

## סעיף 2 הספקת נכס

הספקת נכס  
2. חוזה להספקת נכס שיש להפיקו או לייצרו, רואים אותו כחוזה מכר, זולת אם המזמין קיבל עליו לתת את עיקר החמרים הדרושים להפקת הנכס או לייצורו.

התוכן

### מבוא 1

#### מכר ריאלי של נכס עתידי 2

א. כללי 2

ב. הרחבת בטלות המכר 6

ג. מה נחשב "דבר שלא בא לעולם" 10

ד. חריגים 12

(1) נכס לפירותיו 12

(2) הודאה 16

(3) מנהג 16

(4) אב המקנה לבנו 18

(5) "לכשיבוא לעולם" 20

(6) הקנאה הדדית 21

(7) שבועה 22

(8) לשון חיזוק בשטר 23

(9) כדי להימנע מאיסור 24

(10) שונות 24

ה. תפיסה 27

ו. נכס שאינו בבעלות המוכר אבל יש לו זיקה אליו 30

ז. המוכר דבר שאינו שלו, ואחר כך קנה אותו מבעליו 33

#### התחייבות למכור נכס עתידי 35

#### הצעת נוסח ע"פ המשפט העברי 42

### מבוא

עניינו של סעיף זה לענות על השאלה: האם חוזה להספקת נכס שאיננו קיים, אלא המתחייב לספק אותו אמור לייצר אותו (או להפיק אותו) תחילה, נחשב חוזה מכר או חוזה קבלנות? הנפקות משאלה זו היא איזה חוק יחול על חוזה זה: חוק המכר או חוק חוזה קבלנות. השאלה מתעוררת מכיון שההתחייבות כוללת שני מרכיבים: התחייבות לייצר את הנכס, והתחייבות לספק את הנכס לקונה. בתשובה לשאלה זו, הסעיף עושה הבחנה בין חוזה שלפיו עיקר החמרים הדרושים לייצור הנכס יהיו משל המזמין, לבין חוזה שלפיו הם משל הספק: במקרה הראשון לפנינו חוזה קבלנות, מכיון שעיקר תפקידו של הספק הוא בייצור, ואילו במקרה השני לפנינו חוזה מכר, מכיון שעיקר תפקידו של הספק הוא בהקניית הנכס בכללו למזמין. הוראה זו מקבילה לחוק חוזה קבלנות, סעיף 8(ב): "על חוזה להספקת נכס שיש להפיקו או לייצרו, והקבלן קיבל עליו לתת את עיקר החומרים הדרושים לכך, יחולו הוראות חוק המכר, התשכ"ח-1968".

<sup>1</sup> בשאלת סיווגה של עיסקה נתונה כמכר או קבלנות, ראה זמיר 112§-95§.

אגב, עולה מן הדברים שכותרת הסעיף, "הספקת נכס", אינה מבטאת בכלל את נושא הסעיף.

<sup>2</sup> אבל הצעת חוק דיני ממונות, תשע"א-2011, סעיף 189, נוקטת בדרך אחרת: "היה ביצוע המלאכה כרוך בהספקת חומרים שיספק הקבלן על פי החוזה או על פי הנסיבות, יחולו על הספקת החומרים הוראות פרק ראשון: חוזה מכר בחלק משנה שלישי, בשינויים המחויבים". בדברי ההסבר שם נאמר: "מוצע להבחין בין חלקים שונים של חוזה לביצוע מלאכה כרוך באספקת חומרים, ולהחיל על כל חלק מן העסקה את הדין המתאים לו. על החלק הנוגע להספקה, יחול דין המכר, ועל חלק המלאכה - דין הקבלנות". עוד נאמר שם: "הסעיף המוצע תואם את עמדת המשפט העברי (קצות החושן, סימן שלט, ס"ק ג; נתיבות המשפט, סימן שו, ס"ק ג)". הכוונה היא, שהכלל הוא ש"אין אומן קונה בשבח כל"י" (שו"ע, חו"מ, שו, ב), כלומר שאם קיבל חומרים מהמזמין לתקן או לעשות מהם כלי, מיד כשהשביח את החומרים, השבח נקנה לקנה למזמין

מכלל הדברים עולה שהחוק מכיר בתוקפו של חוזה למכירת דבר שאינו קיים בעת כריתת החוזה. עיקר דיוננו בסעיף זה יהיה סביב נקודה זו, מכיון שהמשפט העברי אינו מכיר באפשרות למכור "דבר שלא בא לעולם" - היינו דבר שאינו קיים בשעת הסכם המכר, או שהוא קיים ואינו בבעלותו של המוכר. אולם כפי שנראה, גם המשפט העברי מאפשר **להתחייב** למכור דשלבליע; ומצד שני, גם החוק אינו מכיר במכר **ריאלי** של נכס עתידי, גם אם יש למוכר "בעלות פוטנציאלית" בו, כגון דברים שהם התוצר הטבעי או התוספת הצפויה לנכס שכבר נמצא בחזקתו כגון צמר כבשיו או יבול שדותיו,<sup>3</sup> וגם לפי החוק, בחוזה למכירת נכס עתידי, הצדדים אינם יכולים להסכים להעביר את הבעלות לפני שהנכס יוצר או לפני שיגיע לבעלות המוכר, שהרי אדם אינו יכול להעביר מה שאין לו;<sup>4</sup> כך שלאמיתו של דבר אין כאן מחלוקת.<sup>5</sup>

הסעיף מזכיר "נכס שיש להפיקו או לייצרו", ואינו מזכיר נכס עתידי שיבוא לעולם בדרך אחרת, כגון וולד שלא נולד, או פטנט שיירשם, אבל בתי המשפט החילו את חוק המכר על נכסים שלא היו בבעלות המוכר בשעת כריתת החוזה.<sup>6</sup> מבחינת ההיקף הכלכלי, רוב חוזה המכר הם על נכסים עתידיים או נכסים שאינם ברשות המוכר, לכן הכרחי לכלול אותם בגדר המכר.<sup>7</sup> הסיבה שהסעיף מזכיר רק "נכס שיש להפיקו או לייצרו", היא שעיקר עניינו של הסעיף לקבוע גבול בין תחולתם של חוק המכר לבין תחולתו של חוק חוזה קבלנות בחוזים כאלו, והסעיף לוקח כמובן מאליו שניתן לכרות חוזה מכר על נכס עתידי.

סוג מיוחד של חוזה מכר על נכס עתידי הוא כאשר אין ודאות שהנכס יגיע לבעלותו של המוכר, והקונה מתחייב לשלם גם אם לא יקבל את הנכס. דוגמה לכך היא דייג המוכר כל מה שיעלה ברשתו - הקונה קונה את הציפייה שיבואו דגים, ומתחייב לשלם אף שיתכן שלא יבואו. חוזה זה מכונה "מכירת תקווה". זמיר<sup>8</sup> נוטה לומר שגם חוזה כזה תקף, ואינו בגדר חוזה הימור או הגרלה, שלפי חוק החוזים (חלק כללי), סעיף 32, אינו עילה לאכיפה או לפיצויים, שהרי אותו סעיף מכיר בהימורים שהוסדרו בחוק או בהיתר; וגם חוזה הימור או הגרלה, נשארים הסעדים של השבה וביטול. כלפי הטענה שה"תקווה" אינה נכס, והחוק חל רק על מכירת נכסים, אפשר לראות חוזה כזה כחל על נכס ממשי: בדוגמה הנ"ל, הדגים הם הממכר, והחוזה קובע שחיובו של המוכר למסור את הדגים הוא על תנאי מתלה, אם יכנסו לרשת, ואילו חיובו של הקונה לשלם אינו מותנה אלא מוחלט (אלא שאם הדייג לא יטיל את רשתו למים זו תהיה הפרת חוזה, ואז הקונה יהיה זכאי לבטל את החוזה).

## מכר ריאלי של נכס עתידי

### א. כללי

כפי שראינו במבוא, הן לפי החוק הן לפי המשפט העברי, אין תוקף למכר ריאלי של נכס שאינו קיים עדיין או שהוא קיים ואינו בבעלות המוכר.

לפי החוק, אם המוכר יוצר מצג שווא כאילו הנכס קיים והוא בבעלותו, בכוונה או ברשלנות, הוא נושא באחריות חוזית, ויש לקונה תרופות בגין הטעייה או בגין הפרת חוזה, ואולי גם אחריות

---

ואינו שייך לאומן, אף לפני שהמזמין שילם לו, ונימק נתיבות המשפט, סימן שו, ס"ק ג, שהאומן משביח על דעת המזמין ומקנה לו את השבח עוד לפני התשלום. אבל שו"ת תורת אמת, סי' קיט (הובא בקצוה"ח שם), כותב שאם החומרים שייכים לקבלן, כגון סופר שכותב שטר על נייר שלו ועם דיו שלו, אינו נחשב לקבלן אלא מוכר, ולכן אם המזמין משהה את שכרו, אינו עובר באיסור הלנת שכר, אלא מוטל עליו חוב לשלם כבכל מכר. כמו כן, נתיבות המשפט, שו, ס"ק ג, כותב שאם האומן הוסיף "נופך" משלו, אינו נקנה למזמין.

<sup>3</sup> זמיר 90§.

<sup>4</sup> זמיר 89§. זאת אף שסעיף 33, קובע שהצדדים יכולים להסכים שהבעלות תעבור לפני מסירת הנכס.

<sup>5</sup> ולא דק זמיר 86§ שהציג את הדברים כאילו החוק מנוגד למשפט עברי.

ייתכן שתהיה מחלוקת במקרה של מכר סתמי, שלפי החוק מפרשים זאת כהתחייבות למכור, שהיא תקפה, ולפי המשפט העברי מפרשים זאת כמכר ריאלי, שאינו תקף.

<sup>6</sup> ע"א 348/79 גולדמן נ' מיכאלי, פ"ד לה (4) 31 ועוד.

<sup>7</sup> זמיר 87§.

<sup>8</sup> זמיר 88§.

נזיקית בגין תרמית. לדעת זמיר<sup>9</sup>, אם שני הצדדים טעו באשר לבעלות בנכס או בניסוח ההסכם או בשאלת האפשרות למכור נכס עתידי, אפשר לראות זאת כהתחייבות למכור (מה שיגשים טוב יותר את ציפיות הצדדים), מתוך היקש לחוק המקרקעין, סעיף 7(ב), האומר שעיסקה במקרקעין שלא נגמרה ברישום נחשבת התחייבות לעשות עיסקה - שם המטרה היא לתת פתרון לאי היכולת לבצע את העיסקה הריאלית בלי לאיין את ההסכם לגמרי, וכך גם כאן.

לפי המשפט העברי, אי אפשר למכור נכס עתידי, והוא נקרא "דבר שלא בא לעולם"<sup>10</sup>. מונח זה כולל נכס שכלל אינו קיים בשעת המכירה, כגון יבול עתידי של שדה, פירות עתידיים של אילן, או ולד עתידי של בהמה<sup>11</sup>, וגם נכס שקיים אך אינו בבעלותו של המוכר, גם אם בעתיד יגיע לבעלותו<sup>12</sup>. משמעות הדבר היא שגם אחרי שבא הדבר לעולם, מן הדין יכול המוכר לחזור בו<sup>13</sup>, וגם הקונה יכול לתבוע את כספו חזרה גם אם עשה מעשה קנין<sup>14</sup>. אבל החוזר בו נחשב "מחוסר אמנה"<sup>15</sup>.

<sup>9</sup> זמיר §92.

אבל לפי המשפט העברי אין מפרשים מכר של דשלבלי"ע כהתחייבות, ולכן יש לפרש גם את החוק כך, שלא כפרשנות של זמיר.

<sup>10</sup> רי"ף, בבא מציעא ט ע"א (בדפי הרי"ף); רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כב, הלכה א; ספר העיטור מאמר ב, קנין (י ע"א); תשב"ץ ח"ג סי' קמז; שו"ע, חו"מ, רט, ד; שו"ת מים רבים, חו"מ סי' כח; חק לישראל נאמנות בנכסים עמ' 24.

**לפני מתן תורה:** כתב שו"ת הריב"ש סי' שכח (הובא בשו"ת שער יהושע סי' לו, עמ' קלג-קלד, בקצות החושן סי' רט, ס"ק א, וסי' רעח ס"ק יג, בשו"ת להורות נתן, חלק יד, סי' קמ, בס' להורות נתן על התורה, בראשית כה, יא, בשו"ת משיב דבר חלק ג סי' יד, בשו"ת זכרון יהודה (גריןולד) ח"ב סי' קפה, ובס' כח מעשיו הגיד לעמו, דרוש יד, דף לה ע"ג) שלפני מתן תורה הועילה הקנאת דשלבלי"ע. אפשר לנמק ע"פ מה שכתב קרית ספר (הערה 18) שמה שאי אפשר להקנות דשלבלי"ע הוא גזירת הכתוב, וממילא לפני שניתנה תורה לא היה הדין כך. שו"ת שואל ומשיב מהדורא קמא חלק ב סי' לט מנמק בשתי דרכים: (א) כיון שסיטומתא קונה בדשלבלי"ע (ראה ליד ציון הערה 91), וקודם מתן תורה לא היה קנין תורה אלא רק מה שנהגו הסוחרים להקנות, לכן אף דבר שלב"ל נקנה. (ב) הרמב"ן בהשגותיו על ספר המצוות לרמב"ם, סוף שורש יד, כתב שלבני נח נאמרו דיני מקח וממכר בכללות בלי הפרטים (ראה על כך נ' רקובר, שלטון החוק בישראל, עמ' 37 ואילך), אי"כ הפרט שדשלבלי"ע אינו נקנה לא נאמר לב"י, ולפני מתן תורה נהגו דיני בני נח (מדבריו עולה שגוי יכול לקנות ולהקנות דשלבלי"ע). גליוני הש"ס מו"ק כ, מנמק על פי הטעם (ליד ציון הערה 16) שהחסרון בדשלבלי"ע הוא שאין גמירת דעת, וא"כ הוא כמו אסמכתא, והרי שו"ת הרא"ש כלל ח סי' טו, אומר שבדיני נח אסמכתא קונה, ולפני מתן תורה נהגו דיני בני נח. דברי אמת (בכר דוד) דרוש יא (כד ע"ג בדפוס הלבשרטאט), וקצות החושן, שלב, ס"ק ו, מסבירים ע"פ הריב"ש איך לבן הקנה ליעקב את הצאן שעתידיים להיוולד (תרומת הדשן, פסקים וכתבים, סי' קל, הסביר שהקנה לו את הצאן לוולדותיהם). דברי אמת שם (כה ע"א) כותב שגם לריב"ש, גם לפני מתן תורה, רק דבר שעשוי להגיע נקנה, כמו שלרי מאיר אדם מקנה דשלבלי"ע רק אם הוא עשוי להגיע (ב"מ לג ע"ב). אולם דברי אמת שם (כד ע"ד), שו"ת שואל ומשיב מהדורה תליתאה חלק ב סי' קסג, ולחם שלמה (בולה), ה"ל קנין סודר, סי' צד (עג ע"ג), מדייקים מרמב"ם ה"ל ערכין, ו, לג, שגם לפני מתן תורה לא הועילה הקנאת דשלבלי"ע כלל.

**בגוי:** להורות נתן פרשת תולדות, כה, יא, כותב שגוי קונה מגוי אחר דשלבלי"ע, כי לפני מתן תורה היה אפשר לקנות דשלבלי"ע, כדברי הריב"ש, והתורה ניתנה לישראל, ולא מצאנו דרשה שמעטת גוי מקניית דשלבלי"ע. אבל הוא כותב שגוי אינו קונה מישראל דשלבלי"ע, כמו שכתבו תוס', בכורות ג ע"ב. שו"ת להורות נתן, חלק יד, סי' קמ, מנמק שגוי שונה, כי הטעם שהקנאת דשלבלי"ע לא מועילה הוא כי הקונה מוחל על קנינו כיון שהוא חושב שבלאו הכי לא יתקיים הקנין כי הנכס לא בא לעולם (ראה בשמו בהערה 16), אבל גוי אינו מוחל אפילו על פמשי"פ (כאמור בסנהדרין נו ע"א), וכן אינו מוחל על הקנאת דשלבלי"ע ולכן היא מועילה אצלו. אבל לא הסביר מדוע גוי אינו קונה מישראל דשלבלי"ע.

**דעה חולקת:** תנאים ואמוראים אחדים סבורים שאפשר להקנות דשלבלי"ע (יבמות צג ע"א). גידולי תרומה שער סד ח"א אות ב (עמ' תתקנא), ושער המלך הלכות מכירה פרק כב הלכה א, בתחלתו, כותבים שרשיי קידושין סב ע"ב (ד"ה כמאן), פוסק שאפשר להקנות דשלבלי"ע.

ב"ב כז ע"ב נאמר שגם לדעה שאפשר להקנות דשלבלי"ע, אין אדם יכול להקנות נכסים שיגיעו לבעלותו כשהוא גוסס. מחנה אפרים ה"ל זכיה ומתנה סי' טז (הובא בנתיבות המשפט, סי' רמח, ס"ק ז), נימק כי לא יוכל להקנות את הנכסים כשיגיעו לבעלותו, שהרי גוסס אינו יכול להקנות (ראה סעיף 1(א)).

<sup>11</sup> שו"ע, חו"מ, רט, ד.

<sup>12</sup> רמב"ם, הלכות מכירה, כב, ח; העיטור שם (י ע"א); תשב"ץ, חלק ג, סי' קמז; שו"ע, סי' ס, ו, וסי' רט, ד; שו"ת הבי"ח (הישנות), סי' קכד; שו"ת משפט צדק, ח"ב, סי' י (כא ע"ב).

<sup>13</sup> מישרים נתיב יז; שו"ע, חו"מ, רט, ד.

<sup>14</sup> נתיבות המשפט, ס, ס"ק יא. הוא אינו כותב שהדין כך גם אחרי שבא הדבר לעולם, אבל נראה שהדין כך כיון שהמוכר יכול לחזור בו אז.

<sup>15</sup> שו"ת הבי"ח (הישנות) סימן כג (במסקנתו); שו"ת הרד"ם, חו"מ, סי' יא (ד"ה ועדיין), על פי רא"ש ב"ב פ"ד סי' יב, ותוס' ב"מ סו ע"ב (ד"ה התם); אמרי בינה, דיני הלואה, סי' נא (ד"ה ובלבוש), בדעת רשב"ם בבא בתרא סט ע"ב (ד"ה זבין), ובדעת תרומת הדשן, שו"ת, סי' שכ.

יש בין הפרשנים שתי גישות בהנמקת ההלכה שאין תוקף להקנאת דשבל"ע: גישת הפגם החוזי וגישת הפגם הקנייני. גישת הפגם החוזי היא שהמכר בטל כי אין למוכר ולקונה גמירת דעת שהמכר יחול אפילו כשיבוא הנכס לעולם, ומה שאמרו הם "פיטומי מילי",<sup>16</sup> כיון שהקונה אינו בטוח שכשיבוא הדבר לעולם יהיה קניין מוחלט ולא יוכל לחזור בו.<sup>17</sup> לעומת זאת, גישת הפגם הקנייני היא שהמכר בטל כי אין להקנאה על מה לחול.<sup>18</sup>

אבל הרד"ם כותב שהיות שרמ"א, חו"מ, רד, יא, אומר (לאו דוקא על דשבל"ע) שאם התייקר הנכס אין משום מחוסר אמנה, הרי מי שהבטיח לתת טובת הנאה שתבוא לו, והתייקרה הרבה, די שיתן את מה ששווה טובת ההנאה באופן רגיל. אבל הוא מציין שיש דעה שגם אם התייקר, הוא מחוסר אמנה, ולכן הוא כותב במסקנתו שטוב לפשר.

שו"ת הבי"ח שם כותב שלכן אם הוא יכול להשיג את הנכס בקלות, עליו להעמיד אותו לקונה. אבל אמרי בינה, שם, כותב בדעת הרא"ש שם, שהמוכר דבר שאינו ברשותו אינו מחוסר אמנה אם אינו משתדל לקנות אותו כדי להעמיד אותו לקונה, אלא שראוי שיקנה אותו כדי לקיים את דבריו. והוא מסביר שהרא"ש לשיטתו, שכתב בשו"ת הרא"ש כלל קב, סי' י, שבדבר שלא שייך בו קנין אין בו משום מחוסר אמנה, והרי בדבר שלא בא לעולם לא שייך קנין.

"מי שפרע": רמב"ם, הלכות מכירה, כב, ב (הובא במישרים נתיב יז), כותב שבמכירת דשבל"ע, החוזר בו אינו צריך לקבל קללת "מי שפרע". אבל רמב"ם, הלכות מכירה, כב, ג, ושו"ע, חו"מ, רט, ו, כותבים שבמכר של סחורה עתידית לפי שער השוק הנוכחי ("פוסק על שער שבשוק"), החוזר בו צריך לקבל קללת "מי שפרע", אם הקונה שילם כסף. ש"ך, חו"מ, רט, ס"ק יג, כותב שהדין כך גם אם לא יצא השער. מחנה אפרים, הלכות מוכר דבר שלא בא לעולם, סימן ג, נוקט שדבר שמצוי הרבה, הקונה סומך עליו, וקנאו לענין "מי שפרע" גם אם אינו ברשות מוכר.

<sup>16</sup> [פגם חוזי] רבנו תם, בספר הישר, סימן תקצב (הובא בחידושי הרשב"א בבא מציעא סו ע"ב, ובניי ב"מ לו ע"ב, בדפי הרי"ף [שהובא בדרישה חו"מ רט, ג, בשו"ת ר' יחיאל באסן, סי' יט דף יב ע"ג, בתשובות הרא"ם, מרגליות, אהע"ז סי' לו אות יב, ובשו"ת דברי יהושע, ח"ג, חו"מ, סי' טו, אות ו]); שו"ת מהר"ם מינץ סימן לה (ד"ה וע"ק על א"ז); קרית ספר, הלכות אישות, פרק ז; יד המלך, הלכות אישות, ז, טו; מצעדי גבר, נדרים, סי' יג, אות ב; מצעדי גבר, קידושין, סי' מה, אות ד, בדעת תוס' ב"מ טז ובדעת הרמב"ם; משא יד, ח"א, פי' תולדות, עמ' כג, בדעת הרמב"ם; גליוני הש"ס ב"מ טז ע"א; ישועות יעקב, חו"מ, רג, י; זכרון יהודה (מונק), חידושים מלוקטים, סי' כ (פט ע"ג), בשם שו"ת מהר"י הכהן (רפפורט), אהע"ז, סי' לו (שלא מצאנו); שו"ת להורות נתן, חלק יד, סי' קמ; אור החיים בראשית כה, לג; פסקי דין רבניים חלק ו עמ' 178; ר"ב זולטי, בפסקי דין רבניים חלק ה עמ' 267.

ראה הערה 128, שהסוברים שמועילה הקנאת דשבל"ע אם נשבע, טעמם הוא כשיטת הפגם החוזי. ראה הערה 51 [ישתנה], שיש אומרים שהקנאת עובר בכור מועילה מפני שיש גמירת דעת להקנות, וזאת ע"פ שיטת הפגם החוזי.

ראה הערה שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת, שמהר"י מברונא אומר על נידונו שקנה אף שזה דשבל"ע כי יש סמיכות דעת, וגליוני הש"ס, ב"מ טז ע"א, רומז שטעמו הוא שהחסרון בדשבל"ע הוא שאין גמירת דעת.

שו"ת נודע ביהודה מהדורא תניינא, אהע"ז סימן נד, אות יב, מביא שר' סנדר אב"ד זבארוש הוכיח מב"מ טז ע"א שבמה שסמכה דעתו, קונה אף דשבל"ל; והוא עצמו דחה את ההוכחה וכתב שלא מועילה סמיכת דעת לקנות דשבל"ל.

רש"י, ב"מ טז ע"א (ד"ה לא), מסביר שהקנאת דשבל"ע לא מועילה כי לא סמכה דעת הקונה, וקובץ שעורים בבא בתרא סי' תצ, מדייק מזה שלמוכר יש סמיכת דעת. וראה ליד ציון הערה 122, שסי' העיקרים (איגור) כותב שלמקנה אין גמירת דעת אבל לקונה יש גמירת דעת.

סופר המלך, הלי' מכירה, כב, י, מביא שהחתן סופר הסביר שאין מקנים דשבל"ע, כי המקנה פועל את גמור חלות הקנין ולא הקונה, ולכן צריך גמ"ד מלאה להקנות, ובדשבל"ע אין גמ"ד גמורה. שו"ת גור אריה יהודה יו"ד סי' נט (ס ע"ד), מסביר בכך איך מכירת הבכורה מעשו ליעקב הועילה - כי החסרון בדבר שלא בא לעולם הוא חוסר גמירת דעת, הבכורה היתה בזויה בעיני עשו כמשי"כ "ויבז", ולכן הקנה בלב שלם, וזה מועיל גם בדשבל"ע.

<sup>17</sup> תורת הקנינים ח"ב, פרק יד, ענף א, הערה ב, ומילואים סי' לג, אות ד.

שו"ת להורות נתן, חלק יד, סי' קמ, מסביר שהענין של חוסר סמיכות דעת כאן עניינו שאנן סהדי שהאדם מוחל על קנינו כיון שהוא חושב שבלאו הכי לא יתקיים הקנין כי הנכס לא בא לעולם.

<sup>18</sup> [פגם קנייני] לבוש חו"מ, רט, ד; שו"ת ר' יחיאל באסן, סי' יט (יב ע"ג) בדעת הרמב"ם; ר' אברהם מונסון, בשו"ת ר' יחיאל באסן סי' יח (ט ע"ב); קהלת יעקב (אלגזי), מידות חכמים, מע' ד, אות סה (עמ' לג במהד' תשע"א); סופר המלך, הלי' מכירה, כב, י, בדעת שו"ת נובי"ת אהע"ז סי' נד; זכרון יהודה (מונק), חידושים מלוקטים, סי' כ (פח ע"ד) בשם שו"ת מהר"י הכהן (רפפורט), שער העניינים, סי' כא (שלא מצאנו); שו"ת בית יצחק, יו"ד ח"ב, קונטרס אחרון, סי' יב, אות ב; שו"ת דברי נחמיה (גינצבורג), אהע"ז, סימן לו, ד"ה ולבאר יותר; חידושי רבנו חיים זצ"ל סאלאוויצ'יק על הש"ס מפי השמועה (בלטימור תש"ד), עמ' 22 (שאינו בעלים על הנכס); ר' שלמה זעפרני, "תוקף חיוב קנסות בהפרת הסכם רכישת דירה", אור תורה שנה לב (תש"ס), גלי שצב, סי' קיט, עמ' תשס, בדעת ר"ש אלישיב בפד"ר, כרך ה, עמ' 265. ערך השלחן, חו"מ, רי, ס"ק ג, מביא ראייה שהחסרון בדשבל"ע אינו משום שאינו גומר ומקנה - עיי"ש להוכחתו.

אף שיש תוקף **להתחייבות** למכור דשלבליע, כפי שנראה להלן, אין מפרשים מכירת דשלבליע כהתחייבות, כדי לתת לה תוקף, כיון בפועל לא היתה התחייבות. התחייבות למכור דשלבליע תקפה מפני שהיא חלה על גוף האדם, שנמצא בעולם, ואם הוא לא נקטו בלשון התחייבות אלא בלשון מכר, יתכן שלא רצה לקבל על עצמו התחייבות.<sup>19</sup>

נכס **שספק** האם היה שייך למוכר בשעת המכר, אינו עובר לקונה, שכן "המוציא מחברו - עליו הראיה".<sup>20</sup>

אם הקונה כבר שילם למוכר, המוכר חייב **להחזיר לו את כספו**, כמובן. חיוב זה של המוכר הוא בגדר חוב שבעל פה, ולכן הקונה אינו יכול לגבות מקרקעות שמכר המוכר; אבל אם הקונה חשב שהנכס ברשות המוכר ובעלותו, והמכר נכתב בשטר, חיוב המוכר כלפיו הוא כחוב בשטר, ויכול לגבות מקרקעות שמכר המוכר.<sup>21</sup> בינתיים המוכר אחראי על הכסף אחריות מוחלטת, אף באונס, כיון שהוא רשאי להשתמש בכסף כרצונו, ממה נפשך: אם הקונה חשב שהנכס ברשות המוכר ובעלותו, המוכר רשאי להשתמש בכסף כיון שהקונה נתן את הכסף על דעת שזה מכר גמור; ואם הקונה ידע שהנכס אינו ברשות המוכר, ובכל זאת שילם לו, ולא המתין עד שהמוכר יספק לו את

---

שעורי ר' שמואל (רוזובסקי), ב"ב, אות קצא, מביא ראייה מכתובות נט שהחסרון בדשלבליע הוא חסרון בבעלות ולא בגמ"ד - עיי"ש.

איילת השחר, ב"ב מג ע"א (ד"ה עוד) מסתפק האם בדשלבליע אין לאדם בעלות על מה שיבוא בעתיד, או שיש לו בעלות אלא שאין לו כוח להקנותו.

קובץ שיעורים ב"ב סי' רעו, מביא ראיות לשני הצדדים - עיי"ש.

חמדת אהרן (קוגמן, תשס"ו), סי' לד, אות ז (עמ' רטז) כותב שבדשלבליע, החסרון הוא בכח המקנה, כי כוחו נובע מבעלותו, וכאן הנכס אינו בבעלותו, אבל אין חסרון בכח הקונה.

סי' העיקרים (איגר), ח"א, עמ' רפב, דוחה את הטעם שאין לקנין על מה לחול, שהרי יש לו על מה לחול כשיבוא לעולם. חמדת אהרן (קוגמן, תשס"ו), סי' לד, אות ח (עמ' ריח-ריט), מתרץ ע"פ השיטה (ראה בשמו בסעיף 4) שצריך כח קנין בשעת המעשה ולא די בכוח שיש בזמן החלות.

שערי חיים, כתובות, סי' קא, אות ג, כותב **ששני הטעמים** קיימים.

שו"ת מהר"ש ענגל, ח"ג, סי' עט, וקנין תורה בשמעתתא, בראשית עמ' קסו, מביאים את שני הטעמים. עי' תורת הקנינים ח"ב, פרק יד, ענף א, אות א, על הטעמים הללו.

**הבחנות שונות:** שו"ת מהר"ש צרור (תשב"ץ חלק ד (חוט המשולש) טור ב) סי' יג (ד"ה ובאמת), כותב שהטעם שאי אפשר להקנות דבר שאינו קיים בעולם כלל הוא מפני שאינו במציאות, ולכן אין מה להקנות; אבל הטעם שאי אפשר להקנות דבר שנמצא בעולם ורק אינו בבעלותו, הוא מפני שלא סמכה דעתם - המקבל שיודע שאינו ברשות המקנה, אינו סומך עליו, וגם המקנה אינו סומך על קניית המקבל מפני שהוא מעריך שהמקבל אינו סומך עליו.

משא יד, ח"א, פ' תולדות, עמ' כב, כותב להיפך: שבהקנת נכס שאינו בבעלותו "לכשאקחנו", הטעם הוא משום חסרון בעלות, כי עכשו אין לו שייכות לנכס, והוא כמו של אדם אחר; אבל בדבר שאינו קיים כל כגון פירות דקל, הרי הדקל וכל מה שיצא ממנו שייכים לו, א"כ אין חסרון בבעלות, אלא חסרון של גמ"ד.

**טעמים נוספים:** קרית ספר הלכות מכירה, כב, י, אומר שהדין שאי אפשר להקנות דשלבליע הוא גזירת הכתוב, מהפסוק: "וכי תמכרו ממכר לעמיתך" ו"ממכר" משמעו דבר שנמצא בעין. משא יד, ח"א, פ' תולדות, עמ' כב, מקשה, שהוא עצמו, בשו"ת המבי"ט ח"ב סי' קלו, בסופו, כותב שאדם יכול להקנות לבנו דשלבליע כי יש לו גמ"ד, ואם זה גזירת הכתוב, מה מועילה גמירות דעת? ועוד הקשה, שקרית ספר הלי אישות פ"ז נימק מצד חוסר גמ"ד.

רבנו יהונתן, בשטמ"ק, בבא בתרא קמז ע"ב, נימק שבעל הדקל יכול לומר "עקור פירותיך ולך, ואיני מוכן שיתבשלו בגוף הדקל שלי".

**בעיית "ברירה":** לכאורה אפשר לומר שהטעם שאי אפשר להקנות דשלבליע הוא כי הנכס אינו מבורר עכשו, ו"אין ברירה". אבל עמק יהושע סי' ז (עמ' לט במהד' תרפ"ה), כותב שלפי שו"ת מהר"ט, ח"א סי' כב, האומר שאין בעיה של ברירה אם החלות תחול רק כשיתברר ועד אז יכול לחזור בו, בדשלבליע אין בעיה של ברירה, כי המוכר יכול לחזור בו עד שהנכס יבוא לעולם, גם לדעה שאפשר להקנות דשלבליע. כך הוא גם לפי שו"ת הרשב"א, ח"ב, סי' פב, האומר שאין בעיה של ברירה אם אין צורך שהחלות תחול למפרע.

<sup>19</sup> מה שקובע אם זו מתנה או התחייבות, הוא הלשון. כך כתבו ב"ח, חו"מ, ס, י, ופרישה, חו"מ, ס, י, לענין מתנה, שאם אומר "אני נותן" זו מתנה, ואם אמר "אני מתחייב", זו התחייבות.

<sup>20</sup> תרומת הדשן, שו"ת, סימן שכ.

<sup>21</sup> נתיבות המשפט, ס, ס"ק יא. הוא כותב ע"פ דברי התלמוד ב"מ עב ע"ב, שבמצבים שאילו המוכר היה קונה את הנכס אחרי שמכר לקונה, הנכס היה נקנה לקונה, כמפורט ליד ציון הערה 206 ואילך, חיוב המוכר הוא כחוב בשטר, כיוון שאז המכר הזה "ניתן ליכתב", כלומר ששטר המכר נחשב שטר תקף לענין יצירת שעבוד נכסי המוכר.

הנכס, סימן הוא שהבין שהמוכר זקוק לכסף עכשיו, ועל דעת כן נתן לו הקונה את הכסף, שישתמש בו.<sup>22</sup>

### ג. הרחבת בטלות המכר

גם אם עשו מעשה קנין, המכר אינו תקף,<sup>23</sup> אפילו עשו קנין בבית דין חשוב וקנין "מעכשיו".<sup>24</sup>

גם אם מכר כסף או מיטלטלין בקנין **אגב קרקע** שהיתה ברשותו, אם לא היו הכסף או המיטלטלין ברשותו בשעת המכירה, לא זכה הקונה בכסף או במיטלטלין,<sup>25</sup> מפני שקנין אגב נלמד מהפסוק "ויתן להם אביהם מתנות רבות לכסף ולזהב ולמגדנות עם ערי מצורות ביהודה"<sup>26</sup>, ושם מדובר בהקנת דבר שנמצא ברשותו.<sup>27</sup>

גם אם עשה קנין כסף או קנין שטר, והם נשארו בעין גם אחרי שיבוא לעולם, הרי היות שלא חל הקנין בתחילה, לא מועיל מעשה הקנין לבסוף, אם המקנה התכוון שההקנה תחול רק מכוח מעשה הקנין שבתחילה.<sup>28</sup>

גם אם נתן **משכון** על מכר זה, או **שעבד** קרקע עבור המכר, או קיבל עליו **אחריות** על כל נכסיו להעמיד את המכר, אין לזה תוקף, שכן היות שהמכר אינו תקף, אף המשכון והשעבוד אינם תופסים.<sup>29</sup> משכון אינו מועיל, מפני שאין אדם יכול לשעבד את נכסיו בלי שגופו יהיה מחוייב, שהרי שעבוד נכסים הוא מכח ערבות בעד האדם עצמו,<sup>30</sup> ועוד, שמשכית חפץ מועילה רק לקנותו

<sup>22</sup> נתיבות המשפט, ס, ס"ק יא. הוא מסתמך על נמוקי יוסף ב"מ ח ע"ב (בדפי הרי"ף), ועל ס' התרומות שער מז, אות ב, שמחייבים באונס במי שקנה נכס גזול וידע שהוא גזול. בית שמואל, צ ס"ק מז, כותב שבעל שמכר נכסי מלוג בחיי אשתו, שהמכר בטל כיון שאינו שלו, הכסף שקיבל מהקונה דינו כהלואה, והוא צריך לשלם מכל מה שיש לו.

<sup>23</sup> כך פסק רמ"א, חו"מ, רנו, ז, לענין מתנה.

<sup>24</sup> שו"ת הריב"ש סי' שמא. זאת אף שקניינים כאלו מועילים לגבור על אסמכתא (שו"ע חו"מ, רז, יד-טו). הוא כותב שגם אם אמר בפירוש שהוא גומר ומקנה "דלא כאסמכתא", אינו מועיל, אף שזה מועיל לגבור על אסמכתא, לפי דעה אחת המובאת ברמ"א, חו"מ, רז, יח.

<sup>25</sup> רמב"ם, מכירה, כב, ח (הובא בשו"ת הריב"ש סי' שמה, עמ' תנה); מישרים נתיב יז.

<sup>26</sup> דברי הימים ב' כא, ג. בקידושין כו ע"א לומדים קנין אגב מפסוק זה.

<sup>27</sup> שו"ת הרשב"א ח"ב סי' לו.

<sup>28</sup> פתח הבית (טיקטין, תק"פ) סי' לה (פו ע"ג-ע"ד, פז ע"א).

<sup>29</sup> שו"ע, חו"מ, ס, ו. מקורו בשו"ת הרי"ף (בלגוריי) סי' קסת, שכתב כך לענין מתנה. תומים, ס, ס"ק יב, מסביר שאם קיבל אחריות גרידא, אין באחריות חיוב בפני עצמו אלא הוא סובב על המכר, לכן אומרים "מכר אין כאן, משכון אין כאן".

**דעה חולקת:** שו"ת הרמב"ן סי' לח (הובא בס' התרומות שער מג, ח"ד, אות ו, ובשו"ת משפט צדק, ח"ב, סי' י דף כב ע"ד), כותב שהמוכר דבר שהוא עתיד לרכוש, ושעבד את נכסיו וקיבל על עצמו אחריות להעמיד את הנכס לקונה, חייב להעמיד אותו בידו, ואם לא עשה כן, הקונה יכול לגבות מנכסיו מדין אחריות, ואין אומרים "מכר אין כאן, שיעבוד אין כאן", כי אדם יכול לקבל על עצמו אחריות שאינו חייב בה. אבל ראה הערה 33, שיש שהסבירו שהרמב"ן מתכוון לומר שחלה עליו התחייבות, ומסכים שהנכס עצמו לא נקנה.

ר' משה אבן ג'אמיל, בשו"ת בעי חיי חו"מ ח"א סי' רח (רנח ע"ד), מציין שהרמב"ן כתב "נראה לי" שאם קיבל אחריות, אע"פ שלא קנה, חייב להעמידה בידו, משמע שלא התכוון לפסוק כך, ועוד שהרמב"ן דיבר רק בנכס שהקונה חשב שהוא ביד המוכר, אבל אם שניהם יודעים שאינו ברשותו, כגון פירות דקל, לא קנה כלל, וכותב שזו דעת העיטור, מאמר שני, קנין (דף י ע"ג), אבל שאר פוסקים סוברים שבשום מקרה אין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו. ר"ח בנבנשתי, שם, סי' רט (רס ע"ב-ע"ג) כותב שלפי ר' משה אבן ג'אמיל, מובן מה שכתב שו"ת הריב"א סי' מא, בשם הרמב"ן, שלשון אחריות אינה מועילה. אבל הוא עצמו כותב שהעובדה שהרמב"ן כתב "נראה לי", אינה אומרת שלא התכוון לפסוק כך, ובאמת הוא חולק על הרי"ף וסובר שאחריות מועילה, ושבגלל המחלוקת, המוחזק יכול לטעון קי"ל.

