

סעיף 1 מהות המכר

מהות המכר
מכר הוא הקניית נכס תמורת מחיר.

תוכן העניינים

מבוא 1

"הקניית נכס" - סוגים של הקנייה שהחוק חל עליהם 1

"נכס" 3

"תמורת מחיר" 3

סוגים מיוחדים של מכר 4

משפט עברי 5

התחייבות למכור 6

התחייבות לקנות 11

"מכר חוזר" 11

מכר הכרוך באיסור 14

הצעת נוסח ע"פ המשפט העברי 14

מבוא

הגדרת מכר בסעיפנו היא ע"פ המשפט העברי¹. בביטוי "הקניית נכס", הדגש הוא על הצד החפצי - העברת הבעלות².

לא נזכרת בהגדרה חוזה להקניית נכס בעתיד. אבל סעיפי החוק עוסקים גם בהתחייבות למכור. על כן, זמיר סבור שנוסח ההגדרה היא רק מס שפתיים למשפט העברי³.

אגרנט⁴ סבור ש"מכר" בחוק זה משמעותו העברת בעלות בדווקא. אבל לדעת זמיר, החוק חל גם על העברת זכות קניין פחותה מבעלות, על נכסים לא מוחשיים, ועל המחאת חיובים, שהרי מצאנו בחוקים שונים לשון "הקניה" לגבי זכויות הפחותות מבעלות, כגון זכות של שוכר או של שואל (בחוק השכירות והשאלה, סעיף 1 וסעיף 26), או כל זכות בנכס (חוק התרופות סעיף 5, חוק המקרקעין סעיף 6), ואף זכות אובליגטורית (חוק החוזים, כללי, סעיף 34, וחוק השליחות סעיף 3)⁵.

בהצעת חוק דיני ממונות, תשע"א-2011, סעיף 154, נוסח הסעיף הוא: "חוזה מכר הוא חוזה בין מוכר לקונה להקניית נכס תמורת מחיר". בדברי ההסבר נאמר שהמלה "חוזה" נוסף לצורך אחידות בין סעיפי הפתיחה בחלק העוסק בחוזים מיוחדים. אפשר להניח שמלה זו נוספה גם מתוך כוונה לבטל את הזיקה לגישת המשפט העברי שמדגיש את ההיבט הריאלי של המכר.

"הקניית נכס" - סוגים של הקנייה שהחוק חל עליהם

אף ש"הקניה" כוללת גם יצירת זכות חדשה שנגזרת מזכות קיימת יותר רחבה⁶, הרי סעיפים 7, 33, 34, מדברים על "העברה", ומכאן שהחוק אינו חל על יצירת זכות חדשה, שלא היתה קיימת לפני ההקניה, כגון שכירות, משכון, והענקת זיקת הנאה תמורת מחיר. בכל זאת אפשר להסתייע בחוק המכר לפתור שאלות בשכירות ובמשכון⁷.

לדעת זמיר, החוק חל גם על ויתור על זכות (ריאלית או אובליגטורית) תמורת מחיר. לעתים אפשר לומר שאם החייב משלם תמורת הויתור, פקיעת הזכות נובעת מקיום החיוב ולא מויתור; אבל זה נכון במצב שהתשלום אינו משקף את ערך החיוב שנמחל (כמו אם החיוב המחול אינו לתשלום

¹ כך הגדיר גולאק, יסודי המשפט העברי, כרך א, ספר ב, עמ' 152.

² א' זמיר, חוק המכר, תשכ"ח-1968, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, ירושלים תשמ"ז (להלן: זמיר) 20§.

³ זמיר 23§.

⁴ ע"א 272/71 בן דוד נ' החברה לתפעול וניהול הימורי ספורט, פ"ד כו(2) 97, 102.

⁵ זמיר 24§.

⁶ כך הוא מובן "הקניה" בחוק השכירות והשאלה, סעיף 1 וסעיף 26, חוק המקרקעין סעיף 6, חוק החוזים, כללי, סעיף 34, וחוק השליחות סעיף 3.

⁷ זמיר 25§.

כסף). הסיבה שמחילה נזכרת בחוק המתנה ולא בחוק המכר היא כי בדרך כלל מחילה היא חוזה בחינם, חד צדדי. דוגמאות לתחולת הוראות החוק על מחילה תמורת מחיר: הוראת סעיף 24 "הוצאות מסירת הממכר יחולו על המוכר", תחול על בעל משכון המוותר על זכותו - הוא יצטרך לשאת בהוצאות ביטול המשכון, כגון הוצאות על החזרת המשכון, כי ביטול המשכון, אם נעשה תמורת מחיר, הוא סוג של מכר; ואם הוסכם על מחילת כל החיוב, ומחל רק על חלק, תהיה לחייב (הוא הקונה) תרופת הניכוי שבסעיף 28, בגלל אי התאמה⁸.

הפקרת נכס תמורת התחייבות לשלם מחיר אינה מכר, שהרי הקניה היא פעולה משפטית שכתוצאה ממנה רכושו של זה גדל ושל זה קטן, מה שאינו קיים בהפקרת נכס⁹.

גילוי סוד מסחרי אינו הקניה, כי לא נגרע כלום מרכושו של המגלה, רק האחר מתעשר¹⁰, ולכן חוק המכר אינו חל עליו. אבל אפשר להחיל על גילוי סוד כללים של חוק המכר מתוך אנלוגיה¹¹.

כשמדינה **מפקיעה** זכות בקרקע למען הכלל תמורת פיצויים - אין זה מכר, כי זה אקט מינהלי ולא הסכם, גם אם בעל הקרקע אינו מתנגד ומקבל את מלוא ערך הקרקע, ואילו "הקניה" מבוססת על רצון חפשי והסכמה¹². אבל אחרי שהתחילו הליכי הפקעה, ושר האוצר מודיע (ע"פ פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) 1943 סעיף 5) שהוא מסכים לשאת ולתת על רכישת הקרקע, ומגיעים להסכם - חלים חוקי החוזים וחוק המכר, אף שגם בלי שיגיעו להסכם, הקרקע תופקע¹³. כאשר מנהל אגף העתיקות דורש מבעליה של **עתיקה** למכור אותה למדינה, על פי חוק העתיקות, תשל"ח-1978, מכירה זו היא הפקעה ולא חוזה מכר, אף שיש שיגיעו להסכמה על פרטי העיסקה, כי בעל העתיקה אינו יכול לסרב למכור, שהרי סירוב לקיים את דרישת המנהל היא עבירה פלילית, וחוזה קיים רק אם היה מפגש רצונות אמיתית¹⁴.

פסק **בוררות** המחייב צד אחד להקנות לצד השני נכס תמורת תשלום, אינו מכר, אף שתוקפו של הפסק נובע מהסכמת הצדדים, כי להתחייבות הראשונית חסרה גמירת דעת ומסוימות הנדרשות לכריתת חוזה מכר. פסק הבוררות אינו מסוגל לחולל תוצאה קניינית של מעבר בעלות¹⁵.

גזלן שמשלם פיצויים והנכס נשאר בידו, אין זה מכר, אף שהנגזל מקנה את הנכס לגזלן, כי אין בכך הקנייה רצונית והסכמתית. כך גם לגבי תקנת השוק, שבה עוברת הבעלות לרוכש בתום לב¹⁶.

לפי חוק המקרקעין, סעיף 23, במקרים מסוימים, **המקים מחוברים** במקרקעין של הזולת זכאי לקנות את הקרקע, ואם לא רצה, זכאי בעל הקרקע להחזיק במחוברים תמורת תשלום למקים. אבל זה לא מכר. כך גם **בחיבור וערוב מטלטלין**, שבהם הבעלות במטלטל הטפל עוברת לבעל המטלטל העיקרי, תמורת תשלום, לפי חוק המטלטלין סעיף 4 - אין זה מכר, כי אין זה הקניה רצונית והסכמתית¹⁷.

בהרבה חוזי **ביטוח** נאמר שבמצב של נזק מוחלט, משלמת חברת הביטוח למבוטח את ערך הנכס והבעלות בנכס עוברת לחברה. אבל אין זה מכר, שהרי המבוטח אינו רוצה למכור, והתשלום אינו מכוון להיות תמורה לגרוטאה¹⁸.

מחוק עשיית עושר ולא במשפט, סעיף 1(א), עולה שאם ראובן שולח לשמעון נכס בטעות, ושמעון מכלה אותו, עליו לשלם לראובן את שווי הנכס. חוק המכר אינו חל כאן כי לא היה חוזה. אבל ייתכן שיחולו כמה מהוראות החוק בדרך היקש¹⁹.

ראובן שהתחייב למכור נכס ללוי, ושמעון מקיים את חיובו של ראובן בלי ידיעת ראובן, שמעון זכאי להשבת שווי הזכייה שצמחה לראובן מכך, על פי חוק עשיית עושר ולא במשפט, סעיף 1(א). אבל אין כאן הקניה משמעון לראובן כי אין כאן רצון חפשי והסכמה, ולכן לא חל כאן חוק המכר²⁰.

⁸ זמיר §26.

⁹ זמיר §27.

¹⁰ טדסקי, "סודות עסקיים", הפרקליט לה עמ' 31; זמיר §39.

¹¹ זמיר §27.

¹² זמיר §28-29.

¹³ זמיר §30.

¹⁴ זמיר §31.

¹⁵ זמיר §33.

¹⁶ זמיר §34.

¹⁷ זמיר §35.

¹⁸ זמיר §36.

¹⁹ זמיר §37.

²⁰ זמיר §37.

משמעות ”נכס” הוא כל דבר שניתן להקנותו תמורת מחיר. יש כאן שני אלמנטים: (א) רכושיות - שניתן להעריך את הזכות בכסף; (ב) עבירות - זכות שניתן להעביר מיד ליד.²¹ לדעת זמיר, גם **המחאת חיוב**, דהיינו העברת חיוב מן החייב אחד לאדם אחר שיהיה חייב במקומו, על פי חוק המחאת חיובים סעיף 6 (להבדיל מהמחאת זכות, שהיא העברת זכות מן הנושה לאדם אחר שיהיה נושה במקומו), יכולה להיחשב מכר: ראובן ממחה ללוי את חבותו כלפי שמעון, ובתמורה משלם ראובן ללוי סכום כסף - ראובן קונה בזה מצב משפטי חדש, תמורת כסף. חוק המכר יחול ביחסים בין המוכר (לוי) לקונה (ראובן) ואילו חוק המחאת חיובים יחול ביחסים בין הנושה (שמעון) לממחה והנמחה (ראובן ולוי).²² חוק המכר חל על מכר **מצדך בר פיקוח**, אף שלפי חוק הפיקוח על מצרכים ושרותים, תשי”ח-1957, סעיף 22, אסור לסרב ”סירוב בלתי סביר” למכור אותו, כי בכל זאת יש לצדדים גמירת דעת להתקשר בחוזה.²³ מקובל לומר שהנוסע ברכבת או במטוס ”קונה” **כרטיס נסיעה**, והצופה בהצגה ”קונה” כרטיס להצגה. אבל זה לא מכר, כי הנוסע והצופה אינם מעוניינים בפיסת הנייר אלא בזכות לקבל את השירות. הכרטיס אינו מגלם את הזכות האובליגטורית אלא משמש הוכחה לקיומה. החוזה הוא חוזה קבלנות, התחייבות להסיע מישהו או להטיס מישהו או לאפשר למישהו לצפות בהצגה. אבל אפשר להחיל את הוראות חוק המכר בדרך היקש על החובות למסור כרטיס, ולמסור כרטיס שאינו גנוב או מזויף, ותקנת השוק. זאת משום שבעסקאות כאלה ערך הכרטיס הוא יותר מסתם ראייה, והחזקת הכרטיס היא תנאי לבעלות בזכות, והמחאת הזכות נעשית ע”י מסירת הכרטיס.²⁴ אשר למכירת **כרטיס הגרלה**, זמיר מבחין בין שתי סוגי הזכויות שחוזה הגרלה מעניק למהמר: (א) זכות מוחלטת שתיערך הגרלה הוגנת, ועל כך חל חוק חוזה קבלנות; (ב) זכות מותנית לקבל נכס, ועל כך יחול חוק המכר. אם ההגרלה היא לקבל סכום כסף, לא חל חוק המכר, אבל ניתן להקיש לגביו מחוק המכר.²⁵

