

אסמכתא לא קניא

א. פתיחה

הדין בסוגית 'אסמכתא' עולה בגמרא בבבא מציעא:

ההוא גברא דקבל ארעא מחבריה, אמר: אי מוכרנא לה – יהיבנא לך אלפא זוזי. אוביר תילתא. אמרי נהרדעי: דינא הוא דיהיב ליה תלת מאה ותלתין ותלתא ותילתא. רבא אמר: אסמכתא היא. ואסמכתא לא קניא. ולרבא, מאי שנא מהא דתנן: אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא התם לא קא גזים, הכא כיון דקאמר מילתא יתירתא – גוזמא בעלמא הוא דקגזים. (בבא מציעא קד:)

הגמרא דנה במקרה שבו אדם מקבל (מלשון "קבלנות") קרקע מחברו.¹ המקבל התנה שאם הוא לא יחרוש את הקרקע, הוא ישלם אלף זוז. לבסוף, הוא טפּל רק בשני שלישי מהקרקע. הגמרא מביאה את שיטת נהרדעי האומרים שהוא חייב לשלם שלישי מאלף הזוז. רבא מקשה עליהם שזה מקרה של אסמכתא, ולכן הוא פטור מלשלם. הגמרא מקשה עליו ממשנה האומרת שתנאי כזה אינו אסמכתא. למסקנה, הגמרא מחלקת בין מקרה שבו הקנס שהתנה המקבל על עצמו הוא סביר ביחס לנזק, למקרה שהתנאי אינו סביר ביחס לנזק. במקרה הראשון (שבו דנה המשנה) אין אסמכתא והוא מחויב לשלם אם התנאי התקיים. במקרה השני יש אסמכתא, ואין הוא מחויב לשלם אפילו התקיים התנאי. הגמרא מגדירה את ההתניה במקרה זה כ'אסמכתא', אך לא בארה מהי בדיוק אסמכתא, והניחה כדבר פשוט ש"אסמכתא לא קניא". לאור המקרים שבהם מופיעה אסמכתא, הראשונים בארו מהי אסמכתא, ומדוע היא אינה קונה. במאמר זה ננסה לברר את דין אסמכתא (שהיא אינה קונה), תוך התייחסות לתוקף הדין, אפיו והיקפו. נבחן את מחלוקות הראשונים המרכזיות בדין זה, ואגב מהלכים אלו נבאר את דברי הנתיבות המוקשים ואת שיטת הרי"ד היחודית. ממילא, נגדיר באופן מדויק יותר איזה תנאי חל, ואיזה תנאי נחשב כאסמכתא.

¹ מקבל – אדם העובד בשדה שאינה שלו בתמורה לקבלת חלק מהפירות. חלק מההסכם כולל התחייבות לטיפול הגון בשדה, באופן שלא יפגע בה.

ב. תוקף הדין

1. הדיון בסוגיות

הגמרא בבבא בתרא עוסקת בשעבוד ערב, ותולה את יכלתו להשתעבד בדין אסמכתא:

א"ר הונא: מנין לערב דמשתעבד... אלא אמר רבי יצחק, מהכא: לקח בגדו כי ערב זר ובעד נכריה חבלהו... אמר אמימר: ערב דמשתעבד – מחלוקת ר' יהודה ור' יוסי, לרבי יוסי דאמר: אסמכתא קניא – ערב משתעבד, לר' יהודה דאמר: אסמכתא לא קניא – ערב לא משתעבד. אמר ליה רב אשי לאמימר: הא מעשים בכל יום, דאסמכתא לא קניא וערב משתעבד! אלא אמר רב אשי: בההוא הנאה דקא מהימן ליה – גמר ומשתעבד נפשיה. (בבא בתרא קעג:)

ניתן לדייק מהגמרא שני כיוונים מנוגדים בנוגע לתוקף דין אסמכתא:²

א. דין שעבוד ערב נלמד מפסוק, כלומר – תִּקְפוּ וּמְקוּרוֹ מְדַאוּרֵייתָא. כיון שהיא מקשה על קיומו מדין אסמכתא, משמע שהיא מניחה ששניהם נובעים מאותו התוקף – ועל כן דין אסמכתא, בדומה לשעבוד ערב, הוא מדאורייתא.³

ב. הגמרא מקשה על תלית שעבוד הערב במחלוקת אם אסמכתא קניא מ"מעשים שבכל יום". מכאן משמע שהדיון אינו מוסב על הפסוק, אלא על המנהג הנוהג, המתחשב גם ברובד דרבנן. אם כן, ניתן לדייק שדין אסמכתא הוא מדרבנן.⁴

עוד ראייה לכך שדין אסמכתא מדרבנן ניתן להביא מהסוגיא בסנהדרין המונה פסולי עדות:

משנה. ואלו הן הפסולין – המשחק בקוביא והמלוה בריבית, ומפריחי יונים, וסוחרי שביעית... גמרא. משחק בקוביא מאי קא עביד? – אמר רמי בר חמא: משום דהוה אסמכתא, ואסמכתא לא קניא. רב ששת אמר: כל כי האי גוונא – לאו אסמכתא היא. (סנהדרין כד.)

² אף כאן, אנו מתיחסים דוקא לשיטת רבי יהודה הסובר ש"אסמכתא לא קניא". כמו כן, נעיר על הפער שבין המילה "אסמכתא" בלשון הגמרא, המתיחסת להגדרתו ההלכתית של המקרה, ובין המילה "אסמכתא" בלשון האחרונים הכוללת כבר את דין האסמכתא ש"אינה קניא". במאמר השתדלנו להבחין בין המילה "אסמכתא" המורה על לשון הגמרא, ובין הביטוי "דין אסמכתא" (שאינה קונה) המתייחס ללשון האחרונים.

