

סעיף 4

תחולה

תחולה
4. (א) הוראות חוק זה יחולו על מכר של מטלטלין, ובשינויים המחוייבים - גם על מכר של מקרקעין וזכויות.
(ב) הוראות חוק זה יחולו כשאין בדין אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון, ובאין כוונה אחרת משתמעת מן ההסכם בין הצדדים.

התוכן

מבוא 1

זכויות 2

"דבר שאין בו ממש" 2

(1) כללי 2

(2) חריגים 7

(3) הקנאת גוף הנכס לענין הזכות המופשטת התלויה בו 7

חוב שמישהו חייב למוכר 14

זכויות שונות 16

נכס שאינו בשליטתו של בעליו 20

דבר שאינו מסוים 23

דבר שמינו אינו מסוים 23

דבר שכמותו אינה מסויימת 25

דבר שמקומו אינו מסוים 26

גוף האדם וחלקים ממנו 30

סוגי נכסים שונים 31

א. נכס שאסור בהנאה 31

ב. דבר שאינו קצוב 33

ג. כמות המכר 33

ד. דבר ששייך לאדם רק משום דרכי שלום 33

התנאה (ס"ק ב) 34

הצעת נוסח ע"פ המשפט העברי 34

מבוא

סעיף זה עוסק בתחולת החוק, כאשר ס"ק א קובע מה הם סוגי הנכסים שהחוק חל עליהם¹, וס"ק ב קובע שהחוק אינו חל במצב שיש בדין אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון ולא במצב שכוונה אחרת משתמעת מן ההסכם בין הצדדים.

בכלל סוגי הנכסים שהחוק חל עליהם - גם נכס לא מוחשי, חלק מבעלות, נכסים בני קיימא או פלים (שמתכלים ע"י השימוש בהם), נחלפים ושאינם נחלפים².

בכלל "זכויות" - גם זכות קנין הפחותה מבעלות, כגון שעבוד ריאלי³.

קניין רוחני, כגון זכויות יוצרים, פטנטים, סימני מסחר, הוא זכות רכושית שהיא עבירה, ולכן העברתו בתמורה היא בגדר מכר. בדרך כלל העברת הזכות כרוכה בהעברת נכס מוחשי שבו גלומה הזכות כגון כתב יד, הקלטה⁴.

¹ הוראה זו חסרה בהצעת חוק דיני ממונות, ובמקום זאת הצעת החוק מסתמכת על הגדרת "נכס" בסעיף 6 להצעת החוק: "מקרקעין ומיטלטלין, וככל שהדבר מתאים לעניין - גם זכויות רכושיות".

² זמיר 38§.

³ זמיר 128§.

⁴ זמיר 39§.

בענין ויצמן⁵ נפסק שהעברת **מוניטין** תמורת מחיר היא מכר לענין חוק המכר, אף שהחזוזה בעיקרו מטיל חובות אי-עשייה על המעביר - שלא להשתמש במוניטין שלו בעסקים אחרים.

ככלל, אי אפשר למכור **כסף** - כסף אינו "נכס"⁶. אבל אפשר למכור כסף שאינו הילך חוקי, כגון מטבע חוץ או מטבע שהוצא מהמחזור, שהקונה רוצה להשתמש בו כאמצע תשלום בעיסקה אחרת, או כפריט אספני. תיתכן גם מכירת כסף שהוא הילך חוקי: לדוגמה, התחייבות לתת שטר מסוים הנמצא במקום אחר אינה התחייבות לשלם כסף אלא לתת נכס. כך גם התחייבות לתת חמשה שטרות בני 1000 שקל (לעומת התחייבות לשלם 5000 שקל באמצעות שטרות אלה). מטבעות זכרון שמוציא בנק ישראל הם הילך חוקי, לפי הסכום הנקוב בהם, אבל אינם "כסף" כיון שהם שווים יותר מערכן הנקוב ובאמת אינן משמשות הילך חוקי, ולכן הם בגדר "נכס"⁷.

החוק חל גם על חוזה לאספקת **חשמל** או אנרגיה אחרת אף שאנרגיה חסרת קיום מוחשי, כי גם נכס שאינו מוחשי כלול בחוק המכר. אף שא"א לבודד את החשמל מתחנת הכוח, בכל זאת אפשר לנתק אותו ע"י אגירתו במצברים. אלא שקשה להחיל על אנרגיה את הכללים בדבר החזקה⁸.

הסייג "בשינויים המחוייבים" אינו מתייחס לדינים המיוחדים שחלים על עסקאות במקרקעין ובזכויות, שהרי זה כלול בס"ק ב, שנותן עדיפות לחוקים מיוחדים אחרים. הוא גם אינו מתייחס לנוהגים שמיוחדים בעסקאות במקרקעין ובזכויות, שהרי זה כלול בסעיף 5. אלא הכוונה לשינויים הנובעים מתכונות פיזיות ומשפטיות מיוחדות של מקרקעין וזכויות. לדוגמה, הנושא של הובלה לא שייך במקרקעין ובזכויות⁹.

בפרקים הבאים נדון בעמדת המשפט העברי לגבי האפשרות למכור נכסים מסוגים שונים.

זכויות

"דבר שאין בו ממש"

(1) כללי

לפי המשפט העברי, אי אפשר למכור דבר שאין בו ממש¹⁰, גם אם זו זכות הנוגעת לנכס. טעם הדבר הוא שאין להקנאה על מה לחול¹¹.

⁵ ע"א 627/78 ויצמן נ' אברמזון פ"ד לג(3) 295.

⁶ זמיר §45.

⁷ זמיר §53.

⁸ זמיר §40.

⁹ זמיר §130.

¹⁰ רמב"ם, הלכות מכירה, כב, יג-יד (הובא בשו"ת יפה נוף סי' מח, בבית אברהם (ישראל) - מאמר המלך קוני א, עמ' תשצט במהד' תשס"ג, ובס' ההתחייבות עמ' 207); שו"ע, חו"מ, ריב, א.

תלמיד חכם: עמודי חיים (פלגיי), עמוד התורה, אות נח, דף לד ע"א-ע"ב, וברכת מועדיך לחיים ח"א, דרוש ה לשבת כלה (כג ע"ג, כד ע"ד, כה ע"ב), כותב שתלמיד חכם שהקנה דבר שאין בו ממש, חייב לקיים את דבריו, כדי שלא יהיה שקרן. הוא מסתמך על שו"ת מהרי"ט ח"ב חו"מ סי' סט, שכותב כך על דשלבל"ע.

¹¹ ערוך השולחן, חו"מ, ריב, א; א' ורהפטיג, "הסכם מקום מגורים בין בני זוג: לבעיית דבר שאין בו ממש", שנתון המשפט העברי ג-ד (תשל"ו-תשל"ז), עמ' 379.

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

זית רענן ח"ב סי' עג (ד"ה וטעמא), כותב שהחסרון בדבר שאין בו ממש (וכן בדשלבל"ע) אינו מצד המקנה, שהרי אם הוא יכול להוציא מרשותו ממון גמור שיש לו זכייה חזקה בו, ק"ו שהוא יכול להוציא מרשותו

דוגמאות לדבר: ריח של תפוח, טעם של דבש, ומראה של בדולח¹²; דירת בית¹³; אויר של חצר¹⁴; אכילת פירות¹⁵; שימוש בנכס¹⁶; זכות לעשות רווחים בקרן מסוימת¹⁷; רשות לקבור מת בקרקע

את זה, שזכיינו בו קטנה יותר; והחסרון הוא רק מצד הקונה, שאינו יכול להכניס לרשותו דבר שקניינו חלש, שלא חל על גופו קנין להכניסו לרשותו.

ראה עוד בהערה 13, נימוקים נוספים לגבי דירת בית. אבל לפי ש' אלבק, דיני ממונות בתלמוד, עמ' 311 ואילך (כמובא אצל ורהפטיג, שם), הטעם שאין אדם מקנה דבר שאין בו ממש הוא כי אין לקונה סמכות דעת, ובעמ' 314 דחה את ההסבר שאין לקנין על מה לחול.

¹² רמב"ם שם; טור, חו"מ, ריב, א (הובא בשו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' רעא). משנת יעקב, מכירה, כב, יג, מקשה, איך השווה הרמב"ם טעם הדבש לריח תפוח, הרי ריח אפשר בלי נגיעה ואילו טעם א"א בלי נגיעה בפיו? הוא מביא שרנ"ק תירץ שהרמב"ם לשיטתו בהל' ברכות, א, ב, שטעימה אינה נחשבת אכילה לענין ברכה גם אם בולע, ולכן היא דומה לריח.

¹³ ב"ב קמז ע"ב; רב האי גאון, המובא בספר העיטור מאמר ב, קנין (ט ע"ד) ובהגהות מיימוניות, הל' מכירה, ה, אות י, והל' זכיה, י, אות ז, ובהגהות מרדכי, ב"ב סי' תרעא; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג) סימן תצד (הובא במרדכי ב"ק סי' מו); שו"ת הרא"ש כלל יב סי' ג; טור, חו"מ, ריב, א; שו"ע חו"מ, סי' ריב, א, וסי' רנג, כא; שו"ת תורת אמת, סי' פג (אפילו לאשתו); שו"ת מהרש"ל סי' לו (ד"ה ומתוך); שו"ת הב"ח סי' מח; דין אמת, חו"מ, רט, ז (נו ע"ג).

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

נימוקים אחרים: ספר העיטור מאמר ב, קנין (י ע"א) (הובא בהגהות מיימוניות, הלכות זכיה ומתנה י, טו, אות ז, ובברכת מועדף לחיים ח"א, דרוש ה לשבת כלה, דף כה ע"א), מביא שרב נחשון נימק שהחסרון הוא ש"ידור פלוני בבית זה" יכול להתפרש שידור שם רק שעה אחת. העיטור, מתנת שכיב מרע (סא ע"ג) מביא נימוק זה בשם רב שריא, אבל שו"ת דברי ריבות סי' קצו (ד"ה הרי לך בפירוש) כותב שבמקום "רב שריא" צ"ל רב נחשון. ראה הערה 27, נ"מ מנימוק זה. שמחת יו"ט סי' מט (עמ' תקיז), מסביר שרב נחשון סובר שאין לנמק כאן משום שאין בו ממש, כיון שבעל הבית נתן לו רשות לדור בכך שאמר "ידור פלוני", ודר, ובכך קנה את הבית בתורת שאילה, כי המקנה מוכן שיקנה; ורב נחשון מסכים שבאומר "אני מקנה **דירת בית**", הטעם שלא קנה הוא כי אין בה ממש. אבל שו"ת הרשב"י סי' שכב, כותב שאין מי שחש לדעת רב נחשון.

רבנו יהונתן, בשטמ"ק, בבא בתרא קמז ע"ב, נימק שבעל גוף הבית יכול לומר לו "לא תיכנס בבית". נימוק קשה, שהרי אם אין מניעה אחרת למתן תוקף להקנאה, אין לבעל הגוף זכות למנוע מבעל זכות דירה להיכנס לבית.

ראב"ד, בשיטה מקובצת בבא בתרא קמז ע"ב, נימק שהדירה היא דשלבל"ע, שהרי זו נקראת דירה על שם הימצאותו בבית, והרי הוא עדיין לא נמצא בבית.

ראה נימוקים נוספים על דבר שאין בו ממש באופן כללי, בהערה 11.

¹⁴ ירושלמי דמאי, ו, ב, קידושין א, ד, וב"ב ג, א; רב האי גאון, המובא בספר העיטור מאמר ב, קנין (ט ע"ד) ובהגהות מיימוניות, הל' מכירה, ה, אות י, והל' זכיה, י, אות ז, ובהגהות מרדכי, ב"ב סי' תרעא; רמב"ם, הלכות מכירה, כב, יד; רא"ש ב"ב פ"ד סי' ז (הובא בעמק המשפט ח"א סי' י אות א); טור, חו"מ, ריב, א; שו"ע, חו"מ, ריב, ב.

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

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

¹⁵ רב האי גאון, המובא בספר העיטור מאמר ב, קנין (ט ע"ד) ובהגהות מיימוניות, הל' מכירה, ה, אות י, והל' זכיה, י, אות ז, ובהגהות מרדכי, ב"ב סי' תרעא; שו"ע, חו"מ, ריב, א, וסי' רנג, כא; לבוש, חו"מ, ריב, א.

פרי האדמה הלכות מכירה, כב, יג (ד"ה ולעני"ד), כותב שלרמב"ם לא קנה הקונה גם אם הפירות הם בעין, והמקנה אמר שהוא מקנה "אכילת פירות אלו".

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

ברכת מועדף לחיים ח"א, דרוש ה לשבת כלה, דף כא ע"א, מסביר שאכילה אין בה ממש כי המאכל כלה ע"י האכילה, ועוד שמעשה הלעיסה אין בו ממש. בדומה מסביר ר' יהושע חאנדאלי, בשו"ת מים רבים חו"מ סי' מח (לט ע"ג), שבאכילה מתכלים הפירות, וזה העדר הדבר, שאין בו ממש, ואף שהיא באה ע"י

כסיסת השיניים, לשון אכילה מתייחסת להעדר, כמו שדירה באה ע"י תנועות האדם בבית ובכל זאת אינו דבר ממש.

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

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

שו"ת דבר יהושע ח"ד סי' מח אות ד, מסביר את הדעה שאכילת פירות יש בה ממש - כי האכילה מכלה את גוף הפירות ולא יחזרו לבעלים לעולם, לכן מן הסתם הנותן הקנה גם את גוף הפירות שהרי הוא מקנה את אכילתם למקבל בקנין גמור שיוכל לאכלם בכל מקום ובכל זמן, ואי אפשר לאכול בלי כילוי הפירות, וכיון שיש ממש בפירות, חל קנין.

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

הבחנה: ט"ז, חו"מ, ר"ב, א (הובא בשמחת יו"ט סי' ה, אות א, עמ' נג), כותב שאם הפירות בעולם, ואמר "יאכל פירות אלו", קנה, גם לדעת הרמב"ם והשו"ע, ומה שכתבו שלא קנה הוא אם הפירות אינם בעולם. עמק השער על ספר המקח, שער ב (עמ' יב במהד' תשנ"ד), מקשה, אם הרמב"ם והשו"ע עוסקים דוקא בפירות שאינם בעולם, מדוע הוצרכו לנמק מצד שאין בה ממש, הרי יכלו לנמק משום שהם דשלבל"ע; ותירץ שיש נפקות מנימוק זה אם תפס הקונה את הפירות כשבאו לעולם, כי תפיסה מועילה בדשלבל"ע (ראה סעיף 2) ולא בדבר שאין בו ממש (אבל ראה הערה 32, שלפי הרשב"ש תפיסה מועילה גם בדבר שאין בו ממש). שו"ת דבר יהושע, ח"ג, חו"מ, סי' טו, אות ו, מתרץ, שהט"ז סובר שלולא הטעם שאין בה ממש, היה מועיל להקנות אכילת פירות גם כשאינם בעולם, כי רק קנין על גוף הפירות לא חל אם אינם בעולם, אבל אם היה חל קנין על אכילת פירות, לא היה משנה אם הפירות עצמם בעולם או לא, שהרי רשות האכילה ישנה בעולם (אבל הוא מעיר שזה נכון רק לתפיסה, שהובאה בסעיף 2, שהחסרון בדשלבל"ע הוא שאין לקנין על מה לחול, אבל לפי התפיסה, שם, שהחסרון הוא שאין גמירת דעת, הרי חסרון זה שייך גם לגבי רשות אכילה); ולכן הוצרך הטעם שאין באכילה ממש, ולכן אמנם אם הפירות בעולם, קנה הקונה כי כשהמקנה הקנה את הרשות, התכוון להקנות את גוף הפירות, אבל אם אינם בעולם, לא שייך לומר כך, ולכן לא קנה. והוא כותב שהרמב"ם סובר כהבחנה של הט"ז. אבל הוא כותב (באות ז) שסמ"ע, ר"ב, ס"ק א, חולק על הט"ז, וסובר שרמב"ם לא קנה גם אם הפירות בעולם, שהרי הסמ"ע כתב ש"אכילת פירות דקל זה" משמעותו שהם בעולם, והרמב"ם נקט לשון זה וכתב שאין בה ממש.

שו"ת דבר יהושע ח"ד סי' מח אות ג, מוכיח כט"ז, ש"אכילת פירות" קיימים נחשבת שיש בה ממש, ממה שהרמב"ם נקט "אכילת פירות דקל זה", ולא "פירות אלו" שמשמעו פירות קיימים. הוא מסביר ע"פ מה שעולה מדברי מהרש"ל (ראה סעיף 2) שמה שאין אדם מקנה דשלבל"ע הוא מכוח הדין שאין אדם מקנה דבר שאין בו ממש, שכיון שהדבר עתיד לבוא לעולם ויהיה בו ממש אין טעם שיחול קנין לפני כן, וא"כ באכילת פירות שגם כשיבואו לעולם אין ברשות האכילה ממש, היה צריך לחול קנין גם לפני שבא לעולם, אלא שיש עוד תנאי, שהדבר יבוא בוודאי, ובפירות שלא באו לעולם, אולי לא יבואו ולכן לא קנה, אבל באכילת פירות שבאו לעולם, קנה כי בודאי ההנאה תבוא; ודוקא דירת בית אין ודאות שתבוא שמא בעל הבית יסתור אותו לצורך האבנים (ראה בשמו בסעיף 2), אבל בפירות אין חשש שהמקנה יקח את הפירות לעצמו, שהרי אינו יכול לקחתם לאכילה, שהרי הקנה את זכות האכילה לקונה, ולהשחתה בעלמא אינו חשוד. הוא מסביר את שיטת הרשב"ם, תוס' והטור, שהחסרון ב"יאכל" הוא דשלבל"ע, שלא הסבירו מטעם שאין בו ממש, כי בדבר שלעולם לא יהיה בו ממש, אין זה חסרון, כדברי מהרש"ל, אלא זה מטעם דשלבל"ע, ויש בה ממש כי הקנאת אכילת הפירות כוללת הקנאת גופם, שהרי אם יאכל, לא יישאר הגוף. קצות החושן, ר"ב ס"ק א, כותב שלפי השו"ע, אפילו כבר באו הפירות לעולם האכילה היא דבר שאין בו ממש, שלא כט"ז.

שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' שכג, כותב שלפי רב נחשון גאון, הטעם הוא ש"יאכל פירות דקל" משמעותו רגיר אחד או שנים בלבד, כמו שנימק לגבי דירה (ראה הערה 13). אבל שמחת יו"ט, סי' מט (עמ' תקיד),

מסוימת¹⁸; זכות לעבור דרך חצר¹⁹; רשות לפתוח חלון לחצר אחרת²⁰; טעם של מאכל הבלוע בכלי²¹.

אין אדם יכול להקנות דבר שאין בו ממש גם אם הקנה אותו **במעשה קנין**²², כגון בקנין סודר או באגב או בשטר²³.

הקנאה של דבר שאין בו ממש, כגון דירת בית, בטלה גם אם המקנה קיבל **"אחריות"** על ההקנאה, שהיות שההקנאה בטלה, גם האחריות בטלה; ועוד, שאחריות סתמה רק התחייבות לסלק מי שמערער על ההקנאה בטענה שהנכס נגזל ממנו או בטענת שעבוד קודם, ואינה מועילה כלפי

מעלה אפשרות שרב נחשון סובר שהיות שהוא נותן לקונה רשות לאכול, והפירות הגיעו לידו, זכה; כנראה לא קיבל את סברת מהרשד"ם שייטכן שהתכוון לגרגיר אחד, כי מדובר שהצביע על פירות מסוימים. אנצ"ט ע' דבר שאין בו ממש, ליד ציון הערה 47, מביא כאילו דרישה, ריב, א, וסמ"ע ריב ס"ק א, וט"ז שם, כותבים שאם אמר "אני מקנה לך אכילת הפירות", אין בה ממש, ואילו אם אמר "פלוגי יאכל הפירות", אם הם כבר בעולם, יש בו ממש. ולא מצאתי הבחנה זו בדבריהם.

¹⁶ יד רמה בבא בתרא פ"ט סי' פד; שו"ת מהר"ש הלוי חו"מ סי' ל דף נט ע"ג; שו"ת פרח מטה אהרן ח"א סי' ט (כו ע"ג) ("ישתמש בבית").

¹⁷ שו"ת מהר"ם אלשיך סי' ז.

¹⁸ שו"ת אבקת רוכל סי' קיג-קיד.

¹⁹ ר' שלמה קארו, בשו"ת תורת חיים (מהרח"ש) חלק א סי' נה.

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

²⁰ שו"ת פרח מטה אהרן ח"א סי' ז (כג ע"ג), סי' ח (כד ע"ד), וסי' ט (כו ע"ב) (הובא בעמק המשפט ח"א סי' י אות ג).

²¹ רז"ל גולדברג, בית אהרן וישראל גל' מו עמ' קכב. הוא כותב כך לגבי ההצעה למכור לגוי לפני פסח את החמץ הבלוע בכלים.

²² רשב"ם, ב"ב קמז ע"ב (ד"ה א"ר); שו"ת הרא"ש כלל קב סימן י; מישרים, נתיב טו, ח"א (על דירת בית); צרור הכסף הקצר דרך א שער ט אות ט עמ' מא; שו"ת הריטב"א, סי' רה, ד"ה תשובה תמה (על דירה).

²³ רב האי גאון, המובא בספר העיטור מאמר ב, קנין (ט ע"ד), בהגהות מיימוניות, הל' מכירה, ה, אות י, והל' זכיה, י, אות ז, בהגהות מרדכי, ב"ב סי' תרעא, בשו"ת הרשב"ש סי' שכב, בשו"ת מהר"ט חלק ב חו"מ סי' מד, בשו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' רעא, ובשו"ת שער אפרים סי' קלג (ד"ה לכאורה נלע"ד); שו"ת הריטב"א, סי' קלט; שו"ת מהר"ם אלשיך סי' פז (עמ' קצט, ועמ' רג-רד, במהד' תשמ"ב); שו"ת מים רבים, חו"מ, סי' כח.

שער אפרים שם (ד"ה ומצאתי ראיתי) כותב שגם לרב נחשון (הערה 13), אינו נקנה בקנין אגב. יש מצבים שבכל זאת מועיל קנין - ראה ליד ציון הערה 48.

דעה חולקת: שו"ת הרשב"א חלק ו סי' קיא (הובא בב"י, חו"מ, רנג, מחודש ו), כותב שהמשאיל בית ואומר שהשואל "יידור בו", ועשה קנין (סתמו קנין סודר), המשמעות הוא שהתכוון להקנות לו את גוף הבית לדירה (שמועיל כאמור ליד ציון הערה 37), ולכן קנה, שהרי קנין אינו שייך בדבר שאין בו ממש, ולכן ברור שלא התכוון להקנות את הדירה בלבד. ר' חסדאי פרחיא, בשו"ת פרח מטה אהרן, ח"א, סי' ח (כד ע"ד) כותב שלרשב"א קנין מועיל גם במקנה אויר של חצר, כמו במקנה דירה, כי ברור שהתכוון להקנות מגוף הקרקע, כי מסתמא לא התכוון להקנות לו דבר שאין בו ממש. אבל שו"ת מהר"ט סי' כח, כותב שהרשב"א כתב כך רק על נידונו, משאיל בית, ולא על "יידור פלוגי". וכבר תמה עליו שו"ת משאת משה ח"א חו"מ סי' נו (קמז ע"ג), שהרי במעשה שעליו דן הרשב"א, נאמר "יידור", ואמנם נאמרו עוד דברים כגון "לעשות כל חפצם ורצונם" וכו', אבל הרשב"א נותן שני נימוקים נפרדים לתוקף הקנין, אחד מכוח לשון "לעשות כל חפצם ורצונם" (ראה ליד ציון הערה 43), ואחד מצד הקנין, משמע שהקנין מועיל גם ב"יידור" בלבד. שו"ת פרח מטה אהרן ח"א סי' ט (כז ע"ב) (הובא בשו"ת מים רבים חו"מ סי' מט דף מ ע"ג), כותב שבעצם שני הנימוקים הם נימוק אחד, שלשון "כל צורכם וחפצם" משמע שהקנה גם את גוף הבית, אלא שזה לא כל כך ברור, ורק אם יש קנין, הקנין חזק ומלמד שיש לפרש כך; אבל אם כתב לשון דירה בלבד, קנין מועיל רק אם נעשה בסוף, כדברי תשובת הרשב"א שבהערה 48. שו"ת משפט וצדקה ביעקב ח"א סי' ו (יט ע"ד), כותב שהרשב"א דיבר רק כשהקנין בסוף, כדבריו בשו"ת הרשב"א ח"ב סי' שא, שהובאה בב"י קצה, מחודש כא, בענין אחר, בשם רבינו יונה; וכך נמצאים דבריו מתאימים לתשובתו שבהערה 48.

