

סעיף 6 דרכי ההקניה

דרכי ההקניה

6. הבעלות בדבר המתנה עוברת למקבל במסירת הדבר לידו, או במסירת מסמך לידו המזכה אותו לקבלו, ואם היה הדבר ברשות המקבל - בהודעת הנותן למקבל על המתנה; הכל כשאינו בדין אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון.

התוכן

מבוא 2

דרכי קניין - "במסירת הדבר לידו" 2

- כללי 2
- משיכה 2
- הגבהה 4
- חזקה 5
- סודר (חליפין) 6
- (א) כללי 6
- (ב) במתנת מטבע 7
- (ג) בסודר של אדם שלישי שלא בנוכחות המקבל 8
- קניין אגב 12
- סיטומתא 14
- קניין יד 15
- קניין כלי 16
- קניין כסף 16
- (א) כללי 16
- (ב) בהקנאה מדין "עבד כנעני" 17
- הקנאת חוב או פיקדון ע"י "מעמד שלשתן" 19
- קניין חצר 19
- (א) כללי 19
- (ב) בלי ידיעת המקבל 21
- (ג) חצר שאינה משתמרת 22
- (ד) חצרו ומתנתו הבאים כאחת 23
- (ה) חצר שאינו שייכת לגמרי למקבל 29
- (ו) אורח החצר 32
- קניין ארבע אמות 32
- הקנאת מתנה בדיבור ע"י הודאה 34
- (א) כללי 34
- (ב) אופן פעולת אודיתא 40
- (ג) אם ידוע שזה שקר 42
- (ד) בהקנאת חוב או פקדון 47
- (ה) דינים שונים 49
- מסירת מפתח 52
- הקניית כסף ע"י הפקדה בבנק 53

שטר - "מסירת מסמך לידו המזכה אותו לקבלו" 53

- מבוא - עמדת החוק 53
- הקנייה ע"י שטר קניין - עמדת המשפט העברי 54

- (א) כללי 54
- (ב) החתימה על השטר 56
- (ג) לשון השטר 56
- (ד) שני שטרות על אותה קרקע לאותו אדם 58

- (ה) שני שטרות על אותה קרקע לשני אנשים

58

- (ו) הוראת הנותן לכתוב את השטר 59
- (ז) דינים שונים 59
- שטר ראיה 60
- (א) אם לא הגיע למקבל 60
- (ב) אם נמצא אצל צד שלישי 63
- (ג) שטר ראיה אחד על מתנות לאנשים אחדים 64
- (ד) לשון חיזוק 64
- (ה) הקנאתו לצד שלישי 66
- (ו) אם נזכרו בו שני קניינים 66
- (ז) שונות 67

"אם היה הדבר ברשות המקבל" 69

- עמדת החוק 69
- עמדת המשפט העברי 69
- הקנאה חסרה 74
- בלי עדים 74
- מקבל שעושה מעשה קניין ואינו מתכוון לקנות 74
- (א) כללי 74
- (ב) נימוקים 76
- (ג) סייגים 77
- (ד) דעות חולקות 80
- (ה) הבחנה בין דרכי קניין 81
- אם עשו שני מעשי קניין שאחד מהם חסר תוקף 82
- קניין בלי אמירה 84
- הקנאה לקטן 87
- הקנאה בשבועה 90
- אם ידוע שהנותן רוצה להקנות אבל לא עשו מעשה קניין 90
- מתנה שהציבור נותן 90
- תקנה שדורשת אישור של חכם למתנה 90
- מתנה שלא נרשמה במירשם 91
- זיכוי מתנה למקבל ע"י צד שלישי 91
- כללי 91
- זיכוי מתנה שעתידה להיות לרעת המקבל 96
- ביטול המתנה ע"י הבעת התנגדות 97
- לשון הזיכוי 101
- תקפותה של המתנה לפני שנודע עליה למקבל 103
- הפסולים לזכות עבור אחר 108
- זיכוי מתנה לפסולי דין ע"י אדם שלישי 111
- פסול דין המזכה למקבל ע"י אדם שלישי 115

נתינת מתנה ע"י שליח 118
שליח לקבל מתנה 120
אחרי נתינת המתנה 125
ספק 126

ספק אם עשה קנין מועיל ואם הנכסים היו בידו
בשעת הנתינה 127
פרשנות המתנה 132

מבוא

סעיף זה הוא בעצם פירוש לסעיף 2 - איך ההקנייה נעשית¹. החוק מצביע על שלוש דרכים להעביר את הבעלות בדבר המתנה מהנותן למקבל: (א) מסירת דבר המתנה ליד המקבל; (ב) למסור למקבל מסמך המזכה אותו לקבל את דבר המתנה; (ג) הודעה על המתנה - אם דבר המתנה כבר היה ברשות המקבל.

בפרק על "הקנאה חסרה", נעסוק במצבים שנעשה מעשה קניין כדין אבל בגלל פגם בפרט מסוים, אין תוקף להקנאה; וכן במצבים שגם בלי מעשה קניין רגיל, חלה הקנייה בגלל נסיבות מיוחדות.

דרכי קניין - "במסירת הדבר לידו"

כללי

סעיף זה נוסף לחוק כדי לבטא את עמדת המשפט העברי שאין מתנה נקנית בדיבור פה גרידא².

לפי החוק, הבעלות עוברת רק עם מסירת דבר המתנה לידו של המקבל, והכוונה למיטלטלין. מסירת החפץ מעבירה את החזקה על החפץ, כמצב עובדתי, ובכך המתנה נגמרת, כלומר הבעלות עוברת, אם הצדדים הסכימו ביניהם שהדבר ניתן במתנה, משום שלכך התכוונו³.

דרוש שיתוף פעולה מצד המקבל, וזו פעולה זו צדדית⁴, בשונה ממכר, שדי בה בהעמדת הנכס לרשות הקונה⁵. אפשר גם שהנותן ימסור **לרשות** המקבל, והמתנה מתקיימת כשנודע עליה למקבל, כמו שכתוב בהמשך הסעיף⁶.

מי שפתח תוכנית חיסכון בבנק ע"ש קטין, ובהסכם על פתיחת החשבון נכתב שכל פעולות בקשר לחשבון יהיו בני תוקף רק אם יהיו חתומים בשם הקטין על ידי המפקיד, ושהקטין לא יהיה רשאי למשוך ממנו, ונפטר הקטין לפני שהגיע לגיל גדלות - טרם הושלמה הקניית המתנה, כי השליטה בכספים המופקדים נשארה ביד המפקיד; כדי שתהיה הקניה, לא די בהעמדת המתנה לרשות הנותן, אלא חייבת להיות פעולה זו צדדית של מסירה על ידי נותן המתנה וקבלה לידי של המקבל, וזה לא קרה כאן⁷.

גם אם יש לנותן ולמקבל חשבון משותף בבנק, לא די באמירה כדי להקנות את הכסף, אלא צריך שתהיה נטילה מצד המקבל⁸.

המשפט העברי קובע דרכים אחדות להעברת הבעלות בדבר המתנה, ואינה דורשת דוקא את מסירת דבר המתנה למקבל.

¹ ראבילו ב עמ' 392.

² ד"כ 52 (תשכ"ח) 2349, כמובא בראבילו.

³ ראבילו ב, עמ' 393.

⁴ ראבילו ב, עמ' 393.

⁵ חוק המכר, התשכ"ח-1968, סעיף 8(א).

⁶ ראבילו ב עמ' 393.

⁷ השופט דניאל טרברג, בית משפט לענייני משפחה - ב"ש, תמ"ש 2160/06, פלוגית נ' עזבון המנוח פלוני ואח', פסקה 23. עד שהנכד יכול היה לממש את זכותו לקבל את הכספים. בפסקה 24 הוא מציין שכך נפסק בע"א 202/92 עזבון המנוח לירן מיכאל גרניצר ז"ל נ' חנה הלגה גרניצר, ושנאמר שם שהיחס האישי בין הנותן והמקבל הוא שמונה בבסיס מהותה של המתנה, ולכן קבלת הכספים על ידי העזבון בהגיע המנוח ל"גיל התיאורטי" אינה זכייתו שלו בהם.

⁸ ראבילו ב, עמ' 241, בשם פ"דים. וראה שם עמ' 242-269 על הקנייה דרך חשבון בנק משותף.

מתנה נקנית באותן דרכים שמכר נקנה בהן, דהיינו, מטלטלין בהגבהה או במשיכה (בדבר שאין דרכו להגביה), או בשאר דרכים המועילות במטלטלין; וכל זמן שלא קנה כראוי, יכול הנותן לחזור בו; ועבדים וקרקעות - בחזקה או בשטר כמו במכר.⁹ בפרק זה נפרט את דיניהם של מעשי הקניין השונים.¹⁰ על קנין שטר ראה בפרק

כאן יש לומר כמה דברים כלליים על מהותו של מעשה הקנין:

מטרת מעשה הקנין היא להביא לגמירת דעת של הצדדים.¹¹ מעשה הקנין גורם לגמירת דעת, כי רוב בני אדם גומרים דעתם שלא לחזור בהם בזמן שראו שנעשה מעשה קנין.¹² כשהקונה עושה מעשה קנין, שאז הוא גומר בדעתו לקנות את הנכס, המקנה גומר בדעתו לסלק את זכותו מהנכס, כדי להניח מקום למקבל להניח את זכות הבעלות שלו על הנכס; ושני הדברים קורים באותו הזמן - סילוק הנותן את זכות הבעלות, והנחת המקבל את זכות בעלותו על הנכס.¹³

אם המקבל עשה מעשה שתיקנו חכמים שייחשב מעשה קנין, קנה גם אם הנותן בתוך לבו אינו רוצה שיקנה בכך, וגם אם המקבל מאמין לו שלא גמר בלבו להקנות, מפני שדברים שבלב אינם דברים.¹⁴

בכל מעשה קנין, העברת הבעלות חלה **אחרי** גמר המעשה.¹⁵

משיכה

מתנה של מיטלטלין נקנית במשיכה.¹⁶

יש אומרים שאף שמשיכה והגבהה מועילות במכר רק מדרבנן,¹⁷ הן מועילות מהתורה במתנה כי אין בה מקום לקנין כסף.¹⁸ אבל אחרים אומרים שגם במתנה הן תקפות רק מדרבנן.¹⁹

⁹ רמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, ג, א; סמ"ג, עשה פב (קסא ע"ב); טור, חו"מ, רמא, א; שו"ע, חו"מ, רמא, א; שו"ת הרשב"ש, סי' קטו.

פתחי תשובה, יו"ד, שכ, ס"ק ד, מעלה אפשרות שאם נתן במתנה רק חלק מנכס, לא קנה גם אם משך אותו לביתו או אם עשה קנין חצר.

קצות החושן, ר, ס"ק ה, כתב שמתנה צריכה זכייה, ולא די שהנותן ישים את הנכס בידו של המקבל, אלא צריך שיקנה לו (ראה על כך בשמו בהערה 213).

מנחת שלמה (לוין), סי' י, עמ' לט-מ, כותב שבכל הקנאה יש שתי פעולות - הוצאה מיד המקנה והכנסה לרשות הקונה, כי המקנה אינו מסלק את עצמו מהנכס עד שהקונה עושה קנין.

על דיני קניינים באופן כללי עי' פתחי חושן, קניינים, פרק א.

¹⁰ אין כאן פירוט ממצה של דיניו של כל סוג קנין, אלא הרצאת עיקרי הדינים, עם פירוט לגבי נקודות מסוימות הנוגעות במיוחד למתנה. לגבי כל סוג קנין, ניתנת הפניה למקורות העוסקים בפירוט בדיניו של אותו קנין.

¹¹ מבוא למשפט העברי בימי התלמוד (אלבק), עמ' 103.

¹² שם עמ' 158. בעמ' 159, הוא מסביר, שבמכר ובמתנה, שדעת אחרת מקנה, מטרת מעשה הקנין אינה להראות את שליטת הקונה בנכס (שכך היא המטרה של מעשה הקנין בזכייה מהפקר), שהרי קנין כסף ושטר אינם מראים זאת; אלא מטרתו היחידה היא גרימת גמ"ד; ואין צורך שיצא שהדבר ברשותו כדי שאחרים לא יזכו בו (כפי שיש צורך בזכייה מהפקר), שהרי עוד לפני כן לא יכלו אחרים לזכות בו, שהרי היה ברשות הנותן, ולכלל בני האדם לא משנה אם זה של הנותן או של המקבל. והוא כותב שמעיקר הדין די באמירה בלבד לעשות גמירת דעת.

ראה הערה 35, שלדעת אבן האזל, די שהנותן נותן **רשות** למקבל לקנות, ואין צורך שתהיה לנותן **דעת** להקנות לו. שם עמ' 234.

¹⁴ שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו"מ, סי' כח (ד"ה עוד אהובי).

¹⁵ ח"י ר"ש שקאפ, ב"מ, סי' כג, אות א. ראה בשמו בהערה 215.

¹⁶ תוספתא ב"ב י, ו; רמב"ם, הלכות זכייה, ג, א; טור, חו"מ, רמא, א; סמ"ג, עשה פב (קסא ע"ב).

לפרטים נוספים בדיני קנין משיכה, עי' מישורים נתיב י חלק א; שו"ע, חו"מ, סי' קצ-קצח; פתחי חושן, קניינים, פרק ו סעיפים א-ח, יד-כ; משפט הקנין, חלק ב, שער ז.

סוג קרוב של מעשה קנין הוא **מסירה**: שהקונה מחזיק בדבר המתנה בנוכחות הנותן או בהוראתו (שו"ע, חו"מ, קצח, ח). שו"ע, חו"מ, קצא, א, כותב שבהמה אינה נקנית במסירה, אבל הרמ"א מביא דעה שהיא נקנית במסירה. על דיני מסירה עי' משפט הקנין, חלק ב, שער ח.

¹⁷ רמב"ם, הלכות מכירה, ג, א.

¹⁸ חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ מז ע"ב, בשם תוס'.

אם המקבל עושה קנין משיכה שלא בנוכחות הנותן, הקנין מועיל רק אם אמר לו הנותן "משוך וקנה"²⁰. אבל אם נתן לו עדר בהמות במתנה, ומסר לו את הבהמה ההולכת בראש העדר, הרי זה כאילו אמר לו "משוך

¹⁹ רמב"ן, המובא בחידושי הריטב"א החדשים, ב"מ מז ע"ב (הובא ביצועות יעקב, או"ח, תמח, בס"ק ה) (שמתנה נקנית רק בחליפין (סודר), חצר או אגב, כלומר, שמדאורייתא רק קניינים אלו תקפים ולא משיכה); ח"י הריטב"א החדשים, ב"מ צט ע"א; ר' יהודה נבון, בהגהתו במחנה אפרים, הלכות קנין משיכה, סי' ב, בדעת רש"י ע"ז עב; דברי חיים (אורבך) דיני מכירה, סי' יז, בדעת הרמב"ם; תומים, ס, ס"ק יא, בדעת ר' יוחנן (שהלכה כמותו). שו"ת שואל ומשיב, מהדו"ד, ח"ב, סי' קלב, כותב שהרמב"ן מסכים שבמטבע, שא"א להקנות בחליפין (כאמור ליד ציון הערה 56), מועילה משיכה מהתורה במצב שא"א לקנותו בחצר ובקנין אגב (עיי"ש לנידון).

שו"ת ראשי בשמים (גוריון), או"ח, סי' טז, אות י, כותב שהרמב"ן מסכים שאם משך פעמיים, קונה מהתורה את המתנה, כי אחרי המשיכה הראשונה, הנותן מסלק את עצמו מהנכס, וזה כמו מציאה, שאינו הפקר ממש אלא בעליו מתייחס ממנו, ומ"מ מועילה בה משיכה מהתורה כי בעליה סילק את עצמו מהנכס; ואמנם לא מועיל סילוק הנותן לפני המשיכה, כי אז עדיין היה של הנותן, אבל אחרי שמשך המקבל את הנכס לרשותו, מועיל סילוק הנותן, כי אז יצא כבר מרשותו, ואז קונה המקבל מהתורה במשיכה שנייה; ומה שאמר הרמב"ן שמשיכה אינה קונה במתנה מהתורה, כוונתו שהמשיכה הראשונה לא מועילה מהתורה, ונ"מ שיכול הנותן לחזור בו (מהתורה) אחרי המשיכה הראשונה, וכן נ"מ שצריך למשוך שוב את החפץ כולו מהתורה, כי במשיכה צריך שיוציא את החפץ מהמקום שהיה מונח בו.

קצות החושן, קצח, ס"ק א, והשואל בשו"ת חתם סופר, יו"ד, סי' שי, מקשים על הרמב"ן, מדוע מועיל קנין חצר במתנה מהתורה, הלא חצר קונה מטעם שליחות או יד (ראה הערה 203), וכיון שאין ידו ושלוחו קונים במשיכה מהתורה, איך תקנה חצירו מהתורה? חתם סופר שם מתרץ, שהרמב"ן מסכים שאם לקח את הדבר לביתו ממש, קנה מהתורה, שהרי הוא שלו ואין מי שיקחנו ממנו, וגם אילו לא חידשה התורה שום קנין, היינו יודעים שקנה בזה; והתורה חידשה שגם בלי לקיחה לביתו ורשותו, אלא רק משך בסמטא או הגביה ברשות הרבים, קנה; ועל זה כתב רמב"ן שלפי הדעה שמהתורה לא מועילה משיכה, אין מקור שמלמד שיקנה מתנה במשיכה קלה כזאת. כמו כן, דברי חיים (אורבך) דיני מכירה סי' י, כותב שגם לדעה שמשיכה אינה קונה מהתורה, הרי אם לקח המקבל את כל החפץ בידו, קנה מהתורה מטעם חצר (חוץ מבגול, שכיון שאסור לזכות, חצרו אינה זוכה), ולכן אומר רמב"ן שחצר קונה, כי אם הדבר מונח בידו לגמרי, קנה מהתורה, ומה שמשיכה לא קונה מהתורה הוא במשיכה בעלמא, שהדבר אינו מונח בידו. הרב הרצוג The Main Institutions Of Jewish Law, ח"א עמ' 195, הערה 1, כותב שהרמב"ן מסכים שמשיכה, הגבהה ומסירה מועילות מהתורה כאשר הם זהים ל"יד", מפני שקנין "יד" הוא דאורייתא (ראה ליד ציון הערה 140), ולכן משיכה ביד היא דאורייתא. כנראה, הוא מתכוון להבחנתו של חתם סופר.

אמרי בינה, דיני יו"ט, סי' כא, אות ח, ושו"ת הרי בשמים, מהדו"ת, סי' קיד (פח ע"א), מביאים את מחלוקת רמב"ן ותוס'.

משיכה בגוי: האחרונים קושרים בין השאלה האם משיכה מועילה במתנה מהתורה, לבין השאלה האם גוי קונה מתנה במשיכה. תוס' ע"ז עא ע"א (ד"ה פרדשני) (הובא בשו"ת רעק"א ח"א סי' לו דף כה ע"ד, ובשו"ת שואל ומשיב מהדו"ב ח"א סי' נט, דף מד ע"א) כותב שגוי קונה מתנה במשיכה, גם לפי הדעה (רש"י, בכורות ג ע"ב, ד"ה קנין) שגוי אינו קונה מכר במשיכה אלא בכסף (המחלוקת לגבי מכר מובאת בטור, יו"ד סי' שכ), כי במתנה אין אפשרות שיקנה בכסף. השואל בשו"ת חתם סופר, יו"ד, סי' שי, פסק כתוס', וכתב שבדיעבד ראוי לסמוך עליהם לענין איסור כגון מכירת חמץ או בהמה מבכרת.

לעומת זאת, השואל בשו"ת חתם סופר, שם, מדייק מדברי הרמב"ן שם, שכתב שמתנה אינה נקנית מהתורה במשיכה, ואינו מתחשב בכך שלא שייך קנין כסף במתנה - מכאן שהוא סובר שגוי, לדעה שאינו קונה במשיכה, אינו קונה במשיכה אפילו במתנה. אבל חתם סופר עצמו כותב שאין מחלוקת, וגם לרמב"ן מועילה בגוי משיכה לחצרו ממש (מהטעם שכתב לגבי ישראל, לעיל), וגם משיכ תוס' שבמתנה משיכה קונה בגוי, הוא דוקא אם לקח את הדבר לביתו ממש (וכ"כ ח"י חתם סופר, ע"ז עא ע"א, עמ' קצה-קצו ועמ' קצז; אבל פתחי תשובה יו"ד שכ ס"ק ד, מעיר, שלא משמע כך מתוס' שכתבו "או בהגבהה"), אבל גם לדעתם אין משיכה קלה (בסימטא) קונה במתנה בנכרי, לדעה שבנכרי אין משיכה קונה במכר. גם בסי' שטז כתב שלפי הדעה שגוי אינו קונה במשיכה במכר, אין מתנה נקנית לגוי במשיכה כל דהו, שהוא חידוש של התורה בישראל, אבל קנה אם נתן אותו לגוי לחצרו ממש כשלו.

גם דברי חיים (אורבך) דיני מכירה סי' י, כותב שגם לדעה שמשיכה אינה קונה בגוי, הרי אם לקח את כל החפץ בידו, קנה מטעם חצר כאמור.

²⁰ שו"ע, ח"מ, קצז, ג.

ר"א גורדון, בשו"ת חבל יעקב, חלק א, סי' ז אות ח, כותב שמי שאמר לחברו שרצונו לתת לו מתנה, והלה הלך ומשך את החפץ, לא קנה, שמא חזר בו הנותן בינתיים, שהרי זה לא זכות לנותן. דבריו מתאימים לדין שבלי "לך משוך וקני", לא קנה. אבל ר"י בורוכוב, שם סי' ח, אות כה, כותב שחזרה בלב לא מועילה כי דברים שבלב אינם דברים; אבל לא ברור האם הוא מתכוון למקרה זה או למקרה האחר שעסק בו ר"א גורדון, בענין שליח (ראה להלן, ליד ציון הערה 899). וראה ליד ציון הערה 645, על מצב שעבר זמן רב בין האמירה לבין מעשה הקנין.

אבני מילואים, כח, ס"ק מט, כותב שדבר שאין בעליו מקפיד עליו, הוא נותן במתנה לכל מי שיוזכה בו אפילו שלא בידיעתו (ראה סעיף 1א) על נתינה מכללא). פת"ח, קניינים, פ"א הערה לג, מקשה עליו, איך קנה המקבל, הרי הנותן לא אמר לו "לך משוך וקנה"? ומתרץ, שכוונתו היא כמו שכתב שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, אהע"ז, סי' נט (ד"ה והנה גוף), למצב שהמקבל נטל בפני בעל החפץ, ובוזה שבעל החפץ שתק, מחל לו (וכוונת נודע ביהודה היא שבעליו מפקיר אותו,

וקנה" לגבי כל העדר, ואם משך את כל העדר, קנה אותו גם אם עשה כן שלא בפני הנותן, ולא אמר לו "משוך וקנה"²¹.

משיכה קונה בסימטא או בחצר משותפת לנותן ולמקבל²², או בצידי רה"ר²³, אבל לא ברשות הרבים²⁴; וצד הנהר הוא כמו צידי רה"ר²⁵.

מי שמקנה חפץ לאחר, ומחזיק חוט מהחפץ בידו, והמקבל משך את החפץ (או עשה בו קנין אחר), קנה גם אם הנותן מושך את החפץ חזרה ע"י החוט, כי החפץ כבר נפסק ממנו²⁶.

סוג מיוחד של משיכה היא **רכיבה** על בהמה: אם הנותן אמר למקבל "קנה את הבהמה כדרך שבני אדם קונים", ורכב עליה, קנה אותה בכך, ובלבד שרכב באופן שמקובל לרכוב על בהמה, כגון בשדה; אבל בעיר, רק מי שדרכו לרכוב בעיר קונה ברכיבה, כגון אדם חשוב, או אדם בזוי שאינו מקפיד על דרך הליכתו, או מי שמטפל בבהמות, או אשה, או במקום שרבים דוחקים²⁷.

הגבהה

מתנה של מיטלטלין שדרך להגביהם נקנית בהגבהה²⁸.

יש אומרים שצריך להגביה שלושה טפחים, ואחרים אומרים שדי בטפח²⁹.

גם הגבהה מכוחו, כגון שנתן מכה לחפץ והוא מתרומם, מועילה כקנין³⁰.

אם המקבל מגביה שלא בנוכחות הנותן, הקנין מועיל רק אם אמר לו הנותן "לך הגבה וקנה"³¹.

כפי שעולה מהמשך דבריו שהוא דן מצד הפקר, ואין לומר שכוונתו למחילה ממש, שהרי אין מועילה מחילה על דבר בעין, כפי שהעיר פתחי חושן, והיינו שיש אומדנא דמוכח שהוא מסכים, ודי בכך כדי שתהיה "דעת מקנה". לא ברור האם הוא מתכוון לומר שגם אבני מילואים מדבר במצב שבעל הנכס נוכח, ואז ההסבר הוא לפי הכלל שאין צריך לומר "לך משוך וקנה" אם המקנה נוכח; או שגם אם בעל הנכס אינו נוכח, האומדנא באה במקום אמירת "לך משוך וקנה". אבל יש להעיר שאבני מילואים נקט "למי שיטול **שלא מדעתו**", משמע גם אם בעל הנכס אינו נוכח. בפשטות אפשר להסביר שדוקא במתנה רגילה צריך לומר "לך חזק וקני" כגילוי דעת על רצונו שיקנה, משא"כ כאן שיש אומדנא שהוא מוכן לתת למקבל.

²¹ שו"ע, חו"מ, קצו, ד.

²² שו"ע, חו"מ, קצח, ט.

²³ כתובות לא ע"ב, לדעת חכמים.

²⁴ שו"ע, חו"מ, קצח, ט.

²⁵ הפלאה כתובות פו ע"ב (ד"ה תוס' ד"ה וצידי).

שו"ע, חו"מ, קצח, יג, מביא שיי"א שמשיכה בספינה מועילה רק בנהר, אבל ביבשה צריך הגבהה, כי אין רגילים למשוך ספינה ביבשה.

²⁶ ר' יחיאל וילנסקי, קבא דקשייתא (מהד' מנדלבוים), קושיה נג, עמ' רח. זאת אף שבגט בכיו"ב אינה מגורשת (גיטין עח ע"ב).

²⁷ שו"ע, חו"מ, קצו, ה.

²⁸ רמב"ם, הלכות זכיה ומתנה, ג, א; טור, חו"מ, רמא, א; סמ"ג, עשה פב (קסא ע"ב).

לפרטי דיני הגבהה עיי' שו"ע, חו"מ, סי' קצו, א, וסי' קצח, א-ד; סי' המקנה (סופר), ח"א כלל יג; פתחי חושן, קניינים, פרק ו' סעיפים א-ה, ט-יא; משפט הקנין, חלק ב, שער ט.

מישרים נתיב י חלק א, כותב שחפץ שמונח חציו על גבי קרקע וחציו מונח על גבי עמוד בגובה שלושה טפחים, והגביה את הצד המונח על גבי קרקע, וניתק את הצד האחר מעל העמוד ונפל, קנאו, ואם לא ניתק לא קנאו; ובפחות מג' טפחים אפילו תפס בו לא קנה. שו"ע, חו"מ, רסט, ה, מביא דין זה לעניין הגבהת מציאה. וראה על כך בירור הלכה, ב"מ ט ע"א, ציון ד.

²⁹ בית הבחירה עירובין עט ע"ב, ושו"ע, חו"מ, קצח, ב, מביאים את שתי הדעות.

³⁰ מישרים, נתיב י, ח"א; קצות החושן, קצו, ס"ק א.

³¹ פת"ח, קניינים, פרק א הערה לג, בדעת הסמ"ע; עונג יו"ט, סי' קז, הגהה (ד"ה ובב"מ).

חזקה

מתנה של קרקע נקנית בחזקה³², כגון אם נעל דלת של בית, גדר סביב שדה או פרץ פתח בקיר כדי לאפשר כניסה לקרקע, או שם אבן בחור כדי שישארו מים בשדה להשקותו, או הוציא אבן מהקיר כדי שייכנסו מים לשדה להשקותה³³.

חזקה מועילה בלי שטר, גם במקום שרגילים לכתוב שטר, שלא כבמכר, כי דעת המקבל סומכת לקנות גם בלי שטר³⁴.

אם המקבל עשה חזקה שלא בפני הנותן, החזקה מועילה רק אם אמר לו הנותן "לך חזק וקנה"³⁵. אבל אם יש אומדנא דמוכח או שהנותן גילה דעתו שהוא רוצה להקנות, החזקה מועילה בלי אמירה זו³⁶.

אם נתן במתנה עשר שדות במקומות שונים, והמקבל החזיק באחת, יש אומרים שזכה בכולן³⁷. אבל אחרים אומרים שקנה רק את זו שהחזיק בה³⁸, שהרי במכר רק אם נתן את מחיר כולן, קנה את כולן, ובמתנה אין תשלום³⁹, וקנה את כולן רק אם הנותן אמר במפורש שיקנה את כולן ע"י עשיית חזקה באחת מהן⁴⁰.

בקנין חזקה צריך שיהיה ניכר מצד עצמו שהמקבל עושה בנכס שימוש כאדם העושה בשלו. לכן מי שמיישר שטח אדמה, קנה רק אם עשה זאת באופן שניכר שמטרתו להכין אותה לזריעה, כגון שלקח עפר ממקומות גבוהים והעביר אותו למקומות נמוכים; אבל אם לא השווה את כולו אלא פיזר עפר בכל מקום בלי הקפדה, כך שאפשר להבין שהתכוון לעשות בו גורן, לא קנה⁴¹. כמו כן, המקנה חצר לאשתו כדי שתזכה בגט, לא די שתנעל את הדלת, כי אולי נעלה כדי לשמור חפץ של בעלה כמו שרגילה תמיד, ואין ניכר לכל שהשימוש הוא לטובתה, ולכן צריכה לסגור ולפתוח, שזה מראה שהיא עושה זאת בתורת שימוש בדבר שלה בלי מוחה⁴². אבל יש אומרים שקנה גם בלי זה, כי בכל מצב יש הוכחה שעשה על דעת לקנות: אם הנותן נכח, כל זמן שעסוקים

³² תוספתא ב"ב י, ו; רמב"ם הלכות זכיה ג, א; א; טור, חו"מ, רמא, א; סמ"ג (הערה 28); ס' התרומות שער סד ח"ג (הובא בשער המלך, הלכות אישות, ה, כד); מישרים נתיב טו ח"א.

³³ רמב"ם, סמ"ג וטור שם כתבו שם עבד נקנה במתנה ע"י חזקה.

על דיני חזקה ע"י פתחי חושן, קניינים, פרק ה; משפט הקנין, חלק ב, שער ה.

בגוי: רמב"ם הל' זכיה, א, יד, ושו"ע, חו"מ, קצד, א (הובאו בהעמק שאלה, שאלתא לג, ס"ק א), אומרים שגוי אינו קונה ואינו מקנה קרקע בחזקה.

³⁴ מישרים שם.

³⁵ ח"י הריטב"א קידושין כו ע"א (הובא בשו"ת פני משה ח"א סי' סד דף קנ"ג ע"א); נימוקי יוסף, קידושין כו ע"א.

³⁶ ב"ב נג ע"א; מישרים, נתיב טו, ח"א; שו"ע, חו"מ, קצב, ב.

אבן האזל, הלכות שכנים, ב, י (ע"ב), מסביר שצריך לומר כך משום שבלי זה אין למקבל רשות להחזיק בקרקע, ואף שהסכימו ביניהם שהוא נותן לו, אולי חזר בו. הוא מעלה אפשרות להסביר שצריך שהמקנה יקנה לו את הקרקע מדעתו, ובלי אמירה זו אין דעת של המקנה, ולא די בהסכמה על המתנה אלא צריך דעת על ההקנאה. אבל הוא דוחה הסבר זה ע"י שמוכיח שדי במתן רשות לקנות בלי דעת של המקנה - עיי"ש להוכחתו.

שו"ת בית אפרים חו"מ, סי' לט, בסופו, כותב שבכל הקנינים א"צ שיהא המקנה מתכוון להקנות את החפץ ולהוציאו מרשותו, אלא הקונה עושה מעשה קנין וממילא קונה, ומה שצ"ל לך חזק וקני היינו לתת לו רשות שיקנה.

פת"ח, קניינים, פט"ו הערה סד, כותב שבשולח מתנה ע"י שליח, בזה שאמר לשליח להוליך את המתנה למקבל, הוא כאומר לו שהמקבל יעשה קנין, כאומר "לך חזק וקנה".

³⁷ ח"י דברי חיים ב"מ טז (ד"ה ועוד). אבל הוא כותב שאם המקבל עשה שני קניינים, לא מועיל גילוי דעתו של הנותן שהוא רוצה להקנות, שהרי לא יודעים באיזו קנין הוא רוצה להקנות.

³⁸ רמב"ם הל' מכירה, א, כ (הובא בשארית יוסף (ידיד) ח"ב חו"מ סי' ב, עמ' ריא); ר"ח המובא בתוס' קידושין כו ע"א (ד"ה במה); יד רמה, ב"ב פ"ג סי' רכ; נימוקי יוסף, ב"ב כח ע"ב (בדפי הרי"ף), בדעת ר"י מיגאש; שו"ע, חו"מ, קצב, יב.

³⁹ רא"ש ב"ב פ"ג, סי' ס; תוס' ב"ב נג ע"ב (ד"ה אותה); רמ"א, חו"מ, קצב, יב.

⁴⁰ מישרים (הערה 35).

⁴¹ עליות דרבנו יונה, ב"ב נג ע"א; רא"ש שם; מישרים שם. שתי הדעות הובאו בשו"ת משאת משה אה"י סי' ג (קיא ע"ד). וראה על כך בירור הלכה, קידושין כו ע"א, ציון ח.

⁴² יד רמ"ה ב"ב פ"ג סי' רלג [להרחיב]. קצות החושן, רעה ס"ק ד, מסביר שאף שאין צריך שהמקבל יתכוון לקנות (כאמור ליד ציון הערה 579), בחזקה צריך שיהיו מעשיו מוכיחים שהתכוון לתיקון הקרקע, ולא די שהתכוון לתיקון הקרקע; ובחזקה של נעל וגדר, שוודאי עושה תיקון הקרקע, קנה גם בלי כוונה לקנות, כיון שדעת אחרת מקנה.

⁴³ שו"ת רעק"א ח"א סי' לו (כג ע"ג).

באותו ענין ודאי עשה על דעת לקנות, ואם הנותן לא נכח, והנותן אמר למקבל "לך חזק וקנה", מן הסתם מה שהמקבל עושה הוא בשליחות הנותן, כדי לקנות.⁴³

אם הנותן כתב בשטר המתנה שילך המקבל ויחזיק, ולא ידוע אם החזיק, עליו להביא ראיה שהחזיק, כיון שהדבר כרוך במעשה.⁴⁴

סודר (חליפין)

(א) כללי

מתנה של קרקע או מיטלטלין נקנית בקנין סודר.⁴⁵ המקבל נותן לנותן כלי כל שהוא, ובכך נקנה לו דבר המתנה,⁴⁶ ויוכל לקחת חזרה את הכלי.⁴⁷

אף לדעה שבמכר קנין סודר מועיל רק עם תשלום הכסף, במתנה מועיל קנין סודר לבדו.⁴⁸ כמו כן, קנין סודר מועיל בלי שטר, גם לדעה שבמכר לא מועיל קנין סודר בלי שטר במקום שנוהגים לכתוב שטר, כי דוקא במכר, ששילם כסף, דעת הקונה אינה סומכת בלי שטר, אבל מקבל מתנה דעתו סומכת בכל קנין;⁴⁹ ועוד, שכיון שעשה קנין סודר, הוא כאילו כתב שטר, שהרי "סתם קנין לכתובה עומד".⁵⁰

⁴³ רב האי, ספר המקח והממכר שער יג (לא ע"א במהד' וין). טור, חו"מ, רעה, ט, מביא את שתי הדעות. שו"ת תורת אמת, סי' מב, בסופו, מעלה ספק, בנותן קרקע במתנה, והמקבל דר בה כבר בשעת נתינת המתנה, האם קנה בכך. בית ישחק, על הרמב"ם, הלכות זכיה, ג, ב, כותב שתורת אמת נוטה לומר שקנה בלי קנין נוסף. אבל הוא מדייק מסמ"ע, סי' רמא, סי"ק י, שלא קנה - עיי"ש להוכחתו.

⁴⁴ שו"ת פני משה ח"ב סי' יד (כח ע"ב) [להרחיב]. הוא כותב שם (דף כז ע"ד-כח ע"א, גם בשם ר' דניאל אישטרושא) שהדין כך גם אם כתוב בשטר "נאמנות" (כלומר שהנותן מקבל על עצמו להאמין למה שהמקבל יאמר), כי הנאמנות מתייחסת לפרטים אחרים ולא לעצם קיום המתנה. אבל שם סי' צא (קעד ע"ג) כתב שבנידונו שם, יש להניח שהחזיק, שהרי הוא זכה במתנה ארבע שנים לפני מות הנותן.

⁴⁵ רש"י, ב"ב ג ע"א (ד"ה קניין); שו"ת הרשב"ש סי' קיד. אמרי משה סי' כה, אות ח, כותב שאין צריך לקנות את הסודר לפני קניית הדבר הנקנה, אלא שניהם באים כאחד - עיי"ש להוכחתו.

שו"ת בית אפרים חו"מ, סי' לט, בסופו, כותב שבכל הקנינים א"צ שיחא המקנה מתכוון להקנות את החפץ ולהוציאו מרשותו, אלא הקונה עושה מעשה קנין וממילא קונה, אבל בסודר, הנותן מקבל מהמקבל את הסודר ומתכוון להקנות עי"ז זה את המתנה, ואין עיקר מעשה הקנין עי"י קבלת הסודר שהרי הסודר חוזר לבעליו, אלא פועל עי"י מה שהנותן מתכוון להקנות עי"י קבלת הסודר.

לפרטי דיניו של קנין סודר, עי' שו"ע, חו"מ, סי' קצה וסי' רג; אנציקלופדיה תלמודית, ע' חליפין; פתחי חושן, קניינים, פרק ז; משפט הקנין, חלק ב, שער ו.

בגוי: תוס' קידושין ג ע"א (ד"ה ואשה), ותומים כג ס"ק יב, כותבים שגוי קונה בחליפין. אבל שו"ע חו"מ סי' כג ס"ק ל כותב שאינו קונה בחליפין. שו"ת חתם סופר - קובץ תשובות סי' פט (מתוך שו"ת עטרת חכמים (תאומים), חו"מ סי' יד) מקשה על השו"ע מבכורות יג ע"ב - עיי"ש.

⁴⁶ שו"ע, חו"מ, קצה, א.

⁴⁷ רמ"א, חו"מ, קצה, ד.

⁴⁸ העיטור, מאמר ג, דף יג ע"ב (הובא בב"י, חו"מ, קצה, מחודש ז). שו"ת בעי חיי חו"מ ח"א סי' קסה, כותב שזה ק"ו מזה ששטר מתנה מועיל בלי מתן כסף, כאמור ליד ציון הערה 408, והרי סודר יותר חזק משטר.

⁴⁹ חי' הריטב"א קידושין כו ע"א (הובא בשו"ת פני משה ח"א סי' סד, דף קנ"ג ע"א, ובכסא אליהו, קו"א, חו"מ, רמא); נימוקי יוסף, קידושין כו ע"א; שו"ת מהרי"ט ח"ב, חו"מ סי' סה (ד"ה ומיהו).

שו"ת מהריב"ל ח"א סי' פב (פ), מעלה ספק בשאלה זו, שיתכן שקנין סודר מועיל בלי שטר גם במקום שרגילים לכתוב שטר, כי הוא כאילו אומר בפירוש שהוא רוצה לקנות בקנין סודר בלבד, שאל"כ לא היה לו לעשות קנין סודר; ודוקא כסף וחזקה אינם מועילים בלי שטר (במקום שרגילים לכתוב שטר) מפני שיתכן שלא התכוון לקנות בהם בלבד (אלא בשטר), ומי"מ נתן כסף ועשה חזקה כי סוף סוף הוא עתיד לתת כסף ולהחזיק. הוא כותב שאם **נשבעו** זה לזה לא לחזור בהם, נחשב כאילו אמר בפירוש שהוא רוצה לקנות בקנין סודר בלבד, ולכן קנה גם בלי כתיבת השטר, שהרי אילו התכוונו שיוכל כל אחד לחזור בו עד כתיבת השטר, לא היו צריכים להישבע. גם מהרי"ט שם כותב שאם נשבע, הוא כאילו התנה בפירוש, ולכן פשוט שקנה בסודר בלי שטר, כי יש לו גמירת דעת לקנות מעכשיו.

דעה חולקת: פעמוני זהב, קצ, ז (ד"ה שם ג"כ) מביא שרי"ע (ר' יהודה עייאש) בס' מטה יהודה, בדף האחרון (שלא מצאנו), כותב שגם במתנה אין מועיל קנין סודר בלי שטר.

⁵⁰ מהרי"ט שם.

אין צורך שהמקבל יתן את הסודר לידו של הנותן, אלא גם אם אמר לו "טול את הסודר מעל גבי הקרקע", מועיל כי עיקר הנתנה היא **שיזכה** הנותן בכלי, וכל שהוא זוכה בו אח"כ, מועיל, ואין צורך דווקא מעשה של נתנה.⁵¹

מקובל שהעדים עושים את קנין הסודר במקום המקבל.⁵²

אם כתוב בשטר המתנה שאמר הנותן "היו עלי עדים וקנו ממני", גם אם לא כתוב בסוף השטר שעשו קנין סודר, מניחים שעשו קנין סודר.⁵³

קנין סודר אינו מועיל באיסורי הנאה⁵⁴ כי צריך שהנותן יקנה את הסודר מן המקבל כדי להקנות לו את דבר המתנה, ואי אפשר לקנות איסור הנאה.⁵⁵

(ב) במתנת מטבע

מטבעות אינם נקנים בקנין סודר.⁵⁶ אבל אם הנותן אמר שהוא נותן במתנה "חמישית מנכסיי" (לדוגמה), ועשה קנין סודר, גם המטבעות שבנכסיו נקנים, כי "מנכסיי" משמעו קרקע או מיטלטלין בשווי זה, או שימכור מנכסיו ויתן לו מטבעות אלו.⁵⁷ כך גם אם כתב "מטבעות מנכסיי" או "משלי".⁵⁸ עם זאת, גם באומר "מנה

⁵¹ אבני מילואים סי' קלט ס"ק יג.

⁵² תוס', קידושין כו ע"ב (ד"ה ה"ג); רמ"א, חו"מ, קצה, ג.

⁵³ שו"ת פני משה ח"ב סי' צא (קעד ע"ג).

⁵⁴ ב"מ מז ע"ב; שו"ע, חו"מ, קצה, ב.

⁵⁵ אבני מילואים סי' קלט ס"ק יג.

⁵⁶ ב"מ מז ע"א; שו"ת הרשב"ש סי' קיד; שו"ע, חו"מ, רג, א; שו"ת תורת אמת, סי' פג.

זה בעיה מיוחדת במתנה, כי לא מצוי **שמוכרים** מטבע.

⁵⁷ שו"ת משפט צדק, ח"ב, סי' י (כב ע"ב).

⁵⁸ משפט צדק שם, וסי' יז הראשון (לד ע"ד), ע"פ שו"ת הרשב"א ח"ב סי' תה וח"ד סי' קכט (הובא בב"י, חו"מ, ס, יב), שכתב (לענין אחר - ראה הערה **שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת.**) שזו משמעותם של לשונות אלו. כך כתב גם שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' כט.

דעה חולקת: ר"ן על הרי"ף גיטין ה ע"ב (בדפי הרי"ף) (הובא בב"י, חו"מ, רג, כה), אומר ש"מנכסיי" פירושו "משלי", ומשמעותו מטבע ולא שוה כסף, ולכן אינו נקנה בקנין סודר. ר' יעקב ישראל, בשו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מא (פח ע"ב), כותב שכיון שזה מחלוקת הפוסקים, המקבל מפסיד כי ייד בעל השטר על התחתונה, אף שע"ז יתבטל השטר לגמרי, כמו שכתב שו"ת מהרי"ק שורש צד, שבמקום שיש מחלוקת הפוסקים, יתכן שכותב השטר חשב שהלכה כדעה המכשירה דרך זו, וזה לא נכון, ולכן השטר פסול (ראה הערה 968); ועוד, ששו"ת פרח מטה אהרן ח"א סי' מז (צז ע"א), כותב שלפי רמ"ה ורמב"ן, המובאים בשו"ת הריטב"א, סי' יא, גם אם "מנה מנכסיי" פירושו שוה מנה, הפירוש הוא שימכרו מנכסיו, וא"כ כאן הכוונה היא שהוא נותן במתנה את הכסף שיתקבל תמורת הנכסים, והרי אי אפשר להקנות דבר שאינו ברשותו (ועיין שם דף צא ע"ד, מה שכתב על כך ר"א גאגין). אבל ר' יעקב ישראל כותב שבנידונו לא היה אפשר לפרש כך את דעת הנותן, כי היה כתוב בשטר "קנו ממנו מחמת שאנו מודים", שמשמע שהקנין הוא על ההודאה ולא להקנות הכסף (ראה בשמו בהערה 982); ועוד, שר"ח יהודה, בשו"ת זרע אברהם, חו"מ, סי' ו (עז ע"ד), כותב שגם לדעה ש"מנכסיי" פירושו "משלי" ולא שוה כסף, מ"מ אם אמר "תגבה מכל נכסיי", פירושו שוה מנה, כלומר, ששיעבד את כל נכסיו לגבות מהם סכום זה, וק"ו בנידונו, שכתוב "בשעבוד כל נכסיי", ודאי ש"מנכסיי" פירושו שוה כסף, וא"כ גם אם קנין הסודר נעשה בשביל עצם הקנת המתנה, הוא מועיל, כי זה הקנת מטלטלין.

חשק שלמה, ס, הגהב"י אות סז, מביא תשובה כ"י (שהוא מייחס לר' שמואל גאון) שמדייק מתוס' גיטין יג ע"א (ד"ה אי), שגם אם לא היו לו מטבעות בשעת המתנה, "מנכסיי" משמעותו דוקא מטבעות, ולא קנה אם עשה קנין סודר.

שו"ת מטה יוסף (נזיר) ח"א חו"מ סי' ה (פו ע"א), כתב שלרשב"א, "מנכסיי" יש לו שתי משמעויות: מזה שהזכיר סכום כסף, מוכח שהתכוון דוקא, ולכן מועיל רק אם היה לו כסף בעין בשעת המתנה, ולא מועיל קנין סודר, ואם הנותן רוצה לתת לו קרקע או מטלטלין, המקבל יכול לסרב ולדרוש כסף דוקא; ומזה שאמר "מנכסיי" מוכח שאם לא נמצאו מטבעות בשעת הגבייה, ימכרו מהנכסים ויתנו לו מטבעות בסכום זה. ושם דף פז ע"ב הביא פוסק אחר שסובר שאם לא היו לו מטבעות בשעת המתנה, התכוון לשווי, וקנה גם בקנין סודר. חשק שלמה שם מביא ראיה לכך משו"ת הרשב"א ח"ב סי' שלד (הובא בב"י, חו"מ, רג, מחודש ג), הכותב שאפשר לפרש ש"מנכסיי" בא לומר שגם אם אין לו מטבעות, יקבל נכסים אחרים.

ר"ח עשאל בשו"ת זרע אברהם, חו"מ, סי' ה (עג ע"ג), כותב שלרשב"א באומר "מנכסיי" לא מועיל קנין סודר, שמא היו לו אז מטבעות והתכוון למטבעות (כאמור ליד ציון הערה 59). חשק שלמה שם מציין שכ"כ בתשובה כ"י הנ"ל, שהמקבל צריך להביא ראיה שלא היו לנותן מטבעות בשעת המתנה, כדי שנאמר שהתכוון לשוה כסף.

שו"ת מירא דכ"א, סי' ז, דף יד ע"ב, כותב שגם לרמ"ה ורמב"ן, אם אמר "הגוף מהיום", ברור שכוונתו שהוא משעבד את נכסיו לשווי הסכום הזה, כדי לחזק את כוחו של המקבל, ולא התכוון שימכרו מנכסיו כדי להשיג את הסכום הזה, שהרי

מנכסיי, הרי אם היו לו מטבעות בשעת המתנה, לא מועיל קנין סודר, כי התכוון למטבעות, ומטבעות אינן נקנות בחליפין.⁵⁹

המקנה מטבע ומטלטלין ביחד בקנין סודר, יש אומרים שמתוך שמועיל למטלטלין, מועיל למטבע; ויש אומרים שמתוך שהמטבע לא נקנה, גם המיטלטלין לא נקנים; ורבנו שמחה סובר שהמיטלטלין נקנים אבל המטבע אינו נקנה.⁶⁰

(ג) בסודר של אדם שלישי שלא בנוכחות המקבל

הנותן יכול להקנות את הנכס למקבל בסודר ששייך לאדם שלישי, גם אם המקבל אינו נוכח.⁶¹ הפוסקים נוקטים "שלא בפני המקבל", ומן הסתם כוונתם גם למצב שלא ידע על כך המקבל. הקנאה זו מועילה אף שהמקבל אינו יודע עליה, מפני שבוודאי הוא מעוניין לקבל את המתנה. דרך זו אפשרית רק בקנין סודר, שאילו בשאר דרכי קנין, אין אפשרות להקנות במישרין לאדם שאינו נוכח.⁶²

אין הכוונה שהמקבל קנה רק כשיודע לו, שהרי אי אפשר לעשות קנין סודר באופן שההקנאה תחול רק לאחר זמן, מפני שאז כבר חזר הסודר לבעליו.⁶³ אלא המקבל קנה ברגע ההקנאה, אף שעדיין לא ידע על המתנה.⁶⁴

יש להניח שיחולו גם כאן הכללים שקיימים לגבי זיכוי ע"י אחר: שאם המקבל הביע התנגדות כששמע על המתנה, המתנה בטלה.⁶⁵ ושהמתנה מועילה (לר"ן) גם אם לאחר מכן היא תהיה לרעת המקבל.⁶⁶

יש דעת יחיד החולקת, של ר' שמעיה,⁶⁷ שבכלל לא מועיל קנין סודר שלא בפני המקבל, ומשמע מדבריו שאינו מועיל גם אם ידוע שהמקבל היה מעוניין במתנה בשעת ההקנאה.

כיון שאמר "הגוף מהיום", גוף הנכסים משועבד מהיום, וא"כ אין לפרש שיימכרו, וא"כ אין חסרון של דבר שלא בא לעולם. אפשר ללמוד מדבריו שבמצב זה מועיל קנין סודר.

ב' ליפשיץ, דיני ישראל יב עמ' קמג, מביא כאילו שו"ת הרשב"א ח"ב סי' תה, כותב שהאומר "הנני נותן כך וכך מעות לפלוני", מפרשים שלא התכוון להקנות את הכסף אלא את שווי. אבל האמת היא שהוא כותב שהדין כך לפי רב, בשבועות לט ע"ב, אבל הוא פוסק שם כשמואל שלשון זו משמעונו מטבעות דווקא ולא שוויים, ולפי שמואל רק האומר "כך וכך זהובים מנכסיי" משמעונו שוויים.

⁵⁹ חשק שלמה, ס, הגהב"י אות סז, גם בדעת הרשב"א שם.

⁶⁰ שלוש הדעות מובאות במדכ"ב ב"ב סי' תרה, וברמ"א, חו"מ, רג, י.

שו"ת חתם סופר, או"ח, סי' קיז (ד"ה וראיתו), עושה הבחנה: אם הוא נותן את שני הדברים בקנין גמור, מתוך שהמיטלטלין נקנים, המטבע נקנה, אבל אם המטלטלין טפלים, אינו קונה את המטבע בזכותם, כי אי אפשר לקנות עיקר אגב טפל בקנין שאינו מועיל.

⁶¹ ריב"ן, כתובות נה ע"ב (כפי שהוסבר בתוס', קידושין כו ע"ב, ד"ה ה"ג); ר"י המובא בהגהות מיימוניות, הל' מכירה, פרק ה, אות ז, בסמ"ג, עשה פב (קנח ע"ב), ובחי' הרשב"א, קידושין כו ע"ב; ר' שמואל מצרפת, בתשובתו בראב"י ח"ד סי' תתקצ; חידושי הריטב"א קידושין כו ע"ב; שיטה לא נודע למי, קידושין כו ע"ב (ד"ה סבר) (וצ"ל "שלא בפניו" במקום "שלא בכוונה"); מישרים, נתיב י, ח"ג; טור, חו"מ, קצה, ו (הובא במזל שעה, על הרמב"ם, הל' זכייה, ג, ה דף סו ע"ג), בדעת הרא"ש; רמ"א, חו"מ, קצה, ג (הובא בשו"ת מים רבים, חו"מ, סי' ל); שו"ת מהרי"ט, ח"ב, חו"מ, סי' כב; משכנות הרועים, מע' מ, אות קה (קפה ע"ב).

הרמ"א נוקט שהמקנה משתמש בסודר של עדי המתנה, אבל ברור שמועיל גם סודר של כל אדם אחר, שהרי קנין סודר תקף גם בלי עדים - רמב"ם, הלכות מכירה, ה, ט.

⁶² דרך זו שונה מזיכוי ע"י אחר, ליד ציון הערה 710, שבו מקנה הנותן את הנכס לאיש האמצע, ואיש האמצע זוכה בו בעבור המקבל; ואילו כאן הנותן מקנה את המתנה ישירות למקבל. וראה שם, ליד ציון הערה 732, על זיכוי ע"י צד שלישי בקנין סודר.

⁶³ שו"ע, חו"מ, קצה, ה.

⁶⁴ דברי רח"א מילר.

⁶⁵ ראה ליד ציון הערה 756.

⁶⁶ ראה ליד ציון הערה 744.

⁶⁷ ר' שמעיה, בתוס' קידושין כו ע"ב (ד"ה ה"ג). זו גם דעת ריב"ן, לפי הבנת רא"ש, קידושין, פ"א, סי' לה (על פי הגירסה המקורית ברא"ש, שהסכים לה ר"י אפשטיין, תרביץ שנה ד, עמ' 18), תוס' רא"ש, קידושין כו ע"ב, מישרים, נתיב י, ח"ג, ובן אברהם (אישטרושא), דרוש א לפרשת קדושים (עב ע"א). דברי אמת קונטרס ז (סה ע"א) כותב שאפשר לומר קי"ל כר' שמעיה. מוצל מאש (הערה 107) מסופק האם אפשר לומר קי"ל כמותו. אבל חשק שלמה סי' כה כללי הקי"ל אות צד (הובא בשו"ת יביע אומר, חלק ג, חו"מ, סי' ב, אות ה) כותב שאי אפשר לטעון קים לי כר' שמעיה, כיון שנוהגים לקנות בסודר שלא בפני הקונה.

עמדת ביניים יש לסמ"ע⁶⁸, הסובר שקנין סודר אינו מועיל שלא בפני המקבל, מפני שאפשר שהמקבל אינו רוצה את המתנה⁶⁹, משום "שונא מתנות יחיה", אבל המקבל קונה אם ידוע לנו שהיה מעוניין במתנה בשעת הקנין (אבל לא די שהיה ידוע לנו שהיה מעוניין בה לפני הקנין ואחריו, מפני שאולי בינתיים לא רצה⁷⁰); וכן אם המקבל שלח עדים למקנה לקנות על ידם, קנה, ואין חוששים שמא חזר בו בינתיים, מפני שהעדים באו בשליחותו.

לכאורה, לפי נימוק זה, לא תועיל הקנאת מתנה בלי ידיעת המקבל, בשום דרך, אף בזיכוי ע"י אחר; וזה קשה, שהרי מפורש בתלמוד⁷¹ שזיכוי מתנה ע"י אחר מועיל. האחרונים יישבו את דברי הסמ"ע ע"י שצמצמו את דבריו למקרה מסויים, שבו מחמת סיבה מסוימת לא מועילה הקנאה שלא בידיעת המקבל.

ר' אוריאל יצחק הראל⁷² מיישב, שהסמ"ע מדבר במצב שהנותן לא אמר לבעל הסודר "זכה לפלוני", ולכן אין לבעל הסודר כוח מצד עצמו לזכות ולהקנות למקבל, וכדי שתועיל ההקנאה, הוא צריך שהמעשה שלו ייחשב כמעשה של המשלח-המקבל, אבל לשם כך צריך שיהיה ידוע שבזמן הזכייה היה המקבל מעוניין בזכייה זו, שרק אז מעשהו נחשב מעשה של המקבל; ודוקא בזיכוי, כלומר שהנותן אמר לו "זכה לפלוני", שאז מקבל איש האמצע מבעל הממון כוח עצמי לזכות את הממון למקבל, ואין צורך שמעשהו יהיה בתורת מעשה של המשלח-המקבל⁷³ - דוקא אז די שיתברר אח"כ שהמקבל מעוניין במתנה.

ר' אליהו לרמן⁷⁴ מיישב, שהסמ"ע מדבר במצב שבהתחלה אמר המקבל שאינו רוצה את המתנה, ואח"כ חזר בו ואמר שהוא רוצה, ולכן יש להניח שגם בשעת הזיכוי לא רצה, מטעם "שונא מתנות יחיה"; אבל אם לא שמענו ממנו בכלל שאינו רוצה, מסכים הסמ"ע שהקנין תקף למרות "שונא מתנות יחיה".

לפי הסברים אלו, הסמ"ע אינו עושה הבחנה בין קנין סודר לשאר דרכי הקנייה.

אבל רוב האחרונים הסבירו שהסמ"ע אמר את דבריו רק בקנין סודר, והבין שזיכוי תקף רק בדרכי הקנייה אחרות; והציעו הסברים שונים לייחודו של קנין סודר לעניין זה⁷⁵.

⁶⁸ סמ"ע, קצה, ס"ק יא, בדעת שו"ת מהר"י וייל סי' ד. גם דרכי משה, קצה, ס"ק ג, הביא כאילו מהר"י וייל אומר (בלשון "אפשר") שמשום "שונא מתנות יחיה" לא קנה המקבל במתנה שלא בפניו, אלא אם ידוע שהוא רוצה (ואולי זה תוספת של רמ"א). אבן פינה חו"מ סי' קעג, כותב שאף שקצות החושן (הערה 75) דחה את דברי הסמ"ע, מ"מ אפשר לצרף את דעתו לנימוק אחר (ראה בשמו בהערה 842).

ערך ש"י, אהע"ז, כז, א (ד"ה או), כותב שהגהות אשרי, ב"מ, פ"ה, סי' לב, סובר כסמ"ע, שלא מועיל קנין סודר במתנה שלא בפניו, כי אולי המקבל לא רוצה לזכות כי "שונא מתנות יחיה", ולכן בקידושי טעות, הכסף חוזר למקדש, כפי שנאמר בכתובות עו ע"ב, ולא אומרים שהמקדש התיימש מהכסף והאשה זכתה בו, כמו שאומר הגהות אשרי לענין מחילה בטעות, שהנמחל קונה ביאוש - אין אומרים כך, מפני שהאשה התכוונה לזכות בכסף בתור קידושין, והקידושין לא חלו, ולכן לא נקנה לה כמתנה, כי בשעת מעשה לא היה ברור שהיא מוכנה לקבל מתנה מהמקדש שלא מרצונה, שזה גרוע ממתנה רגילה.

ענין מה שהקשה שו"ת דברי חיים, ח"א, חו"מ, סי' ג, מב"מ יג ע"א, על מי שסובר שגם מתנה נחשבת חוב מטעם "שונא מתנות יחיה". נראה שכוונתו לסמ"ע כאן.

⁶⁹ הוא פוסל את המתנה מפני שהמקבל אינו יודע על ההקנאה בשעת ההקנאה (ולא מפני עצם העובדה שאינו נוכח), אבל אילו ידע עליה, היינו מניחים שהוא רוצה אותה, כמו שבכל מתנה, שתיקת המקבל יוצרת חזקת הסכמה (ראה סעיף 3).

⁷⁰ אך פתחי חושן, קניינים פ"א הערה לא, כותב שגם לפי הסמ"ע, אם ידוע לנו שגם בשעת הקנין וגם כששמע, היה מעוניין בה, קנה, גם אם בינתיים לא רצה.

⁷¹ גיטין יד ע"ב. ראה ליד ציון הערה 710.

⁷² תורת השליחות סי' כ, אות ט.

⁷³ ראה בשמו בהערה 719.

⁷⁴ שו"ת דבר אליהו (לרמן), סי' א. וראה הערה 786.

⁷⁵ קצות החושן, קצה, ס"ק ב, אומר שמהר"י וייל רק מביא את הדעה (כוונתו לדעת ר' שמעיה, הערה 67) שלא מועיל קנין סודר שלא בפני הקונה (גם במתנה), אבל יסכים שבשאר קניינים, כמו משיכה, זכין לו שלא בפניו, ואין מי שסובר שמתנה אינה זכות בגלל "שונא מתנות יחיה".

אבני החושן, קצה, ס"ק ג, מיישב את הסמ"ע, שדווקא בקניינים אחרים מועיל זיכוי שלא בפני המקבל, מפני שמן הסתם הוא רוצה, אבל בקנין סודר צריך בירור גמור בשעת הקנין (ולא הסביר מדוע), וכיון שיתכן שהמקבל אינו רוצה, הקנין אינו מועיל.

א) ר' יעקב מליסא⁷⁶ מסביר, שהסמ"ע סובר שמאחר שכאן אומר האדם השלישי לבעל הנכס: "קח סודר זה ותיקנה השדה ללוי", הוא כמו קנין "מדין עבד כנעני"⁷⁷, בראובן שאמר לשמעון "קח כסף ותהיה שדך מכורה ללוי", שהרמ"א אומר שלוי קנה רק אם עשה את ראובן שליח, או שאמר לשמעון המוכר: "שדך קנויה לי תמורת הכסף שנתן לך ראובן", ואין אומרים שקנה בלי אמירה זו מצד שזה מתנה ללוי ואפשר לזכות לו בלי ידיעתו⁷⁸. אבל ר' יעקב מליסא עצמו חולק על הסמ"ע, ופוסק שבמתנה מועיל קנין סודר שלא בפני המקבל, ומסביר שאין זה דומה לקנין "מדין עבד כנעני", מפני שכאן בעל הסודר נתן את הסודר ע"מ להחזירו, וכבר החזירו, וממילא לא שייך לומר "אין קנין לחצאין", שזה טעם הרמ"א שם⁷⁹.

ב) עוד מסביר ר' יעקב מליסא⁸⁰ בדרך אחרת, שהסמ"ע סובר שכמו שאם הנותן נוטל כלי של המקבל שלא בפניו לעשות בו קנין סודר, לא קנה המקבל את המתנה, מפני שאין מי שיקנה לו (לנותן) את הכלי של המקבל, וצריך את דעת המקבל להקנות לו את הכלי, כך גם בסודר של אדם שלישי, כיון שהוא (האדם השלישי) מזכה את הסודר למקבל (לעשות בו את הקניין), אינו יכול להקנותו לנותן; ואמנם בדרך כלל, אם יעקב לוקח חפץ של יצחק, ויש אומדנא דמוכח שאילו היה יצחק יודע על כך, היה מקנה אותו ליעקב, יעקב קונה אותו⁸¹, וכאן שיקבל מתנה גדולה חלף הסודר, יש אומדנא דמוכח שהמקבל מוכן להקנות לנותן את הסודר - בכל זאת אומר הסמ"ע, שבגלל "שונא מתנות יחיה", אין אומדנא כזאת, ולכן לא מועיל קנין זה. רז"נ גולדברג⁸² הוסיף שגם אין לומר "זכין", להקנות את הסודר לנותן, מפני שזו הוצאת דבר מרשות המקבל, ואין אומרים "זכין מאדם שלא בפניו". אבל מסקנת ר' יעקב מליסא היא שסודר של אדם שלישי מועיל במתנה גם שלא בפני המקבל, מפני שקנין סודר הוא "קנה ע"מ להקנות", ואיננו מוציאים את הסודר מרשות המקבל לגמרי לרשות הנותן.

ג) ר' יצחק מאיר מגור⁸³ מסביר שהסמ"ע סובר שקנין סודר לא מועיל שלא בפניו, מפני שקנין סודר אינו מועיל להקנאה שתחול לאחר זמן, מפני שאז כבר חזר לבעליו⁸⁴, וזיכוי ע"י אחר מועיל רק משום שיש למקבל ברירה לסרב כשישמע, שאם לא כן, הזיכוי לא היה נחשב זכות לו⁸⁵, ואין לומר כך בקנין סודר, שהרי הכלל הוא ש"אין ברירה" בדאורייתא⁸⁶, ולכן אין לומר שהקנין חל בשעת ההקנאה על הצד שיתברר אח"כ שהמקבל לא מסרב⁸⁷; ואף שגם קניין משיכה אינו מועיל להקנאה שתחול לאחר זמן אם הנכס אינו בחצרו⁸⁸, הרי כאן הנכס מונח בחצרו של איש האמצע בשעת שמיעת המקבל על המתנה (כך נראית כוונתו). למעשה, משמעות דברי הר"ם היא שהסמ"ע סובר כר"ן⁸⁹, שבכל זיכוי ע"י אחר, ההקנאה אינה חלה בשעת הזיכוי, וטעמו הוא מפני שיתכן שהמקבל יסרב כשישמע, ו"אין ברירה", ולכן ההקנאה יכולה לחול רק בשעת שמיעת המקבל, ולכן קנין סודר, שאינו יכול לאחר זמן, אינו מועיל, כפי שנראה להלן⁹⁰, שלפי הר"ן, לא מועיל קנין בסודר בזיכוי ע"י

⁷⁶ נתיבות המשפט, קצה, ס"ק א.

⁷⁷ ליד ציון הערה 158.

⁷⁸ ראה ליד ציון הערה 170, הסברו של נתיבות המשפט מדוע אין זה מועיל; אך ראה שם דעות אחרות, שזה מועיל.

⁷⁹ ראה ליד ציון הערה 172.

⁸⁰ נתיבות המשפט, שם.

⁸¹ הוא מדייק כך מש"ך, חו"מ, שנח, ס"ק א. רז"נ גולדברג, "בענין השתמשות בחפץ של אחר בדבר שרוב בני אדם אין מקפידין", בית אהרן וישראל גל' עא עמ' עז, הוסיף שגם ח"י הריטב"א, ב"מ כב (שלא מצאנו), אומר שכל שברור (כך צ"ל, במקום "ששבור") שבעל הנכס רוצה בדבר, קונה גם ביאוש שלא מדעת.

⁸² בית אהרן וישראל שם, עמ' עז.

⁸³ ח"י הר"ם, חו"מ, קצה, ס"ק טז (ד"ה ומיושב).

⁸⁴ שו"ע, חו"מ, קצה, ה.

⁸⁵ כך הוא מוכיח ממגיד משנה, הל' זכיה ד, א, שאילו לא היתה ברירה למקבל, זה היה נחשב חוב עבורו. ראה על כך בשמו ליד ציון הערה 175.

⁸⁶ ביצה לח ע"א.

⁸⁷ ראה סעיף 3, פרק ב, 5, הסבר על פי הרשב"א (והסברים נוספים) מדוע אין כאן בעיה של "ברירה" (אבל שו"ת מהרש"ם, ח"א, נא, אומר שסברת הרשב"א אינה מועילה בקנין סודר, מפני שלגביו דרושה ברירה כדי שהקנין יחול מיד; ואולי זה יכול להיות הסבר לדעת הסמ"ע; אבל לעומתו אמרי בינה, יו"ד, שו"ת, סי' יב, אות ב, וישועות ישראל, סי' סא, עין משפט, אות ג, דף קיב ע"א, כותבים שסברת הרשב"א טובה גם בקנין סודר; ואולי הר"ם הולך לשיטתו, בחי' הר"ם, גיטין ט ע"א, עמ' לט, שלא קיבל את דברי הרשב"א לענין דבר שאינו מסוים (ראה סעיף 1(ב)), והציע הסבר אחר מדוע אין שם בעיה של "ברירה" - עיין שם.

⁸⁸ כתובות פב ע"א. ראה סעיף 4.

⁸⁹ ליד ציון הערה 807.

⁹⁰ ליד ציון הערה 818.

אחר, מטעם זה. גם ר' דוד זילברשטיין⁹¹ מבאר, שדעה זו סוברת כר"ן, שבזיכוי ע"י אחר, קנה המקבל את המתנה רק כששמע עליה, ולכן לא מועיל בו קנין סודר, מפני שבשעה ששמע, כבר חזר הסודר לבעליו.

מצד שני מסביר הרי"ם את דעת הרמ"א⁹² שפסק שמועיל קנין סודר שלא בפניו, שלדעתו גם אילו לא היה יכול לסרב כשישמע, זה היה נחשב זכות, מפני שרוב אנשים רוצים מתנות; אלא שהאמת היא שיכול לסרב כשישמע, מפני שמשמעות "זכה לפלוני" הוא כאילו אמר בפירוש שיהיה תלוי ברצון המקבל; ובאמת גם אילו הנותן היה אומר בפירוש שהוא רוצה לזכות לו לחלוטין, שלא יוכל לסרב, היה נחשב זכות והיה המקבל זוכה; ולכן מועיל זיכוי בקנין סודר, מפני שאמנם הכלל הוא ש"אין ברירה", אבל הרי גם בלי העובדה שהברירה בידו, זה היה נחשב לו זכות, והיה אפשר להקנות מיד בלי תנאי, ולכן אין בעיה של "אין ברירה". כלומר, הקנין חל בשעת הזיכוי (שלא כר"ן), מפני שההקנאה אינה תלויה באופן מהותי בכך שיתברר שהמקבל אינו מסרב, אלא זהו תנאי חיצוני שהטיל הנותן (שאם המקבל יסרב, תתבטל המתנה), ולכן אין בעיה של "ברירה"; ומאחר שהקנין חל בשעת הזיכוי, גם קנין סודר יכול לחול.

ד) עוד מסביר הרי"ם⁹³, שהסמ"ע סובר שמאחר שהנותן לא אמר "זכה", מסתמא אינו רוצה שיצא הנכס מרשותו ושתהיה ברירה למקבל לסרב, שהרי אם לא ירצה המקבל, הנכס יהיה הפקר (לפי רשב"ם⁹⁴), ובסתם הוא נותן רק על דעת שהמקבל יסכים לקבל, ולכן הוא רוצה או שהמקבל יקנה מיד לגמרי או שהמקבל יקנה רק כשישמע, והרי אינו יכול לקנות מיד לגמרי (מפני שכפי שאמרנו, זה חובה לו אם לא יוכל לסרב, ואין חבין לאדם שלא בפניו), ואינו יכול להקנות לאחר זמן בקנין סודר; ולכן הנותן יכול לחזור בו (יוצא מדבריו שהסמ"ע מסכים שקנה גם בקנין סודר אם אמר "זכה"). מצד שני, הוא מסביר שהרמ"א לא פסק כך, מפני שאין הלכה כרשב"ם, אלא אם המקבל התנגד מייד כשישמע, חוזר הנכס לנותן⁹⁵, וא"כ אין לנותן שום הפסד מן העובדה שיש למקבל ברירה לסרב, ולכן מניחים שהנותן מוכן שהמקבל יקנה מיד כדין "זכין", ותהיה ברירה בידו לסרב, ואם יסרב, הנכס יחזור לנותן. לאור זה הוא כותב, שאם נאמר שמי שמוחזק יכול לומר "קים לי" כרשב"ם, יוצא שהיכולת לסרב גורמת נזק לנותן, והדין יהיה כמו הסמ"ע.

ה) עוד מסביר הרי"ם⁹⁶, שהסמ"ע סובר שהמקבל אינו זוכה מיד במתנה ברגע הזיכוי, מפני שאז אינה זכות לו, שהרי "שונא מתנות יחיה", ואין לו שום תועלת בכך שהנכס ייכנס לבעלותו כיון שאינו יודע על זה; אבל מ"מ זכות היא לו שיקנה לפני שישמע, כדי שהנותן לא יוכל לחזור בו, ולכן צריך לומר שהוא קונה רגע לפני חזרת הנותן, שאז מתברר שהוא זכות לו⁹⁷; ואין לומר שאם חוזר בו הנותן, הוכיח סופו על תחלתו שמראש היה עומד לחזור בו, ונאמר שקנה מרגע הזיכוי מפני שאז היתה זו זכות לו שיקנה - אין אומרים כך, כיון שברגע הזיכוי לא היתה ודאי זכות. לפי זה, קנין סודר לא יועיל בזיכוי מתנה, כיון שההקנאה חלה לאחר זמן. מצד שני, הוא מסביר, שהרמ"א סובר שמועיל קנין סודר בזיכוי, מפני שלדעתו המקבל קונה את הנכס מיד בשעת הזיכוי, שהרי זכות היא לו לקנות אז, כיון שאם לא יזכה מיד, לא יועיל שיזכה אח"כ, מפני שאז כבר חזר הסודר לבעליו; ואף שיכול איש האמצע לתת לו את הנכס אח"כ, כל זמן שלא שמענו שהנותן חזר בו, ולכן אין וודאות שאם לא יקנה מיד בשעת הזיכוי לא יקבל את המתנה, ולכן אין זו זכות לו לקנות מיד בשעת הזיכוי, שהרי מצד שני "שונא מתנות יחיה", כאמור⁹⁸ - אין אומרים כך, מפני שמה שאיש האמצע יתן לו הוא כבר מעשה אחר.

ו) עוד מסביר הרי"ם⁹⁹: הרי בקנין סודר, במתנה שלא בפני המקבל, בעל הסודר נותן סודר לנותן כדי להקנות את המתנה; ואם יתפוס בעל הסודר את הסודר חזרה מהנותן, אין מוציאים ממנו, שהרי ייתכן שהמקבל יתנגד לקבל את המתנה, והסודר לא יקנה כלל למפרע¹⁰⁰; והסמ"ע סובר שמאחר שיכול בעל הסודר לנתק את הסודר

⁹¹ שבילי דוד, חו"מ, קצה, ג. הוא כותב זאת בדעת מהר"י וייל ואינו מציין שרק הסמ"ע הבין כך.

⁹² הערה 61.

⁹³ הרי"ם שם, ד"ה עוד י"ל דודאי.

⁹⁴ רשב"ם, ב"ב קלח ע"א. ראה סעיף 3.

⁹⁵ רא"ש, ב"ב, פ"ח, סי' נא. ראה סעיף 3.

⁹⁶ הרי"ם שם, ד"ה עוד י"ל דהא

⁹⁷ יש להעיר, שלפי הסבר זה, לסמ"ע יש דעה חדשה מתי קונה המקבל בזיכוי ע"י אחר - לא כר"ן ולא כרוב הפוסקים החולקים על הר"ן.

⁹⁸ כך הוא מסביר את דעת הסמ"ע.

⁹⁹ הרי"ם שם, ד"ה עי"ל לכאורה.

¹⁰⁰ לפני כן הוכיח שכשיש אפשרות שצד אחד ימחה, א"א להוציא ממון על סמך הסיכוי שלא ימחה, אלא הולכים לפי המוחזק.

ולטלו מהנותן בשעת מעשה הקנין, לא מתחיל הקנין כלל, מפני שרואים כאילו הסודר אינו מופסק מבעל הסודר, כיון שאם ינתק (בעל הסודר) אותו, יהיה שלו כיון שהוא מוחזק, ולא זכה הנותן בסודר בכלל. אך הוא מעיר שטעם זה לא שייך במצב שבעל הסודר נותן את כל הסודר לנותן, וחדל להחזיק בקצהו בידו, מפני שאז אינו יכול לנתקו בחזרה. מצד שני, הוא מסביר, שהרמ"א פסק שקנין סודר מועיל כאן, מפני שרוב הסיכויים הם שהמקבל לא יתנגד למתנה, ולכן אם זכה הנותן בסודר, גם אם יחזור בעל הסודר ויתפוס את הסודר, זו תפיסה שלא ברשות, שאינה מועילה נגד רוב, ולכן אינו נחשב שיכול לנתקו, ולכן קנין הסודר מועיל.

ז) עוד מסביר הר"ם¹⁰¹: הרי בזיכוי ע"י אחר בקנין סודר, בתחילה זוכה הנותן בסודר (שבעל הסודר הקנה למקבל), ואח"כ מקנה לו את המתנה; והרי מה שהנותן לוקח את סודרו, הוא חוב למקבל (כך נראית כוונתו), ורק כשיקבל את המתנה זה ייחשב זכות לו, ולכן הסמ"ע סובר שהקנין לא יכול להתחיל. מצד שני, הוא מסביר¹⁰², שהרמ"א פוסק שזה מועיל, מפני שלדעתו גם ההקנאה של הסודר לנותן אינה חוב למקבל, מפני שהוא מקנה את הסודר לנותן רק על מנת להחזיר, ואע"פ שדבר שאינו זכות ולא חובה לאדם אינו מועיל שלא בפניו, מ"מ כאן הקנאת הסודר מועילה מפני שהמתנה עצמה היא זכות, ובבת אחת באות ההקנאה של הסודר וקנייתו את המתנה, ולכן המקבל קונה.

ח) ר' שלמה יהודה טאבאק¹⁰³ מבאר, שמאחר שעשה רק קנין סודר, ודבר המתנה עדיין ביד הנותן, אין להוציאו מידי הנותן, שמא המקבל אינו רוצה בו, מטעם "שונא מתנות יחיה", ואע"פ שרוב האנשים אינם מתחשבים ב"שונא מתנות יחיה", אין הולכים בממון אחר הרוב להוציא ממוחזק. דוקא אם זיכה לו ע"י אחר באחת מדרכי הקניין האחרות, באופן שדבר המתנה מצוי כבר בידי איש האמצע, כך שהנותן כבר אינו מוחזק, או בקרקע, גם אם עשו קנין סודר, שאין בה תפיסה אלא רק חזקת מרא קמא - הולכים אחר הרוב, והמקבל קנה. ואע"פ שגם אז יש לנותן חזקת מרא קמא, ולא מועיל רוב נגד חזקת מרא קמא¹⁰⁴, מכל מקום הרי כאן מדובר שבסוף הסכים המקבל, ולכן אילו היינו אומרים ש"יש ברירה", היינו אומרים שקנה מפני שהוברר למפרע שרצה, ואמנם הלכה היא שספק האם "יש ברירה"¹⁰⁵, אבל כשיש ספק, חזקת מרא קמא מתבטלת¹⁰⁶, וממילא הרוב מועיל.

לפי הסברים ג, ה, ו, ו-ח, הסמ"ע יסבור שגם זיכוי ע"י אחר בקנין סודר (כלומר, שהנותן מקנה לאיש האמצע בקנין סודר ואומר לו "זכה לפלוני", שלא כמו בנידוננו, שהנותן מקנה ישירות למקבל), לא יועיל.

דעה דומה לדעת הסמ"ע היא של ר' יעקב אלפנדר¹⁰⁷: שקנין סודר מועיל שלא בפני המקבל דוקא אם ידע המקבל והסכים לפני שחזר בו הנותן, אבל הנותן יכול לחזור בו כל עוד שהמקבל אינו יודע, מפני שכיון שהמקבל יכול למחות, גם הנותן יכול לחזור בו. דעתו שונה מדעת הסמ"ע, שלפי הסמ"ע, נראה שהמקבל לא קנה גם אם נודע לו לפני שחזר בו הנותן, כיוון שמעשה הקנין לא פעל, לפי ההסברים הנ"ל.

קנין אגב

אפשר להקנות מתנת מיטלטלין אגב קרקע¹⁰⁸, אפילו אגב קרקע שהנותן מוכר למקבל¹⁰⁹ או שהנותן משכיר למקבל¹¹⁰, וגם אם המיטלטלין לא היו מונחים באותה קרקע¹¹¹.

¹⁰¹ הר"ם שם, ס"ק יח, ד"ה עוד נראה.

¹⁰² הר"ם שם, ד"ה אולם.

¹⁰³ ערך ש"י, חו"מ, קצה, ג. הוא כותב זאת בדעת מהר"י וייל ואינו מציין שרק הסמ"ע הבין כך. אבל הוא מסיים שבדרכי משה לא משמע כהסבר זה.

¹⁰⁴ קונטרס הספקות כלל ו סעיף יא.

¹⁰⁵ ראה אנציקלופדיה תלמודית, ע' ברירה, הערה 54.

¹⁰⁶ הוא מציין כמקור לנקודה זו: נודע ביהודה, שלמד כך מש"ך, יו"ד, כללי ספק ספיקא, ס"ק כח, כט, לב.

¹⁰⁷ שו"ת מוצל מאש ח"א סי' כג, בלשון "אפשר".

¹⁰⁸ שו"ת הרשב"ש, סי' קיד; שו"ע, חו"מ, רב, א.

על דיני אגב ע"י שו"ע, חו"מ, סי' רב; סי' המקנה (סופר), ח"א כלל א; אנציקלופדיה תלמודית, ע' אגב; פתחי חושן, קניינים, פרק ט; משפט הקנין, חלק ג, שער יד.

בגוי: קיצור פסקי הרא"ש בכורות פ"א אות ב, תולדות אדם וחווה נתיב כ חלק ב דף קעג ע"ב (הובא בשו"ת אמונת שמואל סוף סי' מה, הראשון), מלחמות ה' פסחים ט ע"ב (בדפי הרי"ף), פסקי ריא"ז, פסחים פ"ב הלכה ג אות א (הובא בשלטי הגיבורים פסחים ט ע"ב (בדפי הרי"ף), ומשם הובא במגן אברהם סי' תמא ס"ק א), וקצות החשן, קכג, ס"ק ו (הובא בשו"ת חתם סופר חו"מ סי' סו, ד"ה במה קנה), סוברים שנכרי קונה בקנין אגב. אבל תומים סי' קכג ס"ק יב כתב

יש אומרים שקנין אגב מועיל רק מדרבנן¹¹². אבל אחרים אומרים שהוא מועיל מהתורה¹¹³.

יש אומרים שאפשר להקנות מיטלטלין במתנה אגב קרקע שהנותן **משאיל** למקבל¹¹⁴. אבל אחרים אומרים שאי אפשר להקנות כך¹¹⁵.

קנין אגב מועיל גם אם הנותן מקנה למקבל רק קנין הגוף של הקרקע ומשייר לעצמו קנין פירות¹¹⁶.

הנותן יכול להקנות מתנת מיטלטלין אגב קרקע שמישהו השאיל או השכיר לנותן, ואף שהקרקע שייכת לנותן רק באופן זמני, אפשר שהנותן ישכיר את הקרקע למקבל למשך הזמן הזה, ואגבה יתן לו את המיטלטלין במתנה¹¹⁷.

קנין אגב מועיל גם אם הקרקע טפל והמיטלטלין עיקר¹¹⁸.

יש אומרים ששליח של הנותן יכול להקנות מתנת מיטלטלין אגב הקנאת קרקע של עצמו (של השליח)¹¹⁹. אבל אחרים אומרים ששליח אינו יכול להקנות מיטלטלין של הנותן אגב קרקעו של עצמו, שהרי לשם כך צריכים לומר שהמיטלטלין של הנותן הם כאילו של שליח, והוא כמקנה מיטלטלין של עצמו אגב קרקעו; ולא מצאנו שמטלטלין של המשלח נקנים לשליח¹²⁰.

אי אפשר להקנות קרקע אגב קרקע¹²¹, ובכלל זה אי אפשר להקנות "חזקת חנות" אגב קרקע¹²².

אפשר להקנות מטבעות אגב קרקע¹²³ גם אם הם נמצאים במקום רחוק¹²⁴.

שאינו קונה, כי הפסוק שממנו למדים קנין אגב, בקידושין כז ע"א, מדבר בישראל. על המחלוקת ע"י ס' המקנה (סופר), חלק א, כלל א, פרט ט.

¹⁰⁹ קידושין כז ע"א; רמב"ם, הלכות מכירה, ג, ח; שו"ע, חו"מ, רב, א; שו"ת בית יצחק יו"ד ח"ב קו"א סי' יב אות ד; אהלי אהרן ח"א סי' נ.

¹¹⁰ רמ"א, חו"מ, רב, א.

¹¹¹ קידושין כז ע"א. ראה ליד ציון הערה 130, שיש בכל זאת עדיפות במצב שהמיטלטלין מונחים בקרקע.

¹¹² תוס' ב"ק יב ע"א, ד"ה אנא (הובא בשו"ת בית יצחק, יו"ד, ח"ב, סי' פא, אות יט); זכרון שמואל (מודרן) גיטין כא ע"א, ד"ה אמנם בעיקר (שלכן אינו מועיל לנפקויות שדאורייתא).

¹¹³ חידושי הריטב"א, קידושין כז ע"א, בשם מורו. שו"ת חתם סופר, או"ח, סי' קיז (ד"ה מ"ש מעלתו בקנין), ואנציקלופדיה תלמודית, ע' אגב, ליד ציוני הערות 5-6, מביאים את המחלוקת.

¹¹⁴ ש"ך, חו"מ, רב, ס"ק ב, בדעת תוס' ב"מ יא ע"ב (ד"ה מקומו) ורא"ש ב"מ פ"א סי' לא; קצות החושן, רב, ס"ק א, בדעת תוס' קידושין כז ע"א (ד"ה ומקומו); שו"ת חתם סופר, או"ח, סי' קיז (ד"ה תו כתב), בדעת הרמ"א.

¹¹⁵ ר"ש, מעשר שני, פ"ה מ"ט. קצות החושן, רב, ס"ק א, מסביר דעה זו, שדוקא קרקע שהנותן משכיר למקבל אפשר להקנות אגבה, כי שכירות היא מכר ליומה (ראה חוק לישראל, שכירות ושאלה, עמ' 7-11). והוא דוחה את ראיית הש"ך מהרא"ש - עיי"ש.

מישרים נתיב י ח"ב (לד ע"א), ואנציקלופדיה תלמודית, ע' אגב, ליד ציוני הערות 27-29, מביאים את המחלוקת.

¹¹⁶ חי הרי"ם גיטין עז ע"ב (ד"ה ובמ"ש).

¹¹⁷ שו"ת הרשב"א, ח"א, סי' תתקלד.

דעה חולקת: שו"ת מהרי"ט ח"ב, חו"מ סי' פג, כותב שהשוכר קרקע ומשכירו לאחר ומקנה אגבו מיטלטלין, לא קנה. כך ביאר דברי אמת קונטרס ז סי' א (סא ע"ב, במהד' קושטא) (הובא בשו"ת בית יצחק, יו"ד, ח"ב, סי' פא, אות יט), את דבריו. ועי' דברי אמת שם, שהביא דעות נוספות בשאלה זו.

¹¹⁸ שו"ת חתם סופר, או"ח, סי' קיז (ד"ה וראיתי). אך הוא כותב שר' שמחה במרדכי ב"ב סי' תרה, סובר שאז לא מועיל אגב - עיי"ש מנין שזו דעתו, ומה מקור שני הצדדים.

¹¹⁹ רעק"א, המובא בשו"ת חתם סופר או"ח סי' קטז (בכינוי "מו"ח"); מקור חיים סי' תמח, חידושים ס"ק ח (לגבי שליח למכור חמץ). רעק"א מביא ראיה מר"ן על הרי"ף, גיטין לט ע"ב, בדפי הרי"ף (ד"ה והא) - עיי"ש.

¹²⁰ חתם סופר שם. הוא מביא ראיה מבי"ב מד ע"ב - עיי"ש.

¹²¹ שו"ת הרשב"א ח"ב סי' שא (הובא בב"י, חו"מ, קצה, מחודש כא); שו"ע, חו"מ, רב, ו. על שטר מתנה שכתוב בו שהנותן הקנה קרקע אגב קרקע, וכתוב אח"כ שעשו קנין, ראה הערה 631.

¹²² שו"ת בני שמואל סי' יח (נ ע"ב). הכוונה לחזקה מהסוג שנהג באימפריה העותמנית. ראה: שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל ו, סי' א; ר' מיכאל מולכו, "תקנת חזקת בתים, חצרות וחנויות בשאלוניקי", סיני כח (תשי"א), עמ' רצו-שיד; ר' ישראל שציפנסקי, התקנות בישראל, כרך ד, עמ' תקפא.

¹²³ טור, חו"מ, סי' רג, יא, וסי' ריא, ז.

ראובן יכול להקנות ללוי כסף שלו שמופקד ביד שמעון, אגב קרקע¹²⁵. אבל אם הנפקד כפר בפקדון, הוא כאילו אבד ואינו ברשות המפקיד, ואי אפשר להקנותו¹²⁶.

אי אפשר להקנות **מילוה** בקניין אגב, אם הכסף אינו בעין¹²⁷. לדוגמה, מי שכספו ביד אפוטרופוס יכול להקנותו לאחר בקניין אגב, אם הכסף בעין, אבל אם אינו בעין, אלא האפוטרופוס סוחר בו, בעליו אינו יכול להקנותו¹²⁸.

קניין אגב מועיל רק אם הנותן אמר "קנה את המטלטלין אגב הקרקע". יש אומרים שהדבר אמור גם אם המטלטלין היו בתוך הקרקע¹²⁹. אבל יש אומרים שאם המטלטלין היו בתוך הקרקע, קניין אגב מועיל גם בלי אמירה זו¹³⁰.

עדי המתנה יכולים לכתוב בשטר שהנותן מקנה את המתנה אגב קרקע גם אם לא ידוע האם יש לו קרקע¹³¹, מפני שהוא מודה שיש לו קרקע, והודאת בעל דין היא כמאה עדים¹³².

סיטומתא

מעשה שהכל נוהגים לקנות בו, יש לו תוקף הלכתי כמעשה קנין בגלל המנהג¹³³, והוא קרוי "סיטומתא". אבל יש אומרים שהעובדה שסוחרים נוהגים לקנות **סחורה** בדרך מסוימת, אינה אומרת שדרך זו תועיל בקניית מתנה, שהרי סוחרים אינם נותנים מתנות¹³⁴, ועוד, שמנהג שהוא נגד הלכה ברורה מועיל רק אם הוא בתורת תנאי ותקנה, ורק בענייני מסחר אפשר לומר שתיקנו כך כדי שלא יריבו, אבל מתנות אינן שכיחות, והדעת

¹²⁴ שו"ת הרשב"ש, סי' קיד.

¹²⁵ רמב"ם, הלכות מכירה, ו, ז.

¹²⁶ רמב"ם הלכות מכירה כב, ט (הובא בשו"ת נבחר מכסף, חו"מ, סי' עח). שו"ת מקור ישראל, חו"מ סי' מז (צג ע"א), מסביר שגם לרא"ש, ב"ק פ"ז סי' ד, האומר שהגאונים תיקנו שגם אם הנפקד כפר, אפשר לכתוב הרשאה על הפקדון, זה רק לכתוב הרשאה, מפני תיקון העולם, אבל לא תיקנו שאפשר להקנותו, כי אין סברה בזה (כלומר, אין תיקון העולם בזה שיוכל להקנותו).

¹²⁷ שו"ת חכם צבי סי' טז (כל כסף שאינו בעין); מקור ישראל שם.

בשאלה האם שטר נקנה בקניין אגב, ע"י מקור ישראל שם, ואנציקלופדיה תלמודית, ע' אגב, ליד ציוני הערות 83-90. מקור ישראל שם (דף צד ע"ב) כותב שאם כתוב בשטר "אני מקנה לפלוני ארבע אמות קרקע ואגבן אני נותן לו שלש מאות מטבעות", משמעותו שמקנה את הסך אגב קרקע, ולא מקנה את גוף שטר החוב, וא"כ יש לזה דין מילוה על פה שאינה נקנית באגב.

שו"ת בעי חיי חו"מ, חלק א סי' קסד (קצו ע"ד), כותב שלפי הרי"ף, הרמב"ם, ב"י סי' סו, שו"ע ורמ"א, שטר חוב נקנה אגב קרקע, וכותב שכן נראה משו"ת המבי"ט ח"א סי' קסט; ואילו ר"ח, רא"ש, והראב"ד בהשגותיו על הרי"ף, בתמים דעים סי' רלח, כתבו ששטרות אינן נקנים אגב קרקע; וששו"ת מהרי"ל סי' עט, שו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' רכב, ודברי ריבון סי' קכו, כתבו שמספק אין להוציא מיד המוחזק, ושכן נראה ממהר"ש המובא במשפט צדק ח"ב סי' י.

¹²⁸ שו"ת משפטים ישרים (גאון), סי' מד (צב ע"א).

¹²⁹ רמ"א, חו"מ, רב, ב; שו"ת חתם סופר או"ח סי' קטז (הובא בלב ים, גיטין, סי' כא, אות ד), בדעת ר"ן על הרי"ף, גיטין לט ע"ב (בדפי הרי"ף).

¹³⁰ שו"ע, חו"מ, רב, א; חתם סופר שם בדעת רש"י גיטין עז ע"ב (ד"ה הרי זו).

שו"ת נאה משיב, חו"מ, סי' יא (עמ' קעד), כותב שאם כתוב בשטר המתנה "ונתתי לדוד קרקעות ואגבן מטלטלין בקנין סודר", לא קנה כי צריך להקנות קרקע ואח"כ מטלטלין בלשון "קנה קרקע זו וקנה אגבה מטלטלין", כי לשון "אגב" ו"קני" מעכב לרוב הפוסקים, ולא הולכים אחר הכוונה אלא אחר הלשון.

¹³¹ שו"ת הרשב"א ח"ג, סי' קיד (הובא בב"י, חו"מ, סי' רב, מחודש א, ובשו"ת לחם רב, סי' קצב); סי' התרומות שער מג ח"א אות יד (גם אם עדים אומרים שאין לו קרקע); ר"ת בתוס' ב"ב מד ע"ב (ד"ה דלא); רא"ש ב"מ פ"ד סי' ג.

¹³² סי' התרומות שם; תוס' כתובות נד ע"ב (ד"ה אם), וב"ק קד ע"ב (ד"ה אגב); חידושי הרמב"ן, ב"ב מד ע"ב; טור, חו"מ קיג, ח; שו"ע, חו"מ, קיג, ב.

¹³³ שו"ע, חו"מ, רא, ב.

¹³⁴ שו"ת חתם סופר יו"ד סי' שטז (הובא בפתחי תשובה יו"ד שכ ס"ק ד). הוא פסק כך לגבי ישראל שנתן פרה מבכרת במתנה לגוי ע"י מסירת מפתח של הרפת. אבל לא ברור אם אפשר ללמוד מדבריו שאין זה מועיל במתנה בכלל, כי שם היתה לו סיבה אחרת, שהמתנה ניתנה בדרך הערמה כדי להפקיע קדושת בכור, וסוחרים לא נוהגים לקנות בדרך הערמה. על דיני סיטומתא ע"י פתחי חושן, קניינים, פרק י, סעיפים א-ה; משפט הקנין, חלק ג, שער טו.

נותנת שלא יתקנו תקנה בשבילן¹³⁵; ועוד שכלל הוא שלא שייך מנהג בדבר שאינו שכיח¹³⁶, ומתנה אינה שכיחה¹³⁷.

לדוגמה, יש מי שאומר שבמקום שהמנהג הוא שלא כותבים שטרי מכירה כדין תורה אלא רק כותבים בפנקס הממשלה, כי הממשלה הטילה קנס על מי שיכתוב שטר מכר לפי דין תורה, מתנה בלי שטר תקפה אם היא נרשמה בפנקס הממשלתי¹³⁸. אבל אחרים אומרים שגם אם נהגו כך בשטר מכר, אין ללמוד מזה לשטר מתנה, כי שטרי מתנה אינם שכיחים, והמנהג לא חל עליהם¹³⁹.

קניין יד

מה שנמצא בתוך ידו של אדם נקנה לו בקנין "יד".

ידו של אדם קונה לו אפילו שלא בידיעתו, כמו חצרו¹⁴⁰. זאת אם לא ידע שדבר המתנה נמצא בידו, אבל אם ידע שהדבר בידו ולא התכוון לקנות, לא קנה¹⁴¹.

אבל יד אינה קונה כשהאדם ישן, מפני שידו אינה משתמרת כשהוא ישן¹⁴².

ידו קונה שלא מדעתו רק אם כל החפץ בידו, שאז קונה מטעם חצר, שקונה אף שלא מדעתו; אבל אם רק מקצת החפץ בידו, אינו קונה מטעם חצר, כי בקנין חצר צריך שכל החפץ יהיה בחצרו, ואם רק מקצתו בידו, קונה רק מטעם הגבהה, שאינה קונה בלי ידיעתו¹⁴³. טעם הדבר הוא, שאם אין כל החפץ בידו, או שאינו מחזיק

¹³⁵ שו"ת בני יהודה (עייאש) סי' קכג (קצא ע"ב). נידונו: שטר מתנה של ערכאות בלי שום מעשה קנין. הוא מוסיף שטעם זה שייך במיוחד מתנה שמעביר נחלה מיורשים, שמשתדלים לבטלה, שבה לא ייתכן שתיקנו תקנה לקיים את המתנה.

¹³⁶ רמ"א, חו"מ, שלא, א.

¹³⁷ בני יהודה שם.

¹³⁸ שו"ת פני יצחק (אבולפיה) ח"ה חו"מ סי' ד (קנ ע"ד), בשם חכם אחד.

¹³⁹ ר"י אבולפיה שם (דף קנא ע"ד). הוא מסתמך על בני יהודה שם, ושו"ת שער אשר חו"מ, סי' כט (פ ע"ג) [להרחיב], שכתבו כך באופן כללי. והוא מציין (בדף קנב ע"א) שבזמנו, בסוריא ובא"י הממשלה לא קנסה מי שכותב שטר כדין תורה.

¹⁴⁰ שו"ת מהרי"ט ח"א סי' קנ; תורת גיטין, קלט, סי"ק יד, ונתיבות המשפט, ר, סי"ק טו (הובא בשו"ת בית יצחק, יו"ד, ח"ב, סי' פא, אות ו); קצות החושן רסח, סי"ק ב, בדעת תוס', כתובות לא ע"א (ד"ה דאי) (שכותבים שקנין יד מועיל כמו חצר, אף בלי הגבהה שלושה טפחים); שו"ת חבצלת השרון, ח"א, אה"ע"ז, סי' סא (ראה בשמו ליד ציון הערה 626).
בגוי: נתיבות המשפט, ר, סי"ק טו, כותב שידו קונה שלא מדעתו (ואם לא התכוון לקנות) מדין שליחות, אבל כיון שבגוי אין שליחות, יד הגוי אינה קונה שלא מדעתו.

דעה חולקת: רש"י כתובות לא ע"א (ד"ה דאי), כותב שלא מועיל קנין יד אם לא הגביה ג' טפחים, ושטמ"ק שם (ד"ה והתוס') הסביר שלרש"י אין קנין מיוחד של יד; וקצות החושן שם כותב על פי זה, שלדעת רש"י, יד לא קונה שלא מדעתו, גם אם הגביה שלושה טפחים, כמו שמשיכה אינה קונה שלא מדעתו. לעומתו, ח"י ר"ש שקאפ, ב"מ, סי' כג, אות ד, כותב שגם לרש"י קנין יד מועיל שלא מדעתו, ומה שהצריך הגבהה שלושה טפחים הוא כי כך הוא גדר קנין יד, שמי שתופס דבר בידו, מגביה אותו שלושה טפחים, ומה שאמרו (ב"מ יב ע"א) שחצר קונה משום יד, היינו שפעולה השייכת בחצר מועילה כמו פעולה הנעשית ע"י היד, וכל אחד מהם מועיל לפי דרכו: יד - רק בהגבהה, וחצר - בלי הגבהה; ואם הגביה בידו שלושה טפחים ולא ידע על כך, אף שמטעם הגבהה לא מועיל כי לא התכוון, מ"מ מועיל מטעם חצר, כי אבריו נחשבים חצר. הוא כותב שלפי תוס', מה שיד קונה הוא בק"י מפעולת חצר (ראה בשמו בהערה 213), ולא מטעם שליחות (בניגוד לחצר הקונה מטעם שליחות - ראה הערה 203), שהרי תוס' שם כתבו שבגט א"צ הגבהה ג' טפחים כיון שכתוב "ונתן בידה" גם בגירוש קטנה, והרי בקטנה אין שליחות.

קובץ שיעורים, קידושין, סי' קמ, כותב שקנין יד אין טעמה משום שידו **קנויה** לו כחצרו, שהרי גופו של אדם אינו קנוי לו.

על דנין קנין יד עיי' ס' המקנה (סופר), ח"א כלל יג; אנציקלופדיה תלמודית, ע' יד (קנין); משפט הקנין, חלק ב, שער י.

¹⁴¹ תוס' ב"ב נד ע"א (ד"ה אדעתא). ראה בשם עיקרון זה לגבי קנין חצר, ליד ציון הערה 200.

ח"י ר"ש שקאפ, ב"מ, סי' כג, אות ד, מסביר שיד קונה כי היא אחד מאבריו של האדם, וכמו שחצר קונה שלא מדעתו, גם יד האדם קונה שלא מדעתו; אבל אם ידע ולא התכוון לקנות, לא קנה, כמו שלא ייתכן שאדם אחר יקנה עבור האדם באופן שהוא יודע על הדבר ואינו משתדל לקנות בעצמו.

אבל נתיבות המשפט, ר, סי"ק טו, כותב שמי שמגביה דבר כדי למדוד אותו, קנה אף שלא התכוון לקנותו, כי הוא בידו וקנה בקנין יד.

¹⁴² נתיבות המשפט, ר, סי"ק טו.

¹⁴³ נתיבות המשפט רסח, סי"ק ב (הובא בשו"ת בית יצחק, יו"ד, ח"ב, סי' פא, אות ז).

את החפץ בכל ידו, אינו בגדר חצר המשתמרת, כי אדם אחר יכול לקחת את הדבר ממנו¹⁴⁴. זאת אם החפץ בולט חוץ לידו לצידה, אבל אם הוא בולט למעלה כנגד אויר ידו, קנה מטעם חצר כמו שחצר קונה כנגד אוירה¹⁴⁵. אבל יש אומרים שבמתנה (בניגוד למציאה), יד קונה מטעם חצר גם אם אין כל החפץ בידו, כי הסיבה שצריך שיהיה כולו בידו הוא כדי שיהיה חצר המשתמרת, ובמתנה גם חצר שאינה משתמרת קונה¹⁴⁶, ולכן גם ידו קונה מטעם חצר אף באופן שאינו משתמר¹⁴⁷.

קניין כלי

אם דבר המתנה נכנס לתוך כלי של המקבל, קנה¹⁴⁸ מטעם חצר¹⁴⁹. הוא קונה עוד לפני שהגיע החפץ לתחתית הכלי, כי אויר הכלי קונה¹⁵⁰.

קניין כסף

(א) כללי

במכר, מועיל קנין כסף בקרקע¹⁵¹ אבל לא במיטלטלין¹⁵². בפשטות, במתנה לא שייך קנין כסף כיון שהיא ניתנת בלי תמורה. בכל זאת, יש אומרים שמועיל קנין כסף במתנה של קרקע, באופן שהמקבל נותן פרוטה לנותן, והנותן אומר "שדי קנויה לך בפרוטה זו"¹⁵³. אבל אחרים אומרים שאין מועיל קנין כסף במתנה¹⁵⁴.

הרב הרצוג, The Main Institutions Of Jewish Law, ח"א עמ' 195, הערה 1, כותב ע"פ נתיבות המשפט שם, שלקנין יד לא די במגע יד בלבד, אלא צריך החזקה ביד.

¹⁴⁴ שו"ת ארץ צבי (ראם), סי' ד (ח ע"ג).

¹⁴⁵ נתיבות המשפט, קצח, ס"ק ג.

¹⁴⁶ כאמור ליד ציון הערה 202.

¹⁴⁷ ארץ צבי שם.

¹⁴⁸ פרישה, חו"מ, רמא, א.

¹⁴⁹ חידושי הרמב"ן, ב"מ ט ע"ב (הובא בנתיבות המשפט, פתיחה לסי' ר, ד"ה ד, ובתורת גיטין, קלט, ס"ק יד).

¹⁵⁰ קצות החושן, ר, ס"ק ב. גם פני יהושע, גיטין עט ע"ב, כותב שאם דעת אחרת מקנה, אויר כלי קונה אף שאינו משתמר, לפי הדעה שחצר שאינו משתמר קונה במתנה כי דעת אחרת מקנה (הערה 206).

חידושי טיב גיטין, גיטין עט ע"ב [להרחיב], מעיר שלפי זה, גוי אינו קונה באויר כלי, כי מה שמועיל קנין בחצר שאינו משתמר הוא אם הוא משתמר לדעת הנותן (הערה 209), וזה מועיל מדין שליחות, שהנותן הוא שליח של המקבל, והרי אין שליחות בגוי. שו"ת בית יצחק, יו"ד, ח"ב, סי' קכו, אות א, מעיר על דבריו, שאם אויר כלי אינו משתמר, אינו משתמר כלל, לא רק שאינו משתמר לקונה; וקצות החושן ופני יהושע דיברו לפי הדעה (הערה 206) שבדעת אחרת מקנה חצר קונה גם אם אינו משתמר בכלל. אבל גם הוא כותב שגוי לא קונה באויר כלי לפי נתיבות המשפט (הערה 195) שגוי קונה רק בחצר משתמר.

שו"ת המב"י חלק א סי' קמה, כותב (על מכר), שאף שאין גוי יכול לזכות עבור ישראל (כאמור בהערה 825), כליו של גוי יכול לזכות עבור לישראל, ואם גוי קיבל עליו לתת למקבל את הנכס (בנידונו הגוי לא היה המוכר אלא המוביל), רשותו וכליו קונים למקבל, כאילו שאל כלי של הגוי ומדד לתוכו.

על דיני קנין כלי עי' ס' המקנה (סופר), ח"א כלל ג; משפט הקנין, חלק ג, שער יב.

¹⁵¹ קידושין כו ע"א.

¹⁵² שו"ע, חו"מ, קצח, א.

¹⁵³ תוס' רי"ד, קידושין יג ע"א (ד"ה כי תניא ההיא); העמק שאלה, שאלתא לג, ס"ק א, בדעת רשב"ם ב"ב קלו ע"א (ד"ה בהקנאה); הרב הרצוג, The Main Institutions Of Jewish Law, ח"א עמ' 143, בדעת רשב"ם ב"ב מד ע"ב (ד"ה ומקשינן ואכת' (שהזכיר קנין כסף במתנה). הגהות והערות על הטור השלם, חו"מ, רמא ס"ק ג, כתבו שכך משמע מר"ן נדרים כח ע"ב (סוד"ה וכתב הרשב"א), ומהמשנה ב"ב קנו ע"ב, שהזכירו קנין כסף אף שעסקו במתנה. גם תוספתא, ב"ב, י, ו, נוקט כסף אף שמדובר במתנה.

העמק שאלה, שאלתא לג, ס"ק א, מדייק מתוס' בכורות יג ע"א (ד"ה מיד), שבמתנה מועיל קנין כסף אף במיטלטלין, אולי כוונתו לגוי, שקונה מיטלטלין בכסף במכר (לפי דעה אחת בטור, יו"ד, סי' שכ).

¹⁵⁴ תוס' ע"ז ע"א (ד"ה פרדשני); שו"ת המב"י, ח"א, סי' שנ; העמק שאלה, שאלתא לג, ס"ק א, בדעת השאלות שם, ובדעת תוס' קידושין כו ע"א (ד"ה אמר); דברי יחזקאל סי' לט אות ד בדעת הרמב"ם, הלכות זכיה ג, א (שהזכיר רק שטר וחזקה בקניית מתנה ולא הזכיר כסף). פרישה חו"מ, רמא, א, מציין שהטור, חו"מ, רמא, א, לא הזכיר קניין כסף. חידושי הרי"ם, חו"מ, קצ, ס"ק ג, מוכיח שלא מועיל קנין כסף במתנה, ממה שהטור, שם, הזכיר בקנין מתנה רק שטר או חזקה, ולא קנין כסף. הגהות והערות, על הטור שם, מביא ראיה שלטור לא מועיל קנין כסף - עיי"ש.

הרב הרצוג, The Main Institutions Of Jewish Law, ח"א עמ' 143, מדייק מדברי תוס' שם שלא מועיל קנין כסף גם אם הכסף לא ניתן כתמורה אלא כצורה, תוך הבנה מפורשת שהחפץ ניתן כמתנה.

המחלוקת תלויה בתפיסות השונות בדבר אופן פעולתו של קנין כסף במכר: לפי התפיסה¹⁵⁵ שקנין כסף במכר מועיל מתורת שווי דמי הנכס הנמכר, הוא לא שייך במתנה, ואילו לפי התפיסה¹⁵⁶ שקנין כסף פועל במכר במתנת מעשה קנין כמו חזקה ושטר, הוא מועיל במתנה¹⁵⁷.

(ב) בהקנאה מדין "עבד כנעני"

לכל הדעות, ראובן יכול להקנות מתנה ללוי ע"י קנין כסף, אם מדובר בקרקע של שמעון. אם ראובן אומר לשמעון: "קח כסף זה ויהיה קרקעך מכור ללוי", קנה לוי "מדין עבד כנעני" - כמו שעבד כנעני משתחרר ע"י שמישהו נותן כסף לאדון למטרה זו¹⁵⁸. זה בעצם מתנה לשמעון¹⁵⁹.

כאן נתינת הכסף אינה מוציאה את העיסקה מגדר מתנה ביחס למקבל, שהרי הוא אינו נותן את הכסף. החידוש בדרך זו לעומת הדרך של זיכוי¹⁶⁰ הוא שכאן הנכס כלל לא הגיע לידי האדם השלישי, והאדם השלישי לא עשה בנכס עצמו שום מעשה קנין.

מבחינה מהותית, ראובן הוא נותן המתנה, ולא שמעון בעל הנכס, שהרי בעל הנכס מקבל תמורה בעד מה שהוא נותן; ורק מבחינה טכנית, בעל הנכס הוא הנותן, ולכן הוא עושה את פעולת ההקנאה, וראובן משמש רק אמצעי לפעולת ההקנאה.

בהבנת אופי ההקנאה, מצאנו הסברים שונים. לפי הסבר אחד, כששמעון מקנה את שדהו ללוי תמורת כסף שקיבל מראובן, לוי קנה מדין "זכין", ולא באופן ישיר, כיוון שהקניין נעשה שלא מדעת לוי-המקבל; ואע"פ ששמעון, בעל השדה, מקנה לו, ואין ראובן זוכה לו, מ"מ מאחר ששמעון לא יכול להקנות ללוי בעל כרחו, א"א שיזכה לוי-המקבל אלא מדין "זכין"¹⁶¹. הסבר אחר הוא, שאין זה מדין "זכין", אלא שמעון, בקבלת הכסף, מקנה את הנכס מאליו ללוי, ולוי נחשב שזוכה מעצמו, בלי שיד ראובן זוכה באמצע, מפני שראובן עושה רק מעשה קוף, בהעברת הכסף¹⁶².

הרמ"א¹⁶³ כותב שמדובר שלוי עשה את ראובן שלוחו, או שאמר לוי לשמעון אח"כ: "שדך קנויה לי בכסף שנתן לך ראובן". אך קצות החושן¹⁶⁴ כותב שהרמ"א דיבר רק במצב שראובן התכוון שלוי יצטרך לשלם לראובן את

¹⁵⁵ סמ"ע, קצ, ס"ק א.

¹⁵⁶ ט"ז, חו"מ, סי' קצ.

¹⁵⁷ דברי יחזקאל שם; העמק שאלה שם. אבל חידושי הרי"ם שם כותב שגם לפי הט"ז שקנין כסף הוא מעשה קנין, אינו שייך במתנה, כי אם המקבל נותן שו"פ לנותן, זה כבר לא מתנה, אלא זה מכר, ואף שיש בכך אונאה, שמשלם הרבה פחות משווי הנכס, הרי מועיל מכר עם אונאה אם הצדדים יודעים על כך (שו"ע, חו"מ, רכז, כא). אך יש להעיר שלפי טענה זו, הנכס עובר לבעלותו של המקבל, אמנם לא בתור מתנה אבל בתור מכר; נמצא שלגבי התוצאה הוא מסכים עם דברי יחזקאל.

¹⁵⁸ טור, חו"מ, קצ, ה; שו"ע, חו"מ, קצ, ד.

נתיבות המשפט, ס ס"ק יט, כותב שמדובר במקום שקונים קרקע בכסף לחוד בלא שטר. הוא מתכוון לדינו של שו"ע, חו"מ, קצ, ז, שקניית קרקע בכסף מועילה רק במקום שאין רגילים לכתוב שטר.

עוד על מי שקונה קרקע ואומר למוכר שהיא בשביל פלוני, ראה חוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 39-40.

על קנין מדין עבד כנעני, ראה חוק לישראל, שליחות, עמ' 66.

¹⁵⁹ דיני חוזים במשפט העברי, עמ' 256.

¹⁶⁰ ליד ציון הערה 710 ואילך.

¹⁶¹ פני משה, על ירושלמי, קידושין פ"א, ה"ג (יב ע"ב), כפי שהסביר אותו קהלת יעקב, תוספת דרבנן, מע' ז, אות קיט (לח ע"א).

¹⁶² קהלת יעקב עצמו, שם (דף לח ע"ג). הוא מציין שמחנה אפרים, ה"ל שלוחין, סי' טו, כותב דבר דומה לענין שכירות (עיי"ש). יש נפקות בין ההסברים במצב שאחד הצדדים אינו בר שליחות, לפי השיטה (ליד ציון הערה 712) שזיכוי פועל מטעם שליחות - לפי פני משה, לא קנה.

¹⁶³ רמ"א, חו"מ שם. כך כתב גם הטור שם. גם רש"י, קידושין ז ע"א (ד"ה הילך), כותב (לענין הדין המקביל בקידושי אשה), שקנין "מדין עבד כנעני" חל רק אם לוי עשה את ראובן שליח לקנות עבורו.

נראה שגם לדעה (ליד ציון הערה 931) שמקבל מתנה אינו יכול למנות שליח לקבל, כאן שייכת שליחות, שהמקבל ממנה את ראובן שליח לקנות בעבורו את הנכס משמעון, שהרי אמרנו שמבחינה מהותית, כאן ראובן הוא נותן המתנה, וא"כ אין זו שליחות לקבל מתנה, אלא שליחות לקנות.

¹⁶⁴ קצות החושן, קצ, ס"ק ב.

כמו כן, מחנה אפרים, הלכות שלוחין, סי' טו [להרחיב], אומר שא"צ שליחות כי זה מדין עבד כנעני, ועבד כנעני קונה את עצמו בכסף ע"י אחרים אף שלא מדעתו.

הכסף ששילם לשמעון¹⁶⁵; אבל אם ראובן התכוון שהנכס יהיה **במתנה** ללוי, ולוי לא יצטרך לשלם, גם הרמ"א סובר שלוי קנה גם אם לא אמר כלום לראובן או לשמעון; ועולה מדברי קצות החושן, שלוי קנה בשעת ההקנאה גם אם לא ידע אז על המתנה.

גם ר' יעקב מליסא¹⁶⁶ כותב שהרמ"א דיבר באופן שהתכוונו שלוי יצטרך לשלם (אלא שהוא מפרש שיצטרך לשלם **לשמעון**, שלא כקצות החושן), אבל אם זו מתנה, קנה לוי-המקבל בלי לומר כלום.

ר' שילם ורהפטיג¹⁶⁷ כותב שהרמ"א לא מתכוון לומר שהמקבל צריך לומר אמירה מפורשת, ושאימירה זו היא קונסטיטוטטבית, אלא הוא מתכוון רק לומר שהמקבל זכאי לסרב לקבל.

אף שהמקבל אינו מתכוון לקנות, הרי כלל הוא¹⁶⁸ שאם דעת אחרת מקנה, מועיל מעשה קנין גם בלי כוונת הקונה לקנות¹⁶⁹.

יש המצמצמים דרך הקנאה זו. ר' יעקב מליסא¹⁷⁰ כותב בדעת הסמ"ע¹⁷¹, שבדרך זו לוי לא קנה אם שתק, מפני שלוי יוכל להתנגד כיון שהקניין נעשה שלא בפניו¹⁷²; ואם לוי יתנגד, יצטרך שמעון המוכר להחזיר את הכסף לראובן; והרי אין קנין לחצאין, ולכן גם המוכר יכול לחזור בו עד שיסכים לוי, מפני שמסתמא המוכר התכוון שרק בזמן שיהיה הקניין גמור ביחס ללוי, שלא יוכל לחזור בו, גם המוכר לא יוכל לחזור בו, אבל לא לפני כן, כיון שאמר "קנה" ולא "זכה". אבל הוא כותב שההנחה שהניח, שהמוכר צריך להחזיר את הכסף לראובן אם לוי מתנגד - נכונה רק לרא"ש¹⁷³ שסובר שאם מקבל מתנה התנגד מיד כששמע עליה, חוזר הנכס לנותן, שלפי זה, בנידונו אם המקבל אינו רוצה לקבל, הנכס חוזר לשמעון, וממילא הכסף חוזר לראובן. לעומת זאת, לרשב"ם¹⁷⁴ הסובר שבזיכוי מתנה ע"י אחר, אם המקבל מביע התנגדות מיד כששמע, הנכס הוא הפקר, ואינו חוזר לנותן, הרי גם אם לוי-המקבל מביע התנגדות כשנודע לו, שמעון המוכר אינו צריך להחזיר את הכסף לראובן, שהרי הנכס לא יחזור אליו, והכסף כבר יצא מרשות ראובן, וא"כ נגמר המקח מיד והמוכר לא יכול לחזור בו.

כמו כן, הרי"ם¹⁷⁵ כותב שכאן לוי קנה רק אם אמר לשמעון: "שדך קנויה לי", מפני שלא שייך כאן "זכין", כיוון שהמוכר רוצה שההקנאה תהיה מיד ולחלוטין (בלי שתהיה ללוי ברירה לסרב), ולכן זה לא זכות ללוי¹⁷⁶. נראה שכוונתו היא, שמאחר שהמוכר פועל מתוך מניע עסקי, אינו מוכן שהעסק יהיה תלוי בסימן שאלה, האם יתנגד המקבל; ורק נותן מתנה, הפועל מתוך רצון להיטיב עם המקבל, מוכן שתהיה למקבל אפשרות לסרב, אם כך הוא הטוב בעיניו.

¹⁶⁵ כמו כן, דברי אמת, קונטרס ז, ס"ד, מתייחס לקנין מדין עבד כנעני כמכר ולא כמתנה, וייתכן שהבין שראובן התכוון שלוי יצטרך לשלם לו.

¹⁶⁶ נתיבות המשפט, ס"י ס, ס"ק יט, וס"י קצ, ס"ק ג.

¹⁶⁷ דיני חוזים במשפט העברי, עמ' 256.

¹⁶⁸ ליד ציון הערה 579.

¹⁶⁹ אמרי משה ס"י כה, אות כא, בהסבר דעת מחנה אפרים.

¹⁷⁰ נתיבות המשפט, קצה, ס"ק א.

¹⁷¹ סמ"ע, קצה, ס"ק יא. ראה בענין קנין בסודר של אחר, ליד ציון הערה 76, מה כתב נתיבות המשפט בדעת הסמ"ע על סמך זה.

¹⁷² רח"א מילר הסביר, שאע"פ שכאן קנה "מדין עבד כנעני", אין זה אומר שלוי אינו יכול להתנגד, שכן כשעושים קנין "מדין עבד כנעני" שלא בפני המקבל, צריך לצרף את דין "זכין", וממילא המקבל יכול להתנגד כמו בכל "זכין" (כאמור ליד ציון הערה 756).

¹⁷³ רא"ש, ב"ב, פ"ח, ס"י נא. ראה סעיף 3, פרק ד, 2 (א).

¹⁷⁴ רשב"ם, ב"ב קלח ע"א. ראה סעיף 3, פרק ד, 2 (א).

¹⁷⁵ חי' הרי"ם, חו"מ, קצה, ס"ק טז (ד"ה עוד י"ל דודאי).

¹⁷⁶ ראה בשמו בענין קנין בסודר של אחר, ליד ציון הערה 85, שאם אין למקבל אפשרות לסרב, זו חובה עבורו. ע"י בירור הלכה, קידושין ז ע"א, ציון ד, שיש אומרים שהרמב"ם סובר שאין מועיל קנין מדין עבד כנעני בכלל.

הקנאת חוב או פיקדון ע"י "מעמד שלשתן"

אם נכס של ראובן נמצא בידי שמעון בפיקדון, או שכסף שלו נמצא אצל שמעון בהלוואה, יכול ראובן לתת את הנכס או את הכסף במתנה ללוי, בזה שיאמר לשמעון בנוכחות לוי "תן את הנכס או את הכסף ללוי", ולוי קנה¹⁷⁷ בלי קנין נוסף¹⁷⁸. זהו "מעמד שלשתן".

קניין חצר

(א) כללי

אם הונח דבר המתנה בחצרו של המקבל, קנה.

חצר יכולה לקנות בתור **שלוחו** של המקבל¹⁷⁹, ויכולה לקנות בתור **ידו** של המקבל¹⁸⁰. ובמצבים מסוימים רק גורם אחד מהשניים רלוונטי, כפי שנראה בהמשך¹⁸¹.

¹⁷⁷ רמב"ם, הלכות זכיה, ג, ג; סמ"ג, עשה פב (קסא ע"ב).

¹⁷⁸ טור, חו"מ, רמא, ה; שו"ע, חו"מ, רמא, ג. דיני מעמד שלשתן עיקרם בשו"ע, חו"מ, סי' קכו. נושא זה שייך לחוק המחאת חיובים.

¹⁷⁹ קהלת יעקב, תוספת דרבנן, מע' ז, אות קט (לט ע"ג), כותב שלרמב"ם, אע"פ שזכיה ע"י בן דעת אינה מדין שליחות, זכיה ע"י חצר היא מדין שליחות (ראה הערה 680, מדוע הוצרך לומר כך).

דברי חיים (אורבך) דיני מכירה סי' י, כותב שאף שהירושלמי (הערה 931) אומר שמקבל מתנה לא יכול למנות שליח, והרי חצר קונה מטעם שליחות, בכל זאת חצר קונה במתנה, כי הנותן רוצה שהחצר יזכה לו. אולי כוונתו היא שלכן זה נחשב שליחות של בעל הממון.

חי' ר"ש שקאפ, ב"מ, סי' כג, אות ב, מקשה, הרי שליחות שייכת רק על מעשה, וחצר אינו עושה מעשה, והרשות הוא דבר שממילא ומה שייכת בה שליחות? ועוד, הרי קנין חצר הוא מצד רשות, ומה שייך בזה שליחות, לומר שקנה אף שהחפץ אינו מונח ברשות בעל החצר אלא ברשות החצר - איך יכולה רשות להיות לחצר? הוא מסביר שהשליחות אינה על ענין הרשות, אלא חפץ שבחצר הוא ברשות בעל החצר ממש בלי דין שליחות, שהרי זה המהות של רשות, שהדבר בשליטת בעל החצר; אבל כמו שבמשיכה, אף שמטרת המשיכה היא שהחפץ יהיה תחת רשותו, הרי המעשה שגורם לקנין הוא מעשה ההכנסה לרשותו, כך גם בקנין חצר, הקנין אינו בזה שהחפץ ברשותו, אלא המעשה **הפועל שיהיה החפץ ברשותו** הוא המעשה שמועיל לקנין; והיות שהחצר היא הגורם לכך שהחפץ יהיה ברשות בעל החצר, הרי שהחצר מכניס את החפץ לרשות המקבל; ויש בכך שתי אפשרויות - מדין יד, כאילו בעל החצר עצמו הכניס את הדבר לרשותו, או שהוא כמו שליח שהכניס לרשות המשלח. הוא מסביר את משי"כ בב"מ יב ע"א "חצר משום יד ולא גרע משליחות" (ותוס' שם, ד"ה חצר, הסבירו שלכן אם עומד בצד חצרו, קונה מטעם יד, ואם אינו עומד בצד חצרו, קונה רק מטעם שליחות, וקונה רק דבר שהוא זכות לו כגון מתנה) - שהוא כשליחות כאמור רק אם עושה פעולתו כעין יד, היינו שהמעשה שהחצר עושה, שמכניס לרשות בעל החצר, יהיה כמו באופן שיד עושה; ולכן אם החצר משתמרת לדעת בעליה, והכנסה זו דומה להכנסת יד - מועיל משום שליחות גם אם לא עמד הצידה, אבל בחצר מהלכת שיכולה לברוח מהבעלים, יש חסרון בפעולת החצר, שהרי מכניס לרשותו באופן שיכול לברוח מהקונה, כלומר אף שהוא שלוחו, לא עשה מעשה קנין כראוי, ולכן לא מועילה מטעם שליחות, כמו שתוס' גיטין כא ע"א (ד"ה אשה), כתבו שחצר מהלכת לא מועילה מטעם שליחות. הוא מוסיף שגם אם המקבל עצמו עושה את מעשה הכנסה (ראה בשמו בהערה 213), בחצר מהלכת או בחצר שאינו משתמר, לא מועיל, כי יש חסרון בפעולה, שלא נכנס לרשותו כראוי, שאינו משתמר לבעלים, ובחצר מהלכת, לא נחשב ברשותו כיון שיכול ללכת מהבעלים בלי רצונו.

