

### סעיף 3

#### חליפין

חליפין  
3. הוראות חוק זה יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על חליפין.

#### התוכן

##### מבוא 1

כללי 1

הדרך לקבוע אם עיסקה מסוימת היא מכר או חליפין 1

הדרך לקבוע אם עיסקה מסוימת היא חליפין או שתי עיסקאות של מכר 2

מקרים מיוחדים של חליפין 3

החלת סעיפי חוק המכר על חליפין 3

##### "חליפין שווה בשווה" 4

כללי 4

נכס עתידי (סעיף 2) 6

סוג הנכס (סעיף 4) 7

אי התאמה (סעיף 11) 9

אחריות על טריפה בגין פגם בזכות (סעיף 18) 9

אונאה במחיר (סעיף 19) 10

העברת הבעלות (סעיף 33) 12

##### נכס תמורת עבודה 14

##### הצעת נוסח ע"פ המשפט העברי 16

#### מבוא

##### כללי

חליפין הוא הקניית נכס תמורת נכס. הוא אינו כלול בהגדרת מכר, שבסעיף 1, שהרי מכר הוא הקניית נכס תמורת מחיר, דהיינו כסף. בכל זאת, סעיף זה מחיל עליו את חוק המכר "בשינויים המחוייבים"<sup>1</sup>. בתקופתנו עיסקאות כאלה אינן שכיחות. דוגמאות לחליפין בתקופתנו הן עיסקה של ישן תמורת חדש, כאשר המוצר הישן הוא חלק מהתמורה, ו"עיסקת קומבינציה", שבה בעל קרקע מוכר קרקע לקבלן ובתמורה מקבל דירה בבנין<sup>2</sup>.

כל נכס שחל עליו מכר, יכול לחול עליו חליפין<sup>3</sup>.

מי שנותן מתנה לחברו, ייתכן שהוא מצפה לקבל ממנו מתנות בעתיד, אבל זה לא הופך את זה לחליפין<sup>4</sup>.

##### הדרך לקבוע אם עיסקה מסוימת היא מכר או חליפין

בעיסקאות מסוימות מתעוררת השאלה אם העיסקה היא מכר או חליפין. בדרך כלל אין לזה נפקות שהרי סעיף זה מחיל את חוק המכר גם על חליפין<sup>5</sup>. עם זאת, ייתכן נפקויות שונות, כגון

<sup>1</sup> הצעת חוק דיני ממונות, סעיף 155, חוזר על דברי הסעיף בשינוי לשון קלים: "הוראות פרק זה יחולו, בשינויים המחוייבים, על חליפין של נכס בנכס".

<sup>2</sup> זמיר 113§. בשאלת האם "עיסקת קומבינציה" היא מכר או חליפין, ראה שם 118§.

<sup>3</sup> זמיר 113§, הערה 8.

<sup>4</sup> זמיר 119§.

<sup>5</sup> זמיר 114§.

חישוב שכר המתווך, אם הוא משתנה בין מכר לחליפין<sup>6</sup>, או אם יש מס על מכר שאינו חל על חליפין.<sup>7</sup>

המרת מטבע זר במטבע מקומי הוא חליפין. כך גם פריטת מטבע גדול לקטנים, וכך גם בתשלום באמצעות אסימון.<sup>8</sup> כך גם המרת מטבע חוץ במטבע חוץ, והמרת שטר שהוא הילך חוקי בשטרות אחרים שהם הילך חוקי.<sup>9</sup>

אם יש לצד אחד ברירה אם לתת תמורת הנכס שהוא מקבל, כסף או נכס - חל חוק החוזים, חלק כללי, סעיף 51, האומר שבחייבים חלופיים, בסתם החייב זכאי לבחור איזה חיוב לקיים; ואם בחר לתת נכס, ייחשב חליפין, ואם בחר לתת כסף, ייחשב מכר. אם לא היתה ברירה כזאת בחוזה, ורק אחרי הכריתה הסכימו להחליף את החיוב ממתן כסף למתן נכס או להיפך, בגלל קושי לקיים את חיוב המקורי, כגון קונה שנקלע לקשיי נזילות, או מחליף שלא הצליח להשיג את הנכס שהתחייב לתת - אחרי ההסכמה החדשה, יחולו הדינים המתאימים לה.<sup>10</sup>

אם ערכו שומה של שני הנכסים, והתברר שאינם שווים, ואחד הצדדים התחייב להשלים את ההפרש בכסף - מתעוררת שאלה האם זה מכר או חליפין. אפשר לקבוע מבחן אובייקטיבי, שאם הכסף ששולם כהפרש הוא יותר מחצי התמורה - זה מכר, ואם לא, זה חליפין. אפשר לקבוע מבחן סובייקטיבי, לפי כוונת הצדדים. זמיר מוצא קשיים במבחן האובייקטיבי, שלפיו זה חליפין גם אם כמעט חצי התמורה הוא בכסף; ועוד, שהוא מתעלם מכוונות הצדדים. הוא מוצא קשיים גם במבחן הסובייקטיבי, שכן קשה להעריך את כוונת הצדדים, מה גם שיתכן שכל צד התכוון למשהו אחר. לכן דעתו היא שיש כאן עיסקה מעורבת, כאשר כל אחד מסוגי החיובים המרכיבים אותו ידון לפי הדין המתאים: חוק המכר חל על תשלום הכסף, ודיני חליפין על נתינת הנכס.<sup>11</sup>

לעניין החלפת נכס בעד תמורה המורכבת מנכס וכסף, יש שתי גישות. לפי "תורת ההטמעה", הגורסת ככלל שבעיסקה מעורבת יחול הדין של היסוד הדומיננטי בעיסקה, אם יסוד החליפין הוא הדומיננטי זה חליפין, ואם יסוד המכר הוא הדומיננטי יחולו דיני מכר. לפי "תורת הצירוף", הגורסת ככלל שבעיסקה מעורבת, על כל חיוב יחול הדין המתאים לו, אף כאן, יחול חוק המכר כלשונו על חלקו היחסי של המכר שבעיסקה, ועל השאר, החוק יחול בשינויים המחויבים שחלים בחליפין.<sup>12</sup>

### **הדרך לקבוע אם עיסקה מסוימת היא חליפין או שתי עיסקאות של מכר**

יש שעולה השאלה האם לראות עיסקה מסוימת כחליפין או כשתי עיסקאות של מכר. יש לכך כמה נפקויות: (א) אם אלו שתי עיסקאות, לא יהיה אפשר לבטל עיסקה אחת בגלל הפרת העיסקה האחרת (ב) א"א לקזז חיובים כספיים לא קצובים שמקורם בשתי עיסקאות שונות, לפי חוק החוזים (חלק כללי), סעיף 53. (ג) תהיה נפקות לענין דיני מסים וכדומה.<sup>13</sup> השאלה מתעוררת רק אם ערכו שומה של שני הנכסים. עצם עריכת השומה אינה אומרת שזה לא חליפין. גם אם חוזה מכר אחד קדם, ואח"כ ערכו חוזה שני והתכוונו לקזז את חיובי התשלום של שתי העיסקאות - ייתכן שאלו שני חוזים שונים. בהחלפת ישן בחדש אין אלו שני חוזים, כי ברור שמוכר החדש לא היה קונה את הישן שלא במסגרת עיסקה זו. ככלל, כוונות הצדדים קובעות אם זה עיסקה אחת או שתיים. תלוי אם התכוונו לשתי עיסקאות שונות, שכל אחת היתה יכולה להתקיים לבדה, או שהתכוונו שתהיינה תוצאות משפטיות רק למכלול חיובי ההקנייה ההדדיים. אבל אם ייתכן שיחולו דינים קוגנטיים, או שיש לכך נפקות לזכויות צד ג', יש לבחון את עיצוב החיובים בפועל. ייתכן שיחולו דיני עיסקה מלאכותית או מראית עין חלקית.<sup>14</sup>

<sup>6</sup> זמיר §117.

<sup>7</sup> זמיר §117.

<sup>8</sup> זמיר §114.

<sup>9</sup> זמיר §53.

<sup>10</sup> זמיר §115. אבל בהערה 22, הוא מציין שטדסקי, משפטים ט עמ' 314, חולק.

<sup>11</sup> זמיר §117.

<sup>12</sup> זמיר §56.

<sup>13</sup> זמיר §114.

<sup>14</sup> זמיר §116.

שניים שהתחייבו לתת זה לזה מתנות הדדיות, אם התכוונו ליצור חוזה של חיובי נתינה דו צדדיים, זה חליפין; ואם התכוונו לחוזה שונים לא תלויים זה בזה, ובכל אחד מוטל חיוב הקנייה על צד אחד, אלה שתי מתנות נפרדות. אם זה באמת חליפין המוסווה כמתנות, זה חוזה למראית עין, ובטל, אלא שאפשר לתת תוקף לחוזה החליפין.<sup>15</sup>

### **מקרים מיוחדים של חליפין**

הלוואת נכסים נחלפים (שאינה הלוואת כסף) - לכאורה אפשר לומר שהיא חליפין, של נכס נחלף בנכס נחלף באותו סוג, כאשר מועדי המסירה של הנכסים והקנייתם שונים. אבל יש הבדל: בחליפין יש סימטריה באינטרסים של הצדדים, ואילו בהלוואת נכסים, בדרך כלל הלווה הוא הנהנה העיקרי מהעסקה. הלוואת נכסים שונה גם משאילה, בכך שבשאילה נשאר למשאל זכות קניין בנכס, ואילו בהלוואת נכס, הבעלות עוברת ללווה; וגם קשה מאוד להקיש מהוראות חוק השכירות והשאילה להלוואת נכסים, שהרי הן נוגעות בעיקר ליחס בין בעל הנכס לשואל בתקופת השאילה, כאשר לשניהם יש זכויות קניין בנכס, ואילו בהלוואת נכסים אין מערכת יחסים כזאת. לכן לדעת זמיר יש להקיש מחוק המכר לענין הלוואת נכסים, תוך התחשבות בהבדל האמור בין חליפין להלוואת נכסים, ואפשר להחיל על הלוואת נכסים את חוק המכר סעיפים 7, 22, 8, 29,<sup>16</sup> 33.

מקרה מיוחד של חליפין הוא חיבור או ערבוב מיטלטלין של בעלים שונים, שיוצר מצב שהם שותפים בנכס, לפי חוק המיטלטלין סעיף 4. בכך כל צד מחליף את הבעלות המלאה שהיתה לו, בבעלות משותפת בנכס שנוצר מהחיבור. כך גם בשניים שמאחדים את חלקות המקרקעין שלהם, אם לפי ההסכם הם הופכים לשותפים בחלקה שנוצרת.<sup>17</sup>

### **החלת סעיפי חוק המכר על חליפין**

כפי שאומר הסעיף, סעיפי חוק המכר יחולו על חליפין "בשינויים המחוייבים". כעת נפרט לגבי כל סעיף בחוק, איך הוא חל על חליפין.

סעיפים 5, 6 יחולו בחליפין כלשונם.<sup>18</sup>

לגבי סעיפים 7-18, חיובי המוכר - הרי בחליפין כל צד הוא גם קונה וגם מוכר, ולכן סעיפים אלו יחולו על כל צד לגבי הנכס שעליו למסור.<sup>19</sup>

סעיפים 17-12 העוסקים בזכויות הקונה ובנטלים שעליו, יחולו על כל צד לגבי הנכס שעליו לקבל.<sup>20</sup>

לגבי סעיפים 19-22, חיובי הקונה - אפשר להחיל במישרין את החיובים הקשורים לממכר, על חליפין. לגבי החיובים הקשורים לתשלום המחיר - אפשר להקיש מהם למקרה שמושא החליפין הם נכסים נחלפים. לכן סעיף 20(א), שמורה שיש לשלם את המחיר הראוי, יחול אם הוסכם שצד יתן קמח תמורת מכונית, למשל, ולא נקבע כמה קמח יתן - ההוראה תהיה שיתן את הכמות הראויה. סעיף 20(ב), על משקל נקי, יחול לענין אופן שקילת הקמח שהוסכם לתת. סעיף 21, תשלום המחיר - לא חל בחליפין. סעיף 22, העברת הסיכון, יחול על כל צד לגבי הנכס שהוא אמור למסור.<sup>21</sup>

סעיף 23 - משמעותו לענין חליפין היא שחיוביו של כל צד למסור נכס הם מקבילים.<sup>22</sup>

<sup>15</sup> זמיר 119§.