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

המב"ט שם כותב שאם הקנה את דירת הבית אגב קרקע הסמוכה לאותה בית, קנה כמו במקנה "בית לדירה" (שמועיל, כאמור ליד ציון הערה 37). אבל מהר"ם אלשיך שם (עמ' רב) כותב שדרך זו מועילה רק אם המקנה מקנה את הבית עצמו לדירתו. הרדב"ז בתשובתו בשו"ת מהר"ם אלשיך שם, מסכים למהר"ם אלשיך.

המקנה עצמו, שיבוא לבטל את ההקנאה בטענה שאינה תקפה.²⁴ ואין אומרים שקבלת האחריות מלמדת שהתכוון להקנות לו גוף הקרקע לדירה,²⁵ שהרי לא שייכת אחריות על דירה כיון שאין בו ממש - אין אומרים כך, כי בדבריו רק חיזק את הקנאת הדירה, שאינה תקפה.²⁶

אם הקנה דירת בית, גם אם **קצב זמן** לכך, אין ההקנאה תקפה, כיון שאין בדירה ממש.²⁷

גם **הקנאה הדדית** של דברים שאין בהם ממש אינה תקפה, אף שאז הצדדים גומרים בדעתם להקנות כיון שכל אחד מהם גם קונה, שהרי אין לקנין על מה לחול.²⁸

גם **התחייבות** למכור דבר שאין בו ממש אינה תקפה, כיון שאין ממש בהתחייבות, וגם אם עשה קניין, אינו מועיל כי הוא קניין דברים.²⁹

גם אם חזר המקנה **פעמיים** על דבריו, אין תוקף להקנאה, ואין אומרים שתוספת הלשון משתמעת כתוספת זכות, מפני שעקרון זה נוהג רק באמירת דבר שבלאו הכי היה תקף באופן חלקי.³⁰

גם אם הקנה **דבר שיש בו ממש** עם דבר שאין בו ממש, הקונה זוכה רק בדבר שיש בו ממש.³¹

²⁴ שו"ת הרשב"א המיוחסות סי' סז (הובא בב"י, חו"מ, קצה, מחודש כב, ובשו"ת מהרש"ך חלק א סי' קעו).

וראה הערה 69 בשם ברכת מועדיך לחיים, על קבלת אחריות.

²⁵ שאז קנה, כאמור ליד ציון הערה 37.

²⁶ שו"ת מהרש"ך חלק א סי' קעו.

²⁷ שו"ת מהרש"ך חלק א סי' קעו; שו"ת דברי ריבות סי' קצו (ד"ה הרי לך בפירוש); שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' שכג; שו"ת שי למורא סי' לב.

מהרש"ך ודברי ריבות (הובא בשו"ת נאמן שמואל סי' קיג דף קעד ע"ד) כותבים שלפי הנימוק של רב נחשון גאון (בהערה 13) שב"ידור פלוני" לא קנה כי משמעותו שעה אחת בלבד, הרי אם אמר "ידור" וקצב זמן, הקונה זכאי לדור כל הזמן הקצוב; אבל אין הלכה כמותו אלא כנימוק שזה דבר שאין בו ממש, ולפיו גם אם קצב זמן, לא זכה. מהרש"ך נוקט שיכול המקנה לומר קי"ל כדעה זו. גם שו"ת משאת משה ח"א חו"מ סי' נו (קמז ע"ב) מציין שהדין תלוי בשני הנימוקים (בנידונו לא נקצב זמן אלא נאמר שבעל הבית יהיה בחו"ל זמן רב). לעומתם, מהרשד"ם כותב שגם רב נחשון סובר שלא מועיל קנין בדבר שאין בו ממש, ולכן הקונה לא קנה אף אם קצב זמן, ורק במתנת שכיב מרע מועיל "ידור פלוני בבית זה זמן כך וכך" (ולא נימק מדוע). פרי האדמה הלכות מכירה פרק כב הלכה יג (ד"ה והנה דברי), כותב שגם לרב נחשון, רק אם קצב זמן וגם עשה **קנין**, אומרים שהקנין היה על גוף הקרקע וקנה.

²⁸ ר' אהרן פרחיא, בשו"ת פרח מטה אהרן, ח"א, סי' יג (מ ע"ב); ר' שמואל גאון, בפרח מטה אהרן שם סי' יד (מא ע"ד); ס' העיקרים (איגור), ח"א, עמ' רפג. הם מסבירים שלכן דינה שונה מהקנאה הדדית של דשלבלי"ע, שמועילה מפני ששם החסרון הוא רק בגמירות דעת - ראה סעיף 2.

דעה חולקת: ברכת מועדיך לחיים ח"א, דרוש ה לשבת כלה (כג ע"ד, כה ע"א), כותב שיש תוקף להקנאה הדדית של דבר שאין בו ממש, מפני שבאותה הנאה שהיא קונה, הוא מקנה, כמו שדשא"ק נקנה בהקנאה הדדית (גם לדעת רמב"ם, הלכות מכירה, יא, טז, שברדך כלל אינו נקנה - ראה הערה 184). ייתכן שטעמו הוא שגמירות הדעת מביאה לכך שהם מתכוונים להקנות באופן המועיל, כגון קרקע לאויר.

²⁹ ערוך השולחן חושן משפט סימן ס סעיף יא; חוקת משפט, פרק ל, מקורות אות יג בשם דברי חיים חו"מ סי' לא.

חוקת משפט פרק ל, מקורות אות יג, מעלה אפשרות שגם לדעה שמועילה התחייבות שלילית, כאן ההתחייבות אינה מועילה כיון שא"א למכור דבר שאין בו ממש.

³⁰ שו"ת מהרש"ך חלק א סי' קעו.

³¹ שו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' רעא; שו"ת ויקרא אברהם (אדאדי) חו"מ סי' לט (ד"ה וחזי הוית); פד"ר כרך יז עמ' 206, בדעת שו"ת נודע ביהודה מהדו"ק חו"מ סי' כט (שכתב כך על דשלבלי"ע עם דבר שבא לעולם - ראה סעיף 2).

מהרשד"ם כותב שגם לפי הדעה במרדכי ב"ב סי' תרה, שהמקנה בקנין סודר מטבע ומטלטלין בבת אחת, הקונה קנה הכל אף שמטבע אינו נקנה בקנין סודר, כי מיגו שקנה מטלטלין, קנה את המטבע, הרי כאן לא נקנה הדבר שאין בו ממש, ודוקא שם המטבע נקנה כי שייך בו קנין אחר - משיכה והגבהה.

דעה שקנה הכל: שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' שכג, כותב שאם אמר "ידור פלוני בבית זה" והקנה לו באותו מעמד דבר אחר שמועילה בו הקנאה, קנה, אפילו שהיה בין זה לזה יותר מכדי דבור, מפני שבזה הראה שהקנה את הגוף לדירה (שמועיל, כאמור ליד ציון הערה 37) כמו שהקנה את גוף הדבר האחר. לכאורה הוא סותר את מה שכתב בסי' רעא. שו"ת ויקרא אברהם (אדאדי) חו"מ סי' לט (ד"ה ובאגב ראיתי), מיישב, שבסי' שכג היו לו נימוקים נוספים לתת תוקף להקנאה. ועי' שו"ת נאמן שמואל, סי' קיג (קעה ע"א), שהקשה על ראיות מהרשד"ם סי' שכג.

אף שאין תוקף להקנאה בלשון "ידור", הרי אם הקונה דר בבית על סמך אמירה זו, אינו חייב לשלם דמי שכירות, אף שאין להקנאה תוקף.³²

(2) חריגים

אם יש מנהג להקנות דבר שאין בו ממש, כגון שיש מנהג לומר "ידור פלוני בבית זה", ההקנאה תקפה, מפני שיש תוקף הלכתי לקנין שנהוג לקנות בו ("סיטומתאי").³³ בנוסף, בגלל המנהג רואים כאילו המקנה הקנה את הגוף לאוירו וכדומה.³⁴ אם יש מנהג כזה, מועילה גם התחייבות למכור דבר שאין בו ממש.³⁵

ציבור שהקנה דבר שאין בו ממש - יש תוקף להקנאה בגלל כוח הציבור.³⁶

(3) הקנאת גוף הנכס לענין הזכות המופשטת התלויה בו

אפשר להקנות דבר שאין בו ממש ע"י הקנאת הנכס (שהזכות המופשטת תלויה בו) לענין זכות זו. לדוגמה, אפשר להקנות דירת בית ע"י הקנאת הבית לדור בו,³⁷ ואפשר להקנות "חצר לאוירה",³⁸

כנה"ג חו"מ, ריב, הגהב"י, אות יג, לומד מדברי שו"ת המבי"ט ח"א סי' שכט, שאם הקנה דירת בית ודבר אחר שמועיל בו הקנין, קנה גם את הדירה. ואינו מפורש בדברי המבי"ט.
דעה שלא קנה כלום: רז"י גולדברג, בית אהרן וישראל גל' מו עמ' קכב, מעלה אפשרות שאם הקנה דבר שיש בו ממש עם דבר שאין בו ממש לא קנה כלום.
רמ"א, חו"מ, רג, י, כותב שאם הקנה דבר שיש בו ממש עם דבר שאין בו ממש, הוא "קנין דברים", ומפרש סמ"ע ס"ק יט (הובא בגידולי שמואל ב"ב קכז ע"ב, ד"ה אמנם), שדינו כדין הקנאת מטבע ומטלטלין יחד בחליפין, שיש לגביה שלוש דעות, המובאות ברמ"א שם.
המחלוקת מובאת בשו"ת תקפו של יוסף ח"ב סי' כח.

³² שו"ת הרשב"ש סי' שכב. הוא לומד זאת ממה שמועילה תפיסה בדשלבלי"ע, כאמור בסעיף 2. אבל ראה הערה 15, שעמק השער כתב לענין לשון "יאכל" שהדין שונה מבדשלבלי"ע.

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

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

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

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

דעה חולקת: שו"ת מהריט"ץ, סי' פו (ד"ה ואפשר דאפי', וד"ה נמצא שעלה), כותב שלא קנה ואין אומרים שמנהג מבטל הלכה, כי זה מנהג גרוע שלא כדין.

כמו כן, פסקי דין רבניים חלק ב עמ' 112, מעלה אפשרות שסיטומתא לא מועיל בדבר שאין בו ממש, כי אין על מה שיחול הקנין, וזאת גם לדעה (ראה סעיף 2) שהיא מועילה בדשלבלי"ע, מפני ששם החסרון הוא רק בגמירות דעת. לעומת זאת, חוק לישראל, שיתוף נכסים, עמ' 155, מעלה אפשרות שסיטומתא אינו מועיל בתור קניין, אלא המנהג מחייב כלשעצמו, ולכן הוא יועיל גם בדבר שאין בו ממש, שאין מועיל בו קנין.

³⁴ ברית יעקב שם.

³⁵ חוקת משפט, פרק ל, באורים, אות כג, בשם חבל יעקב ח"א סי' ט, בהגהה.

³⁶ ברכת מועדין לחיים ח"א, דרוש ה לשבת כלה (כד ע"א, כה ע"א וע"ג); שו"ת דברי חיים חלק ב חו"מ, סי' סו; שו"ת הרמ"ץ או"ח, סי' יב, אות ו (הובא בפסקי דין רבניים חלק ו עמ' 179). ברכת מועדין לחיים מסתמך על ר"מ חאגיז בשו"ת שמש צדקה סי' לג סעיף ז דף לא ע"א (הביאו גם בדף כב ע"א-ע"ב), שכתב שבדבר שציבור מתחייב, חל בלי קנין. הרמ"ץ מסתמך על מה שכתב שו"ת הרא"ש כלל ו, סי' יט (הובא ברמ"א, חו"מ, סג, ו), שדברי הקהל מועילים בלי קנין. דברי חיים מסתמך על רמ"א חו"מ, כב, א, הכותב שדבר שנעשה בפני טובי העיר אינו צריך קנין.

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

³⁷ ב"ב קמז ע"ב; רמב"ם, הלכות מכירה, כב, יד; מישרים, נתיב טו, ח"א; תוס' ב"ב קמח ע"א (ד"ה שכיב); שו"ת, חו"מ, ריב, א; שו"ת מהרש"ל סי' לו (ד"ה ומתוך); שו"ת נודע ביהודה מהדורא תניינא חו"מ סי' מא; שו"ת דרכי נועם חו"מ סי' ד; עיר הקודש והמקדש ח"ג עמ' קלד.

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

וכן תפוח לריחו, דבש לטעמו ובדולח שיהנה ממראהו.³⁹ ההקנאה חלה באופן זה מפני שיש לה על מה לחול.

ההקנאה חלה באופן זה גם אם הגביל את זמנה.⁴⁰

אבל אי אפשר להקנות דבר שאין בו ממש שיש לו זיקה לנכס אחד, בכך שיקנה נכס אחר לענין אותו דבר שאין בו ממש. לדוגמה, אדם אינו יכול להקנות "בית זה לדור בבית אחר", או להקנות זכות שאיבת מים מבור שהוא מחוץ לבית, בכך שיאמר "בית והנאותיו", כי הבית הוא דבר אחד והמים בבור שאינו בבית.⁴¹

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

יד רמה שם מסביר שברור שלא התכוון להקנות את הגוף לגמרי, שאילו כן לא היה מוסיף "וידור בו". לכאורה לפי הטעם של רב נחשון (הערה 13) שב"ידור" לא קנה כי אולי התכוון לשעה אחת בלבד, לא מובן מדוע ב"בית לדירה" קנה. שו"ת הראני"ח ח"א סי' קכ (הובא בשו"ת שי למורא, סי' לב), מסביר שכאן לא ייתכן שהתכוון לשעה אחת בלבד, שהרי הוא קונה את גוף הבית לדירה, ולכן הוא שלו כל זמן שהוא צריך לדירה. שו"ת חו"מ ריב, סי' ב, נימק שכיון שקנה את גוף הבית לדירה, אי"כ הבית שלו לדירה לעולם. א' ורהפטיג (הערה 11) עמ' 380, כותב שמה שהלל שילם כדי להיכנס לבית המדרש (יומא לה ע"ב) - ענינו קניית חלק מהבית לענין זכות השמייעה.

גור אריה בראשית פ' כה פסוק לא (הובא בבית האוצר כלל א אות ו), כותב שמה שעשו מכר ליעקב את הזכות לעבוד במקדש (שלפי רש"י שם זה הבכורה שמכר) אף שאין בה ממש (ראה בשמו בהערה 90), היה תקף כי הוא מכר את גופו לענין זכות הבכורה.

³⁸ חידושי הרשב"א גיטין מב ע"ב (חורבה לאוירה); מרדכי ב"ב סי' תרטז (הובא בשו"ת ויקרא אברהם (אדאדי) חו"מ סי' לט ד"ה שני בקדש) (חורבה לאוירה); שו"ת פרח מטה אהרן ח"א סי' ח (כד ע"ד) (חצר לאוירה, לענין שיוכל המקבל לפתוח חלון לחצר), וסי' ט (כח ע"א) (בית לאויר שעליו, לענין שלא יוכל בעל הבית לבנות מעליו) וסי' יג (לט ע"ב) (בית לאויר שעליו, לענין שלא יוכל בעל הבית לבנות מעליו).

רא"ש ב"ב פ"ד סי' ז (הובא בשו"ת פרח מטה אהרן, ח"א, סי' ז, דף כג ע"ד, ובעמק המשפט ח"א סי' י אות א) כותב שמועיל לומר "אני מוכר לך את חצרי להוצאת זיזים מכותלך באויר חצרי" (וכ"כ שו"ע, חו"מ, ריב, ב), מפני שאפשר להקנות קרקע לאוירו. אבל שו"ת מהר"ם אלשיך סי' פז (עמ' ר) גורס ברא"ש "שאינו אדם מקנה קרקע לאוירו", ומסביר שכוונתו לאויר שאינו של קרקע עצמו, כלומר שא"א להקנות אותו בקנין אגב (ראה בשמו בהערה 23). על הגירסה ברא"ש ע"י פרח מטה אהרן שם.

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

ח"י הרשב"א, כתובות נט ע"ב (ד"ה ומיהו) (הובא בס' העיקרים (איגר), ח"א, עמ' רצז) מסביר שמועיל להקנות חצר לאוירו אף שאינו יוצא מגופו כמו בדקל לפירותיו (ראה סעיף 2 על זכות שאינה יוצאת מגוף הדבר), כי האויר נראה כאילו חלק מהחצר.

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

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

³⁹ פרישה, חו"מ, ריב, ג; שו"ת המבי"ט חלק ב סי' קלב; ערוך השולחן, חו"מ, ריב, א. אלו המקרים שזכרו ליד ציון הערה 12.

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

⁴⁰ רמב"ם, הלכות זכיה, י, טו.
שו"ת ראני"ח ח"א סי' קכ, נוקט שבמקרה זה, המקרה אינו מקנה את גוף הבית לגמרי אלא זו השאלה. אבל בפשטות זה בגדר הקנאה לזמן.

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

(א) אם אמר "ידור פלוני בבית זה" והקונה עשה קנין חזקה בבית, קנה כאילו אמר המקנה "בית לדור"⁴².

(ב) אם המקנה אמר "הקונה יוכל לעשות בו כל רצונו כאדם שעושה בביתו", וכדומה, משמעותו היא שהוא מקנה לו את גוף הבית לדירה⁴³. אבל אם אמר רק "ולא יהיה לי או ליורשי כוח להוציא אותה מהדירה" וכדומה, אין במשמעותו שהקנה לו את גוף הקרקע לדירה, אלא הוא רק מחזק את הקנאת זכות הדירה, שאינה תקפה⁴⁴. כל שכן שבמצב הרגיל, שאמר לו רק "ידור", אין מפרשים שהתכוון להקנות לו את הבית לדור בו, ואף שברור שהמקנה רוצה להקנות לו, ויש אומדנא שהתכוון להקנות בית לדירה, שהרי אם כוונתו לדירה בלבד, נמצא שדבריו הם לבטלה⁴⁵ - בכל זאת אין הולכים אחר אמדן דעתו להוסיף על דבריו כאילו אמר "בית זה אני מקנה לפלוני שידור בו", כי דברים שבלב אינם דברים⁴⁶, ועוד, שתיקון לשונו באופן זה היה יוצר הקנאה אחרת, של גוף הבית, ואילו התכוון לכך היה אומר זאת בפירוש⁴⁷.

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

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

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

לשונות נוספים שמוכיחים על כוונה להקנות את הבית לדירה: שו"ת דברי ריבנות, סי' קיט, כותב שאם כתוב בשטר "שיזכה וידור בבית", מפרשים שהמקנה התכוון לומר שהקונה יזכה בבית ממש וידור בו, בגלל תוספת הלשון "יזכה" ובגלל ו' החיבור של "וידור", שמשמעו שהוא מוסיף את הדירה על הזכייה.

דברי ריבנות שם כותב שאם נכתב שהקונה "תזכה ותדור כל עוד אשר נשמת רוח חיים באפה או כל עוד שתראה לדור בבית", משמע ש"כל עוד אשר נשמת רוח חיים באפה" תזכה גם אם אינה רוצה לדור שם, והיינו שתוכל להשכיר את הבית למי שתראה כל חייה, וזאת משום שהמקנה מקנה לה זכות בגוף הבית. עוד כותב דברי ריבנות שם שאם כתוב בשטר "אם תרצה הקונה ללכת לחוץ לארץ, לא תוכל לתבוע זכות זו", מוכח שהתכוון להקנות לה זכות בגוף הבית כל חייה להשכיר אותו גם אם לא תדור בו, ולכן היה אפשר לחשוב שתוכל למכור זכות זו, ולכן הדינש שאם תצא מהארץ לא תוכל למכור את הזכות, שאילו התכוון רק להקנות לה זכות דירה, לא היה צריך לומר שאם תצא מהארץ, לא תהיה לה שום זכות.

ר' יוסף קארו, בשו"ת אבקת רוכל סי' קיד, כותב על המוכר רשות לקבור בקרקע מסוימת, שאם השטר הוא רק שטר ראייה, המספר שכבר עשו מעשה קנין, מניחים שהקניין נעשה כדין, שאמר "קנה קרקע זה לקבור בו"; ואין לומר שכיון שיד בעל השטר על התחנתונה יש לומר שלא היה שם קנין אחר, שהרי כלל הוא (חידושי הרשב"א בבא בתרא קע"א ע"א, שו"ת הריב"ש, סי' שמה, ושו"ע, חו"מ, מב, ט) שאם השטר יתבטל ע"י אמירת "יד בעל השטר על התחנתונה", אין אומרים כך, וכאן אם היינו אומרים שמכר לו רק רשות לקבור, היה השטר מתבטל, ולכן אין אומרים "יד בעל השטר על התחנתונה" אלא מניחים שעשו באופן המועיל. אבל ר' משה ברוך, בתשובתו שם, סי' קיג, כותב על אותו נידון שלא קנה כיון שאין במכר ממש.

ר' אלישע גאליקו, המובא בכנה"ג חו"מ ריב הגה"ט אות ח (הובא בשו"ת חיים ביד סי' סט ד"ה גם ליכא, ובברכת מועדיך לחיים ח"א, דרוש ה לשבת כלה, דף כא ע"ב, כג ע"ג, כד ע"ג, כה ע"ג), כותב שאם אמר "ידור, וגם יהיה בידו כח ורשות להשכירם ולאכול פירותיהם כל חייו", זה מוכיח שהמקנה הקנה לקונה את גוף הקרקע לדירה. אבל הוא מסתפק בזה. ברכת מועדיך לחיים שם, דף כא ע"ב, כותב ששו"ת מהרש"ד"ם, חו"מ, סי' שכג, סובר שבמקרה זה קנה, שהרי כתב שאם המקנה גילה כוונה להקנות, קנה. שו"ת תקפו של יוסף ח"ב סי' כח, עוסק במי שהקנה אויר של עלייה (קומה עליונה בבית), ופוסק שההקנאה תקפה כיון שבנידונו נכתב בשטר "יזכה בו גוף מהיום ופירות לאחר מיתה", משמע שהתכוון להקנות לו את גוף העלייה שהרי "גוף" לא שייך באויר, ועוד שסיים "על כל מוצאיהם ומובאיהם" שזה שייך בגוף, וכתב "ילך ויחזיק לדור ולהשכיר", שמשמע שהקנה לו את גוף העלייה.

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

⁴⁴ שו"ת מהרש"ך חלק א סי' קעו.

⁴⁵ טענה זו כותב שו"ת דברי ריבנות, סי' קיט. אבל באנציקלופדיה תלמודית, ע' אין אדם מוציא דבריו לבטלה, בסופו, נאמר שהלכה נפסקה שייתכן שאדם אומר דברים לבטלה.

⁴⁶ שו"ת מהרש"ד"ם חו"מ סימן שמז.

⁴⁷ מגיד משנה הלכות זכיה ומתנה י, ב (הובא בשו"ת מהריט"ץ, סי' כח וסי' קפו).

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

⁴⁸ שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סי' סז (הובא בבי"י חו"מ, קצה, מחודש כב, בשו"ת מהרש"ך חלק א סי' קעו, בשו"ת מהר"ם אלשיך סי' פז (עמ' רא), בשו"ת מהרש"ד"ם, חו"מ, סי' שכג, בשו"ת מהריב"ל חלק ג סי' מג, בשו"ת ר"ע איגר, מהדו"ק, סי' קמא, בשו"ת חיים ביד סי' סט (ד"ה ועוד למד), בשו"ת פני דוד (פאפו) חו"מ סי' כא דף קכ ע"א, בשו"ת תורת אמת, סי' קלג, ד"ה הרי לך, ובסי' דיני מסחר במשפט העברי,

תיאור ההקנאה, כגון "אני מקנה לפלוני בקנין שידור בבית", או שהמקנה אמר לעדים "קנו ממני

עמ' 209); רמ"א, חו"מ, ריב, א; מהרי"ט, הובא בבני חיי, אהע"ז סי' נא; ערוך השולחן, חו"מ, ריב, ו; משכנות הרועים מע' א אות ז (יב ע"א); שו"ת בני שמואל סי' יג, דף מג ע"ד (הובא בשו"ת מהרי"ש הלוי חו"מ סי' ל דף נט ע"ד-ס ע"א); לחם שלמה ה' קנין סודר, סי' סד (נח ע"ג-ע"ד).

