

סעיף 5 התחייבות לתת מתנה

התחייבות לתת מתנה
5. (א) התחייבות לתת מתנה בעתיד טעונה מסמך בכתב.
(ב) כל עוד מקבל המתנה לא שינה את מצבו בהסתמך על ההתחייבות, רשאי הנותן לחזור בו ממנה, זולת אם ויתר בכתב על רשות זו.
(ג) מלבד האמור בסעיף קטן (ב), רשאי הנותן לחזור בו מהתחייבותו אם היתה החזרה מוצדקת בהתנהגות מחפירה של מקבל המתנה כלפי הנותן או כלפי בן-משפחתו או בהרעה ניכרת שחלה במצבו הכלכלי של הנותן.

התוכן

פרק ראשון: כללי 2

1. עמדת החוק 2
(א) דרישות צורניות - ס"ק (א) 2
(ב) זכות החזרה מההתחייבות - ס"ק (ב)-(ג) 5
 2. עמדת המשפט העברי - כללי 9
- ### פרק שני: דרכים ליצירת התחייבות כובלת 12

1. שטר 12
 2. קנין סודר 14
 3. אמירה 15
 4. נתינת משכון או שעבוד נכסים 17
 5. סיטומתא 21
 6. התחייבות בלשון הודאה 21
 7. הבטחה של רבים 27
 8. ביטויים מועילים ושאינם מועילים 27
 9. "אתן" 30
- ### פרק שלישי: סוגים מיוחדים של התחייבות 34

1. התחייבות בלי ידיעת המקבל 34
2. התנגדות המוטב 36
3. מתחייב שאין לו נכסים 36
4. התחייבות על תנאי 37
5. מי כשיר להיות מוטב ההתחייבות 39
6. שונות 42

פרק רביעי: דבר המתנה 43

1. דבר שלא בא לעולם 43
2. דבר שאינו מסוים 48
3. דבר מסוים 49
4. דבר שאינו קצוב 51

פרק חמישי: קיום התחייבות 54

1. קיומה בנתינת מתנה מוגבלת 54
2. שנים שהתחייבו 55
3. זכות קדימה ביחס לנושים אחרים 55
4. מת המתחייב - חיוב יורשיו 55
5. מת מקבל ההתחייבות 56
6. שונות 58

פרק שישי: התחייבות שתוקפה מוסרי ולא משפטי 61

1. מתנה מועטת 61
2. מתנה לעני 63
3. שבועה ותקיעת כף 65

פרק ראשון: כללי

1. עמדת החוק

(א) דרישות צורניות - ס"ק (א)

בהתחייבות לתת מתנה, עצם ההתחייבות היא מתנה, והיא יוצרת חיוב של הנותן למקבל. ההתחייבות היא הקניית זכות אובליגטורית, והמקבל מתעשר ברכישת זכות זו בלי מתן תמורה.¹

חוזה מתנה שאינו מקויים מיד במועד המוסכם, הופך להתחייבות לתת מתנה.² מתנה של מקרקעין, כשהצדדים רצו לתת מתנה לאלתר, אבל מאיזו סיבה אי אפשר לרשום במירשם את העברת הבעלות, הופכת להתחייבות לתת מתנה, מכוח ס' 7 לחוק המקרקעין.³ מה שהחוק קבע שזה יהפוך להתחייבות, מבוסס על הערכת רצון הצדדים - ברור שאם היה מוכן לתת מתנה לאלתר, יהיה מוכן לתת התחייבות לתת מתנה.⁴ אם היה מסמך בכתב, ההתחייבות תקפה, גם אם לא כתובה לשון התחייבות (כי המסמך מנוסח בלשון של מתנה לאלתר, כפי שהתכוונו הצדדים), כי כאן ההתחייבות אינה מטעם רצון הצדדים, אלא יציר החוק - חוק המקרקעין שם.⁵ לפי ברק⁶ צריך כתב, אבל לפי ראבילו אין צריך כתב כי ההתחייבות נוצרה ע"י החוק.⁷ אלא שלמעשה לא יהיה אפשר לממש את העברת הבעלות בלי כתב, כי תקנות המקרקעין (ניהול ורישום) תקנה 8 מצריכה כתב.⁸

מתנה של חיוב (כגון המחאת חיוב) המבוצעת מיידית, היא מתנה לאלתר, ולא התחייבות לתת מתנה.⁹ הבטחה למסור למקבל זכות קרדיטורית מסוימת, היא התחייבות לתת מתנה, וטעונה כתב.¹⁰

אובייקט החיוב צריך להיות אפשרי, מותר, מסוים או ניתן לקביעה, כמו במתנה לאלתר.¹¹

התחייבות לתת מתנה לאחר מות הנותן, צריכה להיות בדרך של צוואה, לפי חוק הירושה, ס' 8(ב); אבל אם המקבל מקבל את הנכס מיד אלא שנקבע שהריבית מהנכס תלך לנותן עד מותו - זה יכול להיות בדרך של מתנה ולא צריך להיות בדרך צוואה.¹²

המבטיח מתנה בעל פה, ומת, היורשים יכולים לסרב לתת, ואם בכל זאת נתנו, זו נחשבת מתנה מצידם ולא מצד המוריש.¹³

הצהרת רצון בלבד אינה יוצרת מתנה, כגון "אני נותן לך נכס זה", או "הדבר הוא שלך", וזאת כדי להגן על הנותן. ואפשר לפרש הצהרה כזאת כרצון להבטיח, ולא כרצון לתת מיד.¹⁴ העובדה שהנותן מבצע את המתנה, מראה את רצינותו. אבל אם הוא רק אומר משהו, זה עלול להיות פזיז. לכן הוא יכול לחזור בו עד שהוא נותן.¹⁵

¹ ראבילו ב, עמ' 333-334.

² ראבילו ב עמ' 334.

³ ראבילו ב עמ' 335 ועמ' 349.

⁴ ראבילו ב עמ' 352.

⁵ פ"ד מ(1) עמ' 324, כמובא בראבילו שם.

⁶ שם.

⁷ ראבילו ב עמ' 352.

⁸ ראבילו ב עמ' 353. [לא ברור האם ברק יצריך כתב גם במטלטלין].

⁹ ראבילו ב עמ' 334.

¹⁰ ראבילו ב עמ' 343.

¹¹ ראבילו ב עמ' 336.

¹² ראבילו ב עמ' 337.

¹³ ראבילו ב, עמ' 241.

¹⁴ ראבילו ב, עמ' 236.

¹⁵ ראבילו ב, עמ' 238.

הצורך בכתב הוא דרישה מהותית ליצירת החוזה¹⁶, ונועדה להעמיד את הנותן על חשיבות העיסקה, והכתיבה מרשימה אותו ברצינותו, ונותנת לו יותר הרגשת מחוייבות, ומבטיחה יישוב הדעת; החוק בא להגן עליו מפני פזיזותו, כי בהתחייבות לתת מתנה יש יותר צורך להגן על הנותן, כי יש יותר סכנה של פזיזות¹⁷. היא נועדה להבטיח את גמירות דעת המתקשרים, כשלאור טיבו של ההסכם מובנה בו החשש להעדר גמירות דעת¹⁸. יש בכך גם שיקולים של סדר ציבורי ובטחון הציבור¹⁹. זה גם בא להגן על המקבל, להבטיח שיוכל להסתמך על הבטחת הנותן ולשנות על פיה את מצבו²⁰.

אין צורך בלשון "אני מתחייב", אלא די בלשון המביעה את רצונו לתת, כל הבטחה לתת, מתוך כוונה שלהבטחתו תהיה נפקות משפטית²¹. המסמך צריך להראות את רצינות המעמד. די שיחתום על תצהיר בפני עורך דין בצורה חגיגית. אין צורך בחגיגות במסמך גופו²². אין צורך שההתחייבות תכיל את התנאים הנחוצים בכתב של מכר קרקע²³.

אם א מצהיר בכתב ל-ב, שהוא נותן נכס פלוני במתנה ל-ב, זה כלול ב"התחייבות לתת מתנה", אע"פ שזה לא ממש התחייבות לתת מתנה בעתיד אלא הצהרת רצון לתת. וכך גם לגבי כל פעולות שהן פחות ממסירה (במטלטלין) או מרישום בטאבו (בקרקע) אף שהנותן התכוון להעביר מיידית ולא להבטיח²⁴. אבל יש מי שאומר שלענין זכות אובליגטורית לרישום מקרקעין, התחייבות להעביר בעלות, אין צורך ברישום, וזו מתנת זכות, והמתנה נגמרת אם נמסר המסמך, או אולי אפילו די בהצהרה בחוזה המתנה על העברת הזכות, כגון ששני הצדדים עשו תצהירים, וזו מתנה מוגמרת ולא רק התחייבות לתת מתנה²⁵.

חתימה על יפוי כוח לבצע העברה: הפסיקה רואה בזה כתב, לענין התחייבות לתת מתנה²⁶. אבל טדסקי חולק²⁷.

הפרטים שצריך שיהיו כתובים במסמך: הצדדים להסכם, הנכס הנידון, והעובדה שזה ניתן במתנה; את מועד העברת הנכס אפשר לעשות ע"פ השלמה נורמטיבית, היינו תוך זמן סביר, לפי חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, סעיף 41²⁸. אם יש טעות סופר במסמך, אפשר להוכיח את הטעות בעל פה²⁹.

מתנת צייק: אם מוציא הצייק נותן אותו למוטב במתנה, זו התחייבות לתת מתנה את הסכום הנקוב בצייק, והמסמך ממלא את דרישת הכתב, ואף שאין לשון התחייבות מפורשת, הרי בכל שטר חליפין יש פקודה לשלם למוטב, ובשטר חוב יש לשון הבטחת תשלום³⁰.

בדרך כלל צריך שהנותן יחתום על הכתב, אבל אפשרית גם דרך אחרת של בירור רצון המתחייב, כגון במסירת מודעה בעתון³¹.

¹⁶ פ"ד כו(2) עמ' 790, כמובא בראבילו ב עמ' 341. ד"נ 4/82, קוט נ' קוט, פ"ד לח(205, 197, 3), קובע בשם פ"ד כח(612) 2, ופ"ד לא(85) 3, שהתחייבות לשיפוי, שניתנה במתנה, אינה תופסת, והמתחייב יכול לחזור בו [וכן באותו ענין - שיפמן, דיני המשפחה בישראל, ח"ב עמ' 263-262].

אבל ב' לפישץ סבור שהאומר "אני חייב לך כך וכך", גם אם לא היה חייב לו מקודם, והוא מתכוון להתחייב לו בכך לתת לו מתנה, חייב גם לפי החוק גם בלי כתב, בתורת "IOU" כמו ההודאה שבמשפט העברי.

¹⁷ פ"ד ל(1) עמ' 642-643; ראבילו ב, עמ' 340-341.

¹⁸ דנ"א 1558/94 נפסיסי נ' נפסיסי פ"ד נ(3) עמ' 573 [בדקתי].

¹⁹ ראבילו ב עמ' 338.

²⁰ ראבילו ב עמ' 344.

²¹ פ"ד ל(1) עמ' 643-644, כמובא אצל ראבילו ב עמ' 346.

²² ראבילו ב עמ' 346-347 בשם פ"ד מג(1) עמ' 170.

²³ ראבילו ב, עמ' 347 הערה 4, בשם פ"ד כח(2) עמ' 296.

²⁴ ראבילו ב, עמ' 240 (גם בשם טדסקי, משפטים א (תשכ"ט) 646, לגבי המקרה הראשון).

²⁵ פ"ד מ(2) עמ' 256, כמובא בראבילו ב עמ' 240.

²⁶ פ"ד מא(2) עמ' 477, כמובא בראבילו ב עמ' 347 (?). והסכים לזה ראבילו עמ' 368. ובעמ' 381 כתב שהדין כך גם אם לא נעשה בפני נוטריון, אף שלצורך רישום העיסקה דרוש אישור נוטריון.

²⁷ טדסקי, משפטים יט (תשמ"ט) עמ' 209, כמובא בראבילו ב עמ' 347 הערה 3 ועמ' 368 הערה 8.

²⁸ ראבילו ב עמ' 347, בשם פ"ד מ(1) עמ' 324.

²⁹ ראבילו ב עמ' 348.

³⁰ ראבילו ב עמ' 408-409.

³¹ ראבילו ב, עמ' 347, ע"פ פ"ד לז(1) עמ' 602.

ידיעת המקבל: החוק האנגלי מכיר בתוקף של התחייבות לתת מתנה אף בלי ידיעת המקבל³².

המשפט הקונטיננטלי, עד לפני כמאה שנה, הכיר באפשרות של התחייבות חד צדדית, שבה אדם אחד מתחייב לטובת צד אחר, בלי שהאחר צריך לדעת על כך. אבל כיום קשה למצוא שם דוגמאות להכרה בהתחייבות כזאת³³.

לדעת ראבילו³⁴, במשפט הישראלי התחייבות לתת מתנה תקפה רק אם המקבל יודע עליה. גם פרידמן וכהן³⁵ סבורים שהמשפט הישראלי אינו מכיר בהתחייבות שהמקבל אינו יודע עליה, מפני שזו אינה חוזה אלא התחייבות חד צדדית, ואילו המשפט הישראלי מכיר רק בחוזים, שבהם יש הסכמה מפורשת או משתמעת של שני הצדדים, ולשם כך נחוצה ידיעה.

פרידמן וכהן³⁶ תולים את שאלת תוקפה של התחייבות לתת מתנה, שהמקבל אינו יודע עליה, בגישה העקרונית למוסד ההתחייבות. גישה מוסרית תעניק הכרה להתחייבות שהמקבל אינו יודע עליה, מפני שמנקודת מבטו של המבטיח, עליו לקיים את הבטחתו, מתוך חובה מוסרית לקיים את דיברתו, כאשר עיקרה של החובה היא כלפי עצמו או כלפי אלו, כפי שהמבטיח, בתור נדר. לעומת זאת, גישה חברתית, הבוחנת בעיקר את היחסים בין המתקשרים, כדי להגן על אינטרסים בין-אישיים כגון הסתמכות, לא תעניק הכרה להתחייבות כזאת, שאין בה כלל הד ליחסים חברתיים דואליים.

ההתחייבות מקבלת תוקף כשנודע למקבל על ההתחייבות, לפי סעיף 3 לחוק זה³⁷. אם המקבל יודע על ההתחייבות אבל אינו יודע על קיום מסמך בכתב, ההתחייבות לא תקפה, כי ידיעת המקבל דרושה ליצירת החוזה, ולכן צריך שידע כל מרכיב שהוא חיוני לחוזה, כגון הכתב, ועוד, שאולי חשב שאין כתב ולכן לא התייחס ברצינות לידיעתו על ההתחייבות, והסכמתו אינה אמיתית³⁸.

הצורך בהסכמת המקבל: ההתחייבות תקפה רק אם הסכים המקבל³⁹.

התחייבות ראובן לשמעון לתת מתנה ללוי: בהתחייבות של ראובן כלפי שמעון לתת מתנה לאדם שלישי, יחולו דיני חוזה לטובת צד ג' (חוק החוזים, חלק כללי, סעיפים 34-38); שם נאמר (סעיף 36) שאפשר לבטל את החוזה כל עוד לא הודיע אחד הצדדים למוטב על זכותו, וזה בניגוד לעיקרון "זכין לאדם שלא בפניו"⁴⁰.

אם שמעון רוצה למנות את לוי לשלוחו להתחייבות לתת מתנה, הרשאת השלוח אינה צריכה להיות בכתב, שהרי חוק השליחות אינו דורש מסמך, אך השלוח יצטרך להתחייב בכתב כדי ליצור התחייבות לתת מתנה⁴¹.

³²@59

W. Stern, International and Comparative Law Quarterly 14 (1965) 682.

@60 אך פרידמן וכהן, חוזים, חלק א, עמ' 25-26, כותבים שבמשפט האנגלו-אמריקאי אין תוקף להתחייבות חד צדדית, דהיינו בלי ידיעת המקבל, מפני דרישת התמורה, פרט להתחייבות במסמך (חוק 59, seal) שמועילה אף בלי ידיעת המקבל. אך דבריהם צריכים עיון, שהרי אין מקום לדרישת התמורה כשמדובר במתנה; ואם הכוונה היא שעקב דרישת התמורה אין תוקף להתחייבות לתת מתנה, הרי אין לה תוקף גם אם ידע המקבל.

³³ פרידמן וכהן, חוזים, חלק א, עמ' 25.

³⁴ ראבילו, ב, עמ' 345 [פשוט לו שנחוצה הסכמת המקבל, כנראה כי זה חוזה, אף שבחוק אין זה מפורש; אבל יש לי מקום להתגדר בזה, לטעון שאין צריך הסכמה, כמו במשפט העברי, והנימוק, כי היא קלה יותר, קל לחזור ממנה].

³⁵ פרידמן וכהן, חוזים, חלק א, עמ' 235.

³⁶ פרידמן וכהן, חוזים, חלק א, עמ' 235.

³⁷ ראבילו ב עמ' 345.

³⁸ טדסקי, משפטים יט (תשמ"ט) 209, והסכים לו ראבילו, עמ' 346. אך בהערה 2 סייג זאת, שיש מצבים, לפי יחסי הנותן עם המקבל, שדי בידיעתו על ההתחייבות בעל פה, אם הוא סומך על הנותן שישדר את הענינים הפורמליים [ראה סעיף 3, איך המקבל יכול לחזור בו מהסכמתו להתחייבות הנותן].

³⁹ כך עולה מדברי ראבילו ב, עמ' 288-289 ועמ' 348, שיש חזקת הסכמה לגבי התחייבות לתת מתנה (כמו שקובע סעיף 2 לענין מתנה לאלתר), כשנודע עליה למקבל, והכתב דרוש רק לגבי התחייבות הנותן - מכאן שלדעתו ההתחייבות תקפה רק אם הסכים המקבל (וזאת משום שלדעתו גם התחייבות לתת מתנה היא מתנה לאלתר - שווי ההתחייבות, כפי שכתב במקום אחר), שאם לא כן, אין נפקות לחזקת הסכמה.

⁴⁰ ראבילו ב, עמ' 287 [כך עיקרון זה אומר שאם א התחייב כלפי ב לתת ל-ג, ההתחייבות תופסת גם בלי ידיעת ג; הוא הולך לשיטתו, שדרושה ידיעת המקבל.

התחייבות מתחדשת: יכול אדם להתחייב לתת במתנה נכס מסויים במועדים קבועים, כגון מאה שקל לחודש, אם יקבע תאריך לסוף החיוב, ואם מת הנותן לפני כן, יורשי הנותן חייבים לשלם. גם אם לא קבע תאריך, יש תוקף להתחייבותו, ומניחים שהתכוון שהמועד הסופי יהיה לכל היותר עת מותו של הנותן. יש להניח שלא התכוון לתת אלא למקבל עצמו, ולכן עם מות המקבל, הוא פטור, אלא אם כן נקבע אחרת במפורש או מכללא. אם היתה מטרה מסוימת, כגון שכר לימוד או מחקר, החיוב אינו פוקע עם מות הנותן. אם מתברר שהתכוון לתת למקבל סכום כסף במתנה לכל ימי חייו (של המקבל), ברור שהמועד הסופי הוא מות המקבל; ואם מת הנותן לפני המקבל, יורשי הנותן חייבים להמשיך לשאת בהתחייבות⁴². על כל סכום שמקבל המקבל, הופכת ההתחייבות להיות מתנה שהוקנתה, ואין הנותן יכול לחזור בו לגביו⁴³, ואילו על הסכומים שעוד לא שילם, יכול לחזור בו לפי ס"ק (ב)-(ג)⁴⁴.

כיון שהתחייבות לתת מתנה היא אובליגטורית ולא ריאלי, אם ראובן הוריש נכס לשניים על מנת שיהיו יורש אחר יורש, והראשון התחייב לתת אותה במתנה לאחר, ומת לפני שנתן אותו, היורש השני עדיף על מקבל ההתחייבות, ואף שהשני מקבל רק את מה ששייר הראשון, והראשון רשאי לעשות בו כבשלו, הרי כאן הנכס נחשב שהראשון שייר אותו, כיון שמבחינה ריאלי היא עדיין אצלו⁴⁵.

(ב) זכות החזרה מההתחייבות - ס"ק (ב)-(ג)

המחוקק מחדש כאן, שאע"פ שהחזרה מושלם, יכול לחזור בו, וזאת מתוך התחשבות עם רצונו של הנותן, שהוא הדומיננטי בעיסקה זו⁴⁶. חזרה זו מבטלת את החזרה למפרע, כאילו לא היתה מעולם⁴⁷.

הזכות שבס"ק (ב): גם אם הנותן פיגר בקיום התחייבותו, יכול לחזור בו ממנה, אע"פ שאילו קיים את התחייבותו, ומסר את דבר המתנה, לא היה יכול לחזור בו; אך זה מצב בלתי מוסרי, שהמפגר מרוויח⁴⁸.

זכות החזרה אינה מוגבלת בזמן⁴⁹. הוא יכול לחזור בו בהודעה בעל פה למקבל⁵⁰. אם נקבע מועד לקיום המתנה, ועבר זמן רב, ולא קויימה המתנה, אפשר לראות בכך חזרה ע"י התנהגות, לפי חוק החוזים סי' 516. סוג של חזרה בהתנהגות: ציווה הנותן את הנכס בירושה לאחר, ונודע למקבל⁵².

ברגע שהוקנתה המתנה באחת מדרכי ההקניה, העברת בעלות, אין הנותן יכול לחזור בו, כי היא הופכת למתנה לאלתר⁵³.

הוא יכול לחזור בו מכל סיבה שירצה, אבל צריך להשתמש בזכות החזרה בתום לב⁵⁴.

יש אפשרות שהמקבל יבטל את זכותו לקבל את מילוי ההתחייבות: כגון שהיתה לו ברירה אם לקבל את הנכס עקב התחייבות לתת מתנה או עקב צוואה; אם בחר לקבל בדרך השנייה, לא יוכל לדרוש אותו על פי הסכם המתנה (ויש נפקות מכך למיסים)⁵⁵.

41 ראבילו ב, עמ' 353, גם בשם ברק, חוק השליחות (תשל"ה), פסקה 112.

42 ראבילו ב, עמ' 184 ועמ' 339.

43 ראבילו ב עמ' 338 ועמ' 358.

44 ראבילו ב עמ' 339.

45 ראבילו ב עמ' 165-166 בשם פ"ד מו(330) 4.

46 ראבילו ב, עמ' 357. להשוואה לזכות החזרה בחוזה שאילה, ראה חוק לישראל, שכירות ושאלה, עמ' 584.

47 ראבילו ב עמ' 358.

48 ראבילו ב, עמ' 359 בשם טדסקי, "על חוק המתנה", משפטים א (תשכ"ט), עמ' 645.

49 ראבילו ב, עמ' 359.

50 ראבילו ב עמ' 359.

51 ראבילו ב עמ' 359.

52 ראבילו ב עמ' 366 - עי' פ"ד מח(529) 2.

53 ראבילו ב עמ' 358.

54 ראבילו ב עמ' 359.

55 ראילו ב עמ' 359, בשם פ"ד לא(356) 1, ופ"ד לד(668) 2.

אין תוקף לחזרה מן ההתחייבות עד שייוודע על כך למקבל. לכן אם הנותן חזר בו, ועוד לא נודע למקבל, ובינתיים שינה המקבל את מצבו על סמך ההתחייבות (בתום לב), ואח"כ נודע לו, החזרה בטלה וההתחייבות תקפה.⁵⁶

אם הנותן חזר בו, אינו חייב לשלם פיצויים, שהרי אין כאן הפרת התחייבותו, אלא ביטולה על פי חוק.⁵⁷

נפטר הנותן, אין יורשיו או מנהל העזבון יכולים לבטל את ההתחייבות, כי זכות חזרה זו שאינה צריכה להיות מנומקת, היא זכות אישית של המתחייב, שנועדה לתת לו מקום חרטה, ורק לו, ואילו יורשיו מצוים לבצע את רצון הנפטר, והרי הנפטר לא חזר בו, וכנראה רצה במתנה.⁵⁸ אם פשט המתחייב את הרגל, יוכל הנאמן בפשיטת רגל לחזור בו מההתחייבות מכוח ס"ק (ג): הרעה במצב הכלכלי; ועוד, שפקי פשיטת הרגל, ס' 96, מבטלת מתנות שנתן פושט הרגל שנתיים לפני פשיטת הרגל, וקל וחומר בהתחייבות לתת מתנה, אם ניתנה בתוך אותן שנתיים.⁵⁹

חריג ראשון: אם "מקבל המתנה שינה את מצבו בהסתמך על ההתחייבות" אין זכות חזרה, מפני אינטרס ההסתמכות, והאינטרס של תקפות פעולות משפטיות, צמצום מצבים מסופקים.⁶⁰ זאת, לאו דוקא שינוי מצבו לרעה, ולא דוקא שינוי מצבו הרכושי. לדוגמה, מי שהתחייב לתת מתנה למוסד ציבורי, ועל סמך זה אותו מוסד ערך מאזנים, תיכנן תכניות, או נכנס להתחייבויות (אלא שיש מקום לטעון שהמקבל היה צריך להתחשב במאזנו באפשרות סבירה של חזרה מההתחייבות). יוכל לחזור בו רק מיד לאחר מתן ההתחייבות, כשאז עוד לא פעל המוסד על סמך ההתחייבות. דוגמה נוספת: המקבל עבר דירה, וזה לא שינה את מצבו הכלכלי דווקא.⁶¹ דוגמה נוספת: המקבל רכש דירה על סמך ההבטחה, ובכך הכניס עצמו להתחייבות כספית. יכול להיות שינוי מצב גם באי עשייה של המקבל: לדוגמה, אם המקבל רגיל להירשם מדי שנה לנופש בארץ ישראל, ומישהו התחייב לתת לו דמי נסיעה לחו"ל, ולכן לא נרשם לנופש, ובכך הפסיד את מקומו בנופש.⁶²

לא די בשינוי שולי וקל ערך.⁶³ זה שרק נפגעו ציפיותיו, והתאכזב, לא נחשב שינוי.⁶⁴ השקיע המקבל כסף בבניית בית על קרקע שאינה רשומה על שמו - יכול להיות שינוי מצב.⁶⁵ דוגמה נוספת: שהמקבל קיבל על עצמו לנהל התדיינות משפטית סביב הנכס שהובטח, וההתדיינות עלתה ממון.⁶⁶ אבל אם המקבל רק שילם כסף כדי לפדות משכנתא, זה לא שינוי, כי אם תבטל המתנה, יהיה המקבל זכאי להשבת הכסף שהוציא.⁶⁷ אם קל להחזיר את המצב לקדמותו, והדרך לכך היא הוגנת, זה לא נחשב שינוי לענין זה.⁶⁸

מדובר דוקא בשינוי מהותי, שהוא תוצאה מההבטחה, ולא תוצאה מהחזרה.⁶⁹ צריך להיות קשר סיבתי בין ההתחייבות לשינוי.⁷⁰

אם בשינוי שהיה, הוציא המקבל סכום נמוך מערך דבר המתנה, די שהנותן יתן לו את הסכום שהוציא, כי די בכך לענין הצדק.⁷¹

⁵⁶ ראבילו ב עמ' 366. וכן שוב בעמ' 380 תוקף את פס"ד נייגר שעולה ממנו שאין צורך שהמקבל ידע. ובעמ' 447 מביא פס"ד נוסף (ד"י נייגר) שאומר שהחזרה תקפה משנודע למקבל.

⁵⁷ ראבילו ב, עמ' 359.

⁵⁸ ראבילו ב, עמ' 355, עמ' 360-361, עמ' 381 ועמ' 383, בשם פ"ד ל(643) 1, ופ"ד מ(324) 1, שלא כדעת פ"מ תשל"ה(91) 1, ופ"מ (תשל"ו) 411.

⁵⁹ ראבילו ב עמ' 361 הערה 8.

⁶⁰ ראבילו ב עמ' 364.

⁶¹ ראבילו ב, עמ' 363-362.

⁶² ראבילו ב, עמ' 363.

⁶³ ראבילו ב עמ' 362.

⁶⁴ ראבילו שם בשם פ"ד לט(279) 4.

⁶⁵ ראבילו ב עמ' 363, בשם פ"ד מג(173) 1.

⁶⁶ ראבילו ב עמ' 374, בשם פ"ד לב(470) 2.

⁶⁷ ראבילו ב עמ' 364 בשם פ"מ תשמ"ג(316) 1.

⁶⁸ ראבילו ב עמ' 364 בשם פ"ד לט(280) 4.

⁶⁹ ראבילו ב, עמ' 363.

⁷⁰ ראבילו ב עמ' 362, בשם פ"ד לט(279) 4.

נטל ההוכחה שהיה שינוי - מוטל על המקבל, שהרי הנותן לא יודע על מצב המקבל.⁷²

חריג שני: "ויתר בכתב על זכות החזרה" - הויתור יכול להיות במסמך שונה ממסמך ההתחייבות, ויכול להינתן מאוחר יותר. מטרת הכתב - להדגיש את רצינות הדבר, לגרום לו מחשבה שנייה.⁷³

החיוב לקיים הבטחה אם ויתר בכתב על זכות החזרה, גם אם לא נגרם בכך נזק למקבל, הוא דוגמה לאכיפת חובה מוסרית; אבל זאת משום שחובת קיום הבטחות עומדת בבסיס השיטת התועלתנית לפי Hume 59, @60@ הפילוסוף האנגלי.⁷⁴

צריך שכתב הויתור יינתן למקבל. צריך שהנותן ידע שהדין מתיר לו לחזור מהתחייבותו, ובכל זאת ויתר.⁷⁵ ייתכן שצריך ויתור במילים מפורשות; אך הפסיקה נוטה לומר שדי אם כוונת הנותן היא לוותר, וכתב משהו.⁷⁶ לפי נתניהו, ויתור מכללא מועיל.⁷⁷ קיום חלק מההתחייבות, כלומר, נתינת חלק מהמתנה, אינו ויתור מהזכות לחזור בו לגבי השאר.⁷⁸

ייפוי כוח בלתי חוזר: לדעת השופט מצא, אם כתב הנותן יפוי כוח "בלתי חוזר" לעשות את ההעברה, המלים "בלתי חוזר" הם ויתור בכתב על זכות החזרה.⁷⁹ ראבילו מעלה אפשרות שנותן יפוי הכוח לא התכוון לוותר על הזכות לחזור, אלא חשב שזו הדרך לביצוע ההעברה; בדרך כלל, נותן יפוי הכוח לא יודע שהוא זכאי לחזור בו; ורק אם ידע זאת, זה משמש ויתור בכתב לעניינו.⁸⁰ השופט נתניהו סבורה שיפוי כוח זה אינו מבטל את זכות החזרה, כי יפוי הכוח רק בא להבטיח את העיסקה, ואם אפשר לבטל את ההתחייבות, ממילא בטל יפוי הכוח, ולא ייתכן שהוא ישמש ויתור על זכות החזרה.⁸¹ כלומר, הוא לא יכול למלא שתי פונקציות - מכשיר לביצוע העיסקה, וויתור על זכות החזרה.⁸² לפי השופט בן-פורת, מתן יפוי כוח בלתי חוזר יש בו ויתור על זכות החזרה, אף שאין בו ויתור מפורש.⁸³ לפי השופט בך, לא כל חתימה על יפוי כוח בלתי חוזר היא ויתור על זכות החזרה, אלא זה רק "מצביע" על כוונת החותם לא לחזור בו, וצריך עוד הוכחה שהתכוון לוותר.⁸⁴ לדעת ראבילו, ליפוי כוח יש משקל מכריע בקביעת רצון הנותן. אבל אם יש יסוד סביר לספק שמא לא התכוון בחתימתו לוותר על זכות החזרה, צריך לבדוק את כוונתו ע"י עובדות נוספות, וצריך לבדוק את סוג יפוי הכוח ונוסחו; אמנם ויתור במשתמע מועיל, אבל צריך שזה יהיה ברור; יפוי הכוח מצביע על כוונה, אבל אפשר להפריך חזקה זו בראיות נגדיות. אם יפוי הכוח הוא סטנדרטי, אפשר יהיה להביא ראיות נגדיות להוכיח שלא התכוון לוותר; ואילו אם הוא כתב אד-הוק, בלשון מפורשת, זה נחשב ויתור.⁸⁵

ייפוי כוח רגיל: אם יש בו משפט שבו מוותר הנותן על זכות חזרה, המקבל יוכל להסתמך על כך, מטעם חוזה לטובת צד ג, אף שלעניין השליחות עצמה יוכל הנותן לבטל את הרשאה.⁸⁶

71 ראבילו א, עמ' 109. הוא הסתמך על א' ידן, פירוש לחוק התרופות, פסקה 32, שכתב כך לגבי חוק התרופות, ס' 7(ג). אבל זה לא מופיע בראבילו, מהדורה שנייה.
72 ראבילו ב, עמ' 364, גם בשם פ"ד לט(279) 4.
73 ראבילו ב, עמ' 365.
74 אמנון רובינשטיין, אכיפת מוסר בחברה מתירנית, עמ' 59, הערה 26.
75 ראבילו ב עמ' 365.
76 ראבילו ב עמ' 365.
77 ראבילו ב עמ' 372, בשם פ"ד מא(490) 2.
78 ראבילו שם בשם טדסקי, משפטים יט (תשמ"ט) 218.
79 ראבילו שם בשם פ"ד מה(432) 5.
80 ראבילו ב עמ' 369.
81 ראבילו שם בשם פ"ד מא(491-492) 2.
82 ראבילו ב עמ' 372, מסביר כך את נתניהו.
83 ראבילו שם בשם פ"ד מא(494) 2.
84 ראבילו שם בשם פ"ד מא(497-498) 2.
85 ראבילו ב עמ' 375. ובעמ' 46 מביא עוד פסק דין, שזה מהווה ויתור בכתב, אא"כ יש ראייה נגדית.
86 ראבילו ב עמ' 378.

אם הנותן אינו מקיים את התחייבותו, במקרים אלו שאין לו זכות חזרה, יוכל המקבל לפנות לתרופות שחוק החוזים, אע"פ שבחוק המתנה לא נזכר "חזרה"⁸⁷, כי לאמיתו של דבר זהו חוזה. אמנם בשלב הראשון החוזה אינו אכיף מפני שהנותן יכול לחזור בו, אבל אחרי שהמקבל משנה את מצבו על סמך ההתחייבות, או שהנותן מוותר בכתב על זכות החזרה, הוא נעשה חוזה אכיף⁸⁸. הסעד המתאים הוא אכיפה, כשם שככלל אכיפה היא התרופה העדיפה⁸⁹.

זכות החזרה בשל התנהגות מחפירה של המקבל, או הרעת מצבו הכלכלי של הנותן - קיימת גם אם המקבל שינה את מצבו, וגם אם הנותן ויתר בכתב על זכות החזרה.

"התנהגות מחפירה של המקבל כלפי הנותן" - כל התנהגות המצביעה על כפיות טובה, או פגיעה בכבודו או ברכושו של הנותן או של בן משפחתו, אפילו כשאינו בגדר עוולה אזרחית⁹⁰. דוגמאות: התנכלות לחייו, סירוב לתת מזונות המגיעים לו, גרימת נזק גופני, מעשה עלבון, מעילה באמון⁹¹, סירוב ילדים גדולים להיפגש עם אביהם⁹², בן שעשה פרקמטיא באדמת האב שניתנה לו כדי שיגור שם ליד אביו הזקן⁹³.

אין זה כולל השפעה בלתי הוגנת על נותן זקן, לשדלו להתחייב לתת לו מתנה; אבל השפעה זו יכולה להיות סיבה לביטול ההתחייבות מטעם פגם בגמירת הדעת⁹⁴. אין כלולה בזה התנהגות מחפירה של המקבל שאינה מופנית למקבל או לבן משפחתו, אלא שהמתחייב יכול להתנות מראש שתהיה לו זכות חזרה במקרה כזה⁹⁵. נטל ההוכחה שהיתה התנהגות מחפירה - על הנותן. אם ההתנהגות המחפירה נגרמה ע"י התנהגות הנותן עצמו, אין זכות חזרה, שהרי אז אין זו "חזרה מוצדקת"⁹⁶.

כיון שחזרה זו מוצדקת, הזכות עוברת ליורשי המבטיח ולמנהל עזבונו; אין זה הוגן שהבן יהיה חייב לתת מתנה למי שפגע בזכו של אביו או שגרם לו עגמת נפש בחייו⁹⁷.

מעשה במר וייסר שביקש משכנו מר שביט שיסכים שוייסר ירחיב את דירתו בעתיד. שביט הסכים, וחתם על התחייבות לחתום על מסמכים שיידרשו לשם כך. אח"כ שביט סירב לחתום על המסמכים הנדרשים. וייסר העליב קשות את שביט. נפסק ששביט פטור מלחתום, כי וייסר התנהג כלפיו בהתנהגות מחפירה. השופט טירקל נימק שיש לפרש "מחפירה" בהרחבה, כי התחייבות לתת מתנה היא מעשה חסד, ולכן יש להקל על המתחייב לחזור בו⁹⁸.

"הרעה ניכרת במצבו הכלכלי של הנותן" - דוקא אם כמות ההרעה עומדת ביחס מתאים לערך המתנה המובטחת, מפני שרק אז היא "מוצדקת"⁹⁹. נטל ההוכחה שהיתה הרעה - על המתחייב. יש להתחשב גם בהתחייבויות אחרות של הנותן, ובמעמדו החברתי, בשיקול האם עקב ההרעה יהיה לו קשה מדי לקיים את

87 ראבילו ב, עמ' 354 ועמ' 383.

88 ראבילו ב עמ' 354.

89 ראבילו ב עמ' 355.

90 ראבילו ב, עמ' 385.

91 ראבילו ב עמ' 385.

92 ראבילו ב עמ' 386, בשם פ"מ תשמ"ו(1) עמ' 506.

93 ראבילו ב עמ' 386, בשם פ"מ תשמ"ב(א) 527.

94 ראבילו ב, עמ' 385, שלא כפ"מ תשל"ו(3) עמ' 347, שקבע [?] שזו התנהגות מחפירה, כמובא שם [צריך לבדוק - הרי שם ההתנהגות היתה לפני המתנה].

95 ראבילו ב, עמ' 385-386.

96 ראבילו ב, עמ' 386.

97 ראבילו ב, עמ' 384.

98 ע"א 350/96, וייסר נ' שביט [על פי סיכום ב"הלשכה", 49, אלול תשנ"ט]. הוא הסתמך גם על שו"ע, חו"מ, רמג, הפוסק שהעושה קנין שהוא מתחייב לכתוב שטר מתנה, זה קנין דברים ויכול לחזור בו. הוא הסתמך גם על פס"ד של קרית ארבע, שפסק שמי שהסכים לבנייה של שכנו, יכול להתנגד אח"כ. אבל השופט לוין, במיעוט, סבר שרק התנהגות שלילית ביותר מבחינה סובייקטיבית ואובייקטיבית נחשבת "מחפירה".

99 ראבילו ב, עמ' 386-387.

התחייבותו¹⁰⁰. זכות החזרה עוברת ליורשים, אם היתה הרעה ניכרת במצבם הכלכלי, או למנהל העזבון, אם היתה הרעה ניכרת במצבו הכלכלי של העזבון¹⁰¹.

אם ההרעה אינה כל כך חמורה, ומצדיקה רק חזרה חלקית, יוכל לחזור באופן חלקי, ובוודאי נושים אחרים קודמים¹⁰².

סעיף זה, הנוקט "התנהגות מחפירה", "הרעה ניכרת", הוא דוגמה לכך שהמחוקק נקט נוסח כללי כדי לאפשר חקיקה על ידי השופטים; כאילו התיימש מלתת הגדרה מדוייקת וסמך על השופטים¹⁰³.

2. עמדת המשפט העברי - כללי

נושא דיוננו הוא התחייבות לתת מתנה, במובחן מהתחייבות מסוג אחר; ובהתחייבות לתת מתנה, במובחן ממתנה ניתנת לאלתר. בהבחנה הראשונה הכוונה היא לצמצם את הדיון להתחייבות לתת דבר (מקרקעין או מיטלטלין או סכום כסף או זכות) לאחר בלי תמורה. בהבחנה השנייה הכוונה היא לצמצם את הדיון למצב שאדם אינו נותן דבר בעיתוי הנוכחי, אלא רק מתחייב לתת לאחר זמן. כשאנחנו אומרים שאינו נותן דבר בעיתוי הנוכחי, הכוונה היא שדבר המתנה עוד לא עבר לרשות המקבל, אלא שהנותן קיבל על עצמו חיוב להעביר למקבל את הבעלות. לכן איננו עוסקים במתנה שהוקנתה בקנין סודר או ע"י זיכוי ע"י אחר (מדין "זיכין לאדם שלא בפניו") - ששם כבר עברה הבעלות ולא מוטלת עוד חובה על הנותן, אף שדבר המתנה בפועל נמצא בידי הנותן או בידי אדם שלישי. כן לא נעסוק במי שנותן "שווה מנה מנכסי", שאף שלא קנה המקבל דבר מסוים, מ"מ קנה כבר אז שעבוד בנכסי הנותן, וזאת לא התחייבות בלבד.

יצוין שמתנת שכיב מרע היא תמיד התחייבות, שהרי הבעלות בדבר המתנה אינה עוברת מיד אלא בשעת מיתה; אך לא נעסוק בה כאן, מפני שהיא נידונה בחוק הירושה.

נעסוק הן במקרים שנקט לשון התחייבות במפורש, בלשון "אני מתחייב" או "אני חייב" או "אתן" וכדומה, הן במקרים שלא נקט כך, אלא מפרשים שהתכוון להתחייבות, כגון שנקט לשון הודאה (ראה פרק ב, 6), או שאמר שהוא נותן דבר שלא בא לעולם ושיעבד את נכסיו (לרמב"ן, להלן פרק ב, 4).

נציג כאן את עמדת המשפט העברי לפי הפוסקים השונים, ראשונים ואחרונים. לא נדון בתפיסה הרעיונית של התחייבות לתת מתנה, מפני שאין בה אלמנטים מייחדים המצריכים תפיסה שונה מזו של סוגים שונים של התחייבות. אם זאת, נבחן חלק מן הדינים של התחייבות לתת מתנה לאור התפיסות הרעיוניות השונות של מוסד ההתחייבות בכלל.

היה מקום לומר שגם אם התחייבות כנגד תמורה (גם תמורה עתידית) תקפה, התחייבות לתת מתנה אינה תקפה. זאת מכמה טעמים:

א) בהתחייבות כנגד תמורה, חשוב לכלכלה שההתחייבות תהיה תקפה, כדי לאפשר כריתת חוזים ותיכנון כלכלי ארוך טווח, שדורש ודאות שאדם אחר יקיים מה שהבטיח במסגרת החוזה. צורך זה אינו קיים בהתחייבות לתת מתנה. אם כן, לפי השיטה שהתחייבות אינה תקפה מהתורה אלא זו תקנת חכמים, היה מקום לומר שתיקנו כך רק בהתחייבות כנגד תמורה ולא בהתחייבות לתת מתנה. עם זאת, כפי שראה, יש תוקף להתחייבות לתת מתנה במצבים מסוימים, והטעם לכך הוא, ש"לא פלוג רבנן" בתקנתם¹⁰⁴.

¹⁰⁰ ראבילו ב, עמ' 387.

¹⁰¹ ראבילו ב, עמ' 387. יש הבדל בין מהדורה ראשונה לשניה במיקום הסוגריים, וממהדורה הראשונה העולה שלא חשובה הרעה במצבו של הירש עצמו.

¹⁰² ראבילו ב עמ' 387-388 גם בשם פרידמן וכהן, חוזים א עמ' 492 הערה 89, המעלים אפשרות שיצטרך לשלם נזקי הסתמכות.

¹⁰³ מ' לנדוי, "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט", משפטים א (תשכ"ה) 297.

¹⁰⁴ אמרי בינה, דיני הלוואה, ס"י טו, כותב שמהגמרא ומהפוסקים מוכח שהתחייבות מועילה גם בפוסק לזון ובשאר מתנות, אף ששם לא שייך חשש נעילת דלת, וזאת אע"פ שהוא כותב שהתחייבות מועילה רק מדרבנן, כמו שעבוד "דאקני" מועיל רק מדרבנן משום נעילת דלת. והוא מביא שפתח הבית, דף צג, נימק משום "לא פלוג". בשאלה האם התחייבות תקפה מדאורייתא או מדרבנן, עיין אנצ"ית ע' התחייבות ליד ציוני הערות 67-63, וא' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 71.

הרב הרצוג, @60 59 The Main Institutions of Jewish Law, חלק ב, עמ' 46, כותב שאכן אין צורך בתוקפה של התחייבות לתת מתנה כשלעצמה, שהרי אין סיבה שאדם ירצה להיות כבול לתת דבר בחינם, אלא הצורך בה הוא כדי לאפשר את תחבולת חכמי ספרד (רמב"ם, הלכות מכירה, יא, יח) לחמוק מאסמכתא. כוונתו היא שיש סוג התחייבויות הנחוצות לכלכלה, שאינן בחינם, אבל הן מותנות באופן שהן אסמכתא, וכדי לתת להן תוקף,

ב) כשיש תמורה, היא יוצרת גמירת דעת (או מעשה קנין) שתתן תוקף להתחייבות, משא"כ בהתחייבות לתת מתנה. בכל זאת, כפי שנראה, יש תוקף להתחייבות לתת מתנה, באופן שנווית אליה איזה שהוא גילוי של גמירת דעת, כגון קנין סודר או שטר או לשון מיוחדת.

ג) התחייבות לתת מתנה היא חד צדדית, והרי התפיסה הרגילה של חוזה הוא מפגש רצונות. בכל זאת, כפי שנראה, יש תוקף להתחייבות לתת מתנה במצבים מסוימים, וטעם הדבר הוא שהמשפט העברי אינו מצריך מפגש רצונות, אלא מסתפק ברצון חד צדדי (ראה פרק ג, 1, על התחייבות בלי ידיעת המקבל), מפני שהעיקר הוא ההקנאה: בקנין סודר, המקבל מקנה סודר באופן סמלי וכנגד זה מתחייב המתחייב; ובמעשה קנין של שטר או בעל פה, החיוב אינו נובע מרצון בלבד אלא מקבל ההתחייבות קונה את שעבוד הנכסים או "משהו" בגופו של המתחייב, ולכן גם התחייבות חד צדדית תופסת, שהרי יש בה מימד של הקנאה¹⁰⁵.

ד) בהתחייבות לתת מתנה מובנה החשש להעדר גמירות דעת ולהתחייבות בצורה פזיזה ובלי מחשבה, שכן אדם הגיוני לא היה מבטיח מתנה, כי מה יוצא לו מזה? שעל כן החוק מצמצם מאוד את תקפותה של התחייבות לתת מתנה, כפי שראינו. בכל זאת, כפי שנראה, יש תוקף להתחייבות לתת מתנה, והמשפט העברי מניח שאם המתחייב עשה קנין סודר וכדומה, היתה לו גמירת דעת¹⁰⁶.

חכמי ספרד היו מנסחים את ההתחייבות כך: שהמתחייב מתחייב התחייבות לא מותנית (שהיא למעשה התחייבות לתת מתנה), ושכנגדו מוחל לו מעכשו על התחייבותו אם לא יתקיים התנאי (התנאי שקיומו היה אמור להפעיל את ההתחייבות המקורית). כמוכן, זהו הסבר דחוק.

¹⁰⁵ א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 495. בעמ' 494 הוא מראה שלפי המשפט העברי גם התחייבות כנגד תמורה היא התחייבות חד צדדית, ובכל זאת היא תופסת, שהרי נתיבות המשפט, רת, ס"ק ד, אומר שבחוזה מכר צריך שזה יתחייב למכור וזה יתחייב לקנות.

¹⁰⁶ כאן אביא מקורות בראשונים האומרים באופן כללי שיש תוקף משפטי כובל להתחייבות לתת מתנה, במצבים מסוימים. זאת כדי להראות שאין המשפט העברי מתחשב בשיקולים שנמנו לעיל, נגד מתן תוקף להתחייבות לתת מתנה.

א) שו"ת הרמב"ם (בלאו) ס"י שעז, כותב שאשה המתחייבת בקניין לפרנס את בניה במתנה עד שיגדלו, חייבת אם תקצוב סכום ותשעבד עצמה ליתומים בזה בתורת חוב. שו"ת הרמב"ם (בלאו) ס"י תכז כותב שאם חייב עצמו לבתו במתנה בכך וכך דינרים חוב גמור, חייב, כמו שנאמר בכתובות קב ע"א, שהמחייב עצמו בשטר, חייב. אבל ייתכן שלדעתו ההתחייבות תקפה רק אם הכסף ברשותו בשעת ההתחייבות - ראה פרק ד, 1, שאפשר לדייק מתשובה אחרת של הרמב"ם שהוא סובר כך; ולפי זה המיוחד בהתחייבות לעומת מתנה לאלתר הוא שבפועל הבעלות בנכס עדיין אינה עוברת, והמתחייב מקבל על עצמו להעביר את הבעלות בעתיד.

מקור נוסף ברמב"ם: בני שמואל (חיון), חו"מ, ס"י ס (פז ע"ב), מפרש את מה שכתב הרמב"ם, הלכות מכירה, יא, טו, שמועילה התחייבות "אע"פ שלא היה חייב לו כלום", שפירושו שאין למתחייב שום הנאה מההתחייבות - כלומר שזו התחייבות לתת מתנה. אבל אפשר לפרש את דברי הרמב"ם שם בצורה אחרת: שמדובר בהתחייבות כנגד תמורה עתידית, וישלם היה חייב לו" פירושו שלא קיבל תמורה בעבר.

ב) שו"ת הרמב"ם ס"י ז (הובא בשו"ת הריטב"א, ס"י מא), כותב שבעל הרוצה לתת מתנה לאשתו יכול לקבל זאת על עצמו בשעבוד על דרך "חייב אני לך מנה בשטר". וכן שו"ת הרמב"ם ס"י ט, כותב שבעל הנותן מתנה לאשתו, יכול לעשות זאת בדרך שעבוד, שהרי יכול אדם לשעבד את עצמו בממון שלא היה חייב בו, בקנין או בשטר, ואז כל נכסיו משועבדים להתחייבותו; ולכן אם חייב לה את עצמו במאה זהובים, שתגבה אותם מנכסיו, גובה מנכסיו אם עשה קנין, ואם כתב כך בשעת קידושו, מועיל בלי קנין, מדין "דברים הנקנים באמירה". ובחי' הרמב"ם כתובות פג ע"ב (הובא בשו"ת הריב"ש, ס"י רז, עמ' רנד), מביא מי שהסביר שמה שכתב רי"ף, כתובות מב ע"א (דפי הרי"ף), ע"פ ירושלמי, כתובות, ט, א, שבעל יכול להתנות שיחזיר את נכסיו אשתו לבית אביה אם תמות בלי בנים - שזה לא התנייה שלא יירש אותה (שהרי תנאי כזה נגד מה שכתוב בתורה לא מועיל), אלא הוא יירש אותה, ועושה תנאי להחזיר את הממון ליורשיה כמי שרוצה למחול על זכותו, שבוודאי יכול לתת לה במתנה (הסבר זה הובא גם בשו"ת חכם צבי, ס"י נז). כלומר זו התחייבות לתת מתנה (אבל שו"ת לחם רב, ס"י קעו, כותב ש"הישבון" זה אינו מתנה אלא ירושה, שהבעל מסלק את עצמו מנכסיו אשתו, וממילא יורשיה יורשים אותה).

ג) שו"ת הרשב"א, ח"א, ס"י תתקלד, וח"ב ס"י שכו, נוקט שבנידונו לא הועילה המתנה שנתן הבעל לאשתו מפני שהמטבעות לא היו בעין, "והוא לא חייב עצמו לה במאה זהובים" - משמע שאילו עשה כך, היה מועיל. ובחי"ב ס"י תה, השואל כתב שהנותן מתנה לאשתו ואין בידו באותו זמן מטבעות אלה, לא קנתה, "כיון שאין לו באותו זמן מתנה ואין כתוב בה חיוב" - משמע שאילו חייב עצמו, היה חייב. ובחי"ג, ס"י קיח (הובא בב"י, חו"מ, רנ, מיוחד טז) כותב שהרוצה לחלק את נכסיו לבניו בחייו במתנה, בנכסים שאינם מסויימים, שא"א להקנותם במתנה מעכשו ולאחר מיתה, יכול לעשות זאת בדרך חיוב, שיחייב עצמו ונכסיו מעכשו ולאחר מיתה לכל אחד בסכום שירצה. ובחי"ד ס"י רלג, כתב על מי שכתב לאשתו "מתנה לחוד" וכתוב בה שעבוד נכסים, שהתכוון לחייב עצמו לה בסכום זה, ויכולה לגבות מנכסיו.

ד) שו"ת הרא"ש כלל לו ס"י ח, כותב שאם חתן כותב למטה מן הכתובה מתנה לאשתו בלשון "חייב אני לך מנה בשטר", הוא חייב.

ה) טור, חו"מ, רנג, מב (הובא בשו"ת פרח מטה אהרן, ח"א, ס"י עט), מפרש את דברי המשנה, ב"ב קמ ע"ב, על האומר "אם תלד אשתי זכר יטול מנה", שאינו מקנה לו מנה במטבע, אלא מחייב עצמו לתת לו מנה ומשעבד נכסים

נראה שהמשפט העברי מעונין לעודד נתינת מתנות, מפני שהן מרבות את האהבה ואת הרעות בין בני האדם. לכן הוא מכיר בתוקפה של התחייבות לתת מתנה, שכן אילו לא היה מכיר בה בעוד שהוא מכיר בהתחייבות למכר, היה נוצר הרושם שמתנות אינן חשובות ולכן אינן ראויות להגנת המשפט.

בדיון בפרטי ההלכות של התחייבות לתת מתנה, אעדיף להביא מקורות שעוסקים במתנה במיוחד, אבל אביא גם מקורות שעסקו בהתחייבות באופן כללי, משום שמסתימת הדברים אפשר להניח שהם מתכוונים גם להתחייבות לתת מתנה, לאחר שהוכחנו שבעיקרון יש תוקף להתחייבות לתת מתנה.

אשר לסייגים שמציב החוק, בס"ק (ב)-(ג) - לפי המשפט העברי, אין המתחייב יכול לחזור בו מהתחייבותו, אם נתמלאה בה הדרישה הצורנית שבפרק ב. עם זאת, בפרק ו נראה שיש סוג של התחייבות לתת מתנה שמחייבת כחובה מוסרית ולא מן הדין הקבוע, ובה אפשר שיוכל לחזור בו במקרה של התנהגות מחפירה או הרעה כלכלית (אבל לא כבסעיף קטן (ב) - שכל שלא שינה מצבו לרעה יוכל לחזור בו). אך לא מצאנו זאת בפירוש¹⁰⁷.

לזה, ולכן מועיל בין בבריא (בקנין) ובין בשכיב מרע. כמובן, זו מתנה, שהרי הוולד אינו יכול לתת לו דבר בתמורה. אבל רי"ף, ב"ב סו ע"א (בדפי הרי"ף), אומר שבמשנה מדובר בשכיב מרע דוקא, וכן הרמב"ם, הלכות זכיה, ח, ה-ו, מביא דין זה לגבי שכיב מרע, וכן כתב חידושי ר"י מיגאש, ב"ב שם, המנמק, שגם אם עשו קנין, הרי מטבע לא נקנה בחליפין, ועוד שזה אסמכתא - "אם ילדה", ועוד שזה קנין דברים, שהרי אמר "יטול". כלומר, הם מבינים שהמשנה היא בהקנאה מיידית ולא בהתחייבות. אבל ב"ח על הטור שם כתב שהרי"ף ור"י מיגאש מסכימים שאם חייב עצמו, מועיל, אלא שרצו להעמיד את המשנה שם בהקנאה מיידית, ולכן הוצרכו להעמיד בשכיב מרע.

(ו) שו"ת הריב"ש, סי' שמה (עמ' תנו), עוסק בשטר מתנה לחוד, שנאמר בה "נתתי לה ארבע אמות קרקע ואגבן נתתי לה בקנין שלם מעכשיו כך וכך שתגבה מנכסי", וכדי שהשטר לא יהיה בטל, הוא מפרש (על פירושו עי' ב' ליפשיץ, דיני ישראל, יב, עמ' קנג) שהבעל לא התכוון למעות ידועות (שאז המתנה היתה בטלה), אלא משעבד לה את נכסיו בקנין אגב לגבות מהם את הסכום הזה, וכתב "נתתי" מפני שלא היה חייב לה סכום זה מקודם, ואדם יכול לשעבד עצמו במה שאינו חייב, כאמור בכתובות קא ע"ב. ושם (עמ' תנה) הוא מביא נוסח שהיה נהוג "וחייבתי לה עצמי ונכסי לאלף דינרים", דהיינו התחייבות. הוא מסביר (בעמ' תנו) שאף ש"יד בעל השטר על התחונה", ולכאורה היינו צריכים לפרש את השטר לרעת האשה, ולומר שהשטר הוא על מתנה מיידית ולכן אינו מועיל - אין אומרים כך, כי אין אומרים "יד בעל השטר על התחונה" אם כתוצאה מכך יהיה השטר בטל לגמרי.

(ז) שו"ת הרשב"ש, סי' קיד, הדרך השמינית, כתב שהנשוא אשה וכתב לבנה "אני מתחייב לתת לפלוני כך וכך כשתמות אמו", חייב לשלם, כמו "חייב אני לך מנה בשטר".

אך יש להעיר שחלק ממקורות אלו עוסקים במתנות בשעת נישואין, שאינן ממש מתנות, אלא הן בתמורה להסכמת בת הזוג או בן הזוג להינשא, כמו שכותב שו"ת נחלה ליהושע, סי' יב (יד ע"ג), על תוספת כתובה וכל תנאי אחר שהבעל מקבל על עצמו, שחייב בלי קנין בגלל חיבת חופה וחיבת ביאה; ואין משם הוכחה גמורה שגם התחייבות למתנה "טוהרה" תועיל.

גם בימינו משתמשים בהתחייבות לתת מתנה, ובעיקר הדבר מצוי בצוואות: רח"ש שאנן, תחומין יג, עמ' 320, כותב בנוסח צוואה, שיודה שהוא מתחייב עכשו כנגד הסכום שישווה רכושו אחרי מותו, בדברים שלא מועיל בהם קנין, כגון דבר שלא בא לעולם או מילווה. ר"ש דיכובסקי, תחומין טו (תשנ"ה), עמ' 291, כותב בנוסח התחייבות של אדם לתת את נכסיו במתנה לילד מאומץ, בין היתר: "אני מתחייב בקנין לילד בסכום כסף השווה בערך הנכסים שיהיו לי שעה אחת לפני מותי, לרבות נכסים שיפלו לי בירושה אחרי מותי". ב"שטר חצי זכר" (שהיה נהוג כשאדם רצה שבתו תקבל חלק בירושתו, אמנם לא בשווה לזכרים אבל חצי מהלוקם), ר' שרגא פייויל כהן, מדור לדור, תשמו (כמובא ע"י א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 371, ובשורת הדין, ח"ב, עמ' שלט), הציע לנקוט בדרך של התחייבות, בנוסח שונה במקצת: האב מתחייב לבת סכום גדול קצוב במתנה, והמתנה מותנית בתנאי שלא יתנו לה האחים חלק בירושה. זה מבטיח שהאחים יתנו לה חלק בירושה, כי בדרך כלל החלק הזה ישווה פחות מהסכום שיצטרכו לתת (כמילוי התחייבות אביהם) אם לא יקיימו את התנאי. הוא לא הציע שהאב יתחייב לתת לה סכום השווה לחלק של חצי יורש זכר לפי גודל רכושו ערב מותו, ושעת הפרעון הוא שעה לפני מותו, מפני שאינו קצוב, ולרמב"ם לא מועילה התחייבות בדבר שאינו קצוב. ר' מיכאל בלייכר, "צוואה - עריכתה וניסוחה", שורת הדין, ח"ב, עמ' שמ, כותב שבהתחייבות כספית כנגד הסכום שישווה הרכוש אחרי מותו, יש גם בעיה של "ברירה", כיון שהסכום מתברר רק אחרי מיתה והקנין צריך לחול לפני כן.

י' ריבלין, דיני ישראל יז, עמ' קנה (כמובא ע"י א' ורהפטיג, ההתחייבות עמ' 371), ובספרו הירושה והצוואה במשפט העברי, עמ' 56, הציע לנקוט התחייבות לא מותנית, והבת תמחל אם תקבל חלק בירושה (כמו תיקון חכמי ספרד), וגם שטר חצי זכר בדרך אודיתא, והאודיתא תבטל את ההתחייבות כדי למנוע תביעה כפולה.

ב' ליפשיץ, דיני ישראל יב, עמ' קלח, הערה 58, מוצא התחייבות להתחייבות לתת מתנה: בס' השטרות, לר"י ברצלוני, שטר עב, יש שטר שידוכין שבו הבעל מתחייב לתת לאשתו מתנה לחוד כשיקדש אותה; והרי מתנה לחוד היא עצמה התחייבות, בדרך כלל, אם אין לבעל נכסים בעת הקידושין. אבל שם יותר מודגש האלמנט של תמורה (האשה מסכימה להינשא לו, בתמורה להתחייבותו), כי בלי תמורה, מדוע יעשה אדם התחייבות להתחייב? א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 109, מביא שחוקות הדיינים, סי' קפג, כותב שנדונייה שכותבים שהחתן נותן לכלה כך וכך זהובים, לא מועילה, כי אין מטבע נקנה בחליפין, אא"כ שעבד קרקע שלו לאותה מתנה. ורהפטיג מסביר שכונה היא למתנת זהובים לא מסוימים משלו, כסברת הרשב"א על "שווה מנה מנכסי".

¹⁰⁷ רקובר עמ' 499 הערה 15 מציין לעניין זכות הביטול עקב "התנהגות מחפירה", שבות יעקב ח"ג סי' קעח (כמובא בפתחי תשובה חו"מ ש"ב ס"ק ו) שאם השוכר גילה לנושה של המשכיר את דבר ההשכרה, וכתוצאה מכך הוטל עיקול

פרק שני: דרכים ליצירת התחייבות כובלת

1. שטר

כתב ראובן בכתב ידו לשמעון: "אני, ראובן, חייב לך מאה שקל", ומסר לו את השטר, במסירת השטר מתחייב ראובן לתת לו מאה שקל¹⁰⁸.

על דמי השכירות, השכירות בטלה, כי לא השכיר עדיין שיעשה לו רעה גדולה כזאת [שם זה בטל מעצמו, לא רק שזכאי לבטל]. רמ"א, שיב, ט, אומר שהמשכיר בית לאוהבו, דווקא אם אמר לו מראש שמשכיר לו מפני שהוא אוהבו, יכול להוציאו אם נעשה שונאו. רקובר מציין עוד מקורות לענין החזרת מתנות שנתן בעל לאשתו וסרחה עליו: אוצר הגאונים כתובות, תשובות, סי' שצב, שו"ת הריב"ש סי' שא, טור אהע"ז סי' צט, שו"ע אהע"ז צט, ב (ושם זו מתנה ממש, לא רק התחייבות). שו"ת וישב משה (זורגר) ח"ב סי' כ, אות ח, כותב שאשה שפירנסה ילד משותק לשם צדקה, אין אומרים שאילו ידעה שיתנהג אביו כלפיה בצורה בלתי אנושית לא היתה נותנת, שהרי הפוסקים כתבו שלא אומרים כך בצדקה, ויש להניח שלא היתה נמנעת מלעשות מצוה בגלל מה שיקרה אחר זמן (עי' שו"ע, יו"ד, רנא, ה, לגבי מי שנדר לצדקה והענו בניו).

