

הרב מאיר ברקוביץ — ר"מ במכון

מעשה ורצון בקנינים

הפרקים

- (א) פתח דבר
- (ב) ציונים לדברי האחרונים
- (ג) מדברי הראשונים (תוס' בכורות י"ח)
- (ד) דברים הנקנים באמירה
- (ה) שיטת הפני יהושע
- (ו) קנין בקצצה / סיטומתא
- (ז) קנין בהסכם עבודה
- (ח) שיטת תוס' רי"ד בב"ב דף פ"ח
- (ט) תנאים בקנינים
- (י) הבדל בין ישראל לנכרי בקנינים
- (יא) יישוב הערת הש"ך בסי' קכ"ו בענין מעמ"ש
- (יב) אודיתא
- (יג) בענין קנין המועיל וקנין שאינו מועיל
- (יד) בענין מכירות פומביות ומסחר בבורסה
- (טו) מדברי הרב אברמסקי

(א) פתח דבר

קנין בלא כונה אינו מועיל, דין זה מתבאר ומתבטא בהרבה מקומות; נציין חלקם:
מבואר ביבמות דף נ"ב ע"ב שהעודר בנכסי הגר וכסבור שלו הן דלא קנה. וכן במסכת
ב"ב פ' המוכר את הספינה (פ"ה, ב — פ"ו, א) בבאורו של רבינא לדברי התנא שמבחי' בין
פסק עד שלא מדד ומדד לפני פסיקה אז סמכא דעתיה ואם לא פסק לא סמכא דעתיה; וכן
בדברי הרמב"ן במלחמות למסכת ב"מ (דף ע"ז ע"ב סוד"ה אין בעלי הוראה) שכתב שאם
המוכר "עייל ונפיק אזוזי" אינו קונה "דלא סמכא דעתיה", ויעויין תוס' ב"ב ד"נד ע"א ועוד
כהנה וכהנה.

מאידך גיסא מרוב הסוגיות נראה שיש צורך במעשה קנין ובלי מעשה קנין אין חלות קנין. לדוגמא — הרואה את המציאה ונפל עליה (בפ"ק דב"מ), וכן בראשונים, כגון: בדברי הריטב"א עמ"ס קידושין (בחידושו לדרך כ"ה) שכתב שהסכמת המקנה והקונה על מעשיו שאינו מעשה קנין שיעיל כמעשה קנין לא מהני, ועוד כהנה וכהנה.¹ מטרת המאמר שלפנינו היא לנסות ולבחון את היחס בין מעשה הקנין והקונה / דעת הדרושה/ים לחלות הקנין: בברור שאלה זו יש לחקור:

א] האם מעשה הקנין הוא העיקר, וחלות ההקנאה נעשית על ידי המעשה, אלא שכדי שמעשה ייחשב למעשה (או לחילופין כדי שמעשה יוכל לפעול) יש צורך בכונה וברצון (כדוגמת כונה בחליצה² ומצוות צ"כ), או לאידך גיסא — כונת האדם ורצונו הם הפועלים את חלות הקנין, והמעשה הוא רק ההיכוי תימצי לגמירות הדעת שלו. ובצד ב' גופא יש לחקור. ב) האם מעשה הקנין הוא גילוי³ על גמירות הדעת וכהוכחה לעלמא, או (אולי צ"ל ו) ג) שמא מעשה הקנין מסייע לאדם לגמור בדעתו.

בפתח הדברים נציין למספר אחרונים שרמזו לשאלה זו:

המנחת חינוך (במצוה שלו) בתוך ציונו בענין קנין כסף בקרקע, מעיר שבמקום שכותבים את השטר אינו קונה בכסף דלא סמכא דעת הלוקח כו' (ר"מ הל' מכירה א/ד) "וזה ג"כ מן התורה שבקנין צריך להיות דוקא סמיכות דעת שניהם, ובמקום דאחד לא סמך דעתו אינו קונה מן התורה, כך אפילו אם שניהם סמכו דעתם מ"מ צריך קנין שגזרה התורה, ובדברים בעלמא אין קונים, אבל אם עושים הקנין שציותה התורה קונים היכי דסמכו דעתם, ובמקום דלא סמכו דעתם לא מהני הקנין מן התורה... וזה פשוט". דברי המנ"ח נוטים להתפרש כצד א' בחקירה הנ"ל. (ובהמשך נביא מדברי המנ"ח עפ"י תוס' בכורות).

ר' שמעון שקופ בשעורים הנדפסים משמו עמ"ס נדרים (סי' כ"ב) באר:

"דעיקר מה שפועל המעשה לענין ההקנאה הוא להיכר גמירת דעת ה"בעלי דברים" שרוצים לעשות את הקונה לבעל הדבר...". (בדבריו האחרונים — לעשות את הקונה כו' רמז לשיטתו שבקנין אין מעבירים בעלות ממקנה לקונה אלא שהמקנה — עושה את הקונה

¹ יעוי' רמב"ם ריש הל' מכירה: "המקח אינו נקנה בדברים ואפילו העידו עליהם עדים. כיצד? בית זה אני מוכר לך, יין זה אני מוכר לך, עבד זה אני מוכר לך, ופסקו הדמים ורצה הלוקח ואמר קניתי ורצה המוכר ואמר מכרתי ואמרו לעדים: היו עלינו עדים שמכר זה ולקח זה, הרי זה אינו כלום וכאילו לא היו ביניהם דברים מעולם. וכן בנותן מתנה ומקבלה". יש לשים לב שהר"מ טרח לתת שלש דוגמאות — בית, יין ועבד ובכך להקיף שלשה תחומים — מקרקעי, מטלטלי ועבדים (שמהווים במידה מסוימת ממוצע ביניהם) וסיים בלשון "וכן בנותן מתנה ומקבלה" — ייתכן ולאפוקי התחייבות.

² עי' קצוה"ח סי' ער"ה סוסק"צ ובשעורי רבי פסח מקוברין עמ"ס כתובות סי' ב'. (ובחדושי הגר"ח הל' יבום וחליצה).

³ מסברא נראה לדחות אפשרות זו, שכן קנין אינו צריך עדים (פרט לסודר בו נתלקו הר"מ והראב"ד ועיין בדברי הברכת שמואל בשם הגר"ח) על מעשה הקנין, וקשה לומר שההוכחה היא למקנה שכן בהרכה מקרים הקנין אינו בפניו.

לבעלים, ובשיטתו זו באר במקור³ את שיטת ר"א ממיץ שבר⁴ נדרים דף ל"ד ואכמ"ל). ומדבריו משמע כצד ג' בחקירה⁵.

דברים מפורשים כתב החזו"א בחלק חו"מ סי' כ"ב:

"כלל גדול יהיה לך בקנינים דעיקר הקנין הוא שיגמור בלבו להקנות הדבר לחבירו וחבירו יסמוך דעתו עליו ויש דברים שקים להו לחז"ל שבדבור בעלמא גומר בלבו להקנות לחבירו ויש שאינו גומר בלבו רק על ידי הקנינים המפורשים מה"ת או מחז"ל ודוק היטב בזה דכולה בה, דו"ק בש"ס ופוסקים ותמצא כן, וזכורני שכדברים האלה כתב הגאון ר' אלעזר משה מפניסק (שיחיה) [זצ"ל] בהסכמתו להשסי"ם דווילנה הנדפס במסכת ב"ב ודו"ק בדבריו כי נכונים הם מאד".

ונראה שלדברים אלה רמז ר' יונה בעליותיו⁶, פ' ח"ה דף מ' (ד"ה קנין בפני ב') בכתבו: "דכל עיקר קנין בא לגמור הדבר ולחזקו", אם כי ניתן לדחוק בדבריו בהתאם לצדדי החקירה השונים⁷.

עיון בסוגיות השונות העוסקות בהלכות מקח וממכר ובעניני קנינים מאפשר ומחייב בדיקת נושא זה בכל מקום ומקום. רבה המלאכה — בפרט כביצוריו של החזו"א: "דו"ק היטב בזה דכולה בה — דו"ק בש"ס ופוסקים וכו'", ומטרתנו — בעיקר — לבחון מספר נושאים ולהציג השלכות שונות בעקבות החקירה הנ"ל.*

בגוף המאמר בחרנו להציג את הדברים בסדר הפוך — תחילה נביא מדברי האחרונים מהם יש להסיק מסקנות בענין הנידון, ולאחר מכן נחזור לסוגיות הגמרא ולדברי הראשונים:

ב] ציונים לדברי האחרונים

א) קצות החושן סי' רנ"ה סק"ב — חזרה תוכד"צ בהקדש, אינה מועילה, כיון שאמירה לגבוהה כמסירה להדיוט, "ואע"ג דמסירה להדיוט גופיה מהני חזרה תוכד"ד כו' היינו משום דגבי הדיוט מסירה ומשיכה גרידא אינו עושה קנין אם אינו אומר להקנות לו וכן אמירה גרידא שאומר להקנות אינו עושה קנין אלא על ידי דבורו שאמר לו קני יכול לחזור תוכד"ד מדיבורו קמא והוי ליה משיכה או מסירה בלא דיבור אבל בהקדש — אמירה ידיה מעשה הוא כמסירה, מש"ה אינו יכול לחזור בו".

ונראה בבאור דבריו כך: חזרה תוכד"ד תתכן (=אפשרית) רק מדיבור ולא ממעשה. בהקדש הדיבור פועל החלות וא"א לחזור, משא"כ בקנין להדיוט, הרי הדיבור (=קני, לך

3 עי' מש"כ ר' אלחנן וסרמן בקוב"ש עמ"ס קידושין (דף ז) אות מ"א.

4 השוה לדברי המיוחס לריטב"א בדף האחרון עמ"ס ב"מ.

5 ובדברי ר' חיים שמואלביץ: "וענין מעשה הקנין הוא רק בתורת ההיכר תימצי לאשווי ולאוכחי דעת ורצון הכע"ד... (שערי חיים עמ"ס קידושין עמ' ג' בדפי הספר).

* ואף אם אי אלו מקומות בדברינו נתונים לויכוח הרי התמונה העולה מכלל דברים חשובה היא, אך טענה בדיקה מקיפה יותר.

חזק וקני) אינו אלא תנאי, ועיקר החלות נפעל על ידי מעשה הקנין, לכן יכול לחזור בו מהדיבור, ואילו סבר הקצות שחלות הקנין הוא ע"י כונה ורצון אמאי לא פרש שחזור בו מהכונה ומהרצון ולא היה נחשב כחזרה ממעשה, לכך נראה שהקצות סובר כצד א' בחקירה והמעשה פועל את החלות.

אמנם, ייתכן לומר שהקצות סובר כצד ג' בחקירה. מעשה הקנין מסייע לאדם לגמור בדעתו לקנות/להקנות. ז"א — כיון שאדם עושה מעשה עפ"י מחשבתו, הרי הוא גומר בדעתו בצורה מוחלטת, ומעתה י"ל שאינו יכול לחזור בו מהכונה והרצון בלבד כי הכונה והרצון — במקרה שבאו לידי ביטוי בעשיית מעשה כבר נחשבים למעשה, ולא אתי דיבור ומבטל מעשה (וצ"ל ששתיקת המקנה בשעת עשיית מעשה על ידי הקונה אף היא מסייעת לו לגמור בדעתו, ובאמת הערה זו מקומה לעיל לצד עצם החקירה).

(ב) ט"ז אה"ע סי' ל"ח — בקניינים אינו חוזר אפילו תוכד"ד, כך עולה ממש"כ: "וממ"ש הטור על הרמב"ם דמילתא דפשיטא הוא אם נתן ביצה בלי תנאי שהיא מקודשת בלא תנאי, משמע מזה — הנותן מתנה לחבירו ואמר הנני נותן לך מתנה זו ונותנה לו ואח"כ אמר איזה תנאי במתנה לא מהני אפילו אם הוא תוכד"ד אין בתנאי זה כלום שקודם לזה זכה סתם כו"ל

הט"ז מוכיח דבריו" מפ"ק דב"מ דאם אמר אני זכיתי בה תחילה כו' ואמרינן התם תחלה בסיפא למה לי, ופרש"י דאפילו לא אמרו תחלה מסתמא תחלה קאמר דמי מצי למימר אני זוכה בו עכשיו, ואם תוכד"ד יכול לחזור ולהתנות, אה"נ דנתכון לעכשיו? וע"כ כדאמרן, עכת"ד הט"ז; נראה כדבר מוכח מדברי הט"ז שהמעשה הוא העקר בקניינים ולא הדעת והרצון.

(ג) נתיבות סי' כ"א — סובר שסיטותמא הוי קנין דרבנן בלבד (וכבר האריכו בענין זה אחרונים ועיין לקמן) ואי ס"ל דעקר הקנין חל ע"י כונה ורצון מדוע שסטומתא לא ייחשב לקנין דאורייתא?!

[ג] מדברי הראשונים — תוספות בכורות דף י"ח וערובין דף פ'.

