

# נועים אליעזר

## ✦ בענין ירושה בן יחידי בנידון סילוק מהבכורה

אלא בכור וטומטום שנקרע, נוטל הבכור שני חלקים והפשוט שלישי. ואם נימא שהיה לו דין בכור, אם כן החלק בכורה הוא חצי, והחצי השני מתחלק בין הבכור להטומטום, נמצא דהבכור היה נוטל שלשה רבעים והטומטום רבע.

### בחלוקה עם טומטום שנקרע

(ח) ואמנם י"ל דאם כן יקח שוה בשוה עם הטומטום שנקרע [דאמרינן בב"ב (קכ"ז): דטומטום שנקרע ונמצא זכר אינו ממעט בחלק בכורה, וביאר הרשב"ם דאיירי בשלשה בנים, בכור ופשוט ואחד שהוא טומטום שנקרע, וחולקים הנכסים תחילה לשלשה חלקים כאילו אין כאן כי אם בכור ופשוט והטומטום כמאן דליתא. ולפי זה נפק"מ כשיש רק בכור ואחד שנקרע, דאם יש חלק בכור בן יחיד, יקח הבכור שלשה רבעים, דהיינו דתחילה חולקים הנכסים כאילו אין כאן אלא הבכור, ואם כן חצי מהנכסים הוא ליה חלק הבכורה, ואחר כך החצי השני שהוא חלק הפשוט מתחלק עם הטומטום שנקרע, נמצא דיש להבכור שלשה רבעים. אבל אם אין חלק בכור בן יחיד, אם כן יקח מחצה]. צ"ל דס"ל להרמ"ה דסברא היא שלא יהא טומטום עדיף מאינו טומטום, שלא בא הכתוב אלא לגרע כחו דטומטום שלא ימעט בבכורה, ולא שיהא עדיף בשביל זה מאשר היה פשוט שהיה לוקח רק שלישי.

### ביישוב קושיית מוהר"א ברודא

(ט) ובתשו' "דבר אברהם" הנ"ל הביא קושיית מוהר"א ברודא בהא דאיתא בב"ב (קכ"ב): דבעינן קרא דבכור אינו נוטל פי שנים בכל הנכסים אלא רק פי שנים מחלק אחד האחים, דאמאי בעינן קרא להכי, הא מוכח כן מדאיכא קרא דטומטום שנקרע אינו ממעט חלק בכורה, ואם בכור לוקח פי שנים בכל הנכסים,

יכול להנחיל. - אבל אם כולה חלק דפשוט, אם כן יכול להנחיל למי שירצה.

### בדין בכור ופשוט בשטר חצי זכר

(ה) והנה יש לדון גם לענין שטר חצי זכר, וכמ"ש הרמ"א באהע"ז (סימן צ' סעיף א'), דהיינו שטר שהאב כותב לבתו שתטול בירושתו כחלק חצי זכר. דאם יש בכור ופשוט, נוטל החצי זכר שביעית, דאם החצי זכר יקח שביעית, ישאר ששה חלקים, ארבע חלקים לבכור, ושתי חלקים לפשוט, נמצא דהחצי זכר שקיבל חלק אחד הוא ליה חצי מהפשוט. מעתה אם יהא רק בכור, וחצי זכר, אם לבן יחידי יש לו תורת בכור, יקח החצי זכר חמישית, והארבע חלקים יהא שתים לחלק בכור ושתיים לחלק פשוט, נמצא דחלק אחד הוא חצי פשוט. - אמנם אם אין לו תורת בכור יקח שלישי, וב' חלקים יהא לחלק פשוט, נמצא דחלק אחד הוא חצי פשוט.

### הנחלה דריב"ב בבכור שהניח שני בנים

(ז) והנה יש לדון לענין בכור שמת והניח שני בנים חולקים בשוה בחלק בכורה, דיש להסתפק האם יש הנחלה דרבי יוחנן בן ברוקה מאחד לשני, דהא מבן הבכור לפשוט אי אפשר להנחיל. או דלמא דהכא איכא הנחלה, דהא אינו מוציא מהבכור רק מעביר הנחלה בין בניו. - ואם נימא דאין בזה הנחלה דרבי יוחנן בן ברוקה, איכא נפק"מ בבכור בן יחיד שמת והניח בנים אם יש הנחלה. דאם נימא דחצי ממנו הוא חלק בכורה אם כן בזה אין הנחלה, מה שאין כן אם כולה כפשוט, אם כן יהא בזה הנחלה.

### בתשו' "דבר אברהם"

(ז) ובתשו' "דבר אברהם" (ח"א סימן כ"ז) הוכיח מהרמ"ה בב"ב (קכ"ז): דבן יחידי אין לו תורת בכור, דיעוי"ש ברמ"ה שכתב דהיכא דליכא

### וימכר את בכורתו ליעקב

(בראשית כ"ה, ל"ג).

### ביאור ה"קצות החושן" היאך עשו יכול למכור את הבכורה הרי אינו בא לעולם

(א) הנה ה"קצות החושן" (בסימן רע"ח ס"ק י"ג) ביאר היאך היה עשו יכול למכור את הבכורה, הרי אינו יורשו בחייו, והוי ליה הקנאת דבר שלא בא לעולם, אלא מכיון דהוא בכור, שפיר יכול להסתלק מחלק הבכורה. ע"ש.

### בדין סילוק מירושת בכור

(ב) ונראה לדון בדין ירושת בכור בן יחידי, האם מהני ביה סילוק, או דלמא לא.

### כפגולתא דה"שבות יעקב" וה"שב יעקב"

(ג) ויעוי' ב"פתחי תשובה" בשו"ע חו"מ (סימן רפ"א סק"ז) שהביא פלוגתא בנידון בן יחידי והוא בכור, האם נוטל הכל בתורת פשוט ואין כאן דין חלק בכורה כלל, או דלמא גם כשהוא יחידי נוטל חצי חלק בכורה וחצי חלק פשוט. - דבתשו' "שבות יעקב" (ח"ג סימן קע"ד) נקט שיש לו תורת בכור, ובתשו' "שב יעקב" (חו"מ סימן"ט) ס"ל דאין לו תורת בכור.

### בדין הנחלה דרבי יוחנן בן ברוקה

(ד) והנה יש לדון בזה לענין הנחלה דרבי יוחנן בן ברוקה, דשינוי בב"ב (ק"ל): דרבי יוחנן בן ברוקה אומר שאם אמר איש פלוני יירשני במקום שיש בת, על מי שראוי ליורשו דבריו קיימין, ועל מי שאין ראוי ליורשו אין דבריו קיימין. אמנם ילפינן התם דבחלק בכורה אינו יכול להנחיל לכל מי שירצה. - ומעתה נפק"מ להנחלה דרבי יוחנן בן ברוקה, להאי תנא התם דס"ל שיכול להנחיל לאח אפילו כשיש בן, האם יכול להנחיל הירושה של בן יחיד, שאם איכא חלק בכורה, אם כן חלק זה אינו

שנקרע, והוי בכור ונוטל שני שליש בנכסים, מה שאין כן לבתר קרא הוי בן יחיד, ומתחלק בשוה עם הטומטום ויטול רק חצי. וע"ש.