שו"ת ראשי בשמים (גוריון), או"ח, סי' טז, אות ט, מסביר שחצרו של אדם קונה כשליח שלו, ואינו פועל כשליח של הנותן, כי ברגע שהנותן שם את החפץ בחצרו של המקבל, וסילק את עצמו מהחפץ, נפקע כוחו לענין זה שאין צורך בשליחות.

שו"ת בית יצחק, יו"ד, ח"ב, סי' קכו, אות ג, כותב שאף שבזיכוי מתנה, יש מצבים שאיש האמצע נחשב שליח גם של הנותן וגם של המקבל (ראה בשמו בהערה 965), הרי אם המקבל מינה אותו שלוחו, אינו נעשה שליח של הנותן (ראה בשמו שם), ולכן בקנין חצר, החצר הוא רק שליח של המקבל, כי רואים כאילו שלחו בעל החצר בפירוש לזכות בשבילו, ואינו צריך להיות שליח של הנותן (וחזר על כך באות ד).

להסבר משמעות השליחות כאן, ראה חוק לישראל, שליחות, עמ' 38-39. ¹⁸⁰ ב"מ יב ע"א (שתי האפשרויות).

יש שיטות שונות לגבי הגדרות אלה. רי"ף ב"מ ה ע"ב (בדפי הרי"ף) [להרחיב] כותב שחצר של גבר הוא מטעם שליחות. נתיבות המשפט, פתיחה לסי' ר (ד"ה שיטת הרי"ף), כותב שלרי"ף זה מטעם שליחות בין משתמרת ובין עומד בצדו. אבל אח"כ (בד"ה ולהרי"ף), הוא כותב שגם לפי הרי"ף, בעומד בצידה הוא מטעם יד (כדברי הפרישה, בהערה 203).

חידושי הרי"ף ב"מ יב ע"א [להרחיב] (הובא בנמוקי יוסף ב"מ ה ע"ב בדפי הרי"ף), כותב שחצר משתמרת, גם אם אינו עומד בצידה, קונה מטעם יד, משום שכל דבר שהוא זכות לו, הוא שם בחצירו המשתמר, וזה ידו הארוכה. נתיבות המשפט שם (ד"ה שיטת הרי"ף), כותב שלפי הרי"ף, גם באינו משתמרת ועומד בצידה, זה מטעם יד.

אשה קונה בקנין חצר מדין יד, כמו שהיא קונה את גטה בחצר מדין יד.¹⁸²

חצרו של המקבל קונה לו גם כשהוא ישן, מפני שחצר קונה משום שליחות¹⁸³, והרי שליחות מועילה גם כשהמשלח ישן¹⁸⁴. זאת בחצר המשתמרת, כיון שהחצר מצד עצמו משומר, ולא משנה שהוא ישן¹⁸⁵. אבל בחצר

תוס' ב"מ יב ע"א (ד"ה חצר), ורא"ש ב"מ פ"א סי' לא, כותבים שאם עומד בצידו הוא מטעם ידו, ואם אינו עומד בצידו אבל הוא משתמר, הוא מטעם שליחות.

מחנה אפרים, הלכות קנין חצר, סי' א, כותב שראב"ד (הערה 680), תוס' ב"ב נד ע"א (ד"ה אדעתא), וטור חו"מ סי' ר, ג (הערה 240), סוברים שחצר מדין יד.

אהלי אהרן ח"א סי' נ, כותב שלפי עולא, מה שבמתנה קונה חצר המשתמר גם כשאינו בצידה, הוא מטעם שליחות, אבל לר' אושעיא זה מטעם יד.

¹⁸¹ נפקות חשובה היא בגוי: ר"ש קידנאוויר בשו"ת נחלת שבעה, סי' ל (להרחיב) (הובא בחוק יעקב, תמח, ס"ק יד, וביד אפרים, סי' רמו, על מג"א ס"ק י), שו"ת נודע ביהודה מהדורא תנינא או"ח סי' סג, ונתיבות המשפט, פתיחה לסי' ר (ד"ה ולפי"ז בגוי) (בדעת הרי"ף והרא"ש), כותבים שגוי קונה בקנין חצר אם הוא עומד בצד חצירו, שאז חצרו היא כמו ידו שסמוכה לו, וגוי יכול לקנות בתורת יד, אבל אם אינו עומד בצד חצירו, לא קנה, כי מי שאינו עומד בצד חצירו אינו יכול לקנות בה בתורת יד, גם אם היא משתמרת, אלא בתורת שליחות, כאמור בתוס' ב"מ יב ע"א (ד"ה חצר) (ראה הערה 203), ואין שליחות לנכרי.

אבל קצות החושן, קצד, ס"ק ג (להרחיב), כותב שגוי קונה בקנין חצר בכל מצב, מפני שהוא נתמעט רק משליחות רגילה, שצריך שהשליח והמשליח יהיו בני ברית, אבל בחצר שאינו בני ברית, גם המשלח א"צ להיות בני ברית. חי' ר"ש שקאפ, ב"מ, סי' כג, אות ו, מנמק על פי מה שכתב (ראה הערה 213) שקנין חצר מועיל בלי שליחות אם בעל חצר או הנותן עושים בעצמם את ההכנסה לחצר, ולכן אם הניח הגוי את החפץ תוך חצרו, או אם המקנה הכניס את החפץ בחצר הגוי, קנה אף שאינו בר שליחות; ואמנם בלי סיוע החצר אין כאן מעשה מצד האדם, מ"מ המעשה שלו פועל, כי בכל קנין חצר, פועלת ההכנסה והרשות נחשבים דברים נפרדים, וכך לענין האדם. לעומת זאת, נתיבות המשפט, פתיחה לסי' ר (ד"ה ד), דוחה את דברי קצות החושן, על פי מה שהסביר קצות החושן עצמו שקטן לא קונה בקנין חצר (כאמור ליד ציון הערה 677) כפי שכתב רש"י קידושין מב ע"א (ד"ה והא) שאינו עושה שליח לגדול משום שעיקר שליחות כתוב בגט שהוא רק בגדול, ולכן גם לחצר אינו יכול לעשות לשליח, ולפי זה גם גוי אינו יכול לעשות חצר שליח כי עיקר שליחות כתוב בגט וגט הוא רק בישראל.

נתיבות המשפט, פתיחה לסי' ר (ד"ה ולהר"ן) כותב שלר"ן גוי קונה בחצר המשתמרת גם אם אינו עומד בצידו כי קונה מטעם יד. ובסי' ר, ס"ק טו, כותב שבגוי, אין חצרו המשתמרת קונה שלא מדעתו, כי היא מדין שליחות ואין לו שליחות, ורק מדעתו קונה מטעם יד. ובספרו מקור חיים, תמח, ס"ק ה (כט ע"א במהד' תרכ"ב), כותב שגוי קונה בחצר אם הוא עומד בצדו או שהחצר משתמרת, שאז מועיל מטעם יד ולא מטעם שליחות.

שו"ת חתם סופר, יו"ד, סי' שי, עושה הבחנה: בחצר מדעתו, גוי קונה אף שאינו קונה ביד (לדעה שאינו קונה במשיכה - ראה הערה 19) ואין לו שליחות, ומה שנאמר בב"מ יב ע"א שחצר מטעם יד או שליחות, הוא בחצר שלא מדעתו, שזה קנין שהתורה חידשה, ובזה גוי קונה. בסי' שטז, כתב שגוי קונה בחצר אם הוא מכניס את דבר המתנה לחצרו כשלו ממש, שקונה אף בלי החידוש שהתורה חידשה קנין חצר, ואז אין צורך בשליחות או ביד.

שו"ת בית יצחק, יו"ד, ח"ב, סי' ככו, אות ג, עושה הבחנה אחרת: בגוי הקונה מישראל לא מועיל קנין חצר (אם אינו בצידה), כי החצר הוא שליח של המקבל, כדברי ר"ש קידנאוויר, אבל בישראל הקונה מגוי מועיל קנין חצר כי החצר הוא שליח של המקבל בלבד (ראה בשמו בהערה 203).

שו"ת בית יצחק יו"ד ח"ב קו"א סי' יב אות ד, כותב שמי שמכר לגוי חמץ (שפירט את תוכנו) אם הקרקע שתחתיו, ואמר שאם שכח משהו מהחמץ שלא פירט, הוא נותן לו במתנה, הגוי קנה ע"י קנין חצר, כיוון שאמר בפירוש שאם שכח איזה חמץ, הוא נותן במתנה, וזה לא בגדר דבר שאינו מצוי להיות שם (שאז לא קנה, כאמור ליד ציון הערה 201), לכן החצר קונה.

וראה הערה 200, שעבודת הגרשוני כותב בסתם שגוי קונה בחצר אף שלא מדעתו.

בהקדש: נתיבות המשפט, פתיחה לסי' ר (ד"ה ולזה אתי שפיר), כותב שהנותן מתנה להקדש קנה ע"י חצר של הקדש כי יש שליחות מבעל הממון, וגם אינו חב לאחרים. על קנין חצר בחצר של הקדש, עי' חוק לישראל, נאמנות בנכסים עמ' 77. וראה ליד ציון הערה 677, על קנין חצר בקטן ובקטנה.

על דיני קנין חצר עי' ס' המקנה (סופר), ח"א כלל ג וכלל טו; אנציקלופדיה תלמודית, ע' חצר (ב); פתחי חושן, קניינים, פרק ח; משפט הקנין, חלק ג, שער יא.

¹⁸² רי"ף שם; שו"ת נפש חיה, חידושים בסוף הספר (סה ע"ב). יש נפקות מכך לענין קטנה - ראה ליד ציון הערה 695. מחנה אפרים, הלכות קנין חצר, סי' א, כותב שגם לרי"ף שחצר של אשה משום יד, במתנה שזכות הוא לה, קנתה לה חצרה מדין שליחות גם אם אינה עומדת בצדה.

¹⁸³ ראה ליד ציון הערה 203.

¹⁸⁴ מחנה אפרים, הלכות קנין חצר, סי' טו.

¹⁸⁵ נתיבות המשפט, פתיחה לסי' ר (ד"ה וחצר המשתמרת), וסי' ר, ס"ק טו.

שאינה משתמרת, לדעה¹⁸⁶ שקנה רק אם המקבל עומד בצידה כדי שייחשב יד, הרי אם הוא ישן בצידה, לא קנה, כי לא די שיהיה סמוך לה אלא צריך שתהיה דעתו עליו לשומרו, ורק אז נחשב ידו¹⁸⁷.

גם אם דבר המתנה הוא דבר שהמקבל אינו יכול לתפוס, כגון צבי שרץ אחריו ואינו תופס אותו, חצרו קונה משום ש"דעת אחרת" מקנה לו¹⁸⁸.

אם כלי של הנותן נמצא בחצרו של המקבל, והניח בכלי את דבר המתנה, לא קנה המקבל את המתנה בקנין חצר¹⁸⁹.

דבר שאסור לזכות בו, אינו נקנה בקנין חצר, אף שאם עשה בו קניין אחר, קנה¹⁹⁰. זאת גם אם ידע והתכוון לקנות¹⁹¹. דוגמאות לכך: ביצים שאמם רובצת עליהם, שאסור לזכות בהם בלי לשלח את האם, משום מצוות שילוח הקן¹⁹², פירות שביעית, שאסור לזכות בהם בשנת השמיטה¹⁹³, וחמץ בפסח, שאסור בהנאה¹⁹⁴.

(ב) בלי ידיעת המקבל

המקבל קונה אם זו חצר משתמרת, גם אם המקבל לא היה שם¹⁹⁵, וגם שלא בידיעתו¹⁹⁶. הטעם שחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו הוא מטעם "זכין לאדם שלא בפניו"¹⁹⁷; או כי אדם מתכוון באופן כללי, שחצרו תקנה לו כל מה שיוכל לקנות, ולכן רואים כאילו יש לו כוונה לקנות נכס ספציפי זה¹⁹⁸; או, שבחצר אין צריך דעת בכלל, מפני שהחצר עצמה קונה, ולא כוונת בעל החצר¹⁹⁹.

¹⁸⁶ ליד ציון הערה 202.

¹⁸⁷ נתיבות המשפט, פתיחה לסי' ר (ד"ה לכן נראה וד"ה ולענין אי קונה).

¹⁸⁸ רא"ש, ב"מ, פ"א, סי' לא; שו"ע, חו"מ, רסח, ד; שו"ת מהרי"ט, חלק א, סי' קנ; שו"ת שארית יוסף (ידיד) ח"ב חו"מ סי' ב (עמ' ריא).

¹⁸⁹ שו"ע, חו"מ, ר, ה.

שו"ת אחיעזר חלק ב, סי' כה אות ט, כותב שהמקבל אינו יכול לקנות את העובר של בהמה שהיא בחצרו, בקנין חצר, כי הבהמה שייכת לנותן, וזה כמו אם דבר המתנה מונח בתוך כלי של המקנה בחצר של הקונה.

¹⁹⁰ ב"מ קב ע"א; חולין קמא ע"ב.

שו"ת בית יצחק או"ח סי' סא, אות ג, מסביר שאע"פ שגנב קונה את הגניבה בקנין חצר (ב"מ י ע"ב), אין לומדים משם שחצר קונה דבר אסור, מפני שגנב לא קונה את גוף הדבר אלא לענין חיוב אונס וכפל, ואין ללמוד מזה לקניית גוף הדבר. אבל הוא מעיר שבסנהדרין עב ע"א יש מחלוקת האם יש לגנב קנין בחפץ, ובזה יהיה תלוי האם חצר קונה אסור. באות ד, הוא מוסיף לנמק שגם חצר משתמרת נחשבת שאינה משתמרת לענין קניית דבר שאסור בהנאה, כיוון שמצוה לשורפו או לקוברו, ועוד, שבעל החצר אינו רשאי למחות במי שבא ליטול את הדבר, כמו שכתב נתיבות המשפט, רעה, ס"ק א, שאסור לשמור איסורי הנאה ואסור למחות במי שבא ליטול אותם, והוא כמי שמניח חפץ ברה"ר ובמקום שאינו משתמר, וגם אם עומד בצידה, אין זה מועיל כשמירה. אבל הוא מפקפק בסברה זו, שכיון שהחצר נעולה ומשתמרת מצד עצמה, אין זה משנה שאסור לשמור; ועוד, שגם אם נקבל סברה זו, היא אינה שייכת אם עומד בצידה, לשיטת הרא"ש שאם עומד בצד החצר, קנה מטעם יד (הערה 203).

¹⁹¹ חידושי הריטב"א, ב"מ שם.

¹⁹² חולין וב"מ שם.

¹⁹³ שו"ת בית יצחק, יו"ד, ח"ב, סי' פא, אות כא. הוא כותב שבשביעית, גם אם התכוון שתזכה לו חצרו, לא קנה, שאל"כ בטלה מצות שביעית, כי כל אחד יאמר "תזכה לי חצרי"; ועוד שבשביעית נחשב חצר שאינה משתמרת כי אסור למחות במי שבא לקחת.

¹⁹⁴ שו"ת בית יצחק או"ח סי' סא, אות ד.

¹⁹⁵ רמב"ם, הלכות זכיה, ד, ח; סמ"ג, עשה פב (קסא ע"ד); רא"ש, ב"מ, פ"א, סי' לא; חידושי הר"ן, ב"מ יא ע"ב; טור, חו"מ, רמג, כה; שו"ע, חו"מ, רמג, כ; גן נעול כפתור ג פרח ה (כד ע"א) (כי דעת אחרת מקנה).

¹⁹⁶ ב"מ י ע"ב; רמב"ם, הלכות זכיה, ד, ח; רא"ש, ב"מ, פ"א, סי' לא; שו"ת מהרי"ט, ח"א, סי' קנ. יד רמה, ב"ב, פ"ג, סי' קטו, עושה השוואה בין דין זה לדין שמועיל קנין בלי כוונה לקנות (ליד ציון הערה 579).

נתיבות המשפט, קצו ס"ק ד (ובדומה בספרו בית יעקב, כתובות פו ע"ב), כותב שחצירו קונה שלא מדעתו גם אם הנותן לא הקנה במפורש אלא יש רק אומדנא שהוא רוצה להקנות.

¹⁹⁷ קהלת יעקב, תוספת דרבנן, מע' ז, אות קיט (לט ע"ג), ע"פ ב"מ יב ע"א.

¹⁹⁸ דברי אליעזר (פינקל), ב"מ, סי' ח, ס"ק ז, בדעת תוס', ב"מ יא ע"א (ד"ה ילפינן).

¹⁹⁹ דברי אליעזר שם, בדעת נימוקי יוסף.

מדובר שהמקבל אינו יודע שהדבר בחצרו, ואילו ידע היה רוצה לקנות; אבל אם הוא יודע שהדבר שם ואינו מתכוון לקנות, אינו קונה²⁰⁰.

דבר שאינו רגיל להימצא בחצר, אינו נקנה בקנין חצר שלא מדעתו²⁰¹.

(ג) חצר שאינה משתמרת

אם זו חצר שאינה משתמרת, יש אומרים שהמקבל קונה בה רק אם הוא עומד בצידה בשעה שהנכס מוכנס בה ואומר: "זכתה לי חצרי"²⁰², מפני שרק חצר המשתמרת קונה שלא בפניו מטעם שליחות, מפני שהיא דומה לשליח, שהוא משתמר, אבל אם אינה משתמרת, אינה יכולה לקנות בתורת שליחות אלא בתורת יד, והיא

²⁰⁰ תוס' ב"ב נד ע"א, ד"ה אדעתא (הובא בנחלת יהושע סי' כג, דף ע"ב, ובשו"ת נפש חיה, חידושים בסוף הספר דף סג ע"ד ודף סד ע"ד).

דעות חולקות: מחנה אפרים ה' קנין משיכה סי' ה (הובא בשו"ת בית יצחק, יו"ד, ח"ב, סי' פא, אות כא), כותב שמה שכתבו תוס' שאם ידע שזה בחצר ולא התכוון לקנות, לא קנה, הוא כי דעתם היא שחצר משום יד, אבל רי"ף ורמב"ם סוברים שחצר משום שליחות, ולכן קנה גם במצב זה.

שו"ת עבודת הגרשוני סי' קב, בסופו (הובא בשו"ת נפש חיה, חידושים בסוף הספר דף סד ע"א), כותב שגוי אינו מתכוון לקנות, ובכל זאת חצרו קונה שלא מדעתו. שו"ת בית יצחק, יו"ד, ח"ב, סי' קכו, אות ח, מדייק מזה שחצר קונה שלא מדעתו גם אם הוא יודע שהחפץ שם ואינו מתכוון לקנות, שלא כתוס' שם (וראה ליד ציון הערה 579, על חוסר כוונה לקנות). באות ט הוא עושה הבחנה: אם לא התכוון לקנין, קנה, אבל אם בשעת מעשה התכוון לקנות בקנין שאינו מועיל, ועשה קנין מועיל שלא התכוון אליו, לא קנה, בחצר וביד (אך הוא מציין שמשנה למלך, הלכות זכיה, ב, ט, כתב להיפך לעניין זכיה מהפקר). והוא מדייק משו"ת מהרי"ט ח"א סי' קנ, שידו וחצרו קונים שלא מדעתו גם אם אינו מתכוון לקנות. באות י כתב שרוב הפוסקים סוברים כעבודת הגרשוני, שחצר קונה שלא מדעתו גם אם אינו מתכוון.

שו"ת חתם סופר, יו"ד, סי' שיג, כותב שתוס' עצמם דיברו דוקא בשאין דעת אחרת מקנה, כגון במציאה או דבר הפקר שנכנס לחצרו, אבל במתנה קנה גם בלי כוונה לקנות.

הבחנה: יד אפרים על מגן אברהם, רמז, ס"ק י, כותב שאם הנותן התכוון להקנות, המקבל קנה ע"י קנין חצר אף אם לא התכוון לקנות, כמו שהדין כך בכל מעשה קנין (כאמור ליד ציון הערה 579); וכמו בכל קנין, קנה רק אם כוונת הנותן היתה באותו זמן שהקונה עשה מעשה קנין, אבל אם בשעה שנתן את המתנה (והתכוון להקנות), לא היה החפץ בחצר של המקבל, ורק אח"כ הגיע לחצר, לא קנה כי אז לא היתה כוונה למקנה. גם שו"ת בית יצחק, יו"ד, ח"ב, סי' פא, אות ו, כותב כך בתחילה בדעת תוס' שם. אבל אח"כ הוא כותב כמו שכתב בסי' קכו הנ"ל, שאם לא התכוון לקנות כלל, קנה, אבל אם התכוון לקנות בדרך שאינה מועילה, לא קנה. ובאות ז כתב שאפשר לדחות את הוכחת תוס', ולכן חצר קונה גם אם בשעת המתנה לא היה החפץ בחצר ורק אח"כ נכנס לחצר בלי דעת המקבל והנותן. הוא מוסיף, שמחנה אפרים שם, כתב שגם לתוס', בקניית חפץ הפקר, דוקא אם החפץ היה בחצר ובעל החצר ידע שהוא הפקר ולא התכוון לקנותו - לא קנה, אבל אם לא ידע שזה הפקר, חצרו קונה; ולפי דבריו, גם במתנה, אם החפץ בא אח"כ לחצר, קנתה החצר אף אם לא ידע המקבל שניתנה לו מתנה. ובאות ט, נימק ע"פ נתיבות המשפט, קצו, ס"ק ד, שכותב שמועיל קנין חצר גם אם לא היה דעת קונה ודעת מקנה בשעה שנכנס החפץ חצר, אם יש אומדנא דמוכח שהמקנה רוצה להקנות, וחצר קונה בלי דעת; לפי זה אם הנותן אמר שהוא נותן, המקבל קנה כשבא אח"כ לחצר גם בלי כוונה לקנות, מפני שיש אומדנא דמוכח שהנותן רוצה להקנות למקבל. גם באות י כתב שכיון שמועיל אומדנא דמוכח על כוונת המקנה להקנות בקנין חצר, גם בלי כוונה מפורשת, לכן אם אחרי נתינת המתנה, לקח המקבל את דבר המתנה לביתו, קנאו בקנין חצר, גם בלי כוונה לקנות.

²⁰¹ תוס' ב"ב נד ע"א (ד"ה אדעתא); ראבי"ה המובא באור זרוע, ב"מ, סי' עא, במרדכי ב"מ סי' רנח, ובהגהות אשרי ב"מ פ"ב, סי' ט.

דעה חולקת: מחנה אפרים, הלכות קנין משיכה סי' ה, כותב שהרמב"ם הלכות גזילה ואבידה, טז, ח, חולק על הראב"ה, שהרי נימק שמטמון שנמצא בכותל ישן לא נקנה לבעל הכותל בקנין חצר מפני שהוא אבוד ממנו ומכל אדם, משמע שאפילו דבר שלא שכיח להימצא, כל שאינו אבוד מכל אדם ועתידי להמצא, קנה לו חצרו שלא מדעתו. הוא כותב שכך גם דעת ר"ת שהביא שם המרדכי, שכתב שהטעם שלא קנה בעל הכותל הוא משום שדבר שאינו יכול להמצא לא קנה לו חצרו, אבל בדבר שעתידי למצוא אותו כשיכנס לחצרו, חצרו קנה לו.

²⁰² רמב"ם, הלכות זכיה ומתנה, ד, ט; סמ"ג, עשה פב (קסא ע"ד); רי"ף, ב"מ ה ע"ב (בדפי הרי"ף); שו"ע, חו"מ, רמג, כא.

מגיד משנה, הלכות גזילה ואבידה, יז, ח, כותב שמה שארבע אמות קונות גם אם לא אמר "יקנו ליי" (ראה ליד ציון הערה 263, ובהערה שם על דברי מגיד משנה), הוא משום שיכול להתכופף וליטול את החפץ, משא"כ בקנין חצר. כסף משנה שם מסביר שכיון שטעם קנין ארבע אמות במציאה הוא שלא יריבו (כאמור ליד ציון הערה 259), אין צורך באמירה, כי אילו היו מצריכים אמירה, עדיין היו רבים. בית הלוי, ח"ג, סי' מה, אות ה, כותב שכוונת מגיד משנה היא שבקנין ארבע אמות, כיון שיכול להתכופף וליטול, הוא משתמר, שאם יראה שירצה אחר לבא וליטול, הוא יתכופף ויטול, ולא יניח לאחר, והרי בחצר המשתמר לא צריך אמירה גם לרמב"ם; ולפי"ז גם בחצר שאינה משתמרת, אם החפץ קרוב לו תוך ארבע אמות, א"צ אמירה, כיון שמשתמרת וקונה מדין תורה. הוא מביא ראיה מחידושי הרי"ף ב"מ יא ע"א (ד"ה ואמר זכתה) שנימק שבארבע אמות לא צריך אמירה כי הן משתמרים לו.

יכולה להיחשב כידו רק אם הוא ליד חצרו²⁰³. הסבר אחר הוא שאמירתו "זכתה לי חצרי" היא בגדר מינוי שליחות, ואז אף שאינה משתמרת, החצר קונה מדין שליחות²⁰⁴. הסבר אחר הוא שאם עומד בצד חצר שאינה משתמרת, ע"י עמידתו יחד עם אמירתו היא נעשית משתמרת, אבל אם לא אמר כך, מסתמא אינו שומר את הדבר²⁰⁵.

דעה אחרת היא שהוא קונה גם אם לא עמד ליד החצר ואינה משתמרת בכלל²⁰⁶, מפני שהחצר פועלת כשלוחו של הנותן²⁰⁷; ועוד, שהיות שדעת אחרת מקנה, שום אדם לא יכול לזכות בחפץ אלא מדעת הנותן, ואנשים אחרים בדלים מהחפץ, כך שלמעשה החצר משתמרת לדעת המקבל, גם אם מבחינה פיזית אינה משתמרת לא לדעת הנותן ולא לדעת המקבל²⁰⁸.

עמדת ביניים היא שקנה גם אם המקבל לא עמד לידה, ובלבד שהיא משתמרת ע"י הנותן²⁰⁹, כי המקבל מחשיב את שמירת הנותן כשמירת עצמו²¹⁰, ואז קנה המקבל גם אם לא ידע על המתנה, מפני שגם בלי ידיעתו, הנכס נשמר עבור המקבל, ולשם כך די בשמירת הנותן²¹¹.

בחצר שאינה משתמרת, אם עומד בצדו קנה אפילו שלא מדעתו²¹².

(ד) חצרו ומתנתו הבאים כאחת

יש אומרים שהנותן אינו יכול להקנות מיטלטלין במתנה בקנין חצר ע"י שיתן למקבל או ישכיר לו (בקנין חזקה, לדוגמה) את החצר שבה נמצאים המיטלטלין, ואין אומרים "חצרו ומתנתו באים כאחת"²¹³, כי אי

²⁰³ פרישה, חו"מ, רמג, כה.

²⁰⁴ מחנה אפרים הל' קנין חצר סי' ב.

²⁰⁵ קהלות יעקב ב"מ (תשמ"ח) סי' כד אות ה, בדעת ר' חננאל המובא בס' התרומות שער מט חלק יח אות ב.

²⁰⁶ חידושי הר"ן ב"מ יא ע"ב (הובא בשו"ת בית יצחק יו"ד ח"ב קו"א סי' יב אות ה); שו"ת מהרי"ט ח"א סי' קנ (ד"ה איברא).

²⁰⁷ ר"ן שם.

²⁰⁸ תוס' רבינו פרץ, ב"מ יא ע"ב (הובא בשו"ת ארץ צבי (ראם) סי' ד דף ח ע"ג).

²⁰⁹ רא"ש, ב"מ, פ"א, סי' לא (הובא בב"י, חו"מ, ר, א, ובקצות החושן, רלה, ס"ק ד); רמ"א, חו"מ, ר, א; סמ"ע, רמג, ס"ק לו (על דעת הנותן או באי כוחו); שו"ת בית יצחק, יו"ד, ח"ב, סי' פא, אות יט.

שו"ת נפש חיה, חידושים בסוף הספר דף סד ע"ב-ע"ג, מיישב את קושיית הש"ך על דעה זו - עיי"ש.

טור, חו"מ, רמג, כה, קרבן נתנאל, קידושין, פ"א, סי' יב, אות ע, ושו"ת יפה נוף חו"מ סי' נו, מביאים את מחלוקת הרמב"ם והרא"ש.

²¹⁰ שו"ת חתם סופר, חו"מ, סי' סו, אות א (ד"ה והנה מלבד).

אבל הוא כותב שהמקבל אינו יכול להקנות את הנכס אח"כ לצד שלישי ע"י אותו החצר, על סמך שמירת הנותן, שהרי הנותן הראשון שהחצר משתמר לדעתו כבר הסתלק מהקרקע ומהמטלטלין לגמרי, והחצר אינו משתמר עתה לא לדעת המקבל הראשון (שהוא הנותן הנוכחי) ולא לדעת הצד השלישי, ואין ערך לשמירתו של הנותן הראשון שהוא עתה כאדם זר. והוא חוזר על זה באות ב (ד"ה מיהו אין).

מחנה אפרים, הלכות קנין חצר, סי' ב, מנמק דעה זו, שכיון שהמתנה באה לו בחנם, דעת המקבל מסכימה לשמירת הנותן. אבל הרמ"א שם כותב שגם **במכר**, קנה אם משתמרת ע"י המוכר.

המקנה, קו"א סי' ל סעיף א, נימק שמועילה שמירת הנותן, כי הנותן מסתלק מהנכס, וכאילו הפקיר אותו, ולכן בשמירת הנותן, הוא כמו המפקיר משהו ומגביהו לצורך חברו - שזכה חברו.

לבוש, חו"מ, רמג, כא, מנמק מצד שהנותן מתנה בעין יפה נותן (ב"ב סה ע"א). אבל הסמ"ע דוחה נימוק זה, שהלא דעה זו סוברת שגם במכר קנה בחצר שאינה משתמרת.

²¹¹ דברות משה ב"ק סי' עד ענף ד (קכג ע"ד). והוא כותב שלענין להחשיב את החצר כמשתמרת, א"צ דין זכיה.

²¹² מחנה אפרים, הלכות קנין חצר, סי' ב, בדעת הרא"ש והרשב"א.

²¹³ חידושי הריטב"א קידושין כו ע"א, ד"ה מנא (שקנין חצר לא יכול לקנות קרקע ומטלטלין כאחת); ש"ך, חו"מ, סי' קצח, ס"ק ז, וסי' רב, ס"ק ג (הובא בשו"ת הרי בשמים ח"ב סי' קצא); שו"ת זכרון יהונתן, חו"מ סי' ג (קכא ע"א בהגהה); הגהות ויאמר שלום, על שו"ת נודע ביהודה מהדורא תנינא או"ח סי' סג, בדעת מהרי"ט אלגזי בכורות דף יב ע"ב (בדפי מהרי"ט) אות כב, בתירוץ הראשון; חידושי ר"ש שקאפ, ב"מ סי' כג אות א.

ראה הערה 551, שיש אומרים שהט"ז סובר כדעה זו.

ח"י מהרי"י בי רב, קידושין כז ע"א, מביא שהראב"ד כתב שבקנין חצר לא מועיל אם מקנה את המטלטלין באותו זמן שמשכיר את המקום. אבל יש שם גירסה אחרת, שלא מועיל אם הקנה קודם את המטלטלין; וזה תמוה, שהרי זה פשוט, וגם אינו מתאים למהלך הדברים (עיי"ש במהדי' מכוון ירושלים).

דברי אמת, קונטרס ז, דף סב ע"ג-ע"ד, כותב שמשו"ת ראנ"ח ח"א סי' עז נראה כש"ך; וכותב שאפשר לומר ק"ל כדעה זו.

שרשי הים, ח"א, שורש ברירה, סעיף כ (צט ע"ב), ושו"ת חתם סופר - קובץ תשובות סי' פט (מתוך שו"ת עטרת חכמים (תאומים), חו"מ סי' יד), כותבים שזו גם דעת תוס' ע"ז ע"א ע"א (ד"ה רב אשי), שכתבו שכדי שגוי יקנה בהמה ע"י קנין חצר, צריך להקנות לו חדר, ע"י קנין חזקה, ואח"כ ימשוך הגוי את הבהמה לאותו חדר, ולא אמרו שיניח הישראל את הבהמה באותו חדר ואח"כ יקנה את החדר לגוי והגוי יקנה בכך בקנין חצר; והטעם הוא כי אז לא יועיל כי לא אומרים "חצרו ומכירתו באים כאחת".

ראיות לדעה זו: נחלת יהושע סי' כג (סז ע"ד-סח ע"ב) מביא ראייה מגיטין לט שלא אומרים באים כאחד בקניינים - עיי"ש. הוא מביא (בדף סח ע"ג-ע"ד) עוד ראייה מירושלמי נדרים ה, א, האומר ששותפים בחצר קונים זה מזה בקנין חצר, אלא שאם המיטלטלין היו צבורים בחצר מקודם, לא קונים, והטעם הוא, שאם ראובן צבר בה את נכסיו, נעשה חצרו בגלל השימוש, ולא ייתכן שייחשב חצרו של שמעון שיוכל לקנות בקנין חצר, ואין לומר שחצרו וידו באים כאחת, כי בדבר שצריך קנין לא אומרים שבאים כאחת. הוא מביא עוד ראייה לכך (בדף סט ע"א) - עיי"ש.

קושיות על דעה זו: שיטה לא נודע למי, קידושין כו ע"א, מקשה על דעה זו מבי"מ יא ע"א-ע"ב, ששם נאמר שר"ג הקנה תרומות ומעשרות לר' עקיבא ולר' יהושע ע"י שהשכיר להם את מקום הפירות. אהלי אהרן ח"א סי' נ, מיישב ע"פ מה שכתב בס"י מח-מט שם (ראה בשמו בסעיף 3 וסעיף 5), שבמתנות כהונה הכהן מקבל בעלות גם בלי מעשה קנין, ודי בנתינה, וגם יד אפרים, על שו"ע, יו"ד סא, ח, כתב שא"צ קנין לזכות במתנות כהונה, ולכן די להשכיר לכהן את המקום שבו מונח המעשר, כדי שייחשב שהישראל נותן לרשותו של הכהן, וצריך קנין רק כדי לקנות את החצר ולא לקנות את המעשר.

דברי אמת, קונטרס ז, דף סב ע"ד, פני יהושע, קידושין כו ע"א (ד"ה גמרא), שו"ת נפש חיה, חידושים בסוף הספר, דף סד ע"ד, ור' משה סולובייצ'יק, מוריה גל' קנו עמ' כא, מתרצים שקודם השכיר לו רבן גמליאל את החצר, ואח"כ הקנה לו את המעשר, כך שזה לא בבת אחת (ראה ליד ציון הערה 223 דעה שגם בזה אחר זה לא קנה). אבל קצות החושן קצח, ס"ק ב, דוחה תירוץ זה - עיי"ש; ר' משה סולובייצ'יק שם דוחה את דחייתו - עיי"ש.

שו"ת נפש חיה, חידושים בסוף הספר, דף סד ע"ב, מיישב ששם היתה לר"ג רק טובת הנאה, כמפורש בב"מ שם, ורש"י ב"מ יא ע"ב (ד"ה אינה), הסביר שהוא הפקיר אותה לגביהם, וחצרו קנתה להם כקניית הפקר; וכיון שקנתה חצרו כקונה מהפקר, מועיל גם באופן שבאים כאחד - עיי"ש שהוא מוכיח שבמצאה אומרים שקנין המקום וקנין החפץ באים כאחד. גם שו"ת חתם סופר, או"ח, סי' קיז (ד"ה שוב) מיישב שרבן גמליאל נתן טובת הנאה, שנקנה בדיבור בעלמא כמו במכירי כהונה (גיטין ל ע"א), ולכן נקנה בקנין אחד עם החצר, שכיון שאמר "מעשר ניתן ליהושע" אינו יכול לחזור בו כי הוא כמכירי כהונה, וממילא קנאו ר' יהושע בקנין קל ע"י חצרו בבת אחת.

לתירוץ נוסף ע"י שו"ת בית יצחק, יו"ד ח"ב סי' קכו אות ד.

דברי אמת, קונטרס ז, דף סג ע"א, מביא ראייה נגד הש"ך - עיי"ש.

ר' משה סולובייצ'יק, מוריה גל' קנו עמ' כא, מקשה על הש"ך מגיטין כג - עיי"ש.

משפט שלום, סי' קפט, בסופו, ושערי זיו, ח"א, סי' צז (קסה ע"ב-ע"ג), מקשים על דעה זו, איך חשבה הגמרא בגיטין לט ע"ב לומר שמועיל חליפין בשחרור עבד, בכליו של מקנה, הרי אין לו יד, ובקנין אין "גיטו וידו באים כאחד"? שערי זיו מתרץ (בדף קסה ע"ד) שמועיל אף שאין לו יד, כי היה שם יאוש ומחילה, א"כ נפקע בקנין הממוני מצד היאוש, והיאוש והקנין חלים בבת אחת; וכיון שיש יאוש, יש לו יד להשתחרר גם מקנין האיסור. עיי"ש שהוא מתרץ קושיה זו באופן נוסף. אמרי משה סי' כה, אות ד, מיישב על פי השיטה שעבד יכול לקבל מתנה מהאדון (ראה סעיף 1א), כך שגם לפני שהשתחרר הוא יכול לזכות בכלי; והרשב"א (ראה שם) שסובר שאדון אינו יכול לתת מתנה לעבדו, טעמו כי העבד זוכה אבל האדון זוכה ממנו חזרה, אבל בשחרור בחליפין, ברגע שהעבד זכה, משתחרר, וכבר לא יוכל האדון לזכות ממנו. אבל באותו ח הוא דוחה תירוץ זה, בכך שהוא מוכיח שלרשב"א עבד אינו יכול לזכות בכלל.

ההבדל בין מתנה לגט: מחצית השקל, תרלז, ס"ק ז, מקשה על דעה זו, הרי בגט אומרים "גיטה וחצירה באים כאחת", במצב שהבעל מניח את בגט בחצרו ומקנה לה את החצר (גיטין עז ע"ב), ואומרים כך גם בשטר שחרור של עבד, שגטו וידו באים כאחת (גיטין שם)? יש על כך תשובות אחדות. (א) הפלאה כתובות פו ע"ב (ד"ה מיהו), קצות החושן סי' ר ס"ק ה (הובא באחיעזר חלק א, סי' כח אות יא, בזכרון שמואל (מודרך), גיטין כא ע"א (ד"ה אם), בשערי ציון (שטרנפלד) ח"א סי' יג (מד ע"ג), נחלת יהושע סי' כג דף סו ע"ד, במנחת שלמה (ליון) סי' ט עמ' לח, וסי' י עמ' לט, בלב ים, גיטין, סי' כא, אות ז, בקהלות יעקב ב"מ (תשמ"ח) סי' כז, וע"י ר' ברוך מרדכי אזרחי, קבא דקשייתא (מהד' מנדלבוים), קושיה נג, עמ' רד), ואבני מילואים, סי' לה, סי' יג, וסי' קלט, ס"ק יג [להרחיב] (הובא בבית אהרן וישראל גל' נד עמ' סד), ח"י ר"ש שקאף, ב"מ סי' כג אות א, ואהלי אהרן ח"א סי' נ, מסבירים שבגט א"צ הקנאה אלא נתינה, שהרי אפשר לגרש אותה בעל כרחיה, ורק במקום שצריך זכייה אין אומרים "באים כאחת".

אמרי משה סי' כה, אות ו, מבאר את הסבר קצות החושן, ביחס לנותן שהכניס את שטר הקנין לחצר (ליד ציון הערה 220), שבשטר קנין, ע"י מה שהמקבל זוכה בשטר, נקנה הקרקע למקבל, ולכן זכיותו בשטר היא רגע לפני קניית הקרקע, ולכן אין לומר שבאים כאחד, כי צריך להתחיל קודם בקניית השטר, וזה לא ייתכן כל זמן שאין לו יד לזכות בו; אבל בגט, אמנם האשה קונה אותו, אבל אין זה אומר שע"י שהיא קונה את הגט, נפקעת מרשות הבעל, אלא העיקר היא הנתינה, ואז היא נפקעת מרשות הבעל, וכן בעבד, באותו רגע חל הנתינה והשחרור.

קנין תורה בשמעתתא פ' אמור אות ג (עמ' ריח), מבאר שכוונת קצות החושן היא שאין לנו להוסיף על מה שאמור בגמרא, ולא מצאנו שאמרו "באים כאחד" במקום שצריך זכייה.

ח"י הרי"ם, גיטין ח ע"ב, עמ' לו (ד"ה ולכאורה), ואמרי משה, סי' כה, אות יב, מקשים על הסברו של קצות החושן, א"כ מדוע בכותב כל נכסיו במתנה לעבדו, יצא בן חורין וקנה את הנכסים (גיטין ח ע"ב), הרי מה שעבד יכול לקבל את גטו אף שאין לו יד (כי מה שקנה עבד קנה רבו), הוא רק כי גטו וידו באים כאחד, כאמור, אבל לענין המתנה צריך זכייה, שבה אין אומרים באים כאחד? משפט שלום, סי' קפט, בסופו, והרי"ם (שם ד"ה אך) מיישבים, שכיון שהוא משתחרר בלי

אפשר לעשות שני קניינים בבת אחת²¹⁴, שהרי הוא צריך קנין לקנות את החצר ואינו יכול לקנות בבת אחת גם את מה שיש בחצר²¹⁵; ועוד, שהלכה היא²¹⁶ ששלוחו של הנותן אינו יכול להיות שלוחו של המקבל, וכאן הנותן

זכייה אלא בנתינה בלבד, אומרים שבאים כאחד לגבי השחרור, ויש לו יד ע"י שחרורו בלי קניית הנכסים, וממילא יכול לזכות במתנה. משפט שלום מוסיף שבה מיושב גם הלכה דומה בגיטין כא ע"א, במי שנתן גט אשה ביד עבדו ונתן לאשתו את העבד במתנה.

(ב) קצות החושן, קצח ס"ק ב, מסביר בדרך אחרת: שבאשה, שחצרה הוא מדין יד (ב"מ יב ע"א), גיטה וידה באין כאחת (כלומר, הבעל כאילו נתן את הגט לידה, ואמנם עד עכשו זה לא היה נחשב ידה, אבל רגע הגירושין הופך אותו לידה), אבל חצר של איש שהוא מתורת שליחות (ראה הערה 203), לא אמרו חצרו ומתנתו באין כאחד (כלומר, שצריך פעולה אחת שתעשה את החצר להיות שלוחו, ופעולה אחרת שתקנה את החפץ ע"י השליח). ח"י ר"ש שקאפ, ב"מ, סי' כג, אות א, דוחה הסבר זה, שהרי י"א שגם באיש חצר מועילה (חלקית) משום יד (ראה הערה 203).

(ג) שרשי היס, ח"א, שורש ברירה, סעיף כ (צט ע"א), מסביר, שדוקא בגט אומרים "גטה וחצרה באים כאחת", כי עיקרו הוא להוציא את האשה וכל אשר לה מרשות הבעל, משא"כ במתנה.

(ד) ח"י הרי"ם גיטין עז ע"ב (ד"ה ה"נ גיטה), מסביר שלגבי גט אמרו בגיטין שם שבאים כאחת, כי מדובר בחצר של האשה, שרק הפירות של הבעל, ומיד כשהוא זורק את הגט, עוד לפני שמגיע הגט לחצר, הוא מפסיד את זכותו לפירות, כי מעיקר הדין היה צריך להפסיד פירות כבר משעת חתימת הגט, אלא שכיון שהפירות נתקנו כנגד זכות האשה שיפדה אותה מהשבי, וזכות זו קימת עד הנתינה (כי הוא לא יכול להפקיע זכות שלה בלי לגרשה), ממילא גם הפירות שלו עדיין, אבל כאן, הפסיד פירות רגע קודם שחל הגט, ולכן החצר של האשה, ולכן האשה קונה את הגט ע"י החצר; ואכן, אם זה חצר שכולו של הבעל, ומקנה לה את החצר עם הגט בתוכה, אינה מגורשת, כי ידה וחצרה אינם יכולים לבוא כאחת. הוא מביא ראיה לכך (בד"ה ובה מיושב) מרש"י שם (ד"ה הרי זו) שהסביר לגבי אותו בעל שהקנה לאשתו חצר שלו עם הגט בתוכה, שהבעל התכוון להקנות לה בקנין אגב - הטעם שפירש כך הוא כי בקנין חצר, לא מועיל, כדברי הש"ך (גם בהגהות ויאמר שלום, על שו"ת נודע ביהודה מהדורא תנינא או"ח סי' סג, כותב שיש ראיה לש"ך מרש"י גיטין שם; אבל יש להעיר שהר"ן על הרי"ף, גיטין לט ע"ב, בדפי הרי"ף, מפרש שאכן קנה בקנין חצר). בדרך אחרת הסביר (בד"ה או י"ל) שכיון שהפירות של הבעל רק מדרבנן, באותו רגע שהיא מגורשת מסתלקת תקנת חכמים, כי אם לא יהיו הפירות שלו, תהיה מגורשת ולא תהיה שייכת התקנה, ממילא נפקעים הפירות בשעת הנתינה ונשאר דין תורה, משא"כ אם החצר של הבעל לגמרי. עוד הסביר (בד"ה עוד י"ל) שהבעל יכול לומר "איני פודה אותה ואיני נוטל פירות", ובשעת נתינה הוא כאומר כך, וממילא אין לו פירות והאשה יכולה לזכות בגט ע"י חצרה; ואמנם תוס' ב"ב מט ע"ב (ד"ה יכולה) כתבו שבעל לא יכול לומר כך, כי זה ביטול עולמי של התקנה, אבל כאן זה שונה, שהרי אינו מבטל את התקנה כלל, כי כיון שאין לו פירות, ממילא מגורשת ואין מקום לתקנה.

גם שו"ת חתם סופר, חו"מ, סי' סו, אות א (ד"ה איברא) (ובקיצור באו"ח, סי' קטז, וסי' קמה (=שבעה עיניים [קלוגר], קונטרס הוראות, דף סב ע"ב) [ד"ה ובאמת צ"ע], ויו"ד סי' שו), מסביר שמה שנאמר בגיטין שם שבגט "גיטה וחצרה באים כאחד", מדובר בחצר שהיה שלה מקודם, אלא שזכותו של הבעל בפירות נכסיה עיכבה שלא תקנה על ידו, ולכן סילוק ידו של בעל וקנינה באים כאחד (וכן הסביר באו"ח סי' קיז, ד"ה ומ"ש מעלתו); וכן עבד כנעני משתחרר בשטר ע"י עצמו מטעם זה, ש"גיטו וידו באים כאחד", מפני שדי בסילוק כח האדון ממנו ואז הוא קונה את שחרורו, אבל א"א לקנות חצר ומתנה כאחת, שהם שני קניינים כאחד. והוא מסביר כמו הרי"ם, שמה שנאמר בגיטין שהבעל יכול להקנות לאשה חצר שלו שהגט בתוכה, ו"גיטה וחצירה באים כאחד", הוא בקנין אגב.

(ה) שו"ת בית יצחק, יו"ד, ח"ב, סי' קכו, אות ד, מיישב ע"פ מה שהסביר (ראה הערה 215) שהבעיה כאן היא שהחצר לא יכולה להיות שליו של הנותן ואח"כ של המקבל, והרי בגט, חצר יכולה לפעול כך, כי חצר האשה משום יד, וחצר הבעל משום שליחות, כהסבר אבני מילואים, קלט, סי' יב (וכך הסביר גם בסי' פא, אות יב). על פי זה הוא כותב באות ה (ובסי' פא שם), שהש"ך מודה שהנותן לאשה חצר ומתנה בבת אחת, קנתה (ראה הערה 224 שכך כתב גם נפש חיה).

(ו) חזון איש, אהע"ז, סי' עג, ס"ק טו, מסביר שדוקא באשה ובעבד אומרים "באים כאחד" כי אינם זוכים "בעתיד" מיד בעליהם אלא רשות אדוניהם פוקעת מעליהם, וממילא זוכים בחצר. ר' יוחנן סגל, בית אהרן וישראל גל' כט, עמ' נ, מסביר שכוונתו היא, שמי שרוצה לתת דבר שבעלותו במתנה צריך להקנותו בקנין גמור ולא מועיל לזה שיפקיע את זכותו כי ההפקעה היא דבר קלוש לגבי דבר שהוא קנייני ושייך לו לעולם, ואילו בעבד יש לו רק שעבוד, ולכן די בהפקעה.

(ז) שו"ת חתם סופר, או"ח, סי' קיז (ד"ה והנלע"ד), ושו"ת חסד יהושע מהדורא ב סי' לד, מסבירים שגיטו וידו באין כאחד מגזירה"כ, ולכן זה דווקא באשה ובעבד.

²¹⁴ שו"ת חתם סופר, חו"מ, סי' סו, אות א (ד"ה איברא); אהלי אהרן ח"א סי' נ.

²¹⁵ זכרון יהונתן שם.

גם שו"ת בית אפרים חו"מ סי' מד (ד"ה איברא), [להרחיב] מנמק שבקנין חצר צריך שיהיה חצרו ורק אח"כ יוכל לקנות בו מיטלטלין, והמקנה אינו מתכוון שיחולו בזה אחר זה (אבל הוא מביא ראיות נגד הש"ך, ודוחה את ראיית הש"ך - עיי"ש).

זכרון שמואל (מודרן) גיטין כא ע"א (ד"ה אמנם עכ"פ), מנמק שכיון שהמקבל מתיר לנותן להשאיר את החפץ בחצר, מקום החפץ נשאר לנותן בלי צורך בקנין (הוא רומז בכך תשובה לטענת מהרי"ט, הערה 551, שבפיקדון רגיל, מקום הפקדון אינו קנוי למפקיד כי לא עשה קנין לקנותו), ולכן א"א שיקנה המקבל את החפץ בקנין חצר אחרי קניית החצר, וכן אינו קונה את שניהם בבת אחת, כי כל שאינו בזה אחר זה אינו בבת אחת (קידושין נ ע"ב). הוא מיישב בזה את הקושיה מ"ג (בהערה 213) - שם זה לפי הדעה שטובת הנאה אינה ממון, כאמור בב"מ יא ע"ב, וא"כ לא היתה לר"ג זכות בגוף התרומה והמעשרות שהקנה לר' יהושע, אלא רק טובת הנאה, ולכן לא נשאר לר"ג מקום המטלטלין בחצרו, ולכן ר' יהושע היה יכול לקנותם בזה אחר זה. הוא מנמק (בד"ה אמנם בעיקר) בדרך נוספת: הנותן יכול לחזור בו תכ"ד

עושה את החצר שלוחו להקנות, ולא יתכן שהחצר תשמש גם לקניית המיטלטלין, שבכך הוא משמש גם כשלוחו של המקבל²¹⁷. ועוד, שבכל מעשה קנין, חל הקנין אחרי גמר המעשה, ולכן בקנין חצר קודם צריך שיקנה את החצר ורק אח"כ יכול לקנות את מה שמונח בו²¹⁸.

אפשר להקנות את הקרקע ואת המיטלטלין יחד בקנין אגב, אבל אז יחולו המגבלות שיש בקנין אגב²¹⁹.

מאותה סיבה, הכותב שטר מתנה על בית, ומניח את השטר באותו בית, ואמר למקבל שהוא נותן לו את הבית עם השטר, לא קנה, כי החצר והשטר עוד לא יצאו מרשות הנותן, ואין אומרים שיקנה את השטר בקנין חצר כאילו שהחצר והמתנה באים כאחת²²⁰.

גם לדעה זו, אפשר שהנותן יתן למקבל את החצר במתנה, כשהמיטלטלין בתוכה, ואחר כך יתן לו את המיטלטלין במתנה בקנין חצר²²¹. אבל יש שהרחיקו לכת יותר ונקטו שחצר קונה רק דבר שנכנס לחצר אחרי שהחצר נעשה של המקבל²²², ולפי זה המקבל לא קונה גם אם קיבל (או קנה) מהנותן את החצר ואח"כ הנותן הקנה לו את דבר המתנה שבחצר²²³.

מהקנת החצר, וא"כ א"א שהמקבל יקנה את המיטלטלין תכ"ד, ולכן לא יכולים לחול בבת אחת; ואמנם גם מהמיטלטלין יכול לחזור תכ"ד, אבל זה עיכוב מובנה של הקנין, משא"כ העיכוב בקניית המיטלטלין מצד היכולת לחזור בו מהקנת החצר, שהוא עיכוב ממקום אחר. הוא מיישב בזה את הקושיה מ"ג - כיון שטובת הנאה אינה ממון, א"צ הפקעה מרשות הנותן, ור' יהושע היה יכול לקנות את שניהם בבת אחת. הוא מיישב בזה (בד"ה ונחזור) גם מדוע בגט גיטו וידו באים כאחד (כאמור בהערה 213): הר"ן, נדרים פז ע"א, הסביר שבעל שגרש אינו יכול לחזור בו תכ"ד כי אדם מגרש בגמירת דעת מלאה, ולפי זה גם בעל שנותן חצר במתנה לאשתו כדי שתקנה בו את הגט, נותן את המתנה בגמירת דעת מלאה, ולכן לא יוכל לחזור בו תכ"ד מהמתנה, ולכן האשה קונה את הגט בבת אחת עם החצר, כי לא שייך הטעם הנ"ל. יש להעיר שלפי דבריו, בכל מצב שאין מועילה חזרה תכ"ד ממתנת החצר, חצרו ומתנתו באים כאחת.²¹⁶

כאמור ליד ציון הערה 921.²¹⁷ שו"ת שואל ומשיב מהדו"ד ח"ב סי' קצב (מא ע"ג); שו"ת בית יצחק, יו"ד, ח"ב, סי' קכו, אות ד. על פי זה כותב בית יצחק באות ה, שאם המקבל עומד בצד חצרו, שאז החצר קונה מטעם יד לפי הרא"ש (הערה 203), ואז לא שייך הטעם הנ"ל, אומרים "חצרו ומתנתו באים כאחד".

ח"י ר"ש שקאפ, ב"מ, סי' כג, אות א.²¹⁸ ראה ליד ציון הערה 108 ואילך.²¹⁹

קצות החושן, ר, ס"ק ה (הובא ברידב"ז, ירושלמי גיטין, ו, א, דף לה ע"א, באחיעזר חלק א, סי' כח אות יא, בעין חיים ח"א סי' יג אות יא, ובדברי רבינו שפטיה, סי' ז), ואבני מילואים סי' לה, ס"ק יג, וסי' קלט, ס"ק יג; זכרון יהונתן שם; זכר שלמה (זינגרביץ), עמ' פז.

שו"ת נפש חיה, חידושים בסוף הספר דף סד ע"ג, מוכיח שקצות החושן סובר כך, שהרי הוא רצה לתרץ (ראה הערה 213) את הקושיה מ"ג, שמדובר שהקנה להם את החצר ואח"כ את הפירות שבתוכה. וכך מוכח מהפרשנים האחרים, שהבאנו בהערה 213, שתירצו כך את הקושיה מ"ג.

לב ים, גיטין, סי' כא, אות ה, כותב שהש"ך סובר שאם המיטלטלין היו בחצר לפני שקנה את החצר, יכול לקנותם בקנין חצר, ויכול להקנותם באותו זמן, אלא שקודם קנה את החצר, ואח"כ יאמר שהוא מקנה לו את המיטלטלין בקנין חדש, "תקנה חצרך". ובאותו ו הוא מדייק מדברי אמת, שזו גם דעת תוס' חיצוניות (שצוינו בהערה 222), והם דיברו רק במציאה שאין מי שיקנה לו את המיטלטלין, ולכן כתבו שחצרו אינו יכול לקנות לו מה שהיה בתוכה מקודם, אבל במתנה, אם הנותן מקנה לו את המיטלטלין אחרי שקנה את החצר, קנה. אבל הוא מקשה על הסבר דברי אמת בסוגיה - עיי"ש. קצות החושן סי' קצח שם כותב שתוס' חיצוניות סובר כמו הש"ך, אף שלדעתו לפי הש"ך אם הקנה לו את החצר ואח"כ את החפץ, מועיל קנין חצר.

תוס' חיצוניות, בשטמ"ק ב"מ כה ע"ב; סמ"ג עשה עד, דף קנד ע"ב (הובא בב"ח, חו"מ, רס, א), בשם ר' יהודה בר נתן; הגהות אשרי, ב"מ, פ"ב, סי' ט.²²²

ח"י ר"ש שקאפ, ב"מ, סי' כג, אות א, כתב שכך הדין לפי תוס' חיצוניות.²²³

הוא כותב (באות ב) שלפי תוס' חיצוניות, גם אם החצר היה של המקבל לפני שהגיע לשם החפץ, אבל החפץ לא הגיע לשם קנייה, וכשרוצה לקנות הוא מונח בו כבר, לא קנה. הוא כותב שטעם תוס' חיצוניות הוא שחצר קונה רק אם נוכל לומר שהחצר עושה את פעולת ההכנסה לרשות בעליה (ראה בשמו בהערה 203), כלומר שהחצר גורמת שייכנס החפץ לרשות בעל החצר, אבל אם החפץ היה מונח בחצר לפני כן, כך שהחצר אינה גורמת להכניס את החפץ לרשותו, והחצר הוא רק גורם שהחפץ יישאר גם להבא ברשותו - זה לא נחשב מעשה חדש, אלא כמציל באופן שלילי, שלא יפסיק החפץ מלהיות ברשות בעליה; וגם אם החפץ היה בחצר כשקנה את החצר (נידונו של תוס' חיצוניות) אינו יכול לזכות ע"י החצר, כי צריך שחצרו שהוא שלוחו יעשה הכנסה לרשות בעליה, וכאן שלוחו לא עשה מעשה זה, שהרי מיד כשחל קנינו על החצר, החפץ כבר ברשותו, שחלות שם הבעלים על החצר והימצאות המיטלטלין ברשותו שניהם באו לעולם באותו רגע, ולכן א"א לומר שאחד היה גורם לחברו, אלא אם כן נאמר שחצר של אחר היא סיבה להכניס לרשותו, וזה לא ייתכן, כי צריך שהחצר שלו יעשה ענין זה; וגם אין לומר שיקנה אח"כ, שנחשב מעשה חדש מה שהדבר מונח ברשותו בגלל החצר - כי זה לא נחשב מעשה חדש ולא מועיל לקנין.

אבל אחרים אומרים שאפשר להקנות מיטלטלין בקנין חצר ע"י שיתן למקבל או ישכיר לו את החצר, מפני ש"חצרו ומתנתו באים כאחת"²²⁴.

גם לפי הנימוק של זכרון שמואל (הערה 215), אינו יכול לקנות את החצר ואח"כ את המיטלטלין שכבר נמצאים בתוכה. ²²⁴ שו"ת חתם סופר, חו"מ, סי' סו, אות א (ד"ה הנה כי כן); סמ"ע, רב, סי"ד; מחנה אפרים, הלכות קנין חצר, סי' יד; שו"ת חתם סופר או"ח סי' קטז (ד"ה מאי דמספקא), ושו"ת חתם סופר - קובץ תשובות סי' פט (מתוך שו"ת עטרת חכמים (תאומים), חו"מ סי' יד), בדעת ר"ן על הרי"ף, גיטין לט ע"ב (בדפי הרי"ף); דברי אמת, קונטרס ז', דף סב ע"ג-ע"ד, בדעת ראב"ד בשטמ"ק ב"מ כה, רמב"ם, שו"ת הרא"ש כלל עה סי' ב, שו"ת מהר"י הלוי סי' סו, ותוס' ב"ק יב; משפט שלום, סי' קפט, בסופו, בדעת חידושי הרשב"א ב"ק סז.

כמו כן, שו"ת מהר"ט ח"א סי' סה (ד"ה ועוד), כותב שגם אם נפקד השאיל למפקיד את מקום הפקדון, המקום אינו קנוי לו לעולם אלא כל זמן שהפקדון שם, ולכן אם המפקיד נתן את הפקדון במתנה לנפקד, קנה כי הפקדון והמקום באים לנפקד כאחד (ראה בשמו בהערה 551).

חקרי לב חו"מ ח"א סי' פט בסופו (קיג ע"ד), לומד מהדין בגט "גיטה וידה באים כאחד" (ראה הערה 213), שמועיל גם במתנה, כדברי מהר"ט (ולא הזכיר שיש בזה מחלוקת).

לב ים, גיטין, סי' כא, אות ה, כותב שהריטב"א (שצוין בהערה 213) סובר כדעה זו, שיכול לתת באותו דיבור את חצר ואת המטלטלין שבה, אלא שהקנין פועל בשלבים: המקבל קונה תחלה את החצר ואח"כ חצרו קונה את המטלטלין. שיטה לא נודע למי, קידושין כו ע"א, כותב שקנין חצר קונה גם אם המטלטלין היו שם לפני שהפכה להיות חצרו של המקבל, וראה מהדין שגיטה וידה באים כאחת.

שרשי הים, ח"א, שורש ברירה, סעיף כ (צט ע"ב), מעיר שרא"ש בכורות פ"א סי' ב, וטור, יו"ד סי' שכ, כתבו שגוי יכול לקנות בהמה ע"י שהישראל יקנה לו את המקום שהבהמה עומדת שם - הרי שסוברים "חצרו ומכירתו באים כאחת". ח"י ר"ש שקאפ, ב"מ, סי' כג, אות ב, כותב שתוס' חיצוניות (הערה 222) סוברים שהנותן חצר במתנה עם המטלטלין שבתוכו, קנה המקבל (יש להעיר שלפי זה דעתם הפוכה מדעת הש"ך: לפי הש"ך, אם הקנה לו את שניהם בבת אחת לא קנה, ואם הקנה לו בזה אחר זה, קנה, ולפי תוס' חיצוניות, הדין הפוך), כפי שמוכח מב"ק יב ששם נאמר "החזיק בעבדים קנה מטלטלין" מטעם חצר אם הם על העבדים, וכן מוכח כך ממעשה ר"ג (הערה 213), וכן מהאמור בב"מ ט ע"ב, שאם הנותן אמר "קנה בהמה וקנה כלים שעליה", קנה המקבל מדין חצר אם הבהמה כפותה (גם פני יהושע קדושין כו ע"א (ד"ה גמרא), מביא את הראיות מב"ק ומב"מ). הוא מסביר שאז אמנם לא מועיל קנין חצר מצד החצר עצמה, כפי שהסביר בהערה 223 בדעת תוס' חיצוניות, אבל יועיל מצד המקבל עצמו, שהרי אם המקבל עצמו עושה את ההכנסה לרשותו, מועיל, בק"ו - אם מועיל מעשה כזה מצד החצר שהוא כשליח בעליה, ק"ו שמועיל אם המקבל עושה את זה בעצמו, וכאן ע"י הקנאת הנותן הוא מכניס את החפץ לרשות המקבל, וכן מצד הקונה, ע"י רצונו או כוונתו נכנסו המטלטלין לרשותו, שע"י הקנין שקנה את החצר, נכנסו המיטלטלין לרשותו (אבל באות ד הוא כותב בתחילה שלפי רש"י, הערה 140, שסובר שאין מועיל קנין יד אלא רק הגבהה ג' טפחים, לא מועיל אם האדם עושה את המעשה שחצרו היה ראוי לעשות, שהרי חצר קונה בלי הגבהה ואילו יד האדם מועיל רק בהגבהה ג"ט; אבל אח"כ כתב שגם לרש"י, מה שהצריך הגבהה ג' טפחים, הוא משום שזה גדר הקנינים, שדרך אדם שתופס בידו, שמגביה ג"ט, וזה לא שייך בחצר, משא"כ בנידונו, שהענין נעשה באמת בהנחת החפץ בתוך החצר, ואין כאן הבדל ממעשה הקנינים הנעשים ע"י החצר בלבד, וחצר זה שונה רק בכך שבחצר רגיל צריך דין שליחות על מעשה ההכנסה, וכאן צ"ד דין שליחות; וגם בלי דעת הקונה, מועיל מצד המקנה, שנחשב מעשה קנין מצד המקנה, כמו שחזקה נחשבת מעשה קנין גם מצד המקנה (גם בלי כוונת הקונה - ראה ליד ציון הערה 579) בזה שמניח לחברו לעשות מעשה בשלו כאדם העושה בתוך שלו; ולכן אם נותן לו את החצר עם המטלטלין ונעשית פעולת ההכנסה לרשותו ע"י הקונה או ע"י המקנה, מועיל, אבל צריך שיתכוון שיקנה ע"י את המיטלטלין, שכיון שמעשה קנין זה נעשה ע"י כח האדם, צריך שיעשה בכוונה למטרת קנין, אף שאילו נעשה בחצר עצמה לא שייכת כוונה. הוא מסביר שבנידונו של תוס' חיצוניות, במציאה בבית יושן, שכשקנה אותו לא ידע על מה שבתוכו, ולא התכוון לקנותו, לא מועיל מצד מעשה האדם, ומצד החצר עצמו לא מועיל, כי מיד כשנעשה החצר שלו כבר היו ברשותו, וא"א לייחס פעולה זו לחצרו כשלוחו; ולכן תוס' חיצוניות הדגישו שחצר לא קונה **שלא מודעתו** אם החפץ היה שם מקודם - כי אם ידע בשעת קניית הבית, היה מועיל מצד הקונה.

שרשי הים, ח"א, שורש ברירה, סעיף כ (צט ע"א), ונחלת יהושע, סי' כג, דף סח ע"ד, מביאים ראייה לדעה זו, מהדעה (ליד ציון הערה 270) שארבע אמות קונות גם אם הנכס היה שם לפני שהמקבל הגיע לשם, כך שהיו שייכות לנותן, והוא צריך להקנותן לנותן יחד עם הנכס, הרי שלדעתם אומרים שחצרו וקניית מטלטלים באים כאחד. שרשי הים מקשה שהש"ך סותר את עצמו, שש"ך ר, סי"ק ה, מביא את הסמ"ע, האומר שארבע אמות קונות גם אם הנכס היה שם קודם, ואילו כאן כתב שאין אומרים "חצרו ומתנתו באים כאחת". מצד שני, נאות יעקב (אלגזו), קונטרס גט מקושר דף עב ע"א, מקשה על מהר"ט הנ"ל מהר"ן (הערה 266) שכתב שבקנין ארבע אמות, **לא קנה** אם דבר המתנה היה שם לפני שהמקבל הגיע לשם, כי מקום הנכס קנוי לבעל הנכס-הנותן, הרי שאין אומרים שהנכס והמקום באים כאחת. ר' יוחנן סגל, בית אהרן וישראל ג' כט, עמ' נב, מבאר את קושית גט מקושר, שבמקרה של מהר"ט, המקום שייך למפקיד רק בהשאלה, והעברת המקום מהמפקיד לנפקד הוא לא בהקנאה אלא בסילוק, ואז אין לומר חצרו ומתנתו באים כאחת. ראה בשם גט מקושר בהערה 266.

ר' יוחנן סגל, בית אהרן וישראל ג' כט, עמ' נב, מביא ראייה לדעה זו מקידושין מז ע"א, ששם נאמר שהמקדש אשה בפקדון שלו שבידה, מקודשת, וצ"ל שהיא קונה אותו בקנין חצר, וזאת אף שהחצר והפקדון באים לה כאחת, שהרי כל משך ההפקדה, מקום הפקדון היה מושאל למפקיד (ראה על כך בהערה 551). והוא מביא (בעמ' נג) ראייה דומה משו"ע (הערה 551), האומר שאפשר להקנות פקדון לשומר בדברים בלבד, וכוונתו בקנין חצר, וזאת אף שמקום הפקדון היה

על מצב שדבר המתנה היה בחצר המקבל עוד לפני נתינת המתנה, ראה עוד להלן²²⁵.

מושאל למפקיד עד עכשו. אפשר לדחות ראיות אלה, שמפקיד הנותן את הפקדון במתנה לפקד, הנפקד קונה בדברים בלבד בלי קנין חצר (ראה הערה 562); או שמקום הפקדון אינו ממש קנוי למפקיד, כדברי מהרי"ט (הערה 551). מחנה אפרים כותב שדוקא בגט י"א שאין אומרים "גיטה וחצרה באים כאחד" (לא מצאנו מי אומר כך), כי יד אשה כיד בעלה, משא"כ כאן.

הבחנות שונות: שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תנינא, או"ח סי' סג [להרחיב], ודגול מרבבה, חו"מ, סי' רב, כותב שהש"ך מסכים שקונה אם עיקר קנין המקום הוא רק לקנות את המטלטלין ואין כוונתו להחזיק את המקום לחלוטין. בכך הוא מיישב את הקושיה ממה שר"ג הקנה לר' יהושע ע"י קנין חצר (הערה 213), ומרמב"ם, הלכות מכירה, ג', ז', ושו"ע, חו"מ, קצת, ה, האומרים שאם שכר את המקום שבו מונחים מטלטלין, קנה בזה את המטלטלין. שו"ת דברי יהודה או"ח סי' ג דף יד ע"ד, בהגהה, מעיר שנתיות המשפט, רב, ס"ק א, תירץ את הקושיה מר"ג בדרך אחרת, הרי שאינו סובר כהבחנה של נודע ביהודה.

שו"ת חתם סופר, או"ח, סי' קיז (ד"ה והנלע"ד), עושה הבחנה, שחצר שקונה **מטעם יד** יכול לעשות שני קניינים כאחד, כי לומדים מאשה ועבד, ששם גזירת הכתוב הוא ששני קניינים באים כאחד (ראה בשמו בהערה 213), גט וידו וחצרו וקנינו, כיון ששם החצר קונה מטעם יד; אך בחצר שאינו משתמר או אפילו משתמר אלא שאינו עומד בצידו, שהחצר קונה מטעם שליחות (ראה הערה 203), אין בו גזירת הכתוב, ומסברה (בלי גזירת הכתוב) אין שני קניינים באין כאחד. הוא מיישב בזה (בד"ה שוב) את הקושיה הנ"ל מ"משוך בהמה וכלים שעליה" - ששם עומד בצד בהמתו וקונה מטעם יד. עוד הוא מתרץ, ששם לא צריך קנין חדש כיון שבמשיכת הבהמה מושך גם את הכלים שעליה.

שו"ת נפש חיה, חידושים בסוף הספר דף סג ע"ד-סד ע"א, עושה הבחנה אחרת: אם המקבל עומד סמוך לחצר, שאז קונה בתורת יד, מועיל גם בבאים כאחד, כדברי קצות החושן סי' קצח לגבי גט (הערה 213); אבל בשלא מדעתו, לא מועיל בבאים כאחד, כיון שמחנה אפרים ה' קנין משיכה סי' ה, כותב שבחצר שלא מדעתו, יכול לקנות רק בתורת שליחות. והוא כותב שזו דעת תוס' חיצוניות (הערה 222) שנוקטים שקנין חצר **שלא מדעתו** לא קונה מציאה שהיתה בחצר לפני שהיתה של אדם זה. הוא מיישב בזה את הקושיה מר"ג (הערה 213), ששם היה מדעתו, ואז מועיל גם בבאים כאחד. והוא מבאר (בדף סה ע"ב) את הבחנת קצות החושן בין חצר של אשה שהוא משום יד לבין חצר של איש שהוא משום שליחות, שבו אין לומר "באים כאחת", כי צריך להיות שליח לפני שיוכל לקנות עבור המקבל. והוא נוקט שגם במתנה, כיון שאשה קונה בחצר מדין יד, חצרה ומתנתה באים כאחת. ראה הערה 213, שכן כתב גם בית יצחק.

קהלות יעקב ב"מ (תשמ"ח) סי' כז (=סי' כד במהדורה ראשונה = קהלות יעקב ח"י סי' כב), עושה הבחנה אחרת בדעת הש"ך: אם המקבל **מתכוון** לקנות את המטלטלין ע"י קניית החצר או ע"י ששוכר את מקומו, קנה מדין משיכה, כי משיכה היא הכנסה מרשות אחר לרשותו; וכן אם הוא שוכר את מקומו, ע"י שכירות זו עושה שממון זה יהיה ברשותו (הוא מסתמך על חידושי הרשב"א, קידושין כה ע"ב, שמעלה אפשרות ששכירות מקום קונה מדין משיכה, אלא שהרשב"א מוכיח שזה מועיל גם בלי דין משיכה, שהרי הסוגיה שם היא לר"ש שלא מועיל משיכה במצב הנידון שם - משיכת בפלי; אבל קשה, איך קנה שם אם זה לא מדין משיכה, הרי לש"ך לא מועיל מדין חצר?); והוא מיישב בזה מה שבב"ב פד ודף פה ע"א ובקידושין כה נזכר "שוכר את מקומו"; ומש"כ הש"ך שלא קנה הוא אם אין לו כוונה לקנות, ובא לומר שכאן לא חל הדין המיוחד שחצר קונה שלא מדעתו; וכן אם המקנה מקנה לו את הקרקע בשטר, לא קנה מדין משיכה כי הקונה לא עושה את ההעברה לרשותו אלא המקנה עושה (אבל ר' יוחנן סגל, בית אהרן וישראל ג'ל', כט, עמ' נג, כותב שא"א לומר כך בדעת הש"ך, שהרי הש"ך מדבר במקרה שהקנה מדעתו). הוא מסביר שזאת גם כוונת תוס' חיצוניות שכתבו שחצר לא קונה מה שהיה מונח בה לפני שקנאו, היינו שאינה קונה לו **שלא מדעתו**, כפי שמודגש בלשונם "שלא מדעתו" - חידוש זה שבקנין חצר א"צ כוונה לקנות, לא קיים כאן, אבל אם מתכוון לקנות, חצרו קונה גם מה שהיה מונח בה מקודם מדין משיכה; ובזה מיושבות כל הקושיות ממקומות שנאמר בהם שקנה גם בחצר שכבר היה שלו או בבת אחת - ששם מדובר בקונה בכוונה. הוא מנמק את דעת תוס' חיצוניות, שקנין מועיל רק ע"י מעשה, ובחצר א"צ שיעשה הקונה מעשה בגופו, אבל צריך שיעשה איזה מעשה חדש בדבר המתנה, כגון בכניסת הדבר לחצרו; אבל אם החפץ היה בחצר מקודם, לא נעשה בו מעשה חדש, ולכן לא קונה; אבל אם הקונה קנה מתחילה את המקום כדי לקנות את מה שבתוכו בתורת חצר, זה נחשב מעשה, ואמנם לא נעשה מעשה במטלטלין, אבל הקונה עשה מעשה לשם קנין זה, וכאמור קניית המקום היא כמשיכה שע"י מכניס את המטלטלין לרשותו; אלא שהיות שהמעשה אינו בחפץ אלא מצד מעשה הקונה, צריך שיתכוון הקונה לקנות כי אל"כ הוא כמתעסק לגבי זה שהחפץ נכנס לרשותו, ומתעסק לא נחשב מעשה.

ר' יוחנן סגל שם, עמ' נג, עושה הבחנה אחרת: הש"ך דיבר רק במצב שהחצר והמטלטלין מעולם לא היו שייכים למקבל, וא"א לעשות שני קניינים בבת אחת, אבל בנידונים בקידושין, בגט ובהקנאת פקדון, לא היו שני קניינים, אלא הקנאת המטלטלין והפקעת בעלות, הסתלקות, לגבי החצר, וזה מועיל (כדברי חתם סופר, הערה 213). והוא כותב שלפי זה אפשר לומר שמהרי"ט ושו"ך אינם חולקים, כי בנידון של מהרי"ט לא היה צריך להקנות את הקרקע, כי הוא היה רק מושאל למפקיד ולכן די בסילוק, והסילוק והקנאת החפץ יכולים לבוא כאחת. הוא מיישב בזה גם את קושיית גט מקושר על מהרי"ט, שבקנין ארבע אמות לא אומרים "באים כאחת" כי הדי' אמות שייכות למקנה כל זמן שהחפץ מונח שם, ואין נקנות לקונה בזה שהקונה נכנס לארבע האמות, אלא צריך להקנותו במעשה קנין, לכן לא אומרים שבאים כאחת, ומהרי"ט מודה שבמקום שצריך שתי הקנאות, אין באים כאחת.

²²⁵ ליד ציון הערה 551.

(ה) חצר שאינו שייכת לגמרי למקבל

חצר מושכרת - השוכר יכול לקנות בה מתנה בקנין חצר²²⁶, מפני שהשוכר מניח כל מה שיש לו בחצר המושכרת, ולכן היא כידו²²⁷; ועוד, שקנין חצר הוא משום רשות, וחצר מושכרת היא רשותו של השוכר²²⁸; ועוד, שחלק מפירותיו של חצר הוא שיקנה מה שמקנים לו ע"י החצר, ושוכר חצר שכר את הגוף לפירותיו, א"כ גוף החצר משועבד לו לקנות לו מה שמקנים לו על ידה²²⁹; ועוד, שמן הסתם שכר את המקום לשם כך שיקנה בקנין חצר מה שיונח בה מדעתו²³⁰.

הוא יכול לקנות בה גם מתנה שנותן לו המשכיר²³¹.

יש אומרים שגם המשכיר יכול לקנות בה בקנין חצר, אפילו מתנה **שהשוכר** נותן לו²³². אבל אחרים אומרים שאינו יכול לקנות בה בכלל²³³. עמדת ביניים היא שהוא יכול לקנות בה מתנה שנותן לו צד שלישי, אבל אינו יכול לקנות בה מתנה שנותן לו השוכר²³⁴.

השואל חצר להשתמש בה, יכול לקנות בו בקנין חצר²³⁵, כיון שהמשאיל אינו יכול לחזור בו בתוך ימי השאלה, ולכן הוא כקנין הגוף של השואל²³⁶.

²²⁶ רמב"ם הלכות מכירה, ג, ז; שו"ע, חו"מ, קצת, ה (על מכר).

²²⁷ נתיבות המשפט, פתיחה לסי' ר (ד"ה ולפענ"ד נראה), ע"פ הר"ן (הערה 203), שכתב שחצר נחשב כידו של המקבל מפני שהוא שם בו כל מה שהוא זכות לו.

²²⁸ אבני מילואים קלח ס"ק א.

²²⁹ שו"ת חתם סופר, או"ח, סי' קיז (ד"ה מעלתו למד).

²³⁰ ש"ך, חו"מ, סי' שיג, ס"ק א (הובא בשו"ת חתם סופר או"ח סי' קיז).

²³¹ כך עולה מרמב"ם ושו"ע שם, העוסקים במוכר המשכיר את חצרו לקונה כדי שהקונה יקנה בכך מיטלטלין שבחצר. אבל שו"ת נפש חיה, חידושים בסוף הספר (סה ע"ב), כותב שלפי מה שנימק נתיבות המשפט בפתיחה לסי' ר (ד"ה ובענין חצר), ששוכר קונה ע"י החצר המושכרת כי בזה שהשוכר שכר את החצר, הוא כאילו שכר את ידו של המשכיר (נתיבות המשפט דיבר על קניית מציאה) - לפי טעם זה, לא יכול לקנות בחצר זו מהמשכיר עצמו, שהרי נתיבות המשפט שם משווה את השוכר לשוכר פועל שכאילו שוכר את ידו למלאכתו, וזוכה במציאות שמצא הפועל, והרי הפועל אינו יכול להקנות למעביד משלו, כי לא ייתכן שאדם אחד יהיה גם הזוכה וגם המזכה (והתעלם מהרמב"ם ושו"ע שם). הוא מקשה (בדף סה ע"ג-ע"ד), אם השוכר אינו יכול לקנות מהמשכיר בקנין חצר בחצר המושכרת, איך במעשה בבי"מ יא ע"א-ע"ב קנו ר' עקיבא ור' יהושע את המעשר מר"ג בזה שהשכיר להם מקום בחצרו? הוא מתרץ שהקניין התבצע בשני שלבים: את ערך טובת ההנאה שהיתה לר"ג בתרומות ומעשרות, שנחשב ממנו (כמו שכתב קצות החושן רעה, ס"ק א, שגם לדעה שטובת הנאה ממון, רק חלק זה נחשב ממנו), קנו בקנין אגב; והשאר הוא הפקר, וקנו אותו בקנין חצר כשאר הפקר (כמו שכתב רש"י (ד"ה ה"נ) שר"ג הפקיר להם את הפירות וקנו בקנין חצר), שהרי השוכר יכול לקנות דבר הפקר בקנין חצר בחצר המושכרת (אבל יש להעיר שקצות החושן שם כותב להיפך: את חלקו הממוני של ר"ג קנו בקנין חצר, ואת השאר בקנין אגב); ומה שהגמרא אומרת שזה בגדר דעת אחרת מקנה, הוא כי ר' יהושע היה יכול לזכות בגוף המעשר מהפקר רק ע"י שר"ג הקנה לו את טובת ההנאה שיש לו במעשר, בקנין אגב, שכיון שקנה את הטובה בקנין אגב, ממילא קנה את גוף המעשר ע"י שכירת החצר, ולכן נחשב דעת אחרת מקנה.

²³² שו"ת מהרי"ט חלק א סי' סה, בדעת רמב"ם הלכות שכירות ו, ה, שסובר שהמשכיר זוכה בזבל של בהמות שבאות מבחוץ.

קהלת יעקב, תוספת דרבנן, אות ח, סי' קמ (דף נט ע"א בדפוס לבוב תרכ"ב) [להרחיב] אומר שאף שהראב"ד, הלכות שכירות שם, סובר **שהשוכר** זוכה בזבל שבא מבחוץ, הוא מסכים שהמשכיר קונה ע"י החצר אם דעת אחרת מקנה. משנת ר' אליעזר ח"ב, זכרונות, דף יג, אות לה, כותב ששו"ת מהרי"ט סי' סה, וח"ב חו"מ סי' פג, סובר שלרמב"ם גם **בית** מושכר קונה למשכיר, ואילו ר"מ מטלון בשו"ת דברי ריבות סי' שכו, סובר שהרמב"ם מודה בבית, והוא דיבר רק בחצר.

שדי חמד כללים מערכת ח כלל קיז, מביא מקורות בשאלה האם חצר מושכרת קונה למשכיר או לשוכר.

²³³ מהרי"ט שם בדעת רש"י ב"מ קב ע"א (ד"ה בחצר), שסובר שהשוכר זוכה בזבל שמגיע מבחוץ, ולא המשכיר.

מהרי"ט כותב שמספק אין מוציאים מהמוחזק.

²³⁴ סמ"ע, קצת, ס"ק ט, כותב ששו"ע, חו"מ, קצת, ה, סובר שהמשכיר אינו יכול לקנות מהשוכר בקנין חצר. מחנה אפרים, הלכות מכירה, קנין חצר, סי' ג, כותב שהרמב"ם מסכים שכאן המשכיר אינו קונה מהשוכר, משום שבכל הקנאה צריך הוצאה מרשות לרשות, וכאן עדיין לא יצאו החפצים מרשות השוכר. נתיבות המשפט, פתיחה לסי' ר (ד"ה ובענין חצר), כותב שהרמב"ם מסכים שכאן המשכיר אינו קונה, כי השוכר שכר את החצר על דעת להניח בה חפצים, ולכן לגבי חפצים אלו, החצר היא של השוכר ולא של המשכיר. לפי טעמים אלו, המשכיר יכול לקנות מתנה שנותן לו צד שלישי ע"י החצר המושכרת.

²³⁵ קצות החושן סי' רב ס"ק א; נתיבות המשפט, פתיחה לסי' ר (ד"ה וחצר המושכרת).

²³⁶ נתיבות המשפט שם.

אבל אם המשאיל נתן לו רק דריסת הרגל, זכות לעבור דרכה למקום אחר, אינה קונה לו בקנין חצר²³⁷. גם אם המשאיל אינו יכול לקנות בה בעצמו, כגון שאינה משתמרת ואינו עומד בצדה, או שאמר שאינו רוצה לקנות בה, ורק זה שיש לו רשות בה להילוך עומד בצידה - בכל זאת אינה נחשבת חצרו של השואל שיוכל לקנות על ידה²³⁸. כדי שיוכל השואל לקנות על ידה, לא די בשאילה לתשמיש, אלא צריך שיהיה לשואל קנין ממש בגוף החצר²³⁹.

סוג מיוחד של קנין חצר בחצר מושאלת הוא בראובן שהפקיד חפץ אצל שמעון, וראובן רוצה לתת את הפקדון במתנה ללוי. אם שמעון מסכים לייחד ללוי את מקום הפקדון, בהשאלה, יוכל לוי לקנותו בקנין חצר²⁴⁰.

מקרה יותר מורכב הוא בראובן שהפקיד חפץ אצל שמעון, ושמעון הפקיד אותו אצל לוי, וראובן רוצה לתת אותו במתנה לשמעון. אם שמעון, הנפקד הראשון, הפקיד ללוי, הנפקד השני, בשמו ולא בשם ראובן המפקיד,

²³⁷ חידושי הריטב"א הישנים, ב"מ י ע"ב (הובא בש"ך חו"מ סי' קצח ס"ק ו' [ומשם בדגול מרבבה חו"מ סי' רב], וסי' שיג ס"ק א', ובשו"ת תשובה שלמה חו"מ סי' יא דף עו ע"ד).

בית הלוי, ח"ג, סי' מה, אות ד, מבאר את הוכחת הריטב"א מהגמרא - עיי"ש.

²³⁸ בית הלוי, ח"ג, סי' מה, אות ד.

²³⁹ נתיבות המשפט, סי' קצב, ס"ק ו' [להרחיב], ופתיחה לסי' ר' (ד"ה ובקצות החושן).

²⁴⁰ ב"ב פה ע"א, כמוסבר ברשב"ם שם (ד"ה עד שיקבל); מגיד משנה, הלכות מכירה, ד, ו; טור, חו"מ, ר, ג; רמ"א, חו"מ, ר, ב.

מחנה אפרים, הלכות קנין חצר, סי' א, מסביר שהטור (ושאר בעלי דעה זו) סובר שחצרו כידו, ולכן הנפקד יכול לזכות לאחרים בנכס של הנותן; ולכן קנה רק אם הנפקד עומד בצד חצרו בשעת הזכיה, שאז חצרו דומה לידו, אבל אם אין הנפקד עומד אצל חצרו בשעת הזכיה, לא קנה הלוקח, כי אז אין לו דין יד אלא שליח, ולדעה שחצר משום שליחות, לא מועילה רשות הנפקד לקנות עבור האדם השלישי (ראה בשמו בסמוך).

ח"י ר"ש שקאפ, ב"מ, סי' כג, אות ב, מקשה, הרי בקנין חצר צריך מעשה של הכנסה לרשותו, או ע"י החצר עצמה או ע"י המקבל (ראה בשמו בהערה 179 ובהערה 223), וכאן אין מעשה הכנסה, לא מצד הבעלים ולא מצד החצר? ואמנם רשב"ם שם כתב שחצר הנפקד קנוי למפקד, כך שקודם היה הדבר ברשות המפקד ועכשו נכנס לרשות הנפקד, אבל זה לא נחשב מעשה מצד המקנה, כי זה לא נחשב נתינה חדשה ואין צורך בהקנתו, אלא ממילא כיון שהמפקד אינו זקוק למקום, הוא נעשה רשות הנפקד, שהרי היה של המפקד רק כל זמן שיהיה זקוק למקום, ולכן כתב נתיבות המשפט סי' ר ס"ק ה, שא"צ קנין כדי שהמקום יחזור לנפקד: הוא מיישב, שאף שחצר הנפקד קנוי למפקד לפרט זה, מ"מ עיקר החצר שייך לנפקד, ונמצא שקדמה שליחות החצר לפעולת ההכנסה לרשות הנפקד; ואפשר לומר שחצר הנפקד היתה שלוחו להכניס לרשות הנפקד; ורק במקום שמיד כשהבעלים קונה את החצר, תבוא גם ההכנסה לרשותו, לא שייך לומר שהחצר (שלוחו) עשה את ההכנסה, לדעת תוס' חיצוניות (הערה 222), אבל כאן היה חצרו ושלוחו עוד מקודם, לכן שייך לומר שחצרו הכניס לרשותו, והתחדשות ההכנסה היא שמקודם היה ברשות המפקד ועכשו נכנס לרשות הנפקד.

זכור לאברהם (אביגדור), חו"מ סי' מט (נ ע"ב), כותב שגם אם נאמר שלפי שיטת המרדכי, ש"אין המעשה משתנה בחליפות הדברים", נפקד אינו יכול לקנות את הפקדון בדברים בלבד (ראה בשמו בהערה 562), יכול הנפקד לזכות בחצרו עבור צד שלישי; ומה שהקשה שו"ת מהרי"ט, ח"א, סי' סה, איך ייתכן שאדם לא יכול לזכות לעצמו ויכול לזכות לאחרים - זה קשה רק על ר' חנניא יקר (הערה 551) שאומר שנפקד לא קונה כי חצרו קנויה למפקד, שטעם זה שייך גם לעניין קנייה לאדם אחר; אבל לטעם המרדכי, מה שלא קונה לעצמו הוא כי בא לידו בתורת שמירה, ולא יכול לקנותו בדברים בעלמא, אבל אחר יכול לקנות על ידו, שאז הנפקד אינו זוכה עבור הקונה (שהרי אינו יכול) אלא הוא מקנה לקונה במצוות המפקד, כמו שבעל החפץ עצמו יכול להקנות לו ע"י שמשאיל לו את רשותו, וכאן הנפקד עושה את שליחותו של הנותן ומשאיל את רשותו למקבל שיקנה על ידו, וכמו ששליח לא יכול לקנות לעצמו כי אין מי שיזכה לו, אבל יכול להקנות לאחרים (טור, חו"מ, קפה, ג).

דעה חולקת: כסף משנה, הלכות מכירה, ד, ו, כותב שהרי"ף, ב"ב מב ע"ב (בדפי הרי"ף), ורמב"ם שם, סוברים שלא מועיל שהנפקד ירצה לזכות לקונה, מפני שחצרו אינה קונה לו. מחנה אפרים, הלכות קנין חצר, סי' א, כותב שהרי"ף והרמב"ם סוברים שלא מועילה זכיותו ע"י חצר לחברו, כי הם סוברים שחצר משום שליחות (ראה הערה 203), וזה כמו שאם היה הנכס ביד שליח של הנפקד, ואמר הנפקד "יזכה שלוחי במה שיש בידו לפלוני", לא זכה פלוני, כמו שאם עשה אותו פלוני שליח שיזכה לו מידו של הנותן, והשליח עשה שליח אחר כדי שיזכה לפלוני, לא מועיל, כי "מילי לא מימסרן לשליח"; ואין לומר שנעשה החצר שלוחו של אותו פלוני, שהרי אין החצר שלו; אלא שהרא"ש (הערה 203) פסק כרי"ף שחצר של איש משום שליחות, ובכל זאת פסק בב"ב פ"ה סי' טז שהנפקד יכול לקנות בחצרו עבור אדם שלישי, משום שכבר היו מופקדים אצל נפקד לאחריותו, ולכן נחשב כאילו הם בידו של הנפקד. אבל בית יצחק, יו"ד, ח"ב, סי' פא, אות יא, מציין שקצות החושן רמז, ס"ק ג (הערה 915) כותב שמועיל חצר של שליח. בית יצחק מנמק שרי"ף ורמב"ם סוברים שהחצר של הנפקד שאולה למפקד, והמקבל לא יכול לקנות ע"י קנין חצר כי אינו יכול לקנות בדיבור בעלמא, לא את החצר ולא את החפץ, ולא שייך לומר בזה רשותו וקניינו באים כאחד. והוא כותב שרמ"ה, המובא בטור, חו"מ, קכה, ט, סובר כדעת הרי"ף והרמב"ם. אבל ש"ך, חו"מ, קכה, ס"ק לב, כותב שגם לרמ"ה מועיל אם אמר הנפקד שיזכה לו חצרו. בית יצחק מסביר שהש"ך סובר שהחצר קנוי למפקד אבל יכול לחזור בו בדיבור, וכשאומר "יזכה לו חצרו", חוזר משאלת הרשות.

חצרו של לוי מושאלת לשמעון, לפי הדעה²⁴¹ שחצר הנפקד מושאלת למפקיד להניח בו את הפקדון, וא"כ שמעון יכול לקנות את הפקדון בקנין חצר. אבל לפי הדעה²⁴² שחצר הנפקד אינה נקנית למפקיד, חצרו של לוי אינה קונה לשמעון. רק אם אמר הנותן ללוי שיזכה בעבור שמעון, קנה מטעם זיכוי²⁴³.

חצר של שותפים: חצר ששייכת לשותפים אחדים, כל אחד מהם יכול לקנות בה מתנה מאדם מבחוץ בקנין חצר²⁴⁴. אם שותף אחד נתן מתנה לשותף אחר, יש אומרים שהוא יכול לקנות אותה ע"י חצר זו²⁴⁵, אבל אחרים אומרים שאינו יכול²⁴⁶, כי בכל זכיה צריך שני דברים, א) שהנכס ייכנס לרשות הזוכה, ב) שיצא מרשות המקנה, וכאן לא יצא מרשות המקנה²⁴⁷.

בשאלה האם מועיל קנין חצר ע"י חצרו של שליח שמינה המקבל לקבל את המתנה, ראה להלן²⁴⁸.

הרשב"ם²⁴⁹ כותב שגם אם הנכס בחצר של הנותן, המקבל יכול לקנות ע"י שיקבל עליו הנותן שחצרו תקנה למקבל. אבל אחרים²⁵⁰ פסקו שאין תוקף לקבלה כזאת, כי אדם לא יכול להקנות את רשותו לאחר ע"י עצמו²⁵¹.

²⁴¹ רשב"ם, בהערה 551.

²⁴² מהרי"ט, בהערה 554, ובית יצחק (הערה 243) מכריע כך.

²⁴³ שו"ת בית יצחק, יו"ד, ח"ב, סי' פא, אות י. עיי"ש, שהוא מביא ראיה לצד השני מתוס' גיטין יג ע"ב (ד"ה גופא) וב"ב פה ע"א (ד"ה ה"ג). על זיכוי ראה ליד ציון הערה 710 ואילך.

²⁴⁴ שו"ת הרא"ש כלל א סי' א; חידושי הריטב"א, קידושין ח ע"ב.

שו"ת בית יצחק, יו"ד, ח"ב, סי' פא, אות ג, כותב שגם קצות החושן רס, ס"ק א, שסובר שבחצר השותפים אי אפשר לקנות מציאה, מודה שקונה מתנה כי דעת אחרת מקנה.

²⁴⁵ שו"ת הרא"ש כלל א סי' א. אבל ראה הערה 246, שהוא עצמו כותב להיפך במקום אחר.

זכור לאברהם (אביגדור), חו"מ סי' מט (נ ע"א), כותב שמה שנאמר בבכורות יח ע"ב, שרועה כהן קונה את בכור הבהמה של בעל הבית, כי בעל הבית מקנה לרועה מקום בחצרו לקנות בו, הכוונה היא שנחשב חצר השותפים, והרועה יכול לקנות בו אף שאין לו מקום מיוחד באותו חצר.

²⁴⁶ תוס', קידושין ח ע"ב (ד"ה אם); ריטב"א שם; רא"ש, קידושין, פ"א, סי' יב; בית הלוי, ח"ג, סי' מה, אות א; קובץ שיעורים, קידושין, סי' קמ; אמרי משה, סי' כה, אות ג.

²⁴⁷ קובץ שיעורים שם.

אבל הוא כותב שאם שותף אחד נתן לשותפו את חלקו בחצר במתנה, והניח שטר מתנה על כך בחצר, מועיל, כיון שהשטר נכנס לרשותו, ואחרי שיחול הקנין לא יישאר ברשות המקנה, כי הצורך שיצא מרשות המקנה הוא דוקא שלאחר שתחול הזכיה, לא יישאר עדיין ברשות המקנה.

הבחנות שונות: נתיבות המשפט, קעו, ס"ק ב, כותב שדוקא בחצר של שותפים שיש רשות לכל שותף להניח בה מה שירצה, אין קונים זה מזה, כמו שכתב הר"ן נדרים מה ע"ב, שבחצר השותפים, כשאחד משתמש, הוברר שאותו מקום הוא שלו לגמרי ובשלו הוא משתמש, ולכן אין קונים זה מזה על ידה, כי מיד כשמניח ראובן את החפץ שלו בחצר, מתברר שהמקום שהניח עליו את החפץ הוא שלו (של ראובן), ושמעון אינו יכול לקנות ממנו ע"י החצר; אבל חצר ששכרו בשותפות, שניחו בו רק דברים המשותפים ולא דברים שאינם שייכים לשותפות, הרי כשמניח בו השותף דבר שהוא שלו בעצמו, שאין לו רשות להניח בחצר זה, לא שייך לומר שכיון שהניח עליו והשתמש במקום זה הוברר שמקום זה הוא שלו, אלא עדיין המקום של השותפים וקונה לשני השותפים, ויש גם שינוי רשות, שמוציאו מרשותו שלו לרשות השותפים.

מחנה אפרים הלכות קנין חצר סי' ו, כותב שאם שותף א מגלה את דעתו שהוא משאיל את מקומו לשותף ב כדי שיקנה על ידה, קנה, כי די בדיבור לענין השאלת מקום. עוד כתב שדבר שהיה כבר מונח בחצר, לא קנה, כי אין הוצאה מרשות לרשות, אבל אם הביא מביתו חפץ והניחו בחצר, השותף האחר יכול לקנות אותו ע"י החצר, כיון שיש שינוי רשות להוציאו מרשות לרשות. אבל נתיבות המשפט שם כותב שמב"ב דף פד-פה מוכח שגם אז לא קנה.

²⁴⁸ ליד ציון הערה 915.

²⁴⁹ רשב"ם ב"ב פה ע"א (ד"ה ה"ג). ראה גם הערה 276, שכך עולה גם מס' המקנה.

אבל זכור לאברהם (אביגדור), חו"מ סי' מט (נ ע"ב-ע"ג), כותב שהרשב"ם לא התכוון לומר שהנותן יכול להקנות ע"י חצרו, שהרי כבר הקשו עליו תוס' ורא"ש שבסמוך מזיכוי ע"י בניו הקטנים (הערה 251), וכן קשה (כפי שהקשה נימוקי יוסף שבסמוך) שא"כ ביטלת תורת משיכה והגבהה, כיון שיכול להקנות בדיבורו; אלא רשב"ם דובר רק במצב שהחפץ נמצא בכלי של המקבל בחצר של הנותן, שכיון שהנותן שם את החפץ בכלי של המקבל, הוא כאילו השאיל לו את המקום, כיון שנתן לו רשות להניח שם את הכלי, וכלי המקבל קונה לו בכל מקום שיש לו רשות להניחו; ואמנם אמרו בב"ב פו ע"א שגם בכלי של המקבל צריך הנותן לומר "זיל קניי", הרי הרא"ש ב"ב פ"ה סי' טו, כתב שאם הנותן מדד ונתן לתוך כלי הקונה, הוא כאילו אמר "זיל קניי".

²⁵⁰ תוס' ב"ב פה ע"א (ד"ה ארבע); רא"ש ב"ב פ"ה סי' טז; נימוקי יוסף, ב"ב מב ע"ב (בדפי הרי"ף).

²⁵¹ הם מביאים ראיה מן האמור בעירובין עט (ראה ליד ציון הערה 852) שא"א לזכות לאחר ע"י בנו הקטן כי ידו כידו, ולא יכול להיות הזוכה והמוזכה כאחד. פלפולא חריפתא, על הרא"ש שם, אות פ, מסביר שההוכחה הייא ממה שנאמר

(ו) אויר החצר

אם דבר המתנה נכנס לאויר החצר, והיה עתיד לנוח על קרקע החצר, קנאו המקבל גם אם חזר בו הנותן לפני שנפל לקרקע²⁵², או אם מישוהו אחר תפס אותו לפני שנח על הקרקע²⁵³.

אבל אם לא היה עתיד לנוח על קרקע החצר, יש ספק האם הוא נקנה כשנכנס לאויר החצר. לדוגמה, נותן מתנה שזרק את החפץ בפתח אחד של ביתו של המקבל ויצא בפתח אחר, ספק האם נקנה לבעל הבית בקנין חצר, ולכן אם חזר בו הנותן אחרי שנכנס החפץ לבית, הנכס נשאר בבעלות הנותן מספק, גם אם תפס אותו בעל הבית אחרי שחזר בו הנותן, וזאת בגלל חזקת מרא קמא²⁵⁴.

קניין ארבע אמות

אם הניח הנותן את הנכס בארבע אמותיו של המקבל, שעמד בסימטא או בצידי רשות הרבים, קנה, מחמת תקנת חכמים שארבע אמותיו של אדם קונות לו²⁵⁵. אבל אם עמד ברשות הרבים או בחצר חברו, לא קנה²⁵⁶. ברשות הרבים לא תיקנו שארבע אמות קונות, משום שרבים נדחקים שם, כך שאין לשום אדם ארבע אמות

שיכול לזכות ע"י בנו הגדול, משמע שאינו יכול לזכות ע"י חצרו בפני עצמה. וראה ליד ציון הערה 720, על נותן שרוצה לזכות בחפץ עבור המקבל בתורת זיכוי.

²⁵² רש"י ב"מ יב ע"א (ד"ה כמונת); רא"ש, ב"מ, פ"א, ס"י לב; טור, חו"מ, רמג, לא; שו"ע, חו"מ, רמג, כה; ב"ח, חו"מ, רמג, כט. שו"ע נוקט שקנה אם הנותן היה למעלה וזרק לחצרו של המקבל למטה. הרא"ש נוקט שקנה אם החפץ נכנס לאויר המחיצות של החצר. אבל נתיבות המשפט קצח ס"ק ג, כותב ע"פ גיטין עט ע"א, שחצר קונה גם מעל למחיצותיה אם בסופו של דבר החפץ נח.

²⁵³ רש"י שם.

²⁵⁴ רא"ש, ב"מ, פ"א, ס"י לב; טור, חו"מ, רמג, כט; שו"ע, חו"מ, רמג, כד. גם תוס' ב"מ יב ע"א (ד"ה ויצא) (הובא בשו"ת כפי אהרן (עזריאל), ח"ב, חו"מ, ס"י ח דף קיג ע"ב) כתבו שהספק בגמרא הוא על מתנה. ע"י ברור הלכה ב"מ שם ציון ג. שו"ת קול בן לוי ס"י ד (מג ע"א), מנמק, כי מה שבעל החצר טוען לזכות הוא מכוחו של הנותן, אבל לא היתה נתינה שלמה, לכן הולכים לפי חזקת מרא קמא, ואומרים שמעולם לא יצא הנכס מרשות הנותן, כי לפני שזכה בעל החצר זכות ודאית, חזר בו הנותן, וחזרה זו באה להחזיר את הנכס למרא קמא.

ב"ח, חו"מ, רמג, כט (הובא בש"ד, רמג, ס"ק יג) כתב, שגם אם הנותן חזר בו רק אחרי שיצא מהפתח השני, יש ספק, שיתכן שלא קנה המקבל.

אבל פרישה, חו"מ, רמג, כט, כותב שאם החפץ יצא מהפתח השני, פשוט שלא זכה המקבל, כי לא היה ראוי לנוח בחצר, אלא ברה"ר, במקום שאינו משתמר; והספק הוא רק אם המקבל תפס את החפץ בעודו בבית.

²⁵⁵ רמב"ם, הלכות זכיה, ד, ט; חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ י ע"א; חידושי הריטב"א הישנים, ב"מ י ע"א; נימוקי יוסף, ב"מ ה ע"א (בדפי הרי"ף); סמ"ג, עשה פב (קסא ע"ד); טור, חו"מ, רמג, כו; שו"ע, חו"מ, רמג, כב. ב"י מוסיף ע"פ הגמרא ב"מ י ע"ב, שבשדה דעלמא, קנה, ובשו"ע נוקט: חצר שאין לה בעלים.

ח"י רעק"א, רמג, על ש"ד ס"ק ט, מביא ראיה שארבע אמות קונות במתנה - עיי"ש.

ח"י ר"ש שקאפ, ב"מ, ס"י כג, אות ה, נוקט שארבע אמות אינן קונות ע"י מעשה האדם אלא קונה ע"י תקנת חז"ל. עיי"ש ני"מ מכל לענין מציאה.

דעה חולקת: חידושי הריטב"א הישנים, ב"מ י ע"א, ומגיד משנה, הלכות גזילה יז, י, מביאים שיש מן הראשונים שסוברים שארבע אמות אינן קונות במתנה, וטעמם הוא, שחכמים תיקנו שארבע אמות קונות במציאה כדי שלא יבואו לריב (כאמור ליד ציון הערה 259), ואין חשש לריב במתנה, שהרי רק מי שהנותן מזכה לו, יוכל לקבל אותה. ש"ד, חו"מ, רמג, ס"ק ט, כותב שכך נראה גם מתוס' ב"מ י ע"א (ד"ה ארבע אמות). ומציין שאף רמ"א, חו"מ, ר, א, כתב דין זה, שמועיל קנין ארבע אמות במכר, רק בשם "יש אומרים".

על קנין ארבע אמות ע"י ס' המקנה (סופר), ח"א כלל ג וכלל יא; אנציקלופדיה תלמודית, ע' ארבע אמות (א); משפט הקנין, חלק ג, שער יג.

²⁵⁶ רמב"ם, טור ושו"ע שם; בית שמואל, קלט, ס"ק כ.

ח"י רעק"א, רמג, כב, מעלה ספק, אם המקבל עומד ברשות הרבים אמה אחת סמוך לסימטא, האם קונה חפץ שמונח בשלש אמות הסמוכות לרשות הרבים, מאחר שהחפץ תוך ארבע אמות למקומו, או שמא כיון שהוא עומד ברשות הרבים, אין לו קנין ארבע אמות.

בית הלוי, ח"ג, ס"י מה, אות ב, כותב שגם רבינו ברוך בהגהות מרדכי ב"מ אות תכג (ד"ה דאמר תנה לי), והגהות מיימוניות הלכות גזילה ואבידה, יז, אות ט, הכותבים שבגט ארבע אמות קונות גם ברשות הרבים משום שדעת אחרת מקנה, מודים שבמתנה אינן קונות ברשות הרבים, שהרי עיקר התקנה של ארבע אמות היתה במציאה כדי שלא יריבו, וכיון שראו חכמים לתקן במציאה תיקנו גם במתנה (כאמור ליד ציון הערה 260), א"כ לא יתכן שגם ברשות הרבים שלא תיקנו ארבע אמות במציאה, יועיל במתנה; ודוקא בגט מועיל ארבע אמות ברשות הרבים, כי גט הוא תקנה בפני עצמו משום עיגון כמבואר בחידושי הרשב"א גיטין עח ע"א (ד"ה ארבע אמות), ואינו תלוי במציאה.

מיוחדות, שהרי הרבה אנשים עומדים לידו²⁵⁷, ולא תיקנו זאת בחצר של אחר, שהרי אין לאדם רשות להיכנס לשם בלי הסכמת בעל החצר, ולא יתכן שיתקנו שיוכל לקנות שם²⁵⁸.

אף על פי שעיקר התקנה שארבע אמות קונות היתה במציאה, כדי שלא יבואו להתקוטט על המציאה²⁵⁹, ואין חשש לריב במתנה, שהרי רק מי שהנותן מזכה לו, יוכל לקבל אותה, בכל זאת, היות שתיקנו במציאה, לא פלוג רבנן, ותיקנו גם במתנה²⁶⁰; ועוד, שכיון שתיקנו שארבע אמותיו הן כחצרו לענין מציאה, ממילא הן כחצרו לדברים אחרים²⁶¹; ועוד, שקל וחומר הוא: אם הן קונות במציאה, קל וחומר שהן קונות במתנה, שיש בה דעת אחרת מקנה²⁶².

ארבע אמות קונות גם אם לא אמר המקבל שהוא רוצה לקנות בהן²⁶³.

לדעת הט"ז, גם אם הנותן הכניס את דבר המתנה לתוך ארבע אמותיו של המקבל בלי ידיעתו, המקבל קונה את הנכס²⁶⁴. אבל לפי רוב הראשונים, ארבע אמות אינן קונות לאדם שלא בידיעתו²⁶⁵.

יש אומרים שקניין זה מועיל רק אם המקבל עמד שם, ואח"כ הביא לשם הנותן את הנכס, שאז כבר נעשה המקבל בעליהן של ארבע האמות האלה ע"י שעמד שם; אבל אם הנכס היה שם, והמקבל בא לעמוד לידו, אינו קונה אותו בכך שהוא עומד שם, אלא אדרבה, הנותן קנה את המקום ע"י שהנכס שלו היה שם²⁶⁶. אף שהמקום קנוי לנותן רק באופן זמני, שהרי אם יטול את החפץ משם, פקעה זכותו במקום הזה, ואם כן בזה שהנותן נתן את החפץ למקבל, פקעה זכותו של הנותן במקום הזה, מכל מקום אין אומרים שהמקום והחפץ נקנים לו כאחת, כי לא נתינת החפץ מקנה לו את המקום, אלא היא רק גרמא, ומה שמקנה למקבל את המקום באמת הוא ישיבתו שם מקנה לו את המקום²⁶⁷; ועוד, שיש אומרים²⁶⁸ שבקניינים אין "באים כאחת"²⁶⁹.

אבל אחרים אומרים שארבע אמות קונות למקבל גם אם הנכס היה שם לפני שהמקבל הגיע לשם²⁷⁰.

אם ראובן עומד בסימטא וזכה בארבע אמות שלו, ואח"כ בא שמעון לתוכן, יכול לוי להקנות לשמעון מתנה ע"י ארבע האמות אע"פ שראובן עדיין עומד שם, כיון שאין לראובן שום שייכות למתנה ואינו יכול לזכות בה, ולכן אינו מונע משמעון מלקנות, ולדבר זה נעשות ארבע אמות אלו חצרו של שמעון ביחס ללוי²⁷¹.

²⁵⁷ פרישה, חו"מ, רמג, כו, וסמ"ע, רמג, ס"ק לו.

²⁵⁸ סמ"ע שם.

²⁵⁹ ב"מ י ע"א.

²⁶⁰ חידושי הריטב"א הישנים, שם.

²⁶¹ בית הלוי, ח"ג, ס"י מה, אות א.

²⁶² בית הלוי, ח"ג, ס"י מה, אות ב.

²⁶³ ב"מ י ע"א; תוס' ב"מ יא ע"א (ד"ה זכתה).

מגיד משנה, הלכות גזילה ואבדה, יז, ח, מסביר שרק בחצר מצריך הרמב"ם אמירה (ראה ליד ציון הערה 202, ובהערה שם על דברי מגיד משנה), ולא בארבע אמות, כיון שהמקבל יכול להתכופף וליטול את החפץ. בית הלוי, ח"ג, ס"י מה, אות א (ד"ה והנה גם זה), מסביר את ההבדל בדרך אחרת: שבב"מ שם מדובר שהתנפל על החפץ, ונחשב משתמר ולכן א"צ אמירה. מדבריו משמע שבסתם ארבע אמות, אם לא התנפל על החפץ, צריך אמירה. אבל הוא דיבר על מציאה, ולא ברור האם יאמר כך גם במתנה.

²⁶⁴ ט"ז, חו"מ, רסח, ס"ק ג. פוסקים נוספים הסוברים כך צוינו באוצר מפרשי התלמוד, ב"מ י ע"א, חלק שני, הערה 63. הוא דיבר על קניית הפקר ומציאה, אבל כך יהיה גם במתנה, לפי הסוברים (הערה 255) שקנין ארבע אמות מועיל במתנה; וקל וחומר הוא, שאם בהפקר קנה בלי ידיעה, אף שאין בו דעת אחרת מקנה, קל וחומר במתנה, שיש בה דעת אחרת מקנה.

²⁶⁵ מקורות לכך צוינו באוצר מפרשי התלמוד שם, הערות 59-60.

²⁶⁶ חידושי הר"ן, ב"מ י ע"א (הובא בב"י, חו"מ, ר, מחודש ב, בבית הלוי, ח"ג, ס"י מה, אות ג ואות ח, ובנפש חיה, חידושים בסוף הספר, דף סד ע"א); דרישה, חו"מ, רמג, כו; נתיבות המשפט, קעו, ס"ק ב.

²⁶⁷ נאות יעקב (אלגזי), קונטרס גט מקושר, ס"י טו, דף עב ע"א. בכך הוא מסביר מדוע זה שונה מגט, שבו גטה וחצרה באים כאחת (ראה הערה 213), כי ע"י נתינת הגט עצמה, הבעל מקנה לה את החצר, ועיקר נתינת הגט באה על זה.

²⁶⁸ ליד ציון הערה 213.

²⁶⁹ נחלת יהושע ס"י כג (סח ע"ד).

²⁷⁰ רא"ש, ב"מ, פ"א, ס"י כח; מישרים, נתיב י, ח"ב; סמ"ע, ר, ס"ק ג בדעת תוס', ב"מ י ע"א והרמ"א.

ש"ך, חו"מ, ר, ס"ק ה, מביא את שתי הדעות.

²⁷¹ תורת גיטין, גיטין עח.

מי שהולך, אינו יכול לקנות בכלי שעל גביו, משום שהוא חצר מהלכת, שאינה קונה בקנין חצר²⁷², וגם אינו יכול לקנות משום ארבע אמות, כיון שחצירו הוא קנין דאורייתא ומבטל את קנין ארבע אמות שהוא דרבנן²⁷³.

הקנאת מתנה בדיבור ע"י הודאה

(א) כללי

אם ראובן מודה שנכס מסוים (שהיה שלו) שייך לשמעון, הנכס קנוי לשמעון, בלי מעשה קנין אחר, מטעם "הודאת בעל דין כמאה עדים"²⁷⁴. זוהי "אודיתא".

אפשר להקנות גם קרקע ע"י אודיתא בעל פה²⁷⁵, כי אודיתא מועילה מהתורה²⁷⁶.

אפילו דבר שאינו נקנה בשום סוג אחר של מעשה קנין, נקנה ע"י אודיתא²⁷⁷. אבל דבר שהוא אסמכתא ממש או דבר שלא בא לעולם או שאינו ברשותו, שאינו בר הקנאה, אינו נקנה באודיתא²⁷⁸.

דעה חולקת: בית הלוי, ח"ג, סי' מה, אות א, כותב שלא קנה, שהרי הטעם שתיקנו ארבע אמות הוא שלא יריבו, וטעם זה לא שייך במתנה, אלא שכיון שתיקנו חכמים שארבע אמות יהיו כחצירו משום מציאה, ממילא הוא חצירו לכל הדברים, גם למתנה (כאמור ליד ציון הערה 260); א"כ אם קדם ראובן וזכה בארבע אמות אלו, היות שלענין מציאה, אדם אחר אינו יכול לזכות במציאה על ידיהן, כבר אין שמעון זוכה בהן גם במתנה אף שאין לראובן שום שייכות למתנה. והוא דוחה את הוכחת תורת גיטין (עיי"ש). אבל הוא כותב שלפי הפוסקים שגם בגט ארבע אמות מועילות רק בסימטא כמו במציאה, הוכחת התורה גיטין תקפה היא לענין שאשה קונה גט במצב כזה (עיי"ש בטעם הדבר), ולכן שמעון זוכה גם במתנה בארבע אמות אלו לפי פוסקים אלו, כי לדעתם גט ומציאה היא תקנה אחת, וא"כ אין סיבה להבחין בין גט למתנה.

²⁷² ב"מ ט ע"ב.

²⁷³ רא"ש בשיטה מקובצת ב"מ ט ע"ב (הובא בבית הלוי, ח"ג, סי' מה, אות ה).

²⁷⁴ שו"ע, חו"מ, לט, ח (הובא בשו"ת פני יצחק (אבולפיה) ח"ה חו"מ סי' ד דף קמה ע"א); ש"ך חו"מ, ס, ס"ק לב; קצות החושן, מ, ס"ק א; קצות החושן קצד ס"ק ד, בדעת הרמב"ם, הלכות מכירה, יא, טו, ושו"ע, חו"מ, מ, א; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' סד, בדעת ר"י מיג"ש, הרמב"ם, הראב"ד, הרא"ש והטור; שו"ת מגן גבורים סי' סב (קד ע"ב), בדעת הראב"ד המובא בס' התרומות שער מב ח"ד, הרא"ש והטור; שו"ת אשר לשלמה (דנאן), סי' מא (צא ע"ב), בדעת הגאונים, ס' התרומות, הרמב"ם (לדעת הכסף משנה), הרמ"ה, הרשב"א, ר"י (לדעת פני משה), רדב"ז, נחלה ליהושע, מהר"ש הלוי, חכם צבי, ומהר"ם חאגיז.

ראה בסעיף 5 על התחייבות לתת מתנה, מכח אודיתא.

מהפוסקים שנביא בהערה 343, האומרים שלא מועילה הודאה "כסף שיש לי ביד ראובן הוא של שמעון" - משמע שאם אמר "כסף שבידי שייך לשמעון", קנאו שמעון.

שו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מב (צג ע"ד), מוכיח שר"י קארו סובר שלרמב"ם הודאה מחייבת גם בבריא, שהרי בכסף משנה, מכירה, יא, טו, ובשו"ת אבקת רוכל סי' קמח, הוא מביא את מעשה האודיתא של איסור גיורא כמקור לדברי הרמב"ם שמועילה התחייבות בכל אדם.

שו"ע שם נקט קרקע. נראה שנקט כך כי במיטלטלין יש חשש שאמר כך כדי לא להשביע את בניו אם לא אמר "תנו" - עיי"ש בנו"כ. על חשש זה ראה ליד ציון הערה 284.

על דיני אודיתא עי' ס' המקנה (סופר), ח"א כלל ב; אנציקלופדיה תלמודית, ע' אודיתא; פתחי חושן, קניינים, פרק י, סעיף ו; משפט הקנין, חלק ג, שער טז.

לגוי: רמב"ם, הלכות זכיה, ט, ט, סמ"ג, עשה פב (קסב ע"ד) (ראה על כך בהערה 297), וב"ח, יו"ד סי' קסח (עמ' תי ועמ' תיג במהדי' הטור השלם), כותבים שמועילה אודיתא כהקנאה לגוי. ראה הערה 357, דעה שאינה מועילה להקנות לגוי. ס' המקנה (סופר), ח"א, כלל ב, פרט ט, מדייק מהט"ז בענין ריבית ע"י אודיתא (הערה 296), ומשו"ת נודע ביהודה, מהדורא תנינא, חו"מ סי' מה, שמועילה אודיתא לגוי. והוא כותב שלפי הדעה (הערה 279) שאודיתא היא מדרבנן, לא תועיל בגוי כמו שאין מועילה בגוי אגב (כי לא תיקנו חכמים תקנות לגוי). אבל ראה הערה 108, שיש אומרים שגוי קונה בקנין אגב.

לקטן: ס' המקנה (סופר), ח"א, כלל ב, פרט ט, כותב שכיון שקטן קונה רק מה שמגיע לידו (כאמור ליד ציון הערה 675), אי אפשר להקנות לו באודיתא. אבל הוא מעלה אפשרות שלפי השיטה (ליד ציון הערה 302) שאודיתא הוא קנין מצד הודאת בע"ד (ולא קנין בפני עצמו), אפשר להניח שמישהו זכה בשבילו בעבר, והרי קטן קונה אם מישהו זוכה בשבילו.

²⁷⁵ שו"ע, חו"מ, לט, ח; שו"ת מהריב"ל, ח"ד, סי' כב (ע"פ ר"ן על הרי"ף, גיטין כא ע"ב, בדפי הרי"ף); כנה"ג, חו"מ, רמה, הגהב"י אות ד (ע"פ ר"ן על הרי"ף, כתובות מא ע"א בדפי הרי"ף).

²⁷⁶ שו"ת פני יצחק (אבולפיה) ח"ה חו"מ סי' ד (קמו ע"ד). ראה על כך בהערה 276.

²⁷⁷ שו"ת נודע ביהודה מהדורא קמא חו"מ סי' ל, אות ז. נראה שכוונתו למצב שבגלל נסיבות מסוימות, אי אפשר להקנות את הנכס, שהרי הוא מביא ראיה ממעשה איסור גיורא (ב"ב קמט ע"א), והרי שם הסיבה שלא היה יכול להקנות

יש אומרים שאודיתא מועילה רק מדרבנן²⁷⁹. אבל אחרים אומרים שהיא מועילה מהתורה²⁸⁰.

ההודאה תקפה רק אם הודה בפני עדים כשרים²⁸¹. גם שטר הודאה מועיל כאודיתא רק אם חתמו בו עדים כשרים²⁸².

בקניינים אחרים לא היתה סיבה מהותית אלא סיבה צדדית- לדוגמה, לא היה יכול להקנות אגב קרקע כי לא היתה לו קרקע.

הוא נוקט שהדין כך משום שהודאה היא בגדר הקנאה. אבל בפשטות, גם לדעה (ליד ציון הערה 302) שהיא רק בגדר הודאת בעל דין, הרי מאמינים לו שזה של המקבל, ולא משנה שידוע לנו שפעם היה שלו. והרי אמרי בינה (הערה 302) כותב שרק לשיטה שזו הודאה, יכול להקנות מלווה ע"פ (שאינו ברשותו) ולא לדעה שהיא הקנאה. ייתכן שאם אמר "נתתי נכס זה לפלוני", לשיטה שזה רק הודאה, לא יועיל בדבר שאי אפשר להקנות, כי גם אם באמת נתן, הרי אינו יכול לתת.

²⁷⁸ נודע ביהודה שם.

גם אבני מילואים, צב, ס"ק ה, כותב שאודיתא אינה מועילה בדבר שלא בא לעולם. אבל יד רמה, ב"ב, פ"ט, ס"י צז, וישועות יעקב שנביא בהערה 296, כותבים שהיא מועילה בדבר שלא בא לעולם. ס' המקנה (סופר), ח"א, כלל ב, פרט א, מדייק מדברי ח"י ר"י מיגאש ב"ב קמט, שגם בדבר שאינו בר הקנאה, מועילה אודיתא, שהרי כתב שהודאת שכיב מרע נחשבת הודאה ולא מתנה והודאתו מועילה בדבר שא"א לקנות כגון בדבר שאין לו גוף, ומועיל בלי "אתם עדיי" שלא כהודאת בריא. והוא מעלה הבחנה אפשרית, שבחוב בעל פה, שהחסרון מצד המקנה, שאינו ברשותו (ראה ליד ציון הערה 345), לא מועילה אודיתא, ורק בדבר שאין לו גוף (שעל כך דיבר ר"י מיגאש), כגון דירה או אויר חצר, שהחסרון הוא מצד הדבר שנקנה, מועילה אודיתא.

ישועות יעקב, או"ח, ס"י תמח, ס"ק ה, כותב שאודיתא מועיל גם לדבר שאינו ברשותו.

²⁷⁹ רא"ש בשטמ"ק ב"ב קמט ע"א; מחנה אפרים, הלכות קנין משיכה, ס"י ב (הובא באשכול הגפן, פ' ויגש, עמ' קיא, ובברכי יוסף, חו"מ, ס"י מ, אות ב) (ע"פ תוס' ב"ק קד ע"ב, ד"ה אגב); שו"ת דברי חיים, ח"א, חו"מ, ס"י א. ראה הערה 298, מדוע לדעה זו אודיתא אינה מועילה מהתורה מצד הודאת בעל דין.

מחנה אפרים כותב שמשום כך מי שהודה שאתרוג שלו שייך לחברו, חברו לא יוצא בו לפי הדעה שקנין דרבנן לא מועיל לדאורייתא, כי זה לא "שלכם". ראה ליד ציון הערה 295, בשאלה האם אודיתא מועילה לענין איסורים.

ברכי יוסף, חו"מ, ס"י מ, ב, ד"ה אכן (הובא בס' המקנה (סופר), ח"א, כלל ב, פרט ד), מעלה אפשרות שתוס' ב"ק קד ע"ב סוברים שאודיתא מועילה רק מדרבנן, ולכן כתבו שאם הודה שיש לו קרקע לא יועיל להקנות אגבו כסף לחילול מעשר שני בלי חומש (ראה בשם בהערה 296), כי גם קנין אגב הוא מדרבנן וזה תרי דרבנן שלא מועיל לחילול מעשר שני.

ראה הערה 296, שס' המקנה כותב שאודיתא קונה רק מדרבנן, ולכן אינו מועיל לענין איסורים מדאורייתא.

ישועות יעקב, או"ח, ס"י תמח, ס"ק ה, מוכיח שאודיתא מועילה רק מדרבנן, שהרי בקידושין ע"ב למדו מהפסוק "יכיר" (דברים כא, יז), שאב נאמן לקבוע מיהו בנו שירש אתו, ואף שבלאו הכי האב יכול לתת לו את כל נכסיו במתנה, בכל זאת יש בכך נפקות לענין נכסים שגיעו אליו לאחר מכן, שאותם אינו יכול להקנות, ובכל זאת ה"בן" יורש אותם בגלל נאמנות ה"אב"; ולכאורה עדיין הפסוק מיותר, שהרי יכול להקנות באודיתא גם דשבל"ע (ראה הערה 278, שיש בכך מחלוקת), אלא, שאודיתא מועילה רק מדרבנן, ולכן צריך "יכיר" ללמד שירש מהתורה (כך נראית כוונתו). ס' המקנה (סופר), ח"א, כלל ב, פרט ו, דוחה הוכחה זו, בכך שהוא אומר שאודיתא אינה מועילה במלוה ע"פ (ראה מחלוקת בכך, ליד ציון הערה 343), וא"כ אפשר לומר שהוצרך "יכיר" לענין מלוה ע"פ, שלא היה יכול להקנות באודיתא (כך נראית כוונתו).

