התכוון לתת באמת וכתב רק כדי לדחות את המבקש, אבל אם כתב שטר **מדעת עצמו**, אין לחשוש לזה, והמתנה תקפה[690].

ר"י שצ'יפנסקי, בספרו "רבינו אפרים", עמ' 450, מציין שבכ"י של העיטור, הדברים מובאים בשם הרי"ף ולא בשם ר' אפרים.

ההבדל בין מקרה זה למקרה הקודם הוא שכאן המקבל עשה את מעשה הקנין בעצמו, כך שאין כל כך הוכחה לרצון הנותן, ואינו מתפרסם כל כך. לפי זה, בפשטות, הפוסקים שאמרו (ליד ציון הערה 620) שאין תפיסת המקבל מועילה, חולקים על רבנו אפרים, אלא אם כן נאמר שהם דיברו רק במתנה שהיתה אמורה לחול אחר זמן - וזה דחוק.

ראה הערה 634, שבפסקי דין ירושלים כרך יג עמ' תמא, למדו מהלכה זו שמתנה שנרשמה במירשם הממשלתי תקפה כיון שהמקבל זוכה בנכס מיד ע"י הרישום.

יד רמה שם כותב שגם אם הנכס הגיע למקבל, יכול הנותן לחזור בו לפני שהגיע **השטר** ליד המקבל, כיון שמדובר בשטר שלא כתוב בו קנין סודר, שאז השטר הוא מעשה הקנין, והמקבל זוכה רק ע"י הגעת השטר לידו. וזה נכון גם במתנה גלויה - ראה על כך בסעיף 6.

שו"ת הרשב"ש סי' קיד (כמוסבר בערך השלחן, חו"מ, רמב, ס"ק יד, דף קלח ע"ג-ע"ד), כותב שהרי"ף סובר שאם המתנה היא מיד, היא תקפה גם בסתם, אבל במתנה "מעכשו ולאחר מיתה", יש הבדל בין קרקע למיטלטלין: בקרקע המשמעות היא שהמקבל קונה את הגוף מיד ואת הפירות לאחר מיתה, ולכן היא תקסה גם בתם, אבל במיטלטלין, לא קנה המקבל עדיין את הגוף ולכן בסתם היא בטלה.

ר' אברהם ברוך מני, בשו"ת ברוך מבנים (סו"ס זכרונות אליהו יו"ד במהד' תרצ"ו), סי' ג, עמ' לט, כותב שלפי ר"י מיגאש, ר' אפרים והרמ"ה, במתנה "מעכשו" קנה רק אם הגיעה למקבל, ובמתנה לאחר זמן אפילו הגיעה לידו לא קנה. הוא מסביר (בעמ' מ) שבמתנה לאחר זמן, גם אם כשהגיע הזמן החזיק הנותן את המקבל בה, ובידו לפרסם (שמשום כך כתב הרמב"ן שההחזקה זו מועילה - ראה הערה 684), בכל זאת כיון שבמשך זמן זה היתה מסותרת, לא קנה. הוא כותב (בעמ' מא-מב) שמש"כ הראשונים שבמתנה לאחר זמן לא קנה, הוא כגון שנתן לו גוף מהיום ופירות לאחר זמן, כך שהקנין נגמר לגמרי מהיום, אלא שהמקבל לא יכול להחזיק בנכסים עדיין, ולכן לא משנה שכשמגיע הזמן שיכול להחזיק בה היא כבר מפורסמת. מהקשר דבריו נראה שהעמיד כך את דברי הראשונים, מפני שאם המתנה אמורה לחול כולה רק לאחר זמן, אינה נפסלת בכך שהנותן מסתיר אותה עכשו, אם בשעת חלותה היא גלויה, כאמור ליד ציון הערה 604. הוא כותב (בעמ' מב) שהבחנה זו בין מעכשו לבין לאחר זמן, שאמורה באופן שהנכס הגיע למקבל, כאמור, היא לפי ההסבר (ליד ציון הערה 684) שאם החזיקו הנותן קנה כי המקבל יכול לפרסמה, אבל לפי ההסבר (ליד ציון הערה 685), שאם החזיקו הנותן קנה כי יש גילוי דעת שהתכוון למתנה גמורה, אין הבדל בין מעכשו לאחר זמן. עוד הוא כותב (בעמ' מג) שלפי יד רמה, בקרקע גם אם החזיקו הנותן היא נשארת בחזקת מ"ק (ראה בשמו בהערה 620), וזאת גם במתנה מעכשו (כך נראית כוונתו).

עוד דן רא"ב מני (בעמ' מד) בשאלה האם לדעה זו מועילה מתנה "מעכשו" גם אם הנותן אמר לעדים להסתתר, או רק בסתם. הוא מדייק מהרמב"ן שהדברים אמורים גם אם הוסתרה ואילו מר"י מיגאש הוא מדייק שהדברים אמורים רק בסתם. הוא מיישב ביניהם, שאם הוסתרה, קנה רק אם החזיקו הנותן או שהמקבל החזיק בפני הנותן, ואילו בסתם גם אם החזיק בלי דעת הנותן, במעכשו, זכה. עוד הוא מיישב (בעמ' מה) ע"פ משש"כ ר"ש צרור (הערה 680) שקנה רק אם החזיקו הנותן בפני עדים או שהחזיק המקבל בהם בפני עדים, אבל אינו נאמן בלי עדים - הרמב"ן אומר שאם הוסתרה, והחזיקו הנותן בפני עדים, מועיל במעכשו, אבל אינו נאמן בלי עדים, ור"י מיגאש אומר שבסתם, אם הגיעו הנכסים לידו, הוא נאמן לומר שהנותן החזיקו, ושהנותן התכוון בלב שלם, כיון שהוא מוחזק; וכל זה ב"מעכשו" אבל ב"לאחר זמן", לא זכה, כי גם אם נאמין לו, חזקתו לא מועילה כאמור. הוא מעלה (בעמ' מו-מז) עוד כמה אפשרויות להבין את דעת הראשונים: (א) לרי"ף אם הוסתרה, רק אם החזיקו מועיל, ובסתם די שיגיע לידו, כי יורד דרגה אחת; ולרמ"ה, אם הוסתרה גם אם החזיקו לא קנה, ובסתם קנה רק אם החזיקו. (ב) לרי"ף בין אם הוסתרה ובין בסתם, לא מועילה תפיסה בלי רשות בקרקע, ואילו רמ"ה סובר שאם הוסתרה לא מועיל אם החזיקו, אבל בסתם מועיל.

מרכבת המשנה הלכות זכיה ומתנה, ה, א, כותב שלרמב"ם, במיטלטלין, אם נתן ביד המקבל, אפילו בחדרי חדרים קנה.

כנה"ג, חו"מ, רמב, הגהב"י אות כד, כותב בשם ר"כ קאלפו, שבכל מתנה שהיא **"מעכשו"**, אין צורך ב"כתבו בשוק". אבל שו"ת חושן האפוד חו"מ סי' ו (טז ע"ד), מעיר שחקרי לב חו"מ מהדו"ב סי' יב, ושו"ת צל הכסף ח"א סי' לו דף רו ע"א, עוסקים במתנה בלשון "מעכשו" ולא כתבו שהיא תקפה מטעם זה. והוא מדייק מחי' ר"י מיגאש, בהערה 680, ש"מעכשו" מועיל רק אם המקבל החזיק במתנה.

[690] חידושי ר"י מיגאש, בבא בתרא מ ע"ב (הובא ביד רמה, בבא בתרא, פרק ג, סי' קיב, דף עב ע"ב, במגיד משנה, הלכות זכיה ומתנה, ה, ב, ובשו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סימן כד, ד"ה עלה בידינו), בשם הרי"ף והגאון; ספר העיטור, מתנה (נו ע"ד), ליד אות כב, גם בשם רבנו אפרים.

יד רמה שם מוסיף שהמתנה תקפה רק אם העידו העדים גם שלא כתב מחמת אדם אחר שדחק אותו לכתוב.

שו"ת זכות אבות (קורייאט) סי' יז (כד ע"ג), מביא דעה זו.

תהלה לדוד (אמאדו), ח"א, דרוש ה לשבת הגדול (קסט ע"ב), מבאר ע"פ דין זה (ועוד) את הפסוקים בברכת יצחק (בראשית כז, א-ד), בדרך דרוש: יצחק רצה לתת את הבכורה במתנה לעשו, אבל רצה להסתיר אותה כדי שיעקב לא יתנגד, וכדי שלא תיפסל מחמת מתנה טמירתא, טען כמה טענות: ראשית, "ויקרא את עשו" - הוא יזם את המתנה

אם הנותן מסר את דברי השטר **לב"ד** שבעיר, המתנה תקפה, כי לדברי ב"ד יש פרסום[691]. כך גם אם ביקש מבית דין לחתום על שטר המתנה[692].

אם **גילה הנותן את דעתו** מראש שהוא מתכוון לתת מתנה בלב שלם, קנה המקבל גם אם לא נכתב בשטר "כתבוהו בשוק"[693], שהרי הטעם לפסול אם לא נכתב כך הוא משום שיש אומדנא שהנותן לא התכוון לתת בלב שלם, ולכן אם יש הוכחה הפוכה, המתנה תקפה[694]. דוגמאות לכך: אם כתב בה "אחריות", כלומר שהוא מתחייב לפצות את המקבל אם דבר המתנה יילקח ממנו, שאילולא נתן ברצונו לא היה כותב כך[695]; אם כתב

מעצמו ולא נתן בעקבות בקשת עשיו; "הנה נא זקנתי לא ידעתי יום מותי" - ובמצווה מחמת מיתה אין פסול מתנה טמירתא (ראה הערה 647); "ועשה לי מטעמים" - כדי שייראה כאילו זה מכר בתמורה למטעמים, ובמכר אין הסתרה פוסלת, כאמור בהערה 591.

ר' מאיר משוורזנץ, בס' ליקוטי מוהר"ם, אות לב (הובא בנוה צדק, דרוש ה לנישואין, דף עג ע"א), הסביר על פי דעה זו איך זכו ישראל בתורה אף שהתורה ניתנה בחשאי (תוס' שבת פט ע"א, ד"ה תורה) - כי ה' נתן מרצונו.

[691] שו"ת מהרא"ל צינץ, חו"מ, סי' לח, אות ו (סה ע"ב).

[692] שו"ת משנת רבי אליעזר (טולידו), ח"א סי' נב.

[693] חידושי הריטב"א, בבא בתרא מ ע"ב (הובא בפד"ר, כרך יג, עמ' 201-202 = דברי שלום, מזרחי, אהע"ז, ח"א, סי' א), בשם מורו (הרא"ה). הוא נוקט שאם יש הוכחה שיש לנותן סיבה מוצדקת להסתיר את המתנה (ושאינה בגלל חוסר גמירת דעת), המתנה תקפה, משום שאז ההסתרה אינה הוכחה שלא התכוון למתנה אמתית. וכך עולה מן הפוסקים שנתנו תוקף למתנות בדוגמאות דלהלן. המהדיר לחידושי הריטב"א, מהד' מוסד הרב קוק, בבא מציעא עב ע"א, הערה 851, מסביר על פי זה את דעת הריטב"א ב"מ שם (והובאה לעיל, ליד ציון הערה 757), שבמעשה בב"מ שם, במי שהקנה קרקע לבנו הקטן בסתר כדי למנוע את מכירתה למישהו שכפה עליו למוכרה לו, הבן קנה אף שהקנה לו בסתר - כי שם לא הסתיר מתוך חוסר גמירת דעת אלא כדי שהאנס לא ימנע את הנתינה. אבל יש להעיר שלא נאמר בתלמוד שבאותו מעשה הנתינה היתה בסתר.

ר' משה רזיאל, "בדין מתנה טמירתא", מגל ו (תשמ"ח), עמ' 8, כותב שהריטב"א בב"ב שם חולק על נ"י ועל ר"י נרבוני (הערה 670) האומרים שאם הנותן אומר שנתן מרצונו אלא הסתיר אותה מפני שלא רצה שפלוני ישמע עליה מסיבה כלשהי, המתנה תקפה, שהרי כתב (כאמור ליד ציון הערה 757) שהנותן נכס במתנה **גלויה** כדי למנוע את מכירתו הכפויה לאדם אחר, המתנה תקפה, אבל אם המתנה מוסתרת, אינה תקפה. דבריו קשים, שהרי נ"י עצמו שם כותב גם הוא על מקרה זה שאם המתנה מוסתרת, אינה תקפה, ומנמק, כי היה ניכר שלא נתן מרצונו. והוא עצמו כותב (בעמ' 9) שלריטב"א גם אם המתנה מוסתרת, היא תקפה, כיון שמטרתו למנוע את חלות המכר, ולשם כך צריך שהמתנה תהיה תקפה. הוא כותב (בעמ' 8) שלפי הטעם של הרמב"ם (ליד ציון הערה 597), אם יש סיבה אחרת להסתרת המתנה - היא תקפה, ואילו לפי הטעם של הראב"ד (הערה 592), שהסתרת המתנה מעלה חשש שהנותן אינו נותן בלב שלם, הדין כך גם אם יש לו סיבה להסתיר אותה; ולא הסביר מדוע הדין תלוי בטעמים השונים.

זכרנו לחיים, ח"ב, חו"מ, ע' מתנה אות יז, כותב שגם אם הנותן אמר לעדים להסתתר, ואיננו רואים שום אמתלא להסביר מדוע אמר כך, מ"מ אם יש הוכחה שהוא נותן בלב שלם, מתנתו קיימת, כי מניחים שהיתה לו איזו סיבה לומר כך לעדים, ואיננו יודעים אותה. אבל הוא מביא ששו"ת בעי חיי ח"ב דף מט ע"א (ולא מצאנוהו), כותב שהמתנה בטלה אף אם ידוע לנו שהוא רוצה שהמקבל יקנה אותה.

ר' יוסף רפאל עזיאל, בשו"ת משפטי עוזיאל חו"מ סימן מ (ד"ה אולם אחת) כותב באופן כללי שאם נוסח שטר מוכיח שיש לנותן רצון הגמור לתת, המתנה תקפה גם בלי "כתבוהו בשוק".

אבל כפי שראינו בהערה 675, ייתכן שלפי חלק מהטעמים לפסילת מתנה טמירתא, היא פסולה גם אם אמר הנותן שהוא נותן בלב שלם.

ר' עזרא בצרי, פד"ר כרך יג, עמ' 194 (=שערי עזרא ח"ב סי' קכט עמ' שכז-שכט), כותב באופן כללי שגם אם גילה דעתו לפני כן שהוא רוצה לתת במתנה גמורה, המתנה בטלה, כי חז"ל קבעו אומדנא שמי שאינו כותב "כתבוהו בשוק" אינו נותן בלב שלם, ואין לנו כח לעקור אומדנא זו עפ"י אומדנא אחרת שיש לנו. הוא מדמה זאת (בעמ' 195) למי שמכריז שברצונו לתת מתנה, ונתן בלי לעשות מעשה קנין, שאין תוקף למתנה, וכך כאן, גם אם אמר בפירוש שהוא רוצה לתת, הרי כל שלא נכתב השטר כתקון חז"ל אינו מועיל, כיון שיש חסרון בדרכי הקניין (על כך אפשר להשיב, שזה לא פסול בדרך הקניין אלא חסרון בגמירת דעת, שאפשר להשלים ע"י הוכחת גמירת דעת). הוא מסביר שאף שפסול מתנה טמירתא מבוסס על אומדנא, אין לנו כח לעקור באומדנא שלנו אומדנא של חז"ל (כנגד זה יש להעיר טענה זו אינה שייכת אם אמר בפירוש שהוא רוצה לתת, שהוא יותר חזק מאומדנא). הוא מוסיף שייתכן שגם מה שהוא אומר שהוא רוצה לתת, בא מתוך לחץ של המקבל. על פי זה כתב (בעמ' 196) ששום לשון שופרי דשטרא (מלבד "כתבוה בברא", או לשון הקרוב למשמעות זו), לא מועיל לתקן את החסרון של "כתבוה בברא".

[694] ר' שלום מזרחי, פד"ר, כרך יג, עמ' 202 (=דברי שלום, מזרחי, אהע"ז, ח"א, סי' א).

[695] חידושי הר"ן גיטין נח ע"א; חידושי ר' קרשקש, גיטין נח ע"א (הובאו בבני אהרן, חו"מ, סימן רמב, קלב ע"א, ובשו"ת ידיו של משה חו"מ סי' כג).

חושן האפוד, חו"מ, רמב, אות יב, כותב שהם עוסקים גם בשטר שכתוב בו שהנותן ציווה לעדים להסתתר.

במפורש שהוא נותן ברצונו[696]; אם אמר שהוא רוצה לוודא שהמתנה תהיה תקפה[697]; אם כתב "מי שיערער על המתנה יהיו דבריו מבוטלים"[698], או לשון אחרת של חיזוק המלמדת על רצונו[699]; אם ציווה לעדים לכתוב (או שכתב בעצמו) שרשות ביד המקבל לעשות למתנה קיום בב"ד או בערכאות[700]; אם אמר "אני רוצה לתת מתנה ואני מפחד לתת בפרהסיא שמא היורשים ילחצו עלי לא לתת אותה"[701]; אם כתב שהמקבל יהיה רשאי לתת את הנכס במתנה או למכור אותו[702]; אם כתב שאם תתעורר מחלוקת הלכתית לגבי המתנה, הוא מקבל על עצמו את הדעה הנותנת תוקף למתנה[703]; אם ביקש מהרב שישכנע את האנשים האיראים על ביצוע המתנה להסכים לכך[704]; אם השטר כתוב באופן שהמקבל יכול לזכות בנכס ע"פ הערכאות[705].

כך גם אם מה שאמר **אחרי** נתינת המתנה מוכיח שנתן מרצונו, כגון שאח"כ סיפר הנותן שהוא נתן מתנה לפלוני[706], או שאח"כ אמר למורשים שלו שידאגו לתת למקבלי המתנות את חלקם הכתוב בשטר[707].

ר' אברהם ברוך מני, בשו"ת ברוך מבנים (סו"ס זכרונות אליהו יו"ד במהד' תרצ"ו), סי' ג, עמ' נז, כותב שגם במקום שנהגו לכתוב אחריות בכל השטרות, גם בלי אמירת הנותן, המתנה תקפה גם בלי "כתבוהו בשוק", מפני שהעובדה שהנותן לא ציווה שלא יכתבו אחריות מוכיחה שהוא נותן בלב שלם.
שו"ת חושן האפוד חו"מ סי' ו (טז ע"ד) מעיר ששו"ת פני משה ח"ב סי' יד, ושו"ת צל הכסף ח"א סי' לו (רו ע"א), עסקו במתנה עם אחריות ולא פסקו מטעם זה שהמתנה מועילה אף שלא נכתב "כתבו בשוק". אבל הוא כותב שאין להתחשב בכך, כי הם אחרונים לעומת הראשונים, ובמיוחד שלא נכנסו לשאלה זו ולא ראו את הריטב"א והר"ן, ואילו ראו היו מכשירים את המתנה מטעם זה.
ראה עוד ליד ציון הערה שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת., שהסמ"ע אומר שמתנה שכתובה בה אחריות היא בעצם מכר.
אבל בהתחייבות לתת מתנה לא מועילה כתיבת אחריות - ראה סעיף 5.

[696] ערוך השלחן, חו"מ, רמב, ג (הובא בפד"ר כרך יג, עמ' 188 = מוריה גל' קכט עמ' פ-פז = משכן שילה עמ' רסד-רעד).
שו"ת זכות אבות (קורייאט) סי' יז (כד ע"ג), כותב בתחילה שאם כתוב "ברצון נפשו", המתנה כשרה; אבל אח"כ כתב שאין זו הוכחה גמורה לגמירת דעת.

[697] ר' מתתיהו שרים, פד"ר כרך יג, עמ' 176.

[698] שו"ת עין משפט (הלוי) חו"מ סי' מה (סט ע"ב); ר' שילה רפאל, פד"ר כרך יג, עמ' 188 (=מוריה גל' קכט עמ' פ-פז = משכן שילה עמ' רסט); ר' שלום מזרחי, פד"ר, כרך יג, עמ' 201 (=דברי שלום, מזרחי, אהע"ז, ח"א, סי' א).
אבל ר' עזרא בצרי, פד"ר כרך יג, עמ' 196 (=שערי עזרא ח"ב סי' קכט עמ' שכח), כותב שלשון זו אינה מועילה, לשיטתו בהערה 693 שלא מועיל גילוי רצון.

[699] ערוך השולחן, חו"מ, רמב, ז.

[700] ערוך השולחן, חו"מ, רמב, ח (הובא בשו"ת להורות נתן חלק ג סימן קט).

[701] שו"ת פאת נגב חו"מ סי' ו (סו ע"ד).
ערך לחם, חו"מ, רמב, י (הובא בהגהות מהר"א אזולאי על הלבוש, חו"מ, רמב, ס"ק ח), כותב שמי שנתן מרצונו, ולא רצה שידעו בניו ולכן אמר לעדים להסתיר את המתנה, המתנה תקפה כי ההסתרה נבעה מסיבה חיצונית. כנראה, גם הוא מדבר (כמו פאת נגב) באופן שהנותן אמר שהוא נותן מרצונו, והסביר את סיבת ההסתרה.
כמו כן, ר' שלום מזרחי, פד"ר, כרך יג, עמ' 202 (=דברי שלום, מזרחי, אהע"ז, ח"א, סי' א), כותב שאם הנותן אמר שהוא נותן לפלוני מפני שאינו רוצה שקרובו יירש אותו, המתנה תקפה, מפני שגם אם הסתיר אותה, ההסתרה לא נבעה מחוסר גמירת דעת אלא כדי שקרובו לא ישמע וימחה.

[702] משכנות הרועים (אלחאיק) מע' מ אות שח (רלז ע"ב); ר' שלום מזרחי, פד"ר, כרך יג, עמ' 201 (=דברי שלום, מזרחי, אהע"ז, ח"א, סי' א) ("יוכל לעשות עמו כבשאר נכסיו").
ערך השלחן, חו"מ, רמב, ס"ק יד (קלט ע"ג), כותב שהדין כך לפי לפי הדעה (ליד ציון הערה 589) שהחסרון במתנה טמירתא הוא שאינו נותן בלב שלם, אבל לפי הטעם של הערמה (ליד ציון הערה 597), גם כאן המתנה בטלה, ואדרבה, ייתכן שהנותן מערים לתת מתנה גמורה כדי שיוכל להוציא ביתר קלות ממי שיקנה ממנו אח"כ.

[703] שו"ת שואל ונשאל חלק ד חו"מ סימן א אות יג.

[704] שו"ת שואל ונשאל חלק ד חו"מ סימן א אות יג.

[705] שו"ת להורות נתן חלק ג סימן קט.
דוגמה נוספת: ערך השלחן, חו"מ, רמב, ס"ק יד (קלט ע"ג), מביא מי שכתב שאם נתן את כל נכסיו לאשתו, וכתב בשטר "לא אוכל לומר אפוטרופוס עשיתיה" (כדי שלא יחול הדין שהנותן את כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפוטרופא - ליד ציון הערה 453), הדבר מראה שהתכוון למתנה גמורה.

[706] כתבי מהר"ם איררה, פסקים, סי' פז, עמ' קפט.

[707] שו"ת משנת רבי אליעזר (טולידו), ח"א סי' נב.
זכרנו לחיים, ח"ב, חו"מ, ע' מתנה אות יז, מדייק מדברי משנת ר"א שאילו היתה ריעותא בגוף המתנה, לא היינו מתחשבים בדעת הנותן, כי המתנה גרועה מצד הדין בגופה.

אם הנותן שמר לעצמו את הזכות למכור את הנכס **ולעשות בו כרצונו** עד יום מותו, המתנה תקפה גם אם לא נכתב בשטר "כתבוהו בשוק", כי אין מקום לחשש[708] שהתכוון להחניף למקבל, שהרי מי שמחניף לא שומר לעצמו זכות כל כך רחבה; וגם אין מקום לחשש שהמקבל לחץ עליו[709], שהרי אם הנותן באמת אינו רוצה לתת, ימכור את כל הנכסים בחייו; וגם אין חשש לקנוניא על חשבון קונה עתידי[710], שהרי אם ימכור את הנכס לאחר, המקבל לא יוכל להוציא ממנו[711].

לדעת ר' אברהם רפאל קורייאט, אם הנותן **נשבע** לתת את המתנה, המתנה תקפה גם אם לא כתוב בשטר "כתבוהו בשוק", מפני שברור שהתכוון לתת בלב שלם, שאם לא כן, לא היה נשבע, בגלל חומרת שבועת שקר; ומשום כך המתנה תקפה גם אם נשאל לחכם על שבועתו או שמת, מפני שתוקף המתנה אינו מצד עצם השבועה, אלא מצד גמירת הדעת שהשבועה מלמדת עליו[712]. אבל לדעת ר' מרדכי הלוי, גם אם הנותן נשבע לתת, אין תוקף למתנה[713].

אם שטר המתנה אינו מנוסח כעדות על נתינת המתנה, אלא כעדות על **הודאת הנותן** שנתן את המתנה, המתנה תקפה גם אם לא נאמר בו שהנותן הורה לפרסם את המתנה, כיון שבהודאה, מניחים שהדברים נעשו כהלכה, גם אם המודה לא מפרט איך הוא נתן[714]. כמו כן, אם הנותן מודה בפני עדים שהנכס שייך למקבל, שבכך הוא מקנה לו את הנכס בקנין "אודיתא"[715], ההקנאה תקפה גם אם אכן הודה בסתר, כי חובת הגילוי נאמרה במתנה ולא בהודאה[716].

במקום **שהמנהג** הוא ששטר בסתם, בלי "כתבוהו בשוק", כשר, המתנה תקפה[717].

---

[708] ליד ציון הערה 592.

[709] ליד ציון הערה 596.

[710] הנימוק ליד ציון הערה 597.

[711] ערך השלחן, חו"מ, רמב, ס"ק יד (קלט ע"ב-ע"ג).

[712] שו"ת זכות אבות (קורייאט) סי' יז (כד ע"ד). הוא מביא ראיה מסמ"ע, רז, ס"ק נג, שכותב שמי שהתחייב באופן שיש בו אסמכתא, ונשבע, חייב גם אם נשאל על שבועתו או שמת, מפני שהשבועה מלמדת על גמירת דעת. הוא מסביר (כה ע"א) שאין לומר שאין תוקף לשבועה מפני שנשבע רק משום שחשב שיש תוקף למתנה, כמו שכתב רמ"א, חו"מ, עג, ז - שהרי זה נאמר אם קדמה ההתחייבות הממונית לשבועה, כמש"כ סמ"ע, עג, ס"ק כח, ואילו כאן הם באו בבת אחת.

[713] שו"ת דרכי נועם חו"מ, סימן יב (ד"ה תשובה) (הובא בפרי האדמה הלכות זכיה ומתנה ט, א, ד"ה ולענ"ד הנה הרואה). הוא מסתמך על ערך לחם, חו"מ, סי' סא (שלא מצאנו), הכותב שמי שאנוס להקנות ונשבע, פטור. אפשר לדחות השוואה זו, ששם יש להניח שהוא נשבע עקב האונס, ושבועה באונס בטלה.

[714] שו"ת מהר"ם אלשיך, סי' סד.
שו"ת בית יצחק (שמלקיש) חו"מ סי' ע, אות א, לומד מדברי מהר"ם אלשיך, שאם הנותן כתב בכתב ידו שהוא מודה שנתן, מועיל (על כתב ידו, ראה ליד ציון הערה 734).
כמו כן, שו"ת פני משה ח"א סי' סד, דף קנ ע"ד (הובא בשו"ת משנת ר' אליעזר ח"א סי' יב), עוסק במי שנתן מתנה לאשתו, וניסח את השטר כהודאה שמכר לה את הנכסים (מטעמים שהוסברו שם), ופוסק שהשטר כשר גם בלי "כתבוהו בשוק".
שו"ת יש מאין סימן לז (ד"ה ועוד כיון), לומד בקל וחומר מדברי מהר"ם אלשיך ופני משה, שאם אין בשטר אפילו הודאה אלא רק סיפור דברי העדים שהקנה, המתנה תקפה גם בלי "כתבוהו בשוק". ייתכן שכוונתו היא ששטר ראיה תקף גם בלי "כתבוהו בשוקא". ראה הערה 615 שדביר הקודש אומר שדין שטר ראיה שנוי במחלוקת, וראה ליד ציון הערה 618 שבשטר ראיה יש דרישה יותר חמורה.
הבחנה: ר' עזרא בצרי, פד"ר כרך יג, עמ' 168 (=שערי עזרא ח"ב סי' קכט), כותב שבשטר הודאה על מעשה קנין שנעשה מכבר, אין צריך לכתוב שהיא מתנה גלויה (לפי דעה זו), כיון שלא צריך לתאר כל כך בפירוט את מה שנעשה כבר, אבל אם הנותן רוצה להקנות את הנכס בקנין אודיתא, צריכים לכתוב שהיא מתנה גלויה.
דעה חולקת: חושן האפוד, חו"מ, רמב, אות ה, מדייק משו"ת מהר"ם גלנטי, סי' סו, שהוא חולק, שהרי הוא עוסק בשטר הודאה, ובכל זאת הוא מצריך בו "כתבו בשוק". ר' עזרא בצרי, פד"ר כרך יג, עמ' 168 (=שערי עזרא ח"ב סי' קכט), כותבה שאפשר לומר "קים לי" שהמתנה אינה תקפה.
וראה סעיף 6, בשאלה האם הסתרת המתנה פוסלת אודיתא.

[715] ראה על כך בסעיף 6.

[716] שו"ת אבקת רוכל, סי' קה (הובא בשו"ת יש מאין סימן לז, ד"ה וכן יש, ובשו"ת ישכיל עבדי חלק ב, חו"מ, סימן ה, אות יח).

[717] שו"ת משאת משה, ח"א, חו"מ, סי' ה (כו ע"ב); שו"ת הרדב"ז, ח"א, סי' תקמה (הובא בקהלת יעקב, לשון בני אדם, אות ש, סי' תשעז, בכנה"ג, חו"מ, רא, הגהב"י אות סח, בשו"ת בית יצחק (שמלקיש) חו"מ סי' ע, אות ב, בשו"ת קדשי

הנותן **מתנה לבנו,** המתנה תקפה גם אם לא נכתב בשטר "כתבוהו בשוק", מפני שהחשש[718] שהנותן התכוון רק להחניף למקבל אינו קיים במתנה לבנו[719].

בזמננו, שנהוג לכתוב בכל שטר מתנה שהנותן ציווה לעדים לכתוב בפרהסיא, המתנה תקפה גם אם לא ציווה להם לכתוב כך, אלא כתבו כך מעצמם, מפני שהמצווה לכתוב שטר מתנה סתם, מתכוון שיכתבו כמנהג הסופרים[720]. אף שלא אמר "כתבו בשוק", אין זה אומר שהתכוון להסתיר, כיון שייתכן שרצה שהמתנה

דוד סי' י דף צז ע"א, בשו"ת משנת ר' אליעזר ח"א סי' יב, בפד"ר כרך ו עמ' 75 = מוריה גל' ריא עמ' עד, ובפד"ר, כרך יג, עמ' 203 = דברי שלום, מזרחי, אהע"ז, ח"א, סי' א); שו"ת משפט צדק ח"א סימן נב (קע ע"א); ר' עזרא בצרי, פד"ר כרך יג, עמ' 167 (=שערי עזרא ח"ב סי' קכט); ר' מתתיהו שרים, פד"ר כרך יג, עמ' 176.
משפט צדק מנמק, שהחסרון של סתם הוא שזה מראה שלא נתן ברצון, אבל אם המנהג הוא שגובים בסתם, נמצא שכשהוא נותן בסתם, הוא נותן ברצון. דבריו קשים, שהרי אם כתוב סתם יש לחשוש שאמר לעדים שיסתתרו, כאמור ליד ציון הערה 610.

[718] שנזכר בהערה 592 כנימוק לצורך ב"כתבוהו בשוק".

[719] שו"ת עין משפט (הלוי) חו"מ סי' מה (סט ע"ב), כמוסבר בחושן האפוד, חו"מ, רמב, אות כא. אבל דיני ממונות, חלק ג, שער ג, פרק ג, עמ' קב, הערה 3, נשאר ב"צריך עיון" על דבריו.
נוה צדק, דרוש ה לנישואין (עב ע"ד), כותב כאילו שו"ת מהר"ם אלשיך סי' סד כותב שבאב הנותן לבנו, גם מתנה טמירתא תקפה (ולא מצאנו זאת בדבריו). והוא מיישב בזה (שם ודף עג ע"א) איך ישראל זכו בתורה ובארץ ישראל במתנה מה' אף שניתנו בחשאי (תוס' שבת פט ע"א, ד"ה תורה) - כי ישראל בנים לה'.
אבל רב האי, בתשובות הגאונים, שערי צדק, חלק ד, שער ג, סי' נה, סובר, כנראה, שאין הבדל בין בנו לאחר, שהרי הוכיח ממה שמעשים בכל יום שאדם נותן לבנו מתנה בלי "כתבוהו בשוק", מכאן שבסתם אינו פסול מוחלט (ראה בשמו בהערה 610).
אור זרוע, שו"ת, סי' תשנז, עוסק במי שנתן מתנה **לבתו**, בלי "כתבוהו בשוק", ופוסק שהמתנה בטלה. אבל שם היה חשש שזו היתה הערמה, על דעת למכור את הנכס למישהו אחר אח"כ ולטרוף ממנו על סמך המתנה (החשש ליד ציון הערה 597; וראה על דבריו בהערה 676); וייתכן שהוא מסכים שבמקום שאין חשש כזה אלא רק חשש חוסר גמ"ד, מתנה לבנו או לבתו תקפה בסתם כי יש להניח שנתן להם מרצונו המלא.

[720] תוס', ב"ב מ ע"ב, ד"ה איכא (הובא בשו"ת מהרי"ט ח"א סי' קכב, סוף ד"ה שוב, בשו"ת מהר"י קצבי, סי' כג, ד"ה ולי אני, ובשו"ת הרי בשמים מהדורא תניינא, סימן רמו); הגהות מיימוניות הלכות זכיה ומתנה, ה, ב, אות א, והלכות מכירה, פרק יא, יג, אות ז (הובא בשו"ת אבקת רוכל, סי' פח, בסופו); תשובות מיימוניות, ס' קנין, סי' ד (הובאו בב"י, חו"מ, רז, מחודש מ, עמ' פד במהד' טור השלם) = שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סי' תתקעו; רא"ש ב"בפ"ג סי' לג (הובא בשו"ת משפטיך ליעקב ח"ג סי' כז אות ב = שרידים גל' יח עמ' סא-סג), ושו"ת הרא"ש, כלל סח, סי' יב (הובא בטור, חו"מ, סא, ז); חידושי הריטב"א בבא בתרא מ ע"ב, בשם ר' יונה והרא"ה (גם אם הוא טוען שרצה שיסתתרו); שו"ע, חו"מ, סא, ה; מחנה יהודה, רמב, ח (רכה ע"ב), בדעת הרמב"ם; ראב"ן בבא בתרא מ ע"ב (הובא בראבי"ה, סי' אלף ו [שהובא באגודה ב"ב פ"ג סי' עט]); ר' נסים חיים משה מודעי, בשו"ת פני יצחק (אבולעפיא) ח"ה חו"מ סי' ג (קלב ע"ג); ערוך השולחן, חו"מ, רמב, ח; פד"ר כרך ו עמ' 75. מקורות נוספים לכך ראה בהערה 727, שם צוינו מקורות האומרים שבזמננו פסול אם לא כתוב "כתבו בשוק", אבל אם כתוב כך, כשר גם אם הנותן לא ציווה לכתוב כך.
ר' דוד פינטו, בשו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סימן כד (ד"ה תשובה), כותב שהרשב"ם סובר שדין זה נהג כבר בתקופת התלמוד, שאחרי שנפסקה הלכה שבסתם המתנה בטלה, תיקנו חכמים לכתוב בשטר "כתבו בשוק", ולכן נותן שאמר "כתבו" סתם, התכוון שיכתבו כך כתקנת חכמים, ולכן העדים יכולים לכתוב "כתבו בשוק". ראה על כך ליד ציון הערה 629.
שו"ת ר' עקיבא איגר, מהדורא קמא, סימן קלט, כותב שהדין כך גם לדעת רב האי, המובא בשו"ת הריטב"א סי' יב (ומשם בב"י חו"מ, עא, כד), הסובר שעדים אינם יכולים לכתוב בשטר תנאי כגון "נאמנות" וביטול מודעות בלי ציווי מפורש של המתחייב, אף שנהוג לכתוב כך בכל השטרות - משום שטעמו הוא שנאמנות וביטול מודעות הם ענין בפ"ע, ולכן כדי לכתוב שנתן נאמנות ושביטל מודעה צריך ציווי מפורש, אבל "כתבו בשוק" אינו ענין אחר אלא הסרת חשש הסתרה, ובזה ייתכן שהנותן חשב שא"צ לאמרו במפורש כיון שנהוג לכתוב, ולכן אין יסוד לחשש שהתכוון להסתיר וממילא המתנה תקפה.
חידושי הרשב"א, כתובות עט ע"ב (הובא בר"ן על הרי"ף, כתובות לז ע"ב, בדפי הרי"ף, בב"י, חו"מ, סא, ו, בשו"ת פני משה ח"א סי' סו דף קסא ע"א, בשו"ת ר' בצלאל אשכנזי, סי' כד, בשו"ת פרי הארץ, ח"א חו"מ סימן ה (נג ע"ג), בשו"ת מהרי"א הלוי, ח"א, סי' סג, ובשו"ת ידי דוד (קרסו) סי' סא, דף סב ע"ב), מביא שמורו כתב שהיות שרגילים לכתוב "כתבו בשוק", אין צריך לומר כן בפירוש, וכאילו ציווה לעדים לכתוב כך, כי אילו רצה הנותן להסתיר את המתנה, היה מצווה שלא לכתוב אותו בפרהסיא ושלא לכתוב כך בשטר שהרי ידע שהכל כותבים כך. שו"ת תורת חיים (מהרח"ש) ח"ג סי' סג (צו ע"ד), מקשה על סברה זו, מה היה מועיל לו לומר להם לכתוב בסתר, הרי גם אם היה הנותן מצווה כך, המתנה היתה תקפה, כי הכלל הוא שגם אם אינו כתוב הוא ככתוב? הוא מתרץ שאם טען הנותן שהוא ציווה שלא לכתוב, או שאינו כאן ויש חשש שציווה כך, אינו נחשב כאילו כתוב. דבריו הם כהבנת בני שמואל (הערה 727) שהרשב"א סובר שהמתנה בטלה אם לא נכתב. אבל שו"ת עדות ביעקב (בוטון), סי' עב (ריא ע"ב וע"ד), מביא את דברי הרשב"א כטעם להכשיר שטר שלא כתוב בו "כתבו בשוק", בזמננו (כדעה ליד ציון הערה 722); והבנה זו קשה, שהרי כאן אין לומר שאילו

תתפרסם וחשב שלשם כך די שיצוה לעדים לכתוב שטר, והם יבינו שהוא רוצה שיכתבו "כתבו בשוק" כמקובל, ואם יכתבו כך ברור שלא יסתירו[721].

יש אומרים שבזמננו המתנה תקפה גם אם לא כתוב בשטר "כתבו בשוק", מפני שנותן שמצווה לכתוב שטר מתנה, מתכוון שיכתבו כמנהג הסופרים, והוא כאילו אמר: "כתבו בשוק"[722], והסופר הוא שטעה בכך שלא

רצה הנותן להסתיר את המתנה, היה מצווה שלא לכתוב אותו בפרהסיא, שהרי ייתכן שאכן ציווה כך, ולכן לא נכתב בשטר "כתבו בשוק".

על הדין בזמננו אם עשו קנין בנוסף על השטר, ראה הערה 615. על על הדין בזמננו אם עשו קנין בלי שטר, ראה הערה 732.

אם לא אמר לכתוב בכלל: ר' אברהם ברוך מני, בשו"ת ברוך מבנים (סו"ס זכרונות אליהו יו"ד במהד' תרצ"ו), סי' ד, עמ' קיח, כותב שלדעת ראב"ן בבא בתרא מ ע"ב, ולדעת ראבי"ה המובא באגודה ב"ב פ"ג סי' עט, גם אם עשו רק קנין סודר, ולא אמר לכתוב שטר, וכתבו שטר לפי הכלל שסתם קנין לכתיבה עומד, יכולים לכתוב בו "כתבוהו בשוק"; ואילו הגהות מיימוניות, הל' מכירה יא, יג, אות ז, ותשובות מיימוניות, קנין, סי' ד, סוברים, שקנין לחוד גרוע מ"כתבו" לחוד, ונימק שו"ת בעי חיי חו"מ ח"א סי' עו (פז ע"ד), שרק אם אמר שיכתבו, מניחים שהתכוון שיכתבו כנהוג, שאל"כ היה אומר שלא יכתבו "כתבוהו בשוק", אבל אם לא אמר שיכתבו, אף שסתם קנין לכתיבה עומד, אולי אילו היה מצווה לכתוב היה מצווה לא לכתוב "כתבוהו בשוק". וראה הערה 732, על הדין בזמננו אם עשו רק קנין ולא כתבו שטר.

במי שאינו בקי: מחנה יהודה, רמב, ח (רכה ע"ב), מביא ששו"ת בני שמואל, סי' מ, כותב שאם הנותן אינו יודע את המנהג, ולא אמר "כתבו בשוק", המתנה בטלה גם אם כתוב בשטר "כתבו בשוק", ע"פ הלכה דומה בשטר מברחת, לענין אשה שאינה יודעת מה רגילים לכתוב בשטרות (ראה הערה 722). והוא עצמו חולק ואומר שדוקא במברחת, שיש אומדנא דמוכח שאין לה גמ"ד, לכן גם אם נכתב כהלכתו, מניחים שזה נכתב רק ששופרא דשטרא, בלי רצון הנותנת, משא"כ כאן שכתוב בשטר "כתבוהו בשוקא", אין תולים זאת בשופרא דשטרא בלבד.

שו"ת הסבא קדישא ח"ב אהע"ז סי' יג (עמ' סג-סד), כותב בדעת הרשב"א, המובא בר"ן, כתובות שם, שבאשה נותנת, אין להניח שהתכוונה שיכתבו "כתבוהו בשוק", כיון שאשה אינה בקיאה בנוסחי שטרות.

אם השטר לא נמסר: שו"ת מהר"י קצבי, סי' כג (ד"ה ואי לאו דמסתפינא), כותב שדוקא אם הגיע השטר לידי המקבל בחיי הנותן, המתנה תקפה אף שהנותן לא אמר "כתבו בשוק", כיון שהוא יודע שהמנהג לכתוב ולא מחה בעת המסירה, ולכן נחשב כאילו ציווה "כתבו בשוק"; אבל אם לא הגיע לידי המקבל בחיי הנותן, פסול.

דעה חולקת: ב"י, חו"מ, עא, כה, כותב בתירוצו השני, שהרא"ש מכשיר רק אם אין העדים אומרים שלא ציווה עליהם הנותן לכתוב "כתבו בשוק". משמע שאם הם אומרים כך, ובכל זאת כתבו זאת, השטר פסול. אבל שו"ת דרכי נועם, חו"מ, סימן יב (ד"ה ואמנם בשני), דוחה את דברי ב"י, ואומר שלדעת הרא"ש אפילו כתבו כך בלי בציוויו, המתנה תקפה, כי בזה שציווה לכתוב שטר סתם, הוא כאילו אמר בפירוש שיכתבו כמו שרגילים.

מהרי"ט כותב ששו"ת הריטב"א סי' יב (הובא בב"י חו"מ, עא, כד), סובר שאם הנותן לא אמר "כתבו בשוק", העדים אינם יכולים לכתוב זאת אף שנהוג לומר כך, שהרי הריטב"א כתב שאם המתחייב לא הורה לסופר לכתוב בשטר "נאמנות" וביטול מודעות, אינו יכול לכתוב זאת, אף שזה דבר שרגילים לכתוב. כנגד זה, עדות ביעקב שם (ריב ע"א) מציין שמהרי"ב, המובא במורה צדק, סי' עא, מהר"א קופינו, המובא בכנה"ג חו"מ, עא הגהב"י אות כה, כותבים שהריטב"א מסכים שאם זה דבר **שהכל** כותבים, הוא כאילו כתוב, והרי בזמננו הכל כותבים "כתבו בשוק" ולכן נחשב כאילו נכתב (ויש להעיר שלפי זה הריטב"א יכול לסבור כדעה ליד ציון הערה 722 שגם אם לא נכתב כלל, המתנה קיימת). אלא שכנה"ג עצמו כותב שהריטב"א דיבר גם על דבר שהכל כותבים.

מהרי"ט שם כותב שזו גם דעת ס' התרומות, שער כו, ח"ג, סי' א, שהרי כתב שעדים שכתבו "נאמנות" בשטר בלי שהלווה אמר להם לכתוב, אינה חלה, אף שרגילים לכתוב כך בכל השטרות.

דרכי נועם שם (ד"ה כלל העולה) כותב שבגלל המחלוקת, מספק המתנה בטלה שמא ציווה הנותן בפירוש שלא יכתבו, חשש המבוסס על כך ששטר מתנה זו שונה משאר שטרי מתנות, אבל אם המקבל גבה, אין מוציאים ממנו, כי הוא יכול לומר קי"ל כרא"ש. שו"ת ידיו של משה חו"מ סי' כג, כותב שבגלל המחלוקת, דין זה בספק.

[721] שו"ת ר' עקיבא איגר, מהדורא קמא, סימן קלט.

ערך השלחן, חו"מ, רמב, ס"ק יג, מנמק, ע"פ שו"ת מהר"ם, דפוס פראג סי' תתקעו = תשובות מיימוניות קנין סי' ד, שנחשב כאילו הנותן הודה שנתן בפרהסיא.

ש' אלבק, "האונס בדיני הממונות בתלמוד", סיני כרך עג עמ' יז, מסביר את דברי התוס' ע"פ העקרון שהוא מניח שם, שגילוי הדעת של הנותן מתפרש על פי דרכם של רוב בני האדם בגילוי דעתם.

[722] ספר העיטור, מתנה (נו ע"ד), ליד אות יג; טור, חו"מ, רמב, ח (הובא בשו"ת שמו משה חו"מ סי' יח דף קמז ע"ב); ב"י, חו"מ, רמב, ח, בפירושו הראשון, בדעת התוס' והרא"ש; שו"ת משפטים ישרים (חסון), סי' סט (עב ע"א), בדעת הרא"ש, בבא בתרא פרק ג סימן לג; ב"ח, חו"מ, רמב, ח; דרישה, חו"מ, רמב, ח, בדעת התוס' והרא"ש; שו"ת מהרא"ל ציגלר, חו"מ, סי' לח, אות ו (סה ע"א) בדעת התוס' והרא"ש; שו"ת אדמת קודש, ח"א חו"מ סימן סח (ד"ה ומה שטען), וח"ב, סי' י (סא ע"ד) גם בדעת שו"ע; שו"ת בני שמואל, סי' יג, בסופו (הובא בשו"ת דרכי נועם חו"מ, סימן יב, ד"ה תשובה), סי' לא (ע ע"א) וסי' מ (צז ע"ב) (הובא בשו"ת פני משה ח"א סי' סד דף קנא ע"ג), בדעת הרא"ש; שו"ת עין משפט (הלוי) חו"מ סי' מה (סט ע"ב); שו"ת עדות ביעקב (בוטון), סי' עב (ריא ע"א), בדעת שו"ת הרא"ש כלל עח סי' ד; שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סי' עו (ד"ה ואף לשון) בדעת מישרים נתיב טו ח"ב (מז ע"ב) בשם הרי"ף (אפילו אינו בקי בנוסח); ר' משה מזרחי, בקרית מלך רב, ח"א, שו"ת, סי' ג (י ע"א); ר' ישעיה בן מהרי"ט, בשו"ת זרע אנשים, סי' סח, דף סד ע"ב-סו ע"ב

(הובא בשו"ת מהר"י קצבי, סי' כג, ד"ה ומעתה נבא), גם בדעת תוס', בדעת הרא"ש ובדעת הריטב"א; קצות החושן, צט, ס"ק ו; נחל יצחק, סא, ה, ענף א, בסופו; שו"ת משפט צדק ח"ב סימן לו (עו ע"א); שו"ת מור ואהלות אהע"ז סי' ב (לט ע"א); פעמוני זהב, רמב, ה, ושו"ת קרני ראם (אנקאווה) סי' רמד, גם בדעת שו"ע ובדעת סמ"ע רמב ס"ק ו; צדק ומשפט רמב, ה (קלח ע"ג) בדעת חידושי הגרשוני, חו"מ, סא, ה; שו"ת זכות אבות (קורייאט) סי' יז (כד ע"ג), בדעת הטור; שו"ת רבנו יוסף מסלוצק סימן צח (שכך רגילים לפסוק); שו"ת הרי בשמים מהדורא תליתאה, סימן קיא (ד"ה ומה שכתבת); פד"ר כרך א עמ' 48 = כתבי מהר"ם איררה סימן פו, עמ' קפג; שו"ת לבושי מרדכי חושן משפט מהדורה קמא סימן כא, הערה 3, בדעת השו"ע; שו"ת שואל ונשאל חלק ד חו"מ סימן א אות יג, גם בדעת השו"ע.

העיטור מנמק, שאין מנהגנו לכתוב "כתבו בשוק", ולכן כשהנותן אמר "כתבו" סתם, התכוון שיכתבו כמקובל. נראה שכוונתו היא שאין לחשוש שאמר להם להסתיר, כי אמר סתם, ומשמעותו שיכתבו כמקובל, היינו בלי הוראה להסתיר.

שו"ת בני שמואל סי' לא (ע ע"א) וסימן מ (צז ע"ב), ושו"ת דרכי נועם חו"מ, סימן יב (ד"ה תשובה), מוכיחים משו"ת הרא"ש כלל עח סימן ד, שהרא"ש סובר שאף אם לא נכתב כלל "כתבו בשוק", המתנה תקפה. שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סי' עו (ד"ה וכבר ראיתי למהרש"ח), דוחה, ששם מדובר בשכ"מ, שבו בסתם המתנה תקפה גם בזמן התלמוד (ראה ליד ציון הערה 655).

מהרא"ל צינץ שם מפרש שכוונת תוס' (הערה 720) היא שבזמן האמוראים, הסופר היה כותב רק את מה שאמר הנותן, והיו רגילים שהנותן אומר "כתבו בשוק", ולכן אם לא נכתב בשטר "כתבו בשוק", יש הוכחה שהנותן לא אמר להם כך, ולכן המתנה בטלה; אבל בימינו, הנותן אינו אומר לסופר מה לכתוב, ובכל זאת כותבים "כתבו בשוק", וא"כ הנותן מן הסתם מתכוון שיכתבו כך, ולכן השטר כשר גם אם לא נכתב בו "כתבו בשוק", כיון שאין ריעותא בכך שלא אמר כך. הוא דוחה את הפירוש השני של ב"י (בהערה 727), שתוס' הכשירו רק אם הסופר כתב כך בלי אמירתו, אבל פסלו אם לא כתוב כך בשטר - ממה נפשך, אם נוהגים שהנותן אומר "כתבו בשוק", נמצא שאם לא אמר כך, יש לחשוש שהתכוון שיסתתרו, ולא ייתכן שיוכלו לכתוב "כתבו בשוק"; ואם נוהגים לכתוב כך גם בלי אמירתו, מפני שזאת כוונתו, לא היו תוספות צריכים לומר שהיות שנהגו כך, יכולים לכתוב בלי אמירתו כי זאת כוונתו. עוד הוא מוכיח כפירושו, שלכאורה אין סיבה להניח שהנותן רוצה שיכתבו "כתבו בשוק", שהרי במתנה טמירתא חוששים שבאמת אינו רוצה לתת, וזה שונה משאר יפויי לשון, שאומרים שכיון שהוא רוצה לתת, מן הסתם הוא רוצה שיכתבו יפויים כי "נותן בעין יפה נותן"; אלא צריך לומר שרק בזמן התלמוד שהיו רגילים לומר "כתבו בשוק" והוא לא אמר, יש ריעותא וחוששים שאינו רוצה לתת, אבל בזמננו שאין רגילים שהנותן אומר, אין סיבה לחשוש, ולכן המתנה תקפה גם אם לא נכתב כך. הוא דוחה את ראיית שו"ת מהרי"ט, ח"ב, חו"מ, סי' נד, שלרא"ש אם לא נכתב "כתבו בשוק" המתנה בטלה, מהרא"ש המובא בטור, חו"מ, סא, ח, האומר שהיות שנהגו לכתוב בשטר "נאמנות", מן הסתם מתכוון בעל השטר שיכתבו, ולכן הסופר רשאי לכתוב זאת אף בלי הוראה מפורשת, והרי אם לא כתוב "נאמנות" אין אומרים שנחשב כאילו כתוב (אגב, ש"ך, חו"מ, סא ס"ק י, כותב שאכן נחשב כאילו כתוב נאמנות) - הוא דוחה, שנאמנות היא **תוספת** על החיוב, ולכן אם לא כתוב נאמנות, סימן הוא שהחייב לא נתן לנושה נאמנות, אבל "כתבו בשוק" אינו תוספת, אלא שבלעדיו חששו בזמן התלמוד שהנותן אמר לעדים להסתתר, ולכן בזמננו שאיננו מצריכים אמירה כי מן הסתם הוא מתכוון לגלות, השמטתו בשטר אינה יוצרת חשש, אלא מניחים שמה שלא נכתב כך בשטר הוא טעות סופר (כך נראית כוונתו).

שו"ת באר עשק, סי' צה (קח ע"א), כותב שהרא"ש סובר שבזמננו א"צ לכתוב "כתבו בשוק" כי נהוג לכתוב כך בכל שטר מתנה, אבל אם יש אומדנא דמוכח שזו מתנה טמירתא, לדוגמה, שהוסתרה כדי שהשלטון הנכרי לא יֵדע על קנוניה שעשו ביניהם היהודים, הוא כאילו אמר לעדים בפירוש להסתתר, שאינה מתנה. כנראה, הוא סבור שזו אינה סיבה לגיטימית להסתיר את המתנה, ולכן המתנה בטלה; שאילו אם יש לנותן סיבה לגיטימית להסתיר אותה, המתנה קיימת אף שהוסתרה, כאמור ליד ציון הערה 670.

ר' אברהם ברוך מני, בשו"ת ברוך מבנים (סו"ס זכרונות אליהו יו"ד במהד' תרצ"ו), סי' ג, עמ' לה, כותב שר"י מיגאש ויד רמה סוברים שבזמן שנהוג לכתוב בכל השטרות "כתבוהו בשוקא", סתם כשר, שהרי לדעתם (בהערה 610) בסתם המתנה תקפה אם יש הוכחה שהנותן נתן ברצון, וכאן יש הוכחה, שכן אילו לא רצה היה אומר להם להסתתר. יש להשיב על כך, שייתכן שאמר להם להסתתר אלא שהם לא רצו לספר על כך בשטר.

שו"ת משפט צדק ח"ב סי' סט (קנט ע"ג), עוסק בשטר שלא כתוב בו "כתבו בשוק", וכותב שהוא כשר לפי הרא"ש. אבל אח"כ הוא מציין שב"י מפרש שני פירושים בדברי הרא"ש.

כתבי מהר"ם איררה, פסקים, סי' פז, עמ' קצ, כותב שבא"י בימינו נוהגים לאשר שטר גם אם לא כתוב "כתבו בשוק".

פוסקים רבים כתבו שבזמננו השטר כשר, ולא ברור אם כוונתם להכשיר גם אם לא נכתב "כתבו בשוק":

שו"ת הרא"ש כלל סח סימן יב כותב שהיות שנהגו לכתוב "כתבו בשוק", מן הסתם אם הנותן עשה קנין סודר לכתוב שטר, דעתו שיכתבו בו כך.

טור, חו"מ, סימן סא, ז, כותב בשם תשובת הרא"ש, שאם נהגו במדינה לכתוב "כתבוהו בשוק", כל מי שמקנה בשטר לכתוב שטר, מתכוון שיכתבו כמנהג המדינה, ואין צריך לומר זאת בפירוש.

שו"ת גינת ורדים חלק חו"מ כלל ה סימן ה (ד"ה ושני הפירושים, וד"ה נמצינו למדין), כותב שערך לחם, חו"מ, סי' רמב, הבין ששו"ע סובר שהמתנה תקפ בזמננו גם אם לא נכתב "כתבוהו בשוק".

שו"ת קרני ראם (אנקאווה) סי' רמד, כותב שגם ב"י, רמב, ח, חו"מ, בפירושו השני בדעת הרא"ש, סובר שסתם כשר בזמננו (שלא כהבנה המקובלת, שנביא בהערה 727), וההבדל בינו לפירוש הראשון הוא שלפירוש הראשון צריך שהנותן יאמר "כתבוהו בשוק", משא"כ לפירוש השני.

אדם שאינו בקי: מישרים, נתיב טו, ח"ב (מז ע"ב), מביא שרשב"ם כתב שאם לפי ראות עיני הדיין הסופר אינו בקי, המתנה בטלה אם לא כתוב "כתבו בשוק", כי אז אין לתלות בטעות סופר.

כתב כך, כיון שהיה לו לכתוב כך אף שלא ציווה עליו הנותן[723]. זאת בהתאם לכלל[724] שלשון שרגילים לכתוב בשטרות, ולא נכתב, נחשב כאילו נכתב[725]. בתחילה היה מנהג פשוט שהנותן אומר "כתבו בשוק" והסופר כותב כך בשטר, ומתוך כך התפתח המנהג שהנותן אינו אומר כך אלא סומך על הסופר; והיות שהנותן לא היה אומר זאת, התפתח המנהג שגם הסופר לא היה כותב זאת, כי הדבר מורגל ופשוט בפי כל, ולכן נתבטל דין התלמוד, משום שסתם אדם כאילו אמר "כתבו בשוק"[726]. אבל אחרים אומרים שאם לא כתוב "כתבו בשוק", המתנה בטלה גם בזמננו, מחשש שהנותן אמר לעדים להסתתר, ואין אומרים שנחשב כאילו כתוב בגלל המנהג[727].

שו"ת כהונת עולם סי' סא, כותב שבאשה נותנת יש לחשוש שלא ידעה איך רגילים לכתוב, ולכן בסתם פסול. זאת ע"פ הלכה דומה בשטר מברחת, שמנומקת בכך שאשה נחשבת שאינה יודעת מה רגילים לכתוב בשטרות - ראה חוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 31. אבל שו"ת מור ואהלות אהע"ז סי' ב (לט ע"א), מעלה אפשרות שאם המקבל מוחזק, אין מוציאים מידו.

כמו כן, שו"ת עדות ביעקב (בוטון), סי' עב (ריא ע"ג), מעלה אפשרות ששטר שנכתב ע"י אנוסים, שאינם בקיאים בנוסחי שטרות, המתנה בטלה גם בזמננו, כי אין לומר שהתכוונו לכתוב כנהוג, שהרי אינם בקיאים בכך, כפי שנאמר במברחת. מצד שני הוא מעלה אפשרות לעשות הבחנה בין נשים, שרובן לא יודעות, לבין גברים, שמחזיקים את כולם כיודעים שאל"כ נתת תורת כל אחד בידו, שכל אחד יאמר "אני לא בקי".

מחנה יהודה, רמב, ח (רכה ע"ב), כותב שאם הנותן אינו מכיר את המנהג, השטר פסול אם אין כתוב בו "כתבוהו בשוק", גם בזמננו.

כמו כן, ר' עזרא בצרי, פד"ר כרך יג, עמ' 167 ועמ' 194 (=שערי עזרא ח"ב סי' קכט), כותב שאם אדם שאינו בקי בכתיבת שטרות ניסח את השטר, אי אפשר לומר שמה שלא כתבו "כתבו בשוק" הוא טעות סופר, אלא לא נכתב מכיון שלא ידעו שצריך לכותבו, והמתנה בטלה.

בשטר של גויים: שו"ת פני משה ח"א סי' סד (קנא ע"א), כותב שהדין שבזמננו גם שטר שלא כתוב בו "כתבו בשוק" כשר כיון שהסופרים נוהגים לכתוב כך בכל השטרות - אינו אמור בשטר של גויים, שאינם נוהגים לכתוב כך.

בשכיב מרע: שו"ת עדות ביעקב (בוטון), סי' עב (ריב ע"ב), כותב שהרא"ש הכשיר שטר זה בזמננו רק במתנת בריא, כי טעמו הוא שמי שעושה קנין סודר (עם העדים) לכתוב שטר מתנה מתכוון שיכתבו כמקובל, וזה שייך רק בבריא, שצריך קנין עם העדים, ובזה הוא מוסר עצמו ביד העדים ועושה אותם שליחים לכתוב כמקובל, אבל מתנת שכ"מ תקפה בלי קנין, א"כ הנותן אינו צריך למסור את עצמו לידי העדים, ולכן אין לומר שהוא מקנה על דעת העדים, אלא הכל תלוי בדיבורו, וא"כ אין לעשות כלום שלא אמר; וגם בשכ"מ, אם הוא מוסר את דבריו לעדים כדי שיכתבו אותם, נחשב שמוסר את עצמו בידי העדים, ולכן יש להניח שעשה על דעת שיכתבו כמקובל.

[723] ב"י, שם, בפירושו הראשון; שו"ת דרכי נועם חו"מ, סימן יב (ד"ה תשובה); מהרא"ל צינץ שם; ר' ישעיה בן מהרי"ט, בשו"ת זרע אנשים סי' סח (סה ע"ב).

[724] שו"ע, חו"מ, מב, טו.

[725] שו"ת קרני ראם (אנקאווה) סי' רמד.

אבל שו"ת דבר משה (אמריליו) ח"ב סי' עז (פד ע"א), דוחה נימוק זה, ע"פ ש"ך חו"מ, מב ס"ק לו, הכותב שהדין כך רק אם ידוע שכותב השטר ידע שרגילים לכתוב כך.

קרני ראם מנמק עוד, שהסופר יכול לקרוע את השטר ולכתוב שטר חדש עם "כתבוהו בשוק", כמש"כ שו"ע חו"מ, מט, ו, שסופר שהחסיר משהו בשטר יכול לקורעו ולכתוב שטר חדש; והרי הכל מודים שהסופר יכול לכתוב "כתבוהו בשוק" גם אם הנותן לא ציווה עליו לכתוב כך, כאמור ליד ציון הערה 720. נראה שכוונתו היא שהיות שהסופר יכול לכתוב כך, המתנה כשרה גם אם לא כתב שטר חדש.

עוד נימק ע"פ שו"ת מהר"ם אלשיך סי' סד (ליד ציון הערה 678), האומר שאם לא כתוב בשטר שהמתנה גלויה, והעידו העדים שהיא גלויה, המתנה תקפה; והוא כתב כך לגבי דין התלמוד, ומזה אפשר ללמוד לזמננו, שהמתנה תקפה גם אם לא כתוב "כתבוהו בשוקא", מפני שאנן סהדי כאילו נכתב, כיון שזו הרגילות, ונמצא שאנחנו כמו עדים המעידים שהמתנה היתה גלויה, שהרי אם איננו נחשבים כיודעים שהמתנה היתה גלויה, לא היה אפשר לכתוב זאת בכל שטר.

שו"ת זכות אבות (קורייאט) סי' יז (כד ע"ג), מנמק, שאילו רצה הנותן להסתיר, היה צריך לומר לסופר לא לכתוב "כתבוהו בשוקא", שהרי ידע שרגילים לכתוב כך, והיה צריך לומר לסופר שיכתוב להסתיר, ומזה שלא אמר לו מוכח שנתן בלב שלם. אפשר לדחות נימוק זה, שייתכן שאכן אמר לסופר להסתיר, אלא שהסופר לא כתב הוראה זו.

[726] פרישה, חו"מ, רמב, ח.

משכנות הרועים מע' צ, אות א (רפו ע"א), כותב שלפי הסבר זה, לפי מנהגנו שכותבים בכל שטר מתנה "כתבו בשוק", אם לא כתוב, המתנה בטלה.

מצד שני, רז"נ גולדברג, "ירושת הבת", תחומין ד (תשמ"ג), עמ' 348, כותב ששטר מתנה מסוג שאין נוהגים לכתוב בו "כתבו בשוק" (נידונו - שטר חצי זכר), פסול בגלל זה.

[727] פסקי תוס', ב"ב, סי' קמט; ב"י, רמב, ח, בפירושו השני בדעת הרא"ש (והסכימו עמו מעשה רקח הלכות זכיה ומתנה, ה, א, ר' דוד פינטו, בשו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סימן כד, ד"ה ואמנם עם, ור' דוד פרדו, שם, סי' כה, ד"ה אף גם); שו"ת מהרי"ט ח"ב, חו"מ, סי' נד; שו"ת משפטי שמואל, סי' קג (קיב ע"ב); פתחי תשובה, רמב, ס"ק א (הובא בתחומין יז (תשנ"ז), עמ' 303), בדעת שו"ע, חו"מ, רמב, ה; משכן שילה, עמ' רסח, בדעת שו"ע; שו"ת ר"ע איגר, מהדו"ק, סי' קלט, בדעת שו"ע; שו"ת מהר"ם די בוטון סי' כה (מו ע"ב), בדעת השו"ע; שו"ת בני שמואל, סי' לא (ע ע"א), בדעת הרשב"א המובא בר"ן על הרי"ף, כתובות לז ע"ב (בדפי הרי"ף); ר' יוסף בן עזרא, בשו"ת בני שמואל, סי' מ (צו ע"ד), בדעת

הרא״ש; ר׳ שלמה בן דוד, בשו״ת ברוך מבנים (סו״ס זכרונות אליהו יו״ד במהד׳ תרצ״ו) סי׳ א (עמ׳ ג), בדעת הרשב״א שם ובדעת שו״ע; שו״ת בעי חיי, חו״מ, חלק א, סי׳ עו (ד״ה ואעפ״י), בדעת הרא״ש (מפני שבאופן כללי, לדעת הרא״ש אין אומרים שמה שרגילים לכתוב, נחשב כאילו כתוב אף שלא נכתב בפועל; אבל אח״כ, בד״ה ומיהו דברי הרב, הוא מדייק מטור חו״מ רנג, ז, שלפי הרא״ש בסתם כשר); בעי חיי שם (ד״ה ואף הרב המגיד) בדעת רב האי גאון המובא בב״י, חו״מ, עא, כד; בעי חיי שם (ד״ה ועוד דאם איתא) בדעת התוס׳; מלאכת שלמה (חכים), הלכות זכיה ומתנה, ה, א (ד״ה ולענ״ד דברים), בדעת תוס׳; שו״ת מהר״י קצבי, סי׳ כג (ד״ה ולי אני, ואילך), בדעת תוס׳ וראו״ש; חושן האפוד, חו״מ, רמב, אות כה, בדעת שו״ע; משכנות הרועים (אלחאיק) מע׳ מ אות שח (רלו ע״ב), בדעת שו״ע; צדק ומשפט רמב, ה (קלז ע״ב), בדעת תוס׳; ערך השלחן, חו״מ, רמב, ס״ק יד (קלח ע״א), בדעת ראב״ן, ב״ב מ ע״ב; שו״ת לבושי מרדכי חושן משפט מהדורה קמא סימן כא, הערה 3, בדעת הרמב״ם; ר׳ נסים חיים משה מודעי, בשו״ת פני יצחק (אבולעפיא) ח״ה חו״מ סי׳ ג (קלג ע״א), בדעת שו״ע; שו״ת משנת ר׳ אליעזר ח״ב חו״מ סי׳ ס; חמדה גנוזה - זכר מרדכי, רמב, ה (עמ׳ רנ).

