

סעיף 18

פגם בזכות

פגם בזכות

18. (א) המוכר חייב למסור את הממכר כשהוא נקי מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרת של צד שלישי.
(ב) על המוכר להודיע לקונה מיד על כל תביעת זכות לגבי הממכר שידע, או שהיה עליו לדעת עליה, לפני מסירת הממכר.

התוכן

- 1**..... **מבוא**
- 2**..... **חובת מסירת הממכר בלי זכות של צד ג' .**
- 2..... עמדת החוק
- 4..... עמדת המשפט העברי.
- 5**..... **תרופות הקונה בגין הימצאות זכות של צד ג' .**
- 5..... עמדת החוק
- 5..... עמדת המשפט העברי.
- 12**..... **תרופות הקונה בגין נטילת הממכר על ידי צד ג' - "אחריות" .**
- 12..... כללי
- 16..... שיעור התשלום
- 18..... הרכוש של המוכר שהקונה יכול לגבות ממנו מכוח האחריות
- 19..... התנאה שלא תהיה אחריות
- 21**..... **חובת הודעה - ס"ק ב**
- 21..... עמדת החוק
- 23..... עמדת המשפט העברי.
- 23**..... **הצעת נוסח ע"פ המשפט העברי**

מבוא

חובתו של המוכר למסור את הממכר¹ כשהוא נקי מכל זכות של צד שלישי, כקבוע בסעיפנו, נובעת מחיובו להעביר את הבעלות בנכס (סעיף 7) - חיוב זה כולל חיוב שהזכות המוקנית תתאים למוסכם בחוזה (במקביל לחיובו למסור, שכולל חיוב למסור ממכר מתאים), שמשמעותה היא שהבעלות בממכר תעבור לקונה בשלמותה, בלי שתהיה לצד ג' זכות בו².

שני הסעיפים הקטנים של הסעיף כוללים שתי חובות: ס"ק א מטיל חובת המסירה בלי זכות של צד ג', משמע, שאסור למסור ממכר שיש בו זכות של צד ג'; וס"ק ב מטיל חובת הודעה על קיום תביעת זכות של צד ג'. לכאורה, יש סתירה בין שתי החובות, שכן אם אסור למסור ממכר כזה, מה הטעם בהודעה? התשובה לכך מתבררת לאור ההבדל בנוסח בין ס"ק א, שמדבר על "זכות" לבין ס"ק ב שמדבר על "תביעת זכות": אם יש לצד ג' זכות ממשית בממכר, אסור למוכר למסור אותו, גם אם יודיע על כך לקונה, ואם זו רק "תביעת זכות", היינו תביעה שאינה מבוססת, אין איסור למסור אלא יש רק חובה להודיע לקונה על כך³.

כפי שנראה, גם המשפט העברי אוסר למכור ממכר שיש לצד ג' זכות בו, ומחייב את המוכר להודיע לקונה על כך. המשפט העברי הוא אף המקור לחובת ההודעה ס"ק ב, כפי שאמר ח"כ משה אונג⁴. אלא שלפי המשפט העברי, היחס בין האיסור לבין חובת ההודעה הוא בכך שאם הודיע המוכר על הזכות, בטל האיסור למכור את הממכר; ואין הבדל לענין זה בין זכות ממשית לבין תביעה שאינה מבוססת. דרך זו נראית פשוטה יותר מדרכו של החוק, שכן בכך נקבע דין אחיד לכל התביעות של צד ג', שאם הקונה יודע עליה ובכל זאת מסכים לקנות, המוכר אינו מפר את חובתו.

¹ הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, סעיף 173, נוקטת "המוכר יקנה לקונה את הזכויות בנכס כשהן חופשיות משעבוד" וכו', וזאת כדי להבחין הוראה זו מחובת מסירת הממכר בהתאמה פיזית.

² זמיר §349.

³ זמיר §356.

⁴ ד"כ עמ' 2347.

חובת מסירת הממכר בלי זכות של צד ג'

עמדת החוק

הקונה זכאי לקבל את הממכר חפשי מזכויות של צד ג'. היבט אחד של זכות בו היא זכות "החזקה שקטה"⁵.

יש כמה סוגים של אי התאמה של זכות: אם הוסכם להקנות בעלות מלאה, והמוכר מקנה רק חלק מבעלות משותפת; אם הוסכם להעביר חלק מבעלות, והעביר חלק קטן יותר או גדול יותר; אם העביר חכירה לדורות במקום בעלות; זכות אובליגטורית נגד ראובן במקום נגד שמעון; זכות אובליגטורית במקום זכות קנין. יש שהמוכר מעביר את הזכות המוסכמת, אבל אינה מתאימה לניצולה הרגיל או למטרה מיוחדת המשתמעת מהחוזה, כגון שהמחה זכות אובליגטורית לקונה וציפה שיוכל להעבירה לאחרים כרצונו והתברר שהוא זקוק להסכמת החייב לשם כך בגלל הסכם מיוחד שעשה המוכר עם החייב. אם הממכר הוא אגד זכויות חוזיות כלפי צד ג' (כגון במוכר דירה בבית משותף שאינו רשום במירשם, וזו זכות חוזית על מנהל מקרקעי ישראל, בעל הקרקע), והמוכר מציג לקונה דגם של חוזה עם אותו צד ג', החוזה שיומחה בפועל חייב להתאים לדגם. חלק גדול מדוגמאות אלו אינן כלולות בסעיף 18, ואולי גם לא בסעיף 11. אולי אפשר ללמוד לגביהן מסעיף 18 ומסעיף 11 בדרך היקש. גם אם לא, בכולן הפר המוכר את חיוב ההתאמה⁶.

המועד הקובע: המועד הקובע לגבי חיוב המוכר כאן הוא מועד המסירה. מותר שבמועד הכריתה יהיו לצד ג' זכויות על הממכר, ומותר שאף יהיה בבעלותו של צד ג', שהרי אדם יכול לעשות חוזה מכר על דבר שאינו שלו. קביעת המועד לחובת העברת זכויות מלאות, לפי מועד המסירה, מתאים להנחה בסעיף 33: "הבעלות בממכר עוברת לקונה במסירתו". אבל במקרים רבים ההקנייה מתבצעת לפני או אחרי המסירה, מפני שכך הסכימו או בגלל דינים מיוחדים. אם הסכימו על הקנייה לפני או אחרי המסירה, משתמעת מזה גם הסכמה שהחיוב להעביר זכויות מלאות בממכר לא יחול במועד המסירה אלא במועד ההקנייה⁷.

זכות שנוצרה לצד ג' אחרי המסירה: אם בין העמדת הממכר לרשות הקונה לבין קבלת הקונה, נוצרה זכות לצד ג' על הממכר, המוכר קיים את חובתו, אבל הוא נושא בסיכון, לפי כללי העברת הסיכון שסעיף 22, שחלים גם על פגיעה בזכות המועברת. אם נוצרה הזכות בין מועד הקבלה המוסכם לבין הקבלה בפועל, הסיכון על הקונה אלא אם המוכר אחראי לפגם (כגון אם הוטל אז עיקול על הנכס בגלל חוב שהמוכר חייב לצד ג'). אחריות המוכר לפגם בזכות מטעם הפרת חוזה או מטעם חבות נזיקית קיימת בלי קשר למועד היווצרותו או למועד התגלותו. דוגמה לכך: אם צד ג' טרף את הממכר מהקונה בגלל המוכר (כגון שהנכס גזול ולא חלה תקנת השוק, או שהמוכר לא שילם עליו מיסים)⁸.

אם יש לצד ג' תביעת זכות וספק אם היא תקפה: המוכר לא קיים את חובתו אם יש לצד ג' תביעת זכות על הממכר, גם אם התברר בדיעבד שאינה תקפה. לדוגמה, (א) יהודה מכר לראובן נכס שגנב מלוי, וספק האם מתקיימים תנאי תקנת השוק, ואח"כ ראובן מכר את הנכס לשמעון שלא בתנאי תקנת השוק, ולוי תובע את שמעון. (ג) בדוגמה הנ"ל, אם נודע לראובן, בין הכריתה למסירה, שהנכס גנוב, אבל הוא חושב שחלה תקנת השוק ולכן אינו מספר לשמעון שהנכס גנוב; או שהוא מספר זאת לשמעון אבל אומר לו שחלה תקנת השוק. (ג) אם צד ג' מעונין לחבל בעסקי המוכר ולכן מגיש תביעה נגד המוכר בטענת שווא שהנכס שייך לו. אמנם הקונה יכול להתדיין עם אותו צד ג' ולדחות את תביעתו, אבל זה לא הגיוני שהקונה יצטרך לשאת בהוצאות ההתדיינות, שכן הקונה נפגע בגלל הממכר, ולכן המוכר צריך למסור את הנכס בלי שום תביעה של צד ג'⁹. הקונה זכאי לפיצויים על ההוצאות המשפטיות בהגנתו מפני תביעת צד ג'¹⁰.

תביעה מופרכת: אם תביעת צד ג' מופרכת על פניה, אין הפרה של חיוב המוכר, גם אם ידע עליה, וגם אם אותו צד ג' הטריד את הקונה והפריע לשימושו בנכס זמן רב¹¹.

⁵ זמיר § 351.

⁶ זמיר § 350.

⁷ זמיר § 352.

⁸ זמיר § 353.

⁹ זמיר § 354-356.

¹⁰ זמיר § 357, הערה 41.

¹¹ זמיר § 356-357.

זכות לא ידועה: אם יש תביעת זכות של צד ג', זו הפרה מצד המוכר גם אם לא ידע על התביעה ולא היה עליו לדעת, וגם אם צד ג' ויתר עליה תוך זמן קצר. גם אם לא היה ידוע בשעת ההקניה שיש לצד ג' זכויות, והדבר התגלה רק יותר מאוחר, זו הפרת חיוב המוכר.¹²

התנאה: הצדדים יכולים להתנות שהמכר יחול אף אם יש עליו תביעת צד ג'.¹³ הצדדים יכולים לערוך חוזה מכירת נכס שהזכות בו חלקית או פגומה. אבל אם התנאה זו מגיעה למידה שהיא נגד תקנת הציבור, אינה מועילה. כמו כן אם זה תנאי מקפח בחוזה אחיד, אין לו תוקף. כמו כן יש להקיש מסעיף 16, שאם המוכר ידע (או היה לו לדעת) על הפגם ולא גילה לקונה, הקונה זכאי לתרופות גם אם יש בחוזה תניה הפוטרת את מוכר בכגון זה. וקל וחומר הדברים: יותר קשה לקונה לדעת על הפגם בזכות, מלדעת על אי התאמה, והוא סומך כאן יותר על המוכר; ועוד שכאן הקונה אינו מחוייב לבדוק את הזכויות, ואילו לגבי אי התאמה הוא חייב לבדוק (סעיף 13). אבל זאת בתנאי שעמד בנטלים¹⁴ של הודעה ושיתוף פעולה עם המוכר.¹⁵

זכות של צד ג' שאינה פוגעת בקונה: יש שהחוק קובע שזכות הקונה גוברת על זכותו של צד ג', כגון תקנת השוק. יש דעה שבכגון זה, לא הפר המוכר את חובתו למסור זכות נקייה, כי בפועל הקונה קיבל נכס בלי זכות של צד ג'.¹⁶ אבל לדעת זמיר, הפר המוכר את חובתו, כי סוף סוף יש לצד ג' זכות על הממכר, ויש לקונה ציפייה סבירה שלא יהיו צפוי לתביעות, אפילו מסופקות, ועוד, שאינו רוצה נכס גזול. ועוד, שחובת המוכר היא שברגע **המסירה** לא תהיה לצד ג' זכות בממכר, ותקנת השוק פועלת רק ברגע **קבלת** הממכר.¹⁷ אף שכאן זכות צד ג' אינה שוללת את **כוחו** של המוכר להעביר ממכר נקי, הרי היא שוללת את **זכותו** להעביר ממכר נקי, ולכן זו הפרה.¹⁸ אלא שכאן יהיו לקונה פחות נזקים מבמקרה שזכותו של אותו צד ג' גוברת, וממילא תרופותיו כלפי המוכר יפחתו.¹⁹ אבל אם לוי גנב נכס ומכר אותו לשמעון, והתקיימו תנאי תקנת השוק, ושמעון מכר אותו לראובן בתום לב וראובן מכר אותו ליהודה בתום לב - ראובן לא הפר את חובתו.²⁰

זכות חלקית: גם אם יש לצד ג' רק זכות על חלק מהממכר, חלק מסוים או חלק יחסי מכולו, המוכר הפר את חובתו.²¹ אם יש רק פגם זעיר בזכות המועברת, אמנם זו הפרה, אבל הסתמכות הקונה על כך תהיה חוסר תום לב.²²

נטל ההוכחה: נטל ההוכחה בדבר קיום הפגם מוטל על הקונה.²³

"שעבוד": כולל משכון נכסים לא מוחשיים, או משכון בכלל, או זכות בנכסי הזולת שאינו משמש כערובה לחיוב.²⁴

"עיקול": זה אמצעי להגבלת עבירות של נכס ואת היכולת להשתמש בו, כדי לאפשר לנושה לגבות את חובו מהנכס. הוא יכול לחול על נכס שביד צד ג' או על חיובים. יש שהוא מוטל בלי קשר בין הנכס המעוקל לבין מקור החיוב. הוא מכשיר דיוני ולכן אינו מעניק לנושה עדיפות על פני נושים אחרים, בניגוד למשכון ועכבון. לא משנה מתי צמחה העילה להטלת העיקול, ומתי עוקל, וגם אם דינו להימחק - עצם קיום העיקול הוא הפרת חיוב המוכר. אבל לעיתים זו תהיה הפרה לא יסודית, והתרופה לה תהיה רק בפעולה של מוכר לבטל את העיקול.²⁵

¹² זמיר § 357.

¹³ זמיר § 357.

¹⁴ ראה ליד ציון הערה 30.

¹⁵ זמיר § 367.

¹⁶ ע"א 39/75 שמחון נ' רדינגר, פ"ד כט(2) 610.

¹⁷ זמיר § 358.

¹⁸ זמיר § 362.

¹⁹ זמיר § 358.

²⁰ זמיר § 358.

²¹ זמיר § 359.

²² זמיר § 227, 359.

²³ זמיר § 359.

²⁴ זמיר § 360.

²⁵ זמיר § 361.

"זכות אחרת": בכלל זה זכויות קנין רוחני שיוצר זכות תביעה בממכר, או זכות אובליגטורית בקשר אליו.²⁶ עוד בכלל זה זכות קנין של צד ג' בממכר, כגון שהוא שייך לצד ג', או מושכר או מושאל לו או ממושכן לטובתו, או מעוכב בידו לפרוע חיוב, או שיש לצד ג' זיקת הנאה עליו; או שנרכש לצרכי ציבור, או הוחרם בגלל ביצוע עבירה או נתפס בגלל סמכות כלשהי. בכלל זה גם זכות שעניינה רק שלילת כוחו של המוכר להקנותו לאחר, כגון אם רשומה על הנכס הערת אזהרה לטובת צד ג', או שיש לצד ג' זכות קדימה לרכישתו, או שמינו לנכס כונס נכסים או שהוא נכלל בנכסי פושט רגל ומיועד לחלוקה בין נושיו. בכגון זה, זו הפרת חיוב המוכר גם אם עדיין לא הוכרז החייב פושט רגל, גם אם עוד לא ניתן צו כינוס נכסים, וגם אם הממכר אינו שייך לפושט הרגל אלא הוא בבעלותו הנחזית. כולל אם העברת הממכר לקונה תהיה הפרה של קנין רוחני כגון פטנט, זכות יוצרים או סימן מסחר, שהרי הפרת הקנין הרוחני עלולה להביא לכך שהממכר יתפס ויועבר לבעל הקנין הרוחני. בכלל זה אם יש לצד ג' זכות חוזית על הנכס, כגון אם ראובן עשה חוזה למכור נכס נד לשמעון ואח"כ עושה חוזה למכור אותו ללוי - אם הוא מוסר אותו ללוי הוא מפר את חובתו כי יש עליו זכות חוזית של שמעון, ושמעון יוכל לטרוף את הנכס מלוי בגלל זכותו החוזית. בכלל זה זכות מכוח המשפט הציבורי, כגון אם ידוע שהרשות מתכוונת להפקיע את הנכס. אם יש מגבלות בשימוש בקרקע בגלל תכנית מיתאר, אפשר לראות זאת כפגם בזכות וחל סעיף 18, ואפשר לראות בזה אי התאמה בשימוש וחל סעיף 11(3).²⁷

"של צד שלישי": הכוונה למי שהוא חיצוני לעסקת המכר. אין בכלל זה המוכר, הקונה, חליפם, או מי שהחוזה נכרת לטובתו. לדוגמה, אם המוכר מעביר את הבעלות ומשאיר לעצמו זיקת הנאה בנכס, או משאיר לעצמו מישכון לפרעון המחיר, בלי שהדבר כתוב בחוזה, אינו מפר את חובתו שבסעיף זה. בכל זאת זה הפרת חוזה. לדעת זמיר, רצוי שהסעיף יחייב גם שהנכס יהיה נקי מזכות של המוכר.²⁸

ידיעת הקונה: אם הקונה ידע ידיעה ממשית (ולא רק שהיה עליו לדעת) על הזכות של צד ג' בשעת כריתת החוזה, אינו זכאי לתרופות על כך שהמוכר לא הודיע לו. כך יש להקיש מסעיף 12, שאומר כך על קונה שידע על אי התאמה.²⁹

חובות הקונה: לדעת זמיר, כשנודע לקונה (אחרי קבלת הממכר) על זכות של צד ג' בממכר, עליו להודיע למוכר על כך (כלומר, זה תנאי לזכותו לתרופות), מתוך היקש לסעיף 14 שמחייב את הקונה להודיע למוכר על אי התאמה. מטרת ההודעה היא כדי שהמוכר יוכל להסיר את הזכות של צד ג', דבר שיותר קשה לקונה לעשות כיון שאין לו מידע הדרוש לשם כך. אבל אין מוטל על הקונה לבדוק את הזכויות, בניגוד לסעיף 13 המטיל על הקונה לבדוק אם יש אי התאמה. הקונה צריך לאפשר למוכר לעשות בירורים שדרושים לברר את היקף הפגם בזכות ומקורו, בהיקש מסעיף 17(א). על הקונה לפעול כלפי צד ג' בתיאום עם המוכר. רק אם המוכר אינו מוכן להתדיין עם צד ג', יתדיין הקונה. אל לו לקונה להגיע להסדר עם צד ג' בלי לברר אם יש למוכר טענות לסתור את זכות צד ג'. התנהגות הקונה תיבחן האם פעל בתום לב, בהתחשב בכך שהוא נפגע מהפרת חוזה, ובהתחשב בהתנהגות המוכר אחרי שנודע לו על הפגם בזכות. אם הקונה לא עמד בנטלים אלו, ייתכן שלא יהיה זכאי לתרופות או שיהיה זכאי רק לחלקן.³⁰

עמדת המשפט העברי

לפי המשפט העברי, אסור למכור נכס שיש אחרים הטוענים לזכויות עליו ("עסיקין" או "דין")³¹, כי הוא כמו מוס בממכר³², וזו גניבת דעת³³, וכלול באיסור להונות במכר, שנלמד מהפסוק "אל תוננו איש את אחיו" (ויקרא כה, יד)³⁴. גם אם המוכר מקבל על עצמו אחריות לשפות את הקונה אם הנכס ייטרף מידו, אין אדם רוצה לשלם עבור נכס שיצטרך להתדיין עליו.³⁵

²⁶ זמיר § 360.

²⁷ זמיר § 362.

²⁸ זמיר § 363.

²⁹ זמיר § 364.

³⁰ זמיר § 366.

³¹ רמב"ם, הלכות מכירה, יט, א; סמ"ג לאוין קע (סא ע"א); טור חו"מ, רכו, ד; שו"ע חו"מ, רכו, ו; לבוש חו"מ, רכו, ו; ערוך השלחן, חו"מ, רכו, ה; חוקת משפט, פרק יא, סעיף טז.

