

מור"ר הגאון הרב זלמן נחמיה גולדברג שליט"א

מתנה על מה שכתוב בתורה

דעת הגרע"א

במסכת פאה (פרק ו משנה יא):

"אם אמר הרי אני קוצר על מנת מה שאני שוכח אני נוטל, יש לו שכחה."

וכרע"ב (שם):

"דמתנה על מה שכתוב בתורה ותנאי בטל."

ובתוספת רע"א (שם אות ט) הקשה:

"קשה לי, דמה צריך לזה, לו יהיה דבעלמא תנאו קיים, הא תנאי שייך רק שעושה המעשה על תנאי שבאם לא יתקיים, לא יתקיים המעשה... אבל הכא, עם מי מתנה, ומה שייך לתלות הקצירה על תנאי, דאיך שייך לומר דאם לא יתקיים התנאי לא יהיה הקצירה קצירה? וצ"ע."

קשיים בשיטת הגרע"א

ובתפארת ישראל (שם בועז אות ה) הקשה על רבי עקיבא איגר, למה לא הקשה על הגמרות. כגון, "על מנת שאין לך אונאה" (ב"מ נא.), או "על מנת שלא תשמיטני שביעית" (מכות ג:), וכן, "מתנה שומר חינוך להיות כשואל" (ב"מ צד.), וכן, "פלוגי בני בכור לא יטול פי שניים" (ב"ב קכו:), וכן, "מתנה בפני ב"ד שיטול שכרו משלם" (ב"מ ל:).

"והרי, על כרחו כבר הלוהו, וכבר מכר וכבר הציל, וכבר שמר, וכבר הוא בנו ודאי..."

ותירץ:

...כגון דקיימו עניים הכא, ורוצים לזכות בפאה ובלקט, אבל הכעה"ב לא היה רוצה לקצור, כי אם שיתרצו העניים על מנת שעל כל פנים מה שישכח יהיה שלו. או שנתן לעניים מעות בתנאי זה (ולא הכי נקט שפיר 'שכחה', דהוי ליה ספק, שאינו רגיל לשכוח). דאף על גב דיכול להתנות על דבר שלא בא לעולם, (כשו"ע חר"מ סימן רט סע' ח) הכא מתנה על מה שכתוב בתורה הוא. או נראה לי, דאי לאו מתנה על מה שכתוב בתורה... סלקא דעתך אמינא מדמתנה קריה רחמנא (=לחלק בכורה, ב"ב קכד.), והוי ליה כמחל בכור בפירוש בחצי

חלקו, על מנת שיודה הלה בחצי חלק האחר. קא משמע לן, דעל כל פנים מתנה על מה שכתוב בתורה הוא.
והשיבני רבינו הגאון הג"ל (=רע"א)...אולם, קושית ידידי הרב נ"י מ"בני בכורי", באמת עמדתי בזה ומצאתי קצת ישוב, רק שאכמ"ל, עד כאן לשונו הטור.

לענ"ד נראה שמה שכתב הרע"א, שתנאי הוא רק בעושה מעשה ותולה בתנאי, אבל תנאי שאין מעשה תלוי בו אינו תנאי, יש לעיין, ממה שמצינו בכתובות (דף פג.):

"הכותב לאשתו וכו' כתב לה דין ודברים אין לי בנכסים ובפירותיהן וכו' כתיב ובמותך אינו אוכל פירות בחייה, ואם מתה אינו יורשה, רשב"ג אומר אם מתה ירשנה מפני שמתנה ע"מ שכתוב בחורה וכל המתנה ע"מ שכתוב בתורה תנאי בטל."

ובגמרא (שם פג.): מבואר, שרשב"ג סובר כר"מ, שהמתנה על מה שכתוב בתורה, בדבר שבממון תנאי בטל. ות"ק סובר כר' יהודה, שבדבר שבממון תנאי קיים. והנה מצינו תנאי שלא תלה בו מעשה.

שייך תנאי גם ללא מעשה של המתנה

על כרחך, שלשון תנאי שייך גם בלי מעשה. ופרוש המילה תנאי, נראה שהוא לשון ארמי, ובלשון הקודש זהו שנה והיינו אמר.

יש אפשרות להתנות בדבר שהוא לטובת המתנה

מכל מקום, קשה קושית הרע"א, שבעל שהתנה שלא ירש את אשתו, משמעותו, שרוצה שישתנה דין תורה, ושלא יעשה יורש על ידי נישואיו עם אשתו. וכזה נחלקו רבי יהודה ורבי מאיר, שלדעת ר' מאיר, אין אדם יכול לשנות דין תורה, גם בדברים שהדין תורה בא לטובת האדם. מכל מקום, אין באפשרות אותו אדם לשנותו, שהתורה נתנה דיניה גם כשאין האדם רוצה אותם. ולדעת רבי יהודה, כל שמתנה אדם ואומר שאינו רוצה דין תורה שניתנה לטובתו התורה שומעת בקולו ואינה נותנת דיניה.