שו״ת משפטים ישרים (חסון), סי׳ סט (עב ע״א), מעלה אפשרות שתוס׳ מסכימים שאם בשטר לא כתוב שהנותן אמר ״כתבו בשוק״, המתנה בטלה, כי העובדה שלא כתוב כך מראה שאמר לעדים בפירוש ״אל תכתבו בשוק״, ולכן שינו שטר זה משאר שטרי מתנה.

ר׳ דוד פרדו, בשו״ת מכתם לדוד, חו״מ, סי׳ כה (ד״ה אף גם), מנמק דעה זו, שיד בעל השטר, המקבל, על התחתונה; ואין מניחים שהסופר טעה כמו ש״אחריות טעות סופר״, כי אחריות צריך לכותבה מן הדין, ולכן מניחים שהיתה ט״ס, אבל ״כתבו בשוק״ אין חובה לכותבו אלא הוא מנהג בעלמא; ועוד שלגבי אחריות, עיקר המעשה, דהיינו המכירה או הנתינה, קיים, ולכן אומרים שמן הסתם נתן באחריות כמו שצריך, אלא שנפלה ט״ס, אבל כאן יש ספק בעיקר המתנה, והואיל שהורע השטר, אין תולים בט״ס. הבחנה דומה כתב צדק ומשפט רמב, ה (קלז ע״ב), שדוקא השמטת אחריות נחשבת ט״ס כי אין עיקר המכר תלוי באחריות, שהרי אדם עשוי לקנות ליום אחד בלבד, והאחריות היא תנאי בעלמא, וכיון שרגילים למכור באחריות בכל המכירות, הוא אילו התנה כך בשעת המכר, ולכן גם אם לא נכתב, הוא כאילו נכתב; משא״כ כאן, שהושמט דבר שהוא עיקר השטר.

שו״ת מהר״י קצבי, סי׳ כג (ד״ה ולי אני), כותב שלתוס׳, גם אם כתוב בשטר שזו ״מתנה גלויה״, ו״כתבוה בשוקא״, המתנה בטלה אם לא כתוב שהנותן אמר זאת לעדים, שמא הסופר כתב זאת מעצמו לשופרא דשטרא. אבל הוא כותב (בד״ה אשר על כן) שלפי שו״ת הרא״ש כלל עט, אם כתוב בשטר ״מתנה זו גלויה ומפורסמת״ או שידוע לן בבירור שנכתב בשוק, המתנה תקפה.

ערך השלחן, חו״מ, רמב, ס״ק יג (סוף ד״ה אבל יש, הראשון), כותב ששו״ת מהר״ם, דפוס פראג סי׳ תתקעו = תשובות מיימוניות, קנין סי׳ ד, סובר שגם אם לא נכתב ״כתבוהו בשוקא״, המתנה תקפה, אבל בס״ק יד (קלח ע״א-ע״ב) הוא כותב שמהר״ם שם סובר שהמתנה בטלה אז.

שו״ת משאת משה אהע״ז סי׳ ל (קצד ע״ב), וח״א, חו״מ, סי׳ ה (כה ע״א), ר׳ חיים בנבנשתי, בשו״ת עדות ביעקב (בוטון) סי׳ עא (קצב ע״ב), ושו״ת משנת רבי אליעזר (טולידו), ח״א, סי׳ נב, כותבים שמספק המתנה בטלה. שו״ת בעי חיי, חו״מ, חלק א, סי׳ עו (ד״ה כלל העולה, דף פח ע״ב) (הובא בחקרי לב מהדו״ב חו״מ סי׳ יב דף רב ע״ג), שו״ת שושנים לדוד (צבאח) ח״ב אהע״ז סי׳ נא (כג ע״ד), שו״ת דבר משה (אמריליו) ח״ב סי׳ עז (פד ע״ב), ר׳ יצחק אשכנזי, בשו״ת ברוך מבנים (סו״ס זכרונות אליהו יו״ד במהד׳ תרצ״ו), סי׳ ב עמ׳ יד, שו״ת מר ואהלות חו״מ סימן כח, שו״ת שארית יוסף (ידיד) ח״ב עמ׳ רלח, ור׳ אליהו עצור, ״צוואה שהופקדה בידי עורך הדין״, תחומין יז (תשנ״ז), עמ׳ 303, כותבים שאפשר לטעון קי״ל שאם לא כתוב ״כתבו בשוק״, המתנה בטלה גם בזמננו. שו״ת עדות ביעקב (בוטון), סי׳ עב (ריב ע״א), כותב בתחלה שאפשר לטעון קי״ל כדעה זו, אבל אח״כ (בדף ריב ע״ב) הוא כותב שהכל סוברים כרא״ש, שכאן המתנה תקפה, ולכן הלכה כמותו. חושן האפוד, חו״מ, רמב, אות כה, כותב שאפשר לומר קי״ל ככל צד. אבל שו״ת משפט צדק ח״ב סימן לו (עו ע״א) כותב שא״א לטעון קי״ל כדעה שפסול. שו״ת להורות נתן חלק ג סימן קט, כותב שאם המקבל מוחזק, אין מוציאים מידו. ערך השלחן, חו״מ, רמב, ס״ק יג, ר׳ אברהם ברוך מני, בשו״ת ברוך מבנים (סו״ס זכרונות אליהו יו״ד במהד׳ תרצ״ו), סי׳ ג, עמ׳ נב, ור׳ עזרא בצרי, פד״ר כרך יג, עמ׳ 194 (=שערי עזרא ח״ב סי׳ קכט עמ׳ שכז-שכט), כותבים שמספק אין להוציא ממון. שו״ת זכות אבות (קורייאט) סי׳ יז (כד ע״ג), כותב ששו״ע כותב דעה זו בשם ״יש מי שאומר״ מפני שהיא דעת יחיד, ורק אם תפס המקבל, זכה. שו״ת ר׳ יצחק הלוי מקושטא סי׳ יח (עמ׳ סו), כותב שתפיסת המקבל מועילה, מפני שאפשר לצרף את הדעה שבזמננו בסתם כשר, עם הדעה (הערה 620) שתפיסה מועילה בסתם.

שתי הדעות מובאות בשו״ת פני משה, ח״ב, סי׳ יד (כו ע״א), ובשו״ת משאת משה, השניות, חו״מ, סי׳ כג (פו ע״ב).

השואל בשו״ת ר׳ עקיבא איגר, מהדורא קמא, סימן קלט, כותב שלרמב״ם שטעם פסול מתנה טמירתא הוא שמא הנותן ימכור את הנכס לאחר (כאמור ליד ציון הערה 597), גם בזמננו פסול אם לא כתוב בשטר ״כתבו בשוק״, ואף שהנותן נחשב כאילו אמר ״כתבו בשוק״, הרי עדיין יש חשש שימכור לאחר, כיון שאין כתוב כך בשטר. ר״ע איגר דוחה, שאם נחשב כאילו אמר כך, אין לומר שהוא מערים. אבני חושן (איטאח) (=יריעות החושן), רמב, ג, מסביר שכוונתו היא, שדוקא בזמן התלמוד היו כותבים כלשון הנותן, לכן אם לא אמר ״כתבו בשוק״ לא היו מפרסמים, אבל בזמננו שלא כותבים בדיוק מה שאמר, תמיד מפרסמים, וזה מונע קנוניא. ר״ע איגר מדייק ממה שכתב הרי״ף שצוואה כשרה בסתם (ליד ציון הערה 647), אף שהוא דיבר על זמננו, משמע שמתנת בריא בטלה אף בזמננו אם לא כתוב ״כתבו בשוק״. מסקנתו היא שהדין בספק, ונכון לפשר בפשרה שנוטה יותר לטובת הנותן, כיון שקשה להוציא את הנכס מחזקת יורשי הנותן (והובא בשו״ת מקדשי השם ח״ב סי׳ יג, דבר צבי הערה ה, בעיונים במשפט (שאנן), חו״מ סי׳ ל עמ׳ רפד, ובפד״ר כרך יג, עמ׳ 187, = מוריה גל׳ קכט עמ׳ פ-פז = משכן שילה עמ׳ רסד-רעד). אבל שו״ת בית יצחק (שמלקיש) חו״מ סי׳ ע, אות ב, מעיר ששיקול זה אינו קיים אם המקבל עמו הוא אחד מן היורשים.

פני משה שם (דף קנא ע״ד) כותב שמהרי״ט פסל רק מחשש שאמר להם להתחבא, אבל אם ידוע שלא אמר להם כך, כשר.

דוקא העובדה שבשטר זה חסר הנוסח שנהוג לכתוב, והוא שונה בכך משטרות אחרים, מעוררת חשש שהנותן התכוון להסתיר את המתנה[728]. מכל מקום, גם לדעה הראשונה, לכתחילה רצוי לכתוב כך בפירוש[729].

סוגים אחרים של הסתרה

גם המקנה מתנה **בקניין (בלי שטר)** צריך להזכיר בשעת הקניין "אני מקנה בפרהסיא", ואם לא הזכיר זאת אלא נתן סתם, המתנה בטלה[730], כי סתם קנין לכתיבה עומד, והוא כאילו אומר "כתבו את השטר" בלי לומר

המלה "וכו'": ערך השלחן, חו"מ, רמב, ס"ק יג, כותב שאם כתובה בשטר המלה "וכ" במקום שרגילים לכתוב "כתבוהו בשוקא", דינו תלוי במחלוקת בענין שטר שכתוב בו "וכו'" במקום שרגילים לכתוב "נאמנות" (עי"ש למקורות למחלוקת זו).

[728] מהרי"ט שם; שו"ת מהר"י קצבי, סי' כג (ד"ה ולי אני).

שו"ת עדות ביעקב (בוטון), סי' עב (ריא ע"א), משיב על כך, שזה לא נחשב שונה משטרות אחרים, כי מן הסתם הנותן התכוון שיכתבו נוסח זה. והוא מביא ראיה לכך (בדף ריא ע"ב) מן האמור בב"מ קד ע"א, שאם נהגו האריסים לכתוב "אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא", גם אריס שלא כתב כך מחויב בהתאם, ואין אומרים שהעובדה שנהג בשונה מהאחרים מראה שהוא רוצה שדינו יהיה שונה, וק"ו לענייננו, שגם לדין התלמוד, אם לא נכתב "כתבו בשוק" יש רק **חשש** שהנותן התכוון להסתיר. אבל הוא מעיר (בדף ריא ע"ד) שתוס' רא"ש, ב"מ קד ע"א (שלא מצאנוהו), אומר ש"דורשים לשון הדיוט" רק במקרים שנזכרו בתלמוד, ולא בדברים אחרים; והר"ן, המובא בנימוקי יוסף, ב"מ סא ע"א (בדפי הרי"ף), מביא דעה ש"דורשים לשון הדיוט" רק אם כתוב במפורש, ואז דורשים בדרך "אם אינו ענין לזה, תנהו ענין לזה"; ולפי דבריהם אין ראיה מאריס.

שו"ת קרני ראם (אנקאווה) סי' רמד, דוחה טענה זו, שהשוני אינו מוכיח כלום, כמו שאחריות נחשבת ט"ס במכר ואין אומרים שהעובדה שלא נכתבה אחריות מוכיחה שהתנו שלא תהיה אחריות.

[729] רמ"א, חו"מ, רמב, ה (הובא בצפונות גל' יח עמ' לא, ובתחומין ד (תשמ"ג) עמ' 348); שו"ת שמו משה חו"מ סי' יח (קמז ע"ב), בדעת ב"י; ערוך השולחן, חו"מ, רמב, ח; שו"ת רבנו יוסף מסלוצק סימן צט, בסופו.

[730] חידושי הרמב"ן, ב"ב מ ע"ב (הובא במלאכת שלמה, הלכות זכיה ומתנה, ה, א, ד"ה וראיתי, ובשו"ת ברוך מבנים (סו"ס זכרונות אליהו יו"ד במהד' תרצ"ו), סי' ג, עמ' כג, וסי' ד, עמ' קיז), בשם הגאון ור' חננאל; צרור הכסף הארוך, דרך ה, שער א אות ג, עמ' שמג, בשם ר"ח; חידושי הר"ן, ב"ב מ ע"ב; מגיד משנה, הלכות זכיה ומתנה, ה, ב, בשם הרשב"א בשם ר"ח (הובא בשו"ת מהר"ם גלנטי, סימן סו); שו"ת פני משה ח"א סי' סד (קנא ע"ב); שו"ת בני שמואל סי' מ (צו ע"ג) בדעת הר"ח ובדעת טור, חו"מ, רמב, ו; שו"ת דבר משה (אמרילו) ח"ב סי' עז (פג ע"ד), גם בדעת הטור שם; ערך השלחן, חו"מ, רמב, ס"ק יד (קלח ע"ב), בדעת ראב"ן, ב"ב מ ע"ב; שו"ת משפטיך ליעקב ח"ג סי' כז אות ה (=שרידים גל' יח עמ' סז-ע), בדעת מגיד משנה הלכות זכיה, ה, ב.

שו"ת מהר"י קצבי, סי' כג (ד"ה הנה כי כן וד"ה והנה עתה), כותב שגם לפי תוס' (הערה 610) שהבינו שלר' חננאל שטר מתנה סתם כשר, הרי אם היה רק קנין, פסול.

במיטלטלין: מנחת פתים, חו"מ, רמב, ג, מדייק מעליות דרבנו יונה, ב"ב מ ע"ב, שבקנין סודר במיטלטלין המתנה תקפה בסתם, ואולי גם אם הנותן הסתיר, ודוקא בהקנאת מיטלטלין אגב קרקע, כיון שלא קנה את הקרקע גם המטלטלין לא נקנים. והוא מדייק ממגיד משנה, הלכות זכיה, ה, ב, שבסתם המתנה תקפה אבל אם לא אם הסתיר, וכך כותב גם דרישה, חו"מ, רמב, ו, בדעת מגיד משנה.

חמדה גנוזה - זכר מרדכי, רמב, ג (עמ' רמז), כותב (בדעת הרא"ש) שאף שבמטלטלין לא שייך הנימוק שבטקסט, שהרי אין רגילים לכתוב שטר על הקנאת מיטלטלין, לא פלוג רבנן. אבל הוא כותב (בעמ' רמט) שבסתם בקנין סודר במטלטלין המתנה תקפה לפי הר"י מיגאש ולפי הרא"ש, ורק אם הנותן אמר לעדים להסתתר, היא בטלה.

דעה חולקת: יד רמה, בבא בתרא, פרק ג, סי' קיב (עב ע"ג-ע"ד), כותב שאם הקנה את הנכס בקנין או בחזקה, או שכתב למקבל "שדי נתונה לך" (בלי עדים) ומסר לו את השטר, קנה אף שלא אמר לעדים לכתוב לו בפרהסיא (נקודה זו הובאה בשו"ת פני יצחק (אבולעפיא) ח"ה חו"מ סי' ג, דף קלח ע"ד), ורק בשטר שאין בו קנין סודר ויש בו עדים, אם לא אמר לעדים לכתוב בפרהסיא, יש חשש שהוא מתכוון לקנוניה, ולכן הוא מקנה בשטר עם עדים, כדי שתהיה לו ראיה להוציא מקונה עתידי (החשש שליד ציון הערה 597), וכן יש חשש שהתכוון לדחות את המקבל (החשש שליד ציון הערה 596), ולכן הוא מקנה בשטר עם עדים, כי הוא רוצה שהענין יתעכב עד שיכתבו שטר ויחתמו, וגם אחרי החתימה אין להם רשות למסור את השטר למקבל עד שיקבלו רשות מהנותן, כאמור בכתובות נה ע"א, והעובדה שהנותן עשה באופן שלוקח יותר זמן, מוכיחה שהתכוון לדחות את המקבל, וקיווה שבינתיים יזדמן משהו ולא יתן לו, או שיסתלק הלחץ של המקבל עליו ולא יצטרך למסור לו, והיות שיש ריעותא בעיקר הקנאתו, המתנה בטלה. אבל הוא כותב (בדף עג ע"א) שאם בנוסף על הקנין, אמר לעדים לכתוב שטר, בשעה שעדיין היה יכול לחזור בו מן ההקנאה, העובדה שאמר לעדים לכתוב שטר מעוררת חשש שהתכוון להברחה; ואין לומר שמראש גמר בדעתו להקנות, וחזר בו ועכשו הוא מערים לבטל את המתנה, שהרי אין סיבה שיערים, כיון שהוא יכול לבטל את המתנה בפירוש, ומכאן שמראש לא התכוון להקנות; אבל אם עבר שיעור זמן שאינו יכול לחזור בו, ואח"כ אמר "כתבו", אפילו אמר להם להסתתר, המתנה תקפה, כי יש תוקף למעשה הקנין שכבר עשה, והנותן אינו יכול לבטל את מתנתו בכך שהוא אומר להם אח"כ להסתתר, כי אולי הוא אומר זאת כהערמה, כיון שאינו יכול לחזור בו בפירוש (נקודה זו הובאה בחושן האפוד, חו"מ, רמב, אות כד); ובכל מקרה, אם גילה דעתו שאמר "כתבו" כדי לחזק את כוחו של המקבל, או שאח"כ אמר "אף כתובו וחתומו ותנו לו", המתנה תקפה. ר' אברהם ברוך מני, בשו"ת ברוך מבנים (סו"ס זכרונות אליהו יו"ד במהד' תרצ"ו), סי' ג, עמ' נד, מסתפק האם לדעת

"כתבו בשוק"[731]. יש אומרים שבזמננו שנהוג לכתוב בכל שטר מתנה שהנותן ציווה לעדים לכתוב בפרהסיא, גם המקנה מתנה בקניין (בלי שטר) אינו צריך לומר בפירוש שהוא נותן מתנה גלויה, כי "סתם קנין לכתיבה עומד", ומשמעות עיקרון זה היא שכדין שטר כך דין סתם קנין, ואין לומר שמשמעותו רק שנחשב כאילו ציווה לכתוב שטר בלבד, שהרי אז זה חסר משמעות, שהרי אם לא נכתב "כתבו בשוק", השטר פסול[732]. אבל אחרים אומרים שגם בזמננו, המתנה בטלה אם לא אמר שהוא נותן במתנה גלויה, כי אמנם הם יכולים לכתוב שטר כי "סתם קנין לכתיבה עומד", אבל אינם יכולים לכתוב "כתבו בשוק" אם לא אמר בפירוש שהוא מקנה בפרהסיא, ולא מועיל מה שרגילים לכתוב בשטרות "כתבו בשוק" כיון שלא ציווה לכתוב שטר[733].

הרמ"ה מועיל אם כתב "כתבו בכל לשון זכות ויפוי כוח", האם זה חיזוק למקבל, או שמא זו רק הוראה שיכתבו בלשון יפוי כוח, ולא שגוף הכתיבה עצמה היא לחזק את כוחו. חמדה גנוזה - זכר מרדכי, רמב, ג (עמ' רמח), כותב שגם לפי יד רמה, גם בשאר קניינים המתנה בטלה אם הנותן אמר לעדים להסתתר. שו"ת משפטיך ליעקב ח"ג סי' כז אות ב (=שרידים גל' יח עמ' סא-סג), כותב שלדעת יד רמה, אם נותן בקנין סודר והסתיר, המתנה בטלה. אבל בסתם, המתנה תקפה; והוא מנמק, שרק בנותן בשטר, יש חשש שהוא נותן רק מפני שהמקבל לחץ עליו, כיון שיש זמן עד חלות המתנה, שצריכים לכתוב ולחתום, והעדים אינם יכולים למסור את השטר למקבל בלי לבקש רשות מהנותן (כתובות נה ע"א), ובמשך זמן זה הוא יכול לחזור בו אם יסתלק הלחץ בינתיים, משא"כ במי שמקנה בקנין סודר אן בחזקה או בשטר קנין, שהקנין הוא מיידי, אין חשש ללחץ, כי אז לא תועיל לו ההסתרה, שהרי לא יוכל לחזור בו (כך נראית כוונתו). רמ"ה, בחי' הריטב"א מכ"י, גיטין עז ע"ב, עמ' רצב, מוכיח מהסוגיה שם שהנותן בקנין בלי שטר, המתנה תקפה גם אם לא אמר "כתבו בשוק". אבל ר' נסים חיים משה מודעי, בשו"ת פני יצחק (אבולעפיא) ח"ה חו"מ סי' ג (קלג ע"ד), כותב שיד רמה יחיד בדעתו שקנין מועיל.

עיני דוד הלכות זכיה ומתנה, ה, א (ד"ה וכתב הרב מוהר"ם), כותב שהר"י מיגש סובר שאם אין שטר, קנין מועיל, גם אם לא פורסם.

בית שרגא ב"ב סי' קל, כותב שהנימוק (ליד ציון הערה 592) שהסתרת השטר מעוררת חשש שהוא נותן רק למראית עין, שייך רק בשטר, שתמיד נעשה בפני עדים, ולכן אם הסתיר יש לחוש שאינו נותן בלב שלם, אבל בקנין סודר שא"צ עדים, הרי גם אם נותן בפני עדים ומסתיר, אין חשש; אבל הטעם של הרמב"ם (ליד ציון הערה 597), חשש שהנותן מערים ומתכונן למכור אח"כ לאדם אחר, שייך גם בקנין סודר, ואילו מהרמב"ם משמע שדין מ"ט הוא רק בשטר. והוא מסביר שגם לרמב"ם לא הפקיעו חכמים כל קנין שיכול לצאת ממנו הפסד, ורק בשטר שצריך עדים אם הוא מסתיר, חוששים להערמה, ולא בשאר קניינים.

כמו כן, דביר הקודש, ב"ב, סי' כז, אות ה, כותב שלפי הרמב"ם הפסול של מ"ט הוא דין בשטר שנכתב בהסתרה, כלשון הרמב"ם "כל שטר מתנת קרקע", כי רגילים לכתוב שטר בגלוי, אבל בקניינים אחרים גם אם עשה בסתר, המתנה תקפה.

יש להעיר, שלגבי חלק מהראשונים המדברים על קנין, לא ברור האם כוונתם לקנין בלי שטר או לקנין **בנוסף** על השטר (המקרה שנדון ליד ציון הערה 615). אבל הוא כותב באות ח, שלפי הנימוק של חוסר גמירת דעת (ליד ציון הערה 589), מתנה בטלה גם בקנין אחר שהוסתר.

חמדה גנוזה - זכר מרדכי, רמב, ג (עמ' רמו), כותב שלדעת מגיד משנה, זכיה, ה, ב, בקנין סודר בסתם, המתנה תקפה, ואם הנותן ציווה להסתיר, היא בטלה.

[731] פני משה שם.

כנגד טענה זו, יד רמה שם כותב ש"סתם קנין לכתיבה עומד" אינו אומר שהנותן התכוון להקנות בשטר, אלא זה אומר רק שהעדים יכולים לכתוב שטר בלי לשאול את המקנה, אבל המקבל זכה מרגע קנין הסודר או החזקה, והשטר הוא לראיה בעלמא.

[732] שו"ת דרכי נועם חו"מ, סימן יב, ד"ה מ"מ וד"ה כלל העולה (הובא במלאכת שלמה הלכות זכיה ומתנה, ה, א ד"ה והוצרכתי); ערך השלחן, חו"מ, רמב, ס"ק יג, וס"ק יד (קלח ע"א), בדעת ראב"ן, ב"ב מ ע"ב. דרכי נועם מדייק כך גם מגידולי תרומה שער כו, ח"ג, אות א.

כמו כן, שו"ת פני משה ח"א סי' סד (קנא ע"ד-קנב ע"א), כותב שכאן המתנה תקפה, ואף שר"י מיגאש, המובא בטור חו"מ, רמב, ו, כותב שגם בקנין בסתם המתנה בטלה (כאמור ליד ציון הערה 615), זה משום ש"סתם קנין לכתיבה עומד", והוא כאילו אמר "כתבו" בלי לומר "כתבו בשוק"; אבל הרי בזמננו האומר "כתבו" משמעותו "כתבו בשוק", וממילא המקנה בקנין סודר אינו צריך לומר שהוא מקנה בפרהסיא, כי זה כבר כלול במה שהוא כאילו אומר "כתבו" שכולל "כתבו בשוק".

גם ר' ישעיה בן מהרי"ט, בשו"ת זרע אנשים סי' סח (סו ע"ב), מכשיר כאן, כיון שסתם קנין לכתיבה עומד, ונוהגים לכתוב "כתבוהו בשוק", כך שהעדים היו רשאים לכתוב בשטר "כתבוהו בשוק", וכיון שלא נכתב שטר, אין חשש של סתמא, והמתנה תקפה. הוא כותב שמה שאביו מהרי"ט (הערה 733) פסל, לא פסל באופן ודאי.

על מקרה שלא אמר לכתוב שטר, וכתבו שטר, בזמננו, ראה הערה 720.

[733] שו"ת מהרי"ט, ח"ב, חו"מ, סי' נד; שו"ת דבר משה (אמריליו) ח"ב סי' עז (פד ע"ד); ערך השלחן, חו"מ, רמב, ס"ק יג, בדעת שו"ת מהר"ם, דפוס פראג סי' תתקעו = תשובות מיימוניות קנין סי' ד.

דבר משה מנמק, שאמנם אם ציווה לכתוב שטר, מן הסתם התכוון שיכתבו כנהוג, אבל אם עשה רק קנין, אין להעלותו שתי דרגות, שייחשב כאילו אמר "כתבו", ועוד שייחשב כאילו אמר "כתבוהו בשוק".

כמו כן, שו"ת מהר"י קצבי, סי' כג (ד"ה והנה עתה), כותב שגם בזמננו, קנין בסתם פסול, גם לדעה (ליד ציון הערה 722) שבזמננו שטר סתם כשר, כי "הבו דלא לוסיף עלה".

יש אומרים שגם אם אין עדים על המתנה, כגון שהנותן כתב שטר **בכתב ידו** בלי עדים, הרי אם לא כתב שזו מתנה גלויה, המתנה בטלה, כי יש אומדנא שלא נתן בנפש חפצה, ויש חשש שנתן את הנכס לאחֵר לפני כן, כמו בשטר רגיל[734]. אם כתב בכתב ידו "אני נותן במתנה גלויה שלא כמתנה טמירתא", המתנה תקפה, מפני שזו הודאת בעל דין, ומפרשים את דבריו, שאמר לאותם עדים שעשו את הקנין (לפי הודאתו), שיפרסמו אותה[735]. אבל דעה אחרת היא שהמתנה תקפה גם אם לא נכתב שהיא מתנה גלויה, מפני שכאן אין מקום לחשש שהוא מערים ומתכנן למכור את הנכס בעתיד לאדם אחר[736], שהרי אם ימכור לאדם אחר, הקונה יוכל להכחיש שהמתנה ניתנה לפני כן לאחֵר, כיון שאין עדים על המתנה[737].

אם הנותן כתב את השטר בכתב ידו שלא בפני עדים, ומסר את השטר למקבל סגור בחותמת, ואיש לא ידע מה כתוב בו, המתנה בטלה, כי יש להניח שעשה כן רק כדי לדחות את המקבל מעליו וכדומה, ולא התכוון למתנה גמורה[738]. כמו כן, אם העדים לא ידעו כלום על המתנה, כמה נתן ולמי נתן, והנותן רק הראה להם צוואה

דבר משה שם (בדף פד ע"ב), מוסיף שאפשר לומר קי"ל כדעה (ליד ציון הערה 727) שגם בזמננו, שטר הכתוב סתם פסול, ולפי דעה זו גם קנין פסול בסתם.

ערך השלחן, שם, לומד מדברי מהר"ם, שעדי השטר עצמם אינם נאמנים לומר שלא אמר להם לכתוב (מפי שבכך הם עוקרים את עדותם, ו"אין מגיד וחוזר ומגיד"), אלא צריך שני עדים אחרים להעיד על כך. ובס"ק יד (קלח ע"ב), הוא מדייק ממהר"ם שם, שגם אם כתוב בשטר "כתבוהו בשוקא", הרי אם עדים מעידים שהנותן לא אמר לכתוב, והיה רק קנין, זה תרי ותרי ואין מוציאים ממון.

[734] ר' דוד פינטו, בשו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סימן כד (ד"ה נמצינו למדין, בסופו); שו"ת בית יצחק (שמלקיש) חו"מ סי' ע, אות א. בית יצחק כותב שמן הסברה, לא נראה שכתב יד עדיף מעדים. עיי"ש להוכחתו לכך מב"מ ג ע"ב.

שו"ת דבר שמואל, סי' שכח, כותב שבשטר מתנה בלי עדים, אם נראה לדיין שהיתה מסותרת, לא זכה המקבל.

שו"ת מר ואהלות חו"מ סימן כח, כותב בכתב יד בלי עדים, אם לא כתוב שזו מתנה גלויה, המתנה בטלה גם בזמננו, גם לדעה (ליד ציון הערה 722) שבזמננו המתנה תקפה גם בלי "כתבוהו בשוק", בשטר עם עדים.

שו"ת אדמת קודש ח"א חו"מ סימן סח (ד"ה חזר וטען) מביא מי שטען שהמתנה בנידונו בטלה מפני שהנותן החתים עדים מקרב אלו שהיו עתידים ליהנות מן המתנה, אף שהיתה בכך בעיה של נגיעה בעדות (עיי"ש שהוא מסביר מדוע עדותם כשרה), ולא החתים עדים זרים - מכאן שרצה להסתיר את המתנה. אבל המשיב מכשיר את המתנה ומתעלם מטענה זו.

[735] שו"ת שושנים לדוד (צבאח) חו"מ סי' יד.

[736] החשש שליד ציון הערה 597.

[737] שו"ת מהרי"א הלוי, ח"ב סי' קמט. כך עולה גם מדברי יד רמה בהערה 730.

כמו כן, השואל בשו"ת בית יצחק (שמלקיש) חו"מ סי' ע, אות א (על אותו מעשה שנשאל עליו מהרי"א הלוי), כותב שחשש זה אינו קיים כאן, שהרי אם נחשוש, החשש קיים גם אם המתנה תהיה גלויה, שהנותן יכתוב בשטר המתנה תאריך שהוא לפני התאריך שבו מכר את הנכס לאחר, ויכתוב שהמתנה גלויה. אבל המשיב שם דוחה טענה זו, שהרי אם ימכור לאחר, ואח"כ יכתוב מתנה בכתב ידו עם תאריך מוקדם, לא נאמין לו להוציא מהקונה, משא"כ אם יתן מתנה מוסתרת בכתב ידו, יוכל המקבל להביא עדים שראו את כתב היד לפני המכירה, ונוציא מהקונה - ונמצא שחשש זה קיים גם בכתב יד. אבל הוא מעלה אפשרות שאם שני עדים ראו את הכתב, הוא נחשב גלוי, ואילו אם הוא מוסתר ושום עד לא ראה את הכתב, לא יהיה אפשר להוציא מהקונה, ונמצא שהחשש אינו קיים.

עוד נימק השואל שם, שגם הטעם שהנותן התכוון רק להחניף למקבל (ליד ציון הערה 592) שייך רק בשטר בעדים שנכתב שלא בפני המקבל, אבל בכתב ידו שנכתב בפני המקבל, בוודאי התכוון למתנה גמורה. אבל המשיב דוחה, שמתנה טמירתא פסולה גם אם השטר נכתב בפני המקבל.

שו"ת מקדשי השם ח"ב סי' יג, דבר צבי הערה ו, מביא את המחלוקת בבית יצחק, ומביא ראיה מב"ב קלג שכתב יד מועיל גם אם הוא מוסתר - עיי"ש להוכחתו.

שו"ת בני יהודה (בית יהודה) סי' קא (קעב ע"א) כותב שמתנה טמירתא בטלה רק אם השטר מנוסח כציטוט דברי העדים, שצריך לומר להם "כתבו בשוק" כדי שיפרסמו אותה, אבל אם השטר מנוסח כציטוט דברי הנותן, אין פסול מתנה טמירתא, כי גילוי שייך רק בעדים שמפרסמים את המתנה; אלא שאם בסוף יש חתימות עדים, הכוונה היא שהם מעידים ששמעו מה שאמר, צריך לומר להם "כתבו בשוק" כדי שיפרסמו אותה. מדבריו עולה שאם זה כתב ידו בלי חתימת עדים, המתנה תקפה גם בלי פרסום. חושן האפוד, חו"מ, רמב, אות יד, מביא ראיה לדבריו מדברי יד רמה שהובאו בהערה 730, שאם כתוב "שדי נתונה לך" ומסר את השטר, המתנה תקפה, כי אין כאן עדים; אבל הוא מעיר שיד רמה כתב שהדין כך בסתם, אבל אם גילה דעתו שאינו רוצה שיתגלה, המתנה בטלה. מצד שני הוא מעיר שמדברי ר"ד פינטו (הערה 734), ומדברי ר' דוד פרדו, בשו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סי' כה (רכד ע"ב), מוכח שחולקים על בני יהודה; והוא ראומז שכך מוכח גם מפרישה רמב, ו, הכותב שאם הנותן כתב "שדי נתונה לך" ונתן את השטר למקבל, המתנה תקפה כי קנה מיד, משמע שלא די בעצם זה שהשטר כתוב כציטוט דברי הנותן.

[738] ר' דוד פרדו, בשו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סי' כה (ד"ה בתר דנא וד"ה מעתה עת). ושוב שם, סי' כט (ד"ה חזה הוית) כתב שהיות שמסר למקבל את השטר כשהוא חתום וסגור, יש לחוש לטמירתא; אבל כתב שאם השטר נפתח קודם מותו, המתנה תקפה.

כתובה והודה שהיא צוואתו, היא בטלה, כי הוא כאילו אמר להם להסתיר אותה; וגם אם כתב בכתב ידו שהיא מתנה גלויה, היא בטלה, שהרי העיקר הוא מה שהעדים כותבים[739].

אבל אם הנותן התיר לעדים לכתוב ולחתום את השטר בפרהסיא, והתיר להם לספר על המתנה למי שירצו, ולהראות את השטר לכל מי שירצו, אלא שביקש שאח"כ יסתירו את השטר עצמו, כגון שישימו את השטר בתוך מעטפה חתומה בחותמות - המתנה תקפה, כי העובדה שהסכים לפרסם את קיום המתנה מראה שהוא נותן בלב שלם[740]. גם מה שציווה שיסתירו את השטר הוא רק כי חשש מזיוף, שמא מישהו ישנה את הכתוב בו, וזו דווקא הוכחה שהוא נתן את המתנה בנפש חפצה, עד כדי כך שעשה מאמצים שהמתנה תתקיים כולה בלי שינוי[741]. כמו כן, אם נכתב בשטר שהנותן ציווה לפרסם אותו, המתנה תקפה גם אם השטר היה מוסתר ונתגלה רק שנים אחדות אחרי מות הנותן, כי לא גילה דעתו שאינו רוצה במתנה זו[742].

אם הנותן ציווה לעדי המתנה שלא לגלות אותה **למקבל** כדי שהמקבל לא יבקש יותר, המתנה תקפה, כי אין מקום לחשש[743] שנתן אותה למישהו אחר לפני כן, ואינו רוצה שהמקבל הראשון ישמע; וכן אין מקום לחשש[744] שהתכוון רק להחניף למקבל[745]. גם אין מקום לחשש[746] שהוא מתכוון להבריח את הנכס מנושיו,

---

[739] שו"ת שארית יוסף (ידיד) ח"ב עמ' רלח.
אבל עיקרי הד"ט או"ח סי' כא (לו ע"ב בדפוס סדילקוב) עוסק במקום שלפי חוק המדינה, הנוטריון היה מסתיר את הצוואה עד אחרי מות הנותן, וכותב שהמקבל קונה אחרי מותו כי אז המתנה מתגלה. ראה בדומה ליד ציון הערה 661 ששכיב מרע האומר לגלות את מתנתו רק אחרי מותו, המתנה תקפה.

[740] שו"ת מקיץ בן חי, סי' א (ח ע"ב); שו"ת מכתם לדוד חו"מ סי' טו (ד"ה זאת שנית טענו).
מכתם לדוד נימק עוד, שלפי הרשב"ם (הערה 594), טעם פסול מתנה טמירתא הוא חשש שמא נתן את הנכס במתנה לאחר לפני כן, וטעם זה לא היה שייך בנידונו, כיון שהנותן ביטל כל צוואה הקודמת לזו. דבריו קשים, שהרי ביטול זה מועיל רק אם נתן לפני כן במתנת שכיב מרע, שבה המאוחר גובר, אבל ייתכן שנתן לפני כן במתנת בריא, ומתנה זו אינה יכולה להתבטל ע"י מה שאמר שהוא מבטל אותה.

[741] מקיץ בן חי שם.
מכתם לדוד שם מסביר שטעם סגירת השטרות בנידונו הוא כי הנותן רצה להיות שליט בנכסים עד מותו, ואם יהיה גלוי, חשש שיזולו נכסיו. ואין נימוק זה מובן, שהרי כתב שם שהעדים יודעים כל מה שכתוב בו, ומפיהם יכולים כל אחד ממקבלי המתנה לדעת כמה קיבלו, ואם כן עדיין יש חשש שיזולו נכסיו?

[742] שו"ת משפטי שמואל (קלעי), סי' קג (קיב ע"א-ע"ג).
ר"ח בן מנחם, "מתנה טמירתא", שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז), עמ' 52, כותב שכך עולה גם מתשובות הגאונים (הרכבי) סי' ע, וכך גם מחי' הרשב"א ב"ב מב ע"א, שכתב בשם ר"ח, שאנשים עשויים לתת מתנות בצינעה. אבל הוא מעיר שהחשש לקנוניה (ליד ציון הערה 597) קיים גם בכגון זה, שהרי הוא עלול למכור את הנכס לאדם אחר, כיון שאנשים לא יודעים שהוא כבר נתן את הנכס במתנה.
אבל בנידונו של משפטי שמואל, לא היה כתוב בשטר שהנותן ציווה לפרסמו, ולכן פסל את המתנה.
דעה חולקת: ר' נסים חיים משה מודעי, בשו"ת פני יצחק (אבולעפיא) ח"ה חו"מ סי' ג (קלב ע"ב), עוסק בשטר שכתוב בו "כתבוהו בשוק", אבל למשך עשר שנים לא ידעו על השטר אפילו בני משפחתו, והוא פוסק שהמתנה פסולה מטעם מתנה טמירתא כיון שיש להניח שהנותן אמר לסופר ולעדים להסתיר את המתנה, ולא נתן אותה ברצינות, אלא רק בגלל לחצים של המקבל. הוא מוצא בנידונו עוד הוכחה שלא התכוון באמת למתנה: המתנה היתה לכלותיו, והיה יותר ראוי שיתן לבניו, שדעתו יותר קרובה אליהם, אלא, הוא נתן לכלותיו מפני שהן היו מתקוטטות עמו על זה, ולא התכוון למתנה אמיתית. הוא מסביר (בדף קלג ע"ב) שאף שהנותן אמר להסתיר, הסופר כתב "כתבוהו בשוק" כי כך שגור לכתוב, ולא דאג להשמיט את זה מהשטר כי היה בטוח שאף אחד לא יראה את השטר. הוא מוסיף שגם אם ספק האם התכוון למתנה, מספק הקרקע נשארת ברשות הנותן. ר' יצחק משה אבולעפיה, שם (דף קמ ע"ד), מסכים עמו שזו מתנה טמירתא. וראה הערה 790,שהוא מבטל את המתנה מטעמים אחרים.

[743] ליד ציון הערה 594.

[744] ליד ציון הערה 592.

[745] שו"ת השיב משה, סי' קד, סופו.
כמו כן, שו"ת שואל ונשאל חלק ד חו"מ סימן א אות יג, כותב שאי ידיעת המקבל היא **סיבה להכשיר** את המתנה גם אם לא כתוב בשטר "כתבוהו בשוק", כיון שבכגון זה אין מקום לחשש של החנפה למקבל.
אבל שו"ת הרי"ף סימן ח (נדפס גם בשו"ת הרי"ף (בלגוריי) סימן קכ, ובגנזי קדם ח"ד סי' כז עמ' 46), מסביר את פסילת מתנה טמירתא, שמתנה היא דבר שעתיד להתגלות, ולכן אם ביקש שיסתתרו הראה שאינו רוצה להקנות; ור"ח בן מנחם, "מתנה טמירתא", שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז), עמ' 55, כותב שכוונתו היא שאם הנותן ציווה לא להודיע **למקבל** על המתנה, הדבר מראה שלא התכוון להקנות, כיוון שבדרך כלל מתנה היא גמול למקבל על מעשה שעשה או תמריץ לפעולה בעתיד, כלשון הגמרא (מגילה כו ע"ב) "אי לאו דהוה ליה הנאה מיניה, לא הוה יהיב ליה", ולכן מתנה שמוסתרת מהמקבל מאבדת את משמעותה ומלמדת שמטרת הנותן אינה לרצות את המקבל אלא מטרה אחרת. הוא מסביר שהנותן רוצה להסתיר גם מאחרים, אבל מטרתו בכך היא כדי שלא ידע המקבל. הוא מביא ראיה להבנה זו, ממה

שהרי לשם כך היה צריך להסתיר את המתנה מנושיו. גם החששות האחרים[747] אינם שייכים אם אנשים אחרים יודעים על המתנה ורק המקבל אינו יודע.

אם היו הרבה אנשים בביתו של הנותן בשעת כתיבת שטר המתנה, וביקש שחלק מהאנשים יצאו מהבית מפני שחם מדי, אין לחשוש שהוא שיקר ואמר זאת כדי להסתיר את המתנה, אלא המתנה תקפה[748].

אם הנותן נתן את המתנה למקבל שלא בפני עדים, **וביקש מהמקבל שלא לגלות** את דבר המתנה, המתנה בטלה[749].

במקום שיש **תקנת הקהל**, שרק סופר העיר יכתוב שטרות, והנותן ביקש מסופר אחר לכתוב שטר מתנה, ושטר המתנה התגלה רק לאחר זמן, אחרי שנשא אשה, המתנה בטלה גם אם נכתב בשטר ש"לא תהא כמתנה טמירתא", מפני שהנסיבות מלמדות שהתכוון להסתיר את המתנה, כדי שהנכסים לא ישתעבדו לכתובת אשתו, והיא לא תדע על כך[750].

מצבים שונים שהמתנה בטלה בהם מחמת חוסר גמירת דעת של הנותן

מתנה שניתנה עקב **כפייה** שהופעלה על הנותן, אינה תקפה[751], שלא כמו מכר בכפייה. אין הנותן נאמן לומר שהיה אנוס, אלא צריך שיהיו עדים על כך שהיה אנוס[752]. גם אם כתב בשטר המתנה שהוא מקבל על עצמו אחריות, כלומר שאם הנכס יילקח מן המקבל, הוא יפצה אותו, המתנה בטלה[753].

שנאמר בשו"ת הרי"ף מהד' בלגוריי, שם "אין לה תקנה עד שמגלו לה", כלומר אם יגלה אחרי נתינת המתנה, המתנה תקפה; זה לא מובן אם הבעיה היא בהסתרה מהרבים, אבל אם הבעיה היא בהסתרה **מהמקבל**, מובן למה הגילוי מכשיר את המתנה. הוא מביא ראיה נוספת (בעמ' 56) ממה שהרי"ף נוקט "אטמרו וכתבו ליה" ואינו מזכיר נתינה - כי מדובר שהמתנה לא ניתנה למקבל ולכן אינו יודע עליה.

[746] ליד ציון הערה 593.

[747] ליד ציוני הערות 595-596.

[748] שו"ת שואל ונשאל חלק ד חו"מ סימן א אות יג. בנידונו היה זה מצווה מחמת מיתה, והוא מחזק את דבריו בעיקרון שאין אדם משקר סמוך למותו (ע"פ האמור ליד ציון הערה 648 שאין אדם מחניף סמוך למותו), אבל נראה שזה רק תוספת חיזוק לקביעה שאין לחשוש שהוא משקר, והדין כך גם במתנת בריא.

[749] חושן האפוד, חו"מ, רמב, אות ז, מדייק כך משו"ת מהר"ם אלשיך, סי' צט, העוסק בכגון זה, ומכשיר את המתנה רק משום שבנידונו המתנה כבר נמסרה למקבל (ראה בשמו בהערה 689), אבל לולא זה, היתה בטלה.
אבל שו"ת מהר"ש צרור (תשב"ץ חלק ד טור ב) סימן ו, כותב שבכגון זה המתנה תקפה. אפשר לנמק את דבריו, שהנימוק של הרמב"ם (ליד ציון הערה 597) לפסול מתנה טמירתא, החשש שהנותן ימכור את הנכס אח"כ לאדם אחר והמקבל יוציא אותו מהקונה, אינו שייך כאן, כיון שלא היו עדים על נתינת המתנה. אבל יש להעיר שהנימוקים האחרים (ליד ציון הערה 592 ואילך) שייכים גם כאן. ייתכן שעיקר טעמו של מהר"ש צרור הוא משום שבדרך כלל, הנותן מתנה שלאבפני עדים, מוסר אותה למקבל מיד, ובכגון זה אין מקום לנימוקים האחרים, כמוסבר ליד ציון הערה 680 ואילך.

[750] ר' משה בר חנוך, בתשובות גאוני מזרח ומערב סימן רז.
שו"ת אדמת קודש ח"א חו"מ סימן סח (ד"ה חזר וטען), מביא שמי שטען שהיתה תקנהבשאלוניקי שמתנה שלא ניתנה בפני פרנס העיר, אין לה תוקף, ולכן המתנה שבנידונו, שלא ניתנה בפני הפרנס, בטלה; והמשיב דוחה טענה זו (בד"ה ומה שטען), שמעולם לא נעשתה תקנה כזאת, אלא שפרנסי העיר ראו שבני העיר היו לוקחים נכסי נפטרים בטענה שניתנו להם במתנה, ולכן הפיצו שמועה שיש תקנה כזאת; ואף אם נאמר שהיתה תקנה כזאת, היא נעשתה דוקא במתנת ש"מ מהטעם האמור, שהרי לא יתכן שיתקנו כך במתנת בריא, להכשיל את הרבים, לנעול דלת בפני גומלי חסדים, שלא יורשה שום יהודי לתת מתנה לחבירו שלא בפני מנהיגי העיר, ומעולם לא נשמע כדבר הזה.

[751] ראה על כך בחוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 242, 250-253.
למקורות שהובאו שם יש להוסיף: שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סי' תתקלח; בית דוד (סמיט) ח"ו (תשע"ב) עמ' שטו-שכ.
על מתנה עקב איום ברצח, ראה שם עמ' 253, הערה 70. למקורות שהובאו שם יש להוסיף את מנחת אשר (תשס"ד), ב"ב, סי' יג, אות ז, המסביר שגם אם נאמר שמתנה צריכה הקנאה חיובית מצד המקנה (ראה בשמו בהערה 795), הרי כאן בעל הנכס המאויים גומר בדעתו להקנות הקנאה חיובית, כיון שהוא מציל את חייו ע"י נתינת המתנה, והוא לא רק משלים עם אבדן הנכס.
על כפייה בלי פעולה ממשית אלא רק באיום, ראה שם עמ' 271 הערה 152, ועמ' 272 הערה 158. על מי שנתן מתנה מיוזמתו כדי להינצל מפגיעה (בלי שהפוגע דרש את המתנה), ראה שם עמ' 259, הערה 94. על מי שנתן מתנה מפני שנשבע לתת או מפני שקיבל על עצמו קנס אם לא ייתן, ראה שם עמ' 256. על מי שנתן מתנה רק כדי שחברו יוכל לקיים מצוה, ראה שם עמ' 256.

[752] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רמב, סעיף א: "יודעין באונסיה". ראה על כך בחוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 253.

מי שמסר "**מודעא**" בפני עדים לפני נתינת המתנה, ואמר להם שאת המתנה שהוא עומד לתת, אינו נותן ברצון, המתנה בטלה[754], גם אם לא הופעלה עליו כפייה, שלא כמו במכר, שמודעא מועילה רק אם אכן היתה כפייה. כמו כן, מי שנשבע לפני נתינת המתנה, שאת המתנה שיתן לחבירו לא יתן בלב שלם, המתנה בטלה[755].

ראובן שנתן נכס במתנה לשמעון, מפני שלוי כפה על ראובן למכור לו את הנכס, וראובן רצה **למנוע את חלות המכר** בכך שיתן את הנכס לשמעון - יש אומרים שהמתנה בטלה, כי ברור שלא נתן בלב שלם, אלא כדי למנוע את המכר הכפוי, והיא משמשת כמודעא על המכר, ולכן גם המכר הכפוי בטל[756]. אבל יש מי שאומר שהמתנה תקפה, מפני שברור שראובן נתן לו בלב שלם, כי אם לא יהיה תוקף למתנה, יחול המכר הכפוי ללוי; ואין לומר שהמכר יתבטל בלאו הכי כי נתינת המתנה משמשת כ"מודעא" על אי רצונו במכר, שהרי שטר מתנה רגיל אינו יכול לשמש כמודעא למכר עתידי[757].

אם הנותן נתן מתוך **בושה**, שהתבייש שלא לתת, המתנה אינה תקפה, והיא גזל ביד המקבל[758].

אשה שנתנה **לבעלה** מתנה מ"נכסי צאן הברזל" שלה, המתנה אינה תקפה, כי מן הסתם היא נתנה לו רק כדי שישרור ביניהם שלום בית[759]. אבל אם נתנה לבעלה מתנה מ"נכסי המלוג" שלה, המתנה תקפה, כי אין זה

---

[753] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רמב, סעיף א. ראה חוק לישראל שם.

[754] רמב"ם, הלכות זכיה, י, ג. ראה על כך בהרחבה בחוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 285-278.
שו"ת דרכי נועם חו"מ, סימן ג (ד"ה עוד יש), נוקט שאם גילה דעתו שאינו נותן מרצון, אף שידוע שאינו אנוס, המתנה בטלה.
על סוג מיוחד של מודעא בסוג מיוחד של כפייה, כתב יד רמה, בבא בתרא, פרק ג, אות קיא: אם ראובן ביקש משמעון לעשות לו משהו, ושמעון לא רצה עד שיתן לו ראובן מתנה, לא קנה ראובן, כי דוחק השעה אנס את שמעון לכתוב, אבל זאת רק אם לפני כן נתן ראובן את הנכס לאחֵר במתנה טמירתא (ראה עליה ליד ציון הערה 588 ואילך), שזה מראה שעשה את הראשונה כמודעא לשניה. ראה חוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 284-283, על האפשרות שמתנה טמירתא תשמש כמודעא למתנה שתינתן אחריה.

[755] שו"ת באר יצחק אהע"ז סי' טז ענף ה (ד"ה וכן יש).

[756] חידושי הריטב"א ב"מ וב"ב שם בשם רבו; רמ"ך בשטמ"ק ב"מ שם, בפירושו הראשון.
בדומה, תיקון עולם (קלוגר) דף כט ע"ד, כותב שאם בעל עמד לגרש אשתו, ונתן את הנייר במתנה לאדם אחר כדי שהגט לא יחול, המתנה בטלה כיון שניכר לכל שנתן את המתנה רק כדי שהגירושין לא יחולו, שהרי אין למקבל מה לעשות עם הנייר; והוא מביא ראיה מדין מברחת, שגם אם נתנה את נכסיה לבנה, שהיא מוכנה שהנכסים יישארו אצלו (כמו שכאן הוא באמת מוכן שהנייר יהיה של המקבל), המתנה בטלה כי לא נתנה מצד גוף המתנה אלא בשביל דבר אחר. אבל שו"ת ישועות מלכו אהע"ז סימן פג, כותב ש"אגב רהיטא כתב כן", והוא מבסס את תוקף הגט בעיקר על טעם אחר.

[757] חידושי הריטב"א, ב"מ עב ע"א ובבא בתרא מ ע"ב; חידושי הריטב"א הישנים, ב"מ עב ע"א.
יש להוסיף הסבר, שאילו רצה רק שהמתנה תשמש כמודעא על המכר, היה יכול למסור מודעא ממש בפני אותם עדים שחותמים על המתנה (ברור שיש עדים, שאם לא כן, הקונה הכופה יכול לטעון שמעולם לא נתן ראובן את הנכס לשמעון, וממילא יש תוקף למכר).
המחלוקת הובאה בחוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 57.
בב"ב מ ע"ב נאמר שאם, במקרה הנ"ל, המתנה היתה מתנה טמירתא, לא קנה שמעון, והיא משמשת כמודעא, ולכן המכר בטל (ראה על כך חוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 285-284); אבל הריטב"א אומר שזה רק משום שהסתרת המתנה מראה שהנותן לא התכוון לתת בלב שלם, ולא שעצם החשש מכפיית המכר מוכיחה שלא התכוון לתת את המתנה בלב שלם. יש אומרים שמתנה טמירתא יכולה לשמש כמודעא לבטל אפילו מכר או מתנה שקדמו לה - ראה על כך י' פרנצוס, "שיטת הקדמונים במתנתא טמירתא", סיני קג (תשמ"ט), עמ' רכג-רכו.
ראה הערה 670, שבמקרה בב"מ שם הנתינה היתה בסתר ובכל זאת היתה תקפה, לדעה זו.

[758] פלא יועץ, ע' מתן (הובא בזכרון אלימלך, רוזנפלד, עמ' קט); חכמת מנוח, ב"מ כב ע"א. פלא יועץ כותב שלכן המקבל צריך ליזהר ולוודא שהנותן נותן בלב שלם ולא משום בושה, וטוב לסרב לקבל עד שיראה שהנותן נותן בעין יפה.
תוס' ר"י הזקן (=ר' אברהם מן ההר), קדושין נב ע"ב, כותב שהנוטל דבר של אחר, ואמר לו שהוא רוצה לקדש בו אשה, והלה אמר לו "מדוע לא תקח דבר יותר טוב", אינה מקודשת, כי חוששים שמא אמר כך מתוך בושה ולא התכוון לתת לו.
דעה חולקת: לבוש מרדכי ב"מ סי' כ (מו ע"ג), כותב שאם הנותן נתן מתוך בושה, המתנה תקפה, מפני שמחמת בושה הוא מקנה בלב שלם.
דבר משה (רוזמרין), ב"מ כב ע"א, אות לו (עמ' תפב), כותב שהמתנה בטלה רק אם ניכר מהענין שהוא נותן מתוך בושה, אבל אם אין הוכחה לזה, אינו גזל, כי גם אם באמת נתן מתוך בושה, הרי אלו דברים שבלב שאינם דברים.
ראה עוד ליד ציון הערה 905 ואילך, על החשש שהנותן הסכים לתת מתוך בושה.
למקורות נוספים בשאלה זו, ראה חוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 317-316, הערה 14.

סביר שנתנה לו רק כדי לעשות לו נחת רוח, שהרי בנכסים אלו, הגוף שייך לה, שלא כבנכסי צאן ברזל, שיש לה עליהם רק שעבוד[760].

בעל שנתן מתנה לאשתו כדי **להשקיט ריב** שהיה ביניהם, לדעת הרי"ף[761], המתנה בטלה, כיון שמן הסתם לא התכוון למתנה גמורה אלא רק לעשות נחת רוח לאשתו. אבל פוסקים אחרים סבורים שאין כאן הוכחה להעדר גמירת דעת, והמתנה תקפה[762].

בת גדולה שנתנה קרקע שלה לאביה במתנה - אינה יכולה לטעון שנתנה מתוך יראה, מצד שהיתה סמוכה על שולחנו, כי טענת "נחת רוח עשיתי" שייכת רק באשה כלפי בעלה[763].

הנותן מתנה וברור לכל שלא התכוון לתת מתנה אמיתית אלא ליצור מצג כאילו נתן, כדי שנושיו לא יגבו מהנכסים ("**הברחה**") - המתנה בטלה. אולם אם התכוון לתת מתנה אמיתית, המתנה תקפה גם אם כוונתו היתה למנוע מנושיו לגבות מהנכסים[764].

הנותן מתנה רק כדי להוציא את המקבל מעצבותו, אין למתנה תוקף. מעשה בראובן שהשיא את בתו לשמעון, ובשעת הנישואין ראה ששמעון עצוב, ואמר לו "אל תתעצב, אתן לך בית". נפסק שגם אם שמעון דר באותו בית ועשה בו קנין חזקה, לא קנה אותו, כי יש להניח שראובן לא התכוון לתת לו באמת, אלא אלה היו "פיטומי

---

[759] שו"ע, אהע"ז, צ, טז.

[760] שו"ת הרשב"א חלק ו סימן ריח. הוא נוקט שהיא יכולה לטעון "נחת רוח עשיתי לבעלי" רק אם נתנה לו משלוש השדות המיוחדות (אחת שכתב לה בכתובתה, אחת שייחד לה בכתובתה ואחת שהכניסה לו שום משלה - עליהן נאמר בב"ב מט ע"ב-נ ע"א שיכולה לטעון כך אם הסכימה שבעלה ימכור אותן).

[761] שו"ת הרי"ף, סי' ה.

[762] המהדיר לשו"ת הרי"ף שם, הערה 3, מעיר שרב האי בס' המקח והממכר שער ד (דף י בדפוס ויו) (הובא בערך השלחן, אהע"ז, צ, אות כה) כתב שאיש אינו יכול לומר "נחת רוח עשיתי לאשתי" (הוא עסק במכר), ורק אשה יכולה לטעון כך.
כמו כן, רביד הזהב (טריוויש), בראשית, ג, טז, כותב שהפוסקים חלקו על דברי הרי"ף כאן.
עוד יש להעיר שהרי"ף מביא ראיה מהדין בב"ב מ ע"ב, שמי שנתן מתנה לאשה כי לא הסכימה להתחתן עמו בלי זה, המתנה בטלה. אבל י' פרנצוס, "שיטת הקדמונים במתנתא טמירתא", סיני קג (תשמ"ט), עמ' רכא, מעיר שבגמרא שם נאמר שבאותו מקרה נתן את הנכס לבנו לפני כן במתנה טמירתא, ויש מהראשונים האומרים שרק בצירוף הוכחה זו לחוסר גמירת דעת, המתנה לאשה בטלה, אבל בלעדיה, המתנה לאשה קיימת כי זה "אונס דנפשיה", שאינו נחשב אונס (ראה חוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 255 ואילך).

[763] שו"ת הרשב"א חלק ו סימן ריח.

[764] חוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 61-71. וראה שם, שבמצבים מסוימים חכמים תיקנו תקנה שהמתנה בטלה בגלל ההפסד לנושים, גם אם הנותן התכוון באמת לתת.
ראה שם עמ' 57-60, דוגמאות נוספות למתנות שניתנות כדי לחמוק מחיובים שונים.
למקורות שם יש להוסיף את שו"ת נופת צופים חו"מ סי' שט, הכותב שאם ב"ד רואה שהנותן מתכוון להבריח, המתנה בטלה גם אם זו מתנה במקצת הנכסים, וזאת בתנאי שב"ד בירר היטב שהתכוון להבריח; והוא כותב שגם התקנה במרוקו משנה ש"ה, שמתנה להבריח בטלה (ראה עליה בחוק לישראל שם, עמ' 59), חלה גם על מתנה במקצת.
שו"ת גינת ורדים אהע"ז כלל ד סי' ה (ד"ה כללא דמלתא), מביא את דברי הרא"ש (שם עמ' 65) שכתב שאין תוקף להקנאה שמטרתה להערים להפקיע חוב, כיון שזכותם בנכסים היא גדולה; אבל גם אם חוששים להערמה, אם בררו שהוא קנין גמור, המתנה תקפה.
שו"ת שושנים לדוד (צבאח) ח"ב אהע"ז סי' נא (כד ע"א-ע"ב), עוסק במי שנתן מתנה "אם ילך לאשתו להיות עמה", והנסיבות לימדו שלא התכוון למתנה אמיתית, אלא קרוביו, שרצו שייפרד מאשתו (ששנאו), אילצו אותו לכתוב מתנה זו, בתקווה שבזכותה ייפרד מאשתו, אבל לא נפרד ממנה; ולכן הוא פוסק שהמתנה בטלה. הוא נוקט שהשטר נעשה רק כשטר אמנה או להברחה, וכוונתו היא שהמתנה לא היתה בלב שלם, כמו בהברחה, אבל אין כאן הברחת נכסים מנושה.
וראה ליד ציון הערה 395, שמתנה לשם הברחה מ"שטר חצי זכר" תקפה אף שהיא אסורה.
שו"ת משפט וצדקה ביעקב, ח"א, סי' רל, כותב שאין בעיית הברחה אלא אם החייב עצמו נותן את נכסיו במתנה כדי להבריח, אבל אם אביו של החייב נותן מתנה לנכדו ולא לבנו כי בנו חייב כסף, המתנה תקפה.
שו"ת משפטיך ליעקב ח"ג סי' כז אות ח (=שרידים גל' יח עמ' עב-עד), כותב שגם אם נתן לקרובו, הרי אם הנכס נשאר אצל הנותן והוא נוהג בו מנהג בעלות, הדבר מוכיח שלא התכוון לתת באמת אלא להבריח והמתנה בטלה.
ראה סעיף 3, על חייב הטוען שנתן נכס פלוני במתנה לפני יצירת החוב (כך שאינו משועבד לנושה) והמקבל מאשר את דבריו או סותר אותם, והנושים של החייב טוענים שלא נתן.

מילי״, כדי **שיתנחם מעצבותו**, שהרי בתחילת הנישואין הגיעו להסכם בלי לתת את הבית, ורק בסוף אמר לו שיתן לו את הבית[765].

מי שנתן שטר מתנה לחברו, וכתב בשטר המתנה **שאם יחזור בו** יתן כך וכך קנס לעניים - המתנה בטלה, כי תנאי זה מראה שלא היה רצונו שלם לתת את המתנה, ולכן חשש שיחזור בו, וכדי למנוע זאת, קיבל על עצמו שאם יחזור בו, יתן קנס[766].

נותן הטוען שהתכוון בצחוק: יש מי שאומר שהנותן מתנה וטוען שהתכוון רק בצחוק, המתנה בטלה[767]. אבל אחרים אומרים שאם המקבל עשה מעשה קנין ע״פ דברי הנותן, וזכה בנכס זכייה גמורה, הנותן אינו נאמן לומר שהתכוון בצחוק ולעקור את מעשה ההקנאה בלי שיש סימנים לכך; וגם אם המתנה היתה מהסוג שנקנה באמירה בעלמא, כגון בהקנאת פקדון לשומר[768], אין הנותן נאמן לומר שהתכוון בצחוק, שהרי גם אז קנה המקבל, כי הנכס בידו[769].

נתינה מתוך טעות: הנותן מתנה מתוך טעות רשאי לבטל את המתנה, כדין כל מי שמתקשר בחוזה מתוך טעות[770]. אולם הנותן כלי במתנה וחשב שהוא בדיל ואח״כ התברר שהוא כסף, לדוגמה, המקבל זכה, כי נותן בעין יפה נותן[771], ומן הסתם היה נותן גם אילו ידע את האמת[772].

---

[765] שו״ת לב שמח, חו״מ סי׳ כו. הוא מביא ראיה מב״מ סו ע״א, שם נדון מי שמכר קרקע לחברו בלי אחריות, וראה שהקונה עצוב, ואמר לו שיתן לו אחריות, ונפסק שזה רק פיטומי מילי ולא מחייב. רא״ש, ב״מ פ״ה, סי׳ כז, מנמק שבתחילה הוחלט שהמכר יהיה בלי אחריות, ולכן מפרשים שמה שאמר המוכר בסוף המכר הוא פיטומי מילי.

[766] שו״ת זכות אבות סי׳ כז (הובא בפעמוני זהב, יב, ט); שו״ת ויאמר יצחק ח״ב, ליקוטי דינים, ע׳ מתנה (רג ע״ב), בשם משבי״ר (ר׳ משה בירדוגו). הם מסבירים שאף ששו״ע, חו״מ, יב, ט, פוסק שאם שניים קיבלו על עצמם בקנין ובקנס לציית לפסיקת מפשרים, הפשרה תקפה, ואין צד אחד יכול לומר ״אשלם את הקנס ולא אקיים את הפשרה״ - מתנה שונה, כי דוקא בפשרה יש מקום להתנות אותה בקנס, כי עושים את הפשרה מתוך הכרח, אבל במתנה, זה מלמד על חוסר גמירת דעת.
בנידונו של זכות אבות, היה כתוב בשטר ״וליפות כח המתנה בל תמוט, אסר איסר על נפשו שאם יחזור בו״ וכו׳, שמשמע שתנאי זה נעשה כדי לחזק את המתנה; אבל הסופר העיד שכתב זאת רק לשופרא דשטרא (כלומר שכך רגילים לכתוב, ולא שהנותן באמת אמר לו שזה הטעם לקנס), ולכן הקנס מוכיח שהנותן לא התכוון בלב שלם.

[767] חכם אחד המובא בשו״ת חיים לעולם ח״ב אהע״ז סי׳ ב (ד ע״ג). הוא מדייק כך מרמב״ם, הלכות מכירה, ה, יג, האומר שנהגו לעשות קניין במינוי שליח וכדומה כדי שלא יאמרו שעשה זאת בצחוק, משמע שאם טען שהתכוון בצחוק, נאמן, אם אין הוכחה שעשה בלב שלם.

[768] ראה סעיף 6.

[769] המשיב בשו״ת חיים לעולם שם (ד ע״ג-ע״ד). הוא מסביר שהרמב״ם שם אמר כך רק על מינוי שליחות או מחילה, שנקנים באמירה בלבד, בלי קנין. הוא מביא ראיה ממה שרמב״ם, שם, הלכה יב, השמיט מחילת פקדון שהזכיר בהלכה יא - כי בפקדון אין לומר שנהגו לעשות קנין כדי שלא יוכל לומר ״משחק הייתי״, כי בלאו הכי לא יוכל לומר כך, כאמור.

[770] על דיני טעות בחוזה ראה חוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ׳ 111-210. יש יותר נטייה לבטל מתנה בטעות, כגון אם זו טעות בהערכת התפתחויות עתידיות. ראה על כך שם, עמ׳ 180-185.
למקורות המובאים שם יש להוסיף את שו״ת הרשב״ש סימן רכה, הכותב שמתנה בטעות בטלה.
שו״ת פרי החיים (רוזנברג) חו״מ סי׳ יד, כותב שמי שמצא אבידה שאיבד גוי וחשב שהוא של יהודי ונתן לו, זו מתנה בטעות, והיא בטלה, והיהודי צריך להחזיר לו. הוא נוקט שזו מחילה בטעות, ומסתמך על מקורות בענין מחילה בטעות, אבל הרי לא שייכת מחילה על נכס בעין, אלא זו מתנה בטעות.
שו״ת נטע שורק, אהע״ז, סי׳ י, אות ב, כותב שהנותן טבעת במתנה ואח״כ המקבל קידש בה אשה שהנותן אינו רוצה שיקדש, המתנה אינה בטלה למפרע; ואף שתוס׳ ב״ק קי ע״ב כתבו שבדבר שתלוי בצד אחד אומרים ״אדעתא דהכי לא נתן״ (ראה על כך חוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ׳ 175), הם כתבו כך רק בכגון שנתקלקל החפץ, משא״כ כאן שחרטת הנותן היא בגלל דבר חיצוני לחפץ.
סוג מיוחד של נתינה בטעות הוא במי שחייב לצי״ש אבל חשב שהוא חייב מן הדין, ולכן נתן: שו״ת בית יעקב (צויזמיר), סימן ס, כותב שהמקבל חייב להחזיר, ושאסור לקבל ממנו בלי להודיע לו את האמת (שהוא חייב רק לצי״ש), כי אז זו נתינה בטעות ובטלה (הוא נוקט מחילה בטעות, ולא דק). אבל קצות החושן עה, ס״ק ד, חולק וכותב שאינה נתינה בטעות, שהרי ייתכן שגם אילו ידע שהוא חייב רק לצי״ש, היה נותן, ק״ו מדברי ר״ת (מחילה שער ח) על מחילה בטעות (במקרה מסוים) שהיא תקפה, כי גם אילו ידע את האמת היה מוחל כדי ״ליקום בהמנותיה״; ועוד ששו״ת הריב״ש סי׳ שלה, סובר שמחילה בטעות בדין - תקפה (ראה מחילה שער ח). ר׳ אלחנן יחיאל נאגל, ״בענין איני יודע אם נתחייבתי וחיוב לצאת ידי שמים״, שומרי משפט (צ׳כנוב) ח״ג עמ׳ צב, עושה הבחנה בין סוגים שונים של חיוב לצי״ש: בחיוב לצי״ש במצב של קלב״מ, העיקר הוא חיוב ממון, אלא שב״ד אינו יכול להוציא מידו, ולכן אם נתן, זו נתינה בטעות, גם לפי קצות החושן. לעומת זאת, באומר ״איני יודע אם נתחייבתי״, יש **מצוה** לשלם כדי לצי״ש, ולכן לדעת קצות החושן יש להניח שגם אילו ידע את האמת, היה רוצה לתת; וכן ביתומים שנתנו קרקע בפרעון חוב אביהם, שזו מצוה אבל אינם

אשה שהתנתה את הסכמתה להתחתן בקבלת מתנה: מי שביקש מאשה להינשא לו, והסכימה רק אם יתן לה את כל נכסיו במתנה, ונתן לה, המתנה קיימת אף שיש אומדנא חזקה שנתן לה רק כי לא הסכימה להתקדש בלי מתנה זו; אין מתחשבים באומדנא זו, כי דברים שבלב אינם דברים[773].

