

סימן יד

מכירת חמץ של חבירו, כשלא מינהו שליח

ראשי פרקים

א. חבירו מתרצה

ב. קידש בדבר שאין בעה"ב מקפיד

ג. זכין לאדם ולא מאדם

בראובן בעל חנות, שיש לו חמץ בחנותו, והחנות היתה סגורה כל חג הפסח, ונסע ראובן לחו"ל לכל ימי הפסח, ושמעון שכנו חשש שראובן שכח למכור את החמץ לנכרי, ולכן בליל בדיקת חמץ מכר את חמצו של ראובן (בדרך שליחות לרב המקום), מבלי שראובן מינהו לשליח. ואכן עם חזרתו של ראובן ארצה, התברר ששכח למכור חמצו, ונשאלתי אם מהני מה ששמעון מכר את חמצו של ראובן, אף שלא מינהו שליח. (ולא התברר אם גם שכח לבטל, ובתחילה טען שביטל, ואח"כ אמר שאינו זוכר במדויק).

א. חבירו מתרצה

איתא בב"מ כב"א: אמימר ומר זוטרא ורב אשי אקלעו לבוסתנא דמרי בר איסק, אייתי אריסיה תמרי ורימוני ושדא קמייהו. אמימר ורב אשי אכלי, מר זוטרא לא אכיל (דגזול ניהו, שהבעלים לא ידעו – רש"י). אדהכי אתא מרי בר איסק, אשכחינהו ואמר ליה לאריסיה, אמאי לא אייתית להו לרבנן מהנך שפירתא. אמרו ליה אמימר ורב אשי למר זוטרא, השתא אמאי לא אכיל מר, והתניא אם נמצאו יפות מהן תרומתו תרומה (אלמא גלי דעתיה דניחא ליה, הכא נמי גלי דעתיה דניחא ליה במה שנתן לנו). אמר להו הכי אמר רבא, לא אמרו כלך אצל יפות אלא לענין תרומה בלבד משום דמצוה הוא וניחא ליה, אבל הכא משום כסיפותא הוא דאמר הכי. ובתוס' שם (ד"ה מר זוטרא) כתבו, דמה שאכלו אמימר ורב אשי, הטעם מפני שסברו דאריס מביא מדנפשיה, דהיינו מחלקן המגיע לו, וכדאיתא בב"ק קיט"א, דאריסא מדנפשיה קא זבן. ואין לומר שסמכו על מה שיבוא אח"כ מרי בר איסק ויסכים למה שעשה אריסו, דכיון שהלכה כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, לא מהני יאוש למפרע, דאע"ג דהשתא ניחא ליה, מעיקרא לא הוה ניחא ליה. ומזה יש ללמוד שהסכמה בדיעבד לא מועילה למפרע. ומה שתירצה הגמ' לחלק בין תרומה לאורחים, דדוקא במצוה מהני ניחותא, היינו אליבא דרבא, אבל לאביי דקיי"ל כוותיה, לא מהני ניחותא

אף במצוה, כן צ"ל בדברי התוס'. ומבואר בתוס' להדיא שלא מועילה הסכמה למפרע, ומה שאכלו קודם ההסכמה, הוי גזל, ומה שסמכו אמימר ורב אשי, מפני שסברו שמביא מדנפשיה, אבל מטעם שמועילה הסכמה למפרע. וע"ע בתוס' קדושין נב, ב (ד"ה אם).

וכן מבואר בראשונים אחרים, עיין בריטב"א (מיוחס לריטב"א, בסוגיא ד"ה שם אייתי), שמה שאכלו אמימר ורב אשי, לא מטעם הסכמה למפרע, אלא יש כבר הסכמה בהווה, שהאריס ידע שמרי בר איסק רוצה שת"ח יהנו מנכסיו, ולא אתא לידיה באיסורא, דרחמנא שרית מעיקרא. ולכן כבר כעת יש הסכמה של מרי בר איסק, מחמת ידיעת האריס בדעתו, אך לא הסכמה למפרע. ודברי הריטב"א הובאו בשטמ"ק (ב"מ כב, א): "נראה לי דהיינו טעמא, דידע במרי בר איסק שהיה אוהב הלומדים וניחא ליה, והוה ליה כאלו הרשה את האריס מתחלה לכך, ולא מתורת יאוש שלא מדעת או מתנה או מחילה שלא מדעת נגצו בה. וכי אמרו ליה נמי למר זוטרא השתא נמי אמאי לא אכיל מר, לא תפסו עליו על העבר אלא על ההווה, כיון שגילה דעתו. ואהדר שאין זה גילוי דעת אפילו על ההווה, כיון דאיכא טעמא דכיסופא, אע"ג דהשתא אמר דניחא ליה בהכי". ומר זוטרא סבר שלא מיבעיא שאין בזה גלוי דעת על העבר, גם על ההווה, כשאומר מפורש כלך אצל יפות, לא מהני לענין אורחים, דדילמא מחמת כיסופא הוא דאמר הכי. ובריטב"א בסוגיא כתב דמעיקרא אמימר ורב אשי סברו דשרי, כיון שיש לו חלק בפירות, ומר זוטרא לא אכל, כיון דהוי חולק שלא מדעת, וכשאמר לאריסו למה לא הבאת להם מהטובים יותר, שאלו את מר זוטרא, הרי כאן יש גלוי דעת על להבא, ומהני גילוי דעת על להבא, וע"ז השיב להם מר זוטרא, דאפשר דמשום כיסופא אמר כן, ולכן לא מהני הגילוי דעת גם מכאן ולהבא.

וכן במאירי בסוגיא מבואר דלא מהני הסכמה למפרע, ורק כיון שכנראה נח לו כבר כעת, מהני מה שלקחו מהאריס, אבל אם לא יודעים את דעתו כעת, לא מועיל מה שיגלה אח"כ דעתו, דאין להם זכות במה שמגלה דעתו אח"כ, כיון דקיי"ל דיאוש שלא מדעת, לא הוי יאוש, דגלוי הדעת לא נאמר אלא בתרומה, שמן הסתם הואיל ומצוה היא, ראוי לתפוש גלוי הדעת שלו בבירור הגמור, אולם לענין נכנס בכרם חברו או גינתו, ושלוחו של בעל הבית או אריסו נותן לו מפירות, אסור לאכול מהם, ואפי" בא בעל הבית ואמר כלך אצל יפות. ויש מתירין באריס. ומ"מ אם היו תלמידי חכמים, ובטוחים בבעלים שנוח להם להנות תלמיד חכם מנכסיו, אף בלא גלוי הדעת מותר; "ואין זה דומה ליאוש שלא מדעת, שיאוש שלא מדעת כשיתיאשו, לא יתיאשו אלא מתוך שאין להם בה סימן, אבל זו בידוע שרוצה בכך, ואין כאן לומר באיסורא אתא לידהו". מבואר במאירי, שניחותא בת"ח הרי זה כגילוי דעת תמידי, ואין כאן

גילוי דעת למפרע, אלא בשעת הנתינה לת"ח, ידוע שזה רצון הבעלים. משא"כ ביאוש שלא מדעת, בשעת המציאה לא ידועה דעתו, ורק אח"כ מתיאש, והיאוש לאב"י מכאן ולהבא ולא למפרע. הרי דכל היכא דבעינן דעתו כעת, אם יש אומדן דעת לדעתו כעת, מהני. אולם אם אין ידוע דעתו אלא מחמת גילוי דעת דאח"כ, לא מהני למפרע. וכן מבואר בהג"א (ב"מ ב,ג): "... אך על זה לא היה סומך שהיה יודע שמרי יתרצה בדבר כשידע, דהא קי"ל כאב"י דאמר מה שעתידי להיות, אינו חשיב כתחלה". וכן הוא בהגמ"ר (סי' תכה). והיינו כל דבר שצריך עכשיו הסכמה או שליחות, אין ההסכמה של אח"כ חלה למפרע, משא"כ אם ההסכמה מגלה מה היתה דעתו באותה שעה. ודעת ר"י המובאת בהג"א, דרב אשי סמך על זה שודאי האריס הביא מחלקו.

והנה הש"ך שנה,א כתב, דאף שמדברי התוס' והג"א והגמ"ר (הנ"ל) מבואר דאם אדם נותן לאכול לחברו מדבר שאינו שלו אלא של חברו, אפי' אם יודע שחברו יתרצה, אסור לאכול, דהלכה כאב"י דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, ואע"ג דהשתא ניחא ליה, מעיקרא לא הוי ניחא ליה; "ואי לאו דמסתפינא הייתי אומר שמותר, ויאוש שלא מדעת שאני, שגם אח"כ אינו מייאש אלא משום שאינו יודע היכן הוא, ובעל כרחו הוא מתייאש, א"כ אמרינן מעיקרא באיסורא אתי לידיה". דבשעה שבאה האבירה ליד המוצא, עדיין לא התיאש, ואם היה יודע שהאבירה אצל המוצא, לא היה מתיאש. משא"כ באריס, כיון שידוע שיתרצה, כבר כעת בהיתרא אתי לידיה, דכיון דמן הסתם אינו מקפיד, כבר כעת חשיב כמסכים מרצונו הטוב לתת לאורחים. ואף דהגמ' שם מדמה תרומה וטומאה ליאוש שלא מדעת, יש לחלק, דלענין תרומה וטומאה לא מספיק במה שאנו אומדים דעתו אלא צריך ידיעה ממש, עיי"ש. ועיין בנחל"ד בסוגיא, דדברי הש"ך עולים כדברי הריטב"א הנ"ל, ותלוי במחלוקת הראשונים בסוגיא, וכמו שהתבאר לעיל.