נראה, שיש מקום לכאור מחלוקת ראשונים עפ"י החקירה הנ"ל: רע"א בתשובותיו (ח"א סי' ל"ז) כבר ציין לדברי התוס' בבכורות דף י"ח ע"ב. הסוגיא עוסקת בספק מתנות כהונה ודעת ר' טרפון היא (במקרה והבהמה שהיא ספק בכור נמצאת בחצרו של בעה"ב ורועה צאנו — כהן הוא) שבעה"ב "קא מקני ליה בחצירו שניחא ליה (כך גי' הב"ח) דליחעביד מצוה בממוניה", ופרש"י "שאקנויי אקני ליה" — בעל הבית לכהן מקום בחצירו והוה ליה חצר של שניהם ... הילכך חולקין דברשות שניהם עומד". ובתוס' (ד"ה אקנויי קא מקני) הקשו דחסר כאן מעשה קנין ובמה קנה הכהן מקום

6 ועי' קצוה"ח סי' קצ"ה סק"ז שדחה דברי הט"ז מפני דברי הרא"ש פ' י"ג והטור שם, ואף דחה ראייתו דשאני התם דאיירי במוסר חפץ הפקר לחברו; ויש לומר דפליגי בחקירה זו.

בחצרו של בעה"ב, ותירצו ב' תירוצים:

הא' — "ואפילו בלא קנין קא קני דגמר ומשעבד ליה חצירו (גי' שטמ"ך, שעל הגליון).
הב' — אי נמי כמה פעמים הרועה פותח ונועל כדאמר (גטין ע"ז) תיזיל איהי ותחד
ותפתח וברשות בעה"ב קא מחזיק".

והנה לתרוץ א' בתוס' יש לפנינו מקרה בו אדם קונה בלי מעשה קנין והנימוק לכך
— "הואיל וגמר ומקני", (אולי בגלל שמדובר לדבר מצוה כלשון הגמרא). מכאן מוכח
שהצורך במעשה הקנין אינו כגזה"כ וכצד א' בחקירה; חלות הקנין מתבצעת על ידי גמירות
הדעת של המשתתפים ולא במעשה הקנין. אמנם עדיין יש להסתפק ב'ב' הצדדים הנוספים
— האם (כשצריך) מעשה הקנין הוא גילוי והוכחה על גמירות הדעת של המקנה/קונה ולכן
במקום מצוה כבתוספות בכורות הנ"ל ניכרת לכל גמירות דעתם, או האם מטרת מעשה
הקנין לסייע ולשמש כגורם לגמירות הדעת, ובמקום מצוה גמר בדעתו בלא"ה.⁷
באופן זה באר האבני מילואים את דברי הר"ן (בדעת רש"י) במקדש אשה על ידי נתינת
מעות על גבי סלע של שניהם. (ע"ג סלע שלה — מקודשת ופרש"י מדין חצרה). והקשו
לפרש"י דחצר השותפים אין קונים זה מזה ואם החצר של שניהם אינה זוכה כלל בכסף
הקדושין. ותרץ הר"ן דכיון דדעתו לקדש אקנויי אקני לה מקום באותו סלע (דהיינו
— במקום נתינת המעות אינם שותפים). והקשה האבנ"מ — הרי כל הקנאה צריכה מעשה
קנין? ותרץ:

"כבר מצינו כיוצא בזה הקנאה בלא קנין" וציין לדברי התוס' בבכורות י"ח, וסיים
— "וה"נ כאן כיון שניחא ליה לקדשה דהוא מצוה גמר ומשעבד, משא"כ במקח
וממכר לא גמר ומשעבד נפשיה כולי האי".

מלבד דברי התוספות בבכורות נראה שנחלקו⁸ בשאלה זו ראשונים בסוגיא במסכת עירובין
דף פ', ע"א: רב ושמואל נחלקו במקרה שאדם עושה עירוב (חצרות ותחומין) ושיתופי
מבאות, עבור כל בני החצר והמבוי או שמערב עירובי תחומין עבור חבירו:

"שיתופי מבאות, רב אמר אין צריך לזכות (בקנין לכל בני המבוי) ושמואל אמר
צריך לזכות: עירוב תחומין, רב אמר צריך לזכות ושמואל אמר אין צריך לזכות".

תוספות, על אתר, (בד"ה רב אמר א"צ לזכות) בארו הדברים כך:

7 בדעת תירוצ' ב' בתוס', העיר רע"א שמדבריהם נראה שסוברים כראב"ד וכרשב"א שדבריהם הובאו
לעיל בתשובתו, דבמקום שיש דעת אחרת מקנה מהני בלא כונת קונה, שכן לא היתה כאן כונת הכהן
לזכות וכמבואר בב"ב מ"א (רב ענן) ובעוד מקומות. ענין זה טעון בירור ועל כך, אי"ה, בנפרד. (עי'
רש"ש).

8 אין הכרח לומר שב' תירוצי התוס' נחלקו בענין זה. י"ל שתרוץ ב' סובר שגמירות הדעת קובעת הקנין
אלא שאפילו במקום קנין אדם אינו גומר בדעתו אא"כ יעשה מעשה קנין (או מטעם לא פלוג), ודעה
קמייתא סוברת שליסוד זה שמהות הקנין — בגמירות הדעת, השלכות הלכתיות במקום שכרוך שיש
גמירות דעת.

"דכיון שאסר עליה (אם הערוב לא יהיה בשותפות עם שאר הדיירים, גם למזכה יהיה אסור לטלטל) גמר ומקני ליה ובתחומין (שאינן עירובו של זה נוגע לערובו של חברו) צריך לזכות דלא אסר עליה ולא גמר ומקני כדפירש בקונטרס (ל"מ מקומן) "ובדעת שמואל כתבו (באופן הב): "כיון דאין מערבין עירובי תחומין אלא לדבר מצוה, משום מצוה גמר ומקני".

מדברי תוס' רואים כיסוד שקבעו תוס' בבכורות בבאור דעת ר' טרפון (ואף ר"ע אינו חולק על העקרון, רק על נתוח המציאות במקרה הנדון שם).

המהרש"ם מברעזאן בתשובה (ח"ב סי' קצב) הסתמך על דברי תוס' בבכורות וכפי שבארנו דבריהם לעיל, אך במפתחות שבסוף הכרך ציין לדברי תוספות בעירובין והוסיף — "אבל אנן לא קי"ל כרב (כונתו) — לא כרב ולא כשמואל, שכן בתוס' מבואר ששמואל מודה לעקרון שבדברי רב ונחלקו מתי יש אומדנא שגמר ומקני; ובסוגיא נפסקה הלכה כר' נחמן דפליג אתרוייהו) ומוכח שגם במקום דניחא ליה לא מהני ככה"ג".

ויש להעיר שאין זה מוכרח שהרי רב ושמואל מודים ליסוד זה ואעפ"כ נחלקו — כל אחד משיקוליו ואפשר לומר שרב נחמן נקט כתרוייהו; אמת הדבר ששוב אין משם ראייה שסברה זו היא אליבא דהלכתא, אך אין מפסיקת ההלכה משום דחיה ליסוד זה. (המהרש"ם — בעקבות הבנתו — ציין לדברי האבנ"מ הנ"ל וכתב דלדבריו ליתא לתרוצו, ע"ש. ואף רע"א הסתמך על דברי תוס' בבכורות שנאמרו בדעת ר' טרפון על אף שהלכה כר"ע).

לעומת דברי תוס', נתקשו ראשונים אחרים בבאור הסוגיא, וזה לשון הרשב"א:

"יש לפרש טעמא דרב משום דכיון דמערב נהנה בכך כדי שלא יאסור חברו עליו את המבוי גמר בדעתיה ומזכה ליה" אך אינו מסתפק בבאור זה ומקשה: "וא"ת מ"מ מאן קא זכי ליה, מסתברא לי כיון דלא זכיה גמורה היא וערוב דרבנן הוא עשאוהו כאותה שאמרו בפרק השוכר שבע"ז (ס"ג, ב) גבי חנוני המקיפו דמזכה ליה דינר בכיסיה⁹..."

מדברי הרשב"א נראה שאינו רואה אפשרות שאדם יקנה דבר בלי מעשה קנין¹⁰ (או בלי זוכה שיזכה לאחרים מדין זכין). בניגוד לדעת המהרש"ם השתמש המנ"ח¹¹ בדברי התוספות בבכורות כדי ליישב את דברי הט"ז. דעת הט"ז (או"ח סי' תל"ד סק"ז) ששליח יכול לבטל חמץ, ונימוקו — מכיון שרוצה להפקיע עצמו מאיסור חמץ מסתמא נותן את החמץ שלו במתנה לשליח כדי שיוכל לבטל. והקשה רבי יעקב מליסא (במקור חיים, שם) כיצד קנה השליח, הרי לא עשה שום מעשה קנין בחמץ. וכתב המנ"ח דסברת הט"ז כסברת התוספות שבמקום מצוה אין צריך קנין" (משום חיבת המצוה) ומכ"ש כדי להנצל מאיסור חמץ. וכתרוצו העלה החכמת שלמה באו"ח שם.

9 בריטב"א תרץ באופן אחר, ע"ש בדבריו ואזיל לטעמיה בכמה מקומות בענין "בההיא הנאה" (ראה למשל דבריו בשטמ"ק, ב"מ סוף פ' אזהר נשך ביחס לשכירות פועלים) וראה חידושי המאירי.

10 עיין הערה 8 ובדעת הרשב"א נראה לפרש כן כמבואר בפנים.

11 דברי המנ"ח הם בסוף מצוה שמ"ב ונשמטו ממקומם במצוה של"ו. (ובמהדר' מכוון י"ם הודפסו במקומם).

המג"ח כותב "להטעים דברי תוס" דמצינו כה"ג בש"ס (קדושין דף ט' ע"ב) כמה אתה נותן לבנך ומזה למדו התוס' הנ"ל, ועל כך בפרק הבא:

ד' דברים הנקנים באמירה

מצאנו — לכאורה, גמרא מפורשת שאי"צ מעשה קנין. בכתובות (דף ק"ב ע"ב) ובקדושין (דף ט' ע"ב) מובאת המימרא של רב גידל בשם רבי.

"כמה אתה נותן לבנך כך וכך וכמה אתה נותן לבתך כך וכך עמדו וקדשו קנו — הן הן הדברים הנקנים באמירה."¹²

אמנם הגמרא מוסיפה לנמק את דברי רב גידל ואומרת: "בההיא הנאה דקמיחתני אהדדי גמר ומקני להדדי" וההתחייבות באה בעקבות או בתמורת "ההיא הנאה". אולם רש"י (שם ע"א) כתב לפרש את דברי הגמרא, שהעמידה את המשנה: "הנושא את האשה ופסקו עמו לזון את בתה חמש שנים חייב לזונה", "בשטרי פסיקתא וכדרב גידל", ופרש"י: "החתן והכלה פוסקין תנאים שביניהם בשני עדים והעדים חותמים עדות גמורה וא"ת א"כ מאי למימרא? איצטריך כגון דליכא קנין אלא דברים ואשמעינן כדרב גידל דלא בעי קנין" עכ"ל. אם נפרש שהקנין נעשה ב"ההיא הנאה" ואותה הנאה נחשבת לקנין כסף או לחליפין¹³ מדוע כותב רש"י "כדרב גידל בלא קנין", הרי אין חידושו של רב גידל בכך שאין מעשה קנין אלא בכך של "ההיא הנאה" יש ערך כספי ויכול לקנות כשוה כסף או כחליפין¹⁴. לכן מדברי רש"י נראה שבמקום שיש גמירות דעת ודאית אין צורך במעשה קנין וכדעה קמייתא בתוס' בכורות הנ"ל. לעומת דברי רש"י (וכך גם משמע בדברי התוס' בסוגיין ועיין קרית ספר פ"ו מהל' זכיה ומתנה שכתב שהן הן הדברים הנקנים באמירה זה מדאורייתא¹⁵) מדברי המאירי (לקידושין דף ט') עולה כי דברים הנקנים באמירה מכח תקנת חכמים. בדבריו מביא שני פירושים:

א. "ההיא הנאה דקא מתחתני אהדדי" אינו עיקר הטעם לדין, עיקר הטעם — תקנת חכמים כדי שאנשים לא יטעו ויחשבו שהקדושין תלויים בקיום ההתחייבות ואינם חלים במקרה של אי מילוי התנאי, לכך תיקנו שהקדושין חלים בלא כל תנאי, והתנאים — חוב גמור הם.

ב. באופן אחר באר המאירי שבהנאה זו שמתחתנים משמש כגורם העיקרי לחלות ההתחייבות. המאירי סבור שיש נפ"מ בין ב' הטעמים — האם הדברים נקנים באמירה רק אם עמדו וקדשו מיד או גם לאחר זמן; לא ברור לי האם לטעם ב' איירי בתקנת חכמים או מדינא, ובדבריו לעיל כתב — "ושמא תאמר היאך אתה דנה אף במל"ה

12 ואף שדברי רב גידל עוסקים בהתחייבות, לרוב הדעות אין התחייבות בלי קנין; ע"ש מחלוקת ר"י ור"ל ושיטות הראשונים שבטור חו"מ סי' מ' ועי' אנצ"ת ערך התחייבות.