קרע כסותי לדעת הרמב"ן

ובר"ן (כתובות יד. בדפי הרי"ף ד"ה מתני') זה לשונו:

"אבל בירושלמי איפלו (=אם יתומה נערה שנתפתחה) יכולה למחול או לא. דאיכא למאן דאמר התם, דקנס אינה יכולה למחול, לפי שאינה זוכה בו עד שעת

העמדה בדין, ואין אדם מוחל דבר שאינו ברשותו וכו'. ואיכא מאן דאמר התם, דיכולה למחול קנסא.

וכתב הרמב"ן, דמסתברא כמאן דאמר יכולה למחול לו קנסה, אף על פי שלא זכתה עדיין. דהא למה זה דומה, לכותב לארוסתו דין ודברים אין לי בנכסייך בחייך ובמותך, דקיימא לך דאם מתה אינו יורשה. דנחלה הבאה לאדם ממקום אחר, כלומר דעכשיו אינו ראוי לו, כגון ארוסתו, אדם מתנה עליה שלא ירשנה. ולאפוקי ירושת אביו שהיא ראויה לו, והא נמי להא דמי.

ועוד כיון שנתרצית בשעת ביאה, האיך יתחייב, והרי הוא כאומר: 'קרע כסותי', וקרע שפטור."

קרע כסותי לדעת התוספות

והנה התוספות (כתובות נו. ד"ה הרי זו) הקשו, למה האומר קרע כסותי והפטור פטור והרי זה מתנה על מה שכתוב בתורה? ותרצו:

"דהחם נמי אם היה אומר: 'קרע ושבור ע"מ שאין לי עליך דין נוק', הוה חשיב מתנה על מה שכתוב בתורה, אבל למחול יכול. וכן הכא גבי שאר כסות ועונה, דווקא כשאומר על מנת שאין לך עלי דין שאר כסות ועונה, הוי מתנה על מה שכתוב בתורה. אבל על מה שתפטרי אותי משאר כסות ועונה וכו' פטור. וכן על מנת שאין לך עלי דין אונאה, וכן על מנת שלא תשמיטני שביעית וכו'."

דעת רבי יהודה בעקירת דין תורה לטובתו

ונראה, שמה שכתבו תוספות, שאם היה אומר קרע כסותי ושבור כדי על מנת שאין לך עלי דין נוק, הוה חשוב מתנה על מה שכתוב בתורה. הכוונה, ובוה לדעת רבי מאיר לא מפטר ולדעת רבי יהודה מפטר.

ויש לעיין, אם אמר קרע כסותי על מנת שאמחול לך, שמהני, איך מפטר, והרי זה מוחל דבר שלא בא לעולם. וכמו שאומר הירושלמי במפתה נערה יתומה, שאינה יכולה למחול קנס שזה לא בא לעולם?

ויש לומר, שהא דמהני, הוא לדעת ר"מ, הסובר שאדם מקנה דבר שלא בא לעולם. אבל לרבי יהודה, מה שפטור בקרע כסותי על מנת לפטור, שמתפרש על מנת שאין לך עלי דין נוק. וטעם הדבר, ש'על מנת לפטור' יש לפרשו בשני אופנים:

א. שיהיה פטור משום שלא יהיה דין נוק.

ב. שאני מוחל.

ולעולם חופסין הכוונה שמועיל, ולכן לרבי יהודה מפרשים שפטור, משום שמסתלק מדין נוק,

ולר"מ מפרשים שפטור משום מחילה. או שהלשון 'על מנת לפטור', מתפרש שרוצה שני הדברים יחד, גם להסתלק מדין נזק וגם מוחל.

ובמקדש על מנת שאין לך שאר כסות ועונה, שלר' מאיר התנאי בטל, ולא מפרשין שעל מנת שתמחול לי. יש לומר, שלשון 'על מנת שאין לך שאר כסות ועונה' אינו נראה לשון מחילה, אלא נראה שלא חל החיוב. ורק לשון 'על מנת לפטור', מתפרש גם לשון מחילה. ומדויק לשון התוספות שכתבו: "אבל 'על מנת שתפטור אותי משאר כסות ועונה' מהני", ולא כתבו: 'על מנת שתמחול לי שאר כסות ועונה'.

עוד יש לומר, שלכן לא מתפרש 'על מנת שאין לך עלי שאר כסות ועונה' לשון מחילה, שאין אפשרות למחול רק עד אחר הנישואין, ואנו מפרשין כוונתו, שמיד אחר הקידושין חל הפטור. לכן מפרשין שרוצה שתסתלק מדין שאר כסות ועונה.

ולדעת רבי יהודה שמועיל, היינו שחל קידושין בלי חיוב שאר כסות ועונה. ואף שקידושין לעולם לא מחייבין בשאר כסות ועונה אלא בנשואין, מכל מקום, מה שחייב בעל בשאר כסות ועונה זה גם בגלל הקידושין. ושני מחייבין יש: קדושין ונישואין, וכל שנסתלק והסכים שהקידושין לא יחייבו, שוב אין כוח בנישואין לבר לחייבו בשאר כסות ועונה.