דברי חיים שם כותב שאף שהוא רק קנין דרבנן, מ"מ הנותן חייב מהתורה לתת למקבל, משום "שיהיה הן שלך צדק" (ב"מ מט ע"א), כי המבטיח לתת מתנה מרובה רשאי לחזור בו רק משום שלא סמכה דעתו של המקבל (ראה סעיף 5), אבל אם חל קנין דרבנן, סמכה דעתו, וחייב לתת מהתורה, אלא שהמקבל אינו יכול לפדות מעשר שני בכסף הזה, כמו שכתבו תוס' ב"ק קד ע"ב (ד"ה אגב), כי זה רק חיוב אבל הכסף אינו שלו. כוונתו גם למצב שהכסף נמצא בעין; שאילו אם אינו בעין אלא שהאודיתא באה ליצור התחייבות (ראה על כך בסעיף 5), פשוט שאינו יכול לפדות בזה מעשר שני.

²⁸⁰ שו"ת פני יצחק (אבולפיה) ח"ב יו"ד ס"י ג (טו ע"ד), וחי"ה חו"מ ס"י ד (קמו ע"ד), מביא שחלק מהפוסקים פסקו שהיא דאורייתא.

שו"ת חתם סופר יו"ד, ס"י שיד (ד"ה והנה גם), מוכיח שתוס' ב"מ מו ע"א (ד"ה ולקנינהו) סוברים שאודיתא קונה מדאורייתא, שהרי הם כתבו שהמקנה כסף באודיתא, המקבל יכול לחלל עליו מעשר שני מפירות של הנותן בלי תוספת חומש, ואילו היה קנין דרבנן לא היה יכול לחלל עליו מעשר שני דאורייתא, שהרי קנין דרבנן אינו מועיל לדאורייתא. ס' המקנה (סופר), ח"א, כלל ב, פרט א, דוחה הוכחה זו, שאפשר שתוס' סוברים שאודיתא הוא דרבנן, ומ"מ אחרי שקנאו מדרבנן, קנאו ע"י חצרו מהתורה, כי מקום הפקדון קנוי למפקיד, שקנאו ע"י שימוש, ויוכל לקנות בו בקנין חצר, שיהיה פקדונו קנוי לו מדאורייתא, גם אם לפני כן היה החפץ שלו רק מדרבנן, ולכן יכול לחלל עליו. יש להעיר, שראשונים נחלקו בשאלה האם מקבל מתנה יכול לקנותו בקנין חצר ע"י חצרו של הנותן - ראה ליד ציון הערה 249.

²⁸¹ חידושי הריטב"א הישנים ב"מ מו ע"א; שו"ע, חו"מ, לט, ח (בפני שנים, גם אם לא אמר "כתבו ותנו"); קצות החושן, קצד, ס"ק ד (כי צריך הודאה גמורה); שו"ת הרדב"ז, ח"ו, ס"י שני אלפים שב; שו"ת פני משה ח"א ס"י סד (קנ ע"ב-ע"ג); שו"ת שפת הים, חו"מ, ס"י כו; מהרש"א ומהר"ם לובלין, גיטין יג ע"ב (הובאו באמרי בינה, דיני הלואה ס"י טז, דף צט ע"ד); ס' המקנה (סופר), ח"א, כלל ב, פרט ט.

ההודאה תקפה רק אם אמר "אתם עדיי"²⁸³, שאם לא כן, יש חשש שהוא הודה בשקר רק כדי שבניו לא ירגישו שהוא עשיר - "לא להשביע את בניו"²⁸⁴. מצבים אחרים שאין בהם חשש שהתכוון רק כדי שלא להשביע את בניו (ולכן ההודאה תקפה גם אם לא אמר "אתם עדיי"), הם אם אמר "תנוהו לו"²⁸⁵, או אם הודה בפני ה"מקבל"²⁸⁶, או אם הודה בכתב ידו²⁸⁷, או בשכיב מרע, כי אין אדם משטה בשעת מיתה²⁸⁸, או אם הודה על קרקע²⁸⁹, או בגר שאין לו יורשים²⁹⁰, או אם עשה קנין סודר על ההודאה²⁹¹.

דעה חולקת: פני יהושע גיטין יג ע"ב (ד"ה בא"ד ועוד), כותב שבאודיתא אין צריך עדים (אלא אם כן ה"נותן" מכחיש שהודה), כי מה שנפסק "הודאה בפני שנים" (ב"ב מ ע"א) הוא במקום ששייכת טענת "משטה אני בד" או שייכתן שהתכוון שלא להשביע את בניו, ואז צריך גם "אתם עדיי", אבל בהודאה על פקדון, שהמפקיד אומר לנפקד "תן לפלוני את הפקדון שהפקדתי אצלך, כי הוא שייך לפלוני", לא שייכת טענת משטה ולא שלא להשביע את בניו, כיון שהוא אומר לנפקד לתת, כפי שנאמר בב"ב קעד ע"ב שאין חשש כזה בשכיב מרע שאמר "תנו" (אבל יש להעיר שטעם זה לא שייך במי שמודה "חפץ פלוני שברשותי שייך לשמעון" בלי לומר "תנו"); וגם אין צריך עדים כדי שלא יטען שטעה, כמו שבמעמד שלשתן לא צריך עדים כדי שלא יטען שטעה.

²⁸² שו"ת פני משה ח"א סי' סד (קנ ע"ג). הוא מוסיף, שגם שטר מתנה של הערכאות, שחתמו בו גוים, אינו מועיל כהודאה מטעם זה, ואמנם ר' יקר בהגהות אשרי גיטין פ"א, סי' י, אומר ששטרות בעדים גוים בערכאות כשרים כי גוים פסולים לעדות רק מדרבנן מחשש שמרעי נפשיהו ובערכאות אין חשש זה - אבל זו דעת יחיד.

²⁸³ סי' התרומות שער מב ח"ד, אות ג, ושער נא ח"ח אות א (לגבי הודאה ששטר חוב שייך לאחר); שו"ת הרשב"א ח"ג סי' סז וח"ד סי' נ (הובא בב"י, חו"מ, רנב, מחודש ג); חי' הריטב"א ב"ב קמט ע"ב; שו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מב (צב ע"ב) בדעת תוס' ב"ב קמט ע"ב (ד"ה שכיב מרע); קצות החושן, מ, ס"ק א (שיאמר "הו"ע עלי עדים").

חוקי חיים שם כותב שטעם הריטב"א הוא שזה לא מטעם הקנאה אלא הודאת בע"ד (כדעה ליד ציון הערה 302). ראה בסמוך בשם מהר"ש הלוי.

דעה חולקת: שו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ, סי' יט (ל ע"ב-ע"ג), כותב שאין צריך "אתם עדיי" לפי הדעה (ליד ציון הערה 301) שההודאה היא כמתנה ממש, כי לא שייך חשש השבעה במי שרוצה להקנות לאחר נכס. והוא כותב (בדף ל ע"ד) שר' יונה, הרא"ש והטור סוברים שאם מודה שנכס מסויים שייך לפלוני, לא חוששים להשבעה (כלומר, מועיל גם בלי "אתם עדיי"), כי אילו רצה שלא להשביע את בניו היה אומר שהוא חייב חוב.

שו"ת מהר"י בן לב חלק ב סי' סה, כותב שרשב"ם ב"ב קמט ע"א (ד"ה ת"ש), סובר שמועילה אודיתא בלי "אתם עדיי", שהרי כתב שרק מי שמודה שהוא חייב לפלוני, חוששים שאומר זאת כדי שלא להשביע את בניו, שהרי לא ירצה לעשות עצמו "עבד לזה לאיש מלוה", משא"כ במודה על דבר מסויים שהוא של פלוני (וכן כתב אור זרוע ב"ב סי' קפז [על שכיב מרע], ושו"ת מגן גבורים סי' סב (קה ע"א-ע"ב) כותב שזו גם דעת נ"י ומרדכי, ב"ב, סי' תרכ; אבל ר"י בתוס' שם (ד"ה שכיב), והריטב"א שם, סוברים שאדברה, בהלוואה יותר מסתבר שזה אמת, כי לא ירצה לשעבד עצמו כשאינו אמת, אבל הודאה על נכס מסויים מועילה רק אם אמר "אתם עדיי", כדי למנוע חשש שאמר כדי לא להשביע את בניו; וכיון שיש מחלוקת, אם לא אמר "אתם עדיי", מספק אין מוציאים ממון.

²⁸⁴ שו"ת בני אהרן סי' עז (דף פז ע"ד); שו"ת פרח מטה אהרן סי' סה (קכד ע"א-ע"ב) (נדפס גם בפני משה ח"ג סי' לה, דף ס ע"ב). עיי' שו"ע, חו"מ, פא, טו, ורמ"א שם, מחלוקת לגבי הודאה בכלל, האם אמירת "אתם עדיי" מוכיחה שלא התכוון להשביע את בניו.

בני אהרן שם (דף פח ע"א) כתב שרמב"ם סובר שצריך "אתם עדיי" כדי שלא יוכל לטעון "משטה אני בד".

²⁸⁵ כסף משנה הלכות זכיה ט, ט; שו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ, סי' יט (לא ע"ב), בדעת רמב"ם, זכיה, ט, ט, וסמ"ג עשין פב.

²⁸⁶ כסף משנה שם. סי' התרומות, שער נא ח"ח אות א, נוקט שאם הודה בפני המקבל בלי שהמקבל תבע אותו, מועיל בלי "אתם עדיי", ולא יכול לטעון "משטה אני בד" ולא שהתכוון שלא להשביע את בניו. עיי' שו"ע, חו"מ, פא, יד, מחלוקת לגבי הודאה בכלל, האם מי שהודה בפני התובע, יכול לטעון "שלא להשביע". ושו"ע, חו"מ, פא, טז, כותב (על הודאה בכלל) שאם הודה בעקבות תביעת התובע, אינו יכול לטעון כך.

שו"ת המבי"ט ח"א, סי' שח, כותב על האומר "יש ללוי בנכסיי כך וכך", שאין חוששים שהיה משטה או שהתכוון רק שלא להשביע את בניו, כי רמב"ם הלכות זכיה י, ד, כותב שאם אמר דרך הודאה ולא היה חשש הערמה, אין חוששים להשבעה.

²⁸⁷ שו"ת הרא"ש כלל סה סי' א. כך כתב שו"ע, חו"מ, פא, יז, על הודאה בכלל, שבכתב ידו אין חשש השבעה.

²⁸⁸ מגיד משנה הל' זכיה ט, ט.

סי' המקנה (סופר), ח"א, כלל ב, פרט ב, מדייק מדבריו שאודיתא אינה צריכה "אתם עדיי". ודבריו קשים, שהרי מגיד משנה דיבר רק בשכיב מרע.

²⁸⁹ שו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ, סי' יט (לא ע"ב), בדעת רמב"ם, זכיה, ט, ט, וסמ"ג עשין פב.

²⁹⁰ שו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ, סי' יט (לא ע"ב), בדעת רמב"ם וסמ"ג שם.

²⁹¹ פני יהושע ב"מ מו ע"א (על תוס' ד"ה וליקנינהו) (שאז אינו יכול לטעון "משטה אני בד").

לדעת פוסקים רבים, הנכס נקנה לשמעון גם אם אמר ראובן "נתתי לשמעון נכס פלוני", מפני שזה לשון הודאה.²⁹² אבל אחרים אומרים ש"נתתי" אינו מועיל כהודאה, מפני שיש במשמעות לשון זו שהוא נותן עכשו.²⁹³

²⁹² שו"ת הריטב"א סי' יא = סי' רג (הובא בב"י, חו"מ, ס' טו); ר"ן על הרי"ף, גיטין כא ע"ב, בדפי הרי"ף (ד"ה תנו) (הובא בב"י, חו"מ, רמה, ד, בשו"ת מהריב"ל, ח"ב, סי' סה, בחי' מהריב"ל, גיטין מ ע"ב, ובשו"ת ר"י מליראה, סי' כ, עמ' קו), ור"ן על הרי"ף, קידושין י ע"א, בדפי הרי"ף, שורה 16 מהשורות הרחבות (באמירה) (הובא בכבוד יום טוב, הלי' זכיה, ג, ה); רמ"א, חו"מ, רמה, א, ושו"ת הרמ"א, סי' צב; שו"ת הרשב"י סי' רפח (נה ע"ג). רש"י, גיטין מ ע"ב (ד"ה אומר), כותב שהאומר "נתתי שדה פלונית לפלוני", אותו פלוני קנה, מפני שהראשון הודה שכבר נתן לו בשטר או בקנין מתנה גמורה. הוא כותב זאת לפי פירושו השני שם, ש"כולן בשטר" פירושו שצריך לכתוב לו שטר מתנה; ואולי הכוונה היא שצריך לכתוב שטר לצורך ראייה. גם לפי פירושו הראשון, ש"נתתי" אינו מועיל בעל פה, אפשר לומר שזה רק אם הנסיבות מלמדות שהתכוון להקנות עכשו (ראה ליד ציון הערה 316, שאז לא נקנה בהודאה). שו"ת מנחת יצחק, חלק ז, סי' קלב, כותב בנוסח שטר מתנת בריא: "אני מודה בפניכם בתורת הודאה גמורה, שכל הנזכר לעיל הקניתי מעכשיו ולאחר מותי כל דבר לפי קנינו הראוי לו". כלומר, במקום לעשות מעשה הקנאה לגבי כל נכס, הוא מודה שעשה מעשה הקנאה כזה. הרי שלשון "הקניתי" משמעותו הודאה. מראה יחזקאל (הוכברג), הגהות לשו"ע, חו"מ סי' רמה (צה ע"ד), מביא ראייה מירושלמי ביכורים ג, ד, האומר ש"הגדתי" הוא לשון עבר, ומשמעו "יכבר הגדתי", ולא "אני מגיד עכשו". בני יעקב דף ק ע"ג מקשה, שדברי הרי"ן שם שסתם "נתתי" הוא לשון הודאה, סותרים את מה שכתב בר"ן על הרי"ף, קידושין י ע"א (בדפי הרי"ף) (וכ"כ מגיד משנה, הלכות מכירה, א, ז, הובא בשו"ת ר' יחיאל באסן, סי' פג), שהשטרות שלנו הם שטרי קנין ולא שטרי ראייה (ראה על כך בהערה 420), ומה שכתוב בהם "נתתי", אינו הודאה אלא נועד רק לחזק את הדבר. ר' אברהם גאגין, בשו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מא (פט ע"ד), מיישב, שהרי"ן סובר של"נתתי" יש שתי משמעויות (ראה הערה 293), ותלוי אידך מורים דבריו על כוונתו, וכיון ששטרותינו הם שטרי קנין, "נתתי" משמעותו הקנאה, שהרי כוונתו להקנות עכשו. על "נתתי" ראה הערה 316 ונתיבות המשפט בהערה 308.

²⁹³ מישירים, נתיב טו, ח"א. שו"ת פני יהושע (חנדל), סי' י (צד ע"ב), מביא את האמור בגיטין מ ע"ב, שהאומר "נתתי שדה לפלוני" בעל פה, לא קנה. אבל ראה הערה 292, שאפשר ליישב את האמור שם גם לפי הדעה הקודמת. שו"ת מהריב"ל, ח"ב, סי' סה, וחי' מהריב"ל, גיטין מ ע"ב (הובא בשו"ת ר' יחיאל באסן, סי' פג), מעלה אפשרות שלרש"י, גיטין מ ע"ב (ד"ה אומר), "נתתי" משמע לשון הודאה ומשמע לשון מתנה, ואם זה בעל פה, מספק מפרשים שהתכוון לתת מתנה עכשו, שלא מועיל, כי מעמידים את הקרקע בחזקת בעליה. פת"ח, קניינים, פט"ו, הערה טו, מדייק משו"ע, חו"מ, ס' ו, ע"פ הרי"ף (הערה 960), ש"נתתי" אינו מועיל מטעם הודאת בע"ד אלא המקבל צריך להוכיח שהנותן נתן בקנין שמועיל. אך הוא מדייק מהש"ך שם ס"ק כט, שהרי"ף מסכים שזו הודאת בע"ד לענין עצם המתנה, ודי שיוכיח המקבל שהנכס היה ברשות הנותן בשעת הנתינה. שו"ת פני יצחק (אבולפיה) ח"ה חו"מ סי' ד (קמו ע"ד), מדייק ממה שרמ"א, חו"מ, רמה, א, הביא את הדין שמועיל "נתתי" בלשון י"א, מכאן שהוא סובר שהרי"ף חולק, כפי שהסביר בשו"ת הרמ"א סי' צב, שמחלוקת הרי"ף והראב"ד (ליד ציון הערה 960 ואילך) היא שלפי הרי"ף "נתתי" משמעה הקנאה להבא (אבל ראה הערה 971, ששו"ת הרמ"א שם כותב שהרי"ף מסכים ש"נתתי" הוא לשון הודאה). הוא מעלה אפשרות שהשו"ע, חו"מ, סי' רמה, השמיט את דברי הרי"ן (הערה 292), כי בסי' ס, ו (הערה 965), פסק כרי"ף ש"נתתי" משמע הקנאה, ולכן "נתתי" מועיל רק בשטר, ורק בקרקע, שנקנית בשטר.

שו"ת ר' משה מרוטנבורק האחרונים, חו"מ סי' ח, דף נא ע"ב (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, רמה ס"ק א) כותב שהחולקים על הרי"ן (שציון בהערה 292) סוברים ש"נתתי" משמע גם לשון הודאה וגם לשון הקנאה, ולכן בעל פה לא מועיל כי ספק האם התכוון להודאה, והמע"ה, אבל בשטר מועיל (כוונתו לשטר ראייה, שאילו בשטר קנין פשוט שמועיל לשון הקנאה) כי יד בעל השטר על העליונה אם לולא זה יתבטל השטר לגמרי (שו"ע, חו"מ, מב, ט), וכאן אם זה לשון הקנאה יתבטל השטר לגמרי; וכך דעת הרמ"א, ולכן בסי' ס, ו, פסק כראב"ד ש"נתתי" בשטר מועיל כהודאה, ובסי' רמה, א, הביא את הרי"ן רק כ"יש אומרים" כי שם מדובר באמירה בעל פה, ובסי' קצא, ג, לא השיג על שו"ע שכתב ששטרות שלנו הם שטרי קנין (ראה הערה 420) - כי אם נאמר שזה הודאה, יתבטל השטר כי אנו יודעים שלא עשה קנין לפני כן. שו"ת פני יצחק (אבולפיה) ח"ה חו"מ סי' ד (קמו ע"א), מקשה עליו, הרי שו"ת הריטב"א סי' יא, כתב ש"נתתי" משמע לשעבר ולהבא, ולפי ר' משה מרוטנבורק יסבור שזה מועיל בשטר, והרי הפוסקים כתבו שהריטב"א סובר כרי"ף ש"נתתי" בשטר לא מועיל (ראה הערה 965)? הוא מתרץ (בדף קמו ע"ב) שהריטב"א סובר שיד בעל השטר על התחתונה גם במקום שע"ז יתבטל השטר. ר' משה מרוטנבורק שם (נא ע"ג), עושה הבחנה לגבי שטר: אם הסופרים והעדים הם עמי הארץ, השטר בטל, כי הטעם שיד בעל השטר על העליונה אם ע"ז יתבטל השטר הוא שאילו התכוון לפירוש שלפניו אין תוקף לשטר, לא היה לו לכתוב שטר; ואם הוא עם הארץ, יתכן שכתב כך כי חשב שזה מועיל; ובת"ח חוששים לטעות רק אם יש מחלוקת לגבי הלשון שנקט.

ר"א אשכנזי, בשו"ת כפי אהרן, ח"א, חו"מ סי' יג (קס ע"ג) (להרחיב) (נדפס גם בחוברת ישמח משה, ירושלים תרל"ד), כותב שגם בשפות אחרות, המלה שתרגומה "נתתי" יכולה להתפרש לשעבר ויכולה להתפרש להבא. שו"ת שפת הים, חו"מ, סי' כו, מדייק מהטור, חו"מ, רמה, א, שכתב שמועיל אם כתב בשטר "נתתי" וכו', משמע שאינו מועיל בעל פה.

יש מי שאומר שאודיתא מועילה רק אם לא היתה לנותן דרך אחרת להקנות, או שהיתה לו סיבה שלא להקנותו בדרך אחרת.²⁹⁴

יש אומרים שהנכס שייך למקבל גם לענין נפקויות איסוריות שנובעות מבעלות זו.²⁹⁵ אבל אחרים אומרים שאודיתא מועילה רק לענין ממון, מפני שאדם נאמן על עצמו לחובתו, אבל אינו מועיל להפקיע איסור כיון שזה שקר.²⁹⁶

מישרים שם כותב שאמירת "נתתי" בעל פה מועילה אם עשה קנין. אבל פת"ח, קניינים, פט"ו הערה יד, מסתפק, לדעה ש"נתתי" אינו מועיל כהודאת בע"ד, האם מועיל עם קנין כמו "נתונה" (בניגוד ל"אתן" - ראה סעיף 5).

²⁹⁴ שו"ת פני משה ח"א סי' סד (קנ ע"ג), מעלה אפשרות שהאודיתא הועילה במעשה איסור גיורא מפני שלא היתה דרך אחרת להקנות את הכסף. הוא כותב שהאודיתא מועילה גם בנידונו, אף שבפועל היתה לנותן דרך אחרת להקנות, מפני שהנותן פחד שאם יתן במתנה ממש, יורשו יערער על המתנה, ולכן נחשב כאילו אין לו דרך אחרת להקנות. כמון כן, אמרי בינה, דיני הלואה סי' טז (צט ע"ד), מדייק מדברי הראב"ד המובא בס' התרומות שער מב ח"ד, שאודיתא מועילה רק בדבר שאי אפשר להקנות, כגון כסף שמופקד אצל אחר ואי אפשר להקנותו במעמד שלשתן.

²⁹⁵ קצות החושן, קצד, סי' קד. כך עולה גם מדבר ב"ח, יו"ד, קסח (עמ' תי ועמ' תיג במהד' הטור השלם), שאומר לענין ריבית בחוב של גוי, שאם ישראל הקנה משכון באודיתא, ההקנאה מועילה להפקיע איסור ריבית. קצות החושן מביא ראיה מתוס' ב"מ מו ע"א (ד"ה וניקנינהו), שכתבו שבהקנאת כסף באודיתא, המקבל יכול לפדות בו מעשר שני של הנותן בלי חומש.

ישועות יעקב, או"ח, סי' תמח, ס"ק ה, כותב שרמב"ן (הערה 19) הכותב שמתנה נקנית מהתורה רק בקנין חצר או אגב או אודיתא ולא במשיכה, צריך לפרש את מה שאמרו בב"מ מה ע"ב "ונותן את הפירות במתנה" כדי שהמקבל יחלל מעשר שני שלהם, שהוא באודיתא (עיי"ש מדוע אין אפשרות אחרת לפרש כך), ומכאן שלדעת הרמב"ן, מועילה אודיתא באיסורים.

פתח הבית (טיקטין, תק"פ), סי' לט, כותב שאודיתא מועילה לענין איסור לפי השיטה (ליד ציון הערה 301) שאודיתא היא קנין. ייתכן שגם לשיטה שאודיתא אינה הקנאה, אנחנו מקבלים את דבריו כאמת מבחינה ממונית, מטעם הודאת בעל דין, וממילא גם לענין איסורים, הנכס שייך למקבל.

משו"ת ר' משולם איגרא, שבסו"ס איגרא רמה (שונה ממהד' תרמ"ה), סי' ל, אות ד, עולה שבשטר מכירת חמץ אפשר לכתוב בלשון הודאה, שהוא כאילו הודה שמכר לו בקנין גמור.

עפ"א דארעא, על ארעא דרבנן, מ"ה, אות נג, כותב שאודיתא מועילה להקנות לולב, שייחשב של המקבל ויוכל לקיים בו את המצוה ביום הראשון של סוכות, שבו אדם יוצא רק בלולב שלו, כי אודיתא היא כהקנאה, שהאודיתא מפקיעה את זכות בעל הנכס המקורי כמו הקנאה אחרת.

שו"ת מוצל מאש ח"א סי' י, מעלה ספק בזה, האם אודיתא מועילה להקנות לולב, שיהמקבל יוכל לקיים בו את המצוה ביום הראשון של סוכות; שיתכן שרק לענין בין אדם לחברו האודיתא מועילה כהודאת בעל דין, אבל כאן קמי שמיא גליא שאינו שלו; והוא כותב שאפשר לדחות את הראיה (לעיל) מתוס' ב"מ שאודיתא היא קנין גמור (ואינו כותב מה הדיחוי).

²⁹⁶ ט"ז, יו"ד קסח ס"ק יד (הובא בתורת גיטין, גיטין לב ע"ב).

קצות החושן שם כותב שזו גם דעת תוס' ב"ק קד ע"ב (ד"ה אגב), שכתבו שאפשר לכתוב בהרשאה "והקניתי לו ד' אמות בחצירי" וכי' אפילו אין לו קרקע, משום שהודאת בעל דין כמאה עדים, אבל אין זה מועיל לענין שהמקבל כסף אגב קרקע באופן זה, יוכל לפדות מעשר שני של בעל הכסף בלי חומש, כי לענין זה צריך שתהיה למקנה קרקע מדאורייתא; הרי שאודיתא אינה מועילה לענין איסורים.

לאור זה נמצא שיש סתירה בין תוס' ב"ק שם לבין תוס' ב"מ, שהובא בהערה 295. פני יהושע, ב"מ מו ע"א, ושו"ת חתם סופר יו"ד, סי' שיד (ד"ה והנה גם) (הובא בס' המקנה (סופר), ח"א, כלל ב, פרט א), מיישבים, שבב"מ דיברו על מי שהודה שכסף מסויים שייך לאדם אחר, ואז המקבל יכול לחלל עליו בלי חומש, כי הנותן הודה שהוא של המקבל; ובב"ק דיברו על מי שהודה שיש לו קרקע, והקנה כסף אגב אותו קרקע, ולא רצה להודות שהכסף של חברו, ולכן המקבל אינו קונה את הכסף (מהתורה) כי אין לנותן קרקע להקנות אגב. וראה הערה 297, יישוב דומה של ס' המקנה לסתירת תוס'.

ס' המקנה (סופר), ח"א, כלל ב, פרט י, מיישב בדרך אחרת את סתירת התוס': בב"מ מדובר שמודה שהכסף של פלוני, גם אם זה קונה רק מדרבנן, הרי נעשה הפקר מטעם הפקר ב"ד, וממילא זה שלו מדין תורה, ע"פ העקרון (שהוא מוכיח שם - עיי"ש) שדבר שרק אדם אחד יכול לזכות בו, נחשב שלו גם אם לא עשה קנין; ואילו בב"ק מדובר שהודה שיש לו קרקע, והקנה כסף אגב קרקע, ובזה לא שייך שהכסף יהיה של המקבל מצד הפקר, כי אין לנותן קרקע להקנות בו.

ס' המקנה (סופר), ח"א, כלל ב, פרט ו, מסביר את ה"ט"ז, שלא יתכן שתועיל אודיתא לענין איסור, שהרי המקבל עלול להכחיש את הנותן, ואז תתבטל המתנה, כמו שכתב חידושי הרשב"א גיטין מ ע"ב, שאם יש הכחשה בין הנותן למקבל (סתירת הודאות - ראה סעיף 3), הממון הולך למרא קמא. אבל הוא מעלה אפשרות שלענין חמץ בפסח, גם ל"טז יועיל אודיתא, כי גם אם הגוי-המקבל יכחיש, לא נאמר שיחזור לישראל שהוא מרא קמא, שהרי הוא ביטל את החמץ, כך שאינו שלו מהתורה.

ראה הערה 296 בשם מחנה אפרים לגבי אתרוג.

שו"ת שואל ומשיב מהדו"ג ח"ג סי' יא, מסכים ל"טז שאודיתא אינה מועילה לענין איסור ריבית, לשיטתו בהערה 298 שאודיתא אינה קונה. הוא דוחה את ראיית קצות החושן מתוס' ב"מ שם, שכתבו שאודיתא מועילה לענין פדיון מעשר

יש פוסקים החולקים וסוברים שאודיתא אינה מועילה²⁹⁷. טעמם הוא, שאמנם יש הודאת בעל דין של הנותן, והודאת בעל דין קובעת בכל מה שנוגע לאדם עצמו לחובתו, ולכן הנכס אינו שלו, אבל הודאתו אינה יכולה

שני, ששם ההודאה מועילה לענין שהמקבל רשאי לקחת את הכסף, ולכן ברגע שהמקבל עשה בו מעשה קנין, הוא יכול לעשות בו מה שהוא רוצה, כולל פדיון, ואין ללמוד מזה למצב שהמקבל לא עשה מעשה קנין. אמרי בינה, דיני הלואה סי' טז (צט ע"ד), מעלה אפשרות שלפי הראב"ד המובא בס' התרומות שער מב ח"ד, שנימק שאודיתא מועילה כי ייתכן שבעבר גזל ה"נותן" משהו מה"מקבל", ולכן זה מגיע לו, הרי זה מועיל מצד שייתכן שזה האמת, וא"כ אולי לענין איסור לא יועיל (אולי כוונתו היא שיש ספק האם זו האמת, ולכן לענין איסור יש להחמיר). והוא כותב (בדף ק ע"ג), שבעבד, אם האדון מודה "אינו שלי", אינו יכול לחזור בו מהודאתו אבל אינו יוצר קנין (הוא רומז לשיטת הריטב"א, הערה 297, שאודיתא יוצרת חיוב ולא העברת בעלות), ולכן אינו מועיל לצד האיסורי של העבדות.

פס חיים, סוגית אודיתא, עמ' קנא במהד' תש"ך [להרחיב] (הובא בס' המקנה (סופר), ח"א, כלל ב, פרט ד), מבאר שהט"ז סובר שאודיתא יוצרת רק חיוב ולא קנין (ראה בשמו בהערה 297) ולכן אינה מועילה לענין איסור. הוא כותב (בעמ' קנב) שלט"ז לא מועילה אודיתא אף לאיסור דרבנן, שהרי הוא דיבר על ריבית מאוחרת שהיא מדרבנן. פס חיים שם מקשה על קצות החושן שכתב שמועיל לענין חמץ, הרי אם ביטל תחלה, זה הפקר, ואין מועיל אודיתא על הפקר; ואם ביטל אחרי האודיתא, הרי זה לא שלו, מדרבנן, ולא מועיל ביטול על חמץ שאינו שלו מדרבנן, כגון חמץ בשעה שישית.

מקור חיים סי' תמח ס"ק ה (כט ע"ג במהד' תרכ"ו), כותב שאודיתא לא מועיל לענין חמץ כי הודאת שקר אינה מועילה להפקיע איסור, כמו שכתב הט"ז; ועוד, שחידושי הרשב"א (שהבאנו בהערה 302), כותב שאודיתא אינה קנין. ישועות יעקב, או"ח, תמח, ס"ק ה, בסופו, כותב שבמקום שאין מועיל קנין דרבנן להפקיע איסור, לא מועילה אודיתא להפקיעו, כי מה שהאדם מודה שהנכס של פלוני או שאומר שהקנה אותו לפלוני באופן המועיל, ייתכן שכוונתו שהקנה לו רק בקנין דרבנן, ונמצא שהאודיתא מועילה רק מדרבנן, ואינה יכולה להפקיע את האיסור. שו"ת להורות נתן, ח"ד סי' פח, בסופו, מביא את המחלוקת האם אודיתא מועילה להפקיע איסור.

הבחנה: סי' המקנה (סופר), ח"א, כלל ב, פרט ד, כותב (בדעת קצות החושן) שאודיתא מועילה רק בחמץ בפסח, שמהתורה די בביטול, ואחרי שביטל נשאר רק איסור דרבנן, ועל איסור דרבנן מועיל אודיתא, שמועיל מדרבנן מצד הפקר ב"ד, אבל א"א לסמוך על זה במכירת בהמה במכירת, כדי לפטור את בנה מבכורה, שהוא איסור תורה; ועוד שקנין דרבנן מועיל מצד הפקר ב"ד, והפקר חייב בבכורה. אבל בפרט י, הוא כותב, שהמקבל אתרוג באודיתא יכול לצאת בו, גם אם אודיתא קונה רק מדרבנן, כי נעשה שלו מהתורה כיון שהופקר והוא היחיד שיכול לזכות בו, ע"פ הסברה שלו שהובאה לעיל.

²⁹⁷ העיטור, הודאה (מב ע"ג במהד' רמ"י); אור זרוע, ב"ב סי' קפז (הובא בהגהות אשרי, ב"ב פ"ט סי' כה), בשם ר' יצחק בר מרדכי; ותשב"ץ ח"ג סי' שיט וסי' שכה; שו"ת אשר לשלמה (דנאן), סי' מא (צא ע"ב), בדעת הראב"ד, הרא"ש והטור. שו"ת מגן גבורים סי' סב (קד ע"ב), כותב שלדעת העיטור, בבריא הודאה לא מועילה בתור קנין אלא בשטר. שו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מב (צב ע"ד), כותב שלפי העיטור, אודיתא אינה מועילה בבריא גם אם אמר "אתם עדיי". שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' סד, כותב שהא"י מודה שאודיתא מועילה בבריא אם אמר "אתם עדיי" (ראה ליד ציון הערה 283), כי אז אינו יכול לטעון "משטה אני", והביא ראה מדיני הודאה בסנהדרין כו ע"א. אבל שו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מב (צג ע"א), וסי' המקנה (סופר), ח"א, כלל ב, פרט ג, דוחים את הראיה משם, ששם מדובר בהודאה בטענה, ואינו דומה להקנאה ע"י הודאה.

המהדיר לס' התרומות שער מב ח"ד אות ג, הערה 28, כותב שלפי הפירוש השני של ר"י מיגאש ב"ב קמח בענין שכ"מ שהודה, לא מועילה הודאה בבריא שמא הוא משטה.

שו"ת פני יצחק (אבולפיה) ח"ה חו"מ סי' ד (קנא ע"א), מביא תשובת חכם אחד, הכותב שבפועל א"א לתת תוקף למתנה על פי אודיתא, כי יש בכך הרבה מחלוקות, ובוודאי יש איזה טענת קי"ל שתועיל למוחזק. אבל ר"י אבולפיה משיב על כך (בדף קנב ע"א), שאין אומרים קי"ל נגד שו"ע שסובר שאודיתא קונה.

דעת הרמב"ם: תשב"ץ, ח"א, סי' קנב, מוכיח ממה שרמב"ם ה' מכירה, ו, ז, הזכיר דרכים להקנות חוב ולא הזכיר אודיתא, מכאן שהוא סובר שאודיתא אינה מועילה בבריא. קצות החושן, קצד ס"ק ד, דוחה, שדוקא **חוב** אינו נקנה באודיתא לדעת הרמב"ם (ראה ליד ציון הערה 343).

רמב"ם, הלכות זכיה, ט, ט, וטור, חו"מ, רג, ג, כתבו את דין ההודאה לגבי שכיב מרע, ותשב"ץ ח"א, סי' קנב, מדייק מזה שהרמב"ם סובר שבבריא זה לא מועיל. אבל שו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' סד, דוחה, שנקטו זאת בשכיב מרע לחדש שאינו חוזר גם אם הבריא, שלא כבמתנת שכיב מרע. שו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מב (צג ע"ג), מקשה על הסברו, הרי בבריא יש יותר חידוש, שמועיל דיבור בעלמא. בני אהרן סי' עז (פח ע"א) דוחה את ההוכחה בדרך אחרת: שהרמב"ם סובר שגם בבריא מועיל, ונקט שכיב מרע כי בו אין צריך לומר "אתם עדיי", כי אין אדם משטה בשעת מיתה, אבל גם בבריא הודאה מועילה, אלא שצריך "אתם עדיי" למנוע טענת "משטה" (ראה ליד ציון הערה 283). אבל חוקי חיים שם דוחה גם הסבר זה - עיי"ש. וראה הערה 274, פרשנים האומרים שלרמב"ם אודיתא מועילה.

הבחנה: חידושי הריטב"א הישנים ב"מ מו ע"א, כותב שאודיתא מועילה רק לענין זה שהמקבל יכול לתבוע את דבר המתנה בבית דין, אבל כל זמן שלא הוציא אותו בדיון, אינו קנוי לו, ולכן אם זה כסף, אינו יכול לחלל עליו מעשר שני. אמרי בינה, דיני הלואה סי' טז (צט ע"ד), כותב שגם תוס' ב"מ מו ע"א (ד"ה ונקנינהו), סוברים שהכסף אינו שלו, רק שיכול להוציא בדיינים, ומה שכתבו שיכול לחלל מעשר שני על הכסף, טעמם הוא שכיון שיכול להוציא ממנו את הכסף, יכול לחלל עליו, שיחול החילול למפרע לכשיבוא לידו, וזה לא דשלבל"ע, כי בידו להוציא בעין, ואלו הריטב"א סובר

להשפיע על אדם אחר, להכניס את הנכס לבעלותו, ולכן הנכס נשאר בגדר הפקר, כי בעליו הסתלק ממנו, ואינו נקנה למקבל²⁹⁸. גם לפי דעה זו, אודיתא מועילה בשכיב מרע²⁹⁹, כי דבריו ככתובים וכמסורים, כלומר שאם אמר שהוא מקנה, רואים כאילו עשה מעשה קנין, ולכן גם אם הודה שהנכס של פלוני, נקנה הנכס לאותו פלוני כאילו עשה מעשה קנין³⁰⁰.

(ב) אופן פעולת אודיתא

יש אומרים שהודאה פועלת כהקנאה³⁰¹, אבל אחרים אומרים שהודאה אינה פועלת כהקנאה אלא שהאדם נאמן במה שהוא אומר כהודאת בעל דין³⁰².

שאינו יכול לחלל עד שיהיה שלו ממש, ומה שהוא יכול להוציא לא מועיל שיחול למפרע, כי אודיתא אינה עושה קנין אלא רק חיוב לתת. והוא כותב שלפי זה, בחמץ, גם אם נאמר שמועילה הודאתו שהנכרי יכול להוציא מידו בב"ד, בכל זאת עדיין אינו של הגוי, והיהודי עובר בבל יראה.

בדומה, פלס חיים, סוגיא דאודיתא, עמ' קנא במהד' תש"ך (הובא בס' המקנה (סופר), ח"א, כלל ב, פרט ד), כותב שאודיתא היא רק חיוב, ולא קנה את החפץ עד שיגיע לידו, והביא ראיה (בעמ' קנו) ממגן אברהם, יג, ס"ק ח, הכותב שמי שרואה בשבת שבטליתו חסרה ציצית, אינו יכול להיפטר מהאיסור ע"י הקנאת הטלית לאחר במתנה (ואז זו טלית שאולה שפטורה מציצית), כי אסור לתת מתנה בשבת (ראה על כך בחוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 103); ולכאורה היה צריך לומר שנקנה אותה באודיתא, שהיא מותרת בשבת כיון שאינו מוציא מרשותו ולא מכניס לרשות אחר ורק מודה שזה של פלוני (אבל יש להעיר שלדעה שזה הקנאה, אולי אסור בשבת כמו קנין סודר), ומכאן שאודיתא אינה מועילה להקנות. הוא מביא עוד ראיה ממה שאמרו בגיטין עז ע"ב שבעל שהולך למות בשבת יגרש את אשתו ע"י הקנאת חצרו בקנין חזקה עם הגט, והסביר רבנו קרשקש שם, שאף שאסור לתת מתנה בשבת, כאן התירו כדי שלא תיטרף דעתו, ואם אודיתא היא קנין, היו צריכים לומר שנקנה את החצר באודיתא, שמותרת בשבת, אלא מכאן שאינה קנין. ס' המקנה (סופר), ח"א, כלל ב, פרט ד, דוחה ראיה זו, שקנין אודיתא מועיל רק מכאן ולהבא, וא"כ הגט פסול, כי זה חצרה הבא לאחר שכבר הונח שם הגט, וזה כמו "טלי גטך מע"ג קרקע", ודוקא אם הוא מקנה לה את החצר (בקנין חזקה, לדוגמה) לא נחשב "טלי גטך מע"ג קרקע" כי הגט בא מרשות הבעל לרשותה כפי שהסבירו תוס' שם (ד"ה ותיזיל), משא"כ באודיתא שאין בה הקנאה מרשותו.

פלס חיים, שם, עמ' קנא (הובא בס' המקנה (סופר), ח"א, כלל ב, פרט ט), מעלה אפשרות שגם לרמב"ם, אודיתא היא רק חיוב ולא קנין, ומסביר בזה מדוע רמב"ם, הלכות זכיה, ט, ט, כתב שמועילה אודיתא לגוי, ונקט "נותנים לו" - שהיות שזה רק חיוב, יכול המודה שלא לתת כי מותר להפקיע הלוואתו של גוי (ב"ק ק"ג ע"ב), לכן כתב רק "נותנים לו". ס' המקנה (סופר), ח"א, כלל ב, פרט ו, עושה הבחנה בתוך סברה זו: אם באמת קיים החפץ שהודה, האודיתא עושה קנין בחפץ, ולכן תוס' ב"מ מו ע"א כתבו שהמקבל יכול לחלל מעשר שני על כסף שקנה באודיתא; ואילו תוס' ב"ק קד דנו במי שאין לו קרקע ומודה שיש לו ומקנה מטלטלין אגבן - אמנם הודאתו מטילה עליו חיוב אבל לא יוצר קנין בחפץ כיון שהקרקע אינה קיימת, ולכן לא מועיל להקנות אגבן. ראה הערה 296, שפני יהושע עושה הבחנה דומה. וראה שם עוד על סתירת התוס'.

²⁹⁸ שו"ת שואל ומשיב מהדו"ג ח"ג סי' יא.

כנגד זה, הדעה האחרת תטען שזה תקנת חכמים (כדעה ליד ציון הערה 279 שזה מדרבנן). וכך כותב שואל ומשיב, שקצות החושן סובר שבגלל הודאתו, חכמים הפקירו את ממונו ויעשו שאינו זוכה כזוכה" (ביטוי המופיע בב"מ יב ע"ב לענין דומה). עוד אפשר לומר שכיון שלומדים הודאת בעל דין מ"כ הוא זה" (רש"י, קידושין סה ע"ב, ד"ה הודאת), ושם מדובר במי שמודה שהוא חייב לפלוני, והפסוק מלמד שהאדם האחר זוכה בזכות התביעה ממנו, ומכאן שנאמן גם לזכות אדם אחר, שהנכס ייכנס לבעלותו.

שואל ומשיב מביא ראיה מגיטין עז ע"ב וממעשה ר"ג בב"מ יא ע"א-ע"ב, שטרחו לחפש דרך להקנות גט ותרומות ומעשרות, ולא עשו אודיתא. והוא דוחה את ראיית קצות החושן מרמ"ה המובא בטור, יו"ד רסז - עיי"ש.

²⁹⁹ עיטור, הודאה (מב ע"ג); תשב"ץ ח"ג סי' שכה; אשר לשלמה שם בדעת הראב"ד, הרא"ש והטור.

ס' התרומות, שער נא, ח"ח, אות א, מביא דעה שהודאה מועילה רק בשכיב מרע.

³⁰⁰ שואל ומשיב שם.

³⁰¹ רא"ש בשטמ"ק ב"ב קמט ע"א (כמו קנין סודר ומשיכה); שו"ת בני אהרן סי' עז (דף פז ע"ד) בדעת ס' התרומות שער מב; שו"ת נודע ביהודה, מהדו"ק, חו"מ, סי' ל, אות ז (ד"ה ומלבד) ומהדו"ת, חו"מ, סי' מה (ד"ה אבל אני) (שהיא עצמה קנין, הקנין הגדול שבכל הקניינים, ולא רק הודאה שכבר קנה); קצות החושן סי' ס ס"ק ט, וסי' קצד ס"ק ד (קנין שאינו נופל מכל הקניינים האחרים), גם בדעת הרמ"ה המובא בטור, יו"ד סי' רסז, וחי' הרשב"א, קידושין כו ע"א, והריטב"א בשם רבו וחכמי פרוניציא המובאים ב"ב סט ע"ב (בדפי הרי"ף); שו"ת מהר"ש הלוי חו"מ, סי' יט (ל ע"ב), בדעת תוס' ב"ב קמט ע"א (ד"ה שכיב) (שבהודאה זו הוא מקנה); שו"ת מגן גבורים סי' סב (קד ע"ב) [להרחיב], בדעת ס' התרומות שער מב ח"ד אות ג (שמביא דעה שזה אחת מדרכי ההקנאות) ובדעת תוס' ב"ב שם; מטה שמעון סי' רנ הגה"ט אות כד, בדעת תוס' ב"ב שם, יד רמ"ה ב"ב קמט והטור (שההודאה עושה קנין גמור); ארח משפט, רנ, הגה"ט, אות ז (קנט ע"ב) בדעת תוס' ב"ב שם ובדעת מהרי"ח בהגהות אשרי ב"ב פ"ט סי' כה; מטה שמעון רנ, הגה"ט אות כז [להרחיב], בדעת שו"ת אבקת רוכל סי' קה; פתח הבית (טיקטין, תק"פ), סי' לט, בדעת תוס' ב"ב שם, בתירוץ השני, בדעת תוס' גיטין יג ע"ב (ד"ה גופא), ובדעת תוס' ב"מ מו ע"א (ד"ה וניקנינהו); המהדיר לס' התרומות שער מב ח"ד אות ג, הערה 22, בדעת תוס' ב"מ שם.

אבל שו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מב (צב ע"א), דוחה את הדיוק של מהר"ש הלוי מתוס' ב"ב שם - עיי"ש.

בני יעקב, דף צח ע"ד, כותב שתוס' ב"מ מו ע"א (ד"ה ונקנינהו), סוברים שזה הקנאה ולא הודאת בע"ד, שהרי הם אומרים שזה מועיל לענין שמקבל הכסף יוכל לפדות בו מעשר שני של הנותן בלי תוספת חומש, אע"פ שידוע שזה שקר. שו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מב (צב ע"א) דוחה, שאע"פ שזה שקר, זה יכול להועיל לגבי מעשר שני בתור הודאה, כמו שלגבי איסור גיורא (ב"ב קמט ע"א) הועיל אע"פ שברור שזה שקר, שהרי לא ייתכן שהקנה לו לפני כן, שהרי הכסף היה בידים של רבא, ועוד, שאיסור גיורא לא אמר "כבר הקניתי את הכסף למרי בר רחל", ועוד שתוס' ב"ב מד ע"ב (ד"ה דלא), כתבו שזה מועיל כהודאת בע"ד אע"פ שידוע שזה שקר.

שו"ת אשר לשלמה (דנאן), סי' מא (צ ע"א), כותב שאבקת רוכל סי' קה שכתב שמתנת בריא מועילה דרך הודאה, הולך לשיטתו בכסף משנה ה"ל מכירה, יא, טו, שמדבריו עולה שלדעת הרמב"ם הודאה מועילה כאחד מדרכי ההקנאות. עיי"ש (בדף צא ע"א), שהביא ראיה שאבקת רוכל סובר שזה מדין הקנאה. וראה בשמו בהערה 364 על כך.

בשכיב מרע: ראב"ד, בס' התרומות שער מב ח"ד אות ג, ורא"ש ב"ב פ"ט סי' כה, כותבים שלפי הצד שזה בגדר מתנה, לא מועיל בגר שהוא שכיב מרע, שהרי גר לא יכול לתת מתנת שכ"מ. וצ"ע, הרי שכיב מרע יכול לתת מתנת בריא, גם אם הוא גר, ואם כן, אם הודה שהנכס שייך לפלוני, חלה מתנת בריא.

³⁰² שו"ת הראב"ד, סי' קמא, עמ' קפט = תמים דעים סי' סא (שאינה הקנאה אלא הממון חוזר ממילא לבעליו), וראב"ד, המובא בס' התרומות שער מב ח"ד אות ג; סי' התרומות שער מב ח"ב אות א, ושער נא ח"ח אות א; שו"ת הרשב"א, ח"ג, סי' סז, וח"ד, סי' נ, וחי'דושי הרשב"א, קידושין כו ע"ב ("הודאה לאו דרך הקנאה"); שו"ת מהר"ש הלוי חו"מ, סי' יט (ל ע"ב), בדעת רא"ש, ב"ב, פ"ט, סי' כד; בני יעקב, קנין, דף צח ע"א [להרחיב], בדעת תוס' ב"ב קמט ע"א (ד"ה שכיב), ובדעת העיטור (שלכן מועיל רק אם הוא מודה שהנכס היה של המקבל מתחילה); ברכי יוסף, חו"מ, סי' מ, ב (ד"ה ואפשר), בדעת תוס' ב"ב מד ע"ב; ארח משפט, רנ, הגה"ט, אות ז (קנט ע"ב) [להרחיב], בדעת ר"י מיגאש, הרמ"ה, נ"י, הריטב"א, הראב"ד בשטמ"ק ב"ב, הרשב"א, מהר"ם במדכ"ב ב"ב סי' תרכ והרמב"ם (שאודיתא אינה חלה מדין קנייה אלא בתורת עדות); אורח משפט שם (קנט ע"ג) בדעת הרדב"ז ושו"ת אבקת רוכל סי' קה; פתח הבית (טיקטין, תק"פ), סי' לט, בדעת מרדכי, ב"ב, סי' תרכ; שו"ת בני אהרן סי' עז (דף פח ע"ב) בדעת מהר"ם במדכ"ב ב"ב סי' תרכ (בלשון "אפשר"); מטה שמעון סי' רנ הגה"ט אות כד [להרחיב], בדעת רשב"ם ב"ב קמט ע"א (ד"ה תיש) (שאינה עושה קנין אלא אומרים שהקנה לו ע"י אחר).

סי' התרומות שער מג ח"א סי' יד, כותב שמי שכתב בשטר "הקניתי לך ארבע אמות ואגבם מטלטלין", אע"פ שאין לו ארבע אמות ואפילו עדים מכחישים אותו, חל קנין אגב כי הודאת בעל דין כמאה עדים (כאמור ליד ציון הערה 131), ונימק שיש להניח שהוא יודע שיש לו קרקע במדינה אחרת שאינה ידועה לנו. שו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מב (צב ע"א), מדייק מדבריו שאודיתא מועילה משום הודאת בע"ד. גידולי תרומה, על ספר התרומות שם, מקשה, מדוע הוצרך לומר שהוא יודע שיש לו קרקע במדינה אחרת, הרי די בהודאתו שמראה שהוא רוצה להתחייב, גם אם החיוב הוא בדוי והודאתו שקרית? המהדיר במהד' מכוון ירושלים, שם, הערה 97, תירץ ע"פ שיטת סי' התרומות במקומות שצוינו לעיל שאודיתא אינה קנין אלא יסודה בדין הודאת בעל דין.

ב"י, חו"מ, סי' רנ, ג, אחרי שהביא את פירוש ר"י בתוס' ב"ב קמט ע"א (ד"ה שכיב), כתב שכן פירש הרא"ש. שו"ת אשר לשלמה (דנאן), סי' מא (צ ע"ג), מוכיח מדבריו אלו שהוא סובר שלפי הר"י, אודיתא אינה הקנאה אלא חלה מטעם הודאת בע"ד, כפי שמשמע מהרא"ש, ב"ב שם. הוא מסביר (בדף צ ע"ד) שהטעם שב"י פירש את דברי התוס' כדעת הרא"ש הוא ע"פ הכלל שכתב דרישה חו"מ, שט, א, שרצוי לפרש בכל מקום את דברי התוס' כדעת הרא"ש, אבל דעת ב"י עצמו היא שאודיתא היא קנין, כמו שכתב בכסף משנה ובאבקת רוכל (שצוינו בהערה 301).

ארח משפט, רנ, הגה"ט, אות ז (קנט ע"ב), כותב שלדעת העיטור והאוי"ז ותשב"ץ, שכיב מרע יכול להקנות בהודאה בדרך קנין, אבל בבריא אודיתא מועילה רק בדרך עדות אבל לא כקנין. והוא כותב בדעת הרמב"ם שאפילו בשכ"מ לא מועילה הודאה מדין קנין; ואילו תשב"ץ ח"א סי' קנב, הבין שהרמב"ם סובר כעיסור, שהודאה קונה בשכ"מ ולא בבריא. שו"ת אשר לשלמה (דנאן), סי' מא (צא ע"ב), מעלה אפשרות שא"א לומר קי"ל כדעה שזה הודאה, שהרי דעת השו"ע היא שאודיתא קונה אפילו בבריא, כמ"ש קצות החושן (הערה 274).

אמרי בינה, דיני הלואה סי' טז (ק ע"ב), כותב שרמב"ם הלכות זכיה ט, ט, סובר שאודיתא אינו קנין, שהרי כתב שמועילה הודאת שכיב מרע להקנות מלווה על פה לגוי, ולפי הדעה שאודיתא היא קנין, הרי אי אפשר להקנות מלווה על פה באודיתא כי אינו בר הקנאה שהרי אין דרך אחרת להקנותו, ואמנם אפשר להקנותו במעמד שלשתן (ראה בשמו בהערה 345), אבל לגוי א"א להקנות במעמד שלשתן, לפי דעה אחת (שו"ע, חו"מ, קכו, כב, מביא מחלוקת בשאלה זו). אבל יש להעיר שיתכן שיש סוג של אודיתא שהיא הקנאה, ובה לא מועיל להקנות מע"פ, ויש סוג של אודיתא שהיא נאמנות, ובה מועיל להקנות מע"פ אפילו לגוי, ובה מדבר הרמב"ם. הוא כותב (בדף ק ע"ג) שגם יד רמה ב"ב פ"ט סי' צז, סובר שאודיתא אינה הקנאה אלא הודאת בעל דין, שהרי כתב שמוכחים מאיסור גיורא שזה הודאה, כי גר לא יכול לתת מתנת שכיב מרע, וכתב שגם דברים שלא נקנים בהקנאה כגון דשלב"ע ודבר שאינו ברשותו, כגון מלווה וגזל, נקנים בהודאה. הוא כותב שגם לרשב"א אודיתא אינה הקנאה; ועיי' שם איך הוא דוחה את הוכחת קצות החושן (הערה 301) שלרשב"א זו הקנאה.

אמרי בינה, דיני הלואה סי' טז (ק ע"ד), מדייק מהרא"ש בשטמ"ק ב"ב קמט ע"א, שהקשה איך הודה איסור גיורא, הרי אסור לשקר - הרי שאינו בגדר הקנאה, כי אם הוא הקנאה, פשוט שמותר. כך הוכיח גם המהדיר לס' התרומות שער מב ח"ד אות ג, הערה 27. דבריהם קשים, שהרי הרא"ש עצמו מתרץ את קושייתו בקביעה שאינו אסור כי חכמים תיקנו שהקנין יועיל כמו קנין סודר.

סי' המקנה (סופר), ח"א, כלל ב, פרט ב, כותב שרא"ש, ב"ב, פ"ט, סי' כה, סובר שאודיתא היא מטעם הודאת בעל דין ולא הקנאה, שהרי כתב שהגמרא מוכיחה מאיסור גיורא שהודאה אינה מתנה. הוא כותב שכן משמע גם מב"י סי' רנ.

יש נפקויות אחדות בין שתי השיטות: (א) במצב של טעות, כגון שהתברר שהמקבל רימה את הנותן, ואילו ידע לא היה נותן לו, לפי השיטה שזו הקנאה, זו הקנאה בטעות, ובטלה, אבל לפי השיטה שזו הודאת בעל דין, לא שייך לומר שזו הודאה בטעות בגלל המניע המוטעה³⁰³. (ב) דבר שאינו בר הקנאה, דהיינו שאין שום מעשה קנין שחל בו, לפי השיטה שאודיתא היא הקנאה, לא תועיל בו, ולפי השיטה שזו נאמנות, תועיל³⁰⁴. (ג) לפי השיטה שאודיתא היא הקנאה, יש לה תוקף גם לענייני איסור, משא"כ לשיטה שזו נאמנות³⁰⁵. (ד) יש מי שאומר, שלפי השיטה שאודיתא אינה הקנאה, אלא שאנו מאמינים שהאמת כדבריו, הרי אם המקבל יודע שאינו אמת, והנותן חוזר בו, אסור למקבל ליטול את דבר המתנה מפני שזהו גזל³⁰⁶. ואילו לפי השיטה שאודיתא היא הקנאה, אין איסור באודיתא אף שברור שהיא שקר³⁰⁷.

(ג) אם ידוע שזה שקר

הנכס נקנה גם אם הכל יודעים שהנכס שייך לראובן ולא לשמעון, ושה"הודאה" אינה אמת³⁰⁸. גם אם עדים מעידים שלא הקנה ראובן לשמעון מקודם, הודאת בעל דין לחייב עצמו חזקה יותר מעדים³⁰⁹. גם אם המקבל

שו"ת שער אשר, חו"מ, סי' כה (לו ע"ד) [להרחיב], כותב שגם לדעה שאינה הקנאה, מועיל מטעם הודאת בע"ד, ואולי הוא יודע מדוע הודה, כיון שאין אינדיקציה המלמדת שהתכוון להקנות עכשיו.

³⁰³ כך עולה מסי' התרומות שער מב' ח"ב אות א, ורא"ש, ב"ב, פ"ט, סי' כה, הכותבים שאודיתא אינה בגדר מתנה ולכן אם הוא שכיב מרע אינו יכול לחזור בו כשהוא מבריא; והרי הדין שמתנת שכיב מרע חוזרת אם הוא מבריא הוא משום שזו טעות, שאילו ידע שיבריא לא היה נותן; וניתן ללמוד מזה לכל טעות.

אבל פתח הבית (טיקטין, תק"פ), סי' לט, מעלה אפשרות שגם אם זה רק הודאה, שכיב מרע יכול לחזור בו אם הבריא, מפני שיש אומדנא שהודה רק כדי להקנות, ואילו ידע שיבריא לא היה מודה. אבל אח"כ הוא כותב שלפי השיטה שאודיתא היא קנין, אם המודה אומר "לא התכוונתי להקנות אלא טעיתי", נאמן; משמע שלשיטה שזו הודאה, הודאתו אינה בטלה.

³⁰⁴ אמרי בינה, שהבאנו בהערה 302. כך עולה גם מדברי פתח הבית שנביא בהערה 343. וראה על כך בהערה 278 בשם נודע ביהודה.

³⁰⁵ פתח הבית, שנביא בהערה 295. כך עולה גם מדברי בני יעקב שהבאנו בהערה 301. אבל חוקי חיים, שהבאנו בהערה 301, כותב שיש לה תוקף לענייני איסור לפי שתי השיטות.

³⁰⁶ ר' ישראל יהושע מקוטנא בהגהותיו לשו"ת הרשב"א ח"ד סי' נ. הוא מסביר שדוקא במעשה באיסור גיורא היה מותר לרב מרי לקחת את הכסף על סמך ההודאה, מפני שבגלל ההודאה, לא התכוון רבא (שהכסף היה מופקד בידו) לזכות בכסף במיתת הגר. המהדיר לשו"ת הרשב"א, מהד' מכון ירושלים, שם, הערה 6, מסביר שבמעשה שם, אחרי הודאת איסור גיורא, תבע רב מרי מרבא להחזיר לאיסור את הפקדון, ובגלל ההודאה, לא היה רבא יכול לטעון "אינך בעל דיני". דברי רי"י מקוטנא קשים: איך המקבל יכול לדעת בוודאות שזה שקר, הרי יתכן שהנותן זיכה לו ע"י אחר בלי ידיעתו, כפי שנראה ליד ציון הערה 310?

³⁰⁷ המהדיר לסי' התרומות שער מב' ח"ד אות ג, הערה 22, מוכיח כך משו"ת חכם צבי סי' טז שיעץ להקנות באודיתא. כמו כן, רא"ש בשטמ"ק ב"ב קמט ע"א, כותב שהודאה זו מותרת, כי חכמים תיקנו שהיא מועילה כמו קנין סודר. כמו כן, פתח הבית (טיקטין, תק"פ), סי' לט, נוקט שלפי השיטה שאודיתא אינה קנין אלא רק הודאת בעל דין, הרי אם ידוע לנו בוודאות שזה שקר, יכול לחזור בו; ולפי השיטה שהיא קנין, חל גם אם ידוע שהוא שקר.

לנפקויות נוספות בין השיטות, ראה הערה 301, לענין אודיתא בגר שהוא שכיב מרע; ליד ציון הערה 314, אם הנותן מודה שהוא מתכוון להקנות עכשיו; הערה 283, לגבי הצורך באמירת "אתם עדיי"; הערה 338, בשם פתח הבית, על מחילת חוב שנקנה באודיתא; הערה 274, בשם סי' המקנה, לגבי קטן; הערה 341, בשם נתיבות המשפט, לגבי הקצאת חוב; הערה 377, על נידון מיוחד; ליד ציון הערה 371, על הודאה נגדית של המקבל; והערה 357, אם הנכס נשאר ברשות הנותן.

³⁰⁸ תוס', ב"ב מד ע"ב (ד"ה דלא); סי' התרומות, שער מב' ח"ד, אות ב ואות ג; שו"ת הרשב"א ח"ג סי' סז, וח"ד סי' נ (הובא בב"י, חו"מ, רנב, מחודש ג) (גם אם אנו מוחזקים בו שאינו כן); הריטב"א בשם רבו וחכמי פרובינציא המובאים בב"י ב"ב סט ע"ב (בדפי הרי"ף); קצות החושן, מ, ס"ק א (גם אם שני הצדדים יודעים שהנכס שייך לנותן), וסי' קצד, ס"ק ד; שו"ת חכם צבי סי' טז (הובא בשו"ת שתי הלחם סי' מה); שו"ת נודע ביהודה מהדורא קמא חו"מ סי' ל, אות ז (גם אם כתוב בשטר שעשו קנין, ויודעים בודאי שמעולם לא עשה קנין, כי ההודאה עצמה הוא הקנין); מטה שמעון רנ"ג הנה"ט אות ח; שו"ת בני אהרן, סי' עז (דף פז ע"א).

אור זרוע ח"א, סי' תשנב, אות ד, כותב שאם אנו יודעים שהנכס אינו של המקבל, האודיתא מועילה רק בשכיב מרע גר שאין לו דרך אחרת להקנות, שבו תיקנו חכמים שיקנה כדי שלא תיטרף דעתו, אבל בבריא מועילה רק הודאה שיכולה להיות אמת (ראה בשם אור זרוע בהערה 297).

חידושי הריטב"א הישנים ב"מ מו ע"א, מביא שיש אומרים שרק הודאת אמת מועילה ולא הודאת שקר, ושבמעשה באיסור גיורא, הכסף באמת היה שייך לרב מרי; והריטב"א מוכיח שאין זה נכון - עיי"ש.

אבן האזל, הלכות מכירה, יא, טו, כותב שהרמב"ם סובר שלא מועיל קנין אודיתא במצב שהמקבל מודה שאינו שלו ובא ליטול בתורת מתנה, שהרי לא כתב דין זה במתנת בריא, ודין שכיב מרע שהודה כתב הרמב"ם, הלכות זכיה, ט, ט, שהחידוש הוא שמועילה הודאה רגילה; והוא יסביר שבמעשה באיסור גיורא, רב מרי הוציא את הכסף מרבא אף שידע שאינו שלו, מפני שייתכן שזיכה לו ע"י אחר.

אומר שמעולם לא נתן לו הנותן (כך שיש הודאת בעל דין נגדית), ייתכן שזיכה לו את דבר המתנה ע"י אחר כך שהמקבל לא ידע על כך, ולכן קנה³¹⁰.

לדוגמה, האומר "יש ללוי בנכסיי כך וכך", זו מתנה תקפה בגלל ההודאה בחיוב, גם אם היה ידוע שלא היה חייב ללוי כלום³¹¹.

אבל הרשב"א פוסק שאם הצדדים מודים שאין זו הודאה אמיתית, אלא שהם רוצים להקנות עכשו ע"י דיבור זה - הנכס אינו נקנה ע"י ההודאה, כי אודיתא מועילה מטעם הודאת בע"ד ואינו הקנאה³¹², וכאן אין בזה משום הודאת בעל דין, כי הנותן בעצם מודה להיפך, שמעולם לא היה הנכס שייך למקבל³¹³. יתכן שלפי הדעה³¹⁴ שאודיתא היא הקנאה, היא תועיל גם אם שני הצדדים מודים שזה שקר ורוצים להקנות עכשו³¹⁵. מצד שני ייתכן שגם לדעה זו, ההקנאה מבוססת על הודאת הנותן, ואם הוא עצמו מודה שהודאתו שקרית, אין כאן הודאה.

הבחנה: נתיבות המשפט, ס' ס"ק טו, כתב שאם זו לשון שמשמעה הודאה בלבד, חל קנין אודיתא גם אם יש עדים או שידוע או שהמקבל מודה שלא הקנה לו מקודם, כי הודאת בעל היא כמאה עדים, אבל לשון "נתתי" שאפשר לפרש אותה גם כלשון של הקנאה מעכשו ולהבא (ראה הערה 293), אינה מועילה כאודיתא אם יש עדים או שהמקבל מודה שלא הקנה לו מקודם, כמו שכתב שו"ת הרמ"א, ס' צב, כי כיון שאפשר ליישב את דברי העדים עם דבריו, ולומר שהוא באמת לא הקנה בעבר ומתכוון רק להקנות מכאן ולהבא, עדיף לפרש כך (וזה מועיל רק בשטר, ורק בקרקע שנקנית בשטר), כדי שלא תהיה סתירה בין דברי העדים לדבריו (ועיי"ש על סתירת הודאת הנותן והודאת המקבל).

³⁰⁹ נתיבות המשפט, ס' ס"ק טו.
³¹⁰ גיטין מ ע"ב (הובא ע"י הראב"ד בס' התרומות שער מב ח"ד אות ג, שהובא בשו"ת אשר לשלמה (דנאן), ס' מא, דף צא ע"א).

כמו כן, שו"ת בני אהרן, ס' עז (דף פז ע"א) כתב בדעת רש"י, כתובות קא ע"ב, שגם אם אנו יודעים שלא היה חייב לו מקודם, אולי היתה לו טעות בחשבון ממקום אחר, והוא רוצה לצאת ידי שמים, ולכן מתחייב בחיוב זה. אבל יש להעיר שטעם זה שייך רק בהקנאת חוב (או בהתחייבות חדשה) אבל לא בהקנאת חפץ, שהרי גם אם הנותן התחייב למקבל, זה לא יכול להעביר למקבל את הבעלות בחפץ.

אבל שו"ת פרח מטה אהרן, ח"א, ס' סה (קכד ע"ב-ע"ג) (נדפס גם בשו"ת פני משה ח"ג ס' לה, דף ס ע"ג) מבין שטעם הראב"ד שונה מהטעם של הראשונים האחרים, שזה הודאת בע"ד, שלפיהם, גם אם זה באמת לא נכון, מקבלים את הודאתו.

³¹¹ שו"ת המבי"ט ח"א ס' שכב. הוא מביא ראיה מהאמור בגיטין מ ע"ב, שהכותב "שדה פלונית הרי היא של פלוני", אע"פ שידוע שהוא של הנותן, זו מתנה תקפה; ועוד ראיה מהאומר "חייב אני לך מנה בשטר", שחייב (כתובות קא ע"ב) אע"פ ששניהם מודים והעדים יודעים שלא היה לו אצלו כלום, הרי שאנו דנים לשון "הריני חייב לך מנה" בלשון מתנה אע"פ שמשמעותו היא שהיה חייב לו דרך הלואה או חוב. הוא מביא ראיה שמועיל אע"פ שלא אמר בפירוש לשון מתנה, ממה שמועיל "יטול או יחזיק" (ליד ציון הערה 666). אבל יש להעיר ששם מדובר שעשה קנין, וכאן לא עשה קנין.

שו"ת אשר לשלמה (דנאן), ס' מא (פט ע"ב), מעיר ששו"ת מהרי"ק שורש צד (הובא ברמ"א, חו"מ, רגג, ב), כתב שאם אמר "כך וכך לפלוני בנכסי", אינו מועיל. הוא דוחה את ראיית המבי"ט מ"חייב אני לך מנה", שאולי שם מועיל משום שאמר בלשון חיוב. מטה שמעון ס' רגג הגה"ט אות ח, כתב ש"יש לו בנכסי כך וכך" מועיל.

³¹² שו"ת הרשב"א ח"ג ס' סז, וח"ד ס' נ (הובא בב"י, חו"מ, רנב, מחודש ג, ובשו"ת ברכת יוסף, חו"מ, ס' כג).
כמו כן, ר"ן על הרי"ף, גיטין כא ע"ב, בדפי הרי"ף (ד"ה תנו) (הובא בב"י, חו"מ, רמה, ד, בשו"ת מהריב"ל, ח"ב, ס' סה, ובשו"ת ר"י מליריאה, ס' כ, עמ' קו), ורמ"א, חו"מ, רמה, א, כותבים שאם אמר הנותן: "נתתי נכס פלוני לפלוני", לא בדרך הודאה, אלא רוצה לתת לו את הנכס עכשו באמירה זו, אינו מועיל. יש להניח שכוונתם היא שהנותן אומר שהוא רוצה להקנות עכשו, שאלי"כ איננו יכולים לדעת האם התכוון לדרך הודאה או לא.

כמו כן, שו"ת מגן גבורים ס' סב (קד ע"ב), כתב שלדעת הראב"ד המובא בס' התרומות שער מב ח"ד, ולדעת הרא"ש והטור, בבריא לא מועילה לשון הודאה אם אמר שרוצה לתת כהקנאה.

אמרי בינה, דיני הלואה ס' טז (ק ע"ג), כתב שאין הכרח לומר שהרשב"א שם חולק על הראב"ד המובא בס' התרומות, שער מב, ח"ד, אות ג, שכתב שמניחים שמישהו אחר גזל ממנו וביקש להחזיר לו וכו', הרי שאף בדרך רחוקה ונפלאה אין מבטלים את הודאתו - כי אולי הרשב"א מדבר במצב ששניהם מודים לגמרי שרצה רק להקנות לו. בפשטות ההבדל הוא שבנידון של הרשב"א, גם הנותן מודה שזה שקר.

³¹³ שו"ת בני אהרן ס' עז (פז ע"ג).

³¹⁴ ליד ציון הערה 301.

³¹⁵ שו"ת אשר לשלמה (דנאן), ס' מא (צא ע"א), כתב שלפי הדעה שזה רק הודאה, אם המודה אומר שנותן לשם קנין ולא מדין הודאה, לא קנה; משמע שלפי הדעה זו הקנאה, קנה.

כמו כן, שו"ת מגן גבורים, ס' סב (קו ע"ב), כתב שאפשר לומר ק"ל כדעה שאם מפרש שנותן מתנה מחדש, ומקנה אותה בלשון הודאה, לא קנה; משמע שהוא מבין שיש סוברים שגם אז קנה, והיינו משום שלדעתם אודיתא היא הקנאה.

כמו כן, אם הנסיבות או הלשון מלמדות שהנותן מתכוון לתת עכשו, ושזאת לא הודאה אמיתית, אין זה מועיל כהודאה³¹⁶. דוגמאות לדבר: (א) אם ראובן אמר "רוצה אני שיהיו מטלטלין אלו לשמעון", לא קנה, מפני שאין

³¹⁶ שו"ת מגן גבורים, סי' סב (קה ע"א), כותב שלדעת הרשב"ם והמרדכי ור' יונה והנמוקי יוסף, אם הנותן מגלה את דעתו שהוא רוצה לתת נכס זה במתנה ורוצה להקנותו עתה מחדש, ולא שהוא מודה שנכס זה שייך לפלוני, לא קנה גם אם נתן בלשון הודאה, ואפילו בשכ"מ.

שו"ת אשר לשלמה (דנאן), סי' מא (צא ע"ג), כותב שאם התברר לנו מתוך דברי הנותן שאין ביד הנותן כלום ששייך למקבל, אלא שהנותן רוצה לתת מתנה בלשון הודאה, אין זה מועיל, לדעה (ליד ציון הערה 302) שאודיתא מועילה רק מטעם הודאת בע"ד. ראה ליד ציון הערה 314, בשאלה האם הדין שונה לפי הדעה שאודיתא היא הקנאה. ראה ליד ציון הערה 960 ואילך, שיש פוסקים שהבינו שהרי"ף והראב"ד נחלקו האם "נתתי" מתפרש כהודאה, והפוסקים דנו בלשונות נוספים, האם משמעם כהודאה לענין המקרים שדנו בהם הרי"ף והראב"ד; ויתכן שלדעתם יש ני"מ גם לנידונו, האם משמעות לשונות אלו כהודאה לענין קנייה באמירה. אבל אפשר בדוחק לעשות הבחנה, שלשון מסוימת לא תיחשב כהודאה לענין שהיא עצמה עושה את ההקנאה, אבל תיחשב הודאה לענין שבגללה נניח שעשה קנין אחר שמועיל (העקרון שהניח הראב"ד, ליד ציון הערה 961), ואולי הפוסקים דשם דיברו רק על ההיבט השני. ראה ליד ציון הערה 293, שיש אומרים שהאומר "נתתי" - מפרשים שהתכוון לתת עכשו, ואינו מועיל כאודיתא.

לשון הודאה ולשון הקנאה יחד: ר' חיים יהודה, בשו"ת זרע אברהם (יצחק), חו"מ, סי' ו (עט ע"ד), עוסק בשטר שבתחילתו יש לשון הודאה "מודה אני", ואח"כ נכתב "אני נותן", והרי לא תיתכן הודאה על מה שהוא עושה עכשו, ולכן הוא מפרש שההודאה מתייחסת לכך שהמתנה היתה מעבר לסכום הכתובה, אבל זה עדיין הודאה ולא נתינה חדשה. ר' יעקב ישראל, בשו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מא (פו ע"ב), לומד מזה לנידונו, שבתחילת השטר נכתב "נתנו" ואח"כ נכתב "נותנים", ש"נותנים" פירושו אלו שנותנים מעיקרא (=בעבר). עוד הוא מעלה אפשרות שהכלל שהולכים לפי הלשון האחרון בשטר (רמב"ם, הלכות מלוה ולוה, כז, יד) אמור רק אם שני הלשונות הם מדברי בעל השטר עצמו, אבל בנידונו "נתנו" הוא דברי בעל השטר, ו"נותנים" הוא מדברי העדים, ולכן אפשר לפרש שהעדים מתכוונים לומר שהבעל והאשה (נותני המתנה) הם הנותנים מעיקרא, כי הם תמיד נקראים "נותנים", והולכים אחרי דברי בעל השטר עצמו שאמר "נתנו" (הוא מציין שכך כתב שו"ת מירא דכ"א סי' ז דף יד ע"ד); ועוד, שבנידונו גם העדים נקטו לשון עבר, בסוף השטר: "ויעוד ביארו דבריהם הבעל והאשה הנותנים הנזכרים, ונתנו גם להר"י וכו'", ואמנם שם "נתנו" לא מתייחס למתנה הראשונה, אלא למתנה אחרת, אבל מלשון "גם", שהוא לכאורה מיותר, ניתן ללמוד שגם המתנה הראשונה היא בלשון עבר (כך נראית כוונתו).

שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' כט, עוסק בשטר שכתוב בו "פלוני הודה ונתחייב לתת לפלוני במתנה אלף זהובים ומעכשו נתתי לו", וכותב שהשטר הוא כחרס בגלל סתירת הלשונות, שפעם זו הודאה ופעם זו מתנה מעכשו (הוא אינו מזכיר את האפשרות שחייב בגלל ההודאה, אלא מתכוון לומר שאין לכך תוקף מצד התחייבות בקנין, בגלל שיבוש הלשון); וראה הערה 327, מה למד מדבריו ר"א גאגין. שו"ת משפטים ישרים (גאון), סי' לד (סו ע"ג), חולק על מהרשד"ם, וכותב שחייב בלשון זו מטעם הודאה.

ר' ישראל מאיר מזרחי, בשו"ת נחפה בכסף, ח"א, חו"מ, סי' טז (קא ע"ג), מקשה שמשפטים ישרים שם סותר לדבריו בסי' ט, ששם כתב שלא מועיל בשטר לשון "הודה שהוא חייב", ומועילה רק לשון התחייבות. הוא מתרץ, שבסי' ט, ראובן המקבל הודה שהנותן לא היה חייב לו, אלא התחייב כדי לקיים פשרה שעשו, וכיון שהודה שלא היה חייב לו בעבר, מועילה רק לשון התחייבות חדשה, וזה מה שכתב משפטים ישרים, שאם ידוע שלא היה חייב לו מקודם, וראובן בא לתבוע רק מכוח השטר, ראובן אינו זוכה; אבל במקום שחייב לו, לשון עבר מועיל כהודאה. הוא עושה (בדף קא ע"ד) הבחנה נוספת: לשון עבר פסול רק בשטר חיוב, כי אנחנו באים לגבות מכוח השטר, ולכן צריך להיות בלשון להבא כדינו, ועל זה דיבר מהרשד"ם; אבל בשטר מתנה, שהוא רק לראיה, מועיל גם אם הוא בלשון עבר, מטעם הודאת בעל דין, ומניחים שנעשה כדן, כמו שכתב שו"ת תורת חיים ח"א סי' ט (ד"ה ומיניה), ששטר מתנה שכתוב בו "הנני מודה איך אמת הוא שנתתי במתנה גמורה", מועיל כהודאה שנתן מעכשו, גם אם המקבל קטן שאינו קונה בקנין סודר ולא בשטר (כאמור ליד ציון הערה 673), כי מניחים שנתן כראוי וזיכה לו ע"י אחר. הוא מסביר בכך גם את שו"ת משפט צדק ח"ב סי' לו (עד ע"א) [להרחיב], שהכשיר שטר מתנה בלשון עבר, כי ייתכן שהלכה כראב"ד (הערה 961), וגם אם הלכה כרי"ף (הערה 960), אולי הלכה כאומרים ששטר כשר גם אם יש לו שתי משמעויות, ובנידונו, אחרי תחילת דברי השטר, נכתב "ויעכשו נתחייב ראובן", כלומר אחרי שסיפר מה היה בעבר, חזר ונתחייב פעם אחרת. אבל ר"י נבון שם סי' יז (קב ע"ד), חולק עליו, וכותב שגם בשטר חיוב מועילה לשון הודאה, ומניחים שהתחייב כדן.

ר"י נבון שם (קג ע"א-ע"ב) עושה הבחנה נוספת: שמהרשד"ם פסל כי בנידונו לא היה כתוב בשטר שאמר לעדים לכתוב שטר זה, מה שמראה שלא התכוון להקנות, ולכן זה רק סיפור מה שהיה בלי קנין, ואילו במקרה של הראב"ד, היה כתוב בשטר שציווה לעדים וכו', שמשמע שהתכוון לכתוב שטר מתנה, וזה מראה שנתן, ולכן זה מועיל, וכן אם אמר לעדים "אתם עדיי", מניחים שנתן כדן, שהרי אילו התכוון רק לסיפור דברים ולא נתן כדן, לא היה עושה אותם עדים (אבל הוא כותב ששו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' נח, סובר שגם אם אמר "היו עלי עדים איך נתחייבתי" לא מועיל מטעם הודאה), וכן אם כתב את השטר בעצמו, זה שטר קנין גם אם כתוב לשון עבר, כי אלי"כ לא היה לו לכתובו. ר"א גאגין שם (צא ע"ג) דוחה את הסברה של ר"י נבון, שכיון שציווה לכתוב, בודאי התכוון להקנות - שהרי אי"כ גם במקרה של מהרשד"ם, אמנם לא ציווה לכתוב, אבל הרי הודה בפני עדים ועשו קנין וידע שעשו שטר - לאיזה מטרה עשה את זה אם לא רצה להתחייב? אלא ודאי, בשעת האמירה הוא רצה להתחייב, אבל אח"כ יכול לחזור בו כי זה רק סיפור דברים ולא היה חיוב בקנין. הוא מוכיח שנאמן שמואל לא סובר הבחנה זו, שהרי בנידונו ציווה לעדים לכתוב ובכל זאת פסל את השטר מהטעם של מהרשד"ם. ר"א גאגין מקשה עליו עוד, מנין לו שבנידונו של הראב"ד מדובר שציווה לעדים?

זה לשון הודאה, אלא לשון הקנאה³¹⁷. (ב) הודאה בלשון הווה, כגון "שדי נתונה לך", אינה מועילה להקנות כאודיתא, כי משמעותו "תהיה נתונה לך"³¹⁸. (ג) אם הנותן הודה בשעת האמירה שדבר המתנה נמצא ברשותו, הרי שעוד לא נתן, ולכן אמירתו אינה מועילה כהודאה³¹⁹. (ד) אם אמר "הו עזים שאני נותן חפץ זה לפלוני", לא חל קנין אודיתא, כי משמעות לשון זו היא שהוא נותן עכשו³²⁰. (ה) מי שהודה שכל נכסיו שייכים לאמו, ואח"כ אמר "גרש אחד לכל אחד מהאחים שלי", דבר זה מראה שהוא רצה לחשוש לדעה³²¹ שצריך לתת משהו ליורש כדי לקיים ירושה דאורייתא, ואז תועיל מתנתו למי שאינו יורש, ואם אכן לא התכוון לתת מתנה והקנאה מחדש, אלא שהודה שכל נכסיו הם של אמו ואין לו נכסים מעצמו, לא שייך לקיים ירושה דאורייתא, כיון שאין לו נכסים; אלא ודאי, הוא רוצה לתת מתנה עכשו, וזה דרך הקנאה, שאינו מועיל³²². (ו) אשה שכתבה בשטר המתנה: "ובפירוש ביארה האשה הנ"ל שאפילו תעמוד מחוליה ישאר החוב הנזכר קיים וכו'", ברור שהיא רוצה לתת מתנה עכשו, ומוותרת בפירוש על זכותו של שכיב מרע שהבריא, לחזור בו מהמתנה; שהרי אם אינה מתנה עכשו אלא הודאה, פשוט שלא תוכל לחזור ממנה³²³, ולא היו צריכים לכתוב זאת³²⁴. (ז) מי שעשה חשבון עם שותפו, וראה שנשאר לו סכום מסוים, וכתב על סכום זה: "מודה אני איך עשיתי קרן זה לבני", זה לשון הקנאה, גם לדעה³²⁵ שבדרך כלל "נתתי" משמעותו הודאה, כי ברור שהוא נותן לבנו את הקרן עכשו מפני שעכשו נודע לו מה הסכום, והוא חושב שדי בדיבור זה כדי להקנות³²⁶. (ח) יש אומרים שאם עשה מעשה קנין כדי לחזק את ההודאה (בסוג קנין שאינו מתאים להקנות את דבר המתנה,

ר' יונה נבון, שם (קב ע"ג), מיישב את הסתירה במשפטים ישרים, שבסי' ט פטר כיון שהיה כתוב שהודה "איך אני חייב חוב גמור", משמע שהלוה לו כסף וכדומה וחייב לו, ואנו יודעים שלא היה חייב לו, וגם התובע מודה בזה, ולכן פטר כי אי"א לומר שיש כאן הודאה; ובסי' לד עוסק במי שכתב "נתחייב", שחייב עצמו לתת מתנה, ומניחים שהתחייב בקנין שלא בפני המקבל, שמועיל מדין זכין.

ר"י נבון שם (קג ע"ב) מביא שש"ת פרח מטה אהרן, ח"ב סי' פ, כתב שמהרשד"ם פסל לשון "נתחייב" רק אם אינו מתחייב עכשו בקנין אלא לשעבר, אבל אם כתוב "נתחייב לפרוע" זה מועיל גם בלשון עבר; והסביר ר"י נבון שכוונתו של פמ"א היא שמהרשד"ם פוסל רק אם כל הלשון הוא לשעבר ואין שום הוכחה שנתחייב, אבל אם יש הוכחה שכוונתו להתחייב עכשו, כמו אם כתוב "איך נתפרענו וכו'", מועיל כהתחייבות חדשה אף שזה בלשון עבר, כי העובדה שכתב שטר מראה שרצונו להתחייב בהודאה זו. אבל ר"א גאגין (דף צא ע"ג) דוחה, שפרח מטה אהרן מתכוון לומר, שמהרשד"ם פסל כי בנידונו בא לחייב את עצמו בקנין, ואינו מתחייב מעתה בקנין אלא זה סיפור דברים שעשה כך, ואין על מה שיחול הקנין, וחסר עיקר קניית הענין; ואילו במקרה של פרח מטה אהרן, התפשרו והודו זה לזה "שנתפרענו ונתפייסנו", באופן שנתחייב כך וכך, והרי אם לא יקיים את תנאו, הפשרה בטלה, ולכן זה מועיל.

עוד כתב ר"י נבון (דף קב ע"ד, ודף קג ע"ג), שמהרשד"ם פסל רק בחיוב שצריך קנין, שאז אם הוא בלשון עבר, זה רק סיפור דברים, שמספר שנתחייב בלי קנין, והקנין שקנו עתה הוא רק על ההודאה ולא על החיוב, ולכן אין לו תוקף; אבל במצב שא"צ קנין אלא די בלשון חיוב, מועיל לשון עבר בהודאה גם למהרשד"ם, כי הודה שהתחייב, וזה מחייב לבד בלי קנין, ולא משנה שזה בלשון עבר, כי אין הבדל בין אם התחייב עתה או מקודם.

שו"ת משפט צדק ח"ב סי' ל (סב ע"א) [להרחיב] (הובא בשו"ת נחפה בכסף, ח"א, חו"מ, סי' טז, דף קב ע"א, וסי' יז, דף קג ע"ב), עוסק בשטר מתנה שהיה כתוב בו "פלוגי הודה איך נתחייב לתת לבנו", וכתב שבנידונו השטר כשר בתור חיוב חדש גם לדעת מהרשד"ם, כי היה כתוב בו "כתבוה בשוקא", מה שמראה שמש"כ בתחילה "הודה" היה ט"ס.

שו"ת מעשה איש, חו"מ, סי' ד (פב ע"ד-פג ע"א), עוסק בשטר שהיה כתוב בלשון עבר, לשון הודאה, ואמר "כמודה בב"ד חשוב שנתתי... נתתי והקניתי... חייבתי את עצמי", וכותב שאין לפוסלו מצד שמשמע סיפור דברים בעלמא כמש"כ מהרשד"ם שם, שהרי אח"כ נכתב שאמרו העדים "אמר לנו פלוני שטר מתנתא דא", ובזה הראה שזה שטר מתנה ולא שטר הודאה, ובשטר הולכים אחר התחתון, וכן אמרו שאמר "כתבוה בשוקא... מעכשו ילכו ויחזיקו", שזה לא לשון עבר, הרי שזה לא סיפור דברים, וזה מראה שגם מה שאמר קודם "נתתי" כוונתו להבא, כי "נתתי" יש לו שתי משמעויות; והרי שו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' שג, כותב בשם רמב"ן ורשב"א שמן הסתם אדם רוצה לקיים את מתנותיו, ולכן יש לפרשו באופן שהוא מועיל, ובמיוחד כאן שאמר בתחילת השטר שהוא רוצה לתת את נכסיו דוקא לבן הזה.

³¹⁷ שו"ת הרשב"א ח"ג סי' סז = ח"ד סי' נ.

בשו"ת הרשב"א ח"ג וחי"ד שם, בנוסח שלפנינו, כתוב שאם אמר לשון זו, קנה, כי זה לשון הקנאה. שו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מב (צב ע"ב), מקשה, איך קנה, הרי צריך משיכה וכדומה? בגלל קושי זה, מטה שמעון סי' רג הגה"ט אות לט [להרחיב] מגיה בתשובת הרשב"א, שבמקום "קנה" צ"ל "לא קנה", וטעמו הוא כי אין לומר שקנה מטעם הודאה, כי זה לא היה דרך הודאה. אך חוקי חיים (צב ע"ג) כותב שא"א להגיה כך (עיי"ש מדוע), ונשאר בצ"ע על הרשב"א.

³¹⁸ שו"ת הריטב"א סי' יא = סי' רג (הובא בב"י, חו"מ, ס, טו).

³¹⁹ שו"ת הריטב"א סי' יא = סי' רג (הובא בב"י, חו"מ, ס, טו).

³²⁰ קצות החושן, מ ס"ק א.

³²¹ דעה המובאת בתשב"ץ, ח"ג, סי' קמז. והוא עצמו חולק על כך.

³²² שו"ת מגן גבורים, סי' סב (קו ע"א).

³²³ ראה ליד ציון הערה 303.

³²⁴ שו"ת אשר לשלמה (דנאן), סי' מא (צא ע"ב).

³²⁵ ליד ציון הערה 292.

³²⁶ שו"ת שפת הים, חו"מ, סי' כו.

והוא בא רק כדי לחזק את ההודאה), הדבר מראה שהתכוון להקנות עכשו, ולכן ההודאה אינה מועילה³²⁷. אבל אחרים אומרים שההודאה מועילה גם אם עשה קנין³²⁸. (ט) יש אומרים שאם כתוב בשטר המתנה "נתתי מעכשו", משמעו הקנאה, גם לדעה³²⁹ ש"נתתי" הוא לשון הודאה³³⁰. אבל אחרים אומרים שגם "נתתי מעכשו" היא לשון הודאה והמתנה תקפה, מפני שמפרשים שכוונתו לומר "כאשר נתתי מתנה זו, בעבר, היא היתה בלשון מעתה ומעכשו"³³¹. (ו) הלשון "אם תיפטר האשה בחיי הבעל, כל נכסיה הוא במתנה לבעלי", משמעו שהאשה אומרת שהנכסים כבר היו במתנה, ולא שנותנת עכשו, ולכן מועיל כלשון הודאה; אבל אם באותו שטר כתוב "תנאי מפורש היה ביניהם", שמשמעו שמתנים לחדש דבר מעכשו, א"א לומר שזה הודאה³³².

שטר שאפשר לפרשו באופן שהתכוון להודאה, ואפשר לפרשו באופן שהתכוון להקנאה, הוא תקף כאודיתא, מפני שמניחים שהתכוון להודאה, ואין אומרים "יד בעל השטר על התחתונה", כי כלל הוא³³³ שאין אומרים

³²⁷ ר' אברהם גאגין, בשו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מא (צא ע"א). הוא מסתמך על שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' כט, האומר ששטר הודאה על העבר, שמודה שהתחייב לעשות משהו ושנתן מתנה, ויש בו קנין לחזק את ההודאה, שאינו משטה, הוא כחרס (ור' ישראל מאיר מזרחי, שו"ת נחפה בכסף, ח"א, חו"מ, סי' טז (קב ע"א), מציין ששו"ת דברי ריבות סי' קפח, ושו"ת פליטת בית יהודה, סי' יט, הסכימו למהרשד"ם; על דברי מהרשד"ם ראה הערה 316). עוד הוא מסתמך על שו"ת נאמן שמואל, סי' קי, שכתב שאם כל לשון השטר הוא לשון הודאה וסיפור, ועשו "קנין גמור מעכשו", אין לכך תוקף, כי זהו קנין דברים שלא מועיל גם ב"מעכשו" (ראה בשם נאמן שמואל בהערה 670). הוא עושה הבחנה (בדף צא ע"ב), שאם כתוב בשטר "נתתי בקנין", כבנידונו של הראב"ד (הערה 961), מניחים שעשה את הקנין כראוי, ולכן ראב"ד נותן תוקף למתנה, כי הוא דרך הודאה, אבל אם לא כתוב שנתן או נתחייב בקנין, אלא "הודה שנתחייב", אלא שעכשו עשה קנין על ההודאה - זה לא מועיל כי זה קנין דברים, וראה מנאמן שמואל שם (דף קסא ע"ג), שכתב שאף שדיבר בדרך הודאה, אין מניחים שעשה כהוגן, כי לא הודה שעשה קנין.

³²⁸ שו"ת פני יצחק (אבולפיה) ח"ה חו"מ סי' ד (קמד ע"ד), דוחה את דברי ר"א גאגין, כי הוא מסתמך על מהרשד"ם שם, ומהרשד"ם מסתמך על ריב"ן המובא בהגהות אשרי סנהדרין פ"ג, סי' כז, הכותב שאם אמר "הריני מודה לך בפני עדים בקנין שאני חייב", הוא פטור, כי אינו מקנה עכשו שום דבר ואין לקנין על מה לחול, ובדק הבית, חו"מ, לט, ו, דחה את הריב"ן, וכותב שהקנין חל לשעבד את נכסיו, שהוא מקנה את נכסיו לשעבד, כמו שכתבו שמחת יו"ט סי' כט (קי ע"ד), חקרי לב מהדו"ב ח"ב סי' ג אות ב, ושו"ת זרע אברהם חו"מ סי' ו (פ ע"ב). כמו כן, שו"ת משפט צדק, ח"ב, סי' לו, (עג"ג), מקשה על מהרשד"ם, שהריב"ן הוא יחיד בדעתו, והלכה היא שמועילה הודאה שעשה עליה קנין. עוד יש להעיר שמהרשד"ם בכלל לא דן באפשרות לחייבו מצד הודאה, אלא דן מצד התחייבות חדשה בקנין (ראה בשם בהערה 316). כמו כן, שו"ת משפטים ישרים (גאון) סי' לד, דף סו ע"ג, חולק על מהרשד"ם, וכותב שמניחים שהוא מתכוון להודות שנתן את המתנה ומניחים שעשה קנין כשנתן את המתנה.

ראה הערה 291, שפני יהושע אומר שיש יתרון לכך שיעשה קנין סודר על ההודאה.

³²⁹ ליד ציון הערה 292.

³³⁰ שו"ת כרם שלמה (אמריליו), חו"מ, סי' סז (קצא ע"ד) [להרחיב] (הובא במטה שמעון סי' ס הגה"ט אות מט ובשו"ת נאה משיב, חו"מ, סי' יא, עמ' קעו).

³³¹ שו"ת משאת משה, חו"מ סי' ז (דף לב ע"א) (הובא בחשק שלמה סי' ס הגה"ט אות מב); ר' יעקב ישראל, בשו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מא (פו ע"ג-ע"ד) (אם כתוב "מודים" או "נתתי" וכתוב "מעכשו"). מטה שמעון סי' ס הגה"ט אות מט [להרחיב] כותב שגם שו"ת מגן גבורים סי' נו, סובר כמשאת משה, שהרי כתב שהרי"ף מודה בנידונו שזה הודאה לשעבר אף שבנידונו היה כתוב "מתנה גמורה מעתה ומעכשו". שו"ת פני יצחק (אבולפיה) ח"ה חו"מ סי' ד (קמו ע"ב), מדייק כך גם משו"ת זרע אברהם, חו"מ, סי' ג (סד ע"א), האומר שבנידונו היתה הודאה, אף שהיה כתוב בשטר "מהיום", הרי שגם "נתתי מעכשו" משמעו הודאה. זרע אברהם שם (סד ע"ג) כותב שמפרשים את מה שכתוב "מהיום ומעתה ומעכשו" על הנתינה עצמה, שאז היתה "מהיום" (כך נראית כוונתו).

שו"ת ר' יחיאל באסן סי' פג, עוסק במי שאמר "חזקת מקום פלוני עכשו נתתי לאמי במתנה גמורה", ופוסק שאמו קנתה כי לשון זו היא הודאה, וגם אם האם מודה שלא נתן לה, מניחים שזיכה לה ע"י אחר בלי ידיעתה, ומשי"כ "מעכשו" הוא בניגוד למתנות אחרות שנתן באותו שטר, שהיו על תנאי שלא יהיו לו בנים. ר' יעקב ישראל, בשו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מא (פו ע"ג), מדייק מדבריו שאפשר לפרש "מעכשו" על זמן הנתינה, שאז נתן בלשון "מעכשו" (כדברי משאת משה); ואין לומר שזה רק בנידון כמו שלו, שהיו מתנות אחרות שאמר בהן תנאי, ולכן אפשר לפרש "מעכשו" לומר שמתנה זו היא בלי תנאי - זה לא נכון, כי בסוף דבריו כתב שמוכרחים לפרש "מעכשו" כך לפי הדעה (הערה 292) ש"נתתי" הוא לשון הודאה בשטרותינו שהם שטרי ראייה, והרי טעם זה שייך גם כשהחסבר הפרטי שלו לא שייך, כגון שלא היו מתנות אחרות באותו שטר. הוא מקשה שמהר"י באסן עצמו, סי' נד, עסק בשטר מתנה בלשון "נתרציתי ונתתי במתנה גמורה מעתה ומעכשו", וכותב שאין לפרשו כהודאה כיון שאמר "מעתה ומעכשו". ר' אברהם גאגין, בשו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מא (צא ע"א), כותב שאכן ר"י באסן סובר ש"נתתי מעכשו" אינו לשון הודאה, כדבריו בסי' נד, וסובר כדעת כרם שלמה, ומה שכתב סי' פג שזה הודאה הוא רק שם, שהיו מתנות אחרות באותו שטר, שאפשר לפרש ש"מעכשו" משמע שהיה בלי שום תנאי, לעומת שאר המתנות שהיו באותו שטר, שהיו בתנאי.

³³² שו"ת משאת משה אהע"ז סי' ל (קצד ע"ד).

³³³ שו"ת הריב"ש סי' שמה; טור, חו"מ, מב, יד; שו"ע, חו"מ, מב, ט.

"יד בעל השטר על התחתונה" אם ע"ז יתבטל השטר לגמרי, אלא מפרשים כל מה שאפשר גם בפירוש דחוק, כדי שיהיה שטר כשר³³⁴.

(ד) בהקנת חוב או פקדון

יש אומרים שנושה יכול להקנות חוב לצד שלישי בדרך זו³³⁵, מפני שחוב נחשב דבר שברשותו³³⁶.

אחרי האודיאה, הלווה חייב לפרוע לאותו צד שלישי, והמלווה המקורי אינו יכול למחול ללווה (שלא כמלווה שמוכר שטר חוב, שיכול למחול ללווה גם אחרי שמכר³³⁷), כי הצד השלישי זכה בשלו, וכאילו הלווה בעצמו ללווה³³⁸.

כותבים שטר על ההודאה³³⁹.

אם פרע הלווה מקצת החוב לראשון בפני עדים לפני האודיאה, ונשאר השטר ביד הראשון, הצד השלישי יכול לגבות מהלווה אחרי האודיאה רק מה שנשאר מהחוב, כי הלווה יכול לומר לו: "ממי שלויתי פרעתי, כי בזמן שפרעתי עדיין היה השטר ביד הראשון, ולא הודה עדיין שהחוב שלך"; אבל אם פרע לראשון בלי עדים, אע"פ שהלה מודה שקיבל, חוששים שמא עושים קנוניא על הצד השלישי, והצד השלישי גובה בשלמות³⁴⁰.

אבל יש אומרים שהלווה יכול לסרב לפרוע לצד השלישי, בטענה שאינו בעל דינו, כי גם אם נאמין לראשון, הרי הלווה לא נעשה לוה לצד השלישי, והשטר לא נקנה לו; אלא הוא חייב למלווה המקורי, והמלווה המקורי

³³⁴ ר' יעקב ישראל, בשו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מא (פז ע"ב).

³³⁵ תוס' ב"ב קמח ע"א (ד"ה שכ"מ); מרדכי ב"ב סי' תרכ, בשם ס' המקח, שער לו; שו"ת הראב"ד, סי' קמא, עמ' קפט = תמים דעים סי' סא (אם הלווה אינו כופר); ס' התרומות שער נא ח"ח אות א (הובא בטור, חו"מ, ס, יז) (בחוב בשטר שהמלווה מודה שהיה שליח של אדם אחר להלוות ממנו); שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' סד (בחוב בשטר), גם בדעת הרמב"ם (הובא בשו"ת מהר"ש הלוי, חו"מ, סי' יט, דף לא ע"ג); שו"ת רדב"ז ח"ו סי' ב אלפים שב (על מלווה שמודה ששליש או רבע מהכסף שבשטר החוב שייך ללווה); שו"ת נודע ביהודה מהדורא תנינא חו"מ סי' מה (ד"ה אבל אני); שו"ת בני אהרן, סי' עז (פו ע"ד) (שיודה שהחוב שייך למקבל, אלא שהעלה אותו על שמו) (ובדף פח ע"א כתב שזו גם דעת הרמב"ם); ס' המקנה (סופר), ח"א, כלל ב, פרט ג, בדעת רמב"ם ה' זכיה ט, ט.

שו"ת חכם צבי סי' טז (הובא בשו"ת שתי הלחם סי' מה), כותב שאפשר להקנות באודיאה כסף שיש לאדם במקום שמכניס המטבעות, ע"י שיודה המקנה שסכום מסוים שכתוב על שמו באותו מוסד הוא של פלוני המקבל. מטה שמעון סי' רג הגה"ט אות לט [להרחיב], כותב שכוונת חכם צבי היא שיעשה דרך הודאה, כלומר שלא קנה מטעם אודיאה אלא מטעם הודאת בעל דין. אך שו"ת אשר לשלמה (דנאן), סי' מא (צא ע"ד), כותב שחכם צבי סובר שקונה באודיאה ממש, שהרי בנו בשאלת יעב"ץ ח"ב סי' כב (הובא באורח משפט סי' רן הגה"ט אות ז ובברכי יוסף חו"מ סי' מ סוף ס"ב) כתב שבימי חורפו הסכים לאביו, אבל בזקנותו סבר שאין הודאה קונה בבריא.

הבחנה: מרדכי ב"ב סי' תרכ מביא שר' מאיר כתב שמילווה נקנה באודיאה בבריא רק אם אמר "הכסף שהלויתי היה של פלוני לפני שהלויתי", או "הלואתי היא של פלוני", שזה אותה משמעות, אבל אם אומר "כשהלויתי היה שלי ועכשו אני מודה שהכסף שלי" (באופן שמועיל בשכיב מרע) לא קנה כי לא היתה לו שום דרך להקנותם לו אחרי ההלוואה. גם שו"ת הרדב"ז, ח"א, סי' שכה, עושה הבחנה זו. שו"ת בית אפרים חו"מ סי' י (כו ע"ג), מביא כאילו מרדכי אומר שלא מועילה אודיאה במלווה. כמו כן, אמרי בינה, דיני הלוואה סי' טז (ק ע"ב), כותב שהעיסור סובר שהודאה אינה הקנאה אלא נאמן שהיה של האחר מראש או שהקנה לו באופן המועיל, ולכן סובר שא"א להקנות מלווה ע"פ באודיאה בלשון "הלוואתי לפלוני", כי הדרך היחידה להקנותו היא במעמד שלשתן, והלווה יודע שלא היה מעמד שלשתן, וכן אין לומר שמראש היה שלו, כי "הלוואתי לפלוני" משמעותו שבשעת ההלוואה הממון היה שלו, ורק אח"כ רוצה להקנותו; ועולה מדבריו שגם לפי העיסור מועיל אם אמר שמראש היה שייך לאדם האחר.

³³⁶ קצות החושן, קצד, ס"ק ד, בדעת תוס' ב"ב שם.

³³⁷ שו"ע, חו"מ, סו, כג.

³³⁸ ס' התרומות שער נא ח"ח אות א (הובא בטור, חו"מ, ס, יז); שו"ע, חו"מ, ס, ח; שו"ת רדב"ז ח"א סי' שכה.

הבחנה: קצות החושן, ס, ס"ק ט, כותב שמה שכתב שו"ע שהנותן אינו יכול למחול, הוא אם הצד השלישי טוען "אמת היא שהשטר שלי", אבל אם שניהם מודים שאינו שלו אלא בא לגבות בתורת קנין אודיאה, הרי כיון שאודיאה מועילה בחוב בשטר רק מפני שאפשר להקנותו בכתיבה ומסירה (ראה בשמו ליד ציון הערה 346), והרי לא מועיל להקנותו שעבוד הגוף בכומ"ס, ממילא גם א"א להקנותו באודיאה, ולכן הנותן יכול למחול. נראה שאם הלווה מודה שהחוב שייך לשלישי, הראשון אינו יכול למחול לו.

פתח הבית (טיקטין, תק"פ), סי' לט, כותב שמה שכתב שו"ע שהמודה שהחוב שיש לו ביד אחר שייך לפלוני, אינו יכול למחול, הוא כשיטה (ליד ציון הערה 302) שאודיאה היא הודאה, אבל לפי השיטה (ליד ציון הערה 301) שאודיאה היא כקנין, יכול למחול כמו בשאר הקנאות חוב.

³³⁹ רדב"ז שם.

³⁴⁰ רדב"ז שם.

חייב לאותו צד שלישי, כי מי שמלווה כסף של אדם אחר, הלווה מתחייב למי שהלווה לו, כי מלווה להוצאה ניתנה.³⁴¹

כמו כן, אדם יכול להקנות בדרך זו כסף שמסר לאחר כעיסקה, בכך שיודה בפני עדים שהכסף שייך לפלוני.³⁴²

אבל אחרים אומרים שא"א להקנות חוב שבעל פה ע"י הודאה.³⁴³

עמדת ביניים היא שאי אפשר להקנות באודיתא חוב שבעל פה, אבל אפשר להקנות חוב בשטר.³⁴⁴ כי חוב שבעל פה אינו ברשותו ואין נתפס בו שום קנין,³⁴⁵ ואילו חוב בשטר אפשר להקנותו ב"כתיבה ומסירה".³⁴⁶

³⁴¹ ש"ך, ס, ס"ק לב.

נתיבות המשפט, ס, ס"ק יז, עושה הבחנה: אם אפשר שההודאה אמת, השטר נקנה בהודאה זו, שהרי הודאת בע"ד כמאה עדים, וגם הפוסקים בסי' התרומות שם שאומרים שהלווה חייב למלווה המקורי, דיברו רק במצב שהיתה חזקה שהכסף שייך לראשון, ועכשיו בא להקנות בהודאה זו, אבל אם ייתכן שההודאה היא אמת, יש להאמין לראשון מטעם הודאת בעל דין, וגם כלפי הלווה יש להאמין לראשון במיגו שהיה יכול להקנות לשלישי בכתיבה ומסירה או בקנין אגב. הוא כותב שסי' התרומות וש"ע סוברים שאודיתא היא קנין גמור (כדעה ליד ציון הערה 301) ולכן אינו יכול למחול, והחולקים בסי' התרומות סוברים שהיא רק הודאה (כדעה ליד ציון הערה 302) ולכן הלווה אינו חייב לצד השלישי, כיון שהיתה חזקה שהכסף שייך לראשון. אמרי בינה, דיני הלואה סי' טז (קא ע"א), דוחה את סברת נתיבות המשפט שיש מיגו, שהרי זה מיגו להוציא, ועוד, שאמנם היה יכול להקנותו לו בכתיבה ומסירה, אבל אז לא היה מקבל שעבוד הגוף, ועוד שאז היה יכול למחול, ואילו ש"ע אומר שאינו יכול למחול (על קושיה אחרונה זו השיב נתיבות המשפט - עיין בדבריו). לכן הוא פוסק כש"ך שהלווה יכול לטעון "אינך בעל דיני". הוא דוחה את מש"כ נתיבות המשפט שסה"ת סובר שהודאה היא הקנאה, שהרי סה"ת כתב שאין עניינה הקנאה אלא מגלה את האמת על מה שכבר היה, וכן ש"ע מסתמא יסכים לרוב הראשונים שאינה הקנאה, כמש"כ בני יעקב דף ק. נתיבות המשפט עצמו, בספרו תורת גיטין, גיטין יג ע"ב, כותב כמו הש"ך, שהלווה יכול לומר לשלישי "אינך בעל דיני", כי הודאת המלווה אינה יכולה לחוב לאחרים, אבל אם הלווה הסכים בשעת מעשה, אינו יכול לחזור בו, כאמור בש"ע, חו"מ, קכו, ח.

³⁴² שו"ת אבקת רוכל סי' קה (הובא בשו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מב דף צג ע"ד).

³⁴³ שו"ת בני אהרן סי' עז (דף פח ע"א), בדעת העיטור, מאמר שני, קנין (הובא בתשובות מיימוניות, משפטים, סי' לא). פתח הבית (טיקטין, תק"פ), סי' לט, מעלה אפשרות שלפי השיטה (ליד ציון הערה 301) שאודיתא היא כקנין, אודיתא אינה מועילה בחוב כי לא שייך בו קנין כי אינו ברשותו. ויש להעיר שנימוק זה שייך רק בחוב בעל פה, ולא בחוב בשטר. בני אהרן שם מדייק מרמ"ה המובא בטור, חו"מ, קכו, ט, שנקט שמועיל **שהלווה** יודה שממון החוב שייך לאחר, משמע שלא מועיל **שהמלווה** יודה. אבל שו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מב (צג ע"א-ע"ב), כותב שיתכן שהרמ"ה סובר שמועילה אודיתא גם בבריא ובמלווה מטעם הודאת בע"ד, אבל רק במלווה בשטר, כדעה ליד ציון הערה 344; או שרמ"ה מדבר באופן שבא להקנות ואז לא מועילה הודאה, אבל היא מועילה בדרך הודאה מטעם הודאת בעל דין; והוא מביא ראיה מיד רמה ב"ב, פ"ט סי' צז, שכותב שדבר שאינו ברשותו כגון מלווה או גול נקנים בהודאה, הרי שהוא סובר שמועילה אודיתא בהלוואה. בני אהרן מאריך שם בדין הקנאת חוב, ולא דוקא במתנה. יד רמה סותר את עצמו בענין זה: יד רמה ב"ב פ"ט סי' צט כתב שא"א להקנות מלווה באודיתא, ואילו בסי' צז כתב שאפשר להקנות מלווה באודיתא [להרחיב]. אמרי בינה, דיני הלואה סי' טז (ק ע"ג), מיישב שכיון שהוא מודה שזה של חברו, חייב לתת לו, אבל לא חל קנין שהמקבל יוכל לתבוע את מי שהממון בידו (הלווה) שהרי הלה יוכל לטעון "אינך בעל דברים שלי", אלא שאם המלווה המקורי גובה מהלווה, הוא חייב לתת את הכסף למקבל מצד הודאתו (כדעת הש"ך בהערה 341, ובדומה לשיטת הריטב"א, הערה 297, שאודיתא יוצרת חיוב ולא העברת בעלות); וכן בגזל אודיתא מועילה מטעם הודאה, אבל המקבל אינו יכול לתבוע את הגזלן כי יוכל לטעון "אינך בעל דברים שלי".

בני אהרן שם כותב שגם רב האי גאון סובר שאודיתא לא מועילה להקנות חוב, שהרי מרדכי כתובות סי' ריט מביא מסי' המקח שער לו (ואינו בסי' המקח לפנינו), שהמוכר שטר חוב, והלווה קיבל עליו בקנין או בהודאה בע"פ שזקף עליו את החוב במלווה לקונה, אין המוכר יכול למחול - ולא אמר שבהודאת המלווה (המוכר) כבר אינו יכול למחול, מכאן שהודאת המלווה אינה יכולה להקנות חוב. שו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מב (צג ע"ב), דוחה הוכחה זו, שהסיבה שלא כתב רב האי גאון אפשרות זו, היא כי הוא עוסק במוכר שטר חוב, ובו אין מקום להודאת המלווה שהחוב שייך לקונה, שהרי מעשה המכירה מוכיח שהחוב שלו. והוא תמה על מרדכי, ב"ב, סי' תרכ (שהבאנו בהערה 335), המוכיח מרב האי שמועילה אודיתא בהלוואה, שהרי רב האי מדבר בהודאת הלווה, ואין להוכיח מזה שמועילה הודאת המלווה.

³⁴⁴ הרשב"א, בתשובה כ"י המובאת בכנה"ג, חו"מ, רג הגה"ט אות סט (הובא בקהלת יעקב (אלגזין), מענה לשון, לשון בני אדם, מע"ל, אות רפד, ובשו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מב דף צב ע"ד); קצות החושן, ס, ס"ק ט. אבני מילואים צב ס"ק ה, וסי' המקנה (סופר), ח"א, כלל ב, פרט ו, כותבים שאין מועילה אודיתא במלווה ע"פ, משמע שמועילה בחוב בשטר.

יתכן שחלק מהפוסקים שצינו בהערה 343 כאומרים שאין מועילה אודיתא בחוב, מתכוונים רק לחוב בעל פה, ומסכימים שמועילה אודיתא בחוב בשטר, אבל הם סתמו את דבריהם, ולכן הבאנו את דבריהם שם ולא כאן. נראה שגם מה שכתב קצות החושן, קצד ס"ק ד (ס"ק ג בדפוסים שלנו), בדעת הרמב"ם, שאי אפשר להקנות חוב באודיתא, כוונתו לחוב בעל פה בלבד, כי נימוקו (שבסמוך) שייך רק בזה.

מי שהפקיד פקדון אצל שמעון, יכול להקנות אותו ללוי ע"י שיאמר "הפקדון שייך ללוי"³⁴⁷.

האודיתא תקפה גם אם אמר שבשעה שהפקיד היה שלו ורק עכשו הוא של לוי - כי ייתכן שהקנה לו את הפקדון בינתיים אגב קרקע, וגם אם אין לו קרקע עכשו, אולי היה לו קודם, או שזיכה לו ע"י אחר לפני שהפקיד: והיא תקפה גם אם הודה שהיה של לוי מראש, וגם אם בתחילה אמר שזה שלו, יכול לומר אח"כ "זה של לוי"³⁴⁸.

גם אם הנפקד מתנגד להעברת הבעלות, כגון שאומר "איני רוצה להיות שומר של השני ולא שלוחו ליתנם לידו אלא אני רוצה להחזיר לראשון", האודיתא מועילה, והבעלות עוברת לשני, והנפקד אינו יכול להחזיקו לעצמו; אבל הנפקד אינו נעשה שומר של השני או שלוחו של השני נגד רצונו, ולכן אם החזירו לראשון, אינו חייב לשני כלום, אף אם העני הראשון³⁴⁹.

אבל אם הנפקד כפר בפיקדון ואינו רוצה להחזיר אותו, נחשב שאינו ברשותו ולכן אודיתא אינה מועילה בו³⁵⁰.

(ה) דינים שונים

אם ההודאה חבה לאחרים, אין לה תוקף³⁵¹, לפי העיקרון שיש תוקף להודאת בעל דין רק אם אינה חבה לאחרים³⁵². דוגמאות לכך: (א) אם נכסיו של המודה משועבדים לכתובת אשתו³⁵³; (ב) מי שיש לו נושים ומודה

כמו כן, מהרשד"ם ורדב"ז שהבאנו בהערה 335 כתבו שאפשר להקנות חוב בשטר, וייתכן שהם סוברים שאי אפשר להקנות חוב שבעל פה.

³⁴⁵ קצות החושן, סי' ס"ק ט, וסי' קצד, ס"ק ד, על פי מלחמות ה', ב"ק יח ע"א (בדפי הרי"ף), שכתב שנחשב שאינו ברשותו.

אמרי בינה, דיני הלואה סי' טז (צט ע"ד), מקשה על מה שכתב קצות החושן שחוב על פה לא שייך בו קנין - הרי אפשר להקנות אותו במעמד שלשתן? והוא תולה זאת (בדף ק ע"א) בשאלת הגדרת מעמד שלשתן: אם נאמר שבמעמד שלשתן, עובר השעבוד של הראשון לשני, הרי שאפשר להקנות חוב בדרך זו, א"כ י"ל שמועיל אודיתא בו; אבל אם נאמר שבמעמד שלשתן נעשה חיוב חדש, ולא זכה השני בשעבוד של הראשון (ונו"מ לענין קדימה מול נושים אחרים), נמצא שא"א להקנות מלווה ע"פ, ולכן לא מועיל בו אודיתא. וראה בשמו בהערה 335, על העיטור.

שו"ת שואל ומשיב מהדו"ג ח"ג סי' יא, דוחה את מה שכתב קצות החושן שבחוב בע"פ לא מועיל הודאה כי קנין לא תופס בדבר שאינו ברשותו, שהרי קצות החושן סובר שבגלל הודאתו, חז"ל הפקירו את ממונו ועשו שאינו זוכה כזוכה, אף שמעיקר הדין לא מועיל כי המקבל לא עשה מעשה קנין (ראה בשמו בהערה 298), א"כ אפשר לומר כך גם בחוב בע"פ.

³⁴⁶ קצות החושן, ס' ס"ק ט.

³⁴⁷ זה הנידון בב"ב קמט ע"א, שהוא המקור לדין אודיתא.

דעה חולקת: תשב"ץ ח"א סי' קנב, כותב (גם בדעת העיטור, והרמב"ם, הלכות מכירה, ו, ז) שבבריא לא מועילה הודאה להקנות פקדון וכ"ש מלווה, וראה מזה שהודאה לא נשנתה יחד עם שאר דרכי הקנייה. הוא מסביר שאין ראייה מאיסור גיורא, כי היה שכיב מרע (ראה הערה 297, שהוא סובר שאין תוקף לאודיתא בבריא כלל). כמו כן, פסקי ריא"ז ב"ב פ"ט הלכה ה, אות לג, כותב שדוקא בשכיב מרע מועילה הודאה להקנות דבר שביד אחר, אבל בריא שאמר "כסף שיש לי ביד ראובן הוא של שמעון" - לא קנאו שמעון, כי ראובן יכול לטעון כלפי שמעון: "אין לי דין עמך, תבע את מי שהודה שהוא חייב לך".

³⁴⁸ מרדכי ב"ב סי' תרכ; שו"ת הרדב"ז, ח"א, סי' שכה.

³⁴⁹ פני יהושע גיטין יג ע"ב (ד"ה בא"ד ועוד). גם תורת גיטין, גיטין יג ע"ב, כותב שבפקדון שהוקנה באודיתא, הנפקד יכול לומר "אינך בעל דיני" לענין חיוב השבה.

דעה חולקת: שו"ת שואל ומשיב מהדו"ג ח"ג סי' יא, כותב שגם לדעה שמועילה אודיתא (והוא עצמו חולק - ראה הערה 298), אינה מועילה נגד רצון הנפקד, כגון שיש לנפקד תביעה כלשהי מהראשון (והוא רוצה לתפוס את הפיקדון כפירעון), כי אז זה חב לאחרים, והודאת בעל דין אינה מועילה אם חב לאחרים. הוא מסביר בזה את תוס' גיטין יג ע"ב (ד"ה גופא), שכתבו שמועיל מעמד שלשתן נגד רצון הנפקד, שאם לא כן, למה הוצרכו לתקן מעמד שלשתן, הרי יכול לקנות באודיתא; כוונתם היא, שאם נאמר שמעמד שלשתן מועיל רק בהסכמת הנפקד, אז מעמד שלשתן מיותר כי אפשר לעשות את ההעברה ע"י אודיתא, אלא צריך לומר שהוצרך מעמד שלשתן שיועיל גם בע"כ של נפקד, שאז לא מועילה אודיתא.

ראה שאלה דומה ליד ציון הערה 341, בענין הקנאת חוב, אם הלווה מסרב לשלם למקבל החוב.

³⁵⁰ קצות החושן, קצד, ס"ק ד.

³⁵¹ שו"ע, חו"מ, ס' ח (הובא בתורת גיטין, גיטין יג ע"ב); שו"ת ר' יחיאל באסן סי' פג; שו"ת שפת הים, חו"מ, סי' כו.

³⁵² כתובות יט ע"א.

³⁵³ שו"ת שפת הים, חו"מ, סי' כו. הוא כותב שמשום כך גם אם כתב את ההודאה בפנקסו, אין לה תוקף, כי אולי כתב זאת אחרי שנשא את האשה כדי להבריח ממנה את הנכסים; וגם אם יש שם תאריך שלפני הנישואין, אולי הוא שקרי. עיי"ש בשאלה האם נאמן לומר שהמתנה קדמה לנישואין, במצב שיש לו מיגו.

שפקדון שהפקיד אצל פלוני ויש עדים שהוא שלו, שייך לאדם אחר, שבכך חב לנושה, שלולא הודאתו היה נושהו יכול לגבות מהפקדון³⁵⁴; (ג) אם שליח של בעל הנכס אומר בלשון הודאה, שהנכס שייך לפלוני - זו הודאה שחבה לבעל הנכס³⁵⁵.

יש אומרים שאודיתא מועיל רק בדבר שנמצא ביד צד שלישי, שמיד כשהודה ה"נותן", מי שהחפץ בידו זכה בו עבור ה"מקבל", אבל אם הדבר ברשותו של המודה, לא זכה המקבל, לפי העקרון³⁵⁶ שאדם אינו יכול לזכות בשלו עבור אחר³⁵⁷. טעמה של דעה זו הוא שכל קנין מועיל בגלל סמיכת דעת הקונה, וכיון שבאודיתא הקונה אינו עושה שום מעשה קנין, ויודע שזה שקר, אלא שע"י הודאתו יכול להוציא בב"ד, לכן אם הנכס נשאר ברשות הנותן, אין דעת הקונה סומכת, ורק אם הדבר אינו ברשות הנותן, דעת הקונה סומכת לקנות³⁵⁸.

בקיום תנאי: יש אומרים שאודיתא מועילה שהנכס ייחשב של המקבל, גם לענין תנאי שנעשה על מנת שהנכס שלו. לדוגמה, המקדש אשה "על מנת שיש לי סכום כסף מסוים מופקד ביד פלוני", ואותו פלוני מודה "מקדש הפקיד סכום זה ביד", מקודשת³⁵⁹. אבל יש אומרים שאינה מקודשת, מפני שהתנאי לא התקיים, כי האודיתא מועילה לחייב את המודה מכאן ולהבא ולא למפרע, ולא ידוע אם היה לו סכום זה בידו בשעת הקידושין³⁶⁰.

שו"ת הרא"ש, כלל עט, סי' יא, כותב ששמעון שאמר על כסף שבידו שהוא כסף שלווה מראובן, ושמעון חייב כסף ללוי, אינו נאמן, כי הודאתו חבה ללוי, והרי מילווה להוצאה ניתנה. ש"ך סי' מז ס"ק ט, כותב שגם המודה על כסף שבידו, שהוא פקדון שראובן הפקיד אצלו - המודה אינו נאמן אם יש לו נושים, כי הנפקד רשאי להשתמש בכסף ולהחזיר כסף אחר (ראה על כך חוק לישראל, שומרים, עמ' 55-57), ומילווה להוצאה ניתנה. אבל סמ"ע, מז, ס"ק ד, כותב שנאמן במיגו שאילו רצה הנפקד היה נותן לראובן את הכסף. שו"ת בית אפרים חו"מ סי' י (כו ע"ג), כותב שגם לפי הש"ך, אם ראובן אומר לשמעון "הכסף שהפקדתי אצלך הוא באמת של יהודה, תן אותו ליהודה" (הנידון ליד ציון הערה 335), הכסף יצא מרשות ראובן כי הוא כאילו מסר אותו לשליח של יהודה (אף שלוי מפסיד ע"י זה - כך נראית כוונתו), ואינו יכול לחזור בו, ולא משנה ששמעון היה יכול להשתמש בכסף, כי כבר יצא מתורת נפקד ונעשה שליח לתת את הפקדון ליהודה, ושליח אינו רשאי להשתמש בכסף; אבל אם שמעון לא הסכים להיות שליח של יהודה, הכסף עדיין ברשותו ויכול להשתמש בו, ולכן זה כמו הלואה, שראובן לא נאמן אם חב לנושים שלו.

³⁵⁴ תורת גיטין, גיטין יג ע"ב. אבל הוא כותב שהודאה שמילווה שייך לאחר (שנידונה ליד ציון הערה 335), בין בחוב בשטר ובין בעל פה, מועילה גם אם יש למודה נושים, ואינו נחשב חב לאחרים כי אפילו בחוב בשטר אין אומרים "חזקה כל מה שתחת יד אדם הוא שלו", ונאמן לומר שאינו שלו (כלומר, גם לולא הודאתו, לא היו יכולים לגבות ממנו בודאות).

³⁵⁵ שו"ת ר' משולם איגרא, שבסו"ס איגרא רמה (שונה ממהד' תרמ"ה), סי' ל, אות ד.

³⁵⁶ ליד ציון הערה 720.

³⁵⁷ ר' משה כהן, המובא בחידושי הריטב"א הישנים ב"מ מז ע"א.

