

סעיף 1(ב) דבר המתנה

מהות המתנה

1. (ב) דבר-המתנה יכול שיהיה מקרקעין, מטלטלין או זכויות.

התוכן

- | | |
|---|--|
| <p>(2) נימוקים שמתנה שאינה מסוימת
תקפה 67
(3) בעיית "אין ברירה" (לשתי
השיטות) 68
ג. המצב הקנייני בין האמירה לבחירת
הנכס 71
ד. מצבים שבהם לכל הדעות המתנה
תקפה 74
(1) "חלק כך וכך בשדה פלונית" 74
(2) אחוז מסוים מכל נכסיו 78
(3) נקבע גודל המתנה ולא מקומה 79
(4) אם אחד מהנכסים טוב או גרוע
מכל האחרים 82
(5) נכס העומד בפני עצמו 84
(6) מתנת שכיב מרע או מתנת בריא
לאחר מות הנותן 84
(7) אם יש מנהג שמתנה שאינה
מסוימת תקפה 88
(8) אם ציין את המין 89
(9) דבר שבמינו שווה 90
(10) הבחנה בין קניין ע"י שטר
לקניינים אחרים 91
(11) מתנת אדם לבניו 92
(12) שיעבד כל נכסיו כאחריות על
המתנה 93
(13) מלך וציבור 93
(14) אם בשטר המתנה אין סיום אבל
בדברים שבעל פה סיימו 94
(15) אם הנותן בחר בלבו את דבר
המתנה בשעת ההקנאה 94
(16) אם ביד המקבל לבחור 94
(17) אם התנו בפירוש שיועיל אף
שאינו מסוים 95
(18) אם אנו בטוחים שאין לנותן
נכסים מלבד אלו הידועים לנו 95
(19) אם אמר הנותן שהמתנה תחול רק
כשיבחר את הנכס 96
(20) אם המקבל מוחזק בנכסים 96
(21) נתן דבר מסוים עם דבר שאינו
מסוים 96
(22) התחייבות לתת דבר שאינו מסוים
97
(23) הקנאת נכס באופן זמני 97
(24) דבר שאינו עומד בפני עצמו 98</p> | <p>פרק ראשון : מבוא 2
פרק שני : "זכויות" 2
א. כללי 2
ב. "דבר שאין בו ממש" 2
(1) כללי 2
(2) חריגים 6
(3) הקנאת גוף הנכס לענין הזכות
המופשטת התלויה בו 7
ג. חוב שמישהו חייב לנותן 14
ד. זכויות שונות 15
פרק שלישי : נכס עתידי - "דבר שלא בא
לעולם" 18
א. כללי 18
ב. הרחבת בטלות המתנה 22
ג. מה נחשב "דבר שלא בא לעולם" 28
ד. חריגים 30
(1) נכס לפירותיו 30
(2) הודאה 33
(3) מנהג 33
(4) אב הנותן לבנו 35
(5) "לכשיבוא לעולם" 37
(6) הקנאה הדדית 39
(7) שבועה 40
(8) "כסף מנכסיו" 41
(9) לשון חיזוק בשטר 42
(10) כדי להימנע מאיסור 42
(11) שונות 43
ה. תפיסה 45
ו. נכס שאינו בבעלות הנותן אבל יש לו
זיקה אליו 49
ז. הנותן דבר שאינו שלו במתנה, ואחר
כך קנה אותו 51
פרק רביעי : נכס שאינו בשליטתו של בעליו
52
פרק חמישי : נכס שאינו מסוים 55
א. כללי 55
(1) מבוא 55
(2) הדעה שמתנה שאינה מסוימת אינה
תקפה 56
(3) הדעה שמתנה שאינה מסוימת
תקפה 59
ב. נימוקים 64
(1) נימוקים שמתנה שאינה מסוימת
אינה תקפה 64</p> |
|---|--|

פרק שביעי: סוגי נכסים שונים 106	(25) נכתבו חיזוקי לשון בשטר המתנה
א. נכס שאסור בהנאה 106	98
ב. דבר שאינו קצוב 108	(26) "כל מה שיש בבית זה" 98
ג. נכס שלא ידע עליו הנותן 108	(27) מתנה בלשון הודאה 100
ד. כמות המתנה 108	(28) הקנאה הדדית 100
פרק שמיני: פרשנות המתנה - מה התכוון הנותן לתת 108	ה. מצבים שבהם לכל הדעות המתנה אינה תקפה 101
א. עקרונות פרשניים 108	(1) "כל מה שיש בבית זה" 101
ב. "נכסים" 109	(2) דבר שעתיד להיאסר בהנאה 101
ג. מטבע 111	(3) הבחנה בין סוגי דרכי הקנייה 101
ד. בית 111	(4) אם החלק הניתן ייקבע על פי גורל 102
ה. שונות 114	ו. המיוחד במתנה לעומת מכר 102
פרק תשיעי: סיכום 115	ז. זכות הנותן לתת למקבל את הגרוע 105
פרק עשירי: הצעת נוסח על פי המשפט העברי 116	פרק שישי: גוף האדם וחלקים ממנו 106

פרק ראשון: מבוא

לאחר שסעיף 1(א) הגדיר מתנה כהקניית נכס שלא בתמורה, ס"ק (ב) מגדיר מהו "נכס" שניתן לתת במתנה: "מקרקעין, מטלטלין או זכויות".

הוראה מקבילה נמצאת בחוק המכר, התשכ"ח-1968, סעיף 4, אלא ששם החוק מקבל כמובן מאליו שאפשר למכור מקרקעין, מיטלטלין וזכויות, והסעיף עושה הבחנה ביניהם, שהחוק חל על מקרקעין ועל זכויות "בשינויים המחויבים".

לפי פקודת הפרשנות [נוסח חדש], סעיף 1, "מקרקעין" פירושו "קרקע, כל הבנוי והנטוע עליה וכל דבר אחר המחובר אליה חיבור של קבע, זולת מחוברים הניתנים להפרדה"; ו"מיטלטלין" פירושו "נכסים מוחשיים, חוץ ממקרקעין". מכאן שכל נכס מוחשי יכול להיות מושא למתנה.

עם זאת, לדעת ראבילו, גם חשמל או שאר צורות אנרגיה הם בכלל ה"מיטלטלין" שאפשר לתת במתנה¹.

המונח "זכויות" לא נתפרש בפקודת הפרשנות. מלשון הסעיף עולה ש"זכות" אינה דבר מוחשי, אבל היקף המונח הזה טעון בירור. אפשר לכלול במונח זה זכויות לא מוחשיות בנכסים מוחשיים, וזכויות שאינן תלויות בנכסים מוחשיים כלל, כגון חובות וזכויות שהשלטון מעניק. בשאלה האם ניתן לתת זכויות כאלה במתנה, נעסוק בפרק השני.

מכל מקום, חוק המתנה אינו חל על מתן שירות חנם, או עשיית מלאכה בחינם, או הבטחתן, שכן אין כאן העברת נכס או הקניית זכות². לדוגמה, מי שבונה חניס על קרקע חבירו - אין זו מתנה, אף שהנותן בית בנוי, זו מתנה³.

יש סוגים מיוחדים של נכסים, שמתעוררת לגביהם השאלה האם אפשר לתת אותם במתנה. סוג אחד הוא נכס עתידי (במשפט העברי: "דבר שלא בא לעולם"), היינו נכס שעדיין אינו קיים בכלל, או שהוא קיים אבל עדיין אינו בבעלותו של הנותן. בנכס כזה נעסוק בפרק השלישי. סוג אחר הוא נכס שנמצא בבעלותו של הנותן, אבל לא בשליטתו - בו נעסוק בפרק הרביעי.

שאלה ייחודית היא האם אפשר לתת נכס במתנה על פי שמו הכללי, כגון "בית", בלי לזהות אותו באופן ספציפי, כאשר זיהויו יגיע במועד מאוחר יותר - "נכס שאינו מסוים". בשאלה זו נעסוק בפרק החמישי.

נושא העומד בפני עצמו הוא נתינת גוף האדם או חלקים ממנו במתנה. בנושא זה נשקלים שיקולים אתיים, ובו נעסוק בפרק השישי.

¹ ראבילו ב עמ' 206.

² ראבילו ב, עמ' 208-209 (וכן בעמ' 182, בשם פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט (תשמ"ב) עמ' 52 הערה 39). הוא מביא שא' זמיר, חוק חוזה קבלנות, עמ' 172, סבור שראוי להחיל על זה את העקרונות של חוזי חניס.

³ ראבילו ב עמ' 186.

עניין נוסף שעלינו לדון בו בהקשר זה הוא פרשנות דברי הנותן, כאשר לא ברור איזה נכס או נכסים התכוון לתת במתנה. נסקור דוגמאות אחדות לפסיקה שניתנה בעניין זה, בפרק השמיני.

פרק שני: "זכויות"

א. כללי

לפי החוק, אפשר לתת במתנה כל זכות הנוגעת לנכס, בין זכות בעלות ובין זכות שאינה בעלות, לרבות חיוב שמישהו חייב לנושה, והנושה מעביר אותו למקבל המתנה⁴. בהמחאת זכות ללא תמורה, יחול חוק המתנה על היחסים בין הממחה לנמחה, וחוק המחאת חיובים, התשכ"ט-1969, יחול על היחסים בין החייב לנמחה⁵. אפשר להעביר זכות קיימת, ואפשר לכוון ("להעניק") זכות חדשה מתוך הזכות הקיימת, ולהקנות אותה, לדוגמה: נתינת זכות אכילת פירות בנכסים השייכים לנותן⁶. בהצעת החוק הופיעה גם חלופה של "טובת הנאה", והושמטה מפני משמעותה מעורפלת⁷.

ב. "דבר שאין בו ממש"

(1) כללי

לפי המשפט העברי, אי אפשר לתת במתנה דבר שאין בו ממש⁸, גם אם זו זכות הנוגעת לנכס. טעם הדבר הוא שאין להקנאה על מה לחול⁹.

דוגמאות לדבר: ריח של תפוח, טעם של דבש, ומראה של בדולח¹⁰; דירת בית¹¹; אויר של חצר¹²; אכילת פירות¹³; שימוש בנכס¹⁴; זכות לעשות רווחים בקרן מסוימת¹⁵; רשות לקבור מת בקרקע מסוימת¹⁶; זכות לעבור דרך חצר¹⁷; רשות לפתוח חלון לחצר אחרת¹⁸; טעם של מאכל הבלוע בכלי¹⁹.

⁴ ראבילו ב, עמ' 207, בשם טדסקי, "על חוק המתנה", עמ' 642 [כנראה מתכוון למעט זכות חוזית, שאינה נוגעת לנכס, כגון זכות לקבל שירות או תשלום].

⁵ ראבילו ב עמ' 208, בשם ש' לרנר, "המחאת חיובים", בתוך: ד' פרידמן, דיני חיובים - חלק כללי.

⁶ ראבילו ב, עמ' 207.

⁷ רקובר, עמ' 496, הערה 5, מעיר ש"טובת הנאה" במשפט העברי משמעותה זכותו של אדם לתת נכס של זולתו למי שירצה (כגון צדקה או מתנות כהונה) - ראה ליד ציון הערה 95.

⁸ רמב"ם, הלכות מכירה, כב, יד (הובא בשו"ת יפה נוף סי' מח, בבית אברהם (ישראל) - מאמר המלך קוני' א, עמ' תשצט במהד' תשס"ג, ובס' ההתחייבות עמ' 207); שו"ע, חו"מ, ריב, א. וראה סעיף 5, שיש תוקף להתחייבות לתת דבר שאין בו ממש.

תלמיד חכם: עמודי חיים (פלגין), עמוד התורה, אות נח, דף לד ע"א-ע"ב, וברכת מועדיך לחיים ח"א, דרוש ה לשבת כלה (כג ע"ג, כד ע"ד, כה ע"ב), כותב שתלמיד חכם שנתן דבר שאין בו ממש, חייב לקיים את דבריו, כדי שלא יהיה שקרן. הוא מסתמך על שו"ת מהרי"ט ח"ב חו"מ סי' סט, שכותב כך על דשלב"ע; אלא שמהרי"ט כתב כך במכר, ויתכן שדוקא במכר חייב לקיים את דבריו כיון שהקונה שילם לו.

חיבת הנותן למקבל: ברכת מועדיך לחיים ח"א, דרוש ה לשבת כלה (כא ע"ג, כד ע"ג, כה ע"ב), כותב בשם שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' שכג, שאם היתה לנותן חיבה יתירה עם המקבל, מניחים שהתכוון להקנות אף דבר שאין בו ממש. לאמיתו של דבר, מהרשד"ם רק כותב שמסיבה זו יש לחפש טעם לתת תוקף למתנה, ובנידונו הוא נותן לה תוקף בנימוק שהמקבל כבר דר שם (ראה בשמו בהערה 60), אבל אין להסיק מכך שבחיבה בלבד די.

⁹ ערוך השולחן, חו"מ, ריב, א; א' ורהפטיג, "הסכם מקום מגורים בין בני זוג: לבעיית דבר שאין בו ממש", שנתון המשפט העברי ג-ד (תשל"ו-תשל"ז), עמ' 379.

ר"י מיגאש בשיטה מקובצת בבא בתרא קמז ע"ב (הובא בשו"ת הרשב"ש סי' שכב), מסביר שדירה ואכילת פירות אינן נקנות כי אין בהן ממש ואין להן גוף, וזה כ"קנין דברים", כיון שהקנין אינו בגוף הבית או בגוף הפירות אלא על האכילה ועל הדירה שהן מעשה ולא גוף מצוי בעולם כדי שיהיו בתורת הקנאה, כהבחנת חכמי אומות בין העצם והמקרה. גם ר' ישמעאל בן חכמון, ב"ב קמז ע"ב (נדפס תחילה בשם "פירוש קדמון", והובא בס' ההתחייבות עמ' 521), מנמק, שלא מועיל להקנות דבר שאין בו ממש כי אינו גוף שמצוי בעולם, אלא הוא ממאורעות הגוף, ויש הבחנה בין עצם למאורע. אבל שו"ת המבי"ט חלק ב סי' קלב כותב שלרמב"ם אין זה "קנין דברים", שהרי בפרק כב שם לא כתב שהוא קנין דברים, ורק בהל' מכירה, ה, יד, כתב שקנין על הליכה, חלוקה או שיתוף, הוא קנין דברים, מפני ששם אינו מקנה שום דבר, ואילו כאן הוא מקנה משהו - ריח, טעם, עין, אלא שאינו נקנה משום שאין בו ממש.

ראה עוד בהערה 11, נימוקים נוספים לגבי דירת בית. אבל לפי ש' אלבק, דיני ממונות בתלמוד, עמ' 311 ואילך (כמובא אצל ורהפטיג, שם), הטעם שאין אדם מקנה דבר שאין בו ממש הוא כי אין לקונה סמכות דעת, ובעמ' 314 דחה את ההסבר שאין לקנין על מה לחול.

¹⁰ רמב"ם שם; טור, חו"מ, ריב, א (הובא בשו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' רעא).

משנת יעקב, מכירה, כב, יג, מקשה, איך השווה הרמב"ם טעם הדבש לריח תפוח, הרי ריח אפשר בלי נגיעה ואילו טעם אי"א בלי נגיעה בפיו? הוא מביא שרנ"ק תירץ שהרמב"ם לשיטתו בהל' ברכות, א, ב, שטעימה אינה נחשבת אכילה לענין ברכה גם אם בולע, ולכן היא דומה לריח.

¹¹ ב"ב קמז ע"ב; רב האי גאון, המובא בספר העיטור מאמר ב, קנין (ט ע"ד) ובהגהות מיימוניות, הל' מכירה, ה, אות י, והל' זכיה, י, אות ז, ובהגהות מרדכי, ב"ב סי' תרעא; שו"ת מהרי"ם מרוטנבורג (דפוס פראג) סימן תצד (הובא במרדכי ב"ב סי' מו); שו"ת הרא"ש כלל יב סי' ג; טור, חו"מ, ריב, א; שו"ע חו"מ, סי' ריב, א, וסי' רנג, כא; שו"ת תורת אמת, סי' פג (אפילו לאשתו); שו"ת מהרש"ל סי' לו (ד"ה ומתוך); שו"ת הב"ח סי' מח; דין אמת, חו"מ, רט, ז (נז ע"ג).

תשובות הגאונים (הרכבי), סי' תפט (לפי סי' ההתחייבות עמ' 521, זו תשובת הרי"ף), מנמק, ש"דירה" היא "מקרה" ועל ידי "מקרה" לא נקנה במתנה העצם שהמקרה חל עליו.

נימוקים אחרים: ספר העיטור מאמר ב, קנין (י ע"א) (הובא בהגהות מיימוניות, הלכות זכיה ומתנה י, טו, אות ז, ובברכת מועדיך לחיים ח"א, דרוש ה לשבת כלה, דף כה ע"א), מביא שרב נחשון נימק שהחסרון הוא ש"ידור פלוני בבית זה" יכול להתפרש שידור שם רק שעה אחת. העיטור, מתנת שכיב מרע (סא ע"ג) מביא נימוק זה בשם רב שריא, אבל שו"ת דברי ריבנות סי' קצו (ד"ה הרי לך בפירוש) כותב שבמקום "רב שריא" צ"ל רב נחשון. ראה הערה 25, נ"מ מנימוק זה. שמחת יו"ט סי' מט (עמ' תקיד), מסביר שרב נחשון סובר שאין לנמק כאן משום שאין בו ממש, כיון שבעל הבית נתן לו רשות לדור בכך שאמר "ידור פלוני", ודר, ובכך קנה את הבית בתורת שאילה, כי הנותן מוכן שיקנה; ורב נחשון מסכים שבאומר "אני מקנה דירת בית", הטעם שלא קנה הוא כי אין בה ממש. אבל שו"ת הרשב"י סי' שכב, כותב שאין מי שחש לדעת רב נחשון.

רבנו יהונתן, בשטמ"ק, בבא בתרא קמז ע"ב, נימק שבעל גוף הבית יכול לומר לו "לא תכנס בבית". נימוקו קשה, שהרי אם אין מניעה אחרת למתן תוקף למתנה, אין לבעל הגוף זכות למנוע מבעל זכות דירה להיכנס לבית. ראב"ד, בשיטה מקובצת בבא בתרא קמז ע"ב, נימק שהדירה היא דשלבל"ע, שהרי זו נקראת דירה על שם הימצאותו בבית, והרי הוא עדיין לא נמצא בבית.

ראה נימוקים נוספים על דבר שאין בו ממש באופן כללי, בהערה 9.

¹² ירושלמי דמאי, ו, ב, קידושין א, ד, וב"ב ג, א; רב האי גאון, המובא בספר העיטור מאמר ב, קנין (ט ע"ד) ובהגהות מיימוניות, הל' מכירה, ה, אות י, והל' זכיה, י, אות ז, ובהגהות מרדכי, ב"ב סי' תרעא; רמב"ם, הלכות מכירה, כב, יד; רא"ש ב"ב פ"ד סי' ז (הובא בעמק המשפט ח"א סי' י אות א); טור, חו"מ, ריב, א; שו"ע, חו"מ, ריב, ב. על אור חצר ראה הערה 244 בשם דבר יהושע.

שו"ת תקפו של יוסף ח"ב סי' כח, כותב על הנותן אור של עלייה או של בית, שאף שתמוה להקנות אור של בית, שאינו פתוח למעלה, אין זה אומר שהסופר טעה ושהנותן התכוון להקנות את הגוף, כי אין לנו אלא מה שכתוב בשטר; וגם אם הנותן טעה וחשב ש"אור העלייה" משמעותו גוף העלייה והתכוון להקנות את הגוף - אין זה משנה, שהרי סוף כל סוף כתב "אור", ודברים שבלב אינם דברים; ואפשר לפרש "אור העלייה" - אור שעל גבי העלייה, היינו הזכות לבנות על גבה.

הבחנה: ר' ברוך, המובא במרדכי בבא בתרא סי' תריז, כותב שדוקא אור חורבה אינו נקנה, אבל "אור בית" נקנה, כי אפשר להשכיר אותו, והזכות להשכיר יש בה ממש ונחשבת שבאה לעולם (ראה בשמו בהערה 155).

¹³ רב האי גאון, המובא בספר העיטור מאמר ב, קנין (ט ע"ד) ובהגהות מיימוניות, הל' מכירה, ה, אות י, והל' זכיה, י, אות ז, ובהגהות מרדכי, ב"ב סי' תרעא; שו"ע, חו"מ, ריב, א, וסי' רנג, כא; לבוש, חו"מ, ריב, א. פרי האדמה הלכות מכירה, כב, יג (ד"ה ולעני"ד), כותב שלרמב"ם לא קנה המקבל גם אם הפירות הם בעין, ואמר שהוא נותן "אכילת פירות אלו".

שו"ת דבר יהושע ח"ג חו"מ סי' טו, אות ו, מבאר שאין מפרשים שהנותן התכוון לתת את גוף הפירות לאכילתם, שהרי אילו רצה לתת את הגוף, היה לו לומר "פירות אלו לפלוני", ומכאן שהקנה לו רק את האכילה. הוא מוסיף שגם אם נאמר שכיון שנתן לו רשות לאכול אותם, והאכילה מכלה אותם, התכוון שיזכה בגופם - הרי המקבל זכה בגוף הפירות רק כשהגיעו לידו והגביהם, ומה שאומר שו"ע שהמקבל לא קנה כאן, כוונתו שהנותן יכול לחזור בו עד שיגיעו הפירות ליד המקבל.

ברכת מועדיך לחיים ח"א, דרוש ה לשבת כלה, דף כא ע"א, מסביר שאכילה אין בה ממש כי המאכל כלה ע"י האכילה, ועוד שמעשה הלעיסה אין בו ממש. בדומה מסביר ר' יהושע חאנדאלי, בשו"ת מים רבים חו"מ סי' מח (לט ע"ג), שבאכילה מתכלים הפירות, וזה העדר הדבר, שאין בו ממש, ואף שהיא באה ע"י כסיסת השיניים, לשון אכילה מתייחסת להעדר, כמו שדירה באה ע"י תנועות האדם בבית ובכל זאת אינו דבר ממש.

דעה חולקת: יד רמה בבא בתרא פ"ט סי' פד, כותב שאכילת פירות יש בה ממש, ואם הפירות באו לעולם מועיל לגביהם לשון "יאכל", כי משמעותו היא שהמקבל יקח אותם לגמרי, שהרי אם לא יקח לא יוכל לאכול אותם.

כמו כן, רשב"ם, ב"ב קמז ע"ב (ד"ה א"ר) (הובא במרדכי ב"ב סי' תרטז), מנמק את דברי הגמרא שם שב"יאכל פלוני פירות דקל זה" לא קנה שהוא מפני שהפירות לא באו לעולם, וב"י, חו"מ, ריב, א (הובא בשו"ת שער אפרים סי' קלג, ד"ה אכן ראיתי), מדייק מזה שלדעתו אכילת פירות נחשבת שיש בה ממש כי הפירות יש בהם ממש, אלא שאינה נקנית מטעם דשלבל"ע. גם תוס' ב"ב קמז ע"ב (ד"ה שכיב), נימקו מצד שהפירות לא באו לעולם. ב"י כותב שזו גם דעת טור, חו"מ, ריב, א. גם שביתת יו"ט חו"מ סי' רג (קמג ע"א), פרי האדמה הלכות מכירה, כב, יג (ד"ה ולעני"ד), קצות החושן, ריב ס"ק א, בני יעקב, מאמר ב, קנין (סא ע"א), ערוך השולחן, חו"מ, ריב, א, כותבים שלדעת הטור, "יאכל" נחשב שיש בו ממש, ואם הפירות בעולם, קנה המקבל. גם שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' שכג, כותב שרשב"ם והטור סוברים שהפגם באכילת פירות הוא משום דבר שלב"ל ולא שאין בה ממש. גם שמחת יו"ט סי' ה, אות א (עמ' נג), כותב שהטור סובר שאכילת פירות יש בה ממש. ובסי' מט (עמ' תקיד), כותב (במסקנתו) שתוס' ורשב"ם והטור סוברים שאכילה יש בה ממש אף שהנותן אינו מקנה את גוף הפירות, וזה שונה מדירת בית שאין בה ממש מפני שהיא רק שימוש באור הבית והבית לא חסר כלום, משא"כ באכילת פירות, שהקדן כלה, ויש בו ממש; ולכן אם הפירות בעולם, יכול להקנות אכילת פירות. יש לציין ששמחת יו"ט כתב בתחילת דבריו שתוס' ורשב"ם והטור סוברים שאכילה אין בה ממש אלא שכיון שנותן רשות לאכול, והאוכל הגיע לידו, זכה, אבל במסקנתו חזר בו כאמור; אבל שו"ת דבר יהושע ח"ג חו"מ סי' טו אות ה, מביא רק את דברי שמחת יו"ט בהו"א שלו.

שו"ת דבר יהושע ח"ד סי' מח אות ד, מסביר את הדעה שאכילת פירות יש בה ממש - כי האכילה מכלה את גוף הפירות ולא יחזור לבעלים לעולם, לכן מן הסתם הנותן הקנה גם את גוף הפירות שהרי הוא מקנה את אכילתם

אין אדם יכול לתת דבר שאין בו ממש גם אם הקנהו בקנין²⁰, כגון בקנין סודר או באגב או בשטר²¹.

למקבל בקנין גמור שיוכל לאכלס בכל מקום ובכל זמן, ואי אפשר לאכול בלי כילוי הפירות, וכיון שיש ממש בפירות, חל קנין.

אבל דרישה, חו"מ, ריב, ס"ק א, וסמ"ע, ריב, ס"ק א, כותב שהרשב"ם והטור מסכימים לרמב"ם שאין בה ממש (ולא דק ברכת מועדף לחיים ח"א, דרוש ה לשבת כלה, דף כא ע"א, המביא כאילו שהפרישה (וכוונתו לדרישה) כתב שהטור סובר כרשב"ם שאכילה יש בה ממש). גם שו"ת מהר"ש הלוי חו"מ סי' ל (נט ע"ג-ע"ד), כותב שהרשב"ם והטור מסכימים שאכילת פירות אין בה ממש. אך מעשה רקח הלכות מכירה, כב, יד, דחה הבנה זו.

הבחנה: ט"ז, חו"מ, ריב, א (הובא בשמחת יו"ט סי' ה, אות א, עמ' נג), כותב שאם הפירות בעולם, ואמר "יאכל פירות אלו", קנה, גם לדעת הרמב"ם והשו"ע, ומה שכתבו שלא קנה הוא אם הפירות אינם בעולם. עמק השער על ספר המקח, שער ב (עמ' יב במהד' תשנ"ד), מקשה, אם הרמב"ם והשו"ע עוסקים דוקא בפירות שאינם בעולם, מדוע הוצרכו לנמק מצד שאין בה ממש, הרי יכלו לנמק משום שהם דשלבל"ע? ותירץ שיש נפקות מנימוק זה אם תפס המקבל את הפירות כשבאו לעולם, כי תפיסה מועילה בדשלבל"ע (ראה ליד ציון הערה 256) ולא בדבר שאין בו ממש (אבל ראה הערה 32, שלפי הרשב"ם תפיסה מועילה גם בדבר שאין בו ממש). שו"ת דבר יהושע, ח"ג, חו"מ, סי' טו, אות ו, מתיר, שהט"ז סובר שלולא הטעם שאין בה ממש, היה מועיל לתת אכילת פירות גם כשאינם בעולם, כי רק קנין על גוף הפירות לא חל אם אינם בעולם, אבל אם היה חל קנין על אכילת פירות, לא היה משנה אם הפירות עצמם בעולם או לא, שהרי רשות האכילה ישנה בעולם (אבל הוא מעיר שזה נכון רק לתפיסה, ליד ציון הערה 111, שהחסרון בדשלבל"ע הוא שאין לקנין על מה לחול, אבל לפי התפיסה, ליד ציון הערה 109, שהחסרון הוא שאין גמירת דעת, הרי חסרון זה שייך גם לגבי רשות אכילה); ולכן הוצרך הטעם שאין באכילה ממש, ולכן אמנם אם הפירות בעולם, קנה המקבל כי כשהנותן הקנה את הרשות, התכוון להקנות את גוף הפירות, אבל אם אינם בעולם, לא שייך לומר כך, ולכן לא קנה. והוא כותב שהרמ"א סובר כהבחנה של הט"ז. אבל הוא כותב (באות ז) שסמ"ע, ריב, ס"ק א, חולק על הט"ז, וסובר שרמב"ם לא קנה גם אם הפירות בעולם, שהרי הסמ"ע כתב ש"אכילת פירות דקל זה" משמעותו שהם בעולם, והרמב"ם נקט לשון זו וכתב שאין בה ממש.

שו"ת דבר יהושע ח"ד סי' מח אות ג, מוכיח כט"ז, ש"אכילת פירות" קיימים נחשבת שיש בה ממש, ממה שהרמב"ם נקט "אכילת פירות דקל זה", ולא "פירות אלו" שמשמעו פירות קיימים. הוא מסביר ע"פ מה שעולה מדברי מהרש"ל (הערה 244) שמה שאין אדם מקנה דשלבל"ע הוא מכוח הדין שאין אדם מקנה דבר שאין בו ממש, שכיון שהדבר עתיד לבוא לעולם ויהיה בו ממש אין טעם שיחול קנין לפני כן, וא"כ באכילת פירות שגם כשיבואו לעולם אין ברשות האכילה ממש, היה צריך לחול קנין גם לפני שבא לעולם, אלא שיש עוד תנאי, שהדבר יבוא בוודאי, ובפירות שלא באו לעולם, אולי לא יבואו ולכן לא קנה, אבל באכילת פירות שבאו לעולם, קנה כי בודאי ההנאה תבוא; ודוקא דירת בית אין ודאות שתבוא שמא בעל הבית יסתור אותו לצורך האבנים (ראה בשמו בהערה 244), אבל בפירות אין חשש שהמקנה יקח את הפירות לעצמו, שהרי אינו יכול לקחתם לאכילה, שהרי הקנה את זכות האכילה למקבל, ולהשחתת בעלמא אינו חשוד. הוא מסביר את שיטת הרשב"ם, תוס' והטור, שהחסרון ב"אכיל" הוא דשלבל"ע, שלא הסבירו מטעם שאין בו ממש, כי בדבר שלעולם לא יהיה בו ממש, אין זה חסרון, כדברי מהרש"ל, אלא זה מטעם דשלבל"ע, ויש בה ממש כי הקנאת אכילת הפירות כוללת הקנאת גופם, שהרי אם יאכל, לא יישאר הגוף. קצות החושן, ריב ס"ק א, כותב שלפי השו"ע, אפילו כבר באו הפירות לעולם האכילה היא דבר שאין בו ממש, שלא כט"ז.

שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' שכג, כותב שלפי רב נחשון גאון, הטעם הוא ש"יאכל פירות דקל" משמעותו גרגיר אחד או שנים בלבד, כמו שנימק לגבי דירה (ראה הערה 11). אבל שמחת יו"ט, סי' מט (עמ' תקיד), מעלה אפשרות שרב נחשון סובר שכיון שהוא נותן למקבל רשות לאכול, והפירות הגיעו לידו, זכה (ראה בשמו בסעיף 2, לגבי אורח); כנראה לא קיבל את סברת מהרשד"ם שיתכן שהתכוון לגרגיר אחד, כי מדובר שהצביע על פירות מסוימים. אנצ"ת ע' דבר שאין בו ממש, ליד ציון הערה 47, מביא כאילו דרישה, ריב, א, וסמ"ע ריב ס"ק א, וט"ז שם, כותבים שאם אמר "אני מקנה לך אכילת הפירות", אין בה ממש, ואילו אם אמר "פלוני יאכל הפירות", אם הם כבר בעולם, יש בו ממש. ולא מצאתי הבחנה זו בדבריהם.

¹⁴ יד רמה בבא בתרא פ"ט סי' פד; שו"ת מהר"ש הלוי חו"מ סי' ל דף נט ע"ג; שו"ת פרח מטה אהרן ח"א סי' ט (כו ע"ג) ("ישתמש בבית").

¹⁵ שו"ת מהר"ם אלשיך סי' ז.

¹⁶ שו"ת אבקת רוכל סי' קיג-קיד.

¹⁷ ר' שלמה קארו, בשו"ת תורת חיים (מהרח"ש) חלק א סי' נה.

אבל יש להעיר ששו"ת מהרי"ט ח"ב חו"מ סי' מ עוסק באותה שאלה, ואינו אומר שזכות המעבר היא דבר שאין בו ממש.

¹⁸ שו"ת פרח מטה אהרן ח"א סי' ז (כג ע"ג), סי' ח (כד ע"ד), וסי' ט (כו ע"ב) (הובא בעמק המשפט ח"א סי' י אות ג).

¹⁹ רז"ן גולדברג, בית אהרן וישראל גל' מו עמ' קכב. הוא כותב כך לגבי ההצעה למכור לגוי לפני פסח את החמץ הבלוע בכלים.

²⁰ רשב"ם, ב"ב קמז ע"ב (ד"ה א"ר); שו"ת הרא"ש כלל קב סימן י; מישרים, נתיב טו, ח"א (על דירת בית); צרור הכסף הקצר דרך א שער ט אות ט עמ' מא; שו"ת הריטב"א, סי' רה (על דירה).

²¹ רב האי גאון, המובא בספר העיטור מאמר ב, קנין (ט ע"ד), בהגהות מיימוניות, הל' מכירה, ה, אות י, והל' זכיה, י, אות ז, בהגהות מרדכי, ב"ב סי' תרעא, בשו"ת הרשב"ש סי' שכב, בשו"ת מהרי"ט חלק ב חו"מ סי' מד, בשו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' רעא, ובשו"ת שער אפרים סי' קלג (ד"ה לכאורה נלע"ד); שו"ת הריטב"א, סי' קלט; שו"ת מהר"ם אלשיך סי' פז (עמ' קצט, ועמ' רג-רד, במהד' תשמ"ב); שו"ת מים רבים, חו"מ, סי' כח. שער אפרים שם (ד"ה ומצאתי ראיתי) כותב שגם לרב נחשון (הערה 11), אינו נקנה בקנין אגב. יש מצבים שבכל זאת מועיל קנין - ראה ליד ציון הערה 48.

מתנה של דבר שאין בו ממש, כגון דירת בית, בטלה גם אם הנותן קיבל "אחריות" על המתנה, שהמתנה בטלה, גם האחריות בטלה; ועוד, שאחריות סתמה רק התחייבות לסלק מי שמערער על המתנה בטענה שהנכס נגזל ממנו או בטענת שעבוד קודם, ואינה מועילה כלפי הנותן עצמו שיבוא לבטל את המתנה בטענה שאינה תקפה.²² ואין אומרים שקבלת האחריות מלמדת שהתכוון להקנות לו גוף הקרקע לדירה,²³ שהרי לא שייכת אחריות על דירה כיון שאין בו ממש - אין אומרים כך, כי בדבריו רק חיזק את מתנת הדירה, שאינה תקפה.²⁴

אם נתן דירת בית במתנה, גם אם קצב זמן לכך, אין תוקף למתנה, כיון שאין בדירה ממש.²⁵

גם הקנאה הדדית של דברים שאין בהם ממש אינה תקפה, אף שאז הצדדים גומרים בדעתם להקנות כיון שכל אחד מהם גם קונה, שהרי אין לקנין על מה לחול.²⁶

גם אם חזר הנותן פעמיים על דבריו, אין תוקף למתנה, ואין אומרים שתוספת הלשון משתמעת כתוספת זכות, מפני שעקרון זה נוהג רק באמירת דבר שבלאו הכי היה תקף באופן חלקי.²⁷

דעה חולקת: שו"ת הרשב"א חלק ו סי' קיא (הובא בב"י, חו"מ, רג, מחודש ו), כותב שהמשאל בית ואומר שהשואל "ידור בו", ועשה קנין (סתמו קנין סודר), המשמעות הוא שהתכוון להקנות לו את גוף הבית לדירה (שמועיל כאמור ליד ציון הערה 36), ולכן קנה, שהרי קנין אינו שייך בדבר שאין בו ממש, ולכן ברור שלא התכוון להקנות את הדירה בלבד. ר' חסדאי פרחיא, בשו"ת פרח מטה אהרן, ח"א, סי' ח (כד ע"ד) כותב שלרשב"א קנין מועיל גם במקנה אויר של חצר, כמו במקנה דירה, כי ברור שהתכוון להקנות מגוף הקרקע, כי מסתמא לא התכוון להקנות לו דבר שאין בו ממש. אבל שו"ת מהריט"ץ סי' כח, כותב שהרשב"א כתב כך רק על נידונו, משאל בית, ולא על "ידור פלוני". וכבר תמה עליו שו"ת משאת משה ח"א חו"מ סי' נו (קמז ע"ג), שהרי בלשון המתנה שעליו דן הרשב"א, נאמר "ידור", ואמנם נאמרו עוד דברים כגון "לעשות כל חפצם ורצונם" וכו', אבל הרשב"א נותן שני נימוקים נפרדים לתוקף הקנין, אחד מכוח לשון "לעשות כל חפצם ורצונם" (ראה ליד ציון הערה 43), ואחד מצד הקנין, משמע שהקנין מועיל גם ב"ידור" בלבד. שו"ת פרח מטה אהרן ח"א סי' ט (כז ע"ב) (הובא בשו"ת מים רבים חו"מ סי' מט דף מ ע"ג), כותב שבעצם שני הנימוקים הם נימוק אחד, שלשון "כל צורכם וחפצם" משמע שנתן גם את גוף הבית, אלא שזה לא כל כך ברור, ורק אם יש קנין, הקנין חזק ומלמד שיש לפרש כך; אבל אם כתב לשון דירה בלבד, קנין מועיל רק אם נעשה בסוף, כדברי תשובת הרשב"א שבהערה 48. שו"ת משפט וצדקה ביעקב ח"א סי' ו (יט ע"ד), כותב שהרשב"א דיבר רק כשהקנין בסוף, כדבריו בשו"ת הרשב"א ח"ב סי' שא, שהובאה בב"י קצה, מחודש כא, בענין אחר, בשם רבינו יונה; וכך נמצאים דבריו מתאימים לתשובתו שבהערה 48.

שו"ת המבי"ט חלק א סי' שכט, כותב שאפשר להקנות דירת בית אגב קרקע אחרת - עיי"ש להוכחותיו מהראשונים. אבל שו"ת מהר"ם אלשיך סי' פז, דוחה את הוכחותיו, עיי"ש.

המבי"ט שם כותב שאם הקנה למקבל את דירת הבית אגב קרקע הסמוכה לאותה בית, קנה כמו במקנה "בית לדירה" (שמועיל, כאמור ליד ציון הערה 36). אבל מהר"ם אלשיך שם (עמ' רב) כותב שדרך זו מועילה רק אם הנותן מקנה את הבית עצמו לדירתו. הרדב"ז בתשובתו בשו"ת מהר"ם אלשיך שם, מסכים למהר"ם אלשיך.

²² שו"ת הרשב"א המיוחסות סי' סז (הובא בב"י, חו"מ, קצה, מחודש כב, ובשו"ת מהרש"ך חלק א סי' קעו).

וראה הערה 72 בשם ברכת מועדיך לחיים, על קבלת אחריות.

²³ אף קנה, כאמור ליד ציון הערה 36.

²⁴ שו"ת מהרש"ך חלק א סי' קעו.

²⁵ שו"ת מהרש"ך חלק א סי' קעו; שו"ת דברי ריבות סי' קצו (ד"ה הרי לך בפירוש); שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' שכג; שו"ת שי למורא סי' לב.

מהרש"ך ודברי ריבות (הובא בשו"ת נאמן שמואל סי' קיג דף קעז ע"ד) כותבים שלפי הנימוק של רב נחשון גאון (בהערה 11) שב"ידור פלוני" לא קנה כי משמעותו שעה אחת בלבד, הרי אם אמר "ידור" וקצב זמן, המקבל זכאי לדור כל הזמן הקצוב; אבל אין הלכה כמותו אלא כנימוק שזה דבר שאין בו ממש, ולפיו גם אם קצב זמן, לא זכה. מהרש"ך נוקט שיכול הנותן לומר קי"ל כדעה זו. גם שו"ת משאת משה ח"א חו"מ סי' נו (קמז ע"ב) מציין שהדין תלוי בשני הנימוקים (בנידונו לא נקצב זמן אלא נאמר שבעל הבית יהיה בחו"ל זמן רב). לעומתם, מהרשד"ם כותב שגם רב נחשון סובר שלא מועיל קנין בדבר שאין בו ממש, ולכן המקבל לא קנה אף אם קצב זמן, ורק במתנת שכיב מרע מועיל "ידור פלוני בבית זה זמן כך וכך" (ולא נימק מדוע). פרי האדמה הלכות מכירה פרק כב הלכה יג (ד"ה והנה דברי), כותב שגם לרב נחשון, רק אם קצב זמן וגם עשה קנין, אומרים שהקנין היה על גוף הקרקע וקנה.

²⁶ ר' אהרן פרחיא, בשו"ת פרח מטה אהרן, ח"א, סי' יג (מ ע"ב); ר' שמואל גאון, בפרח מטה אהרן שם סי' יד (מא ע"ד); ס' העיקרים (איגור), ח"א, עמ' רפג. הם מסבירים שלכן דינה שונה מהקנאה הדדית של דשלב"ע, שמועיל מפני ששם החסרון הוא רק בגמירות דעת - ראה ליד ציון הערה 217.

דעה חולקת: ברכת מועדיך לחיים ח"א, דרוש ה לשבת כלה (כג ע"ד, כה ע"א), כותב שיש תוקף להקנאה הדדית של דבר שאין בו ממש, מפני שבאותה הנאה שהוא קונה, הוא מקנה, כמו שדשא"ק נקנה בהקנאה הדדית (גם לדעה שבדרך כלל אינו נקנה - ראה בענין דשא"ק). אפשר שטעמו הוא שגמירות הדעת מביאה לכך שהם מתכוונים להקנות באופן המועיל, כגון קרקע לאויר.

²⁷ שו"ת מהרש"ך חלק א סי' קעו.

שו"ת מהריב"ל ח"ג סי' מג (הובא במשכנות הרועים מע' א אות ז דף יא ע"ד), כותב שבמתנת שכיב מרע, אם אמר פעמיים "ידור פלוני", קונה, כמו שבמתנת בריא מועילים בשני קנינים (כאמור ליד ציון הערה 52), שהרי דיבור של שכיב היא כקנין של בריא. ברכת מועדיך לחיים ח"א, דרוש ה לשבת כלה (כא ע"ד, כד ע"ג, כה ע"א), מביא כאילו מהריב"ל כותב כך בכל מתנה.

גם אם נתן **דבר שיש בו ממש** עם דבר שאין בו ממש, המקבל זוכה רק בדבר שיש בו ממש²⁸.

גם אם ניתן דבר שאין בו ממש במתנה **בשעת הקידושין**, אין תוקף למתנה²⁹, אף שמתנה שניתנה אז בין צד הבעל לצד האשה תקפה גם בלי מעשה קנין בגלל גמירות הדעת הגבוהה שיש במעמד זה³⁰. דבר שאין בו ממש שונה, מפני שאין לקנין על מה שיחול, ולא משנה שהמקנה גמר בדעתו להקנות³¹.

אף שאין תוקף למתנה בלשון "ידור", הרי אם המקבל דר בבית על סמך אמירה זו, אינו חייב **לשלם דמי שכירות**, אף שאין למתנה תוקף³².

(2) חריגים

אם יש מנהג לתת דבר שאין בו ממש, כגון שיש מנהג לומר "ידור פלוני בבית זה", המקבל קנה, מפני שיש תוקף הלכתי לקנין שנהוג לקנות בו ("סיטומתא")³³. בנוסף, בגלל המנהג רואים כאילו הנותן מקנה את הגוף לאוירו וכדומה³⁴.

²⁸ שו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' רעא; שו"ת ויקרא אברהם (אדאדי) חו"מ סי' לט (ד"ה וחזי הוית); פד"ר כרך יז עמ' 206, בדעת שו"ת נודע ביהודה מהדו"ק חו"מ סי' כט (שכתב כך על דשלבל"ע עם דבר שבא לעולם - ראה הערה 126). מהרשד"ם כותב שגם לפי הדעה במדכי ב"ב סי' תרה (ראה סעיף 6), שהמקנה בקנין סודר מטבע ומטלטלין בבת אחת, המקבל קנה הכל אף שמטבע אינו נקנה בקנין סודר, כי מיגו שקנה מטלטלין, קנה את המטבע, הרי כאן לא נקנה הדבר שאין בו ממש, ודוקא שם המטבע נקנה כי שייך בו קנין אחר - משיכה והגבהה.

דעה שקנה הכל: שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' שכג, כותב שאם אמר "ידור פלוני בבית זה" ונתן לו באותו מעמד דבר אחר שמועילה בו מתנה, קנה, אפילו שהה בין זה לזה יותר מכדי דבור, מפני שבזה הראה שנתן את הגוף לדירה (שמועיל, כאמור ליד ציון הערה 36) כמו שנתן את גוף הדבר האחר. לכאורה הוא סותר את מה שכתב בסי' רעא. שו"ת ויקרא אברהם (אדאדי) חו"מ סי' לט (ד"ה ובאגב ראית), מיישב, שבסי' שכג היו לו נימוקים נוספים לתת תוקף למתנה. ועי' שו"ת נאמן שמואל, סי' קיג (קעה ע"א), שהקשה על ראיות מהרשד"ם סי' שכג.

כנה"ג חו"מ, ריב, הגהב"י, אות יג, לומד מדברי שו"ת המבי"ט ח"א סי' שכט, שאם הקנה דירת בית ודבר אחר שמועיל בו הקנין, קנה גם את הדירה. ואינו מפורש בדברי המבי"ט.

דעה שלא קנה כלום: רז"י גולדברג, בית אהרן וישראל גל' מו עמ' קכב, מעלה אפשרות שאם הקנה דבר שיש בו ממש עם דבר שאין בו ממש לא קנה כלום.

רמ"א, רג, י, כותב שאם נתן דבר שיש בו ממש עם דבר שאין בו ממש, הוא "קנין דברים", ומפרש סמ"ע ס"ק יט (הובא בגידולי שמואל ב"ב קכו ע"ב, ד"ה אמנם), שדינו כדין הקנאת מטבע ומטלטלין יחד בחליפין, שיש לגביה שלוש דעות (ראה סעיף 6).

המחלוקת מובאת בשו"ת תקפו של יוסף ח"ב סי' כח.

²⁹ שו"ת ויקרא אברהם (אדאדי) חו"מ סי' לט (ד"ה והנה בבתרא, ד"ה וחזי הוית, ד"ה תמן שבעה); רש"י ורנר, בפסקי דין רבניים חלק ח עמ' 50-51 (בלשון "אפשר"). ויקרא אברהם שם מביא ראיה משו"ת הרדב"ז ח"ב סי' תרכא שכתב שדירה אינה נקנית בלשון "ידור" אף שהוא מדבר על התחייבות בשעת קידושין.

אבל ויקרא אברהם מביא (בד"ה ואחר סמוך) שחכמי עירו פסקו שדבר שאין בו ממש נקנה אז, ומביאים שכך כתב הרמ"ה בבא בתרא פ"א.

בשאלה האם מועילה אז מתנה בדשלבל"ע, ראה ליד ציון הערה 248.

³⁰ רמב"ם, הלכות אישות, כג, יג-יד; שו"ע, אהע"ז נא, א.

³¹ פסקי דין רבניים שם. הוא מסביר שלכן זה שונה מהתחייבות בדבר שאינו קצוב, שכ"מ הלכות מכירה, יא, יז, כותב שבשעת קידושין מועילה התחייבות בדבר שאינו קצוב (גם לרמב"ם שסובר שאינה מועילה בדרך כלל) בלא קנין ובשעת נשואין מועיל בקנין, מפני שטעם הדעה שאין מועילה התחייבות בדבר שאינו קצוב הוא מפני שאין בו גמירת דעת להקנות, כי הוא חושב שמידת ההתחייבות היא קטנה יחסית ואין הוא גומר בדעתו להתחייב ללא שיעור ומידה, כדין אסמכתא, ולכן בשעת קידושין ונישואין חייב, כי מפני חיבת הנישואין יש גמירת דעת יתירה; אבל בדבר שאין בו ממש, הטעם אינו בגלל חוסר גמירת דעת.

³² שו"ת הרשב"י סי' שכב. הוא לומד זאת ממה שמועילה תפיסה בדשלבל"ע, כאמור ליד ציון הערה 256. אבל ראה הערה 13, שעמק השער כתב לענין לשון "יאכל" שהדין שונה מבדשלבל"ע.

כמו כן, שו"ת הרדב"ז ח"ב סי' תרכא עוסק במי שאמר שחתנו ידור בביתו עשר שנים, ודר בבית כמה שנים אחרי נתינת המתנה, ומת הנותן, ופוסק שאין למקבל זכות להמשיך לדור שם, "וומה שדר בחייו מחל", משמע שפטור מלשלם דמי שכירות על אותן שנים. שו"ת ויקרא אברהם (אדאדי) חו"מ סי' לט (ד"ה והנה בבתרא) מסביר שהרדב"ז מדמה דבר שאין בו ממש לדבר שלא בא לעולם שבו מועילה תפיסה.

³³ ערוך השולחן, חו"מ, ריב, ג; עמודי חיים (פלגי), עמוד התורה, אות נח, דף לד ע"א-ע"ב, וברכת מועדיך לחיים ח"א, דרוש ה לשבת כלה (כה ע"ג), בדעת שו"ת הרא"ש כלל יב סי' ג; שו"ת ברית יעקב חו"מ סי' צט; פסקי דין רבניים חלק ח עמ' 52.

עמודי חיים מסתמך על מה שהרא"ש כותב שם (ראה הערה 187) שמועיל מנהג בהבטחה לתת למישהו למול את בנו, וזאת אף שלפי הרא"ש אין בזה ממש, כפי שנראה ליד ציון הערה 98.

ברית יעקב ופד"ר מסתמכים על שו"ת מהרש"ל סי' לו (ד"ה ומתוך), שכותב שאפשר להקנות את הזכיון הממשלתי שנותן בלעדיות על מכירת יי"ש ("אורנדא"), אף שאין בו ממש, ואחד הטעמים שלו הוא שכך המנהג - ראה בשמו בהערה 91. ראה גם הערה 98 בשם ים של שלמה על מנהג בדבר שאין בו ממש.

גם שו"ת סי' יהושע סי' קיד, כותב שאפשר להקנות בסיטומתא את הזכיון לגבות מסים מכפרים, אלא שהוא לא הזכיר שזה דבר שאין בו ממש.

ציבור שנותן דבר שאין בו ממש - יש תוקף להקנאה בגלל כוח הציבור³⁵.

(3) הקנאת גוף הנכס לענין הזכות המופשטת התלויה בו

אפשר להקנות דבר שאין בו ממש ע"י הקנאת הנכס (שהזכות המופשטת תלויה בו) לענין זכות זו. לדוגמה, אפשר להקנות דירת בית ע"י הקנאת **הבית לדור בו**³⁶, ואפשר להקנות "חצר לאוירה"³⁷, וכן תפוח לריחו, דבש לטעמו ובדולח שיהנה ממראהו³⁸. המתנה חלה באופן זה מפני שיש להקנאה על מה לחול.

דעה חולקת: שו"ת מהריט"ץ, סי' פו (ד"ה ואפשר דאפי', וד"ה נמצא שעלה), כותב שלא קנה ואין אומרים שמנהג מבטל הלכה, כי זה מנהג גרוע שלא כדין. הוא כותב שלכן אף שנהגו לעשות "ואקוף אולד", אינו מועיל (ראה בשמו בהערה 76 בענין ואקוף).

כמו כן, פסקי דין רבניים חלק ב' עמ' 112, מעלה אפשרות שסיטומתא לא מועיל בדבר שאין בו ממש, כי אין על מה שיחול הקנין, וזאת גם לדעה (ליד ציון הערה 187) שהיא מועילה בדשלבל"ע, מפני ששם החסרון הוא רק בגמירות דעת. כנגד זה, חוק לישראל, שיתוף נכסים, עמ' 155, מעלה אפשרות שסיטומתא אינו מועיל בתור קנין, אלא המנהג מחייב כלשעצמו, ולכן הוא יועיל גם בדבר שאין בו ממש, שאין מועיל בו קנין.

³⁴ ברית יעקב שם.

³⁵ ברכת מועדיך לחיים ח"א, דרוש ה' לשבת כלה (כד ע"א, כה ע"א וע"ג); שו"ת דברי חיים חלק ב' חו"מ, סי' סו; שו"ת הרמ"ץ או"ח, סי' יב, אות ו' (הובא בפסקי דין רבניים חלק ו' עמ' 179). ברכת מועדיך לחיים מסתמך על ר"מ חאגיז בשו"ת שמה צדקה סי' לג סעיף ז' דף לא ע"א (הביאו גם בדף כב ע"א-ע"ב), שכתב שבדבר שציבור מתחייב, חל בלי קנין. הרמ"ץ מסתמך על מה שכתב שו"ת הרא"ש כלל ו', סי' יט (הובא ברמ"א, חו"מ קסג, ו'), שדברי הקהל מועילים בלי קנין. דברי חיים מסתמך על רמ"א חו"מ, כב, א, הכותב שדבר שנעשה בפני טובי העיר אין צריך קנין.

דעה חולקת: שו"ת באר דוד (פרנקל) סימן לג (ד"ה ומה שנכתב) כותב שמעשה של הקהל או שנעשה בפני הקהל אינו עדיף מקנין, והיות שאין מועיל קנין בדבר שאין בו ממש, גם בפני הקהל לא מועיל.

³⁶ ב"ב קמז ע"ב; רמב"ם, הלכות מכירה, כב, יד; מישרים, נתיב טו, ח"א; תוס' ב"ב קמז ע"א (ד"ה שכיב); שו"ע, חו"מ, ריב, א; שו"ת מהרש"ל סי' לו (ד"ה ומתוך); שו"ת נודע ביהודה מהדורא תניינא חו"מ סי' מא; שו"ת דרכי נועם חו"מ סי' ד; עיר הקודש והמקדש ח"ג עמ' קלד.

בב"ב שם נאמר שמועיל אם אמר "תנו בית זה לפלוני וידור בו", ושו"ת הרשב"א חלק ד' סי' פא (הובא בשו"ת דברי ריבות, סי' קיט), כותב שמועיל גם אם אמר שהוא נותן את "הבית לדירה". יד רמה בבא בתרא פ"ט סי' פד, כותב שכך הוא אם אמר "לדור בו".

יד רמה שם מסביר שברור שלא מתכוון להקנות את הגוף לגמרי, שאילו כן לא היה מוסיף "וידור בו". לכאורה לפי הטעם של רב נחשון (הערה 11) שבי"דור" לא קנה כי אולי התכוון לשעה אחת בלבד, לא מובן מדוע ב"בית לדירה" שמה שו"ת ראנ"ח ח"א סי' קכ (הובא בשו"ת שי למורא, סי' לב), מסביר שכאן לא ייתכן שהתכוון לשעה אחת בלבד, שהרי הוא קונה את גוף הבית לדירה, ולכן הוא שלו כל זמן שהוא צריך לדירה. ש"ך חו"מ ריב, ס"ק ב, נימק שכיון שקנה גוף הבית לדירה, א"כ הבית שלו לדירה לעולם (ראה ליד ציון הערה 679). א' ורהפטיג (הערה 9) עמ' 380, כותב שמה שהלל שילם כדי להיכנס לבית המדרש (יומא לה ע"ב) - עניינו קניית חלק מהבית לענין זכות השמיעה.

גור אריה בראשית פ' כה פסוק לא (הובא בבית האוצר כלל א' אות ו'), כותב שמה שעשו מכר ליעקב את הזכות לעבוד במקדש (שלפי רש"י שם זה הבכורה שמכר) אף שאין בה ממש (ראה בשמו בהערה 9091), היה תקף כי הוא מכר את גופו לענין זכות הבכורה.

אבל לענין הדין שאין תוקף למתנה בלשון "ישען פלוני בנכסי", או "יעמוד פלוני בנכסי" (רמב"ם, הלכות זכיה, ט, ד), כותב ראב"ד, המובא במגיד משנה, הלכות זכיה, ט, ד (הובא בשו"ת מהר"ם אלשיך, סי' ז) שגם האומר "נכסי לפלוני ישעמוד בהן" או "ישען בהן", אינו קונה.

³⁷ חידושי הרשב"א גיטין מב' ע"ב (חורבה לאוירה); מרדכי ב"ב סי' תרטז (הובא בשו"ת ויקרא אברהם (אדאדי) חו"מ סי' לט ד"ה שני בקדש) (חורבה לאוירה); שו"ת פרח מטה אהרן ח"א סי' ח (כד ע"ד) (חצר לאוירה, לענין שיוכל המקבל לפתוח חלון לחצר), וסי' ט (כח ע"א) (בית לאויר שעליו, לענין שלא יוכל בעל הבית לבנות מעליו) וסי' יג (לט ע"ב) (בית לאויר שעליו, לענין שלא יוכל בעל הבית לבנות מעליו).

רא"ש ב"ב פ"ד סי' ז (הובא בשו"ת פרח מטה אהרן, ח"א, סי' ז, דף כג ע"ד, ובעמק המשפט ח"א סי' י אות א) כותב שמועיל לומר "אני מקנה לך את חצרי להוצאת זיזים מכותלך באויר חצרי" (וכ"כ שו"ע, חו"מ, ריב, ב), מפני שאפשר להקנות קרקע לאוירו. אבל שו"ת מהר"ם אלשיך סי' פז (עמ' ר) גורס ברא"ש "שאין אדם מקנה קרקע לאוירו", ומסביר שכונתו לאויר שאינו של קרקע עצמו, כלומר שא"א להקנות אותו בקנין אגב (ראה בשמו בהערה 21). על הגירסה ברא"ש ע"י פרח מטה אהרן שם.

הירושלמי דמאי, ו, ב, קידושין, א, ד, וב"ב, ג, א, אומר שאפשר להקנות אויר חורבה, באומר "תלוש מן החרבה זו שתקנה אוירה". שו"ת מהר"ם אלשיך סי' פז (עמ' קצט, במהד' תשמ"ב), וקרנן העדה, קידושין שם, מסבירים שזה כמו "בית לדירה" או "לאוירה". אבל פני משה, דמאי וקידושין שם, מפרש שהכוונה היא שיתלוש חלק מהחורבה, כדי שיהיה מקום פנוי, ויוכל להוציא לשם זיזים.

ח"י הרשב"א, כתובות נט ע"ב (ד"ה ומיהו) (הובא בס' העיקרים (איגר), ח"א, עמ' רצז) מסביר שמועיל להקנות חצר לאוירו אף שאינו יוצא מגופו כמו בדקל לפירותיו (ראה הערה 157 על זכות שאינה יוצאת מגוף הדבר), כי האויר נראה כאילו חלק מהחצר.

שו"ת פרח מטה אהרן ח"א סי' ח (כד ע"ב), וסי' ט (כו ע"ב), כותב שהנותן את קרקע החצר לאוירו, לענין הוצאת זיזים או זכות פתיחת חלון מולה, גם יורשי המקבל זוכים בו, ואין אומרים ש"ל"י הוא דוקא ומשמע "ולא ליורשי" (ראה על כך בסעיף 4), וזאת גם אם המקבל מת לפני שפתח חלון מול החצר.

שערי טהר ח"ג שער ב' סי' כז אות ד (קצו ע"ג), מעלה ספק האם מועיל להקנות חצר לאוירה. הוא מדייק מיד רמה שמועיל גם בדבר שאין בו ממש. הוא כותב שגם אם זה מועיל, המקבל לא יכול לקנות בחצר זו בקנין חצר.

המתנה חלה באופן זה גם אם הגביל את זמנה³⁹.

מי שקיבל זכות דירה באופן של "בית לדור בו", יכול להשכיר זכות זו או למכרה לאדם אחר שבני ביתו אינם מרובים ממנו, כי נותן בעין יפה נותן⁴⁰.

אבל הנותן אינו יכול להקנות דבר שאין בו ממש שיש לו זיקה לנכס אחד, בכך שיתן נכס אחר לענין אותו דבר שאין בו ממש. לדוגמה, אינו יכול לתת "בית זה לדור בבית אחר", או לתת זכות שאיבת מים מבור שהוא מחוץ לבית, בכך שיאמר "בית והנאותיו", כי הבית הוא דבר אחד והמים בבור שאינו בבית⁴¹.

גם אם לא אמר הנותן בפירוש שהוא מקנה את הנכס לענין הדבר שאין בו ממש, הרי אם הנסיבות מלמדות שזאת היתה כוונתו, נראה כאילו הקנה את גוף הנכס לענין הזכות, והמתנה תקפה. מצאנו בפוסקים דוגמאות אחדות לכך:

(א) אם אמר "ידור פלוני בבית זה" והקנה את המתנה למקבל ע"י קנין חזקה בבית, קנה כאילו אמר הנותן "בית לדור"⁴².

(ב) אם הנותן אמר "המקבל יוכל לעשות בו כל רצונו כאדם שעושה בביתו", וכדומה, משמעו היה שהוא מקנה לו את גוף הבית לדירה⁴³. אבל אם אמר רק "ולא יהיה לי או ליורשי כוח להוציא אותה מהדירה"

³⁸ פרישה, חו"מ, ריב, ג; שו"ת המבי"ט חלק ב סי' קלב; ערוך השולחן, חו"מ, ריב, א. אלו המקרים שנזכרו ליד ציון הערה 10.

אבל שערי טהר ח"ג שער ב סי' כז אות ד (קצו ע"ג), מדייק מזה שהרמב"ם לא נקט "תפוח לריחו", משמע שזה לא מועיל. רז"י גולדברג, בית אהרן וישראל גלי' מו עמ' קכב, מעלה ספק האם מועילה הקנאת דבש לטעמו או כלי לטעמו, כי הרמב"ם לא הזכיר אותם.

³⁹ רמב"ם, הלכות זכיה, י, טו.

שו"ת ראני"ח ח"א סי' קכ, נוקט שבמקרה זה, אינו מקנה לו את גוף הבית לגמרי אלא זו השאלה. אבל בפשטות זה בגדר מתנה לזמן (שנידונה בסעיף 4).

⁴⁰ רמ"א, חו"מ, שטז, א, כמוסבר בס' לחקרי הלכות, ח"ב, סי' רפ (עמ' עו). וראה בשמו בסעיף 5 על זכות המקבל התחייבות בזכות דירה.

הרמ"א לומד זאת בקל וחומר מהדין שנראה בסעיף 4 שהנותן בית במתנה ושייר לעצמו זכות דירה, יכול למכור את הזכות.

⁴¹ שו"ת מהר"ם אלשיך סי' ה. הוא כותב שהמקבל קנה את המים שהיו בבור בעת המתנה, שיש בהם ממש, אבל לא את המים העתידיים לבוא אל הבור.

⁴² שו"ת מהר"ם אלשיך סי' פז (עמ' קצט, במהד' תשמ"ב).

⁴³ שו"ת הרשב"א חלק ו סי' קיא (הובא ב"ח חו"מ, רנג, לו, בשו"ת תורת חיים ח"א סי' עט, בשו"ת מהרש"ך חלק א סי' קעו, ובשו"ת מהריט"ץ סי' כח).

לשונויות נוספים שמוכיחים על כוונה לתת את הבית לדירה: שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' שכג, כותב שאם כתוב בשטר המתנה "בלי כסף ומחיר בעולם", הדבר מוכיח שנתן את גוף הבית לדירה, שהרי אם נתן רק את הדירה, שאין בה ממש, ברור שלא יטול מחיר בעדה. עוד כתב שאם כתוב בשטר המתנה "מבלי שיהיה כח ביד יורשיו כו' להוציא אותו מהדירה", הדבר מוכיח שנתן את גוף הבית לדירה, שהרי אם לא נתן את גוף הבית, ביטול המתנה אינה בגדר הוצאה. אבל שו"ת דברי ריבות סי' קצו (ד"ה וגם אין לומר, ד"ה ליתא, ד"ה ועוד מצאתי), כותב (על אותו מקרה) שאין ללמוד מלשונויות אלו שהתכוון להקנות את גוף הבית, כי "לישנא יתירא לטפויי אתא" נאמר רק בלשון שאין צריך אותה כלל מפני שכבר היה מובן מלשונו הראשון, אבל באותו מקרה כל הלשונויות היו נחוצים (עיי"ש שמפרט את הצורך); ועוד ששו"ת הרשב"א, ח"ב, סי' רע, פוסק שאיננו יכולים לדון על פי הכלל "לישנא יתירא לטפויי אתא" אלא במה שכתוב בתלמוד.

שו"ת דברי ריבות, סי' קיט, כותב שאם כתוב בשטר "שיזכה וידור בבית", מפרשים שהנותן התכוון לומר שהמקבל יזכה בבית ממש וידור בו, בגלל תוספת הלשון "יזכה" ובגלל ו' החיבור של "וידור" שמשמעו שהוא מוסיף את הדירה על הזכיה.

דברי ריבות שם כותב שאם נכתב שהמקבלת "תזכה ותדור כל עוד אשר נשמת רוח חיים באפה או כל עוד שתראה לדור בבית", משמע ש"כל עוד אשר נשמת רוח חיים באפה" תזכה גם אם אינה רוצה לדור שם, והיינו שתוכל להשכיר את הבית למי שתראה כל חייה, וזאת משום שהוא נותן לה זכות בגוף הבית.

עוד כותב דברי ריבות שם שאם כתוב בשטר "אם תרצה המקבלת ללכת לחוץ לארץ, לא תוכל לתבוע זכות זו", מוכח שהתכוון לתת לה זכות בגוף הבית כל חייה להשכירו גם אם לא תדור בו, ולכן היה אפשר לחשוב שתוכל למכור זכות זו, ולכן הדגיש שאם תצא מהארץ לא תוכל למכור את הזכות; שאילו התכוון רק לתת זכות דירה, לא היה צריך לומר שאם תצא מהארץ, לא תהיה לה שום זכות.

ר' יוסף קארו, בשו"ת אבקת רוכל סי' קיד, כותב על הנותן במתנה רשות לקבור בקרקע מסוימת, שאם השטר הוא רק שטר ראייה, המספר שכבר עשו מעשה קנין, מניחים שהקניין נעשה כדין, שאמר "קנה קרקע זה לקבור בו"; ואין לומר שכיון שיד בעל השטר על התחתונה יש לומר שלא היה שם קנין אחר, שהרי כלל הוא (חידושי הרשב"א בבא בתרא קעא ע"א, שו"ת הריב"ש, סי' שמה, ושו"ע, חו"מ, מב, ט) שאם השטר יתבטל ע"י אמירת "יד בעל השטר על התחתונה", אין אומרים כך, וכאן אם היינו אומרים שנתן לו רק רשות לקבור, היה השטר מתבטל, ולכן אין אומרים

וכדומה, אינו משמע שהקנה לו את גוף הקרקע לדירה, אלא הוא רק מחזק את מתנת זכות הדירה, שאינה תקפה⁴⁴. כל שכן שבמצב הרגיל, שאמר לו רק "ידור", אין מפרשים שהתכוון להקנות לו את הבית לדור בו, ואף שברור שהנותן רוצה לתת לו, ויש אומדנא שהתכוון לתת בית לדירה, שהרי אם כוונתו לדירה בלבד, נמצא שדבריו הם לבטלה⁴⁵ - בכל זאת אין הולכים אחר אומדן דעתו להוסיף על דבריו כאילו אמר "בית זה אני נותן לפלוני שידור בו", כי דברים שבלב אינם דברים⁴⁶, ועוד, שתיקון לשונו באופן זה היה יוצר מתנה אחרת, של גוף הבית, ואילו התכוון לכך היה אומר זאת בפירוש⁴⁷.

(ג) בשטר מתנה על דבר שאין בו ממש, כגון דירת בית, אם כתוב בתחילה "אני נותן לפלוני דירת בית", ואח"כ נכתב שעשו קנין, קנה, כי מפרשים שהקנה לו באופן המועיל, היינו שהקנה לו את הבית לדור בו, כי תוספת הקנין נועדה לחזק את כוחו⁴⁸. אבל אם הקנין כתוב בשטר לפני תיאור המתנה, כגון "אני נותן

ייד בעל השטר על התחתונה" אלא מניחים שעשו באופן המועיל. אבל ר' משה ברוך, בתשובתו שם, סי' קיג, כותב על אותו נידון שלא קנה כיון שאין במתנה ממש.

ר' אלישע גאליקו, המובא בכנה"ג חו"מ ריב הגה"ט אות ח (הובא בשו"ת חיים ביד סי' סט ד"ה גם ליכא, ובברכת מועדיד לחיים ח"א, דרוש ה לשבת כלה, דף כא ע"ב, כג ע"ג, כד ע"ג, כה ע"ג), כותב שאם אמר "ידור, וגם יהיה בידו כח ורשות להשכירם ולאכול פירותיהם כל חייו", זה מוכיח שהקנה לו את גוף הקרקע לדירה. אבל הוא מסתפק בזה. ברכת מועדיד לחיים שם, דף כא ע"ב, כותב בשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' שכג, סובר שבמקרה זה קנה, שהרי כתב שאם הנותן גילה כוונה להקנות, קנה.

שו"ת תקפו של יוסף ח"ב סי' כח, עוסק במי שנתן אויר של עלייה, ובכך זאת פוסק שהמתנה תקפה כיון שבנידונו נכתב בשטר "יזכה בו גוף מהיום ופירות לאחר מיתה", משמע שהתכוון להקנות לו את גוף העלייה שהרי "גוף" לא שייך באויר, ועוד שסיים "על כל מוצאיהם ומובאיהם" שזה שייך בגוף, וכתב "ילך ויחזיק לדור ולהשכיר", שמשמע שהקנה לו את גוף העלייה.

שו"ת נאמן שמואל סי' קיג (קעה ע"ב) נוטה לומר שהאומר "ישב פלוני בבית", משמעותו שהוא נותן לו חלק בגוף הבית לישיבה, שלא כמו "ידור".

שו"ת מהרש"ד חלק א סי' קעו.

טענה זו כותב שו"ת דברי ריבות, סי' קיט. אבל באנציקלופדיה תלמודית, ע' אין אדם מוצא דבריו לבטלה, בסופו, נאמר שהלכה נפסקה שיתכן שאדם אומר דברים לבטלה.

שו"ת מהרשד"ם חו"מ סימן שמז.

מגיד משנה הלכות זכיה ומתנה י, ב (הובא בשו"ת מהריט"ץ, סי' כח וסי' קפו).

שו"ת מהר"ש צרור (תשב"ץ חלק ד (חוט המשולש) טור ב) סי' כ (ד"ה לזה), מסביר שאין אומרים שאולי לא ידע את הדין והתכוון לתת את הבית לדור, שהרי אם נאמר כך, בכל מתנה יאמרו מקבלי המתנה או היורשין לאו דינא גמיר ואין מתנה מתקיימת לעולם. אולי כוונתו היא שאם נתן כראוי, היורשים יאמרו שלא התכוון לתת וטעה בדין, ואם נתן שלא כראוי, המקבל יאמר שהתכוון לתת וטעה בדין, ולא נוכל לפסוק אם המתנה תקפה או לא.

שו"ת הרדב"ז חלק ד סימן אלף שכג (רנב), מביא שהרשב"א כותב שאין מתקנים את דבריו כאן.

שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סי' סז (הובא בב"י חו"מ, קצה, מחודש כב, בשו"ת מהרש"ד חלק א סי' קעו, בשו"ת מהר"ם אלשיך סי' פז (עמ' רא), בשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' שכג, בשו"ת מהריב"ל חלק ג סי' מג, בשו"ת ר"ע איגר, מהדו"ק, סי' קמא, בשו"ת חיים ביד סי' סט (ד"ה ועוד למד), בשו"ת פני דוד (פאפו) חו"מ סי' כא דף קכ ע"א, בשו"ת תורת אמת, סי' קלג, ד"ה הרי לך, ובס' דיני מסחר במשפט העברי, עמ' 209; רמ"א, חו"מ, ריב, א; מהרי"ט, הובא בבני חיי, אהע"ז סי' נא; ערוך השולחן, חו"מ, ריב, ו; משכנות הרועים מע' א אות ז (נב ע"א); שו"ת בני שמואל סי' יג, דף מג ע"ד (הובא בשו"ת מהר"ש הלוי חו"מ סי' ל דף נט ע"ד-ס ע"א); לחם שלמה הל' קנין סודר, סי' סד (נח ע"ג-ע"ד).

שו"ת שי למורא סי' כט כותב, שקנין באחרונה מועיל רק אם הוא נזכר מיד אחר שאמר "הריני נותן", שהוא מתייחס למה שאמר שהוא נותן לדור, וכאילו הקנה את גוף הקרקע לדירה, אבל "וקנינו" שכתוב בסוף השטר אינו מועיל, כי הוא כאומר "קנו ממני שאני נותן", או "וקנינו ממנו שהוא נותן".

פירוט סוג הקנין: נתיבות המשפט ריב ס"ק ב, כותב שמדברי הט"ז, חו"מ, ריב, א, עולה שאם בקנין שבסוף השטר כתוב שקנו **בקנין סודר**, אין מפרשים שהקנה בית לדירה, כי אולי העדים לא התכוונו לומר שהקנה באופן המועיל, אלא לתאר במה היה הקנין; והוא תמה עליו שלא מצאנו שום פוסק שכתב כך.

במתן רשות לפתוח חלון: ר' שמואל גאון בשו"ת פרח מטה אהרן ח"א סי' ז (כג ע"ד) (הובא בעמק המשפט ח"א סי' י אות יא), כותב שבנתינת רשות לחברו לפתוח חלון לחצרו, שבוה מקנה לו אויר ארבע אמות בחצרו - אותן ארבע אמות שהיה צריך להרחיק כדי לפתוח חלון - קנין אינו מועיל שייחשב כאילו שמקנה לו קרקע לאויר, שהרי לא נתן לו שימוש בחצר אלא מה שנתן לו הוא דבר שאינו קשור בקרקע, ורק אם אמר לו בפירוש שמקנה קרקע לאויר, מועיל קנין; וזה שונה מנותן זכות דירה, ששם אפשר לומר שהקנין מועיל שייחשב כאילו הקנה לו את קרקע הבית לשימוש זה שידור בה (ולא הזכיר את הרשב"א). בס"י יד (מא ע"ג), כתב כך גם על נתינת רשות להכניס זיזים לחצר או על הבטחה להימנע מלבנות, שהיא כנתינת זכות בחצר לשכנגדו; אבל שם כתב שאם מקנה את האויר שתהיה למקבל לבנות מעל הבית, זה כמו דירה ונחשב שהקנה לו קרקע לאויר. אבל ר' חסדאי פרחיא שם סי' ח (כד ע"ד) (הובא בעמק המשפט שם) כותב שגם באויר מועיל לפי הרשב"א.

דעה חולקת: ב"י חו"מ, קצה, מחודש י (הובא בשו"ת מצות כהונה, סי' לו דף כח ע"ד), כותב שרב האי, המובא בעיטור, מאמר ב, דף י ע"א, חולק על הרשב"א, שהרי הוא כותב (ראה הערה 21) שקנין לא מועיל לדירה ואויר ואכילת פירות. אבל שו"ת שער אפרים סי' קלג (ד"ה וראיתי שה"ה) כותב שרב האי מסכים לרשב"א. כמו כן, זקן שמואל, חו"מ סי' רג (קנד ע"א), כותב שרב האי מתכוון שאם הקנין נעשה בתחילה, לא מועיל, ולזה מסכים הרשב"א. כמו כן, שו"ת משפט וצדקה ביעקב ח"א סי' ו (כ ע"א) כותב שרב האי ושאר הראשונים (בהערה 20) אינם חולקים על הרשב"א, כי הם מדברים בקנין שנעשה לפני האמירה "ידור", ובזה מודה הרשב"א שלא קנה.

לפלוני בקנין שידור בבית", או שהנותן אמר לעדים "קנו ממני שאני נותן לו דירה", אינו מועיל, מפני שמשמע מזה שהקנין הוא על הדירה, ולא על גוף הבית".⁴⁹ טעם ההבדל הוא, שכשהקנין כתוב לבסוף הוא מחזק את הענין אם הקנין בא לקיים את מה שאמר, שכיון שהאמירה היא עצמות ומהות המתנה, ועשה קנין על זה, הקנין מחזק את הענין לפרש שהקנין הוא על גוף הקרקע; ואמנם אם אמר "קנו ממני שאני נותן לו דירה בבית", אינו קונה, הטעם הוא שהקנין הוא רק על הדירה משום שהקנין מוסב רק על מה שהזכיר סמוך לקנין, שהוא הדירה, לא לבית שהזכיר אחר כך; אבל אם אמר "הריני נותן לשמעון דירה בביתי וקנינו ממנו", קנה את הבית משום שהקנין מתייחס למה שהזכיר בסמוך - "ביתי".⁵⁰ במלים אחרות, אם נכתב הקנין אחרי הזכרת הדירה, קנה כי יש להניח שהקנין נעשה בפועל בשתיקה אחרי הזכרת הדירה; והרי אדם אינו עושה קנין בכדי, אלא יש להניח שהוא עשה את הקנין כדי לקיים את הענין באופן המועיל, כאילו הזכיר בפירוש בשעת הקנין "בית לדור בו", ומה שהזכיר לפני כן לשון דירה - כאילו אינו.⁵¹

גם אם נזכר הקנין בתחילה, כגון שכתב "אני נותן בקנין את דירת הבית", הרי אם בסוף השטר כתוב (בלשון העדים) "וקנינו מפלוני קנין שלם", קנה, מפני שכפילת הקנין מחזקת ומלמדת שהתכוון להקנות את גוף הבית לדירה.⁵² יש להניח שהקנין נכתב פעמיים כדי לומר שמה שזכר קנין בתחילה לפני הדירה היה דרך

שו"ת מהר"ם אלשיך סי' פז (עמ' רא), פוסק שלא כרשב"א, מפני שלדעתו רמב"ם, מכירה, ה, יד, ופוסקים נוספים חולקים על הרשב"א, ואף הרשב"א עצמו לא סמך על כך למעשה. אבל שו"ת פרח מטה אהרן, ח"א, סי' יג (לט ע"ב) (הובא בשו"ת מים רבים חו"מ סי' מט דף מא ע"ב), דוחה את הוכחתו מהרמב"ם שם - עיי"ש.

שו"ת תורת אמת, סי' פג, כתב שרש האר"י חולק על הרשב"א, והוא מדייק מתשובת הרשב"א שהוא מסתפק אם יועיל אם נכתב הקנין בסוף השטר. אבל שו"ת שער אפרים סי' קלג (ד"ה ומצאתי ראיתי) מעיר שתורת אמת עצמו בסי' קלג פסק כרשב"א ולא הזכיר את דברי רב האי.

שו"ת מהריב"ל חלק ד סי' כה מוכיח ששאר הפוסקים חולקים על הרשב"א, מן העובדה שלא כתבו חידוש זה. שו"ת מהר"ש צור (תשב"ץ חלק ד (חוט המשולש) טור ב) סי' כ (ד"ה על כן) כתב שרש האי, בעל העיטור, רמב"ם הל' מכירה, כב, יד, הרא"ש, והטור שכתבו סתם שלא מועיל שום קנין להקנות דירה, משמע בין הקנין בתחלה בין בסוף, חולקים על הרשב"א; וכן ר"ת ורי"ף והר"י וריב"ם, המובאים בהגהות אשרי ב"ב פ"ג סי' לט, שסוברים שמועיל "דין ודברים" אין לי על שדה זו" רק אם הקנה בפירוש את גוף הקרקע, ואין אומרים שבסתם, הקנין מתפרש על גוף הקרקע, גם הם חולקים על הרשב"א, שהרי הרשב"א הוכיח את דינו ממה שמעיל שם קנין בסתם; אי"כ לדעתם גם בקרקע אגב קרקע קנה רק אם עשה קנין בפירוש על הקרקע השניה. והוא כותב שאף הרשב"א לא סמך על טעם זה בלבד, אלא היה לו נימוק נוסף - עיי"ש. והוא כותב שיכול המוחזק לומר קים לי כחולקים על הרשב"א. גם פרי האדמה הלכות מכירה פרק כב הלכה יג (ד"ה והנה דברי) כתב שרש האי חולק על הרשב"א.

שו"ת מהרי"ט חלק ב חו"מ סי' מד (הובא בשו"ת ויקרא אברהם (אדאדל) חו"מ סי' לט, ד"ה והנה ב' הכותב), כתב שרש האי יסביר שדוקא באומר "דין ודברים" אין לי על שדה זו" מועיל קנין, מפני שהוא מדבר על השדה אלא שהלשון גרוע, ומתוך שאדם יודע שאין קנין חל על דברים בעלמא, יש להניח שהקנה לו מגוף השדה; אבל כאן לא עלה על דעתו לתת לו את הגוף, כי הוא חשב שיכול להקנות את הדירה בקנין.

שו"ת משאת משה חו"מ סי' נו (קמז ע"ב) מביא שו"ת שלא מועיל קנין אפילו בסוף. שו"ת בית יהודה (עיי"ש) חו"מ סי' סב, שו"ת תקפו של יוסף ח"ב סי' כח, ושו"ת ויקרא אברהם (אדאדל) חו"מ סי' לט (ד"ה והנה ב' הכותב), מדייקים מסתימת השו"ע שהוא פוסק כרב האי. שו"ת ויקרא אברהם (אדאדל) חו"מ סי' לט (ד"ה והנה ב' הכותב) כותב שכך דעת שו"ת מר ואהלות אה"ע"ז סי' ב (לו ע"ב) בדעת שו"ע, שהרי כתב ששו"ע סובר שמחילה בדבר שהוא בעין לא מועילה גם בקנין, וכ"ש בדבר שאין בו ממש.

שו"ת מהר"ש הלוי חו"מ סי' ל (ס ע"ב), כותב אפשר לומר קי"ל כדעת רב האי, הגמ"ר ומישרים (שהביאו את דבריו), שלא מועיל קנין באחרונה. פרח מטה אהרן חו"מ סי' ט (כח ע"ב) (הובא בעמק המשפט חו"מ סי' י אות יא) וסי' יג (לט ע"ד), ושו"ת מים רבים חו"מ סי' מט (מא ע"ד), כותבים שאפשר לומר קי"ל שלא קנה.

שו"ת בני שמואל סי' יג (מד ע"א), ומשנה למלך הלכות מכירה פרק ה, יד, מעלים אפשרות שרש האי מודה שאם נכתבו שני קניינים, קנה (ראה ליד ציון הערה 52). אבל מהרי"ש הלוי כותב שלא משמע כך מסתימת דברי רב האי.

⁴⁹ רשב"א שם.

⁵⁰ שו"ת דברי ריב"ב סי' קצו (ד"ה ואני אומר שאין).

בדומה מסביר שו"ת פרח מטה אהרן חו"מ סי' ט (כו ע"ג) (הובא בלחם שלמה הל' קנין סודר, סי' סד דף נח ע"א), וסי' יג (לט ע"ב), את הבחנת הרשב"א, שאם הקנין היה אחרי האמירה, ולא אמר כלום בשעת הקנין, יש כח בקנין לתקן את הענין, שהתכוון להקנות מגוף הקרקע, כי מן הסתם לא היה עושה קנין על דבר שאין בו ממש, אבל אם אמר "קנו ממני שאני נותן דירה", וכדומה, ברור שלא הקנה לו גוף הקרקע, כיון שבשעת הקנין אמר להיפך.

⁵¹ שו"ת משפט וצדקה ביעקב חו"מ סי' ו (יט ע"ד-כ ע"א).

⁵² שו"ת המב"י חו"מ סי' שכט; שו"ת מהר"ם אלשיך סי' פז (עמ' ר); שו"ת מהר"ש צור (תשב"ץ חלק ד (חוט המשולש) טור ב) סי' כ (ד"ה והרשב"א), ע"פ שו"ת תורת אמת סי' קלג; שו"ת שי למורא סי' כט; לחם שלמה הל' קנין סודר, סי' סד (נח ע"ג-ע"ד); שו"ת פרח מטה אהרן, חו"מ סי' ט (כו ע"ג), וסי' יג (לט ע"א).

הרשב"א עצמו כותב שם שכפילת הקנין מועילה, אבל לא ברור מדבריו באיזה אופן מדובר, והאחרונים הללו מבארים את כוונתו.

המב"י כותב שהדין כך גם אם בקנין הראשון נאמר שהוא מקנה אגב קרקע "שידור בבית". אבל מהר"ם אלשיך שם כותב על אותו מקרה שאין אומרים כך, כי הקנין שזכר בסוף אינו שונה מהקודם, ורק מזכיר את הראשון שוב, שהוא לקנות ארבע אמות קרקע להקנות אגבן את זכות הדירה (שאינו מועיל, כאמור ליד ציון הערה 21); והרשב"א דיבר רק בקנין סודר שזכר פעמיים, שהוא חיזוק שייחשב כאילו אומר שמקנה את הבית לדירה; ואין לומר שגם בנידונו חזרת הקנין מועילה להוכיח שמה שנקנה באגב אינו האויר בלבד אלא גם הבית לדירה, כי קנין זה מחזק את

גרר על שם העתיד, אבל באמת הקנין נעשה רק בסוף⁵³. מה שהעדים כותבים בסוף השטר "וקנינו ממנו" מיותר, כי בלאו הכי, הרי העידו בתחילת השטר שאמר להם שיעשו קניין, וחתמו בשטר, וחזקה שעשו העדים את שליחותם, ואילו לא היו חותמים; וכיון שהוא מיותר הוא נחשב קניין שני לחיזוק⁵⁴.

אבל אם הסופר והעדים והנותן לא ידעו שאפשר להקנות דירת בית רק באמירת "בית לדירה", אין אומרים שמה שהזכיר את הקנין שנית הוא כדי להקנות את הבית לדירה⁵⁵.

(ד) אם **תלמיד חכם** חתום כעד בשטר המתנה, יש להניח שהוא דאג לעשות את הקנין כהלכתו, בהקנאת הגוף, כי "חזקה על חבר שאינו מוציא מתחת ידו דבר שאינו מתוקן"⁵⁶.

(ה) מי **שנשבע** לתת דבר שאינו בו ממש, לפי דעה אחת המתנה תקפה, מפני שהשבעה מועילה שייחשב כאילו הקנה לו את הגוף⁵⁷. אבל דעה אחרת היא שהוא אמנם חייב לתת כדי לקיים את השבעה⁵⁸, אבל אין נוצר בכך קנין⁵⁹.

הקנין הראשון כאילו שהנותן אמר שיקנה בקנין אגב את הבית לדירה - אין לומר כך, שהרי קרקע אינו נקנה אגב קרקע (ראה סעיף 6) אפילו יש קרקע בתהום ומקנה אגבו קרקע שמעליו; ואין לומר שהקנין השני הוא קנין סודר חדש, על הדירה, ונפרש שכוונתו על גוף הקרקע, כאילו אמר "בית לדירה" - כי עד כדי כך לא מתקנים את לשונו. הרב⁶⁰ בתשובתו בשו"ת מהר"ם אלשיך שם, מסכים למהר"ם אלשיך.

נתיבות המשפט ריב ס"ק ג, כותב שדוקא אם נזכר הקנין בפעם השנייה לפני השורה האחרונה בשטר, הדבר מוכיח שהקנה לו בית לדירה, מפני שאזכור זה מיותר, אבל אם נזכר בפעם השנייה רק בשורה האחרונה, אין מכך הוכחה, שהרי מן הדין צריך לחזור על דברי השטר שם (ב"ב קסא ע"ב). לעומתו, משכנות הרועים מע' א אות ז (יא ע"ד) כותב שאף שהכלל הוא שאין לומדים דברים חדשים ממה שנכתב בשורה האחרונה בשטר, שמא בעל השטר הוסיף את זה אחרי שהעדים חתמו (ב"ב קסב ע"א), הרי כאן זה לא נחשב דבר חדש כי אין זה תוספת תנאי אלא מפרש שהקנין היה על הגוף, כמו שכתב הגהמ"י הל' מלוה, כז, ג, אות ב, שאפשר ללמוד מהשורה התחתונה דבר שלא סותר לגמרי מה שלמעלה, כגון להודיע שעשו קנין.

שו"ת הלכה למשה (אלבז) סי' קנט, כותב כאילו לרמב"ן דוקא אם כתוב קניין פעמים קנה, ולרשב"א קנה אם נזכר הקנה אחרי "ידור", וזאת מפני שבתשובות המיוחסות לרמב"ן נזכרה כפילות הקנין (אלא שלאמיתו של דבר, עיקרן תשובות של הרשב"א), ואילו בשו"ת הרשב"א ח"ו סי' קיא (שהבאנו בהערה 21) נזכר רק קנין; והוא פוסק ע"פ הרמ"א, שמועילים שני קניינים.

לחם שלמה הל' קנין סודר, סי' סד (נח ע"ג-ע"ד), כותב שרק אם הקנין השני כתוב בסוף השטר, הוא מועיל, אבל אם כתוב פעמיים בתחילה "וקנינו מפלוני שנתן דירה בביתו לפלוני", לא קנה. גם שו"ת פרח מטה אהרן, ח"א, סי' יג (לט ע"ג) כותב שאם גם בפעם השנייה נאמר "וקנינו מפלוני שהוא נותן דירה", לא מועיל, ורק אם אמרו "וקנינו מפלוני על כל המפורש לעיל" וכדומה, מועיל כמו קנין סתם כיון שלא הזכיר דירה. אבל אח"כ הוא מעלה אפשרות שלרשב"א מועילים שני קניינים גם אם בפעם השנייה הזכיר את הדירה, וכותב שכך משמע משו"ת מהריב"ל ח"ג סי' מג. שו"ת בית יהודה (עייאש) חו"מ סי' סב, כותב מה שכתב הרשב"א שבשני קניינים קנה, הוא בשני קניינים שנעשו בפועל, ולא די שהקנין יוזכר בשטר פעמיים.

ר' שמואל גאון, בשו"ת פרח מטה אהרן ח"א סי' יד (מא ע"א-ע"ב), כותב ששני קניינים מועילים רק אם הם קנין סודר, משא"כ קנין סודר וקנין אגב, ומועילים רק אם השני כתוב בסגנון "וקנינו לפלוני על מאי דכתב לעיל", אבל לא מועיל מה שכתבים "וקנינא וכו'" שזה רק תקציר של השטר כמו שמקצרים שם דברים אחרים שכתובים בשטר, וכותבים "וכו'".

עמודי חיים (פלג'י), עמוד התורה, אות נח, דף לד ע"ב, וברכת מועדיד לחיים ח"א, דרוש ה לשבת כלה (כד ע"ג) מסביר על פי דין זה בדרך דרוש, איך חל קנין התורה לישראל אף שהיא רוחנית ואין בה ממש - כי היו שתי אמירות, באוהל מועד ובהר סיני, והן כמו שני קניינים. ברכת מועדיד לחיים שם, לכל אורך הדרשה, מסביר איך חל קנין התורה, ע"פ החריגים השונים שבהם יש תוקף להקנאת דבר שאין בו ממש - עיי"ש.

דעה חולקת: שו"ת תקפו של יוסף ח"ב סי' כח, כותב ששני קניינים מועילים רק אם הקנין הראשון היה אחרי האמירה.

שו"ת ר' עקיבא איגר מהדו"ק סי' קמא (הובא בפתחי תשובה חו"מ, ריב ס"ק ד-ה), כותב שלפי הרשב"א, אם אמר תחילה "קנו ממני שאני נותן", שמשמעו קנין על הדירה ולא על גוף הבית, ונכתב גם קנין בסוף השטר, מועיל, כי זה מראה שבא להוסיף, אבל הרמ"א לא פסק כך, אלא לדעתו זה ספק.

⁵³ שו"ת משפט וצדקה ביעקב ח"א סי' ו (יט ע"ד-כ ע"א).

⁵⁴ שו"ת מהריב"ל חלק ד סי' כה; משכנות הרועים מע' א אות ז (יא ע"א). ועי' לחם שלמה הל' קנין סודר, סי' סד (נח ע"ב), שהקשה על מהריב"ל מב"ב.

⁵⁵ שו"ת מהר"ם אלשיך סי' פז (עמ' רא); שו"ת משפט וצדקה ביעקב ח"א סי' ו (כ ע"א).

משפט וצדקה ביעקב שם כותב שאם ידוע שלא הקנה את הבית לדירה, כגון במקום שהמנהג הוא שהסופר נותן לצדדים סודר ואומר "אתם נוטלים קנין שאתם נותנים דירה" וכדומה, לא נפרש שהתכוון להקנות את גוף הקרקע.

לגבי מקרה **שספק** האם העדים יודעים הלכה זו, הרשב"א שם מעלה ספק בתחילה האם מפרשים את הקנין כמקנה "בית לדירה", ומלשונו בסוף התשובה נראה שהוא פוסק שמפרשים כך. משפט וצדקה ביעקב שם כותב שמסקנת הרשב"א היא שגם אם לא ידוע אם העדים יודעים את הדין, מניחים שהתכוונו להקנות בית לדירה. אבל מהר"ם אלשיך שם נוטה לומר שהרשב"א נשאר בספקו.

⁵⁶ ר' יוסף קארו, בשו"ת אבקת רוכל סי' קיד.

אבל יש להעיר שר' משה ברוך, בתשובתו שם, סי' קיג, כותב על אותו נידון שלא קנה כיון שאין במתנה ממש. ⁵⁷ שו"ת שיל למורא סי' כז (הובא בשו"ת חיים ביד סי' סט ד"ה ועוד למד, ובברכת מועדיד לחיים, ח"א, דרוש ה לשבת כלה, דף כא ע"ד, כה ע"א).

(ו) יש מי שאומר שבמתנה של דירת בית, אם המקבל **דר בבית** כבר בשעת נתינת המתנה, קנה, משום שכבר יש לו אחיזה בגוף הבית, ואין צורך לחדש לו קנין, ולכן כשאמר הנותן שהוא רצה שימשיך לדור בבית, משתמע שהוא מתכוון לתת לו את גוף הבית לדירה, ולכן קנה⁶⁰. אבל אחרים אומרים שגם אז לא קנה, אם לשון הנותן אין במשמעותה שכוונתו לתת את גוף הבית⁶¹. העובדה שדר שם קודם אינה מוכיחה שהנותן נתן את גוף הבית לדירה, שהרי לא דר בבית מכח המתנה אלא קודם המתנה, ואז בוודאי גוף הבית לא היה של המקבל⁶². אבל אם דר שם אחרי המתנה, והנותן ראה ושתק, קנה, מפני שבכך מראה הנותן שהתכוון להקנות את גוף הבית לדירה⁶³; זאת בתנאי שעשה מעשה קנין⁶⁴. אלא שאם שתק מפני שחשב שאפשר לתת דירת בית במתנה, המתנה בטלה⁶⁵. כמו כן, אם מת הנותן, והמקבל דר בבית אחרי מותו, אין שתיקת

אור החיים בראשית כה, לג, כותב שהשבעה נותנת תוקף להקנאה, כי שבועה חלה על דבר שאין בו ממש (נדריים יג ע"ב); ומסביר בכך את תוקפה של מכירת הבכורה ליעקב אף שיש בבכורה פרטים שהם דברים שאין בהם ממש, כמו הכבוד ועבודת בית המקדש.

ברכת מועדיך לחיים שם, דף כא ע"ד, מדייק כך משו"ת הרא"ש כלל קב, סי' י, האומר שהנותן לחברו את הזכות למול את בנו (ראה הערה 98), זכה אם עשה תקיעת כף או חרס או שבועה; אבל בנוסח שלפנינו לא נזכרה שם שבועה. חקרי לב חו"מ ח"א סי' קכה (רג ע"ד), מביא משו"ת פרח מטה אהרן ח"א סי' ח דף כו ודף כט פסק שהנשבע בדבר שאין בו ממש שבועתו מועילה. ולא מצאנוהו.

שו"ת ויקרא אברהם (אדאדי) חו"מ סי' לט (ד"ה שני בקדש) מביא שנחלת שבעה דף טז ע"ב (אינו במהדור תמ"א) הסביר שיש תוקף למתנה של דירה שנותנים ב"תנאים אחרונים", משום שהנותן מקבל זאת עליו כחרס, וחרס הוא כשבועה.

חקרי לב חו"מ ח"א סי' קכה (רג ע"ד), ולחם שלמה (בולח), ה"ל קנין סודר, סי' צד (עה ע"ב), מביאים ששי למורא סי' כז כותב שבדבר שאין בו ממש אינו חייב אף לקיים את השבועה. אבל אין זה סותר את מה שהבאנו בשם שי למורא, מפני שהם מתכוונים למה ששי למורא כותב בתחילת תשובתו, לגבי התחייבות שלא לערער על מכירה מסוימת - זהו דבר שאין בו ממש, שאין דבר מוחשי לתלות בהו את ההקנאה, בשונה מ"בית לדור בו", ולכן השבועה אינה יכולה לתת תוקף להתחייבות, וכיון שלא שייך בזה קנין, אין משמעות לשבועה. חקרי לב שם מקשה עליו, הרי שבועה חלה על דבר שאין בו ממש כגון שאישן או לא אישן, כאמור בנדריים יג ע"ב.

⁵⁸ שלטי הגיבורים, שבועות א ע"א (בדפי הרי"ף); פרי האדמה הלכות מכירה פרק כב הלכה יג (ד"ה מיהו מאי) (על "ידורי").

⁵⁹ שו"ת משפט וצדקה ביעקב ח"א סי' ו (כא ע"ד) (על "ידורי").

⁶⁰ שו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' שכג (הובא בברכת מועדיך לחיים ח"א, דרוש ה לשבת כלה, דף כא ע"ג, כג ע"ד). הוא נוקט שהנותן נתן לו את גוף הבית **לזמן**, וזאת מפני שבנידונו קצב למקבל את זכות הדירה לעשרים שנה. פסקי דין רבניים חלק ב עמ' 111 כותב שלדעת רב נחשון (הערה 11) שהטעם שב"ידורי" לא קנה הוא כי ייתכן שכוונתו רק לשעה אחת, הרי אם המקבל גר בבית עוד מקודם, קנה, כי לא שייך לומר שההקנאה היא רק לשעה שהרי המטרה היתה גם להמשכת דיורו הקבוע. אבל הוא כותב שרוב הראשונים חולקים על רב נחשון. הוא כותב שגם הראב"ד (הערה 11) שנימק שב"ידורי" לא קנה מפני שהיא נקראת "דירה" רק כשידור שם וזה כמו דבר שלא בא לעולם - לפי זה אם המקבל דר שם מקודם, קנה.

⁶¹ שו"ת דברי ריבות סי' קצו (ד"ה נמצא שחוזק); שו"ת מהרש"ך חלק א סי' קעו; שו"ת שי למורא סי' לב (הובא בשו"ת משאת משה חו"מ סי' נו דף קמז ע"ב); שו"ת ויקרא אברהם (אדאדי) חו"מ סי' לט (ד"ה והנה בבתרא). ר' יהושע חאנדאלי, בשו"ת מים רבים חו"מ סי' מח (מ ע"א), מביא ראייה לדברי ריבות (עיי"ש). שו"ת משאת משה חו"מ סי' נו (קמז ע"ב), מדגיש שלדעה זו גם אם המקבל דר בבית בחיי הנותן, לא קנה (בניגוד לחכם אחד שכתב שקנה).

המחלוקת מובאת בשו"ת תורת אמת סי' פג (ד"ה עוד כתוב), ובשו"ת הלכה למשה (אלבז) סי' קנט.

⁶² שו"ת דברי ריבות סי' קצו (ד"ה ועוד אני אומר, וד"ה וכיון שכן).

⁶³ שו"ת הרשב"א ח"ו, סי' קיא (הובא בב"י, חו"מ, רנג, לו, בשו"ת משפט וצדקה ביעקב ח"א סי' ו, דף כב ע"א, בשו"ת תקפו של יוסף ח"ב סי' כח, ובשו"ת מהר"ש צרור (תשב"ץ חלק ד (חוט המשולש) טור ב) סי' כ, ד"ה על כן), והמיוחסות סי' סז; שו"ת דברי ריבות סי' קצו (ד"ה ליתא דעד); שו"ת שי למורא סי' לב (גם אם לא דר שם בשעת המתנה, אלא נכנס אח"כ).

דעה חולקת: שו"ת הרדב"ז ח"ב סי' תרכא עוסק במי שאמר שחתנו ידור בביתו עשר שנים, ודר בבית כמה שנים אחרי נתינת המתנה, ומת הנותן, ופוסק שאין לו זכות להמשיך לדור שם. זאת אף שבנידונו עשו קנין.

⁶⁴ שו"ת שי למורא סי' לב; ר' יהושע חאנדאלי, בשו"ת מים רבים חו"מ סי' מח (מ ע"ב); שו"ת משאת משה חו"מ חו"מ סי' נו (קמז ע"ב-ע"ג). כמו כן, שו"ת מהרש"ך חלק א סי' קעו, כותב שקנה רק אם כתוב בשטר קנין אחרי שכתב "ידורי", אבל אם כתב רק "ידורי", אפילו שתק כמה שנים יכול הנותן לטעון שמה שמחל היה בטעות.

⁶⁵ דברי ריבות שם (ד"ה ועוד מצאתי). הוא מסיק כך ממה ששו"ת הרשב"א, ח"ו, סי' קיא (הובא בשו"ת ראני"ח ח"א סי' קכ), אומר רק שבמקרה זה המקבל פטור מלשלם דמי שכירות כי מחל לו.

כמו כן, ר' רפאל מילדולה, בשו"ת מים רבים חו"מ סי' מט (מ ע"ד, מא ע"ב), כותב שכוונת הרשב"א היא שלגבי הזמן שדר בו לפני הערעור, אם שתק בעל הבית כשדר בו, זו מחילה, אף שזו מחילה בטעות, גם אם לא עשה קנין, אבל לא יועיל ליטול עוד להבא.

היורש מועילה כהוכחה שהנותן התכוון להקנות את הבית לדירה⁶⁶, כי ייתכן שמה ששתק עד עכשו הוא מפני שחשב שמועיל לתת דירת בית⁶⁷, או מפני שחשב שהנותן הקנה לו את הבית לדירה⁶⁸.

(ז) מי שמכר בית ואמר "שיירתי לי ולפלוני דירה", היות שלגבי עצמו מניחים ששייר לעצמו בעין יפה והוא כאילו פירש ששייר לו מקום בבית לדירה, וזה דבר שיש בו ממש⁶⁹, יש להניח שאף לאותו פלוני, שכלל עמו, שייר באותו אופן, היינו עם מקום בבית, מפני שמן הסתם אדם רוצה לקיים את מתנותיו⁷⁰. אבל המשייר לעצמו ולאחר באופן זה צריך לומר שהוא נותן לאחר במתנה, שהרי שיור אינו מתנה⁷¹.

(ח) הנותן דבר שאין בו ממש כגון אויר שעל פתח חצרו, וכתוב בשטר המתנה "קיבל עליו אחריות ככל שטר העשוי כתקנת חז"ל", המקבל קנה, כי העדים כאילו מעידים שההקנאה נעשתה כפי שתיקנו חז"ל במי שרוצה להקנות אויר - כלומר שהקנה קרקע לאוירה⁷². כך גם אם כתוב בשטר שנתן לו "בכל אופן היותר מועיל ע"פ הדין"⁷³. זאת בתנאי שבעל הדין או העדים בקיאים בדינים אלו, כדי שיוכל לדעת מה הדרך המועילה⁷⁴.

⁶⁶ שו"ת מהרש"ך חלק א סי' קעו; דברי ריבוב שם.

דעה חולקת: שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' שכג, כותב שאם מת הנותן והמקבל דר בבית בפני היורש, ולא ערער, זו הוכחה שהיורש ידע שמורישו נתן למקבל את גוף הבית.

⁶⁷ דברי ריבוב שם.

⁶⁸ שו"ת תקפו של יוסף ח"ב סי' כח.

⁶⁹ טור חו"מ, ריב, ד.

⁷⁰ שו"ת הרשב"א המיוחסות, סי' יח (הובא בשו"ת דברי ריבוב סי' קצו, בשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' שכג, בשו"ת ר"מ אלשיך סי' פז, בסופו, בשו"ת מהר"ש צרור (תשב"ץ חלק ד (חוט המשולש) טור ב) סי' כ, ד"ה ועדיין, בשו"ת שי למורא סי' כה (לא ע"ג), ובבית יוסף חו"מ סי' ריב); רמ"א, חו"מ, ריב, ג; ערוך השולחן, חו"מ, ריב, ד. אור שמח הלכות רוצח ושמירת הנפש, ב, טו, מעיר שדברי הרשב"א מתאימים למה שהסביר בחידושו ב"ב קמח ע"א, שהמשייר דבר שאין בו ממש קנה מפני ששייר את הגוף לענין הדבר שאין בו ממש, אבל לפי מה שנימק בתשובה ח"ב סי' שפד (הובא בסמ"ע ריד, ס"ק כו), שאין זה מטעם ששייר את הגוף, אלא מפני שלעצמו יכול לשייר אף דבר שאין בו ממש, לפי זה לא מועיל שהתכוון לתת לאחר כמו ששייר לעצמו שהרי גם לעצמו לא שייר בגוף כלום, אלא דינו תלוי זה בשאלה אם מועילה הקנאת דבר שמועיל בו קנין עם דבר שאין בו ממש - ליד ציון הערה 28.

⁷¹ ערוך השולחן, חו"מ, ריב, ד.

כמו כן, מהרשד"ם שם כותב שאם אמר רק "אני משייר את גוף הבית לדירה לפלוני", לא קנה שהרי שיור אינו מתנה. ⁷² שו"ת המב"י חלק א סי' שכט (הובא בברכת מועדיך לחיים ח"א, דרוש ה לשבת כלה, דף כא ע"ד); שו"ת בני שמואל, סי' יג (מד ע"ב); שו"ת תקפו של יוסף ח"ב סי' כח; ערוך השולחן, חו"מ, ריב, ו. המב"י ובני שמואל לומדים זאת מדברי ר' ברוך, שנאמרו לענין דבר שלא בא לעולם - ראה הערה 237. בני שמואל כותב עוד (והובא בשו"ת פני משה ח"א סי' סו דף קס ע"א) שגם אם לא כתוב במפורש "כתקנת חז"ל", הרי אם כתוב בשטר "ומסודר וכו' באחריות וכו'", הוא כאילו כתוב "כתיקון חז"ל", כי זה משמעות "וכו'" - כל הסגנון המקובל בשטר. ראה על כך בסעיף 6, בענין לשון זכות בשטר ראה.

ברכת מועדיך לחיים, שם, דף כג ע"א, מביא כאילו המב"י ובני שמואל כותבים שאם הנותן מתחייב באחריות, קנה, ומסביר בזה איך ישראל קנו את התורה אף שהיא רוחנית ואין בה ממש - כי ה' התחייב באחריותה. הוא הבין כנראה שטעמם הוא שכתוב בשטר "קיבל עליו אחריות", אבל לאמיתו של דבר טעמם הוא שכתוב "כתקנת חז"ל". על קבלת אחריות ראה ליד ציון הערה 22.

אבל שו"ת מהר"ם אלשיך סי' פז (עמ' רה), כותב שבנידונו (שבו עסק גם המב"י ט), שנאמר בשטר שהקנה את זכות הדירה בבית אגב ארבע אמות קרקע, אין לומר כך, שהרי גם אילו נכתב "ונתתי לו ארבע אמות וכו' ואגב הקניתי לו את הבית לדירה", לא היה קונה כי קרקע אינה נקנית אגב קרקע (ראה סעיף 6); ואין לומר שלשון "כתיקון חז"ל" יועיל לומר שני דברים, גם שנעשה בקנין סודר שמועיל, וגם שאמר "בית לדירה" - שהרי אלו שני שינויים גדולים מעיקר השטר; ועל כרחנו לומר שהשטר לא נעשה כתיקון חז"ל, ולא משנה שהסופר אמר שנעשה כתיקון חז"ל; ולשון "כתיקון חז"ל" מועיל רק במקום שדי בתיקון הלשון, משא"כ כאן שלא די בתיקון הלשון אלא צריך שינויים בעיקר השטר. הוא מוסיף לדייק מר' ברוך שהוא דיבר רק בדבר שלא בא לעולם, משא"כ ב"דירה". הרדב"ז בתשובתו בשו"ת מהר"ם אלשיך שם, מסכים למהר"ם אלשיך.

שו"ת פרח מטה אהרן ח"א סי' ט (כח ע"ב), כותב שבנידונו, שהנותנת לא אמרה שהיא נותנת את האויר שעל הבית, אלא אמרה שלא תבנה על הבית, לא מועיל "כתקנת חז"ל", כיון שהעדים מעידים שלא הקנה בפירוש את האויר, כך שבודאי לא הקנה כתיקון חז"ל - קרקע לאוירה.

"לשון זכות": שו"ת בני שמואל, סי' יג (מד ע"ב) (הובא בשו"ת פני משה ח"א סי' סו דף קס ע"א), כותב בתחילה שלשון "כתבו וחתמו בכל לשון זכות וכו'" מועילה מאותה סיבה. אבל אח"כ הוא חוזר בו, כיון שהרמב"ן והר"ח כותבים (לענין מתנה טמירתא - ראה סעיף 1א) שגם אם כתוב "בכל לשון של זכות", לא מועיל, ואין לעשות מעשה נגד הרמב"ן והר"ח.

שו"ת מהר"ש הלוי חו"מ סי' ל (ס ע"ב), כותב ש"בכל לשון של זכות" מועיל רק אם הוא כתוב אחרי "הענין" (=התוכן), שאז הוא בא לחזק את הענין, לומר שהקנה בגוף הקרקע, משא"כ אם זה כתוב לפני הענין.

דעה חולקת: ראה הערה 236, שלענין דבר שלא בא לעולם יש אומרים שלא מועיל "כתקנת חז"ל", ושו"ת פרח מטה אהרן ח"א סי' ט (כח ע"ב) מביא לעניינו את הדעה שאפשר לומר קי"ל כדעה זו.

⁷³ ערוך השולחן, חו"מ, ריב, ו.

⁷⁴ ערוך השולחן, חו"מ, ריב, ו.

(ט) מי שכתב שכל קרקעותיו יהיו **הקדש משפחתי** ("אוולד ואקוף"), שעניינו שצאצאיו יכולים להשתמש בקרקעות אבל לא למכור אותן⁷⁵, אף שלא קנו בניו את גוף הנכסים, שהרי אינם יכולים למכור אותם, בכל זאת קנו זכות דירה, ואף שדירה היא דבר שאין בו ממש, הרי כאן הוא כאומר "בית זה לפלוני שידור בו" כיון שהוא אומר שגוף הבתים יהיו מוקצים ועומדים לבניו ולבני בניו, ולא אמר "שידורו בניו ובנותיו בבתי שלי ואקוף אוולדי"⁷⁶.

ג. חוב שמישהו חייב לנותן

אדם אינו יכול לתת במתנה חוב בעל פה שאחר חייב לו⁷⁷, כי אינו ברשותו⁷⁸, וצריך "מעמד שלשתן" כדי להקנותו⁷⁹. אף שנכסי החייב משועבדים לנושה, והם כאילו ברשותו, אין סמיכות דעת של המקבל, כי החייב יכול למכור את נכסיו והמקבל לא יוכל לגבות מהקונים⁸⁰.

⁷⁵ ראה על כך בסעיף 4.

⁷⁶ שו"ת מהרי"ט חלק ב' חו"מ סי' ה' (הובא בשו"ת פני משה ח"א סי' צד דף רלט ע"א).

גם שו"ת מהרי"ט, סי' פו (ד"ה תשובה) כותב שבאופן עקרוני, העושה "ואקף אולד", זכו בניו מפני שהקנה את גוף הבתים לדירה; אבל הוא כותב (בד"ה ג' מטעמא קמא) שאם אמר "יהיו ואקף אולד" בלי לשון נתינה, גם אם נפרש שהתכוון שיהיו הבתים ואקוף לדור בהם תולדותיו, לא מועיל שהרי לא הזכיר נתינה, ומלת "יהיו" מועילה דוקא אם אמר "הבתים הללו יהיו לפלוני שידור בהם", אבל כאן אמר רק "יהיו ואקף", והרי אם אמר "בית זה יהיה לדור בו פלוני", לא מועיל כיון שלא אמר "יהיה לפלוני שידור בו", ומשמע שהקנה לו רק את הדירה; ואפילו נאמר שמועיל אם אמר "בית זה יהיה לדור בו פלוני" כיון שהזכיר בית, מ"מ כאן ייתכן שאינו מועיל משום שלא הזכיר "לפלוני" אלא אמר "ואקף אולד", שפירושו "יהיו עומדות וקיימות ולא יימכרו לעולם", ובודאי אם אמר "הבית הזה תהיה עומדת לפלוני", לא מועיל, כמו "יעמוד בהם", "ישען בהם", שלא מועיל (רמב"ם, הלכות זכיה, ט, ד).

גם שו"ת חיים ביד סי' סט (ד"ה ג' ליכא), כותב שאם עשה את הקרקעות ואקוף שיעמדו לכל הדורות לפירותיהם ולא ימכרו לעולם, קנו, אבל הוא לא נימק.

⁷⁷ רמב"ם הל' מכירה, ו, ז, והלכות שלוחין, ג, ז' (הובא בשו"ת הריב"ש סימן שמה, עמ' תנד); תוס' כתובות נה ע"ב (ד"ה שאם); ספר העיטור מאמר ב', קנין (י ע"א) (אף לא באודיתא) (הובא בט"ז, יו"ד, קסח, ס"ק יד, ובקצות החושן, קצד, ס"ק ד); ר' יצחק ב"ר שמואל, בתשובות מיימוניות, סי' משפטים סימן לא; יד רמה, ב"ב פ"ח סי' ז; רמ"ה, המובא בטור, חו"מ, קכו, ט; תוס' ב"ק ע"א (ד"ה אמטלטלין); מהר"ם מרוטנבורג, בתשובות מיימוניות, סי' משפטים סימן סח; מלחמות ה', ב"ק יח ע"א, בדפי הרי"ף (הובא באבני מילואים, כח, ס"ק יג, וקהילות יעקב, קידושין, סי' יז); שו"ת הרשב"א ח"א סי' תתקלד, וח"ב סי' שה, וח"י הרשב"א ב"ק דף ע"א (ד"ה איכא דאמר), ודף קד ע"ב (ד"ה גירסת), ושבויעות לג ע"ב, ד"ה אמר שמואל, וד"ה ויש מביאין (הובא בקצות החושן, קכג, ס"ק א, ובקהילות יעקב, סנהדרין, סי' ה); שו"ת הרא"ש כלל יג סימן כ (כי מלוה להוצאה ניתנה, ואין דבר שיחול עליו הקנין); מאירי, ב"ק ע"א (ד"ה וגדול); פסקי רי"ד, ב"ק ע"א; מגיד משנה הלכות מכירה פרק ו' הלכה ז; תשב"ץ חלק א סימן קנב, וח"ג סי' שכה (אף לא באודיתא); שו"ע, חו"מ, סי' רג, ט, וסי' ריא, ז; שו"ת אבקת רוכל סימן קכד; סמ"ע קכו, ס"ק יט; שו"ת, חו"מ, סי' סו, ס"ק צא, וסי' קכו ס"ק לא; שו"ת מהרשד"ם חו"מ סימן שט (הובא בשו"ת אדרת אליהו (קובו) סי' כא דף מג ע"א), וסי' שפ; שו"ת הראנ"ח, ח"א, סי' עז; ים שלמה בבא קמא פרק ז סימן י; שו"ת חוות יאיר, סי' קיט; נתיבות המשפט, חידושים, סו, ס"ק סח; אורים ותומים, סו, אורים ס"ק קד; ביאור הגר"א, חו"מ, קכג, ס"ק ט.

דעה חולקת: בהגהה בתשובות מיימוניות סי' משפטים סימן לא, נאמר שרבינו יואל הלוי, הראב"ה, ר' אליעזר ברי' שמשון, ור' ברוך, פוסקים שאפשר להקנות חוב אגב קרקע; וכן שאפשר להקנות חוב באודיתא. גם מרדכי כתובות סי' ריט, מביא שרי' אליעזר ברי' שמשון פוסק שאפשר להקנות חוב. מרש"י, כתובות נה ע"ב (ד"ה מתנת) משמע שאפשר להקנות חוב אגב קרקע.

ח"י ר"ע איגר חו"מ, רג, ט, כותב שתוס' ב"ב קסח סוברים שיכול להקנות חוב באודיתא. כמו כן, ב"ח, יו"ד, סי' קסח, מדבר על הקנאת חוב בדרך אודיתא, כדבר אפשרי.

קצות החושן סי' קצד, ס"ק ד, וסי' ריא, ס"ק ה, כותב שלדעת המאור ב"ק יח ע"א (בדפי הרי"ף) יכול אדם להקדיש חוב, כי הוא נחשב ברשותו כיון שהלווה אינו מסרב להחזיר. אבל ממלחמות ה' שם נראה שהבין שהמאור מודה שאינו יכול להקנותו.

רמ"א, חו"מ, סו, כו, מביא את שתי הדעות.

בשבועה: ר' יעקב בעל הטורים, בפירושו על בראשית כה, לא, כותב בשם הרא"ש, שהמקנה חוב, ונשבע על ההקנאה, ההקנאה חלה, מעבר לחיוב קיום השבועה. וראה מי שחלקו עליו בענין דשלבל"ע, ליד ציון הערה 224.

לבנו: ערך השלחן, חו"מ, רי, ס"ק ב, מדויק ממשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס קרימונה, סי' קלג, שאב יכול להקנות חוב לבנו, כי דעתו קרובה אליו, ואפילו לבנו העובר. ראה ליד ציון הערה 198, מחלוקת האם אב יכול להקנות לבנו דשלבל"ע.

מה שברשות המקבל: שו"ת חוות יאיר, סי' קיט, כותב שאלמנה שנתנה מתנה מתוך כתובתה, לפני שבאה כתובתה לידה, לא קנה המקבל, כי אינה ברשותה, ואפילו קנין לא מועיל; אבל אם הכל כבר נמצא ברשות המקבל, קנה, כי זאת לא מתנה, אלא כמחילה, ודי בלשון כלשהו מאחר שהמקבל כבר מוחזק בו; אבל זאת בתנאי שנשבעה על כתובתה.

⁷⁸ מלחמות ה', ב"ק יח ע"א (בדפי הרי"ף).

מלחמות ה' נוקט עוד שהוא כדבר שלא בא לעולם.

קצות החושן ריא ס"ק ה, מנמק ע"פ מה שכתב ר"ן על הרי"ף, קידושין כ ע"א (בדפי הרי"ף) שחוב לא נחשב כסף ולא שוה כסף אלא מילי בעלמא.

⁷⁹ שו"ע, חו"מ, רג, ט; ר' יעקב ישראל, בשו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מא (פח ע"ג).

⁸⁰ שו"ת דבר יהושע ח"ד סי' מט אות ב.

במקום שיש מנהג שאפשר להקנות חוב, המתנה תקפה⁸¹.

הנותן חוב במתנה, וכתוב בשטר המתנה "כתיקון חז"ל", המתנה תקפה, כי משמעות לשון זו היא שהעדים מעידים שהנותן עשה באופן שמועיל, והרי יש תוקף להתחייבות לתת חוב, כמו כל התחייבות בדשלבל"ע⁸², ולא משנה שבשטר כתוב לשון הקנאה⁸³.

ב"עיסקא", שהוא חצי פקדון וחצי מלווה, אפשר להקנות את חלק הפקדון אגב קרקע כמו כל פקדון, וגם חלק המלווה שונה מחוב רגיל, בכך שאינו ניתן להוצאה באופן חפשי, ולדוגמה אסור למתעסק לקנות בו שיכר⁸⁴, ואם מת, יכול בעל העיסקא לגבות מבניו את הכסף כמו פקדון של כסף, אף שנושה רגיל אינו יכול לגבות מיורשי הלווה את הכסף של ההלוואה, ולכן הוא כמו פקדון ונקנה אגב קרקע, כיון שהוא ברשות הנותן לכמה דברים⁸⁵.

חוב בשטר נחשב דבר שבא לעולם, מאחר שכבר שיעבד החייב את נכסיו משעת עשיית השטר⁸⁶, ולכן אפשר להקנותו ב"כתיבה ומסירה".