³ אנו מניחים שעל אף שהפסוק הנזכר הוא ממשלי, לא מדובר בתקנת דרבנן קדומה לשלמה. ניתן לחלוק על הנחה זו, וממילא לא תהיה ראייה מהגמרא; ועיין להלן הע' 9 בנוגע לבעיה בראיה זו.

⁴ וכן דייק החת"ס בשו"ת ה' (ח"ו"מ), סו אות ג (כל הפניה סתמית לחת"ס מפנה לשם).

הגמרא מסבירה, בשלב ראשון, שמִשחק בקוביא פסול לעדות כי הוא גזלן, מפני שהקנין בהימורים אלו מבוסס על אסמכתא. שאר הפסולים במשנה הם מדרבנן,⁵ ומסתבר שגם מִשחק בקוביא פסול רק מדרבנן, וממילא משמע שאסמכתא אינה קונה רק מדרבנן.

אמנם, ניתן לדחות ראייה זו בשני אופנים: ניתן לטעון שבניגוד לשאר הפסולים, פסול זה הוא מדאורייתא. כך כותב הר"ן בשם רבנו דוד: "מתני' קתני פסולין דאורייתא בגזלנין ופסולין דרבנן באינן אחריני".

באופן אחר ניתן לטעון שאסמכתא אינה קונה מדאורייתא, אך הגזל באסמכתא אינו נפסל לעדות מדאורייתא. ניתן להסביר חילוק זה בשני כיוונים:

א. אף שהוא גזלן – הוא עושה זאת בשוגג, ולכן אינו נקרא 'רשע' הפסול לעדות. הוא נחשב שוגג, מפני שהמהמרים טועים לחשוב שהקנין חל באופן זה ואין בעשייתם שום איסור. לכן, על אף שהמהמר אינו קונה מדאורייתא, הוא נפסל רק מדרבנן.

ב. אין הוא נפסל מדאורייתא מפני שבאסמכתא אין לאו של גזלה – או מפני שהגזל מוחל,⁶ או משום שאין זו גזלה באלימות (כעין "וַיִּגְזַל אֶת הַחֲנִית" (שמ"ב כ"ג, כא)).⁷

אם כן, לא ניתן להכריע מן הגמרא אם דין אסמכתא הוא מדאורייתא או מדרבנן.

2. הדיון בראשונים

אף הראשונים חלוקים בשאלה זו. התוספות סבורים שאסמכתא לא קניא מדאורייתא:

משחק בקוביא אפי' למ"ד אסמכתא היא דאסמכתא לא קניא מ"מ אינו דאורייתא כיון שאינו סבור לעשות איסור לבא לידי פסול דאורייתא. (תוספות שם)

תוספות אומרים שמִשחק בקוביא אינו פסול מדאורייתא כיון שלא התכַן לעשות איסור. אולם, ברור לתוספות שאם היה מתכַן לעשות איסור – היה עובר מדאורייתא. מכאן מוכח, בשיטתם, שאסמכתא לא קניא מדאורייתא (כפירוש הראשון שהצענו לגמרא בסנהדרין).⁸

⁵ עיין בהמשך הגמרא, ובפסק הרמב"ם עדות י', ד.

⁶ ראה להלן בנוגע לדיון על אסמכתא במחילה סביב הרמב"ם והראב"ד מכירה י"א, ד.

⁷ ראה בבא קמא עט; רש"י ראש השנה כב, ועיין רמב"ם גזלה ואבדה א', ג שכתב "בחזקה".

⁸ אמנם, ניתן לטעון שתוספות סבורים כי הפקעת הקנין מדרבנן מועילה גם מדאורייתא, ולכן הגזלה אסורה מדאורייתא. אין מקור ברור לכך שתוספות סבורים כך, אך הקצות (ר"ז, א) מציע כך. עיין בספר העיקרים (לר' שלמה איגור, עיקר אסמכתא אשכול ג), שכתב כי יתכן שהקנין אינו מועיל מפני שחכמים אסרו עליו (כעין "אי עביד לא מהני"). גם לדבריו יש להניח שאיסור דרבנן מועיל להפקיע קנין דאורייתא, אך יתכן שיש לחלק: לענין "אי עביד לא מהני" איסור דרבנן מחיל

לעומתם, דעת רבנו נתנאל מקינון שאסמכתא לא קניא רק מדרבנן:

ומצאתי [עוד] בשם רבינו נתנאל מקינון דאסמכתא קניא לגבי הקדש וצדקה שהרי
אסמכתא קונה [מן התורה] כדאמר מנין לערב מן התורה דכתיב אנכי אערבנו והיינו
אסמכתא.
(מרדכי בבא קמא מו)

לדבריו, אסמכתא לא קניא רק מדרבנן, כיון שהגמרא הביאה פסוק המלמד שערב משתעבד.
מדין ערב למדו שאסמכתא קונה, וממילא משמע שאסמכתא קונה מדאורייתא, ואינה קונה
רק מדרבנן.⁹

ג. אופי הדין

הראשונים העלו מספר כיוונים עיקריים בהסבר הדין:

1. חסרון בגמירות דעת

יש ראשונים המסבירים שהתנאי מעיד על חסרון בגמירות דעת, כפי שכותב רש"י:

כל כי האי גוונא לאו אסמכתא הוא – והיכי דמי אסמכתא... דסבור כל זה בידי לעשות,
ומרישא כי מתני – אדעתא דלא יהיב ליה לאסמכתא [כלומר – לתשלום, ג"פ] קא מתני,
דטועה וסבור לא יבא לידי כך, אבל הכא לא סמיך אמיד... ואפילו הכי אתני – שמע
מינה מספיקא אתני גמר ואקני, ולא גזילה היא.
(רש"י סנהדרין כד:)

רש"י מחלק בין התניות שונות. כאשר אדם מתחייב בתנאי שיש לו שליטה על היכולת
לעמוד בו – זו אסמכתא. אולם, כאשר אין לו שליטה על קיום התנאי – אין כאן אסמכתא.
החילוק בין המקרים תלוי בגמירות הדעת: במקרה הראשון, האדם אינו גומר בדעתו
להקנות, מפני שהוא סבור שלא יצטרך לשלם. במקרה השני, האדם אינו יודע אם יצטרך
לשלם – ועל כן הוא גומר בדעתו לשלם, אם יאלץ לעשות זאת.