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

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

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

דעה חולקת: ב"י חו"מ, קצה, מחודש י (הובא בשו"ת מצות כהונה, סי' לו דף כח ע"ד), כותב שרב האי, המובא בעיטור, מאמר ב, דף י ע"א, חולק על הרשב"א, שהרי הוא כותב (ראה הערה 23) שקנין לא מועיל לדירה ואויר ואכילת פירות. אבל שו"ת שער אפרים סי' קלג (ד"ה וראיתי שה"ה) כותב שרב האי מסכים לרשב"א. כמו כן, זקן שמואל, חו"מ סי' רנג (קנד ע"א), כותב שרב האי מתכוון שאם הקנין נעשה **בתחילה**, אינו מועיל, ולזה מסכים הרשב"א. כמו כן, שו"ת משפט וצדקה ביעקב ח"א סי' ו (כ ע"א) כותב שרב האי ושאר הראשונים (בהערה 22) אינם חולקים על הרשב"א, כי הם מדברים בקנין שנעשה לפני האמירה "ידור", ובזה מודה הרשב"א שלא קנה.

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

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

שו"ת מהריב"ל חלק ד סי' כה מוכיח ששאר הפוסקים חולקים על הרשב"א, מן העובדה שלא כתבו חידוש זה.

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

גם פרי האדמה הלכות מכירה פרק כב הלכה יג (ד"ה והנה דברי) כותב שרב האי חולק על הרשב"א. שו"ת מהרי"ט חלק ב חו"מ סי' מד (הובא בשו"ת ויקרא אברהם (אדאדי) חו"מ סי' לט, ד"ה והנה בפי הכותב), כותב שרב האי יסביר שדוקא באומר "דין ודברים אין לי על שדה זו" מועיל קנין, מפני שהוא מדבר על השדה אלא שהלשון גרוע, ומתוך שאדם יודע שאין קנין חל על דברים בעלמא, יש להניח שהקנה לו מגוף השדה; אבל כאן לא עלה על דעתו להקנות לו את הגוף, כי הוא חשב שיכול להקנות את הדירה בקנין.

שו"ת משאת משה ח"א חו"מ סי' נו (קמז ע"ב) מביא שיי"א שלא מועיל קנין אפילו בסוף. שו"ת בית יהודה (עיי"אש) חו"מ סי' סב, שו"ת תקפו של יוסף ח"ב סי' כח, ושו"ת ויקרא אברהם (אדאדי) חו"מ סי' לט (ד"ה והנה בפי הכותב), מדייקים מסתימת השו"ע שהוא פוסק כרב האי. שו"ת ויקרא אברהם (אדאדי) חו"מ סי' לט (ד"ה והנה בפי הכותב) כותב שכך דעת שו"ת מר ואהלות אהע"ז סי' ב (לו ע"ב) בדעת שו"ע, שהרי כתב ששו"ע סובר שמחילה בדבר שהוא בעין לא מועילה גם בקנין, וכ"ש בדבר שאין בו ממש. שו"ת מהרי"ש הלוי חו"מ סי' ל (ס ע"ב), כותב אפשר לומר קי"ל כדעת רב האי, הגמ"ר ומישרים (שהביאו את דבריו), שלא מועיל קנין באחרונה. פרח מטה אהרן ח"א סי' ט (כח ע"ב) (הובא בעמק המשפט ח"א סי' י אות יא) וסי' יג (לט ע"ד), ושו"ת מים רבים חו"מ סי' מט (מא ע"ד), כותבים שאפשר לומר קי"ל שלא קנה.

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

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

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

⁴⁹ רשב"א שם.

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

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

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

⁵² שו"ת המבי"ט ח"א סי' שכט; שו"ת מהר"ם אלשיך סי' פז (עמ' ר); שו"ת מהר"ש צרור (תשב"ץ חלק ד (חוט המשולש) טור ב) סי' כ (ד"ה והרשב"א), ע"פ שו"ת תורת אמת סי' קלג; שו"ת שי למורא סי' כט; לחם שלמה ה' קנין סודר, סי' סד (נח ע"ג-ע"ד); שו"ת פרח מטה אהרן, ח"א, סי' ט (כז ע"ג), וסי' יג (לט ע"א). הרשב"א עצמו כותב שם שכפילת הקנין מועילה, אבל לא ברור מדבריו באיזה אופן מדובר, והאחרונים הללו מבארים את כוונתו.

המבי"ט כותב שהדין כך גם אם בקנין הראשון נאמר שהוא מקנה אגב קרקע "שידור בבית". אבל מהר"ם אלשיך שם כותב על אותו מקרה שאין אומרים כך, כי הקנין שזכר בסוף אינו שונה מהקודם, ורק מזכיר את הראשון שוב, שהוא לקנות ארבע אמות קרקע להקנות אגבן את זכות הדירה (שאינו מועיל, כאמור ליד ציון הערה 23); והרשב"א דיבר רק **בקנין סודר** שזכר פעמיים, שהוא חיזוק שייחשב כאילו אומר שהוא מקנה את הבית לדירה; ואין לומר שגם בנידונו חזרת הקנין מועילה להוכיח שמה שנקנה באגב אינו האויר בלבד אלא גם הבית לדירה, כי קנין זה מחזק את הקנין הראשון כאילו שהמקנה אמר שיקנה בקנין אגב את הבית לדירה - אין לומר כך, שהרי קרקע אינו נקנה אגב קרקע אפילו יש קרקע בתהום ומקנה אגבו קרקע שמעליו; ואין לומר שהקנין השני הוא קנין סודר חדש, על הדירה, ונפרש שכוונתו על גוף הקרקע, כאילו אמר "בית לדירה" - כי עד כדי כך לא מתקנים את לשונו. הרדב"ז בתשובתו בשו"ת מהר"ם אלשיך שם, מסכים למהר"ם אלשיך.

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

שו"ת הלכה למשה (אלבז) סי' קנט, כותב כאילו לרמב"ן דוקא אם כתוב קנין פעמים קנה, ולרשב"א קנה אם נזכר הקנה אחרי "ידור", וזאת מפני שבתשובות המיוחסות לרמב"ן נזכרה כפילות הקנין (אלא שלאמיתו של דבר, עיקרן תשובות של הרשב"א), ואילו בשו"ת הרשב"א ח"ו סי' קיא (שהבאנו בהערה 23) נזכר רק קנין; והוא פוסק ע"פ הרמ"א, שמועילים שני קניינים.

לחם שלמה ה' קנין סודר, סי' סד (נח ע"ג-ע"ד), כותב שרק אם הקנין השני כתוב בסוף השטר, הוא מועיל, אבל אם כתוב פעמיים בתחילה "וקנינו מפלוני שהקנה דירה בביתו לפלוני", לא קנה. גם שו"ת פרח מטה אהרן, ח"א, סי' יג (לט ע"ג) כותב שאם גם בפעם השנייה נאמר "וקנינו מפלוני שהוא מקנה דירה", לא מועיל, ורק אם אמרו "וקנינו מפלוני על כל המפורש לעיל" וכדומה, מועיל כמו קנין סתם כיון שלא הזכיר דירה. אבל אח"כ הוא מעלה אפשרות שלרשב"א מועילים שני קניינים גם אם בפעם השנייה הזכיר את הדירה, וכותב שכך משמע משו"ת מהריב"ל ח"ג סי' מג.

שו"ת בית יהודה (עייאש) חו"מ סי' סב, כותב מה שכתב הרשב"א שבשני קניינים קנה, הוא בשני קניינים שנעשו בפועל, ולא די שהקנין יוזכר בשטר פעמיים.

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

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

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

(ה) מי **שנשבע** למכור דבר שאינו בו ממש, לפי דעה אחת המכירה תקפה, מפני שהשבועה מועילה שייחשב כאילו הקנה לקונה את הגוף⁵⁷. אבל דעה אחרת היא שהוא אמנם חייב למכור כדי לקיים את השבועה⁵⁸, אבל אין נוצר בכך קנין⁵⁹.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

אבל יש להעיר שר' משה ברוך, בתשובתו שם, סי' קיג, כותב על אותו נידון שלא קנה כיון שאין במכר ממש.

⁵⁷ שו"ת שי למורא סי' כז (הובא בשו"ת חיים ביד סי' סט ד"ה ועוד למד, ובברכת מועדיך לחיים, ח"א, דרוש ה לשבת כלה, דף כא ע"ד, כה ע"א).

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

ברכת מועדיך לחיים שם, דף כא ע"ד, מדייק כך משו"ת הרא"ש כלל קב, סי' י, האומר שהנותן לחברו את הזכות למול את בנו (ראה הערה 98), זכה אם עשה תקיעת כף או חרס או שבועה; אבל בנוסח שלפנינו לא נזכרה שם שבועה.

חקרי לב חו"מ ח"א סי' קכה (רג ע"ד), מביא ששו"ת פרח מטה אהרן ח"א סי' ח דף כו ודף כט פסק שהנשבע בדבר שאין בו ממש שבועתו מועילה. ולא מצאנוהו.

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

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

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

(ו) יש מי שאומר שבהקנת דירת בית, אם הקונה דר בבית כבר בשעת ההקנאה, קנה, משום שכבר יש לו אחיזה בגוף הבית, ואין צורך לחדש לו קנין, ולכן כשאמר המקנה שהוא רצה שימשיך לדור בבית, משתמע שהוא מתכוון להקנות לו את גוף הבית לדירה, ולכן קנה⁶⁰. אבל אחרים אומרים שגם אז לא קנה, אם אין במשמעותה של לשון המקנה שכוונתו להקנות את גוף הבית⁶¹. העובדה שדר שם קודם אינה מוכיחה שהמקנה הקנה את גוף הבית לדירה, שהרי לא דר בבית מכח ההקנאה אלא קודם ההקנאה, ואז בוודאי גוף הבית לא היה של הקונה⁶². אבל אם דר שם אחרי ההקנאה, והמקנה ראה ושתק, קנה, מפני שבכך מראה המקנה שהתכוון להקנות את גוף הבית לדירה⁶³; זאת בתנאי שעשה מעשה קנין⁶⁴. אלא שאם שתק מפני שחשב שאפשר להקנות דירת בית, ההקנאה בטלה⁶⁵. כמו כן, אם מת המקנה, והקונה דר בבית אחרי מותו, אין שתיקת היורש מועילה כהוכחה שהמקנה התכוון להקנות את הבית לדירה⁶⁶, כי ייתכן שמה ששתק עד עכשו הוא מפני שחשב שמועיל להקנות דירת בית⁶⁷, או מפני שחשב שהמקנה הקנה לו את הבית לדירה⁶⁸.

(ז) המקנה דבר שאין בו ממש כגון אויר שעל פתח חצרו, וכתב בשטר "קיבל עליו אחריות ככל שטר העשוי כתקנת חז"ל", ההקנאה תקפה, כי העדים כאילו מעידים שההקנאה נעשתה כפי שתיקנו חז"ל במי שרוצה להקנות אויר - כלומר שהקנה קרקע לאוירה⁶⁹. כך גם אם כתוב בשטר

⁶⁰ שו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' שכג (הובא בברכת מועדיך לחיים ח"א, דרוש ה לשבת כלה, דף כא ע"ג, כג ע"ד).

הוא נוקט שהמקנה הקנה לו את גוף הבית לזמן, וזאת מפני שבנידונו קצב לקונה את זכות הדירה לעשרים שנה.

פסקי דין רבניים חלק ב עמ' 111 כותב שלדעת רב נחשון (הערה 13) שהטעם שב"ידור" לא קנה הוא כי ייתכן שכוונתו רק לשעה אחת, הרי אם הקונה גר בבית עוד מקודם, קנה, כי לא שייך לומר שההקנאה היא רק לשעה שהרי המטרה היתה גם להמשכת דיורו הקבוע. אבל הוא כותב שרוב הראשונים חולקים על רב נחשון. הוא כותב שגם הראב"ד (הערה 13) שנימק שב"ידור" לא קנה מפני שהיא נקראת "דירה" רק כשידור שם וזה כמו דבר שלא בא לעולם - לפי זה אם הקונה דר שם מקודם, קנה.

⁶¹ שו"ת דברי ריבנות סי' קצו (ד"ה נמצא שחוזק); שו"ת מהרש"ך חלק א סי' קעו; שו"ת שי למורא סי' לב (הובא בשו"ת משאת משה ח"א חו"מ סי' נו דף קמו ע"ב); שו"ת ויקרא אברהם (אדאדי) חו"מ סי' לט (ד"ה והנה בבתרא).

ר' יהושע חאנדאלי, בשו"ת מים רבים חו"מ סי' מח (מ ע"א), מביא ראייה לדברי ריבנות (עיי"ש). שו"ת משאת משה ח"א חו"מ סי' נו (קמו ע"ב), מדגיש שלדעה זו גם אם הקונה דר בבית בחיי המקנה, לא קנה (בניגוד לחכם אחד שכתב שקנה).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶⁷ דברי ריבנות שם.

⁶⁸ שו"ת תקפו של יוסף ח"ב סי' כח.

⁶⁹ שו"ת המב"י חלק א סי' שכט (הובא בברכת מועדיך לחיים ח"א, דרוש ה לשבת כלה, דף כא ע"ד); שו"ת בני שמואל, סי' יג (מד ע"ב); שו"ת תקפו של יוסף ח"ב סי' כח; ערוך השולחן, חו"מ, ריב, ו. המב"י ובני שמואל לומדים זאת מדברי ר' ברוך, שנאמר לענין דבר שלא בא לעולם - ראה סעיף 2.

שהקנה "בכל אופן היותר מועיל ע"פ הדין"⁷⁰. זאת בתנאי שבעל הדין או העדים בקיאים בדינים אלו, כדי שיוכל לדעת מה הדרך המועילה.⁷¹

חוב שמישהו חייב למוכר

חוק המכר חל גם על מכירת זכות אובליגטורית (הכוונה להמחאת זכות קיימת ולא ליצירת הזכות). גם חוק המחאת חיובים חל על הקניית זכות אובליגטורית. לדעת צלטנר,⁷² על מעשה ההמחאה חל חוק המחאת חיובים, וחוק המכר חל על ההתחייבות להמחאת אותה - כלומר, יש חלוקה בין שלבי העיסקה. אולם זמיר מחלק את תחולת שני החוקים בדרך אחרת: חוק המחאת חיובים דן ביחסים בין החייב לבין הממחה והנמחה, היינו תוצאת העברת הזכויות על היחסים בין החייב והנושה של הזכות; ואילו היחסים בין הממחה למוסדרים ע"י חוק המכר.⁷³

לפי המשפט העברי, ראובן אינו יכול להקנות לשמעון חוב בעל פה שלוי חייב לו,⁷⁴ כי אינו ברשותו,⁷⁵ וצריך "מעמד שלשתן" כדי להקנות אותו.⁷⁶ אף שנכסי החייב משועבדים לנושה, והם

בני שמואל כותב עוד (והובא בשו"ת פני משה ח"א סי' סו דף קס ע"א) שגם אם לא כתוב במפורש "כתקנת חז"ל", הרי אם כתוב בשטר "ומסודר וכו' באחריות וכו'", הוא כאילו כתוב "כתיקון חז"ל", כי זה משמעות "וכו" - כל הסגנון המקובל בשטר.

ברכת מועדיך לחיים, שם, דף כג ע"א, מביא כאילו המב"ט ובני שמואל כותבים שאם המקנה מתחייב באחריות, קנה. הוא הבין כנראה שטעמם הוא שכתוב בשטר "קיבל עליו אחריות", אבל לאמיתו של דבר טעמם הוא שכתוב "כתקנת חז"ל". על קבלת אחריות ראה ליד ציון הערה 24.

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

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

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

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

דעה חולקת: ראה סעיף 2, שלענין דבר שלא בא לעולם יש אומרים שלא מועיל "כתקנת חז"ל", ושו"ת פרח מטה אהרן ח"א סי' ט (כח ע"ב) מביא לענייננו את הדעה שאפשר לומר קי"ל כדעה זו.

⁷⁰ ערוך השולחן, חו"מ, ריב, ו.

⁷¹ ערוך השולחן, חו"מ, ריב, ו.

⁷² צלטנר, מכר, עמ' 29, ודיני חוזים, עמ' 143.

⁷³ זמיר § 58.

⁷⁴ רמב"ם ה"ל מכירה, ו, ז, והלכות שלוחין, ג, ז (הובא בשו"ת הריב"ש סימן שמה, עמ' תנד); תוס' כתובות נה ע"ב (ד"ה שאם); ספר העיטור מאמר ב, קנין (י ע"א) (אף לא באודיתא) (הובא בט"ז, יו"ד, קסח, ס"ק יד, ובקצות החושן, קצד, ס"ק ד); ר' יצחק ב"ר שמואל, בתשובות מיימוניות, ס' משפטים סימן לא; יד רמה, ב"ב פ"ח סי' ז; רמ"ה, המובא בטור, חו"מ, קכו, ט; תוס' ב"ק ע ע"א (ד"ה אמטלטלין); מהר"ם מרוטנבורג, בתשובות מיימוניות, ס' משפטים סימן סח; מלחמות ה', ב"ק יח ע"א, בדפי הרי"ף (הובא באבני מילואים, כת, ס"ק יג, וקהילות יעקב, קידושין, סי' יז); שו"ת הרשב"א ח"א סי' תתקלד, וח"ב סי' שה, וח"ה הרשב"א ב"ק דף ע ע"א (ד"ה איכא דאמרי), ודף קד ע"ב (ד"ה גירסת), ושבועות לג ע"ב, ד"ה אמר שמואל, וד"ה ויש מביאין (הובא בקצות החושן, קכג, ס"ק א, ובקהילות יעקב, סנהדרין, סי' ה); שו"ת הרא"ש כלל יג סימן כ (כי מלוה להוצאה ניתנה, ואין דבר שיחול עליו הקנין); מאירי, ב"ק ע ע"א (ד"ה וגדולי); פסקי רי"ד, ב"ק ע ע"א; מגיד משנה הלכות מכירה פרק ו הלכה ז; תשב"ץ חלק א סימן קנב, וח"ג סי' שכה (אף לא באודיתא); שו"ע, חו"מ, סי' רג, ט, וסי' ריא, ז; שו"ת אבקת רוכל סימן קכד; סמ"ע קכו, ס"ק יט; ש"ך, חו"מ, סי' סו, ס"ק צא, וסי' קכו ס"ק לא; שו"ת מהרשד"ם חו"מ סימן שט (הובא בשו"ת אדרת אליהו (קובו) סי' כא דף מג ע"א), וסי' שפ; שו"ת הראני"ח, ח"א, סי' עז; ים של שלמה בבא קמא

כאילו ברשותו, אין סמיכות דעת של הקונה, כי החייב יכול למכור את נכסיו והקונה לא יוכל לגבות מהקונים.⁷⁷

במקום שיש מנהג שאפשר להקנות חוב, ההקנאה תקפה.⁷⁸

המקנה חוב, וכתוב בשטר "כתיקון חז"ל", ההקנאה תקפה, כי משמעות לשון זו היא שהעדים מעידים שהמקנה עשה באופן שמועיל, והרי יש תוקף להתחייבות לתת חוב, כמו כל התחייבות בדשלבל"ע,⁷⁹ ולא משנה שבשטר כתוב לשון הקנאה.⁸⁰

ב"עיסקא", שהוא חצי פקדון וחצי מילווה, אפשר להקנות את חלק הפקדון אגב קרקע כמו כל פקדון, וגם חלק המילווה שונה מחוב רגיל, בכך שאינו ניתן להוצאה באופן חפשי, ולדוגמה אסור למתעסק לקנות בו שיכר,⁸¹ ואם מת, יכול בעל העיסקא לגבות מבניו את הכסף כמו פקדון של כסף, אף שנושה רגיל אינו יכול לגבות מיורשי הלווה את הכסף של הלוואה, ולכן הוא כמו פקדון ונקנה אגב קרקע, כיון שהוא ברשות הנותן לכמה דברים.⁸²

פרק ז סימן י; שו"ת חוות יאיר, סי' קיט; נתיבות המשפט, חידושים, סו, ס"ק סח; אורים ותומים, סו, אורים ס"ק קד; ביאור הגר"א, חו"מ, קכג, ס"ק ט.

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

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

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

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

בשבועה: ר' יעקב בעל הטורים, בפירושו על בראשית כה, לא, כותב בשם הרא"ש, שהמוכר חוב, ונשבע על המכירה, המכירה חלה, מעבר לחיוב קיום השבועה. וראה מי שחלקו עליו בענין דשלבל"ע, בסעיף 2.

⁷⁵ מלחמות ה', ב"ק יח ע"א (בדפי הרי"ף).

מלחמות ה' נוקט עוד שהוא כדבר שלא בא לעולם.

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

⁷⁶ שו"ע, חו"מ, רג, ט; ר' יעקב ישראל, בשו"ת חוקי חיים (גאגין), סי' מא (פח ע"ג).

⁷⁷ שו"ת דבר יהושע ח"ד סי' מט אות ב.

⁷⁸ שו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' שפ (הובא בשו"ת דבר יהושע ח"ד סי' מח אות א, וסי' מט אות א, ובפסקי דין רבניים חלק ה עמ' 265); שער משפט קכו ס"ק ה (על מנהג להקנות חוב בדיבור).

אבל שו"ת דבר יהושע ח"ד סי' מט אות א, מעלה אפשרות שאם המנהג הוא שמסירת הכתב מקנה, והוא מוסר את הכתב לחייב ולא לקונה, זה רק כדיבור לחייב שיתן לקונה, ודיבור אינו מועיל כסיטומתא לדעת שו"ת הרא"ש כלל יג סי' כ. עוד הוא כותב שמועיל סיטומתא בחוב רק לכך שהקנין חל אחרי שיבוא לעולם או שיבוא לרשותו, ועד אז יכול לחזור בו (ראה בשמו בסעיף 2 שהוא אומר כך לגבי דשלבל"ע).

⁷⁹ ראה סעיף 2.

⁸⁰ שו"ת בני שמואל סי' לד (עה ע"ב). כמו כן, שו"ת תורת חסד סי' רלז, בסופו, כותב שההקנאה תקפה אם כתוב בשטר "מקבל עלי אחריות ההקנאה ככל הקנאת העשויות כתיקון חז"ל", מפני שהיה יכול להתחייב לקונה כסכום החוב שהקנה, ואז אילו לא היה לקונה מאיפה לגבות התחייבות זו, היה יכול לגבות מחובות שאחרים היו חייבים למתחייב, ולכן רואים כאילו כתב כך, כיון שגילה דעתו שהוא רוצה שהסופר יכתוב באופן המועיל.

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

⁸¹ ב"מ קד ע"ב.

⁸² נימוקי יוסף ב"ק לו ע"ב (בדפי הרי"ף) בשם הרא"ה; קצות החושן, סו ס"ק לה; נתיבות המשפט סו ס"ק לח. קצות החושן מדגיש שאינו נקנה בחליפין, שהרי מטבע אינו נקנה בחליפין (ב"מ מו ע"א). כמו כן, תוס' ב"ק ע ע"א (ד"ה אמטלטליון) ואור זרוע ב"ק סי' רצה, כותבים שאפשר להקנות עיסקא כי לא ניתנה להוצאה.