שנים בכל הנכסים. ואם נימא דבן יחיד אין לו תורת בכור א"ש, דבלא קרא דטומטום שנקרע לא הוי בן יחיד, דהא איכא הטומטום

אם כן מאי נפק"מ אם טומטום ממעט בחלק בכורה או לא, הרי לעולם חלק הבכורה עומד במקומה, והוא שני שליש הנכסים דהוי פי



## ❖ בטעם שלא נענש יעקב על השנים שלמד תורה

### הכרעת ה"חתם סופר"

**ג**) וכתב ה"חתם סופר" שם: "ובענין אם בנידון דידן כבר קיים הבחור כפי הצואה במה שלמד בישיבה שנה ומחצה, הנה הגם שלא פורש בלשון הצואה כמה זמן ישמש בישיבה, מכל מקום פשוט דכל זמן שיצטרך קאמר כו'. והשתא אי צריך הבחור עוד לישיבה פשוט שאין ליתן לו מקרן קיימת הנ"ל, אף על גב שהם רוצים להחזיק בזה ב' בחורים כו', הכא לא נ"ל שום תוספת זכות בזה כו'. - והנה בנד"ד אומדנא דמוכח שלא נתכוין המצוה שילמוד בישיבה חוץ למדינה עד שיהיה בן כ"ה שנים, רק כוונתו עד שימלאו ידיו לפלפל בהלכה על דרך האמת וללמוד סדרי ש"ס וראשונים, ושוב ימלא כריסו בש"ס ופוסקים אפילו בביתו כו', ואם כן אם לפי ראות עיני האפורטופוסים זכה זה בשנה וחצי שעל כל פנים ראוי עתה ללמוד פוסקים, נהי שבודאי יותר טוב אם היה לומד גם הפוסקים בישיבה חוץ מביתו כו', אך הכא כיון שעל כל פנים עוסק בתורה יומם ולילה, וגם כבר למד דרכי הישיבה ולפי ראות עיני האפורטופוסים די לו בזה, וכיון שעל כל פנים אין ברור לנו שלא מצא די מידתו אין לדחותו". עכ"ד. וע"ש שזהו להוראת שעה.

### ביאור החת"ס לפוגיא דמגילה גדול

#### ת"ת יותר מביכוד אב ואם

**ד**) והנה בתשו' "חתם סופר" הנ"ל, כשביאר דיפה עשה הנודר במה שהקפיד שיצאו דוקא ללמוד חוץ למדינה, כתב: "ובסוף פ"ק דמגילה (י"ג). אמרינן גדול תלמוד תורה יותר מכבוד אב ואם, שהרי י"ד שנים שהיה יעקב

והתחבר עמו עוד יתום אחד שנשתלח גם הוא לשם מחברת ת"ת, ושימשו החברים בישיבה שנה ומחצה, ואחר כך נתמעטה הישיבה שם, וחזרו שני הבחורים לביתם, ועתה אין הרב מרוצה להחזיר בנו לישיבה אחרת, וטוען שכבר נתקיימה הצואה במה שכבר למד בנו בישיבה שנה ומחצה למען דעת סדר לימוד הישיבה והחידוד בהלכה, וקיבל עליו הרב ללמוד בעצמו עם שני הבחורים דרכי הפוסקים באופן שבמשך חמש שנים יעמיד אותם על הנסיון בהוראות או"ח ויו"ד, ומבקש שהאפורטופוסים יתנו הסך ב' מאות זהובים לשני הבחורים ביחד בנו והיתום. ומעתה נפל ספק אם יש רשות לעשות כן, כי לכאורה ירבה זכות הנודר, טובים השנים מן האחד. או אין להם רשות לשנות ממה שצוה והקפיד דוקא שילכו חוץ למדינה.

### בתשו' ה"חתם סופר"

**ב**) ויעוי"ש ב"פתחי תשובה", בשם ה"חתם סופר", שהשיב: "דזה פשוט שיפה עשה הנודר ז"ל במה שהקפיד שיצאו דוקא ללמוד חוץ למדינה, כי קפידא רבה איכא בהא, אפילו כשהאב גאון ורב גובריה וישיבה בביתו, מכל מקום יש לילך ללמוד תורה למקום ישיבה אחרת, וכדמצינו ברבינו הקדוש בכתובות ס"ב [ע"ב] דפסיק לרבי שמעון בריה למיזל לבי רב תריסר שני, וברבי אבהו בירושלמי [פ"ג דפסחים ה"ז] הובא ברא"ש פ"ב דכתובות [סימן ה'] דשלח לרבי חייא בריה לטבריא כו'. ואפילו מארץ ישראל לחוץ לארץ נדדו ללמוד תורה, אף על גב שהיה שם בארץ ישראל ישיבות, כמו שכתבו תוס' בשבת ט' ע"ב ד"ה הא לן כו". עכ"ד.

וילך עשו אל ישמעאל וגו' אחות נביות וגו' (בראשית כ"ח, ט').

פירש רש"י, ולמדנו מכאן שנמטמן בבית עבר י"ד שנה, ואחר כך הלך לחרון, שהרי לא שהה בבית לבן לפני לידתו של יוסף אלא י"ד שנה כו'.

### בגדר שהניח קרן קיימת לפרנס

#### תלמוד שיצא ממדינתו לילך לישיבה

#### במדינה אחרת ונתמעטה הישיבה

**א**) הנה ה"פתחי תשובה" בשו"ע חו"מ (סימן רמ"ו סק"ב) הביא מתשו' "חתם סופר" (חו"מ סימן ט') אודות גביר שצוה לפני מותו ומינה אפורטופוסים, והפריש סך מסויים להיות קרן קיימת ומהפירות יעשו דברים טובים לתיקון נשמתו, ופונקט אחד הוא לבחור יניק וחכים הראוי לעמוד בהיכל מלכו של עולם ית"ש לשקוד על דלתי התורה עד יצליח להוראה, ואותו היניק לא יהיה פחות מבן עשר שנים, ולא יותר מבן ט"ו שנים, לו יותן לסיוע תלמוד ופוסקים סך ב' מאות זהובים בכל שנה עד יגדל ויהיה בן כ"ה שנים. ובתנאי כפול כמה פעמים שירחיק נדוד וילמוד בישיבה חוץ למדינה דוקא. והטעם מפורש כי איננו רואה במדינתו מקום מוצלח לישיבה, ורשות ניתן להאפורטופוסים לבחור הבחור ההוא, ויהיה השגחתם עליו שיעסוק רק בתורת ה' ויבראתו כל היום, ואם יראו שהנבחר יטה מדרך הישר ימין או שמאל או שלא יתמיד בלימוד התלמוד, רשות בידם לדחותו ולבחור אחר במקומו. עד כאן הצואה. - והנה האפורטופוסים לא מצאו בן מוכשר לזה כי אם בן רב אחד מגאוני המדינה ההיא, ושלחו חוץ למדינה לישיבת גאון אחד,

