

סעיף 7 חובת מסירה והעברה

חובת מסירה והעברה
7. המוכר חייב למסור לקונה את הממכר ולהעביר לו את הבעלות בו.

מבוא 1
חובת מסירת הממכר 1
חובת העברת הבעלות 5
הצעת נוסח ע"פ המשפט העברי 5

מבוא

חובת המוכר למסור את הממכר לקונה קיימת, כמובן, רק בחוזה מכר אובליגטורי, שאילו בחוזה מכר ריאלי, הממכר כבר נמסר לקונה.¹ אבל חובת העברת הבעלות תיתכן גם במכר ריאלי, שכן לעתים, גם אם הממכר נמסר לקונה, הבעלות בו טרם הועברה.

הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, סעיף 156, חוזרת על הוראת הסעיף, בשינוי לשון, כאשר במקום הביטוי "העברת בעלות", משמשת ביטוי של "הקנאה", שמשמעותו העברה מושלמת ומשוכללת של זכויות.² שם נוספה הוראה נוספת, בסעיף 157: "המוכר ימסור לקונה גם רכיבים ואבזרים אשר הותקנו בנכס או הדרושים לצורך השימוש בו על פי המקובל, ויקנה לו את הבעלות בהם". המלים "על פי המקובל" נוספו בעקבות הערתו של מ' ויגודה, שהנוסח הקודם היה גורף מדי ולא היה ברור דיו - כיצד קובעים איזה אביזר דרוש לנכס? הוא המליץ להוסיף מלים אלה, לאור עמדת המשפט העברי, שבדיני מכר, בין היתר גם כשעולה שאלה אלו אביזרים נלווים לממכר, הולכים לפי "לשון בני אדם באותו המקום ולפי המנהג".³

הקונה יכול להמחות לצד שלישי את זכותו לקבל את הממכר מהמוכר. חוזה אחיד שיש בו תנאי המגביל את זכות הקונה להמחות את זכותו, התנאי בטל מפני שחזקה שהוא תנאי מקפח, לפי חוק חוזים אחידים, סעיף 6(4). כמו כן, המוכר יכול להמחות לאדם אחר את חובתו למסור את הממכר, אבל זאת רק בהסכמת הנושה - הקונה. אבל תנאי בחוזה אחיד המתיר לספק להעביר את אחריותו לצד שלישי - חזקה שהוא תנאי מקפח, לפי חוק חוזים אחידים סעיף 4(3).⁴

חובת מסירת הממכר

לפי המשפט העברי, אחרי עשיית מעשה הקניין, שמעביר את הבעלות בממכר לקונה, המוכר חייב למסור את הממכר לקונה,⁵ כדין כל מי שנמצא בידו נכס של חברו, שאינו רשאי לעכב אותו בידו.⁶ היות שזה מקור חובת המסירה, היא חלה רק אחרי מעשה הקניין המעביר את הבעלות לקונה.

חובת המסירה קיימת גם אם התנו שאם לא ימסור את הממכר, ישלם קנס, ושילם את הקנס - תשלום הקנס אינו מבטל את המכר; וזאת גם אם אמר "אם לא אקיים, אתן קנס", כי העיקר הוא הקנין שעשה על המכר, והמכר חל ע"י מעשה בקנין.⁷

¹ זמיר §170.

² דברי ההסבר להצעת החוק.

³ רמב"ם, הלכות מכירה, כו, ח. על כלל זה ראה סעיף 5 בהרחבה.

⁴ יש להעיר שבדברי ההסבר נאמר שמדובר באביזרים "הדרושים באופן סביר לשימוש בו ולפי המקובל", בעוד שבלשון הסעיף עצמו לא נזכר שיקול הסבירות.

⁵ זמיר §60.

⁶ חוקת משפט, פרק י, סעיף א וסעיף ב. ראה מקורות נוספים בסעיף 9, שם נדון מועד חובת המסירה. שו"ת הר"ן סי' מ, ושו"ת הרדב"ז ח"א סי' נ, שנביא שם, שמזכירים את חובת המסירה, עוסקים במצב שכבר נעשה מעשה קנין.