מתנה לשניים בזה אחר זה: שמעון שנתן נכס במתנה לראובן, ולא עשה בו מעשה קנין, ואח"כ נתן שמעון אותו נכס במתנה ללוי בנוכחות ראובן, שוב בלי מעשה קנין, וראובן שתק, בכך גילה שמעון את דעתו שאינו רוצה להקנות לראובן, ראובן אינו זוכה גם אם אח"כ מסר לו שמעון את השטר המתנה[774].

הנותן מתנה אם יפסיק המקבל לחלל שבת: מי שנתן לחברו מתנה על תנאי שהמקבל יפסיק לחלל שבת, זה גילוי דעת שאינו רוצה לתת, ושעשה את הקנין רק כי הוא חייב להפרישו מאיסור, והמתנה בטלה[775].

נתינה כדי לעקוף איסור דתי: יש שאדם נותן מתנה כדי לעקוף איסור דתי, כגון נתינה עקיפה למי שנדר הנאה ממנו[776], הקנאת כסף לאחֵר כדי שיפדה מעשר שני שלו בלי חומש[777], מצורע המקנה את נכסיו לאחֵר כדי שיוכל להביא קרבן עני[778], הקנאת קמח למי שהניח עירובי תבשילין[779], הקנאת כלי הטעון טבילה לנכרי[780], הקנאת רכוש לאחֵר כדי שיוכל להישבע בענייני מס[781], הקנאת בהמה לנכרי לשבת[782], הקנאת סחורה לאחֵר שיטפל בה בימי אבלו של המוכר[783], הקנאת בגד שאין לו ציצית לאחר[784], והקנאת בגדים לאחֵר לפני ראיית

חייבים, מניחים שגם אילו ידעו, היו נותנים, כאמור בכתובות צא ע"ב, רמב"ם, מלוה, יח, י, ושו"ע, חו"מ, קז, י. זו. ואילו בית יעקב סובר שהחיוב לצי"ש ב"איני יודע אם נתחייבתי" אינו בגדר מדת חסידות אלא מן הדין, אלא שב"ד אינו יכול להוציא ממנו, ולכן אם נתן בטעות, הנתינה בטלה.

[771] ב"ב סה ע"א.

[772] שו"ת משנה הלכות, ח"ה, סי' רפד, בדעת לבוש, חו"מ, רלב, יח.

[773] שו"ת פני יצחק (אבולפיה), ח"ה, חו"מ, סי' ד (קמח ע"ד). הוא מביא ראיה מטור, חו"מ, רמב, ט, האומר על מקרה זה שאם לפני כן נתן את נכסיו במתנה לבנו בסתר, המתנה לאשה בטלה כי גילה את דעתו שאינו רוצה לתת לאשה (ראה על כך בחוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 284), משמע שאם לא נתן אותו לבן תחילה, המתנה לאשה תקפה.
חזון איש, אהע"ז, סי' צט, ס"ק ה, כותב לגבי המקרה בטור שם, שלפני כן נתן את הנכסים לבנו במתנה טמירתא - שאם עשתה **תנאי** בשעת הקדושין שהקידושין מותנים בתקפות המתנה, הקדושין בטלים אם תתבטל המתנה לאשה, וממילא הקדושין קיימים והמתנה קיימת (כלומר, יש להניח שהמקדש נותן לה בלב שלם כי הוא יודע שאל"כ לא תהיה מקודשת לו); ורק אם הנותן נתן את המתנה לאשה בתנאי שתתקדש לו, המתנה קיימת (אף שנתן לבנו במתנה טמירתא), כי אילו לא התכוון להקנות לה, לא היה לו להתנות את תנאי. הוא מעלה אפשרות שאם התנתה שתקנה את הנכסים בשעת קידושין בהנאת חיתון (כאמור בכתובות קב ע"ב לגבי הדברים הנקנים באמירה), המתנה קיימת גם אם נתן אותם תחילה במתנה טמירתא לבנו. הוא מסביר, שבמעשה הנידון בטור, היא לא קשרה את המתנה בקידושין, וחשבה שהמתנה תהיה תקפה גם בלי שתתקדש, וחשבה שהוא מסכים לתת לה בלי תנאי כי הוא סומך עליה שלא תחזור בה, אבל באמת יש להניח שלא התכוון להקנות.

[774] ר' מרדכי אליהו רבינוביץ, בהגהות וביאורים על תשובות הגאונים הקצרות, סי' רכו (במהד' וילנא תרמ"ה). הוא מסביר שזאת כוונת תשובת הגאונים שם. גם מעשה רקח הלכות זכיה ומתנה, ה, א, כותב שבתשובה שם מדובר שלא זכה בה המקבל הראשון.
בתשובה נאמר שהמתנה לראובן נקראת מתנה טמירתא, והכוונה היא שהמתנה בטלה מפני חוסר גמירת דעתו של הנותן, כמו שמתנה טמירתא בטלה מטעם זה.

[775] שו"ת בשמים ראש (הורביץ), סי' נז.

[776] ראה חוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 74 ואילך.

[777] שם עמ' 79.

[778] שם עמ' 80.

[779] שם עמ' 84.

[780] שם עמ' 95.

[781] שם עמ' 96.

[782] שם עמ' 100.

[783] שם עמ' 101.

[784] שם עמ' 103.

מקום המקדש[785]. ככלל, יש תוקף למתנות אלה, מפני שיש לנותן גמירות דעת ורצון שהמתנה תהיה תקפה, ביודעו שאם המתנה לא תחול, נמצא עובר באיסור[786].

הנותן למי שהבטיח להחזיר לו: מעשה ביעקב שביקש מאביו ראובן לתת לו נדוניה למראית עין כדי שיסכימו להשתדך עמו, והבטיח לאביו שיחזיר לו, ואביו נתן לו. נפסק, שאם הבטיח לו כך רק לפני "תנאים ראשונים" ולא לפני הנתינה בפועל, המתנה תקפה והבן פטור מלהחזיר, מפני שאין אומדנא ברורה שלא התכוון למתנה אמיתית; אבל אם הבן הבטיח לו כך גם בזמן התנאים הראשונים וגם ביום חתונתו, המתנה בטלה, והבן חייב להחזיר לו, ואף שבשעת הנתינה נתן האב סתם, הרי מתנה בטלה אם גילה הנותן דעתו לפני המתנה שאינו מתכוון למתנה אמיתית, גם אם לא אמר כלום בשעת המתנה[787]; ואם לא התנה כך עם בנו לפני תנאים ראשונים, אלא התחייב סתם בקנין סודר לתת לבנו, אף שהתנה עמו לפני נתינת הנדוניה שיחזיר הכל, המתנה תקפה, והבן אינו חייב להחזיר, כי מיד כשהתחייב לבנו בתנאים הראשונים, חל עליו חיוב גמור, וגם אם הבן הבטיח להחזיר לו, אם זה לא היה בתקיעת כף, אלו דברים בעלמא[788].

מתנה שאדם נותן מתוך **כעס** - תקפה[789].

מתנה שלא נרשמה במירשם המקרקעין: אם עבר זמן רב מאז נתינת המתנה, והנותן לא דאג לרשום את העברת הבעלות במירשם המקרקעין הממשלתי, רישום שבלעדיו העברת הבעלות אינה מוכרת בחוק המדינה, המתנה בטלה, מפני שהדבר מראה שהנותן לא התכוון באמת לתת את המתנה, והוא נתן אותה רק למראית עין, מסיבה כלשהי[790].

---

[785] שם עמ' 106.

[786] ראה לדוגמה שם עמ' 79, 80, 81.
אבל אמרי שפר (קלצקין) סי' סד, כותב שהנותן בהמה מבכרת (לפני הלידה) לגוי במתנה, אין זה מועיל לפטור את הוולד מבכורה (בניגוד **למכר**, שמועיל - ראה חוק לישראל שם, עמ' 81), כי המתנה תתבטל אם תימצא העובר נקבה או בעל מום מהבטן, וגם אם ייולד זכר, הגוי יחזיר את הבהמה לנותן, נמצא שזה הערמה, והמתנה בטלה.

[787] חוט השני (שבסמוך) מביא ראיה ממה שכתב הרמב"ם, הלכות נדרים, ז, טו, לגבי "מתנת בית חורון", שגם אם לא אמר הנותן כלום בשעת נתינת המתנה, המתנה בטלה כי סעודתו מוכיחה שהתכוון לתת רק כדי שאביו יאכל, וזאת אף שזה רק אומדנא - ראה חוק לישראל, פגמים בחוזה עמ' 78.

[788] שו"ת חוט השני, סי' לו (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, רמה, ס"ק ב). הוא כותב שאם כתבו שטר על המתנה, ויש בשטר ביטול מודעות, כנהוג, המתנה תקפה בכל המצבים, שהרי אפילו מסר מודעא ממש נגד המתנה, המודעא בטלה והמתנה תקפה. יש להעיר שבכל המצבים השאלה היא רק האם יש לנותן גמירת דעת לתת את המתנה, ואין מתחשבים בהתחייבות הבן להחזיר (שלכאורה יכולה לחייבו להחזיר גם אם המתנה תקפה) שהרי התחייבות בדיבור אינה תקפה.
ראה הערה 577, שמגן גיבורים, או"ח, יד, ג, כותב שאם הנותן היה בטוח שהמקבל יחזיר לו, יש להניח שלא התכוון להקנות לו. כך כתב גם ר' אברהם יוסף משה אב"ד הארימלוב, במגן גיבורים שם (מד ע"ד). אבל הוא כותב שאם התכוון לתת במתנה גמורה, המתנה תקפה גם אם היה בטוח שהמקבל יחזיר, כמו שכתב תרומת הדשן, שו"ת, סי' קכ, בענין הנותן חמץ לגוי במתנה גמורה, ויודע שהגוי יחזיר לו אחרי פסח.

[789] תורת חיים בבא בתרא קס ע"ב.
ר' בנימין נבון, בשו"ת בני בנימין, חו"מ, סימן סי' ג (ח ע"ג), נוקט שאם מעשיו של הנותן מוכיחים שגמר בלבו לתת, כגון שעשה מעשה קניין, המתנה מועילה גם אם דיבר בכעס, מפני שהעיקר הוא המעשה, וייתכן שבשעת מעשה התרצה וגמר בלבו.
דעה חולקת: שו"ת ויאמר יצחק ח"ב, ליקוטי דינים, ע' מתנה (רג ע"ב), כותב בשם משבי"ר (ר' משה בירדוגו) ובשם מוהריב"ע, שמתנה מתוך כעס בטלה.
ר' אליהו ילוז, בשו"ת מפי אהרן, סי' טז (פו ע"ד), לומד משו"ע, חו"מ, רה, ג, שכתב שמחילה כמתנה, שאינה מועילה באונס, מכאן ששולחן ערוך סובר שמחילה שלא בלב שלם אינה מועילה, וכן במחילה בכעס; ומכאן שלדעתו מתנה בכעס אינה מועילה.
ר' דוד פרדו, בשו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סי' כה (ד"ה מעתה עת), עוסק במי שנתן מתוך כעס, ומזכיר זאת כאחד הנימוקים לביטול המתנה, אבל אין ללמוד מדבריו שזו בלבד סיבה מספקת לביטול המתנה, כיון שייתכן שכתב כך רק כ"סניף".

[790] ר' יצחק משה אבולעפיא, בשו"ת פני יצחק (אבולעפיא) ח"ה חו"מ סי' ג (קכט ע"ד, קלט ע"א); ר' נסים חיים משה מודעי, שם (קלב ע"ב).
רנח"מ מודעי שם (בדף קלד ע"ב) כותב שגם אם הנותן התחייב לקבל על עצמו כל דעה של פוסק שיתן תוקף למתנה, המתנה בטלה, כי אין פוסק שיכשיר מתנה כזאת. הוא מוסיף, שגם אם כתובים בשטר לשונות חיזוק, הם לא מועילים כיון שהיה גילוי דעת לבטל את המתנה. אבל אח"כ (בדף קלה ע"ג) הוא כותב שבנידונו העובדה שלא רשם, אינה מוכיחה שלא נתן בלב שלם, כי המתנה היתה מהיום ולאחר מיתה, גוף מהיום ופירות לאחר מיתה, וייתכן שחשש שאם ירשום, לא יוכל לקבל את הפירות; ועוד שלפי החוק באותה מדינה, לא היתה מוכרת פיצול בעלות, בין גוף לפירות, ולכן אילו

נתינה מכללא

כללי

לדעת פוסקים רבים, יש תוקף למתנה גם אם בעל הנכס לא מסר את הנכס למקבל, ואף לא אמר בפירוש שהוא נותן לו את הנכס במתנה, ובלבד שניתן להסיק מן הנסיבות, בדרך אומדנא אובייקטיבית הניכרת לצופה מבחוץ, שהוא רוצה לתת לו את הנכס במתנה[791]. משמעות הדבר היא שהבעלות בנכס עוברת למקבל אף שהנותן לא אמר דבר. כמובן, תנאי להעברת הבעלות הוא שהנותן או המקבל יעשו מעשה קנין בנכס[792], על פי המפורט בסעיף 6.

רשם את המתנה, לא היה זכאי לפירות. רי"מ אבולעפיה משיב על כך (בדף קלט ע"א) שהיתה לנותן אפשרות לרשום באופן שישמור על זכותו פירות (עיי"ש בפירוט האפשרות), והעובדה שלא עשה כך מוכיחה שלא גמר בדעתו לתת.

רי"מ אבולעפיא מחזק את ההנחה שהנותן בנידונו לא התכוון לתת, בכך שהנותן עמד למות, והיה ת"ח וירא שמים, ואסור להעביר נחלה ממי שאמור לרשת (ב"ב קלג ע"ב), ומן הסתם לא רצה לעשות איסור. הוא מסתמך על שו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' שלו, שהשתמש בשיקול זה כדי לבטל מתנה, כי יש להעמיד כל אדם בחזקת שאינו רוצה לעבור אפילו על איסור קל כזה. אלא ששם היה שיקול נוסף: השלטון באותו מדינה היה מפקיע נכסים של נפטרים שלא הותירו בנים, ויש להניח שנתן את המתנה רק כדי להערים על הפקעה זו. גם רי"מ אבולעפיא לא הסתמך על שיקול זה בלבד אלא בצירוף העובד שהמתנה לא נרשמה. ברור ששיקול זה לבד אין בו כדי לבטל מתנה שהרי אם כן, לא יהיה תוקף לשום מתנה, שהרי כל מתנה מעבירה נחלה מהיורש.

ראה הערה 742, טעמים אחרים לבטל את המתנה הנידונה.

ראה סעיף 6, טעמים אחרים לכך שמתנה בלי רישום אינה תקפה: אם משום "דינא דמלכותא דינא", ואם מפני פגם ברצונו של **המקבל**, שאין לו סמיכת דעת כיון שחוק המדינה אינו מכיר במתנה.

[791] דוגמאות לכך נביא בהמשך הפרק. באופן כללי, נתיבות המשפט, רמד ס"ק א, כותב שגם אם המקבל נוטל את החפץ של הנותן מן הקרקע בעצמו, בלי שהנותן נתן לו, קנה, מפני שאין צריך אמירה של הנותן, אלא די אם יש אומדנא דמוכח או גילוי דעת שהוא נותן לו את החפץ במתנה, כמ"ש ש"ך, חו"מ, שנח ס"ק א (הערה 945). למקורות כלליים נוספים ראה הערה 794.

שו"ת תורת חסד ח"ב סי' כד אות ג, כותב שאם יש אומדנא שבעל הנכס רוצה להקנותו לאדם אחר, גם אם לא הקנה בפירוש, נחשב כאילו הקנה, ונחשב כשל המקבל.

בשאלה האם במתנה מכללא צריך שהמקבל יתכוון לקנות, ראה סעיף 6, בשם חתם סופר וחבצלת השרון ועוד.

[792] שו"ת הרא"ש כלל פד סי' ד, בסופו (הובא בטור חו"מ רפא, י, ברמ"א, חו"מ, רפא, י, ובשו"ת תורת אמת סי' קכד) כותב שגם אם יש אומדנא שמישהו התכוון לתת את נכסיו לאחרים כדי להבריח את נכסיו מיורשו, אין נעקרת נחלה דאורייתא ע"ז אם לא נתן בפועל. בנידונו, ארבע אחיות רצו שאחיהן לא יירש אותן, ולכן כל אחת נתנה את נכסיה במתנה לאחרות זו אחר זו; והוא מבאר כמה כל אחת מקבלת מן הנכסים, לפי סדר נתינת המתנות, וכותב שכשכל אחות מתה, האח (או בנו) יורש ממנה את הנכסים שזכתה בהם, אף שלא רצתה בכך אלא רצתה לתת את נכסיה לאחיותיה, כי בפועל לא נתנה נכסים אלו לאחיותיה אחרי שזכתה במתנות הראשונות - כלומר, לא עשתה מעשה קנין. כך הסביר רבצמ"ח עוזיאל, השופט והמשפט, שער יב, פרק כ, את כוונת הרא"ש במה שכתב שאומדנא מועילה רק לבטל מתנה - שאומדנא אינה יכולה ליצור מתנה אם חסר מעשה קנין.

רבצמ"ח עוזיאל מקשה מהדין שיתומה זכאית לקבל מנכסי אביה נדוניה לנישואיה בסכום שנקבע ע"י אמדן דעתו של האב (שו"ע אהע"ז קיג, א), וזאת אף שלא נעשה מעשה קניין. הוא מתרץ שהאב חייב מן הדין לתת את הנדוניה, והאומדנא באה רק לקבוע את סכום הנדוניה. עוד חילק, שלגבי נדוניה, זו אומדנא כללית של כל בני האדם, ואילו בנידונו של הרא"ש, זו אמדנא לגבי דעתו של אדם זה בלבד, שאין הולכים אחריה - זו עיקרון כללי שכתב שם, פרק ט עמ' 321.

אבל שו"ת זכרון יהודה (מונק) סי' א (ג ע"ב) מסביר שכוונת הרא"ש היא שלא מועילה אומדנא לעקור נחלה דאורייתא. עוד הוא מסביר, שאומדנא שייכת רק בדין שמבוסס על סברה, ואז אם האומדנא דוחה את הסברה, הדין מתבטל, אבל זה שאח יורש את אחותו אינו לפי ההגיון אלא חידוש של התורה, א"כ התורה תגזור גם נגד אומדנא זו.

מקור נוסף הוא שו"ת נטע שורק, אהע"ז, סי' י, אות ז, האומר שדבר שאין בעליו מקפיד עליו, שנחשב מתנה למי שזוכה בו (כאמור ליד ציון הערה 926), נקנה לו רק אם עשה מעשה קנין. על פי זה הוא כותב שמי שנטל חפץ של אחר וקידש בו את בתו, אין אומרים שהחפץ קנוי לבת כי מן הסתם האב אינו מקפיד כלפיה, ותהיה מקודשת כדין המקדש אשה בגזל שלה (כאמור ליד ציון הערה 949) - אין אומרים כך כי עדיין לא עשתה מעשה קנין בחפץ.

ראה גם סעיף 6, על נותן שידוע שהוא רוצה להקנות, אבל לא עשו מעשה קנין.

יש להעיר, שבמצבים מסוימים, שברור שיש לבעל הנכס גמירת דעת להקנות, הבעלות עוברת למקבל בלי מעשה קנין - ראה ליד ציון הערה 986, והערה 812, והערה 961, לענין שליח לבטל חמץ, ובאופן כללי, במשפטי ארץ ג, עמ' 100-94.

לעומתם, פוסקים אחדים סבורים שאין תוקף ל"נתינה מכללא", ומתנה תקפה רק אם הנותן אמר בפירוש שהוא נותן את הנכס במתנה, ואם לא אמר דבר מפורש, לא נוצרת מתנה, גם אם התנהגותו או שתיקתו מוכיחות על רצונו לתת את המתנה[793].

מחלוקת זו תלויה בשאלה הכללית, האם הקנאה חלה רק אם המקנה הִקנה ברצון אקטיבי מודע, או שדי בכך שהוא יסכים, ברצון פסיבי ("ניחותא"), שהנכס יעבור למקבל. לפי הגישה שדי ברצון פסיבי[794], יש תוקף

---

[793] ר' אברהם הלוי, בשו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל ה, סי' יב (ד"ה כללא דמלתא) (שא"א ליצור מתנה ע"י אומדנא בלבד); בית יהודה (לנדא), חו"מ, פח, יב (עז ע"א); ערך שי, חו"מ, פח, יב (ד"ה דמי); משנה הלכות, שנביא בהערה 930; נודע ביהודה, לפי הבנת שערי ציון, שנביא בהערה 930; אמרי משה סי' לז, אות טו, בהגהה; משכנות יעקב, שנביא בהערה 855; עונג יו"ט סי' קיא, בהגהה.
בית יהודה מסתמך על המקורות הבאים: (א) ב"ח, חו"מ, ר, א, מדייק מרשב"ם, ב"ב פה ע"א (ד"ה כיוון), שכותב שתבואה נקנית לקונה בקנין חצר, אם היא בחצרו והמוכר אמר לקונה "כל תבואה זו קנויה לך בכך וכך" - משמע שקנה דוקא אם המוכר אמר כך, ולא אם הקונה אמר כך והמוכר שתק. (ב) ב"י, חו"מ, ר, ב, כותב לגבי קניית פקדון, שהקונה קונה אותו ע"י קנין חצר אם קיבל עליו הנפקד את בקשת המוכר: "פירותיי שברשותך - תנם לפלוני", אבל אם אמר לו רק הקונה: "פירות שברשותך - פלוני מְכָרָם לי", לא קנה גם אם קיבל עליו הנפקד לתת לו; והוא מדייק כך מחידושי הרמב"ן, ב"ב פה ע"א, וממגיד משנה הלכות מכירה, ד, ו (כנראה, הוכחתו היא שמשמע מב"י שגם אם שמע המוכר את דברי הקונה ושתק, לא קנה הקונה). (ג) ב"ח, חו"מ, קפט, ב, כותב שמפקיד יכול להקנות פקדון לשומר ע"י שיאמר לו "פקדון שלי שהפקדתי בידך יהיה קנוי לך", אבל אם רק השומר אמר למפקיד "סכום כך וכך אתן לך בעד הפקדון שבידי", והמפקיד שתק, השומר אינו קונה - הרי ששתיקת המפקיד אינה מועילה. הוא דוחה אפשרות לומר שב"י וב"ח דיברו רק במכר אבל מתנה מכללא מועילה, שהרי בב"ב נג ע"א מוכח שמתנה קונה פחות ממכר, לענין הצורך לומר "לך חזק וקנֵה". טבעת החושן, על קצות החושן, פח, ס"ק יג (פב ע"ב), דוחה ראיות אלה, שאמנם מוכח משם ששתיקת המקנה אינה מועילה, אבל זאת מפני שהיא אינה מוכיחה על רצון להקנות (כי ייתכן שהסיבה ששתק היא כי לא התייחס כלל לבקשת הקונה), אבל אם יש הוכחה יותר חזקה, כגון ב"טענו חטים והודה לו בשעורים" (הנדון ליד ציון הערה 1008), העובדה שלא תבע שעורים מוכיחה שהוא נותן אותם במתנה.
ערך שי שם מביא ראיה מהמשנה, ב"ב מא ע"א, האומרת שלא מועילה חזקת שלוש שנים אם אין עמה טענה, כלומר, שמי שהחזיק בקרקע שלוש שנים ואמר רק "לא אמר לי אדם דבר מעולם", הקרקע אינה קנויה לו, מפני שגם לדבריו אינה שלו, שהרי בעל הקרקע לא מכר לו אותה; הרי שאין אומרים ששתיקת בעל הקרקע מוכיחה שנתן לו במתנה מכללא, אלא, לשם הקנאה צריך אמירה מפורשת. אפשר להשיב על ראיה זו, שהמחזיק אינו אומר שבעל השדה נתן לו אותה במתנה, ולכן זו חזקה שאין עמה טענה. עוד ראיה הוא מביא משו"ת מהר"ח אור זרוע, סי' נג, שעולה ממנו שהמושך חפץ בפני בעליו והבעלים שותק, לא קנה (גם על ראיה זו אפשר להשיב, שאמנם שתיקה אינה מועילה, אבל ייתכן שאם יש הוכחה חזקה יותר, חלה הקנאה). מצד שני, הוא מציין ששו"ת הב"ח סי' קמט, כותב להיפך, שמי שמשך ובעל הנכס שתק, קנה (ונמצא הב"ח סותר לדבריו בסי' ר). וראה ליד ציון הערה 980, שערך שי עצמו נותן תוקף למתנה מכללא במקום שיש אומדנא שהוא רוצה לתת; אלא ששם זו אומדנא מכוח טבע האדם.
אמרי משה שם (ד"ה ובזה) מביא ראיה מהדין ששותף בשדה, האומר "דין ודברים אין לי על שדה זו", כשכוונתו היא ששותפו יזכה בחלקו בשדה, אין שותפו זוכה גם אם עשה קנין חזקה (כתובות פג ע"א), וטעם הדבר הוא כי לשון דו"ד אינו לשון הקנאה, אלא לשון סילוק רשות, ושותפו אינו יכול לזכות בלי הקנאת הבעלים. בעצם זו ראיה מהדין שאין מועילה מחילת בעלות (אלא שדין מחילה אינו מופיע בתלמוד, והוא מופיע רק לענין סילוק מבעלות - ראה מחילה, שער ארבע עשרה), ודבריו מתאימים לנימוק של ר"י בלוך (ראה מחילה, שער ארבע עשרה) שמחילת בעלות אינה מועילה כי בהקנאה צריך רצון חיובי ולא די בהסכמה. אפשר לדחות ראיה זו, שאם נקט לשון סילוק (או מחילה) זה יותר גרוע מאילו לא אמר כלום, שאז די באומדנא שהוא מסכים (ראה בדומה בסעיף 4, שתנאי מכללא עדיף על תנאי מפורש שאינו לפי משפטי התנאים). אמרי משה (ד"ה ועיין) מביא ראיה נוספת, מש"ך, חו"מ, קפה, ס"ק א, הכותב שספק הוא האם שליח של המקנה יכול להיות גם שליח של הקונה, והרי ברור שבעל הנכס רוצה להקנות שהרי עשה שליח להקנות, ובכל זאת השליח אינו יכול לקנות לעצמו כי צריך הקנאה של בעל הנכס. בעצם הוכחתו היא מכל הדין של שליח למכור, שאין צורך בדין שליחות, לפי השיטה שמועילה הקנאה מכללא, היינו שדי שאנחנו יודעים שבעל הנכס רוצה להקנות, והקונה יעשה מעשה קנין. הוא מקשה על דעתו, מהדין (טור, חו"מ, שנט, ג; ש"ך, חו"מ, שנט, ס"ק ד) שאם חפץ של שמעון עומד למכירה, ראובן רשאי להניח אצלו כסף ולקחת את החפץ בלי ידיעתו, מתוך הנחה שהוא רוצה בכך, הרי שמועילה הקנאה מכללא; והוא דוחה, ששם אין החפץ נקנה לראובן, אלא זה רק היתר לקחת את החפץ ולהשתמש בו, בלי לעבור בגזל, כפי שכותב בדומה הגהות אמרי ברוך, חו"מ קפה, ב, על ענין אחר.
טבעת החושן שם מסביר שהתומים, פח, ס"ק ו, הסובר שהדין ש"טענו חטים והודה לו בשעורים - פטור", שטעמו הוא שהעובדה שהתובע לא תבע שעורים, מראה שמחל על השעורים (ראה מחילה, שער אחת עשרה, ליד ציון הערה [22]) - דין זה אינו חל אם טענו חטים בפקדון והודה בשעורים בפקדון ועדים מעידים שהופקדו שעורים, מפני שהשעורים הם בעין והם ברשות המפקיד בכל מקום שהם, ואין מחילה מועילה בדבר בעין - סובר שהעובדה שלא תבע שעורים, מראה שלא איכפת לו מהם, וסילק עצמו מתביעת שעורים וזה מחילה, אבל אין כאן "דעת" להקנות לנתבע את השעורים באופן חיובי, ויש רק ראיה שלילית - מזה שלא תבעו מוכח שאין בדעתו לתובעו; וקצות החושן סובר שמשתיקתו מוכח גם שנתן באופן חיובי.

לנתינה מכללא. לעומת זאת, לפי הגישה שיש צורך ברצון אקטיבי מודע[795], אין תוקף לנתינה מכללא, שבה לא ניכר הרצון האקטיבי[796].

---

[794] נתיבות המשפט, סי' קצה ס"ק א, סי' קצז ס"ק ד, וסי' רמד, ס"ק א, לומד מהש"ך, חו"מ, שנח, ס"ק ד (שיובא בהערה 945), שמועילה הקנאה בלי כוונת המקנה להקנות, ודי באומדנא שאילו ידע שהמקבל רוצה, היה נותן לו.
חלקת יואב חו"מ סי' ה, כותב שא"צ את כח המקנה להקנות, ודי שלא יפריע. וכן בחלקת יואב אהע"ז סי' ח (ד"ה ומעתה) כותב שבמשיכה ובהגבהה הקנין הוא מצד הקונה, ובלבד שהמקנה לא יעכב, ורק קנין כסף עיקרו מצד המוכר.
שו"ת בית אפרים חו"מ סי' לט, בסופו (ד"ה והנה) כותב שא"צ את כוונת המקנה להקנות, אלא הקונה עושה את מעשה הקנין, בלי כוונת המקנה להקנות, ו"לך חזק וקנה" נחוץ רק כדי לתת לו רשות לקנות; ורק בקנין סודר צריך את כוונת המקנה, כי כוונה זו עושה את הקנין, ולא קבלת הסודר, שהרי הסודר חוזר לבעליו.
חבצלת השרון יו"ד סי' פט, כותב שבמשיכה והגבהה, אם ברור שנוח למקנה, קנה הקונה.
קובץ ביאורים ב"ק סי' נד, כותב שבמכר באונס, האנס זוכה בחפץ אף שבעל החפץ אינו מתכוון להקנות אותו, כי לא איכפת לו שהאנס יקנה את החפץ כיון שהוא מקבל כסף, ודי בזה.
שערי ישר שער ז פרק יב, אות רעז, ד"ה ואין להקשות (הובא בחי' ר' שמואל, קידושין סי' י, ובשעורי ר' שמואל (רוזובסקי) קדושין נב ע"ב, אות תמג), כותב שהקנאה אפשרית בשתי דרכים - ע"י דעת אחרת מקנה, היינו שבעל הנכס מקנה, או בדרך נתינת רשות, שבעל הנכס מסכים שהקונה יקנה, ואז הקנין מועיל מצד הקונה (ראה סעיף 6 בשם אבן האזל הל' שכנים פ"ב ה"י, על הסכמת הנותן שאין בה הקנאה). אבל חמדת אהרן (קוגמן, תשס"ו), סי' לד, אות ז, ור' ברוך מרדכי אטינגר, "ביסוד דין כח קנין והמסתעף", שחר אורך, עמ' תמז, כותבים שגם לדברי שערי יושר, יש הבדל בין כוח הקונה לכוח המקנה, שכח המקנה סיבתו היא משום שהוא בעל הנכס, והתורה רצתה שתהיה לאדם שליטה על הנכסים שלו, ואילו כוח הקונה היא דין נפרד - שיש "מחייב" שקונה יזכה בממון. בספרו חידושי ר' שמעון יהוד הכהן (שקאפ), ב"מ סי' יז, בהגהה, מביא ראיה שתיתכן שהקנין יחול ע"י הקונה בלי המקנה, מהדין שאם אמר המקנה לקונה "לך חזק וקנה", יכול הקונה לעשות את החזקה לאחר זמן, ואז ברור שהקנין אינו חל ע"י המקנה (אבל מנחת אשר (תשס"ד), ב"ב, סי' יג, אות ה, שנביא בסעיף 6, הסביר דין זה בכך שצריך הקנאה חיובית מצד המקנה אבל היא יכולה להעשות לפני ביצוע הקניין).
שעורי ר' שמואל (רוזובסקי) קדושין נב ע"ב, אות תמד, מדייק מתוס' ר"י הזקן, קידושין נב ע"ב, שמועיל קנין מצד הקונה ודי בהתרצות בעל הנכס (עי"ש להוכחתו).
נתיבות אדם, ח"ב, סי' יב, אות ו, מציין שחי' כתב סופר גיטין לב ע"ב (ולא מצאנוהו), פסק שאם יש אומדנא דמוכח שהמקנה רוצה בהקנאה, הקונה זוכה, וא"צ הקנאת המקנה.
ר' בנימין ליפקין, "להגדרת רצון הבעלים בקניינים", סיני, ס' יובל (תשי"ח), עמ' שעג-תב (=בני בנימין, עמ' צב-קלו), כותב (לכל אורך המאמר) שרצון המקנה אינו חלק פעיל בהקנאה, אלא הוא גורם פסיבי, שאם הוא מתנגד, לא חלה הקנאה, ולכן אין צריך רצון אקטיבי מפורש, אלא די שלא יתנגד. אבל הוא מדגיש שצריך גמירת דעת, שאי-ההתנגדות תהיה מוחלטת, כי בלי גילוי גמור, מניחים שאינו רוצה להוציא דבר מבעלותו.
תורת הקניינים פ"א הערה יז, כותב שמה שכתב רא"ש בבא קמא פרק ט סימן יח, שהשולח שליח לקנות שעורים וקנה חטים, המשלח זוכה בחטים אף שהמוכר לא ידע מי הקונה, כי א"צ את דעת המקנה ודי בדעת השליח (כפי שהסביר אותו קובץ שיעורים ב"ק אות קנד), מתאים לדעה שמועיל קנין ע"י הקונה בלי הקנאה מהמקנה.
בכורי אברהם דף עד ע"ג-ע"ד, כותב שיאוש בגזילה (בשונה מבאבידה, שהוא סילוק) היא בתורת מחילה ומתנה, ולכן הוא מועיל גם כשהחפץ ברשות בעליו (וחוזר על כך בדף עה ע"ג). זאת אף שאין שם כוונה להקנות. יש לציין שגם תוספות בבא קמא סט ע"א (ד"ה כל שלקטו) כותבים שיאוש בגזל, היא רק כלפי הגזלן, **כמתנה** בעלמא, ואינו יכול לפטור מן המעשר מדין הפקר.
יש מקום לומר שבנתינה מכללא, המקבל צריך לעשות מעשה קנין בכוונה לקנות, בשונה ממתנה רגילה, שדי בכוונת הנותן להקנות. ראה על כך בסעיף 6 בשם שו"ת הרמ"ץ.

[795] קהלות יעקב קדושין סי' כו (במהד' תשמ"ח = סי' כב במהדו' תשכ"ג), אות ד, כותב שהמקנה צריך לומר "אני מקנה" או "לך חזק וקנֵה" שאז יש הקנאה בפועל, אבל אם אמר רק "אני רוצה שפלוני יזכה בחפץ זה" לא קנה.
שערי ציון (סופר), ח"א, סי' א, ענף ב אות ג, ומנחת אשר (תשס"ד), ב"ב, סי' יג, אות ב, כותבים שט"ז, חו"מ, סי' קפט, סובר שלא די באומדנא דמוכח וגילוי דעת שהמקנה רוצה להקנות, אלא צריך את דעתו להקנות, שהרי הוא כותב שמפקיד שגילה דעתו שהוא רוצה למכור את הפקדון בסכום מסוים אלא שלא מצא עדיין קונה, והנפקד אומר שלא בידיעת המפקיד שהוא רוצה להחזיק לעצמו אותו מקח ולתת למפקיד אותו סכום, לא קנה, שהרי אין כאן מי שהקנה לו.
שערי ציון שם, הערה ג, כותב שזו גם דעת רש"י ב"מ ט ע"ב (ד"ה לקנות). בענף ה, אות ד, כתב שזו דעת רב האי, בס' המקח, שער ו, לפי מה שהסביר מחנה אפרים הל' שלוחין סי' כ, את דעתו.
ראה גם הערה 889, שר' פנחס מרקסון כותב שצריך רצון חיובי להקנות ולכן לא מועילה מתנה מכללא על סמך הנחה שאילו ידע בעל הנכס על הצורך בהקנאה, היה מקנה, אבל לדעתו אם ידע בעל הנכס על הצורך בהקנאה, מניחים שהוא מקנה. וזו עמדת ביניים.
אבן האזל, הלכות שכנים, ב, י, כותב שרא"ש ב"ב, פ"א, סי' ג, סובר שהקנאה צריכה לחול ע"י המקנה, ולא די בהסכמתו, ולכן הוא מצריך "לך חזק וקנה" גם בחלוקת שותפים. על דעת הרא"ש בשאלה זו, עי' שערי ציון שם ענף ג.
רי"ל בלוך, "משיעורי רבינו", חוב' ז, "תרומה גדולה" = שיעורי הלכה עמ' מג, מביא ראיה מהרמב"ם הל' לולב, ח, יא, שכדי להקנות, צריך רצון גמור ולא די בנתינת רשות. אבל ר"ב ליפקין (בסמוך), עמ' שפ-שפב, מבאר את הרמב"ם באופן שאין ראיה מדבריו - עי"ש.

קבוצה אחת של מקרים שנפסק לגביהם שמועילה בהם נתינה מכללא, הם מקרים שנאמר עליהם בתלמוד או בפוסקים שיש להניח שבעל הנכס **מוחל** עליו. הפרשנים הסבירו שהכוונה היא לנתינה מכללא, שהרי מחילת בעלות אינה מועילה[797], אלא הכוונה היא שבמצבים אלו אפשר להסיק מהתנהגות בעל הנכס (או משתיקתו) שהוא מתכוון **למחול** למישהו על בעלותו, מתוך מחשבה מוטעית שאפשר למחול על בעלות, וממילא הבעלות עוברת למקבל, מפני שהמשמעות האמיתית של רצונו היא שהוא מתכוון לתת את הנכס **במתנה**[798].

להלן נביא דוגמאות למתנות שנוצרות מכללא לפי הדעה הראשונה הנ"ל, ע"פ הסקת רצון בעל הנכס מן הנסיבות. בחלק מן הדוגמאות האומדנא מבוססת על מעשה שעושה בעל הנכס בנכס; בחלקן היא מבוססת על טבעם של בני אדם; בחלקן היא מבוססת על שתיקת בעל הנכס אל מול מעשה שעושה ה"מקבל" או אדם אחר בנכס. בתוך הדברים נביא גם מקרים שהיה מקום להסיק מן הנסיבות מתנה מכללא, ובכל זאת נפסק שאין

מנחת אשר (תשס"ד), ב"ב, סי' יג, כותב שצריך הקנאה חיובית מצד המקנה כדי לתת לקונה כוח להחיל קנין, ולא די שהמקנה לא יתנגד. הוא מביא ראיה (באות ב) מהדין שיש אופנים שיאוש לא מועיל כגון יאוש ברשותו (מלחמות ה' ב"מ יד ע"ב, בדפי הרי"ף) או אם החפץ בא לידו באיסור (ב"ק סו ע"א); וכן יש אופנים שהפקר לא מועיל, כגון אם הפקיר לעני ולא לעשיר (פאה פ"ו מ"א), ור"ש פאה שם כותב שגם אם זכה בו עני לא קנה וצריך להחזיר; וכן מחילת בעלות אינה מועילה (ראה מחילה, שער ארבע עשרה); ולשיטה שקנין מועיל ע"י אי-התנגדות הבעלים, הדין היה צריך להיות שיועיל מטעם קנין, כיון שאדם אחר זוכה בחפץ בקנין, ובעל החפץ אינו מונע ממנו לקנות אותו, שהרי בפועל התייאש או הפקיר או מחל ולא איכפת לו שיזכה (אפשר להשיב על כך, ששם מדובר שהוא רוצה לזכות מטעם יאוש, הפקר או מחילה, ולא מטעם קניין; וכך מסביר קהלות יעקב כריתות סי' יד אות ו [לא כתירוץ לקושיה זו], שהמפקיר לעניים בלבד אינו מתכוון שיזכו משלו אלא שיזכו משל הפקר, ולכן על הצד שההפקר אינו חל, אינו מוכן שיקחו ממנו). הוא כותב שיאוש מועיל אף שאין לבעל החפץ רצון להקנות, ורק לא איכפת לו שאחר יקנה, כי זה גזיה"כ שלומדים מ"שמלה" (ב"מ כז ע"א), וזה דין מיוחד באבידה שאינה ברשות בעליה, ואין ללמוד לזה לחפץ שנמצא ביד בעליו ורק אינו מתנגד שמישהו יקח אותו.
חמדת אהרן (קוגמן, תשס"ו), סי' לד, אות ז, מציין שיש סוברים שאדם אינו יכול לזכות בעצמו בחפץ שיש לו בעלים, כי צריך את הקנאת הבעלים כדי שיצא מרשותו.
תורת הקניינים פ"א הערה יד, כותב שהפרשנים שהובאו בהערה 269, שחיפשו הסברים לכך שאין בעיית "ברירה" במתנה לאדם שאינו מבורר, ולא הסבירו שאין צורך בברירה כי הקונה יכול לעשות את הקנין בעצמו (ראה בשמו שם, שהסביר כך), סוברים, כנראה, שבקניינים צריך הקנאה מצד המקנה. ובהערה יח, כתב שזו גם דעת ב"ח חו"מ סי' קפט, שכתב שאם הנפקד אמר למפקיד "אתן לך כך וכך עבור הפקדון", והתכוון לקנות, והמפקיד שתק, אין אומרים שתיקה כהודאה - הרי שלדעתו צריך הקנאה מפורשת מצד המקנה ולא די שיהיה ידוע לנו שהוא מסכים להקנות (יש לדחות שכוונתו היא שייתכן ששתק כי לא איכפת לו). עוד כתב, שזו דעתו של אבני מילואים כז ס"ק ט, הכותב שמתנה נקנית רק אם הסכים הנותן באמירה או בדברים שבלב כל אדם; וכתב שהוא לשיטתו, בקצות החושן, רמד, ס"ק ב, בענין שליח לתת מתנה, שאבן האזל, הלכות שכנים, ב, י, הסביר שטעמו הוא שצריך הק'נא מצד המקנה (ראה סעיף 6); אבל הוא מקשה, שזה סותר לדבריו באבני מילואים (הערה 926) שדבר שבעליו אין מקפיד עליו, נחשב כנתון במתנה למי שיזכה בו.
המחלוקת האם צריך רצון חיובי מובאת במעדני שמואל, סימן כז, אות ב (ראה בשמו במחילה, שער יד, שנחלקו בזה תוספות ורשב"א), ובשחר אורך, עמ' תמז.
פוסקים נוספים הנוקטים עמדה בשאלה זו יובאו בהמשך הפרק, בנוגע למצבים ספציפיים של מתנה מכללא.
הבחנה: שערי ציון שם, ענף ג, אות ח, כותב (בשם אחיו, ר' משה סופר) שגם לדעה שצריך את רצון הקונה להקנות, הרי אם יש אומדנא שראובן מוכן להקנות, ושמעון לוקח את החפץ ומקנה אותו ללוי בלי ידיעת ראובן, לוי קנה, כי שמעון נעשה שליח של ראובן להקנות מדין "זכין לאדם שלא בפניו", כי אנן סהדי שראובן רוצה ששמעון יהיה שלוחו, ושמעון עושה את ההקנאה בכוונה להקנות, ולכן לוי הקונה ממנו זכה, משא"כ במי שבא לזכות מעצמו בדבר של אחר בלי ידיעתו על סמך אומדנא שבעל הנכס מוכן לכך. אבל הוא מעיר שזה נכון רק לשיטה שאפשר להוציא חפץ מרשותו של אדם על סמך "זכין" - "זכין **מאדם** שלא בפניו" (ראה אנציקלופדיה תלמודית, ע' זכין לאדם שלא בפניו, ליד ציון הערה 44).

[796] אבל ראה ליד ציון הערה 929 בשם נתיבות אדם, שגם לפי גישה זו יש תוקף לנתינה מכללא במצבים מסוימים.

[797] ראה על כך בעבודתי על מחילה, שער ארבע עשרה.

[798] קצות החושן, פח, ס"ק יג, כותב שבחזקת קרקע, והמערער לא מחה, שאומרים שהלה זכה מפני שמחל לו, באמת לא שייכת מחילה בקרקע (ראה בעבודתי על מחילה, שער ארבע עשרה), אלא הכוונה היא שמפרשים את שתיקתו כאילו אמר "נתון לך במתנה", כי בכל מצב מפרשים אותו באופן שיועיל.
כך כתבו פוסקים נוספים שנביא בעבודה על מחילה, שער ארבע עשרה, ובהם שו"ת מהרי"ק, שורש צד, וקרית מלך רב, הלכות זכייה, ג, ב (כו ע"ג).[אולי יועבר לכאן]
שם הבאנו הסבר אחר, שמחילה מכללא על בעלות מועילה כי היא מתפרשת כמחילת התביעה, ומחילת תביעת בעלות מועילה. אבל גם לפי הסבר זה, התוצאה היא שהבעלות בנכס עוברת ל"נמחל" בלי שבעל הנכס אמר שהוא נותן, ולכן מקרים אלו הם דוגמאות לנתינה מכללא.
אבל שו"ת פרי הארץ סי' ח, משאת משה (הערה 913), שו"ת עדות ביעקב, סי' סא (קמח ע"ד), ושו"ת מקור ישראל, סי' נא-נב, פוסלים את המחילה בנידוניהם כי היא מחילת בעלות, אף שזו היתה מחילה מכללא. פוסקים נוספים שפסקו כך ראה בעבודה על מחילה, שער ארבע עשרה, בפרק על מחילה מכללא.

מסיקים כך בגלל האפשרות להסביר את התנהגות בעל הנכס באופן אחר. בעיקר הדברים אמורים לגבי שתיקת בעל הנכס, שכפי שנראה, רק במצבים מועטים שתיקת בעל הנכס היא הוכחה חזקה דיה להנחה שהוא רוצה לתת. לגבי חלק מהמקרים, נביא דעות האומרים שאין מפרשים שבעל הנכס מתכוון לנתינה מכללא, אם מפני שבאופן נקודתי אין לדעתם במקרה הנידון הוכחה חד משמעית שהתכוון למתנה, ואם בגלל גישה עקרונית שאין תוקף למתנה מכללא. צריך לזכור, שגם במקומות שלא נביא חילוקי דעות, אין תוקף למתנה לפי הגישה[799] שככלל, אין תוקף למתנה מכללא.

בסעיף 2 נעסוק במקרים שבעל הנכס נתן את הנכס למקבל סתם, ובכל זאת קובעים שאין זו מתנה, על סמך אומדנא שלא התכוון למתנה; כאן אנו דנים במקרים שהוא לא נתן את הנכס למקבל (או נתן לו לשם מטרה אחרת, כגון השאלה), ובכל זאת קובעים שזו מתנה, על סמך אומדנא שהתכוון לתת מתנה.

מעשה של בעל הנכס המוכיח כוונה לתת מתנה

המשיא את בנו בבית

המשיא את בנו הגדול[800] בבית, הבית נקנה לבן, אם מתקיימים התנאים הבאים: (א) אלו נישואיו הראשונים של הבן[801], (ב) הוא האח הראשון מבין האחים שנישאו[802], (ג) אשתו בתולה[803]. הבית קנוי בן לגמרי מיד, והוא יכול אף למוכרו או לתת אותו במתנה לאחר[804], ונושהו של הבן יכול לגבות אותו כפרעון חובו[805].

---

[799] ליד ציון הערה 793.

[800] לאו דוקא הבכור, אלא גם אח צעיר שאחיו הגדולים מתו - כך כותב עצי ארזים, נט, ס"ק א.
תפארת יעקב, אהע"ז, נט, ס"ק א, כותב בדעת רא"ש, ב"ב, פ"ט, סי' יא, שאם יש לו אחיות גדולות, אינו נחשב הבן הגדול, גם אם אינן נשואות.
דין **בן יחיד** כדין הבן הגדול בין כמה בנים - כך מוכיח משכנות הרועים מע' א אות צז (ד"ה שוב מצאתי) משו"ת משפטים ישרים (חסון) סימן לו, שנשאל על בן יחיד, ומביא לגביו את דיני המשיא את בנו הגדול, הרי שגם בן יחיד קונה את הבית אם נתמלאו כל התנאים דלהלן, ואין אומרים שדוקא מי שיש לו בנים אחרים והשיא את הגדול, רוצה להקנות לו את הבית כדי שתהיה לו בנכסיו חלק גדול יותר משאר אחים, אבל בבן יחיד, כל נכסיו מיועדים לו, ואין סיבה שהאב ירצה להקנות.

[801] שלחנו של אברהם, אהע"ז, סי' נט, כותב ע"פ ירושלמי כתובות, יב, א, שאם נשא אשה וגירש אותה והחזיר אותה, לא חל דין קנין הבית בנישואין של ההחזרה.

[802] אבל אין זה משנה אם השיא בת לפני כן - כך כותבים רא"ש, ב"ב, פ"ט, סי' יא, טור, אהע"ז, סי' נט (הובא במעשה רקח הלכות זכיה ומתנה, ו, טו), מישרים, נתיב טו, ח"ג (מח ע"ב), וערוך השולחן, אהע"ז, נט, א. ביאור הגר"א, נט, ס"ק א, מנמק, ששמחת האב נמדדת רק בבנים, שבו תלוי להשיאם, ולא בבנות שאינן תלויות באב להשיאן, כאמור בקידושין ל ע"ב, שאינו יכול להביא לה חתן.
אבל תפארת יעקב, אהע"ז, ס ס"ק ב, כותב שזה היה רק בזמנם, שהאב היה עושה נישואין לבן ולא לבת, כפי שהסביר הגר"א, אבל בימינו שהאב עושה נישואין גם לבת, הרי אם השיא את בתו תחילה, לא חביב בעיניו כ"כ מה שהוא משיא אח"כ את בנו, ולכן אינו מתכוון להקנות את הבית לבן.

[803] ב"ב קמד ע"א; רמב"ם, הלכות זכיה, ו, טו (הובא בחוקות הדיינים ח"ג עמ' קלג, ובשערי זיו ח"א סי' פה דף קלג ע"ד); פסקי ריא"ז, בבא בתרא פרק ט, הלכה ב, אות ט; טור אהע"ז סימן נט; שו"ע, אהע"ז, נט, א.
דין זה מובא גם בירושלמי, כתובות, פרק ה, א, ופרק יב, ב, אבל מכל התנאים של הבבלי, נזכר רק התנאי שיהיו אלו נישואיו הראשונים.
התנאי של בתולה נזכר ברמ"א, אהע"ז שם, ולא בשו"ע.
בית הילל, אהע"ז סי' נח (הובא בבית שמואל, נט, ס"ק א, וברוח חיים, אהע"ז סי' נט), מדגיש שדין זה נוהג גם בזה"ז.
תפארת יעקב, אהע"ז, ס, ס"ק ב, מסביר שאף שלא ראינו שום פוסק שפסק שהבן מקבל את הבית, אין זה אומר שיש מנהג שאינו קונה, כי ייתכן שבכל פעם היה חסר אחד התנאים, ובדבר שאינו שכיח לא שייך מנהג.
שו"ת מהר"ם אלשיך סי' עב, נוקט שהאב מסתלק לגמרי מזכותו בבית שהשיא בו את בנו, כאילו הקנהו לו בקנין; משמע שבאמת לא הקנה לו אלא **הסתלק** מהבית.
לפרטי הלכה בדין זה עי' אוצר הפוסקים, אהע"ז, סי' נט.
שו"ת נשמת כל חי, ח"ב, חו"מ, סי' יז (מז ע"ג), מקשה מכאן על הדעה (הערה 336) שהנותן מתנה לבנו הגדול הסמוך על שולחנו, לא קנה הבן, מחשש שהדבר יגרום לאיבה, והרי מסתימת התלמוד והפוסקים עולה שהמשיא את בנו בבית קנאו גם אם הבן סמוך על שולחנו? הוא מיישב ע"פ הדעה (שם) שאם נשא אשה לא נחשב סמוך על שולחנו; או שכאן זה דין מיוחד, "הלכתא בלא טעמא" (כאמור ליד ציון הערה 809), וכיון שזה דין מחודש ומותנה בתנאים אחדים, תקנוהו חכמים גם בהיותו סמוך על שולחן אביו, ואין חשש לאיבה כי זה לא נוהג בכל הבנים.

טעם הדבר הוא, שיש אומדן דעת שמרוב שמחתו ואהבתו, שקיימות בתנאים הללו, גמר האב בדעתו והקנה לבן את הבית במתנה[806]; כלומר, מעשה עריכת הנישואין בבית מלמד שהאב רוצה לתת את הבית לבנו; הרי דוגמה למתנה שנוצרת מכללא, בלי אמירה מפורשת ובלי מסירה. אבל יש מי שנימק שזו תקנת חכמים לכבוד החתן, כי גנאי הדבר שישא אשה ולא יהיה לו מקום לדור בו[807]. הדעה שאין תוקף למתנה מכללא[808] תסביר שזה הטעם לזכיית הבן, ולא הטעם הקודם. על אף הנימוקים הללו, התלמוד קורא להלכה זו "הלכתא בלא טעמא"[809], מפני שהנימוקים אינם חזקים דיים[810].

כפי שראינו[811], גם במתנה מכללא, צריך מעשה קנין. כאן מעשה הקנין הוא קנין כסף - הנאת האב מהנישואין שָׁווה כסף, ועל ידה נקנה הבית לבן[812].

חריגים: (א) אם האב התנה בפירוש שאינו מקנה לבן כלום, לא קנה הבן, כי אי אפשר להכריח מישהו לתת מתנה נגד רצונו[813].

דרוש: רמת שמואל, ב"ב קמד ע"א, מסביר על פי זה, שאדם הראשון קנה את העולם הזה, שנאמר "והארץ נתן לבני אדם", כי ה' השיא אותו לחוה בעולם הזה; וישראל קנו את המדבר, כמש"כ "וישם מדברה כעדן", בזה שה' נתן לנו את התורה במדבר, ומתן תורה הוא כמו נישואין, ואנחנו בנו בכורו של ה'.

[804] תשובות הגאונים הקצרות, סי' קסא (הובא במשכנות הרועים מע' א אות צז, ד"ה ובראש אמיר).

[805] משכנות הרועים מע' א אות צז (ד"ה ובראש אמיר).

[806] רמב"ם שם (הובא בדביר אהרן, פרשת וארא); רבנו גרשום, ב"ב שם; ר"י קרקושא, ב"ב שם (בגלל השמחה ומשום שבנו יצטער אם לא יהיה לו מקום לגור); מאירי, ב"ב שם; נימוקי יוסף, ב"ב סז ע"א (בדפי הרי"ף); שו"ת הרשב"ש סי' תקפ; טור, אהע"ז, סי' נט (הובא באיש אמונים (אלישר), דרוש ג לשבת כלה דף כה ע"ג); שו"ת מהר"ם אלשיך, סי' עב; ערוך השולחן, אהע"ז, נט, א.

תוס' ב"ב קמד ע"א, ד"ה כהלכתא (הובא בערוך השולחן, אהע"ז, נט, א), מנמקים שהיות שהאב פינה את הבית (כאמור ליד ציון הערה 814), סומכת דעת הבן לקבל, וגם אין לו מקום אחר לגור, ולכן סברה היא שהאב נתן לו. גם הרמב"ם שם מבסס את האומדנא על כך ש"לא שייר לעצמו כלום". עצי ארזים, נט, ס"ק ב, מסמיך סברה זו על המאמר "דרך ארץ שיבנה אדם בית ואח"כ ישא אשה" (סוטה מד ע"א). שו"ת מהר"ם אלשיך סי' עב, מסביר שהתוס' הורכו להוסיף נימוק זה, שסמכה דעת הבן, כי לא די בדעת המקנה להקנות, וצריך גם סמכות דעת של הקונה, כמו שהאומר לחברו שיתן לו מתנה מרובה אין בה משום מחוסר אמנה כי לא סמכה דעת המקבל (ראה סעיף 5).

יש לציין שכך היה המנהג בזמן התלמוד, כמו שכתב רש"י מגילה ה ע"ב (ד"ה בית חתנות): "כשמשיא אשה לבנו הראשון היה בונה לו בית ועושה לו חופה בתוכו".

המקנה, קונטרס אחרון נט, א, מנמק ע"פ מה שכתב שו"ע אהע"ז, נה, א, שהחופה שעושה את הנישואין עניינה הוא שהבעל מכניס את האשה לביתו ומתייחד עמה; משום כך, מן הסתם האב מקנה לבן את הבית כדי שיהיה שלו בשעת החתונה, שעי"ז תחול החופה; אלא שבבנו הראשון מניחים שבגלל זה הוא מקנה לו את הבית לעולם, ובבנים אחרים הוא מקנה לו רק לשעת החופה.

[807] רשב"ם ב"ב שם, ד"ה קנאו, וד"ה שווינהו, וד"ה חדא (הובא בשו"ת מבי"ט חלק ב סימן קכה); פני משה, ירושלמי, כתובות, ה, א.

ראה הערה 846, ששערי משה כותב שגם הדין (שנביא שם) שכלי הבית נקנים לבן הוא תקנת חכמים.

[808] ליד ציון הערה 793.

[809] גיטין יד ע"א; ב"ב קמד ע"א. כמו כן, ירושלמי, כתובות, ה, א, נוקט "עיקרא לית ליה תימליוסים". רמב"ם שם נוקט "כהלכה שאין להם טעם".

רבנו גרשום, ב"ב שם, ור"י קרקושא, ב"ב שם, כותבים בתחילה שזה הלכה למשה מסיני, ואח"כ כותבים שחכמים עשאוהו **כמו** הלכה למשה מסיני (שו"ת שואל ונשאל ח"ו אהע"ז סימן פג, מסביר שכוונתו היא שאין להלכה זו טעם, כמו שאר הלכה למשה מסיני). גם נימוקי יוסף, ב"ב סז ע"א (בדפי הרי"ף), כותב שזה הלכה למשה מסיני.

[810] חידושי הריטב"א, ב"ב שם.

[811] ליד ציון הערה 792.

[812] המקנה, קו"א, נט, א.

נימוקי יוסף, ב"ב סז ע"א, בדפי הרי"ף (הובא בערוך השולחן, אהע"ז, נט, א), נוקט שהאב מקנה את הבית לבנו בלי שטר ובלי קנין בגלל שמחתו. הערות וציונים (אוסטרן), ב"ב קמד ע"א, מסביר שלפי נ"י, זכיית הבן בבית מורכבת מאומדנא לגבי עצם רצון האב לתת, ותקנה שבגללה הבן קונה בלי מעשה קנין. גם מהר"ם אלשיך, שנביא ליד ציון הערה 832, כותב שאין צריך קנין. גם שיעורי ב"ב נתיב בינה ב"ב קמד ע"א סי' שצג, כותב שהבית נקנה בלי מעשה קנין, ומסביר שעל זה נאמר שזו "הלכתא בלא טעמא". ייתכן שלדעתם אין צורך במעשה קנין בגלל גמירת הדעת הברורה - עקרון שהזכרנו בהערה 792.

שו"ת מהרי"ט חלק ב חו"מ, סימן מה, נוקט שהבן זוכה ע"י מעשה, שאומדים את דעת האב, שהכניס את הבן לבית ע"ד שיחזיק ויקנה. משמע שלדעתו הבן קונה בקנין חזקה.

(ב) אם שייר האב חפץ שלו בבית, לא זכה הבן בבית[814], אפילו שייר חפץ ששוה רק פרוטה[815], מפני שבזה האב משתמש בבית ואינו מקנה אותו לבנו[816], והוא מגלה בכך את דעתו שאינו רוצה לתת את הבית לבנו[817].

(ג) אם האב לא נכח בעת הנישואין, לא קנה הבן את הבית, כיון שחסרה לאב השמחה שהיא יסוד ההנחה שהוא רוצה לתת את הבית לבנו[818].

---

[813] חידושי הרמב"ן, ב"ב שם; חידושי הרשב"א, ב"ב שם (הובא בשו"ת המבי"ט חלק ב סימן קכה); חידושי הריטב"א, ב"ב שם; חידושי הר"ן, ב"ב שם; נימוקי יוסף, ב"ב סז ע"א (בדפי הרי"ף); פני משה, ירושלמי, כתובות, ה, א (אם אמר לבן שהוא רק משאיל לו את הבית באופן זמני לצורך הנישואין).

[814] ב"ב שם; ירושלמי, כתובות, ה, א; רמב"ם, זכיה, ו, טו; פסקי ריא"ז, בבא בתרא פרק ט, הלכה ב, אות יא; טור אהע"ז סימן נט; שו"ע, אהע"ז, נט, ב; שו"ת מהרש"ך חלק ב סימן מג; ערוך השולחן, אהע"ז, נט, א.
הגדרת "שיור": פרישה, אהע"ז, נט, ס"ק ו, כותב שעניין השיור הוא שלא ייחד את החפץ לבנו. המקנה, קונטרס אחרון נט, א, כותב שלרמב"ם, שכלי הבית נקנים לבן רק אם ייחד לו בפירוש גם את כלי הבית (ראה בשמו בהערה 836), השיור הוא שאינו מייחד לו את החפץ, ואם ייחד לו את כלי הבית, השיור הוא שיאמר בפירוש שאינו מקנה לו כלי זה; ואילו לרשב"ם שכלי הבית נקנים לבן גם בלי ייחוד (ראה בהערה שם), השיור הוא שיאמר האב במפורש שהוא משייר כלי זה לעצמו, או דבר שאינו מתשמישי הבית, שאינם בכלל מה שהאב ייחד לבן.
נטל ההוכחה: שו"ת המבי"ט חלק ב סימן קכה, כותב שנטל ההוכחה ששייר חפץ בבית הוא על האב או על יורשיו, כי מן הסתם המשיא את בנו בבית אינו מניח בו דבר, ויש אומדנא שכיון שהתקיימו שאר התנאים (בן גדול, בתולה וכו'), התקיים גם התנאי של פינוי הבית. גם שו"ת מהר"ם אלשיך, סי' עב, כותב שאם האב טוען ששייר כלי בבית, אינו נאמן, **אם הבית היה חדש** ונבנה לבית חתנות ולא דר בו שום אדם קודם לכן, והוא בחזקת שלא היה בו דבר. אבל כנה"ג אהע"ז סימן נט הגה"ט אות ז, מדייק מדבריו שאם זה בית ישן, לא זכה הבן מספק. שו"ת מהריט"ץ, סימן רפב, כותב שאם לא ידוע האם שייר האב משהו בבית, מספק לא זכה הבן, וכך פסק משכנות הרועים מע' א אות צז (ד"ה וראיתי לה' כנה"ג). שו"ת משפטים ישרים (חסון) סימן לז, כותב במסקנתו שנטל ההוכחה על הבן, כמו לגבי שאר התנאים לזכייתו (גדול, בתולה, נישואין ראשונים), כיון שהאומדנא שהאב רוצה להקנות לו את הבית מבוסס במידה רבה על העובדה שמסר לו בית **פנוי**, כדברי תוספות (הערה 806). שו"ת לחם רב סי' קסא, כותב באופן כללי לגבי כל התנאים לזכיית הבן, שאם אין עדים שכל התנאים התקיימו, לא זכה הבן, אלא אם כן הוא מוחזק בבית. שו"ת פני יצחק (אבולעפיא), ח"ה, אהע"ז, סימן יד (ק ע"ד), כותב שאפשר לומר קי"ל כדעתו. שו"ת שואל ונשאל ח"ו אהע"ז סימן פג, כותב באופן כללי, שבכל התנאים הללו, על הבן להביא ראיה כי האב מוחזק בבית.
חפץ שאול: קרבן העדה, ירושלמי, כתובות, ה, א, כותב שגם אם החפץ לא היה של האב אלא שאול לו, והאב אמר לבן שהשאיל את המקום לשואל (אולי צ"ל: למשאיל) להניח שם את החפץ, לא זכה הבן בבית. המקנה, קונטרס אחרון נט, ב, כותב שהירושלמי שם מתכוון לומר שאם היה בבית חפץ ששאל האב, הוא נחשב שיור גם אם לא אמר האב במפורש שהוא משייר אותו, כי הוא משוייר ממילא, כיון שאין שואל רשאי להשאיל, וזאת גם אם הודיע לבנו שהכלי הזה שאול. כרם שלמה (האס), אהע"ז נט, כותב ע"פ הירושלמי, שאם היה בבית כלי ששאל האב, הוא נחשב שיור.
אלו כלים: עצי ארזים, נט, ס"ק ב, כותב שנחלקו אמוראים בב"ב שם האם כל חפץ מועיל לענין זה, או דוקא כלי מאכל, כי דעתו של אדם נמשכת אחר סעודתו.
בחלקים שונים של בית: המקנה, קונטרס אחרון נט, ג, דן אם יש לאב אכסדרה ובית, או שני בתים זה לפנים בזה, ושייר האב כלי שלו באחד מהם, האם השיור מונע מהבן לקנות את האחר? הוא כותב שלרמב"ם (הערה 827) שהספק שבתלמוד הוא במי שייחד לבן בפירוש את שני חלקי הבית, שאולי בכל זאת קנה רק את הבית שנשא בו, אבל פשוט שמצד עצמו הם בתים נפרדים, התוצאה היא שאם שייר חפץ באחד מהם, אין זה מונע מהבן לקנות את החלק האחר, כי הם נפרדים; ואילו לרשב"ם (שם), הספק בתלמוד הוא באב שייחד לבן רק את הבית, והספק הוא אם האכסדרה או הבית האחר הם בכלל הבית, וא"כ ייתכן שאם שייר חפץ באחד מהם, השיור מונע מהבן לקנות את האחר.
מחסן שפתוח לבית: ב"י, אהע"ז, נט, פרישה, אהע"ז, נט, ס"ק ד, ולבוש, אהע"ז, נח, ב, כותבים שאם אוצר (מחסן) של האב היה פתוח לאותו בית, לא קנה הבן את הבית, כמו אם שייר האב חפץ בבית. אבל המקנה, קונטרס אחרון נט, ג, מדייק מדברי הרמב"ם לגבי שני בתים זה לפנים מזה (ליד ציון הערה 828), שאם נשא הבן אשה בבית החיצון, קנאו אף שיש לאביו דרך עליו לבית הפנימי, ולפי זה גם אם אוצרו של האב פתוח לבית, הבן קנה את הבית.

[815] ערוך השולחן, אהע"ז, נט, ב.

[816] רשב"ם ב"ב שם (ד"ה אוצרו).

