

	Proofs to the שואל approach	Proofs to לוקח approach
1.	emphasis on הנאה works with the מחייב of נדרים לא. "כל הנאה שלו" which is שואל	implies אין אדם מקדיש דבר שאינו שלו -בבא בתרא פח. the seller no longer owns the merchandise.
2.	requires חריפא to make it שלו כל הנאה שלו - נדרים לא.	קנין a קיצי דמיה requires -בבא בתרא פח.
3.	The context of the גמרא is שואל -בבא מציעא פא.	context of גמרא -בבא בתרא פח.

התחייבות מדין לוקח

1. קהלות יעקוב נדרים סימן כד

והנה עד כה ביארנו דלכו"ע ההיא דלוקח כלי לבקרו וההיא דלוקח לשגרן לבית חמיו **הוי קנין על תנאי והיכא דלא נתרצה לבסוף הוברר הדבר שמעולם לא קנאה** אלא שנחלקו בהא חייב באונסיי אי הוא מדין שואל או מדין לוקח לפי שגם לוקח על תנאי מתחייב בתשלומיו כשאינו יכול עמיד גוף החפץ ברשות המוכר אכן לעני"ד מדברי הר"ן ז"ל פ"ק דע"ז בסוגיא דאין מוכרין בהמה גסה לנכרי משום נסיוני משמע דסובר שהוא לוקח גמור וגם לכשיחזור לבסוף אינו אלא כחוזר ומוכרו עכשיו בשעת ביטול המקח שכך היה התנאי שיתבטל הקנין בשעה שירצה לחזור בו...

2. רש"י מסכת בבא מציעא דף פא עמוד א

ונאנסו בהליכה חייב - דהואיל וקצץ דמיהן, ומשכן לשם לקיחה - **הרי הם לקוחין בידו עד שידע שאינה לקוחה**, והכי נמי אמרינן בהמוכר את הספינה (בבא בתרא פז, ב), אמר שמואל: הלוקח כלי מן האומן על מנת לבקרו, ואם אין בו מום יקחנו ונאנס בידו - חייב, והוא דקצי דמיה.

3. חידושי הרשב"א מסכת בבא בתרא דף פח עמוד א

גופא אמר שמואל הנוטל כלי מן האומן כדי לבקרו ונאנס בידו חייב. **דכדידיה ממש דמי לפי שאין האומן יכול לחזור בו** אלא דעתו להקנותו לו לגמרי הוא משנטלו, וכדאמר"י בעובדא דקרי דבסמוך דהקדישן המוכר ואתא לקמיה דרב הונא ואמר אין אדם מקדיש דבר שאינו שלו, ודוקא דקיץ דמיה מפי המוכר או שאמר עכשיו בפירוש כלי זה בכך וכך ואי נמי שקצץ דמים פעם אחת לכל מי שבא ליקח ממנו כלי כזה, ... הא לאו הכין לא קנה, ואע"פ שמוכרין כיוצא בו בעיר בקצבה ידועה, דאכתי לא סמכא דעתיהו דילמא אין המוכר מתרצה בכך ואין הלוקח מתרצה לכך וכדאמר"י לעיל מדד עד שלא פסק לא קנה, **וכן דוקא בזבונא חריפא דהנאת לוקח הוא וכמאן דזבניה דמי** אבל זבינא דלאו חריפא דהנאת מוכר היא אף על גב דקצי דמי לא מיחייב באונסין וכדאיתא בנדרים:

וכי אמר שמואל דהוי כקנוי לו, הני מילי לענין אונסין, ואי נמי לחזרה דלא מצי מוכר למיהדר ביה כדאיתא בעובדא דקרי, אלא מיהו אי בעי לוקח למהדר ביה הרשות בידו דאמר ליה דטב מיניה בעינא אלא א"כ גמר בלבו לקנות ובירא שמים שדובר אמת בלבבו...