⁷ חוקת משפט, פרק י, מקורות, ס"ק א.

אם המוכר הפר את חובת מסירת הממכר, הקונה יכול לבטל את חוזה המכר. כך הוא לדוגמה אם המוכר מסר את הממכר לאדם אחר או השמיד אותו - הקונה יכול לדרוש את כספו חזרה.⁸ אם קבעו מועד למסירה (גם אם לא קבעו זאת בתנאי מפורש אלא רק נדברו ביניהם לתת במועד זה⁹), משום שהקונה זקוק לממכר באותו מועד, כגון שיש אז יריד, והמוכר נמנע מחמת אונס מלמסור את הממכר, הקונה יכול לבטל את החוזה¹⁰, וגם אם כבר שילם את המחיר, על המוכר להחזיר לו¹¹; אבל אם הדבר סובל דיחוי, אינו יכול לבטל¹², וזאת גם אם האיחור לא נגרם מחמת אונס, כי המוכר לא עשה איסור בזה שאיחר¹³. אם קבעו מועד למסירה, ובהגיע הזמן אמר הקונה למוכר: "אם לא תתן לי את הממכר מיד, אבטל את המכר", הצדק אתו¹⁴.

אבל אם הסיבה שהמוכר מסרב למסור את הממכר היא משום שיש לו דין ודברים עם הקונה, והמוכר רוצה לדון עמו בבית דין, אין הקונה יכול לבטל את המכר¹⁵, כיון שהיתה למוכר סיבה מוצדקת שלא למסור את הממכר¹⁶, וזאת גם הקונה היה זקוק לממכר בדחיפות, כגון שכבר מכר

⁷ שו"ת שואל ומשיב מהדו"ב חלק ב סימן פא. הוא עוסק בקניית דשבל"ע בסיטומתא, שמועילה (ראה סעיף 2), וא"כ זה ככל מכר.

⁸ נתיבות המשפט, צה, ס"ק ג.

חוקת משפט, פרק י, באורים ס"ק יג, כותב שהדברים אמורים גם אם הקונה לא היה זקוק לממכר באותו מועד.

⁹ חוקת משפט, פרק י, באורים ס"ק ח.

כך עולה מהש"ך, הערה 12, שגם בתנאי שאינו מפורש, המכר בטל אם המועד היה חיוני.

¹⁰ ט"ז יו"ד רלו ס"ק יג.

שו"ת מהרש"ם חלק ז סימן ט, כותב ע"פ ט"ז, שאם קבעו מועד למסירה, ולא מסר במועד, יכול הקונה לבטל את המכר, אם המועד היה חיוני, כגון קונה עצים שתיכנן לנסר אותם במנסרה שכורה, שאינו יכול להשאיר את המנסרה בטלה. גם בספרו משפט שלום, ר, ז (ד"ה ובעיקר), כתב שאם המוכר עיכב את הממכר ולא מסר אותו במועד, הקונה יכול לבטל את המכר במצב שמקביל למצב שבו מוכר יכול לבטל את המכר עקב פיגור הקונה בתשלום ("עייל ונפיק אזווי"), כלומר, אם היה לו צורך דחוף בממכר.

¹¹ בית מאיר אה"ע"ז, לח, א.

משפט שלום, ר, ז (ד"ה והנה כבר), מביא לכך ראיה מחידושי הרשב"א גיטין עו ע"א (עיי"ש להוכחתו).

¹² ט"ז יו"ד רלו ס"ק יג.

ש"ך, חו"מ, כא, ס"ק ג, בסופו, ונקודות הכסף, על ט"ז יו"ד רלו ס"ק יג, כותב שאם עשו תנאי מפורש, המכר בטל גם אם המועד אינו חשוב כל כך, גם אם אי-המסירה נבע מאונס; ואם לא היה תנאי מפורש, המכר קיים אם המועד אינו חשוב כל כך. אבל הוא מדייק מהט"ז שם, שגם בתנאי מפורש, המכר אינו בטל אם המועד אינו חשוב כל כך.