אמרי בינה, דיני הלואה סי' טז (צט ע"ג), מוסיף שאם הדבר ביד צד ג', אף אם הלה אינו רוצה לזכות עבור המקבל, מ"מ זה נעשה של המקבל ממילא כיון שהנותן הודה, שהרי כך היה במעשה באיסור גיורא (ב"ב קמט ע"א), שרבי לא רצה לזכות עבור רב מרי, ובכל זאת זכה רב מרי (אבל סי' המקנה (סופר), ח"א, כלל ב, פרט ט, מבין שלפי ר' משה כהן, אינו מועיל נגד רצונו של הצד השלישי, ולכן הוא מקשה עליו, איך הועילה הודאת איסור גיורא, הרי רבא לא רצה לזכות עבור רב מרי?). והוא כותב שלפי זה אם החפץ היה ביד גוי, שאין יכול לזכות עבור אחר (כאמור ליד ציון הערה 825), או אם המקבל הוא גוי, שא"א לזכות עבורו (כאמור ליד ציון הערה 859), לא מועילה אודיתא. הוא מעלה אפשרות שגם חכמי פרובינצא וריטב"א (הערה 308), שאמרו שאודיתא מועילה גם אם היא בשקר, סוברים שאינה מועילה אם החפץ ברשות המקנה. הוא כותב שלפי שיטה זו, אודיתא לא תועיל בחמץ כיון שהחמץ נשאר ברשות הישראל. פלס חיים, סוגיית אודיתא (כמובא בסי' המקנה (סופר), ח"א, כלל ב, פרט ט), כתב שלפי ר' משה כהן, לא תועיל אודיתא לגוי או לחשו"ק כי אינם בני זכיה. אבל (ראה הערה 859, שלדעת רוב הפוסקים **אפשר** לזכות לחשו"ק. סי' המקנה (סופר), ח"א, כלל ב, פרט ט, כותב שלפי ר' משה כהן, אם הנפקד חשו"ק, לא יועיל אודיתא כי א"א לזכות לאחר על ידם.

דעה חולקת: אמרי בינה שם מדייק מדברי הגאונים המובאים בסי' התרומות שער מב ח"ד, שאודיתא מועילה גם אם הדבר ברשות הנותן, כיון שלדעתם אודיתא היא קנין (ראה הערה 301). הוא מוכיח שגם הראב"ד המובא בסי' התרומות שם סובר שלא כר"מ כהן, שהרי הראב"ד אומר שב"חייב אני לך מנה בשטר" מועיל מטעם אודיתא, ושם הכסף אינו ביד צד ג'.

סי' המקנה (סופר), ח"א, כלל ב, פרט ט, כותב שכל הפוסקים חלקו על ר"מ כהן, כי לדעתם אודיתא היא קנין בעצמה, ומועילה גם אם החפץ ביד הנותן.

ראה הערה 343, שהרי"ז כותב שאם הנכס היה ביד צד שלישי, ההודאה **אינה** מועילה.

³⁵⁸ אמרי בינה, דיני הלואה סי' טז (צט ע"ג).

³⁵⁹ חלקת מחוקק, לח, ס"ק כג; סי' המקנה, קו"א, לח, טו.

המקנה מנמק, שלומדים מפסוקים בקידושין סה ע"א שמועילה הודאת בעל דין, א"כ נאמן למפרע (וזה תשובה לטענת בית שמואל שבסמוך) כאילו שהיו עדים שראו שהפקיד בידו.

יש אומרים ששטר אודיתא תקף רק אם כתוב "כתבוהו בשוקא" וכו', כנדרש בשטר מתנה, ואם לא כתב כך, המתנה בטלה מטעם מתנתא טמירתא³⁶¹. אבל אחרים אומרים שאין כאן פסול של מתנתא טמירתא³⁶², מפני שזה הודאה ולא מתנה³⁶³, כלומר, זו הקנאה שלא בלשון מתנה, ומתנה טמירתא אינה חסרון בהקנאה בהודאה³⁶⁴.

אם ראובן הודה שהנכס של שמעון, ואח"כ הודה שמעון שהוא של ראובן, האם הנכס נקנה חזרה לראובן בגלל הודאת שמעון? לפי דעה³⁶⁵ שאודיתא אינה קנין אלא רק הודאה, הרי אם אמר המקבל "לא נתת לי", לא זכה המקבל³⁶⁶. כמו כן, לדעה³⁶⁷ שאודיתא היא הקנאה, החפץ נקנה לראובן³⁶⁸. יש מי שאומר שהדין תלוי בהגדרת הודאת בעל דין באופן כללי: לפי הדעה³⁶⁹ שהודאת בעל דין היא מטעם נאמנות, אינו נקנה לראובן, כי יש סתירה בנאמנויות, כי לא יתכן שהיה שייך מאז גם לראשון וגם לשני. אבל לפי הדעה³⁷⁰ שהודאת בעל דין היא מטעם התחייבות, היא פועלת מכאן ולהבא, ולכן הנכס נקנה לראובן³⁷¹.

כתיבת שטר על ההודאה: המודה בפני עדים שנתן מתנה לחברו, אינם יכולים לכתוב שטר בלי שיצווה להם לכתוב, ואם כתבו, אין לכך תוקף של שטר, כי שטר צריך להיות כמו שטר מקנה, שנכתב מרצונו של מי שמפסיד משלו בגלל השטר; אבל אם הודה שתמיד הנכס היה שייך לחברו, יכולים לכתוב שטר בלי ציוויו כי

שו"ת שואל ומשיב מהדו"א ח"ג סי' קל [להרחיב], כותב שנאמן גם על למפרע, אבל זה לא מועיל לקידושין, כי צריך עדים בשעת הקידושין, והוסיף לנמק, שלפי ה"ט"ז (הערה 296) אודיתא אינה מועילה לענין איסור. אבל ס' המקנה (סופר), ח"א, כלל ב, פרט ה, כותב שגם ה"ט"ז מודה שהודאת בעל דין מועילה לענין איסור, וא"כ התקיים התנאי, שהפקדון שלו; וה"ט"ז דיבר רק על עצם קנין אודיתא, שבדיבורו נעשה קנין (הבחנתו אינה ברורה). חלקת מחוקק שם מעלה אפשרות שאע"פ שהוא נאמן, אינה מקודשת, מפני שהאשה אינה סומכת על ההודאה, וחוששת שהם עשו קנוניה נגדה.

³⁶⁰ בית שמואל, לח, ס"ק לא.

³⁶¹ רש"י כהן בהערותו בשורת הדין, ח"ב, עמ' שמא; ר' מיכאל בלייכר, "צוואה - עריכתה וניסוחה", שורת הדין, ח"ב, עמ' שנא. טעמם הוא, שיש לחשוש שמא אחרי ההודאה הסודית, ימכור את הנכס לאחר ויקבל כסף במרמה, בעוד שהנכס אינו שלו. על מתנה טמירתא ראה סעיף 1(א).

שו"ת פני משה ח"א סי' סד (קנ"ב-ע"ג), כותב שבנידונו (ראה ליד ציון הערה 377), בנותן שהודה שהמקבל שילם לו תמורת הנכס (ובאמת לא שילם לו), לא היתה בעיה של מתנה טמירתא. כיון שזה כתוב בסגנון של מכר. משמע שבסתם הודאה על מתנה, יש בעיה של מתנה טמירתא, וצריך לכתוב "כתבוהו בשוקא" וכו'.

³⁶² שו"ת אבקת רוכל סי' קה (הובא בשו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מב דף צג ע"ד); רז"נ גולדברג, תחומין ד, עמ' 348 (הובא בדיני ישראל כרך יז עמ' קע) (כמו שאין בה משום אסמכתא). אבקת רוכל מדגים זאת בהקנאת כספי עיסקא במצב שמי שהכסף בידו אינו יודע על כך.

³⁶³ אבקת רוכל שם.

³⁶⁴ שו"ת אשר לשלמה (דנאן), סי' מא (צא ע"א). הוא מסביר כך מפני שאבקת רוכל סובר שאודיתא היא הקנאה - ראה בשמו בהערה 301.

³⁶⁵ ליד ציון הערה 302.

³⁶⁶ שו"ת ר' יחיאל באסן סי' פג.

אבל הראב"ד סי' התרומות שער מב ח"ד אות ג, כותב שאם ראובן הודה "כסף זה שייך לשמעון", ושמעון מודה שראובן אינו חייב לו כלום ולא הפקיד אצלו כלום, שמעון קנה, כי אולי משהו אחר גזל ממנו ואמר לו לתת לו, או שמישהו אחר נתן לשמעון וזיכה לו ע"י ראובן, כך שראובן יודע מדוע זה של שמעון ושמעון אינו יודע, וזאת אף שלאב"ד אודיתא היא הודאה ולא הקנאה. ואולי יש הבדל בין אם ראובן אמר "נתתי" ושמעון אומר "לא נתת", לבין אם ראובן אמר "זה של שמעון", שאז יכולות להיות סיבות רבות לכך שזה של שמעון, ורק אז אומר הראב"ד שאין משקל להודאת שמעון. נתיבות המשפט ס, ס"ק טו, כותב שאם יש סתירה בין הודאת הנותן להודאת המקבל, באופן שא"א ליישב אותה, הולכים לפי הודאת המקבל, כמו שכתב חידושי הרשב"א, גיטין מ ע"ב, אלא אם כן אפשר לומר שזיכה לו ע"י אחר, כך שהמקבל לא יודע שנתן; וגם אם החפץ מופקד אצל צד ג' (כבמעשה באיסור גיורא), כך שאי אפשר לזכותו, בכל זאת ייתכן שזיכה לו ע"י אחר לפני שהפקיד את הכסף. על סתירת הודאות, ראה סעיף 3.

שו"ת מוצל מאש ח"א סי' י, מעלה ספק, אם ראובן מודה "קרקע זו של שמעון", ושמעון מודה "קרקע זו של ראובן", האם יישאר ברשות שניהם, או שזה הפקר? וכן לענין נפקויות איסוריות, אם ראובן הודה שאתרוג שלו שייך לשמעון, ואח"כ אמר שמעון "האתרוג של ראובן", האם בכך נקנה חזרה לראובן, ויוכל ראובן לצאת ידי חובה, או שמא מתברר למפרע שאחד מהם לא יצא, כי הודה שאינו שלו? עי' על דבריו ברכי יוסף חו"מ סי' מ אות ב.

³⁶⁷ ליד ציון הערה 301.

³⁶⁸ עפרא דארעא, על ארעא דרבנן, מע' ה, אות נג.

³⁶⁹ קצות החושן, לד, ס"ק ד.

³⁷⁰ שו"ת מהריב"ל ח"א סי' יט.

³⁷¹ אשכלות הגפן, פ' ויגש, עמ' קיב. הוא נוקט דוגמה של אתרוג, ודן בנפקות של קיום מצוות נטילה בו.

אין זה גורם לו הפסד אם זה כתוב בשטר³⁷². כמו כן, אם הודה שהדירה שקנה, קנאה מכסף של פלוני ולכן היא שייכת לאותו פלוני, יכולים לכתוב שטר³⁷³.

סוג מיוחד של מתנה ע"י הודאה הוא המודה שנכס מסוים אינו שלו וממילא מי שמוחזק בנכס זכה בו - נתינה מכללא: שותף בשדה האומר "שדה זו אין לי עסק בה", אם אמר בלשון סילוק, והתכוון להסתלק עכשו בלשון זו - אינו מועיל כי אין תוקף למחילת בעלות³⁷⁴, אבל אם אומר בלשון הודאה, יש לכך תוקף, כלומר, שותפו זוכה בחלקו בשדה³⁷⁵. אם לא גילה דעתו האם התכוון להודאה או להקנאה, יש לכך תוקף (אם השותף תפס) מדין הודאה, כיון שפשוטו של לשון משמע לשון הודאה, ובלשון דו משמעית, מפרשים את לשונו באופן שיזכה יותר³⁷⁶.

המודה שפלוני שילם לו כסף ובתמורה מכר לו את הנכס, וידוע לכול שלא קיבל כסף, יש לכך תוקף מטעם אודיתא, על אף שלאמיתו של דבר זו מתנה³⁷⁷.

מסירת מפתח

לפי החוק, אם הנותן מסר למקבל מפתח באופן שהתכוון לתת לו את השליטה על הנכס, אפשר לראות בזה הקנייה, אלא אם כן נמנע מהמקבל לקבל את הנכס³⁷⁸. אבל במקום שהעברת הבעלות מותנית ברישום, באופן קונסטיטוטיובי, כגון קרקע וכלי שייט, לא די במסירת מפתח³⁷⁹. לגבי מפתח של מכונית נפסק שדי במסירת המפתח³⁸⁰. אבל זה תלוי בשאלה אם רישום מכונית הוא דרישה קונסטיטוטיובית להעברת הבעלות³⁸¹. אם מסר למקבל את המפתח לכספת שבו נמצא דבר המתנה, זו נחשבת הקנייה של דבר המתנה, ולא של דברים אחרים שבכספת, שהרי דרושה גם הסכמה שהנכס יינתן במתנה³⁸². אבל הדין יכול להשתנות לאור כוונת הצדדים, האם התכוונו להעביר בעלות ע"י מסירת המפתח³⁸³.

לפי המשפט העברי, מסירת מפתח אינה מועילה כהקנאה במתנה³⁸⁴.

³⁷² שו"ת הרשב"א, חלק א, סי' אלף ריא (הובא בשו"ת ברכת יוסף, אהע"ז, סי' צד).

גם שו"ת הריב"ש סי' קסא, כתב שאם הודה בפני עדים שקרקע זו שייכת לפלוני, העדים יכולים לכתוב שטר לאותו פלוני על ההודאה, גם אם לא אמר להם "כתבו וחתמו ותנו לו".

³⁷³ ריב"ש שם. אבל הוא לא דיבר על מצב שידוע שההודאה אינה אמת.

³⁷⁴ ראה בעבודתי על מחילת בעלות.

³⁷⁵ חידושי הרא"ה, כתובות פג ע"ב (הובא בחידושי הריטב"א, כתובות פג ע"א, ד"ה ורבינו).

³⁷⁶ הריטב"א שם.

³⁷⁷ שו"ת פני משה ח"א סי' סד (קנ ע"ב-ע"ג). הוא עוסק במי שהודה בפני ערכאות של גוים שקיבל מאשתו סכום מסוים ותמורתו מכר לה בתים, ועדים כשרים חתמו על השטר; והוא פוסק שהאשה קנתה מדין מתנה, כיון שהודה בפני עדים כשרים, וברור לכל שהוא באמת לא קיבל ממנה כסף, אלא רצה להקנות לה את הבתים, ועשה זאת בדרך הודאת מכר כי במתנה יש הרבה פרטי דינים והיורש עלול לערער על המתנה בטענת קי"ל כלשהי, וא"כ קנתה מדין מתנה באודיתא, שמועילה כהקנאה גם אם ידוע שאינה אמת, כאילו הקנה לה בקנין סודר (נקודה זו הובאה בשמו בשו"ת אשר לשלמה (דנאן), סי' מא, דף פט ע"ג); ואף שבמעשה בב"ב קמט ע"א, איסור גיורא הודה שהכסף היה שייך מלכתחילה לרב מרי, ואילו כאן ראובן לא הודה שהבתים היו של אשתו מלכתחילה, שהרי לא יכול להודות בכך כי הכל יודעים שראובן ירש את הבתים מאבותיו, מכל מקום גם הודאה זו מועילה. הוא כותב (בדף קנא ע"א) שהיא קנתה מדין אודיתא רק לפי השיטה (הערה 301) שאודיתא מועילה מטעם מתנה, אבל לפי השיטה (הערה 302) שזה לא הקנאה, כאן לא יכולה לקנות (צ"ע, הרי הודאת בעל דין מועילה גם אם ידוע לכול שאינה אמת); אלא צריך לומר שזה מועיל כמכר, והודאתו שקיבל ממנה כסף, מועילה כהודאת בע"ד.

³⁷⁸ ראב"לו ב עמ' 398.

³⁷⁹ ראב"לו ב עמ' 398.

³⁸⁰ ראב"לו שם בשם פ"מ תשנ"ה 301.

³⁸¹ ראב"לו ב עמ' 398-399.

³⁸² ראב"לו ב עמ' 399 בשם פ"מ תשנ"ה 301.

³⁸³ ראב"לו ב עמ' 400.

³⁸⁴ נ"י ב"ב כח ע"א (בדפי הרי"ף) (הובא בפחד יצחק מע' מעביר נחלה, דף קסג ע"ג). וראה הערה 134, על מקום שדרך סוחרים למכור במסירת מפתח.

הקניית כסף ע"י הפקדה בבנק

נראה שהפקדת כסף בבנק ע"ש המקבל מועילה כהקנייה למקבל כי זה בעצם הלוואה לבנק תוך הודאה שהכסף שייך למקבל, וקונה מטעם אודיתא. אבל לפי זה, אם משתמע מלשונו שעכשו הוא מקנה למקבל, לא קנה, כפי שראינו³⁸⁵, שמצב כזה אינו בגדר אודיתא.

שטר - "מסירת מסמך לידו המזכה אותו לקבלו"

מבוא - עמדת החוק

החוק מאפשר הקניית דבר המתנה ע"י מסירת מסמך למקבל, המזכה אותו לקבלו. הכוונה למצב שהנכס נמצא בידי אדם שלישי, או לסוג נכס שאין זה מעשי לטלטל אותו. לדוגמה: חפץ של שמעון נמצא ביד לוי, ושמעון רוצה לתת אותו במתנה ליהודה. שמעון כותב ללוי פתק, שבו הוא מבקש למסור את החפץ ליהודה. שמעון ויהודה מסכימים ביניהם שהחפץ ניתן במתנה. כשמעון מוסר את הפתק ליהודה, הבעלות עוברת ליהודה, והמתנה נגמרת. ואילו אם היה שמעון מודיע ללוי בטלפון על המתנה בנוכחות יהודה, לא היתה המתנה נגמרת בכך³⁸⁶.

אם נתן למקבל יפוי כוח כללי, שבו אומר שתהיה לו זכות לקחת במתנה את הכסף שבחשבונית הבנק שלו, זו הקניה רק אם המסמך שולל מהנותן את הזכות לחזור בו מהנתינה. אם לא נאמר כך, אין זו העברת בעלות, אלא שיוכל להוציא את הכסף מהחשבון ע"פ יפוי כוח, ואז הכסף יעבור לבעלותו³⁸⁷. גם חתימה על יפוי כוח בלתי חוזר להעביר את הנכס אינה נחשבת הקנייה לענין זה³⁸⁸.

מתנת המחאה (צ'יק) אינה מתנה לאלתר במסירתו, אלא רק התחייבות לתת מתנה, כי המסמך עצמו רק מגלם חיוב, והנתינה היא התחייבות למתן הכסף³⁸⁹. זאת משום שהמקבל אינו זכאי על פי השטר, לפי פק' השטרות שמוציא השטר יקבל תמורה ממי שהשטר לפקודתו³⁹⁰. המקבל אינו יכול לדרוש תשלום מהנותן כי זה מסמך לא סחיר, ולכן זו רק התחייבות לתת מתנה³⁹¹. אבל אם שמעון קיבל שטר חוב מראובן, ושמעון נותן אותו ללוי במתנה, זו מתנה ריאלית, העברת הבעלות הקניינית בשטר³⁹². לפי ברק, לוי נעשה בעל קניין בשטר וזכאי לתבוע את כל החתומים עליו, גם אם שמעון מסר לו בלי חתימת היסב, שדרושה בפקודת השטרות, ס' 30(ד)³⁹³.

אם ראובן התחייב לתת מאה ש"ח במתנה לשמעון, ואח"כ ראובן נותן לשמעון המחאה על סך מאה ש"ח, זהו תשלום מותנה³⁹⁴. במתנה של המחאה הבנקאית, שבה קונה הנותן את השטר מהבנק, המתנה נגמרת עם מסירת השטר למקבל (שהוא המוטב בשטר), כי כמעט תמיד הבנק ישלם למוטב; אך לאמיתו של דבר, זו רק מתנה של זכות כלפי הבנק, והבנק יוכל לטעון לזיוף וכדומה, ועלול הבנק לפשוט את הרגל³⁹⁵. ראובן האוחז בשטר לפקודתו, המצהיר בכתב שהוא נותן לשמעון את השטר - אין כאן מתנה לאלתר כי אין בכוחה של ההצהרה להעביר את הבעלות; אבל זו התחייבות לתת מתנה³⁹⁶.

³⁸⁵ ליד ציון הערה 316.

³⁸⁶ ראבילו ב, עמ' 394-395. אבל פרידמן וכהן, דיני חוזים א, עמ' 498, מעלים אפשרות שרק אם קיים כבר מסמך שמזכה לקבל את המתנה, כגון שטר חליפין או שטר מטען, והמסמך בידי הנותן, מסירתו היא תחליף למסירת החפץ, כי המסמך מבטא זכות קניינית; אבל הנותן אינו יכול ליצור מסמך כזה שיהיה רק הוראה למסור. על חתימה על פתיחת חשבון משותף, ראה שם עמ' 395.

³⁸⁷ ראבילו ב עמ' 396, בשם פ"מ תשמ"ח(א) 129.

³⁸⁸ ראבילו ב עמ' 382.

³⁸⁹ ראבילו ב עמ' 408. [מה לפי ההלכה, במתנת צ'יק?].

³⁹⁰ ראבילו ב עמ' 409.

³⁹¹ ראבילו ב עמ' 410-411.

³⁹² ראבילו ב עמ' 409.

³⁹³ ראבילו ב עמ' 409, בשם ברק, מהותו של שטר, עמ' 130-131.

³⁹⁴ ראבילו ב עמ' 413.

³⁹⁵ ראבילו ב עמ' 413-414.

³⁹⁶ ראבילו ב עמ' 414 [תמוה מדוע נקט זאת דווקא בשטר, ולא בכל נכס].

אם הנותן חזר בו לפני המסירה, ונגרמו למקבל הפסדים כגון איבוד זמן, יחול סעיף 12 לחוק החוזים - חוסר תום לב, אם אכן לא היה תום לב.³⁹⁷

במסגרת זו נכללת מסירת מסמכים סחירים, כגון שטר חוב וכו'.³⁹⁸

מקרקעין או זכות קניינית במקרקעין: המתנה טעונה רישום בטאבו, לפי חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, סעיף 7(א). המתנה נגמרת ברישום זה.³⁹⁹ במקרה של קרקע של חברה משכנת, כשאין פרצלציה, שאין מדובר בהעברת בעלות אלא זכויות לבעלות, רישום הדירה בחברה על שם המקבל הוא גמר המתנה, כי בכך עוברת הבעלות בזכות הקרדיטורית כלפי החברה.⁴⁰⁰ ובאופן כללי, זכות חוזית למקרקעין (להבדיל מזכות במקרקעין) שאינה יכולה להירשם במירשם, העברתה אינה ע"י רישום אלא בדרכים אחרות.⁴⁰¹

מתנת חוב נוצרת ע"י מסירת מסמך לנמחה המזכה אותו לקבל את זכותו של הנותן-הממחה.⁴⁰² אין צורך שהמסמך יכלול את סיפור דבר ההמחאה, אלא ההמחאה יכולה להיות על פה, וימסור מסמך המזכה את המקבל לקבל את הזכות.⁴⁰³ באשר לאחריות הנותן על החוב, ראוי לקבוע שהנותן אחראי כלפי המקבל אם החוב לא היה תקף, ולא אם החייב אינו פורע.⁴⁰⁴

הקנייה ע"י שטר קניין - עמדת המשפט העברי

(א) כללי

קרקע נקנית ע"י שטר,⁴⁰⁵ אבל מיטלטלין אינם נקנים בשטר.⁴⁰⁶

בשטר מתנה אין צורך **שהנותן** יתן את השטר למקבל, ומועיל גם אם הגביה המקבל את השטר מעל גבי הקרקע (שלא כבגט).⁴⁰⁷

שטר מתנה מועיל בלי מתן כסף, אף ששטר מכר אינו מועיל בלי מתן כסף,⁴⁰⁸ וזאת גם במקום שנהגו לקנות בכסף במכר,⁴⁰⁹ וגם אם כתב בשטר לשון מכר ולא קיבל כסף, אם זאת באמת מתנה.⁴¹⁰

³⁹⁷ ראבילו ב, עמ' 395 הערה 3 [גם אם לא היתה "התחייבות" לפני כן במובן של ס' 5].

³⁹⁸ ראבילו ב, עמ' 396.

³⁹⁹ ראבילו ב, עמ' 401-402; פ"מ תשמ"ג(א) 309, פ"מ תשל"ח(א) 87, פ"ד מ(1) עמ' 321, כמצוין אצל ראבילו ב עמ' 236. ושם הוא מביא דעת פ"ד לג(2) עמ' 645 שדי אם הנותן עשה את כל הנדרש ממנו להשלים את המתנה, ושלל מעצמו את האפשרות למנוע רישום על שם המקבל; ומביא גם דעות חולקות.

⁴⁰⁰ ראבילו ב עמ' 374.

⁴⁰¹ ראבילו ב עמ' 402 בשם פ"ד מ(2) עמ' 256, ועי' פ"ד מא(4) עמ' 830.

⁴⁰² ראבילו ב, עמ' 404. על מתנת מניות ראה עמ' 414-432.

⁴⁰³ ראבילו ב עמ' 404, בשם בן פורת, חוק המחאת חיובים, עמ' 122, וצלטר, דיני חוזים של מדינת ישראל, ח"ב עמ' 143.

⁴⁰⁴ ראבילו ב עמ' 404-405.

⁴⁰⁵ תוספתא ב"ב י, ו; רמב"ם, הלכות זכיה, ג, א; טור, חו"מ, רמא, א; סמ"ג, עשה פב (קסא ע"ב).

יד דוד (קרלין), הלכות אישות, פרק ט, דף ריג ע"ג, הגהה ה, כותב שתוס' גיטין ד ע"א (ד"ה דקיי"ל), בסופו, סוברים שלדעת ר' אליעזר (שהלכה כמותו), שטר מתנה כשר בעדי חתימה בלי עדי מסירה מתורת הודאת בעל דין.

ר"ב ליפשיץ, אסמכתא, עמ' 341, כותב ששטר מתנה שהוא שטר קנין מועיל כי הנותן כותב שהוא **מודה** שהשדה שייך למקבל, אלא שאם הוא אומר כך בעל פה, קנה מיד, ואם בשטר, קנה רק כשיגיע ליד המקבל (עיי"ש). דבריו קשים, כי אי"כ מדוע שטר לא קונה מטלטלין (כאמור ליד ציון הערה 406), הרי גם בהם מועילה אודיתא?

על דיני שטר קנין עי' פתחי חושן, קניינים, פרק ד; משפט הקנין, חלק א, שער ד.

עבד: גם עבד כנעני נקנה בשטר (קידושין כב ע"ב; רמב"ם, סמ"ג וטור, שם). קצות החושן, ר, ס"ק ה, כותב שהנותן את עבדו לאחר וכותב לו "עבדי קנוי לך", העבד נקנה בשטר, ואין צורך בכתיבה לשמה, שלא כשטר שחרור.

⁴⁰⁶ תוספות, כתובות קב ע"א (ד"ה אליבא); שו"ת הרשב"א חלק א סי' אלף לב.

שו"ת משפטים ישרים (גאון), סי' מד (צב ע"א), עוסק באלמנה שכספה היה ביד אפוטרופוס, והיא כתבה לו איגרת, "כל זכות ממון שיש לי בידך תן לבני יוסף, שאני נותנת לו במתנה", ולא נאמר באיגרת שעשו קנין סודר; והוא פוסק שאין תוקף למתנה כי לא עשו קנין סודר.

דעה חולקת: שו"ת שואל ומשיב מהדו"ב ח"א סי' נט (מד ע"א), מחדש שבמתנה, מטלטלין נקנים בשטר, כי לא שייך בה החשש שמא יאמר "נשרפו חיטיך בעליה", שזה הטעם שמטלטלין לא נקנים בשטר מכר.

⁴⁰⁷ מחנה יהודה (וילייקא) גיטין ט ע"א (ד"ה והשתא ניחא).

⁴⁰⁸ קידושין כו ע"א; סמ"ע, קצא, ס"ק ב.

הקרקע נקנית למקבל ברגע שהגיע השטר לידו⁴¹¹. החפץ נקנה למקבל ע"י מה שהמקבל זוכה בשטר, ולכן קנין השטר חל רגע לפני קניית החפץ⁴¹². אם השטר נקרע לפני שהגיע לידי המקבל, לא קנה⁴¹³.

אם יש שטר על מתנות אחדות, שאדם אחד נתן לאנשים אחדים, וזיכה אותו לאחד מהם, כולם קנו את מתנותיהם⁴¹⁴.

לגבי שטר הקנאת קרקע נאמר "ואקח את ספר המקנה"⁴¹⁵, הרי שצריך שיזכה בו המקבל, ואי אפשר לזכות באיסורי הנאה⁴¹⁶, ולכן שטר שכתוב על איסור הנאה אינו תקף⁴¹⁷. אבל שטר תקף גם אם אין בו שוה פרוטה⁴¹⁸.

שטר קנין של מתנה שנעשה בערכאות הגוים - השאלה אם הקרקע נקנית על ידו למקבל תלויה במחלוקת הכללית האם דינא דמלכותא דינא גם בדבר שאינו נוגע לשלטון⁴¹⁹.

סוג אחר של שטר מתנה הוא שטר ראייה. הכוונה למצב שההקנאה נעשית ע"י מעשה קנין אחר, ולא ע"י השטר, והשטר משמש רק כראייה. כיון שהוא רק שטר ראייה, הוא מועיל בכל סוגי הנכסים, ולא רק בקרקע, ובלבד שנעשה קניין המתאים לאותו סוג נכס. על שטר כזה נדון בפרק __. יכול להתעורר ספק האם שטר מסוים הוא שטר קנין או שטר ראייה. במקום שאין נוהגים להקנות בשטר, יש להניח שהשטר הוא לראייה⁴²⁰. שטר על

⁴⁰⁹ מגיד משנה, הלכות מכירה, ז, ד (כמוסבר ע"י שו"ת פני משה, ח"א, סי' סו, דף קנח ע"א).

⁴¹⁰ שו"ת מים עמוקים, חלק ב, סי' ב (ד"ה ומעתה).

⁴¹¹ ר' יהודה ברצלוני, המובא בס' התרומות שער נב ח"ד (כי עדי המסירה הם העיקר); שו"ת הרא"ש, כלל סו, סי' ג; פרישה, חו"מ, רמג, טז, וסמ"ע, רמג, ס"ק כג; שו"ת מהר"י הלוי (מהד' שצ"ב), סי' סג; נתיבות המשפט, ס, ס"ק יט. ח"י הרמב"ן, ב"מ יט ע"א (הובא בקהלת יעקב, תוספת דרבנן, מע' ז, אות קיט דף לו ע"ד במהד' לבוב), כותב שלאב"י שאומר "עדין בחתומיו זכין לו", המקבל זוכה במתנה בלי לקבל את השטר, ע"י עצם החתימה, ולכן אם מצאו שטר מתנה, והנותן אמר "נתנו למקבל", נותנים, ואין חוששים שמא בינתיים הקנה הנותן את הנכס לאדם שלישי ועכשו הוא מתחרט (ואינו יכול לחזור בו מהמתנה לאותו שלישי), שהרי המקבל הראשון זכה כבר בכתיבת השטר; אבל אם מת הנותן לפני שקיבל המקבל את השטר, לא קנה, כי בשעת מותו, פוקע השעבוד.

אבל קצות החושן, קפח ס"ק ב, כותב שלדעה ש"עדין בחתומיו זכין לו", כמו שאם נתן הנותן את הנכס לאחר בין חתימה לנתינה והגיע לבסוף ליד הראשון, עדין בחתומיו זכין לו למפרע והראשון זכה (ב"מ יג ע"א), כמו כן בשולח שטר מתנה ומת הנותן לפני שהגיע השטר למקבל, זכה המקבל מכוח החתימה. לעומתו, אחיעזר חלק א, סי' כח אות יא, חולק ואומר שהיות שמת הנותן, רשות הנותן פוקעת והנכס כבר שייך ליורשיו ולא נחשב שהגיע הנכס ליד המקבל מהנותן שאינו בעולם. גם נתיבות המשפט, קפח, ס"ק א, חולק על קצות החושן, ואומר שמיתת הנותן היא כאילו חזר בו שהרי פסק כוחו בנכס, והרי הוא יכול לחזור בו לפני שהגיע השטר למקבל, ודוקא אם נתן או מכר לאחר בינתיים, הראשון קנה כי אין בכך חזרה, אלא הנותן רצה לשמור לעצמו אופציה לתת לראשון דוקא.

וראה בירור הלכה ב"מ כ ע"א, לפני ציון א, שנחלקו הפוסקים האם הלכה כאב"י. וראה שם יט ע"א ציון ג, בשאלה האם לפי אב"י המקבל קונה מרגע החתימה גם אם לא הגיע השטר לידו.

⁴¹² אמרי משה סי' כה, אות ו. ראה הגדרה דומה בהערה 471 בשם רמ"ש שפירא.

⁴¹³ שו"ת מהריט"ץ, סי' רד.

⁴¹⁴ סמ"ע, רנ, ס"ק עא. ראה ליד ציון הערה 733, על זיכוי שטר מתנה למקבל באמצעות אדם שלישי.

⁴¹⁵ ירמיהו לב, יא.

⁴¹⁶ שו"ת הרשב"א ח"א סי' תרב.

⁴¹⁷ קצות החושן, ר, ס"ק ה, ואבני מילואים, קלט ס"ק יג. הוא מסביר שדוקא גט שכתוב על איסורי הנאה כשר (גיטין כ ע"א), משום שגירושין מועילים נגד רצון האשה ואין צורך בזכייה אלא די בנתינה.

באבני מילואים הביא ראייה מדברי התלמוד (הערה 418) שאין צריך שהשטר יהיה שווה פרוטה, משמע שאיסור הנאה פסול. הוא מסביר שאף שכתב שו"ת ריב"ש סי' ת, שגם באיסורי הנאה יש זכייה, היינו אם הוא מתכוון לזכות בו באיסור, אבל אסור לזכות בו, וסתם אדם אינו רוצה לעשות איסור, והיות שאינו רוצה לזכות בו, לא מתקיים "ואקח".

⁴¹⁸ קידושין כו ע"א (הובא בתוס' קידושין ט ע"א, ד"ה אף).

⁴¹⁹ שו"ת פני משה ח"א סי' סד (קמט ע"ד). תשב"ץ, ח"ג, סי' שכה, פוסק שקנה מטעם דד"ד אף אם חתומים בו עדים נכרים.

העיסור, מאמר ח, קיום טופסים (לג ע"א במהד' רמ"י), כותב שבשטר העשוי בערכאות לא צריך לחזור מעניינו של שטר בשיטה אחרונה, והוא כשר גם אם חסרים דרכי ההקנאה. אבל שו"ת מהריב"ל ח"א סי' סד (סב) (הובא בשו"ת פני משה ח"א סי' סד דף קנא ע"א) דוחה את דעת העיסור.

⁴²⁰ שו"ת הרא"ש, כלל סח, סי' כא, וטור, חו"מ, קצא, ג (הובא בשו"ת ר' יחיאל באסן, סי' פג), כותבים שהשטרות שהיו בזמנם היו שטרי ראייה, ואין קרקע נקנה על ידם. וכן שו"ת הרא"ש כלל יח סי' ב, כתב שבזה"ל יהודים וגוים אינם רגילים לקנות בשטר במכר או במתנה, והשטרות הם רק לראייה. ר"ח עשאל, בשו"ת זרע אברהם, חו"מ, סי' ה (עה ע"א),

מטלטלין הוא בודאי שטר ראיה, שהרי אינם נקנים בשטר⁴²¹. אם הוא כתוב בלשון עבר, שאינו מתאים לשטר קנין, הוא שטר ראיה⁴²². כמו כן, אם כתוב בשטר "השטר הזה יהיה בידם לעדות ולראיה" וכדומה, הדבר מוכיח שאין זה שטר קנין אלא שטר ראיה⁴²³.

סוג אחר של שטר שיכול ליצור את ההקנאה אף במטלטלין, הוא אם השטר כתוב בלשון הודאה, שכן ההודאה יוצרת הקנאה, כפי שראינו⁴²⁴.

(ב) החתימה על השטר

אם חתמו עדים כשרים, השטר תקף גם בלי חתימת הנותן, אבל אם חתמו בו עדים פסולים, כגון גוים, המתנה בטלה⁴²⁵.

שטר בחתימת ידו של הנותן בלבד: אם ראובן כתב לשמעון בכתב ידו: "שדה פלוני נתון לך במתנה ובכתב זה תקנה אותו ולא תצטרך שום קנין אחר" וכדומה, וחתם - שמעון קנה, גם אם לא חתמו עדים⁴²⁶. השטר מועיל גם אם אדם אחר חתם בשמו של הנותן בהרשאתו⁴²⁷.

הסופר יכול לחתום בשטר המתנה בתורת עד⁴²⁸.

(ג) לשון השטר

היות שהשטר יוצר את ההקנאה, לשון השטר צריך להיות כזה שמשמעותו שההקנאה נעשית עכשו ולא שכבר נעשתה.

לכן הלשונות דלהלן מועילות בשטר קנין: "הרי קרקע פלונית של פלוני" או "שלך"⁴²⁹; "קרקע פלונית תהיה נתונה לך"⁴³⁰; "קרקע פלונית תהא שלו"⁴³¹; "קרקע פלונית נתונה לפלוני" או "לך"⁴³²; "הרי היא לך"⁴³³; "בית

כותב שהראש עסק בקרקע. שו"ת בעי חיי חו"מ ח"א סי' קסד (קצו ע"ג-ע"ד), מציין שכ"כ שו"ת מהרשד"ם אהע"ז סי' מד, חו"מ סי' יח, רסה, שד, שטז, שלח, על השטרות שנהגו בזמנו. והוא מקשה שמהרשד"ם, אהע"ז סי' קע, וחו"מ סי' רמז, וסי' רנא, כתב שהם שטרי קנין, ובחו"מ סי' רכה כתב שאפשר לומר קי"ל. הוא מציין ששו"ת מהרש"ך בתשובות הנוספות סי' כד, ושו"ת מהר"ש הלוי חו"מ סי' נא, כתבו שאפשר לומר קים לי ששטרותינו הם שטרי ראיה ואין הקרקע נקנה בהם; ושו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' שיא כתב שהם שטרי ראיה אפילו להוציא מהמוחק. הוא מציין ששו"ת המב"י ח"א סי' רמט, שו"ת הראנ"ח ח"ב סי' ב, רמ"א, סמ"ע וב"ח, פסקו ששטרותינו הם שטרי קנין וקרקע נקנה על ידם.

שו"ע, חו"מ, קצא, ג, כתב שהשטרות שנהגו בזמנו הם שטרי קנין. שו"ת פני יצחק ח"ב יו"ד סי' ג דף טו ע"ב [להרחיב] (הובא שם ח"ה חו"מ סי' ד, דף קמד ע"א) כותב ששו"ע מסכים שבזמן שנוהגים להקנות קרקע בקנין סודר לחוד, השטרות הם ראיה, כמו שכתב ר"י קארו עצמו בשו"ת אבקת רוכל סי' ע, בסופו. וראה הערה 292, שהר"ן כותב ששטרותינו הם שטרי קנין.

⁴²¹ ר"ח עשאל, בשו"ת זרע אברהם, חו"מ, סי' ה (עה ע"א).
⁴²² שו"ת הרשב"ש סי' רפח (נה ע"ג, עמ' רלג במהד' מכון ירושלים), כותב שכתובה שכתוב בה "והכניסה לו בית דירה", אינה מועילה להקנות את הבית, כי אין זה לשון של שטר קנין אלא של שטר ראיה, והרי לא עשו קנין כסף או חזקה או חליפין ולא קנין ע"י שטר; ועוד שכתובה אינה אפילו שטר ראיה למתנה שהאשה נתנה לבעל, שהרי השטר נמצא בידה לראיה נגד הבעל.

⁴²³ ר' יעקב ישראל, בשו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מא (פז ע"ב) (הובא בשו"ת פני יצחק (אבולפיה) ח"ה חו"מ סי' ד, דף קמה ע"ג); ר"ח עשאל בשו"ת זרע אברהם, חו"מ, סי' ה (עה ע"ב); שו"ת אבקת רוכל, סי' ע, בסופו ("מודעת זאת לכל רואה חתימתנו למטה איך שאנחנו וכו'").

⁴²⁴ ליד ציון הערה 282.
⁴²⁵ שו"ע, חו"מ, סח, א (הובא בשו"ת פני יצחק (אבולפיה) ח"ה חו"מ סי' ד דף קמט ע"ג). על מצב שיש יותר משני עדים ואחד העדים קרוב או פסול, עיי' דברי אליהו (ניימנץ), דף כד ע"ב.

⁴²⁶ שו"ת קול אליהו ח"ב יו"ד סי' טז; שו"ת פני יצחק (אבולפיה) ח"ה חו"מ סי' ד (קמז ע"ג). זכרנו לחיים, ח"ב, חו"מ, עי' מתנה אותה, כותב שכן משמע משו"ת דבר משה סי' עה, ומשו"ת שפת הים סי' כו.

⁴²⁷ שו"ת שואל ומשיב מהדו"א ח"א סי' פו, ע"פ נתיבות המשפט, מה, ס"ק ב, שכתב כך על שטרות באופן כללי. אבל עולה מדבריו שאם גוי חתם את שמו של הנותן, אינו תקף. הוא כותב שאם לא ידע לחתום, ולכן עשה שלשה עיגולים, נחשב כאילו חתם את שמו, וגם אם אינו כחתימה ממש, אם זה שטר מתנה של ערכאות הגוים, מועיל מטעם דינא דמלכותא, כי זה מועיל בדיניהם.

⁴²⁸ סמ"ע, רמז ס"ק ג.
⁴²⁹ גיטין מ ע"ב; רמב"ם, הלכות זכיה, ד, יא; חידושי ר' קרשקש גיטין מ ע"ב; טור, חו"מ, רמה, א; שו"ע, חו"מ, רמה, א.

זה לפלוני⁴³⁴; "פלוני כך וכך ופלוני כך וכך" (כי כך אומר מי שמחלק את נכסיו)⁴³⁵; "יהיה נכס פלוני לפלוני"⁴³⁶; "שדי קנויה לך"⁴³⁷; "שדי פלונית לפלוני"⁴³⁸.

"נתתי קרקע פלונית לפלוני" מועיל⁴³⁹, מפני שמה שכתב לשון עבר הוא כדי לחזק את הדבר, כמו בפסוק⁴⁴⁰ "נתתי כסף השדה"⁴⁴¹.

הלשונות דלהלן אינן מועילות: "אני עוזב לפלוני נכס זה"⁴⁴²; "יהנה פלוני בנכסי", "יראה בהם" ו"ישען בהם"⁴⁴³; "פלוני נתן קרקע פלונית לפלוני"⁴⁴⁴, "וציווה פלוני שיקבל בנו פלוני כך וינתן לבנו פלוני כך"⁴⁴⁵, "אני נותן לבני פלוני"⁴⁴⁶.

אם כתובה בשטר לשון שאינה מועילה, הוא חסר תוקף, ואף שהכלל הוא שאם יש לשון דו-משמעית בשטר, מפרשים אותה באופן שיתן תוקף לשטר, כי יש להניח שכותב השטר לא התכוון למשמעות שלפיה אין תוקף לשטר⁴⁴⁷, הרי כאן ייתכן שטעה וחשב שלשון זו מועילה⁴⁴⁸. אבל אם ברור שהנותן לא אמר את הלשון שכתובה בשטר, אלא לשון אחרת, תולים בטעות סופר, והמתנה קיימת⁴⁴⁹.

טור, חו"מ, רמה, ג, בשם רמ"ה; שו"ע, חו"מ, רמה, ג, בשם "יש אומרים".⁴³⁰
טור, חו"מ, רמה, ג, בשם רמ"ה; שו"ע, חו"מ, רמה, ג, בשם "יש אומרים". הב"ח נימק, שאין זה משתמע כהבטחה⁴³¹ בעלמא. וכן סמ"ע, רמה, ס"ק ו, נימק שאין זה לשון הבטחה, אלא נותנו לו מעכשיו.⁴³²
גיטין מ ע"ב; רא"ש, גיטין, פ"ד, סי' לא; שו"ת הרשב"ש סי' תרח (עמ' תקו); חידושי ר' קרשקש גיטין מ ע"ב; פרישה, חו"מ, רמג, טז, וסמ"ע, רמג, ס"ק כג.
רי"ף גיטין כא ע"ב (בדפי הרי"ף); רא"ש גיטין פ"ד סי' לא.⁴³³
פת"ח, קניינים, פרק יז הערה ג, בדעת שו"ת מבי"ט ח"א סי' קצג.⁴³⁴
שו"ת הרי"ד סי' צג (ד"ה ומה שכתבתה ועוד שאין). הוא מוכיח שגם אם אין בשטר מתנה לשון זכיה או לשון מתנה או לשון ירושה - הוא מועיל, ממה שנאמר בבבא בתרא קנו ע"ב "צפונה לפלוני ועמו מאה צאן ומאה חביות, דרומה לפלוני ועמו מאה צאן ומאה חביות", ונאמר בב"ב קכט ע"ב "נכסי לך ואחר כך לפלוני", ולא אמר "נתונים לך", ובכל זאת קנה.⁴³⁵

שו"ת חוות יאיר, סי' קיט, ע"פ שו"ע, חו"מ, רמה, ג.⁴³⁶
אבל שו"ת חוות יאיר עצמו, סי' פ (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, רמה, ס"ק ג), מעלה אפשרות שדוקא "תהא" או "יהא" מועיל, כי משמען שמקנה עכשו, אבל לשון "יהיה" או "תהיה" לא מועיל כי משמען שמקנה בעתיד; אך הוא מציין ששו"ת מבי"ט, ח"א סי' קצג (הערה 649), נוקט ש"יהיה" הוא לשון מתנה. פת"ח, קניינים, פרק יז, הערה ג, כותב שחוות יאיר מסכים שאם אמר לשון נתינה, זה לשון מתנה גם אם אמר "יהיה", והספק שלו הוא רק אם אמר "יהיה לך" בלבד; וגם לשון "יהיה" בלבד הוא לשון מתנה אם אין סתירה בתוך השטר, והסתפק רק משום שבנידונו עיקר השטר היה בלשון התחייבות.

תשב"ץ ח"ג סי' שכה.⁴³⁷
תשב"ץ ח"ג סי' שכה.⁴³⁸

גיטין מ ע"ב; רמב"ם, הלכות זכיה, ד, יא; טור, חו"מ, רמה, א; מישרים, נתיב טו, ח"א; שו"ע, חו"מ, רמה, א; שו"ת הריטב"א, סי' יא = רג (הובא בב"י, חו"מ, ס, טו); ר"ן על הרי"ף, קידושין י ע"א (בדפי הרי"ף) (הובא בשו"ת מהר"ם פדואה סי' נב, שהובא בשו"ת בעי חיי חו"מ, ח"א סי' קסה, ובנתיבות המשפט, ס, ס"ק טו), (גם בשם העיטור והרשב"א); שו"ת הריב"ש סי' קצג (עמ' רכח) (שמשמעותו "אני נותן"); שו"ת הרשב"ש סי' רפז, וסי' תרח (עמ' תקו); שו"ת הרמ"א, סי' צב; חידושי ר' קרשקש גיטין מ ע"ב.

ראה ליד ציון הערה 646 על הלשונות המועילים בהקנאה בכלל.

בראשית כג, יג.⁴⁴⁰

ר"ן שם. שו"ת הרמ"א שם מדגיש שיש בלשון זו משמעות של הקנאה עכשו, ולא רק מובן של הודאה על העבר, כך שהשטר מועיל להקנות גם במקום שאי אפשר להקנות ע"י הודאה - ראה בשמו בהערה 293.

שו"ת תורת אמת סי' פג (ד"ה ואומר).⁴⁴²

פת"ח, קניינים, פרק יז הערה ד.⁴⁴³

תשב"ץ ח"ג סי' שכה.⁴⁴⁴

שו"ת מהר"ם מפדוה סי' נב (הובא בשו"ת בעי חיי חו"מ חלק א סי' קסד, דף קצו ע"ד).⁴⁴⁵

שו"ת בעי חיי חו"מ חלק א סי' קסד (קצו ע"ד).⁴⁴⁶

שו"ע, חו"מ, מב, ט.⁴⁴⁷

רמ"א, חו"מ, מב, ט.⁴⁴⁸

שו"ת חתם סופר, חו"מ, סי' קלא (הובא בפתחי תשובה, רנג, ס"ק ז).⁴⁴⁹

רמ"א, חו"מ, רנג, ד, כותב באופן כללי, שאם נמצאת טעות בשטר מתנה, דינו ככל שטר שנמצאת בו טעות, שמבואר בשו"ע, חו"מ, מט, ו, שכותבים שטר מתוקן, או רואים כאילו השטר כתוב בנוסח מתוקן. ראה חוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 219-221.

(ד) שני שטרות על אותה קרקע לאותו אדם

אם אדם כתב שני שטרות מתנה על אותה קרקע לאותו אדם, ביטל השני את הראשון, ולכן אם התאריך שלהם שונה, קנה מהתאריך של השטר השני⁴⁵⁰. השטר הראשון בטל כי המקבל מודה שהשטר הראשון לא היה אמת⁴⁵¹.

יש נפקויות אחדות מכך שהמתנה תקפה רק מזמן השטר השני: הנותן ישלם את המסים על הקרקע עד הזמן השני⁴⁵²; פירות הקרקע בין הזמן הראשון לזמן השני שייכים לנותן⁴⁵³; אם בינתיים קנה הנותן קרקע סמוכה, לא יוכל המקבל לתבוע אותה מדין בר מצרא⁴⁵⁴; אם בינתיים לוה הנותן הלוואה, המלווה זכאי לטרוף קרקע זו מהמקבל⁴⁵⁵.

אם היה שטר אחד מכר ואחד שטר מתנה, לאותו אדם, שניהם תקפים, כי מניחים שהנותן-המוכר לא התכוון לבטל את הראשון, אלא כתב את השני כדי לתת יתרון למקבל: אם השני מכר, יש לו יתרון בכך שיש לו אחריות, שאם נושה של המוכר-הנותן יטרוף אותה ממנו, יפצה אותו המוכר-הנותן; ואם האחרון מתנה, יש לו יתרון, שלא יוכל המצרן לתבוע אותו⁴⁵⁶.

גם אם שניהם שטרי מתנה, אם הנותן הוסיף משהו בשטר השני, הראשון קיים מפני שהנותן לא התכוון לבטל אותו אלא להוסיף עליו⁴⁵⁷. כמו כן, אם שטר אחד נעשה ע"פ דיני ישראל, ושטר אחד נעשה על פי הערכאות, אין אומרים שהשני ביטל את הראשון, כי בכל אחד מהם יש יתרון, ששטר הערכאות יכול לקיים את המתנה בערכאות, והשטר שלנו עדיף לכמה דינים אחרים, ולכן אפשר לומר שכתב את שניהם כדי לחזק את כוחו של המקבל ולא כדי לבטל את הראשון⁴⁵⁸.

(ה) שני שטרות על אותה קרקע לשני אנשים

אם אדם אחד כתב שני שטרות מתנה על אותה קרקע לשני אנשים, ואין בהם קנין אחר, אלא ההקנאה נעשתה ע"י השטר, ואיננו יודעים מי משניהם קיבל את שטרו תחילה, נותנים את הקרקע למי שתאריך שטרו קודם; ואם הם כתובים באותו יום, אם כתוב בהן שעות ודרך אנשי המקום לכתוב שעות, נותנים למי ששעת שטרו קודמת; ואם אין דרך המקום לכתוב שעות⁴⁵⁹, הדבר מסור לדיינים, לתת למי שדעתם נוטה ("שודא

אבל שו"ת חוות יאיר, סי' פ, כותב שאם לשון השטר הוא לשון של התחייבות לתת, כגון "שנתחייבו", "גביית חוב הנ"ל", "כחומר כל שטרי חובות", גם אם יודעים שהכותב התכוון למתנה, אינו מועיל כשטר מתנה, וגם אם יש "קול פשוט" שהוא נתן את הנכס במתנה, אין זה מועיל נגד משמעות השטר; וגם אם כתוב בשטר "יהיה לפלוני", גם אם נאמר ש"יהיה" הוא לשון מתנה (ראה בשמו בהערה 436), אין מתחשבים במלה זו, שאינה ברורה, נגד משמעות שאר לשונות השטר, שהרי אלו לשונות סותרים, כי אם זה מתנה, קונה מהיום, ואילו חוב אינו קונה מהיום; ואף ששו"ע חו"מ, סי' סא, ה, וסי' רמב, ה, אומר שמה שנוהגים במדינה לכתוב, נחשב ככתוב גם אם אינו כתוב, אין אומרים שקנין הסודר שנעשה עם העדים היה על מתנה והסופר טועה וכתב לשון התחייבות - אין אומרים כך, כי זה נאמר רק בדבר פרטי, ובדבר שנשמט מתוך השטר, אבל אין להשתמש בזה להפוך התחייבות לנתנה. והוא כותב שאם יש שני לשונות סותרים בשטר, הולכים אחר הלשון השנייה.

⁴⁵⁰ כתובות מד ע"א.

⁴⁵¹ רפרס, בכתובות שם; ורמב"ם, הלכות זכיה, ה, ט, פוסק כרפרס, לפי מגיד משנה, שם. ע"י ברור הלכה, כתובות שם, ציון א, פרק ד, שיש שפסקו כטעמו של רב אחא שם, שהמקבל מוחל על זכותו שעל פי השטר הראשון. וע"י על כך שו"ת נדיב לב, ח"ב, חו"מ, סי' נד (צט ע"א).

⁴⁵² רמב"ם, הלכות זכיה, ה, ט; שו"ע, חו"מ, רמ, ב. אבל בתלמוד שם נאמר שלפי הטעם של רב אחא, המקבל משלם את המסים.

⁴⁵³ שו"ע, חו"מ, רמ, ב. אבל בתלמוד שם נאמר שלפי הטעם של רב אחא, הפירות שייכים למקבל. בברור הלכה שם, פרק ג, הביא ראשונים שכתבו שגם לרב אחא, הנותן אינו צריך לשלם למקבל על פירות שאכל, כי המקבל מחל לו.

⁴⁵⁴ תוס' כתובות מד ע"א (ד"ה אימר).

⁴⁵⁵ תוס' שם.

⁴⁵⁶ רמב"ם, הלכות זכיה, ה, ח; שו"ע, חו"מ, רמ, א.

⁴⁵⁷ רמב"ם, הלכות זכיה, ה, ט; שו"ע, חו"מ, רמ, ב. אבל בבירור הלכה שם פרק ה, הובא שהרא"ה סובר שגם במצב זה השטר הראשון בטל. וראה בירור הלכה שם פרק ג, לגבי מצב שהשטר השני היה רק על חלק מהקרקע שניתנה בשטר הראשון; ולגבי מצב שנמצאו עדי השטר השני פסולים.

⁴⁵⁸ שו"ת פני משה ח"א סי' סד (קנ"ג ע"ב). הוא מסתמך על שו"ת תורת אמת סי' קה, שכתב כך לגבי מכר.

⁴⁵⁹ מרש"י, כתובות צד עב (ד"ה אטו), עולה שגם אם ידוע איזה שטר נכתב קודם, אין מתחשבים בזה, כיון שמנהג המקום שלא לכתוב שעות בשטר מראה שאינם מתחשבים בקדימת כתיבת השטר.

דדייניי⁴⁶⁰, כלומר יתנו לזה שנראה להם שהיה אהוב יותר על הנותן, כך שיש להניח שהוא מסר לו שטרו תחילה⁴⁶¹.

(ו) הוראת הנותן לכתוב את השטר

אם הנותן אמר לשלשה⁴⁶² "אמרו לפלוני ופלוני שיכתבו ויחתמו שטר מתנה זו ויתנו לפלוני", והם אמרו לאותם שנים "כתבו למקבל", וכתבו, לא קנה, מפני שא"א למסור דברים בעלמא ("מילי") לשליח משנה⁴⁶³. מאותה סיבה, אם אמר לשנים (או לשלושה⁴⁶⁴) "כתבו וחתמו בשטר מתנה ותנו לפלוני", אינם יכולים לומר לסופר לכתוב את השטר, אלא הם עצמם צריכים לכתוב⁴⁶⁵.

אם הנותן אמר לעדים "כתבו ותנו שטר מתנה לפלוני", הם יכולים לכתוב אותו ולתת אותו למקבל בלי לחשוש שחזר בו בינתיים, אא"כ חזר בו בפירוש⁴⁶⁶.

(ז) דינים שונים

שטר קנין שנמצא ברשות צד ג': אם נמצא שטר מתנה ברשות צד שלישי אחרי מות הנותן, יש להחזיר אותו ליורשי הנותן ואין תוקף למתנה⁴⁶⁷. ואף שיתכן שכבר בא לידי המקבל (וזכה) אלא שהפקיד אותו אצל אותו צד שלישי, הרי יתכן שעוד לא הגיע למקבל, ולא קנה, ולכן מספק יחזיר ליורשי הנותן כי הם מרא קמא⁴⁶⁸. אם הנותן חי, נותנים את השטר למקבל, אא"כ הנותן יספק הסבר מתקבל על הדעת מדוע לא לתת⁴⁶⁹. אבל אחרים אומרים שאם יתכן שהמקבל הפקיד את השטר אצל הנפקד, אין מחזירים לא לזה ולא לזה, ורק אם ידוע בוודאי שהנותן הפקיד אותו אצל הנפקד, כגון שנמצא עם שטרות אחרים של הנותן, יוחזר ליורשי הנותן⁴⁷⁰.

⁴⁶⁰ רמב"ם הלכות זכיה ומתנה ה, ו; סמ"ג, עשה פב (קסא ע"ד-קסב ע"א); שו"ע, חו"מ, רמ, ג. אבל מרדכי, כתובות סי' רמג, מביא שהגאונים פסקו שיחלוקו, כי זה ממון המוטל בספק.

⁴⁶¹ סמ"ע, רמ, ס"ק יב.

אבל לפי רבנו תם, בתוס' כתובות פה ע"ב (ד"ה שודא), הדיינים נותנים למי שירצו, מכח הפקר ב"ד הפקר. סמ"ג שם מביא את שתי השיטות. על אופן קביעת הדיינים, ובשאלה איזה דין מוסמך לפסוק כך, עי' ברור הלכה כתובות צד ע"ב ציון ב.

⁴⁶² וקל וחומר אם אומר לשניים (סמ"ע, רמד, ס"ק ב).

⁴⁶³ רמב"ם, הלכות זכיה, ד, י; סמ"ג, עשה פב (קסא ע"ד); שו"ע, חו"מ, רמד, א.

שו"ת מהרי"ט, חלק א, סי' קכז (ד"ה ותו דדוקא), מביא את הדין שבמתנה מילי לא ממסרן לשליח.

דעה חולקת: חי הרמב"ן, גיטין סו ע"ב, מכשיר אומר "אמרו" במתנה. טור, חו"מ, רמד, ב, כותב שנראה כרמב"ן. קצות החושן, רמד ס"ק א, מדייק מר"ן על הרי"ף גיטין לג ע"א (בדפי הרי"ף) שהרמב"ן מכשיר דוקא באומר "אמרו לפלוני", שהוא כעושה שליח שלא בפניו, אבל באומר "אמרו למי שאתם רוצים", פסול משום שמילי לא מימסרי לשליח. אבל הוא מדייק מסתימת הטור שהרמב"ן מכשיר במתנה גם במקרה השני. אהל משה (וינברג), קונטרס הלך דבש דף יג ע"א, מביא מחידושי הרמב"ן בגיטין ראייה להבנת הטור (עיי"ש להוכחתו). שו"ת אבני נזר, אהע"ז, סי' קצד, אות ו, מבאר את דעת הטור, שכיון שהנותן מסכים שעדים אלו יאמרו להם שיחתמו וחתמו, מועיל מדין זכיה, ודווקא אם אינו אומר שיאמרו לאחרים, ייתכן שהוא רוצה עדים אלו דווקא, כי הוא יודע שהם כשרים, משא"כ באומר "אמרו", שהוא מסכים לכל עדים שיצוו השלוחים; ואילו הר"ן סובר שלא מועילה שליחות מדין זכיה, ולכן כתב בדעת רמב"ן שמועיל דווקא באומר אמרו לפלוני ופלוני.

ראה ליד ציון הערה 898, בשאלה האם גם שליחות להוליך מתנה נחשבת "מילי".

⁴⁶⁴ סמ"ע, רמד, ס"ק ה; באורי ר' אייזק שטיין לסמ"ג שם.

⁴⁶⁵ רמב"ם, סמ"ג ושו"ע שם; חידושי הרמב"ן גיטין סו ע"ב (ד"ה ומיהו מסתברא); טור, חו"מ, רמד, א.

⁴⁶⁶ שו"ת מוצל מאש ח"ב (סוף שו"ת מהרי" קצבל), סי' ח. הוא מסתפק, אם הנותן מת לפני כתיבת השטר, האם היורשים יכולים לסרב לתת, בטענה שאילו אביהם היה חי היה יכול לחזור בו, כמו שטוענים ליורשים טענה שאביהם היה יכול לטעון, או שמא זה נאמר רק בטענה ולא בעשיית מעשה כמו חזרה, ואינם יכולים לחזור בהם.

⁴⁶⁷ שו"ע, חו"מ, רמג, יג.

מקורו בשו"ת הרא"ש, כלל קה, סי' ט (הובא בטור, חו"מ, רמג, יח, ובשו"ע, חו"מ, סה, ה), שנשאל על שטר מתנה של אשה לבעלה אחר מיתתה ברשות אחיה שמת, יחד עם שטרות אחרים שלה, והוא פוסק שיש להניח שעדיין לא נתנה את המתנה אלא הכינה את השטר עד שבעלה יעשה לה דבר מסוים שתמורתו תתן לו את המתנה, והפקידה את השטר בינתיים אצל אחיה.

⁴⁶⁸ סמ"ע, רמג, ס"ק כג.

⁴⁶⁹ פת"ח, קניינים, פט"ו הערה מח, מדייק כך מהפרישה.

⁴⁷⁰ שו"ת, חו"מ, סי' סה, ס"ק טז, וסי' רמג, ס"ק ד. פת"ח שם מדייק מנתיבות המשפט והגר"א שהם מסכימים לשו"ת. על שטר הקנאת קרקע שנמצא, עי' שו"ע, חו"מ, סה, יד; ברור הלכה ב"מ יט ע"א, ציון ג, פרק ב.

אם הקנה מקבל המתנה את שטר המתנה לאדם אחר בכתיבת "קנה לך אותו ואת כל שעבודו" ומסר לו את השטר, קנאו וקנה את הקרקע הכתובה בשטר, כי בכתיבת לשון זו הוא כאילו הקנה לו את הקרקע בפירוש, והרי קרקע נקנית בשטר⁴⁷¹. הקנאת השטר מועילה מדברנן⁴⁷². אחרי שהמקבל מקנה את שטר המתנה לצד ג', המקבל אינו יכול למחול על המתנה לנותן⁴⁷³, כי דוקא מלוה שמכר שטר חוב יכול למחול ללווה⁴⁷⁴, כי מילווה להוצאה ניתנה, אבל כאן הנכס נמצא בעין⁴⁷⁵.

קל וחומר שאם המקבל מחזיר את שטר המתנה לנותן, וכותב לו "קנה לך אותו ואת כל שעבודו", הנותן זוכה בקרקע, היינו שהמתנה מתבטלת⁴⁷⁶. אבל אם המקבל מחזיר לנותן את השטר, בלי לכתוב "קנה לך אותו ואת כל שעבודו" כדרך מכירת שטרות, המתנה עדיין קיימת, כי אין שטר נקנה במסירה בלבד⁴⁷⁷.

הנותן קרקעות רבים בשטר אחד לאותו אדם - יש קנין נפרד לכל קרקע, ולכן אם חזר בו הנותן לגבי מקצתם, השאר נקנים⁴⁷⁸.

שטר ראייה

(א) אם לא הגיע למקבל

אם כתב הנותן בשטר, שהוא נתן את הנכס בקניין לפלוני, זכה המקבל בנכס, גם אם השטר נשאר ביד הנותן⁴⁷⁹, משום שהשטר משמש רק כראייה שהנכס הוקנה למקבל במעשה קניין נפרד, וזכין לאדם שלא בפניו⁴⁸⁰, ועדיין

⁴⁷¹ פסקי רי"ד, ב"ב קסט ע"ב; יד רמה, ב"ב פ"י ס"י צב; רא"ש ב"ב פ"י ס"י כג, ושו"ת הרא"ש כלל סח ס"י כא; שו"ע, חו"מ, סו, יד.

ביאור הגר"א, חו"מ, סו, ס"ק כג, מוכיח מהדין ששטר מתנה נקנה בכתיבה ומסירה, מכאן ששטר חוב שבכתב יד המתחייב נקנה בכתיבה ומסירה אף שאינו גובה ממשועבדים. נחל יצחק, סו, א, ענף ב, דוחה את הוכחתו, שהקנאת שטר מתנה מועילה משום שאינו כ"כ "מילי", כי גוף השדה נקנה לו.

דעה חולקת: רמ"ש שפירא, בהערותיו לחי' ר"י מיגאש, ב"ב קסט ע"ב, הערה טו, כותב שר"י מיגאש סובר שהמקבל אינו יכול להקנות את הקרקע ע"י מסירת שטר המתנה לצד ג' וכתיבת "קנה לך אותו ואת כל שעבודו", כי שטר אינו קונה כמעשה קנין, אלא המקבל קונה את גוף השטר, הנייר, ומשום קניינו בשטר, ממילא קונה כל זכות הכתובה בו, וע"י שקונה את זכות השטר, קונה את גוף הנכס; וזאת לגבי המקבל עצמו, אבל אדם אחר אינו יכול לקנות את הזכות שבשטר ע"י קניית השטר, שהרי השטר אינו על שמו, אלא רק אם המקבל מחזיר את השטר לנותן בכתיבה ומסירה, ע"י קניית השטר, קונה את הזכות שהיתה למקבל בשטר, וע"י מסתלק המקבל, וחוזרת ממילא לנותן (ראה בשמו בסעיף 3), וזה לא שייך באדם שלישי. בספרו קונטרס הביאורים (שפירא), כתובות (תשס"ד), ס"י פב, אות ד [להרחיב], כתב שהרמב"ם סובר כר"י מיגאש ולכן לא כתב שאפשר להקנות שטר מכר או מתנה לאחר.

⁴⁷² הרא"ש שם, בדעת רי"ף, כתובות מד ע"ב (בדפי הרי"ף), שכתב שמכירת שטר חוב מועילה מדברנן. הוא מוסיף, שאע"פ שבמכירת שטר חוב טעם התקנה הוא שאם יזדקק המלוה לכסף ולא יוכל לגבות את חובו מן הלווה, יוכל למכרו לאחר, ובשטר מכר ומתנה לא שייך טעם זה, שהרי המקבל יכול למכור את הקרקע שבידו למי שירצה - מכל מקום, כיון שתקנו שתועיל מכירה בשטר חוב, תקנו גם בשטר מתנה.

⁴⁷³ פסקי רי"ד שם; רא"ש שם.

⁴⁷⁴ שו"ע, חו"מ, סו, כג.

⁴⁷⁵ פסקי רי"ד שם.

⁴⁷⁶ שו"ת המב"ט ח"א ס"י קיא (הובא בשו"ת יביע אומר חלק ו, חו"מ ס"י ה, אות ד = פד"ר ו עמ' 104).

⁴⁷⁷ שו"ת הרא"ש, כלל סח, ס"י ד; מב"ט שם.

⁴⁷⁸ קובץ הערות ס"י כא אות יב (הובא בהערות רא"ר היישריק, לחי' הרמב"ן, גיטין ח ע"ב, הערה 347), כותב ששטר שכתוב בו "כל נכסי נתונים לפלוני", אביי בגיטין ח ע"ב סובר שזו הקנאה אחת לכל הנכסים, ובכל חפץ הוא זוכה כי הוא חלק מכללות כל הנכסים, ולכן אביי שם אומר שעבד שמציג שטר שחרור שכתוב בו "כל נכסי קנויים לך", לא קנה את הנכסים כי אין עדים, ולכן לא קנה את עצמו (אף שהוא נאמן על עצמו) כי אי אפשר לומר "פלגין דיבורא" כי הכל הקנאה אחת; ואילו רבא שם סובר שיש קנין נפרד לכל חפץ בפני עצמו, ולכן בנידון שם בעבד הוא פוסק "פלגין דיבורא". וכך פסק שו"ע, יו"ד, רסז, נו.

מגיטין שם משמע שמדובר בשטר קנין, ומה שעולה מהסוגיה שם שקנה גם מיטלטלין (שהרי בב"ב קנ ע"א נאמר שמה שנאמר בברייתא בגיטין שם שאם שייר קרקע כל שהוא לא יצא בן חורין, הוא גם אם שייר רק מיטלטלין) - גרש ירחים שם מסביר שמדובר בשכיר מרע, שמתנתו תקפה בלי שטר, ושו"ת ר"ע איגר ח"ב, ס"י קלו, מסביר שהמטלטלין היו ע"ג קרקע, ונקנו בקנין אגב.

⁴⁷⁹ חידושי הרי"י מיגאש, ב"ב קלה ע"ב (ד"ה מי שמת); שו"ת הרא"ש כלל סו ס"י ג (הובא בטור, רמג, טז, בשו"ת גינת ורדים חו"מ כלל ה ס"י ד, דף קכט ע"ד, ובשו"ת שפת הים, חו"מ, ס"י לה), וכלל סח ס"י ד, וס"י כז (אם עדים ראו שעשה קנין סודר); ר' יהודה ברצלוני בס' התרומות שער נב ח"ד, ובהוספתו לתשובת הרי"ף, שבתשובות הגאונים מהד' אסף (תרפ"ז), ס"י קמב, עמ' קכב (אם נקרע השטר אח"כ); שו"ת הרמב"ן ס"י ס (הובא בס' התרומות שער נב ח"ד); חידושי

הקנין זוכים למקבל בשעת הקניין⁴⁸¹; וגם אם הגיע השטר ליד המקבל והחזיר אותו לנותן, אין זה מבטל את המתנה⁴⁸².

הרשב"א, ב"ב קלה ע"ב, ושו"ת הרשב"א, ח"ב סי' ק (הובא במגיד משנה, הלכות גזילה, יח, ט); חידושי הר"ן, ב"מ יג ע"א; נימוקי יוסף, ב"ב סב ע"א (בדפי הרי"ף); שו"ת הרשב"ש, סי' קיד, בשם הרשב"ץ; סי' התרומות שער נב ח"ד, בשם רש"י ב"מ יג ע"א (ד"ה הניחא); שו"ת הריטב"א, סי' קסד (הובא בב"י, חו"מ, רמג, י) (גם בשם הרא"ה), וחי' הריטב"א קידושין כו ע"א, וב"ב קלה ע"ב; שו"ת הריב"ש סי' קסא (הובא בב"י, חו"מ, לט, כג); ב"י, חו"מ, סי' לט, כג (עמ' כד במהד' הטור השלם), ושו"ע, חו"מ, רמג, יב (בקיצור); רמ"א, חו"מ, רנ, כה; ערך לחם, חו"מ, סי' רמג (הובא בשו"ת מים רבים, חו"מ, סי' ל); ש"ך, חו"מ, סי' לט, ס"ק לט, סי' נו, ס"ק כז, וסי' סה, ס"ק לט; ביאור הגר"א, חו"מ, סה ס"ק מ; שו"ת מהרש"ך ח"א סי' עג; שו"ת ר"ע איגר, ח"א, סי' קמו (גם בדעת מגיד משנה, הלכות זכיה, ט, כד). שו"ת הריטב"א, סי' קסד, כותב שגם אם הנותן מסר את השטר לאדם שלישי ואמר לו שאם יבקש ממנו (הנותן) את השטר חזרה, שיתנהו לו, המקבל זכה במתנה.

ר' יהודה ברצלוני בס' התרומות שם, ובתשובות הגאונים שם, מעלה אפשרות שאם הנותן לא הודיע למקבל שהוא נותן לו, ולא זיכה לו ע"י אחר, גם אם עשה קנין סודר עם העדים (והקנין היה רק על כתיבת השטר, ולא התכוון להקנות את הנכס ע"י זיכוי באמצעותם), לא קנה עד שיקבל את השטר, כי אולי הנותן רוצה להערים (כך נראית כוונתו).

"תנו ליד": שו"ת רבי עקיבא איגר מהדורא קמא סי' קמו, מביא שהרמב"ן המובא בס' התרומות, שער נב, חלק ד, כותב שאף אם הנותן אמר לעדי השטר "תנו [את השטר] ליד", זכה המקבל. אבל המהדיר בס' התרומות (מהד' מכון ירושלים), הערה 26, כותב שצ"ל "תנו לו", כמו הנוסח במקור, שו"ת הרמב"ן סי' ס. ורעק"א מדייק מדברי ר' נתן בס' התרומות שם שלדעתו לא זכה המקבל אם הנותן אמר כך, והוא מעלה אפשרות שגם הרמב"ם סובר כך. וראה בשמו בהערה 499, שהוא נוקט שבמקרה זה לא זכה המקבל.

⁴⁸⁰ שו"ת הרא"ש כלל סו סי' ג.

⁴⁸¹ פרישה, חו"מ, רמג, טז.

⁴⁸² ראה סעיף 3.

אבל יש אומרים שכל זמן שלא הגיע שטר הראיה למקבל, לא קנה, אף אם עשו קנין.⁴⁸³ לפי דעה זו, אם השטר הגיע למקבל אחרי מות הנותן, לא קנה, כי שטר אינו תקף לאחר מות הנותן.⁴⁸⁴ אבל אם הגיע לידו בחיי הנותן, קנה למפרע משעת הקניין.⁴⁸⁵ מצד שני, אם הנותן נתן (או מכר) את הנכס לאדם אחר לפני שהגיע שטר המתנה למקבל הראשון, והשני עשה מעשה קניין בנכס, השני קנה גם אם אח"כ הגיע השטר למקבל הראשון, כי

⁴⁸³ הרי"ף, בתשובות הגאונים, מהד' אסף (תרפ"ז), סי' קמב, עמ' קכא (הובא בחי' הרמב"ן, ב"מ יג ע"א, ובס' התרומות שער נב ח"ד); ר"ח, ב"מ יג ע"א (באוצר הגאונים) (הובא בשו"ת הריב"ש סי' קסא); שו"ת הרי"ן סי' לא (הובא בב"י, חו"מ, סי' קח, מחודש א); מאירי, ב"מ יג ע"א (ד"ה גדולי).

הרי"ף שם כותב שמי שעשה שטר מתנה לשני בניו, והעדים עשו עמו קנין סודר, ונתן את השטר לאחד מבניו, הבן השני עדיין לא זכה בחלקו כי השטר לא הגיע לידו, והנותן יכול לחזור בו אח"כ.

דעת הרמב"ם: שו"ת הריב"ש סי' קסא, מוכיח שלרמב"ם קנה גם אם לא הגיע השטר לידו, ממה שכתב בהלכות זכיה, ח, יח, ששכיב מרע שנתן הכל מעכשו, זה מתנת בריא, "שאם הגיע השטר ליד המקבל או קנו מיד הנותן, קנה הכל", משמע, שאם עשה קנין, קנה גם אם לא הגיע השטר לידו. גם שו"ת הריטב"א, סי' קסד, וב"י, חו"מ, סי' לט, כג, כותבים שהרמב"ם, הלכות זכיה, ח, יח, חולק על הרי"ף. שו"ת לב שמח, חו"מ סי' כד (פג ע"א), דוחה את הראיה משם, שכוונת הרמב"ם היא שאם הגיע השטר לידו, קנה מאותו רגע, אם לא עשו קנין, ואם עשו קנין, קנה מרגע הקנין, **בתנאי** שהגיע השטר לידו אח"כ. שו"ת הרא"ש כלל סו סי' ג, מביא מי שרצה להוכיח מרמב"ם, הלכות זכיה, ט, כו, האומר שמי שכתב שטר חוב על עצמו ומסר לשליש ומת, אין לו תוקף - מכאן שהמקבל קנה רק אם הגיע השטר לידו. אבל הרא"ש דוחה את ההוכחה, ששם מדובר בהלוואה, שייתכן שלא לוה, אבל במתנה קנה המקבל גם אם לא הגיע השטר לידו. לב שמח, חו"מ, סי' כד, כנראה גרס בדברי מגיד משנה, הלכות גזילה, יח, ט, שהרמב"ם חולק על הרי"ף. גידולי תרומה, על סי' התרומות שער נב ח"ד, מוכיח מרמב"ם, ה"ל זכיה, ח, ז, שקנה גם אם לא הגיע השטר ליד המקבל. אבל חי' הרי"ן, ב"מ יג ע"א, שו"ת הרי"ן, סי' לא, שו"ת הרשב"ש סי' קיד, רשב"ץ בפירוש הכתובה, עמ' כח (במהד' הוסיאטין), סי' התרומות, שער נב ח"ד, ור' שם טוב הלוי, בשו"ת הריב"ש, סי' קסא, סוברים שרמב"ם סובר כרי"ף. נ"י, ב"מ ו ע"א (בדפי הרי"ף), מוכיח שהרמב"ם סובר כרי"ף, שהרי כתב בה"ל זכיה ט, כד, שמי שמת ונמצא אצלו שטר מתנה, עם עדים וקנין, לא קנה המקבל, שמא הנותן התחרט. אבל מגיד משנה שם כותב שהרמב"ם מדבר על מתנת שכיב מרע בכל נכסיו, שבה הקנין מיותר, אבל במתנת שכיב מרע במקצת נכסיו, ובמתנת בריא, שקונות ע"י מעשה קנין, המקבל קנה גם אם לא הגיע השטר לידו. בני שמואל, שו"ת, סו"ס יח, ובפירושו לטור סי' לט (ד"ה כתב הרמב"ם, דף נט ע"ד, עמ' רלח במהד' יד הרב נסים), כתב שהנ"י אינו מתכוון לומר שהרמב"ם סובר שלא קנה אם השטר הגיע לידו אחרי מות הנותן, אלא דיבר רק בנותן כל נכסיו במתנת שכיב, כפי שהסביר מגיד משנה שם בדעתו. אבל שו"ת פני משה ח"א סי' סד (קנב ע"א), כותב שלא משמע כך מפשט דברי נ"י. על דעת הרמב"ם ראה גם בהערה 488 בשם פני משה.

דעת הטור: טור, חו"מ, סה, טז [להרחיב], כתב ששטר הקנאה מועיל גם אם לא הגיע השטר ליד המקבל. ובסי' רנ, מב, כתב לגבי מי שמת ונמצאת דייתקי קשורה לו, שלא זכה המקבל, שמדובר בצוואת שכיב מרע, משמע שבבריא קנה אע"פ שלא הגיע השטר לידו. אבל בסי' רנח, ג [להרחיב], הוא נוקט שאם יש קנין בשטר, קונה את הנכס מיד כשיגיע השטר לידו. הרי שהצריך שיגיע השטר לידו, אף שהיה בו קנין. ב"י, חו"מ, סה, טז [להרחיב], כותב שהטור סובר כדעת רמב"ן ורשב"א שבשטר הקנאה קנה בשעת הקנין גם אם לא הגיע השטר לידו. אבל שו"ת לב שמח, חו"מ סי' כד (פג ע"א), מעיר שהטור נקט "אם הוא שטר הקנאה, **שפירש שהקנה לו מיד**, אע"פ שלא הגיע השטר לידו", כלומר שמדובר שבפירוש הקנה לו מיד, ובזה גם לפי הדעה השנייה קנה גם בלי שיגיע השטר לידו, והמחלוקת היא בקנין סתם, האם הוא כמפרש שיקנה מיד. על דעת הטור עי' ביאור הגר"א, חו"מ, סה, ס"ק מ.

שו"ת המבי"ט ח"ב, סי' קמג, כותב ששו"ת הרא"ש, כלל סו סי' א, הכותב שמי שעשה קנין על כך שנתן מתנה לפלוני, יכול למנוע מהעדים לכתוב שטר מתנה (הערה 525) - סובר כרי"ף, שהמקבל לא קנה עד שיגיע שטר לידו, אבל אם לא מחה וכתבו שטר והגיע השטר למקבל, קנה משעת עשיית הקנין. דבריו קשים, שהרי ראינו בהערה 479 שהרא"ש חולק על הרי"ף; ואין זה קשור לזכותו של הנותן למנוע כתיבת שטר.

שו"ת המבי"ט ח"ב סי' קמג (הובא בשו"ת בעי חי, חו"מ, חלק ב, סי' מב, דף מב ע"ד), כתב שבמחלוקת האם המקבל קנה בלי שהגיע השטר לידו אפשר לטעון קים לי ככל צד. שו"ת מהר"י הלוי (מהד' שצ"ב), סי' סג [להרחיב] (הובא בשו"ת בעי חי, חו"מ, חלק ב, סי' מב, דף מג ע"א), שו"ת בני שמואל סי' יח, דף נ ע"ד (הובא בשו"ת מוצל מאש ח"א סי' כג), שו"ת לב שמח, חו"מ סי' כד (פג ע"א), ושו"ת פרח מטה אהרן ח"א סי' עה, בתחילתו, כותבים שאפשר לומר קי"ל כרי"ח ורי"ף. אבל משו"ת רבי עקיבא איגר מהדורא קמא סי' קמו (ד"ה ומה דהקשה), עולה שא"א לומר קי"ל כרי"ף ורי"ח.

שו"ת לב שמח, חו"מ סי' כד (פג ע"א), כותב שריב"ש לא ראה את תשובת הרי"ן, שהרי לא הזכיר אותה (אף שהרי"ן היה רבו), ולכן אין לעשות ממנה הכרעה.

נימוקי יוסף, ב"מ ו ע"א (בדפי הרי"ף), ושמחת יו"ט, סי' לו (קמא ע"ג), מביאים את המחלוקת. ראה על כך בשם שמחת יו"ט בסעיף 3.

⁴⁸⁴ שו"ת פני משה, ח"א, סי' סד. גם שו"ת מהר"י הלוי (מהד' שצ"ב), סי' סג, כותב שלפי רי"ף ורי"ח לא מועילה הגעת השטר למקבל לאחר מות הנותן מפני שגם אז יש לחשוש שהתחרט כיון שלא נתן לו בחייו. והוא תמה על לבוש, חו"מ, רמג, יב, שכתב שקנה אם קיבל את השטר אחרי מות הנותן, אבל כל זמן שלא הגיע לידו, לא קנה.

⁴⁸⁵ חידושי הרמב"ן, ב"מ יט ע"א, בדעת הרי"ף; שו"ת הריטב"א סי' קסד, בדעת הרי"ף; שו"ת המבי"ט, ח"ב, סי' קמג; שו"ת פני משה, ח"א, סי' סד; שו"ת מהר"יט, ח"ב, חו"מ, סי' כב.

מאירי שם כותב שקונה למפרע משעת הכתיבה.

דעה חולקת: מהר"יט שם מביא דעה שהקנין חל רק מהרגע שהשטר מגיע ליד המקבל.

התנהגותו של הנותן מלמדת שהוא חזר בו מהמתנה הראשונה⁴⁸⁶. טעמה של דעה זו הוא, שהעובדה שאמר לעדי הקנין לכתוב שטר, מראה שלא גמר בדעתו להקנותו בקנין שעשה בלבד אלא יחד עם השטר, ויתכן שהקפיד שיגיע השטר ליד המקבל כדי שבינתיים יוכל לחזור בו⁴⁸⁷. ואכן גם לפי דעה זו, אם הנותן לא אמר לעדים לכתוב שטר, אלא העדים כתבו את השטר **מעצמם**, המקבל קנה אף שהשטר לא הגיע אליו או הגיע אליו רק אחרי מות הנותן⁴⁸⁸. סייגים נוספים קיימים גם לפי דעה זו: (א) אם הנותן **נשבע** לקיים את המתנה, המקבל קנה גם אם לא קיבל את השטר, שהרי גילה את דעתו שנתן את המתנה בצורה מוחלטת ע"י מעשה הקנין שעשה⁴⁸⁹. (ב) אם העדים תופסים את השטר בעבור המקבל, זכה במתנה כאילו הגיע השטר לידו⁴⁹⁰.

מצד שני, גם לדעה הראשונה, אם העדים עשו קנין סודר ע"מ שיתנו למקבל את השטר, זכה במתנה רק כשיגיע השטר לידו⁴⁹¹.

אם השטר ביד הנותן, ולא הוחזק השטר בבית דין, ואין עדים שמעידים שנעשה קניין, והנותן טוען שנתן את המתנה על תנאי, ולא נתקיים התנאי, הנותן נאמן במיגו שאילו רצה לשקר היה יכול לשרוף את השטר⁴⁹². אם עדי הקנין בפנינו, שואלים אותם, ואם יאמרו שלא היה תנאי, נותנים את השטר למקבל גם אם הוא ביד הנותן⁴⁹³.

(ב) אם נמצא אצל צד שלישי

אם נמצא שטר מתנה שיש בו קנין מופקד אצל צד שלישי, יש לתת אותו למקבל⁴⁹⁴ (כיון שגם אם לא הגיע לידו, קנה מכוח הקנין, כפי שראינו לעיל⁴⁹⁵), אלא אם כן יש הוכחה שהנותן הפקיד אותו אצלו, כגון שהיה קשור עם שטרות אחרים של הנותן, שאז יש לחשוש שמא היה תנאי במתנה ועוד לא התקיים התנאי⁴⁹⁶. אך יש אומרים

⁴⁸⁶ רא"ש, ב"מ, פ"א, ס"י מט; שו"ת המב"ט ח"ב ס"י קמג. אבל בעי חיי שם (מג"ע"א) כותב שמי שהיה שותף בקרקע, ונתן את חלקו בקרקע במתנה, ובעוד שהשטר ביד הנותן, עשה קנין לחלק את הקרקע עם שותפו בקרקע, לא נחשב שחזר בו ממתנתו, כי אולי לא חזר בו ממתנתו אלא חשב שהוא יכול לעשות חלוקה אף שהקרקע שייכת למקבל.

מישרים, נתיב טו, ח"א, כותב שאם נתן קרקע בשטר, ואחרי החתימה, לפני שהגיע השטר לנותן (צ"ל למקבל), מכר או נתן לאחר, השני קנה, ואין אומרים "עדי בחתומי זכין לו"; ומביא שיש חולקים.

⁴⁸⁷ פני משה שם (דף קנב ע"ב); שו"ת לב שמח, חו"מ ס"י כב (עה ע"ב), וס"י כד (פב ע"ג) [צריך לראות את ההמשך, עה ע"ג ואילך, ובס"י כד צריך לבדוק עד דף פב ע"ג].

⁴⁸⁸ פני משה שם (דף קנב ע"ב). על פי הבחנה זו הוא מיישב (בדף קנב ע"ג) את סתירת הרמב"ם (ראה הערה 483): בה"ל זכיה ט, כד, כתב שהמתנה בטלה אם השטר הגיע למקבל אחרי מות הנותן - כי בכך שכתב שטר, גילה דעתו שהוא רוצה להקנות רק יחד עם השטר, ואילו בפ"ח, יח, שכתב "שאם הגיע השטר ליד המקבל או שקנו מיד הנותן", משמע שאם יש קנין, קנה גם אם לא הגיע השטר לידו - מדובר שעשה רק קנין סודר ולא כתב שטר, ולכן מועיל.

⁴⁸⁹ שו"ת מהר"י הלוי (מהד' צ"ב), ס"י סג, דף קלב ע"א [להרחיב] (הובא בשו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק ב, ס"י מב, דף מג ע"א). בס"י סד (קלג ע"ב) [להרחיב], הוא מביא שחכם אחד כתב שאין שבועה מועילה, שהרי לפי מהריב"ל, במקום שיש קנין ושבועה, אם הקנין אינו מועיל, גם השבועה אינה מחייבת; וגם מהרשד"ם ומהרש"ך שחולקים על מהריב"ל, ייתכן שכאן יאמרו שהשבועה אינה מחייבת לפי ר"י ור"ח, שהרי השבועה תחול רק כשיתן את השטר למקבל, ועוד ששבועה אינה מחייבת את היורשים. מהר"י הלוי משיב על כך, שלא התכוון לומר שהשבועה עצמה מחייבת, אלא ששבועתו מלמדת שאינו רוצה להתחרט מהמתנה (כלומר, אלא הוא מקנה מיד משעת מעשה הקנין), כי אין מחזיקים אנשים כרשעים, לומר שיעבור על שבועתו.

⁴⁹⁰ שו"ת הר"ן, ס"י לא. שו"ת בני שמואל ס"י יח (נ ע"ד-נא ע"א), כותב שגם לדעה זו, אם נתן הנותן את השטר לשליש בדרך זיכוי, קנה המקבל, אבל אם נתן לו לשמור, לא נחשב שהגיע לרשות המקבל.

⁴⁹¹ ר' נתן בן מאיר, בס' התרומות שער נב ח"ד. המהדיר בהערה 19 מסביר שקנה למפרע משעת הקנין.

⁴⁹² שו"ת הרא"ש כלל סו, ס"י ג (הובא בטור, חו"מ, רמג, יז). סמ"ע, רמג, ס"ק כב, מוסיף שגם אם מת הנותן, ונמצא השטר ברשות יורשיו, טוענים להם שאולי המתנה ניתנה על תנאי ולא התקיים התנאי ובטל הקנין. שו"ת רבי עקיבא איגר מהדורא קמא ס"י קמו, כותב שמדובר גם אם הנותן אמר שהקנה לו מיד, ולכן הרא"ש לא נימק מצד שיתכן שאמר "כתבו ותנו לידי" - ראה בשמו ליד ציון הערה 499.

⁴⁹³ שו"ת שער שלמה (זוראפה), ס"י קסא.

⁴⁹⁴ סמ"ע, רמג, ס"ק כג. שו"ת שער שלמה ס"י קסא, נימק שכאן אין לנותן מיגו שהיה יכול לשרפו (שלא כבנידון שליד ציון הערה 492), ומניחים שהמקבל הפקיד את השטר ביד הנפקד, וגם אם נאמר שהנותן הפקיד אותו אצל הנפקד, הרי המקבל קנה את המתנה ע"י הקנין, ואין חוששים שמא הקנה לו על תנאי, כי אין לו מיגו.

⁴⁹⁵ ליד ציון הערה 479.

⁴⁹⁶ סמ"ע שם.

שאם כתוב בשטר שעשו קנין, אין מחזירים את השטר לנותן גם אם ידוע שהיה ביד הנותן, כי הבעלות עברה בשעת הקנין, והשטר הוא רק לראיה.⁴⁹⁷

מי שמת ונמצא אצלו שטר מתנה שכתב לאחר, ויש בו קנין, המתנה קיימת כי אין צורך במסירת שטר כזה למקבל.⁴⁹⁸ אבל אם עדי הקנין אינם בפנינו, אין המתנה קיימת, כי אולי אמר לעדים "קנו ממני וכתבו שטר ותנו לי", שאז לא זכה המקבל.⁴⁹⁹

(ג) שטר ראה אחד על מתנות לאנשים אחדים

שטר אחד שכתוב בו שפלוני נותן לאלמוני מתנה מסויימת, ושהוא נותן מתנות מסויימות לאנשים אחרים, השטר מועיל לכולם, גם אם כתב שטרות נפרדים נוספים לכל אחד והשטרות האחרים אבדו. השטר מועיל לכולם גם אם כתב בו שהוא יועיל רק לבעל השטר, כי זה כאילו עדים העידו עדות מסוימת והתנו שאינם רוצים שעדותם תועיל, שאין תוקף לתנאי; אלא יש להניח שהתכוון לזכויות מסוימות שנכתבו בשטר, שחשש שייתבע עליהן תביעה כפולה, ולא התכוון לשלול הסתמכות על השטר לשם עצם קיום המתנה.⁵⁰⁰

(ד) לשון חיזוק

גם אם לפי נוסח השטר, ההקנאה לא נעשתה כדין, הרי אם כתוב בשטר לשון כמו "כיתבו בכל לשון של זכות", שמשמעותו שהנותן רצה שההקנאה תחול כדין, יש תוקף למתנה, מפני שמניחים שההקנאה נעשתה כדין אלא שהסופר טעה בתיאור ההקנאה.⁵⁰¹ כמה דוגמאות לדבר.

(א) שטר מתנה על קנין פירות שנכתב בו "נתן לו כוח לקחת את הפירות", לשון זו אינה תקפה, שהרי הפירות הם דבר שלא בא לעולם. בכל זאת נפסק שהמקבל קנה אם כתוב בשטר "קיבל עליו כחומר כל שטרי קנין פירות העשויים כתיקון חז"ל", כי בעצם העדים מעידים שעשו כתיקון חז"ל, היינו שהנותן הקנה באופן המועיל - קרקע לפירותיו.⁵⁰²

(ב) אם כתוב בשטר שהנותן הקנה למקבל בקנין סודר "כך וכך זהובים", וכדומה, וכתב "כתבו בכל לשון של זכות ויפוי כח" או "בכל ח"ס" [=חיזוקי סופר], מועיל, אף שמטבע אינו נקנה בקנין סודר,⁵⁰³ כי מניחים שהטעות באה מהסופר, ובאמת הנותן אמר שהוא נותן "כך וכך זהובים מנכסי", שכפי שראינו לעיל,⁵⁰⁴ אז קנין סודר מועיל.⁵⁰⁵

(ג) אם כתוב בשטר המתנה שהנותן נותן למקבל "חמישית [לדוגמה] מכל נכסיו", לא קנה המקבל את שטרי החוב של הנותן כיוון שלא כתוב בשטר המתנה שעשה כתיבה ומסירה (כנדרש להקנאת שטרי חוב⁵⁰⁶). אבל אם כתוב "כתבו בכל לשון של זכות", קנה גם את שטרי החוב, כי ברור מלשון השטר שהנותן התכוון לזכות לו גם שטרות, ואפשר להקנות חובות אגב קרקע, וכיון שכתוב לשון ייפוי כוח, רואים כאילו הנותן אמר לעדים שיעשו את הקנין בלשון שיועיל, ויש לפרש כך את השטר כדי שלא יתבטל מעיקרו, לפי העיקרון⁵⁰⁷ שיש לפרש שטר באופן שיהיה לו תוקף, ולכן מניחים שהסופר טעה בזה שלא כתב שהקנה בקנין אגב.⁵⁰⁸

⁴⁹⁷ ש"ך, חו"מ, רמג, ס"ק ד.

⁴⁹⁸ שו"ע, חו"מ, סה, יד. ראה על כך בירור הלכה ב"מ יט ע"א, ציון ג, פרק ב.

⁴⁹⁹ שו"ת רעק"א, ח"א, סי' קמו (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, רג, ס"ק יא). על האומר "תנו לו" או "תנו לי", ראה הערה 479.

⁵⁰⁰ שו"ת הרא"ש כלל סח סי' ד (הובא בדרכי משה, חו"מ, רמא, ס"ק ט).

⁵⁰¹ שו"ת אבקת רוכל סי' ע, ד"ה ועוד דאפילו (לגבי שכ"ב מרע); שו"ת ר"י לבית הלוי (שצ"ב) סי' סו (קלז ע"ד) ("כתבו בכל לשון זכות ויפוי כח"). בנידון של ר"י לבית הלוי, לא נכתב בשטר הקנין המתאים לסוג הנכס שניתן. פוסקים נוספים הסוברים עיקרון זה יוזכרו בקשר לדוגמאות דלהלן.

הפוסקים משתמשים בביטוי "לשון ייפוי כוח", והתכוונו ללשון שמראה על כוונת הנותן לחזק את כוחו של המקבל. אבל בימינו הביטוי "יפוי כוח" קיבל משמעות שונה, ולכן נקטנו בביטוי "לשון חיזוק".

⁵⁰² ר' ברוך, במדרכי ב"ב סי' תריז; רמ"א, חו"מ, ריב, א.

⁵⁰³ כאמור ליד ציון הערה 56.

⁵⁰⁴ ליד ציון הערה 58.

⁵⁰⁵ שו"ת משפט צדק ח"ב סי' יז הראשון (לד ע"ד). כמו כן, שו"ת בעי חיי חו"מ ח"א סי' קסה, כותב שאם כתב במתנה "כתבו וחתמו בכל לשון זכות ויפוי כח", מועיל לקנות גם שטרות ומטבע.

⁵⁰⁶ שו"ע, חו"מ, סו, א.

⁵⁰⁷ שו"ת הריב"ש סי' שמה.

⁵⁰⁸ ר"ח שבת, בשו"ת משפט צדק, ח"ב, סי' י (כד ע"ג).

לעומתו, ר"מ מלמד, בתשובתו שם (כב ע"א), מביא שהרא"ש (ואינו מציין מראה מקום) אומר שלשון זו אינה מועילה בהקנאת שטרות, ומנמק, משום שהקנאת שטרות צריכה כתיבה ומסירה (וזה לא דבר שסופר יכול לתקן בשינוי הלשון).

(ד) מי שהקנה לחברו אויר שעל גג ביתו, אינו מועיל, כי הוא דבר שאין בו ממש. אבל הוא יכול להקנות את הקרקע לאוירו. לכן גם אם כתוב בשטר שהקנה את האוויר, מועיל אם אמר הנותן לעדים "כתבו בכל לשון של זכות כהוגן וכתיוקון חז"ל", מפני שאז רואים כאילו נכתב באופן המועיל⁵⁰⁹.
(ה) א"א להקנות חובות במתנה. אבל אם כתוב בשטר המתנה לשון חיזוק, המקבל קנה, שהרי אילו הנותן היה מתחייב לתת את כל החובות שיש לו ביד אחרים, היה מועיל, ומניחים שכך עשה, אלא שהסופר טעה בכך שלא כתב בנוסח זה⁵¹⁰.

אבל יש חולקים ואומרים שלשון חיזוק אינה מתקנת פגם בהקנאה⁵¹¹, מפני שגם אם העדים אמרו במפורש שהקנה בדרך המועילה, אינם נאמנים לסתור את מה שכתוב בשטר⁵¹².

⁵⁰⁹ בני שמואל, שו"ת, סי' יג [להרחיב].

⁵¹⁰ בני שמואל, שו"ת, סי' לד (ע"ב). כמו כן, ר' מאיר מלמד, בשו"ת משפט צדק, ח"ב, סי' י (כ"ב ע"א), כתב שאם כתוב "כתבו בכל לשון זכות ויפוי כח", מועיל שטר מתנה של מטבעות, אף שאי אפשר להקנות מטבעות בקנין סודר, כי מניחים שאמר לסופר לכתוב לשון התחייבות, והסופר טעה. כמו כן, ר"ח עשאל בשו"ת זרע אברהם (יצחקי), חו"מ, סי' ה, דף עד ע"ב (הובא בשו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מא, דף פט ע"ב), כתב שאם כתוב בשטר שהוא נעשה "כתקנת חז"ל", קנה גם מטבעות, כי אפשר לתקן את השטר ע"י כתיבת "חייב אני לך מנה בשטר", שאז זו התחייבות, ושטר שכתוב בו "כתקנת חז"ל" נחשב שנכתב בדרך המועילה.

דעה חולקת: שו"ת עין משפט (הלוי) חו"מ סי' ה (ה ע"ד) (לפי המו"ל, אין זו תשובה של ר' אברהם הלוי; והנידון הוא אותו נידון כמו פני משה ח"ב סי' יד), כתב שכאן לא קנה, כי הסופר אינו יכול לעשות דבר שלא ציווה לו הנותן, והרי הנותן ציווה לו להקנות למקבל בתורת הקנאה, ולכן הסופר אינו יכול לכתוב בלשון חיוב, כי ייתכן שהנותן אינו מעוניין לחייב את עצמו, או אולי הנותן ידע שלא היה תיקון ולכן ציווה לו שיקנה בתורת קנין (נראה שכוונתו לומר, שהנותן באמת לא רצה לתת אלא עשה את השטר כדי להחניף למקבל, ולכן ציווה לכתוב בלשון לא טובה כדי שהמתנה לא תועיל); ומאותה סיבה אין תוקף למתנה של נכס שלא היה ברשות הנותן, כיון שהדרך היחידה לתת תוקף לשטר כזה היא בהתחייבות. הוא מוסיף, שבשטר מתנה על כל הנכסים שהיו לו ושהוא עתיד לקנות, ומת, יש טעם נוסף לפסול: גם לשון התחייבות לא היתה מועילה, שהרי אין שעבוד נכסים להתחייבותו, שהרי אינו יכול לשעבד נכסים שכבר נתן, ויש רק שעבוד הגוף, וכשמת הנותן, פקע שעבוד הגוף, והיורשים אינם חייבים לקיים את שעבוד גופו; וא"כ בוודאי אין לתת תוקף לשטר בגלל האפשרות שהסופר היה כותב בלשון חיוב. הוא דוחה (בדף ו ע"א) את הראיה מר' ברוך (הערה 502), ששם היתה אפשרות לתקן את הלשון במסגרת מה שציווה הנותן לעשות, ולכן כיון שכתב "כתיוקון חז"ל", מתקנים את לשונו, ואילו בנידון של בני שמואל, הנותן ציווה לתת בתורת הקנאה בקנין סודר, ובזה אין אפשרות לתקן, ואין מתקנים את לשונו כאילו עשה קנין אחר או בלשון חיוב, שלא ציווה לו הנותן. הוא כותב שבני שמואל מסכים שאם המתנה כוללת מה שירוויח בעתיד, לא יועיל לשון חיזוק, שהרי בזה לא מועיל לשון חיוב כי זה דבר שאינו קצוב, שלא מועילה התחייבות בו לדעת רמב"ם, הלכות מכירה, יא, טז, ואפשר לומר קי"ל כמותו.

שו"ת בעי חיי חו"מ ח"א סי' קסד (קצז ע"ב), מעלה אפשרות שגם לדעה (ליד ציון הערה 505) שלשון חיזוק מועילה להקנות מטבע אם כתוב שעשו קנין סודר, כיון שמניחים שהקנה אגב קרקע, שמועיל, לשון חיזוק אינה מועילה להקנות מילווה אם כתוב שעשו קנין סודר, כיון שיש מחלוקת האם מילווה נקנה בקנין אגב, כי אינו בעין.

⁵¹¹ שו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' רעא, ושו"ת עין משפט (הלוי) חו"מ סי' ה (ו ע"א), כתבו שר' שמחה המובא במרדכי (שצוין בהערה 502) חולק על ר' ברוך (ואינו מפורש במרדכי שם).

כמו כן, שו"ת הראנ"ח ח"א סי' עז, פסל מתנת מטבע כי המטבע לא הוקנה כראוי, אף שבנידון היה כתוב "כהוגן וכתיוקון חז"ל". שו"ת פני משה, ח"ב, סי' ס (קיא ע"ד), מסכים עם זקנו, הראנ"ח, הסובר שאין לשון זו מתקנת פגמים. אבל הוא כותב שאפשר לומר קי"ל שמועיל.

שו"ת בעי חיי חו"מ ח"א סי' קסד (קצז ע"ב) כותב שכיון שיש מחלוקת האם לשון חיזוק מועילה, אפשר לומר קי"ל. כנה"ג חו"מ, רג הגה"ט אות מח, מביא בשם ר' עזריה יהושע בתשובה כ"י, שיש מחלוקת האם לשון "כהוגן וכתקנת חז"ל" מועילה, ומספק אין להוציא ממון על פי לשון זו.

שו"ת עין משפט (הלוי) חו"מ סי' ה (ו ע"א), מעיר שבני שמואל עצמו, בסי' יח, פסל מתנה שבה הנותן הקנה חזקת קרקע אגב קרקע אחרת, מפני שקרקע אינה נקנית בקנין אגב (הערה 122), וזאת אף שהיה כתוב שציווה לכתוב בלשון המועיל. הוא מביא ראיה משו"ת הרשב"א, ח"א, סי' תשד, המובא בב"י, חו"מ, רנ, מחודש יב, העוסק בשכיב מרע שציווה לשניים לכתוב את צוואתו אחרי פטירתו, וציווה שיכתבו בלשון המועיל, ומ"מ פסק שלא קנה, כי אינם יכולים לכתוב דברים שלא אמר. הוא מביא עוד ראיה (בדף ז ע"א) משו"ת הרא"ש כלל פד, סי' ו, העוסק בשטר שכתוב בו "כתבו בכל לשון של זכות", ובכל זאת פסק שלא מועיל לתת לאשתו בלשון "עשיתי יורשת". אבל הוא כותב (בדף ה ע"ד) שאם כתוב בשטר המתנה שציווה לסופר שיעשהו כתיקון חז"ל ובכל לשון יפוי כוח וזכות, יש לה תוקף גם אם יש בה אסמכתא, כמו שכתב שו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' כח, כי הוא ציווה לסופר להתחייב בחיוב זה שלא כאסמכתא, והסופר היה יכול לעשות זאת בדרך קלה, לעשות באופן שאין אסמכתא, וכיון שאפשר לתלות את הטעות בסופר, אפשר לומר שרואים כאילו נכתב בלשון הכוונה.

הבחנות שונות: ר' דוד אשטרושא, המובא בשו"ת פני משה ח"ב סי' יד, דף כו ע"ג [להרחיב] (הובא בשו"ת פרח מטה אהרן, ח"ב, סי' ט, דף כ ע"א, שהובא בקהלת יעקב, מענה לשון, לשונות בני אדם, מע' ש, אות תשנח, שהובא בשו"ת שעות דרבנן סי' י, דף כ ע"א), אומר שאם העדים כתבו בשטר בשם הנותן, "כתבו בכל לשון של זכות", לשון זו מתקנת בעיות לשוניות בשטר, כי ניכר שהנותן רצה שישודר בלשון המועיל, והעדים הם שטעו בלשון; משא"כ אם העדים כתבו

(ה) הקנאתו לצד שלישי

בשטר ראייה על מתנה שהקנה ראובן לשמעון במעשה קניין כדין, אם כתב שמעון המקבל ללוי: "קנה אותו ואת כל השעבוד שיש בו", יש אומרים שלוי קנה את הנכס שבשטר המתנה⁵¹³, שהרי קנה בכך את השעבוד שהיה לשמעון בגוף השטר, והרי שטר זה עומד לראיה, ואילו לא היתה לשמעון ראייה על המתנה, לא היינו נותנים לו את הנכס⁵¹⁴. אבל אחרים אומרים שגם אם שמעון כתב כך, לא קנה לוי את הנכס, שהרי שמעון לא קנה את הנכס ע"י השטר הזה, ולא ייתכן שיוכל לוי לקנותו באותו שטר; וגם אם כתובים בו הקנין והאחריות, מכל מקום אינו שטר קנין; ומאותה סיבה גם אם המקבל החזיר לנוטן את השטר, לא חזרה המתנה⁵¹⁵. וכך פסק השולחן ערוך⁵¹⁶.

(ו) אם נזכרו בו שני קניינים

אם כתוב בשטר שהנותן עשה שני קניינים, שהראשון בהם אינו תקף והשני תקף, כגון אם נתן קרקע במתנה, ונכתב תחילה שעשה קנין אגב, שאינו מועיל בהקנאת קרקע, וכתב בסוף שעשו קנין סודר, קנה בגלל הקנין השני; אבל אם הסדר הפוך, שהקנין התקף נכתב ראשון, לא קנה⁵¹⁷. טעם הדבר הוא, שאם הקנין הראשון לא הועיל, והקנין השני הועיל, יש להניח שכתב את הקנין השני כדי לחזק את כוחו של המקבל, שאם הקנין הראשון לא הועיל, יקנה ע"י הקנין השני, אבל במצב הפוך, שהקנין הראשון הועיל, והקנין השני לא הועיל, יש להניח שהנותן גמר בדעתו להקנות לו רק בקנין האחרון, שאל"כ לא היה לו לכתוב את הקנין השני, והיות שהקנין האחרון לא הועיל, לא קנה⁵¹⁸.

בשטר בשם עצמם "בכל לשון של זכות". לעומתו, מהר"ש גאון, המובא בפני משה שם, אומר להיפך: המתנה תקפה אם העדים אומרים כך בשטר בשם עצמם, כי בזה הם מעידים שהשטר נעשה כתיקון חז"ל, ועדותם כוללת שמעידים שכל פרטי ההקנאות בוצעו, גם אם לא כולם נכתבו בשטר, כי לא חששו לכתוב הכל; ואילו אם הם רק אומרים שהנותן אמר להם "כתבו בכל לשון של זכות", אינם מעידים שבוצעו כל פרטי ההקנאות, אלא שהוא אמר להם לעשות כך. פני משה שם מסכים למהר"ש גאון, ומביא ראייה משו"ת הרשב"א ח"א, סי' תשד. המחלוקת מובאת בשו"ת מעשה איש, חו"מ סי' ד (פב ע"ד).

עוד כתב ר' דוד אשטרופא, המובא בפני משה שם (כו ע"ב), שלשון זו מועילה לתקן רק ריעותא מחמת הלשון, כמו במעשה בשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' כח, שלא היה ריעותא בקניין מצד עצמו אלא מטעם אסמכתא, שפסול משום לשון "דאיי", אבל במעשים בשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' רעא וסי' שט, שהקנין מצד עצמו היה חסר תוקף, לשון זו אינה מועילה לתקן. שעות דרבנן שם (כ ע"ב) כותב על פי זה, שאם כתוב בשטר שהנותן מוסר למישהו נכסים כדי שאשתו תקבל מהפירות את מזונותיה, ולא נאמר שהוא מזכה לו קרן בעד האשה כדקל לפירותיו, אין מועיל "בכל לשון של זכות", כיון שחסר בו עיקר הקנין.

שו"ת בעי חיי חו"מ ח"א סי' קסד (קצו ע"ב) מעלה אפשרות שר' ברוך דיבר רק במקום שחסרה הקנאה, אבל אם יש הקנאה אלא שאינה ראויה, כגון בנידונו של ראנ"ח, שנתן מתנה גמורה אגב קרקע ולא הקנה למקבל את הקרקע לפני כן, או שנתן מילווה בקנין אגב, לא מועילה לשון זו. גם בספרו כנה"ג, חו"מ, רג הגה"ט אות מח [להרחיב], כותב ש"כתיקון חז"ל" מועיל רק אם חסרה ההקנאה, ולשון זו מלמדת שעשו קנין כראוי אלא שלא כתבו זאת בשטר, אבל אם היתה הקנאה אלא שלא היתה ראויה, לא מועיל "כתיקון חז"ל". שעות דרבנן שם כותב על פי זה שבנידונו הנ"ל אין מועילה לשון זו לתקן, כי היתה הקנאה גרועה, כי מסר לאותו אדם את הכסף ולא אמר לו שיזכה בעד האשה.

שו"ת פני משה, ח"ב, סי' ס (קיא ע"ד), כותב שמהרשד"ם וראנ"ח מסכימים שאם כתוב בשטר שהעדים אומרים "כל זאת קיבלו עליהם כתיקון חז"ל", הרי שמעידים שהכל נעשה כתיקון חז"ל, וא"כ אפשר להעמיס בכלל עדותם שהנותן עשה את הקנין כדין, כגון בהקנאת מטבע ושטרות, שהנותן הקנה את המטבעות למקבל בקנין אגב, והקנה לו שטרות בכתיבה ומסירה, שהרי כך הוא תיקון חז"ל.

ר"ח שבת בתשובתו בשו"ת משפט צדק, ח"ב, סי' י (כד ע"ג), כותב שתנאים חיצוניים כגון "נאמנות" (שהנותן מקבל על עצמו להאמין למקבל בכל מה שיטען המקבל נגדו) אינם בכלל בזה (כלומר, לשון "בכל לשון של זכות" אינה עושה כאילו נכתבה נאמנות). כמו כן, ר' מאיר מלמד, במשפט צדק, שם (כב ע"א), כותב שאם לא נכתבו בשטר ביטול מודעות או "נאמנות", לשון חיזוק אינו עושה כאילו נכתבו, מפני שייתכן שכותב השטר לא רצה לכתוב זאת.

⁵¹² שו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' רעא, בדעת ר' שמחה.

⁵¹³ פסקי רי"ד, ב"ב קסט ע"ב; יד רמה, ב"ב פ"י סי' צב.

⁵¹⁴ יד רמה שם.

⁵¹⁵ רא"ש ב"ב פ"י סי' כג, ושו"ת הרא"ש כלל סח סי' כא (הובא בשו"ת ר' יחיאל באסן, סי' פג). ראה הערה 471, שר"י מיגאש סובר שהמקבל אינו יכול להקנות שטר קנין, והוא בוודאי יסבור כך בשטר ראייה.

תוס' רי"ד, ב"ב קסט ע"ב, במהדורה אחת כתב שאפשר להקנות שטר שיש בו קנין, ובמהדורה אחרת כתב שאי אפשר. שו"ע, חו"מ, סו, יד.

⁵¹⁷ שו"ת הרשב"א, ח"ב, סי' שא (הובא בב"י, חו"מ, קצה, מחודש כא).

⁵¹⁸ שו"ת עין משפט (הלוי) חו"מ סי' ה (דף ו ע"ד). אך הוא כותב ששו"ת הריב"ש סי' שמה (שהבאנו בהערה 631), חולק על הרשב"א שם, שהרי גם הריב"ש עוסק בשטר שנכתבו בו קנין אגב בתחילה ואח"כ קנין סודר, ובכל זאת פסק שמועיל

(ז) שונות

גם אם השטר נקרע, המתנה תקפה⁵¹⁹, וזאת אף אם הנותן עצמו קרע אותו⁵²⁰.

המקבל יכול לכתוב את שטר הראיה לעצמו, להיות לו לראיה על הקנין⁵²¹.

מותר לכתוב שטר מתנה עבור הנותן שלא בנוכחות המקבל, ואין חוששים שמא יגיע ליד המקבל רק לאחר זמן והוא עלול לטרוף קרקעות ממי שקנו אותן מהנותן לפני כן, כי בשטר שיש בו קנין, זכה משעת הקנין⁵²².

אם הנותן אמר לעדים "כתבו וזכו לו בשטר", אינו יכול לחזור מהמתנה, כי כיון שאמר להם "זכו", זכה המקבל⁵²³. אבל הוא יכול לחזור בו מכתובת השטר, כי בזמן שאמר להם לזכות, לא היה השטר בעולם ואין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם⁵²⁴.

כמו כן, האומר לעדים: "זכו בשדה זו לפלוני, וכתבו לו את השטר", וחזר בו מכתובת השטר, אינם יכולים לכתוב שטר, כי אין תוקף לשטר שנעשה שלא מדעת המקנה⁵²⁵. התנגדות הנותן יכולה לנבוע מחששו שאנשים יחשבו שזה שטר מכר, שייצור עליו שעבוד נכסים אם ייטרף הנכס מהמקבל, ואנשים לא ירצו להלוות לו כי שעבוד ה"קונה" יקדם לשעבודם⁵²⁶. גם אם כתבו שטר בהסכמתו, כל זמן שלא הגיע השטר למקבל, יכול הנותן לחזור בו ולא לתת לו את השטר⁵²⁷. יש אומרים שאם עשו קנין סודר, יכולים לכתוב, גם אם הנותן חזר בו ואינו רוצה שיכתבו, כי סתם קנין סודר לכתובה עומד, והתכוון מראש שלא יוכל לחזור בו מכתובת שטר⁵²⁸. אבל אחרים אומרים שגם אם עשו קנין, אם הנותן מתנגד לכתובת שטר, אינם יכולים לכתוב⁵²⁹. גם לדעה זו, אם הנותן נשבע, הקנין מועיל לענין שהנותן לא יוכל לסרב לכתוב שטר, שהרי סתם קנין לכתובה עומד, וכשם שאינו רשאי לחזור בו מהמתנה, כך אינו יכול לחזור בו מכתובת השטר⁵³⁰.

רק משום שיש חלות שניהם (נראה שכוונתו היא ששניהם חלים באופן חלקי, כבנידון הריב"ש, שקנין אגב הועיל לקנות מטלטלין ולא לקנות קרקע, וקנין סודר חל לענין התחייבות ולא להקנות מטבע), משמע שאל"כ לא יועיל, שלא כרשב"א. ראה ליד ציון הערה 631, על נותן שעשה שני קניינים, שאחד מהם לא תקף.

שו"ת הרשב"א ח"א, סי' תתפב (הובא בב"י, חו"מ, רנ, מחודש ט), כותב ששכיב מרע שכתב "אני נותן לו מיטלטלין ואף אגב מקרקעי", קנה את המטלטלין מדין מתנת שכיב מרע שאינו צריך קנין, ולא איכפת לנו שהוסיף להקנות אגב קרקע, שאינו מועיל כיון שהמקבל קונה את הקרקע רק אחרי מיתת הנותן והוא כמקנה אגב קרקע של עצמו. עין משפט שם (דף ו ע"ד) כותב שאין ללמוד משם שגם אם הקנין הראשון הועיל והשני לא הועיל, קנה, אלא שם קנה כי כתב "ועוד מוסיף לו אגב קרקעי" שמשמעותו שהתכוון לחזק את כוחו, ולכן לא איכפת לנו שהקנין השני לא מועיל (עיי"ש שהוא ממשיך לבאר את תשובת הרשב"א).

⁵¹⁹ ר' יהודה ברצלונ, בס' התרומות שער נב ח"ד.

⁵²⁰ שו"ת מהריט"ץ, סי' רד.

⁵²¹ ח"י ר"י מיגאש, ב"ב קסט ע"ב. רמ"ש שפירא, שם, הערה טז, מדייק מדבריו שהנותן אי"צ לכתוב את השטר. הוא מדייק כך גם מר"י מיגאש ב"ב קעא ע"א, שכתב שגם אחרי שהעדים עשו את שליחותם, שכתבו את השטר, יכולים לחזור ולכתוב שטר ראיה חדש.

⁵²² שו"ת הריטב"א, סי' קסד. הוא גורס כך בבבא בתרא קסז ע"ב. דין זה תלוי במחלוקת ליד ציוני הערות 479-483 מתי חל הקנין.

⁵²³ שו"ת הרשב"ש, סי' קיד. ברור שהוא מתכוון לשטר ראיה, דהיינו שעשו קנין נפרד להקנת המתנה, שהרי אם השטר הוא שעושה את הקנין, אין תוקף למתנה בלי השטר.

⁵²⁴ טור, חו"מ, רמג, טו (הובא בשו"ת הרשב"ש, שם).

⁵²⁵ קידושין כז ע"א; ב"ב עז ע"א; רבינו תם בתוס' כתובות נה ע"א (ד"ה כתובו); שו"ת הרשב"א חלק א סי' אלף לד (הובא בסמ"ע, לט, ס"ק יד) (כי הם שלוחיו לתת ולכתוב, ועכשו אינו רוצה שיצא לו שם שאין לו קרקע), וסי' אלף ריא, וחלק ב סי' ת; טור, חו"מ, רמג, ו; שו"ע, חו"מ, רמג, ח.

דעה חולקת: ריב"ם וריב"א, המובאים בתוס' כתובות נה ע"א (ד"ה כתובו) (הובא בשבט בנימין, סי' קפג), כותבים שהנותן אינו יכול לחזור בו מכתובת השטר, כי הוא רק לראיה, ויש לחשוש שהוא רמאי ורוצה לחזור בו מהמתנה (והם מסבירים שמה שנאמר בתלמוד שם שיכול לחזור בו הוא במכר - עיי"ש לטעם ההבדל).

⁵²⁶ ר"ת שם.

⁵²⁷ שו"ע, חו"מ, רמג, ו.

⁵²⁸ שו"ת הרשב"א ח"א סי' אלף לד וח"ב שם (הובא בש"ד, חו"מ, לט, ס"ק יג).

⁵²⁹ שו"ת הרא"ש, כלל סו, סי' א (הובא בטור, חו"מ, רמג, יב, ובשו"ת המבי"ט, ח"ב, סי' קמג); טור, חו"מ, רמג, ו.

⁵³⁰ שו"ת מהריט"ץ ח"ב, חו"מ סי' סה (ד"ה והיכא).

גם אם עשה קנין על כתיבת השטר, ואמר "אני מקנה לכתוב את השטר ולא אוכל לחזור ב", הוא יכול לחזור בו מכתבת השטר, כי זהו "קנין דברים"⁵³¹.

יש אומרים שרק מזכה מתנה למקבל ע"י אחר יכול לחזור בו (אם לא עשו קנין סודר), אבל אם אמר למקבל עצמו "זכה בשדה ואכתוב לך שטר", וזכה המקבל בנכס, הנותן חייב לכתוב לו שטר⁵³².

אם אמר למישהו "זכה למקבל בשטר", נחלקו הפוסקים האם יכול לחזור בו מכתבת השטר⁵³³.

אם אדם אחד כתב שני שטרות מתנה על אותה קרקע לשני אנשים, והיה בכל אחד מהם קנין, מי שעשה ראשון את הקנין זכה⁵³⁴, ותאריך השטרות אינו משנה כי הם רק שטרי ראיה; ואם לא ידוע מי עשה את הקנין קודם, הדין יחליט מעצמו למי לתת ("שודא דדייני")⁵³⁵.

שטר שכתוב בו שהנותן אמר למקבל "לך זכה וקנה במתנה זו, הקרקעות כפי דינך, והמעות והמטלטלין כפי דינך" וכדומה - לא קנה, כי ייתכן שהמקבל לא עשה בפועל את הקניינים הנדרשים⁵³⁶.

אם אבד השטר המקורי, יכול ב"ד לכתוב שטר חדש, וכך אפילו עשר פעמים⁵³⁷. אבל אם השטר שלם בלא טשטוש, אין ב"ד כותב העתק ("טופס" או "הטפסה"), כי מן הסתם הנותן אינו מעוניין שיהיו עליו כמה שטרות⁵³⁸.

אם השטר אינו בפנינו, ועדים מעידים בסתם: "ראינו את הקנין", אבל אינם זוכרים אם היה בו תנאי, אין נותנים את המתנה למקבל עד שיציג את השטר, שמא כתוב בו תנאי, ולכן הוא מערים להצניע את השטר ולהביא עדים במקומו⁵³⁹.

אם השטר כתוב בשפה שהנותן אינו מבין, והוא טוען שלא הבין מה שכתוב בו, המתנה בטלה⁵⁴⁰. אבל אם השטר כתוב בשפה שהנותן מבין, וחתם עליו, גם אם אינו יודע לקרוא, אינו יכול לטעון שלא הבין את הכתוב בו, כי בוודאי קראו לפניו את השטר לפני שחתם⁵⁴¹.

⁵³¹ שו"ת הרא"ש, כלל סו, סי' א (הובא בטור, חו"מ, רמג, יד); שו"ע, חו"מ, רמג, י.

⁵³² טור, חו"מ, רמג, יא; שו"ע, חו"מ, רמג, ט. סמ"ע רמג, סי"ק טז, מביא שיש שפירשו שמדובר שהנותן קיבל אחריות על המתנה, ולכן הוא יכול לחזור בו מכתבת השטר, אבל אם לא קיבל אחריות אינו יכול לחזור בו כי אין לו סיבה להתנגד לכתבת השטר.

⁵³³ שתי הדעות הובאו בשו"ע, חו"מ, רמג, יא. וראה הערה 799, על מי שאמר "תן".

על זכוי שטר מתנה ראה חוק לישראל, שליחות, עמ' 236.

⁵³⁴ רמב"ם, הלכות זכיה, ה, ז; סמ"ג, עשה פב (קסא ע"ד-קסב ע"א); שו"ע, חו"מ, רמ, ד.

⁵³⁵ מישרים, נתיב טו, ח"א. הוא כותב שהשעבוד חל רק ממחרת יום הכתיבה, כי רק אז השעבוד מוכח מתוך השטר, כי לא מוכח מהשטר באיזה שעה הוא נכתב.

על מצב מקביל בשטר קנין (שלא עשו קנין אחר אלא השטר יוצר את הקנין) ראה ליד ציון הערה 459.

⁵³⁶ שו"ת עין משפט (הלוי) חו"מ סי' ה (ו ע"ב) (לפי המו"ל, ר' דוד פיפאנו, זאת לא תשובה של ר' אברהם הלוי; והנידון הוא אותו נידון כמו פני משה ח"ב סי' יד). הוא מוסיף שגם אם בשטר המתנה כתוב שהנותן מקבל את נאמנות המקבל עליו ועל יורשיו, זה רק שיהיה נאמן אם יטען שלא קיבל את המתנה, ובכל טענה שתבוא אחרי שהמתנה נעשתה כדון, ולא האמין לו בשאלה האם היתה המתנה כדינה, כי זה דבר הנוגע בגוף המתנה עצמה, ועוקר את גוף המתנה מעיקרא, וזאת גם אם כתוב "נאמנות בכל עניני שטר מתנה זו" (עיי"ש שהוא מאריך בשאלה האם מועילה ה"נאמנות" לגבי יורשי הנותן).

⁵³⁷ השואל בשו"ת הרא"ש כלל סח סי' כא.

⁵³⁸ הרא"ש בתשובתו שם. בנידונו השטר המקורי היה קרוע, ולא היה ביד המקבל, וביד המקבל היה רק העתק, שבו שלשה דיינים מעידים על קיום שטר המתנה; ובשטר המתנה, הנותן שמר זכות לעצמו למכור או למשכן את הבית. הרא"ש כותב שהדעת נותנת שב"ד ציוו לעשות טופס לשטר, כדי שיהיה אחד ביד הנותן והאחר ביד המקבל, כיון שלכל אחד מהם היתה זכות בשטר; ואם כן אין הוכחה שהשטר בא ליד המקבל, כי יש לתלות יותר שמראש ציוו לכתוב את השטר ואת הטופס, משנתלה שב"ד טעו, והעתיקו את השטר אחרי שבא ליד המקבל, והניחו בידו את השטר ואת הטופס, ורגלים לדבר שלא נתקיימה המתנה, שהרי השטר העיקרי קרוע.