4. הר"ן על הר"ף מסכת עבודה זרה דף ד עמוד ב

אבל אני אומר שאין צורך לדחוקים הללו דבנסיוני ליכא משום שביתת בהמתו כלל לפי שדרך של בני אדם שקוצצין לבהמה דמים ואח"כ מנסיין אותה אם מוצא לוקח טעות במקחו מחזירה ואם רוצה בה הרי היא ברשותו וכל כי האי גונא ברשות לוקח היא דהוה ליה כי ההיא דתניא בפרק השוכר את האומנין (דף פא א) ובפרק ארבעה נדרים (דף לא א) הלוקח כלים לשגר לבית חמיו ואמר לו אם מקבלים אותם ממני אני נותן לך דמיהן ואם לאו אני נותן לך לפי [טובת הנאה] שבהן ונאנסו בהליכה חייב **וטעמא דמילתא שכיון שהדבר תלוי ברשות לוקח הרי הן שלו עד שגילה בדעתו שאינו חפץ במקחו** ואל תטעה לומר שמתורת שאלה נגעו בה לומר שהרי הוא כשואל בהן כל זמן שלא החזירה שהרי בפרק הספינה (דף פח א) אייתין לה גבי ההיא דשמואל דהנותן כלים לאומן ונאנס בידו חייב וה"מ דקייצי דמיו כעובדא דההוא גברא דאייתי קרי כלומר דלועים לפומבדיתא אתא כל חד וחד ושקיל קס אקדשינהו ואמרינן התם דכיון דקייצי דמיהן אין אדם מקדיש דבר שאינו שלו דאלמא מתורת מקח נגעו בה שאם אינו עליהן אלא שואל הוה ליה כפקדון ואיתיה בעיניה דמצי מפקיד מקדיש כמו שכתב הרב אלפסי ז"ל בפרק קמא דבבא מציעא אלא ודאי מתורת מקח נגעו בה **שברשות לוקח הוא עד שיחזור מקחו הילכך ככה"ג שביתת בהמתו אין כאן ספק שאין בהמה זו שלו אלא של לוקח** אבל מ"מ איסור מחמר יש כאן דכיון דשמעה לקליה ואזלא מחמתיה אין הפרש בין בהמתו לבהמת חבירו

5. ר"י מיגאש מסכת בבא בתרא דף פח עמוד א

גופא אמר שמואל הנוטל כלי מן האומן וכו'. והא דאמרינן דכי קייצי דמים כמאן דקניא דמי ה"מ לאחייביה באונסיה אי נמי דלא מצי מוכר למיהדר ולאפוקי מיניה **דאף על גב דמוכר הא לא אמר ליה משוך וקני כיון דשויהייה קמיה לזביני בעלמא ואתא האי ושקליה למחזייה אדעתא למיקנייה ולא קאמר ליה מידי קנייה לוקח** דהא גלי מוכר דעתיה במאי דלא אמר ליה מידי דמינח ניחא ליה דלקנייה האי לוקח ולא מצי לאהדורי מיניה כמעשה דההוא גברא דאייתי קרי לפומבדיתא וכו' עד אין אדם מקדיש דבר שאינו שלו. דשמע מינה לזבינהו קיימי וקייצי דמי' ולא מצי מוכר לאהדורינהו מינייהו **אבל ודאי אי בעי הלוקח לאהדורי מצי**

מהדר ליה דהא לאו בתורת קניין אגבהה הוא דשקלה אלא לבקורי הוא דשקליה ומצי למימר ליה שקול דידך דשפיר מהאי דבעינן למיזבין. ולענין אי חיובי באונסין אוקימנא בגמרא דנדרים (פ"ג דף ל"א) בזבינא חריפא דהנאת לוקח הוא

6. יד רמ"ה מסכת בבא בתרא דף פח עמוד א

(קכא) גופא אמר שמואל הנוטל כלי מן האומן לבקרו ונאנס בידו חייב והני מילי דקיצו דמיה ולזבוניה קאי גבי מאריה, וכי שקליה לוקח לבקוריה מדעת דמאריה שקליה אדעתא דאי מירצו ביה נקיט ליה ויהיב דמיה למוכר, ואי לא מירצו ביה מהדר ליה למאריה מסתמא מוכר נמי [משעת] הגבהה גמר בדעתיה לאקנויי ללוקח בהנהו דמים מהשתא, אדעתא דאי לא ניחא ליה ללוקח בגוה ליהדריה נהליה. ולוקח נמי כי אגבהיה אדעתא דהכי אגבהיה. ואמטול הכי אם נאנס בידו מתוך ביקורו מקמי דגלי אדעתיה אי ניחא ליה בגויה ואי לא, חייב לשלם דמיו למוכר כמאן דקנייה קנין גמור, ולא מצי חד מיניהו למיהדר ביה כדבעינן לברורי לקמן ואי לבתר דגלי אדעתיה דלא ניחא ליה בגויה נמי פשיטא לן דפטור. דמכי אודועיה] למוכר דלא ניחא ליה בגויה בעידנא דהוה יכיל לאהדוריה נהליה, נפק ליה מתורת לוקח לגמרי וקם ליה בידיה בתורת פקדון בעלמא, ולא מיחייב אלא לאהדוריה למריה כי תבע ליה. (דאי) [ואי] אתניס ביני ביני פטור. דאפילו למאן דפליג גבי אומן בגמרתיו (ב"מ דף פ"א ע"א) התם הוא דאיכא למימר דניחא ליה למתפסיה אגרה, אבל הכא דמהשתא לא מתהני ליה מידי מיניה, מודה דשומר חנם הוי ומוכר הוא דאפסיד אנפשיה דשבקיה גביה. אלא כי מיירי היכא דאיתניס בידיה מקמי (דלאודועיה) [דלודועיה] למוכר דלא ניחא ליה בגויה. דאע"ג דמשעת הגבהה גמרי תרויהו למהוי יד הלוקח על העליונה, הני מילי לענין יוקרא וזולא דאיתיה בעיניה ויכיל לאהדוריה למאריה. אבל לענין אונסין כיון דלא הדר ביה לוקח בעידנא דיכיל לאהדוריה בעיניה למאריה, ברשותיה קאי דכמאן דאתניס לבתר דקנייה לגמרי דמי. דמעיקרא כי אירצו להדדי יד לוקח על העליונה בחזרה, לאו אדעתא דלהדר ביה בעידנא דלא להוי ליה למוכר לא זביני ולא דמיה אירצו ליה. דאי הדר ביה בעידנא דיכיל לאהדורי ליה זביני בעיניה מצי למהדר ביה, ואי איתניס מקמי דהדר ביה איגלווי מילתא למפרע דמשעת הגבהה קנייה לגמרי.

