

הרב זלמן נחמיה גולדברג

הפרשת תרומות ומעשרות בהעדר בעלות גמורה

ראשי פרקים

- א. הפרשת תרומות ומעשרות ע"י אורח
 - ב. לקוח שנתן מעות ולא משך פירות
 - ג. גמירות דעת והסכמה ללא קנין ממשי
 - ד. לקוח שמשך פירות ולא נתן מעות
 - ה. הפרשת תרומות ומעשרות מדבר שנקנה כשלא היה בעולם
 - ו. חולה האוכל משאינו שלו ללא קבלת רשות
- אחד התנאים לאפשרות הפרשת תרומות ומעשרות הוא היות הפירות בבעלותו של מבצע ההפרשה. בהקשר לכך נשאלות מספר שאלות עקרוניות ומעשיות. להלן יידונו אחדות מהן.

א. הפרשת תרומות ומעשרות ע"י אורח

לכאורה נראה שכל שלא קנה פירות בקנין גמור אינו יכול לעשרם וכמו ששנינו (תרומות א' א'): "חמשה לא יתרמו ואם תרמו אין תרומתן תרומה... והתורם את שאינו שלו...". אכן, לפי זה קשה מה ששנינו במסכת דמאי (ו' א'): "המוזמין את חברו שיאכל אצלו והוא אינו מאמינו על המעשרות אומר מערב שבת מה שאני עתיד להפריש מחר הרי זה מעשר...". והשתא אם נאמר שכל שלא קנה קנין גמור אינו יכול לעשר, הכיצד יכול הוא לעשר פירות שנתנו לו בתור אורח, והרי מסתמא אין כוונת המארח להקנות לו, אלא רק נותן לו רשות לאכול? ואמנם משנה זו עוסקת בדמאי ולא בודאי וכמבואר בירושלמי שהביא הר"ש (שם על המשנה), אבל משם מתבאר שהוכרחו להעמידה בדמאי רק משום שאיירי באופן שבשעה שאומר שיהיה מעשר עדיין בעל-הבית לא כבדו ומשום הכי רק בדמאי הקילו, אבל אם מעשר אחר שכבדו אותו נראה משם שגם בטבל ודאי יכול האורח לעשר.

אכן באהע"ז (סי' כ"ח י"ז) פסק הרמ"א: "אורח שיושב אצל בעל הבית ונוטל חלקו וקידש בו הוי מקודשת". מזה נוכל ללמוד, לכאורה, שהנותן לאורח כוונתו להקנות לו ולא רק לתת לו רשות לאכול, ואינו כמעשר שני שמשולחן גבוה אוכל ולא נעשה שלו. אלא שהב"ח, ה"ט"ו והב"ש הקשו מן הדין המובא בשו"ע או"ח (ק"ע י"ט) ומקורו מגמ' חולין (צ"ד ע"א) "אורחים הנכנסים אצל בעל הבית אינם רשאים ליטול מלפניהם וליתן לאחרים

שלא ברשות בעל הבית, וא"כ אמאי יכול לקדש בזה? מכח קושיה זו הם מסיקים ש"נראה שאינו ודאי קידושין אלא ספק קידושין...".¹ אמנם את קושיית הט"ז והב"ח יש ליישב ולומר שמה שאסרו ליתן לבנו של בעל הבית אינו אלא איסור לכתחילה, אבל אם נתן לא עבר על איסור גזל. דוגמא לכך מצינו ביחס לדין "אין השוכר רשאי להשכיר ואין השואל רשאי להשאיל", עליו כתב הר"ף (ב"מ כ' ע"א בדפי הרי"ף): "אין השואל רשאי להשאיל... הגי מילי לכתחילה אבל דיעבד אע"ג שאינו רשאי אי איכא סהדי דלא פשע לא מחייבין ליה... ושמע מיניה דלא קיימא לן כר' מאיר דאמר כל המעביר על דעת בעל הבית נקרא גזלן". עכ"פ, דעת הב"ח, הט"ז והב"ש היא שאין בכח האורח לקדש אשה במנה שניתנה לו בתור אורח, ובפשטות יש לומר שהטעם לכך הוא שאין בעל הבית נותן לאורח את המנה במתנה, אלא רשות אכילה בלבד. ואין לומר שגם לשיטתם בעל-הבית נותן לאורח את המנה במתנה, אלא שהוא משייר לעצמו את זכות הקדושין בזה ולכן אין האורח יכול לקדש, שהרי לא קיימא לן כר"מ הסובר שכל שמעביר על דעת בעל הבית נקרא גזלן – הרי שאנו מניחים שמסתמא אין אדם משייר לעצמו במתנה מה שאינו רוצה שיעשה בה המקבל, וע"כ הטעם לכך שאינו יכול לקדש הוא משום שבעל הבית לא נתן זאת לאורח במתנה. לפי זה, א"כ, קשה כיצד יכול האורח לעשר את הפירות. גם לשיטת הרמ"א, לפיה יכול האורח לקדש אשה בחלקו, עדיין קשה מה ששנינו להלן שם בדמאי (ז' ב'): "מזוגו לו הכוס אומר מה שאני עתיד לשייר בשולי הכוס הרי הוא מעשר", ומפשטות המשנה נראה שמיד שמזוגו לו יכול לעשר, עוד לפני שהגביה את הכוס – והרי לא זכה ביה, והיאך מעשר את מה שאיננו שלו?

קושיה זו ניתן ליישב ע"פ האמור בב"מ (מ"ט ע"א): "אמר רבה בר בר חנא האומר לחבירו מתנה אני נותן לך יכול לחזור בו... ומודה ר' יוחנן במתנה מועטת דסמכא דעתייהו הכא נמי מסתברא דאמר ר' אבהו אמר ר' יוחנן ישראל שאמר לבן לוי כור מעשר יש לך בידי בן לוי רשאי לעשותו תרומת מעשר על מקום אחר אי אמרת בשלמא לא מצי למהדר משום הכי רשאי אלא אי אמרת מצי למיהדר ביה אמאי רשאי אישתכח דאכיל טבלים למפרע...". בדרוש וחידוש לרע"א כתב (שם ד"ה אא"ב לא מצוי): "תמוה לי הא מ"מ לא קנה הלוי ואינו יכול לקרות שם תרומה על דבר שאינו שלו. וראיתי בספר קצות-החושן (סי' ר"ד) שהביא קושיה זו בשם השיטה מקובצת, והוא כתב לתרץ עפמ"ש הרא"ש בנדרים (ל"ד ע"ב) בשם הרמב"ם (צ"ל הרא"ם) דהיכא שהיה בידו ככר של הפקר ויכול לזכות בו יכול

1. ועיין שם בבאור הגר"א שסובר שאינו כש"כ, שניתן לומר שדווקא לבנו ולעבדו אסור ולאחרים מותר. ועיין שם שהוסיף ובאר שרק לשמש אסור שמא יארע על ידי זה קלקלה בסעודה וכמו שאמרו בחולין (ק"ז ב), ולפי זה צריך לומר שרק לבנו של בעל הבית אסור לתת אבל לאחרים מותר. וצ"ע למה אין איסור לאחרים כמו לבנו, שאולי האיסור מחשש תקלה הוא דוקא בשמש שלא שייכת בו קפידת בעל הבית, וצ"ע.