³² מגיד משנה, הלכות מכירה, יט, א.

³³ מעשה רקח, הלכות מכירה, יט, א.

³⁴ ב"ח, חו"מ, רכו, ד. הוא מסתמך על סמ"ג לאוין קע (סא ע"א), המביא איסור זה בלאו של "לא תוננו".

³⁵ רמב"ם, הלכות מכירה, יט, א; טור חו"מ, רכו, ד; שו"ע חו"מ, רכו, ו; לבוש חו"מ, רכו, ו; ערוך השלחן, חו"מ, רכו, ה.

תרופות הקונה בגין הימצאות זכות של צד ג'

עמדת החוק

אם יש לצד ג' זכות בממכר, והמוכר לא הודיע לקונה על הזכות, הקונה זכאי לתרופות בגין הפרת חוזה, לפי חוק החוזים (תרופות). אינו זכאי לתרופות הניכוי, שקיימת באי התאמה, לפי סעיף 28. בכלל זכותו לפיצויים, הוא זכאי החזר הוצאות שנגרמו לו בגלל תביעת אותו צד ג', וכסף שנאלץ להוציא כדי לסלק את צד ג' מהנכס (כגון פרעון חוב שהובטח במשכון על הנכס). אם זה בגדר הפרה יסודית, הוא יכול לבטל את החוזה מיד, ואם זו הפרה לא יסודית, הוא צריך לתת ארכא למוכר. אם בוטל החוזה, ישיבו הצדדים זה לזה מה שקיבלו עקב החוזה. הקונה זכאי להשבת המחיר ששילם, גם אם אינו יכול להשיב את הממכר למוכר עקב כך שהנכס נטרף ממנו ע"י אותו צד ג' שהיתה לו זכות בממכר³⁶. הקונה יכול לתבוע גם פיצויים נזיקיים בגלל עוולת התרמית, לפי פקודת הנזיקין סעיף 56³⁷.

עמדת המשפט העברי

קונה שעשה מעשה קניין בממכר להעברת הבעלות, וצד ג' טען לבעלות עליו, הקונה יכול לבטל את המכר³⁸, וגם אם כבר שילם את המחיר, הוא יקבל את כספו חזרה³⁹, מפני שהצורך לטרוח

³⁶ זמיר §365.

³⁷ זמיר §365, הערה 84.

³⁸ רמב"ם, הלכות מכירה, יט, ב; ריב"ם, המובא בהגהות מיימוניות, הלכות מכירה, יט, אות ב; ר' יצחק ברי' מרדכי, המובא בסמ"ג, עשה פב; תוס' ב"ק ט ע"א (ד"ה משהחזיק) (הובא בשו"ת הרמ"א סימן יט = סי' כ במהד' ורשה); ריב"א, בתוס' ב"מ יד ע"א (ד"ה עד); פסקי רי"ד, כתובות צג ע"א; תוספות תלמיד ר"ת (נדפס בשיטת הקדמונים), בבא קמא ט ע"א, בשם רבו (לא ר"ת); ר"י, המובא בהגהות אשרי בבא קמא פרק א סימן ה; מאירי, בבא קמא ט ע"א; פסקי ריא"ז כתובות פרק י הלכה ב אות ח; שו"ע חו"מ, רכו, ה; לבוש, חו"מ, רכו, ה; חוקת משפט פרק יא, סעיף טו.

לדעת כבוד יום טוב, הלכות מכירה יט, ב, בתוס' ב"מ שם צ"ל ריב"ם, כמו במקורות האחרים, ולא ריב"א. **אם כבר נטרפה הקרקע**: חידושי ר' עקיבא איגר חו"מ, רכו, ה, מציין שהרמב"ן אומר שאם המערער הצליח להוציא את הקרקע מהקונה בדיו, הקונה אינו יכול לבטל את המכר, כיון שאינו יכול להחזיר את הקרקע למוכר, ולכן אם אין לו אחריות על המכר, הפסיד את כספו.

הבחנה לפי סוג הקניין: ריב"ם, המובא בשיטה מקובצת כתובות צב ע"ב, כותב שאם עשה קנין סודר, כמו שתקנו בשו"ע, הוא יש מערער, עד שיעשה מעשה חזקה שהוא גילוי דעת שלא יחזור בו; אבל אם עשה קניין אחר כגון כסף שטר חזקה, אינו יכול לחזור בו.

גידולי שמואל, כתובות צג ע"א, כותב שיכול לחזור בו רק במקום שנהגו לכתוב שטר, ואז הקנין הוא ע"י כסף ושטר יחד, ובדרך כלל הקנין חל אם שילם כסף גם אם המוכר מוסר את השטר לקונה נגד רצון הקונה (ראה בשמו בסעיף 33 בטעם הדבר), אבל אם יש מערער, יכול לחזור בו, כי יש אומדנא שעל דעת כן לא רצה לקנות.

"מי שפרע": גאון, המובא בשיטה מקובצת, בבא קמא ט ע"א, כותב שאף אינו חייב לקבל קללת "מי שפרע", מפני שרק מי שחוזר ממכר תקף חייב לקבל, ואילו כאן המכר לא היה תקף, כי אין אדם מוכר מה שאינו שלו. דבריו קשים, שהרי כאן מדובר שרק יצאו מערערים, ולא ידוע אם ערעורם הוא אמיתי. גם מאירי, בבא קמא ט ע"א, כותב שאינו בקללת מי שפרע, והוא מנמק, כיון שאין חזרתו מחמת יוקר או זול אלא מחשש שיפסיד הכל.

אם עבר זמן ניכר: ראב"ד, המובא בשיטה מקובצת בבא מציעא יד ע"א, כותב שאם אחרי שנודע לקונה על הערער, שהה שיעור זמן שהיה יכול לבדוק את הערער ולראות אם יש לו בסיס, כבר אינו יכול לחזור בו, כמו שקונה שהתאנה באונאה מחיר אינו יכול לחזור בו אם עבר די זמן שהיה יכול לברר את המחיר הנכון. אבל מאירי, בבא קמא ט ע"א, חולק עליו, בנימוק ששם יכול לברר אם טעה, אבל כאן אינו יכול לברר את הענין בעצמו.

דעה חולקת: רבינו תם, המובא בתוספות, כתובות צג ע"א (ד"ה עד), בהגהות מיימוניות, הלכות מכירה, יט, אות ב, בתוספות תלמיד ר"ת (נדפס בשיטת הקדמונים), בבא קמא ט ע"א, בהגהות אשרי בבא קמא פרק א סימן ה, בתלמידי רבנו יונה, המובא בשיטה מקובצת כתובות צב ע"ב, ובסמ"ג, עשה פב, אומר שאחרי שעשה מעשה קנין, אינו יכול לבטל את המכר בגלל המערער (סמ"ג שם מביא בשמו שהדין כך גם אם עוד לא שילם), ורק לפני שעשה מעשה קנין, יכול לחזור בו, ואינו חייב לקבל קללת "מי שפרע", בניגוד למי שחוזר בו בלי סיבה מוצדקת. ר' ישעיה, המובא בשיטה מקובצת, בבא קמא ט ע"א, כותב שלפי רבינו תם, גם אם נתן כסף, יכול לחזור בו בלי לקבל "מי שפרע", אם נתן את הכסף בתורת פרעון ולא בתורת קנייה. תוספות תלמיד ר"ת, שם, והגהות אשרי שם, כותבים שיכול לחזור בו גם אם נתן כסף, במקום שנהוג שכסף אינו קונה. כמו כן, חידושי הרשב"א, ב"ק ט ע"א, כותב שאם החזיק חזקה גמורה כגון נעל גדר ופרץ, גם אם עשה זאת לפני שיצאו העוררים, אינו יכול לחזור בו (כך נראית כוונתו).

³⁹ רמב"ם, הלכות מכירה, יט, ב; ריב"ם, המובא בהגהות מיימוניות, הלכות מכירה, יט, אות ב; ר' יצחק ברי' מרדכי, המובא בסמ"ג, עשה פב; ר"מ מסרקסטה, המובא בשיטה מקובצת בבא קמא ט ע"א; מאירי,

בהתדיינות על הממכר הוא כמו מום בממכר⁴⁰. המכר בטל גם אם היה בלי אחריות⁴¹. כמו כן, אם

בבא קמא ט ע"א; תוספות תלמיד ר"ת (נדפס בשיטת הקדמונים), בבא קמא ט ע"א, בשם רבו (לא ר"ת); תלמידי רבנו יונה, בשיטה מקובצת כתובות צב ע"ב (גם בשם חכמי פרובינצא); שיטה מקובצת, בבא קמא ט ע"א, בשם גאון ובשם רב האי גאון; חידושי הרא"ה כתובות צב ע"ב, בשם רבינו נ"ר; שו"ע חו"מ, רכו, ה; לבוש, חו"מ, רכו, ה; הפלאה, כתובות צב ע"א; חוקת משפט פרק יא, סעיף טו. אבן ישראל הלכות מכירה יט, ב (ד"ה מקור), מסביר שזה כמו כל מקח טעות עקב מום, שבטל גם אם כבר שילם.

דעה חולקת: תוס' ב"ק ט ע"א (ד"ה משהחזיק), כתבו שאם שילם את המחיר וגם עשה קנין, אינו יכול לחזור בו גם אם לא סירר, כי "וכי לעולם יוכל לחזור בו?". גם רש"י, כתובות צב ע"א (עד שלא החזיק), וב"מ יד ע"ב (ד"ה יכול), ריב"א בתוס' ב"מ שם, ר"י, המובא בהגהות אשרי בבא קמא פרק א סימן ה, רא"ש, ב"מ, פ"א, ס"י לח, תוספות הרא"ש, כתובות צב ע"א, ר"ן על הרי"ף, כתובות נא ע"א (בדפי הרי"ף), טור, חו"מ, רכו, ג, מישרים נתיב ט חלק ב דף ל ע"ב, וים של שלמה, בבא קמא פרק א סימן יט, כתבים שיכול לחזור בו רק אם לא שילם. מאירי, בבא קמא ט ע"א, מביא דעה זו אבל חולק עליה. ים של שלמה נימק, שאם שילם, סמכה דעתו גם בלי דישה אמצרי. אבן ישראל שם (ד"ה מקור) מסביר שפוסקים אלו לשיטתם, בהערה 40, שאין כאן מום אלא חוסר גמירת דעת, ואם שילם, יש גמירת דעת. אבל יש להעיר שהטור נקט שזה כמו מום.

⁴⁰ רמב"ם, הלכות מכירה, יט, ב; טור, חו"מ, רכו, ג (הובא בשו"ת הרמ"א סימן יט = סי' כ במהד' ורשה); שו"ע חו"מ, רכו, ה; לבוש, חו"מ, רכו, ה.

חידושי הרא"ה כתובות צב ע"ב, ר"ן על הרי"ף, כתובות נא ע"א (בדפי הרי"ף), וחידושי הריטב"א, כתובות צב ע"א, וחידושי הריטב"א החדשים, ב"מ יד ע"א, נוקטים שזה כמו מקח טעות. פסקי ר"ד, כתובות צב ע"א, נימק, כי נראה שמכר דבר שאינו שלו וזה מקח טעות. גם פסקי ריא"ז כתובות פרק י הלכה ב אות ח, נימק שנראה שמכר לו דבר שאינו שלו.

טעמים אחרים: ריב"א בתוס' ב"מ שם נימק שכל זמן שלא הלך לארכה ולרחבה לא סמכה דעתו. תוס' ב"ק ט ע"א (ד"ה משהחזיק), ריב"ם בתוספות, כתובות צב ע"א (ד"ה ומאימת), ר"י המובא בשו"ת הרא"ש כלל צז סי' ד, ור' יצחק ברי מרדכי, המובא בסמ"ג, עשה פב, נימקו שדעת הקונה שיוכל לחזור בו אם יהיה ערער, כל זמן שלא סירר במצרי השדה לארכה ולרחבה. אבן ישראל הלכות מכירה יט, ב (ד"ה מקור) מסביר שטעמם הוא שלא סמכה דעתו ולכן עוד לא נגמר הקנין.

רא"ש, ב"מ, פ"א, ס"י לח (ובקיצור בתוספות הרא"ש, כתובות צב ע"א) (הובא בים של שלמה, בבא קמא פרק א סימן יט), נוקט נימוק זה בנוסח קצת שונה: שנהגו שהקונה עושה אחד מן הקנינים, ואינו משלם עד שיבדוק אם השדה תואם למה שאמר לו המוכר, ולכן הוא יכול לחזור בו עד אז, כי קניינים חלים לפי **המנהג**, כמו שנאמר בב"מ עד ע"א שסיטומתא קונה בגלל המנהג, וכך כאן אף שמן הדין הקונה קונה בקנין שעשה מראש, יכול לחזור בו מפני שכך המנהג (כך הסביר פלפולא חריפתא, אות מ, את כוונתו). גם מישרים נתיב ט חלק ב (ל ע"ב), נוקט שמנהג הוא לסירר בקרקע לפני התשלום. דרישה חו"מ, רכו, ג, נוקט שלפי הרא"ש **תיקנו** שיכול לחזור בו כל זמן שלא דישה אמצרי, כיון שכן דרך הקונים, שהקונה עושה קנין בלי לשלם, כדי שיתפרסם הדבר ואז מי שיש לו ערער יבוא לערער לפני שהקונה ישלם.

תוספות תלמיד ר"ת (נדפס בשיטת הקדמונים), בבא קמא ט ע"א, מסביר בשם רבו (לא ר"ת), שחשו חכמים להפסד הקוחות, כיון שאינו גומר בדעתו לקנות כיון שקנאה שלא באחריות וחזר בו מיד. אבל הוא כותב שמדובר שהעסיקין הם גזלנים (ראה בשמו בסעיף 33), ולא מי שטוען לבעלות. ערוך השולחן חו"מ, רכו, ה, נימק שאמדו חז"ל את דעות בני האדם, שכל זמן שלא יעשה הקונה פעולה כזאת, יכול לחזור בו אם יהיה איזה מערער.

אבן ישראל שם (ד"ה מקור) כותב שגם הרמב"ם זקוק לסברת תוס' שאין גמירת דעת, שהרי אם זה רק מטעם מום, המקח לא היה בטל בגלל העוררים שיצאו רק אחרי הקנייה, שהרי אם נולד מום בממכר אחרי הקנייה, הקונה אינו יכול לבטל, אלא הרמב"ם סובר כסברת התוס' שלא סמכה דעתו ולא נגמר המקח (אלא שלדעתו אם השתמש בה סמכה דעתו, ולתוס' רק אם סירר בה סמכה דעתו), ולכן אם יצאו עוררין אחרי הקניין נחשב שנתהוה מום במקח קודם שנגמר המכר; ומה שהוצרך הרמב"ם לטעם של מום במקח, הוא למקרה שיצאו עוררין קודם שהשתמש בה, ואח"כ השתמש בה, שמצד סברת תוס' שהוא משום שלא נגמר המקח, הרי כאן כבר נגמר המקח ואינו יכול לחזור בו, אבל מטעם מום יכול לבטל, כיון שהמום נולד קודם שנשתמש בה, היינו קודם שנגמר המקח.

גידולי שמואל, כתובות צב ע"א, מקשה על הנימוק שיש אומדנא שהקונה לא היה קונה אילו ידע שיש מערער, הרי תוס' כתובות מז ע"ב (ד"ה שלא) כתבו שלא די באומדנא של הקונה בלבד, שהרי צריך להתחשב גם בדעת המוכר? הוא מתרץ, שכיון שהוא מחזיר את הקרקע שקנה, אף שהיא שווה פחות מבשעה שקנאה בגלל העסיקין, מועילה האומדנא כי הוא יכול לומר "הרי שלך לפניך". ראה חוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 175, שתוס' מדברים על אומדנא עקב התפתחות עתידית, ואם כן לכאורה אין לדבריהם מקום כאן, שמתברר שבשעת המכר היתה לצד ג' זכות בקרקע; וכנראה גידולי שמואל הבינו שגם כאן זה נחשב התפתחות עתידית, אם באמת אין למערער זכות בקרקע, והוא בא בטענת שקר, וזה לא היה קיים בשעת המכר.

תלמידי רבנו יונה, בשיטה מקובצת כתובות צב ע"ב, מנמק (גם בשם חכמי פרובינצא), מנמק שכיון שיצאו מערערים, הוא יכול לטעון שלא התכוון לקנות קנייה נצחית אלא ליום אחד או לשנים, כפי שיש בני אדם שקונים רק ליום אחד; ורק אם החזיק חזקה גדולה כגון שדש בין המצרים אינו יכול לחזור בו, כי העובדה שעשה מעשה גדול כ"כ מראה שהתכוון לקנות קנין גמור, שהרי אין דרך לעשות כך בקנייה לכמה ימים. רבינו יהונתן מלוניל, כתובות צב ע"א, מסביר שהעובדה שלא עבד בשדה היא מחאה וגילוי דעת שאם היה יודע על הערער בשעה שקנה לא היה קונה, וזאת אף אם עברו כמה ימים מששמע ושתק.

צד ג' בא לטרוף את הממכר בטענה שהמוכר חייב לו כסף, הקונה יכול לבטל את המכר⁴², וגם אם המוכר נתן לקונה שובר-קבלה על החוב - הקונה יכול לטעון שאינו רוצה להיות חייב לשמור על השובר-קבלה לעולם, ואילו ידע זאת לא היה קונה⁴³. המכר בטל גם אם בסופו של דבר נתבטלה טענתו של אותו צד ג'⁴⁴. הקונה זכאי לבטל את המכר רק אם בית הדין מוצא בסיס כלשהו לטענתו

שיטה מקובצת, בבא קמא ט ע"א, מביא גאון שמנמק, משום הפסד הלקוחות. לא ברור מה כוונתו. **ביטול המכר אם אין מערער**: מישרים נתיב ט ח"ב (ל ע"ב), כותב שכל זמן שלא הלך לארכה ולרחבה יכול לחזור בו גם אם אין מערער, אלא מטעם אחר, כגון שהזולה או שהוא קנה בלי אחריות ורוצה שהמוכר יתן לו אחריות, והוא כותב שזו דעת התוספות והראב"ד ו"רוב המפרשים". ב"ח, חו"מ, רכו, ג, כותב שלפי זה, הסיבה שנקטו הלכה זו במקרה של ערער, הוא לחידוש, שיכול לחזור בו גם אם עוד לא התברר הערער. אבל פסקי רי"ד, כתובות צג ע"א, כותב שאם לא יצאו עליה עסיקין אינו יכול לחזור בו גם לפני שדייש אמצרי, מפני שזה מכר גמור ומקויים. כמו כן, מישרים שם כותב (כפי שהב"ח מביא את דבריו, ואינו מפורש בדבריו) שלפי הרמ"ה, אינו יכול לחזור בו, אלא אם כן יש מערער. נראה שיסוד המחלוקת היא מדוע יכול לחזור בו אם יש מערער ועדיין לא סייר בקרקע: לפי הטעם שבטקסט, שהערער נחשב כמום, אם אין ערער אינו יכול לחזור בו; אבל לפי הטעם של הריב"א, שאין לו גמירת דעת עד שייסיר בקרקע, יכול לחזור בו גם אם אין ערער. יש להעיר שתוס' ב"ק ט ע"א (ד"ה משהחזיק), ר"י המובא בשו"ת הרא"ש כלל צ ס"ד, ור"י יצחק בר' מרדכי, המובא בסמ"ג, עשה פב, נקטו שדעת הקונה שיוכל לחזור בו עד שייסיר, **אם היה ערער**; ולפי זה לא יוכל לחזור בו אם אין ערער.