ד. זכויות שונות

זכות בעל בנכסי אשתו: בעל יכול לתת לאשתו במתנה את הזכות שיש לו בנכסיה ובשטרי חובותיה, כי לגבי החלק שיש לו בנכסיה, "ידו כידה" או "עדף מידה"⁸⁷, כך שיש בה ממש⁸⁸.

זכות שכירות או שאילה: בעל זכות שכירות או שאילה בנכס יכול לתת אותה במתנה לאחר, אם קיבל רשות מבעל הנכס⁸⁹.

⁸¹ שו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' שפ (הובא בשו"ת דבר יהושע ח"ד סי' מח אות א, וסי' מט אות א, ובפסקי דין רבניים חלק ה עמ' 265); שער משפט קכו ס"ק ה (על מנהג להקנות חוב בדיבור).

על טעם תוקף סיטומתא ראה בשם מהרשד"ם בסעיף 6.

אבל שו"ת דבר יהושע ח"ד סי' מט אות א, מעלה אפשרות שאם המנהג הוא שמסירת הכתב מקנה, והוא מוסר את הכתב לחייב ולא למקבל, זה רק כדיבור לחייב שיתן למקבל, ודיבור אינו מועיל כסיטומתא לרא"ש (הערה 187). עוד הוא כותב שמועיל סיטומתא בחוב רק לכך שהקנין חל אחרי שיבוא לעולם או שיבוא לרשותו, ועד אז יכול לחזור בו (ראה בשמו בהערה 197 שאומר כך לגבי דשלבל"ע).

⁸² ראה סעיף 5.

⁸³ שו"ת בני שמואל סי' לד (עה ע"ב). כמו כן, שו"ת תורת חסד סי' רלו, בסופו, כותב שהמתנה תקפה אם כתוב בשטר "מקבל עלי אחריות המתנה ככל מתנות העשויות כתיקון חז"ל", מפני שהיה יכול להתחייב למקבל כסכום החוב שנתן, ואז אילו לא היה למקבל מאיפה לגבות התחייבות זו, היה יכול לגבות מחובות שאחרים היו חייבים למתחייב, ולכן רואים כאילו כתב כך, כיון שגילה דעתו שהוא רוצה שהסופר יכתוב באופן המועיל.

אבל שו"ת פני משה ח"א סי' סו (קס ע"ג) מעיר ששו"ת הראנ"ח, סי' עז, עוסק באשה שנתנה חובות שלה במתנה, בקנין אגב, והיה כתוב בשטר "כתיקון חז"ל", ומ"מ פסק שהמתנה בטלה כי מלוה על פה אינו נקנה בקנין אגב, הרי שאינו סובר ש"כתיקון חז"ל" מתקן את הלשון. ראה על שאלה זו באופן כללי בסעיף 6, בענין לשון זכות בשטר ראה. ⁸⁴ ב"מ קד ע"ב.

⁸⁵ נימוקי יוסף ב"ק לו ע"ב (בדפי הרי"ף) בשם הרא"ה; קצות החושן, סו ס"ק לה; נתיבות המשפט סו ס"ק לח. קצות החושן מדגיש שאינו נקנה בחליפין, שהרי מטבע אינו נקנה בחליפין (ב"מ מו ע"א). כמו כן, תוס' ב"ק ע ע"א (ד"ה אמטלטלין) ואור זרוע ב"ק סי' רצה, כותבים שאפשר להקנות עיסקא כי לא ניתנה להוצאה.

דעה חולקת: ר' יעקב ישראל, בשו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מא (פח ע"ג), כותב שאדם אינו יכול להקנות כסף שלו שנמצא בעיסקא בידי אחר. כמו כן, שו"ת משאת משה חו"מ סי' יא (לח ע"ד) כותב שעיסקא היא כמו הלוואה שא"א להקנות כיון שהרווח כל שנה נזקף על המתעסק כמילוה.

⁸⁶ שו"ת דברי ריבות סי' קלג (ד"ה הרי שהעדים).

⁸⁷ כתובות פג ע"א.

⁸⁸ שו"ת הריטב"א, סי' קלט, עמ' קסד (הובא חלקית בב"י חו"מ סי' סו, מחודש לח, וסי' רב, ובשו"ת מהר"ם אלשיך, סי' פז). הוא כותב שזכות זו במטלטלין ושטרות שלה נקנית בקנין אגב. הוא מביא שגם הרא"ה פסק שאפשר להקנות זכות במטלטלין אגב קרקע. הוא כותב שאם נתן לה את זכותו בשטרי חובות המוחזקים לה, ולא כתב "בהן ובכל שעבודן", לא קנתה, שהרי הנותן או מוכר שטר, צריך לכתוב "קני לך הוא וכל שעבודיה". אבל הוא מעלה אפשרות שזכותה גם בשטרי החובות, אם אח"כ כתב לה בלשון כללית "ורציתי ברעות נפשי שלא תהא לי רשות כלל וכו' הן מן הנכסים שיש לה היום הן מן הנכסים שיהיו לה מכאן ואילך", שאז השעבוד שלהם כלול ב"נכסים שיש לה היום" או "שיהיו לה מכאן ולהבא", שהרי שטר וכל שעבודיו נקרא "נכסי" (ראה בפרק על פרשנות).

שו"ת בית יהודה (עייאש) חו"מ סי' סג, כותב שהנותן "כל חלקי וזכותי שיש לי בחצר", לא מועיל כי חלק וזכות אינו דבר בעין ואין בו ממש. זאת אף שבנידונו מדובר בנותנת שחצי שמינית מהקרקע היה שייך לה. בנידונו מדובר באלמנה שעוד לא גבתה כתובתה, ונתנה מנכסי בעלה המשועבדים לכתובתה; אבל על נקודה זאת הוא מדבר לפני כן, ומשמע שהחסרון של לשון "חלקי וזכותי" אינו מטעם זה.

⁸⁹ מבוא למשפט העברי בימי התלמוד (אלבק), עמ' 112. ראה על כך בחוק לישראל, שכירות ושאילה, עמ' 494-495 (על שכירות), ועמ' 600 (על שאילה).

זכיון מהשלטון **בלעדיות בעסק** כלשהו נחשב דבר שאין בו ממש ואי אפשר להקנות אותו.⁹¹

שטר שבו נותן השלטון רשות **לגבות מסים** מכפר מסוים, אינו נקנה אפילו ב"כתיבה ומסירה" כיון שהוא רק נתינת רשות.⁹² אף שהמלך נתן רשות זו, ובודאי זוכה בעל השטר ברשות לגבות את המס, בכל זאת אינו יכול להקנות זכות זו לאדם אחר, כי אין בה ממש.⁹³

זכות מהשלטון לגור במקום מסוים היא דבר שאין בו ממש שאי אפשר להקנות.⁹⁴

⁹⁰ חקרי לב חו"מ ח"א סי' קיא (קסה ע"ב), בשם מרדכי מגילה פ"ג בשם מהר"ם. לא מצאנוהו שם, ואולי כוונתו למרדכי ב"ק סי' קח (הובא בדרכי משה חו"מ קנו ס"ק ט), שמקורו בשו"ת מהר"ם (דפוס פראג) סי' קלט, האומר שאי אפשר למכור שום סוג של שררה (נידונו - הבלעדיות על בנין דברים בבית כנסת). פסקי דין רבניים חלק ו עמ' 178, כותב שהתמנות לתפקיד ציבורי, אינה זכות שקנין שייך בה, ומועיל רק במה שהציבור מעניק את הזכות, בגלל כוחו המיוחד של הציבור.

שו"ת מהר"ם (קרימונה) סי' רט (הובא במרדכי ב"ב סי' תקלג), כותב שמי שמוחזק במצוה ונתן אותה לאחר, נתבטלה חזקתו. אבל הוא לא כותב שהשני קנה את החזקה, אלא נוקט שמחל לו.

גור אריה בראשית פ' כה פסוק לא, כותב שהזכות לעבוד במקדש היא דבר שאין בו ממש וא"א להקנותו (ראה בשמו בהערה 36 בענין מכירת הבכורה ליעקב). לעומתו, ר' יוסף מאיר מרגליות, "מסחר וקנין במצוות ועבירות", סי' יובל הפרדס (תשי"א), עמ' 154, כותב שהזכות לעבוד במקדש יש בה ממש, ולכן מכירת הבכורה ליעקב היתה תקפה. שו"ת באר דוד (פרנקל) סימן לג (ד"ה ועוד כיון) כותב שעצם מעשה המינוי למשרה ציבורית, לפי סיום כהונתו של נושא המשרה הנוכחי, היא דבר שאין בו ממש, ולכן אין תוקף להסכם שנעשה לגביו אז.

⁹¹ שו"ת מהרש"ל, סי' לו (ד"ה ומתוך) (הובא בשו"ת תפארת יוסף (מייזליש) חו"מ סי' טו). אבל למעשה הוא כותב שאפשר להקנות את הזכיון הממשלתי שנותן בלעדיות על ייצור יי"ש ("אורנדא"), אף שאין בו ממש אלא רשות וכח שלא יעשה שום אדם יי"ש זולתו, מפני שבכל דבר בעולם יש דרך להקנותו, כגון פירות עתידיים - יכול לתת "ידקל לפירותיו", ובהכרח שאפשר להקנות את הרשות, ע"י שטר ערכאות. כלומר, לא ייתכן שאי אפשר יהיה להקנותו. שו"ת דברי חיים חו"מ חלק ב סי' כו (ד"ה ועיין), כותב שכוונתו היא שבדבר שלא מצאנו בו קנין, יותר שייך סיטומתא. גם שו"ת שם אריה (בלחובר), חו"מ סי' ל (הובא בפסקי דין רבניים חלק ה עמ' 265), מסביר שכוונתו היא שמועיל מטעם מנהג אף שאין בו ממש. עוד מנמק מהרש"ל (נימוק זה הובא בכנה"ג ריב הגה"ט אות ג, בעמודי חיים (פלגין), עמוד התורה, אות נח, דף לד ע"ב, בברכת מועדף לחיים ח"א, דרוש ה לשבת כלה, דף כא ע"ד, כד ע"ב, כה ע"א, בשו"ת באר דוד (פרנקל) סימן לא (ד"ה הגם), וע"י א' ורהפטיג (הערה 9, עמ' 381), שההקנאה מועילה מטעם דינא דמלכותא דינא. פתחי תשובה חו"מ, ריב ס"ק א, מביא ששו"ת נאות דשא סי' קיג, לומד מדבריו לענין הזכיון מהממשלה להשכיר רשות לשחוט ולאכול בשר. כסף הקדשים, ריב, א, מביא שבני חיי כותב שהקנאת חזקות ואורנדא, שאין בהן ממש, מועילה מטעם דינא דמלכותא. ערוך השולחן, חו"מ, ריב, ג, מנמק שמועיל מטעם מנהג ומטעם דינא דמלכותא. שו"ת דבר יהושע ח"ד סי' מט אות ב, כותב שכוונת מהרש"ל שקונה את הזכות למכור, אף שאין בה ממש, אבל אינו קונה את היי"ש מפני שלא מועיל סיטומתא לקנות דבר שאינו בעולם לפני שבא לעולם (ראה בשמו בהערה 197). ראה חוק לישראל, שכירות ושאלה, עמ' 62-63, מקורות נוספים על תוקפה של **השכרת** זכויות כאלה, כגון הזכות לעסוק בהלוואה בריבית, הזכות לגבות מכס על בשר, וזכיון למסחר בבשר וביי"ש.

שו"ת בית שלמה (סקאלא) חו"מ סי' סח, כותב שמועיל סיטומתא בהקנאת הזכות מטעם השלטון לגבות מס; אלא שהוא לא הזכיר שאין בה ממש.

שו"ת דברי חיים חלק ב חו"מ, סי' סו, כותב שאי אפשר להקנות את הזכות הבלעדית להביא שמרים לעיר, כי הוא דבר שאין בו ממש ודבר שלא בא לעולם, מפני שבנידונו לא היה אפשר להקנותו לפי דינא דמלכותא. לעומתו, שו"ת תפארת יוסף (מייזליש) חו"מ סי' טו, כותב על אותו מקרה, שההקנאה הועילה מפני שנעשתה ע"י הציבור.

⁹² רמ"א, חו"מ, סו, ד (הובא בשו"ת סי' יהושע סי' קיד).

⁹³ שו"ת נודע ביהודה מהדורא תניינא אורח חיים סי' נט (הובא בשו"ת דבר יהושע ח"ד סי' מט אות ב). הוא מוסיף שעל ההקנאה לאדם אחר אין דינא דמלכותא.

⁹⁴ שו"ת נודע ביהודה מהדורא תניינא חו"מ סי' מא (הובא בפתחי תשובה חו"מ, ריב ס"ק ב). הוא כותב על מקום שהשלטון הגביל את מספר היהודים שרשאים לגור בעיר, שיהודי שקיבל מהשלטון זכות מגורים אינו יכול להקנות אותה לאדם אחר, כי אין בה ממש, וגם אין לו קנין בגוף העיר שיוכל להקנות כמו "בית לדירתו" (ראה ליד ציון הערה 36). בכל זאת הוא מצדיק את מה שנהגו להעביר את הזכות, שאינו מועיל בתור הקנאה אלא האחד מסתלק מזכותו וממילא זוכה בו האחר ע"פ דינא דמלכותא (נקודה זו הובאה בשמו בשו"ת אפרקסתא דעניא חלק א סימן נו, ד"ה ומקום).

אור שמח הלכות מכירה, כג, ט, מביא כאילו דרכי משה, חו"מ, סימן קנו, כותב שיש דין הקנאה בענייני חזקת ישוב, ושאדם יכול למכור "מערופיא" שלו (זכות בלעדית לסחור עם גוים מסוימים שהוא רגיל לסחור איתם) לאחרים; אבל לא מצאנו זאת שם.

לגבי ה"חזקות" שהיו נהוגות באימפריה העות'מנית, שמשמעותן היתה בלעדיות על הזכות לשכור קרקע מסוימת מבעליה הגוי, מביא שו"ת מהרי"ט חלק ב חו"מ סי' ל, שב"הסכמות" (תקנות הקהל) נאמר שבעל חזקה יכול להעביר אותה לאחר. ייתכן שהיא נחשבת דבר שאין בו ממש ובכל זאת התקנות איפשרו את הקנאתה, שהרי כל קיומה של החזקה היא מכוח התקנות. אבל שו"ת המבי"ט חלק ג סי' רכה, כותב **שגוי** בעל בית אינו יכול למכור ליהודי "חזקה", היינו את הזכות הבלעדית לשכור את ביתו, ושלא יוכל שום יהודי אחר לשכור, כי אין בה ממש, והחזקה אינה נפרדת מהבית והכל שלו.

הזכות לבחור למי לתת תרומות ומעשרות: לישראל יש זכות לבחור לאיזה כהן ולאיזה לוי לתת את התרומות והמעשרות שלו ("טובת הנאה"), אבל אינו יכול להקנות זכות זו לאדם אחר, כי אין בה ממש.⁹⁵

זכות תביעה בדין: תביעה היא דבר שאין בו ממש, ולכן אי אפשר להקנות אותה, אפילו אגב קרקע.⁹⁶

הזכות לבחור האם לקנות נכס: בעל נכס יכול לתת לחבירו זכות לבחור האם לקנות את הנכס, מפני שיש ממש בזכות זו, כי הוא כאומר "אני מקנה לך נכס זה, שכל זמן שתמצא, יהיה קנוי לך מעכשיו".⁹⁷

הזכות לעשות מצווה מסויימת: אדם שהקנה לחברו את הזכות להיות מוהל או סנדק של בנו, גם אם בנו כבר נולד, יכול לחזור בו, מפני שזכות זו אין בה ממש; וגם אם עשה קנין, אין לכך תוקף, מפני שהוא "קנין דברים", שכן קנין נתפס רק על גוף של חפץ, ולא על זכות מופשטת כזאת.⁹⁸ הוא אף אינו נחשב "מחוסר אמנה" אם חזר בו, כי החוזר בו מהבטחה נחשב מחוסר אמנה (ראה סעיף 5) רק בדבר שאילו הקנה לו היה קונה קנין גמור, ולא בדבר שלא שייך בו קנין.⁹⁹

⁹⁵ ספר העיטור מאמר ב, קנין (ט ע"ד) (שאינה נקנית בחליפין או באגב); שו"ת ר"מ אלשיך סי' פז (עמ' רג), בדעת ר"ח והרא"ש; שו"ת מהר"ם פדואה, סי' סה; קצות החושן, רג, ס"ק א; סמ"ע, רעו, ס"ק ט.
דעה חולקת: ר"מ אלשיך כותב שהרי"ף והרמב"ם סוברים שאפשר להקנות טובת הנאה זו אגב קרקע. כמו כן, ש"ך, חו"מ, רג, ס"ק א, כותב שהיא נקנית בחליפין ובאגב.

⁹⁶ ים של שלמה בבא קמא פרק ז סימן י.
אבל שו"ת דבר יהושע ח"ד סי' מח אות ה מדייק מתוס' ר"י כתובות פה ע"ב הכותב שבמכירת שטר חוב, הקונה אינו קונה את גוף הכסף אלא קונה זכות לתבוע, מכאן שלדעתו אפשר להקנות זכות תביעה אף שאין בה ממש. הוא מסביר זאת ע"פ דעת מהרש"ל (הערה 244) שאפשר להקנות זכות לעשות משהו, אם הדבר בוודאי יבוא. למעשה, תובע יכול למנות מורשה שיתבע במקומו את הנתבע, מדין שליחות או משום שהוא מקנה לו את הכסף שהוא תובע; ותוקף המינוי מבוסס על תקנות חכמים. ראה: נ' רקובר, השליחות וההרשאה במשפט העברי; חוק לישראל, שליחות, עמ' 49-51, ועמ' 689-690.

⁹⁷ שו"ת משפטים ישרים (גאון) סי' כג.
⁹⁸ שו"ת הרא"ש כלל יב סי' ג, וכלל קב סי' י (הובא בשלטי הגיבורים, חולין כט ע"א, בדפי הרי"ף); רמ"א, יו"ד, רסד, א; שו"ת משיב דבר חלק ג סי' יד.

גם רא"ש חולין פ"ו סי' ח, כותב שמי שאמר למישהו למול את בנו, לא זכה במצוה.
רמ"א שם כותב שאם נשבע על כך, כופים עליו לקיים את שבועתו. כנראה, הוא למד זאת ממה ששו"ת הרא"ש כלל יב סי' ב, כותב שאם קיבל חרם, אינו יכול לחזור בו.

כמו כן, שו"ת הרמ"ץ או"ח, סי' יב, אות ו (הובא בפסקי דין רבניים חלק ו עמ' 179), כותב שחזקה לעשות מצוה, כגון גלילת ספר תורה או תקיעת שופר, אי אפשר להקנות אותה כי אין בה ממש והיא דשלבל"ע, והאדם זוכה בה רק מפני שהקהל נותן לו, ודברי הקהל מועילים בלי קנין (ראה ליד ציון הערה 254), אבל אינו יכול לתת אותה לאדם אחר.

דעה חולקת: הרא"ש שם, כלל קב, מביא שר' יחיאל כתב שאם הקנה את הזכות להיות מוהל או סנדק בשעה שהיתה האשה מעוברת, אינו יכול לחזור בו, מפני שעובר בא לעולם קצת. הרא"ש שם דוחה את דבריו, כי אי אפשר להקנות עובר גם אם הוכר (ראה בשמו בהערה 148). עוד נימק ר' יחיאל, שרואים כאילו הקנה לו את הוולד להיות שלו עד שיתקיים מצות מילה, ומועיל כמו "דקל לפירותיו" (ראה ליד ציון הערה 36). הרא"ש דוחה טענה זו, בכך שהקנאת הוולד אינה מועילה אף אם הקנהו לו בפירוש, כי לא בא לעולם כאמור; ועוד, אין אומרים "נעשה כאילו אמר לו", כפי שהנותן פירות דקל לא קנה, ואין אומרים "נעשה כאומר לו דקל לפירותיו"; ועוד שאדם אינו יכול להקנות את בנו לאדם אחר, גם אחרי לידתו.

שלטי הגיבורים ב"ק לב ע"ב (בדפי הרי"ף) (הובא במגן אברהם, שו"ת ס"ק טו), כותב שאדם יכול להקנות לאדם אחר את הזכות לעשות מצווה, והשכר יגיע למקבל, שהרי יש לקיים מצווה ערך ממנו של עשרה זהובים (שלכן החוטף מצווה ממי שזכאי לקיימה, חייב לשלם לו עשרה זהובים - ב"ק צא ע"ב). אבל משיב דבר שם כותב ששלטי הגיבורים מסכים לרא"ש שהמקנה יכול לחזור בו כי זה "קנין דברים", אלא שלדעתו, כל זמן שלא חזר בו, חל קנין אף שזו זכות שאינה נתפסת בקנין, כמו שמועילה תפיסה בדשלבל"ע (ליד ציון הערה 256), ולכן אם מישהו חטף מהמקבל את המצווה (לפני שחזר בו המקנה), עליו לשלם עשרה זהובים למקבל, משא"כ לרא"ש, שלדעתו ההקנאה לא חלה בכלל. שו"ת מהר"ם מברונא סימן קפ, מוסר שברייגנשפורק היה מנהג שמי שקונה את הזכות להיות "בעל ברית" (כנראה - סנדק), מקבל "עלייה לתורה" בשבת; והוא כותב שהוא קודם בעלייה לתורה אפילו לאביו של בן שנולד אח"כ, כי הוא כבר זכה בעלייה, ואף שאין אדם זוכה בדשלבל"ע, מ"מ הואיל וידוע ששבת תגיע, סמך דעתו וקונו. ולא הזכיר שזה דבר שאין בו ממש.

מנהג: ים של שלמה בבא קמא פרק ח סי' ס, כותב שאם יש מנהג על הקנאת זכות לעשות מצווה, ההקנאה תקפה מטעם סיטומתא (בהרעה 33 על מנהג בדבר שאין בו ממש), ולדוגמה, במקום שיש ל"סגן" זכות לבחור מי יעלה לתורה, אם הוא אחר במישהו לעלות, אדם זה זוכה בעלייה בגלל המנהג, מטעם סיטומתא שמועיל אפילו בדבר שאין בו זכייה קניין ממש; וכן אם יש מנהג שהנותן למישהו למול את בנו, חל קנין ממש, ההקנאה תקפה, והוא מסביר שזה טעם התשבץ (הערה 193) האומר שההקנאה תקפה, ואילו הרא"ש, חולין שם, סובר שאין ההקנאה תקפה מפני שלדעתו לא נהגו שזה כקניין ממש; והוא כותב שזו גם דעת מהר"ם המובא במדרכי גיטין סי' שסג-שסד, והוא עצמו פוסק כך. בהסברו השני הוא כותב, שאין מחלוקת, אלא התשבץ מדבר במי שנתן את זכות קיום המצווה לאדם שהוא רגיל לתת לו, ובזה אפילו הרא"ש מודה שקנה מטעם סיטומתא, כי המנהג הוא שזוכים במצב הזה. כמו כן, שו"ת הרדב"ז ח"א סי' רעח, כותב שאם נהגו שאב מקנה לאחר בדיבור את הזכות למול את בנו, זכה מטעם סיטומתא, וזאת אף שזכות זו אין בה ממש.

⁹⁹ רא"ש כלל קב שם.

השכר על קיום מצוות: אי אפשר להקנות לאדם אחר את השכר שהקב"ה נותן לאדם על עשיית מצוות, מפני שאין בו ממש¹⁰⁰.

פרק שלישי: נכס עתידי - "דבר שלא בא לעולם"

א. כללי

לפי החוק, מתנה ריאלית, הנידונה בסעיף 2, אינה יכולה להיות בנכס עתידי¹⁰¹. טעם הדבר הוא שמתנה ריאלית נגמרת בהקניית דבר המתנה, כאמור בסעיף 6, וזו אינה אפשרית בנכס עתידי¹⁰². כמו כן, נכס ששייך לאדם אחר, אי אפשר לתתו במתנה ריאלית, גם אם הנכס נמצא פיזית בידי הנותן¹⁰³.

גם לפי המשפט העברי, אין אדם יכול לתת במתנה נכס עתידי, והוא נקרא "דבר שלא בא לעולם"¹⁰⁴. מונח זה כולל נכס שכלל אינו קיים בשעת נתינת המתנה, כגון פירות שעתידיים לצמוח מקרקע או מעץ¹⁰⁵, וגם

אבל שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג) סי' תתקמט (הובא במדכי גיטין סי' שסג-שסד, בשו"ת מהרי"ק שורש עז, ובס' שלמה בבא קמא פרק ח סי' ס), כותב בשם ר"ת, שאסור לו לחזור בו, כמו שהמבטיח מתנה מועטת אינו רשאי לחזור בו (ראה סעיף 5), וגם כאן זו מתנה מועטת כי יש לאב רק טובת הנאה; והוא כותב בשם ריב"ס (הובא גם בט"ז, יו"ד, רסד, ס"ק ה, ובשו"ת חתם סופר יורה דעה סי' רמז) שאמנם אין ב"ד יכולים לעכבו מלחזור בו, אבל הוא עובר משום "שארית ישראל לא יעשו עוולה ולא ידברו כזב", ומותר לקרוא לו רשע. גם רמ"א, יו"ד, רסד, א, כותב שאסור לו לחזור בו.

דרכי משה יו"ד סי' רסד ס"ק ד (הובא בש"ך ס"ק ז, שהובא בשער משפט קכו ס"ק ה) כותב שגם לפי הרא"ש חייב לקיים דברו מטעם "שארית ישראל לא ידברו כזב", ונקרא רשע. וכבר הקשה עליו בס' החפץ חיים (פאלאג'י), סי' עז, אות יד, וברכת מועדיך לחיים ח"א, דרוש ה לשבת כלה, דף כא ע"ד, מדברי הרא"ש עצמו; וכנראה, דרכי משה ראה רק את התשובה בכלל יב.

על זכות להדפיס ספר מסוים, ראה נ' רקובר, זכויות היוצרים במקורות היהודיים, עמ' 223-235, שהיה נהוג למכור זכות זו, ושר' שלמה קלוגר פסק שאין תוקף למכר כי זה רק איסור להדפיס במקום אחר.

¹⁰⁰ שו"ת משיב דבר חלק ג סי' יד; שו"ת אפרקסתא דעניא חלק א סימן נו (ד"ה א"ו). משיב דבר נותן לכך גם טעם רוחני, ששכר מצווה הוא חוק טבע - עיי"ש. הוא מביא לכך ראיה מלשון שלטי הגיבורים שם - עיי"ש. גם ר' יוסף מאיר מרגליות, "מסחר וקנין במצוות ועבירות", סי' יובל הפרדס (תשי"א), עמ' 154, מעלה אפשרות שא"א להקנות את השכר מפני שאין בו ממש. אפרקסתא דעניא מוסיף שהשכר הוא דשלבל"ע.

רב האי גאון, המובא בשו"ת מהר"ם אלשקר סי' קא (הובא בשו"ת משנה הלכות חלק ה סי' קעג), תולדות אדם וחווה נתיב ב חלק ה (כג ע"א) (הובא בבדק הבית, יורה דעה סי' רמז), שו"ת מעשה חייא סי' טז, ושו"ת טוב טעם ודעת מהדו"ק סי' ריז, ונדרי זריזין, ח"ב, קונטרס יוסיף דעת, סי' לו, כותבים מטעמים רוחניים שאי אפשר להקנות שכר מצוות.

שו"ת מחנה חיים חו"מ, ח"ב, סי' כ (עמ' מא), כותב שא"א להקנות עונש על עבירות, מטעמים שונים, ואינו מנמק מצד שאין בו ממש.

רמ"א, יו"ד, רמז, א (ומקורו בתולדות אדם וחווה שם), כותב שאת השכר על לימוד תורה אי אפשר להקנות. עיין משיב דבר שם שנתן לכך טעם רוחני, מעבר לאמור בשכר מצוות. רמ"א יו"ד רמז, א, שם כותב (ומקורו בתולדות אדם וחווה שם) שאפשר להתנות עם חברו מראש שהוא יעסוק בתורה וחברו יפרנס אותו ויתחלק עמו בשכר לימודו. משיב דבר ומעשה חייא וטוב טעם ודעת ונדרי זריזין שם מנמקים, שאין הכוונה שחברו יקבל חלק מהשכר שייך ללומד, אלא שכר חברו הוא על המצווה שחברו עושה, בסיוע ללימוד תורה, בכך שהוא מאפשר ללומד מנוחה, שיוכל לעסוק בתורה. שו"ת אפרקסתא דעניא חלק א סימן נו (ד"ה והנה, ואילך), מסביר שכיון שהוא מתנה זאת מראש, מי שמפרנס לומד תורה, יש לו קנין בגוף הלומד לפירותיו, היינו זכות למודו, שהלומד נקרא ע"ש תומכיו, והרי בדשלבל"ע ודבר שאין בו ממש, מועיל להקנות גוף לפירותיו; ועוד, שבדשלבל"ע מועילה הקנאה הדדית (כאמור ליד ציון הערה 217), וגם כאן, הרי כל אחד רוצה לזכות במה שלחברו; ועוד, שאפשר להקנות דשלבל"ע אם יש גמירת דעת, וכאן דעתו של הלומד קרובה למחזיקו כיון שעל ידו עוסק בתורה וגורם לשמח נפשו בפקודי ה', ואנן סהדי שגומר בדעתו להקנות; ועוד, שכתב שו"ת מהר"ש ענגיל ח"א סי' צט, שבדבר מצוה אומרים "כל העומד להיעשות כעשוי", ולכן כאן השכר אינו דשלבל"ע, כיון שעל הלומד יש מצות הלימוד; וכל ההסברים הללו אינם שייכים בהקנאת השכר לאחר שעסק בתורה, שאין דעתו קרובה אליו כיון שלא סייע לו עד כה.

¹⁰¹ ראב"לו ב, עמ' 177.

¹⁰² ראב"לו ב, עמ' 177. אך הוא לא הסביר מדוע לא יוכל הנותן להקנותו למקבל ע"י מסירת מסמך לידו המזכה אותו לקבלו, על פי סעיף 6.

¹⁰³ ראב"לו ב, עמ' 183.

¹⁰⁴ תשובות הגאונים (הרכבי) סי' תפט; רי"ף, בבא מציעא ט ע"א (בדפי הרי"ף); רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כב, הלכה א; ספר העיטור מאמר ב, קנין (י ע"א); שו"ת הרמב"ן סי' ז (הובא בס' ההתחייבות, עמ' 92-90); תשב"ץ ח"ג סי' קמז; שו"ת מים רבים, חו"מ סי' כח; שו"ת שארית יוסף (ידיד) ח"ג חו"מ סי' ד עמ' ריג (שהאומר "יתטול אשתי כאחד מן הבנים", אינה מקבלת דשלבל"ע); שו"ת ב"ח (הישנות) סי' קכד (ד"ה אלא); חק לישראל נאמנות בנכסים עמ' 24; ההתחייבות, עמ' 500; שו"ת מהרש"ם חלק ב סימן קעז (משרה ציבורית שתתחיל בעתיד).

הערה כללית: הדין שאין תוקף להקנאת דשלבל"ע אמור הן במתנה הן במכר. רוב המקורות שנביא בפרק זה עוסקים במתנה, אבל נביא גם מקורות העוסקים במכר, כי בדרך כלל אין סיבה להבדיל בין מכר למתנה לענין דשלבל"ע.

נכס שקיים אך אינו בבעלותו של הנותן, גם אם בעתיד יגיע לבעלותו¹⁰⁶. משמעות הדבר היא שגם אחרי שבא הדבר לעולם, מן הדין יכול הנותן לחזור בו¹⁰⁷. אבל החוזר בו נחשב "מחוסר אמנה"¹⁰⁸.

לפני מתן תורה: כתב שו"ת הריב"ש סי' שכח (הובא בשו"ת שער יהושע סי' לו, עמ' קלג-קלד, בקצות החושן סי' רט, סי' א, וסי' רעח סי' יג, בשו"ת להורות נתן, חלק יד, סי' קמ, בס' להורות נתן על התורה, בראשית כה, יא, בשו"ת משיב דבר חלק ג סי' יד, בשו"ת זכרון יהודה (גרינוולד) ח"ב סי' קפה, ובסי' כח מעשיו הגיד לעמו, דרוש יד, דף לה ע"ג) שלפני מתן תורה הועילה הקנאת דשלב"ע. אפשר לנמק ע"פ מה שכתב קרית ספר (הערה 111) שמה שאי אפשר להקנות דשלב"ע הוא גזירת הכתוב, וממילא לפני שניתנה תורה לא היה הדין כך. שו"ת שואל ומשיב מהדורא קמא חלק ב סי' לט מנמק בשתי דרכים: (א) כיון שסיטומתא קונה בדשלב"ע (ראה ליד ציון הערה 187), וקודם מתן תורה לא היה קנין תורה אלא רק מה שנהגו הסוחרים להקנות, לכן אף דבר שלב"ל נקנה. (ב) הרמב"ן בהשגותיו על ספר המצוות לרמב"ם, סוף שורש יד, כתב שלבני נח נאמרו דיני מקח וממכר בכללות בלי הפרטים (ראה על כך נ' רקובר, שלטון החוק בישראל, עמ' 37 ואילך), אי"כ הפרט שדשלב"ע אינו נקנה לא נאמר לב"י, ולפני מתן תורה נהגו דיני בני נח (מדבריו עולה שגוי יכול לקנות ולהקנות דשלב"ע). גילונו הש"ס מו"ק כ, מנמק על פי הטעם (ליד ציון הערה 109) שהחסרון בדשלב"ע הוא שאין גמירת דעת, ואי"כ הוא כמו אסמכתא, והרי שו"ת הרא"ש כלל ח סי' טו, אומר שבדיני נח אסמכתא קונה, ולפני מתן תורה נהגו דיני בני נח. דברי אמת (בכר דוד) דרוש יא (כד ע"ג בדפוס הלברשטאט), וקצות החושן, שלב, סי' קו, מסבירים ע"פ הריב"ש איך לבן הקנה ליעקב את הצאן שעתידי להיוולד (תרומת הדשן, פסקים וכתבים, סי' קל, הסביר שהקנה לו את הצאן לוולדותיהם). דברי אמת שם (כה ע"א) כותב שגם לריב"ש, גם לפני מתן תורה, רק דבר שעשוי להגיע נקנה, כמו שלר' מאיר אדם מקנה דשלב"ע רק אם הוא עשוי להגיע (בי"מ לג ע"ב). אולם דברי אמת שם (כד ע"ד), שו"ת שואל ומשיב מהדורה תליתאה חלק ב סי' קסג, ולחם שלמה (בולה), ה' קנין סודר, סי' צד (עג ע"ג), מדייקים מרמב"ם ה' ערכין, ו, לג, שגם לפני מתן תורה לא הועילה הקנאת דשלב"ע כלל.

בגוי: להורות נתן פרשת תולדות, כה, יא, כותב שגוי קונה מגוי אחר דשלב"ע, כי לפני מתן תורה היה אפשר לקנות דשלב"ע, כדברי הריב"ש, והתורה ניתנה לישראל, ולא מצאנו דרשה שממעטת גוי מקניית דשלב"ע. אבל הוא כותב שגוי אינו קונה מישראל דשלב"ע, כמו שכתבו תוס', בכורות ג ע"ב. שו"ת להורות נתן, חלק יד, סי' קמ, מנמק שגוי שונה, כי הטעם שהקנאת דשלב"ע לא מועילה הוא כי הקונה מוחל על קנינו כיון שהוא חושב שבלאו הכי לא יתקיים הקנין כי הנכס לא בא לעולם (ראה בשמו בהערה 109), אבל גוי אינו מוחל אפילו על פמשי"פ (כאמור בסנהדרין נז ע"א), וכן אינו מוחל על הקנאת דשלב"ע ולכן היא מועילה אצלו. אבל לא הסביר מדוע גוי אינו קונה מישראל דשלב"ע.

במתנת שכב מרע: רמב"ם, הלכות מכירה, כב, א, ושו"ע, חו"מ, רט, ד, כותבים שאין תוקף למתנת שכב מרע בדשלב"ע. אבל טיב גיטין (הלר), גיטין סו ע"א, כותב שמועילה מתנת שכ"מ בדשלב"ע, ע"פ שו"ת מהרי"ט, ח"ב, חו"מ, סי' עד, שכתב שמתנת שכב מרע משועבדת מחיי הנותן לקיום המתנה, ושעבוד זה מפקיע את זכות היורשים, והרי כתב נו"ב (ראה הערה 124) שאם הקנה דשלב"ל וגם שעבד אותו, חל חיובו שחייב עצמו ושעבוד מועיל אף בדשלב"ל. שו"ת שואל ומשיב, מהדורא א, ח"א, סי' מה, מסביר שלדעתו אף ש"כל מה שליתא בבריא ליתא בשכ"מ" (ב"ב קמז ע"ב), זה נקרא איתא בבריא כי אם היה משעבד עצמו היה מועיל. עוד נימק טיב גיטין, שם, שמה שאין אדם מקנה דבר שלב"ל היינו אם חזר בו המקנה, אבל כל שלא חזר בו, מועילה תפיסה (כאמור ליד ציון הערה 256), ואי"כ במתנת שכב מרע שהוא משועבד מחיים כדי למנוע מהיורשים לזכות אחרי מותו, אין רשות ליורשים לחזור בהם. שואל ומשיב דוחה נימוק זה, שאמנם תפיסה מועילה כי זה קנין, אבל כל שלא תפס לא מועיל הקנין אף שהנותן אינו חוזר בו. שואל ומשיב מעלה אפשרות לומר שכיון שאם כתב שטר קנה (כאמור ליד ציון הערה 282), מתנת שכ"מ מועילה בדשלב"ע כיון שהם ככתובים ומסורים. אבל הוא דוחה, שהרי על זה גופא אנו דנים, שאם נאמר שלא מועילה מתנת שכ"מ בדשלב"ע, ממילא אינה ככתובים וכמסורים.

דעה חולקת: תנאים ואמוראים אחדים סבורים שאפשר להקנות דשלב"ע (יבמות צג ע"א). גידולי תרומה שער סד ח"א אות ב (עמ' תתקנא), ושער המלך הלכות מכירה פרק כב הלכה א, בתחלתו, כותבים שרש"י קידושין סב ע"ב (ד"ה כמאן), פוסק שאפשר להקנות דשלב"ע.

בבי"ב קצו ע"ב נאמר שגם לדעה שאפשר להקנות דשלב"ע, אין אדם יכול להקנות נכסים שיגיעו לבעלותו כשהוא גוסס. מחנה אפרים ה' זכיה ומתנה סי' טז (הובא בנתיבות המשפט, סי' רמח, סי' קי, נימק כי לא יוכל להקנות את הנכסים כשיגיעו לבעלותו, שהרי גוסס אינו יכול להקנות (ראה סעיף 1א)).

¹⁰⁵ שו"ע, חו"מ, רט, ד.
שו"ת הרדב"ז חלק ד סימן אלף שכג (רנב), כותב שאם נתן סכום כסף לחכם, לזכות בו עבור לומדי תורה, והתנה שלא יתן להם את הקרן אלא רק את הרווח כדי שהקרן תתקיים, המתנה תקפה אף שהרווח לא בא לעולם, מפני שבפעם הוא נותן להם את הקרן, על תנאי שישאירו את הקרן קיימת. אבל ראה ליד ציון הערה 76, שב"ואקוף אל ולוד", נחשב שלא זכו בגוף הנכס כיון שאינם יכולים למוכרו ויש להם רק זכות דירה (אלא שהמתנה תקפה מסיבה אחרת כאמור שם).

¹⁰⁶ רמב"ם, הלכות מכירה, כב, ח; העיטור שם (י ע"א); טור, ס, יא; שו"ת הרי"ף (בילגורייא) סי' קסח, הובא בס' התרומות, שער סד, ח"ב, סי' ג, שהובא בב"י, סט, יא; תשב"ץ, חלק ג, סי' קמז; שו"ת הרשב"ש, סי' קיד; שו"ע, סי' ס, ו, וסי' רט, ד; פרישה, רמג, ג, וסמ"ע, רמג, ס"ק ח; שו"ת הבי"ח (הישנות), סי' קכד; שו"ת משפט צדק, ח"ב, סי' י (כא ע"ב).

תוספתא, בכורות, ו, ה (הובא במלחמות ה', פסחים י ע"א, בדפי הרי"ף, ובשו"ת אבני נזר, או"ח, סי' שמב, אות ד), אומר שמקבל מתנה אינו נוטל ב"ראוי". בעצם זהו ניסוח אחר לדין שאדם אינו יכול להקנות דבר שאינו בבעלותו - המקבל לא זכה בנכס, כי הוא לא היה ברשות הנותן בשעת ההקנאה.

יש סוג מיוחד של מתנה, שבה אדם נותן דבר שאינו שייך לו, אלא להפקר: שהוא מגביה מציאה עבור חברו (שו"ע, חו"מ, רסט, א). אין זו מתנה במובן הרגיל, כי לא נתן נכס שלו, אלא זה יותר דומה לעשיית שירות חנם בעד חברו.

¹⁰⁷ שו"ע, חו"מ, רט, ד.

¹⁰⁸ שו"ת הרד"ם, חו"מ, סי' יא (ד"ה ועדיין), על פי רא"ש ב"ב פ"ד סי' יב, ותוס' ב"מ סו ע"ב (ד"ה התם). אבל הוא כותב שהיות שרמ"א, חו"מ, רד, יא, אומר (לאו דוקא על דשלב"ע) שאם התייקר הנכס אין משום מחוסר אמנה,

יש בין הפרשנים שתי גישות בהנמקת ההלכה שאין תוקף להקנאת דשלבלי"ע: גישת הפגם החוזי וגישת הפגם הקנייני. גישת הפגם החוזי היא שהמתנה בטלה כי אין לנותן ולמקבל גמירת דעת שתחול המתנה אפילו כשיבוא הנכס לעולם, ומה שאמרו הם "פיטומי מילי"¹⁰⁹, כיון שהמקבל אינו בטוח שכשיבוא הדבר לעולם יהיה קניין מוחלט ולא יוכל לחזור בו¹¹⁰. לעומת זאת, גישת הפגם הקנייני היא שהמתנה בטלה כי אין להקנאה על מה לחול¹¹¹.

הרי מי שהבטיח לתת טובת הנאה שתבוא לו, והתייקרה הרבה, די שיתן את מה ששווה טובת ההנאה באופן רגיל. אבל הוא מציין שיש דעה שגם אם התייקר, הוא מחוסר הנאה, ולכן הוא כותב במסקנתו שטוב לפשר.¹⁰⁹ [פגם חוזי] רבנו תם, בספר הישר, סימן תקצב (הובא בחידושי הרשב"א בבא מציעא סו ע"ב, ובני"ב ב"מ לו ע"ב, בדפי הרי"ף [שהובא בדרישה חו"מ רט, ג, בשו"ת ר' יחיאל באסן, סי' יט דף יב ע"ג, בתשובות הרא"ם, מרגליות, אהע"ז סי' לו אות יב, ובשו"ת דבר יהושע, ח"ג, חו"מ, סי' טו, אות ו]); שו"ת מהר"ם מינץ סימן לה (ד"ה וע"ק על א"ז); קרית ספר, הלכות אישות, פרק ז; יד המלך, הלכות אישות, ז, טו; מצעדי גבר, נדרים, סי' יג, אות ב; מצעדי גבר, קידושין, סי' מה, אות ד, בדעת תוס' ב"מ טז ובדעת הרמב"ם; משא יד, ח"א, פ' תולדות, עמ' כג, בדעת הרמב"ם; גליוני הש"ס ב"מ טז ע"א; ישועות יעקב, חו"מ, רג, י; זכרון יהודה (מונק), חידושים מלוקטים, סי' כ (פט ע"ג), בשם שו"ת מהר"י הכהן (רפפורט), אהע"ז, סי' לו (שלא מצאנו); שו"ת להורות נתן, חלק יד, סי' קמ; אור החיים בראשית כה, לג; פסקי דין רבניים חלק ו עמ' 178; ר"ב זולטי, בפסקי דין רבניים חלק ה עמ' 267. ראה הערה 226, שהסוברים שמועילה הקנאת דשלבלי"ע אם נשבע, טעמם הוא כשיטת הפגם החוזי. ראה הערה 146 [ישתנה], שיש אומרים שהקנאת עובר בכור מועילה מפני שיש גמירת דעת להקנות, וזאת ע"פ שיטת הפגם החוזי.

ראה הערה 98, שמהר"י מברונא אומר על נידונו שקנה אף שזה דשלבלי"ע כי יש סמיכות דעת, וגליוני הש"ס, ב"מ טז ע"א, רומז שטעמו הוא שהחסרון בדשלבלי"ע הוא שאין גמירת דעת. שו"ת נודע ביהודה מהדורא תניינא, אהע"ז סימן נד, אות יב, מביא שר' סנדר אב"ד זבארוש הוכיח מב"מ טז ע"א שבמה שסמכה דעתו, קונה אף דשלב"ל; והוא עצמו דחה את ההוכחה וכתב שלא מועילה סמיכת דעת לקנות דשלב"ל.

רש"י, ב"מ טז ע"א (ד"ה לא), מסביר שהקנאת דשלבלי"ע לא מועילה כי לא סמכה דעת הקונה, ומשמע שלמקנה יש סמיכת דעת. קובץ שעורים בבא בתרא סי' תצ, מקשה, הרי במקום שדעת אחרת מקנה א"צ דעת המקבל (ראה סעיף 6). וראה ליד ציון הערה 219, שסי' העיקרים (איגר) כותב שלמקנה אין גמירת דעת אבל לקונה יש גמירת דעת. סופר המלך, הלי מכירה, כב, י, מביא שהחתן סופר הסביר שאין מקנים דשלבלי"ע, כי המקנה פועל את גמר חלות הקנין ולא הקונה, ולכן צריך גמ"ד מלאה להקנות, ובדשלבלי"ע אין גמ"ד גמורה. שו"ת גור אריה יהודה יו"ד סי' נט (ס ע"ד), מסביר בכך איך מכירת הבכורה מעשו ליעקב הועילה - כי החסרון בדבר שלא בא לעולם הוא חוסר גמירת דעת, הבכורה היתה בזויה בעיני עשו כמש"כ "ויבז", ולכן הקנה בלב שלם, וזה מועיל גם בדשלבלי"ע.

¹¹⁰ תורת הקנינים ח"ב, פרק יד, ענף א, הערה ב, ומילואים סי' לג, אות ד. שו"ת להורות נתן, חלק יד, סי' קמ, מסביר שהענין של חוסר סמיכות דעת כאן עניינו שאנן סהדי שהאדם מוחל על קנינו כיון שהוא חושב שבלאו הכי לא יתקיים הקנין כי הנכס לא בא לעולם.

¹¹¹ [פגם קניני] לבוש חו"מ, רט, ד; שו"ת ר' יחיאל באסן, סי' יט (יב ע"ג) בדעת הרמב"ם; ר' אברהם מונסון, בשו"ת ר' יחיאל באסן סי' יח (ט ע"ב); קהלת יעקב (אלגוזי), מידות חכמים, מע' ד, אות סה (עמ' לג במהד' תשע"א); סופר המלך, הלי מכירה, כב, י, בדעת שו"ת נובי"ת אהע"ז סי' נד; זכרון יהודה (מונק), חידושים מלוקטים, סי' כ (פח ע"ד) בשם שו"ת מהר"י הכהן (רפפורט), שער העניינים, סי' כא (שלא מצאנו); שו"ת בית יצחק, יו"ד ח"ב, קונטרס אחרון, סי' יב, אות ב; שו"ת דברי נחמיה (גינצבורג), אהע"ז, סימן לו, ד"ה ולבאר יותר; חידושי רבנו חיים זצ"ל סאלאוויצקי על הש"ס מפי השמועה (בלטימור תש"ך), עמ' 22 (שאינו בעלים על הנכס); ר' שלמה זעפרני, "תוקף חיוב קנסות בהפרת הסכם רכישת דירה", אור תורה שנה לב (תש"ס), גלי שצב, סי' קיט, עמ' תשס, בדעת רי"ש אלישיב בפד"ר, כרך ה, עמ' 265.

ערך השלחן, חו"מ, רי, ס"ק ג, מביא ראייה שהחסרון בדשלבלי"ע אינו משום שאינו גומר ומקנה - עי"ש להוכחתו. שעורי ר' שמואל (רוזובסקי), ב"ב, אות קצא, מביא ראייה מכתובות נט שהחסרון בדשלבלי"ע הוא חסרון בבעלות ולא בגמ"ד - עי"ש.

איילת השחר, ב"ב מג ע"א (ד"ה עוד) מסתפק האם בדשלבלי"ע אין לאדם בעלות על מה שיבוא בעתיד, או שיש לו בעלות אלא שאין לו כוח להקנותו.

קובץ שיעורים ב"ב סי' רעו, מביא ראיות לשני הצדדים - עי"ש. חמדת אהרן (קוגמן, תשס"ו), סי' לד, אות ז (עמ' רטז) כותב שבדשלבלי"ע, החסרון הוא בכח המקנה, כי כוחו נובע מבעלותו, וכאן הנכס אינו בבעלותו, אבל אין חסרון בכח הקונה.

סי' העיקרים (איגר), ח"א, עמ' רפב, דוחה את הטעם שאין לקנין על מה לחול, שהרי יש לו על מה לחול כשיבוא לעולם. חמדת אהרן (קוגמן, תשס"ו), סי' לד, אות ח (עמ' ריח-ריט), מתיר ע"פ השיטה (ראה בשמו בסעיף 4) שצריך כח קנין בשעת המעשה ולא די בכוח שיש בזמן החלות.

שערי חיים, כתובות, סי' קא, אות ג, כותב **ששני הטעמים** קיימים. שו"ת מהר"ש ענגל, ח"ג, סי' עט, וקנין תורה בשמעתא, בראשית עמ' קסו, מביאים את שני הטעמים. עי' תורת הקנינים ח"ב, פרק יד, ענף א, אות א, על הטעמים הללו.

הבחנות שונות: שו"ת מהר"ש צרור (תשב"ץ חלק ד (חוט המשולש) טור ב) סי' יג (ד"ה ובאמת), כותב שהטעם שאי אפשר להקנות דבר שאינו קיים בעולם כלל הוא מפני שאינו במציאות, ולכן אין מה להקנות; אבל הטעם שאי אפשר להקנות דבר שנמצא בעולם ורק אינו בבעלותו, הוא מפני שלא סמכה דעתם - המקבל שידוע שאינו ברשות המקנה, אינו סומך עליו, וגם המקנה אינו סומך על קניית המקבל מפני שהוא מעריך שהמקבל אינו סומך עליו.

אף שיש תוקף להתייבבות לתת דשלבל"ע, כפי שנראה בסעיף 5, אין מפרשים מתנה לתת דשלבל"ע כהתייבבות, כדי לתת לה תוקף, כיון בפועל לא היתה התייבבות. התייבבות לתת דשלבל"ע תקפה מפני שהיא חלה על גוף האדם, שנמצא בעולם, ואם הוא לא נקטו בלשון התייבבות אלא בלשון מתנה, יתכן שלא רצה לקבל על עצמו התייבבות¹¹².

נכס **שספק** האם היה שייך לנותן בשעת המתנה, אינו עובר למקבל, שכן "המוציא מחברו - עליו הראיה"¹¹³.

משא יד, ח"א, פ' תולדות, עמ' כב, כתב להיפך: שבהקנת נכס שאינו בבעלותו "לכשאקחנו", הטעם הוא משום חסרון בעלות, כי עכשו אין לו שייכות לנכס, והוא כמו של אדם אחר; אבל בדבר שאינו קיים כל כגון פירות דקל, הרי הדקל וכל מה שיצא ממנו שייכים לו, א"כ אין חסרון בבעלות, אלא חסרון של גמ"ד.

טעמים נוספים: קרית ספר הלכות מכירה, כב, י, אומר שהדין שאי אפשר להקנות דשלבל"ע הוא גזירת הכתוב, מהפסוק: "וכי תמכרו ממכר לעמיתך" ו"ממכר" משמעו דבר שנמצא בעין. משא יד, ח"א, פ' תולדות, עמ' כב, מקשה, שהוא עצמו (הערה 198) כתב שאדם יכול להקנות לבנו דשלבל"ע כי יש לו גמ"ד, ואם זה גזירת הכתוב, מה מועילה גמירות דעת? ועוד הקשה, שקרית ספר ה' אישות פ"ז נימק מצד חוסר גמ"ד.

רבנו יהונתן, בשטמ"ק, בבא בתרא קמז ע"ב, נימק שבעל הדקל יכול לומר "עקור פירותיך ולך, ואיני מוכן שיתבשלו בגוף הדקל שלי".

בעיית "ברירה": לכאורה אפשר לומר שהטעם שאי אפשר להקנות דשלבל"ע הוא כי הנכס אינו מבורר עכשו, ו"אין ברירה". אבל עמק יהושע סי' ז (עמ' לט במהד' תרפ"ה), כתב שלפי שו"ת מהרי"ט, ח"א סי' כב (שהבאנו בסעיף 1א), האומר שאין בעיה של ברירה אם החלות תחול רק כשיתברר ועד אז יכול לחזור בו, בדשלבל"ע אין בעיה של ברירה, כי הנותן יכול לחזור בו עד שהנכס יבוא לעולם, גם לדעה שאפשר להקנות דשלבל"ע. כך הוא גם לפי הרשב"א שנביא ליד ציון הערה 382, האומר שאין בעיה של ברירה אם אין צורך שהחלות תחול למפרע.

¹¹² מה שקובע אם זו מתנה או התייבבות, הוא הלשון: ב"ח, ס, י, ופרישה, ס, י, כתבים שאם אומר "אני נותן" זו מתנה, ואם אומר "אני מתחייב", זו התייבבות. גם שו"ת הריטב"א, סי' מא עמ' מ (הובא בב"י, ס, טו), כתב שתלוי אם אומר לשון חיוב או לשון מתנה.

¹¹³ הרי"ף, בתשובות הגאונים (אסף, תרפ"ז), סי' קטו (הובא בספר התרומות שער סד חלק ב, אות ג); רמב"ם ה' מכירה כב, ח (הובא במישרים, נתיב יז); מרדכי ב"ב סי' תקצט (הובא בשו"ת משפט צדק, ח"ב, סי' י דף כא ע"ג); שו"ת הרשב"א ח"א סי' תתקנב; שו"ת הריב"ש, סי' שמה (עמ' תנה); שו"ת הריטב"א סימן מא; טור, חו"מ, סי' קיב, ד, וסי' ריא, ו; שו"ע, חו"מ, סי' ס, ו, וסי' ריא, ו; רמ"א, אהע"ז, קח, א, וחו"מ, קיב, ג; שו"ת מהרשד"ם חו"מ סימן שט; ש"ך, חו"מ, ס, ס"ק כח.

שו"ת לחם רב, סי' קצג, כתב שאפשר לומר קי"ל כדעה שחוששים שהנכסים הללו לא היו ברשות הנותן בשעת המתנה.

דעה חולקת: שו"ת הרשב"א חלק ב סי' לו (הובא בב"י, חו"מ רנ, מחודש יד, ובכנה"ג, חו"מ, רמו, הגהב"י אות מד), כתב שנכס שספק אם היה בשעת המתנה אם לאו, קנה משום ש"כאן נמצאו וכאן היו", וכן פסק שו"ע, חו"מ, רנ, כו. כמו כן, שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סי' קו, כתב שהנותן נכסים במתנה "מהיום ולאחר מיתה", ויש ספק האם הנכסים שנמצאו ברשותו לאחר מותו, היו לו כבר (בשעת נתינת המתנה), או שקנאם אחר כך, וכן אם יש בנכסים שטרות שזמן אחר המתנה, וספק אם נעשו מהנכסים של מתנה, או מנכסים שקנה אחר מכאן (שאו אינם נקנים) - קנה המקבל, כי מן הסתם אלו נכסים שהיו לו כבר והשטרות נעשו מן הנכסים שהיו לו כבר, או מפירותיהן, ומו שיאמר שנכסים אחרים קנה לאחר מכאן, עליו להביא ראיה.

ס' התרומות, שער מג, ח"ד, אות ב, מביא שהגאונים והרמב"ן סוברים שהמקבל זוכה אלא אם כן ידוע שהנותן קנה נכסים לאחר נתינת המתנה (בנידון היתה זו מתנה "מהיום ולאחר מיתה", שבה עובר זמן רב בין הנתינה לבין התביעה ע"י המקבל). שו"ע, חו"מ, קיב, ג, מביא דעה זו בצד דעת הרי"ף.

הבחנות שונות: סמ"ע, ס, ס"ק כ, כתב שאם הנותן טוען ברי שהנכס לא היה שלו בשעת הקנאה, המתנה בטלה מספק, אבל אם הוא (או היורשים) טוען שמא, והמקבל טוען ברי, המתנה תקפה מטעם "כאן נמצאו וכאן היו"; ובקרקע גם אם הנותן טוען שמא, המתנה בטלה, כי בקרקע לא שייך "כאן נמצא כאן היה", שהרי קרקע במקומה עומדת, ואף שיצאה מרשות לרשות, אינה זזה ממקומה. שו"ת נודע ביהודה מהדורא קמא חו"מ סי' כט (ד"ה ובוזה ממילא), מסכים להבחנה בין טענת ברי לטענת שמא. אבל ש"ך, חו"מ, ס, ס"ק כח, כתב שבכל מקרה המתנה בטלה. כמו כן, נתיבות המשפט, ס, ס"ק יד, כתב שגם בטענת שמא, המתנה בטלה.

שו"ת חתם סופר חו"מ סימן קפו, דוחה את דברי הסמ"ע, שאמנם קרקע לא תזוז ממקומה, אבל הרי אנו דנים על הרשות, "ברשותו של זה נמצא וברשותו של זה היה", ולא תלוי במקום; ועוד שאין הלכה כר"ב (כתובות עה ע"ב) שאומר "כאן נמצא וכאן היה". והוא עושה הבחנה אחרת: שאם הנותן בפנינו, אפילו טוען שמא, אין להוציא ממון מידו כי הוא מוחזק, אבל אם מת הנותן, חזקת היורשים לא טובה, לכן אומרים "כאן נמצא כאן היה" גם אם הם טוענים ברי, בין קרקע ובין מיטלטלין; וגם אם מת הנותן, אם לא נתן את כל מיטלטליו במתנה אלא חציין או שלשתן, באופן שיש ליורשים בודאי חלק ולמקבל מתנה ספק אם יש בנכסים אלו כלום, לא זכ המקבל, כי אין ספק מוציא מידו ודאי; וכן אם יש כאן בודאי נכסים שקנה אחרי המתנה, שהם ודאי ליורשים, ובשאר הנכסים יש ספק, אין ספק מוציא מידו ודאי.

נתיבות המשפט, ס, ס"ק יד, כתב שהנותן את כל מיטלטליו במתנה, אינו יכול לטעון שאלו שנמצאים אצלו עכשו לא היו בידו בשעת נתינת המתנה, כי "כאן נמצא כאן היה"; אבל אם נתן רק חלק ממיטלטליו, נאמן הנותן לומר שאלו לא היו ברשותו, כי גם אם נאמר שבודאי היו בידו מיטלטלין בשעת המתנה משום "כאן נמצא כאן היה", הרי היה יכול לומר שהיו עוד כאלו, והם אלו שנתן, ונאנסו. עוד הוא הוא כתב שדוקא בנותן כלי תשמיש, שייך לומר "כאן נמצא וכאן היה", כיון שאפשר לומר שהיה שלו ושל אבותיו מעולם, משא"כ בסחורות וחיטים ושעורים וכדומה. אל הוא מביא שכתב שו"ת מהרי"ט ח"א סי' לט (ד"ה ועדיין), שגם הם בחזקת המקבל, מטעם אחר (אם נתן את כולם) -

ב. הרחבת בטלות המתנה

גם אם עשו מעשה קנין, המתנה אינה תקפה¹¹⁴, אפילו עשו קנין בבית דין חשוב וקנין "מעכשיו"¹¹⁵.

גם אם נתן כסף או מיטלטלין בקנין **אגב קרקע** שהיתה ברשותו, אם לא היו הכסף או המיטלטלין ברשותו בשעת המתנה, לא קנה המקבל כסף או מיטלטלין¹¹⁶, מפני שקנין אגב נלמד מהפסוק "ויתן להם אביהם מתנות רבות לכסף ולזהב ולמגדנות עם ערי מצורות ביהודה"¹¹⁷, ושם מדובר בהקנת דבר שנמצא ברשותו¹¹⁸.

גם אם עשה קנין כסף או קנין שטר, והם נשארו בעין גם אחרי שיבוא לעולם, הרי כיון שלא חל הקנין בתחילה, לא מועיל מעשה הקנין לבסוף, אם הנותן התכוון שההקנאה תחול רק מכוח מעשה הקנין שבתחילה¹¹⁹.

גם אם נתן **משכון** על מתנה זו, או **שעבד** קרקע עבור המתנה, או קיבל עליו **אחריות** על כל נכסיו להעמיד את המתנה, אין לזה תוקף, שכן היות שהמתנה אינה תקפה, אף המשכון והשעבוד אינם תופסים¹²⁰. משכון

כיון שהוחזקו פעם אחת שכל הנכסים שהוא נושא ונותן בהן הם של המקבל, והוא רק מתעסק בהם, ואין לו אלא מה שנותן לתוך פיו.

תפארת יעקב, חו"מ, ס' ס"ק יב, כותב שאם נתן מטלטלין במתנה, ובשעת נתינת המתנה היו לו מטלטלין, כך ששטר המתנה כשר בוודאי, אלא שיש ספק האם המטלטלין שברשותו עכשיו היו ברשותו אז, אומרים "כאן נמצאו כאן היו"; אבל אם ייתכן שבשעת המתנה לא היה בידו כלום, כך שמעולם לא היה שום חיוב, והשטר הוא חרס בעלמא, המתנה בטלה מספק.

שו"ת לחם רב, ס' קצב, מעלה אפשרות שדוקא בנכסים אומרים "כאן נמצאו כאן היו", כדברי הגאונים, אבל בכסף אין לומר כך כי כסף ניתן להוצאה; ומיישב בכך את דברי הרי"ף, שעסק במתנת כסף. ראה ליד ציון הערה 186, ש"א שאם שטר המתנה כתוב בלשון הודאה, מפרשים זאת כהודאה שהנכסים היו ברשותו בשעת נתינת המתנה.

לגבי שטר מתנה שכתוב בו שהנותן הקנה מטלטלים אגב קרקע, ט"ז, חו"מ, ריב, א, מסביר שאין אומרים שהעדים שהעידו על ההקנאה מתכוונים לומר שהמתנה תקפה כי המטלטלין שציינו בשטר היו ברשותו אז, כי אולי התכוונו רק להעיד שההקנאה היתה אגב קרקע. יוצא מדבריו שאם לא נכתב איך היתה ההקנאה, אכן סומכים על דברי העדים כמעידים שהנכס היה ברשותו. אבל נתיבות המשפט ריב ס"ק ב, כותב שאין מקום להסיק מדברי העדים שהמתנה תקפה מבחינת דשלבל"ע. עוד קשה על ה"ט"ז, ששו"ע חו"מ, ס' ו, אומר אותו הדבר בסתם שטר, שלא אמרו איך היה הקנין.

מעשה רקח הלכות מכירה פרק ו הלכה ז, מדייק משו"ת המבי"ט ח"א ס' רפח, שאם יש ספק האם הכסף שנמצא ברשות הנותן היה בידו בשעת המתנה, מספק זכה המקבל. הוא מסביר שהמבי"ט מדבר בכגון שכבר זכה מקבל המתנה, ולכן הוא מוחזק.

¹¹⁴ מישורים נתיב טו ח"א; רמ"א, חו"מ, רנז, ז; שו"ת פני משה, ח"א, ס' סו (קנט ע"ד).

פני משה כותב שאף שברדך כלל קנין סודר מתקן ריעותא בלשון השטר (ראה ליד ציון הערה 48), כאן קנין סודר אינו מועיל ואין אומרים שייחשב כאילו אמר שהוא מתחייב לתת, שזה מועיל בדשלבל"ע כפי שנראה בסעיף 5.

ר"י מליסא, המובא בשו"ת ר' עקיבא איגר מהדו"ק ס' קמא, כותב שאם כתוב בסוף השטר שהעדים אומרים "וקנינו [=עשינו מעשה קנין] ממנו", קנה, כי מפרשים שהקנה לו את הנכס לפירתיו העתידיים (שאו קנה, כפי שנראה ליד ציון הערה 157), כמו שנאמר (ליד ציון הערה 48) לענין דבר שאין בו ממש. ר"ע איגר רומז שלפי זה גם בהקנאת דמי שכירות, שהם דשלבל"ע (לדעה אחת, ליד ציון הערה 152), יועיל קנין סודר אף שכסף לא נקנה בקנין סודר, כי הוא מקנה את הבית לדמיו, ובית נקנה בקנין סודר. אבל ר' עקיבא איגר עצמו (הובא בפתחי תשובה חו"מ, ריב ס"ק ד) כתב שאין אומרים כך בדבר שלא בא לעולם שהרי הרשב"א (הערה 48) למד דין זה מכתובות פג ע"א, שאמרו כך לגבי "דין ודברים", ואפשר לומר שדוקא במקום שלא שייך כלל קנין כמו ב"דין ודברים" ובדירת בית, אומרים שהתכוון להקנות את הגוף, כיון שברור שלא התכוון להקנות את הדירה, אבל במקנה חפץ מסויים כגון דמי השכירות, ששייכת בו תפיסת קנין אלא שמצד הדין לא מועיל בו קנין כי הוא לא בא לעולם, ייתכן שהתכוון להקנות את הכסף ולא את הבית לדמיו. הוא מוסיף שאם באותה מתנה הקנה רווחי חוב, שבזה לא שייך לומר שהקנה את גוף החוב, שהרי גם חוב א"א להקנות (ראה ליד ציון הערה 77), מוכח שלא הקנה באופן המועיל, אלא טעה וחשב שמועיל הקנין על זה, אי"כ גם לענין דמי השכירות ייתכן שטעה והתכוון להקנות את הכסף, כיון שהכל נכלל בקנין אחד, ולא את הבית.

¹¹⁵ שו"ת הריב"ש ס' שמא. זאת אף שקניינים כאלו מועילים לגבור על אסמכתא (שו"ע חו"מ, רז, יד-טו). הוא כותב שגם אם אמר בפירוש שהוא גומר ומקנה "דלא כאסמכתא", אינו מועיל, אף שזה מועיל לגבור על אסמכתא, לפי דעה אחת המובאת ברמ"א, חו"מ, רז, יח.

¹¹⁶ רמב"ם, מכירה, כב, ח; שו"ת הרשב"א ח"א ס' תתקנב, וח"ב ס' לו וסי' קכ; שו"ת הריב"ש ס' שמא (עמ' תנה).

¹¹⁷ דברי הימים ב' כא, ג. בקידושין כו ע"א לומדים קנין אגב מפסוק זה.

¹¹⁸ שו"ת הרשב"א ח"ב ס' לו.

¹¹⁹ פתח הבית (טיקטין, תקי"פ) ס' לה (פו ע"ג-ע"ד, פז ע"א).

¹²⁰ שו"ת הרי"ף (בילגוריי), ס' קסח = תשובות הגאונים (אסף, תרפ"ז), ס' קטו (הובא בעיטור, מאמר שני, קנין (דף י ע"ג) [שהובא במדכ"י, קידושין ס' תפד, ובתשובות מיימוניות, ס' משפטים, סימן סז], בטור, ס' יב, ובס' התרומות, שער סד, ח"ב, אותיות ב-ד [שהובא ב"י, חו"מ, רט, ג]; ס' התרומות, שער מג, ח"ד, אות ו (הובא בב"י, סט, יא); ב"י, ס' טו, בדעת הרא"ש; שו"ת הריטב"א, ס' מא, בסופו; טור, ס' יא; שו"ע, ס' ו; שו"ת המבי"ט חלק ב ס' קלו

אינו מועיל, מפני שאין אדם יכול לשעבד את נכסיו בלי שגופו יהיה מחוייב, שהרי שעבוד נכסים הוא מכח ערבות בעד האדם עצמו¹²¹, ועוד, שמשיכת חפץ מועילה רק לקנותו לגמרי, ואינה מועילה אם הכוונה אינה לקנותו אלא שימוש לשעבוד¹²². אבל אם אמר לו "קנה מגוף המשכון כך וכך", הקנאה זו חלה¹²³. כמו כן, אם קיבל על עצמו אחריות בחיוב גמור לדאוג לקיום המתנה, הוא חייב בכך, כי חיוב זה אינו תלוי במתנה; אבל אין בכך הקנאה אלא התחייבות, שחלה על גופו¹²⁴.

(שנטילת משכון אינה מועילה כמו תפיסת הנכס עצמו, שמועילה כאמור ליד ציון הערה 256); ר' יעקב ישראל, בשו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מא (פח ע"ד).

העיסור שם (י ע"ד), כותב שלדעה זו, אם הנותן חוזר בו אין עליו אפילו קללת "מי שפרע" שנאמרת במי שחוזר בו מהסכמתו.

כמו כן, שו"ת שער יהושע ח"ב חו"מ סי' עב (עמ' סב), כותב שבכל מתנה שלא מועילה, גם אם יש אחריות ושעבוד נכסים, לא מועיל, כי "מתנה אין כאן, אחריות אין כאן".

פרישה, ס' י, מסביר את לשון הטור, ש"אחריות" כאן היינו על כל נכסיו, ו"שעבוד" הוא שמייחד שדה אחת לקיום החוב.

תומים, ס' ס"ק יב, מסביר שאם קיבל אחריות גרידא, אין באחריות חיוב בפני עצמו אלא הוא סובב על המתנה, לכן אומרים "מתנה אין כאן, משכון אין כאן".

דעה חולקת: העיסור עצמו שם כותב שאם אמר "אני משעבד לך כל מה שיש לי עד שאתן לך כך וכך כסף במתנה", גם אם אין בידו כסף, המקבל קנה, כי קנין מועיל לשעבד. כמו כן, קצות החושן, רט, ס"ק ו, כותב שהעיסור סובר שגם **משכון** מועיל מדין תפיסה שמועילה בדשלבל"ע (כאמור ליד ציון הערה 256), כי הוא סובר שם שמועילה זכייה במשכון. גם הגהות דרישה ופרישה, חו"מ, ס' אות ו, מעלה אפשרות לנמק דעה זו, שכמו שמועילה תפיסת הנכס כשבא לעולם, גם תפיסה של דבר אחר מועילה.

שו"ת הרשב"א חלק ב סימן קצד, בסופו, מביא את מחלוקת הרי"ף והעיסור. שו"ת הרמב"ן סי' לח (הובא בס' התרומות שער מג שם ובשו"ת משפט צדק, ח"ב, סי' י דף כב ע"ד), כותב שהנותן במתנה דבר שהוא עתיד לרכוש, ושיעבד את נכסיו וקיבל על עצמו אחריות להעמיד את הנכס ביד המקבל, חייב להעמיד אותו בידו, ואם לא עשה כן, המקבל יכול לגבות מנכסיו מדין אחריות, ואין אומרים "מתנה אין כאן, שיעבוד אין כאן", כי אדם יכול לקבל על עצמו אחריות שאינו חייב בה, כמו שיכול להתחייב לתת מתנה, וזהו אחריות כל המתנות. וכ"כ בס"ט (בקיצור). אבל ראה הערה 124, שיש שהסבירו שהרמב"ן מתכוון לומר שחלה עליו התחייבות, ומסכים שהנכס עצמו לא נקנה.

ר' משה אבן ג'אמיל, בשו"ת בעי חיי חו"מ ח"א סי' רח (רנח ע"ד), מציין שהרמב"ן כתב "נראה לי" שאם קיבל אחריות, אע"פ שלא קנה, חייב להעמידה בידו, משמע שלא התכוון לפסוק כך, ועוד שהרמב"ן דיבר רק בנכס שהמקבל חשב שהוא ביד הנותן, אבל אם שניהם יודעים שאינו ברשותו, כגון פירות דקל, לא קנה כלל, וכותב שזו דעת העיסור, אבל שאר פוסקים סוברים שבשום מקרה אין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו. ר"ח בנבנשתי, שם, סי' רט (רס ע"ב-ע"ג) כותב שלפי ר' משה אבן ג'אמיל, מובן מה שכתב שו"ת הריטב"א סי' מא, מא, בשם הרמב"ן שלשון אחריות אינה מועילה. אבל הוא עצמו כותב שהעובדה שהרמב"ן כתב "נראה לי", אינה אומרת שלא התכוון לפסוק כך, ובאמת הוא חולק על הרי"ף וסובר שאחריות מועילה, ושגלל המחלוקת, המוחזק יכול לטעון קי"ל.

ראה הערה 505, מה שלמדו מכאן פני משה וישמח לב לענין מתנה שאינה מסוימת.

נתיבות המשפט, רט, ס"ק ד, כותב ע"פ שו"ת הריב"ש, סי' שלה, שאם מסר למקבל משכון **אחרי** שהדבר בא לעולם, קנה המקבל כמו תפיסת הנכס עצמו. אבל הוא מדייק מס' התרומות שער סד ח"ב אות ד, שלא קנה.

ראה סעיף 5 על המבטח לחברו מתנה ואינו עושה קנין אבל מניח עליו משכון - האם חלה התחייבות.

דרכי משה, חו"מ, ס' ס"ק ו (הובא בש"ך, חו"מ, ס' ס"ק כב), מביא שמרדכי בקידושין שם מביא דעה שלא יתן לו את המשכון עד שיתן לו את המתנה (אלא שדעה זו במרדכי שם לא עסקה בדשלבל"ע). פתחי חושן, קנינים, פ"ט הערה ט, מסביר דעה זו, שאמנם לא קנה כלום בגוף המשכון, אבל יכול לעכו מדין עיכוב ולא מדין קנין.

שו"ת בני אהרן, סי' עז (פו ע"א), עוסק בשטר מתנה שכתוב בו שנתן מטלטלין אגב קרקע, ואח"כ כתב ששעבד את נכסיו למקבל. הוא מעלה אפשרות לפרש שכונתו **לשעבד** לו מטלטלין אגב קרקע, וזה מועיל גם למטלטלין שאינם ברשותו באותה שעה. הוא מסביר (בדף פו ע"ב) שמה שהרי"ף שם כתב שלא מועיל שעבוד נכסים על המתנה שלא היתה ברשותו, הוא משום שלא כתב "אגב". אבל אח"כ כתב "מי מכניסנו בתגר זה לתת מתנה בלשונות שונים", ואולי הוא מתכוון לומר שאין לפרש את לשון השטר שלא כפשוטו. הוא כותב (בדף פו ע"ג) על פי הטור שם, שהנותן דבר שאינו ברשותו או דשלבל"ע, ושיעבד את נכסיו על המתנה, אינו מועיל.

¹²¹ קצות החושן, סי' ס, ס"ק ו (על פי רא"ש קידושין פ"א, סי' י), וסי' רט ס"ק ו.

¹²² קצות החושן, סי' ס, ס"ק ו, על פי נ"י ב"מ ע"א (בדפי הרי"ף).

¹²³ סמ"ע, ס' ס"ק יט.

¹²⁴ שו"ת הריב"ש סי' רנ (על הנותן קרקע של בנו למישהו אחר במתנה, ומחייב ומשעבד עצמו ונכסיו מעכשו שאם הבן יתנגד, יכופ אותו להסכים); ש"ך, ס' ס"ק כא (הובא בשו"ת ישמח לב, גאגין, חו"מ, סי' ה, דף כג ע"ב), בדעת הרמב"ן (הערה 120); תומים, ס' ס"ק יב.

עיי"ש בריב"ש, מה המאמצים שעליו לנקוט כדי לקיים את המתנה.

הבחנות שונות: ר' רפאל קארו, המובא בחשק שלמה, ס' הגהב"י אות ס, עושה הבחנה: הנותן נכס שלא בא לעולם, וקיבל עליו אחריות שאם לא יתן אותו, יהיו **שאר נכסיו** משועבדים לו לגבות מהם, לא חל השעבוד, כי אפשר לומר שהנותן טעה וחשב שיכול להקנות דשלבל"ע והוא שיעבד את שאר הנכסים כדי לחזק את כוחו של המקבל, שאם יאבד הנכס הזה, יפרע את שוויו משאר נכסים, וכיון שהמתנה עצמו בטלה, גם השעבוד בטל, כי שעבד את נכסיו בטעות, משום שחשב שהמתנה תקפה; ואילו הרמב"ן מדבר במשעבד את הנכס שנתן במתנה, שנתחייב להעמידה בידו, ושעבד זה בוודאי בא להוסיף, לחייב את עצמו לקיים את המתנה מדין שעבוד, שאל"כ לא היה צורך בזה, וזה מראה שידע שלא מועילה הקנאת דשלבל"ע ולכן שיעבד את הנכס, כדי שהמקבל יגבה מדין שעבוד.

המקנה גוף של נכס לראובן ופירותיו לשמעון, שמעון לא קנה את הפירות כי הם דשלבל"ע, ולכן קנה ראובן גוף ופירות¹²⁵.

גם אם נתן במתנה אחת **גם נכס שנמצא בעולם וגם נכס שלא בא לעולם**, לא קנה המקבל את הנכס שלא בא לעולם, אבל קנה את זה שנמצא בעולם¹²⁶. אין לומר שהמקבל מקפיד דוקא לקבל את המתנה המלאה,

כמו כן, תפארת יעקב, חו"מ, ס"ק יא, כותב שלדעת הרמב"ן, אם נתן במתנה נכס אחד ושיעבוד על נכס אחר, "מתנה אין כאן, שיעבוד אין כאן", אבל אם שיעבד אותו נכס עצמו, גובה מכח שיעבוד אותו נכס עצמו, ולא שייך לומר "מתנה אין כאן שיעבוד אין כאן", כיון שהשיעבוד על אותו נכס עצמו וטורף מתורת שיעבוד. כמו כן, ר' יוסף מזאלקאווי, בשו"ת נודע ביהודה מהדורא קמא חו"מ סי' כה (ד"ה והנה לפענ"ד) כותב שלדעת הרמב"ן, המקנה דבר שלב"ל ומשעבד למקבל את נכסיו על המתנה, "מנה אין כאן, שיעבוד אין כאן", כיון שהקנין והשיעבוד הם דברים נפרדים, וכיון שהקנין בטל גם השיעבוד בטל; אבל אם הקנה דשלבל"ע ומשעבד גם את הדבר ההוא, קנה, שהרי שיעבוד מועיל אף בדבר שלא בא לעולם, ואף שאינו קונה מכוח לשון הקנין, מ"מ הוא קונה מכוח לשון השיעבוד; ולכן אם הקנה דשלבל"ע וכתב אחריות "דאקנה", נמצא שגם הדבר הזה בכלל השיעבוד, וא"כ קנה מחמת לשון השיעבוד. אבל המחבר (חותנו), שם סי' כו (ד"ה אבל אנכי), מוכיח מס' התרומות, שלרמב"ן אם נתן דשלבל"ע לא קנה גם אם שיעבד את הנכס עצמו, ומה שכתב שמועילה אחריות, הוא לגבי **התחייבות** לתת דשלבל"ע. שו"ת עטרת חכמים חו"מ סי' יט קושיא ג (לה ע"ב-ע"ג), כותב שלר"י ולרמב"ן, יכול אדם להתחייב באחריות על מתנת דשלבל"ע, כי חיוב האחריות הוא דבר נפרד, והמקבל אינו תובע מחמת המתנה, אלא שיקיים את חיוב האחריות, וחיוב בפני עצמו מועיל; אבל חיוב שבא לחזק העמדת המתנה, ששיעבד את נכסיו שיגבה מהם את המטבעות שנתן במתנה (ואינם בעולם), הוא רק כמשכון על המתנה, ואינו מועיל, כי "מנה אין כאן, שיעבוד אין כאן", כפי שתוס' ר"ד קידושין ח הסביר, שמשכון משעבד רק אם קדם לו חיוב ממון, והוא מקנה את המשכון לשיעבוד אותו חיוב; ומש"כ סי' התרומות ושו"ע שלא מועילה אחריות, כוונתם שלא מועיל שיעבוד נכסים. שו"ת פני משה ח"ב סי' יד (כו ע"ב) (הובא בחשק שלמה, ס' הגהב"י אות סא) מביא שר' דניאל איסטרונסה כתב שרק אם האחריות היא לקיום המתנה, אומר רמב"ן שגובה מדין האחריות, אבל אם האחריות היא לסלק ערעור בלבד, לא גובה מדין אחריות.

תומים, ס' ס"ק יב, כותב שאם נתן נכס (שאינו ברשותו) ששווה מאה, וקיבל אחריות על מאתיים (וכונתו למקרה שיושב, ובעל הנכס האמיתי יקח ממנו את הנכס), חייב על התוספת, כיון שהתוספת לא היתה במתנה המקורית אלא היא חיוב נפרד. אבל נתיבות המשפט, ס' ס"ק יא, חולק עליו.

¹²⁵ מחנה אפרים הלכות מוכר דבר שלא בא לעולם סימן א. הוא מוסיף שגם אם שמעון תפס את הפירות, מוציאים מידו, אף שתפיסת המקבל מועילה בדרך כלל (ראה ליד ציון הערה 256). יש לנמק, ששם התפיסה מועילה כי יש להניח שהנותן מסכים, כפי שנסביר שם, ואילו כאן הפירות הם בבעלותו של ראובן, ואין סיבה להניח שהוא מוכן ששמעון יקבל את הפירות.

¹²⁶ ר' פלסטי, המובא ספר העיטור מאמר ב, קנין (י ע"א) (הובא בהגהות מרדכי ב"ב סי' תרעב, ובשו"ת משפט צדק, ח"ב, סי' י דף כב ע"ד); ס' התרומות, שער מג, ח"ד, אות ו (הובא בב"י, חו"מ, סט, יא, בשערי חיים (על ס' המקח), דף נ ע"ד, ובשו"ת תורת חסד סי' רלו דף קסה ע"ב); שו"ת הרשב"א ח"ב סי' לו (הובא בשו"ת חושן האפוד חו"מ סי' ו דף יד ע"א); סמ"ע, ריב ס"ק יא, בדעת רמ"א, רט, ד (שכתב שדינו כמו "את וחמור", שלגבי פסק שו"ע שקנה מחצה - ראה סעיף 1א); נתיבות המשפט, קפב ס"ק ח; שו"ת תועפות ראם (אנקאווא) סי' ל (לה ע"ד), גם בשם שו"ת מהריב"ו סי' פז, ובדעת הרמ"א; הפלאה כתובות יא ע"א (ד"ה תוס' ד"ה מטבילין); פד"ר כרך יז עמ' 204, בדעת הרמ"א; שו"ת פני משה ח"ב סי' יד דף כז ע"ג בדעת שו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' שט, ודף כח ע"ד בדעת תוס' ר"י; ר' יוסף מאיר מרגליות, "מסחר וקנין במצוות ועבירות", סי' יובל הפרדס (תשי"א), עמ' 154-153, בדעת הרמ"א; ר' יוסף מזאלקאווי, בשו"ת נודע ביהודה מהדורא קמא חו"מ סי' כה (ד"ה שוב ראיתי ברשב"ם), בדעת שו"ע; שו"ת חתם סופר חו"מ סימן קעג (ד"ה וכאשר), גם בדעת הרמ"א, וסי' קפו; שו"ת שמחת יהודה סי' פה. ס' התרומות שם מביא ראיה מתוספתא, כתובות, ו. ו. שם להעיר שבתוספתא כתוב רק שהמקבל אינו קונה נכסים שקנה הנותן אחרי נתינת המתנה, ואפשר לומר שמדובר של הזכיר הנותן את הנכסים שיקנה אלא רק את אלו שקנה כבר, ואילו ס' התרומות מעתיק את התוספתא כאומר "אף שכתב לו 'שאקנה'" (אולי גרס כך בתוספתא). שו"ת אדרת אליהו (קובו) סי' כא (מב ע"ב) כותב שגם לפי הראב"ד (ראה סעיף 1א) האומר שהנותן מתנה לשניים שאחד מהם אינו כשיר לקבל ("את וחמור"), והנותן ידע על כך, בטל הכל, כי מניחים שהתכוון לשטות במקבל האחר - הרי כאן אין הכרח לומר שהתכוון להשטאה, שהרי ייתכן שטעה וחשב שאפשר להקנות דשלבל"ע, כיון שיש דעה כזאת (ראה הערה 104), ולכן קנה את הדבר שבא לעולם.

שו"ת משאת משה חו"מ סי' יא (לח ע"ב), כותב שהנותן שני דברים, ואחד אינו שלו, המתנה קיימת לגבי החלק השני, כמו שכתב שו"ת לחם רב סי' רא, שמתנה שבטלה מקצתה לא בגלל הנותן אלא בגלל הדין, אין הצדקה לבטל הכל, וכמו שכתב שו"ת מהר"ם פדואה סי' מד (הובא בסמ"ע, נא ס"ק יג) ששטר מתנה שבטל חלקו מחמת גופו ולא מחמת פסול עדות, השאר קיים, גם אם כל המתנה ניתנה כיחידה אחת. הוא מביא (בדף לח ע"ג) שרבים מהאחרונים חילקו שאם חלק מהמתנה הוא דבר שידוע שאינו קנה, הכל בטל, אבל אם אפשר לתלות שהנותן טעה בדין, כי חשב שאפשר להקנות, כגון שחשב שהכל שייך לו, קנה מחצה.

עמודי אור סי' קה אות ט, כותב שגם לדעה (ראה סעיף 6) שהמקנה מטלטלין ומטבע בקנין סודר לא קנה כלום כיון שמטבע אינו נקנה בקנין סודר, הרי טעמה משום שהוא מקנה את שניהם בבת אחת, וכיון שנתבטל לגבי אחד, התבטל לגבי השני, אבל כאן הקנין של הדשלבל"ע אמור לחול רק לאחר זמן, כשיבוא לעולם, ואז יתבטל, ואין סיבה שיתבטל הקנין של הדבר שבא לעולם שהוא מקנה עכשו, שהרי אינו קשור לקנין האחר ולא היתה דעתו עליו עכשו. **הבחנות שונות:** בכורי אברהם, ברכות סד (כח ע"ד בדפי הספר), כותב שדבר שחלק ממנו (הוא נוקט שלשה רבעים ממנו) נמצא בעולם - אפשר להקנותו, כי מתוך שחל קנין על מה שבעולם, חל גם על השאר, ורק אם הם דברים שונים, המקנה דבר אחד שבא לעולם עם דבר אחר שלא בא לעולם, לא קנה את מה שלבל"ע.

דעה שקנה הכל: שו"ת הרא"ש כלל פד, סי' ו, עוסק במי שנתן במתנה "בין נכסים שיש לי עתה ובין מה שאקנה", ופוסק שהמקבל זוכה גם בנכסים שיקנה אח"כ. שו"ת עין משפט (הלול) חו"מ סי' ה (ז ע"א), מעלה אפשרות שהרא"ש סובר שמתוך שקנה את הדברים שהיו בעולם, קנה גם דשבל"ע.

כנה"ג חו"מ, רג הגהב"י אות ט (הובא בשו"ת שמחת יהודה סי' פה), מביא שמהר"ם קלעי (הובא גם בשו"ת מהר"ם שיק חו"מ סי' כז) הבין שלשיטה (ראה סעיף 6) שהמקנה בחליפין מטבע ומטלטלין קנה הכל אף שמטבע אינו נקנה בחליפין, המקנה לחבירו דשבל"ע עם דבר שבא לעולם קנה הכל, ומקשה עליו מב"ב קכז ע"ב (עיי"ש לקושייתו). אבל שער המלך הלכות מכירה פרק כב הלכה ה (עמ' שצח) (הובא בגידולי שמואל ב"ב קכז ע"ב, ד"ה והנה המרדכי), כותב שדעה זו דיברה דוקא במקנה מטבע ומטלטלין בחליפין, כיון שמטבע הוא בר הקנאה בקנין אחר, מה שאין כן בדשבל"ע שלא מועיל בו קנין כלל.

ישועות יעקב, חו"מ, רג, י (הובא בשו"ת מהר"ש ענגל, ח"ג, סי' עט), כותב שטעם הדעה שבמטלטלין ומטבע בסודר, מתוך שקנה אחד קנה את השני הוא משום שקנין סודר אינו ראוי במטבע, ולכן אומרים שמתוך שהקנין מועיל לקרקע, מועיל למטבע, אבל הוא יסכים שבמקנה דשבל"ע עם דבר שבא לעולם שהחשרון הוא בגמ"ד, שאינו רוצה להקנות (כשיטה ליד ציון הערה 109), לא נקנה הדשבל"ע, שהרי אין לו רצון. אבל אח"כ הוא מדויק מב"מ מה ע"ב, שהטעם שאין מטבע קנה בחליפין כי דעתו על הצורה והצורה יכולה להתבטל, ויש חוסר גמ"ד, וכותב שלפי זה לא יועיל לקנותו עם מטלטלין; אבל יש להעיר שיוצא מזה שלדעה שבמטלטלין ומטבע בסודר, קנה הכל, כך הוא גם במקנה דשבל"ע עם דבר שבא לעולם, שהרי בשניהם החשרון הוא בגמ"ד.

אמרי שפר (פרימו), פ' וישלח (יב ע"א), מביא שיש דעה במרדכי שכאן קנה הכל. שו"ת זכרון יהודה (גרינוולד) ח"ב סי' קפה, כותב שקנה הכל, ומסביר בכך איך חלה מכירת עשוי ליעקב את הבכורה ונתינת יעקב ליוסף את הבכורה אף שהבכורה כלה נכסים שלא באו לעולם - כי היו בה גם דברים שבאו לעולם, כגון כבוד.

אור שמח הלכות אישות יז, א (הובא בגידולי שמואל ב"ב קכז ע"ב, ד"ה והנה המרדכי), כותב שגם לשיטה זו, קנה הכל רק אם אמר שיקנה את שניהם בעת שהדבר שלא בא לעולם יבוא לעולם, שבזמן אחד מקנה את שניהם, ואז אפשר לומר מיגו שחל ע"ז חל גם ע"ז. עיי"ש, שהוא מביא ראייה נגד שיטה זו. אבל גידולי שמואל (שם ד"ה אמנם) כותב שלפי סמ"ע סי' רג ס"ק יט, מסתבר שלדעה זו אם מקנה דשבל"ע עם דבר שבא לעולם, שיחול הקנין על הכל מעכשיו, אכן קנה הכל מעכשיו, ואפילו נקרקע השטר כשבא לעולם, קנה למפרע, וכן מועיל קנין סודר כי קונה למפרע. והוא כותב שהאחרונים לא הסכימו לאור שמח, אלא לדעתם מיגו מועילה לדעה זו גם אם נקנים בזמנים אחרים.

אור שמח הלכות מכירה, כב, י (ד"ה וגוף) מביא ראייה מירושלמי נזיר, ב, ה, שקנה הכל - עיי"ש. **דעה שלא קנה כלום:** שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סי' ו (ד"ה ואיברא), כותב שתוספות ר"ד שם סובר שלא קנה כלל, כמו שפסק שב"א וחמור"י לא קנה כלל (אבל ראה סעיף 1א) שאדמת קודש כותב שאין הכרח לומר שהרי"ד פוסק שב"א וחמור"י לא קנה כלום. גם שו"ת תורת חסד סי' רלו (קסה ע"ב), כותב שתוס' ר"ד קידושין נא ע"א ומרדכי סוברים שלא קנה כלום.

שו"ת תורת חיים (מהרח"ש) חלק א סי' ט, כותב שלפי הדעה שהמקנה בקנין סודר מטלטלין ומטבע בבת אחת לא קנה אף המטלטלין כיון שמטבע אינו נקנה בקנין סודר (ראה סעיף 6), אף שמטבע נקנה בהגבהה ובמשיכה, כל שכן שכאן לא קנה כלום שהרי בדבר שלא בא לעולם לא שייך שום קנין; ואף לדעה ששם קנה את המטלטלין, טעמו משום שמטבע נקנה במשיכה והגבהה, ולפי זה בדבר שלא בא לעולם שלא שייך בו קנין, לא קנה כלום.

שו"ת ברית אברהם, חו"מ, סי' כ, אות ז, מביא דעה שהמקנה דשבל"ע עם דבר שבא לעולם, לא קנה כלום. שו"ת אדמת קודש ח"א סי' לב (עז ע"ג), כותב שלדעת הלכות גדולות, הלכות קידושין (דף פב בדפוס ורשה), כפי שהוסבר בחידושי הריטב"א, קידושין נא ע"א, אם הקנה דשבל"ע עם דבר שבא לעולם ממש יחד, לא קנה כלום, והוא יסביר שהתוספתא שם, האומר שקנה את מה שבא לעולם - מדובר שלא כלל הכל יחד. גם שו"ת אדרת אליהו (קובו) סי' כא (מא ע"ב-ע"ג), כותב שלפי העיטור (שהבאנו בסעיף 1א), האומר שבה"ג פוסק בענין "את וחמור"י שלא קנה כלום, נמצא שאם הקנה דשבל"ע עם דבר שבא לעולם בקנין אחד, לא קנה כלל, גם אם לא עירבם; ולפי השיטה (שם) שב"א וחמור"י תלוי אם אמר "כולכם" או "אתה ואתה", גם בהקנאת דשבל"ע עם דבר שבא לעולם, אם אמר הכל במלה אחת, לא קנה כלום. שו"ת חתם סופר חו"מ סימן קעג (ד"ה וכאשר), כותב שדעת בה"ג בענין זה תלויה בנימוקים שונים לפסיקתו שאם קידש שתי נשים, אחת מותרת לו ואחת אסורה לו, אינן מקודשות: אם טעמו הוא שהנשים הן הנקנות, ואם אחד הדברים הנקנים אינו בר קנין, לא קנה כלום, כי הקונה מתכוון שיקנה הכל או כלום - לטעם זה גם המקנה דבר שבא לעולם עם דשבל"ע לא קנה המקבל כלום; אבל אם טעמו הוא ש"כולכן מקודשות ליי" הוא דיבור אחד, לפי זה אם אמר "כל הנכסים קנויים לך" ויש בהם דשבל"ע, לא קנה כלום, אבל אם הפריד בדיבורו בין מה שבא לעולם לבין דשבל"ע, קנה את מה שבא לעולם. אבל הוא כותב (בד"ה ונידון שלפנינו) שגם לבה"ג, אם הוא מקנה לשני קונים, לאחד דבר שבא לעולם ולאחד דשבל"ע, הטעם הראשון לא שייך, כי לא איכפת לקונה אחד ממה שחבירו יקנה, ולכן האחד יקנה את הדבר שבא לעולם אף שחבירו לא יקנה מה שלב"ל. לגבי הטעם השני, הוא מסתפק בשטר מתנה שנכתבה בו כל מתנה בפ"ע, אבל בסוף השטר נאמר שעשו קנין על כל האמור בשטר - האם נחשב דיבור אחד או לא. הוא כותב שהמוחזק לא יכול לומר קים לי כדעה זו, כי גם בדעת הבה"ג ספק מה דעתו כאן.

אדרת אליהו שם כותב שהר"ן על הרי"ף, קידושין כב ע"א, בדפי הרי"ף (הובא בחלקת מחוקק, מא, ס"ק ד) סובר שלפי הרמב"ם לא קנה כלום, כי המקבל מקפיד לקבל הכל, כי בעצם שמ"י, ויש בזיון בקבלת מתנה, אלא שאם זו מתנה מרובה הוא מוכן לוותר ולקחת, ועכשו שמתברר שזה קטן יותר, לא ירצה, וגם הנותן מקפיד, שהוא רוצה דווקא להיטיב הרבה עם המקבל; ואילו לשיטת הרי"ף קנה את הדבר שבא לעולם; והר"ן מסופק כמי הלכה. חידושי ר"ע איגר חו"מ, רט, ד, כותב שלפי הר"ן שם, כאן לא קנה כלל.

מרדכי ב"ב סי' תרג, מסתפק בדין המקנה דבר שבא לעולם עם דבר שלב"ל. שו"ת תורת חיים (מהרח"ש) חלק ב סי' כא (ד"ה אמנם כבר), מסביר שהספק הוא, האם לפי הדעה שב"א וחמור"י לא קנה כלום, גם כאן אף לא קנה כלום, או שמה דוקא שם לא קנה האדם כלום, כי הכול יודעים שחמור"י אינו בר קנין, וכיון ששיתף אותם יחד הוא כאילו אמר "הרי אתה כחמור"י, אבל כאן אולי הנותן חשב שאפשר להקנות דשבל"ע, ולא התכוון להשוותם יחד, ולכן נקנה הדבר שבא לעולם. הוא מציע טעם נוסף להבחין בין התחומים: חמור"י אינו בר קנין לעולם, אבל דבר שלא בא

לעולם שייך בו קנין כשיבוא לעולם. שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סי' נב (ד"ה ובר מן דין), מסביר שהספק הוא האם לא קנה כלום כמו ב"את וחמור", או שדוקא שם לא קנה כי מניחים שהתכוון לשטות בו, כי ברור שלא חשב שחמור יכול לקנות, אבל כאן ייתכן שטעה וחשב שאפשר לקנות דשלבלי"ע, כי אנשים רואים שמקנים דקל לפירותיו ולא מבינים את ההבדל בין "דקל לפירותיו" ל"פירות דקל". אבל הוא כותב (בד"ה ואם באנו לומר) שפשוט שאין לומר שהכל בטל מפני שהנותן נתן רק על דעת שהמקבל יקנה הכל - שהרי הוא רצה לתת מתנה מרובה, ולא ייתכן שאינו מוכן לתת אפילו מתנה מועטת. שו"ת אדרת אליהו (קובו) סי' כא (מב ע"א), מסביר שהספק הוא, אולי דוקא ב"את וחמור" לא קנה כלום, כי חמור אינו יכול לקנות בשום אופן, אבל דשלבלי"ע ראוי להקנאה באופן של "דקל לפירותיו", ולכן אינו מפריע לקנין של הדבר שבא לעולם.

שו"ת פני משה ח"ב סי' יד (כז ע"ב-ע"ג), שו"ת רבי עקיבא איגר החדשות סי' נח, בסופו, שו"ת נודע ביהודה מהדורא קמא חו"מ סי' כט (ד"ה ומעתה נציע - לגבי "את וחמור" שהוא משווה לנידוננו), שו"ת חושן האפוד חו"מ סי' ו (יד ע"א), ר' דוד פרדו, בשו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סי' כט (ד"ה ומעתה) (על פי שו"ת משאת משה חו"מ סי' ה, דף כג ע"ג, שכתב כך במקנה מיטלטלין ומטבע יחד בקנין סודר), ושו"ת תורת חיים (מהרח"ש) חלק א סי' ט (הובא בשו"ת דבר משה, אמירליו, ח"ב סי' עה, דף פא ע"א), כותבים שאפשר לומר קי"ל שלא קנה כלום. שו"ת רבי עקיבא איגר, מהדורא קמא, סי' קמא, בסופו, מעלה אפשרות שמאחר שחלקו בטל מטעם דשלבלי"ע, הכל בטל. ר' יוסף מזאלקאווי, בשו"ת נודע ביהודה מהדורא קמא חו"מ סי' כה (ד"ה שוב ראיתי ברשב"ם), כותב שמספק לא קנה כלום.

רמ"א, חו"מ, רט, כותב שדינו כמו "את וחמור", וסי' העיקרים (איגר), ח"א, עמ' רצא, מסביר שכוונת הרמ"א היא שיש בכך שלוש הדעות כמו שהביא שלוש דעות בסי' רג, י, לגבי המקנה דבר שנקנה בקנין סודר עם דבר שאינו נקנה בקנין סודר, אם קנה חלק, או קנה הכל, או לא קנה כלום. הוא מסביר (בעמ' רצב) שהמחלוקת כאן תלויה במחלוקת דומה באסמכתא, שהרי הטעם שלא מועיל קניין בדשלבלי"ע הוא כי אינו גומר ומקנה (ראה הערה 109 שזו דעתו), כמו באסמכתא, ובאסמכתא חלקית, הרי"ף ב"מ סא ע"ב (בדפי הרי"ף) סובר כנראה שחייב רק בחלק שאין בו אסמכתא; ואילו שו"ת הרשב"א, ח"ג, סי' סג (הובא בב"י חו"מ נד, ב, ובמשנה למלך, הלכות מכירה, יא, ב), סובר שחייב בכל, שכיון שגמר דעתו בחצי, גמר דעתו בכולו; ואילו בט"ז יו"ד, רנח, ס"ק ו, סובר לגבי נותן להדיט ולהקדש ביחד באסמכתא, שכיון שפטור להדיט, פטור גם להקדש, אף שבהקדש אסמכתא קונה (על חיוב שחלקו פגום באסמכתא, ראה חוק לישראל, ערבות, עמ' 494, 499, 501, ועמ' 721 אות ח); ואותן שלוש דעות יש גם במקנה דשלבלי"ע עם דבר שבא לעולם, וזאת כוונת הרמ"א. על ההשוואה לאסמכתא חזר שם, עמ' שה.

הבחנות שונות: שו"ת נודע ביהודה מהדורא קמא חו"מ סי' כו (ד"ה אבל עוד נראה) (הובא בשו"ת חושן האפוד חו"מ סי' ו דף יד ע"ג), כותב שגם לדעה שלא קנה כלום, הכוונה לדבר שלא בא לעולם שעשוי להגיע, כגון פירות דקל, ובה אומרים שהנותן הקפיד להקנות מה שבא לעולם דוקא יחד עם פירות הדקל; אבל המקנה רכוש שיש לו וגם כל מה שיהיה לו בשעת מותו, לדוגמה, הרי אף שהמקבל אינו זוכה בנכסים שהגיעו לנותן אח"כ, הוא זוכה בנכסים שהיו בשעת הקנין, כי כאן אין לומר שהקפיד להקנות את הנכסים שיש לו עתה דוקא יחד עם הנכסים שיבואו אח"כ, שהרי לא היה יכול להיות בטוח שיתוספו לו נכסים אח"כ, שהרי יתכן שלא ירויח כלום או שימות תוך זמן קצר, וא"כ בודאי לא הקפיד לתלות זה בזה, ולכן המקבל זוכה בנכסים שבאו לעולם בשעת המתנה, גם לדעה זו. הוא רומז לדבריו אלו שם סי' כט (ד"ה ולא עוד) (שנביא ליד ציון הערה 127), וציין לדבריו אלו במהדורא תניינא אורח חיים סי' נט. כנגד זה, כתב חתנו, ר' יוסף זאלקאווי, במהדו"ק שם סי' כז (ד"ה והנה מ"ש כבוד אדוני וז"ל דהרי), שאפשר לומר שגם בדשלבלי"ע שלא בטוח שיבוא, המקנה מקפיד שיחול הקנין על הכל, מפני שהוא רוצה שיתקיימו דבריו, שאם לא יתוספו נכסים, יטול המקבל את הנכסים שיש לו עכשיו, ואם יתוספו יטול גם את הנכסים הנוספים, ולכן כיון שבטל חלק, בטל הכל. המחבר שם סי' כז (ד"ה אחרי דרישת) משיב על כך, שדעה זו שהכל בטל היא דבר חידוש, ולכן יש לצמצם אותה, ואין לך בו אלא חידוש. מחלוקת זו הובאה בשו"ת שואל ומשיב מהדורה קמא חלק א סי' יד. ארח משפט סי' רג הגהב"י אות ט, תמה על סברת נודע ביהודה, הרי כיון שהקנה דבר שאין לו חלות קנין, זה מראה שהתכוון לשטות בו בכל המתנה.

ר' יוסף מזאלקאווי, בשו"ת נודע ביהודה, מהדו"ק שם סי' כז (ד"ה וממה שחילקו) כותב שאם מוכח בבירור מלשון השטר שלא תלם זה בזה, קנה את מה שבא לעולם, גם לדעה זו. והסכים עמו המחבר שם סי' כח (ד"ה והראה שהבאתי).

ר' יוסף מזאלקאווי, בשו"ת נודע ביהודה מהדורא קמא חו"מ סי' כה (ד"ה שוב ראיתי ברשב"ם), כותב שבנתינה בשעת קידושין, שמועילה באמירה (ראה ליד ציון הערה 247), אם נתן את כל הנכסים באמירה אחת, לא קנה כלל לדעה זו; אבל אם הזכיר אותם בנפרד, כגון שאמר שהוא נותן "בין הנכסים שבידי עתה ובין הנכסים שיהיו לאחר כן", זכה המקבל בנכסים שהיו בבעלות הנותן אז, כי הן אמירות שונות, ודוקא בהקנאה בקנין, אם עשה מעשה קנין אחד על הכל, מתוך שהקנין לא מועיל לכל המתנה, לא מועיל כלל, גם אם הפריד בדיבורו בין הנכסים. והסכים עמו המחבר (חותנו), שם סי' כו (ד"ה הנה יפה). עי"ש (בשתי התשובות, בדיבורים הסמוכים, ובסי' כז-כח) בשאלה אם עשה קנין בנוסף לאמירה בשעת קידושין, האם נחשב כקנין בלבד, ולא קנה כלל.

שו"ת חתם סופר חו"מ סימן קפו, כותב שאפי' לדעה שלא קנה כלום, אם לא הזכיר שהוא נותן מה שקנה ומה שיקנה, אלא כתב סתם שהמקבל יטול כל מה שיהיה לו בזמן מסוים, נפרש שהתכוון לתת רק מה שהיה שלו בשעת נתינת המתנה, כי יש לפרש את לשון השטר באופן שלא יתבטל השטר לגמרי. גם ר' יצחק אבי"ד העלישויא, המובא בשו"ת נודע ביהודה מהדורא קמא חו"מ סי' כט (ד"ה מכתבו), כותב שגם לדעה שכאן לא קנה כלום, הרי מי שנתן במתנה "כל הסחורות בעין", יש לפרש שהתכוון רק למה שהיה בעין בשעת המתנה, ולא התכוון לכלול מה שיקנה בעתיד, ולכן המתנה קיימת, כי יש לפרש את הלשון באופן שלא יתבטל הקנין לגמרי. אבל המחבר שם (ד"ה אמנם בגוף) חולק עליו, שהרי רמ"א חו"מ, מב, ט, כותב שבדבר שיתכן שטעה בו הנותן, בטל השטר, ואין אומרים שיש לפרש את השטר באופן שלא יתבטל, וגם כאן אולי טעה הנותן והיה סבור שיכול להקנות מה שיהיה לו בעתיד.

שו"ת חסד לאברהם (תאומים) מהדו"ק חו"מ סי' לו, כותב שהמקנה פירות אילן עם דבר שבא לעולם, קנה הכל, כי יש דרך להקנות את הפירות - ע"י הקנאת האילן לפירותיו (כאמור ליד ציון הערה 157), ולכן אם הקנה אותם (אפילו לא בדרך "אילן לפירותיו") יחד עם דבר שבא לעולם, קנה הכל; אבל המקנה דשלבלי"ע שאינו קשור לשום דבר שבא לעולם, כך שאין שום דרך להקנותו, גם אין מועיל להקנותו עם דבר שבא לעולם.

ואינו מוכן לזכות במה שבא לעולם בלבד, כיון שהוא יודע שחלק מהמתנה אינו בעולם ובשום ענין לא יהנה בו עכשיו.¹²⁷ גם אין לומר שהכל מתבטל מצד שהכל זכייה אחת,¹²⁸ שהרי אף לדעה שאפשר להקנות דשלבליע¹²⁹ הוא נקנה רק כשבא לעולם, וזו זכייה נפרדת.¹³⁰ מצד שני, אין לומר שמתוך שהדבר שבא לעולם נקנה, גם הדבר שלא בא לעולם נקנה, כי אפשר לומר כך רק בדבר שהוא בר מעשה קנין.¹³¹ גם אין סיבה להניח שהתכוון לתת למקבל מקום בנכס קיים ולהקנות על ידו דשלבליע בדרך "דקל לפירותיו"¹³², שהרי ייתכן שעשה את הקנין כדי להקנות את הדבר שבא לעולם.¹³³ אבל אם תלה את שני הדברים זה בזה, כגון אמר "אני נותן לך מה שיש לי כמו מה שאקנה בעתיד", לא קנה כלום.¹³⁴

דוגמה מיוחדת לנתינת נכס שנמצא בעולם עם נכס שלא בא לעולם, היא לגבי נכס שאמנם קיים בעולם אבל אינו בבעלות הנותן. ראובן שנתן לשמעון במתנה נכס שלו ונכס של לוי - אף שבטלה המתנה לגבי הנכס של לוי, זכה שמעון בנכס של ראובן.¹³⁵

שאלה זו יכולה להתעורר בנכס אחד שחלקו אינו בבעלות הנותן. שותף בנכס, שאמר למישהו: "אני נותן לך את הנכס במתנה", אע"פ שהנכס לא היה כולו של הנותן, אין אומרים שבטלה כל המתנה בגלל החלק שאינו תקף, כי הוא לא אמר שהוא נותן את כל הנכס, אלא מן הסתם כוונתו לומר שהוא נותן את הזכות שיש לו בנכס, וזכות זו היא יכול לתת בשלמות; ועוד, שעד חלוקת השותפים, כל הנכס קנוי לכל אחד מהם, ולכן הוא עשוי לקרוא לזה "הנכס שלי" אף שאין כולו שלו.¹³⁶ גם אם חשב שכולו שלו ואמר "כל הנכס נתון לך", אין אומרים שכיון שבטלה מקצת המתנה, בטלה כולה, כי למקבל נוח בכל שהוא, ופלגין דיבורא.¹³⁷

¹²⁷ שו"ת נודע ביהודה מהדורא קמא חו"מ סי' כט (ד"ה ולא עוד) (הובא בפד"ר כרך יז עמ' 206). ראה הערה 126, שהוא כותב כך כדי להסביר מדוע זה שונה מהנותן מטלטלין ומטבע בקנין סודר, שבו לדעה אחת לא קנה כלום כיון שמטבע אינו נקנה בקנין סודר (ראה סעיף 6) - שם אפשר לומר שהתכוון לזכות בשניהם יחד דוקא. עוד הבחנה הוא עושה ביניהם, שבמטבע ומטלטלין אפשר לומר שמדובר בשניהם מונחים לפניו והוא התכוון לכלול הכל יחד בדוקא, אבל כאן א"א שהדשלבליע יהיה מונח בפניו.

¹²⁸ כמו שיש אומרים בהקנת מטלטלין ומטבע בקנין סודר - ראה בשמו בסעיף 6.

¹²⁹ ראה הערה 104.

¹³⁰ ר' מאיר געציל כהן, "בדין אין מטבע נעשה חליפין", מאור תורה (שנגה) חוב' א סי' כ.

¹³¹ סמ"ע, רג, ס"ק יט (הובא בשו"ת הרמ"ץ אורח חיים סי' יב, אות ו); ר' מאיר געציל כהן.

¹³² שאז קנה, כאמור ליד ציון הערה 157.

¹³³ סמ"ע, ריב, ס"ק יא (הובא בשו"ת גור אריה יהודה חו"מ סי' סג).

¹³⁴ עמודי אור סי' קה אות י. הוא מסתמך על מה שנאמר בב"ב קמג ע"א שהאומר "קנה אתה כמו חמור", לא קנה כלל.

¹³⁵ שו"ת שי למורא (יונה) סי' לד (לט ע"א). הוא מביא ראייה מהדין (בסעיף 1א) שהנותן מתנה לשניים שאחד מהם אינו יכול לקנותה ("את וחמור"), האחר קנה מחצה.

¹³⁶ מחנה אפרים, ה' זכיה ומתנה, סי' א.

כמו כן, שו"ת דבר משה ח"ב סי' עה (פא ע"א), מדייק ממרדכי ב"ב סי' תקע, ששותף בבית שנתן את הבית במתנה, המתנה תקפה לגבי החלק ששייך לו.

הבחנה: רא"ג, בשו"ת דבר משה ח"ב, סי' עו, כותב שאם מדברי הנותן עולה שנותן את כל הבית (כגון שכתב ששום אחד לא יוכל להוציא את המקבל מהבית), כל המתנה בטלה, כי אין לומר שהתכוון לחלק ששייך לו בלבד.

דעה חולקת: שו"ת דבר משה (אמרייליו), ח"ב סי' עה (פא ע"א), כותב שהנותן נכס במתנה, ונמצא שרק חלקו שייך לנותן, יכול לומר קניין כדעה שבנתינת דשלבליע עם דבר שבא לעולם, בטלה המתנה כולה. הוא מחזק את דבריו (בדף פא ע"ג) ע"פ הדעה (ראה סעיף 1א) שהנותן מתנה לשניים שאחד מהם אינו יכול לקנותה, וצירף את שנים במילה אחת כמו "כולכם", לא קנה כלל, ואף כאן צירף הכל במילה אחת - "נכס זה"; ועוד ששני חלקי הנכס מחוברים יחד, וצריך שומה כדי להפריד ביניהם, ולכן כיון שחלק בטל, הכל בטל.

מטה שמעון, רנ, הגה"ט אות סו, מדייק משו"ת הרמ"א סי' מח (ד"ה יש לשאול בזה), האומר ששטר שיש בו גם מתנה וגם הקדש (לצדקה), ונתבטלה המתנה מאיזו סיבה, נתבטל גם ההקדש - מכאן שמתנה שבטל חלקה מפני שאינו שלו, בטל הכל.

גם שו"ת רב פעלים ח"ב חו"מ סי' ז, כותב שאפשר לטעון קניין שבטלה כל המתנה.

רב פעלים שם כותב שלפי ההסבר השני בבית שמואל, מא, ס"ק ה, בשם הר"ן ומגיד משנה, שבמקבל אחד, אם בטל מקצת בטל הכל, יוצא שכאן, כיון שזה קונה אחד והתכוון לזכות בכל המתנה, כשם שלא זכה בחלק שאינו של הנותן, כך לא זכה בשאר.

ראה חוק לישראל, שיתוף נכסים, עמ' 92-98 ועמ' 108-118, שיש אומרים ששותף בנכס אינו יכול להקנות אף את חלקו לבדו, מפני שאינו מבורר.

¹³⁷ מחנה אפרים שם.

יד המלך (פלומבו), על הרמב"ם, הלכות זכיה, ג, ה, מקשה, הרי הראשונים בגיטין ט ע"א הסבירו שהטעם שפלגין שם הוא כי העבד והנכסים הם שני גופים, אבל בגוף אחד לא פלגין דיבורא, והרי במקרה הזה, בית הוא גוף אחד? ראה בשמו בהערה 427, שאומר אותו הדבר בענין דבר שאינו מסוים. גם רא"ג, בשו"ת דבר משה ח"ב, סי' עו, דוחה את מחנה אפרים, כי אומרים פלגין דיבורא רק בשני גופים.

ג. מה נחשב "דבר שלא בא לעולם"

פירות שחנטו, גם אם טרם נתבשלו לגמרי, נחשבים שבאו לעולם¹³⁸, וחלה ההקנאה גם על החלק שעתידי לגדול עוד¹³⁹, כיון שהם גלויים לעין ויגדלו ממילא¹⁴⁰, וכבר עכשיו הם ראויים למאכל בהמה¹⁴¹.

דבר שחסרות בו עדיין כמה מלאכות עד שיהיה ראוי לשימוש, נחשב שבא לעולם¹⁴². לדוגמה, המקנה את יין ענביו בשעת הבציר, נחשב שבא לעולם¹⁴³.

הנותן סכום כסף במתנה, וקנה נכס אחר בכסף זה, לפני שהגיע למקבל, הנכס האחר קנוי למקבל אף שלא היה ברשות הנותן בשעת נתינת המתנה, כי הנותן נחשב אפוטרופוס של המקבל על הכסף, והנכס שקנה הוא חליפי הכסף¹⁴⁴.

עובר של בהמה נחשב דשלבל"ע, כי הוא מכוסה ואינו נראה¹⁴⁵, ואי אפשר לתתו במתנה¹⁴⁶, אפילו את החלק שכבר גדל¹⁴⁷, גם אם הוכר העובר¹⁴⁸, דהיינו אחרי שליש ההריון¹⁴⁹. אבל יש אומרים שמועילה הקנאת עובר

¹³⁸ רש"י, ב"מ סו ע"ב (ד"ה מוכר) (הובא בב"י, חו"מ, רט, ג); רמ"א, חו"מ, רט, ד.

דעות חולקות: חידושי הריטב"א קידושין נד ע"ב, ותוס' רי"ד קידושין נד ע"ב, כותבים שפירות לפני דרגת "סמדר" נחשבים שלא באו לעולם וא"א להקנותם, וזאת אף על פי שחנטו. אבני מילואים, מ ס"ק יג, מדייק כך גם מחידושי הרשב"א קידושין נד ע"ב, והוא כותב שבגלל דעות אלו, זה ספק בדין. ח"י הריטב"א, קדושין סב ע"ב, כותב שא"א להקנות תבואה שלא הביאה שליש. מחנה אפרים הלכות מוכר דבר שלא בא לעולם סימן ב, מדייק מכ"מ הלכות מלוה, ח, ה, שקודם שיתבשלו הפירות אי אפשר להקנותם כי הם דשלבל"ע. אנציקלופדיה תלמודית, ע' דבר שלא בא לעולם, ליד ציון הערה 48, כותב שגם לדעה זו, קנה את החלק שכבר צמח.

¹³⁹ קצות החושן, רט, ס"ק ב, ואבני מילואים, מ ס"ק יג.

¹⁴⁰ סמ"ע, רט ס"ק ט (הובא באבני מילואים, מ ס"ק יג).

שו"ת חסד לאברהם (תאומים) מהדו"ק חו"מ סי' לו, מנמק דין זה על פי מה שכתב (ראה הערה 126) שהמקנה פירות אילן עם דבר שבא לעולם, קנה את הפירות; ואף כאן, מתוך שקנה את מה שחנט כבר, קנה את החלק שעתידי לצמוח.

¹⁴¹ מחנה אפרים הלכות מוכר דבר שלא בא לעולם סימן ב.

¹⁴² שו"ת מהר"ם אלשיך סי' קלו; חוות דעת קעה ס"ק א (אם המקנה מחויב לעשות את המלאכות החסרות), ונתיבות המשפט רח ס"ק ג; שו"ת חסד לאברהם (תאומים) מהדו"ק חו"מ סי' לו (לענין יי"ש מתבואה).

דעות חולקות: שו"ת מהר"ם גלאנטי סי' נא, כותב שדבר שחסרות לו שלש מלאכות להשלמתו, כגון צמר שאמורים לעשות ממנו בגדים, נחשב שלא בא לעולם ואי אפשר להקנותו.

כמו כן, דברי גאונים כלל כד סי' ח, מעיר ששו"ת דברי חיים ח"ב חו"מ סי' כו, עוסק במי שרוצה להקנות שמן שיש לו במפעל, ויש לו כל החומרים והכלים הנחוצים להפקת השמן, ובכל זאת הוא דן בו כדשלבל"ע.

¹⁴³ שו"ת חתם סופר חו"מ סי' קמד (ד"ה וכל זה) (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, רט, ס"ק ו).

אך הוא דן שם במקנה יי"ש שיעשה מדגן שכבר יש לו, ודברי גאונים כלל כד אות לד, מבין שחתם סופר מסופק האם נחשב שבא לעולם כיון שגמרו תלוי בידי אדם, או לא.

¹⁴⁴ בני אהרן, חו"מ, סי' רמא (קכה ע"ג).

¹⁴⁵ סמ"ע, רט, ס"ק ט (הובא באבני מילואים, מ ס"ק יג, ובשו"ת גור אריה יהודה יו"ד סי' ס דף סא ע"א).

¹⁴⁶ ירושלמי, דמאי, ו, ב, קידושין, א, ד, וב"ב ג, א; רא"ש ב"ב פ"ד סי' ז, בשם תוספתא, ובכורות פ"א סי' ב, בשם ר"ת; טור, חו"מ, רט, ג; תרומת הדשן, שו"ת, סי' רע; תוס' בכורות ג ע"ב (ד"ה דקא); מישרים, נתיב יז (עובר של שפחה); שו"ע יו"ד, שכ, ו, וח"מ, רט, ד; שדה יהושע, ירושלמי קידושין, א, ד, דף יב ע"ד; בן הרמה הל' מכירה, כב, א.

ר' יוסף שרבינטר, "זיכוי לעובר", יד אהרן (לזכר ר' אהרן כהן), עמ' רלו, כותב שטעם הדבר הוא כי אין גמ"ד, ולא משום שנחשב שלא בא לעולם.