¹⁰⁸ ר"ת, בתוס' כתובות קב ע"א (ד"ה אליבא) וברא"ש כתובות פ"ב סי' ב (לא הזכיר מתנה), ובטור, חו"מ, מ, ג (כגון שרוצה להתחייב לו בשטר זה, לא בדרך הודאה); רמב"ם, הלכות מכירה, יא, טו; חי' הרמב"ן כתובות קא ע"ב (לא הזכיר מתנה); רשב"א המובא במגיד משנה, על הרמב"ם שם, ושו"ת הרשב"א, ח"ג, סי' כו (גם אם כתב "אני מתחייב בתורת הלואה" - כוונתו לייפות כוחו, שיהיה חייב כאילו הילווה) (לא הזכיר מתנה), וסי' נז (על מתנה), וח"ד סי' קמה (המחייב עצמו במזונות אשתו או בתה) (הובא בחוקות הדיינים, סי' קסא); בי"י, חו"מ, מ, א, בדעת רי"ף, כתובות סא ע"א (בדפי הרי"ף) (לא הזכיר מתנה ולא הזכיר בפירוש כתיבת שטר); סי' התרומות, שער מב ח"א אות ט ("אני מחייב עצמי לך במנה", גם בלי עדים; אך לא הזכיר מתנה), ושער סד, ח"ד, סי' א (לא הזכיר מתנה); בדק הבית, חו"מ, מ, א; שו"ע, חו"מ, מ, א (הובא בשו"ת ישכיל עבדי, ח"ה, חו"מ, סי' יז, אות א [לא הזכיר מתנה]); שו"ת הרא"ש, כלל לו, סי' ח (על מתנת בעל לאשתו שכתובה מתחת לכתובה); חי' הריטב"א, כתובות קב ע"א (ד"ה ור"ת) (אם רוצה להתחייב ולשעבד לו עצמו ונכסיו בשטר מקנה וכתב שטר בעדים או בכתב ידו בדרך מתנה); ש"ך, חו"מ, מ, ס"ק ג; שו"ת שואל ומשיב מהדו"ב ח"א סי' נט (מג ע"ד) (על מתנת אדם לבנו); שו"ת ראשי בשמים חו"מ סי' ק אות ג (שאדם יכול להתחייב ע"י שטר לקבל ע"ע אחריות שמירה על קעו"ש); @60@, The Main Institutions of Jewish Law 59 חלק ב, עמ' 22 (לא הזכיר מתנה); שו"ת דברי חיים, ח"א, חו"מ, סי' ג; ערוך השולחן, חו"מ, מ, א. דעה זו הובאה בשו"ת הרשב"ש, סי' שלח. אפשר להוסיף כאן חלק מהמקורות שהבאנו בפרק א, 4, שהזכירו התחייבות במתנה בשטר.

שו"ת הרשב"א, ח"ג, סי' נז (בסופו), כותב שכיון שההנאה משטר ההתחייבות היא למקבל המתנה, המקבל נותן את שכר הסופר, ולכן השטר הוא שלו, ויכול להשתמש בו "לצור ע"פ צלוחיתו" (אבל ש"ך, חו"מ, נז, ס"ק ה, כותב שאסור לו להשהותו אצלו אחרי שפרע, מפני שאסור להשהות שטר פרוע, והוא מסביר שהרשב"א לא התייחס לאיסור אלא עסק רק בשאלת הבעלות הממונית).

פרישה, חו"מ, מ, א, נוקט שכתוב בשטר "אני פלוני בן פלוני חייב לפלוני כך". דרישה, חו"מ, מ, א, כותב שמרמב"ם משמע שמועיל אם זה כתב ידו גם אם לא חתם את שמו ולא מסר בפני עדים, או אם מסר בפני עדים גם אם זה לא כתב ידו ולא חתם את שמו; אבל כותב שגראה שלרבנו תם זה לא מועיל. קרית מלך רב, על הרמב"ם, הלכות מכירה, יא, טו, כותב שלפי ר"ת מועיל רק שטר גמור עם עדים, ולפי רמב"ן ורשב"א מועיל גם כתב ידו. דברי חיים, ח"א, חו"מ, סי' א, כותב שלפי הרמב"ם, האומר "חייב אני לך מנה בשטר" חייב גם אם לא מסר לו את השטר, וכך הלכה, אבל לרא"ש ותוס' חייב רק אם מסר את השטר. רב ברוך, מערכת ר, אות ג, עוסק בשאלה האם יש איסור ריבית אם מקבל ההתחייבות מוכר את השטר לאחר או למתחייב.

הרב הרצוג, @60@, The Main Institutions of Jewish Law 59, ח"ב, עמ' 45-46, כותב שאפשר להסביר שתוקף ההתחייבות בשטר מבוסס על שעבוד הגוף, זכר לדיני עבדות, שהרי עבד נקנה בשטר; וכותב שלדעה זו החידוש בתוקף של התחייבות הוא שזה מועיל בלי תמורה.

שו"ת שבות יעקב, ח"ג, סי' קמה (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, מ, ס"ק ג, ובשו"ת אוריין תליתאי, תאומים, סי' פד), מביא שו"ת רמ"א סי' עב ושו"ת חוות יאיר סי' קלז, שאם ידוע שהמתחייב כתב שטר התחייבות זה בשביל ערבות אחר מתן מעות, פטור, כי ערבות כזאת צריכה קנין.

יש שנוצרת התחייבות בשטר אף שבשטר כתובה לשון הקנאה: בסעיף 1(ב) ראינו שיש אומרים שהכותב בשטר שהוא נותן במתנה דבר שלא בא לעולם או דבר שאין בו ממש או דבר שאי אפשר לבצע בו מעשה קנין (כגון מילווה), וכותב בשטר לשון יפוי כוח (כגון "כתיקון חכמים"), מפרשים כאילו כתב בלשון התחייבות, שהיא מועילה גם בדברים מהסוגים הנ"ל.

דעות חולקות: רש"י, כתובות קא ע"ב (ד"ה אתם), מפרש את הסוגיה שם, שזה מחייב רק בתורת הודאה, ובי"י, חו"מ, מ, א, כותב שלרש"י אם המקבל מודה שהנותן לא היה חייב לו דבר, או שהתברר ע"י עדים שלא היה חייב לו מקודם, אינו מתחייב בשטר זה; וכן פרישה, חו"מ, מ, א, בסופו, כותב שלרש"י אדם אינו יכול להתחייב במה שאינו חייב, גם בכתב, וכן דרישה, חו"מ, מ, א, כותב שרש"י חולק בזה על רבנו תם. וכן ש"ך, חו"מ, מ, ס"ק ב, כותב שלרש"י אין אדם יכול להתחייב בכתבת שטר (וכן כתב נתיבות המשפט, מ, ס"ק א). וכן שו"ת נחלה ליהושע, סי' יב (טו ע"ד), כותב שלרש"י, אם משמעות הלשון היא שלא היה חוב קודם, לא מועיל שטר בלי קנין. גם פסקי הריא"ז, כתובות, פרק יב, הלכה א, אות ב, ובי"ב, פרק י, הלכה ז, אות ט (ושם מביא ראייה ממה שערב אחר מתן מעות אינו

אם מסר את השטר בפני עדים, שמעון יכול לגבות מנכסים שמכר ראובן, כדין כל חוב בשטר; ואם מסר לו שלא בפני עדים, ראובן חייב אבל שמעון אינו יכול לגבות מנכסים כאלו¹⁰⁹.

לכאורה, היה מקום לומר שלא יגבה מנכסים מכורים, כי הטעם שחכמים תיקנו שנכסים יכול לגבות מנכסים שמכר החייב, הוא כדי שלא לנעול דלת בפני לוויים (למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא), וטעם זה לא שייך בהתחייבות לתת מתנה, שהרי אין חשש שאנשים יימנעו מלקבל מתנות מחשש שהנותן ימכור את נכסיו והמקבל לא יוכל לגבות מהם; ועוד, שבשטר ההתחייבות אין כותבים שיוכל לגבות מנכסיו, ואמנם נושה רגיל זכאי לגבות מנכסים מכורים גם אם לא נזכר בשטר שעבוד הנכסים, משום שאומרים "אחריות טעות סופר", הרי הטעם לכך הוא שבוודאי התכוון לאחריות כי "לא יהיב איניש זוזי בכדי"¹¹⁰, וטעם זה לא שייך במתנה. בכל זאת נפסק שיכול המקבל לגבות מנכסים מכורים, כי לא פלוג רבנן בתקנתם. ייתכן שאף מדאורייתא זכאי המקבל לגבות מנכסים מכורים, כי "חייב אני" משמע שהמתחייב מקבל את ההתחייבות עליו בחוב גמור, וזה כלול ב"והאיש אשר אתה נושה בו", שמשם לומדים שעבודא דאורייתא¹¹¹.

אע"פ שמיטלטלין אינם נקנים בשטר, כאן השטר מחייב את המתחייב לתת את הכסף לשמעון, משום שכיון שטרם לכתוב שטר בלשון חיוב, יש לו גמירת דעת לחייב את עצמו; ודוקא מיטלטלין מסויימים אינם נקנים בשטר, אבל שעבוד וחוב תופס בשטר¹¹².

מתחייב בשטר בלי קנין (הובא בשלטי הגבורים, כתובות סא ע"א, בדפי הרי"ף), אומר שכדי להתחייב בדבר שאינו חייב בו, לא מועיל שטר, בלשון "הריני מתחייב לתת לך מנה" בחתימת עדים. אבל ב"ח, חו"מ, מ, ב, כותב שרש"י מסכים שאם כתב בכתב ידו "אני, ראובן, חייב לשמעון מאה שקל" ומסר לשמעון את השטר כדי להתחייב בו לשמעון, חייב. גם פני יהושע, כתובות קא ע"ב (ד"ה שם תנן), כותב שרש"י מסכים שאדם יכול לחייב עצמו במה שלא היה חייב, בשטר גמור או בקנין, כמו בתוספת כתובה (לא הזכיר מתנה). ואח"כ (ד"ה בא"ד ואין) כתב שרש"י מועיל חיוב חדש באמירה ב"אתם עדי". על דעת רש"י (במתנה) עיי' יד דוד (קרלין) ח"ב דף ריד ע"א. שו"ת משפט צדק, ח"ב, ס"י יז הראשון (לד ע"ג) והשני (לו ע"ב) כותב שמרדכי כתובות ס"י רסב, מבין שלפי רש"י אם חתם בשטר "חייב אני לך", חייב.

בשו"ת הרי"ף, מהד' לייטר, ס"י יד = תשובות הגאונים, הרכבי, ס"י תפט, כתב שמי שנתן לאמו מתנת זהובים והתחייב לה מזונות (כנראה במתנה), המזונות אינם נקנים, כי מטבע אינה נקנית בחליפין. הרי שאינו מכיר באפשרות להתחייבות הגוף לתת (כך הוכיח א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 96). גם ר"י מיגאש סובר שהתחייבות אינה תקפה (ראה ההתחייבות, עמ' 96-98), אבל הוא לא דיבר על מתנה. לפי ר"ב ליפשיץ, דיני ישראל יב, עמ' קמה, גם השואל בשו"ת הרמב"ן ס"י ט, סבר שאין תוקף להתחייבות לתת מתנה, ולכן השתמש בהודאה. ראה גם פסקה 3, שאמרי בינה אומר שלדעת הרי"ף, ר"י מיגאש ורמב"ם, לא מועילה התחייבות בשטר (אלא בלשון הודאה).

¹⁰⁹ טור, חו"מ, מ, ג, בשם רבנו תם; ב"י, חו"מ, מ, ה, בדעת הרמב"ם; ערוך השולחן, חו"מ, מ, א; משכנות יעקב חו"מ ס"י נד. כמו כן, מגיד משנה, הלכות מכירה, יא, טו (הובא בב"י, חו"מ, מ, א, ובפרישה, חו"מ, מ, ג), אומר שאם מסר לו בפני עדים, כדעה שעדי מסירה קונים, גובה גם מנכסים שנמכרו; ואם השטר היה כתוב בכתב ידו של המתחייב, חייב גם אם נמסר שלא בפני עדים, אבל גובה רק מנכסים שלא נמכרו; אבל אם היה כתוב ע"י אחר, ונתן שלא בפני עדים, אינו מתחייב, כמו ששטר כזה לא היה מחייב בהלוואה. ב"ח, חו"מ, מ, ג, כותב על פי מרדכי, כתובות, ס"י רסב, והגהות אשרי, כתובות, פ"ב, ס"י ב, שאם לא כתב בכתב ידו, ולא חתם תחתיו, אפילו מסר לו בפני עדים, אינו מועיל כלל, כי יכול לטעון "משטה אני בך".

שו"ת, חו"מ, מ, ס"ק ה, כותב שגם כשאינו כתב ידו, כל שמסר בפני עדים, יכול לגבות גם מנכסים שמכר הנותן, משום ש"עדי מסירה כרתית", והעדים מוציאים קול, ובלבד שלא תהיה אפשרות שזה יזדייף; ואין כאן מקום לטענת "משטה אני בך" (כיון שמוסר בפני עדים); ומה שצריך כתב ידו הוא כשאין עדי מסירה, לענין גבייה מנכסים שלא נמכרו, ואז זה מועיל גם לרמב"ן ולרשב"א. ובס"ק ג, כתב שאם לא מסר בפני עדים, המקבל אינו גובה מנכסים מכורים, גם אם זה כתב ידו. על גבייה מנכסים מכורים בהתחייבות בשטר, עיי' גם שער משפט, ס, ס"ק ח (לא הזכיר מתנה). יד רמה, ב"ב, פ"א, ס"י כו, ורמב"ן, המובא בטור, חו"מ, ס, ט, אומרים בסתם שהמתחייב בשטר, יכול המקבל לגבות מנכסים מכורים.

פרישה, חו"מ, מ, ה, כותב שאם המתחייב כתב בשטר בלי עדים, ומסר בפני עדים, זה נחשב חוב בשטר, אם זה כתב שאינו יכול להזדייף, ולפי הגאונים צריך שעדי המסירה יחתמו ויעידו שנמסר בפניהם; הוא מסתמך על טור, חו"מ, מ, ה, בשם רמב"ם, הלכות מלווה ולווה, יא, ב, שכותב כך על הלוואה.

תומים, מ, ס"ק ג, כותב שלפי הרא"ש, ב"ב, פ"י (שלא מצאנו), לא מועיל שטר בלי עדי מסירה, וכן כתב ידו אינו מועיל בלי עדי מסירה. אבל נתיבות המשפט, מ, ס"ק א, סובר שגם לרא"ש מועיל בעדי חתימה בלי עדי מסירה, ובלבד שלא יהיה חב לאחרים, כגון ללקוחות שקנו ממנו קרקע.

¹¹⁰ ב"מ יד ע"א.

¹¹¹ פני יהושע, כתובות קב ע"ב (ד"ה גמרא א"ל).

¹¹² רא"ש, כתובות, פ"ב, ס"י ב (לא על מתנה). פתחי חושן, קניינים, פ"ח הערה ח, מבאר את סברת הרא"ש, שהתחייבות אינה קנין על דבר מיוחד אלא שעבוד על הגוף (ראה בשם הרא"ש ותוספות, בפרק ג, 3), ולכן מועיל בשטר כמו שטר הלוואה. דרישה, חו"מ, מ, ג, מסביר שאע"פ שמתבע לא נקנה בקנין סודר וכ"ש שאינו נקנה בשטר, כאן הכוונה היא שהוא מחייב עצמו בשה מנה. בהגהות והערות על הטור השלם, חו"מ, ס"י מ, אות כג, מקשה,

אפשרות אחרת היא שעדים יכתבו בשטר שפלוגי התחייב עצמו וציווה לכתוב שטר¹¹³. בהתחייבות בשטר, צריך שהמתחייב ימסור את השטר למקבל או לאדם אחר, ויאמר לו שהוא מוסר ומזכה על ידו שיחול החיוב¹¹⁴.

חתימה על השטר ע"י שליח: אם סופר כתב בשם המתחייב, "פלוגי חתם במסירת קולמוס", או "פלוגי ציווה לחתום", יש אומרים שההתחייבות מועילה¹¹⁵. ויש אומרים שאינה מועילה אלא אם יש מנהג באותו מקום שחתימה בדרך זו היא כאילו האדם עצמו חתם¹¹⁶.

2. קנין סודר

אמר ראובן לשמעון: "אני חייב לך מאה שקל", ועשה קנין סודר על כך, הוא חייב¹¹⁷.

שבפשוט הקנין מתיחס לחוב שעל האדם ולא לגוף הממון, כאמור, ומדוע צריך לומר שאין הכוונה למטבע? והסביר שהדרישה סובר שצריך גם שעבוד נכסים וגם חיוב הגוף, ולכן אם מתחייב במטבע, אין שעבוד נכסים. בשאלה זו ע"י גם שו"ת שואל ומשיב, מהדו"ב, ח"א, סי' נט.

דאורייתא או דרבנן: אמרי בינה, דיני הלוואה, סי' טו, כותב שגם לפי תוס' כתובות קב ע"א, שמועיל להתחייב בשטר, חייב רק מדרבנן, כמו שדברים הנקנים באמירה בשעת קידושין (שמשם הוכיחו תוס') מועיל רק מדרבנן, כדברי חידושי הריטב"א קידושין ט ע"ב (ד"ה וכי תימא); ומציין שגם שו"ת נודע ביהודה קמא חו"מ סי' כח (שלא מצאנו) ומהדו"ת סי' מב, כתב שזה רק קנין דרבנן. הוא מדייק כך גם מהרא"ש, כתובות שם, שנקט שהשטר מועיל כאן, כי כיון שטרחת לתת בשטר, גמר ומקנה - מלשונו "גמר ומקנה" משמע שסובר שזה מדרבנן. הוא מסביר שמדאורייתא לא מועיל כי מטלטלין לא נקנים בשטר; ואף שעיקר החיוב הוא חיוב הגוף, והנכסים משתעבדים ממילא, תוס' סוברים שלא מועיל שטר לחיוב הגוף, כי שטר יכול לקנות רק דבר מסוים כמו קרקע מסוימת, וכיון שהשטר לא מועיל לחיוב הגוף מהתורה, גם אין שעבוד נכסים (מהתורה). הוא מסביר זאת ע"פ ההסבר השני של ח"י הרי"ן (בשטמ"ק), ב"ב עו ע"א, שמטלטלין לא נקנים בשטר כי קניינים נלמדים מפסוקים ובפסוק נזכר רק קנין קרקע בשטר - לפי זה לא מועיל שטר בחיוב כי בפסוק מדובר על קניית דבר מיוחד, וכאן אינו קניית דבר מיוחד. הוא מביא ראיה מכתובות קב ע"ב, ששם נאמר שערב חייב כי "שייך ליה לשעבודא דאורייתא" - מכאן שהתחייבות רגילה מועילה רק מדרבנן. הוא מוצא טעם נוסף: שהתחייבות בשטר לא מועילה מהתורה, על פי רמב"ם, הלכות עדות, ג, ד, שסובר שעדות בשטר לא מועילה מהתורה. הוא מביא שגם פתח הבית דף צג כתב ע"פ מה שהרשב"א מדמה דין התחייבות לדין "דאקני", שלפי זה, לרשב"ם, ב"ב קנו ע"א, ש"דאקני" משתעבד רק מדרבנן משום נעילת דלת, גם התחייבות מועילה רק מדרבנן, ומועילה גם במקום שלא שייכת נעילת דלת משום לא פלוג.

אבל בני שמואל, חו"מ, סי' ס (פז ע"ד), שו"ת מהרי"ט, ח"ב, חו"מ, סי' פא, שער המלך, הלכות מכירה, כב, טו, תומים, ס, ס"ק יא, בני יעקב, דף צ ע"ד (כמובא באמרי בינה שם), ושו"ת ברית אברהם, חו"מ, סי' כט, אות ט, הקשו למה צריך את הפסוק "יכיר" כדי ללמד שאב יכול לקבוע שבן מסוים שלו הוא בכור ויקבל פי שניים בנכסים שיבואו לו אח"כ, אף שאינו יכול לתיתם עכשו במתנה (קידושין עח ע"ב), הרי יכול להתחייב גם בדבר שלא בא לעולם - מכאן שהם סוברים שמדאורייתא יכול אדם לחייב את עצמו, באתם עדי או בשטר, לכל דעה, שהרי הם התייחסו לפסוק "יכיר". בשאלה האם התחייבות היא מהתורה או מדרבנן - ע"י ריא"ה הרצוג, פסקים וכתבים, כרך ט, סי' קיב, עמ' תכד-תכה.

¹¹³ ש"ך, חו"מ, מ, ס"ק ג, כותב שזה מועיל גם לרמב"ן ורשב"א הסוברים שהתחייבות בדיבור אינה מועילה.

¹¹⁴ כסף הקדשים, מ, א. כמו כן, דברי גאוניס, כלל מא, אות ב, מוכיח משו"ע, חו"מ, רנ, כה, שהמחייב את עצמו בשטר, וזיכה את השטר לשליש, המתחייב לא יכול לחזור בו, כי השליש זכה עבור המקבל. בשו"ע שם נאמר שלא מועיל אם אמר לשליש "יהי זה אצלך", ולא זיכה לו; ושם מדובר שכתב שטר חוב על עצמו או שטר מתנה; והוא מציין אמרי אש חו"מ סי' ד. על זיכוי השטר לאחר ראה בפסקה 1.

¹¹⁵ סמ"ע, מה, ס"ק ח (לא הזכיר מתנה) כותב בסתם שמועיל. ש"ך, מה, ס"ק ח (לא הזכיר מתנה), כותב שזה מועיל גם אם אין מנהג בעיר שסופר חותם בשם עד בדרך זו. וכן נתיבות המשפט, מה, ס"ק ב (לא הזכיר מתנה), כותב שמועיל מדין שליחות גם אם אין מנהג, אבל כותב שהשטר הזה לא ישמש ראיה, אם אין מנהג כזה, כי כל שאין מגוף השטר ראיה, אין לראותו כשטר. גם שואל ומשיב מהדו"א ח"א סי' רז, ומהדו"ב ח"ב סי' עד (סד ע"ד), כותב שמועיל גם לקבל ע"ע חיוב חדש. במהדו"ב שם נקט שמי שרוצה להתחייב בתינן ומצוה לאחר לחתום בשמו - זה מועיל כי האחר עושה רק מעשה קוף, כי העיקר הוא שעבוד הגוף והחותם משעבד בחתימתו את גופו של מי ששמו חתום.

¹¹⁶ קצות החושן, מה, ס"ק ב (לא הזכיר מתנה), כותב שכדי ליצור התחייבות (שאינה רק שטר לראיה), צריך חתימת המתחייב עצמו, ולא מועיל שיצוה לאחר לחתום, ואין לומר שמועיל מטעם שליחות; ורק אם יש מנהג שזה מועיל, זה מועיל. המחלוקת הובאה ע"י נ' רקובר, השליחות וההרשאה במשפט העברי עמ' 367, ושם הביא מחלוקת באופן כללי האם התחייבות של שליח כובלת את המשלח (המקורות שהביא לא הזכירו מתנה). על התחייבות בשטר ע"י נחל יצחק סי' סו, ס"ק ב, ענף א-ג, וסי' עד סי' ז.

¹¹⁷ רי"ף, כתובות סא ע"א (בדפי הרי"ף); פסקי הרי"א, כתובות פרק יב, הלכה א, אות ב, וב"ב פרק י, הלכה ז, אות ט (על האומר "הריני מתחייב לתת לך מנה" - לא הזכיר מתנה) (הובא בשלטי הגבורים, כתובות סא ע"א, בדפי הרי"ף); ר"א"ש, כתובות, פי"ב, סי' ב; שו"ת הרשב"א, ח"ד סי' קמה (על המחייב עצמו במזונות אשתו או בנו) (הובא בחוקות הדיינים, סוף סי' קסא); שו"ע, חו"מ, ס, ו; ח"י ר"ע איגור, חו"מ, מ, על ש"ך ס"ק א; שו"ת צמח צדק, חו"מ, סי' לב, אות א (על תנאים בשידוכין, אם אמר "האב התחייב את עצמו כך וכך").

התחייבות בקנין סודר יוצרת שעבוד נכסים, כך שהמקבל יכול לגבות גם מנכסים שמכר המתחייב.¹¹⁸

3. אמירה

אמר ראובן לשמעון בפני עדים: "מאה שקל אני חייב לך בשטר", חייב ראובן לתת לשמעון מאה שקל.¹¹⁹

משמעות לשון זו היא: "תוכל להיות בטוח בחוב זה כאילו היה לך עלי שטר כתוב וחתום בעדים כשרים".¹²⁰

מישרים, נתיב טו, ח"א, בסופו, דן במי שנתחייב בקנין לתת מתנה לחברו, ומישהו אחר ערב בעדו - האם הערב חייב בלי קנין (ראה חוק לישראל, ערבות, עמ' 58-60); מכאן שהמתחייב עצמו חייב. שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו"מ, סי' ל, אות ז (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, מ, ס"ק ג), כותב שאם כתוב בשטר שעשה קנין סודר, גם אם ידוע שלא עשה, חייב כאילו עשה, מדין הודאת בעל דין. דעה חולקת: ר"מ מלמד, בשו"ת משפט צדק, ח"ב, סי' י (כב ע"ב), כותב שמי שפירש את הסוגיה בכתובות קב ע"א בלשון הודאה, סובר שלשון התחייבות אינו מועיל אף בקנין. אבל הוא עצמו, בסי' יז הראשון (לד ע"ג), כותב שגם רש"י שפירש את הסוגיה בהודאה, מודה שלשון חיוב מועיל בקנין סודר; אך בדף לד ע"ד כותב שאפשר לומר קי"ל כאפשרות שלרש"י לא מועיל קנין סודר. ובסי' יז השני (לו ע"א) כתב שלרש"י מועיל קנין, ובדף לו ע"ב כתב שייתכן שיודה רש"י שקנין מועיל.

ראה פסקה 3, שאמרי בינה סובר שלפי ר"י מיגאש, ר"ף ורמב"ם, לא מועילה לשון התחייבות בקנין. וצריך לומר, שמה שכתב אמרי בינה שם (ד"ה והא) שהר"י מיגאש מסכים שאם מחייב ומשעבד עצמו וגופו על דעת לשלם מטבע או שווייה, חייב אם עשה קנין סודר - כוונתו היא למי שנקט בלשון הודאה.

¹¹⁸ יד רמה, ב"ב, פ"א, סי' כו; טור, חו"מ, ס, ט. גם שו"ת הריב"ש סי' שמה (עמ' תנה), כותב שהנותן בלשון שעבוד, כגון המקבל עליו לזון את בת אשתו, אם עשו קנין, גובה מנכסים מכורים. פתחי חושן, קניינים, פ"ח הערה יב, כותב שרק אם בנוסף על הקנין אמר "אתם עדי", יכול גם לגבות מנכסים מכורים.

דעה חולקת: כנה"ג, חו"מ, ס, הגהב"י אות כו, כותב שלפי חידושי הרמב"ן, כתובות כ ע"א, המובא בב"י, חו"מ, לט, מחודש יב, אינו יכול לגבות מנכסים מכורים, שהרי הוא אומר שבקנין יכול לטעון שפרע וממילא אינו יכול לגבות מנכסים מכורים.

¹¹⁹ רמב"ם, הלכות מכירה, יא, טו (לא הזכיר מתנה); טור, חו"מ, סי' מ, ג, בשם הרמ"ה (לא הזכיר עדים); כך הסביר פרישה, חו"מ, מ, א, שלרמ"ה מדובר שמחייב עצמו, אבל ב"ח, חו"מ, מ, ד, כותב שלרמ"ה מדובר בהודאה, וסי' ס, ט (כמוסבר בשו"ת עבודת הגרשוני, סי' קיז); ס' התרומות שער מב ח"א אות ט (חיוב עצמו ולא הודאה, גם בדעת הר"ף והרמב"ם, שכיון שאלימא מילתא דשטרא אינו יכול לטעון "משטה אני בך"); שו"ת הרשב"א, ח"ג, סי' כו (לא הזכיר מתנה); בדק הבית, חו"מ, מ, א, ושו"ע, חו"מ, מ, א. ר"ן על הר"ף, כתובות סא ע"א (בדפי הר"ף), ומגיד משנה, על הרמב"ם שם (הובא בשו"ת משפט צדק, ח"ב, סי' יז השני, דף לה ע"ג), וגדולי תרומה, על ס' התרומות שער מב ח"א אות ט, כותבים שזו גם דעת הר"ף שם.

ברכי יוסף, חו"מ, סי' מ, ס"ק ב (עג ע"א), כותב שגם לפי הראב"ד, מועיל "חייב אני לך" בעל פה, שהרי לא השיג על רמב"ם ה' מכירה שכתב שמועיל בלי שטר. והוא מקשה ששו"ת נחלה ליהושע, סי' יב (טז ע"ג), הוכיח שלראב"ד בתשובתו המובאת בס' התרומות שער מב, הודאה לא מועילה אם ברור שהיא שקר (בפשטות יש לומר שדרך התחייבות מועילה יותר מהודאה שקרית). הוא מציין (בדף עג ע"ב) שחידושי הגרשוני חו"מ סי' ס, כתב שטור סי' ס סובר רמב"ם שמועיל בלי שטר.

שו"ד, חו"מ, מ, ס"ק ג, כותב שבהתחייבות בדיבור, המקבל אינו יכול לגבות מנכסים שמכר הנותן. דעה חולקת: ב"י שם כותב שלר"ת, רמב"ן (חי הרמב"ן, כתובות קא ע"ב, מדבר רק על "אתם עדי", אבל נימוקו, שאי אפשר להתחייב בדיבור, טוב גם לנידונו) ורשב"א (ולרמב"ן ורא"ש זו גם דעת הר"ף) אינו מתחייב בדיבור. גם דרישה, חו"מ, מ, א, כותב שלר"ת לא מועיל דיבור בלבד. אבל טור, חו"מ, ס, ט, מביא שהרמב"ן אומר שהמקבל על עצמו התחייבות בלי קנין ובלי שטר, מתחייב, אלא שאי אפשר לגבות מנכסים שמכר; פרישה, חו"מ, ס, ט, הסביר שכוונתו היא שמועיל בלי שטר ובלבד שיהיה בכתב ידו (וכן הסביר ש"ך, חו"מ, מ, ס"ק ה, הובא בברכי יוסף חו"מ, מ, ס"ק ב); אבל ב"י, חו"מ, ס, ט, כנסת הגדולה, חו"מ, ס, הגהב"י אות כו, גידולי תרומה על ס' התרומות שער סד, ח"א, אות ב, וב"ח, חו"מ, ס, ט (גם בשם מהרש"ל בביאורו לטור שם) מסבירים שזה בכלל לא בשם הרמב"ן שם אלא דברי הטור עצמו.

שו"ת חכם צבי, סימן נז, כותב שמאחר שבמקרה זה הוא פטור לפי הרבה פוסקים שהביא הש"ך, מפני שזה פטומי מילי, ויכול לומר "משטה אני בך", אף שלדעת הרמב"ם מועיל, מ"מ לא מוציאים מיד המוחזק (נידונו - תנאים בשידוכין).

¹²⁰ פרישה, חו"מ, מ, ג. נימוק אחר: פתחי חושן, קניינים, פ"ח הערה ה נימק שלשון זו מועילה מפני שסתם שטר הוא בעדים, וכיון שאמר בפני עדים את המלה "בשטר", הוא כאילו אמר להם "אתם עדי", כי כל תוספת לשון מחזקת את דיבורו, וכמו שהתוספת "אתם עדי" מועילה לחזק את דיבורו, כך גם האמירה "בשטר". וכתב שאותו הדין הוא אם אמר "חייב אני לך בכתב ידי".

פני יהושע, כתובות קב ע"א (ד"ה בא"ד ואין), כותב שחיוב חדש מועיל מטעם הודאה, שהודה שהוא חייב לעשות כך וכך, משום חוב שהיה לו פעם או בגלל דבר טוב שהמקבל עשה לו; וגם אם לא עשה לו שום טובה, כיון שנקט "חייב אני לך", אפילו בדיבור בלבד, אגן סהדי שגמר והקנה. והוא כותב שלרש"י המקור לכך הוא "הן צדק" - שיהא הן שלך צדק, שכל שאמר דיבור גמור כגון "אתם עדי" באופן שהלה סמך עליו (כמו שלומדים משם מתנה מועטת, בב"מ

כמו כן, אם אמר בפני עדים: "אתם עדי [או: הוּו עלי עדים], שאני חייב מאה שקל לשמעון", חלה בכך התחייבותו.¹²¹

יש מי שאומר שהתחייבות לתת מתנה בדיבור תקפה רק אם נקט בלשון הודאה, כגון "אני חייב לפלוני מאה שקל", ואז ההתחייבות תופסת מכח הכלל "הודאת בעל דין היא כמאה עדים", גם אם שני הצדדים והעדים יודעים שמעולם לא היה חייב לו, ושהחפץ אינו של פלוני, וזה מוגדר קנין "אודיתא"; אבל אם נקט בלשון התחייבות, כגון "אני מתחייב לתת לפלוני מאה שקל", או "אני נותן חפץ זה לפלוני", אין לזה תוקף, משום שאין אדם יכול לקבל על עצמו התחייבות בדברים בלבד.¹²²

מט ע"א), אגן סהדי שגמר ומקנה, ופריעת בעל חוב מצוה (שבכתובות פו פירש רש"י שזה נלמד מ"הן צדק") וכופים עליו לקיים את המצוה.

ערוך השולחן, חו"מ, מ, א, מסביר שהרמב"ם סובר שאדם יכול לשעבד את גופו לחיוב ממון באמירה, כמו ערב, וכמו שנאמר בב"מ צד ע"ב "בעלים משתעבדים באמירה" (והוא מביא גם את הדעה הפוסרת). פסקים וכתבים (הרצוג), חלק ט, סי' קיא (עמ' תו), מסביר שאמירת "בשטר" או "אתם עדי", היא פורמליות שמלמדת על גמירת דעת מצד המתחייב. והוא מביא את הדעה שלא מועילה התחייבות בעל פה.

הרב הרצוג, @60@, The Main Institutions of Jewish Law 59, ח"ב, עמ' 45-46, כותב שבהתחייבות בדיבור אי אפשר לומר שהיא תקפה מכוח שעבוד הגוף, מדן עבדות (כפי שהסביר לענין התחייבות בשטר - ראה פסקה 1), שהרי עבד אינו נקנה בדיבור; והוא מעלה אפשרות שהתחייבות בדיבור מועילה כי היא כמו שבועה, וזה נוצר (כלומר, זו תקנת חכמים) כדי למנוע את הצורך בשבועה כדי ליצור הסכם מחייב.

ראה פסקה 1, שאמרי בינה כותב שגם לדעה שמועילה התחייבות בשטר, זה מועיל רק מדרבנן; וכל שכן שיאמר כך בהתחייבות בדיבור; וראה שם, שהוא הביא אחרונים שסוברים שמועיל מדאורייתא גם בדיבור. וראה פרק ג, 3, שקצות החושן אומר שנכסים שיקנה בעתיד משתעבדים רק מדרבנן.

סמ"ע, מ, ס"ק א, כותב שגם מי שאומר ש"אתם עדי" לא מועיל, מודה ש"בשטר" מועיל בהתחייבות חדשה (לא הזכיר מתנה).

¹²¹ רמב"ם, הלכות מכירה, יא, טו; ב"י, חו"מ, מ, א, בדעת הרמ"ה; בדק הבית, חו"מ, מ, א, ושו"ע, חו"מ, מ, א.

בני אהרן, סי' עז (פז ע"א), מדגיש שלרמב"ם חייב (כאן ובמקרה הקודם) גם אם גילה דעתו שאינו מתכוון להודאה. ראה פסקה 6, ששערי תורה אומר שמהריב"ל סובר שמועילה התחייבות חדשה בלשון "אתם עדי" באמירה; וראה שם, שעולה מדבריו שאם התחייב באמירה בפני בית דין, מועיל גם בלי "אתם עדי". בשאלה האם מועילה התחייבות בבית דין בדרך חיוב חדש או בדרך הודאה בלי "אתם עדי", עיין פד"ר כרך ו, עמ' 239-235.

משכנות יקב חו"מ סי' נד, מוכיח מטור סי' ס, שלרמב"ם האומר "הריני מתחייב לך עתה" מועיל ב"אתם עדי" בלי קנין או שטר (שלא כמו קצות החושן דלהלן).

חידושי חתם סופר, ב"ב קעה ע"ב (ד"ה עיין), כותב שהראב"ד מסכים לרמב"ם שכאן חייב בלי קנין, שהרי לא השיג עליו.

דעה חולקת: ח"י הרמב"ן, כתובות קא ע"ב, כותב שאם אמר בפני עדים: "אתם עדי שאני מחייב עצמי מאה שקל לשמעון", אינו מתחייב, כי אי אפשר להתחייב בדברים בעלמא (לא הזכיר מתנה). דרישה, חו"מ, מ, א, כתב שהטור לא הביא את דברי הרמב"ם המחייב כאן, משום שהכל חולקים עליו בזה; וסמ"ע, מ, ס"ק א, תמה מדוע שו"ע ורמ"א לא ציינו שרבים פוטרים כאן. מגיד משנה, הלכות מכירה, יא, טו, כותב בשם הרשב"א, שלא מועילה התחייבות בלשון זו, אלא אם עשה קנין.

שי"ד, חו"מ, פא, ס"ק ו, כותב שרוב הפוסקים פוטרים כאן.

פני יהושע, כתובות קב ע"א (ד"ה ור"ת), כותב שלפי ר"ת, "אתם עדי" לא מועיל בחיוב חדש כי זה לא שייך. ואח"כ (בד"ה בא"ד ואין) שוב כתב שלפי ר"ת יכול לחייב עצמו חיוב חדש רק בשטר או בקנין.

ראה פרק ה, 6, שר"מ לפישיץ אומר שלפי רש"י מועילה התחייבות בלי קנין תמורת קבלת כסף, אבל לא בחינם - כלומר התחייבות לתת מתנה חלשה יותר.

נתיבות המשפט, ס, ס"ק ג, מביא שהר"ן פוטר ב"אתם עדי" (זה קשה, שהרי ר"ן על הרי"ף, כתובות סא ע"א, בדפי הרי"ף, חולק על הרמב"ן האומר כך; ואולי בנתיבות המשפט יש טעות סופר, ובמקום "שפירש הר"ן לשיטתו דס"ל דאתם עדי אינו מועיל", צ"ל "לשיטה"). אך בסי' מ, ס"ק א, הוא כותב שגם החולקים על הרמב"ם פוטרים רק אם אמר בלשון שאין לפרשה כהודאה שהוא חייב לו מכבר, אלא כקבלת התחייבות מעכשו, אבל אם אמר ראובן בסתם "אני חייב לשמעון מאה שקל", מפרשים זאת כהודאה, וחייב גם אם הודה שמעון או שעדים מעידים שבאמת מעולם לא היה חייב לשמעון, ואינו יכול לחזור בו בטענה שלא התכוון להודאה אלא להתחייבות חדשה (שאינה מועילה), משום שבסתם מפרשים שהתכוון להודאה (משמע שהרמב"ם עצמו מחייב גם בלשון התחייבות, שלא כקצות החושן שבסמוך); ורק אם שמעון מודה שהודאת ראובן היתה בטעות, ראובן פטור. בחידושים, ס"ק ג, כותב שכיון שבלשון התחייבות יש מחלוקת, אפשר לטעון קי"ל.

¹²² קצות החושן, מ, ס"ק א, וסי' ס, ס"ק ח (הובא בבאר יצחק, גיטין לו ע"א, ד"ה ועי' בקצוה"ח), בדעת הרמב"ם

והשולחן ערוך; אמרי בינה, דיני הלוואה, סי' טו, בדעת הרמב"ם. קצות החושן מציין שגם כסף משנה על הרמב"ם שם (הובא גם בנתיבות המשפט, ס, ס"ק ג) הבין שטעם הרמב"ם הוא משום הודאה. הוא מביא ראייה מנימוקי יוסף, ב"ב סט ע"ב (בדפי הרי"ף) (הובא גם בשו"ת פני משה, ח"א, סי' סד, דף קמט ע"ג, ובשו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ, סי' יט, דף ל ע"ב), האומר בשם הריטב"א וחכמי פרוניצא (ומקורו בחידושי הריטב"א, כתובות קב ע"א), שהמחייב עצמו בלשון הודאה, אע"פ שידוע שלא היה חייב קודם, הוא מחוייב - משמע שזה לא מועיל בלשון התחייבות. אך הוא מציין ששי"ד ופני יהושע כתובות קב וכמה אחרונים הבינו שלרמב"ם אפשר להתחייב בדיבור בעלמא.

אבל מי שסתם מבטיח לתת לחברו מתנה, שלא באחת הדרכים הנ"ל, אינו חייב לתת¹²³.

4. נתינת משכון או שעבוד נכסים

האם התחייבות לתת מתנה מקבלת תוקף באמירה גרידא (כלומר שלא באחד האופנים המתוארים בפסקאות 1-3), ע"י כך שהמתחייב משעבד משכון או את כל נכסיו לאחריות המתנה?

לפי דעה אחת, אם אמר ראובן לשמעון: "אתן לך מנה במתנה", ונתן לו משכון עליו, לא קנה, כי "מנה אין כאן, משכון אין כאן"¹²⁴. כלומר, מאחר שהוא יכול לחזור בו מעצם מה שאמר שיתן מתנה, גם המשכון אינו

ח"י הריטב"א, כתובות קא ע"ב (ד"ה גמרא) (הובא בשו"ת בני אהרן, סי' עז, דף פו ע"ד), כותב בדעת רש"י שלא מועילה התחייבות בדיבור, ורק הודאה מועילה, ולכן אם אמר "אתם עדי" ואמר בפניהם "חייב אני לך מנה", חייב מטעם הודאה, כי בוודאי התכוון להודאה (לא הזכיר מתנה).

ר"מ מלמד, בשו"ת משפט צדק, ח"ב, סי' י (כב ע"ב), כותב שאפשר לומר קים לי כדעה שלא מועיל לשון חיוב אלא רק לשון הודאה.

אמרי בינה, דיני הלוואה, סי' טו, מוכיח שלדעת הרמב"ם, לא מועילה לשון התחייבות, שהרי שו"ת ר"י מיגאש סי' צו כתב, שהכותב בשטר "נתחייב פלוני לפלוני כך וכך בתורת חיוב", השטר בטל, כי א"א להקנות מטבע בחליפין, ומועיל רק בהודאה, שיאמר "אני חייב לפלוני כך וכך" ויעשה קנין, ואם רוצה לעשות זאת בתנאי, יאמר "יש לפלוני אצלי כך וכך על תנאי שיעשה כך וכך", ומפרשים שהחוב מעיקרא היה על תנאי זה; ובסי' קו הסביר את דברי הגמרא על "חייב אני לך מנה בשטר", שהוא בלשון הודאה, ולא בלשון הקנאה; ובסי' קנג כתב שבלשון שמחדש על עצמו חיוב לא מועיל, אלא בדרך הודאה; וברור שזו דעת הר"י כיון שר"י מיגאש תלמידו כתב בשמו בסי' צו שלשון הקנאה לא מועיל אף בקנין ומועילה רק לשון הודאה (נראה שכוונתו לומר שכיון שר"י מיגאש והר"י סוברים כך, מסתבר שגם הרמב"ם סובר כך; ולפי זה יוצא שלפי אמרי בינה הרמב"ם סובר שגם בשטר לא מועילה לשון התחייבות, שהרי ר"י מיגאש עוסק בשטר; וכך גם בקנין, שהרי ר"י מיגאש אומר שצריך לשון הודאה עם קנין, משמע שלשון התחייבות עם קניין לא מועילה). הוא כותב שאפשר לפרש את מה שהר"י בכתובות כתב שבכתובות שם מדובר "במאן דקביל על נפשיה מילתא דלא הוה מיחייב בה", היינו בדרך הודאה, וחייב גם אם אנו יודעים שלא היה חייב לו קודם (גם בני אהרן סי' עז, דף פו ע"א, ומחנה יהודה (אשכנזי), חו"מ, מ, ג, העלו אפשרות לפרש כך את דעת הר"י, אבל בני אהרן, דף פח ע"א, פירש שהר"י התכוון להתחייבות ממש). הוא מסביר שמה שהרמב"ם מביא ראייה מערב אף ששם זה לא הודאה אלא התחייבות חדשה - הוא רק כדי להוכיח שיכול אדם לשעבד עצמו בלי קנין; ואף שנקט הרמב"ם "הריני חייב לך מנה", ו"הריני" הוא לשון להבא כאמור בגיטין לג ע"א, י"ל ש"הריני" משמעו גם לשון להבא וגם לשון הודאה, ובכל תחום מפרשים את כוונתו באופן שמועיל באותו תחום, לכן כאן נפרש זאת כהודאה; אבל האומר "אני מתחייב" שאינה לשון הודאה בכלל, לא תועיל. והוא כותב שאף בלשון הודאה, חיוב בדבר שאינו חייב אף בשטר, מועיל רק מדרבנן (ראה בשמו בפסקה 1, לגבי התחייבות בשטר).

גם ר"מ בנבנשתי, בשו"ת פני משה ח"ג סי' לג (נב ע"ג), נוקט שדברי השו"ע "חייב אני לך מנה בשטר" או בקנין סודר הם על התחייבות בדרך הודאה. שו"ת משפט צדק, ח"ב, סי' י (כב ע"ב), כותב שאפשר לומר קי"ל כדעה שמועילה רק לשון הודאה ולא לשון התחייבות.

כמו כן, ברכי יוסף, חו"מ, מ, ס"ק ב (עא ע"ד), מסביר שהרמב"ם מסתמך על המקרה של איסור גיורא, משמע שסובר שזה דווקא בלשון הודאה.

נראה שמי שסובר שהודאת בעל דין מועילה מטעם התחייבות (ראה פסקה 6) לא יכול לסבור כקצות החושן שרק לשון הודאה מועילה ולא לשון התחייבות.

ידיו של משה, חידושים על כתובות קא ע"ב (קנט ע"ד), מקשה, מדוע רמב"ם מצריך "אתם עדי", הרי בה"ל טוען, ז, א, כתב שהמודה בלי תביעה חייב גם בלי "אתם עדי", וכאן מדובר שמודה בלי תביעה. קושיה זו קשה רק לפי ההבנה שהרמב"ם מחייב כאן מטעם הודאה. ויש להעיר שש"ך סי' פא מצריך גם שם "אתם עדי".

¹²³ שבועות לה ע"ב; ירושלמי שבועות, ו, ו. שם נאמר שאין חיוב קרבן שבועת העדות במי שנשבע שאינו יודע עדות על הבטחה כזאת, ואין חיוב להישבע על הכחשת ההבטחה, כיון שגם אם באמת הבטיח, אי אפשר לתבוע ממנו ממון. ובעקבותיהם, רמב"ם, הלכות טוען, א, טו (הובא בטור, חו"מ, פז, לט, ובשו"ע, חו"מ, פז, כה), כותב שהתובע את חברו "אמרת שתתן לי מנה", וכפר, לא חייב שבועת היסת, כי גם אילו הודה לא היה חייב כלום. כמו כן, מלחמות ה', ב"ק כז ע"ב, בדפי הר"י (הובא בקצות החושן, כקג, ס"ק א), כותב שהאומר "שדי נתונה לך" יכול לחזור בו כל זמן שהלה החזיק לא בה.

על אופני התחייבות ע"י ימי יוסף בתרא חו"מ סי' כג, לב. בעי חיי חו"מ סי' ח"א סי' קסד (קצו ע"א): במחלוקת האם מטבע נקנה בלשון חיוב, מהרח"ש בתשובה במשפט צדק ח"א סי' ב, פסק שמועיל. ע"י משפט צדק ח"ב סי' ל, נו, וח"ב סי' א-ג.

¹²⁴ תוס', קידושין ח ע"ב (ד"ה מנה); רא"ש, קידושין, פ"א, סי' י (הובא בקצות החושן, יב, ס"ק ב) (על האומר לתת מתנה לחברו ונתן על כך משכון, ונימק, כי לא ייתכן שעבוד נכסים בלי שעבוד הגוף); מרדכי, קידושין סי' תפב ("מנה אני נתן לך") (גם בשם ר' יצחק מווינה); מישרים, נתיב טו, ח"ב (נתן לו מנה במתנה, והניח לו משכון עליה); הגהות מיימוניות, הלכות אישות, פרק ה, אות י (בשם ר"י); תוספות ר' שמואל בר יצחק, קידושין ח ע"ב; חידושי הריטב"א, קידושין ח ע"א (גם בשם הראב"ד) (על האומר "אתן לך מאתיים וזו והרי לך משכון עליהם").

כמו כן, תומים, ס, ס"ק יב, כותב (בלשון "אוליי") שאם אמר "הריני נתן לך מאה זהובים" וקבל עליהם אחריות, פטור, כי אין באחריות חיוב בפני עצמו אלא הוא סובב על המתנה, ומתנה אין כאן, אחריות אין כאן.

מוסיף מפני שאי אפשר לשעבד נכסים לדבר שלא נתחייב בו¹²⁵. כדי שיחול משכון על חיוב זה, צריך הנותן להקנות את המנה בקניין (סודר), ולהקנות את השיעבוד על המשכון, ולתת לו את המשכון, ואז יחול השיעבוד על המשכון¹²⁶.

אבל יש אומרים שהמשכון תופס במקרה הראשון¹²⁷.

לפי הסבר אחד, לא נתחייב גופו לתת את המתנה, ובכל זאת זוכה המקבל במשכון לשעבוד המתנה, ואף שבדרך כלל הנכסים הם ערבים בעד האדם, הרי ייתכן שעבוד נכסים גם בלי שעבוד הגוף¹²⁸.

הסבר אחר הוא, שמדובר שהתחייב תחילה במנה (חיוב הגוף) ונתן משכון על זה, ולכן המשכון חל, אבל אם לא חייב את עצמו מקודם, אין לו קנין בגוף המשכון כי הוא מקנה אותו רק לשעבוד המנה ובאמת אינו חייב לו כלום, ואין שעבוד הגוף¹²⁹.

¹²⁵ רא"ש שם.

¹²⁶ ר' יהודה בר' יצחק, במרדכי שם סי' תפג, הובא בדרכי משה, חו"מ, רמא, ס"ק א. מישירים שם כותב שמועיל אם הקנה לו את גוף המשכון לדמי המתנה, כלומר, הוא אינו מתכוון שימשמש משכון, אלא שהחפץ יבוא במקום הכסף שרצה לתת במתנה; כנראה, כוונתו היא שכשיהיה לו כסף, יתן לו את הכסף ויקח את המשכון חזרה, ונמצא שהחפץ שימש בתפקיד שבעבורו בדרך כלל לוקחים משכון, אבל היה קנוי למקבל ממש, שלא כמשכון.

קצות החושן, קצ, ס"ק ו, ואבני מילואים, כט, ס"ק יא, כותב שלפי הראב"ד המובא בר"ן בקידושין שם, אם אמר "זכה במשכון שיעור מנה", קנה את החפץ בשווי של מנה, אלא שהנותן יכול לתת לו כסף ולקחת את החפץ חזרה, כי הוא כאילו עשה תנאי שיכול לסלקו בכסף (לא הזכיר מתנה בפירוש).

¹²⁷ עיטור, מאמר שני, קנין, ליד אות נב (הובא בתשובות מיימוניות, ספר משפטים, סי' סז, בהגהות מיימוניות, דפוס קושטא, הלכות מכירה, פרק כג, בבני שמואל, חו"מ, סי' ס, דף פח ע"א, ובש"ך, חו"מ, רמא ס"ק ב); רא"ש שם בשם "יש מפרשים" (שע"י משיכת המשכון זכה במתנה); מרדכי שם סי' תפג, בשם "יש אומרים" (כי משיכת המשכון היא במקום משיכת המתנה); מישירים שם, בשם "יש אומרים". העיטור מנמק, כי הכסף אינו קונה שום דבר (כלומר, הוא לא נועד להקנות משהו, שלא כבקידושי אשה, ששם המקור ל"מנה אין כאן, משכון אין כאן"), שנאמר "מנה אין כאן, משכון אין כאן", אלא נתן לו מתנה, ולכן זכה במשכונו.

נראה שמה שכתב הרא"ש שלדעה זו "זכה במתנה", אין פירושו שהנכס נכנס לבעלותו, וזו מתנה לאלתר - שהרי אין מנה מסוים שהבטיח לתת לו, אלא כוונתו היא שרכש זכות, וזו התחייבות.

כמו כן, חידושי הרמב"ן, קידושין ח ע"ב, כותב שהאומר לחברו "הריני חייב לך מנה", כלומר מחייב אני עצמי לך במנה, וקנה לו כלי למשכון עליו, מאחר שמשך את הכלי, קנה את הכלי לשעבוד (ודוקא בקידושין זה לא מועיל כי הוא כמקדש במילוה) (לא הזכיר מתנה).

בינת דניאל, ח"א, סי' נב, מסביר שלרמב"ן קנה את המתנה, מפני שלדעתו משיכה קונה משכון אע"פ שהוא רק שעבוד, וע"י משיכת המשכון, השתעבד לו המשכון עד שיתן את המתנה.

פני יהושע, קידושין ח ע"ב (ד"ה תוס'), כותב במסקנתו שהנותן חייב לתת מפני שכל שסמכה דעת המקבל, חייב המתחייב בדיבור בלבד (כוונתו היא, שכיון שנתן משכון, בוודאי סמכה דעת המקבל). הוא רומז בכך לדין בב"מ מט ע"א, שהמבטיח מתנה מועטת, הוא מחוסר אמנה אם לא יקיים, מפני שסמכה דעתו של המקבל שיתן; אבל יש להעיר ששם אין זה חיוב משפטי אלא הוא רק מחוסר אמנה.

מאירי קידושין ח ע"א (ד"ה התקדשי), מביא את שתי הדעות: הוא מביא שתוס' (אינו בתוס' לפנינו) כתבו שאם הניח משכון על מתנה, קונה, ורק באשה אינה מקודשת כי צריך כסף כדי לקנותה ואין כסף בעין. ולפי המהדיר שם, הערה 6, כך הדין גם לפי ההסבר הראשון שהוא מביא שם, שבקידושין ובמכר לא מועיל משכון כי לאשה ולקונה אין סמיכות דעת כי הבעל והמוכר משיירים בחפץ זכות לעצמם. ואח"כ הוא מביא שגדולי ההר כתבו שבמתנה לא קנה, ומוסיף שגם לפי ההסבר ל"מנה אין כאן משכון אין כאן", שמשכון נקנה רק אם מקבל המשכון נותן משהו, יוצא שראובן שנתן מנה לשמעון במתנה והניח משכון עליה, אינה מתנה. המחלוקת מובאת גם בבית הלוי, ח"א, סי' כג.

¹²⁸ אבני מילואים, כט, ס"ק י, בדעת הרמב"ן שם והרשב"א (אך לא מפורש בחידושי הרשב"א בקידושין שהמשכון משועבד), על מתנה. הוא מסביר שהרשב"א לשיטתו, בשו"ת הרשב"א ח"א סי' אלף ג, שערב יכול להיות חייב בלי חיוב הלווה (ראה חוק לישראל, ערבות, עמ' 421-423), ולכן גם כאן במתנה משתעבד למשכון אף שאין לווה; והוא לשיטתו במוכר שטר חוב, שיכול להיות שעבוד נכסים בלי שעבוד הגוף; ואילו הרא"ש, כתובות, פ"ט, סי' י, חולק עליו לענין מוכר שטר חוב, כפי שהוא חולק עליו לענין "מנה אין כאן וכו'" ואומר שהטעם הוא שלא ייתכן שעבוד נכסים בלי חיוב גופו. גם פד"ר כרך ו, עמ' 322, וחי' פוברסקי, דיני ישראל, יב, עמ' קסג-קסה, אומרים כמו אבני מילואים, שישוד המחלוקת ב"מנה אין כאן, משכון אין כאן" היא האם ייתכן שעבוד נכסים בלי שעבוד הגוף, וחי' פוברסקי מסביר כמו אבני מילואים ע"פ שו"ת הרשב"א שם.

¹²⁹ אמרי בינה, דיני הלוואה, סי' יד, בדעת הרמב"ן והרשב"א. נראה שאין כוונתו שמדובר שתחילה התחייב בקנין סודר או בשטר (הרי לרמב"ן ולרשב"א לא מועילה אמירה לחייב גם ב"אתם עדי" - ראה פסקה 3), אלא די באמירה כדי להראות שהוא רוצה להתחייב חיוב הגוף, ואז המשכון יכול לחול. לא ברור האם יכול המקבל לגבות משאר נכסיו, מכוח שעבוד גופו; אם נניח שהוא יכול, צריך לומר שהוצרך לייחד משכון כדי לגלות גמירת דעת שהוא באמת רוצה להתחייב.

יונת אלם, סי' יד (עמ' כג) מסביר שגם לרמב"ן לא מועיל שעבוד נכסים בלי שעבוד הגוף, אלא שלדעתו משיכת המשכון יוצרת גם שעבוד הגוף, לשיטתו במלחמות ה', שבועות כו ע"א (בדפי הרי"ף), שמלוה קונה משכון גם

עמדת ביניים היא, שאם נתן לו משכון על מנת שיתן לו מנה, אין עליו התחייבות לתת את המנה, אבל יכול לעכב את המשכון עד שיתן את המנה.¹³⁰

עד כאן דננו בשאלה האם נוצרת התחייבות כובלת ע"י נתינת משכון בעד המתנה שהובטחה. שאלה דומה היא כשמבטיח המתנה שיעבד את כל נכסיו כאחריות למתנה - האם נוצרת בכך התחייבות כובלת?¹³¹

הרי"ף¹³² פסק שאם ראובן אמר לעדים "קנו ממני וכתבו וחתמו שנתתי לשמעון מאה זהובים", וכתב שעבוד מאה זהובים אלו על כל נכסיו כלשון השטרות, אבל לא היו בידו מאה זהובים אז - המתנה בטלה כי אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, וגם אם היו בידו אז, לא מועיל כי אין מטבע נקנה בחליפין, ואף שיש שעבוד בשטר, הרי כיון שהקנאה לא מועילה, גם השעבוד אינו כלום, כמו שנאמר "מנה אין כאן משכון אין כאן".

במישכנו בשעת הלוואתו, ולכן יכול למכור את החוב לאחר ע"י המשכון, הרי שהמשכון הוא גוף החוב, ולכן משיכת המשכון יכולה ליצור את החוב כמו קנין סודר, כי משיכת המשכון היא כמשיכת החוב; והרא"ש חולק, לשיטתו בקידושין, פרק א, סי' י, שאם מישכנו בשעת הלוואתו אין המשכון נקנה, ולכן משיכת המשכון לא יכולה להיות מעשה קנין על עצם החיוב, כמו שגם לרמב"ן, אם אמר "אני מקנה לך שעבוד נכסים בקרקעות ועי"ז אתחייב במנה זה", לא מועיל (זה נגד דברי הרמב"ן בתשובה שתובא בהמשך!), מפני ששעבוד נכסים אינו יכול להיות מעשה קנין על חיוב, כי גם כשהחיוב קיים, אינו יכול למכור את החיוב ע"י השעבוד, ויכול למכור רק את שעבוד הנכסים ע"י מכירת השטר.

גם א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 50, כותב שגם לרמב"ן ורשב"א, יש שעבוד הגוף כאן. אמרי בינה כותב שגם לפי אבני מילואים (כך נראית כוונתו, שהוא מתכוון לומר כך גם בדעת אבני מילואים), גם לרשב"א אם מזכה לו משכון על מנה ואינו אומר "קנה במשכון לשעבוד מנה", לא מועיל.

¹³⁰ הרי"ב מרגנשבורק, במרדכי שם, סי' תפד, בשם ר"ת (הובא בדרכי משה שם, ובש"ך, חו"מ, ס, ס"ק כב). תוס', קידושין ח ע"ב (ד"ה מנה), הביאו שר"ח כהן אמר כך בשם ר"ת, על מקרה שהתנה ואמר לו "אתך לך מנה במתנה והילך משכון ואל תחזיר לי עד שאתן", שיכול לעכב את המשכון עד שיתן.

אבני מילואים, כט, ס"ק יא (וכמוהו מסביר גם יונת אלם, סי' יד, עמ' כג), מסביר שבמקרה זה אין למקבל קנין בגוף החפץ, וגם אין זה יכול לפעול כמשכון כי לא היה עליו חיוב הגוף לפני כן; אלא שהנותן מוחל על תביעתו (לקבל את החפץ חזרה) עד שיתן את הכסף (נראה שהוא מסתמך על הכלל שמחילה אינה צריכה קנין). אבל הוא כותב שהרא"ש סובר שגם במקרה זה אינו יכול לעכב את החפץ, שהרי לא הביא דין זה של רבנו תם. בד קודש (פוברסקי), ח"ה, סי' מ, מקשה על הסבר זה, מה שייכת מחילה על חפץ בעין? לכן הוא מסביר שיש למקבל זכות להחזיק את החפץ בידו עד שיתן לו הנותן את הכסף, וזו זכות שימוש בחפץ כמו זכותו של שואל להשתמש בחפץ, וכאן השימוש הוא שעל ידי זה מכריח את הנותן לתת.

בינת דניאל, ח"א, סי' נב, סופו, מסביר שר"ח סובר שאף שהמשכון אינו משתעבד כערבות בעד הנותן, שהרי אין עליו חיוב הגוף, מ"מ כאן לא נתן לו בתורת שעבוד אלא בתורת בטחון, וזה מועיל ככל תנאי בממון.

פני יהושע, קידושין ח ע"ב, ד"ה וכמו (הובא בשו"ת אבן שתיא, דון יחיא, סי' פד), מסביר שחייב מפני שכל תנאי בממון קיים, ומאחר שמסר את המשכון על חיוב זה, זה מראה שגמר בדעתו לתת, ודוקא במקרה הראשון לא מועיל, מפני שאין המשכון במקום הכסף ממש.

פתחי חושן, קניינים, פי"ט הערה ט כתב שדעה זו מודה שלא קנה ולא זכה בגוף המשכון ומ"מ יכול לעכב מדין עיכוב ולא מדין קנין, ונשאר בצ"ע מדוע יכול לעכב. ראה גם סעיף 1(ב) על משכון על דבר שלא בא לעולם.

נראה שזאת גם כוונת מאירי קידושין ח ע"א (ד"ה התקדשי), שאחרי שהביא את המחלוקת האם קנה את המתנה ע"י המשכון, מביא שרוב הגאונים כתבו שמתנה שהניח משכון עליה, זכה במשכונו - כלומר, שגם אם נאמר שלא קנה את המתנה, זכאי לעכב בידו את המשכון עד קבלת המתנה.

ים של שלמה, קידושין, פרק א, סי' יב, כותב שאם באיזו דרך הגיע המשכון חזרה לנותן, המקבל אינו יכול להוציא ממנו בדין, כי המשכון לא היה קנוי לו, ומהמתנה היה יכול לחזור בו.

הגהות דרישה ופרישה, חו"מ, רמא, ס"ק א, הביא שמרדכי אומר שמועיל לומר: "הרי לך משכון זה ע"מ שיהיה לך עליו שעבוד ממנו מנה שאני נותן לך במתנה". אך בהגהות והערות, על הטור השלם שם, העירו שאין זה מופיע במרדכי.

¹³¹ הבדל נוסף בין המקרים הוא שבמקרה דלהלן מדובר שהבטיח דבר שאינו בעולם (או שאינו ברשותו) וההתחייבות בפני עצמה תקפה שהרי יש שטר, אלא שיש בעיה של דבר שלא בא לעולם, והשעבוד או האחריות פותרים בעיה זו.

¹³² שו"ת הרי"ף (בלגוריל), סי' קסח, נדפס בדומה גם בתשובות הגאונים, אסף, תרפ"ז, סי' קטו, ובתשובות הגאונים, הרכבי, סי' תקיג (הובא בס' התרומות, שער סד, ח"ב, אות ג, בעיטור, מאמר שני, קנין, ליד אות מח, במאירי, קידושין ח ע"א, ד"ה התקדשי [על מתנה], בהגהת מרדכי, קידושין, סי' תפד [לא הזכיר מתנה], בתשובות מיימוניות, סי' משפטים, סי' סז [לא הזכיר מתנה], בטור, חו"מ, ס, יב, בשו"ע, חו"מ, ס, ו, בשו"ת הרמ"א, סי' צב, ובשו"ת בני אהרן, סי' עז, דף פו ע"א).

כמו כן, שו"ת רמב"ם (בלאו), סי' תכז, כותב שמי שכתב שטר מתנה בקנין מהיום ולאחר מיתה, על מטבעות, ושיעבד בית ביד המקבל על הכסף הזה, לא קנה המקבל כי מטבע לא נקנה בחליפין, וגם לא הקנה לו את גוף הבית, אלא עשאו משכון על הכסף, ו"מנה אין כאן, משכון אין כאן".

שו"ת לחם רב, סי' קנת, כותב שס' התרומות, שער מג, ח"ד, אות ו, והטור שם, סוברים כרי"ף, וכותב שאפשר לטעון קי"ל כרי"ף.

לעומתו, הרמב"ן¹³³ כותב שהנותן במתנה דבר שאינו ברשותו אלא שהוא עתיד לקנותו, ושיעבד נכסיו כאחריות להעמיד את המתנה בידי המקבל, חייב להעמידה בידו, ואם לא העמיד, גובה המקבל מן הנכסים מדין אחריות; ואין אומרים "מנה אין כאן, שעבוד אין כאן", כי אדם יכול לחייב את עצמו באחריות שאינו חייב בה, בדרך של התחייבות. בפשטות הרמב"ן חולק על הר"ף, וסובר שמאחר ששיעבד את נכסיו למתנה זו, חלה עליו התחייבות לתת את המתנה. וכך הסבירו רבים מן האחרונים¹³⁴.