<sup>16</sup> זמיר 120§.

<sup>17</sup> זמיר 122§.

<sup>18</sup> זמיר 124§.

<sup>19</sup> זמיר 124§.

<sup>20</sup> זמיר 124§.

<sup>21</sup> זמיר 124§.

<sup>22</sup> זמיר 124§.

סעיף 24 - משמעותו לענין חליפין היא שכל צד ישא בהוצאות החיובים המוטלים עליו - מסירת נכס זה וקבלת נכס זה.<sup>23</sup>

סעיפים 25-26 יחולו כלשונם.<sup>24</sup>

סעיף 27: אם ראובן קיבל משמעון נכס, ולא נתן לו נכס בתמורה - יש לשמעון תרופות ע"פ חוק התרופות. אם הנכס שמסר שווה יותר מהנכס שהיה צריך לקבל, יוכל לדרוש השבה וגם פיצויים על נזק שגרמה לו ההפרה. אם הנכס שמסר שווה פחות מהנכס שהיה צריך לקבל, יוכל לדרוש אכיפה, ואם אי אפשר לקיים את החיוב בדיוק, יוכל לדרוש את שווי הנכס שהיה אמור לקבל, ופיצוי על נזקים נוספים.<sup>25</sup>

לגבי תרופת ניכוי מהמחיר עקב אי התאמה, בסעיף 28, הרי בחליפין, במקום "זכאי הוא לנכות מן המחיר את הסכום שבו פחת שווי הממכר עקב אי-ההתאמה", יש לומר: "זכאי הוא לנכות משווי הנכס שעליו למסור את הסכום שבו פחת שווי הנכס שאינו מתאים עקב אי-ההתאמה". בפועל, יצטרך המפר לשלם לנפגע את סכום הניכוי בכסף, או שיפחתו כמות הנכסים שעל הנפגע למסור.<sup>26</sup>

לגבי סעיף 29, שקונה שקיבל יותר מהמוסכם, ולא דחה את העודף, ישלם באופן יחסי לפי המחיר המוסכם - בחליפין מי שקיבל יותר מהמוסכם יוסיף תשלום בכסף, או נכסים מאותו סוג (אם מדובר בנכסים נחלפים).<sup>27</sup>

סעיף 30 יחול בלי שינוי.<sup>28</sup>

סעיפים 31-32: עכבון וקיזוז שייכים רק בחיובים כספיים. אבל גם בחליפין יכולים להיווצר חיובים כספיים, כגון החזרת הוצאות מסירת נכס או קבלתו, ועל כך יחולו סעיפים אלו.<sup>29</sup>

סעיף 34, תקנת השוק, חלה גם על חליפין, כי "בתמורה" - היא גם תמורה שאינה כסף. אבל אם רק לגבי צד אחד המסירה היתה במהלך הרגיל של עסקיו, תקנת השוק תחול רק על הנכס שהוא מוסר. "במהלך הרגיל" - צריך שהוא יהיה רגיל לעסוק בחליפין.<sup>30</sup>

סעיף 34א, מכירה ע"י רשות, לא שייך בחליפין.<sup>31</sup>

לגבי סעיף 34ב, אם חלה תקנת השוק על נכס שהתקבל בחליפין, כל השעבודים שהיו עליו (ונעלמו ממנו בגלל תקנת השוק) עוברים לפדיון - היינו הנכס שהוחלף בתמורה לו.<sup>32</sup>

## "חליפין שווה בשווה"

### כללי

במקורות משפט העברי, הביטוי "חליפין" משמש בשני מובנים: (א) מעשה קנין שנעשה על ידי שהקונה נותן למקנה כלי כלשהו. (ב) החלפת דבר בדבר של אדם אחר בתורת שווי כספי, והיא נקראת "חליפין שווה בשווה". סעיף זה עוסק בחליפין במובן השני.

<sup>23</sup> זמיר §124.

<sup>24</sup> זמיר §124.

<sup>25</sup> זמיר §126.

<sup>26</sup> זמיר §126.

<sup>27</sup> זמיר §126.

<sup>28</sup> זמיר §126.

<sup>29</sup> זמיר §126.

<sup>30</sup> זמיר §125.

<sup>31</sup> זמיר §125.

<sup>32</sup> זמיר §125.

בלשון המקורות, מצאנו שחליפין שוה בשוה נקראים "מכירה"<sup>33</sup>. הלכות רבות מתחום האיסורי, שחלות על מכירה, חלות גם על חליפין שווה בשווה.<sup>34</sup>

מוסד משפטי זה נלמד מן הכתוב (רות ד, ז): "ועל התמורה"<sup>35</sup>.

חליפין שווה בשווה יכולים להיות בשני אופנים: (א) אם שני הנכסים קיימים ומסוימים, משיכת האחד מקנה אותו למושך, ומקנה את הנכס האחד לצד האחר.<sup>36</sup> (ב) אם אחד הנכסים אינו קיים (שעוד לא בא לעולם או אינו בבעלותו של הצד המקנה אותו) או אינו מסוים, משיכת הנכס הקיים יוצרת חיוב על המושך להקנות את הנכס האחר לצד האחר,<sup>37</sup> ובית הדין כופה עליו לקיים את חיובו, אבל הנכס האחר אינו נקנה לצד האחר, ואם הראשון מכר אותו לצד ג', המכר תקף.<sup>38</sup>

קטן מבן שש ואילך ויודע בטיב משא ומתן, יכול לקנות ולמכור בחליפין שווה בשווה, גם לפי הדעה שאינו יכול לקנות ולמכור בקנין סודר, מפני שהמקור לכך הוא שנאמר "שלף איש נעלו" (רות שם), ולא קטן,<sup>39</sup> והרי מלים אלה אינן חלות בחליפין שווה בשווה, לפי הדעה שחליפין שווה

<sup>33</sup> מרדכי ב"מ סי' שצה, מציין את המשנה בב"מ ק ע"א "המחליף כו' עד שלא מכרתיו" כו'. שו"ת שבות יעקב ח"א סי' קסו, ושו"ת בית אפרים חו"מ סי' לט, ד"ה אך, מציינים את דברי התלמוד, ב"מ יא ע"ב: "חליפין דרך מקח וממכר הוא" (שבות יעקב אף מוצא נפקות לכך - ראה הערה שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת). שו"ת עבודת הגרשוני סי' קה, מציין את דברי התלמוד, סוכה נו ע"א, שדורש מהפסוק "לבד ממכרו על האבות" כו' - "אני בשבתי ואתה בשבתך". מצפה שמואל, תוספתא ע"ז פ"ב, אות ז, מציין את הפסוק "וימכור את בכורתו" כו', שעוסק בחליפין על נזיד עדשים.

<sup>34</sup> דוגמאות לדבר: (א) במשנה מעשר שני פ"א מ"א, נאמר שאסור להחליף מעשר שני כמו שאסור למכור. (ב) תוספתא ע"ז ב, א, אומר שאסור להחליף בהמה גסה עם בהמת גוי כמו שאסור למכרה לו. (ג) במגילה כו ע"ב נאמר שמותר להחליף בית כנסת כמו שמותר למכור אותו, אף שאסור להשכיר אותו. (ד) בב"ק עט ע"א נאמר שהגונב שור או שה ומחליף אותו עם נכס אחר, חייב ארבעה וחמישה כמו אילו מכר אותו.

(ה) במשנה מעשרות פ"ב מ"ח, נאמר שהמחליף מאכלים עם חבירו, במטרה לאכול את שניהם, שניהם נקבעו למעשרות, ונימק רש"י ביצה לה ע"ב (ד"ה המחליף), שהוא כמו שמכר קובע למעשר. מכאן הוכיח שו"ת שער אפרים, סי' סח (ד"ה גם יש), שחליפין נחשב מכר.

(ו) מרדכי ב"מ סי' שצה (הובא ברמ"א, יו"ד, ר"ז, לא), כותב שקהל שגזרו שלא לקנות בתים מגוים, אסור להחליף עמהם, משום שהחלפה נקראת קנייה ומכירה.

(ז) שו"ת הראני"ח ח"ב (מים עמוקים חלק ב) סימן צו (במהד' ברלין = סי' צה במהד' שאלוניקי), כותב לגבי התקנה שהמוכר ביתו לגוי, תישאר ה"חזקה" שלו, שגם המחליף את ביתו עם בית של גוי אחר, הוא בכלל מוכר בית, וה"חזקה" נשארת שלו.

(ח) שיירי כנסת הגדולה יורה דעה, סימן ר"ח, הגהות טור, אות נד, כותב בשם הראני"ח בתשובה כ"י, שהנודר לתת לצדקה כך וכך מכל בגד שימכור, והחליף בגד שלו בבגדי משי, חייב לתת את הסכום שנדר.

וראה אנציקלופדיה תלמודית כרך לד, עמ' תקד, ע' לא תחנם, ליד ציון הערה 233 ואילך, בשאלה האם האיסור למכור לגוי קרקע בא"י כולל איסור להחליף עם נכרי קרקע. וראה אנציקלופדיה תלמודית, ע' חליפין, ליד ציון הערה 618 ואילך, בשאלה האם המחליף שדהו עם חברו, דינו כמוכר שדהו, והשדות חוזרות ביובל. וראה אנציקלופדיה תלמודית, כרך ד, טור קפ, ע' בר מצרא, ליד ציון הערה 150 ואילך, בשאלה האם יש דין בר מצרא במי שהחליף קרקע במטלטלין או בקרקע אחרת.

<sup>35</sup> ר"ת, המובא בתוס' ב"מ מז ע"א (ד"ה גאולה), בהגהות מיימוניות, הלכות מכירה, ה, ה, אות ג, ובסמ"ג עשין פב (ד"ה אומר).

<sup>36</sup> ראה על כך ליד ציון הערה 96.

<sup>37</sup> חידושי הר"ן, בבא מציעא מה ע"ב; נמוקי יוסף ב"מ כז ע"א (בדפי הר"ן) (הובא במחנה אפרים, הלכות מוכר דבר שלא בא לעולם, סימן ג, בקצות החושן, רג ס"ק ד, ובנתיבות המשפט, לט ס"ק יז). הר"ן ונימוקי יוסף בעיקר באו ללמד שאם התנו שיתן חטים חדשים, יתן חטים חדשים דוקא, אבל מכלל דבריהם אנו למדים על אפשרות זו.

אבל אבן האזל הלכות מכירה, ו, ה, כותב שנימוקי יוסף מתכוון לומר רק שאינו יכול לתת חטים ישנים, אבל הוא יכול לתת כסף, כי "מה לי הן מה לי דמיהן". הוא כותב כך כדי ליישב את דברי נימוקי יוסף עם ההלכה (ליד ציון הערה 120) שהמבטיח לפועל נכס מסוים בשכרו, יכול לתת לו כסף במקומו. אבל ראה שם, שפרשנים אחרים יישבו את הקושי בדרכים אחרות, ולפיהן כאן צריך לתת דוקא את הנכס שהתחייב לתת. עוד יש להעיר שאבן האזל יסכים שאם זה נכס מסוים, הוא נקנה לצד השני, כאמור ליד ציון הערה 36.

על מקרה שהנכס האחר הוא דשלב"ע, ראה ליד ציון הערה 46.

<sup>38</sup> נתיבות המשפט, לט ס"ק יז.

<sup>39</sup> סמ"ע, צו ס"ק טו.