ובבאור דברי הש"ך, עיין בברכת שמואל (ב"מ ס' כב, וכן סי' כג,ג), דכאשר ברורה דעתו שרוצה לתת לחבירו, הרי זה בבחינת יאוש מדעת, דכבר כעת אנו יודעים את דעתו, ולא צריכים לגילוי דעתו של לאחר מכן. ואינו דומה לאבירה, דשם מתיאש בהכרח, וע"כ אין זה אומדן בדעתו כעת אלא ע"י דעתו בריצויו שלאחר מכן, ובזה ס"ל לאב"י שאין זה דין דעת. ומדעת הש"ך יש ללמוד לכאורה לענין מכירת חמץ, דודאי ניחא ליה מהשתא, ואינו ענין ליאוש שלא מדעת, וכיון דמהשתא ניחא ליה שימכרו חמצו, סגי בדיעבד כשאחר מכר בלא שליחותו, שלא יעבור על בל יראה, ולא יאסר החמץ לאחר הפסח.

ובקצוה"ח שנה,א, הקשה על הראשונים הנ"ל מהגמ' בכתובות מח,א: מי שנשתטה בי"ד יורדין לנכסיו, וזנין ומפרנסין אשתו ובניו ובנותיו ודבר אחר. אמר

ליה רבינא לרב אשי, מאי שנא מהא דתניא, מי שהלך למדינת הים ואשתו תובעת מזונות, ב"ד יורדין לנכסיו וזנין ומפרנסין אשתו, אבל לא בניו ובנותיו ודבר אחר. אמר ליה, ולא שאני לך בין יוצא מדעת ליוצא שלא מדעת. ופירש רש"י שם, דנשתטה, דשלא לדעת יצא מן העולם, מסתמא ניחא ליה שיוזנו בניו ובנותיו משלו. והקשה קצוה"ח, לשיטת התוס' ודעימיה, כיון דאפילו כשידוע לנו שבדאי יתרצה הו"ל יאוש שלא מדעת, איך זנים בניו ובנותיו כשהשטתה, הרי אין כאן ידיעה. וכתב קצוה"ח, דאפשר דכיון דגבי בניו ובנותיו אפילו ביותר משש, יש מצוה לזונם, ניחותא דמצוה שאני, דאע"ג דהשתא לא ידע – מהני, וכמ"ש הב"י ביו"ד סי' שלא. אולם הקשה, דתכשיט אינו מצוה, ובגמ' איתא דדבר אחר היינו תכשיט, ומשום דניחא ליה דלא תינוול. וכן כתב בספרו אבנמ"ל ע"א, בסופו, וכתב לישב למ"ד תכשיט, דאף שבשטמ"ק כתובות מח, כתבו, דכיון דאין לו דעת להתאות לה, לכך אין האשה מתקשטת משלו, כ"ז למ"ד דבר אחר מזוני, אבל למ"ד דבר אחר היינו תכשיט, ע"כ ס"ל דכיון שהיא אשתו, אינו רוצה שתינוול אפי' בנשתטה, וכיון דשייך תכשיט בנשתטה, יש לה תכשיט מדינא וכמו בשאר נשים.

ודברי הב"י (יור"ד סי' שלא), שהקשה שם על הרמב"ם שפסק בהל' תרומות דג, בתורם שלא ברשות, אם בא בעה"ב ואמר לו כלך אצל יפות, אם היו שם יפות ממה שתורם, תרומתו תרומה, ואם לאו, אין תרומתו תרומה, ואם ליקט בעה"ב והוסיף, בין כך ובין כך תרומתו תרומה. והקשה הב"י, דכיון דקי"ל כאב"י דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, לא מהני כלך אצל יפות אלא בדשויה שליח. וכתב הב"י, דהרמב"ם סמך עצמו על סוגיא דקידושין נב,ב, בסרסאי דקדיש בפרוזמא דשיכרא, ואתא בעל הבית ואמר אמאי לא אייתת מהאי חריפא, אמר רבא לא אמרו כלך אצל יפות אלא גבי תרומה, ומשמע דאפילו בכה"ג שליקט שלא ברשות, כי אתא בעה"ב ואמר כלך אצל יפות וגלי אדעתיה דניחא ליה, אע"ג דמעיקרא לא ידע מהני. ומוכח דאף לאב"י דקי"ל כוותיה, מהני כלך אצל יפות לענין תרומה. והטעם דמצוה שאני, ומהני אפילו לא ידע מעיקרא, ומשום דמסתמא ניחא ליה מעיקרא. וכן כתב הט"ז (יור"ד שלא, טו), דהרמב"ם ס"ל דכיון דרבא ומר זוטרא אומרים דוקא בתרומה מהני כלך אצל יפות דהוה מצוה וניחא ליה אבל לא בשאר דוכתי, י"ל כיון דמצוה היא, כיון דהשתא ניחא ליה, ודאי כן היא דעתו גם מעיקרא, שכל הרוצה לתרום משלו מן היפות יבא ויתרום, וכביכול אמר בפירוש מתחלה שעשאו שליח, דכיון דמצוה היא, ודאי ניחא ליה כבר כעת וחשיב כעשאו שליח.

ובקצוה"ח רסב,א, הביא ב ראיות לחלק בין ניחותא דמצוה לשאר דברים. מעירובין ע"א, במה שנחלקו בית שמאי ובית הלל בביטול רשות משחשיכה, וסברי בית הלל דמהני, דהו"ל כאומר כלך אצל יפות. ופירש רש"י שם (ד"ה כלך), דכי

היכי דאמרינן בכלך אצל יפות, מדהשתא ניחא ליה מעיקרא נמי ניחא ליה, בביטול רשות נמי דמעיקרא ניחא ליה, אלא דשכח ולא ידע. ומבואר דכלך אצל יפות מהני אפילו בדלא שויה שליח, משום ניחותא דמצוה שאני. עוד הוכיח בקצוה"ח, ממה שפסקו הרמ"א או"ח תרמט,ה, ובט"ז או"ח תרלז,ד, דמותר ליטול אתרוג של חברו או לישב בסוכת חברו שלא מדעתו, משום דניחא ליה לאינש למיעבד מצוה בממוניה, ואע"ג דהשתא לא ידעו הבעלים. והרי לשיטת התוס' ב"מ כב,א (הנ"ל), אם נותן אדם לחבירו לאכול מדבר שאינו שלו, אף שיודע בחבירו שיתרצה אילו יודע, אפ"ה אסור לאוכלו, כיון דהשתא מיהא לא ידע, כיון דקי"ל כאביי, וא"כ איך יכול להשתמש בסוכת חברו ובאתרוג חברו. וי"ל משום ניחותא דמצוה לא בעינן ידיעה.

ובקצוה"ח שם הביא תש' שכתב, בענין אחד ששכח מחמת אונס לבטל חמצו בערב פסח קודם שש, ואחר שש נזכר וביטל חמצו. והשיב דמותר בהנאה אחר פסח, דכיון דהעלו האחרונים להתיר כל שביטל אפילו בלא מכירה, כיון דעכשיו כבר נהגו כ"ע בנוסח כל חמירא, לא חיישינן להערמה שבודאי יעשה כסדר הזה. אלא דבנדון שם גם ביטול לא היה לו בזמנו. והוכיח מהגמ' בערובין עא,א (הנ"ל), דאמרינן מסתמא ניחא ליה מעיקרא אלא ששכח ולא ידע, א"כ הוא הדין בזה שנזכר אחר שש וביטל, אמרינן מעיקרא ניחא ליה אלא ששכח ולא ידע. והקשה קצוה"ח מפסחים ז,א, דמבואר דאחר זמן איסורו לא יכול לבטל. ותירץ, דסוגיא זו בפסחים וכן הסוגיא בב"מ (בעובדא דאריסא דמרי בר איסק), נדחו מפני הסוגיא בעירובין עא,א: "וא"כ הא דאחר זמן איסורא לא מצי מבטל ליה, היינו בידע מעיקרא ולא ביטל, אבל שכח ולא ידע הו"ל כמו הך דעירובין דביטל משחשיכה. אמנם חלילה להקל בזה, כיון דמדברי הפוסקים באו"ח (תלד,ב) לא משמע הכין, אלא שכתבתיו לסניף שהיה שם עוד הרבה צדדי היתר", עיי"ש בקצוה"ח מה שהאריך בדין ניחותא דמצוה.

ובנתיבות רסב,ד, כתב לחלוק על קצוה"ח, וז"ל: "וישתקע הדבר ולא יאמר, וח"ו לומר כך, דבלא"ה ידעינן דלא ניחא ליה בחמץ, דהא איסורא לא ניחא ליה דליקניה, ובלא"ה אינו ברשותו כלל, דאיסור הנאה הוא, רק דרחמנא אוקמיה בע"כ ברשותיה כדאמרינן (פסחים ו,ב), שני דברים אינן ברשותו של אדם ועשאו הכתוב כאילו הן ברשותו, א"כ מה בכך דידעינן דמעיקרא לא ניחא ליה, כיון דרחמנא אוקמיה בע"כ ברשותו, כל זמן שלא ביטל בפה או בלב".