הבחנות שונות: שו"ת מהר"ם מינץ סימן לה (ד"ה וע"ק על א"ז), מביא שמהר"י ווייל אומר שבאומר "לכשתלד", מועיל, וציון שיש בזה מחלוקת. קצות החושן, רי, ס"ק ב, כותב שהגהות אשרי, ב"ב פ"ט סי' ה, סובר שאפשר להקנות עובר רק אם אמר "כשייוולד", וזאת אף שבדרך כלל בדשלבל"ע לא מועיל לומר "לכשיבוא לעולם" (ראה ליד ציון הערה 215), כי עובר נחשב קצת בעולם. שו"ת גור אריה יהודה יו"ד סי' ס (סא ע"א), מביא שרי' מנדל אב"ד ראווניע כתב שהגהות אשרי שם סובר שמועילה הקנאת עובר שהוא דשלבל"ע באומר "לכשתלד", אבל הוא כותב שאין כך הלכה. כמו כן, כתונת פסים, על נימוקי יוסף, ב"ב, דף עג ע"ד, כותב שלפי רשב"ם ב"ב קמב ע"א (ד"ה לכשתלד), שהסביר שהנותן מתנה לעובר ואומר "לכשתלד" קנה כי עובר קצת ישנו בעולם, גם הקנאת עובר מועילה מטעם זה; ומשמע שקנה רק אם אמר "לכשייוולד". אבל הוא כותב שלפי תוס' גיטין יג ע"ב (ד"ה לדבר) שכתבו שהקנאה לעובר שהוא דשלבל"ע עדיפה על הקנאת דשלבל"ע, הקנאת עובר אינה מועילה - משמע אפילו אמר "לכשייוולד". תורת הקנינים ח"ב מילואים סי' לג, אות ב (עמ' תרג), כותב שאין מועיל גם אם אמר "לכשייוולד" (כך נראית כוונתו), כי עיקר העובר אינו בעולם, ולכן אין לנותן כח הקנאה.

נתיבות המשפט, רט, ס"ק ב, כותב שאם בעל העובר מקנה את העובר לכשתלד, כלומר שמקנה ולד רגיל, ואם ימות בבטן או שהאם תישחט קודם, אין למקבל כלום, לא קנה (לדעה ליד ציון הערה 215 שלא מועיל "לכשיבוא לעולם"), כי זה דבר שלא בא לעולם, כי יש ספקות אחדים, שמא תמות האם ושמא תפיל; אבל אם הוא מקנה את העובר מיד, שיהיה של המקבל מיד, וגם אם תמות האם או תישחט יהיה בשר העובר שלו, קנה, כי עובר ירך אמו הוא, והוא כמקנה אחד מאיבריה של האם, את הבשר או הטחול או הכבד שלה, שקנה אף שאינו בעין.

¹⁴⁷ קצות החושן, רט, ס"ק ב, ואבני מילואים, מ ס"ק יג.

שהוכר¹⁵⁰. גם לדעה הראשונה, מועילה הקנאת העובר אחרי שנשחטה האם, אף שעדיין העובר במעי אמו, מפני שאחרי השחיטה הוא כמונח בתוך סל¹⁵¹.

הנותן במתנה את **דמי השכירות** שיגיעו מהשכרת קרקע שלו - יש אומרים שהם דבר שלא בא לעולם¹⁵², ואין לפרש שהוא מתכוון לתת "בית לדמיו"¹⁵³, כיון שדמי שכירות בית טפלים לבית¹⁵⁴. אבל אחרים אומרים שדמי שכירות בית נחשבים דבר שבא לעולם¹⁵⁵. גם לדעה זו, הכנסות **לא קבועות** שאמורות להגיע מקרקע מסוימת, כגון תשלומי נשים על טבילה במקוה, נחשבות דבר שלא בא לעולם¹⁵⁶.

¹⁴⁸ ח"י הרשב"א, קידושין סב ע"ב (ד"ה והא); שו"ת אגרות משה אהע"ז חלק א סי' פא (ד"ה ולולא), בדעת הרמב"ם; שו"ת ר' יחיאל באסן, סי' יט (יב ע"א), בדעת הראב"ד וסיעתו (שסוברים שלא מועילים קידושי עובר); נתיבות המשפט, רי, ס"ק א, בדעת רא"ש קידושין פרק ג סי' ז; שו"ת הרא"ש כלל קב סי' י; שו"ת גור אריה יהודה יו"ד סי' נח (נח ע"א), בדעת שו"ע; אבני מילואים, מ ס"ק יג; ר' יוסף שרבינטר, "זיכוי לעובר", יד אהרן (לזכר ר' אהרן כהן), עמ' רלה, בדעת שו"ע; קנין תורה בשמעתא בראשית עמ' עח, בדעת רמב"ם הל' מכירה, כב, א, ובדעת רש"י ב"ק מו ע"ב (ד"ה ואי פרה).

¹⁴⁹ יבמות לו ע"א.

¹⁵⁰ הלכה רבה, חלק ב, הלכה שפג, עמ' 149; חלקת מחוקק, מ, ס"ק יד, בדעת הרמב"ם; שו"ת כהונת עולם, סי' ז (ד ע"א), בדעת הרמב"ם; ר' יחיאל בשו"ת הרא"ש כלל קב סי' י (הובא בכנה"ג חו"מ, רי, הגה"ט, אות ז); דברי חיים, חידושים על הסדרות, פ' ויצא (פ ע"ב במהד' תש"ו); שו"ת גור אריה יהודה יו"ד סי' נח (נח ע"א), בדעת רמב"ם, מכירה, כב, א; כח מעשיו הגיד לעמו, דרוש יד (לד ע"ג, לה ע"ג), בדעת הרמב"ם; נוב"י תנינא יו"ד סי' קצב (הובא בשו"ת כתב סופר יו"ד סי' קנה) בדעת הרמב"ם; קצות החושן, רט, ס"ק א, בסופו, בדעת הרמב"ם; שו"ת חתם סופר, יו"ד, סי' שיב, בדעת הרמב"ם.

הפרשנים הנ"ל למדו שזו דעת הרמב"ם, ממה שכתב בהלכות אישות, ז, טז, שמועיל קידושין לעובר. אבל אחרים הסבירו שדין קידושין שונה מהקנאה - ע"י לדוגמה סי' העיקרים (איגר), ח"א, עמ' ש-ש. דברי חיים מסביר בזה איך יעקב קנה מלבן את הכבשים העתידים להיוולד (בראשית פרק לא) - הוא קנה את הוולדות כשהוכר העובר, ומה שנולד אח"כ, של יעקב הוליד. על קניית יעקב את הכבשים עיין גם קנין תורה בשמעתא בראשית עמ' עט.

שו"ת מהר"י ווייל סי' סט, מביא שר' אברהם כ"ץ כתב שא"א להקנות עובר בהמה, ושהא"ז הגדול סבר דווקא סמוך ללידה יכול להקנותו. שו"ת מהר"ם מינץ סימן לה (ד"ה וע"ק על א"ז) מביא שר' אברהם כ"ץ כתב שאפשר להקנות עובר סמוך ללידה, כי אז הוא כמונח בסל כי נגמר הולד לגמרי; ושמהר"י ווייל כתב שגם אז א"א להקנות. ב"י, חו"מ, ריב, ג, מסתפק האם מועילה הקנאת עובר.

דעה שכל הקנאת עובר מועילה: ספר יראים (השלם), סי' קמא, כותב שאפשר להקנות עובר, כי הוא נחשב שבא לעולם, משמע אפילו לא הוכר העובר.

הגהות אשרי בבא בתרא פרק ט סימן ה, שו"ת מהר"י ווייל, סי' סט, ומחנה אפרים הלכות מוכר דבר שלא בא לעולם סימן א, כותבים שלדעת הרשב"ם, ב"ב קמב ע"א (ד"ה כשתלד), אפשר להקנות עובר, כי הוא נחשב שבא לעולם. אבל ראה הערה 146, שיי"א שלרשב"ם מועיל רק אם אמר "לכשייוולד".

הפלאה כתובות יא ע"א (ד"ה ונלע"ז) ושו"ת חתם סופר יו"ד סי' שיב (הובא בשו"ת כתב סופר יו"ד סי' קנה), כותבים שאור זרוע, ח"א סי' תפ וסי' תשנב, אות ו, וב"מ סי' קמז (הובא בהגהות אשרי, ב"מ, פ"ד, סי' ח, בתשובות מיימוניות, סי' קנין, סי' ה, ובמרדכי ב"מ, סי' שב), סובר שעובר נחשב שבא לעולם, ולכן כתב שמועילה מכירת עובר בכור לגוי. אבל ראה הערה 241, שיי"א שאור זרוע פסק כך רק במכירת עובר בכור, ולא בסתם עובר.

חתם סופר שם כותב שגם מהר"ם מרוטנבורג, המובא בתשובות מיימוניות שם, סובר שעובר נחשב שבא לעולם. מחנה אפרים הלכות מוכר דבר שלא בא לעולם סימן א מביא ראיות שמועילה הקנאת עובר אם הבהמה מעוברת, ומנמק, שהוא כמו המקנה אבר אחד מבהמתו, שהרי עובר ירך אמו. הוא מסביר שמה שנאמר בירושלמי שם שאין אדם מוכר עובר בהמתו לחברו, הוא לפני שהתעברה; ומ"ש התוס' בבכורות שם שא"א להקנות אוזן העובר לגוי כי הוא דשלבל"ע, כוונתם שהאוזן הוא דשלבל"ל, אבל מסכימים שהעובר עצמו נחשב דבר שבא לעולם; ומה שכתב ראב"ד, עבדים, ז, ה, שעובר נחשב דשב"ל הוא בעובר שפחתו שאינו ראוי לכלום, אבל עובר בהמתו ראוי לאכילה אם שחט את הבהמה, ולכן אפשר להקנותו, כמו כבד של בהמה.

¹⁵¹ קצות החושן, רט, ס"ק ג.

¹⁵² רמב"ם, הלכות מכירה, כב, טז; שו"ת ר' עקיבא איגר מהדו"ק סי' קמא (הובא בפתחי תשובה חו"מ, ריב ס"ק ד), גם בשם הגאב"ד דפראגא.

שו"ת מהריב"ל ח"א סי' סא (נח) (ד"ה ונחזור), כותב שאפשר לומר קים לי כרמב"ם. שו"ת מהרשד"ם אהע"ז סימן רלז, עוסק במי שנתן במתנה את דמי השכירות מבתיים מסוימים, וכותב שהוא נחשב דבר שאין בו ממש. אבל ייתכן שטעמו הוא שהלשון היה "ויתחילו לגבות שכירות".

שו"ת משיב דבר חלק ג סי' יד, כותב שאדם אינו יכול להקנות את השכר שהוא עתיד לקבל על מצותיו, שהרי הוא לא בא לעולם. אבל ר' יוסף מאיר מרגליות, "מסחר וקנין במצוות ועבירות", סי' יובל הפרדס (תשי"א), עמ' 153, מעלה אפשרות ששכר מצוה נחשב שבא לעולם כי הוא נוצר כבר בזמן עשיית המצוה, אלא שגבייתו היא רק אחרי המוות. על הקנאת שכר מצוה רק גם הערה 98.

¹⁵³ שמועיל, כאמור ליד ציון הערה 157.

¹⁵⁴ ר"ע איגר שם. זאת לפי הבחנת כסף משנה, הלכות מכירה, כג, ט (הערה 174) שפירות דקל טפלים לדקל ולכן לא מפרשים שהתכוון לתת דקל לפירותיו. הוא מוסיף, שגם לפי הבחנת סמ"ע (הערה 175) שדוקא ב"פירות שובך" מפרשים שהתכוון לתת "שובך לפירות" מפני שלא היה צריך לומר "פירות שובך" שהלא הפירות אין יוצאים מהשובך, והיה לו לומר "פירות היונים", ולכן מפרשים שהתכוון "שובך לפירות" - גם זה לא שייך בדמי שכירות הבית. אבל בסוף תשובתו הוא נשאר בספק, האם נחשב כאומר "בית לדמיו".

¹⁵⁵ ר' ברוך, במרדכי בבא בתרא סי' תריז (הובא בשו"ת פרח מטה אהרן, ח"א, סי' ח דף כה ע"ב).

(1) נכס לפירותיו

אפשר להקנות פירות עתידיים של נכס קיים גם בלי הקנת הנכס עצמו, בהקנת הנכס "לפירותיו"¹⁵⁷, או "בהמה לעוברת"¹⁵⁸ וכדומה, ואז הנותן אינו יכול לחזור בו¹⁵⁹. טעם הדבר הוא שהקנין חל על הנכס הקיים,

שו"ת חיים ביד סי' סט (ד"ה גם ליכא), כותב שהמתנה תקפה ואינו דבר שאין בו ממש; ולא דן מצד שלא בא לעולם. גם שו"ת הלכה למשה (אלבז) סי' קנט, כותב שהמתנה תקפה.

ר' ברוך שם כותב שמטעם זה, הנותן במתנה "כוח לקחת פירות" של בית, נחשב בא לעולם כי זה כולל כל שימוש בבית, והוא כבר יכול לקחת דמי שכירות, שנחשבים שבאו לעולם.

אבל מהריב"ל ח"א שם (הובא בשו"ת פרח מטה אהרן ח"א סי' ט דף כט ע"ד) מעלה אפשרות שמרדכי כתב כך דוקא בנידון, שבעל הבית נתן למקבל "כח לקחת פירות הקרקע", שכולל את הזכות להשכיר את הבית וכל שימוש אחר, שמשעה שזכה בקרקע לדירה, כבר דמי השכירות שלו, משא"כ אם זיכה לו רק את שכירות הבית, שזה דשלבל"ע, כי המקנה זוכה בדמי השכירות רק כשיבואו לידו.

שו"ת משפט וצדקה ביעקב ח"א סי' ו (כ ע"ג), מקשה על סברת ר' ברוך, אמנם אם השוכר עשה קנין בבית, ואח"כ המשכיר נתן לאדם אחר את דמי השכירות, אפשר לומר שזה נחשב בא לעולם כי כבר חל על השוכר חיוב התשלום; אבל אם אינו מושכר, ונתן בעל הבית לאדם אחר כוח ליטול פירות, היינו שאם ימצא שוכר הוא יקבל את דמי השכירות (שבזה מדבר ר' ברוך), הרי כרגע חיוב תשלום דמי שכירות לא בא לעולם?

המחלוקת מובאת בשו"ת מהריב"ל, ח"א, סי' מג.

שו"ת משפט וצדקה ביעקב ח"א סי' ו (כ ע"ב).

¹⁵⁷ כתובות פ ע"א; ב"ב קמז ע"ב; רב האי גאון, בתשובות הגאונים (אסף, תרפ"ז) סי' קטז (דקל לפירותיו); מישרים, נתיב טו, ח"א, ונתיב יז; שו"ע, חו"מ, ריב, א; סמ"ע, ריב, ס"ק ב ("רחל לגיוותיה"); שו"ת מהרש"ל סי' לו (ד"ה ומתוך).

עבד לקנס: בגיטין מב ע"ב התלמוד מסתפק האם יש תוקף להקנת עבד לקנס (שם שור יגח אותו, הקונה יקבל את הקנס של שלושים סלע), והספק נשאר להלכה (רמב"ם הלכות מכירה כג, ג; אבל שו"ת הרא"ש כלל קב סי' י, כותב אגב אורחא שקנה), וקצות החושן, רט, ס"ק ד, כותב שלכן מספק מועילה תפיסה. רמב"ן המובא בחידושי הרשב"א שם, מסביר שזה שונה מדקל לפירותיו, כי הפירות יוצאים מגוף הדקל. וכן ח"י הרשב"א, כתובות נט ע"ב (ד"ה ולעיקר, ד"ה ומיהו) מסביר מצד שאינו יוצא מגופו, ואינו בא בגלל העבד עצמו אלא בגלל מעשה של השור הנוגח (וכותב שמשום כך לא מועיל להקנות פרה לענין הכפל שיתקבל אם ייגנב ויועמד הגנב בדין). הרשב"א עצמו, בגיטין שם, ומגיד משנה, הלכות מכירה, כג, ג, מסבירים שהספק בעבד הוא כי הסיכוי להשגת הכסף הוא נמוך, שהרי ייתכן שלא ייגנח, וגם אם ייגנח, אולי בעל השור יודה וייפטר (כי מודה בקנס פטור). תוס' גיטין שם (ד"ה עבד) כותבים את שני הנימוקים: שהקנס אינו יוצא מגוף העבד, וגם אין ודאות שייגיע. ס' העיקרים (איגר), ח"א, עמ' רצד, כותב שלפי תוס', הספק בקנס עבד הוא רק בגלל שני החסרונות יחד, והראיה, שהמקנה חצר לאוירו קנה (כאמור ליד ציון הערה 37) אף שהאזיר לא יוצא מגוף קרקע החצר, אלא כי ודאי שיבוא.

שו"ת שואל ומשיב, מהדורא, ח"א, סי' מה, מקשה על המרדכי (הערה 209), האומר שהנותן דשלבל"ע ואמר שיקנה "לכשיבוא לעולם", המתנה תקפה - א"כ מדוע במקנה עבדו לקנס יש צד לומר שאינו נקנה, והרי כאן ודאי התכוון שיקנה לכשיבוא לעולם, שהרי אין חיוב קנס כל זמן שהעבד חי (לא מובן מדוע זה יותר פשוט מבנותן פירות דקל, למשל - נאמר שפשוט שהתכוון שיקנה לכשיבוא לעולם, שהרי אין פירות לפני כן)? הוא מתרץ, שסברת המרדכי היא שאם המקנה אומר שהקנין יחול כשהנכס יבוא בעולם, הדבר נקנה כי כשבא לעולם שייך קנין; וזה שייך אם הדבר עצמו יהיה בעולם, אבל כאן הוא מקנה את העבד לקנס וכשיהיה הקנס בעולם בגלל הריגת העבד לא יהיה העבד בעולם, ובוזה המרדכי מסכים שלא קנה, כמו שכתב מהר"ם אלשיך (הערה 165) שב"כסף לפירותיו" לא קנה כי בעת שנוצר הרווח אין הכסף בעולם.

עבד למעשה ידיו: רמב"ם הלכות מכירה פרק כג הלכה ב כותב שאפשר להקנות עבד למעשה ידיו. כמו כן, בכתובות נט ע"א נאמר שאדם יכול להקדיש מעשה ידיו, בכך שיקדיש "ידי למעשהו". ח"י הריטב"א, כתובות נט ע"א, מסביר שאף שהמלאכה אינה יוצאת מגוף הידים, בשונה מפירות דקל, הרי די בכך שהידיים טורחות ויוצרות את המלאכה. וכן ח"י הרשב"א, כתובות נט ע"ב (ד"ה ומיהו) (הובא בשו"ת ר"ע איגר, מהדו"ק, סי' קמא) מסביר שמועיל כי המלאכה באה מהידיים בטרחתן ובתנועתן. אבני מילואים, פא, ס"ק א, מסביר שמועיל כי יש ודאות שהיא תעשה מלאכה בידה, שלא כבהקנת עבד לקנס.

¹⁵⁸ רב האי שם; אור זרוע, ח"א, סי' תפ, וסי' תשנב, אות ו; תרומת הדשן, שו"ת, סי' רע; טור, חו"מ, ריב, ג (לזמן קצוב או כל חיי הנותן או המקבל); רמ"א יו"ד, שכ, ו; שו"ת מהר"ם מינץ סימן לה (ד"ה אכן מזה) (גם לדעה שעובר לאו ירך אמו).

הפלאה כתובות יא ע"א (ד"ה ונלע"ד) מקשה מה שייך להקנות בהמה לעוברת? באילן לפירותיו מובן שמועיל כי הפירות יוצאים אח"כ מגוף האילן, אבל עובר כבר נגמר והוא בריה בפני עצמה לפי הדעה שעובר אינו ירך אמו. הוא מסביר שמה שיגדל מכאן ואילך גדל מהבהמה, וכדי להקנות את מה שיגדל אח"כ צריך להקנות את הבהמה לעוברת. וכן כתב בספרו המקנה קונטרס אחרון, סימן מ, ח, ושם הוסיף, שלא שייך להקנות את מה שגדל כבר, כיון שאינו ידוע, והוא כמו דבר שאינו מסוים (ראה פרק __), וכ"ש כאן שקנה את כל הולד ומקצתו אינו קנוי מפני שעדיין לא בא לעולם, ואף שהמוכר דבר שלב"ל עם דבר שב"ל קנה מחצה (כאמור ליד ציון הערה 126) היינו כשידוע כל חלק בפני עצמו אבל כאן שמכר ביחד ואין ידוע מה קנה ומה לא קנה, אינו קנוי כלל, אא"כ מכר גם את הפרה לעוברת שאז קנה הכל, דהיינו שהחלק שגדל כבר הוא כילוד, והחלק שיגדל אח"כ נקנה מחמת הפרה לעוברת, כי מה שגדל אח"כ גדל ברשות המקבל.

מחנה אפרים הלכות מוכר דבר שלא בא לעולם סימן א, כותב שלדעה שעובר אינו ירך אמו, לא מועיל להקנות בהמה לעוברת.

לצורך הפירות שעתידיים לצאת¹⁶⁰; ועוד, שבכך כבר יש למקבל זכות להשתמש בדבר שהוא בעולם, והוא זוכה בו עכשיו¹⁶¹.

אין צורך להקנות את הגוף ממש, אלא די להקנות את הנאת הגוף לפירותיו¹⁶². קל וחומר שמועילה הקנאת הנכס יחד עם פירותיו העתידיים, גם אם המתנות השונות אמורות לחול במועדים שונים, כגון הנותן "מהיום ולאחר מיתה", שקונה את הגוף מהיום ואת הפירות לאחר מיתה¹⁶³, מפני שזה כמו הקנאת הגוף לפירותיו¹⁶⁴.

יש אומרים שאם נתן "כסף לרווח שיצא ממנו", הרווח העתידי אינו נקנה¹⁶⁵, כי לא שייך לומר שהוא מקנה לו חלק מהכסף שממנו צומח הרווח, שהרי הרווח אינו צומח מגוף הכסף, ואדרבה, כשמרוויח, הכסף כבר אינו בעולם, ונמצא הרווח בלי ממשות¹⁶⁶. אבל אחרים אומרים שהמקבל קונה את הרווח¹⁶⁷.

אדם אינו יכול להקנות מצודה למה שילכד בה¹⁶⁸, כי מה שילכד בה אינו יוצא מגוף המצודה, והמצודה עושה מעשה עץ בעלמא, בשונה מפירות אילן¹⁶⁹, והמצודה אף אינה עושה שום מעשה, אלא הניצוד נכנס לתוכה מעצמו¹⁷⁰.

¹⁵⁹ סמ"ע, רט, ס"ק טו.

¹⁶⁰ סמ"ע, רט, ס"ק יד.

¹⁶¹ ר' אברהם מונסון, בשו"ת ר' יחיאל באסן סי' יח (ט ע"ג).

¹⁶² בב"ב שם נאמר שמועיל אם אמר "תנו דקל זה לפלוני ויאכל פירותיו", ושו"ת הרשב"א חלק ד סי' פא (הובא בשו"ת דברי ריבון, סי' קיט, ובשו"ת ידי דוד (קרסו) סי' סא, דף סא ע"א), כותב שמועיל גם אם אמר שהוא נותן את "הדקל לפירותיו".

ידי דוד מביא מקורות שעוסקים בהקדשת דשלב"ע לצדקה, מתי הוא נחשב קרן לפירותיו.
¹⁶³ ראה סעיף 4.

¹⁶⁴ שו"ת תורת חיים (מהרח"ש) חלק ב סי' כא (ד"ה ולכאורה היה).

¹⁶⁵ שו"ת מהר"ם אלשיך, סי' ז (הובא בשו"ת חתם סופר, חו"מ, סי' ט, אות ד, סי' קז, סי' קח, סי' קי וסי' קיב).
ס' העיקרים (איגר), ח"א, עמ' רצד, כותב שלפי המגיד משנה (הערה 157), שב"עבד לקנס" הצד שאינו מועיל הוא כי יש שני ספקות לאי היווצרות הקנס, כאן יועיל כי אין שני ספקות; וגם לתוס' (שם), ששם הצד שאינו מועיל הוא כי אין ודאות שהקנס יגיע, כי סתם שוורים שמורים, כאן יועיל כי הרווח מצוי. אבל הוא מעלה אפשרות שהודאות ("עבידי דאנו") הוא רק בדבר שבא מעצמו בדרך הטבע כמו פירות דקל, ואילו רווח בא מהכסף רק באמצעות אדם ופעולתו. הוא מוסיף (בעמ' רצה), שכמו שב"מצודה למה שילכד בה" לא מועיל (ראה ליד ציון הערה 168) כי אינו כל כך ודאי כמו פירות דקל, גם רווח המעות לא נקנה כי אינו כל כך ודאי.

שו"ת חתם סופר חו"מ סימן קעג (ד"ה וכ"ז) כותב כאילו מהר"ם אלשיך סובר שקרן ממון לפירותיו הוא כדקל לפירותיו. ולא דק.

¹⁶⁶ מהר"ם אלשיך שם.

קצות החושן, רט, ס"ק ד, מקשה עליו ממוכר עבד לקנס (הערה 157), ששם כשבא הקנס העבד כבר מת, ובכל זאת יש צד לומר שקנה. ס' העיקרים (איגר), ח"א, עמ' רצז, מוסיף שאין לומר שנבילת העבד נחשבת שהוא בעולם, שהרי גם בכסף, הכסף בעולם כשבא הרווח אלא שאינו אצל אדם זה, וכך כאן המת אסור בהנאה.

¹⁶⁷ קצות החושן, רט, ס"ק ד; משנה למלך הלכות מכירה פרק כג, א, בדעת שו"ת תורת חיים ח"ב סי' כא; נתיבות המשפט, רט, ס"ק ה.

כמו כן, שו"ת אבן עזר סימן קכד, עוסק במי שנתן לפלוני "מעות שיאכל הפירות", והוא פוסק שזכה בפירות.

שו"ת מהריט"ץ סימן קפו (ד"ה ואומר), כותב שאם הקנה קרן לפירותיה, קנה.

כנה"ג רט הגה"ט אות סא (הובא בשו"ת ידי דוד (קרסו) סי' סא, דף סא ע"א), מדדיק משו"ת הרדב"ז, ח"ד, סי' אלף שכך (רנב), ומשו"ת בני שמואל, סי' לה (פ ע"ג), שהם חולקים על מהר"ם אלשיך.
שו"ת יו"ד רד, ס"ק ט, כותב לענין נדר, ש"כסף לרווחיו" נחשב שבא לעולם.

¹⁶⁸ שו"ת הרשב"א, ח"ב, סי' ריג. ח"י הרשב"א, כתובות נט ע"ב, מביא ראיה לכך ממה שהוצרכו לתקן שאדם יוכל למכור "מה שתעלה מצודתי היום" משום כדי חייו (ב"מ טז ע"א), הרי שאין דרך להקנותו ע"י הקנאת "מצודתי למי שילכד בה".

דעה חולקת: קצות החושן, רט, ס"ק ד, ואבני מילואים, פא, ס"ק א (ד"ה ומה שהקשה), כותב שרמב"ם ושו"ע סוברים שאפשר להקנות מצודה למה שיעלה בה כמו שובך לפירות, כמו ששו"ע, ריג, א, פוסק שמועיל לקנות אמת המים לדגים שייטפסו בה ושובך ליונים שיוולדו בו וכוורת לדבש שייוצר בה (ראה עוד ליד ציון הערה 173, ששם מועיל גם באומר "פירות שובך"). אבל ס' העיקרים שם (עמ' רצז) דוחה, שהדגים והיונים והדבש גדלים בשובך ובכוורת ובמים, משא"כ מצודה שאינה עשויה שישכון בתוכה הדבר הניצוד אלא ללכוד אותו.

אור שמח הלכות מכירה, כג, ט, כותב שמעיקר הדין, אי אפשר להקנות מצודה לדגים שילכדו בה, כי ייתכן שלא יצליח לפרוס את המצודה, ואף אם היא פרוסה, היא פרוסה במקום שאינו שלו; אבל בכל זאת ההקנאה מועילה כיון שבעל המצודה קונה זכות במקום שהמצודה פרוסה שם, שאסור לאדם אחר לפרוס שם מצודה "כמלא ריצת הדג" כי בזה האחר "פוסק את חיותו" (ב"ב כא ע"ב), ולכן המקום כאילו שכור לו, ולכן יכול להקנות את המקום שהמצודה פרוסה שם, לענין הדגים שיהיו ניצודים שם, כמו שרמב"ם הלכות מכירה, כג, ט, כותב שהשוכר אמת המים מחבירו קנה כל מה שיצוד בה. אך יש להעיר שיתכן שהזכות שיש לבעל המצודה בנהר הוא בגדר דבר שאין בו ממש שאי אפשר להקנות. אור שמח מוכיח שאפשר להקנות את הזכות, מהדין שאפשר להקנות "מערופיא", כפי שהבאנו בשמו בהערה 94; אבל כבר הערנו שם שלא ברור מה מקורו לדין זה. הוא מחדש עוד, על פי זה, שגם אם הקנה את הדגים

אפשר להקנות **כלי לשימוש**, ואף השימוש אין בו ממש, ואינו יוצא מגופו בדרך הטבע - בכל זאת מועיל כי הוא דבר ודאי¹⁷¹.

אפשר להקנות **שובך לפירותיו** (היונים שעתידיים להיוולד ממנו) וכוורת לפירותיו (הדבש שעתידי לצאת ממנו)¹⁷². יתר על כן: המקנה פירות שובך או פירות וורת - יש לכך תוקף מפני שמפרשים שהתכוון להקנות את השובך לפירותיו ואת הכוורת לפירותיה¹⁷³. טעם הדבר הוא שהשובך טפל לפירותיו, כי הוא שווה פחות מהם, ולכן מפרשים שהתכוון להקנות את השובך לפירותיו; זאת בשונה מנכס רגיל, ששווה יותר מפירותיו, ולכן אין מפרשים שהתכוון להקנות את הנכס לפירותיו¹⁷⁴. זאת ועוד: לא היה צריך לומר "פירות שובך", שהלא הפירות אין יוצאים מהשובך, והיה לו לומר "פירות היונים", ולכן מפרשים שהתכוון להקנות "שובך לפירות"¹⁷⁵.

אפשר להקנות **חפץ לדמיו**, כלומר לכסף שיתקבל תמורתו אם יימכר, ואף שהדמים אינם יוצאים באופן טבעי מגוף החפץ, הרי כיון שהם חליפיו, נחשבים כיוצאים מגופו¹⁷⁶. יתר על כן: הנותן "דמי חפץ זה" נחשב כנותן "חפץ זה לדמיו", וקנה¹⁷⁷. טעם הדבר הוא שדוקא בנותן פירות אילן וכדומה אין מפרשים שהתכוון לתת גוף לפירותיו, מפני שהפירות טפלים לאילן, אבל בדמי חפץ, שהדמים חשובים כמו החפץ, מפרשים שהתכוון לתת את החפץ לדמיו¹⁷⁸. אבל אם אמר "דמי חפץ זה **לכשיבואו**", לא קנה כי זה דשלבל"ע¹⁷⁹.

שייצודו במצודתו, ההקנאה מועילה, מפני שנחשב כאילו הקנה את המצודה לעניין הדגים, כיון שהמקום טפל לגבי הדגים, כמו שכסף משנה כותב לענין שובך וכוורת (הערה 174).

¹⁶⁹ ח"י הריטב"א, כתובות נט ע"א; ח"י הרשב"א, כתובות נט ע"ב (ד"ה ולעיקר, ד"ה ומיהו).
ס' העיקרים (איגר), ח"א, עמ' רצה, מוסיף שגם לתוס' (הערה 157, בענין עבד לקנס) האומרים שדבר שבוודאי יגיע, נקנה גם אם אינו יוצא מגופו, הרי כאן לא נחשב שבוודאי יגיע כי כניסת הניצודים למצודה אינה כל כך ודאית כמו גידול פירות וגם אינו בידו, לכן לא נחשב עבדי דאתו. הוא מקשה (בעמ' רצז) על סברת הרשב"א, הרי מועיל להקנות "בית לדירה" (כאמור ליד ציון הערה 36) אף שהדירה לא באה ע"י שהבית טורח אלא הדר בא לתוך הבית; ומיישב שבית לדירה מועיל כי הדירה יוצאת מגוף הבית (עוד אפשר שיש הבדל בין בית לדירה, שהיא בעולם אלא שאין בה ממש, לבין מצודה, שהדברים אינם בעולם).

¹⁷⁰ רשב"א שם. על פי זה הוא מעלה אפשרות (בד"ה ואולי), שאם זו מצודה שעושה מעשה ע"י קפיץ וכדומה, מועיל.
¹⁷¹ ס' העיקרים (איגר), ח"א, עמ' רצה. הוא מסביר בכך איך שוכר ושואל קונים את זכות השכירות והשאלה, באופן שהמשכיר והמשאל אינם יכולים לחזור בהם.

ח"י הריטב"א קידושין מז ע"ב כותב בתחילה שא"א לקנות כלי לשימוש, כי השימוש אינו יוצא מגופו, ואח"כ מעלה אפשרות שהנותן כלי לשימוש קונה אותו במשיכה אם הוא מקנה את הגוף פירותיו למשך זמן מסוים (אבל הוא כותב ששואל אינו קונה במשיכה מהתורה כי אינו זוכה בגוף, עיי"ש).

¹⁷² רמב"ם, הלכות מכירה, כג, ט; שו"ע, חו"מ, ריג, א. הם דיברו על מכר.
¹⁷³ רמב"ם, הלכות מכירה, כג, ט; שו"ע, חו"מ, ריג, א.

¹⁷⁴ כסף משנה, הלכות מכירה, כג, ט (הובא בשו"ת רבי עקיבא איגר, מהדורא קמא, ס' קמא).
¹⁷⁵ סמ"ע ריג, ס"ק א, ודרישה שם (הובא בשו"ת רבי עקיבא איגר, מהדורא קמא, ס' קמא).

¹⁷⁶ שו"ת רבי עקיבא איגר, מהדורא קמא, ס' קמא. הוא מסביר שלכן זה שונה מהקנאת עבד לקנס, שהרמב"ן כותב שספק האם היא מועילה כי הקנס אינו יוצא מהעבד באופן טבעי (ראה הערה 157). הוא מסתמך על מה שהרשב"א (הערה 37) כתב שגם לרמב"ן אפשר להקנות "חורבה לאוירה" כי האויר הוא חלק מהחורבה.
אבל נתיבות המשפט, רט, ס"ק ה, כותב שלפי מהר"ם אלשיך (הערה 165) שלא מועיל להקנות "כסף לרווחיו" כי הרווח אינו בא מגוף הכסף, גם "חפץ לדמיו" אינו מועיל, מאותה סיבה.

¹⁷⁷ תוס' גיטין סו ע"א (ד"ה דמי), בתירוץ הראשון; מרדכי, גיטין, ס' תטו, בתירוץ הראשון; שו"ת רבי עקיבא איגר, מהדורא קמא, ס' קמא, גם בדעת רמ"א חו"מ, רט, ד, ושו"ע, רנג, יג.

שו"ת שואל ומשיב, מהדורא א, ח"א, ס' מה, כותב שלפי דעת המרדכי (הערה 209) שאם אמר "לכשיהיה בעולם", מועיל, גם "דמי חפץ זה" מועיל כי משמעותו שהוא נותן לכשיהיה בעולם. ולא הסביר מדוע זו משמעות הדברים.

קצות החושן רט, ס"ק ד, מקשה מתוס' על מהר"ם אלשיך (הערה 165) האומר שלא מועיל "כסף לפירותיו", כי כשמגיעים הרווחים הכסף כבר אינו כאן - הרי תוס' כתבו ש"דמי חפץ" מועיל אף שכשמגיעים דמיו, החפץ כבר אינו כאן? שואל ומשיב שם מתרץ, ואינו תירוצו מובן - עיי"ש.

דעה חולקת: שו"ת מהרי"ק שורש צד, ענף ו, כותב שלפי תירוץ השני בתוס' שם, "דמי יין", כל זמן שלא נמכר, נחשב דבר שלא בא לעולם. הוא מציין שמרדכי גיטין, ס' תטו, כתב שאפשר להקנות "דמי יין" לפי הדעה שאדם מקנה דבר שלא בא לעולם, ולפי זה כיון שהלכה היא שאין אדם מקנה דשלבל"ע, לא מועיל אפילו אמר "דמי יין" או "דמי נכסי" בפירוש. הוא מדייק מתוספות רבינו פרץ שם שהוא סובר שאפילו אמר "דמי יין" נחשב דבר שלא בא לעולם.
גם שו"ת פרי הארץ ח"ג חו"מ ס' ז [מסומן ס' ז] (עד ע"ד), כותב שלתירוץ שני של תוס', זה דשלבל"ע ולא מועיל.
שו"ת מירא דכ"א, ס' ז (יד ע"א), כותב על נידונו, שהנותן התכוון שימכרו מנכסיו ויתנו את התמורה למקבל, וא"כ המתנה היא דשלבל"ע.

¹⁷⁸ שו"ת רבי עקיבא איגר, מהדורא קמא, ס' קמא. הוא מסתמך על סברת כסף משנה, הערה 174, שהבחין כך בין פירות דקל לפירות שובך.

הוא מתקשה, לפי סמ"ע (הערה 175) שהסביר שבנותן פירות שובך מפרשים שהתכוון לתת "שובך לפירות" מפני שלא היה צריך לומר "פירות שובך" שהלא הפירות אין יוצאים מהשובך, והיה לו לומר "פירות היונים" - מדוע בדמי חפץ מפרשים שהתכוון "חפץ לדמיו"?

¹⁷⁹ תוס' גיטין סו ע"א (ד"ה דמי), בתירוץ הראשון; רמ"א חו"מ, רט, ד; שו"ת בית יהודה (עייאש) חו"מ ס' סג.

היה נוהג בקהילות בגולה, שהיו ריחיים השייכים לשלטון, ומישהו היה מקבל זיכיון להפעיל אותם, וכל מי שהשתמש בהם היה נותן לו קצת מהתבואה. אם בעל הזיכיון היה יהודי, היה צריך להקנות לגוי לפני פסח את התבואה שיתנו לו הגוים שמשתמשים בריחיים, כיון שהיא חמץ בפסח. אבל אי אפשר להקנות את התבואה עצמה, מפני שהיא דשלבלי"ע. יש אומרים שאפשר להקנות לגוי את הריחיים לתבואה זו, ומועיל כמו "גוף לפירותיו"¹⁸⁰. אבל דעה אחרת היא שאין זה אפשרי, מפני שאין לבעל הזיכיון קנין הגוף בריחיים כי אינו יכול למנוע ממישהו מלטחון שם, ויש לו רק זכות לקבל תשלום עבור הטחינה, ולכן אין יכול להקנות את הריחיים אף לענין תבואה זו¹⁸¹.

(2) הודאה

אם הודה הנותן שהנכס היה בידו בשעת הנתינה, המקבל קנה¹⁸², וזאת גם אם לא ראינו שהיה בידו¹⁸³. אבל אם ידוע בודאי שלא היה בידו, לא מועילה הודאתו¹⁸⁴.

כמו כן, האומר "אני נותן כך וכך כסף לפלוני", גם אם לא היה בידו באותו זמן, המתנה מועילה, מטעם הודאת בעל דין, שהרי הודה שיש לו¹⁸⁵.

כמו כן, הכותב בשטר מתנה "אני מודה שנתתי כך וכך", מניחים שהקנה באופן המועיל, כיון שהודה, ולכן מניחים שהנכס היה ברשותו, שאם לא כן, אי אפשר להקנותו¹⁸⁶.

(3) מנהג

יש אומרים שבמקום שיש מנהג להקנות כל דשלבלי"ע, או שיש מנהג להקנות דבר מסוים שהוא דשלבלי"ע, המתנה תקפה¹⁸⁷, על פי העקרון שמנהג ("סיטומתא") קובע בדיני הקנאה¹⁸⁸. טעמם הוא כשיטת הפגם

¹⁸⁰ אליה רבה, תנ, ז. בכך הוא מסביר את ב"ח, או"ח, תנ, ומגן אברהם, תנ, ס"ק יב, שכתבו שמוכרים את התבואה לגוי.

¹⁸¹ שו"ת שם אריה (בלחובר), חו"מ סי' ל. הוא מסביר שלכן ט"ז או"ח, תנ, ס"ק ו, חלק על הבי"ח. שו"ת הרי"ף (בלגוריו), סי' פג (אם אמר "דבר זה שאני נותן, הוא בדידי"); שו"ת הריטב"א, סי' יא. אבל שו"ת הריטב"א סי' מא כתב שאם לא הודה בפירוש, חוששים שלא היו אז בידו.

ראה עוד בסעיף 6, בפרק על ספק, שאם נקט לשון הודאה, זו הודאה שהנכס היה בעולם. **דעה חולקת**: שו"ת לחם רב סי' קצב כתב שהמתנה בטלה גם אם הנותן הודה שהכסף היה ברשותו והודה שעוד לא נתן, כי ייתכן שכבר נתן. ר' יוסף הלוי, בשו"ת גינת ורדים חו"מ כלל ה סי' ג (קכח ע"א) מקשה, אמנם אם יש עליו נושים, הנותן לא נאמן בדבריו, כי אולי הוא עושה קנוניה עם המקבל נגד הנושה, אבל אם אין נושה, מדוע המתנה בטלה, הרי הודה שעוד לא נתן? הוא מיישב (בדף קכח ע"ב) ע"פ דברי טור, חו"מ, רג, ד, שא"א להקנות מטבע מסוימת לראובן ע"י שימוש חפץ מראובן, כי כיון שייחד את הכסף, אם אבד אינו חייב באחריות, ולכן לא סמכה דעתו של המקבל עד שיגיע הכסף לידו; וכך גם כאן, גם אם הכסף היה ביד הנותן בשעת המתנה, מ"מ כיון שאם אבד אינו חייב באחריותו, לא סמכה דעתו של המקבל, ולא קנה.

¹⁸³ שו"ת הרא"ש כלל לו סי' ח (הובא בב"י, חו"מ, ס, טו) [להרחיב].

¹⁸⁴ שו"ת לחם רב, סי' קצב, ע"פ רא"ש כתובות פ"ה סי' א, שכתב שאדם שאנו יודעים שאין לו נכסים, ומשעבד את נכסיו על חיוב מסוים, זה לא מועיל מטעם הודאת בע"ד כמאה עדים.

שו"ת הרי"ף שם נוקט שגם אם הודאתו אינה אמת, אלא הוא נתן דבר שלא בא לעולם, הוא הפסיד לעצמו. אבל ייתכן שאינו מתכוון שידוע שאינה אמת, אלא הוא מתכוון שאף שייתכן שאינה אמת, אין זה משנה.

¹⁸⁵ שו"ת הרא"ש, כלל לו, סי' ח. אך ב"ח, ס, יב, כתב שהטור לא פסק כך, שהרי שלא כתב כך בפסקיו. ר"ח עשאל, בשו"ת זרע אברהם (יצחקי), חו"מ סי' ה (עג ע"ג), כתב שהרי"ף מסכים בזה לרא"ש כי זו הודאה גמורה, אף שלגבי שטר שכתוב בו "נתתי", כתב הרי"ף (ראה סעיף 6) שיכול לטעון שלא היו בידו נכסים בשעת נתינת המתנה. ¹⁸⁶ ר' יעקב ישראל, בשו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מא (פח ע"ג). ראה בשמו בסעיף 6. הוא מוסיף שגם אם בשעת המתנה לא היה הנכס בעולם, זה מועיל, שהרי שו"ע, ס, ו, כתב שאדם יכול להתחייב בדבר שלא בא לעולם, ואם נתן בלשון הודאה, מניחים שנתן באופן המועיל, כלומר מניחים שנתן בלשון התחייבות, שמועילה בדבר שלא בא לעולם. שו"ת הרמב"ן, סי' ז, כתב שבעל שנתן מתנה לאשתו, והממון לא היה ביד הבעל בשעת נתינת המתנה, לא זכתה; אבל אם כתב לה שטר חוב, "נטלתי מיד אשתי כך וכך כסף", בכך הוא מודה שהכסף הגיע לידה וזכתה בו, ואח"כ לווה ממנה את הכסף. אבל הוא אינו מדבר על מתנה בלשון הודאה.

¹⁸⁷ שו"ת הרא"ש כלל יג סי' כ (הובא בכנה"ג סי' רט, הגה"ט, אות כו [שהובא בדרכי איש, ארוואץ, דרוש י, דף כג ע"ד], בשו"ת סי' יהושע סי' קיד, ובפסקי דין רבניים חלק ח עמ' 52); שו"ת הריב"ש, סי' שמה (עמ' תנח); שו"ת חתם סופר חו"מ סי' סו (ד"ה ומ"ש מעלתו) (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, סי' רא, ס"ק ב, בסופר המלך, הל' מכירה, כב, י, ובפסקי דין רבניים חלק ב עמ' 112); שו"ת שער יהושע סי' לו, עמ' קלה (על רוח עתיד); שו"ת המב"ט חלק ג סי' קנג; שו"ת להורות נתן, חלק יד, סי' קמ; שו"ת ברית יעקב חו"מ סי' צט, על פי שו"ת מהרש"ל, סי' לו; שו"ת שואל ומשיב מהדורא קמא חלק ב סי' לט (גם בדעת תוס' ב"מ סו ע"א, ד"ה ומניומי), ומהדורא תליתאה חלק א סי' קו; שו"ת בית שלמה (סקאלא) חו"מ סי' סח; שו"ת תפארת יוסף (מייזליש) חו"מ סי' טו; ערוך השולחן, חו"מ, סי' רט, טז, וסי' ריב, ג; ר' יוסף שלום אלישיב, בפסקי דין רבניים חלק ה עמ' 264; ר' שלמה זעפרני, "תוקף חיוב קנסות בהפרת הסכם רכישת דירה", אור תורה שנה לב (תשס), גל' שצב, סי' קיט, עמ' תשסג (שזו דעת רוב האחרונים).

משכנות הרועים, מע' א, אות ב (ג ע"ד), מדייק כך גם ממחר"ם המובא בשו"ת הרא"ש, כלל יב, סי' ג (ראה הערה 33 והערה 98), האומר שאם נהגו שאדם שנודר לחברו שכשייוולד לו בן, חברו ימול אותו, ההבטחה מחייבת מטעם מנהג

החוזי, שהחסרון בדשלבל"ע הוא שלא סמכה דעתם של הצדדים, ואם כן, במקום שיש מנהג לקנות אותו, כך שסמכה דעתם, המתנה תקפה¹⁸⁹. הסבר נוסף הוא, שאף דשלבל"ע ניתן להקנות בדרך "גוף לפירותיו"¹⁹⁰, וכן מועילה התחייבות בדבר שלא בא לעולם¹⁹¹, והמנהג הוא שהנותן בעצם נותן את הגוף לפירותיו, או שהנתינה היא בעצם התחייבות¹⁹².

אבל אחרים אומרים שמנהג אינו יכול להעניק תוקף למתנה זו¹⁹³. טעמם הוא כשיטת הפגם הקנייני, שהחסרון בדשלבל"ע הוא שאין לקנין על מה לחול, וחסרון זה קיים גם אם יש מנהג¹⁹⁴. הסבר נוסף למחלוקת הוא, שהדעה השנייה סבורה שבכל הקנאה, המקנה עושה את חלות הקנין ולכן צריך גילוי דעת

אף שזה דשלבל"ע (מהר"ם הובא גם בתשבץ (קטן), סי' שצח, ובהגהות מרדכי שבת סי' תעב); מכאן שמנהג מועיל בדשלבל"ע, ואף הרא"ש שם חלק על מהר"ם רק משום שזה דיבור בלי מעשה, וזה מנהג גרוע. יש להוסיף שהרא"ש כותב שם שתקיעת כף מחייבת, ונראה שטעמו מפני שזה מנהג עם מעשה. מחלוקת מהר"ם ורא"ש שם, האם מועילה סיטומתא של דיבור, מובאת בשו"ת דבר יהושע ח"ד סי' מט אות א, ובשער משפט קכו סי' קה. שו"ת שם אריה (בלחובר), חו"מ סי' ל, כותב שגם אם יש מחלוקת האם מועילה סיטומתא בדשלבל"ע, הרי במחלוקת הפוסקים, אם מקובל לפסוק כאחד מהם, כך יש לפסוק, ולכן אם מקובל לקנות דבר מסויים שהוא דשלבל"ע בסיטומתא, חל הקנין.

¹⁸⁸ שו"ע, חו"מ, רא, ב
¹⁸⁹ שו"ת שואל ומשיב מהדורא קמא חלק ב סי' לט; קובץ שיעורים ב"ב סי' רעו; שו"ת להורות נתן, חלק יד, סי' קמ.
¹⁹⁰ כאמור ליד ציון הערה 157.
¹⁹¹ ראה סעיף 5.
¹⁹² שו"ת דברי חיים חו"מ חלק ב סי' כו (ד"ה והנה אני).

גם שו"ת ברית יעקב חו"מ סי' צט, מסביר שבגלל הסיטומתא, נחשב כאילו אמר שהוא מקנה את גוף לפירותיו. בדומה, ר' שלמה זעפרני, "תוקף חיוב קנסות בהפרת הסכם רכישת דירה", אור תורה שנה לב (תשס), גל' שצב, סי' קיט, עמ' תשסב, מביא שיש שהסבירו שכיון שאפשר להתחייב לדשלבל"ע, סיטומתא מועילה ביצירת גמירות דעת המטילה חיוב על האדם לשלם, ולא בתור מעשה קנין.

שו"ת באר דוד (פרנקל) סימן לא (ד"ה והסברתי, ד"ה אבל כל) מנמק שיטה זו, שסתם הקנאה שבתורה היא הקנאת גוף החפץ, כי התורה העריכה שבני אדם מתכוונים להקנות את גוף החפץ, ואינם משעבדים את גופם, ולכן אם גוף החפץ אינו כאן, לא קנה; אבל בקנין סיטומתא, אפילו לדעת חת"ס יו"ד סימן שיג שהוא מה"ת, מ"מ אינו כתוב בתורה אלא הסוחרים הנהיגו כך, וכיון שהנהיגו שיקנה אף בדבר שלב"ל, המקנה משעבד את עצמו שתהיה למקבל זכות על גוף המקנה, שיהא חייב לתת לו את החפץ, ולכן קנה. עוד הסביר (בד"ה ועוד עיקר) שהוא מקנה על דעת הסוחרים והוא כאילו אמר בפירוש שהוא מחייב עצמו לכך ולכן קנה. לפי דבריו, בעצם זה פועל כהתחייבות, ולא כהקנאה ממש.

¹⁹³ ר' יחיאל מפאריש, המובא בתשבץ (קטן), סי' שצח, ובהגהות מרדכי שבת סי' תעג (שהובא בשו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' כח, בקצות החושן רא, ס"ק א, ובנתיבות המשפט רא, ס"ק א); שו"ת הרדב"ז ח"א סי' רעח (הובא בדרכי איש, דרוש י, דף כג ע"ד) (ע"פ ר' יחיאל שם); ים של שלמה בבא קמא פרק ח סי' ס (על המבטיח לחברו שיכול למול את בנו, כשיולד); שו"ת רבי עקיבא איגר מהדורא קמא סימן קלד (ד"ה והנה מה) (הובא בסופר המלך, הל' מכירה, כב, י, ועיי' ר"ב זולטי, בפסקי דין רבניים חלק ה עמ' 267).

נתיבות המשפט רא, ס"ק א (הובא בשו"ת שם אריה (בלחובר), חו"מ סי' ל), כותב שמה שכתב שו"ת מהרש"ל סי' לו, שמועילה הקנאת "אורנדא" מטעם מנהג (ראה הערה 33), עיקר טעמו משום דינא דמלכותא (בכך מתיישבת הסתירה בין תשובותיו לבין דבריו בים של שלמה שם). אבל בספרו מקור חיים, תנ, ס"ק ח, הביא שמהרש"ל מסתמך על שני הטעמים.

אבל שו"ת חתם סופר חו"מ, סימן סו (ד"ה ומ"ש מעלתו) (הובא בפסקי דין רבניים חלק ה עמ' 270), ושו"ת דברי חיים חו"מ חלק ב סי' כו (ד"ה ולכן לפי זה) וסי' כח, כותבים שגם לר' יחיאל מועיל מנהג, ומה שאמר שלא מועיל סיטומתא הוא כי בנידונו לא היה ברור שנהגו לקנות דבר שלא בא לעולם בסיטומתא זו, אבל אם יש מנהג ברור שקונים אפילו דבר שלא בא לעולם בסיטומתא, הולכים אחר המנהג. אפשר לפרש כך גם את דברי הרדב"ז שם. אבל שו"ת שם אריה (בלחובר), חו"מ סי' ל, כותב שלא משמע כך מלשון ר' יחיאל.

המחלוקת מובאת בשו"ת אמרי אש חו"מ סי' כא.
שו"ת באר דוד (פרנקל) סימן לא (ד"ה וא"כ) כותב שאפשר לומר ק"ל כדעה זו, אא"כ מנהג המדינה לפסוק כדעה שמועיל מנהג בדשלבל"ע.

בשאלה זו ראה: חוקת משפט, הלכות מכירה, פרק ו, סעיף כא, ובקונטרס אחרון, סי' א; רון שלמה קליינמן, מנהגי הסוחרים במשפט העברי (קניין סיטומתא), דיסרטציה, אוניברסיטת בר-אילן תש"ס.

הבחנה: שו"ת חסד לאברהם (תאומים) מהדו"ק חו"מ סי' לו, כותב שלא מועיל סיטומתא בדשלבל"ע ממש, כי לא מועיל בו קנין כלל, וסיטומתא מועילה רק בדבר שאפשר להקנותו באופן אחר, ואף שמועילה התחייבות בדשלבל"ע (ראה סעיף 5), קנין שונה מהתחייבות, שהתחייבות מוטלת רק על אדם זה, ואם מת, יורשיו פטורים; וקל וחומר בדבר שאינו ממוני, כגון הנותן לחברו זכות למול את בנו, שבזה אין מועילה אפילו התחייבות כי אינו דבר ממוני, ולכן אין מועיל בו מנהג; אבל בדבר שבא לעולם ורק אינו ברשותו (בבעלותו), ומצוי לקנותו בשוק, אם התחייב עליו, נכסיו משתעבדים, וגם אחרי מותו נשאר שעבוד על נכסיו, כמו שכתב נתיבות המשפט ס, ס"ק י, ולכן מועיל בו סיטומתא, כי כיון שנהגו לקנות בזה, אומרים שקיבלו עליהם שהקנין יועיל כאילו היה באופן המועיל - היינו בהתחייבות; וכן ב"אורנדא" מועיל מנהג, כמו שכתב מהרש"ל שם, אף שאינו ברשותו, כי מועילה בו הקנאה ע"י כתיבה ומסירה של ה"קאנטראקט". הוא מסביר בכך שאין מחלוקת בין ר' יחיאל לרא"ש, שר' יחיאל דיבר בנותן לחברו זכות למול את בנו, ואילו הרא"ש דיבר בדבר שבא לעולם ורק אינו ברשותו. אבל הוא מדייק משו"ת הרא"ש כלל יב סי' ג שלדעתו מועילה סיטומתא גם בענין מילה, אלא שבנידונו כותב הרא"ש שלא היה מנהג (על הרא"ש שם ראה הערה 187).

¹⁹⁴ קובץ שיעורים ב"ב סי' רעו (הובא בחמדת אהרן (קוגמן, תשס"ו), סי' לד, אות ח, עמ' ריח).

מתוך מעשיו שיש לו גמ"ד, ומנהג לא מועיל לזה; ואילו הדעה הראשונה סבורה שא"צ גילוי דעת ע"י מעשיו ולכן מועיל מנהג¹⁹⁵.

גם לדעה הראשונה, המתנה תקפה רק אם יהיה יכול להקנותו כשיבוא לעולם, מה שאין כן בנכס שיבוא לעולם כשנותן מת או גוסס, או חמץ בפסח שא"א להקנותו, מפני שכשהנכס בא לעולם, הוא נכנס תחילה לבעלותו של הנותן ורק אח"כ חלה ההקנאה למקבל, כאילו אמר מראש: "כשיבוא לרשותי, יהיה קנוי לך", ולכן צריך שיהיה יכול להקנותו אז¹⁹⁶. ועוד: גם לדעה הראשונה, ההקנאה חלה רק כשיבוא לעולם, ועד אז הנותן יכול לחזור בו¹⁹⁷.

(4) אב הנותן לבנו

יש אומרים שאב יכול להקנות דשלב"ע לבנו, כי דעתו קרובה אצלו¹⁹⁸, אם עשה מעשה קנין בהתאם לסוג הנכס¹⁹⁹. טעמה של דעה זו כשיטת הפגם החוזי, שבדרך כלל אין גמ"ד להקנות דבר שלא בא לעולם,

¹⁹⁵ סופר המלך, הל' מכירה, כב, י.

¹⁹⁶ מקור חיים, תנ, ס"ק ח.

הוא כותב שלדעת ט"ז, תנ, ס"ק ו, כך הדין גם בהקנאת דשלב"ע שתקפה מטעם דינא דמלכותא, כגון "אורנדא" (ראה הערה 193); ואילו לדעת מגן אברהם, תנ, ס"ק יב, כיון שבאורנדא אינו יכול לחזור בו לפני שבא לעולם, מחמת ד"ד וסיטומתא, הקנין חל מיד. שו"ת דבר יהושע ח"ד סי' מט אות ב, מסביר בדעת מגן אברהם, שאף שבסיטומתא הקנין חל רק כשהנכס בא לעולם (ראה בשמו בהערה 197), מקור חיים לשיטתו שכתב בנתיבות משפט, רא, ס"ק א (הערה 193) שהקנאת "אורנדא" מועילה מפני שיש גם מנהג וגם ד"ד, ולכן הוא נקנה עוד לפני שבא לעולם. אגב, בענין דינא דמלכותא בדשלב"ע, שו"ת נודע ביהודה מהדורא תניינא אורח חיים סי' נט (הובא בשו"ת שואל ומשיב מהדורא קמא חלק ב סי' לט), כותב לגבי הזכות לבלעדיות למכירת י"ש בעיר, שבעל הזכות זוכה בה מדינא דמלכותא אף שהיא דשלב"ע, אבל אינו יכול להקנותה לאחר, כי על זה אין דינא דמלכותא. אבל ר"ב זולטי, בפסקי דין רבניים חלק ה עמ' 268, כותב שלפי חידושי הרשב"א גיטין י ע"ב, שכתב שהתוקף ההלכתי של דינא דמלכותא הוא משום סיטומתא (חוץ מכשבאים לדון בערכאות שלהם, שאז יש לו תוקף מצד עצמו), הרי לפי הדעה שאין מועיל סיטומתא כאן, לא יועיל ד"ד (הוא כותב כך לגבי אסמכתא, שהוא משווה לדשלב"ע).

¹⁹⁷ שו"ת דבר יהושע ח"ד סי' מט אות ב.

באות ג, הוא מעלה אפשרות שלפי חידושי הרמב"ן, קידושין סג ע"א, הכותב שלדעה שאפשר להקנות דשלב"ע, הנותן יכול לחזור בו עד שהנכס יבוא לעולם אבל אינו יכול לחזור בו אם אמר "מעכשיו", הרי שלדעה שמועילה סיטומתא בדשלב"ע, לא יכול לחזור בו כי הוא כאומר "מעכשיו" כי כך המנהג; ואילו לדעה שגם אם אמר "מעכשיו" יכול לחזור בו לפני שבא לעולם, גם לפי השיטה שאפשר להקנות דשלב"ע, הרי גם בסיטומתא בדשלב"ע יכול לחזור בו לפני שבא לעולם.

¹⁹⁸ שו"ת המב"י ח"ב סי' קלז, בסופו (הובא בדרכי איש, ארוואץ, דרוש י, דף כג ע"ד, בשארית יעקב, אלגזי, פי' שלח (סח ע"א), בשו"ת שואל ומשיב מהדו"ה סי' כו (כג ע"ב), בראש דוד, פי' ויגש, בסופו, בשו"ת ברית עולם (ולר), סי' כב וסי' סא אות ז, בשו"ת אפרקסתא דעניא חלק א סימן נז (ד"ה ועו"ל), בשו"ת להורות נתן, חלק יד, סי' קמ, ובמשא יד, ח"א, פי' תולדות, עמ' כב); שו"ת שארית יוסף (ידיד) ח"ג חו"מ סי' ד עמ' רכג (בדבר שלא בא לעולם ובדבר שאינו ברשותו); ערך השלח, חו"מ, רי, ס"ק ב, גם בדעת שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס קרימונה, סי' קלג (אפילו לעובר שהוא בנו); שו"ת גור אריה יהודה יו"ד סי' נט (ס ע"ב), בדעת חלקת מחוקק, מ, ס"ק יד. המב"י מביא ראיה לכך מהדין (ראה סעיף 1א) שאי אפשר לתת מתנה לעובר אבל אפשר לתת מתנה לעובר שהוא בנו, מפני שדעתו של אדם קרובה אצל בנו. משכנות הרועים מע' ע אות עג, כותב שהוכחה זו נכונה לפי רי"ף, רמב"ם, רמב"ן, העיטור והרמ"ה, שלפיהם הקנאת דשלב"ע והקנאה לעובר שווים; עיי"ש בהוכחתו שזו דעתם, ובדין בהשוואת הקנאת דשלב"ע והקנאה לעובר - מה יותר גרוע.

כח מעשיו הגיד לעמו, דרוש יד (לה ע"ד-לו ע"א), מסביר ע"פ דעה זו את פרשת הצאן של לבן (בראשית פרק לא): יעקב סבר שלבן היה יכול להקנות את הצאן לבנותיו אף שלא בא לעולם, כי דעתו קרובה אצל בתו, ואילו רחל ולאח הסבירו ליעקב שדעתו של לבן לא היתה קרובה אצלו שהרי התייחס אליהן כנכריות.

קושיות על דעה זו: מטה אפרים (ארדיט), דרוש ו (מט ע"ד), וטל אורות (גיויא) דף קיב ע"ב (הובאו בשו"ת יביע אומר, ח"ג, חו"מ, סי' ה, אות יז), מקשים על המב"י מתוספתא, כתובות, ח, ו, המובא בס' התרומות שער מד ח"ד סי' ו, האומר שהנותן את נכסיו לבנו, לא קנה נכסים שלא היו בידו אז. שו"ת פני יצחק (אבולעפיא), ח"א, חו"מ סי' כה (רח ע"א), מיישב - עיי"ש. שער המלך, הלכות מכירה, כב, י (ד"ה ואמנם יש) מקשה על המב"י מב"ב קכז ע"ב - עיי"ש הקושיה והתירוץ; מלאכת שלמה (חכים) הל' זכיה ח, ה דוחה את תירוצו. גם שו"ת גור אריה יהודה יו"ד סי' נט (נט ע"ד) מקשה מב"ב קכז ע"ב, ומתיר - עיי"ש. שער המלך שם (ד"ה ומיהו) מקשה על המב"י מב"ב קכד ע"א - עיי"ש הקושיה והתירוץ. מחנה לוי (הורוביץ), ב"ב קמב ע"א (נט ע"ד), מוכיח מקידושין עח שלא מועיל לתת דשלב"ע לבנו (עיי"ש להוכחתו).

ברית עולם, סי' סא שם, לומד מדעה זו שכל שברור לנו שהנותן מקנה בלב שלם בלי ספק, מועיל גם בדשלב"ע. **הבחנות שונות:** מעשה נסים (הכהן), על רמב"ם, הלכות מכירה, כב, י (פא ע"ד), כותב שהמב"י מודה שדבר שאינו ברשותו, היינו נכסים שעוד לא קנה, אינו יכול לתת לבנו, ויכול לתת רק דבר שנמצא ברשותו אלא שעוד לא בא לעולם כגון פירות העתידים לצמוח מנכס שלו (כך נראית כוונתו). הוא מיישב בזה מה שהקשה שעה"מ על המב"י מב"ב קכז ע"ב, ששם מדובר בנכסים שעוד לא קנה.

בית ישחק, הלכות מכירה, כב, י (קי ע"ג), כותב שגם למב"י, אם נתן דשלב"ע לבנו בלשון "מהיום אם לא אחזור בי עד שעת מיתה", לא קנה, כי העובדה שעשה את המתנה באופן שיכול לחזור בו מוכיחה שאין דעתו קרובה אצלו. שו"ת כתב סופר יו"ד סי' קנה, כותב שגם למב"י לא יוכל להקנות לבנו דשלב"ע שאינו קצוב, שיש בו שני חסרונות.

ובהקנאה לבנו יש גמ"ד, ולכן היא חלה²⁰⁰. לפי דעה זו, אב יכול לתת דשלבל"ע גם לבתו²⁰¹, ואף שהמתנה לבת היא על חשבון בנו, שיירש ממנו פחות, מן הסתם האב רוצה שיחול הקנין למי שדעתו קרובה אצלו גם אם הוא פוגע באחר שגם הוא קרוב לו²⁰². הבן קנה גם אם מת הנותן לפני שבא הנכס לעולם²⁰³. אבל אם אינה יכולה להקנות לבנה דשלבל"ע²⁰⁴, וסב אינו יכול להקנות דשלבל"ע לנכדו²⁰⁵.

אבל אחרים אומרים שאין אדם יכול לתת לבנו דשלבל"ע²⁰⁶. דעה זו מתאימה לשיטת הפגם הקנייני, שכן פגם זה קיים גם בהקנאה לבנו²⁰⁷. גם לשיטת הפגם החוזי אפשר לומר שקירבת אב לבנו לא די בה ליצור גמירת דעת מספקת להקנות דשלבל"ע²⁰⁸.

שערי חיים, כתובות, סי' קא, אות ד, כותב שגם למבי"ט לא מועילה הקנאה "מעכשו" לבנו, כי אי אפשר שהקנין יחול מעכשו כי מעשה קנין אינו יכול לחול על מה שלא קיים, וכן אין מועילה הקנאת דשלבל"ע בשטר לבנו, כי שטר יכול לקנות רק אם יש למקנה כוח לעשות את השטר עכשו; ורק הקנאה סתם (בלי "מעכשו") מועילה, שאז הוא רוצה שהקנין יחול כשיבוא לעולם, ובזה אין חסרון בכוח הקנאה אלא חסרון בסמיכות דעת, ובמתנה לבנו יש סמיכות דעת. הוא מיישב בכך את קושיות שעה"מ על המבי"ט - עיי"ש.

טהרת המים, שיורי טהרה, מע' ד אות כז, מעלה ספק, אם אב ובן הקנו זה לזה דשלבל"ע, האם כמו שהבן יכול לחזור בו, גם האב יכול; או שמא האב אינו יכול, כי הוא יודע שאין דעת הבן קרובה אצל אביו, ומראש התכוון להקנות לבנו אף שידע שבנו יכול לחזור בו. וראה ליד ציון הערה 217, שיש אומרים שהקנאה הדדית של דשלבל"ע תקפה גם בסתם אדם.

שו"ת גור אריה יהודה יו"ד סי' נט (ס ע"א), כותב שגם לדעה זו, הקנאת דשלבל"ע לבנו מועילה רק אם מקצתו בעולם כגון עובר בהמה. הוא מיישב בזה את רשב"ם ב"ב ככד ע"א (ד"ה עד) שכתב שא"א להקנות דשלבל"ע במתנה, אף שהוא עוסק בהקנאה לבנו, ואת רמ"א, חו"מ, רנו, ז, הכותב שאדם לא יכול לתת לבניו דבר שאינו בידו - כוונתם לדבר שאינו בידו כלל.

¹⁹⁹ עבד המלך, הלכות מכירה, כב, י, אות כ. על סוגי מעשה הקנין, ראה בסעיף 6. שו"ת פני יצחק ח"א חו"מ סי' כה (רז ע"ד) (הובא בשו"ת יביע אומר, ח"ג, חו"מ, סי' ה, אות טז), כותב שגם במעמד קידושין אדם אינו יכול להקנות לבנו דשלבל"ע בלי מעשה קנין, אף שנכס רגיל נקנה אז בלי מעשה קנין (כאמור ליד ציון הערה 247), כי כאן יש תרתי לריעותא. הוא מיישב בזה את קושיית שעה"מ שם (ד"ה מיהו הא) וגור אריה יהודה שם (ס ע"ב) מרמב"ם הלכות זכיה, ו, יז, הפוסק שבמקרה כזה אין מועילה ההקנאה.

יש להעיר שכאן שמועילה הקנאת דשלבל"ע, וכן במצבים נוספים שנראה בהמשך שמועילה הקנאת דשלבל"ע, אין מועיל קנין סודר כי ההקנאה תחול רק כשיבוא הנכס לעולם ואז כבר חזר הסודר לבעליו (שמטעם זה אין תוקף להקנאה לאחר זמן בקנין סודר - ראה סעיף 4); וכן לא שייכת משיכה או חזקה שהרי הדבר אינו קיים; ומועילים רק קנין שטר או קנין כסף שמועילים גם בהקנאה לאחר זמן - ראה סעיף 4. שו"ת שואל ומשיב מהדו"ה סי' פא (פד ע"ד), כותב שבכל מצב שיכול להקנות דשלבל"ע, גם אם מת הנותן לפני שבא הנכס לעולם, אם עוד לא חזר בו, מועילה ההקנאה.

²⁰⁰ קנין תורה בשמעתתא, בראשית עמ' קסז.

בעמ' קסו נימק ע"פ הדין (ראה סעיף 5) שאפשר להתחייב בדשלבל"ע, והקנאת דשלבל"ע לבנו מועילה כהתחייבות, כי דעתו קרובה לבנו.

²⁰¹ מבי"ט שם; שארית יוסף שם.

²⁰² מבי"ט שם; מטה אפרים (ארדיט) הל' מכירה, כב, י, בדעת מהרי"ט המובא בשו"ת בני אהרן סי' נו, בסופו. לעומתם, ידות נדרים, סי' רכג, יד שאול, ס"ק א, דרכי איש (ארוואץ), דרוש יג (לה ע"ד), ושו"ת כתב סופר יו"ד סי' קנה, כותבים שאם המתנה לבן אחד פוגעת בשאר בניו, אין לה תוקף בדשלבל"ע גם לפי המבי"ט, כי לא שייך לומר שדעתו קרובה אצל זה יותר מאצל זה (הם מיישבים בזה קושייה של שעה"מ, מכירה, כב, י, על המבי"ט מבי"ב קכז ע"ב - עיי"ש). אבל שו"ת פני דוד (פאפו), חו"מ סי' יג (צד ע"ג), מעיר שמוכח מהמבי"ט עצמו שקנתה גם אם המתנה לבת פוגעת בשאר בניו, והוא מביא ראיה לכך מבי"ב קלח ע"ב - עיי"ש.

²⁰³ שער המלך, הלכות מכירה, כב, י (ד"ה ומיהו), בדעת המבי"ט; ערך השלחן, חו"מ, רי, ס"ק ב, בדעת המבי"ט.

²⁰⁴ שו"ת שואל ומשיב מהדו"ה סי' כו (כג ע"ב).

בענין זה יש סתירה במבי"ט: בח"ב, סי' קלז, עסק באשה שהקנתה לבתה דשלבל"ל, ופסק שהמתנה תקפה; ואילו בח"א סי' שלט כתב לענין אחר שאין דעת אב קרובה לבנה. על סתירה זו העיר ר"י אלגאזי בקהלת יעקב, לשון חכמים מע' א, סי' ז. בני חיי, אהע"ז סי' נא, מביא שמהר"ם בן חביב תירץ את סתירת המבי"ט, באופן שאף בח"ב לא התכוון לומר שיכולה להקנות לבנה דשלבל"ע, אלא שיכולה לתת לאחר דקל (לדוגמה) ולשייר לבנה פירות, ואז משיירת לו גם את מקום הפירות. אבל בני חיי כתב שאין תירוצו מספיק ליישב.

²⁰⁵ שער המלך, הלכות מכירה, כב, י (ד"ה ומן האמור). הוא מסתמך על הדין שסב אינו יכול להקנות לנכדו העובר (ראה סעיף 1א), מפני שאין דעת הסב קרובה לנכדו. הוא מוסיף שגם לדעה שסב יכול להקנות לנכדו העובר (ראה סעיף 1א), אדם אינו יכול להקנות לנינו העובר, וכן אינו יכול להקנות דשלבל"ע לנינו.

²⁰⁶ מהרי"ט, בתשובתו בשו"ת בני אהרן סי' נו; שו"ת ברית אברהם, חו"מ, סי' כ, אות יח, בדעת ר"א מונסון בשו"ת ר"י בסאן סי' יח, דף ט ע"ב (הכותב באופן כללי שא"א להקנות דשלבל"ע אף למי שדעתו קרובה אליו); כנה"ג, חו"מ, רט, הגה"ט אות כט, בדעת ר' פלטי המובא בעיטור המובא בב"י חו"מ, רט, ד; ר' יוסף דב כהן, "הצעת תקנה לירושת הבת בין הבנים", התורה והמדינה ב, עמ' יט, בדעת שער המלך הל' מכירה פכ"ב ובדעת כל הפוסקים חוץ מהמבי"ט; בית ישחק, הלכות מכירה, כב, י (קי ע"ד), בדעת יפה תואר, בראשית רבה פרשה נט סי' טו; שו"ת כתב סופר יו"ד סי' קנה, בדעת הרמב"ם; שו"ת גור אריה יהודה יו"ד סי' נט (ס ע"א).

שער המלך, הלכות מכירה, כב, י (ד"ה וראיתי להרב), כותב שזו גם דעת ריא"ז הסובר שהמזכה לעובר שלו לא קנה (ראה סעיף 1א), ואין אומרים שדעתו של אדם קרובה אצל בנו, ומכאן שלדעתו גם אין אדם מקנה דשלבל"ל לבנו. והוא כותב שלפי הרמב"ן שהמזכה לעובר שלו קנה דוקא בשכיב מרע (ראה סעיף 1א), גם הקנאת דשלבל"ל לבנו

(5) "לכשיבוא לעולם"

יש אומרים שהנותן דשלבל"ע, ואמר שהמקבל יזכה בו "לכשיבוא לעולם", המתנה תקפה²⁰⁹, מפני שכשבא הנכס לעולם, הקנין כבר יכול לחול²¹⁰. המתנה נקנית כשהדבר בא לעולם, ולכן היא תקפה רק באופנים המועילים במתנה שלאחר זמן²¹¹: בהקנת קרקע בשטר או בכסף, ובתנאי שהשטר או הכסף עדיין קיימים כשבא הדבר לעולם; אבל א"א לתת במתנה מטלטלין "לכשיבוא לעולם", משום שמטלטלין נקנים רק במשיכה או בחליפין וכשיבואו לעולם כבר כלתה המשיכה וחזר הסודר לבעליו, וגם קנין אגב לא מועיל, כפי שראינו²¹² שקנין אגב לא מועיל לנכסים שיהיו לו לעתיד²¹³, אלא אם כן עשה משיכה אחרי שהנכס בא לעולם²¹⁴.

אבל אחרים אומרים שגם כאן המתנה אינה תקפה²¹⁵, ואף שיש תוקף למתנה לאחר זמן כמו "אני מקנה לך לאחר ל' יום", כפי שנראה בסעיף 4, הרי בדבר שאינו בעולם בשעת הקניין יש חסרון גמירות דעת כיון שהענין ערטילאי.

מועילה רק בשכיב מרע. והוא מסביר שר' פלסטי שם סובר כריא"ז או כרמב"ן. אבל בית ישחק, הלכות מכירה, כב, י (קי ע"ב), מעיר שהעיסור עצמו (המביא את ר' פלסטי) סובר שמועילה מתנה לעובר שהוא בנו (ראה סעיף 1(א)). באנציקלית, ע' דבר שלא בא לעולם, הערה 12, צוינו ראשונים שעסקו בנותן מתנה לבנו, ובכל זאת כתבו שאין מועילה מתנה בדבר שלא בא לעולם: רמב"ם הלכות זכיה, ו, יז; שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סימן קו (לבנו); טור, אהע"ז, סי' נא; מהר"ם במרדכי ב"ב סי' תקפד וסי' תרטו.

שער נפתלי, שו"ת, סי' ג (לו ע"ג), מביא שר' צבי הירש מגלוגא כתב במסקנתו שדוקא מתנה לעובר שהוא בנו מועילה, מפני שהיה יכול לתת בדרך "קנה ע"מ להקנות" (ראה סעיף 1(א)), וזה לא שייך בדשלבל"ע.

שו"ת ברית אברהם, חו"מ, סי' כ, אות יא, וגור אריה יהודה שם (ס ע"ב), כותבים שהסיבה שנהגו לכתוב "שטר חצי זכר" לבת בלשון חוב (שהאב מתחייב לה סכום כגדול, אם אחיה לא יתנו לה חלק בירושה כחצי זכר), ולא במתנה ישירה של חלק בנכסים שיריש, היא כי אז לא היתה זוכה בנכסים שיבואו לעולם אחרי נתינת המתנה, מפני שאי אפשר להקנות דשלבל"ע אף לבתו, שלא כמב"ט. כמו כן, דברי גאונים כלל כד סי' יא, מדייק ממה שרמ"א, אהע"ז, קח, ג, כותב שאדם יכול להקנות לבתו בשטר חצי זכר נכסים שאינם ברשותו כי זה דרך הודאה, משמע שבדרך מתנה ישירה לא מועיל אף שהוא לבתו.

בית ישחק, הלכות מכירה, כב, י (קי ע"ג), כותב שאף המב"ט לא התכוון לומר שאדם יכול להקנות לבנו דשלבל"ע, אלא דיבר על שיו"ר (ראה בשמו בסעיף 4). כמו כן, ר' מרדכי הכהן, המובא בשו"ת מירא דכ"א, סי' ז (יד ע"א), כותב שהמב"ט מתכוון שיכול להקנות לבנו דשלבל"ע אם משייר מקום פירות, כלומר מקנה "דקל לפירותיו", ונמצא שאינו שונה מאדם רגיל.

²⁰⁷ קהלת יעקב מדות חכמים מע' ד אות סה (עמ' לג). הוא מסביר שלכן זה שונה מהקנאה לעובר שמועילה אם הוא בנו (שממנו לומד המב"ט - ראה הערה 198), כי שם החסרון הוא שאין גמירת דעת וזה כאסמכתא, ולכן בבנו קנה כי יש לו גמירת דעת. והוא מסביר בזה את תוס' כתובות ז ע"ב (ד"ה מכה) שכתבו שלר"נ הקנאת דשלבל"ע יותר גרועה מהקנאה לדשלבל"ע (כגון עובר). כמו כן, כתב סופר שם מסביר שהרמב"ם סובר שאין ללמוד מהקנאה לבנו העובר, כי לדעתו הקנאה לדשלבל"ע עדיפה מהקנאת דשלבל"ע.

²⁰⁸ גור אריה יהודה שם מנמק שייתכן שאינו נותן לו בלב שלם אלא מאיזה טעם הוצרך לתת לו, ודוקא מתנה לעובר שהוא בנו תקפה משום עדיין לא ראה אותו ובכל זאת נותן לו, וזו הוכחה שהוא מקנה בלב שלם. ובכלל הוא מנמק שאין בידינו לחדש אומדנא, שיש גמירת דעת במצב זה.

²⁰⁹ מרדכי ב"ב סי' תקעח וסי' תרג, בשם רשב"ם (הכוונה לפירוש הרשב"ם העיקרי, מדפוס פיזרו, ב"ב קלא ע"א); תרומת הדשן, שו"ת, סי' רע, בשם רשב"ם, ובדעת אור זרוע; ט"ז אהע"ז, קלב, ס"ק ב, בדעת רא"ש, יבמות פ"ה סי' ד, וטור, אהע"ז סי' קלב; אנציקלופדיה תלמודית, ע' דבר שלא בא לעולם, הערה 26, בדעת חידושי הרשב"א קידושין סג ע"א (ד"ה כגון).

ראה הערה ג, שחי' מהר"ט כתובות צא ע"ב, כותב בדעת ר"ת בתוס' כתובות צא ע"ב (ד"ה דזבנה), שלדעתו רק המקנה שדה מסוימת של אביו לכשימות אביו, קנה המקבל.

שו"ת ברית עולם (ולר), סי' סא אות ז, מקשה על דעה זו מקידושין סב (עיי"ש).

ט"ז שם מוכיח שזו דעת הרא"ש והטור, ממה שפסקו שהמזכה לעובר ואומר "לכשתלד" קנה. אבל אבני מילואים, לה, ס"ק יג, דוחה את ההשוואה, שהרא"ש וטור פסקו שמועיל "לכשתלד" רק במזכה לעובר משום שעובר נחשב קצת בא לעולם (ראה בשמו בסעיף 1(א)), אבל בשאר דבר שלא בא לעולם לא מועיל "לכשיהיה". על הקנאת עובר "לכשתלד" ראה הערה 146.

²¹⁰ שו"ת שואל ומשיב, מהדורא א, ח"א, סי' מה

²¹¹ ראה על כך סעיף 4.

²¹² ליד ציון הערה 118.

²¹³ שער המלך הלכות מכירה, כב, ה (עמ' שצז); המקנה, קידושין סב ע"ב (ד"ה ונראה לענ"ד).

²¹⁴ המקנה שם.

²¹⁵ מרדכי ב"ב סי' תקעח; חידושי הרשב"א קידושין סב ע"ב, בדעת רב האי גאון; תרומת הדשן, שו"ת, סי' רע, בשם ר"י, בהגהות אשרי, ב"ב פ"ט סי' ה; שער המלך הלכות מכירה, כב, ה (עמ' שצז), בדעת תוספות ב"מ טז ע"א (ד"ה קנויה), ובדעת תוס' יבמות צג ע"א (ד"ה קנויה); אנציקלופדיה תלמודית, ע' דבר שלא בא לעולם, הערה 27, בדעת חידושי הריטב"א, גיטין מה ע"א; קצות החושן, רי, ס"ק א.

קצות החושן, רט, ס"ק ז, מביא ראייה לדעה זו - עיי"ש.

המחלוקת מובאת ברמ"א, חו"מ, רט, ד, ובשו"ת ברית עולם (ולר), סי' כב.

עמדת ביניים היא שאם אמר למקבל: "לאחר שיבוא הדבר לעולם, משוך אותו וקנה אותו", קנה, כמו שנראה בסעיף 4, שהאומר לחברו "משוך חפץ זה אחרי ל' יום", ועשה כן, קנה; והנותן יכול לחזור בו לפני שבא הדבר לעולם (גם אם המקבל עשה מעשה קנין לפי שבא לעולם), אבל אינו יכול לחזור בו אחרי שבא לעולם והמקבל עשה מעשה קנין²¹⁶.

²¹⁶ דברי חיים (אורבך), דיני מכירה, סימן לג, ובספרו חידושי ר' חיים שבסוף ספר דברי משפט, סימן קכו, סעיף כ; שו"ת מנחת שלמה מהדורא תנינא סימן קלו אות ב. ראה בענין תפיסה, ליד ציון הערה 274, שנתבות המשפט כותב שבמקרה זה קנה בתור תפיסה. מנחת שלמה מוכיח כך, שהרי ברור שאם אמר למישהו שיאכל את הפירות שהדקל שלו יוציא והלך ואכל אותם, פטור מלשלם. והוא מסביר שמה שאמרו בב"מ סו ע"ב במקרה זה קנה רק בתור תפיסה, היינו במכר שבאותה שעה נגמר איזה תנאי שיש ביניהם אבל במתנה בלאו הכי קנה (ולא ברור ההבדל בין מכר למתנה; ובפשטות אפשר לומר שהחידוש של תפיסה הוצרך במצב שלא אמר לו לעשות קנין כשיבוא לעולם, שאז מעיקר הדין לא יכול לקנות אז).

נראה שפתח הבית (טיקטין, תק"פ) סי' לה (פו ע"ג-ע"ד, פז ע"א), מתכוון לומר דבר דומה: שקנה אם אמר הנותן "כשיבוא לעולם, קח אותו", והמקבל עושה קנין חדש כשיבוא לעולם, בלי להסתמך על הקנין שבתחילה, או שעשה קנין כסף או שטר והכסף והשטר עדיין קיימים. נראה לאור זה יוכל הנותן לחזור בו בינתיים כיון שנקנה רק כשבא לעולם. פתח הבית שם מדגיש שהקנייה כאן היא מכוח קניין חדש ואינה מכוח תפיסה, שבה נעסוק ליד ציון הערה 256.

המקנה, קידושין סב ע"ב (ד"ה ונראה לענ"ד), וקונטרס אחרון, מ, ה, כותב דבר דומה בדעת הרשב"ם (הערה 209): באומר "לכשיבוא לעולם", המקבל קנה רק אם עשה קנין אחרי שבא הדבר לעולם, כגון שמשך מיטלטלין, או שקנה קרקע בשטר והשטר עדיין קיים, ואף שלא היתה אמירה חדשה כשבא הדבר לעולם, קנה כיון שהנותן לא חזר בו בינתיים, ומניחים שהוא עדיין מסכים. על פי זה הוא כותב שגם לדעה זו, גוי המקדש אשה "לאחר שאתגיר", וכדומה, אינו מקודשת מפני שקידושין צריכים אמירה, והאמירה היתה לפני שבא הדבר לעולם, וכך גם בהקדש ובהפרשת תרומה. שו"ת שואל ומשיב, מהדורא א, ח"א, סי' מה, כותב שלפ"ז גם בשכ"מ ומצוה מחמת מיתה שמקנים באמירה, לא מועיל לומר "לכשיבוא לעולם".

אבל חזון איש, חו"מ, ליקוטים, סימן ט, אות יג (= חזון איש, הלכות קידושין, סימן נח, ס"ק ג), כותב שגם כאן לא קנה מפני שאין מועילה אמירה בדבר שלא בא לעולם לעשות קניין כשיבוא לעולם. גם אמרי בינה, חו"מ, דיני הלוואה, סוף סימן יג, כותב שלא קנה, מפני ש"לך ומשוך" הוא גילוי דעת שרוצה להקנות, ומועיל רק בשעה שבידו להקנות, אבל אם בשעה שמגלה דעתו לא היה בידו להקנות, הוא פטומי מילי בעלמא.

מחלוקת דומה היא לגבי הממנה שליח לתת בדשלב"ע במתנה למישהו, לכשיבוא לעולם: מנחת שלמה שם כותב שיכול לעשות שליח להקנות פירות דקל שלו כשיבוא לעולם, ואף שהכלל הוא שאדם אינו יכול למנות שליח לעשות דבר שהוא עצמו אינו יכול לעשות, זאת רק אם יש חסרון מצד הדין המעכב לעשותו, משא"כ כאן שהחסרון הוא משום שהדבר עדיין אינו בעולם. לעומת זאת, נתיבות המשפט, רמג ס"ק ו, כתב שאם אמר למישהו שכשיצמחו הפירות, יזכה בהם בשביל פלוני, לא זכה, משום שאין שליחות חלה בדשלב"ל. על שליחות בדשלב"ל ראה חוק לישראל, שליחות, עמ' 216.

(6) הקנאה הדדית

הקנאה הדדית של דשלבל"ע תקפה²¹⁷, כי נעדר כאן הפגם החוזי בדשלבל"ע - העדר גמ"ד אצל הקונה והנותן, שהרי כאן ההדדיות יוצרת גמירת דעת²¹⁸. ר' שלמה איגר הסביר באופן קצת שונה: הטעם שאין הקנאה מועילה בדשלבל"ע הוא שיש אומדנא שהנותן אינו גומר בלבו להקנות כי הוא חושב שהדבר לא יבוא לעולם, וזאת דוקא בנותן, שאינו ממחר כל כך לתת את חפצו לאחר, אבל המקבל גומר בדעתו לקבל כל שהוא; ובהקנאה הדדית, מתוך שכל אחד רוצה לקנות (כי לכך יש לו גמ"ד) הוא מוכן להקנות; ועוד, שכיון שבידו להרוויח ולקנות משהו, הוא שוקל את שכרו כנגד הפסדו, ומוכן לתת לאחר כדי לקבל, ואף שהקבלה בספק, שמא הדבר לא יבוא לעולם, הרי גם הנתינה בספק²¹⁹. כ"ש שאם ראובן מקנה לשמעון דבר שבא לעולם ושמעון מקנה לראובן דשלבל"ל, ששניהם קנו²²⁰. ההקנאה ההדדית מועילה גם אם בפועל לא הקנו זה לזה, אלא שראובן ושמעון עשו הסכם ביניהם לעשות אחד מהשניים לפי הנסיבות שיתבררו: או שראובן יתן מתנה לשמעון, או ששמעון יתן מתנה לראובן²²¹. ההקנאה ההדדית תקפה גם אם המקנה אינו קונה בעצמו, ולדוגמה, אם שמקנה לבתו דשלבל"ל, על מנת שיקנה לה בעלה דבר אחר, קנתה²²². אבל ההקנאה תקפה רק אם שתי ההקנאות נעשות במעשה קנין אחד ובשטר אחד²²³.

²¹⁷ ר' משולם, המובא בעיטור, שיתוף דף מב ע"א (הובא בהגהות מרדכי, ב"ב סי' תרסג [שהובא בשו"ת מהרי"ק, שורש כ, בב"י, חו"מ, סי' קעו, ד, וסי' רמא, מחודש א, בלחם שלמה (בולה), ה"ל קנין סודר, סי' צד (עג ע"ד), בשו"ת ויקרא אברהם (אדאדי) חו"מ סי' לט דף עג ע"ג, בשו"ת הרמ"א, סי' עח, אות ד, ובשו"ת שער אפרים, סי' קלג, ד"ה ובר מן דין, ובשו"ת פרח מטה אהרן, ח"א, סי' יג דף מ ע"א, וסי' יד, דף מא ע"ד), ובשו"ת מהרי"ק שורש קפב (הובא בשו"ת ר' יעקב לבית הלוי (מהד"י שצ"ב), סי' סח, דף קמד ע"ד); שו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' רעד; רמ"א, רט, ח (הובא בסי' העיקרים (איגר), ח"א, עמ' רפא ועמ' רצג, ובשו"ת אפרקסתא דעניא חלק א סימן נז, ד"ה והנה); פני האדמה (סוף פרי האדמה ח"ד), שמות דף נח ע"א, בשם מהרש"ח.

שו"ת מהריב"ל ח"ב סי' לח (הובא בגידולי תרומה על סי' התרומות שער מג ח"ד אות ו), מסביר ע"פ זה מדוע שו"ת הרא"ש כלל פד, סי' ו, קיים שטר מתנה שכתוב בו "ושאני עתיד לקנות" - שמדובר שם בהקנאה הדדית.

שו"ת גור אריה יהודה יו"ד סי' נט (ס ע"ב), כותב ע"פ דעה זו, שאפשר להקנות את העובר של בהמה מבכרת לגוי כדי שלא יעבור לכהן מדין בכורה - כיון שהוא רוצה לקנות את העובר לעצמו (שלא ילך לכהן), הוא מקנה לגוי חלק באותו עובר. הוא כותב (בדף ס ע"ג) שאם רצה לתת לכהן אלא שהקנה לגוי כדי להפקיע את קדושתו כדי שלא יבוא לידי תקלה, אינו מועיל, כי על זה אין אומדנא שמקנה בלב שלם, כי זה לא לטובת עצמו; והוא מסביר שעל כגון זה תוסי' בכורות ג ע"ב (ד"ה דקא) כתבו שהקנאת העובר אינה מועילה.

דעה חולקת: שו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' רעד, כותב שהרמב"ם, הלכות שלוחין, ד, ב, הרמב"ן והעיטור, סוברים שגם הקנאה הדדית של דשלבל"ע בטלה, שהרי כתבו שהתנאה בין שותפים על חלוקת רווחים עתידית ביניהם אינה תקפה. והוא כותב אפשר לטעון קי"ל כדעתם. גם שו"ת מהריב"ל חלק ב סי' לח, כותב שא"א לתת תוקף להקנאה, בגלל דעת הרמב"ם והרמב"ן. הוא כותב שגם הרמב"ד, הלכות שלוחין, ד, ב, שכתב שמועילה הסכם שותפות בדשלבל"ע משום שאדם יכול להקנות עצמו בקנין העבדים, סובר שאין תוקף למתנות הדדיות בדשלבל"ע כי לא שייך נימוק זה. גם בני אהרן סי' רמא (קכה ע"א), כותב שרמב"ם וראב"ד ה"ל שלוחין פ"ד חולקים על ר' משולם. גם שו"ת חתם סופר חו"מ סימן קפו, כותב שהרמב"ם ושו"ע חולקים על רבנו משולם. כמו כן, רמ"א, רט, ח, מציין שבשו"ע, חו"מ, קעו, ג, הובאה דעה חולקת - היא דעת הרמב"ם הנ"ל. ע"י גם שו"ת פרח מטה אהרן, ח"א, סי' יג (מ ע"א-ע"ד), וסי' יד (מא ע"ד-מב ע"ב) הדין בקנייני שותפים לפי עקרון זה. לא נעסוק כאן בדין שותפות בדשלבל"ע. שו"ת דברי חיים חו"מ חלק ב סי' כו (ד"ה והנה אני), כותב שמי שסובר שלא מועילה הקנאה הדדית של דשלבל"ע בשותפים טעמו שהוא סובר שאינם גומרים ומקנים.

שו"ת שמחת יהודה סי' פה, מוכיח גם ממה שהרמב"ם אומר שלא מועילה הקנאת דשלבל"ע בשעת קידושין (ליד ציון הערה 250), אף שיש שם הנאה ממה שמתחתנים זה עם זה (כתובות קב ע"ב), מוכח שסובר שלא מועילה הנאה כזאת בדשלבל"ע וא"כ גם ההנאה מהקנאה הדדית לא תועיל.

אבל גור אריה יהודה שם (ס ע"ב) כותב שדוקא לגבי שותפות כתב שו"ע שא"א ליצור שותפות בדשלבל"ע כי א"א להקנותו, משום שבשותפות אין נזק ורווח ברורים, ואולי כל שותף סומך יותר על דשלבל"ע שלו יותר מעל של חברו, ולכן אינו גומר בדעתו להקנות.

ראה גם הערה 198, שטהרת מים פשוט לו שאין תוקף להקנאה הדדית.

המחלוקת מובאת בשו"ת מהר"ם שיק חו"מ סי' כז, ובשו"ת באר דוד (פרנקל) סימן לג (ד"ה ואפילו אם).

²¹⁸ יד המלך, הלכות אישות, ז, טו; לחם שלמה (בולה), ה"ל קנין סודר, סי' צד (עג ע"ד). על הטעם של חוסר גמירת דעת, ראה ליד ציון הערה 109.

²¹⁹ סי' העיקרים (איגר), ח"א, עמ' רפב. הוא מביא ראייה לנקודה שהקונה גומר בדעתו (שהוא חוזר עליה בעמ' ש), ממה שבכל המקומות בתלמוד נאמר "אין אדם מקנה דשלבל"ע ולא "אין אדם קונה".

²²⁰ שו"ת חתם סופר חו"מ סימן קפו.

²²¹ כך הוא בנידונו של ר' משולם, בהערה 217 - שאחים שהתנו יחד בקנין, שאם אחותם תתן לאחד מהם מתנה, יחלקו אותו בשווה.

²²² שו"ת חתם סופר חו"מ סימן קפו. הוא משווה זאת ל"תן מנה לפלוני ואקדש אני לו" (קידושין ז ע"א).

²²³ שו"ת חתם סופר חו"מ סימן קפו.

מי שנשבע לתת דשלבליע, חייב לקיים את שבועתו²²⁴, ובית הדין כופה עליו לקיימה²²⁵. אבל החפץ אינו נקנה למקבל, כי קנין לא יכול לחול על דשלבליע²²⁶, כגישת הפגם הקנייני, וגם הפגם החוזי בדבר שלא בא

²²⁴ שו"ת הרא"ש כלל ח סי' יח; שו"ת הריב"ש סי' עא, סי' שלה וסי' שמא (הובא בשו"ת מהריב"ל חלק א סימן עח (עו), חלק ב סי' לח, וחלק ג סימן כח [שהובא בשו"ת דרכי נועם חושן משפט סימן טז (ד"ה מ"מ עדיין)], בשו"ת הרמ"א, סי' עח, בשו"ת המב"ט חלק א סי' עח, בשו"ת מהרש"ך חלק א סי' ס, בשו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' רצ, בשו"ת מעשה חייא סי' ט (עמ' 372), בשו"ת דברי ריבות סי' עד, בשו"ת מהר"ם די בוטון, סי' ל, דף נו ע"א, באמרי שפר (פרימו), פרשת וישלח, דף יב ע"א, בשו"ת משפט וצדקה ביעקב ח"א סי' ו, דף כא ע"ג, ובשו"ת שער יהושע סי' ח, עמ' לה, וסי' לו, עמ' קלג-קלד; רמ"א, חו"מ רט, ד; שו"ת בעי חיי חו"מ ח"א סי' רט (רנט ע"ג); כ"מ, הלכות מכירה כג, ז (על מכר) (הובא ע"י ר' אברהם מונסון, בשו"ת ר' יחיאל באסן סי' יח, דף ט ע"ג); שו"ת מהרי"ט ח"א סי' ס וחי"ב יו"ד סי' כא; ר' יוסף מאיר מרגליות, "מסחר וקנין במצוות ועבירות", ס' יובל הפרדס (תשי"א), עמ' 155 (גם על מכירת הבכורה ליעקב).

דעה חולקת: שו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' קנד, מביא מי שאומר (לאו דוקא בדשלבליע) שכיון שאין הקנין מועיל, גם השבועה אינה חלה, כיון שהשבועה נועדה רק לחזק את הקנין; והוא דוחה את דבריו מכוח הריב"ש. לחם שלמה (בולח), ה' קנין סודר, סי' צד (ע"ג), כותב שמהרשד"ם מתכוון לר' שמואל עטיאה, המובא בשו"ת המב"ט חלק א סי' עח, האומר שהמתחייב באסמכתא ונשבע על כך, אינו חייב לקיים את השבועה, כיון שהשבועה נועדה לזרז את הפרעון, וכיון שהוא פטור מלפרוע, נתבטלה השבועה.

כמו כן, שו"ת דברי ריבות סי' שיט, עוסק במי שמקנה דבר שעדיין לא נכנס לבעלותו, וכותב שגם אם נשבע, פטור, כי השבועה תלויה בפרעון, ונועדה לזרזו במקום שיש חיוב מן הדין, אבל במקום שאין פרעון אין שבועה. והוא כותב שזו דעת הריב"ש שם.

שו"ת שער יהושע סי' לו, עמ' קלד, כותב שא"א לטעון קי"ל כדעה זו, כי דברי ריבות הוא יחיד, ועוד ששבועה היא חמורה.

²²⁵ שו"ת הריב"ש סי' עא וסי' שלה (ע"י נידוי אם לא יקיים) (הובא בשו"ת מהריב"ל חלק ב סי' לח, ובשו"ת מעשה חייא סי' ט, עמ' 372).

²²⁶ שו"ת הריב"ש סי' עא, סי' שכח (הובא בשו"ת המב"ט חלק א סי' עח, בשו"ת שער יהושע סי' לו, עמ' קלג-קלד, בשו"ת דברי ריבות סי' עד, בשו"ת מעשה חייא סי' ט (עמ' 372), בשו"ת משיב דבר חלק ג סי' יד, ובבית אהרן וישראל גל' עב עמ' קח) וסי' שלה (הובא בשו"ת מהריב"ל חלק ב סי' לח) וסי' שמא; רמ"א, חו"מ רט, ד; סמ"ע, רז, ס"ק נג; אור החיים בראשית כה, לג; שו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' כח; דברי אמת (בכר דוד) דרוש יא (כד ע"ד בדפוס הלבשרטאט) (שכך פסקו האחרונים); שו"ת משפט וצדקה ביעקב ח"א סי' ו (כא ע"ד).

הבחנה: ס' העיקרים (איג"ר), ח"א, עמ' רצג, כותב שאם נשבע "לקיים את המקח", כלומר לא נשבע על החפץ שיהיה קנוי, אלא נשבע על עצמו שיקיים, שיתן את החפץ למקבל, לא חל קנין, כי השבועה מלמדת רק שהסכים לתת את החפץ, ולא מלמדת שהסכים שהחפץ יהיה קנוי למקבל, ולעומת זאת, הקנין היה על החפץ ולא על האדם, שהרי אילו היה חיוב על האדם, היה חייב לתת גם בלי שבועה, שהרי מועילה התחייבות בדשלבליע (ראה סעיף 5), ולכן אם אינו נותן, עובר על שבועתו, אבל אין ב"ד מוציאים מידו כיון שהמקבל לא קנה, ואם נשאל לחכם על שבועתו או מת, אין אפילו חיוב מצד השבועה; ואילו אם נשבע **שהחפץ יהיה קנוי**, הדבר מראה שגמר בדעתו להקנות, וחל קנין, שהרי אם החפץ לא יהיה קנוי, יעבור משום שבועת שוא, כמו שכתב רמב"ם, הלכות שבועות, ה, ב-ג, ולכן מניחים שהוא גומר בדעתו להקנות כדי שלא יעבור, ואז גם אם לא יתן, לא עבר משום שבועת שוא שהרי נשבע רק שיהיה קנוי והרי הוא קנוי, אלא שהוא גולן ואינו נותן לו, וגם אם יישאל לחכם על שבועתו או ימות, מוציאים ממנו, כיון שגמר בדעתו להקנות.

דעה חולקת: ר' יעקב בעל הטורים, בפירושו על בראשית כה, לא, בשם הרא"ש, ורב יוסף גאון, בתשובות הגאונים (סוף שו"ת הרי"ף, מהד' בלגורייא תרצ"ה), סי' ד, כותבים שהמקנה דשלבליע, ונשבע על ההקנאה, ההקנאה חלה, מעבר לחיוב קיום השבועה; ומסבירים בכך אין חלה מכירת הבכורה ליעקב. לחם שלמה (בולח), ה' קנין סודר, סי' צד (ע"ד), דוחה את הראיה ממכירת הבכורה, שיתכן שהשבועה אינה עושה קנין, אבל הנשבע חייב לקיימה, וזה הספיק ליעקב. הוא מנמק דעה זו (גם בדף עה ע"א), שהטעם שא"א להקנות דשלבליע הוא שאין גמירות דעת (כטעם ליד ציון הערה 109), והשבועה יוצרת אצלו גמירת דעת.

דברי אמת (בכר דוד) דרוש יא (כד ע"ד בדפוס הלבשרטאט), מדייק מהרי"ף המובא בס' התרומות שער מב, חלק ז, אות ב, שהשבועה יוצרת קנין, שהרי כתב "ולא בעי קנין משום חומרא דשבועה" (זה כנראה ציטוט מתשובת רב יוסף גאון שם).

שו"ת שואל ומשיב מהדורא תליתאה חלק ב סי' קסג, כותב שמשתי תשובות הרא"ש עולה בפשטות שהקנין קיים ע"י השבועה (נראה שכוונתו לשו"ת הרא"ש כלל ח סי' יח, וכלל עב סי' א, שהביא שו"ת הריב"ש סי' שלה), והוא מנמק, שיש לנותן גמירות דעת להקנות, כי הוא רוצה בכל לבו שהמקבל יקנה כדי שלא יעבור על השבועה. והוא מעלה אפשרות שאילו ראה הריב"ש את דברי הטור על התורה, היה מודה לו, ולכן הוא מסופק איך לפסוק למעשה.

גם שו"ת שי למורא סי' כז (הובא בחקרי לב חו"מ ח"א סי' קכה, דף רג ע"ד), מנמק את דעת הרא"ש, שהחסרון בדשלבליע הוא שלא גמר דעתו (כגישת הפגם החוזי, ליד ציון הערה 109), וכשנשבע, גמר דעתו, ולכן חל קנין.

לחם שלמה (בולח), ה' קנין סודר, סי' צד (ע"ד ע"ה-ע"א), כותב ששו"ת מהרשד"ם חו"מ, סי' רעד, מבין שמהר"ם המובא במדרכי ב"ק סי' מה, האומר שהשבועה יוצרת קנין באסמכתא, סובר כך גם בדשלבליע; ואילו משו"ת המב"ט ח"א סי' עח, ומשפט צדק ח"ב סי' עט, הוא מדייק שהם הבינו שלמהר"ם שבועה אינה יוצרת קנין, אלא רק חיוב לקיים את השבועה. אבל נראה שגם מהרשד"ם שם מתכוון לומר שלמהר"ם חייב מכח השבועה, ולא שנוצר קנין, והוא מתכוון להוציא מהדעה (שהובאה בהערה 224) שפטור אף מהשבועה כיון שהקנין בטל. לחם שלמה (ע"ה ע"ה-ע"ב) נוטה לומר שאפשר לומר קי"ל כדעה ששבועה יוצרת קנין בדשלבליע, אף שרוב הפוסקים סוברים להיפך.

שי למורא, על טור, סי' קכט (קטו ע"א) כותב שלפי מהר"ם שם, השבועה יוצרת קנין בדשלבליע. והוא מדייק (בדף קטז ע"א) משו"ת חזה התנופה סי' מג (הובא בב"י, חו"מ, ס, א), הכותב שראובן שנשבע לתת דשלבליע לשמעון,

לעולם, שלא סמכה דעת הקונה²²⁷, קיים כאן, כי שבועה אינה יוצרת סמכות דעת²²⁸. לכן אין ב"ד גובים מנכסיו²²⁹, ואם מת או שנשאל לחכם על שבועתו, אין הקנין קיים²³⁰, וכן אם מת המקבל, הנותן אינו חייב לתת ליורשיו, כי שבועתו היתה רק לתת למקבל עצמו²³¹.

(8) "כסף מנכסי"

האומר: "הריני נותן כך וכך כסף לפלוני מנכסי", או "משלי", גם אם לא היו לו מטבעות באותו זמן, הרי אם היו לו אז קרקע או מטלטלין, מפרשים שהתכוון לתת לו קרקע או מיטלטלין בשווי סכום זה, והם קנויים למקבל²³².

מאותה שעה זכה בו שמעון מעכשו ולכשיבוא - מכאן שהרא"ש סובר ששבועה בדשלבליע יוצרת קנין, שהרי חזה התנופה הוא קיצור של שו"ת הרא"ש.

המחלוקת מובאת בשו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' לד, ובשו"ת שי למורא סי' לא.
ראה ליד ציון הערה 109.²²⁷

אור החיים שם.²²⁸

שו"ת הריב"ש, סי' שלה (הובא בשו"ת מהריב"ל חלק ב סי' לח, ובשו"ת מעשה חייא סי' ט, עמ' 372).²²⁹

שו"ת הריב"ש, סי' עא וסי' שלה (הובא בשו"ת הרמ"א, סי' מח, ד"ה והנה בנדון, בשו"ת מהריב"ל חלק ב סי' לח, בשו"ת מעשה חייא סי' ט (עמ' 372), ועיי' ר' חסדאי פרחיא, בשו"ת פרח מטה אהרן, ח"א, סי' ח דף כה ע"א); רמ"א, חו"מ רט, ד; שו"ת ראנ"ח סי' קג (אם מת).²³⁰

שו"ת משפט וצדקה ביעקב ח"א סי' ו (כא ע"ד). בשאלה האם "לך" משמעו גם "ליורשיך", ראה סעיף 4 וסעיף 5.²³¹
שו"ת הרשב"א חלק א, סי' אלף נה, חלק ב סי' שכו וסי' תה, וחלק ד סי' קכט (הובא בב"י, חו"מ, ס, יב, ובס' ההתחייבות, עמ' 90-92); שו"ת מהרי"ק, שורש צד, ענף ו; שו"ת מהרש"ך חלק ב סי' ט (הובא בשו"ת בעי חיי, חו"מ, ח"א, סי' קסה) ("כך וכך כסף ממיטב נכסיו"); שו"ת מהריט"ץ, סי' ח (ד"ה הגם); שו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סי' כט (ד"ה אהנו) וסי' לו (ד"ה הגם הלום).²³²

מהרש"ך מסתמך על שו"ת הריטב"א, סי' מא (הובא בב"י, חו"מ, סי' ס), שכתב שהאומר "מנה בנכסי" זה דבר מסוים וקנה מקבל המתנה, וכאן הוא כאומר "מנה בנכסיו", ויפה כחו, שיתנם ממיטב נכסיו. אבל שו"ת בני אהרן, סי' עז (פו ע"ב), מעלה אפשרות לפרש את הריטב"א באופן אחר, עיי"ש. והוא כותב שאף שהרשב"א כתב ש"משלי" הוא כמו "מנכסי", "יש לו" אינו כמו "משלי".

מהריט"ץ שם מסתמך על מה שכתב הרמב"ם הלכות זכיה יא, כב, שהאומר "נתנו 400 זוז מהיין של מקום פלוני לפלוני", יטול מדמי היין 400 זוז, כי הוא התכוון לכסף, וגם "כך וכך מנכסי" משמעותו סכום זה מכל נכס שימצא. ראה סעיף 6 ליד ציון הערה [58] ולהלן ליד ציון הערה 401, נפקויות נוספות מכך ש"מטבע מנכסי" משמעותו שווי ולא מטבע ממש.

הרשב"א, חלק ב שם, כותב שאם אמר שהוא מקנה לו בקנין אגב, יכול המקבל לגבות מהמיטלטלין בשווי סכום זה, כי הם נקנים בקנין אגב, אבל לא מן הקרקעות או מן העבדים, שהרי א"א להקנותם אגב קרקע.

כמו כן, שו"ת לחם רב, סי' קצב, כותב בתחילה שאם כתוב בשטר שהוא נתן "ממיטב נכסיו", המתנה קיימת, כי הרשב"א שם כתב ש"מנכסי" משמעותו "בשוה". אבל אח"כ הוא כותב (והובא בגינת ורדים חו"מ כלל ה סי' ג, דף קכח ע"א) שכיון שהטור (הערה 113) פוסק שבסתם מתנה חוששים שהנכסים שהיו בשעת המתנה הלכו והנכסים שבידו עכשו הם נכסים אחרים והמתנה בטלה, וא"כ נאמר גם כאן שייתכן שאלו שבידו עכשו הם נכסים אחרים ולא עליהם אמר "מנכסי".

שו"ת הריב"ש סי' שמה, עמ' תנו-תנו (הובא בשו"ת בני אהרן, סי' עז, דף פו ע"א), כותב שגם אם כתוב "נתתי מעות כך וכך שיהיה מנכסי", אפשר לפרש שאינו על מטבעות ידועים, שאז המתנה בטלה כי לא באו לעולם, אלא זה שעבוד ששעבד את נכסיו בקנין אגב לגבות מהם את הסך הזה, והרי מועיל שעבוד על נכס שלא בא לעולם, אלא שכיון שלא היה חייב למקבל את הסכום הזה, אלא הוא נותנו לו משלו, כתב "נתתי", והכוונה היא שהוא משעבד לו את נכסיו אגב ארבע אמות קרקע, ואדם יכול לשעבד אגב קרקע גם מטלטלין שאינם ברשותו בשעבוד "דאיקני", וכ"ש שיכול לשעבד מטלטלין אגב מתנת קרקע. דעתו שונה מדעת הרשב"א: הרשב"א כתב שזו מתנה של מטלטלין או קרקע בשווי סכום זה, ואילו הריב"ש אומר שהוא "משעבד" את נכסיו לאותו סכום, ובעצם, זו התחייבות; ונפקא מינה, שלריב"ש חייב גם אם אין לו שום נכסים אחרים, משא"כ לרשב"א. שו"ת לחם רב, סי' קצב, תמה על הריב"ש, מדוע לא כתב כרשב"א שהכוונה לשווה ערך זה בנכסיו.

הריב"ש שם מנמק שכדי שלא לבטל את השטר, מפרשים שזאת לא מתנה אלא שיעבד את נכסיו לכך, ועדיף לפרש כך כי אם נפרש שזו מתנה, יבטל השטר ואין אומרים "יד בעל השטר על התחתונה" אם עיי' יבטל השטר. ר"ח שבת, בשו"ת משפט צדק, ח"ב, סי' י (כד ע"ד), מקשה על הריב"ש, הרי כתב שו"ת הרי"ף (בילגוריי) סי' קסח, על שטר שכתוב בו "נתתי לו מאה זהובים ושיעבדתי לו כל נכסי בזהובים אלו", שאם לא היו ברשותו בשעת הקנין, לא קנה המקבל (ראה על כך בסעיף 6)? הוא מיישב, ששם כתוב עם ו' החיבור "ושעבדתי", שמשמע שיש שני דברים נפרדים - הנתנה והשעבוד, משא"כ במקרה של הריב"ש שאפשר לפרש שהכל עניין אחד, שעבוד נכסים. נראה שהריב"ש כתב כך רק אם כתוב "מנכסי", שאפשר לפרש ככוונה לשעבד נכסים לכך, אבל האומר סתם "אני נותן כך וכך כסף", ואין כסף בידו, המתנה בטלה, ואין אומרים שהתכוון לשעבוד או להתחייבות, כי אין לכך משמעות בלשונו בכלל, אף שעיי' כך מתבטל השטר.

הבחנות שונות: שו"ת מירא דכיא, סי' ז (יד ע"ב), כותב שהרשב"א דיבר רק במי שאמר "כך וכך מנכסי", שבוזה שהוסיף "מנכסי" מחזק את כוח המקבל ומשעבד את כל נכסיו לסכום הזה, משא"כ אם אמר "כך וכך כסף מהעזבון שיימצא אחר פטירת", שאם לא ימצא אין שום שעבוד לאותו סכום, ולכן במקרה של שו"ת מעשה חייא, סי' ט, שהנותן ציווה לתת כל נכסיו יישארו, לא חל שום שעבוד כי ייתכן שלא יישאר כלום, ואין הוכחה שהנותן רוצה לתת בכל אופן סכום מסוים (נקודה זו הובאה בשו"ת פני דוד (פאפו), ליקוטים, דף קמג ע"ד). אבל הוא כותב שאם אמר "כך וכך כסף לצורך הנישואין מהעזבון", כוונתו לתת לצורך הנישואין, וא"כ מה שאמר אח"כ "מהעזבון" הוא לחזק את כוחו של המקבל, שמכל העזבון יהיה פירונו. הוא כותב שאם אמר "גוף מהיום", אין מפרשים שהתכוון לומר

אבל אם אמר שהוא נותן לחברו כך וכך כסף, ולא היה בידו אז סכום זה, גם אם היו לו נכסים בשווי זה, אין חברו זוכה במאומה, ואין אומרים שהתכוון לומר שהוא נותן לו נכסים בשווי זה²³³, וגם אין אומרים שהתכוון לתת את דמי נכסיו לכשיימכרו²³⁴.

(9) לשון חיזוק בשטר

הנותן דשלבל"ע וכתב בשטר המתנה שהוא נותן "כתקנת חז"ל", מפרשים שנתן לו באופן המועיל, היינו גוף לפירותיו²³⁵, שהרי הודה שנתן לו באופן שחז"ל קבעו שהוא מועיל²³⁶. כמו כן, אם נכתב בשטר המתנה שהנותן אמר לעדים "היו עלי עדים וכתבו בכל לשון של זכות ויפוי כח", קנה, כיון שהנותן ציווה שיכתבו בלשון שתחזק את כוחו של המקבל, והרי התחייבות מועילה בדבר שלא בא לעולם, כגון: "חייבתי את עצמי מעכשו ונתתי כך וכך", כפי שנראה בסעיף 5, ונמצא שהעדים (או הסופר) טעו בכך שלא כתבו כך²³⁷.

(10) כדי להימנע מאיסור

אף שעובר הוא דשלבל"ע²³⁸, מועילה הקנאת עובר בכור לגוי כדי לפטור אותו מבכורה²³⁹, גם אם עוד לא הוכר העובר²⁴⁰, מפני שברור שהמקנה גומר בדעתו להקנות כדי לפטור מבכורה, כך שנעדר כאן הפגם החוזי

שימכרו מנכסיו ויתנו סכום זה, שאז זה דשלבל"ע, שהרי אם כן לא היה מזכיר את הגוף, אלא מפרשים שהוא משעבד נכסיו לשווי הסכום שנתן, כדי לחזק את כוחו של המקבל, וכוונתו שגוף הנכסים משועבדים מהיום.

ר' יוסף הלוי, בשו"ת גינת ורדים חו"מ כלל ה סי' ג (קצו ע"ד), כותב שאם אמר "כך וכך כסף מן הקרן או מן הרווח מהנכסים שהנחתי ביד אחי", לא מפרשים שכוונתו לשווה כסף (שאו המתנה תקפה גם אם לא היה לו כסף אז) כי לשון זו מוכיחה שהכוונה היתה למטבעות שהיו ביד אחיו, שהרי קרן ורווח שייך רק במטבעות.

דעה חולקת: ר' יוסף הלוי (בדף קכח ע"א) לומד ממה שכתבו ר"ן על הרי"ף, גיטין ה ע"ב (בדפי הרי"ף), ושבועות יט ע"א (בדפי הרי"ף), ושו"ע, חו"מ, רנג, יט, שהאומר "הריני נותן מנה לפלוני מנכסי", משמעותו מנה ממש, ואם אבד, הפסיד המקבל, מפני ש"מנכסי" אין משמעותו שווה כסף, אלא "משלי" (ראה ליד ציון הערה 401) - מכאן שאם לא היה בידו כסף בשעת נתינת המתנה, המתנה בטלה.

²³³ שו"ת הרשב"א ח"ב סי' שכו, ח"ד סי' קכט (הובא בב"י, ס, יב), והמיוחסות סי' סב (הובא בב"י, חו"מ, רנג, מחודש ח), וחי' הרשב"א שבועות לט ע"ב.

²³⁴ שו"ת מהרי"ק שורש צד, ענף ו (הובא בשו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סי' לו, ד"ה הגם הלום); שו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סי' כט (ד"ה אהנו). מהרי"ק כותב שהדין כך גם לפי תוס' (הערה 177) שכתבו שאם נתן "דמי יין", מפרשים שהתכוון להקנות את היין לדמיו.

²³⁵ שמועיל, כאמור ליד ציון הערה 157.

²³⁶ רבינו ברוך, במרדכי ב"ב סי' תריז (הובא בשו"ת הרדב"ז חלק ד סימן אלף שכג (רנב), ובשו"ת בני שמואל, סי' יג); רמ"א, חו"מ, ריב, א. ראה על כך בסעיף 6, בענין לשון זכות בשטר ראה.

הבחנות שונות: שו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' רעא, כותב שרק אם לא נזכר דבר אחר בשטר, מוכרחים לומר שעדי השטר מעידים שהקנאת הדשלבל"ע נעשתה כתקנת חז"ל, שהקנה גוף לפירותיו, אבל אם יש דבר אחר בשטר, כגון מתנה אחרת, אולי העדים התכוונו לומר שהדבר האחר נעשה כתקנת חז"ל, ולא התכוונו לאופן הקנאת הדשלבל"ע, וייתכן שהקנאת הדשלבל"ע נעשתה באופן שאינו מועיל.

נתיבות המשפט, רז סי' יח (הובא בפסקי דין רבניים חלק ה עמ' 265), כותב שגם אם נכתב בשטר שנעשה באופן המועיל, הרי אם המקבל מודה שנעשה באופן מסוים, ואופן זה אינו מועיל לדבר שלא בא לעולם, לא קנה, כי מניחים שהנותן טעה וחשב שהקנין נעשה מועיל בדבר שלא בא לעולם, וגם העדים נאמנים לומר שטעו וחשבו שהוא מועיל.

דעה חולקת: שו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' רעא (הובא בשו"ת פרח מטה אהרן ח"א סי' ט דף כח ע"ב), ושו"ת עין משפט (הלוי) חו"מ סי' ה (ו ע"א), כותבים שר' שמחה המובא במרדכי שם חולק על רבינו ברוך, ור' שמחה מעלה אפשרות שאפילו אמרו העדים שהקנה גוף לפירותיו, אינם נאמנים כיון שאין זה כתוב בשטר. מהרשד"ם כותב שאף ר' ברוך לא סובר שדי בטעם זה בלבד, אלא הסתמך על טעם נוסף שהיה בנידונו לומר שהמתנה תקפה - עיי"ש. מהרשד"ם מסתפק כמי הלכה.