בשורה קונים אף דברים שאינם דומים לנעל,<sup>40</sup> ולכן אף קטן קונה ומוכר בהם; אבל לפי הדעה שחליפין שוה בשוה אינם קונים דברים שאינם דומים לנעל, מפני שהמלים "שליך איש נעלו" מוסבות אף על חליפין שווה בשווה,<sup>41</sup> קטן אינו קונה ומוכר בהם.<sup>42</sup>

הצדדים יכולים לחזור בהם מהחליפין בתוך כזי דיבור, כמו בקניינים אחרים, אבל לא יותר מזה, בשונה מקנין סודר, שהצדדים יכולים לחזור בהם ממנו כל זמן שעסוקים באותו ענין,<sup>43</sup> מפני שדין זה נאמר רק בקנין סודר, שאין שום הנאה לשניהם בסודר, והקנין נועד רק לקיים את הדבר, וכל זמן שעסוקים באותו ענין לא גמר להקנות.<sup>44</sup>

## נכס עתידי (סעיף 2)

לדעת זמיר, סעיף 2 יחול בחוזה להספקת נכס שיש להפיקו או לייצרו תמורת נכס, במצב של ספק האם הוא חליפין או מכירת הנכס השני תמורת קבלנות.<sup>45</sup> זאת באשר למשמעותו העיקרית של סעיף 2, שהיא לקבוע אם חוזה להספקת נכס שיש להפיקו או לייצרו הוא חוזה מכר או חוזה קבלנות.

אשר למשמעותו המשנית של סעיף 2, שיש תוקף למכר של דשלב"ע, המשפט העברי מאפשר התחייבות להקנות דשלב"ע במסגרת חליפין שווה בשווה. ראובן שמכר חפץ לשמעון והסכימו

<sup>40</sup> ליד ציון הערה 55, וליד ציון הערה 67.

<sup>41</sup> ליד ציון הערה 53.

<sup>42</sup> נתיבות המשפט, רלח, ס"ק יא.

אבל אמרי בינה קניינים ס"י כד (ד"ה ובמטלטלין), כתב שאין קטן קונה ומקנה אף בחליפין שוה בשוה, כי הוא זוכה רק במה שהוא מחזיק בידו, והוא יכול להקנות רק אם הנכס מגיע לידי הקונה. גוי: שו"ת צמח צדק (קרוכמל) ס"י קכט (ד"ה הא ליתא), ושו"ת פרת יוסף (רוזין) ס"י טו (הובא בשדי חמד, כללים, מערכת ח כלל סא, כרך ג עמ' 49), כותבים שגם לדעה שגוי נתמעט מקנין חליפין, הוא יכול לקנות ולמכור בחליפין שוה בשוה, מפני שהם מדין קנין כסף. אמרי הצבי, ב"ק ע ע"א, ס"י סד, אות ב ואות ד, כותב כך בדעת תוס' קידושין ג ע"א (ד"ה ואשה), ומנמק שחליפין שווה בשווה יש בו קנין כסף וגם קנין משיכה (ראה בשמו בהערה 55), ולכן הוא מועיל בגוי, וזאת גם אם נכס אחד שווה הרבה פחות מהאחר, בתנאי שאינו מוסיף כסף על ההפרש, וגם אם זה סודר תמורת נכס יקר, משא"כ אם הסודר רק עושה את הקנין ונשאר חוב כספי על הקונה, שעליו נאמר "וזאת לפנים בישראל", וגוי נתמעט ממנו. אבל ס' המקנה קידושין ח ע"א (ד"ה תוד"ה ומאי ניהו), כותב שלפי הדעה שגוי נתמעט מקנין חליפין, הוא נתמעט גם מחליפין שווה בשווה. שו"ת שער אפרים ס"י עט (ד"ה ברם דבר), מעלה אפשרות שלדעת רש"י, שגוי קונה בכסף ולא במשיכה, דוקא קנין סודר מועיל בגוי, שהוא כעין נעל שמפורש בפסוק, ולא חליפין שווה בשווה.

<sup>43</sup> שו"ע, חו"מ, קצה, ו.

<sup>44</sup> יד רמה ב"ב פ"ח ס"י לט; קרית מלך רב, הלכות מכירה, ה, י; חי' הרי"ם חו"מ רג ס"ק ג; שושנת יעקב, קצה ס"ק א (בסופו) וס"ק ג; אבן האזל, הלכות מכירה יג, א (ד"ה והנה עוד); דברות משה, ב"ב, חלק ג, ס"י ה, ענף ד.

שושנת יעקב נימק, שחליפין כזה, שבו מקבל המוכר מהקונה תמורה שוות ערך למה שמכר, דומה לקנין כסף, שבו אמרו רוב הפוסקים שאין לו זכות זו כי הסתלק המוכר מהקונה עם קבלת הכסף; ודוקא בקנין סודר, שבו נשאר הקשר בין הצדדים, שהרי הקונה אמור למסור את הכסף, יש זכות חזרה זו. כך יש לדייק גם מסמ"ע, קצה, ס"ק יז, שנקט "משא"כ בקנין סודר, שאין הכלי שנותן לו הוא כמו שווי המקח". אבן האזל מנמק שחליפין שווה בשווה הוא ככסף לענין זה, ומועילה רק בקנין סודר, כי הוא רק מעשה לגמר קנין ולא החזיק בדבר הנקנה ולא נתן תמורתו, וכן שטר הוא קנין חשוב. דברות משה מנמק שלא עושים חליפין שווה בשווה פתאום, אלא מקפידים לבדוק תחילה האם שני הנכסים שווים זה לזה.

**דעה חולקת:** לחם שלמה (בולה), קונטרס קנין סודר, ס"י כז, כותב שלפי הנימוק של טור, חו"מ, קכו, א, שבקנין סודר יש זכות חזרה כל זמן שעוסקים באותו ענין כי הקונה אינו מחזיק בגוף הנכס הנקנה, גם בחליפין שווה בשווה תהיה זכות חזרה מטעם זה; וגם לטעם רא"ש, ב"ב, פרק ח, ס"י ה, שהמיוחד בקנין סודר הוא שהוא נעשה בפתאומיות, אפשר ש"לא פלוג רבנן" בין שני סוגי החליפין. יריס משה, חו"מ, קצה, הגהות הטור, אות כד, משיב על טענה זו, שבחליפין שווה בשווה, "האחד [המוכר] תופס גוף החפץ שנתן לו חברו חליפי מה שהוא נותן לו גם כן, והגם שעדיין חברו [הקונה] לא תפס גם כן החפץ שהוא נתן לו", אין זה משנה, "כיון שהאחד מהם מחזיק בגוף החפץ הנקנה, ומעכב לחברו שלא יוכל לחזור, גם הוא נמי אינו יכול לחזור בו" כי לא מצאנו חזרה לחצאין, שאחד יוכל לחזור ובעל דינו יוכל לחזור, "וזה דומה ממש למשיכה דכתבו הפוסקים דאין בהם חזרה, דהתם נמי כיון שמשך זה והחזיק בגוף החפץ, אף שהאחר עדיין לא נטל המעות, אין שניהם יכולים לחזור".

כמו כן, נתיבות המשפט רכז ס"ק יב, עוסק במחליף פירות בפירות, ונוקט שאם עדיין עסוקים באותו ענין, מועיל שומא אחרי המכירה לענין אונאה, משמע שסובר שמועילה חזרה.

<sup>45</sup> זמיר 124§.

ששמעון יתן לו חטים בעבור החפץ, ולא היו חטים באותה שעה ברשות שמעון, חייב שמעון לתת את החטים לראובן ואף שלא היה לו חטים בשעת העסקה, מפני שכשמעון משך את החפצים, נתחייב לתת לראובן חטים כמו שהתנה עמו, ואדם יכול להתחייב לתת דשבל"ע.<sup>46</sup>

#### סוג הנכס (סעיף 4)

לדעת זמיר, סעיף 4, שלפיו חוק המכר חל על מטלטלין, מקרקעין וזכויות, חל בחליפין כלשונו.<sup>47</sup> מטבע יכול להיות מושא לחליפין, אף שאי אפשר למכור מטבע.<sup>48</sup>

במשפט העברי, אף **קרקעות** נקנים בחליפין של שוה בשוה, שאם החזיק אחד מהם בקרקע של חבירו קנה חבירו את שלו, וגם החלפת קרקע במטלטלין מועילה בדרך זו.<sup>49</sup> לדעת הרשב"א, הוא מועיל, אבל לא מטעם חליפין אלא מטעם קנין כסף, וקנה הקרקע בדמי הקרקע שנתן לו.<sup>50</sup> גם במקום שרגילים לכתוב שטר על מכירת קרקע, שבמקום כזה אין תוקף לקנין כסף בלבד בלי שטר,<sup>51</sup> מועילים חליפין שווה בשווה בלי שטר, כי דוקא במכר חד כיווני, אין לקונה סמיכת דעת לקנות בלי שטר, כי הוא חושש שמא המוכר יחזור בו, כי אין אדם מוכר קרקע אלא מחמת אונס שהוא זקוק לכסף, ואולי לא יצטרך את הכסף, אבל כאן ששניהם מוכרים, סיבת המכר אינה מחמת אונס שהוא זקוק לכסף, אלא משום שכל אחד רוצה יותר בחלוף, ולכן כשצד אחד עשה מעשה קנין בנכס של האחר, סמכא דעתו של האחר שלא יחזור בו הראשון.<sup>52</sup>

יש סוברים שכשם שאין קונים בפירות או בכל **דבר שאינו כלי**, בתורת קנין סודר, כך גם אם החליפו אותם שוה בשוה ומשך האחד, לא קנה השני,<sup>53</sup> ומועיל רק כגון שהחליף דמי שור בפרה או דמי חמור בשור, שמכר לו שור במנה ונתחייב לו הלוקח המנה ואמר לו המוכר "הרי מעות שאתה חייב לי נתונות לך בדמי פרה", ואז קנה מטעם קנין כסף.<sup>54</sup> אחרים סוברים שדוקא קנין סודר,

<sup>46</sup> מחנה אפרים, הלכות מוכר דבר שלא בא לעולם, סימן ג; נתיבות המשפט, סי' קנ"ק ח, וסי' רג"ק ז.  
<sup>47</sup> זמיר 124§.

<sup>48</sup> זמיר 114§, הערה 15.

<sup>49</sup> תוספתא, קידושין, א, ו; ח"י הרמב"ן קדושין כח ע"א; ח"י הרשב"א, קדושין כח ע"ב; ח"י הריטב"א קדושין כח ע"א; ר"ן על הרי"ף, קדושין יא ע"ב (בדפי רי"ף); ח"י הריטב"א החדשים, ב"מ מז ע"א; ח"י הרשב"א ב"ב ג ע"א; ח"י הרי"ן ב"ב ג ע"א; מגיד משנה, הלכות שכנים ב, י; רא"ש ב"ב פ"א סי' ג; מישרים נתיב י ח"ג; שו"ע חו"מ רג, י, ושו"ת אבקת רוכל סימן קכח.

**דעה חולקת:** העיטור מאמר ב קנין (דף יב ע"ב במהד' רמ"י), כותב שבתוספתא שם מדובר "שעשאן דמים" (אולי כוונתו היא שראובן קנה קרקע משמעון, ובמקום לשלם לו, נתן לו קרקע משלו כתשלום - מה שנקרא ב"מ מו ע"ב "דמי שור בפרה"), אבל בסתם חליפין לא קנה, לשיטתו (הערה 53) שלא מועילים חליפין שווה בשווה בדבר שאינו כלי.

ח"י הרמב"ן קדושין שם מביא שיש אומרים שאין מועילים חליפין שווה בשווה בקרקע. אנציקלופדיה תלמודית ע' חליפין, הערה 530, כותב כך גם בדעת רמב"ם הלכות שכנים, ב, י, ע"פ ב"ח חו"מ, יב, ט.

<sup>50</sup> שו"ת הרשב"א ח"א סי' אלף רכו. מסוף תשובתו משמע שלדעתו גם במטלטלין, חליפין שווה בשווה אינו חליפין ממש, ונקרא חליפין רק משום שאין מקפידים. אולי כוונתו היא שחליפין ממש הם קנין סודר, וחולק על הדעה (ליד ציון הערה 35) שחליפין שווה בשווה נזכר בפסוק יחד עם קנין סודר.