להקדיש כיון דבידו לזכות בה. ה"נ כיון דודאי הישראל לא יתזור כיון דהוי מחוסר אמנה הו"ל כבידו לזכות ומהני לכל דבריו לקרות שם תרומה ומעשר. ולענ"ד אינו, דדברי הרמב"ם (צ"ל הרא"ם) רק דמהני ההקדש לאחר שיוכה ולא הוי כמקדיש דשלב"ל, אבל מ"מ פשיטא דקודם שזכה לא חל ההקדש, ואלו הכא משמע דתיכף הוי תרומות ומעשר ופוטר להפירות מטבל, דהא מדקתני רשאי לעשות וכו' היינו דא"צ לחוש שמא יחזור הישראל ויאכל טבל למפרע. הרי מבואר דבאוכל מפירותיו קודם שבא לידו לא הוי כאוכל טבל. ובוזה עדיין הקושיא במקומה עומדת, כיון דאינו שלו איך חל עליו שם תרומה קודם שיוכה מישראל. ולזה נראה עיקר כמו שתירץ השיטה מקובצת דלא גרע מנותן רשות לחברו שיתרום מכרי על תבואה שלו".

לאור דברים אלו יש ליישב גם את קושייתנו כיצד האורח מעשר פירות שנתנו לפניו, שאף שלא קנאם מ"מ לא גרעי ממתנה מועטת שכיון שאסור לנותן לחזור בו הרי זה כנותן לו רשות והריהו כמפריש בשליחות הבעלים. ונראה שאף שהלכה זו שיכולים הבעלים הישראלים להפריש תרומת מעשר במחלוקת היא שנויה בין חכמים ואבא אלעזר בן גמלא וכמבואר בגמ' גיטין (ל' ע"ב), הרי שהרמב"ם פסק כאבא אלעזר בן גמלא: "מצות תרומת מעשר שיפריש אותה בן לוי ממעשרו...ויש לישראל להפריש אותה וליתנה לכהן ויתן המעשר ללוי אחר שיפריש ממנו תרומתו שהיא מעשר מן המעשר" (תרומות פ"ג הי"ב). אמנם הטעם מדוע פסק כאבא אלעזר בן גמלא לא נתבאר², ולפי דרכנו יש לומר שלכן פסק כמותו, שסתם משנה בדמאי כותיה, שמשום כך יכול האורח לעשר וגם לתרום תרומת מעשר כמבואר במשנה דמאי (ו' ב'). אכן לפי זה יוצא שהקונה פירות מעם הארץ אינו יכול להפריש תרומת-מעשר לדעת חכמים החולקים על אבא אלעזר בן גמלא.

אכן ראה זו יש לדחות משום שבמשנה זו איירי בדמאי, ובדמאי לכו"ע יכול הישראל לתרום תרומת מעשר, שהרי חובה לעשר ממנו אך אין חובה ליתן ללוי מספק, שהמוציא מחבירו עליו הראיה, וא"כ המעשר הריהו של הישראל. לכן במקרה זה יכול הישראל לתרום לכו"ע. משא"כ בנד"ד, שאם בעה"ב הנותן את הפירות לפני האורח יודע אליבא דאמת שהפירות אינם מעושרים הרי התחייב בנתינה ואין הפירות שלו, וא"כ גם האורח המסופק לא יוכל לעשר לדעת חכמים החולקים על אבא אלעזר בן גמלא. אלא שביחס לקונה ע"כ עלינו להסביר שכיון שמותר לו לקונה להחזיק את המעשרות לעצמו מכח דין "המוציא מחבירו עליו הראיה" – יכול גם לתרום, שכל שיש לו ספק הרי זה כשלו. וא"כ אף אנו נאמר בנד"ד שאם המארח נותן לו רשותו לעשר ולתרום תרו"מ יכול לתרום ולאכול על סמך ההנחה שלהלכה הפירות הם בודאי של המארח אף אם כלפי שמיא גליא שהם אינם מעושרים והמעשר הראשון אינו של בעל הפירות. וצ"ע בזה. עכ"פ אם נניח שלחכמים אינו יכול לתרום, נמצא שסתם משנה כאבא אלעזר בן גמלא.

ב. לקוח שנתן מעות ולא משך פירות

והנה ברמב"ם (הל' מעשר פ"ז ה"ח) כתב ע"פ הגמ' בב"מ (שם): "ישראל שאמר לבן לוי כור מעשר יש לי בידך רשאי בן לוי לעשותו תרומת מעשר על מקום אחר אע"פ שלא משך, ואם נתנו הישראל ללוי אחר אין לו עליו אלא תרעומת". וברדב"ז שם הוסיף ובאר: "שאינן התרעומות על שהבטיחו על שקר לבד אלא על שהאכילו טבלים, שאם הניחו לעשותו תרומות ומעשרות על מקום אחר ואם נתנו ללוי אחר לא נמצא שאכל טבלים למפרע, ואין לך תרעומות גדול מזה. ומסתברא לי שכל מה שתיקן זה הלוי אפילו קודם שנתנו ללוי אחר לא היה מתוקן, כיוון שנתנו ללוי אחר נתברר למפרע שלא היה של לוי זה וצריך לחזור ולתקן את מעשרותיו מן הודאי ולא מן הספק, ואם אכלן אין לו עליו אלא תרעומות". דברים אלו הם דלא כדברי רע"א לעיל שרשותו של בעל-הפירות מהני להפרשת תרומות ומעשרות. אכן דברי הרדב"ז תמוהין מצד עצמם, וגם בירושלמי (תרומות פ"א ה"ב) מפורש להדיא כדברי רע"א ודלא כהרדב"ז, וז"ל שם: "ר' יוחנן בשם ר' ינאי ישראל שאמר ללוי כור מעשר יש לך בידי והלך הלוי ועשאן תרומות ומעשר על מקום אחר אין לו עליו אלא תרעומת הדא דתימא בשנתנו זה (הישראל) עד שלא עשאו זה (הלוי), אבל אם עשאו זה (הלוי) עד שלא נתנו זה (הישראל) לא (יכול ליתן לאחר) כהדא מתניתין, ביטל (המשלח את השליח) אם עד שלא תרם (השליח) ביטל (אותו המשלח) אין תרומתו (של השליח) תרומה, ואם משתרם ביטל (השליח) תרומתו תרומה. וכל כמינה (של הלוי לעשותו תרומת מעשר הרי אין הפירות שלו) מכיון שאמר לו כור מעשר יש בידי נעשה שלוחו נמצא התורם ברשות ישראל. פתר ליה כר' יוסי דאמר ר' יוסי בעל הבית שתרם את המעשרות תרומתו תרומה".