13 אם הנאה מועילה בחליפין ונחשבת ככלי עיין קצוה"ח, אמרי בינה ועוד בעקר בדעת ר"ח ואכמ"ל.

14 ומדוע לדחוק ברש"י שכונתו "כדרב כגידל דלא בעי קנין" כלומר קנין נוסף לעצם ההתחייבות.

15 באנצ' תלמודית ערך דברים הנקנים באמירה לא ציינו לדעה שסוברת שקונה מדאורייתא.

ע"פ והלא דברים בעלמא הם — תק"ח היא וכמו שאמרו כמה שאתה כו' וזאת לפני הבאת ב' הפירושים הנ"ל¹⁶.

בניגוד למש"כ בדעת רש"י, דברי הריטב"א ברורים — דברים הנקנים באמירה אינו אלא תקנת חכמים. (יעו"י ריטב"א עמ"ס קידושין ד"ה מיתבי שכתב: "דברים הללו לא אלמוה רבנן אלא לגבי בני חורי אבל ממשעבדי לא גבי";) לפי"ז אין הכרח לפרש בדעת רש"י שדברים הנקנים באמירה חל מדין תורה ואף בדבריו אפשר לפרש שאירי בתק"ח. מדברי האחרונים הבאנו לעיל שהמנ"ח רואה בדברים הנקנים באמירה מקור לדברי התוס' בבכורות י"ח, ולא מסתבר שמדובר שם מתק"ח מב' סיבות — א) לא מצאנו תקנה זו. ב) מדוע לתקן תקנה שם?

הנודע ביהודה (מהדו"ק סי' כ"ח ומהדו"ת סי' מ"ב בשתי תשובות לחתנו, שחולק עליו) נוקט כדבר פשוט שאין קנין בלי מעשה קנין, והחזיק עמו ר' יצחק אלחנן מקאונא (נחל יצחק סי' מ' ענף ד', ע"ש בארוכה בענין "בההיא הנאה" כמעט וכחליפין).⁸ החזו"א (א"ה ע"ס מ"ה סק"א) נקט שהקנין הוא "בההיא הנאה" ומתוך דבריו ניכר שאינו מפרש הסוגיא מדין תק"ח, וצ"ע מה אילץ את המאירי והריטב"א לבאר שמדובר כאן בתקנת חכמים. ייתכן והפתרון לשאלה זו נמצא במשכ' ר' אלחנן וסרמן בקוב"ש סוף כתובות שתוס' (בשם ר"ת) כתבו שיש דברים הנקנים באמירה בעלמא "כדקאמר בסמוך" (והביאו משם ראיה שאפשר להתחייב בלא קנין). והקשה ר' אלחנן דהתם איכא טעמא משום ההנאה ואינו דברים בעלמא ומהני נמי בקידושין. ותרץ: "וכיון ששניהם נהנים זה מזה ("דקמחתני אהדדי") אין כאן קנין מטעם הנאה (כי ההנאה הניתנת היא תמורת ההנאה הניתנת היא תמורת ההנאה המתקבלת ועיי' פלפולא חריפתא ריש ב"ב) אלא משום דגמרי ומקני בלא קנין" (ומבאר דלקידושין לא מהני דבעינן מעשה קנין ולא די בגמירות דעת וכמפורסם בשם הגר"ח מבריסק) ומדבריו משמע שהן הן הדברים נקנים מן התורה¹⁷.

בשולי פרק זה נציין לסוגיא נוספת בה נזכרת אפשרות של קנין בדברים בלבד; בגיטין ר"פ הזורק דנה הגמרא בהשאלת מקום ע"י הבעל כדי לתת גט לאשתו. בגמרא לא נזכר מעשה קנין שהאשה עושה. (ע"י חו"מ סי' קצ"ה סעי' ט). לשיטת הרמב"ם בסוגיא הבעל השאיל לה את מקום נפילת הגט בלבד. לפי"ז לא ייתכן שקנתה המקום בקנין חזקה כי לא היה ידוע באיזה מקום יש לעשות החזקה (אא"כ נאמר שחזקה בכל השדה כגון נעילה וגדירה מועילה למקום מסויים), וקנין מעות ל"ש, שכן מדובר בשאלה, בסודר — נחלקו ראשונים אם מועיל לשאלה, ולפי"ז צ"ל שהקנה לה בשטר, וצ"ע שלא רמזו לכך.

16 המאירי (בשם ויש שואלים) הקשה, שלא מצאנו דין "דברים הנקנים באמירה" אלא בפסיקת האב, ולא רק שאינו מחייב בהתחייבות של האם או האב, אלא אפילו הבעל בעצמו אינו מתחייב, על אף שבדאי יש לו הנאת חיתון. מדבריו בתשובתו משמע שמתייחס לב' שיטות (בשאלה כתב — "וא"כ זה קשה לשת"י שיטות") ויש מן האחרונים שרצו לדייק מתשובתו שב' הדעות נחלקו האם קונה מדרכנן או מדאורייתא.

17 הרש"ש בבכורות י"ח (על דברי תוס' שם) ציין לכמה מקומות בהם נאמר "בההיא הנאה" והוא רואה זיקה בין הסוגיות.

ערוה"ש, אבה"ע סי' קלט סקל"ב כתב: "...לפיכך אם הבעל השאיל לה חצירו וקנאתו בקנין המועיל וכו'". אמנם בחי' מכת"י על אחר כתב: "ושאלה כי האי גונא לא בעי לאקנויה בחד מאנפי הקנאה, אלא אפי' באמירה נמי סגיא כדאמרי' לפי שאין אדם מקפיד על מקום חיקה, אלמא כל היכא דלא קפיד בעל כחצירה דמי".

וצ"ב מה כוונת דבריו "ושאלה כי האי גונא". לפי ר"י בתוד"ה מה שקנתה (ע"ז, ב לעיל מיניה) שהסביר את הסוגיא בגט של שכ"מ שרבא הורה לבעל להשאיל לה מקום והצריך קנין לא ברור האם ניתן לחלק בין הסוגיות; לגבי ראיית החידושים מכת"י מרף ע"ח, ע"א (הקפדה על מקום חיקה) י"ל ששם מהני מצד קנין תשמישים (הנידון בקצוה"ח סי' ר').

עכ"פ דברים אלו מפורשים — "שאלה כהאי גונא לא בעי לאקנויה" והדברים טעונים ברור. (ייתכן ובתוס' ב"ב פה בסוגית כליו של מוכר ברשות לוקח הולכים בשיטה דומה ע"ש בד"ה כגון).

ה] שיטת הפנ"י; עשר שדות בעשר מדינות.

א) איתא בפ' ח"ה (דף ל"ז): "זה החזיק באילנות וזה החזיק בקרקע. א"ר זביד זה קנה אילנות וזה קנה קרקע. מתקיף לה רב פפא א"כ אין לו לבעל אילנות בקרקע כלום, לימא ליה בעל הקרקע לבעל אילנות עקור אילנך שקול וזיל, אלא א"ר פפא זה קנה אילנות וחצי קרקע וכו'".

ופי' רשב"ם שאירי במכר, שא' מכר לזה קרקע ולזה אילנות והחזיק כ"א בשלו. והקשו בתוס' — אמאי נקט חזקה טפי מקנינים אחרים ועוד קשה דרב זביד מודה שעד שימות האילן אי"צ לעקור וא"כ מאי פריך: לימא ליה... עקור אילנך?

ובקצוה"ח סי' רטז באר דבריהם עפ"י מה שהמל"מ מביא (פ"א ממכירה הל"ח) בשם חכמי הדור שלפניו שהסתפקו האם ניתן לקנות בחזקה מקום שהתשמישים שייכים לאחר (כגון מקום מושכר) ומהר"י מינץ פשיטא ליה שא"א ד"לא מצי לעשות עתה חזקה במידי דליתיה עתה שלו". ועפ"י באר הקצות את דברי הרשב"ם, דא"ר פפא שאין לבעל האילנות בקרקע כלום כי אם יש לו בקרקע עד שימות האילן א"כ איך קנה זה שהחזיק בקרקע את מקום האילנות על זמן, העתיד הרי השימושים — עתה — אינם שלו אלא לבעל האילנות וחזקתו לא מהני לכאן. (נ.ב. לכאורה תלוי מי עשה הקנין קודם). ואכן ניחא מה דנקט חזקה ולא שאר קנינים דכסף ושטר היו מועילים עכ"ד הקצות.

ועי' בטבעת החשן שהעיר על דברי הקצות שהואיל ומהני קנין החזקה לקנות חלק מהשדה י"ל דשוב יועיל לקנות אף מה שמושכר לבעל האילנות. (העלה כן לפי מש"כ לפרש בטעם ספיקם של חכמי הדור, דלא תועיל חזקה בקרקע שלאחר יש שימושים כי התיקון אינו צורכו ואינו מראה על ידה בעלות).

בדעת הקצות י"ל שאף שמצינו הלכה שהמחזיק בשדה אחת קנה עשר שדות (קידושין כ"ז, ב), היינו היכא שבכל העשר היה אפשר לעשות חזקה והחזקה היתה מועילה, משא"כ בנידון דידן שחזקה לא מועילה לקרקע ששייך לעצים.

ב) בגמ' הנ"ל בקידושין, נאמר כך (מימרא דשמואל): "מכר לו עשר שדות בעשר מדינות

כיון שהחזיק באחת מהן קנה את כולן. ואין לנו הלכה כזו במטלטלין שהם גופין מחולקים, משא"כ קרקע דסדנא דארעא חד הוא (שם בגמרא).

יש לחקור האם החזקה מתיחסת לכל שדה ושדה כאילו עשה בה חזקה, או שדי בחזקה בשדה אחת. והא דבעינן לטעם דסדנא דארעא חד הוא, דאל"ה אין שייכות ביניהם. ולצד ב' עדיין צ"ב מדוע תשע שדות נקנים בלי מעשה קנין.

לבאר ענין זה נסתייע בדבר הפנ"י עמ"ס גיטין ר"פ הזורק; תוס' הקשו (ע"ז, ב ד"ה ותיזיל) מדוע כשהאשה קנתה חצר מבעלה (וגיטה בתוכה) אין חסרון של טלי גיטך מע"ג קרקע. ותירצו: "דכיון שהגט הוא מרשותו לרשותה הוי כאילו נתנו לה". והקשה הפנ"י דמ"ש מגט בידה ומשיחה בידו, וכתבו תוס' שאפילו אם קפצה ידה באופן שאינו יכול לנתק ולהביא הגט אצלנו דלא מהני כי המעשה נעשה על ידה, הרי כאן מעשה הקנין נעשה על ידה (נ.ב. עי' אבנ"מ ועוד אחרונים בבאור דברי התוספות. וייתכן ורש"י פרש בסוגיא זו שקנתה מדין אגב ולא מדין חצר כפי שפרש בדף כ', כי שם הבעל הקנה לה החצר בשטר וזהו קנין מצד המקנה, בניגוד לחזקה שהיא קנין מצד הקונה. כן שמעתי ממו"ר הגרמ"ח דימנטמן שליט"א).

הפנ"י תרץ קושיתו כך: "דהכא עיקר המתנה נגמר ע"י שאמר לה לך חזק וקני והיא דבעינן קנין היינו לענין חזרה, דקודם קנין יכול לחזור בו מיהו כל כמה דלא חזר ביה נגמר הקנין משעת הדיבור ושפיר קרינן ביה ונתן, כן נ"ל ועדיין צ"ע". מדברי הפנ"י עולה כי העיקר בקנין הוא דעת ורצון המקנה והקנין הוא רק למנוע חזרה (אולי מצד אתי דיבור ומבטל דיבור).

נראה שדברים אלו מפורשים בדברי הרשב"ם בפירושו לב"ב דף ע"ה ע"ב ד"ה איתמר ספינה וז"ל:

"מאימתי תהא קנויה ללוקח שלא יוכל מוכר לחזור בו, דהא במטלטלין אין מעות קונות אלא משיכה או רשותו". לאור דברים אלו יש מקום לומר שהעושה חזקה בשדה אחת אינו צריך מעשה קנין לשאר השדות, דלפנ"י ולרשב"ם עיקר הקנין נגמר ברצון המוכר ומעשה הקנין אינו אלא להוציא הדיבור מגדר דיבור כדי שא"א יהיה לבטלו, ולכן משעשה מעשה קנין על חלק ממה שנקנה עתה — די בכך; ולגישא זו הצורך בסברה של "סדנא דארעא חד הוא" הוא כדי שהדיבור על מקח זה ייחשב לדיבור אחד (ולאחר שעשה מעשה בחלקו שוב אינו יכול לחזור כלל) אך לא כדי שמעשה החזקה יתיחס לכל השדות.