[817] טור שם; שו"ת יוסף אומץ סימן לז (הובא בשו"ת דברי יציב, יו"ד סימן קפח אות ח).
מישרים, נתיב טו, ח"ג (מח ע"ב), נימק, כי זכיית הבן בבית היא הלכתא בלא טעמא (כאמור ליד ציון הערה 809), ויש לצמצם אותה.
ערוך השולחן, אהע"ז, נט, ב, מנמק שאז אין סימן מובהק שהאב מתכוון להקנות את הבית לבנו.
הערות וציונים (אוסטרן), ב"ב קמד ע"א, עושה הבחנה לגבי הנימוק: לגבי עציץ ושובך, שנזכרו בב"ב שם, הטעם הוא שהבית משמש גם את האב, ואינו מיוחד רק לבנו, ולכן אין אומדנא שרוצה להקנותו לבנו; ואילו לגבי סנדל וכלי שמן, שנאמר בב"ב שם שהאב תלה אותם בבית, הטעם הוא שהאב הראה בכך שאינו רוצה להקנות את הבית לבנו.

[818] מעשה רקח הלכות זכיה ומתנה, ו, טו.

(ד) דין זה אמור רק באב ולא באם המשיאה את בנה[819]. חכמים לא תיקנו תקנה זו באם שהשיאה את בנה, משום שאינו שכיח; ועוד שאב אוהב את בניו יותר מהאם בענייני ממון, כי האב עושה מלאכה, ואינו מקפיד על מה שהוא נותן לבנו שהוא אוהב, כי הוא יכול להרוויח ממלאכתו, מה שאין כן באשה שאין לה מקצוע מפרנס, בדרך כלל[820].

(ה) הבן קונה את הבית רק אם יש לאב בית אחר, אבל אם אין לו בית אחר, לא קנה הבן[821], מפני שאין להניח שהאב יתן את הבית לבנו ולו עצמו לא יהיה מקום לגור[822]; ועוד, שזכיית הבן בבית היא "הלכתא בלא טעמא"[823], ולכן יש לצמצם אותה גם בהיבט הזה[824].

(ו) אם הבית אינו שייך לגמרי לאב, אלא יש למישהו אחר זכות בו, כגון אם האב התחייב למישהו למכור לו את הבית אם יתן לו סכום מסוים, הבן אינו זוכה בבית[825].

איזה בית: גם אם הבית הוא חדש, זכה בו הבן, שהרי הטעמים של תקנה ואהבת האב שייכים גם בבית חדש, ואדרבה, העובדה שהאב בנה בית חדש בשביל בנו היא יותר גילוי דעת שהתכוון למתנה; ואין אומרים שהבן זכה רק אם זה בית ישן שפינה אותו האב ולא השאיר בו שום דבר, שבזה גילה דעתו שנתן בתורת מתנה, והתכוון להסתלק מהבית[826].

---

[819] שו"ת המבי"ט ח"א סי' שלט; שו"ת מהרש"ך ח"ג סי' פ (הובא בבני חיי, אהע"ז סי' נא, ובקהלת יעקב, מדות חכמים מע' ד אות סה); בגדי שש (שמאמא) אהע"ז סי' נט.

[820] מבי"ט שם.

שו"ת שבות יעקב חלק א, סי' קיא, מנמק בכיוון אחר: שהדין שהבן זוכה בבית הוא הלכתא בלא טעמא (כאמור ליד ציון הערה 809), ואין להוסיף עליו, אלא לצמצם אותו רק באב ולא באם; וזכיית הבן בבית אינה משום קרבת דעת בין האב לבן, שאז היה מקום לומר שדין האם כדין האב כיון שגם היא אוהבת את בנה.

[821] רשב"ם, ב"ב שם (ד"ה קנאו); אור זרוע, ב"ב סי' קסה; הגהות מיימוניות, הלכות זכיה, ו, טו, אות י; טור אהע"ז סימן נט (הובא בשו"ת לחם רב סי' קסא); רמ"א, אהע"ז, נט, א; שו"ת בני משה (שלטון) סי' מח; ערוך השולחן, אהע"ז, נט, א.

כנסת הגדולה, אבן העזר סימן נט, הגהות בית יוסף אות א, כותב שלדעת רש"י, גיטין יד ע"א (ד"ה בבית), אם האב דר בבית שהשיאו בו, אפילו יש לו אלף בתים לדור בהם, לא קנה הבן, ואם אינו דר בו, אפילו אין לו בית אחר והוא דר בשכירות, קנאו הבן; ואילו לדעת רשב"ם, אם יש לאב בית אחר, הבן קנה את הבית שהשיאו בו, גם אם האב דר בו, ואם אין לאב בית אחר, הבן לא קנה את הבית גם אם האב אינו דר בבית זה. והוא מביא שמהר"א מוטל כתב שבין רש"י בין רשב"ם סוברים שבבית שיש בו הרבה חדרים, אם האב דר בו וייחד לבן חדר אחד, לא קנה הבן. תפארת יעקב, אהע"ז, נט, ס"ק ב, כותב בדעת רש"י בגיטין, שאם האב לא בנה את הבית לשם נישואי בנו, אלא היה דר בו מקודם, גם אם עכשו אינו דר בו, או שהבן היה דר בו מקודם שלא לשם חתנות - הבן אינו זוכה בו.

שו"ת משפטים ישרים (חסון) סימן לז, כותב שלפי דעה זו, צריך שיהיה לאב בית משלו, ולא די שיש בית שהוא גר בו בשכירות.

דעה חולקת: עצי ארזים, נט, ס"ק ב, כותב שלפי הנימוק של תוס' (הערה 806) שיש להניח שלא ירצה האב שלא יהיה לבן מקום לגור, הבן קנה גם אם אין לאב בית אחר, והאב ימצא מקום לעצמו.

בית הילל, אהע"ז, סי' נח, כותב שהרי"ף, הרמב"ם והרא"ש סוברים שגם כאן קנה הבן, שהרי לא הזכירו כתנאי לזכיית הבן, שיהיה לאב בית אחר. לעומתו, ב"ח, אהע"ז, סי' נט, כותב שהם מצריכים תנאי זה, והסיבה שלא הזכירו זאת בפירוש היא כי הדבר פשוט.

כנסת הגדולה, אבן העזר סימן נט, הגהות בית יוסף אות א כותב שאפשר לומר קים לי כרשב"ם, וזו הסיבה שלא שמענו על פוסק שפסק שהבן זכה בבית שאביו השיאו בו - מפני שמן הסתם האב דר באותו בית או שאין לו בית אחר. שו"ת פני יצחק (אבולעפיא), ח"ה, אהע"ז, סימן יד (ק ע"ד), כותב שיש ספק מה דעת השולחן ערוך בשאלה זו, ולכן אפשר לטעון קי"ל.

[822] דרישה, אהע"ז, נט, ס"ק א; ב"ח, אהע"ז נט; עצי ארזים, נט, ס"ק ב.

[823] כאמור ליד ציון הערה 809.

[824] פרישה, אהע"ז, נט, ס"ק א.

[825] שו"ת מהרש"ך חלק ב סימן מג. הוא לומד זאת בקל וחומר מהדין (ליד ציון הערה 814) שאם שייר האב לעצמו משהו בבית, לא זכה הבן, וכ"ש אם יש בו שיור זכות לאדם זר.

[826] שו"ת מהר"ם אלשיך סי' עב; שו"ת המבי"ט חלק ב סימן קכה. מהר"ם אלשיך מוסיף, שהנימוק של תוס' (הערה 806), שהיות שהאב פינה את הבית, סמכה דעת הבן - שייך גם בבית ישן שהיו בו דברים ופינה אותם, וגם בבית חדש שהאב **הניח אותו** פנוי בלי שום כלי.

אם ייחד האב לבנו בית שיש על גביו קומה שנייה, הבן קנה רק את הקומה הראשונה[827]. אם ייחד לו בית ואכסדרה או שני בתים זה לפנים מזה, הבן קנה רק את הבית שנשא בו[828], מפני שאין האחד טפל לחברו, ואכסדרה הוא דבר חיצוני אל הבית ואין בו תשמיש בית[829]. גם היציע והחדר שליד הבית קנויים לבן, כי הם נכללים בבית ותשמישם מעין הבית, ויש בהם צורך גדול לבית[830]. ואף שבסתם מתנה, מי שנתן בית במתנה אין החדר והיציע כלולים במתנה[831], שם טעם הדבר הוא משום שלשון הנותן, שאמר "בית", אין במשמעותה חדר ויציע, אבל במשיא אשה לבנו, סיבת זכיית הבן אינה בגלל מה שהאב אומר, אלא בגלל אומדן דעת האב, ולכן כל מה שתפקידו כתפקיד הבית והוא צורך גדול לבית, בכלל הבית; ועוד, שכאן האב נותן בעין יפה יותר משאר נותנים, בגלל השמחה היתרה שיש לו, ובגלל גודל שמחתו הוא נותן בעין יפה לגמרי[832].

בית תבשיל וחדר המטות, שאינם בית בפני עצמם אלא רק משמשים את הבית וטפלים לו, הם בכלל הבית לעניין זה[833].

כלי הבית: אם האב השיא את בנו בבית, וייחד לו את הבית ואת כלי הבית, קנה הבן גם את כלי הבית, מפני שיש להניח שהאב התכוון לתת לו גם אותם במתנה[834]. גם אם היו שם כלים של האב שלא ייחד לבן, שאז לא קנה הבן את הבית, כאמור[835], בכל זאת קנה הבן את **כלי הבית**[836]. הבן קונה את הכלים בקנין חצר, מפני

---

[827] ב"ב שם; פסקי ריא"ז, בבא בתרא פרק ט, הלכה ב, אות י; טור שם; שו"ע, אהע"ז, נט, ג.
חידושי הריטב"א, ב"ב שם, כותב שהדין כך גם אם עשה את סעודת הנישואין בקומה השנייה, כיון שהחופה היתה רק בבית.
המקנה, קונטרס אחרון נט, א, והערות וציונים (אוסטרן), ב"ב קמד ע"א, כותבים שלפי הרמב"ם, מדובר שייחד לו את שניהם ובכל זאת קנה רק את הבית שנשא בו; ואילו לרשב"ם אם ייחד גם את הקומה השנייה, קנה גם אותה. אבני שיש, ב"ב קמד ע"א, כותב שאם ייחד לבנו שני בתים, זכה בשניהם, ומה שנפסק שלא קנה את העלייה הוא אם ייחד לבן רק את הבית, והחידוש הוא שאין אומרים שהעלייה נגררת אחר הבית.

[828] חידושי הריטב"א, ב"ב שם (כי זה נשאר בספק בתלמוד); מאירי, ב"ב שם; אור זרוע, ב"ב סי' קסו, בשם ר' ברוך; נימוקי יוסף, ב"ב סז ע"ב (בדפי הרי"ף); מישרים, נתיב טו, ח"ג (מח ע"ב); טור שם; שו"ע, אהע"ז, נט, ג-ד; ערוך השולחן, אהע"ז, נט, ג.
ערוך השלחן מנמק, שכיון שזכיית הבן היא "הלכתא בלא טעמא", כאמור ליד ציון הערה 809, יש לצמצם אותה, ולכן לא קנה את האכסדרה אף שהיא נחוצה לבית, ולא קנה את הבית החיצון אף שהוא נחוץ כדי להגיע לפנימי.
אבל מהר"ם אלשיך שם (הובא בעצי ארזים, נט, ס"ק ד), מדייק מנימוקי יוסף, שלגבי בית ואכסדרה, קנה את שניהם. כמו כן, ערוך השלחן שם כותב שלפי הרשב"ם שם (ד"ה שני), שהספק בתלמוד בשני בתים זה לפנים מזה היא "אם תמצי לומר" בהנחה שבאכסדרה קנה, נמצא שקנה את האכסדרה, לפי הכלל שהלכה כ"אם תמצי לומר". אבל הוא מעיר שתוס' שם (ד"ה בשני) פירשו את ה"אם תמצי לומר" בכיוון ההפוך.
יד רמה, ב"ב, פ"ט, סי' נא, כותב שקנה את הבית הפנימי, כי רוב התשמישים הם בו. גם פסקי ריא"ז, בבא בתרא פרק ט, הלכה ב, אות י, וטור שם, כותבים שקנה את הבית הפנימי.
אבן פינה - דרישת ארי, אהע"ז, נט, ד, כותב שהיות שזה ספק בתלמוד, הרי אם יש לאב רק שני בתים אלו, זה לפנים מזה, לא זכה הבן כלל, שהרי ייתכן שבכגון זה הבן זוכה בשניהם, כך שלא נשאר לאב שום בית, וכפי שראינו (ליד ציון הערה 821) אם אין לאב בית אחר, הבן אינו זוכה בבית. גם מחצית השקל, אהע"ז, נט, א, כותב שהדין צריך להיות כך מספק.

[829] מהר"ם אלשיך שם.

[830] מהר"ם אלשיך שם.

[831] ראה סעיף 1(ב).

[832] מהר"ם אלשיך שם.
אבל אמרי זיו, ב"ב קמד ע"א, מבין שאין הבדל בין נידוננו לבין הקנאה מפורשת, וכתב שיציע הוא חדר בפ"ע, שלא כמו האכסדרה שאינו חדר בפ"ע אלא חלק מהבית, ולכן יש צד בסוגיה לומר שהבן קונה גם אותה; משמע לדעתו הבן אינו קונה את היציע.

[833] מהר"ם אלשיך שם; שו"ת המבי"ט חלק ב סימן קכה (אם הבן השתמש בהם).

[834] פסקי ריא"ז, בבא בתרא פרק ט, הלכה ב, אות ט; מגיד משנה הלכות זכייה ומתנה, ו, טז (הובא בלחם משנה שם, ו, טו, בעצי ארזים סי' נט ס"ק ג, ובשו"ת שואל ונשאל חלק ב, אהע"ז סימן כג); שו"ת מהרשד"ם אהע"ז סי' קפב (בדפוס לבוב; סי' קפא בדפוס שלוניקי); משכנות הרועים מע' א אות צז (ד"ה וראיתי לה' כנה"ג).

[835] ליד ציון הערה 814.

[836] ב"ב שם; רמב"ם, הלכות זכיה, ו, טו; פסקי ריא"ז, בבא בתרא פרק ט, הלכה ב, אות יא; טור שם; שו"ע שם נט, ב; ערוך השולחן, אהע"ז, נט, ד; שו"ת פני יצחק (אבולעפיא), ח"ה, אהע"ז, סימן יד (קא ע"א).

שהבית שאול לו לנישואין, וכפי שנראה בסעיף 6, מועיל קנין חצר בחצר שאולה[837]. הוא קונה את הכלים גם אם היה אוצר (מחסן) של אביו מונח בבית[838], ודוקא את הבית לא קנה אם היו שם דברים של אביו, מפני שהבית נקנה לבן על סמך אומדנא שכך רוצה האב, ולכן אם היו שם דברים של האב, גילה בכך את דעתו שאינו רוצה להקנות לבן את הבית, אבל כלי הבית הם מתנה גמורה גם בלי אומדנא מאחר שייחדם לו, ולכן לא משנה שיש גילוי דעת שאינו רוצה לתת[839]. יש אומרים שכלי הבית נקנים לכל בן שהאב משיא[840], בניגוד לבית שנקנה רק אם נתמלאו התנאים שמנינו לעיל[841], מפני שכלי הבית נקנים במתנה גמורה גם בלי אומדנא כיוון שייחד אותם לבנו, אבל בית נקנה רק אם יש אומדנא[842]. אבל אחרים אומרים שגם כלי הבית נקנים רק לבן שנתקיימו בו כל התנאים שנזכרו לגבי קניית הבית[843].

כמו כן, אם ייחד האב כלי בית לבנו להשתמש בהם בנישואיו (בלי לייחד לו את הבית), קנה אותם[844], בהתקיים כל התנאים הנחוצים בקניית בית[845]. גם אם לא מסר לו אותם אלא הבן השתמש בהם מעצמו, קנה[846].

אם אין לאביו כלי בית אחרים חוץ מאלו, לא קנאם הבן, כפי שראינו[847] שהדין כך בקניית הבית עצמו[848].

הבן קונה רק כלים שרגילים להשתמש בהם בבית, ולא תכשיטים שנמצאים בבית; וגם אם השתמש בתכשיטים אלו זמן רב והאב לא מחה בו, אין זה מלמד שהאב התכוון לתת לו אותם במתנה, כי ייתכן שרצה

המקנה, קונטרס אחרון נט, א, כותב שלרמב"ם כלי הבית נקנים לבן רק אם האב ייחד לו בפירוש גם את הכלי הבית, ואילו לרשב"ם, כשהאב מייחד לו את הבית סתם, הייחוד כולל את כלי הבית שהם תשמישי הבית, כאילו אמר "כל מה שבתוכו", ע"פ הדין (ראה סעיף 1(ב)) שהנותן בית במתנה, המתנה כוללת את הכלים ששייכים לבית.

[837] עצי ארזים סי' נט ס"ק ג; המקנה, קו"א, נט, א.
עוד מבאר ס' המקנה, שקנה בקניין כסף ע"י הנאת האב מהנישואין, ואף שכסף אינו קונה מטלטלין, הנאה כזאת עדיפה מכסף.

[838] שו"ת מהרשד"ם אהע"ז סי' קפב (בדפוס לבוב; סי' קפא בדפוס שלוניקי); שו"ת שואל ונשאל חלק ז אהע"ז סי' כג.

[839] שו"ת שואל ונשאל חלק ז אהע"ז סי' כג.

[840] שו"ת הרשב"ש סי' תקפ; שו"ת שואל ונשאל חלק ב, אהע"ז סימן כג, בדעת יד אהרן סי' נט הגהות הטור אות ה, ובדעת משכנות הרועים מע' א, אות צז, דף מ ע"ב; שו"ת שואל ונשאל חלק ז אהע"ז סי' כג.

[841] ליד ציון הערה 803.

[842] רשב"ש שם; שו"ת שואל ונשאל חלק ז אהע"ז סי' כג. משכנות הרועים מע' א אות צז (ד"ה וראיתי לה' כנה"ג) מנמק, שהיות שעשה את הכלים לצורך נשואי בנו, הוא כאילו אמר במפורש שהוא נותן לו במתנה גמורה, וזה שייך בכל הבנים.

[843] חידושי הריטב"א, ב"ב שם; יד רמה, ב"ב פ"ט, סי' נב; שו"ת מהרשד"ם אהע"ז סי' קפב (בדפוס לבוב; סי' קפא בדפוס שלוניקי); ערך השלחן, אהע"ז, סי' נט; שערי משה (מאזוז), ויאמר משה, אהע"ז סי' א, גם בדעת שו"ע; בד קודש (דאנון), הלכות זכיה ומתנה, ו, טו; שו"ת משפטים ישרים (חסון) סימן לז; תפארת יעקב, אהע"ז, נט, ס"ק ג.
תפארת יעקב מסביר את ההבדל בין התנאים הנ"ל, שחלים גם לגבי כלים, לבין התנאי של פינוי הבית, שאינו חל לגבי כלים, כפי שראינו ליד ציון הערה 834 שאם שייר האב כלי בבית, הבן קונה את כלי הבית אף שלא קנה את הבית, כי שם התקיימו התנאים היסודים, אלא שהאב **ביטל** את הקנין בכך ששייר, וביטול זה חל רק על קנין הבית ולא על קנין הכלים.
שו"ת פני יצחק (אבולעפיא), ח"ה, אהע"ז, סימן יד (קא ע"ב), תולה במחלוקת זו גם את הדין במצב שאין לאב בית אחר לדור בו, שאז לא קנה הבן את הבית (כאמור ליד ציון הערה 821) - לפי הרשב"ש זכה הבן בכלים, ולפי מהרשד"ם לא זכה. והוא כותב שלפי בני משה שנביא בסעיף 2, האומר שאפילו מה שאדם נותן לבנו בשעת נישואין ראשונים, הוא נאמן לומר שלא התכוון למתנה, גם כאן, לא זכה הבן בכלים.
פני יצחק שם כותב שאפשר לומר קי"ל כמהרשד"ם. שואל ונשאל ח"ב שם כותב שאפשר לומר קי"ל ככל צד. שו"ת שואל ונשאל ח"ו אהע"ז סימן יח, כותב שאפשר לומר קי"ל כרשב"ש.

[844] יד רמה בבא בתרא פ"ט סי' נב; רשב"ש שם; ערוך השולחן, אהע"ז, נט, ד.

[845] יד רמה בבא בתרא פ"ט סי' נב.
אבל רשב"ש לשיטתו לעיל (ליד ציון הערה 842) סובר שקנה בכל מקרה, גם בלי התנאים דלעיל. וקצת משמע מלשונו שקנה גם אם הייחוד לא היה בשעת הנישואין.

[846] שערי משה (מאזוז), ויאמר משה, אהע"ז סי' א. הוא כותב שזו תקנת חכמים.

[847] ליד ציון הערה 821.

[848] משמרות כהונה, בבא בתרא קמד ע"א.
שו"ת משפטים ישרים (חסון) סימן לז, כותב בתחילה שהבן קונה את כלי הבית גם אם אין לאב כלים אחרים, גם לדעה שאינו קונה את הבית אם אין לאב בית אחר; אבל אח"כ הוא כותב שבכגון זה לא קנה את הכלים.

האב שבנו ישתמש בהם עד שישא בנו השני אשה, כי "זה נהנה וזה אינו חסר" מהשימוש, ואח"כ יתן אותם לבנו השני[849]. גם כלי בית של זהב וכסף, כגון סכו"ם של כסף וזהב שעשירים משתמשים בהם בסעודות חגיגיות פעמיים או שלוש פעמים בשנה, אינם נקנים לבן, והוא קונה רק כלי בית שמשתמשים בהם תדיר, וכ"ש שאם האב ייחד לבן תכשיטי זהב וכסף שאינם לשימוש אלא לקישוט הנשים, לא זכה הבן[850]. כרים וכסתות ומה שמתכסים בהם בשינה הם בכלל כלי בית, שהרי הם למצע הבית לשכב עליהם ולהתכסות, אבל בגדים אינם בכלל כלי הבית[851].

הרחבה הלכה זו: לדעת רבנו יחזקיה[852], הדין כך גם בבתו הגדולה, וגם בדברים אחרים, ולא רק בבית, ולדוגמה, מי שהשיא את בתו ובעת כניסתה לחופה הניח "מכסה" יקר על ראשה, קנתה אותו.

סיוע למקבל במעשה

מי שעשה קנין חזקה (כגון נעילה או גידור) בקרקע של אחר, וסייע לו בעל הקרקע במעשה ההחזקה אף שידע שזו קרקע שלו, קנה המחזיק את הקרקע, כי בזה גילה בעל הקרקע את דעתו שהוא נותן לו אותה במתנה[853].

---

[849] מהרשד"ם שם (הובא בשו"ת פרח מטה אהרן ח"א סי' סב (קיח ע"ג, קיט ע"א), ובשו"ת פני יצחק (אבולעפיא), ח"ה, אהע"ז, סי' יד, דף צב ע"ג, ודף צח ע"א-ע"ב, ודף קא ע"ג). הוא מנמק, שהיות שזו "הלכתא בלא טעמא", כאמור ליד ציון הערה 809, יש לצמצם אותה.
משכנות הרועים מע' א אות צז (ד"ה ועוד זה), כותב שמהרשד"ם מתכוון לכלי כסף המיוחדים לתשמישי הבית כגון נרות ומנורות, אבל תכשיטי הכלה שנתן לה האב, שייכים לבן; וזאת ע"פ הפוסקים שאומרים שתכשיטים שנתן האב לבן או לכלה, הם מתנה גמורה. אבל ראה הערה 851, שכאן מדובר בכלים ובתכשיטים שלא מסר האב בידים אלא הניחם בבית, והם אמורים להיקנות רק על סמך האומדנא, וייתכן שהאומדנא אינה כוללת כלים שאינם בגדר כלי בית.
המקנה, קונטרס אחרון נט, א, כותב שלרמב"ם (הערה 836) שכלי הבית נקנים לבן רק אם האב ייחד לו בפירוש גם את כלי הבית, לא קנה כלים שאינם תשמישי הבית גם אם האב ייחד לו את כלי הבית; ולרשב"ם (שם) שקנה את כלי הבית גם בלי ייחוד כי הם כלולים בבית, כלים שאינם תשמישי הבית אינם כלולים מן הסתם בבית. משמע מדבריו שלרשב"ם אם ייחד לבן את כלי הבית, קנה גם כלים שאינם תשמישי הבית.

[850] שו"ת אשדות הפסגה אהע"ז סימן ז, בדעת מהרשד"ם שם.

[851] שערי משה (מאזוז), ויאמר משה, אהע"ז סי' א.
הוא כותב שגם בגדים ותכשיטים, אם האב מסר אותם לבנו, מניחים שהתכוון למתנה. ראה על כך בשמו ובשם פרח מטה אהרן בסעיף 2.
הבחנות נוספות: תוס' ישנים, ב"ב קמד ע"א, כותב בהסברו השני, שהבן קונה רק כלי צרכי חופה.
אילה שלוחה (סעידיאן), ב"ב קמד ע"א, כותב שהבן קונה רק כלי סעודה שמשתמשים בהם, ועל זה נאמר שהאב ייחד אותם לבן, לסעודת הנישואין; וזאת דוקא אם הניח בבית כלי שנחוץ לסעודה, באופן שנראה שהביא לשם הסעודה, אבל ואם הביא דבר שלא לצורך הסעודה, או שהניחו בהצנע באופן שנראה שהתכוון להשאיר אותו לעצמו, לא קנה הבן, וזה שיור שבגללו אינו זוכה בבית.
עמודי שש (טופיק), ב"ב קמד ע"א, כותב שהכל תלוי איזה לשון אמר האב לבן, שאם ייחד לו, כלומר שאמר לו "בית זה מיוחד לנישואיך וגם תוכל להשתמש בכלים אלו", קנה את הבית ואת הכלים אף שאמר כך רק לצורך הנישואין ולא לעולם; אבל אם אמר לו "חוץ מכלי פלוני, שאל תשתמש בו", או שהכניס פתאום כלי מיוחד לבית, זה מגלה שאינו מקנה את הבית ולא את הכלי. והוא דוחה את ההבנה שקנה כל כלי שצריך לסעודת נישואין, שהרי בב"ב שם נאמר שאם האב השאיר בבית עציץ, זה שיור ולא קנה את הבית ולא את העציץ, והרי העציץ נחוץ לסעודה, לפי רשב"ם (ד"ה עציצא) שפירש שהוא כלי עם מאכל.

[852] שו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן רלט, בשם ר' שמריה, שאמר בשם ר' יחזקיה.
מהר"ח אור זרוע מביא ראיה ממה שהתלמוד שם מדגיש "דוקא גדול, דוקא בתולה" וכו', ולא אמר "דוקא בנו ודוקא בית".
שו"ת בני אהרן, סי' נד (סג ע"ב), מעלה אפשרות שאב שהוציא הוצאות לחתונת בנו - מתכוון לתת לו את ההוצאות במתנה. עוד הוא מעלה אפשרות (בדף סג ע"ד) שאב עשיר שהיה בחו"ל, ובנו לקח מנכסי אביו לצורך חתונתו, ואין לו כסף של עצמו, יש אומדנא דמוכח שהאב מסכים כיון שדרך עשירים כאלו לתת סכום כזה לנישואי בנו. אבל הוא מוכיח (בדף סד ע"א) שאין אומדנא כזאת, מהאמור בב"ב קלט ע"א, שאם קיבלו בנים גדולים כסף מאביהם בחייו לצורך נישואיהם, ומת, אין לקטנים רשות לקחת מממונו לאחר מותו, הרי שאין אומדנא שהאב היה רוצה שיקחו. עוד הוא מוכיח כך משו"ת מהר"י וייל סי' קד, העוסק במי שקצב לבנו בכתב כסף לנישואיו, ומת, ופוסק שאינו יכול לקחת מהעזבון לצורך זה, כי לא היתה מתנת שכיב מרע, וגם אין אומדנא שהוא רוצה שיקבל, כי אולי נתן לו רק בחייו, והתכוון שאם ימות, יקח מחלקו בעזבון לצורך נישואיו; הרי שאין אומדנא שהאב רוצה לתת כסף לנישואי בנו.

[853] חידושי הרשב"א בבא בתרא כח ע"ב (הובא בסיני, ס' יובל (תשי"ח), עמ' שפח), ושו"ת הרשב"א, חלק ו, סי' צב; עליות רבנו יונה, ב"ב מא ע"א (הובא בטור, חו"מ, קמב, ה); נימוקי יוסף, ב"ב כב ע"א (בדפי הרי"ף); סמ"ע, קמב, ס"ק ח (הובא בשערי תורה (לעוו), ח"א, כלל ג, פרט יב, אות כה); שו"ת הרי"ם, אהע"ז, סי' כ, עמ' רה.

אף שכדי לקנות קרקע בחזקה צריך הנותן לומר למקבל "לך חזֵק וקנֵה", הרי כאן שסייע לו, יש אומדנא דמוכח שהוא כאילו אמר "לך חזק וקנה"[854].

השאלה המתפרשת כמתנה

המשאיל חפץ לחברו, ויש צורך (מסיבה כלשהי) שהחפץ יהיה קנוי לשואל, יש להניח שהמשאיל התכוון לתת את החפץ לשואל במתנה אף שלא אמר זאת בפירוש, וזו נתינה מכללא. להלן דוגמאות אחדות לדבר.

השואל **טבעת** (וכדומה), ואמר למשאיל שהוא שואל אותה כדי לקדש בה אשה, יש להניח שהמשאיל התכוון לתת לו אותה במתנה, כי אם לא תהיה מתנה, לא יועילו הקדושין, שהרי אין תוקף לקידושין בחפץ שאול; אלא שיש להניח שהוא רוצה את הטבעת חזרה, ולכן מניחים שהתכוון שזו תהיה מתנה ע"מ להחזיר[855]. זאת

הרשב"א והרי"ם מביאים ראיה ממעשה רב ענן, ב"ב מא ע"א, ששכנו סייע לו בבניית גדר על שטח שלו (של השכן) משום שחשב שהגדר ממוקמת בגבול שביניהם, ושם נאמר שרב ענן לא קנה בזה את השטח שבצד הגדר הסמוך לשטחו, מפני שהשכן סייע לו בטעות, ומכאן שאילו לא טעה, היה זוכה בשטח כיון שבעל השטח סייע לו. יש להוסיף, שאין לומר ששם הכוונה היא שרב ענן היה זוכה כי השכן **הודה** לו בכך שהשטח שייך לרב ענן (והדיון הוא למי היה השטח שייך מאז ומעולם) - שהרי לשון התלמוד הוא "מחילה", ולא "הודאה", הרי שהדיון הוא האם השכן **הקנה** את השטח לרב ענן. אף שהתלמוד והפוסקים נקטו לשון מחילה, הכוונה למתנה - ראה ליד ציון הערה 798.

הרי"ם מביא ראיה מב"ב ל ע"ב, שם נאמר שאם ראובן אמר לשמעון "קנה קרקע זו מלוי", אין בכך הודאה של ראובן שהקרקע שייכת ללוי, כי ייתכן שאמר כך סתם, אבל אם עשה מעשה, שחתם כעד על שטר המכר שבו לוי מכר את הקרקע לשמעון, זו הוכחה שהקרקע של לוי, מפני שאין אדם עושה מעשה אם אינו מודה באמת שהקרקע שייכת לאחר. אמנם שם המעשה אינו מתפרש כהקנאה אלא כהודאה, אבך מכל מקום מוכח משם שאין אדם עושה מעשה "סתם".

כמו כן, שערי תורה (לעוו), ח"א, כלל ג, פרט יב, אות כד, מדייק משו"ת מהרי"ט ח"א סי' קו, שאם בעל הנכס עשה מעשה שמוכיח שמחל, קנה האחר גם אם הנכס היה בוודאי שלו.

דעה חולקת: חידושי הרמב"ן, ב"ב מא ע"א, כותב שלא מצאנו מתנה בשתיקה באופן זה. דעתו מתאימה לשיטה (ליד ציון הערה 793) שאין תוקף למתנה מכללא. ראה מחילה, שער ארבע עשרה, איך הוא מיישב את המעשה ברב ענן.

תוס' ר"י הזקן (=ר' אברהם מן ההר), קדושין נב ע"ב, כותב שראובן שנטל דבר של שמעון כדי לקדש בו אשה, ושאל את שמעון "אקדש אשה בדבר זה?" ושמעון הוסיף לו דבר אחר, אינה מקודשת, מפני שמתנה אינה קונה במחשבה. וראה סעיף 6, על הצורך באמירה.

דוגמה נוספת: לפלגות ראובן, ח"ג, הדרן על ב"ק, פלג ד (ב ע"ב, בהגהה), כותב שאם ראובן חויב בב"ד ע"פ עדים לשלם לשמעון, ושילם, והעדים הוזמו, שמעון פטור מלהחזיר לו, כי מן הסתם ראובן התייאש, ואף שלא שייך בזה הפקר כי הפקיר רק לשמעון, יאוש מועיל גם כשהוא מופנה רק לאדם אחד, כמו מתנה. אבל לא ברור האם הוא מתכוון לומר שאכן זו מתנה. מלבד זה, הוא מפקפק אם אכן שמעון פטור - עי"ש.

[854] עליות דרבינו יונה שם; לפלגות ראובן, ח"ג, הדרן על ב"ק, פלג ז (ד ע"א, בהגהה).

[855] רא"ש, קידושין, פ"א, סי' כ, ובבא בתרא פרק ח סי' מו, ושו"ת הרא"ש, כלל לה, סי' ב (הובא בטור, אהע"ז, סי' כח, בתשב"ץ ח"ג סי' רמ, בט"ז, או"ח, שסט, ס"ק ב, בשו"ת מהר"ם פדואה סימן עז, בשו"ת מהרי"ט חלק א סי' קלח, בשו"ת אבן שתיה (דון יחיא) סי' ז (ט ע"ב), בשו"ת נטע שורק, אהע"ז, סי' י, אות ב, בשו"ת לבושי מרדכי אהע"ז סי' לז, בשו"ת משאת משה (ישראל), ח"א, אהע"ז, סי' ד (קטז ע"ג), בשו"ת משנת יוסף, חלק א, סימן מ, אות ה, בשו"ת פרח מטה אהרן, ח"א, סי' קטז (ר ע"ג), בשנות חיים (קלוגר), אחרי קונטרס דרך החיים, סימן יד (דף יב ע"ד), בשו"ת הרי"ם אהע"ז סי' כג, בשו"ת זכור לאברהם, אביגדור, אהע"ז סי' ו, במשכנות יעקב או"ח סי' ז, בשו"ת שואל ומשיב, מהדו"ד, ח"ג, סי' קמז (קד ע"א), במגן גיבורים, או"ח, יד, ס"ק ד (מה ע"ב), בשפת אמת סוכה לה ע"א (ד"ה שם בגמ' אתיא), בדברות משה, ב"מ, סי' סג, ענף ב עמ' של, בזכרון יהודה (מונק), קונטרס התשובות, סימן כד (עג ע"ג), בבני ציון (לכטמן) סי' רמו ס"ק טז דף יט ע"ג, בשו"ת באר דוד (פרנקל) סימן לא (ד"ה ועוד עיקר), בשו"ת תורת חסד ח"ב סי' כד אות ג, בשו"ת מחזה אברהם או"ח סי' קמד (קסו ע"ג), בשבי בנימין סי' סו דף כה ע"ב, בשו"ת מהר"ש ענגיל, ח"א סימן לה (נ ע"א), ובבית אהרן וישראל גל' ז עמ' עז, גל' ח עמ' פד, פח-פט, וגל' עח עמ' נה, ועמ' ס); שו"ת שפת הים, אהע"ז, סי' יא (סז ע"ב, סט ע"ד), בדעת ר"ש משאנץ, בתשובות מיימוניות נשים סי' יח, ובהגהות מרדכי, קידושין סי' תקמה; שו"ת צמח צדק (לובאוויטש), אהע"ז, סי' צח, אות ד, בדעת המורה הראשון המובא בהגהות מרדכי שם, וסי' צט, אות א, בדעת הגהות מרדכי שם; שו"ע אהע"ז, כח, יט (הובא בנתיבות המשפט רמא ס"ק ט, ובשו"ת בצל החכמה חלק ד סימן קעב אות ב); שערי תורה (לעוו), ח"א, כלל ג, פרט יב, אות כה; לבוש, אהע"ז, כח, יט; שו"ת חתם סופר אהע"ז ח"א סימן קו (ד"ה ונבוא); ערוך השולחן אבן העזר כח, פב; שו"ת הר צבי, או"ח, ח"ב, סימן קיב; שו"ת תשובות והנהגות ח"ב סימן רמ.

שו"ת צמח צדק (לובאוויטש), אהע"ז, סי' צח, אות ג, מקשה, איך ייתכן שע"י האומדנא נחשב כאילו נעשה מעשה של נתינת מתנה שבאמת לא נעשה? באות ד, הוא מתרץ, שיש אומדנא שהמשאיל אינו מקפיד שיהיה במתנה עמ"ל, לכן גם בלא דעתו יוכל השואל לזכות בו לעצמו למתנה עמ"ל, כמו לגבי דבר שאין בעליו מקפיד עליו (ליד ציון הערה 926), וכמו ששו"ע, חו"מ, שנט, א, כותב שמותר ליטול קיסם מחבילה של אדם אחר, כי שום אדם אינו מקפיד על זה. נראה שכוונתו היא שאכן אין כאן הקנאה חיובית מצד המשאיל, כי אומדנא אינה יכולה ליצור דבר כזה, והאומדנא רק מגלה שהוא מסכים שתהיה מתנה, ואז השואל עושה את ההקנאה.

שו"ת נחלת יוסף (מייזליש), סי' לד, אות יא, מדגיש לפי הרא"ש אלו קידושי ודאי.
להסברים נוספים מדוע מניחים שהמשאיל התכוון למתנה, ראה בהערות 889-890.
שערי תורה (לעוו) ח"א כלל א, פרט א, אות א, מוכיח מדין זה, שאדם שרוצה לעשות דבר ואמר לשון שאינה מועילה, אומדים את דעתו שאילו ידע שלשון זו אינה מועילה היה אומר לשון המועילה.
עי' יד דוד (קרלין) פ"ה אות קכב, הגהה ג (נה ע"א) והגהה ה (נו ע"ג), שמביא מתחומים אחרים מצבים שאין מפרשים את דבריו של אדם באופן שיועילו, ומסביר את ההבדל ביניהם לנידוננו.
דעה חולקת: יש אומרים שהמקדש בטבעת שאולה, גם אם שאל אותה כדי לקדש בה, האשה אינה מקודשת. כך פסק שו"ת הרשב"א חלק ד סימן רעג, וח"ו סי' ב (הובא באבני האפוד, כח, ס"ק לא), ונימק שייתכן שהמשאיל אינו יודע שאין מועילים קידושין בכלי שאול, ולא התכוון למתנה, ועוד שהמשאיל אינו בעל הדבר, ואין סיבה שיתכוון למתנה כדי שמעשי השואל יהיו תקפים (הנימוק השני נמצא רק בח"ד שם).
ר' שבתי בר שמואל, בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס לבוב, סי' תקד, כותב שהשואל טבעת כדי לקדש בה - א"א לומר שזו מתנה, שהרי מתנה שא"א להקדיש אינה מתנה (אבל ראה הערה 577, שכלל זה אמור רק במקום שיש הערמה), וכאן השואל צריך להחזיר אותה לבעל הטבעת, א"כ אינו יכול להקדיש אותה. וראה סעיף 4, מדוע אין אומרים כך בכל מעמ"ל.
שו"ת מהרח"ש אהע"ז (נדפס בתורת חיים, מהד' תשס"ג, חלק ד), סי' טו (קכב ע"א) וסי' לא (ד"ה אמנם יראה לי, דף קנח ע"ב), מדייק מהעיטור, קידושין, דף עו ע"ד, המובא בטור, אהע"ז, סי' כח, ומשו"ת הרשב"א, ח"א, סי' אלף רמא, שהמקדש בטבעת שאולה, אינה מקודשת גם אם שאל אותה כדי לקדש בה, שמא המשאיל חשב שמועילים קידושין בטבעת שאולה. גם שולחן ערוך הרב, או"ח, קונטרס אחרון, יד, ס"ק ג, כותב שהעיטור חולק על הרא"ש. אבל כנה"ג, אהע"ז, כח, הגהב"י, אות כח (הובא בימי שלמה, דף קע ע"א), כותב שאינם חולקים על הרא"ש.
שו"ת פרח מטה אהרן ח"ב סי' לד, מדייק משו"ת הרא"ש שם, שהוא הבין שר' ברוך בס' החכמה סובר שאינה מקודשת.
שו"ת צמח צדק (לובאוויטש), אהע"ז, סי' צח, אות ד, כותב שר"ש משאנץ שם סובר שאם בעל הטבעת נתן לו בסתם כדי לקדש בה, מפרשים שנתן לו במתנה גמורה ויקבל רק את דמיה, אבל אם אמר בפירוש שהוא משאיל לו, לא יועיל. אבל הוא מציין שדרכי משה אהע"ז, כח ס"ק יב וקיצור דיני המרדכי בריי"ף סוף חולין, הבינו שהר"ש משאנץ סובר שגם אם קיבל בלשון שאלה, מקודשת. גם בסי' צט, אות א, הוא כותב שר"ש משאנץ שם סובר שאין אומרים שהתכוון למתנה, והוא מנמק, שכיון שנתן לשם שאלה, שחוזרת בעין, אי אפשר לעשות מזה מתנה, שהיא היפך נתינתו, ועוד שייתכן שהמשאיל טעה וחשב שאפשר לקדש בטבעת שאולה, ואילו ידע שאי אפשר, לא היה משאיל בכלל, כי אינו רוצה לתת אותה במתנה. באות ה הוא נותן נימוקים שלא לומר שהתכוון למתנה: (א) לשון השאלה שנקט מראה שאינו יודע שאי אפשר לקדש בטבעת שאולה, ואולי אילו ידע, לא היה משאיל; (ב) גם אם ידע שאי אפשר לקדש בטבעת שאולה, העובדה שלא אמר לשון מועילה, מראה שלא רצה לתת מתנה; ובזה שאיננו מפרשים שהתכוון למתנה, איננו שוללים כל משמעות מדיבורו, כי הטבעת תהיה שאולה לשואל, אלא שלא יוכל לקדש בה; (ג) אולי המשאיל חשב שהמקדש אינו מתכוון לקדש בטבעת זו בלבד, אלא תיכנן לצרף מטבע כדי לקדש את האשה, כך שאין צורך שיתן לו אותה במתנה (ראה בשמו עוד בסעיף 4 בענין מעמ"ל).
משכנות יעקב חו"מ סי' לב (סי' כז במהד' וילנא), כותב שהגאונים המובאים בטור, או"ח, סי' תרנח, ורי"ף סוכה כ ע"א (בדפי הרי"ף) שפסקו שבני עיר שקנו אתרוג בשותפות, יכולים לקיים בו את המצוה רק אם הם נותנים אותו בפירוש במעמ"ל לכל אחד שנוטל אותו, ואין אומרים שמן הסתם מתכוונים לתת לו במעמ"ל כי רק כך יוכל לקיים את המצוה (ראה הערה 974) - חולקים על הרא"ש, וטעמם הוא שא"א להקנות בלי דעת מקנה, כלומר צריך שהמקנה יתכוון בפירוש להקנות; וגם לרשב"ם (הערה 974) שאומר ששם מניחים שכל אחד מתכוון לתת במעמ"ל, טעמו הוא שראשי הקהל קנו את האתרוג על דעת להקנות אותו לכל אחד בשעתו, והיחידים נגררים אחרי כוונה זו, מה שלא שייך באדם פרטי. גם הוא עצמו כותב שצע"ג לסמוך על הרא"ש, כי אין סיבה להניח שהמשאיל היה רוצה לתת במתנה, ועוד שאין הלכה כר"מ האומר "אין אדם מוציא דבריו לבטלה" (על טענה זו ראה הערה 856). גם חקרי לב חו"מ ח"א סי' קמא (ריט ע"ג-ע"ד), כותב שהדין בספק כיון שאין הלכה כר' מאיר בזה.
שו"ת הסבא קדישא ח"ב אהע"ז סי' יג (עמ' סא), כותב שתשב"ץ ח"ג סי' רמ, וסמ"ק סי' לא, סוברים שאינה מקודשת. הוא מוסיף, שמי שסובר שבמעמ"ל חזרת דמים אינה מועילה (ראה סעיף 4), א"א לקדש בטבעת זו גם אם היא נחשבת מעמ"ל, שהרי ייתכן שהאשה לא תסכים להחזיר את הטבעת, והשואל יוכל להחזיר רק את דמיה.
יד אפרים, או"ח, תרנח, נשאר ב"צריך עיון" על דברי הרא"ש.
תפארת יעקב, אהע"ז, כח, ס"ק סט, כותב שאינה מקודשת, כי אין סיבה להניח שהמשאיל מוכן לתת את החפץ שלו ולקבל במקומו כסף, ואולי אינו יודע את הדין שלא מועילה השאלה, ולכן הוא מתכוון לשאלה כי חושב שזה יועיל לקידושין, ואולי אילו היה יודע שהקידושין יועילו רק אם יפסיד את גוף הטבעת, לא היה נותן את הטבעת לקדש בה.
טיב קידושין כח ס"ק נד, מעלה אפשרות שהרא"ש לשיטתו (ראה סעיף 4) שמקבל מתנה על מנת להחזיר חייב באונס חייב, ואם כן המשאיל אינו מפסיד על ידי זה שייחשב מתנה על מנת להחזיר, אבל שו"ע (ראה שם) פוסק שהמקבל פטור מאונס, ואם כן אין לומר שהתכוון למתנה על מנת להחזיר, שבכך הוא מפסיד, שהמקבל נפטר מאונס (תשובה על כך ראה ליד ציון הערה 862). לכן מסקנתו הוא שהדין בספק ו"דנין בו להחמיר ולא להקל".
המחלוקת מובאת בשו"ת אבני נזר, אהע"ז סימן קלו אות ו.
הבחנות שונות: שו"ת שפת הים, אהע"ז, סי' יא (עא ע"ב-ע"ג), כותב שאם המשאיל אמר לשואל "הטבעת תהיה שלך עד שתקדש את האשה", השואל לא קנה אותה, כי משמעותו היא שהוא רוצה שאח"כ תהיה שלו כבתחילה, ונתן לו רק קנין פירות בטבעת.

משום שכלל הוא, שהעושה מעשה דו משמעי, מפרשים את כוונתו באופן המועיל, כי אין אדם מוציא את דבריו לבטלה[856]. גם אם המשאיל חשב שאפשר לקדש בטבעת שאולה, יש להניח שהיה בדעתו שאם לא תועיל

שו"ת חיים שאל חלק ב סימן לח אות נד, ובספרו שיורי ברכה, אהע"ז, סי' כח, מעלה אפשרות שאם המשאיל היה **ת"ח** שיודע שאי אפשר לקדש בטבעת שאולה, ובכל זאת אמר לו שהוא משאילו, סימן הוא שלא רצה להקנות לו את הטבעת. אבל מגן אברהם, תרנח ס"ק ג, מדייק מרא"ש ב"ב שם, שגם אם הוא יודע את הדין, נחשב מעמ"ל. גם חקרי לב חו"מ ח"א סי' קמא (ריט ע"ב), כותב בפשטות שגם במשאיל ת"ח, נחשב מעמ"ל. כמו כן, שו"ת הרמ"ץ, או"ח, סי' ב, אות א, מדייק מסתימת לשון השו"ע לגבי שואל טלית (ליד ציון הערה 877) שגם במשאיל ת"ח, נחשב מעמ"ל, כי ברור שהתכוון למתנה, שהרי אל"כ יתבטל הענין, אלא צריך לומר שמה שאמר לשון השאלה הוא תקלת הלשון; ומה שנימק הרא"ש שלא הכל יודעים הלכה, הוא לומר שגם בעם הארץ, מניחים שהתכוון למה שיועיל.

יד דוד (קרלין) פ"ה אות קכב (נז ע"א-ע"ב), כותב שבעיקרון אין להניח שהמשאיל מתכוון למתנה, שכן ייתכן שהמשאיל אינו רוצה למעט את זכותו בחפץ, שיהיה מתנה, ואז יהיה לשואל קנין גמור בגוף החפץ, ואילו התכוון למתנה היה לו לומר זאת; ורק "בימינו", שנהוג להשאיל טבעת **בשעת החופה** לקדש בה, והמשאיל יודע שהשואל סומך עליו ומברך את ברכות הקדושין, יש להניח שהתכוון להקנות לו כדי שיועיל לקדושין, ומסתמא נוח לו בגלל המצוה, ואמר לשון שאלה רק כדי להורות שאינו רוצה להפסיד מזה, ואין זה סביר לומר שהוא משטה בו, שהרי בזה הוא גורם לו להתבייש כשיתברר שהקידושין לא תפסו, ולעבור איסור (בבעילת האשה בלי קידושין); אבל השואל חפץ לקדש בו אשה **בדרך פריצות** בלי חופה, אין סיבה להניח שהוא נותן לו באופן שיועיל, שהרי אלו קדושין שלא כדת ישראל הצנועים, ואין בכך מצוה. ואח"כ (בדף נח ע"א) הוא מפקפק גם במה שכתב ש"בימינו" חלים הקידושין.

שו"ת חתם סופר אהע"ז ח"א סימן פו (הראשון), מביא שר' יחזקאל סג"ל העלה אפשרות שגם לרא"ש, אם **אישה** השאילה למישהו טבעת לקדש בה, אינה נקנית לו, כי אשה אינה יודעת להקנות; אבל חת"ס עצמו (הובא בשו"ת רב פעלים חלק ג אהע"ז סימן ג, ד"ה ועוד יש, בפתחי תשובה אבן העזר כח ס"ק כח (השני), ובימי שלמה, דף קע ע"ב) כותב שאשה יודעת להקנות. שו"ת הסבא קדישא ח"ב אהע"ז סי' יג (עמ' סד-סה), כותב שאשה שנתנה בלשון שאילה, אינה מתכוונת למתנה. שו"ת רשב"ץ, אהע"ז, סי' צה, מעלה ספק האם אשה יודעת להקנות (בנידונו הכלה עצמה נתנה טבעת לחתן לקדש אותה בה).

שו"ת הסבא קדישא ח"ב אהע"ז סי' יג (עמ' סא ועמ' סה ועמ' סז), כותב שאם המשאיל **גוי**, אין לומר שהוא מתכוון למתנה כדי שיחולו הקדושין; ועוד שאין דעת האשה סומכת, כי היא מפחדת שהגוי יוציא מידה בדינא דמלכותא; ועוד, שדוקא ביהודי יש להניח שהוא מתכוון לתת במתנה כי הוא רוצה שתיעשה מצוות הקידושין בממונו, וזה לא שייך בגוי; ועוד, שגוי רגיל לצעוק, כאמור בחולין קלג ע"ב, ואילו התכוון למתנה היה אומר זאת (כך נראית כוונתו); ועוד, שחקרי לב, יו"ד, ח"ב, סי' מח (פא ע"א-ע"ב) כותב שגוי שנותן מעמ"ל מתכוון להלוואה או להשאלה כיון שאינו בקי בדין זה. ערך השלחן, אהע"ז, כח, ס"ק ו, מעלה ספק בעניין זה.

ערוגת הבושם (בכרך), אהע"ז, כח, ס"ק סב, כותב שאם השואל קיבל את הטבעת לתקופת זמן שבה שווי **הנאת הקישוט בה הוא שווה פרוטה**, אין לסמוך על ההנחה שהמשאיל התכוון למתנה, אלא צריך להודיע לאשה שהטבעת שאולה, ושהוא מקדש אותה בהנאת הקישוט, כין שבמצב זה, אין סיבה להניח שהמשאיל התכוון למתנה, כיון שהקידושין יכולים לחול גם אם זו רק השאלה; ורק אם הנאת השימוש היא פמש"פ, או שאינה מסכימה להתקדש בהנאת השימוש אלא בחפץ עצמו או בדמיה, יש יסוד להניח שהמשאיל התכוון למתנה, שהיא הדרך היחידה שבה יועילו הקידושין.

מחזיק ברכה, או"ח, יד, ג, כותב שבכל מקרה צריך להודיע למתקדשת שהטבעת שאולה. שאבל פרישה, אהע"ז, כח, ס"ק נב, ושו"ת הסבא קדישא ח"ב אהע"ז סי' יג (עמ' סא), כותבים שהיא מקודשת גם אם לא הודיע לה שהטבעת שאולה. על מצב שלא ידעה שהטבעת שאולה, עי' שו"ת רדב"ז חלק א סימן שעב; כנה"ג אהע"ז כח הגהב"י אות כו.

רמ"א, אהע"ז, כח, יט, כותב שהשואל כלי **מאשתו** של בעל הכלי, וקידש בו, חוששים לקידושיו. חלקת מחוקק כח, ס"ק לה (הובא בשו"ת הסבא קדישא ח"ב אהע"ז סי' יג, עמ' סד), מנמק שמן הסתם הבעל מוכן לתת במתנה ע"מ להחזיר. בכורי יעקב, תרנח, ס"ק ו, מנמק שמן הסתם בעלה מוכן שתיעשה מצוה בממונו. הוא מסביר שאף שבלולב אין אומרים כך (ראה בשמו בהערה 947) מפני שצריך שיהיה של הנוטל בשעת הנטילה, הרי דין קידושין שונה, שאין צורך שהטבעת תהיה קנויה לאשה המתקדשת, אלא די שלא תהיה הנאת הכלי גזל ביד האשה, וכיון שהבעל מוחל מן הסתם, אין בכך גזל. הרי שלדעתו אכן לא נקנה הכלי למקדש, ובכל זאת האשה מקודשת מספק. אבל בית שמואל כח ס"ק נ, כותב שאין לומר שמן הסתם בעלה מוכן שתיעשה מצוה בממונו, כי אין אומרים כך אם יש לאדם הפסד ממון ואינו יודע על כך, ולכן הוא כותב שצריך לקדש אותה מחדש כדי שיהיה קידושין ודאי. שו"ת הסבא קדישא ח"ב אהע"ז סי' יג (עמ' סח), כותב שאשת איש שנתנה טבעת לקדש בה, אינו מועיל, שמא היא של הבעל, וגם אם היא שלה, מה שקנתה אשה קנה בעלה. בשאלה אם אשת איש המשאילה טבעת שלה או של בעלה לקדש, נחשבת כנותנת מתנה, עי' המקנה, קו"א, כח, יט; טיב קידושין, כח, ס"ק נז; ימי שלמה, דף קע ע"א; עצי ארזים, כח, ס"ק סד; ערוך השולחן אבן העזר כח, פג; ארחות משפט (אושינסקי), עמ' לד.

[856] שערי תורה (לעוו), ח"א, כלל ג, פרט יב, אות כה.

אבל שו"ת צמח צדק, אהע"ז, סי' צט, אות א, מקשה, הרי ר' מאיר בערכין ה ע"א הוא שאומר "אין אדם מוציא דבריו לבטלה", והרי אין הלכה כר' מאיר (ראה אנציקלופדיה תלמודית, ע' אין אדם מוציא, בסופו)? באות ב, הוא מביא מי שתירץ, שגם לחכמים החולקים על ר' מאיר, כאן ברור שהתכוון שיהיה באופן שיועיל, כיון שעשה **מעשה**, שמסר את הטבעת לחברו (וכך תירץ שו"ת הרמ"ץ, או"ח, סי' ב, אותיות ד-ה). באות ד הוא מביא מי שתירץ, שכאן לכל הדעות אומרים אאמד"ל, כי המרחק בין שאילה למעמ"ל אינו גדול. אבל הוא מעיר כנגד זה, שתוס' כתובות ע ע"ב (ד"ה אלא) כתבו שגם לר"מ אין מוסיפים על דיבורו מה שלא אמר כלל, והרי הפיכת שאלה למתנה היא תוספת שלא אמר. עוד הוא מביא שאותו חכם תירץ, שחכמים דיברו רק בהקדש, שאין שם קנין מלבד האמירה, לכן אם האמירה היא שלא כדין,

ההשאלה, תהיה נתונה למקדש באופן אחר, שמועיל לקידושין[857]. אף שלמעשה לא התכוון באופן מודע להקנות לו, יש אומדנא דמוכח שהוא רוצה לתת לו באופן שיועיל, והיינו במתנה[858]. עם זאת, אין להניח

דבריו בטלים, אבל במתנה וכדומה יש קנין משיכה וכדומה מלבד האמירה, ולכן אם באיזה אופן אנו יודעים שהנותן התכוון לדבר שראוי לחול, די בכך, ולא איכפת לנו שדיבורו משובש, והוא כאילו אינו, ולא שצריך לסרס את דיבורו. כנגד זה הוא מעיר שחידושי הרשב"א (נראה שצ"ל: הריטב"א) קידושין נ ע"א כותב שאומדנא אינה מועילה אם היא סותרת מה שאמר, וא"כ גם אם נניח שבלבו התכוון למתנה, זה לא מועיל, כיון שאמר "שאילה" (תשובה על כך, ראה ליד ציון הערה 880 בשם הרמ"ץ), מה עוד שייתכן שלא התכוון למתנה כי אולי טעה וחשב ששאילה מועילה.

יד דוד (קרלין) פ"ה אות קכב (נד ע"ב-ע"ג), הגהה ב (ובקיצור בהגהה ה, דף נו ע"ג), מתרץ, שרק בדבר שצריך בו דיבור מפורש, ומחשבה לא מועילה בו, וגם אין בו שום מעשה, כמו ערכין, אומרים חכמים שלא מועיל האומדנא שמסתמא התכוון לכך, אבל בקניינים, די שיהיה ניכר לנו שבעל הנכס רוצה שחברו יקנה, וחברו יעשה מעשה קנין, ולכן מועיל האומדנא ש"אין אדם מוציא דבריו לבטלה".

יש להעיר ששו"ת הרשב"א חלק א סימן תרי, רשב"ם, ב"ב קלג ע"א (ד"ה ואם), מגיד משנה, הלכות זכיה, י, א, והלכות מלוה ולוה, כה, יד, שו"ת הריב"ש, סי' תפ, שו"ת מהרי"ק, שורש קפב, ב"י, חו"מ, רנג, א, שו"ת מהרשד"ם אבן העזר סימן ג, בסופו, שו"ת מהרי"ט חלק א סימן קיט, בסופו, שו"ת חוט השני סי' צ, שו"ת בית יהודה חושן משפט סימן יג (ד"ה תשובה בעניינים), שו"ת דברי חיים חושן משפט חלק א סימן לח (ד"ה ולכאורה קשה), שו"ת תורת חיים (מהרח"ש) חלק א סימן עד (ד"ה גם מה), שו"ת חתם סופר, אהע"ז, ח"ב, סי' צ, בסופו, שו"ת ראש יוסף (אשקאפה) דף ג ע"ב, שו"ת עדות ביעקב (בוטון), סי' עב (רט ע"ב), ושו"ת אבני שיש חלק ב סימן עא, בסופו, נוקטים כדבר פשוט ש"אין אדם מוציא דבריו לבטלה". שו"ת מהרי"ק שורש צד, כותב שאם ייתכן שהאדם נקט לשון מסוימת מתוך טעות, מפרשים את דבריו באופן שתהיה לה משמעות. שו"ת הראנ"ח ח"ב (מים עמוקים חלק ב) סימן לז, כותב שחכמים מודים כשאפשר לפרש את דבריו באופן המועיל. ברכי יוסף יורה דעה, רנח, ז (ד"ה ואעיקרא), כותב שחכמים מודים בדבר "שיכול להתפרש על נקלה" באופן שיתן משמעות דבריו ולא יהיו לבטלה. שו"ת מהרש"ם חלק ג סימן קט, כותב שבמקום שאין צורך לומר שלא דקדק בלשונו, וצריך רק לפרש את כוונתו, שעשה באופן המועיל, לכל הדעות מפרשים את כוונתו באופן המועיל, כי לא היה אומר דברים לבטלה.

[857] רא"ש קידושין שם, ושו"ת הרא"ש שם.

מגן אברהם, תרנח ס"ק ג, כותב שהשואל קונה את הטבעת **דוקא** אם המשאיל לא ידע שאין אשה מתקדשת בדבר שאול, ומניחים שכשייוודע למשאיל שאין אשה מתקדשת בדבר שאול, יתן אותה למקדש במתנה, ולכן האשה מקודשת, כי אמנם הטבעת אינו של המקדש, אבל גם אינה גזל ביד האשה (כך הסביר מחצית השקל שם את כוונתו); אבל אם ידע שאשה אינה מתקדשת בדבר שאול ואף על פי כן אמר לשון השאלה, אינה מקודשת, מפני שזה גזל בידה. כנראה הוא סובר שאין מפרשים שהתכוון למתנה, כיון שאמר לשון השאלה. אבל הוא מעיר שמרא"ש ב"ב שם מוכח שגם אם ידע, מקודשת. שו"ת צמח צדק, אהע"ז, סי' צט, אות א, מסביר את דברי מגן אברהם על פי תוס' ערכין ה ע"א (ד"ה אדם) שכתבו שלר' מאיר נותנים משמעות לדברי אדם מטעם "אין אדם מוציא דבריו לבטלה", גם אם אינו יודע שהלשון שהוא אומר אינו מועיל למטרה המוצהרת, כי בכל זאת התכוון שדבריו יתפרשו באופן שחכמים יתקנו את לשונו. אבל באות ג הוא מעיר על כך, שלמי שחולק על ר' מאיר (והלכה כמותו - ראה בשמו בהערה 856), גם אם עשה מעשה, הרי אם טעה, אין משנים את דבריו כך שיהיה להם תוקף.

צמח צדק שם, סי' צח, אות ט, כותב שאין לומר שטעם מגן אברהם הוא שאילו ידע, היה נותן במעמ"ל, כי כל דבר שאדם לא העלה על דעתו, אף אם אילו העלה על דעתו היה עושה כך וכך, מ"מ עכשיו שלא העלה על דעתו, הרי לא עשה כך; אלא טעם מגן אברהם הוא שאנן סהדי שבדעת המשאיל לתת לו בכל לשון ואופן שיועיל לקדש בו את האשה, ולכן נחשב כאילו העלה על דעתו שאין השאלה מועילה, ומסר לו עד"ז. על פי זה הוא כותב שאם המשאיל היה **גוי**, אין אומרים שהתכוון למתנה ע"מ להחזיר, כיון שלגוי לא איכפת אם יחולו הקידושין, ואין יסוד להנחה שבדעתו לתת לו בכל לשון ואופן שיועיל לקדש בו את האשה. גם ימי שלמה, דף קע ע"ג, כותב שאם המשאיל גוי, אין מניחים שהתכוון למעמ"ל, כי אינו בתורת קידושין, ואין לו ענין שהקידושין יחולו. אבל ערך השלחן אהע"ז, כח ס"ק ו, מסופק בענין גוי שהשאיל. על גוי שהשאיל לולב, ראה הערה 889.

יד דוד (קרלין) פ"ה אות קכב (נז ע"ד), הגהה ו, כותב שמהרא"ש בקדושין ובתשובתו משמע שאם לא ידע את הדין שאין מקדשים בשאול, מניחים שהתכוון למעמ"ל, אבל אם ידע את הדין, אין מניחים שהתכוון למעמ"ל (כדעת מגן אברהם); אבל מדבריו בב"ב פ"ח סי' מו, משמע שגם אם ידע את הדין, מקודשת.

דעה חולקת: יד דוד (קרלין) פ"ה אות קכב (נז ע"ב-ע"ד), כותב שרק אם המשאיל יודע שא"א לקדש בדבר שאינו שלו, יש להניח שהתכוון להקנות לשואל, אבל אם אינו יודע דין זה, אין הוכחה שהתכוון לתת במתנה, שלא כרא"ש, כי אולי הוא מוכן להשאיל ואינו מוכן לתת מתנה, כי לא כל כך איכפת לו אם הקידושין יחולו, וכיון שלא ידע שהשאלה לא מועילה, מסתמא התכוון להשאלה כמו שאמר, ולא עלה על דעתו שזה לא מועיל, ואולי גם אילו ידע, לא היה מוכן לתת במתנה, וחסר קניין שהוא צריך לעשות בו, שהרי קנייתו הראשונה היתה בתורת שאלה ולא מעמ"ל, ואולי עכשו בשעת הקדושין הוא מקפיד עליו. הוא מביא ראיה (בהגהה ו) מר"ש משאנץ, המובא בהגהות מרדכי קדושין סי' תקמה, שכתב "הואיל וידע שאינה מתקדשת אלא במכר או במתנה".

כמו כן, שו"ת אגרות משה אהע"ז חלק א סי' צ (הובא בארחות משפט (אושינסקי), עמ' לה) כותב שבימינו אין יודעים שצריך לתת את הטבעת במתנה ולכן אין אומדנא שהמשאיל התכוון למתנה.

[858] שו"ת הרי"ם אהע"ז סי' כ (עמ' ר).

שהתכוון לתת לו אותה במתנה גמורה, שהרי הוא יפסיד מכך, מה גם שלמטרת הקידושין אין צורך שיתן לו מתנה גמורה אלא די במתנה ע"מ להחזיר[859]. יתר על כן: אין אומדנא שהמשאיל מוכן שלא יחזיר לו את החפץ

ערך שי, או"ח, תרנח, ג, מסביר שגם לפי מהרש"ך, המובא בבית שמואל, קכד ס"ק יט, שאדם לא יודע להקנות דבר שעתיד לחזור אליו, ומתכוון רק להשאיל, הרי כאן מועיל כיון שאילו ידע את הדין, היה נותן במתנה.

[859] שו"ת צמח צדק (לובאוויטש), אהע"ז, סי' צח, אות א; ערוגת הבושם (בכרך), אהע"ז, כח, ס"ק סב; טיב קידושין כח ס"ק נד; עצי ארזים, כח, ס"ק סב. יש נפקות מדבריהם למעשה, שאם לא החזיר השואל את הטבעת למשאיל, אינה מקודשת, שהרי אם לא קיים את התנאי, מתברר למפרע שהמתנה לא היתה תקפה.

לפי דבריהם, צריך לומר שמה שהרא"ש בקידושין שם אומר "ואפילו במתנה גמורה היה לנו לומר שבדעתו ליתנה לו אם לא יועילו הקידושין בענין אחר", כוונתו היא שהיה מקום לומר כך אילו לא היה די במעמ"ל.

ערוגת הבושם שם כותב שאם השואל עני ואינו יכול לשלם את דמי הטבע למשאיל (והאשה אינה מוכנה להחזיר את הטבעת עצמה), כך שאם נאמר שהתכוון למעמ"ל, לא יחולו הקידושין, וגם בהנאת השימוש אין שו"פ, כך שא"א לומר שהיא מקודשת בהנאת השימוש (ראה בשמו בהערה 855), היא מקודשת גם אם לא החזיר, כי במצב כזה מוכרחים לומר שהמשאיל מוכן שתהיה זו מתנה גמורה, כי שבלי זה לא יחולו הקידושין.

אבל יש פוסקים שהעלו אפשרות, ע"פ דברים אלו של הרא"ש, שנפרש שהמשאיל התכוון למתנה גמורה. כך כתבו חלקת מחוקק כח, ס"ק לג, בית שמואל, כח ס"ק מח (הובא בפתח הבית (טיקטין תק"פ), סי' א ענף ו דף ב ע"ב), וערוך השולחן אבן העזר כח, פב, כותבים שאם לא החזיר למשאיל לא את הטבעת ולא את דמיה, הקידושין חלים מספק, כי ייתכן שהמשאיל התכוון לתת לו **במתנה גמורה**, כדי שיועילו הקידושין.

מלואת אבן, כח, יט (סט ע"ב), כותב שגם לדעת חלקת מחוקק ברור שאין זה מתנה גמורה, שהרי כדי שיחולו הקידושין די לומר שזה מעמ"ל. והוא מסביר שהספק של חלקת מחוקק הוא, האם הרא"ש מתכוון **למכירה** בלי תנאי, והמקבל חייב לשלם את דמי הטבעת, אבל היא מקודשת גם אם לא החזיר, או שמא התכוון למעמ"ל בדוקא, כי מן הסתם המשאיל מעדיף שזו תהיה מעמ"ל, כי אז השואל יבוא להחזיר מעצמו כדי שהקידושין יחולו, ואילו אם זה מכירה יצטרך לתבוע אותו בדין.