שו"ת רב פעלים חלק ב אבן העזר סימן יב (ד"ה וגם י"ל עוד), כותב שגם הט"ז סובר שבתנאי מפורש, המכר בטל גם אם המועד אינו חשוב כל כך. אבל אח"כ (בד"ה וכן ראיתי) הוא מביא ששו"ת שואל ומשיב מהדו"א ח"א סי' קלו, אומר בדיוק אותו הדבר בדעת הט"ז, וכותב ש"ש לגמגם" על כך. ואכן קשה לומר שהט"ז מודה בזה, שהרי הש"ך חלק עליו בדיוק בנקודה זו.

משפט שלום, ר, ז (ד"ה ובעיקר), כתב שגם אם לא היה צורך דחוף, הרי אם הוזל אחר כך, המכר בטל, בגלל ההפסד של הקונה.

¹³ משפט שלום, ר, ז (ד"ה ואגב אבאר).

¹⁴ שו"ת דברי מלכאל חלק ד סימן קלט (ד"ה והנה לא ביאר). משמע שהדין כך גם אם הקונה אינו זקוק לממכר באותו זמן.

אבל הוא כותב שאם הקונה לא איים שיבטל את המכר, אלא רק ביקש מהמוכר את ממכר והמוכר דחה אותו, יש להניח שהסכים להמתין. והוא מנמק (בד"ה ואף), שיתכן שהיה צריך את כספו לאיזה עסק אחר, והיה נוח לו שנמשך הדבר ולא הוצרך לשלם למוכר את יתר הכסף, שכן דרך בני אדם לעשות עסקים בכסף, אבל לא דחוף לקונה לקבל את הממכר כל זמן שהכסף בידו, כי בינתיים יוכל לעשות בכסף עסק אחר, ולכן זה שדרש ממנו שיתן לו את העסק אינו גילוי דעת שהוא מקפיד שיתן לו מיד את הממכר. אבל יש להעיר שנימוק זה שייך רק בנידונו, שהקונה שילם רק חלק מהמחיר, ואינו שייך במצב שהקונה כבר שילם את כל המחיר. הוא מוסיף (בד"ה ולכאורה) שאין לחייב את המוכר מדין מזיק, כי הקונה גם את ההפסד לצמו, בלי שלא איים לפני כן שיבטל את המכר אם לא יסופק הממכר.

עוד הוא מצמצם את זכות הביטול (בד"ה ועוד דהא), שאם בעת הקנין לא קבעו זמן למסירה, וגם לא דרש אותו מיד, ולא גילה דעתו מראש שהוא זקוק לממכר, אינו יכול לחזור בו אח"כ, וזאת לפי השיטה שאומרת כך לגבי זכות מוכר לבטל את המכר אם הקונה לא שילם (ראה סעיף 19).

¹⁵ שו"ת הריב"ש סי' רכב; רמ"א, חו"מ, ר, ז.

¹⁶ משפט שלום, ר, ז (ד"ה שם בהגה).

אותו לאדם אחר והוא צריך למסור לו אותו.¹⁷ אבל אם יש בית דין מזומן והמוכר אינו מוכן להתדיין שם, או שלפי ראות עיני בית דין אין ממש בטענותיו של המוכר, יכול הקונה לבטל את המכר.¹⁸

אם המוכר הודיע שלא ימסור את הממכר, והקונה לא ביטל מיד אלא דרש את קיום המכר, ואח"כ המוכר רצה למסור, ואז הקונה רצה לבטל - אינו יכול לבטל.¹⁹