ב' דינים\חילוקים בין שתי הסוגיות

7. רשב"ם בבא בתרא דף פח עמוד א

וטעמא משום דקייצי דמיה וזבינא חריפא הוא הרי הוא בנטילה זו כמו לוקח גמור אי נמי כמו שואל שכל הנאה שלו בו.

8. חידושי הריטב"א מסכת בבא מציעא דף פא עמוד א

ודוקא בזבינא מציעתא או דרמי על אנפיה אבל בזבינא חריפא חייב באונסין אף על פי שלא קצץ דמיהו, דהא במס' נדרים (ל"א א') אייתי תלמודא ההיא דשמואל ואוקמה תלמודא בזבינא חריפא דהנאת לוקח היא, והתם לא אדכר תלמודא דקיצו דמיהו, ובודאי דתרתו מימרי דשמואל לא פליגן מדלא רמו להו בגמי, אלא תרווייהו איתנהו דכל היכא דקצץ דמים הוי ליה לוקח כל זמן שלא אמר או שלא גלה דעתו שאינו רוצה בו, וכיון דלוקח הוא ברשותיה קאי לאונסין ולא בעינן בהא זבינא חריפא, אבל היכא דלא קיצו דמיה אין כאן מקח כלל דמשיכה בלא פסיקת דמים לא קניא כדאיתא בפרק הספינה ובפרק בתרא דע"ז, וכיון שכן אין לחייבו לזה אלא מטעם שנעשה עליו כשואל הואיל וכל הנאה שלו ולא חשיב כל הנאה שלו אלא היכא דהוי זבינא חריפא... ואפשר לומר עוד דבהא מתניתא אף על גב דקיצו דמיה לא מחייב מדין לוקח כדברי רש"י שלא אמר כן אלא בדשמואל שלקחו לגמרי בתורת מקח אלא שיש לו לבקרו אם יש בו מום וכל שאין בו מום נתקיים המקח על כרחו מעכשיו, אבל בלוקח כלים על תנאי אם ירצו בהם אחרים והוא יכול לחזור בו כל זמן שלא רצו בהם אותם אחרים אין כאן מקח אלא שהוא נעשה עליו כשואל, ומיהו כיון דקיצו דמיה לא בעינא זבינא חריפא, וכיון דכל הנאה שלו נעשה עליו כשואל, והיינו דמיייתי לה בנדרים מפני שחיובו במתניתא מטעם שואל הוא כההיא דנדרים ולא מטעם לוקח כההיא דפ' הספינה, הילכך האי מתניתא איתיה לדינא בין בדקיצו דמיהו ואפילו זבינא דלא חריפא ובין בדלא קיצו ובזביני חריפא, וזה הלשון האחרון הוא דעת רבינו ז"ל.

9. רמב"ם הלכות מכירה פרק ד הלכה יד

הנוטל כלים מן האומן על מנת לבקרן, אם היו דמיו קצובין ונאנס בידו חייב בדמיו, הואיל ודמיו קצובין, מעת שהגביהו נעשה ברשותו, והוא שיגביהו כדי לקנות את כולו, ויהיה אותו חפץ הנמכר חביב על הלוקח, אבל חפץ שהמוכר קצץ בו והוא מבקש ורודף למכרו, הרי הוא ברשות המוכר עד שיפסוק הדמים ויגביהו הלוקח אחר שפסק.

10. רמב"ם הלכות שלוחין ושותפין פרק ב הלכה ח

הלוקח כלים מבית האומן לשגרן לבית חמיו ואמר לו אם מקבלין אותן ממני אני אתן לך את דמיהם ואם לאו אתן שכר מועט ונאנסו בהליכה הרי זה חייב לשלם ואם נאנסו בחזרה פטור, נטלן ע"מ למכרן לאחרים ואמר לו אם ימכרו במקום פלוני או עד זמן פלוני אתן לך דמים כך וכך ואם לא ימכרו אחזירם לך ונאנסו בין בהליכה בין בחזרה חייב לשלם.