המקנה, קונטרס אחרון כח, יט, מעלה אפשרות שהיא מקודשת גם אם לא החזיר את הטבעת, גם אם נאמר שהמשאיל התכוון למעמ"ל, כי כל ימיו יש ספק שמא יקיים את תנאי. הוא כותב שאם לא הודיע לה שהטבעת שאולה, תנאי ההחזרה מתקיים, מפני שאז כשהמשאיל מוציא ממנה את הטבעת, עליו לשלם לה את שווייה בגלל תקנת השוק, ובכך שהיא מוותרת על התשלום הזה, היא בעצם מקיימת את תנאי ההחזרה (דבריו קשים, שהרי אם המשאיל מוציא ממנה את הטבעת, מתקיים בכך תנאי ההחזרה, ואין צורך בהסברו על התשלום); אבל אם הודיע לה, המשאיל מוציא ממנה את הטבעת בלי לשלם, ותנאי ההחזרה אינו מתקיים, ואז זה ספק קדושין, שמא הוא מוכן למתנה גמורה. קהלת יעקב (לורברבוים), אהע"ז, כח, יט, דוחה את דבריו, שהרי תקנת השוק מחייבת את המשאיל לשלם לה רק מה שהיא נתנה לשואל תמורת הטבעת, והרי היא רק התקדשה לו, שהיינו נתנה לו שו"פ (ואם כן, ויתורה על התשלום אינו בשווי הטבעת, ותנאי ההחזרה אינו מתקיים בכך).

תשובות מיימוניות נשים סי' יח, נוקט שזה "מתנה או מכר". מלואת אבן, כח, יט (סט ע"ב), מסביר שנקט כך כי בנידונו בעל הטבעת אמר "ראה כאן הטבעת", אבל גם לדעתו, אם אמר לשון השאלה, גילה את דעתו שהוא רוצה שיחזיר אותה בעין, ולכן יש אומדן דעת שאילו ידע שאינו מועיל היה נותן במעמ"ל.

הבנות אחרות של כוונת המשאיל: קהלת יעקב (לורברבוים), אהע"ז, כח, יט, כותב שמש"כ הרא"ש שזה מעמ"ל אין כוונתו למתנה מותנית, אלא כוונתו היא שמוטל על השואל חיוב להחזיר את דמי הטבעת (ראה סעיף 4, בענין מתנה המטילה חובה על המקבל), שהיות שהשואל אמר למשאיל שהוא רוצה לקדש אשה בטבעת זו, הוא כאילו אמר לו: "השאל לי חפץ זה כי אני צריך לתת אותו במתנה למישהו", וזו השאלה שאינה חוזרת בעין, והוא יכול לתת את החפץ לאחר, ויחזיר למשאיל את דמיו. הוא מוכיח מר"ן על הרי"ף שבת סג ע"א (בדפי הרי"ף) שיש סוג של השאלה שאינה חוזרת בעין, והיא נקראת השאלה כי זמן החזרתו הוא מיד, בניגוד להלוואה שהיא למשך זמן. הוא כותב שיש נפקות מהגדרה זו, שאם נגנב החפץ, השואל חייב, שלא כמקבל מעמ"ל שפטור; ועוד שגם אם לא החזיר דמים, האשה מקודשת כיון שהחפץ של השואל והדמים הם חוב עליו ולא תנאי לקיום המתנה. אבל מחקרי מרדכי, כח, יט, דוחה פירוש זה, בכך שהוא מוכיח מלשון הרא"ש שכוונתו לתנאי ולא שנקנה לו לחלוטין (עיי"ש לראייתו). הוא מסביר שאילו התכוון להשאלה שאינה חוזרת בעין, היה צריך לבקש מבעל הטבעת למכור לו אותה, והעובדה שביקש בלשון שאלה, מלמדת שהתכוון לתלות בדעתו ובדעת האשה אם תסכים להתקדש בהנאת קישוט בעלמא, או שהיא רוצה את החפץ לגמרי ואח"כ יקנה ממנה להשיב למשאיל או יחזיר את דמיה, ולכן אם לא החזיר כלל, נמצא גזל למפרע. והוא פוסק שאם לא החזיר, הקידושין הם בספק.

תולדות יצחק (הורוביץ), דיני ציצית, כלל ה (ד ע"ד), כותב שאין מניחים שהמשאיל נותן לשואל במתנה גמורה עמ"ל, אלא מניחים שהוא נותן לו במתנה לצורך שימוש זה בלבד, לקדש בו אשה (ראה סעיף 4, על מתנה שניתנה למטרה מוגדרת בלבד), והם כמו שותפים בנכס, והרי אדם יכול לקדש אשה בחפץ שהוא שותף בו (וכך עולה מדבריו שם כלל ד (ד ע"א) לענין שואל טלית, ליד ציון הערה 877); ומסביר (בדף ה ע"ד) שמש"כ הרא"ש שזה כמעמ"ל, כוונתו שנתן לו לשימוש אחד ואח"כ יחזיר לו, ולא התכוון למעמ"ל רגילה. הוא מביא ראיה לכך (בדף ה ע"ג) - עיי"ש. ראה עוד הערה 889, שמשאת משה כותב שכוונת הרא"ש היא שהמשאיל נותן לשואל שוה פרוטה מהטבעת במתנה כדי שיוכל לקדש בה, ולא את כל הטבעת.

אלא את דמיו, כי אולי אינו רוצה למכור את החפץ, ולכן אם השואל קידש בטבעת על דעת להחזיר רק את דמיה למשאיל, אינה קנויה לו[860].

אף ששואל חייב באונס ומקבל מעמ"ל פטור מאונס[861], אין זו סיבה להניח שהמשאיל אינו מוכן שתהיה מעמ"ל, כי העובדה שהשאיל על דעת לקדש בו, מראה שאינו מקפיד על הסיכון של אונס, שהוא דבר לא שכיח[862], ועוד שלמעשה כאן הוא **חייב** באונס רוב הזמן, כי כאשר יקדש את האשה, הטבעת תישאר ביד האשה, והמקדש נתחייב למשאיל לשלם את דמיה, וחיוב זה קיים גם אם תאבד הטבעת באונס מיד האשה; ואמנם המשאיל יפסיד אם יקרה אונס לפני שיתן השואל לאשה, אבל המשאיל מן הסתם אינו חושש שיקרה אונס בזמן הקצר הזה[863]. ועוד, שגם אם זה נחשב מעמ"ל, שפטור מאונס, הרי אם יקרה אונס, ולא יחזיר את הטבעת, המתנה תתבטל בגלל אי קיום התנאי (כפי שנראה סעיף 4), וממילא יתבטלו הקידושין, ולכן השואל ירצה להחזיר כסף כדי שהקידושין יתקיימו, שהרי התנאי מתקיים אם יחזיר כסף, ולכן המשאיל מוכן שייחשב מעמ"ל, כי הוא יודע שגם אז השואל-המקבל ישלם אם ייאנס[864]. ועוד, שיש אומרים שכאן הוא אכן חייב באונס, כיון שנקטו לשון השאלה, ואמנם המשאיל מתכוון לתת לו במעמ"ל, כדי שיוכל לקדש את האשה, אבל אין בדעתו לפטור אותו מחיוב אונס - לזה אין אומדנא[865]. גם לפי הדעה[866] שמקבל מתנה ע"מ להחזיר יכול לתת לחבירו וחבירו לחבירו, ובלבד שתחזור לבסוף לבעלים, ואילו שואל אינו רשאי להשאיל, הרי לגבי נתינת הטבעת לאשה אין לומר שהמשאיל מקפיד בגלל זה שזאת לא תהיה מעמ"ל, שהרי מראש נתן לו ע"ד שיתן לאשה[867]. ואף שמקבל מתנה צריך כוונה לקנות ולזכות בה[868], וכאן לקח אותה רק דרך שאלה, הרי כיון שנותן אותה לאשה בשעת קדושין דרך נתינה גמורה, הוא כאילו מתכוון לזכות לעצמו תחלה במעמ"ל[869].

אם המשאיל בפנינו, אין לסמוך על ההנחה שהתכוון למתנה, אלא צריך לשאול אותו האם הוא מוכן לתת את הטבעת במתנה[870].

אבל אם השואל מקדש אשה באיסור, כגון בלי ברכת אירוסין, או שיש לה אחיות גדולות רווקות, אין מניחים שהמשאיל התכוון להסכים להקנות לו את הטבעת, שהרי אז נמצא שהוא מסייע לעברה[871], וכך גם אם הוא מקדש בלי שידוך קודם[872], או שהוא מקדש אשה בצנעא בלי ידיעת הוריה[873]; במקרים אלו, אדרבה, יש להניח שאף אם ידע שאין תוקף לקידושין בטבעת שאולה, לא רצה לתת אותה במתנה כדי שלא יחולו קידושין, וגם אם ספק למה התכוון, הרי כיון שאין בסיס ברור לאומדנא, אין סיבה להפוך את ההשאלה למתנה[874]. כמו כן,

---

[860] שו"ת צמח צדק (לובאוויטש), אהע"ז, סי' צח, אות א. גם טיב קידושין, כח ס"ק נד, כותב שאין סיבה להניח שהוא מוכן לוותר על החפץ ולקבל רק את דמיו.

[861] ראה סעיף 4.

[862] שו"ת צמח צדק (לובאוויטש), אהע"ז, סי' צח, אות ד; שעשועי צבי סי' א אות ג (על שואל טלית, ליד ציון הערה 877).

[863] פתח הבית (טיקטין תק"פ), סי' א ענף ו (ב ע"ב).

[864] בית יחיאל חו"מ ח"א, ביאורים סי' ב, עמ' קט-קי. ראה בשמו בהערה 889.

[865] ר' שמואל אוירבך, המובא בשעשועי צבי סי' א אות ג (על שואל טלית, הנידון ליד ציון הערה 876); יד דוד (קרלין) פ"ה אות קכב (נז ע"א) (בלשון "אפשר"). כמו כן, נתיבות המשפט רמא ס"ק ט, כותב שגם במצב שאנחנו מפרשים שהמשאיל התכוון למעמ"ל, השואל חייב באונס, כי המשאיל התכוון שאם לא יחזיר יהיה בגדר שאילה, ולכן נקט לשון שאילה. ראה על כך חוק לישראל, שומרים, עמ' 801, אותיות ה-ח.
תשובות נוספות על קושי זה ראה ליד ציון הערה 882, לענין שואל טלית.

[866] ראה סעיף 4.

[867] שו"ת צמח צדק (לובאוויטש), אהע"ז, סי' צח, אות ד.

[868] ראה סעיף 6.

[869] שו"ת צמח צדק (לובאוויטש), אהע"ז, סי' צח, אות ד.

[870] ערוגת הבושם (בכרך), אהע"ז, כח, ס"ק סא.
אבל שו"ת נחלת יוסף (מייזליש), סי' לד, אות ב, כותב (לענין שואל טלית, הנידון ליד ציון הערה 877), שאין צריך לשאול אותו, כי יש הנחה ודאית שהוא מתכוון למתנה.

[871] שו"ת מראה יחזקאל (הוכברג) סי' ב (יב ע"ב).

[872] שו"ת חבצלת השרון ח"א, אהע"ז, סי' סא. האיסור לקדש בלי שידוך קודם מפורט בשו"ע, אהע"ז, כו, ד.

[873] שו"ת אגרות משה אהע"ז חלק א סי' צ (הובא בארחות משפט (אושינסקי), עמ' לה).

[874] אגרות משה שם.

ב"קידושי שחוק", אם המשאיל ידע (או אם ייתכן שידע) שהיה רק לשחוק, אין סיבה להניח שהתכוון להקנות לו את הטבעת במתנה[875].

השואל **טלית** שיש בה ציצית, יש להניח שהמשאיל התכוון שהשואל יוכל לקיים בה מצוות ציצית ולברך עליה, כיון שבימינו קיבלנו על עצמו לבישת טלית כחובה[876], ולכן יש להניח שהמשאיל התכוון לתת לו אותה במתנה, שהרי אי אפשר לקיים מצות ציצית בטלית שאולה, ולא יוכל לברך עליה, ומצד שני, יש להניח שהוא רוצה את הטלית חזרה, ולכן מניחים שהתכוון למעמ"ל[877]. גם אם המשאיל לא ידע שאין מברכים על טלית שאולה, יש

---

[875] אגרות משה שם.

[876] ים של שלמה חולין פרק ח סימן נג.

[877] רא"ש חולין פרק ח, סי' כו (הובא במגן אברהם, יד, ס"ק ח [שהובא בחזקה רבה או"ח הלכה יז עמ' 73], בשו"ת יוסף אומץ סימן ל (ד"ה הנה התוס'), בשנות חיים (קלוגר), אחרי קונטרס דרך החיים, סימן יד (דף יב ע"ד), בשבט סופר, חולין קלו ע"א, בתולדות יצחק (הורוביץ), דיני ציצית כלל ד דף ג ע"ד, בשו"ת שערי דעה (ליטווין), חלק א, סימן קנב [שהובא בציון במשפט (לוריא), אות קצ (לסימן שמ)], באגורה באהלך, דף לו ע"א, בפרחי כהונה (קצבורג) עמ' קסג, בשו"ת אבן שתיה (דון יחיא) סי' ז (ח ע"ג), בשו"ת הר צבי, או"ח, ח"ב, סימן קיב, ובבית אהרן וישראל גל' עח עמ' ס); לבוש או"ח יד, ג; ים של שלמה חולין פרק ח סימן נג; משנה ברורה, יד, ס"ק יא; שו"ת שער אפרים סימן יט; קצות השולחן סי' ז אות ט; דרך החיים, סי' ט, אות ג; ערך ש"י, חו"מ, שמ, א; שו"ע הרב, או"ח, יד, ו; שו"ת אמרי יושר ח"ב סי' רא; בן איש חי, שנה ראשונה, פרשת לך לך, אות ה; ערוך השולחן או"ח, יד, י.
שו"ת הרמ"ץ, או"ח, סי' ב, אות ג ואות ה, כותב שטעמו של הרא"ש אינו משום שאם נאמר שהתכוון להשאלה, נמצא שלא היתה תועלת במה שנתן לו, שהרי אין הלכה כדעה ש"אין אדם מוציא דבריו לבטלה" (ראה הערה 856), אלא טעמו הוא שאדם רוצה שתיעשה מצוה בממונו, ולכן יש להניח שהוא התכוון למתנה, כדי שהמקבל יוכל לקיים את המצוה.
גם רא"ש, הלכות קטנות, הלכות ציצית, סי' ב, וסי' י, כותב שהשואל טלית יכול לברך עליה, אבל לא נימק.
עולת תמיד, יד, ס"ק ח, מדייק מהרא"ש ומהשו"ע שם, שהשואל **חייב** לברך על הטלית. כך כתב גם אמרי בינה דיני או"ח סימן ז (ד"ה ולפ"ז), בדעת הרא"ש.
ראה הערה 870, לגבי מצב שהמשאיל נוכח ואפשר לברר את כוונתו, האם צריך לברר.
ראה הערה 855, לגבי משאיל שהוא תלמיד חכם.
הבחנה: מחצית השקל, או"ח, יד, ס"ק ו, חי' ר"ע איגר, שו"ע, או"ח, יד, על ט"ז ס"ק ד, הגהות פעולת שכיר, על מעשה רב, סי' יד, ור' מרדכי זאב אורנשטיין, בישועות יעקב, או"ח, סי' יד, בסופו (יא ע"ג), כותבים שהשואל טלית מצוייצת **בלילה** כדי שלא להיכנס בספק האם חובה לברך על טלית בלילה, יש להניח שהמשאיל לא התכוון לתת לו במתנה על מנת להחזיר, כדי שהשואל לא יצטרך לברך, וגם אם המשאיל התכוון לתת לו במתנה על מנת להחזיר, השואל אינו מתכוון לקנות, ואי אפשר להקנות לאדם בעל כרחו. מחצית השקל תמה על הרא"ש, חולין שם, שמשמע ממנו שגם בכגון זה נקנית לו הטלית. חידושי הרש"ש, או"ח, יד, ג, משכנות יעקב או"ח סי' ז, שו"ת לבושי מרדכי או"ח מהדורא תניינא סימן א, גנזי חיים (רוזנר) או"ח יד ס"ק ד, ושלמי תודה, או"ח, יד, ג, מתרצים, שהרא"ש בחולין אינו מסתמך על האומדנא שהמשאיל התכוון למתנה, אלא מחייב בטלית שאולה מטעם אחר (שנביא בהערה 889 בשם אליה רבה), ששייך גם בלילה. מנחה חדשה (ויסמן), סי' יב (עמ' 77) כותב שגם הרא"ש פוטר כאן (עיי"ש שהוא מבאר מדוע הרא"ש כותב שהשואל טועה). אבל אורח נאמן או"ח סי' יד ס"ק ח, כותב (כדי ליישב את הרא"ש) שגם בכגון זה יש להניח שהמשאיל התכוון לתת לו במתנה על מנת להחזיר, כי עדיף לו שיוכל לברך, כי אסור לאדם למנוע את עצמו מברכה, ואולי בברכה זו ישלים למאה ברכות.
חתן סופר, או"ח, שער הגדילים, סי' כ, אות יב, כותב שאם המשאיל **גוי**, אין להניח שהתכוון להקנות את הטלית לשואל, כי אין לגוי עניין שהשואל יקיים את המצוה.
דעה חולקת: ט"ז או"ח, יד, ס"ק ה, כותב שאין לברך על טלית שאולה מצוייצת מחשש ברכה לבטלה, וזאת לאור מה שאמר (ראה ליד ציון הערה 889) שבמקום שיש גזירת הכתוב ששאול פסול, אין מניחים שהמשאיל התכוון למתנה, והרי בציצית יש גזירת הכתוב ששאול פסול - "כסותך" (דברים כב, יב) ולא של אחרים.
משכנות יעקב חו"מ סי' לב (סי' כז במהד' וילנא), כותב שסברת הרא"ש היא "סברה קשה מאד", לומר שנוצר קנין בלי דעת המקנה. ראה בשמו בהערה 855 לגבי שואל טבעת.
יש"ש שם כותב שלפי הדין היסודי (לפני שקיבלנו על עצמנו לבישת טלית כחובה, כאמור ליד ציון הערה 876), שאדם אינו חייב להכניס את עצמו לחיוב ציצית, אין אומדנא שבעל הטלית מתכוון לתת את הטלית לשואל במתנה כדי שיוכל לקיים את המצוה, כיון שאין חיוב, שלא כמו בלולב. שעשועי צבי סי' א אות א, כותב שלפי יש"ש, מסיבה זו, גם אם אמר לו השואל שהוא רוצה לקיים את המצוה בטלית זו, אין אומדנא שהמשאיל התכוון להקנות לו. והוא מסביר שהרא"ש משיב על טענת היש"ש, שאין למשאיל להתערב בענייניו של השואל, אלא היות שהשואל רוצה לקיים את המצוה, ומודיע על כך למשאיל, די בכך כדי ליצור אומדנא שהמשאיל התכוון לתת באופן שיוכל השואל לקיים את המצוה כפי שהוא רוצה.
פתח הבית (טיקטין תק"פ), סי' א ענף ו (א ע"ד), מדייק מהט"ז שהרא"ש אינו מתכוון לומר שהשואל **חייב** לברך על הטלית, אלא שזו רשות, כמו שאשה יכולה לברך (ראה בדומה בשם מגן אברהם בהערה 964, לענין הלוקח טלית חברו בלי רשותו). אליה רבה, יד, ס"ק ו, כותב שטעם הרא"ש הוא שאפשר לקיים מצות ציצית בטלית שאולה, וגם לפי הסברו אף לרא"ש אין הטלית קנויה לשואל.

להניח שהיה בדעתו שאם לא תועיל ההשאלה, תהיה נתונה לשואל באופן אחר שמועיל[878]. אף שלא מועילה אומדנא הסותרת לגמרי דברים שאדם אמר[879], הרי כאן רואים כאילו אמר: "אני משאיל לך, ואם לא תועיל השאלה, יהיה במעמ"ל", ואילו אמר כך, לא היתה בכך סתירה פנימית, אלא סוף דבריו הוא רק תוספת על מה שאמר "אני משאיל"[880]. אף ששואל חייב באונס ומקבל מעמ"ל פטור מאונס[881], אין זו סיבה להניח שהמשאיל אינו מוכן שתהיה מעמ"ל, מפני שנוח לאדם שתיעשה מצווה בממונו גם אם הוא מסתכן בכך בהפסד[882]. גם אם השואל לא אמר למשאיל שהוא רוצה לקיים בה את המצוה, מניחים שהמשאיל הבין שיתכן שהוא שואל לשם כך, כיון שהיא מיועדת למצוה ומשתמשים בה רק למצוה, ולכן הוא מקנה לו כדי שיוכל לקיים את המצוה[883]. אבל זאת רק בטלית המיוחדת למצוות ציצית, כמו טלית של בית הכנסת או "טלית קטן", שברור שנתן לו כדי לעשות את המצוה ולברך עליה; אבל השואל סתם בגד בעל ארבע כנפות, שלובשים בתור בגד, אלא שמטילים בו ציצית משום שיש לו ארבע כנפות, אין השואל מברך עליו, כי אין סיבה להניח שהמשאיל השאיל לו לשם מצוה, שהרי ייתכן שהשאיל לו ללבישה סתם[884].

עצי ארזים, כח, ס"ק סב, כותב שבטלית שאולה אין מניחים שהתכוון למעמ"ל, מפני שבמעמ"ל בטלית התנאי בטל מטעם "תנאי ומעשה בדבר אחד" (ראה בשמו בסעיף 4), כך שהשואל לא יצטרך להחזיר, והמשאיל רוצה את טליתו חזרה, כפי שהסביר לגבי לולב - ראה בשמו בהערה 889.

שו"ת צמח צדק (לובאוויטש), אהע"ז, סי' צח, אות ה, כותב שהטלית אינה נתונה במתנה, מהטעם שליד ציון הערה 890. המחלוקת מובאת בשו"ת ציץ אליעזר חלק יג סימן טו.

טלית בלי ציציות: ערוך השולחן או"ח, יד, ט, כותב שבזמננו שלובשים טלית רק למצוה, מי ששאל טלית שאינה מצוייצת, גדולה או קטנה, חייב להטיל בה ציצת ולברך עליה, כי יש להניח שמטרת המשאיל היא כדי שהשואל יטיל בה ציצית ויקיים בה מצות ציצית, והתכוון לתת לו במתנה על מנת להחזיר, שהרי אין סיבה אחרת להשאיל טלית. אבל שו"ע או"ח, ד, ג, כותב שהשואל טלית בלי ציצית פטור להטיל בה ציצית, משמע גם בזמננו.

השוכר טלית: חתן סופר, או"ח, שער הגדילים, סי' כ, אות יב, כותב שהמשכיר טלית בוודאי אינו מתכוון למעמ"ל. אבל יש להעיר שייתכן שהוא מתכוון למכירה לזמן, שבה הקונה חייב בציצית.

[878] פתח הבית (טיקטין תק"פ), סי' א ענף ו (ב ע"א); שעשועי צבי סי' א אות א (עמ' ג).

[879] חידושי הריטב"א קידושין נ ע"א.

[880] שו"ת הרמ"ץ, או"ח, סי' ב, אות א.

אבל חתן סופר, או"ח, שער הגדילים, סי' כ, אות יב, מסביר בפשטות, צ"ל שהרא"ש סובר שאומדנא דמוכח מועיל גם נגד מה שאמר בפירוש.

[881] ראה סעיף 4.

[882] שו"ת אבן שתיה (דון יחיא) סי' ז (ט ע"א). כך עולה ממה שהוא כותב שמי **שיש לו טלית** כשרה, אלא ששאל מחברו טלית מהודרת יותר, אין להניח שהמשאיל התכוון למעמ"ל, מפני שיפסיד בכך שמקבל מעמ"ל פטור בגניבה ואבידה, ואדם אינו מוכן להפסיד (אפילו רק חשש עתידי להפסד) כדי שחברו יעשה בממונו מצוה מהודרת, אם היה יכול לעשות בשלו את המצוה בלי הידור. הוא מוסיף שאין לומר שבוודאי נתן במעמ"ל כי אל"כ תהיה ברכת המשאיל ברכה לבטלה, שהרי מותר לברך על טלית שהיא ממש שאולה, כמו שאשה יכולה לברך אף שהיא פטורה (ראה בשם מגן אברהם בהערה 964).

שו"ת נחלת יוסף (מייזליש), סי' לא, אות ד, וחתן סופר, או"ח, שער הגדילים, סי' כ, אות יב, נותנים תשובה אחרת לקושי שבטקסט: שגם אם הוא שואל, הוא פטור מאונס, ע"פ שו"ת הר"ן סי' כ, האומר ששואל ספר קודש פטור באונס, מפני שאין כל ההנאה שלו, שכן המשאיל נהנה מפרוטה דרב יוסף, שנפטר מלתת צדקה במשך ההשאלה כי העוסק במצוה פטור ממצוות אחרות (ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 150), וגם כאן, שהשאיל למצוה, השואל פטור באונס, א"כ אין לו הפסד ממה יהיה במעמ"ל. על פי זה כותב חתן סופר, שאם השאיל סתם בלי להזכיר שזה לקיום מצוה, כך שהוא חייב באונס אם הוא שואל כי אין פדר"י, הרי יש אומדנא שלא התכוון למעמ"ל. וזאת שלא כדעת שעשועי צבי, הערה 883, שגם בשואל סתם, מניחים שהתכוון למעמ"ל.

ראה ליד ציון הערה 861, הסברים אחרים מדוע אין מתחשבים בהפסד זה לענין משאיל טבעת לקידושין.

[883] שעשועי צבי סי' א אות א.

ארצות החיים, סי' יד, ארץ יהודה, אות ג, בתחלתו, כותב שגם אם לא ידע בעל הטלית שהשואל רוצה לקיים בה את המצווה, מניחים שהתכוון לתת לו במתנה, כמו שמותר לקחת טלית של חברו בלי ידיעתו בגלל הנחה זו (כאמור ליד ציון הערה 964). אבל בסוף דבריו כתב שאם לא ידע שהשואל רוצה לקיים את המצוה, אין מניחים שהתכוון למתנה, כיון שהטלית עלולה להינזק באונס, ומקבל מעמ"ל פטור מאונס (ראה סעיף 4), ואין אומרים שנוח לאדם שתיעשה מצוה בממונו בלי ידיעתו אם ייפסד מכך (ראה ליד ציון הערה 862 ואילך, תשובות על טענה זו לענין שואל טבעת לקדש בה אשה, וחלקן שייכות גם כאן). אבל ראה הערה 964, שהוא אומר שהנוטל טלית של חברו שלא בידיעתו, אכן חייב באונס; ולא ברור מה ההבדל בין המקרים. לעומתו, שו"ת הרמ"ץ, או"ח, סי' ב, אות א, וחתן סופר, או"ח, שער הגדילים, סי' כ, אות יב, כותבים שיש מקום לומר שכאן זה יותר גרוע מהנוטל טלית חברו שלא מדעתו, כי המשאיל אמר בפירוש לשון השאלה, ויותר קשה לומר שהתכוון למתנה.

[884] ט"ז או"ח, יד, ס"ק ד; שו"ע הרב, או"ח, יד, ז; ארצות החיים, סי' יד, ארץ יהודה, אות ג; ר' מרדכי זאב אורנשטיין, בישועות יעקב, או"ח, סי' יד, בסופו (יא ע"ג); שו"ת נחלת יוסף (מייזליש), סי' לא, אות א; ערוך השולחן או"ח, יד, י.

השואל **סודר** כדי לקנות בו בקנין סודר, יכול לקנות בו[885], מפני שיש להניח שהמשאיל נתן לו באופן שיועיל, היינו במתנה ולא בהשאלה[886].

לעומת זאת, ביום טוב ראשון של סוכות, שבו אדם יכול לקיים מצוות נטילת ארבעת המינים רק בלולב (ובשאר המינים) השייך לו, השואל **לולב** אינו יכול לקיים בו את המצווה[887], ואין אומרים שיש להניח

שו"ת נחלת יוסף (מייזליש), סי' לד, אות ב, מקשה, הרי אפשר לברך על טלית של חברו אף בלי ידיעתו, כאמור ליד ציון הערה 963, מתוך הנחה שאדם רוצה שתיעשה מצוה בממונו, וקל וחומר כאן, שהוא משאיל את הטלית, שיש להניח שהוא מתכוון לתת במתנה כדי שהלה יוכל לברך עליו, כי הוא רוצה שתיעשה מצוה בממונו? הוא מיישב על פי הדעה (ראה הערה 963) שאם בעל הטלית נוכח, אסור לברך עליה בלי ידיעתו אלא צריך לבקש ממנו רשות, ולכן גם כאן אסור לברך עליה בלי לשאול אותו; זאת לעומת טלית מיוחדת למצוה, שמותר לברך עליה בלי לשאול את בעליה, כי הוא בוודאי נותן אותה במתנה (ראה בשמו בהערה 870).

ים של שלמה חולין פרק ח סימן נג (הובא בט"ז שם) כותב שגם מי ששואל טלית כדי לעלות לתורה או להתפלל כשליח ציבור, אינו יכול לברך עליה, מפני שאין חובה ללבוש אז טלית, ולכן אין הוכחה שהמשאיל התכוון להקנות לו אותה. כמו כן, שו"ת האלף לך שלמה או"ח סימן שנד, כותב שש"ץ ששואל טלית לומר סליחות, המשאיל אינו מתכוון להקנות לו כיון שהש"ץ מתעטף רק מפני כבוד הצבור. אבל שו"ת שער אפרים סימן יט, כותב שגם בנידונו של יש"ש, יש להניח שהמשאיל התכוון למתנה. שולחן ערוך הרב או"ח יד, ח, ובקונטרס אחרון, יד, ס"ק ג, כותב שבכגון זה, אם המשאיל יודע שהשואל לובשו לשם מצות ציצית, יש להניח שהתכוון לתת לו במתנה על מנת להחזיר, ולכן השואל מברך עליו, אבל אם המשאיל חושב שהשואל אינו לובש אותה לשם מצות ציצית אלא מפני כבוד הציבור, אין סיבה להניח שהתכוון לתת לו במתנה על מנת להחזיר, ולכן השואל אינו חייב לברך עליה, אבל הוא רשאי לברך. פתחי שערים, על שערי אפרים, שער י, סעיף ח, עושה הבחנה אחרת: אם המשאיל לא היה לבוש בטלית, מן הסתם התכוון להקנות אותה לשואל, אבל אם המשאיל היה לבוש בה, והוא משאיל אותה לזמן קצר כדי שהשואל יוכל לעלות לתורה וכדומה, אינו מתכוון להקנות לו. ערוך השולחן או"ח, יד, י, כותב שאם שאל אותו לזמן קצר כמו לעלות לתורה, או להיות מוהל או סנדק, אינו מברך, כי לא השאילו מפני המצוה אלא מפני דרך ארץ, אבל ש"ץ ששאל טלית כדי לעבור לפני התיבה או כהן ששאל כדי לעלות לדוכן, מברך, כי זה כמו תפלה.

הבחנה: ארצות החיים שם כותב שגם בסתם בגד בעל ארבע כנפות, אם בשעת ההשאלה היו "בעליו עמו", מניחים שהתכוון להקנות במעמ"ל, ואף שבדרך כלל אין אומרים כך (אם אין הוכחה שהשואל מתכוון למצוה) כי יפסיד מכך שמעמ"ל פטור מאונס (ראה בשמו בהערה 877), הרי כאן גם אם ייחשב שואל ייפטר מאונס, מטעם "בעליו עמו", כך שאין לו הפסד. וראה ליד ציון הערה 891, שספורנו כותב כך בכל "בעליו עמו".

דעה חולקת: אדני פז, או"ח, יד, ג, כותב שהשואל יכול לברך גם על סתם בגד, שהרי מותר ליטול טלית של אדם אחר ולברך עליו (כאמור ליד ציון הערה 963), וק"ו כאן שבעל הבגד נתן לו רשות להשתמש בו. משנה ברורה, יד, ס"ק יא, מביא שיש שמצריכים לברך גם בטליתות אלו (שהזכירו הט"ז וישי"ש). דרך החיים, סי' ט אות ג, כותב שמספק יכוון השואל לא לקנות את הטלית. ר' שלום מרדכי סגל, "בענין פדיון בסלעים שקנה אבי הבן מהכהן", בית אהרן וישראל גל' ח עמ' פח, מקשה, אם בעל הטלית מתכוון להקנות לו, מה יועיל שיתכוון לא לקנות, הרי אלו דברים שבלב? והוא מעלה אפשרות שכוונת דרך החיים היא **שיאמר** בפיו שאינו רוצה לקנות.

[885] רמ"א חו"מ, קצה, ד (הובא בשו"ת באר דוד (פרנקל) סימן לא (ד"ה ועוד עיקר), ובבית אהרן וישראל גל' ח עמ' פח).

דעה חולקת: שו"ת הסבא קדישא ח"ב אהע"ז סי' יג (עמ' סה), מדייק מתוס' הרא"ש ב"מ מו ע"א, ומתוס' רבינו פרץ ב"מ מו ע"א, שלדעתם לא מועיל קנין סודר בכלי שאול גם אם ידע המשאיל את מטרת השואל. עולה מדבריו, שההבדל בין שואל טבעת שבו הרא"ש אומר שמניחים שהמשאיל התכוון למתנה (כאמור ליד ציון הערה 855), הוא שיש מצוה בקידושין, ונוח לאדם שתיעשה מצווה בממונו, מה שאין לומר בהקנאה בסודר.

אבל לחם שלמה (בולה), הלכות קנין סודר, סי' כד, בסופו, כותב שגם לרבינו פרץ, אם השאיל לו כדי לקנות בו, הקנין מועיל.

[886] ביאור הגר"א, חו"מ, קצה, ס"ק כד; חקרי לב חו"מ ח"א סי' קמא (ריט ע"א), בדעת חידושי הריטב"א (החדשים), ב"מ מו ע"א; לחם שלמה (בולה), הלכות קנין סודר, סי' כד ("כמקנה סודרו לקונה") בדעת שו"ת הרשב"א חלק א סימן אלף יט.

שו"ת צמח צדק (לובאוויטש), אהע"ז, סי' צח, אות ד, מנמק שהשואל יכול לזכות בו כמעמ"ל כי מן הסתם המשאיל אינו מקפיד על כך, כיון שדי אם הקונה נותן למקנה את הסודר עמ"ל, ולכן השואל זוכה גם אם המשאיל השאיל לו סתם ולא לשם קנין חליפין (שאז הנימוק של הגר"א לא שייך).

הריטב"א שם, וב"מ ז ע"א, וב"י, חו"מ, קצה, ג, אומרים שאפשר לקנות בסודר שאול גם אם זו השאלה ולא מתנה. החידוש כאן הוא לדעת מרדכי, ב"ב סי' תקסה, שאם הוא שאול אי אפשר לקנות בו, ובכל זאת אם ידע המשאיל את מטרת השואל, מניחים שהתכוון לתת לו את הסודר במתנה.

[887] שו"ת הרשב"א חלק ד סימן רעג; שו"ע, או"ח, סי' תרמט, ב, וסי' תרנח, ג; לבוש, או"ח, תרמט, א; יד אהרן, או"ח סי' תרנח, בדעת ר' מנוח, הל' לולב, ח, י; ערוך השלחן, או"ח, סי' תרמט, ד, וסי' תרנח, טז.

שו"ת צמח צדק (לובאוויטש), אהע"ז, סי' צח, אות ה, כותב שכך הדין גם לפי הדעה שנביא בהערה 974, שבאתרוג של קהל אין אומרים שמן הסתם כל אחד נותן את חלקו לחברו במתנה.

שהמשאיל התכוון לתת לו אותו במעמ"ל. טעם אחד להבדל בין שואל לולב לבין שואל טבעת לקדש בה, הוא, שלולב שאול פסול מגזירת הכתוב "ולקחתם לכם"[888] - משלכם, שמשמעותה היא שהתורה פסלה כל לולב שניתן בלשון השאלה, ובכך הורתה לנו שלא לפרש את לשונו שהתכוון למתנה; משא"כ בקדושין שרק מצד הסברא שאול אינו מועיל, מפני שצריך שהמקדש יתן לאשה כסף משלו, ואין גזירת הכתוב[889]. טעם אחר

דעה חולקת: בית שמואל, כח ס"ק מח (הובא במלואת אבן, כח, יט, דף סט ע"ב), מגן אברהם, יד, ס"ק ח (הובא בשו"ת הר צבי, או"ח, ח"ב, סימן קיב), והדרת ישראל, תרמט, קכח (אבל הדרת ישראל, תרנח, שז, ס"ק יד, מביא את שתי הדעות), כותבים שהשואל לולב, ואמר למשאיל שהוא רוצה לקיים בו את המצווה, יש אומדנא שהמשאיל התכוון להקנות לו כדי שיוכל לצאת בו (מגן אברהם סותר בכך את מה שכתב בסי' תרנח - ראה הערה 889; אבל אליה רבה, תרנח, ס"ק ד, ובכורי יעקב תרנח ס"ק ז, מבינים שגם מג"א סי' תרנח מתכוון לומר שמניחים שהתכוון למתנה). חיי אדם, כלל קנב, סעיף ג, מביא דעה שהשואל יצא אם המשאיל חשב שיוצאים בשאול, כי מן הסתם התכוון לתת באופן שהשואל יוכל לצאת בו. פמ"ג, או"ח, יד, משבצות זהב ס"ק ה, ומחצית השקל, תרמט, ס"ק ט, כותבים שאם השאיל בסתם, נחשב מעמ"ל, ומה שאמר שו"ע שם שאינו יוצא בשאול הוא אם המשאיל אמר בפירוש שהוא נותן בהשאלה **ולא** במתנה (אבל שעשועי צבי סי' ב אות ד, כותב שדחוק לפרש כך את השו"ע). ביכורי יעקב, תרמט, ס"ק טו, כותב שאם שאל אותו כדי לצאת בו, יצא בדיעבד, כי מניחים שנתן לו במעמ"ל, אבל זאת רק אם המשאיל יודע שאין יוצאים בשאול (אבל ראה ליד ציון הערה 857, שלענין טבעת אין זה משנה אם לא ידע), ואינו בפנינו שנשאל אותו האם התכוון למתנה. משנה ברורה, תרמט ס"ק טו, כותב שרק אם אמר לו המשאיל בפירוש שהוא נותן לו רק בתורת השאלה ולא במתנה, לא יצא, אבל בסתם, יצא, משמע שהלולב קנוי לשואל גם אם הזכירו לשון השאלה. ארבעת המינים (ויינר), תרנח, ג, ס"ק א, כותב שאם השאיל לו לצאת בו, מניחים שהתכוון להקנות לו, אבל אם השאיל לו לפני החג שלא לצורך המצוה, אינה מתנה. פתח הבית (טיקטין תק"פ), סי' א ענף ו (א ע"ד), ושו"ת נחלת יוסף (מייזליש), סי' לא, אות א, וסי' לד אות ב, מביאים כאילו הרא"ש כותב ששואל לולב יוצא בו אם המשאיל יודע שהשואל רוצה לצאת בו, כי הוא מתכוון למעמ"ל (כנראה הוטעו ממה שרא"ש, סוכה, פ"ג, סי' ל, כותב שהנותן אתרוג **במתנה סתם**, מתכוון עמ"ל).

חמד משה, יד, ס"ק ג, כותב שלדעת הרא"ש, גם בלולב אומרים שהמשאיל התכוון למעמ"ל, ומה שמיעטה התורה שאול, הוא לומר שאין יוצאים אם המשאיל התכוון **רק** לשאלה.

רי"ז סגל, "בדין אומדנא ותנאי", בית אהרן וישראל גל' כח עמ' נד, כותב שהאומר לחברו "אני מרשה לך ליטול את לולבי" נחשב כאילו אמר לו "לך חזַק וקנֵה", וזו מתנה.

הבחנות שונות: שו"ת שפת הים, אהע"ז, סי' יא (עא ע"ב-ע"ג), כותב שהשואל לולב כדי לצאת בו, יצא, כי המשאיל התכוון להקנות לו, אבל אם המשאיל אמר "יהיה שלך עד שתצא ואח"כ יהיה שלי", לא יצא, כי המשמעות היא שלא נתן לו קנין הגוף (שהרי אילו היה לו קנין הגוף, היה צריך להקנות למשאיל חזרה אחרי שיצא בו, ומדבריו משתמע שהוא רוצה שיהיה שלו בלי הקנאה חזרה), אלא יהיה שלו רק לענין לצאת בו (והוא כותב שהדין כך גם בקידושין - ראה הערה 855). הוא מעלה אפשרות שגם אם לא אמר "ואח"כ יהיה שלי" ורק אמר "יהיה שלך עד שתצא", לא יצא כי המשמעות היא שנתן רק בתורת השאלה.

מחנה יהודה, רמא, ט (רכג ע"א), מבין שמגן אברהם סובר שאם המשאיל אמר במפורש שהוא משאילו **לצאת בו**, יצא. ואילו מחנה יהודה אומר שאין סיבה להבדיל בין זה למשאיל סתם, מפני שמן הסתם מטרתו היא לקיים בו את המצוה. אבל יש להעיר שלפי הסברו של מחצית השקל בדעת מגן אברהם (ראה הערה 889), אין הבחנה כזאת בדברי מגן אברהם.

פתח הבית (טיקטין תק"פ), סי' א ענף ו (ב ע"ב) מעלה אפשרות שגם לפי בית שמואל שם, הלולב נחשב מתנה רק אם המשאיל ידע ששאול פסול, אבל אם חשב ששאול כשר אין מניחים שהתכוון למעמ"ל, שלא כמו במשאיל טבעת (ליד ציון הערה 857); וכן אם לא ידע שהשואל רוצה לצאת בו, אין להניח שהתכוון לתת מתנה, כי לולב מתקלקל ע"י השימוש.

בכורי יעקב, תרמט, ס"ק טו, ומשנה ברורה, תרמט, ס"ק טו (הובא בבית אהרן וישראל גל' קכג עמ' קסז, וגל' קכד עמ' קנז), כותבים שאם נתן לחברו לולב סתם, ולא ידע שאין יוצאים בשאול, השואל אינו יוצא בו, כי אין סיבה להניח שהתכוון לתת לו מתנה. אבל שו"ת משנה הלכות חלק ו סימן רנ, מדייק מתוס' סוכה מא ע"ב (ד"ה אא"כ), ממגן אברהם, תרנח, ס"ק ג, ומחידושי חתם סופר, סוכה מא ע"ב (ד"ה ועי' מגן אברהם), שגם אז יצא.

ארצות החיים, סי' יד, ארץ יהודה, אות ג, כותב שאם לא ידע בעל הלולב שחברו רוצה לצאת בו, אין אומרים שהוא מתכוון להקנות לו מצד שנוח לו שתיעשה מצוה בממונו.

שואל מצה: ט"ז, תנד, ס"ק ד (הובא בשו"ת באר שרים ח"ג סי' נה אות ג), ומשנה ברורה, תנד, ס"ק טו, כותבים שהשואל מצת מצווה בפסח, המצה קנויה לו כי כוונתו לאכול אותו ולהחזיר מאכל אחר או את שווייו; ונימוק זה שייך בכל שואל מאכל. אבל זאת לא מתנה אלא מכר, כיון שהשואל חייב להחזיר מאכל או תמורה אחרת.

[888] ויקרא כג, מ.

[889] ט"ז או"ח, יד, ס"ק ה.

לקט מנחם (תרע"א) דף כט ע"ד, מסביר את דברי הט"ז, שאין לומר שהפסוק ממעט רק גזול, שהרי גזול פסול בלאו הכי משום מצווה הבאה בעברה, ומכאן שהפסוק בא למעט שאול, כדברי תוס', סוכה ל ע"א (ד"ה משום). הוא מחדש לפי זה שביו"ט שני של גלויות, שאין לגביו גזירת הכתוב, אלא שצריך שיהיה "לכם" כי הוא ספק יום ראשון, שאול כשר, כי מניחים שהתכוון לתת באופן המועיל, במתנה. אבל משנה ברורה, תרמט, ס"ק נא, כותב ששאול פסול גם ביו"ט שני.

כעין הסבר הט"ז הסביר גם שו"ת כנסת יחזקאל, סי' כג, ובדבריו נוסף הסבר גם לגבי טלית: "לכם" לא הוצרך לפסול גזול שהרי גזול פסול בלאו הכי מטעם מהב"ע, ועל כרחנו הפסוק בא לומר ששאול פסול, ושאין אומרים שהמשאיל התכוון למעמ"ל; ואילו בציצית אפשר לומר ש"כסותך" (דברים כב, יב) בא ללמד שטלית שאולה **שאינה** מצויצת, אין חובה להטיל בה ציצית כמש"כ הרא"ש, חולין פרק ח, סי' כו, אבל טלית **מצוייצת** שאולה, אפשר לקיים בה את המצווה

בגלל האומדנא שהמשאיל התכוון למתנה (וכך הסבירו גם יד אפרים, בגליון השו"ע הנפוץ, על הט"ז שם [הובא בשבט סופר, חולין קלו ע"א], אורח נאמן או"ח סי' יד, הגהה ב מבן המחבר, ושו"ת נחלת יוסף (מייזליש), סי' לא, אות ט). בכך מיושבת קושיית שו"ת שערי צדק (פאנעט) או"ח סי' כה (ס ע"ג), על הט"ז, הרי הפסוק אינו אומר ששאול פסול, ואומר רק שצריך "לכם", וכאן זה נחשב "לכם". גם פרי צדיק (צרור), או"ח, יא, ז, מסביר את דין טלית בדרכו של הט"ז: שטלית מצויצת שאולה אינו מתמעט מ"כסותך", ורק מסברא א"א לברך על דבר שאינו שלו, שהרי התורה לא חייבה ללבוש טלית מצוייצת, אלא שמי שיש לו בגד ארבע כנפות משלו חייב להטיל בה ציציות, א"כ השואל טלית מצוייצת, שאינו עושה מעשה שהוא חייב בו, אינו יכול לברך; וכיון שזה לא נתמעט מהפסוק אלא מסברה, אפשר להשתמש באומדנא שהתכוון להקנות לו. מגן גבורים יא, ס"ק יד, מיישב בזה גם מדוע השואל חוטים אינו יכול להשתמש בהם לציצית (כפי שכתב מגן אברהם, יא, ס"ק יא), ואין אומרים שהמשאיל התכוון למעמ"ל: לפי האמור, מיושב, כי לגבי החוטים מוכרחים לומר ש"בהם" (במדבר טו, לח) בא למעט השאלה כזאת. אבל מגן גבורים מקשה על דברי כנסת יחזקאל, הרי יש סוברים שמהב"ע פסול רק מדרבנן, א"כ מהתורה צריך "לכם" למעט גזול; ועוד, שמש"כ הרא"ש שמניחים שהמשאיל התכוון לתת במתנה הוא **אחרי** ש"לכם" ממעט שאול, שהיות שהמשאיל יודע ששאול פסול, לכן מניחים שהוא נותן במתנה, וא"כ אפשר לומר ש"לכם" נכתב כדי שהנותן לולב יתן במעמ"ל ולא בהשאלה סתם (וכיו"ב כתב בכורי אברהם, בהקדמה, בעמוד השלישי, לגבי דברי הט"ז). ר' מרדכי זאב אורנשטיין, בישועות יעקב, או"ח, סי' יד, בסופו (יא ע"ג), משיב על הקושיה השניה (לגבי הט"ז), שגם אילו לא כתבה התורה ששאול פסול, היה נחשב מתנה, כמו שהרא"ש אומר לגבי טבעת לקידושין (ליד ציון הערה 857) שגם אם השואל אינו יודע ששאול פסול, מפרשים שהתכוון לאופן המועיל, ולכן זה מתנה (הוא מבין כנראה שגם אם לא היתה התורה ממעטת שאול מ"לכם", הדין היה ששאול פסול).

פתח הבית (טיקטין תק"פ), סי' א ענף ו (א ע"ד), עין חיים ח"א סי' פג אות יג, ושו"ת משנה הלכות חלק ו סימן רנ, מקשים על הט"ז, אולי התורה פסלה רק אם אמר "אני נותן רק בתור שאלה **ולא** כמתנה", אבל בסתם השאלה, יצא. משנה הלכות מקשה עוד על הט"ז, אולי מהתורה שואל סתם אכן אינו "לכם", אלא ש"ישראל קדושים הם", ומתכוונים לתת באופן שהשואל יצא. עוד הוא מקשה, אולי התורה פסלה רק אם הנותן אינו יודע שהשואל מתכוון לצאת, אבל אם הוא יודע שכוונתו לצאת, מניחים שהתכוון לתת לו במתנה (וכך הקשה גם יד אפרים, בגליון השו"ע הנפוץ, על הט"ז שם). בכורי אברהם, בהקדמה, בעמוד השלישי, מקשה על הט"ז, שייתכן שמה שמיעטה התורה שאול הוא לענין הנוטל לולב שלא מדעת בעליו, שהיה מקום להתיר כי נוח לו שייעשה מצוה בממונו, ובכל זאת לא יצא כי הוא שאול (אבל יש להעיר שגם שם יש מקום לומר שבעל הלולב מתכוון להקנותו במתנה למי שנוטלו - ראה ליד ציון הערה 966). ר' מרדכי זאב אורנשטיין, בישועות יעקב, או"ח, סי' יד, בסופו (יא ע"ד), מקשה על הט"ז, אולי התורה הוצרכה לכתוב ששאול פסול מפני שאילו לא ידענו ששאול פסול, נכון שהיה יוצא כי מפרשים שהתכוון למעמ"ל, אבל היינו חושבים שהלולב באמת שאול, והשואל חייב באונס, ואחרי שהתורה כתבה ששאול פסול, אומרים שהמשאיל התכוון למעמ"ל והשואל פטור באונס. עוד הקשה, אולי הוצרך פסוק לפסול לולב שאול מגוי, שבו אין אומרים שהתכוון למתנה, כי גוי אינו מעוניין שיהודי יעשה מצוה בממונו, ואף שהפקעת הלוואתו מותרת, אי אפשר לקיים בו את המצוה לפי היראים השלם, סי' תכב, האומר שלולב שנגזל מגוי אינו נקרא "לכם" (ראה הערה 857 על גוי שהשאיל טבעת קידושין). שו"ת נחלת יוסף (מייזליש), סי' לא, אות ח, משיב על קושיה זו, שא"א לומר שהפסוק בא למעט שאול מגוי, כי לפי ר' ישעיה, המובא בראי"ש סוכה פ"ג סי' ל, הטעם ששאול פסול הוא כי השואל חייב באונס, והרי אין חיוב שומר בנכסי גוי (ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 1323-1327), א"כ יוצאים בלולב השאול מגוי; אבל הוא מעיר שלפי הרא"ש שם הטעם ששאול פסול הוא כי אין לשואל קנין הגוף, ואם כן גם שאול מגוי פסול. הוא עצמו מקשה בדומה על הט"ז (באות ט), שייתכן שהוצרך פסוק לפסול לולב שאול מקטן, שבו אין אומרים שהתכוון למתנה, כי אין לומר לגביו שהוא מעוניין שתיעשה מצוה בממונו (יש להוסיף, שגם אם התכוון הקטן למתנה, אינו יכול להקנות). טיב קידושין, כח ס"ק נד, דוחה את דברי הט"ז, שאפשר לומר שהתורה פסלה אתרוג שאול מפני שלולא זה המשאיל לא היה מתכוין למתנה; ועוד, התורה מלמדת בכך שאם אמר בפירוש שהוא נותן דוקא בהשאלה, השואל לא יוצא; ועוד שאילולא התורה שאול, היה מותר ליטול את הלולב של חברו בלי ידיעתו, כי נוח לו שתיעשה מצוה בממונו, אבל עכשו שפסלה התורה שאול, אינו יוצא בו כי אינו שלו (ראה על כך ליד ציון הערה 966).

טעמים אחרים: מגן אברהם, תרנח ס"ק ג (כמוסבר במחצית השקל שם) (הובא בבית אהרן וישראל גל' ז עמ' עח) מסביר שבקידושין אין צורך שהטבעת תהיה של המקדש, אלא צריך שהאשה תקבל דבר מהמקדש, שלא יהיה גזל ביד האשה, ומדובר שהמשאיל לא ידע שאין אשה מתקדשת בדבר שאול (ראה בשמו בהערה 857), ומניחים שלכן אמר לשון השאלה, ואילו ידע שאינה מתקדשת בדבר שאול היה נותן לו במתנה, ולכן אף על פי שאמר לשון השאלה, מקודשת, כי אמנם הטבעת אינה של המקדש, שהרי הוא קיבל אותה בהשאלה ולא במתנה, אבל אינה גזל ביד האשה, שהרי כשיוודע למשאיל שאין אשה מתקדשת בדבר שאול, יתן לו במתנה; אבל לולב צריך להיות "לכם", ולכן לא מועיל שכשייוודע למשאיל שאינו יוצא בשאול, יתן אותו במתנה, כיון שבשעת הנטילה אינו "לכם". שו"ת צמח צדק (לובאוויטש), אהע"ז, סי' צח, אות ט, מקשה על מגן אברהם, איך אפשר לקדש בדבר שיהיה שלו רק אח"כ, כשיוודע למשאיל (ובדומה הקשה ערך שי, או"ח, תרנח, ג)? ועוד, אולי לעולם לא ייוודע לו שאין אשה מתקדשת בדבר שאול. הוא מעלה אפשרות שכוונת המגן אברהם היא שאף אם המשאיל התכוון להשאלה בלבד, בכל זאת הרי נתן לו את הטבעת כדי לקדש בה, אלא שלא ידע שא"א לקדש בדבר שאול, אבל רצונו היה לתת לו באופן שיועיל לקדש בה, ובלבד שלא יפסיד (המשאיל), ולכן יוכל השואל לזכות בטבעת **מעצמו**, שתהיה שלו במתנה ע"מ להחזיר, שהמשאיל בוודאי אינו מקפיד על כך, ולכן אינו גזל, ויש כאן שינוי רשות, שהמקדש נותן למתקדשת בנתינה גמורה, אלא שאינו "שלכם" ממש כיון שהוא זוכה **מעצמו**, ולכן בלולב אינו יוצא. שערי ציון (סופר), ח"א, סי' א, ענף ג, מבאר את דברי מגן אברהם בדומה לזה, ע"פ השיטה (הערה 795) שכדי שדבר יהיה קנוי צריך כוונת המקנה **להקנות**, ואם המקנה רק **מסכים** שהמקבל יקח אותו, זה רק מסלק את איסור

הגזל ואינו עושה קנין. באות ו, הוא מבאר שהקידושין חלים בלי שהשואל זכה בטבעת, ע"פ נתיבות המשפט שמח ס"ק א, שכתב שהמקדש אשה בגזל גוי, מקודשת אף שאינו נחשב שלו לפי היראים הנ"ל, כי הוא הביא לה הנאה, ואף כאן מקודשת מטעם זה. ערך שי, או"ח, תרנח, ג (וכן שערי ציון שם, אות ח), מבאר את כוונת מגן אברהם ע"פ נודע ביהודה (בהערה 930), שכתב שמועילים קידושין בדבר שאין בעליו מקפיד עליו אף שאינו של המקדש, כיון שאין בו איסור גזל, והאשה זוכה בו ע"י יאוש ושינוי רשות, ואף כאן, שאנן סהדי שהמשאיל מוכן לתת מתנה, זה כמו יאוש, ואמנם אינו מתייאש מכל החפץ, שהרי אינו מוכן לתת אותו לחלוטין, אבל הוא כאילו התייאש מטובת הנאה זו שיהיה מעמ"ל, ומקודשת מטעם זה; אבל לענין לולב אינו נחשב "לכם" כי השואל אינו יכול לזכות ע"י יאוש בלבד. ערך שי מבאר את כוונת מגן אברהם בדרך נוספת, שאין כאן איסור גזל, כי אילו ידע היה נותן במתנה, כדברי הש"ך (הערה 945), אבל צריך כוונת המקנה להקנות או כוונת הקונה לקנות, וכאן המשאיל והשואל התכוונו להשאלה, ולכן אין כוונה לזכות, ולכן לענין לולב אינו "לכם", אבל לענין טבעת, האשה מקודשת, כי היא מתכוונת לזכות בה (אבל יש להעיר שאם כן, הוא כאילו מקדש אותה בדבר של הפקר). הוא מעלה אפשרות להסביר שהשואל זוכה בטבעת בקנין "יד", שמועיל בלי כוונה לקנות לכל מה שנמצא בתוך חלל ידו (ראה סעיף 6), ואילו השואל לולב אינו יכול לזכות בקנין יד, כי לא כל הלולב נמצא בחלל ידו; והוא מסתפק האם אפשר להסביר בכך מדוע שואל טלית קונה אותה - האם אפשר לומר שמה שנמצא על גופו נחשב כבתוך ידו; אבל הוא מעיר שלפי תוס' ב"ב נד ע"א (ד"ה אדעתא), לא מועיל קנין חצר (או "יד" שהוא כחצר) בדבר שהוא יודע שהוא בתוכו ואינו מתכוון לקנות אותו. יד אפרים, או"ח, תרנח, מבאר את כוונת מגן אברהם, שבקידושין די שלא יהיה גזול, משא"כ בלולב, שצריך להיות "לכם", ולכן לא מועילה ההשערה שאילו ידע שאין יוצאים בשאול, היה נותן במתנה, שהרי למעשה אינו יודע. יד דוד (קרלין) פ"ה אות קכב (נז ע"ג-ע"ד), מבאר ע"פ סברת מגן אברהם, מדוע בגיטין כ ע"ב מעלים אפשרות שאשה הנותנת לבעל נייר לכתיבת הגט, אינו זוכה בנייר כי היא אינה מתכוונת להקנות לו אלא להשאיל לו כיון שהנייר יחזור אליה (ראה ליד ציון הערה 955), ואין אומרים שמן הסתם היא מתכוונת שיהיה באופן המועיל, בהקנאה - התשובה היא ששם הנייר צריך להיות קנוי לבעל, כמו בלולב. אבל יד דוד תמה על סברת מגן אברהם, מה ההבדל בין קדושין לאתרוג, הרי גם באתרוג, אם בעליו אינו מקפיד עליו, השואל יכול לזכות בו, כי אינו גזל, וזה "לכם".

מחנה יהודה, רמא, ט (רכג ע"א), ושו"ת משאת משה ח"ב או"ח סי' ב (הובא באשל אברהם [אופנהיים], בגליון השו"ע הנפוץ, סי' תרנח, ס"ק ג, ובשו"ת ציץ אליעזר חלק יג סימן סד), וערוך השולחן או"ח, תרמט, ה (בהסברו השני), מסבירים שגם במשאיל טבעת אכן אין מניחים שהתכוון למתנה גמורה, כי אולי אינו מוכן לכך, אלא מניחים שהמשאיל מקנה לשואל **שוה פרוטה** בטבעת באופן המועיל, במעמ"ל או במתנה גמורה, ודי בכך לענין קידושין, והשאר שייך למשאיל, וכך גם בטלית, שהרי טלית של שותפים חייבת בציצית; ולכן בלולב לא יצא, שהרי מי שיש לו רק שותפות בלולב אינו יכול לקיים בו את המצוה. משאת משה מסביר שאין להניח שהמשאיל מתכוון לתת הכל במעמ"ל, שהרי אז השואל יהיה פטור מאונס וגנו"א, כפי שנראה בסעיף 4, והמשאיל רוצה שיהיה חייב באונס בתור שואל (ראה ליד ציון הערה 862 ואילך, תשובות על טענה זו לענין שואל טבעת לקדש בה אשה, וחלקן שייכות גם כאן). מגן גבורים, יא, ס"ק יד, מיישב בזה גם מדוע השואל חוטים ע"מ להחזירם אינו יכול להשתמש בהם לציצית (כאמור לעיל בהערה זו), ואין אומרים שהמשאיל התכוון למעמ"ל - כי ציצית מחוטים של שותפים פסולה, שנאמר "להם". בדומה מסביר שו"ת נחלת יוסף (מייזליש), סי' לא, אות ט, שמניחים שהמשאיל התכוון להקנות לו קנין הגוף לזמן קצוב, והם כמו שותפים, ולכן באתרוג לא יצא כי אין יוצאים באתרוג של שותפות, אבל בטלית המקבל יכול לברך, כי טלית של שותפים חייבת בציצית. בדומה מסביר חתן סופר, או"ח, שער הגדילים, סי' כ, אות יב, שאין סיבה להניח שהוא מתכוון להקנות הכל במעמ"ל, מצד שנוח לו שתיעשה במצוה בממונו, שהרי לא יהיה חלק בעשיית המצווה, שהרי אז כבר לא יהיה שלו, ואמנם הוא **גורם** את קיום המצוה, אבל גרמא זו אין די בה ליצור אומדנא שיכולה לבטל את דבריו המפורשים, שנקט לשון "שאילה"; ורק בטלית יש מקום שהניח שהוא מתכוון לתת לו חלק מהטלית, וזו תהיה טלית של שותפים, שחייבת בציצית, ונמצא שבשעת קיום המצוה, יש לנותן חלק במצוה שהרי הלה עושה מצוה בחפץ שלו, לכן יש אומדנא דמוכח שהוא רוצה להקנות, מה שאין לומר באתרוג, שאין יוצאים בו אם הוא של שותפים; וגם לגבי קדושין מניחים שהמשאיל מקנה לו פרוטה מהטבעת, והשאר נשאר שאול, והמקדש יודיע לאשה שהטבעת שאולה, כך שהוא מקדש אותה בפרוטה ובהנאת השימוש, וכיון שגם בחלקו של המשאיל נעשה מצוה, יש אומדנא שהמשאיל רוצה להקנות לו (אבל הוא מעיר שמסתימת לשון הרא"ש לא משמע שהוא מקנה חלק). בדומה מסביר ר' פנחס מרקסון, "בענין לכם בציצית", בית אהרן וישראל גל' קכד עמ' קנח, שאי אפשר לומר שהשואל קונה את החפץ לגמרי על סמך הנחה שהמשאיל התכוון לכך, כי כדי להקנות צרידרצון חיובי של המקנה (כדעה ליד ציון הערה 795), אלא השואל זוכה רק בזכות שותפות בנכס, כי לשם כך אין צורך ברצון חיובי אלא די באומדנא שהמשאיל מוכן לתת לו שותפות, כיון שאין בכך הוצאה מבעלותו, כמו שבחזקת תשמישין מועילה מחילה, היינו הסכמת בעל הנכס, כי זה לא הוצאה מבעלותו אלא הקנאת זכות ושעבוד בנכס; ובציצית ובטבעת די שתהיה לשואל שותפות, משא"כ בלולב. אלא שהוא כותב כך כדי למסביר מדוע משנה ברורה (הערה 887) אומר שלגבי לולב, חלה מתנה רק אם ידע בעל הלולב שאין יוצאים בשאול, ואילו לגבי טלית, חלה מתנה גם אם בעל הטלית לא ידע זאת; ונמצא שלדעתו חלה מתנה מכללא אם בעל הנכס ידע על הצורך בהקנאה, כי זה נחשב שיש לו רצון חיובי להקנות, אף שלא אמר בפירוש שהוא מקנה, ורק אם בעל הנכס **לא ידע** על הצורך בהקנאה, לא חלה מתנה מכללא, כי לא די בכך שאילו ידע היה מקנה. הבחנה דומה עושה ים התלמוד (תרכ"ב) - שו"ת מפרשי הים דף סד ע"ג, בין אתרוג **לסוכה**: סוכה שאולה כשרה כי מניחים שהמשאיל נתן אותו באופן המועיל, היינו שיהיו שותפים בו, שהרי סוכת שותפים כשרה, מה שאין לומר באתרוג, שכן אתרוג של שותפים פסול. אבל שו"ת שפת הים, אהע"ז, סי' יא (עא ע"ב) דוחה הסבר זה של משאת משה, שהרי הרא"ש מחייב מעמ"ל באונס (ראה סעיף 4); ועוד, שאם המשאיל הקנה לשואל רק שו"פ בטבעת, אינו יכול לקדש את האשה סתם, שהרי היא חושבת שכל הטבעת תהיה שלה (גם מגן גבורים שם מקשה את הקושיה השנייה)? גם קרבן אליצור דף קעו ע"ג דוחה את דברי משאת משה. מחזיק ברכה, או"ח, יד, ג, דוחה את דברי

משאת משה, שהרי הרא״ש היה צריך לומר פרט חשוב זה, שהמשאיל מקנה לו רק שו״פ, וממילא המקדש צריך להודיע לאשה שהוא מקדש אותה רק בשו״פ שקנוי לו. גם חקרי לב חו״מ ח״א סי׳ קמא (ריט ע״ג-ע״ד) דוחה את הסברו של משאת משה בגלל קושיות אלה של שפת הים ושל מחזיק ברכה, ומוסיף להקשות, מדוע יש להניח שהמשאיל מוכן לתת רק שו״פ, מה איכפת לו לתת את הכל במעמ״ל, הרי הוא לא מפסיד מזה, כיון שהטבעת כבר שאולה לשואל, וההפרש היחיד בין השאלה למעמ״ל הוא קנין הגוף?

מחנה יהודה, רמא, ט (רכג ע״א), הסביר בדרך נוספת: שגם בטבעת אין זו מתנה, אלא האומדנא היא שבעליה משאיל אותה למקדש ע״מ שיוכל לתת אותה במתנה לאשה ויחזיר לו את דמיה, וזה לא מועיל בלולב, שבו גם אם שאל ע״מ לצאת בו לא יצא.

שו״ת בית יעקב (צויזמיר), סי׳ קיד, מסביר שיש סוג של מעמ״ל שהוא כמו שאילה, שצריך להחזיר, ויש סוג שקנוי למקבל לגמרי (ראה בשמו בסעיף 4, הבחנה זו), ובלולב, שגם אם אמר ״יהיה שלך עד שתצא בו ואח״כ יהיה שלי״ לא יצא כי הוא כמו שאול, יוצא רק במעמ״ל מהסוג שהוא מתנה גמורה, ואילו בקידושין ובציצית די במעמ״ל מהסוג החלש; ולכן לגבי שואל טבעת, האשה מקודשת כי מניחים שהמשאיל התכוון שתהיה של המקדש במעמ״ל מהסוג שאינה קנויה למקבל, ודי בכך, וכן בטלית שאולה מניחים שהמשאיל התכוון למעמ״ל (בדרגה נמוכה) שהיא כמו שאולה; אבל זה לא מועיל בלולב, שבו יצא רק אם נתן לו במתנה לגמרי (כלומר האומדנא מועילה לומר שאף שאמר לשון שאילה, התכוון למעמ״ל בדרגה נמוכה, שהיא כשאילה, ולכן השואל יכול לקדש בה ולברך על הטלית; אבל האומדנא אינה יכולה להפוך לשון ״שאילה״ למעמ״ל מהסוג שהוא מתנה גמורה, כי זה שונה מדי מהשאטלה). שרשי הים ח״ג, הל׳ זכיה, ג, ט (כב ע״ד), מסביר שכוונתו היא שאדם יכול לקדש אשה בדבר שקנוי לו רק לפירות, אבל בלולב המצוה מתקיימת רק אם גם הגוף קנוי לו, וכיון שהמשאיל נתן בלשון השאלה, אין מפרשים את דבריו כך. אבל שרשי הים מקשה עליו, שהרא״ש בקידושין ובב״ב משווה קידושין ולולב זה לזה. שו״ת לבושי מרדכי או״ח מהדורא תניינא סימן א, מסביר את כוונת בית יעקב על פי תוס׳ סוכה ל ע״א (ד״ה משום) שכתבו שלא צריך למעט לולב גזול מ״לכם״, שהרי הוא פסול בלאו הכי מטעם מצוה הבאה בעבירה, והפסוק הוצרך רק למעט שאול, וכיון שיש מיעוט מיוחד לשאול, כל עניני שאול בכלל המיעוט, וגם מתנה לזמן פסולה; משא״כ בטלית גזולה, אין פסול של מצוה הבאה בעבירה, לפי כפות תמרים סוכה ל ע״א (ד״ה מתוך), שכתב שבמצוה שאינה חובה אלא במי שמביא עצמו לידי חיוב, אין פסול מצוה הבאה בעבירה, וא״כ ״כסותך״ ממעט גם גזול וגם שאול, ולכן הוא מעט רק שאול ממש שאין בו קנין כלל, אבל מתנה לזמן, כשרה בטלית ולקידושין.

