

בס"ד

שיעורי הגר"א עוזר שליט"א
ראש ישיבת אתרי

המתקיימים בבית הכנסת "מאור ישראל", בראנד 18, הר נוף

בענין:

המזכר השב"ע
זבענין קנין סודר

- שלו -

נמסר בש"ק פרישת תולדות ה'תשע"ד

עיצוב גרפי ועימוד: תמנתי עיצוב גרפי

בליל שבת פרישת ויצא יחל השיעור אי"ה בשעה 9:00 בערב
ויהיה בענין:

שבועת השומרים

בברכת התורה
המארגנים

לקבלת השיעורים באימייל יש לכתוב בקשה לתמנתי: timnal@zahav.net.il

המוכר דשבל"ע ובענין קנין סודר

אפשר להקנות דבר שלא בא לעולם אם בשעה שבאו לעולם אין לו כח הקנאה, כגון נכסים שיפלו לו כשהוא גוסס או שוטה. ולכאורה היה נראה שסיבת הדבר היא דבעינן בכל מקום שיהא המוכר בר הקנאה בשעת חלות הקנין. אכן טעם זה אינו ברור כלל שהרי בדבר שישנו בעולם ומקנהו לאחר שלשים וכשהגיע יום השלשים הוא גוסס או שוטה, נחלקו הראשונים אם חל המקח אם לאו; הרשב"א (בגטין ע ובתשובה ח"ב רכו) נקט להדיא שהקנין חל, והריטב"א (גטין כה) חולק [והאריך בזה המחנה-אפרים זכיה ומתנה טז]. הרי שלדעת הרשב"א לא בעינן שיהא בר-הקנאה בשעת החלות, וא"כ מדוע פשוט בגמרא דנכסים שיפלו לו כשהוא גוסס אינו יכול להקנותם עתה אפילו לר"מ - ובהכרח שלר"מ הכח לפעול הקנאה בדשבל"ע הוא רק מכח ההקנאה שבעתיד כמוש"כ הגרשש"ק, שעל כן צריך שיהא בר הקנאה באותה שעה שיבוא הדבר לעולם. ואם כן הרי מובן הצד לומר דאף לרבנן אין חסרון בכח ההקנאה שאפשר לומר שבזו מודו רבנן לר"מ שפועל הוא מכח ההקנאה שיהא לו כשיבוא לעולם, ורק משום חסרון בסמיכות דעת אינו מקנה.



והגרא"ו תלה חקירה זו בפלוגתת הראשונים המובאת בהגהות מרדכי (בשבת פרק ר"א דמילה), במקום שהדרך לסחור בדברים שלא באו לעולם [ונגוע טובא לזמן הזה שהרבה מהמו"מ הוא באופן זה]; דעת מהר"ם מרוטנבורג שחל הקנין, ודימה זאת לסיטומתא הקונה מכח מנהג הסוחרים (בב"מ עד). ואילו הר"י חיאל מפאריס תמה הלא מן הדין אי אפשר להקנות דשבל"ע ומה יהני בזה מנהג הסוחרים, ולא דמי לסיטומתא דמהני כמעשה קנין משום גמירות הדעת שבמעשה זה, משא"כ הכא. ופירש הגרא"ו דהר"י חיאל נקט שהמניעה היא בעיקר כח ההקנאה הלכך לא יועיל המנהג, ואילו המהר"ם נקט שהחסרון הוא רק משום דלא סמכא דעתיה, על כן במקום שכך היא הרגילות בקניה ומכירה ליכא חסרון סמיכות דעת.

עוד נראה לבאר מש"כ הרמ"א (ח"מ רט, ח) מהגהת מרדכי (ב"ב תרסג) שאעפ"י שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, מ"מ אם גם רוצה לקנות באותו עסק - מקנה, שמתוך שרוצה לקנות גמר בדעתו גם להקנות. ונראה שדין זה נכון רק אם החסרון הוא משום דלא סמכא דעתיה, דהכא סומכת דעתו מאחר ורוצה לקנות גם כן, אבל אם זהו חסרון בכח ההקנאה לא מהני מה שבודאי גמר להקנות. וכן בנמו"י (ב"מ סו) מבואר שהחסרון בדשבל"ע הוא משום סמיכות דעת. וכן נקט באוה"ח פרשת תולדות.