אבל אחרים הבינו שהרמב"ן מסכים לר"ף, ומחייב רק אם חייב את עצמו במפורש לתת את המתנה, וקיבל אחריות להעמידה בידו, והחייב חל על גופו לעניין שחייב להעמידה בידו, אף שאין תוקף להקנת דבר שאינו ברשותו¹³⁵.

¹³³ שו"ת הרמב"ן סי' לח (הובא בס' התרומות, שער מג, ח"ד, אות ו, ובב"י, חו"מ, ס, יא). כמו כן, העיטור, מאמר שני, קנין, ליד אות נד (הובא בתשובות מיימוניות, ספר משפטים, סי' סז), כותב שהאומר "אני משעבד לך את כל רכושי עד שאתן לך כך וכך כסף", במכר או במתנה, קנה, מפני שכל דבר שמשעבד בקנין ומתנה, אף בדבר שאינו חייב, הקנין מועיל, ומה ש"קניין דברים" אינו מועיל הוא רק כשעושים קניין שלא יחזור בדבר שביניהם, ששם אינו מקנה לו כלום.

שו"ת הרשב"ש, סי' רפד, כותב שהמבטיח מתנה לחברו ואומר "ושעבדתי לך עצמי ונכסי", קנה. גם שו"ת הרשב"א, ח"ד, סי' רלג, כותב שהנותן מתנה וכתוב בה שעבוד נכסים משמעותו היא שהוא מחייב עצמו.

¹³⁴ גידולי תרומה, שער מג, ח"ד, אות ו; שו"ת פני משה, ח"א, סי' סו (קנט ע"ב), וח"ב, סי' יד (כו ע"ב) (וכתב בשני המקומות שאפשר לומר קים לי כר"ף); שו"ת לחם רב, סי' קנח; בני שמואל (חיון), חו"מ, סי' ס (פט ע"ב); בי' ליפשיץ, דיני ישראל יב, עמ' קנ.

א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 110, כותב שכך נראה מלשון הרמב"ן, שמחייב אף שלא חייב את עצמו במפורש, ורק משום שקיבל ע"ע אחריות נכסים, רואים את העיסקה כהתחייבות. הוא מביא ראיה משו"ת הרמב"ן סי' ט, שכתב בענין מתנה לחוד, שמועיל לומר "נתתי במתנה לחוד מאה זהובים, ושיעבדתי לה בקנין גמור כל נכסי שעבוד גמור לגבות מאה זהובים", שזה כלשון שבתשובת הר"ף, ובכל זאת הרמב"ן מחייב כי זו התחייבות. הוא מסביר בזה גם את מה שכתב שו"ת הרמב"ן, סי' לח, שמה שכתב העיטור אינו עיקר - שכוונתו לתשובת הר"ף המובאת בעיטור שם. שו"ת הרשב"א, ח"ב, סי' קצד, בסופו, כותב שתשובת הר"ף אינה ברורה כל הצורך, ושנראה שהעיטור חולק עליו. הוא כותב (ברמז, כמוסבר בהערה 28, במהדורת מכון ירושלים, וע"י א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 110), שהר"ף מודה שהאחריות תועיל אם קיבל על עצמו לשלם את שווי העיסקה אם לא יצליח המקבל לקבל, כשהאחריות אינה על המתנה עצמה (נידון - שנתן לו שטרות בנדוניה, בלי כתיבה ומסירה).

בי' ליפשיץ, דיני ישראל יב, עמ' קנ, הערה 92, מסביר את טעם הרמב"ן, שמה ששיעבד את נכסיו, אפשר להסיק שהתכוון להתחייב, והר"ף חולק מפני שלדעתו אין תוקף להתחייבות לתת מתנה.

ורהפטיג, שם, עמ' 111, מסביר שטעם הרמב"ן הוא שמאחר שמי שמתחייב משעבד את גופו ונכסיו, הרי שהשעבוד קשור באופן אינטגרלי להתחייבות עצמה, ולכן כדי ליצור ההתחייבות די בציון שעבוד הנכסים לעיסקה. בעמ' 109 (ובקיצור בעמ' 157), מסביר, שמאחר ששיעבד את נכסיו להתחייבות, וקיבל על נכסיו לבצע את מה שקיבל על עצמו, רואים בהתחייבותו חוזה אישי, שאין דרושים בו התנאים הדרושים בהקנאה, אלא מועיל גם בדבר שלא בא לעולם. את דעת הר"ף הוא מסביר (בעמ' 111), שלדעתו בכלל לא יכולה להיות התחייבות הגוף, וחווה לתשלום כסף כפוף לתנאים של הקנאה, ולכן לא מועיל להתחייב בדבר שלא בא לעולם; וגם שעבוד הנכסים לצורך המתנה אינו יכול להפוך אותה ממתנה להתחייבות.

¹³⁵ ש"ד, חו"מ, ס, ס"ק כא. א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 110, כותב שכך משמע גם מס' התרומות וב"י שם, המביאים את הר"ף והרמב"ן בסמיכות ואינם אומרים שהם חולקים.

דברי אמת, קונטרס ז, סי' ב (כמובא ע"י א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 110), מביא ראיה לש"ד, משו"ת הריטב"א סי' מא, שכתב בשם הרמב"ן שאם לא כתב לשון חיוב, לא קנה המקבל (אם לא היה הכסף ביד הנותן בשעה שנתן) "אע"פ שכתב אחריות". אבל שו"ת לחם רב סי' קנח, דחה ראיה זו, שמלים אלה אינם ציטוט מהרמב"ן אלא מדברי הריטב"א. על מחלוקת הר"ף והרמב"ן עי' גם י' פרנצוס, שנתון המשפט העברי ו-ז, עמ' 259-260. שו"ת תורת חסד (פרחיא), סי' רלז (קסה ע"ג), מביא רק את דעת הר"ף.

ר' יוסף אב"ד יאברוב, בשו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו"מ, סימן כה (ד"ה ובשטר), דוחה את הסבר הש"ד, שהרמב"ן מדבר במקרה שחייב עצמו בכך, שא"כ מדוע הזכיר הרמב"ן את האחריות, שאינו מעלה ומוריד, הרי הוא חייב מחמת החיוב על גופו? לכן הוא מסביר (בד"ה והנה לפענ"ד) שדעת הרמב"ן היא, שדווקא אם מקנה לזולתו דבר שלב"ל ומשעבד לו נכסיו הקיימים, אומרים "מנה אין כאן, שיעבוד אין כאן" כיון שהקנין והשיעבוד הם דברים נפרדים, א"כ כיון שהקנין בטל כי הוא דבר שלא בא לעולם, גם השיעבוד בטל; משא"כ אם הוא מקנה לו דבר שלב"ל, ומשעבד גם את הדבר ההוא, א"כ הוא קונה מחמת השיעבוד, שמועיל אף בדבר שלא ב"ל, כיון שהשיעבוד הוא עצם דבר הנקנה, וכוונתו להקנות לו הדבר ההוא, ואף שאינו קונה מכוח לשון הקנין, מ"מ הוא קונה מכוח לשון השיעבוד; שלא כבמקרה הראשון, שלא התכוון להקנות לו את הדבר שהוא משעבד לו, אלא עשאו שיעבוד לדבר הנקנה, וקנין אין כאן שיעבוד אין כאן. הוא כותב על פי זה, שאם הקנה למישהו דבר שלב"ל, וכתב לו אחריות "דאקנה", א"כ גם הדבר הנקנה כלול בכלל השיעבוד, וא"כ קנה מחמת לשון השיעבוד. הוא מסביר שזאת כוונת הרמב"ן בדבריו "כיון שכתב להם דאקנה באחריות". נודע ביהודה עצמו, שם סי' כו (ד"ה אבל אהובי, וד"ה הגע עצמך), דוחה פירוש זה בדברי הר"ף - שהלא שיעבוד אינו קנין בעצם אלא שיעבוד בעלמא, ומה לי אם שיעבד לו נכסים אחרים, שאומרים "מתנה אין כאן שיעבוד אין כאן", ומה לי אם שיעבד לו אותו דבר עצמו, שהקנה לו בקנין שאינו מועיל, גם אז נאמר "מתנה אין כאן שיעבוד אין כאן"; והרי אם ראובן לא היה חייב לשמעון שום חוב, וגם לא נתחייב עתה שום חוב, רק אמר לשמעון "אני משעבד לך שדה שלי", ברור שלא יועיל השיעבוד לקנות השדה (לשמעון) מחמת השיעבוד; ואם

5. סיטומתא

סיטומתא מועילה בהתחייבות¹³⁶.

מדובר במעשה כזה, שיש מנהג שהוא יוצר התחייבות כובלת. אבל אם אין מנהג שהוא יוצר התחייבות, גם אם יש מנהג שהוא יוצר קנין, המעשה אינו נותן תוקף להתחייבות לתת מתנה¹³⁷.

6. התחייבות בלשון הודאה

אפשרות אחרת ליצור התחייבות כובלת היא ע"י הודאה פיקטיווית. לדוגמה, האומר בלשון הודאה "אני חייב לשמעון כך וכך", כאומר שעקב משא ומתן שהיה לו בעבר עם שמעון (כגון הלוואה או קנייה בהקפה), הוא נשאר חייב לו סכום זה - הוא חייב לתת לו סכום זה, גם אם ידוע לנו שהוא מעולם לא היה חייב לו, אלא הוא אומר זאת רק משום שהוא רוצה לקבל על עצמו התחייבות חדשה¹³⁸.

כן גם בנדון של הרמב"ן, שהקנין והשיעבוד היו על דבר אחד, על שדה שיירש מאביו, והקנין כמאן דליתא, כיון שאינו ברשותו, ונשאר רק שיעבוד, ולא יועיל שיעבוד לחוד. לכן הוא מסכים (בד"ה ולכן נראה) להסבר הש"ך, שהרמב"ן מדבר בהתחייבות, ומה שהקשה ר' יוסף על הש"ך, א"כ מדוע צריך אחריות, הרי גם בלי אחריות חייב הוא לקיים את התחייבות גופו - הוא מתרץ, שאם התחייב ראובן לתת לשמעון שדה זו לכשיקחנה, וקנאה אח"כ, עדיין גוף השדה לא נקנתה לשמעון, אלא החיוב חל על גופו של ראובן לקיים את דבריו, ואם עבר ומכר את השדה אח"כ לאיש אחר, אין שמעון יכול להוציא מיד הלקוחות, אפילו כתב לו אחריות בסתם, אם לא כתב לו "דאקנה"; ורק אם כתב לו "דאקנה", חלה האחריות גם על שדה זו, אף שלא היתה אז ברשותו, שהרי שיעבוד יכול לחול על דבר שלב"ל, וממילא יכול שמעון להוציא שדה זו מידי הלקוחות, אף שלא קנה את גוף השדה, מ"מ חל החיוב על גופו של הנותן מצד החיוב שקבל על עצמו, וכיון שכבר חל החיוב, חל השיעבוד גם על מה שקנה אח"כ. ר' יוסף אבי"ד יאברוב, שם, סימן כז (ד"ה ומ"ש כבוד), דוחה פירוש זה, מפני שאם מכר דבר שלב"ל, וחייב מחמת שחייב את נפשו בכך, אחריות טעות סופר (אבל יש להעיר שהרמב"ן דיבר במתנה, שבה אין אחריות טעות סופר), וגם "דאקנה" הוא ט"ס לדעה אחת המובאת ברמ"א חו"מ סי' קיב, ואף לדעת הפוסקים שם שאחריות "דאקנה" אינו ט"ס, היינו משום שאין דעתו על הנכסים שאינן עתה לפניו, אבל בנדון זה שחייב את עצמו לתת לו נכס שיקנה, ודאי שהאחריות על הנכס הזה, שהרי עיקר החיוב הוא על הנכס הזה, ואם לא יקנה נכסים אין כאן חיוב כלל. אבל נודע ביהודה עצמו, שם סי' כח (ד"ה ומה שכתבת), אומר שההיפך נכון: שבזה אפילו אחריות סתם לאו ט"ס הוא, כי הטעם שאחריות ט"ס הוא כי מסתמא לא זורק המלוה כסף בכדי, וכן הקונה אינו קונה בכדי; וזה שייך בדבר שקונה ודאי, שרוצה להיות בטוח בקנינו ואינו מתרצה לקנות בלי אחריות, אבל במקנה דבר שלא בא לעולם, שמקנה לו כשיקחנו והתחייב נפשו, הרי הלוקח מכניס עצמו בספק כי שמא לא יקנה, וכיון שהוא מכניס עצמו בספק, הוא מכניס עצמו גם בספק זה לקנות בלא אחריות.

א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 110, כותב שגם לרמב"ן מועיל רק אם קיבל על עצמו אחריות נכסים לביצוע החוב, שהיא הופכת את העיסקה להתחייבות ושעבוד, אבל אם קיבל על עצמו "אחריות לסלק כל עורר" (או סתם אחריות, שמשמעותה היא לסלק עורר), היא אינה מועילה לכך. הוא מדייק כך משו"ת הרשב"א המיוחסות סי' סז, שכותב על הנותן במתנה לשמעון לדור בביתו, וקיבל אחריות, שאין זה מועיל, מפני שדירה אין בה ממש (ראה סעיף 1(b)), והאחריות סתמה רק לסלק מי שמערער בטענת גזילה או מחמת שעבוד קודם, ולא מועילה כלפי הנותן עצמו שיבוא לבטל את המתנה בטענה שאינה תקפה. גם שו"ת הריב"ש, סי' שמה, עמ' תנה (הובא בשו"ת פני משה, ח"ב, סי' יד, דף כז ע"ב), כותב שדוקא אם כתוב "ושיעבדתי לו כל נכסי לגבות סכום זה", זה מועיל כדברי הרמב"ן מטעם התחייבות, משא"כ אם כתב "ושעבדתי עצמי ונכסי שיהיו כולם אחראים לסלק כל מערער". בי ליפשיץ, דיני ישראל, יב, עמ' קנב, הסביר שבמקרה השני, האחריות היא לשפות את המקבל במקרה שמישהו טוען שלא היה הנכס של הנותן, וא"כ ברור שלא היתה התחייבות אלא קנין.

בענין זה עי' ח' פוברסקי, יסודות שעבוד הגוף, עמ' 120; תוס' רא"ש קידושין ח; ח"י ר"ש שקאפ קידושין סי"ז; אמרי בינה, דיני הלוואה, סי' נב; ארזא דבי רב, קידושין סי' עג (במתנה); עובד וקבלן עמ' 129-133.

¹³⁶ פד"ר, כרך ו, עמ' 322-323, על פי שו"ע, חו"מ, קכט, ה, שעולה מדבריו שסיטומתא מועילה בערבות.

¹³⁷ כסף הקדשים, מ, א (לענין תקיעת כף), וסי' רא. בסי' מ, הוא מעלה אפשרות שגם אם יש מנהג שתקיעת כף יוצרת התחייבות, אין לזה תוקף, משום שדוקא בקנין סודר, שסתמו עומד לכתובה בשטר, שמחייב באודיתא, אבל תקיעת כף אין סתמה עומד לכתובה בשטר.

דעה חולקת: הגהות אמרי ברוך, חו"מ, סי' רא, כותב שלכאורה מוכח מרמ"א, חו"מ, קכט, ה, שכל דבר שנהגו לקנות בו מועיל להתחייב בו, גם אם אין מנהג בו לענין התחייבות.

על התחייבות בדיבור ע"י סיטומתא - עי' מנחת פתים חו"מ, סי' רא.

¹³⁸ סי' התרומות שער מב ח"ד, אות ג (הובא בשו"ת מהריב"ל, ח"א, סי' יט) (אם הודה בפני שנים ב"אתם עדי"), ושער סד ח"ב, אות ב (על הכותב "מודה אני לפלוני שאני חייב לו כך וכך מדות של פירות שיש לו בדיי").

ראה פסקה 3, שקצות החושן אומר שזאת כוונת רמב"ם ושו"ע שצוינו שם.

סוג מיוחד של הודאה שיוצרת התחייבות, יש בשו"ת הרי"ף (בלגורין), סי' פג (הובא בדיני ישראל יב, עמ' קמג), האומר שאף שאין אדם יכול לתת דבר שאינו ברשותו, מ"מ אם הודה בפני עדים שהדבר ברשותו, המתנה תקפה, גם אם זה לא אמת; והמשמעות היא שנוצרת בזה התחייבות.

שו"ת מנחת יצחק, חלק ז, סימן קלב, כותב בנוסח שטר מתנת בריא: "אני מודה בהודאה גמורה, שיש בידי ממון של רעיתי ובנותי סך וכו', וזמן פרעון חוב הנ"ל לא יחול עלי אלא שעה אחת קודם מותי, אכן תנאי התנתי עמהן, שאם ירצו בני הזכרים ליתן להן חלק מכל עזבוני כמפורש לעיל, הם פטורים מלשלם סך הנ"ל". כלומר, הוא מודה שהוא

חייב לאשתו ולבנותיו סכום גדול - זוהי הודאה המקבילה להתחייבות ולא להקנאה עכשו, כי הוא אומר שהחוב יחול שעה לפני מותו. וכפי שהוא מסביר בסימן קלג, הנוסח הנ"ל מועיל גם לנכסים העתידיים לבוא אחרי כתיבת הצוואה, כמו שכתב רמ"א אהע"ז סי' קח, ג, שנהוגים בשטר חצי זכר לכתוב בדרך הודאה, כדי שיוכל להקנות אף מה שלא ברשותו. כלומר, זוהי דרך להכריח את היורשים לתת לאשה ולבנות חלק גם בנכסי העזבון שבאו אחרי כתיבת שטר המתנה - כי התנאי לפטור אותם מקיום ההתחייבות לשלם את הסכום הגדול, הוא שיתנו חלק בעזבון, כולל נכסים חדשים.

שטר הודאה: ר' מיכאל בלייכר, "צוואה - עריכתה וניסוחה", שורת הדין, ח"ב, עמ' שנא, כתב על מתנה בדרך הודאה, שאם הנותן לא נתן את שטר המתנה למישהו עבור המוטבים, לא קנו; אבל בהערה 18, דייק מנחלת שבעה סי' לו, שאם העדים כתבו בנוסח של זכרון דברים, מועיל גם אם לא מסרו את השטר בחיי הנותן. רז"נ גולדברג, שם, עמ' שס, כותב שיתכן שאם שטר ההודאה נשאר אצל המודה, לא נתחייב (אף שלכאורה השטר אינו שטר הקנאה וא"כ לא צריך למסור אותו למקבל כדי שיחול החיוב) כי ייתכן שיודה אדם על העתיד כמו שכתב סמ"ע, ל, סי"ק כא (שאדם שהודה שהוא חייב לפלוני, ייתכן שכוונתו להודות שפלוני הבטיח להלוות לו), וא"כ השטר אכן יוצר את החיוב ואינו פועל אם אינו מוסר אותו (כך נראית כוונתו).

הודאה שיתן בנו: ר' יוסף אב"ד יאברוב, בשו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו"מ, סימן כה (ד"ה ועל מ"ש), כותב שאם כתוב בשטר "הנני מודה בפניכם כמודה וכו' בהודאה גמורה וכו' שיתנו בני כך וכך", אין זה לשון הודאה שתועיל, שהרי זה כמשחק. גם נודע ביהודה עצמו, שם סי' כו (ד"ה ואמנם כל), כותב שאם לא נאמר בשטר שיהיה הוא מחויב לתת, אלא שחייב את בניו לתת, אין על הבנים שום חיוב, מפני שאינו יכול לחייב את בניו, בעוד שהוא לא הקנה ולא נתחייב להקנות ולא נשתעבד לא גופו ולא נכסיו.

רמ"א, אהע"ז, קח, ג, מביא שכדי להקנות לבתו חלק בירושה, נהגו באשכנז לעשות "שטר חצי זכר", שהאב מודה בפני עדים שהוא חייב לבתו סכום גדול, וזמן פרעון החוב הוא שעה לפני מותו, והוא מתנה עם בתו שבמועד הפרעון יוכלו הבנים, במקום לפרוע לה את החוב, לתת במקום זה חלק מהנחלה כחצי זכר (רמ"א, חו"מ, רפא, ז נוקט "כותב שטר חוב לבתו"). נוסח שטר כזה מופיע בנחלת שבעה, שטר כא. א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 369, מסביר שהאב מודה שקיבל ממנה כסף, וחייב להחזיר, אלא שהודה שהתנו מראש שאם תקבל מאחיה חלק בירושה, נתון לו הכסף במתנה, או שהחוב מחול (מחילה על תנאי). הוא מציין מקורות על דרך זו, ועיין גם אגרות משה, אהע"ז, ח"א, סי' קי, עמ' רסח.

רז"נ גולדברג (מובא ע"י א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 502-500), הציע נוסח הודאה בשטר מתנה לילד מאומץ: "אני מודה שהתחייבתי לפלוני סך פלוני, ואני מודה שהתחייבתי בקנין המועיל בדין תורה מעכשיו".

חכמת שלמה, גיטין יג ע"ב (הובא ע"י רז"נ גולדברג, תחומין ד (תשמ"ג) עמ' 346), כתב שלא רצוי להשתמש באודיאה כי זה שקר. כמו כן, שו"ת מנחת יצחק ח"ח סי' קמא (הובא בס' שורת הדין, ח"ב, עמ' שמ, הערה 4), הסתפק האם ניתן להשתמש בנוסח הודאה לגבי צוואה לסתם אנשים, כיון שחתם סופר אהע"ז ח"א סי' קמו כתב שהאחרונים הנהיגו שטר חצי זכר עם הודאה של שקר רק כדי לחבא אשה על בעלה, שהבעל יחשוב "חמי מחשיב אותי כאילו אני בנו, ולכן מוריש לבתו חלק כזכר" (אבל אם זה ניתן במסגרת נישואין זה לא ממש מתנה).

מקור נוסף להודאה היוצרת התחייבות לתת מתנה: שו"ת הרמב"ן, סי' ט (כמוסבר בדיני ישראל, יב, עמ' קמד-קמה), עוסק בבעל המודה שקיבל מאשתו סך מסוים, וזאת כדי שיתחייב במתנה לחוד.

בעיה יכולה להתעורר בשטר שכתוב בלשון הודאה כגון "נתתי", שהרי אז הנותן (או נושה של הנותן) עלול לטעון שפירוש מלה זו הוא שכבר נתן לו, ולא יוכל המקבל לגבות מנכסיו. אם מדובר בחפץ מסוים, אין בעיה כזאת, שהרי ברור שהחפץ שייך למקבל. הבעיה היא רק בכגון שאמר "נתתי מאה שקל לפלוני". שו"ת הרשב"א, ח"ד, סי' רלג, כותב (על מתנה לחוד) שאם כתוב בשטר גם שעבוד נכסים, אין הנותן יכול לטעון שכבר נתן, שאילו כן, לא היה צורך בשעבוד נכסים.

דעה חולקת: לפי ס' העיטור, הודאה ליד אות מו (הובא בבני אהרן, סי' עז, דף פז ע"ב); אור זרוע סי' תשנב אות ד, וב"ב סי' קפז (הובא בהגהות אשרי, ב"ב, פ"ט, סי' כה) (אבל בני אהרן, סי' עז, דף פז ע"ד, כותב שהגהות אשרי סובר שמועילה הודאה בבריא אם אמר "אתם עדיי", ומה שכתב שאינה מועילה הוא אם לא אמר "אתם עדיי" כי אז חוששים שמא הוא משטה, וגם אז מועיל בשכיב מרע, כי אין אדם משטה בשעת מיתתו), תשב"ץ ח"א סי' קנב, וחיודושי ר"י מיגאש, ב"ב קמט, בפירושו השני (כפי שהוסבר ע"י רמ"ש שפירא, בהערה לג שם), אודיאה לא מועילה בבריא אלא רק בשכיב מרע.

אבל תשב"ץ ח"ג סי' שכה, כותב שגם בריא האומר "חייב אני לך מנה" חייב מטעם הודאה, אבל אין כאן הקנאה, ורק בריא המודה שנתן לפלוני שדה זו, שזו הודאה של הקנאה, לא מועיל, כי קנין אודיאה מועיל רק בשכיב מרע (ראה בשמו בסעיף 6). כלומר, לדעתו הודאה יכולה ליצור התחייבות, ולא הקנאה.

ר"מ כהן בחידושי הריטב"א (הישנים), ב"מ מו ע"א (הובא באמרי בינה, דיני הלוואה, סי' טז, ד"ה ואף), כתב שאודיאה מועילה רק בדבר שאינו ברשותו של המודה, אלא ברשותו של אחר, שאז זכה בו האחר מיד. אפשר שלדעתו אם הדבר מצוי ברשותו של המודה, ההודאה אינה יוצרת אפילו התחייבות; וזאת בדיוק הפוך מסברת התשב"ץ. מצד שני, יתכן שהוא מסכים שבמקרה זה חלה התחייבות, וכוונתו רק לומר שלא חלה אז הקנאה.

רז"נ גולדברג, בס' שורת הדין, ח"ב, עמ' שנט, כתב שא"א לטעון קי"ל כתשב"ץ שלא מועיל אודיאה, כי פשט בישראל מנהג שטר חצי זכר.

עוד חולקים: דברי חיים, ח"א, חו"מ, סי' א, מבין שלפי דרישה, חו"מ, סי' מ, רש"י סובר שאדם לא יכול לחייב עצמו במה שאינו חייב בשום אופן, אפילו דרך הודאה. והוא מסביר שדוקא במקרה של איסור גיורא הועילה ההודאה, כי הודה שדבר פלוני שייך לחברו, משא"כ אם מודה שהוא חייב לפלוני, אדם לא יכול לשעבד עצמו בחינם.

גם שו"ת נחלה ליהושע, סי' יב (טו ע"ג), כותב שלרש"י אם שניהם מסכימים שלא היה חייב מקודם, ורק עכשו הוא רוצה להיות מחויב מכוח הודאתו, אינו מתחייב אף בשטר; וכותב (בדף טז ע"ב) שזו גם דעת רשב"ם, ב"ב קמט ע"א, שכתב שאודיאה מועילה רק בשכיב מרע, אבל בבריא לא מועילה הודאה ליצור חיוב חדש, כגון שלא אמר "אתם עדיי", שלא משמע שזה על חיוב קודם, כי אדם עשוי שלא להשביע את עצמו.

אבן האזל, הלכות מכירה, יא, טו, כותב שלרמב"ם לא מועיל קנין אודיאה בכלל.

יש להבחין בין שני מצבים: אם ההודאה מתייחסת לחפץ או לסכום כסף שהוא בעין, מאחר שראובן מודה שהחפץ שייך לשמעון, הרי בעינינו החפץ נמצא בבעלותו של שמעון, וזו מתנה לאלתר ולא התחייבות לתת מתנה, ועל כן לא נדון במצב זה כאן¹³⁹. לעומת זאת, במצב שהודאה מתייחסת לחפץ או לסכום כסף שאינו בעין, לא יכולה לחול מתנה לאלתר, אלא נוצרת רק התחייבות לתת מתנה.

לפי דעה אחת, ההודאה מועילה מטעם נאמנות, ולא כהתחייבות, ולכן היא מועילה רק אם יש אפשרות, אף הקלושה ביותר, שהאמור הוא נכון. לדוגמה, ראובן המודה "אני חייב מאה שקל לשמעון", ייתכן שהוא גזל ממנו את הכסף הזה בעבר, או שזיכה לשמעון את הכסף בעבר ע"י אחר, והכסף נשאר אצלו. אבל אם ידוע שהוא לא היה חייב, אלא רוצה להקנות את הכסף לשמעון בהודאה זו, אין לזה תוקף¹⁴⁰.

דעה מצמצמת: שו"ת הרי"ף (בלגוריי), סי' קסח, כותב שהכותב "נתתי לשמעון מאה זהובים", ולא היו לו מאה זהובים בזמן הכתיבה, לא קנה המקבל כלום. גידולי תרומה, על ס' התרומות, שער סד, ח"ב, אות ג, מסביר שהרי"ף סובר שאין אומרים שקנה מטעם הודאה (כפי שכתב ראב"ד, המובא בס' התרומות שם, ובשו"ת מהריב"ל, ח"א, סי' יט, על מקרה זה), מפי שהרי"ף סובר ש"נתתי" משמעו הודאה רק אם משמע מן הענין שהתכוון להודאה, אבל במקרה אחר מפרשים שהתכוון להקנות עכשו, ולכן מועיל רק אם היה לו זהובים אלו. בני שמואל (חיון), חו"מ, סי' ס (פח ע"ב), מנמק את דעת הרי"ף, ש"נתתי" משמעו גם הודאה וגם הקנאה, וכיון שיד בעל השטר על התחתונה, מפרשים מספק שהתכוון להקנאה, ואינו מועיל.

¹³⁹ נדון בכך בסעיף 6. אבל לפי שערי תורה, שנביא להלן, האומר שהודאת בעל דין היא מטעם התחייבות ולא מטעם מתנה לאלתר, שהרי אין מעשה קנין, הרי גם כשהחפץ בעין, אינו נקנה מיד אלא יש רק התחייבות לתת. רק לפי קצות החושן, שהודאת בעל דין מועילה מטעם נאמנות, שרואים את מה שהוא אומר כאמת, יוצא שהחפץ נקנה, שהרי המודה אומר החפץ שייך לאחר.

¹⁴⁰ ס' התרומות שער מב ח"ד אות ג, מביא שהראב"ד כתב בתשובה, שאם ראובן אמר בלשון הודאה "זוזים אלו הם של שמעון", חייב ראובן לתת לו, גם אם אנו יודעים שאינו חייב לו ולא הפקיד אצלו, ושמעון מודה בכך, אלא שראובן התכוון לתת לו במתנה, אלא שלא היה יכול לתת לו כי הכסף מופקד בידי אחר; והוא מנמק, שתולים שמישהו גזל משמעון ואמר לראובן לתת לו, או שמישהו נתן את הזוזים במתנה לשמעון וזיכה לו אותם ע"י ראובן, או כל סיבה אחרת שראובן יודע מדוע הודה ושמעון לא ידע. גידולי תרומה שם מדייק מהראב"ד, שבהודאה לא קנה מטעם מתנה אלא כי אומדים שמן הסתם יש איזו סיבה שהוא חייב לו אף שלא ידוע לנו, אבל אילו התכוון למתנה גמורה לא היה קונה. גם שו"ת נחלה ליהושע, סי' יב (טז ע"ג), מדייק מהראב"ד שם שלדעתו הודאה לא מועילה בהקנאה אלא מועילה רק אם אפשר לתלות באיזה אופן שכבר זכה המקבל בנכס, משא"כ אם המודה אומר בפירוש שמעולם לא זכר המקבל בכסף, אלא הוא רוצה שיקנה אותו עכשו ע"י הודאה זו - זה לא מועיל. בנידון הוא כותב שאין לומר שגזלו בעבר ועכשו הוא רוצה להחזיר, כי זה היה סכום גדול, ועוד שהמודה נימק שהטעם הוא כי הלה סייע לו להרוויח; ואין לומר שזיכה לו ע"י אחר, כי מדובר באנוסים שלא היו מתנהגים במשאם ובמתנם ע"פ דין תורה.

המהדיר לס' התרומות שם, הערה 27, מסביר שהראב"ד סבור שאודיתא אינו ממש קנין, אלא כיון שהודאת בע"ד כמאה עדים, יש נאמנות מוחלטת, וזה מיד כקניינו של השני (אך יש להעיר שהראב"ד לא נקט שקנה, אלא ש"חייב לתת לו"; לצד שזה החזרת גזילה לשמעון, זה רק התחייבות כי זה עוד לא קנוי לשמעון, אבל לצד שמישהו זיכה אותו לשמעון, זה קנוי לו ולא רק התחייבות; ולמעשה מאחר שיתכן שמישהו זיכה, בכל מקרה זה קנוי לו, וצריך לומר שהראב"ד לא דק בלשונו). הוא מביא שגם ס' התרומות שער נא ח"ח דין א, ושער מג ח"א, בסופו (שם גידולי תרומה אומר שיש סתירה בספר התרומות בשאלה זו), ועוד ראשונים שהוא מציין, כתבו שהודאה אינה הקנאה אלא מגלה את האמת על מה שכבר היה (ודוחה בזה את דברי נתיה"מ סי' ס ס"ק יז [לבדוק]), שכתב שלפי ס' התרומות אודיתא היא קנין גמור).

שו"ת נחלה ליהושע, סי' יב (טז ע"ד), כותב שגם מהר"ם המובא במרדכי, ב"ב, סי' תרכ, סובר שהודאה אינה יכולה לקנות אם ודאי שהיא שקר, שהרי כתב שראובן יכול להקנות ללוי חוב שחייב לו שמעון רק אם יודה שלפני שהילוה, הכסף היה של לוי, משא"כ אם אומר שלפני שהילוה, היה שלו (של ראובן); ויכול להקנות פקדון שיש לו ביד אחר בהודאה, מפני שאולי זיכה לו אותו ע"י אחר לפני שהפקידו. והוא פוסק (דף יז ע"א) שאפשר לטעון קי"ל כמו רש"י, רשב"ם, ראב"ן, רמב"ן, רשב"א, ריטב"א ומהר"ם, הסוברים שהודאה לא מועילה אם ברור שלא היה חוב קודם, כגון שהנותן גילה דעתו שהוא מתכוון להקנות עכשו.

שו"ת הרשב"א ח"ג סי' סז וח"ד סי' נ (הובא בב"י חו"מ, רנב, מחודש ג) כותב שאם ראובן אמר "רוצה אני שיהיו מטלטלין אלו לשמעון", לא קנה (כך מגיה בהגהות והערות על הטור השלם, חו"מ, רנב, אות י, וכך עולה מהמשך התשובה, ולא כגירסה שלפנינו "קנה", שהרי אין מדובר בשכיב מרע שקונה בדיבור; אבל שו"ת בני אהרן, סי' עז, דף פז ע"ג, מיישב בדוחק את הגירסה שלפנינו); וכן אם לא אמר "אתם עדיי" לא קנה, וכן אם ראובן ושמעון מודים שזה לא של שמעון אלא ראובן רוצה להקנותו לו בהודאה זו, זה לא מועיל; ורק אם אמר לשון הודאה כגון "נכסים אלו לשמעון" או "יש לשמעון בידי כך וכך", קנה גם אם אנו מוחזקים שזה לא שלו ושאינו חייב לו כלום, גם בבריא; וכותב שזה לא אחד מסוגי ההקנאות אלא מצד נאמנות בהודאת בעל דין. המהדיר בהערה 11 מציין שגם תשב"ץ ח"א סי' קנב וח"ג סי' שכה כתב שזה לא סוג של הקנאה; ומביא שקצות החושן, קצד, ס"ק ד, הוכיח מחידושי הרשב"א, קידושין כו ע"א, שזה הקנאה, והוא דוחה, והוא בדף כו ע"ב כתב להיפך.

רי"י מקוטנא, בהגהתו לשו"ת הרשב"א ח"ד שם (מהד' פיעטרקוב תרמ"ג), כתב שמאחר שלפי הרשב"א אין זו הקנאה, הרי אם המקבל יודע שאינו שלו, והנותן חזר בו מהמתנה, זה גזל בידו. נראה שדבר זה לא ייתכן במצב שאנו עוסקים בו, שהודה על דבר שאינו בעין, והודאתו יוצרת התחייבות - אם המודה נותן לו ואח"כ חוזר בו מהמתנה, זה לא הופך לגזל.

אבל דעה אחרת היא שהודאה מועילה גם אם ברור שאינה יכולה להיות אמת¹⁴¹. ויש אומרים שההודאה מועילה גם אם המודה מודיע שהוא מודה רק כדי ליצור התחייבות¹⁴².

נראה שמחלוקת זו מקבילה למחלוקת כללית בהסבר תוקפה של הודאת בעל דין: לפי תפיסה אחת, כל הודאת בעל דין תקפה מפני שיכול אדם לקבל על עצמו התחייבות¹⁴³. כיון שהודה, זה מראה שהוא רוצה

שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו"מ, סי' ל, אות ז (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, מ, ס"ק ג), כותב שבאודייתא, ההודאה עצמה היא הקנין, ולא ההודאה מראה שכבר עשה קנין; וזה הקנין בעל התוקף הגדול ביותר מכל הקניינים, שאפשר להקנות בו דברים שאי אפשר להקנות בקניינים אחרים. אולי גם לדעה שמועילה התחייבות באמירה בלשון "אני מתחייב", לא תועיל הודאה באופן שידוע שהיא שקר, ולא נפרש את דבריו כרצון להתחייב, מפני ששקר יותר גרוע מהתחייבות ברורה. גם לצד שאין מועילה הודאה אם היא בוודאי שקר, אפשר לקרוא לזה "יצירת התחייבות" (כלשון שכתבנו בתחילת הפסקה), כי בכל זאת אפשר להשתמש בהודאה ליצור התחייבות כשנשאר פתח לחשוב שהיא אולי אמת, גם כאשר לאמיתו של דבר אינה אמת.

דברי חיים, ח"א, חו"מ, סי' א, מביא שבני יעקב הוכיח שהודאה לא מועילה במקום שידוע שזה לא אמת, והוא מסכים עמו; והסביר שבמקרה של איסור גיורא הועילה ההודאה אף שהיה ידוע שאינו אמת, כי סו"ס יכול הדבר להיות אמת גם באופן רחוק.

ברכי יוסף, חו"מ, סי' מ, ס"ק ב (דף עב ע"א), כותב שר"ת בתוס' ב"ב מד ע"ב, סובר שהאודייתא לא מועילה כהקנאה, כשאומר שרוצה להקנות ע"י ההודאה (כלומר, אם אומר "זה שלי, אבל אני רוצה להקנותו בהודאה"), אלא זה מועיל רק מטעם הודאת בע"ד כמאה עדים, ואף אם אנו בטוחים שהנכס שייך לנותן, מ"מ הולכים לפי הודאתו כי אולי זיכה למקבל ע"י אחר ולכן קנה; והוא כותב שגם לדעת תוס' ב"ק קד, הודאה אינה הקנאה, ולכן אמרו שזה לא מועיל לענין מעשר שני, ששם צריך שהכסף באמת יהיה שלו. והוא מביא (בדף עב ע"ג) שבני יעקב דף צח ע"א, כתב שר"י בתוס' ב"ב קמט סובר שאודייתא אינה הקנאה אלא מטעם הודאת בעל דין, והוא כותב (בדף עג ע"ב) שגם לדעת שו"ת ר"י מיגאש סי' קסח, זה מטעם הודאת בעל דין.

שו"ת בני אהרן, סי' עז (פז ע"ג), כותב שלפי ר"י, בתוס' ב"ב קמט ע"א, הודאה אינה מועילה כהקנאה אלא מטעם "הודאת בעל דין כמאה עדים", ומועיל גם אם אנו מוחזקים בו שאינו חייב לו, כי חוששים שמא זיכה לו ע"י אחר.

נחלה ליהושע שם (דף טז ע"ב) כתב שלפי ריטב"א כ"י (ואינו בחי' הריטב"א לפנינו), בלשון הודאה בסתם מניחים שהתכוון להודות על חוב ישן, ולכן מועיל, וגם אם המקבל יודע שלא היה חייב לו, אולי הקנה לו בדרך הקנאה המועילה, והוא אומר לשון הודאה כי כך יותר פשוט (אבל זה שייך רק אם הודה בדבר שנמצא בעין; ובדבר שאינו בעין, צריך לומר שייכתן שהתחייב בשטר או בקנין, שזה מועיל); אבל אם יש הוכחה או אומדנא שאין כאן חוב ישן, לא מועילה ההודאה בבריאה. ברכי יוסף שם (דף עג ע"א) מקשה עליו, הרי נימוקי יוסף, ב"ב סט ע"ב (בדפי הרי"ף), כתב בשם הריטב"א שחייב בגלל ההודאה גם אם יודעים שלא היה חייב מעיקרא.

בשאלה האם הודאה היא הקנאה ע"י פד"ר, כרד ו, עמ' 237.

¹⁴¹ חידושי הריטב"א (הישנים), ב"מ מו ע"א, כותב ש"חייב אני לך מנה בשטר" מועיל מטעם הודאה, והודאה מועילה לחייב גם אם ברור שהיא שקר ולא יכולה להיות אמת.

רמ"א, חו"מ, רנז, ז, כותב שהרוצה לתת לאנשים מסוימים חלקים בנחלתו, יכול לתת בדרך הודאה, שמודה שחייב לכל אחד מהם שכסום שהוא רוצה. זה מתאים לתפיסה זו, אא"כ מדובר שאינו אומר בגלוי שהוא רוצה בכך לתת מנחלתו לאנשים אלו.

¹⁴² ברכי יוסף, חו"מ, סי' מ, ס"ק ב (עא ע"ד), כותב שהרמב"ם, תוס' ב"מ מו, ושו"ע, סוברים (על פי המקרה של איסור גיורא) שיכול אדם להקנות בהודאה גם אם מפרש שהוא מקנה עכשו (ובדף עב ע"ג כתב שתוס' סוברים שמועיל בהקנאה גם אם אמר "דבר זה משלי אבל אני מודה להקנותו לראובן"). נראה שהוא יאמר כך גם לגבי התחייבות בלשון הודאה. גם שו"ת פני משה ח"א סי' סד (קנ ע"ג), שו"ת נחלה ליהושע סי' יב (דף טז ע"א), שו"ת מהר"ש הלוי חו"מ סי' יט (ל ע"ב), ומורה צדק סי' רנ (כמובא בברכי יוסף שם, דף עב ע"ג), כתבו שהר"י, בתוס', ב"ב קמט ע"א, סובר שאודייתא היא הקנאה. נחלה ליהושע כותב שלר"י מועילה הודאה גם אם אנו מוחזקים שאינו חייב ועם הודאה זו רוצה לזכות את חברו. פני משה כותב שלר"י גם אם הודה שמכר אפשר לראות זאת כמתנה, כיון שברור שהמקבל לא נתן תמורה; מה שאין כן לדעה שהודאה אינה הקנאה.

¹⁴³ שו"ת מהר"י בן לב, ח"א, סי' יט (הובא בידות נדרים, יו"ד, סי' רלב, יד שאול, ס"ק כא [מתורת מחילה]), אומר שנוגע כשר להעיד לחובה (גם לצד שהוא נחשב קרוב), מתורת מתנה, שהרי מי שמודה ואומר "אתם עדיי", בדבר שאינו חייב בו אלא נתן במתנה, חייב. קצות החושן, סי' לד ס"ק ד (הובא באהלי אהרן ח"א סי' יד, ובשו"ת אגרות משה חו"מ, סי' ל, עמ' נז), מבין מדבריו שכל הודאת בעל דין מועילה מטעם חיוב חדש כמתנה (ולכן מקשה עליו ממקרים אחרים של הודאה).

גם פני יהושע, כתובות קב ע"א (ד"ה ור"ת), כותב שהודאת בע"ד ב"אתם עדיי" מועילה מפני שאדם יכול לחייב עצמו במה שאינו חייב (אבל בהודאה בפני ב"ד נאמן מטעם גזיה"כ).

שערי תורה (לעוו) ח"א, כלל א, פרט א, אות ד, מדגיש שאין לפרש שמהריב"ל מתכוון לומר שבהודאה הוא כאילו נתן מתנה לאלתר, שהרי כדי לתת מתנה לאלתר צריך קנין; אלא כוונת מהריב"ל היא שהודאתו מראה שהוא רוצה לחייב את עצמו מכאן ולהבא, שמועיל ב"אתם עדיי", והודאת בע"ד היא תמיד ב"אתם עדיי" שאל"כ יכול לטעון "משטה", וכן בהודאה בפני ב"ד, שמועילה גם בלי "אתם עדיי", הוא כמו "אתם עדיי" (כלומר, "חייב אני לך" בב"ד מועיל גם בלי "אתם עדיי"). והוא כותב שרמב"ן ורשב"א הסוברים שלא מועיל חיוב עצמי ב"אתם עדיי" בלי קנין ובלו שטר - לא יוכלו לומר כמהריב"ל.

לחייב עצמו ממון, ויש להניח שאילו ידע שלא מועילה לשון הודאה היה נוקט לשון חיוב מכאן ולהבא, ולכן מפרשים את כוונתו כאילו אמר לשון מועילה.¹⁴⁴

ואילו לפי תפיסה אחרת, תוקפה של הודאת בעל דין אינו מטעם התחייבות, אלא שבעל דין נאמן בכל דבר שהוא אומר לחובתו.¹⁴⁵ נראה שלפי תפיסה שניה זו, לא תהיה להודאה תוקף אם ברור שאינה יכולה להיות אמת.

אם עדים מעידים שהודאתו היתה בטעות, פטור¹⁴⁶. אבל אם אין עדים שמעידים כך, אלא שהמודה טוען שטעה ושהודה רק כי חשב שהוא באמת חייב, ושכנגדו טוען שהמודה ידע שאינו חייב, ובכל זאת רצה לחייב עצמו אף שאינו חייב - יש מי שאומר שאינו נאמן לומר "טעיתי" אם אין לו מיגו¹⁴⁷. אבל אחרים אומרים שנאמן לומר "טעיתי" אם שכנגדו מודה שלא מגיע לו ורק טוען שהלה התכוון לקבל ע"ע חיוב חדש, שהרי ברי עדיף כשזה להחזיק.¹⁴⁸

אם לא אמר "אתם עדי": המתחייב בדרך הודאה (כשידוע שהוא שקר) חייב רק אם אמר "אתם עדי", ואם לא אמר כך, או "הודה" שלא בפני עדים, הוא פטור, גם אם לא טען "משטה אני בד", משום שטענת השטאה נחוצה רק בהודאה בחוב שהוא חייב, משא"כ כששניהם יודעים שאינו חייב.¹⁴⁹

אבל ר"א לביא, שעלי דעת ז' (תשי"ג), עמ' 174, מעלה אפשרות שלפי מהריב"ל, הודאה מועילה מטעם הקנאה ולא מטעם התחייבות, שלא כשערי תורה (אבל הסבר זה לא שייך במקום שהודה על דבר שאינו בעין); וכותב בעמ' 161-160, שמהריב"ל מתכוון לומר שאם באמת אינו חייב, חייב מטעם התחייבות, ואם באמת חייב, חייב מטעם נאמנות.

¹⁴⁴ שערי תורה (לעוו) ח"א, כלל א, פרט א, אות א. והוא כותב שלפי מהריב"ל ההודאה מועילה מהתורה, כי סברה היא מדאורייתא (מכאן שהוא סובר שהתחייבות תקפה מהתורה).
¹⁴⁵ קצות החושן, לד, ס"ק ד.

כמו כן, שערי תורה (לעוו) ח"א, כלל א, פרט א, אות ה, דוחה את שיטת מהריב"ל שאודיתא מועילה מטעם חיוב, שמחייב עצמו בדבר שאינו חייב ואומר "אתם עדי" - שהרי במעשה איסור גיורא הועילה אודיתא אף ששם לא ייחד עדים (לא ברור מנין לו שכך היה שם; ואכן אח"כ כתב שאפשר לדחות את הראיה מאיסור גיורא); אלא צ"ל שהודאה מועילה גם למפרע גם נגד עדים (נראה שכוונתו היא שצריך לומר כמו רש"י קידושין סה ע"א, שהודאת בעל דין נלמדת מגזיה"כ במודה במקצת).

צפת פנח, על הרמב"ם, הלכות נערה, א, א, כותב שאמוראים נחלקו בב"ב לג בשאלה האם הודאת בעל דין מועילה משום שמחייב עצמו בחיוב חדש, או משום שהיא מבררת שזו האמת; וכותב שההוה אמינא בב"מ ג ע"ב היתה שהודאת בעל דין מחייבת כהתחייבות חדשה. גם אמרי בינה דיני עדות סי' ב, כתב שבהו"א הגמרא בב"מ ג ע"ב סברה שזה מטעם התחייבות, וחזרה בה.

בהגהות לס' תרומת הכרי סי' א אות א כתב שגם לפוסקים שהודאה מועילה מטעם נאמנות, הרי במקום שאין לו כוח נאמנות, כגון במקום שיש לו אמתלא, שאומר שלא הודה באמת אלא מתוך סיבה מסוימת, היא מועילה מטעם התחייבות, מפני שאמתלא לא יכולה לפטור מהתחייבות כי היא דברים שבלב, שלא יכולים לבטל דבר חדש שנוצר (בשונה ממי שמודה על העבר), ורק אם יכול לטעון "משטה הייתי בד", או "אמרתי כך כדי לא להשביע את בני", שזה דבר רגיל, ההודאה בטלה אף מצד התחייבות, כי הם דברים שבלב ובלב כל אדם, ועוד שזאת לא הודאה בכלל אלא שיחה בעלמא. אוצר מפרשי התלמוד, ב"מ ג ע"ב, הערה 97, מקשה עליו, הרי מהר"י בן לב ח"א סי' מא (הובא בשב שמעתא שמעתא ו פרק יב) כתב שכשיש אמתלא לא אומרים הודאת בעל דין כמאה עדים, אף שהוא סובר שהודאה מועילה מטעם התחייבות.

בענין הודאה מטעם התחייבות לתת מתנה ע"י הגהות ריח"ל מיזליש [ב"מ ג ע"ב?], חתן סופר קנין אודיתא, קהלות יעקב ב"מ סי' ו, המקנה, קו"א, לח, טז, וטבעות החושן סי' לד. מחלוקת מהריב"ל וקצות החושן הובא בס' שבי בנימין, סי' סו (כו ע"ב), ובמראה אש, ח"א, עמ' מח.

¹⁴⁶ דרישה, חו"מ, מ, ב, בדעת ספר התרומות.

¹⁴⁷ תומים, מ, ס"ק א.

¹⁴⁸ אמרי בינה, דיני הלוואה, סי' טו, גם בשם פתח הבית דף צה. על טענת טעות ע"י גם ברכי יוסף, חו"מ, סי' מ, ס"ק א; ישועות ישראל, סי' מ, עין משפט ס"ק א; מחנה יהודה (אשכנזי), חו"מ, מ, ג.

שו"ת בני אהרן סי' עז, דף פז ע"א (הובא באמרי בינה, דיני הלוואה, סי' טו), כתב בדעת הר"ן על הרי"ף, כתובות סא ע"א (בדפי הרי"ף), ש"חייב אני לך" משמעו לשון הודאה ולשון חיוב, ובסתם מניחים שהתכוון להודאה, ומועיל מדין הודאה גם אם ידוע שלא היה חייב לו מקודם, כמו באיסור גיורא; ורק אם גילה בפירוש שאינה הודאה, נפרש שהתכוון להתחייבות חדשה ולא להודאה. נראה שיהיה נ"מ למקרה כנ"ל, שטוען שטעה - טענה זו שייכת רק אם נקט לשון הודאה. תהיה נ"מ גם במקרה שיש אומדנא שלא התכוון להתחייב, לדעה שאומדנא מועילה בהתחייבות ולא בהודאה (ראה פרק ה, 6).

¹⁴⁹ קצות החושן, מ, ס"ק א.

צריך להוסיף שגם אמירת "חייב אני לך מנה בשטר" מועילה כהודאה, כפי שמוכח מרמב"ם ושו"ע שחייבו במקרה זה, ולפי קצות החושן הם מחייבים מטעם הודאה - שכיון שאמר את המלה "בשטר", חיזק את דבריו כאילו אמר "אתם עדי".

אך נתיבות המשפט, מ, ס"ק א, כתב שגם בלי עדים, אם זו הודאה גמורה (היינו, מהסוג שאי אפשר לטעון נגדה "משטה אני בד", לפי הכללים בס"י פא [?]), קנין אודיתא קונה.

אומדנא שהמודה לא התכוון להתחייב במקרה מסוים: אין הולכים בהודאה אחרי אומדנא. לדוגמה, שטר חצי זכר, שבו האב מודה שהוא חייב לבתו סכום גדול, וזמן הפרעון הוא שעה לפני מותו, כך שהיא מקבלת חלק בירושתו, ועושים תנאי, שאם הבת תמות בלי זרע קיימא יתבטל החוב, ומתה הבת עם זרע של קיימא, אבל אח"כ מת הזרע הזה בחיי האב החייב - ההודאה קיימת ובעלה של הבת יורש אותה אף שיש להניח שהאב לא היה מתחייב על דעת כן¹⁵⁰.

טעם הדבר הוא, שאם נניח שהוא אומר אמת בהודאתו (כלומר, שבאמת לקח סכום זה מבתו בעבר) חיובו אינו תלוי בדעתו (שזו הסיבה שאומדנא מועילה במתנה - כי מתנה תלויה רק בדעת הנותן) אלא בדעת המקבל (כלומר, האם הבת התכוונה שהאב יהיה חייב להחזיר לה אם יקרה כך וכך), ואין סיבה להניח שהמקבל רוצה לגרע את כוחו ולצמצם את החיוב; וגם אין אומרים שיש אומדנא שההודאה אינה אמת ומודה רק כדי שיוכל להקנות את המתנה, וכיון שזה מתנה, מועילה אומדנא שלא התכוון לתת במקרה מסוים (כגון שמת הזרע של בתו בחיי האב) - כי אומדנא היא כמו "אנן סהדי", ואינה יותר חזקה מעדים, וכמו שעדים לא מועילים נגד הודאת בעל דין, כך גם אומדנא¹⁵¹.

הודאה על תנאי: לכאורה, בהתחייבות בלשון הודאה אי אפשר להתנות את ההתחייבות בתנאי כל שהוא, שהרי הודאה היא סיפור של מה שהיה, והסיפור הוא או אמת או שקר, ואינו יכול להיות אמת על תנאי. בכל זאת תיתכן התחייבות על תנאי בלשון הודאה: האדם מודה שהחוב שהיה עליו מכבר, היה מותנה בתנאי כך וכך. לדוגמה, הוא יכול להודות שהוא חייב לפלוני, ושהחיוב נוצר בכך שהוא זיכה לאותו פלוני מתנה ע"י אחר, והזיכו היה על תנאי, וממילא חיובו עכשו (למסור לפלוני את מה שזיכה לו אז) הוא על תנאי¹⁵².

גם שערי תורה (לעזר ח"א, כלל א, פרט א, אות ה, כותב שמתוס' מוכח שלא כקצות החושן שכתב שמועילה אודיתא רק אם מודה בפני עדים ומייחד עדים. אולי כוונתו לתוס' ב"ב מד ע"ב (ד"ה דלא) שהוא הביא לפני כן, שכתבו שאודיתא מועיל גם נגד עדים.

שו"ע, חו"מ, פא, יט, כותב שהמוסר לחברו שטר שכתוב בו "אני חייב לך מנה", בלי "אתם עדי" - מועיל כהודאה. עי' ש"ך, חו"מ, פא, ס"ק מט, על הודאה ב"אתם עדי" או ב"הרי אני חייב לך מנה בשטר", ותומים שם; חי' רעק"א, חו"מ, מ, א, כותב כאילו הם מדברים על מקרה שהודה שבהודאתו התכוון להתחייב; אולי אין כוונתו להתחייבות חדשה, אלא לאפוקי השטאה, וא"כ זה לא שייך לענייננו. סמ"ע, פא, ס"ק מו, אומר שהודאה גמורה (כגון שהודה מיוזמתו, שלא בעקבות תביעת התובע, שלכן יש פחות מקום לומר "משטה אני בד" - שו"ע, חו"מ, פא, יד) מועילה לרמב"ם גם בלי "אתם עדי", אם הודה שלא בחזקת שהוא חייב (כלומר, ידע שאינו חייב ומ"מ הודה), כי אומרים שהתכוון לשעבד עצמו במתנה גמורה להתחייב לו בהודאה או במסירת השטר כאמור בשו"ע סי' מ; ואילו ש"ך, חו"מ, פא, ס"ק נ, קצות החושן, פא, ס"ק יט, ושער משפט (כמובא בפת"ח פי"ח הערה ד) שם כתבו שלא מועיל להתחייב במה שאינו חייב בלי "אתם עדי". ש"ך, חו"מ, פא, ס"ק מט, כתב שגם לרמב"ן ורשב"א, אם זאת לא התחייבות אלא הודאה, מועיל אם אמר "אני חייב לך מנה בשטר". חי' רעק"א, על הש"ך שם, כתב שכך הדין גם אם אמר "חייב אני לך מנה בכתב יד". אבל קצות החושן, פא, ס"ק יח, כותב שלרמב"ן ולרשב"א לא מועילה אמירת "בשטר" לענין הודאה, ויכול לטעון "משטה אני בד" [עיין פתחי חושן שם בהערה ז והערה י, עוד דיני הודאה שאינה התחייבות].

¹⁵⁰ שו"ת מהר"י וייל, דינים שבסוף הספר, סי' טז (הובא בחלקת מחוקק סי' צ ס"ק ב, בבית שמואל סי' צ ס"ק ד וסי' קיד ס"ק יא, ובדברי חיים, ח"א, חו"מ, סי' א).

¹⁵¹ בית יעקב (מליסא) סי' צ, א.

הפלאה, קונטרס אחרון, צ, ס"ק ב, מביא ששו"ת צמח צדק סי' צו, כתב שבהודאה הולכים אחר אומדנא דמוכת, והוא נשאר בצ"ע בזה.

¹⁵² רז"ן גולדברג, בסי' שורת הדין, ח"ב, עמ' שס.

עוד כתב שיכול להיות תנאי בהודאת בעל דין לפי מהריב"ל שזה מטעם התחייבות. ואין דבריו מובנים, שהרי גם למהריב"ל זה צריך להיות בלשון הודאה, שלא יכולה להיות מותנית, מחמת עצם טבעה.

ר' מיכאל בלייכר, "צוואה - עריכתה וניסוחה", שורת הדין, ח"ב, עמ' שמח, כותב שתיתכן הודאה מותנית בשטר הודאה, אם ההודאה היתה שהוא "חייב לשלם ע"פ התנאים המופיעים בשטר זה", ואז התנאי חל בו כי זה אחד התנאים של החוב. אולי הוא מתכוון לנימוק שכתבנו בפנים.

שער נפתלי סי' ט, כותב שמועילה הודאה בתנאי של "מהיום ולאחר מיתה", וכן מועילה הודאה עם שיו, כפי שרמ"א, חו"מ, רנז, ז, מכיר בתוקפה של הודאה עם שיו (הוא עוסק במתנה). הוא מסביר זאת בכך שאודיתא היא הקנאה ולא רק נאמנות מצד הודאת בעל דין, שאילו זו היתה הודאת בעל דין, לא היה שייך שיו, שהרי מעכשו הכל שלו (הוא דן גם באודיתא כשחב לאחרים).

דעות חולקות: שו"ת הב"ח (הישנות), סי' קלו, כותב שהמתחייב על תנאי - אי אפשר לחייבו מדין הודאה, אע"פ שבסתם התחייבות במה שאינו חייב, רואים כאילו הודה וחייב מטעם הודאה.

מתנה יהודה (אשכנזי), חו"מ, מ, ג, כותב שלא יכולה להיות הודאה על תנאי, שהרי הראב"ד המובא בסי' התרומות מסביר שמועילה הודאה כי חוששים שזיכה לו ע"י אחר או שגזל ממנו, וזה לא שייך בהודאה על תנאי.

זרע אברהם (לופטביר), סי' טו אות א, הבין מדברי שו"ע כפי שהוסבר בקצות החושן, שקנין אודיתא לא מועיל בתנאי, שהרי שו"ע (בעקבות רמב"ם) נוקט "בלי תנאי כללי", ומתכוון לאודיתא, לפי הסבר קצות החושן.

על הודאה במתנה שלא בפני התובע עי' ישועות ישראל, סי' מ, עין משפט ס"ק ב.

7. הבטחה של רבים

רבים שהתחייבו לתת מתנה לאדם אחד, אפילו מתנה מרובה, אינם יכולים לחזור בהם, אפילו בלי שטר ובלי קנין סודר¹⁵³. הטעם הוא, שיש למקבל סמיכות דעת שהרבים לא יחזרו בהם, גם מפני שכל אחד יצטרך לתת רק מעט¹⁵⁴. ועוד, שכל דברי הקהל אינם צריכים קנין¹⁵⁵.

8. ביטויים מועילים ושאינם מועילים

לא כל ביטוי של הבטחה, שאדם אומר או כותב, יוצר התחייבות כובלת, אף בשטר או בקנין סודר או באמירה (באופן המועיל).

ראינו לעיל שהביטויים "חייב אני לך מנה" או "אני מתחייב לך מנה" יוצרים התחייבות¹⁵⁶.

הביטוי: "אני מחייב את עצמי לתת לך כך וכך" יוצר ההתחייבות תקפה, מפני שהחוב חל על גופו, שחייב את נפשו לתת, שלא כמו "אתן"¹⁵⁷.

גם לשון כמו "אני מתחייב שאתן שדה זו לפלוני", זו מתנה טובה, ואין זו הבטחה, מפני שלשון החיוב שנקט מוכיח שעתה הוא מקנה לו, ואין זו הבטחה לתת בעתיד כמו ב"אתן"¹⁵⁸.

¹⁵³ שו"ע, חו"מ, רד,

The Main Institutions of Jewish Law 59, @60@; חלק ב עמ' 32 (על הבטחת הקהל). דיני ממונות ח"ג ש"ג פ"א הערה 1 כותב שאף ששו"ע כתב דין זה בשם "יש מי שאומר", זו דעתו, וכתב כך כי כך דרכו לכתוב סברה מיוחדת. ומביא שכך כתבו צדק ומשפט דף ק"ח ע"ד, ומטה שמעון הגהב"י אות כה, אף ששו"ת נאמן שמואל סי' כה (דף כד ע"ב) חולק. הוא מביא שבית דוד כתב ששלשה נחשבים רבים, ואילו צדק ומשפט הסתפק בזה.

¹⁵⁴ סמ"ע, רד, ס"ק יד. פת"ח פט"ו הערה ז מביא שמשפט שלום כתב שלפי זה, הדין תלוי בגודל המתנה וכמות האנשים, וכותב שלפי זה הוא רק מחוסר אמנה.

¹⁵⁵ ביאור הגר"א, חו"מ, רד, ס"ק יא, על פי רמ"א, חו"מ, קסג, ו, שכתב כלל זה נולפי זה מן הדין ולא רק מחוסר אמנה. שו"ע הרב, הלכות מכירה סי' ג, כותב שבסתם רבים זה רק מחוסר אמנה, כי מתנה מרובה לרבים היא כמו מתנה מועטת ליחיד, שבה זה מחוסר אמנה, ואם היו בהם שלשה ראשי הקהל, מן הדין לא יכולים לחזור כי מעשה הקהל אינם צריכים קנין.

א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 402, מבין שלפי שו"ע, זה דין ממש, ולא רק "מחוסר אמנה", והוא מסביר זאת ע"פ מהרי"ק שורש קפא (שאינו עוסק במתנה), כי אם הציבור מביטח מתוך הסכמה, יש שלום, ואם מישו חוזר בו, זה הורס את השלום.

על הבטחת רבים עי' משפט שלום, רד, ט; פתחי חושן שכירות פ"ז סי' ד; בית דוד חו"מ סי' ג דף ג; המשפט העברי עמ' 572.

¹⁵⁶ כך כותב שו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ, סי' ה, דף י ע"ב (הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, ס, הגהות הטור, אות לו, בפתחי תשובה, חו"מ, ס, ס"ק יג, ובשו"ת הרי בשמים, ח"ב, סי' טט), שהתחייבות מועילה בלשון "אני מודה שאני חייב" וכו', או "אני מתחייב עתה כך וכך".

הרי"ף, בתשובות הגאונים, הרכבי, סי' תסא, כותב על התחייבות בעל לתת לאשתו, שצריך לומר (בנידונו הדוברים היו קרובי האשה שדיברו אל הבעל): "זהו בקנין שנתחייבת להספיקה", ולא "זהו בקנין שתחייב להספיק" כי המלה "נתחייב" אינה הקנאה אלא פעולה. הסביר ב' ליפשיץ, שאם זה בלשון עתיד, זו אסמכתא, ואילו בלשון עבר, זה תקף מטעם אודיתא.

לפי קצות החושן, לעיל פסקה 3, לשון "אני מתחייב" מועילה רק בקנין או בשטר. ר' יוסף אב"ד יאברוב, בשו"ת נודע ביהודה, מהדורה קמא, חו"מ, סימן כז (ד"ה ומ"ש עוד), מוכיח מכנה"ג שמה שמודה מהר"ש הלוי שאם אומר "אני מתחייב בכך וכך", חל החיוב, כוונתו היא, שאומר לעדים "הווי עלי עדים שאני מתחייב", היינו אף שהעדים יודעים שאינו חייב לו כבר, אלא שהוא מחייב עצמו עתה בלשון הודאה. נודע ביהודה עצמו, שם סימן כח (ד"ה ומ"ש בתשובתו), כותב שיתכן שר' יוסף צודק בכך, אבל מציין שתשובת מהר"ש הלוי אינה לפניו.