אם המוכר לא מסר את הממכר במועד, והאיחור במסירה גרם לקונה הפסד, משום שמחיר הממכר ירד, ואילו קיבל אותו במועד היה מצליח למכור אותו לצד ג' במחיר גבוה יותר - חיוב המוכר תלוי באופי המכר. אם התחייב למכור נכס שאינו מסוים, כגון כמות מסוימת של חטים, ולספק אותו במועד מסוים, והגיע הזמן ולא נתן, הוא חייב לשלם לקונה כשוויו אז, כי כיון שלא מסר אותו לקונה, הרי לקח לעצמו או את גוף הדבר או את הכסף שהיה צריך לשלם להשיג אותו, והוא כמו גזלן, שמשלם כשווי הנכס שעת הגזילה.²⁰ אבל אם מכר נכס מסוים, והתחייב לספק אותו במועד מסוים, והגיע הזמן ולא נתן, אין לחייב אותו כאמור בתור גזלן, כיון שהממכר היה שייד אז לקונה, והמוכר לא עשה קנין גזילה בממכר, ואין לומר שחצרו קונה לו להיות כגזלן, שהרי בזה שעיקב את הממכר אצלו, לא פעל על דעת לגזול, ותיכנן למסור אותו אח"כ.²¹ אלא המוכר חייב לשלם על הנזק שנגרם רק אם הוא בבחינת "גרמיי", היינו שהנזק היה ברור, כגון שהיה צפוי שהמחיר ירד.²²

¹⁷ משפט שלום, ר, ז (ד"ה שם בהגה). הוא מסתפק האם הדברים אמורים גם במקרה שקבעו זמן למסירה, ועבר הזמן.

¹⁸ משפט שלום, ר, ז (ד"ה שם בהגה).

¹⁹ משפט שלום, ר, ז (ד"ה שם בהגה).

²⁰ משפט שלום, ר, ז (ד"ה ונראה דיש). הוא כותב (בד"ה ובעיקר) שהמוכר חייב בכך גם אם הקונה לא הוצרך לקנות נכס אחר בגלל האיחור.

גם שו"ת מבי"ט חלק ג סימן מד, כותב שבכגון זה, המוכר חייב לתת לו כסף לפי השווי בזמן שקצבו, אבל הוא אינו מנמק מטעם גזל, אלא מטעם גרמי, והוא מסביר שזה לא גרמא כי המוכר עשה מעשה, שהכניס את הסחורה לביתו ולא מסר אותה (כך נראית כוונתו). אמנם הוא מדבר על התחייבות שמעון לשלם לראובן בסחורה עבור סחורה שקנה מראובן, אבל כנה"ג, חו"מ, קצט, הגה"ט אות יא, מביא אותו כאילו מדובר על מוכר. משפט שלום, ר, ז (ד"ה והנה כבר) מפרש את דברי המבי"ט באופן אחר, מפני שלא ראה אותו בפנים אלא מביא אותו מכלי שלישי.

אגב, המבי"ט שם כותב שאם התייקר הנכס בינתיים, אסור למוכר לתת לו את הנכס או כסף בשווי הנוכחי, משום שנראה כריבית, שהוא נותן יותר בגלל דחית הזמן; ורק אם הנכס היה ביד המוכר בזמן שנקבע, אין איסור ריבית, כי הנכס נקנה אז לקונה, והתייקר בהיותו בבעלות הקונה.

משפט שלום שם (ד"ה ועדיין יש) נוטה לומר שהדין כך גם אם ההסכם היה שיוכל למסור עד מועד מסוים, ואם ימסור לקונה לפני המועד, הקונה יהיה חייב לקבל, ובמשך הזמן הזה המחיר עלה וירד, ובמועד שנקבע המחיר היה יקר, ואח"כ הוזל. הוא מסביר שהמוכר אינו יכול לטעון "הרי יכולתי למסור לך את הממכר לפני המועד, כאשר הממכר היה בזול כמו עכשו, ונמצא שמה שמסרתי אחרי הזמן, כשהמחיר היה בזול, לא גרם לך נזק" - כי בכל זאת עיקר החיוב היה בסוף הזמן, ולכן המוכר נחשב כאילו גזל מהקונה בסוף הזמן, ולכן הוא חייב לשלם לפי המחיר דאז.