לרבי יהודה קרע כסותי והיפטר מועיל מדין מחילה

עוד יש לומר, שהאומר 'קרע כסותי ושבור כרי על מנת לפטור', שמתפרש 'על מנת שתמחול', היינו, גם לרבי יהודה מתפרש כך. ואף שאין אדם מוחל דבר שלא בא לעולם, מכל מקום, מהני לרבי יהודה. שהרי קיימא לן (ב"מ סו:): לגבי המוכר פירות דקל שאף שלא קנה מ"מ אי שמיט ואכיל לא מפקינן מיניה אם לא חזר בו לפני ששטמ ואכל. והטעם, שמניחים שעדיין ניחא ליה למיקם בהימנותא וכמו שכתב הקצוה"ח (סימן רט ס"ק ה).

ואם כן, באומר 'קרע כסותי על מנת שאמחול לך', וקרע, מיד חל המחילה. שהרי, מחילה אינה צריכה קנין, וכיוון שעדיין רוצה במחילה לכן חלה. מה שאין כן במפותה, אף שמוחלת קנס, מכל מקום, כשחובעת ממנו בבית דין, הרי חזרה מהמחילה, לפי ש[לא] חלה המחילה.

אכן, 'על מנת שאין לך אונאה', בזה לכאורה צריך לחול המחילה מיד אחר הקנין. וזולת אם נאמר, שלא מהני מחילה כל זמן שאינו יודע כמה אונאה יש, כמו שכתב הרמב"ם (מכירה פרק יג הל' ג-ד).

והנה גם כאן, באומר 'קרע על מנת לפטור', גם כן מצינו לשון תנאי ואין כאן מעשה, הרי שתנאי מתפרש גם בלי מעשה, ולשון 'מתנה' היינו אומר.

מתנה בפני בית דין באבדה

וכן ב'אם היה שם בית דין מתנה בפניהם' (ב"מ ל:), שהכוונה, שמגלה דעתו שלא ניחא ליה

ליטול כפועל בטל, שאז הבעלים חייבין לו הכל. שהרי מדובר שמפסיד יותר מכדי בטלה, רק שאנו אומדין שאדם רוצה ליבטל ולמחול על קצת שכרו, אבל כל שמגלה דעתו בבית דין שאינו רוצה בכך, בטלה האומדנא.

הגדרת התנאי: הסתלקות מדין שהוא לטובתו או מחילה

אבל על כל פנים, מדבר בנסתלק או מהדין, או שמוחל זה שנתחייבו לו. אבל כל שלא אמר שמוחל על טובתו, בזה לא שמענו, וגם נגר השכל שיועיל בין לר"מ ובין לר"י.

הקושי בתנאי בשכחה ובירושה שנעשה על ידי הנותן שלא יכול להסתלק או למחול וקשה קושיית הרע"א גם מ'הריני קוצר על מנת שמה שאני שוכח אני נוטל' (פאה פרק ו משנה יא), וכן מ'האומר פלוני בני בכור לא יטול פי שניים' (ב"ב קכו:), 'פלוני בני לא ירש עם אחיו לא אמר כלום שהתנה ע"מ שכתוב בתורה'. (ב"ב קכו:)

בירושה מדובר שהיורש שותק והמשנה חידשה ששתיקתו אינה מועילה

ובגמרא (ב"ב קכו:):

"לימא מתניתין דלא כרבי יהודה, דתנאי: המקדש את האישה ע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה מקודשת ותנאי בטל, ור"י אומר בדבר שבממון תנאי קיים? אפילו תימא ר' יהודה התם ידע וקא מחלה הכא לא קא מחיל!"

וברשב"ם (ד"ה התם):

"התם קא מחלה, שעל מנת כן קבלה קדושין ובהיא הנאה המקדש לה מחלה ליה וכיוון שקבלה קדושין מיניה נתרצית למחול. אבל הכא מי מחיל, מה הנאה יש לבן שימחול ואפילו ששתק הבן אין זו מחילה דאינו רוצה להכעיס את אביו."

ומעתה יש לומר, שקושיית הגמרא 'נימא דלא כר' יהודה', הוא מזה שהגמרא פירשה: 'האומר פלוני בני בכור לא יטול פי שניים', היינו, שאומר כן לבנו הבכור. והשתיקה של הבן אינה מועילה, משום שהבן מתנה, היינו מסתלק, מדין תורה. ולכן הקשתה הגמרא, 'לימא מתניתין דלא כר' יהודה'. ועל זה תירצה שאין ראייה משתיקת הבן שמסתלק, מה שאין כן משתיקת האישה יש ראייה שמסתלקת, שהרי קבלה הקידושין. ומה שלא אומרים שתיקה כהודאה, שיש לתלות שאין הבן רוצה להכעיס אביו.