והעונג יו"ט (סי' קיא) כתב לבאר במש"כ הש"ך, דכל דלבסוף ניחא ליה, מהני למפרע, ואבידה שאני, שגם אח"כ אינו מתיאש אלא לפי שאינו יודע, היינו דוקא כשלא בעינן לעשות ע"י הניחותא של הבעלים כל פעולה חדשה אלא רק הסרת עיכוב של הבעלים, אבל לא פעולה חיובית, בזה מהני לש"ך הניחותא למפרע. ולכן

בתרומה דע"י הניחותא דאח"כ דדמי כאילו ידע הבעה"ב ועשאו שליח, וכן בהכשר דדמי כאילו ידע זה ורצה שיבואו המים על הפירות, כיון שצריך ידיעה ממש בזה לא מהני הניחותא דאח"כ. אולם לאכול פירות של חבירו, צריך רק שלא יקפידו הבעלים, דעיקר גזל בקפידא תליא רחמנא, וכשאינו מקפיד לא מיקרי גזל אף שאינו מקנה לו. ומטעם זה אם קטן נתן לאחד לאכול משלו, רשאי לאכול, אף דקטן לא יכול להקנות לאחרים, כיון שהרשות לאכול תלויה באם מקפיד או לא, וכיון שנתן לו הקטן, כבר אינו מקפיד, ואין בזה גזל, גם אם אינו מקנה. וביאוש של אבידה צריך שיתיאש בשעת המציאה, והיאוש הוא פעולה חיובית ולא סילוק הקפדה, שהרי למעשה גם עכשיו לא ניחא ליה שיקח המוצא, והכל נעשה מחמת כורח ובעל כרחו, דעיקר היאוש הוא מחמת שאינו יודע היכן הוא, ואילו ידע שהוא אצל המוצא לא היה מתייאש ולא היה מתרצה שיטלה המוצא. וא"כ אין כאן רצון שנאמר דגם מעיקרא מתרצה. וזוכה המוצא מכח גזירת הכתוב וחידוש התורה, שהאבידה יוצאת מרשות בעלים ע"י יאוש דבעל כרחו. ובזה בא אביי וס"ל דלא מהני אם הידיעה והיאוש היו לאחר שיצא הדבר מרשותו. ואין לומר שמה שהתיאש כשנודע לו, יחול למפרע משעה שיצא מרשותו. ואע"ג דמותר ליקח ולאכול הפירות מטעם ניחותא, מ"מ אם הפירות הם טבל, אסור לתרום ממנו בלי רשות חבירו, דכיון דאין לו קנין בפירות רק שמותר לאכול, אולם לתרום אינו יכול אא"כ נעשה שלוחו של בעה"ב ממש, וזה לא נעשה שלוחו וגם קנין אין לו בפירות אלו. ואף אם ירצה לקנות לא מהני, אף שאין הבעלים מקפידים עליו, דלא מהני ניחותא דלמפרע לחול ע"י זה קנינו למפרע, כיון דלעת עתה לא ידעו הבעלים שהוא רוצה לקנות ולתרום.

[ומש"כ העונג יו"ט דיכול ליקח מקטן, אף שאינו יכול להקנות, מ"מ מהני ניחותא דקטן, ראיתי אח"כ לגרש"ש (בחידושים לב"מ סי' כג) שכתב לבאר דענין היאוש הוא התרצות, דכיון שהחפץ אבוד ממנו ורחוק הדבר שישגנו, הוא מתרצה שיזכה בו אדם אחר, כיון שחושב שבין כך וכך לא ישיג החפץ, ואין לו שום הפסד במה שיהנה בו אדם אחר, וממילא ענין יאוש אינו פעולה חיובית אלא חוסר הקפדה, דבדבר שאין לו תועלת אינו מקפיד עליו, ואינו נחשב בעיניו להקפיד על מציאותו וקיומו. ולכן בקטנים לא מהני יאוש, דכמו דלא מהני מתנת קטן ומחילתו, כמו כן לא שייך בקטן ענין של אינו מקפיד, דרק באדם בר דעה שאינו מקפיד ע"פ חשבון ושכלו הבריא, מועיל גילוי דעתו שאינו מקפיד. ועיין עוד בברכת שמואל (ב"מ סי' כב,ג) איך יהיה הדין באומדנא גמורה, אם מהני גם בקטן, לאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש. וכתב דקטן חשיב לעולם יאוש שלא מדעת, כיון דאינו בר הקנאה, ומה דמהני בזוטו של ים בקטן, דאף דלגבי קטן תמיד יחשב יאוש שלא מדעת, מ"מ יאוש שלא מדעת כזוטו של ים, גם אביי יודה דמהני.]

ב. קידש בדבר שאין בעה"ב מקפיד

איתא בקדושין נב,ב: ההוא סרסיא (עושה שכר מתמרים של בעל הבית למחצית שכר) דקדיש בפרומא דשיכרא (לאחר שהוציא ממנו המשקה), אתא מריה דשיכרא, אשכחיה, אמר ליה אמאי לא תיתיב מהאי חריפא (יש שהוא טוב מחבירו, שלא נתנו בו מים פעמים הרבה, ויש לו לחלוחית לתת עוד טעם במים אחרים). אתא לקמיה דרבא, אמר לא אמרו כלך אצל יפות אלא לענין תרומה בלבד (שיועיל למי שנטל את של בעל הבית שלא ברשות, דנימא גלי דעתיה דניחא ליה, אלא לענין תרומה בלבד, דהא לתרום הן עומדות, אבל לענין מי שנטל לעצמו, משום כיסופא הוא דקאמר ליה דלא נכסוף, אבל למפרע לא ניחא ליה) ... אבל הכא משום כיסופא הוא דעבד ואינה מקודשת. ומבואר ברש"י דהסוגיא מיירי לענין קדושין למפרע, דכיון דבעינן שיהיה שלו בשעת הקדושין, אף אם כעת סגי באמירה זו, מ"מ לא מהני שיהיה שלו למפרע בשעת הקדושין, כיון שבשעת הקדושין קדשה בגזל. ומשמע דמכאן ולהבא מהני. דמרש"י מבואר דטעם כיסופא הוא מדוע לא יחולו הקדושין למפרע, אבל בלאו האי טעמא, מהני אף למפרע. ולפ"ז י"ל דלרש"י הסוגיא הינה אליבא דרבא, דאליבא דאב"י דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, גם בלא טעם דכיסופא לא מהני למפרע. וכן כתב הרמב"ן בדברי רש"י, דמי שנטל לעצמו משום כיסופא הוא דקאמר דלא ליכסוף, אבל למפרע לא ניחא ליה, ומשמע דמכאן ואילך ניחא ליה. וצ"ל דלרש"י הסוגיא אליבא דרבא, אבל אליבא דאב"י אין צריך לטעם כיסופא. ועיין תוס' קדושין שם (ד"ה אם), ובמקנה שם, ובריטב"א בסוגיא.

ובמאירי בסוגיא שם בקדושין, כתב וז"ל: "ויש מפרשים כדי שלא יתבייש ממה שעשה, לא אמרו כלך אצל יפות אלא לענין תרומה, הא כל שאמר לו בהדיא שנוח לו בכך אינו גזל. ומכל מקום דוקא כשאמר לו קודם שיקדש, הא אם קדש תחלה ואחר כך אמר לו הלה שנוח לו בכך, אינה מקודשת, שמכל מקום בגזל קדשה, ואין אומרים מדהשתא ניחא ליה, מעיקרא נמי ניחא ליה, שאין אומרים כן אלא לדעת האומר יאוש שלא מדעת הוי יאוש, אבל מאחר שפסקנו שאינו יאוש, אין אומרים כן. ולא הביאו גדולי הפוסקים מעשה זה אלא ללמוד הימנו אם קדש בו אחר שאמר לו בעל הבית כן. וכן כתבוהו חכמי הדורות. ומכל מקום אם קדשה בדבר שמן הסתם אין בעל הבית מקפיד עליו, כתבו גדולי המחברים שמקדשת מספק". מבואר מהמאירי דלענין קדושין לא הוי מקודשת, שאין גילוי הדעת מועיל למפרע, ורק מכאן ולהבא יכול להועיל, אא"כ אמרינן דמשום כיסופא הוא דעבד. ומבואר במאירי שפירש הסוגיא אליבא דאב"י, ולכן למדו שלא מועיל כלך אצל יפות בקדושין מכאן ולהבא, מטעם דכיסופא. עוד הביא המאירי את דברי הרמב"ם, שאם קדשה בדבר שמן הסתם בעה"ב לא מקפיד, הוי ספק מקודשת.