⁴¹ מישרים נתיב ט ח"ב דף ל ע"ב (הובא בב"ח, חו"מ, רכו, ג); מאירי, בבא קמא ט ע"א; חידושי הרא"ה כתובות צב ע"ב, בשם רבינו נ"ר (כל זמן שהמערער לא לקח את השדה); ר"ן על הרי"ף, כתובות נא ע"א (בדפי הרי"ף); חידושי הריטב"א, כתובות צג ע"א; ר"מ מסרקסטה, בשיטה מקובצת בבא קמא ט ע"א; ערוך השולחן חו"מ, רכו, ה; חוקת משפט פרק יא, סעיף טו.

ר"מ מסרקסטה מנמק, שהתנאי שזה בלי אחריות הוא רק למקרה שנטרף ע"י קונה קודם או ע"י נושה, אבל הוא חייב באחריות של עצמו, שלא גזל, וכיון שלא החזיק בה מעולם, המקח בטל ועל המוכר להחזיר את הכסף. עוד הסביר שכיון שאמר "מכרתי לך שדה פלונית" ונמצאת שאינה שלו והקונה לא החזיק בה לא נגמר המכר. אבל לשיטתו מדובר שלא עשה קנין כלל ורק נתן כסף. ועולה מדבריו שאם נושה טרף ממנו, המוכר פטור מלהחזיר לו את הכסף גם אם לא עשה קנין חזקה, כי המכר היה תקף, והתנו שיהיה בלי אחריות.

אבל מישרים מביא שהרמ"ה סובר שאם אמר המוכר בפירוש שהמכר הוא בלי אחריות, הקונה אינו יכול לחזור בו אחרי שקנה באחת מדרכי ההקנאות, גם אם לא גילה דעתו בשום מעשה המוכיח שנתרצה במכר. **אם כבר נטרף**: הרמב"ן, המובא בר"ן על הרי"ף שם, והרא"ה שם, כותבים שאם כבר נטרף הקרקע, אינו יכול לבטל את המכר, כיון שקנה בלי אחריות.

⁴² שו"ת הרא"ש כלל צז ס"ד (הובא בטור, חו"מ, רכו, ו) [שהובא בשו"ת שואל ומשיב מהדו"א חלק ב סימן קיח]; רמ"א, חו"מ, רכו, ה; לבוש, חו"מ, רכו, ה; חידושי מהרי"ט, כתובות צג ע"א, בדעת הריב"ם. **דעה חולקת**: פסקי רי"ד, כתובות צג ע"א, ופסקי ריא"ז כתובות פרק י הלכה ב אות ח, כותבים שאם בא נושה של המוכר, הקונה אינו יכול לחזור בו (אבל ר' ישעיה המובא בשטמ"ק ב"ק ט ע"א, כותב שבסוגיה מדובר שבא נושה של המוכר, ועל כך נאמר שיכול לחזור בו). הדבר מובן לפי מה שנימקו (ראה הערה 40) שאם המערער טוען שהקרקע לא היתה של המוכר, המכר בטל כי נראה שמכר דבר שאינו שלו וזה מקח טעות, והרי כאן זה לא מקח טעות כי זה קרקע של המוכר, גם אם הוא משועבד לנושה. כמו כן, מישרים נתיב ט חלק ב (ל ע"ב), מביא שהרשב"א כתב שאם חובות יצאו על המוכר, אפילו לא החזיק הקונה, אינו יכול לחזור בו.

שו"ת מהרשד"ם יורה דעה סימן קיד, מביא את המחלוקת.

⁴³ שו"ת הרא"ש כלל צז ס"ד (הובא בטור, חו"מ, רכו, ו); רמ"א, חו"מ, רכו, ה; לבוש, חו"מ, רכו, ה; ערוך השולחן חו"מ, רכו, ו.

שו"ת הרא"ש שם כותב שאם הקונה כבר שילם את כל הסכום, אין המוכר חייב להחזיר, כי יכול לומר "כשהנושה יטרוף ממך, אפצה אותך, ועד אז איני חייב" (יש להעיר שטענה זו נזכרת בגמרא רק אחרי שדייש אמצרי, ואילו בנידון של הרא"ש הקונה עוד לא נכנס לבתים שקנה; והרא"ש לשיטתו שהגמרא מדברת באופן שעוד לא שילם אבל אם כבר שילם אינו יכול לבטל את המכר; אבל לפי השו"ע שסובר שגם אם שילם את כל המחיר, זכאי לחזור בו בגלל המערער, כאן זכאי לקבל את כספו חזרה). והוא כותב (והובא בסמ"ע רכו ס"ק יג, שהובא בערוך השולחן חו"מ, רכו, ו), שאם שילם רק מקצת התשלום, על המוכר להחזיר לו, כי אגן סהדי שלא הקדים חלק מהתשלום כדי לקיים מקצת המקח, שהרי יש סכנה שהקרקע יטרוף. אבל נראה שאין חידוש בדבריו לפי השו"ע, שהרי השו"ע סובר שגם אם שילם את כל המחיר, זכאי לחזור בו בגלל המערער.

⁴⁴ שו"ת הרא"ש כלל צז ס"ד (הובא בטור חו"מ, רכו, ה); רמ"א, חו"מ, רכו, ה; לבוש, חו"מ, רכו, ה; ערוך השולחן חו"מ, רכו, ה-ו.

סמ"ע רכו ס"ק יב, מדגיש שמדובר שנתנו ב"ד לקונה רשות לחזור בו, אבל אם הביע רצון לחזור בו ועוד לא נתנו לו ב"ד רשות, ונתבטל הערער של המערער, המכר קיים.

נתיבות המשפט רכו ס"ק ב, כותב שמדובר שהמערער הביא עדים או שטר, ואז המכר בטל גם אם אח"כ התברר שהעדים שקרנים או שהשטר מזויף, שכיון שהוצרך לעמוד עמו לדין קודם שנשתמש בשדה זה נחשב מום; אבל אם המערער רק אמר שיש לו עדים או שטר, ולא הציג אותם, ונתברר אח"כ שלא היה לו עדים או שטר, המכר קיים, כי לא היה צריך לעמוד עמו לדין ולכן אינו מום, ואם לא תאמר כן, לעולם יוכל

של אותו צד ג', אבל אם יש רק שמועה, הקונה אינו יכול לבטל את המכר⁴⁵, שהרי אם לא נאמר כן, לעולם לא יתקיים שום מכר, שכן אי אפשר למנוע קולות שאין בהם ממש⁴⁶.

אבל אם הקונה עשה מעשה קניין וגם השתמש בממכר אפילו שימוש מועט, כבר אינו יכול לבטל את המכר בגלל הערעור⁴⁷, גם אם עוד לא שילם את המחיר⁴⁸. היות שכבר נהנה מהממכר, הערעור

הקונה לבטל את המקח אם יראה שהוזלה הקרקע בכך שיבקש ממישהו לערער ולומר שיש לו עדים או שטר.

⁴⁵ רמ"א, חו"מ, רכו, ה; ב"ח, חו"מ, רכו, ג; פרישה חו"מ, רכו, ג (שחייב לשלם); לבוש, חו"מ, רכו, ה. סמ"ע רכו ס"ק יא, כותב שלפי הרמ"א, הקונה יקבל את כספו חזרה רק אם המערער מציג שטר מקוים על הקרקע, גם אם עדיין לא הוציא ממנו המערער את הקרקע; אבל אם הציג שטר שאינו מקוים, הקונה לא יקבל את כספו חזרה.

טור, חו"מ, רכו, ג (הובא בשו"ת מהרשד"ם יורה דעה סימן קיד), כותב בשם הרא"ש, שאם יצא רק קול, "אפילו לא נתקיים המקח לגמרי" הקונה לא יכול לחזור בו. אבל ראה הערה 47, שהרא"ש עושה הבחנה זו לגבי מקרה שהקונה כבר סייר בקרקע, ומשמע מדבריו שאם עוד לא סייר, גם אם המערער אמר רק "שדה זו גזלה המוכר ממני ואני רוצה להביא עדים" או "יש לי חוב על המוכר ואני רוצה להביא שטר", הקונה יכול לחזור בו.

⁴⁶ ערוך השולחן חו"מ, רכו, ו.

⁴⁷ רמב"ם, הלכות מכירה, יט, ב; שו"ע חו"מ, רכו, ה; לבוש, חו"מ, רכו, ה; חוקת משפט פרק יא, סעיף טו. במקור, בב"ק ט עא, כתובות צג ע"א, וב"מ יד ע"ב, נאמר שאם "דייש אמצרי" אינו יכול לחזור בו, והרמב"ם מפרש שהוא שימוש בקרקע.

הסברים שונים ל"דייש אמצרי": תוס' ב"ק ט ע"א (ד"ה משהחזיק), ריב"א בתוס' ב"מ שם, וטור, חו"מ, רכו, ג, מפרשים שסייר במצרי השדה לארכה ולרחבה, ואז אינו יכול לחזור בו, כי אז כבר סמכה דעתו וקנה קנין גמור. ריב"ם בתוספות, כתובות צג ע"א (ד"ה ומאימת), מסביר שאם דש במצרים לדעת מה הקרקע צריכה, זה גילוי דעת שהוא מוכן לקנות למרות הערעור. תוספות הרא"ש, כתובות צג ע"א, מסביר שדעת הקונה שיוכל לחזור בו רק עד שילך על מצרי השדה לראות עניני השדה ומה היא צריכה. תוספות תלמיד ר"ת (נדפס בשיטת הקדמונים), בבא קמא ט ע"א, מסביר בשם רבו (לא ר"ת), שאם נכנס לתוכה על המצרים לידע מה היא צריכה, כך הוא נראה מוחזק בה לעולם, גילה בכך את דעתו שנוח לו בקרקע, וקנאה כדרך כל הקונים וגמר בדעתו לקבל על עצמו סיכון שיפסיד אותה. פסקי רי"ד, כתובות צג ע"א, ופסקי ריא"ז כתובות פרק י הלכה ב אות ח, מפרשים שאם הלך בה לאורכה ולרחבה כאדם שהולך ומבקר את שדהו, זה מראה לעולם שנכנסה לרשותו והיא שלו. אבל נתיבות המשפט רל, ס"ק א (הובא בגידולי שמואל, כתובות צג ע"א), נוקט שגם לפי תוס', תלוי הוא אם נהנה מהקרקע.

רבינו יהונתן מלוניל, כתובות צג ע"א, מפרש שהוא סתימת חריץ בין השדה שקנה ובין שדותיו, וכותב שכל שכן מועיל אם חרש בה או עשה בה עבודת קרקע אחרת שנחוצה לה, אבל אם רק נעל וגדר ופרץ כל שהוא, אינו מועיל לענין זה.

חידושי הרא"ה כתובות צב ע"ב, ר"ן על הרי"ף, כתובות נא ע"א (בדפי הרי"ף), וחידושי הריטב"א, כתובות צג ע"א, כותבים שזה דוגמה למי שיורד לקרקע כאדם היורד לתוך שלו, ואינו יכול לחזור בו, כי גילה דעתו שנוח לו בה כפי שהיא.

ר"מ מסרקסטה, המובא בשיטה מקובצת בבא קמא ט ע"א, מפרש שדייש אמצרי היא דוגמה לחזקה קלה, תיקון כל שהו במצר, שאם עשה חזקה כל שהיא אחרי שידע על העוררים, זה מראה שמחל והתרצה, וכ"ש אם עשה חזקה גמורה.

שיטה מקובצת, בבא קמא ט ע"א, בשם גאון, מביא פירוש, שאם עירב את הקרקע ביחד עם שלו, גילה דעתו שהוא מתרצה בזה, אבל נעל גדר ופרץ לא מועיל לענין זה.

מאירי, כתובות צג ע"א, מפרש שהכוונה לעבודת קרקע, אפילו במצרים שבו. ובבבא קמא ט ע"א, הוסיף שאפילו רק חפר במצר או שדש את עפר המצר כדי להשוותו עם הקרקע שהיה לו כבר בסמוך לזה שקנה עכשו כדי לעשות את כולו שדה אחת, מועיל לענין זה אף על פי שאין זה מעשה בגוף הקרקע ואינה חזקה לענין מכר אחר.

חידושי הרי"מ, כתובות צג ע"א, מסביר (בהסברו השלישי), שאם קנה בשטר, אמנם שטר קונה בלי כסף אם התנו בפירוש (קדושין כו ע"א), אבל זה כקנין בדיבור בעלמא, ודעתו היא שאם יהיה ערעור יוכל לחזור בו, כיון שהדיבור גורם את הקנין, משא"כ אם עשה חזקה, שהיא מעשה, אינו יכול לחזור בו; וזאת בהתאם להשוואה שעשה ריב"ם, תוס' כתובות שם, לדן שיכולים לחזור אחרי קנין כל זמן שעסוקין באותו ענין, שהוא רק בקנין סודר (שו"ע, חו"מ, קצה, ו), כי אין בו מעשה.

זמן ה"דישה": חידושי הרשב"א, ב"ק ט ע"א, ר"מ מסרקסטה, המובא בשיטה מקובצת בבא קמא ט ע"א, וטור, חו"מ, רכו, ג, כותבים שרק אם סייר בשדה אחרי שיצאו העוררים, אינו יכול לחזור בו. הרשב"א מנמק, שרק אז סיורו מהווה גילוי דעת שנוח לו בקרקע אף שיש עוררים. כמו כן, רבינו יהונתן מלוניל, כתובות צג ע"א, כותב שאם חרש או דש במצרים אחרי ששמע על הערעור, זה גילוי דעת שאפילו היה יודע על כך בשעה שקנה, לא היה מקפיד בזה, אבל מה שהחזיק בקרקע שנה או שנתיים לפני ששמע על הערעור, הרי כיון שלא רצה לעבדה אחרי ששמע, זה מראה שהוא מקפיד. כמו כן, גאון המובא בשיטה מקובצת, בבא קמא ט ע"א, מביא דעה שאף אם החזיק הקונה לפני ביאת המערערים, יכול לחזור בו אם לא החזיק אח"כ. לב מבין הלכות מכירה יט, ב, מביא ראייה לטור מלשון הסוגיה (עיי"ש), ומציין שכך כתב ר"ן ב"ק שם. ב"ח חו"מ, רכו, ג, כותב שכך גם דעת הרא"ש. דרישה חו"מ, רכו, ג, מסביר שהעובדה שסייר אף שכבר

יצא עליו קול ערעור, מראה שהתרצה בקנייה (לא כתב כך כדי להסביר מדוע הסיור מועיל רק אחרי הערעור, אבל הסבר זה עולה מדבריו ממילא).

לעומת זאת, מאירי, בבא קמא ט ע"א, כותב שאפילו החזיק לפני שנתגלה לו הערעור, אינו יכול לחזור בו, כיון שהעובדה שמיחר כל כך להחזיק, מראה שלא איכפת לו גם אם יהיה ערעור, ולכן הממכר נקנה לו לגמרי, ואינו יכול לחזור בו. כמו כן, תוספות תלמיד ר"ת (נדפס בשיטת הקדמונים), בבא קמא ט ע"א, כותב בשם רבו (לא ר"ת), שאם משהחזיק בה יצאו עליה עסיקין אינו יכול לחזור בו. הב"ח מדייק מהרמב"ם, מהרא"ש, ומהריב"ם המובא בסמ"ג ובהגהמ"י, שאינו יכול לחזור בו גם אם סייר (או השתמש) לפני שיצאו העוררים, והוא כותב שהעיקר כדבריהם.

שושנת יעקב, רכו, ה ס"ק ג, מסביר שהטור לשיטתו (בהערה 39) שמדובר שעוד לא שילם, אבל אם שילם אינו יכול לחזור בו אפילו לא דש; וכיון שעוד לא שילם, אם דש לפני שידע על הערעור, הוא עדיין יכול לחזור בו כי אין לומר שמזה שמיחר כל כך להחזיק זה מראה שסבר וקיבל גם אם יהיה ערעור - אין לומר כך כי ייתכן שסמך על כך שעוד לא נתן כסף, בדומה למה כתב מ"מ ה"ל מכירה טו, ג [הובא בחוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 122] לענין קונה שהיה יכול לבדוק את המכר, שכל זמן שלא שילם, יכול לחזור בו בגלל המום, כי הוא יכול לטעון שהסיבה שלא בדק היא כי היה מוחזק בכסף ולכן לא חשש; ואילו הרמ"א לא עשה הבחנה זו, כי הוא כותב לפי שו"ע (הערה 39) שסובר שגם אם כבר שילם יכול לחזור בו, ואז גם אם דש לפני שידע על הערעור, אינו יכול לחזור בו, כי העובדה שמיחר להחזיק מראה שהוא מוכן לקנות גם אם יתברר שיש ערעור.

מעשה רקח, הלכות מכירה, יט, ב, כותב שלדעת הרמב"ם, רק אם השתמש אחר שיצאו המערערים אינו יכול לחזור בו, אבל אם יצאו המערערים אחרי השימוש, יכול לחזור בו, כמו אם נתגלה מום אחרי שימוש (רמב"ם הלכות מכירה, טו, ג), וזה מום גדול, שיערערו על בעלותו. אבל שו"ת מהרש"ך ח"א סי' קע, כותב שלדעת הרמב"ם גם אם השתמש לפני שיצאו המערערים אינו יכול לחזור בו.

תורת חיים בבא קמא ט ע"א, כותב בדעת הרמב"ם והר"ן להיפך: אם הערעור התחיל קודם שהשתמש בקרקע, יכול לחזור בו, כיון שזה מום גדול, שלא הספיק ליהנות מהקרקע וכבר יצא ערעור; אבל אם הערעור התחיל אחרי שהשתמש בה, אפילו תשמיש קל כמו דייש אמצרא, אינו יכול לחזור בו.

ר"מ מסרקסטה, המובא בשיטה מקובצת בבא קמא ט ע"א, כותב שרק אם החזיק קודם שתבע מהמוכר להחזיר לו את כספו, אינו יכול לחזור בו, משמע שאם החזיק אחרי התביעה, יכול לחזור בו.

אם עוד לא שילם: מאירי, בבא קמא ט ע"א, כותב שאם הקונה לא פרע עדיין למוכר, הוא רשאי לעכב את התשלום, אם יוכיח לבית דין שיש חשש שהממכר ייטרף ממנו, שהרי נפקד רשאי לעכב פקדון כבטחון של חוב שהמפקיד חייב לו.

רא"ש בבא קמא פרק א סימן ה, ושו"ת הרא"ש כלל צו סי' ד (הובא בטור חו"מ רכו, ג, במישרים נתיב ט חלק ב (ל ע"ב), בים של שלמה, בבא קמא פרק א סימן כ, בסמ"ע רכו ס"ק יא, ובט"ז חו"מ, רכו, ה [שהובא בערוך השולחן חו"מ, רכו, ו]), כותב שגם אם סייר בקרקע, הרי אם ראו ב"ד שיש ממשות בדברי המערער כגון שהביא שטר שאינו מקוים ואומר שרוצה לקיימו, או שאומר שבתוך שלשים יום יביא עדים שהקרקע גולה (כך הנוסח במישרים שם), הקונה אינו צריך לשלם אלא ימתין עד שיעברו שלשים יום, כי אין טעם שישלם עכשיו ואח"כ המוכר יחזיר לו את כספו, ואף אין לו בטחון שיוכל לגבות את הכסף חזרה מהמוכר (משמעות הדברים היא בעצם שהקונה מבטל את המכר, שהרי אינו משלם; אלא שאם כבר שילם, אינו יכול לבטל את המכר); אבל אם המערער אומר שיביא עדים אחרי שלשים יום, הקונה צריך לשלם; וכן אם יש למוכר קרקע או מטלטלין שיוכל הקונה לחזור עליו אם יוציא המערער את הקרקע מידו, הקונה צריך לשלם (פרישה חו"מ, רכו, ג, הבין שלפי הרא"ש, הקונה צריך לשלם אם יש למוכר נכסים אם המערער אומר שיביא עדים בתוך שלשים יום; אבל ב"ח, חו"מ, רכו, ג, הבין שלפי הרא"ש, הקונה לא צריך לשלם אם המערער אומר שיביא עדים בתוך שלשים יום, גם אם יש למוכר נכסים, שהרי אינו מעכב את הכסף יותר מ"זמן ב"ד" שהוא שלושים יום). והוא מסיים שאין לדין אלא מה שענינו ראות, הכל לפי הענין.