ג) אם כנים הדברים נראה שצדק בעל טבעת החשן בהערתו הנ"ל, על דברי הקצות; מעשה החזקה שעושה קונה הקרקע יכול להועיל גם לקרקע שמתחת לאילנות למרות שבשעת העשיה א"א לעשות שם חזקה, מ"מ סדנא דארעא חד הוא והקרקע היא בת קנין גם כעת (כסף ושטר).*

* רמ"א בחו"מ סי' ר"ג סעי' י הביא שלוש דעות בענין אדם שהקנה לחבירו מעות וקרקע בחליפין (ובמעוה לא מהני חליפין). י"א שכל הקנין בטל וי"א שהכל קיים וי"א שקנה הקרקע. המ"ד השני סובר — מיגו דחייל אקרקע חייל נמי אמצעות (ע"ש בסמ"ע וברמ"א סי' ר"ט סעי' ד ובנו"כ). ואין להקשות — למה לי סברת מיגו דחייל, תיפוק ליה שעשה קנין ושוב אינו יכול לחזור כמו שהצענו בגוף המאמר, כי אין כאן צירוף בין הקרקע למעות; הסמ"ע הביא קושית רבינו שמחה על שיטה זו: אם אומרים מיגו

הרש"ש מסיים דבריו שייתכן וממקומות אלו ראייה לדברי הרמ"א בסי' קצ"ח סעי' ה', בניגוד לדעת הש"ך שם — וכך נראית כונתו: הרמ"א פסק שם: "וכן אם התנו בהדיא דמעו יקנו, קנו" והאריך הש"ך לחלוק וטענתו העיקרית היא שא"א להתנות לעשות קנין מדבר שאינו קנין, וע"ש במחנ"א הל' קנין מעות סי' א' בקצוה"ח שם (ובטבעת החושן בהבאת דברים ודעות בפלוגתא זו). עכ"פ נראה שהרמ"א סובר שעקר הקנין תלוי בדעתם של המוכר והקונה, ולכן על אף שבטלו חכמים קנין מעות י"ל דהיכא דהתנו שפיר מהני. ובדעת הש"ך י"ל שיש צורך בקנין המקובל לכו"ע כדי שהצדדים יגמרו בדעתם לקנות/למכור (דהיינו — לא מצד לא פלוג אלא דבטלה דעתם ואינם גומרים בדעתם). והאחרונים ציינו לדברי הריטב"א (קידושין דף כ"ה) שלא מועיל תנאי בין הקונה והמוכר, אמנם הריטב"א מדבר על תנאי לקנות במעשה שאינו קנין כלל, וייתכן ויודה לדברי הרמ"א. עפ"י סברות אלו נראה לבאר מחלוקת רשב"ם ור"ת בפי' הספינה (ב"ב ע"ו, א). משמם של אביי ורבא נאמר שמסירה קונה ברה"ר ומשיכה בסימטא, ובאר הרשב"ם שמסירה קונה ברה"ר כיון דלא אפשר במשיכה (כי למשיכה צריך הכנסה לרשותו), ואילו משיכה קונה מרה"ר לסימטא ומסירה לא מועילה שם — "דעיקר מסירה אורחה ברה"ר ומשיכה אורחה ברשות שיש לו חלק בה"; והקשה ר"ת (הו"ד בתוספות שם) "וכי משיכה ומסירה מצוות הן שאין לעשות אלא מן המוכר". ונראה שהרשב"ם נקט שעיקר חלות הקנין תלוי בדעת האדם ולכן קנין באופן "דלאו אורחה" (כגון מסירה בסימטא — על אף היותה מעשה קנין) אינו מועיל, כי אדם אינו גומר בדעתו אלא במעשה שמקובל ביותר, ואילו לדעת ר"ת — הקניינים, עקרם המעשה, ולכן אם המעשה מוגדר כמעשה קנין מה לי הכא ומה לי התם (פרט למשיכה, כמובן, שברה"ר אינה קונה כי חסר במעשה המשיכה). ובזה יבואר מה שהשיב ר"י על ר"ת — "אין זו קושיא (וכי מצוות הן)" דכי האי גוונא אמר לקמן (פו, א) דהגבהה החשובה יותר מבטלת שאר הקניינים, במקום שמועילה הגבהה א"א לקנות אלא בהגבהה. ולכאורה זו תשובה חזקה לקושית ר"ת, וצ"ל שר"ת למד שבאיכות המסירה אין נפ"מ אם נעשית היא ברה"ר או בסימטא (וכך גם למד הרשב"ם), אלא שהוסיף שאורחה בסימטא — לקנות במשיכה, וכיון שחשיב מעשה קנין אין להבדיל בין המקומות השונים, משא"כ חפץ שהוא בר הגבהה לא תיקנו בו משיכה כקנין, כי אדם מראה בעלותו (או הכנסה לרשותו) בהגבהה יותר מאשר בקניינים אחרים, ולכן אין פעולות אלה נחשבות לקנינים כלל (ראה לקמן בענין מעמ"ש בהערה שם שנראה שראשונים אלו אזלי לשיטתם).

דחיילי למה צריך קנין אגב נימא מיגו דחייל אקרקע חייל נמי אמטלטלין? הנתיבות יישב וכתב — דוקא בקנין סודר שייך לומר כך כי המעות והקרקע ביחד הם חליפי הסודר ותלויים זב"ז משא"כ בחזקה שעושה בקרקע, הזכיה בקרקע אינה תלויה או קשורה בקנין המטלטלין ולפי"ז א"א לומר מיגו ולא מהני אגב. (ג.ב. ע"י דברי יחזקאל בגדר קנין אגב!). עפ"י דברינו לעיל יש להוסיף שאף ששניהם חליפי הסודר אין זה משתווה לסברת סדנא דארעא חד הוא שמעיד על תכונה יסודית ולא על מקרה מזדמן.

[ו] קנין בקצצה/סיטומתא (ירושלמי קידושין פ"א הל' ה')

"בראשונה היו קונין בשליפת המנעל ... חזרו להיות קונים בקצצה. מהו בקצצה? בשעה שהיה אדם מוכר שדה אחוזתו היו קרוביו מביאים חביות וממלין אותו קליות ואגוזים ושוברין לפני התנוקות והתינוקות מלקטין ואומרים: "נקצץ פלוני מאחוזתו..." (ירושלמי, שם).

בספר דבר אברהם (ח"א סי' א') נעץ יתדו בדברי הירושלמי ומכאן בסס דבריו, שכל מנהג שהנהיגו (סוחרים) בדרכי המנהג מהני מן התורה כשם שחליפין מהני מהתורה, ע"ש ובהשגות על דבריו ואכמ"ל. ובדעת הדבר אברהם נראה דלא כצד א' בחקירה (שהעיקר הוא כמעשה הקנין, שא"כ איך יחדשו הסוחרים מעשים מדעתם לאחר שגזרה תורה לקנות באופנים מסויימים) והדעת נוטה לבאר כצד ג' בחקירה, דלצד ב' (הוכחה על גמירות הדעת) איזו הוכחה יש בקצצה לגמירות הדעת של הקונה והמקנה, הרי המעשה כלל לא נעשה על ידם אלא על ידי אחרים בלבד (אם כי יש לפרש שההוכחה היא מעצם שתיקתם, כמו שצ"ל שהסכמת המוכר מתבטאת בכך שהקונה עושה קנין עפ"י ציוויו ולעתים שלא בפניו כלל). ונראה שכאשר מתרחש מעשה כזה בשעת המכירה גומרים — המקנה והקונה — בדעתם לא לחזור בהם ממקח זה.

כפתח הדברים ציינו לשיטת הנתיות שסיטומתא קונה מדרבנן בלבד, ונראה שבחקירה זו גופא נחלקו. (ובענין קנין דרבנן אי מהני לדאורייתא נאריך, אי"ה, במקו"א). אמנם המעיין בדבר אברהם יראה שכותב שהלכה למ"מ שמנהג שנהגו בו היו קנין דאורייתא, ואם כנ"ל בדברנו למה לי הלכה למשה מסיני לענין זה. ואולי פירושו שלא נאמר דגז"ה כדוקא קנין המוזכר בתורה מועיל לגמירות דעת וצ"ע. (בהערות למנ"ח הוצאת מכון י"ם מצוה שלו ציינו לדבר אברהם שסובר שמהות הקנין היא "להוכיח על גמירת דעת לקנות ולהקנות" וכנ"ל, אך לא מצאתי כן במפורש בדבריו).

מאידך גיסא, יש לדייק מדברי החת"ס¹⁸ (שמוצג כבר פלוגתא של הנתיות) שלמרות שהוא סבור שקנין דרבנן מהני לדאורייתא, ושסיטומתא וכד' וכל מנהגי הסוחרים תקפם כשל תורה, אין זה נובע מהסברה שעיקר חלות הקנינים הוא בגמירות הדעת, שכן נימוקו של החת"ס הוא — "דמתנה עמש"כ בתורה בדבר שבממון, תנאו קיים"; אדרבא מדבריו מוכח שעיקר המקח מסתיים במעשה הקנין, וזהו דין מדיני התורה, ומכיון שזהו דין בממון ניתן להתנות, ולנהוג באופן אחר. אמנם אף החת"ס יודה שאדם אינו יכול להתנות ולבדות קנין מחודש מלבו (עי' ש"ך סי' קצ"ח סק"ו), וצריך לומר דכטלה דעתו אצל כל אדם, (מעין לא פלוג) או שמא נבאר כך — אף לצד א' בחקירתנו הנ"ל פשוט שצריך גמירות דעת, וי"ל דחסר בגמירות הדעת באופן שההתנייה היא ביניהם בלבד.

ז] קנין בהסכם עבודה

קיימות שיטות שונות — בראשונים — בהבהרת חיובי המעביד והעובד. אפשרות חזרת אחד הצדדים והתנאים בהם רשאים לעשות כן (אם או בלי פיצוי) נידונו בהרחבה בפרק ששי במסכת ב"מ.¹⁹ לנדון שלנו יש להביא את שיטת הרמב"ן:

הרמב"ן בחידושו לב"מ (דף ע"ו ע"ב ד"ה והא דקתני, ולדעת השטמ"ק ד"ה ורש"י כתב זוהי גם שיטת רש"י) מסביר את ההבדל בין "הלכו הפועלים" ל"לא הלכו" כך: "הלכו" פרושו התחלת העבודה, ותחילת מלאכה היא דרך קנין²⁰ מיוחדת להסכם עבודה. בעקבות קנין זה מחוייב בעה"ב לשלם לפועל אף אם אינו רוצה בעבודתו (כפועל בטל). דברי הרמב"ן טעונים באור — מנין לחדש מעשה קנין, בפרט שאין כאן פעולה שנעשית לצורך הקנין כי אם פעולה שמטרתה — כשמה: להתחיל במלאכה. מכאן נראה שהגורם המחייב הוא גמירות, הדעת ומעשה הקנין הוא אמת מידה לרצינות הנפשות הפועלות — ייתכן והוא מעיד על גמירות הדעת ואף מסייע וגורם לאדם לקבל החלטה, ולכן מחשיב הרמב"ן התחלת מלאכה כקנין.

הנתיבות בסי' של"ג סק"ג סובר שחיוב הפועל או בעה"ב לאחר תחלת מלאכה אינו אלא מכח תקנת חכמים, וקושייתו העיקרית היא — כשאדם מתחייב לקנות סחורה וחוזר בו — פטור הוא, ומדוע לחייב בעה"ב שהתחייב "לקנות" עבודה וחוזר בו?²¹ ייתכן והנתיבות אזיל לשיטתו — כפי שנתבארה לעיל (בענין קנין דרבנן) ולדעתו עיקר הקנין הוא במעשה ולא בגמירות הדעת.

ח] תורי"ד ב"ב דף פ"ח ע"א.

בפרק הספינה (שם) לאחר דיון בדינו של שמואל — "הנוטל כלי מבית האומן ע"מ לבקר"ו מובאת ברייתא:

"ת"ר הלוקח ירק מן השוק ובירר והניח אפילו כל היום כולו לא קנה, ולא נתחייב במעשר, גמר בלבו לקנותו קנה ונתחייב במעשר. להחזירו אי אפשר שכבר נתחייב במעשר ולעשרו (ואז להחזיר) א"א שכבר מפחיתן בדמים, הא כיצד כו"ו".

הרשב"ם באר שמדובר בחבר שקונה מעם הארץ, כל עוד הוא מברר ומניח אינו חייב במעשרות כיון שמטרתו היא לחפש סחורה יפה, "אבל גמר (בדעתו) לקנות נתחייב מיד לעשרו (כדין) דמאי" והבעיה שמתעוררת כאן היא במקרה ורוצה החבר לחזור בו (בהסכמת המוכר, רשב"ם ותוס') אלא שכבר נתחייב.

19 ראה "תחומין" כרך ז' וח' מאמריו של ד"ר א. ורהפטיג.

20 עי' מחנ"א הל' שכירות פועלים סי' ד' ונראה מדבריו שחיוב בעה"ב מטעם קנס הוא, אך הרמב"ן כותב בפרוש "קנין".

21 שאלתו היא לשיטת הרמב"ן, בניגוד לשי' תוס' שיש כאן חיוב מצד מזיק (דינא דגרמי, ע"ש תוד"ה אין להם).

בהמשך שאלו בגמרא: "אטו משום דגמר בלבו לקנות קנה ונתחייב במעשר? אמר רב הושעיא — הכא בירא שמים עסקינן, כגון רב ספרא דקייס בנפשיה ודובר אמת בלבבו". בתרוץ הגמרא שמדובר ביר"ש אין הכוונה שזו מידת חסידות ליר"ש שיעשר, שכן בתוס' הקשו — אם גמר בלבו לקנות — היאך מחזיר ומשמע שנקטו שקנוי לגמרי, ותוצו שהמוכר מסכים לחזרה.