⁵³⁹ שו"ת הרא"ש כלל סח סי' כז.

⁵⁴⁰ שו"ת פני יצחק (אבולפיה) ח"ה חו"מ סי' ד (קמד ע"ב, קמז ע"ד). הוא כתב כך על שטר שכתוב בעברית, במקום שנשים אינן מבינות עברית, והנותנת היא אשה, ומסתמך על ר"ן על הרי"ף, כתובות לו ע"ב (בדפי הרי"ף) (הובא בחוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 31), ושו"ת דבר משה ח"ב סי' פה, בענין שטר שכתבה אשה שאינה מצויה בענייני מסחר.

⁵⁴¹ פני יצחק שם.

שטר מתנה של ערכאות הגוים שנועד רק לראיה, היינו שנעשה קנין אחר, יש לו תוקף⁵⁴²; וגם לדעה ששטר של ערכאות שבזמננו פסול כי הם מקבלים שוחד, הוא כשר אם יש בו עדים ישראלים⁵⁴³.

הציווי לעדים: אם כתוב בשטר שהנותן אמר לעדים "כתבו וחתמו עלי ותנו לפלוני כך וכך", אין לכך תוקף, כי לא נזכר בשטר שנתן משהו, ורק אם נתן מטלטלין למישהו וציווה לתת אותם לפלוני, זכה המקבל, משא"כ אם לא נתן כלום לעדים ורק ציווה להם לתת⁵⁴⁴. כמו כן, אם כתבו העדים "פלוני אמר לנו 'הווי עלי עדים שנתתי... וכתבו וחתמו'", או "פלוני אמר לנו 'הווי עלי עדים שאני נותן... וכתבו וחתמו' וכו'", יש לכך תוקף⁵⁴⁵.

מאותה סיבה, אם כתוב בשטר שהנותן אמר "הווי עלי עדים וקנו ממני בקנין גמור, וכתבו שטר בכל לשון זכות, וחתמו ותנו ביד אשתי להיות בידה לזכות ולראיה איך אני מוסר בפניכם 5000 אריות ביד ר' משה יונה נבון וכו', להניחם על ידם לרווח לצורך מזונות אשתי, ובידם יהיה הסך הזה לעולם לצרכי אשתי" - האשה לא זכתה בכסף, כי אין בשטר לשון של זכייה (ואין לומר שהשטר עושה את הקנין, שהרי כסף בעין אינו נקנה בשטר), ורק ציווה לעדים לכתוב לשון זכייה, ולא זיכה ליד האשה עצמה או לאדם אחר בעבורה⁵⁴⁶.

כמו כן, אם כתוב בשטר "אמר לנו כתבו וחתמו כו' שרצוני לעשות היום" כו', לא מועיל, כי לא אמר שהוא עושה ומצוה אלא שיכתבו מה שרצונו לעשות⁵⁴⁷.

"אם היה הדבר ברשות המקבל"

עמדת החוק

החוק קובע שאם דבר המתנה כבר היה ברשות המקבל, הבעלות בו עוברת למקבל ע"י הודעה למקבל על המתנה. מדובר שהמקבל מחזיק בו בשכירות, שאילה או פקדון וכדומה. אחרי שהנותן מודיע לו על המתנה, המקבל מחזיק בנכס כבעלים. הבעלות עוברת ברגע ההודעה⁵⁴⁸. ההודעה אינה צריכה להיות בכתב⁵⁴⁹.

דרך זו של הקנייה חלה גם על מחילת חוב⁵⁵⁰.

עמדת המשפט העברי

ראובן שהנכס שלו נמצא ברשותו של שמעון, ואמר לשמעון שהוא נותן לו את הנכס במתנה, שמעון קנה מיד בלי עשיית מעשה קנין⁵⁵¹. כך לדוגמה במפקיד הנותן את הפקדון לנפקד במתנה⁵⁵², או בלווה הנותן את המשכון למלווה במתנה⁵⁵³.

⁵⁴² רמ"א, חו"מ, סח, א; שו"ת פני משה ח"א סי' סד (קמט ע"ד).
תשב"ץ חלק ג סי' שכה, כותב ששטר ראיה של הערכאות על מתנה, שחתומים בו עדים גוים - כשר רק אם הקנה הנותן את הנכס למקבל בקנין סודר, ועדים כתבו "בפנינו הקנה פלוני בקנין סודר קרקעו לפלוני", ואין חשש שהעדים הגוים ישקרו כי אז יאבדו את שמם הטוב; אבל אם כתוב בו רק "פלוני נתן קרקע פלונית לפלוני", אינו מועיל, כמו שאילו היו עדים כשרים לא היה שטר כשר (לשיטתו בהערה 297 שאין אודיתא מועילה בבריא), ומה ששטר מתנה של ערכאות כשר מצד דינא דמלכותא הוא רק שטר שאין בו פסול אחר חוץ מפסול עדים, אבל אם יש פסול אחר בגופו של שטר, כגון שלא נעשה קנין או אם לא חזר בסופו של שטר מענינו של שטר, לא מועיל דינא דמלכותא.
⁵⁴³ שו"ת פני משה ח"א סי' סד (קמט ע"ד).

⁵⁴⁴ שו"ת הרא"ש כלל לט, סי' ו (הובא בדרכי משה, חו"מ, רמה, ס"ק א); רמ"א, חו"מ, רמה, ו; ערוך השולחן, חו"מ, רמה, ו.
⁵⁴⁵ ערוך השולחן, חו"מ, רמה, ו.

⁵⁴⁶ שו"ת שעות דרבנן, סי' י (יח ע"ב).
⁵⁴⁷ שו"ת תורת אמת, סי' פג.

⁵⁴⁸ ראב"ו ב, עמ' 400.
⁵⁴⁹ ראב"ו ב, עמ' 400.

⁵⁵⁰ ראב"ו ב, עמ' 400.
⁵⁵¹ רמב"ם, הלכות מכירה, ה, יא, והלכות זכייה ג, ב; סמ"ג, עשה פב (קסא ע"ב); טור, חו"מ, רמא, ד; שו"ע, חו"מ, רמא, ב; בדק הבית, חו"מ, סי' קפט (על מכר); שו"ת מהר"ם גלנטי, סי' מח (נדפס גם בסי' קז); לבוש, חו"מ, רמא, ב; שו"ת מים רבים חו"מ סי' מג (לד ע"ג); שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' שכה (אם הנכס ביד המקבל); סמ"ע, עג, ס"ק מט (בדבר של ראובן שנמצא ביד שמעון); שו"ת הרא"ש, ח"א, סי' עז (ד"ה הכלל) (אם החפץ היה ביד המקבל); שו"ת חתם סופר אה"ע"ז חלק א, סי' פב (ד"ה ומיהו בהאי) (שבשומר מועיל דיבור); שו"ת מהרי"ט ח"א, סי' סה (אם החפץ היה בביתו של

המקבל; זכור לאברהם (אביגדור), חו"מ סי' מט (נ ע"ד) בדעת נ"י ב"ב מב ע"ב (בדפי הרי"ף); שו"ת בית יצחק, יו"ד, ח"ב, סי' פא אות יב, וסי' כז, אות י (שרוב הפוסקים סוברים שחצר הנפקד קונה לנפקד); נתיבות המשפט, ר, פתיחה לסי' ר (ד"ה ובקצות).

דעה חולקת: שו"ת מהרי"ט ח"א, סי' סה, מביא שר' חנניא יקר אומר שאם ראובן נותן לשמעון השומר את הפקדון המופקד בידו, שמעון צריך לעשות מעשה קנין, כי לא קנה בקנין חצר כי המקום שהפקדון מונח בו, מושאל למפקד - נותן המתנה (על עיקרון זה ראה ליד ציון הערה 556). גם ט"ז, חו"מ, סי' קפט, כותב שהנפקד אינו קונה את הפקדון שבידו ע"י רשותו, כי מקום הפקדון קנוי למפקד. שו"ת חבצלת השרון, ח"א, אהע"ז, סי' סא (פה ע"א), מסכים לט"ז שם (בנידונו, השומר לא ידע שבעל הנכס רצה להקנותו לו - ראה בשמו ליד ציון הערה 626 - אבל הסתמכותו על הטי"ז שייכת גם במקום שידע); וכותב שהדין כך גם אם הנכס **בידו** של השומר, מפני שיד כחצר, וקנויה לבעל הנכס (ראה על כך בהערה 555 בשם מראה יחזקאל). פתח הבית, על הרמב"ם, הלכות גניבה, ג, ד, כותב שרש"י, כתובות לד ע"ב, סובר כט"ז - עיי"ש להוכחתו.

יד המלך (פלומבו), על הרמב"ם, הלכות זכיה, ג, ב, מקשה עליהם מרמב"ם, הלכות זכיה, ג, ב, האומר שאין צריך קנין. כנגד טעם זה, מהרי"ט עצמו כותב, שאין המקום קנוי למפקד, שהרי מב"מ מא ע"א מוכח שאם לא ייחד המפקד מקום להניח בו את הפקדון, אין מקום הנכס מיוחד לו, וכיון שהנפקד יכול להניח את הפקדון בכל מקום שירצה, נמצא שזה רשותו של הנפקד ולא של המפקד (נקודה זו הובאה בשמו בזכור לאברהם (אביגדור), חו"מ סי' מט, דף נ ע"א); ואפילו ייחד המפקד מקום לפקדון, לא נקנה המקום למפקד, שהרי שכירות קרקע צריכה מעשה קנין (ב"ק עט ע"א), ותוסי' ב"ב פה ע"ב (ד"ה כגון) כותב שגם שואל קרקע צריך חזקה.

קצות החושן, קפט ס"ק א (הובא בשו"ת מראה יחזקאל (הוכברג) סי' ב, דף יב ע"ג-ע"ד), משיב על טענתו הראשונה של מהרי"ט, ע"פ רמב"ם הלכות מכירה, א, טו, הסובר שקרקע נקנית באכילת פירות מדין חזקת קנין, כפי שהסביר מגיד משנה שם בדעתו, וכך כאן, כיון שהנפקד נתן רשות למפקד להניח שם את הפקדון, קנה בזה את המקום, וגם לרמ"א, חו"מ, קצב, יא, הסובר שקרקע אינה נקנית באכילת פירות, היינו דוקא לקנות את **גוף** הקרקע, אבל לאותו שימוש שמשאיל עבורו, קונה בשימושו (וכך כתב קצות החושן, קנ"ג ס"ק ג, ומחנה אפרים, הלכות שכירות, סי' א). נתיבות המשפט, פתיחה לסי' ר (ד"ה ובקצות), דוחה הסבר זה ע"פ האמור ליד ציון הערה 237, שלענין שיהיה חצרו לקנות על ידו לא מועילה שאלה לשימוש אלא צריך שיהיה לו קנין ממש בגוף החצר. דבריהם קשים: הרי הטי"ז אומר שהנפקד אינו קונה בחצר כי החצר שייך למפקד, ואם המפקד קנאו רק לשימוש (כדברי קצות החושן), וגוף החצר שייך לנפקד, מדוע לא יוכל הנפקד לקנות בה בקנין חצר? גם דברי נתיבות המשפט קשים, שהרי לא דנים כאן ביכולתו של המפקד לקנות בחצר (שאינו יכול כי יש לו רק זכות שימוש בה) אלא ביכולתו של הנפקד, והרי גוף החצר שייך לו.

קצות החושן שם משיב לטענתו השנייה של מהרי"ט, שאף שלא ייחד לו מקום, כל מקום הוא מקומו כיון שהשאילו מראש לכל מקום שיניח אותו. נתיבות המשפט, סי' ר, שם, דוחה הסבר זה, כי מ"מ כיון שיש רשות לנפקד להוציאו ממקום זה ולהניחו במקום אחר, מקום זה נחשב חצירו של הנפקד.

ראה ליד ציון הערה 557, הסברים נוספים איך הנפקד קונה בחצרו, אף שמקום הפקדון קנוי למפקד. ראה ליד ציון הערה 222, שיש אומרים שאם דבר המתנה היה ברשות המקבל לפני נתינת המתנה, אינו קונה בקנין חצר. הרי פוסקים נוספים הסבורים שבנידונו הנפקד צריך קנין נוסף.

ר' חנניא בן יקר מביא ראיה מרשב"ם (הערה 556) האומר שמקום הפקדון קנוי למפקד ולכן אם המפקד מוכר את הנכס לנפקד צריך לעשות מעשה קנין נפרד. שו"ת זכור לאברהם (אביגדור), חו"מ, סי' מט (נ ע"א), דוחה (ברמז) את הראיה, שהרשב"ם דיבר במכר, ואם רוצה **למכור** לו, צריך מעשה קניין, מפני שלא די שישלם המפקד את זכותו ממקום הפקדון (ראה בשמו בהערה 562), שהרי הקונה אינו יכול להתחייב לשלם בלי למשוך, רק בגלל סילוק בעל הנכס. גם מהרי"ט שם דוחה ראיה זו - עיי"ש.

הבחנות שונות: קצות החושן, קפט, ס"ק א, וזכור לאברהם (אביגדור), חו"מ סי' מט (נ ע"ב), כותבים שגם לפי הטי"ז ור' חנניא יקר, אם החפץ נמצא בחצר שלא מדעת בעל החצר, כך שאינו פקדון, מקום החצר אינו נקנה לבעל החפץ, ובעל החצר יכול לקנות את החפץ ע"י חצרו אם בעל החפץ נותן לו אותו במתנה. כמו כן, שו"ת חיים לעולם ח"ב אהע"ז סי' ב (ב ע"ב), כותב שגם ר' חנניא יקר יסכים בנידונו (ראה הערה 555 בשמו) שקנה בלי מעשה קנין; ונראה שכוונתו היא שר' חנניא דיבר רק בשומר, ולא במי שאינו שומר.

קצות החושן שם כותב שהטי"ז מסכים שאם המפקד אמר בשעת ההפקדה שאם יקרה אירוע מסוים, יצא מתורת פקדון, הוא כמפקד לשלשים יום, שאחרי שלשים יום חוזר החצר לנפקד, ויכול הנפקד לקנותו אח"כ בקנין חצר אם בעל החפץ נותן לו אותו.

שו"ת בית יצחק, יו"ד, ח"ב, סי' פא, אות יב, וסי' כז, אות ה, ושו"ת נפש חיה, חידושים בסוף הספר (סה ע"ב), כותבים שהטי"ז מסכים שהנותן **לאשה** פקדון שהיה מופקד אצלה, קנתה בחצרה, כי דוקא באיש אין לומר שקנה את הפקדון יחד עם מקומו שהמפקד מחזיר לו עכשו, כי אין אומרים "באים כאחת" (ראה בשמו בהערה 558), אבל באשה חצרה ומתנתה באים כאחד (ראה בשמם בהערה 213). הם מיישבים בזה את האמור בע"ז סג ע"א שזונה קונה אתנן ע"י הביאה אם הוא בחצרה, אף שהיה מופקד בידה מקודם. הם מיישבים בזה גם מדוע המקדש אשה בפקדון שלה, מקודשת (קידושין מז ע"א) - מפני שקונה אותו בקנין חצר.

שו"ת בית יצחק, יו"ד, ח"ב, סי' כז, אות ה, כותב שהטי"ז מסכים שאם הנפקד עומד בצד חצרו, קנה, מפני שאז אומרים "באים כאחת" (ראה בשמו בהערה 217).

עין חיים, ח"א, סי' יג, אות יב, כותב שגם לדעת הטי"ז, בפקדון לזמן קצוב, אם נגמר הזמן, והחליט המפקד לתת אותו לנפקד, רשותו קונה - ראה בשמו בהערה 558.

יש מפרשים שהמקבל קונה ע"י קנין חצר⁵⁵⁴, ואם הנכס בידו, קונה בקנין "יד"⁵⁵⁵; וגם בפקדון, הנפקד קונה אותו מפני שהוא מונח בחצרו. אף על פי שבדרך כלל מקום הפקדון קנוי למפקיד⁵⁵⁶, כאן נפקד יכול לקנות בו בקנין חצר, מפני שהמפקיד יכול לסלק את עצמו מרשות הנפקד בדיבור בעלמא, ואז חוזר המקום לנפקד ממילא, שהרי המפקיד לא קנה את המקום בקנין גמור אלא לשימוש זה, להניח בו את פקדונו, ולכן די שימחל על זכותו לשימוש זה, וממילא המקום חוזר לנפקד, וכמו שואל כלי, שכשמחזירו למשאל א"צ להקנות לו מחדש אלא נקנה לו ממילא בלי שום קנין⁵⁵⁷. ועוד, שמקום החפץ קנוי למפקיד רק בגלל הפקדון, שבהכרח שמקום החפץ יהיה שייך למפקיד, ולכן ברגע שהמפקיד נותן את החפץ במתנה לנפקד, הוא מסלק את כוחו מחפצו, וממילא מסתלק כוחו גם ממקום החפץ, והחפץ והמקום נקנים לנפקד⁵⁵⁸. ברגע שבעל הפקדון נותן

זכרון שמואל (מודרך) גיטין כא ע"א (ד"ה גמרא אמר רבא), ונחלת יהושע, סי' כג (דף סח ע"ג ודף ע ע"א), מביאים את המחלוקת האם נפקד יכול לקנות בחצרו את הפקדון.

⁵⁵² רמב"ם שם.

⁵⁵³ נחל יצחק, עג, יט. הוא מביא לכך ראייה משו"ע, חו"מ, עג, יט, האומר שלוה המוחל למלוה על המשכון שבידו, לא קנה המלוה את המשכון, כי לשון מחילה אינה מועילה בדבר בעין, מכאן שאילו אמר הלווה בלשון מתנה, היה המלוה קונה בלי מעשה קנין. הוא מוכיח כך גם משו"ע, חו"מ, עב, כו, האומר שאם מלוה לחץ על הלווה לפדות את המשכון, ואמר לו הלווה "יהיה המשכון שלך", לא קנה, כי התכוון רק לדחות אותו, מכאן שאילו התכוון לתת לו במתנה, היה קונה בלי מעשה קנין.

⁵⁵⁴ נתיבות המשפט, רמא, ס"ק ג; שו"ת זכרון יהונתן, חו"מ סי' ג (קכא ע"א בהגהה).

⁵⁵⁵ שו"ת חיים לעולם ח"ב אהע"ז סי' ב (ב ע"א), כותב שאם נחמן לקח חפץ מעדיל, ואחרי שלקח ממנה, שאל אותה אם היתה נותנת לו אותה במתנה, והשיבה בחיוב, קנה, ואף שמעשה הקנין שעשה היה שלא ברצונה של עדיל (שלא כבמקרה אחר שהוא עסק בו - ראה ליד ציון הערה 644), לפני שנתנה לו, מ"מ קנה עכשו בדברים בעלמא, שהרי החפץ ברשותו, כמו שהנותן לשומר פקדון במתנה, קנה בלי קנין חדש, נמצא שבשעה שהסכימה לתת את החפץ במתנה, זכתה לו ידו. מראה יחזקאל (הערה 557) כותב שאם הפקדון בידו, קנה גם לדעת ה"ט"ז, מפני שדוקא חצר של השומר קנויה לבעל הנכס, אבל את ידו של השומר אין בעל הנכס יכול לקנות, מפני שבן חורין אינו נקנה בחזקה, ולכן השומר יכול לקנות לעצמו בידו בקנין "יד" (וזאת גם אם לא ידע שבעל הנכס רוצה להקנות לו - ראה ליד ציון הערה 626), ועוד שאם הנכס נמצא בידו של השומר כשבעל הנכס מחליט לתת לו, הוא קונה אותו בהגבהה גם בלי לדעת על המתנה, מפני שידו היא בגובה שלושה טפחים.

שו"ת חתם סופר אהע"ז חלק א סי' קא (ד"ה כל זה), מסביר שהקנאת פקדון לשומר במתנה מועילה, כי יד שומר כיד המפקיד, וברגע שהוא אומר שהוא נותן את הפקדון לשומר במתנה, נשתנתה ידו, שהיתה בתחלה כיד המפקיד, ונעשית עתה ידו של עצמו, והוא כאילו הנכס יצא מיד הנותן או מיד שלוחו ועבר ליד המקבל. אבל נראה שהוא נקט "יד" במובן הרחב, ולא מצד שהחפץ נמצא בידו ממש.

⁵⁵⁶ רשב"ם ב"ב פה ע"א (ד"ה המופקדון); רא"ש פסחים, פ"א, סי' ד. פרישה, חו"מ, רמא, ד, אכן כתב שאין לומר שרשותו קונה לו, שהרי מקום הנחת הפקדון מושאל לבעל הנכס. ראה הערה 551, שיש שפסקו מטעם זה שהנפקד אינו קונה את הפקדון בחצרו, וצריך לעשות קנין אחר.

שו"ת בית יצחק יו"ד ח"ב סי' פב, אות יח, מוכיח מב"ק מח ע"ב שאם הנפקד מקבל ע"ע שמירה, הוא מקנה את החצר למפקיד - עיי"ש להוכחתו.

נחלת יהושע סי' כג (ע ע"ב) מביא ראייה מב"ק מח שמקום הפקדון קנוי למפקיד, ומצד שני מוכיח להיפך מבכורות יח ע"ב, ששם ר' טרפון אומר שהרועה הכהן קונה את הבכור כי בעל הבהמה מקנה לו מקום בחצרו, ופירשו תוס' (ד"ה לאקנוי) שמדובר שהרועה עשה קנין חזקה, משמע שלא נקנה לו החצר ע"י עצם זה שהבכור בתוכו.

⁵⁵⁷ שו"ת זכרון יהונתן, חו"מ סי' ג (קכא ע"א בהגהה).

הוא נוקט שכיון שרשותו חוזרת לו ממילא בלי קנין, "חצרו ומתנתו באים כאחד", ונקנו החצר והחפץ בבת אחת לנפקד. ראה הערה 558, על הבעייתיות באמירת "חצרו ומתנתו באים כאחד". בפשטות, לפי הסבר זכרון יונתן אין צורך לומר שבאים כאחד, כי אפשר לומר שברגע אחד הוא מסתלק מזכותו בקרקע, וברגע אחר^כ הוא מקנה את הפקדון בקנין חצר. כמו כן, שו"ת מראה יחזקאל (הוכברג) סי' ב (יב ע"ג-ע"ד), מסביר שאם בעל הנכס מעוניין שהנכס יהיה קנוי לשומר, הוא מסלק את רשותו (את "בעלותו" על חצרו של השומר) כדי שיוכל לקנות את הנכס במתנה. ראה הערה 551, שמהרי"ט נימק שהמקום באמת אינו קנוי למפקיד.

⁵⁵⁸ מהרי"ט שם (גם הנפקד השאיל את המקום למפקיד בפירושו); ערוך השולחן, חו"מ, רמא, ב. מהרי"ט שם נוקט שהמטלטלין והמקום נקנים למפקיד כאחת (ראה בשמו בהערה 224, שסובר "חצרו ומתנתו באים כאחת"). נראה שזאת גם כוונת ערוך השולחן, חו"מ, קפט, ב, שכתב שכיון שהמפקיד מקנה את החפץ לנפקד, ממילא נקנה לו גם מקומו כיון שהוא שלו בעיקר, מפני שחצרו ומתנתו באים כאחת.

קצות החושן, קפט, ס"ק א, משיב לטענת מהרי"ט שחצירו ומתנתו באים כאחד, שרק בגט ובשטר שחרור, כיון שנותן לה גט בחצירה אלא שמה שקנתה אשה קנה בעלה, גיטה וחצירה באין כאחד (ראה על כך בהערה 213), אבל האומר לעבדו בעל פה "הרי אתה לעצמך" לא קנה עצמו להיות בן חורין ואין אומרים "ידו ומתנתו באין כאחד", כיון שעבד קנוי לרבו ולכן אינו קונה עצמו בדבור, כי גיטו ומתנתו באים כאחד רק אם נותן לו שטר אבל לא בדיבור בעלמא (יש להעיר שכונתו היא שגם לדעה שבמתנה אומרים באים כאחד, מדובר שמקנה לו את החצר בקנין חזקה וכדומה, ואילו כאן אינו עושה שום קנין חוץ מקנין חצר). כמו כן, שו"ת בית יצחק, יו"ד, ח"ב, סי' קכו, אות ה, מסביר שהט"ז סובר שאין אומרים

אותו לנפקד, הרי הסתלק ממנו חיוב השמירה, ומקום החפץ מפסיק להיות רשות המפקיד וחוזר להיות רשות הנפקד, ולכן הנפקד יכול לקנות בו בקנין חצר⁵⁵⁹. לפי הבנה זו, שקנה בקנין חצר, אם החפץ לא היה בחצרו של הנפקד אלא ברשות הרבים, לא קנה⁵⁶⁰.

הסבר אחר הוא שקנה מדין משיכה: כיון שהנכס בידו, זכה בו מיד, מפני שאין משיכה גדולה מזו⁵⁶¹. גם לפי הסבר זה, אם החפץ לא היה בחצרו של הנפקד אלא ברשות הרבים, לא קנה.

אחרים מפרשים שהנפקד קונה את הפקדון בלי שום מעשה קנין פורמלי, ודי בדיבורו של המפקיד-הנותן⁵⁶², ולכן קנה גם אם הפקדון נמצא ברשות הרבים או בחצר שאינה משתמרת⁵⁶³. כיון שלגבי קנין, העיקר הוא

"באים כאחד"; ואין לומר שיקנה קודם את הרשות ואח"כ את החפץ, כי כל זמן שהחפץ שייך למפקיד, הרשות שלו (וכך הסביר גם בסי' פא, אות יב, את הט"ז); ואין לומר שיקנה בקנין אגב, כי הוא סובר שבקרקע שאולה אין מועיל קנין אגב (ראה הערה 117), או שכאן זה רק מחילת שעבוד השימוש בקרקע ולא מועיל בה קנין אגב. כמו כן, שו"ת חסד יהושע מהדורא ב סי' לד, מסביר שהט"ז סובר שאין אומרים שחצרו ומתנתו באים כאחת (כאמור ליד ציון הערה 213). כנגד זה, ראה הערה 224, שר"י סגל כותב שהנפקד יכול לקנות ע"י חצרו גם אם נאמר שאין חצרו ומתנתו באים כאחת, כי אין צריך להקנות את הקרקע לנפקד, אלא די בסיילוק המפקיד מזכותו בקרקע. כמו כן, נתיבות המשפט, פתיחה לסי' ר (ד"ה ובקצות) (הובא בשו"ת בית יצחק, יו"ד, ח"ב, סי' פא אות ז ואות י), כותב שגם בלי לומר שבאים כאחת, הרי בדיבור בעלמא המפקיד יכול לבטל ולמחול לנפקד שלא יהיה חיוב עליו להחזיק את הפקדון בביתו, ואז ממילא חוזרת הרשות לנפקד. גם עין חיים, ח"א, סי' יג, אות יא (עמ' לד), כותב סברה זו, שכיון שהמפקיד החליט לתת לנפקד, נסתלקה שמירת הקונה-הנפקד, וא"כ כבר אינה רשות המפקיד, והנפקד קונה ע"י חצרו; והוא מסביר שהט"ז חולק על סברה זו, כי צריך מעשה קנין, ואינו יכול לקנות בקנין חצר כי עד עכשו היה רשות המפקיד, ועכשו שנתן מתנה, יוצא מהמפקיד ונכנס לרשותו, וזה לא מעשה קנין אלא ממילא, ומה שחצר קונה בכל מקום הוא בגלל ההכנסה לחצר, שהוא מעשה קנין, משא"כ כאן שנעשה חצרו ע"י רצון המפקיד לתת מתנה, וכיון שאין מעשה קנין, הרשות לא יכולה לזכות עבורו.⁵⁵⁹ שו"ת חתם סופר אהע"ז ח"א סי' קא (ד"ה כל זה); ר' אברהם ברנד, "בגדרי תפיסה וקנין בפקדון", שומרי משפט, חלק ג, עמ' נ. אבל ראה הערה 563, שר"א ברנד כותב שקנה גם אם החפץ ברה"ר.

⁵⁶⁰ נתיבות המשפט, רמא, סי"ק ג.

⁵⁶¹ ב"י שם (הובא ע"י ר' אברהם יצחק גוטפריינד, "אשה הנושאת ונותנת בתוך הבית והמסתעף מזה", שומרי משפט (טשכנוב) ח"א עמ' מה); פרישה שם (כיון שנתנו לו ומוחזר לרשותו); שו"ת פרי צדיק (צדור), סי' יח (שעדיף ממשכנה). שו"ת חיים לעולם ח"ב אהע"ז סי' ב (ד ע"ד), לומד מדברי ב"י שם שזה נחשב כמשיכה (ראה בשמו בסעיף 1(א) נ"מ, שלא יוכל הנותן לומר "משחק הייתי"), והוא מסביר שמה שהרמב"ם שם נקט "נקנה בדברים", אינו לומר שקונה בלי שום מעשה קנין, אלא נקט כך משום שהדיבור הוא גמר המעשה שעל ידו נעשה הקנין מאליו, בניגוד למתנה הנקנית במעשה קנין אחר, ששם עיקר הדבר הוא מעשה הקנין.

רמב"ם בפירוש המשניות מעשר שני פ"ה מ"ט, בתרגום אבן תיבון, כותב שהשוכר קרקע והיו בתוכה מטלטלין, הקרקע נחשבת ברשות השוכר, ולכן קנה את המטלטלין כאילו משך אותם ונתנם ברשותו. ענבי ביכורים (עדס), סי' כג, מביא מכאן ראייה לב"י שבהקנת פקדון לשומר, קנה כמו במשיכה. אבל בתרגום ר"י קאפח כתוב במקום "כאילו משך" - "כאילו החזיק" במטלטלין ונעשו ברשותו. ענבי ביכורים מדייק כך גם מתוס' ב"ב עו ע"א (ד"ה ספינה) שכתבו ששכירות מקום היא כעין משיכה, שמביאה לרשותו. והוא מעלה אפשרות שמשי"כ רמב"ם שם "נקנה בדברים בלבד" מתייחס למחילה, אבל במתנה לשומר, נקנה ע"י מעשה קנין, שהוא כאילו משך.

⁵⁶² ר' בנימין ליפקין, "להגדרת מושג 'רצון הבעלים' בקניינים", סיני ספר יובל עמ' שפג = בני בנימין, עמ' קג (שהמפקיד מקנה לו ע"י גמירת דעתו וכוונתו); ברכת אברהם (ארלנגר), ב"מ סו ע"ב (עמ' שלא) בדעת הרמב"ם שם (שנקט שנקנה בדברים).

יצוין שסמ"ע סי' עג שם, וראנ"ח סי' עז שם, נקטו שקנה "בלי קנין", שמשמע שקנה בדיבור; וגם דברי ירמיהו, קידושין טז ע"א (ד"ה והנה בטעמא), נוקט שאינו צריך קניין. אבל אפשר לפרש שכוונתם היא שקנה בקנין חצר ולכן אינו צריך פעולה של מעשה קנין.

ר"ב ליפקין מעלה ספק, האם בהקנאה זו שנעשית ע"י המקנה בלי מעשה חיובי אין צורך ברצון חיובי ודי בכוונה, או שמא צריך רצון חיובי, וכל הקנין נעשה ע"י רצונו להקנות.

שו"ת זכור לאברהם (אביגדור), חו"מ, סי' מט (מט ע"ב), מקשה איך השומר קונה בדיבור בלבד, הרי אין מעשה משתנה בחליפות הדברים (מרדכי ב"ק, סי' ק; ראה על כך חוק לישראל, שומרים, עמ' 1381)? ותירץ שדוקא לעקור את המעשה הראשון לא מועיל דיבור, אבל כאן הנותן בא לזכות את הנפקד בחפץ זה, וכיוון שבעל הנכס מסלק את זכותו ממנו, ממילא קנאו השומר (וחוזר על כך בסי' נא). הוא מעלה אפשרות (בדף נ ע"א) שרק אם אמר לשומר "פקדון שיש לי בידך מכור לך", קנה בדברים, כי זה כמחילת חוב, אבל אם לא הזכיר שזה פקדון אלא אמר "חפץ פלוני נתון לך במתנה", לא נקנה בדברים. הוא כותב (בדף נ ע"ד) שאפשר לומר קי"ל שלא כמרדכי, אף שבני יעקב תשובה יב (רכא ע"ב), מביא את המרדכי כאילו אין חולק. מהר"ש טובב, שם סי' נ, מדייק מטור, חו"מ, שלו, ג, בשם הרמ"ה (וכן פסק שו"ע, חו"מ, שלו, ב) שיכול למכור לשומר בלי קניין. הוא כותב שהמרדכי מודה שקונה במתנה בלי קניין, מפני שהוא הצריך קניין רק אם הנכס נשאר של בעל הנכס ורוצה לשנות את המצב (כגון מפקדון להלוואה), אבל כאן הוא מוציא מרשות לרשות, וזה לא רק דיבור, אלא מעשה, ולכן מועיל.

רשות, וחצר הוא רק גדר רשות, לכן גם אם הפקדון ברה"ר, אם המפקיד נתן לו, קנה השומר, כי סוף סוף הפקדון **ברשותו**; אבל בקונה שאינו שומר צריך קנין חצר, ואינו נקנה בדברים, ואינו נקנה אם הוא ברשות הרבים.⁵⁶⁴ כל שומר נכנס במקום בעל הנכס לשלוט על החפץ, ולהחזיקו בידו וברשותו, והוא זה ש"יש לו" החפץ, ולכן גם אם החפץ יצא מחצר השומר לרשות הרבים, הוא נחשב ברשות השומר, כי הוא הבעלים על החזקת החפץ, כי בעל הנכס אינו מחזיק את הנכס אלא השומר, אלא שהוא נחשב ברשות בעליו כי חיוב שומר הוא להחזיק את החפץ עבור בעליו; ולכן כשבעל הנכס נותנו לו, ומסתלק חיוב השמירה ממנו, קונה הנפקד גם אם החפץ אינו נמצא בחצר השומר אלא ברה"ר, כי החפץ מצד עצמו הוא ברשותו ובכוחו.⁵⁶⁵

גם אם המפקיד עשה מעשה קנין נפרד שאינו תקף, כגון קנין סודר בהקניית מטבעות,⁵⁶⁶ קנה המקבל, ואין אומרים שהנותן התכוון להקנות רק באותו מעשה קנין סודר שאינו תקף.⁵⁶⁷

כיון שהפקדון נקנה לשומר באמירה, הנותן אינו יכול לחזור בו אף תוך כדי דיבור, כמו שמוחל אינו יכול לחזור בו תוך כדי דיבור.⁵⁶⁸

מתנה מועילה בפקדון בדיבור בעלמא, גם אם הנפקד לא ידע על המתנה, כי הוא קונה בקנין חצר (לפי ההסבר הראשון שהבאנו), וכפי שראינו לעיל⁵⁶⁹, חצר קונה לבעליה אף שלא מדעתו.⁵⁷⁰

יש אומרים שגם נגזל הנותן את החפץ הגזול לגזלן במתנה, הגזלן קונה אותו בדיבור בלבד.⁵⁷¹ אבל אחרים אומרים שהנגזל אינו יכול להקנותו לגזלן, כיון שהחפץ אינו בשליטתו, כשם שאינו יכול להקנותו לאדם שלישי.⁵⁷²

⁵⁶³ רא"ז מלצר, באבן האזל, הלכות זכיה, ג, ב, ובמאמרו באדרת אליהו (ראם) עמ' שח-שט (=אהל ישעיהו ב"ק עמ' תקנד-תקנה). במאמרו הוא מסביר שלכן הרמב"ם, שם, לא כתב שקנה דוקא אם הפקדון נמצא בחצר המשתמרת. בהשמות להלכות זכיה, ג, ב (נדפס אחרי הלכות עבדים), הוא מביא שרשי"א דרצינסקי הקשה שבב"מ לד ע"א נאמר שאם הבהמה באגם בשעה שהמפקיד רוצה להקנות לו, לא קנה השומר, וש"י יצחק גרוזלסקי תירץ ע"פ ר' חננאל, ב"מ שם, שאמנם ללישנא קמא בב"מ שם לא קנה אם עומדת באגם, אבל ללישנא בתרא (שהלכה כמותה) קונה גם אם היא באגם כי היא ברשותו משעת ההפקדה.

⁵⁶⁴ אבן האזל שם.
⁵⁶⁵ ר' אברהם ברנד, "בגדרי תפיסה וקנין בפקדון", שומרי משפט, חלק ג, עמ' נא. הוא מסביר שלכן הרמב"ם נקט "קנה בדברים".

⁵⁶⁶ שאינו תקף, כאמור ליד ציון הערה 56.
⁵⁶⁷ שו"ת הראנ"ח ח"א סי' עז (ד"ה הכלל). בני אהרן, חו"מ, רמא (קכא ע"ב), מציין שבדומה כתב שו"ת מהרי"ק, שורש י, לענין מחילה (ראה סעיף 1א), בענין הצורך בקנין. וראה ליד ציון הערה 631, על העושה שני קניינים שאחד מהם אינו תקף.

⁵⁶⁸ ערך השולחן, חו"מ, יב, ס"ק ו. ראה סעיף 1א (ג) בשמו, שדעתו במחילה אינה ברורה.
⁵⁶⁹ ליד ציון הערה 196.

⁵⁷⁰ שו"ת יפה נוף חו"מ סי' נו.

⁵⁷¹ שו"ת גינת ורדים חו"מ כלל ה סי' א (ד"ה כלל דמלתא), עוסק בבן שגזל כסף מאביו, והודה שגזל, וכתב לו אביו שטר ובו הוא נותן לו כסף זה במתנה; ופוסק שאף שאין מטבעות נקנים בקנין סודר (כאמור ליד ציון הערה 56), מ"מ כאן שכבר היו המטבעות ביד הבן, הם נקנים לו באמירה, בלי מעשה קנין, אף שהיו ביד הבן מתחלה בגזל. כמו כן, בית שמואל כח, ס"ק טז, אומר שנגזל יכול לקדש אשה בדבר שגזלה ממנו ונמצא ברשותו אם היא מסכימה להתקדש, ונחל יצחק, עג, יט, ענף א, מנמק שלדעתו נגזל יכול להקנות את החפץ הגזול לנגזל במתנה (ראה עבודתי על מחילת בעלות, בענין מחילה לגזלן).

נתיבות המשפט, רה, ס"ק יד, מביא ראייה שהנגזל יכול להקנות לגזלן - עיי"ש. ס' המקנה, קו"א, כח, ה, מביא ראייה מקדושין יג ע"א, ששם נאמר שגזלן יכול לקדש אשה בדבר שגזל ממנה (אם היא כבר משודכת לו), כי מניחים שהיא מוחלת לו, הרי שיכולה להקנות אותו לגזלן, ונמצא שהוא מקדש אותו בחפץ שלו. נחל יצחק שם דוחה את הראיה על פי רא"ש בשטמ"ק ב"ק לג ע"א, האומר שאם הנגזל מקדש את החפץ הגזול, ואח"כ הגיע הדבר לידו, חל ההקדש למפרע; לפי זה גם בקידושין, כיון שאח"כ הגיע הדבר לידה, מועיל מה שהקנתה לגזלן. על פי זה, נחל יצחק מעלה אפשרות שאם הנגזל הקנה לגזלן, גם אם נאמר שמעיקר הדין ההקנאה לא חלה, מ"מ אין להטריח את ב"ד לשווא להוציאו מהגזלן ולתת לנגזל, שהרי כשיוציא מהגזלן תחול ההקנאה לגזלן, לפי הרא"ש, ולכן גם אם לא הוציא מהגזלן, תועיל ההקנאה. אבל הוא מעלה אפשרות שדברי הרא"ש אינם שייכים שנדפס אחרי ענף ו (דף קסה ע"ג) שאין הלכה כרא"ש בזה, וא"כ הנגזל בתורת השבה. אבל הוא מציין שכתב בקונטרס שנדפס אחרי ענף ו (דף קסה ע"ג) שאין הלכה כרא"ש בזה, וא"כ חוזרת הראיה לבית שמואל מקדושין. נחל יצחק מביא עוד ראייה שיכול להקנות לגזלן: ביבמות צט ע"ב נאמר שכהנת שנתערב ולדה בוולד שפחתה, כשגדלים, משחררים זה את זה; וקשה הרי אדם אינו יכול להקנות ולהקדיש ממון שאינו יכול להוציאו בדיינים, ובנידון שם, האדון האמיתי אינו יכול לתבוע מהאחר לשמש כעבדו, מספק, וא"כ איך יועיל

הקנאה חסרה

בלי עדים

אם המקבל עשה מעשה קניין כראוי, גם אם לא היו על כך עדים, קנה, ובלבד שהנותן מודה שעשו קניין⁵⁷³ טעם הדבר הוא שהודאת בעל דין היא כמאה עדים כיון שאינו חב לאדם אחר, וזאת גם אם אח"כ כפר הנותן⁵⁷⁴.

כמו כן, אם עשה קניין בפני עדים ולא אמר הנותן "אתם עדיי", המקבל קנה⁵⁷⁵, והנותן אינו יכול לטעון: "כיון שלא אמרתי 'אתם עדי', השטיתי בדך"⁵⁷⁶.

מצד שני, אם הנותן רק אמר "אתם עדי שאני נותן מתנה זו לפלוני" ולא עשו שום מעשה קניין, המקבל לא קנה⁵⁷⁷.

מקבל שעושה מעשה קניין ואינו מתכוון לקנות

(א) כללי

מקבל מתנה שעשה קניין בנכס, ולא ידע שהוא מתנה מאדם אחר אלא חשב שזהו נכס שלו, קנה אותו, משום שאין צורך שהמקבל יתכוון לזכות במתנה. אף שהזוכה בנכס מן ההפקר אינו קונה אם אינו מתכוון לקנות אותו⁵⁷⁸, במתנה קנה, מפני שיש "דעת אחרת מקנה" - הנותן מתכוון להקנות לו⁵⁷⁹.

השחרור? אלא, אדם יכול להקנות דבר שאינו ברשותו למי שמוחזק בו ותופס אותו, ולכן הוא יכול לשחרר את העבד שמוחזק בעצמו. בענף ג, הוא מביא ראיה ממה שתוס' ב"ק ע"א (ד"ה לא כתבין) הביאו ראיות שפקדון נחשב דבר שברשותו, ולא הביאו ראיה ממה שנאמר בקדושין מז ע"א, שאדם יכול לקדש אשה בפקדון שלו שבידה, ואם פקדון לא נחשב ברשותו הרי אינו יכול להקנותו לה; אלא, שגם אם נחשב שאינו ברשותו, כמו גזל, יכול להקנותו לאשה, כמו שגזל אפשר להקנות לגזלן, ולכן לא יכלו תוס' להוכיח משם שנחשב ברשותו.

⁵⁷² שו"ת שארית יוסף (בן גרשון), סי' כח (עמ' פד) אומר שנגזל אינו יכול לקדש אשה בדבר שהיא גזלה ממנו ומסרבת להחזיר לו, ונחל יצחק, עג, יט, ענף א, מסביר שהוא סובר שנגזל אינו יכול להקנות לגזלן.

⁵⁷³ רמב"ם, הלכות מכירה, ה, ט (אף בקנין סודר); טור, חו"מ, רמא, ב; שו"ע, חו"מ, רמא, א.

⁵⁷⁴ קצות החושן, רמא, סי"א. הוא כותב שאם הנותן כופר, הוא צריך להישבע.

⁵⁷⁵ תשובות הגאונים (הרכבי), סי' צד (עמ' 283).

⁵⁷⁶ שו"ת הרי"ד סי' לא.

⁵⁷⁷ שי למורא (יונה) הלכות הלוואות, סי' ז (קז ע"ב).

⁵⁷⁸ יבמות נב ע"ב - "העודר בנכסי הגר, וכסבור שלו הוא".

⁵⁷⁹ חידושי הרשב"א, גיטין כ ע"ב (הובא במחנה אפרים, ה' קנין חצר, סי' יב, בקצות החושן, סי' רמג, סי"ק ה, וסי' רעה, סי"ק ד (ובקיצור בסי' קמב, סי"ק א, ובסי' רלה, סי"ק ד), בדברי חיים (אורבך), דיני חמץ, סי' ד, בשו"ת אבני נזר, או"ח, סי' שמב, אות ב, וח"מ סי' קלד, בשו"ת בית אפרים או"ח סי' מא (עד ע"ב, עה ע"ב), באמרי משה סי' כה אות כא, בשו"ת חתם סופר, אהע"ז, ח"א, סי' קו וסי' קז, בשרש יעקב, יבמות נב ע"ב, בשו"ת שמחת יו"ט סי' מ (קנד ע"ב), ובשו"ת רעק"א ח"א סי' לו, דף כג ע"ד; ראב"ד, המובא בנימוקי יוסף, ב"ב כב ע"א (בדפי הרי"ף) (הובא בתורת יהונתן, פרק ז, אות נא, בשו"ת שמחה לאיש (אבא שאול), חו"מ, סי' ה, אות כח ואות מד, בדברי משפט, קכא, סי"ק א, בבית אפרים שם, בדברי חיים שם, באבני נזר שם, בשרש יעקב שם, בחתם סופר שם, במחנה אפרים שם, בהגהות הרש"ש, יבמות נב ע"ב, וביד דוד (קרלין) ח"ב, פ"ה אות קנה, הגהה ג, דף עג ע"א; ח"י הריטב"א, יבמות נב ע"ב (ד"ה א"ל אב"י) (הובא בנהור שרגא, יבמות נב ע"ב), וב"ב מא ע"א; שו"ת מהרי"ט, ח"א, סי' קנ; גט מקושר (אלגזי), סי' טו (עמ' שנא); חקרי לב, חו"מ, ח"ב, סי' ע (ק"ח ע"ב); שו"ת הרי"ם, אהע"ז, סי' כ, עמ' ר (המביא את הדעה הזאת); מזל שעה, על הרמב"ם, הלכות זכיה, ד, ג (עה ע"א), בדעת תוס' ב"מ טז ע"א (ד"ה האל), ובכורות יח ע"ב (ד"ה לאקנויי) (על קנין חזקה); שו"ת דברי חיים, אהע"ז, חלק א, סי' נג; מלאכת חרש, כרך א, ח"ב, אותיות סה-סו; שו"ת יביע אומר, חלק ג, חו"מ, סי' ב, אות ו.

מלאכת חרש שם מביא ראיה מטור, חו"מ, קמב, ה, ושו"ע, חו"מ, קמב, ב, שכתבו בשם ר' יונה שמועילה חזקה גם בלי ידיעת המחזיק.

שו"ת רעק"א ח"א סי' לו (דף כה ע"ד), ומראה יחזקאל סי' ב, מוכיחים עיקרון זה, מבכורות יח ע"ב, שם נאמר, שמי שיש לו עדר, ורועה כהן מטפל בו, מן הסתם בעל העדר מקנה לכהן מקום בחצרו כדי שיוכל לקנות בה את הבכורות שנוולדים לו; ומסבירים תוספות שם (ד"ה אקנויי), בתירוץ השני, שהרועה קנה מקום בחצר בקנין חזקה ע"י שהוא פותח ונועל את הדלת תוך כדי עבודתו; ומכאן מוכח שמתנה מועילה גם בלי כוונת הקונה. לכאורה הוכחתו אינה מובנת, שהרי שם זו אומדנא כללית, שכל מי שיש לו רועה כהן מתכוון כך, וא"כ אפשר לומר אומדנא זו גם בדעתו של הכהן הקונה, ולכן הוא כאילו התכוון לקנות, וזאת לא דוגמה של העדר כוונת הקונה. התשובה היא, שבכל מתנה יש אומדנא כללית שהמקבל רוצה לקנות מה שנותנים לו במתנה, כפי שהסברנו בסעיף 3, פרק ב, ולכן אפשר להוכיח מכאן לכל מתנה.

חלק מהפוסקים אמרו באופן כללי, שאם דעת אחרת מקנה (להבדיל ממציאה ומהפקר), הקונה קנה גם אם לא התכוון לקנות, ולא אמרו זאת במיוחד במתנה; אבל מבחינה מציאותית השאלה מתעוררת בעיקר במתנה, שאילו במכר, הרי צריך את ידיעת הקונה כדי שיתחייב **לשלם**. ויש פוסקים שכתבו שקנה דווקא במתנה, ולא במכר, מפני שדווקא במתנה יש אומדנא דמוכח שאילו ידע המקבל, היה רוצה לקנות, ורואים כאילו הסכים במפורש⁵⁸⁰.

להלן דוגמאות לקנין שעושה המקבל בלי כוונה לזכות, ובכל זאת הוא זוכה: א) אדם העמיד גדר בקרקע, שחשב שהיא שלו, ובאמת היא של אחר שרוצה לתת לו אותה במתנה, וקנה מפני שהעמדת גדר היא קנין חזקה⁵⁸¹. ב) רועה שמוציא את הבהמה (נשוא הקנין) למרעה עם בהמות אחרות, ובעל הבהמה רוצה להקנות לו אותה במתנה, הרועה קנה מפני שהוא עושה קנין משיכה, וזאת אע"פ שהרועה לא התכוון למשוך בשביל עצמו, אלא מוציא אותה לרעות בעבור בעליה⁵⁸².

גם הר"ן, שסובר שזיכוי מתנה ע"י אחר אינו מועיל בלי ידיעת המקבל⁵⁸³, יכול להסכים שבנידונו המתנה תקפה בלי ידיעת המקבל, מפני שכאן הוא עשה את מעשה הקנין בעצמו⁵⁸⁴.

השלכות מן העיקרון שהמתנה תקפה גם אם מקבל לא התכוון לקנות: א) הנותן מתנה לאדם ישן, והניח אותה בחיקו או בידו, קנה, כיון שאין צורך בכוונת המקבל⁵⁸⁵.

ב) קטן או חרש יכולים לזכות במתנה⁵⁸⁶, אע"פ שאין להם כוונה לזכייה, מפני שאין צורך בכוונה לקנות⁵⁸⁷.

ג) אף שהרמב"ם⁵⁸⁸ סובר שאין תוקף למתנה שאינה מסויימת, הרי מי שאמר לאחר "אני נותן לך כל מה שיש בבית זה", המתנה תקפה, אם הנותן יודע מה יש בבית, אף שהמקבל אינו יודע מה יש בו, מפני שבמתנה אין

שו"ת ארץ צבי (ראם) סי' ד (ז ע"ד), מביא ראייה לדין זה מקידושין כב ע"ב, ועוד ראייה (בדף י ע"ב) מקידושין מח - עיי"ש. הוא מקשה (בדף ז ע"ד) שמב"ב פח ע"א עולה שחנווני שלקח צלוחית מקטן שנתן לו אותה, לא קנה אותה, מפני שלא התכוון לקנות (כנראה, הוא מחשיב את כוונת האב שנתן לבנו, כדעת אחרת מקנה). והוא מתרץ, ששם לא קנה משתי סיבות: א) כיון שהחנווני לקח אותה רק למדוד (כאמור שם), הוא גילה דעתו שאינו רוצה לקנות אותה, וא"א להקנות לאדם בעל כרחו (צריך להוסיף, שאם המקבל חושב שהנכס שלו, ועושה בו מעשה קנין, אין גילוי דעת שאינו רוצה לקנות). ב) (בדף ח ע"א) דוקא אם המקנה מקנה בלב שלם, הקונה קונה גם בלי כוונה לקנות, מפני שמניחים שאילו ידע שהמקנה רוצה להקנות לו, היה רוצה לקנות; אבל שם נתינת האב לבנו נחשבת אבידה מדעת, וזה פחות אפילו מהפקר בלב שלם, ובאמת הוא אינו רוצה שמישהו יחזיק בצלוחית, ולכן החנווני אינו קונה.

מלאכת חרש, כר"ך א, ח"ב, אותיות סא-סב, מקשה, שטור, חו"מ, ר, יג, מביא שהראב"ד סובר שקונה שמשך את הפירות כדי למדוד אותם, לא קנה, מפני שלא התכוון לקנות, וזה סותר לדבריו המובאים בנימוקי יוסף? הוא מיישב, שבשטמ"ק ב"ב פד ע"ב ובחידושי הרשב"א שם מבואר שטעם הראב"ד לענין המושך כדי למדוד הוא כי הוא מתכוון לצורך שניהם, המוכר והקונה, לדעת כמה יש, ולא משום שלא התכוון לקנות במשיכתו, והענין הוא שדרך קנין הוא שהדבר יצא לגמרי מרשות המקנה לרשות הקונה, וזה שייך רק אם הקונה מגביה לצורך עצמו בלבד, משא"כ כשמגביה לצורך שניהם, שלא יצא לגמרי מרשות המקנה. יישובה אחר לדברי הראב"ד שם, ראה ליד ציון הערה 617, בשם ר"ע איגר.

ראה ליד ציון הערה 200, על קנין חצר במי שאינו מתכוון לקנות.

על מעשה קניין בלי כוונה לקנות, ראה חוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 86, 89, 90, 104.

נתיבות המשפט, ר, ס"ק יד, בהסברו השני. גם שו"ת חתם סופר, יו"ד, סי' שיג, כותב שבמכר לא קנה.

זה המעשה ברב ענן בב"ב מא ע"א, שהראב"ד שם מסביר שקנה על סמך עיקרון זה.

שו"ת רעק"א ח"א סי' לו (כג ע"ד).

ליד ציון הערה 807.

לדוגמה, אבני נזר (הערה 589) כותב שכאן קנה המקבל, ואילו בענין זיכוי ע"י אחר פסק כר"ן - ראה הערה 807.

מחנה אפרים, הלי קנין חצר, סי' יב. אבל הוא מעלה אפשרות שלפי רש"י, יבמות נד ע"א (ד"ה ישן), שכותב שישן לא קונה (לענין ייבום), לא קנה את המתנה. וראה ליד ציון הערה 184, על קנין חצר כשהמקבל ישן.

אבל רוח חיים, חו"מ, רמח, ב, מעלה ספק, במי שנתנו לו מתנה והוא ישן, האם קנה אותה כשהוא ישן; ונפקות מכך היא, האם אדם אחר רשאי ליטול אותה לפני שיתעורר. הוא מעלה אפשרות שאדם אחר אינו רשאי לזכות בה, מפני שהנותן נתן רק על דעת שהמקבל יקבל, אבל הנותן רשאי לחזור בו וליטלו לפני שמתעורר המקבל. גם בספרו חוקות החיים סי' סג, מעלה ספק במי שנתן מתנה לאדם ישן, ע"י שהניחה בתוך חיקו, או בתוך ידו, האם קנה לפני שהתעורר.

שו"ע, חו"מ, רמג, ס' טו וס' יז. ראה בדיונו בסעיף 1(A).

קצות החושן, סי' רמג שם. הוא מסביר שבכל זאת **שוטה** אינו יכול לזכות במתנה, מפני שאין לו יד.

רמב"ם, הלכות זכיה, ג, ה. ראה בדיונו בסעיף 1(B).

צריך את דעת הקונה, ודי בדעת המקנה להקנות לו⁵⁸⁹. כמו כן, אם בשעת הקנין הנותן התכוון לנכס מסוים, גם אם הוא לא סיפר זאת למקבל, ומצד המקבל, המתנה לא היתה מסוימת, קנה המקבל, מפני שהטעם שלרמב"ם הקנות דבר שאינו מסוים אינה מועילה, הוא מפני שמן הסתם לא גמר הנותן בדעתו להקנות כיון שלא ידע אז מה יתן לו, ואילו כאן יש גמירת דעת מצד הנותן, ואף שלא ידע המקבל מה הוא מקבל, ועבור זה דבר שאינו מסוים, בכל זאת, כיון שיש דעת אחרת שמקנה לו בבירור, די בכך⁵⁹⁰. בשתי הדוגמאות הללו, ידע המקבל על עצם המתנה, אך לא ידע את זהותה המדויקת, והפוסקים למדו מנידוננו שאי-הידיעה אינה פוגמת. כמו כן, מי שנתן לחברו תיק במתנה, ואח"כ נודע למקבל שיש כסף בתיק, זכה בכסף אף שלא ידע על כך בשעה שקיבל, מפני שדי בדעת המקנה⁵⁹¹.

נראה שאם אחרי שביצע את מעשה הקניין (בלי ידיעה), נודע למקבל שזו מתנה, והביע אז התנגדות לקבל אותה, המתנה בטלה, כמו בזיכוי ע"י אחר⁵⁹². הרי בשני המצבים, זכיית המקבל מבוססת על אותו עיקרון: הוא קנה אף שלא ידע, מפני שמניחים שהוא רוצה; ואם כן, אם כשנודע לו הביע התנגדות, אנו רואים שהנחתנו היתה מוטעית, וממילא המתנה בטלה למפרע.

(ב) נימוקים

האחרונים מציעים כמה הסברים לכך שמועילה כאן ההקנאה בלי ידיעת המקבל.

(א) היות ש"זכין לאדם שלא בפניו", כוונת המקנה מצטרפת עם מעשה הקנין, להקנות את הנכס⁵⁹³, ולכן נחשב שהמקנה הקנה למקבל, ולא נחשב שהמקבל קנה בעצמו⁵⁹⁴.

(ב) כמו שדעת הקונה מועילה שמעשה⁵⁹⁵ ייחשב למעשה קנין, גם דעת המקנה מועילה שזה ייקרא מעשה קנין, וזה מועיל מצד עצמו⁵⁹⁶.

(ג) המקנה נעשה שלוחו של הקונה לכוון תורת קנין עבור הקונה⁵⁹⁷.

(ד) הנותן אינו גרוע מאדם זר, שיכול להיות שלוחו של המקבל לזכות לו שלא בפניו⁵⁹⁸. ואף שבדרך כלל אדם אינו יכול לזכות את שלו לחברו בלי אדם שלישי⁵⁹⁹, מ"מ כאן הקונה עושה את הקנין אלא שחסרה כוונה, ולכן מועילה הדעת האחרת לזכות עבורו את החפץ⁶⁰⁰.

⁵⁸⁹ שו"ת אבני נזר, או"ח, סי' שמב, אות ב, כותב כך על פי דברי הראב"ד כאן.

⁵⁹⁰ מנחה טהורה, מנחות קח ע"ב (בדף כד ע"ג). הוא עוסק במכר, וקל וחומר שזה יועיל במתנה.

⁵⁹¹ שו"ת קול בן לוי, סי' ד, דף מט ע"ב (נדפס גם בשו"ת משאת משה, אהע"ז, סי' ג, דף קט ע"א). הוא מסביר בכך מדוע בקידושין יב ע"ב, באדם שקידש אשה במחצלת שלא היתה שווה פרוטה, ואח"כ גילה לאשה שיש בתוכה כסף, הדין הוא שהאשה קנתה את הכסף.

⁵⁹² ליד ציון הערה 756.

⁵⁹³ קצות החושן, סי' רלה, ס"ק ד, וסי' רעה, ס"ק ד.

שו"ת אבני נזר אהע"ז, סי' קיט, אות קיב, מנמק בקיצור, משום זכין לאדם שלא בפניו.

אבל ח"י ר"ש שקאפ, ב"מ, סי' כג, אות ה, כותב שהדעת נותנת שאין כוונת המקנה מצטרפת עם מעשה הקונה; ולכן הוא מסביר שהחפץ נקנה ע"י מעשה הקנין שעושה הקונה, ומצד המקנה די שהוא מניח לקונה להחזיק. ולא הסביר איך מועילה הסכמת המקנה.

גם ר' מנחם מנדל שפרן, מעדני מלך (תשמ"ח), עמ' קלב, דוחה את הסבר קצות החושן, שהרי אם לא הקונה ולא המקנה התכוונו לקניין, ורק אדם מן השוק התכוון לקניין, ברור שאין זה מועיל, ומדוע המקנה יהיה שונה מאדם מן השוק? יש להשיב על כך, שאם רק אדם מן השוק התכוון, המקבל לא קנה משום שהמקנה לא התכוון להקנות (ולא משום שאדם מן השוק אינו יכול לזכות כוונה למקבל), ואין לומר "זכין", שתועיל כוונתו של אדם מן השוק כאילו המקנה התכוון, שהרי אין זה זכות למקנה, שיצא הנכס מרשותו. את הסברו של רמ"מ שפרן לכך שהמקבל קנה, נביא ליד ציון הערה 629, ולא כאן, מפני שלדעתו קנה רק בחלק דרכי הקניין.

⁵⁹⁴ טבעת החושן, רעה, על קצות החושן ס"ק ד (מח ע"א). וכך נימק בקיצור בסי' רלה, על קצות החושן ס"ק ד.

⁵⁹⁵ כך צ"ל שם, במקום "קניין".

⁵⁹⁶ טבעת החושן, רלה, על קצות החושן ס"ק ד (קלא ע"ב).

⁵⁹⁷ שו"ת חתם סופר אהע"ז ח"א סי' קו, ד"ה אלא (הובא בטבעת החושן שם).

אבל שו"ת בית יצחק, יו"ד, ח"ב, סי' קכו, אות ח, מקשה על הסבר זה (שהוא מביא בשם קצות החושן סי' רעה, ס"ק ג), הרי לא שייכת שליחות לענין כוונה, שהוא דבר שממילא, כמו שאינה שייכת לגבי מצוה שבגופו. ראה חוק לישראל, שליחות, עמ' 12-13, על שליחות במצווה שבגופו, ועמ' 122-123 על שליחות לענין כוונה.

⁵⁹⁸ שו"ת חתם סופר, יו"ד, סי' שיג; טבעת החושן שם (שהמקנה זוכה בחפץ עבור המקבל).

ה) כוונת הנותן מועילה כמו שדבר שחל רק אם יש כוונה "לשמה" (כגון כתיבת גט), חל אם אדם אחד עושה את המעשה ואדם אחר מכון⁶⁰¹.

ו) עיקר מה שמועילה הקנאת מתנה הוא מצד המקנה, מפני שהוא בעלים של הנכס, ולכן הוא בעלים להקנותו לאחר; וההקנאה אינה מועילה מכח הקונה, מפני שאינו יכול לפעול כבעלים על דבר של אדם אחר, גם לעשות בו קניין; אלא שהמקבל צריך לעשות את מעשה הקנין, מפני שאם המקנה יעשה אותו, זה חסר משמעות, מפני שאדם אינו יכול לזכות את שלו לחברו⁶⁰², מפני שצריך מעשה שיוציא את הנכס מרשות המקנה לרשות הקונה; ומ"מ, המקנה נחשב עושה את ענין הקנין, והקונה עושה רק את מעשה הקנין. לכן גם אם לא התכוון הקונה לקנות, קנה, מפני שהמקנה התכוון שהקונה יקנה ע"י מעשה הקניין, ואין להחשיב את המעשה למעשה שונה מזה שהמקנה חושב אותו. הכוונה לקניין אינה חלק מהמעשה, שנאמר שאם אינו מתכוון לקנין, הוא עושה מעשה שונה מזה שהמקנה חושב, אלא הכוונה היא דבר נפרד, שגורמת שיקנה ע"י המעשה⁶⁰³.

ז) "זכין" מועיל גם על כוונה בלבד, כמו שאומרים "זכין" בהטבלת גר קטן⁶⁰⁴, שמה שחסר הוא כוונתו לשם גרות (שהרי את מעשה הטבילה הוא עושה כנדרש); וגם כאן המקנה יכול לזכות לאחר את הכוונה. נכון הוא שאדם אינו יכול לזכות חפץ שלו לאחר (שלא באמצעות אדם שלישי), כאמור, אבל זה משום שאי אפשר לראות את המשיכה (לדוגמה) שעושה המקנה בשביל הקונה כמעשה קנין; אבל כאן הקונה עושה את המעשה, אלא שחסרה כוונה, ולזה מועילה כוונת המקנה שהוא מכון עבור הקונה, שהמעשה שהוא עושה יהיה לשם קנין. ואע"פ שהקונה הוא גדול ועושה על דעת עצמו, מ"מ אין לומר שהוא רוצה לעשות דוקא בניגוד לדעת המקנה, שהרי זה זכות לו, ובוודאי היה רוצה שהמקנה יכוון בשבילו, מפני שבודאי הוא רוצה שיהיה מעשהו תקף לכל דבר שהוא לטובתו, ולכן מועילה כוונת המקנה על מעשהו⁶⁰⁵.

ח) הרי קנין חצר מועיל גם במציאה ובהפקר בלי כוונה לקנות, מפני שיש לאדם כוונה כללית לקנות כל מה שנמצא ברשותו, ואילו חזקה וקניינים אחרים אינם מועילים במציאה ובהפקר בלי כוונה, מפני שאמנם יש לאדם כוונה כללית לקנות כל מה שהוא יכול לקנות במעשהו, אבל הם שונים מחצר, שדבר שנמצא בחצרו נשמר רק בעבורו, ומצד המציאות הוא כאילו כבר קנוי לו, משא"כ בחזקה וכדומה, שאין הנכס עומד בעבורו. לפי זה, גם בחזקה וכדומה, אם דעת אחרת מקנה, והמקנה התכוון שהקונה יקנה, אפשר לראות את הנכס כעומד ונשמר עבור הקונה, ולכן די בכוונה הכללית שיש לקונה (כמו שיש לכל אדם) לקנות בחזקה כל מה שהוא יכול⁶⁰⁶.

ג) סייגים

לדעת ר' משה פיינשטיין⁶⁰⁷, קנין בלי כוונה לקנות מועיל רק אם המקבל עשה מעשה במטרה לתקן את הנכס, ומעשה זה מילא את התנאים הדרושים למעשה קניין; אבל אם עשה מעשה קנין דרך התעסקות בעלמא, וכדומה, אינו מועיל, מפני שזה בודאי מעשה שונה מזה שהמקנה חושב עליו. זאת על פי הסברו, שהובא לעיל⁶⁰⁸, שמעשה קניין של המקבל בלי כוונה לקנות מועיל משום שהמקנה התכוון שהקונה יקנה במעשה זה, והסבר זה אינו שייך במעשה ששונה ממה שהמקנה חשב עליו. הוא ממחיש הבחנה זו במקרה של שמעון שהוליד בהמה של ראובן להשקות אותה, כשראובן התכוון לתת לו אותה במתנה, ושמעון לא ידע על כך: אם הוא היה משרתו של ראובן, והוא צריך להשקות אותה מפני שזה חלק מתפקידו, לא קנה, מפני שזה מעשה

⁵⁹⁹ כאמור ליד ציון הערה 720.

⁶⁰⁰ טבעת החושן שם. עוד הסביר, שבזה שהמקנה נותן את ממונו למקבל, נחשב זכייה בעד המקבל; ואין דבריו מובנים.

⁶⁰¹ שו"ת מראה יחזקאל (הוכברג) סי' ב (יב ע"ד-יג ע"א), בשם הרב מגלאגור (רמ"א הברמן).

⁶⁰² כאמור ליד ציון הערה 720.

⁶⁰³ דברות משה ב"ק סי' עד ענף ג. מצד שני, הוא מנמק את הדעה החולקת, ליד ציון הערה 622: מאחר שהמקבל לא התכוון לקנות, המעשה שעשה אינו על דעת המקנה, והיא מעשה נפרד, שלא שייכת אליה מחשבת המקנה להקנות.

⁶⁰⁴ כתובות יא ע"א.

⁶⁰⁵ דברות משה ב"ק סי' עד ענף ד. גם טבעת החושן, סי' רלה, שם, הסביר שהמקנה מזכה לקונה את הדעת (רצון וכוונה לקנות), כמו שאפשר לזכות חפץ למישהו.

⁶⁰⁶ דברות משה ב"ק סי' עד ענף ד.

⁶⁰⁷ דברות משה ב"ק סי' עד ענף ג, בדעת הראב"ד.

⁶⁰⁸ ליד ציון הערה 603.

שונה מהמעשה שהמקנה חושב עליו, דהיינו משיכה של בעלות. לעומת זאת, אם הוא לא היה משרת, ואין מלאכתו להשקותה, זה מעשה משיכה של בעלות, ומועיל גם אם לא התכוון לקנות⁶⁰⁹.

לדעת חתם סופר⁶¹⁰, דוקא אם דעת אחרת מקנה את המתנה בפירוש, קנה המקבל אע"פ שלא התכוון לקנות, אבל אם אין לא דעת מקנה בפירוש ולא דעת קונה, גם אם מסיבה כלשהי "אין סהדי" שהמקנה רוצה להקנות את הנכס שלו - הקונה לא קנה אם אינו מתכוון לקנות. אבל לגבי מצב דומה, ר' עקיבא איגר סבור שהמקבל קונה את המתנה אף בלי כוונה לקנות, גם אם המקנה לא התכוון להקנות לו **במעשה קנין זה**, כגון שחשב שכבר קנה המקבל במעשה קנין אחר, כאשר באמת מעשה הקנין ההוא אינו תקף⁶¹¹.

ר' אפרים זלמן מרגליות⁶¹² אומר, שהמקבל קנה רק אם עשה את מעשה הקנין (בלי ידיעה) בשעה שהנותן הביע רצון לתת לו, ולא מועיל שיעשה מעשה קנין אח"כ, בשעה שכבר אין הנותן מתכוון להקנות.

⁶⁰⁹ שו"ת מהר"ם מינץ, סי' ה, עסק במקרה זה, ופסק שלא קנה. לאור זה, ר' משה פיינשטיין שם מעלה אפשרות שמהר"ם מינץ עוסק במשרתו של הנותן, אבל באדם אחר, הוא מסכים לראב"ד, שקנה.

⁶¹⁰ שו"ת חתם סופר, יו"ד סי' שיג. כמו כן, נתיבות המשפט, קצו ס"ק ד (ובדומה בספרו בית יעקב, כתובות פו ע"ב), כותב שמה שכתב הרשב"א שאם דעת אחרת מקנה, מועיל בלא כוונה הקונה, היינו דוקא אם המקנה התכוון שיחיה לשם קנין, משא"כ אם יש רק אומדנא שהמקנה רוצה להקנות (דוגמאות לכך - ראה סעיף 1(א)).

⁶¹¹ שו"ת רעק"א ח"א סי' לו (כג ע"ד), מדייק כך מהראב"ד (הערה 579).
כמו כן, שו"ת מראה יחזקאל (הוכברג) סי' ב (יב ע"ד-יג ע"א), בשם הרב מגלאגור (רמ"א הברמן), מסביר את דברי רא"ש, קידושין, פ"א, סי' כ (ראה על כך בסעיף 1(א)) שהמשאל טבעת למישהו שרוצה לקדש בה אשה, מתכוון לתת אותה במתנה על מנת להחזיר, מפני שאם לא כן, קידושו לא יועיל - ההסבר הוא, שאף שהשואל לא התכוון לקנות אותה במתנה, קנה, מפני שדעת אחרת מקנה, וזאת אף שאין שם כוונה מפורשת של הנותן להקנות, אלא יש אומדנא שהוא מתכוון להקנות. שו"ת חבצלת השרון, ח"א, אהע"ז, סי' סא, כותב שאין לומר שקנה מפני שיש אומדנא שהוא רוצה לקנות במתנה מפני שאל"כ הקידושין לא יועילו, שהרי נתיבות המשפט, קצו, ס"ק ד, כתב שאומדנא מועילה רק שייחשב שיש דעת מקנה, ולא שייחשב שיש כוונה הקונה. אבל ראה הערה 624, שצמח צדק מסביר ששם קנה כי התכוון לקנות לפני שנתן לאשה.

⁶¹² יד אפרים, או"ח, רמו, על מגן אברהם, ס"ק י. כך כתב גם שו"ת בית יצחק, יו"ד, ח"ב, סי' פא, אות ו, בדעת נתיבות המשפט, סי' קצו, ס"ק ד, וסי' ר, ס"ק יד, הנוקט ע"פ הרשב"א והראב"ד שם, שאם **בשעה** שעשה המקבל קניין בלי כוונה לקנות, התכוון הנותן להקנות, קנה המקבל.

שו"ת חבצלת השרון, ח"א, אהע"ז, סי' סא, מתקשה בכך, שמדבריו בסי' קצו, משמע שבלי כוונה הקונה, לא קנה, בניגוד לדבריו בסי' ר, ס"ק יד. ולפי המבואר כאן, אין קושי, מפני שבסי' קצו דיבר על קונה שעשה את מעשה הקנין **אחרי** שהמקנה הביע רצון להקנות, ולכן לא קנה.

אבל בית יצחק שם אות ח מדייק ממהרי"ט, שמועילה כוונה המקנה גם לפני שעת הקנין - עיי"ש להוכחתו.

יד אפרים כותב שהדין כך גם בקנין חצר - ראה בשמו בהערה 200.

במקבל גוי: קצות החושן, סי' רעה, שם (הובא ביד אפרים, או"ח, רמו, על מגן אברהם, ס"ק י, בשו"ת שארית נתן בנימין, סי' ו, ובשם משמעון, שטרן, שאלה א, דף מט ע"א ודף נ ע"א) כותב שאם המקבל הוא גוי, לא קנה אם לא התכוון לקנות, מפני שמה שמועילה דעת אחרת להקנות גם אם המקבל לא התכוון לקנות, הוא מדין "זיכין", כאמור ליד ציון הערה 593, ואין זכייה לגוי. נימוק זה נתבאר גם בדברות משה ב"ק סי' עד ענף ד.

ר' מנחם מנדל שפרן, מעדני מלך, תשמ"ח, עמ' קלב, מעיר שלפי זה מיושבת קושיית קצות החושן, הערה 624, מדוע צמח צדק ועבודת הגרשוני פסקו בנידונם שהמקבל לא קנה מפני שלא התכוון לקנות - שהרי שם מדובר במקבל גוי.

קצות החושן (הובא בנתיבות המשפט, ר, ס"ק טו) הקשה בזה את מה שכתב טור, יו"ד סי' קלב, שגוי קונה רק אם התכוון לקנות (שהתקשה בזה משנה למלך, הלכות מכירה, ד, ה). אבל מלאכת חרש, כרך א, ח"ב, אות נז, דוחה הסבר זה, שהרי מקור הטור בתורת הבית, בית ה, שער ב (מט ע"ד), ותורת הבית למד את דבריו מדין "מדד ולא משך", בב"ב פד ע"ב, ושם מדובר בישראל, הרי שגם ישראל אינו קונה בלי כוונה לקנות אף שדעת אחרת מקנה. באות סז, הוא מיישב את דברי הטור, שכיון שעסק ביין נסך, חשש לדעה שלא קנה במדידה, בגלל חומרת האיסור. על הקושי בדברי הטור עיי' שו"ת נדיב לב, ח"ב, חו"מ, סי' מג.

גם שו"ת חתם סופר, יו"ד סי' שיג כותב שאם המקבל גוי, לא קנה אם לא התכוון לקנות, מטעם דומה: מה שהמקבל קונה בלי כוונה לקנות הוא משום שהמקנה אינו גרוע מאיש אחר שנעשה שלוחו של המקבל לזכותו שלא בפניו (כנימוק ליד ציון הערה 597), ונימוק זה טוב רק בישראל ששייכת בו שליחות, אבל מקבל נכרי שא"א לזכות לו מתנה (כאמור בהערה 859), אינו קונה בלי כוונה לקנות.

אבל הוא סותר את עצמו, שבחי' חתם סופר, ע"ז עא ע"א (עמ' קפז) (מחידושי סוגיות, מונקטס תרס"ב, דף ד ע"א), דחה את ההבחנה של קצות החושן בין יהודי לגוי, בכך ש"זכייה מטעם שליחות" (ראה ליד ציון הערה 712) נאמר רק במזכה מתנה לראובן עיי' שמעון, אבל כאן משתמשים בלשון "זיכין" רק בהשאלה, והטעם שההקנאה מועילה גם אם הקונה לא התכוון, הוא משום שהמקנה רוצה בלב שלם להקנות, ואין כאן שליח ושולח, ואין צריך לזה שליחות, ולכן זה מועיל גם בגוי, שאינו בר שליחות.

לעומתם, פוסקים אחרים עסקו במתנה הניתנת לגוי, וכתבו שהוא קונה אף שלא התכוון לקנות. כך, מחנה אפרים, הל' קנין חצר, סי' יב, כותב לגבי הדין בשו"ע, או"ח, רמו, ג, שמי שבהמתו מצויה אצל גוי בשבת, יאמר "בהמתי קנויה לגוי"

בהקנאה לא מבוררת: מהרי"ט⁶¹³ עוסק במי שהיה אוכל בסעודה אצל אדם אחר, שיש לו רשות לקחת אוכל לעצמו אבל לא לתת לאחרים⁶¹⁴, והוא נטל תפוח מעל השלחן, וקידש בו אשה. אם נאמר שקנאו לעצמו ואח"כ קידש בו, האשה מקודשת; אבל כשלקח המקדש את התפוח מהשלחן, לא התכוון לקנות אותו, מפני שהוא חשב שהתפוח כבר שייך לו גם שיוכל לקדש בו. מהרי"ט פסק, שאין אומרים שקנה את התפוח מטעם "דעת אחרת מקנה", מפני שכאן לא ברורה דעת המקנה, ואין דעת אחרת מקנה אותו בייחוד, מפני שאין בעל הסעודה מזכה לו את התפוח בשעה שהוא לוקח אותו מעל השלחן, שהרי אינו יודע אז שהוא לוקח תפוח, ואין לאחד מבני הסעודה חלק מבורר באוכל, ואין אומרים שאח"כ מתברר למפרע שהקנה לו תפוח זה, מפני ש"אין ברירה". בכל זאת הוא כותב, שאע"פ שכאן אין דעת אחרת מקנה, קנה, משום שגם בהפקר, שאין בו דעת אחרת מקנה, קנין "יד" קונה גם אם אינו מתכוון לקנות, וכאן לקח את התפוח בידו. אבל חידוש זה הוא לענין קניית הפקר, ואינו מעניינו⁶¹⁵.

בכוונה שלילית מצד המקבל: לדעת קצות החושן⁶¹⁶, אם עשה המקבל מעשה קנין תוך שהוא מגלה את דעתו שאינו רוצה לקנות במעשה קנין זה, כוונה שלילית, לא קנה. כמו כן, ר' עקיבא איגר כותב שלפי הראב"ד, אם המקבל ידע שזו מתנה, ועשה מעשה קנין בנכס, אבל לא התכוון לקנות באותו מעשה קנין אלא תיכנן לעשות מעשה קנין נוסף אח"כ ולקנות בו, לא קנה במעשה הראשון, מפני שרואים כאילו אמר במפורש שאינו רוצה לקנות עכשו⁶¹⁷. סייג זה מתאים למה שאמרנו⁶¹⁸, שאם המקבל הביע התנגדות כששמע שזו מתנה, המתנה בטלה; אלא ששם זו התנגדות מפורשת לאחר זמן, ואילו כאן זו התנגדות מכללל בשעת מעשה, ושם זו התנגדות גמורה לקבלת המתנה, ואילו כאן הוא מסכים לקבל אלא שאינו רוצה לקנות במעשה הקניין שהוא עושה עכשו.

אבל נראה שהדברים אמורים רק אם התכוון לקנות במעשה השני ולא בראשון, ואז לא קנה במעשה הראשון, מפני שהיתה לו כוונה שלילית במעשה הראשון; אבל אם התכוון לקנות במעשה הראשון, אלא שמסיבה מסוימת הוא לא היה תקף כמעשה קנין, ואח"כ עשה עוד מעשה קנין, שהיה תקף⁶¹⁹, קנה במעשה השני אף

כדי שיינצל מאיסור מלאכת בהמתו בשבת - שמדובר גם אם הגוי לא ידע על כך (שלא כמגן אברהם שם ס"ק י). הרי שהוא חולק על קצות החושן (אלא אם כן נאמר שגוי יכול לקנות בקניין חצר [ענין הערה 195], ואנציקלופדיה תלמודית, ערך גוי, הערות 741-747], וקניין חצר מועיל גם בלי ידיעת בעל החצר, כאמור ליד ציון הערה 196, וזה שייך גם בגוי, מפני שאין צריך "זכין" לשם כך). כמו כן, שו"ת ארץ צבי (ראם) סי' ד (ח ע"ב), מיישב את קושית השואל בשו"ת חתם סופר יו"ד סי' שי, איך מועילה מכירת החמץ הנהוגה, הרי הגוי אינו מתכוון לקנות מפני שהוא חושב שהיהודי לא מוכר באמת, אלא מערים? הוא מתרץ, שכיון שהיהודי מוכר, ויש דעת אחרת מקנה, א"צ את כוונת הגוי לקנות (ראה חוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 89-90). מכאן שלדעתו גם מקבל גוי קונה בלי כוונה לקנות. ואכן דברות משה שם מעיר שלפי הנימוק ליד מיון הערה 603, אין סיבה להבחין בין גוי לישראל.

⁶¹³ שו"ת מהרי"ט, חלק א, סי' קנ.

⁶¹⁴ ראה בשמו בסעיף 2.

⁶¹⁵ חידוש זה הובא בשו"ת הרי"ם, אהע"ז, סי' כ, עמ' ר. אבל בנקודה זו חלקו עליו משנה למלך, ה'י גזילה, יז, ח, ושי"ד, חו"מ, רסח, ס"ק ו.

⁶¹⁶ קצות החושן, רעה, ס"ק ד. כך כתבו גם מזל שעה, על הרמב"ם, הלכות זכיה, ד, ו (עה ע"ג), בדעת הרשב"א והראב"ד (גם אם הנותן התכוון להקנות לו); מלאכת חרש, כרך א, ח"ב, אות ס. בכך מסביר מזל שעה את תוס', עירובין פא ע"א (ד"ה לא), שכתבו שמי שנתן פרוטה לחנווני כדי לקנות חלק בעירוב, לא זכה (מפני שקנין כסף אינו קונה מטלטלין) גם אם החנווני עירב לכל בני החצר במתנה, מפני שהקונה לא התכוון לקנות בחינם, ולכן לא מועיל שהחנווני יתן לו בחינם - שתוס' מסכימים לראב"ד ורשב"א, אלא שסוברים שכאן לא קנה מפני שיש לקונה כוונה שלילית, שאינו רוצה לקבל בחינם אלא לקנות בכסף, לכן לא מועילה דעת המקנה. נידון זה מיוחד בכך שהתנגדות המקבל אינה מפורשת, ובאה לפני ההקנאה; ושם ההקנאה היא בזיכוי ע"י אחר. וראה על כך בענין זיכוי, ליד ציון הערה 786, בשם ט"ז וברית אברהם. על דברי קצות החושן, ראה ליד ציון הערה 636.

⁶¹⁷ שו"ת רעק"א ח"א סי' לו (כד ע"א). הוא כותב כך כדי ליישב את הראב"ד המובא בטור, חו"מ, ר, יג, שהבאנו בהערה 579. אבל הוא כותב בדעת טור, חו"מ, ר, יג, שגם כאן קנה מטעם "דעת אחרת מקנה" (ראה בשמו בהערה 631 ובערה 637).

כמו כן, שו"ת מוצל מאש ח"א סי' כג, כותב שאם ראובן כתב שטר מתנה לשמעון על בית, ועוד לא מסר לו את השטר (ולכן אינו יכול לקנות מטעם קנין שטר), ושמעון דר בבית - אין אומרים שקנה מטעם חזקה, מפני שזו חזקה בלי כוונה לקנות. ונראה שכוונתו היא, ששמעון חשב לקנות ע"י השטר ולא ע"י החזקה, ולכן לא קנה ע"י החזקה; וגם אילו ראובן היה מתכוון להקנות לו בחזקה, לא היה מועיל, מפני שלשמעון היתה כוונה שלילית; וזה כדברי ר"ע איגר.

⁶¹⁸ ליד ציון הערה 592.

⁶¹⁹ על נידון זה אומר הרשב"ש שלא קנה מפני שהוא סובר שהמקבל תמיד צריך כוונה לקנות - ראה ליד ציון הערה 623.

שלא התכוון לקנות בו, מפני שלא היתה לו כוונה שלילית לגבי המעשה השני, אלא הוא רק חשב שכבר קנה, ולא התכוון שלא לקנות במעשה השני⁶²⁰.

אם הנותן נותן רק לזמן, כגון רק ליום השבת, אין זה נחשב דעת אחרת מקנה, ולכן המקבל לא קנה אם לא התכוון לקנות, כמו בזוכה מהפקר⁶²¹.

(ד) דעות חולקות

יש פוסקים שהמקבל אינו קונה את המתנה אם לא התכוון לקנותו, גם אם עשה מעשה קניין, וגם אם הנותן התכוון להקנות לו. כך, ר' מאיר הלוי אבולעפיה⁶²² כותב שהעושה קניין חזקה בנכסי חברו, ולא ידע שיש לו זכות להחזיק בנכס (מפני שחברו רוצה לתת לו אותו במתנה), לא קנה.

הרשב"ש⁶²³ כותב שאם המקבל חשב שקנה את המתנה בדרך קנין מסוימת, שבאמת אינה מועילה, ואח"כ עשה קנין חזקה, אינו קונה, מפני שהוא לא עשה מעשה זה בכוונה לקנות על ידו, שהרי הוא חשב שהנכס כבר שייך לו, וחזקה שנעשית בלי כוונת קנין אינה קונה⁶²⁴.

⁶²⁰ יש להעיר שיש שאלה כללית, גם בהפקר ומציאה, במי שביצע שתי דרכי קניין, ואחת מהם אינה תקפה, והוא התכוון לקנות דוקא בה - האם קנה; ראה על כך ליד ציון הערה 631.

⁶²¹ יד המלך (לנדא) הלי שבת, כ, ג.

חריג אפשרי נוסף: שו"ת בית יצחק, יו"ד, ח"ב, סי' פא, אות יח, מביא שחתנו ר' נתן העלה אפשרות שהנותן ס"ת במתנה, אם לא התכוון המקבל לקנות, לא קנה, כי לנותן יש רק טובת הנאה בס"ת כי אינו רשאי למכור אותו (רמב"ם, הלכות תפילין ומזוזה וספר תורה, י, ב), וגם אינו נקרא "נכסי" כאמור בב"ב קנא ע"א, ומרדכי, ב"מ, סי' רמא (הובא בקצות החושן סי' קצח, ס"ק ב, וסי' רמג, ס"ק ד), כתב שנתנית טובת הנאה שאינה ממון אינה נחשבת דעת אחרת מקנה. אבל בית יצחק דוחה את דבריו, שהרי טובת הנאה א"א להוריש, ואילו ס"ת אפשר להוריש, ונושה גובה מס"ת, כאמור בשו"ע, חו"מ, צז, כג.

⁶²² יד רמה, ב"ב פ"ג סי' רכד. אבל הוא סותר את מה שכתב שם, סי' קטו, שמי שבונה גדר בקרקע של שכנו, ושכנו מסייע לו בבנייה, ושכנו יודע שהגדר נמצאת בשטח שלו, מן הסתם שכנו מוחל לו, והבונה קונה בחזקה גם אם אינו יודע שזו קרקע של שכנו, מפני שדעת אחרת מקנה, וזכין לאדם שלא בפניו.

⁶²³ שו"ת הרשב"ש סי' רפח (נה ע"ג; עמ' רלג במהד' מכון ירושלים). ראה ליד ציון הערה 620, שבמצב זה קנה לשיטה השלטת.

⁶²⁴ עוד שפסקו שהמקבל אינו קונה אם לא התכוון לקנות: קצות החושן, רעה, ס"ק ד, מביא ששו"ת צמח צדק (קרוכמל), סי' קכט, שו"ת עבודת הגרשוני, סי' קב, ושו"ת מהר"ם מינץ, סי' ה, כתבו לענין הקנאת בהמה לגוי (במתנה) כדי להפקיעה מבכורה, שאם הגוי משך אותה בלי כוונה לקנות, לא קנה. אבל ראה הערה 609, שדברות משה מסביר שמהר"ם מינץ עסק במקרה מיוחד, ובמקרה רגיל הוא מסכים שקנה; ובהערה 612 הבאנו שרמ"ם שפרן הסביר שהם עסקו בגוי, שגם לפי השיטה השלטת, אינו קונה אם לא התכוון לקנות.

עבודת הגרשוני, שם, מביא ראייה שלא מועיל קנין אם אינו מתכוון לקנות בו, מב"מ י ע"א, שם נאמר שמי שנפל על פאה, לא קנה בקנין ארבע אמות מפני שגילה דעתו שאינו רוצה לקנות בד' אמות. מלאכת חרש, כרך א, ח"ב, אות נט, דוחה הוכחה זו, שהרי רמ"א, חומ, רסח, א, פוסק ששם קנה.

בדק הבית, חו"מ, סי' קפט, כותב (לענין מכר) שמי שמשך בהמה ולא התכוון לקנות אותה, לא קנה.

שו"ע, חו"מ, ר, ח, ורמ"א, חו"מ, ר, ז, מביאים את מחלוקת טור, חו"מ, ר, יג, וראב"ד המובא בטור שם, האם בדעת אחרת מקנה, קנה בלי כוונה לקנות (לענין מכר), ולא הכריעו. מלאכת חרש, כרך א, ח"ב, אות נח, כותב שזה ספק בדיון ויש להחמיר לענין גוי שמשך בהמה מבכרת בלי כוונה לקנות, ולפסוק שהגוי לא קנה, ויש בבנה קדושת בכור. ובאות סו הוא מעלה אפשרות שגם לדעת הטור לא קנה, ומה שפסק שם שקנה (וכן פסקו תוס' ב"ב פד ע"ב (ד"ה מדד), ח"י הרמב"ן ב"ב שם, ור' יונה בשטמ"ק שם), הוא בקונה שמושך כדי למדוד, וסובר שכשהקונה מודד הוא מתכוון לקנות (כפי שהסביר המגיה במחנה אפרים ה' מכירה סי' ד [להרחיב]). וראה הערה 579 שהוא כותב להיפך, שגם הראב"ד שפסק שם **שלא קנה**, הוא מטעם אחר, ואינו סובר שצריך כוונה לקנות.

שו"ת מוצל מאש ח"א סי' כג, מוכיח מטור, חו"מ, סי' קצד, ה, וסי' ר, יג, בשם ראב"ד, ומשו"ת מהרי"ט ח"ב חו"מ סי' פב, שחזקה בלי כוונה לקנות אינה מועילה.

תורת גיטין, קלט, ס"ק יד, כותב שיש חולקים על הרשב"א, ולדעתם אם כופים על המקבל לעשות קנין, לא קנה, כי אין לו כוונה לקנות. אבל יש להעיר שיתכן שבזה מסכים הרשב"א שלא קנה, כי יש למקבל כוונה שלילית, שלא לקנות, לפי העקרון שראינו ליד ציון הערה 617.

חוסן ישועות (מייזלש), יבמות נב ע"ב, מקשה על הראב"ד מיבמות נב ע"ב (עיי"ש לקושייתו). והוא דוחה את הוכחת הראב"ד ממעשה רב ענן, ב"ב מא ע"א, ע"פ ח"י הרמב"ן, ב"ב מא ע"א, שהסביר שהיה על רב ענן ועל שכנו חיוב לבנות כותל על מקום של שניהם משום היזק ראייה, ורב ענן בנה בתוך של חברו רק בשיעור מקום הכותל, ובזה החזיק בהיזק הראיה, והשכן מחל על היזק הראיה, ומחילה תקפה גם בלי ידיעת הנמחל. הוא דוחה גם את ראיית הרשב"א (הערה 579) מגיטין כ ע"ב, שהמעשה שם היה באופן שזה רק מחילה, ובזה א"צ את דעת הנמחל.

גם מי שסובר (והם רוב הפוסקים) שזיכוי ע"י אחר מועיל בלי ידיעת המקבל⁶²⁵, יכול לסבור שכאן אין מועילה ההקנאה, מפני שכאן מעשה הקניין לא נעשה עם כוונה לקנות, שלא כמו בזיכוי ע"י אחר, שה"זוכה" עושה את מעשה הקניין בכוונה לקנות בעבור המקבל.

(ה) הבחנה בין דרכי קנין

יש בין האחרונים כמה דעות ביניים, שיש סוגי מעשי קניין שהמקבל עושה בלי כוונה לקנות, שמועילים, ויש שאינם מועילים.

ר' דוד באב"ד⁶²⁶ אומר, שרוב דרכי הקניין אינן מועילות אם המקבל עושה אותן בלי כוונה לקנות, ורק אם לקח המקבל את דבר המתנה לתוך ידו, ידו קונה בלי כוונה לקנות, כפי שראינו לעיל⁶²⁷.

בדומה, ר' חיים פינחס שיינברג⁶²⁸ אומר בדעת הרשב"א, שאם המקבל עשה קנין חזקה, וחשב שהנכס שייך לו, לא קנה, מפני שמי שעושה פעולה של מעשה קנין, בלי להתכוון לכך, אין זה מעשה קנין כלל, ולכן אינו מועיל אע"פ שהנותן מתכוון להקנות לו. לעומת זאת, קנין יד וחצר מועילים בלי כוונה המקבל, מפני שהיה מעשה קנין טוב. זאת לעומת הראב"ד, הסובר שגם בקניין חזקה, שהיא תיקון עצם הקרקע, קנה, מפני שמועיל מעשה קנין גם בלי כוונה.

שו"ת צמח צדק (חב"ד), אהע"ז סי' צח אות ד, מקשה על מה שכתב הרא"ש (שהבאנו בהערה 611) שהמשאיל לאחר טבעת לקדש בו אשה, מניחים שהתכוון להקנות לו במתנה על מנת להחזיר ולכן הקידושין מועילים - הרי המקדש לא התכוון לקנות? ותיקן שכיון שנותנו לאשה נתינה גמורה, הוא כאילו התכוון לקנות לעצמו תחלה. מכאן שלדעתו אם לא התכוון לקנות, לא קנה אף שדעת אחרת מקנה. אבל ייתכן ששם אינו נחשב דעת אחרת מקנה, כי גם מצד הנותן אין כוונה להקנות, אלא יש אומדנא שהוא מוכן להקנות - ראה ליד ציון הערה 611.

ח"י הרשב"א, ב"ב מא ע"א, דוחה את הוכחת הראב"ד מרב ענן, שמדובר שאחרי שידע רב ענן שהשטח היה שייך לשכנו, החזיק בה קצת, וקנה בזה, מפני שאילו ידע בעל השטח, הוא נחשב כאומר "לך חזק וקנה". שו"ת חתם סופר, יו"ד סי' שיג, מביא את דברי הרשב"א. שו"ת ארץ צבי (ראם) סי' ד (ח ע"ב), מבין מדברים אלו, שחתם סופר חולק על קצות החושן. אבל בהערה 579 הבאנו שחתם סופר, באהע"ז, סובר שקנה.

דברי יחזקאל, סי' נג, אות ג, כותב שרשב"א סובר שגם בדעת אחרת מקנה צריך את כוונת הקונה, כפי שבחידושי הרשב"א, ב"ב שם, חולק על הראב"ד בביאור מעשה רב ענן, וכן ח"י הרשב"א, ב"ב פד ע"ב, כותב שמדידה לא מועילה לקנין מפני שאין כוונת הקונה לקנות אף שיש דעת אחרת מקנה; ומנמק שטעמו הוא מפני שסובר שמעשה שלא נעשה לשם קנין, אין עליו תורת מעשה קנין.

גם מלאכת חרש, כך א, ח"ב, אותיות סג-סד, לומד מדברי הרשב"א ב"ב דף מא ודף פד שם, שגם אם דעת אחרת מקנה, אם לא התכוון לקנות, לא קנה, וכן בתורת הבית (הערה 612) כתב שהגוי לא קנה כי לא התכוון לקנות במדידתו; ומש"כ בגיטין (הערה 579) שקנה, הוא כתב כך רק בדעת הראב"ד. הוא מציין שפרי מגדים, הקדמה ליו"ד, כללים בהוראה, אות ט, כתב שאם יש סתירה בין תורת הבית לחידושי הרשב"א, תורת הבית עיקר.

אבל יש דוחים את ההבנה שח"י הרשב"א, ב"ב מא שם, סובר שהמקבל לא קנה אם לא התכוון לקנות: טבעת החושן, רעה, על קצות החושן ס"ק ד (מז ע"ד), מסביר שדוקא לגבי רב ענן סבר הרשב"א שלא קנה, מפני שלא היה ברור האם המקנה מתכוון להקנות לו, ורק אם ידוע שדעתו להקנות לו, קנה (לדחייה נוספת ראה בשמו ליד ציון הערה 628). ר' מנחם מנדל שפרן, מעדני מלך (תשמ"ח), עמ' קלט, מסביר, שהרשב"א סובר שרב ענן לא קנה במה שהחזיק לפני שנודע לו, מפני שרב ענן חשב שזה שלו, א"כ בכלל לא ידע שהוא עושה מעשה בעלות בשל חברו, ואילו ידע שזה לא שטח שלו לא היה עושה, וזה מעשה בטעות, ולא נחשב מעשה קנין; ואילו הראב"ד סובר שגם מעשה טעות כזה מועיל כשיש דעת אחרת מקנה. ר' מרדכי ליב קצנלנבוגן, בהערותיו לח"י הרשב"א (מהד' מוסד הרב קוק), ב"ב מא שם (הערה 22), כותב ע"פ כתבי היד, שבתחילה הרשב"א סבר שלא קנה, ואח"כ חזר בו וסבר שקנה.

⁶²⁵ ראה ליד ציון הערה 710.

⁶²⁶ שו"ת חבצלת השרון, ח"א, אהע"ז, סי' סא.

⁶²⁷ ליד ציון הערה 140.

⁶²⁸ טבעת החושן, רעה, על קצות החושן ס"ק ד (מז ע"ג). הוא מיישב בכך את סתירת הרשב"א, שעמדנו עליה בהערה 624 - מה שכתב בב"ב מא שלא מועיל קניין בלי כוונה לקנות הוא מפני שרב ענן עשה קנין חזקה.

גם שו"ת חבל יעקב, חלק א, סי' ו, אות יט, כותב שהרשב"א סובר שלא מועילה דעת אחרת מקנה אם הקונה לא התכוון לקנות, אבל מה שהוא תופס בידו הוא קנין גם בלי כוונה לקנות.

לדעת ר' מנחם מנדל שפרן⁶²⁹, מעשי קניין שתוכנם הוא התנהגות בדבר כבעלים, כגון חצר, חזקה, משיכה והגבהה, מועילים בלי כוונה לקנות. באלו היה מקום לומר שדי במעשה בלי כוונה, מפני שדי בעצם זה שהוא מתנהג כבעלים, ומ"מ התורה חידשה שצריך כוונה לקנות; אבל אין צורך שיתכוון ש"י מעשה זה ייכנס הנכס לרשותו, אלא די שיתכוון לרצות שהדבר ייכנס לרשותו, כלומר שיחשוב שמעכשו הנכס יהיה בבעלותו, שייחד את הדבר אליו, מפני שמשמעותה של בעלות היא שהנכס מיוחד אליו, וזה חלק מהתנהגות הבעלות (יחד עם המעשה); ואין צורך שהקונה יעשה ייחוד זה, אלא גם המקנה יכול, מפני שהוא היה עד עכשו בעל הנכס, ואחד מדיני בעלותו הוא שהוא יכול לייחד את הנכס שלו למי שירצה, כמו שהוא יכול להפקיר, היינו להסיר את בעלותו. הוא מסביר בכך מדוע הראשונים השתמשו לעניין זה בביטוי "דעת אחרת מקנה" ולא "דעת אחרת מכון" - מפני שזה לא מועיל מצד "זכין"⁶³⁰, אלא מצד שאחד מדיני הבעלות הוא שיכול לייחד את החפץ למי שירצה; ולכן הביטוי הוא "דעת", מפני שהעיקר הוא מה שהוא מייחד בדעתו להעביר את הבעלות לאחר, וזה מה שמקנה את החפץ. לעומת זאת, בקנין סודר, הכוונה נחוצה להחשיב את המעשה למעשה קנין, ובלעדיו יש חסרון במעשה הקנין, מפני שאז הוא רק מעביר לו סודר סתם, ומאחר שכשאינו כוונה, חסר בעצם המעשה - ולכן המקנה אינו יכול להשלים את הכוונה החסרה.

אם עשו שני מעשי קניין שאחד מהם חסר תוקף

אם הנותן הקנה את המתנה בשני מעשי קניין, ואחד מהם חסר תוקף מסיבה כלשהי, המקבל קנה בגלל הקניין האחר, כי מניחים שהנותן התכוון לחזק את כוחו של המקבל, ולא התכוון שיקנה רק אם יעשה שני קניינים תקפים, שבכך הוא מרע את כוחו⁶³¹. לדוגמה, מתנת קרקע שניתנה בקנין אגב, שאינו מועיל בקרקע⁶³², ונכתב

ר' מנחם מנדל שפרן, מעדני מלך (תשמ"ח), עמ' קלד-קלה, בדעת הראב"ד והרשב"א. על פי הבחנה זו אפשר להסביר את דברות משה, ב"ק, ח"ב, ס"י פה, ענף ד, הכותב שאם הנותן נתן שטר מתנה למקבל, והמקבל לא יודע שהוא שטר מתנה, לא קנה את הנכס בקבלת השטר, גם אם רצה לקנות את הנכס - קנין שטר דומה לקנין סודר בכך שאין בו התנהגות בדבר כבעלים.

⁶³⁰ ראה בשמו בהערה 593.

⁶³¹ שו"ת הריב"ש סי' שמה, עמ' תנו (הובא בשו"ת תורת חסד (פרחיא) סי' רלו דף קסה ע"ג, ובשו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מא, דף פז ע"א).

ראה הערה 969, מה למד ר' יעקב ישראל מהריב"ש.

אבל שו"ת תורת חיים (מהר"ש) ח"א סי' לג דף מט ע"ג (להרחיב) (הובא במטה שמעון, קצה הגהב"י אות ו), הבין שלדעת הריב"ש, אם אחד מהקניינים אינו מועיל כלל, לא קנה, שמא הנותן התכוון להקנות רק בשניהם יחד. גם שו"ת בני שמואל סי' יח (נ ע"ג), מדייק מהריב"ש שם, שאם עשו שני קניינים ואחד לא מועיל, לא קנה. ייתכן שהם הבינו שהריב"ש מדבר רק במצב ששני הקניינים תקפים, אלא שלכל אחד מהם יש יתרון בהיבט מסוים, כבנידון, ששיעבד נכסים בקנין סודר ובקנין אגב, משא"כ במצב שאחד הקניינים אינו מועיל בכלל. אבל פשט לשונו "אע"פ שאין האחר מועיל" משמע כהבנת תורת חסד וחוקי חיים, שקונה גם אם אחד הקניינים אינו תקף כלל.

שו"ת רבי עקיבא איגר, מהדורא קמא, סי' לו (כג ע"ד), כותב שגם אם הקונה והמקנה חשבו שכבר קנה בקנין כסף (ולא ידעו שכסף לא קונה מטלטלין), ומשך, ולא התכוונו לקנות במשיכה זו - קנה, כי המקנה יודע שהקונה מושך דבר שהיה שייך לו. אבל הוא כותב שכאן לא קנה לשיטת תוס' ב"ב מא ע"א (ד"ה אמר) וב"מ סו ע"ב (ד"ה התם) שמחילה בטעות אינה מחילה, ורק בקונה דבר שלא בא לעולם ואכל, קנה כי אגן סהדי שגם אילו היה יודע שלא מועיל קנין בדשלב"ע, לא היה חוזר בו כי הוא רוצה להישאר במהימנותו, משמע שבמתנה רגילה שלא שייך טעם זה, לא קנה, כי מה שהקנה לו במשיכה היה בטעות. אלא שבנידון, במכירת בהמה מבכרת לגוי, כתב שקנה כי אגן סהדי שלא היה חוזר בו, כיון שרצונו להפקיע את איסור הבכורה. אבל ייתכן שכתב כך רק לרווחא דמילתא, וגם בסתם מתנה יסבור שאגן סהדי שלא היה חוזר בו כי הוא רוצה לתת את המתנה. הוא כותב שגם אם המקנה אינו רואה שהמקבל לוקחה לעצמו לזכות ולהחזיק בה כשלו, כגון שהיה רועה בהמות של הנותן ומשך בהמה לרעותה, הרי במקרה של מכירת מבכרת, קנה, כי אגן סהדי שמחמת האיסור הוא מעוניין להקנות. אבל ייתכן שלדעתו במתנה סתמית לא קנה אם המשיכה היתה לצורך מרעה וכדומה.

בענין מכר, טור, חו"מ, קצד, ה, ורמ"א, חו"מ, קצד, ב, כותבים שהקונה קרקע מגוי ושילם כסף, לא קנה כי גוי קונה קרקע רק בשטר ולא בכסף, אבל הגוי הסתלק מבעלותו (מפקיר את הקרקע) ברגע שקיבל את הכסף, וגם אם יכתוב שטר אח"כ לא קנה כי הגוי כבר אינו בעליו אלא זה הפקר, וגם אם כתב שטר והחזיק כמה שנים, ולא התכוון לקנות בחזקה כי חשב שדי בשטר, לא קנה. שו"ת רבי עקיבא איגר, מהדורא קמא, סי' לו (כג ע"ד-כד ע"א), מנמק שהגוי הסתלק והקרקע נעשתה הפקר, ואין דעת אחרת מקנה, והוא כעודר בנכסי הגר וחושב שהוא שלו, שלא קנה. והוא מסביר שמה שכתב טור חו"מ, ר, יג, שאם מדד הקונה, קנה אף שלא התכוון לקנות, הוא מפני ששם דעת אחרת מקנה, שמועיל בלי כוונה לקנות (כאמור ליד ציון הערה 579). ט"ז סי' קצד (כמוסבר ע"י רעק"א שם), הסביר שבמדד הוא רוצה עתה לקנות, אלא שדעתו לקנות במשיכה, לכן קנה בהגבהה הכלל, וזה שונה מעודר בנכסי הגר וחושב שהוא שלו, שאין כוונתו כלל לקנות כיון שחשב שהוא שלו, ולכן לא קנה. רעק"א מביא ראיה להבחנת ה"ט"ז מרמ"א, חו"מ, רסח, א, האומר שמי שנפל על מציאה, קנו לו ד' אמותיו, ולא אומרים שגילה דעתו שלא רוצה לקנות בדי אמות, אף שאין דעת אחרת מקנה; והטעם הוא שעוסק לקנותו אלא שחשב לקנות בנפילה. בשאלה זו ראה באוצר מפרשי התלמוד, ב"מ י ע"א.

בשטר אח"כ "וקנינו על כל מה שכתוב לעיל", כלומר שעשו גם קנין סודר, המקבל קנה מכוח קנין הסודר אף שאין קרקע נקנית בקניין אגב.⁶³³

מצד שני, נפסק שמי שמשך בהמה ברה"ר (ששם משיכה לא קונה) לא קנה אף שבכלל המשיכה עשה מסירה (תפיסת הבהמה) שקונה ברה"ר, כי בזה שהתחיל למשוך, גילה דעתו שרוצה לקנות במשיכה ולא במסירה.⁶³⁴ ואע"פ שראינו⁶³⁵ שאם דעת אחרת מקנה א"צ כוונה לקנות, הרי כאן התכוון שלא לקנות במסירה, כוונה שלילית, וזה יותר גרוע מסתם⁶³⁶. זאת אם בשעה שעשה את מעשה הקנין התקף שלא התכוון לקנות בה (כאן: המסירה), עוד לא עשה את מעשה הקנין שאינו תקף שהתכוון לקנות בה (כאן: המשיכה), אבל אם עשה את שני מעשי הקנין בבת אחת, מועילה כוונתו לקנות כיון שבאה באותו זמן עם מעשה הקנין התקף.⁶³⁷

שו"ת נפש חיה, חידושים בסוף הספר דף סד ע"א, כותב שמי שעושה קנין אחד ומתכוון לקנות בקנין אחר שלא מועיל, הוא כמי שאינו מתכוון לקנות, ולא קנה. הוא מביא ראיה משו"ת עבודת הגרשוני סי' קב, שכותב שבמכירת חמץ, יש חשש שהגוי מתכוון לקנות בכסף ורק משיכה קונה, או להיפך, וקנין לא מועיל בלי כוונה. ובדף סד ע"ג-ע"ד, הוא כותב שלפי הדעה שמי שהיו לפניו שני קניינים, ורצה לקנות באחד מהם, השני אינו קונה (כוונתו לרשב"א, המובא בחידושי הר"ן, ב"מ י ע"א), אם בעל החצר יודע שהחפץ בחצר אבל לא רוצה לקנות בקנין חצר אלא בקנין אחר - אינו קונה בקנין חצר; אבל לדעה שבמקרה זה גם הקנין השני מועיל (כוונתו לרמ"א, חו"מ, רסח, א), כי שו"ס התכוון לקנות, כ"ש שבחצר קונה באופן הנ"ל, כי אף שצריך כוונה לקנות, אבל די שהתכוון לקנות בקנין אחר, וכ"ש בחצר שקונה שלא מדעתו אם לא ידע שהחפץ בחצר.

כאמור ליד ציון הערה 121.⁶³²

שו"ת הרשב"א ח"ב סי' שא (הובא בב"י, חו"מ, קצה, מחודש כא).⁶³³ אבל שו"ת בני שמואל סי' יח (נ ע"ג), מבין שרב האי, סי' המקח, שער ב, חולק על הרשב"א, שהרי רב האי סובר שהנותן במתנה דבר שאין בו ממש כגון דירת בית, לא קנה גם אם כתב בשטר "וקנינו ממנו", ואין מפרשים שהתכוון להקנות את הבית לדירה (ראה בשמו בסעיף 1(b)), ואף כאן, אין מפרשים שהתכוון להקנות בקנין סודר. והוא כותב שאפשר לומר קי"ל כרב האי. בני שמואל שם כותב שגם לרשב"א, אם אמר "קנו ממני שאני נותן לפלוני ד' אמות ואגבן חזקת חנות", לא קנה (עיי"ש להוכחתו). הוא כותב שגם אם נכתב בשטר אח"כ "על הכל נטל פלוני קנין", אין מפרשים שכוונתו שקנין הסודר היה גם על חזקת החנות, שהרי היה די בקנין הזה, ועשה גם קנין אגב, ולכן ייתכן שהתכוון להקנות רק באגב, והרי אגב אינו מועיל לחזקת חנות. הוא מעיר (בדף נ ע"ד) שהגהות אשרי ב"ב פ"ג כותב שלפי ר"ח, רי"ף, ר"י בר שמואל וריב"ס, ב"דין ודברים" מועיל קנין רק אם עשו קנין בפירוש על גוף הקרקע, ולפי דעתם גם כאן לא יועיל קנין סודר, ואמנם ר"ן כתובות פג כותב שהרי"ף סובר שמועיל גם אם עשה קנין סתם, כי מניחים שהתכוון להקנות את גוף הקרקע, א"כ גם כאן נפרש שהתכוון להקנות בקנין סודר, אבל זה עדיין מחלוקת.

חידושי הרי"י מיגאש, ב"ב עו ע"א; חידושי הרשב"א, ב"ב עו ע"ב (הובא במגיד משנה, הלכות מכירה, ג, ג, ומשם בב"י, חו"מ, קצה, ח; שו"ע, חו"מ, קצה, יב.⁶³⁴

ליד ציון הערה 579.⁶³⁵

קצות החושן רעה, סי' קד. הבאנו עקרון זה ליד ציון הערה 616. וצ"ע איך יתיישב עם דברי הריב"ש והרשב"א.⁶³⁶

פתחי תשובה, חו"מ, קצה, סי' ט, ע"פ משנה למלך, הלכות זכיה, ב, ט.⁶³⁷

גם שו"ת נפש חיה, חידושים בסוף הספר דף סד ע"א, עושה הבחנה זו (ומציין שמשנה למלך כתב בדומה), שאם התכוון לקנות בקנין אחד, גם השני מועיל, אם שני הקניינים היו לפניו בבת אחת, לפי רמ"א, חו"מ, רסח, א, אבל אם הם בזה אחר זה, ורצה לקנות בראשון, לא קנה אח"כ בקנין השני, כי בשעה שבא הקנין השני כבר אינו מתכוון לקנות, כי הוא חושב שכבר קנה בקנין הראשון; וכן להיפך, אם רצה לקנות בקנין השני אינו קונה בקנין הראשון כי אז עדיין לא התכוון לקנות; ולכן בחפץ שנמצא בחצר, אם התכוון לקנות בקנין אגב (במצב שקנין אגב אינו מועיל), לא אומרים שקנה את החצר ואח"כ קונה את המטלטלין בקנין חצר - כי אח"כ כבר אינו מתכוון לקנות.

משנה למלך (הובא במלאכת חרש, כרך א, ח"ב, אות ס), עשה הבחנה זו לענין זכיה מהפקר, כדי ליישב מדוע רמ"א, חו"מ, רסח, א, פוסק שבסימטא שד' אמות קונות, זכה אפילו נפל על מצאה, ואין אומרים שבזה גילה דעתו שאינו רוצה לקנות בארבע אמות, ואילו בונה בנין בקרקע של גר שמת בלי יורשים, והגביה לצורך כך לבנים של הגר, ולא התכוון לקנותם בהגבהה אלא בבנייה, לא קנה (רמ"ה בטור, חו"מ רעה, יא, ורמ"א, חו"מ, רעה, כא) - ההבדל הוא ששם, בשעת ההגבהה לא התכוון לקנות אלא רק אח"כ, ואילו בנידונו של הרמ"א, בשעה שהיו לו ד' אמות לקנין, התכוון לקנות, ולא משנה שהתכוון לקנות בנפילה ולא בדי' אמות.

חידושי הר"ן ב"מ י ע"א (הובא בב"י, חו"מ, רסח, ד) מביא שהרשב"א פוסק שגם בקנין דאורייתא, אם גילה דעתו שאינו רוצה לקנות בקנין זה, לא קנה; ושיש אומרים שבקנין דאורייתא קנה, אבל בקנין דרבנן לא קנה, כי אדם יכול לומר "אי אפשי בתקנת חכמים", ושהרא"ה סובר שגם בקנין דרבנן קנה אף שגילה דעתו שאינו רוצה לקנות. ב"י שם כותב שרי"ף, רמב"ם והרא"ש סוברים כרא"ה, ולכן הרמ"א פסק כך.

שו"ת רבי עקיבא איגר, מהדורא קמא, סי' לו (כג ע"ד-כד ע"א), מסכים להבחנת משנה למלך, אבל הוא כותב שזה רק בזכיה מהפקר, ולא במתנה, מפני שהחסרון שבאותה שעה לא התכוון לקנות, היא כמו בלי כוונת קנין כלל, שבו אם דעת אחרת מקנה, קנה. הוא מיישב בזה מדוע טור, חו"מ, ר, יג, ורמ"א חו"מ, ר, סעיפים ז-ח, סוברים שאם מדד הקונה, קנה בהגבהה, אף שאין דעתו לקנות עתה אלא אחר כך, כשימשוך (וראה בשמו בהערה 617). אבל קשה לפי דעתו, מדוע במשיכה לא קנה מטעם מסירה; ואכן בחידושי ר' עקיבא איגר, על שו"ע, חו"מ, קצה, יב, כתב שצ"ע מרמ"א, חו"מ, רסח, א.

קניין בלי אמירה

אם שמעון עשה קניין סודר (לדוגמה) לתת חפץ פלוני לראובן, ולא אמר מקודם או בשעת הקניין "הנני נותן חפץ פלוני לראובן", אף שהוא אומר אח"כ שהתכוון להקנות לו, לא חלה הקנאה⁶³⁸, מפני שצריך דעת מקנה, ובלי אמירה, לא ניכרת דעת המקנה⁶³⁹. אבל אין צורך שידבר דוקא עם המקבל, אלא גם אם הנותן אמר לאדם שלישי שהוא עושה קניין לתת את הנכס למקבל, הקניין מועיל⁶⁴⁰. כמו כן, אם ראובן המקבל אמר לשמעון "תן לי חפץ זה במתנה", ועשה שמעון קניין סודר, מועיל הקניין, כיון שאחד הצדדים דיבר⁶⁴¹. אבל אם הנותן והמקבל לא אמרו כלום אלא אדם שלישי אמר למקבל בשעת הקניין "חפצו של שמעון קנוי לך", גם אם הנותן עשה קניין סודר, אינו מועיל⁶⁴², וזאת גם אם גם האדם השלישי עשה קניין סודר⁶⁴³.

אבל יש מי שאומר שמועילה אמירה אחרי מעשה הקניין. לדוגמה, אם רוזא נתנה חפץ לנחמן בשתיקה, ואח"כ שאל אותה האם היתה נותנת לו אותו במתנה, ואמרה לו שהיא מוכנה לתת לו במתנה, קנה, ואף שלא עשה קנין חדש, ומה שמשך והגביה לפני כן עשה שלא על דעת לזכות בה, בכל זאת מתשובת הנותנת מתברר שכשנתנה לו מראש היה בתורת מתנה⁶⁴⁴.

קנין שנעשה זמן רב אחרי האמירה שזו מתנה: אם הנותן אמר "הנני נותן נכס זה לפלוני", ורק אחרי זמן רב המקבל עשה קנין, גם אם הנותן נכח אז ושתק, לא קנה, מפני שייתכן שחזר בו בינתיים; אבל אם כתב את המתנה בשטר, אין חוששים שמא חזר בו בינתיים⁶⁴⁵.

האמירה צריכה להיות בלשון שמשמע ממנה שהנותן מקנה עכשו. לכן אם אמר הנותן לשון אחת מאלה, ועשו קנין, המתנה חלה: "נכס פלוני יהיה נתון לך" או "נכס פלוני יהא שלך"⁶⁴⁶, "נתתיו לך" או "הרי הוא שלך"⁶⁴⁷, "אני נותן"⁶⁴⁸, "יהא דבר זה לפלוני"⁶⁴⁹, "בית זה לפלוני" או "נכסים אלו לפלוני" או "נכסיי לפלוני"⁶⁵⁰, "משוך וקנה" או "חזק וקנה"⁶⁵¹, "ליהוי" (לשון הקנאה בארמית)⁶⁵², "מנה זה הרי הוא שלך" או "יהיה שלך" או

⁶³⁸ ערוך השולחן חו"מ, רמא, א. נראה שכוונתו היא שעשה את הקניין עם המקבל, ובכל זאת לא מועיל בלי דיבור; שאילו אם עשה קנין בעצמו, אין לזה תוקף, כדברי מהרי"ט בהערה 720.

אבני מילואים, כז, ס"ק ט (הובא ע"י רז"י גולדברג, בית אהרן וישראל גלי קיב עמ' קלו), נוקט שמתנה צריך אמירה, או שיהיה ניכר מהנסיבות שהוא מתכוון לתת מתנה, ואם נניח שסתם נתינה היא לשם מתנה (ראה על כך בסעיף 2), זה משום שיש כוונה לתת מתנה.

אבל ספר המקנה, קונטרס אחרון, כז, ג (ד"ה בהגה ובמקום), כותב שמתנה א"צ אמירה.
⁶³⁹ פת"ח, קניינים, פ"א הערה ז. וראה סעיף 1(א), בשאלה האם מועילה מתנה מכללא, על סמך אומדנא שהנותן רוצה לתת, בלי אמירה מפורשת. כאן מדובר שלא היה אומדנא.

⁶⁴⁰ פת"ח שם. הוא מסתמך על נתיבות המשפט, קצו, ס"ק ד, שאין צורך שדעת המקנה תהיה מפורשת, אלא די שיש אומדנא על כך.

⁶⁴¹ ערוך השולחן שם.

⁶⁴² רמ"א, חו"מ, רמא, א.

⁶⁴³ סמ"ע, רמא, ס"ק ה.

⁶⁴⁴ שו"ת חיים לעולם ח"ב אה"ע"ז סי' ב (ב ע"א). אח"כ הוא כותב שגם בלי המשיכה הראשונה, קנה אח"כ כמו שומר שקיבל את הפקדון מהמפקיד במתנה - ראה בדבריו בהערה 554.

⁶⁴⁵ שו"ת בית יצחק, יו"ד, ח"ב, סי' פא, אות ז. וראה הערה 20 בשם ר"א גורדון, שגם אם עבר זמן קצר, חוששים שמא חזר בו; אבל שם מדובר שלא נכח הנותן כשעשה המקבל מעשה קנין.

⁶⁴⁶ חי' הרמ"ה ושיטות קדמונים גיטין מ ע"ב (עמ' רצג); טור, חו"מ, רמה, ג, בשם הרמ"ה (על קנין סודר); רמ"א, חו"מ, רמה, א. על לשון "אתן", ראה סעיף 5.

⁶⁴⁷ ראה ליד ציון הערה 439 ואילך על לשונות שמועילים בשטר מתנה, ואילו שאינם מועילים.

⁶⁴⁸ חי' הרמ"ה ושיטות קדמונים גיטין מ ע"ב (עמ' רצג).

שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שכח, עוסק בראובן שכתב צוואה לשמעון, ובו נכתב בין היתר (כנראה) "יש לי חצי ולו חציי" (הצוואה כתובה בלאדינו), ומעלה אפשרות שזכה שמעון מכח מתנה, כי הלשון שאמר (בלאדינו) אינו גרוע מ"נתתי שדה פלונית לפלוני" או "נתתיה לך" או "הרי היא שלך", שמועיל כמתנה.

⁶⁴⁸ שו"ת מקור ישראל, חו"מ סי' מז (צד ע"ב), ע"פ רשב"ם ב"ב קמח ע"א (ד"ה הלוואתי), שנקט "ממון שחייב לי פלוני אני נותן לך", ושו"ת הרא"ש כלל לו, סי' ח, שנקט "אני נותן לפלוני סך מה מעות אגב קרקע".

⁶⁴⁹ שו"ת המב"י, ח"א סי' קצג (הובא בש"ך חו"מ, סי' רנג, ס"ק ב, וסי' רפא ס"ק ה, ובשו"ת חוות יאיר, סי' פ). ראה הערה 431.

⁶⁵⁰ שו"ת המב"י, ח"א סי' קצג.

⁶⁵¹ רמב"ם, הלכות מכירה, ב, ח; רמ"א, חו"מ, קצו, ו.

⁶⁵² שו"ת מקור ישראל, חו"מ סי' מז (צד ע"ב), ע"פ הביטוי בב"ב קנא "מלוגא דשטרי ליהוי לעמרם ברי".

"יִהְיֶה לְךָ" או "הָרִי הִיא שְׁלוֹ" - שִׁמְשָׁמְעֵן שֶׁעָכְשׁוּ הוּא נוֹתָן⁶⁵³, "הָרִי הוּא בִּמְתָנָה" או "יִהְיֶה בִּמְתָנָה" או "נִתְּנוּ בִּמְתָנָה", שִׁמְשָׁמְעֵן שֶׁעָכְשׁוּ הוּא נוֹתָן⁶⁵⁴.

אִם שָׁאֵלוּ אֶת הַנוֹתָן "הֵאֵם אַתָּה רוֹצֵה שִׁיתֵּנוּ לִפְלוֹנִי אֶת הַנֶּכֶס?" וְאָמַר "כֵּן", הַמְתָּנָה תִּקְפָּה⁶⁵⁵.

לְשׁוֹנוֹת אֱלֹהִים אֵינָן מוֹעִילוֹת: "הוּא שֶׁלֶךְ" (שִׁמְעִיל כְּהוֹדָא)⁶⁵⁶, "אֲנִי מִנִּיחַ לִפְלוֹנִי"⁶⁵⁷, "יִתְּנוּ בְּנִי"⁶⁵⁸, "תְּנוּ כֵךְ וְכֵךְ לִפְלוֹנִי" (שֶׁהוּא "קִנְיָן דְּבָרִים")⁶⁵⁹, "יִקַּח בְּעַד יְרוּשָׁה"⁶⁶⁰, "דּוּד יִקְנֶה מִכֶּסֶּפִּי תִלְמוּד מוֹבָחָר וְהִיָּה הַנֶּשֶׂאֵר לְחִילּוֹק צִדְקוֹת" וְכִדּוּמָה⁶⁶¹.

"מִשׁוֹךְ וְתִקְנָה" אֵינָן מוֹעִילִים, כִּי מִשְׁמַעוֹתוֹ "תִּקְנָה לְהַבֵּא", וְעוֹד לֹא הִקְנָה לוֹ⁶⁶².

"מִשׁוֹךְ חֶפֶץ זֶה לְקִנְיוֹתוֹ" אֵינָן מוֹעִילִים⁶⁶³, כִּי מִשְׁמַעוֹ "לְקִנְיוֹתוֹ" אֲבָל אֵינָן מִקְנֵה לוֹ⁶⁶⁴, וְלֹא מוֹכֵחַ מִלְּשׁוֹנוֹ שֶׁהוּא מִתְּכוּן לְהִקְנוֹת לְמִקְבָּל⁶⁶⁵.

אִם אָמַר אוּ כָּתַב בְּשֵׁטֶר "יִטּוֹל פְּלוֹנִי" או "יִזְכֶּה" או "יִחְזִיק" או "יִקְנֶה" או "יִחְלֹק", יֵשׁ אוֹמְרִים שֶׁהִמְקַבֵּל קָנָה⁶⁶⁶, וְאֵינָן "קִנְיָן דְּבָרִים" כִּי "יִטּוֹל" וְכו' מִשְׁמַע שִׁיטּוֹל וְכו' בִּמְתָנָה זֶה אוּ בְּמִשְׁכָּה זֶה⁶⁶⁷. אֲבָל אַחֲרֵים אוֹמְרִים

⁶⁵³ שׁוֹיִת הַמְבִּיִּיט חִיָּא סִי שֵׁן.