ב"ח, חו"מ, רכו, ג, כותב שלפי הרא"ש הקונה אינו יכול לחזור בו אם דייש אמצרי, אם המערער לא הביא שטר או עדים, ורק הציע את דבריו לפני ב"ד, שחזקה אין אדם חצוף להציע דברי שקר לפני ב"ד, ובכל זאת אין זו סיבה לבטל את המכר.

בקנין סודר: פרישה חו"מ, רכו, ג, אומר שאם מראש עשו קנין סודר (ולא קנין אחר), לא קנה הקונה, כיון שהקנין לא חל באותו זמן אלא כשהגיע לשלב של דייש אמצרי, ואז כבר חזר הסודר לבעליו (כך נראית כוונתו).

אם הערעור התחיל לפני המכירה: קצות החושן, סי' רכה, כותב שאם גוי ערער על הבעלות בממכר לפני המכר, והקונה לא ידע על זה, הוא יכול לחזור בו גם אם עשה קנין גמור והשתמש בממכר, כי זה כמו מום במקח וזה מקח טעות. שושנת יעקב, רכה, ב, ס"ק ב, מדייק מדבריו שגם אם ישראל ערער לפני המכר והקונה לא ידע, זה מקח טעות גם אם השתמש. אבל שושנת יעקב מדייק משתיקת הפוסקים, שאין זה בגדר מקח טעות, והוא מנמק, כי אדם עשוי לאיים בלי לבצע. והוא נשאר בצ"ע לדינא.

דעה חולקת: לפי הלשון הראשונה בב"ק ט ע"א וב"מ יד ע"ב, רק אם קנה בלי אחריות, והשתמש בקרקע, אינו יכול לחזור בו בגלל המערער, משמע שאם קנה עם אחריות, יכול לחזור בו גם אם השתמש בקרקע. ב"ח חו"מ, רכו, ג, מעיר שסמ"ג, עשה פב (קנו ע"ב) מביא את הלשון הראשונה בלבד. לכאורה לפי הסמ"ג, אם קנה עם אחריות, יכול לחזור בו גם אם השתמש בקרקע. אבל ייתכן שהסמ"ג פוסק כלשון השנייה אלא שקיצר בציטוט הגמרא.

⁴⁸ מאירי, בבא קמא ט ע"א, בשם "ויש שמעמידין". וכך עולה מהפוסקים (בהערה 39) שאומרים שאם לא החזיק, יכול לחזור בו רק אם טרם שילם.

משמעות הדבר הוא, שהקונה חייב לשלם כיון שאינו יכול לבטל את המכר ועדיין לא שילם. שיעורי ר' דוד (פוברסקי), בבא קמא ט ע"א, אות תקפא, מקשה, מדוע הוא חייב לשלם את המחיר, והרי ייתכן שהממכר

אינו נחשב מום, כי מן הסתם הקונה מוכן לסבול את הערעור בגלל ההנאה שנהנה⁴⁹. גם אם יש לו אחריות על המכר, אין לו זכות כלפי המוכר⁵⁰, מפני שחיוב המוכר באחריות מתגבש רק כשהממכר ניטל מהקונה⁵¹. אלא שאם אותו צד ג' מצליח להוציא ממנו את הממכר, חייב המוכר לשפות את הקונה⁵². אם אין למוכר נכסים, יכול הקונה לבטל את המכר (גם אם כבר השתמש בממכר), בטענה שהוא חושש שהמערער יוציא ממנו את הממכר, ולא יהיה לו ממה לגבות מהמוכר את דמי האחריות⁵³; ולחילופין, הוא יוכל לדרוש מהמוכר לקנות קרקע בכסף שקיבל מהקונה, כדי שהקונה יוכל לגבות ממנו אם יצטרך⁵⁴, כי זה דומה למקח טעות⁵⁵, ואילו ידע שיש מערער, לא היה קונה⁵⁶.

אינו שייך למוכר, ואין כאן מכר: הוא מיישב, שהיות שיש רק ערעור ולא התבררה טענת המערער, נחשב מכר ודאי, שמחייב אותו לשלם את המחיר. גם חידושי ר' נחום (פרצוביץ), בבא קמא ט ע"א, אות ש, מסביר שהספק אינו סיבה לבטל את המכר, כי כל זמן שהעסיקין לא זכו בדיון, הקרקע בחזקת המוכר. אבל ר' דוד מתקשה, מדוע לא יוכל הקונה לומר שהוא משלם רק בתנאי שהמכר תקף, וא"כ אם יתברר שהממכר גזול, יצטרך המוכר להחזיר את הכסף? לא ברור מנין לו שהקונה אינו יכול לומר כך. חזו"א ב"ק סי' ג ס"ק יא, כותב שאכן פטור מלשלם מספק כאמור, ומה שנאמר כאן שחייב לשלם הוא בכגון שהמוכר זקף את המחיר על הקונה כהלוואה, והקונה שעבד את נכסיו בקנין סודר, או נתן שטר על הכסף, כך שחיוב התשלום אינו כמחיר על המכר, אלא חוב בעלמא, ולכן אינו תלוי בתוקפו של המכר. שיעורי ר' דוד, שם, אות תקפב, כותב שגם על הסברו קשה, מדוע לא יוכל הקונה לומר שהוא משלם רק בתנאי שהמכר תקף, כיון שמראש התחייב רק אם באמת המכר תקף, וא"כ אם יתברר שהממכר גזול, יצטרך המוכר להחזיר את הכסף?

⁴⁹ ט"ז חו"מ רכו, ה.

הוא כותב (והובא בערוך השולחן חו"מ, רכו, ה) שהדין כך רק אם אחרי הקנין השתמש בה ונתחבב עליו קצת, ולכן לא איכפת לו מהערעור, אבל אם לא עשה קנין אלא השתמש בה, אמנם השימוש נחשב קנין חזקה (שו"ע חו"מ קצב, ח), אבל אינו יכול להועיל גם כהנאה שבגללה נחשב שהערעור אינו מום. אבל הלכה למשה, הלכות מכירה, א, יג, מדייק מכסף משנה שם, שהשימוש יכול מלמלא את שני התפקידים.

⁵⁰ רמב"ם, הלכות מכירה, יט, ב; חידושי הריטב"א, כתובות צג ע"א; שיטה מקובצת, בבא קמא ט ע"א, בשם גאון; מאירי, בבא קמא ט ע"א; פסקי ריא"ז כתובות פרק י הלכה ב אות ח; ים של שלמה, בבא קמא פרק א סימן יט.

אבל פסקי רי"ד, כתובות צג ע"א, נקט "אינו יכול לחזור בו, כיון שהיתה בידו שעה אחת וקנאה שלא באחריות".

אם התייקרה הקרקע בינתיים: לכאורה, אם התייקרה הקרקע אחרי המכירה, והיתה אחריות, הקונה יכול לטעון שהסיבה שהשתמש בה אינה מתוך נכונות לקנות למרות הערעור, כי חשב "אם אחזור בי אקבל את הסכום הנמוך ששילמתי, עדיף לא לחזור בי ולחכות שיטרף ממני ואחזור על המוכר מדין אחריות וישלם כמחיר הגבוה" (ראה ליד ציון הערה 103 שבכגון זה המוכר משלם את המחיר הגבוה), ואז אם הוזלה אח"כ, שאז כבר כדאי לו לחזור בו, יוכל לחזור בו, כי אין הוכחה שהיה מוכן לקנות. בכל זאת כותב שושנת יעקב, רכו, ה ס"ק ג, שאינו יכול לחזור בו, כי הסכים לקבל את הקרקע עד הטריפה, ולא משנה שזה היה כדי להרוויח כאמור.

הבחנה: שו"ת שואל ומשיב מהדו"א חלק ב סימן קיח, כותב שבדרך כלל הקונה יכול לחזור בו, בטענה שאילו ידע שיהיו עוררין לא היה קונה, ואף שתוסי' כתובות מז ע"ב (ד"ה שלא), כותבים שקונה לא יכול לומר "אדעתא דהכי לא קניתי" כי זה תלוי גם בדעת המוכר, הרי משנה למלך הלכות זכיה, ו, א (הובא בחוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 179, הערה 305), אומר שגם לתוסי', אם אפשר להחזיר את הדבר כמו שהיה בלי שיפסיד המוכר, לא מתחשבים בדעת המוכר, ואף כאן, שיש אחריות, לא יפסיד המוכר מביטול המכר, כי ממה נפשך, אם המערער צודק, המוכר יצטרך לשלם לקונה מחמת אחריות, ואם המערער לא צודק, לא יפסיד המוכר במה שהקונה יחזיר לו את הממכר; ורק אם הוזל הממכר בינתיים (מה שקורה בדרך כלל עקב הערעור, כמו שכתבו תוסי' ב"ק ט ע"א, ד"ה משהחזיק), לא יוכל הקונה לחזור בו, כיון שהמוכר יפסיד מביטול המכר, שכן יקבל קרקע זולה, ויצטרך להחזיר לקונה את הסכום הגבוה שקיבל ממנו.

⁵¹ ב"ק ט ע"א.

⁵² רמב"ם, הלכות מכירה, יט, ב; שו"ע חו"מ, רכו, ה.

⁵³ הרי"ף, המובא בעיטור (כמובא בכסף משנה, הלכות מכירה, יט, ב), ברא"ש בבא קמא פרק א סימן ה, בשו"ת הרא"ש כלל צז סי' ד, במאירי, בבא קמא ט ע"א, בשו"ת אבקת רוכל סימן קסב, ובמישרים נתיב ט חלק ב (ל ע"ב); שו"ת הרשב"א ח"ג סי' סד, בסופו (הובא בב"י חו"מ רכו, ג); ערוך השולחן חו"מ, רכו, ה (שיקבל את כספו חזרה).

בינדונו של הרשב"א, הקונה עוד לא שילם.

פרישה חו"מ, רכו, ה, כותב שגם אם הקונה שילם, וכבר דייש אמצרי, חייב המוכר להחזיר לו את הכסף, אם אין לו נכסים שישמשו כבטחון לקונה.

קרית מלך רב הלכות מכירה יט, ב, מעלה ספק, האם הקונה זכאי לבטל את המכר אם המוכר מוכן שהכסף יופקד ביד פלוני או יישאר ביד הקונה עד שיתדיין עם המערער, כך שתובטח זכות הקונה לחזור על המוכר.

⁵⁴ שו"ת הרי"ף, מהד' לייטר, סי' קיג, ודפוס בלגורי, סי' קסב (הובא בשו"ת הרשב"א חלק א סימן אלף קיא, בס' התרומות שער טז ח"ג, בטור, חו"מ, עג, טז, ועיי' "גאון" המובא בשיטה מקובצת, בבא קמא ט ע"א, ובשו"ת המב"י, ח"ב, סי' ריג); שו"ע, חו"מ, עג, יא.

דינים אלו אמורים בין בקרקע⁵⁷ ובין במטלטלין⁵⁸.

אם התברר שהממכר לא היה של המוכר, הקונה זכאי לקבל את כספו מן המוכר, גם אם המוכר מבקש להמתין כדי שיוכל לנסות לקנות עבורו את הממכר מבעליו האמיתי⁵⁹. אבל אם הקונה ידע זאת מראש, ובכל זאת קנה, אינו זכאי לדרוש מהמוכר להשיב לו את כספו כל זמן שהממכר לא נטרף מידו, מפני שרואים כאילו נתן את הכסף למוכר כפקדון, על דעת שישאר בידו עד שייטרף ממנו הממכר⁶⁰. במצב הפוך, שהקונה רוצה להמשיך במצב הקיים והמוכר מבקש שיחזיר לו את הממכר (עד לטריפתו), הקונה אינו חייב להחזיר לו את הממכר⁶¹, בין אם ידע מראש שהממכר אינו של המוכר ובין אם לא ידע⁶².

זכות חלקית: אם טרף נושה של המוכר חלק מהממכר, המכר תקף לגבי החלק הנשאר, מפני שהמכר חל בכל הממכר וטריפת הנושה באה אחר כך, כאילו שטף נהר חלק מהקרקע, שהמכר קיים על הנשאר, והרי גביית נושה מוגדרת ש"מכאן ולהבא הוא גובה" ואינו נחשב שמראש היה ברשות הנושה, והקונה היה יכול לסלק את הנושה ע"י תשלום כסף⁶³.

אם התברר שחלק מהממכר היה גזול, והנגזל לקח את החלק מהקונה, יש אומרים שהקונה יכול לבטל את המכר גם לגבי החלק הנשאר, כיון שהתגלה למפרע שלא חל המכר על החלק הגזול כלל, שהרי לא היה יכול לסלק את הנגזל במעות לנגזל ע"י תשלום כסף, ולכן הוא כמו מי שביקש לקנות ממכר בגודל מסוים, וקיבל קטן יותר, שהמכר כולו בטל⁶⁴. אבל יש אומרים שהמכר קיים בשאר⁶⁵, כיון שאין הפחת מחמת חסרון בגוף הקרקע אלא מחמת לקיחת הנגזל, וכבר חל המכר על כל הממכר וכאילו שטף נהר את מקצתו⁶⁶.

הוצאות התדיינות: אם הקונה נאלץ להוציא הוצאות בדין כדי שהממכר לא ייטרף ממנו, והצליח בדינו, המוכר אינו חייב לשפות אותו על ההוצאות⁶⁷. אבל אם המוכר התחייב מראש להשתדל להעמיד את הממכר ביד הקונה, הוא חייב לשפות את הקונה על מה שהוציא, אם בזכות הוצאותיו הממכר נשאר בידו, כיון שהמוכר היה חייב להוציא הוצאות אלה בעצמו, וממילא הקונה היה רשאי להוציא הוצאות אלה על דעת לחזור על המוכר⁶⁸.

סמ"ע, עג, ס"ק לג, וערוך השולחן, חו"מ, עג, יז, כותבים שהדין כך גם אם אין הב"ד רואה שהמוכר מבזבז את נכסיו.

אבל ערוך השולחן שם כותב שאם המוכר עשיר ואיש ישר, אינו חייב למלא את דרישת הקונה.

⁵⁵ רמב"ן, המובא בס' התרומות שער טז ח"ג; סמ"ע עג ס"ק לג.

⁵⁶ לבוש חו"מ, עג, יא.

⁵⁷ בתלמוד וברוב הפוסקים נקטו קרקע.

⁵⁸ ערוך השולחן, חו"מ, רכו, ה. חוקת משפט פרק יא, באורים, אות נג, מוכיח שהדין כך גם במטלטלין, מראב"ן, ב"ק ט, הנוקט "בית או ספר", ומראב"ד בשטמ"ק ב"מ שם, המדמה זאת למוכר בהמה ונמצא בה מום.

⁵⁹ משנה למלך הלכות גזלה ואבדה ט, ז.

⁶⁰ רא"ש בבא מציעא פרק א סימן לט.

אבל משנה למלך הלכות גזלה ואבדה ט, ז, כותב שמס' התרומות שער מז, אות ב, נראה שהוא סובר שגם כאן המוכר חייב להשיב את הכסף.

⁶¹ ס' התרומות שער מז, אות ב.

אבל הוא כותב שאם הכסף שנתן הקונה למוכר עדיין בעין, המוכר זכאי לדרוש ממנו לקחת את כספו ולהחזיר לו את הממכר, ואין חייב לקבל את קללת "מי שפרע" כדין החוזר בו מהסכמתו למכר, כי באמת אין תוקף למכר זה, ואם הקונה לא נטל את הכסף וקרה אונס לכסף, הקונה מפסיד.

⁶² משנה למלך הלכות גזלה ואבדה ט, ז.

⁶³ חידושי הריטב"א בבא בתרא קג ע"ב.

⁶⁴ חידושי הריטב"א בבא בתרא קג ע"ב, גם בשם הרא"ה; ר"ף, קידושין יז ע"ב (בדפי הרי"ף), בדעת הרא"ה.

⁶⁵ ר"ן על הרי"ף, קידושין יז ע"ב (בדפי הרי"ף), בדעת הרשב"א; דעה המובאת בריטב"א שם.

המחלוקת מובאת בנמוקי יוסף ב"ב נא ע"א בדפי הרי"ף (ד"ה איתמר), ובדרכי משה חו"מ רכו ס"ק ג.

ראה חוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 379, בשאלה אם מכר שבטל מקצתו בטל כולו.

⁶⁶ כך מסביר הריטב"א שם דעה זו. מהר"ן שם יוצא שטעם הרשב"א הוא שלדעתו אם המוכר סיפק כמות קטנה יותר משהוסכם, אין המכר בטל בכך.

⁶⁷ חוקת משפט פרק יא, באורים, אות סא, מדייק כך מהמב"ט (בהערה הבאה) שמחייב בנידונו רק משום שהמוכר התחייב.

⁶⁸ שו"ת מבי"ט חלק א סימן קמא.

תרופות הקונה בגין נטילת הממכר על ידי צד ג' - "אחריות"

כללי

מוכר חייב באחריות הממכר, לענין שאם בא אחר והוציא את הממכר מיד הקונה מחמת המוכר, כגון שהיה נושה של המוכר, או שהיה בעליו האמיתי של הממכר (שהמוכר גזל אותו ממנו), חוזר הקונה ונוטל מן המוכר את הכסף שנתן לו, שהרי הממכר נלקח מחמתו.⁶⁹

גם אם לא התנו שתהיה אחריות, המוכר חייב באחריות - "אחריות טעות סופר"⁷⁰, גם במכירת מיטלטלין⁷¹, בין אם מכר בשטר ובין אם מכר בלא שטר⁷². טעם הדבר הוא, שחזקה שאין אדם

⁶⁹ רמב"ם מכירה, יט, ג (קרקע או עבד או מטלטלין); שו"ע חו"מ רכה, א (קרקע או עבד או מטלטלין).
⁷⁰ ב"מ טו ע"ב; רמב"ם הלכות גזילה, יח, א, והלכות מכירה, יט, ג; הגהות אשרי בבא בתרא פרק י סימן כו, בשם הרי"ף ור"י אליקום; פסקי ריקאנטי סימן תכה, בשם ריב"ם; שו"ע חו"מ רכה, א; לבוש חו"מ קטז, א.

דעה חולקת: אור זרוע, ב"ב סי' רלב, מביא שר' ברוך מארץ יוון פוסק שאין אחריות ט"ס במכר. הגהות אשרי בבא בתרא פרק י סימן כו, ופסקי ריקאנטי סימן תכה, מביאים שרשב"ם ורבינו ברוך מארץ יון פוסקים שבמכר אחריות אינו טעות סופר. אבל מלאכת שלמה הלכות גזלה ואבדה יח, א, כותב שבמקום רשב"ם צ"ל רשב"א, שהרי רשב"ם, ב"ב קסט ע"ב (ד"ה אחריות) פוסק שאחריות ט"ס במכר.
הבחנה: נימוקי יוסף בבא בתרא פג ע"א (בדפי הרי"ף), כותב שאחריות טעות סופר רק אם הקנה (ויש גורסים בדבריו: התנה), והחידוש הוא שנחשב כאילו נכתבה אחריות בשטר אף שלא נכתבה. גידולי תרומה שער מזו אות ב, מקשה שהוא סותר למה שכתב (ראה הערה 72) שאחריות ט"ס גם אם לא היה שטר. יש להוסיף את נימוקי יוסף, ב"מ ז ע"ב (בדפי הרי"ף), הכותב שאחריות ט"ס במכר אף שלא כתב כיון שהורגלו לכתוב כך. סמ"ע, לט, ס"ק טז, כותב שנימוקי יוסף ב"ב שם כותב כך רק על נידונו שם, חיוב ערב, שאין לו הנאה מהלואה, אבל בלוה ובמוכר שקיבלו הנאה, אומרים שקיבלו על עצמם אחריות גם בסתם. ש"ך חו"מ, לט ס"ק יד, כותב שנימוקי יוסף מתכוון גם ללוה ולמוכר, אבל רק לגבי קנין בלי שטר, אלא שאחריות ט"ס רק אם התנה לכתוב אחריות אף שלא התנה לכתוב שטר, אבל אם התנה לכתוב שטר, אחריות ט"ס גם אם לא התנה לכתוב אחריות.