¹⁵⁷ סמ"ע, ס, ס"ק יח (הובא בשו"ת הרי בשמים, ח"ב, סי' סט, בשו"ת משפט כתוב, חו"מ, סעי' נח, בשו"ת ברית אברהם, חו"מ, סי' כט, אות ט, בברכת שלמה, אהע"ז, סי' כא, אות י [גם בשם הרי בשמים סי' קמ], ובפד"ר, כרך ו, עמ' 315 [עמוד פותח]). ערך השולחן, חו"מ, ס, ס"ק לג, מביא ראיה לסמ"ע משו"ת הרשב"ש, סי' קיד, המחייב באומר "אני מתחייב לתת".

כמו כן, שו"ת חתם סופר, אהע"ז, ח"א, סי' קלה, כותב שאם כתוב בשטר "ראובן התחייב את עצמו לזון את פלוני", חייב.

שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן כט, מדייק מלשון הרמב"ן, בתשובת הריטב"א, שלשון "נתחייב לתת לו" מועיל רק אם אמר "נתחייב בתורת חוב כוונתי". אבל שו"ת משפט צדק, ח"ב, סי' יז (לו ע"ב), כותב שעדיף לומר שהרמב"ן לא מצריך "בתורת חוב", אלא כתב זאת בשגרת לשון, וזאת כדי לא להרבות במחלוקת, שהרי שאר הפוסקים סתמו, ומשמע שאינם מצריכים זאת.

אם נקט בלשון שאין משמעותו התחייבות, גם אם בלשון הגוים זו משמעותו, כגון "התקשרות", גם אם זה כתוב בכתב ולשון של גוים, אינו חייב, כיון שיהודי הוא שחותם¹⁵⁹.

האומר "יטול [או "יזכה"] פלוני דבר זה", זה מועיל, מפני שמשמעות הדבר הוא שיקנה במתנה זו או במשיכה זו, ואינו מתכוון שיקנה בעתיד, ולכן אינו קנין דברים¹⁶⁰.

האומר "תנו מנה לפלוני", אין מפרשים שהתכוון להתחייבות, מפני שמשמעות דבריו היא שהוא נותן מתנה¹⁶¹.

האומר "קיבלתי עלי בחוב גמור וכו' לאשר ולקיים", מועיל מפני שהוא כאילו אמר "חייבתי את נפשי לתת", שבה קיבל חיוב על עצמו לקיים את הדבר¹⁶².

¹⁵⁸ שו"ת גינת ורדים, אהע"ז, כלל ד, סימן ה (ד"ה ומה שבא); אמרי בינה, דיני הלואה, סי' נא (כמובא בפת"ח פי"ח הערה לה).

דעה חולקת: שו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ, סי' ה, דף י ע"ב (הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, ס, הגהות הטור, אות לו, בפתחי תשובה, חו"מ, ס, ס"ק יג, ובשו"ת הרי בשמים, ח"ב, סי' סט), כותב שלא מועיל לומר "אני מתחייב שאתן לך במתנה כך וכך פירות", משום ש"אתן" הוא קנין דברים. שו"ת יביע אומר, חלק ה, חו"מ, סימן ה, מביא שגם שו"ת ידי דוד (קראסו) סי' סא, ושו"ת באר מים חיים (מוצירי), חו"מ סי' ב, כתבו כמו מהר"ש הלוי.

ר' יוסף אב"ד יאברוב, בשו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו"מ, סימן כה (ד"ה והנה לכאורה), מביא ראייה לדברי מהר"ש הלוי שהאומר "אני מתחייב שאתן לפלוני כך וכך" אינו לשון חיוב, מבי"ב קמט ע"א, שאיסור גיורא עשה אודיתא, ולמה עשה תחבולה שאינה של אמת להקנות באודיתא מחמת שלא היה דרך אחר להקנות, הלא היה יכול לחייב את נפשו לומר "הנני מחייב את עצמי ליתן את המעות שלי המופקדים אצל רבא ליד רב מרי", ואז היה רב מרי מוציא את המעות מיד רבא? ולפי מהר"ש הלוי ניחא, שהרי לדעתו חיוב עצמי מועיל רק אם אמר "מודה אני שאני חייב וכו'", וא"כ היינו אודיתא, ומוטב היה לו להודות שהמעות עצמם הם של רב מרי (דבריו קשים שהרי מהר"ש הלוי כותב שמועיל אם אמר "אני מתחייב כך וכך", ואיסור גיורא היה יכול לומר כך, שאינו לשון הודאה). מצד שני, הוא מביא ראייה לסמ"ע, שהרי הראשונים והאחרונים כתבו שאם חייב את נפשו בדבר שלבי"ל, כגון מה שיקנה, חייב להעמידה בידו; משמע מדבריהם שאם אמר "הנני מחייב את עצמי ליתן לפלוני מה שאקנה", זכה הלה, כדברי הסמ"ע (מהר"ש הלוי יצטרך לומר ששם הכוונה להתחייבות בלשון הודאה).

ר' בנימין רבינוביץ תאומים, תחוקה לישראל ע"פ התורה, ח"ב, עמ' 222, הערה 36, כותב שמהר"ש הלוי כתב כך דוקא אם מתחייב סתם דבר חדש, אבל יועיל אם מתחייב כנגד דבר המחייבו. אולי כוונתו להבחין בין מתנה למכר.¹⁵⁹ כסף הקדשים, מ, א.

¹⁶⁰ חידושי הרמב"ן, ב"ב קמח ע"ב (הובא בטור, חו"מ, רנג, ד, ובשו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו"מ, סי' כה, ד"ה שוב ראית).

גם חוקות הדיינים סי' קפג, כתב ש"יטול" ו"יזכה" ו"יחזיק" ו"יקנה" אינו קנין דברים, אלא מועיל כמתנה גם בבריא, מפני שמשמעותו היא שיטול מעכשו, וזאת אף שהוא סובר שקנין "אתן" אינו מועיל. גם חי הרשב"א, ב"ב קמ ע"ב, כותב ש"יטול" אינו קנין דברים (אלא שהוא אומר כך גם ב"אתן"); ומסביר שכוונתו היא: "יטול מנכסי". א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 125, כותב שטעם ההבחנה הוא ש"אתן" מוסב על הנותן, שאומר שיתן בעתיד, וקנין אינו יכול לחול על פעולה עתידית, אבל "יטול" מוסב על המקבל, והנותן לא יכול להבטיח מה יעשה המקבל, ולכן מוכרחים לפרש שיטול המקבל את הדבר המובטח כבר עכשו ויזכה בו ע"י מעשה הקנין (וזו הקנאה עכשו ולא התחייבות! שלא כפרח מטה אהרן שבסמוך).

אך הרמב"ן מביא שר"י מיגאש סובר שלא מועיל "יטול" ו"יזכה" בבריא מפני שזה קנין דברים; וכן חידושי הרשב"א, ב"ב קמ ע"ב, מביא שר"י מיגאש כתב לגבי "אם תלד אשתי זכר יטול מנה", שבבריא אינו מועיל כי זה קנין דברים. מגיד משנה, הלכות זכיה, ח, ו (הובא בשו"ת משפט צדק, ח"ב, סי' יז השני, דף לו ע"א), מביא את המחלוקת. שו"ת פרח מטה אהרן, ח"א, סי' עט, כותב שמה שכתב טור, חו"מ, רנג, מב, שהמשנה של "אם תלד אשתי זכר יטול מנה" היא במחייב עצמו, כוונתו שגם אם לא חייב עצמו בפירוש, מ"מ לשון "יטול" משמעה שהוא רוצה שהבן יקבל, הוא רוצה שהמתנה תחול באופן המועיל, ולכן מניחים שהוא מחייב את עצמו ומשעבד את נכסיו.

¹⁶¹ שו"ת פרח מטה אהרן, ח"א, סי' עט. גם ב"ח, אהע"ז, קט, א (הובא בחלקת מחוקק סי' קט, ס"ק א), כותב שבריא האומר "תנו מאתים זו"ז", זה קנין דברים.

ר' יוסף אב"ד יאברוב, בשו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו"מ, סימן כה (ד"ה שוב ראית), כותב שכך הדין גם אם אמר "קנו ממני כו' שיתנו בני" וכו', כי אין הבדל בין אם אמר "אתן" או "יתנו בני". והוא מסביר, שדווקא "יטול" ו"יזכה" מועילים לפי הרמב"ן, מפני שהן לשון של זכות, ומשמע שיזכה מעכשו אלא שלא יטול את המתנה עד אחר מותו, אבל אם אומר בלשון נתינה, אין במשמעותו שום לשון של זכיה, אלא הבטחה שיתן לו, או דברים בעלמא, ולא שיזכה מעכשו; ואין אומרים שמאחר שלא שייך לומר שמבטיחו שיתנו לו בניו, צריך לומר שהוא לשון שיתנו לו בניו ע"פ קנין זה.

¹⁶² ר' יוסף אב"ד יאברוב, בשו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו"מ, סימן כה (ד"ה והנה לכאורה). הוא מסתמך על סמ"ע הנ"ל.

אך הוא כותב שאם לא נתחייב שיתן הוא עצמו, אלא אמר שאחרי מותו בניו יתנו מעזבונו כך וכך למישהו, אינו יכול לחייב את עצמו על בניו.

מי שהודה שהתחייב סתם, לא מועיל, שהרי התחייבות בלי קנין לא מועילה (לדעה אחת), אבל אם אמר שהתחייב בקנין או אמר "אני מודה שאני התחייבתי באופן המועיל על פי תקנת חז"ל", התחייבותו מועילה מחמת הודאתו¹⁶³.

לשון "מחויב אני" מועילה כלשון התחייבות¹⁶⁴.

האומר "רציתי ושעבדתי", פירושו שהוא מתרצה ומשתעבד, ואף על פי שהוא לשון עבר, כך רגילים לכתוב¹⁶⁵.

¹⁶³ משפט שלום, ס"י רט (דף עד ע"ג). והוא מביא שאם אמר "אני מודה שאני התחייבתי לפלוני כך וכך", ועושה קנין "מעכשיו", שו"ת מהרשד"ם חו"מ ס"י כט, כותב שזה לשון גרוע כי "הודה שנתחייב" משמע שנתחייב בעבר, ועל מה יחול הקנין שהוא עושה עכשו, אבל אם כתב "ונטל קנין לתנאים הנזכרים", מועיל (הדברים אינם מפורשים במהרשד"ם, שלשונו אינה ברורה). אבל שו"ת משפטי שמואל ס"י לו, עוסק באותו מקרה וכותב שזה מועיל. כמו כן, משו"ת הרמ"א סימן צב (ד"ה אך אם) עולה שמי שהודה שהתחייב באופן המועיל, חייב כאילו ידוע שהתחייב. הוא עוסק במי שהודה בפני עדים "נתתי מתנות אלו", ומדובר בכסף שלו שהיה בידי אחר בהלוואה או בפקדון, והוא כותב שמאחר שהודה "נתתי", מניחים שהקנה באופן המועיל, ואף שלרמב"ם הלכות מכירה, ו, ז, לא מועיל קניין אגב בהלוואה, וכתב שם מגיד משנה שהוא גם דעת הרמב"ן והרשב"א, מ"מ מאחר שבהודה שנתן, מניחים שנתן לו בדרך ששיעבד לו נכסיו או שיעבד עצמו שזה מועיל כהתחייבות, כמו שכתבו התוספות כתובות נד ע"ב (ד"ה אף על פי), ורא"ש כתובות פ"ה ס"י א. וכונתו היא שמניחים שהתחייב באופן המועיל, שאם לא כן אין משמעות להודאתו "נתתי". אך יש להעיר שאם כן זה לא קנוי למקבל אלא יש רק חיוב על הנותן לתת לו, ככל התחייבות.

וראה פסקה 2, שנודע ביהודה כותב שאם כתוב בשטר שעשה קנין על ההתחייבות, חייב מטעם הודאה. שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קכ (ד"ה ויצורף), עוסק בשטר שכתוב בו "אני מודה וכו' שהתחייבתי את עצמי בחיוב גמור בכל אופן המועיל יותר על פי תקנות חז"ל מעכשיו וכו'", וכותב שזה לא מועיל, שהרי לשון "התחייבתי" הוא לשון עבר, שמודה שכבר התחייב, ו"מעכשיו" משמעותו היא שהתחייב מאז שיחול עתה ביום כתיבה, וא"כ לא מועיל הקנין שהרי חזר הסודר לבעליו, וכיון שלא קנה בשעת הקנין לא יקנה אח"כ; ורק אילו לא היה כתוב "מעכשיו", היה קונה, כיון שהודה שהתחייב מאז עפ"י אופן המועיל, והיינו אומרים שהקנה אז בשעת השיעבוד; וכן אם היה כתוב בלשון הווה ולא בלשון עבר אלא "אני מודה שאני מתחייב עתה" או "שאני חייב לפלוני" ומכ"ש אם היה מודה "יש לפלוני בידי כך וכך", היה מועיל; ואמנם אפשר לפרש ש"מעכשיו" אינו על "עכשיו" של שעת ההודאה, אלא "עכשיו" של שעת החיוב, והוא מודה שהתחייב מאז במעכשיו של אותו הזמן, מ"מ כיון שאפשר לפרש בשני אופנים, יד בעל השטר, דהיינו המקבל, על התחוננה. משפט שלום ס"י רט (דף עד ע"ב), כותב על מקרה זה, שכיון שהודה שנעשה הכל בכל אופן היותר מועיל לדברי חז"ל, חייב, כי יש לפרש ש"מעכשיו" הוא על שעת הקנין; וגם אם הודה בסתם שנתחייב בקנין מעכשיו (ולא כתב "באופן היותר מועיל"), השטר תקף.

¹⁶⁴ שו"ת נטע שעשועים, ס"י מא (הוא עוסק במתנה). הוא כותב שזה מועיל גם בדבר שלא בא לעולם.

¹⁶⁵ שו"ת ראני"ח, ח"א, סימן סו. הוא מביא ראייה ממה שנאמר בגיטין מ ע"ב, שהכותב בשטר "נתתי שדה פלונית לפלוני", קנה, וביאר שם הר"ן, שהוא בא עכשיו להקנות לו השדה בלשון זה כמו "שדי נתונה לך". שו"ת יביע אומר ח"ה חו"מ ס"י ה אות ח, כתב ש"אשלים" דינו כמו "אתן".

ח"י הרמ"ה ושיטות קדמונים גיטין מ ע"ב (עמ' רצב): אם אמר "תהא נתונה לו" או "תהא שלו" קונה גם לחכמים [משמע שקנה מיד ואין זו התחייבות] (הובא בשלטי הגיבורים, גיטין כט ע"ב, בדפי הר"ף, אות ב - בקנין או בשטר. הערה כח: יש חידוש בלשון "תהא נתונה לו" שאע"פ שזה לשון עתיד, מועיל, כי סו"ס זה לא משמעות של הבטחה. התחייבות בלשון "קניבתי עלי" - דברי גאונים, כלל מא, אות טז: שו"ת הרשב"ש ס"י רמג, הובא במשחא דרבנות חו"מ ס"י ס, כותב שהכותב "קניבתי עלי לתת", הוא לשון חיוב ומועיל גם לדשלבלי"ע ולחייב עצמו בדבר שאינו חייב. וכן משמע מרש"י כתובות קב, שכתב "פלוני קניב עלי כך וכך". וכן לשון הכתובה הוא "וקניבתי עלי". וכ"כ ערך השולחן, חו"מ ס"י ס"ק לא. אבל מרשב"ש ס"י קכב, לא משמע כך.

ישכיל עבדי ח"ה חו"מ ס"י יז: התחייבות בלשון "הסכמה" לתת דבר לאחר - אינה מועילה בלי קנין, כי אין במשמעות זו לשון שמשעבד את עצמו ונכסיו לזה, ולכן יכול לחזור בו.

שו"ת נטע שעשועים, ס"י מא, כותב שאם כתב בשטר "אני נותן כך וכך במתנה או במכר, ואם לא אקיים אתן קנס כך וכך, וקנו קנין על כל זה" (כוונתו להתחייבות, שאילו נתן מתנה לאלתר ברור שאינו יכול לבטלה ע"י תשלום קנס), יכול לתת את הקנס ולא יצטרך לתת את המתנה, ואין מפרשים שהקנין היה על נתינת המתנה (וממילא לא יוכל לחזור בו מנתינת המתנה), אלא הקנין היה על כל המכלול - שיתן או מתנה או קנס.

שו"ת הר הכרמל חו"מ ס"י א, דף א ע"ג (הובא בשו"ת הרי בשמים ח"ב ס"י טט), כותב שאם כתבו ב"תנאים" של שידוכין לשון התחייבות, וכתבו בסוף "וקנס מצד העובר", א"כ הכל תלוי בקנס, שאם ירצה לשלם את הקנס ייפטר מהחיוב, א"כ לא גמר להתחייב בהחלט, ופטור לגמרי כמו ב"אתן". הר הכרמל עוסק שם בשטר שכתוב בו אחרי חתימת העדים "גם מחויב פלוני לתת כך וכך", וחתמו העדים על זה, שלשון זו משמע שהעדים קובעים שהוא חייב בזה, ולא הסבירו מכות מה הוא חייב - הוא דן האם מניחים שהתחייב באופן המועיל.

על מהר"ש הלוי - ע"י חשק שלמה, ס, הגה"ט אות כו. על לשון "נתחייב" - ע"י משפט צדק ח"ב ס"י ל (סא ע"א). על "יטול מנה" ע"י תמים דעים ס"י רלח. על "ילדה זכר יטול מנה" ע"י דרישה, רנג, מב.

בקניין סודר: אמר הנותן "אתן נכס פלוני לפלוני", יש אומרים שלא קנה, אפילו עשה קנין סודר, משום שזה קניין דברים, ואינו חייב לקיימו¹⁶⁶. הקנין אינו על החיוב או על גוף הממון אלא על הנתנה, והנתנה עצמה אין בה ממש, שהרי "אתן" אין משמעו לשון חיוב שמחייב מעכשו לתת, אלא משמעו לשון הבטחה¹⁶⁷.

אבל אחרים אומרים שכיון שעשה קנין סודר, קנה המקבל¹⁶⁸.

¹⁶⁶ שו"ת הרי"ף (מהד' לייטר), סי' יד; נימוקי יוסף, ב"ב ב ע"א (בדפי הרי"ף), בשם הגאונים; חידושי הרמ"ה ושיטות קדמונים, גיטין מ ע"ב (עמ' רצג) (הובא בשלטי הגיבורים, גיטין כט ע"ב, בדפי הרי"ף, אות ב); חוקות הדיינים, סי' סז (לא הזכיר מתנה); טור, חו"מ, רמה, ד; שו"ת הרשב"ש, סי' ע (על מתנה), סי' קיד (על מתנה), סי' רפד (על מתנה בתנאי שהמקבל יישאל על נדרו שלא יבוא לחתונת בתו), סי' שלו (על מתנה), סי' שלח (על שומר שפטור מאחריות ומ"מ הבטיח לשלם על אבדן הנכס), וסי' תנה (על מתנות במסגרת נישואין); חי' הרמב"ן, ב"ב דף קמח ע"ב (על מתנה), ודף קסח ע"ב (ד"ה הכי, בסופו) (לא הזכיר מתנה); ב"י, חו"מ, רמה, ד, בשם הרא"ש; רמ"א, חו"מ, רמה, א; פרישה, חו"מ, קכו, ט; שו"ת יביע אומר ח"ה חו"מ סי' ה.

שו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ סי' ה, בסופו, כותב שא"א לעשות מעשה נגד דעה זו. רמ"א, חו"מ, רמה, ב, כתב שכך דעת שו"ת מהר"י וייל סי' קמג. אבל ב"ח, חו"מ, רמה, א, ושו"ת הב"ח (הישנות), סי' יד, ובית שמואל, נא, ס"ק י, כתבו שמהר"י וייל לא הכריע בזה.

דרכי משה, חו"מ, רמה, ס"ק ב, כותב בשם שו"ת מהר"י וייל סי' צה, שאם עשה קנין לתת משהו לחברו, זה קניין דברים, אע"פ שכתב לו שעבוד על כל נכסיו. בית שמואל, נא, ס"ק י, כותב שמספק אין מוציאים ממון. ב"ח שם כותב שגם דעה זו יכולה לסבור שהאומר "אתן כך וכך לבנין הכותל ביני לבין שותפי", קנין מחייב בו, משום שזאת לא מתנה, ורק במתנה יש מקום לפרש את דבריו כהבטחה בעלמא. פת"ח פט"ו הערה יז מביא שערך שי סי' רמג מביא שארץ חיים אומר שאם זה קנין דברים לא מועיל גם בלשון חיוב, ואילו ערך שי כותב שלשון חיוב מועיל.

ראב"ן, ב"ב ג ע"א (רח ע"א במהד' ערנרייך), כותב שהמקנה לחברו חפץ או כסף לתת לו (אולי צ"ל: לתת לו חפץ או כסף), לא קנה, כי זה קנין דברים, ורק אם אמר "הריני מקנה לך חפץ פלוני או כסף שיש לי בבית", קנה, כי הקנין חל על הכסף או החפץ. כנראה יש שיבוש בדבריו.

ר"מ מלמד, בשו"ת משפט צדק, ח"ב, סי' י (כב ע"ג), כותב שגם לפי הגאונים שאומרים ש"אתן" לא מועיל בקנין כי זה קנין דברים, מכל מקום אם כתוב בשטר "הווי עלי עדים וכתבו בכל לשון של זכות ויפוי כח", מועיל. שו"ת לחם רב, סי' קצג, כתב שאם כתוב בתחלת השטר "כתבו בכל לשון של זכות ויפוי כח", מועיל, מפני שהסופר היה יכול לכתוב בלשון חיוב, שהנותן מחייב עצמו לתת, והיה מועיל, ולכן מועיל אף שלא כתב כך (הוא מסתמך על "מורי" [מהרי"ט?]) ח"ב סי' פא, שכתב דבר דומה לגבי פגם של אסמכתא.

ר' יוסף אב"ד יאברוב, בשו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו"מ, סימן כה (ד"ה ובשטר), מביא שכתב כנה"ג שאם אומר "כתבו בכל לשון של זכות ויפוי כח", אע"פ שאינו בלשון חיוב מועיל.

ר"מ מלמד שם כותב שמועיל גם אם כתוב בשטר שני קניינים, שהוא ליפוי כח כמ"ש שו"ת הרשב"א, המיוחסות לרמב"ן סי' סז. אבל שו"ת ברית אברהם, חו"מ, סי' כט, אות יא, כותב שגם אם כתובים שני קניינים וקנין בסוף השטר, אין זה מועיל, כי זה מועיל רק לתקן לשון פגומה, וכאן החסרון הוא שאין כוונתו להקנות מעכשו אלא בעתיד, ולזה לא מועילה הכפלת הקנין וכתובתו בסוף.

שו"ת חוות יאיר, סי' קיח (בשאלה), כותב שאם כתבו ב"תנאים" בשעת החופה, "אם הכלה הכניסה לנדוניית בתה כך וכך", לא מועיל, כי זה קנין "אתן", כמו שכתב סמ"ע סי' רמה. וכן בתשובה, סי' קיט, כתב שזה קנין "אתן", ויכול לחזור בו.

¹⁶⁷ יד רמה, ב"ב, פ"א, סי' כו (הובא בטור, חו"מ, קנז, כ). הוא כתב שלכן אם קנו מידו לתת כך וכך, לא מועיל; וכן אם קנו מידו שחייב להקנות או קנו מידו להקנות, לא מועיל, כי זה קנין דברים, כי אין הדבר מתקיים בקנין זה, עד שיקנה לו בהקנאה אחרת; ורק אם קנו מידו שחייב לתת כך וכך, מועיל, ואינו קנין דברים, כי לא קנו מידו על הנתנה, אלא על גוף הממון שחייב לתת לו כך וכך ממון, ועוד, שכיון שקנה את הממון שאצלו, נתחייב לתת לו, כי הדבר מתקיים בו לבדו (כלומר, הכסף נקנה עכשו - אבל זה שייך רק אם הכסף בעין), וזה מועיל דרך הודאה (כלומר, קנו מידו שהוא מודה שחייב לתת לו) או דרך שעבוד, ששעבד נכסים לזה. יש בזה מידה של פורמליזם לשוני, כי מצד הכוונה קשה למצוא הבחנה.

¹⁶⁸ עיטור, מאמר שני, קניין, ליד אות נט; שו"ת הרשב"א, ח"א, סי' אלף לג (מפני שהוא כאילו קנו מידו בחיוב אותו סכום) (לא הזכיר מתנה), וסי' אלף קמב (הובא בב"י, חו"מ, קצה, מחודש כ, בשו"ת פני משה, ח"א, סי' סו (קנט ע"ג), ועיי' הרב הרצוג, *The Main Institutions of Jewish Law* 59, @60@, כרך ב, עמ' 34-35) (על מתנה של בעל לאשתו), וחידושי הרשב"א, ב"ב קמ ע"ב; שו"ע, חו"מ, רמה, ב, בלשון "יש אומרים". המחלוקת מובאת בשו"ת חכם צבי, סי' נז (על תנאים בנישואין).

שו"ת הר הכרמל, חו"מ, סי' א, בסופו, כותב שאם תפס, יכול לומר קי"ל שקנין "אתן" מועיל. תוס' ר"י, כתובות נג ע"א, כותב שמועיל אם ראובן אמר לשמעון "קנה ממני בסודר שאתן ללוי חפץ פלוני", ודן רק האם שמעון יכול למחול על החיוב (ראה פרק ג, 2), משמע שזה התחייבות ולא נקנה עכשו.

סתירה ברשב"א: כאמור כאן, הרשב"א מחייב. אבל בתשובה שלו, המובאת בב"י, חו"מ, רז, מחודש ב, הוא כותב שקנין למכור הוא קנין דברים. א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 127, מביא ששו"ת עדות ביעקב (ביטון) סי' קנ, מיישב שלרשב"א דוקא במתנה זה מועיל, ולא במכירה, מפני שמכירה היא פעולה עסקית ולא מסתבר שהוא משעבד את עצמו ונכסיו לשם כך אם לא אמר זאת במפורש. גם שו"ת לחם רב, סי' קצג, מיישב את סתירת הרשב"א, שקנין לתת אינו קנין דברים אלא משמעותו על הממון, ורק קנין למכור הוא קנין דברים.

שו"ת תורת אמת, סימן קלג (ד"ה ומעתה נראה), מתרץ, שמש"כ הרשב"א שחייב, מדובר שהקנין בא באחרונה, ואז קנין לבד מועיל לתקן את הענין וכאלו מחייב את עצמו, כמש"כ ר' יונה המובא בתשובת הרשב"א בב"י סוף סי' קצה; ומה שכתב בתשובה האחרת שקנין דברים בעלמא הוא, היינו כשלא בא הקנין באחרונה, שאז כתב ר' יונה שלא מועיל.

נתיבות המשפט, רו, ס"ק א, מתרץ שבתשובה זו מדובר שבסוף השטר כתב "וקנינא מיניה", שמועיל כמו לשון חיוב, ולשון חיוב מועיל גם בלי "מעכשו".

הרב הרצוג, @60@, The Main Institutions of Jewish Law ח"ב, עמ' 35 (וכן בפסקים וכתבים, חלק ט, סי' כח, עמ' פז), מיישב את סתירת הרשב"א: בתשובתו על מתנה מדובר בהבטחה לשלם סכום מסוים של כסף ולא נכס מסוים, וברור שה"קנין" שם אינו במובן של הקנאה אלא ברור שהתכוונו שה"קנין" יועיל במובן האחר שלו - התחייבות, דבר שיוצר חיוב ממוני; ובתשובה האחרת מדובר בהבטחה למכור בית מסוים, ואולי הצדדים התכוונו ל"קנין" במובן הקנאה, וזה לא מועיל כי זה קנין דברים, כלומר צריך עדות לכך שהיתה כוונה ליצר חיוב אישי על המוכר להעביר את הנכס. בעמ' 39, תירץ בדרך אחרת את סתירת הרשב"א: קנין להקנות יוצר חיוב להקנות בתנאי שנסיבות העיסקה מלמדות בבירור שהתכוון לקבל על עצמו התחייבות כזאת; ובמקרה בגיטין, הנסיבות לא מלמדות על כוונה כזאת, כי אולי הנותן חשב בקלילות, התכוון שהשטר יפעל את הקנאת הנכס בעתיד, כשהוא יחליט לתת אותו למקבל (ואילו במקרה של הרשב"א לא אומרים שהתכוון לכך כי עשה קנין סודר - כך צריך לומר). והוא מסביר שלפי שדעה זו, קנין הסודר מרפא את הפגם בלשון השטר, ומבהיר שהכוונה היתה להקנות מיד. ושוב בעמ' 42 העלה אפשרות שלפי דעה זו ה"קנין" מביא אותנו להבין את לשון העתיד שהוא כאילו בלשון הווה, כלומר התכוון להקנות, ולא להבטיח; אבל אין ללמוד משם שאם הנסיבות מלמדות שהתכוון להקנות בעתיד, לא יועיל, אלא ברור שהתכוון לקבל על עצמו חיוב אישי.

שו"ת הרשב"א, חלק א, סי' אלף קמב, מביא ראייה שקנין "אתן" מועיל, מסנהדרין כד ע"ב, ששם נאמר לגבי הסכמה לקבל דיינים, שאם אמר "אתן לד", ועשה קנין, אינו יכול לחזור בו אף לפני גמר דין. משו"ת הרשב"א ח"א סי' אלף קנט, עולה לכאורה שהוא סובר ש"אתן" לא מועיל. בנידונו, המלך תפס בית של שמעון, ומת שמעון, ובנו ראובן כתב בשטר: "אני נתן לשמואל את הבית בלב שלם כשיחזיר לי המלך את הבית"; והשואל אומר שמשמעותו היא שאינו נתן לו עכשו אלא כשיחזיר המלך יתן לו, ו"אתן" הוא לשון עתיד ואינו מועיל; והרשב"א כנראה מקבל הנחה זו, אלא שבאותו נידון בתחילת השטר כתב הנותן שהוא נתן "מעכשו בקנין שלם", והשואל טען שחזר בו מזה ונתן רק בעתיד ולכן לא מועיל, והרשב"א השיב שגם אם נאמר שחזר בו, זה כמו הנותן מעכשו ולאחר מיתה, שהגוף ניתן מעכשו והפירות לאחר מיתה. לכאורה קשה הרי הרשב"א סובר שקנין "אתן" מועיל! אולי סבר שכאן לא היה מועיל אילו היינו מניחים שחזר בו לגמרי, כי חזר בו גם מהקנין שעשה, ו"אתן" בלי קנין לא מועיל.

ב"י, אהע"ז, סי' נא (על המבטיח מתנה לבת אחותו), תמה על הדעה ש"אתן" לא מועיל, הרי קנין הוא כמו "מעכשו", א"כ כל קנין "אתן" מועיל כמו כשאומר "מעכשו". אבל ש"ך, חו"מ, רמה, ס"ק ב, ושו"ת יביע אומר, חלק ה, חו"מ, סימן ה (בשם נתיבות משפט דף צג ע"ד, שו"ת מהר"ש הלוי חו"מ סי' ה, בני יעקב דף סה ע"ב, ודף קו ע"א, וערך השלחן אה"ע, סוף סי' נא), העירו שב"י שם שכח שיש דעה ש"אתן" לא מועיל. עיין שו"ת ברית אברהם, חו"מ, סי' כט, אות יא, שיישב את ב"י, אך כתב שהסברו לא מתאים ללשון ב"י - עי"ש. לעצם קושייתו, שו"ת תורת אמת סי' קלג (ד"ה הן אמת), ציין שיש אומרים שסתם קנין אינו "מעכשו". שו"ת משפט צדק, ח"ב, סי' יז השני (לו ע"ד), כתב שב"י סמך על מה שכתב בחו"מ, סי' רז (לתרץ קושיה דומה), שיש אומרים שאין כלל שסתם קנין הוא "מעכשו". יד רמה, ב"ב, פ"א, סי' כו, מביא מי שסובר שקנין לתת אינו קנין דברים אלא כאילו קנו ממנו שהוא חייב לתת, ומועיל מפני שהקנין בא גם לשעבד את עצמו ולכן מועיל גם בלשון עתיד. א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 126, מנמק דעה זו, שאף שלא חייב עצמו במפורש, רואים כאילו התחייב, וא"כ משעבד עצמו ונכסיו מעכשו. ובעמ' 129 הסביר שלדעה זו הקנין מלמד שהתכוון לחייב את עצמו.

ב"ח, חו"מ, רמה, א, ושו"ת ב"ח (הישנות), סי' יד (הובא בשו"ת יביע אומר, חלק ה, חו"מ, סימן ה), כתב שמלשון השו"ע עולה שהוא מסופק כמי הלכה, ושמועילה תפיסה; ואף הוא פוסק כך. פתחי תשובה, רמה, ס"ק ב, מביא שו"ת חוט השני, סי' לו, שאם המקבל מוחזק, אין מוציאים ממנו.

קצות החושן, רמה, ס"ק א, כותב שגם לדעה זו, אין הנכס נקנה בכך למקבל, אלא שמוטל על הנותן לתת (הרב הרצוג, @60@, 59, The Main Institutions of Jewish Law ח"ב, עמ' 38, מבאר שכוונתו היא, שב"ד נוקט אמצעים להכריח אותו לקיים את הבטחתו); ומביא שכך כתב שו"ת מהר"י וייל סי' קמג (וכן שו"ת ב"ח (הישנות), סי' יד, וסמ"ע, רמה, ס"ק ב, מביאים שכך כתב מהר"י וייל, והסמ"ע הסביר שמחרימים אותו או כופים אותו בשוטים לתת, אבל אין יורדים לנכסיו ואם מת א"א לגבות למקבל; וזה כתוב בקיצור בהגהות דרישה ופרישה, רמה, ס"ק א), ושכך כתב בני יעקב.

הרב הרצוג, בספרו שם, עמ' 41, ובפסקים וכתבים, חלק ט, עמ' פט, מדייק מביאור הגר"א, חו"מ, רמה, ס"ק ה, שלדעתו לפי הדעה השנייה, ש"אתן" מועיל, זה מועיל בקנין סודר גם אם נניח שסתם קנין אינו מעכשו. הוא מסתפק האם הגר"א הבין שהקנין יחד עם השטר מלמד שהתכוון להקנות מיד; או שהקנין עם השטר מתפרש כיוצר חיוב אישי אף שהקנין לבד לא היה יוצר חיוב אישי אלא אמר בפירוש שהוא מתכוון לקבל על עצמו חיוב. ועיי' ריא"ה הרצוג, פסקים וכתבים חלק ט סי' כח, עמ' פח, על דעת השו"ע על קנין אתן, ועמ' פט, על בית שמואל.

בית שמואל, נא, ס"ק י, מסתפק, האם בקנין "אתן" (לדעה שמועיל) זכה המקבל במתנה (כלומר, שזאת לא התחייבות), ומוציאים מיד הנותן, ואם מת, צריכים היורשים לתת; או שאין זכות למקבל, אלא כופים על הנותן לקיים את הקנין, אבל אם מת לפני שנתן, לא מוציאים מהיורשים. גם לצד הראשון הוא אומר שאם לא עשה קנין לתת מתנה אלא לתת שטר מתנה, כופים אותו לתת את השטר, אבל המקבל לא זכה במתנה כיון שלא נמסר השטר, ואם מת בלי לתת את השטר, אין מוציאים כסף מיורשיו. א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 128, מסתפק האם לצד הראשון הבעלות בחפץ כבר עברה למקבל כפי שעולה מבית יוסף, אהע"ז, סי' נא, שזה כמו "מעכשו", או שמא רק החיוב החל על אותו דבר עובר בירושה, שהרי הרמ"ה והרשב"א הזכירו רק חיוב. וכותב שלפי הצד השני, החיוב הוא

אבל אם אמר "אתן נכס פלוני לפלוני מעכשו", ועשה קנין סודר, גם לדעה הראשונה קנה המקבל מיד, משום שכיון שאמר "מעכשו", אין זה לשון הבטחה, אלא שמקנה לו את הנכס בקנין זה¹⁶⁹. טעמם הוא, שאף שלא אמר לשון חיוב, כי קנין הוא דבר חזק ומתקן את הענין, כאילו מחייב עצמו באותו דבר¹⁷⁰.

יש מי שאומר, שגם לדעה הראשונה, אם אמר "אתן בזמן פלוני", מועיל, מפני שאין סיבה לפרש שהתכוון להבטחה בעלמא, אלא אמר "אתן" כיון שאינו רוצה להקנות לו עתה אלא בזמן פלוני, ולא משום שהתכוון רק להבטיח, ולכן אם הגיע הזמן, זוכה במתנה, אלא שאם קודם שיגיע הזמן חזר בו הנותן, נתבטלה המתנה¹⁷¹.

בשטר: כתב הנותן בשטר "אתן נכס פלוני לפלוני", ונתן את השטר לאותו פלוני, לא קנה בזה את המתנה¹⁷².

טעם הדבר הוא, שמשמעות לשון זו היא שאינו מתכוון להקנות לו בשטר הנוכחי, אלא הוא מבטיח לתת לו לאחר זמן, בשטר אחר, ועדיין לא עשה זאת¹⁷³. בשטר לא מועיל "אתן", גם לדעה שבקנין סודר בלבד מועיל "אתן", משום ששטר גרוע מקנין סודר¹⁷⁴. שטר מתנה בלשון "אתן" אינו מועיל, מפני שאינו בא לשעבד את הנותן לתת משהו, אלא הוא בא להקנות את גוף הקרקע בשטר הזה, וכשכתב "אתנה לו" משמע לשון הבטחה שיקנה לו בעתיד בשטר אחר, אבל קנין סודר בא גם לשעבד את עצמו¹⁷⁵. בשטר אפשר לומר שהוא התכוון רק להבטיח לתת בעתיד, משא"כ בקנין, שסתם קנין הוא מעכשו¹⁷⁶.

אישי מובהק, ומבוסס על הבטחה, ולא על שעבוד נכסים. בית מאיר, אהעי"ז, סי' נא, בסופו (כמובא ע"י א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 128), דחה את הצד השני, כי איך יתכן שלא יזכה המקבל, והמקנה יהיה מחויב. שו"ת ברית אברהם, חו"מ, סי' כט, אות ג, מביא שהאחרונים הסתפקו האם לפי מהר"י וייל "אתן" מועיל גם לחייב את היורשים, ובאות ד הוא מוכיח שלפי הראשונים הסוברים ש"אתן" מועיל, גם היורשים חייבים. יש להעיר ששו"ת הרשב"א, ח"א, סי' אלף קמב, נוקט ש"אתן" מועיל אם "קנו בדבר שיש לו כזה", משמע שמועיל רק אם יש לו דבר כזה. אך לא מובן מדוע, כיון שטעמו הוא שהוא כאילו מחייב עצמו, והתחייבות מועילה גם בדבר שלא בא לעולם.

נתיה"מ, רז, ס"ק ב, כתב שלרמב"ם מועיל קנין ב"אתן" אלא אם כן התנה את זה בתנאי; ומביא שתורת אמת סי' קלג, כתב שקנין "אתן" מועיל כי סתם קנין הוא כמעכשו; ומביא את דברי העיטור, המובא בב"י סי' רז, ש"אתן" לא קנה הוא כי זה אסמכתא. פת"ח, קניינים, פט"ו, הערה יח, מסביר שהוא כמחייב עצמו לתת, ולכן אינו קניין דברים.

¹⁶⁹ חידושי הרמ"ה ושיטות קדמונים, גיטין מ ע"ב (עמ' רצג) (הובא בשלטי הגיבורים (שם); טור, חו"מ, רמה, ה; שו"ת הרשב"ש, סי' שלו (בתוספת מכת"י); שו"ע, חו"מ, רמה, ד, בשם "יש אומרים"; שו"ת תורת אמת, סי' קלג; פרישה, חו"מ, קכו, ט.

יש להעיר, שבמקרה זה, אין זו התחייבות אלא מתנה לאלתר. אבל המהדיר לשו"ת הרשב"ש, סי' שלו, הערה 62, כותב ש"אתן מעכשו" לא מועיל אם לשון טובה (כגון "אני נותן") לא היה מועיל בלי "מעכשו" מצד פגמים אחרים במתנה.

משאת משה אהעי"ז סי' ל (קצו ע"ב), כותב בדעת כסף משנה, הלכות מכירה, יא, ז, שבדבר מסוים, מועילה לשון "אתן מעכשו" במתנה, שלא כמהריט"ף סי' רפג.

¹⁷⁰ שו"ת הרשב"א, ח"א, סי' אלף קמב.

¹⁷¹ שו"ת גינת ורדים, אהעי"ז, כלל ד, סימן ה (ד"ה וקושטא).

¹⁷² רמב"ם, הלכות זכיה, ד, יא; חידושי הרמ"ה ושיטות קדמונים, גיטין מ ע"ב (עמ' רצב) (ושגם לא השתעבד לעתיד); שו"ת הרשב"ש, סי' קיד (על מתנה), וסי' שלח (על שומר שפטור מאחריות ומ"מ כתב שהוא ישלם); טור, חו"מ, רמה, ב; שו"ע, חו"מ, רמה, א; סמ"ע, מב, ס"ק כו; שו"ת יביע אומר, ח"ה, חו"מ, סי' ה. לחם רב, סי' קצג, כותב (לגבי "אתן" בשטר מתנה), שאפשר לומר קי"ל שלא מועיל.

הם מסתמכים על דעת חכמים בגיטין מ ע"ב, שהכותב בשטר על שדה מסוימת "אתנה לפלוני", לא קנה. אם בנוסף לשטר עשה גם קנין סודר, קנה, לדעה הנ"ל שגם בקנין בלבד, מועיל ב"אתן".

¹⁷³ חידושי הרמ"ה ושיטות קדמונים, גיטין מ ע"ב (עמ' רצב); מגיד משנה, הלכות זכיה, ד, יא, וב"י, חו"מ, רמה, א, על פי רש"י, גיטין מ ע"ב (ד"ה וחכמים).

שו"ת תורת אמת, סימן קלג (ד"ה ולהפיס), מסביר שזה לשון מסופק, האם התכוון לומר שהוא נותן את השדה בשטר זה שהוא מוסר לו עכשו, או התכוון לומר שהוא יתן לו בעתיד, ולכן לא קנה כי יש ספק בכונתו; ורק אם אמר "מעכשו", הרי גילה שדעתו הוא מעכשו, ולכן מועיל כלשון הוה.

¹⁷⁴ מגיד משנה, הלכות זכיה, ח, ו; שו"ת ברית אברהם, חו"מ, סי' כט, אות ד. גם ביאור הגר"א, חו"מ, רג, ס"ק ח, כותב שלדעה זו דווקא בקנין מועיל "אתן" ולא בשטר.

דעה חולקת: קצות החושן, רמה, ס"ק א, כותב שלדעה ההיא גם בשטר מועיל "אתן", אלא שבין בקנין סודר ובין בשטר זה רק מטיל עליו חיוב לתת, ולא שהנכס נקנה מיד למקבל - ראה בשמו לענין קנין סודר לדעה זו.

¹⁷⁵ יד רמה, ב"ב, פ"א, סי' כו.

¹⁷⁶ שו"ת צמח צדק (חב"ד), חו"מ, סי' לב, אות א. עוד הסביר על פי ר' יונה, בשו"ת הרשב"א, ח"ב, סי' שא, המובא בב"י, חו"מ, קצה, מחודש כ, שאומר שקנין מועיל באומר "דין ודברים אין לי על שדה זו" וכדומה, רק אם הקנין בא

אבל אם כתב "אתן נכס פלוני לפלוני מעכשו", קנה המקבל את הנכס מיד, משום שכיון שאמר "מעכשו", אין זה לשון הבטחה, אלא שמקנה לו את הנכס בשטר זה.¹⁷⁷

כתב בשטר: "כתבו וחתמו עלי בכל לשון ותנו לפלוני נכס פלוני", לא קנה המקבל, משום שלא כתוב בשטר שהוא נתן משהו; הוא אמנם ציוה לעדים לתת, אבל הוא עצמו לא נתן כלום.¹⁷⁸ אבל אם כתב "כיתבו שאני נותן, ותנו", זה מועיל.¹⁷⁹

אחרי האמירה, שאז אפשר לפרש שהתכוון לקנות את גוף השדה - לפי זה שטר לא מועיל כי הוא כמו קנין לפני האמירה (ואין דבריו ברורים).

¹⁷⁷ טור, רמה, ה; שו"ע, רמה, ד, בשם "יש אומרים"; שלטי הגיבורים, גיטין כט ע"ב, בדפי הרי"ף, אות ב; שו"ת תורת אמת, סימן קלג.

אבל שו"ת לחם רב, סי' קצג, מדייק מתשובת הרשב"א בב"י סי' רז, שגם אם כתוב "מעכשו", לא מועיל אם הנכס לא היה ביד המקבל בזמן שכתב "מעכשו".

שו"ת תורת אמת, סימן קלג (ד"ה הכלל העולה), מדייק שהרמב"ם סובר ש"מעכשו" לא מועיל, שהרי כתב "אבל אם כתב בשטר אתנו לו... לא זכה המקבל עד שיאמר לעדים כתבו שטר מתנה ותנו לו", ולא כתב שאם כתב "אתנו לו מעכשו", מועיל.

שו"ת ברית אברהם, חו"מ, סי' כט, אות ה, מביא מי שרצה לומר שאם כתוב בשטר תאריך, מועיל "אתן", מפני ש"זמנו של שטר מוכיח עליו" ונחשב כאילו אמר "מעכשו". אך הוא עצמו דוחה זאת, שהרי אם אומרים כך היינו צריכים לומר בכל קנין "אתן" שמועיל, כי סתם קנין הוא "מעכשו", שהרי אינו יכול לחול אחר זמן, שכן אז כבר חזר הסודר לבעליו. באות ח הסביר שדוקא אם אמר "מעכשו" בפירוש, זה מראה שהתכוון להקנות מעכשו ולא התכוון רק להבטחה לתת בעתיד, כמשמעות לשון "אתן", אבל "זמנו של שטר מוכיח עליו" או "סתם קנין מעכשו" לא די בהם כדי לסתור את משמעות לשון "אתן" שהיא הבטחה (להסבר נוסף עיין שם, אות ו).

¹⁷⁸ דרכי משה, רמה, סי' ק, בשם שו"ת הרא"ש, כלל לט, סי' ו. אך הוא כותב שאם מדובר במיטלטלין ונתן אותם למישהו ואמר לו ליתתם לאותו פלוני, זכה המקבל - מדין "זכין".

¹⁷⁹ פת"ח, קניינים, פ"ט הערה יב.

גיטין מ ע"ב: האומר "נתתי שדה פלונית לפלוני, נתונה לפלוני, הרי היא שלו" - היא של המקבל. "אתנה לפלוני" - לר"מ קנה, לחכמים לא קנה. ומדובר בשטר. רש"י - מדובר שכתב אחד הלשונות הללו בשטר ומסר לו, אבל באמירה בעלמא לא קנה שטר. ויש מפרשים: הוא קנה את השדה, אבל צריך לכתוב לו שטר מתנה. וקשה, בשלמה ב"נתתי" אפשר לפרש שהודה שכבר נתן לו בשטר או בקנין מתנה גמורה, אבל ב"אתנה" איך אפשר שקנה [באמירה בלבד]. [עיי' תוספתא ב"ב פ"ט ה"ה].

ישמח לב (גאגין) חו"מ סי' ה (כח ע"א): משפט צדק ח"ב סי' י, הקשה על האומרים שהאומר "אתן לך מאתיים זוז" ועשה קנין, לא קנה כי זה קנין דברים - למה לא נימקו מטעם שאין מטבע נקנה בחליפין? ותירץ, שאינו מקנה את המטבעות בקנין סודר, אלא הקנין הוא על הנתנה. חוקי חיים (גאגין) דף צ ע"ג הקשה עליו, מה פירוש "על הנתנה", הרי הנתנה היא המטבעות. פני יצחק דף ריב ע"ד, השיב, שבאמת זה הטעם שלא מועיל לדעה זו, כי זה קנין דברים, כי הקנין הוא על הנתנה ולא על הטבעות. אני (בנו של חוקי חיים) מסביר: חוקי חיים הביא תחילה את מי שהסביר בדעת הרשב"א, שאם הקנין כתוב אחרי נתינת המטבעות, נחשב כאילו כתוב בלשון חיוב. והביא שכ"כ מ"צ [משפט צדק] ח"ג סי' נב, ושיישב בזה מה שקשה על הרשב"א, מדוע מטבעות אינם נקנים בקנין סודר, נאמר שהקנין הוא במקום חיוב, וכוח קנין הוא חזק לעשות את זה לשון חיוב - התשובה היא שקנין מועיל כלשון חיוב רק אם נכתב בסוף, אבל אם הקנין היה בתחלה, אין לומר שהוא על הנתנה, לעשותה חיוב, כי כיון שהוא לפני הנתנה, הוא מוסב על המטבעות. ולמד מזה שגם במטבעות, אם אמר "אתן לך כך וכך" ואח"כ עשו קנין, מועיל. חוקי חיים הקשה שבוזה סותר לדבריו בח"ב סי' י, ששם הביא את הרשב"א ולא כתב שזה מועיל רק אם הקנין היה בסוף, וכתב שאין בעיה של "אין מטבע נקנה בחליפין" כי קנין הסודר מוסב על הנתנה ולא על המטבעות - ועל זה חוקי חיים מתכוון להקשות, כיון שבח"ב סי' י, לא חילק בין קנין בתחלה לקנין בסוף, א"כ גם בקנין בתחלה הופך את זה לחיוב, א"כ איך אפשר לומר שהקנין מוסב על הנתנה, הרי הנתנה שהוא מזכיר אחרי הקנין, הוא על המטבעות, והרי אין מטבע נקנה בחליפין? בשלמא אם הקנין בא אחרי שהזכיר את הנתנה, אפשר לומר שהקנין מוסב על הנתנה, כי לא יזכיר עוד את המטבעות, אבל אם הקנין קדם, אין לומר כך.

שבילי דוד, רמה, א, על סמ"ע סי' ק ב: עיי' חידושי לאהע"ז סי' נו, שהמקבל חוב בקנין בסתם, היורשים חייבים, אבל המקיים לעשות כתובה גדולה, או באומר בשעת קנין לתת לו מתנה, קיבל רק לעשות מתנה, ואם מת, אין מי לעשות מתנה.

כסף משנה, הלכות זכיה, ד, יא: לרמב"ם, אם ציוה לעדים "כתבו שטר מתנה ותנו לפלוני", קנה גם אם בשטר כתוב "אתן", כי בזה שאמר להם "כתבו ותנו", כאילו תלה בדעתם, ולשון "אתן" צודק כי עוד לא זכה עד שיגיע השטר לידו, ומפרשים כך כיון שתלה בדעת העדים. אבל אם הוא עצמו כתב "אתן" אין מפרשים כך. אבל אפשר לומר ש"עד שיאמר לעדים כתבו ותנו" לא מתייחס ל"אתן" אלא ל"נתתי" [אבל ב"אתן" בכל מקרה לא קנה]. מקורות וציונים (פרנקל) שם: שו"ע לא העתיק את לשון הרמב"ם "שיאמר לעדים כתבו ותנו", וב"י לא כתב את מה שכתב בכסף משנה.

ברכת שלמה, אהע"ז, סי' כא, אות ז: שו"ת המבי"ט [ח"ב] סי' קלב, כותב שלרמב"ם קנין "אתן" מועיל, ואינו קנין דברים כי אפשר לייחס את הקנין לדבר שעליו לתת. מה שקשה על זה מרמב"ם, זכיה, ד, יא, מיושב ע"פ קצות החושן סי' רמה. אות יא: אולי בכל קנין דברים [כמו "אתן"] יש משום "שיהיה הן שלך צדק" כמו במתנה מועטת, אבל זה נוגע לאדם ולא יוצר חלות קנין.

פרק שלישי: סוגים מיוחדים של התחייבות

1. התחייבות בלי ידיעת המקבל

אם המתחייב עשה קנין (סתמו - קניין סודר), זכה מוטב ההתחייבות בשעת הקניין, ומאותה שעה ההתחייבות תקפה, וגם אם המתחייב כתב שטר על ההתחייבות, אין צורך שהשטר יגיע לידי מוטב ההתחייבות¹⁸⁰; וזאת גם אם לא ידע המוטב על ההתחייבות¹⁸¹.

כתב שטר התחייבות לשני אנשים, ומסר את השטר לאחד מהם, שיזכה גם עבור חברו, האחר זכה בחלקו בהתחייבות, גם אם לא ידע עליה, וגם אם מת בלי שידע עליה, יורשיו זכו בחלקו¹⁸².

א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 125, מציין מקורות בשאלה האם לרש"י ולרא"ש "אתן" מועיל. בעמ' 128, הוא דן בהתחייבות לתת מזונות, במסגרת הסכם גירושין, בלשון "אתן"; לא ברור אם זה בגדר מתנה. בעמ' 129, מביא מקורות על "אתן" בתנאי שידוכין - לא ברור האם זה מתנה.

על סתירת הרשב"א בקנין אתן - עי' שו"ת מהרי"י אלגזי (יצחק) סי' נד; מקורות שציין ההתחייבות, עמ' 127. על הבטחה לתת מתנה - אמפה"ת ב"מ ה' ע"ב העי' 62, סמ"ע עה ס"ק א.

על "אתן" - עי' אנציק"ת עי' דבר שאין בו ממש העי' 80-81, 87-89; חוקת משפט ה' מכירה עמ' קסט; משנת ר' אהרן שכנים סי' א-ב ועמ' קטז; בני שמואל תשובה ז' דף ל' ע"א; נועם א' עמ' רפה; דברי ריבוב סי' קנא (הובא בגינת ורדים, אהע"ז, כלל ד, סי' ה, שדן בדבריו - יש לי - הלך ליישאריות) [מנוצל לענין זיכרון]; ח"י כתב סופר גיטין מ' ע"ב [מנוצל לענין דחיית מתנה]; כפי אהרן (עזריאל) ח"יב חו"מ סי' י; בית שמואל סו ס"ק כו; פתחי תשובה אהע"ז סט ס"ק ג; חוות בנימין סי' נט; ח"י כתב סופר גיטין מ' ע"ב; שערי ציון (סופר) סי' יא; אבן האזל, הלכות מכירה, ז, ד (ד"ה ונראה); חוקת משפט, מכירה פ"ל, מקורות ס"ק א; משאת משה השניות, חו"מ סי' כה (פט ע"ג); מישרים נתיב טו ח"ג; שמרו משפט על חוקות הדיינים סי' סז; שו"ע, חו"מ, רג, א; מבי"ט, ח"יב, סי' כו; רשב"א ח"יב סי' מא; כנה"ג, רו, הגהב"י יא; זכרון יהודה (לאש) כז ע"ד; דבר למשפט (רוזנברג) סי' ה; זרע אמת ח"יב יו"ד סי' עז (עט ע"ג-ע"ד); שמחת יו"ט סי' לט; רמב"ם, הלכות זכייה, ד, יא, ח, ו; ליקוטי הרמ"ה גיטין נא ע"א פסקה ז [שם הביאו דעה שקנין לתת אינו קנין דברים]; בני יעקב על העיטור דף סה ע"א; יד רמה ב"ב פ"ד, סי' כו ופ"ט, סי' צד, ושו"ת הרמ"ה, סי' רמט; אבי עזרי, מהדו"ג, ה' שכנים, ב, יד; משפטיד ליעקב ח"יב סי' ט; רז"ג גולדברג, תחומין יב עמ' 281; טור קנו, כ; שו"ת הרא"ש כלל יב סי' ג, כלל סו סי' א; דרכי משה רג ס"ק ב, אהע"ז נא ס"ק ב; שו"ע/טור, רמג, יד, וסי' קנו, כ; ב"ח, קצה, יד; שו"ת מהריב"ל, ח"ד דף ס; אבן האזל, זכייה, ח, ו.

על "אתן" במתנה - עי' אורים גדולים לימוד קפג, קפה; גינת ורדים חו"מ, כלל ה, סי' ה; נועם ד' עמ' קמג-קמו; פד"ר י עמ' 368 ואילך; שו"ת מהר"ם די בוטון סי' מ; שערי עזרא ח"א אהע"ז סי' קו; שערי חיים (שמולבץ) קידושין סי' לה; ח"י ר' שמואל ב"ב סי' ד = שעורי ר' שמואל ב"ב סי' נא-נב, נו, סז; ערוך השלחן סי' רמה; אבן האזל ואבי עזרי, זכייה ח, ו; צ"פ ערכין ו, לא

על תנאים בשעת נישואין עי' ט"ז יו"ד סו"ס רלו, פתחי תשובה יו"ד סו"ס רלו, באר היטב אהע"ז נ ס"ק כג, וסי' נא ס"ק יא, פתחי תשובה אהע"ז נא ס"ק ח.

שו"ת ברית אברהם, חו"מ, סי' כט, אות א ואות ג, מביא את שו"ת עבודת הגרשוני, סי' קכד, ונודע ביהודה, חו"מ, סי' לג [איפה הובא?], ש"אתן" מועיל באופן עקיף לענין עישור נכסים, אם מת האב שאמר "אתן", שייחשב שיש אומדנא שהוא רוצה לתת, ומשערים עישור נכסים לפי אומדנא.

¹⁸⁰ תומים, לט, ס"ק כו; נתיבות המשפט, לט, ס"ק טז.

¹⁸¹ ברור שבכך עוסקים תומים ונתיבות המשפט, שהרי הם מתייחסים לדברי שו"ע, חו"מ, לט, יד, על מי שכתב שטר התחייבות לשני אנשים, ומסר את השטר לאחד מהם, והאחר לא ידע עליה. תומים נוקט בפירוש שמדובר במתנה, וברור שבכך מדובר, שהרי במכר דרושה ידיעת הצד השני, כדי שייסכים לשלם תמורה. יש להניח שהדין יהיה כך גם באמירה, באופן ולדעה שהיא מועילה.

¹⁸² ר' נתן בר' מאיר, בס' התרומות, שער נב, ח"ד (ופסקו כמותו טור, חו"מ, לט, כ, ושו"ע, חו"מ, לט, יד), כפי שהסביר אותו ש"ך, לט, ס"ק מו.

אבל ב"ח, חו"מ, לט, כ, נימק שקנה, מפני שהשניים הם כמו שותפים, ושותפים שהלוח, יכול אחד מהם לתבוע את כל החוב (שו"ת הרשב"א, ח"א, סי' אלף כב); ולפי נימוק זה, נראה שהדין כך גם אם לא זיכה לשני עבור הראשון.

תומים, לט, ס"ק כו, כותב שגם אם לא אמר שהוא רוצה לזכות גם לשני, מפרשים שהתכוון לזכות לשני. נתיבות המשפט, לט, ס"ק טז, כותב שבשטר שאין בו קניין, השני לא זכה, כמו שבשטר מתנה לשנים, צריכים שניהם לעשות קניין; וגם אם עשה קניין, אם המתחייב ביקש מהעדים שיכתבו את השטר ויחזירו לו את השטר אחרי הכתיבה, זה מראה שהתכוון שלא יזכו המקבלים ע"י הקנין אלא אם ימסור להם; אלא שלצורך קיום תנאי זה, די שאחד מהם יקבל, ואז גם השני זוכה, בגלל הקניין. ביאור הגר"א, לט, ס"ק סח, מנמק את דברי שו"ע, שזה מועיל מטעם "זיכין לאדם שלא בפניו", ומוצא לזה מקור מבי"ב קלה ע"ב, "מי שמת ונמצאת דייתיקי קשורה לירכיו... זיכה בה לאחר... דבריו קיימים", שמוכח שהמקבל קנה אף שלא ידע, שהרי כתוב "ונמצאת", כלומר שהדבר נתגלה רק לאחר מותו (צריך להוסיף, שאין לומר שהקנין חל רק ברגע שהמקבל יודע על המתנה, שהרי אז הוא כבר מת, ואין שטר לאחר מיתה).

גם כסף הקדשים, מ, א, כותב שאם לא מסר את שטר ההתחייבות למקבל ההתחייבות אלא לאדם אחר שהוא בר זכייה (למעט גוי וכדומה), ואמר לו שהוא מוסר ומזכה על ידו שיחול החוב, ההתחייבות מועילה. גם ר"מ בלייכר, שורת הדין, חלק ב, עמ' שמב, כותב שאפשר להתחייב לתת מתנה לאדם בלי ידיעתו, מפני שהיא זכות לו.

הבטיח ראובן לשליח של לאה לתת מתנה ללאה, שלא בנוכחותה, לאה יכולה לתבוע מראובן את המתנה, כי שלוחו של אדם כמותו, ואינו יכול לטעון כלפיה שאינה בעל דינו¹⁸³.

שומע ההתחייבות אינו יכול למחול למתחייב על התחייבותו, גם אם הוא זה שעשה את הקניין עם המתחייב, מפני שמוטב ההתחייבות זכה בהתחייבות, ורק הוא יכול למחול עליה¹⁸⁴.

אבל אם נקבע שהחייב יתחיל בזמן מסוים, יוכל שומע ההתחייבות (מי שכלפיו התחייב) למחול על ההתחייבות, מפני שעוד לא זכה מוטב ההתחייבות¹⁸⁵.

ראה פסקה 5, שמועילה התחייבות לתת מתנה למי שעוד לא נולד, אם המתחייב מתחייב כלפי אדם חי - אף שהמוטב אינו יודע על ההתחייבות.

¹⁸³ דרכי משה, חו"מ, רמג, ס"ק א, ורמ"א, חו"מ, רמג, א, בשם הגהות מרדכי, קידושין, ס"י תקנו, כמוסבר בסמ"ע, רמג, ס"ק ג.

ט"ז, חו"מ, רמג, א, מסכים לסמ"ע שכך הדין, אך הוא דוחה את הבנת הסמ"ע שמדובר שהבטיח מתנה לאדם מסוים, שהרי אז זה פשוט; והוא כותב שמרדכי שם מדבר על מי שנדר לגזברים לתת צדקה ללאה, והמרדכי מנמק שמועיל מצד תופס לבעל חוב, ומטעם שעבודא דרבי נתן, ומדייק הט"ז מזה שלאה היתה ענייה, ומדובר שהגזברים הלכו אליו לבקש צדקה עבורה, ולא אמרו לו עבור מי זה, לכבודה, שאילו אמרו לו, פשוט שיכולה להוציא ממנו, כי זכתה מכיון שנדר צדקה אף שלא היתה שם, כדין המיוחד של המתחייב לתת לעני; והחידוש הוא שאע"פ שלא ידע למי הוא נותן, יכולה להוציא מהטעמים הנ"ל, כיון שאח"כ הודו הגזברים שזה היה מיועד לה (נקודה זו הוסיף נתיבות המשפט, רמג, חידושים, ס"ק א).

חמדה גנוזה - זכר מרדכי, רמג, ס"ק א, מקשה על הט"ז, מה שייך כאן שדר"ג, הרי הגבאי לא חייב ללאה, וראובן לא חייב לגבאי כלום אלא חייב לעני שבשבילו אסף הגבאי? הוא מתרץ, שמ"מ, כמו שדורשים מזה שלא כתוב "לאשר הלוהו" אלא "לאשר אשם לו", כך יש לדרוש שהחייב הוא למי ש"אשם לו", העני, ולא למי שכלפיו התחייב ראובן בעבור העני. הוא מסביר שהסמ"ע יפרש שהלימוד הוא, שהוא חייב למי שנדר בשבילו את המתנה, ולא למי שכלפיו נדר בפועל. הוא מסביר ששלושת הטעמים של המרדכי נחוצים: כלפי הנודר נתן את הטעם שהוא כתופס לבעל חוב, למחול לנותן על הנדר ואינו יכול לתת את הכסף לעני אחר; כלפי הנודר נתן את הטעם שהוא כתופס לבעל חוב, שהנודר חייב לתת, וכששמעו תופס ממנו, הוא תופס לנושה - עצמו (דבריו קשים: וכי אדם זר יכול לחייב את הלווה לשלם לו בטענה שהוא תופס לב"ח?); וכלפי לאה נתן את הטעם של שדר"ג, שהחייב הוא כלפי לאה אף שלא נכחה במעמד ההתחייבות. וראה סעיף 3, בהערה, מה שקשה על דין זה מהדין שמקבל מתנה אינו יכול למנות שליח לקבל אותה.

על הט"ז ע"י צדקה ומשפט (בלוי), פ"ט הערה יא.