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

חוב בשטר נחשב דבר שבא לעולם, מאחר שכבר שיעבד החייב את נכסיו משעת עשיית השטר,⁸³ ולכן אפשר למכור אותו ב"כתיבה ומסירה".⁸⁴ גם כתובה יכולה האשה למכור,⁸⁵ ואף שייתכן שהיא תמות בחיי בעלה ולעולם לא יתממש זכותה לגבות מהבעל, אין אומרים שחסרה סמיכת דעת של הקונה, כיון שהקנין חל כבר עתה על שטר הכתובה.⁸⁶

זכויות שונות

זכות בעל בנכסי אשתו: בעל יכול להקנות לאשתו את הזכות שיש לו בנכסיה ובשטרי חובותיה, כי לגבי החלק שיש לו בנכסיה, "ידו כידה" או "עדיף מידה",⁸⁷ כך שיש בה ממש.⁸⁸

זכות שכירות או שאילה: בעל זכות שכירות או שאילה בנכס יכול להקנות אותה לאחר, אם קיבל רשות מבעל הנכס.⁸⁹

מינוי שררה: אדם אינו יכול להקנות לאחר מינוי שררה.⁹⁰

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

⁸³ שו"ת דברי ריבנות סי' קלג (ד"ה הרי שהעדים).

⁸⁴ שו"ע, חו"מ, סו, א.

⁸⁵ ב"ק פט ע"א.

⁸⁶ שו"ת רעק"א מהדו"ת סי' ז.

⁸⁷ כתובות פג ע"א.

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

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

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

⁹⁰ מישרים נתיב כו חלק ג, דף עו ע"ב, בשם רמ"ה (הובא בדרכי משה, חו"מ, רעו, ס"ק א).

חקרי לב חו"מ ח"א סי' קיא (קסה ע"ב), כותב כך בשם מרדכי מגילה פ"ג בשם מהר"ם, אבל לא מצאנוהו שם, ואולי כוונתו למרדכי ב"ק סי' קח (הובא בדרכי משה חו"מ קנו ס"ק ט), שמקורו בשו"ת מהר"ם, דפוס פראג, סי' קלט, האומר שאי אפשר למכור שום סוג של שררה (נידונו - הבלעדיות על בנין דברים בבית כנסת).

פסקי דין רבניים חלק ו עמ' 178, כותב שהתמנות לתפקיד ציבורי, אינה זכות שקנין שייך בה, ומועיל רק במה שהציבור מעניק את הזכות, בגלל כוחו המיוחד של הציבור.

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

גור אריה בראשית פ' כה פסוק לא, כותב שהזכות לעבוד במקדש היא דבר שאין בו ממש וא"א למכור אותו (ראה בשמו בהערה 37 בענין מכירת הבכורה ליעקב). לעומתו, ר' יוסף מאיר מרגליות, "מסחר וקנין במצוות ועבירות", סי' יובל הפרדס (תשי"א), עמ' 154, כותב שהזכות לעבוד במקדש יש בה ממש, ולכן מכירת הבכורה ליעקב היתה תקפה.

שו"ת באר דוד (פרנקל) סימן לג (ד"ה ויעוד כיון) כותב שעצם מעשה המינוי למשרה ציבורית, לפני סיום כהונתו של נושא המשרה הנוכחי, היא דבר שאין בו ממש, ולכן אין תוקף להסכם שנעשה לגביו אז.

⁹¹ שו"ת מהרש"ל, סי' לו (ד"ה ומתוך) (הובא בשו"ת תפארת יוסף (מייזליש) חו"מ סי' טו).

אבל למעשה הוא כותב שאפשר למכור את הזכיון הממשלתי שנותן בלעדיות על ייצור יי"ש ("אורנדא"), אף שאין בו ממש אלא רשות וכח שלא יעשה שום אדם יי"ש זולתו, מפני שבכל דבר בעולם יש דרך להקנותו, כגון פירות עתידיים - יכול לתת "דקל לפירותיו", ובהכרח שאפשר להקנות את הרשות, ע"י שטר ערכאות. כלומר, לא ייתכן שאי אפשר יהיה להקנותו. שו"ת דברי חיים חו"מ חלק ב סי' כו (ד"ה ועיין), כותב שכונתו היא שבדבר שלא מצאנו בו קנין, יותר שייך סיטומתא. גם שו"ת שם אריה (בלחובר), חו"מ סי' ל

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

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

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

(הובא בפסקי דין רבניים חלק ה עמ' 265), מסביר שכוונתו היא שמועיל מטעם מנהג אף שאין בו ממש. עוד מנמק מהרש"ל (נימוק זה הובא בכנה"ג, חו"מ, ריב הגה"ט אות ג, בעמודי חיים (פלג'י), עמוד התורה, אות נח, דף לד ע"ב, בברכת מועדיך לחיים ח"א, דרוש ה לשבת כלה, דף כא ע"ד, כד ע"ב, כה ע"א, בשו"ת באר דוד (פרנקל) סימן לא (ד"ה הגם), ועיי' א' ורהפטיג (הערה 11), עמ' 381), שההקנאה מועילה מטעם דינא דמלכותא דינא. פתחי תשובה חו"מ, ריב ס"ק א, מביא ששו"ת נאות דשא סי' קיג, לומד מדבריו לענין הזכיון מהממשלה להשכיר רשות לשחוט ולאכול בשר. כסף הקדשים, ריב, א, מביא שבני חיי כותב שהקנאת חזקות ואורנדא, שאין בהן ממש, מועילה מטעם דינא דמלכותא. ערוך השולחן, חו"מ, ריב, ג, מנמק שמועיל מטעם מנהג ומטעם דינא דמלכותא. שו"ת דבר יהושע ח"ד סי' מט אות ב, כותב שכוונת מהרש"ל היא שקונה את הזכות למכור, אף שאין בה ממש, אבל אינו קונה את היי"ש מפני שלא מועיל סיטומתא לקנות דבר שאינו בעולם לפני שבא לעולם. ראה חוק לישראל, שכירות ושאלה, עמ' 62-63, מקורות נוספים על תוקפה של **השכרת** זכויות כאלה, כגון הזכות לעסוק בהלוואה בריבית, הזכות לגבות מכס על בשר, וזכיון למסחר בבשר וביי"ש.

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

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

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

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

⁹⁴ שו"ת נודע ביהודה מהדורא תניינא חו"מ סי' מא (הובא בפתחי תשובה חו"מ, ריב ס"ק ב). הוא כותב על מקום שהשלטון הגביל את מספר היהודים שרשאים לגור בעיר, שיהודי שקיבל מהשלטון זכות מגורים אינו יכול למכור אותה לאדם אחר, כי אין בה ממש, וגם אין לו קנין בגוף העיר שיוכל להקנות כמו "בית לדירתו" (ראה ליד ציון הערה 37). בכל זאת הוא מצדיק את מה שנהגו להעביר את הזכות, שאינו מועיל בתור הקנאה אלא האחד מסתלק מזכותו וממילא זוכה בו האחר ע"פ דינא דמלכותא (נקודה זו הובאה בשמו בשו"ת אפרקסתא דעניא חלק א סימן נז, ד"ה ומקום).

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

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

⁹⁵ ספר העיטור מאמר ב, קנין (ט ע"ד) (שאינה נקנית בחליפין או בקנין אגב) (הובא בהגהות מיימוניות, הלכות מכירה, ה, ט, אות ז, ובבית הלוי, ח"ג, סי' מה אות ג); שו"ת ר"מ אלשיך סי' פז (עמ' רג), בדעת ר"ח והרא"ש; שו"ת מהרי"ם פדואה, סי' סה (במתנה) (הובא בדרכי משה, חו"מ, רעו, סי' א); קצות החושן, סי' רג, סי' א, וסי' רעו, סי' ב; סמ"ע, רעו, סי' ט; שו"ת מהרי"ט חלק ב יורה דעה סימן ה (ד"ה ובספק); שלי"ה, מסכת מגילה, נר מצוה, ענין צדקה ומעשר, אות לו; שו"ת תורת חסד (פרדקין), או"ח סי' מד אות ב; חיי חתם סופר נדרים פה ע"א (ד"ה רבא, וד"ה ומיושב מה - גם לדעה שטובת הנאה ממון); זית רען ח"ב סי' עג ד"ה ועפ"ז (שאינה נקנית בחליפין או בקנין אגב).

קצות החושן, רעו, סי' ב, מנמק, שטובת הנאה ניתנת רק לבעלים הראשון, שכתוב בו "ונתת"; ולפי דבריו אינו מצד דבר שאין בו ממש.

מהרי"ט שם כותב שכך הדין לגבי מי שתרים ספר תורה לקהילה על תנאי שיוכל לקחת אותו עמו אם יעבור לעיר אחרת - שאינו יכול להקנות זכות זו לאחרים.

שאלה אחרת היא האם טובת הנאה נחשבת ממון, לענין אופן הקנאת מתנות הכהונה והלווייה **לכהן וללוי**. ראה אנציקלופדיה לתלמודית, ערך טובת הנאה, ליד ציוני הערות 371-432.

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

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

הזכות לעשות מצווה מסויימת: אדם שהקנה לחברו את הזכות להיות מוהל או סנדק של בנו, גם אם בנו כבר נולד, יכול לחזור בו, מפני שזכות זו אין בה ממש; וגם אם עשה קנין, אין לכך תוקף, מפני שהוא "קנין דברים", שכן קנין נתפס רק על גוף של חפץ, ולא על זכות מופשטת כזאת.⁹⁸ הוא

הבחנות שונות: ש"ך, חו"מ, רעו, ס"ק ד, כותב שאם ראובן הקנה את טובת ההנאה לשמעון, ומתנות הכהונה (לדוגמה) נמצאות ביד לוי, שמעון אינו יכול להוציא מיד לוי (מחנה אפרים, הלכות טובת הנאה, סי' א, ד"ה נמצא, נימק, שראובן עצמו לא היה יכול להוציא מיד לוי כי אינה ממון), אבל אם הן ביד שמעון, שמעון זכאי לתת לאיזה כהן שירצה.

מקור חיים (מליסא) סימן תלא, הקדמה, אות ג, כותב שלפי הדעה שטובת הנאה היא ממון, אפשר להקנות אותה במשיכת החפץ, משא"כ לדעה שטובת הנאה אינה ממון, שאין לבעליה קנין בגוף החפץ אלא זכות חיצונית בו. גם אחיעזר ח"ג סי' א אות ה, כותב שהדין תלוי במחלוקת זו. חלקת יואב, חו"מ, סי' כג (ד"ה וכן מוכח) כותב שהרמב"ם סובר כמקור חיים, וכותב (בד"ה ונמצא) שהרמב"ם פוסק שאינה ממון; אבל הוא כותב (בד"ה אבל השאלות) שהשאלות, שאלתא קלב, סובר שלכל הדעות אין לבעליה קנין בגוף החפץ.

דעה חולקת: ר"מ אלשיך כותב שהרי"ף והרמב"ם סוברים שאפשר להקנות טובת הנאה זו אגב קרקע. כך כתב גם מהרי"ט שם בדעת הרי"ף. כמו כן, ש"ך, חו"מ, רג, ס"ק א, כותב שהיא נקנית בחליפין ובקנין אגב. שטמ"ק ב"מ יא ע"ב מביא ש"מ"ה נר"ו (הוא הרדב"ז) כתב שאפשר להקנות אותה בקנין כסף, אבל לא בחליפין ואגב קרקע, מפני שהם קניינים גרועים. מחנה אפרים, הלכות טובת הנאה, סי' א (ד"ה ונראה), כותב בדעת מהר"ם, המובא במרדכי, שבועות, סי' תשסז, שאם שמעון נתן לראובן כספי צדקה לחלק, לפי ראות עיניו, ושמעון הסתלק מטובת ההנאה שהיתה לו, זכה בה ראובן; ובמסקנתו (ד"ה נמצא) כתב שאפשר להקנות אותה כי יש בה ממש. אנציקלופדיה תלמודית, ערך טובת הנאה, הערה 459, כותב שתוס' ר"י הזקן (ר"א מן ההר), קידושין נח ע"א, סובר שאפשר להקנות אותה, ולא מצאנוהו בדבריו; ובהערה 461 כותב שזו דעת נאות יעקב סי' ד דף כג ע"ב.

⁹⁶ ים של שלמה בבא קמא פרק ז סימן י.

אבל שו"ת דבר יהושע ח"ד סי' מח אות ה, מדייק מתוס' רי"ד כתובות פה ע"ב הכותב שבמכירת שטר חוב, הקונה אינו קונה את גוף הכסף אלא קונה זכות לתבוע, מכאן שלדעתו אפשר להקנות זכות תביעה אף שאין בה ממש. הוא מסביר זאת ע"פ דעת שו"ת מהרש"ל סי' לו (ד"ה ומתוך), שאפשר להקנות זכות לעשות משהו, אם הדבר בוודאי יבוא.

למעשה, תובע יכול למנות מורשה שיתבע במקומו את הנתבע, מדין שליחות או משום שהוא מקנה לו את הכסף שהוא תובע; ותוקף המינוי מבוסס על תקנות חכמים. ראה: נ' רקובר, השליחות וההרשאה במשפט העברי; חוק לישראל, שליחות, עמ' 49-51, ועמ' 689-690.

⁹⁷ שו"ת משפטים ישרים (גאון) סי' כג.

⁹⁸ שו"ת הרא"ש כלל יב סי' ג, וכלל קב סי' י (הובא בשלטי הגיבורים, חולין כט ע"א, בדפי הרי"ף); רמ"א, יו"ד, רסד, א; שו"ת משיב דבר חלק ג סי' יד. גם רא"ש חולין פ"ו סי' ח, כותב שמי שאמר למישהו למול את בנו, לא זכה במצוה.

רמ"א שם כותב שאם נשבע על כך, כופים עליו לקיים את שבועתו. כנראה, הוא למד זאת ממה ששו"ת הרא"ש כלל יב סי' ב, כותב שאם קיבל חרם, אינו יכול לחזור בו. כמו כן, שו"ת הרמ"ץ או"ח, סי' יב, אות ו (הובא בפסקי דין רבניים חלק ו עמ' 179), כותב שחזקה לעשות מצוה, כגון גלילת ספר תורה או תקיעת שופר, אי אפשר להקנות אותה כי אין בה ממש והיא דשבל"ע, והאדם זוכה בה רק מפני שהקהל נותן לו, ודברי הקהל מועילים בלי קנין, אבל אינו יכול לתת אותה לאדם אחר.

דעה חולקת: הרא"ש שם, כלל קב, מביא שר' יחיאל כתב שאם הקנה את הזכות להיות מוהל או סנדק בשעה שהיתה האשה מעוברת, אינו יכול לחזור בו, מפני שעובר בא לעולם קצת. הרא"ש שם דוחה את דבריו, כי אי אפשר להקנות עובר גם אם הוכר (ראה בשמו בסעיף 2). עוד נימק ר' יחיאל, שרואים כאילו הקנה לו את הוולד להיות שלו עד שיתקיים מצות מילה, ומועיל כמו "דקל לפירותיו" (ראה ליד ציון הערה 37). הרא"ש דוחה טענה זו, בכך שהקנאת הוולד אינה מועילה אף אם הקנה לו אותו בפירוש, כי לא בא לעולם כאמור; ועוד, אין אומרים "נעשה כאילו אמר לו", כפי שלא מועילה מכירת פירות דקל, ואין אומרים "נעשה כאומר לו דקל לפירותיו"; ועוד שאדם אינו יכול להקנות את בנו לאדם אחר, גם אחרי לידתו.

שלטי הגיבורים ב"ק לב ע"ב (בדפי הרי"ף) (הובא במגן אברהם, שו"ק טו), כותב שאדם יכול למכור לאדם אחר את הזכות לעשות מצווה, והשכר יגיע לקונה, שהרי יש לקיום מצווה ערך ממוני של עשרה זהובים (שלכן החוטף מצווה ממי שזכאי לקיימה, חייב לשלם לו עשרה זהובים - ב"ק צא ע"ב). אבל משיב

אף אינו נחשב "מחוסר אמנה" אם חזר בו, כי החוזר בו מהבטחה נחשב מחוסר אמנה רק בדבר שאילו הקנה לו היה קונה קנין גמור, ולא בדבר שלא שייך בו קנין.⁹⁹

בעבר היה נהוג למכור את הזכות להדפיס ספר מסוים, אבל ר' שלמה קלוגר פסק שאין תוקף למכר כי זה רק איסור להדפיס במקום אחר.¹⁰⁰

השכר על קיום מצוות: אדם אינו יכול למכור לאדם אחר את השכר שהקב"ה נותן לו על עשיית מצוות, מפני שאין בו ממש.¹⁰¹

דבר שם כותב ששלטי הגיבורים מסכים לרא"ש שהמוכר יכול לחזור בו כי זה "קנין דברים", אלא שלדעתו, כל זמן שלא חזר בו, חל מכר אף שזו זכות שאינה נתפסת בקנין, כמו שמועילה תפיסה בדשלבל"ע (ראה סעיף 2), ולכן אם מישוהו חטף את המצוה מהקונה (לפני שחזר בו המוכר), עליו לשלם עשרה זהובים לקונה, משא"כ לרא"ש, שלדעתו ההקנאה לא חלה בכלל.

שו"ת מהר"י מברונא סימן קפ, מוסר שברינגשפורק היה מנהג שמי שקונה את הזכות להיות "בעל ברית" (כנראה - סנדק), מקבל "עלייה לתורה" בשבת; והוא כותב שהוא קודם בעלייה לתורה אפילו לאביו של בן שנולד אח"כ, כי הוא כבר זכה בעלייה, ואף שאין אדם זוכה בדשלבל"ע, מ"מ הואיל וידוע ששבת תגיע, סמך דעתו וקונה. ולא הזכיר שזה דבר שאין בו ממש.

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

⁹⁹ רא"ש כלל קב שם.

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

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

¹⁰⁰ ראה נ' רקובר, זכויות היוצרים במקורות היהודיים, עמ' 223-235.

¹⁰¹ שו"ת משיב דבר חלק ג סי' יד; שו"ת אפרקסתא דעניא חלק א סימן נו (ד"ה א"ו). משיב דבר נותן לכך גם טעם רוחני, ששכר מצווה הוא חוק טבע - עיי"ש. הוא מביא לכך ראיה מלשון שלטי הגיבורים (הערה 98) - עיי"ש. גם ר' יוסף מאיר מרגליות, "מסחר וקנין במצוות ועבירות", סי' יובל הפרדס (תשי"א), עמ' 154, מעלה אפשרות שא"א להקנות את השכר מפני שאין בו ממש. אפרקסתא דעניא מוסיף שהשכר הוא דשלבל"ע.

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

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

רמ"א, יו"ד, רמו, א (ומקורו בתולדות אדם וחיה שם), כותב שאת השכר על לימוד תורה אי אפשר להקנות. עיין משיב דבר שם שנתן לכך טעם רוחני, מעבר לאמור בשכר מצוות. רמ"א יו"ד שם כותב (ומקורו בתולדות אדם וחיה שם) שאדם יכול להתנות עם חברו מראש שהוא יעסוק בתורה וחברו יפרנס אותו ויתחלק עמו בשכר לימודו. משיב דבר, מעשה חייא, טוב טעם ודעת ונדרי זריזין שם מנמקים, שאין הכוונה שחברו יקבל חלק מהשכר שייך ללומד, אלא שכר חברו הוא על המצווה שחברו עושה, בסיוע ללימוד תורה, בכך שהוא מאפשר ללומד מנוחה, שיוכל לעסוק בתורה. שו"ת אפרקסתא דעניא חלק א סימן נו (ד"ה והנה, ואילך), מסביר שכיון שהוא מתנה זאת מראש, מי שמפרנס לומד תורה, יש לו קנין בגוף הלומד לפירותיו, היינו זכות למודו, שהלומד נקרא ע"ש תומכיו, והרי בדשלבל"ע ובדבר שאין בו ממש, מועיל להקנות גוף לפירותיו; ועוד, שבדשלבל"ע מועילה הקנאה הדדית (ראה סעיף 2), וגם כאן, הרי כל אחד רוצה לזכות בשל חברו; ועוד, שאפשר להקנות דשלבל"ע אם יש גמירת דעת, וכאן דעתו של הלומד קרובה למחזיקו כיון

נכס שאינו בשליטתו של בעליו

אדם אינו יכול למכור נכס שאינו בשליטתו, גם אם הוא בבעלותו המלאה.¹⁰²

הדוגמה הובלטת ביותר היא נכס מיטלטל גזול: נגזל אינו יכול להקנות נכס מיטלטל שנגזל ממנו, כי הנכס אינו בשליטתו,¹⁰³ וזאת גם אם הוא יכול להוציא את הנכס מהנגזל בדיון.¹⁰⁴

לפי דעה אחת, אם הגזלן רוצה להחזיר את הגזילה, הנכס נעשה פקדון ובעליו יכול להקנותו.¹⁰⁵ אבל דעה אחרת היא שגם אם הגזלן רוצה להחזיר, בעליו אינו יכול להקנותו כיון שהוא אצלו בתורת גזל.¹⁰⁶

אך אם הנגזל הקנה את הנכס למישהו, ואח"כ הוציא אותו מהגזלן, חלה ההקנאה שהקנה הנגזל למפרע.¹⁰⁷ אפשר לנמק זאת, שמתברר למפרע שחוסר השליטה של הנגזל היתה זמנית, ולכן אין בכוחה למנוע ממנו להקנות את הנכס.

שעל ידו עוסק בתורה וגורם לשמח נפשו בפקודי ה', ואנן סהדי שגומר בדעתו להקנות; ועוד, שכתב שו"ת מהר"ש ענגיל ח"א סי' צט, שבדבר מצוה אומרים "כל העומד להיעשות כעשוי", ולכן כאן השכר אינו דשבלביע, כיון שעל הלומד יש מצות לימוד; וכל ההסברים הללו אינם שייכים בהקנאת השכר אחרי שעסק בתורה, שאין דעתו קרובה אליו כיון שלא סייע לו עד עכשיו.

¹⁰² במקורות נקרא נכס כזה "דבר שאינו ברשותו" (למשל, ב"מ ו ע"א, ואנציקלופדיה תלמודית, ערך זה), אבל אנו נשתמש במונח "שאינו בשליטתו" כדי למנוע בלבול, כיון שהמונח "דבר שאינו ברשותו" משמש במקורות גם לנכס שאינו בבעלותו (כגון ברמב"ם, הלכות מכירה, כב, ה).

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

עבד שברח: נתיי"מ שסג ס"ק א כותב שאדון לא יכול למכור עבד שברח והתייבש ממנו, כי אינו בשליטתו.

¹⁰³ רש"י, ב"ק ע ע"א (ד"ה משום); רא"ש, ב"ק פ"ז סי' ד; מרדכי, ב"מ סי' רמג; תוס', ב"ק ע ע"א (ד"ה אמטלטלין); ראב"ן, שו"ת, סי' עט, ועל ב"ק ע ע"א (דף קצא במהד' ערנריד); אור זרוע, ב"ק סי' רצה; פסקי רי"ד, ב"ק ע ע"א; ר' ברוך הספרדי (נדפס ב"שיטת הקדמונים"), ב"ק ע ע"א; מגיד משנה, הלכות מכירה, כב, ט; ים של שלמה בבא קמא פרק ז סימן י; חי' ר"ע איגר, ב"ב מג ע"א; סי' העיקרים (איגר), ח"א, עמ' רפג.

חלק מפוסקים אלו מביאים ראיה מהדין שאינו יכול להקדישו (ב"מ ו ע"א).

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

דעה חולקת: חי' הרשב"א ב"ק ע ע"א (ד"ה איכא דאמרי), ושבועות לג ע"ב (ד"ה והרמב"ן), אומר שנגזל יכול להקנות את הנכס למי שירצה אגב קרקע או בקנין סודר, ורק להקדיש אינו יכול מגזיה"כ. כמו כן, חי' ר"ע איגר חו"מ ריא, ז, כותב שלדעת הרשב"א ב"ב מג (ד"ה לסתלקי), נגזל שלא התייבש יכול להקנות את הנכס, וכך גם בפקדון מטלטלין שהנפקד כפר בו.

¹⁰⁴ מרדכי, ב"מ, סי' רמג; חלקת יואב חו"מ סי' כא; נתיבות שמואל, נתיב ו, אות ו (נט ע"ב).

¹⁰⁵ קצות החושן ריא ס"ק ג, ואבני מילואים, כח, ס"ק יג, בדעת המאור ב"ק יח ע"א (בדפי הרי"ף), ובדעת תוס' ב"מ ו ע"א (ד"ה הקדישה).

קובץ שיעורים, קדושין, סי' צג, כותב ששיטה זו צריכה לומר שהחסרון בהקנאת דבר שאינו בשליטתו הוא מצד הקונה ולא מצד המקנה. ראה הערה 102 בשאלה אם זה מצד הקונה או מצד המקנה.