11. לחם משנה הלכות מכירה פרק ד הלכה יד

הנוטל כלים מבית האומן וכו' והוא שיגביהו וכו'. (1) קשה דהיכי קאמר דאגבהה כדי לקנותו הא לא קאמר שמואל אלא ע"מ לבקרו דמשמע דאינו מכוין לקנות. (2) ותו קשיא דלעיל גבי דבר הנמכר ודמיו קצובים וידועים כו' למה לא כתב רבינו ז"ל שיהא חביב דאל"כ הוי ברשות מוכר ולא קנאו כדכתב כאן. (3) ועוד קשה דבהלכות ערכין פ"ו כשכתב שם רבינו ז"ל דין המוכר דלועים והקדישם למה לא כתב שיהא חביב על הלוקח כדכתב כאן, (4) וע"ק לעיל השוה רבינו ז"ל דמיו קצובים לפסק ולדברי ה"ה אינו כן דבדמיו קצובים יכול הלוקח לחזור ויש לדבריו ראייה משום דאמר גבי מעשר אטו משום דאמר לקנות קנה וכתב שם

רשב"ם ז"ל הא אפילו קייצי דמיהו יכול להחזירם. 5) וע"ק דיוקא אדיוקא דברי שא כתב הנמכר חביב דהיינו זבינא חריפא דאמרו בגמרא משמע הא זבינא מיציעא פטור ובסיפא משמע איפכא דקאמר אבל חפץ שהמוכר קץ דהיינו זבינא דרמי על אפיה משמע הא זבינא מיציעא חייב. 6) ועוד דבגמרא (דף ל"א) בנדרים משמע דדינא דשמואל ליתיה אלא בזבינא חריפא.

ויש לומר כשהוא מגביה החפץ לקנותו אין הפרש בין חביב לאינו חביב ובוודאי כיון דדמיו קצובים קנאו לגמרי ואין הלוקח יכול לחזור ולא המוכר והיינו דכתב רבינו ז"ל לעיל דדמיו קצובים הוי כפוסק. ובהלכות ערכין לא חילק בין חביב לאינו חביב משום דאיירי במגביה לקנותו אבל כאן אינו מגביה לקנותו אלא אם ייטב בעיניו וכיון שהגבהה זאת אינה אלא לקנותו אם ייטב בעיניו לא העמידהו ברשותו אלא לענין אונסין ולא לענין חזרה ויש חילוק כאן בין חביב לאינו חביב ומ"ש והוא שיגביהו ר"ל אם ייטב בעיניו הגבהה זאת מועילה לקנותו ודוקא בחביב חייב באונסין הא זבינא מיציעא דהוי הנאה למוכר וללוקח כדמשמע בגמרא הוי דינא אחרינא דהוי כשומר שכר ואינו חייב באונסין אלא בגניבה ואבידה דדוקא בחביב דהוי כל הנאה שלו הוי כשואל ובזבינא דרמי על אפיה הוי כשומר חנם ופטור לגמרי ובהכי לא קשיא דיוקא אדיוקא דזבינא מיציעא הוא דין שלישי

12. אבן האזל הלכות מכירה פרק ד

אכן בדעת הרמב"ם נראה שמחלק בין הא דלוקח כלי ע"מ לבקרו ובין לוקח לשגרו לבית חמיו או למכרו במקום פלוני דבפ"ב מה' שלוחין ה' ח' כתב הך דינא דהלוקח כלים לשגרן לבית חמיו וז"ל הלוקח מן האומן לשגרן לבית חמיו ואמר לו אם מקבלין אותו ממני אתן לך דמיהן ואם לאו אתן שכר מועט ונאנסו בהליכה הרי זה חייב לשלם ואם נאנסו בחזרה פטור, נטלן ע"מ למכרן לאחרים ואמר לו אם ימכרו במקום פלוני או עד זמן פלוני אתן לך דמים כך וכך ואם לא ימכרו אחזירם לך ונאנסו בין בהליכה בין בחזרה חייב לשלם עכ"ל, ומדקבע דין ע"מ לבקרו בה' מכירה וכתב מעת שהגביהו נעשה ברשותו והוא שיגביהו כדי לקנות את כולו, דמוכח דאתא עלה משום קנין ודין לוקח כלי לשגרן לבית חמיו וכן למכרו במקום פלוני קבע בה' שלוחין גבי דין סרסור, וכתב בהל' ו' כל סרסור שליח הוא אלא שהוא נוטל שכר שליחותו, וכן בהל' ז' מיירי מדין סרסור ובהל' ח' כתב דין זה, ואם דעת הרמב"ם הוא שכבר קנה אותו לגמרי א"כ היה לו לקבוע דין זה ג"כ כאן בהל' מכירה אצל דין הלוקח כלים ע"מ לבקרן וגם לא כתב שם שהגביהו כדי לקנותו ולא כתב שנעשה ברשותו רק חייב לשלם.

לכן נראה דסובר הרמב"ם דבזה לא קנה הלוקח שלא חשב בנטילתו על דעת לקנותו עכשיו אלא שהוא בגדר סרסור שנוטל ע"מ למכור לאחרים אלא דשאני מסרסור דסרסור אינו אלא שליח ונותן לבעלים הדמים שלוקח מן הלוקח אלא שנוטל שכר שליחותו, וכאן קבע דמים ולא מיבעי גבי למכרן במקום פלוני דכל מה שנוטל יותר הוא מרויח אלא אפי' גבי לשגרן לבית חמיו אף שנוטל ליתן להם במתנה, מ"מ כיון דעכ"פ קבע דמים מעכשיו ובין יוזלו בין יוקרו ישלם הדמים הקצובים עכשיו וקבל עליו אחריות כל דמי המקח לכן אמרינן דנעשה שואל על המקח.