⁶⁵⁴ שׁוֹיִת מִשְׁאֵת מִשָּׁה אַהֲעִיז סִי ל (קֶצֶד עִיד).

⁶⁵⁵ שׁוֹיִת מִהֲרִיטִיץ, סִי ח.

⁶⁵⁶ מִשְׁאֵת מִשָּׁה (הַעֲרָה 654).

⁶⁵⁷ שׁוֹיִת מִהֲרִיטִיץ, שׁוֹרֶשׁ צִד; שׁוֹיִת עֲבוּדַת הַגֵּרֶשׁוֹנִי, סִי מָה (הוֹבָא בִּפְתַחֵי תְּשׁוּבָה, חוֹיִמ, רֶגֶל, סִי קָה); שׁוֹיִת תּוֹרַת אֲמֵת, סִי פֶג (גַּם בְּנוֹתָן מֵהִיּוֹם וְלֵאחֲרָיָהּ מוֹתוֹ).

שׁוֹיִת מִהֲרִיטִיץ, סִי ח, כּוֹתֵב שֶׁאַחֲרֵים חִלְקוֹ עַל מִהֲרִיטִיץ, וְשֶׁגַם לִפִּי מִהֲרִיטִיץ, הַלְשׁוֹן "אֲנִי מִנִּיחַ בִּמְתָנָה" מוֹעִילָה. הַמְחִלּוֹקֶת נִזְכָּרַת בְּשׁוֹיִת מִהֲרִיטִיץ מִרוֹטְנִבּוֹרֶק הָאַחֲרוֹנִים, חוֹיִמ סִי ח (נָא עִיב).

⁶⁵⁸ רִי יוֹסֵף מִזְאֲלִקוּוֹא, בְּשׁוֹיִת נֹדַע בִּיהוּדָה, מִהֲדוּיָק, חוֹיִמ, סִי כָה, דִּיָּה שׁוֹב (הוֹבָא בִּפְתַחֵי תְּשׁוּבָה, רֶגֶל, סִי קָה ו). הוּא כּוֹתֵב שֶׁגַם הַרְמַבִּיָן (הַעֲרָה 666) הָאֹמֵר שִׁיטּוֹל פְּלוֹנִי מוֹעִיל, סוֹבֵר שֶׁכָּאֵן אֵינָן מוֹעִילִים, כִּי זֶה כְּמוֹ "אַתָּה".

⁶⁵⁹ בִּיח, אַהֲעִיז, סִי קָט (הוֹבָא בְּחִלְקַת מַחֻקָּה, קָט, סִי קָא). רִי מִזְאֲלִקוּוֹא שֶׁם הַסְּבִיר שֶׁהַרְמַבִּיָן שֶׁם מוֹדָה בְּזֶה כִּי מִלְּשׁוֹן "תְּנוּ" לֹא מִשְׁתַּמֵּעַ שֶׁהִמְקַבֵּל יִזְכֶּה עָכְשׁוּ אֲלֵא זֶה הַבְּטַחָה לְתֵת לוֹ, אוּ דְּבָרִים בְּעִלְמָא.

⁶⁶⁰ שׁוֹיִת תּוֹרַת אֲמֵת, סִי פֶג.

⁶⁶¹ מִהֲרִיטִיץ חִי חֲסִין, הַמּוֹבָא בְּשׁוֹיִת אֲשֶׁר לְשִׁלְמָה (דְּנָאן), סִי מָא (פַּח עִיד).

⁶⁶² רַמְבַּיִם, הַלְכוֹת מַכִּירָה, ב, ח; שׁוֹיִע, חוֹיִמ, קֶצֶד, ו. לְטַעְמוֹ שֶׁל דִּין זֶה, רָאָה עוֹד בְּהַעֲרָה 668.

דַּע חוֹלְקֶת: הָרַאבִּיִד בְּהַשְׁגָּתוֹ עַל הַרְמַבִּיָם שֶׁם כּוֹתֵב שִׁקְנָה. שְׁתֵּי הַדְּעוֹת הוֹבָאוּ בְּטוֹר, חוֹיִמ, קֶצֶד, יג-יד.

⁶⁶³ רִשִּׁי, בִּימ ט עִיב (דִּיָּה לְקִנְיוֹת); מִיִּשְׁרִים נִתֵּב י חִיָּא (לֶג עִיב) (הוֹבָא בְּבִי, חוֹיִמ, קֶצֶד, יד), בְּדַעַת הַרְמַבִּיָם וְתוֹס'; חִידוּשֵׁי הַרִיטְבִּיָא הַחֲדָשִׁים, בִּימ ט עִיב; תּוֹס' רִבִּינוּ פֶּרֶץ, בִּימ ט עִיב; שׁוֹיִע, חוֹיִמ, קֶצֶד, ו.

דַּעַת חוֹלְקֶת: רִאשִׁי, בִּימ, פִּיָּא, סִי כָד, כּוֹתֵב שִׁקְנָה, וְכֵךְ כּוֹתֵב שׁוֹיִת נֶאֱמַן שְׁמוֹאֵל סִי קִי (קֶנֶט עִיד), בְּדַעַת הַרְמַבִּיָם. טוֹר, חוֹיִמ, קֶצֶד, יד, מְבִיא אֶת שְׁתֵּי הַדְּעוֹת.

⁶⁶⁴ רִשִּׁי, שֶׁם.

שׁוֹיִת נֶאֱמַן שְׁמוֹאֵל סִי קִי (קֶנֶט עִיד), מִסְּבִיר שְׁבֹאֹמֵר "קָנָה" שֶׁהוּא לְשׁוֹן צִוּוִי, לֹא מִפְּרָשִׁים "אַתָּה קָנָה, אֲנִי אֵינִי מִקְנֶה לְךָ", כִּי דוּקָא אִם הוּא מְדַבֵּר עִמּוֹ וְאָמַר "לְקִנְיוֹת" שֶׁהוּא לְנִסְתֵּר, מִשְׁמַעוֹ "אֵינִי מִקְנֶה לְךָ".

⁶⁶⁵ רִיטְבִּיָא שֶׁם.

⁶⁶⁶ חִידוּשֵׁי הַרְמַבִּיָן, בִּיב קֶמַח עִיב; חִידוּשֵׁי הַרְשֵׁבִיָא, בִּיב קֶמַח עִיב (הוֹבָא בְּמַגִּיד מִשְׁנֵה הַלְכוֹת זִכִּיָּה ח, ו); רִאשִׁי בִּיב פִּיט סִי כָד; הַשְּׁגוֹת הָרַאבִּיִד, הַלְכוֹת מַכִּירָה, ב, ח; טוֹר, חוֹיִמ, רֶגֶל, מִב (עַל "יִטּוֹל"); שׁוֹיִת עֲבוּדַת הַגֵּרֶשׁוֹנִי, סִי מָה (הוֹבָא בִּפְתַחֵי תְּשׁוּבָה, חוֹיִמ, רֶגֶל, סִי קָה), בְּמִסְקִנְתוֹ, בְּדַעַת הַשׁוֹיִע; מִהֲרִיטִיץ חִי חֲסִין, הַמּוֹבָא בְּשׁוֹיִת אֲשֶׁר לְשִׁלְמָה (דְּנָאן), סִי מָא (פַּח עִיד); שׁוֹיִת הַמְבִּיִּיט, חִיָּא, סִי קֶצֶד וְסִי שֶׁכָּה.

שׁוֹיִת נֶאֱמַן שְׁמוֹאֵל סִי קִי (קֶנֶט עִיד), כּוֹתֵב שֶׁרִשִּׁי סוֹבֵר שִׁיטּוֹל, "יִזְכֶּה", "יִחְזִיק", "יִקְנֶה" מוֹעִיל בְּבִרְיָא אֶף שִׁמְשָׁמְעוֹ לְהַבֵּא, וְרַק "מִשׁוֹךְ חֶפֶץ זֶה לְקִנְיוֹתוֹ" לֹא מוֹעִיל לְדַעַתוֹ (כְּאֹמֵר בְּהַעֲרָה 663) כִּי מִשְׁמַעוֹ "לְקִנְיוֹתוֹ" אֲבָל אֵינָן מִקְנֵה לוֹ (כְּאֹמֵר לִיד צִוּוֹן הַעֲרָה 664), וְאֵילוּ "יִקְנֶה" אֵינָן מִשְׁמַעוֹ "אֵינִי מִקְנֶה לְךָ" כִּיֹּן שֶׁהוּא מְדַבֵּר לְנִסְתֵּר וְלֹא לְנוֹכַח, וְרַק אִם אָמַר לְנוֹכַח "מִשׁוֹךְ לְקִנְיוֹת" מִשְׁמַעוֹ "אֲבָל אֵינִי מִקְנֶה לְךָ", וְכֵן הָאֹמֵר "וְתִקְנָה" שֶׁהוּא מְדַבֵּר עִמּוֹ לֹא יוֹעִיל גַּם לְרִשִּׁי (כֵךְ נִרְאִית כּוֹנֵנִת). הוּא כּוֹתֵב שֶׁזֶּה גַּם דַּעַת חִידוּשֵׁי הַרִיטְבִּיָא הַחֲדָשִׁים, בִּימ ט עִיב (שֶׁנְּבִיא בְּהַעֲרָה 663), שֶׁכָּתַב שֶׁלְשׁוֹן "מִשׁוֹךְ חֶפֶץ זֶה לְקִנְיוֹתוֹ" לֹא מִשְׁמַע שֶׁהוּא מִקְנֶה לוֹ, וּבְהַקְנָא צִרִיד לְשׁוֹן מִפּוֹרֶשֶׁת.

⁶⁶⁷ רַמְבַּיָן שֶׁם. בִּיח, חוֹיִמ, רֶגֶל, ג, הַסְּבִיר שֶׁלְדַעָה זֶה "יִטּוֹל" וְכו' מִשְׁמַעוֹ שִׁיטּוֹל עָכְשׁוּ בְּקִנְיָן זֶה.

שאינם לשון מתנה ולא קנה⁶⁶⁸, מפני שלשונות אלו משמען להבא, ובמתנה קנה רק אם אמר למקבל שיקנה מיד בשעת עשיית הקנין, וגם אם עשה מעשה קנין, הוא "קנין דברים" שאין לו תוקף⁶⁶⁹. גם אם אמר "יטול" מעכשיו וכדומה, לא קנה המקבל, לפי דעה זו⁶⁷⁰.

⁶⁶⁸ יד רמה, ב"ב, פ"ט, ס"י צד; חידוש הר"י מיגאש, ב"ב דף קמ ע"ב (על "יטול", כי זה קנין דברים) ודף קמח ע"א (ברמז, על "יטול" ו"ינתן") (הובא במגיד משנה, הלכות מכירה, ב, ח; טור, חו"מ, רנ"ג, מב, בשם הר"י ור"י מיגאש (על "יטול", כי הוא קנין דברים)).

יד רמה מנמק, ש"יחזיק" משמעותו לעשות חזקה ולא לקנות, וגם אם עשו קנין, הוא "קנין דברים"; ו"יטול" משמעותו לקיחה בעלמא, ואפילו "יטול לעצמו" אינו משמע שיקנה שהרי לא הקנה לו דבר שיוכל ליטול לעצמו; וגם אם רוב האנשים מבינים שזה לשון הקנאה, אין מוציאים ממון על סמך רוב. מדבריו עולה ש"יזכה" ויקנה" מועילים כי משמעותם היא קנין, אבל הטור כותב בשמו שגם לשונות אלו אינם מועילים.

דעת הרמב"ם: הרמב"ן שם כותב שהרמב"ם סובר ש"יטול" וכדומה אינו מועיל, כמו שהוא כתב (ליד ציון הערה 662) על "משוך ותקנה". אבל דרישה, חו"מ, רנ"ג, ג, כותב שהטור הבין שלרמב"ם "יטול" וכדומה מועיל, כי משמעותו שיטול ויחזיק מיד, ורק "משוך ותקנה" אינו מועיל כי משמע להבא, שהרי לא היה צריך לומר "ותקנה" אחרי שאמר "משוך", או שהיה צריך לומר "וקנה", ומכאן משמע שהתכוון שיקנה בעתיד ולא עכשיו. פת"ח, קניינים, פט"ו הערה כ, כותב שלרמב"ם רק "משוך ותקנה" אינו מועיל כי "משוך" משמעו עכשיו ו"ותקנה" משמעו להבא, כלומר מעשה המשיכה הוא מיד ומעשה הקנין הוא בעתיד ואז כבר כלתה משיכתו, אבל "יזכה" או "יקנה" או "ימשוך" מועילות כי הן לשון הווה. שתי הדעות מובאות בטור, חו"מ, רנ"ג, ג-ד, ובשו"ע, חו"מ, רנ"ג, ג.

ר' יוסף מזאלקווא, בשו"ת נודע ביהודה, מהדו"ק, חו"מ, ס"י כה, ד"ה שוב (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, רנ"ג, ס"ק ו), כותב שאין להוציא מידי הנותן בלשונות אלה, מספק. גם שו"ת תורת חסד (פרחיא) ס"י רכח, כותב שכיון שיש מחלוקת, מספק לא קנה המקבל.

⁶⁶⁹ ב"ח, חו"מ, רנ"ג, ג, בדעת הרמ"ה; שו"ת נאמן שמואל ס"י קי (קנט ע"ג), בדעת הרמ"ה (בקיצור).

⁶⁷⁰ שו"ת נאמן שמואל ס"י קי (קנט ע"ג), כותב שאם אמר לשון עתיד, גם אם אמר "מעכשיו", לא קנה, ואע"פ שרמ"ה המובא בטור, חו"מ, רמ"ה, ה, סובר לענין "אתן" ש"מעכשיו" מתקן את החסרון של "קנין דברים" (על "אתן", ראה סעיף 5), וכן דעת רמב"ם, לפי מגיד משנה, הלכות מכירה, ח, ז (ושלא כשו"ת תורת אמת ס"י קל"ג [ד"ה הכלל העולה], שכתב שלרמב"ם "מעכשיו" אינו מתקן לשון "אתן"), מ"מ הרי מגיד משנה שם הביא שהרשב"א כתב בשם רב האי "והקרקע עומד ביד הלוקח" (כלומר דוקא אז מועיל "מעכשיו"), ואפשר לומר קי"ל כדעה ש"מעכשיו" מועיל רק אם עשה קנין מעכשיו ורק אם הדבר ביד הקונה; ועוד שתוספות קידושין ס"ג ע"א (ד"ה כגון) (הובא בב"י, חו"מ, קצה, מחודש ב), כותב שהמקנה דבר לאחר זמן, גם אם אמר "מעכשיו", יכול לחזור בו, וגם אם עשה קנין סודר, אינו מועיל כי בסוף הזמן כבר חזר הסודר לבעליו, ומועיל רק אם אמר "על מנת מעכשיו", ולכן במי שנותן גוף הנכסים מעכשיו ופירות לאחר זמן, לא מועיל "מעכשיו" בלבד כי אמר לשון עתיד על כל המתנה, ולשון עתיד זו היא כמו נותן לאחר זמן (ראה על כך בסעיף 4).

נאמן שמואל כותב שגם אם אמר "כמודה בפני ב"ד חשוב", אפשר לומר קי"ל כסוברם שמועיל רק אם עשה קנין בב"ד חשוב ומעכשיו והתפיס את זכויותיו, כמש"כ מהר"ש בשו"ת משפט צדק, ח"א, ס"י ב (יא ע"ג), ועוד ששו"ת הראני"ח ח"א ס"י סו, כתב שהאומר "כפפני ב"ד חשוב" אינו נחשב כאילו נעשה בב"ד חשוב, כי אינו כאומר שהקנין נעשה בב"ד חשוב, אלא שהוא מקבל עליו את הקנין כאילו היה בפני ב"ד חשוב, ואין בכוח דיבור זה לעשות קנין כאילו נעשה בב"ד חשוב, שיש לו כוח להפקיע ממון.

נאמן שמואל (קנט ע"ד) מביא ראייה לכך מר"י מיגאש שם שכתב שלשונות "יזכה" וכו' אינן מועילות בבריא כי הן קנין דברים, משמע שאין שום דרך שיועיל, אפילו ב"מעכשיו" וב"ד חשוב והתפסת זכויות, ודוקא בקנין ב"אתן", שבו הנותן מדבר על מה שהוא עצמו יעשה, מועיל "מעכשיו" וב"ד חשוב והתפסת זכויות אף שהיא לשון עתיד, אבל אם אמר לשון עתיד על המקבל, שמשמעו "אתה קנה, אני איני מקנה", אין לו שום תקנה.

עוד הוא מביא ראייה (בדף קס ע"א) מחידושי הרמב"ן, שם, שמקשה על ר"י מיגאש ועל הרמב"ם, אם "יטול" הוא קנין דברים, מדוע הוא מועיל בשכ"ב מרע (כאמור בב"ב קמח ע"ב), הרי דבר שאינו מועיל בבריא אינו מועיל בשכ"ב מרע (ב"ב קמז ע"ב)? ולכאורה היה אפשר לתרץ שמועיל בבריא אם אמר "מעכשיו", ולכן מועיל בשכ"ב מרע בכל מצב; ומהעובדה שרמב"ן לא תירץ כך, מוכח שהבין שלרמב"ם קנין דברים אינו מועיל בבריא אפילו ב"מעכשיו" ובהתפסת זכויות. אבל הוא דוחה הוכחה זו, ש"ליתיה בבריא" היינו שאינו מועיל בבריא כפי שהוא, וזה שיועיל בבריא בתוספת מלים (כגון "מעכשיו") אינו נחשב "ליתיה בבריא", כמש"כ חידושי הר"ן, ב"ב קמז ע"ב, וחידושי הרשב"א, ב"ב קמז ע"ב (הובאו בב"י, חו"מ, רנ"ג, לו), ובזה מובנת קושיית הרמב"ן; ור"י מיגאש יתרץ, שהטעם שזה קנין דברים הוא כי משמעו להבא, ולכן בשכ"ב מרע זה מועיל, כי כל דבריו ומתנותיו הם לאחר מיתה, ושייך בו לשון עתיד.

אח"כ הוא עושה הבחנה (בדף קס ע"א): ש"מעכשיו" מתקן קנין דברים רק אם אמר זאת בסמוך לדיבורו האחר, אבל אם בתחלת השטר כתב לשון להבא ובסוף כתב קנין מעכשיו, לא יועיל, כמו שכתב שו"ת הריב"ש ס"י שפז, ש"מעכשיו" שאינו סמוך ללשון התנאי, כגון "מעכשיו" שכתוב בסוף השטר, אינו מבטל אסמכתא. אבל הוא כותב שאם כתוב "לקיים כל הנ"ל" זה כאילו כתוב לידו, וכן אם בלשון העדים כתוב "מעכשיו" ליד "יזכו", די בכך.

עוד הוא כותב (בדף קס ע"א), שאם כתוב "מעכשיו", לרמ"ה ולרמב"ם, הלכות מכירה, יא, ז, זה מתקן את לשון להבא, כמו שסוברים הרמ"ה ב"אתנו" והרמב"ם באסמכתא. אך הוא מעלה אפשרות (בדף קס ע"ב) שאם זה גם להבא וגם תלוי בענין אחר (כמו אם תלוי במיתת הנותן), אין מועיל שום תיקון בלי התפסת זכויות, כי אולי טעם הדעה שלא מועיל לשון להבא בבריא הוא כי זה לשון הבטחה, ולכן אם אמר "מעכשיו", מועיל כי אז אינו לשון הבטחה אלא מיד, כמש"כ טור, חו"מ, רמ"ה, ה, בשם רמ"ה, אבל אם תולה את הדבר בדבר אחר, הרי אמר בפירוש שאינו מקנה מיד אלא כשיקרה הדבר האחר, ולכן לא יועיל "מעכשיו" עד שיתפיס נכסים, כמו שכתב שו"ת תורת אמת ס"י קל"ג (ד"ה ותן), שאם הקנאת

יש אומרים ש"יחלוק פלוני בנכסי", "יאכל פלוני פירות אלו" ו"נכסי לך" אינם מועילים⁶⁷¹. אבל אחרים אומרים שהם מועילים⁶⁷².

הקנאה לקטן

קטן קונה מתנה רק אם החפץ הגיע לידו, במשיכה או בהגבהה, אבל אינו קונה בשטר⁶⁷³, ולא בקנין סודר⁶⁷⁴, ולא אגב קרקע⁶⁷⁵, כי קטן אינו יודע בדרכי הקנאה כלל, ולכן קונה רק כשהחפץ מגיע לידו⁶⁷⁶.

קרקע נגמרת רק לאחר זמן, לא מועיל "מעכשו", ואף שב"אתן" מועיל קנין, זה משום שלא תלה את הנתינה בכלום, לכן מועיל קנין, כי לדעתו סתם קנין הוא כמעכשו, אבל אם קנה למכור ("אמכור"), הרי תלה את הדבר במכר, שצריך עוד שטר וקנין על המכירה עצמה, והיות שזה לשון עתיד וגם תלה את הדבר בדבר אחר, לא מועיל "מעכשו" עד שיחזיק; ואף שהוא קונה את הגוף מחיים, בכל זאת, היות שמצורפת מתנת הפירות שהיא לאחר מיתה, נחשב נותן לאחר זמן.

⁶⁷¹ יד רמיה, ב"ב, פ"ט, ס"ז (הובא בטור, חו"מ, רנ"ג, ד). "נכסי לך" מופיע בטור ולא ביד רמיה.
⁶⁷² טור שם בדעת הרא"ש והרמב"ן. פת"ח, קניינים, פט"ו הערה כ, מתקשה מנין זאת לטור, אולי הם סוברים שרק "יקנה" או "יזכה" מועיל (ראה לעיל, ליד ציון הערה 666) כי יש בזה צד נתינה.

על לשון הציווי לעדים לכתוב שטר, ראה ליד ציון הערה 462 בשטר קנין, וליד ציון הערה 544 ואילך בשטר ראה.
⁶⁷³ ר"ן על הרי"ף, גיטין ל ע"ב (בדפי הרי"ף); שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סי' פו (על הנותן קרקע לקטן שהוא פחות מצרור וזורקו, אגוז ונוטלו, מפני שאין לו יד); שו"ע, חו"מ, רמ"ג, יט (הובא בשו"ת שפת היס, חו"מ, סי' לה, בשו"ת מעשה איש, חו"מ, סי' ד, ובשו"ת משאת משה, חו"מ, סי' ה, דף כב ע"ב), כמסביר בסמ"ע ס"ק לג.
⁶⁷⁴ רמב"ם, הלכות מכירה, כט, י; טור, חו"מ, רלה, ח; שו"ע, חו"מ, סי' רלה, ו, וסי' רמ"ג, יט; תוס' גיטין סה ע"א (ד"ה צרור); ר"ן על הרי"ף, גיטין ל ע"ב (בדפי הרי"ף); שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סי' פו (על הנותן קרקע לקטן שהוא פחות מצרור וזורקו, אגוז ונוטלו).

הרמב"ם שם מבאר ראה ממה שקטן אינו קונה בקנין חצר. נתיבות המשפט, רלה, ס"ק יב, מסביר שראיית הרמב"ם מחצר היא, שאין אומרים שתקנת פטוטות היתה שיקנה בכל קנין, אלא תיקנו רק שיקנה במשיכה, אבל לא בשאר קניינים שכתוב בהם "איש" כגון קנין סודר (רות ד, ז).

דעה חולקת: ראב"ד, הל' מכירה, כט, ח, כותב שקטן קונה מטלטלין בקנין סודר, שהרי הוא עדיף מכסף שאינו קונה לגמרי. מגיד משנה, הלכה ט, דחה, הרי קנין כסף אינו מועיל בקטן. שו"ת שואל ומשיב מהדו"ד ח"ב סי' קצב (מא ע"ג), מיישב שמה שכסף אינו מועיל בקטן הוא כי כסף מועיל רק ל"מי שפרע", שלא שייך בקטן, ויש גזירה שמא יאמר "נשרפו חטיף בעליה" (ב"מ מז ע"א), אבל בקנין סודר לא שייך החשש הזה (תוס' ב"מ מז ע"א ד"ה ש"מ), ולכן קונה לגמרי ומועיל גם בקטן.

שו"ת סם חיי, סי' לד (עב ע"ד), כותב שתירוצו ראשון בתוס' גיטין סה ע"א (ד"ה צרור), סובר שקטן קונה בקנין סודר; והוא כותב שאם הקטן מוחזק, הוא יכול לומר קי"ל כדעה זו.

ב"ח, חו"מ, רלה, י, מסביר שלראב"ד קטן קונה בקנין סודר, כחלק מתקנת הפטוטות. פרישה, רלה, י, מסביר שהראב"ד סובר שקטן קונה בקנין סודר כי הגדול הקנה לו את כל קניינו מיד ולכן אינו יכול לחזור בו.

ביאור הגר"א, חו"מ, רמ"ג, ס"ק ל, העיר שאחרים תירצו בדרכים אחרות את הקושיה שממנה הגיע הר"ן להבחנתו, ולפייהם קטן יכול לקנות בשטר ובקנין סודר.

שו"ת מהרי"ט ח"ב, חו"מ סי' כב [להרחיב], כותב שמה שכתב הרמב"ם, שם, שקטן אינו זוכה בקנין סודר, הוא רק במכר, שדוקא במקח וממכר שתקנו לפטוטות משום כדי חייו, אינו זוכה בכל הדרכים שהגדולים זוכים בהם, אבל במתנה זוכה גם בקנין סודר. מחנה אפרים, הל' זכיה ומתנה, סי' ה, דוחה את דבריו, שהרי רמב"ם (הערה 677) כתב שאין חצר וארבע אמות קונים לקטן אפילו במתנה, ומשם למד בהלכות מכירה לקנין סודר.

⁶⁷⁵ ר"ן על הרי"ף, גיטין ל ע"ב (בדפי הרי"ף).

על הקנאה לקטן באודיתא, ראה הערה 274.

⁶⁷⁶ ר"ן שם (הובא בשו"ת סם חיי, סי' לד, דף עב ע"ג, ובשו"ת דבר משה, ח"ב, סי' קה, דף קיד ע"ד) (לגבי שטר, חליפין ואגב).

מזל שעה, על הרמב"ם, הלכות זכיה, ד, ו (עו ע"א), נימק כי בקנין אגב, צריך שהקונה יכוון שאגב שהוא זוכה בקרקע, הוא זוכה במטלטלין שנמצאים במקום אחר, ולקטן אין דעת לכוון כוונה זו; ובקנין סודר, הקטן צריך להקנות את סודרו לנותן, והרי קטן אינו יכול להקנות.

ח"י ר"ש שקאפ, ב"מ, סי' כג, אות ה, מבאר שהרמב"ם סובר שחליפין וכדומה עניינם שעי"ז נחשב שהמקנה הכניס את החפץ לרשות הקונה, והוא סובר שבעל החפץ לא יכול לעשות את המקבל לבעלים על חפץ שלו, אלא שע"י הקנאתו הוא מכניס את החפץ לרשות הקונה, וממילא זוכה הקונה, וכיוון שרשות של קטן קלושה, אין מועילים בו שאר דרכי קנין, כגון חליפין שבו בעל החפץ רק מכניס לרשות הקונה ע"י הקנאתו וגמירת דעתו, אבל קטן יכול לקנות קרקע ע"י חזקה, מפני שחזקה בקרקע הוא כמו יד במטלטלין, וכמו שיד במטלטלין מועיל בקטן מהתורה אם דעת אחרת מקנה לו, כך גם חזקה בקרקע.

הוא אינו קונה בקנין חצר⁶⁷⁷ ולא בקנין ארבע אמות⁶⁷⁸. אע"פ שחצר קונה מתנה אף בלי ידיעת המקבל⁶⁷⁹, הרי זה מדין שליחות, ואין שליחות בקטן, ורק כשהקטן זוכה בעצמו, הוא קונה ע"י דעת אחרת מקנה, ולא בחצרו⁶⁸⁰. גם באותם מצבים שחצר קונה מטעם יד⁶⁸¹, קטן אינו קונה בחצר מטעם יד, שהרי חצר המשתמרת נחשבת יד כיון שאדם שם כל דבר שהוא זכות לו בחצר המשתמרת⁶⁸², וקטן אינו שם דברים בחצר המשתמרת,

⁶⁷⁷ רי"ף, ב"מ ה' ע"ב (בדפי הרי"ף); רמב"ם, הלכות מכירה, כט, י, והלכות זכיה, ד, ט; סמ"ג, עשה פב (קסא ע"ד); רא"ש, ב"מ, פ"א, ס"י כט; ח"י הר"ן ב"מ יא ע"א (הובא בקהלת יעקב, תוספת דרבנן, מע' ז, אות קיט, דף מ ע"ב); טור, חו"מ, רלה, ח; שו"ע, חו"מ, רלה, ו, וס"י רמג, כג; שו"ת רוח יעקב (שלם), ס"י סז. חלק מהפוסקים דיברו על שכירות מקומם של המטלטלין הנקנים, וזה סוג של קניין חצר.

דעה חולקת: ראב"ד, הלכות מכירה, כט, יא, כותב שקטן יכול לקנות בשכירות מקום (היינו בקנין חצר) מדין "זכין". ב"ח, חו"מ, רלה, י, מסביר שהראב"ד סובר שחצרו קונה כי דעת אחרת מקנה. קצות החושן רמג ס"ק יא, מנמק שהראב"ד סובר שזיכוי לקטן מועיל מהתורה, והוא כותב שלפי השיטה שזיכוי לקטן מועילה מן התורה (הערה 869), קטן קונה בחצר. הוא כותב שזו גם דעת תוס' ב"מ יא ע"א (ד"ה ילפינן) - עי"ש להוכחתו. מחנה אפרים, הלכות קנין חצר, ס"י א, כותב שראב"ד סובר שלענין מתנה שדעת אחרת מקנה יש לקטן חצר וד' אמות, מפני שיש לו יד אם דעת אחרת מקנה, וחצר משום יד (ראה בשמו בהערה 203).

ח"י ר"ש שקאפ, ב"מ, ס"י כג, אות ה, דוחה את הסבר קצות החושן בדעת הראב"ד, שלא שייכת זכיה בחצר, כי זכיה עניינה שאחר עושה בפעולתו שזיכה המקבל בחפץ, היינו שעושה את החלות של הדבר שיעשה את המקבל לבעל החפץ, וזה לא שייך בחצר, שאינה בת קנין, ובחצר שייכת רק שליחות, שפעולה שנעשית ע"י החצר (הכנסה לרשותו) מועילה לבעל החצר כמו פעולה ששלוחו של אדם עושה, וכיון שאין לקטן שליחות, אינו קונה בחצר. הוא מפרש את הראב"ד ע"פ מה שהסביר (הערה 203) שאדם יכול לעשות בעצמו את ההכנסה לרשותו, שתועיל במקום ההכנסה שראויה להיעשות ע"י החצר, ואת ההכנסה הזאת יכול לעשות או הקונה או המקנה, וזה נקרא קנין חצר כי עיקר הקנין הוא מה שנכנס ע"י הקונה או המקנה לרשות הקונה, כענין קנין חצר; ולפי זה, מה שאמרו שחצר היא מטעם שליחות, הוא רק על פעולת ההכנסה, אבל עיקר הקנין אינו מטעם שליחות אלא מפני שהחפץ ברשות המקבל, אלא שצריך פעולת הכנסה, ולכן אם המקנה משכיר לקטן את מקום המטלטלין, מועיל משום דעת אחרת מקנה, כי בהשכרה זו מכניס המקנה את המטלטלין לרשות הקטן, וזה קנין מצד המקנה ככל דעת אחרת מקנה שמועיל כי זכות א"צ רצון הזוכה; ואמנם צריך כוונה לקנין, כי רק אם החצר עצמה עושה את פעולת ההכנסה, מועיל בלי כוונה, אבל אם נעשית ע"י אדם צריך כוונה, אבל די שהמקנה שעושה את מעשה הקנין יכוון, ובכל דעת אחרת מקנה, נחשב שנעשה המעשה ע"י המקנה. הוא מדייק מראב"ד ה' זכיה, ד, ט, שמועיל בקטן קנין חצר במתנה גם בלי שכירות מקום, אם החצר היתה של הקטן מקודם, ומנמק שהראב"ד סובר שא"צ שהנותן יעשה מעשה בפועל להכניס את הדבר לרשות הקונה, אלא די שהמקנה **מאפשר** שיוכנס החפץ לתוך החצר של הקטן ע"י הקטן או ע"י אדם אחר, וזה נחשב מעשה קנין מצד המקנה, וגם זה נקרא קנין חצר.

⁶⁷⁸ רמב"ם, הלכות מכירה שם והלכות זכיה שם; רי"ף שם; חידושי הר"ן שם; רא"ש שם; שו"ע ס"י רמג שם.

⁶⁷⁹ כאמור לעיל, ליד ציון הערה 206.

⁶⁸⁰ רי"ף, ב"מ ה' ע"ב (בדפי הרי"ף); רמב"ם, הלכות מכירה, כט, י; רא"ש, ב"מ, פ"א, ס"י כט; מגיד משנה, הלכות מכירה, כט, יא (הובא בשו"ת שואל ומשיב מהדו"ד ח"ב ס"י קצב דף מא ע"ג) (לגבי שכירות מקום); טור, חו"מ, רלה, ח; שו"ע, חו"מ, רלה, ו (הובא בשו"ת מעשה איש, חו"מ, ס"י ד, דף פב ע"א); ש"ך, חו"מ, רמג, ס"ק י; אהלי אהרן ח"א ס"י נ; אמרי משה ס"י כה אות יז; צבי גאון יעקב, ס"י יז.

נימוקי יוסף, ב"מ ה' ע"א (בדפי הרי"ף), פירש שמה שקטן יש לו יד כשדעת אחרת מקנה היינו מתקנת חכמים, והם תיקנו לו רק במה שתופס בידו ולא בחצר וד' אמות. מחנה אפרים, הלכות קנין חצר, ס"י א, מקשה עליו, שבגיטין סד ע"ב מוכח שאם דעת אחרת מקנה, יש לקטן זכיה מן התורה, וכן כתב הרמב"ם הלכות לולב, ח, י, שקטן זוכה מן התורה אם דעת אחרת מקנה לו.

ח"י ר"ש שקאפ, ב"מ, ס"י כג, אות ה, מבאר את שיטת הרמב"ם שלא מועילה שכירות מקום בקטן, כי ענין שליחות של חצר הוא שהשליח, החצר, מכניסה לרשותו של האדם (ראה בשמו בהערה 203), ובקטן צריך שיוכנס הדבר **לידו** ולא מועיל מה שנכנס לרשותו.

חרש ושוטה: משחא דרבותא, בחידושי הרב מסעוד אלפסי, חו"מ ס"י מג, יב (ב ע"ג) כותב שכמו שאין מועילה הקנאה לקטן ע"י אגב וחליפין, כך גם בחרש, שהרי ב"י, חו"מ, רמג, כ, כתב (בענין אחר) שחרש קטן; ואילם ממעי אמו דינו כחרש כי יש להניח שאינו שומע. גם עונגיו"ט, ס"י טז, כותב שחרש אינו קונה בקנין חצר. שו"ת אבני נזר, אהע"ז, ס"י ח, ס"ק טו, כותב ש**חרש ושוטה** קונים בקנין חצר, כי חצר קונה לאדם שלא מדעתו, ומה שאין לו שליחות הוא כי אין לו דעת, אבל חצר א"צ דעת; ודוקא קטן נתמעט משליחות כי אינו "איש", וזה כולל גם שליחות שהיא זכות לו ואינה תלויה בדעתו. אבל בהערה לאות יח, בסופה, הוא כותב שלפי הבבלי, חרש ושוטה נלמדים מקטן, ועולה מדבריו שאינם יכולים לקנות בקנין חצר.

עבד: אמרי משה ס"י כה, אות ג, כותב שעבד יכול לזכות במתנה מהאדון (לפי הדעה שמועילה מתנה מהאדון לעבד - ראה סעיף 1א) רק במשיכה או בהגבהה, אבל לא ע"י ידו, שהוא מדין חצר, כי ידו וכל גופו שייך לאדון, והוא כחצר של האדון; אבל אם אדם אחר נתן מתנה לעבד, הוא זוכה בה ע"י ידו, כמו ששותף יכול לקנות מאדם זר ע"י חצר השותפים, אבל אינם קונים זה מזה ע"י החצר (ראה ליד ציון הערה 244).

⁶⁸¹ ראה הערה 180.

⁶⁸² רי"ן, שהבאנו בהערה 203.

שהרי מה שביד קטן נחשב אבידה מדעת⁶⁸³; וגם אם הוא עומד בצד החצר, שאז היא דומה לידו שסמוכה לו, בקטן אינה קונה לו מטעם יד, כמו שבגדול שישן בצד החצר, אינו נחשב עומד בצידה⁶⁸⁴, וכך גם קטן שאין לו דעת ואינו שומרו כלל, לא נחשב עומד בצידה; ועוד, שהמקור לקנין חצר הוא מפסוק שנאמר בגניבה⁶⁸⁵, וקטן אינו קונה בגניבה כיון שאין דעת אחרת מקנה⁶⁸⁶. ואף שאפשר לזכות מתנה לקטן ע"י אחר⁶⁸⁷, וחצר הוא כמו זכיה, בכל זאת קטן אינו קונה בקנין חצר, לפי הדעה⁶⁸⁸ שזיכוי לקטן מועיל רק מדרבנן, כי תיקנו לו זיכוי רק ע"י בן דעת שראוי לזכות לעצמו, ולא תיקנו בחצר⁶⁸⁹. גם לדעה⁶⁹⁰ שזיכוי לקטן מועיל מהתורה, זכיית חצר גרועה, כיון שאין בה דעת, ואינה יכולה לזכות לעצמה, לכן זיכוי באמצעות חצר מועיל רק באופן שאפשר לומר שהחצר זוכה לבעל החצר מדין שליחות שלו, ובקטן שאין דין שליחות, חצרו אינה קונה לו; ואע"פ שזכיה ע"י בן דעת אינה מדין שליחות, זכיה ע"י חצר היא מדין שליחות⁶⁹¹.

אולם קטנה יכולה לקנות בשטר⁶⁹², בקנין סודר⁶⁹³, בחצר ובארבע אמות⁶⁹⁴. טעם הדבר הוא, כי חצר קונה באשה משום יד ויש לקטנה יד⁶⁹⁵, ולכן תיקנו חכמים שתקנה בסודר כמו גדול⁶⁹⁶. יש אומרים שאם יש לה אב, אינה קונה בחצר ובד' אמות, כי אז אין לה יד אלא אביה זוכה בשבילה⁶⁹⁷, אלא שאם כבר נישאת, גם אם יש

⁶⁸³ ב"ב פז ע"ב.

⁶⁸⁴ כאמור ליד ציון הערה 187.

⁶⁸⁵ ב"מ י ע"ב.

⁶⁸⁶ נתיבות המשפט, פתיחה לסי' ר (ד"ה לכן נראה). הוא מסביר (בד"ה והא דתלה) שמה שעולה מב"מ י ע"ב שאין לקטן חצר משום שאין לו שליחות, ולא אמרו את הטעם הנ"ל, הוא משום שבמתנה מועיל משום שליחות גם בלי שעומד בצידו ולא משתמר משום שדעת אחרת מקנה אותו. גם בספרו מקור חיים, תמח, ס"ק ה (כט ע"א במהד' תרכ"ב), הוא כותב שאף שחצר המשתמרת נחשבת יד ואינה מטעם שליחות, קטן אינו קונה בה, כי מה שנותנים לקטן הוא כאבידה מדעת, ואינו משתמר.

דעה חולקת: שו"ת בית יצחק, יו"ד, ח"ב, סי' ככו, אות א, מוכיח שבחצר משתמרת אין הבדל בין גדול לקטן (עיי"ש להוכחתו). עוד הוא משיג על מקור חיים, שמה שקטן אינו יכול לשמור הוא בשל אחר, ועל זה נאמר שהוא כאבידה מדעת, אבל בשל יכול לשמור, כמו שיכול לזכות, וא"כ חצרו יכולה להיות משתמרת.

⁶⁸⁷ כאמור ליד ציון הערה 859.

⁶⁸⁸ ליד ציון הערה 875.

⁶⁸⁹ קהלת יעקב, תוספת דרבנן, מע' ז, אות קיט (לט ע"ב-ע"ג); מחנה אפרים, הלכות זכיה, סי' ה (הובא בשרשי הים, ח"א, שורש זכיה קטן, דף קמז ע"א), בדעת הרמב"ם; קצות החושן, רמג ס"ק יא. כמו כן, עורה שחר, מע' ז, אות ב, מעלה אפשרות להסביר, שמה שזוכים לקטן ע"י אחר הוא רק תקנת חכמים, ומה שתיקנו במפורש תיקנו, ומה שלא תיקנו - לא.

ב"ח, חו"מ, רלה, ה, מסביר שקטן אינו קונה בשכירות מקום מדין זכין, כי גם אם נאמר שזכה במקום מדין זכין, מ"מ כדי לקנות את המיטלטלין צריך דין חצר, שאין לו; ואין לומר שהנותן מזכה לו את המיטלטלין ע"י השכירות - כי לא עשה כלום במיטלטלין, ולא יכול זיכוי לחול.

⁶⁹⁰ ליד ציון הערה 869.

⁶⁹¹ קהלת יעקב שם. אבל ראה הערה 677 בשם קצות החושן בדעת הראב"ד.

⁶⁹² קצות החושן, רמג, ס"ק ט (אם הגיע השטר לידה); נתיבות המשפט, רמג, ס"ק יא.

⁶⁹³ רמב"ם, הלכות מכירה, כט, י; טור, חו"מ, רלה, ט; שו"ע, חו"מ, רלה, ו; נתיבות המשפט, רמג, ס"ק יא.

דעה חולקת: שו"ת, חו"מ, רלה, ס"ק ג (הובא במשחא דרבותא, בחידושי הרב מסעוד אלפסי, חו"מ סי' מג, יב, דף ב ע"ג) כתב שלא מועיל קנין סודר בקטנה.

⁶⁹⁴ רי"ף, ב"מ ה ע"ב (בדפי הרי"ף); רמב"ם, הלכות זכיה, ד, ט; סמ"ג, עשה פב (קסא ע"ד); רא"ש, ב"מ, פ"א, סי' כט; חידושי הרי"ן, ב"מ יא ע"א; שו"ע, חו"מ, רמג, כג.

שו"ת, חו"מ, רמג, ס"ק י, כותב שגם אם אינה עומדת בצד חצרה, קונה אם החצר משתמרת, ומדייק כך מרמב"ם, סמ"ג דף קסא, מטור, שו"ע ורמ"א. אבל הוא מדייק מרש"י ב"מ יב ע"א (ד"ה גבלי), מתוס' ב"מ יב ע"א (ד"ה חצר), ורא"ש וריטב"א שם, וחידושי הרי"ן ב"מ יב ע"א (הובא בב"י, חו"מ, רמג, כה), שרק אם עומדת בצד חצרה, נחשב ידה, אבל אם אינה עומדת בצדה, גם אם החצר משתמרת, אינה כמו ידה כי אינה סמוכה לה, אלא הוא משום שליחות, ואין שליחות לקטנה, ולכן אינה קונה בחצר. נתיבות המשפט, פתיחה לסי' ר (ד"ה ולפי מה שכתבתי), מסכים לדעה השנייה.

⁶⁹⁵ רי"ף, ב"מ ה ע"ב (בדפי הרי"ף); רא"ש, ב"מ, פ"א, סי' כט; שו"ת, חו"מ, רמג, ס"ק י; אהלי אהרן ח"א סי' נ. נתיבות המשפט, פתיחה לסי' ר (ד"ה לכן נראה), מסביר שבקטנה, גזירת הכתוב הוא שהחצר נחשבת ידה ע"י עמידתה בצידה אף שאין לה דעת לשמור. ראה בשמו בהערה 686.

חי' ר"ש שקאפ, ב"מ, סי' כג, אות ה, מבאר שבקטנה, חצרה נחשבת כאילו הדבר נכנס לתוך ידה.

⁶⁹⁶ פרישה רלה, ט, וסמ"ע, רלה, ס"ק כח. בדומה, נתיבות המשפט, רלה, ס"ק יב, מסביר שבקטנה שיש לה חצר, משום שלומדים מציאה מגט (וכתבו תוס' ב"מ יא ע"א (ד"ה ילפינן), שהכוונה היא ללימוד דרבנן), עשאוה כגדול לכל דבר.

⁶⁹⁷ נ"י ב"מ ה ע"ב (בדפי הרי"ף); רמ"א, חו"מ, רמג, כג.

לה אב, יש לה יד וקונה בחצר⁶⁹⁸. אבל אחרים אומרים שגם קטנה שיש לה אב, יש לה יד⁶⁹⁹. לפי הדעה שאין זכות לאב במתנה שקיבלה הקטנה⁷⁰⁰, או במתנה שניתנה לה ע"מ שאין לאביה רשות בה, שלכל הדעות אינה שייכת לאביה, אין סיבה שתתבטל זכות חצירה שדומה לידה, ולענין מתנה כזו, כאילו מת אביה⁷⁰¹.

הקנאה בשבועה

אם לא עשו קנין, או עשו קניין שאינו תקף, כגון קנין סודר בהקנאת מטבע⁷⁰², והנותן נשבע לתת, הוא חייב לקיים את שבועתו, אבל הבעלות אינה עוברת למקבל מן הדין, ויורשיו אינם חייבים לקיים את שבועתו⁷⁰³.

אם ידוע שהנותן רוצה להקנות אבל לא עשו מעשה קנין

יש אומרים שאם ידוע שהמקנה רוצה להקנות, כגון שגילה דעתו פעם אחת, או שברור שזה זכות לו, חלה הקנאה גם אם לא עשה מעשה קנין⁷⁰⁴. אבל אחרים אומרים שלא מועיל אומדנא שהמקנה רוצה להקנות אלא צריך קנין גמור⁷⁰⁵, והמקבל לא קנה גם אם אמר הנותן: "אני נותן לך חפץ זה ואני גומר דעתי ורצוני שתקנהו מעתה שיהיה שלך בכל מקום שהוא", מפני שמה שאינו קנין ע"פ תקנת חז"ל אינו מועיל גם אם גמר בדעתו⁷⁰⁶.

מתנה שהציבור נותן

מתנה של קהל או של טובי העיר תקפה אף בלי קנין⁷⁰⁷.

תקנה שדורשת אישור של חכם למתנה

יש קהילות שתיקנו תקנה, שמתנה תקפה רק אם חכם אישר אותה⁷⁰⁸.

⁶⁹⁸ נ"י שם; סמ"ע, רמג, ס"ק לט.

⁶⁹⁹ ש"ך, חו"מ, רמג, ס"ק יא, בדעת רש"י, תוס', בעל העיטור, המאור והרא"ש; נתיבות המשפט, רמג, ס"ק יד. הש"ך כותב שגם נ"י שכתב שאין לה יד, דיבר על גט ולא על מתנה.

בית שמואל, קמא, ס"ק ו, כותב שקניית מתנה ע"י חצר של קטנה שיש לה אב, תלויה במחלוקת הר"ף גיטין לא ע"א (בדפי הר"ף) והרא"ש גיטין פ"ז סי' ט, האם יש לה יד לקבל גט.

⁷⁰⁰ חלקת מחוקק, לז, ס"ק א, מסופק בזה.

⁷⁰¹ נתיבות המשפט שם. הוא כותב שזו גם דעת הרמ"א, ומה שכתב שאין לה יד, הוא במציאה שהיא של האב, או בקטנה הסמוכה על שולחן אביה שמתנה שנותנים לה שייכת לאב (שו"ע, חו"מ, רע, ב), וכיון שהחצר אינה זוכה לה אלא לאביה, ולגבי זכות אביה, החצר אינה נחשבת יד שלה.

⁷⁰² כאמור ליד ציון הערה 56.

⁷⁰³ ר"מ מלמד, בשו"ת משפט צדק, ח"ב, סי' י (כא ע"ד, כב ע"א), ע"פ שו"ת הריב"ש סי' שלה, שכתב לגבי מי שנשבע לקיים חיוב מסוים שיש בו אסמכתא, שאם מת ולא קיים את שבועתו, בניו פטורים. ר' שלמה לבית הלוי בתשובתו שם (כג ע"ג), כותב על מקרה זה שספק שבועה להחמיר, ואע"פ שהיורשים פטורים משבועתו, מ"מ יש לפשר.

⁷⁰⁴ ר"א גורדון, בשו"ת חבל יעקב, חלק א, סי' ז אות ח. כמו כן, ר"י בורוכוב, שם, סי' ו, אות יט, מביא את דברי חידושי הרשב"א, ב"ק קב ע"ב (ד"ה הוא דאמר), שאם אן סהדי שאדם מקנה בלב שלם, חלה הקנאה בלי מעשה קנין.

ט"ז, או"ח, תלד, ס"ק ו, כתב ששליח לבטל חמץ יכול לבטלו אף שהחמץ אינו שלו, כי מסתמא בעל החמץ נותן את החמץ שלו במתנה לשליח כדי שיוכל לבטל (ראה סעיף 1א), וזאת אף שלא עשה מעשה קנין. מקור חיים, תלד, ס"ק ב, הקשה על הט"ז, איך קנה השליח, הרי לא עשה קנין? ציונים לתורה, כלל לט, דף נו ע"א, מסביר שאן סהדי שהוא גומר ומקנה כדי להניצל מאיסור חמץ, ולכן קונה ברצון בלבד בלי מעשה קנין. והוא מביא עוד דוגמאות להקנאה ברצון בלי מעשה קנין. יש להעיר שבסעיף 1א) הבאנו עוד דוגמאות למתנה מכלל על סמך אומדנא שהבעל הנכס רוצה לתת במתנה, ובחלקם לא נעשה מעשה קנין (אף לא קנין חצר), וצריך להסביר כמו ציונים לתורה.

⁷⁰⁵ ר"י בורוכוב, שם סי' ח, אות כה.

⁷⁰⁶ שו"ת נודע ביהודה מהדורא קמא חו"מ סי' כח (ד"ה עוד אהובי).

⁷⁰⁷ כנה"ג, חו"מ, קצה, הגהב"י אות כ (הובא במטה שמעון, קצה, הגהב"י אות יז), בשם הרא"ש. הוא מסתמך על שו"ת הרא"ש, כלל ו, סי' יט, שכתב שכל מה שטובי הקהל מסכימים לעשות, תקף אף בלי קנין.

⁷⁰⁸ שו"ת באר מים חיים (די אבילא) דף לב ע"ד; שו"ת אשר לשלמה (דנאן), סי' מא (פח ע"ג). אבל אשר לשלמה הביא (בדף פח ע"ד) דעה שהתקנה לא חלה על מתנת בריא אלא רק על מתנת שכיב מרע.

כמו כן, שו"ת משפטים ישרים (בירדוגו), חלק ב, סימן רסח (ד"ה נקטין), כותב שהתקנה במרוקו שכל מתנה צריכה להיות בפני חכם העיר - אמורה רק במתנה שנתן בשעת מותו, אבל מתנת בריא א"צ הסכמת חכם.

באר מים חיים מעלה אפשרות שאם לא היה מצוי חכם ("חבר עיר") בשעת נתינת המתנה, כגון שחלה הנותן, ולא היה יכול לאסוף חבר עיר בשעת נתינת המתנה, המתנה תקפה בלי חבר עיר. וכתב שאם יש מחלוקת אם התקנה חלה, המתנה קיימת, ע"פ רמ"א אהע"ז קיח, ו, האומר שבספק תקנה, הולכים לפי דין תורה.

מתנה שלא נרשמה במירשם

גם אם עשו את כל הקניינים הנחוצים לפי ההלכה, הרי אם לא הועבר בפנקס הקרקעות הממשלתי, במקום שחוק המדינה מחייב רישום כזה, לא הועיל, כי דינא דמלכותא - דינא⁷⁰⁹.

זיכוי מתנה למקבל ע"י צד שלישי

כללי

ראובן יכול לזכות מתנה לשמעון על ידי לוי. ברגע שלוי (איש האמצע) עושה מעשה קנין בנכס, כגון שמשך מטלטלין, או החזיק בקרקע, זכה שמעון המקבל בנכס, ואין הנותן יכול לחזור בו⁷¹⁰, משום שזכין לאדם שלא בפניו⁷¹¹.

יש אומרים שזכייה זו פועלת מטעם שליחות⁷¹², כלומר שאיש האמצע פועל כשליח מכללא של המקבל, ולכן כשהנכס מגיע לידי איש האמצע, הוא כאילו הגיע לידי המקבל. הוא נעשה שליח של המקבל מאילו, אף אם המקבל אינו יודע על המתנה, כי אכן סהדי שנוח למקבל, והוא נחשב שליח קבלה לקבל מתנה זו⁷¹³.

לכאורה, שיטה זו אינה מתיישבת עם הדעה⁷¹⁴ שהמקבל אינו יכול למנות אדם להיות שלוחו לקבל את המתנה. אבל אפשר לומר שדוקא אם הוא עושה שליח קבלה במפורש, אין זה מועיל, כי המקבל אינו יודע בוודאות האם הנותן יתן לו, ולכן לא גמר בדעתו לעשותו שליח קבלה⁷¹⁵; משא"כ בזיכוי, שאיש האמצע נעשה שליח

משפטים ישרים שם (ד"ה גם אין) מביא מחלוקת לגבי תקנה במרוקו, שהנותן מתנה בשעת מותו בלי הסכמת אשתו, אין לה תוקף - האם היא דוקא במתנת שכיב מרע או גם במתנת בריא.

⁷⁰⁹ שו"ת פני יצחק (אבולפיה) ח"ה חו"מ סי' ד (קמג ע"א).

⁷¹⁰ רמב"ם, הלכות זכיה ד, ב; סמ"ג, עשה פב (קסא ע"ג); מאירי, ב"ב קלח ע"א, עמ' 574; טור, חו"מ, רמג, א; שו"ע, חו"מ, רמג, א; שו"ת מהר"ם אלשיך סי' לד; שו"ת מהרשד"ם יו"ד סי' קעא.

ראה סעיף 4 בשם שו"ת רמ"ע מפאנו, סי' עב, על זיכוי כסף לעניים ע"י אחר; אבל שם אמרנו שאינו ממש זיכוי. רמב"ם שם; סמ"ע, רמג, ס"ק א.

נ' רקובר, "עקרונות המשפט העברי בחוק המתנה", הפרקליט כד (תשכ"ח), עמ' 500, מציין שהמשפט האנגלי והאמריקאי מכיר בזיכוי למקבל ע"י אדם שלישי; ומציין שימוש מושאל בכלל "זכין לאדם שלא בפניו", בפ"ד יח(3) עמ' 348. אבל לפי החוק לא מועיל זיכוי לידי אדם שלישי - ראה סעיף 3 בשם ראב"ל.

דיני חוזים במשפט העברי, עמ' 249, מדייק מנתיבות המשפט, קצה, ס"ק א (שהבאנו בסעיף 3, בהקשרים אחדים), שיש טעם נוסף שהנותן אינו יכול לחזור בו: כי הנותן תולה את כל הענין ברצונו של המקבל, וכאילו הנותן מבטל את רצונו מפני רצונו של המקבל.

⁷¹² רש"י, גיטין ט ע"ב (ד"ה יחזור) (על שחרור עבד); תוס' פסחים צא ע"ב (ד"ה איש זוכה), כתובות יא ע"א (ד"ה מטבילין - לא על מתנה), נדרים לו ע"ב (ד"ה מל), קידושין נו ע"א (ד"ה מתקין) (לא על מתנה), גיטין סד ע"ב (ד"ה שאני), וסנהדרין סח ע"ב (ד"ה קטן); סמ"ג עשה פב (קסא ע"ג); רא"ש, גיטין פ"א, סי' יג, וקידושין פ"ב, סי' ו וסי' ז; ר"ן על הרי"ף, קידושין טז ע"ב (בדפי הרי"ף); תשובות מיימוניות סי' קנין סי' כ (הובא ברא"ש ב"ק פ"י סי' כא); דברי אמת קונטרס יא סי' נב (דף קטו ע"א במהד' קושטא) בדעת רש"י פסחים צא ע"ב (ד"ה איש), ורש"י קידושין מה ע"ב (בענין קידושין), רמב"ם, ר"ן ורשב"א לגבי עבד; שו"ת מהרי"ט, ח"ב, אהע"ז סי' ז; שו"ת נודע ביהודה מהדו"ק אהע"ז סי' עז (ד"ה ומה שהביא מאונס); ביאור הגר"א, חו"מ, רמג, ס"ק כח.

אור צבי, נדרים פח ע"ב, כותב שבכל זיכוי, איש האמצע הוא שליח של המקבל לזכות בשבילו, ויכול לזכות למקבל כי היה יכול לזכות לעצמו אילו הנותן היה נותן לו, ואחרי שזוכה לעצמו יכול להקנות לשלישי, ולכן אומרים "מיגו דזכי לנפשיה זכי לחבריה".

זו שאלה כללית ב"זכין לאדם שלא בפניו". ראה חוק לישראל, שליחות, עמ' 777-780.

⁷¹³ קהלת יעקב, תוספת דרבנן, מע' ז, אות קיט (לג ע"ג במהד' לבוב תרכ"ב), בדעת פוסקים אלה.

נימוקי יוסף, נדרים טז ע"א (בדפי הרי"ף), כותב שבדין "זכין", השליח (איש האמצע) הוא כמו ידו. מן הסתם כוונתו שהוא ידו של המקבל.

ברור שכוונת פרשנים אלו היא שאיש האמצע הוא שליח של המקבל, כי אם הוא רק שליח של הנותן, מדוע הנותן אינו יכול לחזור בו מאז שזכה איש האמצע, הרי הנכס עדיין לא יצא מרשות הנותן? וראה הערה 719, שניתכן שלפי השיטה האחרת, הוא שליח של הנותן. לפרשנים נוספים הסבורים שאיש האמצע הוא שליח של המקבל, ראה הערה 884.

שו"ת להורות נתן ח"ח סי' קב, בסופו, כותב שהנותן נעשה שליח של המקבל לזכות לו את הממון ע"י איש האמצע, וזאת ע"פ רשב"ם, ב"ב קעג ע"ב (ד"ה גמר), שאומר כך לגבי מלוה ע"י ערב (ראה חוק לישראל, ערבות, עמ' 7).

⁷¹⁴ ליד ציון הערה 931.

⁷¹⁵ קהלת יעקב (שבסמוך) משווה זאת לעושה שליח על דבר שלא בא לעולם, כגון לקדש לו אשה נשואה לכשתתגרש, שאין מינויו מועיל (נזיר יב ע"ב), כי אין לו סמיכות דעת, כי ייתכן שהדבר לא יבוא לעולם.

קבלה ממילא, ובשעה שאיש האמצע עושה את עצמו שליח קבלה, אין חשש שאולי הנותן לא יתן, שהרי הוא נעשה שליח קבלה רק ברגע הנתניה⁷¹⁶. ועוד, שאף שהמקבל אינו יכול למנות שליח לפעולה זו, מ"מ כיון שהמקבל יכול למנות שליח במצבים אחרים, מועיל שמישהו יזכה בעבורו כשלוחו⁷¹⁷. הסבר אחר הוא שאף שהמקבל אינו יכול לעשות שליח לזכות בשבילו בדבר שאינו שלו, הרי כשהנותן ממנה אותו שליח לזכות עבור המקבל, הוא נעשה גם שליח של המקבל⁷¹⁸.

אבל אחרים אומרים שזכיה אינה מטעם שליחות⁷¹⁹, כלומר, איש האמצע אינו שלוחו של המקבל, ובכל זאת המקבל קונה את החפץ ע"י זכיית איש האמצע בחפץ.

הצד השלישי נחוץ כאן, שכן הנותן אינו יכול לזכות מתנה למקבל ע"י עצמו, גם אם יתכוון לשמש כשליח של המקבל או שיתכוון לזכות בעבור המקבל, מפני שכדי להעביר בעלות על חפץ, צריך שהחפץ יצא מרשות הנותן⁷²⁰.

⁷¹⁶ קהלת יעקב, תוספת דרבנן, מע' ז, אות קיט (לד ע"ב).
⁷¹⁷ שרשי הים, שורש זכיית קטן (קמב ע"ג). הוא משווה זאת לדברי ח' הריטב"א קידושין כג ע"א (ד"ה איבעיא), שמועיל זיכוי שטר שחרור לעבד גם אם נניח שאינו יכול למנות שליח לקבל גט שחרור, כי ישנו בשליחות בעלמא.

⁷¹⁸ יד דוד (קרלין) ח"ב דף קא ע"ג, הגהה יט. כמו כן, דבר למשפט (רוזנברג), סי' ג, אות יג, כותב שבזיכוי, הזוכה הוא גם שליח של הנותן, וגם שליח של המקבל. יש להוסיף הסבר, שאם היה רק שליח של הנותן, הנותן היה יכול לחזור בו כל זמן שלא הגיע הנכס לידי המקבל, כי הוא יכול לבטל את השליחות; ועכשו שהוא גם שליח של המקבל, אינו יכול לבטל, כי קנאו המקבל ברגע ששלוחו, הזוכה, קנה בשבילו.

נתיבות המשפט, רי ס"ק א, כותב שזכיה היא מטעם שליחות, ואיש האמצע הוא שליח של הנותן, שהרי אי אפשר לומר שהוא שליח של המקבל, לפי הר"ן האומר שצריך שליחות של בעל הממון.

דעות חולקות: שו"ת תשובה שלמה, ח"א, או"ח, סי' יז (כא ע"א), כותב שבזיכוי, איש האמצע אינו שליח של הנותן, אלא הנותן מסלק את רשותו מהחפץ, כאילו נותן ליד המקבל ממש, ואיש האמצע נעשה שליח של המקבל, וידו כיד המקבל. הוא מתכוון ליישב בזה את מה שהקשה (בדף כ ע"ד), הרי אדם אינו יכול להיות גם שליח של הנותן וגם שליח של המקבל, כפי שנראה ליד ציון הערה 921. לכאורה, דבריו ייתכנו רק לפי נתיבות המשפט (הערה 903) הסובר ששליח לתת מתנה עושה רק מעשה קוף, ולכן אפשר לומר שאיש האמצע אינו שליח של הנותן, אבל לפי קצות החושן (הערה 907) ששליח הנותן עושה שליחות ממש, הקושיה עדיין קשה. אבל נראה שקצות החושן דיבר רק בשליח לתת מתנה בלי זיכוי, שאז המקבל קונה רק כשהנכס מגיע אליו, ולכן נחוצה שליחות הנותן, משא"כ בזיכוי, שהמקבל קונה מיד את המתנה, איש האמצע אינו צריך לשמש שליח של הנותן.

כמו כן, שו"ת ראשי בשמים (גוריון), או"ח, סי' טז, אות ט, מסביר שבזיכוי, איש האמצע זוכה מכוח שליחותו של המקבל; ואין לומר שזה מועיל מטעם שליחות הנותן, כי כיון שהנותן מסר את החפץ לאיש האמצע, וסילק את עצמו מהחפץ, כבר הסתלקה רשותו מחפץ זה, לענין זה שאיש האמצע יכול לזכות בשביל המקבל, ובסילוק הנותן לחוד די להפקיע את כוחו, ואין צורך בשליחותו; כיון שהנותן סילק את עצמו מהנכס, כבר לא שייך לומר שאיש האמצע זוכה בשביל המקבל בשליחותו של הנותן (יש להעיר שלכאורה, לפי זה, אם איש האמצע תפס את הנכס לעצמו, זכה, שהרי הנכס כבר אינו שייך לנותן; אבל אפשר לומר שהנותן הסתלק מהנכס רק על דעת שאיש האמצע יזכה בעבור המקבל; וראה הערה 883, ששפת הים כותב שאיש האמצע יכול לזכות לעצמו כי הנכס הוא הפקר אחרי הסתלקות הנותן). הוא מסביר שמה שכתבו תוס' ב"מ ע"ב (ד"ה בשלמא), שצריך שאיש האמצע יהיה שליח של הנותן, הוא רק בנידון, פרעון חוב שיש בו ריבית, שהגוי לא רצה להסתלק מהכסף עד שיגיע לידי המקבל, כדי שיופטר מחובו, ולכן צריך שאיש האמצע יהיה שליח של הגוי.

⁷¹⁹ חידושי הרמב"ן, קידושין כג ע"ב, וב"מ ע"ב; חידושי הרשב"א, קידושין מב ע"א וב"מ ע"ב; חידושי הריטב"א, קידושין דף כג ע"א (הובא בקהלת יעקב, תוספת דרבנן, מע' ז, אות קיט (לו ע"א), באמרי משה סי' כה אות ט, ובדיני חוזים במשפט העברי, עמ' 243-244) ודף מב ע"א, וכתובות יא ע"א; דברי אמת קונטרס יא סי' נב (דף קיד ע"ב במהד' קושטא), בדעת הר"י (על גט ועבד), ודף קטו ע"א (קלד ע"ב במהד' הלבשרטאט), בדעת שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סי' פו (שכתב שזוכים לקטן מהתורה), ובדעת מגיד משנה, הלכות מכירה, פרק כט; קצות החושן, רמז, ס"ק ג; נתיבות המשפט, רי ס"ק א, בדעת שו"ת מהרי"ט ח"ב חו"מ סי' כב.

לשאלה האם זו שליחות, יש נפקות בענין זיכוי שאחד מהצדדים בו אינו בר שליחות - ראה להלן.
ראה סעיף 4, בענין זיכוי מתנה על תנאי, שהרשב"א וקהלת יעקב כותבים שלפי שיטה זו, איש האמצע הוא שליח של הנותן. וראה ליד ציון הערה 878, דעה שאיש האמצע הוא שליח של הנותן.

תורת השליחות (הראל), סי' כ אות ד, כותב (ומציין שכתב כך בסימנים קודמים) שבזיכוי, איש האמצע אינו נחשב שפועל בכוח של המשלח (המקבל), כי הוא אינו בעלים לפעול ע"י כוח זה, שלא נמסר לו, אלא זה כוח עצמי ומחודש שהתורה נתנה בפרשת זכיה, לפעול ולעשות חלות כל אחד לחברו. נראה [לבדוק] שהוא כותב כך לפי השיטה שזכיה אינה שליחות.

⁷²⁰ שו"ת מהרי"ט, חלק א, סי' קכז (ד"ה ויש לברר); נתיבות המשפט, סי' ס, ס"ק יט, וסי' רי ס"ק ב.
אבל גנזי חיים מע' ש אות פד, כותב שמשו"ת המב"י ח"א סי' קמה, משמע שלא כמהרי"ט, שהרי המב"י כתב לענין הקנאת בית, שאם המקבל אמר לנותן שיעשה מעשה תיקון בבית בשבילו, המקבל קונה בחזקה, כיון שהנותן נעשה שלוחו, וכן אם אמר לו "משוך פרה זו שאתה נותן לי לרשותי או לסמטא מרשות הרבים כדי שאחזיק בה" קנה, כי הנותן

מהתורה או מדרבנן: יש אומרים שזיכוי מתנה מועיל רק מדרבנן, ואינו מועיל מהתורה, כי מתנה אינה נחשבת זכות גמורה, שהרי יש במתנה צד חובה, ש"שונא מתנות יחיה"⁷²¹. אבל אחרים אומרים שזיכוי מתנה מועיל מהתורה⁷²², מכח מה שהתלמוד⁷²³ דורש זאת מהפסוקים. הם יוכלו לענות לטענה הנ"ל, שרוב האנשים מסכימים לקבל מתנות למרות ש"שונא מתנות יחיה", ולכן במצב סתמי היא נחשב זכות.

גם אם מת הנותן לפני שהגיע הנכס למקבל, המקבל קנה, כי קנה בחיי הנותן מהרגע שזיכה לו ע"י אחר⁷²⁴. אם מת המקבל אחרי שזיכה לו הנותן, לפני שהגיע הנכס לידו, זכו יורשי המקבל⁷²⁵, וזאת גם אם הנותן עשה תנאי "ע"מ שיגיע לידו", מפני שמשמעות התנאי "על מנת שיגיע לידו" כוללת אם יגיע ליורשיו⁷²⁶. אין חוששים שמא

נעשה שלוחו של המקבל להוציא את החפץ מרשותו לרשות הקונה. לעומתו, שו"ת דברי מלכאל חלק א סי' פ אות יז, כותב שאף שא"א שזיכה אדם לחבירו בשל עצמו כמו שכתבו תוס' (שהבאנו בהערה 250, וראה שם שיש חולקים) לענין קנייה ע"י החצר של הנותן, מ"מ אם עשאו שליח קנה, כמו שכתב המב"י; ולפי זה אין מחלוקת בין מב"י למהרי"ט. עוד יש להעיר, שהמב"י דובר על מכר, וגם לדעה (הערה 931) שמקבל מתנה אינו יכול למנות שליח, קונה במכר יכול למנות שליח כי הוא "בעל הממון" - נותן כסף בעד החפץ. שו"ת מהרש"ם, ח"ו, סי' קמה, כותב שהאחרונים פסקו שלא מועילה משיכת מוכר עבור הקונה, שלא כמב"י.

⁷²¹ קהלת יעקב, תוספת דרבנן, מע' ז, אות קיט (לג ע"ד במהד' לבוב תרכ"ב), מוכיח שלדעה שזיכה מטעם שליחות, ר' יהושע בב"ב קנו ע"א סובר שהיא מדרבנן (עיי"ש להוכחתו). והוא כותב שכיון שזו דעת ר' יהושע, יש להניח שכל התנאים סוברים כך, כי אין להרבות במחלוקות.

שרשי הים, ח"א, שורש זכית קטן (קמא ע"ג), כותב שמי שסובר שזכייה לקטן מועילה רק מדרבנן (ליד ציון הערה 875) סובר שכל זיכוי הוא מדרבנן, וסובר כמשי"כ חי הרמב"ן, ב"מ ע"ב (ד"ה הא דאמרין) שמה שלומדים זיכוי מהפסוק (ליד ציון הערה 723) נדחה במסקנת הסוגיה. והוא מעלה אפשרות שהרמב"ם סובר כך. ראה בשמו בהערה 875, שכתב שהרמב"ם סובר כרמב"ן לגבי קטן. והוא כותב (בדף קמב ע"ב) שלדעה שזיכה מטעם שליחות, כל זיכה היא מדרבנן, כי אין לומדים זיכוי מ"נשיא אחד", אבל לפי הדעה שזיכה אינה מטעם שליחות, היא מהתורה.

⁷²² קהלת יעקב שם (דף לד ע"א) בדעת תוס' קדושין יט ע"א (ד"ה אומר), ורא"ש, קידושין, פ"א, סי' כה. יש להעיר שלפי הדעה ליד ציון הערה 869 שזיכוי לקטן מועיל מהתורה, בוודאי בגדול הוא מועיל מהתורה.

⁷²³ קידושין כג ע"א.

⁷²⁴ קהלת יעקב, תוספת דרבנן, מע' ז, אות קיט (לו ע"א).

⁷²⁵ קצות החושן, קכה, ס"ק ג. הוא מביא ראיה לכך מגיטין יד ע"ב, ששם נאמר שהאומר "הולך מתנה זו לפלוני", ומת המקבל, זכו יורשי המקבל, לפי הדעה ש"הולך" הוא לשון זיכוי. וראה ליד ציון הערה 806, שהדין כך גם אם המקבל מת לפני שנודע לו על המתנה.

חקרי לב, חו"מ, ח"ב, סי' פב (קלז ע"ד), מסביר שאין אומרים שכיון שהזכיר "פלוני", התכוון לא לתת ליורשי המקבל (כמו שכתב שו"ת הרא"ש כלל פא, סי' א, בסופו, שאם ראובן נתן לשמעון חדר שידור בו, שישתמשו בו שמעון ואשתו, ומת שמעון, לא יירשו בניו, ממה שהוצרך להזכיר את אשתו) - כי המקבל כבר זכה ע"י הזיכוי, ובניו יורשים ממנו. כמו כן, שו"ת פרח מטה אהרן ח"א סי' ח דף כד ע"א (הובא בשבט בנימין סי' רצ, דף קכב ע"א), כותב שמי שנתן מתנה לאחר בקנין ועוד לא הגיע למקבל (ומן הסתם מדובר שעשה את הקנין עם איש אמצע, וזה זיכוי), ומת המקבל, זכו היורשים במתנה, ואין אומרים שהקפיד "לך ולא ליורשך", כי דוקא באומר "ל"י מפרשים "לי ולא ליורשי" כי יש להניח שהוא רצה להרוויח בעצמו.

⁷²⁶ קצות החושן שם. ראה בסעיף 4 בענין "לי ולא ליורשי". הוא כותב כך כדי ליישב את הרמ"ה, המובא בטור, חו"מ, קכה, ה (והובא בשו"ע, חו"מ, קכה, ד, בשם "יש אומרים"), האומר שהשולח פרעון חוב או מחזיר פקדון ע"י אחר ואומר לו "תן" או "הולך" (שהם לשון זיכוי ובחוב), אין השליח יכול לתפוס לעצמו את הכסף עבור חוב שהמקבל חייב לו, כי רואים כאילו השולח התנה "זכה לו ע"מ שיבוא ליד המקבל", וכשיגיע למקבל, יזכה למפרע, וכל זמן שלא נתקיים התנאי אינו של המקבל אלא שהשולח אינו יוכל לחזור בו; שלפי דבריו כל מי שמזכה מתנה ע"י אחר מתכוון להתנות את הזיכוי בתנאי "ע"מ שיגיע למקבל", ולכאורה קשה, א"כ מדוע אם מת המקבל, זכו יורשי המקבל? והתשובה היא שכיון שהגיע ליורשי המקבל, נחשב שהתנאי התקיים.

שו"ת שואל ומשיב מהדו"ה סי' פא (פה ע"א), מיישב את הרמ"ה בדרך אחרת: תנאי מכללא זה קיים רק אם לא מת הנותן, אבל אם מת הנותן, הרי איש האמצע לא יוכל להשיב למי שנתן לו, ולכן אין אומדנא שהנותן רצה שהמתנה תתבטל אם לא תגיע למקבל, ולכן זכו יורשי המקבל (נראה שהוא אומר את הדברים האלו גם כדי ליישב את הגמרא בגיטין לפי דעת הט"ז האומר שהמבטח מתנה למישהו, ומת המקבל, אינו חייב לתת ליורשיו - ראה בשמו בסעיף 5). מדבריו יוצא שאם מת המקבל ולא מת הנותן, לא זכו יורשי המקבל במתנה, כיון שלא התקיים התנאי מכללא שיגיע למקבל.

שו"ת כתב סופר, חו"מ, סי' כג (ד"ה אלא דבאמת), מיישב את הרמ"ה בדרך אחרת: התנאי מכללא קיים דווקא אם המקבל חייב לשלוח, ואם הנותן יזכה לו בלא תנאי יוכל השליח לתפוס, לכן מניחים שהמשלח לא היה רוצה לזכות למקבל מיד, דבר שיפעל לרעת המקבל, בכך שיוכל השליח לתפוס, ומה שאומרים "נותן בעין יפה נותן" הוא רק במה שהוא לטובת המקבל ולא לרעתו, לכן מצד אחד מניחים שהנותן מזכה לו מיד כדי שלא יוכל (הנותן) לחזור בו, אבל כדי שלא יוכל השליח לתפוס, מניחים שהוא עושה תנאי כאומר, ומפרשים את דבריו לשתי פנים, הכל לטובת המקבל; וזאת אם אמר "תן", אבל אם אמר במפורש "זכה", ברור שהוא מזכה לו לגמרי בלי תנאי, ולכן יוכל השליח לתפוס, וכן אם

אילו המקבל היה חי, לא היה מסכים לקבל את המתנה, כי כיון שלא התנגד בפירוש, מניחים שהוא מעוניין במתנה, ואין היורשים יכולים לומר שאינם רוצים את המתנה⁷²⁷. אך אם המקבל מת לפני הזיכוי (והנותן לא ידע על כך), אין תוקף לזיכוי, כי אין זכייה למת⁷²⁸, ומניחים שהנותן רצה לתת לו ולא ליורשיו⁷²⁹.

זיכוי מתנה מועיל גם אם איש האמצע אינו מכיר את המקבל⁷³⁰.

מועיל זיכוי לקבוצה מוגדרת של אנשים, כגון "כל מי שגר במבוי הזה", או "כל בני השבט הזה"⁷³¹.

אפשר לזכות מתנה ע"י קנין סודר, כלומר שהנותן עושה קנין סודר עם איש האמצע, וע"י כך נקנה הנכס למקבל⁷³². כמו כן, אפשר לזכות מתנה ע"י שטר (במתנת קרקע), שהנותן מוסר את שטר המתנה לאיש

אין לשלוח תביעה על המקבל, גם אם אמר "תן" דינו כ"זכה" לגמרי, ובה מדובר בגיטין שם, ולכן "הולך" כ"זכה" לגמרי בלי תנאי, ולכן זכו יורשי המקבל. הוא מיישב בזה גם את מה שהקשה קצות החושן שם מהאמור בשו"ע, חו"מ, קכה, א, לגבי לווה השולח פרעון חוב, שאם הפני המשלח (הלווה), והשלוח החזיר לו כך שהמלוה אינו יכול לגבות את חובו, חייב השליח באחריות כלפי המלוה על כך; ואם הנתנה היתה בתנאי מכללא שיגיע למקבל, הרי כיון שהשלוח החזיר לנותן, לא נתקיים התנאי, וכאילו הנותן לא זיכה לו מעולם, ומדוע השליח חייב באחריות? ולפי האמור מיושב - שמדובר שהמקבל אינו חייב דבר לשליח, ואז הזיכוי הוא בלי תנאי, כאמור. אבל הוא מדייק (בד"ה ואפי' תימא) מהסמ"ע כהבנת קצות החושן בדעת הרמ"ה, שבכל נותן שאומר "תן" יש תנאי מכללא, גם אם המקבל אינו חייב כלום לשליח.

חידושי הרשב"א, גיטין סג ע"א (הובא בקצות החושן, קכה, ס"ק ג), מסתפק לפי הדעה ש"הולך" הוא לשון זיכוי בגט, האם הוא כ"זכה" ממש, ומגורשת גם אם לא יגיע הגט לידה לעולם, או הוא לשון זיכוי רק לענין שהבעל אינו יכול לחזור בו, וגם אם מת הבעל לפני שהגיע לידה מגורשת, ובלבד שיגיע אליה אח"כ, אבל אם לא הגיע אליה מגורשת, כי רואים כאילו התנה שהשלוח יזכה לה מעכשיו בתנאי שיוליך ויתן לה. כתב סופר (ד"ה והנה הקצה"ח) מעיר שגם עליו קשות שתי הקושיות הנ"ל, שכן גם הרשב"א מעלה אפשרות שהזיכוי מותנה בתנאי מכללא שיחול רק אם יגיע למקבל, וצריך לתרץ כתירוצי קצות החושן, שהרי לרשב"א א"א לתרץ כתירוצי כתב סופר, שהרי הוא מעלה אפשרות שיש תנאי מכללא בכל מי שאומר "הולך" ו"תן" ולא רק אם המקבל חייב לשליח. כתב סופר (ד"ה וליישב קושיותיו) מיישב את הרשב"א בדרך אחרת: הרשב"א הסתפק דוקא בגט, ולא במתנה או בפקדון והלואה, כי רק בגט, ייתכן שזה שאמר "הולך" ו"תן" ולא אמר "זכה" מראה שהוא רוצה שהשלוח יזכה לאשה רק בתנאי שיוליך ויתן לה, כיון שכוונת הבעל היא שתגרש ממנו ואין המטרה לתת לה את הגוויל שהגט כתוב עליו, ולכן ספק האם התכוון "הולך" ותן לדעתך אם תרצה לתת לידה או תתגרש על ידך", או התכוון להתנות שיגיע לידה, שאילו רצה לזכות לה בלי שיגיע לידה היה אומר "זכה"; אבל במתנה, שעיקר הכוונה היא שתגיע ליד המקבל, שיהנה בו, וכן בהחזרת חוב או פקדון, ייתכן שהסיבה שאמר "הולך" ו"תן" היא שזו הלשון הראויה למתנה, חוב ופקדון, ואין הוכחה מלשון זו שהתכוון לתנאי שאם יגיע לידו יזכה למפרע. מתירוצו הראשון יוצא שאם אמר "תן" ויש למקבל חוב על איש האמצע, אם מת המקבל, לא זכו יורשיו, בגלל התנאי מכללא. אבל לפי תירוצו האחרון, לרשב"א בכל מצב אין תנאי מכללא במתנה.

⁷²⁷ פת"ח, קניינים, פט"ו הערה לה.

⁷²⁸ פת"ח שם. ראה על עיקרון זה בחוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 390-389. וראה להלן הערה 859.

⁷²⁹ שו"ת כתב סופר, חו"מ, סי' כג (ד"ה ואביא לי).

⁷³⁰ שו"ת מהרי"ט ח"ב אהע"ז סי' ז (הובא במזל שעה, על הרמב"ם, הל' זכייה, ג, ה דף סו ע"ג); דיני חוזים במשפט העברי, עמ' 251, על פי ב"י, חו"מ, קה, ג (שכתב כך על לווה המזכה למלוה את פרעון חובו). מהרי"ט מביא ראה מהדין ששלח אינו צריך להכיר את המשלח (ראה חוק לישראל, שלוחות, עמ' _). זאת לפי השיטה (ליד ציון הערה 712) שאיש האמצע הוא שליח של המקבל.

⁷³¹ שו"ת מהרי"ט ח"ב אהע"ז סי' ז.

על זיכוי לאדם שאינו מוגדר בשעת הזיכוי, ראה סעיף 1(א) בענין מתנה לאדם שאינו מבורר.

⁷³² שו"ת מהרי"ט חלק ב חו"מ סי' כב (ד"ה כתב); פת"ח, קניינים, פט"ו הערה כב. על דין דומה, שהנותן מקנה ישירות למקבל שלא בנוכחותו ע"י סודר של אדם שלישי, באופן שאינו זיכוי, ראה ליד ציון הערה 61 ואילך.

קצות החושן, קצ, ס"ק ב, כותב, שאם הנותן מזכה ע"י קנין סודר, לא יתכן שנדרוש שהמקבל יאמר אח"כ לנותן "יהיה הנכס שלך קנוי לי ע"י קנין הסודר שעשית עם הזוכה", שהרי זה לא יועיל, מפני שבינתיים חזר הסודר לבעליו, וכלל הוא שאין תוקף לקנין סודר שיחול לאחר זמן (שו"ע, חו"מ, קצה, ה).

דעה חולקת: שו"ת יביע אומר, חלק ג, חו"מ, סי' ב, אות ה, נוקט שר' שמעיה (הערה 67) האומר שאין מועיל קנין בסודר של אדם שלישי שלא בנוכחות המקבל, דיבר רק בקנין סודר, ומסכים ששאר קניינים כגון משיכה מועילים שלא בפני הקונה, והיינו בדרך זיכוי (שהרי אי אפשר להקנות ישירות למקבל ע"י משיכה אם המקבל אינו מושך בעצמו), ומשמע מדבריו שלר' שמעיה קנין סודר אינו מועיל אף בזיכוי. וראה ליד ציון הערה 106, שייתכן שהסמ"ע סובר שאין מועיל זיכוי ע"י קנין סודר.

מהרי"ט שם מביא מי שדייק ממה שכתב הרמב"ם (הערה 710) "המזכה לחברו במתנה על ידי אחר כיון שהחזיק או הגיע שטר לידו" וכו', מכאן שזיכוי מועיל דוקא אם אמר לאיש האמצע שיחזיק בה בשביל המקבל ויזכה בחזקה או שיזכה בשטר בשבילו, אבל לא בקנין סודר. אבל מהרי"ט דוחה דיוק זה, שהסיבה הרמב"ם לא הזכיר קנין סודר הוא שמא לא ימצא הנותן מי שירצה להתפסס סודר בעד המקבל.

האמצע⁷³³. כמו כן, אפשר לזכות מתנה בקנין חצר, בכך שהנותן מניח את הנכס בחצרו של איש האמצע⁷³⁴. כמו כן, אפשר לזכות מתנה ע"י קנין אגב⁷³⁵.

אם לא היה הנכס ברשות איש האמצע בזמן הזיכוי, ולא עשה בו שום מעשה קנין, לא קנה המקבל את הנכס, גם אם הנותן אמר לאיש האמצע "זכה במתנה זו לפלוני"; אך אם אח"כ הגיע הנכס לרשותו של איש האמצע, זכה איש האמצע בשביל המקבל, אם לא חזר בו הנותן בינתיים⁷³⁶. כמו כן, אם אח"כ הגביה איש האמצע את הנכס כדי לזכות למקבל, אפילו שלא בפני הנותן ושלא בפני המקבל, קנה המקבל, שכיון שהנותן אמר לו "זכה", הוא עושה את שליחותו⁷³⁷.

גם אם הנכס היה ברשות איש האמצע לפני הזיכוי, הרי ברגע שאמר לו הנותן "זכה בנכס זה לפלוני", קנה המקבל, אע"פ שלא מסר הנותן כלום ליד איש האמצע בשעת הזיכוי⁷³⁸. אבל אם אמר לו "תן", לא קנה המקבל במצב זה, כיון שהנכס לא בא ליד איש האמצע לשם כך, גם אם איש האמצע תפס את החפץ בידו או שהיה בחצרו בשעה שאמר לו הנותן "תן", וזאת גם לדעה⁷³⁹ ש"תן" היא לשון זיכוי⁷⁴⁰. נראה שטעם ההבדל הוא, שהאומר "זכה" מראה שכוונתו היא שאיש האמצע יזכה מיד בנכס בעבור במקבל, והיות שהוא יכול לזכות בו בקנין חצר, זכה בעבורו; אבל האומר "תן" אין משמעות מוחלטת שהוא רוצה שיזכה בעבורו עכשו, ורק אם באותו זמן נתן לו הנותן את הנכס, משתמע מכך שהוא רוצה להקנות לו את הנכס מיד, משא"כ אם הנכס כבר נמצא ברשות איש האמצע.

איש האמצע אינו יכול לתפוס את הנכס לעצמו בעבור חוב שהנותן חייב לו, שהרי ברגע שזכה עבור המקבל, הנכס שייך למקבל, והוא אינו קשור לחוב שהנותן חייב. אבל אם מראש לא התכוון איש האמצע לזכות עבור המקבל (אלא שתק והסתיר את תכניתו לתפוס את הנכס לעצמו) כך שלא זכה המקבל, יכול איש האמצע לתפוס את הנכס עבור חוב שהנותן חייב לו⁷⁴¹.

⁷³³ רמב"ם, טור ושו"ע (שצוינו בהערה 710). ראה גם סמ"ע שהבאנו בהערה 414. רש"י חולין לט ע"ב (ד"ה שיזכה), וסי' האשכול (אורבך), ח"ג סי' ג, נוקטים שאם מסר הנותן את שטר המתנה לאיש האמצע בפני המקבל, ואמר לו "זכה בשטר זה לשם פלוני", קנה.

⁷³⁴ פרישה, חו"מ, קכה, ח. וראה הערה 738, מחלוקת האם קנה במצב שהנכס היה בחצרו של איש האמצע עוד לפני כן. נתיבות המשפט, פתיחה לסי' ר (ד"ה וחצר המושכר), כותב ששוכר חצר יכול לזכות לאחר ע"י החצר המושכרת, כי זו חצירו לגמרי.

⁷³⁵ קהלות יעקב ב"מ (תשמ"ח) סי' כז (=סי' כד במהדורה ראשונה = קהלות יעקב ח"י סי' כב), בסופו. הוא כותב שהמקבל קונה גם אם לא התכוון לקנות.

⁷³⁶ טור, חו"מ, סי' קכה, ח-ט, וסי' רמג, ג; שו"ע, חו"מ, סי' קכה, ז (הובא בשו"ת בית יצחק, יו"ד, ח"ב, סי' פא, אות י), וסי' רמג, ד; מזל שעה, על הרמב"ם, הלכות זכיה, ד, ג, בדעת תוס' ב"מ טז ע"א (ד"ה האי). פתי"ח, קניינים, פט"ו הערה לג, כותב שד"ן זה אמור גם ב"תן", לדעה ש"תן" היא לשון זיכוי (ליד ציון הערה 800).

⁷³⁷ רמ"ה המובא בטור, חו"מ, קכה, ט, ובשו"ע, חו"מ, קכה, ז. פרישה, חו"מ, קכה, ח, מסביר שיש שתי דרכים אפשריות: (א) אם הנכס הגיע אח"כ לחצרו של איש האמצע, חצרו זוכה למקבל; (ב) אם איש האמצע הגביה את הנכס אח"כ, ואינו בחצרו, זכה למקבל. וכן סמ"ע, קכה, ס"ק כו, כותב שאם דבר המתנה בא אח"כ לחצרו, זוכה לו חצירו גם אם לא הגביהו לשם כך.

⁷³⁸ טור, חו"מ, קכה, ט; שו"ע, חו"מ, קכה, ז; ב"ח, חו"מ, רמג, ג; סמ"ע, רמג, ס"ק ז; שו"ת פני משה ח"ב סי' לד [להרחיב]; שו"ת בעי חיי ח"א חו"מ סי' קסו (דף ר ע"ב).

הב"ח כותב שלפי רבנו תם, בטור, חו"מ, קכה, ח, קנה המקבל גם אם הנכס היה בחצרו של איש האמצע, ואילו לרמ"ה (המובא שם), קנה המקבל רק אם הנכס היה בידו של איש האמצע.

ש"ך, חו"מ, קכה, ס"ק לב, כותב שלפי הסמ"ע, ס"ק כז, אם החפץ היה בחצרו בשעה שאמר לו הנותן "זכה", הוא כמונח בידו וזוכה בו המקבל, אבל ש"ך עצמו כותב שלא זכה, כי לא הגביה אותו לשם המקבל (ורק אם בא לרשותו לשם זכיה למקבל, זוכה ע"י חצרו; בדומה לדעה ליד ציון הערה 222, שמקבל אינו קונה בקנין חצר נכס שהיה בה לפני נתינת המתנה), אא"כ אמר הנותן לאיש האמצע "זכה בחצרך לפלוני" ואיש האמצע אמר "יקנה לו חצרי". על אופן זה של הקנאה ראה ליד ציון הערה 240.

⁷³⁹ ליד ציון הערה 800.

⁷⁴⁰ ר"ת בתוס' ב"ב פה ע"א (ד"ה הכי); חידושי הרמב"ן, ב"ב פה ע"א; טור, חו"מ, קכה, ט (הובא בשו"ת פני יהושע, חנדלי, סי' י, דף צד ע"ב), בשם הרמ"ה; שו"ע, חו"מ, קכה, ז.

אבל תשב"ץ, ח"א, סי' קנב (עמ' שכט), מציין שיש שחלקו על ר"ת בזה.

⁷⁴¹ שו"ת פני יהושע (חנדלי), סי' י (צה ע"א). הוא מסתמך על שו"ת הרשב"א ח"ב סי' קג (הובא בב"י, חו"מ, קכה, ה) האומר ששלוח להבאת פרעון חוב מהלווה למלוה יכול לעכבו עבור חוב שהלווה חייב לו, ומציין (בדף צה ע"ב) שבכתב היד של תשובת הרשב"א, נאמר שאם השלוח התכוון לזכות עבור המלוה, אינו יכול לעכבו בשביל חובו של הלווה כלפיו, ורק אם השלוח קיבל את הכסף בשתיקה, אפשר לומר שמתחילה התכוון לזכות בו לעצמו ולא בשביל המלוה, ולכן לא

אם אחרי הזיכוי, הנותן דורש מאיש האמצע להחזיר לו את דבר המתנה, ומאיים לגרום לו הפסד אם לא יחזיר, אינו רשאי להחזיר כדי למנוע מעצמו הפסד, כי המקבל כבר זכה בנכס⁷⁴².

בקנין פירות: דין זיכוי חל גם על קנין פירות, כאשר הגוף נשאר לנותן ורק הפירות ניתנים במתנה. כך לדוגמה, אם לוי נתן כסף לראובן כדי שהרווח מהכסף יהיה לשמעון כל חיי שמעון, לוי אינו יכול לחזור בו, אף בהסכמת ראובן, מפני שהוא זיכה את קנין הפירות לשמעון⁷⁴³.

בשאלה האם אפשר להתנות את זיכוי המתנה, שיהיה תלוי בתנאי כלשהו, ראה סעיף 4.

זיכוי מתנה שעתידה להיות לרעת המקבל

הר"ן⁷⁴⁴ כותב שאפשר לזכות לאדם מתנה גם אם אח"כ היא תהיה לרעתו, והיא קנויה לו משעת הזיכוי. הוא מסתמך על האמור בתלמוד⁷⁴⁵ שמלווה יכול לזכות קרקע ללווה, כדי שהמלווה יוכל לכתוב פרוזבול בהסתמכות עליה, כדי שחוב הלווה לא יישמט בשנת השמיטה.

דוגמה אפשרית נוספת לכך הוא הנותן מתנה לעני שאין לו מאתיים זוז, ועם המתנה יש לו מאתיים זוז, ולכן מעתה אינו רשאי לקבל צדקה⁷⁴⁶.

צריך להדגיש שאם המקבל התנגד כששמע על המתנה, הזיכוי בטל, ומתברר שלא היה קנוי לו מעולם⁷⁴⁷, כמו בכל זיכוי⁷⁴⁸. צריך לומר שכוונת הר"ן היא שאם שתק (או הסכים בפירוש) כששמע על המתנה, קנה, והחידוש

זכה המלווה בכסף. הוא כותב (בדף צה ע"א) שבנידונו איש האמצע גילה דעתו שהתכוון לזכות עבור המקבל, שהרי הראה למקבל את הנכס וסיפר לו מה הנותן ביקש ממנו לעשות, ואף נתן לו חלק מהנכס. אבל אח"כ (בדף צו ע"א) כתב שאיש האמצע יכול לטעון שחזר בו מרצונו לזכות בעבור המקבל, ובשעת מיתת הנותן לא רצה לזכות עבור המקבל, וא"כ המקבל לא זכה. דבריו קשים, שהרי אם בשעת הזיכוי התכוון לזכות עבור המקבל, נקנה הנכס למקבל, ואיך יוכל לחזור בו אח"כ? נראה שההסבר הוא שבנידונו הנותן לא אמר "זכה" אלא "תן", שבו יש מחלוקת (ליד ציון הערה 799) האם נחשב זיכוי, ובתחילת דבריו (צה ע"א) הוא מצרף את הדעה שנחשב זיכוי, עם העובדה שאיש האמצע התכוון לזכות עבור המקבל, וגם עם הדין שמצוה לקיים דברי המת; ובמסקנתו הוא סובר שלדעה ש"תן" אינו נחשב זיכוי, לא קנה המקבל בשעת הזיכוי גם אם באותו זמן התכוון איש האמצע לזכות עבור המקבל, ולכן יכול לחזור בו.

⁷⁴² רמ"א, חו"מ, קכה, א. הוא עוסק בפרעון חוב, אבל אפשר ללמוד ממנו למתנה.
כתב שם הסמ"ע ס"ק יא (הובא בשו"ת נודע ביהודה מהדורה קמא חו"מ סי' ל אות ט), שאיש האמצע אינו יכול לטעון למקבל "לא זכיתי לך ע"מ שאפסיד את שלי", כי אלו דברים שבלב שאינם דברים. צ"ע, שהרי לכאורה אלו דברים שבלבו ובלב כל אדם, שאילו ידע שייגרם לו נזק, לא היה זוכה.

בשאלה האם איש האמצע חייב באחריות על הנכס מטעם שומר, ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 35-36 ובמילואים שם עמ' 663. למקורות שם יש להוסיף את שו"ת מהר"ש, אהע"ז, סי' כח (קמז ע"ד), הפוסט אותו מאחריות. בשאלה אם הנותן אחראי על הנכס מטעם שומר אם הנכס נשאר ברשותו אחרי הזיכוי, ראה חוק לישראל שם עמ' 33.

⁷⁴³ שו"ת מהרשד"ם יו"ד סי' קעא.
⁷⁴⁴ ר"ן על הר"ף, גיטין יט ע"ב (בדפי הר"ף).

דברי אמת, קונטרס ז', בענין קניינין, סי' ד, כותב שהר"ן לשיטתו: ר"ן על הר"ף, גיטין מ ע"ב, בדפי הר"ף (שורה 3 מלמטה), כותב שאם בעל זרק גט לאשתו, והגט נח ביניהם באופן שרק שניהם יכולים לשומרו, כך שהמקום ביניהם כאילו שייך לשניהם, מגורשת, כי מן הסתם הבעל משאיל לה מקום כדי שתוכל לקנות בו את הגט, וזאת אף שאח"כ זה לרעתה. אך שם אין זו מתנה אלא השאלה.

מזל שעה, על הרמב"ם, הל' זכיה, ד, ב (עב ע"ג), מביא ראייה לר"ן ממה שנאמר בחולין פג ע"א, שבארבעה ימים בשנה הקונה בהמה בכסף קנה גם בלי לעשות קנין משיכה, מטעם "זכין", וזאת אף שהזכייה עלולה לגרום נזק לקונה, שהרי אם תמות בהמה לפני השחיטה, יפסיד. אך שם אין מדובר בזיכוי מתנה אלא במכר. וראה מקורות נוספים באנציקלופדיה תלמודית, ע' זכין לאדם שלא בפניו, ליד ציוני הערות 40-41.

⁷⁴⁵ גיטין לז ע"א.
⁷⁴⁶ סוטה כא ע"ב. שו"ת בשמים ראש, סי' רסח, נוקט דין זה כדוגמה לרצון המקבל לא לקבל מתנה, ומשמע מדבריו, שבכל זאת, אם שתק המקבל, קנה משעת הזיכוי.

⁷⁴⁷ ר"ן שם (הובא בשו"ת אבני נזר, או"ח, סי' שלז, אות ה). הר"ן נוקט שאם התנגד כששמע, הנכס נחשב שהיה "בחזקתו" בשעת הזיכוי, אבל לא היה ממש שלו, ולכן הפרוזבול מועיל רק לפי אחד מהטעמים לכך שפרוזבול נכתב רק אם יש ללווה קרקע - עיין שם.

⁷⁴⁸ כאמור ליד ציון הערה 757.

הוא שהנותן אינו יכול לחזור בו מהזיכוי מרגע הזיכוי, ושהמקבל קנה גם אם הנכס לא הגיע לידו, מדין "זכין לאדם שלא בפניו"⁷⁴⁹.

אבל יש חולקים על הר"ן. ר' יצחק בכר דוד⁷⁵⁰ אומר שהרא"ש חולק על הר"ן, שהרי הרא"ש⁷⁵¹ אומר שבהלוואת סאה בסאה, שאסורה משום ריבית⁷⁵², לא מועיל שמלוה יזכה ללווה מעט מאותו המין ע"י אחר, כדי לאפשר לו להתחייב לו בלי שיהיה איסור ריבית⁷⁵³, מפני שא"א לזכות לו דבר שיהיה לחובתו. יש להוסיף, שאין לדחות, שאולי הרא"ש מדבר בכגון שהלווה התנגד מראש, שכן הרא"ש נימק שמן הסתם הלווה אינו מעוניין בזה, משמע שמדובר שלא התנגד בפירוש. עוד יש להעיר, שהרא"ש⁷⁵⁴ מנמק את הדין הנ"ל בפרוזבול, שהזיכוי מועיל אע"פ שהוא לרעת הלווה-המקבל, מפני שבפרוזבול הקילו כיון שהוא מדרבנן; ולפי דבריו אין ללמוד מפרוזבול הלכה כללית, שמועיל זיכוי מתנה גם אם ייגרם למקבל נזק כתוצאה מהמתנה.

כמו כן, הש"ך⁷⁵⁵ כותב שרק בפרוזבול אומרים "זכין" בזכות המביאה לנזק, משום שבפרוזבול הקילו, או רק במצב שהנזק אינו בא מיד.

ייתכן שגם לדעת הרא"ש, שנידונו שונה מזיכוי רגיל, הרי אם שתק המקבל כששמע, הנכס קנוי לו אבל רק משעת שמיעתו, שלא זיכוי רגיל, שהנכס קנוי לו משעת הזיכוי. מצד שני, ייתכן שלרא"ש גם אם שתק כששמע, לא קנה, מפני שלא היה כאן קניין, שהרי איש האמצע שעשה את הקנין לא היה שלוחו לזכות עבורו בשעה שעשה את הקנין.

ביטול המתנה ע"י הבעת התנגדות

אם המקבל מביע התנגדות בשעה שהוא שומע על המתנה, המתנה בטלה⁷⁵⁶.

ההקנאה בטלה למפרע, ואין אומרים שהנכס היה קנוי למקבל עד שהביע התנגדות⁷⁵⁷. ברור שההקנאה בטלה **למפרע**, שהרי אחד מהטעמים לזכות המקבל להתנגד הוא שא"א להקנות דבר לאדם נגד רצונו⁷⁵⁸, ואם נאמר שבינתיים הנכס קנוי לו, הרי עשינו דבר נגד רצונו⁷⁵⁹.

⁷⁴⁹ חידוש נוסף הוא שהנכס נקנה לו משעת הזיכוי, אלא שאי אפשר לומר שזו כוונת הר"ן, שהרי הוא עצמו אומר, ליד ציון הערה 807, שגם במתנה שאין בה חובה, ושתק כששמע, קנה רק מהרגע ששמע.

⁷⁵⁰ דברי אמת שם.

⁷⁵¹ שו"ת הרא"ש, כלל קח, סי' ז. כך פסק גם רמ"א, יו"ד, קסב, ה.

⁷⁵² שו"ע, יו"ד, קסב, א.

⁷⁵³ כאמור בשו"ע, יו"ד, קסב, ב.

⁷⁵⁴ רא"ש, גיטין, פ"ד, סי' טו.

⁷⁵⁵ נקודות הכסף, יו"ד, קסב, ה (הובא ע"י ר' לוי קליטעניק, בית אהרן וישראל גלי' נב (ניסן-אייר תשנ"ד), עמ' מח).

עוד החולקים על הר"ן: דברי אמת שם מעלה אפשרות שחידושי הרשב"א, גיטין עח ע"ב, ומגיד משנה, הל' אישות ד, כא, סוברים שלא מועיל זיכוי מתנה אם היא אח"כ תהיה לרעת המקבל, שהרי הם אמרו שבמקרה הנ"ל בגט (הערה 744) אינה מגורשת.

כנסת הגדולה, חו"מ, סי' רמג, הגה"ט, אות א (הובא בצור יעקב (יעבץ), פרשת במדבר, דף קלח ע"א) כותב בשם משפטי שמואל (ואינו מציין סימן), ש"זכין" רק אם אין באותה זכות שום צד חוב.

ש"ך, חו"מ, קכה, ס"ק ח, כותב שלווה שרצה לפרוע למלווה בהקדם מפני שחשש שמא ייפסל המטבע, וזיכה לו ע"י אחר, לא נפטר מחובו, מפני שבגיטין יד ע"א נאמר שלווה המזכה את הפרעון למלווה נשאר חייב באחריות הכסף. זו דוגמה לזכות הגורמת לחובה (אם ייפסל המטבע אחרי הפרעון). אבל שם לא מדובר במתנה.

⁷⁵⁶ ח"י הרמב"ן, קידושין כג ע"א; ח"י הריטב"א, קידושין כג ע"א; מאירי, חולין לט ע"ב; יד דוד, פסקי הלכות, הל' אישות, פ"ג, אות קג (נד ע"ג); אמרי בינה, דיני תרומות ומעשרות, סי' כ (ד"ה ועיין); שו"ת ברית אברהם (פיעטרקוב), אהע"ז, סי' קא, אות יג. גם ח"י ר"א גוטמכר, כתובות יא ע"א (עמ' מד), מזכיר שהמזכה מתנה לאדם ע"י שליח, המקבל יכול לסרב אח"כ לקבל.

⁷⁵⁷ אבן ישראל, על הרמב"ם, הל' מלכים, ח, ח (עמ' ריח), ע"פ הרמב"ם, הל' זכיה, ד, ב.

כך מוכח גם מהרמב"ן, המובא במגיד משנה, הל' זכיה, ד, ב, האומר שאומרים "זכין" רק אם המזוכה הסכים כששמע, ומכאן שאם לא הסכים, אין "זכין", ואם אין "זכין", אין שום דרך שיקנה את הנכס, גם לזמן קצר.

ראה גם הערה 747, שהר"ן כותב (על מתנה שסופה לרעת המקבל, שלדעתו דינה כמתנה רגילה), שאם הביע התנגדות, מתברר למפרע שמראש היה הנכס רק "בחזקתו" ולא היה ממש קנוי לו.

אבל ראה ליד ציון הערה 174, שהרשב"ם סובר שעקב התנגדות המקבל, הנכס נעשה הפקר.

⁷⁵⁸ כאמור ליד ציון הערה 773.

בין הזמן שהגיע הנכס ליד הזוכה עבור המקבל, עד שהביע המקבל התנגדות, מעולם לא נכנס הנכס לרשות המקבל, מפני שהזוכה סופו על תחלתו שמה שהזוכה זכה בשבילו לא היה זכות בעיניו, ורואים כאילו המתנה היתה על תנאי שירצה לקבל, וכיון שלא רצה, לא היתה מתנה מעולם, ואם מת הנותן בינתיים, היורשים של הנותן זכו בנכס⁷⁶⁰. נפקות נוספת מכך היא, שאם המקבל סירב לקבל את המתנה, איש האמצע אינו יכול לתפוס את הנכס כזוכה מן ההפקר, כי הנכס עדיין ברשות הנותן⁷⁶¹.

בכך שונה הקניית מתנה בלי ידיעת המקבל מהקניית בדיעתו: אם לא ידע המקבל, הוא יכול לדחות את המתנה אחר כך ע"י הבעת התנגדות, ואילו אם ידע ושתק, אינו יכול לדחותה אחר כך⁷⁶².

גם אם גילה דעתו מתחילה, לפני הזיכוי, שהוא רוצה, הוא יכול למחות אחר כך⁷⁶³.

גם קטן שזיכו לו מתנה, והביע התנגדות לקבל אותה, לא קנה, והנותן יכול לחזור בו; ואף שאמירת קטן אינה כלום, הרי אי אפשר לזכות לו נגד רצונו, וזאת גם לדעה⁷⁶⁴ שזיכוי מתנה לקטן מועיל מהתורה⁷⁶⁵.

מדוע מועילה ההתנגדות אחרי ההקנאה? סיבה אחת היא, שאין זו זכות גמורה. הרשב"א⁷⁶⁶ הסביר שאף שבזכות גמורה שראובן עושה לטובת שמעון בלי ידיעתו, שמעון אינו יכול להתנגד כשהוא שומע על הזיכוי, מכל מקום כאן המקבל יכול להתנגד אח"כ, מפני שאין זו זכות גמורה, שכן הפסוק אומר "שונא מתנות יחיה"⁷⁶⁷, ועל פי זה נאמר בתלמוד ובפוסקים שמידה טובה היא לא לקבל מתנות⁷⁶⁸.

⁷⁵⁹ סברה דומה אומר אבני נזר בדעת הר"ן, כפי שנביא ליד ציון הערה 814, אלא שהר"ן סובר שמטעם זה לא קנה בינתיים גם אם בסוף הסכים, ובה אין הלכה כמותו.

⁷⁶⁰ קול דודי, כריתות כד ע"א, סי' תקפ, בדעת רש"י, כריתות שם, ד"ה בשלמא. הוא כותב כך בדעת רשב"ג, בב"ב קלח ע"א, הסובר שגם אם שתק כששמע על הזיכוי והתנגד כשהנכס הגיע לידו, המתנה בטלה (ראה סעיף 3); ואפשר ללמוד מדבריו שזו גם דעת חכמים, במצב שהתנגד מיד כששמע, שאז הם מסכימים שהמתנה בטלה.

אך הגדרתו של קול דודי, שהנותן מזכה למקבל על תנאי שישכים כשישמע, קשה, שהרי לפיה אם לעולם לא ישמע, המתנה בטלה, והרי גם אם מת לפני ששמע, קנה (כאמור ליד ציון הערה 806). לכן יותר נראה להגדיר שהוא מזכה לו מעכשיו על תנאי שלא יביע התנגדות כשישמע (וזה תנאי מפסיק ולא תנאי מתלה). ראה ליד ציון הערה 780 שהר"ם אומר שהזיכוי הוא על תנאי שלא יסרב המקבל. אבל שו"ת ראשי בשמים (גוריון), או"ח, סי' יז, אות כד, דוחה אפשרות להסביר שבכל זיכוי, רואים כאילו התנה הנותן שתלוי בדעת המקבל, שהרי א"כ גם בחובה לא היה הדין צריך להיות "אין חבין לאדם שלא בפניו", אלא היה צריך להועיל על תנאי שהמחויב יסכים לכך כשישמע. וראה סעיף 3, פרק ב, 5, שראשי בשמים מעלה את האפשרויות שהזיכוי מותנה בכך שהמקבל יסכים, או בכך שלא יסרב.

⁷⁶¹ שו"ת שפת הים, חו"מ, סי' א (עט ע"א), בשם חידושי הרמב"ן, ב"ב קלז ע"ב (ואינו מפורש בדברי הרמב"ן; וראה על כך סעיף 3). שפת הים מעלה אפשרות שהרמב"ן סובר כרמ"ה המובא בטור, חו"מ, קכה, ה, האומר (לגבי שליח לפרעון חוב), שאם הלווה אמר "זכה למלוה", השליח אינו יכול לתפוס את הכסף לעצמו על חיוב שהמקבל-המלוה חייב לו, כי הזיכוי היה ע"מ שיגיע למקבל, ואם לא יגיע למקבל, יישאר הנכס של הנותן (על דברי הרמ"ה ראה בהערה 726).

⁷⁶² ב"ב קלח ע"א. ראה על כך בסעיף 3.

⁷⁶³ שו"ת אבני נזר, או"ח, סי' שלו, אות ח.

⁷⁶⁴ ליד ציון הערה 869.

⁷⁶⁵ דברי משפט, רמג, יח (בלשון "אפשר").

⁷⁶⁶ חידושי הרשב"א, קידושין כג ע"א (שהבאנו בסעיף 3, פרק ב, 4, לענין אחר). כך הסבירו גם ח"י הר"ם, חו"מ, קצה, ס"ק טז, ואשל אברהם (נימרק) ב"ב, פירות הנושרין, קלח ע"א, בדעת רשב"ם, ב"ב קלח ע"א (ד"ה כאן); מחנה אפרים ה' זכיה סי' ו (הובא בעונג יו"ט סי' קל); שו"ת שפת הים, חו"מ, סי' א (עט ע"א); ושו"ת מעיין גנים (עבאדל) חו"מ סי' ט (עמ' כב).

הרשב"ם שם (הובא בשו"ת פנים מאירות, ח"א, סי' לז, סמוך לסופו, ובשו"ת שואל ומשיב מהדו"ה סי' פא, דף פד ע"ג), אור זרוע, ב"ב, סי' קמב, ופרישה, סי' רלה, כו, וסי' רמג, א, וסמ"ע, רמג, ס"ק ב, מזכירים "שונא מתנות יחיה" כטעם שמקבל מתנה לא ירצה לקבל, ולא דוקא בזיכוי.

הגהות הרש"ש, ב"ב קלח ע"א, מסביר שרשב"ם לא התכוון לומר שזה חוב לו מטעם "שונא מתנות יחיה" (שהרי בגיטין יד ע"ב מפורש שבמתנה מועיל זיכוי ע"י אחר), אלא התכוון רק לנמק מדוע ייתכן שהאדם לא ירצה לקבל. מחנה יהודה (אשכנז), רמה, יג, מסביר שהרשב"ם הוצרך לטעם של "שונא מתנות יחיה", מפני שלולא זה, כשהמקבל מתנגד היינו חוששים לקנוניא, שמא כדי שלא יצטרך לתת את דבר המתנה לנושהו, הוא מערים ואומר שאינו רוצה את המתנה, ואח"כ כשהנושה אינו רואה, יקח את המתנה מהנותן בצינעה, ולכן אומר הרשב"ם שיתכן שאינו קנוניא אלא באמת אינו רוצה משום "שונא מתנות יחיה", ולכן אם הוא מביע התנגדות, אינו קונה.

⁷⁶⁷ משלי טו, כז.

⁷⁶⁸ ראה על כך בנספח "שונא מתנות יחיה".

חסרון נוסף במתנה הוא אם דבר המתנה הוא (או כולל) עבד או בעל חיים - אולי המקבל אינו רוצה להיות מחויב לפרנס אותו.⁷⁶⁹

בכך שהתנגד, התגלה שזה חוב לו, מפני שיש במתנה צד חוב, ולכן אין אומרים שבזמן הקנין היה אומדנא שהוא רוצה ושלכן לא יוכל לחזור בו אח"כ.⁷⁷⁰

מאחר שיש במתנה קצת חוב, לכן אם אנו יודעים שהמקבל מקפיד על קצת החוב, ממילא הוא לחובתו, ואין חבין לאדם שלא מדעתו; ורק אם איננו יודעים את דעתו, המתנה נחשבת לזכות לו, כיון שהזכות גדולה מהחוב.⁷⁷¹

צריך להדגיש, שלמרות החסרונות שמצאנו במתנה, אין בהם כדי להכניס כל מתנה לקטיגוריה של מתנה שסופה לרעת המקבל.⁷⁷² שם מדובר במתנה שהתועלת ממנה קטנה מהחסרון, ואילו במתנה רגילה, התועלת רבה יותר מהחסרונות.

סיבה שנייה היא, שגם אם אין טעם להתנגדות, וזו זכות גמורה, אי אפשר להקנות דבר לאדם בעל כרחו, מפני שהוא צריך כוונה לקנות.⁷⁷³ בכך שונה הקנאה מתחומים אחרים שחל בהם דין "זכין", שבהם הנהנה אינו זכאי להתנגד לזכות אם היא זכות גמורה, לפי פוסקים אחדים.⁷⁷⁴

⁷⁶⁹ רשב"ם, ב"ב קלח ע"א (הובא בשו"ת אורח לצדיק, חו"מ, סי' ז); פרישה, חו"מ, סי' רלה, כו, וסי' רמג, א, וסמ"ע, סי' רלה, ס"ק נג, וסי' רמג, ס"ק ב, מזכירים זאת כטעם שמקבל מתנה יסרב לקבל (הם נוקטים רק עבד), ולא דוקא בזיכוי. בב"ב קלח ע"א מפורש שמועיל זיכוי עבד במתנה.

אבל נימוק זה לקוי: א) את הבהמה יוכל להרוג ולא יצטרך לזונה. ב) את העבד יוכל לשחרר או להפקיר, ולא יצטרך לזון אותו, ואין בכך איסור משום "לעולם בהם תעבדו", כמו שכותב ח"י כתב סופר (תרצ"ח), חולין לט ע"ב (ד"ה ובזה), שלפי חידושי הרמב"ן, גיטין לח ע"ב, שאין איסור "לעולם בהם תעבדו" אם האדם משחרר לטובת עצמו, מותר להפקירו אם טעמו הוא שאינו רוצה לזון אותו. ג) הוא יוכל למכור את העבד ולא יצטרך לזונה - כך מקשה איילת השחר ב"ב קלח ע"ב (ד"ה אך), על הרשב"ם; אך יש לתרץ, שהמקבל חושש שמא אף אחד לא יסכים לקנות אותו. ד) הרי יכול המקבל לומר לעבד "עשה עמי ואיני זנך" (רמב"ם, הלכות עבדים, ט, ז). לזה אפשר לתרץ, שמ"מ מידת חסידות היא לזון אותו, ואולי המקבל אינו רוצה שתהיה עליו חובה אפילו ממידת חסידות.

סברת רשב"ם, שהמקבל עבדים מפסיד מצד זה שיצטרך לזונם, משמשת בתוס' ע"ז יג ע"ב (ד"ה הכא), לעניין אחר - עיי"ש.

⁷⁷⁰ שו"ת שרידי אש ח"ב סי' קי (סי' עא במהדורה החדשה), בדעת רשב"ם, ב"ב קלח ע"א, ובדעת ר"ן על הרי"ף, קידושין יח ע"ב, בדפי הרי"ף.

⁷⁷¹ שו"ת ראשי בשמים (גוריון), או"ח, סי' יז, אות טו. באות כד הסביר, שיכול המקבל למחות מפני שהוכיח סופו על תחילתו, שבעיניו זה חוב; או, שהוכיח סופו שלא הסכים לזכות זו. וכך כתב באות יח, שיכול למחות, מפני שמחאתו מוכיחה על תחלתו, שלא הסכים מעולם לזכות זו, ומה שחכמים דרשב"ג, בב"ב קלח ע"א, לא אומרים "הוכיח סופו על תחילתו" אם שתק כששמע והתנגד רק כשהגיע הנכס לידו אח"כ (ראה סעיף 3), הוא משום שמה ששתק מראש סותר קצת למה שהתנגד אח"כ, אבל במקום שאין סתירה בדעתו, גם חכמים אומרים "הוכיח סופו על תחילתו".

⁷⁷² שנדונה ליד ציון הערה 744.

⁷⁷³ יקרא דשכבי (רי' יוסף דוד), דרוש מג (צו ע"ב), בדעת רש"י, חולין לט ע"ב (ד"ה אפילו), שכותב "היכן מצינו מקבל מתנה בעל כרחו"; שו"ת שרידי אש ח"ב סי' קי, בדעת ח"י הרמב"ן, קידושין כג ע"א, וחי' הרשב"א שם. על הצורך בכוונה לקנות, ראה ליד ציון הערה 579.

כך כתב גם שו"ת אמר שמואל, חו"מ סי' טו (השני) דף קו ע"א, בדעת רשב"ם (הערה 766), ואף שרשב"ם כתב גם "דחוב הוא לו דכתיב שונא מתנות יחיה" וכו', הוא כותב שמלים אלה הן טעות סופר, ואינם מדברי רשב"ם, שהרי גם בלי טעם זה לא קנה, כפי שמוכח מכמה מקומות בתלמוד שמי שאינו מתכוון לקנות, לא קנה; והראיה, שרא"ש, ב"ב, פ"ח, סי' נא, ציטט את דברי הרשב"ם בלי מלים אלו.

שו"ת אבני נזר, או"ח, סי' שלו, אותיות ה-ו ואות ח, מוכיח שהטעם הוא שאפילו הוא זכות, מועיל רק אם התרצה, מפני שאין זכין לאדם בעל כרחו, ולא משום שכשמיחה התברר שאינו זכות בשבילו.

כמו כן, ברכת שמואל, קידושין סי' יד, אות א, כותב שלפי הרשב"א, מה שאין אומרים "זכין" אם המקבל מוחה, הוא משום שע"י מחאתו הוא מגלה שזה כמו חוב לו, ולכן אף שאיש האמצע נעשה יד עבור המקבל, לא קנה, מפני שאינו עדיף מהאדם עצמו, שלא מועילה ידו נגד רצונו, מפני שאין מקנים לאדם בעל כרחו.

תורת השליחות סי' כ אות ב, נותן שני הסברים לכך שאין מזכים לאדם נגד רצונו: א) זה דין בהלכות קניינים, שכדי להיות בעלים על חפץ, צריך רצון, כמו שאבני מילואים, מב, ס"ק א, אומר שמי שכפו עליו לקנות לא קנה, מפני שכדי להיעשות בעל ממון, צריך רצון (ראה חוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 247-246), ולכן לא ייתכן שייכנס החפץ לרשותו ויהיה בעלים עליו, נגד רצונו. ב) זה דין בהלכות זכייה, שדין זכייה נאמר רק כשהיא מרצונו, ולא כשזה נגד רצונו (הוא

הפרשנים שנקטו את הסיבה הראשונה, ולא רצו לנמק על פי הסיבה השנייה, סברו כנראה שאילו היתה זו זכות גמורה, היה אפשר להקנות למקבל אף בלי רצונו.⁷⁷⁵ אע"פ שצריך כוונה לקנות, כאן כוונת הנותן להקנות באה במקום כוונת המקבל.⁷⁷⁶

עוד הסביר רז"ג גולדברג⁷⁷⁷, שהקנין נעשה בשעת הזיכוי ע"י איש האמצע, ולכן אין צורך ברצון המקבל לצורך ביצוע ההקנאה, ולכן אילו היתה זו זכות גמורה, לא היה יכול להתנגד אח"כ כשישמע.

כמובן, אם הוא מביע התנגדות בשעת ההקנאה, אין תוקף להקנאה, מפני שהוא מודיע שאינו רוצה שאיש האמצע יהיה שלוחו לקנות את המתנה; אבל אם בשעת ההקנאה לא התנגד, וההקנאה התבצעה כדין, התנגדותו אח"כ לא היתה יכולה לבטל אותה, אילו היתה זכות גמורה.

ויש מי שאומר ששתי הסיבות נחוצות: לא די בטעם שאין מזכים לאדם נגד רצונו, מפני שאולי רק עכשו אינו רוצה, אבל אילו שאלנו אותו בזמן הזכיה האם הוא רוצה, מסתמא היה משיב שהוא רוצה, מפני שבעצם זה זכות, וא"כ זאת לא הקנאה נגד רצונו; לכן נחוץ הטעם שזה קצת חוב לו, ולכן ייתכן שאילו נשאל בזמן הזכיה לא היה רוצה. וגם לא די בטעם שיש בזה צד חובה של "שונא מתנות יחיה", משום שיש בזה גם זכות וגם חובה, והמציאות היא שרוב האנשים שמחים לקבל מתנות, ו"שונא מתנות יחיה" היא רק מידת חסידות, ולכן נחוץ הטעם שאין מזכים לאדם נגד רצונו.⁷⁷⁸

נימוקים שונים: ר' משה סופר⁷⁷⁹ כותב, שהמקבל יכול למחות נגד הזיכוי, מפני שאין חבין לאדם שלא בפניו, ואילו לא היה יכול למחות, זה היה חוב.

גם הרי"ם⁷⁸⁰ מסביר, שאילו היה הדין שלא יוכל למחות אח"כ, זה לא היה זכות לו, אלא חובה, וממילא לא היה זוכה אף לענין שהנותן לא יכול לחזור בו, כי אין חבין לאדם שלא בפניו; ולכן ברור שמראש הנותן התכוון שלמקבל תהיה ברירה לסרב (והנותן מן הסתם מוכן שתהיה למקבל ברירה לסרב, מפני שהנותן אינו מפסיד

מוצא נ"מ בין ההסברים, אבל הוא מחוץ לתחום דיני מתנה - עיי"ש). באות ג, הוא כותב שמחידושי הרשב"א, קידושין כג ע"א, משמע כצד הראשון, ומהרמב"ן שם - כצד השני.

⁷⁷⁴ ראה חוק לישראל, שליחות, עמ' 805.

⁷⁷⁵ יקרא דשכבי (ר' יוסף דוד), דרוש מג (צו ע"ב), כותב שהרשב"ם סובר שאפשר להקנות דבר לאדם בעל כרחו אם אין טעם להתנגדותו, ולכן נימק משום "שונא מתנות יחיה" ומשום שאינו רוצה לזון את העבדים.

⁷⁷⁶ נימוקים לכך שדבר זה אפשרי, הבאנו בענין מעשה קנין בלי כוונה לקנות, ליד ציון הערה 593.

⁷⁷⁷ הובא בחוק לישראל, ערבות, עמ' 560. אבל הוא אומר (שם), שבמתנה ישירה בלי זיכוי, הטעם לזכות ההתנגדות הוא כי צריך רצון לקנות את המתנה.

ראה חוק לישראל, ערבות, עמ' 114-115, ששו"ת אהלי יעקב, סי' קט, כותב שלווה המתנגד למתן הערבות (שהיא לטובתו, שהרי זכותה, מסכים המלווה להלוות לו), אין הערבות בטלה, כי בערבות אין לומר "שונא מתנות יחיה" כי החייב אינו נהנה מן הערבות ישירות. ושם במילואים (עמ' 560), הבאתי שרז"ג גולדברג הקשה, שהטעם שמועילה התנגדות מקבל המתנה אינו משום "שונא מתנות יחיה" אלא כי נחוץ שיהיה לו רצון לקנות את המתנה, ו"שונא מתנות יחיה" הוא הנימוק רק בזיכוי, וכשמע התנגד, שאז אין צורך ברצון לקנות כי הקנין נעשה בשעת הזיכוי (כשעוד לא התנגד) ע"י איש האמצע. אפשר לתרץ, שאהלי יעקב לא היה צריך להסביר מדוע בערבות אין מקום לטעם שצריך רצון לקנות, שהרי זה פשוט, כי בערבות אין הערב מקנה שום דבר לחייב, ולכן אין צורך ברצון החייב לקנות; ואהלי יעקב הוצרך רק להסביר מדוע אין מקום לטעם המשני, ש"שונא מתנות יחיה".

⁷⁷⁸ תורת השליחות סי' כ אות א, בדעת רשב"ם.