”תמורת מחיר”

לדעת צלטנר,²⁶ ה”מחיר” אינו צריך להיות כסף, שהרי חוק המכר חל בשינויים המחוייבים על חליפין, כאמור בסעיף 3, ובחליפין התמורה הניתנת הוא נכס. אבל זמיר סבור ש”מחיר” משמעותו כסף או התחייבות לשלם כסף, ואין בכלל זה תמורה שאינה כסף. דוקא הבחנת החוק בין חליפין למכר מראה שמכר הוא במחיר של כסף דוקא. אמנם אפשר שהתשלום יבוצע ע”י מתן נכס, ועדיין ייחשב מכר, אבל זה לא שהנכס הוא המחיר, אלא אופן **קיום** החיוב יכול להיות ע”י מתן נכס. עם זאת, במצב שנכס שאינו כסף משמש כהילך חוקי, נכס זה יכול לשמש כמחיר והעיסקה תהיה מכר ולא חליפין.²⁷ המחיר יכול להיות נקוב **במטבע חוץ** אף שאינו הילך חוקי במקום המכר.²⁸ **זכות אובליגטורית** יכולה לשמש מחיר. אם הקונה ממחה למוכר זכות לקבל תשלום כספי - הוא מקיים בזה את חיוב התשלום.²⁹ גם **המחאת חבות** יכולה לשמש תשלום מחיר: לוי, שחייב כסף לשמעון, מקנה לראובן נכס, ובתמורה, לוי ממחה לראובן את חבותו (של לוי) כלפי שמעון. התמורה היא שחובו של לוי ייפרע ע”י ראובן.³⁰ אם הצדדים הסכימו על מחיר כל שהוא, הקונה אינו יכול לטעון שהמחיר מוגזם.³¹ הצדדים יכולים לקבוע את **גובה המחיר** ככל שירצו, גם אם אינו מחיר השוק של הנכס, ואינו מחירו הראוי, ואינו ”סביר”, אלא אם כן גובהו גורם לפגם בכריתת החוזה, או שהוא נוגד את חקיקת

²¹ זמיר § 38.

²² זמיר § 59.

²³ זמיר § 32.

²⁴ זמיר § 41.

²⁵ זמיר § 42. הוא מוסיף שאפשר להחיל את הוראות חוק המכר בדרך היקש על הצד ה”חפציי” של מסירת הכרטיס, כגון תקנת השוק.

²⁶ צלטנר, מכר, עמ’ 16.

²⁷ זמיר § 52.

²⁸ זמיר § 52.

²⁹ זמיר § 58.

³⁰ זמיר § 59.

³¹ ע”א 865/76 לופז נ’ שושני, פ”ד לא(3) 748.

הפיקוח על המחירים. אבל צריך יחס כל שהוא של שקילות אובייקטיבית בין המחיר לבין הנכס, ובעיקר צריך שהצדדים יתייחסו להם כשקולים בנסיבות הענין³². אם המחיר נמוך בהרבה משווי הנכס, יש כאן מכר המעורב במתנה - חלק מהנכס ניתן במתנה. כמו כן, אם המחיר גבוה בהרבה משווי הנכס, יש כאן מכר המעורב במתנה - חלק מהמחיר ניתן במתנה. יש לדון בעיסקאות כאלה לפי "תורת הצירוף" - על כל חיוב יחול הדין המתאים לו. במקרה שהמחיר נמוך, אם הנכס ניתן לחלוקה, חל חוק המתנה על החלק שכנגדו אין תשלום. נפקות חשובה בין אם זה מכר או מתנה, היא זכות החזרה מהתחייבות לתת מתנה במקרים מסוימים, לפי חוק המתנה, סעיף 5. העיסקה כולה טעונה כתב, כדין התחייבות לתת מתנה, כיון שזו עיסקה אחת. יש שעושים חוזה מכר והוא באמת מתנה, או להיפך, ויחול דין חוזה למראית עין שבחוק החוזים, חלק כללי, סעיף 13³³.

בענין זה מתעוררת השאלה איך להגדיר את הנוהג הנפוץ, שמוכר נותן לקונה "מתנה" (מלבד הממכר) במסגרת "מבצע פרסים". לדעת זמיר, זהו חוזה מכר, בתנאי שאדם סביר מבין שהקונה הסכים לקנות בגלל הפרס, ואז יש לצדדים גמירת דעת להתחייב בחוזה שמחייב את המוכר להעניק את ה"פרס". אין לראות זאת כמתנה, כיון שכאן המוכר מקבל תמורה - הסכמת הקונה לקנות את הממכר בעיסקה העיקרית. אלא שמאחר שתמורה זו אינה "מחיר" של כסף, אין כאן מכר במובן הצר, אלא חליפין, שגם עליו חלק חוק המכר, לפי סעיף 3. ככל שערכו של ה"פרס" גבוה יותר, אבסולוטית או ביחס לממכר העיקרי, יותר מסתבר שהוא ניתן תמורת המחיר, והוא חלק מהממכר, וזה מכר; אבל אם זה דבר פעוט, ייתכן שאין כאן חוזה מחייב או שזה מתנה. בפרס בעל ערך גבוה, אין לראות זאת כמתנה על תנאי שיקנה את הממכר העיקרי, או שהתמורה בעד הפרס הוא הסכמתו לעיסקה הראשית, וזה מכר נפרד, שהרי הקונה עלול לטעון שהוא זכאי לפרס בגלל עצם הצטרפותו לחוזה העיקרי, גם אם אח"כ יפר את חיוביו בחוזה העיקרי, וזה לא סביר. אם המוכר נותן מספר פריטים (או כמות מסוימת של סחורה) במחיר של מספר קטן יותר של פריטים, וההפרש "בחינם", ברור שזה מכר של כל הפריטים, כי זה בעצם רק הנחה במחיר, והמוכר ממחיש אותה ע"י הצגת חלק מהפריטים כאילו ניתנים החינם³⁴. אם ה"מבצע" הוא שפרס יוגרל בין הקונים, נוספת הבעייתיות של כרטיס הגרלה. לגבי מי שזכה בפרס - חל האמור לעיל. לגבי האחרים - חלים הכללים של משתתף בהגרלה³⁵. ככלל, כאן יותר מסתבר שאין כוונה לחוזה מכר³⁶.

סוגים מיוחדים של מכר

חוזה קונסיגנציה: כאן סיטונאי מוכר נכס לקמעונאי, לשם מכירתו מחדש, כשיש לקונה ברירה להחזיר את הנכס למוכר תוך זמן קצוב, גם אם אין בו אי התאמה. בקונסיגנציה בדרך כלל הבעלות אינה עוברת לקמעונאי, אלא אם הצליח למכור לצד ג', או שהודיע למוכר שהוא רוצה לקנות את הנכס באופן מוחלט, או שחלפה התקופה שקצבו. אבל הסיכון עובר לקמעונאי עם המסירה, לפי סעיף 22, ולא עם העברת הבעלות. קונסיגנציה שונה ממכירה לתקופת נסיון, שבה הקונה רשאי להחזירו תוך זמן קצוב, והבעלות עוברת עם המסירה, וניתנת לקונה אפשרות להחזיר את הבעלות. קונסיגנציה אינה שליחות, כי הקמעונאי פועל עם הקונים בשם עצמו ולא בשם מי שמכר לו. אבל אין כאן חוזה מכר כל זמן שיש לקמעונאי אופציה להחזיר³⁷. לעתים עולה השאלה אם להגדיר חוזה מכר נתון של סיטונאי לקמעונאי כמכירה ע"י שליח או כקונסיגנציה. המבחן הוא תוכן ההסכם בין הסיטונאי לקמעונאי: אם הקמעונאי צריך לשלם לסיטונאי סכום מסוים עבור כל פריט שהוא מוכר, אבל הוא רשאי למוכרו בכל מחיר שירצה - זה קונסיגנציה. אם הקמעונאי פועל לפי הנחיות של הסיטונאי ומקבל שכר בצורת עמלה - זו שליחות. אם הקמעונאי חייב לשלם לסיטונאי מיד כשהוא מוכר גם אם מכר לצרכן באשראי - זה קונסיגנציה. אם הקמעונאי מדווח לסיטונאי על כל מכירה - זה סימן לשליחות³⁸.

התחייבות לקנות נכס עבור אחר: אם לוי מתחייב לקנות נכס עבור ראובן, לוי חייב חובה מוחלטת לקנותו בתנאים ובמחיר המוסכמים, ואין קשר חוזי בין ראובן למי שימכור ללוי. מצב דומה הוא שליח לקנות נכס עבור השולח, וההבדל הוא שהשליח אינו חייב להשיג את הנכס ואינו חייב להשיגו במחיר מסוים, אלא עליו להשיג אותו במחיר ובתנאים האפשריים הטובים ביותר באופן

³² זמיר § 54.

³³ זמיר § 75.

³⁴ זמיר § 76. דבריו מעט מבולבלים, והצגתי אותם באופן שיהיו מובנים; אולי טעיתי בהבנתם.

³⁵ ליד ציון הערה 25.

³⁶ זמיר § 77.

³⁷ זמיר § 61.

³⁸ זמיר § 64.

סביר, והוא צריך לפעול בשקידה ובנאמנות למטרה זו. ההבחנה בין שני המצבים תיעשה לפי תוכן החוזה ונסיבות העיסקה: בדרך כלל, אם זו שליחות, לוי יקבל שכר בתור עמלה, ואם זה שרשרת מכירה, לוי ירויח או יפסיד לפי הפרש המחירים בין שתי המכירות.³⁹

מכר מעורב בשליחות: יש שלוי קונה נכס משמעון ומוכר אותו לראובן, וגם משמש כשליח של שמעון, כגון סוכן מכירת מכוניות, שקונה את המכונית מן היצרן ומוכר אותה לצרכן, והיצרן גם ממנה אותו שליח להמחות לצרכן את זכויות האחריות של היצרן, ואת התחייבותו לבצע טיפולים במכונית. על היסודות השונים יחולו בנפרד חוק המכר וחוק השליחות.⁴⁰

יש שהמוכר נותן לקונה יפוי כוח בלתי חוזר לעשות בשמו כל פעולה בנכס (זוהי שליחות בלתי הדירה, ע"פ חוק השליחות סעיף 14, שנמשכת גם אם מת השולח וכדומה), ובכך מעביר את השליטה בו לקונה אף לפני ההקניה. חוק המכר חל על העיסקה בכללה, ועל מה שכרוך ביפוי הכוח חל חוק השליחות.⁴¹

מכירה בעזרת מתווך: תפקידו של המתווך להכשיר את הקרקע לעיסקה, ושכרו משולם כעמלה. הוא אינו שליח של שום צד, ולכן אינו מוסמך לעשות פעולה משפטית בשם צד כלשהו. כל חיוב שמתווך מתחייב בו מחייב רק אותו.⁴² לעתים עולה שאלה אם להגדיר את איש הביניים כמתווך או כמי שקונה מזה ומוכר לזה. בפרשת מנהל המכס⁴³, ראובן, בעל סוכנות למכירת מכוניות, שילם ללוי, מייבא מכוניות, סכום מסוים עבור כל מכונית שראובן ייבא. לפי דעת המיעוט, לוי שימש מתווך בין ראובן לבין יצרן המכוניות, והתשלום היה עמלה. אבל דעת הרוב היתה שלוי קנה את המכוניות מן היצרן ומכר אותן לראובן.