שו"ת מעשה חייא סי' ט (עמ' 373), כותב שבמתנת דשלבל"ע, שאין דרך לחז"ל להקנותו, לא מועיל לכתוב "כתיקון חז"ל". שו"ת משאת משה חו"מ סי' ה (כג ע"א-ע"ב), מקשה עליו הרי מועילה התחייבות בדשלבל"ע?

שו"ת פני משה ח"א סי' סו (קס ע"ב) כותב ששו"ת הראנ"ח סי' עז סובר שאחרים חולקים על רבנו ברוך.

²³⁷ ר"מ מלמד, בשו"ת משפט צדק, ח"ב, סי' י (כב ע"ב), ורי"ח שבתי, שם (כד ע"ג).

ר"מ מלמד שם (בדף כב ע"ד) מסביר בכך את מש"כ שו"ת הרא"ש כלל פד, סי' ו, שמועילה מתנה של מה שעתיד הנותן לקנות - כי בנידונו נכתב בשטר "היו עלי עדים וכתבו בכל לשון של זכות ויפוי כח". אך הוא מעיר שזה דחוק.

דעה חולקת: שו"ת לחם רב, סי' קצג, כותב שגם אם כתוב בתחלת השטר "כתבו בכל לשון של זכות ויפוי כח", לא מועיל אם הנכסים לא היו ברשותו בשעת המתנה, כי כאן אין דרך שהסופר היה יכול לכתוב באופן שהמתנה תהיה תקפה (כנראה הוא סובר שאין מתחשבים בכך שהיה יכול לכתוב בלשון חיוב, כי זאת התחייבות ולא הקנאה). ראה על כך בסעיף 6. וראה שם, שלחם רב עושה הבחנה בין כסף לבין נכסים.

²³⁸ כאמור ליד ציון הערה 146.

²³⁹ תוס' ע"ז ע"א ע"א (ד"ה רב אשי); תרומת הדשן, פסקים וכתבים, סי' קל.

שו"ת גור אריה יהודה יו"ד סי' נט (ס ע"ג-ע"ד) כותב ששו"ע יו"ד שכ, ו, אוסר הקנאה זו לכתחילה מפני שזו הפקעה מכהן, אבל מסכים שבדיעבד מועיל.

²⁴⁰ שו"ת כתב סופר יו"ד סי' קנה.

של חוסר גמירת דעת²⁴¹. נימוק קצת שונה הוא שהיות שיש אומדנא שהוא רוצה שהגוי יקנה את העובר כדי שייפטר מהבכורה, רואים כאילו אומר "קנה את הבהמה לעוברת", שמועיל²⁴². נימוק זה טוב גם לשיטת הפגם הקנייני, כי גם היא מסכימה שגמירת דעת יכולה לרפא את הפגם הקנייני בעקיפין כאמור.

כמו כן, המקנה חמץ לגוי לפני פסח, הגוי קנה גם חמץ שהיהודי עתיד לקנות, כיון שברור לנו שהוא מקנה בלב שלם כדי להימנע מאיסור חמץ²⁴³.

(11) שונות

זכות שבועדאי תבוא: אפשר להקנות זכות או רשות לעשות משהו, כגון הזכיון הממשלתי שנותן בלעדיות על ייצור יי"ש ("אורנדאי"), אף שלא בא לעולם, שמוכרים את היי"ש בזמן שאינו ברשותם, מפני שדוקא בדבר מוחשי שלבלי"ע לא חל קנין, כי סופו לבוא לעולם ואין צורך שיחול בו קנין לפני שבא לעולם, אבל בזכות שאין בה ממש, לעולם לא יהיה בה ממש, ולכן מוכרחים לומר שיחול בה קנין; אבל זאת דווקא בזכות שבועדאי תבוא לידו²⁴⁴.

ירושה עתידית מסוימת: יש אומרים שאדם יכול להקנות דבר מסוים ששייך לאביו, כי הירושה תגיע אליו מעצמה, אלא שאינו יכול להקנות באופן כללי כל מה שיירש מאביו, כיון שצריך להגדיר את מה הוא נותן²⁴⁵. אבל אחרים אומרים שגם דבר מסוים שיירש נחשב דלשלבלי"ע שא"א להקנות²⁴⁶.

²⁴¹ שו"ת מהר"ם מינץ סימן לה (ד"ה וע"ק על א"ז) (בדעת אור זרוע); שו"ת כתב סופר יו"ד סי' קנה; שו"ת גור אריה יהודה יו"ד סי' נח (נח ע"ב), סי' נט (ס ע"ב), וסי' ס (סא ע"א); עצי לבונה, יו"ד, שכ, ו (ק"ט ע"ד) (בשם מהרי"ל תאומים, שהוא מחבר גור אריה יהודה); הלכה רבה, חלק ב, הלכה שפג, עמ' 149. גור אריה יהודה סי' נח והלכה רבה מוסיפים שכל הקנאת דלשלבלי"ע מועילה אם אנו סהדי שגומר ומקנה. אבל גור אריה יהודה סי' נח כותב שלרמב"ן שהמקנה לעובר שהוא בנו קונה רק מדרבנן (ראה סעיף 1(א)), הרי שהדין שהקנאת דלשלבלי"ע מועילה אם אנו סהדי שגומר ומקנה הוא רק מדרבנן, גם הקנאת עובר לגוי כדי להיפטר מבכורה מועילה רק מדרבנן.

²⁴² שערי חיים (אריה) על ס' המקח שער ה דף נב ע"א; שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, יו"ד, סי' קצב. גם תרומת הדשן, פסקים וכתבים, סי' קל, כותב שהוא נחשב כאומר "בהמה לעוברת", אבל הוא אינו מסביר מדוע. ²⁴³ שו"ת ברית עולם (ולר), סי' כב. ²⁴⁴ שו"ת מהרש"ל סי' לו (ד"ה ומתוך).

שו"ת דבר יהושע ח"ד סי' מח אות ב, מסביר ש"דירת בית" א"א להקנות (כאמור ליד ציון הערה 11), כי אין ודאות שהזכות תגיע לידו, כי אולי בעל הבית יסתור את הבית לצורך האבנים שהם שלו. ראה בשמו בהערה 13 דין "אכילת פירות" לפי מהרש"ל. באות ה, הוא מסביר שא"א להקנות "אור חצר" (ראה ליד ציון הערה 12) אף שבועדאי יבוא, מפני שאין קנין יכול להיתפס בדבר שאין בו ממשות, אלא שמהרש"ל אומר שאפשר להקנות **זכות או רשות** לעשות משהו, כי רשות לעשות היא קנין גופו של האדם, שיש לגופו רשות לעשות זאת, ואמנם רשות זו אין בה ממש, אבל כיון שהרשות אגודה בגופו, יכול להקנותה לגוף של חברו; אבל באור חצרו, אינו מקנה רשות שימוש אלא את האור עצמו, וזאת א"א להקנות כי אין בו ממש; ואכן אפשר להקנות "זכות שימוש באור חצרו להכניס בו זיזים", לדעת מהרש"ל.

²⁴⁵ ר"ת המובא בתוס', כתובות צא ע"ב (ד"ה דובנה), ברא"ש, כתובות פ"י סי' ו, בשו"ת הרא"ש, כלל לח, סי' ה, במישורים, נתיב יז, ח"א, בטור, חו"מ, ריא, א, בשו"ת מהרש"ל, סי' מט = שו"ת הרמ"א סי' עא, ובשו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סי' טז; רמ"א, חו"מ, ריא, א (הובא בשו"ת עבודת הגרשוני, סי' ד, בסופו). שו"ת מהריב"ל, ח"א, סי' סה (סב), כותב שרוב הפוסקים מסכימים לר"ת. חלקת מחוקק, צ, ס"ק מב, כותב שבעל שמכר נצ"ב, הפירות מיד והגוף לכשתמות אשתו - המקח קיים כמו ב"שדה זו שאירש מאבא".

ב"ח, חו"מ, ריא, א, מנמק, שהיות שבירר את הדבר, דעת המקבל סומכת יותר. אור שמח הלכות עבדים פרק ד, ה, מביא ראיה לר"ת - עיי"ש. חידושי הרי"ם כתובות צא ע"ב (ד"ה הנה סברת), מנמק שר"ת סובר שכמו שאשה יכולה למכור כתובתה בטובת הנאה על הספק שתזכה בה, כך ירושת אביו הספק שלו כיון שזיכתה לו תורה, וכשמת אביו, נתגלה למפרע שהיה עומד להיות שלו, וספק זה יש לו עכשיו גם בחיי אביו; אלא שאינו יכול להקנות סתם "מה שאירש", כמו שכתב טור, חו"מ, רט, א, שהמקנה דבר שאינו מסוים כשגם המין אינו ידוע, כגון "כל מה שבבית זה" לא קנה מפני שלא סמכה דעתו, וכן סתם "מה שאירש" שאינו יודע כלל כמה יישאר ירושה ואיזה מין, לא קנה. לבוש, חו"מ, ריא, א, כותב כאילו לפי דעה זו, גם האומר "שדה זו כשאקחנה קנויה לך", קנה. אבל ש"ך, חו"מ, ריא, ס"ק ב, שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' רפג וסי' רפח, ר' משה אבן ג'אמיל, בשו"ת בעי חיי חו"מ ח"א סי' רח (רנח ע"ג), שו"ת ישכיל עבדי, ח"ג, אהע"ז, סי' ה, אותיות כה-כו, וערוך השלחן, חו"מ, ריא, ב, כותבים שר"ת דיבר רק בירושה, שבאה ממילא.

שמע יעקב (אלגזי) פ' לך לך (טו ע"א), מביא דעה שהנותר "שדה זו" שאינו ברשותו, קנה; ונראה שהתכוון לר"ת. ובפ' ויצא (לג ע"ב), מיישב על פי דעה זו איך חלה מתנת א"י לאברהם, הרי הארץ היתה ביד כנען - כיון שאמר "הארץ שאתה שוכב עליה", קנה כאילו אמר "זו". עוד תירץ, שכל שבידו אינו מחוסר מעשה, והרי היה ביד ה' להוציא את הארץ מבני כנען, ולכן נחשב ברשותו.

הבחנות שונות: שו"ת מהרשד"ם חו"מ סימן רסה, מעלה אפשרות שר"ת מודה שאם הטיל אביו תנאי בירושה, הבן אינו לא יכול להקנותה לפני מותו, כי אין ודאות שהירושה תגיע אליו.

נתיבות המשפט, ריא, ס"ק ב, וערוך השולחן חו"מ, ריא, ב, כותבים שר"ת מודה שמי שיש לו אח או אחים, אינו יכול להקנות שדה מסוימת שיירש, גם אם בסופו של דבר היא נפלה לחלקו ע"י גורל, מפני שאחים שחלקו נחשבים שקנו

בשעת קידושין: הסכם בין צד הבעל לצד האשה על מתנות שיינתנו לזוג, תקף גם בלי מעשה קנין.²⁴⁷ יש אומרים שמתנה במסגרת זו תקפה גם בדשלבל"ע,²⁴⁸ כי בגלל הנאת החיתון, חלה המתנה אף שזה קנין דברים.²⁴⁹ כלומר, הפגם החוזי אינו קיים כאן. אבל אחרים אומרים שאין תוקף למתנה בדשלבל"ע אף במסגרת זו,²⁵⁰ כי ההנאה שמתחתנים מועילה כמעשה קנין, והרי בדשלבל"ע לא מועיל מעשה קנין.²⁵¹

מעכשו: יש אומרים שאם נתן דשלבל"ע ואמר "מעכשו", קנה כשהנכס בא לעולם.²⁵² אבל אחרים אומרים שלא קנה.²⁵³

זה מזה את חלקם (שו"ע, חו"מ, רכז, לז), והרי גם לר"ת אינו יכול להקנות "שדה זו לכשאקנה אותה". אבל הוא כותב שלר"ת, בכור שהקנה את חלק הבכורה לאחיו, קנה כמו "שדה זו", כי אין זה מצריך חלוקה, ודוקא בנותן "שדה" סתם לא קנה כי המקבל אינו יודע איזה שדה יתן לו, אבל המקנה חלק בכורה לאחיו, אין לו ברירה מה לתת, ולכן זה כמו "שדה זו".

חידושי מהרי"ט, כתובות צא ע"ב (הובא בשער המלך, הלכות מכירה, כב, ה, עמ' שצז, ובשו"ת צמח צדק (ליובבין)), אהע"ז, סי' רעג, בסופו, כותב שר"ת דיבר רק באומר "לכשימות אבי", וגם אז קנה רק אם אמר "שדה זו"; ויכול לחזור בו עד מיתת האב.

זכות חזרה: נתיבות המשפט, ריא, ס"ק ב, כותב שלר"ת אם הקנה מעכשו "שדה זו שאירש מאבא", אינו יכול לחזור בו, כי נחשב שבא לעולם, ולכן קנה גם אם מת הנותן לפני אביו. אבל ערוך השולחן חו"מ, ריא, ב, כותב שהנותן יכול לחזור בו קודם שמת אביו אפילו אמר מעכשו, כי א"א לומר שהמכירה חלה מעכשו שהרי השדה אינה ברשותו כלל.

²⁴⁶ ב"י, חו"מ, ריא, א, בדעת הגאונים המובאים בעיטור, מאמר שני, קנין (י ע"ב), ובדעת רמב"ם, הלכות מכירה, כב, ה; שו"ת מהרשד"ם חו"מ סימן רסה, בדעת רש"י כתובות, שם, בדעת הגהות מרדכי בבא מציעא סי' תכג, בדעת חי' הר"ן ב"ב קנט ע"א, בדעת מגיד משנה, הלכות מכירה, כב, ז, ובדעת חידושי הרשב"א, ב"ב קנט ע"א; שו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' רפח, בדעת הגאונים, רב האי, הרמב"ם והעיטור; שו"ת צמח צדק (ליובבין), אהע"ז, סי' רעג, בסופו, בדעת שטמ"ק, כתובות שם, ובדעת תוס' ב"ב קנט ע"א (ד"ה ולימרו).

נתיבות המשפט, רפא, ס"ק יב, כותב אגב גררא שלא קנה. שו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' רפג כותב שגדולי הפוסקים חולקים על ר"ת, ובסי' רעז, כתב שרבים חולקים על ר"ת. שו"ת דרכי נועם, חו"מ, סי' יג (ד"ה ונחזור), כותב שאפשר לומר ק"ל כחולקים על ר"ת.

פני יהושע, כתובות, קונטרס אחרון אות רלב, הקשה על ר"ת - עיי"ש.

שו"ת באר דוד (פרנקל) סימן לג (ד"ה ועוד כיון), ושו"ת די השב, חו"מ, סי' כ (סח ע"א), מביאים את שתי השיטות. רמב"ם, הלכות אישות, כג, יג-יד; שו"ע, אהע"ז נא, א.

²⁴⁸ שו"ת הרי"ף (בלגוריי), סי' פו (=מהד' לייטר סי' יד = תשובות הגאונים [אסף, תרפז = מדעי היהדות ח"ב] סי' קיח), וסי' קעג; סי' השטרות, לר"י ברצלונני, שטר עב, עמ' 128; חידושי הריטב"א, כתובות קב ע"ב, בשם הגאונים; שו"ת ר"י מיגאש סי' קלה, ור"י מיגאש, בשטמ"ק כתובות נה ע"א; ספר העיטור מאמר ב, קנין (י ע"ג), ופסיקתא, דף סו ע"ב (הובא בשו"ת הריטב"א, סי' רה, ובהגהות מיימוניות, הלכות אישות, כג, ח); ר' יוסף ו' יחיא המובא בשו"ת הריב"ש סי' שמה (עמ' תנד ועמ' תנח), בשם הגאונים (הובא בשו"ת אדמת קודש ח"א סי' לב, דף פ ע"ב).

שו"ת הרי"ף (בלגוריי), סי' פג אומר שמתנה של כתובה לא מועילה בדשלבל"ע, ובסי' פו (הובא עיטור, פסיקתא, שם, ובשו"ת הריב"ש, סי' שמה, עמ' תנו) כתב שאם המתנה ניתנה ביוזמת הבעל, היא כמתנה רגילה, ואינה מועילה בדשלבל"ע, ואם ניתנה בגלל דרישת האשה, היא מועילה בדשלבל"ע. ב' ליפשיץ, דיני ישראל יב עמ' קלג (כמובא בהתחייבות, עמ' 92-90), מסביר שסי' פו נכתב כהבהרה לסי' פג.

רז"ו לייטר, בהערותו לשו"ת הרי"ף (לייטר) סימן יד, מציין שר' אברהם מונסון בשו"ת רבי יחיאל בסאן סימן יח מביא דברים אלו בשם ר' יצחק בר' ברוך. והוא מציין שבית יוסף אה"ע סימן קיט פקפק אם תשובה זו היא של הרי"ף, ואלו גט מקושר (נבון) סימן קיט פשוט לו שזו תשובה של הרי"ף.

פרישה, אהע"ז, קיד, ס"ק א, כותב שאפשר להקנות דשלבל"ע לבת אשתו מחמת חיבת נישואין, כי גמר ומקנה. בית שמואל, קיד, ס"ק ו, מעיר ששם מדובר בהתחייבות לזון את בת אשתו, והתחייבות בדשלבל"ע מועילה, אבל הקנאה אינה מועילה.

שו"ת הריב"ש סי' שמה (עמ' תנה-תנו), כותב שלפי הדעה שקנה, המתנה חלה על המטבעות הראשונים שבאו ליד הנותן, וכשבאו לידו, הם מיד של מקבל המתנה, והם פקדון ביד הנותן, והדין הוא כאילו נכתבה המתנה על מטבעות בעין. א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 95, מסביר, שזאת לא התחייבות אישית אלא יש בזה יסוד של הקנאה; ואף שלא יכולה להיות הקנאה ממש כיון שנשוא ההקנאה אינו נמצא בפנינו, מ"מ אפשר לקרוא לזה הקנאה, כי מיד כשיבואו לרשות הנותן, הוא נקנה למקבל; ולפי הרי"ף לא תועיל "מתנה לחוד" בדרך של התחייבות. יש להעיר שאם זו התחייבות, פשוט שהיא מועילה, ככל התחייבות בדשלבל"ע (כפי שנראה בסעיף 5).

²⁴⁹ א' ורהפטיג (הערה 9) עמ' 389. הוא מדייק מהרי"ף, מר"י מיגאש ומר"י ברצלונני שם, שהוא תקף כי הוא חלק מתנאי כתובה.

²⁵⁰ רמב"ם, הלכות זכיה, ו, יז (הובא בתשב"ץ, ח"ג, סי' קמז, בשו"ת בית יוסף, דיני כתובות, סי' יא, ובשו"ת בני אהרן, סי' עז, דף פו ע"ב); שו"ת הרמב"ן, סי' ט; טור, אהע"ז, סי' נא; שו"ע, אהע"ז נא, א; שו"ת ויקרא אברהם (אדאדי) חו"מ סי' לט (ד"ה והנה בבתרא); תומים, ס, ס"ק ה; בית שמואל, קיד ס"ק ח (הובא בשו"ת גור אריה יהודה יו"ד סי' נט, דף ס ע"ב).

²⁵¹ שו"ת ויקרא אברהם (אדאדי) חו"מ סי' לט (עג ע"ד).

²⁵² שו"ת כפי אהרן ח"ב חו"מ סי' י (קט ע"ב), בשם רמב"ן, ריטב"א, רא"ש, ר"ן, וב"י, ושו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' רעז, ובדעת רמב"ם מכירה כב, ה, ובדעת הלבוש; בני אהרן חו"מ, סי' רמא (קכה ע"ג), בדעת שו"ת הרא"ש כלל פד סי' ו (שאינו יכול לחזור בו משבאו לעולם).

ציבור יכול להקנות דבר שלא בא לעולם²⁵⁴, כמו שתנאי ב"ד מועיל בדבר שלא בא לעולם²⁵⁵.

ה. תפיסה

אם **תפס** המקבל את דבר המתנה אחרי שבא לעולם, אין מוציאים ממנו²⁵⁶. הסברים אחדים ניתנו לדין זה: (א) כל זמן שלא חזר בו הנותן, מחל על מה שנטל המקבל, ואף שלא ידע שיכול לחזור בו (שהרי נתן דבר שלא בא לעולם), ואם כן, מחילתו נבעה מטעות, המחילה תקפה²⁵⁷. (ב) בעצם לא הייתה כאן טעות, מפני

שער המלך הלכות מכירה, כב, ה (עמ' שצו), כתב שבני אהרן דיבר לדעת ח' הר"ן, גיטין מה ע"א, וחי' הרשב"א, קידושין סג ע"א, שסוברים שלר"מ, ב"מעכשיו" אפילו קודם שבאו לעולם אינו יכול לחזור בו, א"כ לחכמים שהלכה כמותם, משבאו לעולם אינו יכול לחזור.

להורות נתן פרשת תולדות, כה, יא, מסביר על פי זה איך קנה יעקב את הבכורה: הוא אמר "מכרתי כיום", שהוא כאומר "מעכשיו", שאינו יכול לחזור בו אחרי שבא לעולם, ואמר "השבעה לך" כדי שעשוי לא יחזור בו לפני שבא לעולם.

אבני מילואים סי' לה ס"ק יג, כתב שבדבר שלבלי"ע, אם בידו להביאו לעולם, ואומר "מעכשיו", אינו יכול לחזור ואפי' נקרע שטר המתנה קודם שבא לעולם.

²⁵³ שו"ת הריב"ש סימן תד; שער המלך הלכות מכירה פרק כב הלכה ה (עמ' שצו-שצז), בדעת רש"י ב"מ טז ע"ב (ד"ה קנויה), ובדעת תוס' ב"מ טז ע"א (ד"ה קנויה), ובדעת שו"ת הרשב"א המיוחסות סי' קו; כפי אהרן שם, בדעת העיטור, תנאי, שער ח, בדעת ס' התרומות שער סד ח"ב אות ב, בדעת רי"ף ב"מ טז ובתשובה סי' ג, ובדעת סמ"ג עשה פב, ובשם תוס', רשב"א וריב"ש; שו"ת מהרש"ם, חו"מ, סי' רסה ("שדה זו לכשאקנה קנויה לך מעכשיו").

²⁵⁴ שו"ת הרשב"ש סי' קיב וסי' תקסו (הובא בפסקי דין רבניים חלק ו עמ' 177); שו"ת המבי"ט חלק ג סי' קנג; דרכי איש (ארוואץ), דרוש י (כג ע"ג), ע"פ שו"ת הרשב"א, ח"א, סי' תתקסז.

שו"ת מהר"ם שיק חו"מ סי' כז (הובא בפסקי דין רבניים חלק ו עמ' 179, ואצל א' ורהפטיג (הערה 9), עמ' 381), מסביר את מה שאבות הכהנים הקנו זה לזה בדיבור את הזכות לעבוד במקדש ובכך חילקו ביניהם את הזמנים למשמרות, ליוצאי חלציהם אחריהם (סוכה נו ע"א), אף שזכות זו אינה ענין ממוני, והיא דשלבלי"ע - ההקנאה תקפה כיון שהיא נוגעת לרבים. והוא כותב שהקנאת מקומות בית כנסת מראש מועילה כי זה בהסכמת רבים, אף שזה דשלבלי"ע, כמש"כ שו"ת מהרי"ק שורש קפא (הובא בכ"מ, הל' שלוחין, ד, ב), לגבי הסכם בין בני אומנות.

במתנה לציבור: רשב"ש סי' קיב שם עוסק בהתחייבות יחיד כלפי הקהל, ואפשר ללמוד מזה שיחיד שמקנה דשלבלי"ע לציבור, ההקנאה תקפה. אבל ראה סעיף 6, ששו"ת שעות דרבנן סי' יד, כתב שיחיד שנותן לציבור בלי מעשה קנין, היחיד ראוי לחזור בו, כי אין לו גמירת דעת על כך; ואפשר ללמוד מכך שאינו יכול להקנות לציבור דשלבלי"ע.

דעה חולקת: שו"ת באר דוד (פרנקל) סימן לג (ד"ה ומה שנכתב) כתב שמעשה של הקהל או שנעשה בפני הקהל אינו עדיף מקנין, והיות שאין מועיל קנין בדשלבלי"ע, גם בפני הקהל לא מועיל.

דרכי איש (ארוואץ), דרוש י (כג ע"ג), מביא שכנה"ג, חו"מ, כב, הגהב"י אות כב (שלא מצאנו), כתב בשם מהר"ם שגם ציבור אינו יכול להקנות דבר שאין מועיל בו קנין.

²⁵⁵ רשב"ש שם.

²⁵⁶ ב"מ סו ע"ב; ספר העיטור מאמר ב, קנין (י ע"ב); הגהות מרדכי, ב"ב סי' תרעג (הובא בדרכי משה, ס, ס"ק ה); ספר התרומות שער סד חלק ב, אות ד; שו"ע, רט, ד; נימוקי יוסף, ב"ק ט ע"א (בדפי הרי"ף); שו"ת הריב"ש סי' עא, סי' שלה וסי' שמא (גם על מי שנתן למקבל מפני שנשבע לתת) (הובא בלחם שלמה (בולח), הל' קנין סודר, סי' צד דף עג ע"ג); צרור הכסף הקצר דרך א שער ט אות ט עמ' מא (אם אכל); שו"ת הרשב"ש סי' עא; מישורים נתיב טו ח"ג, בתחילתו (הובא בכנה"ג רט הגה"ט אות מט, ובשו"ת שמחת יו"ט, סי' לו, דף קמג ע"א); שו"ת מהרי"ט, ח"א, סי' ס, בסופו; חידושי הרי"ם כתובות צא ע"ב (ד"ה תוס' דזבנה); שו"ת צמח צדק, אהע"ז, סי' רעג, בסופו.

ראה על כך בחוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 163-164, שזו דוגמה לתקפות חוזה שנפלה בו טעות אם הצד הטועה כבר קיים את חלקו.

מנחת פתים, חו"מ, רט, ד, כתב שהדין כך גם במתנה מרובה שאין בה משום מחוסר אמנה אם הוא חוזר בו (ראה סעיף 5), כי גם אז נוח לנותן לעמוד במהימנותו.

ראה סעיף 3 מה שהקשה שמחת יו"ט מכאן.

שו"ת גור אריה יהודה יו"ד סי' נט (ס ע"ד), מסביר בכך איך מכירת הבכורה מעשו ליעקב הועילה - כי יעקב לקח את הברכות, ובזה תפס את הבכורה.

סי' העיקרים (איגר), ח"א, עמ' שח, כתב שאם הנותן עוד לא חזר בו רשאי הקונה ליטלו אף לכתחילה.

²⁵⁷ ב"מ שם; הרשב"א, בתשובה המובאת בב"י, חו"מ, רמא, ב; שו"ת מהר"ם אלשיך סי' ז; שו"ת המבי"ט חלק ב סי' קלו; מחנה יהודה (חסמן), סי' ח, עמ' קנג (לפני שחזר בו הנותן); שו"ת מים רבים חו"מ סי' מט (מ ע"ד); נתיבות המשפט, רז ס"ק יח.

ראה בעבודה על מחילה, בענין מחילה בטעות. ראה שם במיוחד את סבר מהר"ם שגם אם ידע שאין תוקף להקנאת דשלבלי"ע, נחשבת מחילה כי הוא רוצה בקיום המתנה, והטעות היא שלא ידע שירצה לחזור בו.

שער משפט, כ, ס"ק א, מסביר שהמחילה תקפה אף שהיתה בטעות, כי הנותן התיימש מהנכס; והוא מסתמך על הגהות אשרי (הערה 261) שנימק; מצד יאוש.

שו"ת מהר"ם אלשיך, סי' ז, מנמק שיתכן שהקנה לו קרן לפירותיו (שמועיל, כאמור ליד ציון הערה 157), כיון ששילם לו, ולכן מספק מועילה תפיסה. והוא כותב שלפי נימוק זה, לא מועילה תפיסה בנותן רווח של כסף, כיון שאין מועילה הקנאת כסף לרווחיו (ראה בשמו בהערה 165). עוד יש להעיר שלפי נימוקו, תפיסה מועילה רק במכר ולא במתנה, כיון שרק העובדה שהקונה שילם היא יסוד להניח שהקנה לו קרן לפירותיו. עוד יש להעיר שלפי נימוקו

שהנותן מעוניין בקיום המתנה כדי "ליקום בהימנותיה", היינו לשמור על המוניטין שלו כאדם מהימן²⁵⁸, וזה מבוסס על רצונו היסודי בקיום המתנה, ויש להניח שגם אילו ידע שאין תוקף למתנה, לא היה חוזר בו²⁵⁹. (ג) התפיסה מועילה בתור קנין שהמקבל עושה מעצמו בלי הקנאה של הנותן (שהרי כשהנותן הקנה לו, לא היה לכך תוקף שהרי אז עוד לא בא לעולם), על פי השיטה²⁶⁰ שמועיל קנין שעושה המקבל אם המקנה מסכים לכך, גם בלי שהנותן עושה הקנאה, וכאן המקנה מסכים שהקונה יקנה²⁶¹.

יש אומרים שמאחר שהתפיסה מועילה בגלל מחילת הנותן, היא מועילה רק אם תפס בידעת הנותן, והלה שותק, מה שמראה שהוא מוחל למקבל²⁶². אבל אחרים אומרים שהיא מועילה גם אם לא ידע הנותן שתפס²⁶³, כיון שהמקבל תפס ע"פ מה שציווה לו הנותן לפני שבא לעולם, ולא חזר בו הנותן בינתיים, וזכה המקבל מכוח ציווי הנותן שמאז; ואע"פ שהציווי היה בדבר שלא בא לעולם, הרי מועילה שליחות לעשות מעשה בדבר שלא בא לעולם, ואע"פ שהנותן לא ידע שיכול לחזור בו, וזו מחילה בטעות, מועילה המחילה²⁶⁴. כך הוא גם לפי הטעם ש"ליקום בהימנותיה" - גם אם לא ידע הנותן שהמקבל תפס, הוא מקנה

מועילה תפיסה גם אחרי שהמוכר חזר בו. אבל קצות החושן, רט, ס"ק ד מקשה עליו, שבסוגיה מפורש שהטעם הוא משום מחילה.

²⁵⁸ העיקרון שמניחים שאדם ירצה לעשות דבר שאינו מחויב בו מן הדין, כדי להישאר מהימן (בעיני האדם שעשה עמו עיסקה או בעיני בני אדם בכלל), מקורו בב"מ טו ע"ב.

²⁵⁹ רבנו תם, בתוספות, ב"מ סו ע"ב (ד"ה התם), וב"ב מא ע"א (ד"ה אמר) (הובא בשו"ת מהר"ם מינץ סימן לה (ד"ה וע"ק על א"ז), בשו"ת המבי"ט חלק ב סי' קלו, בשו"ת ר"ע איגר, ח"א, סי' לו, דף כג ע"ד, בשו"ת חתם סופר, חו"מ, סי' קכב, בערוך השולחן, חו"מ, רט, ח, בשו"ת שבות יעקב, ח"ב, סי' קסו, בשו"ת עין יצחק, ח"ב, אהע"ז, סי' לד, אות כז, בשו"ת מהרש"ך, ח"ג, סי' קה, בדברי משפט, רט, ס"ק א, ובשו"ת בית שלמה, סקאלא, חו"מ, סי' פח), בתוספות רבינו פרץ, ב"מ סו ע"ב, בתוספות הרא"ש, ב"מ סו ע"ב, בשו"ת הרא"ש, כלל סט, סי' ו, ובהגהות אשרי, ב"מ, פ"ה, סי' לב, וב"ב פ"ג סי' לו; נימוקי יוסף, ב"ק ט ע"א (בדפי הרי"ף).

ראה בעבודה על מחילה בטעות, הסברים שונים בדעת ר"ת.

ראה חוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 164-168, דינים נוספים המבוססים על עקרון זה.

²⁶⁰ ראה סעיף 1(א).

²⁶¹ שערי ישר שער ה פרק יב, ד"ה ועפ"ז יש (הובא בזכרון שמואל סי' נ אות ג). הוא כותב שזאת כוונת הגהות אשרי ב"מ פ"ה, סי' לב. הוא כותב שאין לומר שהטעם שתפיסת המקבל מועילה הוא מפני שהנותן ראהו לוקח את הפירות ושותק, שהרי זה טעות, שחשב שהם שלו מחמת ההקנאה הראשונה, ולכן שותק, ואילו ידע לא היה שותק. אבל יש להעיר שגם לפי הסבר זה צריך להוסיף שאף שהסכמתו נבעה מטעות, שחשב שאפשר להקנות דשלב"ע, די בה לתת תוקף לקניין שעושה המקבל.

נראה שזאת גם כוונתו של ר' בנימין ליפקין, "להגדרת רצון הבעלים בקניינים", סיני, ס' יובל (תשי"ח) (=בני בנימין, עמ' צב-קלו), עמ' שפט, שכתב שכשהדבר בא עולם יכול המקבל לעשות מעשה קנין ולזכות בו בלי ידיעת הנותן, כי הנותן גילה דעתו שהוא רוצה לתת, ואין צורך בהקנאה חיובית של הנותן (ראה בשמו בסעיף 1(א)).

נראה שזאת גם כוונתו של שו"ת מנחת שלמה, מהדורא תניינא (ירושלים תשי"ס), סי' קלו, עמ' תפב, הכותב שהאומר לחברו "לך חזק וקנה" בדבר שעוד לא בא לעולם, ואכל אותו, פטור, כי הוא עשה ברשות, כמו שב"ק קרע ע"מ לפטור" מועיל גם בדבר שלא בא לעולם, כי האמירה "לך חזק וקנה" היא נתינת רשות להחזיק, שמועילה.

שערי ר' שמואל (רוזובסקי), ב"ב, אות קפט, מציין שגם דברי חיים (הערה 274), כותב שהתופס קנה מצד קניית עצמו.

ביאור הגר"א, חו"מ, רט, ס"ק ט, נוקט שהתפיסה מועילה מפני שאחריה הנותן "אינו יכול לחזור".

²⁶² שו"ת הרשב"א ח"ג סי' קיד (הובא בשערי חיים, על ס' המקח, שער טו, דף קנה ע"ג); ר' משה בנימין, המובא בשו"ת הריב"ש סי' שמא; ש"ך, סי' סו, ס"ק סו, וסי' רט, ס"ק ה; פתח הבית (טיקטין, תק"פ) סי' לה (פז ע"א); חזון איש, חו"מ, סי' א, ס"ק ה; ערוך השולחן, חו"מ, רט, ח.

²⁶³ סמ"ע סו ס"ק מו; קצות החושן, קכג, ס"ק א; שערי ישר שם.

קצות החושן מביא ראייה לדבריו מתרומת הדשן, שו"ת, סי' שיג, המובא ברמ"א, חו"מ, סו, יז, האומר שכל מקום שלא מועיל קנין כגון בהקנאת חוב ודבר שלא בא לעולם, מועילה תפיסה גם בלי ידיעת המקנה, מפני שהתופס זכה מכוח אמירת המקנה שמקודם.

שו"ת משיב דבר חלק ג סי' יד, מסביר שלשיטה זו הטעם שאם תפס דשלב"ע לא מוציאים ממנו, הוא משום שחל קנין כל זמן שלא חזר בו ולא משום שידע ומחל. והוא כותב שזו דעת שלטי הגיבורים ב"ק לב ע"ב (בדפי הרי"ף) (ראה בשמו בהערה 98), ושכן הוא לפי אחת הדעות שהובאו בשו"ע חו"מ, סו, יז, וברמ"א קכו, כב, לגבי מקרים דומים (שתוארו בחוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 164-168). הוא מסביר ע"פ שיטה זו איך מכירת הבכורה ליעקב חלה, אף שהנכסים היו דבר שלא בא לעולם, ומעלת הבכורה היא קנין דברים בעלמא - כי חל קנין אם לא יחזור בו, ויעקב השביע את עשיו שלא יחזור בו.

²⁶⁴ קצות החושן שם. אך הוא מעיר שאין זו מחילה ממש אלא זוכה בתורת מחילה.

אבל חזו"א, חו"מ, סי' א, ס"ק ה, דוחה את נימוקו של קצות החושן, שלדבריו אמירת הנותן לפני שהדבר בא לעולם, נחשבת כמו האומר "משוך פרה זו ותקנה לאחר שלושים", וא"כ היה קונה כשבא לעולם בגלל אמירתו הראשונה, שהרי רצונו הראשון עדיין קיים, גם בלי דין מחילה בטעות, ומדוע הגמרא אמרה שזה מצד שמחילה בטעות מועילה? אלא, אין לאמירתו כח בכלל בדבר שלא בא לעולם, ולכן יכול לקנות רק משום ששותק הנותן כשראה שהמקבל תפס, ושתיקתו מראה שמחל. הוא חולק גם על מה שכתב קצות החושן שמועילה שליחות בדבר שלא בא לעולם - עיי"ש. ראה על כך חוק לישראל, שליחות, עמ' 216.

לו מטעם זה²⁶⁵. כך הוא גם לפי הטעם שמועיל קנין שהמקבל עושה מעצמו - גם בלי ידיעת הנותן, קנה מפני שהוא קונה בגלל רצונו המקורי של הנותן²⁶⁶.

לפי דעה אחת, התפיסה מועילה רק אם המקבל כבר אכל את מה שתפס, היינו, שכבר אינו קיים²⁶⁷, מפני שרק אם נעשה מעשה עקב המחילה, המחילה תקפה²⁶⁸, ועוד, שאין תוקף למחילה על דבר שנמצא בעין. אבל פוסקים רבים כותבים שהדין כך גם אם הדבר עדיין בעין ביד המקבל²⁶⁹, ואף שאין תוקף למחילה על דבר שנמצא בעין, הרי היא מועילה אם עשה מעשה קנין, כאן המקבל עשה מעשה קנין, ומעשה קניין שנעשה בהסכמת הנותן מועיל גם בלי כוונת המקנה להקנות²⁷⁰.

לפי דעה אחת, גם בקרקע מועילה תפיסה זו²⁷¹. אבל דעה אחרת היא שאינה תועילה מפני שלא שייכת תפיסה בקרקע²⁷².

לדעת ר' יעקב מליסא, מדובר שהנותן אמר למקבל בשעת נתינת המתנה "משוך ותקנה לאחר שיבוא לעולם" ומשך אחרי שבא לעולם, או שהקנה לו קרקע בכסף ונתן מטלטלין אגב הקרקע ואמר לו שגם את הקרקע יקנה רק כשיבואו המטלטלין לעולם, שאז בשעה שחל הקנין על הקרקע חל ג"כ על המטלטלין באגב; אבל אם הקנה לו את הקרקע מיד, המטלטלין אינם נקנים אגב הקרקע לכשיבואו לעולם, כיון שאז

²⁶⁵ שו"ת פרי צדיק (צורר), סי' ט, עמ' קמג; שו"ת מים חיים סי' יג (עמ' רסה).
אבל מים חיים כותב שלפי נוסח ר"ת המובא בשו"ת הריב"ש סי' שלה, שלא הזכיר ש"ליקום בהימנותיה", קונה רק אם ידע הנותן שאכל.

לעומת זאת, קצות החושן, רט, סי' ה, כותב שגם לפי הנוסח שבתוספות, קנה רק אם ידע הנותן, מפני שאל"כ זה יאוש שלא מדעת, שמטעם זה כתבו תוספות ב"מ כב ע"א (ד"ה מר זוטרא), שהנוטל חפץ בלי ידיעת בעליו, זה גזל, גם אם בודאי לא היה מקפיד אילו ידע, וגם כאן, נכון שאילו ידע שהמקבל נוטל, היה מסכים, אבל בפועל אינו יודע (לכאורה הוא סותר בזה את דבריו בסי' קכג ה"ל); אבל הוא מציין שש"ד, שנה, סי' א, חולק על תוספות שם (ראה סעיף 1א). כנגד זה, עונג יו"ט סי' לח, כתב שזה לא יאוש שלא מדעת, שהרי גילה דעתו מראש שהוא רוצה להקנות לו, לכן אומרים שגם עכשו רוצה להקנות לו מפני שנוח לו ליקום בהימנותיה, ושונה מהמקרה של תוספות ב"מ כב שם, שבו מעולם לא גילה דעתו שהוא מוכן שיקח. יש להעיר, שטענותיו של חזון איש ה"ל, שמכוח הוכיח שהמקבל זוכה רק אם ידע הנותן, טובות גם לשיטת רבינו תם, שלא ייתכן שאמירת הנותן בשעה שלא בא לעולם, יהיה לה תוקף עכשו, אלא צריך לומר שהוא קונה בגלל הקנאה חדשה; ולפי רבינו תם נאמר שהוא מקנה מטעם ליקום בהימנותיה, אבל עדיין צריך שתהיה הקנאה חדשה, וזה שייך רק אם ידע הנותן שהמקבל נטל. ויש לדחות, שגם אם נודע לו רק אחרי שחזר בו, הוא מוכן להקנות לקונה את מה שנטל כדי ליקום בהימנותיה.

צבי גאון יעקב, סי' יז, כותב שלפי רבינו תם, מאחר שהקונה מוחזק, אומרים כאילו ידע הנותן ומחל גם אם לא ידע בפועל, מפני שמניחים שאילו ידע היה מוחל כדי ליקום בהימנותיה.

²⁶⁶ שערי יושר (הערה 261); שעורי ר' שמואל (רוזובסקי), ב"ב, אות קפט.
²⁶⁷ חידושי הריטב"א (הישנים), ב"מ סו ע"ב, בשם תוספות; שו"ת פני משה, ח"א, סי' נו (קכט ע"ד), סי' פא (בקיזור), וסי' צו (רמז ע"ב), וח"ב, סי' כו (מט ע"ג) (הובא בשו"ת תורת משה, חו"מ, סי' יח, עמ' קכא), בדעת רש"י, ב"מ סו ע"ב.

²⁶⁸ פני משה שם.

²⁶⁹ ספר הישר, שם תצו; דרישה, חו"מ, רט, ד; ההשלמה, ב"מ, פ"ה, סי' ו; חידושי הריטב"א (החדשים), ב"מ סו ע"ב, בשם ר"י (שדי ששם המקבל את הדבר בכליו); טור, חו"מ, רט, ד; שו"ת מהרש"ך חלק ב סימן כז (ד"ה ועוד ראה); משכנות הרועים, מע' מ, אות כא, בדעת שו"ע, חו"מ, רט, ד.

עונג יום טוב, סי' לח (הובא בהערות ר' שילה רפאל, לחידושי הריטב"א החדשים, ב"מ סו ע"ב, הערה 387), מקשה, הרי אם הדבר בעין, לא מועילה מחילה! והוא מתרץ, שבמקרה שהדבר עדיין קיים, הקונה אינו זוכה מטעם מחילה, אלא שכיון שהמוכר רוצה להישאר במהימנותו (סברת ר"ת), קנה הקונה בהגבהה, שיש להניח שהמוכר רוצה **שיקנה**, וגם אם המוכר אומר אח"כ שאינו רוצה, אומרים שבתחלה רצה ועכשו חוזר בו (אבל אוצר מפרשי התלמוד, ב"מ סו ע"ב, הערה 126, מעיר שגם ההשלמה, ב"מ, פ"ה, סי' ו, כותב שמועילה תפיסת הקונה את פירות הדקל גם אם עוד לא אכל, ורק אח"כ כותב את סברת ר"ת). כך תירץ גם בבית ישחק, על הרמב"ם, הלכות זכיה, ג, ב (לא ביחס לריטב"א), שהכוונה היא שמה שהניח לו ליטול את הפירות, נחשב שנתן לו במתנה, שזה האופן המועיל בדבר שהוא בעין. כך תירץ גם בבית אברהם (ישראל), עג, לב (קעג ע"ג). ועוד תירץ (בדף קעג ע"ד), שהמוכר דבר שלא בא לעולם, אם שני הצדדים רוצים בקיום המקח, המקח קיים; וא"כ משעה שהסכימו על המקח, הפירות של הקונה, ורק אח"כ צד אחד חוזר בו, ולכן אין זו מחילה על בעלות, ושייכת לשון מחילה, כאילו המוכר אומר: "הפירות שהיו שלך לפני החזרה, ועכשו שאחד מאיתנו חזר בו, הם ראויים להיות שלי - אני מוחל לך, ויישארו ברשותך כמו לפני החזרה".

בני אהרן, חו"מ, רמא (קכא ע"ג), מוכיח שמחילה מועילה בדבר בעין, מהדין שאין מוציאים מן הקונה, גם אם הפירות הם בעין, כמו שטור, חו"מ, סי' רט, ד, נוקט "תפס" במקום לשון התלמוד "אכל". משום מה, הוא אינו כותב זאת כהוכחה מן התלמוד, אלא כהוכחה שהגהות מרדכי, ב"מ, סי' תלה, סובר שמועילה מחילה על דבר בעין, שהרי הגהות מרדכי מוכיח מסוגיה זו שמחילה אינה צריכה קנין; ובעצם זו הוכחה מהתלמוד עצמו. אולי סבר שאין הוכחה מהתלמוד עצמו, מפני שלגבי התלמוד אפשר לומר שזאת לא מטעם מחילה אלא שבשתיקתו התכוון לתת במתנה (כמו שהסבירו עונג יום טוב ועוד); ומה שנקטה "מחילה" אינו בדווקא; ורק העובדה שהגהות מרדכי למד מכאן דיני מחילה מראה שזה לא מטעם מתנה (כפי שהעיר בית אברהם, ישראל, חו"מ, עג, לב, דף קעג ע"ג).

²⁷⁰ ברכת אברהם (ארלנגר), ב"מ סו ע"ב, עמ' שכח. על עקרון זה ראה ליד ציון הערה 261.

²⁷¹ שו"ת בעי חיי חו"מ ח"א סי' רט (רס ע"א).

²⁷² דברי חיים (אורבך), דיני מכירה, סימן לג; דברי משפט, רט, סי' א.

כבר הקרקע שלו ואין מטלטלין נקנין אגב קרקע שלו, וכן אם הקנה לו בקנין סודר, לא קנה ע"י תפיסתו כשבא לעולם, מפני שאז כבר הסודר לבעליו²⁷³. אבל ר' חיים אוירבך סבור שגם אם עשה קנין חזקה או סודר לפני שבא לעולם, מועילה תפיסה בלי קנין אף שכבר כלה הקנין הראשון, וזכה מטעם מחילה או מטעם "ליקום בהימנותיה", כיון שהוא מוחזק, כי רואים כאילו הנותן אומר לו אחרי שתפס "אני נותן לך מה שבידך", והתפיסה היא הקנין, על סמך מה שרצה להקנות לו בתחלה²⁷⁴.

תפיסת המקבל מועילה רק למה שתפס, אבל אינו זכאי לקחת עוד מכאן ולהבא, ואין אומרים ששתיקת הנותן מלמדת שהקנה לו גוף לפירותיו²⁷⁵.

גם אם תפס המקבל רק אחרי מות הנותן, לפני שהיורש חזר בו מהמתנה, זכה המקבל²⁷⁶.

במתנה של פירות עתידיים של נכס קיים, מועילה תפיסת הפירות אחרי שצמחו, אבל אין מועילה תפיסת הנכס עצמו לקנות את פירותיו²⁷⁷.

הט"ז סבור, שאם ראובן זיכה דשלב"ע במתנה לשמעון ע"י לוי, ואח"כ הגיע הנכס לרשות לוי, קנה שמעון, אע"פ שבזמן הזיכוי לא היה ברשות הנותן, כי רואים כאילו שמעון תפס²⁷⁸. אך דעת ר' יעקב מליסא היא שאם הגיע הנכס ללוי ולא הגיע לשמעון, לא קנה שמעון, כי תפיסת דבר שלא בא לעולם מועילה רק משום מחילה, אבל אם לא בא ליד המקבל, לא שייכת מחילה, שהלא לוי לא היה שלוחו כיון שלא מועילה שליחות בדבר שלא בא לעולם²⁷⁹, ואם כן, כשהנכס הגיע ללוי, הוא כאילו הגיע לאדם זר, שלא שייכת בו מחילה, ואין לומר שתפיסת לוי תועיל, שהרי הוא כתופס במקום שחב לאחרים²⁸⁰.

אם הנותן חזר בו מהמתנה לפני שהמקבל תפס, אפילו חזר בו אחרי שהדבר בא לעולם, גזל הוא ביד המקבל ומוציאים מידו²⁸¹.

כמו כן, אם כתב הנותן שטר על המתנה ומסר אותו למקבל, הוא נחשב כאילו תפס את דבר המתנה עצמו אחרי שבא לעולם, וקנה²⁸². גם כאן, הנותן מוחל לו על שטרו, והמקבל כאילו קונה את הנכס עכשיו ע"י

²⁷³ נתיבות המשפט, רט, ס"ק ג.

²⁷⁴ דברי חיים (אוירבך), דיני מכירה, סימן לו. הוא דוחה את הסבר נתיבות המשפט, בטענה שאם אמר לו "משוך וקנה לאחר שיבוא לעולם", קנה מעיקר הדין, גם בלי החידוש של תפיסה - ראה בשמו ליד ציון הערה 216 בענין "לכשיבוא".

²⁷⁵ ר' יהושע חאנדאלי, בשו"ת מים רבים חו"מ סי' מח (מ ע"ב); שו"ת מהר"ם אלשיך סי' ז.

²⁷⁶ שו"ת המב"י חלק ב סי' קלו (הובא במטה אפרים, ארדיט, דרוש ו, דף מט ע"ד).

אבל הוא מביא שר' שמואל כתב ששכ"מ שנתן מתנה, ומת, מיד כשמת יצאו הנכסים מרשותו ונכנסו ליד היורש, ואין תועילה תפיסת המקבל כי היורש אינו מוחל.

²⁷⁷ שו"ת מהר"ם אלשיך סי' ז (הובא בשו"ת בעי חיי חו"מ ח"א סי' רט דף רס ע"א).

כנה"ג, רט, הגה"ט, אות נא, מדגיש שאם הקנה נכס ופירותיו כשהנכס לא היה בבעלותו, ואח"כ נכנס הנכס לבעלותו, מועילה תפיסת הנכס גם לפירותיו.

²⁷⁸ ט"ז, רמג, ד.

²⁷⁹ ראה חוק לישראל, שליחות, עמ' 216.

²⁸⁰ נתיבות המשפט, רמג, ס"ק ג. והוא כותב שזו גם דעת הט"ז, וכוונת הט"ז היא, שאם הנכס הגיע ליד המקבל, זכה.

²⁸¹ שו"ת המב"י חלק ב סי' קלו; סמ"ע, רט, ס"ק יא (בקיצור); שו"ת מהר"ם אלשיך סי' ז.

²⁸² רי"ף, המובא בספר העיטור מאמר ב, קנין (י ע"ב) (הובא בהגהות מיימוניות, הלכות מכירה, כב, ב, אות ג, ובתרומות הדשן, שו"ת, סי' שכ); רמ"א, חו"מ, רט, ד; שו"ת מהר"ם אלשיך סי' לו (ד"ה ומתוך).

ביאור הגר"א, חו"מ, רט, ס"ק ט, מנמק שכמו שתפיסה מועילה מפני שאחריה "אינו יכול לחזור" (ראה בשמו בהערה 261), כך אם התחייב בשטר, אינו יכול לחזור.

מטה אפרים (ארדיט) דרוש ו (מט ע"א), כותב שהשטר מועיל רק אם נאמר בו שהנכס עוד לא בא לעולם ושיקנה כשיבוא לעולם. הוא מסביר (בדף מט ע"ג) שזה טעם שו"ת הרא"ש כלל פד סי' ו, העוסק במתנה של דברים שעוד לא קנה, וכתב שהמקבל קנה - כי שטר נחשב כתפוס. הוא מסביר בכך (בדף מט ע"ד) שלכן אברהם שרצה לתת את א"י ליצחק במתנה, ועדיין לא זכה בה, כתב שטר, ובזה קנה יצחק, אף שאברהם זכה בא"י רק אחרי מותו, כמו שתפיסת החפץ מועילה אחרי מות הנותן (כאמור ליד ציון הערה 276). אבל הוא מקשה (בדף מט ע"ב) מדוע שו"ת הרי"ף, המובא בטור חו"מ סי' ס, ובס' התרומות שער סד ח"ב סי' ג-ד, עוסק בשטר מתנה, וכותב שאם לא ידוע שהיו הנכסים בידו בשעת כתיבת השטר, לא קנה (ראה הערה 113).

הבהנה: נתיבות המשפט, רט, ס"ק ד, כותב שכוונת העיטור והרמ"א היא רק להקנות שטר חוב, שגם הוא נחשב דשלב"ע (על הקנאת חוב, ראה ליד ציון הערה 77), ובזה אם מסר למקבל את שטר החוב וגם כתב לו שטר הקנאה עם הלשון "קנה לך אותו ואת כל שעבודו", קנה, אבל בדברים אחרים, אינו נחשב שתפס משום שיש בידו שטר, שהרי עדיין יצטרך לתבוע את הנכס בדין. בדעת הסמ"ע הוא כותב, שכוונתו היא שאם כתב שטר התחייבות, אחרי שהדבר בא לעולם, קנה.

דעה חולקת: מטה אפרים (ארדיט) דרוש ו (מט ע"א), כותב שר' פלטוי, המובא בעיטור, מאמר ב, קנין, סובר ששטר לא מועיל, שהרי פסק שמי שכתב בשטר "נתתי לבני כל מה שיש לי ושיהיה ליי", לא קנה מה שאין לו אז כי זה דבר שאינו ברשותו.

השטר²⁸³. יש אומרים שזאת בתנאי שמסר את השטר למקבל אחרי שדבר המתנה בא לעולם²⁸⁴. אבל אחרים אומרים שגם אם מסר את השטר לפני שבא לעולם, קנה²⁸⁵, בתנאי שבשעה שבא לעולם היה השטר עדיין ביד המקבל²⁸⁶.

ו. נכס שאינו בבעלות הנותן אבל יש לו זיקה אליו

אין אדם יכול לתת במתנה דבר שאינו בבעלותו, גם אם הוא עתיד להיכנס לבעלותו, משום שגם הוא בגדר דבר שלא בא לעולם, כפי שראינו לעיל²⁸⁷. ההלכות שנמנו לעיל לענין דשלבי"ע בכלל, אמורות גם לענין נכס שנמצא בעולם אבל אינו בבעלות הנותן. כאן נפרט הלכות המיוחדות לנכס כזה.

מחוסר זמן: נכס שבוודאי תוך זמן מסוים יהיה בבעלות הנותן, הוא יכול להקנות אותו כבר עכשיו²⁸⁸. קל וחומר אם הנכס היה כבר בבעלותו לפני כן. לדוגמה, מי שמכר בית לראובן לזמן קצוב, יכול להקנותו לשמעון אף בתוך הזמן, ושמעון יזכה בו בתום הזמן שנקצב לראובן²⁸⁹. כמו כן, ראובן שנתן נכס במעמ"ל לשמעון למשך עשר שנים, ובתוך עשר השנים נתן אותו ראובן במתנה ללוי "מעכשו ולכשיחזור לידי", קנה, וזאת גם לשיטה²⁹⁰ ש"מעכשו" לא מועיל בדשלבי"ע, מפני שכאן הנכס שלו, אלא שמחוסר זמן עד שיחזור לידו משמעון, וזה לא דשלבי"ע כי הזמן בא ממילא²⁹¹.

נכס שמצוי לקנות כדוגמתו בשוק, יש אומרים שאדם יכול להקנותו גם אם עדיין לא נכנס לבעלותו²⁹² גם אם יהיה מצוי לקנות רק בעוד שנה²⁹³. אבל אחרים אומרים שכיון שאינו בבעלותו, אינו יכול להקנותו²⁹⁴.

שו"ת ברית אברהם, חו"מ, סי' כ, אות י, מדייק מה שרמ"א חו"מ, רפא, ז, כותב שבשטר מתנה לבת, שתקבל מהירושה כמו חצי זכר נוטלת רק ממה שהיה בשעת נתינה - הרי שלא אומרים שמועילה תפיסת השטר אחרי שבא לעולם.

²⁸³ קצות החושן, רט, ס"ק ו. אך הוא מעיר שנימוק זה שייך רק בקרקע, שרק הוא נקנה בשטר. והוא מתקשה מדוע העיטור שם אומר שאפשר להקנות כתובה בדרך זו, אף שכתובה אינה נקנית בשטר. גם דברי משפט, רט, ס"ק א, כותב שתפיסת שטר מועילה רק לענין קרקע.

²⁸⁴ סמ"ע, רט, ס"ק יג; שו"ת פני משה, ח"א, סי' סו (קנט ע"א).

²⁸⁵ בני יעקב, מאמר ב, קנין, דף ע"ב; קצות החושן, רט, ס"ק ו.

שתי הדעות הובאו במטה אפרים שם (מט ע"ב).

²⁸⁶ ט"ז, חו"מ, רט, ד; שו"ת בעי חיי חו"מ ח"א סי' רט (רס ע"א). ה"ז כותב שזאת דעת הסמ"ע.

²⁸⁷ לעיל, ליד ציון הערה 106.

²⁸⁸ נתיבות המשפט, ריא, ס"ק ה (אם אמר "מעכשו") (הובא בפסקי דין ירושלים, דיני ממונות ובירורי יוחסין ח"ח עמ' קכה).

הוא מסתמך על משנה למלך, הלכות אישות, ד, ז (הובא בשו"ת הרא"ם (מרגליות) אה"ז סי' לו אות ד), הכותב באופן כללי שדבר שהוא רק מחוסר זמן נחשב שבא לעולם.

דעה חולקת: שו"ת ושב הכהן סי' מט (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, ריא ס"ק א), נוטה לומר שראובן שמכר נכס לשמעון "לאחר שנה", ובתוך השנה הבית **מושכר** לשמעון, שמעון יכול להקנות את הנכס לאחר תוך אותה שנה, כי הבית נחשב שייך לשמעון אפילו תוך השנה, כיוון ששכירות היא כמכר ליומה; משמע שאם אינו שוכר, אינו יכול להקנותו כי עדיין אינו שלו, אף שהוא רק מחוסר זמן.

²⁸⁹ שו"ת מהרש"ל סי' לו (ד"ה ומתוך); שו"ת מהריט"ץ, סי' פט ("כשתחזור לידי, היא קנויה לך מעכשיו").

שו"ת די השב, חו"מ, סי' כ (סז ע"ד), מעלה ספק, במכר ב"הטבה", דהיינו שמראש הוסכם שהמוכר זכאי לקנות את השדה חזרה אם יהיה לו כסף - האם המוכר יכול להקנותו לאדם אחר לפני שקנה אותו חזרה? ייתכן שדוקא במכר לזמן קצוב, שהנכס חוזר למוכר אחרי הזמן בלי קנין חדש, נחשב ברשותו, משא"כ כאן, שכדי לקנותו חזרה הוא צריך לשלם.

אבל שו"ת כפי אהרן ח"ב חו"מ סי' י (קכ ע"א), מדייק משו"ת מהרש"ד חו"מ סי' רעז, הכותב שהמשכיר בית אינו יכול לתת אותו במתנה תוך הזמן, שק"י שאם מכר אותו לזמן קצוב, שאינו יכול לתת אותו במתנה.

²⁹⁰ ליד ציון הערה 252.

²⁹¹ שו"ת כפי אהרן ח"ב חו"מ סי' י (קכ ע"א). הוא כותב (בדף קכ ע"ד) שמעמ"ל נחשב כמכר לזמן קצוב לענין זה, שנחשב ברשות הבעלים המקורי ויכול להקנותה. הוא כותב (בדף קכ ע"ג) שגם לשיטת רשב"א וריטב"א שבמעמ"ל צריך המקבל להקנות הנכס חזרה לנותן (ראה בשמו בסעיף 4), זה לא נחשב דשלבי"ע, שהרי ריטב"א קידושין ו כתב שהנותן יכול לשעבד את המתנה לנושה שלו והנושה גובה ממנו אחרי שהמקבל יחזיר, ואילו היה דשלבי"ע לא היה יכול לשעבדו.

לא ברור האם מהרש"ל וכפי אהרן מסכימים לנתיבות המשפט, שיכול להקנות אותו גם אם לא היה שלו בעבר.

²⁹² רבינו נסים, המובא בשו"ת ר"י מיגאש, סי' קח (נדפס בשיטה מקובצת, ב"מ מז ע"ב), ובספר העיטור, מכירת קרקעות (סז ע"א); ראב"ה, המובא במרדכי ב"ב סי' תקסט (שחייב לקנותו לו); כסף משנה, הלכות מכירה, כב, ג (הובא בס' יובל הפרדס (תשי"א), עמ' 154), בתירוץ הראשון; שו"ת הרשב"ש סי' עא, בדעת רמב"ם, הלכות מכירה, כב, ג; שו"ת דברי ריבון סי' עד, בדעת הרמב"ם; שו"ת מהר"ש צרור (תשב"ץ חלק ד (חוט המשולש) טור ב) סי' יג (ד"ה ומצאתי), בדעת ראב"ד ומגיד משנה הלכות מכירה, כב, ג; נתיבות המשפט, ריא, ס"ק ה (גם בדעת סמ"ע, רט, ס"ק כג); שו"ת חסד לאברהם (תאומים) מהדו"ק חו"מ סי' לו, בדעת סמ"ע, רט, ס"ק כג.

חסד לאברהם שם מוכיח שיש ראשונים נוספים שסוברים כך - עיי"ש.

דעה זו הובאה גם בשו"ת מהר"ש צרור (תשב"ץ חלק ד (חוט המשולש) טור ב), סי' כב (ד"ה תשובה), ובשו"ת ברית עולם (ולר), סי' כב.

נכס שנמצא בבעלותו **ועתיד לצאת מבעלותו ולחזור**: האומר לחבירו "שדה זו שאני מוכר לך לכשאקחנה ממך תהא קנויה לך", קנה הואיל ואינה יוצאת מרשותם, אלא נשאר או ברשות הנותן או ברשות המקבל.²⁹⁵ גם האומר לחבירו "שדה זו שאני מוכר לראובן, כשאחזור ואקחנה מידו תהא קנויה לך", מועיל, כיון שבידו להקנותה עכשיו, ולא איכפת לנו שבינתיים מחוסר מעשה, כי הוא כמקנה לאחר שלשים יום, שחל.²⁹⁶

נכס שבעתיד **יתברר שעכשיו הוא בבעלות הנותן**: כל דבר שיהיה של הנותן למפרע משעת נתינת המתנה, גם אם עכשיו לא ברור שהוא שלו, הוא יכול להקנות.²⁹⁷ דוגמאות אחדות לדבר: (א) אשה ש"הודתה" שהיא חייבת לראובן מאתיים זוז על מנת (על תנאי) שתינשא תוך עשרים שנה, ונתן ראובן לשמעון במתנה את הכסף תוך עשרים השנה, המתנה קיימת, כי זה דבר שבא לעולם, שהרי זכה בכסף מעכשיו אם תינשא.²⁹⁸

(ב) ראובן שמכר נכס לשמעון "מעכשיו ע"מ שתתן לי מאתיים זוז עד יום פלוני", ושמעון הקנה את הנכס ללוי ואח"כ קיים את התנאי, ההקנאה תקפה, כי קנה את הנכס למפרע.²⁹⁹

(ג) ראובן שהיה חייב כסף לשמעון, ומכר לשמעון שדה מעכשיו בלי תנאי, והשליש את שטר המכר ביד לוי, שאם לא יפרע לשמעון את חובו לזמן מסוים יתן את השטר לשמעון, וקודם שהגיע הזמן הקנה שמעון את השדה ליהודה, וכשהגיע הזמן לא פרע ראובן לשמעון, הקנאת שמעון ליהודה תקפה אף על פי שהיתה קודם הזמן, מפני שמכירת ראובן חלה בזמן מסירת השטר ללוי, והתברר שהשדה היתה של שמעון כשהקנה אותה ליהודה.³⁰⁰

(ד) ראובן שנתן נכס במתנה ללוי בתנאי כלשהו, והתנה שאם יתבטל התנאי יהיה הנכס של שמעון מעכשיו, ונתן שמעון כל זכות שיש לו בנכס ליהודה מעכשיו, והתבטל התנאי, זכה יהודה בנכס מכח המתנה שנתן לו שמעון.³⁰¹ ואף שכשנתן שמעון את הנכס ליהודה, עוד לא באה המתנה לשמעון, מ"מ כיון שראובן נתן לשמעון "מעכשיו" על תנאי, נחשב כאילו באה ליד שמעון בשעה שנתן את הנכס ליהודה.³⁰²

דבר **שלא שייך לנותן לפי דיני הנכרים**: במקום מסוים היה אסור ליהודים לקנות קרקע, ולכן ראובן קנה בית על שם גוי מסוים, ואח"כ נתן את הבית לשמעון במתנה. לאחר זמן, הותר ליהודים לקנות, ואז נתן

חלק מהראשונים הללו לא נקטו שקנה אלא שחייב להעמיד לו את הנכס, ולפי זה אין כאן הקנאה אלא התחייבות. אבל א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 148-151, כותב שלדעת הראשונים הללו יש כאן הקנאה, שבתחילה היא ערטילאית, וכשהנכס מגיע ליד המקנה, זכה בו המקבל.

ר' צבי הירש רבינוביץ, מוריה ריג, עמ' נח-סא, מוכיח שאפשר להקנות דשלבלי"ע אם בידו להשיג אותו, גם בדבר שכרגע שייך לאדם אחר (והוא אינו מדבר רק על דבר המצוי בשוק; אך הוכחותיו הן מתחום הקדש וקדושין בדשלבלי"ע וכדומה)

נתיבות המשפט, ריא, ס"ק ה.²⁹³

ר"י מיגאש, שם; כסף משנה שם, בתירוץ השני; שו"ת מהר"ש צרור (תשב"ץ חלק ד (חוט המשולש) טור ב) ס"י יג (ד"ה אמנם כד), בדעת רא"ש ב"ב פ"ד ס"י יב.

חסד לאברהם שם כותב שזו דעת ש"ך, חו"מ, רט, ס"ק יג, ונתיבות המשפט, רט, ס"ק ט. דעת הר"י, ב"ב לו ע"ב (בדפי הר"י) בענין זה אינה ברורה, ותלויה בגירסאות שונות בדבריו. ראה על כך מהר"ש צרור שם (ד"ה ומצאתי).

הבחנה: מהר"ש צרור שם (ד"ה אבל, ד"ה ובאמת), כותב שגם לדעה זו, אם זה דבר שכל שעה אפשר לקנותו כי בעלי החנויות והסוחרים מוכנים ומזומנים למוכרו ואומנותם בכך, ההקנאה תקפה, כי סמכה דעתם של שני הצדדים; והמחלוקת היא רק בדבר שלא בכל שעה יש בני אדם שמשאם ומתנם בכך, אלא שלפעמים יש מי שימכור אותו, כגון דקלים.

אור שמח הלכות מכירה, כב, י (ד"ה והר"י); חידושי ר"ע איגר חו"מ, רט, ד.²⁹⁵ ר"ע איגר שם כותב שאם אמר "אם תמכור אותה לאחר ואקנו ממנו, יהא קנוי לך", לפי הר"י נדרים ל ע"א, לא קנה, ולפי הרשב"א שם, קנה.

אור שמח הלכות מכירה, כב, י (ד"ה וגוף וד"ה ומה שעמדתי); חידושי ר"ע איגר חו"מ, רט, ד.²⁹⁶

משנה למלך, אישות, כג, א (ד"ה וראיתי); נחל יצחק סו, א, ענף א.²⁹⁷

שו"ת הרשב"א, ח"א, ס"י אלף קמט (הובא בב"י, רז, מחודש יג). ראה בשמו בענין מחילה על דשלבלי"ע.²⁹⁸

הראב"ד, המובא בס' התרומות שער סג ח"א אות ג.²⁹⁹

הראב"ד, המובא בס' התרומות שער סג ח"א אות ג; טור, חו"מ, נד, יג; רמ"א חו"מ ריא, ז. ראה סעיף 6, בענין קנין שטר, בשאלה מתי חל הקנין, אם השטר נמסר למקבל רק לאחר זמן. תרומת הכר, ריא, ז, כותב (במסקנתו) שהדין כך גם במיטלטלין.

שו"ת הרא"ש כלל פא ס"י א (הובא בטור, חו"מ, רמח, יג); רמ"א חו"מ, רמח, ז.³⁰¹ סמ"ע רמח, ס"ק לב.³⁰²

הגוי את שטר המכירה לראובן. נפסק שכיון שבשעה שקנה ראובן היה ידוע שקנה בשביל עצמו, הבית שייך לו, וממילא המתנה תקפה³⁰³.

ז. הנותן דבר שאינו שלו במתנה, ואחר כך קנה אותו

אף על פי שהנותן דבר שאינו שלו במתנה, המתנה אינה תקפה, הרי יש אפשרות שהמתנה תקבל תוקף ע"י שהנותן יקנה את הנכס מבעליו האמיתי: ראובן שנתן חפץ שאינו שלו במתנה לשמעון, ואח"כ קנה אותו מבעליו, זכה שמעון בחפץ, כי עד"ז קנה אותן ראובן, כדי לשמור על מהימנותו בעיני שמעון המקבל³⁰⁴. כיון שהוא התכוון לקנותו בשביל המקבל, קנהו המקבל מדין "זכין לאדם שלא בפניו"³⁰⁵.

לדוגמה, גזלן שנתן את הנכס הגזול במתנה ואח"כ קנה אותו מהגזול, הנכס נקנה למקבל, משום שהגזלן מעוניין לשמור על מהימנותו בעיני המקבל, והוא התכוון לקנותו בשביל המקבל, כדי לקיים את המתנה שנתן³⁰⁶. יש סייגים אחדים להלכה זו: (א) מדובר דוקא בשלא ידע המקבל שהנכס גזול, אבל אם ידע, גם אם הגזלן קנה אותו מהגזול אח"כ, המתנה בטלה, כי לא שייך לומר שהוא מעוניין לשמור על מהימנותו כיון שכבר ידע המקבל שלא היה בידו כח לתת³⁰⁷. (ב) יש אומרים שאם הגזלן מכר את הנכס לאדם אחר אחרי שקנה אותו מן הגזול, לא קנה מקבל המתנה, שהרי הגזלן גילה דעתו בכך שאינו רוצה להעמיד אותו ביד המקבל³⁰⁸. (ג) אם הגזלן קנה את הנכס מהגזול רק אחרי שהמקבל תבע אותו בדיון, לא זכה המקבל בנכס³⁰⁹, מפני שהעובדה שלא קנה אותו לפני כן מוכיחה שלא חשבו לו לעמוד במהימנותו³¹⁰.

³⁰³ שו"ת מהרי"א הלוי, ח"ב סי' קמט. בעניין שטר קניין שכתב הקונה באופן פיקטיבי על שמו של אחר, ראה בחוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 38-41.

³⁰⁴ תרומת הדשן, שו"ת, סי' שכ (הובא בשו"ת מהרי"ש צרור (תשב"ץ חלק ד (חוט המשולש) טור ב) סי' יג, ד"ה אבל); רמ"א, חו"מ, רט, ה; שו"ת מהרי"ש צרור (תשב"ץ חלק ד (חוט המשולש) טור ב), סי' כב (ד"ה תשובה); נתיבות המשפט, ס' ס"ק יא. תרומת הדשן לומד עקרון זה מהדוגמה של גזלן בסמוך, שמקורה בב"מ טו ע"ב.

הרמ"א ומהרי"ש צרור עוסקים במכר, אבל יש להניח שהדין כך גם במתנה, כפי שהדין בגזלן אמור גם במתנה. שמע יעקב (אלגזי), פ' ויצא (לג ע"ב), מסביר על פי זה איך חלה מתנת א"י לאברהם, הרי הארץ היתה ביד כנען - כי ה' טורח בשמירת א"י כדי שיקבל אותה.

³⁰⁵ סי' העיקרים (איגר), ח"א, עמ' שו.

³⁰⁶ רמב"ם הל' גזילה, ט, ט; ספר העיטור מאמר ב, קנין (י ע"ב); רא"ש, בבא מציעא, פרק א, סי' מ; טור, חו"מ, שעד, א; שו"ע, חו"מ, שעד, א.

תוס' ב"מ טז ע"א (ד"ה בהיא) כותבים שהמקבל זוכה כי נחשב כאילו בשעת ההקנאה הראשונה אמר הגזלן למקבל "שדה זו תהיה קנויה לך כשאקנה אותה מהגזלן", ומסבירים גליון תוס' בשטמ"ק, ב"מ שם, ומהרש"א, ב"מ שם (הובאו בדברי משפט, רט, ס"ק א) שאף שבד"כ לא מועילה הקנאת דבר שאינו שלו "לכשאקנה" (לדעה ליד ציון הערה 215), מ"מ כאן סמכה דעת הקונה כי הוא מחזיק בשדה.

שו"ת מהרי"ש צרור (תשב"ץ חלק ד (חוט המשולש) טור ב), סי' כב (ד"ה ויש לי), ודברי גאונים כלל כד סי' כ, כותבים שהדין כך גם במטלטלין.

כסף משנה הלכות גזילה, ט, יא, כותב בתירוץ השני, שאם הגזלן טען שקנאו לעצמו ולא כדי לשמור על מהימנותו, אין המקבל זוכה. אבל שו"ת מהרי"ש צרור (תשב"ץ חלק ד (חוט המשולש) טור ב), סי' כב (ד"ה ויש לי), מוכיח בב"מ טו ע"ב שגם אם הגזלן טוען שלעצמו קנאו, זכה המקבל, כי יש אומדנא שטרח וקנה כדי לשמור על מהימנותו, וגם אם הוא אומר עתה שלעצמו קנאו, אין משגיחים בו. והוא כותב שהכסף משנה כתב כך רק כדי להשיב על הרמב"ם, שהרי בשו"ע לא כתב כך.

³⁰⁷ תוס' ב"מ טו ע"ב (ד"ה חזר) (הובא בשו"ת מהרי"ש צרור (תשב"ץ חלק ד (חוט המשולש) טור ב), סי' כב ד"ה באופן), כמוסבר בשו"ת מהרש"ך חלק ב סי' א (ד"ה ואומר); רמ"א, חו"מ, שעד, ב (הובא בתומים קטז ס"ק ד); קצות החושן, לז, ס"ק ח.

נראה שזו גם כוונת שו"ת נודע ביהודה מהדורא תניינא, אהע"ז סימן נד, אות יב, שמסביר מדוע רק בגזלן שקונה מניחים שהתכוון לקנות עבד המקבל - כי מתחלה סמך הקונה על כך שהגזלן יישאר במהימנותו, ולכן אומרים שהגזלן רוצה להישאר במהימנותו, ומסתמא על דעת כן הגזלן קונה אותה; אבל בהקנאת "מה שאירש מאבא" או "מה שתעלה מצודתי" (שנידונו בב"מ טו ע"ב), אין אומרים שבשעה שצד, זוכה בה לצורך הקונה, או שבשעה שיורש, זוכה בה לצורך הקונה, כי מתחלה לא סמכה דעת הקונה שהרי ראינו שקנה על הספק, ולכך בשעה שצד ובשעה שיורש אינו מתכוין לזכות לצורך הקונה. נראה שכוונתו היא שכאן מדובר שהקונה לא ידע שהנכס גזול, כדברי תוס', ולכן ברור שסמך על הגזלן.

דברי משפט, רט, ס"ק א, כותב שגם אם ידע המקבל שהנכס גזול, הרי אם אמר לו הגזלן מראש בפירוש "כשאקנה מהגזלן, תהיה קנויה לך", קנה המקבל, כי סמכה דעתו כיון שהוא יושב בשדה (סברת מהרש"א בהערה 306). והוא כותב בדעת העיטור, מאמר שני, קנין (י ע"ב), שכך הדין גם אם אינו יושב בשדה אלא מחזיק שטר קנין, כי גם אז סמכה דעתו, אבל זאת רק בתנאי שהשטר קיים עד שהגזלן קנאו מהגזלן, אבל אם נקרע השטר, כבר לא סמכה דעתו.

³⁰⁸ רמב"ם, הלכות גזילה, ט, יא; שו"ע, חו"מ, שעד, ב; שו"ת מהרי"ש צרור (תשב"ץ חלק ד (חוט המשולש) טור ב), סי' כב (ד"ה באופן), בשם האחרונים.

אבל טור, חו"מ, שעד, ב, ורמ"א, חו"מ, שעד, ב, כותבים שגם במקרה זה זכה המקבל, וסמ"ע, שעד, ס"ק ד, מנמק, שמיד כשהגזלן קנה, זכה המקבל, ולא משנה מה עושה הגזלן אח"כ.

³⁰⁹ שו"ע, חו"מ, שעד, א.

³¹⁰ סמ"ע, שעד, ס"ק ג.

כמו כן, נפקד שהקנה את הפקדון לאחר שלא ברשות בעליו, ואח"כ קנאו מבעליו, החפץ נקנה למי שהקנה לו לפני כן, שהרי בזה שהקנה אותו לאדם אחר, שלח בו יד, גם אם עדיין הוא מונח ברשותו, והשולח יד בפקדון נעשה גזול עליו, וממילא דינו כגזול שקנה את הנכס מהגזול אחרי שנתן אותו במתנה³¹¹.

כמו כן, אלמנה שנתנה למישהו מתנה מנכסי הבעל לפני שגבתה את כתובתה, ואח"כ גבתה את כתובתה, והיורשים הסכימו לנכות את שווי המתנה מכתובתה, מתנתה קיימת; אלא שהדברים אמורים רק אם מקבל המתנה לא ידע שהיא נתנה לו לפני גביית כתובתה, אבל אם ידע שעדיין לא גבתה את כתובתה, אף על פי שאח"כ גבתה, בטלה מתנתה³¹².

הדברים אמורים רק בנותן שטרך לקנות את הנכס מבעליו, ולא בנותן שירש את הנכס מבעליו. כך, בדוגמה של גזול, אם הגזול רק ירש את הנכס מהגזול (כגון שגזל מאביו, ואח"כ מת אביו), אין המתנה שנתן לפני כן מתקיימת בכך, כיון שהוא לא עשה שום מעשה שמלמד על רצון לקיים את מהימנותו בעיני המקבל³¹³. כמו כן, בן שנתן נכס שהוא עתיד לרשת, אף שאח"כ ירש את הנכס, המתנה בטלה, כי ירושה באה ממילא ולא טרח אחריה, ולא גילה דעתו שהוא מעוניין להקנותו למקבל³¹⁴.

פרק רביעי: נכס שאינו בשליטתו של בעלי

אדם אינו יכול לתת במתנה נכס שאינו בשליטתו, גם אם הוא בבעלותו המלאה³¹⁵.

הדוגמה הובלטת ביותר היא נכס **מיטלטל גזול**: גזול אינו יכול להקנות נכס מיטלטל שנגזל ממנו, כי הנכס אינו בשליטתו³¹⁶, וזאת גם אם הוא יכול להוציא את הנכס מהגזול בדין³¹⁷.

לפי דעה אחת, אם הגזול רוצה להחזיר את הגזילה, הנכס נעשה פקדון ובעליו יכול להקנותו³¹⁸. אבל דעה אחרת היא שגם אם הגזול רוצה להחזיר, בעליו אינו יכול להקנותו כיון שהוא אצלו בתורת גזול³¹⁹.

³¹¹ שו"ת מהר"ש צרור (תשב"ץ חלק ד (חוט המשולש) טור ב), סי' כב (ד"ה באופן).

³¹² שו"ת מהרש"ך חלק ב סי' א (ד"ה ועתה). הוא נוקט "ונתתו היורשים לנכות", וצריך לומר שמדובר שהיא ביקשה מהם לנכות, ובכך היא כאילו קונה מהם את דבר המתנה.

³¹³ שו"ע, חו"מ, שעד, ב.

³¹⁴ ספר העיטור מאמר ב, קנין (י ע"ב).

³¹⁵ במקורות נקרא נכס כזה "דבר שאינו ברשותו" (למשל, ב"מ ו ע"א, ואנציקלופדיה תלמודית, ערך זה), אבל אנו נשתמש במונח "שאינו בשליטתו" כדי למנוע בלבול, כיון שהמונח "דבר שאינו ברשותו" משמש במקורות גם לנכס שאינו בבעלותו (כגון ברמב"ם, הלכות מכירה, כב, ה).

קובץ שעורים קידושין אות צג, דן האם החסרון בדבר שאינו בשליטתו הוא חסרון מצד המקנה, או חסרון מצד הקונה; ומביא ראיות לכאן ולכן - עיי"ש. חמדת אהרן (קוגמן, תשס"ו), סי' לד, אות א (עמ' רא), מדייק מקצות החושן סו, ס"ק א, שזה דין בכח ההקנאה לאחרים. באות ז הוא כותב שאם נאמר שלקונה אין כח לקנות בלי הקנאת המקנה (ראה בשמו בסעיף 4) ובסעיף 1, בהכרח שהחסרון כאן הוא בכח המקנה, אבל אם יש לקונה כח לקנות לבדו, אפשר שהחסרון בדבר שאינו בשליטתו הוא דוקא בכח הקונה, כי כח המקנה נובע מזה שהוא בעלים, ולכן לא משנה אם זה בשליטתו או לא, אבל כח הקונה נובע מזה שיש גורם שיהיה לו ממון, א"כ זה לא שייך בדבר שאינו בשליטתו, כי בלאו הכי לא יהיה הממון ברשות הקונה, ולכן אין גורם "מחייב" שיוכל הקונה לזכות בו.

³¹⁶ רש"י, ב"ק ע"א (ד"ה משום); רא"ש, ב"ק פ"ז סי' ד; מרדכי, ב"מ סי' רמג; תוס', ב"ק ע"א (ד"ה אמטלטלין); ראב"ן, שו"ת, סי' עט, ועל ב"ק ע"א (דף קצא במהד' ערנריך); אור זרוע, ב"ק סי' רצה; פסקי רי"ד, ב"ק ע"א; ר' ברוך הספרדי (נדפס ב"שיטת הקדמונים"), ב"ק ע"א; מגיד משנה, הלכות מכירה, כב, ט; ים של שלמה בבא קמא פרק ז סימן י; ח"י ר"ע איגר, ב"ב מג ע"א; ס' העיקרים (איגר), ח"א, עמ' רפג. חלק מפוסקים אלו מביאים ראיה מהדין שאינו יכול להקדישו (ב"מ ו ע"א).

עונג יו"ט סי' צג, מעלה שני נימוקים לכך שדבר גזול אינו נחשב ברשות הגזול (לענין שאינו יכול להקדישו): כי הדבר נחשב קצת ברשות הגזול כי חייב באונס, או כי הוקלש כוח בעלות הגזול כיון שאינו ברשותו. עיי"ש לנ"מ בין הנימוקים בתחומים שונים; ואינו עוסק בהקנאה.

דעה חולקת: ח"י רשב"א ב"ק ע"א (ד"ה איכא דאמר), ושבועות לג ע"ב (ד"ה והרמב"ן), אומר שנגזל יכול להקנות למי שירצה אגב קרקע או בקנין סודר, ורק להקדיש אינו יכול מגזילה"כ. כמו כן, ח"י ר"ע איגר חו"מ ריא, ז, כותב שלדעת הרשב"ם ב"ב מג (ד"ה לסתלק), נגזל שלא התיימש יכול להקנות את הנכס, וכך גם בפקדון מטלטלין שהנפקד כבר בו. כמו כן, מאירי, ב"ק ע"א (ד"ה מה שכתבנו), כותב שאפשר לתת את הדבר הגזול במתנה אף שאי אפשר להקדישו.

³¹⁷ מרדכי, ב"מ, סי' רמג; נתיבות שמואל, נתיב ו, אות ו (נט ע"ב).

³¹⁸ קצות החושן ריא ס"ק ג, ואבני מילואים, כח, ס"ק יג, בדעת המאור ב"ק יח ע"א (בדפי הרי"ף), ובדעת תוס' ב"מ ו ע"א (ד"ה הקדישה).

קובץ שיעורים, קדושין, סי' צג, כותב ששיטה זו צריכה לומר שהחסרון בהקנאת דבר שאינו בשליטתו הוא מצד הקונה ולא מצד המקנה. ראה הערה 315 בשאלה אם זה מצד הקונה או מצד המקנה.

³¹⁹ קצות החושן ואבני מילואים שם בדעת הרמב"ן במלחמות ה' ב"ק יח ע"א (בדפי הרי"ף). הוא כותב שלפי הרמב"ן, גם כופר בפקדון, שהוא כגזול, אפילו אח"כ רוצה להחזיר, בעליו אינו יכול להקנותו.

אך אם הנגזל נתן את הנכס למישהו, ואח"כ הוציא אותו מהגזלן, חלה ההקנאה שהקנה הנגזל למפרע³²⁰. אפשר להסביר, שמתברר למפרע שחוסר השליטה של הנגזל היתה זמנית, ולכן אין בכוחה למנוע ממנו להקנות את הנכס.

אם מישהו קנה מהגזלן את הדבר הגזול, ומוכן להחזירו לנגזל אבל דורש מהנגזל את מה ששילם בעבורו מכוח "תקנת השוק", הנגזל יכול להקנותו למי שירצה³²¹. אפשר להסביר שבמצב זה, הנכס הוא כמשכון ביד מי שקנה אותו מהגזלן, והרי בעל משכון יכול להקנות אותו.

אשר ל**קרקע גזולה**, הנגזל יכול להקנות קרקע גזולה, כי היא נחשבת ברשותו³²².

ראובן שהחזיק בקרקע של שמעון בגזולות, ובעוד ראובן מחזיק בו, נתנו שמעון במתנה ללוי: אם המצב (בעת נתינת המתנה) היה ששמעון היה יכול להוציא ביד מיד ראובן, המתנה תקפה; ואם לא, אינה תקפה, וגם אם לאחר מכן חזר הנכס לרשותו, כגון שתפס אותו בכוח, אינו חייב לתתו ללוי³²³.

פקדון: מי שהפקיד פקדון ביד אדם אחר יכול לתת אותו במתנה למי שירצה, מפני שהוא נחשב בשליטת המפקיד³²⁴, גם אם אין עדים על ההפקדה³²⁵. המפקיד יכול להקנות גם מטבעות מופקדים, ואף שהנפקד רשאי להשתמש במטבעות המופקדים³²⁶, הרי כל זמן שלא השתמש בהן והמפקיד בא לתבוע אותם, אינו יכול לתת מטבעות אחרים במקומם³²⁷, ולכן הם נחשבים בשליטת המפקיד³²⁸.

הבחנה: שערי ישר, שער ה, פרק יב (ד"ה ועיין, אות רצ במהד' טרבלו) כותב שבגזלן רגיל, הנגזל אינו יכול להקנות על סמך רצון הגזלן להחזיר, כי החפץ קנוי לגזלן לענין שינוי וכדומה; אבל אם גזל בלי מעשה קנין (כגון שניים או חזים בטלית, ואחד מהם תפס - הנידון בתוס' שם), שלא קנה הגזלן כלום, אם הסכים להשיב, יכול הנגזל להקנות אותו.

³²⁰ ס' העיקרים (איגור), ח"א, עמ' רפג, בדעת השו"ע.

הוא מסביר בכך מדוע שו"ע חו"מ, ריא, א, נקט שאדם לא יכול להקנות דבר שעדיין אינו בבעלותו, ולא נקט שאינו יכול להקנות דבר גזול - מפני שיש הבדל ביניהם, שבדבר שעדיין אינו בבעלותו, ההקנאה לא חלה גם כשייכנס לבעלותו, משא"כ בדבר גזול. הוא מוכיח (בעמ' רצ) שלשו"ע קנה למפרע, מזה שלא כתב בשום מקום שהנגזל לא יכול להקנות, ואילו סבר שנקנה לו רק מכאן ולהבא היה צריך לכתוב זאת, כי יש בזה נ"מ - אם המקבל מכר את החפץ לאדם שלישי בזמן שהוא ביד הגזלן, אינו מכור אף כשיצא מיד הגזלן; אלא, הוא סובר שחל הקנין למפרע, ולא היה צריך לכתוב שבינתיים אינו קנוי לקונה, כי אין בזה נ"מ, כי בלאו הכי הקונה לא יכול להשיג אותו כי הוא ביד הגזלן; ואין לומר שני"מ שהקונה יכול לתבוע את הגזלן - כי גם אם בינתיים אינו קנוי לו, יכול לתבועו כי הוא בעל דבר כיון שאם יוציאנו, יהיה קנוי לו.

הוא מסתמך (בעמ' רפג) על רמ"ה, המובא בשטמ"ק ב"ק לג ע"א (ד"ה ולר"ע), האומר שאם הנגזל הקדיש את הדבר הגזול והוציאו מהגזלן, חל ההקדש למפרע. אבל ח"י רעק"א, ב"ב מג ע"א, כותב שרמ"ה מתכוון לומר שאם יוציא מהגזלן, חל הקדש **מאותה שעה ואילך**, כי לענין זה נחשב כאילו היה ברשותו כשהקדיש, כי העובדה שאינו בשליטתו אינו כל כך חזק שיוכל לבטל ממנו את קניינו בחפץ לגמרי, וההקדש חל ברגע שהוציא מהגזלן, כי אמירתו מועילה ליזמן שיוציא מהגזלן; אבל אם חזר בו לפני שהוציא מב"ד, חזרתו מועילה, כיון שההקדש לא יכול לחול מעכשיו.

אילת השחר ב"ב מג ע"א (ד"ה ובנגזל), מסביר שאף שהקנאת דשלבלי"ע אינה חלה גם כשהנכס בא לעולם, כאן אין חסרון בבעלות אלא קנין הגזילה של הגזלן מפריע להקנאה, ולכן כשמסתלקת ההפרעה, חלה ההקנאה. ס' העיקרים מביא ראיה שההקנאה תופסת למפרע, מב"ב מג ע"א - עיי"ש.

דעה חולקת: ר"ש איגר עצמו, במכתבו לאביו, בחי' רעק"א, ב"ב מג ע"א, כותב שמסתימת הפוסקים ובכללם השו"ע, משמע שגם אם הוציאו מהגזלן לבסוף בב"ד לא מועיל הקנין. ובס' העיקרים שם עמ' רפח, הוכיח שבית שמואל, כח, ס"ק טז, חולק על הרמ"ה - עיי"ש להוכחתו.

³²¹ ר"ש איגר, במכתבו לאביו, בחי' רעק"א, ב"ב מג ע"א, ובס' העיקרים (איגור), ח"א, עמ' רפט.

³²² ים של שלמה בבא קמא פרק ז סימן י.

³²³ מרדכי ב"מ, ס' רמב (הובא בדרכי משה, רמא, ס"ק ט).

שו"ת הרשב"א ח"א ס' אלף קנט, כותב שאם המלך תפס בית של יהודי שלא כדן, והיהודי נתן את הבית במתנה "מעכשיו כשיחזיר לי המלך", והמלך החזיר אותו אח"כ, מועילה המתנה, כי הבית נחשב ברשות היהודי. צריך להסביר שהמציאות היתה שהיה יכול להוציא את הנכס מהמלך בדין, ולכן המתנה תקפה; או שכיון שתלה את חלות המתנה בזמן שיחזיר אליו, המתנה תקפה.

נתיבות שמואל, נתיב ו, אות ו (נט ע"ב), מסביר את ההבדל בין קרקע למיטלטלין, שמסברה, נכס שבעליו אינו יכול להוציאו בדין, אינו יכול להקנות, מפני שלא שייך קנין על דבר שלא יכול לבוא לעולם ליד הזוכה; וגזירה "מה ביתו ברשותו" בב"מ ו ע"א, מלמד עוד דבר, שגם אם יכול להוציאו בדין, אינו יכול להקנות מה שביד גזלן; וזאת במיטלטלין, אבל בקרקע שאינה גזולה, לא נאמרה גזירה זו, אבל נשאר הדין שמסברה, שאינו יכול להקנות דבר שאינו יכול להוציא בדין.

³²⁴ רמב"ם, הלכות מכירה, פרק ו, ז, ופרק כב, ט, והלכות שלוחין, ג, ז (הובא בשו"ת מהרי"ק שורש פט); ראב"ן, שו"ת, ס' עט; שו"ע, חו"מ, ס' רג, ט, וס' ריא, ז (הובא בשו"ת כפי אהרן ח"ב חו"מ ס' י, דף קכב ע"ד); שו"ת חו"מ, ס' קכו ס"ק לא, וס' רט, ס"ק י; שו"ת מהרשד"ם חו"מ סימן שט; שרשי הים, ח"א, שורש ברירה סעיף כ (צו ע"ג).

³²⁵ שו"ת משאת משה, חו"מ, ס' יא (לח ע"ד).

³²⁶ ב"מ מג ע"א.

³²⁷ ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 57.

אבל אם כפר הנפקד בפקדון, המפקיד אינו יכול להקנותו, כי אינו נחשב ברשותו.³²⁹ גם אם הנפקד לא כפר, הרי אם אין דעתו להחזיר את הפקדון כי יש לו איזו טענה על המפקיד, בעליו אינו יכול להקנותו.³³⁰

נכס מושכר: משכיר בית יכול לתת אותו במתנה.³³¹ גם המשכיר מיטלטלין יכול להקנות אותם לאחר.³³² וכך גם המשאיל נכס.³³³

נכס ממושכן: בעל קרקע שמישכן אותה לנושה שלו עבור חובו, יכול להקנות לאדם אחר את החלק מהקרקע שהוא מעבר לסכום החוב.³³⁴ אפשר לתת במתנה בקניין סודר גם משכון של מיטלטלין שנמצא אצל נושה של הנותן.³³⁵

כסף משועבד: ראובן שהיה חייב כסף, כך שהכסף שבידו משועבד לנושיו, יכול לתת לשמעון במתנה חלק ממה שימחלו לו נושיו, מפני שהוא מקנה לו דבר שנמצא עכשו בידו.³³⁶

בעל קנין גוף: נכס שגופו שייך לאדם אחד ופירותיו שייכים לאדם אחר, בעל קנין הגוף יכול להקנות אותו, והקונה יזכה בפירות ברגע שמסתיימת זכותו של בעל קנין הפירות.³³⁷ והמקנה אינו יכול לחזור בו בינתיים, כי יש לו בעלות גמורה לזמן שאחרי סיום זכות קנין הפירות של האדם האחר, ואין חסרון בבעלותו, אלא יש דבר אחר שמפריע - זכותו של האחר בקנין פירות.³³⁸

אף שאדם אינו יכול לתת במתנה נכס שלו שאינו בשליטתו, הוא יכול לתת אותו **לאדם שהנכס נמצא בשליטתו**. לדוגמה, נגזל יכול לתת לגזלן במתנה את הדבר הגזול,³³⁹ כמו שמלווה יכול למחול על ההלוואה

³²⁸ קצות החושן רג, ס"ק ה. הוא מוכיח זאת מרמב"ם, הלכות מכירה, ו, ז, האומר שאפשר להקנות מטבעות מופקדים (אבל אפשר לדחות, שמדובר במטבעות צרורים, שבהם אסור לנפקד להשתמש, כאמור בב"מ שם). הוא דוחה בכך את שו"ת שארית יוסף (כ"ץ) סי' כח המדייק מנימוקי יוסף ב"מ ג ע"ב (בדפי הרי"ף) שאי אפשר להקדיש פקדון של מטבעות, כיון שהנפקד יכול להשתמש במטבעות; וקצות החושן כותב שגם נ"י סובר שאפשר להקנותם.

³²⁹ רמב"ם, הלכות מכירה, כב, ט; שו"ע, חו"מ, ריא, ז; קצות החושן, קצד, ס"ק ד (אפילו באודיתא).
³³⁰ תרומת הכרי, ריא, ז; קצות החושן, סי' לו ס"ק ח, סי' קכג ס"ק א, וסי' שנד ס"ק ד.
אבל ר"ש ערנרייך, בהערות אבן שלמה על הראב"ן, שו"ת, סי' עט, הערה א, מוכיח שראב"ן שם, ותוס', ב"ק ע ע"א (ד"ה אמטלטלין), סוברים שמפקיד יכול להקנות גם פקדון כזה.
³³¹ רמב"ם, הלכות שכירות ו, יא; טור חו"מ, שיב, יא; שו"ע, חו"מ, שיב, יג; שו"ת די השב, חו"מ, סי' כ (סז ע"ב); שו"ת המבי"ט ח"א סי' רמו (במכר); שו"ת הרדב"ז, ח"ד סי' אלף קצב (קכב) (מכר); שו"ת דברי ריבון, סי' צד; שו"ת מהריט"ץ, סי' פט (במכר).

רמב"ם ושו"ע שם כותבים שהמקבל אינו יכול להוציא את השוכר, הרי שהמתנה תקפה.
שו"ת כפי אהרן ח"ב חו"מ סי' י (קכב ע"ג), מוכיח כך גם מרי"ף ורא"ש ב"מ קא.
ראה חוק לישראל, שכירת ושאלה, עמ' 469-470, מקורות נוספים לכך שהמשכיר יכול להקנות את הדבר המושכר.
דעה חולקת: שו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' רעז, כותב שהמשכיר נכס אינו יכול לתת אותו במתנה תוך הזמן, גם אם אמר "מעכשו ולאחר סוף השכירות", כי שכירות היא כמכר ליומו, והנכס אינו נחשב בבעלות המשכיר.
³³² קצות החושן ריא ס"ק ב.

הוא כותב זאת כחולק על ים של שלמה, ב"ק פ"ה סי' לג-לד, הכותב שאדם אינו יכול להקדיש מיטלטלין שלו שהשכיר או השאיל או שמישכן, כיון שהנכס קצת משועבד לאדם אחר.

³³³ קצות החושן, ריא, ס"ק ב.

³³⁴ תוס' ב"מ עג ע"ב (ד"ה השתא); נתיבות המשפט, ריא, חידושים, ס"ק יב; שו"ת די השב, חו"מ, סי' כ, דף סז ע"א (במכר); אפילו במצב שאין ללווה זכות לסלק את המלווה בכסף תוך זמן המשכנתא).
שו"ת חו"מ ריא, ס"ק ה, מעלה אפשרות שגם לדעה שאפילו את העודף א"א להקדיש (עיי"ש מקורו לדעה זו), יכול להקנות אותו. נתיבות המשפט, ריא, ס"ק ה, מסביר שלדעה זו אין המקדיש יכול לחזור בו מההקדש, ולאחר זמן המישכון חל ההקדש, ורק ביחס למלווה לא חל ההקדש, כי אם מה שיותר על חובו יהיה הקדש, יהיה אסור לדור בו, כיון שהקדש שותף בו, ולכך אין ההקדש חל אף כנגד המשכון כדי שלא יופקע שעבוד המלווה; ולפי"ז בהקנאה, שאף כשהוא רק שותף יכול לדור בו, חלה ההקנאה, כי היא לא תפקיע את דירת המלווה עד הזמן. יש לציין שהשו"ת ונתיבות המשפט אומרים כך לפי דעה זו גם בנכס מושכר.

³³⁵ דרכי משה, רמא, ס"ק ט, ע"פ שו"ת הרשב"א, ח"א, סי' אלף לב. שו"ת הרשב"א כותב שגוי בעל משכון שנתן אותו במתנה לאחר, האחר לא קנה כי לא עשה קנין משיכה; משמע שאם עשה קנין סודר, קנה.

³³⁶ שו"ת פני משה ח"ג סי' לג (נב ע"ג).

³³⁷ שו"ע, חו"מ, רנו, ד-ה.

³³⁸ אילת השחר, ב"ב מג ע"א (ד"ה ובמה, ואילך).

³³⁹ שאגת אריה סי' צג, בסופו; אבני מילואים, כח, ס"ק יג (הובא בקהילות יעקב, קידושין, סי' יז, ובחי' ר' שמואל, קידושין סי' י, אות א); סי' העיקרים (איגר), ח"א, עמ' רפו, בדעת בית שמואל, כח, ס"ק טז; שערי ישר, שער ה, פרק יב (ד"ה וכאן, אות רפט במהד' טרבלו).

דעה חולקת: שרשי הים, ח"א, שורש ברירה סעיף כ (צז ע"ג), כותב על המתואר בסוכה מב ע"ב, שהיו מביאים את הלולבים לבהמ"ק לפני יו"ט, וביו"ט כל אחד לקח איזה לולב שרצה - שהמחזיק בלולבו של פלוני אינו מוכן שיקחו

ללווה, אף שאינו יכול להקנות אותה לאדם אחר³⁴⁰. טעם אחד לכך הוא, שמה שאינו בשליטתו אינו חסרון בבעלות, אלא דין בעשיית חלות הקנאה בחפץ, שצריך שיהיה בשליטתו, ולזה די שיהיה בשליטת הקונה, שרק אם אינו לא בשליטת המקנה ולא בשליטת המקנה, לא שייך לעשות בו הקנאה, אבל אם הוא בשליטת אחד מהם, אפשר³⁴¹. טעם אחר הוא שאמנם המקנה אינו יכול להקנות דבר שאינו בשליטתו אפילו לגזלן, אבל הגזלן יכול לעשות מעשה קנין בעצמו ולזכות בנכס, כי קנין יכול לחול גם מצד הקונה בלבד (בלי שדעת המקנה פועלת את חלות הקנין), שאם בעל הנכס מסכים, יכול הקונה לזכות בו מצד עצמו, כזוכה מההפקר³⁴²; ודבר שאינו בשליטתו, בעליו אינו יכול להקנות, ואדם שלישי אינו יכול לזכות בו כי אינו ברשותו, אבל הגזלן יכול לזכות בו כי הוא בשליטתו, ובעל הנכס מסכים³⁴³. נ"מ בין הטעמים: אם הנגזל התכוון לתת אבל הגזלן לא התכוון לזכות, שהרי כלל הוא שאם הקונה לא התכוון לזכות, זוכה אם דעת אחרת מקנה³⁴⁴, ולכן לפי הטעם הראשון, יכול הקנין לחול מצד הקנאת המקנה, וא"צ את כוונת הקונה, אבל לפי הטעם השני, שהקנאת המקנה לא יכולה לחול, והקניין יכול לחול רק מצד קניית המקנה, הרי הקונה אינו יכול לזכות בלי כוונה לקנות³⁴⁵. טעם אחר הוא, שכיון שהנגזל מגלה את רצונו להקנות לגזלן, הגזלן מסתלק משליטתו מהחפץ, והוא נשאר בידו כפקדון, שאפשר להקנותו³⁴⁶.

פרק חמישי: נכס שאינו מסוים

א. כללי

(1) מבוא

מתנה של דבר שאינו מסוים היא מתנה שבה לא נקבע גדרו המדויק של דבר המתנה. דוגמה לכך היא בראובן האומר לשמעון "ספר שלי נתון לך", בשעה שיש לראובן ספרים רבים, ואי אפשר לדעת איזה מהם נתון לשמעון³⁴⁷.

חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, סעיף 2, דורש שהצעה תהיה "מסוימת כדי אפשרות לכרות את החוזה בקיבול ההצעה". עיסקת מתנה היא חוזה³⁴⁸, ועל כן אם לא נקבע בבירור מהו דבר המתנה, החוזה אינו תקף, מפני העדר מסוימות. אולם, אפשר להתגבר על קושי זה, לפי דברי ג' שלו³⁴⁹ שאם קבעו הצדדים שאחד מהם ימלא את הפרטים שעדיין טעונים הבהרה, מתמלאת דרישת המסוימות, גם אם בעת כריתת החוזה נותרו פרטים לא ברורים. לפי זה, אם קבעו הצדדים שהנותן יקבע מהו דבר המתנה (ואפשר לייחס לצדדים כוונה לקבוע זאת, מכללא, גם אם לא קבעו זאת במפורש³⁵⁰), חוזה המתנה תקף לפי החוק.

עם זאת, התפיסה המשפטית המערבית היא שזכות קניינית נסבה רק כלפי נכס ספציפי, ולא יכולה להיות זכות קניינית כלפי נכס אחד, בלתי מוגדר, מתוך אגד נכסים³⁵¹. אם כן, גם אם הועברה הבעלות בדבר

אותו ממנו, ולכן נחשב שאינו ברשות בעל הולב, ואינו יכול לתת אותו במתנה אפילו למי שמחזיק בו. הרי לדעתו נגזל אינו יכול להקנות את החפץ הגזול לגזלן.

³⁴⁰ אבני מילואים, כח ס"ק יג.

³⁴¹ ח"י ר' שמואל, קידושין סי' י, אות ב. גם זכרון שמואל סי' נ אות ג, מסביר, שזה שאינו בשליטתו אינו חסרון בעצם הבעלות בחפץ, אלא שאין הקנאה נתפסת בה. ולכן אם הדבר ברשות הקונה, נקנה לו.

³⁴² ראה על כך בסעיף 1(א).

³⁴³ שערי יושר שער ה פרק יב ד"ה וכאן (אות רפט במהד' טרבלו) (הובא בח"י ר' שמואל שם ובזכרון שמואל סי' נ אות ג), ובקיצור בח"י ר' שמעון יהודה הכהן (שקאפ), גיטין, סי' ה, (לט ע"ב).

המהדיר לחי' ר' שמואל שם מעלה שני הסברים אפשריים לכך שאדם שלישי אינו יכול לזכות: מפני שבאופן מעשי אדם אחר לא יכול למשוך ולהגביה, או שמצד הדין אדם לא יכול לקנות דבר שאינו ברשותו.

³⁴⁴ ראה סעיף 6.

³⁴⁵ ח"י ר' שמואל שם. זכרון שמואל שם. ח"י ר' שמואל מוסיף שאין לומר שחצרו תקנה לו, שחצר קונה שלא מדעתו, שהרי תוס' ב"ב נד ע"א (ד"ה אדעתא) כתבו שחצר קונה שלא מדעתו רק אם אינו יודע שהנכס בחצרו ואילו ידע היה מכוון לזכות אבל אם יודע שהנכס שם ואינו מתכוון לקנותו, לא קנה - ראה סעיף 6.

³⁴⁶ תרומת הכרי, ריא, ז.

³⁴⁷ הכוונה למצב שהיקף המתנה קצוב, אלא שזוהותה לא נקבעה. אשר למצב שאף היקף המתנה לא נקבע, ראה ליד ציון הערה 612.

³⁴⁸ ראבילו ב, עמ' 30-32.

³⁴⁹ ג' שלו, חוזים, מהד' שניה, עמ' 90.

³⁵⁰ שלו, שם, עמ' 89, כותבת שאם אפשר להשלים את הפרטים החסרים בחוזה, לפי חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, סעיף 26, מתמלאת דרישת המסוימות.

³⁵¹ מ' דויטש, קניין, תשנ"ז, כרך א, עמ' 96. אולם הוא מציין חריג: יורש יכול למכור את חלקו בעזבון לפני חלוקתו, לפי חוק הירושה, סי' 7. עוד חריג הוא שעבוד צף - פקודת החברות [נוסח חדש], סי' 172. ועיין חוק המקרקעין סי' 34: שותף בקרקע יכול להקנות חלקו לאחר; וסי' 13: אין תוקף לעסקה בחלק מסוים במקרקעין, ושם הכוונה למוכר בית בלי קרקעו, לדוגמה.

המתנה באחת מדרכי ההקנייה הדרושות, לא יכולה להיות למקבל בעלות על דבר המתנה, כיון שהוא אינו נכס ספציפי.

במשפט העברי נחלקו הדעות בשאלה זו, כפי שנראה.

(2) הדעה שמתנה שאינה מסוימת אינה תקפה

הרמב"ם כותב³⁵²: "כשם שמוכר צריך לסיים³⁵³ הממכר... כך הנותן. כיצד? הכותב לחבירו: 'קרקע מנכסי נתונה לך', או שכתב לו: 'כל נכסי קנויין לך חוץ ממקצתו', הואיל ולא סיים הדבר שנתן לו ואינו ידוע - לא קנה כלום. ואינו יכול לומר לו: 'יתן לי פחות שבנכסיד', עד שסיים לו המקום שנתן לו". כלומר, אם הנותן לא זיהה את דבר המתנה, אין תוקף למתנה, והמקבל אף אינו זכאי לדרוש את הנכס הקטן ביותר מנכסי המקבל, מפני שהמתנה אינה מסוימת.

זו גם דעת הר"ף³⁵⁴, רש"י³⁵⁵, ר' יוסף הלוי אבן מיגאש³⁵⁶, וראשונים נוספים³⁵⁷.

יש לציין שלפי האסכולה החנאפית במשפט המוסלמי, אין תוקף למתנת "מושא'א" - הנותן חלק מנכס שלו במתנה, או שותף בנכס שנתן את חלקו במתנה (Mahommedan Law, S. Ameer Ali, 4th ed., Calcutta 1912, p. 77-83).

³⁵² רמב"ם, הלכות זכיה ומתנה, ג, ה (הובא בחסד לאברהם (טרוימאן) דף יט ע"ג).
שאלה דומה לשאלת מתנה שאינה מסוימת היא שאלת שותף בנכס שנתן את חלקו במתנה לפני החלוקה. גם חלקו של שותף בנכס אינו מסוים, ואם כן, המתנה אינה מסוימת, לכאורה. ראה על כך בחוק לישראל, שיתוף נכסים, עמ' 98-92, ובנספח שם עמ' 108-118.

³⁵³ "לסיים" משמעו כאן לקבוע זהות מדויקת, כמשמעות שורש "סיים" במלה "מסוים". גם אנחנו נשתמש במונח "סיים" במובן זה בדיונונו בפרק זה.

³⁵⁴ ר"ף, גיטין ב ע"ב (בדפי הר"ף) - ראה להלן, הערה 357, ציטוט מדבריו, לענין האומר "כל נכסי נתונין לך חוץ מכל שהוא".

אבל חי' הרמב"ן, גיטין ח ע"ב, כותב שטעם הר"ף שהמתנה שם בטלה הוא שייתכן ש"כל שהוא" משמעותו "כל הנכסים", ולכן המקבל אינו יכול להוכיח כמה ניתן לו במתנה, אבל אם הגדיר הנותן את גודל השיוך, קונה המקבל את שאר הנכסים אף שאינם מסוימים. דברים דומים אומר רמב"ן, בהלכות נדרים, דף יט ע"א (בדפי הר"ף), אך משם משמע שהוא אומר בדעת עצמו (ולא בדעת הר"ף) שאם נקבע גודל השיוך, קנה.

שו"ת אבני נזר, אור"ח, סי' שמב, אות ה, כותב שהר"ף לא כתב את דבריו להלכה, אלא לפי ההוה אמינא של הסוגיה, מפני שכונת הר"ף היא, שכיון שעד שיברר הנותן את הנכס, לא קנה אותו המקבל לענין שיוכל להקנותו לאחר (ראה בשמו להלן, פסקה ג, ליד ציון הערה 391, שגם הדעה השנייה סוברת כך), לכן כיון שבטלה המתנה במקצת, בטלה כולה, כי לא פלגין דיבורא; אבל כיון שמסקנת הסוגיה היא (וכן נפסקה הלכה) שפלגין דיבורא, הר"ף יסבור שהמקבל קנה, אלא שעד שייבחר הנכס אינו יכול להקנותו לאחר.

עמק המלך (יקותיאל), דיני ברירה (בתוך הלכות גירושין, פ"ג), העיקר הרביעי (ג ע"ד), כותב שר"ף ור"י מיגאש ורש"י (שבסמך) סוברים שאפשר להקנות דבר שאינו מבורר, ומה שכתבו שבנידון אין תוקף למתנה, טעמם הוא שהנותן יכול לדחות את המקבל מכל נכס.

³⁵⁵ רש"י, גיטין ט ע"א (ד"ה עד), וגיטין מב ע"א (ד"ה לא) (על האומר "כל נכסי נתונים לך חוץ מבית כור קרקע"). אך יש להעיר שלפי חלק מהדחיות לראיה בגיטין (ראה להלן הערה 357), שמבחינות בין עבד למתנה רגילה, אין הוכחה שהר"ף ורש"י סוברים שכל דבר שאינו מסוים אינו נקנה, כי אולי אמרו כך רק בעבד.

³⁵⁶ שו"ת ר' יוסף הלוי אבן מיגאש, סי' רכז (הובא בחי' הרמב"ן, גיטין ח ע"ב, במגיד משנה על הרמב"ם שם, ובס' התרומות, שער מג, ח"א, אות יג).

אך חי' הרמב"ן שם כותב שר"י מיגאש חזר בו מדעתו זו, שהרי בחידושו לב"ב קנ הסביר בדרך אחרת מדוע העבד (בסוגיה שבהערה 357) לא זכה בנכסים. מקורות וצינונים, על הרמב"ם מהד' פרנקל, שם, מסביר שמה שכתב הר"י מיגאש בתשובה, הוא להוה אמינא בגיטין שם, שמשווה מקרה זה למקרה שלפני כן, ושם נאמר הטעם שמתוך שלא קנה נכסים לא קנה עצמו, וכך גם כאן, ואילו מש"כ ר"י מיגאש בב"ב הוא למסקנה בגיטין שהטעם שלא קנה הוא משום שאינו "כרות גיטא". בית ישחק, על הרמב"ם, שם, מיישב על פי הרמב"ן איך כתב חי' ר"י מיגאש, ב"ב קג ע"ב (הובא בחי' הרשב"א שם) (במהד' שפירא חסרה שורה בטעות, וכל המשמעות משתנה), לגבי הדין שהמוכר בית כור קרקע סתם הוא כאומר "הן חסר הן יתר", שזה רק אם אמר "בית כור עפר זה", אבל אם אמר "בית כור עפר מכל שדותי" סתם, צריך לתת לו בדיוק - ולכאורה קשה (כפי שהקשה בני אהרן, סי' רמא, דף קכה ע"ד) הרי אז לא קנה כלל כי אינו מסוים? אלא, הוא כתב כך אחרי חזרתו. אבל אין לתרץ שכיון שקבע את הכמות זה נחשב מסוים, שהרי בפסקה ד(3), ליד ציון הערה 423, נראה שר"י מיגאש סובר שגם אם נקבעה הכמות, זה לא נחשב מסוים.

³⁵⁷ כך פסקו: עיטור, מאמר שלישי, אגב, בסופו; ר' אברהם מן ההר, נדרים נו ע"א (שהאומר "בית אני מוכר לך" לא קנה כי לא סיים); מאירי, נדרים נו ע"א (על "קרקע מקרקעי").

אמר יוסף, על הרמב"ם שם (לט ע"ב), מדייק מרבנו חננאל, המובא בתוספות, ב"ב קמט ע"ב (ד"ה שייר), שהוא סובר כרש"י. והוא מסביר לפי זה גם את דברי רבנו חננאל המובאים בחידושי הרשב"א גיטין סו ע"א, עיי"ש.

שו"ת בעי חי', חו"מ, ח"א, סי' קסד (קצו ע"ג), כותב שהריטב"א סובר כרמב"ם, שהרי בתשובתו, סי' מא, המובאת בב"י, חו"מ, סי' ס, טו, פסל מתנה בלשון "נתתי לך כך וכך מטלטלין", משום "שלא סיים". גם שו"ת בני אהרן סי' עז (פו ע"ב), מעלה אפשרות לפרש כך את הריטב"א. לפרשנים נוספים שהבינו כך את הריטב"א ראה הערות 424, 433, 488. אך אמר יוסף, על הרמב"ם שם (לט ע"ד), דוחה הבנה זו, שהרי הריטב"א (בנדרים ובב"ב, שיצוין בפסקה 2), הערה 361) חולק על הרמב"ם; ולכן הוא מפרש שהריטב"א מתכוון לומר שצריך לייחד את הדבר ולא לומר בלשון כללית; או שכונתו לומר שאם הוא מסיים את הנכס, מוכח שהיא ברשותו, אבל אם אמר "מטלטלין" סתם, אולי לא היו ברשותו באותה שעה (כלומר, ולכן המקבל צריך להוכיח שהיו ברשות הנותן אז, כדי שיוכל לקנות - ראה בשם

הריטב"א (בהערה 113), וזה לא קשור לדעת הרמב"ם. ואכן הריטב"א שם מעלה אפשרות שגם בלשון "נתתי לך כד וכך מטלטלין", אם התברר שנכסים מסוימים היו ברשותו בשעת המתנה, אומרים שאליהם התכוון, והמתנה חלה. גם צדק ומשפט, רמא, ד, דוחה את הבנת בעי חיי בריטב"א, שהרי ריטב"א עצמו בגיטין (הוא רבינו קרשקש, בהערה 361) חלק על הרמב"ם; ועוד שהרי הריטב"א בתשובה שם קורא ל"בית בבתי" דבר מסוים, ואילו הרמב"ם (הערה 361) מקשה על הרמב"ם ממה שנאמר במנחות קח ע"ב ש"בית בבתי" נקנה, כי הוא מבין שזה לא מסוים; אלא כוונת הריטב"א היא כמו שביאר שו"ת לחם רב סי' קצב (הובא בשו"ת נאמן שמואל, סי' קי, דף קס ע"ג - ראה הערה 424), שאם סיים ואמר שדבר המתנה הוא מנכסיו, מוכח שהיה ברשותו בשעת המתנה, ואילו באומר מטלטלין סתם, ייתכן שלא היה אז ברשותו.

רחובות יצחק עמ' קמה, כותב שגם תוס', ב"ק כז ע"א (ד"ה ואיכא) סוברים שא"א להקנות דבר שאינו מבורר בשעת הקנין (עיי"ש בעמ' קנ-קנא להוכחתו שזו דעת תוס'). אך ראה פסקה א(3), הערה 361, שתוס' בגיטין כותבים שאפשר להקנות דבר שאינו מסוים.

ראה גם חוק לישראל, שיתוף נכסים, עמ' 93, בענין שותף שנתן את חלקו, ששמחת יהודה אומר שהרשב"ם סובר שמתנה שאינה מסוימת אינה תקפה. אך שו"ת מהרי"א הלוי ח"ב סי' מז, תופס שהרשב"ם בב"ב קמט ע"ב (ד"ה שייר), חולק על הרמב"ם, וכך אכן מוכח מזה שפירש שם שאם שייר האדון במתנה לעבד, לא יצא העבד לחרות, כי אולי האדון התכוון לשייר את העבד, ולא פירש כרש"י.

יש אומרים שזו גם דעת השו"ע, אך כיון שהדבר שנוי במחלוקת, נביאם בפסקה א(3), הערה 363. משכנות יעקב חו"מ, סי' נז, נשאר ב"צריך עיון" מדוע הפוסקים האחרונים החליטו בפשיטות שלא כרש"י ורי"ף, מאחר שיש ראיות לדעתם (ראה להלן בראיות).

תפארת ישראל, פאה פ"ה, בועז אות ה, מזכיר ברמז את הדעה שלא מועילה הקנאת דבר שאינו מסוים, כדי להסביר מדוע לא מועיל (לדעה אחת) להקנות לעני שבולת אחת ע"י שיגביה את כל הגדיש לזכות באותה שיבולת.

שרשי היס, ח"א, שורש ברירה, סעיף כב (ק ע"א), כותב שלפי שו"ת מהרי"ט ח"א סי' כב [בדקת], וח"ב, חו"מ סי' כג, שכתב שהמקנה דבר שאינו מבורר, לא קנה, מטעם "אין ברירה" - לפי זה גם האומר לחברו "קנה לך קנה" (או מיטלטל) בקנין אגב, לא קנה, אם המנה והמטלטל לא היו מבוררים (מזל שעה, על הרמב"ם, הל' זכיה, ג, ה (סו ע"ב), מעלה אפשרות שמהרי"ט מתכוון לדבר שא"א לברר עכשו [לא ברור מה המקרה], ומה שהראשונים [החולקים על הרמב"ם] אמרו שמועיל הוא אם יכול לברר עכשו אלא שאינו מבורר. אך הוא מעיר שעל מהרי"ט קשה מכל הסוגיות המובאות במגיד משנה (ראה להלן הערה 361), שמוכח מהן שאפשר להקנות דבר שאינו מסוים, ולזה לא יועילו התירוצים שתירצו האחרונים, כי הם תירצו רק לענין שאינו מסוים (שאמרו שבמקרים ההם היה מסוים), וזה לא מועיל לענין ברירה (שהרי גם במקרים ההם לא היה מבורר). אבל הוא כותב שמהרי"ט מודה שהמוכר דבר שאינו מבורר, ואח"כ בחר באחד הנכסים, ונתן לקונה, אינו יכול לחזור בו, שהרי התקיים המכר ברגע שבחר (שהרי מהרי"ט עצמו כתב מעין סברת הרשב"א, הערה 382, להסביר מדוע מועילה מתנה **לאדם** שאינו מבורר - ראה בשמו בסעיף 1א), אלא שכל עוד לא בחר, יכול לחזור בו. אבל שו"ת אמר שמואל, חו"מ סי' טו (השני) (דף קט ע"ד), כותב שאין הכרח לומר שלמהרי"ט יכול לחזור בו, כי מה שהוא כתב שיכול לחזור בו הוא בהקנאה לאדם לא מבורר, שגמר בדעתו לתת רק אחרי שיגיע לידי האחר, אבל עד אז יכול לחזור בו, ואין ללמוד מזה למקרה אחר. אמר שמואל כותב, שלפי מהרי"ט, בדבר שאמירה אינה מועילה להקנותו, וההקנאה מתקיימת רק בשעת הברירה, קנה המקבל, כי באותה שעה הרי גמר והקנה את הדבר המבורר או לאדם המבורר; אבל בדבר שכבר נקנה לו בשעת האמירה מן הדין, אם הדבר אינו מבורר או האדם אינו מבורר, לא חל הקנין כלל, כי לשם כך נצטרך לומר ברירה, והרי "אין ברירה".