מדברי רש"י עולה שאסמכתא אינה קונה בגלל חסרון בגמירות הדעת. תנאי נדון כאסמכתא
כאשר האדם לא גמר בדעתו להקנות, ואדם אינו גומר בדעתו להקנות כאשר הוא יוצר ספק
(שהכרעתו תלויה בו), אם יצטרך לשלם או לא.

⁹ שם איסור על הקנין, ואז הוא מופקע מדאורייתא, אך אם חכמים גזרו שהקנין לא יחול – אי
חלותו היא רק מדרבנן, ואזי הקנין לא יפקע מדאורייתא. נעיר כי הפנים מאירות (א', לד) כתב
ש"אין אומרים "אי עביד לא מהני" באיסורי דרבנן, אך עיין בשו"ת רעק"א קמא קכט שחלק.

דבריו צריכים עיון מפני שהגמרא עצמה הסבירה שיש לחלק בין שעבוד ערב לאסמכתא (וכך
הקשה הש"ך חו"מ ר"ז, יח). ניתן לישוב בדוחק שראיתו אינה מעצם הפסוק, אלא ממהלך הסוגיא,
כפי שנתבאר לעיל (וכן כתב החת"ס).

מקנה או קונה

אם הבעיה היא חסרון בגמירות דעת, ניתן לתלות אותו במקנה או בקונה. אפשר לומר שהמקנה אינו גומר בדעתו להקנות, וכך נראה בדברי רש"י (שם): "אסמכתא – היינו דבר דאינו נותן לו מדעתו אלא סומך על דבר שאינו". אולם, יתכן גם לומר שהקונה אינו גומר בדעתו לקנות. יתכן שזהו ביאור דעת הגר"א בדבריו:

וצע"ג דמאי נ"מ אם המוכר מתנה או לוקח כיון שבידו ועתוס' שם דדוקא מה שאין ביד הלוקח ולדבריו למה כ' לעיל ובש"ע ס"ט והוא שוה יותר ובגמ' שם סו ב' מ' דאין חילוק בין תנאי דלוקח למוכר: (ביאור הגר"א חו"מ ר"ז, לב)

העמודי אש (ביאור המובא בספר פסקי הגר"א)¹⁰ ביאר את כונתו שכאשר ביד הלוקח לקיים את התנאי – הקנין תקף. נראה שסברתו היא שהחסרון בגמירות דעת הוא גם מצד הקונה. "גם" – מפני שאם אין חסרון בדעת המקנה, הקנין יחול מצד "דעת אחרת מקנה"¹¹.

'בידו'

בתוך הסוברים שהבעיה באסמכתא היא חסרון בגמירות דעת, נחלקו הראשונים מהו הגבול בין דעת גמורה לאסמכתא. אחד המרכיבים שבחנו הראשונים הוא היות קיום התנאי בשליטת האדם – 'בידו'. ביחס לגורם זה חלקו הראשונים בין רמות שליטה שונות:

רבנו תם (הובאה דעתו בתוספות סנהדרין כד: ד"ה כל) מחלק כך:

- א. התנאי אינו 'בידו' של המוכר,¹² אבל 'בידו' של אדם אחר – אסמכתא.
- ב. התנאי 'בידו' ולא בידו, קרי – יש לו שליטה חלקית עליו – בזה הדין חלוק:
- הגזים בתנאו (סך ההתחייבות אינו פרופורציוני לעסקה) – אסמכתא.
- לא הגזים בתנאו – אינה אסמכתא, והתנאי תקף.
- ג. התנאי אינו 'בידו' ולא ביד אחרים, או 'בידו' לגמרי – אינה אסמכתא.

¹⁰ ר' צבי הירש בן שלמה. פסקי הגר"א עם ביאור עמודי אש. וילנא, תרס"ב–תרס"ד.

¹¹ יש בעיתיות בהבנה זו, שכן אם היה צורך בגמירות דעת משני הצדדים, היה צריך לדרוש שכל אחד מהצדדים יוכל לקיים את התנאי בפני עצמו, ולא שרק אחד מהם יוכל לקיימו. אולי יש לישב בדוחק שצד אחד סומך על כך שהצד השני יכול לקיים את התנאי, וזה מספיק כדי לדון כאלו שניהם יכולים לקיים את התנאי, ועל כן יש להם גמירות דעת. אם נבאר כך, אין שום נפקותא לדרישה לגמירות דעת אצל שני הצדדים, אלא רק נתחדש שאחד סומך על השני.

בנוסף, מההקשר בשו"ע, שממנו נראה כי מדובר על המתנה ולא על מקיים התנאי, לא משמע כביאור העמודי אש. ואכן, כך ביאר ערוה"ש חו"מ ר"ז, כז.

¹² לשטיטת הגר"א, על פי ביאור העמודי אש, צריך שהתנאי גם לא יהיה 'בידו' של הקונה.

רש"י (סנהדרין כד: ד"ה כל, שהובא לעיל) מחלק באופן הפוך:

א. התנאי 'בידו' – אסמכתא.

ב. התנאי אינו 'בידו' – אינה אסמכתא.