ועדיין יש לבאר דין זה ע"פ הדעה בגמ' בב"מ (שם) הסוברת שגם באומר מתנה מועטת אני נותן לך מותר לחזור בו, שהרי ע"פ דרכנו, לדבריו האומר ללוי כור מעשר יש לך בידי אסור הלוי לעשותו תרומת מעשר, וקשה היאך יפרש את המשנה הנ"ל המתירה לאורח לעשר גם אם לא עשה קנין ואף שמותר לבעל הבית לחזור בו. ואין לומר שגם אם מותר לחזור בו מ"מ כל זמן שלא חזר יש בהבטחתו רשות ושליחות לעשות תרומה ומעשר, שא"כ לא ברור כיצד הוכיחה הגמ' שם מכך שבן לוי מותר לעשותו תרומת מעשר את ההלכה שאסור לחזור בו שהרי גם אם מותר לחזור יש בהבטחתו משום נתינת רשות. אכן יש לומר שגם אם מותר לחזור בו מ"מ יש באמירתו משום נתינת רשות לתרום, אלא שאם יחזור בו מתבטלת הרשות, שאגלאי שלא נתן לו, שלא הרשהו אלא בתנאי שלא יחזור בו, ואם חזר בו – על מנת כן לא נתן לו רשות. בזה מדויקת גם לשון הגמ' שם: "אי אמרת רשאי לחזור בו אשתכח דאכיל טבלים למפרע". ולכאורה לא ברור מהו לשון "אשתכח", ומדוע לא כתבה הגמ' באופן פשוט שאי אמרת רשאי לחזור בו אין רשאי לעשותו תרומת מעשר שהרי אין לו רשות. אבל לפי דרכנו מיושב, שאף שרשאי לחזור בו – אם לא יחזור בו לא תפקע ההפרשה ולא ישתכח שאכל טבל למפרע. לפי"ז נמצינו למדים חידוש להלכה,

שגם במבטיח לחברו מתנה מרובה שאז מותר לו לחזור בו, מ"מ אם המקבל יפריש תרומות ומעשרות הם יתפסו, אלא שתוקפן יהא תלוי ועומד – אם לבסוף יחזור בו יתברר למפרע שלא חלו התרו"מ ואם לא יחזור בו יחולו התרו"מ שתרם. עוד יש להקשות מן המשנה במסכת דמאי (פ"ז מ"ג), שם שנינו: "פועל שאינו מאמין לבעל הבית נוטל גרוגרת אחת ואומר זו ותשע הבאות אחריה עשויות מעשר על תשעים שאני אוכל... וחושך גרוגרת אחת. רשב"ג אומר לא יחשוך שהוא ממעט מלאכתו של בעל הבית. ר' יוסי אומר לא יחשוך מפני שהוא תנאי ב"ד". ולכאורה קשה, היאך יחול המעשר על התשע הבאות אחריה והרי לא זכה בהם, שעדיין לא עשה קנין. והנה אם נאמר שמדובר כאן בפועל האוכל מכח דין תורה קשה עוד יותר כיצד יכול לעשר, שהרי קי"ל ש"פועל משל שמים הוא אוכל" (שו"ע חו"מ של"ז ט"ז) ואם-כן אף הגרוגרת אינה שלו לעשר. אכן בלאו-הכי לא יתכן לפרש בפועל האוכל מן התורה, שהרי במקרה כזה פטור לגמרי מתרומות ומעשרות. אלא ע"כ הפירוש הוא כמבואר בתוספות-חדשים (על המשנה שם) שמדובר בפועל האוכל מכח המנהג ולכן חייב לעשר, וא"כ לענייננו נוכל לומר גם כן ע"פ דרכנו לעיל שכל שחייב בעל הבית ליתן לו יכול לעשר מכח רשותו של בעל הבית לעשות זאת, ולא גרע מה שחייב מכח מנהג ממבטיח מתנה מועטת שאסור לחזור בו ולכן יכול להפריש.

מכל האמור לעיל יכולים היינו לכאורה להסיק שאורח אכן רשאי להפריש תרומות ומעשרות, ואף אם נתנו לו מתנה מרובה, אלא שבמקרה כזה אם בעל הבית יחזור בו תבטל ההפרשה למפרע. אך סברה זו מופרכת מדברי ההגהות-מיימוניות הל' מלוה ולוה (פי"א ה"ב) שכתב בשם ר"ת שאם נאמר לשליח תן מתנה לפלוני, הרי שאם המקבל עשיר צריך השליח להמלך שנית בנותן, ואם כן כש"כ בנד"ד שרק הבטיח לחבירו מתנה מרובה ולא אמר לשליח שיתן לו – בודאי שלא יוכל המקבל ליטול בעצמו את המתנה או לעשרה. ואף לדעת הרא"ש (כתובות פ"ה ס"ד) שחלק וכתב שמסתבר שאינו צריך להמלך בו שנית, ומדבריו נראה שה"ה במבטיח מתנה מרובה³, מ"מ נראה שדוקא כשאמר לשליח ליתן – בזה סובר הרא"ש שאין השליח צריך להמלך, שכל שמינה שליח אין לחוש לחזרה⁴, אבל אם רק אמר ליתן ולא מינה שליח נראה דלכו"ע אין המקבל יכול ליקח מדעת עצמו את המתנה או להפריש תרו"מ.

3. שהרי הביא שם דין זה כדי להסביר מדוע האומר לעדים שיתנו שטר מתנה לחבירו על קרקע צריכים להמלך, והרי סתם קרקע מתנה מרובה, ובע"כ שגם באומר לשלוחו תן לפלוני מתנה מרובה סובר הראש שאינו צריך להמלך בו שנית.
4. וגם אם חזר בו המשלח בלב, כל שלא בוטלה השליחות או שלפחות אמר בפירוש שאינו רוצה אין השליחות בטלה ויכול השליח ליתן. בענין זה יש להאריך ואכמ"ל.

והנה על ההגמ"י יש לתמוה, שנראה מדבריו שאף במתנה מועטת צריך להמלך. ואמנם בדברי הירושלמי שהובאו ברא"ש שם⁵ שרב אמר לבנו אם אומר לך תן מנה לעשיר המלך כי שנית ולא חילק בין מתנה מרובה למתנה מועטת, יש להסביר שרב לשיטתו שגם המבטיח מתנה מועטת מותר לחזור בו ואין בו משום מחוסרי אמנה, ולכן גם במתנה מועטת צריך להמלך, אבל על ההגהות מימונית שהביא את הירושלמי להלכה וסתם ולא חילק בין מתנה מרובה למועטת צ"ע, אלא אם נאמר שהאומר לשליח תן לפלוני מותר לחזור בו גם במתנה מועטת וגם לר"י, כיוון שלא אמר זאת למקבל המתנה עצמו ואין המקבל סומך דעתו לזה, וצ"ע. מאידך, על דעת רב יקשה כיצד אכן יפרש את המשניות בפ"ז מדמאי מהם מוכח שאורח יכול לתרום גם בלא זכה בקנין. על כך אולי יש לומר שהמבטיח לאורח הרי זה כנדר, ולא מבעי באורח עני שהבטחתו היא לצדקה, אלא אפילו באורח עשיר – מחמת המצוה לארח אורחים יתכן שהוא אסור לחזור בו, וצ"ע.