תכליתו להתחזק להיות איש. ג) הדבר ידוע שהאדם יתאמץ יותר לעשות טוב מתוך חפשייות, ממה שיעשה ע"י הכרח מאחרים. אולם בעודו בבית אביו, לא תתאמץ נפש הבן המשכיל להשגיח על עצמו להתעלות בגרם המעלות, בידעו כי אבותיו ישגיחו עליו, ויזריכוהו במתג ורסן תוכחותיהם. אולם אף על פי כן יצר לב האדם רע מנעוריו, וכעיד פרא לפעמים לא אבה לעצתם, ותוכחת נאף לבו. אבל בראותו את עצמו עזוב לעצמו מכל משגיח ומדריך ואין מי שיזרזנו למלאכתו, אם עיני שכל לו יפתחם ויזדרז למלאכתו ויט שכמו לסבול עול הזהב, להצליח את עצמו בעצמו כו'. וכן מצינו באברהם אבינו ע"ה שאמר לו הקב"ה לך וכו', וכן משה רבינו ע"ה הסיב הקב"ה שיעזוב מקום מולדתו, ובארץ אחרת גדלו. וכן מצינו ברבותינו חכמי הש"ס, דאף שהיו חכמים רבים במקומותם, אפילו הכי עזבו והלכו לבי רב כו'. עכ"ד ה"תפארת ישראל".

ישראל" (אות ע"ה) בזה"ל: "מדלא קאמר הוה גולה ללמוד תורה, ש"מ דהכי קאמר אפילו אפשר לך ללמוד תורה במקומך, אפילו הכי הוה גולה למקום תורה אחר". - ויעוי"ש (בבוע"ז אות ב') שכתב: "ולשון גולה היינו שיעזוב אביו ואמו ומשפחתו וכל מחמדי רווח הצטרכותיו, ויילך למקום שיחסרו לו כל אלה. ואף כי קשה הפרידה הזאת כמנתק תינוק משדי אמו, לטובתו היא. דדבר מסוגל הוא להצלחת האדם, דכמו שהעשב לא יצליח במקום שנזרע תחלה, רק הגנן יעקרו ממקום שנזרע תחלה ויטענו במקום אחר, כן האדם לא יצליח, הן במדות, הן בתורה, והן בכבודו, רק במקום שאינו מקום מולדתו. וזה לג' טעמים, א) דהרבה שעשוע ילדות וחברים ששמחו נפשו בשחרית ימיו, מוכרח לעזבם ברצות לעלות בסולם ההשכלה. ובביתו ההרגל יכריחו לבלי לפרוש מהם. ב) בבית אביו ישאר תמיד לילד, דבשבתו על חיק אבותיו, רחמי יולדיו ישכרוהו באהבתם, ויישנוהו על ברכי תפנוקיהם, וישכח גם הוא

אבינו נטמן בבית המדרש של שם ועבר לא נענש. וצריך עיון, דלמא על אותן י"ד שנים ששמר באשה בבית לבן לא נענש, דגדול פריה ורביה יותר מכיבוד אב ואם. וכן כתיב על כן יעזוב אדם את אביו ואמו ודבק באשתו. ועל י"ד שבבית עבר נענש, דתלמוד תורה אינו חביב ככיבוד אב ואם. וצריך עיון לכאורה. - ויש לומר דפריה ורביה הוי מצי לקיים בביתו, לולי שהוא גרם לעצמו הבריחה מפני עשו, וראוי לקבל על זה קצת עונש. מה שאין כן לשמש בבית המדרש של שם ועבר, אי אפשר לקיים בביתו, אף על פי שלמד ושמש יצחק אביו כל ימיו, מכל מקום הא עדיף טפי, אם כן כיון דאי אפשר לקיים בענין אחר אפילו לא היה בורח מפני עשו היה ראוי לכך, אם כן לא נענש על אלו י"ד שנים". עכ"ד. - וע"ש עוד מש"כ בזה.

#### דברי ה"תפארת ישראל" כפ"ד דאבות מ"ד

ה) והנה שנינו (פ"ד אבות מ"ד), רבי נהוראי אומר הוי גולה למקום תורה. ופירש ה"תפארת

## הקנאת דבר שלא בא לעולם במכירת הבכורה

גמור הוא נגד הגזלן. ומטעם זה כתב שם, המעות שקיבל הן דמי מקח וחייב באונסים, עיין שם בבעל התרומות ובמשנה למלך פ"ט מהלכות גזילה ה"ט. ומטעם זה נראה דהלוקח אינו יכול לבטל המכירה ולתבוע מעותיו מהמוכר שמברר ששדה גזולה מכר לו בעדים, דאמרינן ליה אחוי טירפך, כמבואר בסימן רכ"ו [סעיף ה'] ע"ש, ובסמ"ע ס"ק י"א, והוא מטעם הנ"ל. וכיון דהמכר קיים בין הלוקח והגזלן כל זמן שלא בא הנגזל, יש כאן מכירה ויש כאן אחריות. מה שאין כן במוכר דבר שלא בא לעולם דאין כאן מכירה כלל, דשניהם יכולין לבטל המכירה, דהמכור אם רוצה אף אחר שעשה קנין מחזיר המעות ומחזיק לעצמו, וכן הלוקח יכול לתבוע מעותיו ולבטל המקח אף אחר הקנין, והוא מטעם דלא סמכא דעתיה האמרו בש"ס שם,

בה חזקה ומכרה וקיבל אחריות, דהמכר קיים בין הגזלן והלוקח. - וז"ל ה"נתיבות המשפט": "בב"מ דף ט"ז מבואר דהמוכר שדה גזולה וחזר ולקחה מבעלים הראשונים דקנאה, ומקשה הש"ס מאי שנא ממוכר מה שאירש מאבא, ומשני התם סמכה דעתיה. ומוכח התם דלהוקח קנאה בקנין הראשון שעשה בשדה, ע"ש ובשיטה מקובצת [ד"ה וז"ל גליון התוס']. ואף דבשאר דבר שלא בא לעולם לא מהני הקנין, הכא מהני מטעם דסמכא דעתיה, ע"ש בדף ט"ז ובדף ע"ב. ומטעם זה כתב הבעל התרומות בשער מ"ז [סימן ב'] דהגזלן בעצמו אינו יכול לבטל הקנין עד דאתי נגזל וטריף ליה, והגזלן חייב ליתן להלוקח השדה הגזולה כשעשה קנין ומוציאין אותו ממנו בבית דין קודם שבא הנגזל, דבמקח

ויאמר יעקב השבעה לי כיום וישבע לו וימכר את בכורתו (בראשית כ"ה, ל"ג).