שו"ת הרשב"א, ח"א, ס"י אלף קמב (הובא בב"י, אהע"ז, ס"י קיח), עוסק בראובן שעשה שטר בקנין עם אשתו, שאם תמות בחייו, יחזיר לבית אביה כל מה שהביאה מבית אביה ועוד מאה זהובים; וכותב שהבעל פטור כי לא חייב על עצמו ולא קנו מידו ליורשים אלא קנו מידו לאשה, ולכן לא השתעבד ליורשים, וגם לא חייב את עצמו לאשה ולא קנו מידו לתת לה, אלא אמר לה "אני מקנה לך בענין שאתן לפלוני כך וכך", ולכן לא השתעבד לה, וממילא יוכלו היורשים לרשת אותה; וככלל, כל האומר "קנו ממני שאתן לשמעון", לא קנה שמעון. אבל הוא כותב את כל זה בלשון ספק (ר' בנימין רבינוביץ תאומים, תחוקה לישראל ע"פ התורה, ח"ב, עמ' 223, הערה 40, מבין ששו"ת הרשב"א שם סובר שמועיל לומר "אם תהיה בעולם, אתן לך, ואם לא אתן ליורשתי", והוא מסביר שמועיל גם אם היורשים אינם בעולם, כיון שהתחייב כלפי מי שנמצא בעולם). המהדיר לשו"ת הרשב"א, הערה 15, כותב שחידושי הרמב"ן, כתובות פג ע"א, חולק על הרשב"א, שהרי הוא פירש את הירושלמי, כתובות ט, א, לגבי תנאי זה של השבת הנדונה לבית אביה, שזה מועיל בתור מתנה ליורשי האשה, שלא כרשב"א שם שפירש שהירושלמי מתכוון שזה יועיל בתורת תנאי - שהיא נותנת לו את הנדונה על תנאי שהנדונה תחזור אם ימות בחייה.

שו"ת הרמ"ה, ס"י רסו, כותב, שמי שהתנה שהוא מתחייב בין לארוסתו ובין ל"כל מי שיוציא שטר זה" - כל אחד יכול לתבוע בו; אבל אם כתב את עיקר החיוב לאשה, וכתב אח"כ שהוא מחייב עצמו לפרוע בין לה ובין לכל מי שיוציא את השטר - אינו חייב לאחרים, כי זה התנאה על מה שכתוב בתורה, ודוקא בהלוואה אם אמר בשעת מתן מעות "משעתבדנא לך ולכל דאתי מחמתך", זה מועיל, כי האחרים באים מכוחו של המלווה, משא"כ כאן שאינם באים מחמת האשה (לא ברורה ההבחנה).

¹⁸⁴ פסקי רי"ד, כתובות נג ע"א (נדפס בגליון תלמוד דפוס וילנא בשם "תוספות רי"ד"), כותב שראובן שאמר לשמעון "קנה ממני בסודר שאתן ללוי חפץ פלוני", ועשו קניין, ולא אמר לו "זכה ללוי" - שמעון יכול למחול על חובו של ראובן ללוי מצד שההסכם היה בינו לבין ראובן, ולא אומרים שאינו יכול כי זאת לא זכות שלו אלא של לוי. הוא מביא ראייה מהדין בכתובות נג ע"א, שאשה המוחלת על כתובתה, גם כתובת בנין דכרין בטלה, אף שזה זכות של בניה. אבל בתוספות רי"ד שם, ובהערה 427 בפסקי רי"ד שם, מובאת דעה ששמעון לא יכול למחול, ודוחה את הראיה ההיא, שהמקרה שם יוצא דופן, שכתובת בנין דכרין היא הכתובה עצמה, שעוברת לבנים אם אמם מתה, וכיון שיכולה למחול על כתובתה, ואין כתובה, ממילא בטלה כתובת בנין דכרין. ר"ש דיקובסקי, תחומין טו (תשנ"ה), עמ' 288, כותב שהלכה כדעה ששמעון אינו יכול למחול כי לוי נעשה בעל דין, שהרי מרדכי, ב"מ, ס"י שמד, ורמ"א, חו"מ, שלג, ח, פסקו שבעל בית לא יכול למחול למלמד על חיובו ללמד, אם הנער לא מוחל, כי יש למלמד חיוב כלפי הנער, וראיה מתוספתא כתובות, י, ג, שהכותב לאשה שיוון את בתה, האשה לא יכולה למחול, כי זכין לאדם שלא בפניו, וזאת אע"פ שבשני המקרים הללו, ההתחייבות לא היתה כלפי הנער או הבת.

¹⁸⁵ שו"ת גינת ורדים, אהע"ז, כלל ד, סימן ה (ד"ה עוד הביא), כותב שהנושא אשה ופוסק עמה שיוון את בתה חמש שנים, עד הנישואין האשה יכולה למחול לו, כיון שעדיין לא חל החיוב על הבעל, ונמצא שלא זכתה הבת בהתחייבותו,

2. התנגדות המוטב

נראה שהתחייבות לתת מתנה תקפה גם אם המוטב מודיע שאינו רוצה לקבל את המתנה. קיומה של ההתחייבות אינו פוגע במוטב בכלל, שלא כקבלת מתנה בפועל, שפוגעת בו מכמה סיבות, כגון ש"שונא מתנות יחיה", ושהבעלות בנכס עלולה להטיל עליו נטל כלכלי של ההוצאות בטיפול בו¹⁸⁶. לכן אינו יכול לבטל את ההתחייבות בהתנגדותו. כשירצה הנותן לממש את התחייבותו, יוכל המקבל לסרב לקבל את המתנה; אבל עד אז יש תוקף להתחייבות, ויוכל המקבל לחזור בו מהתנגדותו. [אבל יש לכאורה הוכחה נגד זה, מהדין שמקבל התחייבות בדבר שלא בא לעולם יכול למחול עליה - להלן].

3. מתחייב שאין לו נכסים

אדם יכול לקבל על עצמו התחייבות גם אם אין לו נכסים בשעת ההתחייבות¹⁸⁷. הסיבה לכך היא, שהוא מחייב את גופו ואת עצמו מעכשו, ולזה אין צורך בנכסים; וכשהיו לו נכסים, יחול שעבודו מעתה¹⁸⁸.

אבל אחרי הנישואין, שכבר זכתה הבת במזונות, אין לאמה כוח לפטור אותו מלזונה, כי אינה יכולה להפקיע את זכות בתה; ואם חיוב חמש השנים עוד לא הגיע, כגון שהתנו כן בפירוש (כלומר, שהתנו שחמש השנים יתחילו מתאריך פלוני), יכולה האשה למחול על החיוב לבעל גם אחרי הנישואין, כיון שעדיין לא חל החיוב. הוא כותב שדין דומה יהיה לגבי מה שהיה נהוג, שכתבו בכתובה שאם האשה תמות בלי בנים, הנדוניה שהביאה לבעל תחזור ליורשיה; כלומר, זו התחייבות של הבעל כלפי האשה לתת את הנדוניה ליורשיה ("הישבון") - זכות היורשים בהשבון (גם אחרי הנישואין) דומה לזכות הבת קודם נשואין, שעדיין לא הגיע זמן זכותם, ולכן יכולה האשה להפקיע את זכות היורשים ע"י מחילת הבעל. דבריו קשים, שהרי אם עוד לא חל החיוב, מדוע צריך את מחילת האשה, מדוע לא יוכל הבעל לחזור בו מעצמו [זהו חוזה לטובת צד שלישי]. כנראה, זה נחשב מצב ביניים, שמוטב ההתחייבות לא זכה, אבל ההתחייבות חלה על המתחייב.

שו"ת מהרי"ט, ח"א, סי' לח, כותב שאם ראובן כתב לשמעון: "הריני חייב לך מנה, ואם לא אתנו לך, אני מחויב מעכשו ליתנו ללוי", יכול שמעון למחול. ועיין שם, מה שכתב על מחילת האשה על התחייבות הבעל להחזיר את הנדוניה ליורשיה.

ראה פסקה 5, בשם ר"מ בלייכר, על המתחייב לאפוטרופוס לתת לו מתנה בעבור אחר - הוא דן האם האפוטרופוס יכול לעכב את המתנה לעצמו.

¹⁸⁶ רשב"ם ב"ב קלח ע"א, שהבאנו בסעיף 3.

¹⁸⁷ רא"ש, כתובות, פ"ה, סי' א (הובא בטור, חו"מ, ס, טו, ובשו"ת הבי"ח, הישנות, סי' קלד וסי' קלו) (על תוספת כתובה ועל התחייבות בכלל); ר' אליהו, בתוס', כתובות נד ע"ב (ד"ה אם) (על תוספת כתובה), ובמרדכי, כתובות, סי' קעד; חידושי הריטב"א, כתובות נד ע"ב. ב"ח, חו"מ, ס, יב, כותב שכוונת הרא"ש היא שזה מועיל גם לא בלשון חיוב אלא בלשון הודאה, כגון שאמר "נתתי, משום שהודאת בעל דין היא כמאה עדים.

בית יוסף, חו"מ, ס, טו (הובא בשו"ת משפט צדק, ח"ב, סי' י, דף כב ע"ב, וסי' יז, דף לו ע"ב), אומר שהרי"ף מסכים לרא"ש, שם, שאדם יכול להתחייב בדבר שאינו חייב גם אם אין לו נכסים כי הוא משעבד את גופו, והרי"ף (בתשובה סי' קסח) פוטר בנידונו (בנימוק שהכסף לא היה בידו בשעה שנתן את המתנה) רק מפני שלא חייב עצמו לתת. אבל ב"י, שם, כותב שהטור סובר שהרי"ף חולק על הרא"ש, שם. אבל א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 111, מדייק ממה שהטור שם הביא את הרי"ף והרא"ש בסמיכות, משמע שהבין שאינם חולקים. ט"ז, חו"מ, רז, טז (על התחייבות במסגרת שידוכין), כותב שהרי"ף חולק על הרא"ש. שמרו משפט על חוקות הדיינים סי' קפג (כמובא ע"י א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 111), כותב שחוקות הדיינים חולק על הרא"ש שם. בהגהות והערות, על הטור השלם, חו"מ, סי' מ, אות כג, כותב בדעת פרישה, חו"מ, מ, ג, שדוקא אם משעבד גם גוף וגם נכסים, הוא חייב; ואינו מעיר שזה נגד התוספות והרא"ש.

חקרי לב, חו"מ, ח"א, סי' קכה (רב ע"א), כותב שלפי הטור, מועילה התחייבות בדבר שלא בא לעולם גם בלי שעבוד נכסים, ודי בשעבוד שעל גופו. אבל בסי' קכו (רה ע"ב), כתב ששעבוד הגוף הוא מדין פועל, ולכן יכול לחזור בו ממנו כמו שפועל יכול לחזור בו.

סייג: ט"ז, חו"מ, רז, טז, כותב שאם יש אסמכתא בחיוב, שאז החיוב חל רק אם אומר "מעכשו", החיוב אינו חל אם אין לו די נכסים עכשו, כי החיוב לא יכול לחול מעכשו על מה שאין לו.

¹⁸⁸ תוס' ורא"ש שם.

פסקים וכתבים (הרצוג), חלק ט, סי' קיב, עמ' תיז, מסביר את דברי תוס', שכיון שהחיוב נחשב שעבוד הגוף, החיוב עולה מדרגת דברים בעלמא, לדרגה של דברים שמוכחים גמירת דעת המתחייב, וממילא לסמיכת דעת של מקבל ההתחייבות; יש למקבל ההתחייבות סמיכת דעת, כי הוא מאמין לחיוב, ובטוח שהחייב יקיים את הבטחתו; הבסיס הוא האמון ההדדי, שמתבסס על הצד המוסרי.

לכאורה, לפי טעמו של ר' אליהו, חברה בע"מ לא תוכל להתחייב בזמן שאין לה נכסים, כיון שאצלה אין גוף שיחול עליה החיוב (פד"ר כרך ו, עמ' 322, מוצא בעיה בכל התחייבות של חברה בע"מ, מצד שיש בה שעבוד נכסים ולא שעבוד הגוף [באמת בעיה זו קיימת לא רק בהתחייבות אלא גם בהלוואה!]; והרי לפי רא"ש, קידושין, פ"א, סי' י, לא ייתכן שעבוד נכסים בלי שעבוד הגוף [ראה בשמו בפרק ב, 4]; ופותר את הבעיה, מצד שהמנהג הוא לחייב חברה בע"מ, ומועיל כסיטומתא, ואף שיש אומרים שסיטומתא אינה מועילה בדבר שלא בא לעולם, הרי כאן שיש נכסים, יש חפצא שעליו ייתפס הקניין; ח' פוברסקי, דיני ישראל יב, עמ' קסו, פותר את הבעיה ע"פ הדעה שייתכן שעבוד נכסים בלי שעבוד הגוף; אך הסברים אלו לא יועיל לענייננו, שאין עכשו נכסים לחברה). אבל לפי הטעם בסמוך, של הודאה, תועיל התחייבות של חברה בע"מ.

טעם אחר הוא, שכיון שכתב בשטר שכל נכסיו יהיו אחראים למה שהתחייב, הרי הודה שיש לו נכסים, והודאת בעל דין היא כמאה עדים, אע"פ אנו יודעים שאין הדבר כך¹⁸⁹.

התחייבות מועילה גם אם ההתחייבות אמורה לחול רק אחרי זמן רב, גם אם אין לו נכסים עכשו¹⁹⁰.

נכסים שבאו למתחייב אחרי התחייבותו (בין אם היו לו נכסים בשעת התחייבותו ובין אם לא היו לו) משתעבדים רק מדרבנן. מן התורה החיוב חל רק על גופו, כי גופו נמצא בעולם, ואין חל שעבוד על נכסיו שיבואו לו אח"כ, כי עכשו אינם בעולם; ורק מדרבנן חל שעבוד על נכסים שיבואו לו בעתיד, כתקנה כדי שלא תינעל דלת בפני לוויים. יש נפקות מכך: שאם מת, מדאורייתא יורשיו אינם חייבים לשלם מהנכסים שהוריש¹⁹¹.

גם המחייב את עצמו התחייבות חדשה במתנה, משתעבדים גם נכסים שיקנה אח"כ, ואף שבמתנה אין חשש מנעילת דלת, מכל מקום גם בה תיקנו חכמים שעבוד זה מפני תיקון העולם, כי בודאי לא חייב עצמו בכדי, ומסתמא התחייב כי היתה לו הנאה מהמקבל¹⁹².

4. התחייבות על תנאי

יש אומרים שאם ההתחייבות תלויה בתנאי, לא מועילה התחייבות באמירה (עם "אתם עדיי" או "בשטר") או בשטר, אלא צריך קנין, משום שזה דומה לאסמכתא¹⁹³.

¹⁸⁹ תוס' שם ורא"ש שם ומרדכי שם ס"י קעה.

שו"ת נחלה ליהושע, ס"י יב (יד ע"א), כותב שלפי טעם זה, לא יועיל מי שאומר "כל נכסים שיהיו לי בשעת מותי - אשתי תזכה בחצי", שהרי לא משתמעת מדבריו הודאה שיש לו עכשו נכסים.

¹⁹⁰ רא"ש שם (הובא בפרישה, חו"מ, ס, טו).

שו"ת שואל ומשיב, מהדורא א, ח"א, סימן מה, מביא את הרא"ש, אבל אח"כ הוא כותב ע"פ התוס' והרא"ש שם, שכתבו שהמתחייב משעבד את גופו והקנין חל על גופו - שלפי זה לא יוכל להתחייב באופן שהתחייבותו תחול רק לאחר מותו (הוא כותב כך לענין חיוב בעל במזונות אלמנתו לאחר מותו), שהרי גופו אינו אז בעולם ואיך יחול על גופו. יש להעיר שסברה זו שייכת רק אם לא היו לו נכסים כשהתחייב, שבזה אמרו תוס' ורא"ש שהחיוב חל על גופו בלבד, אבל אם היו לו נכסים, הרי אפשר לומר שנכסיו השתעבדו והם נשארים משועבדים אחרי מותו. אבל הוא כותב אח"כ שגם אם היו לו נכסים בחייו לא ישתעבדו מחיים, כי הימים שלאחר מיתתו הם לדבר שלא בא לעולם שגרוע מדבר שלב"ל. ואין זה מובן, שהרי מדובר שמקבל ההתחייבות הוא בעולם בשעה שהתחייב, ומדוע זה בגדר "לדבר שלא בא לעולם"? והוא עצמו כתב לפני כן שהתחייבות לאשה כשתאלמן נחשבת התחייבות לדבר שבא לעולם, כי האשה כבר בעולם.

בענין זה ע"י טור סו"ס רז; דברי חיים, הלכות נחלות, ס"י ג (על התחייבות על דבר ידוע).

¹⁹¹ קצות החושן, ס"י ס, ס"ק ה, וסי' רעט, ס"ק ב. הוא מסתמך על רשב"ם, ב"ב קנז ע"א (ד"ה אלא), שכתב ששעבוד "דאקני" (מה שלווה משעבד למלווה נכסים שיקנה אחרי ההלוואה) הוא מדרבנן, מחשש נעילת דלת. נראה שקצות החושן מתכוון ליכולתו של מוטב ההתחייבות לגבות מלקוחות שקנו נכסים אלו מהמתחייב, שבזה עוסק הרשב"ם, אבל מהמתחייב עצמו יכול לגבות נכסים אלו מהתורה, שהרי יש עליו שעבוד הגוף.

¹⁹² גן נעול, כפתור ג, פרח יח (מח ע"ב). הוא מסתמך על מה שנאמר במגילה כו ע"ב לגבי כל מתנה, שאילו לא נהנה הנותן מהמקבל בעבר, לא היה נותן לו.

¹⁹³ ש"ך, חו"מ, ס"י מ, ס"ק ד (הובא בשו"ת דברי חיים, ח"א, חו"מ, ס"י א), וסי' פא ס"ק ו (לא הזכיר מתנה), בדעת הרמב"ם; שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו"מ, ס"י ל, אות ו-ז (לא הזכיר מתנה) (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, מ, ס"ק ג).

שו"ת ברית אברהם חו"מ ס"י כט, אות יב (הובא בשו"ת הרי בשמים ח"ב ס"י ט), כתב על פי הש"ך שם, שלא מועיל לשון חיוב שנכתב בתנאים ראשונים, כיון שחיוב בשטר שאינו החלטי לא מועיל בלי קנין, וגם החיוב בתנאים ראשונים הוא רק כשישאו זה את זה, וא"כ לא מועיל בלי קנין.

אך נתיבות המשפט, מ, ס"ק ב, כותב שלפי הדעה שערב יכול להתחייב בשטר אחר מתן מעות (ראה חוק לישראל, ערבות, עמ' 134-136), התחייבות בתנאי מועילה בשטר בלי קנין. עוד בשאלה זו ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 1326 ועמ' 1397.

פתחי חושן, קניינים, פ"ח הערה יא, מביא משפט שלום, רז, יג, בשם הרדב"ז, במי שהתחייב לתת לבתו כך וכך "כאשר תשיג ידו", ולא היה לו כסף אז, אינו חייב גם אם עשה קניין, כי התחייבות בדבר שאינו ברשותו, מועילה רק אם היא לא מותנית. ומביא שאמרי בינה, דיני הלואה, ס"י נב, כותב שהתחייבות בתנאי שרוצה בקיומו, מועילה, אבל התחייבות בתנאי שאינו רוצה בקיומו, אינה מועילה.

ש"ך, חו"מ, פא, ס"ק ו, כותב שהמתחייב לשלם למישהו אם יעשה דבר מסויים, אם זה דבר שבלאו הכי היה הלה צריך לעשות, יש סיבה נוספת להצריך קנין: יש להניח שהמתחייב לא התכוון ברצינות, אלא אמר זאת כי לא היתה לו דרך אחרת להביא את האחר לקיים את המוטל עליו.

שו"ת הרשב"א, ח"ג, ס"י נז, כותב שראובן שהתחייב לתת לשמעון מנה במתנה לכשישא (ראובן) את פלונית, חייב כשישא, ואינה אסמכתא, כי זה לא "דאי" אלא קביעת זמן לפרעון; ואם אמר "אם אשא את פלונית", אם התכוון

סילוק האסמכתא: מי שרוצה להתחייב על תנאי, בקנס כספי, לא מועיל קנין "מעכשו" לסלק את האסמכתא, ורק אם מקנה דבר על תנאי, מועיל "מעכשו" לסלק את האסמכתא, מפני שהעובדה שהוא מקנה מעכשו מראה שהוא גומר בדעתו, מה שאין כן במי שרק מתחייב¹⁹⁴. זאת ועוד: משמעות "מעכשו" היא שהדבר נקנה לו מעכשו, והרי א"א להקנות כסף עכשו בקנין סודר, כי אין מטבע נקנה בחליפין¹⁹⁵. אלא כדי לסלק את האסמכתא, צריך את תיקון חכמי ספרד¹⁹⁶, שיתחייב לחברו בלי תנאי, וחברו ימחל לו אם יקיים את התנאי, ובהתחייבות אין בעיה שאין מטבע נקנה בחליפין¹⁹⁷.

סוג מיוחד של תנאי הוא אחריות על מתנה לאלתר אם תינטל מהמקבל. אם נותן מתנה (לאלתר) מקבל על עצמו אחריות עליה, כלומר שאם נושהו (או מערער) יטרוף אותה מהמקבל, הוא יפצה אותו על האבדן - קבלת האחריות היא התחייבות לתת מתנה, והיא מועילה גם בעל פה¹⁹⁸. למעשה, חיוב האחריות הוא

לומר שאינו רוצה לשאתה והוא קונס עצמו אם ישאנה, פטור, כי זה אסמכתא, ואם התכוון שהוא רוצה ששמעון ישתדל לעזור לו לשאתה והוא התחייב לשלם לשמעון בעד ההשתדלות, חייב. תשב"ץ ח"ב סי' קסט, כותב שהמחייב עצמו על מנת שיתן לו האחר מה שנתחייב לו, ולא נתן לו, פטור (זה לא ממש מתנה; מדובר בהתחייבות של בעל לאשתו). מכאן שאם הלה נתן, המתחייב חייב; אך ייתכן ששם מדובר בשעשה קניין, שאז חייב גם לדעת הש"ך.

שו"ת שואל ומשיב, מהדורא א, ח"א, סימן מה, פוסק שאשה שהתחייבה בשטר התנאים לתת לפלונית סך מסוים כשתמכור בית מסוים, ומתה האשה ולא מכרה את הבית - פלונית אינה יכולה לגבות מנכסיה, מפני שהתחייבה רק בדמי הבית כשתמכור, וכל זמן שלא מכרה את הבית לא נתחייבה לתת משלה. הוא מוסיף, שבנידונו שהבית היה של בעלה של המתחייבת, וא"כ התחייבה למכור מה שאינו שלה כלל, אין זה נקרא חיוב.

שו"ת מנחת יצחק ח"ח סי' קמ כותב שהתחייבות לתת חלק מנכסיו, בתנאי שיוכל לחזור, פסולה משום אסמכתא. רז"נ גולדברג, "ירושת הבת", תחומין ד (תשמ"ג) עמ' 346 (הובא בשורת הדין, ח"ב, עמ' שמ), מסביר שבשטר חצי זכר, לא תיקנו לכתוב שהאב מתחייב לבתו סכום גדול אלא שהוא מונדה, כי ההתחייבות מותנית בכך שהיורשים לא יתנו לה חלק מהנחלה כחצי זכר, וזה אסמכתא, שהוא בטוח שיתנו לה כדי שלא יצטרכו לתת את הסכום הגדול. אי ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 371, מקשה הרי לא כל תנאי הוא אסמכתא.

שו"ת מהריט"ץ סי' צג, כותב ששמעון, שבנו התחייב כסף לראובן, ושמעון התחייב כלפי ראובן "אם תבוא ירושה פלונית לידי, אפרע לך", ועשו קניין - שמעון פטור כי זו אסמכתא. על התחייבות על תנאי עיי' ישועות ישראל, סי' מ, עין משפט סי' ק ג.

שו"ת מהריט"ץ, סי' פב.

שו"ת ישמח לב (גאגין) חו"מ סי' ה (כד ע"ד). הוא מסתמך על חוקי חיים (גאגין) דף פ.

רמב"ם, הלכות מכירה, יא, יח.

ישמח לב שם.

כך עולה מרמ"א, חו"מ, קטז, א, שאומר רק שאם ניתנה בעל פה, אין המקבל יכול לטרוף מנכסי הנותן שנמכרו לאחרים.

מאירי קידושין ח ע"א (ד"ה התקדשי), מביא שגדולי ההר כתבו שהנותן מנה (צ"ל מתנה) באחריות צריך קנין (המהדיר, הערה 6, מסביר, שצריך קנין על האחריות כי על סתם מתנה אין אחריות), כדי שהמקבל יקנה את הקרקעות שהנותן משעבד לאחריותו. הוא מציע אפשרות אחרת: שיחייב עצמו בסכום שהמתנה שוה, אם יבוא מערער, ועל אותו חיוב ישעבד נכסיו, ויועיל גם בלי קנין. המהדיר, הערה 8, מוסיף שיועיל גם בלי "אתם עדי".

בירושלמי נדרים, ה, ג (הובא בר"ן, נדרים מז ע"א, בחידושי הרשב"א, נדרים מז ע"ב, שו"ת הרשב"א, ח"ב, סי' קכח, בשער המלך, גירושין, ח, יא (עמ' תקצד), ובשו"ת הרדב"ז, ח"ג, סי' אלף מח [תרכג]), נאמר, שהאומר ליורשיו "יתנו בית חתנות לבניי, ונפל, היורשים חייבים לבנותו, ואם אמר "בית זה" ונפל, אינם חייבים לבנותו. פני משה גורס בלי הסיפא (וכן גורס רא"ש נדרים פ"ה סי' ב), וכותב שמסתימת הברייתא משמע שגם ב"בית זה" חייבים לבנות, וכן כתב ב"ח יו"ד, סי' רטז. אבל ש"ך, יו"ד, רטז, סי' יד, כותב שגם לגירסה בלי הסיפא, יש לדייק שב"זה" לא חייב לבנות, והסכים לו קרבן נתנאל על הרא"ש שם, אות י. שו"ת הרשב"א שם כותב שב"בית" סתם חייבים לבנותו גם אם כבר נעשה בו חתנות, מפני שלא פירט מספיק, כיון שלא אמר "זה". אי ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 482, הסביר בתחילה שחייבים לתת בית חדש אם נפל, כי הקנאת בית סתם, כוללת התחייבות לתת תחליף כשהוא נפל. אבל אח"כ העלה אפשרות שמדובר שהבית היה מקולקל מעיקרו, או שעוד לא הספיק המקבל לשבת בבית, אבל בד"כ מתנה אינה בטלה בעקבות אירוע שקרה אחרי ההקנאה. הוא כותב שלפי רמב"ן, המובא בריטב"א, נדרים נו ע"א, האומר שבמכר לא אומרים שאם נפל צריך להעמיד לו אחר - גם במתנה הדין כך (יצוין שהריטב"א שם מזכיר גם מתנה, בדעת הרמב"ן), והוא כנראה גרס אחרת בירושלמי; או שהוא מודה שאם היתה טעות שמחמתה המתנה בטלה מעיקרה, ויש בזה התחייבות לקיים את המתנה. אם נפרש שמדובר שהאב עוד לא נתן שום בית, הרי שהירושלמי מטיל על היורשים התחייבות לתת מתנה; ואם נפרש שמדובר שכבר נתן, הרי שהירושלמי מטיל חיוב אחריות על המתנה, והאחריות היא התחייבות. כנראה מדובר במתנת שכיב מרע, שהיא תמיד התחייבות.

שו"ת פני משה, ח"ב, סי' יד (כח ע"א), עוסק בשטר מתנה שכתוב בו "מבלי שיגיע למקבל שום נזק והוצאות", ומפרש שהכוונה היא שהנותן מתחייב לפרוע למקבל כל הוצאה שיוציא כדי לקיים את המתנה; וגם אם הנותן נתן את כל נכסיו במתנה זו, שקשה לפרש כך, שהרי לא יישאר לו ממה לשלם לו את הוצאותיו, מ"מ אפשר לפרש שהנותן חשש שחלק מהמתנה לא תהיה תקפה כגון נכסים שלא היו אז ברשותו, ומהם יוכל המקבל לגבות את הוצאותיו. וכותב בדומה על מי שנתן את כל נכסיו במתנה ומשעבד את כל נכסיו לאחריות למתנה - שאם חלק מהמתנה תבטל, הנכסים ההם יישארו לאחריות לסלק ערעורים על חלק המתנה שמתקיימת.

התחייבות לתת מתנה בעתיד, אם תיטרף המתנה, ונמצא שקבלת האחריות היא התחייבות לתת מתנה על תנאי.

אם נתן במתנה שדה שוה מאה וקיבל אחריות בעד מאתיים (גם השבח), הכל תקף, ואין אומרים לגבי האחריות הנוספת "מתנה אין כאן, משכון אין כאן", מפני שהמאה הנוספים אינם כלולים במתנה אלא באחריות, והם ענין וחיוב בפני עצמו, ואינם שייכים למתנה, ולכן ההתחייבות בהם תקפה¹⁹⁹.

5. מי כשיר להיות מוטב ההתחייבות

התחייבות לתת מתנה למי שעוד לא נולד: לדעת רוב הפוסקים, לא מועילה התחייבות לתת מתנה לעובר, מפני שאינו בעולם²⁰⁰. דוקא התחייבות לתת דבר שלא בעולם מועילה, כפי שנראה בפרק ד, 1, מפני שהוא משעבד את גופו, וגופו בעולם, משא"כ כאן, שהוא מתחייב לאדם שאינו בעולם, שאין מי שיזכה²⁰¹. לא יועיל לזה שיעבוד גופו, כי אין המקנה מתחייב אלא אם יש קונה, אבל אם אין קונה, אינו יכול להתחייב²⁰².

אבל יש אומרים שאדם יכול להתחייב לבנו העובר, כמו שיכול להקנות לו²⁰³, כיוון שדעתו של אדם קרובה אצל בנו²⁰⁴.

ס' התרומות, שער מג, ח"ד, אות ו, כותב שהנותן יכול לקבל ע"ע אחריות בעד המתנה, ולשעבד לזה נכסים שקנה ושיקנה. שער משפט, ס, ס"ק ח, מוכיח מדבריו שהנותן קרקע במתנה, אף שלא שייך בו שעבודא דאורייתא, מועיל בו חיוב אחריות אם מקבל על עצמו בשטר, כי השטר משעבד את הנכסים.

בנוסח מתנת בריא, בסי' דיני ממונות, כרך ג, עמ' קפד, נוקט שהנותן מקבל על עצמו אחריות המתנה. משנת ר' אהרן, שכנים, סי' ב, אות ט, כותב שבמתנה הקנין אינו כולל התחייבות מצד הנותן (היינו אחריות על דבר המתנה בסתם), שלא כמו במכר; וכן שערי חיים (שמולביץ), גיטין, סי' כט, ענף ב, אות ט, כותב שבמתנה אין חיוב להעמיד למקבל את הנכס.

¹⁹⁹ תומים, ס, ס"ק יב.

על אחריות על מתנה ע"י ישועות ישראל, סי' מ, עין משפט ס"ק ב.

²⁰⁰ שו"ת הרמב"ן, סי' ז; שו"ת מהריב"ל ח"ב סי' כד (על התחייבות בעל להחזיר נדוניה ליורשי אשתו אם תמות בלי בנים); שו"ת מהרי"ט, ח"א, סי' לח (על נידון כמו מהריב"ל), וח"ב, חו"מ, סי' כג, ד"ה והנה ראיתי (הובא בשו"ת שואל ומשיב, מהדו"א, ח"א, סי' מה), וסי' פא (על מתנה, ומביא שלוש ראיות מהתלמוד); שו"ת חתם סופר, חו"מ, סי' קכ (ד"ה הנה לכאורה) (על מתנה); קצות החושן, קיב, ס"ק א, בסופו (לא הזכיר מתנה).

שו"ת הרמ"ה סי' רסו, ושו"ע, חו"מ, סא, ד (הובא במשפט שלום, סי' רל), אומרים שבשטר שכתוב בו שהוא חייב "לכל המוציאוי", מי שנולד אחרי שעת הקניין (שו"ע נוקט: שעת ההלוואה) אינו יכול לתבוע בו, כי א"א להשתעבד לעובר. השו"ע עוסק בהלוואה, והרמ"ה עוסק במתחייב לארוסתו באופן שנהגו שאם תיוולד לו בן, תחזיר לו את השטר - כנראה זו התחייבות להחזיר ליורשיה את הנדוניה אם תמות בלי בנים.

הפוסקים שעוסקים בהתחייבות לעובר מן הסתם מתכוונים להתחייבות לתת מתנה, שהרי העובר אינו יכול לשלם לו. אבל ייתכן שהתחייבות לא תהיה מתנה אם המתחייב מתחייב בתמורה לדבר שאדם אחר נותן לו.

יש קושי בשטר חצי זכר, שתיקנו לכתוב בו שהוא מתחייב לתת את הסכום הגדול "לבת וליוצאי חלציה" אף שיוצאי חלציה עוד לא נולדו. קצות החושן, רפא, ס"ק ו, כותב שבאמת לא מועילה הקנאה ליוצאי חלציה שלא נולדו, ושטר חצי זכר עיקרו כלפי הבת, וקובע זמן פרעון שעה לפני מותו, ואם הבת כבר מתה אז, היא יורשת (לא דק במלה זו, והכוונה היא שהיא זוכה בהתחייבות האב) בקבר מנכסי אביה, ויורשיה יורשים ממנה. נתיח"מ, רפא, ס"ק ט, כותב שבאמת זו טעות סופר בנוסח השטר שבנחלת שבעה, מפני שהוא אינו יכול להתחייב את החוב הגדול ליוצאי חלציה, שהרי לא באו לעולם; אלא הוא מתחייב לבת את החוב הגדול; ויורשי חלציה נזכרו בשטר רק בתנאי שהוא מתנה, שאם הבנים יתנו לבת או ליוצאי חלציה חלק בעזבון כחצי זכר, ייפטרו מהחוב, וכיון שזה רק תנאי, זה מועיל אף שלא באו לעולם; אלא שאם ירצו הבנים לתת את הסכום הגדול ולא חלק כחצי זכר (כגון שהעזבון כל כך גדול שזה כדאי להם), אם מותה הבת יתנו ליורשי הבת (דוקא ליורשיה הזכרים ולא לכל יוצאי חלציה), לא מצד התחייבות כלפיהם אלא מפני שירשו מהבת שמתה את ההתחייבות כלפיה (ראה פרק ה, 5, על מות המקבל).

ר' בנימין רבינוביץ תאומים, תחוקה לישראל ע"פ התורה, ח"ב, עמ' 222, הערה 40, מביא ששו"ת מהרשד"ם אהע"ז סי' קי, תירץ ששם זה מועיל מפני שבשעת נישואין מועיל להקנות למי שלא בא לעולם; והוא דוחה הסבר זה שהרי אין למי להקנות, ודוקא כשהחסרון הוא חוסר גמירת דעת, מועילה התחייבות בשעת נישואין. ראה להלן איך ר"ב רבינוביץ תאומים יישב את הנוסח הזה - שזו התחייבות לבת לתת ליוצאי חלציה.

רו"נ גולדברג, בסי' שורת הדין, ח"ב, עמ' שנט, כתב שאף שלא מועילה התחייבות למי שעוד לא נולד, מ"מ אם לקח המקבל, אין מוציאים ממנו, כמו שנאמר כך בנותן דבר שלא בא לעולם כגון פירות דקל (שו"ע, חו"מ, רט, ד), מטעם שהנותן מעונין לעמוד במהימנותו, ומסתימת הפוסקים משמע שהדין כך גם אם המקבל לקח את הפירות אחרי מות הנותן, כי גם ליורשים נוח לעמוד במהימנותם.

בסי' דיני ממונות, ח"ג, עמ' קסז (על מתנה בכלל, לאו דווקא התחייבות), הציע (בשם שו"ת שער אשר, ח"ב, חו"מ, סי' כו, דף מג) למי שרוצה לתת מנכסיו למי שעוד לא נולד, לכתוב בצוואה תנאי, שאם לא יתנו היורשים למי שעוד לא נולד את הסכום שהוא קובע, תבטל הצוואה למוטבים האחרים.

²⁰¹ שו"ת מהרי"ט שם סי' כג; נתיבות המשפט, סא, ס"ק ז.

²⁰² שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קכ (ד"ה אך נ"ל).

²⁰³ שו"ע, חו"מ, רי, א.

כמו כן, אדם יכול להתחייב לאדם חי לתת למי שעוד לא נולד²⁰⁵.

ויש אומרים שמועילה התחייבות למי שלא נולד, גם אם אינו בנו, כיון שהמתחייב נמצא בעולם, כמו שמועילה התחייבות לתת דבר שלא בא לעולם²⁰⁶.

²⁰⁴ פעמוני זהב, סי' רי. יש להעיר שגם לדעה זו לא יכול להתחייב לבנו שעוד לא התעברה אשתו בו, כמו שלא מועיל להקנות לבן כזה.

כך אולי אפשר להבין את ריא"ה הרצוג, תחוקה לישראל ע"פ התורה, ח"ב, עמ' 181, שכתב שהרוצה לתת חלק לבת בירושה, יכול לעשות התחייבות בשעת הנישואין בכתב בכתובה: "אני מתחייב בזה לתת אחוזים מנכסיי לכל בת שתיולד לי ופרעון ההתחייבות יחול שעה לפני מותי ואני משעבד כל נכסי שיהיו לי שעה אחת לפני מיתתי" - הרי שיכול להתחייב לבתו אף שעוד לא נולדה.

דעות חולקות: ר' בנימין רבינוביץ תאומים, תחוקה לישראל ע"פ התורה, ח"ב, עמ' 222, כותב שא"א להתחייב לבת שלא נולדה אף שהיא הבת שלו.

כמו כן, מאירי כתובת קב ע"ב (ד"ה דברים) וגיטין נא ע"א (ד"ה אע"פ), וב"ח, אהע"ז קיב, עמ' שכז (בדעת הרמ"ה), כותבים שלא מועיל להתחייב בקנין לזון בנות שלא נולדו בשעת הקנין, אף שמדובר בבתו. אבל ר' בנימין רבינוביץ תאומים, שם, כתב שמלשון הסוגיה בגיטין נא ע"א, נראה שהגמרא אמרה כך רק בהו"א וחזרה בה באמירת "אלא"; והוא מסביר שזה מועיל מפני שהתחייבות היא כלפי אשתו (שהיא בעולם) לזון אותן (ראה להלן בשמו, שזה מועיל).

²⁰⁵ רש"פ כהן, מדור לדור (כמובא בשורת הדין, ח"ב, עמ' שלט, וע"י א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 371), הציע כפתרון למי שרוצה לתת חלק מנחלתו כשימות לנכד שעוד לא נולד, שיתחייב לאדם אחר כאפוטרופוס, שיתן לו מתנה עבור מי שיוולד, והאפוטרופוס יעביר לו.

אבל ר' מיכאל בלייכר, "צוואה - עריכתה וניסוחה", שורת הדין, ח"ב, עמ' שמא-שמג, מוצא כמה בעיות בהצעה שהוא יתחייב לאפוטרופוס: א) יש חשש שהאפוטרופוס יעשה קנוניה עם היורשים, ויקח את הכסף לעצמו (במקרה הנדון היתה זו התחייבות בדרך של שטר חצי זכר, שרצה שיוורשים מסוימים [שעוד לא נולדו] יקבלו חלק בירושה, ולכן התחייב סכום גדול לאותם יורשים באמצעות האפוטרופוס, ויוכלו היורשים האחרים להיפטר מחיוב גדול זה אם יתנו ליורשים [שעוד לא נולדו] חלק כפי שקבע הנותן; וכאן החשש הוא שהיורשים יאמרו שאינם רוצים לתת למוטבים האחרים את הסכום שבצוואה, וממילא תחול ההתחייבות, והאפוטרופוס יקבל את הסכום הגדול, ויתחלק בו עם היורשים), ובמיוחד יש חשש שמא ימות האפוטרופוס קודם שיוורשו יעשו קנוניה זו (רש"פ כהן, בהערה שם, משיב על כך, שאין חשש כזה כי מדובר באדם שהנותן סומך עליו לנהל את עסקיו בנאמנות; ר"מ בלייכר עצמו [בעמ' שמג] כותב שהאפוטרופוס לא יוכל לעשות את הקנוניה הנ"ל כי ההתחייבות כלפיו היא כמו "קני ע"מ להקנות למוטבים" ולא יוכל לקחת את הכסף לעצמו, וגם בהתחייבות שייך "קני ע"מ להקנות" אף שאינו מקנה דבר מסוים, כפי שפד"ר כרך ח עמ' 244-245 [לבדוק] עוסק במי שמתחייב לאפוטרופוס חוב שאינו מסוים ע"מ שיחלק את הכסף למוטבים, ודנו בו כ"קני ע"מ להקנות"). ב) התחייבות לאפוטרופוס לא יכולה לחול בלי ידיעתו, מפני שא"א להתחייב לאדם אא"כ היא זכות לו, שהרי התחייבות היא כמו קנין, וכאן אין לאפוטרופוס שום רווח מהתחייבות זו, אלא אם כן כתבו בשטר שהאפוטרופוס יזכה בעצמו באחוז קטן מהכסף, ואז זה זכות לו, ומועילה בלי ידיעתו. ג) האפוטרופוס יוכל לעשות קנוניה ע"י שימחל ליורשים על החוב.

ר' בנימין רבינוביץ תאומים, תחוקה לישראל ע"פ התורה, ח"ב, עמ' 222, הערה 39, מסביר ע"פ העיקרון הזה, שיכול להתחייב למי שנמצא בעולם לתת למי שלא בא לעולם - את מש"כ חי' הרמב"ן, גיטין פג ע"ב (ועוד), על פי הירושלמי, שבעל יכול להתחייב להחזיר את הנדוניה ליורשי אשתו אם תמות בלי בנים גם אם לא בא לעולם - זה מועיל כי הוא מתחייב כך כלפי האשה שהיא עכשו בעולם (אבל בהערה 41, הוא דחה ראייה זו, כי שם מדובר שמתה בלי בנים וא"כ יורשיה הם אביה או אחיה, וגם אם האחים ייוולדו אח"כ, נחשבים שישנם בעולם כי יורשים ע"י משמוש). הוא מסביר בכך (בעמ' 223), גם את נוסח שטר חצי זכר, שתיקנו לכתוב "לבת וליוצאי חלציה" אף שיוצאי חלציה עוד לא נולדו - זה מועיל כי ההתחייבות היא כלפי הבת לתת ליוצאי חלציה.

²⁰⁶ שו"ת ר' בצלאל אשכנזי סי' י, בסופו (שמקשה על מהריב"ל שם, מדוע בדבר שלא בא לעולם מועיל, ולא במקבל שלא בא לעולם); שו"ת גינת ורדים, אהע"ז, כלל ד, סי' ה (ד"ה ולעד"נ דאע"ג) (על התחייבות בעל להחזיר נדוניה ליורשי אשתו אם תמות בלי בנים). הגהות והערות, על הטור השלם, חו"מ, ס, אות סח [כוכב], מסביר שהמחלוקת היא האם התחייבות תלויה רק במתחייב, וזכייית המקבל בחיוב היא דבר שממילא, או שזכיייתו היא חלק מעצם חלות החיוב (קשור לשאלה האם מתנה היא עיסקה דו צדדית). פעמוני זהב שם מביא ששו"ת ויאמר יצחק, סי' קצט, כותב שדין זה שנוי במחלוקת.

תומים, סא, סי"ק א, כותב שמאחר שכתבו תוס' גיטין יג ע"ב (ד"ה לדבר), שלר"נ הסובר שהמזכה לעובר כשתלד, קנה, יותר קל לעובר מאשר דבשלבלי"ע - א"כ הרא"ש הסובר (מובא בטור סי' רי) שהמזכה לעובר כשתלד, קנה, יסבור שיכול להשתעבד לעובר, אבל הרשב"א (שם) הסובר שהמזכה לעובר כשתלד, לא קנה, וכן פסק רמ"א סי' רי, א, יסבור שלא יכול להשתעבד לעובר; וגם לרא"ש, לפני שבא לעולם יכול המזכה לחזור בו, ולפי זה המשתעבד לעובר יכול לחזור בו לפני שיוולד; ולכן בשטר חוב לעובר, יכול לטרוף מלקוחות רק משעת הלידה כי רק אז התחיל השעבוד. והוא מעלה אפשרות שלפי הרא"ש זה שטר מוקדם, כי השעבוד חל רק כשנולד, והתאריך הכתוב בו הוא לפני כן.

דברי גאונים, כלל מא, אות כב: בית דוד סי' יב, פסק שאדם [לא] יכול להתחייב לעובר. ערך השלחן סי' ס ס"ק ל, מביא שגם בני יעקב ומהריב"ל, סוברים שאינו יכול. ע"י משפט שלום, סי' רי, בתחלתו; חשק שלמה, ס, הגה"ט אות יט.

התחייבות לתת מתנה לקטן: התחייבות לקטן לא מועילה, גם אם עשה קניין או שטר, כי קטן זוכה רק אם הנכס בא לידו או שזיכו לו ע"י אחר²⁰⁷. יש מי שאומר שאב יכול להתחייב לבנו הקטן, כי דעתו של אדם קרובה אצל בנו²⁰⁸. התחייבות לקטנה מועילה, בקנין סודר או בשטר, כשמגיע השטר לידה²⁰⁹.

התחייבות לתת מתנה לשוטה: המתחייב לתת מתנה בשטר, ומוטב ההתחייבות היה שוטה בשעת כתיבת השטר, אין לו יד לזכות בהתחייבות, ושוטה קונה רק אם הנותן מזכה לו ע"י אחר בן דעת, כגון שיאמר "כתבו ותנו ליד פלוני [הפיקח] שיזכה לפלוני השוטה", או שאמר לעדים "קנו ממני זכו לפלוני השוטה", אבל בסתם לא זכו לו העדים²¹⁰.

התחייבות למקבל לא ידוע: מועילה התחייבות לתת מתנה בלי לציין את שם המקבל, ובלבד שהמקבל מינה שליח והשליח יודע את זהותו²¹¹. אבל מי שהתחייב לאדם שאינו ידוע בכלל, כגון שהתחייב לחלק ביום יארציט לאיזה שלושה עניים שירצו היורשים או שיהיו באותו הזמן, פטור, ואע"פ שיש חיוב על גופו, זה מועיל רק להסיר בעיית דבר שלא בא לעולם מהדבר הנקנה, שלא יהיה כמתחייב מעות שאינם בעולם, אלא מחייב ומשעבד עצמו, שהרי הוא בעולם (כפי שנראה בפרק ד, 1), אבל אינו מועיל להסיר בעיית "אין ברירה" מהמקבלים²¹².

התחייבות למת: הכותב בצוואה "מנכסי עזבוני ישולמו הוצאות הקבורה" - אין לזה תוקף, שהרי אין זכיה למת, וממילא לא מועילה התחייבות למת, גם אם הוא מתחייב לעצמו כשימות; והרוצה לדאוג שישולמו הוצאות קבורתו, יאמר שהמתנה של עזבונו למוטבים השונים שבצוואתו, מותנית בכך שישלמו הוצאות קבורה²¹³.

²⁰⁷ ר"ן על הרי"ף, גיטין ל ע"ב (בדפי הרי"ף); שו"ע, חו"מ, רמג, יט. גם שו"ת הרשב"ש, סי' קיד, כותב שהמתחייב לקטן בכתב ידו לתת לו מתנה, אין לו יד לזכות במתנה גם כשגדל, אא"כ זיכה לו ע"י גדול "כתבו ותנו ליד פלוני [הגדול] שיזכה לפלוני הקטן". אבל פתחי חושן, קניינים, פי"ח הערה מב, מביא שנחל יצחק, צו, אות ב, ענף ב, אומר שלתירוץ ראשון בתוס' גיטין סה ע"א (ד"ה צרור), יכול להתחייב לקטן שהגיע ל"צרור וזורקו". דיני ממונות ח"ג ש"ג פי"ד הערה 11 מביא שצדק ומשפט, קמ ע"ד, כותב שהשו"ע סובר כך אף שכתב בלשון "יש מי שאומר", אבל דיני ממונות עצמו כותב שנקט כך ללמד שהולכים לפי המוחזק.

²⁰⁸ פתחי חושן, קניינים, פי"ח הערה מב בשם פעמוני זהב, רמג, יט.

²⁰⁹ קצות החושן, רמג, ס"ק ט; נתיבות המשפט, רמג, ס"ק יא; דיני ממונות ח"ג ש"ג פי"ד הערה 11 בשם פעמוני זהב דף קמ ע"ג.

שפת הים, חו"מ, סי' לה: ראובן כתב בכתב ידו, שהתחייב לבנו כך וכך, והשליש על עצמו כמילוה זקופה כדי שתפרעו מנכסיו שעה אחת לפני פטירתו, וכתב שאחרים קנו ממנו על החיוב הזה. הבנים היו קטנים. שו"ע סי' רמג מביא שיי"א שהמתחייב לקטן בשטר או בקנין, לא קנה אא"כ זיכה לו ע"י אחר. מדברי מ"מ [משאת משה] חו"מ סי' ה (כב ע"ב), עולה שאם קנו אחרים מיד הגדול, זכה הקטן. וכ"כ בעי חיי חו"מ סי' נו. משו"ת הרא"ש כלל סו סי' ג, עולה שאם יש עדים שקנו אחרים, קנה המקבל גם אם השטר הגיע לידו רק לאחר מיתה. על התחייבות לקטן עי' חושן האפוד ד; ישועות ישראל, סי' מ, עין משפט ס"ק ב (מתנה); בני בנימין חו"מ סי' טז (לו ע"ג, מב); ויקרא אברהם חו"מ סי' מ; מעשה איש חו"מ ד; פעמוני זהב דף קלט; כנה"ג רמג הגה"ט אות כז; ערך השלחן, רמג, ו; כרם חמר ח"א סק"ט.

²¹⁰ שו"ת רשב"ש סי' קיד. הוא מביא שהרמב"ם כתב שנכפה כשוטה.

²¹¹ כך אפשר ללמוד מט"ז, חו"מ, רמג, א, המובא לעיל, בעניין התחייבות לתת מתנה בלי ידיעת המוטב. המהדיר לחידושי הרשב"א, גיטין יג ע"ב, הערה __, מביא מכתב יד, שהאומר לעדים "קנו ממני שאני מתחייב למי שיאמר ראובן", ואמר ראובן שיתחייב לשמעון, חייב לשמעון כאילו נתחייב לו מתחילה.

²¹² שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קכ (ד"ה אך נ"ל). הוא מציין שכ"כ שו"ת מהרי"ט סי' כב וסימן סג, על פי דברי שו"ת מהרי"ק שורש ה. והוא כותב (בד"ה וא"ל), שגם אם שיעבד עצמו לתת לקהל שלוש מאות בתורת עסקא, והקהל יתנו בכל שנה את הרווחים ליורשים, והיורשים יתנום לעניים כאמור - אין היורשים מחוייבים לתת את הרווחים לעניים, כי לא זכו העניים ברווחים כאמור, וברור שלא התכוון להקנות לקהל כדי שהקהל ירוויח מהכסף אלא עשה זאת רק לטובת העניים, וכיון שלא זכו העניים מטעם הנ"ל, מאין יזכו הקהל?

כמו כן, ר' מיכאל בלייכר, "צוואה - עריכתה וניסוחה", שורת הדין, ח"ב, עמ' שמט, כותב, שהכותב בצוואה "מנכסי עזבוני ישולמו החובות שיהיו לי בעת פטירתי", ייתכן שאינו יכול להתחייב עכשו לנושים העתידיים, שהרי זו התחייבות לאדם שאינו ידוע, ו"אין ברירה"; והפתרון הוא שבמקום להתחייב לנושים, יעשה תנאי במתנה, שהוא נותן את נכסיו למוטבים שבצוואתו, ע"מ שיפרעו לנושים שיהיו אז.

דעה חולקת: גן נעול, כפתור ג, פרח יח (מח ע"ב), כותב שיכול אדם לחייב עצמו התחייבות חדשה (כגון ב"המבשרני") לאדם לא ידוע, ואף שבשעת ההתחייבות לא מבורר למי הוא מתחייב, מ"מ משום תיקון העולם תיקנו ש"יש ברירה" בשעבוד כזה.

²¹³ ר' מיכאל בלייכר, "צוואה - עריכתה וניסוחה", שורת הדין, ח"ב, עמ' שמח. על התחייבות לגוי - עי' דברי משפט ח"ב עמ' שיח-שכב.

נבחן את שאלת כשירות המוטב לאור הגישות השונות לתוקפה של ההתחייבות. לפי גישת ב' ליפשיץ²¹⁴, יסוד החיוב הוא אודיתא, שהמתחייב מודה שהוא חייב מעכשו, ובכך הוא נכנס למעמד של חייב מייד (ובכך מתגברים על החיסרון של התחייבות: שלא מועילה הבטחה לעתיד). לפי זה, בכל מצב שהמוטב הוא אדם שיכול להיות חיוב כלפיו באיזו עילה שהיא, ההתחייבות תהיה תקפה. אדם יכול להיות חייב לקטן או לשוטה, ע"י שילווה כסף ממנו, או ע"י שיעסיק אותו כפועל. אבל אדם אינו יכול להיות חייב כסף לעובר, מפני שהעובר אינו יכול להלוות לו ואינו יכול לעבוד כפועל; וגם המזיק לעובר אינו חייב לשלם לו אלא לאביו (דמי ולדות). כמו כן, אדם אינו יכול להיות חייב כסף לאדם שזהותו עדיין אינה ידועה, שהרי אם אדם מלווה או ניזוק, זהותו ידועה. אם כן, תועיל התחייבות לקטן ולשוטה, אבל לא לעובר או לאדם שאינו ידוע.

לפי גישת א' ורהפטיג²¹⁵, שמוקד ההתחייבות הוא חפצי, שעבוד הנכסים, הרי כשם שאי אפשר להקנות את הנכסים עצמם לעובר, כך אי אפשר להתחייב לעובר. לעומת זאת, כיון שאפשר להקנות נכסים לקטן ולשוטה במתנה, ייתכן שאפשר גם לשעבד נכסים לקטן, ותועיל התחייבות כלפיו. אשר להתחייבות למוטב לא ידוע, השאלה תהיה תלויה בשאלה האם אפשר לתת מתנה לאדם שזהותו תתברר רק בעתיד.

לפי גישת ש' אלבק²¹⁶, הכל נסוב סביב גמירת הדעת, והיא הנותנת תוקף להתחייבות. אם כן, השאלה היא האם אדם גומר בדעתו להתחייב לעובר, לקטן, לשוטה, או למי שאינו ידוע.

6. שונות

קטן המתחייב לתת מתנה: קטן או קטנה אינם יכולים להתחייב לתת לאחר, לא בקניין ולא בשטר²¹⁷.

התחייבות לתת לאחר זמן: המתחייב לתת בזמן פלוני, אינו יכול לחזור בו עד אז, מפני שהחיוב חל כבר עכשו, והזמן נקבע רק לענין זה שלא יצטרך לתת עד אז²¹⁸.

אבל העושה קנין סודר על התחייבות עתידית, ואומר שהוא רוצה שהחיוב יחול בעתיד (ולא שיחול עכשו על העתיד) אינו חל, מפני שחזר הסודר לבעליו; אבל בסתמא מניחים שהתכוון באופן המועיל, היינו שיחול החיוב עכשו²¹⁹.

התחייבות הנמשכת על פני זמן: המתחייב מעכשו לזון מישהו וכדומה למשך זמן מסוים, ההתחייבות חלה. זה שונה ממי שהתחייב "מעכשו ולאחר שלושים יום", כי שם המשמעות היא שהקנין עצמו ימשך זמן, משא"כ כאן, שמקבל על עצמו מעכשו את כל החיוב, ורק ביצוע החיוב יהיה מתמשך²²⁰.

התחייבות שניתנה באונס: התחייבות חד צדדית דומה למתנה לענין שהיא בטלה אם ידוע שניתנה באונס גם אם ביטל מודעה²²¹.

²¹⁴ ב' ליפשיץ, אסמכתא, עמ' 250-252, ועוד.

²¹⁵ א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 459.

²¹⁶ ש' אלבק, יסודות בדיני הממונות בתלמוד, פרק ה, סעיף א.

²¹⁷ פתחי חושן, קניינים, פ"ח הערה מג. בעניין זה ע"י ישועות ישראל, סי' מ, עין משפט ס"ק ב.

בשאלה האם עבד יכול להתחייב - ע"י שעורי ר' שמואל ב"ב סי' רמד.

²¹⁸ שו"ת משפט צדק, ח"ב, סי' יז הראשון (לד ע"ד), על נדוניה. וראה פסקה 3 בשם הרא"ש, על התחייבות האמורה לחול אחרי זמן רב, ובשם שואל ומשיב, על התחייבות האמורה לחול אחרי מותו. וראה פרק ה, 4, על מתחייב שמת לפני הזמן שנקבע לפרעון התחייבות; ופרק ה, 5, בשם הרשב"א, על קביעת זמן להתחייבות. בסי' יז השני כתב (בדף לז ע"ב) שאין צורך לכתוב "מעכשו" בהתחייבות, שהרי התחייבות מועילה בדבר שלא בא לעולם אף שהתחייבות היא לאחר זמן. אבל הוא מדייק מתוס', קידושין סג ע"א (ד"ה כגון), שלא מועילה לשון התחייבות לאחר זמן.

²¹⁹ רח"י רבינוביץ, שורת הדין, ח"ב, עמ' קכג.

שו"ת משפט צדק, ח"ב, סי' יז השני (לו ע"ב), כתב שאם כתב תאריך בשטר, הוא כאילו כתב "מעכשו", ולכן החיוב חל מייד ומועיל גם אם עשה קנין סודר, ואין אומרים שהקנין לא מועיל מצד שכבר חזר הסודר לבעליו - כי זמנו של שטר מוכיח עליו.

²²⁰ שו"ת משפט צדק, שמואל, סי' לו. ייתכן שלדעתו, המתחייב "מעכשו ולאחר שלושים יום", התחייבותו לא מועילה דווקא אם עשה קנין סודר, מפני שכבר חזר הסודר לבעליו.

²²¹ סמ"ע, רה, ס"ק כח, על ה"מודה בדבר שאינו חייב בו", "כשידוע שאינו חייב לו אלא שבא לחייב נפשו בהודאה זו" (הובא ע"י א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 494). ועיין אנצ"י ע' התחייבות, ליד ציוני הערות 94-95, בשאלה האם הדין כך גם בהתחייבות כנגד תמורה.

מתנה טמירתא: בשטר התחייבות לתת מתנה אין צורך לכתוב "כתובה בשוקא וכו'" כדי למנוע חשש מתנה טמירתא, כי אין בהתחייבות חשש מתנה טמירתא, כי הטעם שמתנה טמירתא בטלה הוא כי יש לחשוש שמא הנותן מערים ומתכוון למכור אח"כ את החפץ לאדם אחר ולבטל אח"כ את המכר (בלי להחזיר את הכסף) בנימוק שהנכס אז לא היה שייך לו, וזה שייך רק בנותן דבר מסוים ולא שייך במתחייב סכום ממון.²²²

פרק רביעי: דבר המתנה

1. דבר שלא בא לעולם

המתחייב את עצמו בדבר שלא בא לעולם, או בא לעולם ואינו מצוי אצלו, כגון שאמר: "הווי עלי עדים שאני מתחייב עתה לפלוני כך וכך מידות של פירות", חייב, ואע"פ שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, זה דוקא אם הוא נוקט בלשון מתנה, אבל אפשר להתחייב בלשון חיוב.²²³

²²² רש"י כהן, בס' שורת הדין, ח"ב, עמ' שמ. יש להוסיף שגם בהתחייבות לתת חפץ מסוים במתנה אין חשש זה, שהרי אם אח"כ ימכור את החפץ לאדם אחר, המכר יהיה תקף, ויצטרך הנותן-המוכר לשלם למקבל ההתחייבות את שווי החפץ (ראה פרק ד, 3).

²²³ ס' התרומות, שער סד, ח"ב, ס' ב (לא הזכיר מתנה); חידושי הריטב"א, כתובות נד ע"ב; שו"ת הרשב"א, ח"ג, ס' ה (המתחייב לתת לחברו כל מה שירוויח מכאן עד שלושים יום, או לתת לו את הפירות שיוציא הדקל, ומועיל כי אינו מקנה את הדבר העתידי אלא מחייב את עצמו לתת) (לא הזכיר מתנה); העיטור, מאמר שני, קנין, ליד אות נה (שמועיל אם אמר "אני משעבד לך כל מה שיש לי עד שאתן לך במתנה כך וכך כסף", אף שאין כסף זה בידו); טור, חו"מ, ס' י; שו"ע, חו"מ, ס' ו; שו"ת מהרש"ם, חו"מ, ס' י שלג וס"י שעג (לא על מתנה); שו"ת מהרש"ך, ח"ב, ס' ט (על מתנה); דיני ממונות ח"ב ש"א פכ"ד הערה 1 בשם ב"י ס' רט, לב שלמה, ליקוטים, ס' ו, דברי אמת, קונטרס ז, וכנה"ג, רטריא הגה"ט י-א; משכנות יעקב, חו"מ, ס' נד (שאינו יכול לחזור בו לפני שבא לעולם); שו"ת תורת אמת, ס' קלג; שו"ת משפט צדק, ח"ב, ס' י (כב ע"ב); שו"ת בני אהרן, ס' עז (פו ע"ב).

שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קכ (ד"ה הנה לכאורה), כותב שאע"פ ששו"ת מהר"ם אלשיך ס' ז, כתב שריוח מעות גרוע מפירות דקל, ולא מועיל אפילו בנותן מעות לרווחיהו, זה רק במקנה, אבל במשעבד גופו (בהתחייבות) לתת מעות לרווחיהו, מועיל כמו בכל דבר שלב"ל.

בעצם כל מתנה בדבר שלא בא לעולם היא התחייבות לתת מתנה בדבר שלא בא לעולם; אבל אם לא נקט לשון התחייבות, לא נפרש שהתכוון להתחייבות, אלא שהתכוון להקנאה, ולכן לא מועיל.

שו"ת נחלה ליהושע, ס' יב (טו ע"א), מגדיר כך: המקנה סתם דבר שלא בא לעולם - לא קנה, כי בסתמא השעבוד חל על הממון ולא על גוף האדם, והרי הממון אינו בעולם, ולכן הקנין אינו יכול לחול; ורק אם אמר "אני משעבד גופי לדבר פלוני שארוויח שאתן לך חלק בו" - מועיל, כי יכול לשעבד את גופו; וזאת במתנה, אבל אם יש לו הנאה כלשהי בתמורה, מועיל גם בסתם, כי רואים כאילו אמר שהוא משעבד את גופו.

פרישה, חו"מ, קכו, ט (בקנין סודר), וש"ך, חו"מ, ס' קכו, ס"ק לב, כותבים שראובן יכול לחייב עצמו לתת לשמעון כסף שיש לו ביד לוי בפקדון או בחוב. דבר זה ניתן ללמוד בקל וחומר ממה שיכול אדם להתחייב בדבר שלא בא לעולם או אינו ברשותו - קל וחומר בפקדון או בחוב שאפשר להקנותו לאלתר בקנין אגב או במעמד שלשתן.

האם צריך קנין: ס' התרומות שם (הובא בשו"ת מהר"ם הלוי, חו"מ, ס' ה, דף ט ע"ג), ושו"ע, חו"מ, ס' ו (הובא בשו"ת פני משה, ח"א, ס' סו, דף קנט ע"ד), נוקטים שצריך קנין. ש"ך, חו"מ, ס' ס"ק כו, מתקשה הרי השו"ע פסק בס"י מ, א, שהתחייבות מועילה ב"אתם עדי" בדיבור בלי קנין. קצות החושן, ס' ס"ק ח, מיישב זאת על פי מה שכתב (ראה פרק ב, 3), שלא מועילה התחייבות בדיבור אלא בלשון הודאה - בדבר שלא בא לעולם לא שייכת לשון הודאה, אלא לשון חיוב חדש, שמועיל רק בקנין.