הגרי"ד (שיעורי הרב סנהדרין כד:) הציע לבאר שיסוד מחלוקתם הוא כיצד לבחון את המעשה שעושה כשמקיים את התנאי. רבנו תם מדייק מכך שהוא היה יכול לבטל את התנאי והוא בחר לקיים אותו – שהוא גומר בדעתו, והקנין חל. לפי רש"י, המעשה שנעשה לאחר זמן אינו יכול להוות גמירות דעת למפרע, ולכן זו אסמכתא. ביאור זה מוקשה, מפני שהצורך בגמירות דעת הוא בעת ההקנאה, ולא בשעת קיום התנאי.¹³

ניתן להעלות הצעה אחרת לביאור המחלוקת, אשר לפיה השאלה היא מהו הפגם בדעתו: לפי רבנו תם, מה שיוצר את הפגם בגמירות הדעת, הוא הפער בין רצונו לקנות ובין ידיעתו שאולי הוא לא יקנה לבסוף. פער זה גורם לכך שהוא אינו גומר בדעתו לקנות, אך כאשר 'בידו' לקיים את התנאי לא נוצר פער כזה. לפי רש"י, היכולת לבטל את המקח בעתיד גורמת לו להשהות את ההחלטה, ולכן הוא אינו גומר בדעתו בהווה. אמנם, אם לא תהיה לו אפשרות להשפיע על כך – הוא גומר בדעתו כבר עכשיו. כך מדויק בדבריו: "דסבור כל זה בידי לעשות, ומרישא כי מתני – אדעתא דלא יהיב ליה לאסמכתא קא מתני".

2. בעיה במעשה הקנין

רב האי גאון מסביר שהפגם נובע מכך שהתנאי הוא על מעשה הקנין.¹⁴ באופן זה, מסביר רב האי, נוצר פער בין מעשה הקנין לגמירות הדעת. במידה שהתנאי אינו מוסב על מעשה הקנין – הקנין יחול. לכן, הוא מחלק בין תנאי 'אם' לתנאי 'מעכשיו'. בתנאי 'אם' לא נוצרת שום חלות בזמן מעשה הקנין, ועל כן התנאי הוא אסמכתא. אולם, בתנאי 'מעכשיו' החלות נוצרת כבר בעת המעשה, רק שהיא **תבטל** אם התנאי לא יקוים, ועל כן הקנין חל.

דזו היא אסמכתא לפי שסמך קנין הקרקע לזמן אחר לאחר שהתנה ואינו קנין [=מעשה קנין] בשעתו. (ספר המקח והממכר יז)

¹³ היה ניתן לבאר בדבריו שקיום התנאי הוא סימן שלמפרע גמר בדעתו, ואז תסורנה קושיותינו. ברם לא נראה כך מלשונו שכתב: "צריך לומר דאי אפשר שקיום התנאי לאחר זמן ישלים את חסרון הדעת שהיה בשעת ההתנאה". אולי הרב התכוון לכך אלא שהכותב לא דייק, וצריך עיון.

¹⁴ בדרך כלל מעשה קנין גורם לחלותו באותה שעה. תנאי מבקש לדחות את חלות הקנין כתלות בזמן או במעשה. יש מקום לדון כיצד פועל התנאי. ההסבר המקובל הוא שהתנאי מפצל בין מעשה הקנין לחלות שלו. אולם, ניתן לומר שהתנאי אינו מפצל בין המעשה לחלות, אלא דוחה את מעשה הקנין, וממילא גם החלות נדחית. באופן זה ניתן להסביר את דברי הרשב"א (קידושין נט. ד"ה אע"פ), המסביר מדוע המקדש אשה לאחר זמן – מקודשת, אף שנתאכל כסף הקידושין.

נראה שהרמב"ם (מכירה י"א, ג) הולך בשיטת רב האי. כאשר הוא דן מתי תנאים מסוימים יחשבו לאסמכתא ומתי לא, הוא אינו בוחן כלל האם קיום התנאי 'בידו' או לא (כפי שדנים רש"י ורבנו תם), אלא את זמן חלות הקנין.¹⁵ סיוע חלקי להבנה זו ניתן להביא משיטתו (שם ד) שאסמכתא במחילה קונה. כיון שבמחילה אין צורך במעשה קנין (כמבואר ברמב"ם מכירה ה', יא) – ממילא לא ניתן ליצור בה פער בין מעשה הקנין לגמירות הדעת.

3. הפקעת העסקה

החינוך¹⁶ סובר שאסמכתא מועילה לחלוטין כקנין, אלא שחכמים הפקיעו אותה:

וכן מענין המצוה מה שאסרו... לפי שהקנין הזה אינו מועיל מפני שהוא אסמכתא, כלומר שדעתו של אדם היתה סומכת בכך, כלומר שיחזיר המעות בשעת המעשה, ולא השיגה ידו להשלים הדבר וכעין אונס הוא... ודרך כלל למדני רבי ישמרו א—ל בענין דיני האסמכתא, שכל שיתנה האדם עם חבירו דרך קנס, כלומר אם לא יהיה כן יענש בממון כן וכן, זה יקרא אסמכתא. (החינוך שמג)

יש לדון מהי הסיבה שבגינה חכמים הפקיעו את העסקה. יתכן שההפקעה באה מפני שעסקה כזו מזיקה לאדם. כך עולה מהשוואת דין אסמכתא לריבית, שגם בה האיסור קשור לנזק הנגרם מן העסקה לאדם. להבנה זו ניתן לצרף את דברי הירושלמי (גיטין ה', ח) המתיחס לאסמכתא בשם 'עיצומין', שפירושו 'קנס'.¹⁷

שאלת אופי הדין קשורה לשאלת תְּקֵפוֹ. כל עמדה לגבי אופי הפגם באסמכתא מניחה שהתוקף מתאים לדרישה שאינה מתקיימת. על כן, אלו הסוברים שמדובר בחוסר בגמירות דעת או בפגם במעשה קנין, שהם יסודות כל תהליך קניני, סוברים שהדין מדאורייתא.¹⁸ לעומת זאת, נראה כי החינוך סבור שמדובר בדין דרבנן (לכן הוא משתמש בלשון "אסרו").¹⁹

¹⁵ צעדנו בעקבות ביאור הגר"א. אמנם, ר' איסר זלמן מלצר (אבן האזל מכירה י"א, א–ב) חולק על הגר"א ומפרש שהבעיה בגמירות דעת היא בגלל הספק ולא בגלל ההרחקה, ואם כן מדובר בבעיה בגמירות דעת, ולא במעשה הקנין, אך נראים דברי הרמב"ם כדברינו.