<sup>51</sup> קידושין כו ע"א.

<sup>52</sup> שו"ת ר' בצלאל אשכנזי, סי' יז. נידונו הוא בהחלפת מיטלטלין בקרקע, ובזה הוא מוצא נימוק נוסף: דוקא בקנין כסף וכדומה, לא סמכה דעת הקונה, כי הוא חושש שמא יחזור בו המוכר, אבל בחליפי קרקע במטלטלין, כיון שבעל הקרקע משך את המטלטלין, והתחיל קנין הקרקע, סמכה דעתו של קונה הקרקע, כיון שקניית הקרקע וקניית המטלטלין הם כקנין אחד מאחר שהן תלויות זו בזו.

שו"ת הרשב"א שם מעלה אפשרות (על פי הגירסה המתוקנת במהד' מכון ירושלים) שבמקום שנהוג לכתוב שטר במכירת קרקע, לא קנה בחליפין של קרקע בקרקע בלי שטר, ואח"כ הוא מעלה אפשרות שקנה בלי שטר כמו שנאמר בקידושין שם לגבי המוכר שדהו מפני רעתה, שקונה בכסף בלבד כי יש למוכר גמירת דעת למכור. ר"ב אשכנזי מביא את הרשב"א כאילו מסקנתו היא שקונה בחליפין של קרקע בקרקע בלי שטר.

<sup>53</sup> העיטור מאמר ב קנין (דף יב ע"ב במהד' רמ"י); מגיד משנה, הלכות מכירה, ה, א, בשם "קצת מפרשים"; המאור ב"מ כז ע"א (בדפי הרי"ף); השגות הראב"ד, הלכות מכירה, יג, א; אנציקלופדיה תלמודית ע' חליפין, הערה 535, בדעת תוס' וראשונים נוספים, קדושין כח ע"ב (שהוכיחו מהמחליף פרה בחמור כו' שבע"ח נקרא כלי).

שו"ת אבקת רוכל סימן קכח, כותב שגם לדעה זו, אם החליפו כלי בדבר שאינו כלי, ומשך אחד את הכלי, נקנה הדבר שאינו כלי לצד השני.

<sup>54</sup> קדושין כח ע"א; ב"מ מו ע"ב.

שמחזיר לו הסודר ואינו נותנו אלא לקנין, צריך להיות דומה לנעל, ולכן מועיל רק בכלי אבל חליפין שוה בשוה בתורת דמים, קונים אף בפירות<sup>55</sup>, שלמדים מייתור הכתוב "ועל התמורה"<sup>56</sup>. בין בעלי הדעה השנייה, רבינו תם סבור שמועיל דוקא אם שניהם מאותו מין, כגון פירות בפירות, אבל לא פירות בבגד<sup>57</sup>, ואילו הרשב"א סובר שקונים זה את זה אפילו שאינם ממין אחד<sup>58</sup>.

**מטבע**, שאינו יכול לשמש בקנין סודר ואינו נקנה בקנין סודר, לדעת רוב הפוסקים אינו נקנה אף בחליפין שוה בשוה<sup>59</sup>. ואף לדעת הסוברים שפירות נקנים בחליפין שוה בשוה<sup>60</sup>, מייתור הכתוב "ועל התמורה", אין למדים מהכתוב מטבע<sup>61</sup>, משום שדעת האדם על הצורה שבמטבע, והיא עשויה להיבטל<sup>62</sup>; אלא שבהחלפת מטבעות זהב וכסף, משיכת מטבעות הזהב קונה את מטבעות הכסף לבעל הזהב מדין קנין משיכה (ולא בתורת חליפין שוה בשוה), כיון שמטבעות הזהב הם מיטלטלין ביחס למטבעות הכסף<sup>63</sup>. אבל רבנו תם סובר שחליפין שוה בשוה קונים אף במטבע, ודוקא בכיוצא בו, כגון מטבע במטבע, אבל לא מטבע בבגד<sup>64</sup>.

**שטר חוב**, לפי הדעה שאינו נקנה בקנין סודר<sup>65</sup>, אף אינו נקנה בחליפין שוה בשוה<sup>66</sup>.

דבר שאינו חשוב, ודבר שאינו מסויים, אף שנתמעטו מקנין סודר, נקנים בחליפין שוה בשוה<sup>67</sup>.

לדעת התוספות, כאשר אנחנו אומרים שבחליפין שוה בשוה קונים ונקנים אף דברים שאין קנין סודר מועיל בהם, מדובר דוקא ששני הנכסים שווים בערך, אבל אם אחד הנכסים שוה כפליים או יותר מן הנכס האחר, יחולו דיני קנין סודר<sup>68</sup>. אבל דעה אחרת היא שכל שלא נתחייב לשלם כסף מלבד החפץ שהוא נותן לקנין, הוא בכלל חליפין שוה בשוה, גם אם האחד שוה כפליים מן האחר<sup>69</sup>.

<sup>55</sup> ר"ת, המובא בתוס' ב"ק ע"ב (ד"ה באומר), בתוס' ב"מ דף מו ע"ב (ד"ה ופירי, וד"ה ולר"נ), ודף מז ע"א (ד"ה גאולה) (הובא בסי' המקנה קידושין ג ע"א (ד"ה שם בא"ד לכך, וד"ה בא"ד ויש לומר), ובשו"ת פרת יוסף (רוזין) סי' טו), בחי' הרשב"א ב"ק שם, בהגהות מיימוניות, הלכות מכירה ה, ה, אות ג, ובסמ"ג עשין פב (ד"ה אומר); חי' הרשב"א קדושין כח ע"ב (ד"ה ולדידי); מגיד משנה, הלכות מכירה, פרק ה, א (הובא בשו"ת שער אפרים סימן עט, ד"ה ברם דבר, ובאמרי הצבי, ב"ק ע ע"א, סי' סד, אות ב), ופרק יג, א (הובא בשו"ת הרדב"ז חלק ד סימן אלף שמ (רסט)), בדעת הרמב"ם; מישרים נתיב י חלק ג; ב"י סי' רג בדעת רה"ג והטור; שו"ת אבקת רוכל סימן קכח, גם בדעת הטור, הרמב"ן והר"ן; נתיבות המשפט רג ס"ק ג בדעת שו"ע חו"מ, רג, ג.

רמ"א, רג, א, מביא את שתי הדעות.

אמרי הצבי, ב"ק ע ע"א, סי' סד, אות ב, מנמק, שבחליפין שווה בשווה יש בו גם קנין כסף וגם קנין משיכה, כיון שאפשר לראות את משיכת הנכס הראשון כקנין משיכה, שמקנה את כסף המחיר (שכאן הוא הנכס השני), ואפשר לראות אותה כקנין כסף (כי הוא משמש תמורה לנכס השני) שמקנה את הנכס השני; ולכן הוא לא כפוף לדינים של קנין סודר.

<sup>56</sup> תוס' ב"מ מז ע"א (ד"ה גאולה).

<sup>57</sup> תוס' שאנץ, בשטמ"ק ב"מ מז ע"ב, בדעת ר"ת; חי' הרשב"א קדושין כח ע"ב, בדעת ר"ת.

<sup>58</sup> חי' הרשב"א קדושין כח ע"ב.

<sup>59</sup> תוס' ב"מ מז ע"ב (ד"ה ולר"נ); חי' הרשב"א קדושין כח ע"ב; מישרים נתיב י חלק ג; אנציקלופדיה תלמודית, ע' חליפין, הערה 552, בדעת הרמב"ם הלכות מכירה ו, ז, ובדעת תוס' שאנץ בשטמ"ק ב"מ מז ע"ב.

<sup>60</sup> ליד ציון הערה 55.

<sup>61</sup> תוס' ב"מ מז ע"ב (ד"ה ולר"נ).

<sup>62</sup> חי' הרשב"א קדושין כח ע"ב; שטמ"ק ב"מ שם בשם הר"פ.

<sup>63</sup> ב"מ מה ע"ב.

<sup>64</sup> ר"ת, המובא בתוס' שאנץ בשטמ"ק ב"מ מז ע"ב, בתוס' הרא"ש שם, ובחי' הרשב"א קדושין כח ע"ב.

<sup>65</sup> חי' הרשב"א קדושין כח ע"ב וב"מ מה ע"ב; ר"ן ונמוקי יוסף ב"מ שם.

<sup>66</sup> עי' סי' המקח שער יג, ושו"ת בית אפרים חו"מ סי' כ (ד"ה והנה רבינו).

<sup>67</sup> תוס' ב"מ מז ע"ב (ד"ה ולר"נ); תוס' שאנץ בשטמ"ק ב"מ מז ע"ב; מישרים נתיב י חלק ג.

<sup>68</sup> תוס' ב"מ מז ע"ב (ד"ה ולר"נ).

<sup>69</sup> חזו"א, חו"מ, ב"מ, ליקוטים, סי' כ, לדף מז ע"ב, בדעת תוס' ב"ק ע ע"ב (ד"ה באומר); אנציקלופדיה תלמודית, ע' חליפין, הערה 568, בדעת נתיבות המשפט, קצ ס"ק ד; אמרי הצבי, ב"ק ע ע"א, סי' סד, אות ב.



שניים שעשו הסכם עם מעשה קנין להחליף את כל רכושם זה עם זה - לדעת הריב"ש אין לכך תוקף, כיון שאין לצדדים סמיכות דעת, שהרי כל אחד אינו יודע כמה רכוש יש לאחר.<sup>70</sup> אבל לדעת תרומת הדשן החליפין תקפים, אם עשו מעשה קנין,<sup>71</sup> מפני שכל אחד יכול להעריך באופן כללי את רכושו של האחר, ולכן יש להם סמיכות דעת.<sup>72</sup> גם לדעת תרומת הדשן, אם ניכר שמראש לא התכוונו להחליף ממש, אלא שהתכוונו שיעריכו את הרכוש ויתן בעל הרכוש הגדול יותר לחבירו את העודף, כגון שעשו את העיסקה רק מפני שכל אחד טען שיש לחבירו יותר ממנו והוא צריך לשלם יותר מס, ולא שכל אחד חמד איש את החפצים או הקרקעות שיש לחבירו, קבלת שווי היא כמו החפץ עצמו, ולכל כל אחד יעמוד בשלו ויתן בעל הרכוש הגדול יותר לחבירו את העודף.<sup>73</sup>

### אי התאמה (סעיף 11)

אם נמצא מוס באחד הנכסים, החליפין בטלים, כיון שיש להניח שאילו ידע עליו מי שאמור לקבל אותו, לא היה מסכים לחליפין.<sup>74</sup>

אם זה מוס גלוי, החליפין קיימים, כיון שמקבל הנכס ראה אותו, מן הסתם, ומחל עליו. אבל אם ברור שלא ראה אותו, החליפין בטלים.<sup>75</sup>

אם נותן הנכס הפגום מציע לתקן את המוס, מקבל הנכס חייב לקבל את הצעתו אם המוס הוא צדדי, אבל מוס שהוא בגוף הנכס, אינו חייב לקבל את הצעת התיקון, מפני שאז הנכס יהיה בגדר "פנים חדשות", אלא החליפין בטלים.<sup>76</sup>

אם צד אחד נתן פחות מן הכמות המוסכמת, יחזיר לצד השני באופן יחסי חלק ממה שקיבל ממנו, בהתאמה, ואינו צריך להשלים לסכום שהוסכם.<sup>77</sup>

### אחריות על טריפה בגין פגם בזכות (סעיף 18)

ראובן ושמעון שהחליפו את קרקעותיהם זה עם זה, ונושהו של ראובן טרף משמעון את הקרקע שהיתה של ראובן, ראובן חייב לשפות את שמעון כאילו קיבל על עצמו אחריות בפירוש לשפותו, כמו שבמכר הכלל הוא שגם אם לא נכתבה אחריות בשטר המכר, מניחים שהתכוונו לכך אלא שהסופר טעה והשמיט אותה ("אחריות טעות סופר"); וכשם שבמכר, הקונה לא היה נותן את כספו בחנם, כך בחליפין, כל צד אינו נותן את קרקעו בחנם, שהרי הוא יודע שהנכס שהוא נותן

<sup>70</sup> שו"ת הריב"ש סי' רסג.