⁷¹ חידושי הרמב"ן, ב"ב עז ע"א; ש"ך חו"מ, סי' לז ס"ק כה, וסי' שעג ס"ק ד (על נגזל שטרף).
⁷² חידושי הרמב"ן, ב"ב עז ע"א (כי גם בלי שטר שייך הנימוק שאין אדם נותן כסף בחינם); חידושי הרשב"א קדושין כז ע"א; עליות רבנו יונה, ב"ב דף מא ע"ב ודף עז ע"א; רא"ש ב"ב פ"ג סי' לח, בשם ה"ר יונה (הובא בנחל יצחק סא, ה, ענף ה), ופרק ה סי' ה; שו"ע, חו"מ, קטז, א; נימוקי יוסף, ב"מ ח ע"ב (בדפי הרי"ף); גידולי תרומה שער מזו אות ב, בדעת הרמב"ם, הלכות מלוה, יא, ה; ב"ח, חו"מ, רכה, א; ש"ך, חו"מ, רכה ס"ק א בשם הרמב"ן ועוד.

המהדיר בשער משפט, קטז, ס"ק ב, הערה 141, מעיר שיש סתירה בדברי הרשב"א, לפי דברי משפט סי' קטז המסביר את חי' הרשב"א גיטין פו ע"ב, ע"פ הדעה (בהמשך הערה זו) שבלי שטר אין אחריות ט"ס.
דעה חולקת: ספר התרומות שער מזו, אות ב, וראב"ד, המובא בשטמ"ק ב"ב עז ע"א, ובחידושי הרשב"א קדושין כז ע"א, כותבים שאין אחריות טעות סופר בלי שטר, שכיון שלא כתב שטר, ייתכן שזה מכר "קליל" ואינו מקבל עליו אחריות, אלא אם כן התנו בפירוש שמקבל עליו אחריות. כמו כן רשב"ם ב"ב מא ע"ב (ד"ה המוכר), נוקט לגבי המוכר שדהו בפני עדים, "וקיבל עליו אחריות", משמע שאם לא קיבל אחריות, אין עליו אחריות. וכך עולה מדבריו שם מב ע"א (ד"ה אינהו). שושנת יעקב, רכה, א, ס"ק א, כותב שכך גם דעת תוס' ב"מ יד ע"א (ד"ה שעבוד) - עיי"ש בהוכחתו לכך.

שו"ך חו"מ, קטז ס"ק ה, מסביר שאין לומר שחייב באחריות בלי שטר מטעם "שעבודא דאורייתא", מפני שזה נאמר רק בלוה מטעם "עבד לוה לאיש מלוה". אבן ישראל הלכות מכירה יט, ב (ד"ה ובהכל), מסביר את כוונתו, ששעבוד נכסים שייך במי שמחויב לחברו, וחיוב אחריות הוא על הכסף שנתן הקונה (ראה בשמו בהערה 104), והרי על הכסף שנתן הקונה, נתן לו המוכר קרקע, ובינתיים אין חוב ולכן לא שייך "שעבודא דאורייתא". וכן הסביר תומים, קטז, ס"ק ד, ש"שעבודא דאורייתא" נאמר רק אם יש חיוב, וכאן אין חיוב של המוכר לקונה, שהרי אדם עשוי לקנות קרקע לזמן קצר עד שייטרף. אבל שעה"מ ה' מלוה יט, ה (ד"ה כתב), מוכיח מתוסי' ב"מ ד ע"ב (ד"ה אין, הראשון) שגם כאן "שעבודא דאורייתא" לפי מי שסובר כך בלוה.

שושנת יעקב, רכה, א, ס"ק א, כותב שגם לדעת ספר התרומות, אחריות ט"ס אם המוכר כותב שטר באחריות אף שהשטר עוד לא הגיע לקונה, כי עדי השטר מוציאים קול מיד; ועוד, שטעם ס' התרומות הוא שזה מכר קליל כיון שאין שטר ולכן מניחים שלא קיבל אחריות, אבל כשכותבים שטר, זה מראה שהקונה אינו רוצה לקנות בלי שטר, ואינו מכר קליל, ולכן אחריות ט"ס והוא גובה גם מנכסים מוכרים אף שעוד לא הגיע השטר לידו.

ב"ח, חו"מ, רכה, א, כותב שגם לדעת ס' התרומות, אחריות ט"ס בלי שטר, אלא שהקונה אינו יכול לגבות מנכסים שמכר המוכר כיון שאין שטר על המכר. גם ערוך השולחן, חו"מ, קטז, ב, מביא את הדעה החולקת על השו"ע, כאומרת רק שאם אין שטר, הקונה אינו יכול לגבות מנכסים שמכר המוכר, אם לא התנה בפירוש על אחריות; ונימק, שהיות שקונה זה שינה מהמקובל בכך שלא דרש שטר מהמוכר, יכול להיות שהסכים שלא תהיה אחריות ואף לא דיבר עם המוכר על כך. כמו כן, אבן ישראל הלכות מכירה יט, ב (ד"ה ובהכל), כותב שגם לדעת הראב"ד המוכר חייב באחריות אף בלי שטר כי אדם אינו מוציא כסף לחינם, אלא

נותן את כספו לחנם⁷³, בקניית דבר שיש סכנה שבמשך הזמן יילקח ממנו ע"י נושה של המוכר או ע"י מי שביא עדים שנגזלה ממנו, ובודאי היתה דעתו בקנייתו שבאם הממכר יילקח ממנו מחמת המוכר, שיהיה מחויב להחזיר לו את כספו, והיה לסופר לכתוב זאת מעצמו בשטר המכר אף שלא אמרו לו לכתוב, והעובדה שלא כתב היא טעות של הסופר⁷⁴.

אף במכירת שטרות אומרים אחריות טעות סופר⁷⁵.

שלשה ענייני אחריות קיימים במכר: אחריות נגד עוררים ("אחריות דמעלמא"), אם יבוא עורר המוכיח שהקרקע שלו; אחריות נגד נושה ("אחריות דמחמתיה"), אם יבוא נושה ויטרוף ממנו בחובו של מוכר; אחריות עצמו ("אחריות דנפשיה"), שלא יבוא בעצמו לתבוע ממנו. מוכר שתם מקבל עליו את כולו. אבל אם אמר שהוא מקבל על עצמו אחריות עצמו, הרי זה מיעט שאר אחריות, שהן בדרגה נמוכה יותר; ואם אמר שהוא מקבל על עצמו אחריות נגד נושה, אחריות עצמו בכלל, ומיעט אחריות נגד עוררים, שהיא בדרגה נמוכה יותר; ואם אמר שהוא מקבל על עצמו אחריות נגד עוררים, שהיא בדרגה הנמוכה ביותר, הכל בכלל⁷⁶.

המוכר חייב באחריות רק אם הוציאו את הנכס מהקונה בדיני ישראל, אבל אם יצא המקח מידו על ידי גוים, אפילו הוציא בדין המלך או בערכאותיהם, ואפילו הביא עדי גוים שהחפץ גנוב או גזול ממנו, אין המוכר חייב לשלם, מפני שזה בגדר אונס, ואין המוכר חייב באחריות אונס⁷⁷. אבל אם היה יכול להוציא ממנו אף בדיני ישראל, חייב⁷⁸. לכן אם גוי מוציא את הממכר מהקונה בטענה שהוא נגנב ממנו, והמוכר מודה שהוא שייך לאותו גוי, או שעדים מעידים שהמוכר ידע שזה גנוב ובדין לקח הגוי, זה מקח טעות, והמוכר חייב לשלם לקונה⁷⁹.

שהקונה אינו יכול לטרוף מנכסים שמכר המוכר, ורק אם כתבו שטר הקונה גובה אפילו מנכסים מכורים (כאמור ליד ציון הערה 112) משום דעיקר עשיית השטר הוא לשעבד את הנכסים כמו שכתב הרשב"ם ב"ב מב ע"א (ד"ה בשטר), והמוכר כאילו שעבד בפירוש את נכסיו לכהן, אבל בלי שטר, בלי שהתחייב בפירוש באחריות, אין מה שישעבד את נכסיו (לענין שהשעבוד יישאר גם אם יימכרו), ורק אם התחייב בפירוש באחריות, וזהו חיוב חדש שקיבל עליו, נשתעבדו נכסיו מטעם "שעבודא דאורייתא". לעומתם, שושנת יעקב, רכה, א, ס"ק א, כותב שלפי סי' התרומות, אין אחריות ט"ס בכלל אם אין שטר. גידולי תרומה שער מזו אות ב, כותב שא"א לטעון קים לי כדעה זו. אבל כנה"ג חו"מ רכה הגהב"י אות ד, כותב שאפשר לטעון קים לי כדעה זו, בצירוף דעת נימוקי יוסף (הערה 70) האומר באופן כללי שאין אחריות ט"ס בגבייה מנכסים מכורים. גם מלאכת שלמה הלכות גזלה ואבדה יח, א, כותב שאפשר לטעון קים לי כדעה זו.

⁷³ חידושי הרמב"ן, ב"ב עז ע"א; סמ"ע רמג ס"ק טז; לבוש חו"מ קטז, א.

⁷⁴ סמ"ע רכה ס"ק ד.

הפלאה, כתובות צג ע"א, כותב שתוס', כתובות שם, סוברים ש"אחריות טעות סופר" אינו מטעם שנחשב כאילו התנה אלא כי מניחים שהתנה (עיי"ש בהוכחתו לכהן).

⁷⁵ רמב"ן, המובא בספר התרומות שער נא, חלק ו אות ט; שו"ע חו"מ סו, לד.

⁷⁶ סי' המקח לרב האי גאון, שער כח; נימוקי יוסף, ב"מ ח ע"ב (בדפי הרי"ף) (הובא בדרכי משה, חו"מ, קיא ס"ק ב, ובסמ"ע רכה ס"ק א).

"שיטה", המובאת בשיטה מקובצת בבא מציעא טו ע"ב, מנמק את דעת רב האי, שהטעם שאחריות טעות סופר הוא שסתם אדם רוצה לקיים את המכר כדי שיישאר במהימנותו, וזה שייך יותר כשנושה טורף, אבל אם מתברר שהמוכר גזל את השדה, הרי אם גזל, כל שכן שלא יקפיד לקיים את מקחו. נתיבות המשפט רכה ס"ק א, מעיר שלפי נימוק זה, אם המוכר לא גזל את השדה בעצמו אלא קנה שדה גזולה, ולא ידע שהיא גזולה, ומכר אותה, הוא חייב באחריות.

דעה חולקת: "שיטה", המובאת בשיטה מקובצת בבא מציעא טו ע"ב, כותב שדברי רב האי אינם נכונים, שהרי מוכח מב"ב מד ע"ב שחובת האחריות חמורה יותר אם נמצאת שדה גזולה, שהרי אז נמצא שהמכר לא היה תקף כלל, משא"כ אם נושה טורף, שהמכר היה תקף עד אז.

⁷⁷ רמב"ם, מכירה, יט, ד; שו"ע חו"מ רכה, ב.

בב"ב מה ע"א התלמוד מנמק, שסתם גוי הוא אנס ומשקר.

כמו כן, שו"ת מהר"ם מרוטנבורג דפוס פראג סימן לה (וכן שו"ת מהר"ם מרוטנבורג דפוס קרימונה סימן קפו, מרדכי בבא מציעא סימן רצח (הובא בב"י, חו"מ, רכד, ב), תשובות מיימוניות, ספר קנין סימן ו, ורמ"א, חו"מ, רכד, א) כותב אם גוי מוציא את הממכר מהקונה בטענה שהוא נגנב ממנו, והמוכר טוען שהגוי גזל אותו שלא כדין או אומר שאינו יודע אם הוא שלו אם לאו, המקח קיים, וגם אם עוד לא שלם הקונה, הוא חייב לשלם. בנידונו היה זה סוס שהוחלף ביין, והקונה משך את הסוס והיין נשאר בידו.

⁷⁸ כסף משנה, מכירה, יט, ג.

⁷⁹ שו"ת מהר"ם מרוטנבורג דפוס פראג סימן לה; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג דפוס קרימונה סימן קפו; מרדכי בבא מציעא סימן רצח (הובא בב"י, חו"מ, רכד, ב, ובשושנת יעקב, רכה, ב, ס"ק ב); תשובות מיימוניות, ספר קנין סימן ו; רמ"א, חו"מ, רכד, א. בנידונו היה זה סוס גנוב.

אם הטורף טרף **שלא כדין**, המוכר אינו חייב באחריותו.⁸⁰

אם הקונה נתן את הממכר לנושה **מעצמו**, אף שנתן לו כדין, כגון שהלה הציג עדים - המוכר אינו חייב באחריותו.⁸¹ כשם שכל הפורע חוב של חברו מיוזמתו, חברו אינו חייב לשפותו.⁸² אבל אם התברר שהממכר גזול, והקונה מסר אותו לנגזל, הקונה יכול לדרוש מהנגזל להביא עדים בבית דין להוכיח שהוא גזול, ואז בית הדין יאשר את הטריפה, והמוכר יהיה חייב באחריותו.⁸³

גם אם הקונה **ידע** מראש שהממכר אינו שייך למוכר, ונטרף ממנו, המוכר חייב באחריותו,⁸⁴ גם במיטלטלין.⁸⁵ יש להניח שכששילם למוכר, התכוון שהכסף יהיה בפקדון אצלו עד שייטרף הממכר, ולא התכוון לתת את הכסף במתנה למוכר.⁸⁶ הקונה התכוון שהמוכר יוכל להשתמש בכסף עד שייטרף הממכר, ולכן המוכר אחראי על הכסף אחריות מוחלטת, גם לאונס.⁸⁷

בית הדין כותב לקונה **"שטר טירפא"**, שמאשר שהקרקע נטרפה מהקונה, ובעזרת שטר זה הוא תובע מהמוכר את האחריות.⁸⁸ שטר זה יכול לשמש את הקונה גם למקרה שאין למוכר במה לשלם לו עכשו, שכן בעזרת השטר יוכל לגבות מהמוכר אם יתעשר בעתיד.⁸⁹

אם הממכר **השביח** ברשות הקונה, והממכר נטרף ממנו עם השבח, אחריות המוכר מחייבת אותו לשלם גם על השבח.⁹⁰ גם שבח שהשביח מעבר להוצאות שהוציא להשבחה,⁹¹ וגם שבח שהשביח הממכר מעצמו, בלי השקעה של הקונה.⁹² המוכר חייב בכך גם אם לא התחייב לכך בפירוש,⁹³ מפני

⁸⁰ מגיד משנה, מכירה, יט, ד (הובא בשושנת יעקב, רכה, ב, ס"ק ב).

⁸¹ סמ"ע רכה ס"ק ה וס"ק ז.

⁸² נתיבות המשפט, רכה ס"ק ד.

⁸³ נתיבות המשפט, רכה ס"ק ד.

⁸⁴ רמב"ם, הלכות גזילה, ט, ז; שו"ע, חו"מ, שעג, א.

⁸⁵ ש"ך חו"מ שעג ס"ק ד; ערוך השולחן חו"מ, שעג, ד.

⁸⁶ ב"מ יד ע"ב. ראה על כך בהרחבה בחוק לישראל, מתנה, סעיף 2; ושם מבואר שבמצבים מסוימים מניחים שהקונה התכוון לתת את הכסף במתנה למוכר, והמוכר אינו חייב לשלם לו כשייטרף הממכר.

⁸⁷ רא"ש מסכת בבא מציעא פרק א סימן לט; משנה למלך הלכות גזלה ואבדה ט, ז.

⁸⁸ שו"ע, חו"מ, קטז, א (בטריפה ע"י נושה).

⁸⁹ ערוך השולחן, חו"מ, קטז, א.

⁹⁰ רמב"ם, הלכות גזילה, ט, ו; חידושי הרשב"א, ב"מ טו ע"א, ושו"ת הרשב"א חלק א סימן אלף קנה; נמוקי יוסף ב"מ ז ע"ב (בדפי הרי"ף); רא"ש ב"מ פ"א סי' לח, בסופו; טור חו"מ, שעג, א; שו"ע, חו"מ, סי' קטו, א (על נושה שטרף) (הובא בסמ"ע, רכה, ס"ק ב), וסי' שעג, א (על נגזל שטרף).

במיטלטלין: ראב"ן, ב"מ יד ע"ב (הובא בכל בו סי' קכג אות יב), מביא דין זה גם על קונה מיטלטלין. אבל ש"ך חו"מ שעג ס"ק ג, כותב שהדין אינו נוהג במיטלטלין. לחקרי הלכות (הלר), חלק א, סי' קפג, מסביר שכונתו היא שבמיטלטלין הנגזל משלם לקונה על השבח, ולכן המוכר אינו צריך לשלם. אבל הוא מעלה אפשרות שהראב"ן מדבר על מצב שהממכר השביח גם בגלל הוצאות שהוציא הקונה וגם בגלל התייקרות השער, והנגזל נותן לו את ההוצאות, ואת השאר יקבל מהמוכר.

⁹¹ ראב"ן, ב"מ יד ע"ב; ראב"ד, המובא בספר התרומות, שער ג, חלק ו, אות יג.

הרמב"ם שם ושו"ע סי' שעג שם כותבים שהנגזל ישיב לקונה את הוצאותיו, והמוכר-הגזולן ישלם לקונה את השבח שיתר על ההוצאה.

⁹² שו"ת הרשב"א חלק א סימן אלף קנה; טור חו"מ, שעג, א; לבוש, חו"מ, שעג, א; ערוך השולחן חו"מ, שעג, א.

אבל לחקרי הלכות (הלר), חלק א, סי' קפב עמי רנב, מעלה ספק האם המוכר חייב לשלם על שבח דממילא, שכן רש"י ב"מ יד ע"ב (ד"ה ויש) ותוס' ב"מ יד ע"ב (ד"ה ויש) פירשו את מה שנאמר שם שהגזול-המוכר משלם שבח לנגזל, שהוא בשבח ע"י הוצאה, וכן רי"ף, ב"מ ח ע"ב (בדפי הרי"ף), ורמב"ם, הלכות גזילה, ט, ו, כתבו רק שהקונה גובה מהגזול-המוכר שבח ע"י הוצאה, משמע שהמוכר לא ישלם לו על שבח דממילא, והטעם הוא כמו שאם הוזל מקבל מה ששילם, כי הכסף נחשב הלוואה כיון שהמכר בטל (לדעת נימוקי יוסף, בהערה 104; וראה שם שיש חולקים עליו), כך אם התייקר שלא מחמת הוצאה מקבל רק את מה ששילם, ורק לענין שבח מחמת הוצאה נחשב כמכר. מצד שני הוא מעלה אפשרות שהמוכר חייב לשלם על שבח דממילא, שהרי הרי"ף כתב שאם ידע שהממכר גזול, אין לו שבח דממילא כגון יוקר, משמע שאם לא ידע, יקבל שבח דממילא כגון יוקר; ונסביר שלטובת הקונה זה נחשב מכר, ורק אם הוזל נחשב כהלוואה.

⁹³ רמב"ם, הלכות מלוה ולווה, כא, ג; המאור הגדול, ב"מ ז ע"א (בדפי הרי"ף); מגיד משנה, הלכות גזילה, ט, ו; ש"ך חו"מ שעג ס"ק ב.