שו"ת הרמ"א, או"ח סי' לב, אות ה, כותב בפשטות שמתנה שאינה מסוימת בטלה, כמבואר ברמב"ם ובטור (!) ושו"ע. **טענת "קים לי"**: שו"ת מהרי"א הלוי סי' סה, במהד' שצ"ב, דף קלד ע"ג (הובא בכנה"ג, חו"מ, רמא, הגהב"י אות נב, שהובא בשו"ת נאה משיב, חו"מ, סי' יא, עמ' קעה), שו"ת לחם רב, סי' קצג, שו"ת משפט צדק ח"ב סי' י (כג ע"ב), שו"ת בעי חיי, חו"מ, ח"א, סי' קסד (קצו ע"ג) (הובא בשו"ת ויקרא אברהם (אדאדל) חו"מ סי' לט, ד"ה ומשמאי), ר' משה ברודו, בשו"ת פני משה (בבבנשתי), ח"א, סי' פב (רד ע"ב), ר' פנחס הענו, בפחד יצחק, מע' מעביר נחלה, דף קסג ע"א, ר' משה אלואריש, בפרי עץ חיים, כרך ד, דף יח ע"ג (מס' 361). גן נעור, כפתור ג, פרח ה (כה ע"ב), ור' שמואל הלוי, המובא בשו"ת פני משה, ח"ב, סי' נח (קד ע"ג), כותבים שאפשר לומר קי"ל כדעה זו, שלא קנה. נאה משיב שם, כותב שבמשפט צדק ח"ב סי' קה (אין סימן כזה) מבואר שגם לפי מהר"ש ומהר"ש הלוי, אפשר לומר קי"ל כרמב"ם.

ר' בנימין אליאש, המובא בשו"ת בני שמואל, סי' לד (עח ע"א), כתב שאפשר לטעון קי"ל כדעה שבקנין אגב אפשר להקנות רק אגב ארבע אמות קרקע מסוימות.

לחם שלמה (בולה), קונטרס קנין אגב, סי' ל (בדף יב ע"ג) כותב שיש לחוש לדעת הרמב"ם כי יש עוד הסוברים כמותו. שו"ת שער אשר, ח"ב, חו"מ, סי' כז, דף נד ע"ד, מביא שרבינו ירושלים פסקו שאפשר לומר קי"ל כרמב"ם, והוא עצמו כתב שא"א לומר קי"ל, כי יש ללכת אחר רוב הפוסקים. ר' ישועה פאלאג'י, בשו"ת פני דוד, דף קנט ע"ג, מעלה אפשרות שאילו רבני ירושלים היו רואים את המקורות שהביא אוזן אהרן, מע' י, אות י (ולא מצאנוהו), ששו"ע תמיד מכריע כ"ש אומרים "אחרון, היו חוזרים בהם.

שו"ת תועפות ראם (אנקאווא) סי' ל (לד ע"ד), מביא שר"י בטיטו כתב שיכול לומר קי"ל כרמב"ם שמתנה שאינה מסוימת בטלה.

לעומת זאת, שו"ת שער יהושע ח"ב חו"מ סי' עב (עמ' ס), ושו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל ה, סי' ג (הובא בערך השלחן, רב, ס"ק יג), כותבים שאין לומר קי"ל כדעה זו. גם שו"ת זרע אמת ח"ב יו"ד סי' עז (עט ע"ג), כותב שמאחר שהמנהג הוא נגד הרמב"ם, אין לטעון קי"ל כרמב"ם. תועפות ראם שם מביא שר' חיים אלישר כתב שכיון ששו"ע פסק לא כרמב"ם, א"א לומר קי"ל כרמב"ם במקום שאין אומרים קי"ל נגד השו"ע.

ראיות שמתנה שאינה מסוימת אינה תקפה: 1. הירושלמי, פאה, ג, ז (יח ע"א), וכתובות, יא, א, אומר לענין מתנה: "ובמסיים ואומר תנו שדה פלוני לפלוני", כלומר שמתנה קיימת רק אם היא מסוימת (כך פירשו קרבן העדה, כתובות שם, ופני משה, פאה וכתובות שם). מכאן ראייה שמתנה שאינה מסוימת אינה תקפה. ראייה זו הביאו ציון ירושלים, על הירושלמי כתובות שם; שו"ת שמחת יו"ט, סי' מ (קנה ע"ב); גליון הש"ס, על ירושלמי פאה שם; לשד

השמן, על הרמב"ם שם; ציוני מהר"ן, על הרמב"ם שם; מוזל שעה, על הרמב"ם שם (סה ע"ד); ר' רפאל חיים אליה הלוי, במנחה טהורה, מנחות קח ע"ב (קכט ע"ב); בית יעקב, רמא, ד; יד דוד (קרלין) ח"ב דף קא ע"ג, הגהה יט. אמנם שם מדובר במתנת שכב מרע, אבל אפשר ללמוד משם בקל וחומר שמתנת בריא שאינה מסוימת אינה תקפה, שהרי במתנת שכב מרע יש יותר סברה לומר שמועילה אף שאינה מסוימת, כפי שנראה בפסקה ד(6), ליד ציון הערה 434.

דחיית ראייה זו: שו"ת אבני נזר, או"ח, סי' שמב, אות ו, דוחה ראייה זו, שהירושלמי לשיטתו, שלא פלגין דיבורא (כפי שכתב נימוקי יוסף, מכות ג ע"א, בדפי הרי"ף, בדעת הירושלמי), ולכן לא קנה אם לא סיים, שמאחר שלא קנה אותו לענין שיוכל להקנותו לאחר (ראה בשמו להלן פסקה ג, ליד ציון הערה 391, שגם לשיטה שהמתנה תקפה, עד בחירת הנכס אין המקבל יכול להקנותו לאחר), לא קנה בכלל, אבל הלכה היא שפלגין דיבורא. שערי ירושלמי (אשכנזי, נדפס בירושלמי מהד' מוצל מאש), על ירושלמי פאה, ג, ז, דוחה את הראיה מהירושלמי, שזה מובא בשם רב, והוא לשיטתו בגיטין יג ע"א, שהאומר "תנו מנה לפלוני", אין נותנים אם אינם צבורין ומונחים בקרן זוית, כי יש לחשוש שמא יש לו מנה קבור, וכך כאן, חוששים שמא יש לו קרקע במדינת הים; אבל שם נפסק שלא חוששים לקבורה (ראה הערה 637), וא"כ גם כאן לא חוששים לקרקע במדינת הים.

2. המשנה, פאה, ג, ח, אומרת: "הכותב נכסיו לעבדו - יצא בן חורין. שייר קרקע כל שהוא - לא יצא בן חורין". טעמה של הרישא הוא, שכשנתן את כל נכסיו לעבדו במתנה, הוא נתן בזה את העבד לעצמו במתנה, שהרי העבד הוא בכלל נכסיו. בטעמה של הסיפא, התלמוד מסביר, בגיטין ח ע"ב, שהוא משום ש"לא פלגין דיבורא". הסביר ר"ף, גיטין ב ע"ב, בדפי הרי"ף (הובא במשמר הלוי סי' ה אות ז): "כיון דשייר קרקע כל שהוא סתם, לא יכיל עבדא לברוריה להווא כל שהוא, דליקני איהו שאר נכסי, הילכך לא קני בנכסים ולא מיד; וכיון דלא קני בנכסים כלום, עצמו נמי לא קנה, דלא פלגין דיבורא". כלומר, כיון שהנותן שייר לעצמו קרקע כל שהוא ולא ציין איפה היא, מספק העבד לא יקבל שום קרקע; ולכן גם את עצמו לא יקבל, כי אין להפריד בין העבד לקרקע, כיון שזכרו באותו דיבור: "נכסי". מכאן ראייה שאם הנותן אינו "מסיים" את דבר המתנה, היא בטלה. כך הוכיחו ר' יהוסף הלוי אבן מיגאש (המובא בחי' הרמב"ן, גיטין ח ע"ב, במגיד משנה על הרמב"ם שם, ובס' התרומות, שער מג, ח"א, אות יג), והעיטור שם. דחיית ראייה זו: ס' התרומות, שער מג, ח"א, אות יג, דוחה, ששם העבד לא קנה את הנכסים כי "כל שהוא" יכול להתפרש הרבה, או "כולו כמות שהוא", כלומר כל הנכסים.

חי' הרמב"ן, גיטין ח ע"ב, ס' התרומות שם, ור"ן על הרי"ף, גיטין ב ע"ב (בדפי הרי"ף), דוחים, ש"כל נכסי" כולל את הקרקעות והעבד, וכששייר, פגם את הכלל, ובזה כאילו שייר ופגם גם גוף העבד, ולכן לא השתחרר. רשב"ם ב"ב קמט ע"ב (ד"ה שייר), הסביר שלא יצא העבד לחרות כי ייתכן שאותו "כל שהוא" ששייר האדון הוא העבד עצמו, כי עבד יכול להיחשב קרקע או מטלטלין (עי' לדוגמה ב"ק יב ע"א), והרי אם העבד נשאר במקצת לאדון, אינו יכול לקנות את שאר הנכסים במתנה כי מה שקנה עבד קנה רבו. לפי פירוש זה, אין הוכחה משם שמקבל מתנה רגילה לא קנה כלום אם שייר הנותן כל שהוא.

טיב גיטין, גיטין ט ע"א (ד"ה בתוס'), ובאר יצחק גיטין ט ע"א (ד"ה תוס' ד"ה לעולם) (ברמז), דוחים, שבדרך כלל מועיל קנין בדבר שאינו מסוים, כפי שהרשב"א (פסקה ב(3)), ליד ציון הערה 382) הסביר שקנה למפרע כי א"צ "ברירה" כי יכול לקנות מאז ולהבא, ודוקא במקרה בגיטין, במקנה נכסים לעבדו, לא קנה אם שייר ולא סיים, כי זקוקים ל"ברירה", כי אם יקנה רק משעת הבירור, לא ישתחרר העבד, כי בשחרור עבד צריך שיהיה ברור משעת הכתיבה, כמו בגט אשה. טיב גיטין מוסיף, שאין לומר שהשחרור יחול היום והמתנה תחול אחרי שיתברר, שהרי לא פלגין דיבורא - הרי הנותן יכול לחזור בו מהכל, כמו במוכר לאחר שלשים יום שיכול לחזור בו בינתיים אם לא אמר "מעכשיו", לכן זה כאילו לא קנה את הנכסים כלל אלא ע"י קנין חדש כשיתברר, ולכן א"א לומר שהשחרור חל מיד, כי כאילו נעקר מקצתו; וכיון שהמתנה לא חלה לאחר זמן (כי זה תלוי בשחרור), גם עכשו אינה חלה משום "אין ברירה".

גם חזון איש, אהע"ז סי' קמז, לדף ח ע"ב, כותב (כך נראית כוונתו) שגם לרש"י, בדרך כלל האומר "חוץ מקרקע כל שהוא", קנה המקבל, ויש לו כח שותפות, שהוא והנותן שותפים בשדה, אבל קניין דבר מסוים וקניין של שותפות הם קניינים נפרדים, ולכן האומר "כל נכסי נתונים לפלוני עבדי חוץ מקרקע כל שהוא", באמירת "כל נכסי" יש למקבל קנין מסוים, וכשאמר "חוץ מקרקע כל שהוא" הורעה כח קנינו של המקבל, שאין כאן קנין מסוים אלא כח השותפות, וכאילו לא נתקיים לשון "כל נכסי", ולענין שחרור עבד, כל שאין הלשון מתקיים כולו, אין העבד משוחרר, לדעה שלא פלגין דיבורא.

חי' הרי"ם, גיטין ט ע"א (ד"ה ולפי"ז מיושב), עמ' מ, דוחה את הראיה על פי מה שהסביר (ראה פסקה ב(3)), ליד ציון הערה 382) שאין אומרים בדבר שאינו מסוים "אין ברירה", על סמך הכלל שאין מפרשים שטר באופן שיתבטל לגמרי, כי ברור שהנותן התכוון שיהיה קיים, ולכן מפרשים את השטר באופן שאין בעיה של "ברירה". על פי זה הוא מסביר, שבגיטין מדובר בעבד, שיתכן שהאדון לא התכוון לשחררו אלא להחניף לו, והאדון מוכן שהמתנה תתבטל, ולכן מפרשים אותה באופן שיש בעיה של ברירה, ולכן אינו נוטל כלום, מטעם "אין ברירה".

3. שו"ת הר"י מיגאש, סי' רכז, מביא ראייה מב"ק קד ע"ב, שהקנה רב פפא את הלוואתו לאחר אגב "אסיפא דביתיה" (סף דלת ביתו), ומדוע הוצרך לעשות כך, הרי די היה שיקנה אגב מקום כלשהו בביתו? אלא, משום שאי אפשר להקנות אגב קרקע סתם בלי לסיימו.

דחיית ראייה זו: רמב"ן, הלכות נדרים, דף יט ע"א (בדפי הרי"ף), ושו"ת הרשב"א ח"ג סי' קיד, דחו, ש"אסיפא דביתיה", שאינו בדוקא, אלא גם אם היה אומר "סתם מקום בבית" היה מועיל. משכנות הרועים, מע' א, אות ב (א ע"ג), מחזק דחיה זו, שהלא ר"י מיגאש מודה שב"חצי שדה פלונית" קנה כי נחשב מסוים (ראה פסקה ד(1)), ליד ציון הערה 404), ומדוע רב פפא סיים את המקום בתוך הבית, והרי היה די שיאמר "אגב מקום בביתו"? ועל כרחנו צריך לומר שזה לאו דוקא, והתלמוד נקט כך כדי לחדש שאפשר להקנות אגב תלוש שחיברו לקרקע. אבל הוא מעיר שמה שהסביר הרשב"א שאינו בדוקא, ומעשה שהיה כך היה - קשה לומר כך, שהרי אומרים כך רק במי שבא לשאול על מעשה שהיה, אבל כאן רב פפא עשה מעשה בעצמו, ואומרים שמעשה רב עדיף, ללמוד ממנו.

4. העיטור, מאמר שלישי, אגב, בסופו, מביא ראייה מזה שהמרוני בקידושין כו ע"ב הקנה למקבל המתנה את צפוניו של הסלע ואגבו הקנה מטלטלין, משמע שצריך לסיים.

(3) הדעה שמתנה שאינה מסוימת תקפה

תוספות³⁵⁸ כותבים שאם אמר הנותן "כל נכסי נתונים לך במתנה חוץ מבית כור קרקע", לדוגמה, ולא קבע איזה בית כור, קנה המקבל את כל הקרקע חוץ מבית כור, אלא שיד המקבל על התחתונה, ויכול הנותן לקחת לעצמו בית כור מן העידית. מכאן שלדעתם מתנה שאינה מסוימת תקפה.

זו גם דעת הראב"ד³⁵⁹, ר' מאיר הלוי אבולפיה³⁶⁰, וראשונים נוספים³⁶¹.

דחיית ראייה זו: יד רמה, ב"ב, פ"ט, ס"י קנח, ח"י הרשב"א, קידושין כו ע"ב, שו"ת הרשב"א ח"ג ס"י קיד (הובא בב"י, חו"מ, רב, מחודש א), ר"ן על הרי"ף, קידושין י ע"ב (בדפי הרי"ף), וח"י הריטב"א, קידושין כו ע"ב, דוחים ראייה זו, ששם הנותן לא עשה כך משום שקנין אגב צריך יחוד מקום, אלא כי רצה לתת במתנה גמורה גם את הקרקע, ורצה שהמקבל ידע את המקום המדויק, כדי שלא יבואו לריב, אבל זה לא הכרחי בהקנאה רגילה של מטלטלין אגב קרקע. אבל משכנות הרועים, מע' א, אות ב (א ע"ד), מעיר שלפי ההוה אמינא בקידושין, "בית סלע" הוא שטח קטן כמטבע של סלע, ובזה אין לומר שהתכוון להקנות למקבל צפון או דרומה במתנה גמורה, כי זה שטח לא חשוב; וקשה לומר שבהווה אמינא מפרשים שלא התכוון לתת במתנה גמורה, אבל במסקנה, ש"בית סלע" הוא שטח גדול שיבש כסלע, מפרשים שהתכוון לתת במתנה גמורה.

משכנות הרועים, מע' א, אות ב (א ע"ג), דוחה את הראיה, שהמרוני עשה דבר מיותר, כי לא ידע הלכה; ומחזק דחייה זו, שהרי אם צריך לסיים, לא מספיק לומר "צפוני", שהרי די בקרקע כל שהוא להקנות אגב, א"כ לא ידוע איזה כלשהו בצפוני (אפשר להשיב על כך, שהתכוון לקנותו אגב כל החצי הצפוני, וכך משמע לשון "צפוני").

5. מזל שעה, על הרמב"ם שם (סו ע"ב), מביא ראייה לרמב"ם מהסוגיה בע"ז סג ע"א, בענין אתנן, שמוכח ממנה (כפי שהסבירו תוס' שם, ד"ה כגון), שאם אמר לזונה "היבעלי לי בטלה" סתם, והיו כמה טלאים שלו העומדים בחצרה, ואמר לה "אם לא אביא לך כסף עד יום פלוני, קחי אחד מהטלאים", והגיע הזמן ולא נתן כסף, ולקחה אחד מהטלאים, אינו אתנן, כי לא קנתה אותו מראש; ומכאן שדבר שאינו מסוים לא נקנה. אך יש לדחות, ששם הוא רק עשה את הטלה אפותיקי, ולא התכוון להקנותו מראש.

6. מעשה בצלאל, על פסקי רקנטי, ס"י רנב, מיישב על פי דעת הרמב"ם קושיה מב"מ ה - עי"ש; וזו ראייה לרמב"ם.

7. משכנות יעקב חו"מ, ס"י נז, מביא ראייה לרמב"ם, מגיטין לו ע"א, ששם הברייתא אומרת "מזכה לו [מלוה ללווה] קרקע כלשהוא בתוך שדהו", והתלמוד מפרש - קלח של כרוב; ומדוע אינו מפרש כפשוטו, שמקנה לו כל שהוא בשדהו? ולרמב"ם זה מובן, כי א"א להקנות דבר שאינו מסוים, ולכן הוצרכו להעמיד בקלח של כרוב, שהוא דבר מסוים. הוא מביא עוד ראייה ממה שכתוב בגיטין שם, שאם סיים הלווה שדה למלוה לגבות ממנו את הלואות, חובו אינו נשטט בשמיטה, אף שאם כתב אחריות במפורש משטט, כמו שכתב שנות אליהו, שביעית, י, א, ועל כרחך ההבדל הוא שאם לא סיים, אף שכתב לו "כל נכסי אחראין", לא קנה שום דבר אלא יש לו רק שעבוד על כל הנכסים, אבל אם סיים לו שדה אחת, הרי יש לו מעתה קנין גמור, לפחות כמו קנין משכון, ולכן אינו משטט. הוא מביא עוד ראייה לרמב"ם מעירובין נ ע"א, ששם נאמר בענין עירובי תחומין שהאומר "שביתתי תחתיו", צריך לסיים את מקומו (אבל שם לא מדובר בהקנאה לאדם אחר).

8. משכנות הרועים, מע' א, אות ב (ב ע"א), מביא ראייה מהמסופר בגיטין עז ע"ב, על שכיב מרע שהקנה גט לאשתו ע"י הקניית המקום בחצרו שבו נמצא הגט, ומה שהיה צריך לסיים את המקום, ראייה שאם לא סיים לא קנה. אבל הוא מעיר שרמב"ן ורשב"א שם פירשו שהקנה בקנין חצר, שלא כרש"י שפירש שהקנה בקנין אגב (על מחלוקתם ראה סעיף 6); והוא רומז שבכך נדחת הראיה, כי לפי פירושם, הסיבה שהיה צריך לסיים מקום היא כי קנין חצר קונה רק מה שנמצא ממש בחצר, שלא כקניין אגב שקונה גם מיטלטלין שאינם מונחים על אותה קרקע.

358 תוס', גיטין ט ע"א (ד"ה לעולם).

359 הראב"ד, בהשגותיו לרי"ף, גיטין ב ע"ב (בדפי הרי"ף), חולק על מה שכתב הרי"ף (הערה 357) שבכותב "כל נכסי נתונים לך חוץ מכלשהו" - לא קנה.

מלבדושי יו"ט חו"מ ס"י ו מוכיח שהראב"ד שכתב את ההשגות על הרי"ף אינו זה שכתב את ההשגות על הרמב"ם, שהרי בהשגות על הרמב"ם כאן, הראב"ד חולק על הרמב"ם, ואילו בהשגות על הרי"ף לא השיג על הרי"ף בענין זה. כנראה לא שם לב שבגיטין הוא משיג על הרי"ף.

360 יד רמה, ב"ב, פ"ט, ס"י קנח, כותב שמועיל להקנות בלי לסיים.

361 כך פסקו: ח"י הרמב"ן, גיטין ח ע"ב (שאין הלכה כר"י מיגאש), וב"מ מד ע"ב, והלכות נדרים לרמב"ן, יט ע"א (בדפי הרי"ף) (בכסף, בשטר או בחליפין); ר"ן על הרי"ף, גיטין ב ע"ב (בדפי הרי"ף), ח"י הרי"ן גיטין ח ע"ב (שאין הלכה כר"י מיגאש), וחידושי הרי"ן, ב"ב קכו ע"א (ד"ה קסבר) (שהנותן לחברו חלק בשדה אחת במתנה, והחלק אינו מבורר, ואמר המקבל לפני חלוקה "אני רוצה לזכות במתנה", זכה בה); ריטב"א על הרי"ף, נדרים יט ע"א (בדפי הרי"ף), וח"י הריטב"א, קידושין כו ע"ב וב"ב קנ ע"ב; נימוקי יוסף, נדרים יט ע"א (בדפי הרי"ף) (חולק על ר"י מיגאש), וגיטין ח ע"ב (שנותן המשייר קרקע סתם, קנה המקבל הכל חוץ מאחד מן הקרקעות, וידו על התחתונה ונוטל את הגרוע); ח"י הרשב"א, גיטין ח ע"ב (שאם שייר הנותן כל שהוא, קנה המקבל הכל חוץ מכלשהו, וידו על התחתונה, והנותן יכול לבחור איזה מהם שירצה), קידושין כו ע"ב (לענין קנין אגב), וב"ב קסט ע"א (שגם אם כתוב בשטר מתנה רק "שדה נתונה לך", המתנה תקפה), ושו"ת הרשב"א, ח"ב, ס"י פב (שהנותן "אחד מקרקעותיו", קנה המקבל), וח"י ס"י קיד (שא"צ לסיים את המתנה); ח"י ר' קרשקש, גיטין ח ע"ב (חולק על רש"י ואומר שהנותן מתנה ולא פירש דבר המסוים, קנה המקבל, ויטול כחוש); ח"י הריטב"א כ"י (=חידושי הרמ"ה ושיטת הקדמונים), גיטין ח ע"ב (חולק על רש"י ואומר שהנותן מתנה ושייר ולא פירש דבר המסוים, קנה את כל השאר, חוץ מאחד); ס' הפרדס (מהד' ערנריד) עמ' קיג-קיד (הובא בס' השליחות וההרשאה במשפט העברי, עמ' 264) (שהנותן מתנה אגב קרקע, קנה גם אם לא עיין [=סיים] את המקום, כגון שאמר "נתתי לך חצי שדי" או "מכל שדותי שבמקום פלוני, ארבע אמות אני נותן לך", ואגבם הוא מקנה מיטלטלין); רא"ש, גיטין, פ"א, ס"י ז (שאם נתן את כל נכסיו חוץ מבית כור, קנה המקבל הכל, ויד הנותן על העליונה לקחת בית כור מהעידית; אבל ראה הערה 363, שר"י אבולפיה כותב שר' יוסף קארו הבין שלרא"ש בדבר שאינו מסוים, לא קנה); טור, חו"מ, ס"י קיז, ג (שבשעבוד מטלטלין אגב קרקע, לא צריך לסיים את מקום הקרקע שמקנה אגב את המטלטלין - שלא כר"י מיגאש, להלן ד(3), הערה 423), וסי' רמא, ו;

ט"ז, חו"מ, רמא, ד; פני משה (מהר"ם חביב), ירושלמי פאה, ג, ז (שקנה, ומקבל את הגרוע); שו"ת אבני נזר, או"ח, סי' שמב, אות ד; שו"ת צמח צדק (חב"ד), או"ח סי' מה אות ד (שמועילה מכירת חמץ אגב קרקע שאינה מסויימת); שו"ת שואל ומשיב מהדורא תניינא חלק ד סימן י (ד"ה והנה בכ"ב); ערוך השולחן, חו"מ, רמא, ח. מגיד משנה (על הרמב"ם שם) מביא ש"חכמי הדורות" פסקו שגם אם המתנה אינה מסויימת בכלל היא תקפה. לחם שלמה (בולה), קונטרס קנין אגב, סי' ל (יב ע"ב), כותב שמגיד משנה סובר שקנה (וכותב שכך דעת רוב גדולי האחרונים).

ס' התרומות, שער מג, ח"א, אות יג, מביא שהרבה נחלקו על ר"י מיגאש. צרור הכסף הקצר, דרך ה שער א, כותב שכל המפרשים פסקו שלא כרמב"ם. ראה לעיל א(2), הערה 357, שיש חילוקי דעות האם הריטב"א, רשב"ם ותוס' סוברים כדעה זו. דרכי משה, חו"מ, רמא, ס"ק ד, כותב שהר"ן על הרי"ף, קידושין לב ע"א (בדפי הרי"ף), חולק על הרמב"ם. הר"ן שם כותב שמועילה התחייבות בדבר שאינו קצוב; כנראה, לדעת דרכי משה, כל מי שאומר שאפשר להתחייב בדבר שאינו קצוב, סובר שמועילה מתנה שאינה מסויימת. בשאלה זו ראה פסקה ו, ליד ציון הערה 577. שו"ת צמח צדק (חב"ד), או"ח סי' מה אות ד, כותב שר"ש, פאה, ג, ח, סובר שקנה, שהרי לא פירש את המשנה שם כרש"י בגיטין (ראה לעיל (1), הערה 357).

רמ"א, חו"מ, רב, ז, כותב שבקנין אגב אין צריך לסיים את הקרקע שהקנה על ידה, ומכאן מוכיח שו"ת צמח צדק (חב"ד), או"ח סי' מה אות ד, שהרמ"א פוסק כתוס' (אבל אפשר לדחות הוכחה זו, שזה מועיל מפני שסיים את הכמות ורק לא סיים את המקום, אבל יסכים שאם לא סיים את הכמות, לא קנה). אבל ר' יצחק אבולפיה, בשו"ת ישמח לב (גאגין) חו"מ סי' ה (כא ע"ד), כותב שבאמת רמ"א סובר שמתנה שאינה מסויימת אינה תקפה, ודוקא בהקנאה אגב קרקע אין צריך לסיים את הקרקע, כי אינו מתכוון להקנות את הקרקע אלא את המטלטלין אגב הקרקע, ולכן א"צ סיום (רשמ"ח גאגין, שם דף כו ע"א, דחה את דבריו, כי אין סיבה להבחין בין הקנאת קרקע עצמה להקנאת קרקע כדי להקנות אגבה מטלטלין); או ששם מועיל בלי סיום, מטעם מנהג (ראה ליד ציון הערה 483). דרכי הים, דרוש א לשבת זכור (קטז ע"ג), כותב שלפי כל האחרונים, קנה.

שו"ת פרי הארץ (מזרחי), ח"ב, אהע"ז, סי' ג (עא ע"ב), כותב שכיון ששו"ע לא הכריע, והאחרונים הכריעו שקנה, וגם שו"ת מהרש"ד, ח"ב, סי' ט, ושו"ת פני משה, ח"ב, סי' נח, נוטים לפסוק כך - לכן כך יש לפסוק (משמע שלדעתו אף אינו יכול לטעון קי"ל כדעה האחרת). אבל שו"ת שארית יוסף (ידיד) ח"ב, עמ' רמג, וח"ג, חו"מ, סי' ד, עמ' רט, כותב שאח"כ חזר בו פרי הארץ מדבריו, שהרי כתב שאין לומר שהמתנה קיימת מטעם דברי המגיד משנה (הערה 435), שכתב שמתנת שכיב מרע בדבר שאינו מסוים קנה - כי דברי מגיד משנה אינם שרירים כמש"כ מהר"י הלוי (הערה 434).

עמק המלך (יקותיאל), דיני ברירה (בתוך הלכות גירושין, פ"ג), העיקר הרביעי (ד ע"א), פוסק שקנין חל על דבר שאינו מבורר.

ראיות שמתנה שאינה מסויימת תקפה: 1. התלמוד אומר בכתובות קט ע"ב, שמי שאומר בשעת מיתתו "ייתן דקל לבתי", ויש לו כמה דקלים, היא זכאית לקבל דקל (והתלמוד דן לגבי מקרה שחלקו הבנים את הנכסים, וחלקו ביניהם את הדקלים, וכל אחד רוצה שהאחר יתן את הדקל לבת). מכאן מוכח, שאף על פי שהמתנה אינה מסויימת, המקבל קונה. כך הוכיחו: ח"י הרמב"ן, גיטין ח ע"ב; ח"י הרשב"א, גיטין ח ע"ב; ח"י הריטב"א כ"י, גיטין ח ע"ב; ח"י הר"ן גיטין ח ע"ב; מגיד משנה על הרמב"ם שם; נימוקי יוסף, גיטין ח ע"ב. דחיית ראיה זו: כבוד יוס טוב, על הרמב"ם שם, דוחה, שמדובר שאמר "דקל פלוני", אלא ששכחו איזה דקל אמר, ולכן המתנה קיימת.

יד דוד (קרלין) ח"ב דף קא ע"ג, הגהה יט (הגהה זו נדפסה גם בסוף הירושלמי הנפוץ, בכינוי "חידושי רדב"ש" על ירושלמי פאה), דוחה, שמדובר שהיה לו רק דקל אחד או שצינו איזה דקל, כפי שטור, חו"מ, רפח, ה, מביא את דין התלמוד שם בניסוח "דקל פלוני"; ונפרש (שלא כרש"י בכתובות, ד"ה הכא) שהבעיה לא היתה מי יתן את הדקל, אלא איך לפצות את האח שהדקל נפל בחלקו על כך שהוא צריך לתת אותו לאחותו. ח"י כתב סופר, גיטין ח ע"ב (ד"ה והנה תוס'), דוחה, שמדובר שהוא מודה שכבר נתן אחד מדקליו, ואז היה מבורר, ועכשו אינו יודע או סתם דבריו, ולכן הוא חייב לתת אחד אלא שיכול לתת את הגרוע.

2. התלמוד אומר בבבא בתרא קעג ע"א, שהאומר "שדי מכורה לך", ויש לו כמה שדות, אין שדהו הגדולה מכורה. משמע, שדוקא הגדולה אינה מכורה, אבל הקטנה מכורה, אף שהשדה לא היתה מסויימת. כך הוכיחו: ח"י הרשב"א גיטין ח ע"ב; ח"י הריטב"א כ"י, גיטין ח ע"ב; צרור הכסף הקצר והארוך, דרך ה, שער א; מגיד משנה, על הרמב"ם שם.

דחיית ראיה זו: לחם משנה מעלה אפשרות לדחות ראיה זו, שהתלמוד שם בא להקשות על מי שאמר שהאומר "שטר לך בידי פרוע" - השטר הגדול פרוע; ואפשר לפרש שכוונת התלמוד לומר: לדברך, האומר "שדי מכורה לך" הדין יצטרך להיות שיקבל את הגדולה, והרי באמת לא קנה כלל. אבל הוא כותב שמלשון התלמוד שם בהקשר זה "יד בעל השטר על התחתונה", משמע שהוא מקבל חלק ולא שאינו מקבל כלום (אבל כבוד יוס טוב, על הרמב"ם שם, מעיר שמלים אלו נאמרו בתלמוד שם על שטר ולא על שדה).

משנה למלך, על הרמב"ם שם (והסכים לו שו"ת נחפה בכסף, ח"א, חו"מ, סי' כב, דף קכ ע"ג), דוחה ראיה זו, ששם מה שאמר "שדי מכורה לך" אין פירושו שהוא מוכר לו עכשו את השדה, אלא זוהי הודאה על מכירה שהתבצעה בעבר (כמו שהמקרה האחר הנידון בתלמוד שם, "שטר לך בידי פרוע", הוא של הודאה), והודאה אינה צריכה להיות מסויימת; ומדובר שבשעת המכירה ציין בדיוק איזו שדה הוא מוכר, אלא שכעת אין ראיה איזו היא. אבל כבוד יוס טוב, על הרמב"ם שם, דוחה את דברי משנה למלך שמדובר בהודאה, כי "מכורה" אינו לשון הודאה על העבר, אלא לשון הקנאה עכשו.

כבוד יוס טוב, על הרמב"ם שם, דוחה ראיה זו, שמדובר שם שהמוכר והקונה רוצים לקיים את המכר כדי שלא יהיו מחוסרי אמנה, ולכן אומר התלמוד שהמכר קיים לגבי הגרוע. נראה שכוונתו היא, שבאמת אם המוכר ירצה לבטל את המכר כי זה דבר שאינו מסוים, הוא יכול, וכן אם הקונה רוצה את כספו חזרה מטעם זה, הוא יכול, אבל מדובר שהמוכר רוצה לתת את הקטן והקונה רוצה את הגדול, ובזה הדין הוא שהקונה צריך לקבל את הקטן; ואף שנאמר שם שהמוכר יכול לתת לו בית נפול, שזה הפסד גדול לקונה, מדובר שהקונה מוכן לשאת בהפסד זה ובלבד לא

להיקרא מחוסר אמנה; וצריך לומר שאף שמעיקר הדין המכר בטל, מ"מ מי שחוזר בו נחשב מחוסר אמנה, כמו במכר שעוד לא עשו קנין, שאינו תקף ומ"מ החוזר בו נחשב מחוסר אמנה (שו"ע, חו"מ, רד, ז).

עוד אפשר לדחות ע"פ השיטה (ליד ציון הערה 572) שהרמב"ם מסכים שמכר שאינו מסוים תקף, שלא כבמתנה.

3. התלמוד אומר במנחות קח ע"ב, שאם ראובן אומר לשמעון "בית פְּתִי אני מוכר לך", הוא יכול לקיים את התחייבותו ע"י שיתן לקונה בית גרוע (כגון בית בקומה השנייה), או בית שנפל. מכאן שאין אומרים שכיון שהמוכר לא ציין את כמות המכר, הוא בטל; ואפשר להקיש ממכר למתנה. ראה זו מביאים הראב"ד, בהשגותיו לרמב"ם שם, ח"י הרמב"ן, גיטין ח ע"ב, ח"י הרשב"א גיטין ח ע"ב, ח"י ר' קרשקש, גיטין ח ע"ב, ח"י הריטב"א כ"י, גיטין ח ע"ב, ח"י הר"ן גיטין ח ע"ב, נימוקי יוסף, גיטין ח ע"ב, וטור, רמא, ו.

דחיית ראייה זו: ט"ז, חו"מ, רמא, ד, דוחה, ששם מדובר שמראה לקונה את בתיו (כך צ"ל ולא "ביתו"), ואומר לו "אחד מבתי אל", וזה מועיל כמו הנותן חלק משדה פלונית (ראה ליד ציון הערה 404).

נפש חיה (ואקס), חידושי סוגיות, דיני ברירה סי' ז, דוחה, שמדובר שם שהמוכר אינו רוצה להחזיר לקונה את כספו, אלא רוצה לתת לו בית גרוע, והקונה אינו יכול לדרוש את הכסף בטענה שהמכר לא חל, מפני שגם לדעה שא"א להקנות דבר שאינו מסוים, מ"מ אם מברר אח"כ ונותן לו, מתברר שזה מה שהקנה לו מראש, ולכן זה דבר מסוים; ולכן כאן, ברגע שהוא נותן לו בית גרוע, הקנין חל, והקונה לא יכול לדרוש את כספו (כך נראית כוונתו).

רחובות יצחק עמ' קמו, דוחה, ששם התלמוד בא לומר רק שאם הקונה לא יסכים לקבל את הקטן, יצטרך לקבל "מי שפרע" (אבל באמת מן הדין לא קנה אף את הקטן, כי "אין ברירה", ויכול לדרוש את כספו חזרה); וכן אם הקונה לא ירצה לקבל את הנפול, באופן שהמוכר דרש ממנו (לפני כן) או לגמור את הקנין או לקבל על עצמו אחריות על נפילה - יצטרך לקבל "מי שפרע".

ימי שלמה, על הרמב"ם שם, דוחה, שמדובר שהמוכר אינו רוצה לחזור בו מהמכר, אלא שהקונה אומר שקנה בית טוב, והמוכר אומר "מכרתי גרוע". וכך דוחה כבוד יום טוב, על הרמב"ם שם, כמו שדחה את הראיה מב"ב קעג.

עוד אפשר לדחות ע"פ השיטה (ליד ציון הערה 572) שהרמב"ם מסכים שמכר שאינו מסוים תקף, שלא כבמתנה.

4. התלמוד אומר בבבא בתרא סג ע"א, שהאומר "תנו חלק לפלוני בנכסי", נותנים לו רבע מהנכסים, אף שלא נקבע מיקום המתנה (ראה ליד ציון הערה 634). ח"י הרמב"ן, גיטין ח ע"ב, וח"י הריטב"א כ"י, גיטין ח ע"ב, הביאו ראייה זו.

5. ראייה דומה מביא מאירי גיטין ח ע"ב, מדברי התלמוד, בבבא בתרא קכח ע"ב, שהאומר "יתטול אשתי [לאחר מות] כאחד מן הבנים", קנתה האשה, אף שלא סיים את הנכסים שתקבל האשה.

6. בבבא בתרא סא ע"ב נאמר שהאומר "ארעתא מכורות לך", משמעותו - שתי שדות, הרי שהמכר קיים אע"פ שלא סיים אותן, ומכאן שאפשר להקנות דבר שאינו מסוים. כך מוכיחים ח"י הריטב"א כ"י, גיטין ח ע"ב, ובני אהרן, סי' רמא (קכה ע"ד). הריטב"א כ"י מוסיף שאין לומר שמדובר שיש לו רק שתיים, שהרי אח"כ הגמרא מבחינה בין האומר "ארעתא" לאומר "כל ארעתא", שאז קונה את כולן.

דחיית ראייה זו: ח"י כתב סופר, גיטין ח ע"ב (ד"ה והנה תוס'), דוחה כמו שדחה את הראיה מ"דקל לבתי".

בני אהרן, סי' רמא (קכה ע"ד), דוחה, שמדובר שהמוכר והקונה רוצים לקיים את המכר כדי שלא יהיו מחוסרי אמנה, ולכן אומרים שהמכר קיים לגבי הגרוע. וכן שו"ת ברית עולם (ולר), סי' סא אות ד, ואות ו, דוחה שמדובר שהצדדים אינם חוזרים בהם מהמכר אלא שואלים מה הדין, כמה צריך לתת לקונה. וכן ימי שלמה, על הרמב"ם שם, דוחה, שמדובר שהמוכר אינו רוצה לחזור בו מהמכר, אלא שהקונה אומר שקנה את כל שדותיו, והמוכר אומר "מכרתי רק שתיים". בדומה מבאר ר' יצחק אלבעלי, במנחה טהורה, מנחות קח ע"ב (קכט ע"ד), שמה שכתב רמב"ם, הלכות מכירה, יז, ז, שהמוכר "מרתף של יין", קנה, הוא כגון שהמוכר והקונה רוצים בקיום המקח, שאז קנה גם בדבר שאינו מסוים, כמו שבדשלב"ע, כל זמן שהמוכר לא חזר בו, קנה הקונה (שו"ת מהרש"ך, ח"ב סי' כז, ד"ה והנה בנדון - לענין שמי שנוטל מהקונה נחשב גזל).

מזל שעה, על הרמב"ם שם (סה ע"ד), דוחה, שמדובר שיש למוכר רק שתי שדות, ולכן זה מסוים, והחידוש הוא שהקונה אינו יכול לטעון "חשבתי שיש לך ארבע או חמש שדות", כי "שדות" משמע שתיים.

עוד אפשר לדחות ע"פ השיטה (ליד ציון הערה 572) שהרמב"ם מסכים שמכר שאינו מסוים תקף, שלא כבמתנה.

7. שו"ת הרשב"א ח"ג סי' קיד (הובא בב"י, חו"מ, רב, מחודש א, ובשו"ת ישמח לב, גאגין, חו"מ, סי' ו, דף כט ע"ב), מביא ראייה מהאמור בב"מ קג ע"א, שהמשכיר "בית" סתם, ונפל, צריך להעמיד לשוכר בית חדש, הרי שקנה זכות שכירות אף שלא סיים את הבית.

אפשר לדחות ראייה זו ע"פ דברי ר' רפאל חיים אליה הלוי, במנחה טהורה, מנחות קח ע"ב (קכה ע"ג), שכתב (על שו"ע, חו"מ, שיב, ז, שעוסק במשכיר "בית" סתם), שמדובר שזה הבית היחיד של המשכיר, או שהיו עומדים בתוכו בזמן הסכם ההשכרה, ולכן זה מסוים. עוד אפשר לדחות ע"פ דברי ר' יצחק אלבעלי, שם דף קכט ע"ג (שגם הוא התייחס לשו"ע), שכתב ששם מדובר שכבר דר השוכר בתוכו, ולכן קנה, כי החזיק בשכירות והמשכיר כבר לקח את השכירות (אבל יש להעיר שזה לא מסביר מדוע חייב המשכיר להעמיד לו עוד בית, הרי בבית האחר עוד לא דר, ואינו מסוים). וראה חוק לישראל, שכירות ושאלה, עמ' 39-48, שיש אומרים שמשכיר "בית" סתם זו עיסקה חוזית ולא קניינית, מפני שאין קנין יכול לחול בדבר שאינו מסוים; וראה במיוחד שם הערה 187, להשוואה בין שכירות למכר בדבר שאינו מסוים.

8. שו"ת הרשב"א ח"ג סי' קיד, ט"ז, חו"מ, רמא, ד, ושו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל ה, סי' ג, מביאים ראייה ממה שנהוג, שמקנים מטלטלין אגב ארבע אמות קרקע סתם, והרי לרמב"ם המקנה מטלטלין אגב ארבע אמות צריך לסיימן. הרשב"א שם הביא ראייה ממה שנהוג לכתוב "ארבע אמות בחצרי". אך משכנות הרונים, מע' א, אות ב (א ע"ד), דוחה ראייה זו, שגם לרמב"ם מועיל לסיים מקום כללי (כאמור בפסקה ד(1), ליד ציון הערה 404).

דחיית ראייה זו: בית יעקב, רמא, ד, ר' יצחק אבולפיה, בשו"ת ישמח לב (גאגין) חו"מ סי' ה (כא ע"ד), ור' דוד פאפו, בשו"ת פני דוד, דף קנח ע"ב, דוחים את ההוכחה מהמנהג, שהמנהג אינו מוכיח שפוסקים שלא כרמב"ם, אלא יתכן שפוסקים כרמב"ם, ומ"מ לענין קנין אגב ארבע אמות נהגו לא לסיים, והמנהג מועיל מטעם סיטומתא, כמו שכתב הריב"ש (פסקה ד(7), הערה 483). כנגד זה, רשמ"ח גאגין, בשו"ת ישמח לב (גאגין), חו"מ, סי' ו (כט ע"א), מבאר שראיית הרשב"א היא מאלו שהתחילו את המנהג, שלא היו כותבים כך בשטר המתנה אילו סברו שזה לא מועיל. ר' בן ציון מאיר חי עוזיאל, בשו"ת פני דוד, דף קסא ע"ד, דוחה את הראיה מהמנהג, בדרך אחרת: שהרמב"ם מסכים שקנה גם אם לא סיים איפה הן ארבע האמות (ראה פסקה ד(3), ליד ציון הערה 423, שיש מחלוקת בדעת הרמב"ם

לגבי מקרה שנתן כמות ידועה בלי סיום המקום). שו"ת שארית יוסף (ידיד) ח"ב, עמ' רמב, דוחה את הראיה מהמנהג, על פי מה שחידש (פסקה ד(23), ליד ציון הערה 535) שבהקנאה אגב קרקע אין צורך לסיים את הקרקע. 9. ס' התרומות, שער מג, ח"א, אות יג, השגות הראב"ד על הרי"ף, גיטין ב ע"ב (בדפי הרי"ף), תוס' גיטין ט ע"א (ד"ה לעולם), ח' הרמב"ן, גיטין ח ע"ב, ח' הרשב"א גיטין ח ע"ב, ח' ר' קרשקש, גיטין ח ע"ב, ח' הריטב"א כ"י, גיטין ח ע"ב, נימוקי יוסף, גיטין ח ע"ב, ומגיד משנה, על הרמב"ם שם, בשם "חכמי הדורות", הביאו ראיה מזה שהנותן חצי שדה, המתנה תקפה (שבזה מודה הרמב"ם, כאמור בפסקה ד(1), ליד ציון הערה 404, מפני שמוכח כך מבבא בתרא קז ע"ב), הרי שאין מאפשרים לנותן לטעון לגבי כל חלק בשדה: "לא התכוונתי לחלק זה אלא לחלק אחר", ואם כן גם כשלא ציין באיזה שדה המתנה ניתנת, אין מאפשרים לו לטעון כך (אך תוס' והרשב"א ור' קרשקש והריטב"א כ"י ונימוקי יוסף אינם מתחשבים באפשרות להבחין בין שדה מסוימת להעדר סיום בכלל, אלא מביאים ראיה ישירה מ"ב"ב שם).

10. מזל שעה, על הרמב"ם שם (סו ע"א), מביא ראיה מ"ב"ב סט ע"ב, ששם נאמר שהמוכר "ארעא ודיקלי", צריך לתת לקונה קרקע עם שני דקלים, ואם אין דקלים בקרקע, הוא צריך לקנות לו שני דקלים; הרי שמכר הדקלים קיים גם אם אין לו דקלים, אף שאז זה דבר שאינו מסויים. גם אמר יוסף, על הרמב"ם שם (לט ע"ד), מביא ראיה זו; ומוסיף שגם לפירוש הרמב"ם, ה' מכירה, כד, יג, שהסוגיה באה ללמד שאם המוכר רוצה לתת שני דקלים מבחוץ, הקונה לא יכול לטעון שזה מקח טעות, יש ראיה משם, שהרי יוצא שהמכר קיים אף שלא סיים. הוא מנסה לתרץ שמה שהרמב"ם אומר שבדבר שאינו מסוים לא קנה היינו **שהנותן או המוכר** יכול לחזור בו, אבל הקונה או המקבל אינו יכול; אך הוא מתקשה בזה, כי אין טעם להבדיל בין זה לזה, שהרי גם הקונה יכול לטעון "לא רציתי לקנות נכס זה אלא אחר".

עוד אפשר לדחות ע"פ השיטה (ליד ציון הערה 572) שהרמב"ם מסכים שמכר שאינו מסוים תקף, שלא כבמתנה. 11. בני אהרן, על טור, ס' רמא, דף קכה ע"ד, הביא ראיה מברייתא בקידושין כו ע"א, האומרת שאם כתב הנותן בשטר "שדי נתונה לך", קנה ע"י השטר, משמע שאין צורך לסיים את השדה. דחיית ראיה זו: בית ישחק, על הרמב"ם שם, ודרכי איש (ארוואץ), דרוש י, דף כד ע"ב, דוחים, שמדובר שכתב בשטר "שדה פלוני", אלא שהברייתא אינה מפרטת זאת כי אין זה עניינה.

12. אפשר להביא ראיה מדין האומר "נכסי לך ואחריך לפלוני", שאותו פלוני קנה מה ששייר הראשון (ב"ב קלו ע"א - ראה סעיף 4), אף שהראשון יכול למכור או לתת לאחרים כמה שירצה, ולא ידוע מראש כמה יתן, ומכאן שהמתנה לאותו פלוני מועילה אף שבזמן הנתינה היה במתנה שיור לא מסוים.

13. מזל שעה, על הרמב"ם, ה' זכיה, ג, ה (סה ע"ג), מביא ראיה מ"ב"ב עא ע"א, ששם נאמר שהנותן במתנה "בית שיש בו מאה גולפי [חביות יין]", המקבל קנה, אף ששם לא היה לנותן בית כזה אלא בית שהיו בו מאה ועשרים חביות (ראה ליד ציון הערה 667). גם ר' רפאל חיים אליה הלוי, במנחה טהורה, מנחות קח ע"ב (קצו ע"ד), רומז לראיה משם.

דחיית ראיה זו: מזל שעה שם (סה ע"ד), דוחה, שמדובר שהיה לנותן רק בית אחד, לכן זה מסוים.

14. משכנות הרועים, מע' א, אות ב (א ע"ג), מביא ראיה מ"ב"ב קד ע"ב, שנאמר שם בעניין הקנאת מטלטלין אגב קרקע, "ניקנינהו אגב ארעא", ושם אין המקום מסוים.

דחיית ראיה זו: משכנות הרועים, שם, דוחה, ששם מדובר במה שמישהו מציע לאדם אחר לעשות, ובזה לא שייך שהמציע יגיד לו בדיוק אגב איזה קרקע להקנות.

15. שו"ת פני משה ח"ב ס' נח (קו ע"א), מביא ראיה מגיטין סו ע"א, ששם קיים התלמוד מתנה שמישהו נתן "ארבע מאה זוזי מחמר" (ראה ליד ציון הערה 403), אף שהמתנה אינה מסוימת.

16. שו"ת אמר שמואל, חו"מ ס' טו (השני) (קי ע"ב), מביא ראיה מ"ב"ב טז ע"ב, ששם נאמר שהאומר: "שדה שאני קונה, לכשאקנה אותה קנויה לך מעכשיו", מועיל אם אמר "שדה" סתם - הרי שמועיל למכור דבר שאינו מבורר, שהרי שם אין ידוע איזה שדה הוא עתיד לקנות.

דחיית ראיה זו: אמר שמואל שם דוחה ע"פ חידושי הריטב"א, ב"מ שם, המפרש שמדובר שאינו מקנה לו מעכשיו אלא לכשיקנה. בית אהרן (וולקין), ב"מ שם, דוחה, ששם זה לפי ר' מאיר, הסובר שאפשר להקנות דבר שלא בא לעולם, ולפי אפשר להקנות דבר שאינו מסוים (כך כתב קצות החושן, סא, ס"ק ג), ואין הלכה כמותו.

17. גן נעול, כפתור ג, פרח ה (כג ע"ג), מביא ראיה ממה שנאמר ב"ב מח ע"ב, שבעל חצר המתיר למישהו להכניס את שורו לחצרו, מקנה לו מקום בחצר עבור שורו; הרי שאף שלא קבע איזה מקום הוא מקנה לו, קנה. והוא מביא (בדף כה ע"ב) ראיה דומה מן האמור בבכורות יח ע"ב, שבעל עדר צאן (שיש לו רועה כהן) מקנה לרועה מקום בחצר, שיקנה על ידו את הבכורות שייולדו.

דחיות נוספות לראיות אלה נביא בפסקה ד, שבה נמנים מקרים שבהם מסכים הרמב"ם שמתנה שאינה מסוימת תקפה, והפרשנים קבעו חריגים אלו כדי להעמיד בהם את הסוגיות הנ"ל, וכך מתיישבות הקושיות משם על הרמב"ם. כאן מנינו רק דחיות שאין בהן נ"מ.

שו"ע, חו"מ, רמא, ד. ³⁶²

שו"ת עבודת הגרשוני ס' קיד (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, רמא, ס"ק ה), לחם שלמה (בולח), קונטרס קנין אגב, ס' ל (יב ע"ב), שו"ת זרע אמת, ח"ב, יו"ד, ס' עז (לט ע"ג), שו"ת חוקות החיים ס' סב (צד ע"ג), רשמי"ח גאגין, בשו"ת ישמח לב (גאגין), חו"מ, ס' ו (כט ע"ד), ר"א אשכנזי, בשו"ת ישמח לב (גאגין), חו"מ, ס' כ, דף עז ע"ג (הובא בשו"ת חושן האפוד חו"מ ס' ו, דף ט ע"ב), ור' משה ישועה פאלאגיי, בשו"ת שארית יוסף (ידיד) ח"ג, חו"מ, ס' ד (עמ' רח), כותבים ששו"ע סובר **שאפשר** להקנות דבר שאינו מסוים.

גם ר' יוסף מרדכי הלוי, בשו"ת פני דוד (פאפו) דף קנד ע"ד, כותב שהשו"ע פוסק שהמתנה תקפה, ואף שנחלקו האחרונים באופן כללי (המחלוקת הובאה בשדי חמד, כללי הפוסקים ס' יג אותיות יד-טז), מהי דעת השו"ע כשהוא מביא שתי דעות בלשון "יש אומרים... ויש אומרים..." (כמו שהביא כאן), הרי כאן יש הוכחה שהשו"ע פוסק שקנה, שהרי שו"ע, חו"מ, קיג, ב, כתב שהמשעבד מטלטלין אגב קרקע, א"צ לסיים את המקום, וזה שלא כר"י מיגאש. גם ר' ישועה פאלאגיי, פני דוד שם, קנט ע"ב, כותב ש"סוגין דעלמא" ששו"ע פוסק כ"יש אומרים" האחרון, ומ"מ

המוחזק יכול לומר קי"ל כדעה ששו"ע התכוון לפסוק שלא קנה. אבל הוא דוחה את הראיה משו"ע סי' קיג, כי שם לא מדובר בהקנאת המטלטלין אלא בשעבודם. שו"ת שער אשר ח"ב חו"מ סי' כו (נה ע"א), משיב על דחייה זו שהרי ב"י, חו"מ, קיג, ז, כתב שדין זה נלמד מקידושין כו ע"ב, שמוכח משם שקנין אגב קרקע אינו צריך להיות מסוים, הרי שלדעתו גם בהקנאה א"צ סיום.

גם צדק ומשפט, חו"מ, סי' רמא, כותב ששו"ע פוסק שקנה, ומביא ראיה מדברי שו"ע, סי' קיג, שם, וממה שפסק בחו"מ, רז, כא, שמועילה התחייבות שאינה קצובה, והרי ב"י, חו"מ, רמא, ו (כמוסבר בפרישה, חו"מ, רמא, ו), מבאר את דברי הטור, רמא, ו, "כבר כתבתי שבמכר יכול להקנות דבר שאינו מסוים", שכוונתו לדברי הטור, חו"מ, רז, כט, שהתחייבות שאינה קצובה תקפה (על השוואת שני התחומים, ראה פסקה ו, ליד ציון הערה 577); ועוד שבענין "בית בבתי" פסק שו"ע, חו"מ, ריד, יב, שקנה.

גם שו"ת פרי הארץ (מזרחי) ח"ב אהע"ז סי' ג (עה ע"א), כותב שהשו"ע פוסק שקנה, שהרי הביא דעה זו בסוף. שו"ת שער אשר ח"ב חו"מ סי' כו (נה ע"א), כותב שאפשר לומר קי"ל כדעה ששו"ע הכריע כאן שקנה.

לעומתם, ר' פנחס ענו, בפחד יצחק, מע' מעביר נחלה (קסג ע"א), כותב שהשו"ע סובר שאין מתנה מועילה בדבר שאינו מסוים, שהרי הביא קודם את דעת הרמב"ם. גם שו"ת נאה משיב, חו"מ, סי' יא (עמ' קעד), מביא פסק של ב"ד (בהרכב רא"ה קוק, רצ"פ פרנק, רב"צ קואינקה ועוד), שהשו"ע סובר שאינו קונה.

גם ר"י אבולפיה, בשו"ת ישמח לב (גאגין) חו"מ סי' ה (כב ע"ג), כותב ששו"ע פוסק שמתנה שאינה מסויימת אינה מועילה. ואלו ראיותיו: א) ב"י, חו"מ, רז, יט (עמ' סז), וכסף משנה, הלכות מכירה, יא, הלכה ז והלכה יח, ושו"ת אבקת רוכל סי' פט, הסביר מדוע רמב"ם, הלכות מכירה, יא, ז, נוקט שקנין "מעכשו" מועיל לסלק אסמכתא אם אמר "בית זה" - כי קנין מועיל רק כשייחד נכס ידוע, אבל דבר שאינו מסוים אינו נקנה בקנין; וגם שו"ע סי' רז, יד, נוקט "בית זה" (ראיה זו כתב בדף כא ע"ד) (רשמ"ח גאגין, שם, דף כד ע"ד, דוחה ראיה זו, ואין דחייתו מובנת). צדק ומשפט, חו"מ, סי' רמא, דוחה ראיה זו, שמה שכתב בכסף משנה שצריך להיות מסוים, אינו במובן של הל' זכיה פ"ג, אלא במובן של שו"ת הריטב"א (ראה בשמו בפסקה א(2), הערה 357), שצריך שיהיה מצוי ברשותו, ולכן צריך לומר "זה", שמתכוון לנכס ידוע שנמצא ברשותו. ב) ב"י, כסף משנה ואבקת רוכל שם הקשה מדוע חכמי ספרד (שהובאו ברמב"ם, הלכות מכירה, יא, יח), הוצרכו לדרך מיוחדת להתגבר על בעיית האסמכתא, ומדוע לא אמרו פשוט שיעשה קנין "מעכשו", שדוחה אסמכתא? ותירץ, שרצו למצוא דרך שתועיל להקנות דבר שאינו מסוים, וקנין "מעכשו" אינו יכול להקנות דבר שאינו מסוים, כי אין מועיל קנין בדבר שאינו מסוים; וכיון שבשו"ע, חו"מ, רז, טז, כותב את תיקון חכמי ספרד, משמע שגם הוא נאלץ לעשות כך כי קנין "מעכשו" אינו מועיל בדבר שאינו מסוים. ג) שו"ת אבקת רוכל, סי' צח, עוסק באשה שנתנה מתנה אגב ארבע אמות, והעלה אפשרות לפסול את המתנה כי לא סיימה את ארבע האמות, אבל דחה, שהמנהג הוא לכתוב ארבע אמות בלי סיום, ולכן מועיל כמש"כ הריב"ש (הערה 483); משמע שהוא סובר שאין מועיל קנין בדבר שאינו מסוים. שו"ת שער אשר ח"ב חו"מ סי' כו (נה ע"א), דוחה ראיה זו, שאבקת רוכל חשש לדעת הרמב"ם רק כי השואל היה מדמשק, ששם קיבלו עליהם את דעת הרמב"ם (ר"י אבולפיה שם משיב על דחייה זו, ואין דחייתו מובנת, כפי שהעיר רשמ"ח גאגין בדף כד ע"ד). בדומה, רשמ"ח גאגין, סי' ה, דף כד ע"ד, וסי' ו, דף כט ע"א, דוחה את הראיה מאבקת רוכל, שאולי הוא עצמו סבר שמועיל, אבל כיון שבזמנו היו נוהגים לפי פסקי הרמב"ם, נזקק לומר שגם לרמב"ם מועיל מטעם מנהג. ד) בשו"ת אבקת רוכל, סי' קיד, כתב ר"י קארו, שהמוכר מידת קרקע בשדהו, קנה גם אם לא סיים לו מאיזה צד הוא מוכר; משמע, שקנה דוקא משום שסיים את השדה (וא"צ לסיים את החלק), כאמור ליד ציון הערה 404, אבל לא יועיל אם אינו מסוים בכלל (רשמ"ח גאגין, שם, דף כו ע"א, דוחה ראיה זו - עיי"ש). ה) ב"י בהקדמתו כותב שהוא פוסק כשנים מתוך השלושה - ר"י, רמב"ם ורא"ש, א"כ בודאי כאן פסק שלא קנה, כרי"ף ורמב"ם (ראיה זו כתב בדף כב ע"א). רשמ"ח גאגין, שם, דף כז ע"א, וצדק ומשפט שם, משיבים על כך, שאף שרי"ף ורמב"ם פסקו שא"א להקנות דבר שאינו מסוים, השו"ע פסק נגדם, כי רבים סוברים שאפשר להקנותו, ועוד, כי מהרבה סוגיות קשה על הרי"ף והרמב"ם. ו) שו"ע, חו"מ, קנד, יז, פסק כתשובת הרא"ש, כלל צט, סי' ג, המובאת בטור סי' קנד, כח, שמוכח ממנו ששותף אינו יכול להקנות את חלקו (ראה חוק לישראל, שיתוף נכסים, עמ' 110), ומכאן שפסק שא"א לתת דבר שאינו מסוים; ואמנם תשובת הרא"ש המובאת בטור סי' קמט, ג, סותרת לתשובתו המובאת בסי' קנד, הרי שו"ע סי' קמט לא הביא את דברי הרא"ש שם, וכנראה סבר שזו סתירה ברא"ש, ופסק כאותה תשובה הסוברת שאין אדם מקנה דבר שאינו מסוים (ראיה זו כתב בדף כב ע"ב). רשמ"ח גאגין, דף כז ע"ד, דוחה, שאין סתירה, כפי שהרא"ש רמז בעצמו בתשובתו, והוסבר בסמ"ע, קנד, סי"ק מ; וכותב שלא ייתכן לומר שהשו"ע סובר שהרא"ש סותר את עצמו.

ר"י אבולפיה דוחה (בדף כא ע"ג-כב ע"ד) ראיות נגדיות, ששו"ע פסק שקנה: א) לגבי הראיה מזה ששו"ע, חו"מ, קיג, ב, פסק שבשעבוד מטלטלין אגב קרקע א"צ סיום המקום - הוא דוחה ששם זה מועיל מטעם מנהג (רשמ"ח גאגין, דף כו ע"א, ור"א אשכנזי, שם, סי' כ, דף עז ע"ג, דוחה הסבר זה, כי אין לומר ששו"ע יכתוב דין בשתם, כשבעצם הוא תלוי במנהג, שיכול להשתנות מזמן לזמן וממקום למקום, והיה צריך לכתוב "ונוהגים וכו'"); ועוד, שבסי' קיג מדובר בשעבוד, ולא בהקנאה, ולהשתעבד אפשר גם בדבר שאינו מסוים; ועוד, כפי שדחה פרישה סי' רמא, ו, שהקילו בהקנאה אגב קרקע כמו שהיא מועילה גם אם לא ידוע האם יש לו קרקע. ב) אשר לראיה מזה ששו"ע, חו"מ, ס, ב, פסק שהתחייבות שאינה קצובה תקפה, הוא דוחה שיש הבדל בין התחייבות להקנאה, כמו שבסי' ס, ו, הבחין שו"ע בין התחייבות להקנאה בדשלבל"ע; והרי הטעם בדבר שאינו מסוים הוא משום "אין ברירה" (ראה פסקה ב(1), ליד ציון הערה 375), וטעם זה אינו קיים בהתחייבות שאינה קצובה (על השוואת שני התחומים ראה פסקה ו, ליד ציון הערה 577). ג) אשר לכלל ששו"ע תמיד פוסק כ"יש אומרים" השני, הוא משיב שזה אמור רק אם לא גילה דעתו במקום אחר לפסוק כדעה הראשונה, אבל כאן הרי גילה דעתו כך במקורות הנ"ל; ומוסיף שאפשר לומר קי"ל כדעה שהשו"ע לא תמיד פוסק כ"יש אומרים" השני (כמו כן, רשמ"ח גאגין, שם, דף כד ע"ב, כתב שכאן השו"ע הביא את הדעה השניה בלשון "ויש חולקים" ולא "ויש אומרים", ללמד שלא נלך לפי הכלל שבמקרה כזה הוא פוסק כדעה השניה); אבל הוא מדייק ממשכנות הרועים, סי' ב, שפשוט לו ששו"ע סובר שבדבר שאינו מסוים, קנה. ד) אשר למה שפסק שו"ע, חו"מ, לו, א, "אם סילק עצמו ממנה וקנו מידו שנתנו לשותף", הרי שמוכח לכאורה ששותף יכול להקנות את חלקו (כמו שהוכיח מראה הגדול ח"ב, דרוש ז להספד, דף מ ע"ג-ע"ד, בדומה - ראה חוק לישראל, שיתוף נכסים, עמ' 97) אף שחלקו אינו מסוים - הוא דוחה (בדף כב ע"ב), שמדובר שהמוכר והקונה מעוניינים לקיים את המכר (וכותב שכך אפשר ליישב עוד מקומות שבהם שו"ע אומר שמועיל קנין בדבר שאינו מסוים; או אפשר

(1) נימוקים שמתנה שאינה מסוימת אינה תקפה

יש שתי גישות בין הפרשנים בבואם לנמק את הדעה שמתנה שאינה מסוימת אינה תקפה: גישת הפגם החוזי וגישת הפגם הקנייני.

בתוך גישת הפגם החוזי יש כמה גוונים. הסבר אחד הוא, שטעם הרמב"ם הוא שלא סמכה דעת המקבל, כיון שאין ידוע מהו נשוא המתנה, כמו שמנמק הרמב"ם³⁶⁴ את דעתו שמכירה אינה מועילה בדבר שאינו מסוים - מפני שלא סמכה דעתו של הקונה, ואף כאן אין דעת המקבל סומכת.³⁶⁵

להעמידם בשכיב מרע, שבו מועילה הקנאת דבר שאינו מסוים - ראה פסקה ד(6), ליד ציון הערה 434 (אך רשמ"ח גאגין, שם, דף כז ע"ב, כתב שדוחק להעמיד כך את דברי השו"ע, שכתב בסתם). (ה) אשר למה שכתב שו"ע, חו"מ, ריח, כא, שמועילה מכירת "חצי שיש לי בשדה", הוא כותב שמדובר אחרי שחלקו השותפים והוברר חלקו של כל אחד, ולכן יכול למכור את חלקו אף שלא סיים. (ו) אשר לדברי שו"ת אבקת רוכל סי' צח, שעסק במתנה של שליש הבתים, ולא כתב שהיא אינה מועילה מטעם דבר שאינו מסוים - הוא דוחה, ששם מועיל גם לרמב"ם, כמו שהרמב"ם אומר שיכול לתת "חלק משדה פלונית" (כאמור ליד ציון הערה 404). (ז) אשר לדברי שו"ת אבקת רוכל סי' קיד, בסופו, שכתב ששותף יכול למכור את כל חלקו או את מקצתו (שרשמ"ח גאגין, דף כז ע"ג, מוכיח משם שלפי ר"י קארו, שותף יכול למכור אף שחלקו אינו מסוים), הוא דוחה, ששם מדובר שהמוכר והקונה רצו לקיים את המכר, ובאופן זה מתנה ומכר קיימים גם בדבר שאינו מסוים (רשמ"ח גאגין, דף כז ע"ג, דוחה, שמהתשובה עולה ששם מדובר שהמוכר רצה לבטל את המכר); ועוד, שם מדובר בקרקע של קבורה, ו"אנשי המעמד" מכרו, ואבקת רוכל שם אומר שאנשי המעמד הם כמו אבות הקהל, א"כ הם יכולים למכור כמו אילו היתה זו שדה של יחיד, שמוכר חלק ממנה (רשמ"ח גאגין, דף כז ע"ד, דוחה, שמה שאמר שאנשי המעמד הם כמו אבות הקהל הוא כדי שבני עדת הספרדים לא יוכלו לערער על מה שמכרו ראשי עדתם, אבל ראשי עדת הספרדים אינם כמו אבות הקהל ביחס לעדת האיסקאלים, שגם להם היה חלק באותה קרקע, ועירערו, ומ"מ אבקת רוכל פסק שמה שמכרו ראשי עדת הספרדים את חלקם - הועילה).

שו"ת ויקרא אברהם (אדאדי) חו"מ סי' לט (ד"ה ומשמאי), כותב ששו"ע הביא את שני הדעות בלשון י"א ויש חולקים, ללמדנו שדעבד כמר עבד ודעבד כמר עבד, ואם יבוא איהו חכם ויראה לו כסברא אחרת, רשאי. שו"ת שארית יוסף (ידיד) ח"ב, עמ' רמא, כותב ששו"ע פוסק כרמב"ם, ואף שבדרך כלל הוא פוסק כ"יש אומרים" השני, הרי רוב פסקי השו"ע הם כרמב"ם, ועוד שהכלל הוא ששו"ע פוסק כשנים משלושה: הרי"ף, רמב"ם והרא"ש, וכאן הרי"ף סובר כרמב"ם (וחוזר על דבריו אלו בח"ג, חו"מ סי' ד, עמ' רט). הוא מביא (בעמ' רמב) ראייה מזה שב"י, חו"מ, רז, יט, הסביר שהרמב"ם כתב "קנה בית זה מעכשיו" כי בלי "זה" לא קנה כי א"א לקנות דבר שאינו מסוים, ובשו"ע סי' רז כתב "זה", הרי שסובר כרמב"ם; וכך הסביר סמ"ע, רז, ס"ק לו, שהשו"ע שם כתב "זה" כי קנין קונה רק בדבר ידוע (אך הוא מציין שפרישה, חו"מ, רז, ס"ק יט, הסביר בדרך אחרת את "זה", כדי ליישב מדוע טור, חו"מ, רז, יט, כתב כך אף שהוא סובר שמועיל קנין בדבר שאינו מסוים). הוא דוחה את הראיה משו"ע, חו"מ, קיג, ב, שכתב שבהקנאה אגב קרקע אין צורך לסיים - שגם הרמב"ם סובר כך (ראה בשמו בפסקה ד(23), הערה 535).

ר"מ שטערין, המובא בשו"ת עבודת הגרשוני סי' קיד, אומר ששו"ע פוסק כרמב"ם. שו"ת ר' ידידיה טיאה וייל, או"ח סי' לו, כותב ששו"ע פוסק כרמב"ם כי הוא העיקר, וכדברי בעלי הכללים, שהשו"ע מתכוון לפסוק כדעה הראשונה שהוא מביא, ולכן בסי' רט, א, בענין מכר, הביא רק את דעת הרמב"ם.

³⁶⁴ רמב"ם הלכות מכירה, כא, ג.

³⁶⁵ שו"ת עבודת הגרשוני סי' קיד; שו"ת שארית יוסף (ידיד) ח"ב, עמ' רמג; אבן האזל, על הרמב"ם, הלכות זכיה שם; מאמר מרדכי (פונפדר), דף טו ע"א (שאינן המקבל סומך את דעתו, כי הנותן יכול לדחותו מנכס לנכס); ר"ש שקאף, מערכת הקניינים, סי' טז, עמ' נ (שלא סמכה דעתו של המקבל כי הנותן יכול לדחותו מכל נכס); אבי עזרי, מהדורא רביעאה, על הרמב"ם שם (שכיון שהנותן ידחה אותו כל פעם, אין סמיכת דעת למקבל, כי הוא חושב שהנותן ידחה אותו מהכל). השוה ג' שלו, "חוזים", עמ' __, שחוסר מסוימות, עירפול החוזה, משפיע לרעה על גמירות הדעת. גם משאת המלך ח"ד סי' תקסג, כותב שטעם הרמב"ם (לענין מתנה עם שיוך שאינו מסוים) הוא שכיון שלא אמר כמה הוא משייר ולא ידוע כמה יישאר למקבל, לא סמכה דעתו של המקבל.

גם ר' צבי יהודה בן יעקב, תחומין יג (תשנ"ב-תשנ"ג), עמ' 444, כותב שחסרון הסיום הוא חסרון בגמירות דעת של הקונה, ולא חסרון בעצם הקנין, שאין לו על מה לחול.

שו"ת בית יצחק יו"ד ח"ב, קונטרס אחרון, סי' יב, אות א (הובא בשו"ת מהר"ש ענגל, ח"ג, סי' עט), כותב על פי דברי הרמב"ם, הלכות מכירה, שם, שהשווה זאת למשחק בקוביא, מכאן שהטעם שלא קנה בדבר שאינו מסוים (במכר) הוא מטעם אסמכתא (גם שארית יוסף, ליד ציון הערה 441, ומעשה בצלאל, הערה 518, כתבו שזה בגדר אסמכתא). ועל פי זה הוא כותב (באות ו) שלפי ב"ח, חו"מ, רז, יח, הסובר שאסמכתא קונה מדאורייתא ורק מדרבנן לא קונה, גם בדבר שאינו מסוים קנה מדאורייתא ורק מדרבנן לא קנה. והוא כותב עוד (באות א), שלפי הראב"ד, בהשגותיו להלכות חמץ, ד, ה, המובא במגן אברהם, תמח, ס"ק ב, שאין פסול אסמכתא לגוי, א"כ המוכר לגוי דבר שאינו מסוים, קנה; אבל לרמב"ם הסובר שיש אסמכתא בגוי, לא קנה. גם שו"ת הרמ"ץ, או"ח סי' לב, אות ו, כותב שטעם הרמב"ם הוא כי זה אסמכתא, ולכן לראב"ד הנותן לגוי מתנה שאינה מסוימת, קנה, כי בדיניהם מועילה מכירה כזאת, ולכן אין חשש אסמכתא, והטעם בדבר שאינו מסוים הוא כי הוא אסמכתא. חקרי לב יו"ד ח"א סי' צג (קלח ע"א), הבין כנראה שלרמב"ם גם בנותן לגוי דבר שאינו מסוים, לא קנה, שהרי הוא מקשה על הרמב"ם מהדין בע"ז עד ע"א, שחבית יין נסך שנפל לבור, יימכר לגוי חוץ מדמי יין נסך שבו - הרי לרמב"ם במקרה זה הגוי לא קנה אף את שאר היין כיון שיש שיוך לא מסוים.

יש להעיר שנימוק זה מניח שהסכמת המקבל נחוצה כחלק פעיל ביצירת המתנה. אילו ההסכמה היתה נחוצה רק כדבר סביל, כהעדר התנגדות, הדעת נותנת שלא היה משנה שאין לו סמיכת דעת לקבל. זו שאלה כללית בהגדרת מתנה, האם נחוצה הסכמה חיובית של המקבל, או שמא די שלא יתנגד.³⁶⁶

נימוק שני הוא, שחסרה גמירת דעת של הנותן, מפני שהעדר המסוימות מראה שלא התכוון באמת לתת את המתנה, אלא התכוון רק להחניף למקבל.³⁶⁷

גישת הפגם הקנייני: גישה זו מסבירה, שטעם הרמב"ם הוא שאין לקנין על מה לחול, כי לא ידוע על מה יחול הקנין.³⁶⁸ היות שלא מבורר איזה נכס קונה המקבל, נמצא שכל נכס בפני עצמו אינו נקנה לו **בדאי**, ולכן הנותן פטור **בדאי** מלתת לו כלום, ולכן אין כאן קנין בכלל, והקנין לא פועל כלום על הנכס שקנה.³⁶⁹ עצם העובדה שגם אם יחול הקנין, יוכל הנותן לדחות את המקבל בטענה "לא התכוונתי לנכס זה אלא לאחר", מונעת את חלות הקנין, ולכן לא קנה בדאי; ואין אומרים שהנותן יוכל לדחותו רק מקבלת נכס, ועדיין יוכל המקבל לתבוע ממנו תביעה כספית.³⁷⁰ אין אומרים כך, כי הוא הקנה לו נכס בעין ולא התכוון להקנות לו זכות לתבוע כסף עבור החפץ, ולכן ההקנאה לא חלה כלל, אפילו ליצור חיוב חוזי.³⁷¹ היות שעל כל נכס אפשר לומר שנכס זה שייר הנותן לעצמו, א"כ אין כאן קנין מסוים, ויש חסרון בקנין, כי הקנאה שאינה מסוימת אינה חלה.³⁷²

בדרך זו יש להבין את דברי הראשונים, שנימוקו שיטה זו בכך שהנותן יכול לדחות את המקבל, ולומר על כל אחד מהנכסים "זה הנכס ששיירתי לעצמי", "זיל הכא קמדחי ליה, וזיל הכא קמדחי ליה", ולכן לא קנה המקבל כלום.³⁷³ לכאורה, נימוק זה אינו מובן, שהרי לכאורה אפשר לחייב את הנותן לבחור מה לתת, ואיך

³⁶⁶ ראה סעיף 3, פרק א.

³⁶⁷ ים של שלמה, גיטין, פ"א, ס"י יד (בתחילה כתב שהנותן יכול לטעון כך, ואח"כ נקט שהמתנה בטלה אם הנותן טוען כך); בני יעקב, על ס' העיטור, מאמר ב, קנין, דף פח ע"א (שלא גמר בדעתו להקנות כי יכול לדחותו); שו"ת שער יהושע ח"ב חו"מ ס"י עב (עמ' נז); שו"ת ארץ צבי (ראם) ס"י ד (ט ע"ב); שו"ת שואל ומשיב, מהדו"ב, ח"א, ס"י ע. גם מדברי יד דוד (קרלין) ח"ב דף קא ע"ג, הגהה יט (שנביא להלן פסקה ד(11)), הערה 503, בענין מתנת אדם לבנו או לבתו), נראה שהוא סובר שהטעם של שיטה זו הוא שהנותן התכוון לשטות במקבל כיון שלא ציין את המקום. ארץ צבי שם רומז, שבמקרה שהנותן סומך דעתו והמקבל לא סומך, קנה, ובזה הוא מתרץ קושיה מקידושין סד ע"ב - עיי"ש.

גם מנחה טהורה, מנחות קח ע"ב (דף קכד ע"ג), כתב שהטעם שאם לא סיים לא קנה לרמב"ם (כך נראית כוונתו אף שהוא כתב זאת ביחס לתשובת הרשב"א - ראה פסקה ב(3), הערה 382) הוא כי מסתמא לא גמר הנותן בדעתו להקנות כיון שלא ידע אז מה יתן לו.

שואל ומשיב שם מסביר שהרמב"ם הולך לשיטתו, הלכות מכירה, יא, טז, שאין אדם מתחייב בדבר שאין לו קצבה, ושניהם לא מועילים מאותו טעם. על השוואה זו ראה פסקה ד(6), ליד ציון הערה 460, פסקה ו, ליד ציון הערה 577. שו"ת נאה משיב, חו"מ, ס"י יא (עמ' קעט), כתב שבאופן כללי, אם סמכה דעת הנותן ודעת המקבל, זו נחשבת מתנה מסוימת, וקנה גם לרמב"ם. כנראה הוא סבור שהטעם של הרמב"ם הוא שלא סמכה לא דעת הנותן ולא דעת המקבל (או אחד מהם), ולכן אם דעת שניהם סומכת, קנה.

³⁶⁸ שו"ת שואל ומשיב, מהדו"ב, ח"א, ס"י ע; ח"י כתב סופר, גיטין ח ע"ב (ד"ה ודע) (שקנין יכול לחול על נכס רק אם היה מבורר בשעת המתנה); נפש חיה (ואקס), חידושי סוגיות, דיני ברירה ס"י ז. שואל ומשיב נוקט שזה קנין דברים (כנראה חזר בו ממה שכתב לפני כן, והבאנוהו לעיל, הערה 367, שהטעם הוא כי לא סמכה דעת הנותן).

³⁶⁹ אבי עזרי, מהדורא רביעאה, על הרמב"ם שם. הוא כותב שזה טעמם של הרי"ף ורש"י (שלא כטעם הרמב"ם - ראה לעיל בהערה 365 בשמו).

³⁷⁰ זאת על פי הגהות אשרי, ע"ז פ"ה ס"י ל, האומר על ממון של ראובן שנתערב בממון של שמעון, ששמעון חייב לתת לראובן את שוויו, אבל גוף החפץ הוא של שמעון.

³⁷¹ שערי חיים (שמולביץ), גיטין, ס"י כט, ענף ב, אות ב-ג.

³⁷² שיעורי ר' שמואל (רוזובסקי), גיטין, אות קכד.

³⁷³ רש"י, גיטין ט ע"א (ד"ה עד), וגיטין מב ע"א (ד"ה לא) (לגבי המקרה של שיור לא מסוים); רי"ף שם (בקיצור); ר"ן על הרי"ף, גיטין ב ע"ב (בדפי הרי"ף); ר"י אלמנדרי, גיטין ב ע"ב (בדפי הרי"ף), בשם ר' יהוסף הלוי. גם ר' בן ציון מאיר חי עוזיאל, בשו"ת פני דוד, דף קסא ע"ד, מנמק, שמאחר שהנותן יכול לדחותו מזה לזה, והמקבל לא יוכל להוציא שום דבר מהנותן בדין, המתנה בטלה.

גם זכר יצחק ס"י נא אות ב (נדפס גם במקור ברוך (גינצבורג) ח"ב, ס"י י), כתב שטעם הרמב"ם הוא שהנכס לא נכנס לרשות המקבל מספק כיון שיכול לתת לו אחר.

גם רבנו חננאל, המובא בתוספות, ב"ב קמט ע"ב (ד"ה שייר), נימק, כי "יד בעל השטר על התחתונה", וכוונתו היא, שהנותן ידחה אותו מכל נכס שיבקש. אמר יוסף, על הרמב"ם שם (לט ע"ג), מקשה, מדוע אומרים שכיון שיכול לדחותו זה בטל לגמרי, הרי מגיד משנה, הלכות מלוה, כג, ד, כתב בשם רבנו חננאל שלא אומרים "יד בעל השטר על התחתונה" אם התוצאה מכך תהיה עקירת השטר לגמרי, וכאן השטר נעקר לגמרי כי התוצאה היא שהמתנה בטלה (ראה פסקה ב(3), הערה 382, שאכן בגלל טענה זו אומר ח"י הרי"ם שקנה)? וכך הקשה ר' רפאל חיים אליה הלוי, במנחה טהורה, מנחות קח ע"ב (קכז ע"ד) (הוא כותב זאת כקושיה על מהר"י הלוי שכתב שבשכיב מרע, בדבר שאינו מסוים, קנה ומקבל את הגרוע, כי מצוה לקיים דברי המת, ואם נאמר שיכול לדחותו מכל אחד, נמצא שמתבטלים דברי המת - ראה להלן ד(6) ליד ציון הערה 461 - והקושיה שלו היא מדוע לא נאמר כך גם בבריא; אבל באמת זה קושיה על כל מי שאמר שהטעם שבדבר שאינו מסוים לא קנה הוא כי יכול לדחות את המקבל כי יד בעל השטר על התחתונה). נאמרו על כך תירוצים אחדים: א) אמר יוסף מתרץ, ששם מדובר שהשטר נעקר מחמת פסילת השטר

נאפשר לו להיפטר ע"י תרגילי התחמקות כאלו? האחרונים הסבירו, שהראשונים התכוונו לנימוק דלעיל, שמאחר שהנותן יכול להתחמק מן המקבל, לא חל קניין.³⁷⁴

נימוק אחר השייך לגישה הקניינית הוא לפי העיקרון ש"אין ברירה" - שכל מה שאדם עושה על הספק על מה שיתברר אח"כ, לא חל למפרע אפילו על צד ספק, כי כיון שלא הוברר מראש איזה חלק מאותו דבר עושה אותו הענין, לא גמר בדעתו ולא חל כלל; ואף כאן, היות שבשעת ההקנאה לא גמר הנותן בדעתו איזה נכס הוא נותן, לכן גם כשבחר בנכס אחר כך, לא חל הקנין למפרע על שום נכס מהם.³⁷⁵ נימוק זה נוגע לצד

עצמו, אבל כאן השטר בפני עצמו כשר, אלא שהמקבל לא קנה כי המתנה אינה מסוימת. (ב) רר"א הלוי מתרץ שרק אם הנותן עצמו לא גילה את דעתו, אין מבטלים את השטר, אבל כאן הנותן רוצה לבטל את המתנה בטענה זו, ולכן אומרים "יד בעל השטר על התחתונה" אפילו לבטל את השטר לגמרי. ר"י אלבעלי, במנחה טהורה שם, דף קלא ע"ד, מסכים לתירוץ זה (ומסביר שבשכיב מרע אין לומר כך כי הוא מת ואינו דוחה את המקבל בעצמו, ואנחנו לא נדחה אותו כדי שלא תבטל המתנה - ובכך מיישב את מהר"י הלוי). אבל רר"א גאגין, דף קלה ע"ג, דוחה תירוץ זה, עיי"ש. ורר"א עצמו כותב שמהר"ש משמע שגם אם הנותן עצמו רוצה לבטל, השטר אינו מתבטל. (ג) רר"א מתרץ (בדף קכח ע"א) בדרך אחרת: שכאן המתנה אינה בטלה מטעם יד בעל השטר על התחתונה (שלכן אין להחיל את הכלל שלא אומרים "יד בעל השטר על התחתונה" אם בזה יתבטל השטר), כי אם כן, היינו אומרים שהנותן התכוון לגרוע, והיה המקבל קונה את הגרוע (כדברי הראב"ד, בפסקה ד(4), ליד ציון הערה 425); אלא הטעם הוא שכנגד זה, יש סברה של "הנותן בעין יפה נותן", ולכן לא אומרים שהתכוון לגרוע, כפי שכתב מהר"י הלוי (ראה בשמו בפסקה ד(4), הערה 426). רר"א גאגין, דף קלה ע"א, דוחה את דבריו, שבאמת המתנה בטלה בגלל "יד בעל השטר על התחתונה", כי לולא טעם זה היינו אומרים שהמקבל נוטל את **הטוב ביותר** מטעם "נותן בעין יפה נותן"; ואין לומר ששניהם יחד פועלים לבטלו, שהרי טעם אחד הוא לטובה ואחד לרעה, וא"כ רק הטעם שהוא לרעה, "יד בעל השטר על התחתונה", הוא שמבטל את המתנה. (ד) רר"א גאגין, דף קלה ע"ג, מיישב שכלל זה אמור רק בשטר העשוי כדין, אלא שיש לנו ספק בהבנת השטר, שאז הכלל הוא שאין לפרשו באופן שהוא יתבטל; אבל אם השטר לא נעשה כדינו, הוא בטל בטענת "יד בעל השטר על התחתונה", כמו שכתב כנה"ג, חו"מ, מב, הגהב"י אות מב, ואם אינו מסוים, לא נעשה כדינו (דבריו קשים, שהרי זה הנחת המבוקש, שהרי אנחנו עוד לא יודעים שדבר שאינו מסוים לא קנה). גן נעול, כפתור ג, פרח ה (כד ע"א, כה ע"א), כותב שלרמב"ם דוקא **מתנה** שאינה מסוימת בטלה, מפני שיש בכך הוצאה מחזקת הנותן, והוא יכול לדחות את המקבל מנכס לנכס, ואילו **קידושין** מועילים גם אם האשה אינה מסוימת, מפני שאין מוציאים אותה מחזקתה, אלא היא רוצה להתקדש.

³⁷⁴ שערי חיים שם; אבי עזרי שם; שיעורי ר' שמואל שם.

בדומה, נתיבות שמואל, נתיב ו, אות ו (נט ע"א), מבאר את הנימוק של רש"י, שמתנה חלה רק באופן שהמקבל יקבל את הדבר הנקנה לו, אבל אם המקבל לעולם לא יוכל לקבלו, כי הנותן יכול לדחותו ולומר לו "קח קרקע שלי שבסוף העולם", לא חל קנין, וכאילו מקנה לו את ספינתו הטובעת בים, כי זה כקנין על דבר שאין בו ממש; והפוסקים שסוברים שיכול להקנות דבר שאינו מסוים, מסכימים שאם באמת לא יקבל את החפץ, כי יכול לדחותו באיזה אופן, לא חל הקנין, אלא שסוברים שכאן אינו יכול לדחותו לגמרי אלא חייב לתת לו את הגרוע.

הבנה אחרת בדברי רש"י היא של חי' הרי"ם, גיטין ח ע"ב (ד"ה ובה), עמ' לו: שבאמת קנה המקבל את הנכס, אלא שהנותן יכול לדחותו, ולכן בפועל לא יקבל כלום. עיין שם, שהוא מתרץ מה שקשה לפי הבנה זו, מדוע אומרים בגיטין שם שכיון שלא קנה העבד את הנכסים לא קנה את עצמו, הרי באמת קנה את הנכסים.

אפשרות אחרת היא שכוונתם היא, שמאחר שהנותן יכול לדחות את המקבל, לא גמר בדעתו להקנות. כך כנראה הבין בני יעקב (הערה 367), שנימק שמאחר שיכול לדחותו, אין לו גמירת דעת.

החולקים על נימוק זה: משאת המלך ח"ד סי' תקסג, מוכיח שהטעם אינו משום שהנותן ידחה אותו מקרקע לקרקע, שהרי א"כ גם בנותן חצי שדה פלונית (המקרה בפסקה ד(1), ליד ציון הערה 404), הדין היה צריך להיות שלא קנה.

שיעורי ר' שמואל (רוזובסקי), גיטין, אות קכד, דוחה את ההבנה שלרש"י באמת קנה את כל הנכסים מלבד זה ששייך, אלא שלמעשה לא יכול לקבל כלום מפני שהנותן יכול לדחותו - שהרי בכתובות קט ע"ב נאמר שאם אבדה הדרך שהיתה לאדם מרשות הרבים אל שדהו, ואדם אחד הוא בעל כל הקרקעות שסביבו, הוא חייב לתת לו דרך, ואין אומרים שלמעשה לא יקבל כלום כי שכונו יכול לדחותו מצד לצד. גם נפש חיה (ואקס), חידושי סוגיות, דיני ברירה סי' ז, דוחה את ההסבר שטעם הרמב"ם הוא כי הנותן יכול לדחותו משדה לשדה - איך יכול לדחותו לגמרי, הרי סוף כל סוף מגיעה לו שדה אחת?

³⁷⁵ שו"ת שמחת יו"ט סי' מ (קנד ע"א); ר"י אבולפיה, בשו"ת ישמח לב, גאגין, חו"מ סי' ה (כא ע"ג); משנת ר' אהרן, שכנים, סי' ב, אות ח.

משנת ר' אהרן מוסיף שאמנם אם האדם לא תלה את החלות במה שיתברר לבסוף, אלא עושה את החלות מתחילה בספק, ולא תולה אותה במה שיתברר, זה חל אע"פ ש"אין ברירה" (עיי"ש, שהוא מביא ראיות לזה), מכל מקום אין לומר שהמקנה דבר שאינו מסוים, יחול קנין על כל השדות בספק, וממילא יצטרך הנותן לתת אחד מהם למקבל - אין אומרים כך, מפני שתורת חלות ספק שייכת רק בכגון קידושין או הקדש, שיש משמעות לספק הקדש, שאסור, אבל בקנין לא שייך ספק קנין, כי ספק קנין אינו קנין כלל, כי המוציא מחברו עליו הראיה, א"כ גם אם יחול קנין ספק, בפועל אין למקבל זכייה בשום שדה, ולכן לא חל קנין כלל; ואם נרצה שהקנין יחול על השדה שיבחר בסוף, נזדקק לברירה, והרי "אין ברירה".

ראה להלן פסקה ד(4), הערה 426, שגם רחובות יצחק מנמק דעה זו מטעם "אין ברירה". אך ר' רפאל חיים אליה הלוי, במנחה טהורה, מנחות קח ע"ב (קכט ע"א), ור"א אשכנזי, בשו"ת ישמח לב (גאגין), חו"מ, סי' כ (עז ע"ב), מעירים ששמחת יו"ט לא ראה שהרשב"א (פסקה ב(3), ליד ציון הערה 382) כתב שכאן אין בעיה של "ברירה".

שו"ת שואל ומשיב, מהדו"ב, ח"א, סי' י (ד ע"ב), מנמק את דעת הרמב"ם על פי מה שהוא מוכיח מתוס' רי"ד, קידושין נא ע"א, שגם לדעה ש"יש ברירה" (וכך יהיה הדין בקניין גם לדעה ש"אין ברירה", כפי שהסביר הרשב"א (ראה פסקה ב(3), ליד ציון הערה 382) שבקניין לכל הדעות "יש ברירה"), מדובר דוקא שתלה את מעשהו עכשו במה

הקנייני ולא לצד החווי, שהרי הוא מוצא פגם אובייקטיבי בהעברה כלפי כל העולם, ולא פגם סובייקטיבי בכוונת הצדדים בינם לבין עצמם.

(2) נימוקים שמתנה שאינה מסוימת תקפה

התוספות וסיעתם צריכים להשיב על כל הנימוקים שניתנו לשיטת הרמב"ם, לפסול מתנה שאינה מסוימת.

אשר לנימוקים שבגישת הפגם החווי, תוספות ישיבו, שמאחר שהנותן והמקבל הסכימו על המתנה, מן הסתם יש להם גמירת דעת שהמתנה תחול בכפוף למגבלות המתחייבות, דהיינו שיקבל את הנכס הגרוע ביותר.

אשר לנימוקים שבגישת הפגם הקנייני, תוספות ישיבו, שאע"פ שאין כאן חפץ מוחלט שנקנה, הקנין שחל הוא זכות ליטול איזה נכס שהוא; והנותן אינו יכול לסלקו בכסף אלא צריך לתת לו דוקא נכס, כי חל קנין³⁷⁶. לפי התוספות, יש למקבל זכות קנין מיוחדת, על אחד מכל הנכסים³⁷⁷. תוספות סוברים שקנין יכול לחול על חפץ שאינו מבורר, כמו שמועילים קידושין במקדש אחת משתי אחיות³⁷⁸. תוספות אינם סוברים שהקנין חל על אחד מהנכסים, כי אין שום טעם שהקנין יחול על נכס זה יותר מנכס זה, אלא זה ספק בעצם המציאות, שגם אליהו הנביא אינו יכול לומר לנו על איזה נכס הוא חל; אלא הקנין חל על סתם נכס מנכסי הנותן, ויש למקבל נכס אחד אצל הנותן, איזה שיהיה³⁷⁹.

הסבר אחר הוא, שלפי תוספות, המקבל נעשה **שותף** עם הנותן בנכסיו, דהיינו, חל קנין שיקנה נכס אחד שיבחר הנותן, ולכן הנותן אינו יכול לחזור בו³⁸⁰. בלשון אחרת: עברה למקבל זכות קניינית חלקית בכלל הנכסים, כך שהוא נעשה שותף עם הנותן בכלל הנכסים, והעובדה שלא ידוע איזה חלק מן הנכסים שייכים לו, אינה פוגעת בקנייניות הזכות שלו, כמו שבעלות משותפת תקפה.

אפשרות אחרת היא להסביר שלפי תוספות אכן לא יכולה לחול זכות קניינית כזאת, אבל מוטל על הנותן חיוב חווי, שהנותן חייב לתת לו נכס אחד, שכמו שאדם יכול לחייב את גופו, בלי שיחול חיוב או שעבוד על נכסיו, כך אדם יכול לתת נכס לא מסוים, ושיתחייב לבחור למקבל אח"כ איזה נכס שירצה³⁸¹.

שיבבר אח"כ, ואומרים שהתברר למפרע שזה מה שרצה מתחילה, אבל אם מראש עשה את המעשה בספק, כגון שקידש אחת מחמש נשים, ולא אמר "איזו שארצה", הרי מתחילה עשה את המעשה בספק ולא שייד לומר אח"כ שהתברר למפרע; לפי זה, האומר "קרקע מנכסי נתונה לך", הוא עצמו לא ידע איזו קרקע, א"כ לא שייד לומר שהתברר למפרע, כיון שלא סיים בכלל; ואין מפרשים שהתכוון שיתן לו איזה קרקע **שירצה**, שהרי "נכסי" כולל מטלטלין וקרקעות, ולא קבע את מדת הקרקע לאורך ולרוחב, והוא כאילו אמר "קרקע אתן לך", והוא רק מחייב לתת לו קרקע (חיוב חווי!), ולא שייד לומר שיתברר למפרע מטעם "ברירה", כי עצם הנתניה היה בספק. אבל בסי' ע שם כתב שהסבר זה על פי תוס' רי"ד הוא דחוק (ולא ציין שבסי' י כתב בעצמו סברה זו). יצוין שאמרי בינה, יו"ד, שו"ת, סי' יב, אות יא, כתב שרמב"ם, הלכות פסולי המוקדשין, יב, טו, חולק על תוס' רי"ד (עיי"ש להוכחתו). גט מקושר (אלגזי), סי' טו, דף עד ע"ד, עמ' שפא במהד' קליין (הובא בשרשי הים, ח"א, שורש ברירה, סעיף כא, דף צט ע"ד), דוחה את דעת תוס' רי"ד.

ראה פסקה ד(10), ליד ציון הערה 496, שיש שנימקו את דעת הרמב"ם, בכך שאין שטר קונה אם לא מוכח מתוכו מה נקנה על ידו. לא הבאנו שיטה זו כאן, מפני שלפי נימוק זה, הרמב"ם דיבר רק בקניין שטר; ומקומו בפסקה ד, בין כל החריגים שלדעת הרמב"ם.

³⁷⁶ חלקת יוסף סי' לא. כמו כן, מנחת חזקיה, שנראה בפסקה ד(5), הערה 433, בענין "בית בבתי", כותב שלפי הרמב"ם ב"קרקע מנכסי" אין למקבל זכות קנין כללית בכל הנכסים לקחת אחד מהם, ואפשר לומר שתוס' סוברים שיש (וזוהו סוג חדש של זכות קניין). ראה גם בדברי נתיבות שמואל בפסקה ב(3), ליד ציון הערה 387, שיש למקבל קניין בסתם על אחד מהנכסים.

³⁷⁷ אבי עזרי, מהדורה רביעאה, על הרמב"ם שם (כך נראית כוונתו, אף שלא אמר זאת בפירוש על דעה זו). ראה גם פסקה ב(3), ליד ציון הערה 385, בשם אמרי בינה, שהקנין חל מראש בהחלט על אחד מהנכסים, שלא ידוע לנו עכשו איזה הוא.

ר' זאב פריינד, "בענין מכירת חמץ של אחרים שלא מדעתם", בית אהרן וישראל, גל' עח, עמ' קלט, כותב שב"בית בבתי" זוכה הקונה בזכות ספק, שיש לו לכל הפחות הבית הקטן ביותר.

³⁷⁸ ר"ש שקאפ, מערכת הקניינים, סי' טז (עמ' מט). הוא כותב כך כדי לדחות את ההבנה שטעם הרמב"ם הוא שקנין נתפס רק בחפץ מסוים; ואפשר להשתמש בדבריו כנימוק לתוס'. וראה בשמו בפסקה ב(3), הערה 389, שהוא זוכה בזכות בכל הנכסים, לזכות אח"כ בנכס אחד, אבל הזכות הראשונית אינה קנין ממש אלא "זכות בעלמא".

³⁷⁹ קובץ שיעורים, ח"ב, סי' לד, אות ד (הובא ע"י ר' יוסף אהרן אופנהיימר, קול התורה, גל' נג, תשרי תשס"ג, עמ' קסז, נדפס גם בתורת גיטין, מהד' תשס"ג, עמ' קצא).

³⁸⁰ אמרי בינה, יו"ד, שו"ת, סי' יב, אות ב, כותב כך בדעת שו"ת הרשב"א, ח"ב, סי' פב. וראה פסקה א(2), הערה 357, שגם חזון איש אומר שהמקבל נעשה שותף עם הנותן. וראה הערה 385, שכך כותב נזר הקדוש.

³⁸¹ אמרי בינה, יו"ד, שו"ת, סי' יב, אות ג, מציע הסבר זה בדעת שו"ת הרשב"א, ח"ב, סי' פב. אבל הוא דוחה הסבר זה, שהרי לפי הסבר זה, אם מת הנותן לפני שבירר, לדעה שירשו של אדם שהתחייב אינם חייבים לקיים את ההתחייבות (ראה סעיף 5), היורשים היו פטורים מלבחור בית למקבל, ולא משמע כך מן הפוסקים.

אשר לתשובת התוספות לנימוק של "אין ברירה" - ההסבר דורש הרחבה, ויש לו נגיעה גם לדעת הרמב"ם. על כן נייחד לכך פסקה מיוחדת - פסקה (3).

(3) בעיית "אין ברירה" (לשתי השיטות)

בין לדעה שמתנה שאינה מסוימת תקפה, ובין לדעה שבעיקרון אינה תקפה אבל במקרים חריגים רבים (שנראה בפסקה ד) היא תקפה, יש קושי: הרי הכלל הוא "אין ברירה", כלומר שאם פרט מסויים אינו ידוע בשעת ביצוע פעולה משפטית, והפרט נחוץ לחלות הפעולה, אין אומרים שכשיודע, הדבר מתברר למפרע לשעת הביצוע. אם כן, קשה, איך מתנה שאינה מסוימת תקפה? הרי בשעת המתנה לא חל הקנין, כי לא היה מבורר איזה נכס ניתן, ועל איזה נכס יחול הקנין, ואח"כ כשבוחר הנותן נכס אחד, אינו עושה מעשה קנין חדש, ואין אנו יכולים לומר שמתברר למפרע שהקנין חל על נכס זה, שהרי "אין ברירה"?

הרשב"א³⁸² מסביר שכאן אין בעיה של "ברירה", מפני שבעיית ברירה היא רק בפעולה משפטית שכדי שתחול אנו צריכים לומר שמה שהתברר אח"כ כבר היה **מראש**, ואם לא נאמר כך הדבר לא יחול; אבל

³⁸² שו"ת הרשב"א, ח"ב, סי' פב (הובא בשו"ת בית אפרים, יו"ד, סי' עא, בשו"ת מהרש"ם, חלק ד, סי' פז, בהפלות נדרים, נדרים מה ע"ב, ובשו"ת שארית ישראל (מינצברג) יו"ד סי' סב עמ' קלו). הוא מדבר על מכר. סברת הרשב"א נאמרה ע"י פרשנים רבים, בענין "ברירה" בכלל, ולא על נידונו. כסברת הרשב"א כתב נתיבות המשפט, סא, סי' ק (לענין אחר), שבמקרה כזה קנין יכול לחול גם למפרע. גם בספרו מקור חיים סי' תנד, סי' ק ב (הובא בבאר יצחק, גיטין ט ע"א, ד"ה תוס' ד"ה לעולם), כתב כמו הרשב"א. גם שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, אהע"ז סי' צא, (כותב (לענין שליחות גט) שדיני ברירה נאמרו רק במה שלא יועיל אם נאמר שבשעה שבא הדבר לידי בירור יהיה מבורר, אלא צריך להיות מועיל למפרע; אבל בדבר שיוכל לחול בשעה שיבורר, אין זה נוגע לדיני ברירה. אך הוא לא כתב בפירוש שחל למפרע. שו"ת תשובה מאהבה, ח"ג, סי' תכב, כתב שכסברת נודע ביהודה כתבו חי' הרשב"א, ב"ק סט ע"א, ור"ש, מעשר שני, ה, א (אך הוא דחה מי שרצה להוכיח כך מתוס', ב"ק סט ע"א, ד"ה כל הנלקט; והוא מקשה על סברה זו מפסחים פט ע"א - עיין שם). שו"ת ר"ש איגר, ח"ב, חו"מ, סי' ט, כותב שהתירוץ הראשון בתוס', גיטין סו ע"א (ד"ה כל השומע), הוא כסברת נודע ביהודה. גם שאגת אריה, סי' צב-צג (הובא בברכות חיים גיטין סי' יד אות ג ואות ו), ושו"ת מהרי"ט, ח"ב, חו"מ, סי' כג, כתבו כנודע ביהודה (על מתנה לאדם לא ידוע - ראה סעיף 1א). אך כל אלו לא כתבו בפירוש שהדבר חל **למפרע**, ושאגת אריה אומר בפירוש שאינו חל למפרע. כ"כ גם שו"ת הריב"ש סי' רכח (עמ' רפח), על פי תוס' ב"ק שם; אבל שו"ת מהרש"ם ח"ז סי' לג, מעיר שריב"ש אומר שזה מועיל רק אם אמר בפירוש שיחול אחרי שיהיה מבורר (וכן העיר שו"ת בית אפרים, אהע"ז, סי' ק, דף מא ע"א), ואילו לפי הרשב"א (ואולי גם תוס' ב"ק), זה מועיל גם בסתמא. ישרש יעקב יבמות סז ע"א, כותב שרש"י יבמות שם (ד"ה עבדי), סובר שיש ברירה אם אין צריך לומר שהתגלה הדבר למפרע, כמו שכתב הרשב"א. גם חי' הריטב"א, עירובין לו ע"ב (הובא בגט מקושר, אלגזי, סי' טו, עמ' שמז, ובמקנה אברהם, מע' ב, אות ע), כותב שאם די בבירור שאח"כ וא"צ שיתברר למפרע, אין בעיה של "ברירה". גם חי' ר' קרשקש, גיטין כה ע"א (ד"ה אמר אביי), כותב שבדבר שחל רק מכאן ואילך אין בעיית "ברירה". פתחי תשובה, אהע"ז, קמ, סי' קב, מעיר ששו"ת הרשב"א, ח"ד, סי' קנג, המובא בבית שמואל, קמא, סי' קא, מסופק באותו מקרה שעוסק בו נוב"י, האם אומרים בזה ברירה; ואחיעזר, ח"א, סי' כט, אות ו, ושדי חמד, פאת השדה, כללים, מע' ב, סי' מג (כרך א, עמ' 432), מעירים שזו סתירה ברשב"א. לתירוץ על כך עי' ישועות יעקב, אהע"ז, קמא, סי' כ; דברי חיים (אורבך), דיני גיטין סי' ל; שו"ת בית שלמה (סקאלא), חו"מ, סי' יח; נתיבות אור (מהרש"ם), על נתיבות המשפט, ס, סי' קב; דמשק אלעזר סי' סא. שרשי הים, ח"א, שורש ברירה, סעיף כב (ק ע"א), כותב שהרשב"א סובר שכיון שכשהנותן בוחר את הנכס, מתקיימת המתנה באותו נכס, כופים על הנותן לבחור. ובחי' ה'ל' זכיה, ג, ה (כ ע"ב), הוא כותב שלפי הרשב"א שם, מתנה שאינה מסוימת חלה **רק כשיבורר**, ולא למפרע. ר' פנחס דיק, "בדין מכירת חמץ של אחרים שלא מדעתם", בית אהרן וישראל, ג' עז, עמ' קב, מוכיח מחי' הרשב"א, ב"ק סט ע"א, שהפעולה אינה חלה למפרע. לפי נפש חיה (ואקס), חידושי סוגיות, דיני ברירה סי' ז, דברי הרשב"א אומרים רק במכר, ולא במתנה. הוא מסביר שהרשב"א סובר שלא יכול לחול קנין בכלל אם הנכס אינו מסוים, ומ"מ אין כאן בעיה של "ברירה", כי הקנין יכול לחול בעת שיבורר, ולכן חלה המכירה על הנכס שיבורר לו, וזה דבר מסוים, וחל למפרע; אבל זה רק אם הוא מבורר לו, ואומרים שזהו מה שמכר, וזה לא דבר שאינו מסוים כי התברר שהמכר היה על זה, אבל אם אינו מבורר אחד, לא חל המקח (והוא חוזר על זה בס' ח). ראה פסקה ו, הערה 573, בשמו, שבמכר כיון שיש חיוב חוזי לבחור לו אחד, ממילא כשיבחר, קנה למפרע, משא"כ במתנה שאין בה חיוב חוזי. יוצא שלפי הבנתו אי אפשר להשתמש ברשב"א כטעם לשיטה שמתנה מועילה בדבר שאינו מסוים, שמשמעה שהנותן **חייב** לבחור למקבל נכס אחד. ר' אברהם חיים אדאדי, בשו"ת ויקרא אברהם (אדאדי) סי' מד (פה ע"א), ובשו"ת חוקות החיים סי' סב (צג ע"א), מסביר שכוונת הרשב"א אינה שאפשר שההקנאה תחול בעתיד, אלא שהנותן והמקבל יכולים להמשיך לעמוד כך בלי חלוקה, ואין צורך שיתברר אי פעם מה חלקו של המקבל. על הנפקות מפירוש זה ברשב"א ראה בשמו בחוק לישראל, שיתוף נכסים, עמ' 117.

שו"ת בית שלמה (סקאלא), חו"מ, סי' עד, כותב שלפי הרשב"א, אם בחר את הנכס, אינו יכול לחזור בו, גם אם לא עשה קנין על הבחירה, כי התברר למפרע שזה מה שהקנה לו מראש; ומה שכתב שו"ת חכם צבי, סי' קט, שיכול לחזור בו מבחירתו (במי שיש בידו פסק דין שהוא זכאי לבחור אחד משני חדרים), אינו כרשב"א.

ר"א אשכנזי, בשו"ת ישמח לב (גאגין), חו"מ, סי' כ (עז ע"ב), כותב שתשב"ץ, ח"ג, סי' קמז, חולק על הרשב"א. **הסברים אחרים מדוע אין אומרים כאן "אין ברירה"**: חי' הרי"ם, גיטין ט ע"א (עמ' לט), מסביר בדרך פלפול, שאילו היה הנותן תולה זאת בדעת המקבל, שיבחר מה שירצה (ראה על מקרה זה בפסקה ד(16), ליד ציון הערה 517), היה קונה, כי זה תולה בדעת אחרים, שמה שיבחר המקבל, הקנין יחול עליו מעכשו, ויש אומרים שבתולה בדעת אחרים "יש ברירה"; והרי הכלל הוא (שו"ע, חו"מ, מב, ט), שלא אומרים "יד בעל השטר על התחתונה" אם השטר יתבטל לגמרי על ידי כך, כי ברור שכותב השטר התכוון שיהיה קיים; והרי אם נניח שהנותן התכוון שהבחירה תהיה תלויה בדעתו (דעת הנותן), כי יד בעל השטר על התחתונה, התוצאה תהיה שלא קנה בכלל כי "אין ברירה"; ולכן צ"ל

בהקנת נכס שאינו מסוים, הקנין ראוי לחול גם אם אינו מקנה לו מעכשו, ואינו צריכים את קיום ההקנת מראש, כי היא יכולה לחול גם אח"כ, ולכן אומרים שהקנין חל למפרע³⁸³.

האחרונים מנסחים את הסבר הדבר באופנים אלו: הקנין נגמר מיד עם ביצוע מעשה הקנין, אלא שעדיין המקבל אינו יודע מהו חלקו, ואת זה הוא ידע אח"כ; ואין אנו צריכים לומר שכשנודע, יתברר למפרע שהקנין היה על נכס זה, כי הקנין יכול לחול בשלמות אף שמקום הנכס אינו ידוע³⁸⁴.

שהתכוון שהבחירה תהיה תלויה בדעת המקבל, וזה תולה בדעת אחרים, וי"ש ברירה", וקנה. לכאורה לפי דבריו, שהבחירה ביד המקבל, הדין היה צריך להיות שיקבל את הטוב ביותר, ומדוע המשנה (ב"ב קז ע"ב) אומרת שמקבל את הכחוש? על כך הוא משיב (בעמ' מ, ד"ה אך י"ל), שגם בתולה בדעת עצמו יש ספק האם י"ש ברירה", ואם י"ש ברירה", גם כשנאמר "יד בעל השטר על התחתונה" שיטול כחוש, לא יתבטל השטר, ולכן יטול כחוש מספק. וראה סעיף 3 בענין דעת הסמ"ע, שגם במקום אחר לא רצה הרי"ם להשתמש בסברת הרשב"א. גן נעול, כפתור ג, פרח יח (מט ע"א), מסביר ע"פ רש"י, גיטין כה ע"ב (ד"ה ולכי מיית), שאין בעיה של "ברירה" במי שמתנה דבר בתנאי שבידו לקיימו ובדעתו לקיימו - שאז אומרים שכשמקיים את התנאי, נתקיים הדבר למפרע (וכתב שאינו מבין את הסברו של שו"ת הרשב"א).

עמק המלך (יקותיאל), דיני ברירה (בתוך הלכות גירושין, פ"ג), העיקר הרביעי (ד ע"א), מסביר שהקנין חל על אחד מהחפצים, אלא שהיות ש"אין ברירה", אי אפשר לומר שעל חפץ זה חל ועל חפץ אחר לא חל, אלא כולם מסופקים. עיי"ש שכתב גם לגבי תחומים אחרים, שחלות יכולה לחול על חפץ שאינו מבורר. בדומה, שו"ת מהרא"ל צינץ חו"מ סי' לח אות ז (סה ע"ג), מסביר שאין בזה בעיה של ברירה, כי בעיית ברירה היא רק בדבר שאמור לחול בעתיד, ובזה הדין הוא שאינו יכול להתברר למפרע, אבל בהקנתה, מיד כשהקנה, נפקע כוח המקנה מבית אחד, וחל כבר קנין, אלא שאח"כ בורר המקנה מה שירצה לתת, הרי שחלות הקנין אינה בגלל הברירה, אלא הקנין תופס לשעתו, בלי שיתברר מה נקנה, היינו שהקנין הוציא מקצת מנכסי המקנה מרשותו, ואח"כ המקנה בורר מה הוא רוצה לתת, ובזה אומרים ברירה.

חידושי הריטב"א, נדרים נו ע"א, עמ' תקיד (=ביאורו לרמב"ן, נדרים יט ע"א, בדפי הרי"ף), כותב שאין כאן דין ברירה, ואינו מסביר מדוע. גם יד דוד (קרלין), ח"ב, דף קא ע"ג, הגהה יט, כותב שאין כאן דין ברירה ואינו מסביר מדוע, ומסיק מכך שהמקבל קנה גם אם הנותן אמר שבזמן המתנה לא ידע איזה נכס התכוון לתת, וגם אם אמר בפירוש "איזה שאברור נתון לך", קנה המקבל למפרע.

חזון איש, דמאי, סי' טז, ס"ק יג, כותב באופן כללי, שבתנאי בממון אין בעיה של ברירה, ואינו מנמק. ר' מיכאל בלייכר, שורת הדין ח"ב, עמ' שנ, מקשה עליו מהר"ן על הרי"ף, גיטין ו ע"א (בדפי הרי"ף), שדן ב"משעתבדנא לך ולכל דאתי מחמתך" מצד "אין ברירה".

וראה פסקה (1), ליד ציון הערה 375, ששמחת יו"ט ועוד כתבו שבאמת כאן לא קנה משום ש"אין ברירה".
מקרה מיוחד שבו גם לרשב"א לא קנה, מטעם "אין ברירה": שו"ת מים החיים (ארוליו), חו"מ סי' כד (פט ע"א), עוסק בראובן שמקנה חובות שאחרים חייבים לו, לבני העיר, בהתאם לתקנת בני העיר שמי שיש לו חובות שאחרים חייבים לו, צריך או לשלם עליהם מס או לתת אותם במתנה לבני העיר; והחובות מסתכמים בעשרת אלפים גרוש, והוא אומר שהוא יגבה מהחובות אלפיים גרוש, ומה שישאר אחר כך, הוא נותן לבני העיר. הוא כותב שזו מתנה לא מבוררת, כי לא ידוע עכשו אילו חובות יישארו אחרי שהוא יגבה אלפיים גרוש, ומ"מ מועילה ההקנתה, לכאורה, על פי תשובת הרשב"א; אלא שראובן נדרש להישבע לבני העיר שאין לו עוד כסף (שצריך לשלם עליו מס), ושבועתו מסתמכת על כך שהוא נתן סכום מסוים לבני העיר, ואם נאמר שבשעת השבועה עדיין לא קנו בני העיר, גם לפי הרשב"א, כי עוד לא התברר, נמצא שנשבע לשקר, א"כ צריך ברירה, והרי "אין ברירה". אך הוא כותב (בדף פט ע"ב), שאם הוא יקנה את כל עשרת אלפים הגרוש לבני העיר מעכשו, ויעשה עמהם תנאי שהוא משייר לעצמו עד סך אלפיים גרוש, והם יתנו לו סכום זה עתה או ימתין עד שיגבה מהחייבים כשיעור הזה - אין בעיה של ברירה, אלא שזה לא יועיל לרמב"ם שהרי זה דבר שאינו מסוים, שהרי כאן לא סיים את הסכום שהוא נותן להם, אלא אמר "עד סך אלפיים".

³⁸³ אמרי בינה, יו"ד, שו"ת, סי' יב, אות ב, מוכיח שלפי הרשב"א קנה למפרע משעת הקנין, שהרי אם קנה רק בשעת הברירה, היה הנותן יכול לחזור בו בינתיים, ועוד שא"כ לא היה מועיל קנין סודר כי כבר חזר לבעליו (שו"ע, חו"מ, קצה, ח), ואילו הרשב"א שם מדבר גם על קנין סודר.

כמו כן, נתיבות שמואל, נתיב ו, אות ג, מוכיח מלשון הרשב"א, שהוא מתכוון לומר שהברירה מועיל למפרע, שמה שהנותן בוחר, נעשה של המקבל למפרע משעת הקנין (עיי"ש).

באותו (דף נח ע"א) הוא מביא ראיה שהקנין חל בשעת המתנה, ממה שהרשב"א מתבסס על הסוגיה של "בית בבתי" (מנחות קח ע"ב), ושם המוכר רשאי להציע לקונה לקחת בית נפול, ואם נאמר שהקנין חל בשעת הבחירה, איך יכול לחול קנין על בית שנפל, שאינו שווה כלום? הוא מביא (בדף נח ע"ב) ראיה גם מב"ק כז ע"א, "היינו כד היינו חבית - נ"מ למקח וממכר", שמדובר שהתנו המוכר והקונה על חבית, ומ"מ יכול המוכר לתת לו כד; ושם מדובר בקנין סודר כמו שכתבנו תוספות שם (ד"ה ואיכא), שהרי אם היתה הגבהה, ברור שהמוכר צריך לתת לקונה את מה שהגביה; והרי שם בשעת הברירה כבר חזר הסודר לבעליו, אלא צ"ל שהנכס קנוי לקונה למפרע משעת המכר.

³⁸⁴ מאמר מרדכי (פונפדר), דף יד ע"ג, מסביר כך את כוונת הרשב"א.

בדומה, ר' יהושע מקוטנא, בישועות ישראל, סי' סא, עין משפט, אות ג, דף קיב ע"א (הובא בנפש חיה (ואקס), חידושי סוגיות, דיני ברירה סי' ט), פירש את כוונת הרשב"א, שנידונו אינו תלוי בברירה, כי הקנין חל על הבלתי מבורר (כלומר, על אחד מהנכסים), כי סו"ס קנה נכס אחד, זה או זה, ונשאר לנו רק לברר את הספק, על איזה הוא חל; ואומרים "אין ברירה" רק כשאי אפשר לומר שהחלות חלה כבר עכשו על דבר בלתי מבורר. והוא דוחה את המשמעות הפשוטה של דברי הרשב"א, שקנה כי הקנין יכול לחול בשעה שהנכס יבורר - שזה מובן אם קנה בקניין כסף, שהקנין יכול לחול משעת הברירה ואילך, אבל אם קנה בקנין סודר, אם לא יחול למפרע, לא יוכל לחול אח"כ, כי אז כבר חזר הסודר לבעליו (על פי שו"ע, חו"מ, קצה, ח). גם פתחי חושן, קניינים, פרק יג, הערה פט, מקשה על

הקנין חל מראש באופן מוחלט על אחד מהנכסים, אלא שלא ידוע לנו עכשו איזה הוא; ולכן הקנין יכול לחול מעכשו על הנכס שיבחר הנותן אח"כ; היות שחל הקנין באופן מוחלט על נכס אחד שחייב הנותן לבחור, ובהכרח יבוא לידי בירור, לכן אומרים שהוא מקנה למקבל מעכשו את הנכס המסוים שיבחר לו אח"כ³⁸⁵. מאחר שהנותן יכול לתת אותו מעכשו בבירור גמור, ומאחר שחל הקנין (עכשו) על הנכס שיבחר לו אח"כ, לכן יש בכוח הקנין הזה לחול מעכשו³⁸⁶.