הוא כותב שאם הוסכם שמי שיחזור בו, ישלם קנס, אין לכך תוקף, מפני שזו אסמכתא.

<sup>71</sup> תרומת הדשן, שו"ת, סימן שיא.

שתי הדעות הובאו ברמ"א, חו"מ, רג, י; ואילו ברמ"א, חו"מ, רט, ג, מביא רק את דעת הריב"ש.

אבל ש"ך, חו"מ, רג, ס"ק ו (ובקיצור בסי' רט ס"ק ג) כותב שגם לדעת תרומת הדשן, העיסקה בטלה מטעם אסמכתא, והוא מכיר בעיסקה רק במצב שעשו קנין בבית חשוב וכדומה, שמבטל את האסמכתא.

תרומת הדשן כותב שאם לא עשו מעשה קנין, והוסכם שמי שיחזור בו, ישלם קנס לצדקה, וחזרו בהם, הם פטורים מהקנס, משום שהעמידו את הקנס רק כדי שלא יחזור בו צד אחד נגד רצון חבירו, אבל אם אין אחד תובע את חבירו, נחשב כאילו התקיים החיוב.

<sup>72</sup> שו"ת חוות יאיר סימן קסג.

<sup>73</sup> תרומת הדשן, שו"ת, סימן שיא.

<sup>74</sup> מחנ"א הלכות מכירה, דיני אונאה, סי' ט; נתיבות המשפט רכו' ס"ק יב (הובא בשו"ת גליא מסכת, חו"מ, סי' י, דף יד ע"א); פתחי תשובה, חו"מ, רכו' ס"ק יג; שו"ת ר"י מיגאש סי' נא (הובא בהגהות מרדכי כתובות סי' רצב, במישרים, נתיב יא, חלק ו, בשו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן שב, ובדרכי משה, חו"מ, רלב, ס"ק א).

שו"ת הרדב"ז חלק ד סימן אלף שמ (רסט), כותב בדעת הרמב"ם, שאין החליפין בטלים בגלל המוס, שכיון שכל צד רוצה בכלי זה יותר מבחליפיו (כדבריו לענין אונאה, ליד ציון הערה 82), הרי הוא רוצה בו אף במומו. אבל במסקנתו הוא כותב שהחליפין בטלים, משום שהוא לומר "כלי שלם הייתי צריך".

<sup>75</sup> שו"ת ר"י מיגאש שם.

<sup>76</sup> שו"ת ר"י מיגאש שם. על דבריו אלו ראה חוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 152-155.

<sup>77</sup> תשובת הרי"ף בשו"ת פאר הדור סי' קעב.

אינו גזול ואינו משועבד לבעל חוב, ולכן הוא רוצה שהנכס שהוא מקבל בחליפין יהיה עם אחריות.<sup>78</sup>

עם זאת, אחים שחילקו ביניהם את ירושת אביהם, שהם כאילו כל אחד מהם מכר לאחיו את החלק שנפל לו בירושה, אין להם אחריות זה על זה למקרה שנושה של אביהם יטרוף את חלקו של אחד מהם, מפני שתמורת הנאתו מכך שהוא אינו מקבל אחריות כלפי אחיו, הוא מסכים לחליפין אף שאין אחיו מקבל אחריות כלפיו.<sup>79</sup> ההבדל בין זה לחליפין רגילים הוא, שבאחים, יש סיכון שווה בכל אחד מהחלקים, כיון שכל אחד מהם יכול להיות גזול, ויכול להיות שנושה של האב יטרוף מכל אחד מהם, והיות ששניהם עומדים בסיכון שווה, שניהם רוצים שלא יהיה חיוב על אף אחד מהם; אבל כאן, צד שמחליף נכס שלו ויודע ששום טורף לא יבוא עליו, מן הסתם לא ימסור אותו בחינם ויטול נכס של חבירו שאינו יודע אם יבוא עליו טורף, וא"כ מן הסתם הוא רוצה שכל אחד יקבל אחריות על שלו.<sup>80</sup>

### אונאה במחיר (סעיף 19)

לדעת זמיר, לגבי סעיף 19, חובת קבלת הממכר חלה על חליפין, ולא חובת תשלום המחיר.<sup>81</sup>

במשפט העברי, עלתה השאלה האם דיני אונאה שנאמרו במכר חלים גם בחליפין שווה בשווה. ההכרעה שנתקבלה להלכה היא, שהמחליף כלים בכלים או בהמה בבהמה, גם אם יש הבדל גדול בין שווי של זה לשווי של זה, כגון מחט ושריון, אין בו דין אונאה, מפני שייתכן שאחד זקוק

<sup>78</sup> קצות החושן, קטז, ס"ק ג; נתיבות המשפט, קטז, ס"ק ב; שו"ת שבות יעקב ח"א סי' קנג. קצות החושן מביא ראיה מתשובת ר"י מיגאש, המובאת בהגהות מרדכי כתובות סי' רצב (הובא בדרכי משה, חו"מ, רלב, ס"ק א), האומר "וחליפין הרי הם כמכר ומקבל כל אחד ואחד אחריות על חבירו להעמיד החילוף בידו, ואם יש לו אחריות טורף, ואם לאו גובה מבני חורין". כנראה הוא מבין את המלים "ואם לאו" - שכוונתו אם אמר בפירוש שאינו מקבל אחריות. אבל אפשר לפרש שבתחילת דבריו הוא אינו מתכוון לאחריות במובן הנידון כאן, פיצוי על טריפה, אלא אחריות להעמיד את הנכס בלי פגמים, שזה הנידון שם, ועל כך הוסיף ש"אם יש לו אחריות", היינו שכתב אחריות (מהסוג שנידון כאן) במפורש, טורף. יש להעיר שבמקור הדברים, שו"ת ר"י מיגאש סי' נא, חסר הסיוס בענין אחריות.

**דעה חולקת:** שו"ת צמח צדק (קרוכמל) סי' ד, ושו"ת עבודת הגרשוני סי' קז, כותבים שבחליפין אין אומרים אחריות טעות סופר, מפני שיש להניח שכל צד מוותר על האחריות על הנכס שהוא מקבל, תמורת זה שאינו צריך לקבל עליו אחריות על הנכס שהוא נותן. הם הביאו ראיה מדין האחים שחלקו, שליד ציון הערה 79. שתי התשובות הן על אותה שאלה, ועבודת הגרשוני מביא את סברת הצמח צדק (שהיה חותנו) בקיצור ומסכים אתו.

צמח צדק מוסיף, שגם אם שני הנכסים לא היו שווים בערכם, ובעל הנכס הזול שילם לבעל הנכס היקר את ההפרש ביניהם, אין בעל הנכס היקר חייב באחריות (אם לא התנו כך בפירוש) על התשלום הזה לפי הכלל שאין אדם זורק את ממונו סתם, כי כמו שבעל הנכס הזול מחל לו על האחריות כנגד ערך הנכס שלו, הוא מוחל גם על האחריות שכנגד הכסף, מה גם שאילו התכוון שיהיה חייב באחריות, היה צריך לכתוב זאת בשטר כיון שעל שאר שווי הנכס אין לו אחריות.

באותו נידון, ראובן היה חייב חוב שהשתווה לשווי שני הנכסים, והנושה לקח את הנכס שהיה של ראובן ועבר לשמעון, כי שעבודו קדם להחלפה, ולקח גם את הנכס שהגיע לראובן אחרי החלפה, מטעם שעבוד "דאקנה". שמעון טען שיש לו זכות לקבל את הנכס שהגיע לראובן אחרי החלפה, בגלל אחריותו של ראובן כלפיו על כך שנושה לקח ממנו את הנכס שהיה משועבד לו (לראובן); ועל כך פסקו שאין אחריות בסתם. אבל בן המחבר, בהגהה שם, כותב שגם אם ראובן קיבל על עצמו אחריות בפירוש, זכותו של שמעון אינה עדיפה על של הנושה, כיון שהשעבוד של שניהם על הנכס שהגיע לראובן חל באותו רק שהגיע לראובן, ואם כן יש לחלק ביניהם את הנכס בשווה. הוא מוסיף שיתכן שהנושה זוכה בכול, כי שעבודו מוקדם לשל שמעון, שהרי שעבודו של שמעון בא מכח זה שראובן מכר לו את הנכס האחר וקיבל אחריות, ושעבודו של הנושה בא מכוח זה שראובן קנה את הנכס הזה משמעון, ו"שמא מכר לו [ראובן לשמעון] אחר שקנה [ראובן משמעון]". דבריו קשים, שהרי בחליפין שני הקניות הן בבת אחת, ועוד, אם יש ספק שמא אחד קדם, אין סיבה להעדיף את הנושה, שהרי ייתכן שהסדר היה הפוך.

עיי' שבות יעקב שם, בסופו, בשאלה האם הנושה יכול לטרוף משמעון אם ראובן קיבל על עצמו אחריות.

<sup>79</sup> רשב"ם ב"ב קז ע"א (ד"ה כלקוחות).

<sup>80</sup> קצות החושן שם; נתיבות המשפט שם.

שבות יעקב שם מסביר את ההבדל בדרך אחרת: שם מדובר באחריות על חיוב שאינו מחמתם אלא מחמת אביהם, וכיון שחלקו, יש להניח שלא קבלו אחריות זה כלפי זה, אלא כל מה שייטרף מאחד מהם מכח אביהם, מזלו הרע גרם, והאחר א"צ לשלם זה לזה; אבל בחליפין שהוא כמכר, "מה לי הן מה לי דמיהן", אדם אינו מוסר את הנכס שלו בחינם כתשלום על הנכס האחר, בעוד שהוא יודע שהנכס שלו נקי משעבוד, וחושש שהנכס האחר יש עליו עוררים.

<sup>81</sup> זמיר 124S.

למחט דוקא כדי לתפור את בגדו, ואינו זקוק לשריון, כי אין עכשיו מלחמה, ולכן הסכים לתת שריון תמורתו, וכן המחליף טלה בסוס, ייתכן שהוא צריך לאכול בשר ואינו צריך לרכוב ולכן מוכן לתת סוס תמורת הטלה;<sup>82</sup> ולכן אפילו בהפרש של יותר מששית ערך, אין דין ביטול מקח בגלל האונאה;<sup>83</sup> אבל המחליף פירות בפירות, בין ששמו אותם קודם ובין ששמו אותם אחר כך, יש בהם דין אונאה.<sup>84</sup>

<sup>82</sup> רמב"ם, הלכות מכירה, יג, א; טור חו"מ, רכז, כב-כג; שו"ע חו"מ, רכז, כ (הובא בשו"ת גליא מסכת חו"מ, סי' י, דף יד ע"א); שו"ת הרדב"ז ח"ד סימן אלף שמ (רסט).

שו"ת שבות יעקב ח"א סי' קסו, מקשה על נימוק זה, הרי גם בקונה כלי בכסף אפשר לומר שאין בו דין אונאה כי הוא מוכן לשלם הרבה כיון שהוא זקוק לכלי? לכן הוא מפרש שכוונת הרמב"ם היא שהחלפת כלי בכלי אינה מצויה, כדבריו ליד ציון הערה 91. דבריו קשים, שהרי א"כ לא היה לרמב"ם להזכיר שיייתכן שהמחט חשוב לו יותר. בפשטות טעם הרמב"ם שייך דוקא בהחלפת כלי בכלי, שיייתכן שבעל השריון זקוק דוקא למחט ולא לשריון, ולכן השריון שווה בעיניו פחות ממחט, ולכן הוא מוכן להחליף אותו תמורת מחט שערכו בשוק קטן הרבה יותר; אבל לגבי מי משלם הרבה כסף עבור מחט, אין לומר שכסף אינו שווה בעיניו שהרי כסף יכול לשמש דברים רבים.