להיתר הפרשת תרו"מ גם במתנה מרובה יש לומר עוד, שכל מה שאמרו בגמ' (שם) שהטעם לכך שמוותר לבן לוי לעשות תרומת-מעשר אם הבטיחו לו מתנה מועטת הוא משום שאסור לחזור בו, זהו דוקא אם בא הלוי לעשותו תרומת מעשר על מקום אחר, שמפסיד לבעל הבית, אבל להפריש תרומה ומעשר מיניה וביה בזה – יכול גם במתנה מרובה, שהרי אין הבעלים מפסידים בכך. ואף שהתורם פירות חבירו שלא ברשות לא חלה הפרשתו, היינו משום שזוהי איננה זכות גמורה שניתן לומר ביחס אליה "זכין לאדם שלא בפניו", שהרי אפשר שרוצה בעצמו לקיים המצוה או שרוצה דוקא מפירות אלו – יפים או בינוניים – ואין חבירו מכיר בכך, אבל במבטיח לתת מתנה לחבירו, בזה הלא חויבן שניחא ליה שהלה יפריש, וכש"כ בנותן לאורח, בזה בודאי ניכר שאינו מקפיד אם האורח יפריש בעצמו, וא"כ אולי יכול האורח להפריש גם במתנה מרובה ואף שבעה"ב יכול לחזור, שהרי אין לו הפסד בכך. ואף שדעת קצה"ח (סי' רמ"ג) היא שאי אפשר לתרום תרו"מ מדין זכין, שרק "זכין לאדם" אבל אין זכין מאדם, וכן דעת הרבה ראשונים⁶, מ"מ יכול האורח לתרום ולהפריש תרו"מ מטעם שהבעלים עושין אותו שליח להפריש בזה שנותנים את הפירות לפניו.

בהקשר לענין הנדון כאן יש לעיין בירושלמי דמאי פ"ז ה"א על המשנה שם: "המוזין את חבירו שיאכל אצלו... אומר מערב שבת מה שאני עתיד להפריש למחר הרי זה מעשר...". וז"ל הירושלמי שם: "רבי ירמיה בעי קומי רבי זעירא ואינו אסור משום גזל? רוצה הוא שיהא לו נחת רוח (ואינו מקפיד אף אם זורק דבר מה מן הסעודה). מיליהון דרבנין פליגיין, דא"ר שמואל בר רב יצחק רבי ורבי יוסי בי רבי יהודה נתארחו אצל בעל הבית אחד אול לישנא בישא אמר לו הב דעתך דאינון מחשדונך. יתיב לי מעייני לון, והוון עבדין נפשין

5. ועיין בהגהות הגר"פ שמחזק זאת מהרא"ש.

6. וכמו שהאריך בזה בשו"ת באר יצחק סימן א'.

מזרקין אילין לאילין ומתקנין. ואינו רוצה נחת רוח? רוצה הוא אלא דלא בעי דחשודניה".
 וצ"ע, שאם בעל-הבית איננו רוצה שיחשדוהו א"כ איך יכול האורח לעשר, והלא כל כותו
 לעשות זאת הוא בשליחותו של בעל הבית, והלה אינו רוצה בכך. ואמנם לפי הסברה
 שהועלתה לעיל, שכל הנותן לאורח מקנה לו שיהיה שלו, יכולה לחול ההפרשה אף שאין
 בעל הבית רוצה בכך, שאף שאסור לעבור על דעת בעל הבית מ"מ הוא איננו כגזול,
 ובכה"ג כעובדא דירושלמי שאם האורחים לא יעשרו לא יהיו יכולים לאכול עדיף לעשר
 ולעבור על דעת בעל הבית מאשר לא לאכול, אלא שק"ק לשון הירושלמי לפי זה. אך
 לפי השיטות הסוברות שאין אורח קונה כלל לעצמו ורק רשות בידו לאכול קשה כיצד
 יפרשו את הירושלמי. לכן נראה להסביר שבכה"ג אנו תולים שהמארח את החכמים רצה
 שני דברים גם יחד – שיאכלו אצלו וגם שלא יחשדוהו, אך אם לא יוכלו להתקיים שניהם
 עדיף בעיניו שיעשרו ויאכלו. לכן עמד ועיין כדי שלא יחמירו לעשר, ואילו הם, כדי שלא
 לביישו, עישרו באופן שלא שם לב לכך.

עוד יש לעיין בסוגיה בפסחים כ"ט ע"א, שם מביאה הגמ' את דעת ר' אחא בר יעקב הסובר
 שר' יהודה למד "שאור דאכילה" מ"שאור דבל יראה", ופירש רש"י שלדעתו כמו שאין
 עוברים בהשהיית חמץ של גוי על איסור "בל יראה" כך אין עוברים בחמץ כזה על איסור
 אכילת חמץ. על כך הקשו בתוס' (שם ד"ה בדין) כיצד יתכן להתיר חמץ של גוי באכילה,
 שהרי אם מדובר באופן שהגוי נותן לו את החמץ – הרי זה חמץ של ישראל, ואם אינו
 נותן לו נמצא שהישראל גזל את החמץ וחייב באחריותו, ובאופן כזה יש גם משום "בל
 יראה". ולכאורה היה מקום ליישב את פי' רש"י ולומר שמשכחת לה בגוי שנתן רשות
 לישראל לאכול מחמצו אך לא הקנהו לו. אם אכן נתינת הרשות איננה הקנאה, קשה מדוע
 התוס' לא תירצו כן. יתכן לתרץ קושיה זו ולומר שהתוס' שלא העלו בדעתם אפשרות כזו
 סברו אולי שלא יתכן שבשעת אכילה עדיין אין המאכל שלו, שפעולת האכילה עצמה
 עושה את המאכל לשלו, אם אכן נתנו לו הבעלים רשות לאכול, ובאותה שעה עובר באיסור
 חמץ. ברור, עכ"פ, שגם אם נאמר סברה זו, שבשעת האכילה ממש מוכרח להיות של
 האוכל, מ"מ עשיית תרומת-מעשר הרי איננה אכילה ואיננו שלו ונמצא מפריש משל חברו
 על שלו. עוד אפשר לתרץ ולומר שחמץ שאוכלו ברשות עובר גם ב"בל יראה ובל ימצא",
 שנחשב מצוי בידו, ולכן לא יתכן שלכך התכוון ר' אחא בר יעקב. והנה הרמב"ן ריש
 פסחים דן בשאלה אם הפקרת החמץ מועילה להציל מאיסור "בל יראה" ומסיק שהפקר
 עדיף מ"חמץ גוי שכבשתו" (עיי"ש), וא"כ יש לומר שאפילו לדעת התוס' הסובר שבחמץ
 הפקר אין משום "בל יראה ובל ימצא" – חמץ שאוכל ברשות נכרי מ"מ אסור באכילה
 לר' אחא בר יעקב ועובר על בל יראה וב"י לכו"ע, ומיושב מש"כ התוס' שלא משכחת שיאכל
 אדם חמץ של גוי בפסח.⁷