ב"אור החיים" (כאן) כתב: "והנה שבועה זו לא תספיק לקנין דבר שלא בא לעולם, כי טעם דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם הוא לצד דלא סמכא דעתיה דלוקח וכו', וכן מוכח במציעא דף ט"ז ע"א, אבל אם היה דעתו סומכת היה נקנה כו'".

#### דברי הנתח"מ דהמוכר שדה גזולה המכר קיים בין המוכר ללוקח

א) הנה ה"נתיבות המשפט" (בסימן ס' ס"ק י"א) כתב דמוכר שדה גזולה, דהיינו שגזלה ועשה



(פ"ק דב"ק סימן ה'), דכל זה מייירי בערעור שלא נתברר עדיין לגמרי, אבל בית דין רואין שיש אמתלא בדברי המערער, אבל אם לא יצא רק קול בעלמא, אפילו לא נתקיים המקח לגמרי לא יוכל לבטל המקח בשביל דברים בעלמא. והסמ"ע (סימן רכ"ו ס"ק י"א) כתב: "הרא"ש והטור כתבו כן אכשעדיין לא נתן המעות, וכתבו דמיירי דעדיין לא נתברר הערעור אלא שבא אחד ואמר יש לי עדים ושטר ששדה שלי הוא. וכתבו עוד, דאם כבר נתברר הערעור דהראה השטר לפנינו אף על פי שאינו מקויים עדיין, דאפילו כבר דייש אמצר, אין מוציאין המעות מיד הלוקח. אבל מור"ם שכתב דבריו אדברי המחבר הנ"ל, והוא איירי כשכבר נתן המעות אלא שעדיין לא נשתמש בה כלל, ונלע"ד דבכהאי גוונא ס"ל דאפילו נתברר הערעור דהיינו שהראה שטרות ואינן מקויימין, אין הלוקח יכול לחזור ולהוציא המעות מיד המוכר עד שיהיו שטרות מקויימין לגמרי. דבזה אפשר דהרמב"ם ס"ל דיכול לחזור ולהוציא המעות מידו כיון דלא נשתמש בו עדיין אפילו לא הוציא עדיין בדין מידו". עכ"ד. והיינו, דבפשטות ענין אחוי טירפך אינו לאשמעינן דדוקא אחרי שהנגזל יטרוף הקרקע בפועל מהלוקח דאז יוכל לחזור על המוכר, והכוונה הוא רק דאחרי שהלוקח יברר בירור גמור שהשדה גזולה בכהאי גוונא יכול לחזור על המוכר. וכן משמעות דברי רש"י בב"מ (ד: וכתובות צ"ג): בהא דאחוי טירפך, דהוא משום דאין העוררים ברורים. אמנם ה"נתיבות המשפט" חידש על פי דברי הסמ"ע הנ"ל דלא סגי בבירור גרידא, אלא רק היכא שהנגזל יטרוף את השדה ממנו, יוכל לחזור על המוכר.

**ביאור המהר"שם לדברי הסמ"ע**

(ה) ויעוי' בספר "משפט שלום" (סימן רכ"ו סעיף ה') שביאר דברי הסמ"ע הנ"ל, בזה"ל: "והנה הסמ"ע ס"ק י"א כתב דלהרמב"ם והשו"ע דמיירי שכבר נתן המעות אפילו נתברר הערעור בשטרו שאין מקויימים אין הלוקח יכול להוציא המעות מיד המוכר עד שיהיה השטרות מקויימים לגמרי, דבזה אפשר גם להרמב"ם יכול להוציא המעות ממוכר, כיון דלא נשתמש בו עדיין. ומשמע דאם

**קושיית ה"נחל יצחק"**

ויעוי' בספר "נחל יצחק" (סימן פ"א סק"ו ענף ג') שהעיר גם כן דאין ראייה מדברי בעל התרומות, וז"ל: "בעיקר הכלל שכתבו בשם הבעל התרומות דגזילה לא הוי ביטול מקח, לא ברירא לי כל כך, משום דהא גזילה הוי מילתא דאיסורא להשתמש בדבר הגזול, אם כן דומה למוכר איסורי הנאה דמחמת האיסור הוי מקח טעות לכו"ע, ומה לי איסור הנאה מחמת איזה איסור לאו, או איסור גזילה מחמת הלאו דגזל אחרי שנתברר בבית דין שהשדה היא גזולה, ומבעה"ת אין ראייה כלל". עכ"ד.

**קושיית ה"בית יצחק"**

וכיו"ב הקשה בתשו' "בית יצחק" (ח"מ סימן ס"ה) על דברי ה"נתיבות המשפט", היאך שייך ענין מכירה על שדה גזולה, הרי יש איסור גזילה להשתמש בה. ולכן כתב הבית יצחק דבהכרח מש"כ הבעה"ת דאין המוכר יכול להוציא מהלוקח הוא משום דהלוקח יאמר שהוא רוצה להחזיק בשביל השבת אבידה לבעלים. - וע"ש במפתחות שהעיר דמתשו' הרשב"א (ח"ב סימן קצ"ד) מפורש להיפך ממש"כ הנתה"מ, דמבואר שם דאפילו בגוונא דליכא קנין מכל מקום חל האחריות, והרמ"א (בסימן ס"ו סעיף א') פסק לדברי הרשב"א.

אמנם בספר "דברי חיים" (דיני מכירה סימן מ"ב, דיני מתנה סימן ז') הסכים להנתה"מ. וכ"כ בתשו' מהרי"ל דיסקין (פסקים אות רכ"ח). וע"ע בספר "אמרי משה" (סימן ל"ב ס"ק ל"ז).