ובשו"ת נודע ביהודה (תנינא אה"ע נד, יב) נקט הרב השואל סברא זו, שהחסרון בדשבל"ע הוא רק משום דלא סמכא דעתיה. והביא הוכחה לזה מהגמרא בב"מ (טז) באדם שגזל שדה ומכרה, וחזר הגזלן וקנה השדה מבעליה - קונה הלוקח. ומקשה הגמרא הלא אין אדם מקנה דבר שלא בא עדיין לידו כגון מה שאירש מאבא מכור לך, ומשני רבא הכא סמכא דעתיה דאזיל טרח ומייתי ליה כי היכי דלא נקרייה גזלנא, והכא לא סמכא

א ויאמר יעקב מכרה כיום את בכרתך לי וגו' ויאמר יעקב השבעה לי כיום וישבע לו וימכר את בכרתו ליעקב. ויעקב נתן לעשו לחם ונוזיד עדשים ויאכל וישת ויקם וילך וגו'. ערש"י שפירש המכירה כלפי העבודה בבכורות. ובפירוש הטור על התורה תמה מה שייכת מכירה בבכורה ועל כרחק לפרש לענין נטילת הבכור פי שנים בנכסי הירושה, ואם כן - הקשה - הלא קיימא לן אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם וכגון 'מה שאירש מאבא מכור לך' לא אמר כלום (ב"מ טז). ודן לפרש בכמה אופנים. והסיק בשם אביו הרא"ש שדקדק מכאן שאם נשבע על הדבר - כמו כאן שנשבע עשו על המכירה - הרי לא רק שחייב לקיים דבריו מחמת השבועה, אלא אף חלה המכירה בדיני המשפטים הגם שמכר דבר שלא בא לעולם. ועל כן גם אם המוכר מת, שאין לבוא ולחייב מכח קיום השבועה, יוציאו הממון מיורשיו כי המכירה חלה, וכפשט הכתוב ו'ימכר את בכרתו ליעקב' - הרי שהיתה כאן חלות מכירה.

ובשו"ת הריב"ש (שכח) הביא השואל דין זה בשם הרא"ש ושאל לדעתו של הריב"ש, והשיבו הריב"ש 'לאו הרא"ש ולא הרב רבינו יעקב (בן הרא"ש) חתימי עלה ואיני רואה לתלות בגברי רברבי כותייהו סברא זו שאין לה על מה שתסמוך'. וכן פסק הרמ"א (ח"מ רט) כדברי הריב"ש, שהמוכר דשבל"ע ונשבע - לא חל המכר אלא שחייב לקיים שבועתו אבל אם מת אין מוציאים הנכסים מהיורשים. אכן לפי המבואר בדברי הטור בפירוש התורה שכן היא דעת הרא"ש [וע"ע בתשובת הרא"ש יח, ובתשו' הריב"ש שלה] נצטרך לבאר שיטתו, מה מהניא השבועה לחלות הקנין וכדתמה הריב"ש.



ופתח הענין בחקירת הגרא"ו (בקובץ שעורים ב"ב סג) בהא דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, האם החסרון הוא בכח ההקנאה, שאין לאדם כח הקנאה בדבר שאינו בעולם, או דלמא אין חסרון בכח ההקנאה רק משום חסרון בסמיכות דעת המקנה והקונה. [ולא העלה צד שלישי הפשוט לכאורה, שהחסרון הוא בחלות הקנין, שאין לו על מה לחול - אך הא ליתא, שהרי מבואר בגמרא (ב"מ סו) שאף לדברי רבי מאיר שאדם מקנה דשבל"ע, לא חל הקנין עד שיבוא הדבר לעולם אבל קודם יכול לחזור בו. נמצא אפוא שנידון הפלוגתא הוא על חלות הקנין לכשיבוא הדבר לעולם ואז הלא אין כל חסרון בחלות. וע"כ טעמם של חכמים הוא רק משום חסרון בכח ההקנאה או משום חסרון בסמיכות דעת].

וי"ש לבאר הצד דליכא חסרון בכח ההקנאה רק בסמיכות דעת, ולכאורה הסברא הפשוטה נותנת שאין לאדם כח הקנאה בדבר שאינו בעולם, בפרט בדבר הבא מעלמא שאין לו עתה שום שייכות אליו כגון 'שדה זו לכשאקחנה'. אך הרי חזינן דלר"מ יש כח הקנאה בדשבל"ע, וטעמו - ביאר הגרשש"ק (במערכת הקנינים ובב"ב ל) - שהואיל והקנין חל רק לכשיבוא הדבר לעולם כאמור, והלא באותה שעה יהא לו כח הקנאה, א"כ מכח זה יכול גם עתה לפעול מכירה, מכח ההקנאה העתידית.