ודברי הרמב"ם הינם בהל' אישות ה,ח, וז"ל: "הנכנס לבית חבירו ולקח לו כלי או אוכל וכיוצא בהן וקידש בו אשה, ובא בעל הבית, אע"פ שאמר לו למה לא נתת לה דבר זה שהוא טוב ממה שנתת לה, אינה מקודשת, שלא אמר לו דבר זה אלא כדי שלא להתבייש עמו, והואיל וקידש בממון חבירו שלא מדעת חבירו, הרי זה גזל ואינה מקודשת. ואם קידשה בדבר שאין בעל הבית מקפיד עליו, כגון תמרה או אגוז, הרי זו מקודשת מספק". ולכאורה אם ידוע שאין בעה"ב מקפיד, מדוע מקודשת רק מספק. ודבר זה למדנו מדברי המל"מ, שכתב לבאר בדברי הרמב"ם דמיירי בתמרה שאינה שוה פרוטה, ומקודשת מספק שמא שוה פרוטה במדי, אך אין הספק מצד הלכות גזל וקדושין בדעת בעה"ב, שאם אינו מקפיד, היתה צריכה להיות מקודשת. אלא שבעה"ב אינו מקפיד רק בדבר שאינו שוה פרוטה, ומצד הלכות בעלות, כיון שאינו מקפיד, הוי קדושין, אלא כיון שהם קדושין בפחות משוה פרוטה, מחמת הספק שמא שוה פרוטה במדי, הרי היא ספק מקודשת. אלא שמצא המל"מ לקצת מגדולי האחרונים, הב"ח, הט"ז והב"ש כח,מב, ושכן נראה דעת הטור והשו"ע שהביאו דין זה באהע"ז סי' כח, ואם כפירוש המל"מ, היה להם להביא דין זה בספק שוה פרוטה במדי, בסי' לא, וכן הרמב"ם היה לו להביא דין זה בפ"ד מאישות העוסק בדין ספק שוה פרוטה. ולכן נראה שתפסו דברי הרמב"ם ככתבם, ומשום חשש גזל נגעו בה; "ובטלה דעתי לדעתם ודו"ק. אחר שכתבתי זה הראה לי חד מן חברייא תשובת הר"ש בר צמח מכ"י סי' ב' שפירש דברי רבינו כמו שפירשתי". ודברי הרשב"ץ (ח"א כג), הביאם גם באבנמ"ל כח,מח, שהרמב"ם לא אמר דבריו אלא דתמרה ואגוז שאין בו שוה פרוטה ואין בו דין גזלן, כיוצא בזה אין החברים מקפידים זה על זה, ואע"פ שאין בו שוה פרוטה, מקודשת מספק שמא שוה פרוטה במדי, אולם בדבר שיש בו שוה פרוטה, יש בו דין גזל ואינה מקודשת כלל, עיי"ש באבנמ"ל, שהשיג על מש"כ הפרישה דאם יש בו שוה פרוטה, ודאי מקודשת, דבתשב"ץ מבואר להיפך, דאם יש בו שוה פרוטה, ודאי גזל הוא ואינה מקודשת. ועיין עוד בחת"ס (חאהע"ז ח"א סי' פה) מש"כ בדברי התשב"ץ.

גם בלח"מ הסתפק בלש' הרמב"ם, אם התמרה שוה פרוטה או לא, דאם התמרה או אגוז פחות משוה פרוטה, א"כ הוי ספק ספיקא בקדושין, שמא שוה פרוטה במדי או לא, ואת"ל דשוה, ספק אם מקפיד או לא. ודעת הלח"מ נוטה דמיירי בשוה פרוטה, והוי רק ספק בדעת בעה"ב. ועיין בט"ז אהע"ז כח,לג מש"כ לחלוק על דברי המל"מ, וכן כתב הב"ח והב"ש כח,מה, דהספק הוא שמא בכל אופן מקפיד, ולכן הוי ספק מקודשת, ושלא כדעת המל"מ ודעימיה, שהספק שמא שוה פרוטה במקום אחר. ועיין במש"כ המקנה כח,יז (ד"ה הנכנס).

ועל פירוש המל"מ, דלרמב"ם אין איסור גזילה בפחות משהו פרוטה ונהיה בעלים על החפץ, ורק מחמת ספק שזה פרוטה במדי ספק מקודשת, יש להקשות ממש"כ הרמב"ם בהל' גניבה א,ב: "אסור לגנוב כל שהוא דין תורה, ואסור לגנוב דרך שחוק, או לגנוב על מנת להחזיר, או לגנוב על מנת לשלם, הכל אסור שלא ירגיל עצמו בכך". וקושיא זו ראיתי אח"כ במחנה אפרים גזילה ב בסופו. וצ"ל למל"מ, דאף שאסור פחות מפרוטה מדין חצי שעור (עיין בנו"כ על הרמב"ם שם), מ"מ כיון שאין בעה"ב מקפיד, נהיה בעלים על הפחות משהו פרוטה, אף שלענין איסור תורה, מצער את חברו ועובר על האיסור, אך כיון שאינו בדין השבה, הוי כבעלים על הדבר.

ובנו"ב (קמא, חאהע"ז סי' נט) הקשה על דברי הרמב"ם, דגוף הדין שחידש הרמב"ם שאם אין בעה"ב מקפיד הוי ספק קדושין; "חידוש הוא ולא זכיתי לבוא על מקורו, מאין המציא חידוש זה, וכל נושאי כליו לא הראו לנו את מוצאו, ואלמלי לא נאמר בדברי הרמב"ם, שאחריו אין להרהר, הנה הדבר תמוה מאוד, ומה בכך שאין בעה"ב מקפיד, מ"מ כל זמן שלא הפקירו בפירוש, במה יצא החפץ או האוכל מחזקת מרא קמא". וכתב הנו"ב לפרש, דהרמב"ם מיירי בלוקח הדבר בפני בעה"ב, ובעה"ב רואה בשעה שלוקחו, וכיון שהוא אגוז או תמרה דבר שאין מקפיד עליו, מסתמא מוחל לו בשעת לקיחה וזכה בו מדעת חברו. והיינו דאם לוקחו בשעה שרואה ואינו מקפיד, אין כאן הקנאה למפרע אלא הסכמה להקנות לו מכאן ולהבא את התמרה והאגוז, רק כיון דהוי ספק אם כן הם הדברים, לכן הוי ספק קדושין.

ואפשר דסברת הרמב"ם, ע"פ מש"כ בהל' עדות י,ה, וז"ל: "אריס שלקח דבר מועט מן הפירות שבכרו בימי ניסן וימי תשרי קודם שתגמר מלאכתו, אע"פ שלקח שלא מדעת בעל השדה, אינו גנב וכשר לעדות, שאין בעל השדה מקפיד עליו, וכן כל כיוצא בזה". ומקור דברי הרמב"ם מהגמ' סנהדרין כו,ב: ואמר רב נחמן, גנב ניסן וגנב תשרי (ניסן זמן קציר, תשרי זמן בציר ואסיף) לא שמיה גנב, הני מילי באריסא (דטרח בה, ומורה היתירא ליטול דבר מועט יותר על חלקו מפני טרחו), ודבר מועט, ובדבר שנגמרה מלאכתו (דמשויה נפשיה כפועל, ומורי בה היתירא וסבר לא קפיד). איכריה דרב זביד (לאו היינו אריס, ואינו חולק בפירות) חד גנב קבא דשערי ופסליה, וחד גנב קיבורא דאהיני (כמין אשכול, יש תמרים הרבה בענף אחד) ופסליה. ומזה למד הרמב"ם, דאף שבגמ' מבואר דדוקא באריסיה ודבר מועט ונגמרה מלאכתו, מ"מ יש דברים שבעה"ב גם אינו מקפיד באינש דעלמא, כגון בתמרה ואגוז, ולכן גם בהם אין בו גזל.

ולפ"ז היה נראה לבאר מש"כ הרמב"ם דהוי ספק קידושין, דהרמב"ם מספקא ליה אם דין זה של אריס וכל היכא שבעה"ב אינו מקפיד, אם רק לא נפסל לעדות,

שאינן לו שם גזלן, ומ"מ דין בעלות על החפץ אין לו, וממילא אינו יכול לקדש אשה, או שגם יש לו דין בעלות על החפץ ולגמרי לא עבר על איסור גזילה. דממש"כ רש"י הנ"ל: דטרח בה, ומורה היתירא ליטול דבר מועט יותר על חלקו מפני טרחו, משמע דכיון דמורי היתרא, אין דינו כגנב לפסלו לעדות, וכדין קוברי המת ביו"ט, דסובר שאין בזה עבירה, אבל הרמב"ם שכתב שאין בעה"ב מקפיד, לכאורה גם איסור גזילה אין בזה. (ועיין בגר"א חו"מ לד, כז). ואפשר דהרמב"ם מספקא ליה בטעם, אם משום מורי היתרא או אינו מקפיד, ולכן לענין עדות ס"ל שאין בזה עבירה כלל, כיון שאינו מקפיד, אך כיון דאפשר שהטעם משום מורי היתרא, לכן האשה ספק מקודשת, אם יש לו תורת בעלות על מה שנטל. ועיין אגרות משה חח"מ ח"א סי' מז (ד"ה אך יש).