שו"ת מהריט"ץ, סימן ריט (ד"ה ותו כתב), כותב שרא"ש כתובות פ"ה, סי' א, חולק על הרי"ף, וסובר שמועיל כאן שעבוד, שהרי הוא כותב שאפילו מי שאין לו נכסים ואינו חייב כלום עכשיו, יכול לשעבד עצמו לכשיתחייב.

נתיבות המשפט, רט, ס"ק ד, כותב ע"פ שו"ת הריב"ש, סי' שלה, שאם מסר למקבל משכון **אחרי** שהדבר בא לעולם, קנה המקבל כמו תפיסת הנכס עצמו. אבל הוא מדייק מס' התרומות שער סד ח"ב אות ד, שלא קנה.

<sup>30</sup> קצות החושן, סי' ס, ס"ק ו (על פי רא"ש קידושין פ"א, סי' י), וסי' רט ס"ק ו.

לגמרי, ואינה מועילה אם הכוונה אינה לקנותו אלא שימוש לשעבוד<sup>31</sup>. אבל אם אמר לו "קנה מגוף המשכון כך וכך", הקנאה זו חלה<sup>32</sup>. כמו כן, אם קיבל על עצמו אחריות בחיוב גמור לדאוג לקיום המכר, הוא חייב בכך, כי חיוב זה אינו תלוי במכר; אבל אין בכך הקנאה אלא התחייבות, שחלה על גופו<sup>33</sup>.

המקנה גוף של נכס לראובן ופירותיו לשמעון, שמעון לא קנה את הפירות כי הם דשלבל"ע, ולכן קנה ראובן גוף ופירות<sup>34</sup>.

גם אם מכר במכירה אחת **גם נכס שנמצא בעולם וגם נכס שלא בא לעולם**, לא זכה הקונה בנכס שלא בא לעולם, אבל זכה בזה שנמצא בעולם<sup>35</sup>. אין לומר שהקונה מקפיד דוקא לקבל את המכר

<sup>31</sup> קצות החושן, סי' ס, ס"ק ו, על פי נ"י ב"מ ב ע"א (בדפי הרי"ף).

<sup>32</sup> סמ"ע, ס, ס"ק יט.

<sup>33</sup> ש"ד, ס, ס"ק כא (הובא בשו"ת ישמח לב, גאגין, חו"מ, סי' ה, דף כג ע"ב), בדעת הרמב"ן (הערה 29); תומים, ס, ס"ק יב.

**הבחנות שונות:** תפארת יעקב, חו"מ, ס ס"ק יא, כותב שלדעת הרמב"ן, אם מכר נכס אחד ושיעבד נכס אחר, "מכר אין כאן, שיעבוד אין כאן", אבל אם שיעבד אותו נכס עצמו, גובה מכח שעבוד אותו נכס עצמו, ולא שייך לומר "מכר אין כאן שיעבוד אין כאן", כיון שהשיעבוד על אותו נכס עצמו וטורף מתורת שיעבוד. כמו כן, ר' יוסף מזאלקאווי, בשו"ת נודע ביהודה מהדורא קמא חו"מ סי' כה (ד"ה והנה לפענ"ד) כותב שלדעת הרמב"ן, המקנה דבר שלב"ל ומשעבד למקבל את נכסיו על המכר, "מנה אין כאן, שיעבוד אין כאן", כיון שהקנין והשיעבוד הם דברים נפרדים, וכיון שהקנין בטל גם השיעבוד בטל; אבל אם הקנה דשלבל"ע ומשעבד גם את הדבר ההוא, קנה, שהרי שעבוד מועיל אף בדבר שלא בא לעולם, ואף שאינו קונה מכוח לשון הקנין, מ"מ הוא קונה מכוח לשון השיעבוד; ולכן אם הקנה דשלבל"ע וכתב אחריות "דאקנה", נמצא שגם הדבר הזה בכלל השיעבוד, וא"כ קנה מחמת לשון השיעבוד. אבל המחבר (חותנו), שם סי' כו (ד"ה אבל אנכי), מוכיח מסי' התרומות, שלרמב"ן אם מכר דשלבל"ע לא קנה גם אם שיעבד את הנכס עצמו, ומה שכתב שמועילה אחריות, הוא לגבי **התחייבות** להקנות דשלבל"ע.

שו"ת עטרת חכמים חו"מ סי' יט קושיא ג (לה ע"ב-ע"ג), כותב שלרי"ף ולרמב"ן, יכול אדם להתחייב באחריות על מכירת דשלבל"ע, כי חיוב האחריות הוא דבר נפרד, והקונה אינו תובע מחמת המכר, אלא שיקיים את חיוב האחריות, וחיוב בפני עצמו מועיל; אבל חיוב שבא לחזק העמדת המכר, ששיעבד את נכסיו שיגבה מהם את הנכס שמכר (ואינו בעולם), הוא רק כמשכון על המכר, ואינו מועיל, כי "מנה אין כאן, שעבוד אין כאן", כפי שתוס' רי"ד קידושין ח הסביר, שמשכון משתעבד רק אם קדם לו חיוב ממון, והוא מקנה את המשכון לשעבוד אותו חיוב; ומשי"כ סי' התרומות ושו"ע שלא מועילה אחריות, כוונתם שלא מועיל שעבוד נכסים.

תומים, ס, ס"ק יב, כותב שאם הקנה נכס (שאינו ברשותו) ששווה מאה, וקיבל אחריות על מאתיים (וכונתו למקרה שיושבח, ובעל הנכס האמיתי יקח ממנו את הנכס), חייב על התוספת, כיון שהתוספת לא היתה בהקנאה המקורית אלא היא חיוב נפרד. אבל נתיבות המשפט, ס, ס"ק יא, חולק עליו.

<sup>34</sup> מחנה אפרים הלכות מוכר דבר שלא בא לעולם סימן א. הוא מוסיף שגם אם שמעון תפס את הפירות, מוציאים מיזו, אף שתפיסת הקונה מועילה בדרך כלל (ראה ליד ציון הערה 155). יש לנמק, ששם התפיסה מועילה כי יש להניח שהמוכר מסכים, כפי שנסביר שם, ואילו כאן הפירות הם בבעלותו של ראובן, ואין סיבה להניח שהוא מוכן ששמעון יקבל את הפירות.

<sup>35</sup> סמ"ע, ריב ס"ק יא, בדעת רמ"א, רט, ד (שכתב שדינו כמו "את וחמור", שלגביו פסק שו"ע, חו"מ, רי' ג, שקנה מחצה); נתיבות המשפט, קפב ס"ק ח; שו"ת תועפות ראם (אנקאווא) סי' ל (לה ע"ד), גם בשם שו"ת מהריב"ו סי' פז, ובדעת הרמ"א; הפלאה כתובות יא ע"א (ד"ה ואין להקשות); ר' יוסף מאיר מרגליות, "מסחר וקנין במצוות ועבירות", סי' יובל הפרדס (תשי"א), עמ' 154-153, בדעת הרמ"א; שו"ת חתם סופר חו"מ סימן קעג (ד"ה וכאשר), גם בדעת הרמ"א.

עמודי אור סי' קה אות ט, כותב שגם לדעה (המובאת במרדכי ב"ב סי' תרה, וברמ"א, חו"מ, רג, י) שהמקנה מטלטלין ומטבע בקנין סודר לא קנה כלום כיון שמטבע אינו נקנה בקנין סודר, הרי טעמה משום שהוא מקנה את שניהם בבת אחת, וכיון שנתבטל לגבי אחד, התבטל לגבי השני, אבל כאן הקנין של הדשלבל"ע אמור לחול רק לאחר זמן, כשיבוא לעולם, ואז יתבטל, ואין סיבה שיתבטל הקנין של הדבר שבא לעולם שהוא מקנה עכשו, שהרי אינו קשור לקנין האחר ולא היתה דעתו עליו עכשו.

**הבחנות שונות:** בכורי אברהם, ברכות סד (כח ע"ד בדפי הספר), כותב שדבר שחלק ממנו (הוא נוקט שלשה רבעים ממנו) נמצא בעולם - אפשר להקנותו, כי מתוך שחל קנין על מה שבעולם, חל גם על השאר, ורק אם הם דברים שונים, המקנה דבר אחד שבא לעולם עם דבר אחר שלא בא לעולם, לא קנה את מה שלבל"ע.

**דעה שקנה הכל:** כנה"ג חו"מ, רג הגהב"י אות ט (הובא בשו"ת שמחת יהודה סי' פה), מביא שמהר"ם קלעי (הובא גם בשו"ת מהר"ם שיק חו"מ סי' כז) הבין שלשיטה (המובאת במרדכי ב"ב סי' תרה, וברמ"א, חו"מ, רג, י) שהמקנה מטבע ומטלטלין בקנין סודר, הכל נקנה אף שמטבע אינו נקנה בקנין סודר, המקנה לחבירו דשלבל"ע עם דבר שבא לעולם קנה הכל, ומקשה עליו מ"ב קכז ע"ב (עיי"ש לקושייתו). אבל שער המלך הלכות מכירה פרק כב הלכה ה (עמ' שצח) (הובא בגידולי שמואל ב"ב קכז ע"ב, ד"ה והנה המרדכי), כותב שדעה זו דיברה דוקא במקנה מטבע ומטלטלין בחליפין, כיון שמטבע הוא בר הקנאה בקנין אחר, מה שאין כן בדשב"ל שלא מועיל בו קנין כלל.

ישועות יעקב, חו"מ, רג, י (הובא בשו"ת מהרי"ש ענגל, ח"ג, סי' עט), כותב שטעם הדעה שבמטלטלין ומטבע בסודר, מתוך שקנה אחד קנה את השני הוא משום שקנין סודר אינו ראוי במטבע, ולכן אומרים שמתוך שהקנין מועיל לקרקע, מועיל למטבע, אבל הוא יסכים שבמקנה דשלבלי"ע עם דבר שבא לעולם שהחסרון הוא בגמ"ד, שאינו רוצה להקנות (כשיטה ליד ציון הערה 16), לא נקנה דשלבלי"ע, שהרי אין לו רצון. אבל אח"כ הוא מדייק מבי"מ מה ע"ב, שהטעם שאין מטבע נקנה בחליפין כי דעתו על הצורה והצורה יכולה להתבטל, ויש חוסר גמ"ד, וכותב שלפי זה לא יועיל לקנותו עם מטלטלין; אבל יש להעיר שיוצא מזה שלדעה שבמטלטלין ומטבע בסודר, קנה הכל, כך הוא גם במקנה דשלבלי"ע עם דבר שבא לעולם, שהרי בשניהם החסרון הוא בגמ"ד.

אמרי שפר (פרימו), פי ושלח (יב ע"א), מביא שיש דעה במרדכי שכאן קנה הכל. שו"ת זכרון יהודה (גרינוולד) ח"ב סי' קפה, כותב שקנה הכל, ומסביר בכך איך חלה מכירת עשוי ליעקב את הבכורה ונתינת יעקב ליוסף את הבכורה אף שהבכורה כלה נכסים שלא באו לעולם - כי היו בה גם דברים שבאו לעולם, כגון כבוד.

אור שמח הלכות אישות יז, א (הובא בגידולי שמואל ב"ב קכז ע"ב, ד"ה והנה המרדכי), כותב שגם לשיטה זו, קנה הכל רק אם אמר שיקנה את שניהם בעת שהדבר שלא בא לעולם יבוא לעולם, שבזמן אחד מקנה את שניהם, ואז אפשר לומר שמתוך שחל ע"ז חל גם ע"ז. עיי"ש, שהוא מביא ראיה נגד שיטה זו. אבל גידולי שמואל (שם ד"ה אמנם) כותב שלפי סמ"ע סי' רג ס"ק יט, מסתבר שלדעה זו אם מקנה דשלבלי"ע עם דבר שבא לעולם, שיחול הקנין על הכל מעכשו, אכן קנה הכל מעכשו, ואפילו נקרע השטר כשבא לעולם, קנה למפרע, וכן מועיל קנין סודר כי קונה למפרע. והוא כותב שהאחרונים לא הסכימו לאור שמח, אלא לדעתם מיגו מועילה לדעה זו גם אם נקנים בזמנים אחרים.

אור שמח הלכות מכירה, כב, י (ד"ה וגוף) מביא ראיה מירושלמי נזיר, ב, ה, שקנה הכל - עיי"ש. **דעה שלא קנה כלום:** שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סי' ו (ד"ה ואיברא), כותב שתוספות רי"ד שם סובר שלא קנה כלל, כמו שפסק שב"א את וחמור" לא קנה כלל. גם שו"ת תורת חסד סי' רלו (קסה ע"ב), כותב שתוס' רי"ד קידושין נא ע"א ומרדכי סוברים שלא קנה כלום.

שו"ת תורת חיים (מהרח"ש) חלק א סי' ט, כותב שלפי הדעה הנ"ל, שהמקנה מטלטלין ומטבע בקנין סודר בבת אחת לא קנה אף המטלטלין כיון שמטבע אינו נקנה בקנין סודר, אף שמטבע נקנה בהגבהה ובמשיכה, כל שכן שכאן לא קנה כלום שהרי בדבר שלא בא לעולם לא שייך שום קנין; ואף לדעה ששם קנה את המטלטלין, טעמו משום שמטבע נקנה במשיכה והגבהה, ולפי זה בדבר שלא בא לעולם לא שייך בו קנין, לא קנה כלום.

מגיד משנה, הלכות מכירה, כד, יג, כותב שהמוכר שני דברים יחד בלי לפרט מחיר לכל אחד בנפרד, ויש בידו רק אחד מהם, הקונה יכול לבטל את כל המכר, בטענה שהוא רוצה דוקא את כל הממכר. שו"ת ברית אברהם, חו"מ, סי' כ, אות ז, מביא דעה שהמקנה דשלבלי"ע עם דבר שבא לעולם, לא קנה כלום.

שו"ת אדמת קודש ח"א סי' לב (עז ע"ג), כותב שלדעת הלכות גדולות, הלכות קידושין (דף פב בדפוס ורשה), כפי שהוסבר בחידושי הריטב"א, קידושין נא ע"א, אם הקנה דשלבלי"ע עם דבר שבא לעולם ממש יחד, לא קנה כלום, והוא יסביר שהתוספתא, כתובות, ח, ו, האומר (לענין מתנה) שקנה את מה שבא לעולם - מדובר שלא כלל הכל יחד. גם שו"ת אדרת אליהו (קובו) סי' כא (מא ע"ב-ע"ג), כותב שלפי העיטור, מתנת שכיב מרע, ליד אות רטו (דף סא ע"ב במהד' רמ"ל), האומר שבה"ג פוסק בענין "את וחמור" שלא קנה כלום, נמצא שאם הקנה דשלבלי"ע עם דבר שבא לעולם בקנין אחד, לא קנה כלל, גם אם לא עירבם; ולפי ח"י הריטב"א, קידושין נא ע"א, בדעת בעל הלכות גדולות, שב"א את וחמור" תלוי אם אמר "כולכם" או "אתה ואתה", גם בהקצאת דשלבלי"ע עם דבר שבא לעולם, אם אמר הכל במלה אחת, לא קנה כלום. שו"ת חתם סופר חו"מ סימן קעג (ד"ה וכאשר), כותב שדעת בה"ג בענין זה תלויה בנימוקים שונים לפסיקתו שאם קידש שתי נשים, אחת מותרת לו ואחת אסורה לו, אינן מקודשות: אם טעמו הוא שהנשים הן הנקנות, ואם אחד הדברים הנקנים אינו בר קנין, לא קנה כלום, כי הקונה מתכוון שיקנה הכל או כלום - לטעם זה גם המקנה דבר שבא לעולם עם דשלבלי"ע לא קנה המקבל כלום; אבל אם טעמו הוא ש"כולכן מקודשות ליי" הוא דיבור אחד, לפי זה אם אמר "כל הנכסים קנויים לך" ויש בהם דשלבלי"ע, לא קנה כלום, אבל אם הפריד דיבורו בין מה שבא לעולם לבין דשלבלי"ע, קנה את מה שבא לעולם. אבל הוא כותב (בד"ה ונידון שלפנינו) שגם לבה"ג, אם הוא מקנה לשני קונים, לאחד דבר שבא לעולם ולאחד דשלבלי"ע, הטעם הראשון לא שייך, כי לא איכפת לקונה אחד ממה שחבירו יקנה, ולכן האחד יקנה את הדבר שבא לעולם אף שחברו לא יקנה מה שלב"ל. הוא כותב שהמוחזק לא יכול לומר קים לי כדעה זו, כי גם בדעת הבה"ג ספק מה דעתו כאן.

חידושי ר"ע איגר חו"מ, רט, ד, כותב שלפי הר"ן על הרי"ף, קידושין כב ע"א, בדפי הרי"ף (הובא בחלקת מחוקק, מא, ס"ק ד), כאן לא קנה כלל, כי הקונה רוצה לקנות דוקא את הכל, ואם לא יוכל לקנות חלק, אינו רוצה כלום.

מרדכי ב"ב סי' תרג, מסתפק בדין המקנה דבר שבא לעולם עם דבר שלב"ל. שו"ת תורת חיים (מהרח"ש) חלק ב סי' כא (ד"ה אמנם כבר), מסביר שהספק הוא, האם לפי הדעה שב"א את וחמור" לא קנה כלום, גם כאן אף לא קנה כלום, או שמה דוקא שם לא קנה האדם כלום, כי הכול יודעים שחמור אינו בר קנין, וכיון שהמקנה שיתף אותם יחד הוא כאילו אמר "הרי אתה כחמור", אבל כאן אולי המקנה חשב שאפשר להקנות דשלבלי"ע, ולא התכוון להשוותם יחד, ולכן נקנה הדבר שבא לעולם. הוא מציע טעם נוסף להבחין בין התחומים: חמור אינו בר קנין לעולם, אבל דבר שלא בא לעולם שייך בו קנין כשיבוא לעולם. שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סי' נב (ד"ה ובר מן דין), מסביר שהספק הוא האם לא קנה כלום כמו ב"א את וחמור", או שדוקא שם לא קנה כי מניחים שהתכוון לשטות בו, כי ברור שלא חשב שחמור יכול לקנות, אבל כאן ייתכן שטעה וחשב שאפשר לקנות דשלבלי"ע, כי אנשים רואים שמקנים דקל לפירותיו ולא מבינים



המלא, ואינו מוכן לזכות במה שבא לעולם בלבד, כיון שהוא יודע שחלק מהמכר אינו בעולם ובשום ענין לא יהנה בו עכשיו.<sup>36</sup> גם אין לומר שהכל מתבטל מצד שהכל זכייה אחת, שהרי אף לדעה שאפשר להקנות דשלבליע<sup>37</sup> הוא נקנה רק כשבא לעולם, וזו זכייה נפרדת.<sup>38</sup> מצד שני, אין לומר שמתוך שהדבר שבא לעולם נקנה, גם הדבר שלא בא לעולם נקנה, כי אפשר לומר כך רק

---

את ההבדל בין "דקל לפירותיו" ל"פירות דקלי". שו"ת אדרת אליהו (קובו) סי' כא (מב ע"א), מסביר שהספק הוא, אולי דוקא ב"את וחמור" לא קנה כלום, כי חמור אינו יכול לקנות בשום אופן, אבל דשלבליע ראוי להקנאה באופן של "דקל לפירותיו", ולכן אינו מפריע לקנין של הדבר שבא לעולם.

שו"ת פני משה ח"ב סי' יד (כז ע"ב-ע"ג), שו"ת רבי עקיבא איגר החדשות סי' נח, בסופו, נודע ביהודה מהדורא קמא חו"מ סי' כט (ד"ה ומעתה נציע - לגבי "את וחמור" שהוא משווה לנידוננו), שו"ת חושן האפוד חו"מ סי' ו (יד ע"א), ר' דוד פרדו, בשו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סי' כט (ד"ה ומעתה) (על פי שו"ת משאת משה חו"מ סי' ה, דף כג ע"ג, שכתב כך במקנה מיטלטלין ומטבע יחד בקנין סודר), ושו"ת תורת חיים (מהרח"ש) חלק א סי' ט (הובא בשו"ת דבר משה, אמריליו, ח"ב סי' עה, דף פא ע"א), כותבים שאפשר לומר קי"ל שלא קנה כלום. שו"ת רבי עקיבא איגר, מהדורא קמא, סי' קמא, בסופו, מעלה אפשרות שמאחר שחלקו בטל מטעם דשלבליע, הכל בטל. ר' יוסף מזאלקאווי, בשו"ת נודע ביהודה מהדורא קמא חו"מ סי' כה (ד"ה שוב ראיתי ברשבי"ם), כותב שמספק לא קנה כלום.

רמ"א, חו"מ, רט, כותב שדינו כמו "את וחמור", וס' העיקרים (איגר), ח"א, עמ' רצא, מסביר שכוונת הרמ"א היא שיש בכך שלוש הדעות כמו שהביא שלוש דעות בסי' רג, י, לגבי המקנה דבר שנקנה בקנין סודר עם דבר שאינו נקנה בקנין סודר, אם קנה חלק, או קנה הכל, או לא קנה כלום. הוא מסביר (בעמ' רצב) שהמחלוקת כאן תלויה במחלוקת דומה באסמכתא, שהרי הטעם שלא מועיל קנין בדשלבליע הוא כי אינו גומר ומקנה (ראה הערה 16 שזו דעתו), כמו אסמכתא, ובאסמכתא חלקית, הרי"ף ב"מ סא ע"ב (בדפי הרי"ף) סובר כנראה שחייב בו בחלק שאין בו אסמכתא; ואילו שו"ת הרשב"א, ח"ג, סי' סג (הובא בב"י חו"מ נד, ב, ובמשנה למלך, הלכות מכירה, יא, ב), סובר שחייב בכל, שכיון שגמר דעתו בחצי, גמר דעתו בכולו; ואילו ט"ז יו"ד, רנח, ס"ק ו, סובר לגבי נותן להדיט ולהקדש ביחד באסמכתא, שכיון שפטור להדיט, פטור גם להקדש, אף שבהקדש אסמכתא קונה (על חיוב שחלקו פגום באסמכתא, ראה חוק לישראל, ערבות, עמ' 494, 499, 501, ועמ' 721 אות ח); ואותן שלוש דעות יש גם במקנה דשלבליע עם דבר שבא לעולם, וזאת כוונת הרמ"א. על ההשוואה לאסמכתא חזר שם, עמ' שה.

**הבחנות שונות:** שו"ת נודע ביהודה מהדורא קמא חו"מ סי' כו (ד"ה אבל עוד נראה) (הובא בשו"ת חושן האפוד חו"מ סי' ו דף יד ע"ג), כותב שגם לדעה שלא קנה כלום, הכוונה לדבר שלא בא לעולם שעשוי להגיע, כגון פירות דקל, ובוזו אומרים שהמקנה הקפיד להקנות מה שבא לעולם דוקא יחד עם פירות הדקל; אבל המקנה רכוש שיש לו וגם כל מה שיהיה לו בשעת מותו, לדוגמה, הרי אף שהקונה אינו זוכה בנכסים שהגיעו למקנה אח"כ, הוא זוכה בנכסים שהיו בשעת הקנין, כי כאן אין לומר שהקפיד להקנות את הנכסים שיש לו עתה דוקא יחד עם הנכסים שיבואו אח"כ, שהרי לא היה יכול להיות בטוח שיתוספו לו נכסים אח"כ, שהרי יתכן שלא ירוויח כלום או שימות תוך זמן קצר, וא"כ בודאי לא הקפיד לתלות זה בזה, ולכן הקונה זוכה בנכסים שבאו לעולם בשעת המתנה, גם לדעה זו. הוא רומז לדבריו אלו שם סי' כט (ד"ה ולא עוד) (שנביא ליד ציון הערה 36), וציין לדבריו אלו במהדורא תניינא אורח חיים סי' נט. כנגד זה, כתב חתנו, ר' יוסף זאלקאווי, במהדו"ק שם סי' כז (ד"ה והנה מ"ש כבוד אדוני וז"ל דהר"ל), שאפשר לומר שגם בדשלבליע שלא בטוח שיבוא, המקנה מקפיד שיחול הקנין על הכל, מפני שהוא רוצה שיתקיימו דבריו, שאם לא יתוספו נכסים, יטול המקבל את הנכסים שיש לו עכשיו, ואם יתוספו יטול גם את הנכסים הנוספים, ולכן כיון שבטל חלק, בטל הכל. המחבר שם סי' כז (ד"ה אחרי דרישת) משיב על כך, שדעה זו שהכל בטל היא דבר חידוש, ולכן יש לצמצם אותה, ואין לך בו אלא חידושו. מחלוקת זו הובאה בשו"ת שואל ומשיב מהדורה קמא חלק א סי' יד. ארח משפט סי' רג הגהב"י אות ט, תמה על סברת נודע ביהודה, הרי כיון שהקנה דבר שאין לו חלות קנין, זה מראה שהתכוון לשטות בו בכל ההקנאה.

ר' יוסף מזאלקאווי, בשו"ת נודע ביהודה, מהדו"ק שם סי' כז (ד"ה וממה שחילקו) כותב שאם מוכח בבירור מלשון השטר שלא תלאם זה בזה, קנה את מה שבא לעולם, גם לדעה זו. והסכים עמו המחבר שם סי' כח (ד"ה והראיה שהבאתי).

שו"ת חסד לאברהם (תאומים) מהדו"ק חו"מ סי' לו, כותב שהמקנה פירות אילן עם דבר שבא לעולם, קנה הכל, כי יש דרך להקנות את הפירות - ע"י הקנאת האילן לפירותיו (כאמור ליד ציון הערה 62), ולכן אם הקנה אותם (אפילו לא בדרך "אילן לפירותיו") יחד עם דבר שבא לעולם, קנה הכל; אבל המקנה דשלבליע שאינו קשור לשום דבר שבא לעולם, כך שאין שום דרך להקנותו, גם אין מועיל להקנותו עם דבר שבא לעולם.

על הקנאת דבר של המוכר עם דבר שאינו שלו, ראה הערה 205.

<sup>36</sup> שו"ת נודע ביהודה מהדורא קמא חו"מ סי' כט (ד"ה ולא עוד) (הובא בפד"ר כרך יז עמ' 206). הוא כותב כך כדי להסביר מדוע זה שונה מהקנאת מיטלטלין ומטבע בקנין סודר, שבו לדעה אחת (המובאת במדרכי ב"ב סי' תרה, וברמ"א, חו"מ, רג, ז) לא קנה כלום כיון שמטבע אינו נקנה בקנין סודר - שם אפשר לומר שהתכוון לזכות בשניהם יחד דוקא. עוד הבחנה הוא עושה ביניהם, שבמטבע ומטלטלין אפשר לומר שמדובר בשניהם מונחים לפניו והוא התכוון לכלול הכל יחד בדוקא, אבל כאן א"א שהדשלבליע יהיה מונח בפניו.

<sup>37</sup> ראה הערה 10.

<sup>38</sup> ר' מאיר געציל כהן, "בדין אין מטבע נעשה חליפין", מאור תורה (שנגה"ל חוב' א סי' כ).

בדבר שהוא בר מעשה קנין<sup>39</sup>. גם אין סיבה להניח שהתכוון לתת למקבל מקום בנכס קיים ולהקנות על ידו דשלבלי"ע בדרך "דקל לפירותיו"<sup>40</sup>, שהרי ייתכן שעשה את הקנין כדי להקנות את הדבר שבא לעולם<sup>41</sup>. אבל אם תלה את שני הדברים זה בזה, כגון אמר "אני נותן לך מה שיש לי כמו מה שאקנה בעתיד", לא קנה כלום<sup>42</sup>.

### ג. מה נחשב "דבר שלא בא לעולם"

**פירות שחנטו**, גם אם טרם נתבשלו לגמרי, נחשבים שבאו לעולם<sup>43</sup>, וחלה ההקנאה גם על החלק שעתיד לגדול עוד<sup>44</sup>, כיון שהם גלויים לעין ויגדלו ממילא<sup>45</sup>, וכבר עכשיו הם ראויים למאכל בהמה<sup>46</sup>.

דבר שחסרות בו עדיין כמה מלאכות עד שיהיה ראוי לשימוש, נחשב שבא לעולם<sup>47</sup>. לדוגמה, המקנה את יין ענביו בשעת הבציר, נחשב שבא לעולם<sup>48</sup>. אבל זאת רק אם גוף הנכס קיים אלא שחסרות לו מלאכות השלמה, אבל אם גוף הנכס עדיין אינו קיים, כגון שיש ברשות המוכר עצים מפורקים וצריך להרכיב מהם ארון או שלחן, הוא נחשב שלא בא לעולם, ו"פנים חדשות באו לכאן"<sup>49</sup>.

**עובר** של בהמה נחשב דשלבלי"ע, כי הוא מכוסה ואינו נראה<sup>50</sup>, ואי אפשר להקנות אותו<sup>51</sup>, אפילו את החלק שכבר גדל<sup>52</sup>, גם אם הוכר העובר<sup>53</sup>, דהיינו אחרי שלישי ההריון<sup>54</sup>. אבל יש אומרים שמועילה

<sup>39</sup> סמ"ע, רג, ס"ק יט (הובא בשו"ת הרמ"ץ אורח חיים סי' יב, אות ו); ר' מאיר געציל כהן, שם.

<sup>40</sup> שאז קנה, כאמור ליד ציון הערה 62.

<sup>41</sup> סמ"ע, ריב, ס"ק יא (הובא בשו"ת גור אריה יהודה חו"מ סי' סג).

<sup>42</sup> עמודי אור סי' קה אות י. הוא מסתמך על מה שנאמר בב"ב קמג ע"א שהאומר "קנה אתה כמו חמור", לא קנה כלל.

<sup>43</sup> רש"י, ב"מ סו ע"ב (ד"ה מוכר) (הובא בב"י, חו"מ, רט, ג); רמ"א, חו"מ, רט, ד.

**דעות חולקות:** חידושי הריטב"א קידושין נד ע"ב, ותוס' רי"ד קידושין נד ע"ב, כותבים שפירות לפני דרגת "סמדר" נחשבים שלא באו לעולם וא"א להקנותם, וזאת אף על פי שחנטו. אבני מילואים, מ ס"ק יג, מדייק כך גם מחידושי הרשב"א קידושין נד ע"ב, והוא כותב שבגלל דעות אלו, זה ספק בדין. חי' הריטב"א, קדושין סב ע"ב, כותב שא"א להקנות תבואה שלא הביאה שלישי. מחנה אפרים הלכות מוכר דבר שלא בא לעולם סימן ב, מדייק מכ"מ הלכות מלוה, ח, ה, שקודם שיתבשלו הפירות אי אפשר להקנותם כי הם דשלבלי"ע. אנציקלופדיה תלמודית, ע' דבר שלא בא לעולם, ליד ציון הערה 48, כותב שגם לדעה זו, קנה את החלק שכבר צמח.

<sup>44</sup> קצות החושן, רט, ס"ק ב, ואבני מילואים, מ ס"ק יג.

<sup>45</sup> סמ"ע, רט ס"ק ט (הובא באבני מילואים, מ ס"ק יג).

שו"ת חסד לאברהם (תאומים) מהדו"ק חו"מ סי' לו, מנמק דין זה על פי מה שכתב (ראה הערה 35) שהמקנה פירות אילן עם דבר שבא לעולם, קנה את הפירות; ואף כאן, מתוך שקנה את מה שחנט כבר, קנה את החלק שעתיד לצמוח.

<sup>46</sup> מחנה אפרים הלכות מוכר דבר שלא בא לעולם סימן ב.

<sup>47</sup> שו"ת מהר"ם אלשיך סי' קלו; חוות דעת קעה ס"ק א (אם המקנה מחויב לעשות את המלאכות החסרות), ונתיבות המשפט רח ס"ק ג; שו"ת חסד לאברהם (תאומים) מהדו"ק חו"מ סי' לו (לענין י"יש מתבואה); פתחי חושן, קניינים, פרק יט, סעיף ט.

**דעות חולקות:** שו"ת מהר"ם גלאנטי סי' נא, כותב שדבר שחסרות לו שלש מלאכות להשלמתו, כגון צמר שאמורים לעשות ממנו בגדים, נחשב שלא בא לעולם ואי אפשר להקנותו.

כמו כן, דברי גאוניס כלל כד סי' ח, מעיר ששו"ת דברי חיים ח"ב חו"מ סי' כו, עוסק במי שרוצה להקנות שמן שיש לו במפעל, ויש לו כל החומרים והכלים הנחוצים להפקת השמן, ובכל זאת הוא דן בו כדשלבלי"ע.

<sup>48</sup> שו"ת חתם סופר חו"מ סי' קמד (ד"ה וכל זה) (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, רט, ס"ק ו).

אך הוא דן שם במקנה י"יש שיעשה מדגן שכבר יש לו, ודברי גאוניס כלל כד אות לד, מבין שחתם סופר מסופק האם נחשב שבא לעולם כיון שגמרו תלוי בידי אדם, או לא.

<sup>49</sup> פתחי חושן, שם, הערה טז.

<sup>50</sup> סמ"ע, רט, ס"ק ט (הובא באבני מילואים, מ ס"ק יג, ובשו"ת גור אריה יהודה יו"ד סי' ס דף סא ע"א).

<sup>51</sup> ירושלמי, דמאי, ו, ב, קידושין, א, ד, וב"ב ג, א; רא"ש ב"ב פ"ד סי' ז, בשם תוספתא, ובכורות פ"א סי' ב, בשם ר"ת; טור, חו"מ, רט, ג; תרומת הדשן, שו"ת, סי' רע; תוס' בכורות ג ע"ב (ד"ה דקא); מישרים, נתיב יז (עובר של שפחה); שו"ע יו"ד, שכ, ו, וחו"מ, רט, ד; שדה יהושע, ירושלמי קידושין, א, ד, דף יב ע"ד; בן הרמה ה' מכירה, כב, א.

הקנאת עובר שהוכר.<sup>55</sup> גם לדעה הראשונה, מועילה הקנאת העובר אחרי שנשחטה האם, אף שעדיין העובר במעי אמו, מפני שאחרי השחיטה הוא כמונח בתוך סל.<sup>56</sup>

ר' יוסף שרבינטר, "זיכוי לעובר", יד אהרן (לזכר ר' אהרן כהן), עמ' רלו, כותב שטעם הדבר הוא כי אין גמ"ד, ולא משום שנחשב שלא בא לעולם.

**הבחנות שונות:** שו"ת מהר"ם מינץ סימן לה (ד"ה וע"ק על א"ז), מביא שמהר"י ווייל אומר שבאומר "לכשתלד", מועיל, וצ"ח שיש בזה מחלוקת. קצות החושן, רי, ס"ק ב, כותב שהגהות אשרי, ב"ב פ"ט סי' ה, סובר שאפשר להקנות עובר רק אם אמר "כשייולד", וזאת אף שבדרך כלל בדשבל"ע לא מועיל לומר "לכשיבוא לעולם" (ראה ליד ציון הערה 117), כי עובר נחשב קצת בעולם. שו"ת גור אריה יהודה יו"ד סי' ס (סא ע"א), מביא שר' מנדל אב"ד ראוונע כתב שהגהות אשרי שם סובר שמועילה הקנאת עובר שהוא דשבל"ע באומר "לכשתלד", אבל הוא כותב שאין כך הלכה. כמו כן, כתונת פסים, על נימוקי יוסף, ב"ב, דף עג ע"ד, כותב שלפי רשבי"ם ב"ב קמב ע"א (ד"ה לכשתלד), שהסביר שהנותן מתנה לעובר ואומר "לכשתלד" קנה כי עובר קצת ישנו בעולם, גם הקנאת עובר מועילה מטעם זה; ומשמע שקנה רק אם אמר "לכשייולד". אבל הוא כותב שלפי תוס' גיטין יג ע"ב (ד"ה לדבר) שכתבו שהקנאה לעובר שהוא דשבל"ע עדיפה על הקנאת דשבל"ע, הקנאת עובר אינה מועילה - משמע אפילו אמר "לכשייולד". תורת הקנינים ח"ב מילואים סי' לג, אות ב (עמ' תרג), כותב שאין מועיל גם אם אמר "לכשייולד" (כך נראית כוונתו), כי עיקר העובר אינו בעולם, ולכן אין לנותן כח הקנאה.

נתיבות המשפט, רט, ס"ק ב, כותב שאם בעל העובר מכר את העובר לכשתלד, כלומר שמקנה ולד רגיל, ואם ימות בבטן או שהאם תישחט קודם, אין לקונה כלום, לא קנה (לדעה ליד ציון הערה 117 שלא מועיל "לכשיבוא לעולם"), כי זה דבר שלא בא לעולם, כי יש ספקות אחדים, שמא תמות האם ושמה תפיל; אבל אם הוא מקנה את העובר מיד, שיהיה של הקונה מיד, וגם אם תמות האם או תישחט יהיה בשר העובר שלו, קנה, כי עובר ירך אמו הוא, והוא כמקנה אחד מאיבריה של האם, את הבשר או הטחול או הכבד שלה, שקנה אף שאינו בעין.

<sup>52</sup> קצות החושן, רט, ס"ק ב, ואבני מילואים, מ ס"ק יג.

<sup>53</sup> ח"י הרשב"א, קידושין סב ע"ב (ד"ה והא); שו"ת אגרות משה אהע"ז חלק א סי' פא (ד"ה ולולא), בדעת הרמב"ם; שו"ת ר' יחיאל באסן, סי' יט (יב ע"א), בדעת הראב"ד וסיעתו (שסוברים שלא מועילים קידושי עובר); נתיבות המשפט, רי, ס"ק א, בדעת רא"ש קידושין פרק ג סי' ז; שו"ת הרא"ש כלל קב סי' י; שו"ת גור אריה יהודה יו"ד סי' נח (נח ע"א), בדעת שו"ע; אבני מילואים, מ ס"ק יג; ר' יוסף שרבינטר, "זיכוי לעובר", יד אהרן (לזכר ר' אהרן כהן), עמ' רלה, בדעת שו"ע; קנין תורה בשמעתא בראשית עמ' עח, בדעת רמב"ם הל' מכירה, כב, א, ובדעת רש"י ב"ק מו ע"ב (ד"ה ואי פרה).

<sup>54</sup> יבמות לו ע"א.

<sup>55</sup> הלכה רבה, חלק ב, הלכה שפג, עמ' 149; חלקת מחוקק, מ, ס"ק יד, בדעת הרמב"ם; שו"ת כהונת עולם, סי' ז (ד ע"א), בדעת הרמב"ם; ר' יחיאל בשו"ת הרא"ש כלל קב סי' י (הובא בכנה"ג חו"מ, רי, הגה"ט, אות ז); דברי חיים, חידושים על הסדרות, פי ויצא (פ ע"ב במהד' תש"ו); שו"ת גור אריה יהודה יו"ד סי' נח (נח ע"א), בדעת רמב"ם, מכירה, כב, א; כח מעשיו הגיד לעמו, דרוש יד (לד ע"ג, לה ע"ג), בדעת הרמב"ם; נוב"י תנינא יו"ד סי' קצב (הובא בשו"ת כתב סופר יו"ד סי' קנה) בדעת הרמב"ם; קצות החושן, רט, ס"ק א, בסופו, בדעת הרמב"ם; שו"ת חתם סופר, יו"ד, סי' שיב, בדעת הרמב"ם.