בדברי הגמרא ניתן לבאר שיר"ש כרב ספרא יקנה כאן בהגבהה שהגביה בצרוף גמירות הדעת. אך הרי"ד הקשה בתוספותיו — אם מדובר שקונה בהגבהה י"ל שממילא קנה מדין הלוקח כלי מבית האומן ע"מ לבקרו, ואע"פ שזהו קנין על תנאי שיכול לחזור בו, מ"מ שפיר נתחייב במעשר, ולכן לדעת הרי"ד מדובר שהגביה שלא על מנת לקנות וכבר הניח הירק ורק אז גמר בדעתו, וז"ל:

"... וברישא קתני דאע"ג דאיכא הגבהה כיון דלא היתה על דעת לקנות לא קנה ובסיפא קתני שאם גמר בלבו לקנות אע"ג שלא הגביהה, קנה (ו) מעשר ומש"ה מקשה: ומשום דגמר בלבו לקנות קנה ומעשר בלי שום הגבהה, אנה מצאנו שבגמר לב אדם נתפש ולהכי מידחייק ומוקי לה ביר"ש וכרב ספרא שאין הדין נותן כך (בכל אדם)" ונראה מדבריו שיר"ש קונה למרות שבשאר אינשי לא קנה בכה"ג, וממילא ניתן להסיק מכאן דלא כצד א' בחקירה, והנפ"מ בנדון כגון זה שהקונה הוא יר"ש כרב ספרא²².

סכום ביניים

ראינו עד כה מספר הוכחות לצדדים השונים של החקירה ואפשרות לתלות בהם מחלוקות ראשונים. הנפ"מ שהועלו עד כאן נוגעות לכמה מקרים:

א. האם קנין דרבנן מהני לדאורייתא? וביתר דיוק — מנהג שהנהיגו סוחרים האם תקף מן התורה?

ב. האם (באופן תאורטי לכה"פ) יש אפשרות להקנות בלי מעשה קנין?

ג. חזרה תוכד"ד מקניינים.

ד. חזרה תוכד"ד מהקדש.

ה. קנין בהסכם עבודה.

בהמשך דברנו נביא כמה מחלוקות ראשונים שיכולות להתפרש סביב החקירה הנ"ל:

ט] תנאים בקנינים

נחלקו ראשונים האם בקנינים יש צורך בתנאים עפ"י גדרי תנאי בני גד ובני ראובן, או שמא זהו דין בגטין ובקדושין בלבד. וכתב הרמב"ם בהל' אישות (פ"ו הל"ד): "יש מקצת

22 מדברי הרשב"א בשטמ"ק אין הכרח לבאר כרי"ד ואפשר לומר שהרשב"א לא קיבל את קושית הרי"ד ושלדעתו הלוקח כלי מבית האומן אינו קנין גמור. וכן משמע מהפירוש המודפס בגליון הגמרא (בשם פירוש רשב"ם העיקרי) וז"ל: "אטו משום כו' ואמאי, אפי' אם קייצי דמייחן לא הוי המכר מכר היכא דמחזירם וליהדרניהו וליפטר" ובתשובת הגמרא י"ל שקונה בהגבהה.

גאונים אחרונים שאמרו שאין אדם צריך לכפול תנאו אלא בגו"ק בלבד אבל כדיני ממון אינו צריך לכפול ואין ראוי לסמוך על דבר זה..."

בקוב"ש לקידושין דף ז' כתב שיש הבדל בין קנינים במקח וממכר לבין הקנין בקידושין: (כמדומני שהדברים מפורסמים כדברי הגר"ח מבריסק, יעוי' ברכת שמואל עמ"ס קידושין סי' י' ובספר שעורי הגר"ד עמ"ס ב"מ ס' ט"ז-י"ח) במקח וממכר עיקר החלות נפעל ע"י דעת ורצון המקנה והקונה לעומת גו"ק דודאי לא מהני "גמר ומקדש" אלא נאמרה הלכה של מעשה קידושין וגירושין.²³

בדרך זו יש לבאר שיטתם של "מקצת גאונים אחרונים" (המכוון לשיטת הרי"ף) ודעת תוס' בשם רשב"ם (קידושין דף מ"ט ע"ד ד"ה דברים) שאין צורך בתנאי כפול אלא בגו"ק ולא בממונות, וזאת בהקדם דברי התוס' בכתובות (דף נ' ע"א ד"ה הרי) שהקשו: "ותימה אם כן אמאי היא מקודשת הרי התנה בפירוש שאם יהא לה עליו שאר כסות ועונה שאינה מקודשת כו' ואור"י דאי לאו דילפינן מתנאי בני גד ובני ראובן ה"א דשום תנאי אינו מבטל את המעשה ואפילו לא יתקיים בסוף המעשה קיים והשתא דילפינן מהתם דמהני תנאי לבטל המעשה אמרינן דדוקא כשאינו מתנה עמש"כ בתורה דומיא דב"ג וב"ר שלא התנו עמש"כ בתורה". ועדיין צ"ע אלמלא דעתו לא יחול הקנין ומה כוונתם באמרם: "ה"א דשום תנאי לא יבטל המעשה", הרי אין הנידון ביטול מעשה אלא שעל צד זה מעולם לא חל כלל? ! ועפ"י הנ"ל יש לבאר כך: בגו"ק שיש בהם צורך במעשה שייך לומר לא אתי דיבור ומבטל מעשה, ואין המעשה גילוי דעת בלבד אלא הוא הפועל את החלות, ומסביר (בלי תנאי ב"ג וב"ר) אין בהם דין תנאי (דהמעשה הוא מעשה אלימתא), משא"כ בקנינים ובממונות שעקר החלות הוא על ידי רצון וגמירות דעת המשתתפים והמעשה אינו אלא היכי תימצא לגמירות הדעת י"ל שתנאי מועיל בהם מסבירא.²⁴

לחילוק זה נרמז בהשגת הראב"ד בפ"ג מזכיה ומתנה ה' ז'; בעקבות מש"כ הר"מ (על שיטת הגאונים) "ואין לדבר זה ראייה" כתב הראב"ד: "אע"פ שאין ראייה לדבר זכר לדבר וטעם גדול לדבר ואין יתכן וזה מוכר קרקע או נותנו ואומר איני מוכרו אא"כ יעשה לי כך וכך ונוציא אותו מידו ולא עשה מה שהתנה עליו אבל בגו"ק אומדן דעתא הוא מכיון שנתן דעתו לגרש או לקדש אין התנאים אלא כמפליג בדברים..." וצ"ע דנימא כן אף בקנינים וי"ל שכונתו לחלק כנ"ל דבקידושין יש תורת מעשה על מעשה הקידושין, ולאחר המעשה,

23 בספר טבעת החושן ח"ג בקונטרס משפטי התנאים הביא בשם חתנו הרב ניסן אלפערט לבאר דברי מהרש"א בגטין ר"פ האומר שכתב שבקידושין ל"ש בעית הגמרא אם איש יכול להיות שליח קבלה משום דכבעל גופיה שייך קבלה כגון באדם חשוב (הילך מנה ואקדש אני לך כו'). ודברים תמוהים לכאורה הרי הקידושין שם חלים מדין כסף — ע"י קבלתו ממנה היא מקבלת ממנו הנאה, ומה הקשר לקבלת קידושין עבורה, הרי שם נותן המקדש לאשה הנאה ע"י קבלתו. ולפי הנ"ל י"ל דבקידושין בעינן מעשה קידושין ולכאורה אין בכה"ג מעשה ואעפ"כ מקודשת, ושפיר הוכיח משם המהרש"א דחשיב קבלה על ידו כיון שע"י השתתפותו במעשה נתקיימו הקידושין.

24 ענין התנאים שמעתי בשעור בישיבת כרם ביבנה ולאחר זמן ראיתי שגגון דברים אלו נכתבו בשעורי הגר"ח שמואלביץ בשעוריו עמ"ס קידושין (סי' א' וסי' ג') ובסגנון דומה האריך בכך בספר טבעת החושן שם; בסוד הדברים ע"י שעורי ר' פסח מקוברין בכתובות סי' ב'.

המעשה הוא זה שפועל את החלות. (אמנם בכונת הראב"ד י"ל שכיון שגו"ק הם עניינים רציניים וחמורים אדם שעושה מעשה גומר בדעתו, ולכן מתיחסים אל התנאי כהפלגה, ובדומה למה שמצאנו שאדם אינו יכול לחזור בו תוכד"ד מהקידושין). אמנם, בהסבר זה אין התייחסות לשאר דיני התנאים (הן קודם ללאו וכד'). ולכאורה יש לומר שכל קושיית הראשונים (תוס' כתובות הנ"ל וע"ש היטב ברשב"א) היא קודם דין תורה, ואילו לאחר שגזרה תורה שיש צורך במשפטי התנאים ממילא מי שאינו מתנה תנאי כפול אינו אלא מפליג בדברים (ואף באיניש דלא גמיר²⁵ דינא י"ל דבכה"ג אומרים לא פלוג) אם כי מדברי השואלים לא משמע כן.

ין הבדל בין ישראל לנכרי בקנינים

בתרוץ כנ"ל (להבחין בין המצב קודם מתן תורה לאחריו) ניתן להבחין את ההבדל בין קנין בישראל לקנין בגוי. לדעת רבי יוחנן שדבר תורה מעות קונות — הנ"מ בישראל אבל מעכו"ם משיכה קונה ולא מעות.

אם ננקוט כצד א' בחקירה — שהמעשה הוא הפועל בחלות הקנין, יש לומר שכך גזרה תורה, אך אם נאמר כצד ב' וג' שעקר הפועל וגורם לחלות הקנין הוא גמירות הדעת של האדם מאי נפ"מ בין ישראל לנכרי? ויש ליישב כנ"ל; קושיא זו אפשר לשאול בסגנון אחר — מדוע כך גזרה תורה? אך לאחר ההלכה שוב י"ל שממילא לא נוהגים אחרת²⁶, ועיי' בקצוה"ח סי' קצ"ח דאם התנו לקנות בקנין שמועיל בישראל מהני (ואף שיש לשאול — לפי"ז מדוע רבו השותיים בענין מכירה לגוי בחמץ ובכהמה מבכרת, י"ל שהעושה קנין מעוניין לעשות כפי שמורה ההלכה ודעתו לעשות הקנין "כפי שיוורה הרב" ועפ"י המפורש בשו"ע).

בשאלה זו (מדוע כך גזרה תורה) יש להביא את דברי החת"ס (בשות' תחומ"מ סי' קל"ד):

"ואולי י"ל עיקר קנין בכסף אך בנכרים חשש הקב"ה לשמא יאמר נשרפו חטין בעליה, ע"כ קונה במשיכה דוקא משא"כ ישראל אנשי אמונה הניחה התורה על

25 שאלה כגון זו (כולי אינשי אי גמירי או לא) מתעוררת במספר סוגיות. נציין אחדות מהן: (1) מיגו אמרינן אף למי שאינו ת"ח, אף אם טענת המיגו דורשת הבנה בהלכות ולא היה טוען כך מעצמו. (אולי תלוי אם מיגו זה ברור או כח הטענה). (2) דעת הסמ"ע בחו"מ סי' ה' שאם דנו דין בתחילתו בלילה, י"ל דחשיב קיבלו עליהו ואפילו לא חוששים שבעלי הדין לא ידעו שאין דנים בלילה ובשאלה זו עיי' שו"ת רדב"ז ח"ג (סי' תתקמ"ד) ובשער המשפט לסי' ה'. (3) הריב"ש הוכיח שאין לומר — אולי לא ידע את הדין (עיי' ריב"ש סי' ת"פ) הוכחתו היא מב"ב ס"ד, א' קחנו משם. (4) קהלת יעקב חלק מצות חכמים אות א' ועיי' בארוכה בברור הלכה שבספר הלכה פסוקה על חו"מ כרך א.

26 אמנם הדבר אברהם ח"א סי' א' מבחין בין מנהג שנהגו הסוחרים לבין קניינים שחקינו חכמים ולא נהגו בהם, אך זה כבר תלוי במציאות ואין באפשרותנו לבדוק עתה מה קדם למה — הדין או המציאות בהל' מקח וממכר (עיי' חת"ס בתשובה שדן במה קנו קודם מ"ת), ויש מקרים לא מעטים שאילו הדין היה שונה גם כונת הפועל בדבר היתה משתנה בהתאם.

עיקר הדין עד שנתקלקלו הדורות ותקנו חכמים משיכה כמו שתיקנו היסט משנתקלקלו הדורות". (ע"ש עה"פ שמשא אמר לאדום "אוכל בכסף תשברני").

לאור דברי החת"ס י"ל (אליבא דר' יוחנן עכ"פ) שיש גם חסרון בסמיכות דעת בקונה מן הנכרי בכסף בלבד (ובפרט לאחר מש"כ דחשש הקב"ה י"ל דחששו אינשי בעקבות הדין או מחמת אותה סיבה שגורמת לדין).