ועיין עוד בנודע ביהודה (תנינא, חאהע"ז סי' עז), לאחר שהביא מה שהקשה במהדור"ק על הרמב"ם, הוסיף להקשות (וכן הוא בגליון שו"ע של הנו"ב, חו"מ סי' שנח), דאף אם מותר ליטלו ואין בו משום גזל, מ"מ איך זכה הנוטלו להיות חשוב שלו, דכל זמן שלא הפקירו בעליו בפירוש, אי אפשר לזכות בו, וכמש"כ המג"א תרלז, ג בשם היראים, דאפי' למ"ד גזל כותי שרי, מ"מ לא מיקרי לכס. וכתב הנו"ב לישב דברי הרמב"ם, דגם הרמב"ם מודה דאפילו דבר שאינו מקפיד עליו, אף דאין בו משום גזל, מ"מ לא יכול לזכות בו שיהיה שלו, ומ"מ אם קידש בו אשה, האשה זוכה בו, דכיון שאין בעה"ב מקפיד, לא גרע מיאוש, והאשה קונה ביאוש ושינוי רשות אף שאין בעה"ב יודע כלל אם נטלו זה והוי יאוש שלא מדעת, והביא ראיה מדברי הש"ך שנח, א הנ"ל, דדוקא ביאוש דאבידה, דגם עתה אחר שנודע לו אינו מתייאש מרצונו רק בעל כרחו, שאינו יודע היכן הוא ובאיסור אתי לידיה, ולכך לא מהני יאוש שלא מדעת, משא"כ בדבר שמוותר מרצונו ומתייאש ברצונו הטוב, מהני אף שלא מדעת ובהיתרא אתי לידיה. ולפ"ז גם במכירת חמץ י"ל שיזכה הנכרי, דכיון שאינו מקפיד ומוותר מרצונו, מהני מכירת האחר, אף שלא מינהו שליח.

ומה שיש ללמוד מתש' הנו"ב, שהזכיה באינו מקפיד הוא מטעם הפקר, באבנמ"ל כח, מט כתב לחלוק על הנו"ב, דדבר שאינו מקפיד עליו לאו מתורת הפקר, דהפקר אינו בחזרה, וכמש"כ הרמב"ם בהל' נדרים ב"ד, דאסור לחזור מהפקר והחזור בו עובר משום כל יחל דברו, ואם נאמר דדבר שאינו מקפיד הוי הפקר, א"כ יצטרכו הבעלים כל פעם לחזור ולזכות בו בדבר שאין מקפידים. ולכן כתב האבנמ"ל לבאר, דדבר שאינו מקפיד נקנה לזוכה בתורת מתנה, דהבעלים שאינו מקפיד וחונן ונותן דבר מועט למי שיטול שלא מדעתו, וכיון דהוי מתנתה, לא בעינן שאינו מקפיד לכל אדם. והביא ראיה מסוכה מב, דמלמדים אותם שיאמרו כל מי שיגיע לולבי בידו הרי הוא לו במתנה כו', למחרת משכימין כו', והתם ודאי נגד אינו יהודי מקפיד

על לולבו ואינו נותן לו במתנה, אלא כיון דהוא בתורת מתנה אינו צריך לכל אדם. ודוקא בהפקר דמיד יוצא מרשותו, אינו אלא כשמיטה שהוא הפקר לכל, אבל מתנה שאינה יוצאת מרשות נותן עד דמטי לרשות מקבל, וכשם שיוכל ליתן לאדם אחד, כן יכול ליתן לכמה בני אדם, ומי שיזכה בו הוא שלו, עיי"ש.

אולם מדברי הגרי"א (נחל יצחק חו"מ סי' ו) מבואר שזוכה מדין הפקר. לאחר שהביא דברי האבנמ"ל והנו"ב, כתב דמקור דברי הרמב"ם מהגמ' פסחים ו,ב: אמר רב יהודה אמר רב, הבודק צריך שיבטל, מאי טעמא, אי נימא משום פירורין, הא לא חשיבי, וכי תימא כיון דמינר להו אגב ביתיה חשיבי, והתניא, סופי תאנים ומשמר שדהו מפני ענבים, סופי ענבים ומשמר שדהו מפני מקשאות ומפני מדלעות, בזמן שבעל הבית מקפיד עליהן, אסורין משום גזל וחייבין במעשר, בזמן שאין בעל הבית מקפיד עליהן, מותרין משום גזל ופטורין משום מעשר. אמר רבא, גזירה שמא ימצא גלוסקא יפה ודעתיה עליוה. וברש"י שם דפטורין מן המעשר: "דהפקר פטור מן המעשר", ולכן סובר הרמב"ם שאם קדשה בדבר שאין בעה"ב מקפיד עליו, כיון שזכה מן ההפקר, הוי ספק קדושין. ומזה מוכח שמה שזוכה הוא מתורת הפקר ולא מתנה. אלא שמהגמ' בפסחים מבואר דודאי אינו מקפיד, אין חשש שמא מקפיד, דאם יש חשש שמא מקפיד, יהיה חייב במעשר. אלא בהכרח י"ל דהוי דבר שאינו שוה פרוטה, ובזה אינו מקפיד, והספק שמא שוה פרוטה במדי, וכדעת התשב"ץ והמל"מ הנ"ל. אך כתב דאפשר דהוי ספק אם מקפיד, וכדעת החולקים על התשב"ץ והמל"מ, ומה שאינו חייב במעשר, דשיטת כמה ראשונים דמעשר פירות הוי מדרבנן, ואף לשיטת הרמב"ם דחייב מהתורה, מ"מ סופי תאנים וענבים, שאינן מתבטלות כל צרכן, לא חשיבי ומעשרותם מדרבנן, ולכן מספק שמא אינו מקפיד, פטור ממעשר, ואף לענין גזל, ספק גזל לא אסרה התורה, והוי אסורו מדרבנן. ומ"מ כתב דברור שמתורת הפקר אתינן עלה, ולא כאבנמ"ל. (ועיין לנצי"ב במשיב דבר (ח"ד סי' לג) שהביא את הגמ' בפסחים ו,ב, כמקור לדברי הרמב"ם. ועיין עוד בבית אהרן לגר"א וולקין, ב"מ כב,א בסופו). וכן נמצא לגר"ב, ברכת שמואל ב"מ כג,ג, דכיון שיודעים שודאי מתיאש, יש לו דין דעת מעתה, וכבר מעכשיו חל עליו דין הפקר ונפקע ע"י זה ממונו.

ובאמרי בינה (חאו"ח בסופו, השמטות לדיני אתרוג, ס"ק יד) הביא ראיה לדעת הנו"ב שהוא מטעם הפקר ולא מתנה, מב"ב נו,א דבהעמדה כדי לא קפדי אינשי, ושם הוי כהפקר לבני החצר, דאי משום מתנה, היה אסור למודר הנאה. האמרי בינה הביא המג"א תרנח,ג, כשלא היה הבעל בביתו, ונתנה אשתו את הלולב לאחד מאוהביו או קרוביו במתנה. דאם נתנה במתנה י"ל דלא יצא, דשמא ניחא ליה לבעל למכרו לאותו יום. אולם אם מכרה, נראה דמותר לה למכור, ד דזכין לאדם שלא בפניו. ואם הבעל אדם חשוב הוא וזילא ב"י מילתא למכור האתרוג, שרי גם לתת מתנה,

דאמדינן דעתו דניחא ליה. והא"ר כ' דאין הבעל מקפיד בזה, מכל שכן כשהיא האשה נו"נ בתוך הבית. והביא האמ"ב מאחיו, הרב הגדול מו"ה יהושע פאלק אויערבאך נ"י הרב בק"ק קלעטשאווי, דדין זה תלוי במחלוקת תוס' וריטב"א ב"מ (כב,א) ביאוש שלא מדעת, דתוס' סוברים דלאב"י דלא הוי יאוש, אין ליקח שלא מדעת חבירו דבר שידענו אם היה יודע הי' ניחא ליה. והריטב"א מחלק בין אבידה לנוטל חפץ שאינו מקפיד, דדוקא באבידה דלא ידע כלל היכן היא, ואם היה יודע היכן אבידתו לא היה מתיאש, בזה לא הוי יאוש, משא"כ בדבר דניחא ליה, ואם היה יודע היה מתרצה, בזה לכ"ע בהיתר אתי לידו דמסתמא אינו מקפיד. והביא דברי הש"ך, הנו"ב והאבנמ"ל, והביא הראיה הנ"ל לדברי הנו"ב, כנ"ל. וכתב דהעיקר לחלק, דאף אם נאמר דשלא מדעת אינו רשאי ליקח בדבר שאינו מקפיד לגבי אחד ומקפיד על אחרים, מ"מ אשתו ששולטת בביתו בודאי הרשה לה לתת מן ממנו כפי הנאות ורשאי לקבל ממנה, משא"כ שלא מדעת בעלים. ולפ"ז באתרוג, אף דשלא מדעת חבירו אינו רשאי ליקח, כמבואר ברא"ש ורמ"א (סי' תרמט) דלא הוי לכס, מ"מ אשתו או בן ביתו שאינו מקפיד אם עושה דבר בממונו, אנן סהדי דניחא ליה.