**הוכחת הנתה"מ**

(ד) והנה ה"נתיבות המשפט" הוכיח כיסוד הדין הנ"ל דשייך מכירה בשדה גזולה בין הגזלן והלוקח, מדברי הסמ"ע (בסימן רכ"ו ס"ק י"א) בהא דהלוקח אינו יכול לבטל את המכירה ולתבוע מעותיו מהמוכר כשמברר ששדה גזולה מכר לו, בעדים, דאמרינן ליה אחוי טירפך. - דבשו"ע (סימן רכ"ו סעיף ה') כתב דהמוכר קרקע לחבירו ואחר שקנה הלוקח באחד מהדרכים שקונים בהם קודם שישתמש בה יצאו עליו מערערין הרי זה יכול לחזור בו שאין לך מום גדול מזה, לפיכך יבטל המקח ויחזיר המוכר את הדמים ויעשה דין עם המערערים. והרמ"א הביא מהרא"ש

וכיון דאין כאן מכירה אין כאן אחריות". עכ"ד ה"נתיבות המשפט".

**הערת ה"אמרי ברוך"**

(ב) אולם בהגהות "אמרי ברוך" על דברי ה"נתיבות המשפט", העיר דדבר זה ליתא שם בבעל התרומות, אלא דהבעה"ת מוכיח דהמעות אינו פקדון אלא רק מלוה דלאפוקינהו ויהיבנהו ניהליה, ודמי מקח הוא כשחוזר ולוקחה מהבעלים הראשונים. ועל כל פנים אין כוונת הבעל התרומות שיהיה שם מכירה וקנין מגוף הקרקע מצד הקניה מהגזלן.

**השנת הישועות ישראל**

(ג) ויעוי' בספר "ישועות ישראל" (סימן ס"ו סק"ד) שהשיג גם כן על דברי ה"נתיבות המשפט", וז"ל: "גם מה שכתוב בספר נתיבות המשפט (סימן ס' ס"ק י"א לחלק בין מכר שאינו שלו, ואפילו הכיר בה דעל כל פנים שם מקח קיים, ועיי"ש שחילק כשהלוקח מוחזק בשדה דיש על כל פנים מכירה, בין שמוכר דבר שאינו שלו ואינו מוחזק כלל דאמרינן קנין אין כאן אחריות אין כאן. ודבריו קשים לשמוע מאוד, דודאי אין שם מקח על זה, דאסור ליהנות בשדה, וכל רגע עובר על לא תעשה, ופסול לעדות ולשבועה בהכיר בה שאינה שלו, וגם לא שייך בזה סמכא דעתיה דניחא ליה דליקו בהימנותיה בהכיר בה שאינה שלו. גם מדברי הרשב"א שכתבתי מוכח שלא כדבריו. ומה שהביא ראייה מדברי בעל התרומות הוא יותר תימה, דלא וכח מיד". עכ"ד.

**קושיית ה"אמרי בינה"**

וכיו"ב הקשה בספר "אמרי בינה" (דיני הלואה סימן נ"ב) בזה"ל: "הדברים מוקשים לי למאוד, מלבד דבתשובת הרשב"א הנ"ל (ח"ב סימן קצ"ד) מבואר להיפך, שכתב במוכר דבר שאינו שלו אין המכר מכר, ואפילו המוכר יכול להוציא מיד הלוקח קודם שלקחו מבעלים הראשונים. ומה דהביא מבעל התרומות דהמוכר אינו יכול לבטל המקח, לא ראיתי כן בבעל התרומות רק בהכיר בה שהיא גזולה, בזה כתב דלאו כל כמיניה להוציא אלא קיימא בידיה עד דאתי נגזל, והיינו כיון דידע הלוקח ונחית על דעת זה שירד לקרקע ויאכל הפירות עד שיבוא הנגזל, וכישבוא הנגזל יחזור על המוכר כו". עכ"ד.

רכ"ה סק"ה מוכח דאף בגזילת מטלטלין יכול לומר לו אחוי טירפך. ע"ש. משמע אף שאסור להשתמש אינו יכול לבטל המקח עד שיוציא הנגזל בבית דין. עכ"ד.

### הערת ה"אמרי בינה" ע"ד המהרי"ל דיסקין

**(א)** ובעיקר הביאור בסוגיא דב"מ (ט"ז), דנקט ה"נתיבות המשפט" דגזלן הלוקח מנגזל קנאה בקנין הראשון שעשה בשדה, העיר בספר "אמרי בינה" (דיני הלואה סימן נ"ב) דאין כן דעת רובא דקמאי, דיעווי"ש בריטב"א שכתב: "והשתא קא מקני ליה". עכ"ל. וכ"כ בשיטמ"ק בשם הר"ן והרשב"א. והיינו או מטעם דהאי הנאה חשיב ככסף או דקונה בעד הלוקח. וכן מבואר ברש"י ותוס' בב"מ (ט"ז). דגמר ומקנה כשלקחו מבעלים הראשונים, אבל קודם לכן אין כאן שום מכר דהוי דבר שאינו שלו. - דיעווי"ש בתוס' שכתבו: "בההיא הנאה דקא סמיך כו', והויא כאילו אמר ליה שדה זו תהא קנויה לך כשאקחנה". עכ"ל. ומבואר בפשטות דס"ל להתוס' דהקנין נעשה קודם ומקנה לו שלאחר שיקחנה תהא קנויה לו. והמהרש"א כתב בביאור דברי התוס': "הוצרכו לזה משום דבשעת קנייתו מנגזל ליכא למימר דאז גמר ומקני ליה בההיא הנאה דלא קאמר ולא מידי, דהא כבר תבעו לדין למאן דאית ליה עד דמטא אדרכתא לידיה, ולמאן דאית ליה עד דמתחלן יומי דאכרזתא [פירוש, דהא אמרינן בגמ', ועד אימת ניחא ליה דליקום בהימנותיה, ומשינין למ"ד עד דמטא אדרכתא לידיה, ולמ"ד עד דמתחלן יומי דאכרזתא. הרי דכל זמן שלא הגיע לידי זה, שייך ניחא ליה דליקום בהימנותיה, אף על פי שכבר תבעו לדין]. אלא דצ"ד כאילו אמר לו מעיקרא שדה זו תהא קנויה לך לכשאקחנה, והשתא פריך שפיר דמה שאירש מאבא מכור לך כו' דמיירי נמי בכהאי גוונא". עכ"ד.

### מבאר דברי ה"נתיבות המשפט"

**(ב)** אכן בביאור הוכחת ה"נתיבות המשפט" מהגמ' הנ"ל, צ"ל על פי מה שכתוב בשיטמ"ק שם בשם הרא"ש והרמב"ן בפירוש דברי הגמ': תהא במאמינו, דהיינו דהגזלן קונה הקרקע מהנגזל לצורכו של לוקח ובשליחותו. ולפי זה בהכרח הא דפרכינן בגמ' אחר כך: מתיב

מקויימים היכא דלא נשתמש. ולפי זה ליכא פלוגתא כלל בגדר הערעור, דהוא לכו"ע בשטרות שאין מקויימין. אכן גם לפי דבריו שפיר הוכיח הנתיבות המשפט שיש מקח גם בשדה גזולה, כיון דהסמ"ע כתב דגם בשטר מקויים אינו יכול לחזור רק היכא שעדיין לא נשתמש, וכמ"ש המהרש"ם במשפט שלום.