7. והנה לכאורה ניתן לתאר מקרה של אדם שאכל חמץ גוי בפסח, בגוי שהפקיד חמץ אצל ישראל

ומעתה נראה לדון שלוקח שקנה פירות במעות ולא משך יכול להפריש תרו"מ, ויש ללמוד דין זה מק"ו, שאם הבטחה לתת מתנה שהאיסור לחזור ממנה כרוך רק בגדר מחוסרי אמנה, מאפשרת לזכאי להפריש, כש"כ נתינת מעות המכר, שהחזור ממנה לוקה ב"מי שפרע" – בודאי תאפשר לעשות זאת. אכן יש לדון מה דין הפירות אם אחר שהפריש הלוקח חזר בו המוכר או הלוקח. ואם נאמר שההפרשה לא תתבטל במקרה כזה, נמצא שאם הלוקח הפריש מפירות אלו תרומה או מעשר על פירות אחרים – לא יוכלו לחזור בהם עוד מפירות אלו, שהרי פירות תרומה בידי, וא"כ מתעורר שוב החשש "שמא יאמר גשרפו חייטך בעליה" (ב"מ מ"ו ע"ב), שמחמתו תקנו שמעות אינן קונות, ונמצא שבמקרה הנדון גם התקנה איננה פותרת את הבעיה. ואם נאמר שכיון שעשאן תרומה שוב ממילא גם הלוקח לא יצילם א"כ יש לומר שכל שעשאן תרומה על מקום אחר שוב קנאן, שכבר בטל הטעם "שלא יאמר לו גשרפו חייטך בעליה" והרי זה דומה לקונה בכסף והיתה עליית המוכר מושכרת ללוקח שקנה (שם מ"ט ע"ב) משום שהטעם לתקנה לא שייך בוה. גם אי-אפשר לפשוט בעיה זו מן ההלכה המקבילה במקרה שהבטיח לתת מתנה מועטת והפריש וחזר בו, שכן במתנה מועטת ניתנה הרשות להפריש והמקבל נעשה שליח להפריש, וניתן לומר שמכיון שרוצה הוא ליתן לו, אין הוא מקפיד על כך שתשאר בידו האפשרות לחזור בו, משא"כ במכר, וצ"ע בסברה זו. עכ"פ, נראה שגם אם נסכים לסברה זו אין בה כדי לערער את מסקנתנו הנ"ל שכל שלא חזר בו חלה ההפרשה.

ולפי זה נראה לדחות מה שפרסם חכם, שע"פ הנוהג היום שהממשלה קונה את כל תבואת-הארץ ומפרישה ממנה תרו"מ אין מועילה ההפרשה, משום שאין לממשלה כח קנין ונמצא שהמעשר מתקן פירות שאינם שלו או של שולחיו. וע"פ מש"כ לעיל נראה פשוט שאין בזה שום חשש, משום שגם אם נסכים שאין לממשלה כח קנין מ"מ בזה שהמוכרים מקבלים תשלום עבור התבואה בודאי הם מסכימים ונותנים רשות להפריש תרו"מ בשליחותם, שהרי אם לא יסכימו המוכרים לזה הרי הממשלה לא תשלם את מחיר התבואה, וגם אם שילמה כבר תתבע אותו בחזרה. נוסף לכך יש לראות את ההפרשה כזכות למוכרים, שעל-ידה לא תתבטל המכירה ולא יהא עליהם להחזיר את דמיה, וא"כ ניתן להפריש תרו"מ מכח דין "זכין לאדם"⁸.

ומת ישראל ובניו של ישראל סברו שהמאכל הוא של אביהם וגם סברו שהמאכל אינו חמץ ואכלוה, שפטורין מחטאת. מקרה כזה מופיע בדו"ח לרע"א על כתובות ל"ד, עיי"ש.

8. אכן לטעם זה האחרון שני הדבר במחלוקת אם אומרים גם "זכין מאדם" או רק "זכין לאדם" וכמו שהאריך בזה הספר באר יצחק סימן א.

ג. גמירות-דעת והסכמה ללא קנין ממש

ביחס לשאלה האם הלוקח יכול לעשר כשגמרו והסכימו על מחיר מסויים, עוד לפני שנעשה הקנין, יש לומר שהרי קיי"ל שהמבטיח למכור אסור לו לחזור בו, ואם חזר בו יש בזה משום מחוסרי אמנה, ועוד יותר מכך – במכר אין הבדל בין מרובה למועט ובכל מקרה יש בחזרה מן ההבטחה משום מחוסר אמנה, וא"כ מסתבר שגם בזה יכול הלוקח לעשר (אלא אם כן ננקוט כסברתנו לעיל שאדם מקפיד במכר יותר מבמתנה ובוה אין רצונו שיעשה מעשה של הפרשת תרומת-מעשר שממנה לא יוכל לחזור עוד). ויש לדון, לפי זה, מה דין הפירות במקרה שהלוקח עישר אותם ואח"כ חזר בו מן הקניה. ומסתבר שאם עשאן תרומה ומעשר על פירות אחרים לא יוכל לחזור עוד מן המקת, שהרי המעשר והתרומה חלו, ואם יחזור נמצא שקלקל את הפירות והפסידן לבעלים שהרי נעשו תרומה ומעשר ואינן שלו. ואף שעיישרן בשליחות בעל הפירות, בודאי שהלה הסכים לכך רק על דעת שישלמו לו את מחיר הפירות שנעשו תרו"מ. לכן נראה שאינו יכול לחזור בו וחייב לשלם. את יסוד חיובו של הלוקח לשלם ניתן להסביר בשתי דרכים. הדרך הפשוטה היא לומר שהרי זה כאומר לחברו הרשיני לעשות פירותיך תרומה ומעשר על פירותי ואשלם לך, שחייב לשלם מדין ערב, שזה כאומר לחברו תן פירותיך לאחר ואשלם לך, וכאן הרשות לעשותם תרומה ומעשר ולתתם לכהן וללוי הריהי כאותה רשות לתת את הפירות לאחר. אמנם כנגד רעיון זה יוכל בעל-הדין לבוא ולטעון שאין זה דומה לדין ערב, משום שכאן אין מדובר בנתינה לאדם מסויים אלא לשבט הכהנים בכללותו ואולי דומה הדבר יותר לאומר לחברו זרוק מנה לים, ובוה לדעות מסוימות לא ניתן לדבר על ערבות, מפני שרק בנותן לבן-דעת מתחייב המצווה כאלו הוא עצמו קבלם, ואת "שבט הכהנים" יש לדון אולי כאינו בן דעת. אך גם אם נקבל את הטיעון הזה, וננקוט כאותן דעות שעליהן הוא נסמך, נראה שיש לחייב את הלוקח מדין מוזיק שקלקל ממון אחרים, והרי זה כאומר לחברו קרע כסותי ותשלם וקרע שצריך לשלם, כמפורש בב"ק סוף פ' החובל. אכן לדעת הרמב"ן שהובא בר"ן כתובות (י"ד ע"א בדפי הר"ן) הסובר שכל המזיק ברשות הבעלים איננו נחשב למוזיק ואין הוא חייב לשלם⁹, נראה שגם באומר לחברו קרע כסותי ע"מ להתחייב וקרע פטור כיון שהוא מוזיק ברשות. עוד יש לומר כנגד החיוב מדין מוזיק בנד"ר, שאמנם אם אמר קרע כסותי לא יתחייב הקורע לשלם, והיינו מטעם מחילה (וכמש"כ תוס' כתובות נ"ו ע"א ד"ה הרי זו) ומשום שבזה הוא מתנה על מה שכתוב בתורה בדבר שבממון שתנאו קיים, ומסיבה זו אם אמר ע"מ שתשלם נמצא שלא מחל לו וחייב לשלם. אך האומר לחברו היה שלוחי לעשות פירותי תרומת-מעשר על פירותיך או שפירותי יהיו תרומה ומעשר על פירותיך ע"מ שתשלם לי, מכיון שנעשו תרו"מ מכח הבעלים לא ניתן להגדיר זאת כהיזק ולחייבו מדין מוזיק, למרות שבפועל נגרם בזה הפסד לבעלים. לכן, גם אם