מחלוקת ר"י ור"ל אף היא טעונה ברור. בשלמא אם נקוט כצד א' בחקירה ומעשה הקנין הוא כגזרת הכתוב והוא אשר פועל את החלות יש מקום למחלוקתם עפ"י דרשת/הבנת הכתובים, אך אם העיקר הוא בגמירות הדעת היאך נבין את מחלוקתם? יש לבאר או עכ"פ להאיר במקצת ענין זה עפ"י שתי נקודות: הא' — נחלקו הראשונים מהו המקור לכך ש"דבר תורה מעות קונות" לדעת ר' יוחנן. ונאמרו בזה ג' שיטות²⁷:
א. דעת רש"י דילפינן מ"ונתן הכסף וקם לו" למרות שפסוק זה נאמר בהקדש (עי' קוב"ש ח"ב סי' כ' אות ג-ה).

ב. שיטת ר"ח ורי"ף שלומדים ק"ו — ומה גופו נקנה בכסף (דהיינו עבד עברי שנקנה בכסף כדילפינן מקרא) ממונו לא כ"ש?
ג. שיטת הנמור"י — "לאו מקרא יליף אלא מסברא בעלמא דבדין הוא שיהיו (מעות) קונות כיון שרוב הקניינים נעשים בכסף".

יש לבאר כונת הנמור"י ד"רוב קניינים נעשים בכסף" — לא נראה שכונתו שרוב הקניינים הם מקח וממכר ומלווים בתשלום ולכן מסתבר שהתשלום הוא מעשה הקניינים, כי אז היה יכול לומר שכל הקניינים (קרי כל מכירה) נעשים בכסף ולשון "נעשים" מורה שיש התייחסות של האנשים לנתינת הכסף כאל פעולה קניינית, ולפי"ז קבע ר' יוחנן שד"ת מעות קונות²⁸. דברי הנמור"י מהוים ראיה לשיטת הדבר אברהם (הנזכרת לעיל) שמנהג הסוחרים קובע לענין קניינים דאורייתא, אמנם לא די בכך שכן ר"ל חולק על ר' יוחנן וצ"ע במה נחלקו.

לאחר החיפוש מצאתי שהעיר בזה המקנה בקידושין (דף כ"ב ד"ה אמר שמואל). איתא בגמרא — אמר שמואל עבד כנעני נקנה במשיכה כו' ובטעם הדבר כתב הפנ"י דמשיכה מועילה בכל מקום כמו שמצינו במציאה ומתנה²⁹ ובנכסי הגר, אלא שר' יוחנן ממעט מטלטלין (במקח) מ"וכי תמכרו ממכר לעמתך" ובקרקע היה צריך להועיל, אלא שאין היכי תימצי, לכן בעבד כנעני מהני משיכה עכת"ד הפנ"י. והעיר המקנה מגטין דף כ"ב דעציץ נקוב נקנה במשיכה וזרעים שבו (דחשיב כקרקע) אינם נקנים במשיכה, ועל מש"כ הפנ"י שמשיכה קונה בכ"מ והוכיח כן ממצאיה, תמה המקנה:

27 עיין סמ"ע ר"ס קצ"ח.

28 באופן דומה יש לבאר דברי ר"ח ורי"ף. אם פעולות הקנין הם גזה"כ בעלמא איך ניתן ללמוד ק"ו מקנית גופו לקנית ממונו. אף אם מכירת הגוף נחשבת לדבר חמור מה הק"ו שקנין מעות יועיל בממונו, אך אם עיקר הקנין הוא בגמירות הדעת ובד"ת בקנין כסף יש גמירות דעת להקנות גופו (כמוכר עצמו), כ"ש שאדם גומר בדעתו להקנות ממונו. והנמור"י הקשה שאין כאן ק"ו דמצאנו שגוי נמכר בכסף ואעפ"כ מטלטליו במשיכה בלבד. ואפשר ליישב הפירכא עפ"י דברי החת"ס שהובאו בפנים.

29 מחלוקת רמב"ן ותוס' במה קונים מציאה ומתנה לר' יוחנן (ד"ת) ואכמ"ל.

"תמיהני, דלדבריו ה"ל להוכיחו (שמשיכה קונה אף לר' יוחנן) משום דאף לר"י דס"ל מעות קונות מן התורה ע"כ המוכר קונה המעות³⁰ במשיכה לרשותו הרי דאף לרבי יוחנן מהני קנין במשיכה ועיקר פלוגתייהו דר"י ור"ל היינו כיון דודאי דבמכירה כשזה מושך החפץ חייב בדמים או להיפך — במשיכת המעות נתחייב ליתן החפץ דאדעתא דהכי נתן המוכר החפץ או הלוקח המעות ובחייב הזה פליגי אם הוא בא ע"י משיכת הפירות או ע"י משיכת המעות ... משא"כ במציאה ובמתנה ובנכסי הגר שאין שום חיוב כנגדו בודאי מועיל(ה) המשיכה..."

נמצא לפי דברי המקנה שמחלוקת ר"י ור"ל יכולה להתפרש סביב השאלה — מהו הגורם העיקרי לגמירות הדעת ובודאי לא בגזרת הכתוב גרידא.
— בשולי הפרק: היחס בין גזה"כ לסברא במחלוקת ר"י ור"ל טעון עדיין ליבון נוסף, בפרט לכשנוסיף ההבדלים בין ישראל לנכרי ("ומדישראל בחדא כו' נמי בחדא")

יא] יישוב הערת הש"ך בסי' קכ"ו בענין מעמ"ש.

למדנו במסכת גיטין דף י"ג:

"מנה לי בידך, תנהו לפלוני במעמד שלשתן קנה. אמר רבא מסתברא מילתא דרב בפקדון, אבל במלוה לא. והאלהים אמר רב אפילו המלוה. אתמר נמי אמר שמואל

30 נראה לומר בדעת הפנ"י שלקנין המעות אין צורך בזכייה נפרדת (ע"י משיכה) במעות ע"י המוכר. ובאור הדברים כך הוא: שיטת העיטור (הו"ד ברשב"א ריש קידושין) דתליוהו וקני לא מהני, וכך נקט הרמ"א להלכה בחו"מ סי' ר"ה בהגה לסעי' י"ב. והקשה הנתיבות בסי' הנ"ל איך מהני תליוהו וזבין ותליוהו וקדיש דזביניה זביני וקידושי חלים (כלומר מדין תורה אך חכמים התירום מפני שהוא עשה שלא כהוגן), הרי צריכים שהמוכר יקנה את הכסף וכן שהמתקדש תזכה בכסף, ולדעת בעל העיטור אין אדם זוכה וקונה בעל כרחו (ע"י נתיבות שם, דבר אברהם ח"ב סי' י"ח הגרנ"ט עמ"ס קידושין סי' ב'). ויש לומר דהמתקדש בכסף אינו צריך לכוון לבו לב' מעשי קנין — כונה להקנות הכסף לאשה וכונה שתהא מקודשת לו, וכן האשה אינה צריכה לכוון לזכות במעות ובנוסף לכך להסכים לקידושין ודי בכונתם שיפעל כאן מעשה קידושין ורצונם להתקדש וממילא זוכה האשה בכסף (כל שהיה מעשה של נתינת המעות וקבלתם ע"י האשה), ואינה צריכה לעשות משיכה כדי לזכות במעות, וייתכן וזה הבאור בדברי הגרנ"ט הנ"ל. עפ"י דברים אלו מיושבת הקושיא, שכן הכפייה היא להתקדש, ולזה מהני כפייה כתליוהו וזבין, והזכייה בכסף הקידושין הוא ממילא (אם כי יש מקום להעיר שאלמלא זכייתה במעות לא תתקדש כלל), וי"ל דהו"ה במכר היכא שקונה בכסף [א] ייתכן וברוך זו יש להשיב עמ"ס בקצוה"ח סי' ט' סק"א ליישב קו' הראשונים אמאי לא ממשכנין לבעלי חטאות; (ב) ע"י בשעורי רבי חיים שמואלביץ עמ"ס קידושים (עמ"ס ס"א בדפי הספר) שאזיל באופן דומה ותרץ כזה כמה קושיות, כגון: מדוע לא מועילה חזרה תוכד"ד בקידושין ואפילו בקידושין כסף והמתקדש חוזר בו מהקניית הכסף, ועפ"י הנ"ל א"ש. (אמנם יש ליישב קושיה זו בסברא דבכה"ת מהני חזרה תוכד"ד כי אדם משייר בדעתו אפשרות להתבונן, משא"כ בגטין וקידושין דחמירי טובא, וממילא אף בהקנאת כסף הקידושין שזהו המעשה הפועל את חלות הקידושין יש לומר סברה זו ולכך אינו יכול לחזור). מעתה יש לומר שכן סובר הפני יהושע בחידושי הנזכרים בדברי המקנה, ולכן כשרצה להוכיח שמשיכה בעלמא קונה, הוכיח כן ממצאה ומנכסי הגר ולא כפי שהציע המקנה שאף לר' יוחנן משיכה קונה בכל מקום שיש קנין מעות, שכן צריך המוכר למשוך המעות בכדי לזכות בהם.

משמיה דלוי מלוה לי בידך תנהו לו לפלוני במעמד שלשתן קנה, וטעמא מאי כו'".

וכתב הרא"ש (שם סי' י"ח) וז"ל: "מעמד שלושתן ע"י ששלח הנותן שליח לנפקד ואמר השליח בפני המקבל שיתנם לו, כתב הרמב"ן ז"ל, דאינו מועיל דהלכתא בלא טעמא הוא והבו דלא לוסיף עלה, אבל במעמד שליח המקבל נראה דקנה, דלענין הפקעת הממון מן הנותן הבו דלא לוסיף עלה, אבל לענין זכיית המקבל שלוחו כמותו".

דין זה הובא בשו"ע (חו"מ סי' קכ"ו סעי' כ') כך: "מעמד שלשתן ע"י שליח כגון ששלח הנותן שלוחו לנפקד שיתנו לו למקבל לא מהני, ואם אמר נותן לנפקד במעמד שליח המקבל יש מי שאומר דמהני..." ונראה שרומז לדברי הרמב"ן שהובאו ע"י הרא"ש וכו'". והקשה הש"ך (סקפ"ב): "לא ידעתי למה כתב כן בלשון יש מי שאומר, דהא ליכא מאן דפליג בהא שהרי מביא הרא"ש את הרמב"ן ולא שאחד חולק עליו כלל"³¹.

ונראה לבאר, דהנה נחלקו הראשונים מהו המילתא בלא טעמא במעמד שלשתן. על קושיית הגמרא (דף י"ג ע"ב) וטעמא מאי, פרש"י: "מאי טעמא במלוה קנה הא ליתא בעינא דליקניה", וא"כ מה שמתרצת הגמרא דהוי מילתא בלא טעמא מוסב דוקא על מלוה אבל בפקדון דאיתא בעינא שפיר הוי מילתא בטעמא³².

אמנם תוס' (בדף י"א ע"ב) הקשו: "וא"ת למ"ד דלא תקון מעמ"ש אלא בפקדון אלא בפקדון מה הוצרכו לתקן מעמ"ש דאמר בפירקין דהוי הלכתא בלא טעמא ת"ל משום דתן כזכי כ"י ע"ש. ובדבריהם ניכר דמעמ"ש הוי מילתא בלא טעמא אף בפקדון.

וכן משמע מדברי הרמב"ם בפ"ו מהל' מכירה ה"ח: "היו עומדים שלשתן ואמר לו: מנה שיש לי בידך בין פקדון בין מלוה, תנהו לזה כו' דבר זה אמרו חכמים שהיא הלכה שאין לה טעם לפיכך אין למדין ממנה לדין אחר" ונראה שסובר כתוס' דמעמ"ש בפקדון הוי מילתא בלא טעמא.

ועפ"י החקירה הנ"ל יש לומר דבכך פליגי; כבר הבאנו דברי רע"א בתשובה שהביא דברי תוס' בבכורות י"ח וכתב: "הרי דלתירוצם הא' היכי דגמר ומקנה בודאי מהני אף בלא מעשה קנין וכעין זה בע"ז (ס"ג, ב) כו'". מעתה נראה לומר דבמחלוקת ב' תרוצי התוס' (עיין הערה 8) נחלקו רש"י עם התוס' והרמב"ם:

רש"י נקט כתרין הא' בתוס' ולכן בפקדון לא קשה מדוע מועיל מעמ"ש, ולמרות שאין כאן מעשה קנין אמדו חז"ל דעתו של האדם דבכה"ג גמר ומקני (ולכה"פ בעקבות התקנה יגמור בדעתו)³³ ורק המלוה הואיל וליתא בעינא שאלה הגמרא וטעמא מאי; ורש"י יסבור שהעברת חפץ מרשות לרשות נעשית ע"י גמירות דעתו של האדם והקושיא היא על מלוה בלבד.