בדומה מסביר מקור חיים, תמח, ס״ק ח, דף לב ע״א במהד׳ לבוב (והועתק בחידושי יעב״ץ, אלטנקונשטאט, עמ׳ קכז, בלי ציון המקור), ע״פ הנחתו שמי שיש לו רק קנין פירות בחפץ, אינו נחשב שלו לענין לולב, אבל הוא נחשב שלו לענין קידושין וציצית; וכאן שיש אומדנא דמוכח שהמשאיל רוצה את החפץ חזרה, אין זו מתנה על תנאי אלא מתנה עם שיור (עיי״ש להוכחתו לכך), ולכן יש למקבל רק קנין פירות (ראה בשמו בסעיף 4), ולכן כאן החפץ נחשב של המקבל רק בקדושין ובטלית ולא בלולב. אבל שער החיים [ספר החיים] (ביק), עץ הדר דף פא ע״ד, כותב שהסבר זה של מקור חיים אינו נראה.

מגילת ספר, עשה כו (ח ע״ב-ע״ג), מסביר שלשואל טלית וטבעת וחלוק, יש זכות קנויה להשתמש בהם להשתמש בו, והמשאיל לא יכול להפקיע מהשואל את רשות השימוש כיון שקנה רשות זו ע״י המשיכה, והיות שאינו יכול לעשות את השימוש בלי שיהיה קנוי לו, לכן מוכרחים לומר שהתכוון להקנות לו; אבל לשואל אתרוג אין רשות שימוש קנויה, כיון שהוקצה למצוותו, ולכן המשאיל אינו מוכרח להקנותו לו.

עצי ארזים, כח, ס״ק סב, מסביר על פי מה שכתב (ראה בשמו בסעיף 4) שבמעמ״ל בלולב, התנאי נחשב ״תנאי ומעשה בדבר אחד״, כך שהתנאי בטל, והלולב שייך למקבל גם אם לא החזיר אותו, ולכן אין להניח שהמשאיל מוכן שיהיה מעמ״ל, שהרי אז השואל לא יחזיר אותו; ודוקא במעמ״ל בטבעת, אינו נחשב תו״מ בד״א, ולכן התנאי תקף, והשואל יצטרך להחזיר כדי שהמתנה תהיה תקפה, ולכן המשאיל מוכן שיהיה מעמ״ל. הוא מוסיף, שאף שגם בלולב רק בתנאי של ״אם״ נחשב תו״מ בד״א משא״כ בתנאי של ״על מנת״ (ראה בשמו בסעיף 4 שם), הרי כאן יש רק אומדנא שנתן במעמ״ל, ולא אמר ״על מנת״ בפירוש, ולכן התנאי נחשב תו״מ בד״א (כך נראית כוונתו).

חתן סופר מקנה וקניינים ח״ב שער כב ח״ב עמ׳ קמה (במהד׳ תש״נ; ח״א דף קכד ע״א, במהד׳ תרל״ד), וחתן סופר, או״ח, שער הגדילים, סי׳ כ, אות יב, מתרץ, ש״ולקחתם לכם״ האמור בארבעת המינים מלמד שכבר בשעת הלקיחה צריך שיהיה מבורר שהוא שלו, ולא די באומדנא, כי האומדנא נוצרת רק בשעת קיום המצוה; ואילו בטלית די באומדנא שנקרא ״כסותך״, כדי לחייב בציצית.

שו״ת שערי צדק (פאנעט) או״ח סי׳ כה (ס ע״ד), מסביר שהיות שיש הבדל בין היום הראשון של סוכות לבין שאר הימים, שבשאר הימים שאול כשר, לכן אמרו חכמים שביום הראשון יצא רק במתנה מפורשת ולא מועילה אומדנא (כעין הרחקה, כדי שלא יבואו לחשוב שדינו כדין שאר הימים), והיות שכך אמרו חכמים, ממילא אף מהתורה לא יוצא בזה אם יש רק אומדנא. הוא מסביר בדרך נוספת (בדומה לבית יעקב), על פי מה שכתב (ראה בשמו בסעיף 4) שמעמ״ל בלולב חלה רק כי המקבל יכול למוכרו או להשכירו, כי חוץ מזה אין לו שום הנאה בו: דוקא במשאיל טבעת לקדש, מועילה אומדנא שאף שאמר לשון גרוע (השאלה), ייחשב כאילו אמר לשון טובה (מתנה), כיון שהשאלה ומתנה עניינן אחד, שהמקבל יוכל ליהנות מההתקשטות בה; וכן בלולב, אפשר לתקן את לשונו שייחשב מעמ״ל מסוג שדומה להשאלה, שאינו יכול לתת לאחר, וההנאה היחידה שיש לו היא לקיים בו מצות לולב, אבל הרי מעמ״ל כזאת אין לה תוקף לענין לולב, כאמור; ואי אפשר לומר שהתכוון למעמ״ל שיכול להשאיל או להשכיר לאחר, שהרי זה שונה לגמרי מהשאלה, שהרי שואל אינו רשאי להשאיל.

ערוך השולחן או״ח, תרמט, ה, מסביר (בהסברו הראשון) שאין להניח שהתכוון לתת את האתרוג במעמ״ל, כיון שיש הידור מצוה להחזיק באתרוג כל היום (סוכה מא ע״ב), ואם זו מתנה על מנת להחזיר, המקבל יכול להשהותו אצלו כל

היום, ורק אם אמר בפירוש שהוא נותן לו מתנה על מנת להחזיר, הרי גילה דעתו שהוא מוכן לכך, אבל אם אמר שהוא משאיל, אין לומר שכוונתו למעמ"ל; זאת לעומת טבעת וטלית, שהמשאיל אינו צריך להחזיק בהם כל הזמן.
אמרי בינה דיני או"ח סימן ז (ד"ה ולפ"ז), מסביר שמה שמניחים שהמשאיל מקנה לשואל במעמ"ל, אינו בירור גמור, ואם המשאיל טוען ברי שלא התכוון למתנה, ותפס, אין מוציאין מידו; ולכך אינו מועיל לענין אתרוג, שצריך שיהיה שלו בוודאות, משא"כ בציצית שחייב לברך אף על טלית שאולה לאחר שלשים יום מפני שהיא נראית כשלו (שו"ע, או"ח, יד, ג), הרי שלענין ברכה די שזה נראה שלו, לכן גם אם כלפי שמיא גליא שהמשאיל לא הקנה לו במתנה, הוא יכול לברך כיון שבעינינו יש אומדנא שנתן במעמ"ל. הוא מוסיף, שלגבי קדושין בטבעת שאולה, אלו קדושין ודאים, כי שם אנן סהדי בבירור שהמשאיל רוצה שתהיה מקודשת בבירור ולכן הוא מקנה לשואל במעמ"ל, ורק לגבי אתרוג אינו בירור גמור. אך הוא לא הסביר את ההבדל בין אתרוג לטבעת.
ר' מרדכי זאב אורנשטיין, בישועות יעקב, או"ח, סי' יד, בסופו (יב ע"א), מסביר על פי מה שכתב (ראה בשמו בסעיף 4) שהמקבל לולב במעמ"ל חייב להחזיר את הלולב שניתן לו, כקיום התנאי, אבל במקום שחובת ההחזרה היא רק מתוך אומדנא דמוכח כיון שהנותן צריך אותו לקיים בו את המצווה, הוא יכול להחזיר לולב אחר פחות מהודר, כיון שגם בו יכול הנותן לצאת, וכל ערכו הוא למצוה, אבל בטלית בכל מקרה אינו יכול להחזיר טלית גרועה, שהרי יש לה ערך ללבישה ולא רק למצוה; לכן בשואל לולב, אין להניח שהמשאיל התכוון למעמ"ל, שהרי יפסיד בזה שהמקבל יוכל להחזיר לולב פחות מהודר כיון שלא עשה תנאי מפורש, והוא רוצה שיישאר בגדר בשאול ממש, שאז השואל חייב להחזיר אותו עצמו; ודוקא בטלית מניחים שהתכוון למעמ"ל, כי לא יפסיד מכך, כי בכל אופן המקבל יצטרך להחזיר טלית טובה.
חקרי לב חו"מ ח"א סי' קמא (ריט ע"ג), מסביר את ההבדל בין קידושין ללולב, שלגבי קידושין, יש להניח שהתכוון שתהיה מתנה אם לשון השאלה אינה מועילה, מפני שחשוב שהקידושין הנוכחיים יחולו, שהרי ייתכן שלא תהיה לשואל הזדמנות נוספת לקדש אותה, שמא האשה לא תסכים; משא"כ בלולב, שאם לא תועיל ההשאלה, תהיה לו הזדמנות נוספת לתת לו את הלולב, ולכן אין למשאיל כוונה פנימית שההשאלה תהיה מתנה. הוא מיישב (בדף ריט ע"ב) בסברה זו מקומות אחרים שבהם אין משנים את לשונו של אדם מתוך הנחה שהתכוון לאופן המועיל - עיי"ש. אבל הוא מעיר שלפי זה, הדין היה צריך להיות שבמשאיל טלית, אין מפרשים שהתכוון למעמ"ל, שהרי תהיה לו הזדמנות נוספת.
קרבן נתנאל, סוכה פ"ג סי' ל, ובספרו נתיב חיים או"ח סי' יד על ט"ז ס"ק ה, מסביר שאם נאמר שהמשאיל התכוון למעמ"ל, המקבל יוכל להחזיר אותו כל זמן שירצה שהרי המשאיל לא קבע זמן להחזרתו, כבכל נותן מעמ"ל שלא קבע זמן ולא אמר "על מנת שתחזירהו **לי**" (ראה סעיף 4), ובלולב ברור שהנותן אינו מוכן שהשואל יחזיר אחרי סוכות, ודוקא בטלית ובטבעת אפשר לומר שהתכוון למעמ"ל מפני שלא איכפת לו מתי השואל יחזיר. אמרי בינה דיני או"ח סימן ז (ד"ה שאל), דוחה הסבר זה, שגם באתרוג נוכל לומר שיש להניח שנתן לו במתנה ע"מ להחזיר **מיד**. בדומה דוחה שעשועי צבי סי' ב אות א, שדוקא במי שנותן מעמ"ל בפירוש, העובדה שלא אמר "לי" ולא קבע זמן מלמדת שלא איכפת לו ולכן המקבל יכול להחזיר כל זמן שירצה, אבל כאן המשאיל לא אמר שזה מעמ"ל, אלא יש אומדנא שהמשאיל התכוון לזה, א"כ יש לאמוד שהוא רוצה שתהיה מעמ"ל אבל שהמקבל יחזיר מיד, כאילו אמר "שתחזירהו **לי**".
אליה רבה, יד, ס"ק ו (הובא בשלמי תודה, או"ח, יד, ג), מסביר שעיקר טעם הרא"ש הוא משום ש"כסותך", שממנו לומדים שבגד שאול פטור מציצית, כתוב בעשיית הציצית, ללמד שהשואל פטור מלעשות בו ציצית, אבל אם כבר נעשה בו ציצית, השואל יכול לקיים בו את המצוה. גם אורח נאמן או"ח סי' יד, הגהה ב מבן המחבר, ואור הציצית סי' לא, כותבים שזה עיקר טעם הרא"ש, והרא"ש מוסיף שגם אם נאמר שמצויצת שאולה נתמעטה מהברכה, יש להניח שהמשאיל מתכוון להקנות לו.
מגן גיבורים, או"ח, יד, ס"ק ד (מג ע"ג, מד ע"א, מה [השני] ע"ב), מסביר ע"פ הדין (ליד ציון הערה 577) שהנותן מתנה סתם ואינו מוכן שהמקבל יעשה בה כרצונו, המתנה בטלה, מחוסר גמירת דעת, ורק אם אמר בפירוש שהוא מגביל את שליטת המקבל במתנה, המתנה תקפה, וכן ע"פ הדין (ראה סעיף 4) שהנותן מעמ"ל בלשון "על מנת שתחזירהו לי", המקבל אינו יכול להקדיש אותה, ואילו אם לא אמר "לי", המקבל יכול להקדיש אותה, ומחזיר את הנכס כשהוא מוקדש: במשאיל טלית, האומדנא היא שהמשאיל מתכוון לתת אותה במעמ"ל מהסוג בלי "לי" שאז הוא יכול להקדיש, ולכן יש תוקף למתנה; אבל באתרוג א"א לומר כך, שהרי ברור שבעל האתרוג רוצה אותו חזרה לא מוקדש, שהרי הוא צריך לקיים בו את המצוה (כמו שמטעם זה לא מועילה חזרת דמים במעמ"ל באתרוג - ראה סעיף 4), א"כ יש אומדנא שהנותן אינו מוכן שיקדיש אותו, וממילא המתנה אינה תקפה.
ים התלמוד (תרכ"ב), שו"ת מפרשי הים, דף סד ע"ב, מסביר שמשאיל אתרוג, אין אומדנא שנתן במעמ"ל, שהרי התנאי במעמ"ל תקף רק אם הוא נעשה לפי משפטי התנאים (ראה סעיף 4; וראה שם שיש אומרים שאם יש אומדנא שהתכון לתנאי, הוא מועיל בלי משפטי התנאים), א"כ המקבל לא יצטרך להחזיר, והרי הנותן זקוק לאתרוג; משא"כ בטלית שאין חיוב ללבוש טלית, ואין אומדנא שהוא רוצה את הטלית הזה דוקא, וכן בקידושין, אין אומדנא שהמשאיל רוצה דוקא את הטבעת, ולכן מניחים שהתכוון לתת במעמ"ל. דבריו קשים: אם כוונתו מצד שבטבעת ובטלית יכול להחזיר אחר כי מועילה חזרת דמים משא"כ באתרוג, קשה, הרי השואל יצטרך להחזיר אותו אתרוג, וא"כ המשאיל לא יפסיד, ומדוע אין להניח שהתכוון למעמ"ל; ואם כוונתו היא שבאתרוג לא יצטרך להחזיר כלל כי לא היה תנאי כמשפטי התנאים, קשה הרי אותו הדין הוא בטלית ובטבעת. שו"ת נחלת יוסף (מייזליש), סי' לא, אות ד, מקשה עליו, הרי גם טלית לא צריך להחזיר כיון שלא עשה תנאי כמשפטי התנאים, ומן הסתם בעל הטלית אינו רוצה להפסיד את הטלית, א"כ אין להניח שהוא מתכוון לתת אותה במתנה; אלא צריך לומר שחייב להחזיר אף שלא התנה, כי יש אומדנא שהבעלים רוצה שיחזיר, שהרי הזכיר לשון שאלה.
ילקוט הגרשוני, ליקוטים, ח"ב, ע' מעמ"ל (לד ע"ד), מסביר שהנותן לולב במעמ"ל ביו"ט ראשון, אינו עובר באיסור נתינת מתנה ביו"ט (ראה סעיף 4), מפני שטעם איסור משא ומתן בשבת ויו"ט הוא שמא יכתוב, ובזה שהוא אומר "אני

נותן לך אתרוג זה ע"מ שתחזירהו לי", הוא זוכר שזה יו"ט ראשון, שאילו בשאר ימים גם שאול כשר, והיות שהוא זוכר שזה יו"ט, אין חשש שיכתוב (כמו ששו"ע או"ח, רעה, ז, פוסק שמותר לומר "במה מדליקין" לאור הנר ואין חוששים שמא יטה, שהרי הוא עסוק בהזכרת שבת ובוודאי לא ישכח); אבל זה שייך רק אם הוא אומר בפירוש "עמ"ל", אבל בלשון השאלה, אסור גם אם נניח שהתכוון למעמ"ל, כי אין מה שמזכיר לו שהיום יו"ט, ויש חשש שיכתוב, וכיון שאסור, המתנה בטלה (ראה ליד ציון הערה 377 על ביטול מתנה בגלל האיסור). אפשר להסביר בדרך אחרת על בסיס דבריו: יש לפרש את דברי המשאיל באופן שאינו עושה איסור - שהוא רק משאיל, ולא באופן שהוא עושה איסור - שהוא נותן במתנה.

דרך אמונה (פורילה) - ערך השלחן, או"ח, סי' יד, מיישב שאף שמותר לתת מתנה ביו"ט לצורך מצוה (מרדכי ביצה סי' תרעו), טעם הדבר הוא כי אין במתנת מיטלטלין חשש שמא יכתוב, כי מטלטלין אינם צריכים שטר הקנאה, וא"צ גם שטר ראיה כי מה שתחת יד אדם חזקה שהוא שלו, ואסור רק משום "ממצוא חפצך", וחפצי שמים מותרים; אבל במתנה מותנית, צריך לכתוב שטר לראיה לתנאי, ולכן יש חשש שמא יכתוב, ולכן אסור גם למצוה (הוא מביא ראיה ממג"א יג ס"ק ח, שאסור לתת מתנה מותנית אפילו לצורך מצוה, שהרי כתב שמי שגילה שציציתו פסולה, אסור לו לתת את בגדו במתנה לחברו ע"מ שיחזור וישאיל לו, כדי להינצל מהאיסור); ולכן המשאיל לולב ביו"ט ראשון אין לפרש שהתכוון למעמ"ל, שהרי זה אסור (אבל המהדיר, באוצר ההלכה, יד, ס"ק מז, הערה 22, מוכיח שמותר לתת מעמ"ל ביו"ט לצורך נטילת לולב, ממעשה ברבן גמליאל, בסוכה מא ע"ב, ששם כתוב שר"ג יצא בו ואח"כ נתן לר' יהושע); וגם אם נאמר שמותר לתת מעמ"ל לצורך מצוה, ייתכן שהמשאיל **חשב** שאסור לתת אף לצורך מצוה, ולכן אמר לשון השאלה ואינו מוכן לתת מתנה.

שעשועי צבי סי' ב אות ב, מסביר שבטלית יש להניח שהמשאיל מתכוון למעמ"ל, כי אינו זקוק לה כל כך, כי ציצית היא מצוה שאינה חיובית, וכן בטבעת, המשאיל אינו זקוק לה כ"כ, אבל בלולב המשאיל זקוק לו למצוה, לכן אין להניח שהתכוון למעמ"ל (ולא הסביר מה איכפת למשאיל אם יהיה בהשאלה או במעמ"ל, כיון שכך או כך יקבל אותו חזרה). לאור זה הוא כותב שאם יש למשאיל לולב אחר, כך שאינו זקוק כל כך ללולב הזה, אכן מניחים שהתכוון למעמ"ל. אבל שו"ת מנחת שלמה (מהד' אוצרות שלמה) ח"ב סי' ד אות כב, דוחה את הסברו, שהרי גם משאיל טלית זקוק לה, כיון שהכל נוהגים להתפלל עם טלית.

שו"ת חבצלת השרון, אהע"ז, סי' סא, מסביר שדוקא בקדושין הטבעת נקנית במעמ"ל, אף שהשואל לא התכוון לקנות אותה (והרי צריך כוונה לקנות - ראה סעיף 6), מפני שהוא לוקח אותה בידו, וקנין "יד" קונה בלי כוונה לקנות כמו קנין חצר (ראה סעיף 6); ואמנם הנותן מתנה על תנאי בקנין חצר, בלי ידיעת המקבל, התנאי בטל והמתנה הופכת למתנה חלוטה (ראה בשמו בסעיף 4), וברור שכאן המשאיל אינו מוכן לתת במתנה חלוטה, אבל הרי המעמ"ל כאן אינה חלה בגדר מתנה על תנאי אלא בגדר מתנה לזמן, ואפשר ש"ידו" תקנה לזמן בלבד, והנותן מוכן לכך; אבל בלולב א"א לומר כך, כי בלולב לא מועיל קנין לזמן כי הוא כמו לולב של שותפים - הוא שייך למקבל חלק מהזמן ולנותן חלק מהזמן, משא"כ בקידושין ובטלית, שמועילים גם כשהם של שותפים. יש להעיר שלפי הסברו, אם המקבל התכוון לקנות, כך שאפשר לומר שקנה בהגבהה או במשיכה (ולא רק בקנין יד, שמתנה על תנאי בו הופכת למתנה חלוטה), גם לולב נקנה לו במעמ"ל בדרך תנאי.

בית יחיאל חו"מ ח"א, ביאורים סי' ב, עמ' קט-קי, מסביר על פי סברתו (ראה ליד ציון הערה 864) שבעיקרון אין להניח שהמשאיל התכוון למעמ"ל, שהרי אז הוא יפסיד אם יקרה אונס, ואילו שואל חייב באונס; אלא שבטבעת שאולה, גם אם זה נחשב מעמ"ל, הרי אם יקרה אונס, ולא יחזיר את הטבעת, המתנה תתבטל בגלל אי קיום התנאי (ראה סעיף 4), וממילא יתבטלו הקידושין, ולכן השואל ירצה להחזיר כסף כדי שהקידושין יתקיימו, שהרי התנאי מתקיים ע"י החזרת כסף, ולכן המשאיל מוכן שייחשב מעמ"ל, כי הוא יודע שגם אז השואל-המקבל ישלם אם ייאנס; אבל בלולב במעמ"ל לא מועילה החזרת כסף (ראה סעיף 4), ולכן אם ייחשב מעמ"ל, ויקרה אונס, השואל-מקבל לא ישלם, כי הוא פטור באונס, וזה גם לא ייחשב קיום התנאי כי חזרת דמים לא מועילה בלולב, ולכן יש להניח שהמשאיל הקפיד שתהיה זו השאלה, כדי שהשואל יהיה חייב באונס, ולא תהיה מעמ"ל שבה אינו חייב באונס. לאור זה הוא כותב שלפי הרא"ש שגם במעמ"ל חייב באונס (ראה סעיף 4), נמצא שגם בלולב, אם השאיל במטרה שהשואל יצא בו, יש להניח שהתכוון שיהיה מעמ"ל. יש להוסיף על פי הסברו, שגם בטלית יש להניח שהמשאיל התכוון למעמ"ל, כי גם אם יהיה מעמ"ל, הוא יקבל תשלום במקרה של אונס, כי השואל ירצה לקיים בכך את התנאי, שהרי אם לא יתקיים התנאי נמצא שהטלית לא היתה שלו ולא קיים את המצוה ובירך ברכה לבטלה.

שו"ת חמדת משה (בעק), חדושי סוגיות, דף צד ע"ג-ע"ד, מסביר ע"פ דעת הרא"ש (ראה סעיף 4) שבמעמ"ל בדרך כלל מועילה החזרת כסף, אבל בלולב לא מועילה החזרת כסף כי הנותן זקוק לו; לכן בטבעת ובטלית יש להניח שהתכוון לתת במעמ"ל, כי אינו מקפיד שיחזיר לו דוקא את החפץ, משא"כ בלולב. דבריו קשים, שהרי אדרבה, בלולב שצריך להחזירו בעצמו, יותר יש להניח שהמשאיל מוכן שיהיה במעמ"ל כי לא יפסיד מזה, אבל בטבעת ובטלית היה מקום לומר שכיון שאמר לשון השאלה, הראה שהוא רוצה את החפץ עצמו חזרה, ואין לפרש שהתכוון למעמ"ל שאז אולי לא יקבל את החפץ חזרה אלא את דמיו.

ר' אהרן יוסף בריזל, "בענין פדיון בסלעים שקנה אבי הבן מהכהן", בית אהרן וישראל גל' ז עמ' עח, מסביר שדוקא במשאיל טבעת יש להניח שהתכוון באופן המועיל, כי "השאלה" משמעותה שימוש לכל מה שצריך, וכיון שכדי לקדש אשה צריך שהטבעת תהיה קנויה למקדש, הוא מקנה לו; אבל בלולב אין לומר כך. ולא הסביר מדוע.

מנחה חדשה (ויסמן), סי' יב (עמ' 76), מסביר, שבלולב, עיקר מצוות הנטילה היא שיהיה שלו, שנאמר "ולקחתם לכם", ולכן אם המשאיל לא אמר בפירוש שהוא נותן במתנה, אין כאן נטילה, אבל בציצית, עיקר המצוה היא בבגד שיש בו ציצית, אלא שצריך להיות שלו, וההקנאה כלולה בעצם הנתינה. הוא מוסיף, שהרא"ש סובר שציצית אינה רק חובת הגוף אלא גם חובת הבגד (עיי"ש להוכחתו לכך), ולכן נתינתה כוללת הקנאה.

להבדל הוא, שהמשאיל טבעת השאיל על דעת שהשואל יתן אותה לאשה כדרך המקדש אשה, וידוע לכל שקידושין ניתנים לאשה כמתנה, הרי שהשאיל על דעת שהשואל יוכל לתת אותה במתנה, ואין מתנה ע"מ להחזיר מפורשת יותר מזו, ומה שאמר לשון השאלה הוא משום שנתן על דעת שיחזיר אח"כ; וגם אם לא ידע שנתינת קדושין היא מתנה, הרי נתן לו רשות לקדש בה, ומן הדין קידושין היא נתינת מתנה; ואילו בהשאלת לולב, שמיועד לאדם זה בלבד ולא שהוא יתן אותו לאחֵר במתנה, מפרשים שזו השאלה בלבד, מפני שהאומדנא שהתכוון למתנה אינה יכולה לסתור את דיבורו המפורש, שאמר לשון השאלה[890].

המשאיל חפץ, ובאותו זמן עשה שירות בעבור השואל, יש אומדנא שהתכוון לתת לו במעמ"ל, כיון שיש לו קירוב דעת עמו[891].

השואל בגד, והודיע למשאיל שהוא הולך לבקר את אביו החולה, ומת אביו בנוכחותו, רשאי לקרוע את הבגד[892], אם המשאיל יודע שמצוה לקרוע על מת[893], כי המשאיל הבין שייתכן שהאב ימות והבן יצטרך לקרוע, והוא מוכן לכך[894], ולכן הוא כאילו מקנה לשואל את הבגד לצורך זה[895], שהרי אינו יכול לקיים את מצוות הקריעה בבגד שאינו שלו[896].

הפקר חלקי

המפקיר נכס בעבור אדם אחד או שניים הנוכחים לידו, הם יכולים לזכות בו, אבל החפץ יוצא מרשות בעליו רק כשאחד מהם זוכה בו, שלא כהפקר שיוצא מרשות המפקיר מיד[897], מפני שלא חל כאן הפקר, שהרי אף

בדרך נוספת אפשר להסביר, שבסוכות, לאנשים רבים אין לולבים, ומקובל שאדם מוסר לולב לחברו בסתם כדי שיקיים בו את המצווה, ומניחים שהתכוון למעמ"ל, ולכן אם אמר "אני משאיל לך", הראה שהוא רוצה להיות שונה, שלא יהיה במתנה. לעומת זאת, מסירת טבעת או טלית לאחר אינה נפוצה כל כך, ולכן אין להסיק דבר ממה שלא מסר סתם אלא הזכיר לשון השאלה.

[890] שו"ת צמח צדק (לובאוויטש), אהע"ז, סי' צח, אות ה. אבל הוא מעיר שלפי הסברו, גם בציצית אין להניח שהתכוון למתנה, כמו בלולב. גם בסי' צט, אות ה, הוא מנמק (בלי קשר ללולב), שהיות שידע המשאיל שהשואל יתן את הטבעת לאשה, ברור שלא התכוון להשאלה, שהרי שואל אינו יכול לתת את הנכס לאחר במתנה, ולכן ברור שהתכוון למעמ"ל. וראה סעיף 4, בשאלה האם מקבל מעמ"ל יכול לתת את החפץ במתנה לאחר.

[891] ספורנו שמות כב, יד (הובא בשבי בנימין סי' סו דף כה ע"ב). ספורנו מנמק בכך את פטור "בעליו עמו" בשואל - עיי"ש.

[892] מו"ק כו ע"ב.

[893] יד דוד (קרלין) פ"ה אות קכב (נז ע"ג).

[894] תפארת יעקב, אהע"ז, כח, ס"ק סט; שעשועי צבי סי' א אות א.

[895] ים של שלמה חולין פרק ח סימן נג; מגן גיבורים, או"ח, יד, ס"ק ד (מה ע"ב); ביאור הגר"א, אהע"ז, כח, ס"ק נג (ברמז); אדני פז, או"ח, יד, ג; שו"ת שער אפרים סימן יט; שו"ת צמח צדק (לובאוויטש), אהע"ז, סי' צח, אות ד, בדעת רא"ש חולין פרק ח, סי' כו.

אבל שו"ת הרשב"א חלק ד סימן רעג (הובא בארחות משפט, אושינסקי, עמ' לב), וט"ז או"ח, יד, ס"ק ד (הובא בשו"ת הרמ"ץ, או"ח, סי' ב, אות ג), כותבים שהטעם אינו משום שהמשאיל הקנה לו, אלא מפני שהשאיל לו לקריעה, וכל שואל יכול לעשות שימוש במה ששאל למטרה שלמענה שאל. גם חידושי הר"ן, מו"ק כו ע"ב, נימוקי יוסף, מו"ק טז ע"ב (בדפי הרי"ף), וב"ח, יו"ד, סי' שמ, כותבים שהמשאיל אינו מקנה את הבגד. שעשועי צבי סי' א אות ב, מבין שגם הרא"ש סובר שהבגד אינו קנוי לשואל (וכך כתב במפורש שם אות ג, שאינו קנוי), ומסביר שבכל זאת הרא"ש הוכיח מכאן שמשאיל טלית מתכוון להקנותו לשואל (כאמור ליד ציון הערה 877), בקל וחומר: אם כאן מניחים שנתן לשואל רשות לקרוע אף שהשואל לא ביקש זאת בפירוש, ואף שהבגד יינזק, כ"ש שהמשאיל טלית מתכוון למעמ"ל, שהרי זה לא גורם שום הפסד לבעל הטלית. יד דוד (קרלין) פ"ה אות קכב (נז ע"א), מעלה אפשרות שהחלוק אינו קנוי לשואל, ובכל זאת הוא פטור על נזק הקריעה, כי זה כמו "מתה מחמת מלאכה".

צמח צדק שם כותב ששו"ע, יו"ד, שמ, לד, שפסק שמותר לאחות את הקרע, טעמו הוא כי הוא סובר שהבגד אינו קנוי לשואל, כמו שהסבירו ט"ז ס"ק כ, וש"ך ס"ק מח, ואילו הרא"ש, מו"ק, פ"ג, סי' עג, לשיטתו סובר שאסור לאחות משום שהבגד קנוי לשואל.

במשאיל גוי: שו"ת הסבא קדישא ח"ב אהע"ז סי' יג (עמ' סא), כותב שאם המשאיל הוא גוי, השואל אינו רשאי לקרוע את הבגד, מפני שאין סיבה להניח שהגוי מוכן להקנות לו את הבגד.

[896] שנות חיים (קלוגר), אחרי קונטרס דרך החיים, סימן יד (דף יג ע"א).

[897] שו"ת נודע ביהודה מהדו"ת יו"ד סי' קנד (ד"ה ולא עוד); שו"ת רביד הזהב (אברך), סי' לח, אות ז.

רביד הזהב כותב שהמפקיר יכול לחזור בו עד שמישהו יזכה.

אבל אמרי בינה, דיני נדרים, סימן כב (ד"ה ומ"ש עוד), מוכיח מירושלמי פאה פ"ו, שאין תוקף להפקר חלקי גם למי שנוכח לידו.

שהפקר שאינו לכל העולם אינו הפקר[898], אלא מפרשים שהתכוון לתת את הנכס במתנה למי מהנוכחים שיזכה בו[899].

פחות מבן עשרים שמכר קרקע

צעיר פחות מבן עשרים שנה שמכר קרקע שירש מאביו, אין תוקף למכירתו[900], אבל אם גדל ולא מחה, המכר תקף[901] מפני שמניחים שמחל לקונה[902], כלומר נתן לו את הקרקע במתנה. היות שעשה מעשה, שמכר וקיבל כסף, זו הוכחה שהוא מקיים את מכירתו[903], היינו נותן את הקרקע לקונה.

הבעת הסכמה לאחר מעשה

ראובן שלקח חפץ של שמעון בלי ידיעתו, וכששמע שמעון על כך הביע הסכמה שהחפץ יהיה של שמעון, הוא נותן בכך את החפץ במתנה לראובן בשעת השמיעה. מתעוררת השאלה, האם אפשר לראות את שמעון כאילו נתן את המתנה כבר בשעה שראובן נטל את החפץ? בדרך כלל אין לכך נפקות, כיון שמכל מקום מכאן ואילך הוא שייך לראובן. אבל תהיה לכך נפקות למקרה שבינתיים ראובן עשה בחפץ פעולה משפטית או דתית, שתוקפה תלוי בהיות החפץ בבעלותו באותו זמן.

אם ראובן נתן חפץ של שמעון ללוי בלי ידיעתו, וכששמעון שמע על כך, אמר לראובן "מדוע לא נתת לו דבר יותר טוב" (או "היית צריך לתת דבר יותר טוב"[904]), אין ללמוד מכך ששמעון מסכים לתת את הדבר ללוי, כי ייתכן שאמר כך רק משום שהתבייש לומר שהוא מתנגד[905]. גם אם ראובן הוא ידידו הקרוב של שמעון, ושמעון אינו מקפיד על מה שהוא נוטל משלו, ייתכן שאינו מוכן שיתן משלו לאחרים, אלא אמר כך רק מתוך בושה[906]. כך גם אם ראובן הוא פועל של שמעון[907]. כך גם אם אמר לראובן "מה שהיה היה, אבל להבא אל תעשה כך"[908]. גם אם אמר ללוי "כדאי לך לתקן את החפץ" וכדומה, אין דבריו מתפרשים כהסכמה למתנה, כיון שלא אמר לשון הקנאה[909].

---

[898] משנה פאה ו, א; רמב"ם, הלכות נדרים, ב, טו.

[899] לפלגות ראובן, ח"ג, הדרן על ב"ק, פלג ז (ד ע"ב); מנחת אשר (תשס"ד), ב"ב, סי' יג, אות ח.

[900] ראה חוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 367.

[901] רמב"ם הל' מכירה, כט, יז.

[902] שו"ת צמח צדק (חב"ד), חו"מ סי' מג (נא ע"ד). ראה חוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 373, שגם קצות החושן, רלה, ס"ק ו, מנמק, שהוא מקנה לקונה את הקרקע כשגדל; וראה שם טעמים נוספים, וטעם נוסף בצפנת פענח הלכות אישות, ד, ח.

[903] שו"ת מהר"ם אלשיך, סי' יז.

[904] חידושי הריטב"א, קידושין נב ע"ב (הובא בבית שמואל, כח, ס"ק מד).

[905] בקידושין נב ע"ב נאמר כך לגבי ראובן שקידש אשה בחפץ של שמעון.
משה ידבר, הלכות אישות, סי' ד, מעלה אפשרות שהדין כך גם אם כששמע שמעון, הוסיף לו חפץ אחר שיתן לאשה, בנוסף על מה שאמר לו. ראה הערה 853, שתוס' ר"י זקן אומר שהוספת החפץ אינה מועילה מפני שזו מתנה במחשבה בלבד; ואוצר הפוסקים, כח, יז, ס"ק פח, אות ג, מעלה אפשרות שלדעתו אם היתה גם אמירה "מדוע לא נתת" וכו', המתנה תקפה.
לצורך מצוה: שו"ת משאת משה ח"א, או"ח סי' ד, כותב שאם ראובן נטל חפץ של שמעון בלי ידיעתו לצורך מצוה, כגון אתרוג בסוכות, ואח"כ שמעון אמר שהוא מוחל לו, אין לחשוש שהוא אמר זאת רק מתוך בושה. הוא מסתמך על האמור בקידושין שם, שהמפריש תרומה מפירות של אחר, וכשנודע לבעל הפירות אמר "מדוע לא הפרשת מפירות טובים יותר", אין אומרים שאמר כך מתוך בושה, כי זו מצוה. אבל ר' אהרן אמאטו, בשו"ת תאיר נרי סי' ב (ג ע"ד), ור' יצחק נבארו, שם (ו ע"ב), וקרבן אליצור דף קכט ע"ד, מעירים ששם מדובר במצוה של בעל הנכס, ואין ללמוד מזה למצוה של מי שנטל בלי רשות, שהרי מי שקידש אשה עשה מצוה, ובכל זאת נאמר שאינו נחשב קנוי לו.

[906] ערוך השולחן אבן העזר, כח, עג.

[907] שו"ת המבי"ט חלק א סי' יד וסי' סו.

[908] שו"ת משאת משה ח"א, אהע"ז סי' לא (קצח ע"ב).

[909] שו"ת משאת משה ח"א, אהע"ז סי' לא (קצח ע"ב).

יש אומרים שמאחר ששמעון, בעל החפץ, דיבר רק מתוך בושה, לוי אינו קונה את החפץ אף מכאן ולהבא[910]. אבל אחרים אומרים שאמנם לא קנה למפרע, אבל קנה מכאן ולהבא[911], כי מתוך בושתו, שמעון גומר בדעתו ומקנה ללוי מעכשו, אלא שלוי אינו קונה למפרע, כי אין הוכחה שאילו ידע שמעון אז היה מסכים; או שבאמת אין לשמעון גמירת דעת להקנות ללוי, ובכל זאת לוי זוכה, כיון שדיבורו של שמעון מוכיח שהוא מקנה ללוי עכשיו, ומחשבתו ההפוכה היא בגדר "דברים שבלב", שאין מתחשבים בהם, ואף שזו אומדנא דמוכח, אין זה מועיל נגד דיבור מפורש[912].

אבל אם הנסיבות מלמדות ששמעון מסכים בלב שלם, החפץ נקנה ללוי[913]. כך הוא לדוגמה אם שמעון לא ידע שראובן לקח, ואמר לו "קח חפץ מהחפצים הללו"[914], או אם שמעון מחל לראובן בפירוש על כך שלקח[915]. יש

---

[910] זכרון שמואל, סי' נ, אות ה, בדעת תוס' ר"י הזקן, קידושין נב ע"ב, בדעת חידושי הריטב"א קדושין נב ע"ב, בדעת חלקת מחוקק, כח, ס"ק ל, ובדעת בית שמואל, כח, ס"ק מד; שעורי ר' שמואל (רוזובסקי) קדושין נב ע"ב, אות תמו, בדעת הריטב"א ור"י הזקן שם; צור תעודה, הל' שלוחין א, א (טז ע"ד), בדעת הריטב"א שם; יד דוד (קרלין), פ"ה, אות קי (שזה גזל); קהלת יעקב (לורברבוים), אהע"ז, כח, יז (לענין קידושין).
ראה עוד ליד ציון הערה 758 על בטלות מתנה במקום שיש חשש שנתן מתוך בושה.

[911] בית שמואל, שם, בדעת רש"י ור"ן, קידושין נב ע"ב; מאמר המלך הלכות תרומות, ד, ג (ד"ה והנה בפרק) בדעת רש"י שם; צור תעודה, הל' שלוחין א, א (טו ע"ד), בדעת רש"י ור"ן שם; שער המלך, הלכות גירושין, א, א, עמ' תקיז, בדעת רש"י שם; שו"ת באר משה (דנושבסקי), חו"מ, סי' ה (מג ע"ג-ע"ד), בדעת רמב"ם, הלכות אישות, ה, ח, ובדעת הר"ן שם (שלענין קידושין, מקודשת מספק מכאן ולהבא); שעורי ר' שמואל (רוזובסקי) קדושין נב ע"ב, אות תמו, בדעת רש"י שם.
בית שמואל, צור תעודה ומאמר המלך מדברים על המקדש אשה בחפץ של אחר.
חי' רמב"ן, קדושין נב ע"ב, הסביר שרש"י כתב כך לפי רבא שסובר (בב"ב כא ע"ב) שיאוש שלא מדעת מועיל. צור תעודה שם (טז ע"א) מסביר שכוונתו היא, שלפי אביי שיאוש שלא מדעת אינו מועיל, הסוגיה לא היתה זקוקה לנמק מצד הבושה, כי בלאו הכי לא היה מועיל למפרע. נמצא שדברי רש"י, שהקנין חל מכאן ולהבא, נכונים גם לפי אביי, כי אביי אינו חולק על רבא לגבי כוחה של הבושה מכאן ולהבא.
אבל קרית מלך רב, הלכות אישות, ה, ח, וברכות מים אהע"ז סי' כח (קד ע"א), כותבים שגם לרש"י, גם מכאן ולהבא אינו קונה (הם מדברים על קידושין), ואף שמה שהוא אומר מתוך בושה הוא אמיתי, שעכשו התרצה כיון שהלה כבר לקח, אבל אם היו שואלים אותו לפני שלקח לא היה מסכים, ולכן אינו נקנה למקבל כי בא לידו באיסור.
עי' אוצר הפוסקים, אהע"ז, כח, יז, ס"ק פח, אות א, בשאלה האם מקודשת מכאן ולהבא.

[912] זכרון שמואל שם; שעורי ר' שמואל (רוזובסקי) שם. כמקור לעקרון שאומדנא דמוכח אינו מועיל נגד דיבור מפורש, זכרון שמואל מציין את חידושי הריטב"א קדושין נ ע"א, ור"ן נדרים כח (ראה חוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 102).
צור תעודה מנמק, שמחמת הבושה נתן עכשו בלב שלם, כיון שראובן כבר לקח ממנו, אבל לא היה נוח לו למפרע.

[913] כך מוכח ממה שנאמר בקידושין שם שלא חלה מתנה רק בגלל החשש ששמעון הסכים רק מתוך בושה. וכך מוכיח שו"ת מהרא"ל צינץ אהע"ז סי' יט אות ח (בדעת הרמב"ם, הלכות אישות, ה, ח), מהאמור בב"מ כב ע"ב, שאריס שנתן לאורחים פירות בלי ידיעת בעל השדה, וכששמע על כך בעל השדה, אמר לאריס "מדוע לא נתת יותר יפות", אינם רשאים לאכול, שמא אמר כך רק מתוך בושה; משמע שאם ידוע שמחל בלב שלם, מותר לקחת.
דעה חולקת: שו"ת משאת משה ח"א, אהע"ז סי' לא (קצח ע"ב), כותב שגם אם נניח ששמעון מחל, לא קנה לוי, כי אין מועילה מחילה על דבר בעין. כנגד זה ראה ליד ציון הערה 798, שרק מחילה מפורשת אינה מועילה בדבר בעין, ואילו כשאינה מפורשת, מפרשים את רצונו המשוער כרצון לתת מתנה.
חי' ר' שמואל, קידושין סי' י, אות ו, מביא שאחרונים כתבו שלדעת תוס', קדושין נב ע"ב (ד"ה אם נמצאו), צריך דוקא הקנאה פעילה מצד המקנה, ולכן לא די שהתברר למפרע שהיה מסכים אילו ידע. אבל הוא מעלה אפשרות (גם בשעורי ר' שמואל (רוזובסקי) קדושין נב ע"ב, אות תמד, וכן כתבו קרית מלך רב הלכות אישות, ה, ח, וברכות מים אהע"ז סי' כח, דף קב ע"ג) שתוס' מסכימים שכאן קנה - עי"ש להסברים השונים לדברי התוס'.
אבן פינה (מסטריזוב), אהע"ז, סי' כח, דרישת ארי ס"ק ח, כותב שלענין קידושין, אינה מקודשת, כי החפץ נקנה למקדש רק מכאן ולהבא, ומה שנתן לה מקודם אינו יכול להועיל עכשו, כמו שגזלן שמכר את החפץ הגזול, ואח"כ נתן לו הנגזל את החפץ במתנה, אינו נקנה לקונה (ראה סעיף 1(ב)). לפי דבריו במקרה שבטקסט, החפץ נקנה לראובן ולא ללוי. לעומתו, אבני מילואים, כח, ס"ק מז, מסביר שהיא מקודשת כי בעל החפץ מתכוון להקנות לה את החפץ; ולפי דבריו, בנידוננו ראובן מתכוון להקנותו ללוי. ערך שי, אהע"ז, כח, יז, דוחה את ההשוואה לגזלן, ששם מדובר בקרקע, והגזלן עושה קנין ולכן הוא נקנה לו, ואילו כאן, החפץ נמצא ביד האשה (או ביד לוי) ולכן היא זוכה בו. ועי' אוצר הפוסקים, כח, יז, ס"ק פט, מקורות נוספים לשאלה האם היא מקודשת בלי שיקדש אותה מחדש.

[914] מחנה אפרים הל' גזילה סי' ב (הובא בברכות מים אהע"ז סי' כח, דף קה ע"ג), בדעת הרמב"ם, הלכות אישות, ה, ח.

[915] חידושי הריטב"א, קידושין נב ע"ב.
ערך שי, אהע"ז, כח, יז, מסביר שכאן אין מתחשבים באפשרות שמחל מתוך בושה, כי גם אם זה נבע מבושה, אלו שדברים שבלב שאינם דברים; ורק באומר "מדוע לא נתת לו דבר יותר טוב" מתחשבים באפשרות שאמר כך מתוך בושה, כי לא אמר כלום על מה שהלה נטל, אלא שמשתמע מדבריו שהוא מוחל על מה שנטל, ומצד שני יש חשש שאמר כך מתוך בושה, לכן אין הוכחה שהוא מסכים.

אומרים שהחפץ נקנה ללוי למפרע משעת נתינתו[916], מפני שהוכח שאילו ידע שמעון בשעת הנתינה, היה מסכים, ודי בהסכמת בעל החפץ, אף שלא מדעת, וחוסר הקפדה, להקנות את החפץ[917]. אבל יש אומרים שהוא נקנה רק בשעה ששמעון ידע והביע (ברמז) את הסכמתו[918].

מעשה בראובן שנטל דבר מאכל משמעון בלי ידיעתו, ואכל אותו, וכשנודע לשמעון, אמר: "אל תדאג, הרי אנחנו חברים, ומראש התכוונתי לתת לך אותו". ר' רפאל יצחק צורייאנו פסק שחוששים שמא אמר כך מתוך בושה, כמו שחוששים באומר "מדוע לא לקחת דבר יותר טוב", ולכן אינו נחשב שנתן לו את המאכל, אלא הוא נחשב גזל[919]. לעומתו, ר' אהרן אמאטו פסק שהדברים שאמר שמעון מלמדים שהוא מסכים בלב שלם למעשיו של ראובן, והמאכל נקנה לו למפרע[920]. ר' יצחק נבארו נוקט עמדת ביניים: אין לחשוש שאמר אמירה כזאת

---

[916] ב"ח, אהע"ז סי' כח, ומחנה אפרים שם (בדעת הרמב"ם), כותבים שהמקדש אשה בחפץ של חברו בלי ידיעתו, ואח"כ חברו גילה את דעתו שהוא מסכים (באופן שברור שזה בלב שלם), היא מקודשת **למפרע**. הרי שלדעתם החפץ נקנה למקדש למפרע.
כמו כן, שערי ציון (סופר), ח"א, סי' א, ענף ד, אות ז, מדייק מרש"י, קידושין נב ע"ב, ומהר"ן, שם, שבמקרה כזה, שאין חשש שהסכמתו נבעה מבושה, היא מקודשת למפרע, והוא מביא מדבריהם ראיה לש"ך (הערה 945). וכך כתב שו"ת באר משה (דנושבסקי), חו"מ, סי' ה (מג ע"ג-ע"ד), בדעת רמב"ם, הלכות אישות, ה, ח, ובדעת הר"ן שם. וכך כתב ערך שי, אהע"ז, כח, יז, בדעת רש"י ותוס', קידושין שם. אבל קרית מלך רב הלכות אישות, ה, ח, מעלה אפשרות שלפי רש"י, אינה מקודשת כלל, כי לגביו אין לומר שכך היה דעתו מעיקרא, וכיון שלא חלו הקידושין מעיקרא אין לומר שמקודשת מכאן ולהבא. ר' יצחק נבארו, בשו"ת תאיר נרי סי' ב (ח ע"א) כותב שלפי רש"י, מקודשת למפרע רק אם הכסף בעין.
אבל צור תעודה, הל' שלוחין א, א (טז ע"ג-ע"ד), כותב שאין ראיה מהרמב"ם, וייתכן לדעתו מקודשת רק מכאן ולהבא.
[917] זכרון שמואל, סי' נ, אות ה, בדעת הב"ח.
שערי ציון (סופר), ח"א, סי' א, ענף ד, אות ז, מנמק על פי השיטה (הערה 794), שדי ב"ניחותא" של הבעלים כדי לקנות, או ע"פ נוב"י (הערה 930) שכתב על מקרה דומה, שהאשה קונה ביאוש ובשנוי רשות.
[918] בית שמואל, כח, ס"ק מד (גם בשם חי' הריטב"א, קידושין נב ע"ב), שו"ת קול אליהו חלק ב, אבן העזר סימן ב, ושו"ת מהרא"ל צינץ אהע"ז סי' יט אות ח (בדעת רמב"ם, הלכות אישות, ה, ח), ושער המלך, הלכות גירושין, א, א, עמ' תקיז-תקיח (בדעת הרמב"ם והריטב"א שם), כותבים שבמקרה של הב"ח, היא מקודשת רק אם קידש אותה אחרי שנודע לבעל הנכס שהמקדש לקח אותו ממנו, אבל לא לפני שנודע לבעליו, כמו שיאוש שלא מדעת אינו יאוש.
קרית מלך רב הלכות אישות, ה, ח, כותב שלדעת הרמב"ם והריטב"א, מקודשת מכאן ולהבא גם אם לא קידש אותה מחדש, ואף שלא היה יכול לקדשה בדבר זה בשעה שהתרצה, הרי היה יכול לקדשה ע"י דבר אחר.
מעשה חושב, על שער המלך, גירושין, א, א, אות רפב, כותב שלדעת הרמב"ם מקדשת למפרע, אבל הוא מנמק, שהאשה זוכה ביאוש ושינוי רשות, ולפי נימוקו, החפץ אינו נקנה לאדם עצמו שנטל אותו למפרע.
חידושי הריטב"א שם (הובא בשו"ת תאיר נרי סי' ב, דף ה ע"ד) כותב שאם קידש אשה בחפץ של אחר ואח"כ בעל החפץ מסכים, היא מקודשת מכאן ולהבא אם החפץ עדיין בעין. זכרון שמואל, סי' נ, אות ה, ובספרו שעורי ר' שמואל (רוזובסקי) קדושין נב ע"ב, אות תמה, מסביר שלדעת הריטב"א, כשבעל החפץ מסכים לתת לו, האשה (שעכשו החפץ בידה) מתכוונת להקנות אותו למקדש (במתנה מכללא) ואח"כ היא זוכה ממנו ומתקדשת. טיב קידושין, כח, ס"ק נ, כותב שלריטב"א היא מקודשת רק אם החפץ עדיין בעין בידה ואמר לה שוב "הרי את מקודשת לי" והסכימה, כי האשה זוכה בחפץ בשביל המקדש מבעליו עכשו, אבל הקידושין הראשונים אינם חלים כי אז לא היה החפץ שלו.
תוס' ר"י הזקן (=ר' אברהם מן ההר), קדושין שם, כותב שהסוגיה שם היא כדעת רבא (ב"מ כא ע"ב), שיאוש שלא מדעת מועיל, כלומר שאם התייאש כשנודע לו, נחשב שהתייאש עוד מקודם, וכך כאן, כיון שהסכים כשנודע לו (באופן שאין חשש שאמר כך מתוך בושה), מוכח שהיה מסכים אילו ידע בשעה שהלה נטל, ולכן נחשב שהסכים לנטילה; ועולה מדבריו שכיון שלהלכה יאוש שלא מדעת אינו מועיל, כאן החפץ אינו נקנה משעת הנטילה. חי' ר' שמואל, קידושין סי' י, אות ו, ושעורי ר' שמואל (רוזובסקי) קדושין נב ע"ב, אות תמד, מקשה, מדוע לפי רבא חל למפרע, הרי הקנאה צריכה עשיית חלות, ומה מועיל שאילו ידע היה מקנה, סו"ס לא הקנה? הוא מיישב ע"פ השיטה (הערה 794) שמועיל קנין מצד הקונה ודי בהסכמת הבעלים, ולרבא הסכמה שלא מדעת נחשבת הסכמה כיון שאילו ידע היה מסכים ולא צריך הסכמה בפועל, כמו יאוש שהוא רק התרצות ואי-הקפדה, ואין בה עשיית חלות.
בכורי יעקב, תרנח, ס"ק ו וס"ק כד, ושדי חמד מע' ל כלל קמא אות כו, כותבים שהנוטל לולב של חברו ביו"ט ראשון של סוכות בלי ידיעתו, וכששמע חברו הסכים, לא יצא, כי לא הקנה לו בשעת נטילה, ואינו נעשה שלו למפרע (ראה ליד ציון הערה 966, שאין אומרים שבשעת הנטילה הוא מקנה לו מן הסתם). הם תולים זאת בשאלה (ראה מחילה, שער ארבע עשרה), האם מחילה לגזלן מועילה להקנות את הנכס לגזלן למפרע.
[919] ר' רפאל יצחק צורייאנו, בשו"ת תאיר נרי סי' א. המעשה היה במצה - ראה ליד ציון הערה 921.
[920] ר' אהרן אמאטו, שם סי' ג (יא ע"ד). ר' יצחק אבן נחמיאש, שם (יב ע"א), מסכים עמו. ר' אהרן אמאטו אינו כותב בפירוש שהדבר נקנה לו, אבל הוא אומר שהמצה אינה נחשבת גזולה, ומוכח מזה שהיא שלו (עי' משנה ברורה, תנד, ס"ק טו, שהשואל מצה כדי לאכול אותה, היא שלו).
ר' אהרן אמאטו, שם סי' ב (ד ע"ב), כותב שלפי הש"ך (הערה 945), שאומר שאם בעל הנכס יסכים כשידע, מותר לקחת עוד לפני שידע, כאן ראובן היה רשאי לקחת את המאכל, שהרי דברי שמעון מוכיחים שהיה מתיר לראובן לקחת, ולכן קיים מצוות מצה. אבל הוא כותב (בדף ה ע"ב) שלפי תוס' (הערה 947) החולקים על הש"ך, כאן לא יצא. ר' יצחק נבארו,

מתוך בושה, אבל המאכל נקנה לו רק מכאן ולהבא, מפני שאין בכוח אמירתו עכשו לפעול למפרע; ולכן אם זו היתה מצה, וראובן אכל אותה בליל פסח, שבו אין מקיימים את המצווה במצה גזולה[921], לא קיים את המצווה, כיון באותה שעה עדיין לא היתה שלו[922].

הליכה לערכאות

ראובן ושמעון שהלכו לערכאות להכריע בסכסוך ביניהם בדבר הבעלות על נכס, ולפי דין תורה הנכס שייך לראובן, אבל הערכאות פסקו שהנכס שייך לשמעון, שמעון זכה בנכס, מפני שראובן קיבל על עצמו מה שיפסקו הערכאות, ובכך נתן את הנכס לשמעון במתנה מכללא[923].

השכרת בית עם בתים משותפים

יש מצבים שמעשה של אדם מוכיח לכאורה שהוא מתכוון לתת נכס שלו במתנה, ובכל זאת נפסק שאין זו מתנה, מפני שההוכחה אינה חזקה דיה.

לדוגמה, מי שהיה לו בית בחצר, והיה שותף עם אָחיו בבתים נוספים בחצר, והשכיר לאחיו את כל זכויותיו בבתים, **אין להסיק** מכך שהוא נותן לאחיו במתנה חצי מביתו ובכך יהיה ביתו כמו שאר הבתים, שהרי השכיר כל זכות שיש לו בחצר; וגם אם דמי השכירות נמוכים, אין מכך הוכחה שהשכיר לו רק חצי מאותו בית (ואת השאר נתן לו במתנה), כי אין אונאה בשכירות קרקעות[924].

שם, סי׳ ב (י ע״ב), כותב שהש״ך התיר רק אם אנחנו יודעים בוודאי שנוח לו, וכאן לא ידוע, כי אין ודאות שמה שאמר נאמר בלב שלם.

[921] רמב״ם, הלכות חמץ ומצה, ו, ז.

[922] ר׳ יצחק נבארו, שם, סי׳ ב (ה ע״ג, ו ע״א, ט ע״ג, יא ע״ג).

[923] תשב״ץ חלק ג סימן סח, בסופו. הוא נוקט שמחל על זכותו, אבל כוונתו שנתן במתנה, שהרי לא שייכת מחילה בדבר בעין, כאמור ליד ציון הערה 798.

[924] שו״ת המבי״ט חלק ב סימן קכה. הוא נוקט שהשוכר טען שהמשכיר **מחל** לו מכללא על חצי הבית, וכוונתו למתנה, כאמור ליד ציון הערה 798.

גם שו״ת מהר״ם אלשיך סי׳ עב, פוסק לגבי אותו מקרה שהמשכיר לא הפסיד, מפני שאדם אינו מפסיד את זכותו ע״י שתיקה, והסיבה שלא פירט בשעת ההשכרה שזכות הבית הזה היא שלו לגמרי והשאר הם שלו לחצאין - היא כי חשב שאין צורך לומר זאת עד שעת חלוקת הקרקעות, בדומה לסברת שו״ת הרא״ש, כלל פט, סי׳ ד (ראה בעבודה על מחילה, שער אחת עשרה).

דוגמאות נוספות לנתינה מכללא על סמך מעשה של בעל הנכס: ראובן שמודה שנכס שלו שייך לשמעון, הנכס נקנה לשמעון מטעם **אודיתא**, כפי שנראה בסעיף 6. הוא אינו אומר במפורש שהוא נותן לו, ובכל זאת מפרשים כך את דבריו, וא״כ למעשה זו מתנה מכללא.

שו״ת משאת משה (ישראל), ח״א, אהע״ז, סי׳ ד (קטז ע״א-ע״ג), עוסק בשמעון, שנתבקש לקדש את בתו של לוי לראובן, שהיה שותפו של שמעון, ושמעון קידש אותה לראובן בנכס של השותפות. הוא מעלה אפשרות ששמעון נותן לו את חלקו בנכס במתנה לראובן כדי שיחולו הקידושין, מתוך אהבתו, במיוחד שהיה חשש שאם לא יתן, יהיה סכסוך בין לוי לבין ראובן.

חפץ שאין בעליו מקפיד עליו

חפץ שאין בעליו מקפיד עליו בגלל מיעוט ערכו, ומוכן שמי שירצה יקח אותו, כל מי שלוקח אותו - הוא שלו[925]. יש שהסבירו שרואים כאילו בעליו נותן אותו **במתנה** למי שיטול בלי ידיעתו[926]. היות שבעליו אינו מקפיד עליו,

---

[925] כך עולה מרמב"ם, הל' אישות, ה, ח, ומשו"ע, אהע"ז, כח, יז, שכתבו שהמקדש אשה בחפץ של אחר, שבעליו אינו מקפיד עליו, האשה ספק מקודשת. בית שמואל, כח, ס"ק מה (הובא במשפטי שמואל (רבינוביץ) ח"א, שמעתתא דיאוש ומתנות כהונה, פרק ב, אות ט), ט"ז, אהע"ז, כח, ס"ק לג, ב"ח, אהע"ז, סי' כח, ביאור הגר"א, אהע"ז, כח, ס"ק מט, לחם משנה, על הרמב"ם שם, בכורי אברהם, דף עג ע"א-ע"ב, עונג יו"ט סי' קיא, בהגהה, מנחת אשר (תשס"ד), ב"ב, סי' יג, אות ג (בדעת חלקת יואב, חו"מ, סי' ה), שו"ת צמח צדק (לובאוויטש), אהע"ז, סי' צח, אות ד, לבוש מרדכי ב"מ סי' כ (מז ע"א), ור' בנימין ליפקין, "להגדרת רצון הבעלים בקניינים", סיני, ס' יובל (תשי"ח) (=בני בנימין, עמ' צב-קלו), עמ' שעה, הסבירו שהספק הוא, שמא באמת בעל החפץ מקפיד עליו אף שאנשים לא רגילים להקפיד על דבר כזה; הרי שאילו היינו בטוחים שאינו מקפיד, המקדש היה זוכה בחפץ והאשה היתה מקודשת בוודאות. לפי הסבר אחר, של פרישה, אהע"ז, כח, מב, משנה למלך, על הרמב"ם שם, כנה"ג אהע"ז כח, הגה"ט אות עו בשם ראנ"ח בכ"י, ברכות מים אהע"ז סי' כח (קה ע"ג), שו"ת רביד הזהב (אברך), סי' לח, אות ח, ומחנה אפרים הל' גזילה סי' ב, הספק הוא שמא החפץ שווה פרוטה במדי; הרי שאילו היינו בטוחים שהוא שווה פרוטה, הייתה מקודשת בוודאי, כי המקדש זכה בו.

נחל יצחק, סי' ו, מביא ראיה לפירוש השני, ודוחה אותה (עיי"ש). שו"ת קול אליהו חלק ב, אבן העזר סימן ב, יד אהרן אהע"ז, כח, הגה"ט אות מא, ושו"ת ישמח לב (גאגין) אהע"ז סי' יד (לה ע"ג), מביאים את שני ההסברים. שו"ת עמודי אש, סי' כ אות טז, כותב ששו"ת המבי"ט ח"א סי' יד, מסביר שהספק הוא האם הוא מקפיד, ואילו בסי' סו כתב שהספק הוא האם שווה פרוטה במדי. רש"ק מירסקי, סיומי המסכתות במשנה ובתלמוד הבבלי, עמ' 162, מסביר שהספק הוא האם זו מתנה או הפקר (כדעה ליד ציון הערה 930). ראה הערה 927, להסברו של מחנה חיים לרמב"ם.

שו"ת מהרא"ל צינץ אהע"ז סי' יט אות ח, כותב שהרמב"ם למד שמי שנוטל דבר כזה זוכה בו, מהאמור ליד ציון הערה 913, שראובן הנותן דבר של שמעון ללוי בלי ידיעת שמעון, וכששמע שמעון, אמר לו "מדוע לא נתת יותר טוב?", וידוע שמחל בלב שלם, מותר ללוי לקחת אותו. הוא מעלה אפשרות שהרמב"ם עוסק במצב שכששמע בעל החפץ, אמר למקדש שהיה צריך לקחת חפץ יותר טוב, שאז אם זה דבר שאינו מקפיד עליו, ייתכן שאמר בלב שלם, וגם אז היא רק ספק מקודשת, אבל אם לא גילה דעתו שאינו מקפיד, בוודאי אינה מקודשת.

שו"ת באר משה (דנושבסקי), חו"מ, סי' ה (מג ע"ד), כותב שלפי הפירוש הראשון, לענין ממון מניחים בפשטות שאינו מקפיד, ורק לענין קדושין מקודשת רק מספק שמא הוא מקפיד.

אבל שו"ת מהרי"ט ח"א סי' קנ, מסביר שהספק הוא שייתכן שלא זכה כיון שנטל שלא ברשות הבעלים. ברכות מים אהע"ז סי' כח (קה ע"ב-ע"ג), דוחה את הסברו, שהרי א"כ היה לרמב"ם לומר שמקודשת אם אח"כ יאמר הבעלים שהוא מסכים, ואין לומר שיש לחשוש שמא אמר כך מתוך בושה, כיון שהרמב"ם עוסק באגוז שהוא דבר קטן, ואין סיבה שלא יועיל גילוי דעתו של הבעלים. מנחת אשר (תשס"ד), ב"ב, סי' יג, אות ג, מקשה אותה קושיה על ההסבר שהספק הוא האם בעל החפץ מקפיד, ומתרץ שגם אם יאמר שהוא מסכים, יש ספק בקידושין שמא אמר כך מתוך בושה.

תשב"ץ ח"א סי' כג, כותב שהספק הוא האם שו"פ במקום אחר, ושו"ת חתם סופר אהע"ז ח"א סי' פה (ד"ה והנה אעתיק), ושו"ת מנחת העומר (אביטבול) אהע"ז סי' ד, לומדים מדבריו שאם הוא שו"פ, גם אם בעליו אינו מקפיד, אינה מקודשת כיון שיש בו שיעור גזל. הרי שלדעתו אסור ליטול דבר כזה אם הוא שוה פרוטה.

שו"ת משיב דבר חלק ד סימן לג, מסביר שהספק הוא בפירוש סוגיית קידושין נב ע"ב, האם המקדש בדבר שאין דרך בעלים להקפיד עליו מקודשת (עיי"ש להסברו).

מנחת אשר שם, אות ד, מסביר (במסקנתו) שהספק הוא האם דבר שאין דרך בני אדם להקפיד על לקיחתו, נחשב כאילו יש הקנאה כללית, שדעת בעליו לתת אותו למי שיקח אותו, וכוונה כללית מועילה כמו כוונה פרטית, או שמא לא מועילה הקנאה כללית עמומה שאינה מפורשת; וגם אם היא מועילה, אמנם אינו מקפיד על תמרה ואגוז מסוימים, אבל אם יבואו רבים ויקחו כל אחד אגוז, בוודאי יקפיד, ממילא יש הקפדה גם על מעט ואין כאן הקנאה גמורה.

על ההסברים השונים לדין זה, עי' אוצר הפוסקים, כח, יז, ס"ק צא.

לגבי קידושין, שו"ת נטע שורק, אהע"ז, סי' י, אות ו, מסביר שיש להניח שבעל החפץ מתכוון לתת אותו במתנה למקדש (כדעה ליד ציון הערה 926), כיון שמצווה לקדש אשה, וסתם אדם רוצה שתיעשה מצוה בממונו גם אם יפסיד מעט מכך; ומכאן הוא כותב שאם בעל החפץ מתנגד לקידושין אלו מסיבה כלשהי, אינה מקודשת, כיון שיש להניח שבעל החפץ אינו מקנה אותו למקדש. כמו כן, שו"ת משיב דבר חלק ד סימן לג, כותב שאם קידש בדרך פריצות בלי שידוכין, אינה מקודשת, כי ברור שבעל החפץ מקפיד עליו כדי שלא יחולו הקידושין. כמו כן, שו"ת חדות יעקב (מיזלש), תנינא, סי' יט, כותב שאם בעל החפץ מתנגד לקידושין, כגון שזו בתו ותסתבך בספק קידושין, או שנעשו בלי שידוך, יש להניח שאינו רוצה להקנות למקדש.

הגדרת דבר שאין בעליו מקפיד עליו: קשה לתת הגדרה כללית, לענין זה. מבי"ט ח"א סי' יד כותב שאשכול ענבים נחשב שבעליו מקפיד עליו. שו"ת נטע שורק, אהע"ז, סי' י, אותיות ד-ה, קובע כמה עקרונות על דרך השלילה: דבר שאדם קנה לעצמו לצורכו בוודאי מקפיד עליו שהרי בכך גילה דעתו שהוא רוצה אותו; גם דבר שאין דרך להקפיד עליו, אם בעליו שם אותו במקום שמור, או ייחד לו מקום מסוים כדי שלא יאבד, זו הוכחה הוא מקפיד. שו"ת לבושי מרדכי אהע"ז סי' לז, כותב שתכשיט פשוט שנערה ענייה מתקשטת בו, היא מקפידה עליו.

הוא כאילו נותן רשות לכל אדם לקנותו, ואף שאין כאן כוונה מצד בעל החפץ להקנות אותו, החפץ קנוי למי שנוטל אותו, מפני שכדי שהמקבל יקנה מתנה, אין צורך בהקנאת המקנה, אלא די שיתן רשות (אפילו מכללא), ואז המקבל קונה בעצמו[927]. גם לדעה[928] שכדי שהמקבל יקנה, צריך הקנאה מצד המקנה, אין צורך שתהיה

---

[926] אבני מילואים, כח, ס"ק מט (הובא בהגהה בשו"ת מהרש"ם, ח"ה סי' טז, בשו"ת חדות יעקב (מיזלש), תנינא, סי' יט, ובבני בנימין, עמ' קצז); שו"ת משאת משה (ישראל), ח"א, אהע"ז, סי' ד (קטז ע"ב); שו"ת מחנה חיים ח"א סי' סז (קה ע"ג-ע"ד); לפלגות ראובן, ח"ג, הדרן על ב"ק, פלג ד (ב ע"ב); שו"ת באר משה (דנושבסקי), חו"מ, סי' ה (מג ע"ד), בדעת רמב"ם, הלכות אישות, ה, ח, ובדעת הר"ן קדושין נב (שזה קנוי לו); שו"ת נטע שורק, אהע"ז, סי' י, אות א; שו"ת חבצלת השרון יו"ד סי' פט.