9. בקצה"ח חידש בעצמו סברה זו בסוף סימן רמ"ז ביחס לאומר אכול עימי, ועיי"ש.

נאמר שהשליח, ובנד"ד הלוקח, קבל על עצמו לשלם אין לחייבו. מה שברור הוא, עכ"פ, שאם עשה הלוקח את הפירות הלוקחים תרומה ומעשר על מקום אחר לגמרי חייב הוא לשלם, שהרי לכך לא עשוהו שליח, ויתכן גם שלא יוכל לחזור בו. כמו כן, אם רק הפריש תרו"מ מיניה וביה, בזה נראה שעכ"פ יכול לחזור בו ואילו התרומה והמעשר אינם בטלים בכך.

ד. לקוח שמשך פירות ולא נתן מעות

ביחס למקרה שקנה פירות ומשכן ועדיין לא נתן מעות, נראה פשוט שיכול הלוקח לעשרן. ואף שמשיכה אינה קונה מן התורה, המעשר מ"מ חל מן התורה, שלא גרע מנתינת רשות לקונה לעשר. ולמרות שאם יחזרו בהם לא יתבטל תיקון הפירות, כיוון שעכ"פ מדרבנן לא ניתן לחזור מן הקנין שוב אין בעצם העובדה שמדאורייתא לא נעשה קנין כדי לבטל את התרומה, ולכן אין לומר שאגלאי מילתא למפרע שע"מ כן לא הסכים. דברים אלו אמורים אף לסוברים שקנין שתקנו חכמים איננו מועיל לפעול מדאורייתא ושלא נתנו חכמים לדבריהם תוקף מכח הפקר ב"ד הפקר, על אחת כמה וכמה אם נקוט כסוברים שקנין דרבנן מהני לדאורייתא – פשיטא שקנין משיכה יועיל והמעשרות יחולו מן התורה. עכ"פ לא מצינו מי שהחמיר שלא להפריש תרו"מ מפירות כל זמן שלא שולם מחירם כמו שמצינו שיש מחמירים בארבעה מינים לשלם לפני חג הסוכות כדי שיקרא "לכם" מן התורה, ומוזה נראה שלענין תרו"מ אין צריך קנין מן התורה, וע"כ שזהו מטעם שכתבנו לעיל, שהפרשה כזו מועילה מכח רשות המוכר ובשליחותו. אך לפי"ז יש להסיק וללמוד נ"מ למעשה, שאם משך הלוקח ומת המוכר והיורשים קטנים, או שאחר שמשך הלוקח נשתתה המוכר, מכיון שבכה"ג בטלה שליחותו של המוכר יש מקום להחמיר ולחוש להפרשת תרו"מ כיון שאינם של הלוקח מן התורה.

ה. הפרשת תרומות ומעשרות מדבר שנקנה כשלא היה בעולם

שאלה נוספת שיש לדון בה היא שאלת ההפרשה מפירות שנקנו לפני שבאו לעולם, והיינו האם אדם שקנה פירות דקל לפני שבאו לעולם יוכל לעשרן לאחר שבאו לעולם ותלשן. ונראה שגם כאן נוכל לבוא ולומר שאף שלא קנה הלוקח, שהרי זהו קנין בדבר שלא בא לעולם, מ"מ נחשב הדבר כנתינת רשות ונמצא שתורם בשליחות בעל הדקל. וראיה לדבר ממסקנת הסוגיה בב"מ (ס"ו ע"ב) שהובאה להלכה גם בשו"ע חו"מ (ר"ט ד') לפיה הקונה פירות שלא באו לעולם ותפסן לאחר שבאו לעולם אין מוציאין אותם מידו, וטעם הדבר שתלינן שמחל לו. ובקצה"ח סימן קכ"ג סק"א הכריע כדעת התוס' והרמ"א שהטעם לדין זה הוא משום שאמרינן ניחא ליה למוכר למיקם בהימנותא, ואנו רואים את דיבורו ורצונו