¹⁶ וכן עולה גם בדברי הרשב"א בשו"ת א', תתקלג.

¹⁷ כך פירש ליברמן, בספרו: ליברמן, שאול. **יוונית ויוונית בארץ־ישראל: מחקרים באורחות־חיים בארץ־ישראל בתקופת המשנה והתלמוד**. מוסד ביאליק ויד יצחק בן־צבי, תשמ"ד, עמ' 3.

¹⁸ אמנם, עיין בב"ח (חו"מ ר"ז, יח) שכתב כי אף לרמב"ם הוא דין דרבנן, והש"ך (שם יח) דחה את דבריו. ראה גם במאמרו של הרב מרדכי אלעזר מנהיים: **בביאור שיטת הרמב"ם בדיני אסמכתא. דרכי הוראה ב, ירושלים, תמוז ה'תשס"ה**. שביאר את דברי הב"ח באופן אחר.

¹⁹ אמנם, אם נלך על פי דרכו של ר' שלמה איגר (ראה לעיל הע' 8) יתכן שהדין מדאורייתא, אף שטעמו מדרבנן.

ד. הנאה באסמכתא – שיטת הנתיבות

הנתיבות מציע נפקאמינה לשאלת תוקף הדין. לדבריו, אם תוקף דין אסמכתא הוא מדרבנן – הנאת המוכר מועילה לגמור את הקנין, ואם הוא מדאורייתא – הנאה אינה מועילה:

דסברת גמר ומקני לא מהני רק אי אמרינן דאסמכתא קניא מדאורייתא רק מדרבנן לא קניא, מהני לדחות הדרבנן, אבל אי מדאורייתא קנין ספק לאו קנין כלל הוא, לא מהני סברת דגמר ומקני, דהא מ"מ לאו קנין הוא. (נתיבות המשפט ביאורים ר"ז, טו)

לכאורה, דברי הנתיבות קשים. מדוע לקשור את תוקף הדין לשאלת התועלת בהנאת המקנה?²⁰ ברם, לפי דברינו יתכן להציע הבנה בדבריו. אם הסברא של הנוקט שדין אסמכתא מדאורייתא היא סברת רב האי (שהבעיה היא במעשה הקנין) – מובן מדוע מתן מעות לא יפתור את הבעיה באסמכתא. זאת משום שגם במקרה זה יש הרחקה של מעשה הקנין מחלות הקנין, וממילא התנאי מבטל את המעשה. לעומת זאת, אם הסברא שדין אסמכתא מדרבנן היא של הפקעת קניסה עצמית, כפי שסובר החינוך, יתכן מאד שכאשר האדם מקבל הנאה, הקניסה העצמית נהיית לגיטימית, וחכמים לא הפקיעו אותה.²¹

על פי הדרך שבה הסברנו את הנתיבות, עולה ששיטת הרמב"ם ורב האי היא שהנאה אינה מועילה לפתור את הבעיה באסמכתא. אולם, בסוגיא בבבא בתרא (שהובאה לעיל) מפורש שהנאה מועילה לשעבוד ערב. אם כן, לכאורה נסתרת דעת רב האי והרמב"ם מהגמרא. נראה שהרמב"ם עצמו התמודד עם בעיה זו ופתר אותה:

אמר לו בשעת מתן מעות הלוהו ואני ערב נשתעבד הערב ואינו צריך קנין, וכן אם ב"ד עשו אותו ערב נשתעבד אף על פי שלא קנו מידו, כגון שהיו ב"ד רוצין לגבות מן הלוה ואמר להם הניחוהו ואני ערב לכם הואיל ויש לו הנאה שהאמינוהו ב"ד באותה הנייה שעבד עצמו. (מלוה ולוה כ"ה, ב)

²⁰ כעין זה הקשה במאמר שהוזכר בהע' 18, בשם אחיו. הוא הביא שם תירוץ, שיתכן כי אסמכתא לא קניא משום גמירות דעת, אך יש שתי רמות של גמירות דעת, שאחת מהן דרושה רק מדרבנן. תירוץ זה אינו נראה בעיני, וראה בהע' הבאה.

²¹ יש לציין כי אנו מניחים בהסבר זה שהנתיבות מתעלם לגמרי מהסברא של חסרון בגמירות דעת. כאשר לא מניחים הנחה זו, קל מאד להגיע למסקנות הפוכות משל הנתיבות.

הרמב"ם פוסק שבשעבוד ערב אין צורך במעשה קנין, מפני שהערב נהנה,²² וממילא אין כאן בעיה של אסמכתא. אמנם, לפי זה שוב קשים דברי הנתיבות. יש לומר שהנתיבות חולק על הרמב"ם בנקודה זו, והוא סבור, כראשונים אחרים בסוגיא, שגם בערב יש צורך במעשה קנין, אלא שהוא מתקיים באמצעות ההנאה. כיוון כזה מפורש בריטב"א:

אפילו הכי משתעבד בהנאה דמטי ליה שהלוה לזה על אמונתו, דהנאה בכל דוכתא חשובה ככסף כדפרישנא בכמה דוכתי. (ריטב"א קידושין ז. ד"ה ערב)

על פי הריטב"א, ההנאה אינה מבטלת את הצורך העקרוני במעשה קנין, אלא היא נחשבת בפועל כמעשה קנין; ובתור שכזאת, היא כפופה לדרישות הרגילות של מעשה קנין, ובכללן דין אסמכתא. אמנם במקרה הספציפי של ערב אין בעית אסמכתא (כפי שבואר בסוגיא בבבא בתרא), אך הדרישה הבסיסית למעשה קנין נשארת – ואם אסמכתא מהווה פגם מדאורייתא, אין מקום לסברה שהנאה תועיל לגמור את הקנין.