משפט שלום שם (ד"ה ומעשה) כותב שאם כלל לא ברור שהמוכר היה חייב למסור, אינו חייב לפצות את הקונה על ההוזלה. הוא כותב כך על מעשה שהיה, בראובן שמכר לשמעון כמות תבואה שהיתה לו אצל אדון אחד, והתחייב לספק אותה עד מועד מסוים, הקונה לקח את התבואה במועד, אבל טען שהיה חסר מהכמות המוסכמת, והמוכר לא האמין לו, ומסר לו את הפרש רק אחרי זמן, ואז כבר ירד המחיר הרבה. הוא כותב שהמוכר אינו חייב לשלם כשעת היוקר, כי אין ודאות שאכן היה חסר מהכמות, והמוכר היה יכול "לקבל חרם" על טענתו ואז היה פטור לגמרי, אלא שלא רצה לקבל חרם והפך את החרם על הקונה שיקבל חרם וישלם לו.

²¹ משפט שלום, ר, ז (ד"ה והנה המח"א, וד"ה ועיין תוס', וד"ה ונראה דיש).

הוא מסתמך על שו"ת מהרי"ט ח"ב חו"מ סי' פח (ד"ה תשובה) (הובא בקצות החושן, שמת ס"ק ב), ועל קצות החושן רצד ס"ק א, שכתבו שהמעכב פקדון או משכון אחרי פרעון החוב אינו גזלן אם לא שלח בו יד ולא עשה קנין גזילה. קצות החושן דחה בכך את דעת תשב"ץ ח"ב סי' רסו, ושו"ת הר"ש דוראן (תשב"ץ ח"ד חוט המשולש טור א') סי' כ, שהמעכב ממון חברו הוא גזלן וחייב באונס. חוקת משפט, פרק י, מקורות ס"ק ח, מביא מקורות בשאלה האם מעכב פקדון נחשב גזלן.

²² משפט שלום, ר, ז (ד"ה ועיין תוס', וד"ה ונראה דיש, וד"ה ובעיקר).

אבל תועפות ראם (טויבש) חו"מ סי' לב, כותב שבכל מקרה חייב המוכר לשלם לפי המחיר הגבוה שהיה שווה במועד שנקבע, מדין ערב, כי הקונה סמך עליו, וזאת על פי חי' הריטב"א (החדשים), ב"מ עג ע"ב, שאומר באופן כללי, שאם מישהו הוציא כסף על סמך הבטחתו של מישהו, הוא חייב לשפוטו על רווח

אם הקונה הזהיר את המוכר שיצטרך לפצותו על הוצאות והפסדים שייגרמו מחמת האיחור במסירה, ואכן האיחור במסירה גרם לקונה הוצאות והפסדים - על המוכר לפצותו על כך.²³

במכר על תנאי: אם ראובן אמר לשמעון: "כשאמכור שדה זו, הרי היא מכורה לך מעכשיו בכך וכך", ועשו מעשה קניין, ולאחר זמן מכרה אותה ללוי באותו סכום, היא קנויה לשמעון,²⁴ וחלה על המוכר חובה למסור אותה לשמעון. אבל אם מכר אותה ללוי בסכום יותר גבוה, קנה לוי, מפני שהוא מכר לראובן רק בתנאי שימכור מרצונו כמו שחשב באותו זמן, ואילו כאן לא רצה למכור, אלא שהסכים למכור ללוי בגלל תוספת התשלום, והוא כאילו מכר מתוך אונס.²⁵ כך גם אם מראש לא הזכיר סכום, ואמר רק: "כשאמכור, אמכור לך", שמאחר שלא קבעו סכום, אין לצדדים סמיכת דעת.²⁶ אבל אם אמר שמעון לראובן מראש "אל תמכור אלא ליי", ומכר ללוי, זכה שמעון.²⁷ כך גם אם התנה ראובן בפירוש שאף אם יתנו לו יותר מהסכום שקבע, ימכור לשמעון.²⁸

שנמנע ממנו כתוצאה מכך. כנגד זה, משפט שלום שם (ד"ה ועיין בשי"ך) כותב שדברי הריטב"א אינם מוסכמים. ראה על כך חוק לישראל, ערבות, עמ' 80 ועמ' 518.

²³ משמרת שלום, ר, ס"ק יא.