חוזה אופציה: זהו חוזה שנותן לקונה את הברירה אם לשלל את החוזה או לא, בעוד שלמוכר אין ברירה כזאת. זה שונה מהצעה בלתי הדירה לכריתת חוזה, המוזכר בחוק החוזים, חלק כללי, סעיף 3(ב), שבה אין שום חובה על הניצע, ואילו חוזה האופציה יכול להטיל על הקונה חיובים, כגון תשלום.⁴⁴ חוק המכר לא חל על זה כי אין על הצדדים שום חובות של חוזה מכר עד מימוש האופציה [לכאורה אפשר לומר שהקונה קונה את הזכות להחליט לקנות את הנכס]. אבל תחול דרישת הכתב שבחוק המקרקעין, סעיף 8, כי המוכר מקבל על עצמו התחייבות למכור אם ירצה הקונה. זה דומה למכר על תנאי מתלה, שבו אחרי קיום התנאי יש חוזה מכר תקף, כמו אחרי מימוש האופציה. אבל יש הבדל ביניהם בשלב הראשון: במכר על תנאי, עד קיום התנאי, החיובים של שני הצדדים מותנים, וכל צד זכאי לסעדים למניעת הפרת החוזה ע"י הצד השני, ואם מנע אחד מהם את קיום התנאי אינו זכאי להסתמך על אי קיום התנאי, לפי חוק החוזים, סעיף 27(ג), 28(א); ואילו באופציה יש חיוב אחד מוחלט (של המוכר) ואי-חיוב מוחלט כנגדו (של הקונה).⁴⁵ שכירות שבה ניתנת אופציה לשוכר לקנות את הנכס היא בעצם מסווה לעיסקת מכר מובטחת.⁴⁶

"חכירה לדורות": השכרת נכס לעשרים וחמש שנים ומעלה מכונה "חכירה לדורות". אף שאין כמעט משמעות משפטית או כלכלית לזכותו של המשכיר לקבלו חזרה, והיא דומה למכר, לא חל עליה חוק המכר אלא חוק השכירות והשאלה. אבל על חוזה להעברת זכות של חוכר חל חוק המכר.⁴⁷

משפט עברי

במונחים של המשפט העברי, "מכר" הוא מכר ריאלי, שבו הבעלות עוברת מיד, אבל התחייבות להעביר בעלות אינה "מכר"⁴⁸. עם זאת, המשפט העברי מכיר בתקפה של התחייבות למכור - חוזה מכר אובליגטורי שאינו חוזה ריאלי שבו העברת הבעלות מתבצעת מיד.⁴⁹

³⁹ זמיר § 63.

⁴⁰ זמיר § 65.

⁴¹ זמיר § 68.

⁴² זמיר § 67.

⁴³ ע"א 685/76 מנהל המכס נ' לובינסקי, פ"ד לא (2) 575.

⁴⁴ אבל לפי שלו, כריתת חוזה, עמ' 31, ההבדל ביניהם הוא רק סמנטי.

⁴⁵ זמיר § 72.

⁴⁶ זמיר § 78.

⁴⁷ זמיר § 79.

⁴⁸ חוקת משפט, פרק א, ביאורים, ס"ק א.

⁴⁹ ראה הצגת המקורות השונים בענין זה וניתוחם בהרחבה אצל: א' ורהפטיג, ההתחייבות, תוקפה, אופיה וסוגיה, עמ' 117-188.

התחייבות למכור

המתחייב למכור נכס מסוים לחברו, בלשון חיוב, חל עליו חיוב למכור לו⁵⁰, וכופים עליו לקיים את התחייבותו⁵¹, אלא שהנכס אינו עובר לבעלותו של הקונה⁵². ההתחייבות יכולה לחול ע"י כתיבתה בשטר⁵³, או ע"י עשיית קנין על ההתחייבות בפני עדים⁵⁴, או ע"י כל פעולה שהיא, במקום שנהוג שהיא מחייבת⁵⁵. מתן כסף נותן תוקף להתחייבות למכור רק באותם סוגי נכסים שנקנים בכסף⁵⁶.

לדעת קצות החושן⁵⁷, ההתחייבות חלה רק אם הוא מקבל על עצמו חיוב אחריות שאם יאבד הנכס ישלם לו את שוויו⁵⁸, מפני שחיוב המתייחס רק לנכס מסוים אינו יכול לחול על גוף האדם,

⁵⁰ תשובת הרשב"א המובאת בב"י, חו"מ, רו מחודש ב; משנה למלך, הלכות מכירה, ח, ז, בהגהה; שו"ת מהריט"ץ סי' קפז, בדעת הרשב"א; שו"ת תורת אמת סי' קלג (ד"ה אבל מ"מ); שו"ת מהרי"ט סי' ט; שו"ת לחם רב סי' קמו, סי' רח וסי' רי, בדעת הרשב"א; שו"ת פרח מטה אהרן ח"ב סי' ט, בדעת הרשב"א; כנה"ג חו"מ רג הגה"ט אות לג בשם רע"י ובשם ר"א ו' עקר; דברי אמת קונטרס ז סי' ב. אמרי בינה שם מוכיח שגם ערך לחם, חו"מ, רו, א, סובר שמי שאם מחייב את עצמו למכור, חיוב חל, שהרי הוא כותב שהרשב"א סובר שאם עשה קנין מעכשו שאם ימכור את הנכס לא ימכור אלא לפלוני, זה קנין דברים כי זה חיוב שלילי, הרי שיש תוקף לחיוב למכור שאינו שלילי. חוקת משפט, פרק ל, מקורות, ס"ק א, מביא ראיה לכך משו"ע, חו"מ, רו, יג - עיי"ש. הוא מסתמך על סמ"ע, ס, ס"ק יח, ועל ש"ך, ס, ס"ק כד, שגם לדעה ש"אתן" הוא קנין דברים, לשון התחייבות מועילה (אלא שהם דיברו על נתינה ולא על מכירה).

כך עולה גם מהמקורות שנביא בסעיף 2, שמועילה התחייבות למכור דשלבל"ע. **דעה חולקת:** שו"ת מהרש"ך ח"א סי' קא וח"ג סי' פד (ד"ה אך אמנם) כותב שגם לדעת הרשב"א שם לא מועילה לשון התחייבות. אבל פרח מטה אהרן שם דחה את דבריו מכוח לשון הרשב"א "ואם שנים אלו שאמרת חיבו עצמם כראוי" וכו'.

⁵¹ נתיבות המשפט, לט ס"ק יז, ומקור חיים (מליסא) תמא, ס"ק א (ד"ה ונראה). רבינו נסים גאון, המובא בשיטה מקובצת, בבא מציעא מז ע"ב, אומר כך על המוכר נכס שאינו ברשותו אבל הוא מצוי בשוק (ראה סעיף 2), וחוקת משפט, פרק ל, באורים, ס"ק ה, לומד מדבריו לענייננו. נתיבות המשפט שם כותב שגם אם בית דין גובה את הנכס מהמתחייב בעבור הקונה, הנכס נקנה לו רק אם עשה מעשה קנין.

⁵² נפקות מכך כותב חלקת יואב חו"מ סי' כא: גוי שהתחייב לפני פסח למכור ליהודי חמץ אחרי פסח, החמץ אינו נאסר כי אינו קנוי לישראל. הוא מסביר שאין אומרים שהקונה עובר באיסור למפרע כי נושה שגובה נחשב שהוא גובה את חובו למפרע משעת יצירת החוב (פסחים ל ע"ב), כי זה נאמר רק אם החייב לתת דבר מיוחד משא"כ כאן שהחיוב של הגוי הוא לתת ממין דבר זה, כפי שמוכח מע"ז סב ע"ב, שאם השעבוד אינו מיוחד, הדבר אינו נאסר.

⁵³ חוקת משפט, פרק ל, סעיף א. חוקת משפט, פרק ל, באורים, ס"ק א, כותב שמועילה חתימת העדים על השטר, או חתימת המתחייב, או שמישהו אחר חתם בשמו ("מסירת קולמוס").

⁵⁴ חוקת משפט, פרק ל, סעיף א. אבל חוקת משפט, פרק ל, מקורות, ס"ק ב, כותב שלפי ש"ך, ס, ס"ק כו, בדעת הרמב"ם, מועילה התחייבות בפני עדים אף בלי קנין (הש"ך לא דיבר על התחייבות למכור). חוקת משפט, פרק ל, באורים, ס"ק ז, כותב שזו גם דעת תומים ס, ס"ק יד, ונתיבות המשפט, ס, ס"ק יג (שהצריכו קנין רק בהתחייבות בדשלבל"ע), וביאור הגר"א, חו"מ, מ, ס"ק ב.

בשאלה האם מועיל קנין כסף בהתחייבות זו, ראה סעיף 2, לענין התחייבות למכור דשלבל"ע. ⁵⁵ חוקת משפט, פרק ל, באורים, ס"ק ט, על תקיעת כף, ע"פ אמרי ברוך, חו"מ, סי' רא, שכתב כך על התחייבות באופן כללי, ועל "הכאה כף על כף" (בלי להזכיר שזו תקיעת כף), ע"פ שו"ת שבות יעקב, ח"ג סי' קנב, שכתב כך באופן כללי.

⁵⁶ חוקת משפט, פרק ל, סעיף א, בשם מחנה אפרים, הלכות דבר שלא בא לעולם, סי' ג. חוקת משפט, פרק ל, באורים, ס"ק י, מסביר שבהתחייבות למכור מיטלטלין, לא מועיל קנין כסף, כמו שלא מועיל קנין כסף במכירת מיטלטלין, ואף שהטעם של "שמא יאמר נשרפו חטיך בעלייה" אינו שייך בהתחייבות, לא פלוג רבנן.

⁵⁷ קצות החושן, רו ס"ק א. הוא מסתמך על שו"ת מהרי"ט, ח"ב, חו"מ, סי' פא (ד"ה והא) (הובא בחידושי רעק"א, חו"מ, ס, ו, ובשו"ת שואל ומשיב מהדו"א חלק א סימן מה), הכותב שאין תוקף להתחייבות על נכס מסוים בלבד.