כללי ההסתלקות מירושה

אכן יש בזה לעיין, שלכאורה יוצא מכאן, שאם הבן אמר מפורש שאינו רוצה ליטול, בזה מועיל מה שנסתלק. והרי מפורש בגמרא (כתובות פ"ג. וב"ב מט:) שנחלה הבאה לאדם ממקום אחר, מתנה עליה שלא ירשנו. אבל בנחלה דאורייתא, כגון, 'דין ודברים אין לי בירושת אבי כשימות', לא יועיל התנאי, דבעל כרחו שלו יהיה. אלא אם כן יתננה לה בלשון מתנה (רשב"ם ב"ב מ"ט: ד"ה ובדרכא) הרי שגם אם אמר הבן בפירוש אינו מועיל!

בכור יכול להסתלק מירושת אביו

ויש לומר, שמה שאמרו שהבן לא מחיל היינו בנו בכור, ובן בכור יכול להסתלק כשאומר בפירוש שמסתלק, וכמו שביאר בקצה"ח (סימן רעח ס"ק יג) שבכור יכול להסתלק. ומה שפשוט אינו יכול להסתלק, מבואר בר"ן (כתובות מא. בדפי הר"ן):

"ירושת אביו כיוון דראוי ליורשו בכל שעה, הרי הוא כאילו זכה, לעניין דלא סגי בסילוק אלא אי במכר אי במתנה. ואי אפשר, שהרי לא זכה בה לגמרי, ולא בא לרשותו, שהרי לא זכה, ולא בא לרשותו שיכול להקנות. וירושת אשתו לאחר שנשאת, דמיא לירושת אביו וכו' עכ"ל."

ונראה שכן ביאורו, שאימתי אדם יכול להסתלק מדין שזכתה לו תורה, רק שכבר חל הדין או פועל הסתלקותו שלא יחול הדין לטובתו, אבל כל שמסתלק אחר שכבר חל הדין אינו יכול. ולכן ירושת אביו שכבר חל על הבן דין יורש מיד שנולד, אינו יכול להסתלק אבל ירושת אשתו שמסתלק לפני שנעשה יורש יכול להסתלק.

במשנה רואים שאפשר להתנות בירושת פשוט ואינו חל מכיון שהוא נגד התורה

קשיא מה ששנינו (ב"ב קלא.):

"האומר איש פלוני ירשנה במקום שיש בת, בתי תרשני במקום שיש בן לא אמר כלום שהתנה על מה שכתוב בתורה וכו'."

וקשה מה צריך לטעם שהתנה על מה שכתוב בתורה שמה יועיל מה שהאב מתנה והרי לא שייך מתנה אלא במסתלק מהדין שהוא החיל המעשה, ומתנה שאם יהיה דין תורה אינו מחיל המעשה. וכמו הריני נזיר על מנת שאשתה יין שאינו עושה עצמו נזיר רק בתנאי זה או שמתנה מי שהדין ניתן לטובתו שלדעת ר"מ לא מהני בדבר שבממון. אבל בנידון דידן קשה קושיית הרע"א שאין עושה מעשה וגם אין כאן דין לטובת האב.

וגם אם נעמיד באמר כן לבתו או לבנו ושתקו או אפילו הסכימו בפירוש, גם בזה אין הטעם שאינו מועיל משום שמתנה ע"מ שכתוב בתורה אלא הטעם שאינו יכול לשנות מה שכבר חל.

זולת אם נאמר שגם זה אינו יכול לשנות מה שכבר חל גם זה נקרה מתנה על מה שכתוב בתורה, ודוחק.

הרמב"ם מחדש הסבר מדוע לא חלים תנאים בירושה

ואולי כדי ליישב זה פירש הרמב"ם (נחלות פרק ו הלכה א), טעם אחר למה אין תנאי מועיל בירושה מפני הכתוב בתורה (במדבר פרק כו פסוק יא) "והייתה לבני ישראל לחוקת משפט". ויש לעיין, הרי גם בעל לא יכול להסתלק מירושת אשתו אלא לפני הנישואין אבל לא לאחר הנישואין ואם נאמר שגם ירושת הבעל נאמר עליו חוקת משפט א"כ למה יכול להסתלק לפני הנישואין!

ונראה שסובר הרמב"ם שיש שני מיני סילוקים:

א. שאינו רוצה להיות יורש.

ב. שאף שהוא יורש אינו רוצה שירש כיוורש.

לכן אם בא להסתלק לפני שנעשה יורש שלא יעשה יורש זה יכול ואין בזה חוקת משפט. אבל אם בא להסתלק אחר שנעשה יורש שאינו יכול להסתלק מלהיות יורש, שאחר שחל הדין אינו יכול להסתלק אלא שבא להסתלק מדין שיוורש יורש. ומזה אינו יכול להסתלק שכתוב חוקת משפט.

כוונת הרמב"ם שהתורה חידשה שירושה היא דין ואינה לטובת היורש

ונראה שכוונת "חוקת משפט" שאין הירושה באה לעשות טובה ליורש אלא היא דין כמו דינים שאינם של ממון שכל יורש יירש. ולפי זה מיושב למה אמרה המשנה (כ"ב קכו:): שאם אמר שאיש פלוני ירש במקום בת אינו יורש משום שמתנה על מה שכתוב בתורה. שמדובר שהבת אומרת שמסכימה למה שאומר אביה ומכל מקום אינו מועיל שזה מתנה על מה שכתוב בתורה בדבר שאינו של ממון שהרי כתוב חוקת משפט.