גם מגדי חיים, ב"ב קלח ע"א, כתב שרשב"ם סובר שיש שני טעמים מדוע אם התנגד, לא קנה: (א) שא"א להקנות לו בעל כרחו, (ב) שזה חוב לו מטעם "שונא מתנות יחיה"; והוא מגיה בדבריו שצ"ל "ועוד דחוב" (אבל לרש"י שהבאנו 766, אין זה טעם נפרד, אלא בא להסביר מדוע אינו רוצה). רח"א מילר סבור שמגדי חיים לא התכוון לומר שא"א לזכות לו גם אם אינו מתנגד בפירוש, שהרי מגיטין יד ע"ב מוכח כאמור שאפשר; אלא כוונתו לומר, שהרשב"ם אומר שיש שני טעמים: (א) אי אפשר להקנות לאדם שמתנגד גם אם אינו מנמק את סירובו, (ב) כאן יש גם סיבה הגיונית לסירובו.

⁷⁷⁹ חי' חתם סופר, כתובות יא ע"א (ד"ה ובדברים). הוא מוכיח כדבריו מרמב"ם, הל' זכיה, ד, ב.

⁷⁸⁰ חי' הרי"ם, חו"מ, קצה, סי' טז (ד"ה אמנם). בתחילה הסביר, שגם לדעה (ליד ציון הערה 712) שזכיה מטעם שליחות, שכאילו המקבל עשה את איש האמצע שליח, וקנה ברגע הזיכוי, מכל מקום מחאתו מוכיחה שלא היה מרוצה גם בעת הזיכוי, ולא היה עושה שליח, וטעינו כשחשבנו שזו זכות לו; ואם לא מחה, סתמו כרוב בני אדם שזה זכות להם. אך הוא דוחה הסבר זה, שהרי ייתכן שהיה נוח לו בשעת הזיכוי (כפי שהיא סתם דעתו של אדם) ורק אח"כ חזר בו; ועוד, שהסבר זה לא שייך אם קרה בינתיים משהו שבגללו אינו רוצה, כגון שניזוק דבר המתנה, שהרי אולי רק עכשו הוא מתנגד בגלל שינוי הנסיבות, וא"כ היינו צריכים לומר שבמצב זה לא יוכל להתנגד.

מזה⁷⁸¹), ולכן זה זכות; ועוד, ש"אנן סהדי" שאילו ידע המקבל שהנותן רוצה לתת לו, היה עושה את איש האמצע שליח לקנות לו על תנאי שלא יסרב כשישמע.

בספק התנגדות: אם יש ספק בהבנת מה שהמקבל אמר, האם התכוון לבטל את המתנה או לאו, מפרשים שלא התכוון לבטל, מפני שטובתו היא לקבל מתנה⁷⁸².

מצב שמראש הביע המקבל התנגדות בצורה מסופקת: במצב מסוים, נחלקו פוסקים האם התנהגות המקבל מלמדת על התנגדות: מי שנתן כסף לחנווני כדי שימכור לו חלק בככר הלחם של עירוב החצרות (שאו לכך תוקף מפני שכסף אינו קונה מיטלטלין), ואח"כ החנווני זיכה לו חלק בככר במתנה אח"כ (ע"י אחר), לפי התוספות⁷⁸³, לא חל עליו העירוב, מפני שבמה ששילם לחנווני, גילה את דעתו שאינו רוצה לקבל מתנות מפני ש"שונא מתנות יחיה"⁷⁸⁴. לעומתם, הרא"ש⁷⁸⁵ כותב שאם החנווני זיכה לו, קנה, מפני שאם אינו מתנגד בפירוש, מניחים שהוא מוכן לקבל מתנה, ומה ששילם לפני כן לחנווני אינו מוכיח שאינו רוצה לקבל מתנה, אלא הוא מפני שחשב שהחנווני לא יסכים לתת לו בחינם⁷⁸⁶.

לשון הזיכוי

אם אמר הנותן לאיש האמצע: "זכה במתנה זו לפלוני", קנה המקבל ברגע שהגיע הנכס לידי איש האמצע⁷⁸⁷, מפני שמשמעות לשון זו היא שהנותן רוצה שהמקבל יקנה מיד ע"י הנותן לאיש האמצע. זאת בין אם הנותן אמר לשון זו בעל פה ובין אם כתב אותה⁷⁸⁸. כך גם אם אמר "קבל חפץ זה לזכות בו לפלוני"⁷⁸⁹, או אם אמר לעדי שטר המתנה "כתבו ותנו ליד ראובן שיזכה לשמעון"⁷⁹⁰.

כמו כן, אם אמר "הוו עלי עדים שאני נותן לפלוני מעכשיו" ועשו קנין סודר, קנה המקבל גם אם לא אמר "זכה", שהרי העדים זכו לו, ואף אם לא אמר כך באותה שעה, אלא שהיו מדברים על כך שהוא נותן מתנה לפלוני, ועשו קנין סודר בשתיקה, קנה⁷⁹¹.

אבל אם אמר הנותן לאיש האמצע: "הולך לפלוני נכס זה שאני נותן לו", אין לכך משמעות של זיכוי, ולכן לא קנה המקבל את הנכס עדיין, והנותן יכול לחזור בו עד שיגיע הנכס ליד המקבל⁷⁹², כי אפשר לפרש שהנותן

⁷⁸¹ שם, ד"ה עוד י"ל דודאי.

⁷⁸² ר"י, בתוס', גיטין לד ע"א (ד"ה מבוטלת). הוא לא דיבר דוקא במתנה שניתנה בלי ידיעת הנותן, אלא גם אם נכח בשעת המתנה ואמר מיד לשון לא ברורה. הבאנו את דבריו בסעיף 3, פרק ד, 2 (ג).

⁷⁸³ ט"ז, או"ח, שסט, ס"ק ד, כותב כך בדעת תוס', עירובין פא ע"א (ד"ה לא עשו).

⁷⁸⁴ תורת השליחות סי' כ אות ט, מסביר את דברי הט"ז, שכיון שגילה דעתו שאינו רוצה את הזיכוי, זה לא זכות גמורה אלא יש קצת חובה, ואז איש האמצע כבר אינו יכול לפעול בכוחו העצמי בלבד (ראה בשמו בהערה 719, שהתורה נתנה כח עצמי לאיש האמצע לפעול), ויכול להועיל רק ע"י שמעשהו ייחשב כמעשה המשלח, וכיוון שיתכן שהמשלח לא ירצה, מטעם "שונא מתנות יחיה", לכן בזמן הזכייה לא ברור שהוא רוצה, ואז לא מועילה זכייה.

⁷⁸⁵ רא"ש, עירובין, פ"ז, סי' יג.

⁷⁸⁶ כך נימק שו"ת ברית אברהם (פיעטרקוב, תרנ"ח), אהע"ז, סי' קא אות יד, החולק על הט"ז מדעת עצמו (בלי להזכיר את הרא"ש). תורת השליחות שם הסביר, שהרא"ש סובר שגילוי דעת זה אינו הופך את זה לחובה, וזה עדיין זכות, ומועיל גם שלא בתורת מעשה המשלח. נראה שכוונתו היא, שמאחר שאין זו התנגדות מפורשת, זה עדיין נחשב זכות; אבל ברור שאם התנגד בפירוש, מראש, הזיכוי אינו מועיל.

ראה ליד ציון הערה 74, שלפי דבר אליהו, הסמ"ע סובר שאם המקבל אמר לפני הזיכוי שאינו רוצה את המתנה, לא קנה, גם אם אחרי הזיכוי אמר שהוא רוצה.

⁷⁸⁷ ר"ן על הרי"ף, גיטין טז ע"א, בדפי הרי"ף (שהנותן כבר אינו יכול לחזור בו); חידושי הרמב"ן, גיטין לב ע"ב; טור, חו"מ, רמג, ב; שו"ע, חו"מ, רמג, ב.

"יהא לי בידך": שו"ת הריטב"א, סי' קסד, כותב שאם הנותן אמר לאיש האמצע "יהא בידך בשביל המקבל", הוא כאילו אמר שיקבלהו בשביל המקבל, ו"התקבל" הוא לשון זיכוי. אבל הוא אינו מדבר על זיכוי הנכס (מפני שבנידונו כבר נעשה קנין לגביו) אלא על זכוי שטר הראיה על המתנה למקבל.

שו"ת יפה נוף חו"מ סי' כט (עמ' קעד), כותב שגם לשונות אחרים שמשמעם לשון זכייה, חל בהם זיכוי.

⁷⁸⁸ שו"ת פני יהושע (חנדל), סי' י (צד ע"ב). הוא כותב שבכתב עדיף.

⁷⁸⁹ מאירי, עירובין עט ע"ב ונדרים פח ע"ב (לגבי זיכוי שיתוף שבמבוי).

⁷⁹⁰ שו"ת הרשב"ש סי' קיד.

⁷⁹¹ שו"ת מהרי"ט חלק ב חו"מ סי' כב.

⁷⁹² תוספתא גיטין א, יא; ר"ף גיטין טז ע"א (בדפי הרי"ף); רא"ש גיטין פ"ד סי' ג; רש"י גיטין לב ע"ב (ד"ה ה"ג); פסקי רי"ד גיטין לב ע"ב; חידושי ר' קרשקש גיטין לב ע"ב; סמ"ג, עשה פב (קסא ע"ג); נימוקי יוסף גיטין לב ע"א; מאירי

התכוון רק לעשות אותו שליח להוביל את דבר המתנה למקבל, ולא לקנות אותו עבורו, כאומר: "הולך, ולא יזכה בו המקבל עד שיגיע לידו"⁷⁹³. היות שהוא נותן מיוזמתו, יש להניח שהוא רוצה לתת במתן ולהיות זכאי להתחרט⁷⁹⁴. אדם נותן מתנה רק בקושי, ולכן כאן שלא אמר לשון זיכוי בפירוש, יש להניח שאינו מתכוון שאיש האמצע יזכה בשביל המקבל⁷⁹⁵. ועוד, היות שיתכן שהמקבל לא ירצה לקבל כי "שונא מתנות יחיה", הנותן אינו מתכוון לזכות לו עדיין⁷⁹⁶. זאת גם אם כתב "הולך" בשטר, ובשטר כתוב "כתבו וחתמו בכל לשון יפוי כוח"⁷⁹⁷. אם הנותן אמר "הולך" וכדומה, איש האמצע נחשב רק שליח לתת מתנה; על דיני שליח לתת מתנה ראה להלן⁷⁹⁸.

גיטין לב ע"ב; שו"ת הריב"ש, סי' ב; ר"י אלמנדר גיטין טז ע"א (בדפי הרי"ף); אמרי בינה גיטין לב ע"ב; טור, חו"מ, סי' קכה, ה, וסי' רמג, ב; שו"ע, חו"מ, רמג, ב; שו"ת יפה נוף חו"מ סי' כט (עמ' קעד). ח"י כתב סופר גיטין לב ע"ב, מסביר שאע"פ שהמסירה לאיש האמצע יכולה להיות גמר מעשה הקנין בזה שיאמר "זכה", ונמצא שעכשו (שאמר רק "הולך") אינו מחוסר מסירה אלא רק מחוסר דיבור - בכל זאת יכול הנותן לחזור בו, שהרי גם אם זה רק מחוסר זמן, והדבר יבוא ממילא, יכול לחזור בו.

בירור הלכה (זילבר, תשמ"ד), חו"מ, רמג, ב, מדייק מר"ן על הרי"ף ומהשגות הראב"ד על הרי"ף גיטין כח ע"ב (בדפי הרי"ף), שספק האם "הולך" הוא לשון זיכוי, וכ"כ ערך השולחן, חו"מ, מב אות יא, בשם הר"ן שם. חידושי הרשב"א, גיטין סג ע"ב, מעלה אפשרות שאב"י מסופק האם "הולך" הוא לשון זיכוי במתנה, ומספק דבר המתנה נשאר בחזקת הנותן. שו"ת בית שלמה (חסון) סי' כ (ק ע"ב) [להרחיב], מסביר שאף שאיש האמצע זכה בשבילו, וידו כיד המקבל, מ"מ הממון הוא בחזקת מרא קמא, וגם אם המקבל תפס, אין תפיסתו ברורה (עיי"ש עוד על ספקות במתנה). שו"ת שעות דרבנן, סי' י (יח ע"ב-ע"ג), עוסק במי שכתב בשטר שהוא מוסר כסף עבור אשתו למישהו "להניחו על ידו לרווח לצורך מזונות אשתו, ובידו יהיה הסך הזה לעולם לצרכי אשתו". הוא פוסק שמה שמסר את הכסף ביד אדם זה אינו מועיל בתור זיכוי, שהרי "הולך" אינו זיכוי גם אם הנותן מסר את החפץ לשליח ואמר לו להוליך, קל וחומר כאן שהנותן לא מסר את הכסף לאותו אדם להוליך לאשה אלא להתעסק בו ולעשות רווחים, וא"כ לא זכה בשביל האשה. הוא מסביר שאין לומר שזכתה מפני שכאן זה נחשב פרעון חוב, מצד שהתכוון לשלם בכך את המזונות שהיה חייב לה, ובפרעון חוב "הולך" הוא לשון זיכוי (שו"ע, חו"מ, קכה, א) - אין לומר כך, שהרי מזונות הם דבר שאינו קצוב, ומשתלמים מיום ליום, ולא היה חייב להפריש סכום גדול כזה בבת אחת, ולכן ברור שזה בגדר מתנה. הוא מוכיח (בדף יח ע"ד) שזה לא היה תשלום חוב לה, מזה שהשטר היה כתוב על שם הבעל, והאדם שהכסף נמסר לו נתחייב כלפי הבעל. אבל הוא כותב שאם הוא נתן לה סכום זה תמורת הסכמתה שישא אחרת עליה, א"כ זה הופך להיות כפרעון חוב שבו "הולך" הוא לשון זיכוי, כמו שכתב חידושי הרשב"א גיטין יד ע"א בשם ר"ת, ששטר שחרור הוא כפרעון חוב לענין זה ולא כמתנה, כי האדון משחררו תמורת נחת רוח שעשה לו. הוא כותב (בדף כ ע"ג) שבנידונו גם אם כתוב בשטר שיהיה נידון לפי דעה שמאשרת את השטר אף אם זו דעה יחידה - אינו מועיל, כי שטר זה מוכיח מתוכו שלא נעשה כדי להקנות לאשה, אלא כדי למסור לאותו אדם את הכסף, שיהיה מיוחד לאשה למזונותיה, ואין שום דעה שהשטר כשר כהקנאה.

⁷⁹³ פת"ח, קניינים, פט"ו הערה כז.

⁷⁹⁴ חידושי הרשב"א גיטין סג ע"ב.

⁷⁹⁵ ר"ן על הרי"ף, גיטין ו ע"ב (בדפי הרי"ף). כמו כן, ס' הישר, סי' פט במהד' וינה = מהד' שלזינגר סי' קז, מסביר ש"הולך" במתנה אינו לשון זיכוי, שלא כפרעון חוב, כי במתנה מסתמא אדם אינו מזכה לחברו עד שיגיע לידו. עיטור, זיכוי (י ע"א במהד' רמ"ל), מנמק, כי בני אדם רגילים לחזור בהם מנתינת מתנה.

ח"י כתב סופר גיטין לב ע"ב, מביא שהראשונים על גיטין יג, נימקו ש"הולך" אינו לשון זיכוי, שהיות שאינו חייב לתת לו, אינו מזכה לו עדיין, שמא יתחרט.

מחנה אפרים, הלכות זכיה ומתנה, סי' כט, נימק ש"הולך" אינו לשון זיכוי מפני שהנותן התכוון שלא יזכה המקבל עד שיגיע החפץ לידו.

רא"ש גיטין פ"א סי' יט, וחי' חתם סופר, גיטין לב ע"ב, מקשים, הרי ר"ת בתוס' גיטין יב ע"א (ד"ה כל), אומר שבשטר שחרור "הולך" הוא לשון זיכוי כי אילולא היה לאדון נחת רוח מהעבד לא היה משחרר אותו, ולכן נחשב כפרעון חוב שבו "הולך" הוא לשון זיכוי, וא"כ מדוע במתנה אין זה כך, הרי גם במתנה אומרים בגיטין נ ע"ב ובמגילה כו ע"ב (לפי דעה אחת) ובב"מ טז ע"א (לפי דעה אחת) שאילולא היתה לנותן נחת רוח מהמקבל לא היה נותן לו את המתנה? רא"ש שם תירץ, שבמתנה, לפעמים אדם נותן מתנה לקרובו או לאוהבו אף שמעולם לא עשה לו נחת רוח, משא"כ שחרור עבד. שו"ת שעות דרבנן, סי' י (יח ע"ד), מיישב שמה שאמרו בגיטין שם שמתנה כמכר כי מסתמא עשה לו נחת רוח, לענין שאין גובים ממנה לפרוע חוב של הנותן אם יש לנותן נכסים אחרים, הוא משום ששם אין הפסד לאף אחד בזה.

⁷⁹⁶ ח"י כתב סופר גיטין לב ע"ב, בדעת תוס', גיטין לב ע"ב (ד"ה להולך) (בלשון "אפשר").

⁷⁹⁷ שו"ת שעות דרבנן, סי' י (יט ע"א). הוא מביא דעה שאז נחשב זיכוי, כמו שכתב כה"ג, חו"מ, סו, הגה"ט אות ט, שמועילה מכירת שטר אם כתוב לשון חיזוק כזה בשטר המכר, כי זה כאילו כתוב "קנה לך אותו ואת כל שעבודיו". אך שעות דרבנן עצמו דוחה את ההשוואה, כי שטר ניתן לקנייה, אלא שצריך שתהיה לשון טובה להקנותו, ולכן אם כתוב "כתבו בכל לשון יפוי כוח", זה נחשב שטר טוב, כאילו נכתב בו כל מה שצריך; משא"כ כאן, שמדובר בנכס שאינו נקנה בשטר, לא יעזור שהשטר כתוב כראוי. על לשון חיזוק בשטר, ראה ליד ציון הערה 501 ואילך.

⁷⁹⁸ ליד ציון הערה 915 ואילך. על מצב שהמקבל עשה אדם זה שליח לקבל, ראה ליד ציון הערה 921.

אם אמר לו "תן נכס זה לפלוני", יש אומרים שאין במשמעותו זיכוי, כמו באומר "הולך"⁷⁹⁹. אבל אחרים אומרים שיש במשמעותו זיכוי, כמו באומר "זכה"⁸⁰⁰.

אם ראובן נשבע או נדר לתת מתנה ללוי, ואמר לשמעון "הולך מתנה זו ללוי", יש בכך זיכוי כאילו אמר "זכה", כי אינו רשאי לחזור בו מחמת הנדר או השבועה, ולכן הוא גומר בדעתו לתת, ואין בדעתו לחזור בו⁸⁰¹.

תקפותה של המתנה לפני שנודע עליה למקבל

מתנה שניתנת בדרך זיכוי נכנסת לבעלותו של המקבל ברגע הזיכוי גם אם לא ידע על כך⁸⁰², כפי שראינו בסעיף 3, באופן כללי, שמקבל מתנה קונה אותה גם בלי לדעת עליה. כך עולה בפשטות מן הנימוק "זיכוי לאדם שלא בפניו".

⁷⁹⁹ רבנו תם, ברא"ש גיטין פ"א ס"ז וס"י יט, בתוס' גיטין יב ע"א (ד"ה כל) (הובא בשו"ת קנין תורה בהלכה ח"ג סי' עו), בתוס' הרא"ש, ב"מ י ע"א, ובטור, חו"מ, קכה, ז; מהר"ם במרדכי ב"ב סי' תקצב; סמ"ג, עשה פב (קסא ע"ד) בשם ר"י; ר"ן על הרי"ף גיטין ה ע"א (בדפי הרי"ף); נתיבות המשפט, רז, ס"ק יט; שו"ת בית אפרים, חו"מ, סי' ע; שו"ת פני יהושע (חנדלי), סי' י (צד ע"ב), בדעת רשב"א, רא"ש, מישרים נתיב טו, ור"ח א"ז; משכנות הרועים, מע' א, אות ו (דף ט ע"ג) (שם מת הנותן, יורשיו יכולים לבטל את המתנה).

פני יהושע שם כותב שטעם דעה זו הוא, שדוקא בפרעון חוב "תן" הוא לשון זיכוי, כי מסתמא הלווה רוצה שהמלווה יזכה מיד כדי שלא יהיה "לווה רשע ולא ישלם", אבל במתנה אין טעם כזה (לומר שיש להניח שהנותן רוצה שהמקבל יזכה מהר, בדומה להסבר הר"ן לגבי "הולך", ליד ציון הערה 795), והיות שאין סיבה להניח שהנותן רוצה לזכות, יש להניח שאינו רוצה, שהרי אילו רצה שהמקבל יזכה מיד, היה אומר "זכה".

רידב"ז, ירושלמי גיטין, ו, א (לה ע"א), כותב שמסקנת הירושלמי היא ש"תן" אינו לשון זיכוי.

בזיכוי שטר מתנה: ש"ך, חו"מ, קכה, ס"ק ג, כותב שאם הנותן נתן למישהו שטר מתנה, ואמר לו "תן לפלוני" או "הולך לפלוני", זכה המקבל. אבל תומים, קכה, ס"ק א, כותב שגם בשטר מתנה, "תן" ו"הולך" אינם לשון זיכוי. גם שושנת יעקב, רמה, ד, ס"ק ב, תמה על דברי הש"ך. נתיבות המשפט, קכה ס"ק א, עושה הבחנה: בשטר קנין, כגון שכתוב בשטר "שדי נתונה לך", אין "תן" לשון זיכוי, כי אינו עדיף מבחינת המתנה עצמה; אבל בשטר ראייה, שהמקבל קנה את המתנה בקנין סודר, והדיון הוא לענין זיכוי גוף השטר, לפי הדעה (ליד ציון הערה 523) שאם אמר לו "זכה בגוף השטר", אינו יכול לחזור בו, ולענין זה "תן" הוא לשון זיכוי, שכיון שכבר נתן לו את הנכס, ודאי כבר עשה לו נחת רוח, שאל"כ לא היה נותן לו (כאמור בגיטין נ ע"ב), ולכן דינו כפרעון חוב שבו "תן" הוא לשון זיכוי; ורק אם עדיין לא קנה את הנכס, ועכשיו רוצה להקנותו לו בשטר, אפשר לומר שעדיין לא עשה לו המקבל נחת רוח שהבטיח לו, ולכן רוצה הנותן שיוכל לחזור בו; ועוד, דוקא במתנה שמוציא ממון מרשותו, אין "תן" לשון זיכוי, משא"כ בשטר המתנה, שהנכס כבר נקנה למקבל, ונתינת השטר כראיה על המתנה אינו מוציא ממון מרשותו, לכן "תן" הוא לשון זיכוי לענין שטר זה.

⁸⁰⁰ רמב"ם, הלכות זכיה, ד, ד (הובא בתורת גיטין, גיטין ט ע"ב, ד"ה באופן); רמ"ה, המובא בטור, חו"מ, קכה, ט; תורת גיטין, גיטין ט ע"ב (ד"ה תוס' ד"ה לא); שו"ת יפה נוף חו"מ סי' כט (עמ' קעד); מחנה אפרים, הלכות זכיה, סי' כח. תוס' גיטין יא ע"ב (ד"ה כל) (הובא בשו"ת פני יהושע (חנדלי), סי' י דף צד ע"ב), תוס' ב"מ י ע"א (ד"ה ולא), חידושי הריטב"א החדשים, ב"מ י ע"א, ח"י הרי"ן ב"מ י ע"א, ותוס' הרא"ש בשטמ"ק ב"מ י ע"א, הסבירו ש"תן" הוא לשון זיכוי במתנה (לפי דעה זו) שלא כמו במציאה, כי דעת אחרת מקנה.

מחנה אפרים, הלכות זכיה ומתנה, סי' כח, נימק, שהנותן נותן משום שהמקבל עשה לו נחת רוח, ולכן גמר בדעתו ונותן, ואין דעתו לחזור בו. אבל לא הסביר מדוע אין אומרים כך ב"הולך".

קצות החושן, קכה, ס"ק ג, כתב בדעת הרמב"ם, שאף ש"תן" הוא לשון זיכוי, זה רק לענין שהנותן אינו יכול לחזור בו בינתיים, אבל זכיית המקבל מותנית בתנאי, על מנת שיגיע ליד המקבל, ואם הגיע לידו, זכה למפרע, אבל אם לא הגיע לידו לא זכה, ואם מת המקבל, תלוי האם בתנאי, לשון "לפלוני" כוללת "לירשיו" (ראה סעיף 4). על תנאי מכללא כזה ראה הערה 726.

כנה"ג, חו"מ, מהדו"ב סי' כה הגהב"י אות יב, מביא ששו"ת דבר שמואל (ולא ציין איזה סימן) כותב שאיש האמצע יכול להחזיק עבור המקבל בטענת "קים ל"י ש"תן" הוא לשון זיכוי. כנה"ג מסביר זאת ע"פ שו"ת תורת אמת סי' סז, האומר באופן כללי שראובן יכול להחזיק ממון של שמעון שבידו בטענת קי"ל עבור לוי, אף שהוויכוח הוא בין שמעון ללוי.

ר"ן על הרי"ף, גיטין ו ע"ב (בדפי הרי"ף), טור, חו"מ, סי' קכה, ט, וס"י רמג, ד, שו"ע, חו"מ, קכה, ו-ז, שו"ת המבי"ט חלק א סי' קצה, נתיבות המשפט, סי' ס, ס"ק יט, וס"י ר, ס"ק ה, ודברי אליעזר (אורבך), בראשית לג, י, דף י ע"ב, מביאים את שתי הדעות.

⁸⁰¹ מחנה אפרים, הלכות זכיה ומתנה, סי' כח (הובא בנתיבות המשפט, רמג, ס"ק א, ובערוך השולחן, חו"מ, רמג, ג). הוא מביא ראייה מהדין שהאומר "הולך לעני", העני זוכה מיד מטעם זה (ראה סעיף 5). הוא מוסיף, שגם אם נאמר שהנותן יכול לחזור בו, הרי אם שמעון, איש האמצע, אומר שהוא זוכה בשביל לוי המקבל, זכה לוי, כי הוא כתופס לבעל חוב במקום שאינו חב לאחרים, שהרי אחרים אינם מפסידים מזה כיון שבאלו הכי הנותן אינו רשאי לחזור בו משבועתו לתת ללוי, והוא נעשה שליח של המקבל (ראה בשמו בהערה 931).

⁸⁰² מזל שעה, על הרמב"ם, הלכות זכיה, ד, ב, בדעת הרמב"ם והטור; שו"ת בשמים ראש, סי' רסח (שם רצה במתנה כששמע עליה, היא קנויה לו למפרע משעת הזיכוי; וצ"ל שם "מעכשיו" ולא "ממעשיו"); דברי אליעזר (אורבך), דף י ע"ג

(שהוא של המקבל למפרע); שו"ת ראשי בשמים (גוריון), או"ח, סי' יז, אות כד (במסקנתו, שהקנין נגמר מיד בשעת הזיכוי); שו"ת אבני נזר, אהע"ז, סי' קצד, אות יא, בדעת תרומת הדשן, סי' קפח. כמו כן, אבני מילואים, לו, ס"ק יב (ד"ה ונראה), כותב שמתנה היא זכות גמורה (ראה בשמו בסעיף 3), ובזכות גמורה כל שלא שמע כלל, הדבר עומד בזכותו; כלומר שאם זיכו לו ע"י אחר, קנה את המתנה גם לפני שנודע לו. כמו כן, רז"י גולדברג, שורת הדין ח"ב, עמ' שס, כותב שמועיל זיכוי ע"י אחר בלי ידיעת המקבל. אבן ישראל, על הרמב"ם, הל' מלכים, ח, ח (עמ' ריח), מדייק מהרמב"ם, הל' זכיה, שם, שבזיכוי, זוכה המקבל מיד, אלא שאם הוא מוחה כשנודע לו, הוא מבטל את זכייתו למפרע. והוא מוכיח שגם הרי"ף, ב"ב נה ע"ב (בדפי הרי"ף), סובר שאי-המחאה יוצרת זכיה למפרע (עיי"ש להוכחתו).

כמו כן, שו"ת בית אפרים, חו"מ, סי' לח (ד"ה ולעני"ד ז"א), כותב שבזיכוי ע"י אחר, זכה המקבל אף שלא ידע; וכוונתו היא שזכה מיד, שהרי הוא עוסק בסוגיית הקנאת צבע לאשה, שנביא בסמוך, ושם צריך שתקנה האשה מיד, כדי שהצבע לא יהיה הקדש.

כך מוכח גם מהרמב"ם, הלכות זכיה, ד, ב, הכותב: **"כיון שהחזיק בה אחר... זכה חברו"**, ומדובר שהמקבל לא ידע על המתנה, שהרי הרמב"ם מנמק אח"כ **"שזכין לאדם שלא בפניו"** (אף שהיה אפשר לפרש בדוחק, שידע על המתנה מראש אלא שבשעת ההקנאה הוא לא נכח) - ואף על פי כן קנה מיד בשעת ההקנאה.

כך מוכח גם מחי' הריטב"א, יבמות ק"ח ע"ב וקידושין כ"ג ע"א (הובא בפנים מאירות, קידושין כ"ג ע"א), ומחי' הרי"ם, חו"מ, קצה, ס"ק טז, המפרשים את הכלל שבדבר שהוא חובה לאדם, **"אין חבין לו שלא בפניו"**, שמשמעו הוא שאם מישהו עשה אותו בשבילו בלי ידיעתו, גם אם הסכים לפעולה כששמע עליה, הפעולה אינה חלה למפרע. מאחר שכלל זה מוצג במשנה גיטין יא ע"ב כניגוד לכלל **"שזכין לאדם שלא בפניו"**, אפשר לדייק מדבריו, שבדבר שהוא זכות לאדם, כגון מתנה, כשהוא שומע עליה ומסכים, הוא זוכה למפרע משעת הזיכוי, אף שאז לא ידע עליה.

כמו כן, שבילי דוד, חו"מ, רלה, ד (ד"ה וי"ל), כותב שרש"י, ב"מ יא ע"ב (ד"ה אלא), שכתב שזיכוי מועיל בלי ידיעת המקבל מפני שאין סהדי שנוח למקבל, סובר שהמקבל קנה מיד מפני שמן הסתם לא ימחה, כיון שזה זכות גמורה, וזה כמבורר.

שו"ת השיב משה, סי' קד, בסופו, עוסק בנותן שזיכה את המתנה למקבל ע"י עדי המתנה, וציווה לעדי המתנה שלא לגלות למקבל, והוא פוסק שהמתנה תקפה ואין בה הפסול של מתנה טמירתא (ראה סעיף 1א) על פסול מתנה טמירתא, כשהנותן ציווה לעדים להסתיר את דבר קיום המתנה, מחשש להעדר גמירת דעת מצד הנותן; הרי שהמתנה תקפה בלי ידיעת המקבל. אבל אפשר לדחות את הראיה מדבריו, שאולי המתנה חלה רק כשייוודע למקבל. חלק מההסברים שהבאנו (ליד ציון הערה 593 ואילך) לכך שמועיל מעשה קנין של המקבל אף שאינו יודע שזו מתנה, יכולים להסביר גם מדוע זיכוי ע"י אחר מועיל בלי ידיעת המקבל.

יש כמה הוכחות מן התלמוד שבזיכוי מתנה ע"י אחר, קנה המקבל ברגע הזיכוי אף שלא ידע על כך:

א) קצות החושן, קצ, ס"ק ב, מביא ראיה מן האמור בב"ק קב ע"ב, שמי שקנה משהו כמתנה בשביל אשתו, והיא לא ידעה על כך, ואח"כ הקדיש את כל נכסיו, מה שקנה לאשתו אינו קדוש, מפני שהנכס עבר לבעלותה ע"י שהאיש זכה עבורה מן המוכר. רח"א מילר הוסיף, שאף שבתלמוד שם לא כתוב בפירוש שמדובר שהאשה לא ידעה, מ"מ ברור שהתלמוד מבין שמדובר בכל האופנים, גם אם לא ידעה, שהרי אם לא היה מדובר בכל האופנים, הסוגיה הייתה יכולה לומר שמה שהדבר אינו מוקדש הוא רק אם הודיע למוכר שהוא קונה עבור אשתו, וכך היה נדחה מה שהתלמוד רצה להוכיח - עיין שם. אך יש להעיר, שלפי הסבר אחד בסוגיה שם, הטעם הוא שרואים כאילו הבעל הקנה לאשתו את הנכס לפני שהקדיש (עי' ראב"ד שם, שצ"ן לו שו"ת חתם סופר, יו"ד, סי' שי, שהבעל מקנה לה; אבל לא ברור איך הוא יכול להקנות), ואולי זה דין מיוחד בהקדש, ולא שקנתה ממש. עוד יש להעיר, שהנידון שם דומה יותר לקנין מדין עבד כנעני (ראה ליד ציון הערה 158) מלזיכוי. על הסוגיה שם ראה חוק לישראל, שליחות, עמ' 419-421.

ב) מגיטין יד ע"ב (שהבאנו ליד ציון הערה 725) עולה שהמזכה מתנה ע"י אחר, ומת המקבל בחי הנותן, נותנים את דבר המתנה ליורשי המקבל, אף שלא הביע המקבל הסכמה; ומשמע שהדין כך גם אם לא שמע המקבל בחייו על המתנה, ומכאן שקנה אף שלא ידע על הזיכוי. מוזל שעה, על הרמב"ם, הל' זכיה, ד, ב (דף עב ע"ג), מביא ראיה זו משם ומירושלמי גיטין, א, ה (שאומר אותו הדבר). פתחי חושן, קניינים פט"ו הערה כד, מביא ראיה זו משו"ע, חו"מ, קכה, ח, שמשמע ממנו כפי שעולה מן התלמוד שם. וראה הערה 806, שגם יד דוד מביא ראיה זו.

ג) בגיטין מ ע"ב (ראה סעיף 3, פרק ד, 2 ג) נאמר שאם ראובן אומר **"נתתי מתנה לשמעון"**, ושמעון אומר **"לא נתן"**, הנכס שייך לשמעון, משום שיתכן שהנותן זיכה לו ע"י אחר, ולכן שמעון חושב בטעות שראובן לא נתן; והכוונה היא ששמעון קנה אף שלא ידע על הזיכוי. ודוחק לומר שקנה רק ברגע שאמר הנותן **"נתתי מתנה לשמעון"**, שזוהי הודעה למקבל, שהרי שמעון אומר מיד שאינו יודע במה מדובר, וא"כ אי אפשר לראות בזה הודעה על הזיכוי.

ד) נאמר בעירובין עט ע"ב שאדם יכול לתת חלק במאכל שייחד לשיתופי מבואות לכל בני המבוי, ע"י שמזכה להם ע"י אחר; ומן הסתם מדובר שלא כולם יודעים על הזיכוי, ובכל זאת השיתוף מועיל להתיר טלטול בשבת, כאילו קנו חלק במאכל המשותף. אך אפשר לדחות הוכחה זו, בכך ששם הקנין אינו צריך להיות לפי כל הדינים הממוניים של קניין, מפני שהוא דרוש רק מדברנו, כמו שנאמר בגיטין סד ע"ב, שלכן יכול אדם לזכות את העירוב לבני המבוי ע"י אמה עבריה שלו, שהיא קטנה, אע"פ שבדרך כלל אין מועילה הקנאה בזיכוי ע"י קטן.

ה) בבבא בתרא קמב ע"ב נפסק שהמזכה מתנה לבנו כשהוא עובר (והיינו שזיכה לו ע"י אחר, שהרי אי אפשר לזכות לו ישירות), קנה (ראה סעיף 1א), וזאת אף שעובר אינו יכול לדעת על ההקנאה. ואין לומר שהוא קונה רק כשהוא נולד ומגיע לגיל שבו הוא יודע על ההקנאה, שהרי עולה מן הסוגיה שיש הבדל בינו לבין המזכה לסתם עובר, וסתם עובר קנה כשייוולד (לדעה אחת - רמ"א, חו"מ, רי, א). אך אפשר לדחות ראיה זו, שזה דין מיוחד, שקנה אף שלא ידע על ההקנאה, מצד **"דעתו של אדם קרובה אצל בנו"**, כמו שמטעם זה אפשר להקנות לו אף שהוא לא בא לעולם.

יש נפקויות אחדות מן הקביעה שדבר מתנה נקנה למקבל כבר ברגע הזיכוי.

נפקות אחת היא, שאם הצמיח הנכס פירות (או רווחים) בין רגע הזיכוי לבין הרגע ששמע עליו, גם הפירות שייכים למקבל, משום שהנכס נעשה שלו כבר משעת הזיכוי⁸⁰³. כך נפסק במעשה שהיה: ראובן זיכה לשמעון במתנה שטר "לאזין" (הגרלה), שיש לו שער, ואם יוצא בגורל מספרו של השטר, מרויחים הרבה; ולפני שהגיע השליח למקבל, יצא מספרו של השטר בגורל. הנותן טען שהמקבל זכה רק בגוף השטר, מחיר קנייתה, ולא בערכו שאחרי שיצא מספרו בגורל, מפני שזה שבח דממילא. טענה זו לא נתקבלה, אלא נפסק, שזכה המקבל גם בשבח, והדין כך במיוחד ב"לאזין", שגם בשעת המתנה ידע הנותן שייתכן שיצא מספרו בגורל, ויש להניח שבעין יפה נותן, גם אם יצא המספר בגורל⁸⁰⁴.

מדובר בפירות שצמחו מאליהם; אבל השבח שהשביח הנכס בגלל טירחת הנותן או הוצאות שלו, שייך לנותן, לפחות באופן חלקי, כדין משביח שדה חברו⁸⁰⁵.

נפקות שנייה היא שאם מת המקבל אחרי הזיכוי, ולא הספיק לשמוע עליו, יורשיו יורשים אותו כיון שהוא קנה ברגע הזיכוי⁸⁰⁶.

שיטת הר"ן: הר"ן חולק וסובר שהמקבל רוכש את הבעלות בנכס רק בזמן שנודע לו על הזיכוי, והסכים⁸⁰⁷.

ראיה נוספת שקנה מיד בשעת הזיכוי, היא מדין שחרור עבד, ונביא אותה בהערה 807, כקושיה על הר"ן, החולק. שו"ת שואל ומשיב, מהדו"ה, סי' פא (פד ע"ד) (ראה הערה 824, איך הוא דוחה את דעת הר"ן האומר להיפך); חידושים ובאורים (גריינימן), ב"ב, סי' יא, ס"ק א (והוא כותב שדברי הר"ן צריכים עיון); שרשי היס (הערה 807) בדעת ב"י.

שו"ת מהר"ח"ש, אהע"ז, סי' כח (קמז ע"ד), כותב שאם עשה איש האמצע רווחים ע"י הנכס, הרווחים למקבל. שואל ומשיב שם. הוא נוקט ששלח ע"י שליח, ונראה שכוונתו היא שזיכה למקבל ע"י השליח.

⁸⁰⁵ ראה על כך חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, עמ' 173-180.

⁸⁰⁶ יד דוד, פסקי הלכות, הל' אישות פ"ג אות קנ"ג, הגהה ג (נד ע"ג). אך הוא אינו תולה זאת בכך שקנה ברגע הזיכוי, אלא נותן זאת כדוגמה לכך שקנה גם אם אין שום הוכחה אם רצה או לא רצה. הוא מביא ראיה מגיטין יד ע"ב (הובא במלאת אבן, אהע"ז, לו, יא, דף פח ע"ב), ששם נאמר שהמזכה לאחר, ומת המקבל לפני שהנכס הגיע אליו, יורשי המקבל זוכים, ומשמע שמדובר גם אם המקבל לא שמע על המתנה, שהרי מדובר שהיה במקום אחר. וראה הערה 802, שגם פתחי חושן ומזל שעה הוכיחו משם שבמצב זה זכו יורשיו.

ראה גם ליד ציון הערה 725, שהיורשים זכו אף שהנכס לא הגיע למקבל, אבל שם לא נידונה אי-ידיעת המקבל.

⁸⁰⁷ חידושי הר"ן, ב"ב קכו ע"א (הובא בבאר אלחנן עמ' רלח).

דברי הר"ן הובאו בסתם בב"י, חו"מ, רעח, ו. אבל הבי"ב מביא רק את מה שהר"ן כותב שקנה רק כששמע, ולא את מה שהסיק הר"ן מזה (ראה ליד ציון הערה 813) שהשבח שבינתיים שייך לנותן (אף שהביא את מה שהר"ן לומד מזה שבמקרה מסוים בבכור, השבח שבינתיים אינו שייך לבכור), ובסי' רמג, בדין זיכוי מתנה, לא הביא את דבריו בכלל; ועל כך, שרשי היס, שורש זכיית קטן (קמב ע"ד), כותב שבי"י חולק על הר"ן בזה, וסובר שבזיכוי מתנה, אם שמע והסכים, זוכה למפרע, ומקבל גם את השבח שבינתיים.

פתחי חושן, קניינים פט"ו הערה כד, מבין ששו"ת אבני נזר, יו"ד, סי' תג, אות ד, פסק כר"ן. אבל רח"א מילר סבור שאבני נזר לא התכוון לפסוק כמותו (שהרי הוא דעת יחיד), אלא רק לבאר את דבריו.

ראה ליד ציון הערה 91, ששבילי דוד והר"ם (באחד מהסבריו) מבינים שמהר"י וייל סובר כר"ן.

נתיבות המשפט, רעח, ס"ק א, מקשה על הר"ן, הרי בשחרור עבד ע"י "זכין", הוא משוחרר למפרע, משעת הזיכוי, ולא רק משעה ששמע על הזיכוי? ותירץ ע"פ רמב"ם, הלכות עבדים, ו, א, שאומר שאם אדון אמר "תן שטר שחרור זה לעבדי" (ולא אמר "זכה"), העבד משוחרר רק משעה שהגיע השטר לידו, מפני ששמעו שהאדון מזכה לו בתנאי שיתן לו, וכן בבכור (שבו עוסק הר"ן, ומשם הוא לומד למתנה), כותב "לתת לו", ולכן זוכה רק כשיגיע לידו. אבל אין בכך כדי להסביר מדוע אמר כך הר"ן על סתם מתנה. פתחי חושן, קניינים פט"ו שם מבין שנתיה"מ מתכוון לומר שהר"ן אמר את דבריו רק אם אמר "נתן", שאז הזיכוי מותנה בתנאי שיהיה למקבל; ופתחי חושן מקשה על נתיבה"מ, שמהר"ן משמע שדיבר גם באומר "זכה". קהלת יעקב, תוספת דרבנן, מע' ז, אות קיט (דף לה ע"ד בדפוס לבוב = דף כט ע"א בדפוס שלוניקין), כותב שהר"ן סובר שבשחרור עבד, בזיכוי השטר ע"י אחר, העבד משוחרר מיד בשעת הזיכוי (עיי"ש להוכחתו לכך), וגם מעשי ידיו שבינתיים שייכים לעבד, כיון שאינו יכול לזכות בעצמו אם לא יזכה במעשה ידיו שבינתיים (מפני שאז זה היה שטר שחרור עם שויר), והרי האדון רצה שהשטר יחול מיד, שלכן הזדרז לזכות לו ע"י אחר ולא המתין לתת לו את הגט בידו (זאת בהתאם להבנתו בדעת הר"ן - ראה להלן ליד ציון הערה 820 - שהמתנה נקנית בשעת הזיכוי, שאילו להבנה הרגילה שהמתנה נקנית רק כשהוא שומע עליה, א"כ גם בעבד היה צריך להיות שמשחרר רק כשהוא שומע על השחרור, ואז אין בעיה של שויר בשטר השחרור, שהרי מאותו רגע ואילך גם מעשי ידיו לעצמו), ולכן יש להניח שהאדון מתכוון לזכות לו מראש גם את מעשה ידיו שבינתיים; או שלענין מעשי ידיו, הוא כאומר "ע"מ שיתן לי את מעשה ידיו" (כפי שכתב קהלת יעקב בדעת הר"ן גם בשבח של מתנה - ראה ליד ציון הערה 820), וזה לא נחשב שויר בשטר, אלא תנאי. שרשי היס, שורש

הר"ן מוכיח את דבריו מן הדין⁸⁰⁸, שאם התנגד המקבל כששמע על הזיכוי, המתנה בטלה. ההוכחה היא⁸⁰⁹ מזה שאם התנגד, הנכס חוזר לנותן ואינו נעשה הפקר⁸¹⁰, מכאן שלא קנה בשעת הזיכוי, שכן אילו קנה בשעת הזיכוי, התנגדותו היתה מתפרשת כהפקרת הנכס. אך אפשר לדחות הוכחה זו, שהמקבל אכן קונה בשעת הזיכוי, על תנאי שלא יתנגד כשישמע, ולכן אם התנגד כששמע, התברר למפרע שמעולם לא יצא מרשות הנותן, ולכן אינו הפקר.

בעוד שלפי הדעה השלטת, דין "זכין שלא בפניו" משמעותו היא שהמקבל קונה בשעת הזיכוי, הרי לפי הר"ן, החידוש שבדין "זכין לאדם שלא בפניו" הוא רק שהנותן אינו יכול לחזור בו מרגע הזיכוי אע"פ שהנכס עדיין שלו, עד שישמע המקבל⁸¹¹. חידוש נוסף הוא, שההקנאה מועילה (וחלה כשהוא יודע עליה) אף שהנכס לא הגיע לידי המקבל, ולא נכח במעמד הנתניה.

גם לר"ן, אסור לאיש האמצע להחזיר את המתנה לנותן עד שיתברר האם המקבל רוצה, שהרי כאמור, גם לר"ן, הנותן אינו יכול לחזור בו, אף שעדיין הנכס שלו⁸¹².

הר"ן מוצא נפקות מגישתו: מאחר שלא זכה המקבל בנכס עד ששמע על המתנה, הרי אם הצמיח הנכס פירות (או רווחים) בין הזיכוי לשמיעתו, הפירות שייכים לנותן, גם אם לבסוף הסכים המקבל לקבל את המתנה⁸¹³, מפני שבמשך הזמן הזה הנכס היה שייך לנותן.

אבני נזר⁸¹⁴ מנמק את דעת הר"ן, שלא ייתכן לומר שהנכס בבעלות המקבל בזמן שבין הזיכוי לשמיעתו, שמא יסרב לקבל כשישמע, ויתברר שהנכס היה בבעלותו במשך זמן מסוים נגד רצונו, והרי א"א לזכות דבר לאדם נגד רצונו; ולכן הנכס אינו בבעלותו בזמן המעבר, גם אם הסכים כששמע⁸¹⁵.

זכיית קטן (קמג ע"ב), כותב שהר"ן מסכים במזכה שטר שחרור לעבד, שכיון שאין איסור על העבד לקבל אותו, סמכה דעתו של האדון שהעבד יסכים, ולכן האדון גומר בדעתו ונותן הכל מיד, גם את מעשה ידיו משעת הזיכוי, ולכן אין שיעור בשטר, ודוקא במתנה אינו מתכוון לתת הכל מיד, מפני שהוא חושש שהמקבל יסרב מטעם "שונא מתנות יחיה". בדף קמ"א, הוא מקשה על דברי קהלת יעקב בדעת הר"ן על עבד - עיי"ש.

על פי דברי הר"ן כאן אפשר להבין את דבריו במקום אחר: ח"י הר"ן, חולין לט ע"ב, מוכיח מהדין שאומרים "זכין" רק אם הסכים כששמע, מכאן שאומרים "אין חבין לאדם שלא בפניו" גם אם הסכים כששמע. הוכחה זו טובה רק לשיטת הר"ן, שאילו לדעה שב"זכין" קנה המקבל כבר בשעת הזיכוי, אפשר לדחות את ההוכחה, שאולי ההבדל בין "זכין" ל"אין חבין" הוא שב"אין חבין", גם אם הסכים אח"כ, המעשה לא חל מרגע הפעולה אלא רק מהרגע שהסכים (ודוחק לומר שזו אכן כוונתו: שב"אין חבין", אם הסכים, חלה הפעולה רק ברגע ההסכמה). ח"י הרמב"ן, חולין לט ע"ב, הוכיח באותה דרך, והעלה אפשרות לדחות את ההוכחה בדחייה דומה, והרמב"ן השיב על כך: "ואין זה כלום, שלעולם אין חבין לו אלא מדעתו ובשליחותו", כלומר שבעצם הוא מגיע למסקנה זו רק מסברה; ורח"א מילר הסביר, שהרמב"ן סובר שבזיכוי, קנה המקבל כבר בשעת הזיכוי, וא"כ ההוכחה הנ"ל אינה הכרחית, כאמור, ולכן הוא חייב להיזקק לסברה. קשה, שהר"ן סותר את עצמו, למה שכתב (ראה הערה 747), שבזיכוי מתנה שסופה לרעת המקבל, והתנגד כששמע, הנכס "בחזקתו" בשעת הזיכוי, אבל אינו קנוי לו ממש, משמע שאם לא התנגד כששמע, קנה ממש משעת הזיכוי. וזו ראייה להבנה שליד ציון הערה 820, שגם לר"ן קנה בשעת הזיכוי.

ראה ליד ציון הערה 96, שלפי הסבר אחד, הסמ"ע סובר שהמקבל זוכה במתנה רגע אחד לפני שחוזר בו הנותן. ליד ציון הערה 756.

⁸⁰⁸ כך הסביר המהדיר, ר"א סופר, הערה ז.

⁸⁰⁹ אך ראה ליד ציון הערה 174, שהרשב"ם סובר שהוא הפקר.

⁸¹⁰ כך הסביר המהדיר, ר"א סופר, הערה ז.

⁸¹¹ אבל אבן פינה, חו"מ, סי' קעג, כותב שלפי הר"ן, הנותן יכול לחזור בו עד שישמע המקבל, כיון שהמקבל לא קנה עד שישמע. דבריו קשים, שהרי מפורש בגיטין יד ע"ב שהנותן אינו יכול לחזור בו אחרי שזיכה לאחר.

⁸¹² דברי רח"א מילר. פתחי חושן, קניינים, פרק טו, הערה כד, כותב באופן כללי שאסור לאיש האמצע להחזיר לנותן, אבל אינו אומר כך בדעת הר"ן.

⁸¹³ הר"ן שם (הובא בשו"ת אבני נזר, או"ח, סי' שלו, אות ו). זאת בניגוד לדעת השואל ומשיב וחידושים וביאורים, ליד ציון הערה 803.

⁸¹⁴ שו"ת אבני נזר, יו"ד, סי' תג, אות ד.

⁸¹⁵ הוא מיישב בזה מה שקשה על הר"ן, מדוע אין אומרים שמאחר שהיתה ביד המקבל ברירה להסכים לקבל, זה נחשב שלו בינתיים (הוא מוכיח עיקרון זה ממקרים שונים), והשבח יהיה למקבל גם אם בסוף סירב לקבל. ובאותו ז' הוא מנמק, שאין לומר שקיבל מיד זכות זו, שתהיה ברירה בידו להסכים, שהרי גם זכות זו א"א להקנות לאדם נגד רצונו. נראה שכוונתו לומר שהוא קונה את הזכות להסכים, רק ברגע שהוא שומע, ולא ברגע הזיכוי, ולכן אין אומרים שבתקופת המעבר ייחשב שלו בגלל הזכות להסכים.

ר' דוד זילברשטיין מנמק את דעת הר"ן, שאי אפשר לומר שאם הסכים כששמע, התברר למפרע שקנה משעת הזיכוי, מפני שבשעת הזיכוי עדיין היה חסר בירור בעיקר הקנין, שמא יתנגד, ואין זה תנאי חיצוני, שאפשר לומר שעם מילוי, התברר למפרע שקנה מראש⁸¹⁶. והוא מעלה אפשרות שטעם הר"ן הוא מפני שהלכה נפסקה ש"אין ברירה", ולכן אי אפשר לומר שקנה משעת הזיכוי, על סמך מה שיתברר אח"כ שיסכים כשישמע⁸¹⁷. וראה סעיף 3, פרק ב, 5, הסברים שונים מדוע רוב הפוסקים סוברים שקנה משעת הזיכוי ואינם מתחשבים בעיקרון של "אין ברירה".

לפי הר"ן, שההקנאה אינה חלה בשעת ביצוע מעשה הקנין, אם הקנה הנותן את הנכס לאיש האמצע **בקנין סודר**, לא קנה המקבל את המתנה בכלל, שהרי כלל הוא שאין מועיל להקנות נכס לאחר זמן בקנין סודר, מפני שבשעה שהקנין אמור לחול כבר חזר הסודר לבעליו⁸¹⁸, ולכן קנין סודר שנעשה כאן בשעת הזיכוי אינו יכול להקנות למקבל לאחר מכן, בשעה ששמע⁸¹⁹.

הבנה אחרת בר"ן: יש מן האחרונים שהבינו שהר"ן מסכים עם שאר הפוסקים, שהמקבל קונה גם בלי ידיעתו, בשעת הזיכוי, והסבירו את דבריו בדרכים שונות.

ר' יעקב אלגזי⁸²⁰ כותב שגם לדעת הר"ן, המקבל **זוכה למפרע** משעת הזיכוי, אם הוא מסכים בסוף, ובכל זאת השבח שבינתיים שייך לנותן, מפני שיש להניח שמאחר שהקנין תלוי ועומד ברצון המקבל, בדעת הנותן לזכות לו רק את **גוף הנכס**, ומטרתו בכך היא כדי שלא יוכל (הנותן) לחזור בו (כלומר, הנותן מעוניין "לחשק" את עצמו כדי שלא יוכל להתחרט - כך נראית כוונתו), אבל אינו מזכה לו את **השבח** עד שיסכים, ורואים כאילו אמר לאיש האמצע: "**זכה בממון זה לפלוני**, גוף מעכשו ושבח לאחר שיסכים". אח"כ⁸²¹ הוא מגדיר זאת קצת אחרת: שאין הכוונה שהנותן שייר את השבח לעצמו, אלא שרואים כאילו הוא אומר לאיש האמצע: "**זכה לפלוני נכס זה**, על מנת (=בתנאי) שיתן לי המקבל את השבח שישבחי הנכס משעת זכייה עד שיסכים לקבלת המתנה, ואע"פ שמן הדין השבח הוא שלו, אני רוצה שיתן לי את השבח", שזה לא נחשב שיוך, אלא שהמקבל חייב לתת את השבח לנותן מפני שאם לא כן, תתבטל המתנה למפרע. ואילו בדעת הר"ף הוא כותב (כמו שכתב לפני כן בדעת הר"ן) שהנותן **משייר** לעצמו את השבח⁸²².

כמו כן, ר' יצחק מאייו⁸²³ כותב שהר"ן סובר שהמקבל זוכה בנכס מיד, אבל הפירות עדיין שייכים לנותן מפני שבמתנה יש צד איסור של "שונא מתנות יחיה", לכן כל זמן שלא הסכים המקבל בפירוש, לא גמר הנותן בדעתו לתת, שמא יסרב המקבל, ולכן השבח שבינתיים שייך לנותן, כאילו אמר שהוא נותן גוף מהיום (משעת הזיכוי) ושבח כשיסכים⁸²⁴.

⁸¹⁶ שבילי דוד, חו"מ, קצה, ג.

⁸¹⁷ שם, סי' רלה, ד (ד"ה ודברי). יש להעיר, שאם טעמו הוא משום "אין ברירה", הרי בכל מצב שהקנין נעשה בלי ידיעת המקבל, כגון אם המקבל עשה מעשה קניין בלי כוונה לקנות (ליד ציון הערה 579), בקנין חצר בלי ידיעתו (ליד ציון הערה 196), או בקנין סודר ע"י אחר (ליד ציון הערה 61), לא קנה לפי הר"ן עד שיודע לו ויסכים.

⁸¹⁸ שו"ע, חו"מ, קצה, ה.

⁸¹⁹ שבילי דוד, חו"מ, קצה, ג. וראה הערה 91, ששבילי דוד הסביר כך את דעת מהר"י וייל, שסובר שלא מועיל זיכוי ע"י אחר ע"י קניין סודר (ויוצא שלדעתו מהר"י וייל סובר כ"ר"ן שבשאר דרכי ההקנייה, קונה רק כששמע).

⁸²⁰ קהלת יעקב, תוספת דרבנן, מע' ז, אות קיט (לה ע"ג).

⁸²¹ בדף לה ע"ד. עיי"ש, שהוא אומר כך כדי ליישב את הקושיה משחרור עבד, שהבאנו בהערה 807.

⁸²² עיי"ש למה הוכרח לומר כך בדעת הר"ף; אבל אין הוא מוכיח שלר"ף המקבל לא מקבל את השבח שבינתיים.

⁸²³ שרשי הים, שורש זכיות קטן (קמג ע"ב).

⁸²⁴ עוד שהבינו כך את הר"ן: שו"ת שואל ומשיב, מהדו"ה, סי' פא (פד ע"ד), מקשה על מה שכתב הר"ן שהשבח שהשבחי הנכס בינתיים שייך לנותן, הרי נותן בעין יפה נותן ומן הסתם נתן לו עם השבח שעליו; ואף שזה דבר שלא בא לעולם, הרי זה כהקנאת דקל לפירותיו, שמועילה אף שהפירות לא באו לעולם, מפני שגוף המתנה השבחי ממילא; ועוד, הרי הנכס כבר יצא מידי הנותן, והוא התיימש ממנו, ואיך יזכה הנותן בשבח שאינו ברשותו? כנראה הוא הבין שגם לר"ן, המקבל קנה ברגע הזיכוי אף שלא שמע; שאילו לפי ההבנה הפשוטה בדברי הר"ן, אין מקום למה שכתב שואל ומשיב "כבר יצא מידי הנותן".

כמו כן, שו"ת אבני נזר, אהע"ז, סי' קצד, אות ד, וסי' שלו, אות ז, כותב בדעת הר"ן, שאחרי שנתרצה חלה הזכיה למפרע.

כמו כן, אבן ישראל, על הרמב"ם, הל' מלכים, ח, ח (עמ' ריח), כותב שלפי הר"ן, הסכמתו (או שתיקתו) של המקבל עושה זכיה **למפרע**; אך הוא לא הסביר מדוע הר"ן אומר שהשבח שבינתיים שייך לנותן.

הפסולים לזכות עבור אחר

רק אדם גדול ובר דעת יכול לזכות במתנה עבור המקבל, ולא חרש, שוטה או קטן, אפילו קטן שיש בו קצת דעת.⁸²⁵ לפי השיטה⁸²⁶ שזכייה היא מטעם שליחות, מובן שהיות שאלו פסולים לשליחות, אינם יכולים לפעול בזכייה. גם לפי השיטה⁸²⁷ שזכייה אינה מטעם שליחות, הם פסולים, מפני שאין להם דעת לקנות עבור אחר.⁸²⁸

אשת איש יכולה לזכות עבור אחר.⁸²⁹

לעומתם, מזל שעה, על הרמב"ם, ה' זכיה, ד, ב (עב ע"ד), דוחה אפשרות לומר שבאמת הר"ן התכוון לומר רק שאינו זוכה זכייה גמורה עד שישמע, מפני שעד אז יכול לדחותה - עיי"ש לדחייתו.

⁸²⁵ רמב"ם, הלכות זכיה, ד, ז; רש"י פסחים צא ע"ב, ד"ה איש (בקטן); סמ"ג, עשה פב (קסא ע"ד); מאירי, גיטין סד ע"ב (בקטן); ר"ן על הרי"ף, גיטין ל ע"ב (בדפי הרי"ף) (בקטן) (הובא בשרשי הים, ח"א, שורש זכיות קטן, דף קמז ע"ג); טור, חו"מ, רמג, יט; שו"ע, חו"מ, רמג, יד; מחנה אפרים, הלכות שלוחין, סי' כד (הובא בשדי חמד, כללים, מע' ח, כלל קטו). שרשי הים, ח"א, שורש זכיות קטן (קמח ע"א), כותב שהמזכה לאחר ע"י קטן, שהזיכו אינו חל, הקטן אינו זוכה בחפץ לעצמו, כי הנותן לא התכוון שיזכה לעצמו.

דברי חיים, דיני מתנה, סי' כא, בסופו, כותב שאב אינו יכול לזכות לאחר ע"י בנו הקטן, כי ידו כיד אביו ממש, ולרוב הפוסקים אב שנתן מתנה לבנו הקטן לא קנה הבן גם אם אינו סמוך על שלחנו, כי חוזרת מיד לאב; וגם לפי מה שהובא בשמו בדברי משפט סי' קכא ס"ק א, שיכול אב להקנות לבנו הקטן, מ"מ א"א לזכות לאחר על ידו כי אמרו חכמים שידו כיד אביו ממש. כמו כן, דברי משפט, קכא, ס"ק א, כותב שאב לא יכול לזכות לאחר ע"י בנו הקטן, כי כוונת הקטן בכל זכיותיו היא לאביו ואין כוונתו לזכות עבור אחרים. וצ"ע, מדוע לא נימקו מצד שלא מועיל זיכוי ע"י שום קטן, אפילו אינו בנו.

בגיטין סד ע"ב ובשו"ע, או"ח, שסו, י (הובא בש"ך, חו"מ, רמג, ס"ק ז), נאמר שמועיל זיכוי לאחרים ע"י קטן לענין שיתופי מבואות, להתיר טלטול במבוי בשבת, כיון שזה דרוש רק מדרבנן.

דעה חולקת: שרשי הים, ח"א, שורש זכיות קטן (קמב ע"ב), כותב שתוס' סנהדרין סח ע"ב (ד"ה קטן), וכתובות יא ע"א (ד"ה מטבילין), בסוף דבריהם, סוברים שקטן זוכה לאחרים מהתורה.

גוי: רמב"ם, הלכות זכיה, ד, ו, סמ"ג, עשה פב (קסא ע"ד), טור, חו"מ, רמג, כד, שו"ת הריב"ש, סי' ב, ושו"ע, חו"מ, רמג, יד, ושו"ת נודע ביהודה, חו"מ, סי' ל, אות ט (הובא בקצות החושן, קסג, ס"ק א), כותבים שנכרי אינו יכול לזכות במתנה עבור ישראל, כיון שאינו בר שליחות. דבריהם מתאימים ליטה (ליד ציון הערה 712) שזכייה מטעם שליחות. אך ש"ך, חו"מ, רמג, ס"ק ה, מביא לענין זה את שו"ת משאת בנימין, סי' צז, שכתב באופן כללי שגוי נעשה שליח לגוי.

⁸²⁶ ליד ציון הערה 712.

⁸²⁷ ליד ציון הערה 719.

⁸²⁸ טעם נוסף יש לפי הדעה, ליד ציון הערה 878, שאיש האמצע הוא שליח של הנותן.

⁸²⁹ סמ"ג, עשה פב (קסא ע"ג); רמב"ם הלכות זכיה, ד, ו (הובא בטור, חו"מ, רמג, כג); שו"ע, חו"מ, רמג, יד; שו"ת יפה נוף חו"מ סי' כט (עמ' קעד).

עבד כנעני: רמב"ם, סמ"ג ושו"ע שם כותבים עוד, שעבד ושפחה יכולים לזכות עבור אחר. מגיד משנה על הרמב"ם שם כותב שמדובר גם בכנעניים.

חידושי הריטב"א, קידושין כג ע"ב (הובא באמרי משה סי' כה, אות טז), מגיד משנה, הלכות זכיה, ד, ו, ושיטה לא נודע למי, קידושין כד ע"א, כותבים שאדון אינו יכול לזכות לאחר ע"י עבדו הכנעני, כי הוא כחצרו. מקור הדין במשנה בעירובין עט ע"ב. דברי חיים דיני מתנה, סי' כא, מנמק, כי אם האדון נותן לו מתנה, לא קנה, והוא כיד האדון ממש, שלא כמו אשתו, שאם הבעל נותן לה מתנה, קנתה, ולכן בעל יכול לזכות לאחר ע"י אשתו (לפי הדעה שליד ציון הערה 830). כמו כן, אמרי משה סי' כה, אות ח, מנמק ע"פ חידושי הרשב"א וחידושי הריטב"א, קידושין כג ע"ב, שסוברים שאדון שנתן מתנה לעבדו, לא קנה העבד, מפני שעבד אינו יכול לזכות בכלל, כי כל מה שהוא עושה וקונה, כאילו האדון עשה, ולכן האדון אינו יכול לזכות לאחר ע"י העבד, כמו שאדם אינו יכול לזכות בעצמו לאחר (כאמור ליד ציון הערה 720). באות יא הוא כותב שמי שסובר שאדון יכול לתת מתנה לעבדו, כי יש לעבד יד לזכות לעצמו, יסבור שאכן האדון יכול לזכות לאחר ע"י העבד, והמשנה האומרת שאינו יכול לזכות ע"י עבדו היא כר"מ הסובר שקניני העבד שייכים לאדון (כפי שהסביר הראב"ד המובא ברשב"א שם, שר"מ סובר שמתנה לעבד אינה מועילה אפילו בתנאי ע"מ שאין לאדון רשות בה, כי זה כאילו התנה עם אדם אחר, כי העבד אינו יכול לזכות בכלל), ולכן אינו יכול לזכות עבור אחר כמו שהאדון אינו יכול לזכות חפץ שלו לאחר ע"י עצמו.

מחנה אפרים ה' מאכלות אסורות, יג, יב, כותב שמותר לאדם לומר לעבדו שיקנה יין נסך בעבור גוים המוזמנים אצלו, כי במה שהעבד זוכה לאחר, אין אומרים שיד עבד כיד רבו. דרך עץ החיים דף עב ע"ד, מקשה עליו, הרי בעירובין שם נאמר שאדון אינו יכול לזכות עירוב לאחר ע"י עבדו הכנעני כי ידו כידו? דרכי איש, דרוש י, דף כה ע"א, מתרץ, שבנידונו של מחנה אפרים, החנווני מזכה ע"י העבד לאחרים, לכן האחרים זוכים והאדון אינו קונה, ואינו עובר באיסור, ודוקא האדון עצמו אינו יכול לזכות לאחר ע"י העבד כי העבד נחשב כחצרו, והחפץ עוד לא יצא מרשותו.

זיכוי ע"י אשת הנותן: יש אומרים שבעל יכול לזכות מתנה לאחר ע"י אשתו⁸³⁰, ואף שמה שקנתה אשה קנה בעלה, הרי כאן הוא אינו מקנה לה אלא מקנה לאחר באמצעותה, ואפשר שיהיה דבר בידה ולא יהיה של הבעל⁸³¹. מאחר שהוא מקנה לה כדי לזכות למקבל, הוא מסלק את עצמו לגמרי מהחפץ⁸³². ועוד, שבעל שנתן מתנה לאשתו, קנתה לגמרי ואין לו פירות מהנכס⁸³³, ולכן הוא יכול לזכות על ידה לאחרים⁸³⁴. ועוד, שגם אם אדם אחר נותן לה מתנה, יש דרך להקנות לה בלי שהבעל יזכה: שיעשה תנאי "על מנת שאין לבעלך רשות בה"⁸³⁵, הרי שלא כל מה שמגיע לידה נקנה לבעל, ולכן הבעל יכול לזכות לאחר ע"י אשתו⁸³⁶. ואף שאשת איש קונה מתנה מאחר רק אם התנה "ע"מ שאין לבעלך רשות בה אלא מה שתצוי תעשי", כלומר לדבר מסוים⁸³⁷, זיכוי בעל ע"י אשתו מועיל בלי תנאי זה מפני שזה שהוא נותן לה כדי שתזכה לאחרים, הוא ייחוד, שאין סהדי שנתן לה לשם כך, ולכן יצא מרשות הבעל⁸³⁸. ועוד, שהיות שמועיל "מה שתצוי תעשי", נמצא שיש לה יד, וכשמזכה על ידה לאחר, הוא כאומר כן⁸³⁹. ועוד, שקנין פירות אינו כקנין הגוף⁸⁴⁰, והבעל מקבל מנכסיה רק פירות, אבל הגוף שלה, ולכן יכולה לזכות לאחרים מכוח קנין הגוף שלה⁸⁴¹.

⁸³⁰ רמב"ם ה' עירובין, א, כ (לענין עירוב); פסקי רי"ד, נדרים פח ע"א (לפי חכמים, שהלכה כמותם); ר"א מן ההר, נדרים פח ע"ב (לחכמים); מאירי, נדרים פח ע"ב, ועירובין עט ע"ב; ר"ן על הרי"ף, ביצה ח ע"ב (בדפי הרי"ף); טור, או"ח, סי' תקצו (עמ' קמב) בדעת ר"י; שו"ת תקפו של יוסף ח"ב סי' נא וסי' סב [להרחיב] (הובא בפעמוני זהב, רמג, יד), בדעת שו"ע, או"ח, שסו, י; קרן אורה, נדרים פח ע"ב (ד"ה ומשום), בדעת הרי"ף, עירובין כה ע"א (בדפי הרי"ף) וביצה ח ע"ב (בדפי הרי"ף).

⁸³¹ ר"א מן ההר שם.

⁸³² מאירי, נדרים פח ע"ב.

⁸³³ ב"ב נא ע"ב; רמב"ם, הלכות אישות, כב, כז.

⁸³⁴ מרכבת המשנה, מהדו"ב, הלכות עירובין, א, כ.

⁸³⁵ ראה בסמוך, מה הנוסח המדויק הנדרש.

⁸³⁶ מגן אברהם, שסו, ס"ק יז (כמבואר במחצית השקל).

⁸³⁷ רמב"ם, הלכות נדרים, ז, יז, והלכות זכיה, ג, יג.

⁸³⁸ שער המלך, נדרים, ז, יז (ד"ה ועל דרך, עמ' קמו). הוא מיישב בכך את קושיית שו"ת לחם רב, סי' יב, איך מועיל הזיכוי, לדעת הרמב"ם. בעמ' קמד (ד"ה מיהו הא) הוא מסביר שלחכמים, אם נתנו לה אחרים ע"מ שאין לבעלך רשות, קנתה, כיון שסילק את זכות הבעל ממנה, וכך גם אם זיכה הבעל על ידה, אפילו בסתם מועיל כיון שהבעל הוא הנותן, ובזה הוא מסלק את זכותו ממנו. ובעמ' קמה הוסיף, שאף שהבעל אינו אומר "ע"מ שאין לי רשות", מועיל, כי כשהבעל נותן ומסלק את זכותו מהחפץ, הוא כמו אם נתנו אחרים בתנאי הנ"ל. בעמ' קמו, כתב שלחכמים שמועיל "ע"מ שתפדי בו את המעשר" כיון שייחד לדבר מסוים, אף שאין כאן סילוק, שלא אמר "ע"מ שאין לבעלך רשות בו", לכן בעל יכול לזכות לאחר על ידה, אף שאין סילוק, משום שייחד את ממונו לה שתקנה לפלוני, וזה כמו "ע"מ שתפדי בו את המעשר". גם מרכבת המשנה, מהדו"ב, הלכות עירובין, א, כ, מנמק שמועיל זיכוי כי הוא כאילו אמר הבעל "ע"מ שאין לי בו אכילת פירות וע"מ שתעשי בו מה שתצוי", שמועיל אם אחר נותן לה מתנה בתנאי זה.

גם קרן אורה, נדרים פח ע"ב (ד"ה ומשום), נימק שכאן זה כתנאי פרטי, שנותן לה על מנת שתזכה לאחרים, ויצא מרשות הבעל. והסביר (בד"ה ויש), שאף שאדם אינו יכול לזכות לאחר ע"י עבדו (כאמור בהערה 829), כי הנכס לא יצא מרשותו כלל כיון שיד עבד כיד האדון מן התורה וגופו קנוי לו, הרי אשה אין גופה קנוי לבעל, ולכן אם הוא מזכה על ידה, יצא מרשותו.

⁸³⁹ דברי חיים דיני מתנה, סי' כא. הוא מסביר שרק לרב האומר שמועיל רק "על מנת שאין לבעלך רשות בו אלא מה שאת נותנת לפיך" ובלי זה אין לה יד, הבעל לא יכול לזכות לאחרים על ידה, ולכן הגמרא בנדרים פח ע"ב הוצרכה להעמיד את הברייתא האומרת שאדם יכול לזכות עירוב ע"י אשתו, לר"מ, בשיש לה חצר נפרד באותו מבוי, לפי רב.

⁸⁴⁰ רמב"ם, הלכות ביכורים, ד, ז.

⁸⁴¹ נדרי זריזין, נדרים פח ע"ב (ד"ה והנה הרמב"ם). לגבי עירוב הוא מוצא טעם נוסף: הוא כאילו עושה תנאי עם המקבלים שהוא מקנה להם קנין הגוף מהיום והפירות יישארו שלו, ודי בכך לענין עירוב; ואמנם הפירות שלו והאחרים אינם יכולים ליהנות מהעירוב ועירוב צריך להיות ראוי לאכילה, אבל די בכך שהוא ראוי לבעל באכילה.

אבל אחרים אומרים שבעל אינו יכול לזכות מתנה לאחר ע"י אשתו, מפני שידה כידו⁸⁴². ואמנם הבעל זוכה בנכסי אשתו רק בפירות ואילו הגוף של האשה, אבל בכל זאת הנכס נחשב שלו, לענין שלא יוכל לזכות לאחר על ידה⁸⁴³. וגם לדעה שהנותן מתנה לאשה "ע"מ שאין לבעלך רשות בו" קנתה⁸⁴⁴, ולא זכה הבעל, זה משום שמראש לא היתה לו שייכות בנכס, ומתנה זו היא על תנאי, מה שאין כן אם הבעל מזכה לאחר על ידה, שכיון שזה ממנו אינו יכול לסלק את זכותו ממנו ע"י אשתו, וזה עדיין ברשות הבעל⁸⁴⁵. אע"פ שהנותן מתנה לאשה ומייחד את החפץ לדבר מסוים, הבעל אינו קונה אותו - אין אומרים שמועיל זיכוי ע"י אשה מצד שהבעל מזכה רק לצורך בני המבוי, כי זיכוי מועיל מטעם "מיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה"⁸⁴⁶, ולכן אשה אינה יכולה לזכות לאחרים אם אינה יכולה לזכות לעצמה⁸⁴⁷.

גם לדעה השנייה, בעל יכול לזכות מתנה לאחר ע"י אשתו אם יש לה זכות בדבר (כגון שהוא נותן מתנה לאשתו ולאחר, דהיינו חצי לה וחצי לו⁸⁴⁸), משום שמתוך שזוכה לעצמה, זוכה גם לאחר⁸⁴⁹. כמו כן, אם אמר הבעל

⁸⁴² ספר העיטור, הלכות יו"ט (דף קמז ע"ג במהד' רמ"י); אור זרוע הלכות עירובין סי' קפב; עבודת הקודש, בית נתיבות, שער ד, אות קמו; רא"ש, ביצה פרק ב סי' ו; מגיד משנה, הלכות זכיה, ד, ו; רמ"א, חו"מ, רמג, יד. תולדות אדם וחיה נתיב ד חלק ג (לב ע"ד), ונתיב יב חלק טז (צא ע"ד), מביא את שתי הדעות. ושו"ע, או"ח, שסו, י, מביא את שתי הדעות, וכותב שלענין זיכוי עירוב לכתחלה טוב לחוש למחמיר, והרמ"א שם כותב שבדיעבד סומכים על המיקל. אבן פינה חו"מ סי' קעד, כותב שמי שזיכה מתנה ע"י אשתו בקנין סודר, יכול לחזור בו מנתינת המתנה, ולומר ק"ל כדעה שזיכוי ע"י אשתו לא מועיל, שלפיה המקבל לא קנה את החפץ, בצירוף דעת סמ"ע בשם מהר"י וייל, שאין מועיל זיכוי מתנה בקנין סודר שלא בפני המקבל (ראה ליד ציון הערה 68), ובצירוף דעת הר"ן (הערה 807) שהמקבל זוכה רק כשהוא שומע (דבריו קשים, שהרי גם לדעת הר"ן, הנותן אינו יכול לחזור בו אחרי שזיכה, כפי שראינו ליד ציון הערה 811). ובסי' קעב, הוא כותב לגבי עצת שו"ת מהר"י אסאד או"ח סי' פג (הובא בשמירת שבת כהלכתה פרק כט, סעיף כט), שמי שרוצה לתת מתנה בשבת (שבדרך הרגילה אסור לתת), יזכה אותה למקבל ע"י אחר לפני שבת, כדי שיוכל לתת בשבת - הרי אם הנותן זיכה למקבל ע"י אשתו לפני שבת, בדיעבד אפשר לסמוך על הדעה שהזיכוי מועיל, שיהיה מותר לתת את המתנה בשבת למקבל, כיון שאיסור נתינת מתנה בשבת היא דרבנן. בנדרים פח ע"ב נאמר שלר' מאיר הסובר שיד אשה כיד בעלה (ויש שפסקו כר"מ - ראה סעיף 4) אדם אינו יכול לזכות עירוב לבני החצר ע"י אשתו. חידושי חתם סופר, נדרים פח ע"א (ד"ה ודע), כותב שהסוגיה שם היא כדעה (בעירובין מט ע"א) שעירוב משום קנין, שכל אחד מבני החצר קונה זכות בקרקע ע"י ככר הלחם של העירוב, נמצא שהמזכה מקנה לכל בני החצר את הככר בקנין גמור, לא רק לאכלו, אלא לקנות בו קרקע ביתו, ולכן אין יד לאשה לקנות ע"מ להקנות לאחרים מפני שידה כיד בעלה לדעת ר"מ ולא יצא מרשותו; אבל הלכה שעירוב משום דירה, שמקנה לכל בני החצר את הכיכר למאכלו ושיאכל אותו בבית העירוב ויהיה שם דירתו (רש"י עירובין מט ע"א ד"ה משום דירה), והרי אם היה נותן לאשה כיכר לחם לאכול למזונותיה, יש לה יד גמור, ויכול גם להקנות על ידה לאחר באופן זה, ולכן יכול לזכות לאחרים ע"י אשתו. בכך הוא מסביר מדוע מצד אחד רמ"א, חו"מ, רמג, יד, פסק שבעל אינו יכול לזכות ע"י אשתו, ומצד שני פסק הרמב"ם לגבי עירובי חצרות שמועיל זיכוי ע"י אשתו גם אם אין לה בית באותו מבוי, וכן בעירוב תבשילין שלא שייך בית באותו מבוי, פסק שיכול לזכות ע"י אשתו (רמב"ם, הלכות יו"ט, ו, ו, ושו"ע, או"ח, תקכז, י, כותבים שכל מי שאפשר לזכות על ידו עירוב חצרות, אפשר לזכות על ידו עירוב תבשילין; ורמב"ם, הלכות עירובין, ו, יט, ושו"ע, או"ח, תיג, א, כתבו כך לגבי עירוב תחומין) - כי עירוב משום דירה.

⁸⁴³ אור צבי, נדרים פח ע"ב. ⁸⁴⁴ שער המלך, הל' נדרים, ז, יז (עמ' קמד) הוכיח שזו כוונת ר"ן על הרי"ף, קידושין ח ע"ב (בדפי הרי"ף), במה שכתב בדעת הרי"ף, שלשמואל שהלכה כמותו, מועיל גם לר"מ - עיי"ש.

⁸⁴⁵ שער המלך שם, עמ' קמה (ד"ה והנראה אצל). הוא מיישב בכך מדוע ר"ן על הרי"ף ביצה ח ע"ב (בדפי הרי"ף) כותב שלר"מ בעל אינו יכול לזכות ע"י אשתו. הוא מסביר שהוא כמו מי שנותן לאשה "על מנת שתפדי בו את המעשר", שלא מועיל לר"מ כי ר"מ סובר שכל שלא סילק את רשות הבעל, גם אם ייחד לדבר מסוים, לא מועיל, כי צריך גם סילוק רשות וגם יחוד, וכן במזכה לאחר על ידה, אף שהוא מייחד לה לדבר מסוים, שתקנה אותם לפלוני, לא מועיל כי אין סילוק. ולפני כן (בעמ' קמה) כתב שלפי הדעה שהנותן מתנה לאשה "ע"מ שאין לבעלך רשות" הבעל קנה, אף שהנותן מסלק את זכות הבעל ממנה, כל שכן שהבעל לא יכול לזכות ע"י אשתו.

⁸⁴⁶ ב"מ ח ע"א. ⁸⁴⁷ רש"י, נדרים פח ע"ב. ילקוט ביאורים (מתיבתא), נדרים פח ע"ב, הערה ז, מעיר שהקושיה אינה מתעוררת כלל לפי הפירוש הראשון בר"ן (ראה סעיף 4), שלפיו גם ייחוד לדבר מסוים לא מועיל, ומועיל רק תנאי שתתן לפיה, שאז הבעל אינו זוכה כי היא עצמו זוכה רק כששמה בפיה ואז כבר אין לבעל במה לזכות. אור צבי, נדרים פח ע"ב, מקשה על הרש"י, הרי עדיין יש לה מיגו כזה, שהרי יכולה לזכות לעצמה באופן של "ע"מ שאין לבעלך רשות בהם אלא מה שאת נו"נ לפיך"? ותיירץ שהיא יכולה לזכות רק כשנותנת לפיה, ואז לא תוכל לתת לאחרים. אבל יש להעיר שזה רק לפירוש הראשון בר"ן, ורש"י דיבר לפי הפירוש השני.

⁸⁴⁸ ב"ח, חו"מ, רמג, כג; סמ"ע, רמג, ס"ק כו. ⁸⁴⁹ חידושי הרמב"ן, ב"ב קלב ע"א; מגיד משנה, הלכות זכיה, ד, ו; נימוקי יוסף, ב"ב ס ע"א (בדפי הרי"ף); רמ"א, חו"מ, רמג, יד.

לאשה "דין ודברים אין לי בנכסיך", שאז אין לו זכות בפירות נכסיה, ויש לה בעלות מלאה על נכסים, הבעל יכול לזכות לאחר על ידה, ואף שאם מתה, הוא יורש אותה⁸⁵⁰, הרי מה שיש לו זכות בירושתה אינו מטעם שידו כידה אלא הוא יורש אותה מכוחה, ולא נחשב שהחפץ אגוד בו⁸⁵¹.

זיכוי ע"י בנו של הנותן: יש אומרים שאב יכול לזכות מתנה לאחר ע"י בנו הגדול גם אם הוא סמוך על שלחן אביו⁸⁵², כי אין ידו כיד אביו לגמרי, שהרי אם אחר נתן לו מתנה, האב אינו זוכה בה, ומה שהאב זוכה במציאת בנו הגדול הסמוך על שולחנו הוא רק תקנה כדי שלא תהיה לו איבה, ונימוק זה אינו שייך כאן⁸⁵³. אבל אחרים אומרים שא"א לזכות על ידו כי ידו כיד אביו⁸⁵⁴.

זיכוי ע"י מי שאינו יכול לזכות בעצמו: יש אומרים שאם ראובן זיכה צדקה לשמעון, שהוא עני, ע"י לוי, שהוא עשיר, לא זכה שמעון, ויכול ראובן לחזור בו, כי לוי אינו יכול לזכות לעצמו בצדקה זו, ולכן גם לא זכה עבור העני⁸⁵⁵. אבל אחרים אומרים שמועיל זיכוי זה, מפני שאם העשיר יקח את הצדקה לעצמו, זכה, כי גופו ראוי לה (אלא שעשה איסור), ורק מי שגופו אינו ראוי לדבר, אפשר לומר שלא יכול לזכות בשביל אחר⁸⁵⁶.

זיכוי מתנה לפסולי דין ע"י אדם שלישי

אפשר לזכות מתנה לחרש⁸⁵⁷, לשוטה⁸⁵⁸ או לקטן, אפילו בן יומו⁸⁵⁹, ע"י אדם גדול בר דעת. אע"פ ששוטה אין בו דעת כלל, וגם אם הוא נוכח הוא כאילו אינו נוכח, הרי זכין לאדם שלא בפניו⁸⁶⁰.

המפרש, נדרים פח ע"ב (ד"ה כשיש), ור"ן שם (ד"ה אלא), מסביר שגם לר' מאיר, הבעל יכול לזכות עירוב ע"י אשתו אם יש לה בית באותו חצר, שמתוך שזוכה לעצמה יכולה לזכות גם לאחרים. הר"ן מוסיף לנמק כי בעל שנתן מתנה לאשתו, קנתה.

תוס', עירובין עט ע"ב (ד"ה וע"י), ורא"ש, עירובין פ"ז ס"ח, כותבים שהזיכוי מועיל רק אם יש לה בית באותה חצר. נדרי זריזין, נדרים פח ע"ב (ד"ה והנה עוד), כותב בדעת הרמב"ם, שגם אם אין לה בית בחצר, הוא יכול לזכות על ידה אם הוא נותן לה חלק מהכיר, כי מתוך שהיא זוכה לעצמה, היא יכולה לזכות לאחרים, וגם אם לא הקנה לה בפירוש, מן הסתם הבעל מתכוון להקנות באופן המועיל, ויש להניח שהוא מקנה לאשתו חלק בעירוב כדי שתוכל לזכות גם לאחרים, ומתוך שזוכה לעצמה, זוכה לאחרים.

⁸⁵⁰ כתובות פג ע"א.

⁸⁵¹ נדרי זריזין, נדרים פח ע"ב (ד"ה ואי אמרת), כותב שזו דעת שמואל, ואילו רב סובר שגם אז נחשב שהוא זוכה לענין שירש אותה, ואינו יכול לזכות לאחר על ידה.

⁸⁵² חידושי הרמב"ן ב"מ יב ע"ב [להרחיב]; ר' שמשון, המובא באור זרוע, הל' עירובין, ס"י קפב; פת"ח, קניינים, פ"א הערה עג, בדעת מחנה אפרים, הלכות זכייה ומתנה, ס"ב.

נתיבות המשפט, רע, ס"ק ב [להרחיב], כותב שלדעה זו יכול לזכות לאחרים גם ע"י **בתו הנערה** (בין גיל 12 ל-12 וחצי), אף שהאב זוכה מדרבנן במתנה שהיא מקבלת (ראה סעיף 1(א)), כי מהתורה היא עצמה זוכה, הרי שיש לה יד נפרד מאביה. דברי חיים דיני מתנה, ס"י כא, מסביר שכיון שאם האב נותן מתנה לבתו נערה, קנתה, אין ידה כיד אביה ממש ולכן האב יכול לזכות לאחרים על ידה.

⁸⁵³ רמב"ן שם.

⁸⁵⁴ תוס' ב"מ יב ע"ב (ד"ה הרי); רבנו תם, המובא באור זרוע, הל' עירובין, ס"י קפב. שתי הדעות מובאות בעבודת הקודש, בית נתיבות, שער ד, אותיות קמו-קמו, בתולדות אדם וחוה נתיב ד חלק ג (לב ע"ד), ונתיב יב חלק טז (צא ע"ד), במאירי, עירובין עט ע"ב, ובשו"ע, או"ח, שסו, י.

⁸⁵⁵ מחנה אפרים הל' זכיה ס"י לג. זכרנו לחיים, ח"ב, חו"מ, ע' מתנה אות ג, מביא ראיה לכך מ"מ ט ע"ב, ששם נאמר שעשיר שאסף פאה עבור עני, לא זכה העני, מפני שהעשיר אינו יכול לזכות בה בעצמו, ואין אומרים שני מיגו - גם "מיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה", וגם מיגו שהיה יכול להפקיר את נכסיו ולהיות עני.

⁸⁵⁶ מטה שמעון, רמג, הגה"ט אות ג. הוא מביא ראיה מהכלל "כל מה שאדם אינו יכול לעשות, אינו יכול למנות שליח", שכתב על כך מחנה אפרים, הלכות שלוחין, ס"י ט, שאדם יכול למנות שליח לעשות פעולה שהוא עצמו יכול לעשות גם אם **אסור** לו לעשות אותה. זכרנו לחיים שם דוחה את ההשוואה לשם, שכאן העשיר אינו ממנה שליח, אלא הוא משמש כשליח של הנותן לתת את המתנה לעני (ראה הערה 719, שהרשב"א כתב שאיש האמצע הוא שליח של הנותן). לאמיתו של דבר, מטה שמעון לא התכוון לומר שהעשיר ממנה כאן שליח, אלא התכוון להביא ראיה שלשון "לא מצ"י משמעותו חוסר יכולת משפטית, ואינו כולל מי **שיכול** לעשות מבחינה משפטית ורק **אסור** לו לעשות.

⁸⁵⁷ סמ"ג עשה פב (קסא ע"ב); טור, חו"מ, רמג, כב; מגילת ספר, לאוין, לאו קטז, דף נד ע"ד, בדעת תוס' יבמות קיג ע"א (ד"ה מאן חכים); מלאכת חרש, בהשמטה בסוף הספר (מה ע"א); שדי חמד כללים מערכת ח כלל קטו, בדעת מגיד משנה, הלכות זכיה, ד, ז; שדי חמד מערכת חמץ ומצה ס"י ח אות מג, וכללים, מערכת ח שם, בדעת פרי מגדים, או"ח, פתיחה כוללת, ח"ב אות ב (שזוכה מהתורה).

מלאכת חרש, כרך א, ח"ב, אות סח, מוכיח מירושלמי קידושין פ"א ה"ג שמועיל זיכוי לחרש ע"י אחר, לפי פני משה שם, וכן מתוס' יבמות שם.

דעה חולקת: קצות החושן, רמג, ס"ק ו (הובא בשו"ת שואל ומשיב, מהדו"ג, ח"א, סי' ל, ובאבני מילואים, א, ס"ק א) כותב שלדעת הרמ"ה (הערה 858) שא"א לזכות לשוטה, גם אי אפשר לזכות לחרש כי לא יבוא לכלל דעת. שדי חמד כללים מערכת ח כלל קטן, כותב שלפי הרמ"ה שם, חרש גמור שלא שומע ולא מדבר, לא מועיל לזכות לו, ואף שאפשר שיתפקח, הרי הרמ"ה לא מתחשב בזה, שהרי לא אמר שיועיל בשוטה גמור כיון שיכול להשתפות. והוא תמה על שו"ת שואל ומשיב מהדו"ב ח"ג סי' סח, הכותב שהרא"ש סובר שמועיל זיכוי לחרש גמור.

⁸⁵⁸ רמב"ם, הלכות זכיה ומתנה, ד, ז; סמ"ג עשה פב (קסא ע"ב); טור, חו"מ, רמג, כב; שו"ע, חו"מ, רמג, טז (הובא בנתיבות המשפט, סי' רמח, ס"ק י); שו"ת הרשב"ש סי' קיד; שדי חמד כללים מערכת ח כלל קטן, ומערכת חמץ ומצה סי' ח אות מג, בדעת פרי מגדים, או"ח, פתיחה כוללת, ח"ב אות ב (שזוכה מהתורה); שטמ"ק כתובות כ ע"א (ד"ה וז"ל תלמיד), בשם תלמידי ר' יונה בשם הרמ"ה (בזיכוי בקנין או בחזקה); משנת ר' אליעזר (טולידו) ח"ב מע' מ אות עט, בדעת הרמ"ה שם (שקנה מהתורה).

מגיד משנה, הלכות זכיה, ד, ז, מביא ראיה שיש זכיה לחרש ולשוטה, מהאמור ביבמות ק"ג ע"א, שפיקח שנשא חרשת או שוטה, וכתב לה כתובה, כתובתה קיימת, אף שאין לה כתובה מתנאי ב"ד, וצריך לומר שהחוב חל ע"י התחייבות הבעל בקנין סודר או בשטר, ואין לומר שהוא מתחייב לה ישירות, שהרי שוטה אינה זוכה אפילו במה שמגיע לידה, אלא צריך לומר שמזכה לה ע"י אחר. ח"י מחנה אפרים על הרמב"ם שם דחה ראיה זו, ששם זה התחייבות, שמועילה כמו שאדם יכול להתחייב לעובר. קהלת יעקב שם (לז ע"ד), דוחה הסבר זה, שהרי טעם הדעה שהמזכה לעובר קנה, הוא משום שתיקנו לו זכיה כמו שתיקנו לקטן, כי גם עובר יבוא לכלל שליחות, משא"כ שוטה, ואין הבדל בין התחייבות לבין מתנה, שהרי אינו יכול להתחייב אלא ע"י זכיה ע"י אחר.

שרשי הים, ח"א, שורש זכית קטן (קמד ע"ד), דוחה את הראיה של מגיד משנה, שבכתובה קנה מדין "דברים הנקנים באמירה".

מלאכת חרש, כרך א, ח"ב, אות סח, דוחה את דחיית קצות החושן, רמג, ס"ק ו, לראיית מגיד משנה - עיי"ש. קהלת יעקב שם (לח ע"א) מביא ראיה שיש זכיה לשוטה וחרש, מב"מ ח ע"א, ששם נאמר שפיקח וחרש שהגביהו מציאה יחד, החרש לא קנה, כי הפיקח לא זכה כי החרש לא יכול לזכות עבורו, ולכן הפיקח אינו מתכוון לזכות בהגביהו עבור החרש; משמע שאילו הפיקח היה מתכוון לזכות עבור החרש, החרש היה זוכה.

דעות חולקות: קהלת יעקב שם (לז ע"ג), כותב שלפי הדעה שזכיה מטעם שליחות, זכית קטן מדברנן (כאמור ליד ציון הערה 875), ולכן צריך לגרוס בב"מ עב ע"א שחכמים תיקנו זכיה לקטן כי הוא בא לכלל שליחות, משא"כ גוי, ולפי זה גם חרש ושוטה, כיון שלא יבואו לכלל שליחות, לא תיקנו בהם חכמים זכיה.

קצות החושן, רמג, ס"ק ו (הובא ע"י רז"ג גולדברג, תחומין כב, עמ' 309), כותב בדעת רמ"ה המובא ברא"ש כתובות פ"ב סי' יד (הובא בשדי חמד מערכת חמץ ומצה סי' ח אות מג), שאי אפשר לזכות לשוטה גמור, משום שאינו בא לכלל דעת, כמו שאמרו בב"מ עב ע"א שאין זכיה לגוי כי לא יבוא לכלל שליחות; ודוקא מי שאינו שוטה גמור אלא עיתים שפוי, אפשר לזכות לו גם כשהוא שוטה (וגם בכזה, אינו יכול לקנות במכר, עיי"ש), כי הוא יבוא לכלל דעת, כשיתפנה. תורת השליחות סי' כא אות ב, כותב שהרא"ש שם, שכותב שרק לקטן יש זכיה כי יבוא לכלל שליחות, ולא לשוטה גמור, משמע שסובר שרק מדברנן זכין לשוטה שלעתיים הוא שפוי, כי יבוא לכלל שליחות, כמו שבקטן זה רק מדברנן. לעומתו, מלאכת חרש, כרך א, ח"ב, אות ע, מוכיח משטמ"ק כתובות כ ע"א שהרמ"ה סובר שזכין לשוטה גמור כי הוא יכול להשתפות, ומבאר (באות עא) שזאת גם כוונת הרא"ש שם, וראיה מתוסי' הרא"ש יבמות ק"ג ע"א שכתב שזכין לחרש.

שדי חמד כללים מערכת ח כלל קטן, מעלה אפשרות שהתפקחות חרש נחשבת מחוסר מעשה כי זה לא שכיח כמש"כ נוב"י מהדו"ק אהע"ז סי' סד ועוד.

יד דוד (קרלין), פסקי הלכות, ה' אישות, פ"ג אות קנג, הגהה ב (נד ע"א) כותב שאין זוכין לחרש ושוטה כי אינם באים לכלל דעת לעולם. והוא מעלה אפשרות שמה שרמב"ם, הלכות זכיה, ד, יז, פוסק שאפשר לזכות לשוטה, הוא רק מדברנן. ⁸⁵⁹ רמב"ם, הלכות זכיה ומתנה, ד, ח (הובא בשו"ת מהרש"ד ח"ב סי' קסב); שו"ת מהרי"ט ח"ב חו"מ סי' כב (כגון בשטר מתנה לקטן, שהעדים כתבו "וקנינו ממנו"); סמ"ג עשה פב (קסא ע"ב); טור, חו"מ, רמג, כב; שו"ע, חו"מ, רמג, יח; ר"ן על הרי"ף, גיטין ל ע"ב (בדפי הרי"ף); שו"ת הרשב"ש סי' קיד; נקודות הכסף, יו"ד, שה, ס"ק יא, בסופו; שו"ת קול מבשר חלק א, סי' נג אות ב; ר' משה סולובייצק, מוריה גלי קנז עמ' כא, בדעת ש"ד, חו"מ, רב, ס"ק ג.

ר"מ סולובייצק שם מביא ראיה מב"ק קט ע"ב שיש זכיה לקטן, ובעמ' כב דוחה את הראיה.

נקודות הכסף שם כותב שכשב"ד פודה בכור קטן, הוא מזכה לקטן את הכסף (והקטן נותן לכהן). ברכת שמואל, קידושין סי' י, אות ג, מביא שרבו (ר' חיים מבריסק) תלה את דין זיכוי לקטן במחלוקת אם זכיה מטעם שליחות, שלפי דעה אחת, מה שלומדים (בקידושין מב ע"א) זכיה מהפסוק "נשיא אחד", מלמד שאדם יכול לזכות עבור חברו גם בלי שעשאו שליח בפירוש, וזה כאילו עשאו שלוחו, וממילא זה כלול בפרשת שליחות שנלמדת מ"גם אתם", משום לומדים שהמשלח צריך להיות גדול, ואין זכיה בקטן; ולפי דעה אחרת, התורה קבעה שני דיני שליחות, שהשליחות של פרשת תרומה וגירושין וכו' לחוד, ושליחות של זכיה עבור חברו לחוד, ועליה לא חלים המיעוטים של "גם אתם", ולכן יש זכיה בקטן. באות ד הוא מקשה על הצד השני, נכון שלא נתמעטה זכיה בקטן מ"אם גם אתם", אבל עדיין אי אפשר לזכות עבור קטן כי מה שאדם לא יכול לעשות, גם שלוחו לא יכול לעשות (לכאורה קושיה זו לא שייכת בקבלת מתנה, כיון שקטן יכול לזכות במתנה לעצמו). הוא תולה זאת בשאלה האם מה שקטן נתמעט מזכיה, פירוש שאין לו דין מעשה קניין זכיה, או שהוא באמת זוכה אלא שהוא כמו גדול בלי כוונה, שכיון שאינו מתכוון לזכות אינו זוכה; ובזה מיושב שאין אומרים לגביו שמה שאינו יכול לעשות אינו יכול למנות שליח לעשות, שהרי באמת הוא יכול לעשות אלא שאין לו כוונה.

דיני חוזים במשפט העברי, עמ' 244, מעלה אפשרות שזכיה מטעם שליחות, ובכל זאת זכין לקטן אף שאין לו שליחות, כי לענין זכיה רואים את הקטן כגדול, בקונסטרוקציה משפטית.

לפי הדעה⁸⁶¹ שזכייה אינה מטעם שליחות, מובן מדוע אפשר לזכות לשוטה גמור אף שאיש האמצע אינו יכול להיות שלוחו⁸⁶². גם לפי הדעה⁸⁶³ שזכייה מטעם שליחות, אפשר לזכות לשוטה, כי כדי לזכות לשוטה א"צ תורת שליחות ודי בדין זכיה בלבד, דהיינו הכוח העצמי שיש לאדם לפעול ולעשות מעשה לזכות חברו, ושוטה נחשב "איש" ושייך לפרשת שליחות, ולכן יש בו זכיה מהתורה אף שאין לו שליחות ממש⁸⁶⁴. ועוד, שהוא נחשב בר

אב לבנו: דברי משפט, קכא, א, כותב שאב יכול לזכות מתנה לבנו הקטן ע"י אחר, גם אם נניח שאינו יכול לתת לו מתנה במישרין (ראה על כך בסעיף 1(א)).

דעה חולקת: יד דוד (קרלין), פסקי הלכות, ה'אישות, ח"ב, דף קא ע"ג, הגהה יט, כותב שא"א לזכות למקבל שאינו בר שליחות כגון גוי וקטן.

משחא דרבותא, בחידושי הרב מסעוד אלפסי, חו"מ סי' מג, יב (ב ע"ג), כותב שאם העדים נתנו קנין סודר לנותן, והמקבלת היא קטנה, כך שהעדים הם שלוחים שלה, לא קנתה, שהרי אין שליחות לקטנה. והוא מדייק (בדף ב ע"ד) משו"ע, חו"מ, רמג, טו, שלא מועיל זיכוי לקטן ע"י קנין סודר א"כ המקנה אמר לעדים בפירוש שיזכו לו. אבל שו"ת מעשה איש, חו"מ סי' ד (פא ע"ד), מעיר שמה שציטט משחא דרבותא משו"ע שם, אינו נמצא בשו"ע. על זיכוי למת או לעובר, ראה סעיף 1(א).

לגוי: רמב"ם, הלכות זכיה ומתנה, ד, ו, סמ"ג, עשה פב (קסא ע"ג), תוס', קידושין ג ע"א (ד"ה ואשה), מרדכי ב"מ, סי' רלו, בשם מהר"ם (הובא בנקודות הכסף, יו"ד, שה, ס"ק יא, בסופו), טור, חו"מ, רמג, כד, שו"ע, חו"מ, רמג, יד, ב"ח, יו"ד, סי' קסח (עמ' תי במהד' הטור השלם), ט"ז, יו"ד, קסח, ס"ק יד, שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו"מ, סי' ל, אות ט (הובא בקצות החושן, קסג, ס"ק א), ודברות משה ב"ח ח"ב סי' פה ענף ו, כותבים שישראל אינו יכול לזכות במתנה עבור נכרי, כי ישראל אינו נעשה שליח לנכרי. מקורם בב"מ עב ע"א, שם נאמר שחכמים לא תיקנו זכיה לגוי כי לעולם לא יגיע לכלל שליחות (ושם זה לאו דוקא במתנה).

לעבד: ר' אלחנן, במרדכי קידושין סי' תצג, ודברי משפט, קכא, א, אומרים שאם אדון זיכה מתנה לעבדו ע"י אחר, קנה. אבל חידושי הריטב"א קידושין כג ע"ב, כתב שלא קנה, כי האדון חוזר וזוכה בחפץ כמו שהוא זוכה כשאדם אחר מזכה לעבד ע"י אחר; ורק אם האדון זיכה לעבד ע"י אחר ע"מ שלא יהיה לאדון רשות בו, מועיל. אמרי משה סי' כה, אות ט, מסביר שאין זה משום שהעבד לא זכה, אלא העבד זוכה והאדון זוכה ממנו, ואע"פ שהריטב"א סובר שעבד אינו יכול לזכות לעצמו במתנה שהאדון נותן לו, כי כל מעשיו וקניניו שייכים לאדון וכאילו האדון עצמו עשה (ראה בשמו בסעיף 1(א)), בכל זאת אם האדון מזכה ע"י אחר, אין לומר שזה כאילו האדון עשה, כי מעשיו וקנינו של האחר אינם שייכים לאדון, ובמיוחד אם האחר זוכה ע"י קנין יד, שידו של האחר אינה שייכת לאדון, ובמיוחד אם נאמר שזכיה אינה מטעם שליחות, שכך סובר הריטב"א (הערה 719). המחלוקת מובאת בדברי אמת קונטרס יא סי' נב דף קיד ע"ד במהד' קושטא (קלד ע"א במהד' הברשטט). ראה על כך נחלת יהושע סי' כג (סח ע"ג).

⁸⁶⁰ ב"י, חו"מ, רמג, כב; סמ"ע, רמג, ס"ק ל.

⁸⁶¹ ליד ציון הערה 719.

⁸⁶² מחנה אפרים, הלכות זכיה ומתנה, סי' לב (הובא בנתיבות המשפט, רמג, ס"ק י), בדעת הרמב"ם.

⁸⁶³ ליד ציון הערה 712.

⁸⁶⁴ תורת השליחות סי' כא אות ב, ע"פ מה שכתב שו"ת אבני נזר אהע"ז סי' ח ס"ק טו, שרק קטן נתמעט משליחות מהפסוק "איש", ולכן מהתורה אין לו זכיה, כי החידוש של זכיה נאמר בפרשת שליחות, אבל לשוטה יש זכיה מהתורה כי הוא איש, אף שאין לו דעת (שלכן אינו יכול לעשות שליח), אבל זכיה א"צ דעת.

זכייה כיון שיבוא לכלל דעת אם ישתפה⁸⁶⁵. ועוד, שלומדים מחלוקת ארץ ישראל, שבוודאי היו שם חרש ושוטה, ונשיאי השבטים זכו להם בבירור חלקם⁸⁶⁶.

אפשר לזכות לקטן ע"י אדם שלישי, אפילו בקנין סודר, אע"פ שאי אפשר להקנות ישירות לקטן ע"י קנין סודר⁸⁶⁷. כמו כן, אפשר לזכות לקטן ע"י שטר, מפני ש"עדין בחתומיו זכין לו", אף שקטן אינו יכול לקנות בעצמו בשטר⁸⁶⁸.

⁸⁶⁵ נתיבות המשפט, רמג, ס"ק י.

גם שרשי הים, ח"א, שורש זכיית קטן (קמה ע"ב), מבאר שגם לדעה שזכייה מטעם שליחות, חכמים תיקנו זכייה לחרש ושוטה, כי אפשר שיבואו לכלל שליחות, כגון שהשוטה ישתפה, והחרש יתפקח, ודוקא בגוי נאמר בב"מ עב ע"א שלא תיקנו לו זכייה כי לא יבוא לכלל שליחות, ואמנם יכול להתגייר, אבל זה צריך מעשה מצידו, משא"כ בחרש שמתפקח ושוטה שמתפה, בלי מעשה; ומה שהגמרא שם נקטה שתיקנו זכייה לקטן כי יבוא לכלל שליחות כשיגדל, הוא לחידוש, שאע"פ שעכשו אין לו שום דרך להגיע לשליחות, מ"מ תיקנו לו זכייה כי בעתיד יגיע לשליחות, וכ"ש בחרש ושוטה שאפילו עכשו ייתכן שיגיעו לכלל שליחות; או, מצד שחרש הוא בר שליחות ע"י רמיזה, אלא שכיון שאין לו דיבור, לעשות שליח בפירוש, אין לו שליחות מהתורה, אבל מ"מ חכמים תיקנו לו זכייה כי הוא יכול למנות שליח ע"י רמיזה, וכן שוטה תיקנו לו זכייה כי לפני שטותו היה בר שליחות, משא"כ בגוי שמעולם לא היה לו שליחות ולא יהיה לו, לכן לא תיקנו לו זכייה.

מגילת ספר, לאוין, לאו קטז, דף נד ע"ד, כותב בדעת הרמב"ם שמועיל זכיה ע"י אחר לשוטה כי יבוא לכלל דעת אם ישתפה, ולא לחרש, כי הוא לעולם לא יבוא לכלל דעת. ח"א וחסדא ח"א דף קסט ע"ד, תמה עליו, הרי חרש עדיף משוטה, שחרש זוכה לעצמו ושוטה אינו זוכה לעצמו, וכ"ש שמועיל זכיו לחרש ע"י אחר. מגילת ספר שם מסביר שלדעת תוס' יבמות שם מועיל גם זכיו לחרש, כי הוא יכול להתפקח ולבוא לכלל שליחות, שלא כגוי, שכדי שיתגייר צריך שיזדקק לו שלשה דיינים, ולכן נחשב שלא יבוא לכלל שליחות.

גם מלאכת חרש, כך א, ח"ב, אות עב, מסביר שכמו שקטן יבוא לכלל שליחות ע"י גדילתו, שבא ממילא בידי שמים בלי מעשה שלו, כך חרש ושוטה יכולים להגיע לשליחות בידי שמים בלי מעשה של אדם ע"י שיתפקח החרש וישתפה השוטה, משא"כ בגוי שמחוסר מעשה של גיור בידי אדם.

⁸⁶⁶ קהלת יעקב שם (לו ע"ג). הוא כותב שזה מתאים לדעה שזכייה אינה מדין שליחות, וזכיה לקטן היא מהתורה אף שאין לו שליחות, כי לומדים מחלוקת א"י; ודעה זו תסביר שמה שהגמרא בב"מ עב ע"א אומרת שיש לקטן זכייה כי הוא בא לכלל שליחות, אינו לומר שחרש ושוטה אין להם זכיה כיון שאינם באים לכלל שליחות, אלא להסביר מדוע לא נאמר שתהיה לגוי זכייה מן התורה כמו ישראל, מדוע אין לומדים מישראל שיש זכיה לגוי, כמו שלומדים מישראל שיש זכיה לגרים ונשים ועבדים אף שלא היה להם חלק בארץ? והתשובה היא, שכיון שאין שליחות בגוי, הדעת נותנת שלא ללמוד אותם מישראל (וחרז על הסבר זה בדף לט ע"ב).

⁸⁶⁷ שו"ת מהרי"ט, ח"ב, חו"מ, סי' כא, בסופו (הובא בנתיבות המשפט, רמג, ס"ק יא) וסי' כב; שו"ת לחם רב סי' ריו (ד"ה ומה ששאל); שו"ת תורת חיים (מהרח"ש) ח"א סי' ט (ד"ה ועוד יראה) [להרחיב]; שו"ת תורת חסד (פריחא) סי' עח (ד"ה וכן מה); שו"ת מעשה איש חו"מ סי' ד (פא ע"ד); שו"ת סם חיי, סי' לד (עב ע"ג), גם בדעת שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סי' פו, ובדעת שו"ת מהרש"ך, ח"ב סי' ריא; ר' יונה ׳ ריי בשו"ת דבר משה ח"ב חו"מ סי' קה (קיד ע"ד); שו"ת משאת משה חו"מ סי' ה (כב ע"ב) (הובא בשו"ת שפת הים, חו"מ, סי' לה); שו"ת בני בנימין וקרב איש, חו"מ סי' טז (מג ע"א) [להרחיב], בדעת השו"ע; משכנות הרועים מע' מ אות רפד (ריח ע"ד), ומע' ש אות כה (שיח ע"ד); שו"ת ויקרא אברהם (אדאדל) חו"מ סי' מ.

שרשי הים, ח"א, שורש זכיית קטן (קמא ע"ג), מסביר את דעת מהרי"ט, שקנין סודר ע"י אחר היא זכייה, שאיש האמצע מזכה לקטן את הסודר, והוא נותן אותו למקנה, והמקנה מקנה את הקרקע לאיש האמצע ע"י הסודר, כדי שיזכה בקרקע באותו קנין לקטן.

מעשה איש שם כותב שקטן קונה אם העדים קנו מיד הנותן (קנין סודר) כי בזה העדים מזכים לקטן, כמו שכתב ס' התרומות, שער סד, ח"ב, סי' ד (הובא בב"י חו"מ, ס, יב) בשם הראב"ד, ששטר מתנה שכתוב בה "הקניתי לפלוני", משמעותו שהנותן מזכה לו ע"י העדים שקנו מידו.

ר' זקן משה מאגיוז, בשו"ת מעשה איש, חו"מ, סי' ג (פ ע"ב), חולק על מה שכתב מהרי"ט שגם אם לא נכתב בשטר בפירוש שזיכה לקטן ע"י העדים, מניחים שעשה כך. מכאן שהוא מסכים שמועיל זכיו לקטן ע"י אחר בקנין סודר.

דעה חולקת: ר"א מונסון המובא בשו"ת מהרי"ט, ח"ב, חו"מ, סי' כב, אומר שא"א לזכות לקטן ע"י אחר בקנין סודר. אבל ר' יונה ׳ ריי בשו"ת דבר משה ח"ב חו"מ סי' קה (קיד ע"ד), כותב שאי אפשר לומר קי"ל כר"א מונסון. לעומתו, דברי אמת קונטרס ז (דף סה ע"א) כותב שא"א להוציא ממון נגד דעה זו, כי ראנ"ח ועיר שושן סוברים כמותו, ועוד שר' שמעיה (הערה 732) כותב שגם זכיו לגדול בקנין סודר לא מועיל. פעמוני זהב, רמג, יט (קמ ע"ג), [להרחיב] כותב שיש לחוש לדעה שאינו מועיל בקטן.

⁸⁶⁸ שו"ת חבל יעקב, חלק א, סי' ו, אות יט. הוא מסביר שלכן כתב חידושי הרשב"א, קידושין מב ע"א, שבמקרה שנדון בגיטין מ ע"א, בהקנאה לקטן, קנה מטעם זכיה, שלא כהבנת קצות החושן, רלה, ס"ק ד, שלפי הרשב"א גם אם הקטן עצמו עושה קנין, קנה מטעם זכייה. הוא מסביר שאף שרש"י כתובות יט ע"א (ד"ה אא"כ), כותב שבשטר צריך שהקונה יהיה גדול, זה דוקא במכר, אבל במתנה מועיל שטר מתנה לקטן בדומה למש"כ הרא"ש (הערה 858) לגבי שוטה.

יש אומרים שזיכוי לקטן מועיל מהתורה⁸⁶⁹. לפי הדעה⁸⁷⁰ שזכייה אינה מטעם שליחות, מובן איך ייתכן שיש לקטן זכייה אף שאין לו שליחות⁸⁷¹; וגם לדעה⁸⁷² שזכייה מדין שליחות, בכל זאת כאן יש לו שליחות כי זו זכות גמורה, ולכן מועילה הזכייה⁸⁷³, כלומר, אין לקטן שליחות המבוססת על דברים שאמר או מתוך גילוי דעתו, אבל כאן שמניחים שהוא מעוניין בזה כי זו זכות גמורה, יש לו שליחות⁸⁷⁴. אבל אחרים אומרים שהוא מועיל רק מדרבנן⁸⁷⁵, אבל מהתורה אינו מועיל, מפני שזכייה מטעם שליחות, ואין שליחות לקטן⁸⁷⁶.

פסול דין המזכה למקבל ע"י אדם שלישי

יש אומרים שאדם שאינו בר שליחות אינו יכול לזכות למקבל ע"י אדם שלישי⁸⁷⁷, משום שזיכוי פועל ע"י כך שאיש האמצע הוא שלוחו של הנותן⁸⁷⁸, ואין אומרים שיועיל הזיכוי ע"י שאיש האמצע יהיה שלוחו של המקבל

⁸⁶⁹ [מהתורה] שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סי' פו (בלשון "אפשר"); כנה"ג, חו"מ, סי' רלה הגה"ט אות טז, וסי' רמג, הגהב"י אות כד (בדעת הרמב"ם); נקודות הכסף (הערה 859); שו"ת מהרי"ט ח"ב, אהע"ז סי' מא (ד"ה ואכת' בדעת הרמב"ם ובדעת רש"י, וחז"מ סי' כא בדעת הרמב"ם; שרשי הים (קמב ע"ב) בדעת תוס' כתובות יא ע"א (ד"ה מטבילין), גיטין סד ע"ב (ד"ה שאנל), קידושין יט ע"א (ד"ה אומר), וסנהדרין סח ע"ב (ד"ה קטן); קהלת יעקב, תוספת דרבנן, מע' ז, אות קיט (לג ע"ג במהד' לבוב תרכ"ב), בדעת ראב"ד, רשב"א וריטב"א. קהלת יעקב, תוספת דרבנן, מע' ז, אות קיט (לט ע"ב) מדייק ממגיד משנה הל' מכירה כט, יא, שהרמב"ם סובר שזכין לקטן מהתורה.

⁸⁷⁰ ליד ציון הערה 719.

⁸⁷¹ שרשי הים שם, דף קמב ע"ב; קהלת יעקב שם, דף לג ע"ג.

⁸⁷² ליד ציון הערה 712.

⁸⁷³ תוס' כתובות יא ע"א (ד"ה מטבילין).

⁸⁷⁴ קהלת יעקב שם (לט ע"ד), בדעת תוס' כתובות שם.

⁸⁷⁵ [מדברנן] ר"ן על הרי"ף, קידושין טז ע"ב (בדפי הרי"ף) [להרחיב], וחידושי הר"ן, ב"מ יא ע"א; מחנה אפרים, הל' זכיה ומתנה, סי' ה, בדעת הרמב"ם; שרשי הים, ח"א, שורש זכיות קטן (קמא ע"ב), בדעת הרמב"ם.

המחלוקת תלויה בשינויי גירסאות בב"מ עב ע"א, האם גורסים שקטן "אית ליה זכיה", או "אית ליה זכיה מדרבנן". מחנה אפרים הל' זכיה שם מוכיח שלרמב"ם זה מדרבנן, ממש"כ רמב"ם, הלכות זכיה, ד, ט, שקטן אינו קונה בקנין חצר, אף שחצר קונה מטעם זכיה (ב"מ י ע"ב), כי הוא סובר שזיכוי לקטן ע"י אחר מועיל רק מדרבנן, ובמה שתיקנו - בזיכוי ע"י בן דעת - תיקנו, ובמה שלא תיקנו, היינו ע"י חצרו, לא תיקנו.

שרשי הים כותב (בדף קמא ע"ג), שלפי הרמב"ן וסיעתו שזכיות קטן לעצמו כשדעת אחרת מקנה, היא רק מדרבנן (ראה סעיף 1א), כ"ש שזכיותו ע"י אחר היא מדרבנן, שהרי חידושי הרמב"ן, ב"מ עא ע"ב (הערה 721) אומר שמה שלומדים בקידושין מב ע"א זכיה מהפסוק של "נשיא אחד", שאמור גם בקטן, לא נשאר במסקנת הסוגיה.

ח"י הרמב"ן, קידושין כג ע"ב, וחידושי הריטב"א, קידושין כג ע"א, כותבים בתחילה שזכין לקטן שלא בפניו מדאורייתא, אף שאין לו שליחות, כמו שהגמרא שם מעלה אפשרות שאדון יכול לזכות שטר שחרור לעבדו ע"י אחר, אף שהעבד אינו יכול למנות שליח לקבל את שטר השחרור. אבל הם מעלים אפשרות שזה רק מדרבנן, ודוקא בעבד מועיל זיכוי מהתורה כי ישנו בכלל שליחות.

חידושי הריטב"א, ב"מ עא ע"ב [להרחיב], קצות החושן, רמג, ס"ק ז [להרחיב], ומגילת ספר, לאוין, לאו קטז (נד ע"ד), מביאים את המחלוקת האם זיכוי לקטן ע"י אחר מועיל מן התורה או מדרבנן.

הבחנה ע"פ הגיל: שרשי הים, ח"א, שורש זכיות קטן (קמד ע"ב-ע"ג), כותב שגם לדעה שזכיות קטן היא מהתורה, מהפסוק "נשיא אחד", זה לא לימוד גמור אלא זה רק גילוי מילתא שהרי הקרקע כבר היתה שלהם, ומ"מ אפשר ללמוד משם דין זיכוי לקטן מצד דעת אחרת מקנה; אבל זה רק בקטן שיש לו דעת להבחין בין צרור לאגוז, אבל בפחות מזה אין סברה ללמוד משם שזוכה במתנה כי זה כמזכה לאשפה כלשון הירושלמי, עירובין, ז, ו, אלא זיכוי לקטן כזה מועיל רק מדרבנן; ועובר, אפילו אחרים לא יכולים לזכות לו אפילו מדרבנן.

⁸⁷⁶ שרשי הים שם, דף קמא ע"ב.

⁸⁷⁷ מחנה אפרים, הלכות זכיה ומתנה, סי' לג (הובא בנתיבות המשפט, רמג, ס"ק י), על קטן וגוי; קהלת יעקב, תוספת דרבנן, מע' ז, אות קיט (מ ע"ד במהד' לבוב), בדעת תוס' ב"מ עא ע"ב (ד"ה בשלמא), ובדעת ח"י הרשב"א ב"מ שם, ובדעת מהר"ם המובא במישרים סוף נתיב כב (הובא בסמ"ע קה ס"ק ב) (בגוי); ש"ך, חו"מ, קבו ס"ק צט (בגוי); קצות החושן, קסג, ס"ק א (הובא בהגהות רב"פ על שו"ת נודע ביהודה, מהדו"ק, חו"מ, סי' ל), בדעת תוס' ב"מ עא שם, ובדעת מרדכי גיטין סי' שכט (בגוי); שו"ת רעק"א ח"א סי' קכט (ד"ה מ"מ), בדעת מישרים שם; קצות החושן, קפב, ס"ק ב (הובא בשו"ת תשובה שלמה, ח"א, או"ח, סי' יז, דף כ ע"ג), בדעת תוס' ב"מ עא שם; שו"ת באר יצחק, או"ח סי' א, ענף א (הובא ע"י ר' פנחס דיק, בית אהרן וישראל גלי עז, עמ' קו), בדעת תוס' ב"מ עא שם; פת"ח, קניינים, פ"א, הערה עא (בגוי).

ר"ע איגר שם מוכיח שזו דעת מישרים, ממה שכתב שגוי שנתן למישהו משהו לתת לישראל, יכול לתת אותו לאחר כי אין שליחות לגוי.

שו"ת שפת הים, חו"מ, סי' א (עו ע"ג), ושו"ת שארית יוסף (ידיד) ח"ב חו"מ סי' ב (עמ' ריג), כותבים שלפי דעה זו, לגבי גוי, איש האמצע יכול ליטול את דבר המתנה לעצמו, כי הוא הפקר, כי הגוי הסתלק ממנו ברגע שנתן לו. שארית יוסף כותב שכיון שיש מחלוקת, המוחזק יכול לומר קי"ל; וגם אם איש האמצע קיבל בסתם, שמן הסתם התכוון לזכות עבור

(שהוא בר שליחות), כי רק בעל הממון יכול למנות שליח, ומקבל מתנה אינו בעל הממון ולכן אינו יכול למנות שליח⁸⁷⁹. משום כך, מי שאינו בר שליחות אינו יכול לזכות מתנה גם אם המקבל ממנה את איש האמצע להיות שלוחו לקבל⁸⁸⁰.

הדברים אמורים גם בקטן שהגיע לעונת הפעוטות, שיכול לתת מתנה - הוא יכול לתת דוקא אם הוא עצמו מקנה למקבל ולא אם הוא מוסר למי שיזכה עבור המקבל⁸⁸¹; והדברים אמורים גם בקטן שאינו סמוך על שולחן אביו⁸⁸².

אבל אחרים אומרים שגם אדם שאינו בר שליחות יכול לזכות מתנה ע"י אדם שלישי⁸⁸³, ובלבד שאיש האמצע והמקבל יהיו בני שליחות, משום שלדעתם זיכוי פועל ע"י כך שאיש האמצע הוא שלוחו של המקבל⁸⁸⁴.

המקבל, מ"מ יכול לומר שהוא זוכה מן ההפקר לעצמו. אבל הוא מעלה אפשרות שאם התכוון בפירוש לזכות עבור המקבל, "מיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה" כמו שאומרים לגבי מגביה מציאה לחברו (ב"מ ט ע"ב), והמקבל קנה.

⁸⁷⁸ מחנה אפרים שם; קהלת יעקב שם; שו"ת שפת הים, חו"מ, סי' א (עו ע"ג). גם מחנה אפרים, הל' זכיה, סי' לב [כצ"ל], כותב שלרמב"ם הוא שליח של הנותן. ראה הערה 719, על הדעה שאיש האמצע הוא שליח של הנותן.

שו"ת רעק"א ח"א סי' קכט (ד"ה ומ"מ), וסי' קצד, בתחילתו, נוקט שלתוס' ב"מ שם, גוי לא יכול לזכות כי איש האמצע הוא גם שלוחו של הנותן. גם פתח הבית (טיקטין תק"פ), סי' כא, ענף ג, הבין שטעם תוס' הוא שגם אם המקבל יעשה אותו שליח, הוא פסול כי סוף סוף הוא גם שליח של הגוי.

גם שו"ת בית יצחק, יו"ד, ח"ב, סי' קכו, אות ג, כותב שכוונת תוס' ב"מ שם היא שאיש האמצע הוא שליח של שניהם, שמתחילה כשהנותן רוצה לתת, הוא עושה אותו שליח להולכה, ומיד נעשה שליח לקבלה, כמו שכתב ר"ן על הר"י, גיטין ד ע"ב (בדפי הר"י), לענין שטר שחרור; וכוונת תוס' בב"מ כדברי הר"ן (הערה 879), שבממון צריך שליחות של בעל הממון, ולכן תחלה הוא שליח של הנותן, בעל הממון, ומיד נעשה שליח של המקבל (צ"ע, שבאות ד הוא כותב שלא ייתכן שאותו אדם יהיה שליח של הנותן ושל המקבל - ראה בשמו בהערה 215); אבל זאת רק אם ראובן רוצה לתת לשמעון, ושמעון לא עשה את לוי שליח, ואז הנותן יכול לעשות את לוי שליח, שיעשה אח"כ שליח למקבל, והוא שלוחו של הראשון והשני, תחילה הוא שליח של הנותן ואח"כ נעשה שליח של המקבל; אבל אם זו יוזמה של המקבל, ששמעון שלח את לוי לראובן שיתן לו משהו, וראובן נתן ללוי בשביל שמעון, היות שהמקבל עשאו שליח בפירוש, הוא רק שליח של המקבל ולא של הנותן (ולכן מועיל גם אם הנותן גוי, שאינו יכול לעשות שליח); וכן אם איש האמצע עושה מדעת עצמו, ונעשה שליח של המקבל, אינו שליח של הנותן.

עיקרון זה, שאיש האמצע פועל כשליח של הנותן, מובן לפי מה שכתב רז"ל גולדברג, בהערה 907, שקצות החושן סובר ששליח לתת מתנה אינו עושה רק מעשה קוף אלא זו שליחות גמורה, כי מתנה צריכה אמירה וא"א להעביר אותה בלי שהמוביל יהיה שליח של הנותן.