חוקת משפט, פרק ל, מקורות, ס"ק א, כותב שגם לדעת קצות החושן, מועילה התחייבות למכור נכס מסוים אם קיבל על עצמו אחריות - שעבוד נכסים. והוא מעלה אפשרות שמהרי"ט כתב כך רק לענין דשלבל"ע.

⁵⁸ חוקת משפט, פרק ל, באורים, ס"ק ג, מעיר שאף שהקונה משלם את המחיר, יש נפקות בהתחייבות זו של המוכר, למקרה שמכר את הנכס ביוקר או בזול, או שהתייקר או הוזל בינתיים, שאז שווי הנכס גבוה או נמוך מן המחיר ששולם.

שו"ת מהרי"ט חלק ב חו"מ, סימן סט, עוסק במי שהתחייב לתת כך וכך עורות לקונה עד מועד מסוים, ואם לא יתן את העורות לזמן זה, התחייב מעכשו לפרוע בעד כל עור כך וכך, ופוסק שהתחייבותו תקפה

ורק חיוב הכולל אחריות כללית יכולה לחייב את האדם. אם התחייב למכור דבר שאינו מסויים כגון כמות מסוימת של חטים, התחייבותו חלה גם לדעת קצות החושן, מפני שאינה מתייחסת לנכס מסויים, כך שמוטלת על האדם אחריות⁵⁹. אבל פוסקים רבים סבורים שהתחייבות חלה גם אם אינו מקבל על עצמו אחריות כזאת⁶⁰.

האמירה "הריני מקבל עלי למכור", מתפרשת כלשון התחייבות⁶¹. "חייב אני" או "מחוייב אני" הם לשונות התחייבות⁶².

אם נוסף על התחייבות זו, קיבל על עצמו לשלם **קנס** מסויים אם לא ימכור, ההתחייבות למכור תקפה גם אם ישלם את הקנס, מפני שהקנס הוא רק תוספת על ההתחייבות, ונועד רק להכריח אותו למכור⁶³. לעומת זאת, אם לא התחייב באופן כובל, אלא התנה שאם לא ימכור, ישלם קנס, הרי אם שילם את הקנס, הוא פטור מלמכור⁶⁴.

אבל אם הבטיח למכור לו **בלי לשון חיוב**, אינו חייב למכור, גם אם עשו מעשה קנין, מפני שזהו "קניין דברים"⁶⁵.

(בנידונו העורות לא היו בידו וזו התחייבות למכור דשלבלי"ע - ראה בשמו בסעיף 2). הרי שאפשר שהאחריות תהיה בהתחייבות לשלם סכום קצוב במקום הממכר, ולא דווקא את שווי. בנידונו הסכום שהתחייב היה גבוה משווי הממכר (כנראה), ובכל זאת הוא פסק שאין בכך פסול של אסמכתא, כיון שהקונה התחייב כלפי גוי למכור לו את העורות באותו סכום, ולכן אינו גוזמה. שו"ת הראנ"ח ח"א סימן סו, עוסק במי שהתחייב לשלם קנס אם לא ימכור נכס, והוא כותב שבגלל ריבוי הדעות בענין אסמכתא, אי אפשר להוציאו ממנו אם הוא מוחזק, אם לפי פוסקים מסוימים יש בלשונו אסמכתא. ראה בשמו בהערה 121, בשאלה אם חיוב הקנס עובר ליורשיו. כמו כן, שו"ת השיב משה (טייטלבוים), סי' פא, כותב שקנס כזה הוא אסמכתא (הוא עוסק בנכס שאינו ברשותו, שיידון בסעיף 2). נתיבות המשפט, ס' ס"ק י, כותב שהתחייבות "אני מתחייב לך **סכום פלוני** אם לא אקנה עבורך בית פלוני של לוי", יכולה להיפסל מטעם אסמכתא שהרי אינו בידו ויש בכך הגזמה, והיא תקפה רק אם נעשתה באופן שמתגבר על האסמכתא - ראה ליד ציון הערה 69 ואילך. מחנה אפרים, הלכות מכירה, דיני אסמכתא סימן ד, כותב שהתחייבות לשלם סכום מסויים אם לא יקנה היא אסמכתא כיון שאינו תלוי בידו אלא ביד אחרים. ראה סעיף 2, לגבי פטור מתשלום זה מחמת אונס, כגון שמי שהמוכר רוצה לקנות ממנו את הנכס דורש עבורו מחיר מופקע.

⁵⁹ קצות החושן, רג ס"ק ד, כותב כך לגבי התחייבות לתת נכס שאינו מסויים כתמורה בחליפין, חוקת משפט, פרק ל, באורים, ס"ק ד, לומד מדבריו לענייננו.

⁶⁰ נתיבות המשפט, רג, ס"ק ו; אמרי בינה, דיני הלואה, סי' נא (ד"ה ברם דעת), בדעת שו"ת תורת אמת, סי' קלג; פתח הבית, סי' לח, ענף א; חוקת משפט, פרק ל, באורים, ס"ק ג, בדעת שו"ת לחם רב, סי' רח; חוקת משפט, פרק ל, מקורות, ס"ק ה, בדעת ש"ך, חו"מ, ס' ס"ק כא.

מדברי חוקת משפט, פרק ל, באורים, ס"ק ג, משמע שגם לדעה זו, למעשה משתעבדים נכסיו, כי "מגדרת גופו נשתעבדו גם נכסיו", כלשון שו"ת פרח מטה אהרן ח"א סי' ט (ד"ה ולפי וד"ה אמנם מה).

⁶¹ חוקת משפט, פרק ל, באורים, ס"ק ב.

⁶² שו"ת נטע שעשועים (קארא), סי' מא.

ראה סעיף 2, בשם נחלה ליהושע, שמועילה התחייבות בלשון "אני משעבד את גופי לדבר פלוני שאתן לך חלק בו" (נידונו - דשלבלי"ע).

⁶³ מקור חיים (מליסא) תמא, ס"ק א (ד"ה ונראה). חוקת משפט, פרק ל, באורים, ס"ק ח, לומד זאת גם משו"ע, חו"מ, יב, ט (הובא בחוות דעת קעז ס"ק יז), שכתב כך על התחייבות לקיים פשרה. אבל שו"ת נטע שעשועים (קארא), סי' מא, כותב שאם כתב בשטר "אני מתחייב למכור דבר פלוני, ואם לא אקיים את התחייבותי, אתן קנס, וכל זה נעשה בקנין גמור", הוא יכול לחזור בו מהמכר ולתת רק את הקנס, מפני שמפרשים שהקנין היה רק על הקנס ולא על ההתחייבות למכור.

⁶⁴ חוקת משפט, פרק ל, באורים, ס"ק ח. הוא לומד זאת מנתיבות המשפט, יב, ס"ק ו, שכותב כך על פשרה. ⁶⁵ הרשב"א שם.

ורהפטיג, ההתחייבות עמ' 127, מעלה אפשרות שהרשב"א סובר שקנין "אתן" מועיל" (כפי שעולה מדבריו במקורות אחרים) ורק "אמכור" לא מועיל כי זה פעולה עסקית, ולא מסתבר לומר ששעבד את עצמו ואת נכסיו לכך אם לא עשה כן במפורש; והוא מציין ששו"ת עדות ביעקב (בוטון), סי' קנ, כותב דבר דומה.

דעה חולקת: שו"ת המבי"ט חלק ב סימן כו, כותב שאם אמר "אמכור לך" ועשה קנין, הקנין מתקן את הענין כאילו התחייב. הוא מסתמך על שו"ת הרשב"א, ח"א, סי' אלף קמב, האומר שקנין "אתן" מועיל.

נתי"מ, רו, חידושים ס"ק א, כותב שלפי הדעה שמועיל קנין "אתן מעכשו" (שו"ע חו"מ רמה, ד), המבטיח "אמכור מעכשו", מועיל. אמרי בינה, דיני הלואה, סי' נא (ד"ה ברם דעת), כותב שאם עשו קנין שימכור, הדין תלוי במחלוקת אם מועיל קנין "אתן". יש להעיר שיש הבדל גדול בין הדברים, שהרי ב"אמכור מעכשו" הבעלות עוברת מיד (לפי הדעה שמועיל), ואילו ב"אמכור" סתם הבעלות אינה עוברת מיד והשאלה היא האם חל חיוב על האדם.

על המחלוקת בענין "אתן" עיי' שו"ע חו"מ רמה, א-ב; אנצ"ת ע' דבר שאין בו ממש כרך ו עמ' תרט.

מועילה גם התחייבות **מותנית** למכור, כגון שאמר "אם אמכור בית זה, אני מתחייב למכור לך"⁶⁶. דוגמה אחרת לכך הוא "שטר הטבה": קונה שעושה חסד למוכר, ומתחייב שכל אימת שיחזיר לו המוכר את כספו, הוא ימכור לו את הנכס שקנה ממנו - התחייבותו תקפה⁶⁷. אלא שבמצבים רבים, התחייבות מותנית למכור בטלה מטעם **אסמכתא**⁶⁸. נושא האסמכתא הוא רחב וסבוכ, ואין כאן המקום להיכנס אליו, אבל נציין כאן כמה עקרונות בקיצור: אם התנאי הוא בדרך קנס, כלומר שהתחייבות למכור תחול בתור עונש על אי קיום התנאי, יש בו אסמכתא⁶⁹. לגבי תנאי שאינו בדרך קנס, נחלקו הדעות: לדעת הרשב"א, אין בו אסמכתא⁷⁰, ואילו לדעת הרמב"ם, יש בו אסמכתא⁷¹. הסמ"ע⁷² אומר שגם לדעת הרמב"ם, אם עיקר כוונת המוכר היתה להקנות, אלא שהוא רוצה שהקונה יקיים את התנאי, אין בכך אסמכתא, ורק אם עיקר כוונת המוכר היה שהקונה יקיים את התנאי, אלא שלא ירצה לקיים את התנאי בלי מכירת הנכס, יש בכך אסמכתא. גם התחייבות מותנית שיש בה אסמכתא, אפשר לתת לה תוקף באופן שונים: (א) לקבוע שהתחייבות תחול "מעכשיו"⁷³, או לנסח את התנאי בלשון "על מנת", שמשמעותו היא שהתחייבות תחול מעכשיו אם יתקיים התנאי⁷⁴. (ב) לעשות קנין ב"בית דין חשוב"⁷⁵. (ג) "תיקון חכמי ספרד": המתחייב מתחייב התחייבות מוחלטת למכור, ושכנגדו אומר שאם לא יתקיים התנאי, הוא **מוחל** לו על התחייבותו; במחילה מותנית אין פגם של אסמכתא, והתוצאה היא שהתחייבות מותנית בקיום התנאי⁷⁶.

התחייבות למכור שניתנה **בכפייה**, לדעת מהרי"ק היא תקפה, כמו מכר ריאלי שנעשה בכפייה⁷⁷. אבל לדעת ר' שלמה זלמן ליפשיץ, התחייבות שניתנה בכפייה בטלה גם אם המתחייב קיבל תמורה בעדה⁷⁸, מפני שאין הכפוי גומר בדעתו להתחייב לעתיד, כיוון שהוא מקווה שבמשך הזמן יוכל להתחמק מקיום ההתחייבות⁷⁹.

⁶⁶ משנה למלך שם.