כמו כן, שערי יושר שער ז פרק יב (אות רעח, ד"ה וכן היכא), כותב שאם ידוע שאין בעל הנכס מקפיד עליו, יכול הקונה לקנות אותו בעשיית מעשה קנין, בלי הקנאה מצד בעל הנכס. כמו כן, חלקת יואב חו"מ סי' ה, מוכיח מהדין (הערה 925) של המקדש בחפץ שאין בעליו מקפיד עליו, מכאן שהקנאה מועילה ע"י זכיית הקונה אף בלי ידיעת בעל הנכס.

כמו כן, אבן האזל, הלכות שכנים, ב, י (ע ע"ב), מדייק מבית שמואל, כח, ס"ק מה, שחפץ שבעליו אינו מקפיד עליו, נקנה למי שנטל אותו, והוא מנמק, שאף שלא היתה הקנאה מצד בעל החפץ, די במתן רשות למקבל כדי שיוכל לקנות.

אורים גדולים (ריינס) פרק ג אות טו (ט ע"ג), נוקט שדבר שבעל החפץ אינו מקפיד עליו, מותר לקחת אותו כי הוא כאילו **מוחל.**

לפלגות ראובן, ח"ג, הדרן על ב"ק, פלג ח (ד ע"ד), ושו"ת באר משה (דנושבסקי), חו"מ, סי' ה (מב ע"ד), מוכיחים מירושלמי דמאי, ג, ב, שהנוטל חפץ כזה זוכה בו (עיי"ש להוכחתו).

גידולי שמואל בבא קמא קיט ע"ב, מביא ראיה שזה מתנה ולא הפקר, מהאמור בב"ק שם שמנכשי זרעים ועודרי ירקות וכו' שאין בעל הבית מקפיד עליהן הרי אלו של הפועל, ואם זה הפקר, היה צריך לומר גם שהם פטורים מתרומות ומעשרות (ראה ליד ציון הערה 939).

שו"ת באר משה (דנושבסקי), חו"מ, סי' ה (מד ע"א), כותב שזו דעת מרדכי ב"מ פ"א סי' רלח (הובא ברמ"א, חו"מ, רסח, ג) המביא דעה, שאם מישהו הביא סחורה למכור בביתו של ראובן ואמר ראובן שלא בפני המוכר "זכתה לי חצרי", ואח"כ המוכר הקנה למישהו אחר, ראובן זכה, מפני שהמוכר רוצה למכור, לכן ראובן יכול לזכות בו מעצמו בקנין גמור, עד כדי שמבטל את ההקנאה של המוכר אח"כ לאדם אחר, הרי שדי בכך שנוח לבעלים, כדי שמי שנוטל אותו יזכה בו שלא מדעתו, והחפץ נקנה לו ממש, וכך יאמר גם במי שנוטל דבר שבעליו אינו מקפיד עליו; וגם לדעה שמובאת שם, שראובן לא זכה, טעמה הוא כי המוכר רוצה כסף בתמורה וכל זמן שלא שילם או לא התחייב לשלם, המוכר לא רוצה להקנות, אבל ייתכן שגם לפי דעה זו, מי שנוטל דבר של חברו שלא מדעתו, שידוע שנוח לו, קנה, אם לא חסרה נתינת כסף.

מנחת אשר (תשס"ד), ב"ב, סי' יג, אות ג, מקשה על האבני מילואים שהוא עצמו, קצות החושן רמד, ס"ק ב, כותב שצריך את הקנאת המקנה בשעת מעשה הקנין (כפי שהוסבר במנחת אשר שם אות ה). אבל באות ט חזר בו, וכותב שקצות החושן אינו מצריך זאת.

דוגמה מיוחדת למתנה מכללא בגלל מיעוט ערכו של הנכס, היא "מיצוי המידות", בביצה כט ע"א - השמן שנשאר בכליו של המוכר אחר מזיגתו לכלי של הקונה. רש"י (ד"ה אמרו) (הובא בשו"ת קול אליהו חלק ב, אבן העזר סימן ב), מסביר שהקונה **מוחל** על טיפות שמן אלה מפני שאין לו זמן להמתין עד שהן יורדות מהכלי, והיינו מחילה מכללא, אבל זו מחילת בעלות, וא"כ כוונתו היא שהקונה נותן אותן מכללא למוכר במתנה.

[927] זכרון שמואל, סי' נ, אות ד, וחי' ר' שמואל, קידושין סי' י, אות ה.

כמו כן, ר' בנימין ליפקין, "להגדרת רצון הבעלים בקניינים", סיני, ס' יובל (תשי"ח) (=בני בנימין, עמ' צב-קלו), עמ' שעז, כותב שחוסר ההקפדה אינו מביא לכך שהחפץ יוצא מבעלותו של בעל החפץ, אבל הוא מבטל את האיסור לזכות בו, וחל על החפץ שם של "אפשרות זכיה", ולכן אחר יכול לזכות בו כיון שבעליו אינו מתנגד, ואין צורך ברצון חיובי שלו בהקנאה (ראה בשמו בהערה 794), ודי בכוונת הקונה לקנות. אבל הוא מציג הסבר זה כהסבר שונה משל אבני מילואים, שלדעתו בעל החפץ כאילו נותן אותו במתנה לכל מי שירצה לזכות בו, כלומר, שההקנאה היא מכוח בעל החפץ. כנראה קשה בעיניו לומר שזו מתנה לכל מי שירצה לזכות, כיון שבעל החפץ לא גילה את דעתו שהוא רוצה להקנות, ולכן הוא מפרש שיש כאן רק קנין מצד הקונה. בעמ' שעח כתב שאין זו מתנה, אבל נראה שכוונתו היא שאין זו מתנה מצד הנותן, אבל אחרי שזכה המקבל, גם לדעתו זה בגדר מתנה, כי לדעתו תיתכן מתנה בלי הקנאת הנותן.

לבוש מרדכי ב"מ סי' כ (מז ע"א), כותב בדעת הרמב"ם, שכל אדם יכול לזכות בחפץ זה, כי איסור הגזילה הוא שמונע את יכולת הזכיה, ואם בעל החפץ אינו מקפיד, אין איסור גזילה. בפשטות, הסברו הוא כמו ההסבר של ר"ב ליפקין, וגם לדעתו למעשה יש כאן מתנה, כשהנכס עובר מבעלות של הראשון לבעלות של הזוכה. אבל ר"ב ליפקין שם עמ' שפ (הערה 3), אומר שיש הבדל בין ההסברים, שלפי הסברו, אפשרות הזכיה כאן אינה משום ביטול איסור הגזל, אלא שאי ההקפדה גורמת לאפשרות הזכיה, כי בקנין אין צורך ברצון חיובי של הבעלים, ודי בחוסר התנגדות (אולי כוונתו היא שלדעתו אי ההתנגדות נחוצה לא רק להתרת איסור הגזל אלא גם להעברת הבעלות). לבוש מרדכי שם כותב שהסברו אינו קביל לפי היראים השלם סי' תכב, האומר שגזל גוי מותר אבל החפץ שייך לגוי גם אחרי שישראל לקח ממנו (על שיטתו ראה אנציקלופדיה תלמודית, ע' גזל הגוי, ליד ציוני הערות 86-81), הרי שהסרת איסור הגזל בלבד אינה מאפשרת זכיה. אבל ר"ב ליפקין כותב שההסבר שלו קביל גם ליראים, כי בגוי אמנם אין איסור גזל, אבל בעלותו אינה פוקעת, ולכן אדם אחר אינו יכול לזכות בנכס שלו אם הוא מתנגד, משא"כ בחפץ שבעליו אינו מתנגד שיקחו אותו.

שערי ציון (סופר), ח"א, סי' א, ענף ד, אות ו, מפרש את הרמב"ם ע"פ השיטה (הערה 794), שדי בהסכמת בעל החפץ להקנות, ומדובר שאח"כ אמר בעל החפץ דברים שמשתמע מהם שהוא מסכים לקנין, ואין חוששים שאמר כך מתוך

הקנאה דוקא בשעת מעשה הקנין, אלא די ברצון כללי שלו להקנות לאחרים, ודבר שאין בעליו מקפיד עליו, נחשב שהוא מקנה אותו, כאילו אמר בפירוש "כל הרוצה לקחת חפץ זה במתנה יבוא ויטול", שנחשב הקנאה אף שאינו יודע מי נטל[929].

אבל אחרים אומרים שאין נוצרת כאן מתנה, אלא החפץ הוא בגדר הפקר[930], מפני שליצירת מתנה צריך כוונה של בעל הנכס להקנות, וכאן אין לו רצון להקנות אלא שאינו מקפיד[931].

בושה (כפי שחוששים במקרה שליד ציון הערה 908), כי אנשים אינם רגילים להקפיד על דבר כזה, והיות שיש הסכמה בסוף, מי שזכה קנה.
מחנה חיים שם כותב שאם הזוכה מתכוון לקנות משל הפקר או שהוא חושב שהחפץ נחשב כשלו כיון שיד הכל ממשמשים בו, אינו קונה אותו, כי בעל החפץ מתכוון לזַכות אותו רק למי שרוצה לזכות בו **משלו**; ולכן הרמב"ם שם אומר שהיא ספק מקודשת, כי לא ידוע אם הנוטל התכוון לזכות מהפקר או לקנות כמתנה.
לעומת הסבר זה, מנחת אשר (תשס"ד), ב"ב, סי' יג, אות ג, כותב שדוחק לומר שמן הסתם התכוון להקנותו לכל מי שירצה, שהרי הרמב"ם שם מדבר על אגוז ותמרה, שיש בהם שימוש והנאה, ואמנם אינו מקפיד אם מישהו יקח אותם, אבל מנין לנו לומר שהוא כאילו הקנה והפקיר בפירוש. כוונתו היא, שאפשר להבין שלא איכפת לו שמישהו יקח אותו, אבל אין סיבה שירחיק לכת כל כך, להקנותו, בעוד שהוא שווה משהו עבור עצמו. אפשר להשיב על כך, שיש להניח שהוא רוצה להיטיב עם מי שרוצה לזכות בו, עד כדי כך שיוכל לזכות בו ויהיה כשלו, ולא רק שיוכל להשתמש בו, כדי שיוכל לקדש בו אשה, לדוגמה.

[928] ליד ציון הערה 795.

[929] נתיבות אדם, ח"ב, סי' יב, אות ד. ראה בשמו בהערה 946.

[930] שו"ת נודע ביהודה, מהדו"ק, אהע"ז סי' נט; אמרי בינה, דיני נדרים, סימן כב (ד"ה אך נראין); עונג יו"ט סי' קיא, בהגהה; שו"ת רביד הזהב (אברך), סי' לח, אות א ואות ד; טורי אבן מגילה ח ע"א (ד"ה דריסת), בדעת רשב"ם ב"ב נז ע"ב (ד"ה אסורין); משפטי שמואל (רבינוביץ) ח"א, שמעתתא דיאוש ומתנות כהונה, פרק ב, אות ט. כמו כן, נחל יצחק, סי' ו, מעלה אפשרות שזה בגדר הפקר, ע"פ פסחים ו ע"ב, שם נאמר שדבר שאין בעליו מקפיד עליו הוא הפקר.
שו"ת נודע ביהודה מהדורא תניינא, אהע"ז, סימן עז (ד"ה ומה שנסתפקתם), כותב שזה אף פחות מהפקר כיון שלא הופקר בפירוש, ומי שנוטלו אינו זוכה בו, אלא שאם קידש בו אשה מקודשת כי זכתה בו מדין יאוש ושינוי רשות. ועוד כתב (בד"ה ולפי מה שכתבתי) שאף שמי שנוטלו אינו זוכה בו, הוא רשאי לאכול אותו ולעשות בו כל צרכו כיון שבעל החפץ אינו מקפיד. גם בספרו דגול מרבבה, חו"מ, שנט, א, הוא כותב שגם דבר שאין רגילים להקפיד עליו, מי שנוטלו אינו זוכה בו שייחשב שלו, אם בעליו לא הפקיר אותו, אלא שמי שנוטל אותו אינו עובר באיסור גזל. שו"ת משיב דבר חלק ד סימן לג מסכים לפירוש זה. שערי ציון (סופר), ח"א, סי' א, ענף ד, אות ה, כותב שטעמו הוא שלדעתו אין חפץ יוצא מרשות בעליו אם יש רק "ניחותא" של בעליו, אלא צריך שתהיה לו כוונה להקנות (כדעה ליד ציון הערה 795). באות י, הסביר שאף שמוצא אבידה זוכה ביאוש בלבד, הרי אין כאן יאוש, כי יאוש הוא הסחת דעת גמורה מהחפץ, וכאן יש רק הסכמה שהמקבל יקח, ויש בכך רק כדי לסלק איסור גזילה, ולכן רק האשה קונה כי היה גם שינוי רשות (ולא הסביר איך מועיל שינוי רשות בלי יאוש). גם שו"ת רביד הזהב (אברך), סי' לח, אות יא, כותב שהאשה מקודשת ביאוש ושנוי רשות גם אם ספק האם בעל החפץ מקפיד, כי בספק גזל אין חיוב השבה, ולכן בעליו מתייאש בודאי, וכשמגיע לאשה קנתה ביאוש ושינוי רשות. אבל ערך שי, או"ח, תרנח, ג, מקשה על נודע ביהודה, מדוע אינו יכול לזכות בחפץ, הרי היה יאוש, ובהיתר בא לידו, וזה כמו אבידה? מצד שני, משפטי שמואל (רבינוביץ) ח"א, שמעתתא דיאוש ומתנות כהונה, פרק ב, אות יא, דוחה את השוואת נודע ביהודה ליאוש ושינוי רשות, שדוקא יאוש ושינוי רשות מועיל כי יש ביאוש התחלה של קנין, אבל בדבר שבעליו אינו מקפיד עליו, המקדש לא קנה אותו בכלל, כי החפץ לא יצא מרשות בעליו, ולכן גם האשה לא קנתה. תשובות רבי אליעזר (גורדון) ח"א סימן כה אות כז, מקשה על נודע ביהודה, הרי תוס' סוכה ל ע"א (ד"ה הא) כתב ששינוי רשות אינו קנין, אלא הקונה קונה כי בא לידו בהיתר, וזה שייך רק אחרי יאוש, שבא לידו בהיתר, ואז הוא זוכה בחפץ במשיכה, כי יצא מרשות בעליו ע"י יאוש, אבל בדבר שבעליו אינו מקפיד עליו, שלדעת נוב"י אדם אחר אינו יכול לזכות בו שיהיה שלו, אין ההבדל בין אם נשאר בידו או שנותן למתקדשת, שהרי גם לידו הגיע בהיתר, ובכל זאת לא יכול לזכות בו שיהיה שלו, וא"כ גם המתקדשת לא תוכל. הוא מוסיף, שגם לרמב"ם ששינוי רשות הוא קנין (שהרי פסק שמועיל שנוי רשות ואח"כ יאוש) לא מועיל שינוי רשות בדבר שבעליו רק אינו מקפיד עליו. שו"ת באר משה (דנושבסקי), חו"מ, סי' ה (מב ע"ד-מג ע"א), דוחה את הסבר נודע ביהודה, שהרי אם נאמר שהחפץ אינו קנוי למי שנוטל אותו, הוא שייך לבעלים המקורי, ולא שייך בזה יאוש ושינוי רשות, ודוקא ביאוש אמיתי, התורה התירה לכל אדם לקחת, אלא שמי שהחפץ בא לידו באיסור חייב להחזירו, ולכן מועיל שינוי רשות אחרי היאוש, אבל כאן אם נאמר שמי שנוטלו לא יכול לקנותו, אין מקום שיועיל שינוי רשות, שהרי גם כלפי האשה המתקדשת, כל ההיתר שלה לקחת הוא כי הבעלים אינו מקפיד, ולא נתחדש יאוש אחרי שהמקדש לקח.
נחל יצחק שם, ובכורי אברהם, ב"ק קיט (עג ע"א בדפי הספר), מוכיחים שלרמב"ם אינה מתנה, שהרי רמב"ם הל' מעשר א, יב, כתב שתאנים שבעליהם אינו מקפיד עליהם פטורים ממעשר, והרי דבר שניתן במתנה חייב במעשר מדרבנן כמו דבר קנוי, ורק הפקר פטור ממעשר. לפלגות ראובן, ח"ג, הדרן על ב"ק, פלג ד (ב ע"ב), דוחה הוכחה זו, שדוקא שם התאנים הם הפקר, כי העובדה שבעליהם ליקט את כל התאנים האחרים והשאיר את אלו, מראה שהפקיר אותם לכל אדם. ר"ב ליפקין, שם עמ' עז, דוחה את ההוכחה, בכך שהוא מסביר שאינם הפקר, ולא יצאו מרשות בעליהם כל זמן שמישהו לא זכה בהם, ובכל זאת הם פטורים ממעשר כי כל מי שרוצה יכול לזכות בהם בלי הקנאת בעליהם (כשיטתו בהערה 927), וזה בכלל הלימוד מ"ובא הלוי כי אין לו חלק ונחלה עמך", יצא הפקר שיש ללוי חלק בו (ירושלמי תרומות,

יש נפקויות לשאלה האם זו מתנה או הפקר: (א) אם בעל החפץ אינו מוכן שאדם מסויים יקח את החפץ (כגון שהוא שונאו, או גוי), לפי הדעה שבסתם זה הפקר, כאן אף אחד אינו יכול לזכות בו, שהרי הפקר מועיל רק אם הוא הפקר לכל העולם[932]; ואילו לפי הדעה שבסתם זו מתנה, גם כאן יכולים אנשים אחרים לזכות בו[933]. (ב)

א, ג), וגם כאן יש לו חלק. מצד שני, מנחת אשר (תשס"ד), ב"ב, סי' יג, אות ד, מעלה אפשרות שדוקא תאנים אלו הם הפקר, כי אינם ראוים לשימוש סתם בני אדם, אבל אגוז ותמרה, שבהם עסק הרמב"ם, הלכות אישות שם, יש בהם הנאה ושימוש, ואין סיבה לומר שהם הפקר.

גידולי שמואל בבא קמא קיט ע"ב, מעלה אפשרות להסביר שקנה מדין יאוש, ואף שבדרך כלל יאוש לא מועיל בדבר שהגיע לידו לפני יאוש, הרי קצות החושן, רסא ס"ק א, כותב שהוא מועיל בדבר שאין בו חיוב השבה, כי לא הגיע לידו באיסור, וכאן אין חיוב השבה כיון שבעל החפץ אינו מקפיד.

לעומת שיטה זו, חי' ר' שמואל, קידושין סי' י, אות ה, כותב שאין לומר שזה הפקר, כי אי ההקפדה אינה יכולה לעשות את החפץ להפקר. מנחת אשר (תשס"ד), ב"ב, סי' יג, אות ג, כותב שהפקר הוא חלות שאדם עושה, ואינו יכול לחול רק ע"י שהוא עומד להיות הפקר, בלי שהתכוון לכך.

הבחנות שונות: שו"ת משנה הלכות חלק ז סימן רסז (ד"ה ומה שנלפענ"ד), כותב שחפץ שבעליו אינו מקפיד עליו משום **שאינו חשוב**, נעשה הפקר; ואילו דבר חשוב שידוע לנו שבעליו אינו מקפיד עליו או שדרך העולם שלא להקפיד אפילו בדבר חשוב כזה, יש לחוש שמא נתן דעתו ויקפיד, ואינו נעשה הפקר, כי אולי אינו רוצה להפקיר אותו, ורק אינו מקפיד אם נוטלים ממנו, אבל אינו מסיח דעתו ממנו כל זמן שהוא ברשותו, ולכן כל זמן שלא נטלו אחר, הוא שלו ואינו הפקר. והוא כותב (בד"ה ובמה שכתבתי) שדבר פעוט ערך שנמצא בתוך בית בעליו, שייך לסוג השני, כי מן הסתם בעליו אינו מקפיד על מי שיקח אותו, אבל לא הסיח דעתו ממנו ואינו מפקיר חפצים שבביתו, אבל ייתכן שהוא מקפיד. גם לגבי הסוג הראשון הוא כותב (בד"ה ברם) שזה לא הפקר רגיל אלא הפקר מסוג סילוק רשות, שהרי לא עשה שום פעולה ולא אמר שום דבר שיוציא אותו מרשותו, אלא שאינו מקפיד עליו, ולכן אינו יוצא מרשותו ויכול לחזור בו בלי לעשות בו קנין מחדש כל זמן שלא נטל אותו אחר, ורק אם בא אחר ונטל אותו, זכה.

שו"ת באר משה (דנושבסקי), חו"מ, סי' ה (מג ע"א), כותב שאם **בעל החפץ יודע** שיש כאן חפץ שאינו מקפיד שמישהו יקח אותו, הוא נקנה למי שנוטל אותו, כגון "מפסגי אילנות" (פועל העובד בדילול ענפים), שבעליו אינו מקפיד עליו (ב"ק קיט ע"ב - שם נאמר "הרי אלו שלו" שמשמעותו שהענף קנוי לפועל); אבל אם לקח דבר שלא מדעת בעליו, כאשר בעליו אינו יודע על כך, אולי לא קונה, גם אם ידוע שאינו מקפיד.

הבחנה אחרת כותב באר משה שם (מד ע"ב) במסקנתו, שדבר שאין בעליו מקפיד עליו, הנוטלו אינו יכול לקנות אותו כי אין מי שיקנה לו, כפי שכתב שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סימן מד (וכן פסק שו"ע, חומ, קפה, ב), שמי שנתמנה כשליח למכור חפץ אינו יכול לקנו כרותו לעצמו כי אין מי שיקנה לו; אבל אם הוא **נותן אותו למישהו אחר**, הלה קנה, כי היתה הקנאה בשליחותו של בעל החפץ, כיון שנוח לו; ולכן אפשר לקדש אשה בחפץ כזה, כאמור בהערה 925, כיון שהמקדש עושה את ההקנאה לאשה.

דעת תורה או"ח תרנח, ג, כותב שגם לפי נוב"י, אשה שנתנה לולב **של בעלה** לידידו, וידוע שבעלה אינו מקפיד, הוא נחשב של הידיד והוא יכול לצאת בו, כמו שכתב אליה רבה, תרנח, ג. אליה רבה נוקט שמן הסתם אינו מקפיד.

לפלגות ראובן, ח"ג, הדרן על ב"ק, פלג ז (ד ע"א), כותב שבכל מצב מפרשים את אי-ההקפדה באופן שהיא תועיל: בדבר שאין הבעלים מקפידים על שום אדם שיקח את החפץ, הוא הפקר גמור, ודבר שבעליו מקפיד על חלק מהאנשים, שאין לומר שהוא הפקר כי הפקר שאינו הפקר לכל אינו הפקר, הוא מתנה, ולא יצא מרשות בעליו עד שמישהו יזכה בו. בפלג טו (ט ע"א) הוא חוזר על הבחנתו, שאם בעל הנכס מקפיד כלפי חלק מהאנשים, החפץ הוא מתנה למי שאינו מקפיד עליו שיטלנו, ואם אינו מקפיד על שום אדם, הוא הפקר.

המחלוקת אם זו מתנה או הפקר, מובאת בהדרת מלך ח"ד עמ' קסו.

[931] שו"ת משנה הלכות, ח"ה, סי' רצא וח"ז סי' רסז. בחלק ה שם כתב שזו גם דעת שו"ת מחנה חיים ח"א סי' סז, שהבאנו בהערה 926 כאומר שזו מתנה.

שו"ת נטע שורק, אהע"ז, סי' י, אות ג, מסביר שנוב"י לא רצה לפרש שזה מתנה, כי כדי שיהיה אומדנא שנתן במתנה צריך הוכחה ברורה, והרי בנידונו של הרמב"ם, יש ספק האם הוא מקפיד (לפי הסבר אחד - ראה הערה 925), א"כ אין אומדנא דמוכח, א"כ הדין היה צריך להיות שבוודאי אינה מקודשת, ואילו הרמב"ם כתב שזה ספק.

[932] נודע ביהודה מהדו"ק שם, ומהדורא תניינא, אהע"ז, סימן עז (ד"ה הארכתי) (הובא בשו"ת בגדי כהונה, מהרז"ד, אהע"ז, סי' יח, ד"ה ועוד).

לאור זה, לפלגות ראובן, ח"ג, הדרן על ב"ק, פלג ח (ד ע"ג), כותב שנודע ביהודה יצטרך להסביר את האמור בב"ק קיט ע"ב, שחייב רשאי ליטול חוט מועט שבעל הבגד אינו מקפיד עליו (ומצבים דומים בב"ק שם) - שמדובר שאינו מקפיד על שום אדם ולכן זה הפקר.

אבל שו"ת רביד הזהב (אברך), סי' לח, אותיות ד-ה, ובכורי אברהם, דף עג ע"א-ע"ב (בדעת הרמב"ם) כותבים שהחפץ הוא הפקר גם אם בעליו מקפיד על אנשים מסוימים שלא יקחו, כי דוקא הפקר בפירוש, שבו החפץ אינו הפקר מצד עצמו אלא זקוקים להודעת בעליו שהוא מפקיר מרצונו, חל רק אם הפקיר לכל, שאל"כ יש לחשוש שאינו מפקיר בלב שלם, אבל דבר שבעליו אינו מקפיד עליו, יש אומדנא דמוכח שהפקיר, כי זה דבר לא חשוב וגם ידוע שבעליו אינו מקפיד, ולכן גם אם אינו הפקר לכל, "אנן סהדי" שהתכוון להפקר גמור. בכורי אברהם מוסיף שמאותה סיבה חל הפקר אף שבדרך כלל הפקר חל כאן רק אם הפקיר בפני שלושה.

לפי הדעה שזה מתנה, החפץ נחשב ממונו של בעליו המקורי כל זמן שלא נטל אותו מישהו, שהרי רק כשמישהו נוטל אותו, הוא מקנה לו אותו[934], ואילו לפי הדעה שזה הפקר, הוא יוצא מרשותו של בעל החפץ המקורי ברגע שהפסיק להקפיד עליו[935]. (ג) מכך נובע, שאם מת בעל החפץ, לפי הדעה שזה מתנה, החפץ עובר ליורשיו, ואם הם יקפידו על החפץ, לא יוכל אדם אחר לקחת אותו[936]; ואילו לפי הדעה שזה הפקר, הנכס אינו עובר ליורשיו במותו (אלא שהם יכולים לזכות בו ככל אדם אחר). (ד) אם בעל החפץ הוא קטן, לפי הדעה שזה מתנה, גם כאן אפשר לזכות בחפץ, שהרי כלל הוא[937] שמתנת קטן תקפה מדרבנן, ואילו לפי הדעה שזה הפקר, אי אפשר לזכות בו, שהרי יאוש של קטן אינו מועיל[938]. (ה) אם מדובר בפרי שגדל בארץ ישראל, לפי הדעה שזה מתנה, הוא חייב בתרומות ומעשרות, ואילו לפי הדעה שזה הפקר, הוא פטור מתרומות ומעשרות[939], ככל פרי של הפקר.

אבל מי שלוקח חפץ כזה מבעליו בכוח, אינו קנוי לו, כיון שהתנגדות בעליו מוכיחה שהוא מקפיד[940].

דבר שרוב האנשים אינם מקפידים עליו, מותר ליטול אותו גם אם אדם מסוים מקפיד עליו[941], מפני שבטלה דעתו מול דעת כל אדם[942]. מצד שני, דבר שהכל מקפידים עליו, ואחד אינו מקפיד, בטלה אי הקפדתו, עד שיאמר זאת בפירוש[943].

מקרה דומה הוא שהחפץ הוא בעל ערך, אבל ידוע שבעליו לא יקפיד אם אדם מסוים יקח אותו, מחמת ידידותו[944]. יש אומרים שמותר לאותו אדם לקחת את החפץ אף בלי ידיעת בעליו, ולאכול אותו בלי להמתין

---

[933] אבני מילואים שם; נטע שורק שם; לבוש מרדכי שם, מח ע"א (לפי הסברו המיוחד, בהערה 927); ר"ב ליפקין, שם, עמ' שעט (לפי הסברו המיוחד, בהערה 927).
ר"ב ליפקין כותב שבכל זאת יש הבדל בין אי-הקפדה כללית לאי-הקפדה לחלק מאנשים, לגבי חפץ שאין לנו ידיעה ברורה האם בעליו מקפיד, אבל בסתם אינו מקפיד: אם זה רק כלפי חלק מהאנשים, הרי כל עוד לא גילה דעתו שאינו מקפיד, אף שיש להניח שאם ייוודע לו, לא יקפיד - זה לא נחשב אי-הקפדה, כי זה כמו יאוש שלא מדעת שאינו יאוש (לפי תוס', ב"מ כב ע"א, בהערה 947) (וחוזר על כך בעמ' שפב); אבל אם בסתם אינו מקפיד לשום אדם, כגון סופי תאנים (פסחים ו ע"ב) - יש מצב של אי הקפדה ביחס לדבר זה, ואיננו צריכים לומר "אילו ידע שפלוני לקח אותו לא היה מקפיד" (שהוא כמו יאוש שלא מדעת) שהרי אינו מקפיד על אף אחד. הוא מעלה אפשרות שגם באי-הקפדה כללית, אם בעל הנכס אינו יודע שהחפץ הוא במצב כזה שאין רגילים להקפיד עליו, כגון שהיה בעל ערך, והשתנה באופן שכעת אין רגילים להקפיד עליו, ובעל הנכס אינו יודע על השינוי - זה אי-הקפדה שלא מדעת, ואסור ליטלו.
[934] אבני מילואים שם; מחנה חיים שם (קה ע"ג); לפלגות ראובן, ח"ג, הדרן על ב"ק, פלג טו (ט ע"א).
[935] אבני מילואים שם (לפי הדעה שזה הפקר).
אבל מנחת אשר (תשס"ד), ב"ב, סי' יג, אות ד, כותב שרק הפקרה מפורשת היא כמו נדר שאינו יכול לחזור בו ממנה (רמב"ם, הלכות נדרים, ב, יד), כי זה כמו צדקה לרבים, אבל דבר שנעשה הפקר בלי הפקרה מפורשת, אינו כמו נדר, שהרי הוא לא עשה נדר; ונודע ביהודה אינו מתכוון שחוששים שמא הפקיר בפירוש, אלא כוונתו היא שבזה שאין מפקיד, הוא כאילו הפקיר, ולכן יוכל לחזור בו עד שמישהו יטול אותו.
[936] לבוש מרדכי ב"מ סי' כ דף מח ע"ב; ר"ב ליפקין, שם, עמ' שעט, ועמ' שפב, הערה 4. ראה הערה 927, שהם סבורים שאין כאן ממש מתנה.
[937] כאמור ליד ציון הערה 21.
[938] גידולי שמואל בבא קמא קיט ע"ב.
[939] שו"ת רביד הזהב (אברך), סי' לח, אות ד; גידולי שמואל בבא קמא קיט ע"ב.
[940] שו"ת לבושי מרדכי אהע"ז סי' לז.
[941] רש"י, ב"ק קיט ע"א (ד"ה הכובס); נימוקי יוסף, ב"ק מו ע"א (בדפי הרי"ף).
[942] פרישה חו"מ שנח, ב; שו"ת רביד הזהב (אברך), סי' לח, אות ב; ר"ב ליפקין שם, עמ' שעח. ר"ב ליפקין כותב שדין זה מובן לפי הסברו (הערה 927) שדי באי-התנגדות בעל הנכס כדי שאדם אחר יכול לזכות בו; ואינו מובן לפי ההסבר שזה הפקר, שלפיו הדעת נותנת שצריך אי-הקפדה ממש כדי ליצור הפקר, ואם הקפדתו בטלה רק משום שכך מקובל, עדיין אין אי-הקפדה שתיצור הפקר, וכ"ש שאין מה שיצור מתנה, שהרי חסרה נתינה. הוא מדייק (בעמ' שעט) ממאירי, ב"ק שם, שהטעם הוא שחכמים זיכו את החפץ למי שנטל אותו כיון שאין בעל הנכס מקפיד עליו, כמו במקום שיש מנהג שכל אדם יכול לקחת דבר כזה.
[943] לחם משנה, הלכות לולב, ח, יא (הובא ע"י ר"ב ליפקין שם, עמ' שפא).
אבל שו"ת רביד הזהב (אברך), סי' לח, אות ב, כותב שדבר שיש מקפידים עליו, מותר לקחת אם בעליו אינו מקפיד.
[944] שו"ת נטע שורק, אהע"ז, סי' י, אות ז, מעלה אפשרות שאדם אינו מקפיד על בני ביתו אם יקחו דברים שלו, ולכן החפצים קנויים לבני ביתו. שו"ת לחם רב סי' כב (הובא בשו"ת משאת משה (ישראל), ח"א, אהע"ז, סי' ד, דף קטז ע"ב),

לרשות מבעליו[945], בגלל האומדנא שאילו ידע בעל החפץ היה נותן לו, וחלה מתנה[946]. אבל אחרים אומרים שאסור לאותו אדם לקחת אותו, כיון שכרגע אין הקנאה מצד בעל החפץ[947].

לומד מדברי הרמב"ם (הערה 925) על המקדש בדבר שבעליו אינו מקפיד עליו, לשותף שקידש בדבר ששייך לשותפות, שמן הסתם שותפו אינו מקפיד על כך.
ועי' אוצר הפוסקים, כח, יז, ס"ק צא, אות ח, בענין המקדש אשה בחפץ של אחר שבעליו אינו מקפיד עליו מחמת ידידותו עמו.

[945] ש"ך, חו"מ, שנח, ס"ק א (הובא בשו"ת נודע ביהודה מהדורא תניינא, אבן העזר סימן עז, ד"ה ומה שנסתפקתם, בנתיבות המשפט, סי' קצה ס"ק א, סי' קצז ס"ק ד, וסי' רמד, ס"ק א, ובספריו בית יעקב, כתובות פו ע"ב, וקהלת יעקב, אהע"ז, כח, יז, בשו"ת משיב דבר חלק ד סימן לג, בשו"ת רביד הזהב (אברך), סי' לח, אות יא, במעשה חושב, על שער המלך, גירושין, א, א, אות רפב, בערך שי, אהע"ז, כח, יז, בשו"ת נטע שורק, אהע"ז, סי' י, אות ג, ובצור תעודה, הל' שלוחין א, א, דף טז ע"ג).
אמרי בינה, דיני נדרים, סימן כב (ד"ה ומ"ש הנו"ב), ולבוש מרדכי ב"מ סי' כ (מו ע"ד), כותבים שרמב"ם, הלכות אישות, ה, ח, סובר כמו הש"ך. לבוש מרדכי (בדף מח ע"ד) כותב שגם רא"ש חולין פ"ח סי' כו, סובר כמו הש"ך. דברי שלמה (אצרף), חו"מ סי' קז, כותב כך בדעת חי' הרשב"א ב"מ כב ע"א.
כמו כן, מגן אברהם, תרנח, ס"ק ג, כותב שאשה שנתנה אתרוג של בעלה במתנה לאוהבו, יצא המקבל אף ביו"ט ראשון של סוכות שבו אדם יוצא רק באתרוג ששייך לו, כי יש להניח שהבעל מסכים (בתנאי שהבעל הוא אדם חשוב, שאין זה מכבודו למכור אתרוג, כך שאין לחשוש שהוא רוצה למכור אותו ואינו מוכן שיינתן לאחר). וכ"כ אליה רבה סי' תרנח, ג (גם בלי התנאי הנ"ל). מדברי מגן אברהם ואליה רבה עולה שהאתרוג **קנוי** למקבל, שאילו היה רק ביטול איסור גזל, לא היה יכול לקיים בו את המצוה.
הבחנות שונות: ברכות מים, אהע"ז, סי' כח (קג ע"ב-ע"ג), כותב שאסור לאכול דבר של חברו גם אם ידוע שלא יקפיד, אלא שאם אכל, חברו מוחל לו כדי שלא ייענש; ואם ידוע שבעל המאכל רוצה שפלוני יבוא ויאכל, וכשבא פלוני לא היה בעל המאכל שם, מותר לו לאכול.
שטמ"ק ב"מ כב ע"א כותב בשם "שיטה", שאם ידוע שבעל המאכל אוהב לומדי תורה, מותר לת"ח לקחת מהמאכל, כאילו הרשה להם לקחת, וזה לא מצד מתנה או מחילה שלא מדעת.
ר' שלום מרדכי סגל, "בענין שואל מקטן ובענין טבעת קדושין של יורשים", בית אהרן וישראל גל' סב עמ' קל-קלא, כותב שגם לפי הש"ך אסור ליטול משל קטן, כי דוקא בגדול אומר הש"ך שאם יודעים את דעתו, הוא נחשב כאילו נתן רשות בפירוש, אבל בקטן שלא מועילה אף רשות מפורשת, לא יועיל מה שיודעים את דעתו.

[946] חזון איש, אהע"ז, סי' קמח, על קידושין נב ע"ב (ד"ה אבל), כותב שמותר לקחת דבר שידוע שבעליו היה מסכים אילו ידע, לפי רבא שיאוש שלא מדעת מועיל (שאין הלכה כמותו), מפני שבנתינת מתנה א"צ מעשה אלא די בנתינת רשות; הרי שלדעתו זה גדר של מתנה. דבר משה (רוזמרין), ב"מ כב ע"א, אות לה (עמ' תפ), קורא לזה "מתנה שלא מדעת".
גם מדברי קצות החושן, רסב, ס"ק א, עולה שהבין שלפי הש"ך, מי שלקח דבר שבעליו אינו מקפיד עליו, הדבר קנוי לו ולא רק שאין בו איסור גזל (ולכן הוא יכול להשתמש בפירות אלו להפרשת תרומה על פירותיו). כך כתב ר' שלום מרדכי סגל, "בענין שואל מקטן ובענין טבעת קדושין של יורשים", בית אהרן וישראל גל' סב עמ' קל, שלפי קצות החושן, נחשב שיש דעת מקנה. נתיבות אדם, ח"ב, סי' יב, אות ד, מקשה, הרי מדבריו בענין שליח לתת מתנה מוכח שלדעתו מקבל מתנה קונה רק אם היתה הקנאה מהבעלים, ולא די באומדנא שהוא מוכן לתת (ראה סעיף 6)? הוא מתרץ שאמנם קצות החושן מצריך הקנאה, אבל אינו מצריך שתהיה הקנאה דוקא בשעת מעשה הקנין, אלא די ברצון כללי של הקנאה לאחרים, שאם הסכים בעל החפץ להקנות אותו למי שירצה לקחת אותו, זה נחשב הקנאה מהבעלים, ולכן כל אחד יכול לקנותו לעצמו, ואף שבשעת מעשה הקנין ממש אין זה ידוע לבעלים, מ"מ זה הקנאה מצד הבעלים; ולכן בדבר שאין בעליו מקפיד עליו, נחשב שיש הקנאה מצד הבעלים, כי הוא מסכים בדעתו לתתו במתנה לכל מי שירצה לקבל, והוא כאילו אמר בפירוש "כל הרוצה לקחת חפץ זה במתנה יבוא ויטול", ואז בוודאי נחשב הקנאה אף שאינו יודע מי נטל. ראה בשמו ליד ציון הערה 929. אבל הוא כותב שאמרי משה סי' כה אות כא, מצריך הקנאת הבעלים בשעת הקנין דוקא.
לעומת זאת, יש שהבינו שגם לפי הש"ך, אין כאן מתנה. עונג יו"ט סי' קיא, בהגהה, כותב שהנוטל פרי של חברו, שיודע שלא יקפיד עליו, אינו מתנה ואף אינו הפקר, אלא שהוא רשאי לאכול אותו, כי מותר לאכול דבר של חברו אם חברו מתיר לו, ולא קנאו, כי א"א לקנות ממון של אחר אם לא נתן לו רשות בפירוש לקנות ממונו (כשיטה ליד ציון הערה 795).
הוא מביא ראיה מקטן שנותן משלו לאחר לאכול, שאף שאינו יכול להקנות (אם הוא פחות מגיל הפעוטות), מותר לאחר לאכול כי אינו גזל. הרי שלדעתו אינו מתנה. הוא מסביר בזה את ש"ך, שם, שמתיר לשמעון לאכול דבר של לוי אם ידוע שלוי יסכים כשייוודע לו, שהש"ך סובר שבכל דבר אומרים שאם בסוף יסכים, גם עכשו מסכים; וההבדל בין זה ליאוש שלא מדעת שאינו מועיל, הוא שכאן כדי שלא יהיה איסור גזל, א"צ שבעל החפץ יעשה פעולה חדשה, וא"צ שהוא יֵדע על הנטילה, אלא די שלא יקפיד, ואם אינו מקפיד אינו גזל אף שאינו מקנה למי שנטל, משא"כ ביאוש שלא מדעת שלא מועיל כי צריך שהבעלים יעשה פעולה של יאוש, כדי שלא יהיה בו איסור גזל. ר' שלום מרדכי סגל, שם, עמ' קלא, כותב שלפי עונג יו"ט, גם לש"ך לא קנה את גוף הדבר, כי לזה צריך דעת מקנה, ורק לאכול מותר, כי לזה די שלא יקפיד.
כמו כן, מלואת אבן, כח, יט (ע ע"א), כותב שגם לפי הש"ך, לא מועילה הקנאה בלי ידיעת בעל הנכס, גם אם יש להניח שהוא רוצה להקנות (ראה בשמו בהערה 966), אלא שההנחה שמן הסתם נוח לו מועילה רק שיהיה מותר ליטלו, ולא ייחשב גזל.
כמו כן, משפטי שמואל (רבינוביץ) ח"א, שמעתתא דיאוש ומתנות כהונה, פרק ב, אות ב, אות ג, אות ה ואות ז, כותב שדבר שבעליו אינו מקפיד עליו, אינו קנוי לזוכה, ורק אין עליו איסור גזל. ובאות ח הוא כותב שגם לפי הש"ך, אין

אם המקבל צריך לעשות מעשה דתי או משפטי בחפץ

יש הנחה שבעל החפץ מתכוון להקנות אותו לחברו, אם חברו צריך לעשות מעשה דתי או משפטי בחפץ, שלשמו הוא צריך שהחפץ יהיה בבעלותו. כמה דוגמאות לדבר.

המקדש אשה בדבר שגזל ממנה, והסכימה להתקדש, מקודשת אם היו משודכים קודם[948], כי מן הסתם נתנה לו את הדבר במתנה, כדי שיוכל לקדש אותה בו[949]. אנן סהדי שהיא נתנה לו אותו במתנה כדי שיקדשנה, כי

אומרים שהסכמתו בסוף מוכיחה שהסכים מראש שיהיה קנוי לזוכה, כי לשם כך צריך את דעתו המפורשת, וטעות (היינו אי ידיעה) אינה יכולה לעשות מדבר שלא עשה ולא חשב, כאילו עשה וחשב.

כמו כן, תשובות רבי אליעזר (גורדון) ח"א סימן כה אות כז, כותב שגם לש"ך, החפץ עדיין של הבעלים, אלא שהנוטלו אינו עובר משום לא תגזול. הרי שהוא מבין שגם לפי הש"ך אינה מתנה.

אורח ישר (רבינוביץ), סי' מא, נתיב ו, מסביר מדוע הש"ך מתיר לקחת את החפץ על סמך העובדה שאילו בעליו ידע שחברו רוצה אותו היה מתיר לו, אף שב"יאוש שלא מדעת" (המוצא אבידה לפני שנודע לבעליו שאבדה), אין אומרים שמותר ליטול אותה כיון שאילו ידע שאבדה היה מתייאש: מה שקובע הוא אילו ידע הכל (כי אין ידיעה לחצאין), והרי אילו ידע שאבדה וגם ידע שהחפץ נמצא ביד פלוני המוצא, לא היה מתייאש, כי היה תובע אותה מהמוצא. לא ברור מדבריו האם לש"ך זו מתנה. והוא מוכיח שהרמב"ם חולק על הש"ך; להוכחתו ראה סעיף 4 [לוודא שנמצא שם], וראה שם קושיות על הוכחתו.

[947] תוס' ב"מ כב ע"א (ד"ה מר); הגהות אשרי ב"מ פ"ב סי' ג; הגהת מרדכי ב"מ סי' תכה; מחנה אפרים הל' גזילה סי' ב, בדעת הרמב"ם; שו"ע הרב, הלכות מציאה, אות ד; אמר יוסף הל' גניבה פ"ו דף לג ע"ב, בדעת חידושי הרמב"ן, ב"מ כב ע"א; ישועות יעקב, אהע"ז, כח, הפירוש הקצר, ס"ק כג; ערוך השלחן, חו"מ, שנח, ה.

כמו כן, בכורי יעקב, תרנח, ס"ק ו, כותב שאשה שנתנה אתרוג של בעלה במתנה לאוהבו, לא יצא המקבל ביו"ט ראשון של סוכות שבו אדם יוצא רק באתרוג ששייך לו, אף שיש להניח שהבעל מסכים, כי בשעת קיום המצוה לא ידע שאשתו נתנה אותו.

ארצות החיים, סי' יד, ארץ יהודה, אות ג, כותב שהש"ך עצמו לא עמד על דעתו לחלוק על הראשונים הנ"ל.

קרית מלך רב הלכות אישות, ה, ח, כותב ששו"ת מהרי"ט ח"א סי' קנ, סובר שרמב"ם, הלכות אישות, ה, ח, מסופק בדין זה (ראה בשם מהרי"ט בהערה 925), שמצד אחד, אינו דומה ליאוש שלא מדעת, כיון שעוד מקודם ידענו שאינו מקפיד, וכאילו גילה דעתו מראש, ומצד שני ייתכן שאף שאין דרכו להקפיד בכך, אינו מוכן שיקחו בלתי רשותו.

אבל שו"ת באר משה (דנושבסקי), חו"מ, סי' ה (מד ע"ב), כותב שתוס' והגמ"ר דיברו רק בדבר שלא ברור כל כך אם בעליו מקפיד, אבל אם ברור שאינו מקפיד, גם הם יתירו לקחת שלא מדעתו, בגלל סברת הש"ך.

המחלוקת מובאת בקצות החושן, רסב ס"ק א, ובבכורי אברהם, ב"ק קיט (עג ע"ד בדפי הספר).

[948] רמב"ם, הלכות אישות, ה, י; שו"ע, אהע"ז, כח, ב.

[949] רש"י קדושין נב ע"ב (ד"ה בדשדיך); רא"ש, קידושין פ"א, סי' כ (הובא בשו"ת תורת חסד ח"ב סי' כד אות ג, ביד דוד (קרלין) פ"ה אות קכב (נז ע"ב), ובתפארת יעקב, אהע"ז, כח, ס"ק סט); שו"ת הרשב"א חלק ד סימן רעג (שהיא מוחלת לו לשעה, שיהיה שלו), וחידושי הרשב"א קדושין יג ע"א; שו"ת מהרח"ש, אהע"ז (נדפס בתורת חיים, מהד' תשס"ג, חלק ד) סימן לא (ד"ה אמנם יראה לי, דף קנח ע"ב).

הפרשנים הללו נוקטים שהיא **מוחלת** לגזלן-המקדש. חי' ר' שמואל, קידושין סי' י, אות ח, מסביר שלשון "מחילה" אינו בדווקא, שהרי אין מועילה מחילה לחפץ בעין, אלא הכוונה היא שהיא מקנה אותו (ראה ליד ציון הערה 798); והוא כותב שלפי השיטה (הערה 794) שמועילה זכיית הקונה בלי הקנאה מצד בעל הנכס אם בעל הנכס מסכים, הכוונה היא שאף שהיא אינה יכולה להקנות לו את החפץ, כי אינו ברשותה (ראה על כך בסעיף 1(ב)), הרי די בכך שהיא נותנת רשות לגזלן לזכות בו בעצמו, ולכן הפרשנים כתב לשון מחילה - ללמד שהיא אינה מקנה אלא "מוחלת" ואינה מקפידה על כך שהגזלן יזכה בעצמו.

זכר יצחק סי' עא (עמ' רמא), הסביר שהיא מוחלת על חיוב ההשבה, וכיון שאין חיוב השבה, ממילא קנה הגזלן לגמרי מדין קנייני גזילה. אבל בחי' ר' שמואל שם, אות ט, מוכיח שגם אם פוקע חיוב השבה, החפץ לא נקנה לגזלן (עיי"ש להוכחתו).

ר' שלום מרדכי סגל, "בענין פדיון בסלעים שקנה אבי הבן מהכהן", בית אהרן וישראל גל' ח עמ' פז, מקשה, הרי האשה לא התכוונה לתת לו את החפץ במתנה גמורה, אלא נתנה לו כדי שיקדשנה בו (נראה שקושייתו היא לאור הדין, ליד ציון הערה 577, שאם ניכר שהנותן אינו מוכן שהמקבל יעשה בחפץ דבר מסוים, המתנה בטלה מטעם חוסר גמירת דעת)? הוא מיישב, שמניחים שהתכוונה למעמ"ל, כמו שאמרו בנותן אתרוג סתם (ראה סעיף 4), כי אם לא כן, לא תוכל להתקדש. נראה שתירוצו הוא שאין בזה חוסר גמירת דעת, כמו בנותן לולב סתם - ראה סעיף 4, בהסברים לכך שאין זה נחשב חוסר גמירת דעת מצד שניכר שאינו רוצה לתת מתנה גמורה.

אם היא טוענת שהתכוונה בצחוק: שו"ת נטע שורק, אהע"ז, סי' י, אות ז, כותב שאם היא אומרת שהתכוונה בצחוק, ולא התכוונה להתקדש, היא נאמנת, כי הדין שהיא מקודשת מבוסס רק על אומדנא שהתכוונה למחול לו, וזאת ע"פ שו"ת נודע ביהודה מהדורא קמא אהע"ז סי' נט, האומר שעד אחד נאמן באיסורים גם בדבר שבערוה אם לא הוחזק איסור. אבל הוא מעיר שרבים חלקו בכך על נוב"י.

דעה חולקת: פני יהושע, קידושין יג ע"א (ד"ה ההיא איתתא) כותב שאינה מקודשת בחפץ עצמו, כי החפץ אינו נקנה למקדש, שהרי ההנחה שהיא נותנת לו היא דברים שבלב שאינם דברים (דבריו קרובים לדעה, ליד ציון הערה 795, שאין

ע״י קבלת הקידושין אינה מפסידה מאומה, ואדרבה החזיר לה את החפץ, אלא שהיתה יכולה להוציאו ממנו בדין בלא הקדושין, ועכשיו מקבלת אותו ע״י קדושין, והרי ברצונה להתקדש; ואמנם היא מפסידה בזה שאילו היה מקדשה בשווה פרוטה משלו היתה מרוויחה אותה שוה פרוטה, הרי יש להניח שאינה מקפידה על הפרוטה, כיון שזה רק מניעת רווח, ועוד שיש לה הנאה גדולה במה שהיא מוציאה את הגזילה מידו, והיתה נותנת שוה פרוטה כדי להוציא ממנו את הגזילה; ועוד, שכלל הוא[950] שאשה רוצה להתקדש - ״טב למיתב טן דו״[951]. אבל אם לא היו משודכים מקודם, גם אם שתקה כשקידש אותה, אינה מקודשת[952], כי העריכו חכמים שאיננה מתכוונת לתת לו, וגם אם אח״כ אמרה שהתכוונה לתת, אין מתחשבים בדבריה[953].

המקדש אשה במטבע, והניח אותה בחצר שהוא והאשה שותפים בה, מקודשת, אף ששותפים בחצר אינם יכולים להקנות זה לזה בקנין חצר באותה חצר, כי יש להניח שהמקדש הקנה לה את חלקו בחצר כדי שתוכל להתקדש במטבע[954].

אשה שרוצה להתגרש, ומשלמת לסופר לכתוב גט על נייר שלה, והסופר נותן אותו לבעל לגרש בו - מן הסתם האשה מתכוונת לתת את הנייר במתנה לבעל, כיון שגט שכתוב על נייר שאינו של הבעל - פסול; וכך גם מלוה שכתב שטר החוב על נייר, מתכוון להקנות אותו ללווה, שהרי שטר חוב על נייר שאינו של הלווה - פסול; וכך גם ערב שכתב את התחייבותו בשטר החוב - המלווה מקנה לו את הנייר כי התחייבותו צריכה להיות על נייר שלו; וכן לווה שכתב שובר-קבלה על נייר שלו, מתכוון להקנות אותו למלווה, כי השובר צריך להיות כתוב על נייר של המלווה[955]. גם שטר מכר או שטר מתנה שהקונה או המקבל כותבים על נייר שלהם, מן הסתם הם מקנים את הנייר למוכר ולנותן, כי הנייר צריך להיות שלו[956].

מועילה הקנאה בהסכמת בעל הנכס בלבד אלא בהקנאה מודעת), אלא היא מקודשת בהנאה שאינה צריכה לתבוע אותו מדין, והנאה זו שוה פרוטה.
משנה למלך, הלכות אישות, ה, י, כותב שרמ״א, אהע״ז, כח, ב, שכתב שהמקדש חייב לשלם לה את שווי הגזילה, סובר שאינה מתכוונת לתת לו את החפץ במתנה. קהלת יעקב (לורברבוים), כח, ב, כותב שאכן, לפי הפרשנים נ״ל, שמחלה לו, אינו חייב לשלם לה.

[950] יבמות קיח ע״ב.

[951] שו״ת צמח צדק (לובאוויטש), אהע״ז, סי׳ צח, אות א. באות ב הוא מוסיף להסביר, שאנן סהדי שמחלה לו כיון שלא אמרה שאינה מוחלת, כך שהאומדנא אינה סותרת דברים שאמרה; וחידושי הרשב״א קדושין נ, כותב שדברים שבלב שמקיימים את מעשיו של האדם, מתחשבים בהם, וכאן אין האומדנא מבטלת שום מעשה שלה, שהרי המעשה שלה היא מה שמקבלתו בקדושין, ואילו מעשה הגזילה אינה מעשה שלה אלא שלו, ואינו מתבטל כי מה שהיה היה, והאומדנא מסייע למעשה שלה.
טיב קידושין, כח ס״ק נד, מסביר שמן הסתם לא איכפת לה להפסיד את הפרוטה של הקידושין, שהרי היא עצמה רוצה להתקדש.
שו״ת הסבא קדישא ח״ב אהע״ז סי׳ יג (עמ׳ סג), מסביר שהגזל אינו בידה ומסתמא התייאשה ממנו, ולכן לא איכפת לה להקנות אותו.

[952] רמב״ם, הלכות אישות, ה, י; שו״ע, אהע״ז, כח, ב.

[953] שו״ת משאת משה אהע״ז סי׳ ג (קי ע״ב).
שו״ת מהרי״ט, חלק א, סי׳ קלח, מסביר, שאם השתדכו מקודם והסכימה להתקדש לו, מניחים שמחלה לו על הגזל; אבל אם לא השתדכו, שלא הסכימה מעולם לקידושין אלו, אין משתיקתה הוכחה שמחלה, כי אולי חשבה ״אני לוקחת את שלי״.

[954] ר״ן על הרי״ף, קדושין ד ע״ב (בדפי הרי״ף). שו״ת תורת חסד ח״ב סי׳ כד אות ג, מביא זאת כדוגמה להקנאה מכללא.

[955] גיטין כ ע״ב-כא ע״א; טור אהע״ז סי׳ קכד (לגבי גט); ים של שלמה גיטין פרק ב סימן כו (לגבי גט); חלקת מחוקק קכד, ס״ק כב (על גט); בית שמואל קכד ס״ק יט (על גט); שו״ת הסבא קדישא ח״ב אהע״ז סי׳ יג (עמ׳ סב), בדעת חידושי הריטב״א, גיטין שם (לגבי גט).
זכור לאברהם (אביגדור), אהע״ז, סי׳ ו, כותב שלפי הרא״ש (ליד ציון הערה 855), האומר שהמשאיל טבעת לקדש בה אשה, מן הסתם מתכוון לתת במתנה כי אל״כ לא יוכל השואל לקדש בה, לפי זה גם כאן, טעם הדין הוא שגם אם האשה אינה יודעת להקנות, מן הסתם היא מתכוונת שיחול באופן שיועיל, שהרי היא רוצה להתגרש.
שו״ת תורת חסד ח״ב סי׳ כד אות ג, לומד מכאן שאם מישהו אחר משלם את שכר הסופר על כתיבת גט, מן הסתם הקנה לבעל את הכסף שנתן בשבילו לסופר, וא״צ שיקנה בפירוש.
ר׳ שלום מרדכי סגל, ״בענין פדיון בסלעים שקנה אבי הבן מהכהן״, בית אהרן וישראל גל׳ ח עמ׳ פז, מקשה, הרי יש אומדנא דמוכח שהאשה אינה מקנה את הנייר לבעל לגמרי אלא רק כדי שיגרש אותה (כקושיתו בהערה 949 בענין דומה)? הוא מתרץ, שמניחים שהתכוונה לתת את הנייר במעמ״ל, כי אומדים דעתה שרוצה לתת לו באופן שיועיל שיוכל לגרשה (כתירוצו שם).

כמו כן, מי שאמר "כתבו גט ותנו לאשתי", העדים שכותבים את הגט וחותמים בו, אינם צריכים לזַכות לו את הנייר קודם הכתיבה (אף שהגט צריך להיות על נייר של הבעל), אלא כשהם נותנים את הגט לאשה, היא זוכה בנייר שלו עבור הבעל, ויכולה להתגרש בו[957]. טעם הדבר הוא, שכשהעדים נותנים לאשה, הם רוצים שיחול הגט באופן המועיל, וכאילו אמרו לאשה שתזכה בנייר עבור הבעל, וגם האשה שרוצה להתגרש כאילו אומרת "אני זוכה עבור הבעל"[958].

כמו כן, סופר שהקנה את הנייר של הגט ואת כלי הכתיבה לבעל כיון שצריך שיהיו של הבעל[959], והבעל מסר אותם חזרה לסופר לכתוב את הגט, יש להניח שהבעל התכוון להקנות את שארית הנייר וכלי הכתיבה חזרה לסופר אחרי שגמר לכתוב[960], כיון שצריך שיהיו של הסופר, כדי שבפעם הבאה שיכתוב גט, יוכל להקנות אותם לבעל.

שליח לבטל חמץ יכול לבטלו אף שהחמץ אינו שלו, כי מן הסתם בעל החמץ נותן את החמץ שלו במתנה לשליח כדי שיוכל לבטל[961].

בליל הסדר, בעל הבית מן הסתם מקנה את המצה לאורחים במתנה, מפני שאדם יכול לקיים מצוות אכילת מצה בליל הסדר רק במצה השייכת לו[962].

הבחנה: שו"ת הסבא קדישא ח"ב אהע"ז סי' יג (עמ' סג), כותב שרק בסתם מניחים שהתכוונה להקנות, אבל אם אמרה שהיא משאילה את הנייר לבעל, אין מפרשים שהתכוונה להקנות אותו. ראה בשמו בהערה 855, על משאיל שמפרשים שהתכוון למתנה.

הסבר אחר: שו"ת הסבא קדישא ח"ב אהע"ז סי' יג (עמ' סב), כותב שחידושי הרשב"א, גיטין כ ע"ב (הובא בערך שי, או"ח, תרנח, ג), סובר שהאשה אינה מקנה את הנייר, אלא תקנת חכמים היא שהבעל קונה אותו. ר' אברהם יוסף משה אב"ד הארימלוב, המובא במגן גיבורים, או"ח, יד, ס"ק ד (מד ע"ד), מבין שמהרש"ך, המובא בבית שמואל, קכד ס"ק יט, סובר שמה שהבעל זוכה בנייר של הגט הוא כי חכמים הקנו לו, ולא שהאשה מקנה לו. לעומתו, מגן גיבורים עצמו שם (מה ע"ג) כותב שגם רש"ך סובר שהאשה מקנה לו. שו"ת זקן אהרן (הלוי) סי' יא, כותב שלדעת רש"י, גיטין שם, האשה מקנה לבעל על דעת חכמים.

[956] תוס', גיטין כ ע"ב (ד"ה וכותב).

[957] רמ"ה המובא בטור, אהע"ז, סי' קכ.

[958] רז"נ גולדברג, בס' ארחות משפט (אושינסקי), עמ' לז.

[959] שו"ע, אבן העזר, סדר הגט, סעיף יג.

[960] מחנה אפרים הל' זכיה סימן כו. הוא מסתמך על הדין שהקונה דשלבל"ע ותפס אותו כשבא לעולם, זכה כי המוכר מוחל לו אף שהמחילה נבעה מטעות (ב"מ סו ע"ב; ראה סעיף 1(ב), ומחילה, שער שמיני); ושם הכוונה למתנה מכללא.
אח"כ הוא אומר שגם אם הבעל אינו מקנה אותו לסופר, הרי אם הסופר מקנה אותו לבעל אחר, הבעל האחר זכה מטעם יאוש (של הבעל הראשון) ושינוי רשות.
גט מקושר (צינץ), סדר גט ראשון, אות קעג, כותב שאם הבעל הולך לדרכו אחרי כתיבת הגט, ואינו מבקש מהסופר להחזיר לו את שארית הנייר, הסופר יכול לכתוב עליו גט אחר כיון שהבעל אינו מקפיד (אלא שהוא כותב שאין לסמוך על זה למעשה). אבל ייתכן שהוא אינו מתכוון שהבעל נותן אותו במתנה, אלא שהבעל מפקיר אותו באי-הקפדתו, והסופר זוכה מההפקר.
נחלת צבי (פלדר) ח"ב עמ' 336, כותב שכיון שאחרי כתיבת הגט, הבעל אינו צריך את הנייר וכלי הכתיבה, ממילא הוא מחזיר אותם לסופר ואינו מקפיד, כאילו מחל לו או כאילו קיבל על עצמו שמה שיישאר מהנייר יחזור לסופר, והוא כאילו התייאש.
אבל תשובות רבי אליעזר (גורדון) ח"א סימן כה אות כז, כותב שדברי מחנה אפרים ודברי גט מקושר אינם שייכים בגט שנכתב עבור הבעל שלא בנוכחותו, שהרי הבעל אינו יודע שהסופר הקנה לו את נייר, וזה כמו יאוש שלא מדעת.

[961] ט"ז, או"ח, תלד, ס"ק ו (הובא בציונים לתורה, כלל לט, דף נו ע"א). הוא מביא ראיה מהרא"ש שצוין בהערה 949.
מקור חיים או"ח תלד ס"ק ב, מקשה עליו, הרי לא עשה מעשה קניין, והרי גם כשיש אומדנא שבעל החפץ רוצה להקנות אותו, צריך מעשה קנין (כפי שראינו ליד ציון הערה 792)? שו"ת קול אריה חו"מ סימן קכג, בסופו, מבאר שכאן אין צריך מעשה קנין, כיון שברור לנו שיש לבעל החמץ גמירת דעת להקנות לו.

[962] שפת אמת סוכה לה ע"א, ד"ה שם בגמ' אתיא (הובא בס' ויגד משה (כץ) עמ' קסח, בשו"ת מנחת יצחק חלק ח סימן מח, בשו"ת באר שרים ח"ג סי' נה אות ג, בשו"ת ציץ אליעזר חלק יב סימן לז אות ב, ובשו"ת רבבות אפרים ח"ד סי' קיב); שו"ת בצל החכמה חלק ד סימן קעב אות ב; רצ"פ פרנק, בשעשועי צבי סי' ב אות ו, ובמכתבו שהובא בשו"ת ציץ אליעזר חלק יג סימן טו.
רצ"פ פרנק שם כותב שאפילו לדעה (הערה 877) שבטלית שאולה אין מניחים שבעליה מתכוון לתת לו במעמ"ל, טעמו משום שמצות ציצית אינה מצוה חיובית, ולא חשוב כל כך שיקיים אותה, משא"כ באכילת מצה, שהיא חיובית; ועוד

מותר לאדם ללבוש טלית של חברו בלי ידיעתו ולברך עליו[963], אף שאין מברכים על עטיפת טלית של אחר, כי מסתמא בעליה מסכים, ומניחים שהקנה לו אותה במתנה ע"מ להחזיר כדי שיוכל לקיים בה את המצווה[964].

ששם הוא מצפה לקבל את הטלית חזרה, ולכן ייתכן שהוא רוצה שתהיה רק בשאילה ולא במתנה ע"מ להחזיר, אבל כאן האורחים יאכלו את המצה בלאו הכי, לכן יש להניח שהוא נותן להם את המצה במתנה כדי שיקיימו את המצווה.
אבל שפת אמת כותב זאת בלשון מסויגת, שהציבור סומך על סברה זו, ושו"ת תשובות והנהגות ח"ב סימן רמ, כותב שלדעת שפת אמת, אף שנותן לאורח לקיים מצות מצה, האורח אינו יוצא בה, כיון שבעה"ב אינו מקנה לו שיהיה שלו לכל דבר, כיון שאינו יודע שכדי לצאת בו צריך שיהיה שלו לכל דבר. וצ"ע, שהוא משווה זאת לשואל טבעת לקדש בה אשה, ושם מקודשת גם אם לא ידע את הדין (ראה ליד ציון הערה 857).
ראה סעיף 2, שיש אומרים שבכל אורח (לא רק בליל הסדר), האוכל ניתן לו במתנה.
אבל פוסקים אחרים כותבים שצריך שיקנה לו בפירוש (כגון אמרי בינה, דיני פסח, סי' כג), הרי שלדעתם אין אומדנא שהוא מתכוון להקנות לו.
עוד יש להעיר שיש פוסקים שאין צורך שהמצה תהיה שייכת לו (ראה לדוגמה יד המלך, הלכות חמץ, ו, ז), ואם כן אין אומדנא שנתן לו במתנה.
הדברים אמורים באורח, שבלאו הכי יאכל את המצה, והשאלה היא רק אם המארח מקנה לו את המצה. אבל הנוטל מצה של חברו בלי ידיעתו, אין סיבה להניח שבעל המצה מקנה לו את המצה כדי שיוכל לקיים בה את המצוה (ראה ליד ציון הערה 919, שרק אם הביע הסכמה אח"כ, אפשר להניח שהוא מקנה לו את המצה). זה שונה מהנוטל טלית של חברו בלי ידיעתו, שיש להניח שבעל הטלית מקנה לו אותה לצורך המצוה, כאמור ליד ציון הערה 963, כי הטלית תחזור לבעליה, משא"כ מצה שנאכלת.

[963] רא"ש חולין פ"ח סי' כו (הובא בלבוש מרדכי ב"מ סי' כ דף מח ע"ד); מרדכי, הלכות קטנות, סי' תתקנ; תולדות אדם וחוה, נתיב יט, ח"ג (קסח ע"ד); טור, או"ח, סי' יד (הובא בשו"ת שער אפרים, סי' ב); שו"ע, או"ח, יד, ד (הובא בבית אהרן וישראל גל' קכד עמ' קנז).
שו"ת הרמ"ץ, או"ח, סי' א, אות א, מדייק מלשון השו"ע שמותר ליטול את טלית גם אם בעליו נמצא בחדר סמוך, לדוגמה, וא"צ לשאול אותו האם הוא מסכים, והוא מנמק (באות ג) שההנחה שאדם רוצה שתיעשה מצווה בממונו היא ודאית, ואינה רק בגדר "רוב", שאין סומכים עליו אם אפשר לברר. שו"ת נחלת יוסף (מייזליש), סי' לד, דן האם צריך לשאול את בעל הטלית האם הוא מסכים.
בשאלה האם הנוטל צריך לעשות מעשה קנין על הטלית בכוונה לקנות, ראה סעיף 6 בשם שו"ת הרמ"ץ.
אבל עי' שו"ת ציץ אליעזר חלק יב סימן ז, שבמצבים רבים אסור ללבוש טלית של חברו, מחשש שהוא מתנגד.