ה. נפקא־מינות

ממחלוקות הראשונים נובעות מספר נפקא־מינות:

1. הקדש

הראשונים נחלקו אם יש דין אסמכתא בהקדש ובצדקה. ההגהות אשר"י סבור שיש:

דכיון דגבי הדיוט הוי אסמכתא כי ההוא דערב ה"ה לגבי צדקה ואף על גב דמקני בדיבורא כדרש"י בפ"ק דר"ה (ו). בפ"ך זו צדקה מ"מ לא עדיפא אמירה לגבוה ממסירה דהדיוט. (הגהות אשר"י סנהדרין ג', ז)

לעומתו, תרומת הדשן (פסקים וכתבים נג) פוסק שאין דין אסמכתא בהקדש וצדקה. ניתן להסביר את יסוד המחלוקת בכמה אופנים: אם באסמכתא יש פגם במעשה הקנין – הקדש וצדקה אינם דורשים מעשה קנין ולכן אין בהם דין אסמכתא. ברם אם באסמכתא יש חסרון בגמירות דעת – גם בהקדש וצדקה יש צורך בגמירות דעת, ולכן יש בהם דין אסמכתא.

²² קושי על ביאור זה עולה מדבריו שם בהלכה א. אולם, עיין באגרות הגר"ד שם שהסביר מדוע גם שם אין מעשה קנין, וסרה הקושיא. בספר העיקרים (עיקר אסמכתא גרעין א) פירש אחרת את דברי הרמב"ם, וכן כתב הסמ"ע (ח"מ קכ"ט, יב). על פי דבריהם אין הדברים מתישבים.

מדברינו יוצא גם שהרמב"ם מסכים עם המחנה אפרים (מלוה ולוה – ערב א), כי הערב משתעבד בדברים בלבד ללא צורך בקנין. אמנם, המחנה אפרים עצמו טוען שהרמב"ם אינו מסכים אתו מפני שהוא פירש בדברי הרמב"ם שההנאה מועילה להוציא מידי אסמכתא בלבד.

לחלופין, ניתן להסביר שנחלקו האם באסמכתא יש הפקעה על ידי חכמים או חוסר בגמירות דעת. אם באסמכתא יש הפקעה – יתכן שלא הפקיעו ממון מהקדש וצדקה, אך אם יש חסרון עקרוני בגמירות הדעת – גם הקדש וצדקה לא יקנו.

כמובן, אפשר לומר שהמחלוקת אינה קשורה לחקירה שהעלינו. ניתן להסביר שכולם סבורים כי אסמכתא היא חסרון בגמירות דעת, והם נחלקו האם בהקדש ובצדקה יש גמירות דעת ברמה גבוהה יותר.²³ כמו כן, בבדק הבית (בבית יוסף י"ד רנ"ת, י) מבואר שהדין בנושא אסמכתא בדבר מצוה אינו מתיחס להקנאה בפועל אלא להתחייבות לדבר מצוה. אם כן, ניתן להסביר שישוד הדיון בכלל בדיני הפלאה, ואין לו קשר לעולם הקנינים.²⁴ יוצא אם כן, שיתכן כי מחלוקת הראשונים האם דין אסמכתא שייך בהקדש ובצדקה, תלויה בהבנות היסודיות שהצענו באופי דין אסמכתא.

2. גוי

הרמב"ם והראב"ד נחלקו האם יש דין אסמכתא כשישראל מוכר לגוי:

ישראל שהרהיזן חמצו אצל הגוי אם אמר לו אם לא הבאתי לך מעות מכאן ועד יום פלוני קנה חמץ זה מעכשיו הרי זה ברשות הגוי ואותו החמץ מותר לאחר הפסח, והוא שיהיה אותו זמן שקבע לו קודם הפסח, ואם לא אמר לו קנה מעכשיו נמצא אותו החמץ כאילו הוא פקדון אצל הגוי ואסור בהנייה לאחר הפסח.
א"א... אפילו לא הגיע זמנו עד לאחר הפסח אינו עובר עליו ואם הגיע זמנו קודם הפסח אפי' לא אמר מעכשיו קנאו שאין דין אסמכתא לגוי. (חמץ ומצה ד', ה)

הרמב"ם סבור שיש דין אסמכתא לגוי, והראב"ד סבור שאין. נראה שנחלקו אם הפגם באסמכתא הוא יסודי או שזו רק הפקעה. אם זה פגם יסודי הוא שייך גם בגוי, אך אם זו הפקעה בלבד, כשיטת החינוך, היא לא תוקנה כלפי גוי.²⁵

²³ ניתן להסביר זאת על בסיס הבנה שמעשה קנין נדרש לחיזוק גמירות הדעת. על בסיס קשר זה ניתן לומר, כי בהקדש ובצדקה, שאינם דורשים מעשה קנין – יש דרישה נמוכה יותר לגמירות דעת, או שקיימת בהם גמירות דעת ברמה גבוהה יותר בבסיסם (ויש מקום לדון מדוע).

²⁴ עיין קרן אורה (נדריים כז:), שדן במחלוקת ובסברותיה. בשיעורי ר' דוד פוברסקי (בבא מציעא סו.) נראה שהחילוק הוא פסיכולוגי (ראה לעיל בפרק ג סעיף 1 בביאור מחלוקת רש"י ורבנו תם).

²⁵ לשיטת ר' שלמה איגר (עיקר אסמכתא אשכול ב) אין התליה מוכרחת, וראה לעיל הע' 8.