אבל ערך לחם, חו"מ, רו, א, כותב שאם עשה קנין מעכשיו שאם ימכרנה לא ימכרנה אלא לזה, אינו מועיל כי זה קנין דברים כי זה על השלילה; אבל הוא מציין ששו"ת מהרש"ך ח"ג סי' פד, כותב שקנה. אמרי בינה, דיני הלאה, סי' נא (ד"ה ברם דעת), כותב שזה גם טעמו של רמ"א חו"מ, רו, ד, שכתב שאם קנו מידו שכשימכור יהא מכור לו, ולא אמר "מעכשיו", לא קנה כי הוא קנין דברים - טעמו הוא שהקנין הוא על השלילה ולכן הוא כקנין על דבר שאין בו ממש. כנראה הוא סבור שאם אמר "מעכשיו", מועיל, כיון שאמר "יהא מכור", כלומר עושה את העברת הבעלות עכשו, ואילו ערך לחם דיבר על **הבטחה** למכור "מעכשיו". שו"ת המבי"ט חלק ב סימן כו, כותב שאם אמר "כשאמכור שדה זה אמכרנו לך **מעכשיו**", הוא כמכור מעכשו. משמע מדבריו שהבעלות עוברת מעכשו, אם יתקיים התנאי, וזאת לא רק התחייבות. על מקרה זה ראה סעיף 7.

⁶⁷ שו"ת המבי"ט חלק ב סימן כו. ראה עוד להן בענין מכר חוזר.

עדות ביעקב (דו בוטון), סי' קנ, כותב ע"פ שו"ת לחם רב, סי' רי, שהתחייבות למכור אינה תופסת, אלא ההטבות תקפות מטעם מנהג. אבל ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 135, מדייק מדברי לחם רב שהתחייבות מועילה מן הדין, אלא שבסי' קמו הוא מוסיף שאפילו נאמר שלשון חיוב אינו מועיל, "פוק חזי מה עמא דברי".

⁶⁸ אבל שו"ת מהרש"ך חלק ב סימן קסג, עוסק בהתחייבות למכור, שהיתה מותנית: "אם לא יהיה הנכס ברשותו, אני מתחייב לקנות אותו ולהעמיד אותו לקונה" (וזו התחייבות למכור דשלבל"ע - ראה סעיף 2), והוא כותב שאין פגם של אסמכתא כיון שאמר לשון חיוב. נימוקו לא ברור, ומכל מקום קשה להסיק מדבריו לכל התחייבות מותנית למכור, כיון שבעצם המכירה היא מוחלטת: אם הנכס בידו, הוא מוכר מכירה ריאלית, ואם אינו בידו, הוא מתחייב לקנות ולמכור.

⁶⁹ אנציקלופדיה תלמודית, ע' אסמכתא, ליד ציון הערה 6 ואילך.

⁷⁰ שו"ת הרשב"א חלק א סימן תתקלג. פוסקים נוספים הסוברים כך צוינו באנציקלופדיה תלמודית, שם, הערות 88-90.

⁷¹ רמב"ם, הלכות מכירה, יא, ג. דעתו הובאה בשו"ע, חו"מ, רו, ב, כ"יש אומרים".

⁷² סמ"ע, רו ס"ק ו.

⁷³ דעות שונות בענין זה הובאו באנציקלופדיה תלמודית, שם, ליד ציוני הערות 58-69.

⁷⁴ ביאור הגר"א, חו"מ, רו, ס"ק ה.

⁷⁵ דעות שונות בענין זה הובאו באנציקלופדיה תלמודית, שם, ליד ציוני הערות 75-87.

⁷⁶ רמב"ם, הלכות מכירה, יא, יח.

⁷⁷ שו"ת מהרי"ק, שורש קיח, ענף י.

⁷⁸ שו"ת חמדת שלמה, חו"מ, סימן יג. ראה על דבריו בחוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 244 ועמ' 303.

⁷⁹ ר' אשר וייס, שיעור מורנו הרב שליט"א, פרשת יתרו תשע"א, עמ' יב.

גם אם ההתחייבות למכור כרוכה באיסור,⁸⁰ היא תקפה⁸⁰, כמו מכר הכרוך באיסור⁸¹.

אפשר להמחות את ההתחייבות למכור (כלומר, שההתחייבות תהיה כלפי נושה חדש), על ידי מעמד שלשתן, ואם היא כתובה בשטר, אפשר להמחות אותה לפי הכללים של מכירת שטר⁸².

הקונה יכול למחול למוכר על ההתחייבות למכור⁸³.

מי שהתחייב למכור נכס, ומת, יש אומרים שיורשיו חייבים לקיים את התחייבותו, כמו שבכל חוב יורשי החייב חייבים לקיים את התחייבותו כיון שחל שעבוד על הנכסים⁸⁴. דעה אחרת היא שיורשיו פטורים מלקיים את חיובו, כיון שזהו חיוב אישי המוטל על המתחייב עצמו; ורק אם קיבל על עצמו חיוב אחריות שאם יאבד הנכס ישלם לו את שוויו, כך שמוטל שעבוד על נכסיו, החיוב נשאר אחרי מותו, על הנכסים הוריש⁸⁵.

אם מת הקונה, המתחייב חייב למכור ליורשי הקונה⁸⁶, כמו בכל חיוב, שעל החייב לקיימו כלפי יורשי הנושה.

אם הנכס שהתחייב למכור אבד או התקלקל באונס ("סיכול"), יש אומרים שהוא פטור מהתחייבותו⁸⁷, ויש אומרים שהוא חייב לספק לקונה נכס אחר מאותו סוג⁸⁸. אם לא היתה התחייבות על נכס מסוים אלא על נכס מסוג מסוים, כגון קילוגרם חטים, ואבדו החטים שלו, עליו לספק חטים אחרים⁸⁹.

אם שער השוק של הנכס שהתחייב למכור עלה בין שעת התחייבות לבין שעת האספקה, בשיעור של יותר משישית, הוא רשאי לחזור בו⁹⁰.

⁸⁰ חוקת משפט, פרק ל, מקורות, ס"ק כ, לומד זאת משו"ע, רח, א, הכותב שמי ש"פסק קודם שיצא השערי", כלומר שילם על סחורה שתסופק לו בעתיד, לפני שנקבע בשוק מחיר הסחורה הזאת, המכר תקף אף שיש בכך איסור ריבית; והרי שם מדובר בהתחייבות למכור (כמו שכתב שו"ת הרשב"א ח"ג סי' סה).

⁸¹ ראה ליד ציון הערה 125.

⁸² שו"ת בית שלמה (דרמר), חו"מ, סי' פד.

חוקת משפט, פרק ל, באורים, ס"ק לב, כותב שאפשר להמחות את ההתחייבות בסיטומתא, וזאת ע"פ שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' שפ, שאם נהגו הסוחרים להקנות חוב בדרך מסוימת, יש לכך תוקף. אבל הוא מציין שנתיות המשפט, רא, ס"ק א, כותב שלא מועיל סיטומתא בהקנאת שטר ("אותיות").

⁸³ משפט שלום, סי' קפט (ד"ה סעיף).

חוקת משפט, פרק ל, מקורות, ס"ק כב, כותב שגם אם הקונה מכר את שטר ההתחייבות לאדם אחר, הקונה יכול למחול עליו, כמו שנושה שמכר שטר חוב יכול למחול עליו (שו"ע, חו"מ, סו, כג).

⁸⁴ כך עולה משו"ת תורת אמת סי' קלג (ד"ה עוד שלא הזכיר), העוסק במקרה כזה, ואומר שההתחייבות חלה על היורשים. חוקת משפט, פרק ל, מקורות, ס"ק ו, מדייק כך גם מן הפוסקים שדנו במי שהתחייב למכור דשבל"ע, ומת לפני שבא הדבר לעולם (ראה סעיף 2), משמע שבהתחייבות רגילה, היורשים חייבים.

⁸⁵ אמרי בינה, דיני הלואה, סי' נא (ד"ה ברם דעת); ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 179.

חוקת משפט, פרק ל, באורים, ס"ק יג, כותב שבית שמואל, נא ס"ק י, סובר שהיורשים אינם חייבים לקיים את ההתחייבות.

ורהפטיג שם כותב ששו"ת שמחת יו"ט, סי' כב, סובר שחל שעבוד על הנכס עצמו (גם אם לא שיעבד את שאר נכסיו), ולכן גם היורשים חייבים למכור אותו; ואילו שו"ת חוות יאיר, סי' צא, סובר שיש רק חיוב על האדם, שאינו עובר בירושה; ושפתח הבית, סי' לח, סוף ענף א, מסופק בדבר. והוא מדייק משו"ת פרח מטה אהרן, ח"א, סי' ט, שהיורשים מחוייבים, שהרי הוא כתב שאפילו התחייבות להימנע ממעשה חלה על נכסי המתחייב "בגרות גופו", ולכן גם יורשיו חייבים בה.

ראה ליד ציון הערה 122 ואילך בענין התחייבות למכר חוזר, בשאלה האם היורשים חייבים.

⁸⁶ שו"ת תורת אמת סי' קלג (ד"ה עוד שלא הזכיר). אבל בנידונו ההתחייבותו היתה כלפי יורשים.

ראה ליד ציון הערה 119 ואילך בענין התחייבות למכר חוזר, בשאלה האם הקונה חייב למכור חזרה ליורשי המוכר.

⁸⁷ שו"ת לחם רב, סי' רח. ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 180, כותב שכך גם דעת נתיבות המשפט, ס, ס"ק י; אבל הוא מעלה אפשרות שלדעתו, אם היה יכול למסור את הנכס והתרשל במסירתו ואח"כ אבד באונס, הוא חייב בפיצוי על ההפדה.

⁸⁸ ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 180, מציין שיש דעה כזאת.

⁸⁹ ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 180.

⁹⁰ שו"ת פנים מאירות, ח"ב סי' ח, בסופו. בנידונו המוכר התחייב למכור נכס שעוד לא היה בידו, אבל חוקת משפט, פרק ל, מקורות, ס"ק יח, לומד מדבריו שהדין כך גם בהתחייבות למכור נכס שנמצא בידו.

אם הקונה תפס את הנכס מהמוכר, בלי שבית דין גבה בעבורו, אינו זוכה בבעלות בנכס⁹¹.

מי שהתחייב למכור נכס לראובן, ומכר אותו לשמעון, יש אומרים שראובן זכאי להוציא את הנכס מידי שמעון מפני שחל שעבוד על הנכס כלפי ראובן⁹². אבל אחרים אומרים ששמעון זכה בנכס וראובן אינו יכול להוציאו מידו, כיון שאין לראובן זכות קניינית בנכס⁹³, ועוד, שהוא כאילו התחייב למכור דבר שאינו שלו, כיון שהמכר לשמעון חל⁹⁴, אלא שבית הדין כופה על המתחייב לשלם לראובן את שווי הנכס כיון שהפר את חיובו⁹⁵.