זה עדיין קיימים גם לאחר שיבואו הפירות לעולם. ואפילו לא ידע המוכר בשעה שהלוקח נטל את הפירות – קנה, וכפי שפסק הרמ"א בסימן ס"ו סי"ו, ודלא כדעת הש"ך שחלק עליו שם בסימן ס"ו ובסימן ר"ט. ולפי"ז נראה פשוט שאם יכול הלוקח לקנות ואין מוציאין מידו, מהאי טעמא יכול גם לעשרן. ולמעשה מוכחת מסקנא זו מן הדין הנ"ל מיניה וביה, שאם אינו יכול לעשר את הפירות – כיצד יכול הלוקח לאוכלן, והרי הם טבל, ובע"כ שיכול לעשר¹⁰. העולה מכאן הוא, לפי זה, שהמוכר דבר שלא בא לעולם כגון שמכר לו מה שירש מאביו או מה שיקנה, ואחר שירש או קנה קרא הלוקח שם לפירות – חלו התרו"מ ושוב לא יוכלו המוכר או הלוקח לחזור בהם ולבטל את המעשר, ואם כן אם הלוקח יחזור בו יצטרך לשלם כנגד המעשר וכנ"ל. והנה בקצה"ח (קכ"ג א') כתב וז"ל: "והנה מכאן לנו ראייה שאין עליה תשובה לדברי הת"ה שכתב בכמה מקומות דכל מקום שלא נתפס הקנין, כגון שקנה במלוה ובדבר שלא בא לעולם, דאי תפס המקבל לא מפקינן מיניה ואע"ג דלא ידע המוכר. והרמ"א העלה דבריו להלכה למעשה בסימן ס"ו ועיין בסי' קכ"ו, ובש"ך השיג עליו... אלא ע"כ כדברי הת"ה דכיון דלא חזר בו זוכה המקבל ע"י תפיסתו וכיון שעל פי הנותן זוכה בו, ואע"ג דצווי הנותן היה בדבר שלא בא לעולם לא גרע בזה, דמידי דהוי אשליחות בעושה שליח בדבר שלא בא לעולם כגון לקדש לו אשה לכשתתגרש דכתבו התוס' בנויר דף י"ב דמהני, וכמו שמביאין ראייה מנשים העושין שליח להפריש חלה מקמח שהוא דבר שלא בא לאולם, וא"כ צ"ל דמהני ליה צווי של המשלח אע"פ שהוא בדבר שלא בא לעולם. א"כ כש"כ בזה שהוא זוכה על פי צווי המוכר או הנותן, ולהכי כשקדם זוכה כל זמן שלא חזר בו המוכר מהני...". ולא זכיתי להבין מה שהסיק מן התוס' בנויר (י"ב ע"א, והוא בד"ה מ"ט) שאפשר לעשות שליח על דבר שלא בא לעולם. ואדרבה, שם הקשו על מ"ש בגמ' שם שהעושה שליח לקדש לו אשה אינו יכול לקדש אשה שנתגרשה אחר שנתמנה להיות שליח, ממעשים שבכל יום שאומרת אשה לחברתה לושי לי עיסה והפרישי חלה, ותירצו ששאני חלה שביד המשלחת עצמה להפרישה מן הקמח באופן שיחול לאחר שתלוש, כיון שבידה גם ללוש עיסה. וא"כ מדבריהם עולה שבמקום שאינו בידו אינו יכול למנות שליח על דבר שלא בא לעולם. במיוחד קשה עליו מכך שבאבני-מילואים (ל"ה ס"ק י"ג) העלה מדברי התוס' בנויר שם שאף שיכול אדם להקנות או להפריש תרו"מ על דבר שלא בא לעולם אם הדבר בידו, מ"מ אינו יכול לעשות שליח על דבר שלא בא לעולם אפילו במקום שבידו (ועי"ש בטעם הדבר), וצ"ע. אכן על שיטת תה"ד והרמ"א וקצה"ח הסוברים שהקונה דבר שלא בא לעולם ותפס אחר שבאו לעולם קנה ואפילו תפס שלא בפני הלוה, יש להקשות א"כ למה העושה שליח לקדש או לגרש אשה שהיא בגדר של "לא באה לעולם" אין השליח יכול לקדשה גם אחר שתבא

10. ובעת הש"ך שכתב שמדובר באופן שתפס בפני המוכר, צריך לבאר ולומר שכבר תפס לפני שאכל, ויעשר ואח"כ אכל.

לעולם. ויש לומר שהטעם שמועילה שליחותו לקנין פירות הדקל לאחר שבאו לעולם הוא משום דניחא ליה לאדם למיקם בהימנותא, וכמש"כ התוס' (ב"מ ס"ו ע"ב ד"ה התם) וז"ל: "אבל התם גבי פירות דקל זביני ולא מחילה בטעות היא דנהי שיכול לחזור מ"מ אין לו לחזור כי היכי דליקו בהימנותיה..." , ורצונו זה קיים ועומד גם לאחר שבאו הפירות לעולם. אך טעם זה איננו שייך בעניין קידושי אשה, והאומר לשלוחו לקדש לו אישה שלא באה לעולם אין עליו איסור לחזור בו מזה, ולכן כל שלא חלה השליחות תו אינו יכול לקדש עברו גם לאחר שבאה לעולם. כמו כן, העושה שליח להפריש חלה עברו, אם המשלח עצמו איננו יכול להפריש כעת ואין בידו הדבר, נמצא שלא חל השליחות, ומכיון שאין למשלח איסור לחזור בו הרי שגם כשהיו התנאים בשלים לכך לא יוכל השליח להפריש.

ומצאתי גם בחזו"א (חו"מ א' ה' ד"ה ובקצה"ח) שתמה על ראייתו של הגאון קצה"ח מתוס' נזיר, שהרי אדרבה מבואר שם שאינו יכול לעשות שליח בדבר שלא בא לעולם. עוד הקשה שם החזו"א (בד"ה והנה) על מש"כ בקצה"ח דבדבר שלא בא לעולם אם אמר לחבירו לכשיבואו לעולם זכה וקני – כשבא לעולם ועשה קנין קנה: "...והדברים תמוהים דודאי בדבר שלא ב"ל אין לאמירתו כח כלל, ולהכי חשיב ליה בב"מ ס"ו ב' מחילה בטעות, ואילו היה בדשלב"ל כדין אומר משוך פרה זו לאחר ל' וקני לא הוי חשיב מחילה בטעות אלא אדרבה אמרינן שאמירתו ראשונה קיימת ובשעה שאמר ודאי היה רצונו כן ורצון הזה קיים גם בשעת קנין אלא א"כ חזר בהדיא, אלא בדשלב"ל אין אמירה ראשונה כלום ותחילת הדין במה ששתק כשידע שלקח הפירות ואח"כ טען שלא ידע שיכול לחזור ובוה דנינן אי חשיב מחילה בטעות". ולענ"ד קושיה זו יש לתרץ, ולחלק בין קנין לאחר זמן בדבר שבא לעולם לקנין בדבר שלא בא לעולם. שאמנם בשני המקרים יכול לחזור בו, ובשניהם אם לא חזר בו והלך הקונה ותפס את החפץ קנה, אלא שבדבר שבא לעולם אם לא חזר בו נעשה החפץ של הקונה מעצמו ללא קנין נוסף, ובתנאי שקנה מתחילה בקנין שלא כלה בשעת חלותו, אך בדבר שלא בא לעולם גם אם לא חזר בו המוכר לא קנה הלוקח כל זמן שהקונה יעשה קנין מחדש. ובטעם הדבר נראה שאף שהסברה שאין קונים דבר שלא בא לעולם מבוארת במפרשים שהיא משום חוסר סמיכות דעת, היינו חוסר סמיכות דעת שיחול הקנין, אבל אי-אפשר להגדיר זאת כחוסר דעת לגמרי לענין שלא יהיה שייך בו דין מחוסרי אמנה ויהא מותר לחזור בו, והרי הוא עכ"פ ככל מבטיח לתת מתנה מועטת לחבירו שאף שאין בוה קנין מ"מ אסור לחזור בו. סברא זו, שגם בדבר שלא בא לעולם שייך דין מחוסרי-אמנה, מוכחת מכך שביחס לזכותם של מכירי כהונה בקבלת תרו"מ כתבו התוס' בב"ב שהיא כמו במתנה מועטת שאסור לחזור בה. הרי שגם בדבר שלא בא לעולם קיים איסור, שהרי במכירי כהונה ההבטחה וההרגל לתת הם קדומים ונתונים מראש, ומתייחסים גם לתרומה חדשה שלא היתה או בעולם. אכן ביד-אברהם ביור"ד סימן רס"ד פ"א כתב שבתשובת רא"ש כלל ק"ב מבואר שאין דין מחוסרי אמנה במבטיח דבר שלא בא לעולם. ואפשר שהרא"ש סובר שמכירי כהונה מטעם אחר הוא,