תומים, ס' ס"ק יד, ונתיבות המשפט, ס' ס"ק יג (הובא ע"י רא"י בריזל, בית אהרן וישראל גל' כה עמ' פג - לא על מתנה), מסבירים ע"פ דברי הש"ך, שבהתחייבות על תנאי צריך קנין, מפני שזה כמו אסמכתא (ראה לעיל ג, 4), וגם התחייבות לתת דבר שלא בא לעולם היא כמו על תנאי - אם יבוא לעולם. משכנות יעקב חו"מ ס' נד, דוחה את דברי התומים, שהרי לדבריו גם בשטר לא מועיל בלי קנין, כמו שערב אחר מתן מעות (שאליו הישווה התומים את נידוננו) לא מתחייב בשטר (ראה חוק לישראל, ערבות, עמ' 134-136), והרי הרמב"ן (שהבאנו בפרק ב, 4) כתב שהנותן בשטר מה שהוא עתיד לקנות, ושעבד את נכסיו וקיבל עליו אחריות להעמידה בידו, חייב להעמידה בידו, ומשמע שבכתיבה בלבד מתחייב בלי קנין. אשר לנימוק של התומים, הוא משיב שזה לא אסמכתא, כי אין כאן תנאי, אלא אם לא יבוא לעולם אין כאן חיוב כלל, שלא נתחייב לו כלום. פד"ר, כרך ו, עמ' 239, דוחה את ההשוואה של התומים, שבשומר עיקר התחייבותו היא לשמור ולהחזיר את חפץ, אבל מקבל עליו גם שאם ייזק, ישלם, ולכן אין לו גמירת דעת שלמה לגבי תשלומין; אבל במתחייב לתת דשלב"ע, הרי עיקר התחייבותו היא לתת לו את החפץ, ולא משנה שייכתן שלא יבוא לרשותו, אלא בדעתו להתחייב, ויועיל בלי קנין. אבל בעמ' 240 כתב שדברי התומים ניתנים להיאמר.

שו"ת ברית אברהם, חו"מ, ס' כט, אות יב, כותב שמדובר באופן שבוודאי יבוא לעולם, ולכן אין צריך קנין (כלומר, שלכן הש"ך מקשה מדוע שולחן ערוך הצריך קנין).

שו"ת מגן גבורים (אשטרושא) חו"מ ס' נו, כותב שאם הנותן כתב בשטר שהוא נותן גם "נכסים הראויים לבוא", שהם דבר שלא בא לעולם, וכתב "אני מודה שהכל נעשה ע"פ דין בכל הקניינים והחיזוקים הראויים לזכייה", כלומר אינו מקנה אותם עכשו אלא מודה שכבר נתנם באופן המועיל, זה מועיל אף שלא באו לעולם, מפני שאנו מניחים שהקנה את הנכסים העתידיים לבוא, בלשון חיוב, שמועיל בדשלב"ע.

שו"ת תורת חסד, ס"י רלז (קסה ע"ג), כותב, שאם בתחילה כתב בשטר שהוא מקנה במתנה מה שהוא עתיד לקנות, ואח"כ כתב "וכן התחייב לקיים מתנה זו", קנה, כי לשון חיוב מועיל לקנות (!) דבר שלא בא לעולם, כי ההתחייבות חלה על גוף האדם; וגם אם נאמר שלשון החיוב היתה רק על האחריות, מ"מ כיון שאינו יכול לחזור מחיוב זה, אומרים שזה חל גם על עיקר המתנה.

בנוסף מתנת בריא, בס' דיני ממונות, ח"ג, עמ' קפט, לגבי נכסים העתידיים לבוא, כתוב "אני מתחייב ומשעבד נכסי מעכשו שכל מה שאקנה יהיו למקבלי המתנה מעכשו ושעה אחת לפני מותי".

שו"ת שער שלמה (זוראפה), ס"י סג (מג ע"ד), עוסק בשטר שנאמר בו "וקיבלתי ע"ע לסלק כל מערער ולהעמידו בידו העמדה גמורה", ופוסק שהמקבל קנה גם אם זה דשלב"ע, מפני ששיעבד עצמו, והוא כמחייב עצמו בדבר שלב"ע, והרי אדם מתחייב בדשלב"ע.

ס' התרומות מביא ראייה לדין זה מערב. א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 157, מסביר שהראיה מערב היא שאפשר להתחייב בלי תמורה (כלומר, מדובר במתנה).

שו"ת משפט צדק ח"ב ס"י י (כמובא בשו"ת בעי חיי חו"מ ח"א ס"י קסד, דף קצו ע"ב), כתב שאם כתוב בשטר מתנה לאלתר (בלי התחייבות) "כתבו בכל לשון ויפוי כח", המקבל קונה גם דשלב"ע ודבר שאינו ברשותו, כי משמעות לשון זו היא שהנותן מבקש מהסופר לכתוב באופן שהמתנה תועיל בדרך הטובה ביותר, ואם כן, הסופר היה צריך לכתוב "מעכשו חייבתי עצמי ונתתי לפלוני" שאז זה מועיל לדשלב"ע ולדבר שאינו ברשותו, ולכן גם אם זה לא כתוב, הדין הוא כאילו כתב כך, ומועיל. אבל שו"ת בעי חיי חו"מ ח"א ס"י קסד (דף קצו ע"ב), מעלה אפשרות שאם זה שטר מתנה לשני מקבלים, ולמקבל אחד כתב בלשון חיוב ולמקבל אחר לא כתב בלשון חיוב, לא אומרים שזה טעות של הסופר אלא בכוונה הקפיד הנותן שיהיה כך. הוא מביא שכתב הרשב"א בתשובה המובאת בב"י ס"י קצה, שאם כתוב קנין בשטר, זה מתקן את הענין כאילו הוא מחייב את עצמו, ומועיל גם לדבר שלא בא לעולם; אך הוא מביא פוסקים שאומרים (באופן כללי) שאין זה מועיל ליפות את כוחו. שו"ת פני משה, ח"ב, ס"י יד (כז ע"ב), כותב שהביטויים "כל לשון זכות" או "כתיקון חז"ל" לא מועילים להקנות דבר שלא בא לעולם מצד שהיה אפשר לכתוב בלשון התחייבות, שהרי גם אז זה דבר שאינו קצוב שלא מועיל לרמב"ם. אבל הוא כותב שמועיל אם נתן חובות שבעל פה, שאי אפשר להקנותם, כי אינם ברשותו, אבל היה יכול לכתוב שהוא מתחייב, ויכול להקנותם (!) בלשון התחייבות כי הם קצובים (הוא מציין שכך כתב שו"ת בני שמואל ס"י לד על חובות בעל פה). פתחי חושן, קניינים, פ"ח, הערה לה, כותב בשם דברי גאוניס, כלל מח, אות יח, שהמוכר דבר שלא בא לעולם, ולא כתב לשון חיוב, אבל בסוף השטר כתב שנעשה באופן המועיל, זה מועיל, כי מפרשים שזה היה בלשון התחייבות (וגם במתנה יש לומר כך). פתחי חושן, קניינים, פ"ח, הערה לה, כותב שאם יש למתחייב נכסים, החיוב מועיל גם בלי שיהיה חיוב על גופו, כי נכסיו משתעבדים לחיוב זה; ואם אבדו הנכסים אח"כ, אין החיוב חל על גופו (צ"ע האם הוא מתכוון לומר שהוא נפטר מההתחייבות; ואם כן, זה תמוה, שהרי אילו לא היו לו נכסים מראש היה חיוב על גופו, והיה חייב גם אילו קנה נכסים ואיבדם).

דעות חולקות: שו"ת הרי"ף (מהד' לייטר), ס"י יד, כותב על מתנת כסף לאשתו, שהיא בעצם התחייבות לתת מתנה (אף שהרי"ף לא נקט לשון התחייבות), שהרי היא עתידית, שאינה מועילה בדברים שלא היו ברשותו בשעת נתינת המתנה (על תשובה זו ע"י פרנצוס, שנתון המשפט העברי 1-2, עמ' 252-254). שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, ס"י רפח, כותב שהרי"ף סובר שלא מועילה התחייבות בדבר שלא בא לעולם.

שו"ת הראנ"ח, ח"ב, ס"י לז, כותב שלרי"ף, רמב"ם, רמב"ן, ורא"ש, מועילה התחייבות בדבר שאינו ברשותו, אבל לא מועילה התחייבות בדבר שלא בא לעולם.

פרי האדמה, ח"ב, על הרמב"ם, הלכות שלוחין, ד, ב, כותב שרמב"ם, רמב"ן, טור ורבנו ירוחם, סוברים שאין מועילה התחייבות בדבר שלא בא לעולם, אבל מועילה בדבר שאינו ברשותו. חקרי לב, חו"מ, ח"א, ס"י קכה (דף רה ע"ג), כותב שמשו"ת מהרש"ך, ח"א, ס"י קג, משמע שסובר שלא מועילה התחייבות לתת מתנה בדבר שלא בא לעולם, ותמה עליו שזה נגד כל הפוסקים.

שו"ת דברי חיים, ח"א, חו"מ, ס"י ב, כותב בתחילה שאדם לא יכול לחייב עצמו בדבר שלא בא לעולם, במתנה. אבל אח"כ הוא מביא את מרדכי, ב"מ, ס"י שפ, ורמ"א, חו"מ, קעו, ג, שכותבים שמי שנותן לחברו עיסקא במחצית שטר ועושה תנאי שהעוסק יתן לו את כל הרווחים שיגיעו לו, אפילו ממקומות אחרים, זה לא מועיל כי זה מתנה בעלמא, אבל מועיל אם עשה קנין. והוא מסביר שאין הכוונה לקנין רגיל, שהרי קנין לא מועיל בדשלב"ע, אלא כוונתו שצריך קנין המועיל, כגון קנין הגוף, שמשעבד גופו לזה. ולא הסביר איך משעבדים את הגוף; נראה שכוונתו להתחייבות, שיש בה שעבוד הגוף. אבל אח"כ שוב כתב כאילו לא מועילה התחייבות בדשלב"ע, שכתב שמי שהתחייב לתת או חמש מאות רובל או שמינית מהרווח שיבוא מעסק מסוים, זה מועיל כי זה לא נותן בדשלב"ע אלא הדשלב"ע הוא תנאי לפטור עצמו מהחיוב לתת חמש מאות רובל.

משנת ר' אהרן, שכנים, עמ' קטז, כותב שלא מועילה התחייבות לתת דבר שלא בא לעולם במתנה, ומביא ראייה מקידושין ע"ב, ששם נאמר שלר' מאיר שאדם מקנה דשלב"ע, יכול אדם להקנות נכסים שיקנה בעתיד, מכאן שלמי שחולק על ר"מ, לא יכול להתחייב לתת מה שיקנה בעתיד (דחיות לראיה זו כתבו מהרי"ט ס"י פא, ועוד). והוא כותב שגם לרשב"א הסובר שמועיל קנין "אתן" כי חלה התחייבות על גופו (ע"י בדבריו בס"י א שם), לא מועילה התחייבות לתת דבר שלא בא לעולם, מפני שגם חיוב על הגוף לא חל בדשלב"ע (אך הוא מעלה אפשרות לרשב"א ב"אתן" לא חל שעבוד על החפץ אלא רק על הגוף, ובאמת חלה עליו התחייבות לתת, ומה שהגמרא שם אומרת שזה רק לר"מ הוא כי כשימות, היורשים לא חייבים לקיים את ההתחייבות, כי אין שעבוד על נכסיו); ואע"פ שמועילה התחייבות לתת סכום כסף גם אם אין לו נכסים, זה במתחייב מעכשו "מנה לי בידך", וחייב אף שאין לו נכסים כמו שלווה או מזיק חייב אף שאין לו נכסים; אבל ב"אתן לך פירות דקל" זה רק חיוב לתת פירות, וכיון שאינם בעולם, לא חל החיוב; והראיה, שהרי במתחייב מנה עכשו, גם אם לעולם לא יהיו לו נכסים, הוא נחשב שלא קיים את חובו, אלא שהוא אנוס, ואילו ב"אתן פירות דקל", אם לא יצמחו הפירות, לא חל עליו חיוב כלל.

ב' ליפשיץ, עובד וקבלן, עמ' 28, אומר ששו"ת הרמב"ן, ס"י ט וס"י לח, לא מתכוון לומר שמועילה התחייבות להקנות דבר שלא בא לעולם (כי א"א להתחייב לזה), אלא הנותן מקבל על עצמו התחייבות כספית בסכום הראוי לפצות את המקבל אם לא יקבל את הנכס, ושעבוד הנכסים בא מכוח ההתחייבות, ולכן כדאי לנותן לקיים את הבטחתו לתת

טעם הדבר הוא, שאע"פ שהחפץ אינו בעולם, מ"מ גוף האדם נמצא בעולם, והחייב הוא על גופו²²⁴.

אולם לא יוכל המקבל לגבות מנכסים שמכר הנותן, גם אם יש שטר על התחייבות זו, וגם אם סכום התחייבות הוא קצוב, משום שאין פרסום לשטר שנכתב, כיוון שלא היה הנכס בעולם בעת ההתחייבות²²⁵.

יש אומרים שהמתחייב יכול לחזור בו לפני שבא הדבר לעולם או לרשותו, ואם מת לפני שבא לעולם או לרשותו, יורשיו פטורים מלתת למקבל²²⁶, מפני שחיובו חל רק כשהדבר בא לעולם או לרשותו²²⁷.

את הנכס. אבל הוא מעיר (בעמ' 29) שש"ך, חו"מ, ס, ס"ק כא, ושו"ת הרשב"א, ח"ג, סי' סה, סוברים שמועילה התחייבות לתת נכס שלא בא לעולם, כחיוב עשייה (לתת את הנכס) שאינו חיוב ממוני. בעניין זה ראה גם בספרו אסמכתא, עמ' 277-278.

שו"ת הרמב"ם (בלאו) סי' רלו, כותב שראובן שהתנה עם אשה שאם יבטל תנאי בנישואין, יהיה חייב לה "מאה דרהם במתנה מעכשיו", חייב רק אם הכסף היה ברשותו בעת הקנין. הוא קורא לזה מתנה אף שזה קנס על הפרת הסכם. הוא מתכוון להתחייבות ולא להקנאה, שהרי התשובה מזכירה קניין סודר ושטר שאינם מועילים בהקנאת כסף; ומכאן מדייק א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 100, שהרמב"ם סובר שאין תוקף להתחייבות אישית בדבר שלא בא לעולם, והוא רואה את ההתחייבות כהקנאה חפצית. כנראה הוא סובר כך גם בהתחייבות כנגד תמורה.

²²⁴ פרישה, ס, י, וסמ"ע, ס, ס"ק יח; קצות החושן, ס, ס"ק ב; שו"ת מהרי"ט, ח"ב, חו"מ, סי' כג, וסי' פא (ד"ה ותו קשה); מנחה טהורה, מנחות קח ע"ב (קכד ע"ב בדפי הספר).

הגהות והערות, על טור השלם, חו"מ, ס, אות סט [כוכב], מוסיף שגם גופו וגם נכסיו נמצאים בעולם, כך שהשעבוד יכול לחול על נכסיו; וצריך לומר כך משום שלדעתו הפרישה סובר שכדי שהתחייבות תחול היא צריכה לחול גם על גופו וגם על נכסיו - ראה בשמו לעיל, ג, 3.

דרכי איש, דף כג ע"ד, מנמק, שדוקא הקנאת דשלב"ע לא מועילה כי אין לקנין על מה לחול, כי אינו בעולם, אבל לשון חיוב מועיל כי זה חל על גופו שישנו בעולם. וכן ברכת שלמה, אהע"ז, סי' כא, אות יא, נימק, שההתחייבות חלה כי היא על גוף האדם.

פסקים וכתבים (הרצוג), חלק ט, סי' קיב, עמ' תטז, נימק שדוקא לשון הקנאה לא מועילה בדבר שלא בא לעולם כי אין סמיכת דעת לקונה, כי הממכר אינו קיים, ואילו בלשון התחייבות, יש סמיכת דעת כיון שיש שעבוד הגוף.

ר' בנימין רבינוביץ תאומים, תחוקה לישראל ע"פ התורה, ח"ב, עמ' 221, הערה 35, מביא שיש מפרשים שהתחייבות בדשלב"ע מועילה כי ההתחייבות חלה על גופו וגופו בעולם, ויש מפרשים שהטעם הוא כי ע"י התחייבות הוא גומר ומקנה, והחסרון בדשלב"ע הוא רק מהעדר גמירות דעת, והוא כותב שלדעה שבהתחייבות בדשלב"ע יכול לחזור בו עד שיבוא לעולם, צ"ל כטעם השני שאילו לטעם הראשון שזה חל על גופו, לא ייתכן שיוכל לחזור בו.

מדאורייתא או מדרבנן: פרישה כותב שלפי רש"ם, ב"ב קנו ע"א, זה שאדם יכול להתחייב בדבר שלא בא לעולם הוא תקנת חכמים, שאגב שתיקנו שלוה יכול לשעבד למלוה נכסים שהוא עתיד לקנות, משום נעילת דלת, תיקנו שכל שהוא בלשון חיוב יכול לקבל על עצמו. גם גן נעול, כפתור ג, פרח יח (נ ע"ב), כותב שמה שיכול לחייב עצמו בדשלב"ע מועיל רק מדרבנן, שהרי סי' התרומות לומר דין זה מ"דאקני", שמועיל רק מדרבנן. אבל כמה אחרונים (שהבאנו בפרק ב, 1, בהערה) מקשים מדוע בקידושין ע"ב ובב"ב קכו ע"ב אומרת הגמרא שצריך "יכיר", כדי ללמד שאב נאמן לומר על אחד מבניו שהוא הבכור, ועל פי דבריו יקבל בן זה פי שניים בנכסיו, הרי בלאו הכי האב יכול להתחייב לבנו לגבי נכסים שיבואו לו בעתיד; הרי שהם סוברים שהתחייבות בדבר שלא בא לעולם מועילה מדאורייתא.

²²⁵ ש"ך, חו"מ, ס, ס"ק כה, בדעת רש"י ותוס'. אך הוא כותב שלרמב"ם יוכל לגבות כאן מנכסים שנמכרו. בשאלה זו ע"י תומים, ס, ס"ק יג.

²²⁶ כנה"ג, חו"מ, ס, הגהב"י אות ס, כותב בתחילה שהיורשים חייבים. אבל אח"כ העלה אפשרות שגם לדעה (ברמ"א, חו"מ, קיב, א) שלוה המשעבד נכסים שהוא עתיד לקנות, שעבוד "דאקני", אינו יכול לחזור בו אף לפני שקנה את הנכסים, מ"מ כאן אם מת המתחייב לא זכה המקבל, והיורשים פטורים. עולה מדבריו שלדעתו כאן יכול לחזור בו לפני שבא הדבר לעולם, שהרי זה הנידון בענין "דאקני".

שו"ת מנחת יצחק ח"ז סי' קלד, כותב שמתוך התחשבות בדעת כנה"ג, נהגו לכתוב שטר חצי זכר (דרך להבטיח לבת חלק בנחלה ששוה לחצי חלק של זכר) באופן שהאב מודה שהוא חייב לבת סכום גדול (ושהבנים יוכלו להיפטר מחוב זה [שיירשו מהאב] לבת, אם יתנו לה חלק בנחלה בשווי חצי חלק של זכר), ולא תיקנו שהאב יתחייב בסכום זה, מפני שהתחייבות לא חלה לפי כנה"ג לגבי נכסים שנפלו לאב אחרי מותו. אבל ר"מ בלייכר, שורת הדין, כרך ב, עמ' שמ, הערה 4 (הובא ע"י א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 371), דחה הסבר זה, שהרי כנה"ג מדבר על המתחייב על נכס מסוים והנכס הגיע לרשותו רק אחרי מותו, ואילו בהתחייבות ממונית בשיעור מסוים, אין בעיה כזאת; ובשטר חצי זכר, השאלה היא לגבי הסכום הגדול שהאב מודה לבת, מדוע לא נקטו לגביו לשון התחייבות.

גם חקרי לפי, חו"מ, ח"א, סי' קכה (דף רב ע"א), וסי' קכו (דף רה ע"ב), כותב שבתחייבות בדבר שלא בא לעולם יכול לחזור בו לפני שבא לעולם, כמו ב"דאקני".

²²⁷ תומים, ס, ס"ק י (לא הזכיר מתנה). הוא כותב שגם לפי כנסת הגדולה, אם אמר "אם לא אתן לך פירות דקל כשיבואו לעולם, אתן לך כך וכך כסף", ומת לפני עצמו פירות, חייבים יורשיו לשלם, מפני שהוא מתחייב מיד בכסף, כי זה דבר שבא לעולם, ורק תלה את תנאו בדבר שלא בא לעולם. אבל קצות החושן, ס, ס"ק ז, אומר, שבהתחייבות לתת דבר שלא בא לעולם, יותר פשוט שאינו יכול לחזור בו, כי החיוב חל על גופו מיד, ולכן גם אם מת, יורשיו חייבים, אבל אם תלה זאת בתנאי שלא בא לעולם, כגון "אם יגדל בני ולא יקח את בתך לאשה, אתן לך כך וכך", היה מקום לומר שתנאי בדבר שלא בא לעולם הוא כדבר שלא בא לעולם וא"כ לא חל על גופו עכשו שום חיוב

אך יש אומרים שאין המתחייב יכול לחזור בו אף לפני שבא הדבר לעולם או לרשותו, ואם מת לפני כן, חייבים יורשיו לשלם מנכסיו²²⁸. זאת משום שהחיוב חל על גופו כשגופו היה בעולם, ואם אין לו הדבר הספציפי שהתחייב לתת, נשתעבדו נכסיו לתת את שוויים²²⁹.

כיון שתלה את החיוב בדבר שלא בא לעולם, אלא שפוסקים שזה נחשב דבר שבא לעולם כי רק התנה אותו בדבר שלא בא לעולם.

²²⁸ קצות החושן, ס' ס"ק ז', ומשובב נתיבות, ס' ס"ק י' (הובא בשו"ת שואל ומשיב, מהדו"א, ח"א, ס"י מה). אלא שהוא כותב בקצות החושן, שלא יוכל המקבל לגבות מלקוחות שקנו את נכסי המתחייב, כיון שלא היה שעבוד נכסים כל עוד הנכסים לא באו לעולם. במשובב נתיבות הוכיח שהחיוב מתחיל מיד (ולכן לא יוכל לחזור בו לפני שבא לעולם), שהרי החיוב לא יכול לחול כשיבואו לעולם, אם עשו קנין סודר (ובשטמ"ק, כתובות נד ע"ב, בשם תלמידי ר"י, נאמר שמועיל קנין סודר), שהרי כשבאו לעולם כבר חזר הסודר לבעליו. וזה באילו נאנסו החושן, קיב, ס"ק א, כתב שאינו יכול לחזור בו לפני שבא לעולם, ואם לא יבואו לעולם, חייב לתת שווה כסף, וזאת גם לדעה שבשעבוד "דאקני" יכול לחזור בו לפני שבא לעולם, כי חיוב חל על גופו וגופו בעולם, ואילו שעבוד צריך לחול על נכסים, ואם הנכסים אינם בעולם עדיין, אין על מה לחול.

נתיבות המשפט, ס' ס"ק י', עושה הבחנה בין מקרים שונים: א) אם חייב את עצמו לתת כסף (המקרה בתוס' כתובות נד ע"ב) או פירות (דבר לא מסוים) המצויים, מאחר שדבר המצוי בשוק נחשב בידו, חל על גופו מיד חיוב לשלם (וגם יורשיו חייבים), אלא שזמן הפרעון הוא הזמן שקבע. ב) אם התחייב לתת דבר מסוים, שאין לו עכשו, ואמר "אם לא אתן לך דבר פלוני, אני מתחייב לתת כך וכך כסף", זה רק תולה את חיובו בדבר שלא בא לעולם (ואינו יכול לחזור בו מחיובו לתת כסף). ג) אם אמר "כשאקנה שדה זו, אני מחייב לתת לך אותה", אזי כל זמן שלא קנאו, אין שום חיוב על גופו, שהרי בידו שלא לקנותו, וכן האומר "אני מחייב לתת לך את הפירות שיוציא הדקל", אין שום שעבוד על גופו לפני שיצאו הפירות, ולכן כשמת, היורשים פטורים (גם אם לא חזר בו) שהרי גוף הפירות נעשים של יורשים לפני שחל חיובו (כי יש ירושה בדבר שלא בא לעולם), והרי אין שעבוד נכסים, וזה כאילו נאנסו הפירות או נגזלו מיד כשיצאו מהדקל, שאז הנותן היה פטור מלתת, וכך גם כאן, שהיורשים זכו בהם עוד לפני שיצאו. ד) אם אמר "אני מתחייב לקנות לך בית פלוני", אין ב"ד יורדים לנכסיו להוציא ממנו כסף לקנות את הבית מבעליו, שהרי בזה הוא מחייב את עצמו בדבר שאינו בידו לגמרי, שהרי אולי בעל הבית לא יסכים למכור לו, וכיון שלא חל החיוב במקצת, לא נתחייב כלל (גם אם יצליח לקנותו מבעליו), וחיוב מועיל רק כשמחייב את עצמו לתת כשיבוא לרשותו, ומציין ש"כ" שו"ת ראני"ח ס"י סו. שו"ת ראני"ח, ח"א, ס"י סו, מוכיח מתוס' כתובות נד ע"ב, שיכול אדם להתחייב בדבר שלא בא לעולם, גם אם התחייבותו אינה חלה מיד אלא תלויה בתנאי עתידי, כגון כתובה, שחייב רק אם ימות. אך הוא כותב שמועיל להתחייב רק לפרעון חוב, אבל לא יכול להתחייב לחפץ מסוים. והוא כותב שאינו יכול לחייב את עצמו לקנות נכסים ולהעמידם לחברו, ואף ראב"ה ומרדכי שכתבו שאדם יכול לחייב את עצמו להעמיד מקח לחברו, זה כשמחייב עצמו לתת במטלטלין שמצויים הרבה לקנות, משא"כ קרקע וכדומה.

משובב נתיבות, ס"י ס' ס"ק י', כתב שהאומר "שדה זו, כשאקנה אותה, אני מתחייב לתת לך", אם לא קנאה, אינו חייב, כיון שהתחייב רק אם יקחנה (כלומר, הוא מסכים להלכה בזה לנתיבות המשפט אבל לא מטעמו), אבל אם התחייב בקנין לתת לו בית פלוני, החיוב חל מעכשו, ואם לא קנאו, חייב לתת את שווי, מפני שגופו השתעבד. תומים, ס' ס"ק יא, כותב (על מתנה), שבהתחייבות לתת דבר שלא בא לעולם, אם מת, היורשים חייבים לשלם מנכסיו, אבל אם הניח רק מטלטלין, היתומים לא יהיו חייבים לתת כי מטלטלין של יתומים לא משתעבדים לבעל חוב. הוא מיישב בזה את הקושיה, מה הגמרא אומרת בקידושין ע"ב, שצריך "יכיר" כי לא יכול לתת במתנה כי המתנה לא תחול על נכסים שיפלו לו כשהוא גוסס - הרי גם בנכסים אלו יועיל לשון חיוב "הריני מתחייב לך חלקך פי שנים כפי שיגיע בנכסים שיהיו לי שעה אחת לפני מותי"? התשובה היא שלשון התחייבות לא תועיל אם יהיו לו רק מיטלטלין (נראה שהוא סובר שאף שהוא התחייב לתת לבנו חלק פי שנים מגוף הנכסים - ולא סכום כסף בשווי פי שנים - אין אומרים שקנה הבן חלק בנכסים גם אם הם מטלטלין, שהרי ההתחייבות לא יוצרת קניין, אלא רק מוטל עלי היורשים חיוב לתת לו נכסים מסוימים, וחיוב זה אינו מוטל על היורשים כחיוב הגוף אלא כחיוב על נכסים שירשו, כמו בכל חיוב שמת, ולכן חל גם בזה הכלל שאינם חייבים לתת ממיטלטלין שירשו). עוד כותב התומים (על מתנה) שלפי הרשב"א שסובר שבשעבוד "דאקני" יכול לחזור בו לפני שבאו הנכסים לעולם, בהתחייבות בדבר שלא בא לעולם יכול לחזור בו לפני שבאו הנכסים לעולם (ובכך הוא מתרץ את הקושיה הנ"ל - צריך "יכיר" כדי שלא יוכל לחזור בו).

שו"ת משאת משה אה"ע"ז ס"י ל (קצו ע"א), כותב שלרמב"ם התחייבות "מעכשו" בדשלבלי"ע מועילה, עם קנין, וחל לכשיבוא לעולם, כי מפרשים שהוא כאומר "מעכשו אני מתחייב, ולא ייגמר עד שיבוא לעולם". לא ברור האם לדעתו יכול לחזור בו לפני שבא לעולם.

הבחנה: חזון איש, דמאי, ס"י יד, אות א, כותב שהמתחייב בדבר שבעולם ואינו ברשותו, שיכול לטרוח ולתת, חל עליו חיוב, אף שאין לו, ואינו יכול לחזור בו; אבל בדבר שאינו בעולם בכלל לא יכול להתחייב, ויכול לחזור בו לפני שבא לעולם, ומועיל מה שהתחייב, רק שכשיבואו לעולם חל חיובו כדין "דאקני"; והראיה, שהרי ס' התרומות למד התחייבות בדשלבלי"ע מ"דאקני", והרי שם יכול לחזור. אבל הוא כותב שהמתחייב לתת פירות דקל, בכלל ההתחייבות יש גם הנאה של ממון וגם התחייבות לשלם בפירות אלו, ויכול לחזור בו לפני שבא לעולם רק מתנאי התשלומין בפירות אלו, אבל אינו יכול לחזור בו מעיקר החיוב, וחייב לתת את דמיהם.

[ועי' חכמת שלמה, ס' ו (הובא ע"י רא"י בריזל, בית אהרן וישראל גלי' כה עמ' פג-פד), על מי שמכר חטים של פלוני לחברו, והתחייב להעמיד לו אותם, שהוא פטור מטעם אונס אם אותו פלוני דורש ממנו מחיר מופקע עבור החטים; ושמר זה מכירה].

משפט שלום, ס"י ס (כמובא בפתחי חושן, קניינים, פי"ח הערה לח), וסי' רט (דף עד ע"ב), מביא בשם שו"ת פרח מטה אהרן, ח"א, ס"י ט, שאם התחייב לתת פירות דקל, ומת לפני שבאו לעולם, היורשים חייבים; ובשם בני יעקב (המובא בשער המלך, הלכות מכירה, כב, ט), שאם היו למתחייב נכסים בשעה שהתחייב, השתעבדו הנכסים ולכן היורשים

יש אומרים שבהתחייבות בדבר שלא בא לעולם, מועיל שטר בלי קנין²³⁰, ויש אומרים שאינו מועיל²³¹.

המחייב עצמו לתת לאחר נכס שעוד לא בא לעולם, המקבל אינו קונה את גוף הנכס, ואם מכר המתחייב את הנכס לאחר, כשבא לעולם, המקח קיים, אלא שהמתחייב חייב לתת למי שהבטיח לו, את שווי הנכס²³².

בהתחייבות בדבר שלא בא לעולם, יכול המקבל למחול, ואע"פ שבדרך כלל אי אפשר למחול על קנין, כאן הקניין חל רק מכוח שעבוד הגוף, ולכן מכיון שיכול למחול על שעבוד הגוף, מתבטל הקניין²³³.

יש מי שאומר שבדבר שלא בא לעולם, ויש שני ספקות (או יותר) האם יבוא לעולם, אין התחייבות מועילה²³⁴.

המתחייב בדבר שלא בעולם, אפילו בסוג נכס מסוים, כגון כך וכך אבנים טובות, חל החיוב גם אם אינו מצוי בשוק²³⁵.

התחייבות לתת נכס של אחר במתנה: שמעון שאמר ללוי: "הא לך בית של יהודה במתנה", ועשו קנין עם יהודה לקיים את דברי שמעון, אין בזה כלום, ואלו דברי הבאי, כיון שיהודה לא נותן שום דבר ללוי אלא רק מקיים את מתנת שמעון שהיא בטלה²³⁶. גם אם שמעון עשה קנין סודר ללוי על הנכס, כדרך הקנאות

חייבים, ואם לא היו לו אז נכסים, אולי היורשים פטורים; ובשם מקור ברוך, שאם נפלו לו נכסים כשהיה גוסס, היורשים חייבים, ואם נפלו לו לאחר מיתה, היורשים פטורים; ואילו מהרש"ח פוטר גם אם נפלו לו כשהוא גוסס; ומשפט שלום כותב שלכאורה אפשר לטעון "קים ליי"; ומוכיח מתשב"ץ סי' רפא, שהיורשים חייבים. גם משובב נתיבות, סי' ס, ס"ק י, כתב שהמתחייב לזון או עושה תנאי בדבר שלא בא לעולם או המתחייב לתת פירות דקל, גם היורשים חייבים.

²²⁹ קצות החושן שם.

²³⁰ משכנות יעקב, חו"מ, סי' נד (ראה לעיל בשמו, שחלק משום כך על תומים); פתחי חושן, קניינים, פי"ח הערה לו בשם שו"ת השיב משה, סי' פא.

²³¹ פתחי חושן, קניינים, פי"ח הערה לו בשם ערך שי, קעו, ג. ומביא שהוא אומר שלא מועיל גם אם כתוב בשטר ש"נעשה באופן המועיל", אף שלשון זו מועילה לסלק פגם אסמכתא [ע"י נחל יצחק, מ, ענף ט].

²³² פתחי חושן, קניינים, פי"ח הערה לה בשם נתיבות המשפט, ס, ס"ק יא (ואינו מפורש בדבריו). פתחי חושן מעיר שלפי מהרי"ט סי' פא [?] הני"ל, גם אם הנכס אבד בגניבה ואבידה, חייב המתחייב לתת את שוויו למקבל, כי מוטלת עליו אחריות [הדין שהדבר אינו קנוי לו נמצא בפסקה 3, לא רק בדשלבל"ע].

אבל גן נעול, כפתור ג, פרח יח (מט ע"ד), מדייק מסתימת הפוסקים בסי' ס, שהמתחייב לתת לחברו משהו שלא בא לעולם, החיוב חל על גוף הדבר והוא נקנה למקבל, כמו קנין שחל על חפץ הנקנה, שלא כמהרי"ט, ח"ב חו"מ סי' כג.

²³³ פתחי חושן, קניינים, פי"ח הערה לה בשם משפט שלום, סי' קפט. והביא שמשמרת שלום סי' קפט דייק משו"ת הרא"ש כלל יג סי' כ, שגם שעבוד בקנין אינו מתבטל במחילה בעלמא, והסביר ששם היה סיטומתא [?]. [אבל כתבנו לעיל, פרק ג, 2, שמסברה, התנגדות המקבל אינה מבטלת את ההתחייבות].

²³⁴ פתחי חושן, קניינים, פי"ח הערה לה בשם אמרי בינה, דיני הלואה, סי' נב, בשם מהרי"ט אלגזי.

²³⁵ משובב נתיבות, סי' ס, ס"ק י.

דברי גאונים, כלל מא, אות ג, מביא שגם שו"ת הראנ"ח ח"ב סי' לו, המובא במחנה אפרים דיני אסמכתא סי' ד, וחוות יאיר סי' קכח (הם עסקו במכר) סוברים שגם המתחייב לקנות דבר שאינו מצוי בשוק, חל עליו חיוב לקנות. אבל נתיבות המשפט, ס, ס"ק י, נוקט שהמתחייב בפירות (לדוגמה) לא מסוימים, שמצויים בשוק, חל חיוב על גופו מיד, כי דבר שמצוי בשוק נחשב בידו - משמע שלדעתו אם אינו מצוי בשוק, לא חל חיוב על גופו.

נתיבות המשפט, ריא, ס"ק א, אומר בשם שו"ת ראנ"ח, סי' סו, שהמחייב עצמו לקנות דבר מסוים שאינו ברשותו ואינו מצוי בשוק, אין חיוב חל עליו (וכ"כ בסי' רח, ס"ק ג), ומועיל רק אם מחייב עצמו למכור (או לתת) אותו כשיקנה אותו. פתחי חושן, קניינים, פי"ח הערה לה, מביא משפט שלום סי' רט בשם שארית יוסף סי' ד, שבדבר שאינו בידו בכלל, לא חל חיוב.

²³⁶ שו"ת הריב"ש, סי' רו, עמ' רנד (הובא בדרכי משה, חו"מ, רמא, ס"ק א, וברמ"א, חו"מ, רמא, א). ערוך השולחן, חו"מ, רמא, א, נימק, משום שיהודה לא דיבר, ומתנה אינה מועילה בלי דיבור של הנותן. וערוך השולחן שם כתב שאם המקבל אמר תחלה לבעל הנכס "יתן לי חפץ זה במתנה" ואח"כ בעל הנכס עשה קנין לקיים את דבריו של הנותן, מועיל הקנין, כי אין צורך שדווקא הנותן ידבר אלא די אם המקבל ידבר (כך מבין פתחי חושן, קניינים, פט"ו, הערה ג, שדברי ערוך השולחן על דיבור המקבל, מוסבים לענייננו; אלא שמשלשון ערוך השולחן אפשר להבין שהם מוסבים על סתם מתנה, כשהנותן שותק; מ"מ גם אם זאת כוונתו, נראה שלדעתו יועיל דיבורו של המקבל בנידונו, כיון שלדעתו הטעם שלא מועיל הקנין שעשה בעל הנכס הוא משום שלא היה דיבור, והרי עכשו יש דיבור). [לפי ערוך השולחן, זה לא עניין של התחייבות, אלא השאלה היא אם מה שיהודה עושה מועיל כמתנה לאלתר או לא; לכן אולי צריך להעביר לסעיף 1(א)].

מתנות, אין זה מועיל, כי זה קנין על דבר שאינו שלו, וכיון שמתנת שמעון אינה כלום, גם הקניין של יהודה לא חל, שהרי הוא לא קנה אלא לקיים את הבטחת שמעון, ודברי שמעון לא חלו.²³⁷

אם אמר "אני מתחייב לך סכום פלוני אם לא אקנה לך בית פלוני", חייב (באופן שאין אסמכתא), אלא שהוא פטור אם בעל הבית דורש סכום גדול בעד הבית, מטעם אונס.²³⁸

נבחן את שאלת התחייבות בדבר שלא בא לעולם לאור הגישות השונות לתוקפה של ההתחייבות. לפי גישת ב' ליפשיץ, שיסוד החיוב הוא אודיתא, שהמתחייב מודה שהוא חייב מעכשו, לא תועיל התחייבות זו, שהרי אין שום עילה שיכולה ליצור חיוב על אדם לתת דבר שלא בא לעולם.

לפי גישת א' ורהפטיג, שמוקד ההתחייבות הוא חפצי, שעבוד הנכסים, הרי יכול המוטב לזכות בשעבוד נכסים, ש"יערבו" בעד חיובו לתת דבר שלא בא לעולם.

לפי גישת ש' אלבק, שגמירת הדעת היא הנותנת תוקף להתחייבות, מסתבר שלא תועיל התחייבות בדבר שלא בא לעולם, שהרי אין גמירת דעת בכך, כמו שמטעם זה אין מועילה הקנאת דבר שלא בא לעולם.

2. דבר שאינו מסוים

הרמב"ם²³⁹ ופוסקים נוספים סבורים שאין תוקף למתנה שאינה מסוימת, כגון שאמר הנותן "קרקע מנכסי נתונה לך", משום שהקנין צריך לחול על הנכס עצמו שאינו מבורר, ואינו יכול לחול. זאת במתנה לאלתר. לעומת זאת, התחייבות לתת דבר שאינו מסויים במתנה, תקפה גם לפי דעת הרמב"ם, מפני שנתחייב גופו של הנותן לתת, שהרי בהתחייבות חל החיוב 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 שבירר, היורשים אינם חייבים לברר את הנכס, כי היה רק חיוב על גופו של הנותן, ועל היורשים אין חיוב.²⁴⁰

²³⁷ סמ"ע, רמא, ס"ק ה.

²³⁸ נתיבות המשפט, סי' ס, ס"ק י (בשם שו"ת הריב"ש, סי' רנ), וסי' ריא, ס"ק א (בשם שו"ת הראנ"ח, סי' סו). עוד כתב בשם ראנ"ח, שאם התחייב "אני אתן קנס אם לא אעשה טצדקאות לשכנע אותו למכור לי", ומת, היורשים פטורים. פתחי חושן, קניינים, פי"ח הערה לח, מביא משפט שלום סי' רט כתב בשם תורת גיטין דף ל, שגם אם המוכר דורש רק מעט יותר משווי, פטור. ומביא משמרת שלום, סי' ס/רט, בשם שו"ת הב"ח, סי' כג, שמי שהשתעבד בשטר בקנס ובחרם, לקנות לשמעון קרקע של לוי, ולוי דרש סכום גדול, פטור, ורק אם יכול לקנות בקלות, חייב משום מחוסר אמנה.

פני משה ח"ג סי' לג, ר"מ בבבבשתי (נב ע"ג): האומר "אני נותן לך כך וכך", ועשה קנין סודר, גם אם זה דבשלבלי"ע, מועיל, כי מפרשים את לשונו, כאומר "אני נותן לך מפני החיוב שהתחייבתי לך". [לבדוק האם הוא מתכוון שזה פרעון לחיוב קודם, או שזו התחייבות חדשה; והאם הוא נתן חפץ מסוים או סתם כסף]. בעי חיי חו"מ ח"א סי' קסד (קצו ע"ב): האומר "אני מתחייב שכל מה שארויח ואקנה כל ימי חיי יהיו לפלוני", קנה. כ"כ שו"ת הרשב"א המובא בב"י סי' רנ, מחודש טו, שמועיל חיוב שיחייב עצמו ונכסיו מעכשו ולאחר מיתה, גם בדבר שאינו מסוים.

על התחייבות בדשלבלי"ע - ע"י משפט צדק ח"ב סי' ל (סא ע"ג-ע"ד); דברי אמת קוני' ז (קניינים) סי' ג (צה ע"א); ב"י, עב מחודש כד; דיני ממונות ח"ב ש"א פכ"ב אות ח, ופרק לא אות ד; ב"י, רט, ו; שו"ע, רט, ד-ה; שו"ת המב"י, ח"א/ח"ב סי' רח; שו"ת מהרש"ד ח"ב סי' קסג; שו"ת תורת אמת סי' כג]. שו"ת מהריב"ל ח"ב סי' כה-כו, לו-לח; משפט שלום, קעו, יט; מטה שמעון, ס, הגהב"י אות נב; דברי חיים דיני גביית מלוה סי' טז; קצות החושן, רנג, ס"ק ב; מחנה אפרים, ה' זכיה, סי' כב; משנה למלך, מכירה, כב, ט; ערך שי, ס, ו; משפט שלום, רג, ג; שו"ת בית יצחק, אור"ח, יט, אות ה; דברי חיים ח"ב חו"מ סי' כז; תורת המשפט ח"ב בענין קניין דברים - הסכם בין שכנים; שו"ת מהר"ש ח"א סי' לז; אמרי בינה, דיני הלואה, סי' נא; חסד לאברהם (תאומים) קמא חו"מ לו; שו"ת שארית יוסף, סי' ד; גן נעול כפתור ג פרח ד אות ד, ו, יח, פרח יז; ישועות יעקב, אהע"ז סי' קח; אור שמח, מכירה, כב, ג; מחנה אפרים, הלכות מוכר דבר שלא בא לעולם, סי' ג, והלכות קנין מעות סימן יד; חלקת יואב, חו"מ, סי' כא; חזון איש, חו"מ, ליקוטים סי' טו, ב; הוספות לסעיף 1(ב) [לא העברתי משם הכל]; שעה"מ ח"ב עמ' תו; כנה"ג חו"מ, ס, הגהב"י אות כט; שרשי הים ח"ג ד"ל.

ע"י נתי"מ סי' קטו על גבייה ממשועבדים בהתחייבות בדשלבלי"ע.

²³⁹ רמב"ם, הלכות זכיה, ג, ה.

²⁴⁰ דרכי הים, דרוש א לשבת זכור (ק"ז ע"ג), ובספרו שרשי הים, ח"ג, ה' זכיה, ג, ה, דף כ ע"ב-ע"ד (הובא במנחה טהורה, מנחות קח ע"ב (קכד ע"ג), ובירים משה, רמא, הגה"ט אות טו).

בדרכי הים הוא מביא ראיה מהדין שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם או שלא בא לרשותו, ומ"מ יכול להתחייב בדשלבלי"ע (הוא דיבר על מוכר כי כך הוא המקרה של "בית בבית", במנחות קח ע"ב, שאליו הוא מתייחס, אבל לא כתב שיש הבדל בין מכר למתנה). בכך הוא דוחה את הקושיה על הרמב"ם ממנחות קח ע"ב, ששם נאמר שהאומר "בית בבית אני מוכר לך", צריך לתת לו - ששם כיון שלא אמר "מכור לך", זה לשון חיוב, שמתחייב למכור בית

3. דבר מסוים

המתחייב לתת לאחר דבר מסוים, כגון המתחייב לתת לבנו במתנה אחוז מסוים מן הנכסים ששיג בעתיד (מעבר לחלקו בירושה), החיוב חל על גופו רק אם הוא מתחייב מעתה שמשבאו לעולם יהיו באחריותו עד שיתנם, ואם יאבדו, יפרע לו ממקום אחר; אבל אם הוא מתחייב לתת לו את הנכסים כשיבואו לעולם ולא יהיו באחריותו, הרי לא חל חיוב על גופו כלל, וזה כקנין דברים, והוא פטור; ואין לומר שיוכל לקבל על גופו חיוב, ויתנה תנאי שלא יתחייב באחריותו - שהרי זה סתירה פנימית, וזה תנאי ומעשה בדבר אחד, שאינו מועיל²⁴¹.

מבתי, ולכן קנה; ואף שלא אמר בפירוש לשון חיוב, מ"מ כיון שעשה קניין (סודר), הקניין מתקן את הלשון כאילו אמר בפירוש לשון התחייבות, כמש"כ שו"ת הרשב"א, ח"א, סי' אלף קמב. והוא כותב שאף שזה חיוב שחל על גופו, יכול לתת בית נפול, כאמור במנחות שם, ואינו חייב באחריות הבית, שלא כשו"ת מהרי"ט, ח"ב, חו"מ, סי' פא (שיובא להלן בענין דבר מסוים).

כמו כן, חלקת יוסף סי' לא, כותב שאם נתן למקבל רק כח גבייה (לגבות דקל אחד, לדוגמה), ולא הקנה לו נכס ממש, קנה המקבל, גם לרמב"ם, שהרי כל שעבוד לנושה הוא באופן זה, שהחייב יכול לדחות את הנושה לאיזה נכס שירצה, ומ"מ השעבוד מועיל, וזה מועיל כי קנין כזה אינו חלות על חפץ מיוחד אלא חלות כללית. למעשה גם הוא אומר שהתחייבות לתת דבר שאינו מסוים - מועילה.

גם גן נעול, כפתור ג, פרח ה (כה ע"ב-ע"ג), כותב שמועילה התחייבות לתת דבר שאינו מסוים, שחל שעבוד על גופו ולא חל קנין על הנכס; והוא יוכל לתת היום נכס זה, ולמחרת לתת במקומו נכס אחר. ראה גם סעיף 1(ב), פרק "מתנה שאינה מסוימת", פסקה 6, שיד דוד אומר שיכול אדם להשתעבד (כלומר, להתחייב) לתת נכס שאינו מסוים.

מנחה טהורה, מנחות קח ע"ב (קכד ע"ב), כותב בתחילת דבריו שבלשון חיוב, הרמב"ם מודה שמועיל. הוא מביא ראייה לכך משו"ת פני משה, ח"ב, סי' נח, ובני יעקב, דף פח ע"א, שכתבו שהקדש מועיל בדבר שאינו מסוים כמו שהוא מועיל בדבר שלא בא לעולם (נראה שכוונתו היא, שכיון שמוכח משם שאפשר ללמוד דבר שאינו מסוים מדבר שלא בא לעולם, הרי שאפשר להסיק שכמו שמועילה התחייבות בדבר שלא בא לעולם, כך תועיל בדבר שאינו מסוים; ויש להוסיף הוכחה, שהלא כל דבר שלא בא לעולם הוא דבר שאינו מסוים, כמו שהעיר חי' מהר"ם שיק, גיטין ח ע"ב, עמ' ל, ואם מועילה התחייבות בדבר שלא בא לעולם, מוכח שהיא מועילה בדבר שאינו מסוים). בכך הוא דוחה את הקושיא מן התלמוד המזכירות מתנה בנכס שאינו מסוים (סעיף 1(ב), שם, פסקה 1(ב), בראיות): שבכל הסוגיות ההן, מדובר שנעשה בלשון חיוב, והגמרא לא פירטה זאת, כי אינה עוסקת שם בנושא זה.

אבל אח"כ הוא מעלה אפשרות שלא מועילה כאן לשון חיוב, כי אינו יודע מה הוא מקנה, ויכול הנותן לדחותו, אי"כ לא סמכה דעת הקונה והמקנה, ולא יועיל חיוב גופו אם אינו יודע מה נתן. הוא מביא ראייה שלא מועיל לשון חיוב בדבר שאינו מסוים, מזה שהרמב"ם, הלכות מכירה, יא, טז, סובר שלא מועילה התחייבות בדבר שאינו קצוב, ונימק ש"אין כאן דבר ידוע ומצוי שנתנו במתנה", והטעם הוא, שאין על מה שיחול החיוב, כי אינו ידוע, וטעם זה שייך גם כאן. ר' יצחק אבולפיה, בשו"ת ישמח לב (גאגין) חו"מ סי' ה (כא ע"ג), מביא את מנחה טהורה כסובר שגם לשון חיוב אינה מועילה (הוא רומז שהנימוק הוא ש"אין ברירה"); והוא כותב (בדף כג ע"ג) שאפשר לומר "קיי"ל" כדעתו זו. שו"ת ויקרא אברהם (אדאדי) חו"מ סי' לט (ד"ה ומשמיה) כותב שגם לשון חיוב לא מועיל לרמב"ם, שהרי גם אז שייך הטעם שלא סיים.

יש להעיר ששער המלך הלכות מכירה, כב, ה (עמ' שצח), כותב שלדעת רש"י ב"מ טז ע"ב (ד"ה קנה) ולרמב"ם, הלכות מכירה, כד, יג, ראובן המקנה לשמעון שדה סתם שאינו בבעלותו עדיין, קנה שמעון וראובן אינו יכול לחזור בו אם השדה הגיעה לבעלותו, אבל לפני שהגיעה לבעלותו יכול לחזור בו. ולא העיר שזה דבר שאינו מסוים. וי"ל שטעמו כי בעצם זו התחייבות.

²⁴¹ שו"ת מהרי"ט, ח"ב, חו"מ, סי' פא, ד"ה והא דקשיא (הובא בחידושי ר"ע איגר, חו"מ, ס, ו). שו"ת ברית אברהם חו"מ סי' כט, אות י (הובא בשו"ת הרי בשמים ח"ב סי' ט), כתב ע"פ מהרי"ט, שמי שקיבל על עצמו התחייבות ב"תנאים ראשונים" (התנאים שעושים בשעת השידוכין), פטור, כי אינו מחייב את גופו בתורת קבלת אחריות, שהרי נוהגים לעשות גם "תנאים אחרונים" (תחת החופה), וזה מראה שבתנאים ראשונים לא מתכוונים להתחייב בתורת קבלת אחריות, מפני שחששים שמא הצד השני יחזור בו, כמו שכתב סמ"ע, רמה, ס"ק ב, והתחייבות בלי קבלת אחריות אינה מועילה, לפי מהרי"ט, וכותבים את הקנין ואת לשון החוב בתנאים הראשונים רק כדי לאמת את הדברים.

נראה שלפי מהרי"ט, במקרה סתמי, שלא התנה לקבל אחריות ולא התנה שלא לקבל אחריות, חלה עליו אחריות, מפני שמן הסתם כוונת המתחייב היא שהוא מקבל חיוב על גופו, ומשמעותו של חיוב על גופו היא שיש גם אחריות; ועדיף לפרש כך את כוונתו, כדי לתת תוקף לדבריו, מלפרש שהתכוון באופן שאינו מועיל, שהרי אם כן מדוע דיבר? קצות החושן, סי' רג, ס"ק ב, וסי' ר, ס"ק א (הובא ע"י א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 500-502), הסכים למהרי"ט, שאם הוא מתחייב רק לתת לו חפץ פלוני, ולא מקבל ע"ע אחריות לשלם אם לא יהיה לו הנכס, אין זה חיוב על גופו, וזה קנין דברים, ורק אם גם מקבל ע"ע אחריות, שאם יאבד הנכס, ישלם לו את דמיו ממקום אחר, החיוב חל על גופו (מהרי"ט נקט מקרה שלא בא לעולם, וקצות החושן סתם).

אבל נתיבות המשפט, רג, ס"ק ו, כותב שמהרי"ט דיבר על מקרה מצומצם (באב הנותן לבנו פי שתיים, שרוצה שבניו יתנו לו פי שנים מהנכסים שיישאר, והרי את בניו אינו יכול לחייב, ועל עצמו לא קיבל שום חיוב, שהרי אינו רוצה לתת את הנכסים מיד כשיבואו לעולם כי אולי יזדקק להם), אבל בדרך כלל ההתחייבות חלה על גופו גם אם הוא מתחייב לתת חפץ מסוים בלי שיקבל על עצמו אחריות.

שו"ת שואל ומשיב, מהדורא א, ח"א, סימן מה, דחה על פי דברי מהרי"ט שם את דברי מהרי"ט עצמו, בשו"ת מהרי"ט, ח"ב, חו"מ, סי' עד, שמתנת שכיב מרע מועילה לאחר מיתה, כי היא כמו שעבוד (התחייבות), שנשתעבד

ראובן שחייב את עצמו לתת לשמעון חפץ מסוים, אין גוף החפץ נקנה לשמעון, אלא יש רק חיוב על ראובן, וב"ד יכול לכפותו ולהגבות לשמעון את החפץ, וגם אז צריך לעשות בו קנין המועיל, ואם תפס שמעון את הנכס לפני שב"ד הגבה לו, אינו קנוי לו, ואם ראובן קידש אשה בנכס, היא מקודשת, ואילו אם שמעון קידש אשה בנכס, אינה מקודשת, ואם ראובן מכר אותה, הוא מכור, אלא שחייב לשלם את דמי הנכס לשמעון.²⁴²

המתחייב בכסף מסוים: יש מי שכותב שהמתחייב לתת לאחר מטבעות מסוימים שביד אחר²⁴³, אין גוף ממון זה קנוי למקבל, שהרי אין מטבע נקנה בחליפין, אלא שהמתחייב חייב לתת למקבל סכום כזה, והוא יכול לתת לו סכום כזה ממקום אחר, ולפי זה, אחרי מיתת הנותן לא יוכל המקבל לגבות מיד מי שהכסף בידו אלא בשבועה כדין הבא לגבות מנכסי יתומים; ועוד, כיון שאין גוף הממון נקנה למקבל, ויש למקבל רק חוב על הנותן, חל חיוב התשלומין על כל מי שיש בידו מנכסי הנותן²⁴⁴. הוא יכול לפרוע ממון אחר, כיון

מהיום וזכות לאחר מיתה (אין זה מפורש בדברי מהרי"ט) - הרי א"א לומר שמתנת שכ"מ היא שעבוד שהרי אין בו אחריות אם יאבד או נגנב כי לא רצה לחייב עצמו, ושעבוד על עצמו בלבד בלי אחריות לא שייך כי זה קנין דברים. ברכת שלמה, אה"ע"ז, ס"י כא, אות יג, מבאר את טעם מהרי"ט, שאם הוא מתחייב רק לתת את הפירות בעתיד, בלי אחריות, זה קנין דברים, כמו קנין לתת מתנה, ורק אם קיבל אחריות שאם הפירות יאבדו יצטרך לשלם תמורתם, א"כ ההתחייבות שלו כוללת התחייבות ממונית לתת כסף, וחלה על גופו התחייבות ממונית, ולכן אינה קנין דברים. אות יד: אבל נתיבות המשפט, רג, ס"ק ו, כתב שמועילה התחייבות לתת דבר ידוע, כי החיוב חל על גופו. כך נראה מסברה, כי סו"ס יש בזה התחייבות לתת לו ממון, ולא פעולת נתינה בלבד. אבל הרי מהרי"ט חולק. על דברי מהרי"ט עיין חידושי ר' שמואל, ב"ב, ס"י ד; שיעורי ר' שמואל, ב"ב, ס"י נו, סד, ו-נו. ערוך השולחן, חו"מ, מ, א (הובא בשו"ת מנחת יצחק, ח"ח, ס"י קמ), כותב שאם הוא מחייב עצמו בדיבור לתת חפץ פלוני, אין זה מועיל, כי חפץ נקנה רק בקנין כגון משיכה וכו' (ואין זה מובן, שהרי ייתכן שהתחייבותו מטילה עליו חיוב לתת אף שעדיין לא נקנה).

אמרי בינה, יו"ד, שו"ת ס"י יב, אות ג, מביא ראייה לנתיבות המשפט, מרמב"ן ור"ן ר"פ הכותב, שהובאו ברמ"א, אה"ע"ז, צב, ז (והובא בפרק א, 4), שכתבו שאף שלא מועיל סילוק הבעל מירושת אשתו לאחר שנישאת, מ"מ אם מחייב עצמו להחזיר לירושיה מה שירש ממנה, צריך לקיים, ואף ששם אין קבלת אחריות, החיוב מועיל. שו"ת אמרי יושר ח"ב ס"י נה, פוסק כמו נתי"מ שמועילה התחייבות בדבר מסוים בלי אחריות, ומציין שכ"כ משנה למלך, הלכות מכירה, ח, ז, גם בדעת שו"ת הריב"ש ס"י קמה (על מכר; ושם לא כתוב בפרוש שלא קיבל ע"ע אחריות). הוא מדייק כך מש"ד, חו"מ, ס, ס"ק כה, על הכותב "בית זה אני מחייב עצמי לתת לך", שמועיל (אלא שאינו גובה ממשועבדים כי אין קול), אף שהוא עוסק במתנה שאין בה חיוב אחריות בסתם. הוא מוסיף, שחידושי הריטב"א, כתובות פו ע"ב (ד"ה ואת) המובא בקצוה"ח, סו, ס"ק כא, כתב שגם במתנה, בסתם מקבל ע"ע אחריות דנפשיה, וא"כ אפשר לראות בזה חיוב על גופו ולא על גוף הדבר, שלא כקצות החושן (כך נראית כוונתו). חזון איש, דמאי, ס"י יד, אות א, כותב שגם לנתי"מ, שיכול להתחייב פירות דקל בלי אחריות, זה אם עושה תנאי מפורש, אבל בסתם הוא חייב לשלם דמיהן אם חוזר מהפירות עצמם.

הרב הרצוג, @60@The Main Institutions of Jewish Law 59, ח"ב, עמ' 44, כותב שלרמב"ם התחייבות מועילה רק כחיוב כללי, שיוצרת בעל פה חיוב אישי הכולל את האדם, אבל גם מחיל שעבוד נכסים על כל נכסיו; אבל לא יועיל שיאמר "שדה פלונית שבחזקתי שייכת לשמעון", כשכוונתו היא רק להקנותה לשמעון, שזה אודיתא, שהרי הרמב"ם לא מזכיר אודיתא כדרך להקנות נכס; ואילו ס' התרומות מכיר בהתחייבות בנכס מסוים בנפרד מאודיתא, ואומר שמועיל לומר "אתם עדי שאני מקבל על עצמי עכשו חיוב בקנין לשמעון בדבר זה", אף בחיוב לספק נכס שלא בא לעולם ושאינו ברשות המתחייב, שהרי התחייבות חלה בעיקר על האדם; ומקורו הוא בב"ב קנו, ששם נאמר שאדם יכול לשעבד נכס שלא בא לעולם למלוה כי שעבוד אינו הקנאה אלא חיוב המוטל על האדם (שכולל גם שעבוד נכסים), וגוף האדם נמצא בעולם.

א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 131, מדייק מיד רמה, ב"ב, פ"א, ס"י כו, שהמתחייב לתת דבר מסוים, וקנו מידו, חייב כי הוא מחייב את עצמו ממון.

²⁴² נתיבות המשפט, לט, ס"ק יז. אבל ראה פסקה 1, שגן נעול אומר שגם בהתחייבות בדבר שלא בא לעולם, החפץ נקנה למקבל משבא בעולם.

שו"ת משפט צדק, ח"ב, ס"י יז הראשון (לד ע"ג), נוקט שבלשון חיוב "נקנים מעות מדודין" (=מזומנים). גם שו"ת משפטי שמואל, ס"י לו, וברוך טעם, סוגיה דקנין פירות, דף צ ע"ב, נקטו שבלשון חיוב נקנה אף דבר שלא בא לעולם. וצריך לומר שלא דקו בלשונם. וכהנה רבות בפוסקים.

שו"ת בני אהרן, ס"י עז (פח ע"ג), כתב שאפשר להקנות מלוה על פה בדרך חיוב (התחייבות). נראה שכוונתו היא שיתחייב לתת לו את הסכום של המלווה. וגם הוא לא דק במה שכתב "נקנית".

²⁴³ כוונתו שיאמר "אני מתחייב בכך וכך", שאילו "אני מתחייב לתת" לא מועיל לפי מהר"ש הלוי, שנוב"י עוסק בדעתו שם.

²⁴⁴ שו"ת נודע ביהודה, מהדורה קמא, חו"מ, סימן כו (ד"ה ומה שכתבת) (עיין שם, שהסביר בכך מדוע איסור גיורא השתמש בהודאה ולא בהתחייבות).

אך שו"ת שואל ומשיב, מהדורא א, ח"א, סימן מה, כותב על פי שו"ת מהרי"ט ח"ב, חו"מ סימן פא, הנ"ל, שכתב שלא מועילה התחייבות בדבר מסוים באופן שחיוב שחל רק על גופו ולא ישתעבדו שאר נכסיו - לפי זה גם אי אפשר להתחייב בכסף מסוים בלי אחריות, ולכן איסור גיורא לא רצה להתחייב, כיון שלא רצה לחייב עצמו באחריות אלא באותן המעות עצמם, שבזה לא שייך התחייבות.

שאינו גוף המטבע נקנה למקבל, ואילו היה מוכרחת לתת מעות הללו ולא היה יכול לסלקו בכסף אחר, אינו
אין המעות הללו אפותיקי אלא מכורים וקנויים, וזה אי אפשר, שהרי מטבע אינו נקנה²⁴⁵.

אבל דעה אחרת היא שכיון שחייב את עצמו לתת מטבעות מסוימים, אינו יכול לתת ממון אחר²⁴⁶.

לשתי הדעות, אם נאנסו או אבדו המעות, אין הנותן חייב באחריותו, והמקבל אינו יכול לגבות ממנו אחר
של הנותן, מפני שחייב את נפשו רק לתת אותן המעות, ואין עליו חיוב אלא לתת אותן המעות²⁴⁷.

אם הנותן כבר היה חייב לנושה מוקדם ששיעבד גם לו את כל נכסיו מקרקעין ומטלטלין אגב קרקע, אותו
נושה זכאי לגבות מהמטבעות המסוימים, כיון ששיעבודו קודם להתחייבות, ואף שיש נכסים אחרים, לא
יכול המקבל לומר "הנחתי מקום לגבות", כיון שלא זכה המקבל בגוף המעות אלא יש לו רק שיעבוד, והרי
שיעבוד הנושה הראשון קודם²⁴⁸.

4. דבר שאינו קצוב

לדעת הרמב"ם, המחייב את עצמו בדבר שאינו קצוב, כגון שאמר לחברו "הרי אני חייב לדאוג לכך לבגדים,
או לזון אותך" (או: "לתת לך כך וכך חטים בכל שנה", והרי מחיר החטים אינו קצוב²⁴⁹), אינו מתחייב,

²⁴⁵ שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו"מ, סימן כח (ד"ה ואמנם מה).

²⁴⁶ ר' יוסף אב"ד יאברוב, בשו"ת נודע ביהודה, מהדורה קמא, חו"מ, סימן כז (ד"ה ומ"ש כבוד).

²⁴⁷ ר' יוסף שם; שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו"מ, סימן כח (ד"ה ואמנם מה).

²⁴⁸ שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו"מ, סימן כח (ד"ה ומ"ש בתשובת).