אכן עדיין דחוק להעמיד שמדובר שהבת והם הסכימו בפירוש למה שאמר אביהם, שלא הזכיר במשנה הסכמתם. זולת אם נפרש שהרמב"ם סובר ששתיקת הבן והבת הרי זה כהסכמה ומה שאינו מועיל הוא משום שנאמר חוקת משפט. אלא שא"כ קשה למה בבכור גם התנאי בטל? זולת אם נאמר שגם בכור לא יכול להסתלק מלירש פי שניים. ומה שיכול למחול אחר מות אביו, היינו שנחשב כחוב חלק הבכורה ומועיל מחילה, וכמו שאשה יכול למחול מזונות אחר הנישואין, אבל לפני שמת אביו עדיין אין חוב ואינו יכול למחול דבר שלא בא לעולם. ולהסתלק שמות אביו לא יעשה חוב דבר זה סותר חוקת משפט.

בירושת גר מדרכנן מועיל תנאי לדעת הרמב"ם

אכן ממה שכתב הרמב"ם (נחלות פרק ז הל' י) זה לשונו:

"הגר אינו יורש את אביו גוי אלא מדבריהם תקנו לו שירש כשהיה שמא יחזור למרדו. ויראה לי שתנאי מועיל בירושה זו הואיל ואין עכורים מחויב לעמוד בתקנת חכמים."

נראה שאינו מדבר שהגר מסתלק מירושת אביו הגוי. שאם בא לומר שיכול הגר להסתלק והטעם שאין בירושת גר משום חוקת משפט. מה לו להרמב"ם להזכיר שאין העכורים חייב לעמוד בתקנת חכמים, שטעם זה אינו מבאר למה אין בירושת גר משום חוקת משפט.

יש לומר שזה גופה שאין ירושת גר בגדר חוקת משפט שאין גוי חייב לשמוע לתקנת חכמים ואין בכח חכמים לצוות על גוי. ומה שתקנו שגר יורש אביו הוא מכת הפקר ב"ד הפקר, שלזה יש להם כוח גם להפקיר ממון ולא מכוח המצווה שציותה תורה לשמוע בקולם ולכן אין ירושה זו ענין של חוק ומשפט אלא גדר של מצווה ממונית שיכול המקבל להסתלק.

אפשר לבאר שהתורה חידשה שירושה אינה תלויה ברצון המוריש

עוד נראה לומר לפי מה שכתב השיטמ"ק (ב"מ צד. ד"ה אפילו תימא ר"מ) על מה שאמרו בגמ' שמתנה שואל להיות כשומר חינם ושומר חינם להיות פטור מלהישבע נימא מתניתין דלא כר"מ שסובר שמתנה ע"מ שכתוב בתורה תנאו בטל:

"אפילו תימא ר' מאיר שאני הכא דלא שיעבוד נפשיה פירש רש"י דרישא לאו מתנה ע"מ שכתוב בתורה אלא שאמר אי אפשר להיות שומר שלך וכי' ואינו מחוור וכי' ואם תאמר גזרת הכתוב שאין אישות בלא שאר וכסות הכא נמי נימא גזירת הכתוב שלא יהיה שומר שלא יתחייב בדיני שומרים והפירוש הנכון וכי' דהא דשומרים לא דמי לאידך דאיתמר בהו מתנה על מה שכתוב בתורה דבכולהו אידך אזהר רחמנא בהדיא דבאונאה כתיב אל תונו ובשביעית כתיב לא תגוש ובשאר כסות כתיב לא יגרע ובאלו רחמנא קפיד בהו הלכך כל שמתנה כנגד זה מתנה על מה שכתוב בתורה אבל בדיני שומרים לא גלי קרא קפידא ולא אזהר רחמנא שלא יפטר מדיני שומרים אלא שגזר הכתוב על שומרים שמקבלים שמירה סתם מה יהיה דינם אבל כל שפירש לגרוע מחיובו ולא נחית להכי לא קפיד קרא כלל וכי'."

ובד"ה זה לשון הרא"ש כתב:

"מעיקרא לא שיעבד נפשיה והתורה לא חייבה השומרים אלא כל אחד לפי הנאתו ודעתו ולא דמי לכל דוכתיה דחשבינן מתנה ע"מ שכתוב בתורה היינו

היכא דחייבתו תורה על ידי דבר אחר לא מחמת שהעלה בדעתו ליתן כמו שאר כסות ועונה דחייבה תורה לכל מקדש אשה בסתם.