בתחילה חל הקנין בסתם על אחד מהנכסים, ואח"כ המקנה בוחר אחד ואומר שזה מה שקנה המקבל, כי רואים כאילו התנו שתישאר ביד הנותן זכות לבחור איזה שירצה, שמאחר שהמקבל לא הקפיד לפרש איזה הוא קונה, אומרים שהשאר לנותן את הזכות לבחור; וגם אם נכס אחד נשרף או מת, הנותן יכול לבחור לתת נכס זה, כי המקבל הסכים שתישאר לנותן זכות לבחור; ולכן אין בעיה של ברירה, כי בחירת הנותן לא באה כענין נפרד מהקנין, ליצור שינויים בקנין מכוח דין ברירה, מה שלא היה בשעת המתנה (שכך הוא בשותפים שחלקו, לדוגמה, שבשעת הקנין חל קנין שניהם בשוה על כל הנכס, ובשעת החלוקה מצמצמים את קניינם רק לחלקים נפרדים, ולכן יש שם בעיה של ברירה), אלא בחירת הנותן היא מעצם תנאי המתנה, שיש לנותן זכות לבחור את הנכס שניתן, כאמור, וכיון שזה נובע מעצם תנאי המתנה, אין צורך בדין ברירה; ולכן בשעה שהנותן בוחר אחד מהנכסים, אין צורך שהמקבל יקנה נכס זה בקנין חדש, אלא די בבחירה של הנותן, שהוא תנאי של המתנה, ופועל למפרע, לומר שזה מה שקנה באותה שעה³⁸⁷. לפי הרשב"א, הנכס קנוי למקבל למפרע משעת המתנה, ומ"מ איננו צריכים את דין "ברירה", כי בחירת הנותן והמתנה הם שני דברים נפרדים, שהמתנה היתה בסתם על נכס אחד באופן לא מבורר, ובין אם זה יתברר ובין אם לא יתברר, המתנה על נכס אחד מתקיימת מראש בכל אופן, אלא שיש תנאי, שלנותן תהיה זכות לבחור; ולכן גם אם הנותן בחר את הנכס רק אחרי מות המקבל, זה מועיל, כי הקנין התחיל בשעת המתנה, והברירה היא רק מילוי תנאי³⁸⁸.

זו ההבנה המקובלת בדברי הרשב"א, שהמקבל קנה את המתנה בשעת ההקנאה. אבל יש מן האחרונים שהבינו, שלפי הרשב"א קנה רק בשעה שהנותן בוחר את הנכס; וכל מה שהרשב"א אומר הוא שאין בזה בעיה של "ברירה", כי בעיה זו קיימת רק כשאנו רוצים שהחלות המשפטית תחול למפרע, ואילו כאן איננו אומרים שתחול למפרע³⁸⁹.

הרשב"א, הרי אנו זקוקים שיתברר למפרע, אם קנה בקנין סודר או שטר או קנין כסף באופן שלא מועיל לאחר זמן, כי אז לא יוכל לחול כשיתברר, וכן בשכיב מרע א"א שיחול כשיתברר.

בדומה מסביר שיעורי הלכה (בלוך) עמ' סח, שכוונת הרשב"א היא שבקנין א"צ בירור כתנאי לחלות, שהרי סו"ס יש למקבל נכס אצל הנותן; והוא קנה אחד מנכסיו, כי קנין יכול לחול על נכס שאינו מבורר, אלא שלא ידוע איזה. בדרך שניה הוא מסביר (בעמ' סט) את כוונת הרשב"א, שמעכשו חלה "התקשרות קנין", לענין שיחול קנין בעצם הנכס כשיתברר, ואז ייגמר הקנין בעצם הנכס, וכיון שחלה ההתקשרות כבר מעכשו, לא צריך "ברירה" (אבל הוא כותב שנתיה"מ, סא, ס"ק ג, שכתב בדומה לרשב"א, כפי שהובא בהערה 382, לא התכוון לכך). ר' מרדכי גיפטר, בהערותו שם, עמ' קפא, הערה 4, מדייק מדברי הרשב"א שם שהקנין נגמר רק בעת הבירור, כהסבר השני של המחבר.

³⁸⁵ אמרי בינה, יו"ד, שו"ת, סי' יב, אות ד.
בדומה, שו"ת נזר הקודש (רוזין), אהע"ז, סי' מ, אותיות ז-ח, מסביר את כוונת הרשב"א, שמראש נעשה המקבל שותף בכל הנכסים, שמאחר שהקנין יכול לחול על נכס זה כמו על נכס זה, הוא חל על כולם, כי "הי מינייהו מפקת", ולכן הוא כאילו קנה את כל הנכסים, ויש לו תפיסה בכל אחד; וכשהנותן בוחר נכס, ואומר שמראש התכוון לנכס זה, הוא נאמן (מפני שיש להניח שמראש התכוון למה שיבחר בסוף), ואז נעשית הקנאה חדשה, ומסתלק המקבל מכל שאר הנכסים; אבל ההקנאה חלה מראש (כך הוכיח באות ה).

³⁸⁶ אמרי בינה שם, אות ה.

³⁸⁷ נתיבות שמואל, נתיב ו, אות ד, בדעת הרשב"א (הוא משתמש בדברי הרשב"א להסביר מדוע גם לרמב"ם קנה ב"בית בבתי").

³⁸⁸ נתיבות שמואל שם, אות ו, דף נח ע"א.

נפש חיה (ואקס), חידושי סוגיות, דיני ברירה סי' ט, כותב שלרשב"א אינו קונה בקנין הראשון (שהרי אם זה היה קניין סודר, כוחו כבר הסתלק בשעת הבירור, כי כבר חזר הסודר לבעליו), אלא הוא קונה במה שהנותן נותן לו את הנכס בשעת הבירור, והוא קונה אז בקנין חזקה, ומחמתו מועיל הקנין הראשון לקנות למפרע, שכיון שהקנין הראשון תלוי ועומד בספק עד שיתברר, והבירור יהיה בעצמו קנין, שאז יקנה המקבל, לכן קנה למפרע. כלומר, כיון שמתחלה הקנה לו נכס אחד שאינו מבורר, ותלה את הדבר בכך שמה שיבחר הוא מקנה לו, קונה למפרע כיון שהבירור עצמו הוא קנין.

³⁸⁹ שו"ת בית אפרים, או"ח, סי' מה (פג ע"ב); שו"ת דברי חיים (צאנז), ח"ב, חו"מ סי' כה (שכך פסקו כל האחרונים). על פי זה פוסק דברי חיים שמי שקנה תשעים שוורים מהמאה העומדים במקום פלוני, מה שיבחר הקונה, ומת אחד מהשוורים לפני שבחר, יכול לחזור בו שמא מת זה שהיה ראוי להיברר, וא"כ לא קנה כלל.

שו"ת מהרש"ם ח"א סי' נד, מעיר שאמנם נתיבות המשפט, סא, ס"ק ג, כתב שאם הקנין יכול לחול כשיתברר, מועיל הקנין גם למפרע, אבל משו"ת הריב"ש סי' רכח מוכח שאינו יכול לחול למפרע.

כמו כן, ר"ש שקאפ, מערכת הקניינים, סי' ב (ושוב כמה פעמים במהלך הספר) מסביר את הרשב"א, שהנותן אינו מקנה מעכשו את גוף הנכס, אלא לאחר זמן, וממילא זוהי המקבל (מעכשו) בזכות בכל הנכסים לזכות אח"כ בנכס אחד. בס"י טז (עמ' נ ועמ' נה) הוא מקשה על הרשב"א, מדוע הוצרך להסביר שאין כאן בעיה של ברירה, הרי היה יכול לומר בפשטות שאין צורך בברירה מפני שחל מראש קנין על נכס אחד לא מסוים, ומאחר שהנותן מוחזק, יכול

ג. המצב הקנייני בין האמירה לבחירת הנכס

עניין נוסף שיש לדון בו לפי דעת התוספות (ולפי דעת הרמב"ם, לגבי המצבים שגם לדעתו המתנה תקפה) היא: מה מעמדו הקנייני של דבר המתנה בין ההקנאה לבין הנתינה בפועל? האם הנכס הניתן במתנה עובר מיד בשעת ההקנאה לבעלותו המוחלטת של המקבל, או שמא הוא עובר רק כשהנותן בוחר איזה נכס לתת לו? נראה שהתשובה היא, שבמשך זמן המעבר, הנכס מצוי במצב ביניים. הוא אינו בבעלות מוחלטת של הנותן ולא של המקבל. לענין נפקויות אחדות הוא נחשב שכבר עבר למקבל, ולענין נפקויות אחרות, הוא נחשב שאינו קנוי למקבל.

אלו הדינים שלעניינם הנכס נחשב שאינו קנוי עדיין למקבל:

(א) אם מת המקבל לפני שבחר לו הנותן את הנכס, בנו הבכור של המקבל אינו נוטל בו פי שניים, כי בכור אינו נוטל פי שניים בנכסים שעוד לא הגיעו לרשות אביו בשעת מותו, אף שהיו "ראויים" להגיע לרשותו, וכאן נכס זה הוא רק "ראוי", כי הנותן היה יכול לתת למקבל איזה נכס שירצה.³⁹⁰

(ב) אם המקבל מכר או נתן במתנה את הנכס לפני בחירת הנכס, ומת לפני בחירת הנכס, מי שקנה או שקיבל ממנו לא קנה, מפני שאי אפשר להקנות דבר שלא היה ברשות המוכר והנותן בשעת המכירה והנתינה אלא עמד להגיע לרשותו.³⁹¹

(ג) שבח שהשביח הנכס עד הבחירה שייך לנותן, כי הנכס שלו גרם לשבח.³⁹²

לתת איזה שירצה? הוא מתרץ בסי' יז (עמ' נו), שא"א לומר שנכס אחד נקנה למקבל, כיון שמן הדין יוכל הנותן לעכב לעצמו כל אחד מהנכסים, ומוכח מבי"מ ו, שממון שנמצא ביד שמעון ולא מועיל שראובן יתפוס ממנו, נחשב ממון של שמעון בוודאי; א"כ הנכס נחשב ממון הגמור של הנותן, ואי אפשר לומר שהנכס קנוי למקבל, בלי לומר "ברירה", שהתברר למפרע שנתן למקבל את הנכס שיבחר בסוף; והרשב"א משיב על כך, שבספק ממון, אם יש לראובן, הבעלים האמיתי, זכות לבוא אל שמעון בטענת "ממה נפשך", לא נפקע קניינו של ראובן גם אם ה"ממה נפשך" הוא ע"י הצטרפות חפצים אחרים; לכן כאן, אף שמן הדין יכול הנותן לעכב לעצמו את הנכס שנקנה עכשו למקבל, מ"מ הקנין הועיל למקבל, שלא יוכל הנותן לעכב לעצמו את כל הנכסים בלי לשלם לו תמורת הנכס השייך למקבל, וכיון שע"י מתנה זו (הראשונה) ישיג לבסוף נכס אחד מבורר, נמצא שגם בממון מועיל קנין בדבר שאינו מסוים; כלומר, הקנין נעשה בתחלה, כמו בכל ספק ממון, שקונה רק נכס אחד לא מסוים, ואותו נכס קנוי חזרה לנותן, ויתן תמורתו למקבל איזה נכס שירצה; ואף שיתכן שבתחילה זכה המקבל בנכס יותר גדול, מ"מ כיון שאינו מבורר, נעשה הקנין באופן זה, שהנותן יכול לעכב אותו נכס לעצמו, ויחליף אותו באיזה שירצה. אבל הוא חוזר ומדגיש (בעמ' נו) שגם לרשב"א יש למקבל רק זכות בעלמא בכל נכס שיהיה שלו אחרי הבירור, אבל זה לא נחשב קנין ממש, שנאמר שהתברר למפרע שנשלמה זכותו בנכס זה. ר' עידו רכניץ, משפטי ארץ ח"ג (תשע) עמ' 322, הערה 111 (הערת עורך), כותב שלפי ר"ש שקאף זו התחייבות ולא קניין.

גם בספרו שערי ישר שער ג פרק כב (ד"ה ובשיטת, עמ' רמה) (הובא בנתיבות שמואל, נתיב ו, אות ה, דף נו ע"ב), הוא מבאר שלפי הרשב"א, זה לא מתברר למפרע, אלא הענין נגמר בשעת בחירת הנכס, וא"צ דין "ברירה", כי מצרפים את תחלת המעשה עם גמר הענין ע"י הבירור שבסוף.

גם דרכי הים, דרוש א לשבת זכור (ק"ז ע"א), כותב שלרשב"א, המתנה קיימת רק משעה שיתברר, ולכן המוכר "בית מבתי" אינו יכול לתת לו בית נפול, שהרי בשעת הבירור, זה כבר לא בית, וכן אם הקנה לו תחלה בקנין סודר, לא קנה, שהרי בשעת הבירור כבר חזר הסודר לבעליו, וכן בקנין משיכה לא קנה, כי קנין משיכה אינו יכול לחול אחר זמן; ומה שנאמר במנחות קח ע"ב, שיכול להראות לקונה בית נפול, שמשמע שקנה למפרע, ולכן יכול לומר "בית זה הקניתי לך מראש, וברשותך נפל", הוא באופן שאמר לו בלשון חיוב, שחל חיוב על גוף המוכר לתת לו בית, וחייב זה חל מראש, כי א"צ ברירה בשביל חיוב זה (ראה בשמו בפסקה ד(22), ליד ציון הערה 533); ואף שבתלמוד שם לא נזכר במפורש לשון חיוב, הרשב"א מבין מלשון "בית בבתי אני מוכר לך", שזה לשון חיוב, שהרי לא אמר "בית בבתי קנוי לך", שזה הלשון המועיל במכר לאלתר, ו"אני מוכר לך" משמעו לשון חיוב, שמתחייב למכור בית מבתי.

דברי חיים (אורבך) יו"ד סי' מג, כותב שאמנם לרשב"א קנה למפרע, אבל הוא מוכיח מתוס', ב"ק סט ע"א (ד"ה כל הנלקט), שהם חולקים על הרשב"א בכך, שהרי הם סוברים שגם במצב שלא איכפת לנו אם הדבר יחול עכשו או אח"כ, אינו חל למפרע, מטעם "אין ברירה" (אך אמרי בינה, יו"ד, שו"ת, סי' יב, אות ד, כתב שאין תוס' חולקים על הרשב"א - עיין שם להסברו). אבל הוא כותב שגם אם "אין ברירה", אין אומרים שלא תחול ההקנאה כלל, שהרי סו"ס נתן לו נכס אחד, ויש למקבל אצל הנותן בודאי נכס אחד, אלא שהנותן יכול לבחור מה לתת, אבל בוודאי קנה נכס אחד.

³⁹⁰ שו"ת אבני נזר, או"ח, סי' שמב, אות ד, בדעת תוס'. באבני נזר שם, במקום: "שכתב לו", צ"ל: "שבחר לו".

³⁹¹ אבני נזר שם. ראה ליד ציון הערה 106, על כלל זה.

אבל מערכת הקניינים סי' יז, עמ' נח, כותב שהמקבל יכול למכור ולהקדיש את חלקו משעת ההקנאה, מפני שהכלל הוא שבמקום שיש לאדם זכות ברורה להשיג חפץ ממש, אף שאינו מסוים, מ"מ כיון שבסוף יש לו זכות להשיג את חלקו בעל כרחו של האחר, זה קנין ממש בכל החפצים ליזכות לגמרי הבירור, וכל שיש לו קנין ממש ליזמן עתידי, יכול להקדיש ולמכור. הוא לא הזכיר מצב שהמקבל מת לפני בחירת הנכס, אבל מדבריו עולה שגם אז יש תוקף למה שמכר או הקדיש.

³⁹² אבני נזר שם. נראה שהוא מתכוון רק לשבח חיצוני כגון פירות, אבל אם מחיר הנכס התייקר בשוק, המקבל ייהנה מההתייקרות, כי הנותן צריך לתת לו נכס אחר מכלל הנכסים, ועכשו כל הנכסים יקרים, כפי שנסביר ליד ציון הערה 394. וראה להלן ד(19), ליד ציון הערה 526, ששמחת יו"ט אומר על מקרה מיוחד, שהצדדים קבעו בפירוש שהמתנה תחול רק כשיבחר הנותן את הנכס - שהפירות שבינתיים הם של הנותן; משמע שבשאר המקרים הם של המקבל.

ד) אם אחרי הקנאת המתנה, מכר הנותן נכס אחד מכלל הנכסים לאדם שלישי, המכר קיים, כי "מה מכר ראשון לשני - כל זכות שתבוא לידו", וכמו שהנותן היה יכול לדחות את המקבל מנכס זה לנכס אחר, כך הקונה זכה באותו נכס לגמרי; והנותן יכול גם לשעבד את הנכס לאדם שלישי, כי כל נכס שייד לנותן מספק כיון שהוא מוחזק³⁹³.

ה) אם התייקרו או הוזלו הנכסים (שבתוכם כלול דבר המתנה), כלומר שמחירם בשוק עלה או ירד, הרווח מההתייקרות וההפסד מההוזלה הם לנותן. אין לכך נפקות במקרה שנתן "שדה משדותי", לדוגמה, כי ערכה של כל שדה בשוק אינו משנה לגבי זכותו של המקבל לקבל שדה אחת, יהיה מחירה אשר יהיה. הנפקות תהיה רק במקרה שהמתנה הבלתי מסוימת נוסחה על בסיס כספי, כגון "יין בשווי ארבע מאות זוז". אילו היינו אומרים שהמקבל זוכה בזכות קניינית בנכס כבר בשעת האמירה, הרי היתה לו זכות קניינית בכמות יין ששווה ארבע מאות זוז בשעת האמירה, ואם יתייקר או יוזל היין בשוק, הרווח וההפסד היו למקבל. אך לא נפסק כך, אלא נפסק שהרווח וההפסד הם לנותן, וזה כאמור מתוך תפיסה שהזכות הקניינית היא של הנותן עד שהוא בוחר איזה נכס לתת³⁹⁴.

אלו הדינים שלעניינם הנכס נחשב קנוי כבר למקבל:

א) אם הנותן נטל הלוואה אחרי נתינת המתנה, הנושה אינו יכול לטרוף מהנכס שקיבל המקבל, גם אם זהו קרקע שיכול להשתעבד לנושה, כי המתנה קדמה לזכות של הנושה³⁹⁵. טעם הדבר הוא, שמאחר שיש למקבל זכות שכל נכס שיבחר הנותן, יהיה שלו בבירור, לכן כשבחר הנותן נכס אחד, נשלמת זכותו של המקבל באותו נכס, וזכותו קודמת לשעבודו של הנושה³⁹⁶.

³⁹³ ר"ש שקאף, מערכת הקניינים, סי' יז (עמ' נו).

³⁹⁴ טור, חו"מ, רנג, כז; שו"ע, חו"מ, רנג, יג. שם מדובר בשכיב מרע, אבל נראה שכך יהיה הדין גם במתנת בריא. אולי נקטו שכיב מרע מפני שבמתנת בריא המתנה בטלה בכלל, לדעת הרמב"ם, כי אינה מסוימת, והוא מסכים שמתנת שכיב רע שאינה מסוימת - תקפה (ראה ליד ציון הערה 434).

הטור והשו"ע אינם מבדילים בין לשונות המתנה, אבל פוסקים אחרים הבדילו. רש"י, כתובות נד ע"ב (ד"ה ארבע), כותב שהאומר "ארבע מאה זוזי מן חמרא לבתי", והתייקר היין, הרווח לנותן, ודי שיתן ארבע מאות זוז למקבל, כי הוא לא נתן למקבל את היין עצמו אלא אמר שהיין יהיה משועבד לכך. תוס' שם (ד"ה ארבע) אמרו שאין הבדל בין "מן חמרא" ל"מחמרא". שו"ת פרי הארץ ח"ג חו"מ סי' ז [מסומן סי' ו] (עה ע"ב), כותב, שאם אמר "ארבע מאות זוז חמרא", כלומר שהוא נותן למקבל את היין עצמו, היוקר למקבל, כמו שבמצב זה, ההפסד למקבל אם החמיץ (ראה להלן, ליד ציון הערה 398); אבל "מחמרא" משמעו שהמקבל לא יפסיד אם יחמיץ, וגם לא ירוויח אם יתייקר.

ראב"ד, המובא ברא"ש, כתובות, פרק ד, סי' לג, כותב שאם אמר "מדמי חמרא", היוקר לנותן, אבל אם אמר "מחמרא", היוקר למקבל, כמו שנאמר בגיטין סו ע"א, שלשון זו משמעה לטובת המקבל. הרא"ש דוחה, שבגיטין נאמר רק שגם באומר "מחמרא", המקבל אינו מפסיד מהחמצה, כי הנותן התכוון לחזק את כוחו, אבל לענין היוקר, אין הבדל בין הלשונות, ותמיד הוא לנותן. שו"ת זרע אברהם (יצחק), חו"מ סי' א (דף נה ע"א) (נדפס גם באורים גדולים לימוד קלט דף נז ע"א-ע"ב), מקשה על הרא"ש, שרא"ש, גיטין, פרק ז, סי' טז, כתב שבאומר "חמרא" הוא נחשב שותף ביין ומפסיד באופן יחסי אם החמיץ; וא"כ היה צריך להיות שגם אם יתייקר, יקבל חלק מהיוקר, וכל שכן שאם אמר "מחמרא", שהתכוון לחזק את כוח המקבל, שיהיה למקבל חלק ברווח אם יתייקר? ותיקן, שעדיף למקבל שהקרן יהיה קיים, אף שבזה מפסיד את הרווח, ולכן אמר הנותן "מחמרא", כדי שיהיה כל היין באחריותו (של הנותן), ולא יהיה המקבל שותף ולא יפסיד אם יחמיץ, אע"פ שבגלל זה לא יקבל חלק ברווח אם יתייקר - "בוצינא טב מקרא". פרי הארץ שם (בדף עה ע"ג), כותב שלפי זרע אברהם, הרא"ש סובר שדווקא ב"מחמרא" אינו שותף ואין לו חלק ביוקר כי הקרן עדיפה לו, אבל ב"חמרא" או "דמי חמרא", היוקר לשניהם. פרי הארץ עצמו מתרץ, שהרא"ש בכתובות אומר רק שבין אמר "מחמרא" ובין "דמי חמרא", היוקר לנותן, אבל אם אמר "400 זוזי חמרא", המקבל מקבל חלק ביוקר, כמו שהוא כתב בגיטין שבמקרה זה הוא מקבל חלק מההפסד, כי אז הוא נחשב שותף, וממילא גם אם התייקר, מקבל חלק מהרווח; אבל באומר "דמי חמרא" או "מחמרא", יש לו רק כסף ואין לו שותפות בגוף היין, כי הנותן התכוון לחזק את כוחו, שלא יפסיד אם יחמיץ היין או אם יאבד הכסף, לכן אם התייקר, הרווח לנותן. הוא מביא ראיה מקיצור פסקי הרא"ש בכתובות, פרק ד, סי' לג, שנוקט שהרווח לנותן ב"דמי חמרא" או "מחמרא", משמע שב"ארבע מאה זוזי חמרא", הרווח גם למקבל.

הטור שם כתב שבכל לשון, היוקר לנותן, ופירש ב"ח שם, שכוונתו לכל שלוש הלשונות. אבל פרישה שם כותב שמה שכתב הטור ש"בכל ענין" היוקר לנותן, היינו ב"דמי חמרא" או "מחמרא" (ולא הזכיר מה הדין ב"חמרא"). פרי הארץ (עה ע"ד) כותב שהטור לא התכוון ל"חמרא", שהרי הטור כתב את קיצור פסקי הרא"ש, ושם כתב שמה שהרא"ש אומר שהיוקר לנותן הוא רק בשני לשונות אלו. הוא כותב שלפי זה רא"ש ורש"י בכתובות הם בשיטה אחת.

ר"ן על הרי"ף, גיטין לב ע"א (בדפי הרי"ף), כותב שאם אמר "ארבע מאות זוז דמי יין", היוקר או הזול לנותן, וכן אם אמר "יין שווה ארבע מאות זוז", נוטל יין שווה אותו סך בשעת הנתינה, בין הזול ובין הוקר. רמב"ם, הל' זכיה, יא, כב, כתב שאם אמר "400 זוז דמי יין", והתייקר, הרווח לנותן. זרע אברהם (נה ע"א) מדייק מזה שהוא מפרש כראב"ד שהסוגיה בכתובות היא באומר "מדמי יין", אבל ב"מיין" הרווח למקבל.

³⁹⁵ שו"ת הרשב"א, ח"ב, סי' פב.

³⁹⁶ מערכת הקניינים שם, עמ' נו.

הבחנה דומה קיימת לגבי מי שנותן מטבע במתנה, כגון "מנה". אם היו לו כמה מטבעות כאלו, ואבד אחד מהם, הנותן יכול לטעון שהמטבע שנתן הוא זה שאבד, גם אם אמר "מנה מנכסי", לפי הכלל "יד בעל השטר על התחתונה"⁴⁰¹. אבל אם לא היו לו מטבעות של מנה, אלא סכום גדול במטבעות קטנים, ואבד חלקם, המקבל מפסיד באופן יחסי⁴⁰².

מקרה חריג הוא, כשאמר הנותן "ארבע מאות זוז מייני", שאז המקבל לא יפסיד בכלל מקלקול חלק מהיין. זאת, משום שמפרשים את כוונת הנותן, שנקט לשון זו (שהיא מוזרה מעט), שתלה את הכסף ביין, כדי לחזק את כוחו של המקבל, שלא יפסיד כלום אם יתקלקל חלק מהיין⁴⁰³.

ד. מצבים שבהם לכל הדעות המתנה תקפה

(1) "חלק כך וכך בשדה פלונית"

הרמב"ם שם⁴⁰⁴ כותב: "אבל אם אמר לו: 'חלק כך וכך בשדה פלונית', הואיל וסיים השדה, אע"פ שלא סיים החלק, נוטל אותו חלק מן הפחות שבאותה שדה".

(במסקנתו) שאין הבדל בין מכר למתנה לענין זה, שהרי הרשב"א הבחין בין נותן יין ל"בית בבתי", מצד דבר שאינו מסוים (ולא הבחין בין מכר למתנה), וחידושי הרמב"ן, גיטין סו ע"א, דימה אותו ל"בית בבתי"; ועוד שהרמב"ם (הערה 404) כתב לענין מתנה שאם אמר "חלק משדה פלונית", נותן למקבל את החלק הגרוע, מכאן שזה גם במתנה, ואין אומרים "בעין יפה נותן".

פרי הארץ עושה הבחנה אחרת (בדף עח ע"א): אם סיים מקום כללי, שאמר "שבמקום פלוני", זה כמבורר, ולכן מפסיד המקבל הכל אם חלק התקלקל, אבל אם לא סיים את המקום, "אין ברירה", והוא כשותף, ולכן הוא מפסיד רק באופן חלקי, ובוה עסק הרא"ש כשדיבר על המקנה עשר חביות; ואע"פ שגם אם לא סיים את מקומם, לרא"ש קנה, שהרי הרא"ש (הערה 361) חולק על רמב"ם ואינו מצריך סיום, מ"מ לענין שיפסיד הכל, הוא סובר שצריך סיום.⁴⁰¹ ר"ן על הרי"ף, גיטין ה ע"ב, בדפי הרי"ף (הובא בשו"ת מהר"ם גלאנטי סי' צז, ובשו"ת בני אהרן, סי' עז, דף פו ע"ג); שו"ע, חו"מ, רנג, יט.

אבל שו"ת הרשב"א חלק א, סי' אלף נה, כותב שהאומר "אני נותן מנה לפלוני מנכסי", התכוון לחזק את כחו, שאפילו אבדו כולם ונשאר רק שוה מנה, נותנים אותו למקבל, כמו שהדין הוא כך ב"מאתיים זוז מייני", כפי שנראה ליד ציון הערה 403. הרשב"א עצמו, ח"ב סי' שלד (הובא בב"י, חו"מ, רנג, מחודש ג), כותב כר"ן, שב"מנה מנכסי" אין אחריות מלאה, שלא כבנכס אחר. על סתירת הרשב"א העיר שו"ת פני משה ח"ב סי' נח (קז ע"א); וראה הערה 505, מה הוא למד מכאן לענין מתנה שאינה מסוימת.

על "מנה מנכסי" ראה ליד ציון הערה 232, לענין מצב שלא היה בידו כסף בשעת נתינת המתנה. וראה הערה 488, יש אומרים ש"מנה מנכסי" נחשב דבר מסוים.

⁴⁰² ר"ן שם (הובא בבני אהרן שם); שו"ע, חו"מ, רנג, יט; נתיבות המשפט, רנג, ס"ק ט.

⁴⁰³ רש"י, גיטין סו ע"א (ד"ה כדל) (הובא בשו"ת הרשב"א חלק ב סימן שלד); טור, חו"מ, רנג, כו; שו"ע, חו"מ, רנג, יג.

פרי הארץ שם (ע"ב) נימק, כי הנותן שיעבד את יין למקבל.

שו"ת הרשב"א חלק ב סימן שלד, כותב שהדין כך גם אם נתן "מנה משטרות".

דעה חולקת: ר"ן על הרי"ף, גיטין לב ע"א (בדפי הרי"ף), מביא שר' חננאל פירש את דברי התלמוד "לייפות את כוחו", שיוכל לגבות מיין דוקא אם ירצה, ולא יוכל הנותן לדחותו לנכסים אחרים; ולפי פירושו אין ללמוד מהתלמוד שדין מקרה זה שונה לענין קלקול.

⁴⁰⁴ רמב"ם שם (הובא בשו"ת מהר"ם די בוטון, סי' נ, דף פט ע"ב, בגן נעול, כפתור ג, פרח יח, דף מח ע"ד, בשו"ת זרע אמת, ח"ב, יו"ד, סי' עז, דף עט ע"ג, בשו"ת מהרא"ל צינץ, סי' לח, אות ז, דף סה ע"ד, בשו"ת חיים ביד סי' סט (ד"ה ועוד למד), ועיי' ר' משה אלואריש, בפרי עץ חיים, כרך ד, דף יח ע"ב, מס' 361).

ראיות לדין זה: המקור העיקרי הוא בבבא בתרא קז ע"ב, ששם נאמר שהאומר לחברו "חצי שדה אני מוכר לך", הקונה מקבל את החצי הגרוע. שו"ת ר"י מיגאש, סי' רכו (הובא בחי' הרמב"ן, גיטין ח ע"ב, במגיד משנה על הרמב"ם שם, בס' התרומות, שער מג, ח"א, אות יג [נדפס גם בשו"ת ראב"י אב"ד, סי' קסט], ובמאירי, גיטין ח ע"ב [בכינוי "גאוני ספרד"]), מסביר ששם זה נחשב דבר מסוים, מכיון שידוע באיזה שדה נמצא חלקו של הקונה.

משכנות הרועים, מע' א, אות ב (א ע"ג), מביא ראייה נוספת שאין צורך לסיים בדיוק את המקום, מקידושין כו ע"ב, ששם מסופר על אדם שרצה להקנות מטלטלין אגב קרקע, וקנה קרקע ואמר "טפח על טפח לפלוני ועליו מאה צאן", הרי שאף שלא סיים איפה הטפח, ההקנאה הועילה, ומכאן שדי בסיום השדה או הבית.

גם שו"ת מקור ישראל, חו"מ סי' מז (צד ע"א), מביא ראייה זו, ומביא עוד ראייה מן האמור בקידושין שם, שרבן גמליאל נתן מעשר לר' יהושע באמירה "עישור זה שאני עתיד למוד נתון ליהושע ומקומו מושכר לו", והרי כל זמן שלא בירר רבן גמליאל איפה המעשר, המקום שלו אינו מסוים, ורק באופן כללי המקום מסוים - שזה בבית רבן גמליאל, ומכאן שדי בסיום כללי.

יד דוד (קרלין) ח"ב דף קא ע"ג, הגהה יט, מוכיח כך גם מב"ב סג ע"א, ששם נאמר שהנותן "חלק לפלוני בנכסי", קנה רבע. כוונתו היא כנראה לדברי הרמב"ן (ראה להלן פסקה (2)), ליד ציון הערה 418) שבמקרה זה קנה גם לרמב"ם, כי הוא למעשה נותן למקבל חלק מסוים בכל נכס שלו, ודומה לאומר "חלק כך וכך משדה פלוני נתון לך".

גן נעול, כפתור ג, פרח ה (כד ע"ג), מביא ראייה מירושלמי, תרומות, ג, א, העוסק בהפרשת תרומה במקום שאינו מסוים - עיין שם; ומביא (בדף כה ע"א) עוד ראייה מקידושין נט ע"ב, ששם נידונים קידושין שאינם מסוימים - עיין שם.

נימוק אחד לכך הוא, שדוקא בנותן שדה אחת בין הרבה שדות, שיש הבדל גדול בין שדה אחת לשניה, זה כדבר שאינו קצוב, ולא סמכה דעתו של הנותן, אבל בחצי שדה פלונית, שאין הבדל גדול בין חלק זה לחלק זה, סמכה דעתו, ולכן הקניין מועיל⁴⁰⁵. סברה משלימה לנימוק זה מתייחסת לגמירת דעתו של המקבל: דוקא אם אין סיום בכלל, שלא ידוע בכלל איפה דבר המתנה, אין דעתו של המקבל סומכת, אבל אם ידוע שדבר המתנה הוא בשדה פלונית, סמכה דעת המקבל⁴⁰⁶. נימוק זה מסביר מדוע לא קיים כאן הפגם החוזי שראינו לעיל⁴⁰⁷, שניתן כנימוק לדעת הרמב"ם.

נימוק אחר מסביר מדוע לא קיים כאן הפגם הקנייני שראינו שם: בנותן "חצי שדה פלונית", המקבל קנה חצי בכל השדה ונעשה שותף בכל השדה, כמו שכל שנים שהשתתפו, יש לכל אחד זכות בכל השדה, וא"כ זה מסוים; אלא שבשותפות רגילה יש להם כח שווה, ואילו כאן יד הנותן על העליונה, שיכול להכריח את המקבל לחלוק, ויכול לתת לו איזה חלק שירצה, והמקבל אינו יכול להכריח את הנותן לבחור איזה שירצה; ומ"מ זה מסוים, כי יש למקבל זכות בכל השדה, ליטול חצי⁴⁰⁸. משמעות הסיום החלקי היא שהנותן הקנה למקבל חלק בכל השדה, כשיעור חצי ערכה, וזה מסוים, משא"כ אם לא סיים שדה אחת אלא נותן לו "אחת מקרקעותיו", שאז אין אומרים שהקנה לו בכל הנכסים חלק כמה ששוה קרקע אחת, מפני שאז לא הקנה לו חלק בכל נכסיו אלא הקנה לו רק אחת משדותיו, ולכן אינו קונה כלום כי אינו מסוים⁴⁰⁹.

מקרה פרטי שנכנס לכלל זה: ר' אברהם מן ההר, נדרים נו ע"א, כותב שאם אמר הנותן "בית בביתי", כלומר סיים את הבית [הגדול] שהוא מוכר לו בתוכו בית אחר, סיום הבית מועיל לו כמו "חלק משדה פלונית". ר"א יפהן, בהערות לח" הריטב"א, נדרים נו ע"א, הערה 185, כותב שרש"י סובר בזה כר"א מן ההר. גם פרישה, חו"מ, רמא, ו, כותב שהאומר "בית מביתי אני נותן לך", המתנה מועילה, כמו שכתב רמב"ם, הל' מכירה, כא, יט, לעניין מכר, מפני שזה דומה לנותן "חלק משדה פלונית", כי "מביתי" משמע בית פלוני.

דעת הירושלמי: הירושלמי פאה, ג, ז, וכתובות, יא, א, מעלה ספק: "אמר 'תנו חצי שדה פלוני לפלוני וחצי שדה פלוני לפלוני', כמי שסיים, או עד שיאמר 'חצייה בצפון וחצייה בדרום'?" (בירושלמי כתובות חסרה המלה "חצי", ופני משה מגיה שצ"ל "תנו חצי שדה פלוני"). פני משה (בשני המקומות) מפרש שהספק הוא האם די בכך שציין איזו שדה, או שצריך לציין איפה החצי. ציוני מהר"י, על הרמב"ם שם, מעיר שזה המקרה שבו הרמב"ם אומר שמועיל, אף שהבעיה לא נפשטה בירושלמי. יד דוד (קרלין) ח"ב דף קא ע"ג, הגהה יט, מסביר שהרמב"ם סובר שאף שזה בעיה שלא נפשטה בירושלמי, הלכה שקנה, כי לבבלי פשוט שמועיל, כפי שמוכח מב"ב סג ע"א. אח"כ הוא מפרש בדרך אחרת: שבעיית הירושלמי היא דוקא בנותן שני חצאי השדה לשני אנשים, ולא ציין איזה חצי לאיזה אדם, שאז לא קנו כלל, כי התכוון לשטות בהם, וזה יותר גרוע מהנותן חצי שדה פלונית לפלוני ושייר את השאר לעצמו, שהנותן יקח את החצי הטוב לעצמו (כלומר, שיש דרך איך להחליט מי יקבל את הגרוע, משא"כ בנותן לשניים); ולפי פירוש זה, גם לירושלמי פשוט שאם נותן חצי שדה פלונית, ושייר את השאר לעצמו, קנה. הוא מציע גם פירוש הפוך: הספק של הירושלמי הוא שאולי אפילו בנותן לשניים, שכל השדה יוצאת מידי הנותן, והשדה עצמה מסויימת, לא קנו, כי אין סיום בין המקבלים. ולפי פירוש זה, אם נתן לאדם אחד חצי שדה פלונית, פשוט **שלא** קנה, שלא כרמב"ם.

דעה חולקת: משכנות הרועים, מע' א, אות ב (א ע"ג), כותב שלפי העיטור לא די בסיום החצר, שהרי הוא הוכיח שצריך סיום, מזה שהמרוני בקידושין כו ע"ב הקנה את צפון של הסלע ואגבן מטלטלין (ראה לעיל א(2), הערה 357), משמע שלא היה די להקנות "חלק מן הסלע". כמו כן, לחם שלמה (בולח), קונטרס קנין אגב, סי' ל (יב ע"ג), כתב שלפי העיטור לא די בסיום השדה, כגון "ארבע אמות בחצרי", אלא צריך לומר "בצפון חצרי". אבל בני אהרן, סי' רמא (קכו ע"ב), מבין שהעיטור מסכים שב"חלק משדה פלונית" מועיל, ומה שהצריך לומר "בצפון חצרי" הוא כי שם לא אמר "חצר פלונית" (ראה בשמו להלן, הערה 409, שהסביר שהרמב"ם נקט בדוקא "שדה פלונית"), ומ"מ כשאמר "בצפון" מועיל כי יש אחד לטיבותא.

⁴⁰⁵ ר"ש שקאף, מערכת הקניינים, סי' טז (עמ' ג).

כמו כן, משפטי אמת (הלפרין), רמא, ד, הסביר שמאחר שפירט הנותן קצת את המתנה, גילה דעתו שנוח לו לתת לו שדה זו (כוונתו היא, שאילו רצה רק להחניף למקבל, היה אומר "שדה" סתם). והוא כותב, שלפי טעם זה, אם אמר "חצי שדה מנכסי נתונה לך", ויש לו רק שדה אחת, לא קנה, כי רק אם אמר בפירוש "שדה פלונית" גילה דעתו שנוח לו. אבל הוא כותב שלפי טעמו של ערוך השולחן (הערה 406), גם במקרה הזה קנה, כי ידוע לאיזו שדה התכוון (נראה שכוונתו לומר שגם אם המקבל לא ידע שיש לנותן רק שדה אחת, קנה, כי העיקר הוא גמירות דעתו של הנותן, לפי ערוך השולחן). הוא כותב שמה שמשמע מלחם משנה (הערה 414) שאם יש לנותן רק שדה אחת ובה יש הרבה דקלים ואמר "דקל לבתי", נקנה כמו ב"חצי שדה פלונית" - זה כטעמו של ערוך השולחן; ואילו מה שכתב לחם משנה אח"כ, שהנותן "שדה דבי חייא", ויש לו שתי שדות בשם זה, נקנה כי סיים באופן חלקי - זה נכון רק לטעם שכיון שסיים קצת, גילה דעתו שנוח לו לתת, אבל לטעם של ערוך השולחן אינו נקנה, כי השדה שנתן אינה מסוימת בכלל, וכמו מי שיש לו רק שתי שדות ואמר "שדה אחת מנכסי קנויה לך", שאינו נקנה לדעת הרמב"ם.

⁴⁰⁶ ערוך השולחן, חו"מ רמא, ח.

⁴⁰⁷ פסקה ב(1), ליד ציון הערה 367.

⁴⁰⁸ חלקת יוסף סי' לא.

⁴⁰⁹ אבי עזרי, מהדורא רביעאה, על הרמב"ם שם. גם משנת ר' אהרן, שכנים, סי' ב, אות ח, מנמק, שב"חלק בשדה פלונית" קנה כי נחשב שנותן לו חלק בתורת שותפות בכל השדה.

גם רחובות יצחק עמ' קמז, מסביר שבמקרה זה קנה המקבל מפני שהוא נעשה שותף של הנותן בכל השדה, אלא שהנותן שייר לעצמו את הזכות לבחור לעצמו את חלק היפה, שאם ידרוש אחד מהם יחלוק, ישומו אותה, והוא יקח חצי דמי כל השדה מן היפה שבה (כלשון התלמוד בב"ב קז ע"ב "משמנים"), אבל לפני שחולקים, הם שותפים בשדה, ולכן זה נחשב מסוים; ודוקא ב"קרקע מנכסי" או "כל נכסי חוץ ממקצתם", כלומר חוץ מבית אחד או מבית כור, כיון שיש בית אחד או בית כור אחד שאין לו חלק בו, ולא ידוע איזהו, לא קנה כלום, כי על כל אחד יכול המקנה לומר

בהיקפו של סייג זה, יש כנראה מחלוקת בין האחרונים, בשאלה האם די שייקבע מקומו הכללי של דבר המתנה ("בשדה פלוניתי") או צריך גם שייקבע גודלו של דבר המתנה ("חלק כך וכך").⁴¹⁰ הב"ח מבאר שכאן קנה מפני שסיים את השדה וגם קבע כמות, אלא שלא ציין איזה צד, ולכן המקבל נוטל את הפחות. מכאן שלדעתו צריך את שני התנאים: סיום הכמות וסיום כללי של המקום. וכך עולה מדברי פרשנים נוספים.⁴¹¹

לעומת זאת, ר' יוסף קארו⁴¹² כותב שאם היתה לו שדה חלוקה לשני חלקים, אחד גדול ואחד קטן, והקנה "שדה שבמקום פלוני", המתנה תקפה, כי הרמב"ם מסכים שאם הספק הוא רק לאיזה חלק משדה מסוימת התכוון הנותן, זה תקף.⁴¹³ הרי שלדעת ר' יוסף קארו, די שייקבע מיקום כללי, ואין צורך בקביעת גודלו. וכך עולה מדברי פרשנים נוספים.⁴¹⁴

"זהו ששירת"; ורק אם אמר "חלק משדה פלוניתי", כלומר אחוז מסויים, כיון שאנו יודעים את המקום שיש לו חלק בו, קנה, כי נעשה שותף בכל השדה, וכולה קנויה לו מיד לחלקו, והיא מבוררת; אבל אם אמר רק "דקל בשדה פלוניתי" שהיא מלאה דקלים, לא קנה (בכך הוא חולק על כסף משנה, שנביא להלן ליד ציון הערה 412). גם שערי חיים (שמולביץ), גיטין, סי' כט, ענף ב, אות א, מסביר שב"ח חלק משדה פלוניתי" קנה המקבל כי הוא נעשה שותף עם הנותן בשדה, שהרי יש לו זכויות של שותפות (להיכנס לשדה, לקבל חלק מהרווחים אם משכירים אותו וכדומה) כמו כל שותף, והנותן אינו יכול לדחותו מזכויות אלה. בני המחבר, בהערה שם, הסתפקו האם הם כשותפים רגילים, ואם קרה קלקול באחד המקומות בשדה, ההפסד יתחלק בין שניהם, ומש"כ הרמב"ם "נוטל מן הפחות", כוונתו ששיעור חלקו בשותפות הוא לפי שווי החלק הפחות, אבל יש לו שותפות בכל השדה לפי שיעור שווי זה; או שמא המקבל הוא שותף נחות, כי הנותן השאיר לעצמו זכות שבשעת חלוקה הוא יקבע מה יקבל כל אחד, ולא יוכל המקבל לכפותו לחלוק בגורל, ובכך זה כמו שב"ב בית בבתי" יכול לתת לו בית נפול.

בדומה, שו"ת שואל ומשיב, מהדו"ב, ח"א, סי' ע, מנמק שדוקא אם לא סיים כלל לא נקנה כי קנין אינו יכול לחול אם לא ידוע על מה יחול (ראה בשמו בפסקה ב1), ליד ציון הערה 368, אבל כאן הקנין עכ"פ חל על חלק כך וכך, כי הנותן אינו יכול לדחותו מאותה שדה, ולכן הקנין יכול לחול על חלק מהשדה, ולכן קנה.

נימוקים נוספים: בני אהרן, סי' רמא (קכו ע"א), נמק, שחלק משדה הוא "דבר ידוע", שלא כמו הנותן "קרקע" (ראה בשמו בפסקה ד8), הערה 486, שבדבר "ידוע" קנה גם אם אינו מסוים; ומ"מ נקט הרמב"ם "פלוניתי", כי אם אמר רק "חלק משדה", לא קנה, כי זה תרתי לריעותא, שאינו מסיים את החלק ואינו מסיים את השדה. לאור זה הוא מקשה על סי' התרומות (הערה 404) שכתב שר"י מיגאש מודה שאם אומר "ארבע אמות בחצר", נקנה כי סיים את החצר - הרי לא אמר איזה חצר? ותיירץ, שסי' התרומות סובר שחצר הוא חלק מהבית, ולכן כשאומר "בחצר" הוא כאומר "ארבע אמות קרקע במקום פלוני שבבית". מטה שמעון, רמא, הגה"ט, אות יח, מקשה על מה שכתב בני אהרן שלרמב"ם אם אמר "חלק בשדה" (בלי "פלוניתי") לא נקנה כי זה תרתי לריעותא, הרי בני אהרן אמר שלרמב"ם ב"בית בביתי" קנה אף שזה תרתי לריעותא, שלא ידוע איזה בית גדול, ובתוך הבית הגדול לא ידוע איזה בית קטן? יש לתרץ, ששם בני אהרן אומר שמועיל כי ציין את המין (ראה פסקה ד8), ליד ציון הערה 486, ואילו ב"ח חלק משדה", "חלק" אינו שם של מין.

אשר להסבר שנביא להלן (10), ליד ציון הערה 498, שלרמב"ם מתנה שאינה מסוימת **בשטר** אינה תקפה כי השטר אינו מוכח מתוכו, ולכן אינו בגדר "ספר המקנה", מחנה יהודה (וילייקא), גיטין ט ע"א (ד"ה ולולא), מסביר שגם בשטר מועיל "חלק כך וכך בשדה פלוניתי", מפני שזה נחשב "ספר המקנה" כי לפחות יוכל המקבל להחזיק בחלק הגרוע של השדה אף בלי דעת הנותן, כך שמבוארת בו המתנה שיכול להחזיק בה. אשר להסבר שראינו לעיל ב1), ליד ציון הערה 375, שלרמב"ם מתנה שאינה מסוימת בטלה מטעם "אין ברירה", שו"ת שואל ומשיב, מהדו"ב, ח"א, סי' י ד ע"ב, מסביר, שאם אמר "חלק כך וכך בשדה פלוניתי", נקנה, כי הנותן תלה את הדבר ברצונו, שכך וכך יתן לו, וא"כ כל שבייר אח"כ לאיזה חלק התכוון, מתברר למפרע שקנה את זה, ומועיל, ואף ש"אין ברירה", הרי הרשב"א הסביר (ראה לעיל ב3), ליד ציון הערה 382) שכל שא"צ את הברירה לקיום המעשה, "יש ברירה", ודוקא ב"קרקע מנכסי" אין לומר שהתברר למפרע, כי לא התכוון שיקנה "איזה שארצה" (ראה בשמו בפסקה ב1), הערה 375).

⁴¹⁰ ב"ח, חו"מ, רמא, ו.

⁴¹¹ מרכבת המשנה, מהדורא בתרא, על הרמב"ם שם, כותב שאם אמר "חלק משדה פלוניתי" לא נקנה, כי אולי התכוון לכל שהוא. כלומר, לא די במיקום כללי. ראה גם פסקה 3), הערה 422, שנאמן שמואל אומר שב"ח חלק משדה פלוניתי" נקנה מפני שגם סיים את השדה וגם השיעור ידוע. גם משאת המלך ח"ד סי' תקסג, כותב שב"ח חצי שדה פלוניתי אני נותן לך" המתנה תקפה מפני שגודל החלק ידוע, ונחשב מינו ידוע כיון שהשדה מסוימת.

גם גן נעול, כפתור ג, פרח ה (כג ע"ג), כותב שהמתנה תקפה רק אם קבע את גודל המקום שבתוך השדה שהוא נותן. כסף משנה, על הרמב"ם שם.

⁴¹² בכך הוא דוחה את הראיה (בהערה 361) מב"ב קעג ע"א, שמדובר באופן זה. בדומה הוא דוחה את הראיה (בהערה 361) מ"בית בכור לך", שמדובר שהיה לו בית אחד חלוק לשני חלקים, אחד גדול ואחד קטן, ואמר "בית שבביתי שבמקום פלוני מכור לך", ולכן זה תקף.

⁴¹³ שו"ת פני משה, ח"ב סי' נח (קה ע"ג), כותב שהסיבה שהרמב"ם נקט "חלק כך וכך", היא כי אם לא קבע את הכמות, לא ידוע מה הוא נותן, אבל זה לא נחוץ כדי שייחשב דבר מסוים. נראה שכוונתו לומר שאכן גם אם לא נקבע הגודל, קנה, אבל הנותן יכול לדחותו בכלשהו.

כמו כן, שו"ת שער יהושע ח"א סי' מה, מפרש את דברי הרמב"ם "חלק כך וכך בשדה פלוניתי" - שהוא אומר "שמינית או תשיעית וכדומה", אף שלא אמר איזה גודל החלק, מפני שדי באחד מהשניים: או סיום המקום או סיום הכמות. אך יש קושי בדבריו, שכן לפני כן כתב שהרמב"ם הולך לשיטתו שהמחייב עצמו בדבר שאינו קצוב, פטור (רמב"ם, הלכות מכירה, יא, טז), ואם כן מדוע קנה אם קבע מקום ולא כמות, הרי זה דבר שאינו קצוב?

מחלוקת אחרת היא בדרגתו של הסיום הנדרש. לפי דעה אחת, דוקא "חלק משדה פלונית" נחשב סיום כי מדובר בשדה אחת, אבל אם מדובר בשתי שדות, גם אם הן בעיר אחת, ויש לו רק שתיים, ואמר "שדה משדותי הידועות" וכדומה, לא קנה לפי הרמב"ם⁴¹⁵. אבל דעה אחרת היא, שאין דרוש סיום כל כך פרטני, אלא גם אם אמר: "שדה אחת מן השדות שיש לי בבקעה פלונית", וכדומה, הדבר נחשב סיום מקום, והמקבל זכאי ליטול את השדה הפחותה שבהן⁴¹⁶.

חריג זה חל גם במתנה עם **שיור** שאינו מסוים: רק אם אמר "כל קרקעותי קנויים לך חוץ מאחת מהן", לא קנה המקבל. אבל אם אמר "חוץ ממחצית אחת מהם", קנה המקבל את הכל חוץ ממחצית קרקע אחת מעידית קרקעותיו שמשיר הנותן לעצמו, מפני שזו נחשבת מתנה מסוימת. רק אם שייר לעצמו קרקע שלמה, המתנה בטלה, כי בכל קרקע שירצה המקבל לקחת, יוכל הנותן לדחותו מכל הקרקע; משא"כ מי שיש לו חמש קרקעות, לדוגמה, ואומר למקבל "כל קרקעותי קנויים לך חוץ ממחצית קרקע אחת מהן", הרי אע"פ שבכל אחת מהקרקעות, יכול הנותן לומר למקבל "אל תחזיק בכולו, כי חלקו שיירתי לעצמי", מ"מ כיון שממה נפשך יש לו זכות בכל קרקע וקרקע, זה נחשב סיום הקרקע, כי המקבל יכול לברר שכל הקרקעות הן שלו, ואין לנותן כוח לבחור אלא איזה צד של הקרקע לתת; וגם העובדה שיכול הנותן לבחור איזה קרקע שיטול חלק ממנה, אינה נחשבת יכולת לדחות את המקבל. גם אם אמר "חוץ מעשר אמות בכל הקרקעות", לדוגמה, שאז הנותן יכול לבחור לעצמו שתי אמות בקרקע זו ושמונה אמות בקרקע זו, לדוגמה, ויכול להרבות או למעט בכמות השיור, המתנה מועילה, שכיון שסיום הקרקע מועיל גם בלי סיום הכיוון, לא משנה אם ירצה לקחת את השיור בשנים או שלשה נכסים, בשה או לא בשה, כי סוף סוף בהכרח יש למקבל חלק בכל קרקע (אם אמנם כל קרקע גדולה יותר מעשר אמות), ולכן זה נחשב מסוים⁴¹⁷.

גם ר' בן ציון מאיר חי עוזיאל, בשו"ת פני דוד, דף קסא ע"ד, כותב שאם ציין את המקום הכללי של הקרקע, כגון "בית בבתי", קנה המקבל, כי הוא יוכל להוציא מהנותן בדין ולחייב את הנותן לתת את הבית הפחות שבביתו; ובהו הוא דוחה את הראיה (בהערה 361) ממנחות קח ע"ב; הרי שאין צורך בקביעת הגודל.

כסף משנה על הרמב"ם שם, מעייני המים, על הרמב"ם שם, ושו"ת נשאל דוד, חו"מ סי' יג (עמ' רח), כותבים שאם נתן "דקל משדה פלונית", הרמב"ם מסכים שנקנה, כמו באומר "חלק כך וכך בשדה פלונית". בדומה לחם משנה כותב שאם יש לו רק שדה אחת, ואמר "יינתן דקל לבתי", הרמב"ם מסכים שנקנה (אך לחם משנה מעיר שהרמב"ם עצמו, הלכות נחלות, י, ב, כשמביא את דין "יינתן דקל לבתי", נוקט "דקל או שדה מנכסיו", משמע שגם אם יש לו כמה שדות ולא סיים איזו שדה, המתנה תקפה). בכך הם דוחים את הראיה (לעיל א(3), הערה 361) מ"יינתן דקל לבתי", שמדובר באופן זה. אבל אין ללמוד מכאן למקרה שלא נקבע גודלו של דבר המתנה, כי ייתכן שגודלו של סתם דקל הוא ידוע.

מן הנימוקים שנתנו הפרשנים, שהובאו לעיל ליד ציוני הערות 405-409, מדוע ב"חלק משדה פלונית" המתנה תקפה, לא ברור האם יש צורך שהגודל יהיה מסוים. אך חלק מהנימוקים קשים יותר להבנה אם מדובר גם בשהגודל אינו קצוב.

⁴¹⁵ שו"ת פני משה ח"ב סי' נח (קו ע"ב). על פי זה הוא כותב שאם אמר הנותן "ארבע מאה זוז מהיין שלי בנהר פניא", לא נחשב סיום, אף שקבע את המקום הכללי של היין, כי חביות היין הן נפרדות, ואין סיום בשום חבית מהן. ⁴¹⁶ ימי שלמה, על הרמב"ם שם. בכך הוא מיישב את הקושיה על הרמב"ם (ראה לעיל פסקה א(3)), הערה 361) מ"יינתן דקל לבתי" - שמדובר שכל הדקלים (שכלולים בספק) היו בתוך בקעה אחת; וכן את הקושיה מ"שדות אני מוכר לך" (ראה פסקה א(3)), הערה 361; הוא נוקט כאילו הן קושיות מן הרמב"ם עצמו שפסק במקומות אחרים את דברי התלמוד הללו; מצד אחד כך זה יותר קשה, כי זו סתירה פנימית, אך מצד שני זה פחות קשה, כי זאת לא קושיה על הדעה עצמה אלא על אחד מבעלי הדעה הזאת). גם מעייני המים, על הרמב"ם שם, כותב ש"שדות בבקעה זו" נחשב מסוים, כדי ליישב את הקושיה מ"שדות".

כמו כן, קרית מלך רב, על הרמב"ם שם, כותב על הנותן "ארבע מאות זוז מהיין של נהר פניא", שאף שהחביות נפרדות, די בסיום זה, והביא ראיה ממה שכתב לחם משנה, על הרמב"ם שם, ש"שדה דבי חייא" נחשב סיום, אף שהשדות מחולקות, וממה שכתב כסף משנה, שאם אמר "דקל משדה פלונית", נחשב מסוים, אף שהדקלים מחולקים, והרי העובדה שהכל בשדה אחד לא מועילה כי אינו נותן לו חלק מהשדה אלא דקל; וכן ממה שכתב כסף משנה (ליד ציון הערה 412), שאם היתה לו שדה מחולקת לחלק גדול וחלק קטן, והקנה "שדה שבמקום פלוני", זה נחשב סיום.

⁴¹⁷ שו"ת פני משה ח"ב סי' נח, דף קה ע"א-ע"ד. על פי זה הוא כותב על נידונו, שהנותן שייר לעצמו שיוכל לקחת מהנכסים מאה גרוש או שוויים לפי בחירת הנותן (הוא טוען שבנידונו זה היה תלוי בבחירת המקבל, אך הוא כותב שגם אם היה תלוי בבחירת הנותן, זה נחשב מסוים מהטעם שיבאר), זה נחשב מסוים, כי כל נכס שנתן הנותן, כגון כל קרקע מקרקעותיו, וכן המטלטלין, כל אחד שוה יותר ממאה גרוש, וא"כ המקבל יכול לברר שיש לו חלק בכל נכס, שהרי גם אם יאמר הנותן שהוא רוצה לקחת את שווי המאה גרוש מנכס פלוני, עדיין נשאר למקבל חלק באותו נכס; וא"כ כללות המתנה מסוימת לגבי המקבל, שיש לו חלק בכל נכס מהנכסים, א"כ הוא כמו המקרה שבפנים, שמועיל גם לרמב"ם, כיון שכאן בהכרח יש למקבל חלק בכל קרקע וקרקע (אלא שבנידונו הנותן כתב בשטר שיד המקבל תהיה על העליונה, ולכן פסק שיטול הנותן את שוירו רק מהזיבורית).

דעה חולקת: מזל שעה, על הרמב"ם שם (סו ע"ב), מקשה על פני משה, הרי מקור הרמב"ם הוא מהמקרה של "כל נכסי קנויים לך חוץ מקרקע כל שהוא" (גיטין ח ע"ב), שלא נקנה, והרי שם זה כמו "חוץ ממחצית קרקע" עוד יש להעיר, שפני משה שם מביא שרי' שמואל הלוי פסק שבנידונו (של פני משה) נחשב דבר שאינו מסוים, הרי שהוא חולק על דברי פני משה כאן.

(2) אחוז מסוים מכל נכסיו

הנותן במתנה אחוז מסוים מכלל נכסיו, כגון רבע מנכסיו, קנה המקבל, גם לדעת הרמב"ם, כי למעשה המקבל קיבל רבע מכל שדה, והוא כאילו אמר הנותן: "רבע שדה אני נותן לך", שמועיל גם לרמב"ם, כפי שראינו לעיל (1) ⁴¹⁸.

⁴¹⁸ חידושי הרמב"ן, גיטין ח ע"ב; מאירי, גיטין ח ע"ב; שו"ת אורחין תליתאי (תאומים) סי' ה (ו ע"א) (בלי הנימוק); רחובות יצחק עמ' קמז (כי המקבל נעשה שותפו של הנותן בכל נכסיו); ר' יוסף מרדכי הלוי, בשו"ת פני דוד (פאפו) דף קנה ע"א-ע"ב; ר' דוד פאפו, שם דף קנה ע"ב (כי ידוע מה הם נכסי המקבל ומה שיעורם, כיון שהנותן חילק אותם לחלקים שווים); ר' ישועה פאלאג'י, שם דף קנט ע"ג; ר"י אבולפיה, בשו"ת ישמח לב (גאגין) חו"מ סי' ה (כב ע"ד) (בדעת שו"ת אבקת רוכל, סי' צח) (על הנותן שלש מהביתם שלו - בלי הנימוק); שו"ת נאה משיב, חו"מ, סי' יא (עמ' קעח, דעת עצמו), (אם סיים את סוג הנכסים - קרקעות, בתים, מטלטלין, מטבעות, שטרי חובות, בתי דירה, וגם סיים את החלקים שנתן לכל אחד); ר"מ מלמד, בשו"ת משפט צדק ח"ב, סי' י, דף כג ע"ב (הובא ע"י ר' ישועה פאלאג'י, בשו"ת פני דוד, דף קנט ע"ג); ר' חיים שבתי, שם (כד ע"א); רשמ"ח גאגין, בשו"ת ישמח לב (גאגין), חו"מ, סי' ו (כט ע"ד) (על הנותן שלש מחצר וחנות ובתים מסוימים); שו"ת תועפות ראם (אנקאווא) סי' ל (לה ע"ג). בכך דוחים הרמב"ן והמאירי את הראיה (בהערה 361) מב"ב סג, על האומר "חלק לפלוני בנכסי" - שם המתנה תקפה משום שמשמעותו היא שהוא נותן רבע מנכסיו.

בנידון של ר' יוסף מרדכי הלוי, הנותן כתב "חילקתי כל נכסי לשנים עשר חלקים" והזכיר את הפרטים: קרקעות, מטלטלין, בתים, מטבעות ושטרי חוב, ואמר שהוא נותן שני חלקים לזה וכו', והוא כותב שזה נחשב מסוים וקנה גם לרמב"ם, כי הוא כאילו אמר שבכל בית ובית ובכל קרקע וקרקע נתן שני חלקי שתיים עשרה לפלוני; ואף שלא ידוע כמה הוא החלק (מבחינה אבסולוטית, ורק ידוע כמה החלק היחסי), זה לא מעכב, כי די שהמין ידוע, גם אם הכמות אינה ידועה, כמו ב"ערימה זו של חטים" (רמב"ם, הלכות מכירה, כא, ב). הוא מוסיף, שהנותן אינו יכול לדחות את המקבל מכל נכס בטענה שחלקו אינו בנכס זה בכלל אלא בנכס אחר, שהרי הזכיר את כל הפרטים ואומר שחילק את כל נכסיו לשנים עשר חלקים, א"כ הוא כאילו אמר שכל נכס מחולק לשנים עשר חלקים. ר' חיים שבתי, שם, מביא ראיה לדין זה, מרמב"ם הל' זכיה, יא, ז, הכותב שהאומר "יחלוק פלוני בנכסי" יטול מחצה, משמע שהאומר "רביע מנכסיו" וכדומה נחשב מסוים. אך ר"מ מלמד, שם, סי' יא (כה ע"ג), דוחה את הראיה, שהרמב"ם שם עוסק בשכיב מרע, ומתנת שכיב מרע תקפה גם אם אינה מסוימת (ראה בשמו בפסקה ד(6), הערה 437); וכך דוחה גם צדק ומשפט, רמא, ד. ר' משה ישועה פאלאג'י, בשו"ת שארית יוסף (ידיד) ח"ג, חו"מ, סי' ד (עמ' רל), הוכיח על פי ראיה זו שר"י קארו סובר ש"חלק כך וכך מנכסי" נחשב דבר מסוים, שהרי הוא לא יכול לדחות את הראיה מהרמב"ם שם, ששם קנה כי זה שכיב מרע, שהרי ר"י קארו סובר שגם מתנת שכיב מרע שאינה מסוימת בטלה לדעת הרמב"ם (ראה בשמו בפסקה ד(6), הערה 434). אך ר"י ידיד, שם, דוחה את הוכחתו, שבאמת ר"י קארו סובר שמתנת שכיב מרע שאינה מסוימת תקפה לדעת הרמב"ם (ראה בשמו בפסקה ד(6), הערה 434); או שיתרץ שמה שכתב הרמב"ם ש"יחלוק פלוני בנכסי" מועיל, מדובר שאמר "בנכסים שיש לי בשדה פלונית ופלונית", שזה מסוים, לפי פסקה (1).

ר' משה ישועה פאלאג'י, שם עמ' ריב, מביא ראיה ש"חלק כך וכך" נחשב מסוים, מב"ב קכח ע"ב, ששם נאמר שהאומר "יתטול אשתי כאחד מהבנים", קנתה אשתו, וחידושי ר"י מיגאש, שם, כתב שמועיל גם בבריא וגם בשכיב מרע, אף שהוא סובר (ראה הערה 356) שדבר שאינו מסוים אינו נקנה, ומדובר שלא סיים במפורש, שהרי רבא בב"ב שם הוצרך לפרש שמדובר "בנכסים של עכשו" (=שיש ברשותו בשעת הנתינה), ואם מדובר שסיים, מדוע הוצרך לומר שלא יטול בנכסים שיקנה (כך מבוארת ההוכחה, בעמ' רטו)? מכאן שכיון שהוא נותן לה אחוז מסוים מהנכסים, זה נחשב מסוים (גם הרמב"ן והמאירי שצוינו לעיל, יישבו כך את המקרה בב"ב קכח). ר"י ידיד שם, עמ' ריג-ריד, דוחה ראיה זו בשלוש דחיות: א) כיון שאמר "כאחד הבנים", עשה את אשתו כאילו היא יורשת, וכמו שהבנים יורשים אף שחלקו של כל אחד אינו מסוים, כך האשה, ואמנם אינו יכול לעשות אותה יורשת ממש, אבל לענין זה השווה את דינה ליורשת, שתטול גם דבר שאינו מסוים. ב) כיון שכלל אותה עם הבנים, דינו כמי שנותן כל נכסיו לשלושה בני אדם יחד, שזה נחשב מסוים, כי כל נכסיו מסויימים (אף שחלקו של כל אחד אינו מסוים), ולכן קנתה. ג) אפשר שכונת ר"י מיגאש לומר שמדובר בבריא וסיים ששכיב מרע ולא סיים (כי מתנת שכיב מרע מועילה גם אם אינה מסוימת - ראה פסקה ד(6), ליד ציון הערה 434), ומה שאמר רבא "בנכסים של עכשו" הוא לגבי שכיב מרע. ר' משה ישועה פאלאג'י עצמו דוחה (בעמ' רטו) את הראיה מ"יתטול אשתי", שגם אם זה בבריא, זה דומה למתנת שכיב מרע כי היא אמורה להוציא רק מהיורשים, ולא מהנותן עצמו, ולכן קונה גם בדבר שאינו מסוים (ראה פסקה ד(6), ליד ציון הערה 478, בשאלה האם מתנה כזאת מועילה בדבר שאינו מסוים כמו מתנת שכיב מרע).

שו"ת שער אשר ח"ב חו"מ סי' כו (נד ע"ד-נה ע"א), כותב שאף לרמב"ם קנה בנידון, שאדם הקנה חצרות אחדים שהיו לו, לאנשים אחדים, אבל לא נתן את הקרקע עצמה במתנה, אלא הקנה לכל אחד מהמקבלים סכום ידוע מדמי השכירות העולים מכל החצרות. הוא מסביר שזה נחשב מסוים, כי הוא כאילו נתן חלק מסוים מהפירות העולים מאיזו קרקע מכל הקרקעות שיש לו, או שחילק את כל הפירות מכל הקרקעות שיש לו, לבני אדם אחדים, חלק ידוע לכל אחד מהם, שזה מסוים, וקנה גם לרמב"ם, כפי שמוכח משו"ת פני משה ח"ב סי' נח (נראה שהוא מתכוון למה שנביא להלן (ג), ליד ציון הערה 424, בשם פני משה, שאם נקבע ערכו של דבר המתנה, היא תקפה גם לרמב"ם); אלא שלעיקר הקנאת הפירות הוצרך להקנות את גוף הקרקעות (נראה שכונתו היא שכיון שזה דבר שלא בא לעולם, אפשר להקנותו רק ע"י שיתן גוף לפירותיו, כאמור ליד ציון הערה 157), ויש לפרש שהוא הקנה את גופם של הקרקעות כולם לכל אחד מהמקבלים בפרטות (ואולי כוונתו היא שהשאל אולם לכל אחד בזה אחר זה, ודי בזה כדי שייחשב "גוף לפירותיו"); ולכן זה מסוים, הן עיקר קניית גוף הקרקעות, שהרי הקנה את כולם לכל אחד מהם, והן בעיקר המתנה, שהוא דמי השכירות שעולים מהם.

קושי בדברי הרמב"ן והמאירי: מה שהם אומרים שהנותן רבע מנכסיו (לדוגמה), יש למקבל רבע מכל חפץ, סותר למה שאמרו הם עצמם, ח"י הרמב"ן, גיטין מב ע"א (הובא בדרכי משה, חו"מ, רמח, ס"ק יא, ובט"ז, חו"מ, רמח, א, ויו"ד, רסז, ס"ק כז), ומאירי, גיטין מב ע"א, שהנותן לחברו חצי נכסיו, המקבל אינו נוטל חצי בכל חפץ ובכל שדה, אלא שמים את כל נכסיו, ונותן לו מהגרוע שבהם כשווי חצי נכסיו. ר"ן על הרי"ף, גיטין כב ע"ב (בדפי הרי"ף),

אף שהמקבל אינו יכול לברר מה החלק שלו בכל נכס, מ"מ הוא יכול להוציא בדין את הפירות המגיעים לחלקו, ויכול להכריח את חברו (הנותן או מקבל אחר) לחלוק, אם יש בו שיעור חלוקה, ולכן סמכה דעת המקבל, ולכן קיימת גם לרמב"ם⁴¹⁹.

רק אם היו נכסי הנותן כולם מחומשים, לדוגמה (כלומר, שאפשר לחלקם בחמש בלי שאריות), וכולם שווים בלי הפרש ביניהם, ונתן חמישית מהם במתנה, יש מקום לומר ש"חמישית" משמעותו שהמקבל יקבל נכס אחד מכל חמשה, וא"כ זה לא מסוים ולא קנה; ואע"פ שיתכן שגם כאן הנותן מתכוון שיקח חמישית מכל חפץ, מ"מ הכלל הוא שבכל ספק בלשון המתנה, על המקבל להביא ראיה, ולכן לא קנה. אבל אין זה מצוי שכל נכסיו של אדם יהיו מחומשים בדיוק, ולכן אם לא ידוע האם נכסיו מסודרים כך, אין חוששים לכך⁴²⁰.

(3) נקבע גודל המתנה ולא מקומה

פוסקים רבים כתבו שאם קבע הנותן את גודל המתנה, גם אם לא קבע איזה נכס הוא נותן, היא תקפה גם לרמב"ם וסיעתו⁴²¹.

מסביר שיד הנותן על העליונה ויכול לדחות את המקבל מליטול חצי כל דבר. פתחי חושן, קניינים, פרק יג, הערה קא, מביא מקור לדינו של הרמב"ן מדין מוכר חצי שדה, שאינו נוטל חצי מהחלק השמן וחצי מהחלק הגרוע, אלא את כל החלק הגרוע (ב"ב קז ע"א). שו"ת מהרש"ם ח"ב סי' רכב, מביא כאילו הרמב"ן שם אומר שיש לו חצי בכל חפץ, ולא דק.

דעות חולקות: שו"ת נאה משיב, חו"מ, סי' יא (עמ' קעה), מביא פסק של ב"ד (בהרכב רא"ה קוק, רצ"פ פרנק, רב"צ קואינקה ועוד), שמביא ששו"ת נאמן שמואל סי' קי (הוא לא דיבר על הנותן אחוז מסוים מנכסיו, אלא על מתנה שנקבע גודלה באופן אבסולוטי, בלי לסיים את מקומה), ור' פנחס ענו, בפחד יצחק, מע' מעביר נחלה, דף קסג, כתבו שהמקנה לחברו חלק ידוע (כגון שליש) מכל נכסיו, נחשב דבר שאינו מסוים, ושאפשר לטעון קי"ל כמותם, אף שמהר"ש, בשו"ת משפט צדק, ח"ב, סי' קה (שלא מצאנו), סובר שהנותן חלק ידוע מנכסיו - נחשב דבר מסוים; ושם שותף נותן במתנה אחוז מסוים של חלקו, שאז חלקו של הנותן עצמו אינו מבורר, הכל מודים שזה דבר שאינו מסוים, ולא קנה.

כמו כן, שו"ת לחם רב, סי' קצג, עוסק באשה שנתנה "שליש מהמטלטלין שלה", ולא סימנה אותם, וכותב לרמב"ם ור"י מיגאש לא מועילה המתנה (הוא לא הזכיר את הרמב"ן); וצדק ומשפט, רמא, ד, מדיק מדבריו שהוא חולק על משפט צדק. ראה גם חוק לישראל, שיתוף נכסים, עמ' 114, ששמחת יהודה חולק על הרמב"ן הנ"ל.

שו"ת שארית יוסף (ידיד) ח"ג, חו"מ, סי' ד (עמ' רי), כותב שאפשר לומר קי"ל נגד משפט צדק, כי אפשר לדחות את ראייתו, ועוד שיש חולקים עליו. כמו כן, בח"ב עמ' רלח, הוא עוסק במי שנתן שני חלקים מנכסיו לראובן, וחלק לשמעון וחלק ללוי, ושייר לעצמו שלשה חלקים, וכותב שזה מתנה שאינה מסוימת, כי לא מבורר איזה חלק הוא נותן, אף שזה אחוז מסוים מנכסיו (ויתכן שתשובתו בחלק ג מתייחסת לאותו מקרה). והוא מביא (בח"ג עמ' ריו) ראיה שזה לא נחשב מסוים, ממה שהרמב"ם נקט "חלק כך וכך משדה פלונית", שקנה, ולא נקט ש"חלק כך וכך מנכסיו" קנה, והיה יותר מתאים לנקוט כך, שזה דומה לרישא של דברי הרמב"ם שם, שנקט "קרקע מנכסיו". ר' משה ישועה פאלאג'י שם דוחה את הראיה, שהיינו הך, שנקט "חלק כך וכך משדה פלונית", וממילא אנו יודעים ש"חלק כך וכך מנכסיו" קנה. ר"י ידיד השיב לו, שאי אפשר להסיק כך, שהרי אולי ב"חלק כך וכך מנכסיו" אינו מקבל חלק בכל נכס אלא מקבל חלק מהנכסים, וא"כ זה לא מסוים. ר"י ידיד, בעמ' רטז, מעלה אפשרות שא"א לומר קי"ל כמו משפט צדק, כי לחם רב חולק עליו, והוא פרשן של הרמב"ם (הוא בעל לחם משנה) ויודע מה דעת הרמב"ם. כנראה, פוסקים אלו סוברים שהנותן יוכל לטעון שהמקבל אינו מקבל שליש מכל חפץ, אלא חפצים שלמים ששוים שליש משווי כל החפצים, וכיון שכלל החפצים אינם מסוימים כמו "שדה פלונית", לא קנה.

יש לציין שט"ז, חו"מ, רמא, א, מביא שר"ן גיטין פ"ד כתב שמי נותן "חצי נכסיו" במתנה למישהו, אינו צריך לתת חצי מכל חפץ, אלא שמין את כלל נכסיו.

⁴¹⁹ ר' בן ציון מאיר חי עוזיאל, בשו"ת פני דוד, דף קסא ע"ד.

⁴²⁰ ר"מ מלמד, שם, סי' יא (כה ע"ג).

⁴²¹ אבני החושן, רמא, ס"ק ד; ר' בן ציון מאיר חי עוזיאל, בשו"ת פני דוד, דף קסא ע"ד; משאת המלך ח"ד סי' תקסג (על נותן ששייר לעצמו כמות קבועה כגון בית רובע, ולא סיים אותה, מפני שעל ידי גודל השיוור, ידוע גודל המתנה). ר' בן ציון מאיר חי עוזיאל שם נימק, שמאחר שקבע הנותן את מידת הנכס, המקבל יוכל לחייב את הנותן בדין לתת לו את הכמות שקבע, אף שיכול לתת לו את הגרוע ביותר.

כמו כן, ב"ח, חו"מ, רמא, ו, כותב שהאומר "בית בבתי נתון לך", המתנה תקפה, כי היא מסוימת, כי סתם בית אינו פחות מארבע אמות על ארבע אמות (סוכה ג ע"א). הוא דוחה בזה את הראיה ממנחות קח ע"ב (ראה לעיל פסקה א(3)), הערה 361), ששם נאמר שהאומר "בית בבתי", נקנה. עוד כתב הב"ח, שמועיל לתת "חצי שדה", מפני שמשמעותו שיעור חצי שדה, דהיינו ארבע וחצי קבים, ע"פ דברי המשנה, ב"ב יא ע"א, ששיעור שדה הוא תשעה קבים (לכאורה הוא סותר את דבריו שהובאו לעיל ד(1)), ליד ציון הערה 410, שנראה מהם שלא די בקביעת הכמות, אלא צריך גם לסיים את המקום באופן כללי).

כמו כן, מרכבת המשנה, מהדורא בתרא, על הרמב"ם שם, כותב שדוקא "קרקע מנכסיו" נחשב שאינו מסוים, כי אולי הנותן מתכוון לכל שהוא, אבל האומר "בית בבתי" נחשב מסוים כי יש למקבל לפחות ארבע אמות, וכן "שדה משדות" הוא לפחות תשעה קבים (צריך עיון, שאח"כ הוא כותב שאם אמר "שמינית משדה שלי" אינו נחשב מסוים, כי לא סמכה דעת המקבל כי הוא חושש שמא יש לנותן שדה קטנה בת ט' קבים, וזה אסמכתא; וכן אם אמר "אני נותן לך קרקע ששורה עשרה דינרים", נקנה (כמו שכתב רמב"ם הלכות מכירה כא, ד, על המוכר חיטים בעשרה

אבל פוסקים רבים כתבו שלרמב"ם וסיעתו, אם לא נקבעה זהותו של דבר המתנה, לא קנה המקבל גם אם נקבע גודלו הכמותי⁴²². לדוגמה, ר"י מיגאש⁴²³ כותב שהמקנה לחברו ארבע אמות קרקע (הוא מתייחס למה

דינרים) כי זה קצת מסוים (הכמות). ובוזה הוא דוחה את הראיה מ"בית בבתי" ומ"שדות". והוא כותב שזאת כוונת מגדל עוז (שנביא להלן (8), הערה 486).

שו"ת שער יהושע ח"א סי' מה, כותב שדי בסיום הכמות, ולכן ב"בית בבתי" קנה כי הקצבה ידועה, כי בית הוא לפחות ארבע אמות (וכך הסביר גם בח"ב חו"מ סי' עב, עמ' נט); וכן ב"דקל לבתי", קנה מפני שדקל הוא מסוים בכמותו, וכן האומר "שדות אני מוכר לך" קנה כי זה מסוים בכמותו (שדה היא תשעה קבים). בכך הוא דוחה את הראיות ממנחות ומכתובות. בח"ב חו"מ סי' עב, הוא כותב בתחילה (בעמ' נז) שלפי הרי"ף, אם קבע את הכמות של השיור, גם אם לא סיים את המקום, נקנה, וכ"ש אם קבע את שווי השיור (קרקע ששווה כך וכך), המתנה קיימת, כי הנותן אינו יכול לדחות את המקבל מכל נכס (ולא הסביר מדוע אינו יכול), ואמנם ר"י מיגאש (הערה 423) הצריך לסיים את ארבע האמות, הרי שלדעתו גם אם קבע את הכמות, נחשב שאינו מסוים, אבל הרי רמב"ן כתב שר"י מיגאש חזר בו (ראה על כך לעיל א(2), הערה 356). והוא מוכיח (בעמ' נח) שגם הרמב"ם סובר שדי בסיום הכמות. אבל הוא כותב (בעמ' נט) שלפי רש"י, אם לא סיים את המקום, נחשב דבר שאינו מסוים גם אם סיים את הכמות. ואח"כ (בעמ' ס) הוא מביא שהר"ן בגיטין כתב שהר"ף סובר כר"י מיגאש, ומגיד משנה כתב שהרמב"ם סובר כר"י מיגאש, א"כ שלשתם סוברים שגם אם סיים את הכמות, נחשב דבר שאינו מסוים.

שו"ת פני משה, ח"ב סי' ס (ק"א ע"ג), כותב שהנותן מתנה ושייר לעצמו שווי אלף לבנים, נחשב דבר מסוים, כי קצב את הסכום. נראה שזאת כוונתו גם במה שכתב לפני כן (בדף קי ע"א), שרק המשייר לעצמו קרקע או מטלטל אחד, ולא פירש אותו בפרטות, יכול לדחות את המקבל מכל נכס, כיון שהוא צריך את גוף אותו קרקע או אותו מטלטל, אבל אם הנותן שייר לצורך הוצאת קבורתו, זה נחשב מסוים, כי לא משנה לו אם זה מטלטל זה או אחר, הרי כל דבר שהוא שווה כסף - שייר, כי המטרה היתה לשייר די כסף שנחוצ לקבורתו, וא"כ בזה אינו יכול לדחות את המקבל מכל נכס, כי אין לו אלא לקבורתו. נראה שנימוקו הוא, שמחיר הקבורה הוא קצוב.

כמו כן, שו"ת הרי"ף (מהד' לייטר), סי' כג, עוסק במי שנתן את כל נכסיו לבית כנסת, ושייר ליורשיו כך וכך מן השדות והכרמים (שזו למעשה מתנה לבית הכנסת עם שיור לעצמו, שהרי מה שיישאר לעצמו יעבור ליורשיו), והוא פוסק שנותנים ליורשים את המידה שנקבעה, חציה מהשדות וחציה מהכרמים; ונותנים להם מהנכסים הגרועים ביותר כי יד בעל השטר על התחתונה, ועוד שלא נתן להם אלא בעין רעה, משום שיור. מכאן שאם נקבע גודלו של השיור, המתנה תקפה. אבל ייתכן ששם המתנה לבית הכנסת היתה תקפה גם אם לא היתה מסוימת בכלל, מטעם נדר, שאינו צריך להיות מסוים (לפי שו"ת פני משה, ח"ב, סי' נח).

אבני החושן שם דוחה בכך את הראיה מ"בית בבתי", כי שם סיים בית אחד; וכן דוחה את הראיה של הט"ז (הערה 361) ממה שנוהגים להקנות אגב ארבע אמות בלי לסיים, ששם מועיל כי קבע את הכמות. הוא מעלה אפשרות שאין מחלוקת בין הפוסקים, והכל מודים לרמב"ם שאם לא ידועה הכמות, לא קנה (דבריו קשים, שהרי הרמב"ן והרשב"א והר"ן, בהערה 361, עוסקים במקרה שבגיטין ח ע"ב, ושם לא ידועה הכמות, ומ"מ אומרים שקנה).

⁴²² שו"ת נאמן שמואל סי' קי, דף קס ע"ג (הובא ע"י ר' דוד פאפו, בשו"ת פני דוד, דף קנח ע"ב), כתב שב"חלק משדה פלוני" קנה כי גם סיים את השדה וגם ידוע השיעור (ראה לעיל א), ליד ציון הערה 404, בשאלה זו), אבל אם לא סיים את הנכס, גם אם נודע השיעור, לא קנה. ועל סמך זה כתב (והובא ע"י ר' פנחס ענו, בפחד יצחק, מע' מעביר נחלה, דף קסג ע"א), בענין מתנה שכתוב בה "כל אשר יש לי חוץ מאלף לבנים", שלרמב"ם לא קנה, אף שגודל השיור ידוע וממילא גודל המתנה ידוע, כי הנותן יכול לבחור מאיפה לקחת את האלף לבנים.

פרישה, חו"מ, רמא, ו, לומד מדברי ר"י מיגאש (הערה 423) שלרמב"ם לא קנה גם אם הנותן אומר שהוא מקנה "שדה", אף ששיעור שדה הוא תשעה קבים (כך נראית כוונתו, שהוא בא לחלוק על הב"ח שאומר דבר כזה (ראה הערה 421); אך לשונו אינה ברורה).

שו"ת פני משה, ח"ב סי' נח (קד ע"ב), מביא שר' שמואל הלוי אמר, שהנותן את כל נכסיו, גוף מהיום ופירות לאחר מיתה (הוא עוסק בנותן לצדקה ["הקדש"]), אבל מחיל עליה דינים של מתנה רגילה), ושייר לעצמו מאה גרוש או שוויים, ושייר לעצמו את הזכות לבחור האם לקחת אותם כפי שהם בעין, או לקחת את שוויים מאיזה מקום שלבו חפץ - זה דבר שאינו מסוים, ולרמב"ם לא קנה המקבל, כי הנותן יכול לדחותו, אף שגודל השיור ידוע. והוא כותב (בדף קה ע"א) שכך הדין לפי ר' שמואל הלוי גם אם התנה שרק אם לא יהיה כסף, יוכל היורש לבחור איזה סוג שוה כסף, אבל אם יהיה כסף בעין, הוא חייב לקבל אותו - זה דבר שאינו מסוים, שהרי אם לא יהיה שם כסף, הבחירה ביד היורש לברור שוה כסף, ואז זה בוודאי אינו מסוים, ולכן גם אם יש כסף, זה בטל, כי השטר והקנין שהקנה את הכסף להקדש הוא בטל.

⁴²³ שו"ת ר"י מיגאש, סי' רכז (הובא בחי' הרמב"ן, גיטין ח ע"ב, בחי' הר"ן גיטין ח ע"ב, במגיד משנה על הרמב"ם שם, בס' התרומות, שער מג, ח"א, אות יג, במאירי גיטין ח ע"ב, בשו"ת מהרי"ט, ח"ב, חו"מ, סי' יז, בשו"ת לחם רב, סי' קצב, ובס' השליחות וההרשאה במשפט העברי, עמ' 270). מגיד משנה שם, ושו"ת מהרש"ך, ח"א, סי' קמו, כותבים שהרמב"ם סובר כר"י מיגאש. וכן העיטור (שצוין בהערה 357) כותב שקנין אגב מועיל רק אם סיים את מקום הקרקע כגון "ארבע אמות בצפון חצרי". לחם שלמה (בולה), קונטרס קנין אגב, סי' ל (יב ע"א), כותב שרי"ף, רש"י, ורמב"ם סוברים כר"י מיגאש.

ראה לעיל בפסקה א(2), הערה 357, את ראיית ר"י מיגאש לדעתו זו. אך ראה פסקה ד(23), ליד ציון הערה 535, שר"י אבולפיה, בני אהרן ושארית יוסף כותבים שהקנאת מטלטלין אגב קרקע מועילה גם אם הקרקע אינה מסוימת בכלל, גם לרמב"ם.

בס' התרומות שם מובא שר"י מיגאש סייג זאת, שבעשיית הרשאה לתביעה בדין אגב ארבע אמות, אין צורך לסיים, כי הגאונים תיקנו שיכול להקנות בהרשאה אפילו על סמך ארבע אמות שיש לו בארץ ישראל.

שו"ת מהרש"ך ח"א סי' קמו, כותב שיש לחוש לדעת ר"י מיגאש, שלא קנה אם לא סיים את ארבע האמות, במתנה שיש בה משום העברת נחלה, שהיא מתנה גרועה, כיון שהכלל הוא שעלינו להתאמץ להשאיר נחלה בידי היורש כדי שלא להעביר נחלה (ב"ב קלג ע"ב). אבל בחלק ב סי' ט, כתב שאין לפסול מתנה שלא סיים בה את מקום ארבע האמות מטעם דעת הר"י מיגאש, שהרי גם אם איננו יודעים שיש לו קרקע, כתב הרא"ש, ב"ב, פ"ד, סי' ג, שאנו

שהיה מקובל, להקנות מטלטלין בקניין "אגב קרקע", אגב הקנאת ארבע אמות קרקע), אינו נקנה אם לא ציין היכן הן. מכאן שלא די בקביעת גודלה של המתנה, כדי שתיחשב מסוימת.

נראה שלפי גישת הפגם החוזי, יש יותר מקום לומר שאם נקבע גודל המתנה, היא תקפה גם לרמב"ם, מפני שאז יש יותר גמירת דעת למקבל ולנותן, כיון ששניהם יודעים שלא יוכל הנותן לדחות את המקבל בכלשהו. לעומת זאת, לפי גישת הפגם הקנייני, יש פחות סיבה לומר שכאן המתנה תקפה גם לרמב"ם, שהרי הפגם הקנייני הוא בעצם העובדה שאין נכס ידוע שאליו מתייחסת הזכות הקניינית שמועברת, ולכן אין זה משנה שכמות המתנה ידועה.

מבין הפוסקים שאומרים שאם נקבע גודל המתנה, היא תקפה גם לרמב"ם, יש מי שמרחיב זאת גם למקרה שנקבע רק **ערכו** של דבר המתנה ולא מידתו. לדוגמה, אם קבע הנותן קצבת כסף למה שהוא נותן או למה שהוא משייר לעצמו, כגון שאמר "כל נכסי נתונים לך חוץ משה מנה שבנכסי", קנה המקבל, גם לרמב"ם. רק אם לא קצב את שוויו של השיור (או של המתנה), יש להניח שלא גמר בדעתו להקנות כלום, וסמך על כך שיוכל לדחות את המקבל, אבל אם קבע קצבת כסף, יש להניח שהקפיד רק על סכום הכסף, ולא איכפת לו איזה נכס, וכל נכס שיהיה שווה לסכום הזה, די לו, ולכן לא סיים, וגמר בדעתו ומקנה, ואינו חושב לדחות את המקבל מנכס לנכס⁴²⁴.

סומכים על הודאת המקנה שיש לו קרקע להקנות אגבו, ואם כן אין טעם לפקפק אם סיים את הקרקע או לא (נראה שהוא מתכוון למקרה שהודה שסיים, וגם אם כתוב בשטר בלי סיום, הוא נאמן לומר שסיים בעל פה - ראה להלן (14) ליד ציון הערה 509, על סיום בעל פה). ר' פנחס ענו, בפחד יצחק מע' מעביר נחלה, דף קסג ע"א, ושו"ת עין משפט (הלוי) חו"מ סי' ה' (ו' ע"ד-ז ע"א), הסבירו את ההבדל בין התשובות, שבח"א עסק בהוצאה מיורשים, וכדי להעמיד נכסים בחזקת יורשים, חוששים לדברי כל פוסק.

שו"ת בעי חיי חו"מ ח"א סי' קסד (קצו ע"ג), וכנסת הגדולה, חו"מ, רב, הגהב"י, אות ג, מביא שמהר"ש יפה בס' עיטור סופרים כ"י, סי' פט, חשש לדעת ר"י מיגאש. ר' בנימין אליאס, המובא בשו"ת בני שמואל, סי' לד (עח ע"א), כתב שאפשר לומר קי"ל כדעת ר"י מיגאש, אבל בני שמואל עצמו, שם, לא חשש לדעת ר"י מיגאש.

⁴²⁴ שו"ת פני משה ח"ב סי' נח, דף קו ע"א-קז ע"א (הובא בשו"ת משאת משה, השניות, חו"מ, סי' ה', דף כב ע"ג, ובדרכי איש, ארוואץ, דרוש י', דף כד ע"ב). בכך הוא דוחה את הראיה (פסקה א(3), הערה 361) מגיטין סו ע"א, על האומר "ארבע מאות זוז מחמרא", שאף שלא סיים איזה יין הוא נותן, נקנה כיון שהזכיר את שוויו (בעצם, הוא משתמש בסוגיה זו כראיה לדבריו). פני משה (דף קו ע"ב-ע"ג) מביא ראיה שאם קבע את קצבת הכסף זה נחשב מסוים, משו"ת הרשב"א, ח"ד, סי' קכט, האומר שאם אמר הנותן "כך וכך זהובים מנכסי", משמעו או שווה כסף, או שימכור מנכסיו ויתן לו אותם זהובים (וכוונתו לומר שאין בעיה של "אין מטבע נקנה בחליפין", וגם אין החיסרון שיתכן שלא היו ברשותו בשעת המתנה - ראה ליד ציון הערה 232); משמע שאף הרי"ף (שהרשב"א כתב בתשובתו שהוא מסכים אתו, וכוונתו לשו"ת הרי"ף, בלגוריי, סי' קסח) סובר כך, אף שהרי"ף אומר שמתנה שאינה מסוימת בטלה, וכאן לא סיים מאיזה מקום משווי נכסיו יתן - אלא, כיון שקצב סכום, נקנה (אבל שו"ת נאמן שמואל סי' קי (קס ע"ד), דוחה הוכחה זו, כי זה שהרשב"א מסכים לרי"ף באומר "נתתי לו מאה זהובים", לא אומר שהרי"ף יסכים לסוף דברי הרשב"א). פני משה מביא עוד ראיה משו"ת מהרש"ך ח"ב סי' ט, שכתב שהנותן "500 פרחים [סוג מטבע] ממיטב נכסיו", משמעו "500 פרחים בנכסיו", וזה כנותן דבר מסוים, שמועיל, ומהרש"ך הביא ראיה משו"ת הריטב"א, סי' מא, שמוכח משם שהאומר "מנה מנכסי", זה דבר מסוים וקנה; וצ"ל שהטעם הוא כי יש שם קצבת ממון (נאמן שמואל סי' קי (קס ע"ג), דוחה את הראיה ממהרש"ך, על פי שו"ת לחם רב סי' קצב, שהבאנו בהערה 357, שביאר את דברי הריטב"א, שצריך סיום, כדי שתהיה הוכחה שהנכסים היו אז ברשותו, ולא משום שמתנה שאינה מסוימת אינה תקפה, וא"כ אין משם ראיה לנידון). הוא מוכיח כך גם משו"ת תורת אמת, סי' פג, שעולה מדבריו שאם אמר הנותן "שוה דוקאטי (מין מטבע)", המקבל קנה אף שלא היה שם סיום, אף שלדעת הרמב"ם בדבר שאינו מסוים לא קנה - אלא, כי קבע את השווי. אך הוא דוחה את הראיה מתורת אמת: הוא לא אמר שאם אמר "שוה מנה מנכסיו" מועיל, אלא אמר שאם היה נותן שווה מנה, בלי לומר "מנכסיו", היה מועיל. הוא מביא עוד ראיה משו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' שלו, העוסק במי שכתב בצוואתו: "יורשי יירשו אלף לבנים מנכסי, וכל שאר נכסי נתתי לפלוני", והרי "מנכסי" משמעו שווה כסף, כמש"כ הרשב"א והריטב"א, ולא סיים את השיור, ומ"מ לא פסל מטעם דבר שאינו מסוים (אך יש לדחות, ששם מדובר בשכיב מרע, וייתכן שמהרשד"ם סובר שבמתנת שכיב מרע נקנה גם דבר שאינו מסוים - ראה להלן (6), ליד ציון הערה 434). שו"ת נאמן שמואל, סי' קי (קס ע"ג), דוחה את הראיה ממהרשד"ם, שהוא רצה לבטל את המתנה לכל הדעות, ואילו היה מנמק מטעם שאינו מסוים, לא היה הנימוק שייך לפי הפוסקים המקיימים מתנה שאינה מסוימת, ולכן לא נימק מטעם זה, אבל באמת גם אם נקצב השיור נחשב שאינו מסוים.

אבל יש להעיר, שר' שמואל הלוי, שם, סי' נט, עסק באותו מקרה כמו פני משה, ומ"מ כתב שלרמב"ם לא קנה. נאמן שמואל סי' קי (קס ע"ד), כתב שאפשר לומר קי"ל כמהר"ש הלוי.

שו"ת חושן האפוד חו"מ סי' ו' (ט ע"ב), כתב שמהר"ש הלוי חלק על פני משה שם, רק כי בנידון שייר הנותן במתנה סכום מסוים שיהיה ליורשי, והשאיר את הבחירה ליורשי, האם לקחת כסף או שווה כסף, א"כ היורשים יכולים לומר "את זה אנו רוצים", "את זה איננו רוצים", ולכן אינו נחשב מסוים; אבל אם השיור ליורשים היה רק עשרה זהובים, ומה שכתב "מנכסי" הוא לחזק את כוחם, שאם לא ימצאו מזומנים יוכלו למכור מנכסיו, מהר"ש הלוי מסכים שזה מסוים. חושן האפוד מביא שר"א אשכנזי בשו"ת ישמח לב (גאגין), חו"מ, סי' כ' (עז ע"ג), עסק בצוואה שנאמר בה "יירש בני מסך כל הנכסים מאה גרוש, והנשאר אני מקדיש [לצדקה]", וכתב שתוקף ה"הקדש" תלוי במחלוקת האם אפשר להקנות דבר שאינו מסוים. אבל חושן האפוד מעיר שלפי המקורות הנ"ל, זה נחשב מסוים כי השיור קצוב.

(4) אם אחד מהנכסים טוב או גרוע מכל האחרים

הראב"ד כתב⁴²⁵ בדעת הרמב"ם: "ואולי נאמר כיון שהדין ידוע שיד בעל השטר על התחתונה, כאילו פירש הגרוע או הנפול או המת. ודין זה כשאין שם אלא גרוע אחד או מת אחד שהוא כמסויים, אבל אם היו שנים גרועים או שנים מתים, לדעת הרב ז"ל לא קנה כלום". כלומר, אם אמר הנותן: "בית מבתי נתון לך", לדוגמה, הוא כאילו אמר שהבית הגרוע ביותר שלו נתון במתנה, כי ידוע שהמוציא מחברו עליו הראיה, ולכן יד המקבל על התחתונה. לכן, אם יש לנותן בית אחד שהוא גרוע יותר מכל האחרים, המקבל זכאי לקבל אותו גם לפי הרמב"ם, מפני שהנותן כאילו אמר שהוא נותן לו אותו, וזוהי מתנה מסויימת. רק אם היו לנותן שני (או יותר) בתים שהם גרועים באותה מידה, לא קנה המקבל, מפני שלא ידוע לאיזה מהם הוא התכוון, וזוהי מתנה שאינה מסויימת; והרמב"ם שפסק שמתנה שאינה מסויימת בטלה, עסק במצב כזה.

דברים אלו יכולים להתאים הן לגישת הפגם החוזי והן לגישת הפגם הקנייני. מאחר שרואים כאילו בחר אחד מהנכסים, אין פגם חוזי או פגם קנייני, כמו אילו בחר בפירוש את הנכס בשעת ההקנאה.

לעניין זה, אם השתנה מצב הנכסים בין הקנאת המתנה לנתינה בפועל, כגון שאחד הנכסים שהיה טוב בשעת ההקנאה הפך להיות הגרוע ביותר בשעת הנתינה - שעת הנתינה היא הקובעת. אין אומרים שהנותן התכוון למה שהיה הגרוע ביותר בשעת ההקנאה, אלא אומדים את דעת הנותן, שהתכוון מראש לקיים את המתנה בנכס שיהיה הגרוע ביותר בשעת הנתינה, כי יד בעל השטר על התחתונה⁴²⁶.

⁴²⁵ השגות הראב"ד, על הרמב"ם שם (הובא באור שמח, הלכות מכירה, כד, ד, ובמשמר הלוי, סי' ה, אות ג ואות י). הראב"ד דוחה בכך את הראיה מן הסוגיה במנחות קח ע"ב (הערה 361) - שם חייב לתת את הבית הגרוע, כי מדובר שהיה לו בית אחד שהיה גרוע מכל האחרים. שו"ת דבר משה, ח"ב, סי' עה (פב ע"ד), דוחה על פי סברת הראב"ד, את הראיה מ"חלק לפלוני" (הערה 361) - ששם קנה כי רואים כאילו סיים את החלק הגרוע. וראה בשמו בחוק לישראל, שיתוף נכסים, עמ' 96, שהשתמש בסברת הראב"ד לענין שותף שמכר את חלקו (ושם הקשינו על אופן השימוש שלו). **עוד הסוברים כראב"ד:** מגיד משנה, על הרמב"ם שם, מעלה אפשרות שהרי"ף סובר כהבחנת הראב"ד. שו"ת פרי הארץ ח"ג חו"מ סי' ז [מסומן סי' ו] (עז ע"ד), כתב שכסף משנה סובר כסברת הראב"ד, ומה שדחה את הראיה מ"בית בבית" שמדובר בבית קטן בתוך בית גדול (ראה בשמו לעיל (א), הערה 413), לא התכוון להעמיד דוקא במקרה שתואר, שהרי זו אוקימתא דחוקה והיה לתלמוד ולרמב"ם לומר בפירוש שמדובר כך, אלא כוונתו לומר שהמקבל קנה בכל מקרה, מטעם סברת הראב"ד, שנחשב כאילו סיים את הגרוע, ולכן הוא כאילו סיים בית קטן מתוך בית גדול.

בדומה לראב"ד, כתב רא"ש, גיטין, פ"ז, סי' טז, שב"מוכר חצי שדה" (ב"ב קז ע"א), מראש מכר את החלק הכחוש וחלקו מבורר. אבל הוא לא כתב זאת כדי להסביר מדוע המתנה תקפה (לנפקא מינה שלו מכך - ראה פסקה ג, ליד ציון הערה 398). פלס חיים, גיטין ט ע"א (סוגיא דפלגין דיבורא), ד"ה ומה שפליאה (עמ' כה במהד' תש"ך), כתב שלפי זה לא קשה מב"ב שם על רש"י (הסובר שאין תוקף למתנה שאינה מסויימת), כי שם המוכר דוחה את הקונה ואומר שמראש חלקו מבורר, לכן קונה את הכחוש, ורש"י דיבר רק במקרה שהנותן יכול לבחור גם אח"כ, ואין צריך לומר שמראש היתה דעתו על שדה מסויימת, ולכן לא חל קנין כלל. נראה שהוא מתכוון לדבריו (להלן פסקה 27), הערה 559) שרש"י דיבר רק במקרה כגון "כל נכסי חוץ משדה אחת", ויש לו גם מטלטלין, שלא נקנה שום שדה, כי הנותן אינו מוכר להצביע על שדה מסויימת שאליה התכוון במתנתו, כי "כל נכסי" יכול להתקיים במטלטלין. בדרך קצת שונה הסביר נתיבות שמואל, נתיב ו, אות ו (נח ע"ג), את דברי הראב"ד: רואים כאילו אמר בפירוש שהוא נותן מה שירצה לבחור לתת, כאילו התנו שתהיה לנותן זכות לבחור; ולכן אם הנותן ירצה לתת דוקא את היפה, הוא רשאי. אך הסברו קשה, כי אם כן, גם כשיש שניים (או יותר) ששוים בגרעותם, נאמר שקנה כי הקנין חל על מה שהנותן יבחר?

חריג: אור שמח, על הרמב"ם שם, כתב שגם לראב"ד, אם אמר "קרקע אחת מנכסי", ואחד מנכסיו גרוע מכל האחרים, אבל איננו בטוחים שאין לו נכסים אחרים (מלבד אלו הידועים לנו), חוששים שמא יש לו נכסים יותר גרועים במקום אחר, ואולי הנותן התכוון לתת אותם, ולכן לא סמכה דעת המקבל, ולכן לא קנה; וכן בכותב כל נכסיו במתנה ושייר קרקע אחת, גם אם אחת מקרקעותיו טובה יותר מכל האחרים, אם יתכן שיש לו נכסים יותר טובים במדינה אחרת, לא נקנה כלום, מפני שייתכן שהתכוון לשייר אחד מנכסיו האחרים (הוא מתכוון ליישב מדוע כתב הרמב"ם שבמקרה זה לא קנה).

מעשה בצלאל, על פסקי רקנטי, סי' רנב, כתב שסברת הראב"ד לא שייכת בקפידא דרוחות (כלומר, בהעדפת נכס מסוים מפני שהוא בצד מסוים). נראה שהוא מתכוון לומר שאי אפשר לומר שחלק מסוים הוא הגרוע ביותר, כי אולי הקונה מעוניין דוקא בו כי הוא בצד שנוח לו; או שהוא מתכוון להסביר מדוע אם כולם שווים, לא קנה, ואין אומרים שהנותן התכוון לגרוע ביותר מבחינת הצד שלו - כי זה דבר סובייקטיבי, כי לכל אדם חשוב צד אחר, ואי אפשר לדעת מה הנותן התכוון.

הבחנה: ר"ש שקאף, מערכת הקניינים, סי' טז (עמ' נ), כתב שדוקא בבתיים ושוורים (שבהם נאמר במנחות קח ע"ב שמועיל), קנה, כי מראש יודע המקבל שיתן לו את הגרוע, וסמכה דעתו שיזכה בגרוע (ואף שיוכל הנותן לתת לו בית שיפול - ראה להלן הערה 426 - המקבל אינו מעלה על דעתו שאחד יפול), ולכן קנה גם לרמב"ם; אבל בשדה בין שדות, לא קנה לפי הרמב"ם, מפני שאין ההבדל ביניהם ניכר כל כך, ולא ידוע כלל במה יבחר הנותן, כי יש שמעדיף הר ויש שמעדיף בקעה, לכן לא סמכה דעתו של המקבל.

⁴²⁶ ר' רפאל חיים אליה הלוי, במנחה טהורה, מנחות קח ע"ב (קכו ע"א-ע"ב); ר' יצחק אלבעלי, שם דף קל ע"ב; לחם שלמה (בוללה), קונטרס קנין אגב, סי' ל (יב ע"ב); רח"א גאגין, במנחה טהורה שם, דף קלג ע"ג. הם כתבו כך כדי לתרץ מה שקשה על הראב"ד: אם רואים כאילו פירש את הגרוע בשעת ההקנאה, מדוע נאמר במנחות קח ע"ב על "בית בבית", שהמוכר יכול לתת לקונה בית שנפל, והרי יתכן שדוקא בית טוב נפל (כך הקשו גם מערכת הקניינים, סי' טז, עמ' נ, אבי עזרי, על הרמב"ם שם, מנחה טהורה, מנחות שם [דף קכג ע"ד בדפי הספר],

בשיור לא מסוים: יש מי שאומר, על פי דרכו של הראב"ד, שבשיור לא מסוים, כגון "כל נכסי נתונים לך חוץ ממקצתם", אם יש לנותן נכס אחד **טוב** יותר מכל האחרים, המתנה תקפה, מפני שרואים כאילו פירש "חוץ מן הנכס הטוב ביותר" (במקביל למה שאמרנו בנותן נכס סתם, שהוא כאילו פירש את הגרוע ביותר), ואם כן, השיור הוא מסוים, וממילא גם המתנה מסוימת.⁴²⁷

אבל אחרים אומרים, שאין מפרשים כך את כוונת הנותן, מפני שהעובדה שנתן את כל נכסיו ושייר רק מקצת, מראה שהוא רוצה לחזק את כוחו של המקבל ולהיטיב עמו, ולא לשייר לעצמו את הטוב ביותר דווקא, ועדיין לא ידוע איזה התכוון לתת, ולכן אין זה מסוים.⁴²⁸

אם הנותן שייר שויר לא מסוים, וכתב בשטר המתנה שיד **המקבל** תהיה על העליונה, והיו לו נכסים מסוגים שונים, ולא היו שניים מהם ששווים זה לזה - המקבל קנה את הכל חוץ מן הנכס הגרוע ביותר, גם לרמב"ם, מפני שיש להניח שהתכוון לשייר אותו לעצמו (במקביל למה שאמר הראב"ד על מתנה שאינה מסוימת), ומאחר שהשיור מסוים, המתנה מסוימת.⁴²⁹ נראה שכאן יסכימו גם בעלי הדעה השניה הנ"ל, מן הטעם שהוסבר.

אבל יש חולקים על הראב"ד, ואומרים שגם אם יש לנותן נכס אחד שגרוע מכל האחרים, לא נקנה לשיטת הרמב"ם, ואין אומרים שזו נחשבת מתנה מסוימת כיון שהנותן התכוון לתת נכס זה בדוקא.⁴³⁰

ומנחת חזקיה, מנחות שם)? התשובה היא, שמניחים שהתכוון לאותו נכס שיהיה הגרוע ביותר בשעת הנתנה בפועל, ולכן נותן את הבית שנפל.

כמו כן, רחובות יצחק עמ' קמה-קמו, מסביר את סברת הראב"ד, שמאחר שההבדל בין גרוע לטוב הוא אובייקטיבי ונכון לכל אדם, לכן יש להניח שמה שבחר המקנה אח"כ לתת, הקנה למקבל בתחילה, אלא שלא גילה את דעתו אז, או שהוא עצמו לא ידע אז איזהו הטוב שבשניהם, ואילו ידע זאת, היה מברר אותו, כי אין להניח שישנה את דעתו, ואין אומרים "אין ברירה" כי זה רק גילוי מילתא (זו תשובה לקושיית לחם שלמה על ההסבר שבפנים, הרי א"כ זה לא היה מסוים בשעת המכר); והמקנה נאמן לומר "את זה בחרתי לתת לך מראש"; אבל אם יש שניים שווים, לא קנה המקבל כלום, כי מה שבחר בסוף לא היה בידיעתו מראש, אלא הוא בחר עכשו במקרה, ובוז "אין ברירה".

יש להעיר, שלפי הסברים אלו, אם בשעת הנתנה היו לנותן שני נכסים ששווים בגרעותם, לא קנה המקבל גם אם בשעת ההקנאה היה אחד גרוע מכל האחרים; ואם בשעת הנתנה היו לנותן אחד גרוע מכל האחרים, קנה המקבל גם אם בשעת ההקנאה היו לנותן שני נכסים ששווים בגרעותם.

בדומה, שו"ת נחפה בכסף, ח"א, חו"מ סי' כב (קט ע"ג), מקשה (בלי קשר לראב"ד), שבמנחות נאמר לגבי "בית בבתי" ש"יד לוקח על התחתונה", משמע שהוא קנה את הגרוע, וא"כ מדוע יכול לתת בית נפול, הרי הוא לא קנה בית זה (אלא את הגרוע), ולא שייד שהמוכר יטען "שלך נפל", והדין היה צריך להיות שאם נפל הגרוע, יפסיד הקונה, ואם אחר נפל, לא יפסיד? והוא מתרץ, שמה שכתוב "יד הלוקח על התחתונה" אינו שמראש קנה את הגרוע, אלא שהמוכר רשאי לתת לו מה שירצה, אפילו הגרוע, ולכן אם אחד נפל, המוכר יכול לומר לו "זה מה שמכרתי לך".

⁴²⁷ לחם משנה, על הרמב"ם שם, בדעת הר"י, גיטין ב ע"ב, בדפי הר"י (כהסבר לדברי מגיד משנה). הוא מוסיף שאם יש לנותן שתי קרקעות עידית, לא קנה המקבל גם את קרקעות הזיבורית, אף שלגביהם אין ספק שלא שייר הנותן לעצמו (לפי ההבחנה של הראב"ד); כי מאחר שלא קנה את **כל הנכסים** שלא שייר הנותן לעצמו, שהרי את שתי קרקעות העידית לא קנה, לכן לא קנה כלום, כי לא פלגין דיבורא של המלה "נכסים". גם יד המלך (פלומבו), על הרמב"ם שם, כותב שמאחר שלא קנה את שתי שדות העידית, גם לא קנה את הזיבורית, כי כל השדות הן גוף אחד, ובגוף אחד לא פלגין דיבורא; וכן הנותן שדות ומטלטלין, אם לא קנה את השדות משום שאין מסוימות, גם לא קנה את המטלטלין, כי הם גוף אחד עם השדות, ולא פלגין דיבורא (אבל אח"כ הוא מעלה אפשרות שלרא"ש במקרה זה קנה את המטלטלין). אך קרית מלך רב, על הרמב"ם שם, דוחה את הסבר לחם משנה בדעת הר"י, כי לא משמע מהר"י שהוא מסתמך על "לא פלגין דיבורא", שהרי כתב לפי תנא קמא, שהטעם שלא קנה את הנכסים הוא כי הנותן יכול לדחות, ורק לענין קניית העבד את עצמו השתמש בטעם של לא פלגין דיבורא; וכן לגבי ר' שמעון כתב שקנה את העבד כי פלגין דיבורא, משמע שאת הנכסים לא קנה, אפילו זיבורית, אף שהוא סובר שפלגין דיבורא. והוא מעלה אפשרות שהר"י מדבר במקרה שיש לנותן רק שתי קרקעות, מאותה דרגה, ולכן לא קנה, אבל אם יש לו בנוסף גם קרקעות זיבורית, קנה אותן המקבל, משום "פלגין דיבורא".

⁴²⁸ דרישה, חו"מ, רמא, ו (כך נראית כוונתו).

כמו כן, ח"י כתב סופר, גיטין ח ע"ב (ד"ה והנה תוספות), כותב שגם לפי סברת הראב"ד, אם אומר "כל נכסי נתונים לך חוץ ממקצתם", לא נקנה, כי בזה שאמר "חוץ", סותר את דבריו הראשונים, "כל נכסי", ולכן מפרשים את מה שאמר "חוץ ממקצתם", שכל נכסיו נכנסים בגדר הספק, מי מהם נתונים במתנה, והוא לא החליט עדיין איזה יבחר לעצמו, ומה שאמר "כל נכסי נתונים לך" כוונתו שכולם בקנין, **שייתכן** שיהיו קנויים למקבל, ועל כל אחד יש ספק, והנותן גילה בזה את דעתו שעכשו לא מבורר כלום.

⁴²⁹ שו"ת פני משה, ח"ב סי' נח (קה ע"ד). במקרה זה, שהתנו שיד המקבל תהיה על העליונה, כלומר שבידו לבחור איזה נכס יישאר לנותן, יש סיבה אחרת לומר שהמקבל קנה - ראה פסקה (16), ליד ציון הערה 517.

⁴³⁰ מגיד משנה, על הרמב"ם שם, מוכיח שהרמב"ם אינו סובר את הבחנת הראב"ד, שכן הרמב"ם כותב שאינו יכול לומר "תן לי כפחות שבנכסיד". לחם משנה על הרמב"ם שם מסביר את דברי מגיד משנה (והסכים לו שו"ת נחפה בכסף, ח"א, חו"מ, סי' כב, דף ק ע"ב), שאין לומר שהרמב"ם מדבר רק במצב ששתי קרקעותיו הגרועות ביותר של הנותן, הן שוות בערכן, כך שאין ידוע לאיזה מהן התכוון, והמתנה אינה מסוימת, ויסיים שאם יש לו רק קרקע אחת גרועה, קנה המקבל אותה (וכך אכן אומר מים חיים, על הרמב"ם שם, בדעת הרמב"ם) - אין לומר כך, שהרי מלשון הרמב"ם "עד שיסיים המקום" משמע שהאפשרות היחידה שיקנה היא ע"י סיום המקום. אור שמו, על הרמב"ם

טעם שיטה זו הוא, שהנותן יכול לומר למקבל: "נכס זה שאתה אומר שהוא הגרוע ביותר, עבורי הוא יקר, ולא התכוונתי אליו", וכך הוא יכול לדחות אותו בכל נכס, ולכן המתנה אינה מסוימת⁴³¹.

(5) נכס העומד בפני עצמו

יש אומרים שגם לשיטת הרמב"ם וסיעתו, ב"בית בבתי" וב"דקל לבתי" קנה המקבל, כי כל דקל וכל בית עומד בפני עצמו, וזה דבר מסוים, אף שאיננו יודעים איזה הקנה, כי על כל פנים הקנה לו בית אחד או דקל אחד; ודוקא באומר "קרקע בנכסי" וכדומה לא קנה, כי זה לא ניכר ומסוים בפני עצמו, אלא כלול בכלל כל הנכסים⁴³². דוקא הנותן סתם ארבע אמות, לדוגמה, שאינן מבוררות בכלל, שהרי אפשר לומר שיתן למקבל ארבע אמות מפוזרות בכל שדותיו, קצת כאן וקצת כאן, לא קנה, משא"כ "בית בבתי" וכדומה, שכל בית מבורר לעצמו וצריך לתת לו במקום אחד⁴³³.

סברה זו מתקבלת יותר לגישת הפגם החוזי, שמאחר שהנכס ניכר בפני עצמו, יש גמירות דעת. אבל לגישת הפגם הקנייני, קשה לומר שזו סיבה שיהיה לזכות הקניינית על מה לחול.

(6) מתנת שכיב מרע או מתנת בריא לאחר מות הנותן

פרשנים רבים כתבו, שהרמב"ם וסיעתו מסכימים שמתנת שכיב מרע תקפה גם אם אינה מסוימת⁴³⁴. טעמים רבים ניתנו לכך.

שם, מוסף, שמגיד משנה סובר שאין לומר שהרמב"ם מסכים לראב"ד, והוא מדבר רק במצב שאיננו בטוחים שאין לנותן נכסים אחרים יותר גרועים (מלבד אלו הידועים לנו), ולכן המתנה אינה מסוימת, כי ייתכן שהנותן התכוון לתת אותם (ראה בשמו לעיל, הערה 425, שכתב שלראב"ד במקרה זה לא קנה) - כי הוא סובר שגם אם ייתכן שיש לו נכסים במקום אחר, זה לא סיבה שתיחשב מתנה לא מסוימת, כי הרי ידוע לנו שהדין הוא שנוטל את הגרוע שבנכסים, אלא שחסר גילוי מילתא האם יש לו נכסים אחרים; ולכן מגיד משנה כותב שהרמב"ם אינו מקבל את סברת הראב"ד בכלל.

⁴³¹ מזל שעה, על הרמב"ם, שם (סה ע"ד).

⁴³² משכנות יעקב חו"מ, סי' נז (סי' מא בדפוס וילנא).

⁴³³ יד דוד (קרלין) ח"ב דף קא ע"ג, הגהה יט.

נציין כאן פרשנים נוספים שכתבו שלרמב"ם קנה המקבל (מלבד אלו שאמרו כך מנימוקים הכלולים באחד מהחריגים האחרים; כולם דוחים בזה את הראיה ממנחות):

שו"ת צמח צדק (ח"ב"ד), או"ח סי' מה אות ד, כותב בפשטות שב"בית בבתי" קנה גם לרמב"ם, ולא נימק. שו"ת בעי חיי, חו"מ, ח"א, סי' קסד, כתב שהרמב"ם מודה שב"בית בבתי" קנה, והוא מסתמך על שו"ת הריטב"א, סי' מא, שכותב שב"בית בבתי" הוא דבר מסוים. אמר יוסף, על הרמב"ם שם (מ ע"א), דוחה את דבריו לאור מה שכתב (ראה בשמו בפסקה א(2), הערה 357) שהריטב"א שם לא התכוון לומר כדעת הרמב"ם, ועוד, שהראשונים דוקא הקשו על הרמב"ם מ"בית בבתי", וזה מראה שהם הבינו שזה נחשב לא מסוים.

שו"ת שואל ומשיב, מהדור"ב, ח"א, סי' י (ד ע"ב), כותב שב"בית בבתי", קנה המקבל גם לדעת הרמב"ם, כי הנותן תלה ברצונו, באיזה שירצה לתת לו, ולכן נקנה, כי כשהוא בוחר, מתברר למפרע שהתכוון לבית שבחר בסוף, כפי שהסביר הרשב"א שאין אומרים כאן "אין ברירה" (ראה לעיל, בפסקה ב(1), הערה 375, שהסביר שטעם הרמב"ם הוא שאף שאין בעיה של ברירה, כפי שהסביר הרשב"א, ליד ציון הערה 382, מ"מ ב"קרקע מנכסי" אין לומר שהדבר התברר למפרע, כי לא התכוון שיקנה "איזה שארצה"), וכן באומר "קרקע מקרקעות" נקנה כי תלה את הדבר במה שיבחר, שהרי חסר רק זיהוי הקרקע, ובה אומרים "ברירה".

מנחת חזקיה מנחות קח ע"ב, כותב שב"בית בבתי" קנה המקבל גם לרמב"ם, משום שחל קניין על כל הבתים, שתהיה לקונה זכות לקבל אחד מהם, וזה דבר מסוים, ולכן חל הקנין, וכשהמקנה בוחר, חל הקנין על אותו בית מסוים, שאז זה נקבע, אבל אין אומרים שהקנין חל על בית מסוים בשעת ההקנאה; זה שונה מ"קרקע מנכסי", ששם אי אפשר לומר שחל קנין בכל הנכסים לענין שקרקע אחד תהיה למקבל, שהרי בכלל הנכסים יש גם עבדים ומטלטלין, ורק על הקרקעות שייך שיחול הקנין הכללי שאמרנו, ולכן חייבים לומר שיש לו רק קנין בקרקע אחת (דבריו קשים - מדוע לא נאמר שיש לו קנין כללי רק בכל הקרקעות?), ומאחר שהקרקע אינה מסוימת, לא חל הקנין.