¹⁰⁶ קצות החושן ואבני מילואים שם בדעת הרמב"ן במלחמות ה' ב"ק יח ע"א (בדפי הרי"ף).

הוא כותב שלפי הרמב"ן, גם אם נפקד כופר בפקדון, שהוא כגזלן, ואח"כ הוא רוצה להחזיר אותו, בעליו אינו יכול להקנותו.

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

¹⁰⁷ סי' העיקרים (איגר), ח"א, עמ' רפג, בדעת השו"ע; שו"ת עין יצחק, חלק א, סימן פב, אות ז (תשובה מבן המחבר).

אם מישהו קנה מהגזלן את הדבר הגזול, ומוכן להחזיר אותו לנגזל אבל דורש מהנגזל את מה ששילם בעבורו מכוח "תקנת השוק", הנגזל יכול להקנות אותו למי שירצה¹⁰⁸. אפשר לנמק זאת, שבמצב זה, הנכס הוא כמשכון ביד מי שקנה אותו מהגזלן, והרי בעל משכון יכול להקנות אותו.

אשר ל**קרקע גזולה**, הנגזל יכול להקנות קרקע גזולה, כי היא נחשבת ברשותו¹⁰⁹.

ראובן שהחזיק בקרקע של שמעון בגזלנות, ובעוד ראובן מחזיק בה, הקנה אותה שמעון ללוי: אם המצב (בעת ההקנאה) היה ששמעון היה יכול להוציא בבית דין מיד ראובן, ההקנאה תקפה; ואם לא, אינה תקפה, וגם אם לאחר מכן חזרה הקרקע לשליטתו, כגון שתפס אותה בכוח, אינו חייב לתת אותה ללוי¹¹⁰.

פקדון: מי שהפקיד פקדון ביד אדם אחר יכול למכור אותו למי שירצה, מפני שהוא נחשב בשליטת המפקיד¹¹¹, גם אם אין עדים על ההפקדה¹¹². המפקיד יכול להקנות גם מטבעות מופקדים, ואף

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

ס' העיקרים (בעמ' רפג) ועין יצחק מסתמכים על רמ"ה, המובא בשטמ"ק ב"ק לג ע"א (ד"ה ולר"ע), האומר שאם הנגזל הקדיש את הדבר הגזול והוציאו מהגזלן, חל ההקדש למפרע. אבל ח"י רעק"א, ב"ב מג ע"א, כותב שהרמ"ה מתכוון לומר שאם יוציא מהגזלן, חל הקדש **מאותה שעה ואילך**, כי לענין זה נחשב כאילו היה ברשותו כשהקדיש, כי החסרון שאינו בשליטתו אינו כל כך חזק שיוכל לבטל ממנו את קניינו בחפץ לגמרי, וההקדש חל ברגע שהוציאו מהגזלן, כי אמירתו מועילה לזמן שיוציא מהגזלן; אבל אם חזר בו לפני שהוציא מהגזלן, חזרתו מועילה, כיון שההקדש לא יכול לחול מעכשו. לביאורים אחרים בדברי הרמ"ה, והדעות האחרות, ראה: אוצר מפרשי התלמוד, בבא קמא לג ע"א, עמ' שטז; פתחי חושן, גניבה ואונאה, פרק א, סעיף לד, והערות פח-פט, ופרק ג, סעיף א והערה א.

אילת השחר ב"ב מג ע"א (ד"ה ובנגזל), מסביר שאף שהקנאת דשלב"ע אינה חלה גם כשהנכס בא לעולם, כאן אין חסרון בבעלות, אלא קנין הגזילה של הגזלן מפריע להקנאה, ולכן כשמסתלקת ההפרעה, חלה ההקנאה.

ס' העיקרים מביא ראייה שההקנאה תופסת למפרע, מב"ב מג ע"א - עיי"ש.

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

¹⁰⁸ ר"ש איגר, במכתבו לאביו, בח"י רעק"א, ב"ב מג ע"א, ובס' העיקרים (איגר), ח"א, עמ' רפט.

¹⁰⁹ ים של שלמה בבא קמא פרק ז סימן י.

נתיבות שמואל, נתיב ו, אות ו (נט ע"ב), כותב שאינו יכול להקנות קרקע גזולה, אלא שיש הבדל בין קרקע למיטלטלין, שמסברה, נכס שבעליו אינו יכול להוציאו בדין, אינו יכול להקנות אותו, מפני שלא שייך קנין על דבר שלא יכול לבוא לעולם ליד הזוכה; וגז"ה"כ "מה ביתו ברשותו" בב"מ ו ע"א, מלמד עוד דבר, שגם אם יכול להוציאו בדין, אינו יכול להקנות מה שביד גזלן; וזאת במיטלטלין, אבל בקרקע שאינה נגזלת, לא נאמרה גז"ה"כ זו, אבל נשאר הדין שמסברה, שאינו יכול להקנות דבר שאינו יכול להוציא בדין.

¹¹⁰ מרדכי ב"מ, ס"י רמב (הובא בדרכי משה, רמא, ס"ק ט).

שו"ת הרשב"א ח"א ס"י אלף קנט, כותב שאם המלך תפס בית של יהודי שלא כדין, והיהודי הקנה את הבית לאדם אחר "מעכשו כשיחזיר לי המלך", והמלך החזיר אותו אח"כ, ההקנאה תקפה, כי הבית נחשב ברשות היהודי. צריך להסביר שהמציאות היתה שהיה יכול להוציא את הנכס מהמלך בדין, ולכן ההקנאה תקפה; או שכיון שתלה את חלות ההקנאה בזמן שיחזור אליו, היא תקפה.

¹¹¹ רמב"ם, הלכות מכירה, פרק ו, ז, ופרק כב, ט, והלכות שלוחין, ג, ז (הובא בשו"ת מהרי"ק שורש פט); ראב"ן, שו"ת, ס"י עט; שו"ע, חו"מ, ס"י רג, ט, וסי' ריא, ז (הובא בשו"ת כפי אהרן ח"ב חו"מ ס"י י, דף קכב ע"ד); שו"ת חו"מ, ס"י קכו ס"ק לא, וסי' רט, ס"ק י; שו"ת מהרשד"ם חו"מ סימן קכג וסימן שט; שרשי הים, ח"א, שורש ברירה סעיף כ (צז ע"ג).

¹¹² שו"ת משאת משה, חו"מ, ס"י יא (לח ע"ד).

שהנפקד רשאי להשתמש במטבעות המופקדים¹¹³, הרי כל זמן שלא השתמש בהן והמפקיד בא לתבוע אותם, אינו יכול לתת מטבעות אחרים במקומם¹¹⁴, ולכן הם נחשבים בשליטת המפקיד¹¹⁵.

אבל אם כבר הנפקד בפקדון, המפקיד אינו יכול להקנות אותו, כי אינו נחשב ברשותו¹¹⁶. גם אם הנפקד לא כבר, הרי אם אין דעתו להחזיר את הפקדון כי יש לו איזו טענה על המפקיד, בעליו אינו יכול להקנותו¹¹⁷.

נכס מושכר: משכיר קרקע יכול למכור אותו¹¹⁸. גם המשכיר מיטלטלין יכול למכור אותו¹¹⁹, וכך גם המשאיל נכס¹²⁰.

נכס ממושכן: בעל קרקע שמישכן אותה לנושה שלו עבור חובו, יכול למכור את החלק מהקרקע שהוא מעבר לסכום החוב¹²¹. אפשר להקנות בקניין סודר גם משכון של מיטלטלין שנמצא אצל נושה של בעליו¹²².

בעל קנין גוף: נכס שגופו שייך לאדם אחד ופירותיו שייכים לאדם אחר, בעל קנין הגוף יכול למכור אותו, והקונה יזכה בפירות ברגע שמסתיימת זכותו של בעל קנין הפירות¹²³, והמוכר אינו יכול לחזור בו בינתיים, כי יש לו בעלות גמורה לזמן שאחרי סיום זכות קנין הפירות של האדם האחר, ואין חסרון בבעלותו, אלא יש דבר אחר שמפריע - זכותו של האחר בקנין פירות¹²⁴.

¹¹³ ב"מ מג ע"א.

¹¹⁴ ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 57.

¹¹⁵ קצות החושן רג, ס"ק ה. הוא מוכיח זאת מרמב"ם, הלכות מכירה, ו, ז, האומר שאפשר להקנות מטבעות מופקדים (אבל אפשר לדחות, שמדובר במטבעות צרורים, שבהם אסור לנפקד להשתמש, כאמור בב"מ שם).

הוא דוחה בכך את שו"ת שארית יוסף (כ"ץ) סי' כח המדייק מנימוקי יוסף ב"מ ג ע"ב (בדפי הרי"ף) שאי אפשר להקדיש פקדון של מטבעות, כיון שהנפקד יכול להשתמש במטבעות; וקצות החושן כותב שגם נ"י סובר שאפשר להקנות אותם.

¹¹⁶ רמב"ם, הלכות מכירה, כב, ט; שו"ע, חו"מ, ריא, ז; קצות החושן, קצד, ס"ק ד (אפילו באודייתא).

¹¹⁷ תרומת הכרי, ריא, ז; קצות החושן, סי' לו ס"ק ח, סי' קכג ס"ק א, וסי' שנד ס"ק ד. אבל ר"ש ערנרייך, בהערות אבן שלמה על הראב"ן, שו"ת, סי' עט, הערה א, מוכיח שראב"ן שם, ותוס', ב"ק ע ע"א (ד"ה אמטלטלין), סוברים שמפקיד יכול להקנות גם פקדון כזה.

¹¹⁸ רמב"ם, הלכות שכירות ו, יא; טור חו"מ, שיב, יא; שו"ע, חו"מ, שיב, יג; שו"ת די השב, חו"מ, סי' כ (סז ע"ב); שו"ת המבי"ט ח"א סי' רמו; שו"ת הרדב"ז, ח"ד סי' אלף קצב (קכב); שו"ת דברי ריבות, סי' צד; שו"ת מהריט"ץ, סי' פט.

רמב"ם ושו"ע שם כותבים שהקונה אינו יכול להוציא את השוכר, הרי שהמכירה תקפה. שו"ת כפי אהרן ח"ב חו"מ סי' י (קכב ע"ג), מוכיח כך גם מרי"ף ורא"ש ב"מ קא. ראה חוק לישראל, שכירת ושאיילה, עמ' 469-470, מקורות נוספים לכך שהמשכיר יכול להקנות את הדבר המושכר.

דעה חולקת: שו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' רעז, כותב שהמשכיר נכס אינו יכול להקנות אותו תוך הזמן, גם אם אמר "מעכשו ולאחר סוף השכירות", כי שכירות היא כמכר ליומו, והנכס אינו נחשב בבעלות המשכיר.¹¹⁹

קצות החושן, ריא, ס"ק ב. הוא כותב זאת כחולק על ים של שלמה, ב"ק פ"ה סי' לג-לד, הכותב שאדם אינו יכול להקדיש מיטלטלין שלו שהשכיר או השאיל או שמישכן, כיון שהנכס קצת משועבד לאדם אחר.¹²⁰

קצות החושן, ריא, ס"ק ב.¹²¹

¹²² תוס' ב"מ עג ע"ב (ד"ה השתא); נתיבות המשפט, ריא, חידושים, ס"ק יב; שו"ת די השב, חו"מ, סי' כ, דף סז ע"א (אפילו במצב שאין ללווה זכות לסלק את המלווה בכסף תוך זמן המשכנתא). ש"ך חו"מ ריא, ס"ק ה, מעלה אפשרות שגם לדעה שאפילו את העודף א"א להקדיש (עיי"ש מקורו לדעה זו), יכול למכור אותו. נתיבות המשפט, ריא, ס"ק ה, מסביר שלדעה זו אין המקדיש יכול לחזור בו מההקדש, ולאחר זמן המישכון חל ההקדש, ורק ביחס למלווה לא חל ההקדש, כי אם מה שיותר על חובו יהיה הקדש, יהיה אסור לדור בו, כיון שהקדש שותף בו, ולכן אין ההקדש חל אף כנגד המשכון כדי שלא יופקע שעבוד המלווה; ולפ"ז במכר, שאף כשהוא רק שותף יכול לדור בו, חל המכר, כי הוא לא יפקיע את דירת המלווה עד הזמן. יש לציין שהש"ך ונתיבות המשפט אומרים כך לפי דעה זו גם בנכס מושכר.

¹²³ דרכי משה, חו"מ, רמא, ס"ק ט, ע"פ שו"ת הרשב"א, ח"א, סי' אלף לב. שו"ת הרשב"א כותב שגוי בעל משכון שהקנה אותו לאחר, האחר לא קנה כי לא עשה קנין משיכה; משמע שאם עשה קנין סודר, קנה.¹²³

שו"ע, חו"מ, רנז, ד-ה.¹²⁴

אילת השחר, ב"ב מג ע"א (ד"ה ובמה, ואילך).

אף שאדם אינו יכול להקנות נכס שלו שאינו בשליטתו, הוא יכול להקנות אותו **לאדם שהנכס נמצא בשליטתו**. לדוגמה, נגזל יכול להקנות לגזולן את הדבר הגזול¹²⁵, כמו שמלווה יכול למחול על ההלוואה ללווה, אף שאינו יכול להקנות אותה לאדם אחר¹²⁶. טעמים אחדים ניתנו לכך: (א) מה שאינו בשליטתו אינו חסרון בבעלות, אלא דין בעשיית חלות הקנאה בחפץ, שצריך שיהיה בשליטתו, ולזה די שיהיה בשליטת הקונה, שרק אם אינו לא בשליטת המקנה ולא בשליטת המקנה, לא שייך לעשות בו הקנאה, אבל אם הוא בשליטת אחד מהם, אפשר¹²⁷. (ב) אמנם המקנה אינו יכול להקנות דבר שאינו בשליטתו אפילו לגזולן, אבל הגזולן יכול לעשות מעשה קנין בעצמו ולזכות בנכס, כי קנין יכול לחול גם מצד הקונה בלבד (בלי שדעת המקנה פועלת את חלות הקנין), שאם בעל הנכס מסכים, יכול הקונה לזכות בו מצד עצמו, כזוכה מההפקר; ודבר שאינו בשליטתו, בעליו אינו יכול להקנות, ואדם שלישי אינו יכול לזכות בו כי אינו ברשותו, אבל הגזולן יכול לזכות בו כי הוא בשליטתו, ובעל הנכס מסכים¹²⁸. (ג) כיון שהנגזל מגלה את רצונו להקנות לגזולן, הגזולן מסתלק משליטתו בחפץ, והוא נשאר בידו כפקדון, שאפשר להקנותו¹²⁹.

דבר שאינו מסוים

דבר שמינו אינו מסויים

מכר חל רק אם הקונה יודע מה הוא קונה. אבל אם **אינו יודע איזה סוג** נכס הוא קונה, אלא המוכר מוכר לו "כל מה שיש בבית הזה" או "כל מה שיש בתיבה זו", המכר אינו תקוף, אף שהמוכר מצביע על בית או תיבה מסוימים, גם אם הקונה עשה מעשה קנין¹³⁰, כיון שאין לקונה סמיכת דעת¹³¹.

¹²⁵ שאגת אריה סי' צג, בסופו; אבני מילואים, כח, ס"ק יג (הובא בקהילות יעקב, קידושין, סי' יז, ובחי' ר' שמואל, קידושין סי' י, אות א); סי' העיקרים (איגר), ח"א, עמ' רפו, בדעת בית שמואל, כח, ס"ק טז; שערי ישר, שער ה, פרק יב (ד"ה וכאן, אות רפט במהד' טרבלו).

דעה חולקת: שרשי הים, ח"א, שורש ברירה סעיף כ (צז ע"ג), כותב על המתואר בסוכה מב ע"ב, שהיו מביאים את הלולבים לבהמ"ק לפני יו"ט, וביו"ט כל אחד לקח איזה לולב שרצה - שהמחזיק בלולבו של פלוני אינו מוכן שיקחו אותו ממנו, ולכן נחשב שאינו ברשות בעל הלולב, ואינו יכול לתת אותו במתנה אפילו למי שמחזיק בו. הרי לדעתו נגזל אינו יכול להקנות את החפץ הגזול לגזולן.

¹²⁶ אבני מילואים, כח ס"ק יג.

¹²⁷ חי' ר' שמואל, קידושין סי' י, אות ב. גם זכרון שמואל סי' נ אות ג, מסביר, שזה שאינו בשליטתו אינו חסרון בעצם הבעלות בחפץ, אלא שאין הקנאה נתפסת בה. ולכן אם הדבר ברשות הקונה, נקנה לו.

¹²⁸ שערי יושר שער ה פרק יב ד"ה וכאן (אות רפט במהד' טרבלו) (הובא בחי' ר' שמואל שם ובזכרון שמואל סי' נ אות ג), ובקיצור בחי' ר' שמעון יהודה הכהן (שקאפ), גיטין, סי' ה (לט ע"ב).

המהדיר לחי' ר' שמואל שם מעלה שני הסברים אפשריים לכך שאדם שלישי אינו יכול לזכות: מפני שבאופן מעשי אדם אחר לא יכול למשוך ולהגביה, או שמצד הדין אדם לא יכול לקנות דבר שאינו ברשותו.

¹²⁹ תרומת הכרי, ריא, ז.

¹³⁰ רמב"ם, הלכות מכירה, כא, ג; שו"ע, חו"מ, רט, ב; סמ"ע רמא ס"ק יג; ערוך השלחן, חו"מ, סי' רט, ב, וסי' רמא, ח.

שו"ת לחם רב סי' רא, כותב שהדין כך גם אם מכר "בית זה וכל מה שבתוכו".

דבר שאינו מסוים עם דבר מסוים: שו"ת רמ"ץ סי' לב, כותב שהמוכר יחד דבר שאינו מסוים עם דבר מסוים, כל המוכר בטל, לפי שו"ע חו"מ, רטז, ה, האומר שמכר שבטל מקצתו בטל כולו, לענין המוכר "קרקע ודקלים" ולא סיפק דקלים; ואילו לפי רמ"א שם, האומר שהמכר קיים במקצתו, כאן המכר קיים לענין הדבר המסוים. אבל שדי חמד אסיפת דינים מע' חמץ ומצה סי' ח אות לד, מעיר ששו"ת בית שלמה סי' סה עוסק בשטר מכירת חמץ, שבו פירט מיני חמץ, ואח"כ כתב "אם יימצא בחדר עוד חמץ שלא נפרט גם הוא מכור", שזה לא מסוים, ולא אומר שהכל יתבטל בגלל ביטול החלק שאינו מסוים.

עוד כתב שו"ת רמ"ץ סי' לב, שאם המוכר חמץ פירט את החמץ, ואח"כ אמר לקונה "אם יימצא עוד חמץ בחדר הוא שייך לך", זה לשון מתנה, כמו "הרי היא שלו" בגיטין מ ע"ב, וגם מתנה שאינה מסוימת בטלה, אבל זה לא סיבה לבטל את מה שפירט כי המכר לא תלוי במתנה.

לעומתו, שו"ת בית יצחק (שמלקיש) יו"ד ח"ב קו"א סי' יב, אות ב, כותב שהמוכר דבר שאינו מסוים עם דבר מסוים, **קנה הכל**, ע"פ מל"מ הלכות מכירה, יא, ב, הכותב שהמקנה באסמכתא להקדש ולהדיוט יחד, מתוך שהקדש קנה גם ההדיוט קנה, שלא כמו המקנה דשבל"ע עם דבר שבא לעולם שקנה רק את הדבר שבא לעולם (ראה סעיף 2), כי שם זה לא בר קנין, משא"כ אם זה בר קנין אלא שיש חוסר גמ"ד, אומרים שהואיל שגמר דעתו במקצת, גמר דעתו בכל; ואח"כ כתב שזה נכון רק לדעה שפסול אסמכתא הוא מדרבנן.

שו"ת שואל ומשיב מהדו"ב ח"ד סי' י, כותב שמוכר חמץ שפירט את החמץ וכתב "אם שכחתי משהו הכל מכור", המכר תקף, כי אין בו חשש הערמה וחוסר גמ"ד שהרי פירט כמה מינים ומכר כדין אלא שכלל את

לדין זה יש כמה חריגים: (א) המכר בטל רק אם קבעו מחיר, שאז הקונה חושש שיתברר שהנכס שווה הרבה פחות מהמחיר המוסכם, ולכן אין לו סמיכת דעת; אבל אם לא קבעו מחיר, אלא קבעו שהקונה ישלם בהתאם לשווי שיקבעו שמאים אחרי בדיקת הנכס, יש לו סמיכת דעת, כי הוא סומך על השמאים שלא יקבעו מחיר גבוה מדי, ולכן המכר תקף.¹³²

(ב) יש אומרים שאם גם המוכר לא ידע מה יש בבית או בתיבה, המכר חל, מפני ששני הצדדים מוכנים לקחת סיכון כיון שהוא הדדי.¹³³ אבל דעה אחרת היא שגם אז אין לקונה סמיכת דעת, והמכר בטל.¹³⁴

(ג) אם עשו קנין "בבית דין חשוב", המכר תקף, כמו שקנין כזה מועיל כשיש אסמכתא,¹³⁵ ויוצר אצל הקונה גמירת דעת להתחייב לשלם.¹³⁶

מה שישכח באמירה כללית. גם שו"ת מהר"ם שיק או"ח סימן רלב, כותב שבכגון זה המכר תקף, שהרי אין הגוי משלם יותר עבור החמץ שלא פורט, והרי הוא רואה שהישראל פירט את החמץ שהוא יודע עליו, מקנה לו גם את שאר חמצו, הרי שהוא יודע שיתכן שיימצא עוד חמץ ברשותו, ואין סיבה שלא ירצה לקנות אם יימצא עוד חמץ.

"כל נכסי": רמב"ם, הלכות מכירה, כא, יח, ושו"ע, חו"מ, ריח, כד, אומרים שהמוכר את "כל נכסי", יש לך תוקף. שו"ת רעק"א מהדו"ת סי' ז, בסופו, מקשה, מדוע זה שונה מ"כל מה שיש בבית הזה"? שו"ת לחם רב סי' רא, כותב שמדובר שהקונה יודע איזה נכסים יש למוכר. עוד אפשר להסביר, שמדובר שגם המוכר לא ידע מה יש לו, שאז לפי הדעה ליד ציון הערה 133 המכר תקף. משאת המלך ח"ד סי' תקסג, כותב שאע"פ שב"כל מה שבבית נתון לך" לא קנה כי אין מינו ידוע, מכל מקום ב"כל נכסי" קנה, כיון שאפשר לברר את גודל נכסיו, ולכן זה נחשב כמו מינו ידוע ואין שיעורו ידוע, שקנה. ואין דבריו מובנים, שהרי גם את מה שיש בבית אפשר לברר. שו"ת חמדת משה (פרלמוטר) סי' ד, מסביר שדוקא "מה שיש בבית" לא מועיל כי לא סמכה דעת הקונה כי אינו יודע אם יש בו תבן או זהב, משא"כ ב"כל נכסי" שסמכה דעתו כי הוא יודע שלפחות יקבל קרקע אחת.

¹³¹ רמב"ם, הלכות מכירה, כא, ג; שו"ע, חו"מ, רט, ב; ערוך השלחן, חו"מ, רט, ב.

¹³² שו"ת באר יצחק, או"ח, סי' ו (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, רט, ס"ק א); ערוך השלחן, חו"מ, רט, ב; שו"ת תפארת יוסף (מייזלש) או"ח סי' יט; שו"ת בית שלמה סי' ע (מה ע"ב), בדעת חיי אדם כלל קכד אות ג; שו"ת בגדי ישע (הלוי) סי' ב אות י [בדקתי] וסי' ד.