אין תוקף להתחייבות למכור לאדם שעוד לא נולד⁹⁶, גם אם זו התחייבות למכור לו כשייולד⁹⁷, וגם אם מעשה הקנין נשאר קיים עד לידת אותו אדם, והמתחייב עדיין בחיים ולא חזר בו⁹⁸. אבל

בית אברהם (לנדא), תשובה בסוף הספר, מביא ראייה לפנינו מאירות מב"י, חו"מ, רט, א (הובא במחנה אפרים הלכות מכירה, דיני אונאה סימן כד), שכותב שהאומר "מה שעזי חולבות מכור לך", באופן עקרוני יש בכך דין אונאה אף שזה דבר שבעתיד, אלא שבפועל אין בו דין אונאה כי אין להם שער ידוע אלא כל אחד קונה לפי מחיר שהוא בוחר; וכן מדרכי משה, חו"מ, רט, ס"ק א, שכותב שיש שם דין אונאה; וכן מהגהות דרישה ופרישה, שכתב שיש שם דין אונאה אלא אם כן אמר מראש שהוא משלם סכום מסוים תמורת החלב "בין רב בין מעט". והוא מעלה אפשרות שפנים מאירות מסכים שאם אמרו במפורש שהמכר יתקיים גם אם ישתנה השער, אין בזה דין אונאה.

הבחנה: לדעת משפט שלום, רט, ד (ד"ה והנה הטי"ז), המוכר יכול לחזור בו מהתחייבותו רק אם התייקר הנכס באופן שאינו מצוי, על סמך ט"ז, אהע"ז, קיד, ב, ס"ק ב, האומר שיוקר שאינו מצוי נחשב אונס לענין התחייבות לזון. אבל הוא מצוין שיש שחלקו על הטי"ז שם. יש להעיר שהוא מצמצם את דבריו למי שהתחייב למכור נכס שהוא עתיד לקנות, ובגלל ההתייקרות, הוא יפסיד מכספו, שיצטרך לשלם יותר בקניית הנכס, אבל אם התחייב למכור פירות שהדקל שלו יצמיח, התחייבותו תקפה גם אם התייקרו הרבה, כיון שלא יפסיד בכך מרכושו. לפי זה, המתחייב למכור נכס שנמצא בידו, התחייבותו תקפה גם אם התייקרו הרבה, כיון שלא יפסיד בכך מרכושו.

הבחנה דומה עושה שו"ת בית אפרים חושן משפט סימן ד, בסופו: אם בשעת המו"מ היה ידוע שיתכן שהמחיר ישתנה, אינו יכול לחזור בו, כי על דעת כן התחייב, ורק רק אם עלה כל כך הרבה שלפי ראות עיני הב"ד לא היה לו להעלות על דעתו שיהיה שינוי כזה, הוא יכול לחזור בו. בנידונו שער הכסף ("בי"צ" = בנקצטיל = בנקוט) השתנה, וממילא יקבל המוכר פחות ערך בתמורה לממכר.

בית אברהם (לנדא), תשובה בסוף הספר, כותב שגם אם יש אונאה בהתחייבות, זה רק אם קבעו מחיר, אבל אם ההסכם היה שאם המוכר ישיג את הנכס בפחות מכך וכך, הקונה לא יתן לו יותר מזה, ואם המוכר יצטרך לשלם יותר, הקונה מחויב להשלים, זה לא מכר אלא חיוב שהתחייב לקונה להתרצות על קניית הנכס, ואין בזה אונאה.

דעה חולקת: בית אברהם (לנדא), תשובה בסוף הספר, כותב שאין דין אונאה בהתחייבות למכור, מכמה נימוקים: (א) שניהם נכנסו לענין עד"ז שיתכן שהמחיר ישתנה, וקיבלו על עצמם את הסיכון, כדרך הסוחרים, ומזלו גרם. (ב) בפרשת אונאה בתורה כתוב "ממכר", וכאן אין זה ממכר שהרי אין קנין אלא התחייבות על גופו, כמו שכתב סוף משנה, הלכות מכירה, יג, א, שלכן אין אונאה בחליפין. (ג) אין גופו ממון בשעת ההתחייבות, ובדבר שאין גופו ממון כגון שטר אין אונאה. והוא מסיים ב"צ"ע" לדינא.

גם חלקת יואב חו"מ סי' כא, כותב שאין כאן דין אונאה, כי עד"ז קנה, כמה שיהיה המחיר. אבל הוא דוחה את הנימוקים האחרים של בית אברהם, שזה לא כמו שטר שאין גופו ממון, כי המתחייב חייב להעמיד את גוף הממון; וזה נחשב ממכר כיון שהקונה שילם עבור העמדת הסחורה ולא רק עבור החיוב.

מחנה אפרים הלכות מכירה, דיני אונאה סימן כד, כותב שאין אונאה ב"מה שתעלה מצודתי מכור לך" (ראה סעיף 2) כי אין לזה מחיר ידוע, כי הכמות משתנה.

⁹¹ נתיבות המשפט, לט ס"ק יז.

⁹² חוקת משפט, פרק ל, מקורות, ס"ק ה, מדייק כך מב"י, חו"מ, ס, יא.

קצות החושן, רו, ס"ק א, כותב שהוא יכול להוציא מידי שמעון אם ההתחייבות היתה בשטר, כמו שבכל חוב בשטר, הנושה יכול לגבות מנכסי החייב שעברו לבעלות אחרת (אלא שלדעתו ההתחייבות תרקה רק אם קיבל על עצמו גם אחריות נכסים, כאמור ליד ציון הערה 57). אבל פתח הבית, סי' לח, ענף א (ד"ה ונחזור וד"ה ובעיקר) כותב שהדין כך גם בהתחייבות בעל פה.

⁹³ משנה למלך, הלכות מכירה, ח, ז; נתיבות המשפט, לט, ס"ק יז.

⁹⁴ נתיבות המשפט, רו, ס"ק ב.

⁹⁵ נתיבות המשפט, לט ס"ק יז, סימן קנד, ס"ק כא, וסימן רו, ס"ק ב.

⁹⁶ חוקת משפט, פרק ל, מקורות, ס"ק יא, לומד זאת משו"ע, חו"מ, סא, ד, הכותב באופן כללי שאין תוקף להתחייבות למי שעוד לא נולד, ומפוסקים (שו"ת מהרי"ט, ח"א, סי' לח, וח"ב, חו"מ, סי' פא, שו"ת מהריב"ל, ח"ב, סי' כד, חתם סופר חו"מ סי' קא, ד"ה אך נ"ל, ובני יעקב, דף פט ע"ד) הכותבים כך על התחייבות להקנות למי שעוד לא נולד (אבל הם לא דיברו על התחייבות למכור).

דעה חולקת: שו"ת ר' בצלאל אשכנזי סי' י [=סי' טז] (בדפוס לבוב = סי' יא בדפוס ונציה ובדפוס סאדילקאב), בסופו, ושו"ת גינת ורדים אבן העזר כלל ד סימן ה (ד"ה ולעד"ן) (הובא ביד מלאכי, כלל הדינים, אות קכז), כותבים שאדם יכול להתחייב למי שעוד לא נולד, כמו שאפשר להתחייב להקנות לשלבי"ע, וחוקת משפט, פרק ל, באורים, ס"ק כא, מסיק מכך שזו דעתם בענין התחייבות למכור.

אב שהתחייב לבנו העובר, התחייבותו חלה, כיון ש"דעתו של אדם קרובה אצל בנו", ויש לו גמירת דעת להקנות לו.⁹⁹

התחייבות לקנות

המתחייב לקנות נכס מסוים מחברו, בלשון חיוב, הנכס אינו עובר לבעלותו של הקונה, אבל חל עליו חיוב לקנות אותו.¹⁰⁰ אבל אם רק הבטיח לקנות ולא נקט לשון חיוב, כגון שאמר "ארנה", לא חל עליו חיוב לקנות אותו, גם אם יעשה מעש קנין.¹⁰¹

אבל העובדה שהמוכר התחייב למכור, אינה מחייבת את הקונה, והוא יכול לחזור בו.¹⁰² לדוגמה, אם המוכר התחייב בשטר, הקונה אינו מחוייב עד שיחתום גם הוא. אם הקונה קיבל את השטר, יש אומרים שקבלתו מחייבת אותו,¹⁰³ ויש אומרים שאינה מחייבת.¹⁰⁴

אם שער השוק של הנכס שהתחייב לקנות ירד בין שעת התחייבות לבין שעת האספקה, בשיעור של יותר משישית, הוא רשאי לחזור בו.¹⁰⁵

"מכר חוזר"

יש שאדם מוכר נכס, תוך שמירת אופציה לקנות אותו חזרה תוך תקופה מסוימת, בעוד שבאמת אין זה מכר, והמטרה האמיתית היא הלוואה - התשלום הוא הלוואה מהנושה לחייב, והממכר הוא ערובה, ומחיר הקנייה החוזרת כולל קרן הלוואה וריבית.¹⁰⁶ לדעת צלטנר,¹⁰⁷ חוק המכר חל על מכר חוזר גם אם הוא נועד לערובה לנושה. לדעת ויסמן,¹⁰⁸ חל חוק המכר רק במידה שאינו סותר את חוק המשכון. לדעת זמיר, חוק המכר לא חל בכלל אם כוונת הצדדים היא לשעבד את הנכס כערובה, אלא חל חוק המשכון, שהרי אין זה "הקניית נכס", והכסף המשולם ל"מוכר" אינו ניתן תמורת הנכס ואינו משקף את מחירו, ואם יש אי התאמה אין זה צודק לתת ל"קונה" סעד של ניכוי. אבל אם הצדדים לא התכוונו רק לשעבוד הממכר כערובה, חל חוק המכר. סימנים שונים יכולים להעיד שזה מכר רק למראית עין: אם המחיר נמוך בהרבה משווי הנכס; אם הקונה משכיר את הנכס למוכר בתוך התקופה, או שהוא משאיר למוכר את פירות הנכס לאותה תקופה; אם היה חיוב של ה"מוכר" ל"קונה" לפני כן; אם המוכר ממשיך לשלם מסים על הנכס במשך התקופה; אם המוכר מפתח את הנכס במשך התקופה.¹⁰⁹

לפי המשפט העברי, אם המוכר או הקונה התנו את המכר על מנת שהקונה יחזיר את הנכס למוכר במועד מסוים או כשיהיה למוכר כסף להחזיר לקונה - המכר חל בכפוף לתנאי מתלה זה.¹¹⁰

⁹⁷ חוקת משפט, פרק ל, מקורות, ס"ק יא, לומד זאת משו"ע, חו"מ, רי, א, הכותב כך על הקנאה לעובר לכשייוולד.

⁹⁸ חוקת משפט, פרק ל, באורים, ס"ק כב, לומד זאת מרמ"א, חו"מ, רי, א, הכותב כך על הקנאה לעובר לכשייוולד.

⁹⁹ חוקת משפט, פרק ל, באורים, ס"ק כב, לומד זאת משו"ע, חו"מ, רי, א, הכותב כך על הקנאה לבנו העובר.

¹⁰⁰ תשובת הרשב"א המובאת בב"י, חו"מ, רו מחודש ב.

¹⁰¹ תשובת הרשב"א המובאת בב"י, חו"מ, רו מחודש ב.

¹⁰² נתיבות המשפט, רח, ס"ק ד.

חוקת משפט, פרק ל, מקורות, ס"ק ד, מדייק כך גם מתשובת הרשב"א המובאת בב"י, חו"מ, רו מחודש ב.

¹⁰³ מנחת פתים, חו"מ, רט, ו.

¹⁰⁴ משפט שלום, רט, ו (ד"ה ועכ"פ).

¹⁰⁵ שו"ת פנים מאירות, ח"ב ס"י ה, בסופו. ראה הערה 90, דעות אחרות לגבי מקרה מקביל בהתחייבות למכור.