נ"מ 1 - גדר "קייצי דמיה"

13. חידושי הרמב"ן מסכת בבא בתרא דף פח עמוד א

ופירוש והוא דקייצי דמיה כגון שקצץ להם מוכר בתחלה דמים כל כלי וכלי בכך וכך, שכל זמן שעומדין לפניו הרי דמיהן ידוע ממנו, אבל אם לא קצץ להן הוא דמים אף על פי שדמי כלים הללו קצובים במדינה אינו קונה עד שיפסוק, וכן דעת רבינו הגדול ז"ל.

14. רשב"ם מסכת בבא בתרא דף פח עמוד א

והני מילי דקייצי דמיה - שדמיו קצוצים כגון רחיים של פלפלין ושאר כלים קטנים שדרך לעולם לתת בפשוט פשוט

15. רבינו יהונתן מלוניל על הרי"ף מסכת בבא מציעא (לפי דפי הרי"ף) דף נז עמוד א

[בבא - מציעא צח /ב] [נדרים ל"א ע"ב] הלוקח כלי מבית האומן לבקרו, כלומי להוליכו לביתו להראות לאשתו ובניו אם יתרוצו בו ללקחו ונאנס בידו חייב דהא דעתו ליקח אותו. והני מילי בכלי שנודעין דמיו שאין לו לחוש שמא יעלנו בדמים יקרים ושמא אינו רוצה ליקחנו בדמים כך וכך ובודאי נכנס לקנותו ואם נאנס מיידו דין הוא דלישלם כוליה. ודוקא בזבינא חריפא, כלומי שיש לו קונין רבים שקופצים לקנותו שאפילו לא יקנהו הוא ימצא קונים אחרים רבים בו ביום נמצא שאין המוכר נהנה בהולכתו לביתו להראות לאשתו ובניו. אבל בזבינא דרמי על אפיה, שאינו יכול למכור לאחרים באותו יום כי אם לזמן רחוק שמוציאו בשוק ומחזיר ומצטער באותה סחורה המוכר אם נאנס נאנס למוכר דהנאת מוכר הוא.

16. רמב"ם הלכות מכירה פרק ד:יא-יד

זה כלל גדול יהיה בידך הקונה את המטלטלין אם פסק הדמים ואחר כך הגביה קנה ואם הגביה תחלה והניח ואח"כ פסק הדמים לא קנה באותה הגביה עד שיגביה אחר שפסק או ימשוך דבר שאין דרכו להגביהה.

היה דבר הנמכר דמיו קצובין וידועין והגביהו קנהו אף על פי שפסק אחר שהגביה והוא הדין בשאר דברים שקונין בהם את המטלטלין שצריך לקנות בהם אחר שיפסוק הדמים אלא אם כן דמיו קצובין כמו שביארנו...

הנוטל כלים מן האומן על מנת לבקרן אם היו דמיו קצובין ונאנס בידו חייב בדמיו הואיל ודמיו קצובין מעת שהגביהו נעשה ברשותו והוא שיגביהו כדי לקנות את כולו ויהיה אותו חפץ הנמכר חביב על הלוקח אבל חפץ שהמוכר קץ בו והוא מבקש ורודף למכרו הרי הוא ברשות המוכר עד שיפסוק הדמים ויגביהו הלוקח אחר שפסק.

17. שולחן ערוך חושן משפט קפו:א

הלוקח כלים מבית האומן לשגרן לבית חמיו ואמר לו אם מקבלים אותן ממני אתן לך דמיהם ואם לאו אתן לך שכר מועט ונאנסו בהליכה חייב ואם נאנסו בחזרה פטור אבל אם נגנבו או אבדו חייב:

18. שולחן ערוך חושן משפט ר:יא

הנוטל כלי מבית האומן על מנת לבקרו אם היו דמיו קצובים ונאנס בידו חייב שהואיל ודמיו קצובים מעת שהגביה נעשה ברשותו ואין המוכר יכול לחזור בו והוא שיגביהנו כדי לקנות את כולו ויהיה אותו חפץ הנמכר חביב על הלוקח אבל חפץ שהמוכר קץ בו והוא מבקש ורודף למכרו הרי הוא ברשות המוכר עד שיפסוק הדמים ויגביהנו הלוקח אחר שפסק **ואם גילה דעתו שאינו חפץ בו ונגנב או נאבד קודם שיחזירנו יש אומרים שהוא כשומר שכר וי"א שהוא כשומר חנם:**

נ"מ 2- האם המוכר יכול לחזור?