ובעצם דברי הרמב"ם דהוי ספק קדושין בדבר שאין בעה"ב מקפיד, נמצא למחנה אפרים (גזילה סי' ב) לבאר שאין דין זה של לוקח בדבר שאין בעה"ב מקפיד, שייך ליאוש שלא מדעת, דע"כ לא אמרו יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש אלא גבי אבידה שאינו מתיאש אלא משום שאינו יודע היכן היא, ואלו היה יודע שהאבידה אצל מוצאה, לא היה מתיאש, משא"כ בנוטל דבר שאין בעה"ב מקפיד, דכיון שידוע שיתרצה בעה"ב כשידע, דמן הסתם אינו מקפיד, כבר כעת בהתירא אתא לידיה. וכתב להוכיח מהרישא של דברי הרמב"ם בהל' הנ"ל; הנכנס לבית חברו ולקח לו כלי או אוכל וקדש בו את האשה ובא בע"ה, אע"פ שאמר לו למה לא נתת לה דבר זה שהוא טוב ממה שנתת לה, אינה מקודשת, שלא אמר דבר זה אלא כדי שלא יתבייש עמו. דמשמעות דברי הרמב"ם שאם היינו יודעים דלאו משום כסופא קאמר אלא גמר בכל לבו, היתה מקודשת, דכיון דהשתא ניחא ליה מעיקרא נמי ניחא ליה; "אלא ודאי יראה דס"ל להרמב"ם והטור, דכל היכא דגילה דעתו השתא, מהני כל דליכא למיחש לכיסופא, ויאוש שאני משום דמה שמתיאש אח"כ אינו מרצונו, דאלו הוה ידע לא הוה מתיאש, אבל מידי שאין בעה"ב מקפיד עליו, כיון דלכי ידע ניחא ליה, השתא נמי בהיתרא בא לידיה".

עוד הביא המחנ"א ראייה מדברי התוס' קדושין מ,ב (ד"ה וי"א), לענין האוכל בשוק פסול לעדות, שפי' משם ר"ח דאיירי בחוטף משל אחרים ואוכל, והקשו התוס', אם כן תיפוק ליה משום גזלן, ותירצו דאיירי במידי שאין בעה"ב מקפיד עליו. מבואר שכל דבר שאין דרכו להקפיד עליו, לא מיקרי גזל. ואף למש"כ התוס' ב"מ כב,א

(הנ"ל), לא אמרו אלא במידי דדרכו של בעה"ב להקפיד אצל אחרים, שבזה אמרו דאע"ג דלגבי אלו יתרצה, מ"מ אמרין יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, משא"כ בדבר שאין דרכם להקפיד אצל כל אדם, בכי הא לא מיקרי גזל. ומ"מ מדברי המחנ"א מבואר דס"ל כש"ך שנח,א הנ"ל, שחילק בין יאוש שלא מדעת באבידה, ללוקח דבר שאין בעה"ב מקפיד עליו, וביאר בדרך זו דברי הרמב"ם. ועיין בשער המלך (גרושין א,א, בסופו) שכתב לבאר בדברי הרמב"ם דאם לא היה חשש כיסופא, היתה מקודשת מכאן ולהבא ולא למפרע, כדעת הריטב"א, עיי"ש.

והב"ח (אהע"ז סי' כח) דן באריכות בדברי הרמב"ם, וכתב דדעת הפוסקים שכשיש גילוי דעת דניחא ליה, אמרין דניחא ליה למפרע, וחוששין לקדושין כשאין לחוש שמשום כיסופא קאמר, כגון כשמחל בפירוש. ומ"מ ס"ל לב"ח דלמעשה אין שם קדושין ודאי אלא ספק קדושין, בין נתאכלו המעות ובין לא נתאכלו, והיינו בין לענין להבא ובין לענין למפרע. והח"מ כתב, כחל כתב דכל הדיון בשיטת הרמב"ם הוא לענין מכאן ולהבא, נפק"מ שאם אין הקדושין בעין ביד האשה והוא מגלה דעתו דניחא ליה למפרע, לא מהני גילוי דעת כשנתאכלו הקדושין, משא"כ אם הקדושין בעין ביד האשה והוא מוחל בפירוש, דליכא למימר משום כיסופא עושה, אפשר לומר דמקודשת להבא; "ולמעשה צ"ע". ועיין בב"ש כח,מד מה שהביא בזה מחלוקת ראשונים אם חל מהשתא. וצ"ל דגם הב"ש אינו חולק דאם גילה דעתו בפירוש דניחא ליה, באופן שאין לחוש לכיסופא, דמהני מכאן ולהבא, אם לא נתאכלו המעות, וכדעת הריטב"א, ומה שחלק הוא בהסבר דעת הראשונים דחשש כיסופא הוא לענין למפרע. דס"ל לב"ש דחשש כיסופא הוא גם לענין מכאן ולהבא, כעולה מהסוגיא ב"מ כב,א.

ג. זכין לאדם ולא מאדם

ולעיל הובאה מחלוקת האחרונים אם בדבר שאינו מקפיד זוכה מדין הפקר או בתורת מתנה. עוד התבאר דהיכא שיש ניחותא דמצוה, מהני אף בלא מינה שליח, וכמש"כ קצוה"ח רסב,א. והנה בתה"ד (סי' קפח) דן באשה בעלת הבית, שלשה לה המשרתת עיסה, והלכה בעלת הבית מחוץ לביתה קודם שהפרישה חלה, ובטרם חזרה נתחמצה העיסה כל צרכה, ויש צורך לאפותה לאלתר, ורוצה המשרתת להפריש החלה בלא רשות בעלת הבית. והשיב תה"ד: "יראה דשפיר דמי למיעבד הכי, דכיון דמתקלקלת העיסה, זכות הוא לה לבעלת הבית וזכין לאדם שלא בפניו, וקי"ל זכייה מטעם שליחות איתרבי, ולענין תרומה רבינן שליחות מאתם גם אתם, והכי נמי המשרתת נעשה שלוחה אפי' שלא מדעתה מטעם דזכות הוא לה. ואפי' אם אין כאן אלא חשש קילקול העיסה אמרין דזכות הוא לה, כיון דרגילות הוא לפעמים שבעלת הבית נותנת רשות למשרתת להפריש חלה אפילו בפניה". והקשה (בהגהה שם) מחולין יב,א,

האומר לשלוחו צא ותרום לי, ושמע איניש אחרינא ואזל ותרם, אין תרומתו תרומה, דהוי ליה תורם שלא מדעת, ואף שבזמן שתרם יודעין שרוצה בעה"ב לתרום. וי"ל, דדוקא התם לא מהני, משום דאיכא למימר דדעת דבעל הבית דשלוחו דוקא יתרום, משום דיודע ומכיר באיזה מידה רגיל בעה"ב לתרום בעין יפה או רעה או בינונית, וכן אם דרכו לומר כלך אצל יפות או איפכא, אבל בהפרשת חלה בזמן הזה דהכל שוין בו ליטול בכזית ולשורפה, אין לומר כלל שיש קפידא מי יפריש ויתרום. וכן מהטעם שיש לחוש לקלקול העיסה, אין קפידא מי יפריש ויתרום.

וכתב תה"ד, דאין להקשות מב"מ כב"א, דלא מהני אם הפריש תרומה בלא שוויה שליח, ולא מועיל גילוי דעת של אח"כ. יש לחלק, דשם בשעה שנעשה שליח לא ידעין כלל דניחא ליה, אלא דאח"כ שמענו או ראינו דניחא ליה, ולזה לא מועיל הגילוי דעת למפרע, שהרי אלולי גילוי הדעת של אח"כ, לא היינו יודעים דעתו, ולכן בשעת התרומה לא היה לתורם דין שליח, משא"כ בחלה, כבר בשעת ההפרשה, ללא גילוי דעת של בעלת הבית, אנן סהדי שהיא מעונינת בהפרשת החלה, ולכן כבר כעת המשרתת הינה שליחה של בעה"ב. ולכאורה יש להבין, מה הטעם בחשש קלקול שנאמר שהמשרתת הינה שלוחה של בעה"ב, הרי יכולה המשרתת לאפות העיסה, ויוכלו להפריש מהחלה האפויה. וקושיא זו הקשה בקצוה"ח רמג"ח, עיי"ש. ועיין חזו"א יור"ד קצט"א, דמ"מ זכות הוא להפריש מהעיסה דוקא.