בדעת תוס' שהקשו אמאי תקנו מעמ"ש אף בפקדון והוי מילתא בלא טעמא י"ל דיחלקו אתרוץ קמא שבתוס' בבכורות ועיקר העברת החפץ מרשות לרשות נעשית על ידי מעשה

31 ועל אף שאחרונים ציינו שלעיתים מביא המחבר דעת יחיד (אף שמקובלת היא כלי חולק) בלשון וי"א, הכא נראה שהרא"ש מודה לדברי הרמב"ן והו"ו תרי.

32 עי' פנ"י ובקצוה"ח סי' קכ"ו סק"ג שדייקו כן מרש"י.

33 עי' רש"י קידושין (מ"ח, א) ד"ה בפקדון — דאיתיה בעין וסמכה דעתא דמקבל.

קנין ושפיר מקשה הגמ' וטעמא מאי בין במלוה ובין בפקדון — הרי אין קנין בלי מעשה קנין וכן נבאר אף בדעת הרמב"ם (השוה דבריו ריש הלכות מכירה).

מעתה יש לנו לבאר את שיטת הרמב"ן והרא"ש המחלקים בין שליח הנותן לבין שליח המקבל, שבשליח הנותן לא מהני מעמ"ש ובשליח המקבל מהני; די"ל דהרמב"ן סובר כתרומ' א' בתוס' בכורות הנ"ל, ולכן יש לחלק בין שליח הנותן לבין הנותן עצמו, ודוקא לנותן/מקנה יש גמירות דעת ראויה לקנין משא"כ כששלוחו יעמוד במקומו חסר בכה"ג בגמירות הדעת (ודוקא כאן קיים חסרון זה כי אין מעשה קנין), אמנם בשליח המקבל אין לחלק בינו לבין המקבל עצמו ואין נפ"מ מי המקבל לענין גמירות דעתו של המקנה. אמנם בשאר קניינים אפשר על ידי שליח כי הנותן/מוכר יודע שיתבצע מעשה קנין וגמר בדעתו להקנות³⁴.

אמנם לשיטת התוס' והרמב"ם שקנין ע"י מעמ"ש הוא מילתא בלא טעמא באופן מוחלט, דסברי דעיקר הפועל בכל קנין הוא מעשה הקנין, שייך לומר הבו דלא לסיף עלה בין בשליח הנותן ובין בשליח המקבל. והרמב"ם סיים את ההלכה בלשון: לפיכך אין למדין ממנו לדין אחר, ושמא לכך נתכון ומיושבת קושיית הש"ך.

בשולי הפרק: ניתן להבין את דברי רש"י — שבאר את קושיית הגמרא "וטעמא מאי" על מלוה בלכד בכמה אופנים:

- א. כפי שהצענו בפנים וההבדל בין מלוה לפקדון הוא בכך שמלוה אינה ברשותו (או אינו בעין ואכמ"ל) ואילו בפקדון שהוא בר הקנאה אין מקום לשאול מאי טעמא, כיון שמצד גמירות הדעת תתכן הקנאה בלי מעשה קנין, דהיינו אף בפקדון מבוסס מעמ"ש על תקנת חכמים, אך תקנה לקנות בלי מעשה קנין אינו מצטייר כמילתא בלא טעמא.
- ב. בספר קצות החושן (בסי' קכ"ו סק"ג) כותב שעל קנין שתקנו חכמים אין מקום לשאול — איך מועיל, שכן כל תקנת חכמים אינה גרועה מסיטומתא, ולכן בפקדון שיש צורך וטעם לתקנה הגמרא לא שאלה כלל מאי טעמא, ורק במלוה יש מקום לשאלה זו כי אפילו אמירה לגבוה לא מהני במלוה (הואיל ואינה ברשותו ובהתאם למחלוקת בעה"מ והרמב"ן) ומה התועלת בתקנה זו. (עי' פנ"י הנ"ל וקרבן נתנאל אות ס').
- ג. הרשב"ם בפ' מי שמת (דף קמ"ח ע"א) בד"ה במעמ"ש קנה כותב כך:

"מתלת הלכתא בלא טעמא הוא ולפי שהדבר נהוג הוא בין הסוחרים והחנונים תקנו את הדבר לקנות באמירה במעמ"ש לפי שאין קנין מועיל בדבר שאינו בעין ומוקמינן לה התם בין במלוה בין בפקדון..."

ראשית, רואים מהרשב"ם שמעמ"ש זהו קנין שנהגו לעשות עוד לפני תקנת חז"ל ובכדי שלא יסתרו דבריו לדברי הדבר אברהם (ח"א סי' א') שמנהג הסוחרים עדיף מתק"ח שאינו מנהג, דמנהג סוחרים קונה מה"ת כסודר, יש לבאר בא' מב' אופנים:

- א. לדעת הרשב"ם לא היה צורך בתקנת חכמים בפקדון, ומעמ"ש בפקדון קונה מה"ת כתוצאה מהמנהג וכדבר אברהם הנ"ל, ורק במלוה שא"א להקנותה הוצרכו לתקנה

34 לפי"ז י"ל דבמלוה יודה הרמב"ן ששליח המקבל לא מהני. ועי' לשון המחבר "ואם אמר הנותן לנפקד במעמד שליח המקבל כו' ולא הזכיר "למלוה" אלא לנפקד בלבד.

מיוחדת והוי מילתא בלא טעמא. (בלשון הרשב"ם יש לבאר "שתקנו... לקנות... לפי שאין קנין מועיל בדבר שאינו בעין" בא להסביר מדוע היה צורך בתקנה ולא די במנהג והמשיך ואמר "ומוקמינן לה התם בין במלוה..." כהוכחה לכך שאף במלוה תקנו מעמ"ש). זהו הסבר אפשרי בשיטת רש"י והיא אף תחזק את ההוכחה משיטת רש"י שעיקר הקנין הוא בגמירות הדעת של המשתתפים (והשוה למה שהצענו לעיל בשיטת רשב"ם ור"ת בפרק קצצה/סטומתא ובהערה שם, ולפי"ז ר"ת ורשב"ם לשיטתם אף כאן).

ב. י"ל שלרשב"ם צריכים תקנה בין במלוה ובין בפקדון על אף מנהג הסוחרים, כי מנהג לקנות באמירה בלבד בלי מעשה קנין הוא מנהג גרוע כמבואר בשו"ת הרא"ש כלל י"ב אות ג' (ראה לקמן בענין מכירה פומבית), וממילא נבאר כבאור א' שהוצע בדעת רש"י אף ברשב"ם — דהיינו גם בפקדון יש צורך בתקנה מיוחדת אך אינה נחשבת למילתא בלא טעמא, כי יש דברים הנקנים באמירה או עכ"פ יכולים להקנות באמירה; מדברי הרשב"ם "לפי שאין קנין מועיל בדבר שאינו בעין" משמע שהתקנה היתה רק במלוה וכצד א' שהוצע בדבריו, אך ייתכן לדחוק שכונתו ליתן טעם מדוע היה צורך בתקנה זו ולחדש קנין במלוה שאין שום קנין אחר תופס, ומסתבר כצד א'.

יב] אודיתא

באופן דומה יש לבאר את מחלוקת הראשונים בגדר אודיתא — אי הוי כקנין ממש או שאינו אלא ענין של נאמנות וברור מצד הודאת בעל דין. (יעוי' קצצה"ח ס' מ' סק"א ובשו"ת נו"ב מהדו"ק חחו"מ ס' ל'. הקצות מתבסס על דברי התוס' בב"מ דף מ"ו ע"א) וב"ב (דף קמ"ט ע"א), והנו"ב מתבטא ואומר ש"הוא הקנין הגדול שבכל הקניינים" לעומת ריטב"א ב"מ (שם, ב) דמדבריו משמע שאינו קנין אלא ענין של ברור ונאמנות ואינו קנין גמור אלא מהוה זכות להוציא בכי"ד. ויש לבאר כך: הסוברים שאודיתא הוי קנין בהכרח סוברים שאין צורך במעשה קנין, ויש (כלומר וייתכנו) מקרים בה יחול קנין גם בלי מעשה — ע"י גמירות דעת, והסוברים שאינו קנין נקטו כאידך גיסא שאין העברות בעלות בלי מעשה קנין, והריטב"א אזיל לשיטתו כצד ב' בחקירה וכדלעיל (ממש"כ בעירובין דף פ). עפי"ז תובן דרישתו של הקצות לנוכחותם של עדים כדי שהאודיתא תועיל. מרות שבכל הקנינים אי"צ בעדים³⁵ ואל איברו אלא לשיקרי — יש צורך בנוכחותם לשם גמירות דעת מלאה. (אמנם אף הריטב"א — שלא צויין על ידי האחרונים שדנו בענין זה — כתב שצריך עדים ולשיטתו ג"כ מובן צורך זה — מצד רצינות ההודאה; וממילא אף בדעת הקצות י"ל כן שהצורך בעדים ההוא להפוך את ההודאה לרצינית וממילא פועלת היא כקנין).

35 נחלקו ראשונים האם בקנין סודר צריך עדים (רמב"ם וראב"ד פ"ו ממכירה) ועי' באור דבריהם בשיעורי הגר"ד ב"מ.

והעירני חכ"א מקוב"ש ב"ב אות תקלז שכתב: "פירשו בתוספות דהודאה עושה קנין וטעם ד"ז אפשר לומר לפי מ"ש תוס' כתובות דף ק"ב דהיכא דגמר ומקני נקנה באמירה וה"נ כיון שיודע שלא יוכל לחזור מהודאתו מוכח דגמר ומקני אבל בשו"ת הרשב"א ח"ד סי' נ' כתב דהודאה אינו עושה קנין כלל (וכן נראה מרשב"ם כאן...) ולדברנו מובנים הדברים עפ"י החקירה הנ"ל. (אף הרשב"א אזיל לשיטתו אם כי בדברי הרשב"ם תתעורר סתירה — לכאורה — אך אין בכך קושי — אף אם עיקר הקנין נגמר בדעת האדם לא בהכרח שאודיתא יועיל כקנין).

יג] בענין "קנין המועיל וקנין שאינו מועיל"

איתא בב"מ (דף י' עמ' א):

"נטל מקצת פיאה וזרק על השאר אין לו בה כלום, נפל לו עליה, פרס טליתו עליה מעבירין אותו הימנה וכן בעומר שכחה, ואי אמרת ארבע אמות של אדם קונות לו בכל מקום נקנו ליה ארבע אמות ידיה, הכא במאי עסקינן דלא אמר אקני ואי תקון רבנן כי לא אמר מאי הוי, כיון דנפל גלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה דנקני בארבע אמות לא ניחא ליה דנקני".

בבאור דברי הגמרא — "בנפילה ניחא ליה כו'" נחלקו הראשונים. בשטמ"ק כאן (ד"ה כיון דנפל) הובאו שלש שיטות בענין זה: "איכא מ"ד דדוקא בקניה דרבנן אמרינן הכי משום דכיון דלא קני אלא מתקנת חכמים ה"ל כאומר אי אפשרי בתקנת חכמים דשומעין לו, אבל בקניות דאורייתא אע"ג דגלי דעתיה קנה אבל הרשב"א³⁶ כתב דה"ה בקניות דאורייתא, חדא — דאינו קונה בעל כרחו, ועוד — דגרסינן ביבמות פרק כ"ג (דף נ"ב עמוד ב) עשאוה כעודר בנכסי הגר וכסבור שלו הן דלא קנה. אבל הרא"ה חולק בדבר אפילו בקניות דרבנן ואמרי — כיון דרב פפא פריק תיובתיה דר"ח ב"י בפירוקא אחרינא שבקינן הך סברא דלא ניחא ליה דליקני לגמרי".

ובבאור מחלוקתם הציע בעל קונטרסי שעורים (ב"מ סי' י') כך: לכו"ע אין הבדל בין קנין ד' אמות לשאר קניינים ומחלוקתם היא סביב הצורך בכוונה בקניינים. האם די בכוונה לחלות הקנין כלומר — כונה לקנות ולהקנות את החפץ ואין צורך שיכוון לקנות במעשה הקנין שהוא עושה, או האם צריך כונה לקנות על ידי מעשה מסויים. ובזה תתפרש החלוקת: דעת האיכא מ"ד (דעת נמו"י בסוגיתנו וכו"ל כן דעת הרשב"א בחידושי) שמנמק דבריו — דאי אפשרי בתק"ח, ואילו היה הקנין מדאורייתא היה קונה באופן זה, סובר שעל אף שגילה דעתו שלא נח לו בקנין ד' אמות, אעפ"כ ברור שיש לו כונה לקנות ואינו גורע בכך שאינו מתכוון לקנות על ידי הקנין המועיל. ואלו הרשב"א יסבור שבכל הקניינים לא די בכוונה לחלות הקנין, אלא צריך כונה לחלות הקנין במעשה הקנין שהאדם עושה, ולמד דין

זה מהעודר בנכסי הגר, אמנם החולקים ישיבו שבעודר בנכסי הגר וכסבור שהן שלו לא התכון לקנות כלל (ואכן ראה זו צ"ע).