⁴³⁴ מלבד הפוסקים שנביא בהמשך עם נימוקיהם, כך כתב בני אהרן, סי' רמא (קכה ע"ד) (בלשון "אפשר", ונימק, כי כך משמע מדברי הרמב"ם במקומות אחדים).

פוסקים אלו דוחים בזה את הראיה מ"ייתן דקל לבתי" (ראה הערה 361), ששם מדובר במתנת שכיב מרע, ולכן היא תקפה.

שו"ת מהרא"ל צינץ חו"מ סי' לח אות ח (סז ע"א), ושו"ת שארית יוסף (ידיד) ח"ג, חו"מ, סי' ד (עמ' רי), מביאים ראיה שבשכיב מרע קנה, מרמב"ם, הלכות זכיה, יא, ז, שכתב ששכיב מרע שאמר "תנו חלק לפלוני בנכסי", המקבל זוכה בחלק בנכסים (אך שארית יוסף מעיר שהוכחה זו אינה טובה לפי הדעה בפסקה ד(2), ליד ציון הערה 418, ש"חלק כך וכך מנכסי" נחשב דבר מסוים). מהרא"ל צינץ מביא עוד ראיה מרמב"ם, הלכות זכיה, י, ו, שפוסק ששכיב מרע הנותן כל נכסיו לבניו ולאחר בבת אחת, בנו נחשב אפוטרופוס והאחר קנה חצי (ראה סעיף 1(א)), אף שזה דבר שאינו מסוים.

בכך מיושב הירושלמי נדרים, ה, ג, ששם נאמר, שהאומר ליורשיו "תנו בית חתנות לבני", ונפל, היורשים חייבים לבנותו - אפשר לתרץ, ששם מדובר בשכיב מרע, כדעה שהרמב"ם מודה בשכיב מרע.

קושייה על שיטה זו: יד דוד (קרלין) ח"ב דף קא ע"ג, הגהה יט, מזל שעה, על הרמב"ם, ה' זכיה, ג, ה (סה ע"ג), ובית יעקב, רמא, ד, מקשים על פוסקים אלו, שהירושלמי (שצוין בהערה 357) אומר שגם מתנת שכיב מרע בטלה אם

(א) במתנת שכיב מרע, המקבל בא להוציא רק מן היורשים, וקל יותר להוציא מן היורשים מלהוציא מהנותן עצמו.⁴³⁵ כלומר, מאחר שראינו שהנותן לא חזר ממתנתו עד סוף ימיו, זכה המקבל בנכסי המת לגמרי, ולכן חל על היורשים חיוב לתת את הנכס למקבל, ולכן אינם יכולים לדחות את המקבל מנכס לנכס; ולכן זאת לא הוצאה גמורה מהיורשים, שלשם כך דרושה ראייה גמורה (ובדרך כלל יותר קשה להוציא מיורשים מלהוציא מאדם רגיל), כי מ"מ יש חיוב על כל אחד מהם לתת נכס, והם בכלל לא ירשו את הנכס שניתן במתנה.⁴³⁶

(ב) חכמים חיזקו מתנת שכיב מרע אף יותר ממכר, כדי שלא תיטרף דעתו, ולכן היא חזקה גם בזה שהיא תקפה גם אם אינה מסוימת.⁴³⁷

(ג) במתנת שכיב מרע אין לומר שהתכוון להחניף למקבל, ודוקא מתנת בריא שאינה מסוימת בטלה, כי הנותן יכול לטעון שהתכוון רק להחניף למקבל.⁴³⁸

(ד) פסול מתנה שאינה מסוימת הוא מטעם אסמכתא.⁴³⁹ ואסמכתא אף יותר גרועה מהיעדר סיום, ומ"מ מתנת שכיב מרע תקפה גם באסמכתא,⁴⁴⁰ ולכן היא תקפה גם אם אינה מסוימת.⁴⁴¹

אינה מסוימת. שמחת יו"ט שם (קנה ע"ב), ורר"א במנחה טהורה, דף קכט ע"א, מיישבים, שכיון שמן הבבלי, בענין "דקל לבתי", מוכח שבשכיב מרע קנה, הרמב"ם פוסק כך, כי הלכה כבבלי נגד הירושלמי.
דעות חולקות: ר' משה ישועה פאלאג'י, בשו"ת שארית יוסף (ידיד) ח"ג, חו"מ, סי' ד (עמ' רי), מוכיח שכסף משנה, על הרמב"ם שם, סובר שגם מתנת שכיב מרע שאינה מסוימת בטלה, מזה שלא תירץ את הקושיה מ"דקל לבתי" בכך שרמב"ם מודה שבשכיב מרע נקנה, אלא תירץ בדרך אחרת. ר"י ידיד, שם, דוחה הוכחה זו, שר"י קארו באמת סובר שבשכיב מרע קנה, אך רצה לומר שאין הכרח לומר שבשכיב מרע קנה, כי אפשר לתרץ תירוץ אחר לראיה מ"דקל לבתי". גם שו"ת פרי הארץ ח"ג חו"מ סי' ז [מסומן סי' ז] (עז ע"ד), דוחה הוכחה זו, שכסף משנה סובר שבשכיב מרע קנה משום מצוה לקיים דברי מהר"י הלוי (הערה 461), ומה שהעמיד את המקרה של דקל כגון שאמר "דקל מדקלי שבמקום פלוני", כוונתו שרואים כאילו אמר כך, משום מצוה לקיים דברי המת, אבל באמת גם אם לא אמר כך קנה משום מצוה לקיים דברי המת. הוא מוציא את דברי כסף משנה מפשוטם, כי בפשוטם קשה, שאם מדובר שאמר "דקל מדקלי שבמקום פלוני", היה לתלמוד ולרמב"ם לומר כך בפירוש.
דבר הפוך אומר שו"ת אבני נזר, או"ח, סי' שמב, אות ו: שיתכן שגם לדעת תוספות, מתנת שכיב מרע אינה תקפה אם אינה מסוימת, מפני שגם אם היא נקנית למקבל, אינו קונה אותה לענין שיוכל להקנותה לאחר (ראה בשמו לעיל, פסקה ג, ליד ציון הערה 391, שגם לדעת תוספות, עד בחירת הנכס אין המקבל יכול להקנותו), ולכן לא קנה בכלל, שהרי כל מתנת שכיב מרע היא דרבנן כדי שלא תיטרף דעתו (ב"ב קמז ע"ב), וכיון שסוף כל סוף יתבטלו דבריו במקצת, לא תנוח דעתו במה שקצת יהיה קיים, ולכן הכל בטל. סברה נוספת שמחמתה תוספות יסכימו שמתנת שכיב מרע לא מועילה, היא משום "אין ברירה" - ראה חוק לישראל, שיתוף נכסים, עמ' 116.
אף שמתנת שכיב מרע שייכת לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, פרק שלישי, נדון בה כאן מפני שיש לכך השלכה גם למתנת בריא, כפי שנראה.

⁴³⁵ מגיד משנה, על הרמב"ם שם (הובא בשו"ת משאת משה, השניות, חו"מ, סי' ה, דף כב ע"ג, בשו"ת אורחין תליתאי [תאומים], סי' ה, דף ו ע"א, וע"י ר' יצחק אבולפיה, בשו"ת ישמח לב (גאגין) חו"מ סי' ה, דף כב ע"ג).

⁴³⁶ כך מבאר שו"ת שמחת יהודה, סי' נב (סט ע"ג), את נימוקו של מגיד משנה.
⁴³⁷ ים של שלמה, גיטין, פ"א, סי' יד; שו"ת משפט צדק ח"ב, סי' יא (כה ע"ג) (בלשון "אפשר", כמו שיש חיזוקים אחרים במתנת שכיב מרע).

גם שו"ת ר' יעקב הלוי סי' נב (במהד' שע"ד = סי' סה במהד' שצ"ב) (הובא במנחה טהורה, מנחות קח ע"ב, דף קכח ע"א), כותב שמתנת שכיב מרע שאינה מסוימת תקפה, כמו שבהרבה דברים מתנת שכיב מרע עדיפה על מתנת בריא. ר' רפאל חיים אליה הלוי, במנחה טהורה, מנחות קח ע"ב (קכח ע"א), מקשה עליו, שעדיפותה היא רק לענין שא"צ קנין, ושלשון שאינה מועילה במתנת בריא מועילה בשכ"מ (רמב"ם, הלכות זכיה, יב, ג), אבל לא שיכול לקנות דבר שבריא לא יכול לקנות; ואין לומר שקנה כדי שלא תיטרף דעתו, שהרי לא תיטרף דעתו, כי הוא יבין מדוע איננו מקיימים את מתנתו - כי מתנה כזאת בטלה גם במתנת בריא.

גם שו"ת שמחת יהודה, סי' נב (סט ע"ב), נימק, שמאחר שבמתנת שכיב מרע מסוג שמצווה מחמת מיתה (ראה להלן, ליד ציון הערה 471), יש דברים אחדים שבהם היא חזקה יותר ממתנת בריא, לכן היא מועילה גם אם אינה מסוימת.
⁴³⁸ ים של שלמה, גיטין, פ"א, סי' יד. ראה בשמו בפסקה ב(1), ליד ציון הערה 367, שזה טעם הרמב"ם, שמתנה שאינה מסוימת בטלה. כנראה, הוא מתכוון לאמור בב"ב קעה ע"א "אין אדם משטה בשעת מיתה".

בדומה מסביר שו"ת מהרא"ל צינץ חו"מ סי' לח אות ח (סז ע"א), שעיקר טעם הרמב"ם שאין מועילה מתנה שאינה מסוימת, הוא כי הנותן יכול לדחותו ולטעון "משטה", שלא התכוון להקנות כלל (וזה שייך גם אם עשה קנין), וזה לא שייך בשכיב מרע כי אין אדם משטה בשעת מיתה.

⁴³⁹ ראה הערה 365, שכך כתבו בית יצחק והרמ"ך.
⁴⁴⁰ יד רמה ב"ב פ"ט סי' ג; מגיד משנה, הלכות זכיה, ח, ו.

⁴⁴¹ שו"ת שארית יוסף (ידיד) ח"ג, חו"מ, סי' ד (עמ' ריא); ערך השלחן, חו"מ, רמא, סי' ק' ז (והסכים לו שו"ת משפט כתוב, חו"מ, סי' מד) (גם במצוה מחמת מיתה). ערך השולחן מביא ראייה ממה ששו"ת פני משה ח"א סי' סה (קמו ע"ג), מעלה אפשרות שתיקנו שתועיל מתנת שכיב מרע גם בדבר שאינו קצוב כדי שלא תיטרף דעתו עליו; וממה ששו"ת בית דוד (פילוסוף), חו"מ, סי' יג (יח ע"ב), כתב שגם בתרתי לריעותא, שאינו קצוב ואין קנין, קנה. שארית יוסף מסביר שמה שכתב מגיד משנה "צריך עיון" אינו על ההבחנה בין שכ"מ לבריא אלא על ההבחנה בין מתנה למכר (פסקה ו, ליד ציון הערה 573).

ה) מתנת שכיב מרע דומה לירושה, וכמו שירש יכול לרשת דבר שאינו מסוים, גם מתנת שכיב מרע מועילה גם אם אינה מסוימת.⁴⁴² וביתר העמקה: החסרון בדבר שאינו מסוים הוא רק שא"א לעשות הקנאה כזאת כיון שהנותן יכול לדחות את המקבל מנכס לנכס, ולא חלה הקנאה אם יקבל בפועל רק את דמי הנכס,⁴⁴³ אבל ירושה שייכת בדבר שאינו מסוים (אילו היתה אפשרות כזאת) אף שבפועל יקבל רק כסף, והרי שכיב מרע עשאוהו כירוש⁴⁴⁴, כלומר זכיית המקבל בממון היא בתורת יורש, ותפקידה של המתנה הוא רק להפוך אותו ליורש, וירושה שייכת בדבר שאינו מסוים, ולכן מועילה בזה מתנת שכיב מרע⁴⁴⁵. ובדרך קצת שונה: הטעם שדבר שאינו מסוים אינו נקנה הוא משום חסרון בסמיכות דעת, לפי גישת הפגם החוזי⁴⁴⁶, וזה לא שייך בירושה, ומתנת שכיב מרע היא כירושה⁴⁴⁷.

ו) לפי ההסבר⁴⁴⁸ שהרמב"ם פסל מתנה שאינה מסוימת רק אם היא בשטר, מפני שהשטר אינו מוכח מתוכו, הרי מתנת שכיב מרע, שדבריו ככתובים ומסורים בלי צורך בשטר⁴⁴⁹, מועילה גם בדבר שאינו מסוים⁴⁵⁰.

ז) לפי ההסבר שהטעם שלא מועילה מתנה שאינה מסוימת לפי הרמב"ם, הוא כי "אין ברירה"⁴⁵¹, הרי מתנת שכיב מרע תועיל גם אם אינה מסוימת. זאת משום שמה ש"אין ברירה" הוא דוקא במי שתולה את החלות המשפטית בדעת עצמו, כי הוא מראה בזה שלא החליט מראש, ולכן אין לו גמירות דעת על שום דבר, אבל במי שתולה בדעת אחרים, הרי גמר דעתו מראש לקבל את מה שהאחרים יעשו, יהיה מה שיהיה, ולכן חל מספק למפרע⁴⁵². אם כן, דוקא בריא הנותן דבר שאינו מסוים, אין המתנה חלה, כי הוא תולה בדעת עצמו, כי היה יכול לבחור ולא בחר, וזה מראה שאין לו גמירות דעת, ו"אין ברירה"; אבל שכיב מרע תולה את הדבר במה שהיורשים יבחרו לתת, ולכן יש "ברירה", ולכן חל הקנין מספק⁴⁵³.

ח) להלן⁴⁵⁴ נראה, שאם הנותן אמר בפירוש שהמתנה (שאינה מסוימת) תחול רק כשיבחר הנותן את הנכס שיינתן, המתנה חלה (לפי דעה אחת); ובשכיב מרע נחשב כאילו אמר למקבל: "לא תקנה עד שיבחרו היתומים את הנכס", כמו שבמקרים אחרים מתקנים את הלשון שאמר השכיב מרע כדי שתחול מתנתו, ולכן המתנה חלה גם לרמב"ם⁴⁵⁵.

ט) לפי ההסבר הנ"ל שטעם הרמב"ם שאין מועילה מתנה שאינה מסוימת הוא ש"אין ברירה", הרי הוא יסכים שמתנת שכיב מרע שאינה מסוימת תועיל, שהרי מתנת שכיב מרע היא ירושה ולא קנין, ולא צריך בה "ברירה"⁴⁵⁶.

י) הטעם שאי אפשר להקנות דבר שאינו מסוים, לדעת הרמב"ם, הוא כמו הטעם שלא מועילה לרמב"ם⁴⁵⁷ התחייבות שאינה קצובה⁴⁵⁸, והרמב"ם⁴⁵⁹ כתב שבדברים הנקנים באמירה, מועילה גם התחייבות שאינה

⁴⁴² אור שמח, על הרמב"ם, הלכות זכיה, י, ב; רח"א גאגין, במנחה טהורה, דף קלה ע"ד; גן נעול, כפתור ג, פרח ה (כד ע"א).

⁴⁴³ ראה בשם שערי חיים, בפסקה ב(1), ליד ציון הערה 371.

⁴⁴⁴ ב"ב קמז ע"ב.

⁴⁴⁵ שערי חיים (שמולביץ), גיטין, סי' כט, ענף ב, אות ד.

⁴⁴⁶ לעיל, ליד ציון הערה 365.

⁴⁴⁷ בני המחבר, בהערה בשערי חיים שם.

⁴⁴⁸ להלן ד(10), ליד ציון הערה 495.

⁴⁴⁹ גיטין יג ע"א.

⁴⁵⁰ פני יהושע, גיטין ט ע"א (ד"ה תוספות בד"ה לעולם); מחנה יהודה (וויליקא) גיטין ט ע"א (ד"ה ולולא).

⁴⁵¹ ראה לעיל ב(1), ליד ציון הערה 375.

⁴⁵² ראה אנציקלופדיה תלמודית, ע' ברירה, עמ' רטז-רכא, שיש דעה כזאת, אבל הלכה נפסקה שגם בתולה בדעת אחרים אין ברירה.

⁴⁵³ שו"ת שמחת יו"ט סי' מ (קנד ע"ג-ע"ד).

⁴⁵⁴ פסקה ד(19), ליד ציון הערה 526.

⁴⁵⁵ שו"ת שמחת יו"ט סי' מ (קנד ע"ג-ע"ד) (עיי"ש לדוגמה שהוא מביא לכך שמתקנים את הלשון של שכיב מרע). הוא מסביר (בדף קנה ע"א) שהיורשים אינם יכולים לדחות את המקבל עד שירצו לבחור איזה נכס לתת - שהרי מה שתיקנו את לשון השכיב מרע הוא כדי שיקנה המקבל ולא ידחו אותו הרבה זמן, ופשוט שמיד אחרי מותו חייבים היורשים לתת לו נכס מסוים. אבל ליד ציון הערה 526 נראה שבמקרה הנ"ל, שאמר שהמתנה תחול רק כשיבחר הנותן את הנכס, הוא יכול לחזור בו עד אז.

⁴⁵⁶ משנת ר' אהרן, שכנים, סי' ב, אות ח.

⁴⁵⁷ רמב"ם, הלכות מכירה, יא, טז. ראה על כך סעיף 5.

⁴⁵⁸ ראה בשם שואל ומשיב בפסקה ב(1), ליד ציון הערה 367.

⁴⁵⁹ רמב"ם, הלכות מכירה, יא, יז.

קצובה, והרי מתנת שכיב מרע נקנית בדיבור, ולכן מועילה בה התחייבות שאינה קצובה והקנאת דבר שאינו מסוים.⁴⁶⁰

יא) מתנת בשכיב מרע מועילה גם אם אינה מסוימת, גם לרמב"ם, לא בתורה קנין וזכייה אלא מטעם "מצוה לקיים דברי המת", שאם נאמר שיכולים היורשים לדחות את המקבל מנכס לנכס, יתבטלו דברי המת.⁴⁶¹

יב) הכלל הוא, שכל דבר שבריא יכול להקנותו באיזה אופן, גם אם אינו יכול להקנותו במתנה אלא רק בחליפין או במכירה, מועיל במתנת שכיב מרע⁴⁶²; ולפי זה, מתנת שכיב מרע תועיל בדבר שאינו מסוים, שהרי כפי שנראה⁴⁶³, בריא יכול למכור דבר שאינו מסוים.⁴⁶⁴

יג) הטעם שדבר שאינו מסוים אינו נקנה הוא כי הנותן יכול לדחות את המקבל מכל נכס, ולכן אין קניין חל על שום נכס, וזה שייך רק בנותן עצמו, שהוא מוחזק, אבל אם הנותן מת, אין ליורש כח מבורר בנכסים יותר מהמקבל, וא"כ לא שייכת כאן דחייה, שהרי כמו שהיורש אומר למקבל "נכס אחר אתן לך ולא נכס זה", כך המקבל יכול לומר ליורש "קח נכס זה ולא אחר", וכיון שאין כח היורש יותר חזק מכוח המקבל, אינו יכול לדחותו, ולכן המקבל קנה.⁴⁶⁵

יד) דוקא מתנת בריא שאינה מסוימת בטלה, מפני שלא גמר הנותן בדעתו להקנות, וסמך על כך שיוכל לדחות את המקבל, כי רצה שישארו נכסיו אצלו, אבל בשכיב מרע, שמה שישאר יהיה ליורשו, גומר בדעתו ומקנה, מפני שאינו דואג כל כך שישאר הכל ליורשו.⁴⁶⁶

טו) כמו שמתנת שכיב מרע מועילה בדבר שאינו ברשותו, כגון בהקנאת חוב שמישהו חייב לו⁴⁶⁷, אף שמתנת בריא אינה מועילה בדבר שאינו ברשותו⁴⁶⁸, כך היא מועילה בדבר שאינו מסוים גם לפי הרמב"ם, אף שמתנת בריא אינה מועילה אם אינה מסוימת.⁴⁶⁹

אולם יש להבחין לענין זה בין **סוגים שונים של מתנת שכיב מרע**: מתנת שכיב מרע "בכולה", שבה הוא נותן את כל נכסיו לאדם אחד או לכמה אנשים; מתנת שכיב מרע במקצת, שבה הוא נותן רק חלק מנכסיו; ומצוה מחמת מיתה במקצת, שבה הוא מזכיר בעת הנתינה שהוא נותן מפני שהוא הולך למות. במתנת שכיב בכולה, לא יכולה להיות מתנה שאינה מסוימת, אם הוא נותן את כל נכסיו לאדם אחד, כי אם הוא נותן את כל נכסיו, זה מסוים⁴⁷⁰. במצוה מחמת מיתה במקצת אין צריך קנין⁴⁷¹, ומתנת שכיב מרע כזאת חזקה בדברים אחדים יותר ממתנת בריא⁴⁷², ולכן כל הטעמים שניתנו לעיל תקפים לגביה, לומר שתועיל

⁴⁶⁰ שו"ת שואל ומשיב, מהדו"ב, ח"א, סי' ע. הוא מוסיף, שאין לומר שלא יועיל כי "מילתא דליתיה בבריא ליתיה בשכיב מרע" (ב"ב קמז ע"ב); משם הקשה גם מזל שעה, על הרמב"ם, ה' זכיה, ג, ה, דף סה ע"ג, כי גם בבריא, בדבר שא"צ קנין ונקנה באמירה, מועילה התחייבות שאינה קצובה.

⁴⁶¹ שו"ת ר' יעקב הלוי סי' נב (במהד' שע"ד = סי' סה במהד' שצ"ב) (הובא בשו"ת שער יהושע ח"א סי' מה). זה שונה מדברי שאר הפוסקים הנ"ל, שסוברים שממש קנה מטעם מצוה לקיים דברי המת, בדבר שלא מועיל בבריא (אך רח"א יוצרת קנין - ראה חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 30-31. ראה על סברתו לעיל ב(1), הערה 373, בשם מנחה טהורה.

ר' רפאל חיים אליה הלוי, במנחה טהורה, מנחות קח ע"ב (קכח ע"א), מקשה על סברת מהר"י הלוי, שלא מצאנו בשום פוסק שדבר שלא מועיל בקנין בבריא, יועיל בשכ"מ מטעם מצוה לקיים דברי המת; והוא מוכיח מתוספות, ב"ב קמט ע"א (ד"ה דקא), שלא אומרים שיקנה מטעם מצוה לקיים דברי המת, בדבר שלא מועיל בבריא (אך רח"א גאגין, שם דף קלה ע"ד-קלו ע"א, דוחה את הראיה מתוספות - עיי"ש). רח"א גאגין, מנחה טהורה, דף קלה ע"ג, מקשה על מהר"י הלוי, הרי מצוה לקיים דברי המת הוא רק אם השלישו מתחלה לשם כך, כמו שכתב שו"ע, חו"מ, רנב, ב, ובמקרה של דקל (שהובא בהערה 434) לא השלישו (שהרי אם השלישו, זה מסוים).

⁴⁶² תוספות, ב"ב קמח ע"א (ד"ה ש"מ).

⁴⁶³ פסקה ו, ליד ציון הערה 572.

⁴⁶⁴ ר' רפאל חיים אליה הלוי, במנחה טהורה, דף קכח ע"ב. בכך הוא דוחה (בדף קכט ע"א) את הראיה מב"ב עא ע"א, בענין "בית שיש בו מאה גולפ" (ראה הערה 361) - שמדובר בשכיב מרע. אך רח"א גאגין, שם דף קלו ע"א, דוחה את הראיה מתוספות שם, שייכתן שכאן לא תועיל מתנת שכ"מ אף שמועיל בבריא במכר, כיון שיש סברה להבחין בין מתנה למכר.

⁴⁶⁵ חלקת יוסף סי' לא. יש להסביר, שאף שבשעת המתנה לא חל הקנין, כי הנותן היה יכול לדחותו, מ"מ חל הקנין אחרי מות הנותן, ככל מתנת שכיב מרע שחלה אחרי מותו (ב"ב קלז ע"א).

⁴⁶⁶ צדק ומשפט, רמא, ד (כך נראית כוונתו).

⁴⁶⁷ שו"ע, חו"מ, רנ"ג, כ.

⁴⁶⁸ ראה ליד ציון הערה 77, על הקנאת חוב.

⁴⁶⁹ רחובות יצחק עמ' קמז.

⁴⁷⁰ ראה להלן פסקה ד(26), ליד ציון הערה 551.

⁴⁷¹ רמב"ם, הלכות זכיה, ח, יז.

⁴⁷² עיין שו"ת שמחת יהודה, סי' נב (סט ע"ב), שנותן דוגמאות לכך.

בדבר שאינו מסוים⁴⁷³. וכך יהיה הדין גם במתנת שכיב מרע בכולה, שחילק את נכסיו בין אנשים אחדים (שאו ייתכן שאחד יקבל מתנה שאינה מסוימת), מפני שגם בה אין צריך קניין⁴⁷⁴.

לעומת זאת, במתנת שכיב מרע במקצת, שצריכה קניין⁴⁷⁵, ודומה בכך למתנת בריא, לא כל הנימוקים דלעיל תקפים. נימוק א תקף גם בה⁴⁷⁶, וכך גם נימוקים ג, ז, ח, יא, יג, ו-יד. אבל ייתכן ששאר הנימוקים אינם תקפים במתנת שכיב מרע מסוג זה, ולכן ייתכן שלא תועיל אם אינה מסוימת⁴⁷⁷.

יש מרחיבים חריג זה של מתנת שכיב מרע, גם למתנת בריא, במקום שהנותן מת. כך לפי נימוק א, שבמתנת שכיב מרע השיר הוא ליורשיו ולא לעצמו, הרי גם מתנת בריא מועילה בדבר שאינו מסוים אם השיר הוא ליורשיו של הנותן, כגון אם כתב "שייר לעצמו להורשם ליורשיו", וכוונתו להסביר מדוע שייר - כדי לא לעבור באיסור להעביר ירושה מיורשיו ("אעבורי אחסנתא")⁴⁷⁸.

כמו כן, לפי נימוק יא, מצד "מצוה לקיים דברי המת", הדין כך גם בבריא שמת אחרי שנתן⁴⁷⁹, כי גם בבריא יש "מצוה לקיים דברי המת"⁴⁸⁰.

כמו כן, לפי נימוק יד, גם במתנת בריא שאינה מסוימת, שמתייחסת רק לנכסים שישארו אחרי מותו, קנה⁴⁸¹.

כמו כן, נראה שלפי נימוק יג, הרמב"ם יודה גם במתנת בריא, אם הנותן מת.

אבל לפי נימוק ב, ד, ודומיהם, שמתנת שכיב מרע שאינה מסוימת מועילה כי יש לו כוח חזק יותר בזה כמו שיש חיזוקים אחרים במתנותיו, אי"כ הדין לא יהיה כך בשום מתנת בריא⁴⁸².

(7) אם יש מנהג שמתנה שאינה מסוימת תקפה

במקום שיש מנהג שמתנה שאינה מסוימת תקפה, המתנה תקפה גם לדעת הרמב"ם. לדוגמה, במקום שנהגו להקנות מטלטלין אגב ארבע אמות קרקע בלי לסיים את ארבע האמות, הקנין מועיל, כמו שקנין סיטומתא מועיל מכוח מנהג⁴⁸³.

⁴⁷³ שו"ת פני משה, ח"ב סי' ס (קי ע"א), שמחת יהודה שם, ופני יהושע (שצוין בהערה 450) כותבים שבמצוה מחמת מיתה מודה הרמב"ם שמתנה שאינה מסוימת תקפה.

⁴⁷⁴ רמב"ם, הלכות זכיה, ח, ב.

⁴⁷⁵ רמב"ם, הלכות זכיה, ח, טו.

⁴⁷⁶ כך כתב שו"ת שמחת יהודה, סי' נב (סט ע"ב), שהמגיד משנה (הערה 435) סובר שגם מתנת שכיב מרע במקצת נכסיו, שצריכה קנין, מועילה גם אם אינה מסוימת, והא ראייה, שכן היה המקרה ב"דקל לבתי" שעליו דיבר מגיד משנה. אפשר לדחות את ראייתו, שאולי מדובר שם במצוה מחמת מיתה.

⁴⁷⁷ ההוכחה מהתלמוד, כתובות קט ע"ב, שמחמתה כתבו פוסקים אלו שהרמב"ם מסכים שמועילה מתנת שכיב מרע שאינה מסוימת (ראה הערה 434), אינה יכולה להוכיח שגם מתנת שכיב מרע במקצת מועילה, אף שמדובר שם במתנה במקצת, כי ייתכן שהתלמוד עוסק במצוה מחמת מיתה. גם את ההוכחה של שארית יוסף מרמב"ם, הלכות זכיה, יא, ז (ראה הערה 434), אפשר לדחות (בדוחק) שמדובר במצוה מחמת מיתה.

⁴⁷⁸ שו"ת פני משה, ח"ב סי' נח (קה ע"ד), בדעת מגיד משנה (הערה 435). גם ר' משה ישועה פאלאג'י, בשו"ת שארית יוסף (ידיד) ח"ג, חו"מ, סי' ד, עמ' רטו, אומר שמתנת בריא שהיא רק לגבי הנכסים שישארו לאחר מיתה, היא כמתנת שכיב מרע לענין זה, והיא תקפה גם לפי הרמב"ם, כי היא מוציאה רק מהיורשים ולא מהנותן עצמו. גם ר"י ידיד, שם עמ' רטז, כותב שכן הדין לפי טעם מגיד משנה לחלק בין שכי"מ לבריא, שמתנת שכי"מ באה רק להוציא מהיורשים, ולכן אותו דין יהיה למתנת בריא שהיא רק לגבי הנכסים שישארו לאחר מיתה. גם שו"ת פרי הארץ (מזרחי), ח"ב, אהע"ז סי' ג (עה ע"א), עוסק במתנת בריא, ומת, וכותב שלפי מגיד משנה קנה המקבל, מפני שמגיד משנה קבע שמתנה שאינה מסוימת שרק באה להוציא מיורשים, תקפה גם לפי הרמב"ם.

אבל שו"ת נאמן שמואל סי' קי (קס ע"ג), חולק על פני משה, וכותב שמתנת בריא "מהיום ולאחר מיתה" (שבה הגוף נקנה למקבל מיד, והפירות נקנים למקבל רק אחרי מות הנותן - ראה סעיף 4), אין דינה כמתנת שכיב מרע לענין זה, כי טעם המגיד משנה הוא שבשכיב מרע המקבל בא להוציא רק מידי היורשים, ואילו כאן הוא בא להוציא גם מידי הנותן עצמו, כי כבר בחיי הנותן, אמור המקבל לקבל את הגוף, ואם נאמר שהוא זוכה במתנה, יוצא שהנותן לא יוכל להקנות את הגוף לאדם אחר - נמצא שהמקבל מוציא מהנותן עצמו.

⁴⁷⁹ רח"א גאגין, מנחה טהורה, דף קלה ע"ג.

אבל שו"ת פרי הארץ (מזרחי) ח"ב אהע"ז סי' ג (עה ע"א), כותב שמהר"י הלוי (בעל הנימוק ש"מצוה לקיים דברי המת" בהערה 461) חולק על מגיד משנה, וסובר שלא קנה גם אם המקבל בא להוציא רק מהיורשים, שהרי אדרבה, אין מוציאים מיורשים אלא בראיה טובה, אי"כ המתנה חלשה יותר מכשהוא בא להוציא מהנותן עצמו. והוא מתעלם מדברי מהר"י הלוי שקנה מטעם "מצוה לקיים דברי המת"; אולי הוא עוסק במצב שלא חל "מצוה לקיים דברי המת", לפי המפורט בשו"ע, חו"מ, רנב, ב.

⁴⁸⁰ שו"ע, חו"מ, רנב, ב.

⁴⁸¹ צדק ומשפט, רמא, ד, בדעת מגיד משנה.

⁴⁸² ר"י ידיד, בשו"ת שארית יוסף (ידיד) ח"ג, חו"מ, סי' ד (עמ' רטז).

אך יש לסייג זאת, שאף אם יש מנהג כזה להקנות מיטלטלין אגב ארבע אמות סתם, אין להסיק מזה שנהגו שכל מתנה שאינה מסוימת תועיל. זאת משום שיתכן שנהגו שהקנאה אגב ארבע אמות סתם, מועילה אף שמן הדין אינה מועילה, כמו סיטומתא; כלומר, ייתכן שנהגו שהעושה כך קונה את המטלטלין מדין סיטומתא, אף שלא קנה את הקרקע, כי אינה מסוימת⁴⁸⁴.

(8) אם ציין את המין

פוסקים אחדים כתבו, שגם לדעת הרמב"ם, אם הנותן ציין את מינו של דבר המתנה, גם אם לא ציין איזה נכס ממין זה הוא נותן, כגון שאמר: "בית מן הבתים שלי נתון לך", המתנה תקפה, כי כל מין הבתים הם כמו שדה פלונית, והנותן בית אחד (לא מסויים) מקרב הבתים שלו, הוא כנותן חלק אחד (לא מסויים) משדה פלונית, שאז המתנה תקפה, כפי שראינו לעיל⁴⁸⁵. דווקא "קרקע מנכסי נתונה לך" נחשב מתנה שאינה מסוימת, מפני שיש כמה מינים של קרקע - שדות, כרמים, גינות, פרדסים וכו'⁴⁸⁶.

⁴⁸³ שו"ת הריב"ש, סי' קה וסי' שמה (עמ' תנח) (הובא בשו"ת ישמח לב, חו"מ, סי' ה, דף כא ע"ד ודף כד ע"ד, בשו"ת שארית יוסף (ידיד), ח"ב, עמ' רלט, ובשו"ת פני דוד, דף קנה ע"א). הוא מיישב בזה את מה שראה בעיר בלנסיאה, שהסופרים היו כותבים בשטרות "אגב ארבע אמות קרקע" בלי לסיימן, אף שבאותה העיר היתה הסכמה לפסוק בכל דבר כדעת הרמב"ם.

משכנות הרועים, מע' א, אות ב (ד ע"א), מדייק כך גם מערך לחם (מהריק"ש), חו"מ, קכג, א (הובא בשו"ת דרכי נועם, חו"מ סי' טו), שכתב שנהגו לכתוב "אגב ארבע אמות בא"י", וזאת אף שמהריק"ש היה במצרים ושם נהגו כרמב"ם.

⁴⁸⁴ שו"ת לחם רב, סי' קצג (הובא בשו"ת נאמן שמואל, סי' קי, דף קס ע"ג, והסכים לו ר' פנחס ענו, בפחד יצחק מע' מעביר נחלה, דף קסג ע"א); ר"א אשכנזי, בשו"ת ישמח לב (גאגין), חו"מ, סי' כ (עז ע"ג).

⁴⁸⁵ פסקה (1), ליד ציון הערה 404.

⁴⁸⁶ מגדל עוז, על הרמב"ם שם (הובא ע"י ר' משה אלואריש, בפרי עץ חיים, כרך ד, דף יח ע"ב, מס' 361); דרישה, חו"מ, רמא, ו; אור שמח, על הרמב"ם שם; שו"ת שער יהושע, ח"ב, סי' עב (עמ' נט). מגדל עוז דוחה בכך את הראיה ממנחות קח ע"ב (בהערה 361) - שם מדובר שאמר "בית בבתי", שזהו דבר מסוים (אך ראה פסקה ד(3), הערה 421, שמרכבת המשנה מבין בדרך אחרת את מגדל עוז).

גם מאירי גיטין ח ע"ב, כתב ש"בית בבתי" נחשב מסויים כי סיים בית (ובכך הוא דוחה את הראיה ממנחות); וכן "ייתן דקל לבתי" מועיל כי סיים שם דקל (ובכך הוא דוחה את הראיה מכתובות קט ע"ב). וכן כתב מאירי, נדרים נו ע"א, ש"בית בבתי" או "בית מבתי" או "שדה בשדות" או "כרם בכרמי" נחשבים מסוים. כנראה התכוון לסברת מגדל עוז.

כמו כן, שו"ת עבודת הגרשוני סי' קיד, כתב שגם לרמב"ם, "בית בבתי", שייחד לו בית, אף שלא ייחד איזה בית, וכן "דקל לבתי", שבכל זאת סיים קצת, בדקלים, או "שדה מנכסי", או "שדה משדות", סמכה דעת המקבל, וקנה, ורק ב"קרקע מנכסי" לא קנה כי קרקע הוא כללי יותר משדה, ולא סמכה דעת המקבל. בזה הוא דוחה את הראיות משם. פתחי תשובה, חו"מ, רמא, ס"ק ה, כתב שהוא מתכוון לדברי מגדל עוז.

גם שו"ת הרי בשמים ח"ב סי' קצא, כתב שהרמב"ם דיבר רק ב"קרקע מנכסי", כי סוג "קרקע" כולל שדות וכרמים, מינים נפרדים, אבל "שדה משדות" מועיל (והוא מסתמך גם על עבודת הגרשוני).

גם פרי עץ חיים (אביגדור), על רמב"ם, הלכות זכיה, פרק ג (מסומן בטעות הלכה ב), כתב שהרמב"ם מודה שאם ציין את המין, כגון "בית בבתי", קנה, ומיישב בכך את הקושיה על הרמב"ם ממנחות.

דרישה שם מחזק את דברי מגדל עוז, מתוך השוואה לדברי הרמב"ם, הלכות מכירה, כא, ג, שהמוכר דבר שאינו מסוים שאין מינו ידוע כגון "כל מה שיש בבית זה", אינו נקנה, אבל אם מינו ידוע, נקנה; ואף כאן, "קרקע" או "נכסי" נחשב שאינו מינו ידוע, ולכן אינו נקנה. והוא מעיר שלפי זה משי"כ הרמב"ם (הערה 404) שאם אמר "חלק כך וכך משדה פלוני", נקנה, אינו בדוקא, אלא די שיאמר "חלק כך וכך ממין שדה אני נותן לך"; וכן אם הקנה מטלטלין "אגב ארבע אמות קרקע ממין פלוני", נחשב מסוים.

כמו כן, בני אהרן, סי' רמא (קכה ע"ד-קכו ע"א), כתב שהרמב"ם פוסל מתנה רק אם הנכס "אינו ידוע", כלשונו, אבל אם הנותן ציין את מין הנכס, כגון שנתן "כור של חטים", המתנה תקפה, כמו שכתב בה"ל מכירה, כא, ב, כי חטים הם דבר ידוע אף שלא סיים (מטה שמעון, רמא, הגה"ט, אות יח, מעיר שאף שהרמב"ם שם כותב "ערימה זו של חטים", המלה "זו" אינה בדוקא, וגם אם אמר "ערימה של חטים", נקנה, שהרי אם ב"ערימה זו" בלבד, פשוט שנקנה; והראיה, שלגבי "שק של תאנים" שבסמוך לא כתב "זה"), וכפי שקבע כלל בהלכות מכירה, שם, שאם מינו ידוע, נקנה אף אם אין מידתו ידועה; ולכן אם אמר "בית" או "שדה" או "דקל", אף שלא אמר איזה בית ואיזה דקל, נקנה, כי הדבר שהוא נותן ידוע, וסמכה דעתו, ורק ב"קרקע מנכסי" אין הדבר ידוע, כי בכלל "קרקע" יש בית ושדה וחורבה, וא"כ לא ידוע מה נתן לו. הוא דוחה בזה את הראיות מ"דקל לבתי" ומ"שדות" (ראה הערה 361). קרית מלך רב, על הרמב"ם שם, מקשה על בני אהרן, שא"כ, אם יש לנותן רק בתים או שדות, נקנה גם אם אמר "קרקע מנכסי", שהרי ברור מכללל מה מינה של דבר המתנה, ואילו הרמב"ם סתם את דבריו.

כמו כן, שו"ת נאמן שמואל סי' קיג (קעו ע"א), כתב שאם נתן במתנה "לבוש אחד", או "שדה" או "דקל אחד", זה נחשב מסוים, וכ"ש שאם אמר "כל נכסי חוץ מדבר פלוני", זה נחשב מסוים; ודוקא האומר "קרקע מנכסי" לא קנה כי אינו יודעים את ביאורו, אבל כשאומר "דקל", או "שדה", ידוע שיעורו (=תיאורו, אבל לא מידתו), או קטן או גדול. בכך הוא מיישב את מה שרמב"ם, הלכות נחלות, י, ב, כתב שאם אמר "שדה" או "דקל אחד", נקנה.

כמו כן, מעשה רקח, על הרמב"ם שם, כתב שהרמב"ם מסכים שאם אמר "שדות", המתנה תקפה (כמו שכתב הרמב"ם, הלכות מכירה, כא, יח), מפני ש"שדה" הוא שם פרטי, שלא כ"קרקע" שהוא שם כולל לכל מה שהוא בארץ. גם מטה שמעון, רמא, הגה"ט, אות יח, כתב ש"שדה משדות" קנה, וכן ב"חמרא דנהר פניא" קנה כי מינו ידוע, גם אם "נהר פניא" אינו נחשב סוים.

חריג זה מתקבל יותר לפי גישת הפגם החוזי, שכן אפשר להבין שאם המין ידוע, יש לצדדים גמירת דעת. אבל לגישת הפגם הקנייני, אין מקום לומר שהזכות הקניינית תוכל לחול כשהנכס לא ידוע ורק מינו ידוע.

ר' יעקב לורברבוים מרחיב חריג זה, שגם בנותן "חלק לפלוני בנכסי", קנה המקבל, כי הוא כאילו מינו ידוע, כיון שיש למקבל חלק בכל שדה ובכל קרקע.⁴⁸⁷

(9) דבר שבמינו שווה

ר' אפרים נבון כותב, שמה שאמר הרמב"ם שאין תוקף למתנה שאינה מסוימת הוא אם נתן שדה או בית וכדומה בסתם, שכל בית שונה מחברו, ולכן המקבל אינו יכול לברר את המתנה, כי הנותן ידחה אותו מכל נכס בטענה "לא את זה נתתי לך", כי אולי הוא רוצה בזה יותר מהאחר, וגם אם הם שווים בכל דבר, שדה זו היא בצד מזרח ושדה זו בצד מערב, ואולי הוא מעדיף מזרח על מערב או להיפך; אבל בדבר שבמינו שווה, כלומר שכל הנכסים שבקבוצת הספק הם שווים, הנותן אינו יכול לדחות את המקבל ולומר "לא את זה נתתי לך", כי אין סיבה להעדיף את זה יותר מאחר, ולכן המקבל קנה.⁴⁸⁸

כמו כן, תורת גיטין, גיטין ט ע"א, כותב בדעת הרמב"ם (על פי שו"ע, חו"מ, רט, א), שדווקא דבר שאין מינו ידוע נחשב שאינו מסוים, כגון "קרקע מנכסי", או ששייר לעצמו שלושים אמות קרקע, ויש לו הרבה סוגי קרקע, כי "קרקע" כוללת בתים, שדות, כרמים ומקומות בית הכנסת, ולכן אינו נקנה; אבל "חצי שדה", או "בית מבתי", או "דקל לבתי", קנה, כי מינו ידוע. בכך הוא דוחה את הראיות ממנחות ומכתובות, שעוסקות במקרים הללו. לפי דבריו, רש"י יסבור שגם האומר "בית" סתם קנה כי סיים את המין. אבל ר"א יפהן, בהערות לחי' הריטב"א, נדרים נו ע"א, הערה 156, כותב שלרש"י האומר "בית" סתם לא קנה (עיי' שם, מה הוא מסביר על פי זה).
דעות חולקות: שו"ת אבני נזר, או"ח, סי' שמב, אות ג, מקשה על מגדל עוז מהירושלמי (שצוין בהערה 357), שמדבר על נותן "שדה", ובכל זאת הירושלמי מצריך לומר "שדה פלוני", והרי לפי מגדל עוז "שדה" נחשב מסוים גם אם לא אמר "שדה זו".

אבן האזל, על הרמב"ם, הלכות מכירה, כא, י, מקשה על תורת גיטין (וזה קשה גם על מגדל עוז), א"כ מדוע הרמב"ם (הערה 404) נוקט שאם אמר "חלק משדה פלוני", קנה, הרי לדבריו אם נותן חלק משדה, קנה גם אם לא אמר "פלונתי", כי מינו ידוע? ותירץ, שמה שהרמב"ם הל' מכירה, כא, א, כותב שקנה אם מינו ידוע, הוא כגון "ערימה זו של חטים" או "מרתף זה של יין" (רמב"ם שם כא, ב), שיש רק ספק אחד - כמה חטים או יין יש בו, שאז סמכה דעתו של המקבל; אבל כשיש שני ספקות, כגון "חצי שדה", שאין ידוע איזו שדה, ואין ידוע איזה חצי, לא קנה, כי לא סמכה דעתו של המקבל.

כמו כן, שו"ת מהרי"א הלוי ח"ב סי' מז, כותב שגם ב"ספסל אחד מספסלי" לרמב"ם לא קנה.
⁴⁸⁷ תורת גיטין, גיטין ט ע"א. הוא מיישב בכך מדוע בבבא בתרא סג נאמר שהאומר "נתנו חלק לפלוני בנכסי", קנה. לכאורה לא מובן מדוע קישר זאת לעובדה שמינו ידוע, הרי מאחר שיש לו חלק בכל שדה, הרי זה כאילו אמר הנותן "חלק בשדה פלוני", שמסיבה זו ראינו דעה לעיל ד(2), ליד ציון הערה 418, שהמקבל קנה אם קבע הנותן אחוז מסוים מנכסיו; אולי כוונתו היא, שגם אם נאמר שאינו זכאי לחלק מכל נכס ונכס ספציפי (כמו הדעה שהבאנו שם בהערה 418 שסוברת כך), מ"מ יקבל שדה אחת, כרם אחד, בית אחד וכו', ולכן קנה, מפני שמינו של כל נכס ידוע.
⁴⁸⁸ מחנה אפרים, הל' זכיה ומתנה סי' א (הובא במעשה בצלאל, על פסקי רקנטי, סי' רנב, בס' אמר יוסף, על הרמב"ם שם, דף מ ע"א, בדרכי איש, דרוש י, דף כד ע"א, ובנתיבות שמואל, נתיב ו, אות ג). שו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סי' כה (רכד ע"ד), ושו"ת מהרי"א הלוי ח"ב סי' סז, מסכימים לו. נראה שהוא מתכוון בעיקר למתנה של כסף, שכל המטבעות שווים זה לזה; והוא בא להסביר מדוע שכיב מרע שאמר "נתנו מנה לפלוני" נותנים (כפי שצוין לפני כן) אף שלא סיים את המנה (קושי שהעיר עליו כבר מראה הפנים, ירושלמי, כתובות, יא, א).
בעניין מתנת כסף לא מסוים, שו"ת בעי חיי, חו"מ, ח"א, סי' קסד, וסי' קסה, כותב שהרמב"ם מסכים שהנותן "שלוש מאות משקלי זהב מזהב שלי", נקנה, וזאת על סמך שו"ת הריטב"א, סי' מא, שכותב ש"מנה מנכסי" נחשב מסוים (אך ראה לעיל, הערה 357, שאמר יוסף ועוד דחו את הראיה מהריטב"א, כי הוא לא מתייחס לשיטת הרמב"ם). והוא לא נימק מדוע קנה.

גם שו"ת חושן האפוד חו"מ סי' ו (ט ע"ב), כותב על פי הריטב"א שהאומר "מנה מנכסי", נחשב מסוים. והוא מסביר בכך (כך נראית כוונתו) את שו"ת מהרי"ט, ח"ב, חו"מ סי' צו, שעסק במקרה שנכתב בשטר "כל מה שיימצא מנכסי, יטלו הירששים עשרת אלפים לבנים שאני משאיר להם מנכסי", ולא פסל זאת מטעם דבר שאינו מסוים - כי למעשה אמר "סכום פלוני מנכסי".

גם שו"ת מהרש"ך ח"ב סי' ט, כותב על סמך תשובת הריטב"א, שהאומר "יקח חמש מאות פרחים ממיטב נכסי" הוא דבר מסוים כמו "בית מבתי" או "מנה בנכסי" (שו"ת בני אהרן סי' עז, דף פו ע"ב, כותב שמהרש"ך מתכוון לומר שהרמב"ם מסכים שקנה כאן). אבל שו"ת בעי חיי חו"מ ח"א סי' קסד (קצו ע"ג), כותב שדווקא בכגון נידונו הנ"ל, שסיים חלק מדבר שבמינו, כמו בית מבתיים ומנה מנכסים, קנה, אבל האומר "שלוש מאות שקלי זהב מנכסי", הדבר המסוים אינו ממין החלק הכללי, שהרי זהב הוא מטלטלין, ואולי אינו נחשב מסוים.

דברים דומים לדברי מחנה אפרים אומר קרית מלך רב, על הרמב"ם שם: שהנותן במתנה כמות של יין מיינו, ולא סיים איזה יין, וכל היין שזה בריחו ובטעמו, קנה המקבל, ורק בדבר שדרך בני אדם לסיים אותו כדי שיהיה ידוע מה הוא נותן, כגון בית או שדה, לא קנה אם לא סיים, אבל הנותן יין, די שיאמר "מיין פלוני" כי אין דרך בני אדם לסיים את החביות (אפשר לנמק, שרק אם שינה מדרך בני אדם, שייך לומר שלא סמכה דעתו). הוא מנמק שבדבר שאין דרך לסיים, קנה, כי לא שייך לדחותו מנכס לנכס, כמו שהאומר "נתנו מנה לפלוני" חייב לתת מנה גם אם יש לו כמה מנים נפרדים. אך הוא אומר שדרכו שונה משיטת מחנה אפרים, שלפי מחנה אפרים, אם היו לו ערימות אחדות של חטים, ואינן שוות באיכותן, נחשב שאינו מסוים, אבל לפי קרית מלך רב, גם אז קנה, כי אין רגילים לסיים אותו. יש להעיר שהוא מצריך סיום כללי - "יין פלוני"; ראה לעיל (א), ליד ציון הערה 404, על סיום כללי.

לכאורה, דברים אלו סותרים את דברי הראב"ד⁴⁸⁹ שדוקא אם הנכסים שונים זה מזה, קנה גם לדעת הרמב"ם, כי רואים כאילו הנותן סיים את הגרוע⁴⁹⁰? התשובה היא, שיש להבחין בין שלושה מצבים: (א) אם הנכסים שונים לגמרי, קנה, כדברי ר' אפרים נבון, כי הנותן אינו יכול לדחות את המקבל. (ב) אם ניכר שאחד גרוע ואחד טוב, צודק הראב"ד שרואים כאילו סיים את הגרוע, וקנה. (ג) אם רק ערכם האובייקטיבי שווה, אבל יש ביניהם הבדל סובייקטיבי, כגון שאדם אחד מעדיף הר וואדם אחד מעדיף בקעה, או שלנכס אחד יש עדיפות על האחר בכיוונים שלהם, וכדומה, הנותן יכול לדחות את המקבל מכל אחד בטענה שהוא רוצה דוקא את זה, ואז לרמב"ם לא קנה⁴⁹¹.

אך ר' משה בנבנשתי כותב שגם אם כל הנכסים שווים לגמרי, לא קנה, לפי הרמב"ם⁴⁹².

חריג זה, המבוסס על כך שכאן אין הנותן יכול לדחות את המקבל מנכס לנכס, מתאים לגישת הפגם החוזי, שהרי כאן יש לצדדים גמירת דעת כיון שאין הנותן יכול לדחות את המקבל. הוא מתיישב גם לגישת הפגם הקנייני, לפי מה שהסברנו⁴⁹³ שעצם יכולתו של הנותן לדחות את המקבל מונעת מזכות קניין לחול; ואילו כאן שאין הנותן יכול לדחותו, אפשר לומר שהמקבל זוכה בזכות קניין כללית באחד מהנכסים.

(10) הבחנה בין קניין ע"י שטר לקניינים אחרים

יש שיטה באחרונים, שלפיה הרמב"ם פסל מתנה שאינה מסוימת דוקא אם היא מוקנית ע"י קנין שטר, אבל אם היא מוקנית ע"י אחת מדרכי הקניין האחרות, המתנה תקפה. לפי שיטה זו, טעמו של הרמב"ם הוא שכוח הקניה של שטר נלמד מפסוק⁴⁹⁴, ולכן השטר צריך להיות דומה לשטר שעוסק בו הפסוק, שכשמגיע השטר לידי הקונה, עובר הנכס בכל מקום שהוא מרשות המקנה לרשות הקונה; ואילו אם הנכס אינו מסוים, המקבל אינו יכול עדיין להחזיק בשום נכס עד שיבחר הנותן את הנכס או את מה ששייר לעצמו, ועוד, שהוא עדיין יכול להפקיע את זכותו של המקבל ע"י שיחלק את הנכס לאחרים, ואז לא יוכל המקבל להוציא אף מאחד מהם, כי כל אחד יאמר לו "אינך בעל דיני", ולכן אין זה "שטר מקנה", ואינו מועיל⁴⁹⁵. האחרונים הצביעו על סיבות נוספות לייחודו של שטר קניין לענין זה: בקנייה בשטר, צריך שהשטר יהיה "מוכח מתוכו" מה נקנה בו, ואם הנכס אינו מסוים, לא מוכח מתוכו מה השטר קונה; אבל בקנין כסף וחזקה וכדומה, אין טעם זה תקף, והרמב"ם מסכים שנקנה בהם גם דבר שאינו מסוים⁴⁹⁶. כוח הקניין של השטר הוא רק בהוכחה שיש ממנו, ואם אינו מוכח כלל, לא מהשטר ולא מחוצה לו, אין עליו שם שטר אלא חרס; ולכן הכותב בשטר "בית בבתי" וכדומה, ולא עשה קנין אחר, אינו יכול להקנות בית כל שהוא, שהרי אין שטר על שום בית, כי אין הוכחה על איזה שהוא חפץ ביחוד שהוא שלו, א"כ אין כאן שטר, ואין לו במה יקנה; אבל המקנה בכסף או בקנין סודר שדה אחת משדותיו, קנה המקבל, גם לרמב"ם, ואף שהנותן ידחה אותו מנכס לנכס, הרי ממה נפשך יש למקבל נכסים אצל הנותן⁴⁹⁷. יסוד קנין שטר הוא הראיה שבשטר, ואם לא ידוע מתוך השטר איזה נכס נקנה בו, חסר בקנין השטר, כי צריך להיות מוכח מתוכו על איזה נכס חל הקנין; אבל קניינים אחרים מועילים בדבר שאינו מסוים, כי הקנין חל על בית מסוים, וקמי שמיא גליא איזה בית נקנה, ורק אנחנו לא יודעים, אבל אליהו הנביא יכול לברר⁴⁹⁸. קנין שטר מועיל ע"י שהנותן מוסר למקבל את "ספר המקנה", שע"י השטר יוכל המקבל להחזיק בשדה, ואין שטר

נתיבות שמואל, נתיב ו, אות ד, כותב שגם לרמב"ם, "בית בבתי" נחשב דבר מסוים, כי רק במקום שיש צד קפידא נחשב שאינו מסוים, אבל במקום שאין סיבה להעדיף אחד מהנכסים, הוא מודה שחל קנין באופן סתמי על אחד מהבתים, אלא שיד המקנה על העליונה, ויכול לתת את הגרוע (אך לא הסביר מדוע בבתים אין קפידא). למעשה, סברתו היא כסברת מחנה אפרים.

⁴⁸⁹ לעיל (4), ליד ציון הערה 425.

⁴⁹⁰ כך הקשה שו"ת פני משה ח"ב סי' נח (קו ע"ב), על מחנה אפרים.

⁴⁹¹ מהרי"א הלוי שם.

⁴⁹² שו"ת פני משה ח"ב סי' נח (קו ע"ב). הוא מביא ראיה ממה שב"קרקע בקרקעות" הרמב"ם אומר שלא קנה, משמע, גם אם הכל מין אחד ואין שום עדיפות לזה על זה. דרכי איש (ארוואץ), דרוש י, דף כד ע"ב, דוחה ראיה זו, שקרקעות אינן נחשבות מין אחד לענין זה, משום שתמיד אפשר להעדיף קרקע אחת בגלל הרוחות, כמו שכתב מחנה אפרים.

⁴⁹³ לעיל ב(1), ליד ציון הערה 371.

⁴⁹⁴ קידושין כו ע"א.

⁴⁹⁵ פני יהושע, גיטין ט ע"א (ד"ה תוספות בד"ה לעולם), בדעת רש"י, רי"ף ורי"י מיגאש (ובדבריו צ"ל "שטר מקנה" במקום "שטר מתנה"). אבל הוא כותב שמהרמב"ם לא משמע שזה טעמו.

⁴⁹⁶ תפארת יעקב, גיטין ט ע"א (ד"ה בתוספות בד"ה לעולם); רחובות יצחק עמ' קמט. הם דוחים בכך את הראיות מהסוגיות בתלמוד (ראה הערה 361), שמדובר בהן בשקנה בקנין כסף או בחזקה.

⁴⁹⁷ קובץ ביאורים (וסרמן), גיטין, אות ח. בכך הוא דוחה את הראיות שקנה - שהסוגיות הן בדרכי קניין אחרות.

⁴⁹⁸ קובץ שיעורים (וסרמן), ח"ב סי' לד, אות ב-ג (הובא ע"י ר' יוסף אהרן אופנהיימר, קול התורה, גל' נג, תשרי תשס"ג, עמ' קסז, נדפס גם בתורת גיטין, מהד' תשס"ג, עמ' קצא). בכך הוא דוחה את הראיה מ"בית בבית", שמדובר שם בשאר קניינים. אבל מנחת חזקיה מנחות קח ע"ב, מקשה על דחייה זו, שרש"י, מנחות קט ע"א (ד"ה בא), כותב שמדובר בשטר מכירה.

בלי עדים, וע"י העדים נעשה השטר "ספר המקנה", בזה שאפשר לברר בו את המקנה והקנין; ואם הנכס אינו מסוים, ויוכל הנותן לדחות את המקבל, אין זה נחשב "ספר המקנה", כי המקבל אינו יכול להחזיק בשום שדה ע"י שטר זה, כי אולי יש לנותן נכסים בסוף העולם שאותם הוא מקנה לו, ורק אם יתבררו לנו כל נכסיו שיש לו בכל העולם, יוכל להחזיק בגרוע מכולם, אבל מתוך השטר עצמו לא מבואר איזה נכס הקנה לו, ולכן אין זה נחשב "ספר המקנה"; וגם אחרי שהנותן בחר נכס, אין זה נחשב "ספר המקנה", כי בתוך השטר לא מבואר שהוא מקנה לו נכס זה, ואינו יכול להחזיק בנכס זה ע"י שטר זה, בלי עדים נוספים או הודאת בעל דין שיעידו שהוא בחר נכס זה; אבל בקנין כסף או סודר וכדומה, מאחר שאינם צריכים עדים, קונה גם דבר שאינו מסוים בכלל, כי אין חסרון בעצם הקנין⁴⁹⁹.

כמובן, לפי כל הנימוקים לדעת הרמב"ם, שהובאו לעיל ב(1), אין מקום להבחנה בין קניין שטר לשאר דרכי הקניין.

האחרונים הנ"ל הציעו הסברים לכך שתוספות וסיעתם סוברים שגם בשטר מועילה מתנה שאינה מסוימת, ולא התחשבו בטענה שהשטר אינו מוכח מתוכו: א) תוספות סוברים שבמקנה בית שאינו מסוים (לדוגמה), הקנין חל על סתם בית בבתי הנותן, ויש למקבל בית אחד אצל הנותן, איזה שיהיה; ולכן השטר מועיל, כי השטר מוכיח היטב על חלות זו, שקנה אצלו בית סתם, ולא משנה שהשטר לא אומר לנו איזה בית נקנה, כי מ"מ השטר מוכיח על מה חל הקנין - על בית סתם⁵⁰⁰.

ב) תוספות סוברים ששטר קנין אינו צריך להיות מוכח מתוכו, ושטר על דבר שאינו מסוים מועיל גם כראיה, כאילו מעיד המקנה על עצמו שבשעת המסירה כבר בחר את הנכס הנקנה, אלא שמשום "המוציא מחברו עליו הראיה", המקבל יקבל רק את הנכס הגרוע, והמקנה נאמן לומר שבחר אותו⁵⁰¹.

ג) תוספות סוברים שהקנאה בשטר מועילה כי גזירת הכתוב היא ששטר קונה, כקנין, ולא מכוח הראיה שבו, ולכן אין צורך שיהיה ברור איזה קרקע מוקנית⁵⁰².

(11) מתנת אדם לבניו

יש אומרים, שמתנת אדם לבנו או לבתו תקפה גם אם הנכס אינו מסוים, גם לדעת הרמב"ם, כי דעתו של אדם קרובה אצל בניו, ולכן הוא גומר בדעתו ומקנה⁵⁰³.

⁴⁹⁹ מחנה יהודה (ויליאקא) גיטין ט ע"א (ד"ה ולולא), בדעת רש"י, ר"י והרמב"ם. הוא מביא ראיה שהרמב"ם דיבר רק בקנין שטר, ממה שנקט הרמב"ם "הכותב". בכך הוא דוחה את הראיה מ"בית ביתי" - ששם מדובר שלא בשטר. על קנין סודר ראה פסקה ה(4), הערה 569.

כמו כן, שלום יהודה, גיטין ס"ה, כותב שרש"י דיבר רק בקנין שטר, שצריך סיום, כי קנין שטר חל במה שהנותן נותן למקבל ראיה על רכישת הנכס, ומתן הראיה הוא מעשה הקנין בגוף הנכס, כאמור בקידושין כז "שטר אפסירא דארעא", כמו מוסירה שקונה בהמה, שכשמוסר למקבל את הראיה על הנכס, הוא כאילו החזיק בה, וזה קניינו; ולכן אם לא מצויין בשטר איזה נכס הוא נותן, כך שאין למקבל ראיה על נכס כלשהו, חסר מעשה קנין בגוף הנכס, והוא כמקנה בהמה, והמקבל תפס באפסר של בהמה אחרת, שחסר מעשה קנין בגוף הדבר הנקנה; ודווקא בכסף וחליפין, שאינם בגוף השדה, והקנין חל בכל מקום שהוא, נקנה משום שאינו יכול לדחות את המקבל לגמרי. הוא דוחה בכך את הראיות ממנחות ומב"ב (הערה 361), שמדובר שם שקנה בכסף או בחליפין, ומה שנאמר במנחות קט ע"א "יד בעל השטר על התחתונה" - היינו שטר הראיה, אבל מדובר שהקנין לא נעשה ע"י קנין שטר.

כמו כן, פרי משה, קניינים, ס"י לג, אות ה, מסביר (הוא מתייחס לרש"י בגיטין ואינו מזכיר את הרמב"ם), שדעה זו סבורה שהקנאה ע"י קניין שטר מועילה מכוח הראיה שבשטר, ולכן צריך שתהיה ראיה גמורה, לדעת איזו קרקע ניתנה. אך הוא אינו מעיר שנימוק זה טוב רק להקנאה בשטר, ולא להקנאה בקנין סודר, והוא אינו אומר במפורש שהרמב"ם יודה בקנין סודר.

מעניין, שבעיקר פרשנים על מסכת גיטין אמרו את הסברה שדין זה מיוחד בשטר; אולי הרעיון עלה להם מפני שלמדו סוגיה זו אחרי הסוגיה בגיטין ד ע"א, שנאמר שם ששטר שמזויף מתוכו פסול, ושם נקבע העיקרון ששטר צריך להיות מוכח מתוכו.

דעה חולקת: שערי חיים (שמולביץ), גיטין, ס"י כט, ענף ב, אות א-ב, דוחה את ההסבר שטעם רש"י הוא כי השטר אינו מוכח מתוכו - עי"ש.

⁵⁰⁰ קובץ שיעורים, ח"ב, ס"י לד, אות ד (הובא בשערי חיים, שמולביץ, גיטין, ס"י כט, ענף א). גם בשיעורי ר' שמואל (רוזובסקי), גיטין, אות קכד, כתב (הוא כתב כך כדחיה לסברת פני יהושע, ודבריו יכולים לשמש טעם, מדוע לתוספות השטר מועיל), שכאן אין חסרון בשטר, שהרי גם בדבר שאינו מסוים חלה הקנאה כלשהי (לדעת תוספות), והקנאה זו כתובה בשטר, ולא משנה שלא ידוע לנו על איזה נכס בדיוק חלה ההקנאה.

⁵⁰¹ רחובות יצחק עמ' קמט.

⁵⁰² פרי משה, קניינים, ס"י לג, אות ה.

⁵⁰³ ח"י כתב סופר, גיטין ח ע"ב (ד"ה והנה תוספות); שו"ת שארית יוסף (ידיד) ח"ג, חו"מ, ס"י ד (עמ' רכג); יד דוד (קרלין) ח"ב דף קא ע"ג, הגהה יט. יד דוד מיישב בזה את הקושיה מכתובות, "ייתן דקל לבתי" (ראה הערה 361) - ששם מועיל כי הנותן נתן לבתו.

הם מסתמכים על מה שאומרים "דעתו של אדם קרובה אצל בנו" לענין מתנה לעובר - ראה סעיף 1(א).

דעה זו מתאימה לגישת הפגם החוזי, ובמיוחד להסבר שטעם הרמב"ם הוא שבמתנה שאינה מסוימת, אין לנותן גמירת דעת. גם להסבר שהטעם הוא שאין סמיכות דעת מצד המקבל, אפשר לומר שאם המקבל יודע שהנותן אוהב אותו, דעתו סומכת שהנותן לא יתחמק מלתת לו. אבל לגישת הפגם הקנייני, נראה שגם בנותן לבנו, המתנה אינה תקפה, שהרי הזכות הקניינית אינה יכולה לחול. ואכן מצאנו מי שעוסק במתנת אשה לבתה, ואעפ"כ כותב שלרמב"ם אם אינה מסוימת, לא קנתה.⁵⁰⁴

(12) שיעבד כל נכסיו כאחריות על המתנה

יש אומרים, שהנותן דבר שאינו מסוים, ושיעבד את נכסיו לאחריות על המתנה, אף לרמב"ם הסובר שאינה חלה מצד עצמה, גובה המקבל מן הנותן מדין אחריות. גם אם שיעבד רק את נכסיו שיקנה, ולא קנה אח"כ עוד נכסים, מ"מ מאחר שמוטל חוב על נכסיו, מוטל החיוב עליו, אלא שאין לו נכסים לשלם בהם, א"כ עליו לשלם מהנכסים שכבר קנה, שהתכוון לתת אותם במתנה, כיון שסוף כל סוף יש לו נכסים.⁵⁰⁵

אבל אחרים אומרים, שגם אם יש אחריות במתנה, אינה מועילה לרמב"ם אם אינה מסוימת.⁵⁰⁶

הדין כאן אינו תלוי בנימוקה של שיטת הרמב"ם, אלא כאן נקודה המוצא היא שהמתנה בטלה, מאיזה טעם שיהיה, והדין הוא האם ניתן להטיל על הנותן חיוב נוסף (חיוב חוזי) של אחריות.

(13) מלך וציבור

יש מי שאומר, שגם לרמב"ם, מלך או ציבור יכולים להקנות דבר שאינו מסוים, כי מלך או ציבור אינם חוזרים בהם, ודעתם (או: דעת המקבל) סומכת, כמו שטעם זה ציבור יכול להקנות דבר שלא בא לעולם,⁵⁰⁷ ואף כאן, מתנתם תקפה מטעם זה גם לדעת הרמב"ם.⁵⁰⁸

נימוק זה של גמירת דעת מתאים לגישת הפגם החוזי. לגישת הפגם הקנייני, מתנה שאינה מסוימת של מלך או ציבור יכולה להיות תקפה רק אם נניח שחל עליהם המשפט הציבורי, שדינו שונים משל המשפט הפרטי.

⁵⁰⁴ שו"ת אבקת רוכל, סי' צח.

⁵⁰⁵ שו"ת פני משה, ח"ב סי' נח (קז ע"ג). הוא מסתמך על הרמב"ם (הערה 120) האומר שהנותן במתנה דבר שאינו ברשותו, ושיעבד את הנכסים שיקנה לאחריות אותה מתנה, חייב לקיים את המתנה שהבטיח, ואם לא קיים, גובה המקבל מנכסיו מדין אחריות. אך הוא מעיר שהדין לא יהיה כך לפי הרי"ף (שם), החולק על הרמב"ם, ואומר שמי שמקנה לחברו מנה, והמנה לא היה בעין בשעת המתנה, ושיעבד את כל נכסיו לאחריות אותה מתנה, המתנה לא מועילה וממילא גם השעבוד לא חל, כי "מתנה אין כאן - משכון אין כאן".

לפני כן (בדף קז ע"ד) כתב פני משה, שגם אם לא שיעבד את נכסיו בפירוש, אם אמר "מתנה מנכסי", משמעו עם שעבוד נכסים, כמו שכתב הרשב"א (הערה 233) שהאומר "מנה מנכסי", ואין לו מנה, נותנים למקבל שווה מנה, כי אמר "מנכסי" כדי שהמתנה תהיה על כל נכסיו, כאילו כולם משועבדים למתנה, כמו שנפסק באומר "מחמרא" (ליד ציון הערה 403). ועל פי זה כתב פני משה, שבמצב כזה, גם אם המתנה אינה מסוימת, היא תקפה, כי השעבוד הוא בכל נכסיו, וגם שאר הנכסים, שלא נתן, נשתעבדו למקבל, ובכגון זה מודה הרמב"ם שקנה (אך הוא העיר, שאם חוסר הסיום הוא בשטח, כגון האומר "כל נכסי נתונים לך חוץ משוה מנה", לא שייך לומר ששעבד את כל נכסיו). דבריו אלו קשים, שהרי הרמב"ם נקט "קרקע מנכסי" כדוגמה עיקרית שלא קנה.

גם ר"י אבולפיה, בשו"ת ישמח לב (גאגין) חו"מ סי' ה (כג ע"א), כותב שלפי הרמב"ם שם, אם הנותן קיבל ע"ע אחריות ושעבוד נכסים, להעמיד את הנכס ביד המקבל, אף שבעיקר המתנה יכול לחזור בו כי אינו מסוים, מ"מ מצד האחריות והשעבוד, אינו יכול לבטל, גם לפי הרמב"ם. אבל הוא כותב שאפשר לומר כאן קי"ל כמו הרי"ף שם החולק על הרמב"ם לענין דבר שאינו ברשותו, וכמו מהרי"ש הלוי, המובא בפני משה שם, שפסק שבנידון המתנה בטלה אף ששם היה שעבוד נכסים. הוא מוסיף (בדף כג ע"ב) שגם אפשר לומר קיים לי כש"ד (הערה 124), שגם לרמב"ם, אם לא נקט לשון חיוב אלא לשון מתנה, לא נקנה גם אם קיבל על עצמו שעבוד נכסים. גם רשמ"ח גאגין ור' עזרא טראב, בשו"ת ישמח לב (גאגין), חו"מ, סי' ו (כט ע"ג), כתבו שאפשר לומר קי"ל כרי"ף.

⁵⁰⁶ שו"ת שער יהושע ח"ב חו"מ סי' עב (עמ' סב).

כמו כן, ר' פנחס ענו, בפחד יצחק, מע' מעביר נחלה (קסג ע"א), כותב שגם אם הנותן שיעבד את נכסיו על קיום מתנה שאינה מסוימת, לא קנה. נראה שכוונתו היא, שאפשר שהשעבוד עצמו יהיה בדבר שאינו מסוים, שהרי כל שעבוד נכסים על חוב אינו מסוים, אבל הנותן אינו יכול לשעבד את נכסיו לקיים מתנה שאינה מסוימת. אבל יש להעיר שבתחילת תשובתו (דף קסא ע"ב), הוא כתב שהוא מתאמץ לבטל את המתנה בנידון כי המתנה היתה על חשבון היורשים, ושו"ת נאמן שמואל סי' קב (קלט ע"ד), כותב שבמתנה כזאת עושים כל תחבולה אפשרית להשאיר את הנחלה בחזקת היורשים כי אסור להעביר נחלה מיורשים, וייתכן שלא היה אומר כך במתנה רגילה (והדברים אמורים לגבי כל דברי ר' פנחס ענו בתשובה זו).

ראה גם בהערה 505, שלפי הרי"ף אין תוקף למתנה ולאחריות.

⁵⁰⁷ ראה ליד ציון הערה 254.

⁵⁰⁸ דרכי איש (ארוואץ), דרוש י, דף כג ע"ג.

כמו כן, שו"ת מהר"ם שיק חו"מ סי' כז (ד"ה וא"כ מבואר) כותב שהקנאת הרבים מועילה גם בדבר שאינו מסוים ואינו מבורר.

(14) אם בשטר המתנה אין סיום אבל בדברים שבעל פה סיימו

יש מי שאומר, שגם אם לא נכתב בשטר המתנה איזה נכס נתון במתנה, הרי אם אמר הנותן למקבל לפני כן בעל פה איזה נכס הוא נותן, קנה המקבל גם לדעת הרמב"ם⁵⁰⁹.

חריג זה מתקבל בין לגישת הפגם החוזי ובין לגישת הפגם הקנייני, כי יש כאן גמירת דעת, ויש לזכות הקניינית על מה לחול, כיון שידוע לצדדים באיזה נכס מדובר.

אבל לפי השיטה⁵¹⁰ שטעם הרמב"ם הוא ששטר מתנה שאינו מסוים אינו יכול ליצור הקנאה כי אינו מוכח מתוכו, לא קנה גם אם אמר הנותן בעל פה "נכס פלוני קנוי לך בשטר זה", כי השטר אינו מבורר מעצמו⁵¹¹.

(15) אם הנותן בחר בלבו את דבר המתנה בשעת ההקנאה

לעיל⁵¹² ראינו שיטה שלפיה טעם הרמב"ם הוא משום "אין ברירה", שהקנין לא יכול לחול עכשו על סמך מה שיבחר הנותן בעתיד. לפי זה, רק אם הנותן לא החליט בשעת הקנין איזה קרקע יתן, אלא עשה קנין על הספק, שיחול הקנין על אחד מנכסיו עד שיגמור בדעתו ויבחר אחת - לא קנה המקבל, כי "אין ברירה", ולא חל קנין מספק, והנותן נאמן לומר שאז עוד לא החליט, כי "המוציא מחברו - עליו הראיה". לעומת זאת, אם בשעת המתנה החליט הנותן איזה נכס מהנכסים הוא יתן, קנה המקבל, ולא משנה שהוא לא אמר זאת אז, אלא די שהוא מודה שהחליט אז כך, ולא משנה שהקונה לא ידע איזה נכס יקבל, כי יש "דעת אחרת" שמקנה לו דבר מסוים, כמו שמקבל מתנה קנה גם אם לא התכוון לקנות⁵¹³, מפני שדי בכוונת הנותן להקנות⁵¹⁴.

גם לפי גישת הפגם החוזי, הרי אם הנותן התכוון (בלבו) בשעת הקנין לנכס מסוים, זכה המקבל, גם לפי הרמב"ם, כי יש גמירת דעת מצד הנותן, ואף שלא ידע המקבל מה הוא מקבל, ועבור זה דבר שאינו מסוים, מ"מ כיון שיש דעת אחרת שמקנה לו בבירור, די בכך⁵¹⁵.

אבל לפי הנימוק⁵¹⁶ שבמתנה שאינה מסוימת אין גמירת דעת מצד המקבל, הרי גם כאן לא קנה, כי לא ידע המקבל באיזה נכס מדובר.

ייתכן שגם על פי גישת הפגם הקנייני, במצב זה המתנה תקפה, מפני שהזכות הקניינית חלה על נכס מסוים, שידע עליו הנותן. העובדה שאדם אחר אינו יכול לדעת על איזה נכס חל הקנין, אינה משנה כאן, כמו שיכול אדם להקנות נכס לאדם אחר בלי שהלה ידע על כך.

(16) אם ביד המקבל לבחור

יש אומרים שאם הנותן מאפשר למקבל לבחור איזה חלק בנכסיו שירצה, גם הרמב"ם מסכים שקנה, אף שלא סיים הנותן את דבר המתנה, כי הסיבה שלרמב"ם דבר שאינו מסוים אינו נקנה הוא כי לא סמכה דעת המקבל, כי הנותן ידחה אותו מנכס לנכס, והרי כאן הנותן אינו יכול לדחותו⁵¹⁷.

⁵⁰⁹ בית ישחק על הרמב"ם שם.

כמו כן, ר' יוסף מרדכי הלוי, בשו"ת פני דוד (פאפו) דף קנה ע"א, כותב שאם שטר המתנה כתוב בלשון הודאה כגון "אני מודה שנתתי קרקע", מניחים שעשה כראוי, ומניחים שסיים את המתנה. ונראה שכוונתו היא, שאף שבשטר אין סיום, מניחים שסיים בעל פה; מכאן שהוא סובר שמועיל סיום בעל פה. אבל אולי הוא סובר כך דוקא בשטר שנועד לשמש רק ראיה (ואילו את ההקנאה עשה ע"י מעשה קניין אחר, כגון סודר או חזקה), כמו שטר ההודאה שהוא עוסק בו, אבל בשטר שנועד לשמש מעשה קנין, לא יועיל גם אם ידוע שסיים בעל פה.

⁵¹⁰ שהובאה לעיל (10), ליד ציון הערה 496.

⁵¹¹ רחובות יצחק עמ' קמט. הוא מדייק כך מלשון הרמב"ם "הכותב קרקע מנכסיו".

⁵¹² פסקה ב(1), ליד ציון הערה 375.

⁵¹³ כפי שנראה בסעיף 3, פרק ב, 2, ובסעיף 6.

⁵¹⁴ שו"ת שמחת יו"ט סי' מ (קנד ע"ב) (הובא בשו"ת ישמח לב, חו"מ, סי' כ, דף עז ע"ב). בכך הוא דוחה את הראיה מ"בית בבתי" (הערה 361) - ששם מדובר שהמוכר טוען שבשעת המכר החליט לתת את הגרוע, ומדובר שהמוכר כבר קיבל את הכסף בשעת הקנין, ולכן הקונה הוא המוציא מחברו, ולכן המוכר נאמן לומר שהתכוון למכור את הגרוע. בכך הוא דוחה גם את הראיה מבי"ב קעג, בענין "שדי מכורה לך" (הערה 361) - שמדובר שהמוכר מודה שהתכוון לשדה גרועה.

ראה גם להלן (26), ליד ציון הערה 549, שאבני נזר כותב על מקרה אחר, שמאחר שהנותן ידע את הסיום, קנה המקבל אף שהמקבל לא ידע על הסיום.

⁵¹⁵ מנחה טהורה, מנחות קח ע"ב (דף קכד ע"ג). ראה בשמו בפסקה ב(1), הערה 367, שטעם הרמב"ם הוא חוסר גמירת דעת מצד הנותן. הוא דוחה בכך את הראיה מ"בית בבתי", שמדובר שם שהמוכר אומר שהתכוון להקנות נכס זה, ומדובר שהקונה כבר שילם, ולכן כשהמוכר מראהו נפול, אינו יכול לומר לו "אולי לא התכוונת לזה בשעת הקנין", כי המוכר מוחזק, והמוכר טוען "בריי" והקונה טוען "שמא".

⁵¹⁶ שראינו בפסקה ב(1), ליד ציון הערה 364.

⁵¹⁷ מאמר מרדכי (פונפדר), דף טו ע"א.

נראה שגם לפי ההסבר שטעם הרמב"ם הוא שאין לנותן גמירת דעת, אלא הוא התכוון לשטות במקבל ולדחותו מנכס לנכס, כאן המתנה תקפה, כי בזה שנתן למקבל לבחור, ואינו יכול לדחותו מנכס לנכס, הראה שהוא גמר בדעתו לתת. אבל לפי גישת הפגם הקנייני, נראה שגם כאן המתנה אינה תקפה, שהרי בשעת ההקנאה אין נכס ספציפי שעליו תחול הזכות הקניינית.

(17) אם התנו בפירוש שיועיל אף שאינו מסוים

יש מי שאומר, שאם הצדדים התנו בפירוש שהמתנה תחול אף שאינה מסוימת, קנה המקבל גם לדעת הרמב"ם⁵¹⁸. אפשר להבין את דבריו לפי גישת הפגם החוזי, שכן אם התנו בפירוש שהמתנה תחול אף שאינה מסוימת, הדבר מורה על גמירת דעת.

אבל נראה שלפי גישת הפגם הקנייני, לא תועיל התנאה כזאת, כיוון שגם אז אין לזכות הקניינית על מה לחול.

(18) אם אנו בטוחים שאין לנותן נכסים מלבד אלו הידועים לנו

יש מי שאומר, שרק אם איננו יודעים כמה נכסים יש לנותן, כך שהנותן יכול לדחות את המקבל לנכס שיש לו בסוף העולם, שהרי "קרקע מנכסי" משמעו גם נכסים שיש לו בסוף העולם, לא קנה, מפני שלא סמכה דעתו של המקבל. לעומת זאת, אם אנו מוחזקים שאין לנותן נכס כזה במקום אחר, קנה המקבל, כי סמכה דעת המקבל⁵¹⁹. נימוק זה מתאים לגישת הפגם החוזי. יש להוסיף, שגם לפי ההסבר⁵²⁰ שאין לנותן גמירת דעת, אלא הוא מתכוון לדחות את המקבל מנכס לנכס, אפשר לומר שמאחר שאין לנותן נכסים אחרים, ולא יוכל לדחות את המקבל מנכס לנכס, ברור שהיתה לנותן גמירת דעת לתת את המתנה.

יש להבחנה זו גם נימוק המתאים לגישת הפגם הקנייני: דווקא אם איננו יודעים כמה נכסים יש לנותן, לא קנה המקבל, כי המקבל לעולם לא יוכל לקבל את המתנה, מתוך אי ידיעה, ולכן לא חל קניין⁵²¹; אבל אם אנו בטוחים שאין לו נכסים אחרים, כך שאינו יכול לדחותו לגמרי אלא חייב לתת לו את הגרוע הידוע לנו, הקניין חל⁵²².

כך עולה גם משו"ת פני משה ח"ב, סי' נח (קד ע"ג), שהרי הוא מביא שר' שמואל הלוי פסק שבנידונו לא קנה לדעת הרמב"ם כי הבחירה היתה ביד הנותן, והוא עצמו מאריך להוכיח שכוונת הנותן היתה שהבחירה תהיה ביד המקבל, ורומז שלפי פרשנות זו, המתנה קיימת, ואף כותב שעדיף לפרש כך את כוונת הנותן כדי שהמתנה תהיה קיימת. ראה גם לעיל ב(3), הערה 382, שחידושי הרי"ם אומר שאם ביד המקבל לבחור, אין בעיה של "בכירה"; אבל לא כתב שאז המתנה תקפה גם לרמב"ם.

ח"י כתב סופר, גיטין ח ע"ב (ד"ה ודע), כותב בתחילה שגם לרי"ף ולרמב"ם, אם תלה הנותן את השיור במקבל (בנותן "כל נכסי חוץ ממקצתם"), כלומר שהמקבל יוכל לשייר לנותן כל מה שירצה (וכן ב"קרקע מנכסי", אם אמר שהמקבל יוכל לבחור מה יקבל), סומכת דעתו, וחל הקניין. אבל הוא דוחה זאת, משום שהרמב"ם כתב שגם באומר "כל נכסי חוץ ממקצתם" לא נקנה כלום, אף שמשמעות לשון זו היא שהנותן התכוון לתלות את הבחירה ביד המקבל (ראה בשמו בפסקה ז, ליד ציון הערה 590), ומכאן משמע שהרמב"ם סובר שגם אם תלה את הבחירה בדעת המקבל, לא קנה, וזאת כי קניין יכול לחול על נכס רק אם יהיה מבורר בשעת המתנה. הוא מדייק כך גם מרש"י (הערה 355) שכתב "דעל כל אחד איכא למימר" וכו', ולא כתב "דעל כל אחד יאמר הנותן" וכו', משמע שזה לא מטעם שהנותן יכול לדחותו מנכס לנכס, אלא משום שאם הנכס לא מבורר בשעת הקניין לא חל הקניין. אך הוא מדייק מתוספות (הערה 358) שהם הבינו שטעמו של רש"י אינו כי לא סמכה דעתו אלא כי יכול לדחותו, ואם כן אם תלה את הבחירה במקבל, המתנה תקפה.

⁵¹⁸ שו"ת ארץ צבי (ראם) סי' ד (י ע"ב). הוא משווה זאת למה שכתב משנה למלך ה' מכירה, א, ד, שהתנאה מועילה לענין מכירת קרקע בכסף, אף שמן הדין צריך גם שטר, וכן לרמ"א, חו"מ, קצח, ה, שכתב שהתנאה מועילה שיועיל כמעשה קנין אף דבר שלא מועיל מן הדין (אך יש להעיר שש"ך, חו"מ, קצח, ס"ק י, חולק על הרמ"א). ארץ צבי מיישב בכך את הקושיה, איך הועילה מכירת עשו את הבכורה ליעקב, הרי אינה מסוימת? התירוץ הוא, שכיון שנשבע עשו ליעקב לקיים את הקניין, הוא כאילו התנה בפירוש שיועיל אף שאינו מסוים.

דעה חולקת: מעשה בצלאל, על פסקי רקנטי, סי' רנב, כותב שלא מועיל שיסכים המקבל לקנות איזה שירצה (כלומר גם אם יאמר הקונה במפורש שהוא מסכים לזה - כך נראית כוונתו), כי זה כמו אסמכתא כיון שיש קפידא בעיקר העניין.

⁵¹⁹ נתיבות שמואל, נתיב ו, אות ו (נח ע"ד), על פי אור שמח שהובא לעיל ד(4), הערה 425 (אך אור שמח לא אמר דברים אלו ממש).

⁵²⁰ ליד ציון הערה 367.

⁵²¹ ראה בשמו בפסקה ב(1), הערה 374, שעצם העובדה שלמעשה המקבל לעולם לא יוכל לקבל את הנכס, מונעת את חלות הקניין.

⁵²² נתיבות שמואל, שם, דף נט ע"א (כך נראית כוונתו). בכך הוא מיישב את "בית בבתי" ו"דקל לבתי" (הערה 361) - שמדובר באופן שלפי הענין אינו יכול לדחות את המקבל אלא חייב לתת לו את הגרוע. צריך להוסיף, שגם אם יש לו שני נכסים ששוים בגרעותם, אינו יכול לדחות את המקבל מזה לזה, אלא חייב לתת לו אחד מהם, ממה נפשך.

(19) אם אמר הנותן שהמתנה תחול רק כשיבחר את הנכס

חריג זה מסתמך על ההסבר⁵²³ שטעם הרמב"ם הוא ש"אין ברירה". לפי נימוק זה, דוקא אם הנותן אומר "אחת משדותי קנויה לך", לדוגמה, שמשמע שיקנה מעכשיו איזה שדה שיבחר הנותן בסוף, לא קנה המקבל כי "אין ברירה". לעומת זאת, אם אמר בפירוש "לא תקנה עד שאבחר שדה", המתנה תקפה גם לרמב"ם, כמו המקנה שדה מסוימת אחרי שלשים יום, שמועיל, אם השטר קיים אז⁵²⁴; ואמנם שניהם יכולים לחזור בהם עד שיבחר הנותן, כמו במקנה לאחר שלשים יום, אבל ברגע שהוא בוחר, המקבל קנה ע"י השטר, אע"פ שמתוך השטר עצמו לא מוכח איזה שדה נקנה⁵²⁵. זאת משום ש"אין ברירה" נאמר רק בדבר שצריך בירור למפרע, אבל כאן איננו צריכים ברירה למפרע, כי חלות הקנין היא רק בסוף, כשיבחר. אבל מאחר שכאן הקנין חל רק בסוף, לא קנה המקבל את הפירות שהניב הנכס בין אמירתו הראשונה של הנותן לבין בחירת הנותן את הנכס⁵²⁶.

נראה שחריג זה קיים גם לגישות הפגם הקנייני והפגם החוזי, שהרי למעשה המתנה חלה אחר זמן, ואז היא כבר מסוימת, ואז יש גמירת דעת ויש לזכות הקניינית על מה לחול. אלא שהצדדים יכולים לחזור בהם בינתיים, כאמור.

(20) אם המקבל מוחזק בנכסים

יש אומרים, שאם המקבל מוחזק בנכסים, כגון שהנותן השכיר למקבל את הרשות שבה מונחים כלל הנכסים, ומסר לו את המפתח - המקבל קנה גם לדעת הרמב"ם, כי הנותן אינו יכול לדחות את המקבל מנכס לנכס, כי דוקא כשהנותן מוחזק יכול לדחותו⁵²⁷.

זאת ועוד: לפי ההסבר שלא מועילה מתנה שאינה מסוימת כי היא אסמכתא⁵²⁸, הרי כמו שאין פסול של אסמכתא במחילה, כלומר, שאם מי שקיבל על עצמו את ההתחייבות המותנית אינו מוחזק, היא תקפה⁵²⁹ - כך כאן, אם המקבל מוחזק, קנה⁵³⁰.

נימוקים אלו מסתמכים על גישת הפגם החוזי. אבל נראה שלפי גישת הפגם הקנייני, גם כאן המתנה אינה תקפה, כי אין לזכות הקניינית על מה לחול.

(21) נתן דבר מסוים עם דבר שאינו מסוים

יש מי שאומר, שגם לרמב"ם, המקנה דבר מסוים עם דבר שאינו מסוים, הכל נקנה, כי בדבר שאינו מסוים הקנין הוא טוב, אלא שלא גמר הנותן בדעתו להקנות, ולכן אם הוא מקנה דבר שאינו מסוים עם דבר מסוים, יש להניח שמאחר שבחלק אחד דעתו להקנות וסמכה דעתו, גם את החלק השני גמר בדעתו להקנות⁵³¹.

⁵²³ שראינו בפסקה ב(1), ליד ציון הערה 375.

⁵²⁴ ראה סעיף 4.

⁵²⁵ יש להעיר, שלפי השיטה שהבאנו לעיל ד(10), ליד ציון הערה 496, כאן לא קנה, כי השטר אינו מוכח מתוכו.

⁵²⁶ שו"ת שמחת יו"ט סי' מ (קנד ע"ד). על הפירות ראה גם פסקה ג, ליד ציון הערה 392.

בפסקה ד(5), הערה 433, הבאנו שלפי שואל ומשיב, אם הנותן אמר מראש "קרקע מנכסי נתונה לך, איזה שארצה", המתנה תקפה גם אם אמר שהקנין יחול מעכשיו. הנימוק שלו הוא כמו של שמחת יו"ט, אלא שהוא מרחיב את התחולה. כך אפשר אולי להבין את שו"ת ר' יוסף אבן עזרא, סי' לג. הוא עוסק בלאה, שהפרישה סכום מסוים בארגז, ומסרה אותו לאחיה שישמור עליו כל חייה, כך שתוכל להקדיש ממנו לצדקה מה שתראה, ואם תמות בלי זרע, יזכו האחים ביתרה מעכשיו. הוא פוסק (בעמ' קפח) שהאחים זכו ביתרה בתורת מתנה, גם לדעת הרמב"ם שלא מועילה מתנה בדבר שאינו מסוים, ואע"פ שבתחלה לא קבעה מה הסכום, והסכום התברר רק סמוך למותה, כי רק אז נודע כמה נתנה בינתיים לצדקה, מ"מ התגלה למפרע שמה שנתנה לאחים מראש היה מסוים. האפשרות היחידה להסביר את דבריו היא לפי דברי השואל ומשיב, שכיון שמראש היא אמרה שהיא משיירת מה שתתן לצדקה, הוא כאילו אמרה "מה שארצה".

⁵²⁷ שו"ת מהרי"א הלוי ח"ב סי' סז. וראה פסקה ז, ליד ציון הערה 591, על מקרה שהמקבל מוחזק.

⁵²⁸ ראה הערה 365, בשם בית יצחק ועוד.

⁵²⁹ רמב"ם, מכירה, יא, ד, ושו"ע, חו"מ, רז, יא - שמוכר האומר "אם אחזור בי ערבוני מחולי", מועיל ואין בעיית אסמכתא, כי החפץ נמצא ביד הקונה. ראה על כך בעבודה על מחילה.

⁵³⁰ שו"ת הרמ"ץ, או"ח סי' לב, אות ו.

⁵³¹ שו"ת בית יצחק, יו"ד ח"ב, קונטרס אחרון, סי' יב, אות ב (הובא בשו"ת מהר"ש ענגל, ח"ג, סי' עט). הוא מסתמך על הרשב"א (שציון בהערה 126) הסובר שקנין שבחלקו יש אסמכתא ובחלקו אין אסמכתא, תקף כולו (אבל ראה שם שיש חולקים על כך). אך הוא מעלה אפשרות לדחות את הראיה מהרשב"א, כי אולי הרשב"א סובר שהמקנה לשניים שאחד מהם אינו יכול לקנות ("את וחמור") קנה הכל, ואילו אנו פוסקים שקנה מחצה (ראה סעיף 1א). הוא מבחין בין מקרה זה לבין המקנה דבר שלא בא לעולם עם דבר שלא בא לעולם, שדוקא שם לא קנה את הדשלבלי"ע (ראה ליד ציון הערה 126), כי החסרון בדשלבלי"ע הוא שאין על מה שיחול הקנין, וזה שייך גם במקרה כזה.

סברה זו שייכת רק לפי גישת הפגם החוזי, שלפיה הקובע הוא האם היתה גמירת דעת; אבל לפי גישת הפגם הקנייני, נראה שגם כאן המתנה בטלה, כי עדיין אין על מה שתחול הזכות הקניינית בחלק שאינו מסוים.

ואכן, יש מי שאומר שאם הקנה נכס מסוים ושאינו מסוים בקנין אחד, לא נקנה הנכס שאינו מסוים, אבל הנכס המסוים נקנה.⁵³²

(22) התחייבות לתת דבר שאינו מסוים

יש אומרים, שהתחייבות לתת דבר שאינו מסוים במתנה, תקפה גם לפי דעת הרמב"ם. רק אם הנותן מקנה את הנכס בלשון מתנה, כמו "כל נכסי נתונים לפלוני עבדי חוץ וכו'", המתנה בטלה, משום שהקנין חל על הנכס עצמו שאינו מבורר, ואינו יכול לחול. אבל אם נקט לשון חיוב, זה מועיל גם לרמב"ם, כי נתחייב גופו של הנותן לתת, שהחיוב חל על גוף האדם, ולא על הנכס; ולכן אף שהנכס אינו מבורר מראש, קנה המקבל לענין שאין הנותן יכול לחזור בו, וכשיברר את הנכס, יקנה את הנכס הזה עצמו; אבל עד אז לא קנה המקבל את הנכס עצמו, ויש רק חיוב חוזי על גוף הנותן לתת נכס למקבל; ואם מת הנותן לפני שברר, היורשים אינם חייבים לברר את הנכס, כי היה רק חיוב על גופו של הנותן, ועל היורשים אין חיוב.⁵³³

(23) הקנאת נכס באופן זמני

יש מי שאומר, שגם לשיטת הרמב"ם אפשר להקנות מטלטלין אגב ארבע אמות קרקע סתם, בלי לסיימן, כי אין צורך שיקנה הקונה לגמרי את הקרקע שקונה אגבה, ודי שיקנה אותה באופן זמני, כמו שקנין סודר מועיל אף שהסודר חוזר לבעליו אחרי הקנין, ולכן קניין אגב מועיל גם בקרקע שאינה של הנותן אלא מושאלת לו.⁵³⁴; ולכן הקרקע שקונים על ידה אינה צריכה להיות מסוימת. הטעם שדבר שאינו מסוים אינו נקנה הוא כי לא סמכה דעתו של המקבל לקנות, כי אינו יודע מה הוא קונה, וזה שייך רק בדבר שהוא רוצה לקנות שיהיה לגמרי שלו, משא"כ כאן.⁵³⁵

חריג זה מסתמך על הנימוק שיש כאן גמירת דעת מצד הקונה, ומתאים לגישת הפגם החוזי. אבל לפי גישת הפגם הקנייני, נראה שגם הקנאה זמנית לא תועיל במתנה שאינה מסוימת, כיון שאין לזכות הקניינית על מה לחול. ואכן, ר"י מיגאש⁵³⁶ אומר שגם הקנאה אגב קרקע אינה מועילה אם הקרקע אינה מסוימת,

⁵³² שו"ת לחם רב סי' רא, בסופו (הובא בכנה"ג, חו"מ, רנ, הגה"ט אות עב, בשו"ת משאת משה חו"מ סי' יא, בשו"ת רב פעלים ח"ב חו"מ סי' ז, ובשו"ת ויקרא אברהם (אדאלי) חו"מ סי' לט, ד"ה וראיתי עוד); מחנה יהודה (ויליאקא) גיטין ט ע"א (ד"ה ולענין).

מחנה יהודה כותב שקנה את הנכס המסוים, גם לדעה שבאומר "את וחמור" לא קנה כלל (ראה סעיף 1א), משום ששם הנותן תלה את שניהם זה בזה, וזה מראה שאינו רוצה להקנות לזה בלי זה, אבל כאן לא תלה את שני חלקי המתנה זה בזה, שהרי בנכס שאינו מסוים, לא גמר הנותן בדעתו עדיין שיחזיק המקבל בו מיד, שהרי שייר אצלו את הזכות לבחור את מה שירצה לתת לו, א"כ לא סילק עצמו לגמרי מהנכס ולא נגמרה הקנאתו עדיין בו, ואילו מהדבר המסוים, סילק עצמו מיד, א"כ לא תלה את שני הדברים זה בזה. לחם רב מנמק, שקנה את הנכס המסוים כיון שהביטול של החלק האחר אינו מחמת הנותן אלא מחמת הדין שאין קנין חל על דבר שאינו מסוים. נידונו של לחם רב הוא הנותן בית וכל מה שבתוכו.

ברכת שאול, סי' י (עמ' תה-תו), כותב שאם נתן דבר מסוים עם דבר שאינו מסוים, חלים הכללים של "את וחמור".⁵³³ דרכי הים, דרוש א לשבת זכור (ק"ז ע"ג), ושרשי הים ח"ג ה'י' זכיה, ג, ה (כ ע"ב-ע"ד). ראה מקורות נוספים על כך בסעיף 5.

⁵³⁴ ראה סעיף 6.

⁵³⁵ שו"ת שארית יוסף (ידיד) ח"ב, עמ' רמב. בכך הוא מסביר מדוע שו"ע, חו"מ, קיג, ב, פסק שאין צורך לסיים את ארבע האמות, אף שפסק כרמב"ם (אך ראה לעיל א(3)), הערה 363, שפוסקים רבים כתבו שהשו"ע אינו פוסק כרמב"ם).

דבר דומה אומר ר"י אבולפיה, בשו"ת ישמח לב, חו"מ, סי' ה (כא ע"ד), שבהקנאה אגב קרקע אין צורך לסיים את הקרקע כי אינו מתכוון להקנות את הקרקע (והבאנו את דבריו לעיל א(3)), הערה 361, בהקשר לדעת הרמ"א; ואולי הוא מתכוון לסברת שארית יוסף.

כמו כן, בני אהרן, סי' רמא (קכו ע"א), מעלה אפשרות שהרמב"ם מסכים שבקנין אגב א"צ לסיים ארבע אמות, כי המוכר והקונה אינם מתכוונים למכור ולקנות אותן ארבע אמות, אלא את המטלטלין, והמטלטלין מסוימים, א"כ סמכה דעתם, כי לא איכפת להם שהארבע אמות אינן מסוימות, כיון שעיקר קנייתם מסוימת. הוא מיישב בזה מה שתמה ריב"ש (שהבאנו בפסקה ד(7)), הערה 483) על מה שנהגו להקנות אגב ארבע אמות בלי לסיים את ארבע האמות אף שנהגו כרמב"ם. הוא מביא ראיה מרמב"ם, ה'י' שלוחין, ג, ז, שכתב לגבי הרשאה ע"י הקנאת חוב אגב ארבע אמות, "ודברים אלו קלים עד מאד ורעועים", ומנה חסרונות אחדים שיש בהקנאה זו, ולא הזכיר את החסרון שרגילים להרשות אגב ארבע אמות שאינן מסוימות - כי הוא סובר שא"צ לסיים בזה.

יש להעיר שלפי סברת שארית יוסף, נדחית הראיה ממשיכר בית סתם, שקנה (ראה הערה 361) - ששם מועיל כי זה הקנאה זמנית. בדבריו נדחית כמובן גם הראיות מבי"ק וקידושין כו (ראה הערה 361), שעוסקות בהקנאה אגב קרקע לא מסוימת.

⁵³⁶ שהבאנו בפסקה ד(3), ליד ציון הערה 423.

והסכימו לו פוסקים רבים. זאת ועוד: גם הריב"ש⁵³⁷ שלא הצריך סיום בהקנאה אגב קרקע, הסתמך על מנהג שנהגו להקנות כך. הרי שאינם סוברים כדעה הנ"ל. אלא שייתכן שהם מסכימים שככלל הקנאה זמנית מועילה גם בדבר שאינו מסוים, אלא שהם סוברים שסתם הקנאת מטלטלין אגב קרקע אינה זמנית.

(24) דבר שאינו עומד בפני עצמו

יש מי שאומר שהנותן "יין משלי", או כל מצרך דומה שאינו נמדד ביחידות אלא בכמויות משקל או מידה, כגון חיטים (ולא הזכיר חביות, שאז זה דבר שעומד בפני עצמו), הרמב"ם מסכים שהמתנה תקפה, אף שאינה מסוימת. דוקא הנותן "בית" סתם, וכדומה, המתנה בטלה לדעת הרמב"ם, כיון שכל בית עומד בפני עצמו, ולא התכוון הנותן לעשות את המקבל שותף שתהיה לו זכות בכל הבתים, אלא נתן לו בית אחד, ולכן יכול לדחותו מזה לזה, ולכן אינו נקנה; אבל הנותן "יין" כאילו עשה את המקבל שותף עמו, שתהיה לו זכות בכל היין עד שיתן לו את חלקו, ואם כן, אינו יכול לדחותו מנכס לנכס, ולכן המתנה תקפה⁵³⁸.

יש להעיר, שדעה זו הפוכה מהדעה שהבאנו לעיל⁵³⁹, שדווקא בנכס העומד בפני עצמו, המתנה תקפה.

הנימוק כאן מתאים לגישת הפגם הקנייני: היות שכאן יש סיבה לראות את המקבל כשותף בכל היין, יש תחולה לזכות הקניינית. גם גישת הפגם החוזי תוכל להסכים לחריג זה, ולהסביר שמאחר שהנותן והמקבל יודעים שהמקבל נעשה שותף בכלל היין, יש להם גמירת דעת.

(25) נכתבו חיזוקי לשון בשטר המתנה

יש מי שאומר, שאם כתובים בשטר המתנה חיזוקי לשון, כגון שכתוב בו פעמיים שעשה קניין, או שכתוב קנין סודר בסוף השטר, או אם יש בשטר לשונות שהם "שופרא דשטרא", המתנה תקפה גם לשיטת הרמב"ם. כך מצאנו באופן כללי, שאם כתובים בשטר שני קניינים או קנין בסוף השטר, הדבר מתקן פגם בהקנאה⁵⁴⁰, וכן מצאנו באופן כללי שאם כתובים בשטר לשונות שהם שופרא דשטרא, הם מתקנים פגם בהקנאה, מפני שהם מלמדים על רצון הנותן שהמתנה תחול באופן שתהיה תקפה⁵⁴¹. ואף בענייננו המתנה תקפה אם כתוב כך בשטר, מפני שזה גילוי דעת שסמכה דעתו של הנותן אף שהנכס אינו מסוים⁵⁴².

לעומת זאת, יש אומרים שחיזוקי לשון לא יועילו במתנה שאינה מסוימת, וזאת משום שהרבה פוסקים סוברים באופן כללי שלשונות אלו אינם מתקנים פגם בהקנאה⁵⁴³.

הנימוק שיש כאן גמירת דעת, תקף רק לפי גישת הפגם החוזי. אבל לפי גישת הפגם הקנייני, נראה שלא תועיל המתנה גם אם נכתבו בשטר חיזוקי לשון.

(26) "כל מה שיש בבית זה"

פוסקים אחדים אומרים שגם לרמב"ם, הנותן במתנה את "כל מה שיש בבית זה", וכדומה, אף שלא ידוע כמה יש בבית, המתנה תקפה. כאן הדבר הנקנה מסוים בעצמותו, כי יכולים לברר מה שיש בבית, שלא כמו

⁵³⁷ שהבאנו בפסקה ד(7), ליד ציון הערה 483.

⁵³⁸ כך עולה מדברי קרית מלך רב, על הרמב"ם שם. כך הוא דוחה את הראיה מגיטין סו (ראה הערה 361), העוסק ביין (אף שבגמרא מדובר שהזכיר כמות, הרי קרית מלך רב שם דוחה את ההסבר שקנה בגלל הזכרת הכמות, ומכאן שלדעתו כאן קנה גם אם לא הזכיר כמות). הוא מסתמך על רשב"א ור"ן בגיטין שם, שכתבו שב"בית בבתי" יכול לתת לקונה בית נפול, כי כל בית עומד בפני עצמו (וזאת לשיטתם, הערה 361, שאפשר להקנות דבר שאינו מסוים), אבל ב"ארבע מאות זוזי חמרא", כיון שלא הזכיר חביות, אם חלק החמיץ, הפסיד המקבל רק באופן יחסי (ראה פסקה ג, ליד ציון הערה 400) - הרי שבדבר שאינו עומד בפני עצמו, נעשה המקבל שותף עם הנותן, ולכן הרמב"ם יסכים שקנה. אבל הוא מעיר שרש"י בגיטין שם, כותב ששם אם החמיץ, מפסיד הכל, הרי שלדעתו אין אומרים שנעשה שותף אם הדבר אינו עומד בפני עצמו, ולפי דבריו אין סיבה לומר שהרמב"ם יסכים שקנה.

⁵³⁹ פסקה (5), ליד ציון הערה 432.

⁵⁴⁰ ראה לעיל, ליד ציון הערה 48, לענין הקנאת דבר שאין בו ממש.

⁵⁴¹ ראה לעיל, ליד ציון הערה 72, לענין הקנאת דבר שאין בו ממש, וליד ציון הערה 236, לענין דבר שלא בא לעולם, וראה סעיף 6, על עיקרון זה באופן כללי.

⁵⁴² רש"מ"ח גאגין, בשו"ת ישמח לב (גאגין) חו"מ סי' ה (כח ע"ב).

⁵⁴³ ר"י אבולפיה, שם, דף כג ע"ג. הוא מפנה לספרו שו"ת פני יצחק סי' כה, ששם מנה פוסקים כאלו. עוד נימק, שלשונות אלו מועילים רק להפוך לשון הקנאה להיות כאילו כתובה לשון חיוב, בתחומים שבהם לא מועילה הקנאה ומועיל רק חיוב (עיי' שם, לדוגמאות שהוא נותן), אבל הרי מנחה טהורה פסק שמתנה שאינה מסוימת אינה מועילה גם בלשון חיוב (ראה פסקה ד(22), הערה 533), ולדעתו לא יועילו גם לשונות אלו שמחמתם רואים כאילו נכתב לשון חיוב, ואפשר לומר קי"ל כמנחה טהורה. אבל לדעת רש"מ"ח גאגין, זה לא תלוי אם מועיל לשון חיוב, אלא מועיל מטעם סמיכת דעת, כאמור.

ב"קרקע מקרקעות" או "כל נכסי חוץ ממקצתם", וכדומה, שלעולם לא יוכל להתברר מהו גוף הדבר הנקנה (עד שהנותן יחליט החלטה חדשה, איזה נכס לתת), ולכן לרמב"ם שם המתנה בטלה⁵⁴⁴.

אע"פ שבמכר פסק הרמב"ם שאין תוקף למכירת "כל מה שיש בבית זה"⁵⁴⁵, זה דוקא במכר, כי לא סמכה דעתו של הקונה כיון ששילם כסף ואינו יודע מה יש בבית, אבל במתנה שמקבל בחינם, לא שייך לומר שלא סמכה דעתו, כי הוא מוכן לכל דבר כיון שזה בחינם⁵⁴⁶.

פוסקים אחרים מצמצמים חריג זה במעט: רק אם הנותן יודע כמה יש בבית, קנה המקבל גם לרמב"ם, אף שלא ידע המקבל כמה יש בו⁵⁴⁷. טעמם הוא, שבמתנה אין צריך את דעת הקונה, ובלבד שהנותן מתכוון להקנות לו⁵⁴⁸, ולכן אי ידיעת המקבל אינה חסרון אם הנותן יודע; וזה שונה מן הנותן "קרקע מנכסי", ששם גם הנותן אינו יודע בשעת המתנה מה יגיע למקבל, ולכן לא קנה⁵⁴⁹. דעה זו מתאימה לדעה⁵⁵⁰ שאם הנותן ידע בעת ההקנאה לאיזה נכס הוא מתכוון, המתנה תקפה גם לרמב"ם.

כך הדין גם במי שנותן במתנה "כל נכסי", שזה נחשב מסוים כי יכולים לברר ע"י עדים כל מה שיש לו, ולא משנה שהנותן והמקבל אינם יודעים כמה זה, כיון שעצם הדבר מסוים (קמי שמיא)⁵⁵¹.

חריג זה מובן לפי גישת הפגם הקנייני, שכן יש לזכות הקניינית על מה לחול, כיון שהנכסים שעליהם חלה הזכות הקניינית, מתחומים בתחומים ברורים. לפי גישת הפגם החוזי, הדבר פחות ברור, כיון שאי-ידיעת הכמות יכולה ליצור חוסר גמירת דעת. עם זאת, במקרה שהנותן יודע את הכמות, הרי לפי ההבנה⁵⁵² שטעם הרמב"ם הוא חוסר גמירת דעת מצד הנותן, הרמב"ם יסכים שכאן קנה, משא"כ לפי ההבנה⁵⁵³ שטעם הרמב"ם הוא חוסר גמירת דעת מצד המקבל. הרי לפי נימוק זה, אין מקום לומר (כפי שהוסבר לעיל) שהמקבל מוכן לקבל הכל כיון שזה בחינם - שאם כן, היה הרמב"ם צריך לומר שכל מתנה שאינה מסוימת תקפה, כיון שהמקבל מוכן לקבל כל דבר שהוא, בחינם.

⁵⁴⁴ שו"ת מהרי"א הלוי ח"ב סי' מז; הגהות אמרי ברוך, על שו"ע, רמא, ד (בקיזור) (ובדבריו צ"ל "קנה" במקום "לא קנה").

⁵⁴⁵ רמב"ם, הלכות מכירה, כא, ג.

⁵⁴⁶ שו"ת לחם רב, סי' רא (הובא בדרכי הים, דרוש א לשבת זכור, דף קיז ע"ד, והסכימו לו שו"ת משפט כתוב, חו"מ, סי' מד, ופתחי חושן, קניינים, פרק יג, הערה פט); אמרי ברוך שם (בקיזור); מהרי"א הלוי שם (בקיזור). לחם רב מביא ראיה לכך, ממה שהרמב"ם (הערה 352) נקט שאם נתן "כל נכסי חוץ ממקצתם" לא קנה, משמע שאם כתב "כל נכסי", קנה; וכן מגיטין ח ע"ב, ששם נאמר שהכותב כל נכסיו לעבדו יצא בן חורין. אלא שהוא דוחה את הראיה, שיתכן שב"כל נכסי" קנה רק אם המקבל יודע מה הם הנכסים; אבל אינו חוזר בו מדעתו עקב דחיית הראיה. מהרי"א הלוי (העוסק גם בנותן "כל החמץ שיש בבית זה") מביא ראיה משו"ע, חו"מ, רמח, ו ו-יא, האומר שהמקנה לחברו את כל נכסיו או את כל מטלטליו, קנה הכל, ואין הבדל בין מי שנתן כל מה שיש לו בעולם, לבין מי שנתן כל מה שיש לו בבית זה. והוא מבין שגם לסמ"ע, רמא, סי' קיג, במתנה קנה ב"כל מה שבבית זה". הוא מביא ראיה מפרי מגדים, או"ח, תמח, משבצות זהב, סי' קיז, שכתב שהנותן לגוי במתנה "כל מה שבבית זה", קנה.

⁵⁴⁷ לחקרי הלכות סי' פא (שדוקא במכר לא קנה ב"כל מה שיש בבית", כי לא סמכה דעתו של הקונה, שמא יש בו רק תבן, אף שהנותן ידע); שו"ת אבני נזר, או"ח, סי' שמב, אות ב. אבני נזר נוקט שהנותן מסתמא יודע מה יש בבית, כי כל אדם בקי בנכסיו, ורק המקבל אינו יודע.

⁵⁴⁸ אבני נזר מסתמך על הרשב"א והראב"ד, שנביא בסעיף 3, פרק ב, ובסעיף 6, על מקבל שאינו יודע שהנותן נתן לו. אבני נזר שם. לפי דבריו, ההבדל בין מכר למתנה הוא שמתנה מועילה גם בלי ידיעת המקבל, ואילו מכר צריך את ידיעת הקונה, כיון שהוא צריך לשלם, ולכן אם לא ידע הקונה כמה יש בבית, לא חל המכר.

הוא מעלה אפשרות, שאם הנותן אינו יודע מה יש בתוכו, המתנה בטלה מטעם אסמכתא כמו משחק בקוביא (שכך הרמב"ם, הלכות מכירה, כא, ג, נימק שאין מועילה מכירת "כל מה שיש בבית זה", כי הוא כמו משחק בקוביא), שאילו ידע שיש בתוכו דבר יקר לא היה נותן.

אבל הוא כותב שהנותן לגוי חמץ לפני פסח במתנה, בלשון "כל החמץ שיש בבית", קנה, גם אם הנותן אינו יודע איזה חמץ היה שם, מפני שגם אם הוא יקר, אם יישאר ברשותו בפסח לא יהיה שוה כלום, ולכן אין זה נחשב נותן דבר שאינו מסוים, ומצד המקבל, אמרנו שלא חשוב שהוא לא יודע.

⁵⁵⁰ שהבאנו לעיל (15), ליד ציון הערה 514.

⁵⁵¹ מהרי"א הלוי שם. כך עולה גם מלחם רב שם, שהביא ראיה מ"כל נכסי" להוכיח שקנה ב"כל מה שיש בבית זה". כמו כן, סי' התרומות, שער מג, ח"א, אות יג, כותב שגם לר"י מיגאש, שאומר (ראה ליד ציון הערה 423) שבהקנאת מטלטלין אגב קרקע, צריך שהקרקע תהיה מסוימת, הרי אם הקנה את כל קרקעותיו ואגבם מטלטלין, קנה, שהרי "כל קרקעותיו" הוא דבר מסוים. על פי זה, שו"ת בעי חיי חו"מ ח"א סי' קסד (קצו ע"ג), וכן נסת הגדולה, חו"מ, רב, הגהב"י, אות ג, מעלה אפשרות שבנידונו, שנכתב בשטר המתנה "כל נכסי, בין קרקעות וכו'", אף שלא כתב בפירוש אגב איזה קרקע הוא מקנה את המטלטלין, נחשב כאילו הוא מקנה את המטלטלין אגב כל קרקעותיו, וההקנאה תקפה. אבל שו"ת אדרת אליהו (קובו) סי' כג (נ ע"ג), כותב שאף שנהגו ע"פ הרא"ש, ב"ב, פ"ד, סי' ג, לא לבדוק האם יש למקנה קרקע, כי סומכים על הודאתו, ולכן מועיל גם אם לא סיים את הקרקע, מ"מ אם הנותן הקנה את כל קרקעותיו יחד, יש לחשוש שטעה בדיו, שחשב שמועיל קנין אגב קרקע בקרקע שאינו שלו.

⁵⁵² ליד ציון הערה 367.

⁵⁵³ ליד ציון הערה 365.

ואכן, כפי שנראה להלן⁵⁵⁴, יש אומרים שגם לשיטת התוספות, ב"כל מה שיש בבית זה" לא קנה, וקל וחומר שלפי דעתם הרמב"ם סובר שלא קנה.

(27) מתנה בלשון הודאה

הנותן שטר חוב במתנה, וכתב על כך שטר מתנה בלשון הודאה: "נתתי במתנה שטר חוב לפלוני", לדוגמה, בלי לסיים איזה שטר חוב, המקבל קנה שטר חוב אחד, גם לדעת הרמב"ם. גם אם לא כתוב בשטר שעשה הנותן "כתיבה ומסירה", כנדרש בהקנת שטר חוב⁵⁵⁵, מ"מ מפרשים את לשונו שהתכוון לומר שעשה זאת, שהרי אם לא עשה זאת המתנה בטלה (זה עקרון כללי, שבמתנה בלשון הודאה, מניחים שעשה את כל הקניינים הדרושים, מפני שזה כלול בהודאה⁵⁵⁶), ומאחר שעשה כתיבה ומסירה, שיש בה מעשה בגוף שטר מסוים, הרי בחר את השטר שניתן, וזו מתנה מסוימת, ונקנית אף לדעת הרמב"ם⁵⁵⁷.

בפשטות, סברה זו אינה קיימת במטלטלין או בקרקע, שאותם אפשר להקנות בלי לתפוס נכס ספציפי ביד, כגון ע"י קנין סודר או קנין שטר או בחזקה, וא"כ אין סיבה להניח שייחד נכס ספציפי. אבל עדיין יש מקום לומר שאם שטר המתנה כתוב בלשון הודאה, נפרש שהוא ייחד את הנכס, שהרי עיקרון הוא שבלשון הודאה מניחים שעשה את ההקנאה עם כל התנאים הנחוצים, כאמור, והיות שבלי סיום אין הקנאה (לדעת הרמב"ם), ההודאה כוללת הודאה שסיים⁵⁵⁸.

חריג זה אפשרי בין לגישת הפגם החוזי ובין לגישת הפגם הקנייני, מפני שכאן מבחינת הדין המהותי המתנה מסוימת, אלא שיש שאלה ראייתית - איזה נכס סיים הנותן, כמו הנותן מתנה מסוימת ושכח איזה נכס נתן.

(28) הקנאה הדדית

בהקנאה הדדית, מועילה הקנאת דבר שאינו מסוים גם לדעת הרמב"ם. לדוגמה, אם נתערבו חפצים של שני אנשים, כל אחד מהם יכול לתת את שלו לחברו במתנה⁵⁵⁹.

⁵⁵⁴ פסקה ה(2), ליד ציון הערה 560.

⁵⁵⁵ שו"ע, חו"מ, סו, א.

⁵⁵⁶ ראה סעיף 6, בפרק על ספק.

⁵⁵⁷ שו"ת פרי הארץ (מזרחי) ח"ב אהע"ז סי' ג (עה ע"א) (כך נראית כוונתו). הוא עוסק במי שנתן במתנה "פוליסא", והיו לו שתי פוליסות, ומת, והוא כותב שכאן הרמב"ם מודה, שהרי פוליסא הוא שטר חוב, ונקנה רק בכתיבה ומסירה, וא"כ ברור שהנותן התכוון לומר שהוא הקנה למקבל באותו זמן את הפוליסא בכתיבה ומסירה ע"י אדם אחר, וכיון שמסר את גוף הנכס בידו, כך שבעת המסירה הכיר היטב שזו הפוליסא שהוא נותן לו, זה מסוים (ורק אח"כ נפל ספק לאיזו פוליסא התכוון). השווה את דברי משנה למלך, לעיל א(3), הערה 361, בדחיית אחת הראיות נגד הרמב"ם, שאם מדובר בהודאת הנותן שבעבר נתן נכס, ועכשו יש רק ספק איזה נכס ניתן, הרמב"ם מודה שהמקבל יקבל נכס אחד.

⁵⁵⁸ אבל אפשר לטעון שיייתכן שחשב שמתנה שאינה מסוימת תקפה, ולכן הודה שנתן כדין אף שלא סיים. ⁵⁵⁹ חידושי הגאון אדר"ת (תשס"ג), תשובה מאהבה, אות סט (עמ' כז), מסביר בכך איך רמב"ם הלי' פסולי המוקדשין, ו, ד, כותב שעושים הקנאה הדדית כזאת בקרבנות שנתערבו, אף שאין ברירה. הוא משווה זאת לעיקרון שהוא מחדש, שאפשר להקנות לאדם שאינו מבורר אם ההקנאה היא הדדית (ראה בשמו בסעיף 1א). הוא אינו מזכיר את הבעיה של מתנה שאינה מסוימת, אבל מתוך דבריו עולה הסייג הזה.