### הערת ה"אמרי בינה"

**(ח)** ובספר "אמרי בינה" (דיני הלואה סימן נ"ב) העיר גם כן דאין מדברי הסמ"ע ראייה לדברי הנתיבות המשפט, דהא הסמ"ע מודה דכל היכא שנתברר בבירור גמור שהשדה אינו שלו או דהמוכר מודה לו, דמוציא מעותיו אפילו קודם שיטרף ממנו הנגזל, וכמש"כ ה"משנה למלך" (פ"ט דגזילה ה"ט).

### ביאור דברי ה"נתיבות המשפט"

**(ט)** והנה נידון ה"נתיבות המשפט" הוא גם בגוונא שהמוכר סבור שהקרקע שלו, כגון שזכה בה בירושה שלא על פי דין תורה, דלא מהני מידי, והבעלים האמיתיים אין מתכוונים למחול לו ולהקנות לו, דהלוקח שנודע לו אחר כך שהשדה גזולה אינו יכול להוציא מעותיו מהמוכר אפילו שיתברר שהקרקע גזולה, כל זמן שאין הבעלים טורפים ממנו הקרקע, ונמצא דאין הדבר קנוי לו, ויתכן דאסור להשתמש במה שקנה. וגם אינו יכול לתבוע את מעותיו מהמוכר, לפי דברי ה"נתיבות המשפט", כיון שהנגזל לא טרף ממנו הקרקע.

**(י)** והנה ב"נתיבות המשפט" (סימן רכ"ז ס"ק י"ט) כתב: "והא דמבואר בסימן רכ"ו שיכול לומר לו אחוי טירפך [פי' דאין המקח מתבטל רק כשהנגזל טרפה ממנו], לכאורה נראה דהיינו דוקא בקרקע דקיימא לאגרא או למכירת פירות שיכול הלוקח לאכול הפירות או למכרם עד שיבוא הנגזל ויטרוף הפירות ויחזור על המוכר מכח אחריות דשבחא ופירי. מה שאין כן במטלטלין דכשעומדין ברשות הנגזל דהיינו שלא נתייאש הנגזל אסור לשום אדם להשתמש בו דשואל שלא מדעת גזלן הוי, והוא אדעתא דלהשתמש בו או למכרו לקחן, וכשאינו יכול להשתמש בו המקח בטל. אמנם מדברי הסמ"ע בסימן

כבר נשתמש אינו יכול להוציא המעות מיד המוכר עד שיוציאו מידו. ויש לעיין דכיון שנתברר שלא היתה השדה של המוכר, אם כן הוי כשדה שאינה שלו והמכירה בטלה לגמרי, ואמאי לא יצטרך להחזיר לו המעות דהוי ליה רק כמלוה גביה. (ואי הוי כמלוה על פה או בשטר, עיין סמ"ע סימן ק"ג סק"ג ובנתה"מ שם). אמנם לפי מה שכתב בנתיבות המשפט סימן ס' ס"ק י"א מדברי בעל התרומות דהמוכר שדה גזולה המקח קיים בין מוכר ללוקח, והמעות הם דמי מקח כל זמן שלא יטרפנה מיד הלוקח, ואין ביד מוכר או לוקח לבטל המקח, והיינו אם המוכר גזלה ועשה בה חזקה על כל פנים, יעו"ש בנתיבות המשפט היטב בזה. אם כן לפי זה אתי שפיר דברי הסמ"ע. אבל מכל מקום צ"ע דאם לא ידע לוקח שהיא גזולה אמאי יגרע ממום במקח, דאפילו נשתמש מקודם שידע מן המום ונודע לו אחר כך המקח בטל. וצ"ע". עכ"ד המהרש"ם.

### קושיית החזו"א

**(ז)** הן אמנם דהחזו"א (ב"ק סימן ג' ס"ק י"א) נתקשה בדברי הסמ"ע (סימן רכ"ו ס"ק י"א) הנ"ל, דעוררין לדעת הרמב"ם אינו אלא בשטר מקויים, והקשה על זה: "צ"ע מה ראה לחלק בין דעת הר"מ לדעת הרא"ש, דנהי דפליגי בערעור שיצא לאחר מתן מעות, אבל בגדר הערעור לא מצינו דפליגי, וכל שיש לו תובעים חשיב מום. ואין חילוק בגדר הערעור בין דעת הרא"ש לדעת הר"מ, ובסמ"ע כתב בשטר מקויים אפשר לדעת הר"מ יכול לתבוע מעותיו, ואם גם בזה לא אמר הר"מ, הלא נפל דין יצא עסיקין בבירא, ובמאי מספקא ליה להר"מ". עכ"ד.

### הנהת ה"אולם המשפט"

**(ז)** ויעו"ל בספר "אולם המשפט" (סימן רכ"ו סעיף ה') שהגיה בדברי הסמ"ע הנ"ל, דבשטרות מקויימים אפשר דמודו להרמב"ם דס"ל שיכול לחזור ולהוציא המעות מידו כיון דלא נשתמש עדיין. ולפי זה מיושב קושיות החזו"א, דבדעת הרמב"ם ודאי לא נסתפק בזה, ואדרבא משמע דלדעת הרמב"ם אפילו בשטרות שאין מקויימין יכול להוציא המעות מיד הלוקח. ורק בדעת הרא"ש דס"ל דאין יכול להוציא המעות י"ל דמודה בשטרות



בשם אביו הרא"ש דין זה, והריב"ש השיג דאין לתלות בגברא ברברא כוותיהו סברא זו שאין לה על מה שתסמוך. ע"ש. - ועי' שו"ת שואל ומשיב (מהדורא שלישיית מ"ב סימן קס"ג) דבפירוש הטור בשם הרא"ש מפורש כן.