הפרשנים הנ"ל למדו שזו דעת הרמב"ם, ממה שכתב בהלכות אישות, ז, טז, שמועיל קידושין לעובר. אבל אחרים הסבירו שדין קידושין שונה מהקנאה - ע"י לדוגמה סי' העיקרים (איגר), ח"א, עמ' ש-שא.

דברי חיים מסביר בזה איך יעקב קנה מלבן את הכבשים העתידיים להיוולד (בראשית פרק לא) - הוא קנה את הוולדות כשהוכר העובר, ומה שנולד אח"כ, של יעקב הוליד. על קניית יעקב את הכבשים עיין גם קנין תורה בשמעתא בראשית עמ' עט.

שו"ת מהר"י ווייל סי' טט, מביא שר' אברהם כ"ץ כתב שא"א להקנות עובר בהמה, ושהא"ז הגדול סבר דווקא סמוך ללידה יכול להקנות. שו"ת מהר"ם מינץ סימן לה (ד"ה וע"ק על א"ז) מביא שר' אברהם כ"ץ כתב שאפשר להקנות עובר סמוך ללידה, כי אז הוא כמונח בסל כי נגמר הולד לגמרי; ושמהר"י ווייל כתב שגם אז א"א להקנות.

ב"י, חו"מ, ריב, ג, מסתפק האם מועילה הקנאת עובר.

**דעה שכל הקנאת עובר מועילה:** ספר יראים (השלם), סי' קמא, כותב שאפשר להקנות עובר, כי הוא נחשב שבא לעולם, משמע אפילו לא הוכר העובר.

הגהות אשרי בבא בתרא פרק ט סימן ה, שו"ת מהר"י ווייל, סי' טט, ומחנה אפרים הלכות מוכר דבר שלא בא לעולם סימן א, כותבים שלדעת הרשב"ם, ב"ב קמב ע"א (ד"ה כשתלד), אפשר להקנות עובר, כי הוא נחשב שבא לעולם. אבל ראה הערה 51, שיי"א שלרשב"ם מועיל רק אם אמר "לכשייולד".

הפלאה כתובות יא ע"א (ד"ה ונלע"ד) ושו"ת חתם סופר יו"ד סי' שיב (הובא בשו"ת כתב סופר יו"ד סי' קנה), כותבים שאור זרוע, ח"א סי' תפ וסי' תשנב, אות ו, ובי"מ סי' קמז (הובא בהגהות אשרי, ב"מ, פ"ד, סי' ה, בתשובות מיימוניות, סי' קנין, סי' ה, ובמרדכי ב"מ, סי' שב), סובר שעובר נחשב שבא לעולם, ולכן כתב שמועילה מכירת עובר בכור לגוי. אבל ראה הערה 139, שיי"א שאור זרוע פסק כך רק במכירת עובר בכור, ולא בסתם עובר.

חתם סופר שם כותב שגם מהר"ם מרוטנבורג, המובא בתשובות מיימוניות שם, סובר שעובר נחשב שבא לעולם.

מחנה אפרים הלכות מוכר דבר שלא בא לעולם סימן א מביא ראיות שמועילה הקנאת עובר אם הבהמה מעוברת, ומנמק, שהוא כמו המקנה אבר אחד מבהמתו, שהרי עובר ירך אמו. הוא מסביר שמה שנאמר

המקנה את דמי השכירות שיגיעו מהשכרת קרקע שלו - יש אומרים שהם דבר שלא בא לעולם,<sup>57</sup> ואין לפרש שהוא מתכוון לתת "בית לדמיו",<sup>58</sup> כיון שדמי שכירות בית טפלים לבית.<sup>59</sup> אבל אחרים אומרים שדמי שכירות בית נחשבים דבר שבא לעולם.<sup>60</sup> גם לדעה זו, הכנסות לא קבועות שאמורות להגיע מקרקע מסוימת, כגון תשלומי נשים על טבילה במקוה, נחשבות דבר שלא בא לעולם.<sup>61</sup>

## ד. חריגים

### (1) נכס לפירותיו

אפשר להקנות פירות עתידיים של נכס קיים גם בלי הקנאת הנכס עצמו, בהקנאת הנכס "לפירותיו",<sup>62</sup> או "בהמה לעובריה"<sup>63</sup> וכדומה, ואז קנה מיד והמוכר אינו יכול לחזור בו.<sup>64</sup> טעם

---

בירושלמי שם שאין אדם מוכר עובר בהמתו לחברו, הוא לפני שהתעברה; ומ"ש התוס' בבכורות שם שא"א להקנות אוזן העובר לגוי כי הוא דשלבל"ע, כוונתם שהאוזן הוא דשלבל"ל, אבל מסכימים שהעובר עצמו נחשב דבר שבא לעולם; ומה שכתב ראב"ד, עבדים, ז, ה, שעובר נחשב דשב"ל הוא בעובר שפחתו שאינו ראוי לכלום, אבל עובר בהמתו ראוי לאכילה אם שחט את הבהמה, ולכן אפשר להקנותו, כמו כבוד של בהמה.

<sup>56</sup> קצות החושן, רט, ס"ק ג.

<sup>57</sup> רמב"ם, הלכות מכירה, כב, טז; שו"ת ר' עקיבא איגר מהדו"ק ס"י קמא (הובא בפתחי תשובה חו"מ, ריב ס"ק ד), גם בשם הגאב"ד דפראגא.

שו"ת מהריב"ל ח"א סי' סא (נח) (ד"ה ונחזור), כתב שאפשר לומר קים לי כרמב"ם. שו"ת משיב דבר חלק ג סי' יד, כתב שאדם אינו יכול למכור את השכר שהוא עתיד לקבל על מצוותיו, שהרי הוא לא בא לעולם. אבל ר' יוסף מאיר מרגליות, "מסחר וקנין במצוות ועבירות", סי' יובל הפרדס (תשי"א), עמ' 153, מעלה אפשרות ששכר מצוה נחשב שבא לעולם כי הוא נוצר כבר בזמן עשיית המצוה, אלא שגבייתו היא רק אחרי המוות. על הקנאת שכר מצוה רק גם הערה שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת..

<sup>58</sup> שמועיל, כאמור ליד ציון הערה 62.

<sup>59</sup> ר"ע איגר שם. זאת לפי הבחנת כסף משנה, הלכות מכירה, כג, ט (הערה 79) שפירות דקל טפלים לדקל ולכן לא מפרשים שהתכוון להקנות דקל לפירותיו. הוא מוסיף, שגם לפי הבחנת סמ"ע (הערה 80) שדוקא ב"פירות שובד" מפרשים שהתכוון להקנות "שובד לפירות" מפני שלא היה צריך לומר "פירות שובד" שהלא הפירות אין יוצאים מהשובד, והיה לו לומר "פירות היונים", ולכן מפרשים שהתכוון "שובד לפירות" - גם זה לא שייך בדמי שכירות הבית. אבל בסוף תשובתו הוא נשאר בספק, האם נחשב כאומר "בית לדמיו".

<sup>60</sup> ר' ברוך, במרדכי בבא בתרא סי' תריז (הובא בשו"ת פרח מטה אהרן, ח"א, סי' ח דף כה ע"ב). אבל מהריב"ל ח"א שם (הובא בשו"ת פרח מטה אהרן ח"א סי' ט דף כט ע"ד) מעלה אפשרות שמרדכי כתב כך דוקא בנידונו, שבעל הבית הקנה "כח לקחת פירות הקרקע", שכולל את הזכות להשכיר את הבית וכל שימוש אחר, שמשעה שזכה בקרקע לדירה, כבר דמי השכירות שלו, משא"כ אם זיכה לו רק את שכירות הבית, שזה דשלבל"ע, כי המקנה זוכה בדמי השכירות רק כשיבוא לידו.

שו"ת משפט וצדקה ביעקב ח"א סי' ו (כ ע"ג), מקשה על סברת ר' ברוך, אמנם אם השוכר עשה קנין בבית, ואח"כ המשכיר נתן לאדם אחר את דמי השכירות, אפשר לומר שזה נחשב בא לעולם כי כבר חל על השוכר חיוב התשלום; אבל אם אינו מושכר, ונתן בעל הבית לאדם אחר כוח ליטול פירות, היינו שאם ימצא שוכר הוא יקבל את דמי השכירות (שבזה מדבר ר' ברוך), הרי כרגע חיוב תשלום דמי שכירות לא בא לעולם?

המחלוקת מובאת בשו"ת מהריב"ל, ח"ג, סי' מג.

<sup>61</sup> שו"ת משפט וצדקה ביעקב ח"א סי' ו (כ ע"ב).

<sup>62</sup> כתובות פ ע"א; ב"ב קמז ע"ב; רב האי גאון, בתשובות הגאונים (אסף, תרפ"ז) סי' קטז (דקל לפירותיו); מישרים, נתיב טו, ח"א, ונתיב יז; שו"ע, חו"מ, ריב, א; סמ"ע, ריב, ס"ק ב ("רחל לגיזותיה"); שו"ת מהרש"ל סי' לו (ד"ה ומתוך).

**עבד לקנס:** בגיטין מב ע"ב התלמוד מסתפק האם יש תוקף למכירת עבד לקנס (שאם שור יגח אותו, הקונה יקבל את הקנס של שלושים סלע), והספק נשאר להלכה (רמב"ם הלכות מכירה כג, ג; אבל שו"ת הרא"ש כלל קב סי' י, כתב אגב אורחא שקנה), וקצות החושן, רט, ס"ק ד, כתב שלכן מספק מועילה תפיסה. רמב"ן המובא בחידושי הרשב"א שם, מסביר שזה שונה מדקל לפירותיו, כי הפירות יוצאים מגוף הדקל. וכן ח"י הרשב"א, כתובות נט ע"ב (ד"ה ולעיקר, ד"ה ומיהו) מסביר שההבדל הוא שהקנס אינו יוצא מגופו, ואינו בא בגלל העבד עצמו אלא בגלל מעשה של השור הנוגח (וכותב שמשום כך לא מועיל להקנות פרה לענין הכפל שיתקבל אם ייגנב ויועמד הגנב בדין). הרשב"א עצמו, בגיטין שם, ומגיד משנה, הלכות מכירה, כג, ג, מסבירים שהספק בעבד הוא כי הסיכוי להשגת הכסף הוא נמוך, שהרי ייתכן שלא ייגנח, וגם אם ייגנח, אולי בעל השור יודה וייפטר (כי מודה בקנס פטור). תוס' גיטין שם (ד"ה עבד) כותבים את שני הנימוקים: שהקנס אינו יוצא מגוף העבד, וגם אין ודאות שיגיע. סי' העיקרים (איגר), ח"א, עמ' רצד, כתב

הדבר הוא שהקנין חל על הנכס הקיים, לצורך הפירות שעתידיים לצאת;<sup>65</sup> ועוד, שבכך כבר יש לקונה זכות להשתמש בדבר שהוא בעולם, והוא זוכה בו עכשו.<sup>66</sup>

אין צורך להקנות את הגוף ממש, אלא די להקנות את הנאת הגוף לפירותיו.<sup>67</sup> קל וחומר שמועילה הקנאת הנכס יחד עם פירותיו העתידיים, גם אם ההקנאות השונות אמורות לחול במועדים שונים, כגון המקנה "מהיום ולאחר מיתה", שהקונה קונה הגוף מהיום ואת הפירות לאחר מיתה,<sup>68</sup> מפני שזה כמו הקנאת הגוף לפירותיו.<sup>69</sup>

יש אומרים שאם הקנה "כסף לרווח שיצא ממנו", הרווח העתידי אינו נקנה,<sup>70</sup> כי לא שייך לומר שהוא מקנה לו חלק מהכסף שממנו צומח הרווח, שהרי הרווח אינו צומח מגוף הכסף, ואדרבה,

---

שלפי תוס', הספק בקנס עבד הוא רק בגלל שני החסרונות יחד, והראיה, שהמקנה חצר לאוירו קנה (חידושי הרשב"א גיטין מב ע"ב) אף שהאזיר לא יוצא מגוף קרקע החצר, אלא כי ודאי שיבוא. שו"ת שואל ומשיב, מהדורא א, ח"א, סי' מה, מקשה על המרדכי (הערה 112), האומר שהמקנה דשלב"ע ואמר שיקנה "לכשיבוא לעולם", ההקנאה תקפה - א"כ מדוע במוכר עבדו לקנס יש צד לומר שאינו נקנה, והרי כאן ודאי התכוון שיקנה לכשיבוא לעולם, שהרי אין חיוב קנס כל זמן שהעבד חי (לא מובן מדוע זה יותר פשוט ממוכר פירות דקל, למשל - נאמר שפשוט שהתכוון שיקנה לכשיבוא לעולם, שהרי אין פירות לפני כן)? הוא מתרץ, שסברת המרדכי היא שאם המקנה אומר שהקנין יחול כשהנכס יבוא בעולם, הדבר נקנה כי כשבא לעולם שייך קנין; וזה שייך אם הדבר עצמו יהיה בעולם, אבל כאן הוא מוכר את העבד לקנס וכשיהיה הקנס בעולם בגלל הריגת העבד לא יהיה העבד בעולם, ובוזה המרדכי מסכים שלא קנה, כמו שכתב מהר"ם אלשיך (הערה 70) שב"כסף לפירותיו" לא קנה כי בעת שנוצר הרווח אין הכסף בעולם.

**עבד למעשה ידיו:** רמב"ם הלכות מכירה פרק כג הלכה ב כותב שאפשר למכור עבד למעשה ידיו. כמו כן, בכתובות נט ע"א נאמר שאדם יכול להקדיש את מעשה ידיו, בכך שיקדיש "ידי למעשיהן". חי' הריטב"א, כתובות נט ע"א, מסביר שאף שהמלאכה אינה יוצאת מגוף הידים, בשונה מפירות דקל, הרי די בכך שהידיים טורחות ויוצרות את המלאכה. וכן חי' הרשב"א, כתובות נט ע"ב (ד"ה ומיהו) (הובא בשו"ת ר"ע איגר, מהדו"ק, סי' קמא) מסביר שמועיל כי המלאכה באה מהידיים בטירחתן ובתנועתן. אבני מילואים, פא, ס"ק א, מסביר שמועיל כי יש ודאות שהאדם יעשה מלאכה בידיו, שלא כבהקנאת עבד לקנס.

<sup>63</sup> רב האי שם; אור זרוע, ח"א, סי' תפ, וסי' תשנב, אות ו; תרומת הדשן, שו"ת, סי' רע; טור, חו"מ, ריב, ג (לזמן קצוב או כל חיי המוכר או הקונה); רמ"א יו"ד, שכ, ו; שו"ת מהר"ם מינץ סימן לה (ד"ה אכן מזה) (גם לדעה שעובר לאו ירך אמו).

הפלאה כתובות יא ע"א (ד"ה ונלע"ד) מקשה מה שייך להקנות בהמה לעוברת? באילן לפירותיו מובן שמועיל כי הפירות יוצאים אח"כ מגוף האילן, אבל עובר כבר נגמר והוא בריה בפני עצמה לפי הדעה שעובר אינו ירך אמו. הוא מסביר שמה שיגדל מכאן ואילך גדל מהבהמה, וכדי להקנות את מה שיגדל אח"כ צריך להקנות את הבהמה לעוברת. וכן כתב בספרו המקנה, קונטרס אחרון, סימן מ, ח, ושם הוסיף, שלא שייך להקנות את מה שגדל כבר, כיון שאינו ידוע, והוא כמו דבר שאינו מסוים (ראה סעיף \_\_), וכ"ש כאן שקנה את כל הולד ומקצתו אינו קנוי מפני שעדיין לא בא לעולם, ואף שהמוכר דשלב"ע עם דבר שבא לעולם קנה את מה שבא לעולם (כאמור ליד ציון הערה 35) היינו כשידוע כל חלק בפני עצמו, אבל כאן שמכר ביחד ואין ידוע מה קנה ומה לא קנה, אינו קנוי כלל, אא"כ מכר גם את הפרה לעוברת שאז קנה הכל, דהיינו שהחלק שגדל כבר הוא כילוד, והחלק שיגדל אח"כ נקנה מחמת הפרה לעוברת, כי מה שגדל אח"כ גדל ברשות הקונה.

מחנה אפרים הלכות מוכר דבר שלא בא לעולם סימן א, כותב שלדעה שעובר אינו ירך אמו, לא מועיל להקנות בהמה לעוברת.

<sup>64</sup> סמ"ע, רט, ס"ק טו.

<sup>65</sup> סמ"ע, רט, ס"ק יד.

<sup>66</sup> ר' אברהם מונסון, בשו"ת ר' יחיאל באסן סי' יח (ט ע"ג).

<sup>67</sup> בב"ב שם נאמר שמועיל אם אמר "תנו דקל זה לפלוני ויאכל פירותיו", ושו"ת הרשב"א חלק ד סי' פא (הובא בשו"ת דברי ריבנות, סי' קיט, ובשו"ת ידי דוד (קרוסו) סי' סא, דף סא ע"א), כותב שמועיל גם אם אמר שהוא נותן את "הדקל לפירותיו".

<sup>68</sup> ידי דוד מביא מקורות שעוסקים בהקדשת דשלב"ע לצדקה, מתי הוא נחשב קרן לפירותיו.

<sup>68</sup> ב"ב קלו ע"א.

<sup>69</sup> שו"ת תורת חיים (מהר"ש) חלק ב סי' כא (ד"ה ולכאורה היה). הוא עוסק במתנה.

<sup>70</sup> שו"ת מהר"ם אלשיך, סי' ז (הובא בשו"ת חתם סופר, חו"מ, סי' ט, אות ד, סי' קז, סי' קח, סי' קי וסי' קיב). הוא עוסק במתנה.

סי' העיקרים (איגר), ח"א, עמ' רצד, כותב שלפי המגיד משנה (הערה 62), שב"עבד לקנס" הצד שאינו מועיל הוא כי יש שני ספקות לאי היווצרות הקנס, כאן יועיל כי אין שני ספקות; וגם לתוס' (שם), ששם הצד שאינו מועיל הוא כי אין ודאות שהקנס יגיע, כי סתם שוורים שמורים, כאן יועיל כי הרווח מצוי. אבל הוא מעלה אפשרות שהוודאות ("עבידי דאתו") הוא רק בדבר שבא מעצמו בדרך הטבע כמו פירות דקל, ואילו רווח בא מהכסף רק באמצעות אדם ופעולתו. הוא מוסיף (בעמ' רצה), שכמו שב"מצודה למה שילכד בה"

כשמרוויח, הכסף כבר אינו בעולם, ונמצא הרווח בלי ממשות<sup>71</sup>. אבל אחרים אומרים שהקונה קונה את הרווח<sup>72</sup>.

אדם אינו יכול למכור מצודה למה שילכד בה<sup>73</sup>, כי מה שילכד בה אינו יוצא מגוף המצודה, והמצודה עושה מעשה עץ בעלמא, בשונה מפירות אילן<sup>74</sup>, והמצודה אף אינה עושה שום מעשה, אלא הניצוד נכנס לתוכה מעצמו<sup>75</sup>.

אפשר להקנות כלי לשימוש, ואף שהשימוש אין בו ממש, ואינו יוצא מגופו בדרך הטבע - בכל זאת מועיל כי הוא דבר ודאי<sup>76</sup>.

---

לא מועיל (ראה ליד ציון הערה 73) כי אינו כל כך ודאי כמו פירות דקל, גם רווח המעות לא נקנה כי אינו כל כך ודאי.

שו"ת חתם סופר חו"מ סימן קעג (ד"ה וכ"ז) כותב כאילו מהר"ם אלשיך סובר שקרן ממון לפירותיו הוא כדקל לפירותיו. ולא דק.

<sup>71</sup> מהר"ם אלשיך שם.

קצות החושן, רט, ס"ק ד, מקשה עליו ממוכר עבד לקנס (הערה 62), ששם כשבא הקנס העבד כבר מת, ובכל זאת יש צד לומר שקנה. ס' העיקרים (איגור), ח"א, עמ' רצו, מוסיף שאין לומר שנבילת העבד נחשבת שהוא בעולם, שהרי גם בכסף, הכסף בעולם כשבא הרווח אלא שאינו אצל אדם זה, וכך כאן המת אסור בהנאה.

<sup>72</sup> קצות החושן, רט, ס"ק ד; משנה למלך הלכות מכירה פרק כג, א, בדעת שו"ת תורת חיים ח"ב ס"י כא; נתיבות המשפט, רט, ס"ק ה.

שו"ת מהריט"ץ סימן קפו (ד"ה ואומר), כותב שאם הקנה קרן לפירותיה, קנה.

כנה"ג רט הגה"ט אות סא (הובא בשו"ת ידי דוד (קרוסו) ס"י סא, דף סא ע"א), מדייק משו"ת הרדב"ז, ח"ד, ס"י אלף שכג (רנב), ומשו"ת בני שמואל, ס"י לה (פ ע"ג), שהם חולקים על מהר"ם אלשיך.

שו"ת יו"ד רד, ס"ק ט, כותב לענין נדר, ש"כסף לרווחיו" נחשב שבא לעולם.

<sup>73</sup> שו"ת הרשב"א, ח"ב, ס"י ריג. ח"י הרשב"א, כתובות נט ע"ב, מביא ראייה לכך ממה שהוצרכו לתקן שאדם יוכל למכור "מה שתעלה מצודתי היום" משום כדי חייו (ב"מ טז ע"א), הרי שאין דרך להקנותו ע"י הקנאת "מצודתי למי שילכד בה".

**דעה חולקת:** קצות החושן, רט, ס"ק ד, ואבני מילואים, פא, ס"ק א (ד"ה ומה שהקשה), כותב שרמב"ם ושו"ע סוברים שאפשר להקנות מצודה למה שיעלה בה כמו שובך לפירות, כמו ששו"ע, ריג, א, פוסק שמועיל למכור אמת המים לדגים שייטפסו בה ושובך ליונים שיוולדו בו וכוורת לדבש שיווצר בה (ראה עוד ליד ציון הערה 78, ששם מועיל גם באומר "פירות שובך"). אבל ס' העיקרים שם (עמ' רצו) דוחה, שהדגים והיונים והדבש גדלים בשובך ובכוורת ובמים, משא"כ מצודה שאינה עשויה שישכון בתוכה הדבר הניצוד אלא ללכוד אותו.

אור שמח הלכות מכירה, כג, ט, כותב שמעיקר הדין, אי אפשר למכור מצודה לדגים שילכדו בה, כי ייתכן שלא יצליח לפרוס את המצודה, ואף אם היא פרוסה, היא פרוסה במקום שאינו שלו; אבל בכל זאת המכירה מועילה כיון שבעל המצודה קונה זכות במקום שהמצודה פרוסה שם, שאסור לאדם אחר לפרוס שם מצודה "כמלא ריצת הדג" כי בזה האחר "פוסק את חיותו" (ב"ב כא ע"ב), ולכן המקום כאילו שכור לו, ולכן יכול להקנות את המקום שהמצודה פרוסה שם, לענין הדגים שיהיו ניצודים שם, כמו שרמב"ם הלכות מכירה, כג, ט, כותב שהשוכר אמת המים מחבירו קנה כל מה שיצוד בה. אך יש להעיר שיתכן שהזכות שיש לבעל המצודה בנהר הוא בגדר דבר שאין בו ממש שאי אפשר להקנות. אור שמח מוכיח שאפשר למכור את הזכות, מהדין שאפשר למכור "מערופיא"; אבל לא ברור מה מקורו לדין זה. הוא מחדש עוד, על פי זה, שגם אם מכר את הדגים שייצודו במצודתו, המכירה מועילה, מפני שנחשב כאילו מכר את המצודה לענין הדגים, כיון שהמקום טפל לגבי הדגים, כמו שכסף משנה כותב לענין שובך וכוורת (הערה 79).

<sup>74</sup> ח"י הריטב"א, כתובות נט ע"א; ח"י הרשב"א, כתובות נט ע"ב (ד"ה ולעיקר, ד"ה ומיהו).

ס' העיקרים (איגור), ח"א, עמ' רצה, מוסיף שגם לתוס' (הערה 62, בענין עבד לקנס) האומרים שדבר שבוודאי יגיע, נקנה גם אם אינו יוצא מגופו, הרי כאן לא נחשב שבוודאי יגיע כי כניסת הניצודים למצודה אינה כל כך ודאית כמו גידול פירות וגם אינו בידו, לכן אינו נחשב "עבידי דאתו". הוא מקשה (בעמ' רצו) על סברת הרשב"א, הרי מועיל להקנות "בית לדירה" (שו"ע, חו"מ, ריב, א) אף שהדירה לא באה ע"י שהבית טורח אלא הדר בא לתוך הבית; ומיישב שבית לדירה מועיל כי הדירה יוצאת מגוף הבית (עוד אפשר שיש הבדל בין בית לדירה, שהיא בעולם אלא שאין בה ממש, לבין מצודה, שהדגים אינם בעולם).

<sup>75</sup> רשב"א שם. על פי זה הוא מעלה אפשרות (בד"ה ואולי), שאם זו מצודה שעושה מעשה ע"י קפיץ וכדומה, מועיל.

<sup>76</sup> ס' העיקרים (איגור), ח"א, עמ' רצה. הוא מסביר בכך איך שוכר ושואל קונים את זכות השכירות והשאלה, באופן שהמשכיר והמשאל אינם יכולים לחזור בהם.

ח"י הריטב"א קידושין מז ע"ב כותב בתחילה שא"א להקנות כלי לשימוש, כי השימוש אינו יוצא מגופו, ואח"כ מעלה אפשרות שבהקנאת כלי לשימוש, ומקנה את הגוף פירותיו למשך זמן מסוים, הקונה קונה אותו במשיכה (אבל הוא כותב ששואל אינו קונה במשיכה מהתורה כי אינו זוכה בגוף, עיי"ש).

אפשר למכור **שובך לפירותיו** (היונים שעתידיים להיוולד ממנו) וכוורת לפירותיו (הדבש שעתידי לצאת ממנו)<sup>77</sup>. יתר על כן: המוכר פירות שובך או פירות כוורת - יש לכך תוקף מפני שמפרשים שהתכוון למכור את השובך לפירותיו ואת הכוורת לפירותיה<sup>78</sup>. טעם הדבר הוא שהשובך טפל לפירותיו, כי הוא שווה פחות מהם, ולכן מפרשים שהתכוון להקנות את השובך לפירותיו; זאת בשונה מנכס רגיל, ששווה יותר מפירותיו, ולכן אין מפרשים שהתכוון להקנות את הנכס לפירותיו<sup>79</sup>. זאת ועוד: לא היה צריך לומר "פירות שובך", שהלא הפירות אין יוצאים מהשובך, והיה לו לומר "פירות היונים", ולכן מפרשים שהתכוון להקנות "שובך לפירות"<sup>80</sup>.

אפשר להקנות **חפץ לדמיו**, כלומר לכסף שיתקבל תמורתו אם יימכר, ואף שהדמים אינם יוצאים באופן טבעי מגוף החפץ, הרי כיון שהם חליפיו, נחשבים כיוצאים מגופו<sup>81</sup>. יתר על כן: המקנה "דמי חפץ זה" נחשב כמקנה "חפץ זה לדמיו", וקנה<sup>82</sup>. טעם הדבר הוא שדוקא במקנה פירות אילן וכדומה אין מפרשים שהתכוון להקנות גוף לפירותיו, מפני שהפירות טפלים לאילן, אבל בדמי חפץ, שהדמים חשובים כמו החפץ, מפרשים שהתכוון להקנות את החפץ לדמיו<sup>83</sup>. אבל הקנאת "דמי חפץ זה לכשיבואו" אין לה תוקף כי זו הקנאת דשלבליע<sup>84</sup>.

היה נוהג בקהילות בגולה, שהיו ריחיים השייכים לשלטון, ומישהו היה מקבל זיכיון להפעיל אותם, וכל מי שהשתמש בהם היה נותן לו קצת מהתבואה. אם בעל הזיכיון היה יהודי, היה צריך למכור לגוי לפני פסח את התבואה שיתנו לו הגוים שמשתמשים בריחיים, כיון שהיא חמץ בפסח. אבל אי אפשר למכור את התבואה עצמה, מפני שהיא דשלבליע. יש אומרים שאפשר למכור לגוי את הריחיים לתבואה זו, ומועיל כמו "גוף לפירותיו"<sup>85</sup>. אבל דעה אחרת היא שאין זה אפשרי, מפני

<sup>77</sup> רמב"ם, הלכות מכירה, כג, ט; שו"ע, חו"מ, ריג, א.

<sup>78</sup> רמב"ם, הלכות מכירה, כג, ט; שו"ע, חו"מ, ריג, א.

<sup>79</sup> כסף משנה, הלכות מכירה, כג, ט (הובא בשו"ת רבי עקיבא איגר, מהדורא קמא, סי' קמא).

<sup>80</sup> סמ"ע ריג, ס"ק א, ודרישה שם (הובא בשו"ת רבי עקיבא איגר, מהדורא קמא, סי' קמא).

<sup>81</sup> שו"ת רבי עקיבא איגר, מהדורא קמא, סי' קמא. הוא עוסק במתנה. הוא מסביר (בד"ה גם אף) שלכן זה שונה ממכירת עבד לקנס, שהרמב"ן כותב שספק האם היא מועילה כי הקנס אינו יוצא מהעבד באופן טבעי (ראה הערה 62). הוא מסתמך על מה שחי' הרשב"א, כתובות נט ע"ב (ד"ה ומיהו) כתב שגם לרמב"ן אפשר להקנות "חורבה לאוירה" כי האויר הוא חלק מהחורבה.

אבל נתיבות המשפט, רט, ס"ק ה, כותב שלפי מהר"ם אלשיך (הערה 70) שלא מועיל להקנות "כסף לרווחיו" כי הרווח אינו בא מגוף הכסף, גם "חפץ לדמיו" אינו מועיל, מאותה סיבה.

<sup>82</sup> תוס' גיטין סו ע"א (ד"ה דמי), בתירוץ הראשון; מרדכי, גיטין, סי' תטו, בתירוץ הראשון; שו"ת רבי עקיבא איגר, מהדורא קמא, סי' קמא, גם בדעת רמ"א חו"מ, רט, ד, ושו"ע, רנג, יג.

שו"ת שואל ומשיב, מהדורא א, ח"א, סי' מה, כותב שלפי דעת המרדכי (הערה 112) שאם אמר "לכשיהיה בעולם", מועיל, גם "דמי חפץ זה" מועיל כי משמעותו שהוא מקנה לכשיהיו בעולם. ולא הסביר מדוע זו משמעות הדברים.

קצות החושן רט, ס"ק ד, מקשה מתוס' על מהר"ם אלשיך (הערה 70) האומר שלא מועיל "כסף לפירותיו", כי כשמגיעים הרווחים הכסף כבר אינו כאן - הרי תוס' כתבו ש"דמי חפץ" מועיל אף שכשמגיעים דמיו, החפץ כבר אינו כאן? שואל ומשיב שם מתרץ, ואינו תירוץ מובן - עיי"ש.

**דעה חולקת:** שו"ת מהרי"ק שורש צד, ענף ו, כותב שלפי התירוץ השני בתוס' שם, "דמי יין", כל זמן שלא נמכר, נחשב דבר שלא בא לעולם. הוא מציין שמרדכי גיטין, סי' תטו, כתב שאפשר להקנות "דמי יין" לפי הדעה שאדם מקנה דבר שלא בא לעולם, ולפי זה כיון שהלכה היא שאין אדם מקנה דשלבליע, לא מועיל אפילו אמר "דמי יין" או "דמי נכסי" בפירושו. הוא מדייק מתוספות רבינו פרץ שם שהוא סובר שאפילו אמר "דמי יין" נחשב דבר שלא בא לעולם.

גם שו"ת פרי הארץ ח"ג חו"מ סי' ז [מסומן סי' ו] (עד ע"ד), כותב שלתירוץ שני של תוס', זה דשלבליע ולא מועיל.

<sup>83</sup> שו"ת רבי עקיבא איגר, מהדורא קמא, סי' קמא. הוא מסתמך על סברת כסף משנה, הערה 79, שהבחין כך בין פירות דקל לפירות שובך.

הוא מתקשה, לפי סמ"ע (הערה 80) שהסביר שבמוכר פירות שובך מפרשים שהתכוון למכור "שובך לפירות" מפני שלא היה צריך לומר "פירות שובך" שהלא הפירות אינם יוצאים מהשובך, והיה לו לומר "פירות היונים" - מדוע בדמי חפץ מפרשים שהתכוון "חפץ לדמיו"?

<sup>84</sup> תוס' גיטין סו ע"א (ד"ה דמי), בתירוץ הראשון; רמ"א חו"מ, רט, ד; שו"ת בית יהודה (עייאש) חו"מ סי' סג.

<sup>85</sup> אליה רבה, תנ, טז. בכך הוא מסביר את ב"ח, או"ח, תנ, ומגן אברהם, תנ, ס"ק יב, שכתבו שמוכרים את התבואה לגוי.

שאינן לבעל הזיכיון קנין הגוף בריחיים כי אינו יכול למנוע ממישהו מלטחון שם, ויש לו רק זכות לקבל תשלום עבור הטחינה, ולכן אינו יכול למכור את הריחיים אף לענין תבואה זו.<sup>86</sup>

## (2) הודאה

אם הודה המקנה שהנכס היה בידו בשעת ההקנאה, ההקנאה תקפה<sup>87</sup>, וזאת גם אם לא ראינו שהיה בידו.<sup>88</sup> אם הודה שמכר את הנכס, מפרשים את דבריו כהודאה שמכר באופן המועיל, היינו שהנכס היה בידו.<sup>89</sup> אבל אם ידוע בודאי שלא היה בידו, לא מועילה הודאתו.<sup>90</sup>

## (3) מנהג

יש אומרים שבמקום שיש מנהג להקנות כל דבשבל"ע, או שיש מנהג להקנות דבר מסוים שהוא דשבל"ע, ההקנאה תקפה<sup>91</sup>, על פי העקרון שמנהג ("סיטומתא") קובע בדיני הקנאה.<sup>92</sup> טעם הוא כשיטת הפגם החוזי, שהחסרון בדשבל"ע הוא שלא סמכה דעתם של הצדדים, ואם כן, במקום שיש מנהג לקנות אותו, כך שסמכה דעתם, ההקנאה תקפה.<sup>93</sup> הסבר נוסף הוא, שאף דשבל"ע ניתן

<sup>86</sup> שו"ת שם אריה (בלחובר), חו"מ סי' ל. הוא מסביר שלכן ט"ז או"ח, תנ, ס"ק ו, חלק על הב"ח.

<sup>87</sup> שו"ת הרי"ף (בלגוריל), סי' פג; שו"ת הריטב"א, סי' יא; שו"ת מהרי"ט חלק ב חו"מ, סימן סט; שו"ת נטע שעשועים (קארא), סי' מא. הרי"ף והריטב"א עוסקים במתנה.

נטע שעשועים מביא חכם אחד שכתב שאין זה בגדר הודאת בעל דין כיון שהעיסקה תלויה גם בקונה, אבל הוא דוחה את דבריו.

<sup>88</sup> שו"ת הרא"ש כלל לו סי' ח (הובא בב"י, חו"מ, ס, טו).

<sup>89</sup> שו"ת מהרי"ט חלק ב חו"מ, סימן סט.

בשאלה האם אמירת "מכרת" מתפרשת כהודאת המוכר שהמכר היה כדין כי הנכס היה ברשותו, עיי' משפט שלום, רט, ה (ד"ה ובדין).

יש להעיר שבמקרה המקביל במתנה, במי שאמר "נתתי כך וכך", נחלקו הפוסקים בשאלה האם מפרשים את דבריו כהודאה שהנכס היה בידו - עיי' שו"ע, חו"מ, ס, ו, ורמ"א שם.

שו"ת מהרי"ט, סימן ר"ט (ד"ה אלא שצריך), מרחיק לכת וכותב שכל מי שמוכר דבר שאינו ברשותו, בזה שמכר לו צמר, הודה שיש לו, והודאת בעל דין כמאה עדים וחייב לקיים את דבריו. הוא לומד זאת משו"ת הרא"ש כלל לו סי' ח שכותב שהנותן לאשתו מטבע אגב ד' אמות קרקע, היא קונה אפי' לא היה לו המטבע באותה שעה, כי בזה שהקנה לה, הודה שיש לו, והודאת בעל דין כמאה עדים. דבריו קשים, שהרי א"כ בטל לגמרי הדין שאי אפשר למכור דבר שאינו ברשותו.

<sup>90</sup> שו"ת לחם רב, סי' קצב, ע"פ רא"ש כתובות פ"ה סי' א, שכתב שאדם שאנו יודעים שאין לו נכסים, ומשעבד את נכסיו על חיוב מסוים, זה לא מועיל מטעם הודאת בע"ד כמאה עדים.

אבל שו"ת מהרי"ט חלק ב חו"מ, סימן סט, כותב שההודאה מועילה גם אם ידוע לא היה בידו.

<sup>91</sup> שו"ת הרא"ש כלל יג סי' כ (הובא בכנה"ג סי' רט, הגה"ט, אות כו [שהובא בדרכי איש, ארוואץ, דרוש י, דף כג ע"ד], בשו"ת סי' יהושע סי' קיד, ובפסקי דין רבניים חלק ח עמ' 52); שו"ת הריב"ש, סי' שמה (עמ' תנח); שו"ת חתם סופר חו"מ סי' סו (ד"ה ומ"ש מעלתו) (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, סי' רא, ס"ק ב, בסופר המלך, ה' מכירה, כב, י, ובפסקי דין רבניים חלק ב עמ' 112); שו"ת שער יהושע סי' לו, עמ' קלה (על רווח עתיד); שו"ת המבי"ט חלק ג סי' קג; שו"ת להורות נתן, חלק יד, סי' קמ; שו"ת ברית יעקב חו"מ סי' צט, על פי שו"ת מהרש"ל, סי' לו; שו"ת שואל ומשיב מהדו"א חלק ב סי' לט (גם בדעת תוס' ב"מ סו ע"א, ד"ה ומנימו), מהדו"ב חלק ב סימן פא (בשם יש"ש, ב"ק, ומקור חיים סי' תנ), ומהדו"ג, חלק א סי' קו; שו"ת בית שלמה (סקאלא) חו"מ סי' סח; שו"ת תפארת יוסף (מייזליש) חו"מ סי' טו; ערוך השולחן, חו"מ, סי' רט, טז, וסי' ריב, ג; ר' יוסף שלום אלישיב, בפסקי דין רבניים חלק ה עמ' 264; ר' שלמה זעפרני, "תוקף חיוב קנסות בהפרת הסכם רכישת דירה", אור תורה שנה לב (תשס), גלי שצב, סי' קיט, עמ' תשסג (שזו דעת רוב האחרונים).