לדעת מגיד משנה, הלכות מכירה, יג, א, בדעת הרמב"ם, כסף משנה, הלכות מכירה, יג, א, בדעת הרמב"ם, רדב"ז שם בדעת הרמב"ם, סמ"ע, רכז, ס"ק לה, שו"ת מהרש"ך חלק ב סימן ריח, ונתיבות המשפט, רכז, חידושים ס"ק יט, הדין כך אפילו שמו אותם קודם ומקפידים על דמיהם. אבל לדעת סמ"ק מצווה רעב, מחנה אפרים הלכות מכירה, דיני אונאה, סימן ח, ושו"ת שאילת יעבץ ח"ב סי' קסא, מדובר דוקא שלא שמו אותם קודם ואינם מקפידים. הרדב"ז עצמו שם פוסק שבמחליף כלי בכלי או בהמה בבהמה, אם שמו אותם במעות יש בהם דין אונאה, אבל אם לא שמו אותם, גם אם צד אחד ראה את הכלי או את הבהמה, אינו יכול לחזור בו אם נתאנה, מפני שמה שראה אותה היה רק כדי לבדוק אם היא טובה וראויה לו, ולא כדי לשום אותה, שהרי לא עשה שומא מפורשת.

ערך לחם חו"מ רכז, כ, כותב בשם שו"ת הרדב"ז סי' תשעה, שאם החליף כלים בכסף וכלים, כלומר שצד אחד הוסיף כסף מפני שהכלי שלו היה שווה פחות, יש דין אונאה לנותן הכסף. אבל לא מצאנו זאת בשו"ת הרדב"ז.

**דעות חולקות:** לדעת ר"ן ונמוקי יוסף שם בשם רמב"ן; ח"י הריטב"א קדושין כח ע"א (ד"ה אמר רב יהודה); שו"ת הרדב"ז חלק ד סימן אלף שמ (רסט), בדעת השגות הראב"ד, הלכות מכירה, יג, א; אנציקלופדיה תלמודית, ע' חליפין, הערה 594, בדעת ח"י הרשב"א, נדרים מח ע"א (סוף ד"ה ועוד), ובדעת ח"י הריטב"א החדשים, ב"מ מז ע"א - בכל חליפין יש דיני אונאה.

דעה הפוכה היא שבכל חליפין אין דיני אונאה: תשובת הרי"ף שבשו"ת פאר הדור סי' קעב, ובקיצור בשטמ"ק ב"מ מו ע"ב; אנציקלופדיה תלמודית, ע' חליפין, הערה 589, בדעת רש"י ב"מ מז ע"א (ד"ה דמכור); תשובת ר"י מיגאש, המובאת בשטמ"ק ב"מ מו ע"ב; מאירי, ב"מ מז ע"א (ד"ה קנה); חוקות הדיינים סי' רב, במהד' מכוון הרי פישל (=סי' קס במהד' חמשה קונטרסים), בשם ר"ח; כ"מ, הלכות מכירה פ"ג ה"א, בשם תלמידי הרשב"א.

תשובת הרי"ף שם, כ"מ שם, ושו"ת עבודת הגרשוני סי' קה, נימקו, שבפרשת אונאה נאמר: "וכי תמכרו ממכר וגוי אל תוננו" וגוי (ויקרא כה, יד), והמלה "ממכר" מלמדת שמדובר רק במכר ולא בחליפין, ולכן כל סכום שהסכימו עליו מחייב אותם. שבות יעקב ח"א סי' קסו, כותב שלפי נימוק זה, שזה גזירת כתוב, אם האונאה גבוהה מפי שתיים, יש דין אונאה גם בחליפין, לפי הדעה (רמ"א, חו"מ, רכז, כ) שאף שקרקע נתמעטה מדין אונאה מגזירת הכתוב, יש בה דין אונאה אם האונאה גבוהה מפי שתיים; ואילו לפי הטעם של הרמב"ם (ליד ציון הערה 82), שיתכן שצד זה צריך דוקא את הנכס הזה, גם ביותר מפי שתיים אין דין אונאה. הוא עצמו מסכים לטעם הרמב"ם, כיון שגם חליפין נקרא "מכר", כאמור ליד ציון הערה 33, ועוד שהמלה "ממכר" אינה מיותרת, שהרי תורת כהנים פ' בהר פרשה ג, לומד ממנה לרבות מטלטלין (אף שהפרשה עוסקת בקרקע).

עבודת הגרשוני כותב שגם הרמב"ם סובר שזה גזירת הכתוב, ומה שנימק (ליד ציון הערה 82) שיתכן שאדם זה צריך דוקא מחט הוא כדי להסביר מדוע ממעטים חליפין מהמלה "ממכר" ומרבים ממנה שכירות לענין אונאה (תוס', ב"מ נו ע"ב, ד"ה והאל), ולא להיפך.

ח"י הריטב"א החדשים, ב"מ מז ע"א, דוחה נימוק זה, שהרי א"כ גם במכר בחליפין בקנין סודר אין דין אונאה, וזה בוודאי לא נכון.

**הבחנות שונות:** ח"י הרמב"ן ב"מ מז ע"א (הובא במישרים נתיב ט ח"ג, בסופו), כותב שאם ניכר שהצדדים אינם מקפידים על השווי, אין בהם דין אונאה, אבל בכל חליפין, כגון שמחליף כלי בכלי וראה אותו, יש דין אונאה. מחנה אפרים הלכות מכירה, דיני אונאה, סימן ו, בסופו, העיר על הסתירה מדברי הנמוקי יוסף שם בשם הרמב"ן.

יש להעיר שבקדושין מב ע"ב נאמר שבאחים שחלקו יש דין אונאה, אף על פי שדינם כמחליפים. שאילת יעבץ שם כותב שדוקא להוציא ממון מהצד המאנה אין דין אונאה בהחלפת כלים בכלים או בהמה בבהמה, אבל אם המתאנה מוחזק, אין מוציאים ממנו את סכום אונאה.

<sup>83</sup> רדב"ז שם, בדעת הרמב"ם.

<sup>84</sup> רמב"ם שם; טור שם; שו"ע שם.

מחנה אפרים הלכות מכירה, דיני אונאה, סימן ח, מסביר שאם שמו את הפירות אח"כ, יש להם דין אונאה אף שאם הקפידו רק אח"כ אין זה סיבה לבטל את המכר, כי הדבר מוכיח שמראש עשו את העיסקה על דעת שוויים (כך נראית כוונתו).

טעמים אחדים ניתנו להבחנה בין כלים ובהמה לבין פירות: (א) כלי מתקיים יותר מפירות.<sup>85</sup> (ב) אפשר לעשות חליפין של קנין סודר בכלי או בהמה, ודרך חליפין של קנין סודר הוא שבנעל קטן קונים דבר גדול,<sup>86</sup> מה שאין כן בפירות שאי אפשר לעשות בהם קנין סודר, וכיון ששמו אותם חל עליהם דין מכר, שיש בהם דין אונאה.<sup>87</sup> (ג) בהחלפת פירות, מן הסתם דעת הצדדים היא על שומת דמים.<sup>88</sup> (ד) שומת פירות ידועה לכל ולכן הם כמו כסף.<sup>89</sup>

לדעת הרדב"ז, בהחלפת כלי או בהמה בפירות, אין דין אונאה למקבל הכלי, מפני שהוא זקוק לאותו כלי, אבל יש דין אונאה למקבל הפירות.<sup>90</sup> אבל ר' יעקב ריישר סובר שאף למקבל הכלי יש דין אונאה, ורק בהחלפת כלי בכלי אין דין אונאה, מפני שזה דבר שאינו מצוי כל כך, שיזדמנו יחד שניים שצריכים ורוצים להחליף כלים זה עם זה במקום למכור ולקנות תמורת כסף, אבל בהחלפת כלי בפירות, היות שיש לפירות שער בשוק, דינם ככסף, והרי זה כמכר, שיש בו דין אונאה.<sup>91</sup>

כלים או בהמות העומדים לסחורה, הרדב"ז סובר שלכל הדעות יש בהחלפתם דין אונאה, שהרי לא שייך בהם הטעם שזה רוצה בדבר זה יותר מבדבר זה ששוה יותר, ורק בשל בעל הבית אין דין אונאה.<sup>92</sup> אבל פוסקים אחרים סוברים שגם בהחלפת כלים או בהמות העומדים לסחורה אין דין אונאה.<sup>93</sup> נתיבות המשפט עושה הבחנה: אם שמו אותם קודם לכן או אח"כ, יש להם אונאה, אבל אם לא שמו אותם כלל אין להם אונאה, כמו בפירות.<sup>94</sup>

### העברת הבעלות (סעיף 33)

לדעת זמיר, סעיף 33, בענין העברת הבעלות, יחול על כל צד לגבי הנכס שעליו להקנות.<sup>95</sup>

במשפט העברי, ראובן ושמעון, שלכל אחד מהם היה נכס, והעריכו אותם כמה שוה כל אחד מהם, והסכימו להחליפם זה בזה, ומשך ראובן את הנכס של שמעון, נקנה הנכס שלו לשמעון בכל מקום שהוא, ואין שום אחד מהם יכול לחזור בו.<sup>96</sup> על כן, אם הנכס שהיה של ראובן אבד, הוזל או

---

נתיבות המשפט, רכז, ס"ק יב, כותב שמה שנאמר שהדין כך גם אם שמו אותם אחר כך, הוא דוקא אם עדיין היו עסוקים באותו ענין כששמו אותם, אבל אין סברה שיועיל שומא זמן רב אחרי המכירה. כסף משנה, הלכות מכירה, יג, א, כותב שלפי הרמב"ם, אם לא שמו את הפירות לא קודם מכירה ולא אח"כ, אלא אמר "צבור פירות זה בצבור פירות זה אני מחליף", אין בו דין אונאה.

<sup>85</sup> מגיד משנה שם.

<sup>86</sup> סמ"ג לאוין קע (הובא בשו"ת מהרשד"ם חושן משפט סימן שפג). כעין זה נימקו שו"ת מהרש"ך ח"ב סי' ריח, וסמ"ע רכז ס"ק לו, שכלי אפשר ללמוד מחליפין של קנין סודר, שאין בו אונאה אף שהסודר שווה הרבה פחות מהנכס הנקנה.

מהרש"ך מעיר שנימוק זה מתקבל רק לשיטה (ראה אנציקלופדיה תלמודית, ע' חליפין, ליד ציוני הערות 190-195, על המחלוקת) שאפשר לעשות קנין סודר בבעלי חיים, שהרי הרמב"ם אומר שגם בהחלפת בהמה בבהמה אין אונאה.

<sup>87</sup> סמ"ע שם; מהרש"ך שם.

<sup>88</sup> הגהות רבנו פרץ, על סמ"ק מצוה רעב, אות ג.

<sup>89</sup> לבוש, חו"מ, רכז, כ; שו"ת שבות יעקב ח"א סי' קסו (אם יש להם שער בשוק).

<sup>90</sup> שו"ת הרדב"ז שם.

<sup>91</sup> שבות יעקב שם; פתחי תשובה, חו"מ, רכז, ס"ק יב.

<sup>92</sup> שו"ת הרדב"ז שם.

<sup>93</sup> מחנה אפרים הלכות מכירה, דיני אונאה, סי' י, בדעת הר"י ור"י מיגאש, המובאים בשטמ"ק ב"מ מו ע"ב; ערך לחם חו"מ רכז, כ, בדעת הרמב"ם; בני חיי, חו"מ, רכז, הגה"ט אות ה (הובא בבאר היטב חו"מ רכז, ס"ק כח).

שו"ת מהרשד"ם חושן משפט סימן שפג, מסופק בשאלה זו.

<sup>94</sup> נתיבות המשפט, רכז, ס"ק יב. קרית מלך רב שם כותב שהרדב"ז מסכים לזה.

<sup>95</sup> זמיר 124§.

<sup>96</sup> רמב"ם מכירה ה, א; טור, חו"מ, רג, ב; שו"ע, חו"מ, רג, א.