19. פתחי חושן חלק ח (קניינים) - הערות פרק יג - דיני מכירה

ובדברי חיים ה' שלוחין סימן יז כתב שלדעת הפוסקים בע"מ לשגרן ובע"מ לבקרו שהחוב מדין לוקח אין המוכר יכול לחזור, **אבל לדעת הסוברים שהחוב מדין שואל, אף המוכר יכול לחזור,** וכתב עוד דהיינו דוקא קודם שבא לבית חמיו או קודם שבקרו, אבל לאחר שמצא חן בעיני חמיו או שנמצא ראוי לו וגמר הלוקח בדעתו לקנותו, שוב אין המוכר יכול לחזור, משום דהוי כמקנה לו מעכשיו אם תרצה לקנותו, ושפיר הוי כל הנאה שלו, שאז לא יוכל המוכר לחזור, עיי"ש, ועיי בדבריו שם סימן יח מ"ש לתרץ דברי השו"ע שבסימן קפו גבי ע"מ לשגרן לא כתב שהמוכר אינו יכול לחזור, ואילו בסימן ר בע"מ לבקרו כתב כן.

נ"מ 3- הגבהה על דעת לקנות החפץ?

20. סמ"ע חושן משפט ר:כט

והוא שיגביהנו כדי לקנות כו' פ"י מגביה אותו לקנותו בסך דמיו כדי קצבתו אם ייטב בעיניו ומ"ה אין המוכר יכול לחזור בו והלוקח יכול לחזור בו ולומר להמוכר הגבהתיהו לקנותו כשייטב בעיני ולא טוב הוא בעיני ומ"מ חייב הוא באונסין כל זמן שלא גילה הלוקח דעתו קודם האונס שאינו חפץ בו כ"כ הרמב"ם אבל התוס' והרא"ש והטור ס"ל דאפילו לא הגביה הכלי כדי לקנותו אפ"ה הוא ברשותו להתחייב באונסין כל שלא גילה הלוקח דעתו שאינו חפץ והוא כלי הנמכר בקל ואין המוכר קץ בו דאמרינן מסתמא ה"י דעתו לקנותו דאלי"כ לא ה"י נוטלו ממנו ומהתימא על מור"ם שהשמיט דעתם ולא כ"י דיש חולקין על הרמב"ם בזה:

נ"מ 4- האם הלוקח נחשב לבעלים של החפץ בזמן שהוא חוקר אותו?

21. שו"ת חתם סופר חלק ב (יורה דעה) סימן שיג

והנידון הוא שישראל ה"י לו פרה מבכרת ולפוטרה מבכורה נתן הולד לרועה בעודה מעוברת אם זכר אם נקבה למען שיתן עינו על בהמותיו לשמור שמירה מעולה וכאשר הגיד לי הדבר ואמרתי כי לא נכון לעשות כן אלא שימכור הפרה כמבואר בש"ע בין כך הלך למסעיו לעיר פעסט והיתה אשתו רצה למכור הפרה מכירה לחלוטין לנכרי אחר ופסקה הדמים ונתרצה הנכרי אם יבדוק אותה תחלה לראות הישרה היא בעיניו ומיד הלך למקום המרעה ורדף אחרי' עד שתפסה ובדקה ומצאה שלימה ובחזירתו אמר להאשה הישראלית כי הוא מרוצה לקנותה בדמי הפיסוק וליום מחר יביא המעות ובלילה ההוא ילדה הפרה זכר ע"כ לשון השאלה.

נ"מ 5- פטורי שמירה

22. יד רמה בבא בתרא פח עמוד א

וכי תימא וממאי דטעמיה דשמואל משום דבזבינא חריפא ניחא ליה ללוקח דליקום ברשותיה בתורת מקח בין לשכר בין להפסד עד דהדר ביה. ודילמא משום דבההיא הנאה דהוי ידו על העליונה לענין יוקרא וזולא, הוי עליה כשואל לאיחויביה באונסין, **ונפקא מינה לאיפטורי בבעלים.**

23. מחנה אפרים הלכות שומרים סימן כד

והנה בדין זה דשמואל יש מי שפ"י דחשיב זה כלוקח והיא סברת רש"י והרמב"ם ור"י בתוספו' והרא"ש, ויש מי שסובר דחשיב כשואל דכל הנאה שלו. ולכאור' נראה דנ"מ לענין דינא היכא דהוי הבעלים עמו במלאכתו בשעה שלקחה דלמ"ד שואל הוי פטור אפ"י מפשיעה דשאלה בבעלים הוא.