אמנם, החת"ס כתב שיתכן כי ההפקעה מדרבנן כוללת גם ישראל שמכר לגוי. זאת מפני שבמקרה מהסוג הזה, מי שעלול להנזק מהאסמכתא הוא ישראל, ולכן אף במקרה כזה חז"ל הפקיעו את הקנין. לשיטתו, הנפקא-מינה שייכת רק במכירה של גוי לגוי באסמכתא.²⁶

3. אסמכתא בגיטין וקידושין

הרמב"ן (נדרים ט: באלפס) סבור שאין דין אסמכתא בגיטין ובקידושין, ואילו העיטור (תנאי, לח ע"ד) סובר שיש. אם הבעיה באסמכתא היא הפקעת חכמים – יתכן שדינה שייך בגיטין וקידושין, מפני שחכמים קנסו כך רק בדיני מממונות. אולם, אם מדובר בחסרון גמירות דעת במעשה הקנין – דין אסמכתא שייך כאן, מפני שנצרך מעשה קנין בדינים אלו. אם מדובר על אסמכתא כחסרון בגמירות דעת, יש מקום להתלבט. הרשב"א (בבא בתרא קסח. ד"ה עוד) כתב שעצם המעמד בגיטין וקידושין גורם לגמירות דעת, ועל כן אין בו אסמכתא.²⁷

1. שיטת הרי"ד

הרי"ד סובר שדוקא בתנאי 'אם' יש אסמכתא, מפני שבתנאי 'אם' הקנין תלוי בקיום התנאי (שהוא אסמכתא). בתנאי 'מעכשיו' לעומת זאת, הקנין חל, והתנאי רק מבטל את החלות. החידוש של הרי"ד הוא שאסמכתא אינה יכולה לקיים מכר, אך היא אינה מבטלת אותו:

כיון שהמכר תלוי באם והאי אם הוי אסמכתא לא הוי מכר, אבל כשאמר לו שדי מכורה לך מעכשיו אם לא אביא לך מעות עד שלש שנים ואם אביא לך יהא בטל, המכר חל מיד ואם יביא המעות רוצה שיתבטל, נמצא שאין המכר תלוי באם, אלא ביטול המכר תלוי באם... אבל, כשתלה המכר על תנאי אף על פי שנתקיים התנאי כיון שאותו התנאי הוי אסמכתא אין המכר מתקיים בקיום אותו התנאי **שאינ תנאי של אסמכתא חשוב לקיים המכר.** (תוספות רי"ד בבא מציעא סו.)

בפסקיו, הרי"ד מסביר מדוע אסמכתא אינה קונה:

פי' אסמכתא שבעל השד' אע"פ שהתנה עמו שאם לא יפרענו עד זמן פל' שיהא השדה חלוט לו, לא בכל לב הקנה לו שהוא סומך בלבו שיפרענו, וכיון שהדבר מוטל בידו

²⁶ ואולי גם גוי שמכר לישראל, אלא אם כן נדון מצד חסרון גמירות הדעת של הקונה כנ"ל. ולפי דבריו קשים דברי הראב"ד, שאין סברא לחלק בין ישראל לגוי, ואין זה עיקר עיסוקנו. לביאור דבריו עיין חמדת שלמה או"ח י"ב, י, ובדברי ר' שלמה איגר שהובא לעיל הע' 8.

²⁷ כאן משמע שהחסרון באסמכתא הוא בגמירות דעת, ואילו בשו"ת הרשב"א (א', תתקלג) הוא סבור שבאסמכתא יש הפקעה, ואף על פי כן יש אסמכתא בגיטין וקידושין. נראה שהשר"ת מאוחר יותר, מפני שנזכר בו שהרשב"א חקר רבות בדין זה.

לבטל המכר לא הקנה לו בכל לב, שהוא סומך בדעתו שיפרענו והילכך אף על פי שהגיע הזמן ולא פרעו לא קנה. (פסקי הרי"ד שם)

לדבריו, הבעיה באסמכתא היא בעיה בגמירות דעת, כפי שיטת רש"י. נשים לב לכך שלפי הרי"ד אין הדעת גמורה גם בתנאי 'מעכשיו', אלא שהמכר אינו תלוי בתנאי.²⁸ כלומר, אמנם החסרון באסמכתא הוא חסרון בגמירות דעת, אך חילוק הדינים תלוי במנגנון התנאים. ההבדל בין תנאי 'אם' לתנאי 'מעכשיו' הוא בשאלה האם התנאי יוצר את המכר, או שהמכר נוצר בלעדיו (על אף שהדעת אינה גמורה) והתנאי מאיים לבטלו.

על פי הסבר זה, יש דרישה לגמירות דעת ב'תנאי יוצר' כבר בעת ההתניה. גמירות דעת בעת קיום התנאי בלבד – אינה מספיקה. 'תנאי יוצר' אפוא רק מפצל בין מעשה הקנין, הנעשה בעת ההתניה, לחלות הקנין, הנדחית עד לאחר קיום התנאי.²⁹

ניתן להקשות על הרי"ד ממחלוקת האמוראים בדין "אתי דיבור ומבטל דיבור" (קידושין נט. –):. רבי יוחנן וריש לקיש נחלקו אם אשה שנתקדשה בקידושין לאחר זמן, יכולה לחזור בה בתוך הזמן. האור שמח ביאר את מחלוקתם כך:

ולדעתי נראה דבהא תלוי, דאם יכול לחזור בו קודם שבא היום שלשים, אז בעינן שיהא בשעת גמר הקנין ראוי להקנות, אבל אם נימא דאינו יכול לחזור, סבר תלמודין דכיון דהתחיל הקנין כשהיה שפוי ובריא, תו אף אם בעת גמר הגירושין אינו ראוי להקנות ג"כ מהני, ולכן תלוי זה בפלוגתא דר' יוחנן ור"ל. (אור שמח זכיה ומתנה י"ב, טו)

האור שמח דן על הצורך בשפיות הבעל בעת חלות הקידושין. הוא תולה שאלה זו במחלוקת רבי יוחנן וריש לקיש. רבי יוחנן סבור שהאשה יכולה לחזור בה בתוך הזמן, כלומר – הקידושין חלים רק לאחר זמן, ורק אז נדרשת גמירות דעת. לעומתו, ריש לקיש סבור שהיא אינה יכולה לחזור בה, כיון שהקידושין נגמרים בעת ההתניה, ורק אז נדרשת גמירות דעת. אם כן, כיון שפוסקים כרבי יוחנן, הדברים אינם מתאימים לשיטת הרי"ד, הסובר שיש צורך בגמירות דעת כבר בעת ההתניה.