אבן האזל, הלכות מכירה יא, יא, כותב שהרמב"ם סובר שאם התנה הקונה לשלם חפץ מסוים תמורת הממכר, הוא חייב לתת את החפץ (ראה בשמו בסעיף 1 לענין מכר חוזר), אבל זו התחייבות ולא קנין, ואם למכור הקונה את הדבר המסוים שהתחייב לתת, המוכר אינו יכול להוציא אותו מיד הקונה השני כיון שלא

התייקר, האבדן, הזול והייקור הם על חשבוננו של שמעון<sup>97</sup>. כך גם אם קנה ראובן את הנכס של שמעון באחת מדרכי הקנין האחרות, כגון בקנין סודר או בקנין אגב<sup>98</sup>.

גם אם שני הצדדים רוצים לחזור בהם, אחרי הקנין, אינם יכולים, אלא אם כל אחד יקנה בחזרה את הנכס שקיבל<sup>99</sup>.

הכתוב "שלף איש נעלו ונתן לרעהו" (רות ד, ז), העוסק בחליפין שווה בשווה<sup>100</sup>, מלמד שדי במשיכת האחד כדי ששני הצדדים יקנו כל אחד את הנכס של אחר<sup>101</sup>.

לדעת ר' יוסף מטראני, אף על פי שקנין משיכה קונה רק מדרבנן, הרי בחליפין שווה בשווה, משיכת האחד קונה מן התורה, שהרי מן התורה כסף קונה במטלטלין, וכשאחד מושך את החפץ של חברו, הוא כאילו מקבל כסף על החפץ שלו<sup>102</sup>.

אף על פי שתיקנו חכמים שלא יועיל במטלטלין קנין כסף, שמא לא יטרח המקנה להציל את החפץ הקנוי לחבירו ("שמא יאמר לו נשרפו חטיך בעליה")<sup>103</sup>, לא תיקנו כך בחליפין שווה בשווה, שהרי אילו הדין היה שלא יקנו עד שימשכו שניהם, הרי אם רק ראובן משך, הוא לא היה טורח להציל את החפץ שמשך, כיון שאינו שלו<sup>104</sup>.

גם בחליפין שמקפידים על השווי, ששיערו כמה שוים שני הנכסים, קנו שניהם במשיכת אחד מהם<sup>105</sup>, ואין אומרים שהיות שמקפידים על השווי, דינם כקנין כסף שאינו מועיל במטלטלים, שהרי הכתוב המלמד על קנין חליפין במשיכת אחד מדבר במצב הרגיל, שהצדדים מקפידים שיהיו החליפין שווים בערך, ואף על פי כן המשיכה קונה<sup>106</sup>.

חליפין שווה בשווה, יש סוברים שצריכים שומא, שידעו כמה שווה כל אחד מהם, אבל אם לא עשו שומא, יכול כל אחד לומר שהוא חשב ששווה יותר, ולא סמכה דעתם להקנות זה לזה<sup>107</sup>. אבל

---

קנה אותו בקנין. נראה שהוא מדבר באופן שהקונה לא עשה מעשה קנין בממכר, ולכן החפץ לא נקנה למוכר.

שו"ת שאילת יעבץ חלק ב סימן קסא, כותב שיש לדון האם שמעון קנה את הנכס של ראובן, אם מדובר ב**נכס שאינו מסוים**, כגון כמות מסוימת של כלי בדיל, שהרי הם מחוסרים ברירה, ובדאורייתא אין ברירה, ואולי לא סמכה דעתו.

<sup>97</sup> שו"ת אבקת רוכל סימן קכח; סמ"ע, רג, ס"ק ו.

<sup>98</sup> נתיבות המשפט, רג, ס"ק ג; המקנה קדושין כח ע"א, על תוס' ד"ה כל הנישום; פרישה קנו ס"ק ב. אבל אבן אבן האזל הלכות מכירה, ה, ב, כותב שאם בעל פרה לא משך את החמור אלא קנה אותו בקנין סודר, לא קנה בעל החמור את הפרה, כי עיקר החליפין כבר נעשה ע"י חליפי החמור בסודר, אלא שנתחייב לתת לו הפרה כפסיקת מחיר למכר, אבל אם מכר את הפרה לצד שלישי, הצד השלישי קנה אותה, ובעל הפרה יצטרך רק לשלם לבעל החמור כסף בשווי הפרה.

<sup>99</sup> תרומת הדשן, שו"ת, סימן שיא.

הוא נוקט שלא מועילה מחילת שמעון אם הוזקק ראובן להרבות עליו רעים לשכנע אותו למחול לו, שמראה שמראש רצה שמעון לזכות בהחלפה. נראה שכוונתו לומר שאם אחרי מעשה הקנין חזרו בהם שני הצדדים בלי מאמצי שכנוע, הדבר מוכיח שמראש לא היתה להם גמירת דעת.

<sup>100</sup> כאמור ליד ציון הערה 35.

<sup>101</sup> נמוקי יוסף ב"מ מז ע"א.

<sup>102</sup> קרית ספר הלכות מכירה, פרק ה.

<sup>103</sup> ב"מ מו ע"ב.

<sup>104</sup> ח"י הרמב"ן ב"מ מח ע"ב; ח"י הר"ן ב"מ מז ע"א; נמוקי יוסף ב"מ מז ע"א; ראב"ן ב"מ פרק ד; קרית ספר הלכות מכירה, פרק ה.

<sup>105</sup> רמב"ם מכירה ה, א; טור, חו"מ, רג; שו"ע, חו"מ, רג, א.

<sup>106</sup> רבא, בב"מ מז ע"א.

<sup>107</sup> ס' המקח לרה"ג, שער מא; ר"ח המובא בס' המאור ובמלחמות ה' ב"מ מז ע"א, בח"י הריטב"א קדושין כח ע"א, ובח"י הרמב"ן ב"מ מז ע"א וקדושין כח ע"א.

פוסקים אחרים סוברים שאין צריך שומא<sup>108</sup>, שהרי קנין סודר מועיל אף בכלי שאין בו שוה פרוטה, וחליפין שוה בשוה נלמד מקנין סודר<sup>109</sup>.

אם החליפו חמור בפרה וטלה, ומשך בעל החמור את הפרה ולא משך את הטלה, לא קנה כלל, כיון שאין כאן משיכה גמורה<sup>110</sup>. יש סוברים שדוקא באופן זה, שאין החמור ראוי ליחלק, ולא עלה על דעתם להיות שותפים בו, אמרו שלא קנה, אבל בדבר הראוי ליחלק, כגון שהחליפו פרה וטלה בכור חטים, אם משך בעל החטים את הפרה, בעל הפרה קנה חטים בשווי של הפרה<sup>111</sup>, ואף אחד מהם אינו יכול לחזור בו מהקנין החלקי, כי שניהם יודעים שהקנין חל רק במקצת, שהרי נעשה קנין רק במקצת, ולכן יש להניח שגמרו בדעתם לקנות כל חלק בתורו, וסומכים על שמאים בקיאים שיקבעו איזה חלק מהחטים שווה לפרה<sup>112</sup>. ויש סוברים שגם אז לא קנה כלל<sup>113</sup>, מפני שכל צד יכול לטעון שהוא רוצה דוקא את כל הנכס (או הנכסים) שהיה אמור לקבל לפי ההסכם שביניהם, ואינו מוכן לעיסקה חלקית<sup>114</sup>. לדעת הרשב"א, מה שנאמר שאינו קונה כלל הוא רק כשכל אחד יוצא ונכנס ותובע את חליפיו, אבל אם לא כן, משיכת הפרה בלבד קונה<sup>115</sup>.

חליפין שוה בשוה הם כקנין כסף לענין זה שהצדדים יכולים לקבוע שהוא יחול רק לאחר זמן, ואפילו נתאכלו המעות<sup>116</sup>, אף שקנין סודר אינו מועיל לאחר זמן<sup>117</sup>.

## נכס תמורת עבודה

סוג אחר של הקניית נכס שאינו תמורת מחיר, הוא עיסקה של נכס תמורת עבודה. על עיסקה כזאת יחולו דיני המכר ודיני הקבלנות. הספק של הנכס הוא מוכר מבחינת חיובו למסור, ומזמין מבחינת זכויותיו. נותן השירות הוא קבלן מבחינת חיובי העשייה שלו, וקונה מבחינת זכויותיו ביחס לנכס<sup>118</sup>.

<sup>108</sup> תשובת הרי"ף שבשו"ת פאר הדור סי' קעב; המאור שם; ר"ן על הרי"ף, קדושין יא ע"ב (בדפי הרי"ף); מישרים נתיב י חלק ג.

<sup>109</sup> חי' הריטב"א קדושין כח ע"א (ד"ה אמר רב יהודה).

<sup>110</sup> ב"מ מז ע"א; רמב"ם מכירה ה, ב; מאירי, ב"מ מז ע"א (ד"ה החליף); מישרים נתיב י חלק ג; טור חו"מ, רג, ב; שו"ע, חו"מ, רג, ב.

<sup>111</sup> רשב"א ב"מ מז ע"א, הובא במגיד משנה, הלכות מכירה ה, ב; נמוקי יוסף ב"מ כח ע"א (בדפי הרי"ף) בשם הרי"ן; שו"ת הרדב"ז ח"א סי' תנ; טור חו"מ רג, ב, בשם י"א; שו"ע שם בשם י"א. לחם משנה, הלכות מכירה ה, ב, מקשה, מדוע לא קנה את כל החטים, הרי מי שנותן תשלום חלקי כערבון, קונה את כל הנכס, והשאר נוקף עליו כחוב (רמב"ם, מכירה, ז, א)? ותירץ, וגם אבן האזל הלכות מכירה, ה, ב, מתרץ, ואין דבריהם ברורים.

<sup>112</sup> נתיבות המשפט, קפב, ס"ק ח.

<sup>113</sup> טור שם בשם הרא"ש; תלמיד הרשב"א בשיטת הקדמונים קדושין שם, גם בדעת הרמב"ם; שו"ת הרדב"ז ח"א סי' מט (שזו מחלוקת ראשונים ואין להוציא ממון).

תרומת הדשן, שו"ת, סי' שיא, הובא בד"מ וברמ"א שם, כותב שהמחליף עם שני שותפים ונתבטל אצל אחד מהם, בטל גם אצל השני. הוא כותב כך לגבי מקרה שלא עשו קנין, ושותף אחד חזר בו. מחנה אפרים, הלכות מכירה - קנין משיכה, סימן א, כתב שאפשר להכריע על פי אומדנא, מי מהצדדים היה מעוניין בתחילה לקיום כל העיסקה בדווקא.

<sup>114</sup> רא"צ שינפלד, ע"פ ר"ן על הרי"ף, קידושין כב ע"א (בדפי הרי"ף), שכתב כך בענין אחר.

<sup>115</sup> חי' הרשב"א ב"מ שם.

<sup>116</sup> חי' הרי"ם חו"מ רג ס"ק ג.

הוא כותב שחליפין שווה בשווה שונה מקנין סודר גם לענין "סתם קנין לכתובה עומד", שנאמרו בקנין סודר ולא בקניינים אחרים. דוגמאות לנפקויות מ"סתם קנין לכתובה עומד", הן שהעדים על קנין סודר יכולים לכתוב על כך שטר בלי לשאול את המתחייב (אנציקלופדיה תלמודית, ע' חליפין, ליד ציון הערה 488), ושהמודה במקצת בחיוב שהיה עליו קנין סודר אינו חייב שבועה (שם ליד ציון הערה 496).

<sup>117</sup> שו"ע, חו"מ, קצה, ה.

<sup>118</sup> זמיר 113§, הערה 8.

לפי המשפט העברי, השוכר פועל והסכים עמו שיתן לו נכס מסוים בשכרו, אינו חייב לתת נכס זה דוקא, ויכול לשלם לו כסף במקומו, אם לא משך הפועל את הנכס, והנכס לא היה בחצרו<sup>119</sup>, וכך גם אם הסכים עמו שיתן לו נכס שאינו מסוים, כגון חטים<sup>120</sup>. טעם אחד לכך הוא שעבודת הפועל היא כנתינת כסף, וכסף אינו קונה מיטלטלין<sup>121</sup>, ואף אינו יוצר חיוב לתת את המיטלטלין<sup>122</sup>. טעם שני הוא שפועל אין גופו קנוי, וגם אם עשה מעשה קניין, הקניין הוא רק על התחייבותו לעשות מלאכה, ולכן הוא שונה מחליפין שווה בשווה, שבו כאשר ראובן עושה מעשה קניין בנכס של שמעון, הוא נקנה לו, ובכך קונה שמעון את הנכס שלו<sup>123</sup>.