בשו"ת בית שלמה, סי' עו, בהגהה מבן המחבר, מוכיח שזו דעת מקור חיים, תלו, ס"ק ד (הובא במוריה גל' רנו עמ' קמט), שכותב שמועיל למכור "כל החמץ שבבית אף שאינו ידוע לו", אף שהוא עצמו כתב בסי' תמח (ראה הערה 139) שזה נחשב שאינו מסוים - צריך לומר שבסי' תלו מדובר שתלה את המחיר בקביעה חיצונית. אבל שדי חמד אסיפת דינים מע' חמץ ומצה סי' ח אות לד, כותב שזה תירוץ דחוק לסתירה מקור חיים, והוא עצמו מתרץ שמש"כ בסי' תלו הוא בדיעבד, ומש"כ בסי' תמח הוא לכתחלה. שו"ת בגדי ישע (הלוי) סי' ב אות טז (הובא בפתחי תשובה יב ס"ק ט, ובשו"ת חמדת משה (פרלמוטר) סי' ד), כותב שא"צ לקבוע מי השמאים.

אבל בית שלמה סי' ע מדייק מסתימת הרמב"ם והשו"ע שגם אם תלו את המחיר בגורם חיצוני, כגון השער שבשוק, לא קנה. ובסי' עא ובסי' עו כתב שלא מועיל גם אם אמר "כפי שישומו בקאים".

¹³³ נתיבות המשפט, רט, חידושים, ס"ק ב, בדעת פרישה, חו"מ, רט, א, וסמ"ע, רט, ס"ק ב; שו"ת תפארת יוסף (מייזלש) או"ח סי' יט; ר' יואל סירקיס, ר' יהושע מקראקא ור' מיכל טיימר, בשו"ת גאוני בתראי סי' יט; שו"ת חמדת משה (פרלמוטר) סי' ד, גם בדעת מסגרת השולחן, סי' רט, בדעת באר הגולה, חו"מ, רט, ס"ק ד, ובדעת ביאור הגר"א, חו"מ, רט, ס"ק ד.

הפרישה והסמ"ע שם כותב (וכמוהו כותב גם ב"ח, חו"מ, רט, א) שדין השו"ע נכון גם לפי השיטה שמשחק בקוביא אינו אסמכתא כי שם שני הצדדים אינם יודעים. כמו כן, סמ"ע, רט, ס"ק ג, כותב שדין השו"ע נכון גם לפי תרומת הדשן, האומר (ראה סעיף 3) ששניים שעשו הסכם עם מעשה קנין להחליף את כל רכושם זה עם זה, החליפין תקפים, כי שם שני הצדדים אינם יודעים.

¹³⁴ פתחי תשובה, חו"מ, רט, ס"ק ב, בדעת ש"ך, רט, ס"ק ב; שו"ת חוות יאיר סימן קסג (אלא שכתב שאינו כדאי לחלוק על הסמ"ע).

שבילי דוד חו"מ רט, א, מביא ראיה לש"ך מרמב"ם הלכות מכירה יא, טז, האומר שלא מועילה התחייבות שאינה קצובה אף ששני הצדדים לא יודעים את הקצבה.

שו"ת מהר"ם שיק או"ח סימן רלב, כותב שדוקא אם כל אחד רוצה לקנות, הם גומרים בדעתם להקנות אף ששניהם אינם יודעים. נראה שכונתו היא שהסמ"ע אמר זאת רק על נידונו של תרומת הדשן, שיש הקנאה הדדית, ולא על נידונו.

שתי הדעות הובאו בערוך השלחן, חו"מ, רט, ב, בשו"ת בית יצחק (שמלקיש) יו"ד ח"ב קו"א סי' יב, בשו"ת רמ"ץ סי' לב, ובשבילי דוד או"ח תמח, ז ס"ק יט (במהד' תשס"ז).

¹³⁵ ערוך השלחן, חו"מ, רט, ב; שו"ת באר יצחק, או"ח, סי' ו; חוקת משפט, פרק ו, מקורות, אות נד.

¹³⁶ שו"ת באר יצחק, או"ח, סי' ו.

(ד) מה שלא סמכה דעת הקונה ב"כל מה שיש בבית" הוא במצב שהמוכר אינו רוצה להראות לקונה מה יש בבית, אבל אם הקונה יכול ללכת לראות מה יש בו, ובכל זאת כתב שטר ונתן כסף בלי לראות, קנה, כי זה מראה שגמר בדעתו, ומאמין למוכר שזה יהיה שוה לדמי המכר.¹³⁷

(ה) אם הנכס מצוי ביד הקונה, המכר תקף, כמו שאין אסמכתא כשהדבר ביד המתחייב.¹³⁸

דבר שכמותו אינה מסויימת

אם הקונה ידע איזה סוג נכס הוא קונה, והמוכר מצביע עליו, המכר תקף גם אם לא ידע את מדתו או את משקלו. לדוגמה, אם המוכר אמר "ערימה זו של חטים אני מוכר לך בכך וכך", או "מרתף זה של יין אני מוכר לך בכך וכך", או "שק זה של תאנים אני מוכר לך בכך וכך", גם הקונה לא ידע את מדת הערימה, את מנין הקנקנים או את משקל התאנים, המכר תקף, גם אם נמצא שיש בו פחות או יותר משחשב הקונה¹³⁹; אלא שאם בגלל ההפרש נוצרת אי התאמה במחיר, יחולו דיני אונאה¹⁴⁰, כיון שברור שלא התכוונו שישולם מחיר שאינו הולם את הנכס¹⁴¹.

¹³⁷ שו"ת ר' ידידיה טיאה וייל, או"ח סי' לו.

¹³⁸ ט"ז, חו"מ, רט, ב, בתירוץ השני.

אך שו"ת באר יצחק, או"ח, סי' ו, ושו"ת רמ"ץ סי' לב, מעירים שזה נכון רק לרמב"ם, הלכות מכירה, יא, ד, שכמותו פוסק שו"ע, חו"מ, רז, יא, אבל הראב"ד בהשגותיו שם חולק וסובר שיש אסמכתא גם אם הדבר בידו. באר יצחק מוסיף שגם לרמב"ם, דוקא אם האסמכתא היא מחמת **שהמוכר** לא סמכה דעתו, הרי אם הנכס ביד הקונה, גמר המוכר בדעתו ומקנה כיון שהוציא את הנכס מידו; אבל כאן לא סמכה דעת הקונה ואם כן לא גמר בדעתו להתחייב בדמי המכירה גם אם הדבר נמצא בידו, וממילא יכול גם המוכר לחזור בו כי כלל הוא שכל זמן שצד אחד יכול לחזור בו, חוזר בו גם צד השני. הוא מעלה אפשרות שזאת כוונת הט"ז בתירוץ הראשון, שכתב שכאן לא קנה גם אם הוא בידו כי המין אינו ידוע. שו"ת שואל ומשיב מהדו"ג ח"ב סי' קמח, כותב שהתירוץ השני של הט"ז דחוק והעיקר כתירוץ הראשון, שלפיו גם אם הוא מוחזק, לא קנה.

חריגים נוספים: **בקונה גוי**: שו"ת באר יצחק, או"ח, סי' ו, שו"ת רמ"ץ סי' לב, שו"ת שואל ומשיב מהדו"ג ח"ב סי' קמח, ושו"ת בית יצחק (שמלקיש) יו"ד ח"ב קו"א סי' יב, אות א, כותבים שלפי ראב"ד המובא ברא"ש פסחים פ"ב סי"י, ובמג"א סי' תמא סי"ק ב, שאין אסמכתא בגוי, יש תוקף למכר אם אין מינו ידוע, אם הקונה גוי. אבל שואל ומשיב מהדו"ג שם כותב שאין הלכה כראב"ד. שו"ת מהר"ם שיק או"ח סימן רלב, כתב שייטכן שהראב"ד מדובר על סוג אחר של אסמכתא, ואין כל האסמכתות שוות בדיניהן.

אם לפי דיני הגוים מכר תקף: שבילי דוד או"ח תמח, ז סי"ק כ (במהד' תשס"ז), כותב שאם המכר מועיל בדיני הגוים, הוא תקף גם לפי ההלכה, כי הקונה אינו יכול לומר "סמכתי שכך יהא". בהערות שבילי יהודה, הערה קלג, מציין שיש מחלוקת אחרונים אם דינא דמלכותא מבטל אסמכתא.

אם ייתכן שאין שם כלום: שבילי דוד או"ח תמח, ז סי"ק כא (במהד' תשס"ז), יו"ד דף קכז ע"ב אות טו, וח"מ רט, א, כותב שאם ייתכן שאין שם כלום, המכר תקף, כי לא שייך לומר שהקונה סמך שיהיה לו, ורק אם ידוע שיש ורק כמותו אינה ידועה, לא קנה, כי לא סמכה דעתו כי חשב שהתוכן שווה יותר. נידונו הוא במכירת חמץ לגוי.

במי שמוכר כדי להינצל מאיסור: שו"ת תפארת יוסף (מייזלש) או"ח סי' יט ושו"ת שואל ומשיב מהדו"ב ח"ד סי' י מהדו"ג ח"ב סי' קמח כותבים שבמכירת חמץ לגוי לפני פסח, מועיל גם אם פירט בשטר המכר חלק מהחמץ וכתב "גם מה שיימצא שלא נכתב ברשימה יהיה מכור", אף שאינו מסוים, כי שהטעם שלא מועילה מכירת דשא"מ הוא כי הקונה לא סמכה דעתו וממילא גם המוכר לא גומר בדעתו להקנות, ואילו המוכר חמץ גמר בדעתו להקנות, כי הוא רוצה להינצל מאיסור "בל יראה". שואל ומשיב מהדו"ג מוסיף שגם הגוי הקונה גמר בלבו לקנות כי הוא קונה הכל בדבר מועט. במהדו"ב הסביר שלא משנה שהגוי לא גמר בדעתו לקנות כי גם בדבר מסוים אינו גומר בדעתו, ובכל זאת מועילה המכירה לפטור את המוכר מאיסור "בל יראה" כי זה רק מדרבנן אחרי שביטל את החמץ. שו"ת שואל ומשיב מהדו"א ח"ג סי' קכ, עוסק במוכר חמץ שאמר "כל מה שבחדר מכור לך", ולא הזכיר את בעיית דשא"מ - כנראה כי זה כדי להינצל מאיסור. אולי זה גם טעמו של שו"ת תשואת חן סי' נ העוסק במי שמוכר את כל החמץ שבחדר, בסכום פלוני, ואינו אומר שיש בעיה מצד שאינו מסוים. אבל הפוסקים האחרים שהבאנו האומרים שמכירת חמץ שאינה מסוימת בטלה (כגון מקור חיים וחי אדם) חולקים על סברה זו.

בלשון הודאה: שו"ת בית שלמה סי' סה וסי' ע כותב שאם שטר המכר כתוב בלשון הודאה, "מכרתי את כל מה שיש בבית", הקונה יכול לטעון שהמוכר פירט בעל פה את מה שיש בבית, כי משמעות הודאה היא שמכר באופן המועיל, וקנה גם אם שניהם מודים שלא פירט.

¹³⁹ רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יג, ב, ופרק כא, ב; שו"ע, חו"מ, סי' רט, א, וסי' רכז, יט; ערוך השלחן, חו"מ, רט, א.

סוג מקיף: שו"ת רעק"א מהדו"ת סי' ז, בסופו, אומר שרק "ערימה חטים" או "שק תאנים", לדוגמה, נקנה מפני שמינו ידוע, אבל "ערימה תבואה" או "שק פירות" או "כל החמץ שלי", לדוגמה, אינו נקנה כיון שהוא כוללני מדי (אבל שו"ת חמדת משה (פרלמוטר) סי' ד כותב שזו הגהה מבנו של רעק"א, ורעק"א עצמו סובר ש"כל חמצי" מועיל). גם מקור חיים, תמח, ט"ק ט, בסופו, שו"ת שם אריה סי' ט, שו"ת בית שלמה סי' סה, סי' ע וסי' עו, שו"ת אגודות אזור מדברי או"ח סי' יג (ה ע"ב-ע"ג), וחי אדם כלל קכד סעיף ג, כותבים

דבר שמקומו אינו מסויים

נחלקו הדעות לגבי מוכר שלא הצביע על הנכס שהוא מוכר, כגון שאמר רק "קרקע מנכסי", או "כל נכסי חוץ ממקצתם". לפי דעה אחת, המכר תקף¹⁴², אלא שהמוכר יכול לבחור דווקא בקרקע הגרועה ביותר שיש לו ולתת אותה לקונה¹⁴³, ואם אחת מקרקעותיו התקלקלה, יוכל לטעון שזו

ש"כל החמץ שלי" נחשב שאין מינו ידוע ואינו נקנה. חיי אדם מנמק, שאינו יודע אם שוה הרבה או מעט (כוונתו היא שיש מיני חמץ יקרים ויש מינים זולים).

לעומתם, ערך לחם חו"מ, רט, א (הובא בשדי חמד אסיפת דינים מעי חמץ ומצה סי' ה אות כט) כותב שהמוכר "כל המטלטלין שבבית זה", מועיל, כי מינו ידוע - מטלטלין. כמו כן, שו"ת בית שלמה סי' ע, מדייק משו"ת חתם סופר סי' קט, ומנוסח שטר המכירה שבשו"ת שיבת ציון, שהמוכר "כל מיני חמץ" נחשב שמינו ידוע. גם שו"ת חמדת משה (פרלמוטר) סי' ד, מדייק משו"ת חתם סופר או"ח סי' קט וסי' קיא שמועיל "כל חמץ שברשותי". גם שו"ת שואל ומשיב מהדו"ב ח"ד סי' י, ושו"ת מהר"ם שיק או"ח סימן רלב, כותבים שחמץ נחשב שמינו ידוע.

ספק גדול: אבן האזל, הלכות מכירה, כא, י, כותב שגם אם המין ידוע, הרי אם יש שני ספקות, כגון שלא ידוע הכמות וגם לא ידוע איזה נכס הוא מוכר, המכר בטל כי אין לקונה סמיכת דעת. אבל דבריו אינם שייכים במקרה שבטקסט, שהמוכר מצביע על הנכס. הוא מיישב בכך את רמב"ם, הלכות מכירה, כא, י, הכותב שהמוכר דרך המלך ודרך הקבר, שאין להם שיעור, המכר בטל כמו במכירת דבר שאין מינו ידוע; ולכאורה קשה, הרי מינה של הדרך ידוע (ואכן הראב"ד שם כותב שהקונה נוטל כל מה שיצטרך). אבן האזל מסביר את דעת הרמב"ם, שכאן המכר בטל כי הספק הוא גדול, כי הדרך יכולה להיות צרה ויכולה להיות רחבה מאוד כיון שאין לה שיעור, ולכן אין לקונה סמיכת דעת.

¹⁴⁰ רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יג, ב, ופרק כא, ב; שו"ע, חו"מ, סי' רט, א, וסי' רכז, יט.

¹⁴¹ ערוך השלחן, חו"מ, רט, א.

¹⁴² דעה שנייה בשו"ע, חו"מ, רמא, ד; ט"ז, חו"מ, רמא, ד.

כמו כן, ראשונים רבים פוסקים שמתנה כגון זה תקפה: תוס', גיטין ט ע"א (ד"ה לעולם); יד רמה, ב"ב, פ"ט, סי' קנח; ח"י הרמב"ן, גיטין ח ע"ב (שאיין הלכה כר"י מיגאש), ובי"מ מד ע"ב, והלכות נדרים לרמב"ן, יט ע"א (בדפי הר"י) (בכסף, בשטר או בחליפין); ר"ן על הר"י, גיטין ב ע"ב (בדפי הר"י), ח"י הר"ן גיטין ח ע"ב (שאיין הלכה כר"י מיגאש), וחידושי הר"ן, ב"ב קכו ע"א (ד"ה קסבר) (שהנותן לחברו חלק בשדה אחת במתנה, והחלק אינו מבורר, ואמר המקבל לפני חלוקה "אני רוצה לזכות במתנה", זכה בה); ריטב"א על הר"י, נדרים ט ע"א (בדפי הר"י), וח"י הר"י, וחי' הר"י, א, קידושין כו ע"ב ובי"ב קנ ע"ב; נימוקי יוסף, נדרים יט ע"א (בדפי הר"י) (חולק על ר"י מיגאש), וגיטין ח ע"ב (שנותן המשיר קרקע סתם, קנה המקבל הכל חוץ מאחד מן הקרקעות, וידו על התחתונה ונוטל את הגרוע); ח"י הרשב"א, גיטין ח ע"ב (שאם שייר הנותן כל שהוא, קנה המקבל הכל חוץ מכלשהו, וידו על התחתונה, והנותן יכול לבחור איזה מהם שירצה), קידושין כו ע"ב (לענין קנין אגב), ובי"ב קסט ע"א (שגם אם כתוב בשטר מתנה רק "שדה נתונה לך", המתנה תקפה), ושו"ת הרשב"א, ח"ב, סי' פב (שהנותן "אחד מקרקעותיו", קנה המקבל), וח"י סי' קיד (שא"צ לסיים את המתנה); ח"י ר' קרשקש, גיטין ח ע"ב (חולק על רש"י ואומר שהנותן מתנה ולא פירש דבר המסוים, קנה המקבל, ויטול כחוש); ח"י הריטב"א כ"י (=חידושי הרמ"ה ושיטת הקדמונים), גיטין ח ע"ב (חולק על רש"י ואומר שהנותן מתנה ושייר ולא פירש דבר המסוים, קנה את כל השאר, חוץ מאחד); סי' הפרדס (מהד" ערנרייך) עמ' קיג-קיד (הובא בסי' השליחות וההרשאה במשפט העברי, עמ' 264) (שהנותן מתנה אגב קרקע, קנה גם אם לא עיין [=סיים] את המקום, כגון שאמר "נתתי לך חצי שדי" או "מכל שדותי שבמקום פלוני, ארבע אמות אני נותן לך", ואגבם הוא מקנה מיטלטלין); ר"א"ש, גיטין, פ"א, סי' ז (שאם נתן את כל נכסיו חוץ מבית כור, קנה המקבל הכל, ויד הנותן על העליונה לקחת בית כור מהעליונה); טור, חו"מ, סי' קיז, ג (שבשעבוד מטלטלין אגב קרקע, לא צריך לסיים את מקום הקרקע שמקנה אגב את המטלטלין), וסי' רמא, ו. מן הסתם הם יאמרו כך גם במכר, מה גם שחלק מראיותיהם הן מסוגיות העוסקות במכר, כגון מוכר חצי שדהו (בי"ב קז ע"ב), ו"בית בְּבֵיטִי אני מוכר לך" (מנחות קח ע"ב).

¹⁴³ רמב"ם, הלכות מכירה, כא, יט; שו"ע, חו"מ, ריד, יב; חוקת משפט, פרק ו, מקורות, אות נו, ע"פ שו"ע, חו"מ, רמא, ד (שכתב כך לגבי האומר "חלק כך וכך בשדה פלונית"); שו"ת עבודת הגרשוני סימן ה, ד"ה הנה לכאורה (אם אמר "בית אני מוכר לך" או "בית בבתי").

ר' אברהם בר משה, בתשובתו בשו"ת עבודת הגרשוני סימן ה (ד"ה בתחלה) (הובא בפתחי תשובה חושן משפט ריד, סי' ו), כותב שגם אם כתוב בשטר המכר שתהא ידו של הקונה על העליונה, זה רק אם לשון שפירושו מסופק, אבל הדין שכאן יכול לתת לקונה את הגרוע אינו מכח ספק אלא מפני שהוא הפחות שבמשמעות, ובזה אין ידו על העליונה.

מלבושי יו"ט חו"מ סי' ה, כותב שטעם הלכה זו הוא שהמוצא מחברו עליו הראיה, ולפי זה, אם הקונה מוחזק, הוא זכאי לדרוש את הגדול דווקא. לעומתו, אהל משה (הורוביץ) ח"ב סי' קכ, כותב שהטעם הוא ש"תפסת מרובה לא תפסת", שהיא מדה ודאית, ולכן הדין כך גם אם הקונה מוחזק. ובסי' קכא הוסיף לנמק שכיון שלא אמר הקונה מראש שהוא רוצה בית גדול, התחייב לשלם על בנין שנקרא "בית", והמוכר יכול לתת לו בית קטן, שנקרא "בית", גם אם הקונה מוחזק. אבל אהל משה סי' קכ שם כותב שאם אמר "כל שורי אני מוכר לך חוץ מאחד", המוכר יכול לעכב את הגדול לעצמו; וכן אם אמר "כל נכסי אני מוכר חוץ מכד אחד" יכול לעכב חבית, שגדולה מכד, בטענה שהוא קורא לחבית "כד". מצד שני, הוא כותב שהאומר "טול כד מכדי", הלה יכול ליטול חבית, כמשי"כ רש"י בראשית לד, טז, שתלוי אם צד לחוזה אמר "אתן לך" (שאז הבחירה בידו) או "תטול ממני" (שאז הבחירה ביד האחר).

הקרקע שמכר¹⁴⁴; וכל זמן שלא בחר בנכס מסוים, הקונה לא קנה את גוף הדבר שהרי המוכר יכול לתת לו איזה נכס שירצה, אלא שקנה לענין זה שהמוכר חייב לתת לו נכס אחד כזה¹⁴⁵. אבל דעה אחרת היא שהמכר אינו תקף¹⁴⁶.

הפרשנים נחלקו באשר לדעת הרמב"ם לגבי מקרה זה, כיון שהוא פוסק שמתנה של "קרקע מנכסי", או "כל נכסי חוץ ממקצתם" בטלה כיון שאינה מסוימת¹⁴⁷. פרשנים אחדים כתבו שלרמב"ם גם מכר שאינו מסוים כגון זה אינו תקף¹⁴⁸.

לעומתם, פרשנים רבים כתבו שהרמב"ם מסכים שמכר שאינו מסוים כגון זה תקף, אף שמתנה שאינה מסוימת בטלה, לדעתו¹⁴⁹. הם נימקו הבחנה זו בדרכים שונות:

א) דווקא במתנה יכול הנותן לדחות את המקבל מנכס לנכס בטענה "לא לזה התכוונתי", מפני שהמוציא מחברו עליו הראיה, מה שאינו כן במכר, שהקונה אינו ממש בגדר "מוציא מחברו", כיון ששילם כסף, והוא רק בא להוציא מהמוכר את חליפי כספו¹⁵⁰.

¹⁴⁴ רמב"ם, הלכות מכירה, כא, יט; שו"ע, חו"מ, ריד, יב.

¹⁴⁵ שו"ת הר צבי יורה דעה סימן רנב. [להרחיב מהעבודה על מתנה - מעמד הנכס]

הוא דן במי שמכר עשרים עזים מעדרו לגוי, כדי לפטור אותן מבכורה אם ילדו בכורים, ומעלה ספק, אם אחרי שילדו, יאמר לגוי "אני בוחר לתת לך את העזים המבכרות", האם אם זה מועיל למפרע לפטור מבכורה, או שמא "אין ברירה". הוא מעלה אפשרות שיש אומדנא דמוכח שהמכירה היא על העזים המבכרות, ולכן המכר חל גם לדעה שאין תוקף למכר שאינו מסוים, כי בגלל האומדנא, נחשב מסוים.

¹⁴⁶ ר' אברהם מן ההר, נדרים נו ע"א, על האומר "בית אני מוכר לך".

¹⁴⁷ רמב"ם, הלכות זכיה, ג, ה. כך גם דעת: רי"ף, גיטין ב ע"ב (בדפי הרי"ף); רש"י, גיטין ט ע"א (ד"ה עד), וגיטין מב ע"א (ד"ה לא); שו"ת ר' יוסף הלוי אבן מיגאש, סי' רכו; עיטור, מאמר שלישי, אגב, בסופו; מאירי, נדרים נו ע"א (על "קרקע מקרקעי"). ראה בעבודה על מתנה, שיש חריגים רבים לדעה זו.

¹⁴⁸ מגיד משנה, הלכות זכיה, ג, ה, כותב במסקנתו שר"י מיגאש והרמב"ם אינם מבחינים בין מתנה למכר, שהרי הוכיחו מדין מוכר חצי שדהו (ב"ב קז ע"ב) שמתנת חצי שדה מועילה (תשובה על כך - ע"י אבי עזרי שצוין בהערה 149). שו"ת ר"ש איגר, כתבים, סי' לב (עמ' שח), דוחה את סברת מגיד משנה בתחילת דבריו (ליד ציון הערה 150) שמכר שאינו מסוים קיים כי הקונה אינו נחשב "מוציא מחברו" כיון ששילם, ע"י שהוא מוכיח מתחומים אחרים שגם קונה נחשב "מוציא מחברו". דרכי איש, דרוש י, דף כג ע"ד, כותב שלרמב"ם גם מכר שאינו מסוים בטל. שו"ת תשובה מאהבה, ח"א סי' קלו, מוכיח מלשון הרמב"ם שגם מכר אינו חל בדבר שאינו מסוים (תשובה על הוכחה זו ראה בהערה 149). אבן האזל, הלכות מכירה, כא, י, מסביר את דברי הרמב"ם במכר ע"פ דבריו במתנה, הרי שאינו מבחין ביניהם. עוד צריך להעיר, שפוסקים רבים עסקו במכר (כגון שו"ת הר צבי יורה דעה סימן רנב), והביאו את דעת הרמב"ם במתנה, שאינה תקפה, ומכאן שהם סוברים שאין הבדל בין מכר למתנה; ואולי אפשר לומר שזה דעת רוב הפוסקים, שסתמו ולא הבדילו.