על כן, נראה לבאר אחרת את דברי האור שמח. השאלה אינה האם יש צורך בגמירות דעת רק באחד הזמנים – בזמן יצירת התנאי או בזמן קיום התנאי, כשברור כי יש צורך בגמירות

²⁸ ובזה נעוץ ההבדל בין שיטתו לשיטת רב האי גאון (בפרק ג סעיף 2). לפי רב האי גאון תנאי 'מעכשיו' אינו אסמכתא מפני שהדעת גמורה בשעת מעשה הקנין. לעומתו, הרי"ד סבור שאין דרישה לדעת גמורה בתנאי 'מעכשיו'.

²⁹ חילוק זה מבואר בדברי הרמב"ם (גירושין ט', ה) לגבי גיטין.

דעת בעת יצירת התנאי. המחלוקת היא האם דרושה גמירות דעת גם בעת קיום התנאי. לפי פירוש זה, אף רבי יוחנן מודה שיש צורך בגמירות דעת בעת יצירת התנאי. שאלה זו קשורה ליסוד דיני תנאים. כשהתנאי יוצר חלות, יש לחקור מה בדיוק יוצר אותה. האם היצירה היא על ידי האמירה המותנית המקורית (והמעשה הנעשה לאחר זמן משלימה), או על ידי המעשה שמקיימו כעת. אם המעשה מקיימו – אזי אין כל חשיבות לתנאי עצמו, ואין דרישה לגמירות דעת בעת ההתניה. אולם, אם האמירה המקורית של התנאי היא היצירת את החלות,³⁰ והמעשה רק מאפשר לתנאי לחול, נדרשת גמירות דעת מלאה כבר בעת ההתניה.³¹ בענין זה בטא ר' שמעון שקופ עמדה נחרצת:

דענין תנאי הוא דבאמת אין קיומו של המעשה תלוי בקיומו של התנאי רק שבעל המעשה תלה ברצונו שיהיה קיומו של המעשה תלוי בזה, ומש"ה כשנתקיים אח"כ אנו רואים דמעיקרא היתה סיבה לקיום המעשה מפני שעכשיו רואים שנעשה רצון המקדש. (חידושי ר' שמעון שקאפ יבמות לב)

ר' שמעון מסביר שמה שיוצר את החלות זו עצם ההתניה המקורית. כאמור, ניתן היה להציע עמדה הפוכה שלפיה התנאי מקשר את המעשה לחלות, ובפועל המעשה יוצר את החלות, ולא התנאי. לפי דברינו, נמצא שהר"ד סובר כר' שמעון.

ז. סיכום

ראינו כי נחלקו הראשונים (בעקבות הסוגיות) האם דין אסמכתא מדאורייתא או מדרבנן. הסברנו כי שאלה זו תלויה באופי הדין: האם אסמכתא היא חסרון בגמירות הדעת או שבעת מעשה הקנין אין גמירות דעת – ואזי אסמכתא אינה קונה מדאורייתא, או שזו הפקעת עסקה מדרבנן. ביארנו את מחלוקת רש"י ורבנו תם לגבי 'בידו', והסברנו מהו הפגם בחסרון הדעת לפי כל שיטה.

לאור השיטות השונות פירשנו את דעת הנתיבות, שהנאה באסמכתא קונה אם אסמכתא אינה קונה מדרבנן, אך לא אם היא אינה קונה מדאורייתא. ביארנו לשיטתו כי אם דין אסמכתא מדאורייתא מדובר בפגם במעשה הקנין – ואז הנאה אינה מועילה; ואם דין אסמכתא מדרבנן – חכמים לא הפקיעו את הקנין כשהמוכר נהנה. הסברנו שדבריו נתמכים

³⁰ דהיינו שקיום התנאי יוצר את החלות, ולא שאיקיומו מבטל את החלות.

³¹ שאלה זו מקבילה גם לשתי ההבנות שהעלינו (ראה לעיל הע' 14) בנוגע ליחס שבין המעשה לחלות בדיני התנאים. על פי ההבנה הראשונה כאן, התנאי בעצם דוחה את מעשה הקנין עצמו. על פי ההבנה השנייה, התנאי רק מפצל בין המעשה ובין החלות.

מן הסוגיא בבבא בתרא האומרת שהנאה מועילה לשעבוד ערב, אך אין היא מקשה על הרמב"ם הסובר שבערב אין מעשה קנין.

בחנו כמה נפקאמינות בין הראשונים לגבי אסמכתא בהקדש, בגוי ובגיטין וקידושין. חתמנו בביאור שיטת הר"ד, שדין אסמכתא נוהג רק בתנאי 'אם' אך לא בתנאי 'מעכשיו', בגלל פגם בגמירות הדעת. הסברנו בשיטתו שבתנאי 'אם' הקנין אינו חל מיד ולכן חסרה גמירות דעת בעת ההקנאה, ואלו בתנאי 'מעכשיו' הקנין חל מיד, ולכן על אף שאין גמירות דעת בעת ההתניה – אין בעיה של אסמכתא.