²⁴⁹ טור, חו"מ, ס, ט, מביא שהרמב"ן נותן זאת כדוגמה להתחייבות בדבר שאינו קצוב; ושו"ת הרמב"ן סי' סה,
המובא בס' התרומות שער סד ח"א סי' ב, אומר שנחשב שאינו קצוב גם אם אמר "כך וכך חטים כל שנה לחמש
שנים", שהרי ייתכן שיתייקרו החיטים; ואומר שהמקבל עליו לזון חמש שנים נחשב דבר שאינו קצוב, לרמב"ם,
משום שמוזנות של כל יום אינם קצובים. וכן שו"ע, חו"מ, ס, ב, נוקט שלזון או לכסות לחמש שנים נחשב שאינו
קצוב, ונימק סמ"ע, ס"ק ט, שמא יתייקרו. אך שו"ת הרשב"א, ח"ב, סי' פט (הובא בשו"ת משפט צדק, ח"ב, סי' יז,
השני, דף לו ע"ב, ובס' ברוך טעם, סוגיה דקנין פירות, דף צ ע"ב), כותב שאם מתחייב לתת לחברו מנה כל שנה כל
זמן שהוא סופר, נחשב קצוב, שהרי קצב את עיקר מה שהוא מתחייב, המנה, אע"פ שאין קצבה למספר השנים; וכך
גם אם אמר "הריני מחייב את עצמי בקנין לתת לך כל שנה עשירית מהפירות היוצאים בשדה זו"; וגידולי תרומה,
שער סד, סוף ח"א, כותב שהרשב"א חולק על הרמב"ן שם, שהרי הרמב"ן אומר שאף ספק התייקרות מוציא מגדר
קצובה, וכל שכן מעשר, שספק כמה יצמח. ש"ך, חו"מ, ס, ס"ק י, מביא שרש"י גיטין נא ע"א, תוס' כתובות נ ע"ב,
ורא"ש כתובות פ"ו סי' יב, סוברים שמוזנות וכסות לעשר שנים נחשב קצוב, ומוכיח שכן גם דעת תוס' כתובות קב
ע"ב (ד"ה הוב"ע); ואילו ח"י הרשב"א, גיטין נא ע"א, סובר שנחשב שאינו קצוב, ולכן ספק מה הלכה; וכותב שגם
לרש"י אם זה כולל רפואתו, זה לא קצוב, שמא יהיה חולה במיוחד ויצטרך להוציא הרבה לרפואה. סמ"ע, ס, ס"ק י,
בהסברו השני, כותב שלרמ"א, אם הקנה דבר קצוב לכל שנה ולא קצב את מספר השנים, נחשב שאינו קצוב. ש"ך, ס,
ס"ק יא, מתקשה מדוע הרמ"א כתב כך, מאחר שהרשב"א ומישרים נתיב טו ח"ג, פסקו שנחשב קצוב. גידולי תרומה,
שער סד, ח"א, אות ב (עמ' תתקנ"ג), כותב שאם מתחייב על דבר שנמצא בהווה אלא שלא ידוע כמה יש (כגון "מה
שהעלתה מצודתי"), מודה הרמב"ם שחייב, מפני שהוא יודע שהוא מקנה כל מה שיש כאן, אם הרבה אם מעט, ואם
ירצה לדעת כמה יש, יוכל, משא"כ במתחייב על העתיד, שאין לו דרך לדעת עכשו כמה זה.

ר"מ בבבבשתי, בשו"ת פני משה ח"ג סי' לג (נד ע"ב), כותב שראובן שהיה חייב לנושיו, ומתפשר עם שמעון (שערב
בעדו) לתת לו אחוז מסוים ממה שימחלו לו נושיו, זה נחשב דבר קצוב, כי סך כל חובותיו של ראובן הוא דבר קצוב,
כמו שהרשב"א כתב שמי שהתחייב לתת לחברו מנה כל שנה כל זמן שהוא חזן, זה דבר קצוב; והוא מביא ראייה
ממעשים בכל יום, שעושים קנין לעמוד בפשרה, אע"פ שהמתחייב לא יודע כמה יפסוק המפשר, והטעם הוא, שזה
נחשב קצוב כי סך כל התביעה הוא קצוב. ר' יוסף קצבי בתשובתו בפני משה שם, דף נב ע"א (אינו נמצא בשו"ת
מהר"י קצבי), כותב על אותו מקרה שיתכן שדוקא במקרה כמו הרמב"ן, שהדבר אינו מצוי בידו וגם יש ספק של
התייקרות, שזה תרתי לריעותא, זה נחשב שאינו קצוב, אבל כאן אמנם אינו יודע באיזה סכום יתפשר עם נושיו, אבל
כעת הנכסים בכולל הם בידו, והוא מתנה עם הערב, שמה שיותירו בידו, אם מעט אם הרבה, יחלקו ביניהם - י"ל
שנחשב קצובה ולכן יודה הרמב"ם. אבל הוא מביא חכם אחד שכתב שבמקרה זה, שלא ידע ראובן אם יתפשר לשליש
ולרבע, והוא הרויח ביותר, נחשב שאינו קצוב, וזאת על פי כנה"ג סי' ס בשם מהר"ש שמשביר שהרשב"א יודה
לרמב"ן במתחייב כך וכך מדות של חטים שלא נקרא קצוב, כי שמא יוקרו החטים הרבה.

שו"ת עין משפט (הלוי) חו"מ סי' ה (ו ע"א), מעלה אפשרות שהמתחייב לתת את כל נכסיו, נחשב שאינו קצוב, כי
הנותן עצמו אינו יודע בדיוק כמה נכסים יש לו, וא"כ אין דעתו סומכת להתחייב.

שו"ת בית אפרים חו"מ סי' עה (כמובא בדברי גאונים, כלל נה, אות יד), כותב שמי שהתחייב בשטר לתת לאחר
מזונות "כמה שנים", משמעו שלש שנים, וזה דבר קצוב כי א"א לחייבו יותר משלש שנים.

ר"מ מלמד, בשו"ת משפט צדק, ח"ב, סי' י (כג ע"א-ע"ב), כותב שאם ראובן נתן לשמעון מתנה מעכשו, חמישית
מהנכסים שיימצאו לו לאחר מותו, זה נקרא קצוב, כמו שרשב"א אומר שהמתחייב לתת לשמעון כל שנה מעשר
מהפירות היוצאים משדה זו שנה שנה, זה קצוב, אף שלא ידוע כמה פירות יוציא, ואם בכלל יוציא פירות. ר"ח שבת, י
בתשובתו שם (דף כד ע"א), מעלה אפשרות שהרמב"ן אינו חולק על הרשב"א, כי האומר "כך וכך מידות חטים" לא
גומר ומקנה, שמא לא יוכל להשלים את מה שהבטיח, שמא לא ירדו גשמים ולא יספיקו כל שדותיו לאותו שיעור,

משום שאין דבר ידוע ומצוי שנתן לו במתנה²⁵⁰. זאת, גם אם עשה קניין²⁵¹. טעמו הוא, שכיון שהמתחייב אינו יודע את סכום התחייבות, אין דעת סומכת, ואינו מחייב עצמו ברצינות²⁵².

ויצטרך לקנות מהשוק ואולי לא יהיה לו די כסף לקנות, משא"כ האומר "מעשר מהפירות", שהוא יודע שבכל מקרה יוכל להשלים את תנאו, בין יצמחו לו הרבה פירות בין יצמחו מעט. ר"מ מלמד, בתשובתו שם, סי' יא (כה ע"ג), כותב על ההשוואה בין הרמב"ן לרשב"א - ש"הדברים עתיקים".

פתחי חושן, קניינים, פי"ח הערה יג, מדייק מכנה"ג, מהדו"ק ומהדו"ב, האם "עשירית מהרווח" נחשב קצוב. ומביא שכנה"ג כתב שהאומר "כפי שישום פלוני" נחשב קצוב.

תומים, ס' ס"ק ד, דן האם נחשב קצוב אם קבע כמה שנים יזון אותו, או התחייב לתת כל שנה מעשר מפירות שיצמחו בשדה או דמי הפירות (לא הזכיר מתנה).

²⁵⁰ רמב"ם, הלכות מכירה, יא, טז, ושו"ת הרמב"ם (בלאו), סי' שעז.

בשאלה אם מודה הרמב"ם שמועילה ההתחייבות אם קיבל שכר על זה, עי' פתחי תשובה, ס' ס"ק ב. כך רומז שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' צט, שלכן נקט הרמב"ם "שזה כמו מתנה". גידולי תרומה, על ס' התרומות, שער סד, ח"א, אות ב (עמ' תתקנ"ג), כותב שבמכר, כיון שגם הקונה מסתכן, שמא יקבל מעט, שניהם גומרים ומקנים, אבל במתנה הנותן אינו גומר ומקנה, כי הסיכון מאפשרות השינוי חל רק עליו. אך נושא זה חורג ממסגרתנו, שהיא התחייבות לתת מתנה (אבל זה מראה שהרמב"ם בודאי עסק במתנה). נתיבות המשפט, ס' ס"ק ג, כותב לאור זה, שהרמב"ם פוטר רק אם אמר בפירוש שהוא נותן במתנה, שאם לא כן, ההתחייבות תופסת בקנין אודיתא, כבהודאה שנתן באופן המועיל, והרי כל שלא אמר בפירוש שזו מתנה, אפשר לפרש שהוא מודה שנתן תמורת שכר, שזה מועיל בדבר שאינו קצוב, כאמור (ראה בשמו להלן שהוא אומר שהתחייבות שאינה קצובה תופסת מטעם הודאה, אם יש אפשרות להקנות את הדבר באופן מועיל).

בני שמואל (חיון), חו"מ, סי' ס, דף פז ע"ב (הובא בשו"ת פני משה ח"ג סי' לג, דף נד ע"ב, ובשו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ, סי' ה, דף ט ע"ד), אומר שהתחייבות בדבר שאינו קצוב תמורת איזו שהיא הנאה, מועילה גם לרמב"ם, מפני שהוא גומר בדעתו ומקנה בגלל הנאה; והוא מסביר שמה שהרמב"ם כתב שהתחייבות בטלה מתייחס למה שכתב בהלכה טו, על המתחייב "אע"פ שלא היה חייב לו כלום", ורק בזה פטור אם ההתחייבות אינה קצובה; אך בני שמואל מסיים שהוא מסופק האם הרמב"ם מחייב במקרה זה. שו"ת תשובה מאהבה ח"א סימן קלו, מביא שפרישה חו"מ ס"ס רז, וכנסת הגדולה, ס' הגהות ב"י, אות לז, כתבו שהרמב"ם מודה שאם שכנגדו מתחייב לעומתו דבר מה או שהמתחייב היה מחויב לשכנגדו איזה דבר, ומחייב עצמו בדבר שאינו קצוב, חל החיוב. והוא דוחה דעה זו, שהרי בדבר שאינו מסוים לא קנה אף במכר (רמב"ם, הלכות מכירה, כא, א), וכ"ש בדבר שאינו קצוב כלל.

אבן האזל, הלכות מכירה, יא, טז (כמובא בתחומין טו, עמ' 284), כותב שהרמב"ם מודה שהתחייבות שאינה קצובה מועילה תמורת שכר.

א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 502-500, כותב שהתחייבות לילד המאומץ נחשבת נתינה תמורת קבלת בן המאומץ (ולא מתנה ממש), לפי פד"ר ג עמ' 117 ותחומין טו עמ' 283, ולכן מועילה גם לרמב"ם אף שאינה קצובה, לפי משנה למלך, הלכות מכירה, יא, טו.

תומים, ס' ס"ק ה, כותב שמלשון הרמב"ם "שזה כמו מתנה היא", משמע שהוא פטר בהתחייבות שאינה קצובה רק אם המקבל אינו מתחייב כנגדו במשהו, דהיינו מתנה מוחלטת, ולכן אינו מוכן להתחייב, אבל אם שכנגדו מתחייב כנגד זה, מוכן להתחייב; ולכן בפוסק בשעת קידושין או הנישואין, שע"י התחייבותו היא מסכימה להינשא לו, חייב גם אם אינו קצוב; אבל הוא מבטל את דעתו זו מפני הרמב"ן שהבין כנראה שהרמב"ם פוטר גם כשמקבל תמורה, כדמוכח מקושייתו עליו, וכן מפני הריטב"א בכתובות שכתב שהרמב"ם פוטר גם אז.

שו"ת לחם רב, סי' קנח, עוסק במוכר בית, שקיבל על עצמו אחריות לסלק כל עורר, וכותב שלפי הרמב"ם פטור מאחריות זו כי אינה קצובה, כי לא ידוע כמה הוצאות יצטרך להוציא; זאת אע"פ שקיבל תמורה.

שם יוסף (אליקים), על הרמב"ם שם, מביא ראייה לריטב"א, שהרי רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כב, בתחילתו, אינו מבדיל בין מכר למתנה בדינים אלו. והוא כותב שכמו שכתב גידולי תרומה, שהרמב"ם מודה ש"מה שהעלתה מצדתי מכור לך" מועיל אף שאינו קצוב כי אי-ידיעת הדבר שווה אצל המוכר והקונה, ולכן גומרים להקנות - כך הוא גם במתנה, כפי שמוכיח משנה למלך, הלכות מכירה, יא, טז, מרמב"ם, הלכות מכירה, כב, ה, משום שכשם שיש למקבל גמירת דעת, גם לנותן יש גמירת דעת, כי דעת הנותן היא להקנות, כמו שכתב רמב"ן המובא בב"י, חו"מ, ריב, ד, שסתם אדם רוצה לקיים את מתנותיו, וכן שו"ת מהרי"ט, ח"ב, חו"מ, סי' נב, נוקט שבמתנה קונה יותר מכר.

ח"י ר"ע איגר, חו"מ, ס' ע"ג, על ש"ך ס"ק יב, כותב על פי שו"ת הרדב"ז, סי' אלף ר"ו (קלו), שאם נהגו הסוחרים להקנות דבר שאינו קצוב, זה מועיל אף לרמב"ם כמו סיטומתא (הרדב"ז, עסק במחילה שאינה קצובה, והשווה אותה להתחייבות שאינה קצובה). וכן שו"ת מהרש"ך, ח"א סי' עה, כתב שאם נהגו הסוחרים להתחייב בדבר שאין לו קצבה, חייב גם לרמב"ם, אלא שבנידונו כתב שלא היה כך מנהג הסוחרים (כך נראית כוונתו).

שו"ת תורת חסד (פריחא), סי' רלז (קסו ע"א), כותב שגם לרמב"ם, אם כתוב בשטר "קיבל עליו אחריות שטר זה כחומר כל שטרי מתנות העשויים כתיקון חז"ל", חייב, מפני שרואים כאילו הסופר כתב (כפי שהיה צריך לכתוב לפי חז"ל) שהוא מתחייב "אפילו עד מיליון דינרי זהב", שאז הוא חייב לפי הרמב"ם.

קצות החושן, ס' ס"ק ב, כותב שהרמב"ם מודה שמי שמתחייב לשלם לחברו כל מה שיוציא לצורך מסויים, חייב אע"פ שזה לא קצוב, כי בכך נמצא שהלה מוציא את ההוצאות בשליחותו [דין ערב?], וסומך על אמונתו שמרשהו בכך (וזאת על סמך שו"ת מהרי"ט, ח"ב, חו"מ, סי' קג); ועל פי זה הוא מסביר מדוע בנותן מתנה, שקיבל על עצמו אחריות (שהיא התחייבות לתת מתנה) לשפות את המקבל אם יטרוף ממנו נושהו (של הנותן) את דבר המתנה, הרמב"ם, הלכות מלווה ולווה, כא, ג, מחייב אותו לשפותו גם על הוצאות שהוציא להשיב את דבר המתנה - כי נחשב שהוציא את ההוצאות בשליחות הנותן (התוספת אינה התחייבות לתת מתנה, שהרי היא רק התחייבות לפיצוי על נזק, שהוא חייב בדיני שמים לשלם עליו, כמו כל גרמא). אבל נתיבות המשפט, ס' ס"ק ג, כותב שגם מי שמתחייב לשלם לחברו כל מה שיוציא, פטור לרמב"ם כיון שאינו קצוב (ומסביר את מהרי"ט בדרך אחרת, עיי"ש); והוא מסביר שמה שנתן מתנה חייב לשפות את המקבל על שבח שהשיב דבר המתנה אם נושה של הנותן טרף ממנו - הוא

אולם הלכה נפסקה שהתחייבות זאת תופסת²⁵³. אם התחייב בשטר או בקנין, יכול המקבל לגבות גם מנכסים שמכר המתחייב, כמו בכל התחייבות²⁵⁴.

משום שרואים כאילו אמר לו הנותן מראש (בזה שקיבל על עצמו אחריות): "פרע את חובי באמצעות השבח שישביח המתנה", שזה מחייב אותו לשפוטו על פרעון חובו עבורו, ועוד, שמתנה שכתובה בה אחריות, מניחים שהיא מכר, שהרי אנשים אינם רגילים לתת אחריות על מתנה, כמו שכתב סמ"ע, קעה, ס"ק ל. תומים, ס, ס"ק ה, ונתיבות המשפט שם (בשם תשובות הרשב"א, ותשובות בכנסת הגדולה), כותבים שהרמב"ם מסכים שאם הקנה כל מה שיהיה (כגון כל הפירות שיוציא הדקל או כל מה שתעלה מצודתו), בין הרבה ובין מעט, קנה, ודוקא אם מחייב עצמו לתת ולא קבע קצבה, פטור, כי זה כאסמכתא, שהוא בטוח שלא יהיה כל כך הרבה (אבל כאן, מה איכפת לו אם יהיה הרבה או מעט, הרי הוא לא מפסיד מזה יותר אם יהיו הרבה). הם נוקטים הבחנה בין התחייבות להקנאה. אבל נראה שגם המתחייב בכל מה שיוציא הדקל - חייב מאותה סיבה. ר' בנימין רבינוביץ תאומים, תחוקה לישראל ע"פ התורה, ח"ב, עמ' 221, כותב שהכותב בכתובה התחייבות לשלם לבת שתיוולד כסף כשיעור ירושת הבן, התחייבותו מועילה גם לדעה שלא מועילה התחייבות שאינה קצובה, הרי כאן זה בשעת נישואין, שמועיל גם לרמב"ם (אבל ראה לעיל שכ"מ כתב שמועיל רק בקנין; וי"ל שבכתובה עושים קניין); ועוד שכאן יוכל לחזור בו מהתחייבותו ע"י שיתן לבניו את כל נכסיו במתנה בחייו ולכן סומך על זה וגומר ומקנה (כלומר, בדרך כלל הרמב"ם פוטר כי אינו גומר בדעתו להתחייב כי מפרד שיהיה סכום גדול מדי אבל כאן אין לו סיבה לפרד שהרי אם יהיה סכום גדול מדי יוכל לתת לבניו את כל נכסיו במתנה, ואז לא יצטרך לתת כלום לבת כי שעה לפני מותו לא יהיו לו נכסים); ועוד ששעה אחת לפני מותו הסכום קצוב, ואז זמן חלות ההתחייבות.

²⁵¹ ב"י, ס, ט, בדעת הרמב"ם.

כסף משנה, הלכות אישות, כג, יז, והלכות מכירה, יא, יז, אומר שהרמב"ם סובר שקנין מועיל לחייב בדבר שאינו קצוב, בהתחייבות בין בעל ואשתו בשעת נישואין. נתיבות המשפט, ס, ס"ק ג, מביא בשמו שגם שטר מועיל אז; והוא מנמק, שההתחייבות תופסת מדין קנין אודיתא, שהוא מודה שהתחייב לאשתו באופן שיש לו תוקף, היינו שמודה שהתחייב בשעת אירוסין שאז אין צריך אפילו קנין אפילו בדבר שאינו קצוב (משא"כ בהתחייבות רגילה בדבר שאינו קצוב, אין לחייב מטעם אודיתא, כאילו מודה שהתחייב באופן המועיל, שהרי אין שום דרך שתועיל בהתחייבות שאינה קצובה); ומ"מ צריך קנין או שטר, כי התחייבות בדבר שאינו קצוב דומה לאסמכתא, וש"ך, מ, ס"ק ד, כתב שבכל התחייבות שדומה לאסמכתא, צריך קנין.

שער משפט, ס, ס"ק ג, כותב שגם לרמב"ם, התחייבות שאינה קצובה מועילה מהתורה (ומיישב בכך את הקושיה מקידושין ע"ב, ששם הנידון הוא הדין מדאורייתא), ורק מדרבנן אינה מועילה, מפני שהפגם בהתחייבות שאינה קצובה הוא שהוא כמו אסמכתא, ואסמכתא מועילה מדאורייתא, לפי ש"ך, חו"מ, רז, ס"ק יח.

²⁵² הגהות והערות לטור, ס, אות מו ואות נ, ע"פ מגיד משנה, מלוה, כה, יג, שנימק כך את דעת הרמב"ם שערב על דבר שאינו קצוב, פטור (ראה חוק לישראל, ערבות, עמ' 67). והסביר שלכן שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, ס"י צט, כותב שבדבר שאנן סהדי שהוא גומר ומקנה, גם הרמב"ם מחייב. ב"ח, חו"מ, ס, ט, נימק, שכיון שאין כאן דבר ידוע, נחשב כאילו נתן לו דבר שאינו מצוי אצלו, שלא קנה, כדן מקנה דבר שלא בא לעולם, ודוקא המתחייב דבר קצוב מתחייב אע"פ שאינו מצוי אצלו כי זה בלשון חיוב. קצות החושן, ס, ס"ק ב, נימק, שזו אסמכתא, שלא גמר בלבו להקנות. והוסיף להסביר, שאע"פ שבסופו של דבר יתגלה מה קיצבת הדבר, ואז יהיה אפשר להקנות, מ"מ לא יתכן שהתחייבותו לא תחול עכשו אלא תחול אח"כ; ואע"פ שאפשר להתחייב לתת דבר שלא בא לעולם, זה משום שהחיוב חל על גופו, וגופו נמצא בעולם, אבל בדבר שאין לו קצבה, אינו חל אף על גופו עכשו. וכן נתיבות המשפט, ס, ס"ק ג, כותב שזה דומה לאסמכתא. שו"ת מהרי"ש הלוי, חו"מ, ס"י ה (ט ע"ב), נימק, שזו אסמכתא, שלא סמכה דעתו של הקונה כיון שלא יודע בכמה הוא זוכה.

²⁵³ א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 103, מסביר את כוונת הרמב"ם בנימוקו "כי זה כמו מתנה", שלדעתו כל התחייבות אינה אשיות, אלא חפצית, מעין הקנאה, והיא כמו מתנה וצריכה לחול על דבר ממשי, ומה שאינו קצוב אינו ממשי.

²⁵⁴ שו"ת הרשב"א, ח"ב, ס"י פט (שכך מעשים בכל יום; על המחייב עצמו בקנין לתת לשמעון מנה כל שנה שהוא סופר או חזן), ח"ד, ס"י קמה (לא הזכיר מתנה), וח"ה, ס"י קפ (לא הזכיר מתנה), וח"ו, ס"י קעח (שכך מעשים בכל יום בקנין); חוקות הדיינים, ס"י קסא, בסופו (לא הזכיר מתנה); ש"ך, חו"מ, ס, ט, בשם השגות הראב"ד שם (ואינו מפורש בדבריו); שו"ת הרמב"ן, ס"י לח, הובא בסי' התרומות, שער מג, ח"ד, אות ו (על מתנה); נוקט "יש לחוש לדעה שלא מועיל"; שו"ת הרמב"ן, ס"י סה, הובא בסי' התרומות, שער סד ח"א ס"י ב; (שכך נהגו כל בני דורנו) (לא הזכיר מתנה); שו"ת הריטב"א ס"י קסג (שכך עשו רבותיו מעשה בכל יום); שו"ע, חו"מ, ס, ב; דרכי משה, ס, ס"ק ג; ב"ח, ס, ט, גם בשם הטור; ר"ן על הרי"ף, קידושין לב ע"א (בדפי הרי"ף) בשם הרמב"ן (על מתנה); ש"ך, חו"מ, ס, ס"ק יב, גם בשם טור סוף ס"י רז, ומישרים נתיב טו, ח"ג, ושו"ע קלא, יג, ולבוש; פתחי תשובה, ס, ס"ק ב, בשם שו"ת בית אפרים, חו"מ, ס"י עה. שו"ת הריב"ש ס"י שמה (עמ' תנו), שו"ת הרשב"ש, ס"י תרח (עמ' תקז), ושו"ת מהרי"ט, ח"א, ס"י קכו, מזכירים את המחלוקת.

בשאלה אם מוחזק יכול לטעון קי"ל כרמב"ם, מביא ש"ך, ס, ס"ק יב (הובא בשורת הדין, ח"ב, עמ' קכב), ששו"ת מהריב"ל, ח"א, סוף כלל יב, שו"ת מהרשד"ם, ס"י פב, קכא, קכד, ו-קעז, ושו"ת מהרש"ך ח"א, ס"י כ, וח"ג ס"י ז ו-לד, כתבו שאפשר לטעון קי"ל כרמב"ם. וכן כתבו גט פשוט, כללים שבסוף הספר, כלל ג (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, ס, ס"ק ב); שו"ת מהרי"ש הלוי, חו"מ, ס"י ה (ט ע"ג); שו"ת לחם רב, ס"י קנח; שו"ת תורת חסד, ס"י רלו (קסה ע"ד); שו"ת פני משה, ח"ב ס"י יד (דף כו ע"א ודף כט ע"א); גידולי תרומה שער סד, ח"א, אות ב, בסופו; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, ס"י כט וס"י צט וס"י שעג; יד המלך (פלומבו), על הרמב"ם, הלכות מכירה, יא, טז (ושגם אם הלה תפס, מוציאים מידו); שו"ת עין משפט (הלוי), חו"מ, ס"י ה (ו ע"א); שו"ת משפט צדק, ח"ב, ס"י י (כג ע"א); ושו"ת מהרש"ך, ח"א, ס"י עה. אך הש"ך עצמו (הובא בפד"ר כרך ו, עמ' 240), שו"ת חוות יאיר, ס"י קכה, שו"ת חתם סופר,

פרק חמישי: קיום התחייבות

1. קיומה בנתינת מתנה מוגבלת

התחייב לתת למישהו איזה דבר, ונתן לו מתנה על מנת להחזיר, לא קיים בכך את התחייבותו, מפני שבתנאים שבין אדם לחברו, הולכים אחר דעת בני אדם, וכיון שהתנה לתת סתם, צריך לתת סתם, ולא

אהע"ז, ח"א, סי' קלה, שו"ת משפטי שמואל, סי' לו, ופתחי תשובה, ס' ס"ק ב בשם שו"ת בית שמואל אחרון סי'ו, כותבים שהרמב"ם יחיד בדעתו ולכן אי אפשר לטעון קי"ל כדעתו.
ר' בנימין רבינובץ תאומים, תחוקה לישראל ע"פ התורה, ח"ב, עמ' 221, הערה 33, מביא כאילו ש"ך סי' ס ס"ק יב כתב שאפשר לומר קים לי כרמב"ם.

בית אברהם (ישראל), חו"מ, סי' ס (כמובא בשו"ת שארית יוסף, ידיד, ח"ב עמ' רמג, וח"ג, חו"מ, סי' ד, עמ' רט), כתב שאפשר לומר קי"ל כרמב"ם במצרים, כי הרמב"ם מרא דאתרא.

רז"נ גולדברג, "ירושת הבת", תחומין ד (תשמ"ג) עמ' 346, כותב שהסיבה שלא תיקנו לכתוב בשטר חצי זכר שהאב מתחייב לבת סכום כערך חצי חלק של זכר, היא כי חששו לדעת הרמב"ם שלא מועילה התחייבות שאינה קצובה. אבל בעמ' 350, כתב שבאמת אפשר לכתוב צוואה בלשון התחייבות, שמתחייב לפלוני סכום שיעלה שליש מהירושה, כיון שאין הלכה כרמב"ם בענין התחייבות שאינה קצובה.

סמ"ע, יב, ס"ק יט, כתב שבעל דין שהולך לפשרה יכול לשעבד עצמו להתחייב לצד השני כפי שיקבעו הפשרנים - ושם זה לא קצוב (וזאת לא מתנה שהרי כנגד ההתחייבות הוא מקבל אפשרות שהפרשנים יפסקו לטובתו).

טור, ס' ט. ש"ך, ס' ס"ק יב, כותב שכך גם דעת ר"י ורא"ש גיטין פ"ה, וחי' הרשב"א גיטין פ"ה, אבל סמ"ע עשה צד (קעה ע"א), ס' התרומות, תחילת שער סד (הובא גם בבני שמואל, חו"מ, סי' ס, דף פז ע"ד), ר"ע מברטנורא גיטין פ"ה, ורש"י ב"מ יד ע"ב, סוברים שכיון שאינו קצוב, אינו יכול לגבות מנכסים מכורים; וכותב שלפי תוס', רשב"א, רמב"ם, אישות סוף פרק כג, ורמב"ן המובא בס' התרומות, שער מג, ח"ד, אם זה בשטר, אינו יכול, ואם עשו קנין, יכול, ואילו לרש"י גם כשיש קנין אינו יכול, והוא נשאר בספק להלכה בין בשטר ובין בקנין. שו"ת הריטב"א, סי' קסג, כותב שאם התחייב בשטר יכול לגבות מנכסים מכורים, ומדייק מזה ש"ך, חו"מ, ס' ס"ק יב, שאם זה בלי שטר אלא בקנין, אינו יכול.

תומים, ס' ס"ק ו, בסופו, כותב שבדבר שאינו קצוב, בקנין, טורף מנכסים מכורים, אבל בשטר, לא טורף. קצות החושן, ס' ס"ק ד, כותב בפשטות שלכל הדעות אינו גובה מנכסים מכורים, גם בשם שו"ת מהרשד"ם אהע"ז, המובא בכנסת הגדולה. נתיבות המשפט, ס' ס"ק ג, כותב שבהתחייבות בין בעל ואשתו בשעת נישואין, אם עשו קנין וגם עשו שטר, גובה מנכסים מכורים, גם לרמב"ם, כי כלל הוא שכשאינו צורך בקנין, ובכל זאת עשו קנין, זה מראה שהנתן רוצה לייפות את כח המקבל כל כך, שיוכל לגבות גם מנכסים מכורים, וכאן הקנין מיותר לעצם החיוב כיון שעשו שטר (ראה לעיל בשמו בענין התחייבות בשעת נישואין).

שו"ת תורת אמת, סי' קיא (כמובא בשו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ, סי' ה, דף י ע"א), כותב שהתחייבות שאינה קצובה מועילה רק בקנין.

שואל ומשיב, מהדו"ב, ח"א, סי' ע: קשה איך בקידושין כו, הקנה ר"ג "יעישור שאני עתיד למוד", הרי זה לא קצוב, ולרמב"ם א"א להתחייב בדבר לא קצוב [כאן זאת לא התחייבות אלא הקנאה]? י"ל ע"פ בני שמואל סי' ל, שרמב"ם מודה שמתחייב תמורת שטר. ועוד ששם זה היה מתנות עניים, ואמירתו לגבוה כמסירה להדיוט, לכן מועיל אף שאינו קצוב. ועוד, כי ר"ג היה חייב לתת אותו לעניים כדי שבני ביתו לא יאכלו טבל, לכן זה כמו הנשבע לתת דבר שאינו קצוב, שמועיל, כמשי"כ מהרש"ח המובא במל"מ. נראה שרמב"ם האומר שא"א להתחייב בדבר שאינו קצוב, הולך לשיטתו שסובר שא"א להקנות דבר שאינו מסוים. כי בשניהם אותו טעם, שלא סמכה דעתו [אולי הוא סובר שגם התחייבות לתת דבר שאינו מסוים לא מועילה, שלא כאחרונים שהבאתי]. וא"כ מקורו של הרמב"ם לשני הדינים, הם מהמרא שלמד ממנה ר"י מיגאש. בקונטרס משמרת לסייג, הקשה על הרמב"ם, איך שאול התחייב "יעשרנו המלך עושר גדולי" הרי זה לא קצוב? י"ל שכיון שאמר "ואת בתו יתן לו לאשה", זה דברים הנקנים באמירה שמועיל גם בדבר שאינו קצוב. ועוד, כיון ששאל עשה זאת כדי שמישהו ילחם בשבילו, זה כמו קיבל שטר, שמועיל בדשא"ק. [יש בהמשך עוד הרבה על דשא"ק, צריך לסכם].

פני יחושע, כתובות קב ע"א (ד"ה ברש"י): רמב"ם מודה בחוב גמור, שמועיל גם אם אינו קצוב, כמו שכתבתי בפי הניזקין, והוא דיבר רק במתנה, ופסיקתא בשעת גירושין ונישואין דומה יותר לחוב מלמתנה כיון שהיא נישאת ע"י כד.

דברי גאונים, כלל מא, אות ח: נתיח"מ סי' ס, ובית אפרים חו"מ סי' עה, פסקו שא"א לומר קי"ל כרמב"ם שהתחייבות בדבר שאינו קצוב אינה מועילה.

דברי גאונים, כלל מא, אות יח: זכרון יוסף חו"מ סי' ז, כותב שהמחייב עצמו בדבר שאינו קצוב, וכתב "באופן המועיל", חייב. [לבדוק - האם כתב שגם לרמב"ם הדין כן].

התחייבות שאינה קצובה - ע"י גדולי תרומה על ס' התרומות שער סה ח"ב אות ג; כנה"ג קכח הגהב"י אות כו; לב שמת, חו"מ, סי' כו; חס"ל ח"ב חו"מ סי' כה (דף קנ ואילך); נשמת כל חי ח"ב סי' יא; זכרנו לחיים ח"א חו"מ ע"י תפיסה אות ד; בני שמואל תשובה ז דף לא ע"ג; משובב נתיבות, ס' ס"ק ג; ראש יוסף, ס' ס"ק יב; נועם ד עמ' קלו ואילך; יד דוד ח"ב דף ריד ע"ג; שדי חמד, כללים, מע' ד, אות א-טו; ט"ז אהע"ז סי' קיג; ב"י, רז, כז-כט; שו"ת הרא"ש, כלל עד, סי' א; טור אהע"ז סי' קיד; שו"ע, רז, כ; קרבן נתנאל כתובות פ"ב אות טו [על דברי הש"ך]; כנה"ג וערך של סי' ס; שעה"מ ח"ב עמ' שפט; ישכיל עבדי ח"ה חו"מ סי' יז אות ג (לא הזכיר מתנה); יביע אומר ח"ג חו"מ סי' ד, סי' ה אות יג-טו; שו"ת משנה הלכות ח"ב סי' לה, קוני קדושת ישראל דף נז ע"ד, נט ע"א; שער אפרים סי' קלג דף פט ע"א ד"ה ומה שרצה להביא; בני אהובה, אישות, כג, יז.
על דבר שאינו קצוב בנישואין - ע"י שמרו משפט על חוקות הדיינים סי' רצ עמ' קלג.

נתינה עם תנאי ושיוור²⁵⁵. אך זאת דוקא אם נדר לתת לחברו, שמשמע שתלה זאת בדעת חברו, ולכן צריך לתת לו מתנה גמורה, שהרי חברו בוודאי אינו מוכן לקבל רק מתנה על מנת להחזיר; אבל אם נדר או נשבע סתם לתת מתנה, ולא אמר למי, יכול לתת מתנה על מנת להחזיר²⁵⁶.

2. שנים שהתחייבו

שניים שהתחייבו לזון מישהו, דינם כדין שניים שלוו, שכל אחד חייב בחצי וערב בעד חציו של חברו²⁵⁷.

3. זכות קדימה ביחס לנושים אחרים

המקבל על עצמו התחייבות במה שלא היה חייב, חיובו נחות לעומת חובות אחרים, שלנושים אחרים יש זכות קדימה על פני זה שהתחייב כלפיו, אם אין לחייב די נכסים לפרוע לכולם, מפני שהאחרים יפסידו את הכסף שהוציאו אם לא יוכלו לגבות, ואילו מקבל ההתחייבות לא יפסיד, שהרי לא הוציא כסף מכיסו²⁵⁸.

4. מת המתחייב - חיוב יורשיו

אם מת המתחייב לפני שקיים את התחייבותו, ודבר המתנה היה בעולם לפני שמת המתחייב²⁵⁹, היורשים חייבים. כשם שהחיוב חל עליו, כך חל על יורשיו²⁶⁰.

²⁵⁵ שו"ת הריב"ש, סי' שמא (הובא בדרכי משה, חו"מ, רמא, ס"ק ה, וברמ"א, חו"מ, רמא, ו); ערוך השולחן, חו"מ, רמא, יד. ערוך השולחן נקט שהדין כך בהתחייבות לתת מתנה לפלוני. הוא נימק עוד, שמסתמא הוא התחייב לו מפני איזה חיוב שהוא חייב לפלוני, או מפני שפלוני עשה לו טובה, ולכן צריך לתת לו מתנה חלוטה.

²⁵⁶ סמ"ע, רמא, ס"ק יז; ערוך השולחן, שם. הסמ"ע כתב כך כדי ליישב את דברי הריב"ש עם דברי ר' ירוחם, תולדות אדם וחווה, נתיב יד, ח"ג, דף קט ע"ג (הובא בב"י, יו"ד, רלח, בסופו, ובבדק הבית, יו"ד, רכח, עמ' תסד, ונפסק בשו"ע, יו"ד, רלח, כג), שמי שנשבע לתת שום מתנה, יכול לתת מתנה על מנת להחזיר.

אבל דיני ממונות ח"ג ש"ג פ"ב הערה 8 מביא שכנה"ג, חו"מ, רמא, הגה"ט אות לט, מסביר שמה שכתב ר' ירוחם שמי שנשבע לתת מתנה, מקיים את השבועה ע"י נתינת מעמ"ל, זה משום שבשבעה אין התחייבות ממונית, ודוקא המתחייב לתת מתנה לחברו, אינו מקיים את התחייבותו בנתינת מעמ"ל, כי התחייב בסתם, ובלשון בני אדם, "מתנה" היא רק מתנה מוחלטת. דיני ממונות מדייק מהסמ"ע שגם בהתחייבות לתת, מועיל לתת מעמ"ל [אם לא אמר למי הוא יתן(?)].

שיירי כנה"ג, יו"ד סי' רלח, הגהב"י, אות טז, מיישב את הסתירה, שר' ירוחם מדבר בנשבע לתת בלי חיוב, ששבועה אינה עושה קניין, ולכן יוצא בנתינת מתנה על מנת להחזיר, ואילו הריב"ש מדבר במתחייב לתת מתנה, ולכן לא די במתנה על מנת להחזיר.

עניין אחר הוא בנדר לצדקה, שבו כתב רבינו ירוחם, תולדות אדם וחווה, נתיב יט, ח"א (דף קסז ע"א), שאין מועילה נתינת מתנה על מנת להחזיר, מפני שבנדר לצדקה זכו עניים מזמן הנדר; והסביר ש"ך, יו"ד, סי' רלח, ס"ק כח, וסי' רנח, ס"ק כה, שיש הבדל בין נדר לעני לבין הנשבע לתת למי שאינו עני; וכך כתב גם ערוך השולחן, חו"מ, רמא, יד (גם אם לא פירש לאיזה עני הוא נודר).

ע"י מטה שמעון, רמא, הגה"ט אות כה; אדמת קודש ח"א סי' לו; אבני החושן, רמא, ז; תורת אמת סי' סג; פתח הבית סי' א ענף א.

²⁵⁷ שו"ת הריב"ש, סי' קסג; שו"ע, חו"מ, ס, ה (לא הזכירו מתנה). עיין שו"ע, חו"מ, סי' עז, שיש מחלוקת ראשונים האם כל אחד ערב רגיל בעד חברו או ערב קבלן בעד חברו, שמשמעותו היא שמקבל ההתחייבות יוכל לגבות הכל ממי שירצה, והלה יחזור על חברו ויגבה ממנו חצי מה ששילם.

דין זה אינו כל כך שכיח בהתחייבות לתת נכס מסויים, ואז הוא אפשרי רק אם הם שותפים, או שהתחייבו לקנות עבורו את הנכס; הדבר שכיח יותר בהתחייבות לתת סכום כסף וכדומה.

²⁵⁸ שער משפט, מ, ס"ק א.

אמרי בינה, דיני הלוואה, סי' טו, כותב שלכאורה אם יש שני שטרי חוב על אדם אחד, ואחד מהם הוא שטר הלוואה ואחד הוא שטר שחייב את עצמו, שטר הלוואה קודם כי הוא מדאורייתא משא"כ שטר החיוב העצמי, שהוא מדרבנן - ראה בשמו בפסקה ב, 1). אבל הוא כותב שלפי תומים סי' צז ס"ק כא, שכתב שבכל מקום שחכמים אמרו שיהיה שעבוד נכסים, חיזקו את תקנתם כשל תורה, לפי זה כאן גם אם התחייבות בחינם היא מדרבנן, מ"מ חיזקו אותה שישתעבדו נכסים כמו של תורה, ואין להלוואה דין קדימה. והוא דוחה את הנימוק של שער משפט, שצריך להעדיף את המלווה כדי שלא יפסיד, ואילו השני לא יפסיד אם לא יקבל - הרי גם מתנה לכמה דברים היא כמכר, כי אילו לא היה לו נחת רוח ממנו לא היה נותן. וראה פרק ד, 3, שנודע ביהודה נוקט שאם יש נושה שקדם להתחייבות, זכותו קודמת לזכותו של מקבל ההתחייבות, משמע שאם החיוב האחר נוצר אחרי ההתחייבות, מקבל ההתחייבות קודם גם אם האחר הוא חיוב של הלוואה.

ע"י ערך ש"י, מ, א; נחל יצחק סי' קד.

²⁵⁹ על מקרה שבא לעולם רק אחרי מותו - ראה בפרק ד, 1.

²⁶⁰ שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן מ (ד"ה ומנא תימרא) (הובא במחנה אפרים, הלכות זכיה, סי' כב). הוא מביא ראייה, שלגבי הפוסק "על מנת שאזון את בתך ה' שנים" החיוב חל על נכסיו גם לאחר מותו, שהרי כתוב "מתו, בנותיהן ניזוניות מנכסים בני חורין והיא נוזנית מנכסים משועבדים מפני שהיא כבעל חוב".

גם מי שקיבל על עצמו חיוב בקנין לתת בזמן פלוני ומת לפני כן, גובים מהיורשים, אף שזמן הפרעון של ההתחייבות הוא לאחר זמן²⁶¹.

5. מת מקבל ההתחייבות

יש אומרים שמי שהבטיח לחברו לתת לו מתנה, ומת המקבל לפני שנתן, אינו חייב לתת ליורשיו, מפני שהתכוון לתת רק לו ולא ליורשיו²⁶².

אבל יש מי שאומר שחייב לתת ליורשיו, מפני שיורשיו יורשים את זכותו²⁶³.

שו"ת ברית אברהם, חו"מ, סי' כט, אות י, מצייין שר"ש גאון, בשו"ת מטה אהרן, ח"א, סי' ז-ט, אומר שהיורשים פטורים, ור' חסדאי הכהן מחייב. באות ט שם כתב טעם שהם פטורים: כי בהתחייבות יש רק חיוב על גופו ולא על הנכסים, ולכן לא יורדים לנכסיו אף בחייו (הוא עוסק גם במתנה).

ר' יוסף אב"ד יאברוב, בשו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו"מ, סימן כה (ד"ה והנה לכאורה), כותב שבהתחייבות חדשה יכולים להוציא מיטלטלין מיד יורשים, אף לדין התלמוד שמטלטלין לא משתעבדים לנושה, שהרי אם שיעבד לו מטלטלין גובה מהיורשים כמבואר ברמב"ם סוף פ"א מהל' מלוה ובטור חו"מ סי' קז.

²⁶¹ שו"ת צמח צדק (חב"ד), חו"מ, סי' לב, אות ב, על פי תוס' כתובות נד ע"ב.

ר' חסדאי הכהן, בשו"ת פרח מטה אהרן, ח"א, סי' סב, דן האם בן או בת שנישאו לאחר מות אביהם מקבלים את מה שהבטיח להם אביהם לנישואיהם.

ר' אהרן פרחיא, בשו"ת פרח מטה אהרן, ח"א, סי' סב: שו"ת מהרי"ו סי' קד ו-קמב, המובא בקיצור בשו"ת הרמ"א סי' רפו, אומר שאדם שקצב לבנו נדוניה והוצאות נישואין, ומת, הבן לא לוקח את זה מהירושה נוסף על חלקו, כי אולי מה שקצב היה בחייו אבל אינו רוצה להעביר את הנחלה משאר הבנים לבן זה אחרי מותו. שם זה משום שהאב לא זיכה לבן את הנכסים בקנין, לכן לא קנה.

שו"ת הריטב"א, סי' קסג (הובא בב"י, חו"מ, ס, ט, ובשו"ת משפטי שמואל, סי' לו), כותב שהמתחייב לזון את חברו על שולחנו, ומת, יורשיו חייבים לזונו, ואין אומרים ש"שולחנו" דוקא, אלא אמר כך כדי שיהיה פטור אם חברו ירצה לאכול במקום אחר בחייו.

ראה פרק א, 3, שהירושלמי מטיל חיוב על יורשים ב"נתנו בית חתנות לבני"; אבל שם מראש הטיל האב את החיוב על היורשים. וראה פרק ג, 3, ששואל ומשיב אומר שאם מראש היתה ההתחייבות אמורה לחול רק אחרי מותו, אין לה תוקף.

על חיוב יורשי המתחייב בתקיעת כף, ראה פרק ו, 3.

על המתחייב לזון את חברו, ומת המתחייב - פתחי חושן, קניינים, פי"ח הערה לג.

²⁶² חידושי רבנו קרשקש, גיטין עד ע"א (הובא במחנה אפרים, ה"ל זכיה, סי' כב, באמרי בינה, דיני הלוואה, סי' נ, ובשו"ת בני אהרן, סי' צד [לבדוק]) (על המתחייב לחברו לתת לו כך וכך כל שנה); ט"ז, אהע"ז, קיד, ס"ק ז (הוא נוקט שעשה תקיעת כף, ונראה שכך הדין בכל אופן שההתחייבות תקפה); שו"ת תורת השלמים, סי' ז (כמובא בשו"ת שואל ומשיב, מהדו"ה, סי' פא, דף פד ע"ג); שו"ת שואל ומשיב, מהדו"ה, סי' פא (דף פד ע"ד) (כי אומרים שהתכוון לתת רק לו ולא ליורשיו, כי אולי הוא עשה לו נחת רוח ולא יורשיו).

²⁶³ שו"ת הרשב"י, סי' קיד, בסופו; שו"ת מהרי"ט, ח"ב, חו"מ, סי' מ (הובא במחנה אפרים, הלכות זכיה, סי' כב). בית שמואל, קיד, ס"ק ט, אומר שאם מת המקבל לפני שהגיע הזמן לתת את המתנה, פטור מלתת ליורשים; ואם מת אח"כ, חייב. פתחי חושן, קניינים, פי"ח, הערה לב, אומר שאם התחייב לתת בזמן פלוני, גם אם מת המקבל קודם הזמן, חייב המתחייב לתת ליורשים, שהרי החיוב חל עליו, ורק אם תלה את המתנה במשהו, ומת המקבל לפני שהדבר קרה, פטור מלתת ליורשיו, כי עוד לא חל עליו חיוב.

שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן מ (ד"ה ומנא תימרא), מסביר שאע"פ שלגבי תנאי כגון האומר "ה"ז גיטך ע"מ שתנני לי ר' זוז", אומרים שהתכוון "לי" ולא "ליורשיו", זה רק לגבי תנאי שאינו חיוב ולא זכיה, שאם האשה רצתה אינה נותנת, אלא שאי-קיום התנאי מבטל את מעשה הגט, לכן אם היא רוצה לקיים את התנאי כדי לקיים את המעשה, לשון התנאי הוא דוקא, "לי ולא ליורשיו", כי יורשיו לא מכחו יורשים, שהרי הוא עצמו לא זכה בזה, ובלשון של תנאי אין יורשים במשמע, אבל בהתחייבות חדשה אע"פ שאמר "אני מתחייב לך", אם מת חייב לתת לבניו, כי מכוחו הם יורשים, ולא אמר בפירוש "לך ולא ליורשך". אמרי בינה, דיני הלוואה, סי' נ, מבאר את כוונת מהרי"ט, שתנאי שאינו מבורר לא מבטל את המעשה (כלומר, כדי שתנאי יהיה תקף, שהמעשה יתבטל אם לא יתקיים התנאי, צריך שהתנאי יהיה ברור, ולכן מדקדקים בלשון התנאי, ומניחים שהתכוון בדיוק למה שאמר), אבל בחיוב, כיון שהתחייב בבירור מעכשו, גם יורשיו בכלל.

מרדכי, כתובות, סי' קעו (הובא באש דת, פי' שלח, דף נג ע"ד), מביא שראב"ה למד מדין "מותר המת ליורשיו" (סנהדרין מח ע"א), שמי שנדר לתת כסף להשיא יתומה, חייב לתת ליורשה. אבל שו"ת שואל ומשיב, מהדו"ה, סי' פא (פד ע"ב), כותב שלפי ה"ט"ז יהיה פטור, שהרי הוא אמר שגם אם עשה תקיעת כף, אינו חייב לתת ליורשי המקבל, כי התכוון לתת רק לו עצמו. שואל ומשיב מסביר שה"ט"ז ידחה את הראיה ממת, ששם מטעם אמירה לגבוה, זכה המת, או זכו הגבאים בעבור המת, וממילא זכו יורשיו, ואין ללמוד משם למקרה אחר.

הפלאה, קו"א, קיד, ס"ק ה, כותב שמי שהתחייב בכתב לתת סכום מסוים במתנה ליום מסוים, שלא חל החיוב עד אז, ואם מת המקבל קודם, אין יורשיו זוכים, גם אם כתב שעבוד נכסים מיד, כמו במתחייב לזון חמש שנים ומת המקבל, שאינו חייב ליורשים, כי החיוב חל יום יום (אבל אמרי בינה, דיני הלוואה, סי' נ, מעיר שמשו"ת הרשב"א, ח"ד, סי' רמח, מבואר שאם אמר לצורך מזונות סתם, בלי לקבוע סכום ידוע או זמן ידוע, והתחייב מעכשו, גם אם אמר בעד מזונות, ומתה, חייב גם אם לא הגיע זמן הפרעון בחייה). והוא מביא ראיה מלשון הירושלמי, כתובות, יב,

א, שהמתחייב לזון את בת אשתו, ומתה, פטור, כי "כבר מתה", משמע שטעם הפטור הוא כיון שמתה לפני החיוב (אמרי בינה שם דוחה ראייה זו על פי חידושי הריטב"א, כתובות קא ע"ב, שמפרש את הירושלמי, שפטור מפני שלא נתחייב אלא כשראויה לזון, אבל בוודאי החיוב חל מיד; אבל אח"כ כתב שבמתחייב לתת מתנה כל שנה, אומרים "לו ולא לירשיו", כמו שכתב חידושי רבנו קרשקש, גיטין עד ע"א, ומה שהריטב"א פטר רק מצד שאינה ראויה לזון, הוא כי בפוסק עם אשה לזון את בתה חמש שנים, שהוא כדי שהאשה תסכים להינשא לו, זה כמו הלואה [ולא מתנה], ורבנו קרשקש שם כותב שבהלואה חייב גם לירשיו גם אם כתב בשטר "לך", ולכן הירשים היו יורשים אילולא הטעם שאינה ראויה להיזון. והוא מדמה זאת לדין בשו"ע, חו"מ, רנג, טז, שאם אמר "מאתיים זוז לפלונית בנדונייתה", ומתה, אין נותנים עד שתינשא, ואם מתה בינתיים, פטור, ואם אמר "לנדונייתה", חייב מעכשו, ואם מתה, חייב לירשיה - הרי שהירושה תלויה בזמן חיוב הנתנה, אף שהשעבוד מתחיל מיד. אך הוא כותב שלפי רמ"א שם, שפוסק שאם אמר לתת להשיאה, ומתה, פטור, מפני שהיא כבר לא תינשא, הרי גם במזונות, הטעם הוא כי פירט שהמטרה היא למזונות, והרי אחרי מותו אין טעם לזון אותו, אבל בשאר חיוב מתנה, חייב לתת לירשים, כיון שהשעבוד חל מיד.

אמרי בינה, דיני הלואה, סי' נ, כותב שטעם הרמ"א הוא כמו שכתב שלטי גבורים על מרדכי, כתובות, סי' קעו, אות ל, בשם ר"י מווינה, שהמתחייב כסף להשיא יתומה ומתה, פטור, מפני שיש אומדן דעת שהוא הפריש את מעותיו רק לצורך מצוה ולא לדבר הרשות, שיאכלום הירשים; משא"כ אם התחייב כך וכך במתנה או למזונות, כיון שהחיוב חל מעכשו, זכו הירשים, כדברי הרשב"א.

שו"ת חתם סופר, חו"מ, סי' קמז, כותב שמה שכתב חידושי הריטב"א, כתובות נד ע"א, שגם אם מתה לפני שנישאה, זכו יורשיה, הדין כך רק אם כבר קיבלה את הכסף, אבל אם רק התחייב לתת, זה מחלוקת רבי"ה ור' חיים כהן, במרדכי כתובות סי' קעו, האם נחשב שזכתה מטעם "אמירה לגבוה", או לא; ואם נתן לאביה שאוסף בשבילה, לא זכתה, ואם מתה, יורשיה לא מקבלים; ואם נתן לגבאי צדקה, זכו עבור הענייה, וממילא גם אם אדם מתה, זכו יורשיה. אמרי בינה שם כותב שפטור דוקא אם יש אומדנא שהוא נתן רק כדי לעשות מצוה, אבל במתחייב סכום מסוים לצורך מזונות, עולה מדברי שו"ת הרשב"א, ח"ד, סי' רמח, שחייב גם אם מתה. דרכי משה אהע"ז נג, א, כתב ששו"ת הרשב"א, ח"א, סי' תתקצו, מודה לר' חיים, שאם מתה, הכסף חוזר. אמרי בינה כותב שאף ששו"ת הרשב"א, ח"ד, סי' רמח, אמר שחייב לשלם גם אם מת המקבל, זה רק מי שמחייב את עצמו לתת דמי מזונות, אבל אם נדר ליתומה, פטור אם מתה, כי התכוון רק שיעשו מצוה בממונו, ולא לתת לירשיה.

שו"ת שואל ומשיב, מהדו"ה, סי' פא (פד ע"א), מקשה על הדעה המחייבת, משו"ע, חו"מ, סי' רמא, שם, האומר שבתנאי "על מנת שתתן לי", מפרשים שהתכוון "ולא לירשיו", וכך נאמר גם כאן, שאינו חייב לתת לירשי המקבל: הוא מתרץ, שדוקא האומר "לי" משמעו דוקא, אבל האומר "לו" או "לך" אינו מתכוון בדוקא. הוא מביא ראייה לדעה זו מגיטין יד ע"ב, ששם נאמר על מי שציווה לתת מנה לאחר, ומת, שצריכים יורשיו לתת משום מצוה לקיים דברי המת, וגם אם מת המקבל, יינתן לירשי המקבל, ומכאן שאין אומרים שהתכוון לתת רק למקבל ולא לירשיו. הוא דוחה את הראיה (בדף פד ע"ב) ע"פ סמ"ע, קכה, ס"ק כט, וש"ך, חו"מ, קכה, ס"ק לג, שסוברים שמלד"ה עושה קניין, ולכן זכה המקבל בחייו וממילא ירשו ממנו יורשיו, אבל אם רק התחייב, שלא נקנה הניכס למקבל, אין יורשיו יכולים ליכות ממנו, ויש רק שאלה של אומדנא, האם המתחייב התכוון לתת גם לירשים. אבל הוא מעיר שמר"ן על הרי"ף, גיטין ו ע"ב (בדפי הרי"ף), משמע שמלד"ה אינו עושה קניין, אלא רק חייבים לקיים דבריו, וא"כ יצטרך לומר שהטעם שנותנים לירשים הוא כי יש אומדנא שהתכוון לתת גם לירשיו, וא"כ גם בהתחייבות יש אומדנא זו (כך נראית כוונתו בדעת הרי"ף) (ראה בשמו בסעיף 3, שתלה שאלה זו בשאלה האם כשהמקבל מסרב לקבל, זה נעשה הפקר או חוזר לנותן). עוד הוא דוחה (בדף פה ע"א) את הראיה מגיטין, שהט"ז לא מתכוון לומר שוודאי לא התכוון לתת לירשים, אלא שמספק א"א להוציא מידו, ולכן במקרה בגיטין, שכבר נתן לשליח, כך שאילו המקבל היה חי, היה כבר יוצא מרשות הנותן, למקבל, ממילא גם אם מת, הורעה חזקת הממון של הנותן, שהרי היה יכול להיות שיצא מרשותו לגמרי, לכן זכו יורשי המקבל מספק (ותירץ תירוץ נוסף, שאינו מובן). הוא כותב, שגם קצות החושן, רז, ס"ק ט, שכתב שאם נשבע לתת מתנה למישהו, ומת המקבל, חייב לתת לבניו, מודה שאם נשבע לתת לעני לא חייב לתת לבנו כמו שכתוב בשבועות כה ע"א, שהנשבע לתת מתנה לעני הוא מושבע ועומד מהר סיני, ומאחר שלא חלה השבועה לגבי האב, כ"ש שא"צ לתת לבן מכוח שבועתו; ועוד שרק בנשבע לתת מתנה לעשיר, אפשר לומר שהבן עומד במקום אביו, אבל בנשבע לתת לעני, שהיא מתורת צדקה, הבן אינו עומד במקומו, שהרי אם הבן היה עשיר פשוט שלא חייב לתת לו צדקה, והרי הוא רצה לתת לאב רק בתורת צדקה, וגם אם הבן עני, יכול הנותן לומר "לאביך רציתי לתת לצדקה ולא לך". הוא מוסיף (בדף פה ע"ב) שזו כוונת שלטי הגיבורים, על מרדכי, כתובות, סי' קעו, שאומר שלגבי עני, לא התכוון לתת לירשיו.

מחנה אפרים, ה' זכיה, סי' כב עושה הבחנה: אם התחייב דבר קצוב, כגון שהתחייב לתת לו מאה בכל שנה לחמש שנים, משמע גם לירשיו, והירשים יורשים את זכותו כמו אילו התחייב לתת חמשה מנים, שנעשה חוב עליו ואם מת, יורשיו יורשים; אבל אם התחייב סתם לתת לו מזונות וכדומה כל שנה, א"א לומר שהירשים יירשו, שהרי עדיין לא זכה בחוב אלא יש רק חיוב. הוא מביא ראייה מחי' הריטב"א כתובות קא ע"ב, שהסביר את מה שירושלמי, כתובות, יב, א (הובא גם ברא"ש, כתובות, פרק יב, סי' א), אומר שהמתחייב לאשתו "אזון את בתך חמש שנים", ומתה, פטור - שפטור משום שאינה ראויה למזונות, והתחייב רק כשראויה לזון; והריטב"א לא הסביר שפטור משום "לה ולא לירשיה". כלומר, שמהריטב"א מוכח שבדרך כלל חייב גם לירשי המקבל, ומזונות הם חריג.

וראה סעיף 4, שמחוות יאיר משמע שאם מת המקבל, בטלה ההתחייבות, כי "שדי נתונה לך" משמע "לך ולא לירשך". וראה פרק ה, 5, שעולה מנתיבות המשפט, רפא, סי' ט, וקצות החושן, רפא, סי' ו, שאם מת מקבל ההתחייבות, יורשיו יורשים אותו.

המקבל על עצמו לזון את פלוני, ומת פלוני: שו"ת הרשב"א ח"ד סי' רמח, וח"ה, סי' קצג (ובקיצור בח"א, סי' תתקע, והובא ברמ"א, אהע"ז, קיד, יב, וח"מ, ס, ג), כמוסבר בש"ך, חו"מ, ס, ס"ק יז, נתיבות המשפט, ס, ס"ק ט, וחלקת מחוקק קיד ס"ק יג, כותב שאם לא קיבל על עצמו לזון זמן ידוע אלא קיבל על עצמו לתת סכום כסף מסוים לצורך מזונות סתם, וחייב עצמו מעכשו באותו סכום, וקבע זמנים מחולקים לפרעון, ומת המקבל - חייב, שכיון שלא קבע זמן חייב עצמו בסכום זה מעכשו, והמקבל היה יכול להוציא את כל הסכום ביום אחד; אבל אם קיבל עליו לזון

נבחן את שאלת מות המקבל לאור הגישות השונות לתוקפה של ההתחייבות. לפי גישת ב' ליפשיץ, שיסוד החיוב הוא אודיתא, שהמתחייב מודה שהוא חייב מעכשו, הרי חל חיוב רגיל על המתחייב, וכשמת המוטב, יורשיו יורשים את החוב, כמו שהם יורשים חוב רגיל.

לפי גישת א' ורהפטיג, שמוקד ההתחייבות הוא חפצי, שעבוד הנכסים, הרי מוטב ההתחייבות זכה בשעבוד הנכסים, וכשמת, יורשיו יורשים את הזכות החפצית שבשעבוד הנכסים, וההתחייבות תקפה.

לפי גישת ש' אלבק, שגמירת הדעת היא הנותנת תוקף להתחייבות, יש מקום לומר שאם מת המוטב, ההתחייבות בטלה, מפני שהיתה למתחייב גמירת דעת רק כלפי המוטב עצמו.

6. שונות

שמיטה: מי שמחייב את עצמו לתת לחברו כסף שאינו חייב בו, במתנה, והגיעה שמיטה, ההתחייבות אינה נשמטת, מפני שרק הלוואה נשמטת בשביעית ולא חיובים אחרים.²⁶⁴

חמש שנים (לדוגמה), או שחייב את עצמו בסכום מסוים למזונות חמש שנים, ומת המקבל לפני כן, פטור מלשלם ליורשים את היתרה, כי קיבל על עצמו מזון ידוע, ועכשו המקבל איננו נמנע לקבל את המזונות; וגם אם התחייב מעכשו בסכום ידוע, הרי אם קבע זמן ומת המקבל, פטור.

אמרי בינה, דיני הלוואה, ס"י נ, מסביר שאף שבשטר במקרה של הרשב"א נאמר "וקבעתי להם זמנים לפורעם בהם", לא נזכר שהוא בעד דמי מזונות (אלא זה רק סדרי הפרעון), שהרי בתחילה נכתב שהוא מתחייב סכום מסוים למזונותיהם, לכן חל החיוב אף שמת, וחייב ליורשיה גם על מה שלא הגיע עדיין זמן הפרעון; אבל אם בזמנים של הפרעון נאמר שהוא בעד מזונות (כלומר, שנאמר שסכום פלוני הוא עבור השנה הראשונה וכו'), ומת, פטור.

בעניין זה עיי' תומים, ס, ס"ק ט; פתחי חושן, קניינים, פ"ח, הערה לב. קצוה"ח ס"י רנג, ס"ק ז, כותב שאם אמר "נתנו חפצים במאתיים זו לנדונייתה", נותנים לה רק כשתינשא, ואם מתה לפני כן, פטור, ואם אמר "נתנו מאתיים זו מזומן לצורך נדונייתה", מה שאמר "לנדונייתה" הוא רק כמראה מקום, ונותנים לה מיד, וחייב גם אם מתה. הוא כותב שזאת כוונת חידושי הריטב"א, כתובות נד ע"א.

פתחי חושן, קניינים, פט"ו הערה לג מביא שחוות יאיר ס"י ז-צא, מעלה אפשרות שמה שהרמ"א, רמא, ז, אומר שאם יורשי המקבל נתנו, נחשב שהתקיים התנאי, הוא רק אם כבר החזיק המקבל בנכס, אבל אם עוד לא החזיק, המתנה בטלה, כי הנותן אמר "שדה זו נתונה לך ע"מ שתתן לי וכו'", ו"לך" משמע "ולא ליורשיך" [כלומר, זו היתה רק התחייבות לתת מתנה, והיה מותנית, וכיון שהתנאי לא התקיים בחיי המקבל, ההתחייבות בטלה; ואולי אפשר ללמוד מזה שהתחייבות לתת מתנה בטלה אם מת המקבל.

שו"ת שואל ומשיב, מהדו"ה, ס"י פא (פד ע"ד): נ"י סנהדרין טו ע"א (בדפי הרי"ף), הסביר ש"מותר המת ליורשיו" ולא אומרים שנתנו רק על דעת המת, כי במתנה, הנותן מוציא מרשותו לרשות המקבל.

עיי' קצוה"ח, רז, ס"ק ט; בית מאיר, אהע"ז קיד; בית שמואל, נב, ס"ק י; שו"ת הריטב"א ס"י רה (עמ' רמח); אמר יוסף, ה"ל מכירה, יא, טו; מחנ"א ה"ל זכיה ס"י כט (על מלד"ה); מנחת יעקב [תורת השלמים], בסוה"ס ס"י ז; פתח הבית דף יא; דברי חיים דיני קידושין ס"י לה; מחנ"א ה"ל צדקה ס"י ו.

אמרי בינה, דיני הלוואה, ס"י נ: בית מאיר [אהע"ז קיד] כתב שהט"ז למד מדברי שו"ת הרשב"א, "וגם הוא שלא קצב זמן באותו חוב שחייב עצמו מעכשו", שהעיקר תלוי אם תלה את חיובו בזמן, שאם התחייב לזון חמש שנים, אין החיוב נגמר מעכשו עד בא זמן שנה בשנה חל עליו חיוב לתת, ו"לך" משמעו "ולא ליורשיך", ולכן הרשב"א נקט שחייב עצמו מעכשו, שחייב את כל הסכום מיד, ויכול להוריש את החוב. הט"ז למד מזה שאם הבטיח בת"כ או בשבועה, שאין החיוב חל עליו אלא כשמגיע הזמן, וכיון שמת אין בידו להוריש, לכן גם אם התחייב סכום מסוים לחמש שנים, הוא כמו נותן מתנה לעני לקנות טלית וקנה חלוק, שקנה, כיון שהחיוב התברר פעם אחת מעכשו, ולא נתלה החיוב בזמן. והניח בצ"ע.