דעה חולקת: ראב"ד, בס' "כתוב שם", השגות על המאור, ב"מ שם (הובא בשטמ"ק ב"מ יד ע"ב), כותב שרק אם קיבל המוכר אחריות, חייב לשלם את השבח, אלא שדי בקבלת אחריות סתם, ואין צורך בהזכרת השבח. כמו כן, מגיד משנה, הלכות גזילה, ט, ו, כותב שהראב"ד בהשגתו שם סובר שאם לא קיבל עליו אחריות בפירוש, אינו חייב באחריות על השבח. אבן ישראל הלכות מכירה יט, ב (ד"ה והנראה), מסביר שלראב"ד דין אחריות על הקרן ודין אחריות על השבח הם שני סוגי אחריות: אחריות על הקרן היא על

שרגילים לכתוב בשטרות שהמוכר מקבל על עצמו אחריות גם על השבח, ולכן כל מי שקונה קונה על דעת שתהיה אחריות על השבח⁹⁴. בגלל התחייבות (מכללא) זו, המוכר חייב לשלם את השבח גם אם התברר שהממכר אינו שלו, כך שלולא ההתחייבות היינו אומרים שדי שהמוכר יחזיר לקונה את הכסף שנתן לו, כיון שהמכר לא היה תקף⁹⁵. אם השבח נמוך יותר מההוצאות שהשקיע, אינו זכאי לגבות את ההפרש מהמוכר⁹⁶, מפני שלגבי המוכר, ההוצאות הן רק גרמא, וגם אם קיבל על עצמו אחריות, האחריות היא על הממכר עצמו ולא על ההוצאות⁹⁷. אבל אם הקונה ידע מראש שהממכר אינו שייך למוכר, המוכר אינו חייב לשלם לו על השבח⁹⁸, שהרי מראש נתן את הכסף למוכר בתורת הלואה ולא בתורת תשלום על מכר (כיון שידע שהמכר אינו תקף), ואם יטול ממנו יותר ממה שנתן לו, זה נראה כריבית⁹⁹. יש אומרים שאם המוכר קיבל על עצמו אחריות על השבח, ועשה על כך קנין, הוא חייב לשלם לקונה על השבח, אף שהקונה ידע מראש שהממכר אינו שלו¹⁰⁰, אבל אחרים אומרים שגם אז הוא פטור מלשלם על השבח, בגלל החשש לריבית¹⁰¹.

הכסף ששילם הקונה (ראה בשמו בהערה 104), אבל אחריות על השבח הוא אחריות על השבח ממש, ולכן אחריות ט"ס רק על הקרן שהוא אחריות על הכסף ששילם, אבל על השבח אין אחריות ט"ס, אלא שאם קיבל אחריות במפורש, הוא חייב באחריות אף על השבח, משום שעל הקרן לא היה צריך להתנות, ומכאן שהתכוון לקבל גם אחריות על הקרקע והשבח.

אבן האזל הלכות גזלה ואבדה ט, ו, כותב שגם רש"י, ב"מ טו ע"ב (ד"ה ואע"פ וד"ה ואחריות), סובר כראב"ד - עיי"ש בהוכחתו שזו דעתו. אבל הוא כותב שהראב"ד דיבר רק בנגזל שטרף, אבל אם נושה טרף, הקונה מקבל את השבח מהמוכר-הלווה גם אם לא קיבל אחריות, מפני שבנושה שטרף, מעיקר הדין הנושה אינו יכול לטרוף את השבח מהקונה, וטורף רק משום שמוכר רגיל לכתוב שיספה את הקונה אם ייטרף ממנו השבח, והקונה משיב על דעת שיגבה מן המוכר כפי שכתב לו, וא"כ לא כתב לו אחריות בגלל טריפת הנושה אלא להיפך, היות שכתב לו שישלם לו על שבח לכן הנושה טורף, והטעם הוא כי המוכר-הלווה מעוניין להעמיד את הקרקע בפני הנושה, שיגבה אותה עם שבחה, ובה אומרים שגם אם לא כתב, נחשב כאילו כתב, כי בודאי על דעת כן מכר לו כיון שבסתם כך דינו של מוכר עם הלוקח, ואם אינו רוצה לקבל אחריות או שלא לשלם בעד שבח עליו להתנות; אבל בנגזל שטרף, הרי אין לגזול ענין שיטול הנגזל את השבח מהקונה, אלא שמן הדין נוטל הנגזל את השבח היתר על ההוצאה, ולכן אין אחריות ט"ס לגבי השבח.

⁹⁴ רשב"א שם; נימוקי יוסף שם; רא"ש שם; סמ"ע שעג ס"ק ד.

נחל יצחק סא, ה, ענף ה, מסביר שנוקדו לנימוק זה, מפני שהנימוק הרגיל שאחריות טעות סופר, שאדם אינו משלם לחינם (ליד ציון הערה 74), אינו שייך בשבח שבא לאדם מעבר להוצאות.

⁹⁵ שו"ת בית אפרים חו"מ סי' יח.

⁹⁶ שו"ת הרשב"א חלק א סימן אלף קנה; שו"ע חו"מ שעג, א.

אבל ערוך השולחן חו"מ, שעג, א, כותב שהוא גובה מהגזול-המוכר את ההפרש, כי ביחס למוכר הוא כיווד ברשות שזכאי לקבל את כל ההוצאות שלו.

⁹⁷ לבוש, חו"מ שעג, א.

⁹⁸ ב"מ יד ע"ב; טור חו"מ, שעג, א; שו"ע חו"מ, שעג, א; ערוך השולחן חו"מ, שעג, ד.

⁹⁹ טור, חו"מ, שעג, א; לבוש, חו"מ, שעג, א; סמ"ע שעג ס"ק ה; ערוך השולחן חו"מ, שעג, ד.

¹⁰⁰ המאור הגדול, ב"מ ז ע"א (בדפי הרי"ף); רמ"ה המובא בטור חו"מ, שעג, א; שו"ת הרשב"א ח"א סי' אלף קנה.

ערוך השולחן חו"מ, שעג, ו, מסביר שכיון שעשו קנין אינו נראה כריבית אלא היא כמכירה.

מגיד משנה, הלכות גזילה ט, ז, מביא דעה זו.

לחקרי הלכות (הלר), חלק א, סי' קפד (עמ' רנה), מדייק מתוס' ב"מ טו ע"ב (ד"ה מעות), שאם קיבל עליו אחריות משלם שבח גם בלי קנין וגם אם אין למוכר קרקע, והוא מנמק, שאם קיבל אחריות, דין קונה שידע שהממכר גזול כדין קונה שלא ידע, וכמו שאם לא ידע, מקבל שבח גם בלי קנין ובלי שיש למוכר קרקע כי התכוון למכר אמיתי, כך אם ידע והמוכר קיבל אחריות, זה מראה שהקונה התכוון למכר ולכן יקבל שבח גם אם לא עשו קנין. גם שו"ת הריב"ש סימן רנ, בסופו, מחייב אם קיבל עליו אחריות ואינו מזכיר קנין, ומנמק, שאף שהמכר אינו תקף, כל מה שהתחייב בשטר המכר מחייב אותו.

¹⁰¹ רא"ש ב"מ פ"א סי' לט; מאירי, ב"מ טו ע"ב; חידושי הר"ן, ב"מ טו ע"ב; חידושי הרשב"א, ב"מ טו ע"ב; נ"י ב"מ פ"א; ט"ז, חו"מ, שעג, א; ערוך השולחן חו"מ, שעג, ו, בדעת תוס' ב"מ טו ע"ב (ד"ה מעות).

הטור שם, ורמ"א, חו"מ, שעג, א, מביאים את שתי הדעות.

בירור הלכה, בבא מציעא טו ע"ב, ציון ה, פרק ג, מנמק דעה זו (בשם ח"י הריטב"א החדשים, שלא מצאנו), שאם קיבל על עצמו אחריות מראש, זו ריבית קצוצה, ואיסורו חמור יותר מתשלום על השבח בלי שקיבל אחריות מראש, שהוא רק אבק ריבית.

פרישה, חו"מ, שעג, א, וסמ"ע שעג ס"ק ו, וערוך השולחן חו"מ, שעג, ו, כותבים שלפי הרמ"ה, אם יש למוכר קרקע הוא חייב לתת קרקע בשווי השבח לקונה, גם אם לא קיבל על עצמו אחריות, כיון שאז אינו נראה כריבית, והוא כותב שהרא"ש מסכים אתו בזה. אבל ט"ז, חו"מ, שעג, א, כותב שלרא"ש גם אז יש חשש ריבית.

אם הממכר נלקח מהקונה משום **שלא טען** את הטענות הנכונות בבית הדין, המוכר אינו חייב לשלם ל¹⁰².

שיעור התשלום

אם הממכר התייקר, ובשעה שנלקח מהקונה הוא שווה יותר מהמחיר ששילם עליו הקונה, על המוכר לשלם לו לפי המחיר הנוכחי¹⁰³. אם הממכר הוזל, ובשעה שנלקח מהקונה הוא שווה פחות מהמחיר ששילם עליו הקונה, על המוכר לשלם לו לפי המחיר הגבוה ששילם¹⁰⁴, כדי שלא יפסיד

¹⁰² טור, חו"מ, קמו, כה (הובא בשו"ת בית רידב"ז, סי' לו), בשם רבינו יונה; מגיד משנה, הלכות טוען, יד, יד; שו"ע, חו"מ, קמו, יג; חוקת משפט פרק יא, באורים אות סא. אבל טור שם כותב בשם רשב"ם שהמוכר חייב לשלם לו.

¹⁰³ ראב"ד, המובא בספר התרומות, שער ג, חלק ו, אות יג; טור, חו"מ, קטז, ב; מגיד משנה, הלכות מלוה, כה, ז; שו"ע, חו"מ, קטז, א (על נושה שטרף); לבוש חו"מ, קטז, א; ערוך השולחן, חו"מ, קטז, ד (על נושה שטרף), וסי' שעג, ג (על נגזל שטרף); מנחת פתים חו"מ, רכה, א (אם נטרף ע"י נושה או ע"י נגזל). הראב"ד מסביר שזה כמו חיוב המוכר לשלם על שבח שהשביח הממכר (כאמור ליד ציון הערה 90). מגיד משנה נימק, שהאחריות היא על הממכר ולא על הכסף ששולם.

משנה למלך הלכות מלוה ולוה כא, א (ד"ה כתב הטור), מעיר שבמצבים מסוימים הנושה אינו זכאי לגבות מהקונה את השבח שהשביח הממכר (או שהוא זכאי רק לגבות את חלקו), ואז כמובן אין סיבה שהמוכר ישלם לקונה על ההתייקרות.

אבן ישראל, הלכות מכירה יט, ב (ד"ה והנראה) מדייק ממה שנימק הראב"ד שם "דאיל"ה הוה הפסד ללוקח בטראפא וזה המוכר כתב לו דלא פסיד כלל וזהו בכלל עמליהון ושביחיהון הכתוב בשטר", שמדובר שקיבל עליו אחריות במפורש, ולכן משלם לפי המחיר הנוכחי.

ראה הערה 92, שבסי' לחקרי הלכות מסתפק האם המוכר חייב לשלם לקונה על שבח דממילא אם נגזל טרף ממנו, והוא כולל בכלל ספקו גם התייקרות מחמת עלייה כללית של השער.

הבחנה: חידושי הריטב"א (החדשים), ב"מ טו ע"ב (ד"ה הכיר), כותב שבדרך כלל, ישלם לפי שווי הממכר הגבוה שבשעת הטרופה, אבל אם ידע הקונה מראש שהממכר גזול, יקבל מהמוכר רק את הכסף ששילם לו, כיון שהמכר בטל והוא נתן לו מראש את הכסף כפקדון בלבד.

¹⁰⁴ חידושי הרמב"ן, כתובות צב ע"ב; חידושי הרא"ה, כתובות צב ע"ב; טור, חו"מ, קטז, ב (הובא בגידולי שמואל בבא קמא ט ע"א, ד"ה והנה להרא"ש); שו"ע, חו"מ, קטז, א (על נושה שטרף); לבוש חו"מ, קטז, א; קצות החושן קטז ס"ק ב, גם בדעת תוס' ב"ק ט ע"א (ד"ה משהחזיק) ובבא מציעא יד ע"א (ד"ה עד); קובץ ביאורים בבא קמא אות ז, בדעת תוס' ב"ק שם (כמו שהיה שוה בשעת קבלת האחריות); תומים, קטז, ס"ק א, בדעת תוס' כתובות נ ע"ב (ד"ה ומאי); תומים, קטז, ס"ק ב, בדעת תשובות הגאונים הקצרות, סי' קלא.

על הוהחנת קצות החושן מתוספות, ע"י שער משפט, קטז, ס"ק א; שו"ת שואל ומשיב מהדו"א חלק ב סימן קיח; שו"ת בית אפרים חו"מ סי' יח; שושנת יעקב, רכו, ה ס"ק ד; גידולי שמואל בבא קמא ט ע"א (ד"ה והנה להרא"ש); אבן ישראל הלכות מכירה יט, ב (ד"ה ואשר וד"ה אלא); חידושי ר' נחום (פרצוביץ), בבא קמא ט ע"א, אות שו.

דעה חולקת: מגיד משנה, הלכות מלוה, כה, ז, וש"ד, חו"מ, קטז, ס"ק ג, כותבים שכאן ישלם לפי המחיר הנמוך הנוכחי. תומים, קטז, ס"ק א, מוכיח שכך דעת מהר"ם המובא ברא"ש, כתובות, פ"י, סי' ד (עיי"ש להוכחתו). מגיד משנה נימק, שהאחריות היא על הממכר ולא על הכסף ששולם. משנה למלך הלכות מלוה ולוה כא, א (ד"ה עוד יש, הראשון), ערוך השולחן, חו"מ, קטז, ד, ושו"ת שואל ומשיב מהדו"א ח"ב סי' קיח, נימקו דעה זו, שהמוכר יכול לטעון שלא גרם לקונה את ההפסד, אלא מזלו של הקונה גרם שהוזל הממכר. אבל שי למורא, סימן קלא, ס"ק יא (ד"ה וכמ"ש) כתב שטעות סופר נפל בדברי המגיד משנה, והוא לא דיבר על מקרה שהוזל.

אבן ישראל, הלכות מכירה יט, ב (ד"ה וביאור), מבאר שהמחלוקת כאן תלויה בשאלה האם האחריות על ההפסד היא על הכסף שנתן, שאם יהיה לו הפסד במה שקנה בכסף, המוכר ישלם לו, או שהאחריות היא על הממכר, שאם יהיה לקונה הפסד בממכר, המוכר ישלם לו: לפי הצד הראשון, אם הוזל נוטל לפי המחיר ששילם, ולפי הצד השני, משלם כשווי הקרקע בשעת טריפה, שזהו ההפסד שלו מהקרקע. והוא מדייק מרש"י כתובות מד ע"א (ד"ה דינא) שכתב "ונגבי מיניה מעות הכתובים כאן", מכאן שלדעתו האחריות היא על הכסף שנתן. אבל הוא מקשה לפי זה, איך ייתכן שהטור והשו"ע פוסקים כאן שאם הוזל משלם לפי שעת הקנייה, כי האחריות היא על הפסד הכסף שנתן, וגם פוסקים (בהערה 103) שאם התייקר משלם לפי שעת הטרופה, והיינו לפי הצד שהאחריות היא על ההפסד של הקרקע (הוא נוקט סתירה זו בדעת הראב"ד, אבל באמת הטור לא הביא דברים אלו בשם הראב"ד?) הוא מיישב (בד"ה והנראה) שלדעתם אחריות על הקרן ואחריות על השבח הם שני סוגי אחריות: האחריות על הקרן היא על הכסף שנתן, אבל האחריות על השבח היא על השבח ממש (ראה בשמו בהערה 94 ובהערה 103), ולכן אם התייקר משלם לפי שעת הטרופה.

הבחנות שונות: ח"י הר"ן ב"מ טו ע"ב, נימוקי יוסף ב"מ ח ע"ב (בדפי הרי"ף), ושער משפט, קטז, ס"ק א, כותבים שאם הוזל, ונגזל טרף מהקונה, המוכר ישלם כמחיר ששולם כי התברר שלא חל המכר (שער משפט מצייין שכתבו תוס' ב"מ יד ע"א (ד"ה שעבוד), שזה מקח טעות) והמחיר ששולם היה הלואה, אבל אם נושה טרף, המוכר משלם כערך הממכר בשעת הטרופה. שושנת יעקב, רכו, א, ס"ק א, מעלה אפשרות שמגיד משנה סובר כהבחנה זו. שו"ת בית אפרים חו"מ סי' יח, כותב שגם לדעה זו, אם הקונה החזיק אחרי שיצאו

הקונה¹⁰⁵. אם המחיר ששולם נמוך מערך הממכר האמיתי שבשעת המכר, על המוכר לשלם לו לפי הערך האמיתי הגבוה שהיה שווה בשעת המכר¹⁰⁶; אלא שכאן, אם הממכר הוזל, ובשעה שנלקח מהקונה השתווה ערכו למחיר ששולם, ישלם המוכר רק את הסכום הנמוך¹⁰⁷. אם המחיר ששולם גבוה מערך הממכר האמיתי שבשעת המכר, על המוכר לשלם לו לפי המחיר הגבוה ששולם¹⁰⁸, כיון שהקונה הראה שבעיניו הממכר שווה לסכום הגבוה¹⁰⁹. הכלל הוא שהולכים או לפי המחיר ששולם או לפי ערך הממכר בשעת הטריפה, הגבוה שביניהם, לטובת הקונה¹¹⁰.

עוררים על המכר, זה מראה שהוא רוצה לקיים את המכר עד שעת הטריפה ע"י הנגזל, ולכן דינו כמו נושה שטורף, שהמוכר משלם כשעת הטריפה.

שושנת יעקב, רכו, א, ס"ק א, כותב שגם לפי מגיד משנה, אם הקרקע נקבע כאפותיקי על חוב, והנושה טרף אותו, המוכר משלם לפי מחיר הקנייה, כי נושה הטורף אפותיקי נחשב כמו נגזל שטורף כי אינו נחשב של המוכר-הלווה בכלל.

שו"ת בית אפרים חו"מ סי' יח (הובא בפתחי תשובה חו"מ שעג ס"ק ב), מעלה ספק, לדעת הר"ן ונ"י, אם הקרקע היתה שווה אלף בשעת המכר, והוזלו קרקעות ועכשו היא שוה 500, אבל בגלל השבחת איכות הקרקע (מעצמה או ע"י מעשי הקונה) היא שווה אלף - האם המוכר חייב אלף כי התברר שלא חל המכר והמחיר ששולם היה הלוואה, כסברת ר"ן ונ"י, ועוד 500, בגלל התחייבות המוכר באחריות השבח (כאמור ליד ציון הערה 95), או שמא הוא יכול לטעון: "כיון שאתה רוצה באחריות על השבח, קבל את התשלום על הקרן לפי שווי הקרקע עכשו".

שו"ת שואל ומשיב מהדו"א חלק ב סימן קית, כותב שמה שכתב מגיד משנה שאם הוזל משלם המוכר כשעת הטריפה, הוא דוקא אם הקונה קנה כדין, שאז שייך לומר שמזלו גרם להוזלה, אבל אם יצאו עליו עוררין (גם בעוררים מכוח חוב) ועוד לא החזיק, כך שאין ממש במכירה, כיון שנולד מום במקח, הכסף שנתן הוא הלוואה ואין מתחשבים במה שהוזל. כנראה כוונתו היא שהמערער טרף את הקרקע, והקונה חוזר על המוכר מכוח אחריותו.

לחקרי הלכות (הלר), חלק א, סי' קפב עמ' רנב, כותב שלדעת נימוקי יוסף, אם הוזל ונגזל טרף מהקונה, המוכר ישלם כמחיר ששולם גם אם הקונה לא ידע מראש שהממכר גזול, ואף אם נאמר שאם הקונה לא ידע, המוכר משלם לקונה אפילו שבח דממילא, ואם נתייקרה משלם כשעת היוקר (ראה בשמו בהערה 92, שהסתפק בזה), כי זה נחשב מכירה גמורה ולכן אין בעיה של ריבית - נ"י סובר שרק לטובת הקונה זה נחשב מכר, אבל אם הוזל נחשב כהלוואה.