משכונות הרועים, מעי' א, אות ב (ג ע"ד), מדייק כך גם ממהר"ם המובא בשו"ת הרא"ש, כלל יב, סי' ג (ראה הערה שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת. והערה שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת.), האומר שאם נהגו אדם שנודר לחברו שכשייולד לו בן, חברו ימול אותו, ההבטחה מחייבת מטעם מנהג אף שזה דשבל"ע (מהר"ם הובא גם בתשבץ (קטן), סי' שצח, ובהגהות מרדכי שבת סי' תעב); מכאן שמנהג מועיל בדשבל"ע, ואף הרא"ש שם חלק על מהר"ם רק משום שזה דיבור בלי מעשה, וזה מנהג גרוע. יש להוסיף שהרא"ש כותב שם שתקיעת כף מחייבת, ונראה שטעמו מפני שזה מנהג עם מעשה. מחלוקת מהר"ם ורא"ש שם, האם מועילה סיטומתא של דיבור, מובאת בשו"ת דבר יהושע ח"ד סי' מט אות א, ובשער משפט קכו ס"ק ה.

שו"ת שם אריה (בלחובר), חו"מ סי' ל, כותב שגם אם יש מחלוקת האם מועילה סיטומתא בדשבל"ע, הרי במחלוקת הפוסקים, אם מקובל לפסוק כאחד מהם, כך יש לפסוק, ולכן אם מקובל לקנות דבר מסוים שהוא דשבל"ע בסיטומתא, חל הקנין.

<sup>92</sup> שו"ע, חו"מ, רא, ב. ראה על כך בסעיף 5.

<sup>93</sup> שו"ת שואל ומשיב מהדורא קמא חלק ב סי' לט; קובץ שיעורים ב"ב סי' רעו; שו"ת להורות נתן, חלק יד, סי' קמ.



להקנות בדרך "גוף לפירותיו"<sup>94</sup>, וכן מועילה התחייבות בדבר שלא בא לעולם<sup>95</sup>, והמנהג הוא שהמוכר בעצם מוכר את הגוף לפירותיו, או שהמכירה היא בעצם התחייבות<sup>96</sup>.

אבל אחרים אומרים שמנהג אינו יכול להעניק תוקף להקנאה זו<sup>97</sup>. טעמם הוא כשיטת הפגם הקנייני, שהחסרון בדשלבל"ע הוא שאין לקנין על מה לחול, וחסרון זה קיים גם אם יש מנהג<sup>98</sup>. הסבר נוסף למחלוקת הוא, שהדעה השנייה סבורה שבכל הקנאה, המקנה עושה את חלות הקנין ולכן צריך גילוי דעת מתוך מעשיו שיש לו גמ"ד, ומנהג לא מועיל לזה; ואילו הדעה הראשונה סבורה שא"צ גילוי דעת ע"י מעשיו ולכן מועיל מנהג<sup>99</sup>.

<sup>94</sup> כאמור ליד ציון הערה 62.

<sup>95</sup> ראה להלן \_\_.

<sup>96</sup> שו"ת דברי חיים חו"מ חלק ב סי' כו (ד"ה והנה אני).

גם שו"ת ברית יעקב חו"מ סי' צט, מסביר שבגלל הסיטומתא, נחשב כאילו המוכר אמר שהוא מקנה את גוף לפירותיו.

בדומה, ר' שלמה זעפרני, "תוקף חיוב קנסות בהפרת הסכם רכישת דירה", אור תורה שנה לב (תשס), גלי שצב, סי' קיט, עמ' תשסב, מביא שיש שהסבירו שכיון שאפשר להתחייב לדשלבל"ע, סיטומתא מועילה ביצירת גמירות דעת המטילה חיוב על האדם לשלם, ולא בתור מעשה קנין.

שו"ת באר דוד (פרנקל) סימן לא (ד"ה והסברתי, ד"ה אבל כל) מנמק שיטה זו, שסתם הקנאה שבתורה היא הקנאת גוף החפץ, כי התורה העריכה שבני אדם מתכוונים להקנות את גוף החפץ, ואינם משעבדים את גופם, ולכן אם גוף החפץ אינו כאן, לא קנה; אבל בקנין סיטומתא, אפילו לדעת חת"ס יו"ד סימן שיג שהוא מה"ת, מ"מ אינו כתוב בתורה אלא הסוחרים הנהיגו כך, וכיון שהנהיגו שיקנה אף דשלבל"ע, המקנה משעבד את עצמו שתהיה לקונה זכות על גוף המקנה, שיהא חייב לתת לו את החפץ, ולכן קנה. עוד הסביר (בד"ה ועוד עיקר) שהמוכר מקנה על דעת הסוחרים, והוא כאילו אמר בפירוש שהוא מחייב עצמו לכך, ולכן הקונה קנה. לפי דבריו, בעצם זה פועל כהתחייבות, ולא כהקנאה ממש.

<sup>97</sup> ר' יחיאל מפאריש, המובא בתשבץ (קטן), סי' שצח, ובהגהות מרדכי שבת סי' תעג (שהובא בשו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' כח, בקצות החושן רא, ס"ק א, ובנתיבות המשפט רא, ס"ק א); שו"ת הרדב"ז ח"א סי' רעח (הובא בדרכי איש, דרוש י, דף כג ע"ד) (ע"פ ר' יחיאל שם); ים של שלמה בבא קמא פרק ח סי' ס (על המבטיח לחברו שיכול למול את בנו, כשיולד); שו"ת רבי עקיבא איגר מהדורא קמא סימן קלד (ד"ה והנה מה) (הובא בסופר המלך, ה"ל מכירה, כב, י, וע"פ ר"ב זולטי, בפסקי דין רבניים חלק ה עמ' 267).

נתיבות המשפט רא, ס"ק א (הובא בשו"ת שם אריה (בלחובר), חו"מ סי' ל), כותב שמה שכתב שו"ת מהרש"ל סי' לו, שמועילה הקנאת "אורנדא" (הזכיון הממשלתי שנותן בלעדיות על מכירת י"ש וכדומה) מטעם מנהג, עיקר טעמו משום דינא דמלכותא (בכך מתיישבת הסתירה בין תשובותיו לבין דבריו בים של שלמה שם). אבל בספרו מקור חיים, תנ, ס"ק ח, הביא שמהרש"ל מסתמך על שני הטעמים.

אבל שו"ת חתם סופר חו"מ, סימן סו (ד"ה ומ"ש מעלתו) (הובא בפסקי דין רבניים חלק ה עמ' 270), ושו"ת דברי חיים חו"מ חלק ב סי' כו (ד"ה ולכן לפי זה) וסי' כח, כותבים שגם לר' יחיאל מועיל מנהג, ומה שאמר שלא מועיל סיטומתא הוא כי בנידונו לא היה ברור שנהגו לקנות דבר שלא בא לעולם בסיטומתא זו, אבל אם יש מנהג ברור שקונים אפילו דבר שלא בא לעולם בסיטומתא, הולכים אחר המנהג. אפשר לפרש כך גם את דברי הרדב"ז שם. אבל שו"ת שם אריה (בלחובר), חו"מ סי' ל, כותב שלא משמע כך מלשון ר' יחיאל. המחלוקת מובאת בשו"ת אמרי אש חו"מ סי' כא.

שו"ת באר דוד (פרנקל) סימן לא (ד"ה וא"כ) כותב שאפשר לומר קי"ל כדעה זו, וא"כ מנהג המדינה לפסוק כדעה שמועיל מנהג בדשלבל"ע.

בשאלה זו ראה: חוקת משפט, הלכות מכירה, פרק ו, סעיף כא, ובקונטרס אחרון, סי' א; רון שלמה קליינמן, מנהגי הסוחרים במשפט העברי (קניין סיטומתא), דיסרטציה, אוניברסיטת בר-אילן תש"ס.

**הבחנה:** שו"ת חסד לאברהם (תאומים) מהדו"ק חו"מ סי' לו, כותב שלא מועיל סיטומתא בדשלבל"ע ממש, כי לא מועיל בו קנין כלל, וסיטומתא מועילה רק בדבר שאפשר להקנותו באופן אחר, ואף שמועילה התחייבות בדשלבל"ע, קנין שונה מהתחייבות, שהתחייבות מוטלת רק על אדם זה, ואם מת, יורשיו פטורים; וקל וחומר בדבר שאינו ממוני, כגון הנותן לחברו זכות למול את בנו, שבזה אין מועילה אפילו התחייבות כי אינו דבר ממוני, ולכן אין מועיל בו מנהג; אבל בדבר שבא לעולם ורק אינו ברשותו (בבעלותו), ומצוי לקנותו בשוק, אם התחייב עליו, נכסיו משתעבדים, וגם אחרי מותו נשאר שעבוד על נכסיו, כמו שכתב נתיבות המשפט ס, ס"ק י, ולכן מועיל בו סיטומתא, כי כיון שנהגו לקנות בזה, אומרים שקיבלו עליהם שהקנין יועיל כאילו היה באופן המועיל - היינו בהתחייבות; וכן ב"אורנדא" מועיל מנהג, כמו שכתב מהרש"ל שם, אף שאינו ברשותו, כי מועילה בו הקנאה ע"י כתיבה ומסירה של ה"קאנטראקט". הוא מסביר בכך שאין מחלוקת בין ר' יחיאל לרא"ש, שר' יחיאל דיבר בנותן לחברו זכות למול את בנו, ואילו הרא"ש דיבר בדבר שבא לעולם ורק אינו ברשותו. אבל הוא מדייק משו"ת הרא"ש כלל יב סי' ג שלדעתו מועילה סיטומתא גם בענין מילה, אלא שבנידונו כותב הרא"ש שלא היה מנהג (על הרא"ש שם ראה הערה 91).

<sup>98</sup> קובץ שיעורים ב"ב סי' רעו (הובא בחמדת אהרן (קוגמן, תשס"ו), סי' לד, אות ח, עמ' ריח).

<sup>99</sup> סופר המלך, ה"ל מכירה, כב, י.

גם לדעה הראשונה, ההקנאה תקפה רק אם המקנה יוכל להקנות את הנכס כשיבוא לעולם, מה שאין כן בנכס שיבוא לעולם כשהמוכר מת או גוסס, או חמץ בפסח שא"א להקנותו, מפני שכשהנכס בא לעולם, הוא נכנס תחילה לבעלותו של המוכר ורק אח"כ חלה ההקנאה לקונה, כאילו אמר מראש: "כשיבוא לרשותי, יהיה קנוי לך", ולכן צריך שיהיה יכול להקנות אותו אז.<sup>100</sup> ועוד: גם לדעה הראשונה, ההקנאה חלה רק כשהנכס יבוא לעולם, ועד אז המוכר יכול לחזור בו.<sup>101</sup>

#### (4) אב המקנה לבנו

יש אומרים שאב יכול להקנות דשבל"ע לבנו, כי דעתו קרובה אצלו,<sup>102</sup> אם עשה מעשה קנין בהתאם לסוג הנכס.<sup>103</sup> טעמה של דעה זו כשיטת הפגם החוזי, שבדרך כלל אין גמ"ד להקנות דבר

<sup>100</sup> מקור חיים, תנ, ס"ק ח.

הוא כותב שלדעת ט"ז, תנ, ס"ק ו, כך הדין גם בהקנאת דשבל"ע שתקפה מטעם דינא דמלכותא, כגון "אורנדא" (ראה הערה 97); ואילו לדעת מגן אברהם, תנ, ס"ק יב, כיון שבאורנדא אינו יכול לחזור בו לפני שבא לעולם, מחמת ד"ד וסיטומתא, הקנין חל מיד. שו"ת דבר יהושע ח"ד סי' מט אות ב, מסביר בדעת מגן אברהם, שאף שבסיטומתא הקנין חל רק כשהנכס בא לעולם (ראה בשמו בהערה 101), מקור חיים לשיטתו שכתב בנתיבות משפט, רא, ס"ק א (הערה 97) שהקנאת "אורנדא" מועילה מפני שיש גם מנהג וגם ד"ד, ולכן הוא נקנה עוד לפני שבא לעולם.

אגב, בענין דינא דמלכותא בדשבל"ע, שו"ת נודע ביהודה מהדורא תניינא אורח חיים סי' נט (הובא בשו"ת שואל ומשיב מהדורא קמא חלק ב סי' לט), כותב לגבי הזכות לבלעדיות למכירת יי"ש בעיר, שבעל הזכות זוכה בה מדינא דמלכותא אף שהיא דשבל"ע, אבל אינו יכול להקנותה לאחר, כי על זה אין דינא דמלכותא.

אבל ר"ב זולטי, בפסקי דין רבניים חלק ה עמ' 268, כותב שלפי חידושי הרשב"א גיטין י ע"ב, שכתב שהתוקף ההלכתי של דינא דמלכותא הוא משום סיטומתא (חוץ מכשבאים לדון בערכאות שלהם, שאז יש לו תוקף מצד עצמו), הרי לפי הדעה שאין מועיל סיטומתא כאן, לא יועיל ד"ד (הוא כותב כך לגבי אסמכתא, שהוא משווה לדשבל"ע).

<sup>101</sup> שו"ת דבר יהושע ח"ד סי' מט אות ב.

באות ג, הוא מעלה אפשרות שלפי חידושי הרמב"ן, קידושין סג ע"א, הכותב שלדעה שאפשר להקנות דשבל"ע, המקנה יכול לחזור בו עד שהנכס יבוא לעולם אבל אינו יכול לחזור בו אם אמר "מעכשו", הרי שלדעה שמועילה סיטומתא בדשבל"ע, אינו יכול לחזור בו כי הוא כאומר "מעכשו" כי כך המנהג; ואילו לדעה שגם אם אמר "מעכשו" יכול לחזור בו לפני שבא לעולם, גם לפי השיטה שאפשר להקנות דשבל"ע, הרי גם בסיטומתא בדשבל"ע יכול לחזור בו לפני שבא לעולם.

<sup>102</sup>

שו"ת המב"יט ח"ב סי' קלו, בסופו (הובא בדרכי איש, ארוואץ, דרוש י, דף כג ע"ד, בשארית יעקב, אלגזי, פי שלח (סח ע"א), בשו"ת שואל ומשיב מהדו"ה סי' כו (כג ע"ב), בראש דוד, פי ויגש, בסופו, בשו"ת ברית עולם (ולר), סי' כב וסי' סא אות ז, בשו"ת אפרקסתא דעניא חלק א סימן נו (ד"ה ועו"ל), בשו"ת להורות נתן, חלק יד, סי' קמ, ובמשא יד, ח"א, פי תולדות, עמ' כב); שו"ת שארית יוסף (ידיד) ח"ג חו"מ סי' ד עמ' רכג (בדבר שלא בא לעולם ובדבר שאינו ברשותו); ערך השלחן, חו"מ, רי, ס"ק ב, גם בדעת שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס קרימונה, סי' קלג (אפילו לעובר שהוא בנו); שו"ת גור אריה יהודה יו"ד סי' נט (ס ע"ב), בדעת חלקת מחוקק, מ, ס"ק יד.

המב"יט מביא ראייה לכך מהדין (שו"ע, חו"מ, רי, א) שאי אפשר לתת מתנה לעובר אבל אפשר לתת מתנה לעובר שהוא בנו, מפני שדעתו של אדם קרובה אצל בנו. משכנות הרועים מעי' ע אות עג, כותב שהוכחה זו נכונה לפי רי"ף, רמב"ם, רמב"ן, העיטור והרמ"ה, שלפיהם הקנאת דשבל"ע והקנאה לעובר שווים; עיי"ש בהוכחתו שזו דעתם, ובדינו בהשוואת הקנאת דשבל"ע והקנאה לעובר - מה יותר גרוע.

כח מעשיו הגיד לעמו, דרוש יד (לה ע"ד-לו ע"א), מסביר ע"פ דעה זו את פרשת הצאן של לבן (בראשית פרק לא): יעקב סבר שלבן היה יכול להקנות את הצאן לבנותיו אף שלא בא לעולם, כי דעתו קרובה אצל בתו, ואילו רחל ולאה הסבירו ליעקב שדעתו של לבן לא היתה קרובה אצלן שהרי התייחס אליהן כנכריות.

יש להעיר שהפוסקים דיברו על מתנה, אבל יש להניח שדברים אמורים גם במכר, אף שהיה מקום לומר שדוקא מתנה מביעה את קירבתו לבנו ולא מכר.

**הבחנות שונות:** מעשה נסים (הכהן), על רמב"ם, הלכות מכירה, כב, י (פא ע"ד), כותב שהמב"יט מודה שדבר שאינו ברשותו, היינו נכסים שעוד לא קנה, אינו יכול להקנות לבנו, ויכול להקנות רק דבר שנמצא ברשותו אלא שעוד לא בא לעולם, כגון פירות העתידים לצמוח מנכס שלו (כך נראית כוונתו). הוא מיישב בזה מה שהקשה שער המלך, הלכות מכירה, כב, י (ד"ה ואמנם יש), על המב"יט מב"ב קכו ע"ב, ששם מדובר בנכסים שעוד לא קנה.

בית ישחק, הלכות מכירה, כב, י (קי ע"ג), כותב שגם למב"יט, אם הקנה דשבל"ע לבנו בלשון "מהיום אם לא אחזור בי עד שעת מיתה", לא קנה, כי העובדה שהקנה באופן שיכול לחזור בו מוכיחה שאין דעתו קרובה אצלו.

שו"ת כתב סופר יו"ד סי' קנה, כותב שגם למב"יט לא יוכל להקנות לבנו דשבל"ע שאינו קצוב, שיש בו שני חסרונות.

שערי חיים, כתובות, סי' קא, אות ד, כותב שגם למב"יט לא מועילה הקנאה "מעכשו" לבנו, כי אי אפשר שהקנין יחול מעכשו, כי מעשה קנין אינו יכול לחול על מה שלא קיים, וכן אין מועילה הקנאת דשבל"ע בשטר לבנו, כי שטר יכול לקנות רק אם יש למקנה כוח לעשות את השטר עכשו; ורק הקנאה סתם (בלי

שלא בא לעולם, ובהקנאה לבנו יש גמ"ד, ולכן היא חלה<sup>104</sup>. לפי דעה זו, אב יכול להקנות דשבל"ע גם לבתו<sup>105</sup>. הבן קנה גם אם מת האב לפני שבא הנכס לעולם<sup>106</sup>. אבל אם אינה יכולה להקנות לבנה דשבל"ע<sup>107</sup>, וסב אינו יכול להקנות דשבל"ע לנכדו<sup>108</sup>.

אבל אחרים אומרים שאין אדם יכול להקנות לבנו דשבל"ע<sup>109</sup>. דעה זו מתאימה לשיטת הפגם הקנייני, שכן פגם זה קיים גם בהקנאה לבנו<sup>110</sup>. גם לשיטת הפגם החוזי, אפשר לומר שקירבת אב לבנו לא די בה ליצור גמירת דעת מספקת להקנות דשבל"ע<sup>111</sup>.

"מעכשו" מועילה, שאז הוא רוצה שהקנין יחול כשיבוא לעולם, ובזה אין חסרון בכוח הקנאה אלא חסרון בסמיכות דעת, ובהקנאה לבנו יש סמיכות דעת. הוא מיישב בכך את קושיות שעה"מ על המב"ט - עיי"ש. טהרת המים, שיו"ר טהרה, מע"ד אות כז, מעלה ספק, אם אב ובן הקנו זה לזה דשבל"ע, האם כמו שהבן יכול לחזור בו, גם האב יכול; או שמא האב אינו יכול, כי הוא יודע שאין דעת הבן קרובה אצל אביו, ומראש התכוון להקנות לבנו אף שידע שבנו יכול לחזור בו. וראה ליד ציון הערה 120, שיש אומרים שהקנאה החדית של דשבל"ע תקפה גם בסתם אדם.

שו"ת גור אריה יהודה יו"ד סי' נט (ס ע"א), כותב שגם לדעה זו, הקנאת דשבל"ע לבנו מועילה רק אם מקצתו בעולם כגון עובר בהמה. הוא מיישב בזה את רש"י ב"ב קכד ע"א (ד"ה עד) שכתב שא"א להקנות דשבל"ע, אף שהוא עוסק בהקנאה לבנו, ואת רמ"א, חו"מ, רנו, ז, הכותב שאדם אינו יכול להקנות לבנו דבר שאינו בידו - כוונתם לדבר שאינו בידו כלל.

<sup>103</sup> עבד המלך, הלכות מכירה, כב, י, אות כ.

יש להעיר שכאן שמועילה הקנאת דשבל"ע, וכן במצבים נוספים שנראה בהמשך שמועילה הקנאת דשבל"ע, אין מועיל קנין סודר, כי ההקנאה תחול רק כשיבוא הנכס לעולם, ואז כבר חזר הסודר לבעליו (שמטעם זה אין תוקף להקנאה לאחר זמן בקנין סודר - שו"ע, חו"מ, קצה, ה); וכן לא שייכת משיכה או חזקה שהרי הדבר אינו קיים; ומועילים רק קנין שטר או קנין כסף שמועילים גם בהקנאה לאחר זמן. שו"ת שואל ומשיב מהדו"ה סי' פא (פד ע"ד), כותב שבכל מצב שיכול להקנות דשבל"ע, גם אם מת המקנה לפני שבא הנכס לעולם, מועילה ההקנאה, אם עוד לא חזר בו.

<sup>104</sup> קנין תורה בשמעתא, בראשית עמ' קסז.

בעמ' קסו נימק ע"פ הדין (ראה להלן) שאפשר להתחייב בדשבל"ע, והקנאת דשבל"ע לבנו מועילה כהתחייבות, כי דעתו קרובה לבנו.

<sup>105</sup> מב"ט שם; שארית יוסף שם.

<sup>106</sup> שער המלך, הלכות מכירה, כב, י (ד"ה ומיהו), בדעת המב"ט; ערך השלחן, חו"מ, רי, ס"ק ב, בדעת המב"ט.

<sup>107</sup> שו"ת שואל ומשיב מהדו"ה סי' כו (כג ע"ב).

בענין זה יש סתירה במב"ט: בח"ב, סי' קלז, עסק באשה שהקנתה לבתה דשבל"ע, ופסק שההקנאה תקפה; ואילו בח"א סי' שלט כתב לענין אחר שאין דעת אב קרובה לבנה. על סתירה זו העיר ר"י אלגאזי בקהלת יעקב, לשון חכמים מע"א, סי' ז. בני חיי, אה"ע"ז סי' נא, מביא שמהר"ם בן חביב תירץ את סתירת המב"ט, באופן שאף בח"ב לא התכוון לומר שיכולה להקנות לבנה דשבל"ע, אלא שיכולה להקנות לאדם אחר דקל (לדוגמה) ולשייר לבנה פירות, ואז משיירת לו גם את מקום הפירות. אבל בני חיי כתב שאין תירוץ מספיק ליישב.

<sup>108</sup> שער המלך, הלכות מכירה, כב, י (ד"ה ומן האמור). הוא מסתמך על הדין שסב אינו יכול להקנות לנכדו העובר (רמ"א, חו"מ, רי, א), מפני שאין דעת הסב קרובה לנכדו. הוא מוסיף שגם לדעה שסב יכול להקנות לנכדו העובר (שבות יעקב, ח"א סי' קיא בדעת תרומת הדשן, שו"ת, סי' שג), אדם אינו יכול להקנות לנינו העובר, וכן אינו יכול להקנות דשבל"ע לנינו.

<sup>109</sup> מהרי"ט, בתשובתו בשו"ת בני אהרן סי' נו; שו"ת ברית אברהם, חו"מ, סי' כ, אות יח, בדעת ר"א מונסון בשו"ת ר"י בסאן סי' יח, דף ט ע"ב (הכותב באופן כללי שא"א להקנות דשבל"ע אף למי שדעתו קרובה אליו); כנה"ג, חו"מ, רט, הגה"ט אות כט, בדעת ר' פלטוי המובא בעיטור המובא בב"י חו"מ, רט, ד; ר' יוסף דב כהן, "הצעת תקנה לירושת הבת בין הבנים", התורה והמדינה ב, עמ' יט, בדעת שער המלך ה"ל מכירה פכ"ב ובדעת כל הפוסקים חוץ מהמב"ט; בית ישחק, הלכות מכירה, כב, י (קי ע"ד), בדעת יפה תואר, בראשית רבה פרשה נט סי' טו; שו"ת כתב סופר יו"ד סי' קנה, בדעת הרמב"ם; שו"ת גור אריה יהודה יו"ד סי' נט (ס ע"א).

שער המלך, הלכות מכירה, כב, י (ד"ה וראיתי להרב), כותב שזו גם דעת פסקי ריא"ז ב"ב פ"ט הלכה א אות י, החסור שהמזכה לעובר שלו לא קנה, ואין אומרים שדעתו של אדם קרובה אצל בנו, ומכאן שלדעתו גם אין אדם מקנה דשבל"ל לבנו. והוא כותב שלפי חידושי הרמב"ן יבמות סז ע"א, שהמזכה לעובר שלו קנה דוקא בשכיב מרע, גם הקנאת דשבל"ל לבנו מועילה רק בשכיב מרע (ולפי זה, במכר לא יועיל כלל, כי במכר אין הבדל בין שכיב מרע לאדם בריא).

<sup>110</sup> קהלת יעקב מדות חכמים מע"ד אות סה (עמ' לג). הוא מסביר שלכן זה שונה מהקנאה לעובר שמועילה אם הוא בנו (שממנו לומד המב"ט - ראה הערה 102), כי שם החסרון הוא שאין גמירת דעת וזה כאסמכתא, ולכן בבנו קנה כי יש לו גמירת דעת. והוא מסביר בזה את תוס' כתובות ז ע"ב (ד"ה מכה) שכתבו שלר"י הקנאת דשבל"ע יותר גרועה מהקנאה לדשבל"ע (כגון עובר). כמו כן, כתב סופר שם

## (5) "לכשיבוא לעולם"

יש אומרים שהמוכר דשלבל"ע, ואמר שהקונה יזכה בו "לכשיבוא לעולם", המכירה תקפה<sup>112</sup>, מפני שכשבא הנכס לעולם, הקנין כבר יכול לחול<sup>113</sup>. המכירה חלה כשהדבר בא לעולם, ולכן היא תקפה רק באופנים המועילים בהקנאה שלאחר זמן: בהקנאת קרקע בשטר או בכסף, ובתנאי שהשטר או הכסף עדיין קיימים כשבא הדבר לעולם; אבל א"א למכור מיטלטלין "לכשיבואו לעולם", משום שמיטלטלין נקנים רק במשיכה או בחליפין, וכשיבואו לעולם כבר כלתה המשיכה וחזר הסודר לבעליו, וגם קנין אגב לא מועיל, כפי שראינו<sup>114</sup> שקנין אגב לא מועיל לנכסים שיהיו לו לעתיד<sup>115</sup>, אלא אם כן עשה משיכה אחרי שהנכס בא לעולם<sup>116</sup>.

אבל אחרים אומרים שגם כאן המכירה אינה תקפה<sup>117</sup>, ואף שיש תוקף למכירה לאחר זמן כמו "אני מוכר לך לאחר ל' יום"<sup>118</sup>, הרי בדבר שאינו בעולם בשעת הקניין יש חסרון גמירות דעת כיון שהענין ערטילאי.

עמדת ביניים היא שאם אמר לקונה: "לאחר שיבוא הדבר לעולם, משוך אותו וקנה אותו", קנה, כמו שהאומר לחברו "משוך חפץ זה אחרי ל' יום", ועשה כן, קנה; והמוכר יכול לחזור בו לפני שבא הדבר לעולם (גם אם הקונה עשה מעשה קנין לפי שבא לעולם), אבל אינו יכול לחזור בו אחרי שבא לעולם והקונה עשה מעשה קנין<sup>119</sup>.

---

מסביר שהרמב"ם סובר שאין ללמוד מהקנאה לבנו העובר, כי לדעתו הקנאה לדשלבל"ע עדיפה מהקנאת דשלבל"ע.

<sup>111</sup> גור אריה יהודה שם מנמק שייתכן שאינו מקנה לו בלב שלם אלא מאיזה טעם הוצרך להקנות לו, ודוקא מתנה לעובר שהוא בנו תקפה משום עדיין לא ראה אותו ובכל זאת נותן לו, וזו הוכחה שהוא מקנה בלב שלם. ובכלל הוא מנמק שאין בידינו לחדש אומדנא, שיש גמירת דעת במצב זה.

<sup>112</sup> מרדכי ב"ב סי' תקעח וסי' תרג, בשם רשב"ם (הכוונה לפירוש הרשב"ם העיקרי, מדפוס פיזרו, ב"ב קלא ע"א); תרומת הדשן, שו"ת, סי' רע, בשם רשב"ם, ובדעת אור זרוע; ט"ז אהע"ז, קלב, ס"ק ב, בדעת רא"ש, יבמות פ"ה סי' ד, ובדעת טור, אהע"ז סי' קלב; אנציקלופדיה תלמודית, ע' דבר שלא בא לעולם, הערה 26, בדעת חידושי הרשב"א קידושין סג ע"א (ד"ה כגון).

ראה הערה 149, שחי' מהרי"ט כתובות צא ע"ב, כותב בדעת ר"ת בתוס' כתובות צא ע"ב (ד"ה דזבנח), שלדעתו רק המקנה שדה מסוימת של אביו לכשימות אביו, קנה המקבל.

שו"ת ברית עולם (ולר), סי' סא אות ז, מקשה על דעה זו מקידושין סב (עיי"ש).

ט"ז שם מוכיח שזו דעת הרא"ש והטור, ממה שפסקו שהמזכה לעובר ואומר "לכשתלד" קנה. אבל אבני מילואים, לה, ס"ק יג, דוחה את ההשוואה, שהרא"ש וטור פסקו שמועיל "לכשתלד" רק במזכה לעובר משום שעובר נחשב קצת בא לעולם, אבל בשאר דבר שלא בא לעולם לא מועיל "לכשיהיה". על הקנאת עובר "לכשתלד" ראה הערה 51.

<sup>113</sup> שו"ת שואל ומשיב, מהדורא א, ח"א, סי' מה

<sup>114</sup> ליד ציון הערה 27.

<sup>115</sup> שער המלך הלכות מכירה, כב, ה (עמ' שצז); המקנה, קידושין סב ע"ב (ד"ה ונראה לענ"ד לפרש).

<sup>116</sup> המקנה שם.

<sup>117</sup> מרדכי ב"ב סי' תקעח; חידושי הרשב"א קידושין סב ע"ב, בדעת רב האי גאון; תרומת הדשן, שו"ת, סי' רע, בשם ר"י, בהגהות אשרי, ב"ב פ"ט סי' ה; שער המלך הלכות מכירה, כב, ה (עמ' שצז), בדעת תוספות ב"מ טז ע"א (ד"ה קנויה), ובדעת תוס' יבמות צג ע"א (ד"ה קנויה); אנציקלופדיה תלמודית, ע' דבר שלא בא לעולם, הערה 27, בדעת חידושי הריטב"א, גיטין מה ע"א; קצות החושן, רי, ס"ק א. קצות החושן, רט, ס"ק ז, מביא ראיה לדעה זו - עיי"ש.

המחלוקת מובאת ברמ"א, חו"מ, רט, ד, בבית שמואל, צ ס"ק מז, ובשו"ת ברית עולם (ולר), סי' כב.

<sup>118</sup> שו"ע, חו"מ, קצז, ז. שם נאמר שמשכה אינה מועילה כי היא אינה נעשית בשעת חלות הקנין, מכאן שקניינים אחרים מועילים.

<sup>119</sup> דברי חיים (אורבך), דיני מכירה, סימן לג (ד"ה וכן), ובספרו חידושי ר' חיים שבסוף ספר דברי משפט, סימן קכו, סעיף כ. ראה בענין תפיסה, ליד ציון הערה 172, שנתבות המשפט כותב שבמקרה זה קנה בתור תפיסה.

נראה שפתח הבית (טיקטין, תק"פ) סי' לה (פו ע"ג-ע"ד, פז ע"א), מתכוון לומר דבר דומה: שקנה אם אמר המקנה "לכשיבוא לעולם, קח אותו", והקונה עשה קנין חדש כשבא לעולם, בלי להסתמך על הקנין שבתחילה, או שעשה קנין כסף או שטר והכסף והשטר עדיין קיימים. נראה לאור זה שיוכל המקנה לחזור בו בינתיים כיון שכשבא לעולם. פתח הבית שם מדגיש שהקנייה כאן היא מכוח קניין חדש ואינה מכוח תפיסה, שבה נעסוק ליד ציון הערה 155.

המקנה, קידושין סב ע"ב (ד"ה ונראה לענ"ד לפרש), וקונטרס אחרון, מ, ה, כותב דבר דומה בדעת הרשב"ם (הערה 112): באומר "לכשיבוא לעולם", הקונה קנה רק אם עשה קנין אחרי שבא הדבר לעולם, כגון שמשך מיטלטלין, או שקנה קרקע בשטר והשטר עדיין קיים, ואף שלא היתה אמירה חדשה כשבא הדבר לעולם,

## (6) הקנאה הדדית

**הקנאה הדדית** של דשלבל"ע תקפה<sup>120</sup>, כי נעדר כאן הפגם החוזי בדשלבל"ע - העדר גמ"ד אצל הקונה והמקנה, שהרי כאן ההדדיות יוצרת גמירת דעת<sup>121</sup>. ר' שלמה איגר הסביר באופן קצת שונה: הטעם שאין הקנאה מועילה בדשלבל"ע הוא שיש אומדנא שהמקנה אינו גומר בלבו להקנות כי הוא חושב שהדבר לא יבוא לעולם, וזאת דוקא במקנה, שאינו ממהר כל כך להקנות את חפצו לאחר, אבל הקונה גומר בדעתו לקנות כל שהוא; ובהקנאה הדדית, מתוך שכל אחד רוצה לקנות (כי לכך יש לו גמ"ד) הוא מוכן להקנות; ועוד, שכיון שבידו להרוויח ולקנות משהו, הוא שוקל את שכרו כנגד הפסדו, ומוכן להקנות לאחר כדי לקבל, ואף שהקבלה בספק, שמא הדבר לא יבוא לעולם, הרי גם ההקנאה בספק<sup>122</sup>. כ"ש שאם ראובן מקנה לשמעון דבר שבא לעולם

קנה, כיון שהמקנה לא חזר בו בינתיים, ומניחים שהוא עדיין מסכים. על פי זה הוא כותב שגם לדעה זו, גוי המקדש אשה "לאחר שאתגיר", וכדומה, אינו מקודשת, מפני שקידושין צריכים אמירה, והאמירה היתה לפני שבא הדבר לעולם, וכך גם בהקדש ובהפרשת תרומה.

שו"ת מנחת שלמה מהדורא תנינא (ירושלים תשי"ס), סימן קלו אות ב (עמ' תפב), עושה הבחנה בין מכר למתנה: במתנה קנה אם אמר למקבל לקחת במתנה את הפירות שהדקל שלו יוציא ויחזיק בהם, שהרי ברור שאם אמר למישהו שיאכל את הפירות, ואכל אותם, הוא פטור מלשלם, אבל במכר קנה רק בתור תפיסה מפני שבאותה שעה נגמר איזה תנאי שיש ביניהם (נראה שכוונתו היא, שמה שהמוכר אמר לקונה שיוכל למשוך, היה רק עד זמן מסוים), והוא מיישב בכך את מה שנאמר בב"מ סו ע"ב שבמקרה זה קנה רק בתור תפיסה (בפשטות אפשר לומר שהחידוש של תפיסה הוצרך במצב שלא אמר לו לעשות קנין כשיבוא לעולם, שאז מעיקר הדין לא יכול לקנות אז).

**דעות חולקות:** חזון איש, חו"מ, ליקוטים, סימן ט, אות יג (= חזון איש, הלכות קידושין, סימן נח, ס"ק ג), כותב שגם כאן לא קנה מפני שאין מועילה אמירה בדבר שלא בא לעולם לעשות קנין כשיבוא לעולם. גם אמרי בינה, חו"מ, דיני הלוואה, סוף סימן יג, כותב שלא קנה, מפני ש"לך ומשוך" הוא גילוי דעת שרוצה להקנות, ומועיל רק בשעה שבידו להקנות, אבל אם בשעה שמגלה דעתו לא היה בידו להקנות, הוא פטור מילי בעלמא.

<sup>120</sup> ר' משולם, המובא בעיטור, שיתוף דף מב ע"א (הובא בהגהות מרדכי, ב"ב סי' תרסג [שהובא בשו"ת מהרי"ק, שורש כ, בב"י, חו"מ, סי' קעו, ד, וסי' רמא, מחודש א, בלחם שלמה (בולה), ה"ל קנין סודר, סי' צד (עג ע"ד), בשו"ת ויקרא אברהם (אדאדי) חו"מ סי' לט דף עג ע"ג, בשו"ת הרמ"א, סי' עח, אות ד, ובשו"ת שער אפרים, סי' קלג, ד"ה ובר מן דין, ובשו"ת פרח מטה אהרן, ח"א, סי' יג דף מ ע"א, וסי' יד, דף מא ע"ד), ובשו"ת מהרי"ק שורש קפב (הובא בשו"ת ר' יעקב לבית הלוי (מהד' שצ"ב), סי' סח, דף קמד ע"ד); שו"ת מהרש"ם חו"מ סי' רעד; רמ"א, חו"מ, רט, ח (הובא בס' העיקרים (איגר), ח"א, עמ' רפא ועמ' רצג, ובשו"ת אפרקסתא דעניא חלק א סימן נז, ד"ה והנה); פני האדמה (סוף פרי האדמה ח"ד), שמות דף נח ע"א, בשם מהרש"ח.

שו"ת גור אריה יהודה יו"ד סי' נט (ס ע"ב), כותב ע"פ דעה זו, שאפשר להקנות את העובר של בהמה מבכרת לגוי כדי שלא יעבור לכהן מדין בכורה - כיון שהוא רוצה לקנות את העובר לעצמו (שלא ילך לכהן), הוא מקנה לגוי חלק באותו עובר. הוא כותב (בדף ס ע"ג) שאם רצה לתת לכהן אלא שהקנה לגוי כדי להפקיע את קדושתו כדי שלא יבוא לידי תקלה, אינו מועיל, כי על זה אין אומדנא שמקנה בלב שלם, כי זה לא לטובת עצמו; והוא מסביר שעל כגון זה תוסי' בכורות ג ע"ב (ד"ה דקא) כתבו שהקנאת העובר אינה מועילה.

**דעה חולקת:** שו"ת מהרש"ם חו"מ סי' רעד, כותב שהרמב"ם, הלכות שלוחין, ד, ב, הרמב"ן והעיטור, סוברים שגם הקנאה הדדית של דשלבל"ע בטלה, שהרי כתבו שהתנאה בין שותפים על חלוקת רווחים עתידית ביניהם אינה תקפה. והוא כותב אפשר לטעון קי"ל כדעתם. גם שו"ת מהריב"ל חלק ב סי' לח, כותב שא"א לתת תוקף להקנאה, בגלל דעת הרמב"ם והרמב"ן. הוא כותב שגם הראב"ד, הלכות שלוחין, ד, ב, שכתב שמועילה הסכסם שותפות בדשלבל"ע משום שאדם יכול להקנות עצמו בקנין העבדים, סובר שאין תוקף למתנות הדדיות בדשלבל"ע כי לא שייך נימוק זה. גם בני אהרן סי' רמא (קכה ע"א), כותב שרמב"ם וראב"ד ה"ל שלוחין פ"ד חולקים על ר' משולם. גם שו"ת חתם סופר חו"מ סימן קפו, כותב שהרמב"ם ושו"ת חולקים על רבנו משולם. כמו כן, רמ"א, רט, ח, מצוין שבשו"ע, חו"מ, קעו, ג, הובאה דעה חולקת - היא דעת הרמב"ם הנ"ל. ע"י גם שו"ת פרח מטה אהרן, ח"א, סי' יג (מ ע"א-ע"ד), וסי' יד (מא ע"ד-מב ע"ב) הדין בקנייני שותפים לפי עקרון זה. לא נעסוק כאן בדין שותפות בדשלבל"ע.