ולפי זה נראה שזה ששינו במשנתנו שהאומר בני כבוד פלוני לא יטול פי שניים ופלוני בני לא ירש עם אחיו לא אמר כלום מפני שמתנה ע"מ שכתוב בתורה, באה המשנה לאפוקי שלא נאמר שירושה בא בגלל רצונו של המוריש והרי זה כשומרים שאנו אומרים שמה שחייבה תורה לשומרים זהו מחמת ששיעבדו עצמם וכמו שכתבו תוספות (כתובות נו: ד"ה הרי זו) וזה לשונו:

"אי נמי שאני התם דחייבתו תורה שומר שכר על שלוקח שכר ושואל לפי שכל הנאה שלו ומשעבדים עצמם לכל הכתוב בתורה הלכך במקום שאין משעבדים עצמם פטורים."

אומרת המשנה שאינה כך אלא ירושה גזירת הכתוב ולא בא מחמת רצון המוריש אכן מה שכתב הרמב"ם שכירושת גר יכול להתנות לא ניתן לפרש כך שהרי ירושת גר לא בא מחמת שאביו הגוי רוצה שירשנה שהרי מסיק שלכן יכול להתנות משום שגוי אינו מצווה בתקנת חכמים.

מדוע עניים אינם יכולים להסתלק משכחה שהיא לטובתם

הנהגה מה שתירץ התפארת ישראל קושיית רע"א באומר הריני קוצר על מנת שמה שאני שוכח אני אטול יש לו שכחה שמדובר שהעניים הסכימו שיקצור ולא יהיה להם שכחה שעל ידי כך יקבלו לקט ופאה ולכן צריך לטעם של מתנה ע"מ שכתוב בתורה שאינו מועיל הסכמתם או שמשלם לעניים.

ויש לעיין למה אינו מועיל ליפטר משכחה לר' יהודה שבמדבר שבממון תנאו קיים ואם הטעם משום שאף שעניים שבכאן הסכימו אבל עניים אחרים לא הסכימו ובהכרח שחל דין שכחה וממילא גם עניים אלו יכולים ליקח ואם נאמר שעני העיר הזו הסכימו כולם ועניים שבעיר אחרת הרי מתיאשין וכמו שאמרו בגמרא (ב"מ כא:) בסוגיה דיאוש שלא מדעת שלכן מותר לכל אדם ליטול לקט שכחה ופאה משילכו הנמושות והקשו נהי דעניים דהכא מתיאשי עניים דעיר אחרת לא מתיאשי והוה יאוש שלא מדעת? ותרצו שעניים דעיר אחרת מעיקרא מתיאשין וא"כ יועיל ההסכמה והסתלקות של עני העיר זה שלא יחול דין שכחה.

הסתלקות אפשרית מדין שמיועד לאדם ידוע ולא בדין המיועד לקבוצה

ואולי לא מצינו שיכול אדם להסתלק אלא בדינים שניתנו לאדם זה במיוחד כמו בשאר כסות שקדושין מחייבין לאשה זו, וכן אונאה שהדין מחייב להחזיר אונאה ללוקח זה אבל בדין שנותן לשבט עניים או לשבט הכהנים לא מצינו שתהיה לכל העניים אפשרות להסתלק מדין

לקט שכחה ופאה וכן לא מצינו שיהיו יכולים הכהנים והלוים להסתלק שלא יתחייב בעל הבית במירחו התבואה בחיובי תרומות ומעשרות ויפטר בעל הבית ממצות נתינה ולדעת הרמב"ם שאין מצוה בהפרשה אם היה מועיל הסתלקות הכהנים היה הבעל הבית גפטר גם מהפרשת תרומה מאחר שאין מצווה ליתן ושוב גם טבל לא היה.

[אכן אינו מוכרח ומסברה שלא עדיפא מפירות כהן שחייב בהפרשה וזוהי קושיית הרמב"ן שם בספר המצוות למה חייב כהן בהפרשה והרי אין לו מצות נתינה ויש מתרצים שגם כהן חייב בנתינה רק שנותן לעצמו ולפי זה יתכן שהסתלקות עדיפא מכהן עצמו].

הסבר נוסף בתנאי בשכחה על פי שיטת הרמב"ן שמוצא אבדה נעשה שומר עליה

ונראה שיש לפרש המשנה אם אמר הריני קוצר ע"מ שאני שוכח אני אטול כך בהקדם מה שמצינו שהמוצא אבידה ונטלה ע"מ להחזירה נעשה עליה שומר ונחלקו רבה ורב יוסף אם נעשה שומר חינום או שומר שכר ואם לא שמר ונאבדה חייב לשלם.

אכן כל זה בנטלה אבל בראה אבידה ונתעלם ממנה ונאבדה אין הראה חייב לשלם שלא נעשה שומר כל זמן שלא נטלה וגם אינו חייב לשלם מדיני דגרמי שכל שלא נטלה לא נתחייב לתבירו בעל האבידה להחזיר לו ואינה אלא חיוב לשמים כגמילות חסד כך נתבאר ברמב"ן בדיני דגרמי ובגמוקי יוסף ריש פרק הכונס.