²⁶⁴ ישועות ישראל ס"י סז, עין משפט, ס"ק א; באר יצחק, גיטין לו ע"א, ד"ה ועיי' בקצוה"ח (לא על מתנה). ישועות ישראל מביא ראיה מתוס', כתובות נה ע"א (ד"ה ולשביעית), ור"ן על הרי"ף, כתובות כב ע"א (בדפי הרי"ף), שכתבו שפשוט שתנאי כתובה אינו משמט (גם בלי העיקרון שתנאי כתובה ככתובה) שהרי רק הלוואה נשמטת; ותנאי כתובה הוא התחייבות. עוד הוא מוכיח שאינו נשמט, שהרי אם הוא נשמט, א"כ מדוע האומר "ע"מ שלא תשמטני בשביעית" אינו נשמט, מצד תנאי שבממון קיים, הרי חידושי הרשב"א, כתובות נו ע"א, אומר שהטעם שתנאי זה קיים הוא כי אדם יכול לחייב עצמו במה שאינו חייב (הוא מתכוון לרשב"א שכותב שם שתנאי "על מנת שאין לך עלי שאר וכסות" מועיל כי רואים כאילו התנה "על מנת שתמחלי לי", ולענין שמיטה צריך לומר שלפי הרשב"א הטעם הוא שהוא מקבל על עצמו התחייבות; יצוין שסמ"ע, סז, ס"ק יח, נזר הראש ח"א ס"י כ עמ' קעד, ומשנת יעקב, זרעים ח"א, עמ' רטז, אומרים בפירוש שזה מועיל מטעם חיוב חדש, וכך עולה מרמב"ם, הלכות שמיטה, ט, ז, וא"כ גם החיוב הזה שקיבל על עצמו נשמט, ומה מועיל התנאי? ר"מ ליפשיץ, בסי' זכרון לר"מ ליפשיץ, עמ' תרמט-תרנ, דוחה הוכחה זו, שהתחייבות נשמטת רק אם היא חלה לפני שמיטה, משא"כ כאן, שאין חיוב חל על חיוב (כלומר התנאי שהוא התחייבות לא חל לפני שמיטה, כי עד אז קיים חיוב הלוואה, וההתחייבות החדשה חלה רק ברגע של שמיטה, ואז כבר אינה נשמטת; אבל קשה, נאמר שתישמט בשמיטה הבאה?).

אך ישועות ישראל שם כותב שלפי כסף משנה, הלכות שמיטה, ט, יא, שסובר שלרמב"ם כל חוב נשמט ולא רק הלוואה, א"כ גם התחייבות במה שאינו חייב נשמטת; וכדי לתרץ את הקושיה מ"על מנת שלא תשמטני", הוא יצטרך לומר ששם התנאי מועיל מצד עצמו, שאדם יכול לשנות חיוב ממוני שהתורה הטילה עליו, ולא מצד התחייבות חדשה (עוד אפשר לתרץ, שכסף משנה יסביר שהתנאי מועיל משום שרואים כאילו התנה "אם לא תפרע לי לפני שביעית,

אבל זאת רק אם כתב בשטר בפירוש שהוא מתחייב לתת מתנה, אבל אם בעל פה התחייב לתת מתנה וכתב שטר חוב סתמי, משמט, כמו ששכר שכיר משמט אם זקפו כהלוואה²⁶⁵.

דרך המתחייב מנכסיו: מי שהתחייב במה שאינו חייב, וירד מנכסיו, חייב למכור אף את בית דירתו ואת כלי תשמישו כדי לקיים את התחייבותו, ומשיירים לו נכסים רק כדין "סידור" לבעל חוב, ואין אומרים שקיבל על עצמו את ההתחייבות רק על דעת שישאר עשיר, כי החיוב שלו אינו חיוב אישי התלוי בדעתו, אלא חל שעבוד ממילא על כל נכסיו, ומזלו גרם²⁶⁶.

המתחייב לזון את חברו, כמה זמן צריך לזונו: המקבל עליו לזון את חברו, חייב לזונו שנה אחת²⁶⁷.

אומדנא: אין הולכים אחרי אומדנא לבטל התחייבות²⁶⁸, מפני שכבר התחייב ויש חזקת חיוב, ואומדנא אינה יכולה להוציא מחזקה²⁶⁹.

הכסף יהיה פקדון למפרע, ופקדון אינו נשמט, כמו שהסביר תומים, סז, ס"ק יט). גם אבי עזרי, ח"א, על הרמב"ם, הלכות אישות, ו, י, כותב שלרמב"ם התחייבות חדשה נשמטת, מפני שלדעתו לא רק הלוואה נשמטת, והתנאי הנ"ל מועיל מפני שאין בו עקירה ודאית של דין תורה, שהרי אולי יפרע לו לפני שביעית. גם חידושי הרי"ם, גיטין לו ע"א (ד"ה עוד י"ל להפ'), כותב שלדעה שגם חיובים שאינם הלוואה נשמטים, גם המחייב עצמו במה שאינו חייב נשמט, והתנאי הנ"ל מועיל מפני שהוא מחייב עצמו באופן שזמן הפרעון הוא אחרי שביעית ולכן אינו משמט, אבל החיוב מתחיל מעכשו ולכן אינו יכול לחזור בו מהתנאי (קשה), א"כ המלוה לא יוכל לתבוע אותו לפני שביעית כיון שזמן הפרעון הוא אחרי שביעית?!. מקצוע בתורה, סז, בס"ק ט, כותב בפשטות שמה שהתחייב במה שאינו חייב, נשמט, ומי"מ התנאי הנ"ל מועיל, כי זה כלול בתקנת פרוזבול, ורואים כאילו התנה שלא יצטרך פרוזבול, ואין בזה עקירת מה שכתוב בתורה שהרי בידו לכתוב פרוזבול.

ישועות ישראל שם כותב שלרש"י שא"א להתחייב בממון שאינו חייב בו בלי קנין, א"כ ב"ע"מ שלא תשמטני בשביעית" צריך לומר שמועיל מצד שתנאי מועיל מצד עצמו כאמור, שהרי אילו זה היה מטעם חיוב חדש, היה מועיל רק בקנין. ר"מ ליפשיץ שם חולק, כי דוקא שם הוא מצריך קנין כי אל"כ במה השתעבד, אבל כאן שהוא מתנה בשעת ההלוואה, בשעת קבלת הכסף, הוא מתחייב ע"י קבלת הכסף. אבל אבי עזרי שם כותב כדבר פשוט שצריך קנין סודר ואין מועיל קנין כסף לחיובו (ולא תלה זאת בדעת רש"י בלבד). באר יצחק שם כותב (כמו ר"מ ליפשיץ) שהתחייבות זו של "על מנת שלא תשמטני" א"צ קנין גם לפי קצות החושן שכתב שהתחייבות שלא בלשון הודאה צריכה קנין, כיון שהתנה כך בשעת קבלת מעות, וע"מ כן נתן, ע"מ שיתחייב בזה.

²⁶⁵ ישועות ישראל שם. הוא כותב כך כדי ליישב את מה ששו"ת הרשב"א ח"ג סי' נז, ושו"ת המב"י ט, ח"א, סי' א, עוסקים בשטר התחייבות לתת מתנה, ומי"מ כותבים שיש בה דין שמיטה.

[ע"י קהילות יעקב מכות סי' ג, ושביעית סי' יח; גרש ירחים גיטין לו ע"ב אות ריא (ד"ה ועיין בב"י, ד"ה גם י"ל); נזר הראש ח"א סי' כ ע"מ קעד; אוהל תורה ח"ג סי' ב; חי' הגר"ח כתובות פג (ע"מ צח); מפרשי הרמב"ם במפתח שלנו].

²⁶⁶ שער משפט סי' ס ס"ק ד. נידונו: שידך את בתו והתחייב לה סכום כסף. הוא מצייץ שכך כתב בית הלל, אהע"ז, ג, ו. והוא כותב שמטעם זה, המתחייב לזון את חברו חייב לזונו גם אם התייקרו המזונות, מפני שחל שעבוד על נכסיו, והמזונות התייקרו ברשות המקבל, ומזלו של הנותן גרם; וחולק על ט"ז, אהע"ז, קיד, ובית שמואל, קיד, ס"ק ג, שפוטרים מטעם אונס אם זה יוקר לא שכח.

²⁶⁷ שו"ת הרא"ש, כלל ו (כמובא בשו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן מ, ד"ה ועדיין). שו"ת הרא"ש סי' קכ (כמובא בשו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן מ (ד"ה איברא), הקשה הרי הרא"ש, שבועות, פ"ג, סי' כא, כתב שהאוסר פירות שבעולם עליו ולא הזכיר "לעולם", כיון שלא קבע זמן, נאסרו עליו לעולם? ותירץ ששם הטעם הוא כמו שמפרש הרא"ש, שאל"כ איזה זמן תתן לו, אבל למזונות יש זמן קבוע משנה לשנה, שכשמכין אדם מזונותיו, משנה לשנה הוא מכין, כמו שאמרו "מזונותיו של אדם קצובים לו מר"ה לר"ה". שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן מ (ד"ה ואינן מתיישבין), דוחה הסבר זה, שהרי לפי זה אם אמר זאת באמצע השנה שאין דרך להכין אז צרכי השנה, הדין היה צריך להיות שיתן מזונות שלושים יום, כמו שנאמר בערכין כג ע"ב, שמניחין לחייב מזון שלשים יום; אלא הוא מסביר שהרא"ש דיבר רק על נידונו, בקיבל לזון את פלוני או יתן לו ק' זהובים לשנה, שזה לשון מסופק, האם "לשנה" פירושו מזונות בעד שנה, היינו שנה אחת, או לכל שנה. ויד בעל השטר על התחנותה, ולכן פסק שאינו חייב לזון אלא שנה א'; ואין אומרים שכיון ש"לזון" משמע לעולם, נלמד משם ש"לשנה" פירושו לכל שנה - שהרי גם "לזון" הוא סתום, כי אולי "לשנה" מתייחס לכל הדבר ונדרש גם על לפני פניו: יזון לשנה או יתן ק' זהובים לשנה, דהיינו שנה אחת. בהסבר שני הסביר (בד"ה א"ט), שסתם חיוב מזונות לא משמע לעולם, מזה שלא פירש "כל ימיו", כי סתם מזונות משמעו בזמן שהוא צריך להיות נזון אצלו, אבל המתחייב סתם בכל מיני חיובים - משמע לעולם (הנידון משגאל עליו - לא היה במתנה). [וע"י שער המלך, הלכות מכירה, יא, טז (ח"יב ע"מ שפז-שפח); פתחי חושן, קניינים, פ"ח אות יב-יג; חקקי לב ח"יב סי' כג (קז ע"ד, קח ע"ד)].

²⁶⁸ בית שמואל, קיד, ס"ק יא, בשם שו"ת מהרי"ט וי"ל, דינים שבסוף הספר, סי' טז (על המתחייב לזון את בת אשתו, וגירש אותה); חכמת שלמה, אהע"ז, צ, א. [ע"י במקורות שציין פתחי תשובה, אהע"ז, צ, ס"ק א, וע"י שורת הדין ח"ג ע"מ רסב-רסד (על מתנה)].

דעות חולקות: הפלאה, קונטרס אחרון, צ, א, ובית יעקב (מליסא) סי' צ, א, כותבים שדוקא בהודאה אמר מהרי"ט וי"ל שלא הולכים אחר אומדנא (מהסיבה שביאר בית יעקב - ראה לעיל ב, 6), אבל בהתחייבות במה שאינו חייב, הולכים אחר אומדנא.

המתחייב לזון את חברו לזמן קצוב, ובתוך הזמן הזה, נודמנה למקבל פרנסה ממקום אחר, אין זה פטר את המתחייב.²⁷⁰

אם מת המתחייב, והשביחו נכסי העזבון אחרי מותו, מקבל התחייבות לא יוכל לגבות מהשבח.²⁷¹ אם נכסי העזבון נמכרו (אחרי מותו) לא יוכל לגבות מהתמורה.²⁷²

המתחייב נאמן לומר שנתן את מה שהתחייב לתת, שלא כבמכר, שהקונה אינו נאמן לומר ששילם את תמורת המימכר.²⁷³ אם התחייב בקנין סודר, הוא נאמן לומר שנתן את מה שהתחייב לתת אף אם עוד לא הגיע הזמן שנקבע לפרעון. אף שחייב רגיל אינו נאמן לומר שפרע בתוך זמנו, כאן הדין שונה, שהרי נושה שהיה לו שטר ואין השטר בידו, נאמן החייב לטעון "פרעתי", וכיון שסתם קנין סודר לכתובה עומד, הרי צריך להיות שטר ביד מוטב ההתחייבות (הנושה), ואין לו.²⁷⁴

ראה גם פרק ב, 6, שבהגהות לתרומת הכרי כתב שאמתלא אינה פוטרת מהתחייבות מפני שהיא דברים שבלב, אבל אם זה דברים שבלב כל אדם, פטור.

²⁶⁹ חכמת שלמה, שם.

²⁷⁰ פתחי חושן, קניינים, פי"ח הערה טז בשם שו"ת תשורת שי סי' קג - ואינו שם.

²⁷¹ ר' מיכאל בלייכר, "צוואה - עריכתה וניסוחה", שורת הדין, ח"ב, עמ' שנג, על פי רמ"א, חו"מ, קטו, ד, שכתב כך לגבי חוב רגיל.

²⁷² ר"מ בלייכר, שם, על פי י"א בשו"ע, חו"מ, קז, ד. הוא עוסק במתנה בדרך הודאה, אבל דבריו נכונים גם בהתחייבות.

²⁷³ כך עולה מדברי משפט, רכז, ס"ק ז.

²⁷⁴ שו"ת נודע ביהודה, מהדורה קמא, חו"מ, סימן כו (ד"ה אלא שמטעם). מדבריו משמע שבסתם התחייבות (בלי קנין סודר) לא נאמן לומר "פרעתי" תוך זמנו.

מזל שעה, על הרמב"ם, הלכות זכייה, ד, א (עט ע"ד): המתחייב במתנה לחברו, שהיא מתנה בתורת חוב, וקבע זמן, האם אומרים בזה "אין אדם פורע תוך זמנו" [ולא יהיה נאמן לומר תוך הזמן שפרע], או שדוקא בהלוואה אומרים כך כי הלוואי ויפרע בזמנו, אבל כאן נאמר שהנותן בעין יפה נותן ועשוי לפרוע בתוך הזמן? [צריך לבדוק את ההמשך בדף פ ע"א].

המקבל על עצמו לזון משהו, פרטי דינים - ב"י, ס, ט, בשם הריטב"א; ב"ח, ס, ט, על הריטב"א; שו"ע, ס, ג-ד התחייב לעשות דבר לחברו ונאנס - בית הלל (ליבשיץ) סי' כא המתחייב לזון את חברו - ושב הכהן סו

המתחייב לזון את חברו, האם יכול לתת לו מזונות או צריך לתת לו כסף - פתחי חושן, קניינים, פי"ח אות ח המתחייב לזון את חברו, כמה צריך לתת, האם צריך לתת ביגוד, או ריפוי - פתחי חושן, קניינים, פי"ח אות ט-יא

המתחייב לזון את חברו זמן קצוב, מתי הוא צריך להתחיל - פתחי חושן, קניינים, פי"ח אות יג

המתחייב לזון את חברו זמן קצוב, ולא זן, כמה עליו לשלם לו - פתחי חושן, קניינים, פי"ח אות יד-טו

התחייב לזון או לתת כך וכך, האם הנותן בוחר מה לתת או המקבל בוחר - פתחי תשובה ס ס"ק ח התחייבות, המקבל לא גובה שבח - אמפה"ת ב"מ טו ע"א הע' 102

דברי גאונים, כלל סה, אות כח: רשב"ש סי' קכב, כותב שאם ראובן כתב לאשתו בשעת נישואיה שהוא קיבל עליו להאכיל ולהשקות את בן אשתו, פטור מלקנות לו מזונות, כי אפשר לפרש שקיבל עליו להכניס את המזונות (שהבן יקנה בעצמו) לתוך פיו, וגם אם כתב בפירוש "קיבל עליו להאכילו משלוי", צריך שישעבד עצמו ונכסיו לזה.

התחייבות לזון, פרשנות - דברי גאונים, כלל נה, אות יא-יז

פרשנות ההתחייבות - זכרנו לחיים ח"א מע' מ, מתנה, אות יז: מי שהתארח בבית ראובן, ונדר לשלוח למשרתת שלו מלבוש אחד, ובינתיים התחלפו המשרתות בבית ראובן, והאורח שלח את המלבוש והרחיק נדוד [כך שא"א להחזיר לו או לשאול למי התכוון לתת], מי זוכה במלבוש, החדשה או הישנה? חקרי לב חו"מ ח"א סי' עט, עוסק בשאלה דומה, אבל אפשר לחלק.

שו"ת הרד"ם, חו"מ, סי' ד: המתחייב לזון את חברו, פסקו רמ"א ושי"ד, חו"מ, ס, ג, שפטור מלשלם לו רפואתו, ותומים שם ס"ק ז/טז כתב שזה ספק. ואפשר לטעון קי"ל שפטור. וגם אב שהתחייב לזון את בנו ובתו פטור מרפואתם, ולא אומרים שכיון שדעתו של אדם קרובה אצל בנו גמר והתחייב ביותר, כי מצאנו סברה זו רק לגבי אם הקנה משהו בפירוש לעובר, שלסתם עובר לא קנה ולבנו קנה כי דעתו קרובה, אבל אין אומרים שלבנו ולבתו התחייב ביותר ממון וחיוב מלאחר, אא"כ המנהג הוא שאב משלם את הוצאת רפואת בתו, וכל המתחייב מתחייב ע"ד המנהג. אבל אולי זה לא כולל חולי גדול והוצאות גדולות שהרי אין לומר מנהג בדבר לא שכיח (שי"ד חו"מ סו"ס לו).

שו"ת הרדב"ז ח"ב סי' תשו, כתב שראובן שמחזיק מכס של המלך תמורת שכירות, וכתב לשמעון התחייבות מעכשו לתת לו סכום מסויים אם המכס יישאר בידו, ואכן המכס נשאר בידו אבל עלו דמי השכירות (כל הוסבר המקרה בדברי גאונים, כלל מא, אות יא), ראובן חייב לתת, כי דבר שכיח שדמי השכירות עולים, והיה ראובן צריך להתנות שאם יעלו, יהיה פטור, וכיון שלא התנו, הוא חייב (לא הזכיר שזו מתנה).

פרק שישי: התחייבות שתוקפה מוסרי ולא משפטי

1. מתנה מועטת

המבטיח לזולתו לתת לו מתנה מועטת, אסור לו לחזור בו, ואם חזר בו, הוא בגדר "מחוסר אמנה", מפני שהמקבל סמך עליו שיתן לו.²⁷⁵

אבל אין ב"ד כופה אותו לתת²⁷⁶; ואם מת המבטיח, אין יורשיו צריכים לתת²⁷⁷.

גם אם רק שלוחו של ראובן הבטיח זאת לשמעון, יש משום מחוסר אמנה אם ראובן יחזור בו.²⁷⁸

²⁷⁵ ב"מ מט ע"א (הובא בב"י, רמג, ב); רמב"ם, הלכות מכירה, ז, ט; מרדכי, כתובות, סי' קעו; תוס', ב"ב קכג ע"ב (ד"ה הכא); טור, חו"מ, רמט, א; שו"ע, חו"מ, סי' רד, ח, סי' רמא, א, וסי' רמט, א; רמ"א, אהע"ז, סי' נא, וחו"מ, רמג, ב; מגיד משנה, הלכות זכיה, ג, א (הובא בב"י, חו"מ, רמא, א); דרכי משה, רמג, ס"ק ב, בשם שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס קרימונה), סי' עג; פרישה, חו"מ, רמג, ב; יד המלך (פלומבו), פרשת חיי שרה (דף ה ע"ד); ים של שלמה, קידושין, פ"א, סי' יב; שו"ת המב"ט, ח"א, סי' שו.

מרדכי, ב"מ, סי' שיב, נוקט שאסור לו לחזור בו משום "שארית ישראל לא יעשו עוולה". רש"י, ב"מ מט ע"א (ד"ה משום), כותב שמשום פסוק זה, המקבל יכול להיות בטוח שהנותן לא יחזור בו, ולכן יוכל להשתמש בנכס המובטח כאילו הוא כבר קניו לו.

פתחי חושן, קניינים, פט"ו, הערה ה, מביא מנחת פתים, סי' רד, שהפלאה, כתובות נה, כותב שאם אמר שלא בפני המקבל, יכול לחזור גם במתנה מועטת, ומנחת פתים כתב שלא משמע כך מהרא"ש.

תוס' כתובות קב ע"א (ד"ה אליבא), נוקטים שבמתנה מועטת, קנה (הגהות הרש"ש שם מקשה, הרי זה רק מחוסר אמנה, וא"א להוציאו בדיינים). א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 416, מוכיח מזה שלדעתם "מחוסר אמנה" יש

משמעות משפטית. הרב הרצוג, פסקים וכתבים, חלק ט, סי' קיא (עמ' תז), ובספרו @60, The Main

Institutions of Jewish Law ח"ב, עמ' 23, מסביר שתוס' סוברים שהדיבור בלבד מוכיח את גמירת דעתם של הצדדים. אבל הוא כותב שלפי רוב הפוסקים יש למקבל רק זכות מוסרית. אמרי בינה, דיני הלוואה, סי' טו, כותב

שגם לפי תוס', קנה רק מדרבנן.

שו"ת הרשב"ש, סי' שלו, נוקט שבמתנה מועטת קנה כיון שיש משום מחוסר אמנה, ומסיים בצ"ע. דייק מזה א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 416, שלדעתו ב"ד כופה אותו. בשאלה האם קנה, ע"י אמרי צבי (גרומן), סי' לג.

קצות החושן, רד, ס"ק ג, כותב שמאחר שאסור לו לחזור בו, ובוודאי לא יחזור בו, המקבל יכול להקדישו ולהפריש ממנו תרומות ומעשרות על פירות אחרים, כי הוא נחשב כאילו בידו לזכות בו. הוא מוכיח זאת ממה שנאמר בב"מ מט ע"א, שאם ישראל הבטיח ללוי מעשר מסוים במתנה מועטת, הלוי יכול להפריש תרומת מעשר ממעשר זה. אבל

אהלי אהרן, ח"א, סי' מט, מסביר ששם זה מקרה מיוחד כי במתנות כהונה ולוייה אין צורך לעשות קנין, כי הלוי זוכה "משלחן גבוה" (ראה בשמו בסעיף 3), ולכן זה קנוי ללוי, ואין ללמוד משם למקרה רגיל, שזה קנוי למקבל.

שעות דרבנן, סי' י (יט ע"ג), מוצא נפקות משפטית אחרת מהאיסור לחזור בו מפני מחוסר אמנה: הוא מסביר בכך את דברי המפרש, נדרים לד ע"ב (ד"ה לא), שאומר שאם ראובן מזמין את שמעון לאכול מכרו, קנה שמעון חלק בככר כמה שהוא יכול לאכול, ולכן ראובן אינו יכול לאסור אותו על שמעון בנדר; וכן את דברי רש"י, סנהדרין עא ע"א (ד"ה מדמ'), שאם היו מעות מוכנים לקנות מהם סעודה לאביו ולאמו (כלומר, שהאב ייחד את הכסף לכך), זה

נחשב גם מעות משל אמו - הטעם הוא, כי זה מתנה מועטת, שבה אם הנותן חוזר בו הוא ממחוסרי אמנה, ומסתמא אדם לא רוצה להיות מחוסר אמנה, ולכן המקבל זכה, אך לא זכיה גמורה אלא זכיה כלשהי למה שהוא אוכל.

קצות החושן, רעח, ס"ק טו, כותב שבמתנה מועטת, אם המקבל משך, קנה, אף שלא אמר לו הנותן "לך חזק וקניי", מפני שמאחר שאסור לו לחזור בו משום מחוסר אמנה, הוא כאילו נתן לו רשות למשוך; פתחי חושן, קניינים, פט"ו הערה לג, מביא ששו"ת פרי יצחק, ח"ב, סי' לט, מקשה על זה ממקום אחר, וע"י טבעת החושן שם.

קהלת יעקב, תוספת דרבנן, מע' ז, אות קיט (לה ע"א), מוכיח שהר"ן סובר שגם המבטיח מתנה מועטת לקטן, אסור לו לחזור בו משום מחוסר אמנה (עיי"ש להוכחתו לכך, והובאה חלקית בשמו בסעיף 1א) (מיקום לא סופר), ואין

אומרים שזה דוקא במבטיח לגדול, שסומך על הבטחתו, אבל במבטיח לקטן שאין בר דעת, ולא שייך שיסמוך על דבריו, יוכל לחזור בו.

ט"ז, חו"מ, רמט, א, מביא את דברי הגמרא בסוכה מו ע"ב, שאל יאמר אדם לקטן "אתן לך משהו" ולא יתן לו, כי בכך מלמד אותו לשקר; משמע שהוא רוצה לומר שהאומר כך לקטן חייב חובה מוסרית לתת לו, כדי שלא יתרגל לשקר.

דעה חולקת: המאור הגדול, ב"מ ל ע"א (בדפי הר"י), ומחנה אפרים, הל' זכיה, סי' לג, כותבים שהירושלמי, מעשר שני ד, ד, סובר שגם במתנה מועטת יכול לחזור בו מדיבורו (ראה סעיף 3, לני"מ מכד). אבל מלחמות ה', ב"מ שם, כותב שהירושלמי סובר בזה כמו הבבלי.

²⁷⁶ מרדכי, ב"מ, סי' שיב (הובא בערוך השלחן, חו"מ, רמא, א, בשו"ת מהרי"ק, שורש קיח, ענף ד, ובשו"ת מהרש"ם, חו"מ, סי' שפד).

²⁷⁷ חי' רעק"א, חו"מ, רד, ח (הובא ע"י הרב הרצוג, פסקים וכתבים, ח"ט, סי' קיא, עמ' תז).

²⁷⁸ שו"ת מהר"ם מינץ, סי' לט (עמ' קנד). הוא מסתמך על דברי ראבי"ה ב'פ' הזהב, שיש "מי שפרע" בדבר הנעשה ע"י שליח, אם חוזר בו המשלח. אבל המהדיר, הערה 29, מציין שטור, חו"מ, סי' קפג, כתב שלא תיקנו "מי שפרע" בשליחות.

הבטיח מתנה מועטת, והמקבל מת, אינו צריך לתת ליורשים, ואין בכך משום מחוסר אמנה.²⁷⁹

גם במתנה מועטת, אם הדבר לא היה ברשותו של המבטיח, אלא היה מופקד ביד אדם שלישי או חוב ביד אדם שלישי, מותר למבטיח לחזור בו.²⁸⁰

אבל מי שהבטיח מתנה מרובה, מותר לו לחזור בו, ואינו נקרא "מחוסר אמנה", מפני שהמקבל מראש לא סמכה דעתו שהמבטיח יתן לו מתנה מרובה כזאת.²⁸¹

מה נחשב מתנה מרובה או מועטת - תלוי בערכו של הנותן.²⁸²

אף שמותר לו לחזור בו במתנה מרובה, מכל מקום, אם מינה שליח לתת מתנה מרובה (באופן שהשליח לא קנה עבורו), השליח אינו צריך להימלך, לשאול את הנותן האם הוא עדיין מסכים לתת.²⁸³

עוד מציין מהר"ם מינץ, שלגבי "מי שפרע" נאמר (במרדכי, ב"מ, סי' שח) שהשי"ץ עומד על המגדל ואומר "מי שפרע וכזו", ומביא שמועה שר"ג מהר"ם עשה מעשה כזה גם במחוסר אמנה. ע"י פרי האדמה, ח"ב, ה' מכירה, ז, ט (כו ע"ב), על שו"ת מהרי"ק, שורש עו, שמותר לקרוא לו רשע משום מחוסר אמנה; ועל הירושלמי בענין "דעת גמורה".

²⁷⁹ שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' שפד; שו"ת הרשב"ש, סי' קיד (גם אם היורשים עניים).

²⁸⁰ טור, חו"מ, קבו, ט; שו"ע, חו"מ, קבו, ח. [ע"י שו"ת להורות נתן, ח"ח, סי' קג].

²⁸¹ ב"מ שם; רמב"ם, הלכות מכירה שם; טור, חו"מ, רמט, א; שו"ת הרשב"ש, סי' קיד וסי' רפד (על עשרה זהובים); שו"ת מהר"ם מינץ, סי' לט (עמ' קנח); שו"ע, חו"מ, רד, ח; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' שפד; סמ"ע, סי' רמא, ס"ק ד, וסי' רמט, ס"ק א; יד המלך שם. סמ"ע סי' רמא, שם, דוחה את הלבוש שנימק שבמתנה מרובה, לא היתה דעת הנותן מעולם לתת. קרבן העדה ופני משה, על ירושלמי, גיטין, ו, א (לה ע"א), מסבירים שבמתנה מרובה מותר למבטיח לחזור בו, ואע"פ שצריך שיהיה "הן שלך צדק", כאן בשעת שהבטיח לתת, היו פיו ולבו שווים, ורק אח"כ חזר בו.

פתחי חושן, קניינים, פט"ו, הערה ד, מביא שו"ת בצל החכמה, ח"ה, סי' קסא, שבמתנה מרובה אין אפילו מדת חסידות שלא לחזור בו, ושפרי יצחק, סי' נא, הסתפק בזה. ומביא שו"ע הרב, ה' מכירה, סעיף ב, שאסור להבטיח לתת כשאין בדעתו לתת, כי אסור לדבר אחד בפה ואחד בלב, "הן צדק".

²⁸² שו"ת הרשב"ש, סי' קיד. פתחי חושן, קניינים, פט"ו, הערה ה, מביא שו"ת בצל החכמה, ח"ה, סי' קנח, שהגדרת "מתנה מועטת" תלויה בעושרו של הנותן.

²⁸³ פתחי חושן, קניינים, פט"ו, הערה ד, ע"פ רא"ש, כתובות, פ"ה, סי' ד. ומביא שנחל יצחק [סי' לו סי' ב?] מסביר שמה שהירושלמי ב"מ פ"ד אומר שרב אמר למשמשו שאם יתן לו מתנה לתת לעשיר, יימלך בו לפני שיתן, כוונתו שרב אמר למשמשו בפירוש שבכל פעם שישלח אותו לתת מתנה, יימלך בו, וזו התנאה מפורשת, אבל בסתם אדם, אפילו במתנה מרובה אינו צריך להימלך; ומביא שההפלאה כתב שבמתנה מרובה גם בסתם צריך להימלך, משא"כ במתנה מועטת, כי מן הסתם לא יחזור כדי לא להיות מחוסר אמנה.

שערי תשובה, שער ג, אות קפג, אומר שהמבטיח לחברו להיטיב עמו, בלשון הבטחה, הוא כאומר לתת לחברו מתנה מועטת שלא בלשון הבטחה, שהוא מחוסר אמנה; וכן המתפאר בפני רבים לתת מתנה לאדם, זה כהבטחה. משמע שהוא סובר כך גם במתנה מרובה.

משה ידבר, ה' זכיה ומתנה, סי' ז (נט ע"א), כותב שאם ישראל מבטיח לתת לכהן או ללוי מתנות כהונה ולוייה, אסור לישראל לחזור בו כי זה מתנה מועטת, כי יש לישראל רק טובת הנאה שהיא דבר מועט, כפי שאומר רש"י, ב"מ מט ע"א (ד"ה משום), לגבי ישראל המבטיח מעשר ללוי.

נראה שאם היה עשיר בשעת ההבטחה, כך שהמתנה נחשבה לגביו מתנה מועטת, לא יוכל לחזור בו גם אם אח"כ העני; שלא כדברי החוק שיכול לחזור בו במקרה של הרעה ניכרת במצבו הכלכלי.

א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 414: ירושלמי שביעית, ג, ט, אומר שרב לא היה חוזר בו ממתנה שאמר לתת לפלוני, מתוך מידת חסידות. זאת אע"פ שרב בב"מ מט אומר שאין בזה משום מחוסר אמנה. ייתכן שכונתו רק לחסידים.

א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 415: הגמרא בב"מ מט מביאה ראייה לענין "מתנה מועטת" מהדין שישראל שאמר ללוי "כור מעשר יש לך בידי", רשאי לעשותו תרומת מעשר על מקום אחר; והקשו תוס' רא"ש, ורעק"א שם, הרי במחוסר אמנה יש רק תרעומת למקבל אם הנותן חזר בו, וזה לא קנוי לו. יש שהסיקו מכאן שיש משמעות משפטית ל"מחוסר אמנה". מקצות החושן ורש"ש עולה שהדבר נחשב הפקר בעבור המקבל. מתוס' ב"ב כג ע"ב (ד"ה הכא) נראה שיש למתנה מועטת גדר של מוחזק לענין בכור, אך אינו קנוי לו.

א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 416: ראייה נוספת שיש משמעות משפטית למחוסר אמנה: ירושלמי שביעית, ג, ט, מקשה על רב האומר שהחוזר בו ממתנה זו מחוסר אמנה, הרי ברייתא אומרת שמטלטלין נקנים רק אם מגביה או מושך; ולא מתרצת שרב התכוון רק לומר שיש משמעות מוסרית ולא משפטית. אבל למסקנת הסוגיה רב עשה כך רק מתוך מידת חסידות [ואולי למסקנה זה רק משמעות מוסרית].

על מתנה מועטת ע"י טור, רד, יב; רמ"א, רד, יא; בצל החכמה ח"ה סי' קנט (עונשו של מחוסר אמנה); בצל החכמה ח"ה סי' קס (אמר שלא בפני המקבל); הגהות מרדכי ב"מ סי' תנח; שו"ת מהרשד"ם, סי' צד; שו"ת המב"ט, ח"א/ח"ב, סי' קכב; מנחת פתים רמא, א; אבני מילואים, צ, ס"ק טו; נתיב"מ לו ס"ק ה; נחל יצחק עח אות ב ענף ה; שערי ציון (סופר) סי' ט ענף ג, ענף ה אות ג; דברי מלכאל ח"ו סי' נד; נאמן שמואל קב; דברי משפט ד עמ' רפט ואילך; מהר"ם אלשיך סי' קכא; ברור הלכה ב"מ מט ע"א ציון ה; מפרשים על ב"מ מט; מפרשי רמב"ם, מכירה, ז,

2. מתנה לעני

המבטיח לעני לתת לו מתנה, גם אם זו מתנה מרובה, חייב לתת מתורת נדר²⁸⁴.

ט [עברתי על העיקר ונשארו לי קצת]; בית אהרן וישראל גלי י עמי כה-כו; יד דוד (קרליון) ח"ב דף צה ע"ד; שו"ע הרב, הלכות מכירה, אות ב, ד, ו; חכם צבי סי' ע; נועם ד עמי קכ-קכג; דברות משה, ב"מ סי' מ ענף ד עמי תסו; ירושלמי, מעשר שני ד, ד; שו"ת מהר"ם מינץ סי' ק; כנה"ג רד הגה"ט אות ה, יז; צור יעקב דף קמא ע"ד-קמג [יש לי צילום גרוע]; בית אהרן וישראל גלי סא עמי קב-קג; אמרי שמואל ח"א דף כה ע"ב; הברי ושמא סי' ט; מיכל המיס, ירושלמי שביעית, י, ט; פרי יצחק סי' מט, נא; עונג יו"ט סי' קז.

על מחוסר אמנה ע"י מחנה יהודה (וילייקא) גיטין ט ע"א (ד"ה ולפי"ז היה, ד"ה ולפי"ז מוכח, ד"ה ולפי דברי.

²⁸⁴ מרדכי, ב"מ, סי' שיא; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), סי' תשכו; שו"ת הרשב"ש, סי' רפז (מביא את הירושלמי); פרישה, חו"מ, רמט, א, וסמ"ע, רמט, ס"ק א (נקט שזכה משום נדר); ים של שלמה, קידושין, פ"א, סי' יב; ערוך השולחן, חו"מ, רמא, א.

ב"ח, חו"מ, רמא, א, נקט שיש מחוסרי אמנה במתנה מועטת לעני; בהגהות והערות, על הטור השלם שם, העירו שבעני גם במתנה מרובה יש חיוב לתת, מטעם נדר.

סמ"ע, רמג, ס"ק ה, מעיר שטעה לבוש שכתב שבמבטיח לעני, מועיל רק במתנה מועטת, שכיון שזה נדר, מועיל גם במתנה מרובה; ש"ך, ס"ק ב, מסכים לסמ"ע.

ש"ך, חו"מ, רמג, ס"ק א, מביא ששו"ת מהר"ק, שורש קלג, כותב שאפשר שאם יש טירחה גופנית, אינו חייב מטעם נדר.

פתחי חושן, קניינים, פט"ו, הערה ו, מביא שו"ת צמח צדק, חו"מ, סי' לט, שמשו"ע משמע שבמתנה מרובה אף בעני אינו נעשה נדר, ולטור גם במתנה מרובה זה נדר. פתחי חושן מביא דרכי משה [סי' רמג?], שהמבטיח לכהן עשיר לתת לו את מתנתו הכהונה שלו, יש בו משום מחוסר אמנה, והסביר כי גם אם זה כמות מרובה, יש לישראל רק טובת הגאון, וזה למעשה מתנה מועטת.

ב"י, אהע"ז, סי' נא, מביא שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), סי' צז, שאח שפסק לתת נדוניה לאחותו הענייה, חייב משום צדקה, כמו שירושלמי, ב"מ, ד, ב, אומר שהמבטיח מתנה לעני חייב משום נדר. וכן פסק רמ"א, אהע"ז, נא.

שו"ת הרשב"ש סי' שלו (הובא בב"י, אהע"ז, סי' נא, וברמ"א, אהע"ז, סי' נא), כותב שהמבטיח לתת לבת אחותו כסף בשעת נישואיה במתנה, גם אם זה סכום גדול, אם הבת עניה, קנתה מדין צדקה, אפילו בלי קנין ואפילו במתנה טמירא.

ר"מ, במרדכי, ב"ק, סי' קעב (הובא בים של שלמה, ב"ק, פ"י, סי' לט, ובשלטי הגיבורים, ב"מ סז ע"ב, בדפי הרי"ף, ובש"ך, חו"מ, פז, ס"ק נא), כתב שעני שתובע משהו בטענה שהבטיח לו מתנה, והלה טוען להד"ס, הוא חייב להישבע שבועת היסת, כי אם יודה יהיה חייב ולא יוכל לחזור בו.

תומים, פז, ס"ק כא, כותב שדין זה תלוי במחלוקת האם בצדקה אמירה נחשבת כמסירה להדיוט, שקנאו לגמרי כמשיכת הדיוט, ולכן גם אם מת הנודר, חייבים היורשים לתת, או לא, וזה מוטל רק עליו בתורת נדר, וכופים אותו לקיים נדרו אבל העני לא קנה בכלל ואם מת יורשיו פטורים; ומהר"ם המחייב שבועה הוא לשיטתו שסובר שבצדקה אומרים אמירתו כמסירה להדיוט; וגם זה דוקא באומר "מנה זה" או מבטיח לתת חפץ מיוחד, שיכול לחול עליו קנין כמו מסירה להדיוט, לכן חייב שבועה, אבל האומר "אתן לך מנה" בלי לייחד דבר, לא שייך בו שייחב כמסירה להדיוט, אלא רק חיוב לקיים, ולכן פטור משבועה. אבל קצות החושן, פז, ס"ק כא, כותב שחייב שבועה גם אם אמר "מנה" סתם, כי האומר "הרי עלי מנה לגבוה", נשתעבדו נכסיו, וכן "הרי עלי מנה לעניים" לדעה שאמירה לצדקה כמסירה להדיוט, נתייבדו נכסיו; והוא מביא שתשובות מיימוניות, ס' קנין, סי' סד, כותב שעני הטוען "נדרת לתת לי שני ליטריין", והלה כופר, חייב להישבע, ומשמע שזה גם אם נדר דבר שאינו מיוחד. והוא כותב שגם למ"ד שאמירה לעני הוא רק משום נדר, ולא כמסירה להדיוט, חייב להישבע (שלא כתומים). אך הוא כותב שלפי שו"ת מהר"ט, ח"א, סי' כב וסי' לט, שאמירה לעני לא עושה קנין ולכן יכול לשנותו עד שיבוא ליד הגבאי ויכול לשנותו מעני לעני, א"כ זה ממון שאין לו תובעין כיון שיכול לשנותו לעני אחר (נראה שכוונתו לומר שלפי מהר"ט יהיה פטור משבועה כי א"א לתבוע אותו). אבל הוא כותב שאינו יכול לשנותו לעני אחר.

דגול מרבבה, חו"מ, סי' פז (כמובא בפתחי תשובה, חו"מ, פז, ס"ק כט), מסביר שחייב שבועה מפני שאמירה לעני היא נדר והיא קנין גמור; ואמנם סמ"ע, קכה, ס"ק כה, וש"ך, קכה, ס"ק כז, כותבים שהנודר לעני יכול להתיר ע"י חרטה, אבל הרי גם ב"שור זה עולה" שיש עליו קדושת הגוף ואמירה לגבוה כמסירה להדיוט, מ"מ מועילה התרה כל זמן שלא בא ליד גזבר (וא"כ אין לדייק מזה שזה לא נחשב כמשיכה). שו"ת מים חיים, יו"ד, סי' מה (כמובא בפתחי תשובה, חו"מ, פז, ס"ק כט), כתב כמו התומים שהדין תלוי במחלוקת האם בצדקה אמירה כמסירה להדיוט; ופוסק שנחשב כמסירה להדיוט כי כך פסקו סמ"ע, קכה, ס"ק כה, ש"ך, חו"מ, סו, סק"ב, בשם הריטב"א, וש"ך, חו"מ, סי' פז, ס"ק נא; וכתב שאם יש עד אחד שנדר לצדקה או לבית הכנסת, חייב שבועה דאורייתא נגדו; וכתב שאם התובע טוען שהתבע נשבע לתת דבר פלוני לצדקה כשיבוא לרשותו, פטור משבועה, כי זה רק בגדר חיוב עליו ולא נקנה שהרי לא היה יכול להקנותו אז.

מתנה לתלמיד חכם: כנה"ג, חו"מ, קכה, אות כב (כמובא בפתחי תשובה, חו"מ, קכה, ס"ק ג), הביא ששו"ת המב"י, ח"א, סי' קצה, כתב שגם המבטיח מתנה לבעל תורה, אינו יכול לחזור בו, כמו לעני. אבל שבות יעקב, ח"ב, סי' קנט (כמובא בפתחי תשובה, חו"מ, קכה, ס"ק ג), כתב שהמב"י כתב כך רק על תלמיד חכם עני, אבל אם הוא עשיר, יכול המבטיח לחזור בו.

מתנה עם הגבלת זמן: שו"ת בית אפרים, חו"מ, סי' ע (כמובא בפתחי תשובה, חו"מ, קכה, ס"ק ד), כותב שאם הנותן הגביל את הזמן בנדרו, יכול לחזור תוך הזמן, כמו שכתב ח"י הרשב"א, נדרים ל, שהאומר "סלע זו לצדקה לאחר ל' יום" יכול לחזור בו.

אמר ראובן לשמעון: "הולך נכס זה ללוי, שאני נותן לו", ולוי היה עני, אין ראובן יכול לחזור בו, משום שאמירה לגבוהה כמסירה להדיוט²⁸⁵.

מי שאין לו מאתיים זוז נחשב עני לענין זה²⁸⁶.

אשה שציוותה לתת מתנה לעני מסויים, ובעלה הסכים, אינו יכול לחזור בו²⁸⁷.

גם בהבטחת מתנה לעני, אם הנכס לא היה בידו כשהתחייב לתת, אין הנדר חל²⁸⁸.

מי שחייב מטעם נדר יכול להיפטר ע"י התרת נדרים, אבל אם כבר הגיע הנכס ליד מי שהנותן מסר לו להולך לעני (אפילו לא בלשון זיכוי, שאז העני היה קונה מיד), אינו יכול להתיר את הנדר, ולכן הנותן אינו יכול לחזור בו, גם אם נתן לזוכה בלשון "הולך"²⁸⁹.

חיוב זה, כיון שהוא מטעם נדר, אם מת המתחייב, יורשים פטורים מלתת, שלא כמו בהתחייבות ממונית²⁹⁰.

²⁸⁵ טור, חו"מ, סי' קכה, ו, וסי' רמג, ב; שו"ע, חו"מ, סי' קכה, ה, וסי' רמג, ב (בלי הנימוק); שו"ת יפה נוף חו"מ סי' כט (עמ' קעד).

בית יוסף סי' קכה וסי' רמג מקשה על הטור, ש"אמירה לגבוהה כמסירה להדיוט" נאמר רק בהקדש ולא בעניים; אך הוא מציין שירושלמי, ב"מ, פ"ד, ה"ב, אומר שנעשה נדר. דרישה, חו"מ, קכה, ו, ביאר את טעמו של הטור, כי עני זוכה משולחן גבוה, וצדקה נלמדת מ"בפיך" שכתוב לגבי הקדש.

חידושי ר"ע איגר ציין שו"ת מהרי"ט, ח"ב, חו"מ, סי' נ, ופתח הגליון הסביר שכוונתו היא שכמו שמהרי"ט שם תמה מדוע חייב מטעם נדר באומר "תנו", כך יקשה מדוע חייב מטעם נדר באומר "הולך".

²⁸⁶ מרדכי, ב"מ, סי' שיב (הובא בשו"ת מהרי"ק, שורש קיח, ענף ד, ובב"י, חו"מ, רמג, ב); שו"ע, חו"מ, קכה, ה; ב"ח, חו"מ, רמט, א, בשם ב"י, חו"מ, סי' רד.

אבל כנה"ג, חו"מ, קכה, הגהות ב"י, אות טז (כמובא בהגהות והערות על הטור), כותב שהדין לא יהיה כך רק לפי טור יו"ד סי' רג, המביא דעה ששיעור מאתיים זוז לא נוהג בימינו אלא יכול ליטול עד שיהיה לו קרן להתפרנס. בשאלה מה גדר עני בזה"ז, ע"י ב"י, יו"ד, קפז.

²⁸⁷ מרדכי, ב"מ, סי' שיב; דרכי משה, חו"מ, רמג, ס"ק ב, ורמ"א, רמג, ב, בשם שו"ת מהר"ם מרוטבנורג (דפוס קרימונה) סי' עג. בית שמואל, אהע"ז, צ, ס"ק מ (הובא בנתיבות המשפט, רמג, ס"ק ב), כותב שאם הסכים הבעל מתוך הפצרה של האשה בחוליה, אינו חייב לתת, שהרי רמ"א, יו"ד, רלב, יז, אומר שמי שנודר משהו לחולה מתוך הפצרתו, אינו נדר. אך פתחי תשובה, חו"מ, רמג, ס"ק א, כותב שאין דבריו מוכרחים, לפי מה שכתב בפתחי תשובה, יו"ד, רלב, ס"ק טז, בשם שבות יעקב, ח"ב, סי' פא, שאם נדר לאותו חולה לדבר מצוה, זה תקף כמו נדר על דעת חברו, גם אם זה היה מתוך הפצרה.

²⁸⁸ דרכי משה, חו"מ, רמג, ס"ק ב; סמ"ע, רמג, ס"ק ו. קצות החושן, רמג, ס"ק א, מציין שרי"ף ומלחמות ה' ב"ק פ"ד כתבו שאם אינו בידו אינו מתחייב מטעם נדר, ורק אם היה שם גבאי צדקה, "יד עניים", מועיל מטעם מעמד שלשתן.

אבל סמ"ע, קכו, ס"ק יח (וברמזו בפרישה, חו"מ, קכו, ט), כותב שהמבטיח לעני לתת לו כסף שיש לו ביד אדם שלישי, חייב לקיים את דבריו, וזאת גם אם המקבל לא נכת, וגם אם שום אדם לא נכת, משום "אמירתו לגבוהה כמסירה להדיוט", או משום נדר. ש"ך, חו"מ, קכו, ס"ק כט, עושה הבחנה: אם זה פקדון מטלטלין, אינו יכול לחזור בו, אבל אם זה חוב או פקדון מעות, שהנפקד רשאי להשתמש בהם, יכול לחזור בו, כי אינו ברשות הנותן.

²⁸⁹ דרישה, חו"מ, סי' קכה, ו, וסי' רמג, ב, וסמ"ע, קכה, ס"ק כה; ש"ך, חו"מ, קכה, ס"ק כז. בכך הדרישה והסמ"ע מתרץ את קושיית ב"י על הטור שנימוקו "אמירה לגבוהה כמסירה להדיוט" שייך גם אם אמר רק "אתן מנה לפלוני" שהוא עני. בסי' רמג הוא נוקט שבמקרה זה "זכה העני"; נראה שכוונתו לומר שזה מעבר לדין נדר שא"א להתירו, שזה רק מטיל חובה לתת ולא עושה שנחשב שכבר הגיע אליו, ואילו "אלכ"ל" מחשיב זאת כאילו כבר הגיע אליו; ודרישה וסמ"ע מסביר מדוע הטור סובר שאומרים כך גם בצדקה כמו בהקדש, עיי"ש.

אך תומים, קכה, ס"ק ח (כמובא בפתחי תשובה, חו"מ, קכה, ס"ק ד), מעלה אפשרות שדוקא אם הגיע לידי גזבר שהוא כיד עניים אי אפשר להתיר את הנדר, משא"כ אם הגיע לידי אדם אחר, שכיון שאמר "הולך" ולא "זכה", הוא רק כשליח של הנותן.

קצות החושן, סי' קכה, ס"ק ב, וסי' רמג, ס"ק א, כותב שאם אמר "אתן לעניים", יכול להישאל על נדרו, אבל אם נתן אותו למישהו להביא אותו לעני, בלשון "הולך", אינו יכול, משום שהעני כבר זכה, שכיון שהוא חייב לתת מטעם נדר, זה כמו חוב, ובחוב "הולך" דינו כמו "זכה" (הסברו זה הובא בנתיבות המשפט, רמג, ס"ק א), כאמור בשו"ע, חו"מ, קכה, א.

²⁹⁰ פתחי תשובה, רמג, ס"ק א, בשם שו"ת פנים מאירות, ח"ב, סי' קלד. הוא הסביר שאע"פ שסמ"ע סי' קכה כתב ששייך בצדקה "אמירה לגבוהה כמסירה להדיוט", שמשמע שהעני זכה מיד באמירתו וזה יותר מנדר, הוא לא לדינא אלא רק כדי ליישב את לשון הטור שכתב כך. אבל עיין לעיל בשם תומים, סי' פז, שלדעה ש"אמירה לצדקה כמסירה להדיוט", היורשים חייבים. [על חיוב היורשים ע"י שיעורי ר' שמואל, ב"ב סי' קצח-ר].

3. שבועה ותקיעת כף

מי שעשה תקיעת כף לתת לחברו כך וכך - מוציאים ממנו ממון²⁹¹.

שבועה מחייבת גם במצבים שקנין רגיל לא מועיל. לדוגמה, גם לדעה שקנין "אתן" לא מועיל, מכל מקום אם כתבו בשטר, כנהוג, "כל הני"ל קיבלו עליהם בחרם חמור ובשבועה דאורייתא", צריכים לקיים את המתנה, מכח השבועה²⁹².

כמו כן, המקנה דבר שלא בא לעולם או באסמכתא או ב"אתן לך" או בדבר שאין בו ממש או כל דבר שאין הקנין נתפס בו, אם נשבע עליהם צריך לקיים מכח שבועתו, וב"ד מנדה אותו כדי שיקיים את שבועתו²⁹³.

אבל אין היורשים מחויבים לקיים את שבועת אביהם²⁹⁴. כמו כן, יורשי הנותן אינם חייבים לקיים את הבטחתו שעשה עליה תקיעת כף²⁹⁵.

טעם הדבר הוא, כי אין על האב חיוב ממון ממש, שנאמר "נכסוהי דאינש אינון ערבין ביה", אלא חיוב לקיים את שבועתו, וכיון שמת נפטר משבועה, כי אין אונס גדול מזה; ואפילו ממדת חסידות אין צריכים היורשים לקיים את שבועת אביהם במקום שמן הדין לא היה חייב בפרעון²⁹⁶.

היורשים פטורים גם אם עשה קנין יחד עם השבועה, כיון שאי אפשר לחייב אותם מצד השבועה, והקנין אינו מועיל אף לגבי עצמו כיון שמדובר בדבר שאין מועיל בו קנין²⁹⁷.

מי שהתחייב בתקיעת כף בלבד, שהיא כשבועה, מאחר שיוורשו אינם חייבים לשלם אם מת, הרי אם מת המקבל, יורשו לא יכולים לרשת אפילו עבר הזמן²⁹⁸.

דברי גאונים, כלל נג, אות כט: המבטיח לעני לתת לו מתנה, אינו יכול לחזור בו, מטעם נדר - כך עולה משו"ע יו"ד, רנח, יב; שו"ת חוות יאיר סי' מד.
עי' שו"ת מהרש"ם ח"ב סי' קנא, בשאלה האם גם במבטיח למכור לעני, אינו יכול לחזור מדין צדקה, ועי' בצל החכמה ח"ג סי' עח.

הבטיח מתנה לעני, ומת, האם חייב לתת ליורשים - בני יעקב פו ע"ד, מטה שמעון רמג הגה"ט אות ב, משאת משה יו"ד סי' כה, שיירי כנה"ג יו"ד סי' רנה הגה"ט אות טו, מחנה אפרים ה"ל צדקה סי' ו.
על הבטחת מתנה לעני עי' דברי משפט ח"א עמ' שמג-שמו; שו"ת הרשב"א ח"א, סי' תרנו; שו"ת הרדב"ז סי' אלף רד; מרדכי כתובות סי' רסג; מישרים נתיב כג ח"א; בארות שלמה חו"מ עמ' 161; פני אריה (מברסלא) סי' מא; צדקה ומשפט (בלול) פי"ד סי' לו; מהריט"ץ סי' רפד ד"ה אלא; שו"ת מהר"ם אלשיך סי' קכא; שו"ת קול מבשר ח"א סי' נב-נג; שו"ת ראני"ח, סי' ל, קג, קח; שו"ת רמ"ע סי' קד; שו"ת רמ"א סי' מז-מח; רי"ף ב"ק פי"ד; רמ"א, חו"מ, פא, ב, ואהע"ז, צ, י; שו"ע סו"ס ריב; דרישה ריב, י; פתחי תשובה, ריב, ס"ק ט, וסי' רנב, ס"ק ב.
על רמ"א סי' רמג, ב - עי' שו"ת פרי השדה ח"ב סי' צא.

²⁹¹ מרדכי, ב"מ, סי' שיב, בשם תשובת ר"י בר מנחם, שכך פסק ר' יוסף טוב עלם.

על שבועה לתת לחברו - עי' ח"י ר' שמואל ב"ב סי' יא אות ח.

²⁹² ב"ח, חו"מ, רמה, א, ושו"ת הבי"ח (הישנות), סי' יד, בשם ב"י, חו"מ, רז, מחודש מא.

דרכי משה, חו"מ, רמה, ס"ק ב, מביא ששו"ת מהר"י וי"ל סי' קמג, כתב שגם לדעה שקנין "אתן" לא מועיל, אם פסקו קנס וחרם, יש מחלוקת אם צריך לקיים.

²⁹³ שו"ת הבי"ח (הישנות), סימן יד.

בשאלה אם מי שנשבע בדבר שאין קנין מועיל כגון אסמכתא או דשלב"ע, האם חייב לקיים מצד השבועה - עי' רמ"א חו"מ רט, ד; שו"ע, רז, יט; שו"ע עג, ז-ח; השיב משה סי' קד; קצות החושן, צז, ס"ק טו; משפט שלום סי' קעו, א (ד"ה ועי' בתשובת); שואל ומשיב מהדו"ג, ח"ב סי' קסג; דברי גאונים כלל צח סי' א; זכור לאברהם חו"מ ח"ב ע' שבועה.

²⁹⁴ ב"י חו"מ, סי' רנב, מחודש ג, בשם שו"ת הריטב"א, סי' רא (על מי שנשבע לתת סך ידוע לבתו ומת ולא נתן, אפילו היה ש"מ כשנשבע); רמ"א, חו"מ, רנב, ב, וסי' רט, סעיף ד (על המוכר דבר שלא בא לעולם ונשבע לקיים את המקח), וסי' ריב, סעיף ז (על הנודר דבר שלא בא לעולם לצדקה או להקדש); ב"ח, חו"מ, רמה, א, ושו"ת הבי"ח (הישנות), סי' יד (בשם שו"ת הריב"ש סי' שלה, שמא, וסי' שמד); ר' יוסף אב"ד יאברוב, בשו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו"מ, סימן כה (ד"ה ומ"ש בשטר), בשם הריב"ש.

²⁹⁵ שו"ת שואל ומשיב, מהדו"ה, סי' פא (פד ע"א).

²⁹⁶ שו"ת הבי"ח (הישנות), סי' יד.

²⁹⁷ שו"ת הבי"ח (הישנות), סי' יד.

²⁹⁸ הפלאה, קו"א, קיד, ס"ק ה.

מי שנשבע לתת לבתו סכום כסף, וירד מנכסיו, ונשארו לו רק בית דירתו וכלי תשמישו, פטור מלתת לה, כי הוא אנוס²⁹⁹. טעם הדבר הוא, שעל דעת זה לא נשבע, ולא חל שעבוד על נכסיו אלא יש רק חיוב על גופו, וחיוב הגוף תלוי בכונתו³⁰⁰.

הנשבע לתת מתנה לחברו, ובשעת המתנה מוסר מודעא שהוא נותן מפני חיוב השבועה, המתנה בטלה, כי זה כמו גילוי דעת שהוא נותן באונס³⁰¹.

הבטיח אדם לתת מתנה לחברו, והלה אומר "תקעת לי כף", והראשון אומר "לא תקעתי", פטור משבועה כי גם לפי דבריו לא נתחייב לו כלום אלא בתקיעת כף³⁰². טעם הדבר הוא, כי שבועה או תקיעת כף אינן עושות קניין להתחייב, אלא שחייב לקיים את השבועה או את תקיעת הכף, וגם אם יודה שנשבע, אין מחייבים אותו לשלם, ולא שייך להשביע על זה אם הוא כופר³⁰³. גם אם עד אחד מעיד שתקע כף, פטור מלהישבע להכחיש את העד³⁰⁴.

²⁹⁹ שו"ע, יו"ד, רלב, טז.

³⁰⁰ שער משפט, ס, ס"ק ד. ראה לעיל ה, 6, שכתב שאם התחייב באופן שמועיל מעיקר הדין, כך שנכסיו השתעבדו, חייב גם לשלם מכלי תשמישו.

³⁰¹ א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 470, בשם חידושי הריטב"א, ב"מ סא ע"א.

³⁰² הגהות מיימוניות, ה"ל שבועות, פ"א, אות ג (הובא בב"י, חו"מ, פז, מחודש כט, וברמ"א, חו"מ, פז, לד). וכן כתב תשובות מיימוניות, ס' הפלאה, ס"ג = מרדכי ב"מ ס"י רנב, ואגודה ב"מ ס"י כז, שפטור משבועה (אבל לא הזכירו מתנה). ב"ח, חו"מ, פז, מב, נימק, כי לא חמורה השניה מהראשונה, אבל ב"ד מזהיר אותו על שבועתו בתקיעת כף (כלומר כי תקיעת כף חמורה כשבועה). בענין זה עיי' דורש משפט, פז, כה (עמ' תקכו-תקלז). על חרם סתם במי שטוען שחברו הבטיח לו מתנה, עיי' תשובות הגאונים (הרכבי) ס"י קע. בשאלה האם מי שנשבע לתת וכפר, משביעים אותו שלא נשבע - עיי' משנה למלך טוען א' טו; מים שאל ח"יב ס"י ח; לחם רב ס"י פ; בית אברהם (ישראל) חו"מ פז' לט; בן הרמה ויד המלך ה"ל טוען שם.

³⁰³ ש"ך, חו"מ, פז, ס"ק פא (הובא בתומים, פז, ס"ק כא). וכן נימק שו"ת הריב"ש ס"י שמד (לא על מתנה). נתיבות המשפט, פז, ס"ק יב, מסביר שאינו חייב שבועה כי ב"ד לא יכולים למשכן אותו לקיים את תקיעת הכף אלא כופים אותו ע"י הכאה; הוא מסביר בזה מדוע בתביעת צדקה חייב שבועה (ראה פסקה 2 בשם מהרי"ט) - כי ממשכנים על צדקה.

דגול מרובה, חו"מ, ס"י פז (כמובא בפתחי תשובה, חו"מ, פז, ס"ק כט), מסביר שבטוען "תקעת לי כף לתת לי מתנה" אין חיוב שבועה, משום שבתקיעת כף, רק כופים לקיים אבל אין קנין גמור, משא"כ באמירה לעני שהיא נדר, זהו קנין גמור, ולכן חייב שבועה.

קצות החושן, פז, ס"ק ל, נותן טעם אחר: כי אם חושדים בו שהוא עובר על תקיעת כף, יעבור גם על השבועה השניה, ואין תועלת בזה שנשביע אותו (והוא רומז לטעם זה גם בס"ק כא). אבל הוא מקשה על טעם זה, אולי באמת נתן תקיעת כף, והוא לא נותן את המתנה כי לא קבעו זמן והוא מעכבו כי יש לו ספק מלוה ישנה ומחזיקו עד שיתברר לו אם באמת חייב מלוה ישנה, ולכן יש להשביעו כדי להכריח אותו לשלם, כי לא יעבור על ספק איסור שבועה כי לא יוכל לתקן את האיסור אם יתברר לו שלא היה מלוה ישנה (סברת תוס' ב"מ מדוע לא אומרים "מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא").

תומים, פז, ס"ק ל, מקשה, מדוע אינו חייב שבועה, הרי אילו הודה או היו עדים על הת"כ, היו ב"ד כופים אותו לקיימו, ועל קרקפתו היה מוטל לקיימו מדין "לא יחלי", וא"כ כדאי להשביעו בנקיטת חפץ כדי שיודה (כי הוא יפחד יותר לעבור על שבועה עם נקיטת חפץ מלעבור על תקיעת כף) ואז נכוף אותו? ואמנם בת"כ אין שעבוד על נכסיו, אבל הרי בכל חיוב למ"ד שעבודא לאו דאורייתא יש רק עליו חיוב לפרוע מטעם "הן צדק", ובכל זאת לא אומרים שיהיה פטור (מהתורה) משבועה בכל חיוב? והוא מסביר שהטעם הוא, ממה נפשך: אם באמת לא תקע כף, אין צורך שיישבע; ואם באמת תקע כף, הרי הוא חשוד, ופסול לשבועה. אבל הוא מעיר שהסבר זה טוב רק למהר"ם שסובר שגם המשקר בשבועה להבא (כגון בתקיעת כף, שהיא שבועה "אתן לך מתנה"), אם לא קיים, נעשה חשוד ופסול לשבועה אחרת; אבל יש אומרים שהמשקר בשבועה להבא לא נפסל, כי בשעה שנשבע לא יצא שקר מפיו, ואין לפסול אותו לשבועה אחרת, כי לא ישקר להישבע לשקר על העבר, שבזה כבר משיצא מפיו זה שקר. ולפי דעתם הוא כותב שהטעם הוא כמשי"כ הסמ"ע (הישנים" בסוף הספר) המובא בש"ך, ס"ק פא, שלא תיקנו היסת בכגון זה, כי זה דבר לא שכיח, לחייב שבועה לקיים את שבועתו הקודמת. הוא כותב שבדרך כלל יש טעם אחר שלא לחייב שבועה במי שנדר לתת מתנה בת"כ: כי לפי שו"ע יו"ד רכח, היה יכול להתיר, ובלבד שיוודע לחברו כדי שלא יהיה חילול השם או בושת; והטעמים הנ"ל הוצרכו רק באופן שלא שייכת התרה (נראה שכונתו למקרה שנדר על דעת רבים).

³⁰⁴ ש"ך, חו"מ, פז, ס"ק פא (על מתנה), על פי שו"ת מהר"ם (דפוס פראג), ס"י תתקצו (שכתב כך על מכו). אבל הש"ך מביא סמ"ע "הישנים", בסוף הספר, כתב שמאחר שזוהי שבועה דאורייתא, חייב להישבע, כי זו שבועה חמורה, ואולי תרתיע אותו יותר מתקיעת הכף שעשה, שהיא קלה יותר. הסמ"ע הובא גם בשו"ת מים חיים יו"ד ס"י מה (כמובא בפתחי תשובה, חו"מ, פז, ס"ק כט).