שו"ת דברי חיים חו"מ חלק ב סי' כו (ד"ה והנה אנל), כותב שמי שסובר שלא מועילה הקנאה הדדית של דשלבל"ע בשותפים טעמו שהוא סובר שאינם גומרים ומקנים.

אבל גור אריה יהודה שם (ס ע"ב) כותב שדוקא לגבי שותפות כתב שו"ע שא"א ליצור שותפות בדשלבל"ע כי א"א להקנותו, משום שבשותפות אין נזק ורווח ברורים, ואולי כל שותף סומך יותר על דשלבל"ע שלו יותר מעל של חברו, ולכן אינו גומר בדעתו להקנות.

ראה גם הערה 102, שטהרת מים פשוט לו שאין תוקף להקנאה הדדית. המחלוקת מובאת בשו"ת מהר"ם שיק חו"מ סי' כז, ובשו"ת באר דוד (פרנקל) סימן לג (ד"ה ואפילו אם).

<sup>121</sup> יד המלך, הלכות אישות, ז, טו; לחם שלמה (בולה), ה"ל קנין סודר, סי' צד (עג ע"ד). על הטעם של חוסר גמירת דעת, ראה ליד ציון הערה 16.

<sup>122</sup> ס' העיקרים (איגר), ח"א, עמ' רפב. הוא מביא ראייה לנקודה שהקונה גומר בדעתו (שהוא חוזר עליה בעמ' ש), ממה שבכל המקומות בתלמוד נאמר "אין אדם מקנה דשלבל"ע" ולא "אין אדם קונה".

ושמעון מקנה לראובן דשלבל"ע, ששניהם קנו<sup>123</sup>. ההקנאה ההדדית תקפה גם אם המקנה אינו קונה בעצמו, ולדוגמה, אב שמקנה לבתו דשלבל"ע, על מנת שיקנה לה בעלה דבר אחר, קנתה<sup>124</sup>. אבל ההקנאה תקפה רק אם שתי ההקנאות נעשות במעשה קנין אחד ובשטר אחד<sup>125</sup>.

## (7) שבועה

מי שנשבע למכור דשלבל"ע, חייב לקיים את שבועתו<sup>126</sup>, ובית הדין כופה עליו לקיימה<sup>127</sup>. אבל החפץ אינו נקנה לקונה, כי קנין אינו יכול לחול על דשלבל"ע<sup>128</sup>, כגישת הפגם הקנייני, וגם הפגם

<sup>123</sup> שו"ת חתם סופר חו"מ סימן קפו.

<sup>124</sup> שו"ת חתם סופר חו"מ סימן קפו. הוא משווה זאת ל"יתן מנה לפלוני ואקדש אני לו" (קידושין ז ע"א).

<sup>125</sup> שו"ת חתם סופר חו"מ סימן קפו.

<sup>126</sup> שו"ת הרא"ש כלל ח סי' יח; שו"ת הריב"ש סי' עא, סי' שלה וסי' שמא (הובא בשו"ת מהריב"ל חלק א סימן עח (עו), חלק ב סי' לח, וחלק ג סימן כח [שהובא בשו"ת דרכי נועם חושן משפט סימן טז (ד"ה מ"מ עדיין)], בשו"ת הרמ"א, סי' עח, בשו"ת המב"י חלק א סי' עח, בשו"ת מהרש"ד חלק א סי' ס, בשו"ת מהרש"ד חו"מ סי' רצ, בשו"ת מעשה חייא סי' ט (עמ' 372), בשו"ת דברי ריבות סי' עד, בשו"ת מהר"ם די בוטון, סי' ל, דף נו ע"א, באמרי שפר (פרימו), פרשת וישלח, דף יב ע"א, בשו"ת משפט וצדקה ביעקב ח"א סי' ו, דף כא ע"ג, ובשו"ת שער יהושע סי' ח, עמ' לה, וסי' לו, עמ' קלג-קלד); רמ"א, חו"מ רט, ד; שו"ת בעי חיי חו"מ ח"א סי' רט (רנט ע"ג); כ"מ, הלכות מכירה כג, ז (הובא ע"י ר' אברהם מונסון, בשו"ת ר' יחיאל באסן סי' יח, דף ט ע"ג); שו"ת הבי"ח (הישנות) סימן כג; שו"ת מהר"י ח"א סי' ס וח"ב יו"ד סי' כא, וח"מ סי' סט; ר' יוסף מאיר מרגליות, "מסחר וקנין במצוות ועבירות", סי' יובל הפרדס (תשי"א), עמ' 155 (גם על מכירת הבכורה ליעקב).

שו"ת השיב משה (טייטלבוים), סי' פא, כותב שגם תקיעת כף מועיל בדשלבל"ע, כשבועה, אבל ת"כ שרגלים סוחרים לעשות אינה שבועה, כדברי סמ"ע, רא, ס"ק ה. וראה הערה 91 שהרא"ש אומר שתקיעת כף מועילה כסיטומתא.

**דעה חולקת:** שו"ת מהרש"ד חו"מ סי' קנד, מביא מי שאומר (לאו דוקא בדשלבל"ע) שכיון שאין הקנין מועיל, גם השבועה אינה חלה, כיון שהשבועה נועדה רק לחזק את הקנין; והוא דוחה את דבריו מכוח הריב"ש. לחם שלמה (בולה), ה"ל קנין סודר, סי' צד (עד ע"ג), כותב שמהרש"ד מתכוון לר' שמואל עטיאה, המובא בשו"ת המב"י חלק א סי' עח, האומר שהמתחייב באסמכתא ונשבע על כך, אינו חייב לקיים את השבועה, כיון שהשבועה נועדה לזרז את הפרעון, וכיון שהוא פטור מלפרוע, נתבטלה השבועה. כמו כן, שו"ת דברי ריבות סי' שיט, עוסק במי שמקנה דבר שעדיין לא נכנס לבעלותו, וכותב שגם אם נשבע, פטור, כי השבועה תלויה בפרעון, ונועדה לזרז במקום שיש חיוב מן הדין, אבל במקום שאין פרעון אין שבועה. והוא כותב שזו דעת הריב"ש שם.

שו"ת שער יהושע סי' לו, עמ' קלד, כותב שא"א לטעון קי"ל כדעה זו, כי דברי ריבות הוא יחיד, ועוד ששבועה היא חמורה.

<sup>127</sup> שו"ת הריב"ש סי' עא וסי' שלה (ע"י נידוי אם לא יקיים) (הובא בשו"ת מהריב"ל חלק ב סי' לח, ובשו"ת מעשה חייא סי' ט, עמ' 372).

<sup>128</sup> שו"ת הריב"ש סי' עא, סי' שכח (הובא בשו"ת המב"י חלק א סי' עח, בשו"ת שער יהושע סי' לו, עמ' קלג-קלד, בשו"ת דברי ריבות סי' עד, בשו"ת מעשה חייא סי' ט (עמ' 372), בשו"ת משיב דבר חלק ג סי' יד, ובבית אהרן וישראל גלי' עב עמ' קח) וסי' שלה (הובא בשו"ת מהריב"ל חלק ב סי' לח) וסי' שמא; רמ"א, חו"מ רט, ד; סמ"ע, רז, ס"ק נג; אור החיים בראשית כה, לג; שו"ת מהרש"ד חו"מ סי' כח; דברי אמת (בכר דוד) דרוש יא (כד ע"י בדפוס הברשטאט) (שכך פסקו האחרונים); שו"ת משפט וצדקה ביעקב ח"א סי' ו (כא ע"ד).

**הבחנה:** סי' העיקרים (איגר), ח"א, עמ' רצג, כותב שאם נשבע "לקיים את המקח", כלומר לא נשבע על החפץ שיהיה קנוי, אלא נשבע על עצמו שיקיים, שיתן את החפץ לקונה, לא חל קנין, כי השבועה מלמדת רק שהסכים לתת את החפץ, ולא מלמדת שהסכים שהחפץ יהיה קנוי לקונה, ולעומת זאת, הקנין היה על החפץ ולא על האדם, שהרי אילו היה חיוב על האדם, היה חייב לתת גם בלי שבועה, שהרי מועילה התחייבות בדשלבל"ע (ראה להלן), ולכן אם אינו נותן, עובר על שבועתו, אבל אין ב"ד מוציאים מידי כיון שהקונה לא קנה, ואם נשאל לחכם על שבועתו או מת, אין אפילו חיוב מצד השבועה; ואילו אם נשבע **שהחפץ יהיה קנוי**, הדבר מראה שגמר בדעתו להקנות, וחל קנין, שהרי אם החפץ לא יהיה קנוי, יעבור משום שבועת שוא, כמו שכתב רמב"ם, הלכות שבועות, ה, ב-ג, ולכן מניחים שהוא גומר בדעתו להקנות כדי שלא יעבור, ואז גם אם לא יתן, לא עבר משום שבועת שוא שהרי נשבע רק שיהיה קנוי והרי הוא קנוי, אלא שהוא גזלן ואינו נותן לו, וגם אם יישאל לחכם על שבועתו או ימות, מוציאים ממנו, כיון שגמר בדעתו להקנות.

**דעה חולקת:** ר' יעקב בעל הטורים, בפירושו על בראשית כה, לא, בשם הרא"ש, ורב יוסף גאון, בתשובות הגאונים (סוף שו"ת הרי"ף, מהד' בלגורייא תרצ"ה), סי' ד, כותבים שהמכור דשלבל"ע, ונשבע על המכירה, המכירה חלה, מעבר לחיוב קיום השבועה; ומסבירים בכך איך חלה מכירת הבכורה ליעקב. לחם שלמה (בולה), ה"ל קנין סודר, סי' צד (עג ע"ד), דוחה את הראיה ממכירת הבכורה, שיתכן שהשבועה אינה עושה קנין, אבל הנשבע חייב לקיים אותה, וזה הספיק ליעקב. הוא מנמק דעה זו (גם בדף עה ע"א), שהטעם

החוזי בדבר שלא בא לעולם, שלא סמכה דעת הקונה<sup>129</sup>, קיים כאן, כי שבועה אינה יוצרת סמכות דעת<sup>130</sup>. לכן אין ב"ד גובים מנכסיו<sup>131</sup>, ואם מת או שנשאל לחכם על שבועתו, אין הקנין קיים<sup>132</sup>.

## (8) לשון חיזוק בשטר

המקנה דשלבל"ע וכתב בשטר שהוא מקנה "כתקנת חז"ל", מפרשים שהקנה לו באופן המועיל, היינו גוף לפירותיו<sup>133</sup>, שהרי הודה שהקנה לו באופן שחז"ל קבעו שהוא מועיל<sup>134</sup>. כמו כן, אם נכתב בשטר שהמקנה אמר לעדים "הווי עלי עדים וכתבו בכל לשון של זכות ויפוי כח", קנה, כיון

---

שא"א להקנות דשלבל"ע הוא שאין גמירות דעת (כטעם ליד ציון הערה 16), והשבועה יוצרת אצלו גמירת דעת.

דברי אמת (בכר דוד) דרוש יא (כד ע"ד בדפוס הלבשטאט), מדייק מהרי"ף המובא בס' התרומות שער מב, חלק ז, אות ב, שהשבועה יוצרת קנין, שהרי כתב "ולא בעי קנין משום חומרא דשבועה" (זה כנראה ציטוט מתשובת רב יוסף גאון שם).

שו"ת שואל ומשיב מהדורא תליתאה חלק ב סי' קסג, כותב שמשתי תשובות הרא"ש עולה בפשטות שהקנין קיים ע"י השבועה (נראה שכוונתו לשו"ת הרא"ש כלל ח סי' יח, וכלל עב סי' א, שהביא שו"ת הריב"ש סי' שלה), והוא מנמק, שיש למקנה גמירות דעת להקנות, כי הוא רוצה בכל לבו שהקונה יקנה כדי שלא יעבור על השבועה. והוא מעלה אפשרות שאילו ראה הריב"ש את דברי הטור על התורה, היה מודה לו, ולכן הוא מסופק איך לפסוק למעשה.

גם שו"ת שי למורא סי' כז (הובא בחקרי לב חו"מ סי' קכה, דף רג ע"ד), מנמק את דעת הרא"ש, שהחשרון דשלבל"ע הוא שלא גמר דעתו (כגישת הפגם החוזי, ליד ציון הערה 16), וכשנשבע, גמר דעתו, ולכן חל קניין.

לחם שלמה (בולה), הלי קנין סודר, סי' צד (ע"ד ע"א-ע"ב), כותב ששו"ת מהרשד"ם חו"מ, סי' רעד, מבין שמהר"ם המובא במרדכי ב"ק סי' מה, האומר ששבועה יוצרת קנין באסמכתא, סובר כך גם בדשלבל"ע; ואילו משו"ת המבי"ט ח"א סי' עח, ומשפט צדק ח"ב סי' עט, הוא מדייק שהם הבינו שלמהר"ם שבועה אינה יוצרת קנין, אלא רק חיוב לקיים את השבועה. אבל נראה שגם מהרשד"ם שם מתכוון לומר שלמהר"ם חייב מכח השבועה, ולא שנוצר קנין, והוא מתכוון להוציא מהדעה (שהובאה בהערה 126) שפטור אף מהשבועה כיון שהקנין בטל. לחם שלמה (ע"א-ע"ב) נוטה לומר שאפשר לומר קי"ל כדעה ששבועה יוצרת קנין בדשלבל"ע, אף שרוב הפוסקים סוברים להיפך.

שי למורא, על טור, סי' קכט (קטו ע"א) כותב שלפי מהר"ם שם, השבועה יוצרת קנין בדשלבל"ע. והוא מדייק (בדף קטו ע"א) משו"ת חזה התנופה סי' מג (הובא בב"י, חו"מ, ס, א), הכותב שראובן שנשבע לתת דשלבל"ע לשמעון, מאותה שעה זכה בו שמעון מעכשו ולכשיבוא - מכאן שהרא"ש סובר ששבועה בדשלבל"ע יוצרת קנין, שהרי חזה התנופה הוא קיצור של שו"ת הרא"ש. המחלוקת מובאת בשו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' לד, ובשו"ת שי למורא סי' לא.

<sup>129</sup> ראה ליד ציון הערה 16.

<sup>130</sup> אור החיים שם.

<sup>131</sup> שו"ת הריב"ש, סי' שלה (הובא בשו"ת מהריב"ל חלק ב סי' לח, ובשו"ת מעשה חייא סי' ט, עמ' 372).

<sup>132</sup> שו"ת הריב"ש, סי' עא וסי' שלה (הובא בשו"ת הרמ"א, סי' מח, ד"ה והנה בנדון, בשו"ת מהריב"ל חלק ב סי' לח, בשו"ת מעשה חייא סי' ט (עמ' 372), ועיי' ר' חסדאי פרחיא, בשו"ת פרח מטה אהרן, ח"א, סי' ח דף כה ע"א); רמ"א, חו"מ רט, ד; שו"ת ראני"ח סי' קג (אם מת).

<sup>133</sup> שמועיל, כאמור ליד ציון הערה 62.

<sup>134</sup> רבינו ברוך, במרדכי ב"ב סי' תריז (הובא בשו"ת הרדב"ז חלק ד סימן אלף שכג (רנב), ובשו"ת בני שמואל, סי' יג); רמ"א, חו"מ, ריב, א.

**הבחנות שונות:** שו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' רעא, כותב שרק אם לא נזכר דבר אחר בשטר, מוכרחים לומר שעדי השטר מעידים שהקנאת הדשלבל"ע נעשתה כתקנת חז"ל, שהקנה גוף לפירותיו, אבל אם יש דבר אחר בשטר, כגון הקנאה אחרת, אולי העדים התכוונו לומר שהדבר האחר נעשה כתקנת חז"ל, ולא התכוונו לאופן הקנאת הדשלבל"ע, וייתכן שהקנאת הדשלבל"ע נעשתה באופן שאינו מועיל.

נתיבות המשפט, רז ס"ק יח (הובא בפסקי דין רבניים חלק ה עמ' 265), כותב שגם אם נכתב בשטר שנעשה באופן המועיל, הרי אם הקונה מודה שנעשה באופן מסוים, ואופן זה אינו מועיל לדבר שלא בא לעולם, לא קנה, כי מניחים שהמקנה טעה וחשב שהקנין שעשה מועיל בדבר שלא בא לעולם, וגם העדים נאמנים לומר שטעו וחשבו שהוא מועיל.

**דעה חולקת:** שו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' רעא (הובא בשו"ת פרח מטה אהרן ח"א סי' ט דף כה ע"ב), ושו"ת עין משפט (הלוי) חו"מ סי' ה (ו ע"א), כותבים שרי' שמחה המובא במרדכי שם חולק על רבינו ברוך, ורי' שמחה מעלה אפשרות שאפילו אמרו העדים שהקנה גוף לפירותיו, אינם נאמנים כיון שאין זה כתוב בשטר. מהרשד"ם כותב שאף ר' ברוך לא סובר שדי בטעם זה בלבד, אלא הסתמך על טעם נוסף שהיה בנידונו לומר שההקנאה תקפה - עיי"ש. מהרשד"ם מסתפק כמי הלכה.

שו"ת מעשה חייא סי' ט (עמ' 373), כותב שבהקנאת דשלבל"ע, שאין דרך לחז"ל להקנותו, לא מועיל לכתוב "כתיקון חז"לי". שו"ת משאת משה חו"מ סי' ה (כג ע"א-ע"ב), מקשה עליו הרי מועילה התחייבות בדשלבל"ע?

שו"ת פני משה ח"א סי' סו (קס ע"ב) כותב ששו"ת הראני"ח סי' עז סובר שאחרים חולקים על רבנו ברוך.

שהמקנה ציווה שיכתבו בלשון שתחזק את כוחו של הקונה, והרי התחייבות מועילה בדבר שלא בא לעולם, ונמצא שהעדים (או הסופר) טעו בכך שלא כתבו לשון התחייבות.<sup>135</sup>

### (9) כדי להימנע מאיסור

אף שעובר הוא דשלבל"ע,<sup>136</sup> מועילה הקנאת עובר בכור לגוי כדי לפטור אותו מבכורה,<sup>137</sup> גם אם עוד לא הוכר העובר,<sup>138</sup> מפני שברור שהמקנה גומר בדעתו להקנות כדי לפטור מבכורה, כך שנעדר כאן הפגם החוזי של חוסר גמירת דעת.<sup>139</sup> נימוק קצת שונה הוא שהיות שיש אומדנא שהוא רוצה שהגוי יקנה את העובר כדי שייפטר מהבכורה, רואים כאילו אומר "קנה את הבהמה לעובר", שמועיל.<sup>140</sup> נימוק זה טוב גם לשיטת הפגם הקנייני, כי גם היא מסכימה שגמירת דעת יכולה לרפא את הפגם הקנייני בעקיפין כאמור.

כמו כן, המקנה חמץ לגוי לפני פסח, הגוי קנה גם חמץ שהיהודי עתיד לקנות, כיון שברור לנו שהוא מקנה בלב שלם כדי להימנע מאיסור חמץ.<sup>141</sup>

### (10) שונות

**זכות שבודאי תבוא:** אפשר להקנות זכות או רשות לעשות משהו, כגון הזכיון הממשלתי שנותן בלעדיות על ייצור יי"ש ("אורנדא"), אף שלא בא לעולם, שמוכרים את היי"ש בזמן שאינו ברשותם, מפני שדוקא בדבר מוחשי שלא בא לעולם לא חל קנין, כי סופו לבוא לעולם ואין צורך שיחול בו קנין לפני שבא לעולם, אבל בזכות שאין בה ממש, לעולם לא יהיה בה ממש, ולכן מוכרחים לומר שיחול בה קנין; אבל זאת דווקא בזכות **שבודאי תבוא** לידו.<sup>142</sup>

מי שהיה מורישו גוסס ונוטה למות, ולא היה ליורש כסף **לצרכי קבורה**, ואם ימתין עד שימות וימכור מנכסי הירושה ישתהה המת ויתבזה, תקנו חכמים שאם מכר "מה שאירש מאבי היום", המכר קיים.<sup>143</sup> המכר קיים דוקא בשיעור הנחוץ לצרכי הקבורה, ולא יותר.<sup>144</sup> אבל אינו צריך להקפיד למכור בדיוק כשיעור הזה, והוא רשאי למכור מעט יותר.<sup>145</sup> אם אינו מצליח למצוא קונה לסכום המועט של צרכי הקבורה, הוא רשאי למכור יותר.<sup>146</sup>

<sup>135</sup> ר"מ מלמד, בשו"ת משפט צדק, ח"ב, סי' י (כב ע"ב), ור"ח שבתי, שם (כד ע"ג).

**דעה חולקת:** שו"ת לחם רב, סי' קצג, כותב שגם אם כתוב בתחלת השטר "כתבו בכל לשון של זכות ויפוי כח", לא מועיל אם הנכסים לא היו ברשותו בשעת ההקנאה, כי כאן אין דרך שהסופר היה יכול לכתוב באופן שהקנאה תהיה תקפה (כנראה הוא סובר שאין מתחשבים בכך שהיה יכול לכתוב בלשון חיוב, כי זאת התחייבות ולא הקנאה).

<sup>136</sup> כאמור ליד ציון הערה 51.

<sup>137</sup> תוס' ע"ז עא ע"א (ד"ה רב אשי); תרומת הדשן, פסקים וכתבים, סי' קל.

שו"ת גור אריה יהודה יו"ד סי' נט (ס ע"ג-ע"ד) כותב ששו"ע יו"ד שכ, ו, אוסר הקנאה זו לכתחילה מפני שזו הפקעה מכהן, אבל מסכים שבדיעבד מועיל.

<sup>138</sup> שו"ת כתב סופר יו"ד סי' קנה.

<sup>139</sup> שו"ת מהר"ם מינץ סימן לה (ד"ה וע"ק על אי"ז) (בדעת אור זרוע); שו"ת כתב סופר יו"ד סי' קנה; שו"ת גור אריה יהודה יו"ד סי' נח (נח ע"ב), סי' נט (ס ע"ב), וסי' ס (סא ע"א); עצי לבונה, יו"ד, שכ, ו (ק"ט ע"ד) (בשם מהר"ל תאומים, שהוא מחבר גור אריה יהודה); הלכה רבה, חלק ב, הלכה שפג, עמ' 149.

גור אריה יהודה סי' נח והלכה רבה מוסיפים שכל הקנאת דשלבל"ע מועילה אם אגן סהדי שגומר ומקנה. אבל גור אריה יהודה סי' נח כותב שלפי חידושי הרמב"ן יבמות סז ע"א, שהמקנה לעובר שהוא בנו קונה רק מדרבנן, הרי שהדין שהקנאת דשלבל"ע מועילה אם אגן סהדי שגומר ומקנה הוא רק מדרבנן, גם הקנאת עובר לגוי כדי להיפטר מבכורה מועילה רק מדרבנן.

<sup>140</sup> שערי חיים (אריה) על ס' המקח שער ה דף נב ע"א; שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, יו"ד, סי' קצב. גם תרומת הדשן, פסקים וכתבים, סי' קל, כותב שהוא נחשב כאומר "בהמה לעובר", אבל הוא אינו מסביר מדוע.

<sup>141</sup> שו"ת ברית עולם (ולר), סי' כב.

<sup>142</sup> שו"ת מהרש"ל סי' לו (ד"ה ומתוך).

<sup>143</sup> רמב"ם הלכות מכירה כב, ו; שו"ע, חו"מ, ריא, ב.

<sup>144</sup> מישרים נתיב יז.

<sup>145</sup> רמ"א, חו"מ, ריא, ב.

<sup>146</sup> רמ"א, חו"מ, ריא, ב.



צייד עני שאין לו מה שיאכל, יכול למכור "מה שתעלה מן היס מצודתי היום", משום **כדי חייו**<sup>147</sup>. המכר קיים דוקא בשיעור הנחוץ למחייתו באותו יום, ולא יותר<sup>148</sup>.

**ירושה עתידית מסוימת**: רבנו תם סבור שאדם יכול למכור דבר מסוים ששייך לאביו, כי הירושה תגיע אליו מעצמה, אלא שאינו יכול למכור באופן כללי כל מה שירש מאביו, כיון שצריך להגדיר את מה הוא נותן<sup>149</sup>. אבל אחרים אומרים שגם דבר מסוים שירש נחשב דשלבל"ע שא"א להקנות<sup>150</sup>.

<sup>147</sup> רמב"ם הלכות מכירה כב, ו; שו"ע, חו"מ, ריא, ב.

<sup>148</sup> מישירים נתיב יז.

<sup>149</sup> ר"ת המובא בתוס', כתובות צא ע"ב (ד"ה דזבנה), ברא"ש, כתובות פ"י סי' ו, בשו"ת הרא"ש, כלל לח, סי' ה, במישירים, נתיב יז, ח"א, בטור, חו"מ, ריא, א, בשו"ת מהרש"ל, סי' מט = שו"ת הרמ"א סי' עא, ובשו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סי' טז; רמ"א, חו"מ, ריא, א (הובא בשו"ת עבודת הגרשוני, סי' ד, בסופו). שו"ת מהריב"ל, ח"א, סי' סה (סב), כותב שרוב הפוסקים מסכימים לר"ת. חלקת מחוקק, צ, ס"ק מב, כותב שבעל שמכר נצ"ב, הפירות מיד והגוף לכשתמות אשתו - המקח קיים כמו ב"שדה זו שאירש מאבא".

ב"ח, חו"מ, ריא, א, מנמק, שהיות שבירר את הדבר, דעת הקונה סומכת יותר. אור שמח הלכות עבדים פרק ד, ה, מביא ראייה לר"ת - עיי"ש.

חידושי הר"י"מ כתובות צא ע"ב (ד"ה הנה סברת), מנמק שר"ת סובר שכמו שאשה יכולה למכור את כתובתה בטובת הנאה על הספק שתזכה בה, כך בירושת אביו, כשמת אביו, נתגלה למפרע שהיה עומד להיות שלו, וספק זה יש לו עכשיו גם בחיי אביו; אלא שאינו יכול להקנות סתם "מה שאירש", כמו שכתב טור, חו"מ, רט, א, שאי אפשר להקנות דבר שאינו מסוים כשגם המין אינו ידוע, כגון "כל מה שבבית זה", מפני שלא סמכה דעתו, וכן סתם "מה שאירש" שאינו יודע כלל כמה יישאר ירושה ואיזה מין, לא קנה. לבוש, חו"מ, ריא, א, כותב כאילו לפי דעה זו, גם האומר "שדה זו כשאקחנה מכורה לך", קנה. אבל ש"ך, חו"מ, ריא, ס"ק ב, שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' רפג וסי' רפח, ר' משה אבן ג'אמיל, בשו"ת בעי חיי חו"מ ח"א סי' רח (רנח ע"ג), שו"ת ישכיל עבדי, ח"ג, אהע"ז, סי' ה, אותיות כה-כו, וערוך השלחן, חו"מ, ריא, ב, כותבים שר"ת דיבר רק בירושה, שבאה ממילא.

**הבחנות שונות**: שו"ת מהרשד"ם חו"מ סימן רסה, מעלה אפשרות שר"ת מודה שאם הטיל אביו תנאי בירושה, הבן אינו לא יכול להקנות אותה לפני מותו, כי אין ודאות שהירושה תגיע אליו.

נתיבות המשפט, ריא, ס"ק ב, וערוך השולחן חו"מ, ריא, ב, כותבים שר"ת מודה שמי שיש לו אח או אחים, אינו יכול להקנות שדה מסוימת שירש, גם אם בסופו של דבר היא נפלה לחלקו ע"י גורל, מפני שאחים שחלקו נחשבים שקנו זה מזה את חלקם (שו"ע, חו"מ, רכז, לז), והרי גם לר"ת אינו יכול להקנות "שדה זו לכשאקנה אותה". אבל נתיבות המשפט כותב שלר"ת, בכור שהקנה את חלק הבכורה לאחיו, קנה כמו "שדה זו", כי אין זה מצריך חלוקה, ודוקא בנותן "שדה" סתם לא קנה כי המקבל אינו יודע איזה שדה יתן לו, אבל המקנה חלק בכורה לאחיו, אין לו ברירה מה לתת, ולכן זה כמו "שדה זו".

חידושי מהרי"ט, כתובות צא ע"ב (הובא בשער המלך, הלכות מכירה, כב, ה, עמ' שצז, ובשו"ת צמח צדק (ליובביץ'), אהע"ז, סי' רעג, בסופו, כותב שר"ת דיבר רק באומר "לכשימות אביו", וגם אז קנה רק אם אמר "שדה זו"; ויכול לחזור בו עד מיתת האב.

**זכות חזרה**: נתיבות המשפט, ריא, ס"ק ב, כותב שלר"ת אם הקנה מעכשו "שדה זו שאירש מאבא", אינו יכול לחזור בו, כי נחשב שבא לעולם, ולכן קנה גם אם מת הנותן לפני אביו. אבל ערוך השולחן חו"מ, ריא, ב, כותב שהמכור יכול לחזור בו קודם שמת אביו אפילו אמר מעכשו, כי א"א לומר שהמכירה חלה מעכשו שהרי השדה אינה ברשותו כלל.

**דעה שכל ירושה נחשבת שבאה לעולם**: הגהות מרדכי ב"מ סי' תכג (הובא במחנה אפרים, הלכות מכירה, דיני אסמכתא סימן ד), כותב ש"מה שאירש מאבא" אינו נחשב דבר שלא בא לעולם, כמו שאשה יכולה למכור את כתובתה בטובת הנאה, אלא שאין תוקף למכירתו משום אסמכתא, שמא לא יירש. אבל זו דעת יחיד, ושאר הפוסקים יכולים להשיב על ראייתו ממכירת כתובה, ששם חיוב הבעל כבר קיים, מרגע חתימת הכתובה, אלא שהחיוב מותנה במותו או בגירושו, ולכן האשה יכולה למכור את זכותה; ואילו זכות היורש בנכסי מורישו מתחילה רק עם מות המוריש.

<sup>150</sup> ב"י, חו"מ, ריא, א, בדעת הגאונים המובאים בעיטור, מאמר שני, קנין (י ע"ב), ובדעת רמב"ם, הלכות מכירה, כב, ה; שו"ת מהרשד"ם חו"מ סימן רסה, בדעת רש"י כתובות, שם, בדעת הגהות מרדכי בבא מציעא סי' תכג, בדעת ח"י הר"ן ב"ב קנט ע"א, בדעת מגיד משנה, הלכות מכירה, כב, ז, ובדעת חידושי הרשב"א, ב"ב קנט ע"א; שו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' רפח, בדעת הגאונים, רב האי, הרמב"ם והעיטור; שו"ת צמח צדק (ליובביץ'), אהע"ז, סי' רעג, בסופו, בדעת שטמ"ק, כתובות שם, ובדעת תוס' ב"ב קנט ע"א (ד"ה ולימרו).

נתיבות המשפט, רפא, ס"ק יב, כותב אגב גררא שלא קנה. שו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' רפג כותב שגדולי הפוסקים חולקים על ר"ת, ובסי' רעז, כתב שרבים חולקים על ר"ת. שו"ת דרכי נועם, חו"מ, סי' יג (ד"ה ונחזור), כותב שאפשר לומר קי"ל כחולקים על ר"ת.

פני יהושע, כתובות, קונטרס אחרון אות רלב, הקשה על ר"ת - עיי"ש.

שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן רפח, שו"ת באר דוד (פרנקל) סימן לג (ד"ה ועוד כיון), ושו"ת די השב, חו"מ, סי' סח (סח ע"א), מביאים את שתי השיטות.

**מעכשו**: יש אומרים שאם הקנה דשלבל"ע ואמר שהקונה יקנה אותו "מעכשו", קנה כשהנכס בא לעולם<sup>151</sup>. אבל אחרים אומרים שלא קנה<sup>152</sup>.

**ציבור** יכול להקנות דבר שלא בא לעולם<sup>153</sup>, כמו שתנאי ב"ד מועיל בדבר שלא בא לעולם<sup>154</sup>.

## ה. תפיסה

אם **תפס** הקונה את הממכר אחרי שבא לעולם, אין מוציאים ממנו<sup>155</sup>. הסברים אחדים ניתנו לדין זה: (א) כל זמן שלא חזר בו המוכר, מחל על מה שנטל הקונה, ואף שלא ידע שיכול לחזור בו

<sup>151</sup> שו"ת כפי אהרן ח"ב חו"מ סי' י (קיט ע"ב), בשם רמב"ן, ריטב"א, רא"ש, ר"ן, ובי"י, ושו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' רעז, ובדעת רמב"ם, הלכות מכירה כב, ה, ובדעת הלבוש; בני אהרן חו"מ, סי' רמא (קכה ע"ג), בדעת שו"ת הרא"ש כולל פד סי' ו (שאינו יכול לחזור בו משבאו לעולם).

שער המלך הלכות מכירה, כב, ה (עמ' שצו), כותב שבני אהרן דיבר לדעת ח"י הר"ן, גיטין מה ע"א, וח"י הרשב"א, קידושין סג ע"א, שסוברים שלר"מ, ב"מעכשו" אפילו קודם שבאו לעולם אינו יכול לחזור בו, אי"כ לחכמים שהלכה כמותם, משבאו לעולם אינו יכול לחזור.

להורות נתן, בראשית, כה, יא, מסביר על פי זה איך קנה יעקב את הבכורה: הוא אמר "מכרָה כיום", שהוא כאומר "מעכשו", שאינו יכול לחזור בו אחרי שבא לעולם, ואמר "השבעה לי" כדי שעשיו לא יחזור בו לפני שבא לעולם.

אבני מילואים, לה ס"ק יג, כותב שבדבר שלבל"ע, אם בידו להביאו לעולם, ואומר "מעכשו", אינו יכול לחזור ואפ"י נקרע שטר ההקנאה קודם שבא הדבר לעולם.

<sup>152</sup> שו"ת הריב"ש סימן תד; שער המלך הלכות מכירה פרק כב הלכה ה (עמ' שצו-שצז), בדעת רש"י ב"מ טז ע"ב (ד"ה קנויה), ובדעת תוס' ב"מ טז ע"א (ד"ה קנויה), ובדעת שו"ת הרשב"א המיוחסות סי' קו; כפי אהרן שם, בדעת העיטור, תנאי, שער ח, בדעת ס' התרומות שער סד ח"ב אות ב, בדעת ר"ף ב"מ טז ובתשובה סי' ג, ובדעת סמ"ג עשה פב, ובשם תוס', רשב"א וריב"ש; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' רסה ("ישדה זו לכשאקחנה קנויה לך מעכשו").

<sup>153</sup> שו"ת הרשב"ש סי' קיב וסי' תקסו (הובא בפסקי דין רבניים חלק ו עמ' 177); שו"ת המב"ש חלק ג סי' קנג; דרכי איש (ארוואץ), דרוש י (כג ע"ג), ע"פ שו"ת הרשב"א, ח"א, סי' תתקסו.

שו"ת מהר"ם שיק חו"מ סי' כז (הובא בפסקי דין רבניים חלק ו עמ' 179, ואצל א' ורהפטיג, "הסכם מקום מגורים בין בני זוג: לבעיית דבר שאין בו ממש", שנתון המשפט העברי ג-ד (תשל"ו-תשל"ז), עמ' 381), מסביר את מה שאבות הכהנים הקנו זה לזה בדיבור את הזכות לעבוד במקדש ובכך חילקו ביניהם את הזמנים למשמרות, ליוצאי חלציהם אחריהם (סוכה נו ע"א), אף שזכות זו אינה ענין ממוני, והיא דשלבל"ע - ההקנאה תקפה כיון שהיא נוגעת לרבים. והוא כותב שהקנאת מקומות בית כנסת מראש מועילה כי זה בהסכמת רבים, אף שזה דשלבל"ע, כמש"כ שו"ת מהר"ק שורש קפא (הובא בכ"מ, הלי שלוחין, ד, ב), לגבי הסכם בין בני אומנות.

**בהקנאה לציבור**: רשב"ש סי' קיב שם עוסק בהתחייבות יחיד כלפי הקהל, ואפשר ללמוד מזה שיחיד שמקנה דשלבל"ע לציבור, ההקנאה תקפה. אבל שו"ת שעות דרבנן סי' יד, כותב שיחיד שמקנה לציבור בלי מעשה קנין, היחיד רשאי לחזור בו, כי אין לו גמירת דעת על כך; ואפשר ללמוד מכך שאינו יכול להקנות לציבור דשלבל"ע.

**דעה חולקת**: שו"ת באר דוד (פרנקל) סימן לג (ד"ה ומה שנכתב) כותב שמעשה של הקהל או שנעשה בפני הקהל אינו עדיף מקנין, והיות שאין מועיל קנין דשלבל"ע, גם בפני הקהל לא מועיל. דרכי איש (ארוואץ), דרוש י (כג ע"ג), מביא שכנה"ג, חו"מ, כב, הגהב"י אות כב (שלא מצאנו), כותב בשם מהר"ם שגם ציבור אינו יכול להקנות דבר שאין מועיל בו קנין.

<sup>154</sup> רשב"ש שם.

<sup>155</sup> ב"מ סו ע"ב; ספר העיטור מאמר ב, קנין (י ע"ב); הגהות מרדכי, ב"ב סי' תרעג (הובא בדרכי משה, ס, ס"ק ה); ספר התרומות שער סד חלק ב, אות ד; שו"ע, רט, ד; נימוקי יוסף, ב"ק ט ע"א (בדפי הרי"ף); שו"ת הריב"ש סי' עא, סי' שלה וסי' שמא (גם על מי שהקנה מפני שנשבע להקנות) (הובא בלחם שלמה (בולה), הלי קנין סודר, סי' צד דף עג ע"ג); צרור הכסף הקצר דרך א שער ט אות ט עמ' מא (אם אכל); שו"ת הרשב"ש סי' עא; מישרים נתיב טו ח"ג, בתחילתו (הובא בכנה"ג רט הגה"ט אות מט, ובשו"ת שמחת יו"ט, סי' לו, דף קמג ע"א), ונתיב יז; תרומת הדשן, שו"ת, סימן שכ; שו"ת מהרי"ט, ח"א, סי' ס, בסופו; חידושי הרי"מ כתובות צא ע"ב (ד"ה תוס' דובנה); שו"ת צמח צדק, אהע"ז, סי' רעג, בסופו.

ראה על כך בחוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 163-164, שזו דוגמה לתקפות חוזה שנפלה בו טעות אם הצד הטועה כבר קיים את חלקו.

שו"ת גור אריה יהודה יו"ד סי' נט (ס ע"ד), מסביר בכך איך מכירת הבכורה מעשו ליעקב הועילה - כי יעקב לקח את הברכות, ובוזה תפס את הבכורה.