²⁴ ס' המקח, שער לו; רמב"ם, הלכות מכירה, ח, ז; טור, חו"מ, ר, ב; שו"ע, חו"מ, ר, א. הטור, שם ר, א, נוקט שאמר ראובן "כשאמכור שדה זו, אמכרנו לך מעכשיו". שו"ת תורת אמת, סימן קלג (ד"ה ונראה ליישב) (הובא בנתיבות המשפט, ר, ס"ק א), מסביר שהטור הולך לשיטתו, בטור חו"מ סי' רמה, שכתב ש"אתננו לוי" לא מועיל כי הוא קנין דברים בעלמא, אבל אם אמר "אתננו לו מעכשיו", קנה מיד, הרי שלשון "מעכשיו" מתקן לשון הבטחה, להפוך אותה ללשון הווה. אבל הוא כותב (בד"ה הכלל העולה) שהרמב"ם סובר ש"אמכרנו מעכשיו" לא מועיל, שהרי נקט "כשאמכור שדה זו הרי היא מכורה לך מעכשיו".

מגיד משנה הלכות מכירה, ח, ז, כותב שלדעת רב האי גאון, שמעון זוכה רק אם הנכס היה בידו; אבל לפנינו בסי' המקח, שער לו, נוקט שמדובר דוקא שהנכס היה ביד המוכר. כמו כן, הרשב"א בתשובה המובאת בבי"ח חו"מ, ר, ה, כותב שמדובר ששמעון החזיק בקרקע. שו"ת תורת אמת, סימן קלג (ד"ה ותו דהיכל) מסביר שלדעתם, כיון שכאן קניית הקרקע אינה נגמרת עתה אלא לאחר זמן, צריך גם קנין סודר וגם חזקה. שו"ת מהריט"ץ, סימן קסג (ד"ה ועוד בעינא) וסי' קפז (ד"ה ובאמת תמיהה), נוקט כדעה זו, שמדובר שהנכס היה ביד שמעון.

מצד שני, בי"ח, ר, א, מביא שהעיטור, תנאי (לט ע"ב), כותב שגם אם לא אמר "מעכשיו", שמעון זוכה, ובלבד שעשו קנין; ושם ראובן היה חייב חוב לשמעון, ואמר לו "אם אמכור, אמכור לך תמורת הכסף שאתה חייב ליי", ומכר ללוי, קנה שמעון גם אם לא עשו קנין. תורת אמת שם (ד"ה תו יש לי) מסביר שלדעתו גם בלי "מעכשיו" אין בעיה של קנין דברים כי לשיטה זו מדובר שהקרקע ביד הלוקח וא"כ זה לא קנין דברים; וגם אין בעיה שלא מועיל קנין סודר לקנות לאחר זמן כי בשעה שהוא אמור לקנות כבר חזר הסודר לבעליו (שו"ע, חו"מ, קצה, ה - שב"ח, חו"מ, ר, א, ונתיבות המשפט, ר, ס"ק א, מסבירים שמטעם זה צריך כאן "מעכשיו") - כי מדובר שהקרקע ביד שמעון, וזה עדיף מהאומר "מעכשיו", שאז מועיל קנין סודר על קניין עתידי. שו"ת מהריט"ץ, סימן קסג (ד"ה אלא שמצאתי) מדייק משו"ת מהרי"ק שורש כ, שמי שהתנה שלא למכור לאדם זר בלי רשות חבירו, ועשו קנין, יש לכך תוקף, גם אם לא כתבו "מעכשיו", כי קנין סודר היינו מעכשיו. אבל בסי' קפז (ד"ה ובאמת תמיהה) מביא רק את הרשב"א בתשובה המובאת בבי"ח חו"מ, ר, ה, שהוא מוכיח ממנה שאם אמר "אם אמכור, לא אמכרנה אלא לך", אין לכך תוקף אפילו בקנין מפני שזה קנין דברים.

בהתחייבות הדדית: שו"ת מהריט"ץ, סימן קסג (ד"ה אלא שמצאתי וד"ה ועוד מצאתי) מדייק משו"ת מהרי"ק שורש כ, ששניים שהתנו ביניהם שכל אחד לא ימכור את שלו לאדם זר בלי להציע לחברו לקנות, יש לכך תוקף בלי קנין, בזכות הנאתם מכך שהם מציינים זה לזה.