יש להעיר שכיון שזו הקנאה הדדית, אפשר לראות זאת כמכר - ראה ליד ציון הערה 572 על מכר בדבר שאינו מסוים. דוגמאות נוספות להקנאה הדדית של דברים שאינם מסוימים: רמב"ם, הלכות שמיטה, יא, כ, כותב שאחים שחלקו לקוחות הם, כלומר שבשעת חלוקת העזבון, כל אח אומר "אם מישהו אחר לקח את החלק שהגיע לי באמת בעת מיתת האב, אני מקנה לו אותו"; רש"י בכורות יז ע"ב (ד"ה אפשר) וכריתות ז ע"ב (ד"ה מאי עבדן) כותב ששניים יכולים לקנות חפץ בשותפות, ולהתנות שמי שאינו זקוק לו (ואין ידוע מי הוא) יקנה את חלקו לחברו שזקוק לו (אלא שבמקורות הללו זו הקנאת חלק של שותף - ראה חוק לישראל, שיתוף נכסים, עמ' 95, שיש מקום לומר שזה מועיל גם לרמב"ם).

עוד יש להעיר שמדברי האדר"ת שם עולה שאינו מקבל את דברי הרשב"א (ליד ציון הערה 382) שאין כאן בעיה של ברירה.

חריג נוסף (לא הבאנו אותו בטקסט מפני שהוא קשה להבנה): פלס חיים, גיטין ט ע"א (סוגיא דפליגין דיבורא), ד"ה והנה תרצתי (עמ' כה במהד' תש"ד), כותב (כדי לדחות את הראיה מ"מוכר חצי שדה" - ראה הערה 361), שרש"י מודה שבמוכר חצי שדה, קנה, אלא שאם הקונה רוצה את הטוב, המוכר ידחה אותו בטענה "מכרתי לך את הגרוע", אבל אינו יכול לדחותו לגמרי כי אינו יכול לומר "לא מכרתי לך חצי זה" בלי להמשיך "אלא מכרתי לך חצי אחר"; ודוקא בנותן לעבד "כל נכסי חוץ משדה אחת", גם אם אין לו אלא אותה שדה, הרי לא יוכל העבד לקבל אותה כי הוא שייך אותה מן המתנה, ו"כל נכסי" מקוים בעבד לבדו, ולכן גם אם יש לו הרבה שדות והעבד רוצה לקבל אחת, האדון משיב "את זה שייך לי לעצמי" ואינו צריך להמשיך ולומר "ותקח אחרת" שהרי גם אם אין לו אחרת מועיל השיור על הקרקע הזאת שאומר עליה ששייך אותה, ו"כל נכסי" מתייחס לעבד. עולה מדבריו שרש"י מודה שיש תוקף למתנה עם שיור לא מסוים, אם אין בנכסים נכס מסוג אחר שבדאי אינו כלול בשיור, והוא דיבר רק במקרה כגון "כל נכסי חוץ משדה אחת", ויש לו גם מטלטלין, שלא קנה שום שדה, כי אינו מוכרח להצביע על שדה מסוימת שאלה התכוון במתנתו, כי "כל נכסי" יכול להתקיים במטלטלין.

ה. מצבים שבהם לכל הדעות המתנה אינה תקפה

(1) "כל מה שיש בבית זה"

יש אומרים, שגם לדעת התוספות וסיעתם, שמתנה שאינה מסוימת תקפה, הנותן "כל מה שיש בבית זה" לא קנה המקבל, כי לא סמכה דעתו של המקבל כלל, שמא יש בבית רק דבר זול כמו תבן, משא"כ באומר "קרקע מנכסי נתונה לך", שדעת המקבל סומכת שבכל מקרה יקבל קרקע אחת.⁵⁶⁰

אך כפי שראינו לעיל⁵⁶¹, יש אומרים שבמקרה זה קנה גם לדעת הרמב"ם, ולדעתם קל וחומר שקנה לפי התוספות.

(2) דבר שעתידי להיאסר בהנאה

יש מי שאומר, שגם לדעת התוספות, הנותן במתנה חמץ שאינו מסוים (או דבר אחר העתיד להיאסר בהנאה), אם זהות החמץ תתברר רק אחרי שעה ששית בערב פסח, שאז הוא כבר אסור בהנאה, לא קנה המקבל, כי ההקנאה אינה יכולה לחול בשעת הבירור, כי איסורי הנאה אינם ברשות הנותן, וא"כ לא קנה גם עכשו, כי "אין ברירה".⁵⁶² הרי הרשב"א⁵⁶³ הסביר שמתנה שאינה מסוימת תקפה אע"פ ש"אין ברירה", כיון שאפשר שיחול הקנין מכאן ולהבא לכשיתברר, ולכן מועיל גם למפרע; אבל נימוק זה אינו תקף בחמץ, שבו הקנין אינו יכול לחול כשיתברר.⁵⁶³

אבל דעה אחרת היא שגם בחמץ אפשר לומר כסברת הרשב"א, כי אע"פ שהחמץ נאסר בהנאה, המתנה יכולה לחול בשעה שהנותן בוחר איזה חמץ לתת, לדעה שאיסור הנאה יש לו בעלים⁵⁶⁴ ואפשר להקנות אותו; וגם לדעה שאין לו בעלים⁵⁶⁵, הרי כאן בשעה שנתן היה מותר בהנאה, ואמנם המתנה חלה אח"כ, אבל היא חלה ממילא, ואין צורך בכוחו וברשותו כדי שתחול, ולכן אין זה תלוי ב"ברירה".⁵⁶⁶

(3) הבחנה בין סוגי דרכי הקנייה

יש מי שאומר שהתוספות דיברו רק במתנה שמוקנית בקנין כסף או בקנין שטר, שאפשר להקנות בהם גם לאחר זמן. במצב זה, המקנה דבר שאינו מסוים, הוא כאילו אומר שהקנין יחול אחרי שיבחר את הנכס, ואז הוא כבר מסוים, ואין צורך לומר שהוברר הדבר למפרע, ולכן הקנין חל. לעומת זאת, קנין סודר או קנין אגב, שאי אפשר להקנות בהם שום נכס לאחר זמן⁵⁶⁷, אינם מועילים בדבר שאינו מסוים גם לפי התוספות, כי "אין ברירה" בדבר דאורייתא, ובשעה שהדבר מתברר, כבר בטל הקנין, ואין לומר שהוא

⁵⁶⁰ פרישה, חו"מ, רמא, ו. הוא מביא ראיה מזה שטור, חו"מ, רט, א, כתב כך לגבי מכר, אף שהטור סובר (כפי שצוין בהערה 361) שמתנה שאינה מסוימת תקפה. כמו כן, ערוך השולחן, רמא, ח, כותב שתוספות מסכימים שאם אין מינו ידוע, לא קנה; וכוונתו היא ל"כל מה שיש בבית זה", שאותו מכנה הרמב"ם, הלכות מכירה, כא, ג, "אין מינו ידוע". כמו כן, שו"ת הרמ"ץ, או"ח סי' לב, אות ה, סובר (כנראה) שכאן לא קנה במתנה, אלא שהעלה ספק, אם הנותן והמקבל אינם יודעים כמה יש בבית, האם קנה? סמ"ע, רט, ס"ק ב, כתב שבמכר, אם המוכר והקונה אינם יודעים כמה יש בבית, קנה (אף שלא הזכיר הרמ"ץ בפירושו "כל מה שיש בבית זה", נראה שזאת כוונתו, שהרי על מקרה כזה הוא נשאל, ועוד שאילו שב"קרקע מנכסי" לא מדובר שאחד מהם ידע); הרמ"ץ מעלה ספק, שייתכן שדוקא במכר קנה, כי המוכר רוצה את דמי המכר והקונה רוצה את החפץ, ומתוך שהוא רוצה לקנות, הוא גומר בדעתו ומקנה, אבל במתנה אין לומר כך, כי הנותן אינו מצפה לשום דבר; ואין לומר שהנותן מצפה לקבל אח"כ טובה מהמקבל, כמו שהתלמוד אומר שמתנה כמכר כי בודאי עשה לו המקבל נחת רוח בעבר (מגילה כו ע"ב) - כי א"כ בכל מתנה לא יצטרך לעשות קנין (כי ההנאה הזאת היא כקנין כסף).

שו"ת ר' ידידיה טיאה וייל, או"ח סי' לו, כותב שגם במכר, מה שלא סמכה דעת הקונה ב"כל מה שיש בבית" הוא במצב שהמוכר אינו רוצה להראות לקונה מה יש בבית, אבל אם הקונה יכול ללכת לראות מה יש בו, ובכל זאת כתב שטר ונתן כסף בלי לראות, קנה, כי זה מראה שגמר בדעתו, ומאמין למוכר שזה יהיה שוה לדמי המכר. אפשר ללמוד מדבריו בקל וחומר שזה יועיל במתנה.

משאת המלך ח"ד סי' תקסג, כותב שאע"פ שפרישה כתב שב"כל מה שבבית נתון לך" הכל מודים שלא קנה כי אין מינו ידוע, מכל מקום ב"כל נכסי" קנה, כיון שאפשר לברר את גודל נכסיו, ולכן זה נחשב כמו מינו ידוע ואין שיעורו ידוע, שקנה (רמב"ם, הלכות מכירה, כא, א-ב). ואין דבריו מובנים, שהרי גם את מה שיש בבית אפשר לברר.

⁵⁶¹ פסקה ד(26), ליד ציון הערה 544.

⁵⁶² שהובא לעיל ב(3), ליד ציון הערה 382.

⁵⁶³ שו"ת הרי בשמים ח"ב סי' קצא. על נתינת איסורי הנאה במתנה, ראה ליד ציון הערה 600.

בדומה, ר' אברהם אשכנזי, בשו"ת ישמח לב (גאון) חו"מ סי' כ (עז ע"ב), כותב שגם לדעת הרשב"א, בהקנאה שכרוכה באיסור, שכדי להתיר את האיסור צריך לומר ברירה, אין ברירה. עולה מדבריו שאם מתנה שאינה מסוימת כרוכה באיסור, היא בטלה, כי אין ברירה.

⁵⁶⁴ ראה ליד ציון הערה 607.

⁵⁶⁵ ראה ליד ציון הערה 599.

⁵⁶⁶ שו"ת מהרי"א הלוי ח"ב סי' סז.

ראה גם חוק לישראל, שיתוף נכסים עמ' 117, בענין שותף שמכר את חלקו, בדבר העתיד להיאסר בהנאה.

⁵⁶⁷ ראה סעיף 4.

מקנה "מעכשו ולאחר שיתברר" (שבאופן זה מועילים קניין אגב וקניין סודר בדבר מסוים), כי בשביל זה צריך שיתברר הדבר למפרע, והרי "אין ברירה". גם קניין חצר לא מועיל בדבר שאינו מסוים כי אינו משתמר לדעתו (שהרי אינו יודע על איזה נכס לשמור). מיטלטלין אינם נקנים בקניין כסף או בקניין שטר, ולכן אפשר לקנות מיטלטלין שאינם מסוימים רק בקניין כסף, באותם מצבים שקניין כסף מועיל במטלטלין⁵⁶⁸, אבל קניין סודר, קניין חצר וקניין אגב אינם מועילים בהם⁵⁶⁹.

(4) אם החלק הניתן ייקבע על פי גורל

לדעת ר' יוסף ידיד, התוספות דיברו רק במצב שהחלטה איזה חלק יתן למקבל נתונה (לפי לשון המתנה או לפי הנסיבות) בידי הנותן. לעומת זאת, אם קבעו הנותן והמקבל שהחלוקה תהיה על פי גורל, או שכך משתמע מהנסיבות, כגון אם הנותן נתן חלק (אחוז מסוים) מנכסיו לראובן, וחלק לשמעון, ושני חלקים ללוי, ושלושה חלקים השאיר לעצמו, לדוגמה, משתמע מזה שהנותן והמקבלים אמורים להיות שותפים בנכסים, ושהחלוקה אמורה להיות על פי גורל, ושלא יוכל הנותן לבחור מה לתת - המתנה בטלה גם לדעת התוספות. זאת משום שגם הנותן אינו יודע מה כלול במתנה, שהרי אינו יודע מה יעלה בגורל. זאת על פי הדעה⁵⁷⁰ ששותף הנותן את חלקו במתנה, המתנה בטלה, גם לפי התוספות, כי אינו יודע מה הוא נותן, שהרי זהות דבר המתנה (חלקו של השותף) תתברר רק על פי גורל⁵⁷¹.

ו. המיוחד במתנה לעומת מכר

גם במכר עלתה השאלה האם אפשר למכור דבר שאינו מסוים. לא נעסוק כאן בשאלה זו, אבל נברר מה מיוחד במתנה שאינה מסוימת לעומת מכר שאינו מסוים.

פרשנים רבים כתבו שהרמב"ם מסכים שמכר שאינו מסוים תקף, אף שמתנה שאינה מסוימת בטלה, לדעתו⁵⁷². הם נתנו טעמים אחדים לדבריהם.

א) דווקא במתנה יכול הנותן לדחות את המקבל מנכס לנכס בטענה "לא לזה התכוונתי", מפני שהמוציא מחברו עליו הראיה, מה שאינו כן במכר, שהקונה אינו ממש בגדר "מוציא מחברו", כיון ששילם כסף, והוא רק בא להוציא מהמוכר את חליפי כספו⁵⁷³.

⁵⁶⁸ המבוארים בשו"ע, חו"מ סי' קצט.

⁵⁶⁹ רחובות יצחק עמי קמח.

כמו כן, שו"ת מהרש"ם ח"א סי' נא, כותב שלפי הרשב"א (הערה 382), קניין סודר אינו מועיל בדבר שאינו מסוים כי אינו יכול לחול אח"כ כי אז כבר חזר סודר לבעליו, א"כ צריך גילוי למפרע, והרי אין ברירה, וגם אם בירר יכול לחזור בו; אבל לפי הדעה ש"אין ברירה" הוא רק משום שספק לנו האם הלכה היא ש"יש ברירה" (עין שער המלך, הלכות גירושין, ג, ד), אי אפשר להוציא מהמוחזק.

שיעורי הלכה (בלוך) עמ' סח, כותב שמדברי נתיב"מ, א, ס"ק ג (שצוין בהערה 382) עולה שבקניין סודר יש בעיית ברירה כי לא מועיל בלי "מעכשו", אבל מדברי הרשב"א, מוכח שגם בקניין סודר אין בעיית "ברירה", שהרי כתב "בקנין או בכסף או בשטר". ראה בשמו בהערה 384, שהסביר שלפי הרשב"א חל קניין חלקי כבר בעת הניתנה, ולפי זה מובן מדוע גם בקניין סודר אין בעיית "ברירה".

אבל ר' משה אלואריש, בפרי עץ חיים, כרך ד, דף יח ע"ד (מס' 361), כותב שמחלוקת הרמב"ם והתוספות היא במצב שעשו קניין סודר (כוונתו העיקרית היא לומר שלרמב"ם אין תוקף למתנה שאינה מסוימת גם אם עשו קניין סודר), כלומר, שלפי תוסי' המתנה תקפה גם אם עשו קניין סודר. ראה גם לעיל, הערות 382 ו-383, שישועות ישראל ואמרי בינה כותבים שהרשב"א דיבר גם בקניין סודר.

⁵⁷⁰ חוק לישראל, שיתוף נכסים, עמ' 109.

⁵⁷¹ שו"ת שארית יוסף (ידיד) ח"ב, עמ' רמ (בלשון "אפשר"). כך נראית כוונתו. אך ראה חוק ישראל, שיתוף נכסים, עמ' 94, שלפי רוב הפוסקים מתנת שותף תקפה, ולפי זה גם כאן המתנה תקפה.

⁵⁷² אף שהרמב"ם (הערה 352) פותח "כשם שהמוכר צריך לסיים המימכר כך הנותן", ובהלכות מכירה, כא, א-ג, כתב שלא מועיל מכר שאינו מסוים - שם מדובר בסוג אחר של דבר שאינו מסוים, כפי שהוא מפרט, "ערימה זו של חיטים" או "כל מה שיש בבית זה", לדוגמה. עוד יש להעיר, שהירושלמי והסוגיה בגיטין (שצוינו בהערה 357), שהם הראיות העיקריות לשיטת הרמב"ם, עוסקים במתנה. גם בתחום המעשי, יותר מצויה מתנה שאינה מסוימת ממכר שאינו מסוים, כי בדרך כלל אדם מוכן לקבל בחינם דבר שאינו יודע מהו, אבל אינו מוכן לשלם כסף בעבור דבר שאינו יודע מהו.

פרשנים אלו כתבו שמכר שאינו מסוים מועיל גם לשיטת הרמב"ם, בלי לנמק: אבי עזרי, מהדורא רביעאה, על הרמב"ם שם, דוחה את הראיה מ"בית בבתי" (הערה 361) - ששם זה במכר, ולענין מכר זה נחשב מסוים כיון שמינו ידוע (על פי רמב"ם, הלכות מכירה, כא, א), והמוכר מוכרח לתת לקונה בית אחד.

משכנות הרועים, מע' א, אות ב (ב ע"א), מביא את דברי מגיד משנה, ליד ציון הערה 573, שהרמב"ם מסכים שתכר תקף, ומסביר על פי זה שלכן רמב"ם, ה"ל שלוחין, ג, ז, כשהשיג על תקנת הגאונים להקנות חוב אגב ארבע אמות שיש לכל יהודי בא"י, לא השיג שזה לא מסוים - כי דיבר על מכר (כך נראית כוונתו). והוא כותב שגם השו"ע סובר הבחנה זו, ולכן בענין מתנה הביא שו"ע (הערה 362) את שתי הדעות, ואילו בסי' קיג, ב, לענין הקנאה סתם (שכוללת גם מכר) כתב בסתם שקנה.

(ב) מכר שאינו מסוים מועיל, כי סוף כל סוף מכר נכס, והוא חייב לקיים את המכר, ורק במתנה, יכול הנותן לומר "התכוונתי רק להחניף לך, ולא התכוונתי שתזכה בשום דבר מנכסי"⁵⁷⁴.

ג) גם לרמב"ם, מועיל מכר גם אם לא סיים את הנכס בפירוש, מפני שרואים כאילו אמר המוכר בפירוש שהוא מוכר את הנכס הגרוע ביותר, כי "מוכר בעין רעה מוכר", ולכן המכר הוא מסוים. דוקא במתנה אין אומרים שתועיל כאילו סיים בפירוש את הגרוע, שהרי "נותן מתנה בעין יפה נותן", ואין לומר שנתן לו את הגרוע, ולכן לא קנה; וגם אין לומר שתועיל כאילו סיים בפירוש את הטוב ביותר, כי כנגד זה ניצב הכלל "יד בעל השטר על התחתונה"⁵⁷⁵.

⁵⁷³ מגיד משנה על הרמב"ם שם, בתחילת דבריו (הובא בשו"ת לחם רב, סי' רא); מנחה טהורה, מנחות קח ע"ב (קכד ע"א). מגיד משנה (וכמוהו שאר הפוסקים שבפסקה זו) דוחה בזה את הראיות מכתובות וממנחות, שמוכח מהם שמועילה הקנאת דבר שאינו מסוים (ראה הערה 361), ששם מדובר במכר. אפשר להוסיף לנימוק זה, שאם יתבטל המכר, יוחזר כספו של הקונה, ולכן אין זו שאלה של הוצאת נכס מן המחזיק בו.

נפש חיה (ואקס), חידושי סוגיות, דיני ברירה סי' ז, מבאר את הבחנתו של מגיד משנה בין מתנה למכר: במתנה, מאחר שהנותן אינו חייב לתת למקבל (כלומר, אין עליו התחייבות חוזית כיון שלא שילם לו כלום), ויכול לדחות מנכס לנכס, א"כ לעולם לא יתברר הדבר, וזה תמיד יהיה דבר שאינו מסוים; אבל במכר, סו"ס הוא חייב לתת לקונה נכס אחד תמורת כספו אם אינו רוצה להחזיר לו את כספו, ולכן כשהוא נותן נכס אחד, מתברר למפרע שזה מה שהקנה לו מראש, ולכן הוא נקנה לו בקנין שבתחלה, כי הוא הופך לדבר מסוים. אבל בסי' ט הוא כותב בדעת הרשב"א (שהבאנו בפסקה ב3), ליד ציון הערה 382), שאע"פ שחל על המוכר שעבוד הגוף לתת לקונה נכס אחד, וכשהוא מקיים את החיוב ונותן לו נכס אחד הוא נפטר מההתחייבות שהיתה עליו, מ"מ גוף הנכס אינו נקנה לו אז למפרע, ואין אומרים שהוא הנכס שהקנה לו מראש ונתחייב לתת (ואינו מבחין בין מכר למתנה).

⁵⁷⁴ ים של שלמה, גיטין, פ"א, סי' יד.

גם אמרי בינה (גרמיון) גיטין ט ע"א (ד"ה ר' שמעון), כותב שמכר שאינו מסוים תקף כי הקונה נתן כסף, ולכן המוכר אינו יכול לדחות אותו ולהוציא אותו בלי כלום, אבל במתנה מניחים שלא התכוון לתת לו כלום אלא התכוון להחניף לו ולהוציאו בלי כלום.

⁵⁷⁵ שו"ת ר' יעקב הלוי סי' נב (במהד' שע"ד = סי' סה במהד' שצ"ב) (הובא במנחה טהורה, מנחות קח ע"ב, דף קכז ע"ג).

שו"ת שער יהושע ח"א סי' מה (ובקיצור בח"ב סי' עב, עמ' נט), מקשה עליו, הרי רמב"ם, הלכות מכירה כד, יב, פוסק שגם מוכר בעין יפה מוכר; ומה שמבחין התלמוד בב"ב סה ע"א בין מכר למתנה, הוא שמי שנותן במתנה נותן בעין יפה "יותר מדיו", אבל גם מוכר מוכר בעין יפה; ועוד, שלפי מהר"י הלוי התוצאה היא שמאחר שנותן בעין יפה נותן יותר ממוכר, יפסיד המקבל מה שקונה לא היה מפסיד, ואין זה מתקבל על הדעת. גם ר' יצחק אלבעלי, במנחה טהורה, מנחות קח ע"ב (קכה ע"ד), מקשה על מהר"י הלוי, הרי הלכה היא שגם מוכר בעין יפה מוכר? ר' רפאל חיים אליה הלוי, שם דף קכו ע"ג, מתרץ בשתי הבחנות: א) "מוכר בעין יפה מוכר" נאמר רק במי שמכר נכס ידוע, שאז אומרים שמכר אותו בשלמותו, עם כל דבר הקבוע בנכס כזה, כי בעין יפה מוכר, אבל אם לא קבע איזה נכס, זה מראה שהוא רצה למכור רק את הגרוע. הוא מביא (בדף קכו ע"ד) ראייה להבחנה זו מתוספות, ב"ב סב ע"א (ד"ה ואי), ולחם משנה, ה"ל שאלה, א, ז, שכתבו שהאומר "נכסי", במתנה זה כולל מטלטלין (ראה ליד ציון הערה 626) ובמכר אינו כולל, כי מתנה בעין יפה נותן, ולכאורה קשה, הרי גם מוכר בעין יפה מוכר; אלא כנ"ל, שרק המוכר דבר ידוע "בעין יפה מוכר", אבל אם לא בירר דבריו, בעין רעה מוכר. ר"י אלבעלי, דף קל ע"ד, משיב על כך, שתוספות לא התכוונו לזה אלא לדברי רשב"ם, ב"ב עא ע"א (ד"ה בד"א), שכתב ש"מוכר בעין יפה מוכר" הוא רק לומר שמה שהוא אומר שהוא מוכר, מכר הכל, ולא עיכב לעצמו כלום, אבל אין אומרים שהוא מוכר יותר ממה שאמר, ואילו הנותן מתנה נותן גם דברים אחרים שאינם בכלל "שדה", לדוגמה; וגם תוספות שם מתכוונים לומר שבמתנה כשאומר "נכסי" נותן גם מטלטלין אף שאינם בכלל "נכסי", משא"כ במכר. ב) נאמר בב"ב קמח ע"א, שהמוכר דקל ומשייר פירות לעצמו, שייך גם את מקום הפירות, כי המשייר משייר בעין יפה לעצמו, וכן ב"ב בית בבתי" הרי שייך לעצמו את שאר הבתים, לכן אומרים ששייר לעצמו את הטוב. הוא מביא ראייה להבחנה זו מפרישה, חו"מ, ריד, טו. ר"י אלבעלי, שם דף קלא ע"א, השיב על זה, ששייר הוא רק כשאומר בפירוש "חוץ מאלו", אבל "בית בבתי" אינו שייר, כמו שאומר פרישה שם; ועוד, שהפרישה דיבר רק במי ששייר באותו דבר עצמו, כגון מוכר בית שאמר "חוץ מבור ודות", שהם תשמיש הבית, אבל ב"ב בית בבתי" לא שייך לעצמו בתים אחרים. רח"א גאגין, דף קלד ע"א, מקשה על הבחנה זו, שרמב"ם, הלכות מכירה, כד, ב, עסק בשיור ומ"מ כתב שמוכר בעין יפה מוכר; ומוכיח גם מב"ב לו ע"א, שגם בשיור אומרים שבעין יפה מוכר; ודוחה את ראיית ר' רפאל חיים אליה הלוי מב"ב קמח - עיין שם.

שו"ת פרי הארץ (מזרחי) ח"ב אהע"ז סי' ג (ע"ה ע"א), מקשה על מהר"י הלוי, מדוע הרמב"ם אומר שב"חלק משדה פלונית" נוטל את החלק הגרוע (ראה ד1), ליד ציון הערה 404), הרי נותן בעין יפה נותן, ואולי התכוון לתת את החלק הטוב, והיינו צריכים לומר שלא קנה כיון שאינו מסוים, ואמנם סיים את השדה אבל לא סיים את החלק? אפשר להשיב על כך, ששם החלק נחשב מסוים מצד עצמו, ובשאלה איזה חלק יקבל, חוזרים לדין "המוציא מחברו עליו הראיה".

מהר"י הלוי שם (הובא בשו"ת פרי הארץ ח"ג חו"מ סי' ז [מסומן סי' ו], דף עז ע"ג), כותב שגם במכר, אם שייך לעצמו שיור שאינו מסוים, כגון "כל נכסי חוץ מקרקע אחת", המכר בטל, ואין אומרים שהתכוון לקרקע מסויימת מטעם "בעין רעה מוכר", מפני שלא נתן לו קצת נכסיו שיהיה אפשר לומר שהתכוון לגרוע. והוא מסביר, שלכך התכוון הרמב"ם (הערה 572) כשכתב "כשם שבמכר וכו'" - כי גם במכר יש מצב שלא קנה אם אינו מסוים. עוד כתב מהר"י הלוי, שגם במכר, אם אמר "חצי שדה משדותי אני מוכר לך", לא קנה המקבל, כי נצטרך להשתמש בסברת "מוכר בעין רעה מוכר" פעמיים, ראשית שהתכוון לשדה הגרוע ביותר, ושנית שהתכוון לחצי הגרוע - ואת זאת לא נאמר.

(ד) דבר שאינו מסוים דומה להתחייבות שאינה קצובה, וכמו שבדבר שאינו קצוב יכול להתחייב אם מקבל כסף⁵⁷⁶, כך מכר מועיל בדבר שאינו מסוים, גם לדעת הרמב"ם⁵⁷⁷.

(ה) מאחר שהקונה שילם כסף, חל שעבוד של הקונה על הנכסים, ומאחר שיש לו שעבוד עליהם, קל לו יותר לקנות את הנכס, ולכן חלה ההקנאה אף שאין הנכס מסוים⁵⁷⁸.

דעה קצת שונה, שמחזיקים בה כמה מן האחרונים, היא שהרמב"ם סובר שגם מכר שאינו מסוים אינו יוצר העברת בעלות קניינית, אבל מטיל חיוב חוזי על המוכר להעמיד נכס לקונה. מאחר שהוא מקבל כסף, הוא משתעבד לקונה לקיים את דבריו, ואפשר **לשעבד** דבר שאינו מסוים, כמו שבלוה, מוטל שעבוד על כל נכסיו, והלווה יבחר במה לשלם (הרי שאין דבר מסוים שמשועבד, ומ"מ חל שעבוד); אבל במתנה, אף שאדם יכול לשעבד את עצמו לתת נכס במתנה גם בלי שקיבל כסף⁵⁷⁹, זה רק אם אמר שהוא **מתחייב** לו, ולא אם אמר שהוא נותן לו⁵⁸⁰. במכר חל **שעבוד** של הקונה על דבר שאינו מסוים, לגבותו מהמוכר, גם לרמב"ם, אלא שהמוכר יכול לדחותו ולתת לו כסף במקום הנכס, אבל אם אינו מסלק אותו בכסף, צריך לתת לו אחד הנכסים, כי שעבוד חל גם על דבר שאינו מסוים, כי כל שעבוד כך הוא; זאת בשונה ממתנה, שבה אין שעבוד בכלל, כי אין כאן כסף שישתעבד עבורו⁵⁸¹. בכל מכירה, מלבד עצם הקנין, יש התחייבות מצד המוכר להעמיד את המכר. לכן במכר שאינו מסוים, אף שעצם הקנין לא חל לדעת הרמב"ם, כי אין קנין חל בדבר שאינו מסוים, מ"מ חלה על המוכר התחייבות לתת נכס, ובכלל ההתחייבות, חל שיעבוד על כל הנכסים מאותו סוג שמכר, עד שיתן לו אחד מהם; זאת בשונה ממתנה, שבה הקנין אינו כולל התחייבות מצד הנותן⁵⁸².

לעומתם, פרשנים אחרים כתבו שלרמב"ם גם מכר שאינו מסוים אינו תקף⁵⁸³.

⁵⁷⁶ בחוק לישראל, ערבות, עמ' 50, הובאו מקורות לכך.

⁵⁷⁷ שו"ת שואל ומשיב, מהדו"ב, ח"א, סי' ע; בית יעקב, רמא, ד. ראה בשם שואל ומשיב בפסקה ב(1), הערה 367, שהוא מדמה דבר שאינו מסוים להתחייבות שאינה קצובה.

גם פרישה, חו"מ, רמא, ו, ומערכת הקניינים, פרק טז (עמ' 6), כותבים שהרמב"ם כאן הולך לשיטתו בענין דבר שאינו קצוב. כמו כן, בית יעקב שם מוכיח מהפניית הרמ"א, חו"מ, רמא, ד, לסי' ס, ומסמ"ע, רמא, סי' יג, שדבר שאינו מסוים הוא סוג אחד עם דבר שאינו קצוב. אבל הוא מעיר שלחם רב (הערה 357) כתב שכאן אפשר לומר קי"ל כרמב"ם, אף שבענין דשא"ק פסק ש"ך, חו"מ, ס, סי' יב, שא"א לומר קי"ל כרמב"ם, ומכאן שאינם סוג אחד. לעומתו, דרכי איש, דרוש י, דף כג ע"ד, כותב שלרמב"ם גם מכר שאינו מסוים בטל, ואף שהרמב"ם מודה שמועיל להקנות דבר שאינו קצוב דרך מכר, יש הבדל בין דבר שאינו מסוים לדבר שאינו קצוב.

שו"ת ר' ידידיה טיאה וייל, או"ח סי' לו, מוכיח ששני התחומים אינם תלויים זה בזה, שהרי בענין דבר שאינו קצוב, שו"ע, חו"מ, ס, ב, כתב שמועיל, ואילו בענין דבר שאינו מסוים, הוא פוסק שלא מועיל (ראה א(3), הערה 363, בשמו). ראה א(3), הערה 363, שר"י אבולפיה כותב שהדברים אינם תלויים זה בזה. וראה א(3), הערה 66, שצדק ומשפט הוכיח שלשו"ע מתנה שאינה מסוימת תקפה, ממה שפסק שהתחייבות שאינה קצובה תקפה. על מתנה שאינה קצובה ראה ליד ציון הערה 612.

⁵⁷⁸ גן נעול, כפתור ג, פרח ה (כג ע"ד, כה ע"א). על פי זה הוא כותב שגם במכר, אם הכסף לא שימש מעשה קנין, אלא עשו קניין חזקה ורק אח"כ נתן את הכסף, לא קנה, כי בזמן עשיית הקנין לא היה שעבוד, וא"כ לא חל קנין, ובשעת חלות השעבוד כבר כלה קניינו; ורק אם קנה בקנין שטר, קנה גם אם הכסף ניתן אח"כ, אם השטר עצמו קיים עדיין (ע"פ תוס' כתובות פב ע"א, ד"ה הא).

⁵⁷⁹ ראה לעיל ד(22), ליד ציון הערה 533.

⁵⁸⁰ יד דוד (קרלין) ח"ב דף קא ע"ג, הגהה יט. כך הוא דוחה את הראיות נגד הרמב"ם (הערה 361) - שמדובר שם במכר, והכוונה היא שיש חיוב חוזי.

⁵⁸¹ חלקת יוסף סי' לא. הוא דוחה בזה את הראיה מהדין שב"בית בבתי", יכול לתת לו בית נפול, ששם זה בא לומר שהמוכר יכול לפטור את עצמו מהשעבוד ע"י שמראהו נפול, אבל הוא חייב לתת לקונה משהו בשביל השעבוד.

⁵⁸² משנת ר' אהרן, שכנים, סי' ב, אות ט. עיי"ש בהוכחתו לכך שבכל מכר יש התחייבות על המוכר; ובעמ' קטז כתב שניתן לומר כך רק לדעה שהאומר "אתן" חייב לתת.

הוא לא הסביר מדוע מתנה אינה מטילה התחייבות על הנותן; אפשר להסביר, שהיות שהנותן לא קיבל כסף, אינו רוצה להיות כבול בהתחייבות מעבר לנתינת החפץ לאלתר.

גם שערי חיים (שמולבץ), גיטין, סי' כט, ענף ב, אות ט, כותב שלרמב"ם מכר שאינו מסוים אינו חל כי א"א להקנות נכס שאינו מסוים, אלא שבמכר, גם בדבר מסוים, המכירה כוללת (מלבד הקניין שחל בגוף הנכס) חיוב (חוזי) על המוכר להעמיד את הנכס לקונה, ולכן בדבר שאינו מסוים הוא חייב לסיים את המקח כדי שיוכל להעמיד את החפץ לקונה, ואינו יכול לומר "הרי סחורתך שאינה מסוימת מונחת במקומה", כי הקונה שילם על דעת שסיים המוכר את חלקו אחרי המכר (כך הסביר באות ו), וכיון שאינו יכול לדחות את הקונה, חל המכר; אבל במתנה יש רק קניין של הנכס, ואין חיוב להעמיד למקבל את הנכס, גם בדבר מסוים, ולכן בדבר שאינו מסוים לא חלה הקנאה כי הנותן יכול לדחות את המקבל. הוא כותב שזאת כוונת המגיד משנה (הערה 573), הכותב שבמכר כיון ששילם, אינו יכול לדחות.

⁵⁸³ מגיד משנה (הערה 573) כותב במסקנתו שר"י מיגאש והרמב"ם אינם מבחינים בין מתנה למכר, שהרי הוכיחו (ראה הערה 357) מדין **מוכר** חצי שדהו (ב"ב קז ע"ב) **שמתנת** חצי שדה מועילה (תשובה על כך - ע"י אבי עזרי שצוין בהערה 572). שו"ת ר"ש איגר, כתבים, סי' לב (עמ' שח), דוחה את סברת מגיד משנה בתחילת דבריו (ליד ציון הערה 573) שמכר שאינו מסוים קיים כי הקונה אינו נחשב "מוציא מחברו" כיון ששילם, ע"י שמוכיח מתחומים אחרים

ז. זכות הנותן לתת למקבל את הגרוע

כפי שהזכרנו פעמים אחדות⁵⁸⁴, התוספות וסיעתם אומרים שאף שהמתנה תקפה, הרי יש ספק לאיזה נכס התכוון הנותן, ולכן הוא יכול לתת למקבל את הגרוע. וכך הדין גם לפי הרמב"ם וסיעתו, בכל המקרים החריגים (בפסקה ד) שבהם הם מסכימים שמועילה הקנאת דבר שאינו מסוים.

לכאורה דין זה נוגד את הכלל ש"נותן בעין יפה נותן"⁵⁸⁵, שלפיו המקבל היה צריך לקבל את החלק הטוב. התשובה היא, שכלל זה אמור דוקא לענין שיהיה הנכס הניתן כולו קנוי למקבל בלי שתהיה לנותן זכות בו, כגון בנותן קרקע, שאין לנותן אפילו שביל לעבור דרכו לקרקע שיש לו בקירבת מקום; אבל לענין בירור הנכס שנתן לו, האם נתן לו גרוע או טוב, אין אומרים "נותן בעין יפה נותן" אלא "יד בעל השטר על התחתונה", כי העיון בלשון השטר הוא מה שמלמד האם נתן את הגרוע או את הטוב⁵⁸⁶.

קושי נוסף בדין זה הוא בהסתמכותו על הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה" (או בביטוי האחר, לגבי שטר מתנה: "יד בעל השטר על התחתונה"). הרי הספק אינו האם הקנין היה על נכס זה או על זה, כי בודאי הקנין לא היה לא על זה ולא על זה אלא על אחד מהם, סוג מיוחד של זכות קניין⁵⁸⁷, וא"כ כמו שיש למקבל נכס אחד מהשניים, יש גם לנותן אחד מהשניים, ומדוע נאמר שהמקבל הוא המוציא מחברו, ומדוע הוא מקבל את הפחות? ר' אליעזר שך מיישב קושי זה על פי דברי הראב"ד⁵⁸⁸, שמשמעות דברי הנותן, שהוא נותן אחד מהנכסים, היא שהוא נותן את הגרוע, מפני שיש להניח שהתכוון לדחותו אל הגרוע⁵⁸⁹.

חריג: יש מי שאומר, שאם אמר הנותן "כל נכסי נתונים לך חוץ מאחד", מפרשים את כוונתו שהוא נותן למקבל רשות בכל נכסיו, שאיזה שירצה יבחר לעצמו ויהיה קנוי לו, וישאיר לנותן רק נכס אחד, איזה שירצה המקבל, שלכן אמר "כל", שתהיה יד המקבל על העליונה לקחת מה שירצה; ורק אם לא אמר "כל", יד המקבל על התחתונה, והנותן הוא שיבחר לעצמו אחד שירצה⁵⁹⁰.

מאחר שהנימוק שהוא מקבל את הגרוע הוא ש"המוציא מחברו עליו הראיה", הדעת נותנת שאם המקבל מוחזק בנכסי הנותן, הוא יוכל ליטול לעצמו את הנכס הטוב ביותר. ואכן כך פסק ר' יוס טוב ליפמן היילפרין, שהנותן לחברו במתנה בית סתם, והיו לו שני בתים הנבדלים באיכותם כגון בית אחד גדול ואחד קטן, והמקבל מוחזק בהם, הוא יכול לומר "התכוונתי לגדול"⁵⁹¹. אבל ר' אליעזר משה הורוויץ סבור שמאחר שלא התנה המקבל שהוא רוצה את הבית הגדול, הראה שהוא מוכן לקבל כל בית, אפילו קטן⁵⁹².

שגם קונה נחשב "מוציא מחברו". דרכי איש, דרוש י, דף כג ע"ד, כותב שלרמב"ם גם מכר שאינו מסוים בטל. שו"ת תשובה מאהבה, ח"א סי' קלו, מוכיח מלשון הרמב"ם שגם מכר אינו חל בדבר שאינו מסוים (תשובה על הוכחה זו ראה בהערה 572). עוד צריך להעיר, שפוסקים רבים עסקו במכר, והביאו את דעת הרמב"ם **במתנה**, שאינה תקפה, ומכאן שהם סוברים שאין הבדל בין מכר למתנה; ואולי אפשר לומר שזה דעת רוב הפוסקים, שסתמו ולא הבדילו. יש סברה שבמכר שאינו מסוים יש יותר סיבה מבמתנה לומר **שלא קנה**: שו"ת ברית עולם (ולר), סי' סא, אות ה, כותב שבמכר לכאורה יוכל הלוקח לטעון מקח טעות, "לא את זה קניתי אלא אחר" (וטענה זו שייכת גם ב"חלק משדה פלונית" אף שזה נחשב מסוים, לפי פסקה ד(1), ליד ציון הערה 404; כנראה פשוט לו שבמתנה אין מקום לטענת מקח טעות; ראה על כך בסעיף 3, פרק ד, 2 (ו); יש להשיב על טענה זו, שאין זו טעות כיון שידע שהמוכר יוכל לבחור מה לתת לו. והוא מביא (באות ג), שמחנה אפרים (שלא מצאנוהו) כתב, שמתנה חלה אף על דבר שאינו מבורר ואילו מכר לא חל כי המוכר יכול לדחותו; אבל הוא מעיר (באות ד) שמגיד משנה (בתחילת דבריו, ליד ציון הערה 573) כתב להיפך.

⁵⁸⁴ ראה לדוגמה ליד ציוני הערות 358, 404.

מישרים, נתיב טו, ח"א, כותב שהאומר "חצי שדה פלוני נתון לך", נוטל חצי מן הכחוש שבה, גם למ"ד נותן בעין יפה נותן, כי יד בעל השטר על התחתונה. הוא מביא שר"י מיגאש אומר שאם אמר "לרוח פלוני", יטול חצי באותו רוח.

⁵⁸⁵ ב"ב סה ע"א.

⁵⁸⁶ ח"י ר"י מיגאש ב"ב קז ע"ב (הובא במנחה טהורה, מנחות קח ע"ב, דף קל ע"ג). הוא מתייחס למכירת חלק בשדה. שו"ת נשאל דוד, חו"מ סי' יג (עמ' רח), מדגיש שאומרים שיד בעל השטר על התחתונה, אף שהנותן מתנה בעין יפה נותן; ואינו מנמק.

⁵⁸⁷ ראה בשם אבי עזרי לעיל ב(2), ליד ציון הערה 377.

⁵⁸⁸ פסקה ד(4), ליד ציון הערה 425.

⁵⁸⁹ אבי עזרי, מהדורא רביעאה, על הרמב"ם שם (הוא אינו אומר את הדברים בפירוש כמתייחסים לדעת תוס', אבל כך נראית כוונתו). אבל הוא מתקשה, שלפי זה לא יוכל לתת נכס שהתקלקל רק אחרי נתינת המתנה, שהרי בשעת המתנה לא היה הגרוע ביותר; ואין לומר שהתברר למפרע שזה היה הגרוע ביותר ושהמתנה היתה עליו, שהרי "אין ברירה"? תשובה לכך יש בדברי האחרונים שהובאו לעיל ד(4), ליד ציון הערה 426, שהראב"ד מתכוון לומר שהנותן מתכוון לנכס שיהיה הגרוע ביותר בשעת הנתינה בפועל.

⁵⁹⁰ ח"י כתב סופר, גיטין ח ע"ב (ד"ה ודע).

⁵⁹¹ שו"ת מלבושי יו"ט, ח"א, חו"מ סי' ה.

⁵⁹² שו"ת אהל משה (הורוביץ) סי' קכא.

פרק שישי: גוף האדם וחלקים ממנו

לפי החוק, אדם לא יכול לתת במתנה את גופו, כי זה נגד עקרונות המוסר, ומסכן אותו.⁵⁹³ אבל יכול להתחייב לתת במתנה שערות או תרומת דם; ויכול לחזור בו מהתחייבותו עד הניתנה, ואם המקבל הסתמך עליו, זכאי לפיצויים.⁵⁹⁴ ויכול לתת במתנה אבר שלו אחרי שהופרד מגופו. ויכול להתחייב לתת לפני שהופרד, והתחייבותו תהיה תקפה עם ההפרדה.⁵⁹⁵

לפי המשפט העברי, אדם אינו יכול לתת את אבריו במתנה, כיון שאינם בבעלותו, אלא בבעלותו של הקב"ה.⁵⁹⁶ אבל הוא יכול לתת שיער שלו במתנה,⁵⁹⁷ וכך גם דם שלו.⁵⁹⁸

פרק שביעי: סוגי נכסים שונים

א. נכס שאסור בהנאה

לפי חלק מן הראשונים, אדם אינו יכול להיות בעלים על דבר שאסור בהנאה,⁵⁹⁹ וממילא אי אפשר לתת חפץ כזה במתנה.⁶⁰⁰

לפי דעה זו, מי שקיבל מתנה, והיה מודר הנאה מהחפץ, כך שבאותה שעה לא היה יכול ליהנות ממנה, לא זכה בה, שהרי בשעה שקיבל לא היה יכול לזכות בה.⁶⁰¹ ואף שהוא יכול להישאל על הנדר, אין מתחשבים

⁵⁹³ ראב"ד ב' עמ' 210.

⁵⁹⁴ ראב"ד ב' עמ' 231.

⁵⁹⁵ ראב"ד ב' עמ' 211-212.

⁵⁹⁶ רש"י זו"ן, לאור ההלכה, עמ' שכו (במהד' תשי"ז). הרב רצון ערוסי, "תרומת איברים ומכירתם", שרידים יט, תשס"א, עמ' נה, מסכים עמו, שאין אדם בעלים על גופו; ושם עמ' נו-נז כתב שאסור למכור אבר אלא אם כן הוא זקוק מאוד לכסף.

ר"ש ישראל, התורה והמדינה, ה-ו, עמ' קז-קט (=עמוד הימיני, ס"ז, אותיות כ-כג, עמ' ר-רב, במהד' תשי"ס), חולק על מה שכתב רש"י זו"ן שגוף האדם אינו בבעלותו, אלא כותב שגופו של ישראל הוא בשותפות של האדם והקב"ה, ואילו גופו של גוי שייך לאדם, וזאת בגלל הנפש הנעלה שיש לישראל. אבל הוא לא דן בתוקפה של מתנה של אבר שאדם נותן.

הרב ישראל מאיר לאו, "מכירת איברים להשתלה", תחומין יח, תשנ"ח, עמ' 135 כותב שאם האבר כבר נקטע, ספק האם הוא יכול למכור אותו, שכן ייתכן שאין לאדם בעלות על אבריו (הוא דן בכך שם עמ' 126-130), ועוד יתכן שהוא אסור בהנאה ואינו יכול למכרו כי אינו שלו (הוא דן בכך שם עמ' 131-135); ואילו באדם שרוצה לקטוע אבר שלו תמורת תשלום, ומישהו הבטיח לשלם לו בלי לעשות קנין - השאלה היא האם הוא חייב לשלם מדין ערב. משמע שפשוט לו שאם עשה קנין, ההתחייבות חלה. אבל ייתכן שגם אם הקנה את האבר שלו במתנה, ועשה מעשה קנין, יכול לחזור בו, אם נניח שאין לאדם בעלות על גופו, או שאסור בהנאה.

ר' מרדכי הלפרין, "איברים להשתלה מתורם חי - היבטים הלכתיים", אסיא מה-מו, תשמ"ט, עמ' 54-55 = אורייתא יז (תשנ"ג), עמ' קסו (הובא אצל ר' שמואל רבינוביץ, "סחר באיברים", אסיא סא-סב, תשנ"ח, עמ' 63 = בית הלל ג, תש"ס, עמ' סו), מעלה אפשרות שהמוכר אבר, המכר בטל מטעם חוסר גמירת דעת, כי יש להניח שהוא מוכר מתוך מצוקה כלכלית קשה. כמובן, חשש זה אינו קיים במתנה.

הפוסקים דנים עוד האם תרומת אבר מותרת מבחינת הסיכון לתורם, והאם הדבר ראוי או אף חובה כדי להציל אדם אחר. ראה לדוגמה: ר' שלמה גורן, "תרומת איברים להצלת חיים", אסיא סה-סו (תשנ"ט), עמ' 20-21 (תרומת אבר שילקח אחרי המוות); ר' שמואל וזנר, "תרומת כליה להשתלה", מוריה רפא-רפב (תשס"ב), עמ' קטו-קטז; ר' יצחק שמואל שכטר, "תרומת אחת מכליותיו להצלת חבירו", בית הלל יז (תשס"ד), עמ' מג-נב; ר' ישראל מאיר לאו, "תרומת איברים - חובת האדם להכנס לסכנה כדי להציל", בנתיבי חסד ואמת, תשנ"א, עמ' 13-20; ר' אורי יונגרייז, "תרומת איברים להצלת חבירו", עטרת שלמה ג (תשנ"ח), עמ' קלט-רכד; ד"ר מיכאל ויגודה, "תרומת איברים מן החי והמסחר בהם", אסיא עא-עב (תשס"ג), עמ' 5-24; ר' אייל יוסף, "תרומת איברים להשתלה", עטרת שלמה ד (תשנ"ט), עמ' כז-קלז (גם על לקיחת אבר מאדם שאינו בר דעת או מקטן).

גידולי שמואל ב"ב קכז ע"ב (ד"ה לא יהא), כותב שא"א לתת עבד עברי במתנה. אבל מנחת חינוך מצוה מג אות א, מדייק מתוס' רי"ד קידושין כא ע"ב (ד"ה וקונה), שאב יכול ליתן את בתו במתנה כאמה עבריה. הדברים אמורים בזמן שיוכל נוהג, שרק אז נוהגים דיני עבד עברי ואמה עבריה.

⁵⁹⁷ מכירת שיער אדם מוזכרת בנדרים סה ע"ב ובירושלמי שבת ו, א, ומכאן מוכיח ר' מרדכי הלפרין, "מכירת רקמות ואיברים", אורייתא יז (תשנ"ג), עמ' קסא = "איברים להשתלה מתורם חי - היבטים הלכתיים", אסיא מה-מו, תשמ"ט, עמ' 49, שמותר לאדם למכור את שיערו. ומאחר שהדבר מותר, הוא כמו כל נכס אחר שחלים בו דיני מתנה.

⁵⁹⁸ שו"ת אגרות משה, חו"מ ח"א, סי' קג (הובא אצל הלפרין, אסיא, עמ' 41), ורש"י אורבך, המובא בנשמת אברהם, חו"מ, סי' תכ, עמ' קז (במהד' תשס"ז), מתירים תרומת דם תמורת תשלום. ומאחר שהדבר מותר, הוא כמו כל נכס אחר שחלים בו דיני מתנה.

⁵⁹⁹ אנציקלופדיה תלמודית, ע' אסורי הנאה, ליד ציוני הערות 161-173.

⁶⁰⁰ שו"ת הרשב"א ח"ד, סי' רב, כותב שמי שירש דבר שאסור לו בהנאה, או שאסר דבר מסוים על עצמו בהנאה, אינו יכול לתת אותו במתנה.

מטה אהרן (הלוי), ע' בונין בחול (מב ע"ד), מקשה, הרי שו"ת הרשב"א, ח"א, סי' קעח, כתב שגוי שנתן חמץ ליהודי בפסח, ורצה לזכות בו, קנאו.

באפשרות תיאורטית זו ("הואיל") כך שדבר שאינו שלו ייחשב כשלו⁶⁰². גם אם אח"כ נשאל לחכם על נדרו והחכם התיר את הנדר, לא זכה במתנה⁶⁰³, כי בשעת המתנה לא היה יכול לזכות, וכשנשאל על הנדר לא ניתן לו כלום⁶⁰⁴.

גם אם הנכס ניתן במתנה על מנת להחזיר למי שמודר ממנו, לא זכה בה, מפני שהיא נחשבת ממנו עד שיחזיר, והרי אינו יכול לזכות בדבר שאסור לו בהנאה⁶⁰⁵. אבל אם ניתן לו "על מנת להקנות לפלוני", זכה בו לענין הקנאה לאותו פלוני, כי בהקנאה מותנית כזאת, אין למקבל שום זכות בנכס, ולכן אין משמעות לאיסור ההנאה⁶⁰⁶.

אבל לפי הדעה שאדם יכול להיות בעלים על דבר שאסור בהנאה⁶⁰⁷, אפשר לתת חפץ כזה במתנה, ולדוגמה, אם חפץ ניתן במתנה למי שמודר ממנו הנאה, זכה בה⁶⁰⁸. כך נפסק, שמועילה מתנה של איסורי הנאה אם המקבל עושה קנין בגוף החפץ, או אם החפץ בידו או בחצרו של המקבל⁶⁰⁹.

אבל אם עצם הזכייה היא עבירה, כגון חמץ בפסח, גם לדעה זו לא קנה, לפי הכלל שכל מה שהתורה אסרה, "אי עביד לא מהני"⁶¹⁰.

⁶⁰¹ שו"ת הרשב"א ח"א סי' תשמו, וח"ד סי' רב, וחידושי הרשב"א, נדרים מח ע"ב וב"ק קח ע"ב (הובא ברמ"א או"ח, תרמט, ב, בשו"ע יו"ד רכא, יד, בחקרי לב, אהע"ז סי' כב דף נב ע"ד, בגט מקושר, אלגזי, סי' ב, עמ' לא, ובשו"ת בית אפרים, או"ח, סי' מא, ד"ה וראיתו).

שו"ת הרשב"א שם כותב שהמודר הנאה מלולב וניתן לו במתנה, לא קנאו כי אסור לו בהנאה, ולכן אינו "לכס", ולכן אינו יוצא בו ביו"ט ראשון.

כך פשט דברי הרשב"א, וכך הבין אותם גט מקושר (אלגזי), סי' ב (עמ' כ במהד' קליין). אבל יהל אור ענף ט (ו ע"ב-ע"ד) כותב שגם לרשב"א המודר זוכה בעצם הדבר אף שאינו זוכה בו זכות של ממון בגלל האיסור, וכן בכל איסור הנאה, לרשב"א האדם זוכה בעצם הדבר שיהיה שלו, לא שתהיה לו בו זכות ממון (עיי"ש הוכחותיו לכך). והוא כותב (בדף ז ע"א) שזו גם דעת הר"ן, נדרים מז ע"א, שהדבר נעשה שלו אבל אין לו בו זכות של ממון, ואינו רשאי לתת לאחר כי גם זה הנאה, אבל מותר לו להראות מקום לגוי המכירו ליטול חמץ בפסח, כי זה לא נחשב שבגלל זה יש ליהודי בו זכות של ממון. אבל הוא כותב (בדף ו ע"ג) שאם הנותן לא ידע שהמקבל מודר הנאה ממנו, לא זכה המקבל אף בעצם הדבר כי זה מתנה בטעות, כי הנותן התכוון שהמקבל יהנה מהמתנה, ואילו ידע שהמקבל לא יוכל ליהנות ממנו לא היה נותן לו רק כדי שייחשב שלו.

⁶⁰² שו"ת הרשב"א ח"א סי' תרב וח"ד סי' רב (הובא בשו"ת רוח יעקב, שלם, סי' סח, בחקרי לב, אהע"ז סי' כב, דף מח ע"ג, ובכפי אהרן (עזריאל), ח"ב, חו"מ, סי' ח, דף קיג ע"ד).

ר' צבי הירדש רבינוביץ, "בגדרי בידו בדשלבלי"ע לגבי קרבנות, קדושין וקניינים", מוריה גלי ריג עמ' סא, כותב שאף שאדם יכול להקנות דשלבלי"ע שבידו להשיג (ראה בשמו בהערה 292), הרי כאן אין למקבל יד לזכות בנכס, ולכן לא מועיל מה שבידו להישאל על נדרו.

גט מקושר (אלגזי), סי' ב (עמ' כה-כו), מסביר שאף שבתחומים אחרים מתחשבים בכך שהיה יכול להישאל, הרי כאן יש "דעת אחרת" שמעכבת - הנותן אומר שכיון שלא זכה המקבל בשעת הניתנה, כבר אינו רוצה שיוזכר בנכס ע"י שאלה לחכם, והוא חוזר בו מהמתנה.

⁶⁰³ שו"ת הרשב"א, ח"א, סי' תרב.

⁶⁰⁴ גט מקושר (אלגזי), סי' ב (עמ' כ).

אבל הוא מקשה (בעמ' כב, לענין דין דומה בקידושי אשה) הרי חכם עוקר את הנדר מעיקרו, והתברר למפרע שבשעת המתנה, היה יכול לזכות בה? ייתכן שהקושיה מיושבת במה שכתב שאין לומר "הואיל" כשהנותן מעכב.

⁶⁰⁵ שו"ת הרשב"א, ח"א, סי' תשמו, וח"ד סי' רב.

אבל מחנה אפרים, הל' זכיה מהפקר, סי' ד, מקשה על הרשב"א, הרי בנתינת מתנה ע"מ להחזיר אין הנאה למקבל, וא"כ אין סיבה לומר שלא יקנה המקבל את הלולב אף שהוא מודר הנאה. עיי"ש לענין זכיה באיסורי הנאה. מטה אהרן (הלוי), ח"א, דף מג ע"א, מתרץ שהוא נהנה שלא יצטרך לקנות לולב אחר.

⁶⁰⁶ שו"ת הרשב"א ח"ד שם. על "קנה ע"מ להקנות", ראה סעיף 4.

⁶⁰⁷ אנציקלופדיה תלמודית, ע' אסורי הנאה, ליד ציוני הערות 174-178.

⁶⁰⁸ גט מקושר (אלגזי), סי' ב (עמ' יט, ועמ' כז-כח, במהד' קליין), בדעת ר"ן, נדרים מז ע"א.

שו"ת קול אליהו (ישראל), ח"ב, יו"ד, סי' ה (יט ע"ד), כותב שרוב הפוסקים סוברים כך.

שו"ת בית אפרים אורח חיים סימן מא (ד"ה וחזרנו), כותב שדבר שאסור בהנאה לכל, אין למקנה כח להקנות כיון שנאסר בהנאה; אבל מה שמותר לנותן ואסור למקבל, אם המקבל ידע שאסור בהנאה וקיבלו במתנה, הוא נכנס לרשותו, כי קניינו של המקבל בא ממילא ע"י דעת אחרת מקנה, ואין עיקר הקנין מצידו אלא מצד הנותן, ולנותן יש כח זה כיון שהוא מותר בהנאתו. והוא כותב (בד"ה אמנם) שדבר שאסור רק באופן זמני, אפשר להקנותו לענין הזמן שיהיה מותר.

⁶⁰⁹ ח"י ר' שמעון יהודה הכהן (שקאפ), גיטין, סי' ה (לט ע"א-ע"ב). לגבי מקרה שהמקבל תופס בידו או בחצרו, הוא מנמק ע"פ עקרון שהוא מחדש (ראה בשמו בסעיף 1א), שכדי לקנות, א"צ הקנאה של המקנה אלא די בהסכמתו. אבל הוא כותב (בדף לט ע"א) שלא מועיל מכר של איסורי הנאה כי אינו שוה ממון.

יהל אור ענף ח (ה ע"ד), כותב שהנותן איסורי הנאה במתנה לאחר, שונה ממתנה רגילה שהמקבל צריך להחזיק לו טובה ושואמרים שהוא כמכר כי אילו לא עשה לו נחת רוח לא היה נותן לו (מגילה כו ע"ב), שהרי כאן לא נתן לו דבר ששווה ממון, וגם אם למקבל זה מותר בהנאה, וזוכה בו, הרי זה לא בא מכוחו של הנותן, והיה רשאי לזכות בו בלי הסכמת הנותן.

אפשר להקנות לגוי דבר שאסור בהנאה, כיון שעבורו הוא בעל ערך⁶¹¹.

ב. דבר שאינו קצוב

אפשר לתת דבר שאינו קצוב במתנה⁶¹².

ג. נכס שלא ידע עליו הנותן

הנותן כל נכסיו במתנה, גם אם יש נכס שלא ידע הנותן שהיא שלו, הוא כלול במתנה⁶¹³.

ד. כמות המתנה

אפשר להקנות במתנה פחות משהו פרוטה⁶¹⁴.

פרק שמיני: פרשנות המתנה - מה התכוון הנותן לתת

א. עקרונות פרשניים

לפי החוק, לצורך פרשנות חוזה מתנה יש לפנות להוראות חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, סעיפים 25-26⁶¹⁵.

לפי המשפט העברי, ככלל, אם יש ספק בפרשנות המתנה, מפרשים אותה לטובת הנותן, כי "המוציא מחברו עליו הראיה", ואם זו מתנה בשטר - "יד בעל השטר [המקבל, התובע את הנותן בעזרת השטר] על התחתונה"⁶¹⁶. אבל אם הנותן אמר לשון מיותרת לחיזוק המתנה, מפרשים זאת בהרחבה, להגדיל את היקף

⁶¹⁰ חתן סופר, בעניני המקנה והקנינים, סי' כח ס"ק ד אות כה. ראה סעיף 1(א), בשאלה אם יש תוקף למתנה שניתנה באיסור.

⁶¹¹ תוס' כתובות לג ע"ב (ד"ה גנב).

קובץ שעורים, קדושין סי' צג, כותב שהם סוברים שהחסרון בהקנת דבר שאינו ברשותו הוא מצד הקונה ולא מצד המקנה; כלומר, כיון שהדבר מותר לגוי הקונה, אין פגם בהקנתו.

⁶¹² ר"ן קידושין לב ע"א (בדפי הרי"ף), בשם הרמב"ן; טור, חו"מ, רלב, ז. פרישה, רמא, ו, מנמק שהטור סובר שלענין זה אין הבדל בין חיוב להקנה, וכמו שאפשר להתחייב בדבר שאינו קצוב (לפי רוב הפוסקים - ראה סעיף 5), כך אפשר להקנותו.

צפנת פענח דברים א, יא (עמ' ה), מסביר בזה מדוע משה בירך את ישראל "יוסף ה' עליכם ככם אלף פעמים", ואמר שה' "יברך אתכם כאשר דיבר לכם" - כי אדם לא יכול לברך ברכה שאינה קצובה.

חריג: שו"ת מחנה חיים חו"מ, ח"ב, סי' כ (עמ' מג), כותב שהמוכר את כל העבירות שלו, אין לכך תוקף כי זה דבר שאין לו קצבה, שהקונה אין דעתו סומכת לקנות, שהרי אדם אינו יכול לדעת עומק הדין; וגם לדעה שמועילה התחייבות בדשא"ק, זה בדבר שיש לו קצבה אח"כ, אבל עבירה עלולה להצמיח רעה לדורות, כך שלא תהיה לו קצבה לעולם.

דעה חולקת: טור, חו"מ, רלב, ז, כותב שלרמב"ם אי אפשר להקנות דשא"ק כמו שלדעתו, בהלכות מכירה, יא, טז, אין תוקף להתחייבות שאינה קצובה. וראה סעיף 5, שדעתו היא דעת יחיד.

ח"י הרמב"ן, גיטין ח ע"ב, שהובא בהערה 354, כותב שגם לפי התוספות וסיעתם, שמתנה שאינה מסוימת תקפה, (ראה ליד ציון הערה 361), אם שייר הנותן לעצמו "כל שהוא", ולא קבע את כמותו, המקבל לא קנה כלום, כי אפשר לפרש ש"כל שהוא" פירושו - כל הנכסים, וא"כ אין לו קצבה.

ר' אברהם יצחק גוטפריינד, שומרי משפט (טשכנוב), ח"א, עמ' נג, כותב שאיש שנתן את משכורתו במתנה לאשתו, ואח"כ אמר "גם לי יש חלק בכסף", כיון שלא אמר כמה הוא משאיר לעצמו, זה דבר שאינו מסוים (כוונתו: שאינו קצוב), ולא חל הקנין.

בית ישחק, הלכות מכירה, כב, י (קי ע"ד), מוכיח שלרמב"ם אין אדם מקנה דבר שאינו קצוב אפילו לבנו, אף שמתנה לעובר שהוא בנו מועילה (ראה סעיף 1(א)), ממה שר"ן קידושין שם הביא ראייה שאפשר להקנות דשא"ק, שלא כרמב"ם, והראיה היא ממי שנותן לבנו דשא"ק; ואם הרמב"ם מודה שאז קנה, אין ראייה משם נגדו.

שמע יעקב (אלגזי) פי' לך לך (יד ע"ד), כותב שהרמב"ם מודה שבשעת חיבה קונה גם דשא"ק, כמו בפוסק בשעת נישואין (רמב"ם, הלכות מכירה, יא, יז). והוא מסביר בכך (בדף טו ע"א) שלכן היה תוקף למתנת ה' את הזרע לאברהם כי אז היה שעת חיבה לאברהם.

⁶¹³ שו"ת הרשב"א ח"ה סי' קה.

⁶¹⁴ קונטרסי שיעורים, נדרים, שיעור כו, אות ז.

⁶¹⁵ ב"ש, תמ"ש 2160/06, פלונית נ' עזבון המנוח פלוני ואח', בית משפט לעניני משפחה, השופט דניאל טפרברג, פסקה 27.

⁶¹⁶ שו"ת נשאל דוד (מהד' תשל"ה), חו"מ סי' יג (עמ' רט).

המתנה, כיון ש"נותן בעין יפה נותן"⁶¹⁷. מאותה סיבה, אם הנותן אמר לשון מיותרת להחלשת המתנה, אין מפרשים זאת כדי לצמצם את המתנה⁶¹⁸.

אם יש ספק בפרשנות דברי הנותן, יש לפרש אותם כך שלא תפגע המתנה בזכותם של היורשים, כיוון שחז"ל לא ראו בעין טובה העברת נכסים לאחרים על חשבון היורשים ("עבורי אחסנתא")⁶¹⁹, ויש להניח שהנותן לא התכוון לעשות איסור⁶²⁰. אבל במתנה שאדם נותן לבתו, אין להתחשב בשיקול זה לפרש את המתנה בצמצום, כיון שמתנה לבת, גם אם היא נשואה, אין בה שום עבירה אף על פי שהיא תקטין את חלקם של הבנים היורשים⁶²¹.

ככלל, יש לפרש את הדברים שאמר הנותן על פי משמעותם המקובלת לפי המנהג באותו מקום ובאותו זמן. רק במקום שאין מנהג ברור לגבי משמעותו של מונח מסוים, מפרשים את דבריו לפי הדינים שאנחנו מפרטים כאן⁶²², שמתבססים על משמעות אובייקטיבית של הדברים.

אם הנותן נקט לשון כללית ואח"כ לשון פרטית, כגון "כל נכסי, מעות ומטלטלין", או "כל מה שבבית, כלי מלאכה", קובע כאן העקרון משלוש עשרה המידות שהתורה נדרשת בהן: "כלל ופרט - אין בכלל אלא מה שבפרט", וקנה רק מעות ומטלטלין או כלי מלאכה⁶²³. אבל אם אח"כ אמר שוב לשון כללית, כגון "כל מה שבבית, כלי מלאכה וזולתם", חל עקרון אחר משלוש עשרה המידות: "כלל ופרט וכלל - אי אתה דן אלא כעין הפרט", ולכן המתנה כוללת כל מה שדומה לפרט בשני מאפיינים - בדוגמה הנ"ל, כגון כסף, שהם מטלטלין וגופן ממון, ונתמעטו רק שטרות עבדים וקרקעות שאינם דומים לפרט⁶²⁴.

מתנת מטלטלין דינה כמכר מטלטלין, בכל הנוגע לפרשנות היקף המתנה, כגון הנותן ספינה במתנה - מה כלול במתנה⁶²⁵.

ב. "נכסים"

מי שאמר "נכסיי לפלוני", המתנה כוללת את המטלטלין, הקרקעות, הבגדים, הבהמות, העופות, התפילין והספרים שלו⁶²⁶. גם מאכלים בכלל זה⁶²⁷. אבל שטרותיו אינם בכלל, כי כדי להקנות שטר חוב, צריך לכתוב "קנה לך אותו וכל שעבודו"⁶²⁸. גם חובות שבעל פה שחייבים לנותן אינם בכלל זה⁶²⁹, אבל כסף של הנותן המופקד ביד אחר כלול במתנה⁶³⁰.

⁶¹⁷ שו"ת משפט כתוב, חו"מ, סי' מד.

⁶¹⁸ שו"ת נחפה בכסף ח"א חו"מ סי' כא (ק"ז ע"ב).

⁶¹⁹ כתובות נג ע"א; ב"ב קלג ע"ב.

⁶²⁰ שו"ת מהרי"ט חלק ב חו"מ, סי' ה; שו"ת נאמן שמואל, סי' קב, דף קלט ע"ד (הובא בפחד יצחק, ע' מעביר נחלה, ובפד"ר, כרך יז, עמ' 207).

⁶²¹ שו"ת מהרי"ט שם.

כמו כן, שו"ת נשאל דוד (מהד' תשל"ה), חו"מ סי' יג (עמ' רט), כותב שאין איסור להעביר מבין אחד לבן אחר, ולכן אין לפרש מתנה בצמצום על סמך זה.

⁶²² רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כו, ז-ח, פרק כז, יא, ופרק כח, טו, ושו"ע, חו"מ, סי' רטו, ח, סי' ריח, יט, וסי' רכ, טו, כותבים כך לגבי מכר, ומן הסתם הדין כך גם לגבי מתנה.

⁶²³ שו"ת המב"י ח"א סי' רפח (הובא בשו"ת משפט כתוב, חו"מ, סי' מד).

אבל שו"ת הרשב"א חלק ב סימן שלד, עוסק בשטר מתנה שהיה כתוב בסגנון כזה, "מנכסיו לראובן מנה משטרי העסק", ומסתפק האם לפרשו במידת "כלל ופרט", רק משטרי העסק, או שמא העיקר הוא הלשון הכללית, ואת הלשון הפרטית כתב לומר שאם ירצה ליטול מנה משטרי העסק, יבחר את הטוב ביותר. אלא שבנידונו לא היה ספק בהיקף המתנה (שבזה עוסק המב"י ט), שהיה מנה, אלא בנכסים שמהם היה המקבל אמור לקחת את המנה (וממילא נובעת מזה נפקות למקרה שאבדו חלקם - ראה הערה 398).

⁶²⁴ שו"ת משפט כתוב, חו"מ, סי' מד.

⁶²⁵ רשב"ם, ב"ב ע"א (ד"ה מרצופין); טור, חו"מ, רכ, טו; רמ"א, חו"מ, רכ, יח; ב"י, חו"מ, רטו, ו (גם על ספינה); קצות החושן, רכ, ס"ק א.

⁶²⁶ ב"ב קנ ע"ב (הובא בתוספות בבא בתרא סב ע"א ד"ה ואי); רמב"ם הלכות זכיה ומתנה פרק יא הלכה טו; שו"ע חו"מ, רמח, יא; שו"ת המב"י חלק א סי' קה. מקורות אלו אומרים שגם עבדים כלולים במתנה זו.

שו"ע כותב שספק אם ספר תורה כלול במתנה, ולכן המקבל אינו זוכה בו, אבל אם תפס, תפיסתו מועילה. מגיד משנה, הלכות מכירה כא, יח, כותב שבאומר "נכסיי", נכללים כולם, אבל האומר "נכסיים שלי" אין הכל בכלל. נראה שלדעתו "נכסיים שלי" כולל רק קרקע ולא מטלטלין.

אבל ר' מאיר מלמד, בשו"ת משפט צדק, ח"ב, סי' יא (כד ע"ד), מדייק מרמב"ם ה' זכיה שגם "נכסיים" כולל הכל. כמו כן, לחם משנה הלכות שאלה ופקדון פרק א, ז, כתב שלרמב"ם, במתנה, גם אם לא הזכיר "כלל", כיון שהזכיר לשון רבים כולם במשמע כי נותן בעין יפה הוא נותן, גם ב"נכסיים שלי".

⁶²⁷ השגות הראב"ד על הרי"ף, ב"ב ע"ב (בדפי הרי"ף) = תמים דעים, סי' רלה (הובא בכנה"ג, חו"מ, רמח, הגה"ט, אות מח).

⁶²⁸ שו"ת הרא"ש, כלל עה סי' ב (הובא בטור, חו"מ, סו, ג, בשו"ת הראנ"ח, ח"א, סי' עז, בשו"ת מהרי"ט, ח"ב, חו"מ, סי' מב, ובשו"ת מהרשד"ם חו"מ סימן שט); שו"ע חו"מ, רמח, יג.

אם נתן לאשתו "כל הנכסים שלי שתחת ידך", כל הנכסים שבבית שלה כלולים במתנה⁶³¹.

אם אמר "כל נכסים שלי", גם מיטלטלין בכלל⁶³².

האומר "מהנכסים אשר ימצאו לי", אין מיטלטלין בכלל, אבל אם אח"כ אמר "בכל אשר ימצא", מפרשים שלשונו המיותרת באה להוסיף, והכל בכלל⁶³³.

האומר שהוא נותן "חלק לפלוני בנכסי" או בנכס מסוים, נוטל רבע⁶³⁴, כי לא רגילים לומר "חלק" על פחות מרבע⁶³⁵. אם אמר "יחלוק פלוני בנכסי", נוטל חצי⁶³⁶.

אבל בני שמואל, שו"ת, סי' לד (עז ע"ד), כותב שאם כתב בשטר המתנה "וכל דררא דמונא", משמעו כל ממון שיש בו איזו זכות ושייכות, וזה כולל שעבוד, וכאילו כתב "קנה לך אותו וכל שעבודו", ולכן זכה המקבל גם בשטרי החוב. שו"ת הריטב"א, סי' קלט (הובא חלקית בב"י חו"מ סי' סו, מחודש לח, וסי' רב) (עמ' קסד), וחי' הריטב"א ב"ב קנ ע"ב, מביא שהרשב"א כתב שרק בשכיב מרע "נכסי" כולל שטר, ואילו הרא"ה כתב בשם הרמב"ן שהוא גם בבריא (ומועיל אף שלא כתב "וכל שעבודים"), ושכן כתב ר' יצחק הלוי בר' בנבנשתי הלוי, והוא עצמו הסכים לרא"ה. מגיד משנה, הלכות זכיה, י, ב, כותב (בשכיב מרע) שלדעת הרמב"ם, ב"תנו שטר זה לפלוני" מתקנים את הלשון כאילו אמר "קני הוא וכל שעבודא דאית ביה", ואילו לרשב"א אין מתקנים את הלשון.

ר"ח שבת, בשו"ת משפט צדק ח"ב סי' י (כד ע"ג), כותב (לענין הנותן "חמישית מנכסיו") שאם כתב בשטר המתנה "כתבו בכל לשון זכות ויפיו כוח", קונה גם שטרי חוב, כי הנותן התכוון שהסופר יכתוב "קנה לך אותו ואת כל שעבודו", והסופר טעה בכך שלא כתב כך.

שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סי' נב (ד"ה ושמא תאמר לא), כותב שאף שכלל את כל הנכסים בלשון אחת, ואז לפי בה"ג (בענין "את וחמור" - ראה סעיף 1(א)) אם בטל חלק, הכל בטל, לא קנה כלל, זה רק במכר אבל במתנה לא שייך שיקפיד שדוקא כל המתנה תתקיים, ושלא יהיה מוכן שרק חלקה יתקיים. וראה בשמו בהערה 629. ר"מ מלמד, בשו"ת משפט צדק ח"ב סי' י, דף כג ע"ג (הובא בשמחת יו"ט סי' יז, דף סז ע"א, עמ' קפח במהד' משנת ר"א), כותב שהנותן במתנת חמישית מנכסיו, המקבל קונה הכל חוץ מהשטרות שא"א להקנותם, ואין אומרים שמתוך שלא קנה שטרות לא קנה השאר, בטענת קי"ל כדעה שכיון שמתנה שבטלה מקצתה, בטלה כולה ("את וחמור" - ראה הערה 126), כי לא הזכיר שטרות בכלל, וכשאמר "נכסי" התכוון רק לנכסים שאפשר להקנות. אבל ר' חיים שבת שם (כד ע"ג) דוחה, שכיון שהנותן חשב ששטרות נקנים, הוא כלל אותם במתנה, ולכן לפי הדעה ההיא, כיון שבטלה המתנה לגבי השטרות, בטל הכל, ואפשר לטעון קי"ל כדעה זו.

⁶²⁹ שו"ת הרשב"א חלק ב סי' קב; שו"ת ראנ"ח, ח"א, סי' עז (הובא בשו"ת אדרת אליהו (קובו) סי' כא דף מד ע"א); שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סי' נב (ד"ה וגדולה מזו).

וראה ליד ציון הערה 77, שבכלל אי אפשר לתת במתנה חוב בעל פה.

שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סי' נב (ד"ה הילכך בנ"ד), דן במי שנתן במתנה חובות שבעל פה ודברים אחרים, ואח"כ טען (הוא או יורשיו) שהיות שבטלה מתנת החובות, בטל גם השאר (כמו "את וחמור" - ראה סעיף 1(א)). הוא כותב שבמתנה לא שייך לומר שהקפיד דוקא לתת את שניהם יחד, כטעם לומר שאם בטל חלק מהמתנה, בטל הכל; וגם הטעם שהנותן התכוון לשטות במקבל, בכך שנתן לו דברים שאי אפשר להקנות, לא שייך כאן כי מעשים בכל יום שמקנים חובות, ובגלל זה אנשים חושבים שאפשר להקנותם. הוא מוסיף (ד"ה ואחר שביררנו) שהטעם של השטאה לא שייך במי שנותן בשעת מותו, שהרי אין אדם משטה בשעת מיתתו, וכן אינו שייך בכתב, כמו שאינו שייך אם אומר "אתם עדי", וכ"ש אם קרא לסופר ועדים וצוה לכתוב ולחתום, או שכתב בשטר "היו עלי עדים וכתבו וחתמו בכל לשון של זכיה וכו'", הרי שהתכוון ללשון של זכות ולא ללשון של חובה, וזה מראה שמה שכלל במתנתו חובות לא התכוון לגרוע את כוחה של מתנה אלא חשב שזה מייפה את כחו. ר' יחיאל באסן, בתשובתו שם (ד"ה אכן כאדם) מסכים למה שכתב מהרי"ט שאין בנדוננו לא משום השטאה ולא משום הקפדה.

⁶³⁰ שו"ת הראנ"ח, ח"א, סי' עז.

⁶³¹ שו"ת מהר"ם גלאנטי סי' צז (ד"ה עוד יש).

כתב בתשובות מיימוניות, משפטים סי' סט (הובא בשו"ת מעשה חייא סי' ט, עמ' 378, ובשו"ת אבני שיש, ח"ב, סי' צ), שהנותן בית במתנה לבנו "מהיום ולאחר מיתתו", ובשטר המתנה כתב "כל ימי חיינו יש לנו כוח בנכסינו למכור ולתת", אינו סותר את מתנת הבית, אלא "נכסינו" כולל כל מה שנשאר לנותן אחרי נתינת הבית, וגם כולל פירות של הבית, שהם שלו בחייו (כפי שנראה בסעיף 4).

⁶³² ר' חיים שבת, בשו"ת משפט צדק, ח"ב, סי' י (כג ע"ד).

⁶³³ ר' חיים שבת, בשו"ת משפט צדק, ח"ב, סי' י (כג ע"ד).

⁶³⁴ ב"ב סג ע"א; מישרים, נתיב טו, ח"א.

רמב"ם, הלכות זכיה, יא, ז, ושו"ע, חו"מ, רג, כד, מביאים דעה זו, ומביאים גם שיש אומרים שנוטל אחד חלקי שש עשרה.

⁶³⁵ רי"ף, ב"ב לד ע"ב (בדפי הרי"ף) (הובא במישרים, נתיב טו, ח"א).

רשב"ם, ב"ב סג ע"א (ד"ה סומכוס), מנמק בדרך אחרת: ספק האם "חלק" משמעו חצי, ספק האם משמעותו כלשהו, ומספק יחלוקו, ולכן מקבל רבע.

⁶³⁶ ב"ב סג ע"א; מישרים, נתיב טו, ח"א; רמב"ם, הלכות זכיה, יא, ז; שו"ע, חו"מ, רג, כד.

על הנותן "חצי נכסי", ראה הערה 418.

"מקצת": לענין ראובן שכתב "מקצת מהסך שיש לי ביד לוי יהיה נתון לשמעון במתנה כדין", זכרנו לחיים, ח"ב, חו"מ, ע' מתנה אות טו, מביא את חקרי לב חו"מ, ח"א סי' קטו (קעד ע"ד), ויו"ד ח"ב סי' קיח (קפט ע"ג), שמדייק (לענין אחר) מתוס' ר' פרץ, ב"ק יא ע"א, ומתוס' רא"ש, המובא בשטמ"ק, ב"ק שם, ש"מקצת" משמעותו מיעוט ולא

ג. מטבע

אם הנותן אמר שהוא נותן לפלוני סכום כסף, כגון "מנה", ומת, ויש בעזבונו מטבע כזה, אין יורשיו יכולים לטעון שהתכוון למטבע מסוים של מנה שהחביא באיזה מקום, אלא המקבל זכאי לקבל מטבע זה שבעזבונו הנותן.⁶³⁷ אבל אם לא נמצא ברשות הנותן סכום כסף כזה, לא זכה המקבל, כי חוששים שהתכוון למנה שנמצא עכשו במקום נסתר או שאבד, ואין אומרים שהתכוון לרכוש בשווי זה.⁶³⁸

האומר "אני נותן שווה מנה לפלוני", גם אם לא נמצא מטבע בעזבונו, מוכרים מנכסיו לתת מנה למקבל.⁶³⁹

האומר "אני נותן שווה מנה מנכסי לפלוני", ואבדו או נגנבו מקצת הנכסים, אין הנותן יכול לטעון שהנכסים של המתנה אבדו, כי מנה זה מעורב בכל נכסיו, והמקבל כמו שותף בנכסים, וחולקים בשכר ובהפסד באופן יחסי.⁶⁴⁰

ד. בית

הנותן בית אינו מתכוון לתת את היציע (חדר שבנוי בצד קיר הבית)⁶⁴¹ אע"פ שהוא פתוח לבית, ולא שום דבר מחוץ לבית, מפני שאינם בתוך הבית,⁶⁴² ואין אומרים על כך שנותן בעין יפה נותן יותר ממוכר, מפני שמשמעות לשון "בית" אינו כולל יציע.⁶⁴³

חדר ששימושו שווה לשימוש הבית ופתוח לו, הוא בכלל "בית" סתם, גם אם לא תיאר הנותן את גבולות החיצוניים של הבית.⁶⁴⁴ ואם אמר בפירוש שהוא נותן גם את ה"חדרים", מלשונם היתירה משמע שהוא נותן גם חדרים שלא נכללו בכלל הבית, שאין שימושם דומה לשל הבית.⁶⁴⁵ אבל חדרים שמושכרים לסוחרים שמוכרים בהם ליחידים, הם בגדר חנויות, ואינם בכלל המתנה.⁶⁴⁶

הנותן בית במתנה, קנה המקבל גם את הכלים שבתוכו,⁶⁴⁷ וכן בור ודות שבבית,⁶⁴⁸ וכן מרתף,⁶⁴⁹ אבל לא כלים שאינם שייכים לבית.⁶⁵⁰

לפי דעה אחת, הנותן בית, המתנה כוללת את הזכות להשתמש בחצר שהבית פתוח אליו, לצורך הדברים שהם הכרחיים לשימוש הבית ושאינן דרך לעשותם בתוך הבית, כי יש אומדנא דמוכח שלא נתן לו את הבית על דעת שיצטרך ללכת להשתמש בחצר אחרת; אבל בית שער ובית התבשיל ובור המים אינם הכרחיים לשימוש הבית ולכן המקבל לא זכה בהם.⁶⁵¹ אבל לפי דעה אחרת, אין למקבל שום זכות לשימוש בחצר,⁶⁵²

רוב. ברור ששמעון אינו יכול להוציא מראובן יותר מכלשהו, ואולי נ"מ בדברי חקרי לב, שאם תפס המקבל יותר ממיעוט, מוציאים מידו.

⁶³⁷ גיטין יג ע"א; רמב"ם הלכות זכיה, י, א; שו"ת הרשב"א חלק א, סי' אלף נה (הובא במגיד משנה, הלכות זכיה, י, א) [על "מנה לפלוני"], ובשו"ת תורת אמת, סי' פג, ד"ה עוד יש; ר"ן על הרי"ף שבועות יט ע"א (בדפי הרי"ף), גם בשם הרשב"א; שו"ע חו"מ רנג, יח (הובא בשו"ת משפט כתוב, חו"מ, סי' מד); שו"ת מהר"ם גלאנטי סי' צז.

⁶³⁸ שו"ת הרשב"א חלק א, סי' אלף נה, וח"ב סי' שלד; ר"ן על הרי"ף, גיטין ה ע"ב, בדפי הרי"ף (הובא בשו"ת מהר"ם גלאנטי סי' צז, ובשו"ת בני אהרן, סי' עז, דף פו ע"ג), ושבועות יט ע"א (בדפי הרי"ף); שו"ע, חו"מ, רנג, יט. אבל מגיד משנה, הלכות זכיה, י, א, מעלה אפשרות שהרמב"ם חולק, וסובר שגם אם לא נמצא ברשותו מנה, מוכרים מנכסיו, מפני שאין אדם מוציא דבריו לבטלה, ומניחים שהתכוון לומר "שוה מנה".

על מצב שאבד חלק מכספו של הנותן, ראה ליד ציון הערה 401.

בשאלה אם "מנה זה" וכדומה נקנה בקנין סודר, ראה סעיף 6.

⁶³⁹ מגיד משנה, הלכות זכיה, י, א, בשם הרשב"א (על שכיב מרע).

⁶⁴⁰ שו"ת הרשב"א חלק א, סי' אלף נה.

⁶⁴¹ סמ"ע, ריד, ס"ק א.

⁶⁴² חידושי הרי"י מיגאש ב"ב עא ע"א (הובא במגיד משנה, הלכות מכירה, כו, ה, גם בשם הרשב"א); מישרים, נתיב טו, ח"א; רמ"א, חו"מ, רטו, ו; שו"ת המב"י חלק ב סי' מו; שו"ת בית אפרים, חו"מ, סי' לג (ד"ה ועוד אפשר).

⁶⁴³ שו"ת מהר"ם אלשיך סי' עב.

אבל שו"ת בית אפרים, חו"מ, סי' לב, כותב שרמב"ם, הסמ"ג, הרא"ש והטור סוברים שגם יציע וחדר שמחוץ לבית כלולים במתנה.

ר' שם טוב שאלודיש, בשו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ, סי' נג (צד [הראשון] ע"ב), ור"ש הלוי, שם סי' נד (צה ע"ב) מביאים שיש מחלוקת האם הנותן בית כולל יציע וחדר.

⁶⁴⁴ שו"ת בית אפרים, חו"מ, סי' לב.

⁶⁴⁵ שו"ת בית אפרים, חו"מ, סי' לב.

⁶⁴⁶ שו"ת בית אפרים, חו"מ, סי' לב.

⁶⁴⁷ שו"ע, חו"מ, רטו, ו.

⁶⁴⁸ מישרים, נתיב טו, ח"א; שו"ת בית אפרים, חו"מ, סי' לב.

⁶⁴⁹ שו"ת בית אפרים, חו"מ, סי' לב.

⁶⁵⁰ המקנה, קונטרס אחרון נט, א.

⁶⁵¹ הרדב"ז, בתשובתו בשו"ת המב"י חלק ב סי' סו; ר' יוסף קארו, המובא בשו"ת המב"י חלק ב סי' מו.

מפני שאין מתחשבים באומדנא בניגוד למה שנפסק שמה שמחוץ לבית אינו בכלל המתנה⁶⁵³. גם אם הבית היה מושכר לפני כן, ולשוכר היתה זכות להשתמש בבור המים שבחצר, לדוגמה, אין זה אומר שהנותן התכוון להקנות גם זכות זו למקבל, כי בשכירות מקפידים אנשים פחות כי היא מוגבלת בזמן⁶⁵⁴. גם אם כתוב בשטר המתנה שהוא נותן את "הבית שדר בו היום פלוני" - אין להסיק מזה שתהיה למקבל זכויות בחצר כמו שפלוני היה משתמש בחצר, אלא ייתכן שהזכיר שפלוני היה דר בו רק לסימן להודיע באיזה בית מדובר⁶⁵⁵. גם לדעה זו, יש לו זכות מעבר בחצר שהבית פתוח אליה, גם אם אפשר לפתוח פתח בכותל הבית לחצר אחרת⁶⁵⁶.

הנותן בית במתנה, גם אם לא כתב שהוא נותן גם "עומקא ורומא", המקבל קנה עומק ורום⁶⁵⁷, אף שלגבי מכר לא קנה. לכן המרתף שמתחת לבית, שמיועד לאחסון מטלטלין ואוכל ומשקה, ופתוח לבית, כלול במתנה גם אם לא כתב "מתהום ארעא וכו'"⁶⁵⁸, שהרי הכלל הוא⁶⁵⁹ שלשון שרגילים לכתוב בשטר, גם אם לא נכתב, כאילו נכתב, גם אם אינו מתקנת חז"ל לכתוב כך, והרי נוהגים לכתוב "מתהום ארעא"⁶⁶⁰.

הגג כלול בבית אם אין לו מעקה גבוה עשרה טפחים או אין רוחבו ארבע אמות, אבל אם יש לגג מעקה גבוה עשרה והוא רחב ארבע אמות, הגג אינו כלול במתנה⁶⁶¹. אם הוא גבוה עשרה, הוא חולק רשות לעצמו, והשימוש בגג בטל לגבי המעקה שחשוב בפני עצמו, אבל אם אינו גבוה עשרה, הוא בטל לגבי הבית⁶⁶².

שני בתים זה לפנים מזה, ונתן אותם במתנה לשני אנשים בבת אחת, אין לבעל הבית הפנימי זכות מעבר דרך הבית החיצון; וקל וחומר אם נתן את החיצון במתנה ומכר את הפנימי⁶⁶³. אבל אם מכר את החיצון ונתן את הפנימי במתנה, יש למקבל הבית הפנימי זכות מעבר דרך הבית החיצון, מפני שהנותן - בעין יפה נותן⁶⁶⁴. אבל אם מכר או נתן את הפנימי לאחד, הפנימי זכה בזכות מעבר, וגם אם אחר כך מכר או נתן את החיצון לאחר, אין זכותו של הפנימי מסתלקת בכך; ואם מכר את החיצון לאחד, ואח"כ נתן את הפנימי לאחר במתנה, לא זכה הפנימי במעבר, כי הראשון זכה בכל הבית החיצון⁶⁶⁵.

מי שהיה לו בית, וחלקים ממנו התמוטטו, ונשארו הקורות והאבנים בתוך הבית, ונתן חצי מהבית במתנה לראובן, ואת החצי האחר נתן לשמעון, ונתן לשמעון גם את מטלטליו - הקורות והאבנים שנפלו הן בכלל מתנת חצי הבית לראובן, ואינן בכלל המיטלטליו שנתן לשמעון, כיון שהעובדה שהוא לא ניסה למכור את הקורות ואת האבנים, מראה שתיכנן לחזור לבנות את הבית בעזרת אותן קורות ואבנים, ולכן הן נחשבות חלק מהבית⁶⁶⁶.

האומר "אני נותן לפלוני בית שמחזיק מאה חביות", ונמצא שהבית שלו מחזיק 120, זכה המקבל בבית, אם לא היה לנותן בית אחר, כך שברור שהתכוון לבית זה⁶⁶⁷. אין אומרים שהתכוון לתת רק חלק מהבית, כמה שיכול להחזיק מאה חביות והשאר יישאר ברשותו, שהרי נתן בית ולא חלק מבית, והנותן בעין יפה נותן⁶⁶⁸,

כמו כן, ר' שם טוב שאלודיש, בשו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ, סי' נג (צד [הראשון] ע"ב), כותב ששני בעלי בתים בחצר, שאחד מהם נתן את ביתו במתנה לאדם זר, המתנה כוללת גם את זכותו של הנותן בחצר.

⁶⁵² שו"ת המב"י חלק ב סי' מו.

⁶⁵³ הגהת המב"י בתוך תשובת הרדב"ז שם.

⁶⁵⁴ שו"ת המב"י חלק ב סי' מו.

⁶⁵⁵ שו"ת המב"י חלק ב סי' מו.

⁶⁵⁶ שו"ת המב"י חלק ב סי' מו, ובהגהתו בתוך תשובת הרדב"ז שם.

⁶⁵⁷ מישרים, נתיב טו, ח"א; שו"ת משפט כתוב, חו"מ, סי' מד.

⁶⁵⁸ שו"ת בית אפרים, חו"מ, סי' לג (ד"ה וגם כי); שו"ת זכות אבות סי' פב אות פז.

אבל בית אפרים, בתחילת התשובה, מציין שדודו (כנראה ר' סנדר מרגליות) פסק שהמרתף לא נקנה אם לא כתב בפירושו "עומקא ורומא".

⁶⁵⁹ שו"ע, חו"מ, מב, טו.

⁶⁶⁰ שו"ת זכות אבות סי' פב אות פז. לגבי נידונו הוא מסביר שמה שלא נכתב "מתהום ארעא" הוא לא מחמת ציווי הנותן שלא לכתוב, כי א"כ היה לו לומר בפירושו שאינו כולל מתהום ארעא, אלא כי לא היה יכול לסיים "ועד רום רקיעא" כרגיל, כי הקומה השניה היתה של אדם אחר.

⁶⁶¹ הרדב"ז, בשו"ת המב"י חלק ב סי' סו.

⁶⁶² שו"ת בית אפרים, חו"מ, סי' לג (ד"ה ועוד אפשר).

⁶⁶³ שו"ע, חו"מ, ריד, ט.

⁶⁶⁴ ב"ב סה ע"א; שו"ע, חו"מ, ריד, ט; שו"ת מהר"ם אלשיך סי' עב; שו"ת נחפה בכסף ח"א חו"מ סי' כא (ק"ז ע"א).

⁶⁶⁵ שו"ע, חו"מ, ריד, י.

⁶⁶⁶ שו"ת הרא"ש כלל מא סי' ד, וכלל עה סי' ג (הובא בקצות החושן, ריד, ס"ק א).

⁶⁶⁷ ב"ב עא ע"א; שו"ע, חו"מ, רנג, יד; שו"ת מהר"יט, חלק ב, חו"מ, סי' נב (ד"ה ואם באנו לומר).

חידושי הריטב"א, ב"ב עא ע"א (הובא בשו"ת המב"י חלק ב סי' מו) כותב שאם הבית מכיל יותר מ-120 חביות, אינו נתון במתנה. אבל נ"י ב"ב לז ע"ב (בדפי הרי"ף), חולק עליו. המחלוקת מובאת בש"ך, רנג, ס"ק יח.

⁶⁶⁸ נתיבות המשפט, רנג ס"ק יא.

אלא יש להניח שאמר "שמחזיק מאה חביות" לשם חשיבות, שהוא נותן מתנה גדולה כזאת, ולא התכוון לדייק במספר⁶⁶⁹, ואילו ידע שמחזיק 120, היה אומר "שמחזיק 120"⁶⁷⁰. אין אומרים שיקנו למקבל בית שמחזיק מאה, כי יש להניח שהנותן התכוון לתת לו בית שלו דוקא⁶⁷¹. אבל אם יש לו בית אחר, גם אם הבית האחר מחזיק רק שמונים, הבית הקטן נתון במתנה, ומניחים שהנותן טעה וחשב שהבית הקטן מחזיק מאה⁶⁷².

לעומת זאת, מי שהיו לו צרורות כסף ואמר שהוא נותן לפלוני במתנה צרור של מאה זהובים, והיו בכל צרור 120 זהובים, המקבל יקבל רק מאה, כי אין הקפדה על חלוקת הכסף שבצרור לשניים, וכיון שאמר "מאה זהובים", הראה שהוא רוצה לתת לו רק מאה זהובים⁶⁷³.

הנותן "כל מה שבבית", המתנה כוללת גם כסף שנמצא קבור בקרקעית הבית, כי דרך שמירת כספים היא בקרקע⁶⁷⁴.

הנותן "כל מטלטלי הבית הנמצאים תוך הבית", מטלטלין שלא היו בתוך הבית בשעת נתינת המתנה אינם בכלל⁶⁷⁵. אבל אם אמר רק "מטלטלין שבבית", משמעותו מטלטלין שמקובל להשתמש בהם בבית, גם אם לא היו בבית אז⁶⁷⁶, וכך גם אם אמר רק "מטלטלי הבית"⁶⁷⁷.

הנותן לחברו "בית לדירה", ולא קצב לו זמן, יש אומרים שדי שיתן לו לדור בו שעה אחת⁶⁷⁸, אבל אחרים אומרים שהוא זכאי לדור בו לעולם, כיון שקנה את גוף הבית לדירה, כך שהבית לעולם שלו לזכות זו⁶⁷⁹, כמו שסתם מתנה היא לעולם⁶⁸⁰.

⁶⁶⁹ סמ"ע רג ס"ק לג.

⁶⁷⁰ נתיבות המשפט, רג ס"ק יא.

⁶⁷¹ חידושי הריטב"א, ב"ב ע"א ע"א.

⁶⁷² חידושי ר' עקיבא איגר חו"מ, רג, יד.

⁶⁷³ נתיבות המשפט, רג ס"ק יא.

⁶⁷⁴ שו"ת משפט כתוב, חו"מ, סי' מד.

⁶⁷⁵ שו"ת המב"ט חלק א סי' קה.

⁶⁷⁶ שו"ת בעי חיי חו"מ ח"א סי' קפח.

אבל ערך השלחן, חו"מ, רמח, אות יז, כותב שמשמעות לשון זו היא רק מה שהיה בבית.

⁶⁷⁷ ערך השלחן, חו"מ, רמח, אות יז.

⁶⁷⁸ סמ"ע, ריב, ס"ק ג, בדעת מרדכי ב"ב סי' תרעא, ורמ"א, חו"מ, ריב, א; שו"ת שער אפרים סי' קלג (ד"ה וראיתי מ"ש); שו"ת חתם סופר חו"מ סי' ט, אות ב (הובא בפתחי תשובה חו"מ, ריב ס"ק ג); לבוש, חו"מ, ריב, א; פרי האדמה הלכות מכירה פרק כב הלכה יג (ד"ה והנה דברי), בדעת רב שריא, המובא בעיטור, מתנת שכיב מרע; פרי האדמה שם (ד"ה לכן נראה), בדעת ב"י, חו"מ, סי' רג; ערוך השולחן, חו"מ, ריב, ה. פרי האדמה שם (ד"ה מיהו מאי) כותב שאם נשבע לתת "דירה" (ולא אמר "בית לדירה"), שאז הוא מחויב לקיים מדין שבועה (ראה בשמו ליד ציון הערה 57), די בשעה אחת.

⁶⁷⁹ ט"ז, חו"מ, ריב, א; המגיה בש"ד, חו"מ, ריב, ס"ק ב (ובקיצור בש"ד, חו"מ, שיב, ס"ק ז), בדעת מרדכי והרמ"א שם; שער החדש על ספר העיטור מאמר ב, קנין (ע"א) אות יח; שו"ת מהרי"ט חלק ב חו"מ סי' מ (ד"ה והרב ז"ל); משפטים ישרים (גאון) סי' לד, דף ע"ב (הובא בחקרי לב יו"ד ח"ב סי' נ דף ק ע"ד); שו"ת תורת חסד סי' רכא (הובא בחקרי לב שם דף צט ע"ד).

המגיה בש"ד הוא חתנו של הש"ד, ר' מנחם מאניש, והוא כותב שהדברים הוטבו בעיני חותנו. המגיה בש"ד מביא ראיה ממה שרב נחשון מוכרח לומר ש"בית לדירה" משמעו לעולם, כפי שראינו בהערה 36. חקרי לב יו"ד ח"ב סי' נ דף צט ע"ד, דוחה ראיה זו, שלרב נחשון "בית לדירה" משמעו לעולם מטעם "לישנא יתירא לטפוי", שהרי אילו התכוון לשעה אחת היה די שיאמר "ידור", והיה קונה לשעה אחת כי לדעתו דירה יש בה ממש; אבל הלכה היא שדירה אין בה ממש, ולכן אילו אמר "ידור" לא היה זוכה כלל, ולכן "בית לדירה" אינו ייתור לשון, ולכן הוא רק לשעה אחת. והוא קושר שאלה זו לשאלה בהתחייבות לזון מישהו סתם, האם משמעו לעולם - ראה סעיף 5. הוא מסביר (בדף ק ע"ב-ע"ג) שאף שסתם שכירות לי יום, אפשר לומר ש"בית לדירה", שהקנה גוף הבית לדירה, עדיף משכירות, ודומה לסתם מתנה שהיא לעולם; ומצד שני אפשר לומר שב"בית לדירה" קנה רק שעה אחת, והוא פחות משכירות מפני שהטעם בשכירות הוא כי כך נהגו, ואין ראיה ממנהג בשכירות למתנה; או שזה תקנה בשכירות, לטובת שניהם, שלא יצטרכו לטרוח, וזה לא שייך במתנה.

ר' יהושע חאנדאלי, בשו"ת מים רבים חו"מ סי' מח (לט ע"ד), כותב שלרב נחשון, באומר "ידור פלוני" אומרים שיתכן שהתכוון רק שעה אחת כי הקרקע בחזקת הנותן, אבל אם הקנה גוף לדירה, משמעותו לעולם, כי הגוף בחזקת המקבל. והסכים עמו ר' רפאל מילדולה, שם סי' מט (מ ע"ג), וציין שזה כדעת הש"ך.

שו"ת ראנ"ח ח"א סי' קכ, כותב שספק האם "בית לדור בו" משמע כל זמן שצריך לדירה, או רק לשעה, ומספק קרקע בחזקת בעליה עומדת (אבל שו"ת שי למורא סי' לב, מביא שראנ"ח כותב שמשמעו רק לשעה). חקרי לב יו"ד ח"ב סי' נ (ק ע"ד), כותב שאפשר לומר קי"ל שזה לשעה.

הבחנה: נתיבות המשפט ריב ס"ק א, כותב שאם אמר "הריני נותן לך הבית לדירה" משמעו לעולם, אבל אם אמר מקודם רק "ידור פלוני", משמעותו רק לשעה אחת, וגם אם עשו קנין אח"כ, שאז קנה מפני שמפרשים שהתכוון להקנות לו את הבית לדירה (כאמור ליד ציון הערה 48), מפרשים שהתכוון להקנות לו את הבית לדירה רק למשך הזמן הראשון שאמר, דהיינו על שעה אחת, כי אין סיבה לומר שבשעת הקנין הקנה לזמן אחר ממה שאמר בראשונה.

ה. שונות

מי שאמר "מקרקעי לפלוני", המתנה כוללת את הבתים שלו⁶⁸¹, כי בלשון בני אדם, בתים בכלל "קרקע"⁶⁸².

"הקרקעות שלי" בה"א הידיעה - כל הקרקעות בכלל, כי אין לומר שהתכוון רק לשתיים, כי א"כ אינם ידועים, ולא שייך ה"א הידיעה⁶⁸³.

האומר "מטלטלי לפלוני", המתנה כוללת את הכלים המשמשים אותו, אבל לא חטים ושעורים ובהמות ושאר סחורות שאינם מיועדים לשימוש הבית⁶⁸⁴. ספרים אינם בכלל "מטלטלי"⁶⁸⁵, וגם לא מטבעות⁶⁸⁶, ולא מאכלים⁶⁸⁷, ולא תכשיטי כסף וזהב⁶⁸⁸, ולא חובות שאחרים חייבים לנותן⁶⁸⁹. אבל אם אמר "המטלטלין שבביתי מפתח הבית ולפנים", גם ספרים בכלל⁶⁹⁰.

"כל מטלטליי" כולל חטים ושעורים⁶⁹¹ אבל לא מאכלים אחרים⁶⁹², וכולל גם כסף⁶⁹³, וגם סחורות⁶⁹⁴, אבל לא ספרים⁶⁹⁵. כמו כן, "מטלטלין וזולתם" כולל גם כסף⁶⁹⁶.

"כל מה שמיטלטל" אינו כולל דבר שאינו מטלטל כמו שהוא עד שסותרים אותו, כגון תיבה שעשויה מנסרים וא"א להזיז אותו בלי לסותרו⁶⁹⁷.

"כל החפצים" כולל כסף, שהרי אין לך מה שאדם חפץ בו יותר מכסף⁶⁹⁸.

הנותן שדה במתנה נתן את כולה, גם דברים שאינם כלולים מן הסתם **במכירת** שדה, כגון עץ חרוב מורכב, סדן עץ השקמה, בור מים, גת ושובך, כי נותן מתנה נותן בעין יפה⁶⁹⁹, שהיות שנתן בנפש חפצה, יש להניח

⁶⁸⁰ בני יעקב דף סא ע"ד (הובא בחקרי לב יו"ד ח"ב סי' נ, דף צט ע"ג).

⁶⁸¹ רמ"א, חו"מ, ריח, כד, כותב כך לענין מכר, ושו"ת רבי עקיבא איגר, מהדורא קמא, סי' קכט (ד"ה אולם נלענ"ד) מביא את דבריו לענין מתנה.

⁶⁸² ר"ע איגר שם.

⁶⁸³ ר' חיים שבת, בשו"ת משפט צדק, ח"ב, סי' י (כג ע"ד), בשם הר"ן.

⁶⁸⁴ ידרמה, ב"ב פ"ט סי' קד; טור, חו"מ, רמח, טו; שו"ת מהרשד"ם אהע"ז סי' קפב (בדפוס לבוב; סי' קפא בדפוס שלוניקי); שו"ת המב"י חלק א סי' רפח; שו"ת נודע ביהודה מהדורא קמא חו"מ סי' כט; שו"ע, חו"מ, רמח, י. יד רמה שם כותב עוד שהמתנה אינה כוללת אף את החלק העליון של הריחים, מפני ששימוש הוא יחד עם החלק התחתון, שנחשב מחובר לקרקע.

⁶⁸⁵ שו"ת המב"י ח"ב סי' צא.

⁶⁸⁶ תשב"ץ ח"ב סי' קצג; ר"א גאליקו, המובא בכנה"ג, חו"מ, רמח, הגה"ט, אות מח; כנה"ג שם, אות נא; שו"ת פני משה, ח"ב, סי' צא, דף קעה ע"ד (הובא בערך השלחן, חו"מ, רמח, אות טז); שו"ת משפט כתוב, חו"מ, סי' מד.

⁶⁸⁷ השגות הראב"ד על הרי"ף, ב"ב ע"ב (בדפי הרי"ף) = תמים דעים, סי' רלה (הובא בכנה"ג, חו"מ, רמח, הגה"ט, אות מח).

⁶⁸⁸ ערך השלחן, חו"מ, רמח, אות טז, בדעת מהרשד"ם (הערה 684).

⁶⁸⁹ חידושי הריטב"א כתובות פא ע"ב (ד"ה אילמא).

⁶⁹⁰ שו"ת המב"י ח"ב סי' צא. אבל הוא כותב שאין זה כולל עבדים, כי משמעות לשונו היא רק למטלטלין שקבועים בבית ואינם זזים מעצמם.

⁶⁹¹ שו"ע, חו"מ, רמח, י. שו"ע כותב שזה כולל גם עבדים, אבל לא מה שמחובר לקרקע כגון החלק התחתון של ריחים.

⁶⁹² השגות הראב"ד על הרי"ף, ב"ב ע"ב (בדפי הרי"ף) = תמים דעים, סי' רלה (הובא בכנה"ג, חו"מ, רמח, הגה"ט, אות מח).

אבל ערך השלחן, חו"מ, רמח, אות יח, כותב שלפי הרמ"ה, הכל בכלל, גם מאכלים.

⁶⁹³ ערך השלחן, חו"מ, רמח, אות טז (הובא בשו"ת משפט כתוב, חו"מ, סי' מד); שו"ת נודע ביהודה מהדורא קמא חו"מ סי' כט.

⁶⁹⁴ יד רמה, ב"ב פ"ט סי' קד (הובא בערך השלחן, חו"מ, רמח, אות טז); שו"ת המב"י ח"ב סי' צא.

⁶⁹⁵ שו"ת המב"י חלק א סי' קה (אפילו אמר "כל מטלטלי הבית").

⁶⁹⁶ שו"ת משפט כתוב, חו"מ, סי' מד.

⁶⁹⁷ השגות הראב"ד על הרי"ף, ב"ב ע"ב (בדפי הרי"ף) = תמים דעים, סי' רלה (הובא בשו"ת משפט כתוב, חו"מ, סי' מד).

שו"ע, חו"מ, רמח, י, כותב ש"כל המטלטל" כולל גם הצד התחתון של ריחים.

⁶⁹⁸ שו"ת נודע ביהודה מהדורא קמא חו"מ סי' כט.

⁶⁹⁹ רמב"ם, הלכות מכירה, כו, ה; רשב"ם, ב"ב עא ע"א, ד"ה אבל (הובא בשו"ת מעשה אברהם יו"ד סי' לד, דף פ ע"ב-ג); חידושי הריטב"א (החדשים) בבא מציעא טו ע"א; משרים, נתיב טו, ח"א; שו"ע, חו"מ, רטו, ו; שו"ת בית אפרים, חו"מ, סי' לג (ד"ה וכן נראה) (גם אם לא כתב "עומקא ורומא").

טור, חו"מ, רכ, טו (הובא בסמ"ע, רכ, ס"ק כח) הסביר שדוקא בקרקע, מתנה כולת יותר ממכר, משא"כ במיטלטלין, מפני שקרקע היא חשובה, ולכן הדברים בטלים אגבה.

שנתן כל מה ששייך לקרקע וקבוע בקרקע (שלא כבמכר, שמכר רק מפני שהיה זקוק לכסף)⁷⁰⁰; אבל לא כלול במתנה תבואה תלושה שאינה צריכה לקרקע או כסף שנמצא בשדה⁷⁰¹. לא כלול במתנה דבר שמחוץ לשדה⁷⁰².

האומר "שדותיי" - כולן בכלל, אבל האומר "שדות שלי" משמעותו רק שתי שדות ולא כולל גינות ופרדסים⁷⁰³.

הנותן חפץ מסוים "טוב", ויש לו מאותו חפץ כמה סוגים, אין משמעותו דוקא המובחר, אלא למעט את הגרוע ביותר, ויכול לתת מהסוג הבינוני⁷⁰⁴.

הנותן "בגדים" כולל גם בגדי חול וגם בגדי שבת⁷⁰⁵.

הנותן "דקל", והוא שותף חלקי בשני דקלים, המקבל זכאי לקבל את שני חצאי הדקל, מפני שיש במשמעות "דקל" גם שני חצאי דקל, והנותן אינו יכול לומר שלא התכוון לכך⁷⁰⁶. מצד שני, גם אם יש לנותן דקל שלם, המקבל אינו זכאי לדרוש דוקא את הדקל השלם⁷⁰⁷.

מי שנתן "ספרי ארבעה טורים", ויש לו סט מדפוס אחד, ועוד בודדים מדפוסים שונים, יכול לתת את הבודדים; וגם אם אמר שהוא נותן לו "חלק בראש", אין להוכיח מזה שהתכוון לתת לו דוקא סט שלם⁷⁰⁸.

אם משהו נתן בור מים בתוך ביתו במתנה, יש למקבל זכות לעבור דרך הבית כדי להגיע לבורו⁷⁰⁹.

הנותן "דקל זה לפירותיו", קנה רק בפירות של השנה הסמוכה, מפני שיש הפסק בין פירות שנה זו לשנה האחרת, ואין רציפות⁷¹⁰.

הנותן במתנה מה שירש מאביו, אין זה כולל חוב שהוא חייב לאביו: שמעון ולוי היו חייבים כסף לאביהם; ומת אביהם, ולפני חלוקת הירושה כתב שמעון ללוי שטר מתנה על כל מה שירש מאביו. אין שמעון חייב לתת ללוי גם את חלקו בחוב שהיו חייבים לאביהם, משום שאין זה כלול במתנה שנתן לו, מאחר שאין זה נחשב שירש את החוב, אלא הוא זכה בו מיד עם מיתת האב, ונמחל שעבודו, אף קודם חלוקת הירושה⁷¹¹.

פרק תשיעי: סיכום

לפי החוק, אפשר לתת במתנה זכויות שאינן מוחשיות הנוגעות לנכס. לעומת זאת לפי המשפט העברי, אי אפשר לתת במתנה "דבר שאין בו ממש", היינו זכות לא מוחשית, גם אם היא נוגעת לנכס מוחשי. אולם

⁷⁰⁰ סמ"ע, רטו, ס"ק לח.

⁷⁰¹ רשב"ם שם; סמ"ע, רטו, ס"ק מ.

מגיד משנה, הלכות מכירה, כו, ה, כותב שלרמב"ם לא קנה תבואה תלושה גם אם היא צריכה לקרקע, וכותב שהרמב"ן סובר בזה כרשב"ם שקנה אם היא צריכה לקרקע.

⁷⁰² חידושי הר"י מיגאש, ב"ב ע"א (הובא במגיד משנה, הלכות מכירה, כו, ה [גם בשם הרשב"א], ובמיישרים, נתיב טו, ח"א); סמ"ע, רטו, ס"ק לח.

⁷⁰³ מגיד משנה, הלכות מכירה כא, יח (כך נראית כוונתו).

⁷⁰⁴ שו"ת נשאל דוד, חו"מ סי' יג (עמ' רט).

⁷⁰⁵ רמ"א, חו"מ, רמח, יא.

⁷⁰⁶ שו"ע, חו"מ, רנג, כב.

⁷⁰⁷ רש"י כתובות קט ע"ב (ד"ה ושבק); רא"ש כתובות פ"ג סי' יד; טור חו"מ, רנג, לח; רמ"א, חו"מ, רנג, כב.
דעות חולקות: ראב"ן, כתובות שם, כותב שמדובר שלא היה לו עוד דקל, וכתב שו"ת נשאל דוד (מהד' תשל"ה), חו"מ סי' יג (עמ' רז), שלדעתו אם יש לו עוד דקל, צריך לתת אותו. רא"ש שם וטור שם מביאים דעה זו, שאם יש לו עוד דקל, צריך לתת אותו, כי מי שיש לו דקל שלם, אינו קורא לחצאי דקל "דקל"; אבל דוחים אותה. מגיד משנה, זכיה, יא, כב, מביא את שני הפירושים. ב"י חו"מ, רנג, לח, כתב שדברי הרמב"ם נוטים לשיטה זו. נשאל דוד שם (עמ' רח) מוכיח שהרמב"ם סובר כשיטה זו (עיי"ש להוכחתו). סמ"ע רנג ס"ק מח כותב ששו"ע סובר כשיטה זו. נשאל דוד שם (עמ' רט) כותב שאם המקבל מוחזק, יכול לטעון קי"ל כשיטה זו.

נשאל דוד שם דן בענין זה מצד שאם יש עוד דקלים, זה דבר שאינו מסוים - ראה בשמו בסעיף 1(ב).

⁷⁰⁸ שו"ת נשאל דוד, חו"מ סי' יג (עמ' רח-רט).

⁷⁰⁹ רא"ש בבא מציעא פרק א סי' לח (הובא בש"ך חו"מ, קטו ס"ק כח); שו"ת מהרש"ל, סי' טז (סי' יז במהד' לובלין); תומים, קטו, ס"ק יח.

⁷¹⁰ שו"ת שער אפרים סי' קלג (ד"ה ונלע"ד לישב), בדעת הרמב"ם, ה' זכיה, י, טו.

אבל הוא מעלה אפשרות שלדעת תוס' ב"ב קמז ע"ב (ד"ה ש"מ), בסתם קנה את פירות הדקל לעולם.

⁷¹¹ שו"ת הרשב"א, ח"ב, סי' שח (הובא בב"י, רמא, מחודש ו).

עוד נימק הרשב"א, שאי אפשר להקנות חוב שבעל פה (כאמור ליד ציון הערה 77), וגם אם היה שטר על חובם כלפי אביהם, הרי אחרי מות האב הופך חובו של שמעון לחוב כלפי עצמו (גם אם נאמר שלא נמחל החוב במות האב), ואין שטר על חובו כלפי עצמו. עוד נימק, שהוא יכול למחול לעצמו על חובו. על מחילה לעצמו ראה בעבודה על מחילה.

אפשר להשיג מטרה זו בכך שהנותן יתן את הנכס המוחשי במתנה, לעניין אותה זכות לא מוחשית. בנסיבות מסוימות, המלמדות על גמירת דעת מלאה לנתינת המתנה, מפרשים שהנותן התכוון לתת בדרך זו, אף שאמר רק שהוא נותן את הזכות, והמתנה תקפה.

החוק מאפשר הקנת חוב במתנה, ואילו המשפט העברי דורש דרישות מיוחדות בהקנת חוב כתוב, ואילו חוב בעל פה ניתן להקנות רק במסגרת המיוחדת של "מעמד שלשתן".

הן לפי החוק, הן לפי המשפט העברי, אי אפשר לתת נכס עתידי במתנה ריאלי. בכלל זה נכס שכלל אינו קיים בשעת נתינת המתנה, ונכס שהוא קיים אך אינו בבעלותו של הנותן, גם אם בעתיד יגיע לבעלותו. אולם במשפט העברי קיימים חריגים אחדים לכלל זה, והעיקרי שבהם הוא שאם הנכס העתידי אמור לצמוח (בדרך הטבע או במעשה אדם) מנכס שנמצא בבעלותו של הנותן, הוא יכול לתת במתנה את הנכס הקיים לעניין מה שעתיד לצמוח ממנו ("גוף לפירותיו").

אם, אחרי שהגיע הנכס העתידי לבעלותו של הנותן, תפס אותו המקבל, אין מוצאים אותו מידו.

יש שאדם יכול לתת במתנה נכס שאינו בבעלותו אבל ייכנס לבעלותו בעתיד, אם יש לו זיקה מסוימת אליו. דוגמאות לדבר: נכס שבועדאי תוך זמן מסוים יגיע לבעלותו; נכס שבעתיד יתברר שעכשיו הוא בבעלותו; נכס שמצוי לקנות כדוגמתו בשוק. כמו כן, אם, אחרי נתינת המתנה, הנותן טרח לרכוש את הנכס מבעליו הנוכחי, המתנה מקבלת תוקף, והנכס עובר לבעלות המקבל.

אדם אינו יכול לתת במתנה נכס שאינו בשליטתו, גם אם הוא בבעלותו המלאה. הכוונה לנכס שנמצא בשליטתו של אדם אחר שאינו מוכן לתת אותו לבעליו, כגון נכס גזול; אבל נכס שבעליו הפקיד אותו אצל אחר, או מיהשכיר אותו או מישכן אותו, הוא יכול לתת במתנה. גם נכס גזול יכול הנגזל לתת אותו במתנה לגזול, שהנכס בשליטתו.

לפי החוק, אי אפשר לתת במתנה נכס שאינו מסוים, היינו שלא נקבע גדרו המדויק, כגון "בית". במשפט העברי חלוקות הדעות בשאלה זו. פוסקים רבים, ויתכן שזו גם דעת השולחן ערוך, סבורים שיש תוקף למתנה, והמקבל רוכש זכות קנין לא מסוימת באחד מבתי של הנותן (בדוגמה הנ"ל), ועל הנותן לבחור אחד מבתי ולתת אותו למקבל, ואז תהיה זו זכות קנין מוחלטת בו. בשלב הביניים, עדיין יש לנותן זכויות בנכס, כגון שיכול למכור אחד מבניו לצד שלישי, והמקבל אינו יכול למכור שום בית, ואם השביח הנכס, השבח שייך לנותן; אבל גם למקבל יש זכויות בנכס, כגון שאין חל עליו שעבוד לחוב של נושה שנוצר אחרי המתנה, ושם חלק מכלל הנכסים התקלקלו או אבדו בינתיים, המקבל ישא בהפסד הקלקול והאבדן, לפחות באופן חלקי.

גם לפי הדעה שמתנה שאינה מסוימת אינה תקפה, יש חריגים מרובים שבהם המתנה תקפה.

הן לפי החוק הן לפי המשפט העברי, אדם לא יכול לתת במתנה את גופו, או אברים מגופו, אבל הוא יכול לתת שיער או דם שלו במתנה.

אם יש ספק בפרשנות המתנה, בשאלה אלו נכסים התכוון הנותן לכלול בה, מפרשים אותה בצמצום, לטובת הנותן. יש לפרש את הדברים שאמר הנותן על פי משמעותם המקובלת לפי המנהג באותו מקום ובאותו זמן. במקום שאין מנהג ברור לגבי משמעותו של מונח מסוים, נזקקים לכללי הפרשנות ולפרטים שבמקורות המשפט העברי.

פרק עשירי: הצעת נוסח על פי המשפט העברי

היות שראינו שלפי המשפט העברי, אי אפשר לתת זכויות במתנה, ולא נכס שאינו בבעלותו של המקבל או שאינו בשליטתו, מוצע לנסח את הסעיף כך:

מהות המתנה

1. (ב) דבר-המתנה יכול שיהיה מקרקעין או מטלטלין שמצויים בבעלותו של המקבל ובשליטתו בשעת נתינת המתנה.