והמחבר בשו"ע יור"ד שכח, ג פסק, דאין מפרישין חלה בלא רשות בעל העיסה. והרמ"א שם פסק כה"ד הנ"ל: "מיהו אם ידעין דזכות הוא לבעל העיסה, כגון שהיתה העיסה מתקלקלת, מותר ליטול חלה בלא רשותו, דזכין לאדם שלא בפניו. וכן משרתת שבבית יכולה ליטול חלה בלא רשותו, כיון שרגילה היא לפעמים שבעלת הבית נותנת לה רשות". ומדברי הרמ"א נראה שפירש בזה"ד, שאפי' בלא חשש קלקול העיסה, כיון שרגילה שבעה"ב נותנת לה רשות, יכולה להפריש. ובט"ז שם יור"ד רכח, ב כתב, דכן פירש הרמ"א בדברי תה"ד, אך כתב דתה"ד עצמו לא סמך על זה להתיר בלא חשש קלקול עיסה, כדמוכח בסוף דבריו שהזכיר ההיתר בשביל קלקול דוקא. וכן בשאלה שסידר שם בזה"ד לא הזכיר אלא בשביל קלקול העיסה, וידועה דרכו של תה"ד שהוא עצמו סידר השאלות. והביא הט"ז ראייה מדברי הסמ"ק שהביא הטור יור"ד סו"ס רכח, שממנו עולה שכל שמתחלה גילה דעתו בעה"ב דניחא ליה שיפריש הגבל חלה, אפי' אם הפריש פעם אחת שלא מדעתו שפיר דמי, וכן יש לפרש לשון הטור שם, שרגיל להפקיד לגבל שיפריש, ע"כ מועיל אף אם הפריש פעם אחת שלא מדעתו. והסיק הט"ז לענין הלכה: "ולעד"נ להלכה, דבערב שבת שמנהג הנשים להקפיד על זה שכל אחת תטול חלה, ונחשבים בעיניהם לחיוב לעשות לחמים לכבוד שבת בשביל החלה, אז לא תפריש שום משרתת בלא צווי בעלת הבית,

אם לא שיש חשש קלקול עיסה, אבל בשאר ימי השבוע מותרת המשרתת או אחד מבני ביתה, כיון שרגילה לתת להם להפריש, דאינה מקפדת על זה". ומבואר דכל היכא שאינה מקפדת שהמשרתת תפריש מן העיסה, יכולה המשרתת להפריש מהעיסה בלא ציווי בעלת הבית. והטעם דאין צריך ציווי שליחות מפורש, אלא כל היכא דידעינן דניחא לה, הרי היא כשלוחה.

והב"ח (יור"ד סי' שכח) והב"ח השיג על הרמ"א במש"כ דמהני אם היא רגילה להפריש, בדברי תה"ד מפורש דלא התיר לכתחלה במשרתת שרגילה לתת לה רשות, אא"כ דאיכא חשש קלקול בעיסה, וכשיש ודאי קלקול בעיסה אפי' אשה שאינה משרתת נעשית שלוחה שלא מדעתה. ומשמע דכל שאינה משרתת ואין כאן חשש קלקול, אסור להפריש שלא מדעתה, אפי' שהיא מגבלת העיסה והרי היא פועלת בעיסה זו, וכדעת ב"י שהשיג על הסמ"ק, וכן פסק הב"ח. והוסיף הב"ח, דמ"מ בדיעבד אם הפריש הגבל בלא רשות וניחא ליה לבעל הבית שהפריש, הוי חלה ואין צריך לחזור ולהפריש, אבל אחר שאינו גבל, אפילו דיעבד לא הוי חלה וצריך לחזור ולהפריש. הובאו דברי הב"ח בש"ך יור"ד רכח, ה, עיי"ש.

וקצוה"ח רמג"ח כתב להקשות על תה"ד, מדברי הרשב"א נדרים לו, ב, וז"ל: "הא דאיבעיא להו התורם משלו על של חבירו צריך דעת או לא, מי אמרינן כיון דזכות הוא לו כו', קשיא לי, דהא שליחות לאו מדין דניחא ליה או לא ניחא ליה, אלא גזירת הכתוב דמה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם. ותדע לך שהרי האומר לחבירו צא ותרום לי והלך ומצאו תרום, למ"ד אין חזקה שליח עושה שליחותו, אמרינן בפ"ק דחולין (יב, א) דלמא שמע אינש אחרני תרום, ורחמנא אמר (במדבר יח, כח) אתם גם אתם, מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם. ואע"ג דהתם ניחא ליה שתיקן כריו, וי"ל דתורם משלו על של חבירו שאני, דלא בעינן שלוחו לדעתו אלא בתורם משל בעל הכרי על בעל הכרי, אבל בתורם משלו על של חבירו, כיון שאינו של בעל הכרי, לא בעינן שליחותו ממש ואין הדבר תלוי אלא אי זכות לו וזכין לאדם שלא בפניו, או לאו זכות דמצוה דנפשיה עדיף". וכן כתבו תוס' שם בנדרים לו, ב (ד"ה אלא). ומבואר שאם מפריש משל עצמו על של חבירו, הוי זכות ומהני, משא"כ אם מפריש משל בעה"ב, בעינן שיהיה שלוחו של בעה"ב, ובזה לא חשיב זכות, כיון שתורם משל בעה"ב. וכתב קצוה"ח, דלפ"ז בנדון תה"ד, במשרתת שמפרישה חלה משל בעה"ב, אין בזה משום זכות, דלא אמרינן זכין לאדם שלא בפניו אלא היכא דזוכה המקבל באיזו דבר כמו במזכה חפץ לפלוני, או במזכה גט לאשתו דזוכה האשה בגט, או במפריש משלו; "אבל מפריש משל בעה"ב אין זה זכות אלא ניחוחת איכא, ושליחות לאו מתורת ניחוחת הוא, ובעינן לדעתכם דוקא". ולכן הסיק קצוה"ח להלכה דלא כתה"ד והרמ"א: "והנה אחר דאנהירינהו לעיינין

הרשב"א וגם התוס' שם כתבו בביאור היטב מה בין זכות לשליחות, וא"כ נראה דלא תפריש המשרתת, ואם תתקלקל העיסה, תפריש בעה"ב אחר אפיה וכמ"ש, דבעינן כה"ג דעת בעה"ב, כיון דמפריש משל בעה"ב".

וחילוק זה בין זכין לאדם לזכין מאדם, נמצא גם באבמ"ל לו, ב. דהב"ש שם לו, א כתב, דלכאורה נראה שאם גלתה האשה דעתה דניחא לה להתקדש לזה, יכול לזכות לה שום אדם ולקבל בשבילה קידושין, דע"כ לא מבעיא בש"ס בגט אם יכול לזכותו, משום דבגט י"ל אפי' בקטנה או במקום יבום לא ניחא לה הגט, משום אתתא בכל דהו ניחא לה, אבל בקידושין לא שייך סברא זו ויכול לזכות לה. והביא האבנמ"ל דברי השו"ע אהע"ז לה, ד, ומקורם מהרא"ש קדושין ב, ו, שאפי' לא מנהו הבעל שליח בהדיא, אלא רק גילה דעתו שחפץ באשה פלונית ואמר לו לשדכו לו, והלך השדכן וקידשה לו בלא מינוי שליחות, הרי זו מקודשת. וכתב האבנמ"ל לחלק, ע"פ דברי הרשב"א בנדרים לו, ב, הנ"ל, דגבי קידושיו גילה דעתו שרוצה לקדשה, הרי זה זכות במה שמזכין לו אשה חדשה, וזכין לאדם שלא בפניו, ואפי' בקטן. אולם אינו זכות אלא במה שמזכין לו משל אחרים, משא"כ באשה שגילתה דעתה להתקדש לזה, כיון דאשה היא הנקנית למקדש ואנו צריכין דעתה לקידושין, וא"כ לא הוי אלא משום שליחות, דזכות לא שייך אלא במקדש שהוא הקונה את האשה, משא"כ באשה הנקנית לית בה אלא משום שליחות, וכיון דגבי שליחות אינו דבר התלוי בניחותיה אלא בעינן דעתו ושליחות ממש, באשה לא מהני גילוי דעתה.

והגרנ"ט (סי' קנא) כתב דדברי האבנמ"ל צ"ע, דמאי שנא זכין לאדם דמהני, לזכין מאדם דלא מהני, הרי שניהם ענין של זכות. וכתב הגרנ"ט, דהגדר בזה דזכיה מהני רק כשלא בעינן דעת הזוכה, וכגון כשמדובר שהזוכה יקנה, דקנין מצד המקנה לחוד ג"כ מועיל. וראיה לזה, דקטן קונה מדאורייתא כשדעת אחרת מקנה, ולכן יכול אדם לקנות בשבילו כשזכות היא לו. אולם להקנות לאחרים, כיון דבעינן דעת מקנה לחלות ההקנאה, לא מהני אם אחר עושה ללא שליחות מדעתו, אף אם זכות היא לו. ועיי"ש מש"כ בדברי האבנמ"ל בחילוק בין איש לאשה.

וע"ע בחזו"א יור"ד קצט, א, מש"כ להקשות על קצוה"ח. ובשו"מ (קמא, ח"ב סי' קי), כתב בשוב ראית קצוה"ח מדברי הרשב"א על תה"ד, דכל דניחא ליה, אמרינן דניחא ליה שיזכה זה המפריש בהעיסה ויפריש תחלה, ואח"כ יחזור ויזכה בעה"ב בזה. אולם הרשב"א מיירי באמר לשלוחו לתרום ושמע חברו והלך ומצא תרום, דכיון שעשה לשליח שלוחו לתרום, א"כ לא רצה לזכות לחברו התבואה ושוב בעינן שליחות ממש, ולא מועיל מה שתרם זה השומע. ומה שמחלק הרשב"א בין אם תרום משל בעה"ב, דצריך שיזכה לו התבואה, לבין אם תרום משל עצמו, י"ל, דטעם ההקפדה

שזה השליח יודע שיעורו של בעה"ב ולא אחר, וא"כ אין זה שייך בתורם משלו, משא"כ בתורם משל בעה"ב דאינו יודע השיעור.