סי' העיקרים (איגר), ח"א, עמ' שח, כותב שאם המקנה עוד לא חזר בו, רשאי הקונה ליטלו אף לכתחילה.

(שהרי מכר דבר שלא בא לעולם), ואם כן, מחילתו נבעה מטעות, המחילה תקפה<sup>156</sup>. (ב) בעצם לא הייתה כאן טעות, מפני שהמוכר מעוניין בקיום המכר כדי "ליקום בהימנותיה", היינו לשמור על המוניטין שלו כאדם מהימן<sup>157</sup>, וזה מבוסס על רצונו היסודי בקיום המכר, ויש להניח שגם אילו ידע שאין תוקף למכר, לא היה חוזר בו<sup>158</sup>. (ג) התפיסה מועילה בתור קנין שהקונה עושה מעצמו בלי הקנאה של המוכר (שהרי כשהמוכר הקנה לו, לא היה לכך תוקף שהרי אז עוד לא בא לעולם), מפני שמועיל קנין שעושה הקונה אם המקנה מסכים לכך, גם בלי שהמקנה עושה הקנאה, וכאן המקנה מסכים שהקונה יקנה<sup>159</sup>.

יש אומרים שמאחר שהתפיסה מועילה בגלל מחילת המוכר, היא מועילה רק אם תפס בדיעת המוכר, והלה שותק, מה שמראה שהוא מוחל לקונה<sup>160</sup>. אבל אחרים אומרים שהיא מועילה גם אם לא ידע המוכר שתפס<sup>161</sup>, כיון שהקונה תפס ע"פ מה שציווה לו המוכר לפני שבא לעולם, ולא חזר

<sup>156</sup> ב"מ שם; הרשב"א, בתשובה המובאת בב"י, חו"מ, רמא, ב; שו"ת מהר"ם אלשיך סי' ז; שו"ת המבי"ט חלק ב סי' קלז; מחנה יהודה (חסמן), סי' ח, עמ' קנג (לפני שחזר בו הנותן); שו"ת מים רבים חו"מ סי' מט (מ ע"ד); נתיבות המשפט, רז ס"ק יח.

שער משפט, כ, ס"ק א, מסביר שהמחילה תקפה אף שהיתה בטעות, כי המוכר התיימש מהנכס; והוא מסתמך על הגהות אשרי (הערה 159) שנימק מצד יאוש.

שו"ת מהר"ם אלשיך, סי' ז, מנמק שייתכן שהקנה לו קרן לפירותיו (שמועיל, כאמור ליד ציון הערה 62), כיון ששילם לו, ולכן מספק מועילה תפיסה. והוא כותב שלפי נימוק זה, לא מועילה תפיסה בהקנאת רווח של כסף, כיון שאין מועילה הקנאת כסף לרווחיו (ראה בשמו בהערה 70). עוד יש להעיר שלפי נימוקו, תפיסה מועילה רק במכר ולא במתנה, כיון שרק העובדה שהקונה שילם היא יסוד להניח שהקנה לו קרן לפירותיו. עוד יש להעיר שלפי נימוקו מועילה תפיסה גם אחרי שהמוכר חזר בו. אבל קצות החושן, רט, ס"ק ד מקשה עליו, שבסוגיה מפורש שהטעם הוא משום מחילה.

<sup>157</sup> העיקרון שמניחים שאדם ירצה לעשות דבר שאינו מחויב בו מן הדין, כדי להישאר מהימן (בעיני האדם שעשה עמו עיסקה או בעיני בני אדם בכלל), מקורו בב"מ טו ע"ב.

<sup>158</sup> רבנו תם, בתוספות, ב"מ סו ע"ב (ד"ה התם), וב"ב מא ע"א (ד"ה אמר) (הובא בשו"ת מהר"ם מינץ סימן לה (ד"ה ועיקר על א"ז), בשו"ת המבי"ט חלק ב סי' קלז, בשו"ת ר"ע איגר, ח"א, סי' לו, דף כג ע"ד, בשו"ת חתם סופר, חו"מ, סי' קכב, בערוך השולחן, חו"מ, רט, ח, בשו"ת שבות יעקב, ח"ב, סי' קסו, בשו"ת עין יצחק, ח"ב, אהע"ז, סי' לד, אות כז, בשו"ת מהרש"ך, ח"ג, סי' קה, בדברי משפט, רט, ס"ק א, ובשו"ת בית שלמה, סקאלא, חו"מ, סי' פח), בתוספות רבינו פרץ, ב"מ סו ע"ב, בתוספות הרא"ש, ב"מ סו ע"ב, בשו"ת הרא"ש, כלל סט, סי' ו, ובהגהות אשרי, ב"מ, פ"ה, סי' לב, וב"ב פ"ג סי' לו; נימוקי יוסף, ב"ק ט ע"א (בדפי הר"י"ף).

ראה חוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 164-168, דינים נוספים המבוססים על עקרונ זה.

<sup>159</sup> שערי ישר שער ה פרק יב, אות רפא, ד"ה ועפ"ז יש (הובא בזכרון שמואל סי' נ אות ג). הוא כותב שזאת כוונת הגהות אשרי ב"מ פ"ה, סי' לב. הוא כותב שאין לומר שהטעם שתפיסת הקונה מועילה הוא מפני שהמוכר ראה אותו לוקח את הפירות ושותק, שהרי זה טעות, שחשב שהם שלו מחמת ההקנאה הראשונה, ולכן שתק, ואילו ידע לא היה שותק.

אבל יש להעיר שגם לפי הסבר זה צריך להוסיף שאף שהסכמתו נבעה מטעות, שחשב שאפשר להקנות דשלב"ע, די בה לתת תוקף לקניין שעושה הקונה.

נראה שזאת גם כוונתו של ר' בנימין ליפקין, "להגדרת רצון הבעלים בקניינים", סיני, סי' יובל (תשי"ח) (=בני בנימין, עמ' צב-קלו), עמ' שפט, שכתב שכשהדבר בא עולם יכול הקונה לעשות מעשה קנין ולזכות בו בלי ידיעת המוכר, כי המוכר גילה דעתו שהוא רוצה להקנות, ואין צורך בהקנאה חיובית של המוכר.

שעורי ר' שמואל (רוזובסקי), ב"ב, אות קפט, מציין שגם דברי חיים (הערה 172), כותב שהתופס קנה מצד קניית עצמו.

ביאור הגר"א, חו"מ, רט, ס"ק ט, נוקט שהתפיסה מועילה מפני שאחריה המוכר "אינו יכול לחזור".

<sup>160</sup> שו"ת הרשב"א ח"ג סי' קיד (הובא בשערי חיים, על סי' המקח, שער טו, דף קנה ע"ג); ר' משה בנימין, המובא בשו"ת הריב"ש סי' שמא; ש"ך, סי' סו, ס"ק סו, וסי' רט, ס"ק ה; פתח הבית (טיקטין, תק"פ) סי' לה (פז ע"א); חזון איש, חו"מ, סי' א, ס"ק ה; ערוך השולחן, חו"מ, רט, ח.

<sup>161</sup> סמ"ע סו ס"ק מו; קצות החושן, קכג, ס"ק א; שערי ישר שם.

קצות החושן מביא ראייה לדבריו מתרומת הדשן, שו"ת, סי' שיג, המובא ברמ"א, חו"מ, סו, יז, האומר שכל מקום שלא מועיל קנין כגון בהקנאת חוב ודבר שלא בא לעולם, מועילה תפיסה גם בלי ידיעת המקנה, מפני שהתופס זכה מכוח אמירת המקנה שמקודם.

שו"ת משיב דבר חלק ג סי' יד, מסביר שלשיטה זו הטעם שאם תפס דשלב"ע לא מוציאים ממנו, הוא משום שחל קנין כל זמן שלא חזר בו ולא משום שידע ומחל. והוא כותב שזו דעת שלטי הגיבורים ב"ק לב ע"ב (בדפי הר"י"ף) (ראה בשמו בהערה שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת), ושכן הוא לפי אחת הדעות שהובאו בשו"ת חו"מ, סו, יז, וברמ"א ככו, כב, לגבי מקרים דומים (שתוארו בחוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 164-168). הוא מסביר ע"פ שיטה זו איך מכירת הבכורה ליעקב חלה, אף שהנכסים היו דבר שלא בא לעולם, ומעלת הבכורה היא קנין דברים בעלמא - כי חל קנין אם לא יחזור בו, ויעקב השביע את עשיו שלא יחזור בו.

בו המוכר בינתיים, והקונה זכה מכוח ציווי המוכר שמאז; ואע"פ שהציווי היה בדבר שלא בא לעולם, הרי מועילה שליחות לעשות מעשה בדבר שלא בא לעולם, ואע"פ שהמוכר לא ידע שהוא יכול לחזור בו, וזו מחילה בטעות, מועילה המחילה<sup>162</sup>. כך הוא גם לפי הטעם ש"ליקום בהימנותיה" - גם אם לא ידע המוכר שהקונה תפס, הוא מקנה לו מטעם זה<sup>163</sup>. כך הוא גם לפי הטעם שמועיל קנין שהקונה עושה מעצמו - גם בלי ידיעת המוכר, קנה מפני שהוא קונה בגלל רצונו המקורי של המוכר<sup>164</sup>.

לפי דעה אחת, התפיסה מועילה רק אם הקונה כבר אכל את מה שתפס, היינו, שהממכר כבר אינו קיים<sup>165</sup>, מפני שרק אם נעשה מעשה עקב המחילה, המחילה תקפה<sup>166</sup>, ועוד, שאין תוקף למחילה על דבר שנמצא בעין. אבל פוסקים רבים כותבים שהדין כך גם אם הממכר עדיין בעין ביד הקונה<sup>167</sup>, ואף שאין תוקף למחילה על דבר שנמצא בעין, הרי היא מועילה אם עשה מעשה קנין, וכאן הקונה עשה מעשה קנין, ומעשה קניין שנעשה בהסכמת המוכר מועיל גם בלי כוונת המוכר להקנות<sup>168</sup>.

<sup>162</sup> קצות החושן שם. אך הוא מעיר שאין זו מחילה ממש אלא הקונה זוכה בתורת מחילה. אבל חזו"א, חו"מ, סי' א, ס"ק ה, דוחה את נימוקו של קצות החושן, שלדבריו אמירת המוכר לפני שהדבר בא לעולם, נחשבת כמו האומר "משוך פרה זו ותקנה לאחר שלושים", וא"כ היה קונה כשבא לעולם בגלל אמירתו הראשונה, שהרי רצונו הראשון עדיין קיים, גם בלי דין מחילה בטעות, ומדוע הגמרא אמרה שזה מצד שמחילה בטעות מועילה? אלא, אין לאמירתו כח בכלל בדבר שלא בא לעולם, ולכן הקונה יכול לקנות רק משום שהמוכר שתק כשראה שהקונה תפס, ושתיקו מראה שמחל. הוא חולק גם על מה שכתב קצות החושן שמועילה שליחות בדבר שלא בא לעולם - עיי"ש. ראה על כך חוק לישראל, שליחות, עמ' 216.

<sup>163</sup> שו"ת פרי צדיק (צרור), סי' ט, עמ' קמג; שו"ת מים חיים סי' יג (עמ' רסה). אבל מים חיים כותב שלפי נוסח ר"ת המובא בשו"ת הרב"ש סי' שלה, שלא הזכיר ש"ליקום בהימנותיה", קונה רק אם ידע המוכר שאכל.

לעומת זאת, קצות החושן, רט, ס"ק ה, כותב שגם לפי הנוסח שבתוספות, קנה רק אם ידע המוכר, מפני שאלי"כ זה יאוש שלא מדעת, שמטעם זה כתבו תוספות ב"מ כב ע"א (ד"ה מר זוטרא), שהנוטל חפץ בלי ידיעת בעליו, זה גזל, גם אם בודאי לא היה מקפיד אילו ידע, וגם כאן, נכון שאילו ידע שהקונה נוטל, היה מסכים, אבל בפועל אינו יודע (לכאורה הוא סותר בזה את דבריו בסי' קכג הנ"ל); אבל הוא מציין ששי"ך, שנח, ס"ק א, חולק על תוספות שם. כנגד זה, עונג יו"ט סי' לח, כותב שזה לא יאוש שלא מדעת, שהרי המוכר גילה את דעתו מראש שהוא רוצה להקנות לקונה, ולכן יש להניח שגם עכשו הוא רוצה להקנות לו מפני רצונו "ליקום בהימנותיה", וזה שונה מנידונם של תוספות ב"מ כב שם, שבו מעולם לא גילה דעתו שהוא מוכן שיקח. יש להעיר, שטענותיו של חזון איש (הערה 162), שמכוחן הוכיח שהקונה זוכה רק אם ידע המוכר, טובות גם לשיטת רבינו תם, שלא ייתכן שאמירת המוכר בשעה שלא בא לעולם, יהיה לה תוקף עכשו, אלא צריך לומר שהקונה זוכה בגלל הקנאה חדשה; ולפי רבינו תם נאמר שהוא מקנה מטעם "ליקום בהימנותיה", אבל עדיין צריך שתהיה הקנאה חדשה, וזה שייך רק אם ידע המוכר שהקונה נטל. ויש לדחות, שגם אם נודע לו רק אחרי שחזר בו, הוא מוכן להקנות לקונה את מה שנטל כדי ליקום בהימנותיה. צבי גאון יעקב, סי' יז, כותב שלפי רבינו תם, היות שהקונה מוחזק, רואים כאילו ידע המוכר ומחל גם אם לא ידע בפועל, מפני שמניחים שאילו ידע, היה מוחל כדי ליקום במהימנותיה.

<sup>164</sup> שערי יושר (הערה 159); שערי ר' שמואל (רוזובסקי), ב"ב, אות קפט.

<sup>165</sup> חידושי הריטב"א (הישנים), ב"מ סו ע"ב, בשם תוספות; שו"ת פני משה, ח"א, סי' נו (קכט ע"ד), סי' פא (בקיצור), וסי' צו (רמז ע"ב), וח"ב, סי' כו (מט ע"ג) (הובא בשו"ת תורת משה, חו"מ, סי' יח, עמ' קכא), בדעת רש"י, ב"מ סו ע"ב.

<sup>166</sup> פני משה שם.

<sup>167</sup> ספר הישר, סי' תצז; דרישה, חו"מ, רט, ד; ההשלמה, ב"מ, פ"ה, סי' ו; חידושי הריטב"א (החדשים), ב"מ סו ע"ב, בשם ר"י (שדי שהקונה שם את הממכר בכליו); טור, חו"מ, רט, ד; שו"ת מהרש"ך חלק ב סימן כז (ד"ה ועוד ראה); משכנות הרועים, מע' מ, אות כא, בדעת שו"ע, חו"מ, רט, ד.

<sup>168</sup> ברכת אברהם (ארלנגר), ב"מ סו ע"ב, עמ' שכח. על עקרון זה ראה ליד ציון הערה 159. עונג יום טוב, סי' לח (הובא בהערות ר' שילה רפאל, לחידושי הריטב"א החדשים, ב"מ סו ע"ב, הערה 387), מיישב את הקושי שבמחילת דבר בעין, שבמצב שהממכר עדיין קיים, הקונה אינו זוכה מטעם מחילה, אלא שכיון שהמוכר רוצה להישאר במהימנותו (סברת ר"ת), קנה הקונה בהגבהה, שיש להניח שהמוכר רוצה שיקנה, וגם אם המוכר אומר אח"כ שאינו רוצה, אומרים שבתחלה רצה ועכשו חוזר בו (אבל אוצר מפרשי התלמוד, ב"מ סו ע"ב, הערה 126, מעיר שגם ההשלמה, ב"מ, פ"ה, סי' ו, כותב שמועילה תפיסת הקונה את פירות הדקל גם אם עוד לא אכל, ורק אח"כ כותב את סברת ר"ת). כך תירץ גם בבית ישחק, על הרמב"ם, הלכות זכייה, ג, ב (לא ביחס לריטב"א), שהכוונה היא שמה שהניח לו ליטול את הפירות, נחשב שנתן לו במתנה, שזה האופן המועיל בדבר שהוא בעין. כך תירץ גם בבית אברהם (ישראל), עג, לב (קעג ע"ג). ועוד תירץ (בדף קעג ע"ד), שהמוכר דבר שלא בא לעולם, אם שני הצדדים רוצים בקיום המכר, המוכר קיים; וא"כ משעה שהסכימו על המכר, הפירות של הקונה, ורק אח"כ צד אחד חוזר בו, ולכן אין זו מחילה על בעלות, ושייכת לשון מחילה, כאילו המוכר אומר: "הפירות שהיו שלך לפני החזרה, ועכשו שאחד מאיתנו חזר בו, הם ראוים להיות שלי - אני מוחל לך, ויישאר ברשותך כמו לפני החזרה".

לדעת ר' חיים בנבנשתי, גם בקרקע מועילה תפיסה זו<sup>169</sup>. אבל דעה אחרת היא שאינה מועילה מפני שלא שייכת תפיסה בקרקע<sup>170</sup>.

לדעת ר' יעקב מליסא, מדובר שהמוכר אמר לקונה בשעת נתינת המתנה "משוך ותקנה לאחר שיבוא לעולם" ומשך אחרי שבא לעולם, או שהקנה לו קרקע בכסף והקנה לו מטלטלין אגב הקרקע ואמר לו שגם את הקרקע יקנה רק כשיבואו המטלטלין לעולם, שאז בשעה שחל הקנין על הקרקע חל ג"כ על המטלטלין באגב; אבל אם הקנה לו את הקרקע מיד, המטלטלין אינם נקנים אגב הקרקע לכשיבואו לעולם, כיון שאז כבר הקרקע שלו ואין מטלטלין נקנים אגב קרקע של הקונה, וכן אם הקנה לו בקנין סודר, לא קנה ע"י תפיסתו כשבא לעולם, מפני שאז כבר הסודר לבעליו<sup>171</sup>. אבל ר' חיים אוירבך סבור שגם אם עשה קנין חזקה או סודר לפני שבא לעולם, מועילה תפיסה בלי קנין אף שכבר כלה הקנין הראשון, וזכה מטעם מחילה או מטעם "ליקום בהימנותיה", כיון שהוא מוחזק, כי רואים כאילו המוכר אומר לו אחרי שתפס "אני נותן לך מה שבידך", והתפיסה היא הקנין, על סמך מה שרצה להקנות לו בתחלה<sup>172</sup>.

תפיסת הקונה מועילה רק למה שתפס, אבל אינו זכאי לקחת עוד מכאן ולהבא, ואין אומרים ששתיקת המוכר מלמדת שהקנה לו גוף לפירותיו<sup>173</sup>.

גם אם תפס המקבל רק אחרי מות הנותן, לפני שהיורש חזר בו מהמתנה, זכה המקבל<sup>174</sup>.

במכירת פירות עתידיים של נכס קיים, מועילה תפיסת הפירות אחרי שצמחו, אבל אין מועילה תפיסת הנכס עצמו לקנות את פירותיו<sup>175</sup>.

אם המוכר חזר בו מהמכירה לפני שהקונה תפס, אפילו חזר בו אחרי שהדבר בא לעולם, גזל הוא ביד הקונה ומוציאים מידו<sup>176</sup>.

כמו שמועילה תפיסת הקונה את הממכר, כך אם כתב המוכר שטר על המכר ומסר אותו לקונה, הוא נחשב כאילו תפס את הממכר עצמו אחרי שבא לעולם, וקנה<sup>177</sup>. גם כאן, המוכר מוחל לו על

---

בני אהרן, חו"מ, רמא (קכא ע"ג), מוכיח שמחילה מועילה בדבר בעין, מהדין שאין מוציאים מן הקונה, גם אם הפירות הם בעין, כמו שטור, חו"מ, סי' רט, ד, נוקט "תפס" במקום לשון התלמוד "אכל". משום מה, הוא אינו כותב זאת כהוכחה מן התלמוד, אלא כהוכחה שהגהות מרדכי, ב"מ, סי' תלה, סובר שמועילה מחילה על דבר בעין, שהרי הגהות מרדכי מוכיח מסוגיה זו שמחילה אינה צריכה קנין; ובעצם זו הוכחה מהתלמוד עצמו. אולי סבר שאין הוכחה מהתלמוד עצמו, מפני שלגבי התלמוד אפשר לומר שזאת לא מטעם מחילה אלא שבשתיקתו התכוון לתת במתנה (כמו שהסבירו עונג יום טוב ועוד); ומה שנקטה "מחילה" אינו בדווקא; ורק העובדה שהגהות מרדכי למד מכאן דיני מחילה מראה שזה לא מטעם מתנה (כפי שהעיר בית אברהם, ישראל, חו"מ, עג, לב, דף קעג ע"ג).

<sup>169</sup> שו"ת בעי חיי חו"מ ח"א סי' רט (רס ע"א).

<sup>170</sup> דברי חיים (אוירבך), דיני מכירה, סימן לג; דברי משפט, רט, ס"ק א.

<sup>171</sup> נתיבות המשפט, רט, ס"ק ג.

<sup>172</sup> דברי חיים (אוירבך), דיני מכירה, סימן לג. הוא דוחה את הסבר נתיבות המשפט, בטענה שאם אמר לו "משוך וקנה לאחר שיבוא לעולם", קנה מעיקר הדין, גם בלי החידוש של תפיסה - ראה בשמו ליד ציון הערה 119 בענין "לכשיבואו".

<sup>173</sup> ר' יהושע חאנדאלי, בשו"ת מים רבים חו"מ סי' מח (מ ע"ב); שו"ת מהר"ם אלשיך סי' ז.

<sup>174</sup> שו"ת המבי"ט חלק ב סי' קלז (הובא במטה אפרים, ארדיט, דרוש ו, דף מט ע"ד).

<sup>175</sup> שו"ת מהר"ם אלשיך סי' ז (הובא בשו"ת בעי חיי חו"מ ח"א סי' רט דף רס ע"א).

כנה"ג, חו"מ, רט, הגה"ט, אות נא, מדגיש שאם הקנה נכס ופירותיו כשהנכס לא היה בבעלותו, ואח"כ נכנס הנכס לבעלותו, מועילה תפיסת הנכס גם לפירותיו.

<sup>176</sup> שו"ת המבי"ט חלק ב סי' קלז; סמ"ע, רט, ס"ק יא (בקיזור); שו"ת מהר"ם אלשיך סי' ז.

<sup>177</sup> רי"ף, המובא בספר העיטור מאמר ב, קנין (י ע"ב) (הובא בהגהות מיימוניות, הלכות מכירה, כב, ב, אות ג, ובתרומת הדשן, שו"ת, סי' שכ); רמ"א, חו"מ, רט, ד; שו"ת מהרש"ל סי' לו (ד"ה ומתוך).

ביאור הגר"א, חו"מ, רט, ס"ק ט, מנמק שכמו שתפיסת הממכר מועילה מפני שאחריה "אינו יכול לחזור" (ראה בשמו בהערה 159), כך אם התחייב בשטר, אינו יכול לחזור בו.

מטה אפרים (ארדיט) דרוש ו (מט ע"א), כותב שהשטר מועיל רק אם נאמר בו שהנכס עוד לא בא לעולם ושהקונה יקנה כשיבוא לעולם.

שטר, והקונה כאילו קונה את הנכס עכשיו ע"י השטר<sup>178</sup>. יש אומרים שזאת בתנאי שמסר את השטר לקונה אחרי שהמכר בא לעולם<sup>179</sup>. אבל אחרים אומרים שגם אם מסר את השטר לפני שבא לעולם, קנה<sup>180</sup>, בתנאי שבשעה שבא לעולם היה השטר עדיין ביד הקונה<sup>181</sup>.

### ו. נכס שאינו בבעלות המוכר אבל יש לו זיקה אליו

אין אדם יכול למכור דבר שאינו בבעלותו, גם אם הוא עתיד להיכנס לבעלותו, משום שגם הוא בגדר דבר שלא בא לעולם, כפי שראינו לעיל<sup>182</sup>. ההלכות שנמנו לעיל לענין דשלבלי"ע בכלל, אמורות גם לענין נכס שנמצא בעולם אבל אינו בבעלות המוכר. כאן נפרט הלכות המיוחדות לנכס כזה.

**מחוסר זמן:** נכס שבוודאי יהיה בבעלות המוכר תוך זמן מסוים, הוא יכול למכור אותו כבר עכשיו<sup>183</sup>. קל וחומר אם הנכס היה כבר בבעלותו לפני כן. לדוגמה, מי שמכר בית לראובן לזמן קצוב, יכול להקנותו לשמעון אף בתוך הזמן, ושמעון יזכה בו בתום הזמן שנקצב לראובן<sup>184</sup>. כמו כן, ראובן שנתן נכס במעמ"ל לשמעון למשך עשר שנים, ובתוך עשר השנים הקנה אותו ראובן ללוי "מעכשו ולכשיחזור לידי", קנה, וזאת גם לשיטה<sup>185</sup> ש"מעכשו" לא מועיל בדשלבלי"ע, מפני שכאן הנכס שלו, אלא שמחוסר זמן עד שיחזור לידו משמעון, וזה לא דשלבלי"ע כי הזמן בא ממילא<sup>186</sup>.

---

**הבחנה:** נתיבות המשפט, רט, ס"ק ד, כותב שכוונת העיטור והרמ"א היא רק להקנות שטר חוב, שגם הוא נחשב דשלבלי"ע (מלחמות ה', ב"ק יח ע"א, בדפי הרי"ף), ובה אדם מסר לקונה את שטר החוב וגם כתב לו שטר הקנאה עם הלשון "קנה לך אותו ואת כל שעבודו", קנה, אבל בדברים אחרים, אינו נחשב שתפס משום שיש בידו שטר, שהרי עדיין יצטרך לתבוע את הנכס בדין. בדעת הסמ"ע הוא כותב, שכוונתו היא שאם כתב שטר התחייבות, אחרי שהדבר בא לעולם, קנה.

**דעה חולקת:** מטה אפרים (ארדיט) דרוש ו (מט ע"א), כותב שר' פלטי, המובא בעיטור, מאמר ב, קנין, סובר ששטר לא מועיל, שהרי פסק שמי שכתב בשטר "נתתי לבני כל מה שיש לי ושיהיה ליי", לא קנה מה שאין לו אז כי זה דבר שאינו ברשותו.

<sup>178</sup> קצות החושן, רט, ס"ק ו. אך הוא מעיר שנימוק זה שייך רק בקרקע, שרק הוא נקנה בשטר. והוא מתקשה מדוע העיטור שם אומר שאפשר להקנות כתובה בדרך זו, אף שכתובה אינה נקנית בשטר. גם דברי משפט, רט, ס"ק א, כותב שתפיסת שטר מועילה רק לענין קרקע.

<sup>179</sup> סמ"ע, רט, ס"ק יג; שו"ת פני משה, ח"א, סי' סו (קנט ע"א).

<sup>180</sup> בני יעקב, מאמר ב, קנין, דף ע"ב; קצות החושן, רט, ס"ק ו.

שתי הדעות הובאו במטה אפרים שם (מט ע"ב).

<sup>181</sup> ט"ז, חו"מ, רט, ד; שו"ת בעי חיי חו"מ ח"א סי' רט (רס ע"א). הט"ז כותב שזאת דעת הסמ"ע.

<sup>182</sup> לעיל, ליד ציון הערה 12.

<sup>183</sup> נתיבות המשפט, ריא, ס"ק ה (אם אמר "מעכשו") (הובא בפסקי דין ירושלים, דיני ממונות ובירוריו יוחסין ח"ח עמ' קכה).

הוא מסתמך על משנה למלך, הלכות אישות, ד, ז (הובא בשו"ת הרא"ם (מרגליות) אהע"ז סי' לו אות ד), הכותב באופן כללי שדבר שהוא רק מחוסר זמן נחשב שבא לעולם.

**דעה חולקת:** שו"ת ושב הכהן סי' מט (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, ריא ס"ק א), נוטה לומר שראובן שמכר נכס לשמעון "לאחר שנה", ובתוך השנה הבית מושכר לשמעון, שמעון יכול להקנות את הנכס לאחר תוך אותה שנה, כי הבית נחשב שייך לשמעון אפילו תוך השנה, כיוון ששכירות היא כמכר ליומה; משמע שאם אינו שוכר, אינו יכול להקנותו כי עדיין אינו שלו, אף שהוא רק מחוסר זמן.

<sup>184</sup> שו"ת מהרש"ל סי' לו (ד"ה ומתוך); שו"ת מהריט"ץ, סי' פט ("כשתחזור לידי, היא קנויה לך מעכשיו").

לא ברור האם מהרש"ל מסכים לנתיבות המשפט, שייכול להקנות אותו גם אם לא היה שלו בעבר.

שו"ת די השב, חו"מ, סי' כ (סז ע"ד), מעלה ספק, במכר ב"הטבה", דהיינו שמראש הוסכם שהמוכר זכאי לקנות את השדה חזרה אם יהיה לו כסף - האם המוכר יכול להקנותו לאדם אחר לפני שקנה אותו חזרה? ייתכן שדוקא במכר לזמן קצוב, שהנכס חוזר למוכר בתום התקופה בלי קנין חדש, נחשב ברשותו, משא"כ כאן, שכדי לקנות אותו חזרה הוא צריך לשלם.

אבל שו"ת כפי אהרן ח"ב חו"מ סי' י (קכג ע"א), מדייק משו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' רעז, הכותב שהמשכיר בית אינו יכול לתת אותו במתנה תוך הזמן, שק"ו שאם מכר אותו לזמן קצוב, שאינו יכול לתת אותו במתנה.

<sup>185</sup> ליד ציון הערה 151.

<sup>186</sup> שו"ת כפי אהרן ח"ב חו"מ סי' י (קכ ע"ג). הוא כותב (בדף קכב ע"ד) שמעמ"ל נחשב כמכר לזמן קצוב לענין זה, שנחשב ברשות הבעלים המקורי ויכול להקנותה. הוא כותב (בדף קכד ע"ג) שגם לשיטת רשב"א וריטב"א שבמעמ"ל צריך המקבל להקנות הנכס חזרה לנותן (ראה בשמו בסעיף 4), זה לא נחשב דשלבלי"ע, שהרי ריטב"א קידושין ו כתב שהנותן יכול לשעבד את המתנה לנושה שלו והנושה גובה ממנו אחרי שהמקבל יחזיר, ואילו היה דשלבלי"ע לא היה יכול לשעבדו.

נכס שמצוי לקנות כדוגמתו בשוק, יש אומרים שאדם יכול להקנותו גם אם עדיין לא נכנס לבעלותו<sup>187</sup>, גם אם יהיה מצוי לקנות רק בעוד שנה<sup>188</sup>. אבל אחרים אומרים שכיון שאינו בבעלותו, אינו יכול להקנותו<sup>189</sup>.

<sup>187</sup> רבינו נסים גאון, המובא בתשובת ר"י מיגאש, שנדפסה בשיטה מקובצת, ב"מ מז ע"ב; ראב"ה, המובא במרדכי ב"ב סי' תקנט [שהובא במחנה אפרים, הלכות מכירה, דיני אסמכתא סימן ד] (שחייב לקנותו לו); כסף משנה, הלכות מכירה, כב, ג (הובא בסי' יובל הפרדס (תשי"א), עמ' 154), בתירוץ הראשון; שו"ת הרשב"ש סי' עא, בדעת רמב"ם, הלכות מכירה, כב, ג (אם עשה קנין סודר); שו"ת דברי ריבות סי' עד, בדעת הרמב"ם; שו"ת מהרי"ש צרור (תשב"ץ חלק ד (חוט המשולש) טור ב) סי' יג (ד"ה ומצאתי), בדעת ראב"ד ומגיד משנה הלכות מכירה, כב, ג; נתיבות המשפט, ריא, ס"ק ה (גם בדעת סמ"ע, רט, ס"ק כג); שו"ת חסד לאברהם (תאומים) מהדו"ק חו"מ סי' לו, בדעת סמ"ע, רט, ס"ק כג.

חסד לאברהם שם מוכיח שיש ראשונים נוספים שסוברים כך - עיי"ש. דעה זו הובאה גם בשו"ת מהרי"ש צרור (תשב"ץ חלק ד (חוט המשולש) טור ב), סי' כב (ד"ה תשובה), ובשו"ת ברית עולם (ולר), סי' כב.

סמ"ע, רט ס"ק כג, כותב שהמוכר חייב להשתדל לקנות נכס כזה ולהעמיד אותו לקונה, ועולה מדבריו שאם לא עשה כן, חייב לקבל קללת "מי שפרע" (שהרי דבריו מוסבים על שו"ע, רט, ו, האומר שמקבל "מי שפרע"); ואם אינו מצוי בשוק, או שלא יצא השער, אינו חייב למכור.

א' ורפהטיג, ההתחייבות, עמ' 148-151, כותב שלדעת הראשונים הללו יש כאן הקנאה (ולא רק התחייבות), שבתחילה היא ערטילאית, וכשהנכס מגיע ליד המקנה, זכה בו הקונה.

ר' צבי הירש רבינוביץ, מוריה ריג, עמ' נח-סא, מוכיח שאפשר להקנות דשלב"ע אם בידו להשיג אותו, גם בדבר שכרע שייך לאדם אחר (והוא אינו מדבר רק על דבר המצוי בשוק; אך הוכחותיו הן מתחום הקדש וקדושים בדשלב"ע וכדומה).

אמרי בינה, דיני הלואה, סי' נא (ד"ה עוד יש להעיר), כותב שמדובר שאמר שהוא מוכר לו "מעכשיו", ולכן אינו יכול לחזור בו אם עשה קנין סודר, כמו שלר' מאיר, שאדם מקנה דשלב"ע, אם אמר "מעכשיו" אינו יכול לחזור בו לפי שבא לעולם; אבל אם לא אמר "מעכשיו", יכול לחזור בו, ואין עליו "מי שפרע", כמו במקרה המקביל לר' מאיר.

**שיטת רב נסים גאון:** ספר העיטור, מכירת קרקעות (סז ע"א) (הובא בחידושי הרשב"א, ב"ב סט ע"ב), מרדכי, בבא בתרא, סימן תקס, הגהות מיימוניות, דפוס קושטא, הלכות מכירה, ג, יג, ותשובות מיימוניות, ספר קנין, סימן כד, מביאים את דברי רב נסים גאון, שעל המוכר להעמיד את הנכס לקונה, בלי הנקודה שמדובר בדבר שמצוי בשוק. טור, חו"מ, רט, ו, נוקט שהעיטור סובר שהמתנה להקנות דבר שאינו בבעלותו והוא בעולם, חייב לקיים את תנאו. מישרים, נתיב יז, כותב שהעיטור סובר שאם מכר דבר שלא בא לעולם והקונה חשב שהוא ביד המוכר, קנה, והמוכר חייב להשיג אותו בעבורו, וזאת אם מכר דבר שאינו מסוים כגון "חטים", אבל אם מכר דבר מסוים, נכס ספציפי, לא קנה. שו"ת הראנ"ח ח"ב (מים עמקים ח"ב) סימן לז (ד"ה ועם היות) נימק את הבחנתו, שבדבר שאינו מסוים, חייב להעמיד מקחו מפני שהקונה סמך עליו והמוכר הטעה אותו, והוא יכול להשיג אותו בקלות, אבל בדבר מסוים, שאין בעליו עשוי למכור, אינו חייב לקנות כי הוא אנוס אם בעל הנכס לא יהיה מוכן למכור לו. שו"ת רבי עקיבא איגר מהדורא קמא סימן קלד (ד"ה מזה נראה וד"ה ולעני"ד), כותב שהעיטור סובר שאם הקונה חשב שהנכס נמצא בבעלות המוכר, חייב המוכר להעמיד לו את הנכס; וזאת דוקא במיטלטלין, אבל בקרקע אין חייב, כפי שהוכיח ר"ש, תרומות פ"ו מ"ג, מב"מ טז ע"א. אמרי בינה, דיני הלואה, סי' נא (ד"ה ובר"ש), עושה הבחנה אחרת בדעת רב נסים גאון: אם מכר סתם, שיתן לו כך וכך או שדה סתם, סמכה דעתו של הקונה, וכיון שמצוי לקנות, המוכר חייב להעמיד לו נכס כזה, בין בקרקע ובין במיטלטלין; אבל אם מכר לו נכס מסוים, ונמצא שאינו שלו, אינו חייב להעמיד לו אותו או אחר במקומו, כיון שלא נכנס על דעת להתחייב, בין אם ידע הקונה שאינו שלו ובין אם לא ידע.

אמרי בינה פירש את דעת רב נסים גאון שאין כאן מכירה אלא התחייבות - ראה בשמו בהערה 219. משנת ר' אהרן, הלכות שכנים, פרק ב, סימן ב, אות ט, ביאר שלפי שיטה זו, בכל מכירה נכללת גם התחייבות מצד המוכר להעמיד את המכר, מלבד עצם הקנין בחפץ. שו"ת מהרי"ט, סימן ריט (ד"ה אלא שצריך), כותב שהרי"ף, הראב"ד והרא"ש סוברים כמו ר' נסים גאון כפי שהוא מובא בעיטור, ואם הקונה מוחזק, הוא יכול לטען קיים לי כר' נסים גאון.

חלקת יואב חו"מ סי' כא, פוסק (בלי להזכיר את ר"י גאון) שהמוכר דבר שאינו ברשותו בקנין גמור, חל עליו חיוב גמור, אף שנקט לשון מכירה, וגם אם אינו מצוי לקנות ולא יצא השער, כי כוונתו להתחייב. הוא כותב שכך הדין לפי התירוץ הראשון בכסף משנה, הלכות מכירה, כב, ג, אבל לא לפי התירוץ השני.

אבל תרומת הדשן, שו"ת, סימן שכ, ושו"ת הב"ח (הישנות) סימן כג, כותבים שרב נסים גאון דיבר רק בדבר שמצוי לקנות (כפי שהובא בתשובת ר"י מיגאש). תרומת הדשן כותב שמרגלית אינו נחשב דבר שמצוי לקנות. הב"ח כותב שמדובר רק אם מכר סוג של נכס, שיכול לקנות ממנו שירצה, משא"כ המוכר נכס מסוים ששייך לאדם אחר, שיתכן שלא יסכים למכור לו. שו"ת השיב משה (טייטלבוים), סי' פא, כותב שאי אפשר לומר קי"ל כעיטור כי דעתו אינה מוזכרת בשו"ע.

<sup>188</sup> נתיבות המשפט, ריא, ס"ק ה.

<sup>189</sup> ר"י מיגאש, שם; חידושי הר"ן, בבא בתרא סט ע"ב (הובא בשו"ת פנים מאירות חלק ב סימן ת, ד"ה ומה מאוד); כסף משנה שם, בתירוץ השני; שו"ת מהרי"ש צרור (תשב"ץ חלק ד (חוט המשולש) טור ב) סי' יג (ד"ה אמנם כד), בדעת רא"ש ב"ב פ"ד סי' יב; שו"ת הב"ח (הישנות) סימן כג. חסד לאברהם שם כותב שזו דעת ש"ך, חו"מ, רט, ס"ק יג, ונתיבות המשפט, רט, ס"ק ט.