בשבועה: שו"ת מהריט"ץ, סימן קסג (ד"ה והשתא בני"ד), כותב שאם נשבע להציע לשמעון שיקנה ממנו לפני שימכור לאחר, הוא חייב לקיים את שבועתו, ולכן מה שמכר ללוי הוא מכירה בטעות, מפני שחשב שאינו עובר בכך על השבועה, והמכירה בטלה.

²⁵ רמב"ם, הלכות מכירה, ח, ז; ח"י הרמב"ן, בי"מ סה ע"ב; ח"י הרשב"א, בי"מ סה ע"ב; ח"י הריטב"א החדשים, בי"מ סה ע"ב; טור, חו"מ, ר, א; שו"ע, חו"מ, ר, א.

משפטי השם חו"מ, ר, ב, כותב שלפי רש"י ורמב"ם, הכוונה היא שהוא אנוס על המכירה ללוי, שהסכים למכור רק מפני שלוי הוסיף במחיר; ואילו לפי רמב"ן ורשב"א, האנוס הוא על התנאי שעשה עם שמעון, שאילו ידע שיוכל למכור לאחר ביותר לא היה מתנה כך.

ס' המקח שער לו, מנמק, שהתנאי היה רק לגבי אותו סכום, והוא מכר ביותר; ואינו אומר שזה אנוס. הטור כותב, שאם שמעון שמע על הצעת לוי, ומציע לראובן אותו סכום שמציע לוי, ראובן חייב למכור לשמעון. והוא מביא מחלוקת לגבי מקרה שאחרי שמכר ראובן ללוי במחיר הגבוה, שמעון מציע לו אותו מחיר: הראב"ד אומר ששמעון יכול להוציא מיד לוי, ואילו הרא"ש סובר שכיון שכבר זכה לוי, הצעת שמעון אינה יכולה לבטל את המכר, וגם אם שמעון הציע זאת לפני שראובן מכר ללוי, ובכל זאת מכר ללוי, המכר ללוי תקף. גם שו"ת הריב"ש סימן קמה מביא את מחלוקת הראב"ד והרא"ש.

²⁶ ס' המקח, שער לו; שו"ת הריב"ש סימן קמה; מגיד משנה הלכות מכירה, ח, ז; רמ"א, חו"מ, ר, א.

אם המסירה כרוכה בהפסד למוכר : על המוכר למסור את הממכר לקונה גם אם המסירה תגרום לו הפסד אם הממכר נחוץ לקונה. כך נפסק, שבעל בהמה שמכר חלק מהבשר, חייב לשחוט אותה כדי לספק את הבשר לקונה, וזאת במועדים שנהוג לעשות סעודות גדולות עם בשר, כך שהבשר נחוץ לקונה,²⁷ אף שאין מי שיקנה ממנו את שאר הבשר, כך שהמוכר מפסיד משחיטת הבהמה.³⁰

חובת העברת הבעלות

במכר ריאלי, הבעלות כבר מועברת לקונה עם עשיית מעשה הקניין, כך שאין לדבר על חובת העברת בעלות. החובה שייכת רק בהתחייבות למכור,³¹ שמשמעותה ההתחייבות של המוכר להעביר את הבעלות לקונה, שכן זהו הגדרת "מכר" במשפט העברי.³²

אם ראובן התחייב למכור נכס מסוים לשמעון, דהיינו להעביר לו את הבעלות, והפר את התחייבותו, ובמקום זאת מכר את הנכס ללוי, לדעת ר' אהרן ששון, התחייבותו לשמעון עדיין תקפה,³³ ואם ההתחייבות היה בשטר, נותר שעבוד נכסים כלפי שמעון, ומכוחו יכול שמעון להוציא את הנכס מלוי.³⁴ אבל ר' יהודה רוזאניס אומר שלוי זכה בנכס, מפני שאין לשמעון קנין בגוף הנכס, והיה רק חיוב על ראובן למכור לו.³⁵

הצעת נוסח ע"פ המשפט העברי

לעיל הוסבר שלפי המשפט העברי, חובת המסירה חלה רק אחרי מעשה הקניין המעביר את הבעלות לקונה. לכן ראוי להקדים את חובת העברת הבעלות לפני חובת מסירת הממכר.