ואולי מן הטעם שכתב רש"י בגיטין (ל' ע"א ד"ה במכרי כהונה). ויתכן עוד שהרא"ש לשיטתו שכתב בב"מ (פ"א ס' ל"ב) שמה שמועילה תפיסת הלוקח בדבר שלא בא לעולם היינו רק כשתפס בפני המוכר, אבל לדעת תה"ד שתפיסה מועילה משום שניחא ליה למיקם בהימנותא, יש לומר שמבטיח מתנה מועטת אסור לחזור בו גם בדבר שלא בא לעולם.

ומה שהקשה החזו"א שאם כסברת קצה"ח מדוע קראו לזה מחילה בטעות והא אין כאן טעות, נראה שהטעות היא שיתכן לתלות שזה שלא חזר בו משום שטעה בדין וחשב שקנין מועיל בדבר שלא בא לעולם, אבל אילו ידע את האמת שיכול לחזור בו היה חוזר. אך למסקנה אין כאן טעות, משום שאנו תולים שגם אילו ידע את האמת לא היה חוזר בו.

ו. חולה האוכל משאינו שלו ללא קבלת רשות

לענין חולה שיש בו סכנה ולא מצא מה לאכול אלא פירות של אחרים אם יכול לעשרן, הנה בגמ' יומא (פ"ג ע"א) מובא שחולה שיש בו סכנה – מאכילין אותו הקל הקל תחילה, ושלכן אם הברירה היא בין טבל לתרומה, ואי-אפשר לתקן את הטבל יש לדון בשאלה מהו האיטור הקל יותר, ואכן נחלקו בכך תנאים. המל"מ בספר פרשת-דרכים מביא דברים אלו ומסביר שהמצב ש"אי-אפשר לתקן" עליו מדובר כאן הוא מצב שבו אין הפירות שלו אלא של אחר, ואף שהותר לחולה שיש בו סכנה לאכול פרותיו של אחר ללא רשותו, אין הפירות נחשבים לשלו לענין זה שהוא יהיה רשאי לתקנם בהפרשת תרו"מ. בספר עמודי-אור (או"ח ס' ל') חלק על המל"מ ודעתו היא שכיון שהותר לו לאכול נחשבים הפירות כשלו ויכול להפריש. ראייתו היא ממה שאמרו בגמ' קידושין (ח' ע"ב) שהאומר לאשה התקדשי לי בככר, ואמרה תנהו לכלב והיה כלב רץ אחריה – ספק אם מקודשת, והטעם לכך הוא שמכיוון שחייב להצילה מקרא דלא תעמוד על דם רעך יתכן לראות זאת רק כמילוי חובה וכאילו לא נתן לה כלום. ולכאורה קשה מכאן על הרא"ש שפסק בסנהדרין (פ"ח ס"ב) שהמציל עצמו בממון חבירו צריך לשלם לו, וא"כ למה לא תתקדש, והרי אינו חייב ליתן בחינם וצריכה היתה לשלם על כך אם לא היה מקדשה, א"כ נמצא שפוטרה מתשלומים ומדוע לא תתקדש בזה? על כך תירץ בעמודי-אור שם שמה שגרם לה להפטר מתשלומים הרי זה נחשב רק למלוה, והמקדש במלוה אינה מקודשת. מכאן מסיק בעל העמודי-אור את מסקנתו, שהרי בשלמא אם נאמר שבמקום סכנה נעשה הדבר שבו היא ניצולת שלה ממש, והוא קדשה בזה שפטרה מלהחזיר מובן מדוע זהו מלוה, אך אם לולא נתינתו לא היה נעשה החפץ המדובר שלה – א"כ תתקדש במה שנותן לה הככר שיהא שלה. אלא ע"כ נעשים הפירות של החולה הזקוק להם לשלו ממש, וא"כ יכול הוא להפריש מהם תרו"מ.

ולענ"ד יש לדחות ראיתו, שאמנם אם היה נותן את הככר לאשה בידה כדי להצילה מן הכלב היתה מתקדשת בזה, משום שכאמור הוא הקנה לה את הככר ובוה לא היה מחויב,

אך מכיון שבגמרא מדובר באופן שלא נתן לה את הככר בידה אלא לפני הכלב המסכן אותה נמצא שבא לקדשה בהנאת ההצלה מהכלב, וכיון שהנאה זו מחויב היה מצד ההלכה ליתן לה אלא שיכול היה לבקש על כך תשלום, והנאת הפטור מתשלום עצמה איננה יותר מאשר הנאת מלוה – המקדש במלוה אינה מקודשת אם לא אמר בפירוש שמקדש בהנאה. לפי זה מדוייק גם מדוע נסתפקו בגמרא דוקא במקרה שנתן לכלב שרץ אחריה ולא נסתפקו בנתן לה את הככר שתציל עצמה בו מהכלב. ולדעתו של המל"מ יש להביא ראיה ממה שכתב היראים שהגזול לולב מגוי אינו יוצא ידי חובתו גם למ"ד דגזול עכו"ם מותר. הרי שגם במקום שאין איסור גזול לא נעשה הדבר הנגזל שלו. ראיה דומה ניתן להביא גם מדין חמסן שיהיב דמי ולוקח בע"כ של הקונה שלא אמר רוצה אני. ולפי מה דקיי"ל שחמסן לא קנה קשה לשיטת התוס' ב"מ (ה' ע"ב ד"ה דלא), לפיה חמסן הנותן דמים אינו לא בלא תגזול ולא בלא תחמוד, א"כ מדוע לא קנה, והרי לא לקח באיסור? וקשה לומר שרק מדרבנן לא קנה ומשום שמדרבנן קיים איסור גם בחמסן. וע"כ יש ללמוד מכאן שלא בכל מקום שאין איסור בלקיחת החפץ קנוי החפץ למחזיק בו.