נכס שנמצא בבעלותו ועתיד לצאת מבעלותו ולחזור: האומר לחבירו "שדה זו שאני מוכר לך, לכשאקנה אותו ממך יהיה קנוי לך", ההקנאה חלה, כיון שהשדה אינו יוצא מרשותם, אלא נשאר או ברשות המוכר או ברשות הקונה<sup>190</sup>. גם האומר לחבירו "שדה זה שאני מוכר לראובן, כשאחזור ואקנה אותו מידו יהיה קנוי לך", ההקנאה חלה, כיון שבידו להקנות את השדה עכשיו, ולא איכפת לנו שבינתיים מחוסר מעשה, כי היא כהקנאה לאחר שלושים יום, שחלה<sup>191</sup>.

נכס שבעתיד יתברר שעכשיו הוא בבעלות המוכר: כל דבר שיהיה של המוכר למפרע משעת המכירה, גם אם עכשיו לא ברור שהוא שלו, הוא יכול למכור<sup>192</sup>. דוגמאות אחדות לדבר: (א) ראובן שמכר נכס לשמעון "מעכשו ע"מ שתתן לי מאתיים זוז עד יום פלוני", ושמעון מכר את הנכס ללוי ואח"כ קיים את התנאי, המכירה ללוי תקפה, כי שמעון קנה את הנכס למפרע<sup>193</sup>.

(ב) ראובן שהיה חייב כסף לשמעון, ומכר לשמעון שדה מעכשיו בלי תנאי, והשליש את שטר המכר ביד לוי, שאם לא יפרע לשמעון את חובו לזמן מסוים יתן את השטר לשמעון, ולפני שהגיע הזמן מכר שמעון את השדה ליהודה, וכשהגיע הזמן לא פרע ראובן לשמעון, המכירה ליהודה תקפה אף על פי שהיתה קודם הזמן, מפני שמכירת ראובן חלה בזמן מסירת השטר ללוי, והתברר שהשדה היה של שמעון כשמכר אותו ליהודה<sup>194</sup>.

דבר שלא שייך למקנה לפי דיני הנכרים: במקום מסוים היה אסור ליהודים לקנות קרקע, ולכן ראובן קנה בית על שם גוי מסוים, ואח"כ הקנה את הבית לשמעון. לאחר זמן, הותר ליהודים לקנות, ואז נתן הגוי את שטר המכירה לראובן. נפסק שכיון שבשעה שקנה ראובן היה ידוע שקנה בשביל עצמו, הבית שייך לו, וממילא ההקנאה לשמעון תקפה<sup>195</sup>.

גם אם הנכס אינו שייך למוכר ואין לו שום זיקה אליו, הוא יכול למכור אותו מכירה מותנית, אם הנכס יגיע לבעלותו. לדוגמה, בעל יכול למכור את נכסי אשתו מכירה שמותנית בכך שתמות בחייו והוא יירש אותה<sup>196</sup>.

גם אם הנכס אינו שייך למוכר ואין לו שום זיקה אליו, אמנם בעל הנכס יכול להוציא אותו מהקונה, מפני שביחס אליו אין תוקף למכר, אבל המוכר עצמו אינו יכול להוציא אותו מהקונה, מפני שביחסים בין המוכר לקונה, המכר תקף, גם אם הקונה ידע בשעת המכר שהנכס אינו שייך למוכר<sup>197</sup>. בית הדין אף יוציא את הנכס מהמוכר ויעביר אותו לקונה, עד שבעל הנכס האמיתי יתבע אותו<sup>198</sup>. משום כך, המוכר אחראי אחריות מוחלטת על הכסף ששילם לו הקונה, אף לאונס, ואין

---

לשיטה זו המוכר כלל אינו מחויב להשתדל להשיג את הנכס ולהעמידו לקונה. דעת הר"י, ב"ב לו ע"ב (בדפי הר"י) בענין זה אינה ברורה, ותלויה בגירסאות שונות בדבריו. ראה על כך מהר"ש צרור שם (ד"ה ומצאתי).

**הבחנה:** מהר"ש צרור שם (ד"ה אבל, ד"ה ובאמת), כותב שגם לדעה זו, אם זה דבר שכל שעה אפשר לקנות אותו כי בעלי החנויות והסוחרים מוכנים ומזומנים למוכרו ואומנותם בכך, ההקנאה תקפה, כי סמכה דעתם של שני הצדדים; והמחלוקת היא רק בדבר שלא בכל שעה יש בני אדם שמשאם ומתנם בכך, אלא שלפעמים יש מי שימכור אותו, כגון דקלים.

<sup>190</sup> אור שמח הלכות מכירה, כב, י (ד"ה והר"י); חידושי ר"ע איגר חו"מ, רט, ד. ר"ע איגר שם כותב שאם אמר "אם תמכור אותה לאחר ואקנו ממנו, יהא קנוי לך", לפי הר"ן נדרים ל ע"א, לא קנה, ולפי הרשב"א שם, קנה.

<sup>191</sup> אור שמח הלכות מכירה, כב, י (ד"ה וגוף וד"ה ומה שעמדת); חידושי ר"ע איגר חו"מ, רט, ד.

<sup>192</sup> משנה למלך, אישות, כג, א (ד"ה וראיתי); נחל יצחק סו, א, ענף א.

<sup>193</sup> הראב"ד, המובא בס' התרומות שער סג ח"א אות ג.

<sup>194</sup> הראב"ד, המובא בס' התרומות שער סג ח"א אות ג; טור, חו"מ, נד, יג; רמ"א חו"מ ריא, ז.

תרומת הכרי, ריא, ז, כותב (במסקנתו) שהדין כך גם במיטלטלין.

<sup>195</sup> שו"ת מהר"א הלוי, ח"ב סי' קמט. בענין שטר קניין שכתב הקונה באופן פיקטיבי על שמו של אחר, ראה בחוק לישראל, פגמים בחוזה, עמ' 38-41.

<sup>196</sup> בית שמואל, צ ס"ק מז, מסביר שזאת כוונת רשב"ם ב"ב נ ע"א (ד"ה ומשני).

<sup>197</sup> ס' התרומות שער מז, אות ב, בסופו (הובא בנתיבות המשפט, סי' ס, ס"ק יא, וסי' קפב, ס"ק ח, בסופו). אבל אם אח"כ ירש המוכר את הנכס מבעליו, הוא יכול לבטל את המכר, כאמור ליד ציון הערה 215. כנראה הסיבה היא שאז הוא פועל כבא כוחו של בעל הנכס המקורי, שהיה יכול להוציא את הנכס מהקונה.

<sup>198</sup> נתיבות המשפט, סי' ס, שם, וסי' קפב, שם.



הכסף נחשב כפקדון בידו, כיון שביחסים ביניהם, המכר הוא מכר גמור<sup>199</sup>. מאותה סיבה, הקונה אינו יכול לתבוע מהמוכר את הכסף ששילם בטענה שהמכר בטל, גם אם יביא עדים שהנכס לא היה של המוכר, וגם אם ידע בשעת המכר שהנכס אינו שייך למוכר<sup>200</sup>; ורק אם בעל הנכס מוציא אותו מהקונה, יכול הקונה לדרוש את כספו מן המוכר, וגם זאת רק אם מכר לו באחריות, ולא מטעם בטלות המכר<sup>201</sup>. מאותה סיבה, אם המוכר קיבל על עצמו אחריות כלפי הקונה למקרה שתיטרף ממנו הקרקע, התחייבותו תקפה<sup>202</sup>, כיון שביחסים שביניהם המכר תקף<sup>203</sup>. כל זאת אם המוכר החזיק בנכס בגזלנות, שאז הוא נקרא גזלן כי עשה קנין של גזילה; אבל אם לא החזיק בנכס, אלא רק הצביע על קרקע שאינו שלו ומכר אותה כאלו היא שלו, אין כאן מכר כלל, אפילו ביחסים שבין המוכר לקונה, אלא זה מקח טעות, ושניהם יכולים לבטל אותו, כמו מוכר דבר שלא בא לעולם<sup>204</sup>. כמו כן, אם עוד לא השתמש הקונה בנכס, הוא יכול לבטל את המכר ברגע שאדם אחר טוען לבעלות על הקרקע, אם בית הדין רואה שיש בסיס לטענתו, גם אם עוד לא התבררה לגמרי<sup>205</sup>.

## ז. המוכר דבר שאינו שלו, ואחר כך קנה אותו מבעליו

אף על פי שהמוכר דבר שאינו שלו, המכר בטל, יש אפשרות שהמכר יקבל תוקף ע"י שהמוכר יקנה את הנכס מבעליו האמיתי: ראובן שמכר חפץ שאינו שלו לשמעון, ואח"כ קנה אותו מבעליו, חייב להעביר לשמעון את החפץ, כי על דעת כן קנה אותו ראובן, כדי לשמור על מהימנותו בעיני שמעון הקונה<sup>206</sup>. היות שהוא התכוון לקנות אותו בשביל הקונה, הוא נקנה לקונה מדין "זכין לאדם שלא בפניו"<sup>207</sup>. אפשר לראות זאת כמקרה מיוחד של מכירת נכס עתידי, שיש לה תוקף.

<sup>199</sup> ס' התרומות שם (הובא בנתיבות המשפט ס"י ס שם, וס"י קפב, שם).

<sup>200</sup> נתיבות המשפט, ס"י ס, שם, וס"י קפב, שם.

<sup>201</sup> נתיבות המשפט, קפב, שם.

<sup>202</sup> דעה ראשונה המובאת ברמ"א, חו"מ, שעג, א. אבל הוא מביא גם דעה שלפיה ההתחייבות בטלה.

<sup>203</sup> נתיבות המשפט, ס, ס"ק יא.

<sup>204</sup> נתיבות המשפט, ס, ס"ק יא.

<sup>205</sup> שו"ע, חו"מ, רכו, ה (הובא בנתיבות המשפט, קפב, שם).

אם נמצא שחלק מהנכס גזול וחלק אינו גזול, לדעת ח"י הרשב"א קדושין מב ע"ב, המכר תקף לגבי החלק שאינו גזול, ולדעת ר"ן על הרי"ף, קדושין יז ע"ב (בדפי הרי"ף), כל המכר בטל. נתיבות המשפט, קפב, שם, כותב שהר"ן מדבר במצב שהקונה עוד לא השתמש בנכס, או שהוא סובר שגם אם השתמש, הקונה זכאי לבטל את המכר, שלא כדעה המובאת בטקסט ליד ציון הערה 200. ט"ז, חו"מ, רטז, ה, כותב שהמוכר יחד שני נכסים, ואחד מהם אינו שלו, לפי רמב"ם, הלכות מכירה, כד, יג, הקונה יכול לבטל את כל המכר בטענה שהוא רוצה דוקא את המכר יחד, ולפי רשב"ם ב"ב סט ע"ב (ד"ה א"ל וד"ה זבין), אלה שתי מכירות נפרדות והמכר של הדבר שלו תקף. אבל נתיבות המשפט, קפב, ס"ק ח, עושה הבחנה: אם עשה קנין סודר על הכל, שנתפשט הקנין על שני הנכסים, והקונה לא ידע שאחד אינו שייך למוכר, הוא יכול לומר "במקח שלם אני רוצה", אבל אם עשה רק קנין חזקה בנכס שהיה של המוכר, הרי גם אילו היה הנכס האחר שלו, היה המוכר יכול לחזור בו לגבי הנכס האחר כיון שהקנין נעשה רק על נכס אחד, ולכן גם כאן נקנה הנכס הראשון, ואין הקונה יכול לומר "במקח שלם אני רוצה".

<sup>206</sup> תרומת הדשן, שו"ת, ס"י שכ (הובא בשו"ת מהר"ש צרור (תשב"ץ חלק ד (חוט המשולש) טור ב) ס"י יג, ד"ה אבל); רמ"א, חו"מ, רט, ה (הובא בשו"ת השיב משה (טייטלבוים), ס"י פא); שו"ת מהר"ש צרור (תשב"ץ חלק ד (חוט המשולש) טור ב), ס"י כב (ד"ה תשובה); נתיבות המשפט, ס, ס"ק יא. תרומת הדשן לומד עקרון זה מהדוגמה של גזלן בסמוד, שמקורה בב"מ טו ע"ב.

אמרי בינה, דיני הלואה, ס"י נא (ד"ה אולם רוב), כותב שהדין כך גם אם מכר נכס סתם, שאינו ברשותו, ואינו מצוי לקנות בשוק, ואין לו שער שוק קבוע.

ראה הערה 209, בשם הט"ז, לגבי מצב שהקונה ידע שאין למוכר נכס כזה.

מדובר ששמעון עשה מעשה קנין תקף כשקנה מראובן, אבל אם לא עשה, כגון במטלטלין שרק שילם עליו, וכסף אינו קונה בו, כתב אמרי בינה שם (ד"ה אולם רוב), שהנכס אינו נקנה לשמעון, וראובן הוא רק מחוסר אמנה אם אינו מעביר את הנכס לשמעון, ואינו צריך לקבל קללת "מי שפרע", ואין כופים אותו להעביר לשמעון. והוא תמה (בד"ה ובלבוש) על לבוש חו"מ, רט, ה, שכותב שגם בקנין כסף במיטלטלין, הנכס נקנה לשמעון ע"י שראובן קונה אותו.

<sup>207</sup> ס' העיקרים (איגר), ח"א, עמ' שו. אבל תרומת הדשן, הרמ"א ונתיבות המשפט לא כתבו שהחפץ נקנה לשמעון.

מהר"ש צרור, ס"י כב, שם, כותב בתחילה שהנכס "קמה לה ברשות שמעון", מפני שבנידונו המוכר קיבל רשות מבעל הנכס למכור אותו עד זמן מסוים, אלא שמכר אותו אחרי הזמן, ולכן אפשר לראותו כשליחו למכור, והמכר תקף, והנכס נקנה לקונה המקורי; אבל הוא מפקפק באפשרות לראות אותו כשליח, וכותב (בד"ה באופן) שהוא נחשב כנפקד שמכר את הפקדון בלי רשות בעליו, וחזר וקנה מבעליו, ולכן "חייב

לדוגמה, גזלן שמכר את הנכס הגזול ואח"כ קנה אותו מהנגזל, הנכס נקנה לקונה, משום שהגזלן מעוניין לשמור על מהימנותו בעיני הקונה, והוא התכוון לקנות אותו בשביל הקונה, כדי לקיים את המכר שמכר<sup>208</sup>. יש סייגים אחדים להלכה זו: (א) מדובר דוקא בשלא ידע הקונה שהנכס גזול, אבל אם ידע, גם אם הגזלן קנה אותו מהנגזל אח"כ, המכר בטל, כי אין מקום לומר שהגזלן מעוניין לשמור על מהימנותו, כיון שכבר ידע הקונה שלא היה בידו כוח למכור לו<sup>209</sup>. (ב) יש אומרים שאם הגזלן מכר את הנכס לאדם אחר אחרי שקנה אותו מן הנגזל, לא קנה הקונה הראשון, שהרי הגזלן גילה דעתו בכך שאינו רוצה להעמיד את הנכס ביד הקונה הראשון<sup>210</sup>. (ג) אם הגזלן קנה את הנכס מהנגזל רק אחרי שהקונה תבע אותו בדין, לא זכה הקונה בנכס<sup>211</sup>, מפני שהעובדה שלא קנה אותו לפני כן מוכיחה שלא חשוב לו לעמוד במהימנותו<sup>212</sup>.

להעמיד המקח ביד הקונה", כי בכך שמכר אותו, הוא שלח ידו בפקדון ונעשה גזלן, וחל עליו דין גזלן דבסמוך; משמע שאינו נקנה לקונה.

<sup>208</sup> רמב"ם הל' גזילה, ט, ט; ספר העיטור מאמר ב, קנין (י ע"ב); רא"ש, בבא מציעא, פרק א, ס"י מ; טור, חו"מ, שעד, א; שו"ע, חו"מ, שעד, א.

תוס' ב"מ טז ע"א (ד"ה בההיא) כותבים שהקונה זוכה כי רואים כאילו בשעת ההקנאה הראשונה אמר הגזלן לקונה "שדה זו תהיה קנויה לך כשאקנה אותה מהנגזל", ומסבירים גליון תוס' בשטמ"ק, ב"מ שם, ומהרש"א, ב"מ שם (הובאו בדברי משפט, רט, ס"ק א) שאף שבדרך כלל לא מועילה הקנאת דבר שאינו שלו "לכשאקנה" (לדעה ליד ציון הערה 117), הרי כאן סמכה דעת הקונה כי הוא מחזיק בשדה. נתיבות המשפט, ס, ס"ק יא, נוקט ע"פ שטמ"ק שם, שהקונה קנה את השדה בקנין הראשון שעשה בו, ועולה מדבריו, שנקנה לו מאותה שעה.

שו"ת מהר"ש צרור (תשב"ץ חלק ד (חוט המשולש) טור ב), ס"י כב (ד"ה ויש לי), ודברי גאוניס כלל כד ס"י כ, כותבים שהדין כך גם במטלטלין.

כסף משנה הלכות גזילה, ט, יא, כותב בתירוץ השני, שאם הגזלן טען שהתכוון לקנות את הנכס לעצמו ולא כדי לשמור על מהימנותו, אין הקונה זוכה בנכס. אבל שו"ת מהר"ש צרור (תשב"ץ חלק ד (חוט המשולש) טור ב), ס"י כב (ד"ה ויש לי), מוכיח מב"מ טו ע"ב שגם אם הגזלן טוען שקנאו לעצמו, זכה הקונה, כי יש אומדנא שטרר וקנה כדי לשמור על מהימנותו, וגם אם הוא אומר עתה שלעצמו קנאו, אין מתחשבים בדבריו. והוא כותב שהכסף משנה כתב את דבריו רק כדי להשיב על הרמב"ם, שהרי בשו"ע לא כתב כך.

<sup>209</sup> תוס' ב"מ טו ע"ב (ד"ה חזר) (הובא בשו"ת מהר"ש צרור (תשב"ץ חלק ד (חוט המשולש) טור ב), ס"י כב (ד"ה באופן), כמוסבר בשו"ת מהר"ש צרור חלק ב ס"י א (ד"ה ואומר); מגיד משנה הלכות גזלה ואבדה פרק ט הלכה ט; רמ"א, חו"מ, שעד, ב (הובא בתומים קטז ס"ק ד); קצות החושן, לו, ס"ק ח.

נראה שזו גם כוונת שו"ת נודע ביהודה מהדורא תניינא, אהע"ז סימן נד, אות יב, שמסביר מדוע רק בגזלן שקונה מניחים שהתכוון לקנות עבור הקונה - כי מתחלה סמך הקונה על כך שהגזלן יישאר במהימנותו, ולכן אומרים שהגזלן רוצה להישאר במהימנותו, ומסתמא על דעת כן הגזלן קונה אותה; אבל בהקנאת "מה שאירש מאבא" או "מה שתעלה מצודתי" (שנידונו בב"מ טו ע"ב), אין אומרים שבשעה שצד, זוכה בה לצורך הקונה, או שבשעה שיורש, זוכה בה לצורך הקונה, כי מתחלה לא סמכה דעת הקונה שהרי ראינו שקנה על הספק, ולכך בשעה שצד ובשעה שיורש אינו מתכוון לזכות לצורך הקונה. נראה שכוונתו היא שכאן מדובר שהקונה לא ידע שהנכס גזול, כדברי תוס', ולכן ברור שסמך על הגזלן.

דברי משפט, רט, ס"ק א, כותב שגם אם ידע הקונה שהנכס גזול, הרי אם אמר לו הגזלן מראש בפירוש "כשאקנה את הנכס מהנגזל, יהיה קנוי לך", זכה הקונה בנכס, כי סמכה דעתו כיון שהוא מוחזק בו (סברת מהרש"א בהערה 208). והוא כותב בדעת העיטור, מאמר שני, קנין (י ע"ב), שכך הדין גם אם אינו מחזיק בקרקע אלא מחזיק שטר קנין, כי גם אז סמכה דעתו, אבל זאת רק בתנאי שהשטר קיים עד שהגזלן קנאו מהנגזל, אבל אם נקרע השטר, כבר לא סמכה דעתו.

**הבחנה:** ט"ז, חו"מ, רט, ה (הובא בקיצור בנתיבות המשפט, ס, ס"ק יא), כותב לגבי המוכר דבר שאינו ברשותו, שאם לא ידע הקונה בשעת המכר שאין למוכר נכס כזה, אלא מכר לו חפץ בחזקת שיש לו, מניחים שהתכוון להעמיד אותו לקונה, כדי שלא יחשוב אותו הקונה לשקרן, ולכן הנכס נקנה לקונה; אבל אם ידע הקונה שאין למוכר חפץ זה בביתו, אלא שהוא ישתדל להשיג אותו, וזה כמכר על תנאי, הנכס נקנה לקונה רק אם הבטיח לו המוכר להמציא לו את הנכס, אבל אלי"כ לא סמכה דעת הקונה. ייתכן שהוא מתכוון לעשות הבחנה זאת גם לגבי גזלן.

**דעה חולקת:** ספר התרומות שער מז, אות ב (הובא במשנה למלך הלכות גזלה ואבדה פרק ט הלכה ט), כותב שגם אם ידע הקונה שהנכס גזול, הוא זוכה בו אם הגזלן קנה אותו מהנגזל. כך כתב גם שו"ת רבי עקיבא איגר מהדורא קמא סימן קלד (ד"ה ולעני"ד), בדעת ר"ש, תרומות, פ"ו משנה ג.

<sup>210</sup> רמב"ם, הלכות גזילה, ט, יא; שו"ע, חו"מ, שעד, ב; שו"ת מהר"ש צרור (תשב"ץ חלק ד (חוט המשולש) טור ב), ס"י כב (ד"ה באופן), בשם האחרונים.

אבל טור, חו"מ, שעד, ב, ורמ"א, חו"מ, שעד, ב, כותבים שגם במקרה זה זכה הקונה. סמ"ע, שעד, ס"ק ד, מנמק, שמיד כשהגזלן קנה, זכה הקונה, ולא משנה מה עושה הגזלן אח"כ.

<sup>211</sup> שו"ע, חו"מ, שעד, א.

<sup>212</sup> סמ"ע, שעד, ס"ק ג.

כמו כן, נפקד שמכר את הפקדון לאדם אחר שלא ברשות בעליו, ואח"כ קנאו מבעליו, החפץ נקנה למי שמכר לו לפני כן, שהרי בזה שמכר אותו לאדם אחר, שלח בו יד, גם אם עדיין הוא מונח ברשותו, והשולח יד בפקדון נעשה גזלן עליו, וממילא דינו כגזלן שקנה את הנכס מהגזל אחר שמכר אותו.<sup>213</sup>

גם המוכר דשלבלי"ע, וקנה אותו כשבא לעולם, הוא נקנה לקונה הראשון, מהטעם הנ"ל.<sup>214</sup>

הדברים אמורים רק במוכר שטרך לקנות את הנכס מבעליו, ולא במוכר שירש את הנכס מבעליו. כך, בדוגמה של גזלן, אם הגזלן רק ירש את הנכס מהגזלן (כגון שגזל מאביו, ואח"כ מת אביו), אין המכירה שמכר לפני כן מתקיימת בכך, כיון שהוא לא עשה שום מעשה שמלמד על רצון לקיים את מהימנותו בעיני הקונה.<sup>215</sup> כמו כן, בן שמכר נכס שהוא עתיד לרשת, אף שאח"כ ירש את הנכס, המכר בטל, כי ירושה באה ממילא ולא טרח אחריה, ולא גילה דעתו שהוא מעוניין להקנותו לקונה.<sup>216</sup>

## התחייבות למכור נכס עתידי

כפי שראינו במבוא, הן לפי החוק הן לפי המשפט העברי, יש תוקף להתחייבות למכור נכס שאינו קיים עדיין או שהוא קיים ואינו בבעלות המוכר.

לפי החוק, בחוזה מכר על נכס עתידי, המוכר זכאי לבחור אם לייצר את הנכס בעצמו או לקנות אותו מאדם אחר. הצדדים יכולים לקבוע בחוזה שעל המוכר לייצר את הנכס בעצמו, ועל כגון זה קובע הסעיף שזה עדיין נשאר מכר ולא חוזה קבלנות, כי המוכר **מקנה** את הנכס.<sup>217</sup>

הצדדים יכולים לקבוע בחוזה שחיוב המוכר יהיה מוחלט, והם יכולים לקבוע שחיובו יהיה מותנה ביכולתו להשיג את הנכס. אם הדברים אינם מפורשים בחוזה, בית המשפט יבחן את כוונת הצדדים או את הנוהג, ובהתאם לכך יקבע אם חיוב המוכר הוא מותנה או מוחלט. אם חיובו מותנה, והתנאי לא התקיים, אין לקונה תרופות של הפרת חוזה, אלא שאם שילם את מחיר, יש לו זכות השבה ע"פ חוק החוזים (חלק כללי), סעיפים 21, 31. אם חיובו של המוכר מוחלט, והמוכר אינו מצליח להשיג את הנכס, זו הפרת חוזה, ויש לקונה תרופות של הפרת חוזה. אם הנכס נמצא בבעלותו של צד ג', כך שביצוע המכירה דורש את הסכמתו, יש מקום לראות את חיובו של המוכר כמותנה בהסכמת אותו צד ג', לפי חוק החוזים סעיף 27(ב), האומר שחוזה הטעון הסכמת צד ג', מותנה בקבלת ההסכמה. אבל לדעת זמיר, אותו סעיף חל רק אם **תוקפו** של החוזה מותנה בהסכמת צד ג', ואילו כאן רק **ביצועו** מותנה בהסכמת צד ג', ולכן חיובו של המוכר נחשב חיוב מוחלט.<sup>218</sup>

לפי המשפט העברי, יש תוקף להתחייבות למכור נכס שאינו קיים עדיין או שהוא קיים ואינו בבעלות המוכר.<sup>219</sup> הכוונה היא למי שנקט לשון התחייבות,<sup>220</sup> אבל אם לא נקט לשון התחייבות,

<sup>213</sup> שו"ת מהר"ש צרור (תשב"ץ חלק ד (חוט המשולש) טור ב), סי' כב (ד"ה באופן).

<sup>214</sup> נתיבות המשפט, ס' ס"ק יא.

<sup>215</sup> שו"ע, חו"מ, שעד, ב. כמו כן, בית שמואל, צ' ס"ק מז, כותב שבעל שמכר קרקע של נכסי מלוג בחיי אשתו, ומתה, הוא יכול לבטל את המכר, אף שהוא יורש את הקרקע, כיון שבשעת המכירה לא היתה שלו.

<sup>216</sup> ספר העיטור מאמר ב, קנין (י ע"ב).

<sup>217</sup> זמיר § 93.

<sup>218</sup> זמיר § 94.

<sup>219</sup> ס' התרומות, שער סד, ח"ב, סי' ב; חידושי הריטב"א, כתובות נד ע"ב; שו"ת הרשב"א, ח"ג, סי' סה (המתחייב לתת לחברו כל מה שירוויח מכאן עד שלוששים יום, או לתת לו את הפירות שיוציא הדקל); טור, חו"מ, ס' י; ב"י, חו"מ, רט, ו, ושו"ע, חו"מ, ס' ו; רמ"א, חו"מ, רט, ד; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' כח, סי' שלג וסי' שעג; ש"ך, חו"מ, ס' ס"ק כא; דיני ממונות ח"ב שער א, פכ"ד הערה 1 בשם לב שלמה, ליקוטים, סי' ס' ו; שו"ת מהריט"ץ, סימן ריט (ד"ה אמנם כד); שו"ת תורת אמת, סי' קלג; שו"ת משפט צדק, ח"ב, סי' י (כב ע"ב); פרישה, חו"מ, רח, א; שו"ת דברי ריבנות סי' שיט; שו"ת בני אהרן, סי' עז (פו ע"ב); אמרי בינה, דיני הלואה, סי' נא (ד"ה ויש לומר), בדעת רב נסים גאון המובא בעיטור, מכירת קרקעות (סז ע"א במהד' רמ"י), ובמרדכי ב"ב סי' תקס; שו"ת פנים מאירות חלק ב סימן ח (ד"ה ונוראות); שו"ת הראנ"ח

ח"ב (מים עמוקים ח"ב) סימן לו (ד"ה ונמצאת למד), גם בדעת הרי"ף, הרא"ש ורשב"ם; שו"ת השיב משה (טייטלבוים), סי' פא.

פתחי חושן, קניינים, פי"ח, הערה לה, כותב שאם יש למתחייב נכסים, החיוב מועיל גם בלי שיהיה חיוב על גופו, כי נכסיו משתעבדים לחיוב זה; ואם אבדו הנכסים אח"כ, אין החיוב חל על גופו (צ"ע האם הוא מתכוון לומר שהוא נפטר מהתחייבות; ואם כן, זה תמוה, שהרי אילו לא היו לו נכסים מראש היה חיוב על גופו, והיה חייב גם אילו קנה נכסים ואיבדם).  
על דעת רב נסים גאון ראה הערה 187.

רוב המקרים של התחייבות למכור הם בדשלבל"ע, שהרי בדבר שנמצא בעולם ובבעלותו, בדרך כלל אין צורך שיתחייב, אלא הוא יכול למכור מכר ריאלי.

**דעות חולקות:** שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' רפח, כותב שהרי"ף סובר שלא מועילה התחייבות בדבר שלא בא לעולם.

תרומת הדשן, שו"ת, סי' שכ, עוסק במי שאמר לחברו "אמכור לך מרגלית", ולא היתה לו מרגלית אלא התכוון לקנות אותה ממישהו אחר עבור הקונה, והוא כותב שאפשר לומר קי"ל כרי"ף, רשב"ם ורא"ש, על ב"ב סט ע"ב, שסוברים שמוכר כזה אינו חייב להעמיד ממכר שלא היה ברשותו. שו"ת הראני"ח, ח"ב (מים עמוקים ח"ב), סי' לו [בדפוס ברלין = סי' לו בדפוס ונציה ושאלוניקי] (ד"ה ונמצאת), מבין שלדעתו אין תוקף להתחייבות למכור דשלבל"ע. אבל בני יעקב, דף סד ע"ג (כמובא באמרי בינה דיני הלואה, סי' נא, ד"ה והיכא), כותב שבנידונו של תה"ד לא היה לשון חיוב אלא הקנאה, ולכן כתב שאין לה תוקף.

שו"ת הבי"ח (הישנות) סימן כג, עוסק בראובן שהשתעבד לקנות קרקע מסוימת מחותנו עבור שמעון הקונה, ופוסק שאין לכך תוקף כי דבר שאינו ברשותו, ואינו מזכיר שמועילה התחייבות בדשלבל"ע.

חקרי לב, חו"מ, ח"א, סי' קכה (דף רה ע"ג), כותב שמשו"ת מהרש"ך, ח"א, סי' קג, משמע שהוא סובר שלא מועילה התחייבות להקנות דבר שלא בא לעולם, ותמה עליו, שזה נגד כל הפוסקים.

שו"ת ראני"ח, ח"א, סי' סו, כותב שגם לפי תוס' כתובות נד ע"ב, שאדם יכול להתחייב בדבר שלא בא לעולם, אפשר להתחייב רק לפרעון חוב, אבל אינו יכול להתחייב להקנות חפץ מסויים שאינו בידו. והוא כותב שאינו יכול להתחייב לקנות נכסים ולהעמידם לחברו, ואף ראבי"ה ומרדכי (הערה 187) שכתבו שאדם יכול להתחייב להעמיד מקח לחברו, זה אם הוא מתחייב לתת מטלטלין שמצויים לקנות, משא"כ קרקע וכדומה. אבל שו"ת ראני"ח ח"ב סי' לו, כותב שמועילה התחייבות למכור נכס שאינו בידו - ראה ליד ציון הערה 233. אמרי בינה, דיני הלואה, סי' נא (ד"ה והיכא), כותב שראני"ח חזר בו. יותר נראה שאחד מהתשובות היא של חכם אחר, שהרי יש סתירות נוספות בין התשובות, אף ששתיהן עוסקות באותו מקרה ממש.

שו"ת דברי חיים, ח"א, חו"מ, סי' ב, כותב בתחילה שאדם לא יכול לחייב עצמו להקנות דבר שלא בא לעולם. אבל אח"כ הוא מביא את מרדכי, ב"מ, סי' שפ, ורמ"א, חו"מ, קעו, ג, שכותבים שמי שנתן לחברו עיסקא במחצית שכר, ועושה תנאי שהעוסק יתן לו את כל הרווחים שיגיעו לו, אפילו ממקומות אחרים, זה לא מועיל כי זה מתנה בעלמא, אבל מועיל אם עשה קנין. והוא מסביר שאין הכוונה לקנין רגיל, שהרי קנין לא מועיל בדשלבל"ע, אלא כוונתו שצריך קנין המועיל, כגון קנין הגוף, שמשעבד גופו לזה. ולא הסביר איך משעבדים את הגוף; נראה שכוונתו להתחייבות, שיש בה שעבוד הגוף. אבל אח"כ שוב כתב כאילו לא מועילה התחייבות בדשלבל"ע, שכתב שמי שהתחייב לתת או חמש מאות רובל או שמינית מהרווח שיבוא מעסק מסוים, זה מועיל כי זה לא נותן דשלבל"ע אלא הדשלבל"ע הוא תנאי לפטור עצמו מהחיוב לתת חמש מאות רובל.

משנת ר' אהרן, שכנים, עמ' קטז, כותב שלא מועילה התחייבות להקנות דבר שלא בא לעולם, ומביא ראה מקידושין ע"ב ע"ב, ששם נאמר שלר' מאיר שאדם מקנה דשלבל"ע, יכול אדם להקנות נכסים שיקנה בעתיד, מכאן שלמי שחולק על ר"מ, לא יכול להתחייב לתת מה שיקנה בעתיד (דחיות לראיה זו כתבו שו"ת מהרי"ט ח"ב חו"מ סי' פא, ועוד). והוא כותב שגם לרשב"א הסובר שמועיל קנין "אתן" כי חלה התחייבות על גופו (עי' בדבריו בסי' א שם), לא מועילה התחייבות להקנות דבר שלא בא לעולם, מפני שגם חיוב על הגוף לא חל בדשלבל"ע (אך הוא מעלה אפשרות שלרשב"א ב"אתן" לא חל שעבוד על החפץ אלא רק על הגוף, ובאמת חלה עליו התחייבות להקנות, ומה שהגמרא שם אומרת שזה רק לר"מ הוא כי כשימות, היורשים לא חייבים לקיים את ההתחייבות, כי אין שעבוד על נכסיו); ואע"פ שמועילה התחייבות לתת סכום כסף גם אם אין לו נכסים, זה במתחייב מעכשו "מנה לי בידך", וחייב אף שאין לו נכסים כמו שלווה או מזיק חייב אף שאין לו נכסים; אבל "אתן לך פירות דקל" הוא רק חיוב לתת פירות, וכיון שאינם בעולם, לא חל החיוב; והראיה, שהרי במתחייב מנה עכשו, גם אם לעולם לא יהיו לו נכסים, הוא נחשב שלא קיים את חובו, אלא שהוא אנוס, ואילו ב"אתן פירות דקל", אם לא יצמחו הפירות, לא חל עליו חיוב כלל.

ב' ליפשיץ, עובד וקבלן, עמ' 28, אומר ששו"ת הרמב"ן, סי' ט וסי' לח, אינו מתכוון לומר שמועילה התחייבות להקנות דבר שלא בא לעולם (כי א"א להתחייב לזה), אלא המקנה מקבל על עצמו התחייבות כספית בסכום הראוי לפצות את הקונה אם לא יקבל את הנכס, ושעבוד הנכסים בא מכוח ההתחייבות, ולכן כדאי למקנה לקיים את הבטחתו להקנות את הנכס. אבל הוא מעיר (בעמ' 29) שהרשב"א והש"ך (שהבאנו בראש הערה זו) סוברים שמועילה התחייבות לתת נכס שלא בא לעולם, כחיוב עשייה (לתת את הנכס) שאינו חיוב ממוני. בעניין זה ראה גם בספרו אסמכתא, עמ' 277-278.

שו"ת הרמב"ם (בלאו) סי' רלו, כותב שראובן שהתנה עם אשה שאם יבטל תנאי בנישואין, יהיה חייב לה "מאה דרהם במתנה מעכשו", חייב רק אם הכסף היה ברשותו בעת הקנין. הוא קורא לזה מתנה אף שזה קנס על הפרת הסכם. הוא מתכוון להתחייבות ולא להקנאה, שהרי התשובה מזכירה קניין סודר ושטר שאינם מועילים בהקנתת כסף; ומכאן מדייק א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 100, שהרמב"ם סובר שאין

אלא אמר בסתם שהוא מוכר את הנכס, לא נפרש שהתכוון להתחייבות, אלא שהתכוון למכר ריאלי, שאינו מועיל בדשלבל"ע.<sup>221</sup>

תוקף להתחייבות אישית בדבר שלא בא לעולם, והוא רואה את ההתחייבות כהקנאה חפצית. כנראה הוא סובר כך גם בהתחייבות כנגד תמורה.

**הבחנה:** שו"ת הראני"ח, ח"ב (מים עמוקים ח"ב), ס"י לו (ד"ה ונמצאת למד), כותב שלרמב"ם, מועילה התחייבות בדבר שאינו ברשותו, אבל לא מועילה התחייבות בדבר שלא בא לעולם. פרי האדמה, ח"ב, על הרמב"ם, הלכות שלוחין, ד, ב, כותב שרמב"ם, רמב"ן, טור ורבנו ירוחם, סוברים שאין מועילה התחייבות בדבר שלא בא לעולם, אבל מועילה בדבר שאינו ברשותו.

**בעיית אסמכתא:** תרומת הדשן, שו"ת, ס"י שכ, כותב שהתחייבות של ראובן לקנות עבור שמעון דבר מסוים שנמצא בבעלות לוי, בטלה מטעם אסמכתא, כי אינו בידו, אלא תלוי בהסכמת לוי למכור לו. אבל שו"ת הראני"ח ח"ב (מים עמוקים ח"ב) סימן לו (ד"ה ונמצאת למד), כותב שאם מדובר בקרקע, אין בכך אסמכתא, ע"פ תוספות בבא מציעא עד ע"א (ד"ה הכא), שבדבר שאינו בידו בכלל אין אסמכתא כי יש לו גמירת דעת (כי אין לומר שהבטיח רק מתוך שחשב שיוכל לקיים, שהרי ברור שידע שיתכן שלא יוכל לקיים), וכאן אינו בידו כלל, שהרי אין דרך בעל קרקע למכור קרקעו. ולא הסביר מדוע אין אסמכתא בהתחייבות למכור מטלטלין שאינם בבעלותו. שו"ת השיב משה (טייטלבוים), ס"י פא, כותב בסתם שהתחייבות להעמיד לקונה נכס שאינו בידו, אינה אסמכתא.

<sup>220</sup> סמ"ע, ס, ס"ק יח; שו"ת מהרש"ך חלק ב סימן קסג ("אני חייב" או "אני מתחייב" או "אני מודה שאני חייב").

**שילוב לשון מכר עם לשון התחייבות:** שו"ת מהרי"ט חלק ב חו"מ, סימן סט, עוסק במי שאמר ש"מכר" לפלוני כך וכך עורות ואח"כ אמר שהתחייב לתת לו את העורות, והעורות לא היו בבעלותו, והוא כותב שזו התחייבות למכור, כי המוכר נקט לשון חיוב כדי לחזק את כחו של הקונה, שאם לא יועיל בתור מכר, יועיל בתור חיוב; ואף שאמר שהוא מתחייב "לתת", אין כוונתו לנתנה בלבד, אלא התחייבות להשלים את ענין הקנין, כלומר התחייבות מלאה למכור.