חידושי הריטב"א (החדשים), ב"מ טו ע"ב (ד"ה הכיר), כותב שבין אם נושה טרף ובין אם נגזל טרף, ישלם לפי שווי הממכר בשעת הטריפה, גם אם הוזל, אבל אם ידע הקונה מראש שהממכר גזול, יקבל מהמוכר רק את הכסף ששילם לו, כיון שהמכר בטל והוא נתן לו מראש את הכסף כפקדון בלבד.

ערוך השולחן חו"מ, שעג, ג, מביא את מחלוקת הריטב"א והר"ן לגבי קונה שלא ידע שהממכר גזול.

¹⁰⁵ קצות החושן קטז ס"ק ב.

ראה הערה 104, שאם נגזל טרף, יש נימוק נוסף: התברר שלא חל המכר והמחיר ששולם היה הלוואה. נחל יצחק סו"ס עג, בהגהה, כותב שנימוק זה שייך גם בנושה שטורף, וזאת ע"פ רש"י פסחים ל ע"ב (דה כו"ע), שלפיו נושה טורף מהקונה כי נחשב כאילו מכר דבר שאינו שלו, אלא שהמכירה חלה עד אז כי הוא כאומר "שדה זו שמישכנתי - לכשאפדנה מהמלווה, יהיה הקדש", שחל כי בידו לפדותה, וזה שייך רק אם סילק הקונה את הנושה בכסף, אבל אם הנושה טרף, בטל המכר למפרע ולכן המוכר צריך לשלם כמחיר ששולם.

¹⁰⁶ ראב"ד, המובא בספר התרומות, שער ג, חלק ו, אות יג; טור, חו"מ, קטז, ב; שו"ע, חו"מ, קטז, א (על נושה שטרף); לבוש חו"מ קטז, א; ערוך השולחן, חו"מ, קטז, ד.

¹⁰⁷ משנה למלך הלכות מלוה ולוה כא, א (ד"ה עוד יש, השני); תומים, קטז, ס"ק ב; ערוך השולחן, חו"מ, קטז, ד.

¹⁰⁸ ראב"ד, המובא בספר התרומות, שער ג, חלק ו, אות יג; שער משפט, קטז, ס"ק א; גידולי שמואל בבא קמא ט ע"א (ד"ה והנה להרא"ש); שושנת יעקב, רכו, א, ס"ק א, בדעת חידושי הרמב"ן כתובות צב ע"ב; ערוך השולחן, חו"מ, קטז, ד.

שער משפט מקשה על דין זה ועל הדין שליד ציון הערה 104, הרי המוכר יוכל לומר לקונה: "טול כשווי האמיתי הנוכחי הנמוך, ותפדה בו את הקרקע מהנושה (כפי שפסקו רמב"ם מלוה כב, טז, ס' התרומות שער ג חלק ה אות ב, ושו"ע חו"מ קג, ט, שגם אחרי שנטרף, הקונה יכול לפדות את הקרקע מהנושה) ולא תפסיד!" והוא כותב שאכן לדעת תוס' ב"ב קז ע"א (ד"ה רב), די שהמוכר ישלם את שווי הקרקע האמיתי כי הקונה יוכל לפדות מהנושה, כפי שכתבו בדומה בנידונם, אחים שחלקו ונושה נטל את חלקו של אחד מהם, שהאח השני לא צריך לתת מחלקו לאח הראשון, כי יכול לומר לו "תן כסף לנושה לפדות את הקרקע"; ואילו לרמב"ן ב"ב שם, הסובר שא"א לכוף על האח לפדות, גם כאן אין כופים על הקונה לפדות כיון שכבר חל חיוב על המוכר לשלם לקונה לפי המחיר הגבוה. אך הוא דוחה, שאולי דוקא שם הרמב"ן אומר שאין כופים כי החלוקה כבר בטלה ע"י טריפת הנושה ואם האח יפדה ממנו, אלו פנים חדשות, אבל כאן הרי האחריות של המוכר היא בגלל הפסד הקונה, וכאן שהקונה יכול לפדות, לא קיבל המוכר אחריות עדיין כיון שאין הפסד לקונה. הוא מעלה אפשרות ליישב שכאן מדובר באחד האופנים (שו"ע חו"מ קג, ל) שהקונה אינו יכול לפדות.

¹⁰⁹ ש"ך, חו"מ, קטז, ס"ק ג; משנה למלך הלכות מלוה ולוה כא, א (ד"ה עוד יש, הראשון); ערוך השולחן, חו"מ, קטז, ד.

¹¹⁰ משנה למלך הלכות מלוה ולוה כא, א (ד"ה עוד יש, השני).

לבוש חו"מ קטז, א, מסביר שהכלל מבוסס על נוסח האחריות המקובל בשטר מכר, שהמוכר כותב שישפה את הקונה גם על "עמליהו ושבחיהו" - "עמליהו" הוא שבח שכנגד ההוצאה, ו"שבחיהו" הוא מה

הרכוש של המוכר שהקונה יכול לגבות ממנו מכוח האחריות

במכר של קרקע בשטר או בעדים, הקונה גובה אפילו מנכסים שמכר המוכר לאחרים¹¹¹, מפני שכל מוכר מוכר בפרהסיא ויש לזה פרסום, ולפיכך היה לקונים להיזהר שלא לקנות קרקע ממנו עד שיוודע להם שלא מכר קרקע אחרת שאחריותה עליו¹¹². גם לעניין זה אחריות ט"ס, והקונה גובה מנכסים אלו גם אם לא התנו בפירוש שתהיה אחריות¹¹³. אבל השבח שהשביח הקרקע, שגם לגביו חייב המוכר באחריות כאמור¹¹⁴, אין הקונה יכול לגבות מנכסים שמכר המוכר¹¹⁵, מפני שלשבח אין

שהשביח יותר על ההוצאה, כולל שבח הבא מאליו כגון הוקרה, ומשתמע מזה שהמוכר מחוייב למנוע הפסד מהקונה, ולכן אם המחיר ששולם גבוה מערך הממכר האמיתי שבשעת המכר, על המוכר לשלם לו לפי המחיר הגבוה ששולם.

יש להעיר שמכל הדיון הזה מוכח שהעובדה שהממכר נטרף אינה אומרת שיש כאן מקח טעות, שהרי אילו היה מקח טעות, המוכר היה משלם בכל מקרה את המחיר ששולם.

¹¹¹ עליות רבנו יונה, ב"ב מא ע"ב; טור חו"מ, שעג, א; שו"ע, חו"מ, ס"י קטז, א (על נושה שטרף) וסי' שעג, א (על נגזל שטרף); לבוש חו"מ קטז, א; ערוך השולחן, חו"מ, ס"י קטז, ב, וסי' שעג, א. ר' יונה, השו"ע ס"י קטז והלבוש כותבים שאם אין שטר אלא עדים, הקונה יכול לגבות מנכסים מוכרים רק אם העדים מעידים שלא חתמו על שום שטר על מכר זה וגם לא היו שם עדים אחרים, שאם לא כן יש לחשוש שהקונה יטרף מהמוכר ע"פ עדים אלו ואח"כ יטרף שוב בעזרת השטר שהוא מסתיר עכשו או בעזרת עדים אחרים.

שו"ת חוות יאיר, ס"י לא (הובא בתומים, קטז, ס"ק ד), מדייק מרמב"ם הלכות גזילה, ט, ז, ומשו"ע, חו"מ שעג, א, שהדין כך גם אם הקונה ידע מראש שהממכר אינו שייך למוכר. אבל ביאור הגר"א, חו"מ, שעג, ס"ק ו (הובא בערוך השולחן חו"מ, שעג, ד), כותב שלדעת תוס' ב"מ ונ"י ב"מ ורמ"א חו"מ שעד, ב, כאן אינו גובה מנכסים מוכרים, כיון שלדעתם הדין שגזלן שמכר הקרקע שגנב ואח"כ קנה אותה מהנגזל, היא עוברת לבעלות הקונה הראשון (שו"ע חו"מ שעד, א), אינו נוהג אם הקונה ידע מראש שהיא גזולה, ולפי ב"מ עב ע"ב, שני הדינים תלויים זה בזה. כמו כן, משנה למלך הלכות גזלה ואבדה ט, ז, כותב שלדעת הטור, חו"מ, שעג, א, כאן אינו גובה מנכסים מוכרים.

תומים, קטז, ס"ק ד, כותב שלפי הדעה שישעבודא לאו דאורייתא, אם אין שטר אין הקונה יכול לגבות מנכסים מוכרים, מפני שרק אם יש שטר, חכמים תיקנו שיגבה. אבל נתיבות המשפט, קטז, ס"ק א, דוחה את דבריו.

אורים ותומים, קטז, אורים, ס"ק יא, מעלה ספק, אם הקונה לא שילם בשעת המכר אלא שילם אח"כ, ובשעת התשלום לא היו עדים - האם הוא יכול לגבות מנכסים מוכרים? ייתכן שאינו יכול, שהרי בשעת מכירה, שהיו עדים, עוד לא שילם, ואין סיבה שחייב את המוכר באחריות, וכששילם השעבוד לא יכול לחול שהרי לא היו עדים.

אם הקונה השביח את הקרקע, שאז הנושה זכאי לטרופ ממנו חצי מהשבח, יש אומרים שהקונה יכול לגבות מנכסים מוכרים רק את יתרת הקרן לאחר ניכוי מחצית השבח שנשארה בידו. ע"י על כך ברור הלכה, בבא מציעא טו ע"א, ציון ה.

¹¹² רשב"ם ב"ב מב ע"א (ד"ה מאן); רמב"ם הלכות מלוה ולוה, יא, ה; עליות דרבינו יונה, ב"ב עז ע"א; רא"ש ב"ב פ"ג ס"י לח, בשם ר' יונה; סמ"ע, קטז, ס"ק ה.

ראה הערה 72, שאבן ישראל מסביר מדוע זכאי הקונה לגבות מנכסים שמכר המוכר, ומדוע אינו זכאי אם אין שטר.

בקנין בלי שטר: סמ"ע רמג ס"ק טז, כותב שגם בלי שטר, אם עשו קנין (כוונתו לקנין סודר), הקונה יכול לגבות מקרקעות שמכר המוכר לאחרים, כיון שעדי הקנין מפרסמים את דבר המכר, כך שאנשים אחרים צריכים להיזהר לא לקנות קרקע מהמוכר הזה, כמו שפסק שו"ע, חו"מ, לט, א, לגבי גביית מלוה מנכסי הלווה, מטעם "סתם קניין לכתובה עומד". אבל רמ"א, חו"מ, רמג, ח, כותב שאם המוכר דרש שלא יכתבו שטר, אין הקונה זכאי לגבות מקרקעות מוכרים, ומנמק הסמ"ע, שכיון שהמכר דרש שלא יכתבו שטר כדי שלא יתפרסם שהוא מוכר נכסים (וייראה כאילו מצבו הכלכלי גרוע), העדים לא יפרסמו את המכר, ולא ידעו לקוחות לזהר. אבל הסמ"ע עצמו מעלה אפשרות שגם כאן, גובה הקונה מנכסים מוכרים, שלא כרמ"א.

סוג הקרקע: גידולי שמואל, כתובות צג ע"א, כותב שיש שיטה שהמוכר משלם את האחריות בזיבורית (והיינו גם בזיבורית שלו). ולא מצאנו מקור לכך.

¹¹³ טור חו"מ, שעג, א; שו"ע, חו"מ, קטז, א; לבוש חו"מ ס"י קטז, א (על נושה שטרף), וסי' שעג, א (על נגזל שטרף); ערוך השולחן, חו"מ, ס"י קטז, ב, וסי' שעג, א.

¹¹⁴ ליד ציון הערה 90.

¹¹⁵ גיטין מח ע"ב; רמב"ם, הלכות מלוה ולוה, כא, א; טור חו"מ, שעג, א; שו"ע, חו"מ, ס"י קטו, א (על נושה שטרף), וסי' שעג, א (על נגזל שטרף); ערוך השולחן חו"מ, שעג, א.

נכסים שמכר אחרי הטריפה: תוס', ב"מ יד ע"ב (ד"ה תריף) (הובא בשו"ע חו"מ, ס"י קטו ס"ק יא, וסי' קטז, ס"ק ב), כותבים שהקונה יכול לגבות את השבח מנכסים שמכר המוכר אחרי הטריפה, כיון שהחסרון בשבח הוא שאינו קצוב, והרי בשעת הטריפה כבר היה קצוב. אבל שו"ע חו"מ, קטו ס"ק טו, כותב שמסתנימם דברי הרמב"ם ושאר פוסקים, משמע שאינו גובה אפילו מנכסים אלו; והוא כותב שמהרש"א, ב"ב קנז ע"ב, הבין שתוס' ב"ב שם (ד"ה גובה) סוברים כך (ואינו מפורש בדברי מהרש"א); והוא מנמק, שכיון שהשבח לא היה קצוב בשעה שהשתעבדו נכסי המוכר, לא פלוג גם אם נעשה אח"כ קצוב, ועוד, שהנימוק (ליד ציון הערה 118) שהשבח אינו כתוב, קיים גם כאן. והוא נשאר בצ"ע לדינא.

קצבה¹¹⁶, ואילו היה הקונה יכול לגבות את השבח מנכסים מכורים, אף אחד לא היה קונה קרקע מחברו, שמה תיטרף ממנו מחמת השבח, שאי אפשר למדוד אותו¹¹⁷; ועוד, ששטר המכר לא היה על השבח, ורק מה שכתוב בשטר יוצר פרסום שמאפשר גבייה מנכסים מכורים¹¹⁸.

לעניין גביית הקונה ממטלטלין של המוכר, לא אמרו שאחריות ט"ס הוא, ולכן אינם משועבדים לקונה בסתם עד שיתנה על כך בפירוש ויכתוב בשטר¹¹⁹.

נכסים שקנה המוכר אחרי המכר אינם משועבדים לקונה לענין אחריות, אם מכר אותם או נתן אותם לאחרים, אלא אם התנה על כך בפירוש, אבל אם לא התנה אינם משועבדים¹²⁰, מפני שאין אומרים אחריות טעות סופר במה שיקנה¹²¹, מפני שלא סמכה דעתו של הקונה על מה שלא היה בידי המוכר¹²². ויש סוברים שאחריות טעות סופר אף במה שיקנה, כיון שהוא ראוי להשתעבד¹²³, ומכל מקום אם פירש אחריות בשטר ולא כתב בכללה מה שיקנה, אין אומרים טעות סופר היא, מפני שהעובדה שפירש אחריות באופן חלקי, מוכיחה שהתכוון שבשאר לא תהיה אחריות¹²⁴. הש"ך עושה הבחנה: אם ידוע שלא התנו שתהיה אחריות, אין סיבה להניח שקיבל אחריות על מה שיקנה, ודוקא בנכסים שכבר היו למוכר, יש להניח שדעת הקונה היתה שיהיו משועבדים לו, כי אין אדם נותן כסף בחינם, אבל בנכסים שיקנה המוכר אח"כ אין לומר שהיתה דעת הקונה עליהם שהרי לא היו בפניו; אבל אם ייתכן שהתנו שתהיה אחריות, אלא שהסופר טעה ולא כתב, יש להניח שהתנו אף על מה שיקנה, שהרי קונה מן הסתם דואג להבטיח את עצמו ככל שהוא יכול¹²⁵. לגבי מטלטלין שקנה המוכר אחרי המכר, אפילו התנה בפירוש שכל המטלטלים יהיו משועבדים אגב קרקע, זה דוקא במטלטלים שקנה אבל לא שיקנה¹²⁶.

התנאה שלא תהיה אחריות

מוכר שהתנה בפירוש שהוא מוכר **שלא באחריות**, ובא נושה של המוכר וטרף את הממכר, אינו מחזיר כלום לקונה, מפני שאדם עשוי לקנות קרקע בשביל פירותיה ליום אחד; וכן אם נודע שהיא גזולה, שנתברר שמעולם לא היתה מכירה כלל, והוציא הנגזל מיד הקונה, אין המוכר חייב באחריותו, מפני שכל תנאי שבממון קיים¹²⁷. אין אומרים שאם נודע שהממכר גזול, ייחשב כמקח

ערך השולחן חו"מ, שעג, א, כותב שהקונה יכול לגבות מנכסים שמכר המוכר אחרי שעמד בדין על השבח, מפני שמשעת העמדה בדין יש קול.

¹¹⁶ גיטין נ ע"ב; רמב"ם, הלכות מלוה ולוה, כא, א.

¹¹⁷ רש"י, בי"מ יד ע"ב (ד"ה מפני).

¹¹⁸ גיטין נ ע"ב; רא"ש, גיטין, פ"ה, סי' ג.

¹¹⁹ ש"ך, חו"מ, קיב ס"ק א.

¹²⁰ רמב"ם מלוה ולוה יח, א (על שעבוד נכסי לוה למלוה); שו"ע חו"מ קיב, א (על שעבוד נכסי לוה למלוה).

¹²¹ מ"מ מלוה ולוה יח, א, בשם בעל העיטור (על שעבוד נכסי לוה למלוה); ספר התרומות שער מג, חלק ד אות ד (על שעבוד נכסי לוה למלוה).

¹²² סמ"ע, קיב ס"ק א (על שעבוד נכסי לוה למלוה).

¹²³ מ"מ מלוה ולוה יח, א, בשם רשב"א (על שעבוד נכסי לוה למלוה); טור חו"מ קיב, ב, בשם הרא"ש; נמוק"י ב"ב עד ע"א (בדפי הרי"ף) בשם הריטב"א; רמ"א, חו"מ, קיב, א, בשם י"א.

¹²⁴ נמוק"י שם; רמ"א שם.

¹²⁵ ש"ך, חו"מ, קיב ס"ק א, גם בדעת הרמב"ם, בדעת סמ"ג עשין צד, ובדעת העיטור מאמר רביעי אחריות דף יא ע"א (בדפוס ונציה). ועי' סמ"ע וש"ך סי' קטו. ועי' אנציקלופדיה תלמודית, ע' גביית מלוה, על גבייה משבח שהשביחו הנכסים אח"כ.

¹²⁶ ש"ך, חו"מ, קיב ס"ק א. הוא מקשר זאת לדין (ליד ציון הערה 119) שבמטלטלין אין אחריות ט"ס. נראה שכוונתו היא, שלכן התנאתו אינה מיותרת, אלא היא נצרכת לאחריות המיטלטלין הקיימים, ולכן אין סיבה לפרש שהיא גם על המטלטלין שיקנה.

¹²⁷ רמב"ם מכירה יט, ה; ר"ן על הרי"ף, כתובות נא ע"א (בדפי הרי"ף); שיטה מקובצת, בבא קמא ט ע"א, בשם גאון; מאירי, בבא קמא ט ע"א; שו"ע חו"מ, רכה, ה; גידולי תרומה שער מג חלק ב אות ב, בדעת סי' התרומות שם.

אבל לחם משנה, הלכות עדות טז, ד, כותב בדעת הרמב"ם, שגם אם התנו שאינו חייב באחריות, חייב לשלם אם התברר שהשדה גזולה, ופטור מאחריות רק אם התנו בפירוש שיהיה פטור גם אם תימצא השדה גזולה. אבל גידולי תרומה שער מג חלק ב אות ב, וש"ך חו"מ, לו ס"ק כה, כותבים שדי להתנות באופן כללי שאינו חייב באחריות.