יש סברה שבמכר שאינו מסוים יש יותר סיבה במתנה לומר שלא קנה: שו"ת ברית עולם (ולר), סי' סא, אות ה, כותב שבמכר לכאורה יוכל הלוקח לטעון מקח טעות, "לא את זה קניתי אלא אחרי" (כנראה פשוט לו שבמתנה אין מקום לטענת מקח טעות); יש להשיב על טענה זו, שאין זו טעות כיון שידע שהמוכר יוכל לבחור מה לתת לו. והוא מביא (באות ג), שמחנה אפרים (שלא מצאנוהו) כתב, שמתנה חלה אף על דבר שאינו מבורר ואילו מכר לא חל כי המוכר יכול לדחותו; אבל הוא מעיר (באות ד) שמגיד משנה (בתחילת דבריו, ליד ציון הערה 150) כתב להיפך.

¹⁴⁹ פרשנים אלו כתבו כך בדעת הרמב"ם, בלי לנמק: אבי עזרי, מהדורא רביעאה, על הרמב"ם, הלכות זכיה, ג, ה, דוחה את הראיה ממה שמועילה מכירת "בית בבתי" (מנחות קח ע"ב) - ששם זה במכר, ולענין מכר זה נחשב מסוים כיון שמינו ידוע (על פי רמב"ם, הלכות מכירה, כא, א), והמוכר מוכרח לתת לקונה בית אחד.

משכנות הרועים, מע"א, אות ב (ב ע"א), מביא את דברי מגיד משנה, הלכות זכיה, ג, ה, בתחילת דבריו, שהרמב"ם מסכים שמכר כזה תקף, ומסביר על פי זה שלכן רמב"ם, ה"ל שלוחין, ג, ז, כשהשיג על תקנת הגאונים להקנות חוב אגב ארבע אמות שיש לכל יהודי בא"י, לא השיג שזה לא מסוים - כי דיבר על מכר (כך נראית כוונתו). והוא כותב שגם השו"ע סובר הבחנה זו, ולכן בענין מתנה הביא שו"ע, חו"מ, רמא, ד, את שתי הדעות, ואילו בסי' קיג, ב, לענין הקנאה סתם (שכוללת גם מכר) כתב בסתם שקנה. יש להעיר, שהירושלמי, פאה, ג, ז (יח ע"א), וכתובות, יא, א והסוגיה בגיטין ח ע"ב, שהם הראיות העיקריות לשיטת הרמב"ם, עוסקים במתנה. גם בתחום המעשי, יותר מצויה מתנה שאינה מסוימת ממכר שאינו מסוים, כי בדרך כלל אדם מוכן לקבל בחינם דבר שאינו יודע מהו, אבל אינו מוכן לשלם כסף בעבור דבר שאינו יודע מהו.

¹⁵⁰ מגיד משנה, הלכות זכיה, ג, ה, בתחילת דבריו (הובא בשו"ת לחם רב, סי' רא); מנחה טהורה, מנחות קח ע"ב (קכד ע"א). מגיד משנה (וכמוהו שאר הפוסקים שבפסקה זו) דוחה בזה את הראיות מכתובות קט

ב) מכר שאינו מסוים מועיל, כי סוף כל סוף מכר נכס, והוא חייב לקיים את המכר, ורק במתנה, יכול הנותן לומר "התכוונתי רק להחניף לך, ולא התכוונתי שתזכה בשום דבר מנכסי"¹⁵¹.

ג) גם לרמב"ם, מועיל מכר גם אם לא סיים את הנכס בפירוש, מפני שרואים כאילו אמר המוכר בפירוש שהוא מוכר את הנכס הגרוע ביותר, כי "מוכר בעין רעה מוכר", ולכן המכר הוא מסוים. דוקא במתנה אין אומרים שתועיל כאילו סיים בפירוש את הגרוע, שהרי "נותן מתנה בעין יפה נותן", ואין לומר שנתן לו את הגרוע, ולכן לא קנה; וגם אין לומר שתועיל כאילו סיים בפירוש את הטוב ביותר, כי כנגד זה ניצב הכלל "יד בעל השטר על התחתונה"¹⁵².

ע"ב ("דיקלא לברת") ומנחות קח ע"ב ("בית בְּבַתִּי אני מוכר לך"), שמוכח מהם שמועילה הקנאת דבר שאינו מסוים, ששם מדובר במכר.

אפשר להוסיף לנימוק זה, שאם יתבטל המכר, יוחזר כספו של הקונה, ולכן אין זו שאלה של הוצאת נכס מן המחזיק בו.

נפש חיה (ואקס), חידושי סוגיות, דיני ברירה סי' ז, מבאר את הבחנתו של מגיד משנה בין מתנה למכר: במתנה, היות שהנותן אינו חייב לתת למקבל (כלומר, אין עליו התחייבות חוזית כיון שלא שילם לו כלום), ויכול לדחותו מנכס לנכס, א"כ לעולם לא יתברר הדבר, וזה תמיד יהיה דבר שאינו מסוים; אבל במכר, סו"ס הוא חייב לתת לקונה נכס אחד תמורת כספו אם אינו רוצה להחזיר לו את כספו, ולכן כשהוא נותן נכס אחד, מתברר למפרע שזה מה שהקנה לו מראש, ולכן הוא נקנה לו בקנין שבתחלה, כי הוא הופך לדבר מסוים. אבל בסי' ט הוא כותב בדעת שו"ת הרשב"א, ח"ב, סי' פב, שאע"פ שחל על המוכר שעבוד הגוף לתת לקונה נכס אחד, וכשהוא מקיים את החיוב ונותן לו נכס אחד הוא נפטר מההתחייבות שהיתה עליו, מ"מ גוף הנכס אינו נקנה לו אז למפרע, ואין אומרים שהוא הנכס שהקנה לו מראש ונתחייב לתת (ואינו מבחין בין מכר למתנה).

¹⁵¹ ים של שלמה, גיטין, פ"א, סי' יד.

גם אמרי בינה (גרמיון) גיטין ט ע"א (ד"ה ר' שמעון), כותב שמכר שאינו מסוים תקף כי הקונה נתן כסף, ולכן המוכר אינו יכול לדחות אותו ולהוציא אותו בלי כלום, אבל במתנה מניחים שלא התכוון לתת לו כלום אלא התכוון להחניף לו ולהוציא בלי כלום.

¹⁵² שו"ת ר' יעקב הלוי סי' נב (במהד' שע"ד = סי' סה במהד' שצ"ב) (הובא במנחה טהורה, מנחות קח ע"ב, דף קכז ע"ג).

שו"ת שער יהושע ח"א סי' מה (ובקיצור בח"ב סי' עב, עמ' נט), מקשה עליו, הרי רמב"ם, הלכות מכירה כד, יב, פוסק שגם מוכר בעין יפה מוכר; ומה שמבחין התלמוד בב"ב סה ע"א בין מכר למתנה, הוא שמי שנותן במתנה נותן בעין יפה "יותר מדי", אבל גם מוכר מוכר בעין יפה; ועוד, שלפי מהר"י הלוי התוצאה היא שמאחר שנותן בעין יפה נותן יותר ממוכר, יפסיד המקבל מה שקונה לא היה מפסיד, ואין זה מתקבל על הדעת. גם ר' יצחק אלבעלי, במנחה טהורה, מנחות קח ע"ב (קכה ע"ד), מקשה על מהר"י הלוי, הרי הלכה היא שגם מוכר בעין יפה מוכר; ר' רפאל חיים אליה הלוי, שם דף קכו ע"ג, מתרץ בשתי הבחנות: א) "מוכר בעין יפה מוכר" נאמר רק במי שמכר נכס ידוע, שאז אומרים שמכר אותו בשלמותו, עם כל דבר הקבוע בנכס כזה, כי בעין יפה מוכר, אבל אם לא קבע איזה נכס, זה מראה שהוא רצה למכור רק את הגרוע. הוא מביא (בדף קכו ע"ד) ראיה להבחנה זו מתוספות, ב"ב סב ע"א (ד"ה ואי), ולחם משנה, ה"ל שאלה, א, ז, שכתבו שהאומר "נכסי", במתנה זה כולל מטלטלין (שו"ע חו"מ, רמח, יא) ובמכר אינו כולל, כי מתנה בעין יפה נותן, ולכאורה קשה, הרי גם מוכר בעין יפה מוכר? אלא כנ"ל, שרק המוכר דבר ידוע "בעין יפה מוכר", אבל אם לא בירר דבריו, בעין רעה מוכר. ר"י אלבעלי, דף קל ע"ד, משיב על כך, שתוספות לא התכוונו לזה אלא לדברי רשב"ם, ב"ב עא ע"א (ד"ה בד"א), שכתב ש"מוכר בעין יפה מוכר" הוא רק לומר שמה שהוא אומר שהוא מוכר, מכר הכל, ולא עיכב לעצמו כלום, אבל אין אומרים שהוא מוכר יותר ממה שאמר, ואילו הנותן מתנה נותן גם דברים אחרים שאינם בכלל "שדה", לדוגמה; וגם תוספות שם מתכוונים לומר שבמתנה כשאומר "נכסי" נותן גם מטלטלין אף שאינם בכלל "נכסי", משא"כ במכר. ב) נאמר בב"ב קמח ע"א, שהמוכר דקל ומשייר פירות לעצמו, שייר גם את מקום הפירות, כי המשייר משייר בעין יפה לעצמו, וכן ב"בית בבתי" הרי שייר לעצמו את שאר הבתים, לכן אומרים ששייר לעצמו את הטוב. הוא מביא ראיה להבחנה זו מפרישה, חו"מ, ריד, טו. ר"י אלבעלי, שם דף קלא ע"א, השיב על זה, ששייר הוא רק כשאומר בפירוש "חוץ מאלו", אבל "בית בבתי" אינו שייר, כמו שאומר פרישה שם; ועוד, שהפרישה דיבר רק במי ששייר באותו דבר עצמו, כגון מוכר בית שאמר "חוץ מבור ודו", שהם תשמיש הבית, אבל ב"בית בבתי" לא שייר לעצמו בתים אחרים. רח"א גאגין, דף קלד ע"א, מקשה על הבחנה זו, שרמב"ם, הלכות מכירה, כד, ב, עסק בשיר ומ"מ כתב שמוכר בעין יפה מוכר; ומוכח גם מבי"ב לו ע"א, שגם בשיר אומרים שבעין יפה מוכר; ודוחה את ראיית ר' רפאל חיים אליה הלוי מבי"ב קמח - עיין שם.

שו"ת פרי הארץ (מזרחי) ח"ב אהע"ז סי' ג (עה ע"א), מקשה על מהר"י הלוי, מדוע הרמב"ם, הלכות זכיה, ג, ה, אומר שב"חלק משדה פלונית" המתנה תקפה והמקבל נוטל את החלק הגרוע, הרי נותן בעין יפה נותן, ואולי התכוון לתת את החלק הטוב, והיינו צריכים לומר שלא קנה כיון שאינו מסוים, ואמנם סיים את השדה אבל לא סיים את החלק? אפשר להשיב על כך, ששם החלק נחשב מסוים מצד עצמו, ובשאלה איזה חלק קבל, חוזרים לדין "המוציא מחברו עליו הראיה".

מהר"י הלוי שם (הובא בשו"ת פרי הארץ ח"ג חו"מ סי' ז [מסומן סי' ו], דף עז ע"ג), כותב שגם במכר, אם שייר לעצמו שיר שאינו מסוים, כגון "כל נכסי חוץ מקרקע אחת", המכר בטל, ואין אומרים שהתכוון לקרקע מסויימת מטעם "בעין רעה מוכר", מפני שלא נתן לו קצת נכסיו שיהיה אפשר לומר שהתכוון

ד) דבר שאינו מסוים דומה להתחייבות שאינה קצובה, וכמו שבדבר שאינו קצוב יכול להתחייב אם מקבל כסף¹⁵³, כך מכר מועיל בדבר שאינו מסוים, גם לדעת הרמב"ם¹⁵⁴.

ה) מאחר שהקונה שילם כסף, חל שעבוד של הקונה על הנכסים, ומאחר שיש לו שעבוד עליהם, קל לו יותר לקנות את הנכס, ולכן חלה ההקנאה אף שאין הנכס מסוים¹⁵⁵.

דעה קצת שונה, שמחזיקים בה כמה מן האחרונים, היא שהרמב"ם סובר שגם מכר שאינו מסוים אינו יוצר העברת בעלות קניינית, אבל מטיל חיוב חוזי על המוכר להעמיד נכס לקונה. מאחר שהוא מקבל כסף, הוא משתעבד לקונה לקיים את דבריו, ואפשר **לשעבד** דבר שאינו מסוים, כמו שבלווה, מוטל שעבוד על כל נכסיו, והלווה יבחר במה לשלם (הרי שאין דבר מסוים שמשועבד, ומ"מ חל שעבוד); אבל במתנה, אף שאדם יכול לשעבד את עצמו לתת נכס במתנה גם בלי שקיבל כסף¹⁵⁶, זה רק אם אמר שהוא **מתחייב** לו, ולא אם אמר שהוא נותן לו¹⁵⁷. במכר חל **שעבוד** של הקונה על דבר שאינו מסוים, לגבותו מהמוכר, גם לרמב"ם, אלא שהמוכר יכול לדחותו ולתת לו כסף במקום הנכס, אבל אם אינו מסלק אותו בכסף, צריך לתת לו אחד הנכסים, כי שעבוד חל גם על דבר שאינו מסוים, כי כל שעבוד כך הוא; זאת בשונה ממתנה, שבה אין שעבוד בכלל, כי אין כאן כסף שישתעבד עבורו¹⁵⁸. בכל מכירה, מלבד עצם הקנין, יש התחייבות מצד המוכר להעמיד את המכר. לכן במכר שאינו מסוים, אף שעצם הקנין לא חל לדעת הרמב"ם, כי אין קנין חל בדבר שאינו מסוים, בכל זאת חלה על המוכר התחייבות לתת נכס, ובכלל ההתחייבות, חל שיעבוד על כל הנכסים מאותו סוג שמכר, עד שיתן לו אחד מהם; זאת בשונה ממתנה, שבה הקנין אינו כולל התחייבות מצד הנותן¹⁵⁹.

לגרוע. והוא מסביר, שלכך התכוון הרמב"ם, הלכות זכיה, ג, ה, כשכתב "כשם שבמכר וכו'" - כי גם במכר יש מצב שלא קנה אם אינו מסוים.

עוד כתב מהר"י הלוי, שגם במכר, אם אמר "**חצי שדה** משדותי אני מוכר לך", לא קנה הקונה, כי נצטרך להשתמש בסברת "מוכר בעין רעה מוכר" פעמיים, ראשית שהתכוון לשדה הגרוע ביותר, ושנית שהתכוון לחצי הגרוע - ואת זאת לא נאמר.

¹⁵³ ראה הערה 185.

¹⁵⁴ שו"ת שואל ומשיב, מהדו"ב, ח"א, סי' ע; בית יעקב, רמא, ד.

לעומתו, דרכי איש, דרוש י, דף כג ע"ד, כותב שלרמב"ם גם מכר שאינו מסוים בטל, ואף שהרמב"ם מודה שמועיל להקנות דבר שאינו קצוב דרך מכר, יש הבדל בין דבר שאינו מסוים לדבר שאינו קצוב.

שו"ת ר' ידידיה טיאה וייל, או"ח סי' לו, מוכיח ששני התחומים אינם תלויים זה בזה, שהרי בענין דבר שאינו קצוב, שו"ע, חו"מ, ס, ב, כתב שמועיל, ואילו בענין דבר שאינו מסוים, הוא פוסק שלא מועיל. גם ר"י אבולפיה בשו"ת ישמח לב (גאגין) חו"מ סי' ה (כא ע"ג-כב ע"ד), כותב שהדברים אינם תלויים זה בזה. כמו כן, צדק ומשפט, חו"מ, סי' רמא, הוכיח שלשו"ע מתנה שאינה מסוימת תקפה, ממה שפסק שהתחייבות שאינה קצובה תקפה.

¹⁵⁵

גן נעול, כפתור ג, פרח ה (כג ע"ד, כה ע"א). על פי זה הוא כותב שגם במכר, אם הכסף לא שימש מעשה קנין, אלא עשו קניין חזקה ורק אח"כ נתן את הכסף, לא קנה, כי בזמן עשיית הקנין לא היה שעבוד, וא"כ לא חל קנין, ובשעת חלות השעבוד כבר חלה קניינו; ורק אם קנה בקנין שטר, קנה גם אם הכסף ניתן אח"כ, אם השטר עצמו קיים עדיין (ע"פ תוס' כתובות פב ע"א, ד"ה הא).

¹⁵⁶

דרכי היס, דרוש א לשבת זכור (ק"ז ע"ג), ושרשי היס ח"ג הל' זכיה, ג, ה (כ ע"ב-ע"ד).

¹⁵⁷

יד דוד (קרלין) ח"ב דף קא ע"ג, הגהה יט. כך הוא דוחה את הראיות נגד הרמב"ם מן התלמוד - שמדובר שם במכר, והכוונה היא שיש חיוב חוזי.

¹⁵⁸

חלקת יוסף סי' לא. הוא דוחה בזה את הראיה מהדין שב"בית בבתי", יכול לתת לו בית נפול, ששם זה בא לומר שהמוכר יכול לפטור את עצמו מהשעבוד ע"י שמראהו נפול, אבל הוא חייב לתת לקונה משהו בשביל השעבוד.

¹⁵⁹

משנת ר' אהרן, שכנים, סי' ב, אות ט. עיי"ש בהוכחתו לכך שבכל מכר יש התחייבות על המוכר; ובעמ' קטז כתב שניתן לומר כך רק לדעה שהאומר "אתן" חייב לתת.

הוא לא הסביר מדוע מתנה אינה מטילה התחייבות על הנותן; אפשר להסביר, שהיות שהנותן לא קיבל כסף, אינו רוצה להיות כבול בהתחייבות מעבר לנתנת החפץ לאלתר.

גם שערי חיים (שמולביץ), גיטין, סי' כט, ענף ב, אות ט, כותב שלרמב"ם מכר שאינו מסוים אינו חל כי א"א להקנות נכס שאינו מסוים, אלא שבמכר, גם בדבר מסוים, המכירה כוללת (מלבד הקניין שחל בגוף הנכס) חיוב (חוזי) על המוכר להעמיד את הנכס לקונה, ולכן בדבר שאינו מסוים הוא חייב לסיים את המקח כדי שיוכל להעמיד את החפץ לקונה, ואינו יכול לומר "הרי סחורתך שאינה מסוימת מונחת במקומה", כי הקונה שילם על דעת שיסיים המוכר את חלקו אחרי המכר (כך הסביר באות ו), וכיון שאינו יכול לדחות את הקונה, חל המכר; אבל במתנה יש רק קניין של הנכס, ואין חיוב להעמיד למקבל את הנכס, גם בדבר מסוים, ולכן בדבר שאינו מסוים לא חלה הקנאה כי הנותן יכול לדחות את המקבל. הוא כותב שזאת כוונת המגיד משנה (הערה 150), הכותב שבמכר כיון ששילם, אינו יכול לדחותו.

אם מכר **נכס בלתי מזוהה** מסוג ידוע, בלי לציין את כמותו אלא רק את מחירו, כגון "חטים בשווי עשרה דינרים", המכר תקף, ועליו לספק לקונה חטים בשווי זה לפי שער השוק בשעת המכירה¹⁶⁰; אלא שכיוון שהקונה אינו יכול לעשות קנין משיכה, הצדדים יכולים לחזור בהם, והחוזר חייב לקבלת קללת "מי שפרע" אם המחיר שולם¹⁶¹.

שותף בנכס יכול למכור את חלקו בנכס אף שלא איפה בנכס נמצא חלקו¹⁶².

אדם יכול למכור חצי (או כל חלק מוגדר אחר) מנכס מסוים שיש לו, אף שלא ציין את מקומו של החצי הזה¹⁶³. משמעותו שהוא מוכר חצי מכל הנכס, ולכן אינו יכול לתת את החצי הגרוע, לפי חצי השטח, אלא הוא צריך לתת שטח ששוויו חצי משווי הנכס, והוא יכול לתת מהחלק הגרוע חלק גדול ששווה כחלק קטן מהחלק הטוב¹⁶⁴. אבל אם הנכס היה מחולק לשני חצאים נפרדים, שווים בשטחם, הוא יכול לתת לקונה את החצי הגרוע¹⁶⁵.

גוף האדם וחלקים ממנו

לפי החוק, אדם אינו יכול למכור את **גופו** ולא את גופו של חברו, עקב ביטול העבדות. אפשר למכור **אבר** שיכול להתחדש כמו כליה, דם, תאי זרע ושערות, אבל יש שאלה מוסרית אם ראוי להתיר לאדם למכור אותם. **גופת מת** - גם אם יש בה שימוש, בדרך כלל אין לשם כך צורך בהעברתו בתמורה, ולכן לא חל חוק המכר. כך גם **אבר שאינו מתחדש** שנלקח מאדם חי או מת, ואינו מיועד להשתלה. אבר חי שאינו מתחדש, המיועד להשתלה באדם אחר (בין אם נלקח מאדם חי או ממת) - מסיבות מוסריות אין לראות בו מושא לזכות חפצית. חוק האנטומיה מסדיר הוצאת אברים ממת לשם השתלה, ונאמר בו שקרובי הנפטר רשאים להתנגד. יתכן שהקרובים רשאים לדרוש כסף עבור השימוש, אבל לא יהיה זה בגדר מכר כי אין לקרובים זכות קנין בגופה, אלא היא קנין של הציבור¹⁶⁶. בהתחייבותו של אדם לתרום אבר שלו להשתלה אחרי מותו, תמורת כסף, יש בעיה גם מצד הכלל שאדם לא יכול לעשות עיסקה בירושתו¹⁶⁷.

לפי המשפט העברי, אדם אינו יכול למכור את אבריו, כיון שאינם בבעלותו, אלא בבעלותו של הקב"ה¹⁶⁸. אבל הוא יכול למכור שיער שלו¹⁶⁹, וכך גם דם שלו¹⁷⁰.

¹⁶⁰ רמב"ם, הלכות מכירה, כא, ד; שו"ע, חו"מ, רט, ג; ערוך השלחן, חו"מ, רט, ג.

¹⁶¹ רמב"ם, הלכות מכירה, כא, ד; שו"ע, חו"מ, רט, ג; ערוך השלחן, חו"מ, רט, ג. נראה שאם עשו קניין סודר, אינם יכולים לחזור בהם.

¹⁶² ערוך השלחן, חו"מ, רט, ה. ראה על כך בהרחבה בחוק לישראל, שיתוף נכסים, עמ' 98-92, ועמ' 108-118.

¹⁶³ רמב"ם, הלכות זכיה, ג, ה.

¹⁶⁴ ב"ב קז ע"ב; שו"ע, חו"מ, ריח, כ.