¹⁰⁶ זמיר 82§.

¹⁰⁷ צלטנר, מכר, עמ' 18.

¹⁰⁸ ויסמן, משכון, עמ' 62.

¹⁰⁹ זמיר 82§.

¹¹⁰ רמב"ם הלכות מכירה, יא, י; שו"ע חו"מ, רז, ה.

עיקר עיסוקם של הפוסקים ב"מכר חוזר" הוא בשאלת איסור הריבית בכך שהקונה משתמש בנכס עד החזרתו למוכר. אבל לא נעסוק בכך.

היבט אחר של ריבית במכר חוזר, הוא השימוש בו כהערמה לעקוף איסור ריבית, כאשר התשלום שהמוכר ישלם בקניית הממכר חזרה גבוה מהתשלום שקיבל מראש - ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 777, אות י.

לדעת הסמ"ע, המכר חל רק אם התנאי היה שהקונה יחזיר את הנכס למוכר במועד מסוים, בין אם יחזיר לו תמורת מחיר או במתנה, ועד אותו זמן הנכס ביד הקונה בקנייה גמורה; אבל אם לא קבעו זמן אלא התנאי היה שהקונה יחזיר את הנכס למוכר כל אימת שיחזיר לו את מחיר הקנייה, אין זה מכר אלא הלואה.¹¹¹

חוות דעת עושה הבחנה אחרת, בין לשון תנאי לבין לשון שאינה של תנאי: אם אמרו "על מנת שהקונה יחזיר כשיהיה למוכר כסף", זה מכירה על תנאי, והיא מכירה גמורה, וכשיהיה למוכר כסף, הקונה צריך להקנות לו את הנכס במעשה קנין מפני שזו מכירה מחדש, ואם המוכר מוחל על התנאי, הנכס שייך לקונה באופן מוחלט ואין צריך לעשות קנין חדש; אבל אם אמרו "כשיהיה למוכר כסף, הקונה יחזיר לו את הנכס" אינו מכר כלל, מפני שאין זה לשון תנאי, אלא גילוי דעת שלא התכוונו למכר גמור; ואין לומר שזה ייחשב מכירה לזמן כמו "נכס זה מכור לך עד שירדו גשמים" או "עד שאלך למקום פלוני" או "עד שיהיה לי כסף", כי במכירה לזמן הקונה נותן את המחיר שיהיה שייך למוכר לחלוטין, ואילו כאן מחוייב המוכר להחזיר את כל המחיר שקיבל, ונמצא שהכסף הוא הלואה למוכר, ודוקא באומר "על מנת", אף שהמוכר מחזיר את כל הכסף, מכל מקום כיון שהקונה צריך להקנות לו את הנכס בקנין מחדש בשעת ההחזרה, הוא כחוזר ומוכרו לו.¹¹²

ע"י רמב"ם, הלכות מכירה, יא, יב, שאם המוכר אמר לשליח של הקונה שהוא רוצה שהקונה יחזיר לו את הנכס אם יחזיר לו את הכסף, והשליח השיב תשובה לא ברורה, המכר בטל כי מן הסתם המוכר לא סמך על השליח.

¹¹¹ סמ"ע סימן רז ס"ק יא. והסכים עמו מחנה אפרים הל' מלוה סי' יג. אבל חוות דעת, קעד ס"ק א, חולק על מה שכתב הסמ"ע שבלי קביעת זמן אין זה מכר מותנה, שהרי מתנה על מנת להחזיר היא מתנה תקפה גם אם לא קבעו זמן (שו"ע, חו"מ, רמא, ו), ועוד שגם תנאי "כשיהיה לי כסף" הוא כקביעת זמן, מה לי אם תלה בירידת גשמים או בהשגת כסף.

¹¹² חוות דעת, קעד ס"ק א. הוא מסתמך על רמ"א, יו"ד, שה, ח, האומר ש"נכס זה נתון לך במתנה ותחזיר לי אותו", אינו מתנה. הוא מציין שגם שו"ת לחם רב סימן רב כתב שדוקא באומר "לכשיהיו לי דמים יתבטל המכירה למפרע" אין זה מכר, אבל בתנאי "על מנת", כשמחזיר נתקיים הקנין למפרע. גם גידולי תרומה שער מו חלק ב אות ח, עושה הבחנה בין לשון תנאי לבין לשון שאינה של תנאי: שהרמב"ם סובר שאם הקונה או המוכר עשו תנאי, "על מנת" וכו', בשעת המכר, המכר קיים והנכס קנוי לקונה כל זמן שהמוכר אינו מחזיר לו את הכסף, אם כשהמוכר מחזיר את הכסף, הקונה צריך להחזיר את הנכס; אבל אם אמר המוכר "כשיהיו לי מעות תחזיר לי", שלא בתורת תנאי, גילה דעתו שאינו גומר בדעתו להקנות בכלל, ולכן לא קנה כלל. אבל הוא כותב שבלשון תנאי, כיון שהתנאי הוא "ע"מ שיחזיר לו כשיהיה לו כסף" בלי הגבלת זמן, ויש לו זמן עד יום מותו, לפיכך הפירות הם של מוכר (נראה שכוונתו היא שאסור לקונה ליטול את הפירות, מחשש ריבית), ורק אם מת המוכר בלי להחזיר את הכסף, נגמר המכר לחלוטין כי אין עוד מקום לקיום תנאי, ואין בני המוכר יכולין לפדותו, מפני שאביהם גמר והקנה לעת כזאת.

הבחנות אחרות: שו"ת הרי"ף סימן רפו, כותב שאם המוכר או הקונה התנו כך קודם גמר המכר, זה אסמכתא כי המוכר סומך על התנאי, וכאילו לא יצא הנכס מרשותו; ואילו אם התנו כך אחרי גמר המכר, ולאחר שהגיע הנכס לקונה, התנאי אינו חל. ס' התרומות שער מו ח"ד, אות יט, מביא את דבריו בצורה קצת שונה, ולפיה אם התנו בשעת המכירה, המכר נגמר על דעת כן והתנאי חל (ולא הזכיר את האסמכתא), ואילו אם התנו אחרי המכירה, לא חל התנאי כי אלו פיסומי מילי, אלא אם כן עשו קנין. הראב"ד, המובא בחידושי הרשב"א ב"בא מציעא סו ע"א, כותב בשם ראשונים שאם התנו בשעת המכר, נגמר המכר על דעת כן, ואם התנו לאחר שנגמר המקח, כשהקונה מסכים להחזיר למוכר, הוא כמוכרו לו לכתחלה, ולא שהמכר הראשון מתבטל; וכנראה התכוון לרי"ף.

שו"ת הרמב"ם (מהד' בלאו) סימן תב, כותב שאם המוכר התנה קודם המכר או בשעת המכר, נמצא שלא גמר בדעתו להקנות, ואין זה מכר, אבל אם רק אחרי שגמר והקנה אמר הקונה שיחזיר לו, המכר חלוט בלי תנאי, אלא שהקונה חייב להחזיר כפי שאמר.

ר' פינחס הדיין, בשאלתו בשו"ת הרמב"ם (מהד' בלאו) סימן תב, כותב שאם עשו את התנאי בעדים ובקנין וכתבו אותו בשטר המכר, הקונה אינו יוכל לחזור בו, והמוכר אינו גומר בדעתו להקנות, ואין זה מכר, אבל אם עשו את התנאי בלי עדים וקנין, אין תוקף לתנאי, והמכר קיים.

נימוקי יוסף ב"בא מציעא לו ע"א (בדפי הרי"ף), כותב שאם התנו כך בשעת המכר, המוכר או הקונה, המכר תלוי בתנאי הזה; ואם התנו לאחר שנגמר המכר, אם הקונה מחזיר למוכר, זה מכר חדש; ואם התנו לאחר שהתחיל המכר ועדיין לא נגמר, כגון שנתן כסף ועדיין לא נכתב השטר, והקונה אמר זאת מעצמו, אין המוכר סומך על דבריו ולכן אם הקונה מחזיר למוכר, זה מכר חדש; ועולה מדבריו שבכגון זה, אם מוכר אמר זאת, המכר תלוי בתנאי זה.

חידושי הריטב"א החדשים ב"בא מציעא סה ע"ב, כותב שאם התנו בשעת מתן מעות או בשעת גמר מעשה בעוד שעסוקים באותו ענין, אם אמר בלשון "על מנת", התנאי קיים; ואם לא אמר בלשון "על מנת", התנאי קיים רק אם התנה המוכר, שהתנאי לטובתו והיה לו להתנות, אבל אם התנה הקונה, אלא פטומי מילי הוא ולא סמכה דעתו, מפני שיש להניח שאין פיו ולבו שוין ואמר זאת רק כדי להפיס את דעת המוכר; ואם התנו לאחר גמר מעשה, אין התנאי קיים אפילו התנה המוכר בלשון "על מנת", אלא אם כן עשו קנין.

אם אמר הקונה מעצמו: "כשיהיה לך כסף, אחזיר לך את הנכס", אין לדבריו תוקף, אלא כפטומי מילי, גם אם אמר זאת בתוך המכר, כיון שזה תנאי שהמוכר היה צריך לעשות, והמכר קיים מיד¹¹³; אבל אם כשאמר זאת הקונה, המוכר חיזק אותו, התנאי תקף¹¹⁴. אם בתחילת המכר אמר זאת, דבריו תקפים, מפני שהמוכר מכר על דעת כן¹¹⁵. אם אחר שנגמר המכר, אמר זאת, ועשו על כך קנין, המכר תקף והקונה חייב למוכרו לו חזרה אם יתן לו כסף, כמו שכל אדם יכול להתחייב למוכר נכס לחברו כשיתן לו כסף¹¹⁶.

אם מנהג המקום הוא שקונה צריך להחזיר את הנכס למוכר כשיהיה למוכר כסף, הוא כאילו אמר לקונה שיצטרך להחזיר לו, כי המוכר מסתמך על המנהג, והמכר בטל¹¹⁷.

באותם אופנים שהתנאי חל, משמעותו היא שהקונה אינו רשאי למכור את הממכר לאחרים, ורק אם קצבו זמן להחזרת הכסף, ועבר הזמן, הוא רשאי למכור לאחרים¹¹⁸.

אולם בירור הלכה, ב"מ שם, מדייק מלשון רש"י (ד"ה ואמר לו), שתנאי שעשה הקונה אינו תנאי אפילו בשער המכר ואפילו בלשון "על מנת".

לחם משנה הלכות מלוה, ו, ה, כותב שבקרקע, המכר בטל בגלל בעיית הריבית באכילת הפירות, ואילו במיטלטלין שאין להם פירות, אין בעיית של ריבית ולכן המכר קיים. אבל גידולי תרומה דוחה הסבר זה, שהרי אם יש איזה סיבה לומר שהמוכר אינו גומר בדעתו להקנות, המכר בטל, בין יש פירות בין אין פירות, בין מטלטלין בין קרקע. אבן האזל הלכות מכירה יא, י (ד"ה והנה לכאורה), דוחה את דברי לח"מ, שהרי רא"ש ב"מ פ"ה סי' יט, כתב שמקח שנעשה באיסור רבית קיים.