הנוסח המוצע: המוכר חייב להעביר לקונה את הבעלות בממכר ולמסור לו אותו.

²⁷ רמ"א, חו"מ, רו, א.

²⁸ הגהות מרדכי, ב"מ, סי' תלד; שו"ת הריב"ש סימן קמה (הובא במשנה הלכות מכירה, ח, ז, ובשו"ת מהריט"ץ, סימן קסג); מגיד משנה הלכות מכירה, ח, ז, בשם הרמב"ן והרשב"א; רמ"א, חו"מ, רו, א.

²⁹ רמב"ם, הלכות מכירה, ט, ז; שו"ע חו"מ, קצט, ג; ערוך השלחן, חו"מ, קצט, ה.

³⁰ רש"י, חולין פג ע"א (ד"ה אפילו); סמ"ע, קצט, ס"ק ז.

³¹ ראה סעיף 1 על תוקפה של התחייבות למכור.

³² ראה סעיף 1 למקורות לכך שזוהי הגדרת מכר.

³³ שו"ת תורת אמת, סי' קלג (ד"ה עוד שלא הזכיר) (הובא בנתיבות המשפט, רו, ס"ק א). בנידונו עוד לא מכר את הנכס ללוי, אבל מדבריו (בד"ה ואי לאו דמסתפינא) עולה שלדעתו גם אז התחייבותו לשמעון תקפה.

הוא כותב (בד"ה אלא דנלע"ד) שגם לדעה (הערה 24) שבמכר מותנה שמעון זוכה רק אם קנה את הקרקע מעכשו והחזיק, כאן אין צורך בכך, כי חל הקניין על השעבוד, כמו שמועילה התחייבות בדשלבל"ע אף שאי אפשר למכור אותו.

עוד הוא כותב (בד"ה ואי לאו דמסתפינא), ש"לולא דמסתפינא" היה אומר שגם אם מראש אמר ראובן לשמעון "אני מתחייב למכור לך בכך וכך", ולוי נתן לו סכום גבוה יותר, ראובן אינו יכול לטעון שהיה אנוס, אף שבמקרה המקרה במכר על תנאי לוי זוכה (כאמור ליד ציון הערה 25) משום שהתחייבות חזקה יותר, כאמור. בנידונו, בשטר התחייבות נאמר שלא יורשה למכור לאחרים אפילו במחיר גבוה יותר, ולכן הוא פוסק (בד"ה עוד שלא הזכיר) שהוא מחוייב למכור לשמעון ואינו יכול למכור לאחרים אפילו במחיר גבוה יותר.

כמו כן, אמרי בינה, דיני הלואה, סי' נא (ד"ה ועיין ב"ש), מוכיח מני"ב ב"ב ע"א (בדפי הרי"ף) שלדעה שמועיל קנין "אתך", אם ראובן אמר לשמעון "אם אמכור, אמכור לך" ומכר ללוי, שמעון מוציא מלוי, כי חיוב הוא כמכר ממש.

³⁴ קצות החושן, רו, ס"ק א, מסביר כך את דעת תורת אמת. אבל הוא עצמו סובר שאין תוקף להתחייבות למכור, אלא אם כן הוסיף לה אחריות נכסים - ראה בשמו בסעיף 1.

כמו כן, פתח הבית (טיקטין, תק"פ), סי' לח, ענף א (צג ע"ב), מעלה אפשרות שלפי הדעה שהתחייבות למכור חלה בגלל שעבוד הנכסים (ראה סעיף 1), שמעון יכול להוציא מלוי כי נכסי ראובן משועבדים לשמעון, וגם אם זה חוב בעל פה (כלומר שלא היה שטר), הוא יכול להוציא מראובן נכסים שהשתעבדו לו.

³⁵ ר' יהודה רוזאניס, המובא בהגהת מ"מ, מכירה, ח, ז.