תשובות מעשיות

24. שו"ת אמרי יושר חלק ב סימן ע

ע"ד שאלתו באחד שרצה לקנות מורה שעות מחבירו ואמר לו המוכר הדמים ואמר לו הלוקח שיקחנו לבית עד למחר להראותו למבין ובא למחר ורצה ליתן המעות והמוכר חזר בו וכ"ת האריך בזה ולבסוף הביא מהדין המבואר בחו"מ סי' ר' סעי' י"א בנוטל כלי ע"מ לבקרו דמבואר שם דהלוקח יכול לחזור בו ולא המוכר. אך כתב שם דוקא כשהחפץ חביב על הלוקח וגם יגביהנו ע"מ לקנותו. - והנה מטעם חפץ חביב נראה דהכא מסתמא הוי חפץ חביב כי מורה שעות של זהב אינו זבינא דרמי על אפ"י ועוד דנראה דבפסק דמים ל"ב כלל שיהי' חביב על הלוקח כמבואר שם אך מטעם דבעינן הגבהה ע"מ לקנותו משמע לכאורה דבעינן שיאמר בפירוש לשם כוונת קנין. אך בסמ"ע שם כתב שדעת תוס' והרא"ש דאף בלא הגבהה ע"מ לקנותו ג"כ חייב באונסין יעו"ש, ובתוס' ורא"ש מבואר דהוי לוקח א"כ ממילא דאין המוכר יכול לחזור בו אם החפץ ביד הלוקח כיון דהוי סד"ד הלוקח המוחזק בחפץ

יכול לומר קי"ל כתוס' ורא"ש וגם מדברי הר"ן ע"א דף ט"ו מבואר דכל הלוקח מחבירו כוס ע"מ לנסותו הוי לוקח כהא דהלוקח כלי מבית האומן לבקרו דחייב באונסין מטעם לוקח, וגם לשון המחבר שם שנובע מרמב"ם משמע דהא דצריך להגביה כדי לקנותו דוקא בלא פסק דמים רק קייצי דמים אבל בפסק דמים להדיא במקח הזה ל"ב הגבהה על מנת לקנותו רק כשיגביהנו אח"כ מסתמא כדי לקנותו הוא אם ייטב בעיני, וגם בגוף דברי הרמב"ם הנ"ל כבר תמה בלח"מ שהרי בש"ס אמרו סתמא ע"מ לבקרו:

25. שו"ת משנה הלכות חלק יד סימן רטז.

בדבר שאלתו מי שנכנס לחנות ולקח חפץ לקנותו וקודם ששילם נשבר החפץ אי חייב לשלם או לא.

תשובה, דבר זה תלוי באופנים ובגמ' ב"ב פ"ח ע"א אמר שמואל הנוטל כלי מן האומן לבקרו ונאנס בידו חייב, והני מילי הוא דקייצי דמיה ע"כ. ועיין רשב"ם, והרמב"ם פ"ד מהל' מכירה הי"ד הנוטל כלים וכו' ונאנס בידו חייב בדמיו הואיל ודמיו קצובין מאת שהגביהו נעשה ברשותו והוא שיגביהו כדי לקנות את כולו ויהיה אותו החפץ הנמכר חביב על הלוקח, ובש"ע ח"מ סי' ר"א סי"א הלוקח וכו' נעשה ברשותו כלשון הרמב"ם והוסף, ואין המוכר יכול לחזור בו, וכו' ע"ש. והנראה דהחילוקים הם שאם נכנס לחנות ולקח כלי ואין לה דמים קצובים כלל ועדיין לא שאל על המחיר ורק הולך כמו שהולכין מחנות לחנות לבקר ולעיין ונשבר אין חייב לשלם אבל הנכנס לחנות מקום שהמחירים קצובים כרוב חנויות בזמנינו שעל כל כלי יש פתק ומחירו קצוב עליו ומיד שהלוקח רוצה בו ומגביהו לבדקו כבר נכנס ברשותו ואין המוכר יכול לחזור בו, (ואולי יש לברר מה הדין בדיניהם אם המוכר שהוא בעל החנות יכול לחזור בו לאחר שכבר לקח הלוקח החפץ בידו ולומר לו שאיני רוצה ליתן לך) אבל במקום שאין המחיר קצוב ואכתי צריך לברר אז אינו חייב לשלם. ומיהו בנידון שאילתן לפי מה שהבנתי משאלתו המדובר בשכבר הסכים בדעתו ללקחו רק שקודם ששילם נפל מידו ונשבר כה"ג לכאורה פשוט שחייב לשלם לכ"ע שהרי כבר נקבע השער ולקחו ע"מ לקנותו וכמבואר בש"ע. והנני בזה ידידו דושכ"ת וי"ר שיזכה ללמוד תורה מתוך הרחבת הדעת המעתיר בעדו ומברכו בלב ונפש, מנשה הקטן

26. פסקי דין - ירושלים דיני ממונות ובירורי יוחסין ח פס"ד בית דין ירושלים לדיני ממונות ולבירור יוחסין

נושא הדיון ראובן, סופר סת"ם, כתב מגילה כדי למוכרה. שמעון התעניין בה לקנותה, ובקש למוסרה לבדיקה של רב שאם ימצאנה ראויה, יקנה אותה. הסכים ראובן, ונתן את המגילה לשמעון כדי שיתנה לבדיקת הרב. שמעון נטל את המגילה ומסרה לרב בביתו לצורך בדיקה, והרב אמר לו "הנח אותה כאן, וכשיהיה לי זמן אבדוק אותה". בינתיים נעלמה המגילה מביתו של הרב. ראובן תובע משמעון את דמי המגילה מכיון שנטלה כדי לקנותה, ושמעון משיב שמכיון שתלה את הסכמתו לקנותה בבדיקת הרב והרב עוד לא בדק אותה, לא נעשה עליה לוקח ואינו חייב לשלם עליה. גם הרב טוען שאינו חייב משום שלא קבל עליה חיובי שמירה.