¹⁶⁵ שו"ת עבודת הגרשוני סימן ה, עוסק באשה שנתנה חצי ביתה לחתנה לדירה לחמש עשרה שנה, ואח"כ מכרה לו חצי הבית. המחבר (ד"ה הנה לכאורה) (הובא בפתחי תשובה חו"מ, ריד, ס"ק ו) פוסק שמגיע לו שטח ששווה לחצי דמי הבית, ע"פ שו"ע שם. אבל ר' אברהם בר משה, בתשובתו שם (ד"ה בתחלה), כותב שהיא יכולה לומר שמכרה לו אותו חצי שכבר היה שלו לדירה, ועכשו מכרה לו גם את הגוף; ושו"ע מדבר דוקא במקרה שגריעות חלק מהנכס היא מצד הנכס עצמו, ונשאר כך לעולם, ולכך מפרשים שהתכוון לדמי חצי השדה, אבל כאן שאין הגריעות מצד עצמו אלא מצד שיש לקונה כבר זכות דירה בחצי, וזה רק לזמן מוגבל, אין להתחשב בזה. באותו מקרה נכתב בשטר המכר "ומעתה יש לשמעון לדור בו", ומזה מוכיח המחבר (ד"ה ונפשי) שמכרה את החצי שלא היה נתון חתן לדירה, שהרי בחצי שהיה לו לדירה אין לומר שמעתה יוכל לדור בו. אבל ר' אברהם בר משה, בתשובתו שם (ד"ה בתחלה), דוחה הוכחה זו, שייכתב כן כי מעתה יש לו זכות דירה גם אחרי תום חמש עשרה השנים.

¹⁶⁶ שו"ת עבודת הגרשוני סימן ה (ד"ה הנה לכאורה) (הובא בפתחי תשובה חו"מ, ריד, ס"ק ו). הוא לומד זאת מדין המוכר "בית בבתי", ליד ציון הערה 143.

¹⁶⁷ זמיר 43§.

¹⁶⁸ זמיר 43§, הערה 123.

¹⁶⁹ רש"י זווין, לאור ההלכה, עמ' שכז (במהד' תשי"ז). הרב רצון ערוסי, "תרומת איברים ומכירתם", שרידים יט, תשס"א, עמ' נה, מסכים עמו, שאין אדם בעלים על גופו; ושם עמ' נו-נז כתב שאסור למכור אבר אלא אם כן הוא זקוק מאוד לכסף.

סוגי נכסים שונים

א. נכס שאסור בהנאה

יש אומרים שאי אפשר למכור דבר שאסור בהנאה¹⁷¹, גם אם הוא אסור רק מדרבנן¹⁷². הדבר מובן לפי הדעה שאדם אינו יכול להיות בעלים על דבר שאסור בהנאה¹⁷³ - ואדם אינו יכול למכור דבר שאינו שלו.

יש אומרים שאסור למכור ליהנות מהכסף מדרבנן¹⁷⁴, ויש מתירים¹⁷⁵. לשתי הדעות, אם הקונה עוד לא נתן לו את הכסף, אסור למכור לקחת ממנו את הכסף, כי מה שהתחייב הקונה לשלם לא נחשב

ר"ש ישראלי, התורה והמדינה, ה-ו, עמ' קז-קט (=עמוד הימיני, סי' טז, אותיות כ-כג, עמ' ר-רב, במהד' תש"ס), חולק על מה שכתב רש"י זווין שגוף האדם אינו בעלותו, אלא כותב שגופו של ישראל הוא בשותפות של האדם והקב"ה, ואילו גופו של גוי שייך לאדם, וזאת בגלל הנפש הנעלה שיש לישראל. אבל הוא לא דן בתוקפה של מכירת אבר.

הרב ישראל מאיר לאו, "מכירת איברים להשתלה", תחומין יח, תשנ"ח, עמ' 135 כותב שאם האבר כבר נקטע, ספק האם הוא יכול למכור אותו, שכן ייתכן שאין לאדם בעלות על אבריו (הוא דן בכך שם עמ' 126-130), ועוד שיייתכן שהוא אסור בהנאה ואינו יכול למכרו כי אינו שלו (הוא דן בכך שם עמ' 131-135); ואילו באדם שרוצה לקטוע אבר שלו תמורת תשלום, ומישהו הבטיח לשלם לו בלי לעשות קנין - השאלה היא האם הוא חייב לשלם מדין ערב. משמע שפשוט לו שאם עשה קנין, ההתחייבות חלה. אבל ייתכן שגם אם הקנה את האבר שלו, ועשה מעשה קנין, יכול לחזור בו, אם נניח שאין לאדם בעלות על גופו, או שאסור בהנאה.

ר' מרדכי הלפרין, "איברים להשתלה מתורם חי - היבטים הלכתיים", אסיא מה-מו, תשמ"ט, עמ' 54-55 = אורייתא יז (תשנ"ג), עמ' קסו (הובא אצל ר' שמואל רבינוביץ, "סחר באיברים", אסיא סא-סב, תשנ"ח, עמ' 63 = בית הלל ג, תש"ס, עמ' סז), מעלה אפשרות שהמוכר אבר, המכר בטל מטעם חוסר גמירת דעת, כי יש להניח שהוא מוכר מתוך מצוקה כלכלית קשה.

הפוסקים דנים עוד האם תרומת אבר מותרת מבחינת הסיכון לתורם, והאם הדבר ראוי או אף חובה כדי להציל אדם אחר. ראה לדוגמה: ר' שלמה גורן, "תרומת איברים להצלת חיים", אסיא סה-סו (תשנ"ט), עמ' 20-21 (תרומת אבר שילקח אחרי המוות); ר' שמואל וזנר, "תרומת כליה להשתלה", מוריה רפא-רפב (תשס"ב), עמ' קטו-קטז; ר' יצחק שמואל שכטר, "תרומת אחת מכליותיו להצלת חברו", בית הלל יז (תשס"ד), עמ' מג-נב; ר' ישראל מאיר לאו, "תרומת איברים - חובת האדם להכנס לסכנה כדי להציל", בנתיבי חסד ואמת, תשנ"א, עמ' 13-20; ר' אורי יונגרייז, "תרומת איברים להצלת חברו", עטרת שלמה ג (תשנ"ח), עמ' קלט-רכד; ד"ר מיכאל ויגודה, "תרומת איברים מן החי והמסחר בהם", אסיא עא-עב (תשס"ג), עמ' 5-24; ר' אייל יוסף, "תרומת איברים להשתלה", עטרת שלמה ד (תשנ"ט), עמ' קכו-קלו (גם על לקיחת אבר מאדם שאינו בר דעת או מקטן).

עבד: בזמן שיובל נוהג, אדם יכול למכור את עצמו כעבד עברי, ואב יכול למכור את בתו הקטנה כאמה עבריה. אבל האדון אינו יכול למכור את העבד או את האמה לאחר (רמב"ם הלכות עבדים, ד, י). אפשר לקנות גוי כעבד כנעני גם בזמן שאין יובל נוהג, והאדון יכול למכור אותו לאחר (רמב"ם הלכות עבדים, ט, ב).

¹⁶⁹ מכירת שיער אדם מוזכרת בנדריים סה ע"ב ובירושלמי שבת ו, א, ומכאן מוכיח ר' מרדכי הלפרין, "מכירת רקמות ואיברים", אורייתא יז (תשנ"ג), עמ' קסא = "איברים להשתלה מתורם חי - היבטים הלכתיים", אסיא מה-מו, תשמ"ט, עמ' 49, שמוותר לאדם למכור את שעריו.

¹⁷⁰ שו"ת אגרות משה, חו"מ ח"א, סי' קג (הובא אצל הלפרין, אסיא, עמ' 41), ורש"י אורבך, המובא בנשמת אברהם, חו"מ, סי' תכ, עמ' קז (במהד' תשס"ז), מתירים תרומת דם תמורת תשלום.

¹⁷¹ רמב"ם הלכות מכירה, טז, יד; שו"ת הרשב"א ח"ד, סי' רב (ד"ה תשובה); תוס' סנהדרין פ ע"א (ד"ה בשור, מדף עט ע"ב) (הובא בשו"ת נודע ביהודה מהדורא תניינא אורח חיים סימן סג, ד"ה והנה), וזבחים עא ע"א (ד"ה אפילו, מדף ע"ב); שו"ע, יו"ד, קיט, יג, וחו"מ, רלד, ד; שו"ת בית אפרים אורח חיים סימן מא (ד"ה ומה שהבאת, וד"ה וחזרנו); חוקת משפט, פרק ו, סעיף כב. חי' ר' שמעון יהודה הכהן (שקאפ), גיטין, סי' ה (לט ע"א-ע"ב), כותב שלא מועיל מכר של איסורי הנאה כי אינו שוה ממון.

אבל בית אפרים (ד"ה איך שיהיה) ור' שמעון יהודה הכהן שם כותבים שאם הקונה רוצה לזכות בחפץ, הוא יכול לזכות בו מצד עצמו, ולא מכוח המוכר.

¹⁷² רמב"ם הלכות מכירה, טז, יד; שו"ע, יו"ד, קיט, יג, וחו"מ, רלד, ד; חוקת משפט, פרק ו, סעיף כב.

¹⁷³ אנציקלופדיה תלמודית, ע' אסורי הנאה, ליד ציוני הערות 161-173. חוקת משפט, פרק ו, באורים אות נט, כותב שלפי קצות החושן, תו, ס"ק ב (שדיבר על הקדש), שגם אם יש בעלות באיסורי הנאה, לא מועילה מכירתו כי אינו בשליטתו, כמו גזל (ראה ליד ציון הערה 103).

¹⁷⁴ סמ"ע, רלד, ס"ק ו; ש"ך, חו"מ רלד ס"ק א.

משנה ברורה, תמג, ס"ק טז, כותב שיש להחמיר כדעה זו.

¹⁷⁵ ר"ן על הריף, ע"ז ל ע"א (בדפי הרי"ף); חק יעקב, תמג, ס"ק ט.

כאילו כבר החליף את איסורי ההנאה בכסף, אלא בשעה שהקונה משלם לו נחשב שבאותה שעה הוא מחליף איסורי הנאה, שאסור¹⁷⁶.

דבר שמותר בהנאה למוכר ואסור בהנאה לקונה (כגון שנדר ממנו הנאה), מועילה מכירתו, אם הקונה יודע שהוא אסור בהנאה, כך שאינה מכירה בטעות, כי קניינו של הקונה בא ממילא ע"י "דעת אחרת מקנה", ואין עיקר הקנין מצידו אלא מצד המוכר, ולמוכר יש כוח זה כיון שהוא מותר בהנאתו¹⁷⁷. לדוגמה, גוי יכול למוכר דבר שאסור בהנאה, כי בשבילו אינו אסור, אלא שאם יהודי קונה אותו ממנו, מיד כשהדבר נקנה לו, הוא נאסר ובעלותו פוקעת¹⁷⁸. כמו כן, אפשר למוכר לגוי דבר שאסור בהנאה, כיון שעבורו הוא בעל ערך¹⁷⁹.

דבר שאסור רק באופן זמני, אפשר למוכר אותו, והמכירה חלה לענין הזמן שיהיה מותר, גם אם המוכר לא אמר שהמכירה תהיה רק לזמן ההיתר¹⁸⁰.

פוסקים אחרים אומרים שמועילה מכירת דבר האסור בהנאה¹⁸¹. הדבר מובן לפי הדעה¹⁸² שאדם יכול להיות בעלים על דבר שאסור בהנאה.

על המחלוקת עיי משנה למלך הלכות אישות, ה, ז (ד"ה והנה); אנציקלופדיה תלמודית, ע' אסורי הנאה, ליד ציוני הערות 107-114; בירור הלכה, נדרים מז ע"א ציון ג.

רמב"ם הלכות מכירה, טז, יד, ושו"ע, יו"ד, קיט, יג, וח"מ, רלד, ד, כותבים שהמוכר חייב להחזיר את הכסף לקונה, אבל הם מדברים באופן שהקונה לא ידע שהדבר אסור בהנאה, וזה מקח טעות. ואילו אם ידע זאת, ובכל זאת נתן, כותב משנה למלך הלכות מכירה, טז, יד, שהמוכר אינו חייב להחזיר לו את הכסף (מבחינת דיני ממונות) כיון שיש להניח שהקונה התכוון לתת לו את הכסף במתנה. גם ר"ן על הרי"ף, ע"ז ל ע"א (בדפי הרי"ף) (הובא במשנה למלך הלכות עבודה זרה ז, ט, והלכות אישות, ה, ז), ויהל אור, ענף ז (ד ע"ד), כותבים שהקונה התכוון לתת את הכסף במתנה.

פירות שביעית ועבודה זרה הם איסורי הנאה מיוחדים, שדמי המכר שלהם אסורים לכל אדם - קידושין נח ע"א. משנה למלך הלכות עבודה זרה ז, ט, מסתפק האם הכסף נאסר אם הקונה לא ידע שזה ע"ז; והוא כותב שאף אם נאמר שהכסף אסור, הרי אם המוכר החזיר את הכסף לקונה, ואפילו אותם מטבעות, חזר הכסף להיתר, שכיון שנתבטל המקח אין כאן דמי ע"ז ונמצא שאינו נהנה מע"ז.

¹⁷⁶ משנה למלך הלכות מכירה, טז, יד, במסקנתו (הובא בביאור הלכה, תמג, ג).

¹⁷⁷ שו"ת בית אפרים אורח חיים סימן מא (ד"ה וחזרנו).

¹⁷⁸ שו"ת בית אפרים אורח חיים סימן מא (ד"ה ומה שהבאת וד"ה עכ"פ מפשיטות).

¹⁷⁹ תוס' כתובות לג ע"ב (ד"ה גנב).

קובץ שעורים, קדושין סי' צג, כותב שהם סוברים שהחזרון בהקנת דבר שאינו ברשותו הוא מצד הקונה ולא מצד המקנה; כלומר, כיון שהדבר מותר לגוי הקונה, אין פגם בהקנתו.

אבל יהל אור, ענף ז (ד ע"ד), כותב שגם אם מוכר לגוי שבשבילו זה מותר ושווה ממון, הכסף אינו לא נחשב דמי החפץ, כי למוכר אין זכות ממון בחפץ, ורק יש לו עצם הדבר, והרי הגוי לא ישלם עבור עצם הדבר בלבד, והוא משלם עבור הזכויות הממוניות, שאינן שייכות למוכר, והגוי היה יכול ליטלו ממנו בעל כרחו, אי"כ מה שהגוי משלם אינו תמורת הנכס, אלא כי אינו רוצה לקחת מהישראל בכוח, והוא משלם לו רק כדי שיתיר לו לקחת. הוא מוסיף (בדף ה ע"א), שזה לא תלוי בכונתו של הגוי, וגם אם אינו יודע שהדבר אסור בהנאה, והוא חושב שהוא נותן את הכסף תמורת החפץ, הכסף שהגוי משלם אינו תמורת החפץ אלא תמורת הרשות ליטלו כאמור, כי אין לישראל מה למכור ואינו מוכרו. הוא כותב שאסור לישראל למנוע מהגוי ליטול ממנו, ולכן אין לו זכות ליטול כסף בעד מתן הרשות ליטלו, ולכן הכסף הוא גזל בידו, ואף שהגוי נותן לו ברצון את הכסף, הרי היה מעדיף ליטול בלי לשלם, כפי שהוא רשאי, אלא שהוא מוכרח לתת לו בגלל עבריותו של הישראל, ולכן זה גזל; אלא שלפעמים הגוי נותן לו ברצון אף שאינו חייב מצד שאינו רוצה לקחת בחינם, ואי"כ הוא נותן את הכסף במתנה, אבל גם אז זה לא דמי החפץ, ואין כאן מכירה. הוא מסביר (בדף ה ע"ב) שמה שכתבו תוס' כתובות שם שאפשר למוכר שור הנסקל לגוי אף שהוא אסור בהנאה, הם כתבו כך לגבי חיוב דו"ה בגונב ומוכר, ורק לענין זה נחשב מכירה, כמו שיש חיוב דו"ה במוכר לפני יאוש אף שבאמת אין זה מכירה כי אינו שלו, אלא התורה חייבה דו"ה על עשיית מעשה מכירה גם אם אינה חלה באמת אלא הקונה יצטרך להחזיר את השור והמוכר יצטרך להחזיר את הכסף.

שו"ת נודע ביהודה מהדורא תניינא אורח חיים סימן סג (ד"ה והנה), כותב שהמוכר חמץ בפסח לגוי, והגוי משך, הגוי קנה מדין זכייה בהפקר.

¹⁸⁰ שו"ת בית אפרים אורח חיים סימן מא (ד"ה אמנם).

הוא כותב (בד"ה וחזרנו למ"ש די"ל) שאפשר למוכר חמץ בפסח כיון שיהיה מותר אחרי פסח מהתורה, אף שיהיה עדיין אסור מדרבנן.

הוא מסתפק (בד"ה וחזרנו למ"ש די"ל) האם מועילה מכירת עבודה זרה כיון שאפשר להתיר אותה על ע"י ביטול, או שמא אינה מועילה כיון שההיתר תלוי במעשה הביטול ולא יבוא ממילא.

¹⁸¹ שו"ת נודע ביהודה מהדורא קמא אורח חיים סימן יט (ד"ה כל זה), ע"פ רמב"ם, הלכות חמץ, א, ג.

הבחנה: יהל אור, ענף ו, כותב שיש בעלות על איסורי הנאה בעצם, אלא שאין לבעלים בהם זכות של ממון ליהנות מהם, ולכן לא שייכת בהם הקנאה רגילה, שתהיה לקונה זכות ממון, שהרי למקנה עצמו אין זכות

אבל אם עצם הזכייה היא עבירה, כגון חמץ בפסח, גם לדעה זו לא קנה, לפי הכלל שכל מה שהתורה אסרה, "אי עביד לא מהני"¹⁸³.

ב. דבר שאינו קצוב

אפשר למכור דבר שאינו קצוב¹⁸⁴. מועילה גם **התחייבות** למכור דבר שאינו קצוב, כגון מזונות למשך זמן מסוים או זמן שאינו מסוים¹⁸⁵.

ג. כמות המכר

אפשר למכור אפילו דבר שהוא פחות משהו פרוטה¹⁸⁶.

ד. דבר ששייך לאדם רק משום דרכי שלום

יש דברים שאינם קנויים לאדם מעיקר הדין, ושייכים לו רק משום דרכי שלום, כגון יונים שבשובך שלו¹⁸⁷. בכל זאת, הוא יכול למכור אותם¹⁸⁸.

אבל דבר של הפקר שעומד לידו אדם אלים ומונע מאנשים לזכות בו, ומישהו משלם לו כדי שיתיר לו לקחת, אין זה בגדר מכירה, והכסף אינו דמי החפץ; וגם אם מישהו חושב שהחפץ שייך לאותו אדם ומתכוון לשלם לו תמורתו - אין זה מכר אלא זכייה מהפקר¹⁸⁹.

ממון ולא יכול להקנות מה שאין לו, וגם מצד הקונה לא יוכל לזכות בזכות ממון כיון שאסור לו בהנאה; אבל המוכר יכול להקנות את מה שיש לו בו - את עצם הדבר, לכן אם זה חמץ, הקונה זוכה בו לעבור עליו בבל יראה, ואם זה ע"ז, הוא זוכה בו לענין שלא מועיל ביטול. אבל הוא כותב בענף ז (ד ע"ג-ע"ד), שזה לא בגדר מכירה, כמו שכתבו תוס' (הערה 171), כי אם הקונה לא ידע שזה אסור, זה מקח טעות, ואם ידע, התכוון לתת במתנה את הכסף, שהרי רק שוטה ישלם עבור דבר שאינו שווה ממון, והיות שהכסף אינו עבור המכירה, אין זו מכירה.

¹⁸² אנציקלופדיה תלמודית, ע' אסורי הנאה, ליד ציוני הערות 174-178.

¹⁸³ חתן סופר, בעניני המקנה והקנינים, סי' כח ס"ק ד אות כה. ראה סעיף 1, בשאלה אם יש תוקף למכר שנעשה באיסור.

¹⁸⁴ טור, חו"מ, רלב, ז. פרישה, חו"מ, רמא, ו, מנמק שהטור סובר שלענין זה אין הבדל בין חיוב למכר, וכמו שאפשר להתחייב בדבר שאינו קצוב (לפי רוב הפוסקים, כמו שכתב שו"ע חו"מ, ס, ב), כך אפשר למכור אותו.

צפנת פענח דברים א, יא (עמ' ה), מסביר בזה מדוע משה בירך את ישראל "יוסף ה' עליכם ככם אלף פעמים", ואמר שה' "יברך אתכם כאשר דיבר לכם" - כי אדם לא יכול לברך ברכה שאינה קצובה. **חריג:** שו"ת מחנה חיים חו"מ, ח"ב, סי' כ (עמ' מג), כותב שהמוכר את כל העבירות שלו, אין לכך תוקף כי זה דבר שאין לו קצבה, שהקונה אין דעתו סומכת לקנות, שהרי אדם אינו יכול לדעת עומק הדין; ואף שמועילה התחייבות בדשא"ק, זה בדבר שתהיה לו קצבה אח"כ, אבל עבירה עלולה להצמיח רעה לדורות, כך שלא תהיה לו קצבה לעולם.

דעה חולקת: טור, חו"מ, רלב, ז, כותב שלרמב"ם אי אפשר להקנות דשא"ק כמו שלדעתו, בהלכות מכירה, יא, טז, אין תוקף להתחייבות שאינה קצובה. וראה שו"ע שם, שדעתו היא דעת יחיד. שו"ת בית יצחק (שמלקיש) יו"ד ח"ב קו"א סי' יב, אות ג, כותב שלפי דעה זו, המקנה דבר קצוב עם דבר שאינו קצוב, לא קנה את שאינו קצוב.

¹⁸⁵ חוקת משפט, פרק ל, מקורות, ס"ק יד, לומד כך משו"ע, חו"מ, ס, ב, הכותב כך על התחייבות באופן כללי.

דעה חולקת: רמב"ם הלכות מכירה, יא, טז, כותב שאין תוקף להתחייבות שאינה קצובה. שו"ת מהרש"ם, חו"מ, סי' פב וסי' קעו, וגט פשוט, כללים שבסוף הספר, כלל ב וכלל ג, כותבים שאפשר לטעון קי"ל כרמב"ם. אבל ש"ך, ס, ס"ק יב, כותב שאי אפשר לטעון קי"ל כרמב"ם. מלבד זה, בני שמואל (חיון), חו"מ סי' ס (עמ' שמא-שמב במהד' תשנ"ב), ושו"ת סי' י (לח ע"ב) (הובא בשו"ת פני משה, ח"ב, סי' ל, בסופו), כותב שגם לרמב"ם, במכר, שהמתחייב מקבל תמורה, מועילה גם התחייבות שאינה קצובה.

¹⁸⁶ קונטרסי שיעורים, נדרים, שיעור כו, אות ז (קסד ע"א).

¹⁸⁷ חולין קמא ע"א.

¹⁸⁸ אור שמח, הלכות מכירה ה, ה. הוא מוכיח מחולין שם שאפשר למכור אותם אף בקנין חליפין.

¹⁸⁹ יהל אור, ענף ז (ד ע"ד-ה ע"א).

התנאה (ס"ק ב)

ס"ק ב אומר שהחוק הוא דיספוזיטיבי, ואם הצדדים הסכימו אחרת - הסכמתם גוברת. בכלל זה הסכמה מפורשת, וגם אומד דעתם כפי שהיא משתמעת מהחוזה או מהנסיבות, וכן הנוהג שבין הצדדים בעיסקאות קודמות, או נוהג המקובל בעיסקאות מסוג זה. המטרה - לתת למסחר גמישות, מטעם חופש החוזים ואוטונומיית הרצון¹⁹⁰. נטל ההוכחה על מי שטוען שהיתה הסכמה שלא כהוראות החוק, ועליו גם להוכיח את תוכן ההסכמה¹⁹¹.

במשפט העברי, הכלל הוא שכל תנאי בממון קיים¹⁹².

אבל יש חריגים לכלל זה, כגון תנאי שלא יחולו דיני אונאה. נעסוק בכל חריג בסעיף הרלוונטי לו.

הצעת נוסח ע"פ המשפט העברי

הנוסח המוצע ב"חוקי ישראל": 4. (א) הוראות חוק זה יחולו על מכר של מטלטלין, ובשינויים המחוייבים - גם על כל נכס וזכות שחל עליהם קנין. [ביקורת: לא נתפרש על איזה נכס חל קנין] (ב) הוראות חוק זה יחולו כשאין בדין אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון, ובאין כוונה אחרת משתמעת מן ההסכם בין הצדדים.

¹⁹⁰ זמיר §135.

¹⁹¹ זמיר §137.

¹⁹² כתובות נו ע"א; פתחי חושן, קניינים, פרק כ, אות ט.