ויש להטעים הדברים עפ"י החקירה הנ"ל. בדעת הרשב"א יש לומר שסובר שעיקר חלות הקנין הוא במעשה הקנין (וכפי שהוצע בשיטתו לעיל), והדעת אינה אלא תנאי לקיום המעשה, ובא הרשב"א וחדש שצריך גם כונה לחלות עצם הקנין, ואילו הנמו"י (ולענין זה אף הרא"ה שם בשטמ"ק) סובר שעיקר הקנין הוא בסמיכות הדעת, והקנין אינו אלא לסייע לגמירות הדעת, ולכן אי"צ שיכון למעשה המסויים.

אמנם אם נלמד באופן זה תתעורר קושיא חזקה — בדעת הנמו"י כתבנו שסובר שעיקר הקנין הוא בסמיכות הדעת ולכן אין צורך בכונה לקנין מסויים; ביאור זה לא ייתכן כלל — אם כדברנו הרי גמירות הדעת באה על ידי מעשה הקנין וזו המטרה של המעשה, ולפי זה יצא שהאדם גמר בדעתו בעזרת קנין שאינו מועיל, ומה התועלת ומה הצורך בקנין המועיל כאן אם כבר גמר בדעתו על ידי הקנין שלא מועיל? ועוד — אדם אינו יכול לחדש קנין מלבו (עי' לעיל מהריטב"א בקידושין דף כ"ה ומהש"ך בענין זה) ואיך ייתכן שבקנין שאינו מועיל אדם גומר בדעתו לקנות? (ואין לבאר כנ"ל בהערה 8 בתוספות בבכורות שהצענו שדעה ב' אינה חולקת באופן עקרוני אלא סוברת שעל אף שעיקר הקנין הוא בגמירות הדעת מ"מ יש צורך במעשה קנין — דהתם עכ"פ גמר בדעתו על ידי קנין מועיל).

לכן נראה לבאר בא' מב' אופנים:

א. אין כונת הנמו"י להבחין בין קנינים דרבנן לבין קנינים של תורה למרות לשונו אי אפשרי בתק"ח. י"ל שהחילוק הוא בין קנין חצר וקנין ד' אמות שפועל מדין חצר לבין שאר הקנינים. חצרו של אדם אינה קונה לו בעל כורחו, אך במקום שבאופן עקרוני חפץ האדם בחפץ זה — אפי' רוצה לקנות בקנין אחר חצרו קונה לו שלא מדעתו. ומעתה אין צורך ביישובים כנ"ל שכן חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו, משא"כ ד' אמות דתק"ח היא שאם ירצה יהיו קנויות לו וישמשו לו כחצר, ובנפילה גילה דעתו שאינו רוצה שאלו יהיו ד' אמותיו; ולפי"ז אין מי שסובר שקנין המועיל וקנין שאינו מועיל שנעשו בב"א מהני, והדברים נאמרו דוקא בחצר. וכמדומני שבכך יישב רי"א בשו"ת עין יצחק (חאו"ח סי' כ"ח אות י"ד) את דברי הרמ"א סו"ס רס"ח ע"ש. (בגדר ד' אמות — אם מהני מצד חצר או מדין קנין יבואר עוד לקמן, אי"ה).

ב. ההסבר הראשון למחלוקת הנמו"י והרשב"א אינו מדויק, ואדרבא בדעת הנמו"י יש לומר שסובר שאין קנין בלי מעשה קנין, ומעשה הקנין הוא אשר פועל את החלות (וכצד א' בחקירה), וייתכן ואף הרשב"א מסכים לנקודה זו (כפי שלמדנו בדעתו), אלא שהוא דורש שתהיה כונה לקנות ע"י מעשה הקנין, ולדעת הנמו"י לא איכפת לן אם כונתו ברורה ע"י גורם אחר ("קנין שאינו מועיל"), ובלבד שיעשה גם קנין מועיל, ואותה פעולה היא אשר פועלת את הקנין. ובדרך זו נקטו רע"א (בשו"ת ח"ב סי' צ"ו) ובנו רש"א (שו"ת רע"א סי' רכ"א) וחתנו החת"ס (שו"ת אה"ע ח"ב סי' קס"ו ויר"ד סי' ש"י), ולמדו בדעת הנמו"י שהיכא שעושה קנין מועיל וקנין שאינו מועיל (בב"א) קנה. ועי' שו"ת ר"י מגאש סי' ק"ו ובאמרי בינה קונטרס הקנינים סי' י"ד.

ידן הערה בענין מכירות פומביות ומסחר בבורסה

מנהג העולם במכירה פומבית שההסכמה בפה ובסימון היד על סכום התשלום מחייבים והחפץ קנוי לבעל ההצעה הזוכה. גם בבורסות השונות קנינים ועסקאות מתבצעות עפ"י הנף יד בלבד. לאור הברור הנ"ל יש לבחון ענינים אלו ונתיחס בקצרה לעיקרי הדברים³⁷.

בהגהת הרמ"א ב"י"ד סי' רס"ד ס"א נאמר:

"ואם נתנו (את הזכות למול) לאחד אסור לחזור בו מיהו אם חזר בו הוי חזרה ואין מועיל בזה קבול קנין כו". מציין המקורות ברמ"א ציין להגהות מרדכי דשבת ותשובת הרא"ש כ"ב (וצ"ל י"ב ואולי ק"ב). לכאורה יש אי דיוק בציון המקור כי לפנינו דעות חלוקות.

בהגהות מרדכי שבסוף המרדכי למסכת שבת (אות תע"ב) כתב:

"מי שנדר לחבירו להיות בעל בריתו או למול בנו צריך לקיים לו ואע"ג דא"א מקנה דשלבל"ע מ"מ הואיל ומנהג בני אדם שנודרים ביניהם זל"ז ומקיימין, גם כאן צריך לקיים³⁸, וראיה מדאמרינן בב"מ (דף ע"ד, ע"א) האי סיומתא קניא, פי' רושם חביות עד ובאתרא דקנו ממש בסיטומתא בשביל שכך נהגו ה"ג כך נהגו וצריך לעיין. ומיהו ר' יחיאל היה אומר דאם הוא מתנה בעודה מעוברת אין כלום דהוי דשלבל"ל דלא דמיא לסיטומתא דהתם בא לעולם³⁹ ומועיל בה קנין הלכך מועיל המנהג להחשיבו כקנין גמור... עכ"ל התשב"ץ".

בתשובת הרא"ש (כלל י"ב אות ג') כותב שהראה לו מורו החזן כתב של רבינו מאיר בענין זה (בדומה לנ"ל מהגהות מרדכי) ועל כך השיב הרא"ש:

"חדא דסטומתא היינו דוקא שנעשה מעשה כדפרש"י שרושמים על החבית ור"ח ז"ל פרש פאמיא כמו שרגילים הסוחרים תוקע כפו ביד חבירו וזהו גמר המקח... ואותו מעשה שעושין הוי במקום סודר⁴⁰ אבל דיבור בעלמא לא, אפילו אי נהוג מנהג גרוע הוא ולא אזלינן בתריה כמו שפרש"י ז"ל (נ"א ר"י) שכ"מ בגמ' ועוד מאן לימא לן שנהוג מנהג זה, אני רגיל לקיים דבר זה בתקיעת כף שלא יוכל לחזור בו".

37 רק כמה שנוגע לנדון במאמר. למשמעות בעלות במניות ומשא ומתן בהם דרוש עיון נפרד.

38 יש לברר מהו הדבר הנמכר כאן והאם תופס קנין בהתחייבות זו ואכמ"ל, ודן בכך הרא"ש, לקמן.

39 ייתכן והמחלוקת סביב דשלבל"ל הוא בהגדרת החסרון שמחמתו אין אדם מקנה דשלבל"ל — אם החסרון הוא מצד סמיכות הדעת ייתכן ובכה"ג יש סמיכות דעת (ולגבי אפשרות חזרה תלוי בשיטות הראשונים באומר "מעכשיו" לר"מ) ואם החסרון הוא שאין לקנין כמה להתפס הי"ה להכא.

40 ע"י דבר אברהם ח"א סי' א' ענף א' ד"ה ואחר שנדפס שכתב וז"ל: "שאחר זמן ראיתי שכדברי נמצא כמעט מפורש בחורתן של רבותנו הראשונים והוא בתירוץ המהרי"ט לרי"ף קדושין פ"ק ד"ה והא דאמרינן למעוטי חליפין וז"ל: שהסודר קנין לעצמו שמסירתו לבדה היא הקונה וגמר הדבר כדאמרינן האי סיתומיתא באתרא דרגילי למיקני בה קניא והאי... לקיים כל דבר עכ"ל הרי לנו מפורש דהיינו חליפין והיינו סיומתא וליכא בינייהו ולא מידי וב"ה שכונתי לדעת רבנו הגדול ז"ל". כמדומה שזכו שניהם לכוון לדעתו של הרא"ש.

לפנינו, א"כ, מחלוקת האם קנין בדיבור — במקום שנהג כן נחשב לסיטומתא וכדעת מהר"ם ור' יחיאל או שזה לא מועיל וכדעת הרא"ש.

לכאורה הכרעת הרמ"א היתה כדעת הרא"ש, אך יש לחלק מכמה סיבות:

(א) במקרה הנדון יש חסרון נוסף — היות הדבר הנקנה קנין דברים בלבד (כפי שדן הרא"ש בחלק הראשון של תשובתו, ע"ש) וייתכן ודוקא בכה"ג סובר הרא"ש שלא יועיל הקנין, אם כי מדבריו שצטטנו לא משמע כן.

(ב) כבר העיר רע"א בגליון השו"ע עפ"י היש"ש (ב"ק פ"ח סי' ס') שאם רגיל ליתן לו המצוה וגם נדר לו ליתן⁴¹ לכו"ע אינו יכול לחזור דהוי כמו אסטימתא אא"כ נדר לו קודם שנולד הולד וי"ל דלאחר שנולד הולד לא פליגי. (אמנם מאן לימא לן שעיקר כטעם השני שברא"ש אולי הטעם הראשון עקר — שזהו מנהג גרוע וכן משמע בש"ך שם סק"ז).

יש מקום לומר שמחלוקתם תלויה בחקירתנו הנ"ל בגדר מעשה הקנין והאם ייתכן קנין בלי מעשה; אמנם אפשר לצמצם מחלוקתם כי הרא"ש כתב שני נימוקים: א. מנהג לקנות בדיבור הוא מנהג גרוע. ב. הרא"ש אינו מכיר מנהג כזה. וי"ל שהרא"ש יודה שבמקום שזהו מנהג ידוע ומפורסם ושכמעט אי אפשר אחרת (כגון בבורסה אם לא במכירה פומבית) שיועיל וייחשב לקנין במקומות אלו, ואף לדעות שהעלו לעיל שמעשה קנין הוא "דין" ובלעדיו אין מקח זהו מד"ת, אך ראינו מקרים שמדרבנן קונה, כגון דברים הנקנים באמירה, ולכן לכה"פ יקנה מדרבנן⁴².

טו] מתוך דברי הרב אברמסקי⁴³

"...פעמים שהדין מסובב את הסכמתם וגמר דעתם ופעמים שביטוי גמירת דעתם קובע ההלכה של הקנין המשפטי. ההלכה החותכת שבמעשה קנין זה נגמר המקח או המתנה פעלה על הפסיכולוגיה של בני אדם, שהם מתיחסים אל פעולה כזו ברצינות ובכובד ראש ובעשותם ככה הם גומרים בדעתם שהמדובר ביניהם שריר וקיים.

רדב"ז בשו"ת ח"א סי' תק"ג — גמר הדבר הוא כי כל הדברים אשר תקנו רבנן דליהוי קנין אית להו דינא דאורייתא דעל סמך זה נושאים ונותנים בני העולם ולא גרע ממנהג דאמר רשב"י מנהג מבטל הלכה..."

"הקנינים היותר חשובים תחלתם מנהג וסופן הלכה. במקצוע זה המנהג והדין יש להם הרכבה פנימית וכל מעשה קנין שהתזיקו בו התגרים בקשר של קיימא חוק הוא בישראל משפט ביעקב..."

41 עי' קצות החושן סי' רמ"ד בענין נדר ליתן מתנה.

42 בשאלה זו דן הרב בנימין רבינוביץ תאומים בסוף ספרו חוקת משפט (קונטרס אחרון) וציין לרדב"ז ועוד אחרונים ודן באפשרות לטעון קים לי כרא"ש, קחנו משם.

43 דברי הרב אברמסקי הם בחוברת שהדפיס בלונדון, תרצ"ט, וכונתה "דיני ממונות". הרב אברמסקי מיעט להוכיח הדברים וכתבם בדרך הרצאה, יפים הם לשמש כסכום למאמר זה.

כל עיקרו של מעשה הקניין אינו אלא שהוא סימן חיצוני של אותו רצון הפנימי. ובטוי גמר דעת של המוכר והקונה, הנותן והמקבל מכח אל הפועל. ואם מהות העסק מוכיחה שהבעלים רוצים בקיומו ומעוניינים בהגשמתו במוקדם היותר אפשרי אז מאמר הצדדים לבד מקיימו, אף כי לא נכתב הדבר בספר המקנה ולא פעלו בו פעולה פורמלית אחרת...⁴⁴."

44 וכאן ציין לתוס' בכורות י"ח ולאבנ"מ סי' ל' אות ג'.