אבן האזל הלכות מכירה יא, י (ד"ה לכן נראה), כותב שהמכר קיים, אבל אם יביא המוכר כסף נתבטלה המכירה למפרע.

שו"ת נודע ביהודה מהדורא תניינא, יורה דעה סימן עה (הובא בפתחי תשובה, יו"ד, קעד, ס"ק א), כותב שאם אמר המוכר "כשיהיה לי כסף, החזר לי את הנכס", כשיתן לו את הכסף יתבטל המכר למפרע, אבל אם אמר "כשיהיה לי כסף תחזור ותמכור לי", גם כשיתן לו את הכסף לא יתבטל המכר למפרע, אלא עד עתה היתה מכירה גמורה, אלא שעכשיו הקונה חוזר ומוכר למוכר מכאן ולהבא. אבל הוא כותב זאת בלשון "לולא דמסתפינא", ואבן האזל הלכות מכירה יא, יא, מסביר שאפשר לומר שגם אם אמר "תחזור ותמכור לי", לא גמר בדעת להקנות באופן מוחלט, כיון שהתנה בשעת המכר שכשיהיה לו כסף, הקונה יהיה מחוייב להחזיר לו.

¹¹³ רש"י ב"מ סה ע"ב (ד"ה הי"ג דאמר), ודף סו ע"א (ד"ה א"ל); ס' התרומות שער מו ח"ד, אות יט; שו"ע, יו"ד, קעד, א.

בירור הלכה, ב"מ סה ע"ב, מדייק מלשון רש"י שם, שאם הקונה אמר במפורש "כשיהיה לך כסף, אחזיר לך את הממכר ולא יהיה תלוי בדעתך באותה שעה" - תנאו קיים.

דעה חולקת: כסף משנה הלכות מכירה יא, יא, כותב בתחילה שהרמב"ם סובר שגם אם הקונה התנה, התנאי קיים, וחייב להחזיר. אבל אח"כ כתב שלרמב"ם התנאי קיים רק אם הקונה התנה זאת אחרי גמר המכר, כאמור ליד ציון הערה 116.

ט"ז, חו"מ, רז, ז, כותב שלדעת הרמב"ם, אם הקונה אמר כך "ברצון טוב בקבלה אמיתית", תנאו תקף; אבל הוא כותב שהלכה כשו"ע, שגם אז התנאי בטל.

אבן האזל הלכות מכירה יא, יא, כותב שלדעת הרמב"ם, אם הקונה התנה שיחזיר, זו רק התחייבות מצדו להחזיר (כלומר, שהמכר אינו מותנה בכך), והתחייבותו חלה בלי מעשה קנין מצד תנאי במקח, כיון שהוא זכה בממכר ע"מ כן שכשיהיה למוכר כסף יחזיר לו את הממכר, כמו אם התחייב לשלם עבור הממכר כך וכך, הוא מחוייב בזה בלי מעשה קנין, וזאת לפי השיטה שמועיל קנין אתן, ולפי השיטה (ראה סעיף 3) שקונה יכול להתחייב לתת חפץ מסוים תמורת הממכר.

¹¹⁴ שו"ע, יו"ד, קעד, א.

¹¹⁵ נימוקי יוסף בבא מציעא לו ע"א (בדפי הרי"ף); פרישה, יו"ד, קעד, א; ש"ך יו"ד, קעד, ס"ק ב.

זו שאלה כללית, האם מועילה תניה שעושה צד שאינה לטובתו, ומקום הדיון בה הוא בסעיף 4.

¹¹⁶ רבינו חננאל, המובא באור זרוע, בבא מציעא סימן קפו, ובהגהות אשרי בבא מציעא פרק ה סימן כו; כסף משנה הלכות מכירה יא, יא, בדעת הרמב"ם.

אור זרוע כותב שהדין כך גם אם המוכר אמר זאת והקונה הסכים.

בפשטות, התחייבות זו אינה תקפה לפי הדעה (הערה 50) שכל התחייבות למוכר אינה תקפה; והתחייבות זו כפופה לתנאים של כל התחייבות למוכר (ליד ציון הערה 53 ואילך).

שו"ת הראנ"ח ח"א סימן סו, עוסק במקרה שפקיד של הקונה התחייב כלפי המוכר להחזיר לו את הנכס אם ישלם, והוא פוסק (בתחילת תשובתו) שאין תוקף להתחייבותו כיון שמבחינתו זו התחייבות למוכר דבר שאינו שלו (ראה בשמו בסעיף 2); אבל הוא כותב (בסוף התשובה) שאם הפקיד התחייב בשליחותו של הקונה, ההתחייבות תקפה, שהרי מבחינת הקונה-המשלח, זו התחייבות למוכר נכס שלו.

בעיית אסמכתא: לכאורה, התחייבות הקונה למוכר חזרה למוכר פגומה באסמכתא כיון שהיא מותנית בכך שהמוכר יתן לו כסף. שו"ת הראנ"ח ח"ב (מים עמוקים ח"ב) סימן לו (ד"ה ונמצאת למד), כותב שאין בכך אסמכתא, כי רק תנאי שהוא חיצוני למוכר יכול ליצור אסמכתא, ואילו תשלום כסף הוא חלק מהמכירה, שהרי אין מכירה בלא תשלום.

¹¹⁷ רמ"א, יו"ד, קעד, א.

אם רק לאחר המכירה התחייב הקונה למוכר באופן המועיל, שאם ירצה המוכר יחזור הקונה וימכור לו את הנכס ("הטבה"), הרי אם מת המוכר, יש סוברים שהקונה חייב למכור ליורשי המוכר¹¹⁹, שהרי זה כמי שנתחייב לחבירו מנה בשטר ומת המקבל, שחייב לתת אף ליורשיו¹²⁰. אבל אחרים סוברים שאם מת המוכר, הקונה אינו צריך למכור ליורשיו¹²¹.

אם מת הקונה, יש אומרים שיורשי הקונה חייבים למכור למוכר¹²². אבל אחרים אומרים שאין יורשיו צריכים למכור לו¹²³, ואף שבשאר התחייבויות חייבים אף היורשים, אין זה אלא בהתחייבות ברורה, שחל חיוב ברור ונתחייבו נכסיו, אבל כאן שאין החיוב ברור, שהרי לא ברור אם ירצה המוכר לשוב ולקנות את הנכס, הקונה התחייב רק בחייו, ולכן אין היורשים חייבים¹²⁴.

מכר הכרוך באיסור

מכר תקף גם אם נעשה באיסור¹²⁵, כגון שקבעו מחיר גבוה באופן שיש בו איסור ריבית¹²⁶, או שעשו את מעשה הקנין בשבת¹²⁷, או שהמוכר מכר אחרי שנשבע שלא למכור¹²⁸.

הצעת נוסח ע"פ המשפט העברי

הנוסח המוצע ב"חוקי ישראל": "מכר הוא העברת בעלות בנכס באחת מדרכי הקנינים תמורת התחייבות לתשלום המחיר". [ביקורת: "באחת מדרכי הקנינים" לא שייך כאן אלא בסעיף 33; "תמורת התחייבות לתשלום המחיר" - יותר מדויק: "תמורת תשלום המחיר או התחייבות לתשלום המחיר"].

¹¹⁸ שו"ת נודע ביהודה מהדורא תניינא, יורה דעה סימן עה.

¹¹⁹ שו"ת מבי"ט ח"ב סי' קצה וסי' ריח; שו"ת רדב"ז ח"א סי' תקלב ותשובת הרדב"ז בכנה"ג חו"מ רו, הגב"י אות לו. באנציקלופדיה תלמודית ע' יורש (ב), הערה 153, מדייק כך גם משו"ת דברי ריבות סי' צז. כנה"ג שם כותב שגם לדעה זו, אם התחייב הקונה מדעתו בהטבה, ולא מפני שהאמינו המוכר, אינו חייב למכור ליורשי המוכר, אף על פי שהמוכר היה יכול לכופו למכור לו, ורק אם התנאי הוא מצד המוכר שצריך כסף, והוא מאמין לקונה שיעשה לו הטבה לאחר המכר, התנאי הוא לטובתו, שיוכל לזכות בין הוא ובין יורשיו.

¹²⁰ שו"ת רדב"ז ח"א סי' תקלב.

¹²¹ שו"ת מהרש"ך ח"א סי' קיח וח"ב סי' לב; כהונת עולם חי' שו"ע יו"ד קעד (דף לא); שו"ת חוות יאיר סי' צא; שו"ת שבסו"ס מנחת יעקב (ריישר) סי' ז; שו"ת בית יהודה (עייאש) חו"מ סי' יד.

באנציקלופדיה תלמודית ע' יורש (ב), הערה 160, מדייק כך גם משו"ת הראנ"ח ח"א סי' סו. אלא שראנ"ח שם אינו דן בחיוב למכור (שלדעתו אינו חל עליו - ראה בשמו בסעיף 2) אלא בחיוב הקנס שקיבל על עצמו אם לא יחזיר את הנכס; ואינו דן במקרה שהמוכר מת, אלא שהמתחייב מת; ואינו עוסק בקונה עצמו שהתחייב כך, אלא בפקיד של הקונה, שאמור לשכנע את הקונה להחזיר, ועל כך הוא כותב שיורשי הפקיד אינם חייבים בקנס (והובא בנתיבות המשפט, ס, ס"ק י), אם המוכר יביא את הכסף בחייו, שאז יוכל לשכנע את הפקיד, כי מן הסתם הפקיד התכוון להתחייב רק אם המוכר יביא את הכסף בחייו, ועוד, שהוא לא אמור הקונה להחזיר, מתוך קירבתו לקונה, ואילו יורשיו אינם יכולים לשכנע את הקונה; ועוד, שהוא לא אמור ליהנות מזה, שהרי דמי הנכס יגיעו לקונה ולא לו, ורק בתנאי שהאדם אמור ליהנות מקיומו יש להניח שהתכוון לכלול את יורשיו בקיום התנאי כיון שגם הם ייהנו; ועוד שאין לאדם כוח לחייב את יורשיו לשלם קנס אם לא שיעבד את נכסיו לכך.

¹²² שו"ת מבי"ט ח"ב סי' ריח.

¹²³ שו"ת מהרש"ך ח"ב סי' לב; שו"ת חוות יאיר סי' צא.

חקרי לב חו"מ ח"ב סי' פב דף קלג (ד"ה שוב מצאתי) מעיר ששו"ת מהרש"ך ח"ד סי' כז, עצמו אומר שיורשי הקונה צריכים להחזיר.

¹²⁴ מהרש"ך ח"ב שם..

¹²⁵ שו"ע, חו"מ, רח, א.

אבל רמ"א, חו"מ, רט, ו (הובא בסמ"ע, רח, ס"ק א) כותב שאם לא עשו קנין גמור אלא רק שולם כסף, שאינו קונה במיטלטלין אלא רק מטיל קללת "מי שפרע" על מי שחוזר בו, אין "מי שפרע" אם המכר היה כרוך באיסור.

¹²⁶ שו"ע, חו"מ, רח, א (הובא בשו"ת פנים מאירות, ח"ב, סי' ח).

¹²⁷ שו"ע, חו"מ, קצה, יא.

¹²⁸ רמ"א, חו"מ, רח, א.

אבל הגהות מרדכי, שבועות, סי' תשפד, פסק שבכגון זה המכר בטל, וכן פסק סמ"ע, רח, ס"ק ג.