<sup>119</sup> ר"ת, המובא בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג דפוס פראג סימן קסה; רא"ש עבודה זרה פרק ה סימן ב (הובא בתרומת הדשן, שו"ת, סי' שיא, ופסקים וכתבים סימן רל); מישרים נתיב כט חלק א, בסופו (הובא בב"י, חו"מ, שלב, ב); רמ"א, חו"מ, שלב, ד.

אבל ירושלמי קדושין פ"ג ה"ו אומר שהמייחד מטבע לחבירו בשכר שיעשה לו שירות מסוים, ברגע שעשה חבירו את השירות, זכה במטבע שהוא חליפין, וחי' הרשב"א קדושין סג ע"א, כתב שהוא לפי הדעה שמטבע נעשה חליפין (ראה ליד ציון הערה 64). חזו"א הל' רבית סי' עג אות א (יו"ד עמ' קה) כותב שהירושלמי חולק על הבבלי ע"ז סג ע"א האומר "והא מחסרא משיכה" כו', שלפניו אין הפועל זוכה בחפץ בשכרו - ע"י רשב"א וריטב"א ור"ן ורא"ש ע"ז שם.

אבן האזל, מכירה יא, יא, כותב שהרמב"ם סובר שהמעביד חייב לתת את הנכס שהבטיח, אלא שהנכס אינו נקנה לפועל.

קצות החושן, שלב ס"ק ד, מדגיש שהמעביד חייב לשלם כסף, ואין אומרים "נכס אין כאן, חיוב אין כאן", כפי שכתב שו"ת מהרי"ט ח"א סי' כב, בענין דומה.

**שטר**: תרומת הדשן פסקים וכתבים סימן רל (הובא בסמ"ע, שלב, ס"ק יב), עוסק במי ששכר מישהו שישתדל לגבות שטר חוב בשבילו, והבטיח לו רבע מהשטר בשכרו; והוא כותב שכאן הפועל זוכה בשטר עצמו, כי "אי לא יקנה בגוף הכתב אי"כ לא נתקיים לו תנאו, והשוכר שיעבד את עצמו לתת לו שכרו כד". דרכי משה, חו"מ, שלב, ס"ק ב, הסביר שטעמו הוא שזה דשלבל"ע, ואין דבריו מובנים. ש"ך, חו"מ, שלב ס"ק יט, נימק, שאם לא יתן לו את השטר, אי"כ לא נתקיים התנאי ולא יתן לו כלום; וכתב שלפי זה יוכל לתת לו רבע משווי השטר למכירה. קצות החושן שלב ס"ק ה, מבאר שהכוונה היא שהוא צריך לתת לו רבע משווי השטר אחרי שנפרע, כפי שהבטיח לו, ולא משווי כשהתחיל לטרוח לגבות אותו. נתיבות המשפט, שלב ס"ק ה, מסכים שהוא חייב לתת מה שהבטיח לו; ומסביר שהש"ך מתכוון שאם המלאכה שהוטלה עליו היתה רק לקיים את השטר ולא לגבות אותו, שכרו הוא רבע שווי השטר אחרי הקיום ולפני הגבייה. ערוך השולחן חושן משפט, שלב, יב כותב שאם שכרו למלאכה אחרת והבטיח לו רבע מהשטר, יתן לפי שוויו בשעת גמר המלאכה, אבל אם שכרו למלאכה הקשורה בשטר, חייב לתת לו רבע משווי כשיגבו ממנו, כמו שאריס מקבל אחוז ממה שיצמח מהשדה.

**דשלבל"ע**: קצות החושן שלב ס"ק ו, כותב שגם אם המעביד הבטיח לפועל בשכרו דשלבל"ע, כגון פירות דקל, הוא חייב לשלם לו את שווי הדבר אחרי שהגיע לעולם, כגון פירות שגדלו. אבל נתיבות המשפט, שלב ס"ק ה, כותב שדי שישלם את שוויים בשעת גמר עבודתו, שאז חל חיוב פרעון שכרו.

<sup>120</sup> ר"ן על הרי"ף עבודה זרה ל ע"ב (בדפי הרי"ף) (הובא בש"ך, חו"מ, שלב ס"ק יח).

<sup>121</sup> מחנה אפרים, הלכות מוכר דבר שלא בא לעולם, סימן ג; קצות החושן רג ס"ק ד.

טעם זה בא ליישב דין זה עם ההלכה (ליד ציון הערה 37) שמוכר נכס שהתנה שהקונה יתן נכס מסוים בתמורה, הקונה חייב לתת דוקא נכס זה.

נתיבות המשפט, רג ס"ק ז, מקשה על נימוק זה, שאם כן אם המעביד מסרב לתת את החפץ, היה צריך לקבל קללת "מי שפרע", כבכל קנין כסף במטלטלין, ואילו רמ"א מתיר לכתחילה לשלם כסף במקום הנכס. ערוך השולחן חו"מ, שלב, יא, מביא כאילו נתיבות המשפט סי' רג שם סובר שאם אמר "עשה עמי כפועל ויהיה חפץ זה שלך", חייב המעביד לקבל "מי שפרע" כי שכר הפעולה הוא כקנין כסף, אבל אמר "אמר עשה עמי בחפץ זה" או "אתן לך חפץ זה בעד שכר פעולה" אין "מי שפרע". אבל מסדר דברי נתיבות המשפט נראה שהבחנה זו אינה נשארת למסקנתו.

קצות החושן, שלב ס"ק ד, עושה הבחנה לענין "מי שפרע": בדרך כלל, אין "מי שפרע", מפני שה"תשלום" שהפועל נותן הוא בגדר מילווה, כיון שחיוב המעביד כלפיו מתחיל להצטבר עם תחילת עבודתו ("ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף"), ומילווה אינו קונה אף לענין "מי שפרע" (רמ"א, חו"מ, רד, י); אבל אם בגמר המלאכה יש שווה פרוטה, נמצא שהפועל נותן בסוף מלאכתו ממון ממשי ולא מילווה, ולכן אם המעביד חוזר בו מבטחתו לתת חפץ, הוא צריך לקבל "מי שפרע".

<sup>122</sup> קצות החושן רג ס"ק ד.

אבן האזל הלכות מכירה, ו, ה, דוחה הסבר זה, שאמנם עבודת הפועל היא ככסף לענין שאינו יכול ליצור קנין, אבל עדיין היא יכולה ליצור התחייבות; ודוקא נתינת מטבע אינה יכולה ליצור התחייבות לתת חפץ, משום שמטבע הוא קצוב ולכן אי"א להתחייב עבורו יותר ממה שהוא שוה, אבל עבודת הפועל יכולים הצדדים לשום אותה כרצונם, והדין היה צריך להיות שאפשר להתחייב תמורת העבודה לתת חפץ מסוים. אבן האזל עצמו מנמק דין זה ע"פ דבריו (הערה 37) שמוכר נכס שהתנה שהקונה יתן נכס מסוים בתמורה, הקונה יכול לשלם כסף, כי "מה לי הן מה לי דמיהן".

<sup>123</sup> נתיבות המשפט, רג ס"ק ז, במסקנתו.

תרומת הדשן, שו"ת, סימן שיא, מנמק, שהפועל לא זכה בחפץ בשום קניין, אלא שמלאכתו קונה את שכרו, ולכן קנה רק כסף ולא את החפץ.

עם זאת, אם המעביד רוצה לתת לפועל את החפץ, אין הפועל יכול לדרוש דוקא כסף בשוויו, ואף שבמכר מיטלטלין בקנין כסף, הקונה יכול לחזור בו ולקחת את כספו גם אם המוכר רוצה לתת לו את החפץ, הרי זה משום ששם אפשר להחזיר את המצב לקדמותו, אבל בעבודת פועל אי אפשר להחזיר את המצב לקדמותו, והמעביד זכאי לתת לו את החפץ בשכרו כפי שהסכימו מראש<sup>124</sup>.

אם החפץ אבד או נשרף, המעביד פטור מלשלם, כיון שהחפץ משועבד לפועל שיעבוד ייחודי לתשלום שכרו כמו "אפותיקי מפורש", אלא שהמעביד היה יכול לבטל את השיעבוד ע"י תשלום כסף, ולכן הפועל מפסיד כיון שאבד הנכס ששיעבודו היה בו<sup>125</sup>.

## פירוק שיתוף

פירוק שיתוף בנכס הוא חליפין, שהרי כל צד מקנה נכס (חלקו היחסי בנכס המשותף) תמורת נכס (בעלות מלאה בחלק הנכס שיקבל). דרך אחרת להסתכל על זה היא שכל צד מקנה רבע מהבעלות המשותפת בנכס המקורי תמורת חצי מהבעלות המלאה בחצי הנכס שהוא מקבל עכשיו<sup>126</sup>. יש שלשני אנשים יש בעלות משותפת בשני נכסים, והם מפרקים את השיתוף בשניהם כך שלכל אחד תהיה בעלות יחידה באחד הנכסים, וכל אחד יעביר את זכותו בנכס אחד כדי לזכות בזכויות חברו בנכס האחר; וגם זה חליפין<sup>127</sup>.

גם במשפט העברי, הראשונים רואים את פירוק השיתוף כחליפין שווה בשווה, ולכן כאשר אחד מהשותפים עושה מעשה קנין בחלקו, החלק האחר נקנה לשותף האחר<sup>128</sup>. אבל הם יכולים לערוך את הפירוק של בדרך חליפין, אלא בדרך של מכירה, כל אחד מוכר את חלקו לחברו<sup>129</sup>.

## הצעת נוסח ע"פ המשפט העברי

הנוסח המוצע ב"חוקי ישראל": הוראות חוק זה יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על חליפין; אלא שהחליפין, מיד כשמשך אחד הצדדים את קניינו לרשותו, נקנית התמורה לצד השני, בכל מקום שהיא נמצאת". [ביקורת: זה לא רק משיכה, אלא כל מעשה קנין; ועוד, וכי זה ההבדל היחיד בין חליפין למכר?]

<sup>124</sup> קצות החושן, שלב ס"ק ד.

<sup>125</sup> נתיבות המשפט, שלב ס"ק ה.

אבל קצות החושן, שלב ס"ק ד, מסופק בשאלה זו. ערוך השולחן חו"מ, שלב, יא, מביא כאילו קצוה"ח פוסק שהמעביד חייב לשלם.

<sup>126</sup> זמיר § 121. ראה שם, הערה 64, לנפקות בין שתי האפשרויות.

<sup>127</sup> זמיר § 121. ראה שם, לנפקות לענין מס שבח מקרקעין.

<sup>128</sup> חי הרשב"א ב"ב ג ע"א; חי הר"ן ב"ב ג ע"א; מגיד משנה, הלכות שכנים ב, י.

אבל ב"ח חו"מ, יב, ט, כותב שלדעת רשב"א ולדעת הרמב"ם, צריך שכל אחד מהם יחזיק בחלקו. שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן רכו, נוקט שאין אלו חליפין גמורים, אלא כל אחד קונה את החלק של חברו בכך שהוא נותן לו את חלקו. וראה הערה 50, שיייתכן שהוא רואה כך כל חליפין שווה בשווה. המקנה קדושין כח ע"א (ד"ה בגמ' כל), כותב שבחלוקת שותפות צריכים שניהם להחזיק מפני שאין מועיל חליפין בדבר של שותפים, שנאמר "שליף איש נעלו", משמע דוקא נעל המיוחד לו.

<sup>129</sup> חי הרמב"ן, קידושין כח ע"א; חי הריטב"א, קידושין כח ע"א (ד"ה ובתוספתא).