מוצא אבדה יכול להתנות שלא ייעשה שומר עליה כיון שתלוי ברצונו לשמור

והרואה אבידה ונטלה ע"מ להחזירה אבל התנה ע"מ שלא אתחייב בתשלומים אם לא אשמרנה, בזה נראה שלא נתחייב בתשלומים אם לא שמרה ונגנבה. וכך מבואר במלחמות פ' אלו מציאות שכתב להסביר טעם שכל שהגביה נעשה שומר ויד שומר כיד בעלים והרי החפץ שמור עבור בעליו ואין ייאוש מועיל על חפץ שהוא ברשותו ואינו אבוד אבל אם המוצא נטלה לאבידה ע"מ לגזולה לא נעשה שומר ולכן מועיל ייאוש ובפשטות נראה שאין נטילת האבידה עושהו לשומר כשאינו רוצה בכך ורק שכך המצווה בהשבת אבידה להסכים להיות שומר אבידה והנוטל ע"מ לא להיות שומר עובר במצות השב תשיבם אבל מ"מ אינו חייב שאין אדם נעשה שומר של תבירו אלא ברצון.

[ויתכן שאם נטל אבידה ע"מ לא להתחייב בשמירה ולבסוף החזירה לבעלים ולא נגנבה קיים המצווה ורק בנגנבה לא קיים המצווה אבל נטל להתחייב בשמירה או קיים המצווה גם בנגנבה שהרי משלם].

ומה שהנוטל סתם נעשה שומר אבידה תדע שהרי נחלקו רבה ור' יוסף אם שומר אבידה שומר חינום או שומר שכר ובודאי בנטלה סתם נחלקו שאם נטלה בפירוש לא להיות שומר שכר רק שומר חינום לכו"ע לא יהיה שומר שכר ואם נטלה ע"מ להיות שומר שכר מסתבר שלכו"ע יהיה

שומר שכר שלא גרע משומר חנינם שמתנה להיות שומר שכר וע"כ בנוטל סתם איירי וסברת הדבר נראה שהנוטל סתם כוונתו לקיים המצווה ורוצה הוא להיות כמו שמצווה מן התורה ולכן לרבה שמצווה להיות שומר חנינם נעשה שומר חנינם ולרב יוסף מאחר שהמצווה להיות שומר שכר כך רצונו להיות.

לפי זה היה מקום לאמר לומר שמתנות עניים תלויות ברצון הנותן ולפי"ז יש לומר שגם כל מתנות עניים לא נעשו ממון עניים אלא בהסכמת הבעלים שרצונם לקיים המצווה אבל כל שמתנה שאין רצונו שהשכחה יהיה לעניים אין השכחה לעניים אכן הבעלים עוברים בעשה או בלא תעשה שלא תשוב לקחתה ויש ביד ב"ד לכופו שיתנם לעניים אבל מ"מ מעצמו לא נעשה ממון.

חידוש המשנה שהנותן אינו יכול להתנות מכיון שהם נעשים ממון העניים בעל כרחו לזה אמרה המשנה שיש לו שכחה מפני שמתנה על מה שכתוב בתורה והיינו שזה שכחה נעשית ממון עניים אינה מחמת רצונו של בעל השדה אלא דין הוא בתורה שכל שאמרה תורה לתיתן לעניים או לכהנים נעשה הדבר מעצמו ממונם של אלו שצריך לתתם להם. ומה שבשומר אבירה אינו כן וכל שאינו רוצה להיעשות שומר אבירה לא נעשה בע"כ שומר צריך למצוא טעם. ואולי הטעם שזוהי כמו מצוות גמילות חסדים שהינו רק בגופו ולא בממונו וכמו כל המצוות שבין האדם לחברו כהגדת ערות וביקור חולים שנלמדים מהשבת אבירה שאינו חייב להוציא ממון משא"כ מתנות עניים וכהנים שהתורה חייבה ממון בזה התורה עושה ממון עניים וכהנים משא"כ אבירה שאינה צדקה לעניים.

אפשר לומר שמוצא אבדה שהתנה לא ליעשות שומר נעשה שומר לשמים, והנפק"מ עוד יש לומר שגם אבירה נעשה שומר אבירה בע"כ כל שנטל האבירה ומה שכתב במלחמות שאם נטלה ע"מ לגזולה אינה ברשותו של הבעלים שהיא כמונחת בקרקע אין כוונתו שלא נעשה שומר אלא כוונתו אף שנעשה שומר מ"מ אימתי יד שומר כיד בעלים כשומר בפועל עבור הבעלים אבל שומר שאינו שומר עבור הבעלים אף שנתחייב לשמור מ"מ אין ידו כיד הבעלים והחפץ אינו ברשותו של הבעלים ומועיל יאוש הבעלים ולפי"ז בנוטל ע"מ לא להתחייב בשמירת תנאו בטל שמתנה ע"מ שכתוב בתורה

ועוד נפקא מינה בין שני הפרושים אם נטלה ע"מ לגזולה ונרקבו הפירות מקצתן. לפי מה שכתבו התוספות (ב"ק נו: ד"ה פשיטא) שהגזול פירות ונרקבו מקצתן פטור מלשלם שאין גזולן חייב בשמירה אלא בהשבה וכל שלא נרקבו רובם אין שינוי ויכול להשיב הגזלה ולהיפטר, אבל שומר חייב לשלם אם לא שמר וניזוקו הפירות ולכן גם בנרקבו מקצתן בפשיעה הרי זה כמזיק

וחייב לשלם.