לפי"ז בניד"ד אם היו דמיו קצובין, ומסתבר כן לפי פירושו של הרשב"א הנ"ל שאם קצץ פעם אחת לכל מי שבא ליקח ממנו כלי כזה, הרי המגילה היו דמיה קצובים, וא"כ נתחייב באונסין או מדין לוקח או דהוה כשואל, כל זמן שלא גילה דעתו שאינו רוצה לקנותו, ולרשב"ם אף כשגילה דעתו חייב באונסין עד שיחזירנו לבעליו. ואף שנתן לו רשות ליתן לרב לבדוקו, מ"מ נראה שאינו נפטר מחיובו ונתחייב באונסין. ואם לא היו דמיה קצובין לכאורה נראה דהוה שומר שכר דחייב בגניבה ואבידה, וכמשי"כ המחבר בסי' קפו סעי' א הלוקח כלים מבית האומן לשגרם לבית חמיו וכו' אם נאנסו בחזרה פטור אבל אם נגנבו ונאבדו חייב. וא"כ אם לא היו דמיה קצובין אף שלא סמכא דעתא לקנותו, מ"מ לא גרע מנגנבו בחזרה דאז כבר אינו רוצה לקנותו מ"מ הוה שומר שכר דחייב בגנו"א, ולכן אף שנתנם לאחר לבדוקו מ"מ לא נפטר מחיובו. יהושע ווייס.

לפי"ז בנידון דידן שהרב אמר לשמעון "הנח כאן עד שיהיה לי פנאי לבדוק אותה", אמנם לדעת ר' יחיאל בן הרא"ש, דינו כשומר חנם, ויכול הלוקח להשביעו על טענתו, ואע"פ שהמגילה לא נמסרה לו לשמירה מ"מ לא גרע ממשכון שהמלוה נעשה שומר עליה, עי' ברכת שמואל ב"ק סי' ד אות ו לפי שכל מי שחפץ של אחר מצוי ברשותו, חייב בשמירתו. ועי' דברות משה ב"ק סי' סד ענף ז שלהיות שומר חנם אין צריך להתחייבות אלא אם מוכרח הדבר להיות אצלו מתחייב, וקצת ראייה מהא דמשכון בשעת הלואה הוי ש"ח לרבה והא איירי אף בסתם שלא אמר בפירוש שמקבל עליו שמירה. אך כבר הכריע הט"ז ש"הנח כאן" היא כ"הנח" סתם שהכוונה שהבעלים ימשיכו לשומרו כאן, וע"כ אין לחייב את הרב אף לא כשומר חנם. אברהם דוב לוי.

27. פתחי חושן חלק ג (פקדון ושאלה) - הערות פרק א - כללי הפקדון והשומרים

ויש לעיין כשלוקח כמה חפצים כדי לברור מתוכם אחד ולהחזיר השאר, כגון מה שמצוי מאד בדי מינים שלוקח כמה אתרוגים או לולבים לילך למומחה לבדקן, מה דינו עליהם, ונלעני"ד שבדרך הליכה תליא בפלוגתא, שלדעת הפוסקים שחיובו הוא משום שדינו כשואל, נראה שדינו כשואל על כולם, שהרי כל הנאה שלו בכל אחד מהם שימצא חן בעיניו, אבל לדעת הפוסקים שדינו כלוקח, הרי ודאי שלא נתכוין לקנות את כולם, ואף מדין ברירה לא שייך כשנאנסו בדרך הליכה ולא בא לידי ברירה. ונראה שאף אם הם בעין אלא שנפסל אחד מהם, לא שייך לומר הוברר למפרע שזה לא היה בכלל כונת מקח, שהרי בשעת לקיחה עדיין לא נפסל. אמנם אם בא ליד המומחה והוברר שהשני הדר יותר, ובודאי לא היה בורר בזה שנפסל, יתכן ששייך בדין ברירה, ונדמה לי שדעת הפוסקים שאין ברירה בדיני ממונות (עי' לעיל הערה נז), וממילא אפשר שכולם בדין מקח, ולא דמי להיא אטמא שבודאי לא נתכוין אלא לחלק מהם, והדבר ניתן לחלוקה כמה היה בדעתו לקנות, וגם לא דמי להיא דבורר והניח, שכבר הניח מידו. ומ"מ נראה שבכל אופן חייב בגניבה ואבידה, שבדרך הליכה מסתבר שהנאה זו שיכול לברור איזה שירצה, הוי כשכר שיהא חייב כש"ש.