כמו כן, שו"ת נטע שעשועים (קארא), ס"י מא, כותב שגם אם כתב תחילה "מכרתי", בהנחה שמשמעות לשון זו היא שהוא מוכר עכשו (ולא מועיל בדשלבל"ע), הרי אם אח"כ כתב "אני חייב להעמיד", זו התחייבות. עוד הוא כותב שאם עדים מעידים שנעשה "באופן המועיל", מפרשים שהיה בדרך חיוב, שמועיל בדשלבל"ע (כך נראית כוונתו).

אבל שו"ת מהרי"ט, סימן ריט (ד"ה אלא שיש), כותב שאם מתחלה נכתב לשון מכר, ואח"כ כתב "ונתחייב לשולחם לוי", זו התחייבות לשולחם לו מדין שליח ולא מדין חיוב להקנות לו. עוד עולה מדבריו שם, שאם אמר "נתחייב לתת את הנכס", בה"א הידיעה, המשמעות היא לאותו נכס שמכר לו, וכיון שבטל המכר כיון שלא היה בידו, גם אין חיוב.

**במוכר שהוא תלמיד חכם:** שו"ת מהרי"ט חלק ב חו"מ, סימן סט (הובא בעמודי חיים (פלאגי), עמוד התורה, אות נח, דף לד ע"א-ע"ב, ובברכת מועדף לחיים ח"א, דרוש ה לשבת כלה, דפים כג ע"ג, כד ע"ד, כה ע"ב), כותב שאם המוכר הוא תלמיד חכם, שידוע שאין תוקף למכירת דשלבל"ע, מן הסתם התכוון להתחייבות למכור, שיש לה תוקף (כוונתו היא שמפרשים כך את כוונת המוכר גם אם לא נקט לשון התחייבות), ואינו יכול לטעון שהתכוון להטעות את הקונה, שהרי אין אין אדם משים עצמו רשע, לקחת מהקונה תשלום ברמאות.

<sup>221</sup> אמרי בינה, דיני הלואה, ס"י נא (ד"ה אולם רוב), כותב שלרוב הפוסקים אם לא התחייב בפירוש, לא חלה עליו התחייבות, בין אם אמר "אמכור לך" בין אם אמר "מכור לך", בין דבר שהוא ברשותו בין בדבר שלא בא לעולם.

שו"ת נחלה ליהושע, ס"י יב (טו ע"א), נוקט שהמקנה סתם דבר שלא בא לעולם - לא קנה, כי בסתם השעבוד חל על הממון ולא על גוף האדם, והרי הממון אינו בעולם, ולכן הקנין אינו יכול לחול; ורק אם אמר "אני משעבד את גופי לדבר פלוני שארויח שאתן לך חלק בו" - מועיל, כי יכול לשעבד את גופו; וזאת **במתנה**, אבל אם הוא נהנה הנאה כלשהי בתמורה, כגון הנאת חיתון, מועיל גם בסתם, כי רואים כאילו אמר שהוא משעבד את גופו. דבריו קשים, שהרי לפי דבריו יוצא שתועיל מכירת דשלבל"ע כי מפרשים שהתכוון להתחייבות, בגלל הנאתו מהתמורה.

שו"ת הראני"ח, ח"ב (מים עמוקים ח"ב), ס"י לו, ד"ה ואחר (הובא באמרי בינה, דיני הלואה, ס"י נא, ד"ה והיכא), כותב שגם אם אמר "דבר פלוני אני מוכר לך", משמעותו התחייבות, והפסול של מכירת דבר שלא בא לעולם הוא רק כשאומר "דבר פלוני מכור לך".

אמרי בינה, דיני הלואה, ס"י נא (ד"ה ויש לומר), כותב בדעת מרדכי, ב"ב, ס"י תקנט (בשם ראבי"ה), שאם מכר נכס בחזקת שאין לו, לא חל המכר כלל, ולכן מניחים שהתכוון להתחייבות, וכך גם אם מכר נכס בחזקת שיש לו, ולא ייחד נכס מסוים, זו התחייבות. הוא כותב כך גם בדעת רמ"ך, המובא בשטמ"ק, ב"מ טז, שכתב שמי שלא היה ברשותו שדה, ואמר "שדה בית סאה אני מוכר לך", ועשו קנין מעכשיו, חייב לקנות - שלדעתו זה מטעם התחייבות אף שאמר "אני מוכר לך", שמתקנים את לשונו כיון שעשו קנין מעכשיו. בדעת רב נסים גאון, הוא עושה הבחנה (בד"ה ובר"ש): אם נקט לשון התחייבות מפורשת, ההתחייבות חלה גם אם הזכיר נכס מסוים, ואילו אם אמר "אני מוכר", ההתחייבות חלה עליו רק אם אמר "נכס" סתם, ולא אם ציין נכס מסוים (ראה בשמו בהערה 187).

יש להעיר, שבאותם מצבים שנמנו לעיל, שמועילה מכירת דשלבל"ע, כגון דבר המצוי בשוק, או הקנאה לבנו, הכוונה היא שחלה התחייבות אף שנקט לשון מכר, שהרי לא ייתכן מכר ריאלי בדשלבל"ע; וההסבר הוא שאף שנקט לשון מכר, מפרשים שהתכוון להתחייבות, בכל מקרה מסיבה שלו.

טעם הדבר הוא, שאע"פ שהחפץ אינו בעולם, מ"מ גוף האדם נמצא בעולם, והחיוב הוא על גופו.<sup>222</sup>

נבחן את שאלת התחייבות בדבר שלא בא לעולם לאור הגישות השונות לתוקפה של ההתחייבות. לפי גישת ב' ליפשיץ,<sup>223</sup> שיסוד החיוב הוא אודייתא, שהמתחייב מודה שהוא חייב מעכשו, לא תועיל התחייבות זו, שהרי אין שום עילה שיכולה ליצור חיוב על אדם למכור דבר שלא בא לעולם. לפי גישת א' ורהפטיג,<sup>224</sup> שמוקד ההתחייבות הוא חפצי, שעבוד הנכסים, הרי יכול המוטב לזכות בשעבוד נכסים, ש"יערבו" בעד חיובו למכור דבר שלא בא לעולם. לפי גישת ש' אלבק,<sup>225</sup> שגמירת הדעת היא הנותנת תוקף להתחייבות, הדעת נותנת שלא תועיל התחייבות למכור דבר שלא בא לעולם, שהרי אין גמירת דעת בכך, כמו שמטעם זה אין מועילה הקנאת דבר שלא בא לעולם.

קל וחומר שאדם יכול להתחייב למכור נכס שלו **שמופקד** אצל אחר,<sup>226</sup> שאפשר אף להקנותו לאלתר בקנין אגב או במעמד שלשתן.

ההתחייבות חלה רק אם עשו **מעשה קנין**,<sup>227</sup> כמו שראינו בסעיף 1 לגבי כל התחייבות למכור. יש אומרים שמועיל שטר בלי מעשה קנין,<sup>228</sup> ואחרים אומרים שאינו מועיל.<sup>229</sup> מתן כסף אינו מועיל

<sup>222</sup> פרישה, ס, י, וסמ"ע, ס, ס"ק יח; קצות החושן, ס, ס"ק ב; שו"ת מהרי"ט, ח"ב, חו"מ, ס"י כג, וסי"א פא (ד"ה ותו קשה); מנחה טהורה, מנחות קח ע"ב (קכד ע"ב בדפי הספר); נתיבות המשפט רג ס"ק ו. הגהות והערות, על טור השלם, חו"מ, ס, אות סט [כוכב], מוסיף שגם גופו וגם נכסיו נמצאים בעולם, כך שהשעבוד יכול לחול על נכסיו; והוא צריך לומר כך משום שבהגהות והערות, על הטור השלם, חו"מ, ס"י מ, אות כג, כותב בדעת פרישה, חו"מ, מ, ג, שכדי שהתחייבות תחול היא צריכה לחול גם על גופו וגם על נכסיו. דרכי איש, דף כג ע"ד, מנמק, שדוקא **הקנאת** דשלבל"ע לא מועילה כי אין לקנין על מה לחול, כי אינו בעולם, אבל לשון חיוב מועיל כי זה חל על גופו שישנו בעולם. וכן ברכת שלמה, אהע"ז, ס"י כא, אות יא, נימק, שההתחייבות חלה כי היא על גוף האדם.

פסקים וכתבים (הרצוג), חלק ט, ס"י קיב, עמ' תטז, נימק שדוקא לשון הקנאה לא מועילה בדבר שלא בא לעולם כי אין סמיכת דעת לקונה, כי הממכר אינו קיים, ואילו בלשון התחייבות, יש סמיכת דעת כיון שיש שעבוד הגוף.

ר' בנימין רבינוביץ תאומים, תחוקה לישראל ע"פ התורה, ח"ב, עמ' 221, הערה 35, מביא שיש מפרשים שהתחייבות בדשלבל"ע מועילה כי ההתחייבות חלה על גופו וגופו בעולם, ושיש מפרשים שהטעם הוא כי ע"י התחייבות הוא גומר ומקנה, והחסרון בדשלבל"ע הוא רק מהעדר גמירות דעת. הוא כותב שלדעה (לד ציון הערה 234) שהמתחייב בדשלבל"ע יכול לחזור בו עד שיבוא לעולם, צ"ל כטעם השני, שאילו לטעם הראשון שזה חל על גופו, לא ייתכן שיוכל לחזור בו.

**מדאורייתא או מדרבנן:** פרישה כותב שלפי רשב"ם, ב"ב קנו ע"א, הדין שאדם יכול להתחייב בדבר שלא בא לעולם הוא תקנת חכמים, שאגב שתיקנו שלווה יכול לשעבד למלוה נכסים שהוא עתיד לקנות, משום נעילת דלת, תיקנו שכל שהוא בלשון חיוב יכול לקבל על עצמו. גם גן נעול, כפתור ג, פרח יח (נ ע"ב), כותב שהתחייבות בדשלבל"ע מועילה רק מדרבנן, שהרי ס' התרומות לומר דין זה מ"דאקני", שמועיל רק מדרבנן. אבל בני שמואל, חו"מ, ס"י ס (פז ע"ד), שו"ת מהרי"ט, ח"ב, חו"מ, ס"י פא, שער המלך, הלכות מכירה, כב, טו, תומים, ס, ס"ק יא, בני יעקב, דף צ ע"ד (כמובא באמרי בינה שם), ושו"ת ברית אברהם, חו"מ, ס"י כט, אות ט, מקשים מדוע בקידושין עח ע"ב ובב"ב קכו ע"ב אומרת הגמרא שצריך "יכיר", כדי ללמד שאב נאמן לומר על אחד מבניו שהוא הבכור, ועל פי דבריו יקבל בן זה פי שניים בנכסיו, הרי בלאו הכי האב יכול להתחייב לבנו לגבי נכסים שיבואו לו בעתיד; הרי שהם סוברים שהתחייבות בדבר שלא בא לעולם מועילה מדאורייתא.

<sup>223</sup> ב' ליפשיץ, אסמכתא, עמ' 250-252, ועוד.

<sup>224</sup> א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 459.

<sup>225</sup> ש' אלבק, יסודות בדיני הממונות בתלמוד, פרק ה, סעיף א.

<sup>226</sup> פרישה, חו"מ, קכו, ט (בקנין סודר), וש"ך, חו"מ, ס"י קכו, ס"ק לב, כותבים שראובן יכול לחייב עצמו לתת לשמעון כסף שיש לו ביד לוי בפקדון או בחוב.

<sup>227</sup> ס' התרומות שם (הובא בשו"ת מהרי"ש הלוי, חו"מ, ס"י ה, דף ט ע"ג); שו"ע, חו"מ, ס, ו (הובא בשו"ת פני משה, ח"א, ס"י סו, דף קנט ע"ד); שו"ת הראנ"ח, ח"ב (מים עמוקים ח"ב), ס"י לו, ד"ה ונמצאת למד (הובא באמרי בינה, דיני הלואה, ס"י נא, ד"ה והיכא).

שו"ך, חו"מ, ס, ס"ק כו, מתקשה, הרי השו"ע, חו"מ, מ, א, פסק שהתחייבות מועילה ב"אתם עדי" בדיבור בלי קנין. קצות החושן, ס, ס"ק ח, מיישב זאת על פי שיטתו שלא מועילה התחייבות בדיבור אלא בלשון הודאה - בדבר שלא בא לעולם לא שייכת לשון הודאה, אלא לשון חיוב חדש, שמועיל רק בקנין.

תומים, ס, ס"ק יד, ונתיבות המשפט, ס, ס"ק יג (הובא ע"י רא"י בריזל, בית אהרן וישראל גלי' כה עמ' פג - לא על מתנה), מסבירים ע"פ דברי שו"ך, חו"מ, ס"י מ, ס"ק ד, שבהתחייבות על תנאי צריך קנין, מפני שזה כמו אסמכתא - גם התחייבות לתת דבר שלא בא לעולם מותנית בכך שיבוא לעולם. משכנות יעקב חו"מ ס"י נד, דוחה את דברי התומים, שהרי לדבריו גם בשטר לא מועיל בלי קנין, כמו שערב אחר מתן מעות (שאליו הישווה התומים את נידוננו) לא מתחייב בשטר (ראה חוק לישראל, ערבות, עמ' 134-136), והרי הרמב"ן (הערה 29) כתב שהנותן בשטר מה שהוא עתיד לקנות, ושיעבד את נכסיו וקיבל עליו אחריות

כקנין בהתחייבות למכור מיטלטלין שלא באו לעולם, כמו שאינו מועיל כקנין במכר ריאלי של מיטלטלין.<sup>230</sup>

אולם לא יוכל הקונה לגבות **מנכסים שמכר** המוכר ("נכסים משועבדים"), גם אם יש שטר על התחייבות זו, וגם אם סכום התחייבות הוא קצוב, משום שאין פרסום לשטר שנכתב, כיוון שלא היה הנכס בעולם בעת ההתחייבות.<sup>231</sup>

לדעת מהרי"ט, התחייבות להקנות דשלבלי"ע חלה רק אם התחייב מעכשו שכשיבוא לעולם, יהיה באחריותו עד שימסור אותו לקונה, ואם יאבד, יתן לו נכסים אחרים; אבל אם הוא רק מתחייב לתת לקונה את הנכס כשיבוא לעולם, בלי לקבל אחריות כאמור, לא חל חיוב על גופו כלל, מפני שהתחייבות רק להקנות נכס מסוים הוא קנין דברים; ואין לומר שאפשר לראות זאת כחיוב על תנאי שלא יתחייב באחריותו, כי זה תנאי ומעשה בדבר אחד, שאינו תקף.<sup>232</sup> ר' אליהו אבן חיים סבור שיש תוקף להתחייבות למכור דבר מסויים שנמצא בעולם אבל אינו בבעלות המוכר, אף בלי שעבוד נכסיו.<sup>233</sup>

יש אומרים שהמתחייב יכול לחזור בו לפני שבא הדבר לעולם או לרשותו, ואם מת לפני שבא לעולם או לרשותו, **יורשיו** פטורים מלתת את הנכס לקונה,<sup>234</sup> מפני שחיובו חל רק כשהדבר בא

---

להעמידה בידו, חייב להעמידה בידו, ומשמע שבכתיבה בלבד הוא מתחייב בלי קניין (אבל ראה הערה 29, שיש חולקים על הרמב"ן). אשר לנימוק של התומים, הוא משיב שזה לא אסמכתא, כי אין כאן תנאי, אלא אם לא יבוא לעולם אין כאן חיוב כלל, שלא נתחייב לו כלום. פד"ר, כרך 1, עמ' 239, דוחה את ההשוואה של התומים, שבשומר עיקר התחייבותו היא לשמור ולהחזיר את חפץ, אבל מקבל עליו גם שאם יינזק, ישלם, ולכן אין לו גמירת דעת שלמה לגבי תשלומין; אבל במתחייב להקנות דשלבלי"ע, הרי עיקר התחייבותו היא להקנות את החפץ, ולא משנה שייתכן שלא יבוא לרשותו, אלא בדעתו להתחייב, ויועיל בלי קנין. אבל בעמ' 240 כתב שדברי התומים ניתנים להיאמר.

שו"ת ברית אברהם, חו"מ, ס"י כט, אות יב, כותב שמדובר באופן שבוודאי יבוא לעולם, ולכן אין צריך קנין (כלומר, שלכן הש"ך מקשה מדוע שולחן ערוך הצריך קנין).

משכנות יעקב, חו"מ, ס"י נד (ראה הערה 227, שהוא חלק משום כך על תומים); שו"ת השיב משה (טייטלבוים), ס"י פא.<sup>228</sup>

פתחי חושן, קניינים, פ"ח הערה לו בשם ערך שי, קעו, ג. הוא מביא שהוא אומר שלא מועיל גם אם כתוב בשטר ש"נעשה באופן המועיל", אף שלשון זו מועילה לסלק פגם אסמכתא [ע"י נחל יצחק, מ, ענף ט].<sup>229</sup>

מחנה אפרים, הלכות מוכר דשלבלי"ע ס"י ג, בסופו; חלקת יואב חו"מ ס"י כא. מחנה אפרים כותב שמה שעולה משו"ת הרשב"א המיוחסות, ס"י רכה, שקנין כסף מועיל בהתחייבות למכור, הוא לענין "מי שפרע". מחנה אפרים הלכות מכירה, קנין מעות סימן יד, לומד מתשובת הרשב"א שם שהתחייבות חלה בקנין כסף. אמרי בינה, דיני הלואה, ס"י נא (ד"ה ויש לומר), כותב שדברי מחנ"א בהלכות מוכר דשלבלי"ע הם מאוחרים, וזו מסקנתו. אבל הוא מעלה אפשרות שרבינו נסים גאון המובא בעיטור, מכירת קרקעות (סז ע"א במהד' רמ"י), סובר שהתחייבות למכור דבר שנמצא בידו אינה חלה בקנין כסף, ואף שבחיוב לא שייך החשש שמא יאמר "נשרפו חיטיך בעלייה" (שבגללו תיקנו חכמים שלא מועיל קנין כסף במכר ריאלי - ב"מ מז ע"ב), "לא פלוג רבנן"; אבל התחייבות למכור דבר שלא בא לעולם או אינו ברשותו חלה על ידי קבלת כסף.<sup>230</sup>

שו"ת, חו"מ, ס, ס"ק כה, בדעת רש"י ותוס'. אך הוא כותב שלרמב"ם יוכל לגבות כאן מנכסים שנמכרו. שו"ת השיב משה (טייטלבוים), ס"י פא, כותב בדעת תומים, ס, ס"ק יג, שאם יש שטר, יוכל לגבות מנכסים שנמכרו.<sup>231</sup>

שו"ת מהרי"ט חלק ב חו"מ, סימן פא (ד"ה והא) (הובא בקצוה"ח ס"י רג ס"ק ב וסי' רו). ראה סעיף 1, שקצות החושן לומד מדבריו לכל התחייבות למכור. ראה גם הערה 236, שנתיות המשפט כותב שאין תוקף להתחייבות למכור דבר מסויים ששייך לאדם אחר.

שו"ת מהרי"ט חלק ב חו"מ, סימן סט, עוסק במי שהתחייב לתת כך וכך עורות לקונה עד מועד מסויים, ואם לא יתן את העורות לזמן זה, התחייב מעכשו לפרוע בעד כל עור כך וכך, ולא היו בידו אז עורות, ופוסק שהתחייבותו תקפה. התחייבות זו מקיימת את התנאי של אחריות נכסים, אף שלא הזכיר תנאי זה בתשובה זו.

שו"ת הראנ"ח, ח"ב (מים עמוקים ח"ב), ס"י לו, ד"ה ואחר (הובא באמרי בינה, דיני הלואה, ס"י נא, ד"ה והיכא).<sup>232</sup>

ראה גם בסעיף 1, שרבים חלקו על מהרי"ט לענין התחייבות למכור באופן כללי.

כנה"ג, חו"מ, ס, הגהב"י אות ס, כותב בתחילה שהיורשים חייבים. אבל אח"כ העלה אפשרות שגם לדעה (ברמ"א, חו"מ, ק"ב, א) שלווה המשעבד נכסים שהוא עתיד לקנות, שעבוד "דאקני" אינו יכול לחזור בו אף לפני שקנה את הנכסים, מ"מ כאן אם מת המתחייב לא זכה הקונה, והיורשים פטורים. עולה מדבריו שלדעתו כאן יכול לחזור בו לפני שבא הדבר לעולם, שהרי זה הנידון בענין "דאקני".<sup>234</sup>

לעולם או לרשותו<sup>235</sup>. אך אחרים אומרים שאין המתחייב יכול לחזור בו אף לפני שבא הדבר לעולם או לרשותו, ואם מת לפני כן, חייבים יורשיו לשלם מנכסיו<sup>236</sup>. זאת משום שהחיוב חל על גופו

גם חקרי לב, חו"מ, ח"א, ס"י קכה (דף רב ע"א), וס"י קכו (דף רה ע"ב), כותב שבתחייבות בדבר שלא בא לעולם יכול לחזור בו לפני שבא לעולם, כמו ב"דאקני".

<sup>235</sup> תומים, ס, ס"ק י. הוא כותב שגם לפי כנסת הגדולה, אם אמר "אם לא אתן לך פירות דקל כשיבואו לעולם, אתן לך כך וכך כסף", ומת לפני שצמחו פירות, חייבים יורשיו לשלם, מפני שהוא מתחייב מיד בכסף, כי זה דבר שבא לעולם, ורק תלה את תנאו בדבר שלא בא לעולם. אבל קצות החושן, ס, ס"ק ז, אומר, שבהתחייבות לתת דבר שלא בא לעולם, יותר פשוט שאינו יכול לחזור בו, כי החיוב חל על גופו מיד, ולכן גם אם מת, יורשיו חייבים, אבל אם תלה זאת בתנאי שלא בא לעולם, כגון "אם יגדל בני ולא יקח את בתך לאשה, אתן לך כך וכך", היה מקום לומר שתנאי בדבר שלא בא לעולם הוא כדבר שלא בא לעולם וא"כ לא חל על גופו עכשו שום חיוב כיון שתלה את החיוב בדבר שלא בא לעולם, ובכל זאת ההלכה היא שזה נחשב דבר שבא לעולם כי רק התנה אותו בדבר שלא בא לעולם.

<sup>236</sup> קצות החושן, ס, ס"ק ז, ומשובב נתיבות, ס, ס"ק י (הובא בשו"ת שואל ומשיב, מהדו"א, ח"א, ס"י מה); משכנות יעקב, חו"מ, ס"י נד (שאינו יכול לחזור בו לפני שבא לעולם). אלא שקצות החושן כותב שלא יוכל הקונה לגבות מלקוחות שקנו את נכסי המתחייב, כיון שלא היה שעבוד נכסים כל עוד הנכסים לא באו לעולם. במשובב נתיבות הוכיח שהחיוב מתחיל מיד (ולכן לא יוכל לחזור בו לפני שבא לעולם), שהרי אין לומר שהחיוב חל כשיבואו לעולם, אם עשו קנין סודר (ובשטמ"ק, כתובות נד ע"ב, בשם תלמידי ר"י, נאמר שמועיל קנין סודר), שהרי כשבאו לעולם כבר חזר הסודר לבעליו. גם בקצות החושן, קיב, ס"ק א, כתב שאינו יכול לחזור בו לפני שבא לעולם, ואם לא יבואו לעולם, חייב לתת שווה כסף, וזאת גם לדעה שבשעבוד "דאקני" יכול לחזור בו לפני שבא לעולם, כי חיוב חל על גופו וגופו בעולם, ואילו שעבוד צריך לחול על נכסים, ואם הנכסים אינם בעולם עדיין, אין לחיוב על מה לחול.

נתיבות המשפט, ס, ס"ק י, עושה הבחנה בין מקרים שונים: (א) אם התחייב להקנות פירות (דבר לא מסוים) שהם מצויים, חל על גופו מיד חיוב לתת אותם (וגם יורשיו חייבים), כיון שדבר המצוי בשוק נחשב בידו, אלא שזמן הפרעון הוא הזמן שקבע. (ב) אם התחייב להקנות דבר מסוים, שאין לו עכשו, ואמר "אם לא אתן לך דבר פלוני, אני מתחייב לתת כך וכך כסף", זה רק תולה את חיובו בדבר שלא בא לעולם (ואינו יכול לחזור בו מחיובו לתת כסף). (ג) אם אמר "כשאקנה שדה זה, אני מחוייב לתת לך אותה", כל זמן שלא קנה אותה, אין שום חיוב על גופו, שהרי בידו שלא לקנותה, וכן האומר "אני מחוייב לתת לך את הפירות שיוציא הדקל", אין שום שעבוד על גופו לפני שיצאו הפירות, ולכן כשמת, היורשים פטורים (גם אם לא חזר בו) שהרי גוף הפירות נקנים ליורשים לפני שחל חיובו (כי יש ירושה בדבר שלא בא לעולם), והרי אין שעבוד נכסים, וזה כאילו נאנסו הפירות או נגזלו מיד כשיצאו מהדקל, שאז המתחייב היה פטור מלתת, וכך גם כאן, שהיורשים זכו בהם עוד לפני שיצאו. (ד) אם אמר "אני מתחייב לקנות בשבילך בית פלוני", אין ב"ד יורד לנכסיו להוציא ממנו כסף לקנות את הבית מבעליו, שהרי בזה הוא מחייב את עצמו בדבר שאינו בידו לגמרי, שהרי אולי בעל הבית לא יסכים למכור לו, והיות שלא חל החיוב במקצת, לא נתחייב כלל (גם אם יצליח לקנותו מבעליו), וחיוב מועיל רק אם הוא מתחייב לתת כשיבוא לרשותו.

משובב נתיבות, ס"י ס, ס"ק י, כותב שהאומר "שדה זה, כשאקנה אותה, אני מתחייב לתת לך", ולא קנה אותה, אינו חייב, כיון שהתחייב רק אם יקנה אותה (נמצא שהוא מסכים בזה לנתיבות המשפט להלכה, אבל מטעם שונה), אבל אם התחייב בקנין לתת לו בית פלוני, החיוב חל מעכשו, ואם לא קנה אותה, הוא חייב לתת את שווי, מפני שגופו השתעבד.

תומים, ס, ס"ק יא, כותב, שבהתחייבות לתת דבר שלא בא לעולם, אם מת, היורשים חייבים לשלם מנכסיו, אבל אם הניח רק מטלטלין, היתומים לא יהיו חייבים לתת כי מטלטלין של יתומים אינם משתעבדים לנושה. הוא מיישב בזה את הקושיה, מה הגמרא אומרת בקידושין ע"ב, שצריך "יכיר" כי אינו יכול לתת במתנה כי המתנה לא תחול על נכסים שיפלו לו כשהוא גוסס - הרי גם בנכסים אלו יועיל לשון חיוב "הריני מתחייב לך חלקך פי שנים כפי שיגיע בנכסים שיהיו לי שעה אחת לפני מותי"? התשובה היא שלשון התחייבות לא תועיל אם יהיו לו רק מיטלטלין (נראה שהוא סובר שאף שהוא התחייב לתת לבנו חלק פי שנים מגוף הנכסים - ולא סכום כסף בשווי פי שנים - אין אומרים שקנה הבן חלק בנכסים גם אם הם מטלטלין, שהרי ההתחייבות לא יוצרת קניין, אלא רק מוטל על היורשים חיוב לתת לו נכסים מסוימים, וחיוב זה אינו מוטל על היורשים כחיוב הגוף אלא כחיוב על נכסים שירשו, כמו בכל חיוב שמת, ולכן חל גם בזה הכלל שאינם חייבים לתת ממטלטלין שירשו). עוד כותב התומים, שלפי הרשב"א שסובר שבשעבוד "דאקני" יכול לחזור בו לפני שבאו הנכסים לעולם, המתחייב להקנות דבר שלא בא לעולם יכול לחזור בו לפני שבאו הנכסים לעולם (ובכך הוא מתרץ את הקושיה הנ"ל: שצריך "יכיר" כדי שלא יוכל לחזור בו).

שו"ת משאת משה אה"ע"י ס"י ל (קצו ע"א), כותב שלרמב"ם התחייבות "מעכשו" בדשלבל"ע מועילה, עם קנין, וחל לכשיבוא לעולם, כי מפרשים שהוא כאומר "מעכשו אני מתחייב, ולא ייגמר עד שיבוא לעולם". לא ברור האם לדעתו יכול לחזור בו לפני שבא לעולם.

**הבחנה:** חזון איש, דמאי, ס"י יד, אות א, כותב שהמתחייב להקנות דבר שבעולם ואינו ברשותו, שיכול לטרוח ולתת, חל עליו חיוב, אף שאין לו, ואינו יכול לחזור בו; אבל המתחייב להקנות דבר שאינו בעולם בכלל, הוא יכול לחזור בו לפני שבא לעולם, והתחייבותו מועילה רק שכשיבואו לעולם חל חיובו כדין "דאקני"; והראיה, שהרי ס' התרומות למד התחייבות בדשלבל"ע מ"דאקני", והרי שם יכול לחזור בו. אבל הוא כותב שהמתחייב לתת פירות דקל, בכלל ההתחייבות יש גם הנאה של ממון וגם התחייבות לשלם בפירות אלו, ויכול לחזור בו לפני שבא לעולם רק מתנאי התשלומין בפירות אלו, אבל אינו יכול לחזור בו מעיקר החיוב, וחיוב לתת את דמיהם.



כשגופו היה בעולם, ואם אין לו הדבר הספציפי שהתחייב למכור, נשתעבדו נכסיו לתת את שוויים.<sup>237</sup>

ראובן שהתחייב למכור לשמעון נכס שעוד לא בא לעולם, שמעון אינו זוכה בגוף הנכס, ואם מכר ראובן את הנכס ללוי כשבא לעולם, המכר ללוי קיים, אלא שראובן חייב לשלם לשמעון את שווי הנכס.<sup>238</sup>

הקונה יכול למחול על ההתחייבות, ואע"פ שאי אפשר למחול על קנין, כאן הקניין חל רק מכוח שעבוד הגוף, ולכן מכיון שיכול למחול על שעבוד הגוף, מתבטל הקניין.<sup>239</sup>

יש מי שאומר שבדבר שלא בא לעולם, ויש שני ספקות (או יותר) האם יבוא לעולם, אין התחייבות מועילה.<sup>240</sup>

המתחייב בדבר שלא בא לעולם, אפילו בסוג נכס מסוים, כגון כך וכך אבנים טובות, חל החיוב גם אם אינו מצוי בשוק.<sup>241</sup>

ראובן שהתחייב למכור לשמעון חטים של לוי (לדוגמה), חייב לעשות את כל מה שהוא יכול לעשות כדי לשכנע את לוי למכור לו אותם, בדיבור, בתשלום, או בגיוס אנשים אחרים לשכנע אותו; ואם נקט באמצעים שדרך כלל מספיקים לשכנע אדם כזה, ולוי התעקש וסירב למכור לו, ראובן פטור מטעם אונס.<sup>242</sup> כמו כן, אם לוי דורש ממנו מחיר מופקע עבור החטים, ראובן פטור מהתחייבותו מטעם אונס.<sup>243</sup> אבל אם מחיר הנכס עלה בשוק, גם אם התייקר הרבה, על המוכר לקיים את

---

משפט שלום, ס"י ס (כמובא בפתחי חושן, קניינים, פ"ח הערה לח), וסי' רט (דף עד ע"ב), מביא בשם שו"ת פרח מטה אהרן, ח"א, ס"י ט, שאם התחייב לתת פירות דקל, ומת לפני שבאו לעולם, היורשים חייבים; ובשם בני יעקב (המובא בשער המלך, הלכות מכירה, כב, ט), שאם היו למתחייב נכסים בשעה שהתחייב, השתעבדו הנכסים ולכן היורשים חייבים, ואם לא היו לו אז נכסים, אולי היורשים פטורים; ובשם מקור ברוך, שאם נפלו לו נכסים כשהיה גוסס, היורשים חייבים, ואם נפלו לו לאחר מיתה, היורשים פטורים; ואילו מהרש"ח פטר גם אם נפלו לו כשהוא גוסס; ומשפט שלום כותב שלכאורה אפשר לטעון "קיים לוי"; ומוכיח מתשב"ץ ס"י רפא, שהיורשים חייבים.

<sup>237</sup> קצות החושן שם.

<sup>238</sup> נתיבות המשפט, ס, ס"ק יא. פתחי חושן, קניינים, פ"ח הערה לה, מעיר שלפי שו"ת מהרי"ט ח"ב חו"מ ס"י פא, התחייבות למכור חלה רק אם המתחייב קיבל על עצמו אחריות לשלם גם אם הנכס יאבד ברמה של גניבה ואבידה (ראה בשמו בסעיף 1), ולדעתו פשוט שכאן חייב המתחייב לתת את שווי לקונה, כי מוטלת עליו אחריות.

אבל גן נעול, כפתור ג, פרח יח (מט ע"ד), מדייק מסתימת הפוסקים בסי' ס, שהמתחייב לתת לחברו משהו שלא בא לעולם, החיוב חל על גוף הדבר והוא נקנה לקונה, כמו קנין שחל על חפץ הנקנה, שלא כמהרי"ט, ח"ב חו"מ ס"י כג.

<sup>239</sup> פתחי חושן, קניינים, פ"ח הערה לה בשם משפט שלום, ס"י קפט. הוא מביא שמשמרת שלום ס"י קפט מדייק משו"ת הרא"ש כלל יג ס"י כ, שגם שעבוד בקנין אינו מתבטל במחילה בעלמא, והסביר ששם היה סיטומתא, והוא קנין גמור.

<sup>240</sup> פתחי חושן, קניינים, פ"ח הערה לה בשם אמרי בינה, דיני הלואה, ס"י נב, בשם מהרי"ט אלגזי.

<sup>241</sup> משובב נתיבות, ס"י ס, ס"ק י. שו"ת הראנ"ח ח"ב ס"י לז (ד"ה ועם היות) כותב שהמתחייב למכור קרקע מסוימת שאינה ברשותו, חייב, וזאת אף שבדרך כלל, בעל קרקע אינו רוצה למכור אותה. דברי גאונים, כלל מא, אות ג, מביא שגם חוות יאיר ס"י קכח, סובר שגם המתחייב למכור דבר שאינו מצוי בשוק, חל עליו חיוב לקנות אותו עבור הקונה.

אבל נתיבות המשפט, ס, ס"ק י, נוקט שהמתחייב בפירות (לדוגמה) לא מסוימים, שמצויים בשוק, חל חיוב על גופו מיד, כי דבר שמצוי בשוק נחשב בידו - משמע שלדעתו אם אינו מצוי בשוק, לא חל חיוב על גופו. נתיבות המשפט, ריא, ס"ק א, אומר שהמתחייב למכור דבר מסוים שאינו ברשותו ואינו מצוי בשוק, אין חיוב חל עליו (וכ"כ בסי' רח, ס"ק ג), ומועיל רק אם הוא מתחייב למכור אותו כשיקנה אותו. פתחי חושן, קניינים, פ"ח הערה לח, מביא שמשפט שלום ס"י רט כתב בשם שארית יוסף ס"י ד, שבדבר שאינו בידו בכלל, לא חל חיוב.

<sup>242</sup> שו"ת הראנ"ח ח"ב (מים עמוקים ח"ב) סימן לז (ד"ה ועם היות).

<sup>243</sup> חכמת שלמה, חו"מ, ס, ו (הובא ע"י רא"י בריזל, בית אהרן וישראל ג' כה עמ' פג-פד). אבל לגבי קרקע, שו"ת הראנ"ח ח"ב (מים עמוקים ח"ב) סימן לז (ד"ה נמצא דבאונס), כותב שגם אם בעל הקרקע דורש מחיר מופקע, המתחייב אינו פטור מטעם אונס, כי זה אונס שכית, שהרי אדם עשוי שלא למכור קרקעו אפילו במחיר גבוה, מחשש שלא יוכל למצוא אחרת במקומה, והיה לו להתנות "בתנאי שבעל הקרקע ימכור במחיר סביר", וכיון שלא התנה, קיבל עליו להשיג אותה גם במחיר גבוה.

התחייבותו<sup>244</sup>. כמו כן, אם ראובן אמר לשמעון "אני מתחייב לך סכום פלוני אם לא אקנה עבורך בית פלוני של לוי", ולוי דורש סכום גדול בעד הבית, ראובן פטור מטעם אונס<sup>245</sup>.

## הצעת נוסח ע"פ המשפט העברי

הנוסח המוצע ב"חוקי ישראל": "עיסקה להספקת נכס שיש להפיקו או לייצרו, רואים אותה: (א) כעסקת מכר של נכס שעוד לא בא לעולם, זולת אם הנכס כבר יים אלא שהוא מחוסבר כמה מלאכות כדי להעמידו ללוקח. (ב) כעסקת עבודה, אם המזמין קיבל עליו לתת את כל החמרים הדרושים להפקת הנכס או לייצורו".

---

<sup>244</sup> שו"ת מהרש"ך חלק ב סימן קסג. ניסחנו את הדברים בפנים באופן שלא תיווצר מחלוקת בין מהרש"ך לחכמת שלמה. וראה סעיף 1, בשם פנים מאירות ועוד, על המתחייב למכור נכס קיים, והתייקר הנכס. רב נסים גאון, המובא בתשובות מיימוניות קנין סימן כד, בהגהות מיימוניות, דפוס קושטא, הלכות מכירה, ג, יג, ובמרדכי, בבא בתרא, סימן תקס, כותב על המוכר דבר שאינו ברשותו, שחייב להעמיד לו מקחו אפילו התייקר. אבל הוא לא נוקט "אפילו התייקר הרבה". על דעת ר' נסים גאון ראה הערה 187.

<sup>245</sup> נתיבות המשפט, סי' ס, סי"ק י (ע"פ שו"ת הריב"ש, סי' רט), וסי' ריא, סי"ק א (ע"פ שו"ת הראני"ח, ח"א, סי' סו). פתחי חושן, קניינים, פי"ח הערה לח, מביא שמשפט שלום סי' רט כתב בשם תורת גיטין דף ל, שגם אם המוכר דורש רק מעט יותר משוויו, פטור.

ראה הערה 15 בשם שו"ת הב"ח, סי' כג, שמי שהשתעבד לקנות לשמעון קרקע של לוי, ולוי דרש סכום גדול, פטור, ורק אם יכול לקנות בקלות, חייב משום מחוסר אמנה; אבל טעמו הוא כי לדעתו (הערה 219) אין תוקף להתחייבותו מן הדין.

ראני"ח שם עוסק בפקיד של בעלת הנכס שהתחייב לשלם קנס אם לא יחזיר את הנכס למי שמכר לה אותו, שלא היה אמור לקנות את הנכס עבורו אלא היה אמור לשכנע את בעל הנכס להחזיר אותו למוכר; והוא כותב שאם השתדל לשכנע את בעלת הנכס שתחזיר את הבית, בדרכים המתאימות לשכנוע, היינו בכסף או בדיבור או בהרבות רעים, והיא לא הסכימה, נפטר הפקיד מתשלום הקנס, וכך גם אם התייקר הנכס באופן חריג.

ראה סעיף 1, לגבי בעיית אסמכתא בהתחייבות לשלם סכום פלוני "אם לא אקנה עבורך בית פלוני של לוי".