**מכר קרקע ונמצא שאינה שלו**

**(יז)** והנה בהא דקיי"ל בשו"ע חו"מ (סימן ס' סעיף ו') דהמוכר דבר שלא בא לעולם לא חל המקח גם כשהמוכר כתב אחריות, דמקח אין כאן ואחריות אין כאן. והקשה התומים שם (ס"ק י"ב) מהא דקיי"ל בשו"ע (סימן שע"ג סעיף א') דהמוכר קרקע גזולה דחייב באחריותה. וה"נתיבות המשפט" (שם ס"ק י"א) תירץ, דהמוכר שדה שאינה שלו יש בזה מעשה מקח, מכיון דסמכא דעתיה. וכדאיתא בב"מ (ט"ז), דאם חזר הגזלן ולקחה זכה בה הלוקח, דניחא ליה לגזלן כי היכי דליקום בהימנותיה, ולא דמי למוכר דבר שלא בא לעולם. - וכתב ה"נתיבות המשפט" דאין צריך מעשה קנין מחודש, אלא דנקנית מחמת הקנין הראשון. וכמו שכתב הבעל התרומות (שער מ"ז סימן ב'). הן אמנם דיעו' בספר "אמרי בינה" (דיני הלואה סימן נ"ב) שהעיר דדברי הבעל התרומות קאי בהכיר בה לוקח שאינה של המוכר לפני המקח, ולא בנמצאת אחר כך שאינה שלו. [והנה בתוס' ב"מ (ט"ז) בד"ה בהיא כו', משמע דנקנית מכח הקנין הראשון. אולם בחידושי הרשב"א (שם) מבואר דכשהגזלן חוזר ולוקח את השדה הוא קונה אותה עבור הלוקח מדין זכין. והרמב"ן והר"ן (שם) נקטו דנקנה ללוקח בכסף של ההוא הנאה]. - וה"נתיבות המשפט" הוסיף, דבב"מ (ע"ב): מבואר דאף על פי דשטר שלא ניתן להכתב לא חשיב שטר לגבות ממשועבדים, מכל מקום בגוונא שנמצאת קרקע שאינו שלו חשיב ניתן להכתב כיון דניחא ליה דליקום בהימנותיה. וחזינן דגם בגזלן יש תורת מכירה. והיינו, דגם כשמכרה הגזלן שלא באחריות דינא הכי, וכדאמרינן בב"מ (ט"ז). דגם בנתנה הגזלן במתנה דינא הכי. - וביאר ה"נתיבות המשפט", דמהאי טעמא כתב בעל התרומות (שער מ"ז סימן ב') דהמוכר שדה שאינה שלו אם הגזלן רוצה לבטל המקח והנגזל אינו רוצה דאינו יכול לבטל עד שיטרפוה. וכמו שכתב (שם) דהמענות שקיבל

דבשעה שחזר וקנאה מהנגזל באותה שעה זוכה בה הלוקח, שעל דעת כן קונה אותה הגזלן מהנגזל להיות שלוחו של הלוקח לקנותה, ועתה היא נקנית להלוקח וכבר הוא דבר שבא לעולם, ומה שאמרו שם בסוגיא חילוק בין סמכא דעתיה או לא, הוא משום דקשה גם במה שאירשש מאבא או במה שתעלה מצודתי מכור לך גם כן נימא דבשעה שצד זוכה בה לצורך הקונה. עכ"ד ה"נודע ביהודה".

**בתשו' הרא"ם מדברי ה"אור החיים" כאן**

**(טז)** ותשובתו של הנו"ב זו, היא לדחות דברי הגאון רבי אלכסנדר סנדר מרגליות, ונדפסו דברי ה"נודע ביהודה" בתשו' הרא"ם (סימן ל"ג), ועיווי"ש (בסימן ל"ז) שהשיב הרא"ם על דברי ה"נודע ביהודה", דכבר מבואר בדברי המהרש"א בב"מ (ט"ז) בפירוש דברי הגמ' דהוא משום דבר שלא בא לעולם, ולפי זה מבואר בגמ' דהיא דסמכא דעתיה מהני אף בדבר שלא בא לעולם. וגם לא יחיד הוא בדבר זה שגם הגאון פרי תואר בספרו אור החיים פרשת תולדות (בראשית כ"ה, ל"ג) כתב כן. והוסיף, דאף רש"י שפירש תהא במאמינו, דהיינו כשחזר ולקחה, י"ל דבעלמא מודה דהיא דסמכא דעתיה מהני בדבר שלא בא לעולם. והביא גם כן דברי הנמוק"י בב"מ (ל"ז ע"ב מדפי הר"ף) שכתב דהחסרון בדבר שלא בא לעולם הוא משום דלא סמכא דעתיה. - ועי' בשו"ת מהרש"ם (ח"ד סימן ס"ו) דמייתי פלוגתא דקאמי אם הא דלא מהני קנין בדבר שלא בא לעולם הוא משום דלא סמכא דעתיה או משום דאין לקנין על מה לחול, ומש"כ הסמ"ע (בסימן ר"ג סק"ח) דלא מהני מכירת דבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם, תלוי בפלוגתא זו.

**ביאור ה"אור החיים" כאן**

**(טז)** ובדברי ה"אור החיים" על התורה הנ"ל, שחידש דמי שהקנה לחבירו דבר שלא בא לעולם ונשבע ע"ז דחל הקנין כיון דאז סמכא דעתיה דלוקח. וביאר דזהו הענין במה שביקש יעקב אבינו מעשו שישבע לו על הבכורה. - אמנם האוה"ח הביא משו"ת הריב"ש (סימן שכ"ח), דהשואל הביא מהטור בפירושו על התורה

רב ששת מה שאירש מאבא מכור לך כו', דאין הקושיא רק ממה שתעלה במצודתי, דבזה שייך לומר גם כן דבשעה שזוכה ע"י המצודה, מתכוין לזכות לקונה. אבל ממה שאירש מאבא לק"מ, דבזה הרי לא שייך לומר שזוכה בהירושה לקונה, וי"ל דמטעם זה לא קנה. וזהו הוכחת ה"נתיבות המשפט", דפשטות הסוגיא משמע דפרכינן גם כן ממה שאירש מאבא, וכהוכחת המהרש"א הנ"ל. אמנם מכל מקום י"ל דהגזלן מזכה את השדה לקונה אחר שקנאה מהגזלן, ולא שקונה אותה בשליחותו. וכמ"ש השיטמ"ק בשם הרשב"א והריטב"א. וזהו דפרכינן ממה שאירש מאבא, דהתם נמי נימא דלאחר שירשה מזכה הוא אותה ללוקח. ורש"י כתב גם כן דהקושיא הוא ממה שאירש מאבא, וע"ש ברש"י דהקנין נעשה אחרי שחזר ולקחה מבעלים הראשונים.

**בתוס' בב"מ ט"ז ע"א**

**(יג)** והנה התוס' בב"מ (ט"ז) בד"ה מה שאירש מאבא כו', פירשו דהא דפרכינן ממה שאירש מאבא הוא דמכיון דקיי"ל דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם היאך מהני הקנין כשחזר ולקחה מבעלים הראשונים הרי הוי ליה דבר שלא בא לעולם, ולפי זה בהכרח דהתירוץ הוא דכיון דסמכא דעתיה, מהני אפילו בדבר שלא בא לעולם. וכיו"ב מוכח מהתוס' שם בד"ה בהיא הנאה כו', דהקנין נעשה מתחילה, והוי כאומר לו שדה זו תהא קנויה לך כשאקחנה, וכמ"ש המהרש"א. - אמנם לפמש"כ קמאי דהקנין הוא כשחזר וקנאה, אין דין זה שייך כלל לדין דבר שלא בא לעולם. וכמבואר להדיא בתוס' הרא"ש שם בד"ה תהא במאמינו, דס"ל דהגזלן לוקח השדה בשליחות הלוקח. ובד"ה מה שתעלה מצודתי כו', כתב דלא שייך הך מילתא לאדם מקנה דבר שלא בא לעולם.