ולכאורה דברי קצוה"ח סתרי אהדדי. דמש"כ בסי' רסב,א, דיכול לבטל חמץ של חבירו, ואף שלא עשאו שליח, נחותא דמצוה שאני. ואילו לענין לתורם עיסה, ס"ל לקצוה"ח דכיון דזכין לאדם ולא מאדם, לא מהני מה שהמשרתת תפריש מעיסת בעה"ב כשלא ציתה לה. וא"כ איך יכול לבטל חמץ. ואין לחלק דבביטול חמץ אינו זוכה מאדם, דאינו זוכה מבעה"ב ולא מוכר החמץ לאחרים, רק מבטלו בפיו ובליבו. זה אינו, דעיי"ש מראיות קצוה"ח לענין נחותא דמצוה. ואפשר לישב, דבחמץ אינו זוכה מאדם, שהרי אם לא ימכור או יבטל החמץ, לא יהיה החמץ אח"כ ברשות הבעלים, שיהיה אסורי הנאה, דאינו ברשותו ועשאו הכתוב ברשותו לעבור עליו על כל יראה ובל ימצא. ולכן אם מכר החמץ או ביטלו קודם זמן איסורו, לא חשיב זכיה מאדם, כיון שאם לא ימכור או יבטל, לא יהיה של הבעלים. ורק השאלה היתה איך יכול לעשות כן בלא שליחות של בעל החמץ, וע"ז כתב קצוה"ח דמשום נחותא דמצוה שאני. אולם בעיסה, מלבד מה שיכולה להפריש בעה"ב אחר האפיה, וכמש"כ בקצוה"ח, ואף מפסידה המשרתת לבעה"ב את מצוה הפרשת חלה, וצריכה לזכות בכזית או משהו שמפרישה מהעיסה, ולזה לא מהני, כיון דזכין לאדם ולא מאדם.

ובעונג יו"ט (סי' קט) דן בדברי תה"ד והרשב"א, והעלה עיקר כדברי הרשב"א, דמה אתם לדעתכם, ולא מהני הפרשת תרומה במקום דלא היה דעת בעה"ב, ומ"מ כתב להצדיק דין תה"ד והרמ"א, דמשרתת יכולה להפריש אף בלא דעת בעה"ב. דאם בעה"ב ציתה למשרתת לעשות עיסה, הרי בכלל הציווי לעשות עיסה, מונח גם הציווי להפריש חלה. ואפי' לא ציתה לה לעשות עיסה, אלא המשרתת מדעתה עשתה עיסה, מהני מה שמפרישה, דכיון דהמשרתת הינה פועל של בעה"ב, יד כיד בעה"ב, ולא בעינן שליחות מפורשת, וז"ל:

"ומ"מ נראה לי שיש לדון דמשרתת יכולה להפריש, ולא מיבעיא אם בעה"ב צויתה לעשות עיסה דיכולה להפריש, כדתנן בתרומות (ג,ד), הפועלים אין להם רשות לתרום, חוץ מן הדרכות שהן מטמאין את הגת מיד, כמ"ש הרמז"ל בפירושו דכיון דאח"כ מטמאין את הגת, וכיון ששכר אותם לדרוך ומסר להם גתו הנה הניחם במקומו וקיבל עליו מעשיהם. וה"נ כיון שדרך להפריש חלה קודם אפיה, והיא צויתה למשרתת לאפות עיסה, דמי לעשאה שליח לתרום ג"כ. אלא אפי' אם המשרתת בעצמה עשתה עיסה בלי דעת בעה"ב, נ"ל נמי דיכולה להפריש. דאף דביררנו דאמרינן מה אתם לדעתכם,

מ"מ היינו בשליח דעלמא, אבל בפועל שאני, דעדיף משליח דעלמא, כדאמרינן בב"מ, דאף דהמגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו, אבל פועל ששכרו ללקט מציאות, מציאתו לבעה"ב, דידו כיד בעה"ב, ועדיף משליח. ה"נ כיון שהיא פועלת אצלה לתקן צרכי הבית באפיה ובישול, ודרך המשרתת להפריש, הו"ל כפועל לענין זה דידה כיד בעה"ב, ואין בזה משום לדעתיהם.

והסתפקתי מה דינו של עובד בחנות, אם יכול למכור את החמץ בלא דעת בעה"ב. דלמש"כ העונג יו"ט נראה דוקא אם העובד מכח סמכותו הוא גם למכור ולקנות, לכאורה יוכל גם למכור את החמץ, דלענין זה הוא גם עובד של בעה"ב ובעל סמכות, משא"כ אם מדובר בעובד שרק מסדר חפצים או מוביל סחורה, נראה דלמש"כ העונג יו"ט, כיון שלענין המכירה אינו פועל של בעה"ב, לא יכול למכור ללא שליחותו.

ומעין זה כתב גם הגה"ק מקלויזנבורג זצ"ל (דברי יציב חיוור"ד סי' רה), לחלק בין פועל למי שתורם מדעת עצמו, דגם בפועל וגבל דיש להם שייכות בעיסה מדין פועל, לא הוי בכלל הך גזה"כ של מה אתם לדעתכם, דהפסוק מיירי בתבואה שהיא שלו בלבד ללא שייכות של אחרים בו, אבל פועל שיש לו שייכות בעיסה וכגדר שותפין כנ"ל, אינו בכלל הגזה"כ. ותה"ד מיירי דוקא במשרתת שהיא כגבל, ובזה דינו כתורם משלו על של חברו, כיון דגם בהא לא איירי קרא דבעי דוקא דעת כבעלים עצמם. ומ"מ לתה"ד צריך גם איזה זכות לבעה"ב - שמתקלקלת העיסה, דרק בכה"ג שייך דין גבל ויד פועל כיד בעה"ב. והרמ"א הבין בתה"ד דלגבי משרתת אפילו באין חשש קלקול. ומש"כ תה"ד דאפילו אם אין כאן חשש אלא קלקול העיסה וכו', י"ל בכוונתו, דבלשון השאלה אשה בעה"ב לשה לה משרתת שלה עיסה והלכה לחוץ וכו', ועל זה השיב דכיון שיצאה בעה"ב לחוץ והניחה כל אומנות הלישה עבור המשרתת וסמכה עליה, הויא כהך דדרכות שכתב הרמב"ם הנ"ל שהעמידם במקומו, וס"ל לתה"ד שבצירוף הזכות דמתקלקל, יכולה להפריש בלא רשות. והוסיף וכתב, ואפילו אם אין כאן אלא חשש קלקול וכו', ר"ל, דאף אם לא יצאה לחוץ ולא מסרה לה העיסה לגמרי להעמידה במקומה, מ"מ מצד הזכות דמתקלקל גרידא בצירוף שהיא משרתת שלה ושייכא בגוה, יכולה להפריש בלא רשות.

וסברתי דאפשר דבפועל שמגבל את העיסה, כיון דאומן קונה בשבח כלי, הרי יש לו חלק בעיסה, והוי כעיסת השותפים. וכל זה לשיטות הראשונים דקיי"ל שאומן קונה בשבח כלי, אולם לרמב"ם ודעימיה, שאין אומן קונה בשבח כלי, וכן לפוסקים שכתבו דהוי ספיקא דדינא (עיין מה שכתבתי בח"ד סי' לא), אין בטעם זה האפשרות להפריש עיסה, ובענין לטעם של יד פועל כיד בעה"ב.

והנה בנדו"ד יש להפריד בין הלכתחילה לדיעבד. לענין לכתחילה, ולענין איסור דאורייתא של כל יראה, ודאי שאין לסמוך על הדעות דיכול למכור בלא מינוי שליחות. ואם שכח למכור או לבטל, וחבירו מכר בלא שליחותו, והשאלה אם צריך כעת לבער בחג עצמו, אפשר דבמקום הפסד מרובה יכול לסמוך על המקילין, וצ"ע. אמנם בנדו"ד שהשאלה הינה רק לענין קנס שקנסו חכמים על העובר בכל יראה, ואסרו בהנאה חמצו לאחר הפסח, עיין במשנה פסחים כח, א ובסוגיא שם, בזה נראה להקל במילי דרבנן, שאם מכר בלא שליחותו, יכול לסמוך על הפוסקים הסוברים דמהני מכירתו, וכנ"ל.

לאור האמור לעיל, לכתחילה אין לסמוך על מה שחבירו מכר בשבילו ללא שליחותו, אולם בדיעבד לענין חמץ שעבר עליו הפסח, יכול לסמוך על המקילין. ובמקום הפסד מרובה, אם צריך לשרוף החמץ בחג, לאחר שחבירו מכר החמץ בלא שליחותו לפני פסח, וכעת נודע לו במהלך החג, אף שיש למיקל על מי לסמוך, צ"ע למעשה לסמוך על המקילין באיסור דאורייתא. והסומך על המקילין בהפסד מרובה, יבטל גם חמצו תוך החג, וכמש"כ קצוה"ח לצרף ביטול לאחר זמן איסורו לסניף, כיון דשכח ולא ידע. וכל האמור הוא בלא ביטול הבעלים חמצם קודם זמן איסורו, אולם אם ביטלו חמצם קודם זמן איסורו, אין לאסור, וזאת מחמת הביטול, שאינו עובר על כל יראה.