[964] ט"ז או"ח, יד, ס"ק ד (הובא באמרי בינה דיני או"ח סימן ז (ד"ה שאל), בשו"ת נטע שורק, אהע"ז, סי' י, אות א, ובשו"ת ציץ אליעזר חלק יג סימן טו); ארצות החיים, סי' יד, ארץ יהודה, אות ג; שעשועי צבי סי' א אות ד; פרי צדיק (צרור), או"ח, יא, ז.
נתיבות אדם, ח"ב, סי' יב, אות ב, מנמק שהט"ז סובר שאם ידוע או יש אומדנא שבעל הנכס מוכן להקנות אותו, די בכך, וא"צ הקנאה מכוונת שלו, כדעה ליד ציון הערה 794.
שו"ת באר משה (דנושבסקי), חו"מ, סי' ה (מד ע"ג), מעלה אפשרות שכוונת הרא"ש היא שאדם שלישי יתן לו את הטלית במעמ"ל, ואז תהיה קנויה לו ויוכל לברך עליה, וזאת לאור שיטתו (ראה הערה 930) שהנוטל דבר שאין בעליו מקפיד עליו אינו יכול לזכות בו שיהיה קנוי לו כי אין מי שיקנה לו, ורק אם הוא נותן לצד שלישי, הלה קנה.
אבל אורח נאמן או"ח סי' יד, הגהה ב מבן המחבר, כותב שכאן אין אומדנא שבעל הטלית מוכן להקנות לו, ובכל זאת רשאי ליטול אותו הוא כי טלית מצוייצת שאולה לא נתמעטה מ"כסותך" (על נימוק זה ראה הערה 889).
דעות חולקות: ט"ז עצמו, שם ס"ק ה, כותב שאין לברך על טלית כזאת, משום שהתורה אמרה שבטלית שאולה אין מפרשים שהמשאיל מתכוון למתנה (ראה בשמו בהערה 877).
מגן אברהם יד ס"ק ח (הובא בחתן סופר, או"ח, שער הגדילים, סי' כ, אות יג, ובמלואת אבן, כח, יט, דף סט ע"ד), כותב שהטלית אינה קנויה למי שנטל אותה, אלא שהוא יכול לברך עליה כמו שאשה יכולה לברך על מצווה שהיא פטורה ממנה. תורת הקניינים לארבעת המינים, ענף ה, הערה קלב, הגהה יד (עמ' פג), מסביר שמגן אברהם סובר שא"א לקנות טלית של אחר בלי ידיעתו. והוא כותב שמגן אברהם מודה באופן הובא בהערה 177, ש"נקיי הדעת" היו מחזירים את הלולב למקומו כדי שהקטנים יטלו אותו מעצמם, שאז הקטן קונה מדרבנן כיון שאין לו דעת לקנות בעצמו ואין דעת אחרת מקנה (ראה בשמו בהערה 177) - זה לא כקונה שלא מדעתו, שהרי בעל הלולב ידע שהקטן יקח אותו, ונקנה גם לדעת מגן אברהם. אבל שעשועי צבי סי' א אות ד, דוחה את נימוקו של מגן אברהם, שכן הרי שו"ע, או"ח, יז, ב, סובר שאשה לא יכולה לברך על טלית.
שו"ת אהלי תם, סי' מו, מנמק ש"כסותך" מלמד רק שאין חיוב לעשות ציצית בבגד שאול, אבל אפשר לקיים מצוות ציצית בטלית שאולה. הרי שלדעתו הטלית אינה נקנית למי שנטל אותה.
שו"ת הרמ"ץ, או"ח, סי' א, אות ז, כותב שאמנם דבר ודאי הוא שבעל הטלית רוצה שתיעשה מצוה בממונו, כי אין לו חסרון כיס, אבל אין הכרח לומר שהוא מתכוון להקנות אותה במעמ"ל, אלא ייתכן שהוא מתכוון **להפקיר** אותה, ומועיל הפקר לחלק מהאנשים אם מישהו זוכה מיד כשהוא מפקיר, כי הפקר לחלק מהאנשים הוא כמו מתנה, שאינו יוצא מרשות המפקיר אלא אחר זכיית הזוכה. נראה שהוא מפרש שזאת כוונת הרא"ש.
פתח הבית (טיקטין תק"פ), סי' א ענף ו (ב ע"א), כותב שהדין כאן תלוי במחלוקת תוס' וש"ך (הערות 945-947) בנוטל דבר של חברו בלי ידיעתו, ואילו ידע היה מסכים שיקח, האם קנוי לו, שהרי גם כאן אילו ידע, היה מסכים שיקח, בגלל

אע"פ שבעל הטלית יפסיד אם הטלית תינזק באונס, שהרי מעמ"ל פטור באונס (ראה סעיף 4), לא איכפת לבעל הטלית שהנוטל פטור באונס, כי אולי גם אם תישאר בידיו היא תיאנס, ולא יקבל על זה תשלום[965].

לעומת זאת, אסור לאדם ליטול אתרוג או לולב של חברו, ביום טוב ראשון של סוכות, לקיום מצוות נטילת ארבעת המינים, מפני שביום זה אדם יכול לקיים את המצווה רק בלולב שלו[966]. סיבה אחת שלולב שונה מטלית, היא שבעליו מקפיד במיוחד שלא יתקלקל[967]. סיבה נוספת היא, שאם יאבד הלולב, אף שהוא חייב לשלם, יפסיד בעל הלולב, שהרי גם אם הלולב היה מהודר, השואל יכול לשלם דמי לולב פשוט, כיון שערכו של לולב הוא רק לאפשרות לקיים בו את המצווה, ואפשר לקיים את המצווה גם בלולב פשוט[968]; ועוד שאדם מעונין דוקא בלולב שלו, ואין אדם רוצה שתיעשה מצווה בממונו אם יפסיד מכך; משא"כ בטלית, שלא יפסיד בעל הטלית אם תאבד, שהרי יקבל תשלום מלא, שכן כל ערכה של טלית הוא ממוני[969].

המצוה (אבל לא ברור האם פתח הבית מתכוון ללולב או לטלית). אבל אח"כ (בדף ב ע"ג) הוא מעלה אפשרות שגם לתוס', כאן יכול ליטול בלי דעת חברו, כי זה למצוה.

מלואת אבן, כח, יט (ע ע"א), מנמק שלא מועילה הקנאה בלי ידיעת המקנה - ראה בשמו לענין לולב, הערה 966.

[965] פתח הבית (טיקטין תק"פ), סי' א ענף ו (ב ע"א).

ארצות החיים, סי' יד, ארץ יהודה, אות ג מתרץ שאכן אם ייאנס יצטרך לשלם, כי בעל הטלית יכול לומר שלא הסכים שיקח אותה; אבל כל זמן שלא נאנס, אומדים דעתו שנוח לו כי אין לו הפסד.

פתח הבית מקשה, שבעל הטלית מפסיד, שהרי במעמ"ל המקבל יכול להחזיר דמים במקום החפץ עצמו, וגם אם נאמר שבטלית צריך להחזיר אותה עצמה כי בעליה זקוק לה לקיום המצוה (ראה סעיף 4), הרי אם יש לנותן עוד טלית כזאת, יכול הנוטל להחזיר דמים (ראה סעיף 4).

[966] ט"ז או"ח, יד, ס"ק ה (הובא בפתח הבית (טיקטין תק"פ), סי' א ענף ו דף ב ע"ב, ובבית אהרן וישראל גל' קכד עמ' קנז); בכורי יעקב, תרנח, ס"ק ו וס"ק כד; משנה ברורה, תרמט, ס"ק לג; ארצות החיים, סי' יד, ארץ יהודה, אות ג; שו"ת בית אב (יודלביץ) ח"א סי' טו אות ו.

כך מוכח מתרומת הדשן, שו"ת, סי' ק (הובא ברמ"א, או"ח, תרמט, ה), האומר שמותר ליטול לולב של חברו בלי ידיעתו בשאר הימים, אחרי היום הראשון.

כמו כן, בכורי יעקב ושו"ת שער אפרים סי' ב (ד"ה ואף) כותבים שמי שלוקח ערבה מקרקע שגוי גנב מיהודי, אין אומרים שיוצא מצד שנוח לבעל הקרקע שיקיים בו מצוה, כי זה לא מועיל שייחשב שלו.

מלואת אבן, כח, יט (ע ע"א), מנמק שאכן יש להניח שבעל הלולב מוכן שיקחו אותו, כיון שהנוטל יחזיר אותו, והוא חייב באונס (ראה בשמו בסעיף 4), ובכל זאת הנוטל אינו יכול לקנות אותו בלי ידיעת בעליו, ואין אומרים שכיון שאילו ידע היה מקנה, נחשב דעת מקנה, שהרי בפועל לא ידע ולא הקנה, כמו שלא מועיל יאוש שלא מדעת. ראה הערה 964 שהוא סובר כך גם לגבי טלית.

דעה חולקת: מלואת אבן, כח, יט (סט ע"ד), כותב שר"ן על הרי"ף סוכה כ ע"א (בדפי הרי"ף), סובר שאפשר לקיים את המצוה בלולב של אחר בלי ידיעתו, שהרי הוא כותב שאחים שמקפידים זה על זה, אם אחד מהם לקח אתרוג מהעזבון לפני חלוקתו, לא יצא, אבל אם אינם מקפידים, יצא. אח"כ הוא כותב ש"לפי מה שנכתב בס"ד" אין הוכחה מהר"ן, וכוונתו אינה ברורה.

קצות החושן, רסב ס"ק א, כותב שמותר ליטול אתרוג של חבירו שלא מדעתו.

מדברי פתח הבית (טיקטין תק"פ), סי' א ענף ו (ב ע"א), עולה שהבין שהט"ז מתיר לקחת לולב של אחר לצאת בו, כי מניחים שבעל הלולב מוכן לתת לו במעמ"ל.

[967] ט"ז שם.

[968] כמו שכתב שו"ת מהר"ם מינץ, סי' קיב.

[969] ארצות החיים, סי' יד, ארץ יהודה, אות ג, בסופו.

ר' מרדכי זאב אורנשטיין, בישועות יעקב, או"ח, סי' יד, בסופו (יב ע"א), מסביר בדומה על פי מה שכתב (ראה בשמו בסעיף 4) שהמקבל אתרוג במעמ"ל חייב להחזיר את האתרוג שנתן לו, כקיום התנאי, אבל אם לא התנה בפירוש ע"מ להחזיר, וחובת ההחזרה היא רק מתוך אומדנא דמוכח כיון שהנותן צריך אותו למצוה, יכול להחזיר אתרוג אחר פחות מהודר, כיון שגם בזה יכול לצאת בו, ובטלית בכל מקרה אינו יכול להחזיר טלית גרועה, שהרי יש לטלית ערך ללבישה ולא רק למצוה (ודוקא באתרוג יכול להחזיר גרוע כיון שכל ערכו הוא למצוה) - לכן אסור ליטול אתרוג שלא מדעת בעליו, שהרי אילו ידע, היה עושה עמו תנאי כמשפטי התנאים והיה חייב להחזיר לו אותו אתרוג מהודר, ועכשו שנוטלו בלי ידיעתו וחייב להחזיר רק משום האומדנא, יכול להחזיר לו אתרוג פחות מהודר; אבל יכול ליטול טלית בלי ידיעת חברו, שהרי נוח לחברו שתיעשה מצוה בממונו, כי לא יפסיד מכך כי יקבל אותה טלית חזרה.

הסברים אחרים: מועדים וזמנים, ח"ג, סי' רסו, עמ' קנה בהערה, מסביר, שבזה שנוטלו אינו נקנה לו לכל דבר אלא רק לצאת בו, כי מן הסתם נוח לבעליו לתת לחברו לצאת בו אבל אינו יודע שצריך להקנותו לו לגמרי, והוא כמו שותף, ובציצית יוצא בשל שותפים משא"כ בלולב.

שו"ת באר משה (דנושבסקי), חו"מ, סי' ה (מד ע"ג), מסביר שלגבי טלית מדובר שראובן נותן את הטלית של שמעון (בלי ידיעת שמעון) ללוי, ואז קנה, ואילו כאן מדובר שראובן לוקח את הלולב של שמעון בעצמו, ואז אינו קונה כי אין מי שיקנה לו (ראה הבחנה זו בשמו בהערה 964).

כמו כן, הנוטל טבעת של אדם אחר בלי ידיעתו וקידש בה אשה, אינה מקודשת, מפני שאין אומרים שנוח לאדם שייעשה מצווה בממונו בלי ידיעתו אם יש לו הפסד[970]. אין אומרים שמן הסתם הוא מוכן להקנות לו במעמ"ל לצורך המצוה, כי יש בזה הפסד, שהרי מקבל מע"ל פטור באונס, כפי שנראה בסעיף 4; ועוד, שאם המקבל מעמ"ל משעבד אותה לנושה שלו, הנושה יוכל לגבות אותה בחובו[971]; ועוד, שהוא מפסיד את עצם הטבעת, שהרי יקבל חזרה רק דמים, שהרי הטבעת תישאר ביד האשה, ואין לומר שיש אומדנא שהוא נותן במתנה ע"מ שיחזיר אותה טבעת, שהרי אם יצטרך להחזיר אותה, לא יוכל לקדש בה את האשה[972].

כמו כן, הנוטל מצה של חברו לקיים בה את מצוות אכילת מצה בליל הסדר, אין מניחים שבעל המצה מתכוון לתת לו במתנה, כיון שאוכלו ואינו מחזירו לבעליו, ויש בזה חסרון כיס[973].

לולב של הקהל, שכל אחד מהקהל מקיים בו את המצווה לפי תורו, כל אחד מן הסתם מתכוון לתת במתנה את חלקו לחבירו בשעה שחברו מקיים בו את המצוה[974].

גוי שגזל קרקע של יהודי, ומוכר ליהודי אחר הדסים הצומחים בקרקע למצוות ארבעת המינים, יש להניח שבעל הקרקע היהודי נותן אותם במתנה ליהודי הקונה, כי הוא מעדיף שיהיו של היהודי שיקיים בהם מצווה, משיישארו אצל הגוי הגזלן[975].

הקונה קרקע לפירות, חייב להביא ממנה ביכורים[976], אף שקנין פירות אינו כקנין הגוף, ובפרשת ביכורים נאמר "אשר תביא מארצך"[977], מפני שאומדים שהמוכר מקנה לו את הקרקע קנין גמור במעמ"ל, כדי שיוכל לקיים מצוות ביכורים[978].

ר' שילה רפאל, המובא בשו"ת ציץ אליעזר חלק יג סימן סד, הסביר שטלית חייבת גם אם אינה שלו ממש, ודי שיש לו זכות להשתמש בטלית זו, כפי שמוכח מהדין שטלית של שותפים חייבת בציצית, ולכן בטלית מספיק שנוח לבעלים שהנוטל ישתמש, ואילו בלולב לא די שיש לו זכות שימוש אלא צריך שיהיה שלו ממש, כפי שמוכח מהדין שאתרוג של שותפים אין יוצאים בו יד חובה. מדבריו עולה שהטלית אינה קנויה למי שנטל אותה, שלא כמו הט"ז בהערה 964.
שו"ת הרמ"ץ, או"ח, סי' א, אות ג, מסביר שאסור ליטול לולב של חברו, כי ההנחה שאדם רוצה שתיעשה מצוה בממונו היא רק כמו רוב, ונגד זה יש חזקת חיוב של האדם, משא"כ בטלית, שאין חיוב לקנות בגד להטיל בו ארבע כנפות, ורק מי שלובש בגד חייב בציצית. אבל הוא דוחה הסבר זה (גם באות ה), בכך שהוא מוכיח שהנחה זו היא ודאית - ראה בשמו בהערה 963.

[970] בית שמואל, כח, ס"ק נ (הובא במלואת אבן, כח, יט, דף סט ע"ד).
פרי צדיק (צרור), או"ח, יא, ז, נימק, שלא אומרים כאן "ניחא לאיניש למיעבד מצוה בממוניה" כי קידושי אשה אינה מצוה; או משום חומרת איסור אשת איש, לא רצו לסמוך על סברה זו לומר שחלים קדושין גמורים, ושאם אחר יקדש אותה, לא תהיה מקודשת לשני.

[971] ראה בשמו בסעיף 4.

[972] פתח הבית (טיקטין תק"פ), סי' א ענף ו (ב ע"א).
מלואת אבן, כח, יט (ע ע"ב), מנמק שאמנם בעל הטבעת מוכן שיקח אותה במעמ"ל, אבל לא מועילה הקנאה בלי ידיעת הבעלים - ראה בשמו בהערה 966.

[973] רצ"פ פרנק, בשו"ת ציץ אליעזר חלק יג סימן טו.
פרי צדיק (צרור), או"ח, יא, ז, מסביר בדרך זו מדוע אסור לקחת בגד של חברו ולקרוע אותה על מיתת אביו, אף שאם בעל הבגד השאיל לו בידיעה שהוא עלול לקרוע, מותר לקרוע (כאמור ליד ציון הערה 892) - כי מן הסתם, בעל הבגד אינו מוכן שיזיק כל כך לבגד לצורך המצווה.

[974] רשב"ם ב"ב קלז ע"ב (ד"ה ואם לאו); רמ"א, או"ח, תרנח, ז (כמוסבר במשנה ברורה ס"ק לב).
דעות חולקות: הגהות מיימוניות הלכות לולב, ח, יא, אות ת, חולק על רשב"ם, בנימוק שאנשים אינם יודעים שצריך ליזהר לתת במתנה.
שו"ת צמח צדק (לובאוויטש), אהע"ז, סי' צח, אות ה, כותב שרי"ף סוכה כ ע"א (בדפי הרי"ף), רמב"ם הלכות לולב, ח, יא, וריא"ז המובא בשלטי הגיבורים סוכה כ ע"א (בדפי הרי"ף) אות ג, חולקים על הרשב"ם, שהרי הם כתבו בסתם שאתרוג של שותפים, אין יוצאים בו.

[975] שו"ת הרמ"ץ, או"ח, סי' א, אות ה. ראה בשמו בסעיף 6, שמעשה הקנין שעושה היהודי מועיל אף שהוא מתכוון לקנות מהגוי ולא מהיהודי.

[976] רמב"ם, הלכות ביכורים, ד, ו.

[977] דברים כו, ב.

[978] בכורי אברהם, בהקדמה, בעמוד השלישי. הוא מסביר שבכל זאת אינו קורא "מקרא ביכורים", כאמור ברמב"ם שם, כי אין לו שמחה גמורה.

ידידות בין הנותן למקבל

בעל יורש את הנדוניה של אשתו לפני החופה אם מתה אחרי שמסרו שלוחי האב את האשה לשלוחי הבעל, אף שמעיקר הדין האב יורש אותו כל זמן שלא נישאה בחופה, כי יש להניח שהאב מוחל לבעל (מכללא) על הנדוניה בגלל קירוב נישואין[979], היינו שהוא נותן לו את הנדוניה במתנה מכללא, והמתנה חלה בלי מעשה קנין כי יש אומדנא שיש לו גמירות דעת, ואף שהוא דבר שלא בא לעולם, קנה כיון שהוא גומר ומקנה[980].

בגדים שאדם קונה לאשתו ולילדיו - מניחים שהוא מתכוון להקנות להם אותם במתנה בגלל קירבתם הגדולה[981], ולכן הוא אינו יכול למכור אותם[982], ונושה שלו אינו יכול לגבות מהם[983]. כך גם בספרים שקנה

דוגמאות נוספות: בע"ז נג ע"ב נאמר שעצי האשרה בארץ ישראל בזמן הכנענים נאסרו משום שהכנענים עבדו אותם כעבודה זרה, אף שהם שייכים לישראל, ואין אדם יכול לאסור דבר שאינו שלו, מפני שכשעבדו ישראל את עגל הזהב, גילו דעתם שנוח להם במה שהכנענים עשו. פרחי כהונה (קצבורג) עמ' קסג, מסביר שהטעם הוא שיש אומדנא שישראל הקנו את האשרות במתנה לכנענים לצורך זה, כדי שתעלה עבודתם לע"ז "לרצון"; אבל התכוונו רק לתת במעמ"ל, ולכן דינם כע"ז של ישראל שגוי אינו יכול לבטל. הוא מסביר (בעמ' קסד) שאף שלגבי הקדש, העובדה שאדם מקדיש חפץ שלו אינה אומרת שהוא נותן כל חפץ שלו במתנה למי שיקדיש אותו, הרי ישראל העובד ע"ז אדוק בה ביותר (ע"ז לג ע"א).
עמודי אור, סי' ל, אות ד, כותב שאדם הנמצא בסכנה, ויש לחברו חפץ הנחוץ להציל את חייו, הדבר הזה קנוי למי נמצא בסכנה. אבל הוא כותב (שם אות ב) שהוא חייב לשלם לבעל החפץ, וא"כ אין זאת מתנה אלא מכר. לעומתו, עמק יהושע סי' טז (פב ע"א במהד' תרנ"ו), כותב שהדבר אינו קנוי לאותו אדם, אף שהוא רשאי להשתמש בו.
דברות משה, ב"מ, סי' סג, ענף ב עמ' של, כותב בדעת רש"י, ב"מ סו ע"ב (ד"ה והדרא), שמלווה שאמר ללווה "אם לא תשלם לי עד שלוש שנים, השדה שלך תעבור לבעלותי", אם המלוה אוכל פירות השדה במשך שלוש השנים, אין זה ריבית דאורייתא, מפני שרואים כאילו הלווה מקנה לו את הקרקע לפירותיה למשך הזמן הזה, כדי שלא יעבור באיסור ריבית. אבל הוא כותב שהרמב"ם, מלוה, ו, ז, חולק על כך, משום שאין לפרש את כוונתו שלא כפשטות לשונו, ועוד, שאם זאת כוונתו, הוא מפסיד ממון (עיי"ש להסברו להפסד).

[979] רש"י כתובות מח ע"ב (ד"ה שמואל); בית שמואל, נז, ס"ק א; שו"ת חתם סופר, אהע"ז, ח"א, סי' קכא (ד"ה איברא); אמרי בינה, אהע"ז סי' כו.
פני יהושע, כתובות שם (ד"ה רש"י), מבאר שבנדוניה מועילה מחילה כיון שכבר הגיע ליד הבעל וגם הבעל שייך בה, אבל בשאר נכסיה לא שייכת מחילה, כיון שירושה באה ממילא. הפלאה כתובות שם (ד"ה פירש"י ד"ה שמואל) מבאר שהאב מוחל לבעל על כתובתה, וממילא צריך לשלם לו את הנדוניה שמוטלת על האב כחוב לבעל. בס' הערות (רי"ש אלישיב), כתובות שם, מסביר שהמחילה היא שהבעל לא יהיה חייב להחזיר לו כנכסי צאן ברזל. אילת אהבים, כתובות שם (ד"ה רש"י ד"ה שמואל), מסביר שמעיקר הדין בעל יורש את ארוסתו אחרי מסירתה לשלוחי הבעל, אלא שהנדוניא לא היתה אמורה להיות כלולה בנכסיה כמו שבעל לא חייב לתת לאשתו תוספת כתובה אם מת לפני החופה כי כתב לה רק בגלל חיבת חופה (לדעה אחת בכתובות מז ע"א), ולכן כתב רש"י שאצל האב לא חיבת חופה קובעת אלא קירוב נישואין, וזה קיים כבר משעת מסירתה. וחזר על כך בקונטרס אחרון, סי' קעא.
דוגמה נוספת: בב"ב קמו ע"א נאמר שחתן שלאחר קדושין שלח לבית חמיו לכבוד אשתו תשורות העשויות ליבלות כגון תכשיטים ופירות, ואכל שם עמה, ואח"כ מת או שמתה היא או שחזר בו ורוצה לגרשה, אינם צריכים להחזיר לו את מה שנתן. רשב"ם שם (ד"ה אינן) (הובא בשו"ת דברי ריבות סימן צח, ובשו"ת מהרי"ט חלק ב, אהע"ז, סימן כב), מנמק, שמחמת שמחת אכילתו עמהם, מחל. שם היתה נתינה מפורשת, אבל היה מקום לומר שהיתה מותנית (מכללא) בכך שהנישואין יתקיימו, ובגלל אומדן הדעת מניחים שהיתה מתנה מוחלטת; ולכך קורא הרשב"ם "מחילה". גם בית שמואל, נ, ס"ק ו, מנמק זאת מטעם מחילה.

[980] ערך שי, כתובות שם (מהד' תשמ"א).

[981] שו"ת הרי"ף סימן רנח; חי' הרשב"א, ב"ק קב ע"ב, בפירושו הראשון (לכל דבר) (הובא בשו"ת תורת חסד ח"ב סי' כד אות ג); ספר התרומות שער א חלק א אות ה (גם בשם הרמב"ן) (הובא בב"י, חו"מ, צז, מה); אור זרוע בבא קמא סימן תטז (גם אם לא הגיעו לידם) (הובא בהגהות אשרי, ב"ק פ"ט סי' יח, ומשם הובא בשו"ת מהרי"ק, שורש י, ענף ח); מהרי"ח, המובא בהגהות אשרי, ב"ק פ"ט סי' יח; תוס' רבינו פרץ, ב"ק קב ע"ב (שזכו גם כשהם ביד המוכר); חידושי הראב"ד, ב"ק קב ע"ב (שגומר בדעתו להקנות להם בשעה שהוא מקדיש את נכסיו); שו"ת מהרא"ל צינץ אהע"ז סי' יט אות ח; שו"ת צמח צדק (קרוכמל), סימן ג (שלכן לא חל הקדש, וגם אם קנה בגדים שעוד לא נתפרו); שולחן ערוך חו"מ, צז, כה (שהם שלהם); שו"ת נבחר מכסף, אהע"ז, סימן סד, בסופו.
הבחנות שונות: קצות החושן, צז ס"ק יג, כותב שלפי הרמב"ן בס' התרומות, וראי"ש ב"ק שם, רק לענין שאינם כלולים בהקדש ושנושה שלו אינו יכול לגבות, נעשה כמי שהקנה להם, אבל לא לגבי הבעל עצמו, והבעל יכול למכור את הבגדים, ואם כבר זכו בהם כגון שלבשו אותם, אפילו למכור אינו יכול.
קצות החושן, רסט, ס"ק א, מעלה אפשרות שקנו רק אם אמר (למוכר או בפני עדים) שהוא קונה לשמם, שאם לא כן אלו דברים שבלב (לפי דבריו זאת לא דוגמה לנתינה מכללא; אבל ייתכן שהוא כותב כך רק לפי ההבנה, בסמוך, שקנו מטעם שליחות, אבל לפי ההבנה שיש אומדנא שהוא רוצה להקנות להם, אין צורך בדיבור). כמו כן, ר' בצמ"ח עוזיאל, השופט והמשפט, שער יב, פרק לד (עמ' 379), כותב שמדובר שהמוכר יודע שהקונה קונה בשבילם, כפי שכתב מישרים נתיב כח חלק א, בתחילתו (הובא בב"י, חו"מ, קפג, ד), והוא כותב שזו גם דעת ראי"ש ב"ק פ"ט סי' יח; והוא מסביר שהמוכר מזכה להם ע"י הקונה, שנעשה שלוחו של המוכר להקנות להם (גם לפי דבריו אין כאן מתנה מכללא, אלא זיכוי).

לבניו ללמוד בהם[984]. כך גם בבגדים שארג או קנה לעצמו ואח"כ החליט ליחדם לאשתו או לבניו וצבעם לשמם[985]. כיון שיש אומדנא שהוא מתכוון להקנות להם, הם קונים אף בלי מעשה קנין, מפני שכשיש גמירת דעת ברורה, אין צורך במעשה קנין[986].

לעומתם, נתיבות המשפט, רסט, ס"ק א, כותב שאין צורך בדיבור מפני שמתחשבים בדברים שבלב אם אינם סותרים לדברים שבפה (חידושי הרשב"א, קידושין נ ע"א), ובמקרה של בגדים שלהם שמסר לצבע לצבוע, יש טעם נוסף - יש הוכחה שנצבעו לשמם, כיון שאלו בגדים שלהם.

צמח צדק שם כותב שכשמת הבעל, האשה אינה נוטלת אותם, כי יש אומדנא שנתן לה רק ללבוש בחייו (כתובות נד ע"א), אלא אם כן כתב בכתובה בפירוש שתקח בגדים. גם שער משפט, צז, ס"ק ו, כותב שאחרי מותו, אינה נוטלת אותם, כי הוא נותן לה רק כעין מתנה על מנת להחזיר.

מחנה אפרים, הלכות זכיה, סי' ב, מקשה, איך זכה הבן בבגדים, הרי יש דעה (ליד ציון הערה 330) שאב שנתן מתנה לבנו, לא זכה הבן, מחשש שתהיה לו איבה? אמר יוסף הל' גניבה ו, ג (לד ע"א), מתרץ שבזה אין חשש איבה, כי איבה היא רק בדבר שהבן אינו צריך, שהאב אומר "כיון שאני זנך, למה אתה צריך מתנה זו?"; ועוד, שכאן מדובר שהקדיש את כל נכסיו, ואם נאמר שהוא של האב, ילך להקדש, וא"כ לא שייך בזה איבה. הרי שלדעתו ההקנאה לבן מועילה רק בדבר שהבן צריך, או רק אם הוא מקדיש את כל נכסיו. ייתכן שלדעתו, האומדנא שהוא מקנה לאשתו ולבניו שייכת רק אם הוא מקדיש את כל נכסיו, וטעמה הוא שהוא רוצה "להציל" את הבגדים מהקדש. וכך אמנם משמע מלשון התלמוד, ב"ק קב ע"ב: "כל **המקדיש** נכסיו, נעשה כמי שהקנה להן כסות אשתו ובניו מעיקרא"; ואכן אבן האזל הלכות מלוה ולוה, א, ה (ד"ה ראינו) מקשה משם על הפוסקים שסוברים שזה לא רק במקדיש.

מהרא"ל ציגץ שם כותב שדבר שאין דרך האב לקנות במיוחד לבנו, ורק כשצריך, נותן לו האב ממה שיש לו (נידונו הוא "פרטשיל" - לא ברור מהו) - אינו קנוי לבן, והבן לא יכול ליתנו במתנה, מפני שהאב נותן לו אותו רק לפי שעה, לצורכו.

דעות חולקות: חי' הרשב"א, ב"ק קב ע"ב, בפירושו השני (שהוא כותב עליו שהוא עיקר), ושו"ת הרשב"א חלק ד סימן ריד, כותב שאינו מקנה להם, והבגדים שייכים לו, אלא שאם הוא מקדיש את כל נכסיו, אינו מתכוון לכלול את הבגדים הללו בהקדש. לפי אבן האזל הלכות מלוה ולוה, א, ה (ד"ה ושיטת הרא"ש), וחוק לישראל, שליחות, עמ' 421, זו גם דעת רא"ש בבא קמא פרק ט סימן יח.

שו"ת הרשב"א חלק ב סימן רפו, כותב בתחילה שאינו מקנה להם, ואפילו בגדים שכבר נתן להם והשתמשו בהם, אינם קנויים להם, אלא שאם הוא מקדיש את נכסיו אינו מתכוון לכלול אותם (אבל הוא מביא את הראב"ד שכותב שלפני שהוא מקדיש הוא מקנה להם). אבל אח"כ הוא מביא ראיות שהבגדים קנויים להם, וכותב בדעת רי"ף, ב"מ סט ע"ב (בדפי הרי"ף), שנושהו אינו יכול לגבות מהם. ש"ך חו"מ סימן עב ס"ק כו, מביא רק את דבריו הראשונים. הפלאה, קו"א, צ, ס"ק לג, כותב בדעת הרשב"א שם, שהוא מתכוון לתת את הבגדים לאשתו ולבניו במתנה על תנאי שהוא יוכל לחזור בו אם ירצה. שו"ת הרשב"א חלק ז סימן תקא, כותב שייתכן שלא הקנה לאשתו.

שו"ת הרי"ף סימן רט (הובא בפסקי רקנטי סי' תקג, ובשו"ת מהרי"ק שורש י ענף ח, ובשו"ת נבחר מכסף, אהע"ז, סימן סד, בסופו) נוקט שמשעה שנתן להם, קנו אותם; משמע שקנו רק כשהגיע לידם. וכן שו"ת הרשב"א חלק ד סימן קנד כותב שהאשה זכתה משהגיעו לידיה.

שולחן ערוך אהע"ז, עג, ט, כותב שמי שמשכן כסות אשתו, אינה יכולה להוציא מיד המלוה; משמע שהבגד קנוי לבעל; אבל ייתכן שהוא קנוי לאשה ובכל זאת אינה יכולה להוציא מהמלוה מפני תקנת השוק, נימוק שכותב שו"ת הרשב"א חלק ב סימן רפו.

[982] שו"ת הרי"ף סימן רנח; שו"ת הרשב"א חלק ד סימן קנד; אור זרוע בבא קמא סימן תטז.

[983] ספר התרומות שער א חלק א אות ה; מהרי"ח, המובא בהגהות אשרי, ב"ק פ"ט סי' יח; שולחן ערוך חו"מ, צז, כה (הובא בשו"ת מהרש"ם ח"ג סי' רצא); שו"ת צמח צדק (קרוכמל), סימן ג.

[984] שו"ע, חו"מ, צז, כה (הובא בשו"ת מהרש"ם ח"ג סי' רצא).

[985] סמ"ע, צז ס"ק ס.

אבל קצות החושן, צז, ס"ק יד, כותב שבגד שלו שצבע לשמם - אינו מקנה להם.

[986] חי' הרשב"א, ב"ק קב ע"ב, בפירושו הראשון (הובא בשו"ת ר' עקיבא איגר מהדורא קמא סימן לז, ד"ה ונלע"ד [ברמז]).

כמו כן, ס' התרומות שם כותב שקנו בדיבורו בלבד, מה שקנה עבורם, גם אם לא זיכה להם.

טעם אחר: מהרי"ח, המובא בהגהות אשרי, ב"ק פ"ט סי' יח (הובא במחנה אפרים הלכות שלוחין ושותפין סימן יח), ורמ"ה המובא בשיטה מקובצת, ב"ק קב ע"ב, מסבירים שכשהוא קונה את הבגדים, הוא עושה זאת בשליחותם של אשתו ובניו, וכך הבגדים נקנים להם. קצות החושן, קפג ס"ק ג, ואבן האזל הלכות מלוה ולוה, א, ה (ד"ה והנה), כותבים שנפקא מינה בין ההסברים, שלפי ההסבר שהוא שליח, נושה שלו אינו יכול לגבות מהבגדים גם אם קנאם אחרי יצירת החוב, שהרי מעולם לא היו שלו אלא הוא שימש רק כשליח; ואילו להסבר שאחרי שהוא קונה, הוא מקנה להם, הנושה שלו יכול לגבות מהם (אם שיעבד מטלטלין אגב קרקע, וכתב "דאיקני"), כי השתעבדו לו כשהיו שלו (כפי שכותב ס' התרומות שם). נפקא מינה נוספת היא שאם הוא אורג להם בגד בעצמו, לא שייכת הקנאה בדרך שליחות, אבל שייכת הקנאה בדרך גמירות דעת. על האפשרות להקנאה מטעם שליחות כאן, ראה חוק לשראל, שליחות, עמ' 423-421.

אהלי יהודה (הכהן), ע' זכיה לקטן (סה ע"א), מנמק שהוא נעשה שליח שלהם בשעה שקנה בשבילם; ואם לא קנאם אלא עשאם בביתו, הוא גמר ומקנה להם בלי קנין.

מנחת אשר (תשס"ד) ב"ב סי' מו אות ז מסביר (בלשון "אפשר"), שהם קונים ע"י שמשתמשים ועושים הגבהה ומשיכה, ואף שאינם מתכוונים לקנות, מועיל כי דעת אחרת מקנה. הוא מסביר עוד ע"פ קצות החושן האומר שדעת אחרת מקנה

פקדון שנגנב, והשומר התנדב לשלם עבורו לבעל הנכס אף שמן הדין היה פטור (כגון שומרא חינם, שפטור בגניב ואבידה), הנכס נקנה לשומר, לעניין זה שאם יימצא הגנב וישלם כפל, הכפל ישולם לשומר, מפני שרואים כאילו בעל הנכס הקנה לו מראש את הנכס אם יתנדב לשלם בעבורו[987]. יש להניח שהוא רוצה להקנות לשומר מתוך הכרת הטוב על התנדבותו לשלם.

בעל עדר בהמות, שהרועה שלו הוא כהן, מן הסתם מקנה את הבכורות שנולדים לעדרו לאותו כהן, והרועה קונה את הבכור ע"י קנין חצר, מפני שמן הסתם בעל העדר מקנה לרועה מקום בחצרו כדי שיוכל לקנות בקנין חצר[988]. יש להניח שהוא רוצה להקנות לו מתוך הידידות הצומחת מעבודתם המשותפת[989].

שתיקה המוכיחה על כוונה לתת מתנה

הרואה שאחר נוטל מנכסיו ושותק

ככלל, במתנה אין מפרשים את שתיקת בעל הנכס כהסכמה לתת, כי ייתכן ששתק מפני שלא ראה צורך להביע התנגדות[990].

מי שהחזיק בקרקע פחות משלוש שנים, חייב להחזיר לבעל הקרקע את כל הפירות אף שהוא שתק יותר משנתיים, וכך גם אם החזיק יותר משלוש שנים אבל לא בא בטענה שבעל הקרקע מכר לו אותה וכדומה; וכן המחזיק במטלטלין, אם לא טען שקנה אותם, אין שתיקת בעל הנכס מוכיחה שמחל לו (כלומר שנתן)[991].

מועיל גם אם המקנה אינו מתכוון להקנות בקנין מסוים, ודי ברצון כללי להקנות (ראה סעיף 6). אבל ראה סעיף 6 בשם חתם סופר וחבצלת השרון, שבנתינה מכללא, נחוצה כוונת הקונה לקנות.

[987] ב"מ לד ע"א. שו"ת תורת חסד ח"ב סי' כד אות ג, מביא זאת כדוגמה להקנאה מכללא.
שו"ת הרמ"א סי' פז, לומד מכאן אומר שאם גוי שומר על בהמה ונגנבה והסכים לשלם, רואים כאילו בעל הבהמה הקנה אותה לגוי, ולכן אם ילדה בכור, אינו קדוש בבכורה. גם את זה מביא תורת חסד כדוגמה להקנאה מכללא.

[988] דעת ר' טרפון, בבכורות יח ע"ב. שו"ת תורת חסד ח"ב סי' כד אות ג, ויד דוד (קרלין) פ"ה אות קכב (נז ע"א), מביאים זאת כדוגמה להקנאה מכללא.
יד דוד מסביר שאף שר' עקיבא שם חולק (וכמוהו פסקו טור, יו"ד, סי' שיז, ושו"ע, יו"ד, שיז, ג), בנימוק שאינו מקנה לו כיון שבכך הוא נפסד במצב של ספק (עיי"ש), הוא מסכים לעיקרון שאומדנא יכולה ליצור הקנאה.
תוס' שם (ד"ה אקנויי) בהסברם הראשון כותבים שבעל החצר מקנה את החצר בלי שום מעשה קנין, כי "שעבודי משעבד נפשיה", והפרשנים מוכיחים מכאן שלעתים מועילה הקנאה בלי מעשה קנין אם יש אומדנא שיש גמירת דעת להקנות. אבל גם להסבר השני בתוס', שמדובר שהרועה עשה מעשה קנין לקנות את החצר, זו הקנאה מכללא, שהרי בעל העדר לא אמר שהוא מקנה לכהן.

[989] יד דוד נוקט שהוא מקנה לו בגלל המצוה לתת את הבכור לכהן. אבל ברור שזה לא הטעם המלא, שהרי היה יכול לקיים את המצוה בנתינה לכהן אחר, אלא מצטרפת לכך הידידות שביניהם, שבגללה יש להניח שהוא רוצה להקנות דוקא לרועה.

[990] ערך שי, חו"מ, פא, ז.
שם משמעון (שטעריין) דף נ ע"ד, מסביר שדוקא במקום שלא הוחזק עדיין שהדבר הוא שלו, כגון תקפה אחד בפנינו (ב"מ ו ע"א), השתיקה מוכיחה שהוא מודה שזה של חברו, אבל בדבר שהוא שלו, אינו מאבד את זכותו בשתיקה. הוא מביא ראיה (בדף נא ע"א) מחידושי הרשב"א, ב"מ ו ע"א, הכותב שגם לדעה ששתיקה בפני עדים (ולא בפני ב"ד) היא כהודאה, זה רק אם לא הוחזק עדיין שזה שלו, משא"כ אם כבר הוחזק.
הבחנה: לפלגות ראובן, ח"ג, הדרן על ב"ק, פלג ז (ד ע"א, בהגהה), כותב שבקרקע, לא חלה מתנה מכללא ע"י שתיקת הבעלים, כי בקרקע צריך מעשה קנין, ואם המקבל מחזיק שלא בפני הנותן, צריך שיאמר "לך חזק וקנה"; ואילו במיטלטלין, אם הם ברשות המקבל, קנאם בלי מעשה קנין (ראה סעיף 6), ולכן אם שתיקת הבעלים מעידה על רצון לתת אותם במתנה, קנה המקבל.

[991] אורים גדולים, לימוד קמא.
אבל שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סי' מה (ד"ה הא דדייק) מוכיח (בשם חכם אחד, שהוא מסכים עמו) מדברי רבא בב"ב כט ע"א, "דשתא קמייתא מחיל אינישי", כלומר, כיון שבעל השדה רואה שהמחזיק אוכל את פירותיה שנה או שנתיים ושותק, הראה שמחל (כלומר, נתן לו במתנה את הפירות) - מכאן מוכח שבאופן כללי, שתיקה לבד מוכיחה שמחל; ואע"פ שדברי רבא נדחו בסוגיה, הסיבה היא משום שרב נחמן סובר שאינו מתכוון למחול, וראיה מרשב"ם (ד"ה תרתי) שפירש בהמשך הסוגיה "ומיהו פירי לא מחילי", משמע שאף למסקנה, אילו מחל היה מועיל; ובדעת רב נחמן לא ברור האם הפירות חוזרים משום שבעל השדה אינו מוחל לגמרי (שלא כרבא) או משום שאינה נחשבת מחילה (כלומר, אינה מועילה), אבל רבא ודאי סבר שהמחילה מועילה, שהרי רצה לבסס על כך את חזקת שלש שנים; ואין הוכחה שחזר בו

מי שאכל פירות של שדה בנוכחות בעל זכות המשכנתא (שהפירות שלו), והלה שתק, אין זה מוכיח שמחל[992].

גוים שגזלו ספרים מיהודים, ומכרו אותם ליהודים אחרים - העובדה שהנגזלים (או יורשיהם) לא פדו את הספרים אינה אומרת שמחלו עליהם, כי ייתכן שרצו להמתין עד שימכרו הגוים יותר בזול, כדי שיראו הגוים שלא יוכלו למכור ביוקר כל כך ובכך לא יתרגלו לגזול ספרים של יהודים[993].

מי ששאל טבעת ממישהו וקידש בה אשה, ובעל הטבעת ראה ושתק, אין להסיק מכך שבשעת ההשאלה התכוון לתת לו את הטבעת במתנה, שהרי אז לא ידע שהשואל מתכוון לקדש בה אשה; ואין אומרים שכששמע שהוא מקדש, זה נחשב מתנה למפרע, מפני ששתיקתו אינה הוכחה ברורה דיה לכך שנתן לו במתנה[994]. כמו כן, אם בשעת ההשאלה לא אמר שהוא מתכוון לקדש בטבעת, ורק אח"כ אמר זאת למשאיל והמשאיל שתק, אין אומרים שקנה מתוך הנחה שהמשאיל התכוון להקנות לו[995].

אריס שלוקח מפירות השדה מעט יותר מהמגיע לו, ובעל השדה ראה ושתק, שתיקתו אינה מעידה שהתכוון לתת לו את הפירות במתנה, כי יתכן ששתק רק כי התבייש למחות[996].

לעומת זאת, בן שעשה רווחים בנכסי אביו, ואביו שתק, הראה בכך שהוא נותן לו במתנה את חלקו ברווחים[997]. נראה שהטעם שמקרה זה שונה מהמקרים הקודמים הוא שכאן אין זה נכס ממשי שהלה לוקח אלא רווחים.

אם יש ספק אובייקטיבי לגבי חפץ מסוים, למי הוא שייך (כגון בהמה שיש לגביו ספק הלכתי האם הוא בכור, כך שספק האם הוא שייך לכהן או לבעליה של אמו של הבהמה), ואחד מהם תפס והלה שתק, הראה בכך

מדעתו שהמחילה מועילה, וכיון שרבא סבר כך, אין סיבה לומר שרב נחמן חולק. אבל ראה בעבודה על מחילת בעלות, שיש שדחו את הראיה משם, ששם הכוונה היא ששתיקתו היא **הודאה** שמכר לו **בעבר**, ולא מחילה - הקנאת הפירות.
תשב"ץ חלק ג סימן סח, כותב שאם בעל בית ראה שאדם אחר דר בבית, בונה וסותר ומתקן בבית, ושתק, הודה בכך שאין לו זכות בבית, ולאלתר חלה חזקה. זאת אף שבנידונו לא טען המחזיק שקנה מבעל הבית, ואין כאן "הודאה" במובן של שאלה של מציאות.

[992] הרשב"א, בתשובה בצפונות שנה א גל' ב עמ' יג.

[993] תרומת הדשן פסקים וכתבים סימן סט.

[994] שו"ת הרי"ם, אהע"ז סי' כ, עמ' רה; שם משמעון (שטערין) דף נ ע"ד; שו"ת חבצלת השרון, אהע"ז, סי' סא.
אבל מראה יחזקאל (הוכברג) סי' ב (דף יב ע"א), מביא כאילו הרי"ם שם כותב שהמשאיל טבעת לחברו וראה שהוא מקדש בו אשה, השתיקה היא כאילו נתן לו.
שו"ת נודע ביהודה מהדורא קמא אהע"ז סימן נט (ד"ה והנה גוף) (הובא בלפלגות ראובן, ח"ג, הדרן על ב"ק, פלג כ דף יד ע"ג), כותב שהנוטל פרי של אחר בנוכחות בעליו, וקידש בה אשה, מקודשת (אלא שאם אין בו שו"פ, היא רק ספק מקודשת, שמא הוא שו"פ במקום אחר), כי מן הסתם בעליו מחל לו; וכוונתו היא שנתן לו במתנה, שהרי אין מועילה מחילה על חפץ בעין. נראה שהוא מסכים שאם זו טבעת, אין להניח שבעליה מחל לו כי היא דבר יקר, ורק פרי שהוא דבר זול, מניחים שמחל לו.
שו"ת מהרח"ש, אהע"ז (נדפס בתורת חיים, מהד' תשס"ג, חלק ד) סימן לא (ד"ה ועוד היה נראה) (הובא בשו"ת משאת משה (ישראל), ח"א, אהע"ז, סי' ד, דף קטז ע"א) כותב שהמקדש ביין שאינו שלו, ובעליו לא מיחו, אין זה מוכיח שהסכימו לתת לו, כי אולי שתקו מתוך בושה, כמו שנאמר בקידושין נב ע"ב על מקרה דומה (ראה ליד ציון הערה 905).
אבל שו"ת לחם רב סי' כב (הובא במשאת משה שם), מעלה אפשרות שאנשים שישבו במשתה שלכל אחד חלק בו, ולקח אחד מהם לחם וקידש בו אשה, והאחרים שתקו, זו הוכחה שהם מסכימים ונותנים לו את חלקם במתנה.

[995] שו"ת חבצלת השרון, אהע"ז, סי' סא. זאת בניגוד למשאיל שידע בשעת ההשאלה שהשואל מתכוון לקדש בה אשה, שאז מניחים שהמשאיל התכוון להקנותה לו במעמ"ל (כאמור ליד ציון הערה 855). הוא מנמק זאת (גם לגבי המקרה ליד ציון הערה 994) על פי הסברו (הערה 889) ששם, אם השואל אינו מתכוון לקנותה, יכול לקנות אותה רק בקנין "יד" שקונה בלי כוונה, כמו קנין חצר, אבל קנין חצר אינו מועיל בדבר שהופקד בחצרו לפני שעת ההקנאה (לפי דעה אחת שנביא בסעיף 6). יש להעיר, שלפי זה, אם השואל התכוון לקנות, יכול לקנות במשיכה או בהגבהה, ואז קונה גם אחרי שעת ההשאלה.

[996] שו"ת מהרי"ט, חלק א, סי' קנ (הובא בברכות מים אהע"ז סי' כח, דף קה ע"ב).

[997] מנחת אברהם (שפירא) ח"ב סי' לג (עמ' שלו).
לעומתו, שבט בנימין סי' שב (קמה ע"א), כותב שאין להסיק כך משתיקת האב, ומה ששו"ת משפטי שמואל סי' נא, בסופו, כתב ששתיקת האב מראה שהאב רצה לתת את זה לבן במתנה - שם היו לו טעמים אחרים.

שהוא חושב בלבו שגם אם החפץ שייך לו, הוא מוחל עליו (כלומר, נותן במתנה) לתופס, ונותן לראשון[998]. כאן, שלא במקרים הקודמים, אין ודאות שהנכס שייך למי מהם, ולכן יש יותר מקום לפרש את שתיקתו כמחילה-מתנה.

שתיקה לזמן ממושך: מעשה באשה שקיבלה נדוניה מאביה, ואביה התנה שאם ימות הבעל או האשה בלי זרע, תחזור הנדוניה ליורשי האב; והאשה "הקדישה" (לצדקה) חלק מהנדוניה, ומתה בלי זרע, כך שהרכוש היה שייך ליורשי האב, אבל יורשי האב שתקו זמן רב. נפסק, שכיון ששתקו כל כך הרבה זמן, שתיקתם מוכיחה שהסכימו למעשה שעשתה, כי רצו לעשות מצוה בממונם[999].

הרואה שאחר נותן נכס שלו במתנה ושותק

אם ראובן נתן נכס של שמעון ללוי, ושמעון ראה ושתק, אין להסיק מכך ששמעון התכוון לתת את הנכס ללוי במתנה[1000]. הוא יכול לטעון: "שתקתי כי הייתי מעוניין שהנכס יעבור ללוי כי יותר קל להוציא מלוי מלהוציא מראובן". אף במצב שלא שייך לומר כך, כגון אם הוא השאיל את הנכס לראובן ובכך הראה שאינו רואה אותו כאדם קשה, בכל זאת השתיקה עצמה אינה יכולה ליצור מתנה לשני, כמו שחזקה שאין עמה טענה אינה חזקה[1001], גם אם החזיק בפני בעל הקרקע, ואפילו חפר בה בורות[1002].

ראובן שנתן מתנה לשמעון, ועשה בו מעשה קנין, ואח"כ נתן ראובן אותו נכס במתנה ללוי בנוכחות שמעון, ושמעון שתק, אין מפרשים זאת כאילו שמעון נותן את הנכס במתנה ללוי[1003].

---

[998] מחזה אברהם, ב"מ ו ע"ב (ד"ה אבל); אמרי מהרש"ח, ב"מ ו ע"א (ד"ה בגמרא); יד של שלמה, ב"מ ו ע"א (ד"ה ומש"כ); טהור רעיונים, ב"מ ו ע"ב (ד"ה ברש"י). הם כתבו כך בדעת רש"י. יש לציין שרמב"ם, הלכות בכורות, ה, ג, ושו"ע, יו"ד, שטו, א, פוסקים שאין מוציאים מהתופס, ואילו רמ"א שם פסק שמוציאים. אבל הם לא עסקו במקרה שהאחר שתק.

[999] שו"ת פליטת בית יהודה סי' י (כד ע"א). שו"ת כהונת עולם, סי' ז (ו ע"ב), מקשה ששו"ת מהר"ם אלשיך סי' קיד, עוסק במי שכתב בצוואתו לתת להקדש דמי שכירות מבתים שלו, ואחרי כמה שנים מכרו היורשים את הבתים, וכותב שמכירתם מועילה, ואינו אומר שכיון ששתקו כמה שנים, הראה שמחלו? ותירץ, שבמקרה של מהר"ם אלשיך, שתקו רק משום שהסכימו שדמי השכירות ילכו להקדש כל זמן שהבית בידם, אבל היה בדעתם שכשיוכלו למכור, ימכרו.
שו"ת מהרש"ם, ח"ב, סי' טו, מספר שבזמנו, חוק הערכאות היה שכשאדם מת, הנוטריון שואל את כל יורשיו האם הם רוצים חלק בירושה, ומי ששותק למשך זמן מסוים, מפסיד את זכותו. אבל הוא לא כותב האם יש תוקף הלכתי לחוק הזה.

[1000] שו"ת הרא"ש כלל מ סימן ב (הובא ברמ"א, אהע"ז, צ, י, ובשו"ת משאת משה ח"א, אהע"ז סי' לא, דף קצח ע"ב).
בנידונו של הרא"ש, אשה נתנה במתנה חצר שהיה נכסי מלוג, ושתק בעלה; והדין הוא שאשה שנתנה נכסי מלוג במתנה, המתנה בטלה, אבל אם נתנה בהסכמת בעלה, המתנה תקפה (שו"ע, אהע"ז, צ, ט-י). בנידונו האשה מתה בחיי בעלה, ולכן היה נימוק נוסף שהמתנה בטלה - שלפי תקנת טוליטולה יורש אותה בעלה, ואינה יכולה להפקיע את זכותו ע"י נתינת מתנה.
תוספתא, בבא בתרא, ט, א (הובא בספר הזכות, יבמות כב ע"ב, בדפי הרי"ף), אומר שהמוכר שדה חברו במעמד חברו, ובעל השדה שתק, לא עשה כלום, ורק אם בעל השדה קיים את המכירה אחר כך, דבריו קיימים. שו"ת תשב"ץ חלק ג סימן סח, לומד מכאן לנידונו, שאם בעל בית ראה שמישהו מכר את ביתו בערכאות הגוים, והחזיק בו הקונה, ושתק בעל הבית ולא ערער בפני הערכאות, המכירה קיימת, כי כאילו קיים את המכר. ולא מובן מדוע זה נחשב קיום המכר. והוא כותב שאפשר לטעון "הסכמתי למכר כי האחרון נוח לי להוציא ממנו את הנכס, והראשון קשה ממנו" רק אם יש הוכחה לכך.
מקרה דומה לזה הוא אב האומר "בני פלוני לא יירש", שבכך הוא בעצם לוקח את הנכסים המגיעים לאותו בן, ונותן אותם לבניו האחרים, ושמע אותו בן ושתק. רשב"ם ב"ב קכו ע"ב, ד"ה התם (הובא בש"ך, חו"מ, פא, ס"ק ט) כותב שזה לא מתפרש כמחילה (כלומר, אין מפרשים שהבן נותן לאחים את חלקו בנכסים במתנה) אלא מפרשים ששתק רק כדי לא להכעיס את אביו - שכיון שהוא יורש ודאי (ולא שייך לומר שהוא מודה שלא מגיע לו) אין אומרים ששתיקתו היא כמחילה.

[1001] ב"ב מא ע"א.

[1002] שו"ת הרי"ם, אהע"ז סי' כ, עמ' רה. הוא מביא ראיה מב"ב ל ע"ב, לגבי מי שאמר בפני עדים "לך מכור", שהגמרא מחלקת בין מעשה, שאין אדם עושה אם אינו מודה באמת שהקרקע שייכת לשני, לבין דיבור, ש"מיקרי ואמר". הוא מסביר שגם לפי הרמב"ם, הלכות שכנים, יא, ד, שבחזקת נזיקין די בשתיקה, זה רק במחילה על נזקו בשתיקה, אבל לא מצאנו שיצא גוף החפץ מרשותו בשתיקה.
וראה סעיף 2, שגם אם התכוון להקנות לו, אולי התכוון למכר ולא למתנה.

[1003] ר' מרדכי אליהו רבינוביץ, בהגהות וביאורים על תשובות הגאונים הקצרות, סי' רכו (במהד' וילנא תרמ"ה).

ראובן שנתן חפץ של שמעון ללוי בלי ידיעתו, וכששמעון שמע על כך, שתק, אין מפרשים זאת כהסכמה, כי ייתכן שהסיבה שלא מחה היא כי ידע שיוכל לתבוע את לוי בדין[1004].

לעומת זאת, מי שמת, ובניו עוד לא חילקו ביניהם את העזבון, ואחד האחים נתן מתנה מן העזבון למישהו אחר, ושאר האחים ראו ושתקו, המתנה תקפה, כי שתיקתם מוכיחה שמחלו, כלומר שהסכימו למתנה[1005]. גם אם אח"כ מחו, המתנה תקפה, ואין אומרים שהוכיח סופם על תחילתם, ששתקו כי תיכננו לתבוע אותו בשעת החלוקה[1006]. כמו כן, אם אמר אח אחד דרך צוואה בפני שאר האחים שהוא נותן במתנה דבר מהעזבון המשותף, ושתקו, מניחים שהסכימו[1007]. נראה שהטעם להבדל בין דין זה לדין הקודם הוא שכאן מדובר בנכס משותף, שאחד השותפים נתן אותו, ולכן שתיקת האחרים מלמדת יותר על הסכמה; לעומת המקרה הקודם, שאדם זר נתן אותו, שאז השתיקה אינה מלמדת על הסכמה.

מי שהיה יכול לתבוע בב"ד ולא תבע

ראובן שתבע משמעון פקדון של חטים, ושמעון כפר בחטים והודה שיש לראובן אצלו פקדון של שעורים, שמעון פטור מלשלם לו שעורים, גם אם אכן מופקדים בידו שעורים שלו, מפני שבכך שראובן לא תבע אותם, הראה שהוא מתכוון לתתם לו במתנה[1008].

גוי שגזל שדה מישראל, והישראל היה יכול לתובעו בערכאותיהם ולא תבע, הראה בכך שמחל, היינו שנתן את השדה לגוי במתנה[1009]. גם אם הנגזל מסר מודעא שהוא אנוס, העובדה שלא מחה בבית משפט מראה שמחל,

---

[1004] שו"ת משאת משה ח"א, אהע"ז סי' לא (קצח ע"ב).
בנידונו, אשה נתנה מתנה מנכסי בעלה לבתם הנשואה בלי ידיעתו, ולא מחה כששמע, ומשאת משה מקבל את טענתו שמה שלא מחה הוא כי לא רצה לגרום לקטטה בין בני הזוג.

[1005] נימוקי יוסף ב"ק ה ע"א (בדפי הרי"ף).
כמו כן, שו"ת תועפות ראם (אנקאווא), סי' קסה, עוסק בבעל חזקת ישוב ("החזקות" שתיקנו באימפריה העותומנית) שמת, והיו לו שלשה בנים, והגדול השתמש בחזקה זו, והשכיר אותה לאחרים, והם שילמו לו דמי שכירות, והאח האחר ידע ושתק, ופוסק שזה מראה שמחל על זכותו בחזקה זו; ואף שיש מחלוקת האם מועילה מחילה בחזקת ישוב (ראה בעבודה על מחילת זכויות קנייניות), מ"מ מספק מעמידים אותה בחזקת מי שמוחזק עכשו, ועוד שי"א שמחילה בשתיקה עדיפה על מחילה מפורשת, כי יש להניח שהתכוון ללשון קנין המועיל (כלומר, למתנה), ואף שיש חולקים, המוחזק יכול לומר קי"ל שמועיל. גם כאן אפשר להסביר ששתיקה כמחילה כי מדובר בשותפים שאחד מהם השתמש בכל הנכס.
כמו כן, מראה הגדול ח"ב, דרוש ז להספד (לט ע"ד), מביא שברך יצחק פ' ויחי (לא מצאתי לא בשל ברכה ולא בשל פאס) כתב שכיון שיעקב קבר את לאה במערת המכפלה ועשו שתק, מחל על חלקו במערה; וזו בעצם מתנה מכללא עקב שתיקה. גם שם מדובר בשותפים שאחד מהם השתמש בכל הנכס.
לעומתם, שו"ת מהר"ם אלשיך, סי' יז, אומר על מקרה כזה ששתיקת האח אינה מתפרשת כמחילה. הוא עוסק בראובן ודינה שירשו מאביהם סכום כסף, ובהיות ראובן חוץ לעיר, קרובי דינה השיאוה לשמעון ונתנו את כל הכסף לשמעון בנדונייתה, וראובן היה גדול כשנישאה דינה, ולא מחה. הוא פוסק שאין זה אומר שמחל (כלומר שנתן לה את חלקו במתנה), כיון שזה היה ממונו ממש, ודוקא באלמנה ששתקה כ"ה שנים אומרים שמחלה על כתובתה (כתובות קד ע"א) כי זה התחייבות הבעל בלי תמורה, וכן בת שהשיאוה בלי עישור נכסים, מניחים שמחלה, כי זה לא ממונה ממש אלא תקנת חז"ל.

[1006] שו"ת משאת משה אהע"ז סי' ג (קי ע"ד). הוא כותב באופן כללי שכל שדינו מוסכם ששתיקה כמחילה, לא משנה אם אח"כ צוות.

[1007] מראה יחזקאל (הוכברג) סי' ב (יב ע"ב), בדעת תומים, פא ס"ק ט.

[1008] קצות החושן, פח, ס"ק יג (הובא בס' לפלגות ראובן ח"ג, הדרן על ב"ק, פלג ז, דף ג ע"ד). קצות החושן מדגיש שהדין כך רק אם השעורים בידי שמעון, שאז קנאם בקנין חצר.
לעומתו, תומים, פח, ס"ק ו, כותב שכאן שמעון חייב בשעורים, ואין זה כמו בטענת הלוואה של חטים ושעורים, שבה שמעון פטור כי אי-תביעת ראובן מלמדת שמחל, כי לא מועילה מחילה על דבר בעין. כנגדו, קצות החושן אומר שאכן אין כאן מחילה, אלא מתנה מכללא. ראה ליד ציון הערה 798.

[1009] גיטין נח ע"ב; שו"ת הריב"ש סימן רצ; שו"ע, חו"מ, רלו, ז; ערוך השולחן, חו"מ, רלו, ח.
שו"ת באר יצחק אהע"ז סי' טז ענף א (ד"ה ואף לפמש"כ) מסביר שאע"פ שיתכן שהנגזל מפחד לסמוך על הערכאות, שמא יטו את דינו תמורת שוחד, הרי זה רק ספק, וספק אונס אינו אונס לבטל קנין ברור. הוא נוקט קנין, כי בגיטין שם הדיון הוא במי שקנה את הקרקע מהגוי הגזלן. וצ"ע הרי זה לא קנין ברור, כיון שהוא בא מכוחו של גזלן. עוד קשה, הרי כלל הוא שספק אומדנא אין מתחשבים בו בכלל (ראה הערה 453 והערה 620), וא"כ אין להסתמך על אי-תביעתו, כיון שייתכן ששתיקתו לא נבעה ממחילה.

וייתכן שמחל ואעפ״כ מסר מודעא, כי חשב שיוכל לתפוס את החבל בשני ראשיו כדי שיתנו פעמיים[1010]. זאת לגבי בית משפט שיש לו כוח כפייה, אבל ב״ד שאין לו כוח כפייה, העובדה שהנגזל לא פנה לב״ד אינה מוכיחה שמחל[1011].

במקום שיש לב״ד כוח כפייה גמורה ויורדין לנכסיו, ויש עדים היודעים ידיעה ברורה שהמטלטלין הם שלו, כך שיוכל להוציאם בב״ד, מה שלא התלונן בב״ד מראה שמחל, אבל במקום שבית דין כופים רק בשמתא, ייתכן שהוא חשש שמא המאיים אינו מקפיד על שמתא, ולכן שתיקתו אינה מלמדת שמחל[1012].

ההבדל בין מקרה זה למקרים דלעיל, שבהם אין השתיקה משמשת הוכחה למתנה, הוא שאין דרך ישראל להניח את שלו ביד גוי[1013]. ואכן **ישראל** שגזל שדה, גם אם יש ב״ד בעיר, אין אומרים שהעובדה שהנגזל לא התלונן בב״ד, מוכיחה שמחל, כי דוקא בגזלן גוי שתיקתו מוכיחה שמחל לגמרי, מפני שאין דרך ישראל להניח שלו ביד גוי, כאמור, אבל בישראל גזלן יתכן שלא מחל הנגזל, ומה שלא תבע הוא כי לא איכפת לו להשאירו בינתיים ביד ישראל[1014].

הריב״ש שם כותב (גם בשם ר׳ מאיר הלוי, והובא בחי׳ ריטב״א כ״י [=חידושי הרמ״ה ושיטת קדמונים] גיטין נח ע״ב בשם הרמ״ה) שמדובר שהגוי אנס את הישראל לתת לו את הקרקע בטענה (שקרית) שהיה חייב לו, והישראל **הקנה** לו את הקרקע (או שהקנה לישראל שקנה מהגוי), ועברו שנים עשר חודש - רק אז אי-התביעה מוכיחה על מחילה. לפי דבריו זאת לא דוגמה לנתינה מכללא, שהרי נתן לו בפירוש, אלא שלולא ההוכחה שמחל, היינו אומרים שהנתינה בטלה כי היתה בכפייה.

נתיבות המשפט, רלו ס״ק א, כותב שמדובר בין אם עברו שנים עשר חודש כשהקרקע ברשות הגוי, ובין ברשות היהודי שקנה מהגוי, כי כך או כך, אי התביעה מוכיחה שהוא גומר בדעתו ומקנה לו. יש לציין שנתיבות המשפט עוסק במקרה שהגוי איים על ישראל להורגו, ולא בא מכוח טענת חוב.

ערוך השלחן שם כותב שבמצב שהגוי עלול להרוג את הישראל אם יתבענו בערכאות (״סיקריקון״), אין אי-התביעה הוכחה שמחל.

אבל נתיבות המשפט, רלו ס״ק ו, כותב שהטעם שהקונה מהגזלן זוכה, הוא משום שהעובדה שלא תבע את הגזלן בדיניהם מוכיחה שאין לו זכות לפי דיניהם, שהרי אילו היתה לו זכות בדיניהם ודאי היה תובעו, וכיון שאינו יכול לזכות בדיניהם, אף שבדינינו יש לו זכות, אינו יכול להוציא מהישראל שקנה מהגזלן, כי הקונה בא מכוח הגזלן, שממנו אינו יכול לתבוע. וצ״ע איך יסביר את לשון הגמרא ״אחולי אחילי״, שמשמעותה מחילה.

[1010] שו״ת זכרון יהודה סי׳ עג, תשובת ר׳ חסדאי בן הר׳ יהודה בר׳ חסדאי (ד״ה מעתה אחר); באר יצחק שם (ד״ה ואין לחלק). הנימוק מקורו בזכרון יהודה.

אבל באר יצחק שם (ד״ה ואף לפמש״כ) כותב שהדעה בנ״י ב״ב כא ע״א, בדפי הרי״ף, שאף במקום שיש לב״ד כוח כפייה, יכול לטעון שהיה אנוס ולא התלונן בב״ד משום שלפעמים אין הב״ד מזומן להצילו מן האונס, תצטרך לומר שבגיטין שם הדין שונה משום שמדובר שלא מסר מודעא, אבל אם מסר מודעא נחשב אונס.

[1011] נ״י ב״ב כא ע״א, בדפי הרי״ף (הובא בשו״ת באר יצחק אהע״ז סי׳ טז ענף א).

[1012] שו״ת זכרון יהודה סי׳ עג, תשובת ר׳ חסדאי בן הר׳ יהודה בר׳ חסדאי (ד״ה מעתה אחר).

[1013] שו״ת מהרשד״ם, חו״מ סי׳ רעה.

[1014] שו״ת מהרשד״ם, חו״מ סי׳ רעה (כך נראית כוונתו).