**דברי ה"נודע ביהודה"**

**(יד)** ועיו' בתשו' "נודע ביהודה" (תנינא אהע"ז סימן נ"ד ס"ק י"ב) שכתב: "לא שמענו מעולם לחלק בדבר שלא בא לעולם בין סמכא דעתיה או לא, וסוגיא דב"מ הנ"ל לא סמכא דעת הרב המשיג כלל, ולא זו העיר ולא זו הדר, ושם לא איכא חשש דשלב"ל כלל,



**חקרי משפט**

עמותה לחקר המשפט היהודי  
 (ע"ר) מס' 580442473

לעמותה אישור מס הכנסה  
 לפי סעיף 46  
 לפקודת מס הכנסה.

משרד:  
 רח' הרב קוטלר 21 ב"ב,  
 טל/פקס: 03-5785091

דוא"ל:

chekermishpat@gmail.com

Chikrei Mishpat Institute

Office:  
 21 Harav Kotler St.  
 Bney Brak  
 Tel / fax: 03-5785091



כשהחזיק בה אמאי אינו יכול לחזור בו כיון שלא נתן מעות לימא ליה שקול ארעא בזוזך, אפילו אית ליה זוזי לפי המפרשים דאפילו אית ליה זוזי מצי לסלק ליה לבע"ח בשאר דברים, וגרסינן בהמוכר פירות (ב"ב צ"ב:) אי לתנהו לתנהו זוזי כו'. וי"ל דהכא מצי א"ל האי ארעא אינה שוה כפי מעותי לפי שיש עליה עוררים, אבל שור שנגח כיון דאייקר שוה מעותיו שפיר". עכ"ל. - ומבואר דקושייתם היא רק אם בסתם לוקח מצי למימר שקול ארעא בזוזך. והקשה הגרע"א דהא התוס' בכתובות (צ"ב.) כתבו דבמקום פסידא לכו"ע יכול הלוקח לסלקו בקרקע. וממילא במכר שלא באחריות דהוי פסידא למה לא יכול לסלקו בקרקע, ולמה הקשו התוס' כן רק לאידך מ"ד. ותירץ הגרעק"א, דגם באומר שקול ארעך בזוזך עכ"פ הלוקח חייב למוכר אחריות באם יקחו אותה ממנו, דבודאי לזה שפורע חובו בקרקע משועבדת מתחייב באחריות, וה"נ הלוקח שחייב דמים למוכר ומשלם לו בקרקע שקול ארעך בזוזך, יהיה מחוייב דמים למוכר אחריות, יהיה מחוייב דמים למוכר אחריות, ומעתה אם יטרפו את הקרקע לבסוף יצטרך הלוקח לשלם זוזי, דאין לו ריוח בזה שפורע בקרקע, ולא חשיב מקום פסידא. וכל קושיית התוס' היא דבינתיים יפרע בקרקע, ולא ישלם עליה. ע"ש בדברי הגרעק"א. ולכאורה צ"ב, הרי אם יטרפו את הקרקע מהמוכר מחמת גזילה אם כן איגלאי מילתא דהלוקח לא היה חייב לו כלום, דהא אין כאן מכר, ואיזה חיוב אחריות יש על הלוקח, בשלמא כשנתן הדמים הוי ליה מתנה, אבל כל זמן שלא נתן מה שייך חיוב אחריות באופן שיתברר שהקרקע היתה גזולה, ולא היה כאן מקח כלל. אכל חזינן דכבר בשעת המקח נתחייב הלוקח דמי השדה, ואפילו אם תמצא גזולה, ובהכרח דהוי חיוב גמור, וחייב באחריות למוכר גם כשנמצאת גזולה.

הגזלן הם דמי מקח, ולא הוי דמי הלואה. - ובזה ביאר ה"נתיבות המשפט" מש"כ הסמ"ע (סימן רכ"ו ס"ק י"א) דהלוקח לא יכול לבטל המקח אף על פי שהמערער הביא שטר שאינו מקויים, והגזלן יכול לומר לו אחוי טירפא ואשלם לך. - וכיו"ב כתב ה"נתיבות המשפט" (בסימן קפ"ח סק"ח), דמטעם זה בגוונא דנמצאת שדה גזולה, לא בא הלוקח על המוכר מטעם ביטול מקח, אלא מטעם חיוב אחריות. וכ"כ ה"נתיבות המשפט" (בסימן רל"ה סק"ד).

והנה ה"נתיבות המשפט" כתב, דזהו דוקא בשדה גזולה שהיתה תחת יד הגזלן, אבל במוכר שדה שאינה שלו שלא גזלה מעולם, ולא היתה תחת ידה אלא שהראה אותה לחבירו ומכרה לו, בזה בודאי לא חייל על זה תורת גזילה ואין בזה תורת מקח, והלוקח יכול לבטל המקח, ולא שייך בזה חיוב אחריות.

**ביאור הגרעק"א בב"מ י"ד ע"א**

(יח) ובדברי הגרעק"א בחידושו בב"מ (י"ד.) מצינו דבפרעון חוב בקרקע משועבדת יש חיוב אחריות על הלואה. והיינו, דכבר בשעת המקח נתחייב הלוקח בדמי השדה ואפילו אם תמצא גזולה, דהוי ליה חיוב גמור, וחייב באחריות גם אם נמצאת גזולה. [ובחזו"א (ב"ק סימן ג' ס"ק י"א) ביאר, דסוגיא דמוכר שלא באחריות קמיירי בגוונא דהמוכר לקח קנין מהלוקח על הפטור מאחריות].

**בסוגיא דב"מ י"ד ע"א**

(יט) דב"מ (י"ד.) אמרינן, אמר אביי ראובן שמכר שדה לשמעון שלא באחריות ויצאו עליו עסיקין עד שלא החזיק בה יכול לחזור בו משהחזיק בה אינו יכול לחזור בו משום דאמר ליה חייאת דקיסרי סברת וקיבלת, ומאימת מחזיק בה מכי דייש אמצרי. איכא דאמרי אפילו באחריות נמי דאמר ליה אחוי טירפך ואשלם לך. - והתוס' הקשו: "וא"ת