ונפקא מינה גם בנטל אבירה ע"מ לא להתחייב בשמירתה ונתייאשו הבעלים, לפירוש הראשון קנה שהרי אינו חייב לשמור עבור הבעלים ולפירוש השני לא קנה שהרי נעשה שומר. אכן יתכן שגם לפירוש הראשון לא יקנה ביאוש שאף שאין כאן שומר שחייב בשמירה וחייב בתשלומים מ"מ בפועל החפץ נמצא ביד שומר שמחזיק אותו עבור הבעלים

ומסתבר שהמפקיד אצל חברו ואמר לו השומר הא ביתא קמך שלא נעשה לא שומר חנינם ולא שומר שכר שמ"מ החפץ ברשות בעלים ולא מועיל יאוש ועדיין צריך טעם למה בלא הגביה החפץ לא נעשה שומר שאם נעשה שומר על ידי התורה מה צריך קניין.

יאוש בדבר ששמור באופן זמני

ויש לעיין בוקן ודרכו להחזיר בשדה ואין דרכו להחזיר בעיר לדעת הרמ"א (סימן רסג סעיף ב) שצריך להחזיר בשדה וכשיגיע לעיר יניתנה מה הדין בנתיאשו הבעלים בעודו בשדה אם מועיל ייאוש וקנה הזקן או כל זמן שהוא בשדה חייב להשיבה ושומר עבור הבעלים ואז אין הייאוש מועיל ובעצם הדין אין לתמוה מאחר שנתחייב בשמירה אך יפטר מחיוב שמירה מחמת שהוא זקן ואינו לפי כבודו שאין זה פוטר רק ממצווה ולא מחיובי שמירה ויש לומר שמתחילה נעשה שומר לזמן דהיינו עד שיגיע לעיר וכשכלה הזמן פקע חיוב שמירתו ומועיל אז הייאוש.

מחלוקת קצה"ח ונה"מ האם מועילה כונת מוצא לשמור עבור הבעלים לאחר יאוש

והנה הקצה"ח (סימן רנט ס"ק א) הקשה במה שאמרו בגמרא (ב"מ כא:) שבדבר שיש בו סימן כולי עלמא לא פליגי שאם הגביה בשעה שבעל אבדה לא ידע דנפל מניה ואחר כך כשנודע לו נתייאש שלא הוה ייאוש.

והקשה הקצה"ח במה איירי אם הגביה ע"מ לגזולה ולא להשיבה א"כ כי מייאש לבסוף נקנה ביאוש לסכרת הרמב"ן. ואם נטלה ע"מ להחזירה אם כן גם אם הבעלים נתייאשו כבר חייב להשיבה שהרי לא נתכוון לקנותה לעצמו אלא להשיבה לבעלים. ותירץ שמדובר שנטלה ע"מ להשיבה ומ"מ יכול ליטלה אחר שנודע לו מייאוש בעלים כיוון שהיה פטור מהשבה לא נעשה שומר אבירה ומועיל הייאוש.

והנתיבות (שם) חולק על קצה"ח וסובר שכל הגביה עבור הבעלים קנאם האוכר ושוב נעשה גם שומר אבדה. ותירץ הנתיבות שנטל שלא ע"מ לגזולה והיה ברעתו שאם יתודע שחייב בהשבה יחזירנה ובאם יתודע שכבר נתייאשו הבעלים יטלנה לעצמו.

ונראה שהקצה"ח סובר שהמגביה אבדה כדי להשיבה לבעלים וכאמת הוה אחר ייאוש אין כאן כונה לקניין, והרי זה כעודר בנכסי הגר וקסבור שהוא שלו, שלא קנה. כך המגביה אבדה לאחר ייאוש להחזירנה לבעלים וקסבור שעדיין לא נתייאשו הבעלים אין בזה כונה לקניין ואף

שיש בזה כוונה להיות שומר אין זה מספיק לקנות עבור הבעלים.

ובדעת הנתיבות יש לומר שאזיל לשיטתו שסובר (סימן רסב ס"ק ג) שייאוש בעלים אינו נעשה הפקר אלא רק היתר לכל אדם ליקח ולכן אם הבעלים עצמם ראו אבידתם מרחוק אחר שנתיאשו מתבטל הייאוש וקנו אבידתם בלי קניין ומטעם זה נראה שאם אחר יגביה אבידתם לאחר ייאוש כדי להשיבם לבעלים ג"כ אין צריך קניין שכל שמגביה לשמור עבור הבעלים בטל הייאוש ולכן אם הגביה ושעור שזה לפני ייאוש והאמת שכבר נתיאשו סובר הנתיבות שנעשה שומר אבידה וחייב להחזיר גם לאחר שנודע לו מהיאוש.