חוקת משפט פרק יא, מקורות אות כ, מביא שתוס' שאנץ המובא בשטמ"ק ב"מ יד ע"א, אומר שרק אם התנו שלא יחזור עליו גם אם יימצא שהממכר גזול, המוכר אינו חייב באחריות מהנגזל. אבל תוס' שאנץ כותב כך לפי שמואל הסובר שאין אחריות ט"ס במכר, וכתב שגם לדעתו, בסתם חייב באחריות אם נמצאת

טעות כמו הקונה ממכר פגום, והמוכר יצטרך להחזיר לקונה את מה ששילם - אין אומרים כך, מפני שהעובדה שהקונה לא בדק כראוי למי שייך הממכר, מראה שהוא רוצה להשתמש בו גם אם הוא גזול, ואין זה פגם עצמי אלא מצד איסור גזל¹²⁸. זאת ועוד: היות ששילם מרצונו, בלי אחריות, יש להניח שהתכוון שאם יתברר שהממכר גזול, הכסף יהיה **מתנה**¹²⁹.

אבל המוכר קיבל עליו אחריות **עצמו**. לפיכך, ראובן שמכר שדה לשמעון שלא באחריות וחזר וקנאה משמעון באחריות, ונושה של ראובן טרף אותה ממנו, אינו יכול לחזור על שמעון, שאף על פי שלא קיבל עליו אחריות כלפי שמעון, אחריות עצמו קיבל עליו, שלא יהיה הוא המוכר והוא המוציא לעצמו¹³⁰. אבל אם התברר שהשדה גזולה והנגזל טרף אותה מראובן, שמעון חייב באחריותו, כי דוקא כשנושה של ראובן טרף, זה נחשב אחריות עצמו כיון שנושה טורף מכחו של המוכר-הלווה, כיון שבעל הקרקע משועבד לו, אבל כשנגזל טורף, אינו מכוחו של הגזלן, אלא משום שהקרקע שלו, ולכן אין זה בגדר אחריות עצמו, ושמעון חייב באחריות¹³¹.

יש אומרים **שבמטלטלין** חייב באחריות אם נודע שהיא גזולה, גם אם התנו שאינו מקבל אחריות¹³², מפני שאין דרך בני אדם לקנות מטלטלין לזמן קצר בלבד¹³³. אבל אחרים אומרים שגם במטלטלין ההתנאה פוטרת¹³⁴.

פתרון אפשרי לקונה בלי אחריות, היא לקנות את שטר החוב מן הנושה של המוכר, ואז יוכל לגבות מן המוכר את הסכום, וכך ימנע את הפגיעה בו עקב שעבוד הממכר לנושה; אלא שפתרון זה קיים רק כל זמן שלא נלקח ממנו הממכר, אבל אם נלקח, כבר בטל כוחו של שטר החוב¹³⁵; וגם לפני שנלקח ממנו הממכר, הנושה רשאי לסרב לשתף פעולה עם פתרון זה¹³⁶, ואין לומר כאן "כופין על מדת סדום", שהרי ייגרם בזה נזק ללווה, והנושה איננו ערב בעד קנייתו שלא באחריות, שיהיה מחוייב לדאוג שלא יפסיד הקונה¹³⁷.

גזולה, ופטור רק אם אמר בפירוש שלא יחזור עליו; ואין ללמוד מדבריו שאם התנו בסתם שאינו חייב באחריות, זה מועיל רק לגבי טריפת נושה ולא לגבי טריפת נגזל.

אם לא החזיק בה: ר"ן על הרי"ף, כתובות נא ע"א (בדפי הרי"ף), ומאירי, בבא קמא ט ע"א, כותבים שאם לא החזיק הקונה בממכר, היינו שלא עשה מעשה שמגלה על גמירת דעת (ראה בשם הרי"ן בהערה 47), יכול לבטל את המכר, ויקבל את כספו חזרה. אבל הרי"ן מביא שהרמב"ן כתב שגם קודם שהחזיק בה, אם נטרף ממנו אינו יכול לבטל את המכר.

הבחנה: ישועות ישראל, לו, עין משפט, ס"ק יא, כותב בדעת הרמב"ם שאם גזל בעצמו ומכר, חייב גם אם התנו שהמוכר בלי אחריות, כמו שהמוכר "על מנת שאין בו אונאה", והיה בו אונאה, התנאי בטל, ואין לך אונאה גדולה מזו, שלא אמר לו שגזל את השדה; והתנאי מועיל לפטור מאחריות רק אם השדה לא היתה שלו מסיבה אחרת (כגון שקנה אותה מגזלן), ואז התנאי מועיל כאילו אמר לו שאין לו ראייה גמורה שהיא שלו וזה כמו "דע שזה שווה מאה ואני מוכר במאתיים", שהתנאי מועיל.

דעה חולקת: ר' ישעיה, המובא בשטמ"ק ב"ק ט ע"א, כותב שבמוכר שלא באחריות ונמצאת שאינה שלו חוזר עליו. כמו כן, גידולי תרומה שער מג חלק ב אות ב, כותב שתוס' ב"ב מה ע"א (ד"ה אי) סוברים כרב פפא שבמוכר שלא באחריות ונמצאת שאינה שלו חוזר עליו (עיי"ש להוכחתו שזו דעתם).

¹²⁸ חידושי הרי"מ, כתובות צג ע"א.

¹²⁹ שיעורי ר' דוד (פוברסקי), בבא קמא ט ע"א, אות תקפב.

¹³⁰ כתובות צא ע"ב-צב ע"א; רמב"ם מכירה יט, י; שו"ע חו"מ, רכו, ב; ערוך השולחן חו"מ, רכו, ב. אבל סמ"ע, רכו, ס"ק ח (כמוסבר בשושנת יעקב, רכו, ג ס"ק ב), כותב שאם זו זכות שהגיעה לראובן אחרי שמכר לשמעון, הוא יכול לתבוע אחריות משמעון, ולכן אם שמעון היה חייב לאביו של ראובן, וראובן ירש את החוב אחרי שמכר לשמעון, שזו זכות שבאה אחרי המכר, יכול ראובן לגבותו לעצמו מהקרקע עבור חובו (טריפה וירטואלית, כיון שהקרקע נשארת בבעלותו), ולגבות משמעון בגלל אחריותו.

¹³¹ שו"ת רעק"א מהדו"ק, סי' קמח.

¹³² דרישה חו"מ, לו, ט, בדעת הרמב"ם; גידולי תרומה שער מג חלק ב אות ב, בדעת הרמב"ם; ש"ך חו"מ, לו ס"ק כה, בדעת הרי"ף והרמב"ם; תומים לו ס"ק יד בדעת הרמב"ם.

¹³³ דרישה חו"מ, לו, ט; גידולי תרומה שער מג חלק ב אות ב.

¹³⁴ ש"ך חו"מ, לו ס"ק כה, בדעת רא"ש ב"ב פ"ג ס"י מד, בדעת טור, חו"מ, לו, ט, בדעת רשב"ם ב"ב מד ע"ב (ד"ה ורב זביד), בדעת נמוקי יוסף ב"ב כד ע"ב (בדפי הרי"ף), ובדעת הגהות מיימוניות הלי עדות, פט"ז אות א.

¹³⁵ ראב"ד, המובא בספר התרומות, שער ג, חלק ו, אות יג; טור, חו"מ, קטז, ד; שו"ע, חו"מ, קטז, ב; לבוש חו"מ קטז, א; ערוך השולחן, חו"מ, קטז, ו.

¹³⁶ ראב"ד, המובא בספר התרומות, שער ג, חלק ו, אות יג; טור, חו"מ, קטז, ד; לבוש חו"מ קטז, א; ערוך השולחן, חו"מ, קטז, ו.

¹³⁷ ערוך השולחן, חו"מ, קטז, ו.

אם הקונה **טרם שילם** את המחיר למוכר, והתברר שהממכר לא היה של המוכר, ובעליו האמיתי טרף אותו מהקונה - הקונה פטור מלשלם את המחיר למוכר, אף שהתנו שלא תהיה אחריות, כי התברר שהמכירה לא היתה תקפה, שהרי אין גזלן יכול למכור, ואין מה שמחייב את הקונה לשלם¹³⁸.

חובת הודעה - ס"ק ב

עמדת החוק

ס"ק ב מחייב את המוכר לגלות לקנות כל תביעת זכות של צד ג', שהוא יודע או שעליו לדעת זאת, כדי לאפשר לקונה לדעת איך לנהוג, ועוד, שהעלמת הדבר היא חוסר תום לב.

גם אם המוכר לא גילה מה שהיה חייב לגלות, זה לא תמיד אומר שהפר את חובתו שבס"ק א'¹³⁹.

סוג "תביעת הזכות": בכלל זה תביעת זכות הנוגעת לממכר באופן ספציפי, כגון אם צד ג' טוען שהוא נגנב ממנו, וגם זכות שאינה נוגעת לממכר זה באופן ספציפי אלא לקבוצת נכסים הכוללת את הממכר, כגון אם הוגשה בקשה להכריז על המוכר כפושט רגל, ואז הממכר עלול להיכלל בזה. בכלל זה גם תביעה המתייחסת רק לחלק מהממכר, או לחילופין או בעקיפין¹⁴⁰.

תביעה שתוקפה קלוש: הוא חייב להודיע גם אם תביעת אותו צד ג' היא תביעה מופרכת וקנטרנית¹⁴¹. הרחבת חובת הגילוי לתביעה שתוקפה קלוש מאזנת את צמצום חובת המוכר שבס"ק א', שאינה חלה על תביעה מופרכת¹⁴². חובת ההודעה חלה גם לגבי זכות שלא נתבעה בבית משפט, שלא הוצגה באופן פורמלי או שלא הוצגה כלל. אם המוכר יודע שהנכס גזול, עליו להודיע על כך לקונה גם אם הנגזל אינו יודע שהנכס נגזל ממנו (אף שאז אין אפילו תביעה של הנגזל על הנכס). אם נרשם משכון על הנכס, על המוכר להודיע על כך לקונה גם אם מבחינה מהותית פקעה זכות בעל המשכון ורק מסיבה טכנית לא נמחק. גם אם בכגון זה אין זה "תביעת זכות", יש ללמוד חובה זו בהיקש מהסעיף או מחובת תום לב¹⁴³.

ידיעת המוכר על הזכות: מה שאדם סביר היה יודע באותן נסיבות ע"פ אמת מידה היפוטטית - נחשבת ידיעה. די שידע על תביעת הזכות, גם אם אינו יודע האם צד ג' מתכוון לממש את התביעה, או אינו יודע כמה הזכות עלולה לפגוע בקונה. הוא חייב להודיע גם אם הוא חושב שהצד ג' יוותר על התביעה או שהתביעה חסרת בסיס¹⁴⁴.

זמן ידיעת המוכר: מלשון הסעיף "לפני מסירת הממכר" עולה שחובת ההודעה חלה רק על מה שהמוכר ידע לפני המסירה. אין חובת הודעה לגבי מה שנודע למוכר רק אחרי המסירה, כגון שאחרי המסירה נודע לו שהנכס גנוב או שמישהו תבע אותו בטענת גזילה, או שנודע לו שהממכר מפר זכות קנין רוחני של צד ג'. אבל אם הוסכם שההקנייה תהיה אחרי המסירה, ובין המסירה להקנייה נודע למוכר שמישהו טוען שעשה חוזה מכר על הקרקע לפני שנמכר למוכר, חייב המוכר להודיע לקונה כדי שהקונה ידע אך לנהוג, וזאת בגלל חובת תום לב¹⁴⁵. בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, סעיף 174, המקביל לסעיפנו, הושמטו המלים "לפני מסירת הממכר", ובדברי ההסבר נאמר שהטעם לכך הוא שאין הצדקה לפטור את המוכר מהודעה רק משום שהממכר כבר נמסר לקונה.

¹³⁸ חידושי הרי"מ, כתובות צג ע"א, בדעת רש"י; שיעורי ר' דוד (פוברסקי), בבא קמא ט ע"א, אות תקפא; חידושי ר' נחום (פרצוביץ), בבא קמא ט ע"א, אות ש ואות שב ואות שד.
אבל אח"כ הרי"מ מעלה אפשרות שבכך שהתנו שלא תהיה אחריות, הראה שהוא קונה על הספק, והיה מוכן שהממכר יהיה בידו רק לזמן קצר עד שייטרף מידו. הוא מעלה גם אפשרות לעשות הבחנה: אם עשה קנין חזקה, קנה על הספק כאמור וחייב לשלם; אבל אם קנה בשטר, לא שייך לומר שכיון שקנה על הספק יצטרך לשלם, כי בדבר גזול לא שייך לכתוב בשטר "שדי קנויה לך", ואין השטר כלום.
ר' נחום שם, אות ש, מדייק מרמב"ן, המובא בר"ן על הרי"ף, כתובות נא ע"א (בדפי הרי"ף), שכאן הקונה חייב לשלם, ונשאר בצ"ע, מדוע.

¹³⁹ זמיר § 357.

¹⁴⁰ זמיר § 372.

¹⁴¹ זמיר § 356-357.

¹⁴² כפי שראינו ליד ציון הערה 11.

¹⁴³ זמיר § 371.

¹⁴⁴ זמיר § 373.

¹⁴⁵ זמיר § 374.

דיני ההודעה: על ההודעה חל חוק החוזים (חלק כללי), סעיף 60, ולכן צורת ההודעה צריכה להיות בהתאם למוסכם או לנוהג או "בדרך המקובלת". ההודעה מועילה רק אם הגיעה ליעדה, ואין כאן ההקלה שבסעיף 17(ב) שדי לשלוח בדרך המקובלת, גם אם לא הגיעה למוכר. הקלה זו ניתנה רק לקונה שנפגע מהפרת חוזה, ולא למוכר, שאינו הנפגע. ההודעה צריכה לכלול פירוט סביר של תביעת הזכות, זהות אותו צד ג', מקור זכותו, טענותיו וכדומה. המוכר צריך לענות לשאלות הקונה, ולערוך את מה שדרוש כדי שהקונה יקבל את המידע על הפגם. אם הקונה ידע ממקור אחר על הזכות של צד ג', או שקיבל את ההודעה אף שלא נמסרה בדרך הראויה, לא יוכל לתבוע תרופות על הפרת המוכר, כי זה חוסר תום לב¹⁴⁶.

מועד ההודעה: היות שזה חובה על המוכר, יש לפרש באופן קפדני את דרישת הסעיף, שיודיע "מיד" - תוך זמן קצר ככל האפשר מהרגע שנודע לו (או שהיה לו לדעת) על הזכות¹⁴⁷. חובת המוכר להודיע לקונה מתחילה עוד לפני הכריתה וממשיכה לאחר המסירה וההקנייה, אף שהחובה להעביר זכות נקיה מזכות של צד ג' היא לפי מועד המסירה, כאמור לעיל. הוא חייב להודיע גם על זכויות שהיו לפני הכריתה¹⁴⁸. עליו להודיע לפני המסירה, שהרי ההודעה צריכה לבוא "מיד" אחרי הידיעה, והידיעה היא "לפני מסירת הממכר". הוא חייב להודיע גם לפני כריתת החוזה, אם נודע לו אז, מטעם חובת תום לב, ומטעם דין הטעיה שבחוק החוזים¹⁴⁹.

תרופות הקונה: אם המוכר לא הודיע, זו הפרת חוזה, שיש לקונה תרופות בגינה. זאת בשונה מחובת המוכר להודיע על אי התאמה, בסעיף 16, שהפרתה אינה מזכה את הקונה בתרופות, אלא רק פוטרת את הקונה מנטלים מסוימים המוטלים עליו כתנאי לתרופות בגין אי התאמה. חובת ההודעה כאן חמורה יותר, כדי למנוע מהקונה נזק ואי נעימות במאבק מול צד ג'; ולא די בתרופות שיש לקונה מול המוכר על הפרתו, מכוח ס"ק א, כדי לרפא פגיעה זו¹⁵⁰. אם הופרה גם החובה שבס"ק א, יש לקונה תרופות על שתי הפרות. בדרך כלל לא יוכל הקונה לדרוש אכיפה, שהרי אם נודע לקונה שהמוכר יודע על תביעת הזכות, ולא הודיע לו, נמצא שהקונה יודע על כך ואין צורך לאכוף על המוכר להודיע לו. אבל יוכל לאכוף עליו להודיע לו פרטים שאינו יודע. אשר לתרופות הביטול, בדרך כלל לא תהיה חשיבות רבה להבחנה בין הפרה יסודית לשאינה יסודית לענין זה, כי הנפקות של מתן ארכה למפר לקיים את חיובו לא שייכת, כי אם הקונה תובע סימן הוא ידע על הזכות ואין צורך שהמוכר יודיע לו. אלא שאם ההפרה אינה יסודית, לא יוכל הקונה לבטל את הביטול אינו צודק, לפי חוק החוזים (תרופות), סעיף 7(ב). אם הופרה רק חובת הגילוי ולא הופר ס"ק א, בדרך כלל זו הפרה שאינה יסודית¹⁵¹.

התנאה: הוראת ס"ק ב היא קוגנטית, כמו סעיף 16, כי חובת הגילוי היא אחד הביטויים של חובת תום הלב. לכן לא מועיל להתנות שהמוכר לא יצטרך לגלות שיש תביעת זכות לצד ג', ואינו יכול לפטור את עצמו אף מחובת הגילוי של מידע שלא ידע אלא היה עליו לדעת¹⁵².

השפעת ההודעה על זכות הקונה: אם זה נכס נד, ויש לצד ג' זכות קודמת, יתכן שהודעת המוכר לקונה לא תפגע בתום לבו של הקונה, ועדיין תחול תקנת השוק, בהנחה שלענין תקנת השוק מה שקובע הוא ידיעת הקונה בשעת העברת החזקה בממכר, ולא בשעת ההקניה. אם זה קרקע, הודעת המוכר לקונה תמנע מהקונה אפשרות לסמוך על חוק המקרקעין סעיפים 9-10, אבל אסור למוכר להסתיר את הפגם כדי להגן על הקונה¹⁵³.

הרחבת חובת ההודעה: המוכר צריך לתת לקונה הזדמנות נאותה לבדוק את הזכויות בממכר, אף לפני מועד המסירה. כך יש ללמוד מחובת הגילוי, וגם בהיקש מסעיף 13(ג). לדוגמה, אם הממכר מושכר או מופקד בידי אחר, זכאי הקונה לעיין בחוזה שבין המוכר למחזיק¹⁵⁴.

¹⁴⁶ זמיר § 369.

¹⁴⁷ זמיר § 370. אבל הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, סעיף 174, נוקטת במקום "מיד" - "תוך זמן סביר מהמועד שידע".

¹⁴⁸ זמיר § 352.

¹⁴⁹ זמיר § 374.

¹⁵⁰ זמיר § 368. אבל הוא מתקשה בזה, שכן גם באי התאמה, הסתרת הפגם יכולה לגרום לקונה אי נעימות, אם הוא מוכר את הממכר לאדם אחר, והלה תובע אותו על אי התאמה.

¹⁵¹ זמיר § 376.

¹⁵² זמיר § 377.

¹⁵³ זמיר § 374, הערה 118.

¹⁵⁴ זמיר § 375.

עמדת המשפט העברי

לפי המשפט העברי, אם המוכר הודיע לקונה על כך שיש לצד ג' תביעה על הממכר, הוא רשאי למכור אותו¹⁵⁵. כפי שראינו במבוא, המשמעות היא שבעצם אין חובת הודעה, אלא ההודעה היא אמצעי להיפטר מן האיסור למכור ממכר שיש עליו זכות של צד ג', וזאת גם אם הזכות היא זכות ממשית.

הצעת נוסח ע"פ המשפט העברי

(ב) החובה שבס"ק א אינה חלה אם המוכר הודיע לקונה לפני מסירת הממכר על כל תביעת זכות לגבי הממכר¹⁵⁶.
[יחוקקי ישראל ע"פ ההלכה" מציעים להשאיר את הנוסח הקיים בלי שינוי].

¹⁵⁵ רמב"ם הלכות מכירה, יט, א; סמ"ג לאוין קע (סא ע"א); טור חו"מ, רכו, ד; שו"ע חו"מ, רכו, ו; חוקת משפט, פרק יא, סעיף טז.
¹⁵⁶ ראה ליד ציון הערה 4, שלפי המשפט העברי אין חובה להודיע, אלא ההודעה פוטרת.