⁸⁷⁹ ר"ן בנימוקי יוסף, ב"מ שם; באר יצחק שם. ראה ליד ציון הערה 931 על הדעה שמקבל מתנה אינו יכול למנות שליח לקבל.

⁸⁸⁰ דברי משפט, קכו, ס"ק ה (במסקנתו, בדעת תוס' ב"מ עא); דבר למשפט (רוזנברג) סי' ג אות יג (בדעת תוס' ורשב"א, ב"מ עא).

אבל דברי משפט כותב שש"ך, יו"ד, קסט, ס"ק טז, סובר שתוס' שם דיברו באופן שהישראל לא מינהו שליח לקבל, אבל אם מינהו שליח לקבל מהגוי, זה מועיל. גם שפת הים שם (עו ע"ג), מעלה אפשרות שגם תוס' ב"מ עא, ורשב"א ב"מ עא, מסכימים שאם המקבל עשה אדם שליח בפירוש לקבל, זה מועיל (כדעה ליד ציון הערה 914), ורק בנידון לא מועיל כי לא עשאו שליח בפירוש, וא"כ גוי יכול לזכות לראובן ע"י שמעון, כי די שהמקבל ירצה שאיש האמצע יהיה שלוחו, ואז ידו של איש האמצע כיד המקבל. וראה הערה 878, שבית יצחק עושה הבחנה בענין זה.

⁸⁸¹ פת"ח, קניינים, פ"א הערה עא.

⁸⁸² פתחי חושן שם, הערה עג.

⁸⁸³ חידושי הריטב"א ב"מ עא ע"ב (בגוי); ראשי בשמים (גוריון) או"ח סי' טז, אות ט, בדעת תוס' ב"מ עא ע"ב; שו"ת שפת הים, חו"מ, סי' א (עא ע"א) (במסקנתו, בגוי); שו"ת דרכי נועם, חו"מ סי' ב (בגוי); שו"ת נודע ביהודה, מהדו"ק, חו"מ, סי' ל אות ט (בגוי), וראה ממה שגוי יכול להקנות לישראל במעמד שלשתן; מחנה אפרים הל' שלוחין סי' יג, בדעת רמב"ם, הלכות מלוה, ה, ד, בדעת ס' התרומות שער מו ח"ד, ובדעת טור יו"ד סי' קסט (בגוי); שו"ת אמר שמואל, חו"מ סי' יד (קב ע"א), בדעת ר"י ובדעת הרא"ש (בגוי); ש"ך, חו"מ, קכו, ס"ק צט, בדעת שו"ע, חו"מ, קכו, כב (בגוי); ר' לוי קליטעניק, בית אהרן וישראל גל' נב (ניסן-אייר תשנ"ד), עמ' מט, בדעת רמב"ם, הלכות מלוה, ה, ד (בגוי); שו"ת עדות ביהוסף ח"ב סי' לו (פח ע"א), בדעת טור, חו"מ, רמג, כד (בגוי); שו"ת פני משה ח"ב סי' לח (סח ע"ב) (בגוי).

דברי אמת קונטרס ז, סי' א (סד ע"ב במהד' קושטא, צא ע"ד במהד' הלבשרטט) מביא ראה לדעה זו מירושלמי דמאי ו, ח, וקידושין ב, א (כו ע"א), האומר שאם חנווני חרש נותן לפועל, זכה הפועל עבור בעל הבית, ועולה ממנו שחרש יכול לזכות לאחר ע"י אדם שלישי, אע"פ שחרש אינו יכול למנות שליח.

דרכי נועם שם מביא ראה מהד"ן שהקונה קרקע מגוי, כיון שהגוי קיבל כסף, הסתלק, אבל הקונה זוכה בקרקע רק אם יעשה חזקה, ועד אז היא הפקר, וכל הקודם לזכות בה זוכה (ב"ה נד ע"ב), וכך במתנה, ברגע שהגוי נתן לשמעון שיזכה עבור ראובן, הסתלקה רשות הגוי ממנה, והוא הפקר, ויכול שמעון לזכות עבור ראובן, בתור מגביה מציאה לחברו (ראה הערה 718, בשם ראשי בשמים, הסבר דומה לפעולת הזיכוי). אבל אח"כ הוא מביא את מה שכתבו תוס' ב"מ עא, שלוחו

גוי אינו יכול לזכות את החוב לישראל ע"י ישראל אחר, והסביר שזה משום שהמלוה (המקבל את הפרעון) לא עשה אותו שליח לזכות עבורו; ועולה מדבריו שהוא חוזר בו ממה שכתב שגוי יכול לזכות מתנה, שהרי במתנה, המקבל לא עשה אותו שליח. שו"ת שפת הים, חו"מ, סי' א' (ע"ד), מביא שר' אלעזר הלוי דחה את ההשוואה לקונה מגוי, שבמכר, הגוי רוצה למכור, ולכן הוא מסתלק כשקבל כסף, כי הוא חושב שקנה בכסף, אבל במתנה, הרי הגוי יכול לחזור בו, שהרי איש האמצע אינו יכול להיות שליח של הגוי, וא"כ הגוי לא מסתלק עד שהדבר יגיע למקבל, ועד אז, הוא ברשות הגוי, ואין לומר שאיש האמצע הוא כמגביה מציאה לחברו. שפת הים עצמו משיב על כך, שגם במתנה, הגוי חושב שמיד כשהגיע ליד איש האמצע, זכה עבור המקבל, א"כ הוא מסיח את דעתו מהנכס, אע"פ שבאמת המקבל לא זכה עדיין כי איש האמצע לא התכוון לזכות עבורו, ולכן זה הפקר. שפת הים מביא ראייה לדברי דרכי נועם משו"ת הרשב"א ח"א סי' אלף לב (הובא במישרים, נתיב כב, בב"י, חו"מ, סי' עב, מחודש לג, וסי' רמא, מחודש ו, וברמ"א, חו"מ, קצד, ב) הכותב שגוי שמישכן מיטלטלין לראובן, ואח"כ הגוי נתן אותם בשטר מתנה לשמעון, ראובן קנה ולא שמעון, כי הגוי מסתלק ברגע שכתב שטר, ושמעון אינו יכול לקנות עד שימשוך כי שטר אינו קונה מיטלטלין (כאמור ליד ציון הערה 406), ולכן ראובן קנה, כי זה ברשותו. הוא מנמק (בדף ע"ב) את דברי הרשב"א, שהגוי הסתלק ע"י כתיבת השטר, ומסיח את דעתו מהנכס, כי עשה מעשה שעל ידו הוא מסלק את זכותו מהנכס, ואינו יכול לחזור בו, אבל גם שמעון לא קנה, כי אנו יודעים שלא גמר בדעתו לקנות אלא בשטר והמיטלטלין נקנים רק במשיכה, ובכל זאת הגוי הסיח את דעתו כי הוא חושב ששמעון כבר זכה, ולא משנה שזה טעות מצידו; וכן בגוי המזכה מתנה, אם איש האמצע לא התכוון לזכות למקבל, זה הפקר כי הגוי הסיח דעתו כי חשב שאיש האמצע התכוון לזכות עבור המקבל. הוא מביא (בדף פ' ע"א) שר' אלעזר הלוי כתב, שאם הגוי אמר "הולך וזכה מתנה זו לפלוני", השליח אינו יכול לזכות בה בעצמו, כי גם לר' אפרים שאומר שאם סירב המקבל, זה הפקר (ראה סעיף 3), הרי אם העיכוב לא בא מחמת סירוב המקבל אלא מחמת השליח, זה ברשות הנותן, ואינו הפקר, והשליח אינו יכול לזכות לעצמו; אבל אם הגוי אמר רק "זכה", הדין תלוי: אם שמעון קיבל מהגוי בשתיקה, יכול לומר "לא התכוונתי לזכות לראובן, ושתיקתי כדי שישתלק הגוי, ואזכה לעצמי", אבל אם שמעון גילה את דעתו שהוא זוכה עבור ראובן, ראובן זוכה, כי "מיגו דזכי לנפשיה" (כלומר שהיה יכול לזכות לעצמו ע"י שישתוק), זוכה לראובן. אבל הוא כותב שתוס' ורשב"א ב"מ ע"א חולקים על דרכי נועם, שהרי הם סוברים שלווה גוי אינו יכול לזכות את פרעון חובו לישראל ע"י ישראל, הרי שסוברים שהגוי אינו מסתלק ואינו מפקיר, א"כ גם במתנה, אינו מסיח את דעתו, כי אינו בתורת זכיה, ויכול לחזור בו. שפת הים עצמו (בדף פ' ע"ב) מסכים שגוי המזכה לראובן ע"י שמעון, הגוי חושב שמועילה זכיית שמעון, ולכן מיד הוא מסיח דעתו, וזה הפקר, ואם שמעון אמר אז "אני זוכה לראובן", ראובן זכה, ואם לא אמר כך, זה הפקר; ואע"פ שבאמת שמעון אינו זוכה לראובן, הגוי חושב שראובן קנה, והסיח דעתו. הוא מעלה אפשרות שמועיל זיכוי הגוי לסלק את עצמו (כלומר זה מעשה קנין חד כיווני - מועיל לגוי ואינו מועיל ביחס לישראל), כמו שבגוי המוכר בכסף, נעשה הפקר מרגע קבלת הכסף, כי כל קנינו בכסף, אלא שהישראל לא קונה עד שיגיע לידו, ולכן השליח יכול לזכות לעצמו (ואילו לפי ההסבר הראשון זכות הגוי אינה מסתלקת באמת ע"י הזיכוי אלא שהוא חושב כך בטעות ולכן הוא מסתלק). שפת הים שם כותב במסקנתו שגוי המזכה מתנה לראובן ע"י שמעון, אם בשעה שזיכה אמר שמעון "אני זוכה בעבור ראובן", זכה ראובן, ואין שמעון יכול לומר אח"כ שהוא זוכה לעצמו; ואם קיבל מהגוי בשתיקה, יכול לומר אח"כ שזכה עצמו, כי הגוי הסיח דעתו מיד כשיצא מידו, וזה הפקר.

אור שמח הל' מלוה, ה' ד, מביא את שתי הדעות. שו"ת ראשי בשמים (גוריון), או"ח, סי' טז, אות ח, כותב שלדעה (ליד ציון הערה 719) שזכייה אינה מדין שליחות, אין לומר שצריך שאיש האמצע יהיה שליח של הנותן, ואם כן גם מי שאינו בר שליחות יכול לזכות מתנה ע"י אחר. שו"ת באר יצחק או"ח סי' א, ענף א (הובא ע"י ר' פנחס דיק, בית אהרן וישראל גל' עז ע"מ קו), כותב שאין מועילה מכירת חמץ של אדם בלי ידיעתו ע"י "זיכוי", כשעושים קנין כסף, כי לפי תוס' ב"מ שם, גוי אינו יכול לזכות את הכסף לישראל ע"י ישראל. אבל הוא כותב בסוף ענף יא, שבדיעבד החמץ מותר אחרי פסח כי אפשר לסמוך על ריטב"א ב"מ שם שאומר שגוי יכול לזכות לישראל ע"י ישראל.

שו"ת רעק"א ח"א סי' קצד, בתחילתו, מדייק מתוס' גיטין יג ע"ב (ד"ה במעמד) (וכדבריהם כתב רא"ש, גיטין, פ"א, סי' יז), שחולקים על תוס' ב"מ ע"א, וסוברים שגוי יכול לזכות לישראל, שהרי כתבו שגוי יכול להקנות לישראל במעמד שלשתן אף שלדעתם שם זה בגדר זכיה. גם שו"ת שפת הים, חו"מ, סי' א' (ע"ד) מוכיח שרבינו תם בתוס' גיטין שם סובר שגוי יכול לזכות. אבל שו"ת רעק"א ח"א סי' קכט (ד"ה מ"מ), וקצות החושן סי' קסג, ס"ק א, הסבירו את תוס' בגיטין, שדוקא במעמד שלשתן, גוי יכול להקנות, כי חכמים הפקיעו את ממונו, וגם כי דנים להם כדיניהם, כפי שנימקו תוס', וא"כ אין משם ראייה לגוי שמזכה; ואדרבה, קצות החושן מוכיח ממה שלא נימקו שמועיל בגדר זכיה, הרי שלדעתם אין מועיל זיכוי שגוי מזכה לישראל.

⁸⁸⁴ מחנה אפרים, הלכות שלוחין, סי' יג; דרכי נועם שם; עדות ביהוסף שם; פני משה ח"ב שם; שו"ת שפת הים, חו"מ, סי' א' (ע"ג-ע"ד), בדעת הריטב"א ורבנו תם. ראה ליד ציון הערה 713, דעה שאיש האמצע הוא שליח של המקבל.

דברות משה ב"ק סי' עד ענף ח, מנמק שהריטב"א סובר שאיש האמצע א"צ להיות שליח של בעל הממון. בענין זה יש סתירה בר"ן: הר"ן המובא בני"ב ב"מ ה' ע"ב (בדפי הרי"ף) (הובא בדברי אמת, קונטרס ז, דף סד ע"ב), כותב שאדם אינו יכול לזכות לחברו אא"כ בעל הממון עשה אותו שליח; ואילו ר"ן על הרי"ף, גיטין ד ע"ב (בדפי הרי"ף), מוכיח מהמשנה שכל אדם יכול להיעשות שליח מדעתו לזכות לחברו, אע"פ שבעל הממון לא עשה שליח. מחנה אפרים הל' זכיה ומתנה, סי' לג, והל' שלוחין סי' כג, כותב שהר"ן סובר כתוס' ורשב"א (הערה 877), ע"פ דבריו בב"מ. קהלת יעקב, תוספת דרבנן, מע' ז, אות קיט (מא ע"א-ע"ב במהד' לבוב), מיישב בשתי דרכים: (א) הר"ן סובר כריטב"א (הערה 883), ומשי"כ בב"מ הוא רק לענין לזכות במציאה עבור אחר, שבזה חב לאחרים (וכך תירצו גם מחנה אפרים הל' שלוחין סי' ד, ושפת הים שם, דף עז ע"ב). (ב) הר"ן סובר שגם במתנה צריך את שליחות בעל הממון (כתוס' ורשב"א), והטעם הוא כמש"כ ירושלמי (שנביא בהערה 931), שהמקבל אינו יכול לעשות שליח, ומש"כ הר"ן בגיטין שיכול להיעשות שליח

נתינת מתנה ע"י שליח

לפי חוק השליחות, התשכ"ה-1965, סעיף 5(א), שליחות אינה חלה על פעולה בלי תמורה אלא אם ניתנה הרשאה מפורשת לכך; וכך יהיה הדין בשליח לתת מתנה. אבל אין צורך לקבוע את זהות המקבל או את זהות דבר המתנה.⁸⁸⁵

לפי המשפט העברי, אם הנותן ממנה שליח לתת את המתנה למקבל (באופן שאינו מזכה לו בתורת זיכוי, שעסקנו בו בפרק __), המקבל קונה את הנכס רק כשהוא עצמו עושה בו מעשה קנין.⁸⁸⁶ לכן הנותן יכול לחזור בו עד שדבר המתנה יגיע למקבל.⁸⁸⁷

השליח אינו יכול לזכות למקבל ע"י עצמו (בלי אדם רביעי שישמש כאיש אמצעי), מפני שידו כיד שולחו, והרי אדם אינו יכול לזכות מתנה למקבל ע"י עצמו;⁸⁸⁸ ואין לומר שהוא נעשה עתה גם שלוחו של המקבל, שיזכה בשבילו כיון שיצא הנכס מרשות הנותן - אין לומר כך, שהרי ברגע שהוא יחליט לשמש כשלוחו של המקבל, עדיין לא זכה בשבילו כלום, ולאחר מכאן כבר אינו שליח של הנותן, וכבר אינו יכול לזכות למקבל מכח שליחות הנותן.⁸⁸⁹

ביטול השליחות: הנותן בלשון "הולך" וכדומה, שאין בו זיכוי,⁸⁹⁰ יכול לבטל את שליחותו של השליח, בפני שני עדים, ואז המתנה בטלה.⁸⁹¹ הוא יכול לבטל את השליח כל זמן שלא הגיעה המתנה למקבל.⁸⁹² אם ביטל לפני

מעצמו הוא בגט, שבו התורה חידשה שהאשה יכולה למנות שליח קבלה, וכן עבד, ולכן בדבר שהוא זכות לו, אדם יכול להיעשות שליח שלהם מעצמו.

⁸⁸⁵ ראבילו ב, עמ' 89.

⁸⁸⁶ דיני חוזים במשפט העברי, עמ' 254, כותב ששליח זה אינו נחשב שליח של המקבל, שהרי הוא שליח של הנותן וא"א שאדם יהיה שלוח של שני הצדדים (כאמור ליד ציון הערה 921), אבל הוא **כאילו** שליח של המקבל, לענין שעל ידו יש למקבל ברירה האם לקבל או לא.

אם נכתב קנין בשטר המתנה: שו"ת לב שמח, חו"מ סי' כב (עה ע"א) מדייק מסתימת טור, חו"מ, רמג, א-ב, שהמתנה שליח לתת שטר מתנה בלשון "הולך" (שאינו זיכוי), גם אם נכתב קנין בשטר המתנה, המקבל קנה רק כשיגיע השטר לידו. והוא מביא מי שהקשה, הרי המקבל קנה בגלל קנין הסודר גם בלי זיכוי. אפשר לתרץ, שבזה שאמר "הולך", גילה דעתו שהוא רוצה שהמקבל יקנה רק ע"י השטר ולא ע"י קנין סודר, בדומה לסברה שראינו ליד ציון הערה 487.

⁸⁸⁷ שו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' שפד (הובא בכנה"ג חו"מ, ככה הגה"ט אות כט) (על האומר "הולך", שאין בו זיכוי).

⁸⁸⁸ כאמור ליד ציון הערה 720.

⁸⁸⁹ שו"ת מהרי"ט, חלק א, סי' קכז (ד"ה ויש לברר). הוא מסתמך על האמור בגיטין כד ע"א "והא לא חזרה שליחות אצל הבעל", שמשום כך שליח של הבעל לגרש אינו יכול לשמש גם שליח קבלה של האשה.

דעה חולקת: מחנה אפרים, הלכות שלוחין, סי' ד, כותב שבמתנה אין בעיה של "לא חזרה שליחות" (ראה בשמו בהערה 923), והוא מסביר שמהרי"ט דיבר בשליח למכור, שהשליח הוא המקנה לקונה, ואם פסקה השליחות, אין מי שיזכה לקונה, ולכן אינו יכול לשמש שליח של הקונה; אבל במתנה, הנותן לא עשאו שליח להקנות אלא להוליד, ולכן השליח יכול לומר שהוא שליח קבלה של המקבל, כדי לזכות לו. אפשר להסביר שהוא סובר כנתיבות המשפט (הערה 906) ששליח לתת מתנה עושה רק מעשה קוף של הולכת המתנה, ואינו עושה הקנאה בשליחות הנותן; ולכן הוא יכול לשמש שליח של המקבל. אבל בהלכות זכייה ומתנה, סי' כח, כתב שאם אמר השליח של הנותן "הריני זוכה לפלוני", בדרך כלל לא זכה המקבל, כי השליח הוא כמו תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים, שאין לכך תוקף, ורק אם הבטיח תחילה הנותן למקבל לתת לו מתנה מועטת, שסמכה דעתו, ואינו רשאי לחזור בו (ראה סעיף 5), כך שאינו חב לאחרים, נעשה שליח קבלה למקבל, אפילו שלא מידיעת המקבל, כי זכין לאדם שלא בפניו.

⁸⁹⁰ כאמור ליד ציון הערה 792.

⁸⁹¹ ר' קרשקש גיטין לב ע"ב (הובא באיילת השחר גיטין לב ע"ב, ד"ה נפ"מ).

ח' חתם סופר, גיטין שם, כותב שא"צ לבטל בפני ב"ד כמו בגט כי כאן אין חשש עיגון וממזרות, אבל צריך ביטול בפני שנים, כמש"כ ח' הרמב"ן גיטין שם, שאין כח בביטול שלא בפניו לעקור דיבור שליחות שבפניו.

ח' כתב סופר גיטין לב ע"ב, מסביר שהנותן יכול לחזור בו מהשליחות ולקחת את דבר המתנה משליחו כי זה רק מעשה קוף, שמוליכו למקבל שיזכה בו (נראה שזה כשיטת נתיבות המשפט, הערה 906), וזה לא בגדר ביטול שליחות שנאמר בה "לא אתי דיבור ומבטל שליחות". נראה שלפי דבריו יועיל ביטול בלי עדים, אם המקבל האמין לו שביטל.

קונטרס הביאורים (שפירא), גיטין סי' כ אות ב, כותב שרש"י גיטין שם סובר שהנותן מבטל את השליחות, ואילו רמב"ם, הלכות זכייה, ד, ד, נקט רק "יכול לחזור בו" ולא דיבר על ביטול השליחות, מפני שלדעתו זה חזרה מדעתו במתנה, שדיבור החזרה מבטל את דיבורו ודעתו הקודמת, ואין זה ביטול השליחות, מפני ש"הולך" אינו בגדר שליחות אלא הולכת המתנה בעלמא (נראה שזה כשיטת נתיבות המשפט שם), ולכן לא צריך את ביטול השליחות, אלא די בחזרה מדעת הנותן.

⁸⁹² באורי ר' אייזק שטיין, על סמ"ג, עשה פב, לדף קסא ע"ד (ב"הולך").

שהגיעה המתנה למקבל, הביטול מועיל גם אם השליח לא ידע ונתן למקבל, ואם יש עדים שביטל את השליחות לפני רגע זה, המקבל צריך להחזירה לנותן.⁸⁹³

ביטול השליחות צריך להיות בלשון עתיד, שהוא מבטל אותה מכאן ואילך, אבל בלשון עבר לא מועיל; ואם אמר הנותן "בטלה היא", מפרשים שהתכוון לבטל להבא, כיון של"בטלה" יש שתי משמעויות, להבא ולשעבר, ומן הסתם התכוון לאופן שיועיל.⁸⁹⁴ וגם אם כבר נתן השליח למקבל, מוציאים מיד המקבל, כי מפרשים כך בתורת ודאי ולא רק בתורת ספק.⁸⁹⁵ אבל אם רק חזר בו בלבו מהשליחות, השליחות אינה בטלה, כי דברים שבלב אינם דברים.⁸⁹⁶ לא די בגילוי דעת שאינו רוצה, ואין אומרים שמן הסתם הוא חפץ בביטולו.⁸⁹⁷

שליח לתת מתנה העושה שליח: יש אומרים ששליח להוליך מתנה אינו יכול למנות שליח להוליך אותה במקומו, גם אם הוא מוסר לו את דבר המתנה, מפני שזה בגדר "מילי" (מילים בעלמא) כיון שאינו יכול לתת מתנה נגד רצון המקבל, ואי אפשר למסור "מילי" לשליח משנה.⁸⁹⁸ אין אומרים שיועיל השליח השני מצד שבעבר גילה הנותן את דעתו שרוצה לתת - משום שייתכן שחזר בו בלבו מלתת, אא"כ הודה שלא חזר בו.⁸⁹⁹ ורק השליח הראשון יכול לתת כי מעמידים אותו על חזקתו, שלא חזר בו הנותן.⁹⁰⁰ ועוד, שמי שיש אומדנא שהוא רוצה להקנות, אין זה יוצר הקנאה אם לא עשה קנין גמור.⁹⁰¹ וכיון שבטלה השליחות כאמור, אינה יכולה לקבל תוקף מצד אומדנא.⁹⁰²

אך אחרים אומרים ששליח להולכת מתנה עושה רק מעשה קוף, להוביל את הנכס למקבל ולומר לו שהנותן רוצה שיקנה את הנכס, מכיון שאינו עושה פעולה הדורשת חלות משפטית, שכן הקנין חל ע"י המקבל שעושה מעשה קניין, בלי הקנאה מצד הנותן, ולכן השליח יכול למסור ל"שליח" אחר, וכשיגיע הנכס ליד המקבל או לחצר המקבל, קנה, כמו אילו זרקו השליח ע"י חץ לחצר המקבל, שקנה.⁹⁰³ ואילו הדעה הראשונה סוברת שבכל קנין צריך הקנאה מצד המקנה, והשליח הוא שליחו להקנות למקבל, והנותן אינו מקנה אלא השליח מקנה, וזה לא רק מעשה קוף, ואת זה אינו יכול להעביר לשליח אחר, כי "מילי" אינם נמסרים לשליח.⁹⁰⁴

אם הנותן אמר למישהו "אמור לפלוני לתת את המתנה למקבל" ("אומר 'אמרו'"), מועיל, מפני שאין זה בגדר "מילי".⁹⁰⁵

⁸⁹³ ח"י חתם סופר, גיטין לב ע"ב (ב"הולך").

⁸⁹⁴ גרש ירחים גיטין לב ע"ב (ד"ה בגמרא אמר); ישמח לב (לוי) גיטין לב ע"ב.

תפארת יעקב, גיטין לב ע"ב (ד"ה לכן), כותב שלשונות של ביטול שמועילות בשליחות גט (כמפורט בגיטין לב ע"א) מועילות במתנה, ולשון שאינה מועיל בגט אינה מועילה במתנה.

⁸⁹⁵ ישמח לב שם.

⁸⁹⁶ ר"א גורדון, בשו"ת חבל יעקב, חלק א, סי' ז, אות ח.

⁸⁹⁷ תפארת יעקב, גיטין לב ע"ב (ד"ה לכן).

⁸⁹⁸ קצות החושן, רמז, ס"ק ב.

ח"י כתב סופר גיטין לב ע"ב, מעלה אפשרות לנימוק נוסף לדברי קצות החושן, על פי דברי תוס' גיטין סו ע"ב (ד"ה הא), לגבי גט, שאם הבעל מקפיד ששלוcho יכתוב, פסול אם השליח משנה, ואף כאן, בשליח מתנה, הנותן מקפיד שיקבל מידו, ושלוcho כידו.

ראה חוק לישראל, שליחות, עמ' 17-18, ש"מילי לא ממסרן לשליח" זה רק לענין שליחות משנה, לרוב הפוסקים.

⁸⁹⁹ ר"א גורדון, בשו"ת חבל יעקב, חלק א, סי' ז, אות ח. גם אבן האזל, הלכות שכנים, ב, י, מעלה אפשרות שאי אפשר למנות שליח שני שמא חזר בו הנותן.

אבל ר"י בורוכוב, חבל יעקב שם, סי' ח, אות כה, חולק על מש"כ ר"א גורדון שחוששים שהנותן חזר בו בלבו, כי אלו דברים שבלב נגד ההוכחה הגמורה שנוח לו, ושום צופה מהצד לא יחשוב שחזר בו.

⁹⁰⁰ אבן האזל שם.

⁹⁰¹ כאמור ליד ציון הערה 705.

⁹⁰² ר"י בורוכוב, שם סי' ח, אות כה.

⁹⁰³ נתיבות המשפט, רמז, ס"ק א; ח"י כתב סופר גיטין לב ע"ב.

ר"א גורדון, בשו"ת חבל יעקב, חלק א, סי' ז, אות ה, ור"נ גולדברג, בית אהרן וישראל גל' קיב עמ' קלו, מביאים את מחלוקת נתיבות המשפט וקצות החושן האם שליח עושה שליח במתנה.

⁹⁰⁴ אבן האזל, הלכות שכנים, ב, י, בדעת קצות החושן.

⁹⁰⁵ קצות החושן שם. הוא מסתמך על כמה ראשונים המובאים בב"י אהע"ז סי' קכ, הסוברים לגבי גט, ש"אומר 'אמרו' אינו "מילי", וכך סובר הקדוש מרדכי (עיי"ש להוכחתו).

על "אומר אמרו" בהוראה לכתוב שטר מתנה, ראה ליד ציון הערה 462.

יש אומרים שאפשר לשלוח מתנה ע"י מי שאינו בר שליחות, ואם המתנה מגיעה למקבל או לחצרו, קנה מכוח הנותן, והשליח אינו צריך להקנות למקבל, כי הנותן כבר הקנה לו, והשליח עושה רק מעשה קוף⁹⁰⁶. אבל אחרים אומרים שהשולח מתנה ע"י מי שאינו בר שליחות, לא זכה המקבל⁹⁰⁷.

שליח לתת מתנה באופן שאין זיכוי, שחיפש את המקבל ולא מצא אותו, אינו רשאי לעכב את דבר המתנה לעצמו, כי הנותן לא התכוון לזכות לו⁹⁰⁸.

אם מת המקבל: כיון שבשליחות שאין בה זיכוי, לא זכה עדיין המקבל בדבר המתנה, הרי אם מת המקבל לפני שהגיע אליו השליח, דבר המתנה אינו שייך ליורשי המקבל, ויוחזר לנותן, ואם מת הנותן אח"כ, יחזיר ליורשי הנותן⁹⁰⁹, כי הנותן התכוון לתת רק למקבל ולא ליורשיו⁹¹⁰; ואין אומרים שאם מת הנותן, זכו יורשי המקבל מטעם "מצוה לקיים דברי המת", כי מיד כשמת המקבל בחיי הנותן, נתבטלו דברי הנותן, שהרי ציווה לתת למקבל ולא ליורשיו⁹¹¹.

אם מת הנותן: בשליחות שאין בה זיכוי, אם מת הנותן לפני שהגיעה המתנה למקבל, אף שהשליחות קיימת אף לאחר מיתת המשלח, בכל זאת השליח אינו יכול לתת את המתנה, כי הנכס כבר אינו שייך לנותן, אלא כבר נכנס לרשות יורשי הנותן⁹¹². בכל זאת זכה המקבל בנכס בשעת מות הנותן, משום "מצוה לקיים דברי המת", ואם אח"כ מת המקבל, זכו יורשי המקבל⁹¹³.

שליח לקבל מתנה

מי שיודע שחברו רוצה לתת לו מתנה, יכול למנות שליח לקבל בעבורו את המתנה, וכששלוחו עושה מעשה קנין, דבר המתנה נקנה למקבל⁹¹⁴.

⁹⁰⁶ נתיבות המשפט, רמז, ס"ק א. על העיקרון שהשליח עושה רק מעשה קוף, ראה הערה 889 והערה 891.
⁹⁰⁷ קצות החושן, קכו, ס"ק טו (הובא במשנה ברורה תמח ס"ק יד ושער הציון ס"ק לג). הוא לשיטתו, ליד ציון הערה 904, שצריך הקנאה מצד הנותן.

רז"ג גולדברג, בית אהרן וישראל גל' קיב עמ' קלו, מנמק שבמתנה צריך אמירה מהנותן שהוא נותן, כאמור ליד ציון הערה 638. נראה שכוונתו היא שנתביבות המשפט סובר שנתנית מתנה היא רק מעשה של העברה בלי צורך בכוונה, ולכן השליח לתת עושה רק מעשה קוף, ואילו לדעת קצות החושן, צריך כוונה.

נראה שבמחלוקת זו תלוי דינו של מקבל שלקח מהשליח בעל כרחו (בלי שמת הנותן): שו"ת מהרי"ל דיסקין, פסקים, סי' קפה, מסתפק, בשליח להוליך מתנה, באופן שאין זיכוי, והמקבל לקח ממנו בעל כרחו את דבר המתנה, האם קנה, שמא הנותן נתן לשליח רק רשות להקנות למקבל, וא"כ אם לקח בעל כרחו, לא זכה כי אין כאן הקנאה, או שמא כשנתן לשליח נתן למקבל גם רשות לקחת ממנו בעל כרחו. והוא משווה זאת לדין (ליד ציון הערה 35), שהנותן צריך לומר למקבל "לך חזק וקנה". אולי כוונתו היא שהדין שצריך שהנותן יתן הוראה לקנות, מוכיח שלא די במעשה קנין חד צדדי של המקבל. נראה שלפי נתיבות המשפט, ששליח לתת מתנה רק עושה מעשה קוף, וכל ההקנאה נעשית ע"י המקבל, קנה גם אם לקח מהשליח בעל כרחו; ואילו לפי קצות החושן שצריך הקנאה מצד הנותן, כאן לא קנה המקבל.

⁹⁰⁸ שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סי' שכו (הובא בשו"ת שפת הים חו"מ סי' א דף עט ע"ד).

⁹⁰⁹ רא"ש, גיטין, פ"א, סי' יט; שו"ע, חו"מ, קכה, ח; שו"ת שבסוף ס' תורת השלמים (נדפס בסוף תורת חטאת), סי' ז.

⁹¹⁰ מרדכי גיטין, סי' תלא; מחנה אפרים, הלכות זכיה ומתנה, סי' כט; שו"ת כרם שלמה (אמריאל), חו"מ, סי' סט (קצה ע"ב).

שו"ת חוות יאיר סי' צא, כותב באופן כללי (לא רק על מתנה ע"י שליח), שאם לא עשה המקבל מעשה הקנין בנכס שאמר הנותן שהוא נותן לו, עד שמת, בניו לא יכולים לעשות בו מעשה קנין, כי יש להניח שהנותן התכוון לתת למקבל זה דווקא.

⁹¹¹ סמ"ע, קכה, ס"ק לא.

⁹¹² קצות החושן, קפח ס"ק ב. על מי שמינה שליח למסור שטר מתנה, ומת (הנותן), ראה הערה 411.

⁹¹³ רא"ש, גיטין, פ"א, סי' יט; שו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' שפד (הובא בכנה"ג חו"מ, קכה הגה"ט אות כט); מחנה אפרים, הלכות זכיה ומתנה, סי' כט. מחנה אפרים תולה זאת בשאלה האם מלד"ה יוצר העברת בעלות - ראה חוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 30-31.

⁹¹⁴ שו"ת שפת הים, חו"מ, סי' א (עז ע"ב). כך עולה בפשטות גם מן הסוברים שזכייה מטעם שליחות (ליד ציון הערה 712), כלומר שאיש האמצע הוא שליח מכלל של המקבל לקבל את המתנה (אבל הבאנו שם הסברים המיישבים את דבריהם גם לפי הדעה, ליד ציון הערה 931, שמקבל אינו יכול למנות שליח). כך עולה גם מן הסוברים שמי שאינו בר שליחות (כגון גוי) יכול לזכות מתנה ע"י אחר (ליד ציון הערה 883) מפני שאיש האמצע הוא שליח של המקבל ואינו צריך להיות שליח של הנותן.

ראה בשם שפת הים בהערה 883, שהיות שהמקבל יכול למנות שליח, גוי יכול לזכות מתנה לראובן ע"י שמעון. והוא מוכיח (בדף עז ע"א) שהרא"ש סובר שגם מי שאינו בעל הממון יכול למנות שליח - עיי"ש להוכחתו. והוא מוכיח (בדף עז ע"ד) שמהר"ם המובא במרדכי ב"מ סי' רמא (הובא במחנה אפרים הל' זכיה ומתנה, סי' ב וסי' לג, וראה ליד ציון הערה

כמו כן, אם נכנס דבר המתנה לחצרו של השליח, הוא נקנה למקבל⁹¹⁵.

שליח לקבל מתנה אינו יכול לעשות שליח אחר כי תפקידו הוא "מילי" - דבר ערטילאי⁹¹⁶.

המקבל יכול למנות שליח לעשות את מעשה הקנין, ובתנאי שהשליח הוא בר שליחות⁹¹⁷. הוא יכול גם למנות שליח לקנות במה שהשליח תופס בידו את דבר המתנה, אף שלא שייכת שליחות על דבר שממילא, ואף שידו

855) סובר שגם מי שאינו בעל הממון יכול למנות שליח, שהרי כתב שמי שנותן מעשר עני לבן של עשיר, הסמוך על שולחן אביו, לא יצא, כי גדול הסמוך על שולחן אביו נחשב קטן ואביו זוכה ממנו לדעת ר"ת, וגם לדעת ר' שמשון משפירא שאם דעת אחרת מקנה הבן קונה ולא אביו, הרי כאן אין דעת אחרת מקנה כי לנותן יש רק טובת הנאה, שאינה ממון, ונמצא שהוא נותן לאב שהוא עשיר; ומצד שני בגיטין ל' ע"א נאמר שאפשר לזכות מעשר עני לעני ע"י אחר, הרי שגם מי שאין לו הממון, כמו בעל הקרקע שנותן מעשר עני, שיש לו רק טובת הנאה שאינה ממון, יכול לעשות שליח (הוכחה זו רמוזה גם במחנה אפרים שם, ס"י לג). אבל הוא דוחה הוכחה זו, שבגיטין מדובר שמזכה לו ע"י עני אחר, ומיגו דזכי לנפשיה זכי לחבריה.

מדברי פתח הבית (טיקטין תק"פ), ס"י כא, ענף ג, שכתב שטעם התוס' שגוי אינו יכול לזכות לישראל (הערה 877), הוא שגם אם המקבל יעשה אותו שליח, הוא פסול כי סוף סוף הוא צריך להיות גם שליח של הנותן הגוי, והגוי אינו בר שליחות - עולה שאם הנותן הוא בר שליחות, והמקבל מינה שליח לקבל, קנה ברגע שהגיע לידי השליח. שו"ת שפת הים, חו"מ, ס"י א (ע"א), מביא ראיה שהמקבל יכול למנות שליח, מדברי התלמוד בב"מ י' ע"ב, שהממנה שליח לגנוב, לא חלה שליחות כי אין שליח לדבר עברה, ולא אמרו מצד שאינו בעל הממון.

מאירי, ב"מ ח' ע"א, כותב שאם ראובן מינה את שמעון להיות שלוחו לזכות במציאה עבורו, ושמעון הגביה, זכה ראובן. וכך עולה ממגיד משנה, הלכות גזילה, יז, ב (שליחות מכללא). הרי שגם מי שאינו בעל הממון יכול למנות שליח. ר' לוי קליטעניק, בית אהרן וישראל גל' נב (ניסן-אייר תשנ"ד), עמ' מט, מוכיח שתוס' גיטין כא ע"א (ד"ה אטו), סוברים שמועיל שליח של מי שאינו בעל הממון, שהרי הם אומרים שחצר קונה מציאה מטעם שליחות.

ר"ן על הרי"ף, גיטין כח ע"ב (בדפי הרי"ף), כותב שאם המקבל עשה שליח קבלה, והנותן נתן לו בלשון "הולך", זה נחשב זיכוי, שהמקבל קנה כשהגיע הנכס לשליח. קהלת יעקב, תוספת דרבנן, מע' ז, אות קיט (לד ע"ב בדפוס לבוב = כח ע"ג בדפוס שלוניקי), לומד מדבריו שלדעתו המקבל יכול למנות שליח קבלה. אך האמת היא שהר"ן כתב כך רק כדי להצדיק את קושיית הגמרא, וכותב שתירוץ הגמרא לקושיה זו נאמר רק לרווחא דמילתא, אבל "לקושטא דמילתא", גם בגט "הולך" אינו כ"זכיי" גם אם האשה עשתה אותו שליח קבלה, ומכאן שלמסקנה הר"ן מסכים שמקבל מתנה אינו יכול למנות שליח לקבל. קהלת יעקב מביא כאילו הרמב"ן אומר כך, משום שאת תחלת הדברים כתב הר"ן בשם הרמב"ן, אבל האמת היא כפי שהעיר שרשי הים, שורש זכייט קטן (קמג ע"א), שחי' הרמב"ן, גיטין סג ע"ב, לא כתב נקודה זו, אלא כתב רק שבמתנה שהוא (הנותן) עושה שליח מעצמו, אין רצונו לתת אלא במתנות וחוזר ונמלך; ולא כתב שהדין שונה אם עשאו המקבל שליח, והסביר שרשי הים, שטעמו הוא כירושלמי, שבמתנה לא מועיל שליח קבלה; ויצוין שחי' ר' קרשקש, גיטין סג ע"ב, כתב כמו הר"ן, והוא לא כותב שהגמרא חוזרת בה אח"כ, אלא כותב שספק האם מועיל שליח של המקבל.

הבחנה: מחנה אפרים, הל' זכיה, ס"י לג, מעלה אפשרות שמה שהירושלמי (הערה 931) אומר שמקבל אינו יכול לעשות שליח, הוא כי הירושלמי סובר שהמבטיח מתנה מועטת יכול לחזור בו אחרי דיבורו (מעיקר הדין), שהרי הירושלמי שם תולה זה בזה (והסביר קרבן העדה, על הירושלמי שם, שכיון שיכול לחזור בו, הבטחתו היא רק "פיסומי מילי" ואין לשחיחות על מה לחול), אבל אנו פוסקים שבמתנה מועטת אסור לחזור בו (ראה סעיף 5), וא"כ המקבל יכול לעשות שליח; אבל זאת רק אם הנותן כבר הבטיח לו מתנה מועטת. גם בהלכות זכיה ומתנה, ס"י כח, הוא כותב שכיון שלהלכה במתנה מועטת אסור לחזור משום שהמקבל סמכה דעתו, מועיל שליח לקבל מתנה כי אינו בגדר תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים, שהרי אין לשום אדם אחר סיכוי לקבל את המתנה אחרי שהבטיח הנותן למקבל מתנה מועטת. וראה בשמו בהערה 889, שבמצב זה, גם אם לא מינה אותו המקבל בפירוש, יכול להיעשות שליח למקבל מדין "זכין".

גם קהלת יעקב שם, דף לד ע"ב, כותב שהר"ן סובר שטעם הירושלמי הוא שהמבטיח מתנה, יכול לחזור בו, אפילו במתנה מועטת, ולכן אין המקבל יכול למנות שליח, מפני שלא סמכה דעתו כי אולי הנותן לא יתן, ואף מותר לנותן לחזור בו; ולפי זה יוצא שלפי הבבלי שהמבטיח מתנה מועטת לא יכול לחזור בו, יוכל המקבל למנות שליח קבלה לדעת הר"ן, אבל רק במתנה מועטת. אבל הוא כותב שאפשר לפרש את כוונת הירושלמי, שגם אם במתנה מועטת אסור לנותן לחזור בו, מ"מ המקבל לא יכול למנות שליח לקבל כי זה רק משום מחוסר אמנה ואינו יכול להוציא מידו בדיינים, ולכן נחשב שאינו שלו, ואין אדם יכול למנות שליח לקבל דבר שאינו שלו; ולפי זה גם הבבלי יסכים לירושלמי. הוא כותב (בדף לה ע"ב) בדעת הר"ן, שאם המקבל מינה שליח לקבל מתנה, המקבל קנה מיד כשהגיע הנכס לידי השליח (נראה שכונתו היא, שקנה גם אם אינו יודע על מסירת הנותן לשלוחו, באותו רגע), כיון שהמקבל לא יכול לחזור בו.

⁹¹⁵ קצות החושן, רמז, ס"ק ג; שו"ת חתם סופר או"ח ס"י קטז (כי חצר השליח הוא שלוחו של המקבל כאילו נמכרו השליח וחצרו למשלח לענין השליחות). קצות החושן מסביר שאע"פ שחצר של גבר הוא משום שליחות (כאמור ליד ציון הערה 203), ושליח קבלה אינו יכול לעשות שליח (כאמור ליד ציון הערה 916), בכל זאת חצר השליח זוכה למקבל, לא מדין שליחות, אלא מצד זכין, שהרי זכיה אינו משום שליחות (לדעה אחת, ליד ציון הערה 719).

⁹¹⁶ קצות החושן ס"י רמז, ס"ק ג.

⁹¹⁷ נתיבות המשפט, רמז ס"ק א (הובא ע"י ר"א גורדון, שו"ת חבל יעקב, חלק א, ס"י ז אות ה).

הפיזית של השליח אינה כיד המשלח, והוא כאילו מכניס את החפץ לידי אדם זר - בכל זאת קנה מפני שהשליחות הוא על הקנין בכלל, שנעשה שליח לקנות, והוא קונה בקנינים ומעשים שנחשבים מעשה קנין⁹¹⁸.

אם הנותן מינה את ראובן כשליח לתת מתנה בלי זיכוי (כגון שאמר "הולך"), והמקבל מינה את שמעון להיות שליח לקבל עבורו, המקבל קנה ברגע שהגיע הנכס לידי שמעון⁹¹⁹. אבל אם המקבל עשה את ראובן עצמו שליח לקבל עבורו, לא זכה המקבל בהגעת הנכס לידי ראובן⁹²⁰, כי אדם אינו יכול להיות שליח לשני הצדדים לעיסקה, בגלל העקרון "לא חזרה שליחות אצל המשלח"⁹²¹; ועוד, שבוזה שהנותן אמר לראובן לשון שמשמעותה שליחות בלי זיכוי (כגון "הולך"), הוא גילה דעתו שברצונו לשמור לעצמו את הזכות לחזור בו עד שיגיע הנכס למקבל עצמו, ואם כן הוא עוקר בזה את השליחות שעשאו המקבל לפני כן לשליח לקבלה⁹²². אבל יש אומרים שאם שלוחו של הנותן הגיע למקבל ואמר לו שהוא שליח להביא לו מתנה, המקבל זוכה במתנה, כיון שאם המקבל היה רוצה לקחת את המתנה, השליח היה נותנו לו, ואם כן הוא כאילו הניח המקבל את דבר המתנה ביד השליח מאז, והשליח זוכה במתנה למקבל מכח המקבל - כלומר כשליח של המקבל⁹²³, ובמתנה לא

⁹¹⁸ ח"י ר"ש שקאפ, ב"מ, ס"י כג, אות ב.

⁹¹⁹ כך משמע מספר העיטור, זיכוי (י ע"א-ע"ב) = ס' המתיבות עמ' 49, שב"הולך", הנותן יכול לחזור בו עד שיעשה המקבל שליח לקבלה, משמע שאם המקבל עשה אדם אחר שליח לקבלה, זכה המקבל ברגע שהגיע ליד השליח לקבלה.

⁹²⁰ טור, חו"מ, קכה, ו; שו"ע, חו"מ, קכה, ה (הובא בש"ד, חו"מ, קפה ס"ק א).

⁹²¹ שו"ת שואל ומשיב מהדו"ד ח"ב ס"י קצב (מא ע"ג); ערוך השולחן, אהע"ז, קמא, ז. ערוך השולחן מציין שבשליחות בגט באופן זה ספק מגורשת (שו"ע, אהע"ז, קמא, א). גם ש"ד, חו"מ, קפה, ס"ק א, כותב שזה ספק. ראה על כך הערה 217, בשם בית יצחק, והערה 718.

שו"ת בית יצחק, יו"ד, ח"ב, ס"י פא, אות יג, מביא ראיה שגם בממון צריך "חזרה שליחות" - עיי"ש.

⁹²² פרישה, חו"מ, קכה, ו, וסמ"ע, קכה, ס"ק כג; שו"ת שעות דרבנן ס"י י (יח ע"ג).

ב"ח, חו"מ, קכה, ה, נימק בדומה, שלא מועיל מה שהמקבל עושה אותו שליח קבלה, כי המתנה חלה רק לפי דעת הנותן, ובכך שאמר "הולך", הראה שאינו רוצה שיצא הנכס מכוחו עד שיגיע למקבל.

נתיבות המשפט קפה, ס"ק א, מעיר שטעם הפרישה לא שייך אם הנותן קודם אמר לשליח "הולך", ואח"כ המקבל עשה אותו שליח קבלה, ואז הדין תלוי בספק (בהערה 921) האם צריך "חזרה שליחות".

שעות דרבנן ס"י י (יח ע"ג, בסוף דבריו), שו"ת תשובה שלמה, ח"א, או"ח, ס"י יז (כ ע"ד), ושו"ת אמר שמואל, חו"מ ס"י יד (קא ע"ב), מנמקים ע"פ הירושלמי (הערה 931), האומר ששליח קבלה במתנה אינו מועיל בכלל.

גם מחנה אפרים, הלכות שלוחין, ס"י ד, כותב שכיון שזכייה מטעם שליחות, כמו שהמקבל לא יכול לעשות שליח לקבל, כדברי הירושלמי, כך אדם אינו יכול לזכות למקבל במתנה שאמר לו הנותן לתת; ולכן גם אם המקבל עשה שליח קבלה כדי שיזכה במתנה שהביא לו השליח, לא זכה עד שיגיע לידי המקבל. והוא מביא ראיה מדברי הר"י, המובא בר"ן על הרי"ף, גיטין ד ע"ב (בדפי הרי"ף), שאין אדם יכול לזכות לחברו גם אם אינו חב לאחרים, כל זמן שלא אמר לו הנותן "זכה לפלוני".

כמו כן, נתיבות המשפט, קפה, ס"ק א, מעלה אפשרות, שהש"ד, חו"מ, קפה, ס"ק א, סובר כדעה ששליח קבלה של המקבל לא מועיל, ולכן אפילו נעשה שליח קבלה אחרי שנעשה שליח הולכה ע"י הנותן, לא מועיל גם אם לא צריך "חזרה שליחות".

מטה שמעון, קכה הגה"ט, אות כט, מקשה, שמטור, חו"מ, קכו, כז, משמע (כפי שדייק מדבריו מחנה אפרים, הלכות שלוחין, ס"י ד) שהמקבל יכול לעשות שליח גם אם הנותן לא אמר לשליח "זכה", וא"כ הטור סותר לדבריו בסי' קכה, ו (הקושי הוא לפי ההבנה שטעם הטור כאן הוא שמקבל אינו יכול למנות שליח, אבל לפי הנימוקים האחרים אין סתירה). מטה שמעון מתרץ שבסי' קכו מדובר בהלוואה ולא במתנה. אבל שו"ת אמר שמואל, חו"מ ס"י יד (קא ע"ב), דוחה תירוץ זה, שהרי ס"י קכו מדבר במעמד שלשתן, שנוהג גם במתנה, ועל זה כתב הטור שיש דין מעמד שלשתן בשליח המקבל, ומקורו ברא"ש, גיטין פ"א ס"י יח, שעוסק במתנה. אמר שמואל מיישב בדרך אחרת: שמה שכתב בסי' קכה, שלא מועיל שליח של המקבל, הוא לזכות בעד המקבל, ואילו בסי' קכו מדובר לענין מעמד שלשתן, שאין הבדל בין אם המקבל נוכח או שלוחו נוכח, וקנה מדין מעמד שלשתן, לא מדין זכייה. אבל הוא מעיר שמלשון הרא"ש "לענין זכיית המקבל שלוחו כמותו" משמע שגם לענין זכיה מועיל שליח המקבל.

לפי הסבר ראשי בשמים בהערה 718, שזכייה מטעם שליחות מפני שהנותן הסתלק מהנכס, יש נימוק נוסף לדברי הטור: היות שהנותן לא נקט לשון זכייה, לא קנה המקבל בהגעת הנכס לשליח, כי הנותן עוד לא הסתלק מהנכס.

⁹²³ שו"ת המב"י חלק א ס"י קצה. צור יעקב, פ' במדבר, דף קמא ע"ד, מסכים למב"י, שאם המקבל אמר "יתהא בידך", זכה בו המקבל, כאילו קיבל את המתנה מהשליח, אלא שהאמין לשליח שיהיה בידו עד שידרשנו ממנו.

מנחת נתנאל, בסוף חידושי למס' גיטין (דף נג ע"ב בדפי הספר), כותב ששלטי הגיבורים, ב"ב מד ע"ב (בדפי הרי"ף), סובר ש"הולך" מועיל כזיכוי במצב שהולך את הנכס למקומו של המקבל, וסובר כמב"י שאז זכה המקבל כיון שהיה יכול ליטלו.

מחנה אפרים, הלכות שלוחין, ס"י ד, מנמק, שאינו נחשב תופס לב"ח במקום שחב לאחרים (שלא קנה), כיון שהיה יכול **למוסרו לו** באותה שעה, ולכן אינו נחשב חב לאחרים.

אבל ש"ד, חו"מ, קכה, ס"ק כט, חולק על המב"י, וכותב שגם אם שליח הנותן הגיע למקומו של המקבל ונתן לו מקצת המתנה, לא קנה את השאר.

חל העקרון "לא חזרה שליחות אצל המשלח", כי במתנה א"צ שיבוא הנכס למקבל מיד הנותן ממש, ולכן גם אם אינו נחשב שליח הנותן כי לא חזרה שליחות, מ"מ השליח נעשה שליח של המקבל, וזכה לו, כי הנותן אמר לו ליתנו לו⁹²⁴.

קטן אינו יכול למנות שליח לקבל מתנה, שהרי אינו בר שליחות; ואף שתיקנו חכמים שאפשר לזכות מתנה לקטן ע"י אחר⁹²⁵, לא תיקנו שיוכל לעשות שליח לקבל את המתנה, מפני שאילו היינו אומרים שקטן יכול למנות שליח לקבל עבורו מתנה, לא היה יכול לחזור בו מקבלת המתנה ברגע שהגיע לשליח, כי השליח זכה בשבילו, וחכמים לא רצו שתהיה לו זכות חזקה כל כך, אלא דינו כאילו זיכה לו הנותן ע"י סתם אדם (שלא מינה הקטן), שאז הקטן יכול לסרב לקבל את המתנה⁹²⁶, שהרי לא תיקנו לו זכייה בעל כורחו⁹²⁷. במלים אחרות, תיקנו לו רק זכייה כי היא לטובתו, שיזכה רק אם הוא רוצה את המתנה, ולא תיקנו לו שליחות, כי היא לרעתו, שהרי אם ייחשב שלוחו, זכותו תהיה יותר חזקה בעיקר המתנה לעומת הנותן, ויקבל את המתנה גם אם אינו רוצה⁹²⁸.

על תנאי: אם המקבל מינה שליח לקבל מתנה, והנותן נתן לשליח על תנאי, כגון שאמר "זכה בזה בשביל המקבל, ע"מ שתעשה כך וכך", הנותן אינו יכול לחזור בו גם אם עוד לא קיים השליח את התנאי; ואף שבמצב מקביל בזיכוי מתנה ע"י אחר, יכול הנותן לחזור בו כל זמן שלא קיים איש האמצע את התנאי⁹²⁹, כאן שהתנה עם השליח של המקבל, הוא כאילו התנה עם המקבל עצמו, כי ידו כידו, והרי אילו התנה עם המקבל עצמו ב"על מנת" לא היה יכול לחזור בו לפני קיום התנאי, אלא המקבל יכול לקיים את התנאי אף נגד רצון הנותן, ומקבל את המתנה⁹³⁰.

⁹²⁴ מחנה אפרים שם. הוא מסביר שדוקא בגט אומרים כך (גיטין סג ע"א), כי בגט צריך שהגט יגיע ליד האשה מהבעל או מהשליח שלו, ואם לא חזרה שליחותו, אינו נחשב שליח של הבעל.

כמו כן, נתיבות המשפט, קפה, ס"ק א, מעלה אפשרות שדוקא בגט צריך "חזרה שליחות" כיון שצריך נתינה מידו לידה, ואינם יכולים לעשות איש אחד שיהיה ידו וידה ויהיה בעצמו הנותן והמקבל, וכשם שאין האשה יכולה לעשות את בעלה שליח לקבלה, כן אינה יכולה לעשות את שליח בעלה לשליח לקבלה; מה שאין כן במתנה, שאם כבר אמר השליח (של הנותן) למקבל "לך משוך וקנה" או בקרקע "חזק וקנה", כלתה שליחותו, כי כבר אין צריך את מעשה השליח, כי המקבל יכול למשוך ולהחזיק אפילו שלא בפניו ולקנות, ולכן המקבל יכול לומר לאותו שליח שימשוך או יחזיק בשליחותו, שהרי כבר חזרה שליחות אחר אמירתו "לך משוך" או "חזק".

עוד יש להעיר, שלפי הדעה ליד ציון הערה 906, ששליח לתת מתנה עושה רק מעשה קוף, לכאורה אין צורך לגביו ש"תחזור השליחות", ויוכל לשמש שליח קבלה; אבל עדיין שייך טעם שליד ציון הערה 922, שלא יוכל להיות שליח קבלה.

⁹²⁵ כאמור ליד ציון הערה 875.

⁹²⁶ כאמור ליד ציון הערה 765.

⁹²⁷ ר"ן על הרי"ף, קידושין טז ע"ב (בדפי הרי"ף), כפי שהסבירו אותו דברי משפט, רמג, יח, וקהלת יעקב, תוספת דרבנן, מע' ז, אות קט (לד ע"ב במהד' לבוב תרכ"ב).

דברי משפט מעלה אפשרות שאם הקטן מינה שליח לקבל, והשליח אמר לנותן "קטן פלוני עשאי שליח לקבל" והנותן מסר לשליח, לא חלה התקנה שאפשר לזכות לקטן ע"י אחר, כי הנותן לא התכוון לתת לו מדין זכייה אלא מדין השליחות שעשה הקטן, והרי שליחות הקטן אינה כלום.

קהלת יעקב מקשה, הרי הירושלמי (הערה 931) אומר שגם גדול אינו יכול למנות שליח לקבל מתנה, וכ"ש שקטן לא יוכל! הוא מיישב (בדף לד ע"ג) שהר"ן מדבר על מינוי שליח לקנות במכר, והוא סובר שמועיל זיכוי גם במכר, אם הקונה שמע והסכים, כדעת מחנה אפרים, ה"ל זכייה ס"ו, ועל זה הוא בא להסביר מדוע לא תיקנו שיוכל למנות שליח לקנות עבורו, כמו שתיקנו לו זכייה במכר. עוד תירץ (בדף לה ע"א) שהר"ן מדבר במתנה מועטת, וסובר כרמב"ן (ראה בשמו בהערה 914) שבמתנה מועטת יכול המקבל למנות שליח קבלה. ראה גם הערה 943, ששרשי הים מפרש את הר"ן באופן שיכול להתיישב עם הדעה שגם גדול לא יכול למנות שליח לקבל מתנה.

עוד מסביר קהלת יעקב שהר"ן לשיטתו, שבזיכוי, המקבל קונה את הנכס רק כשהוא שומע על הזיכוי (ראה ליד ציון הערה 807), ואילו בשליח לקבל מתנה, המשלח-המקבל קנה מיד כשהגיע לידי השליח. הוא מעלה אפשרות (בדף לה ע"ב) שהר"ן התכוון לנקודה אחרת שבה חזקה שליחות יותר מזכייה: שאם הנותן עשה תנאי עם שליח של המקבל, ב"על מנת", הנותן אינו יכול לחזור בו לפני קיום התנאי, כמו אילו התנה עם המקבל עצמו (ראה בשמו בהערה 930), ואילו אם זיכה ע"י אחר ועשה תנאי עם איש האמצע, יכול לחזור בו לפני קיום התנאי (ראה בשמו בסעיף 4).

שרשי הים, ח"א, שורש זכייט קטן (קמב ע"ד), דוחה את הסברו של קהלת יעקב לר"ן, כי קשה לומר שהר"ן התכוון לחידושים כאלו "שלא שמעתן האוזן". ולכן הוא מפרש (בדף קמג ע"א) את דברי הר"ן, שחכמים לא רצו לחזק את זכייט הקטן, שתיחשב כאילו שלח שליח לנותן שיזכה לו על ידו בשליחותו של הנותן, וגילה לו דעתו שרצונו בזכייה זו, ולא יוכל לסרב אח"כ. לפי דבריו, אי אפשר ללמוד מדברי הר"ן האם תיקנו חכמים שקטן יוכל לעשות שליח קבלה.

⁹²⁸ קהלת יעקב שם (לה ע"א).

⁹²⁹ ראה בשם קהלת יעקב בסעיף 4.

⁹³⁰ קהלת יעקב, תוספת דרבנן, מע' ז, אות קט (לה ע"ב בדפוס לבוב), בדעת ר"ן על הרי"ף, גיטין כח ע"ב (בדפי הרי"ף).

אבל יש אומרים, שהמקבל אינו יכול למנות שליח לקבל את המתנה במקומו⁹³¹. משמעות הדבר היא, שאם הנותן נתן את המתנה לאדם שהמקבל מינה כשלוcho, אין רואים כאילו נתן למקבל עצמו (כדין "שלוcho של אדם כמותו"), אלא המקבל קונה את הנכס רק אם וכאשר יגיע הנכס לידו (מדובר שהנותן לא נקט לשון של זיכו, שאילו אם נקט לשון של זיכו, קנה המקבל מיד, גם אם לא מינה אדם זה להיות שלוcho, כפי שראינו לעיל⁹³²), ולכן הנותן יכול לחזור בו בינתיים⁹³³.

טעם דעה זו הוא, שאין אדם יכול לעשות שליח לפעול בממונו שאינו שלו, ורק בעל ממון יכול לעשות שליח לפעול בממונו⁹³⁴.

נימוק נוסף הוא, שהשליח הוא כמו תופס לבעל חוב (לנושה) במקום שחב לאחרים, שלא קנה, גם אם הנושה עשה אותו שליח לתפוס עבורו⁹³⁵; ואף ששם מדובר שהחייב אינו רוצה לתת, ואילו כאן הנותן רוצה לתת, הרי

⁹³¹ ירושלמי, מעשר שני, ד, ד, וגיטין, ו, א (הובא בעיטור, זיכו, ליד אות סז, ובדברי חיים, דיני מכירה, סי' י). ראה על כך חוק לישראל, שליחות, עמ' 83.

כך סבורים גם הפוסקים (ליד ציון הערה 877) האומרים שמי שאינו בר שליחות (כגון נכרי) אינו יכול לזכות מתנה לבר שליחות ע"י בר שליחות אחר, מפני שאיש האמצע אינו יכול להיות שלוcho של הנותן, כי אינו בר שליחות, ואינו יכול להיות שלוcho של המקבל (שהוא בר שליחות) כי מקבל אינו יכול למנות שליח, כפי שנימקו הפרשנים ליד ציון הערה 879. ראה גם סעיף 3 בשם רשב"ש סי' עט.

⁹³² ליד ציון הערה 710.

⁹³³ כך הסבירו את הירושלמי: פני משה, על ירושלמי מעשר שני וגיטין שם; רידב"ז, על ירושלמי, מעשר שני וגיטין שם; קרבן העדה, על ירושלמי גיטין שם; מחנה אפרים, הלכות שלוcho, סי' יב; קהלת יעקב, תוספת דרבנן, מע' ז, אות קיט (לד ע"א); ודברי משפט, קכו, ס"ק ה.

⁹³⁴ מחנה אפרים, ה' זכיה, סי' לג; ר' מנחם מנדל קרביץ, קובץ בית אהרן וישראל גל' מא (סיון-תמוז תשנ"ב), עמ' כא. סברה זו מקורה בחי' הר"ן, ב"מ יא ע"ב (הובא בנימוקי יוסף, ב"מ ה ע"ב, בדפי הר"ף), האומר שאדם אינו יכול לקנות מציאה בקנין חצר, מצד שהחצר כשלוcho, שהרי שליח יכול לזכות למשלח רק אם הוא שלוcho של בעל הממון, ובמציאה אין בעל הממון ממנה אותו שליח.

מדוע בגט מועיל שליח קבלה ולא במתנה? יש לכך הסברים אחדים. (א) קהלת יעקב, תוספת דרבנן, מע' ז, אות קיט (לד ע"א-ע"ב), מסביר שבגט זה חידוש ולא לומדים משם למתנה, כי גירושין מועילים אף נגד רצון האשה, ולכן הדעת נותנת שמועיל בהם שליח קבלה, משא"כ במתנה שאינה מועילה נגד רצון המקבל, לא מועיל בה שליח קבלה, והמקבל יכול לסרב לקבל עד שיגיע לידו ממש; ואף שבקידושין מועיל שליח קבלה אף שקידושין מועילים רק מרצון האשה, זה משום שהמקדש יוכל לגרשה בעל כרחו, לכן מועיל שליח קבלה, שלא יוכל המקדש לחזור בו מהרגע שנתן לשליח קבלה, משא"כ במתנה, שאחרי שהמקבל קיבל, הנותן אינו יכול לחזור בו (כלומר, כיון שזה דבר מוחלט, לא רצוי לאפשר את יצירתו בקלות). (ב) רידב"ז, על הירושלמי, מעשר שני וגיטין שם, מסביר שאשה המתגרשת יכולה למנות שליח לקבל את גיטה, אף שקבלתה היא רק תפקיד סביל, כי כשהבעל מגרש, הוא עושה רק נתינה ולא הקנאה, והתורה היא שעושה את ההקנאה, ואת זה יכולה התורה לעשות גם כלפי שליח של האשה, משא"כ במתנה, שהנותן עושה הקנאה, אינו יכול להקנות לשליח של המקבל, שבעצם אין לו סמכות. (ג) שערי ציון (שטרנפלד) ח"א סי' יג (מד ע"ד), מסביר ע"פ דברי קצות החושן (הערה 213) שבגט א"צ זכייה, והתורה זיכתה אותה בגיטה - כלומר התורה זיכתה את האשה שתצא מבעלה ע"י הגט, לכן הגט נחשב דבר שלה, כלומר השליח אינו על קבלת הגט, שהרי אינה זוכה בגט, אלא אלו דברים בעלמא שע"י מקבלת את גופה מבעלה; ואילו במתנה, המתנה עדיין אינה של המקבל, ואין תוקף לשליחות לקבל את עצם המתנה. מחנה אפרים הלכות זכיה ומתנה סי' לג ומנחת חינוך מצוה שצב אות ט, דנים האם כהן יכול לעשות שליח לקבל פדיון הבן, לפי הדעה שצריך שליחות של בעל הממון.

נימוקים נוספים: שעות דרבנן, סי' י (יח ע"ג), מנמק, כי דעת המקנה היא העיקר, וצריך את דעתו.

ראה בשם קהלת יעקב ליד ציון הערה 715, שטעם הירושלמי הוא שהמקבל אינו גומר בדעתו לעשותו שליח, כי אין ודאות שהנותן יתן לו, ועל פי זה הוא כותב (בדף לד ע"ב) שאם היה יכול להיות מצב שבודאי הנותן יתן, היה יכול לעשותו שליח. בכך הוא מסביר גם מדוע בקרבן פסח, אנשים יכולה למנות אדם כשליח לקנות להם קרבן פסח, ושם זה שליח קבלה - זה דוקא במכר, שכיון שהשליח קונה עם הכסף שלו, ויש הרבה מוכרים, יכול לקנות ממי שירצה, משא"כ במתנה, שרק אדם אחד מוכן לתת לו מתנה, וגם לגביו אין ודאות שיתן לו.

מחנה יהודה (וילייקא) גיטין ט ע"א (ד"ה והשתא עולה), מנמק, שבמתנה צריך מעשה קנין וצריך כוונה לשם קנין וזכיה, ושליח זה אינו יכול לעשות חלות זכיה לחברו בדבר המתנה, במעשהו ובכוונתו, כיון שאינו ממון ואינו שליח של בעל הממון.

קרבן העדה, גיטין, ו, א (לה ע"א), נימק, כי גם אם הבטיח לו הנותן לתת, הנותן יכול לחזור בו מהבטחתו, אם זו מתנה מרובה (ראה סעיף 5), וא"כ זה רק "פטומי מילי".

⁹³⁵ דברי רח"א מילר. הוא מסתמך על ברכת שמואל, קידושין סי' יא, אות א. אך ברכת שמואל כותב רק שגם הדין שתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים לא קנה, אפילו מינהו המלווה שליח לתפוס מהלווה (שו"ע חו"מ, קה, א), טעמו הוא כי אין דין שליחות במי שעושה משהו שליח על ממון של אחר; ואינו כותב שכאן זה כמו תופס לבעל חוב. וראה הערה 914 והערה 923, על השיקול של תופס לבעל חוב במצבים דומים.

אינו רוצה שהמתנה תחול מיד, אלא הוא רוצה שתהיה לו זכות לחזור בו עד שהנכס יגיע למקבל, ואם תחול שליחות קבלה, לא יוכל לחזור בו.

עוד אפשר לנמק דין זה, על פי התפיסה, שהזכרה בסעיף 3, פרק א, שהסכמת המקבל אינה חלק פעיל ביצירת העיסקה, אלא סביל. לפי תפיסה זו, קבלת מתנה אינה "פעולה משפטית", ורק פעולה משפטית יכולה להיות נשוא לשליחות.⁹³⁶

לפי דעה זו, קל וחומר שאם מישהו עושה את עצמו שליח לזכות בשביל המקבל (בלי שהמקבל מינה אותו), והנותן נתן לו שלא בתורת זיכוי, אין לכך תוקף, כי הוא כמו תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים, שלא קנה, וכאן תפיסתו מזיקה לנותן, שע"י לא יוכל הנותן לחזור בו.⁹³⁷

גם לדעה זו, אם ראובן הבטיח לתת מתנה לשמעון, שלא בנוכחות שמעון אלא בנוכחות שלוחו, יכול שמעון להוציאה מידי ראובן, כי שלוחו כמותו.⁹³⁸ זאת משום שהתחייבות לתת מתנה חזקה יותר מנתינת מתנה ממש, שהרי היא מחייבת גם בפני סתם עדים, שאינם שלוחי המקבל (אם אמר בפניהם "אתם עדי שאני חייב לפלוני מנה", או שעשה עמהם קנין סודר שהוא חייב לתת מתנה לפלוני)⁹³⁹ (אמנם יוצא מזה מצב מוזר, שאם נתן בפועל לשליח של המקבל (שלא בלשון זיכוי), יכול לחזור בו, ואילו אם רק התחייב לתת, אינו יכול לחזור בו; אבל גם במקרה של התחייבות, לא חלה העברת בעלות, אלא מוטל עליו רק חיוב חוזי; ואילו בנותן מתנה בפועל, אין חיוב חוזי, כיון שלא קיבל על עצמו חיוב כזה).⁹⁴¹

גם לדעה זו, שהמקבל אינו יכול למנות שליח לקבל את המתנה, יכולה להיות משמעות למינוי שליח על ידי המקבל: אם הנותן נותן את המתנה לאדם זה שמינהו המקבל שלוחו, בלשון זיכוי, השליח זוכה לו בגלל הזיכוי (לא בגלל שליחות המקבל), והמקבל קנה מיד, כבכל זיכוי; ובשונה מזיכוי רגיל, שבו יכול המקבל לחזור בו עד שישמע על הזיכוי,⁹⁴² כאן המקבל לא יוכל לסרב לקבל את המתנה, שהרי גילה את דעתו שהוא רוצה בה.⁹⁴³

אחרי נתינת המתנה

אחריות על מתנה: אם הנותן קיבל על עצמו אחריות, ונושהו של הנותן טרף את דבר המתנה מן המקבל, זכאי המקבל לחזור על הנותן שיפצה אותו על אבדן הנכס. אבל אם המתנה היתה בעדים בלי שטר, אינו יכול לטרוף מנכסי המקבל שנמכרו, מפני שאין קול למתנה.⁹⁴⁴ מי שכתב לחברו מתנה באחריות, ונמצאת המתנה בטלה, גם האחריות בטלה.⁹⁴⁵

⁹³⁶ העיקרון שרק פעולה משפטית יכולה להיות נשוא לשליחות מבוסס בחוק השליחות, התשכ"ה-1965, סעיף 1(א). וראה חוק לישראל שם, עמ' 8-5.

⁹³⁷ נתיבות המשפט, קצה, ס"ק א. נראה שכוונתו לומר שהנותן יכול לדרוש את החפץ חזרה מאיש האמצע (גם אם אמר לו "הולך"), ולא רק שהמקבל לא זכה ע"י קבלתו.

⁹³⁸ רמ"א, חו"מ, רמג, א, כמוסבר בסמ"ע, רמג, ס"ק ג (על דבריהם ראה סעיף 5). ומהט"ז שם, מוכח שלא מדובר שם רק בעני, שהרי הוא נותן טעמים ששייכים לא רק בצדקה.

אבל בסי' לחקרי הלכות סי' פד, כותב שהרמ"א שם, והגהות מרדכי, קידושין, סי' תקנז (שהוא מקור הרמ"א) מדברים בראובן שהבטיח לשליח של שמעון לתת לשמעון חוב שיהודה חייב לראובן, במעמד הלווה יהודה, ומעמד שלשתן מועיל במעמד שליח המקבל (שו"ע, חו"מ, קכו, כ), כי שלוחו כמותו, ואז יכול שמעון להוציא מיהודה שהיה חייב לראובן.

⁹³⁹ ראה על כך בסעיף 5.

⁹⁴⁰ כך העיר ט"ז, חו"מ, רמג, א, שפשוט שההתחייבות תקפה גם שלא בפני המקבל.

⁹⁴¹ ראה סעיף 1(ב), על דבר שאינו מסוים, בשאלה האם אומרים שמתנה בפועל, כשאין לה תוקף, יוצרת התחייבות חוזית.

⁹⁴² כאמור ליד ציון הערה 756.

⁹⁴³ שרשי הים, שורש זכית קטן (קמב ע"ג). הוא מסביר בזה את דברי הר"ן (הערה 927), שחכמים תיקנו זכייה לקטן ולא תיקנו שיוכל למנות שליח לקבל את המתנה, כי שליחות היא דבר חזק, שכשיגיע הנכס לידי השליח, לא יוכל המשלח לחזור בו (שלכאורה אם כוונתו היא להסביר מדוע לא תיקנו שקטן יכול למנות שליח לקבל מתנה, קשה, הרי גם גדול לא יכול לעשות שליח לקבל מתנה בשבילו לפי הירושלמי) - כוונתו היא להסביר מדוע לא תיקנו שיוכל למנות את איש האמצע שהנותן נתן לו, שיהיה גם שליח שלו לקבל.

⁹⁴⁴ רמ"א, חו"מ, קטז, א; מגיד משנה, מלוה, יא, ה, בשם הרשב"א.

⁹⁴⁵ מישרים, נתיב טו, ח"ב (הובא בב"י, חו"מ, רמא, מחודש ו, ובדרכי משה, חו"מ, רמא, ס"ק א); הוא מביא ראיה מ"מנה אין כאן, משכון אין כאן".

אבל הנותן מתנה סתם, אינו חייב באחריות⁹⁴⁶ ואין אומרים "אחריות טעות סופר" (כפי שאומרים במכר), מפני שאין דרך בני אדם לקבל אחריות על מתנה⁹⁴⁷. הנותן אינו אחראי למקבל על המתנה אם נושה יטרוף אותה ממנו, גם אם הנותן קיבל שיפוי על הטריפה, כגון שהנותן קנה אותה תחילה מראובן, ואח"כ נתן אותה לשמעון, ונושה של ראובן טרף אותה משמעון המקבל; אלא שאם הנותן הקנה למקבל גם את כל השיעבודים שיש לו על הקרקע, צריך הנותן לתת למקבל את מה שקיבל מראובן⁹⁴⁸. אם הנותן קיבל על עצמו סוג אחד של אחריות, כגון למקרה שנושה של הנותן יטרוף את הקרקע, אין זה מחייב אותו באחריות מסוג אחר, כגון למקרה שמישהו יוכיח שהנותן גזל את הקרקע ממנו⁹⁴⁹. גם אם לא קיבל הנותן על עצמו אחריות, הוא חייב לפצות את המקבל אם משהו קרה לדבר המתנה בגלל הנותן ("אחריות דנפשיה")⁹⁵⁰.

קנס על חזרה מהמתנה: שטר מתנה שהיה כתוב בו שאם הנותן יחזור בו מנתינת המתנה, הוא יהיה חייב לשלם קנס מסויים - אם המתנה הוקנתה במעשה קנין תקף, הנותן אינו יכול לחזור בו מהמתנה תמורת תשלום הקנס, כי המתנה תקפה; ובכל זאת אם חזר בו, הוא חייב לשלם את הקנס, אם כתוב בשטר קנין סודר "מעכשו", אבל אם לא כתב כך, הקנס חסר תוקף כי הוא אסמכתא⁹⁵¹.

נותן שהחזיק במתנה: מי שנתן בית במתנה, ודר בבית שלש שנים אחרי נתינתו במתנה, יכול לטעון שקנאו חזרה מהמקבל, כי יש לו שנות חזקה, והמקבל אינו יכול לטעון שהתבייש מלמחות⁹⁵²; אבל אם עדים מעידים שהנותן התכוון לדור בו עד מותו, ושאי"כ יקחנו המקבל, הוא כמו מי שהתחיל להחזיק בבית בתורת שכירות, שאז לא מועילות שנות חזקה⁹⁵³.

התחייבות לרשום במירשם: מי שנתן קרקע במתנה, והתחייב בשטר להעביר את הקרקע למקבל בפנקס הממשלה (טאבו), התחייבותו תופסת אם המתנה עצמה תקפה מן הדין⁹⁵⁴.

ספק

אם יש ספק בלשון המתנה, האם הנותן התכוון למתנה גמורה, המתנה בטלה עד שהמקבל יביא ראיה שהיא תקפה⁹⁵⁵, מפני שבקושי אדם נותן את שלו, ויש להניח שהוא עושה זאת בחוסר רצון, ורק אם דבריו ברורים, מקיימים את מתנתו⁹⁵⁶.

תשובות מיימוניות, סי' קנין, סי' לד, כותב שאם כתוב בשטר המתנה "קיבלתי עלי אחריות שטר מתנה זו", נחשב מתנה עם אחריות, גם אם לא כתוב "ועלי לפצות" וכו'. מתוך ההקשר עולה שנידונו הוא דין מצרנות, שבמתנה אין זכות מצרנות, ואילו במתנה שיש בה אחריות יש דין מצרנות (רמב"ם, הלכות שכנים, יג, א; שו"ע, חו"מ, קעה, נד).

⁹⁴⁶ חידושי הרמב"ן, ב"מ טו ע"א.

⁹⁴⁷ רש"י ב"מ קח ע"ב (ד"ה ואי כתב); מגיד משנה, שכנים, יג, ב (שחזקה שאין אדם מקבל אחריות על מתנה); ביאור הגר"א, חו"מ, קעה, ס"ק קלו.

⁹⁴⁸ רמ"א, חו"מ, רמא, יב. סמ"ע, רמא, ס"ק כו, מסביר מדוע במקרה הראשון יכול הנותן לחזור על ראובן שמכר לו, אע"פ שהוא לא הפסיד בפועל מהטריפה: הוא טוען שהפסיד, שאילו היה הנכס נשאר ביד המקבל, היה נהנה מן המקבל. חי' רעק"א שם מביא שחי' רשב"א, קידושי כז, כותב שמי שקנה מראובן באחריות, ומכר לאחר בלי אחריות, וטרפו מהשני, חוזר הקונה הראשון על ראובן; ומביא שהרמב"ן בתשובה מסר שהיה כותב בשטרי מתנה ומכר "אגב קרקע זה אני נותן לך כל שטי"ח שיש לי על שדה זו" ויזכה בהם ובכל שעבודם כדי שיוכל לטרוף ממנו משימכרו או נתנו לו (לא ברור).

⁹⁴⁹ חידושי הר"ן, ב"מ טו ע"ב, בשם רב האי גאון; נימוקי יוסף, ב"מ ח ע"ב (בדפי הר"ן).

⁹⁵⁰ שו"ת אמרי יושר, ח"ב, סי' נה, ע"פ חידושי הריטב"א, כתובות פו ע"ב (ד"ה ואת) (הובא בקצוה"ח, סו, ס"ק כא).

⁹⁵¹ שו"ת פני יצחק (אבולפיה) ח"ה חו"מ סי' ד (קנ ע"ב).

על חזרה ממתנה תוך כדי דיבור או כל זמן שעסוקים באותו ענין, ראה עבודתי על חזרה מחוזה.

⁹⁵² שו"ת הרא"ש, כלל סח, סי' כז (אם נתן גוף ופירות מעכשו); שו"ת מהר"י הלוי (מהד' שצ"ב), סי' סג.

הרא"ש שם כותב שגם אם שייר במתנה, שאם יהיה לו בן זכר, תתבטל המתנה, מועילה החזקה, שהרי המקבל היה יכול לעשות כרצונו בבית כל זמן שלא נולד לנותן בן זכר, ולכן היה צריך למחות בנותן שדר בבית.

⁹⁵³ שו"ת מהר"י הלוי (מהד' שצ"ב), סי' סג, ע"פ שו"ת הרשב"א ח"א, סי' תתפ.

⁹⁵⁴ שו"ת פני יצחק (אבולפיה) ח"ה חו"מ סי' ד (קנ ע"א).

⁹⁵⁵ שו"ע, חו"מ, רמו, ה.

⁹⁵⁶ שו"ת גינת ורדים חו"מ כלל ג סימן מו (ד"ה ובאמת).

במקום שיש ספק האם המתנה עצמה תקפה, הנותן נחשב מוחזק, והמתנה בטלה מספק; אבל אם המתנה בוודאי תקפה, ויש ספק לגבי פרט מסוים, המקבל נחשב מוחזק, והמתנה תקפה גם לגבי אותו פרט.⁹⁵⁷

ספק אם כבר נתן: אם ראובן כתב בשטר שהוא נותן נכס מסוים לשמעון (כשטר ראייה), גם אם ידוע שהנכס היה בידו בשעת המתנה, ויש עדים על כך, בכל זאת נאמן ראובן לטעון שכבר נתן, כמו שבפקדון בשטר, הנפקד נאמן לומר שפרע במיגו שהיה יכול לטעון שהפקדון נאנס.⁹⁵⁸

ספק אם עשה קנין מועיל ואם הנכסים היו בידו בשעת הנתינה

שני מצבים של ספק במתנה נדונו בפוסקים יחד, מפני שעיקרון משותף מכריע לגביהם: ספק האם נעשה מעשה קנין תקף, וספק האם הנכס הניתן היה ברשות הנותן בעת המתנה. נציג תחילה את שני המצבים, ואת המחלוקות בהם, ואח"כ את פרטי הדינים המשותפים לשניהם.

המצב הראשון הוא שטר מתנה שכתוב בו "נתתי כך וכך לשמעון, ועשיתי קנין", וסוג הקנין אינו מועיל באותו סוג נכס (כגון קנין סודר במטבעות⁹⁵⁹) - הרי"ף פסק כמתבקש, שהמקבל לא קנה.⁹⁶⁰

אבל הראב"ד פסק שהמקבל קנה, מפני ש"נתתי" משמעותו הודאה שנתן את המתנה, וכדי להצדיק את הודאתו, מניחים שהנותן עשה את סוג הקנין המועיל לאותו נכס.⁹⁶¹ אבל יש אומרים שהראב"ד מסכים שאם כתוב בשטר "נתתי בקנין", שמשמע שהנתינה היתה בסוג הקנין המתואר בשטר, אין להניח שעשה בנוסף לזה סוג אחר של קנין, שמועיל.⁹⁶²

המצב השני הוא שטר מתנה שכתוב בו "נתתי כך וכך לשמעון" ואח"כ טוען הנותן (או יורשיו) שבשעת הנתינה לא היו נכסים אלו ביד הנותן, כך שהוא לא נכלל בכלל המתנה - הרי"ף פסק שמספק המקבל לא קנה.⁹⁶³

⁹⁵⁷ כנה"ג, חו"מ, רמו, הגהב"י אות מד [להרחיב] (הובא בשו"ת משפט כתוב, חו"מ, סי' מז, אות א [=שואל ונשאל ח"ד חו"מ סי' א-ב]).

⁹⁵⁸ ר' יוסף הלוי, בשו"ת גינת ורדים חו"מ, כלל ה סי' ג (קכח ע"א), ע"פ שו"ת הריב"ש סי' שמה.

⁹⁵⁹ כאמור ליד ציון הערה 56.

⁹⁶⁰ רי"ף המובא בעיטור, מאמר שני, קנין (דף י ע"ג), בתשובות מיימוניות ספר משפטים סי' סז (הובא בב"י, חו"מ סי' רג), ובקיצור במרדכי קידושין סי' תפד, ובטור, חו"מ, ס, יב.

⁹⁶¹ ראב"ד, המובא בטור, חו"מ, ס, יג.

שו"ת הרמ"א, סי' צב (ד"ה אך אם) מסביר שלגבי מטבע, הראב"ד סובר שמניחים שהקנה לו בקנין אגב, שמועיל במטבע, ולדברי הרמב"ם, הלכות מכירה, ו, ז, שלא מועיל קנין אגב בהלוואה, מניחים ששיעבוד לו את נכסיו או שיעבד את עצמו, שזה מועיל להתחייב, כמו שכתבו תוספות כתובות נד ע"ב (ד"ה אף על פי), ורא"ש כתובות פ"ה סי' א.

שו"ת פני יצחק (אבולפיה) ח"ה חו"מ סי' ד (קמז ע"ב), מסביר שלפי הראב"ד, מניחים שעשה קנין טוב קודם. שו"ת ר' משה מרוטנבורק האחרונים, חו"מ סי' ח (נא ע"ב), כותב שאם נתן בלשון הודאה זכות לגבות בשטר, מניחים שנתן באופן המועיל, היינו בכתיבה ומסירה.

שו"ת משאת משה, חו"מ, סי' ז (ל ע"א) כותב שהעיסור שם חולק על הרי"ף בלשון "נתתי", והסביר שמה שנימק העיסור שהמקבל זכה משום שהיה כתוב בשטר "וכתבתי לך בשעבוד על כל נכסי שתגבה מהם מתנה זו", הוא לחידוש, שגם אם לא אמר "נתתי", קנה אף שאין מטבע נקנה בחליפין, כי די בשעבוד הנכסים.

⁹⁶² ר' יעקב ישראל, בשו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מא (פו ע"א), מביא שמהר"ם חיון וחשק שלמה כתבו שאם כתוב קנין בשטר (והוא באופן שאינו מועיל), לא אומרים שהיתה הקנאה אחרת שמועילה. נראה שכוונתם היא שהראב"ד מודה בזה שלא קנה. אבל הוא כותב שזה רק אם כתוב בשטר "נתתי בקנין", שמשמע שהנתינה היתה בקנין סודר, ואז אין להניח שהקנו בנוסף לזה בדרך הקנאה שמועילה, אבל אם כתוב (כמו בנידון) "קנו ממנו בקנין גמור וכתבו... מחמת שאנו מודים הודאה גמורה... שנתננו", משמע שקנין הסודר בא לקיים את ההודאה, לומר שאינו משטה, והקנין לא בא לעצם ההקנאה, שהרי לא כתבו בקיצור "קנו ממנו בקנין גמור שנתננו". הוא מביא ראיה להבחנה זו מדברי מהר"ם חיון בשו"ת זרע אברהם, חו"מ, סי' ד, דף סו ע"ד, שכתב שאם כתוב "נתתי" סתם, זה לשון הודאה, וקנה גם אם כתוב "וקנינו מידו קנין גמור", כי כיון שהנותן אמר "נתתי" סתם יש לפרש שהקנין בא רק לקיים את ההודאה, משא"כ אם אמר "נתתי בקנין" - משמע שאם לא אמר "נתתי בקנין" אלא "נתתי" סתם, מועיל, גם אם כתוב אח"כ "וקנינו מידו".

שו"ת מירא דכ"א (סו"ס מטה שמעון ח"ג) סי' ז (יד ע"ג) [להרחיב], כותב שאף שר"ח עשאל, בזרע אברהם שם, סי' ה (עה ע"ב), כותב שאם כתוב קנין בשטר, לא מניחים שעשו קנין אחר שמועיל, מ"מ אם הקנין נעשה רק לומר שהשטר יהיה לראיה מפני ערעורים (כפי שהוא מוכיח מלשון השטר בנידון), אפשר לומר שעשו קנין אחר שמועיל.

⁹⁶³ רי"ף שציון בהערה 960.

יש להעיר שיש מחלוקת כללית האם יכול הנותן (או יורשיו) לטעון שנכסים אלו לא היה בידו בשעת הנתינה, ויש אומרים שאינו יכול לטעון כך גם אם לא כתוב "נתתי", כי "כאן נמצאו כאן היו" - ראה על כך בסעיף 1(ב).

אבל הראב"ד פוסק שהמקבל קנה, מפני שלשון ש"נתתי" משמעותו הודאה, ולכן מניחים שהנכסים היו ביד הנותן בשעה שנתן.⁹⁶⁴

על שיטת הרי"ף (בשני הדברים) יש פוסקים רבים הפוסקים כמותו.⁹⁶⁵

לכאורה, בהנחה שהרי"ף מסכים ש"נתתי" יכול להתפרש כהודאה ויכול להתפרש כהקנאה, היה צריך לפרש אותו כהודאה, לפי הכלל⁹⁶⁶ שאין מפרשים שטר באופן שיהיה חסר תוקף, אלא עדיף לפרש אותו באופן המועיל. יש מי שהסביר שהרי"ף סובר שכלל זה שולל רק פירוש שלפיו עדי השטר עשו שלא כהוגן בכך שחתמו על שטר זה שאין לו משמעות, אבל כאן גם אם התכוון להקנאה, העדים עשו כהוגן, כי זה שהמתנה בטלה כי יתכן שלא היו הנכסים בידו אז, הוא רק ביטול מסיבה חיצונית.⁹⁶⁷ יש מי שהסביר שרק אם יש ספק סתמי בפירוש השטר, מפרשים את השטר באופן שיהיה כשר, אבל כאן הנותן טען שהתכוון להקנאה ולא להודאה ושהשטר בטל, והכלל אינו חל במצב כזה.⁹⁶⁸

שו"ת פני יצחק (אבולפיה) ח"ה חו"מ סי' ד (קמו ע"ג), כותב שבמתנת קרקע, המתנה מועילה גם לרי"ף גם אם "נתתי" אינה לשון הודאה, שהרי קרקע נקנית בשטר. דבריו קשים, שהרי עדיין יוכל הנותן לטעון שהקרקע לא היתה שלו בזמן נתינת המתנה ולכן אין לה תוקף (אא"כ נפרש שזו הודאה), כמו שטען הנותן בנידון של הרי"ף.

⁹⁶⁴ ראב"ד, שצוין בהערה 961.

⁹⁶⁵ ב"י, חו"מ, ס' יב (להרחיב), ושו"ת לחם רב, סי' קצב, בדעת רמב"ם, הלכות מכירה, כב, ח; בדק הבית, חו"מ, ס' יב, ושו"ע, חו"מ, ס' ו; שו"ת הרמ"א, סי' צב, בדעת רב פלטיא גאון, המובא בהגהות מיימוניות הלכות מכירה פכ"ב אות ו ובסי' העיטור, מאמר שני, קנין, דף י ע"א; ראי"ה קוק, רצ"פ פרנק, רבי"צ קואינקה ועוד, בפסק דין שנדפס בשו"ת נאה משיב, חו"מ, סי' יא (עמ' קעה-קעו).

ב"י, חו"מ, ס' יב, כתב שדעת שו"ת הרשב"א ח"ד סי' קכט, כרי"ף. אבל שו"ת הרמ"א סי' צב, ש"ך חו"מ סי' ס"ק כט, כותבים שאין מהרמב"ם ומהרשב"א ראי"ה שהם סוברים כרי"ף, כי הם אמרו רק שצריך שהנכס יהיה ברשותו, ואם ידוע שלא היה לו באותה שעה לא מועיל, וגם הראב"ד מסכים לכך, אבל יכול להיות שהרמב"ם והרשב"א מודים לראב"ד שלשון "נתתי" משמעו שנתן באופן המועיל.

תומים, ס' ס"ק טו, פוסק כרי"ף, ש"נתתי" לא מועיל כהודאה, שהרי שו"ע, חו"מ, קצא, ג, פסק ששטרותינו הם שטרי קנין (לעיל, הערה 420), וכונתו גם אם כתוב "נתתי", שהרי מקורו בר"ן על הרי"ף, קידושין י ע"א (בדפי הרי"ף), שנימק שמה שאנו כותבים בשטרותינו "נתתי" אינו לשון הודאה, ורמ"א שם לא השיג על השו"ע.

ר' יוסף הלוי, בשו"ת גינת ורדים חו"מ כלל ה סי' ג (קכו ע"ד), כותב ששו"ת הריטב"א, סי' מא (גם בשם הרמב"ן והרמ"ה) ושו"ע, חו"מ, ריא, ו, ושו"ת לחם רב סי' קצב, פסקו כרי"ף, שהמקבל צריך להוכיח שהכסף היה ברשות הנותן בשעה שנתן. הוא כותב (בדף קכח ע"א) שהיורשים של הנותן יכולים לומר קי"ל כרי"ף.

שו"ת תורת חיים (מהרח"ש) ח"ב סי' כא (ד"ה באופן) [להרחיב], כתב שאף שנראה שהרי"ף הוא יחיד, א"א להוציא ממון נגד דעתו. גם חשק שלמה סי' ס הגה"ט אות מא, כותב שאפשר לומר קי"ל כרי"ף. ר' יעקב ישראל, בשו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מא (פה ע"ד, פט ע"א), כותב שכיון ששו"ע פסק כרי"ף, אין לומר קי"ל כראב"ד. כנה"ג, חו"מ, סי' ס הגה"ט אות מה [להרחיב], כתב בשם שו"ת משפט צדק ח"ב סי' טז וסי' לז, שהמוחזק יכול לומר קי"ל ככלל כד.

שו"ת פני יצחק (אבולפיה) ח"ה חו"מ סי' ד (קמד ע"ג), כותב שאפשר לטעון קי"ל כרי"ף, ש"נתנו" הוא להבא, ואם אין קנין כתוב בשטר, המתנה לא מועילה. ראה הערה 293, שהוא כותב שהריטב"א סובר כרי"ף.

ראה גם ליד ציוני הערות 292-293, מחלוקת האם "נתתי" מועיל כהודאה להקנות באודיתא.

⁹⁶⁶ שו"ת הריב"ש, סי' שמה. אבל ראה להלן הערה 979, שיש אומרים שהרי"ף חולק על הכלל של הריב"ש.

⁹⁶⁷ בני יעקב דף כה ע"ג [להרחיב].

⁹⁶⁸ ר' אברהם יצחקי בשו"ת זרע אברהם, חו"מ, סי' ג, דף סא ע"ג; מהר"ם חיון, שם, סי' ד, דף ע"ב. גם בית אברהם (ישראל), סי' מב, דף סד ע"ב [להרחיב], הסביר שרק בסתם מפרשים את השטר באופן שיתן לו תוקף, כי אין אדם מוציא דבריו לבטלה, אבל במקרה של הרי"ף, שהנותן עצמו אומר שהכסף לא היה בידו, הרי שהוא עצמו אומר שהוציא דבריו לבטלה, ואז מקבלים את דבריו.

ר"ם חיון שם, דף עב ע"א, כותב שהשו"ע פסק כרי"ף רק במצב שהנותן טוען כך ומערער על המתנה, אבל לא טוענים כך ליורשים כי היא דבר לא שכית. ר' יעקב ישראל, בשו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מא (פט ע"ב), כותב שאפשר לטעון קי"ל כמותו.

ר' יעקב ישראל, בשו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מא (פז ע"ד-פח ע"א), מעיר ששו"ת מהרי"ק שורש צד, ורמ"א, חו"מ, מב, ט, כתבו שמה שמשתדלים להכשיר את השטר, הוא כשיש ספק מה התכוון הנותן, ואז מניחים שהתכוון לפירוש המכשיר את השטר, אבל אם ייתכן שהנותן חשב שלשון זו מועילה, ובאמת אינה מועילה, לא מכשירים את השטר, ולפי זה, בנידונו אולי הנותן חשב שאפשר להקנות מטבע בחליפין, והתכוון ללשון הקנאה ולא להודאה, ובכגון זה השטר בטל מספק. אבל הוא משיב על כך, ששו"ע לא הביא את דברי מהרי"ק, משמע שחולק עליו, וגם ב"ח, חו"מ, מב, יד, כתב שממגיד משנה, הל' מלוה, כג, ד, ומנימוקי יוסף, ב"ב עט ע"א (בדפי הרי"ף), משמע שלא כמהרי"ק, ואף שש"ך, חו"מ, מב, ס"ק כ, כתב שהשו"ע פוסק כמהרי"ק, הרי הוא כותב בס"ק כב שגם למהרי"ק לא אומרים כך בכל טעות, אלא רק

חריגים: (א) אם כתב לשון הודאה: יש אומרים שטעם הרי"ף הוא ש"נתתי" משמע לשון הקנאה ולא לשון הודאה, והוא מודה שאם אמר בפירוש לשון הודאה, מועיל, כי מניחים שעשה מעשה קנין מהסוג שמועיל ושהנכסים היו ברשותו.⁹⁶⁹

במקום שיש מחלוקת הפוסקים, שיתכן שהנותן סבר כדעה אחת ולנו יש ספק כמי הלכה ולכן המע"ה, אבל בדבר שאין שום פוסק שסובר שמועיל, לא תולים שיתכן שהנותן חשב שזה מועיל, וגם שו"ת זרע אברהם, חו"מ, סי' ג, דף סב ע"ג, כתב בדעת מהרי"ק שתולים בטעות רק במחלוקת אחרונים כמו הרא"ש, ולא במחלוקת קדמונים שנפסקה הלכה בגמרא כצד אחד מהם, והסכים עמו מהרי"ם חיון, בזרע אברהם שם סי' ד, דף ע"ג; ואמנם סמ"ע, מב ס"ק כו, כנראה סובר שגם בלשון הקנאה שלכל הפוסקים לא מועיל, חוששים שמא הנותן חשב שהוא מועיל, כמו הכותב "שדה זו אתנו לו", שתולים שהנותן חשב שזה מועיל ובאמת לא מועיל לשום פוסק, אבל כבר השי"ך תמה עליו, ומהרי"ם חיון שם דף ע"ד כותב שגם הסמ"ע סובר כשי"ך, והסמ"ע מדבר רק על מקרה שיש מחלוקת הפוסקים; ולכן בנידוננו שאין שום פוסק שסובר שמטבע נקנה בחליפין, לא תולים שהנותן טעה וחשב שנקנה בחליפין, אלא השטר כשר. שו"ת ר' משה מרוטנבורק האחרונים, חו"מ סי' ח (נא ע"ב-ע"ג), מסביר ששו"ע פוסק כרי"ף, מפני שמלשון השטר יש הוכחה שאינו לשון הודאה, כמש"כ שו"ת הרמ"א, או כמש"כ שו"ת הרמ"א שם, שחוששים שהתכוון למטבע שאינו יודעים היכן הוא.

⁹⁶⁹ בני שמואל, שו"ת, סי' לד (עז ע"ג) [להרחיב]; שו"ת מגן גבורים (אשטרושא) חו"מ סי' נו; שו"ת זרע אברהם (יצחקי), חו"מ, סי' ג (סג ע"ד, סד ע"ג) (הובא בשו"ת מירא דכ"א, סי' ז, דף טו ע"א) (אם מוכח מלשון השטר שהוא לשון הודאה); בית אברהם (ישראל), ס' יב (דף קיא ע"ד) [להרחיב] בדעת הר"ן; שו"ת כפי אהרן ח"א אהע"ז סי' ט (עה ע"ב) [להרחיב]; חקרי לב מהדו"ב חו"מ סי' ג, אות ה [להרחיב] (אם מוכח מלשון השטר שזה הודאה). בני שמואל עוסק במי שנתן לחברו מטלטלין אגב ארבע אמות קרקע ולא כתב תחילה שנתן לו את הקרקע, ופוסק שמניחים שעשה קנין כדין, והביא ראיה משו"ת הרשב"א ח"ב סי' קצד (הובא בב"י, חו"מ, סי' סו), שהמודה שהקנה לחברו כך וכך, משמעה הקנאה כדין.

ר' אברהם גאגין, בשו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מא (צ ע"ד), מציין שגם מטה יוסף ח"א סי' ה, ותורת חיים סי' ט, כתבו שהרי"ף מודה שאם כתב לשון הודאה בפירוש, "נתתי" היא הודאה.

ר' אברהם יצחקי, בשו"ת זרע אברהם, חו"מ, סי' ג (סה ע"ג) (הובא בשו"ת פני יצחק (אבולפיה) ח"ה חו"מ סי' ד דף קמה ע"ג), כותב שהיות ששו"ת הרא"ש כלל יח סי' ב, אומר ששטרות בזה"ז הם שטרי ראיה (ראה הערה 420), א"כ יש להניח שהקנין נעשה כדין, מפני שזה הודאה. משמע שכוונתו שהרי"ף מודה בזה.

ר' יעקב ישראל, בשו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מא (פו ע"א), כותב על פי זה שבנידונו, שכתוב "מחמת שאנו מודים הודאה גמורה היות אמת שנתנו", כך שיש הודאה בפירוש למלה "נתתי", אין לפרשה כהקנאה, גם לרי"ף. הוא עוסק במי שנתן מתנות לבן ולאמו, וכתוב בשטר שהנותן מודה שנתן לאם ולבנה כך וכך, ואח"כ נכתב בשטר שהנותן זיכה את המתנה לבן ע"י אמו, והוא כותב (בדף פו ע"ד) שגם אם האם תאמר שלא זיכה לו על ידה, שנאמנת בזה מטעם הודאת בעל דין (ראה בסעיף 3 על הקושי בדבריו), הרי ממה שכתוב בשטר שנתן לשניהם, משמע שהקנה את המתנה לאם ואת המתנה לבן באותה דרך, וכשיש לשון הודאה מניחים שהקנה את המתנה בדרך המועילה; וא"כ מה שזיכה לבן ע"י אמו הוא מיותר לכאורה, אלא כנראה עשו זאת כדי לחזק את כוחו, שמא יטען מישהו שכיון שהבן קטן, לא מועילה לו ההודאה הנ"ל, לכן זיכו לו שוב ע"י אמו; וכיון שזה מיותר, קנה גם אם האם אומרת שלא זכתה עבורו. ונראה שכוונתו לומר שהרי"ף מודה בזה. הוא כותב (בדף פז ע"א) שאין לפרש שמה שכתוב בשטר שהוא מקנה לבן ע"י אמו, הוא פירוש לדברים שקדמו, שזה אופן ההקנאה - שהרי בהתחלת השטר נאמר "אנו מודים" ולא שייך לומר הודאה על זיכויו לבן עכשו. הוא מביא ראיה ממה שכתב ר"ח עשאל בשו"ת זרע אברהם חו"מ, סי' ה דף עד ע"א, ליישב סתירת לשונות בשטר בנידונו, שהיה כתוב "אני נותן" ואח"כ היה כתוב "נתתי" פעמיים, והסביר שכבר בעבר זיכה לו ע"י אחר, ומה שאמר "אני נותן" כוונתו "אע"פ שכבר זיכיתי אותם ע"י אחרים, אני מייפה את כוחו עכשו בכמה ייפויי כוח"; ואע"פ שיפוי הכוח הזה לא הועיל, מ"מ המקבל קנה את המתנה ע"י ההודאה. הוא מביא ראיה לדברי ר"ח עשאל משו"ת הריב"ש סי' שמה, שכתב שמי שמקנה דבר לאחר בשני קניינים, אע"פ שאחד מהם אינו מועיל, קנה (לעיל, הערה 631).

שו"ת פני יצחק (אבולפיה) ח"ה חו"מ סי' ד (קמד ע"ג), כותב שהרי"ף מודה אם מלשון כל השטר מוכח שזה לראיה, גם אם לא כתוב "מודים אנו". הוא מביא ראיה משו"ת זרע אברהם חו"מ סי' ג-ה (נח ע"ב, ס ע"ד, סא ע"ב, סג ע"ד, סד ע"ג, סה ע"ב, סח ע"ב, עט ע"ד) שעסק בשטר מתנה שכולו היה בלשון הודאה, והמשיבים כתבו שהרי"ף מודה שהוא מועיל, מפני שמניחים שעשה קניין כדין, וזאת אף שלא נכתב שם "מודה אני", אלא די שהלשון יוכיח שזה הודאה. פני יצחק שם כותב שבנידונו הרי"ף מודה, כי היתה הוכחה שזה הודאה, מזה שלא כתבו "נתנו מעכשו", ואילו בחלק אחר בשטר, במה שהתחייבו להעביר את המתנה בטאבו, כתבו "מעכשו נתחייבו" (וחזור על זה בדף קמו ע"א). בכך הוא מסביר (בדף קמה ע"ד, קמו ע"א), איך שו"ת אבקת רוכל, סי' ע, כתב שאם כתוב בשטר "הכל נתתי לאשתי במתנה גמורה", דינו כאומר "הוא עלי עדים שנתתי לאשתי", אף שהוא עצמו פסק בשו"ע (הערה 965) כרי"ף, ש"נתתי" אינו הודאה - התשובה היא, שבנידונו באבקת רוכל היתה הוכחה מלשון השטר שזה לראיה, ובזה הרי"ף מודה.

שו"ת פני משה ח"ב סי' ס (קב ע"א), עוסק בשטר מתנה שהיה כתוב בו "והכל נעשה בדרך המועיל כתיקון חז"ל, שכן הודו ראובן ואשתו", וכותב שמשמע מלשון זו שמלבד שהקנה הנותן בקנין סודר, גם הודה בפני העדים שכל המתנה נעשתה באופן המועיל, כלומר שכבר נתן את כל הנכסים למקבל בדרך המועילה, ולכן גם אם היו במתנה מטבעות ושטרות, מניחים שנתן את המטבע אגב קרקע ואת השטרות בכתיבה ומסירה, וזה מועיל מטעם הודאת בע"ד; ולכן גם אם המתנה היתה אמורה לחול שעה אחת קודם מיתתו, שאז לא מועיל קנין סודר כי כבר חזר הסודר לבעליו, מ"מ מועיל

(ב) אם הזכיר מטבעות מסוימים: יש אומרים שהרי"ף מסכים ש"נתתי" היא הודאה, ומה שפסל את המתנה בנידונו הוא מפני שכתב שנתן "כך וכך זהובים" ולא ציין מטבעות מסוימים, ואולי הוא מתכוון לומר "נתתי והמקבל כבר קיבל אותם", ועוד שחוששים שהכסף שנתן מוסתר במקום כלשהו, או שמא זיכה לו כבר ע"י אדם אחר, ולכן המקבל אינו יכול לגבות ממטבעות אחרים של הנותן; וגם אם הנותן הוסיף לכתוב "וכתבתי לך שיעבוד על כל נכסי שתגבה מהן אלף הזהובים", אינו יכול לגבות מתנה זו מנכסים אחרים, כי השעבוד אינו מועיל לפי העקרון "מנה אין כאן משכון אין כאן"⁹⁷⁰; אבל אם הזכיר מטבעות מסוימים שהוא נותן, והם בעין בפנינו, המתנה תקפה בגלל לשון ההודאה, אף שכתב בשטר שהקנה אותם בקנין סודר, ואף שייתכן שלא היו ברשותו בשעת הנתינה.⁹⁷¹

(ג) אם אין הוכחה שהתכוון למתנה להבא: יש אומרים שטעם הרי"ף שלא מועיל "נתתי" הוא מפני שלשון "נתתי" משמע לשעבר ולהבא,⁹⁷² ובנידונו היה משמע מהשטר שהנותן התכוון להבא, אבל במצב שאפשר לומר שכבר נתן, המתנה קיימת.⁹⁷³

(ד) אם כתב "נתתי" ולא הזכיר קנין: יש אומרים שהרי"ף דיבר רק בשטר שנאמר בו "נתתי לך כך וכך בקנין" (שסתמו קנין סודר), שלכן במטבע, שאינו נקנה בקנין סודר, המתנה בטלה, וכן אם זה דבר שאינו ברשותו, המתנה בטלה כי קנין סודר אינו מועיל בדבר שאינו ברשותו, אבל הוא מסכים שאם הנותן אמר סתם "נתתי", זה לשון הודאה ולא בודקים איך הקנה.⁹⁷⁴

(ה) אם כתב "נתתים": יש אומרים שהרי"ף דיבר רק ב"נתתי", שמשמעו גם לשון הקנאה, כאומר "גמרתי בדעתי ונתתי מעכשיו", כמו בפסוק "נתתי כסף השדה"⁹⁷⁵, אבל הוא מסכים שאם כתב "נתתים לו", זה הודאה.⁹⁷⁶

מטעם הודאה, כי הודה שעשה באופן המועיל, היינו שהקנה ב"מעכשיו ולשעה אחת קודם מיתתו". הוא לא הזכיר את מחלוקת הרי"ף והראב"ד כי לא נזכר לשון "נתתי", ומ"מ עולה מדבריו שהרי"ף מודה כאן.

דעה חולקת: שו"ת זרע אברהם (יצחק), חו"מ, סי' ג (ס ע"ד) כותב שמב"י משמע שטעם הרי"ף הוא שהודאה לא מועילה, ולפי זה גם אם כתוב הודאה בפירוש לא קנה. אבל מהר"ם חיון בזרע אברהם סי' ד דף סח ע"ב דחה הסבר זה, בטענה שלא יתכן שהרי"ף יחלוק על דברי התלמוד שהודאה מועילה (ראה ליד ציון הערה 274), והסכים לו קרית מלך רב ח"א, שו"ת, סי' ב דף ז ע"א [להרחיב].

⁹⁷⁰ ראה על כך בסעיף 5.

⁹⁷¹ שו"ת הרמ"א, סי' צב (ד"ה אך אם) (הובא בשו"ת ר' משה מרוטנבורק האחרונים, חו"מ, סי' ח, דף נא ע"ב, ובקיצור ע"י ר' יוסף אב"ד יאברוב, בשו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו"מ, סי' כה, ד"ה והנה לכאורה). הוא מדייק כך מתשובת הרי"ף בעיטור. ר' משה חיון, שו"ת זרע אברהם (יצחק) חו"מ, סי' ד (סו ע"ג-ע"ד), מצדיק את פירוש הרמ"א. וראה סעיף 5, עוד המסבירים את טעם הרי"ף מצד שעבוד. ר' אברהם גאגין, בשו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מא (צ ע"ד), מביא שמהרמ"ח הסביר שלפי הרמ"א, הראב"ד חולק כיון שיש שעבוד, ושעבוד נקנה בקנין סודר, ומציל מהחששות הנ"ל.

דעה חולקת: בני יעקב דף ק ע"ג [להרחיב], ושו"ת זרע אברהם (יצחק) חו"מ, סי' ג (נט ע"א) [להרחיב], ור' חיים עשאל שם, סי' ה, דף עד ע"א [להרחיב], מוכיחים שזה לא טעם הרי"ף - עיי"ש.

⁹⁷² שו"ת הריטב"א סי' יא ו-רג, כותב כך, שזו לשון דו-משמעית, וכתב שלשון השטר בנידונו הוכיח שהוא להבא, שהרי הנותן הודה בשעת כתיבת השטר שהמטבעות היו בידו, ואם כבר נתן למקבל, לא היה יכול לומר כן.

⁹⁷³ שו"ת הרמ"א, סי' צב (ד"ה ועוד אפשר), בלשון "אפשר".

⁹⁷⁴ מהר"ם חיון בשו"ת זרע אברהם, חו"מ, סי' ד (סו ע"ד) (הובא בשו"ת פני יצחק (אבולפיה) ח"ה חו"מ סי' ד, דף קמה ע"ב); חשק שלמה, סי' ס, הגה"ט אות לג, בסופו [להרחיב].

אבל ר' אברהם גאגין, בשו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מא (צ ע"ד), כותב שחשק שלמה לא הסכים לדברי ר"מ חיון, ורק אומר שזה חילוק מסתבר, ואח"כ כותב שכל גדולי הפוסקים לא כתבו כך, משמע שלא פוסק כך להלכה.

ראה בשם ר"מ חיון בהערה 992, שגם הראב"ד מסכים להבחנה זו.

⁹⁷⁵ בראשית כג, יג.

⁹⁷⁶ ברכות מ"ב, סי' קצד (דף רא ע"ב) [להרחיב].

ר' יעקב ישראל, בשו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מא (פד ע"ד), מקשה עליו, הרי יש פסוק שמשווה את שתי הלשונות: "ואני הנה נתתי לך את משמרת תרומותי, לכל קדשי בני ישראל לך נתתים" (במדבר יח, ח), וכן "השדה נתתי לך והמערה אשר בו לך נתתיה" (בראשית כג, יא), הרי ששניהם שוים. ר' אברהם גאגין, שם (צ ע"א-ע"ב) מיישב את הקושיה מהפסוק בבמדבר, שם זה בנתינה של ה', שדיבורו נחשב כאילו כבר נתן, כמש"כ רש"י בראשית טו, יח, ולכן הפסוק לא הקפיד להבחין בין "נתתי" ל"נתתים", כי הכל נחשב בשעת אמירה כאילו כבר נתן; ומיישב את קושיה מהפסוק בבראשית, שלגבי השדה כתוב "נתתי לך", כי צריך נתינה כדי שתהיה של אברהם, וזה לשון הקנאה, ואילו במערה כתוב

(ו) אם כתוב בשטר שחייב את עצמו: אם כתוב בשטר "וכדי ליפות כוחו חייב את עצמו בכל הסך הנזכר ושעבד וכו'", מועיל גם לרי"ף מטעם התחייבות, שעשה מהמתנה שעבוד, והיות שזה שטר גמור, אינו יכול לומר "פרעתי", ולא משנה אם הנכסים לא היו אצלו אז, כי חל שעבוד על גופו.⁹⁷⁷

(ז) אם כתוב בשטר שהוא נעשה כתיקון חז"ל, מועיל גם לרי"ף.⁹⁷⁸

על שיטת הראב"ד (בשני הדברים) יש פוסקים רבים הפוסקים כמותו.⁹⁷⁹

גם אם כתוב בשטר "ושעבדתי לו כל נכסי", אפשר לפרש ש"נתתי" היא הודאה שכבר נתן בקנין שמועיל, ובכל זאת הוצרך לשעבד את נכסיו מפני שהנותן נעשה שומר על הנכס עבור המקבל, והוצרך לשעבד לו את נכסיו לשלם אם יפשע בנכס.⁹⁸⁰

אם יש בשטר גם לשון הוזה, שמשמעו הקנאה מעכשו, וגם לשון עבר שמשמעו הודאה, הולכים לפי הלשון האחרונה, על פי הכלל⁹⁸¹ שבשטר "הכל הולך אחר התחתון".⁹⁸²

גם אם יש תאריך בשטר, אין אומרים ש"זמנו של שטר מוכיח עליו".⁹⁸³ שייחשב כאילו כתוב "מעכשו", שאז זה הקנאה חדשה ולא הודאה על הקנאה קודמת - אין אומרים כך, מפני שלא אומרים "זמנו מוכיח" אם זה יצמצם את כוח השטר.⁹⁸⁴ וכאן אם נאמר זאת, יצמצם את כוח השטר.⁹⁸⁵

"לך נתתי", כי לא היתה ראויה לעפרון, כמש"כ במדרש (אינו במדרש אלא בשפתי כהן, על התורה, בראשית כג, ט), שניסה להיכנס ולא הצליח, ולכן אמר עפרון שהייתה כבר נתונה מקודם לאברהם, כאילו כבר נתתה מקודם.

⁹⁷⁷ שו"ת לחם רב, סי' קצב (הובא בשו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל ה סי' ג, דף קכח ע"א). הוא מביא ראיה משו"ת הריב"ש סי' שמה, שכותב שבעירו היו כותבים בסוף השטר שקיבל חיוב על גופו, ואז המתנה תקפה.

⁹⁷⁸ ר' ישראל מאיר מזרחי, שו"ת נחפה בכסף, ח"א, חו"מ, סי' טז (קא ע"ד), בשם שו"ת תורת חיים ח"א סי' ט.

⁹⁷⁹ שו"ת הרמ"א, סי' צב (ד"ה הנראה), בדעת רמב"ם, רמב"ן ורשב"א; שו"ת בית שלמה (דרימר), חו"מ סי' פח-פט [להרחיב]; שו"ת נאה משיב, חו"מ, סי' יא (עמ' קעט); רמ"א, חו"מ, סי' ו; שו"ת מהרש"ך חלק ב סי' ט, בדעת שו"ת הרא"ש כלל לו, סי' ח.

פתחי חושן קנינים פ"א הערה מג, מדייק משו"ת הרא"ש כלל לו, סי' ח, שאם אמר "אני נותן [לא רק "נתתי"] לך כך וכך ממון מנכסי אגב קרקע", מועיל גם אם לא היה לו מטבע באותו זמן, כי הודה שהיה לו.

כנה"ג, חו"מ, סי' מב הגהב"י אות כג, הביא תשובה כ"י של ר' חיים שבתי (נראה שהכוונה לתשובתו שנדפסה אח"כ בשו"ת תורת חיים (מהרח"ש), ח"ב סי' כא [להרחיב]), שכתב שהרי"ף חולק על הריב"ש, סי' שמה (לעיל, הערה 966), האומר שיש לפרש שטר באופן שנותן לו תוקף ולא באופן שלפיו השטר יתבטל, שהרי הרי"ף פסל שטר שכתוב בו "נתתי", ולא רצה לפרש שהוא הודאה (ומהרח"ש עצמו בתשובתו בשו"ת משפט צדק, ח"ב, סי' י, כתב שאין הכרח לומר שהרי"ף חולק על הריב"ש, כי הם מדברים על מצבים שונים - עיי"ש). מדבריו עולה שהריב"ש סובר כראב"ד. אבל ר' יעקב ישראל, בשו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מא (פז ע"ג), מקשה על תורת חיים, הרי שו"ע, חו"מ, מב, ט, פסק כריב"ש, ומצד שני פסק כרי"ף בסי' ס. וראה ליד ציוני הערות 967-968, שבני יעקב ור"א יצחקי ור' יעקב ישראל אומרים שהרי"ף סובר שכאן לא חל הכלל של הריב"ש, וא"כ אפשר שהריב"ש סובר כרי"ף.

שו"ת משאת משה ח"א חו"מ סי' ז (לא ע"ד) [להרחיב], כתב שא"א לומר קי"ל כרי"ף, כי הרי"ף הוא יחיד בדעתו. ר' אברהם גאגין, בשו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מא (פט ע"ד), מסביר את כוונתו, שאע"פ ששו"ע פוסק כרי"ף, א"א לצרפו לקי"ל, שהרי הוא לא נשא ונתן בעיקר הדין והגיע למסקנה שהרי"ף צודק, אלא פסק לפי הכלל שלו בחשבון הראשונים, כי חשב שהרבה ראשונים סוברים כמותו, אבל זה לא נכון.

שו"ת שער שלמה (זוראפה), סי' סג (מד ע"א), כותב ע"פ הראב"ד, שמי שכתב "מישכנתי בידו כל קרקעות שיש לי", זו הודאה כמו "נתתי", ומניחים שמישכן לו באופן המועיל.

שו"ת פני דוד (פאפו) דף קנ ע"א, קנה ע"ג, קנו ע"ד, מביא את מחלוקת הרי"ף והראב"ד. ראה בשמו בסעיף 1(ב) בענין דבר שאינו מסוים.

⁹⁸⁰ מחנה אפרים, ה' זכיה ומתנה, סי' א, כותב שטור, חו"מ, סי' ס, רומז להסבר זה.

⁹⁸¹ רמב"ם, הלכות מלוה ולוה, כז, יד.

⁹⁸² שו"ת הרמ"א, סי' צב (ד"ה ועוד אפשר) (הובא בנתיבות המשפט, סי' ס"ק טו, ובזרע אברהם סי' ג דף ס ע"ג), כותב כך לגבי שטר שנכתב בתחילתו "הנני נותן" ובסופו "נתתי".

ר' יעקב ישראל, בשו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מא (פט ע"א), כותב שאם היו באותו שטר מתנה אחת בלשון הודאה ומתנה אחרת בלשון "ונתנו גם לשמעון כך וכך מטבעות מתנה גמורה בקנין גמור" (שסתמו קנין סודר), שזה לשון הקנאה, והרי קנין סודר לא מועיל במטבע, בכל זאת כיון שנוסח מתנה זו מתחיל "ונתנו גם לשמעון", משמע שמתנה זו ניתנה כמו המתנה הקודמת, וקנין הסודר כאן היה כמו במתנה הקודמת, לא לעצם ההקנאה אלא לקיום ההודאה ועל השעבוד.

חריגים: (א) אם לא היה בשטר אלא בעל פה: יש מי שאומר שהראב"ד דיבר רק אם יש שטר, כי בשטר, אם לא נאמר שהיה כדין, נמצא שהשטר בטל, וכל שהשטר בטל לגמרי אין אומרים "יד בעל השטר על תחתונה"⁹⁸⁶, אבל אם היה בעל פה, המתנה בטלה אם לא היה קנין כדין או אם ייתכן שהנכסים לא היו ביד הנותן בשעת הניתנה⁹⁸⁷. אך אחרים אומרים שגם במודה בעל פה, לא בודקים איך נתן⁹⁸⁸.

(ב) יש אומרים שאם כתוב בשטר "כתובה בשוקא", לשון שרגילים לכתוב בשטר מתנה כדי להראות שאינה "מתנתא טמירתא", זה מוכיח שאינה הודאה, ושה שטר הקנאה, להקנות את המתנה בשטר זה, שהרי אם כבר איפשר הנותן למקבל להחזיק במתנה אין צורך בלשון זו⁹⁸⁹, וא"כ כך הדין גם אם כבר זיכה לו ע"י אחר, שזה מה שהראב"ד מניח שהוא עשה⁹⁹⁰. אבל אחרים אומרים שגם אם כתוב כך ייתכן שזה הודאה, והנותן כתב כך ל"שופרא דשטרא", או שטעה וחשב שצריך לכתוב כך גם אם כבר החזיק המקבל, או שזיכה לו כסף אגב הקרקע ועשו קנין בסודר כדי שיזכה בקרקע, שאז יש אומרים שצריך לכתוב "כתבוהו בשוקא"⁹⁹¹.

(ג) יש אומרים שאם כתוב בשטר "נתתי בקנין", שסתמו קנין סודר, שאינו מועיל במטבע, אין מניחים שעשה קנין אחר שמועיל, אף שנקט לשון הודאה, והראב"ד דיבר רק במי שכתב "נתתי" סתם⁹⁹².

פרשנות המתנה

נותן מתנה שאמר שהוא נותן "מהיום", הוא כאילו אמר "מעכשיו", והמקבל קנה מאותו רגע, ולכן גם אם מת אחד מהם אח"כ באותו יום, המתנה תקפה, וגם אם מכר הנותן נכס זה לאחר באותו יום, המתנה תקפה והמכר בטל⁹⁹³.

⁹⁸³ שו"ע, חו"מ, רנח, כו.

⁹⁸⁴ שו"ת מהרי"ט, ח"ב, חו"מ סי' צו (ד"ה מה שפקפקו).

⁹⁸⁵ שו"ת פני יצחק (אבולפיה) ח"ה חו"מ סי' ד (קמו ע"א-ע"ב). הוא מוסיף, שאם התאריך הוצרך כדי לדעת עד מתי אפשר לקיים חיובים שונים שנכתבו בשטר, זו סיבה נוספת שלא לומר "זמנו של שטר מוכיח עליו" לקבוע שהמתנה תהיה מאותו תאריך. הוא מסתמך גם על שו"ת המבי"ט, ח"א, סי' קכט, הכותב שלא אומרים ש"זמנו מוכיח" אם השטר לא נכתב בעיקרו על המתנה, וכפי שהסביר שמחת יו"ט סי' כט (קט ע"ב), במקרה של המבי"ט, עיקר השטר היה לגבי ערבות והמתנה היתה טפלה לה.

⁹⁸⁶ לעיל, הערה 966.

⁹⁸⁷ דעה זו מובאת במחנה אפרים, הל' זכיה ומתנה, סי' א.

⁹⁸⁸ מחנה אפרים שם - דעת עצמו. הוא דוחה את ההסבר שזה מפני שכל שהשטר בטל לגמרי אין אומרים "יד בעל השטר על תחתונה", כי זה אומר רק שמפרשים את הלשון הכתוב בשטר באופן שלא יתבטל, אבל לגבי מה שכתוב בשטר שהודה, אין לומר שהשטר גורם לכך שנניח שההקניה שהודה עליה היתה כדין, שהרי מי שמודה בפני עדים שנתן דבר במתנה, העדים לא צריכים לדעת איך הקנה.

⁹⁸⁹ שו"ע, חו"מ, רמב, ז.

⁹⁹⁰ ר"א יצחקי, שו"ת זרע אברהם, חו"מ, סי' ג, שם דף סב ע"ד.

⁹⁹¹ מהר"ם חיון, בשו"ת זרע אברהם, חו"מ, סי' ד, דף עב ע"ג.

חריגים נוספים: ר' ישראל מאיר מזרחי, שו"ת נחפה בכסף, ח"א, חו"מ, סי' טז (קב ע"א), כותב שאם כתוב "ונתחייב לתת" ולא "נתתי", לא מועיל גם לראב"ד.

⁹⁹² ר"מ חיון, בשו"ת זרע אברהם, חו"מ, סי' ד (סז ע"א). הוא כותב שאין מחלוקת בין הראב"ד לרי"ף, שהרי אף הרי"ף מסכים שאם כתוב סתם "נתתי" מניחים שעשה קנין מועיל - ראה בשמו בהערה 974.

אבל ר' יעקב ישראל בשו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מא (פה ע"ב-ע"ג), כותב שזה פירוש דחוק, שהרי הטור וב"י הציגו את הרי"ף כחולק על הראב"ד, הרי שהראב"ד סובר שגם אם כתוב "נתתי" לך בקנין, זה הודאה, ומפרשים שהקנה לפני כן באופן המועיל. וכן מטה שמעון סי' ס, הגה"ט אות מד [להרחיב], העיר שכנה"ג, חו"מ, ס, הגה"ט, אות מא, ובשו"ת בעי חיי ח"א סי' קסו (דף ר ע"ג), לא הבין כמו מהר"ם חיון.

⁹⁹³ יד רמ"ה, בבא בתרא, פ"ח, סי' קפו.