והוכחה לזה, ממה שמבואר בגמרא (ב"ב קכו) שאף לר"מ אי

לא איברו סהדי בדיני ממונות אלא לשקרי, ובכל הקנינים אין העדים נצרכים לחלות הקנין. וכן אין מובן היאך מועילה שבועה לפעול הקנאה בלא מעשה קנין.

וְרַבֵּאָר החידוש האחרון י"ל על פי מה שדיברנו באריכות לא מכבר² ששני אופני קנין הם; יש קנין מצד מעשה הלוקח שענינו הוראת בעלות והשתלטות על החפץ וכגון הגבהה ומשיכה, שהואיל והבעלות על חפץ תלויה בשליטה עליו ובאבדן השליטה פוקעת הבעלות, כך ההשתלטות יוצרת בעלות, וקודם מתן תורה היה צורך בהשתלטות מציאותית כדי לקנות (כדברי החת"ס בתשובה י"ד ש"י), וכשניתנה תורה נתחדשה הלכה שאף במעשה המפגין בעלות די להחל קנין. ואופן קנין זה מועיל אף בהפקר שאין שם מקנה. ויש עוד סוג קנינים החלים מכח גמירות דעת של המקנה, ובסוג זה לא בא מעשה הקנין אלא להראות ולפעול גמירות דעת אצל המקנה, וכגון קנין סיטומתא שבמעשה עצמו אין שום הוראת בעלות בחפץ אלא מעשה של החלטה וגמירות דעת.

וְרַאֲיֵנוּ שפעמים מהניא גמירות דעת אף בלא מעשה קנין כלל, היכא דאנן סהדי דאיכא גמירות דעת ודאית, כגון מה שאמרו (בכתובות קב) כמה אתה נותן לבנך וכו' הן הן הדברים הנקנים באמירה. והשואל בנוב"י (ח"מ כה) עשה מזה כלל לעלמא, דגמירות דעת מהניא מדאוריתא בלא מעשה קנין. והנוב"י דחה דעתו ונקט דההיא תקנתא דרבנן פרטית ואין למילף מינה. ואולם ממשמעות דברי התוס' בכורות (יח: ע"ש ברש"י) נראה דכללא הוא. וכן נקט החזו"א (ב"ק כה, ה) [אלא שהוסיף: 'מיהו אין לנו בזה אלא מה שנאמר בגמרא, בין בקנין הנאה בין בקנין של גמירות-דעת, שאין אנו בקיאים בהכרעת דברים אלו']³. וכשתי השיטות הללו נמצא כבר במאירי (קדושין ט).

וְא"כ לפי זה אפשר להבין חידוש הגאונים דסגי בשבועה למיחל קנין, שנקטו שהואיל והשבועה מראה וגורמת סמיכות דעת [שעל כן מהניא לסלק החסרון דלא סמכא דעתיה בדשבל"ע], תו אין צריך מעשה קנין כלל, וכאותן הדברים הנקנים באמירה. [אמנם מהרא"ש לא שמענו חידוש זה, דשפיר י"ל דמהניא השבועה לסלק הריעותא בסמיכות דעת אבל לא עד כדי שתועיל במקום מעשה קנין. וכן בפוסקים לא הובאה כלל דעה זו דשבועה תהני כמעשה קנין].

וְי"ש סמך גדול לכך משיטת הגאונים עצמה; בהגהות מיימוניות (אישות כג, יג) הביא מהעיסור שכתב בשם הגאונים דבהא דאמרינן הן הן הדברים הנקנים באמירה, מועיל הקנין גם בדבר שלא בא לעולם. וכך היא גם שיטת הר"י בן מגאש (המובאת בשטמ"ק בכתובות נה), ואילו הרמב"ם (זכיה ו, יז) חולק. וע' בב"י (אה"ע ר"ס נא) שהעמיד מחלוקת זו ופסק כהרמב"ם [וביאר בב"ש שם שהמחלוקת היא כשבא בדרך קנין, שאילו בדרך התחייבות שמחייב את גופו לסך מסוים ומשעבד נכסים שיבואו לו - מהני לכו"ע אף בנכסים שלא באו לעולם, וכמבואר בתוס' ובראשונים רפ"ה דכתובות, ורק בדרך קנין על חפץ נחלקו הגאונים והרמב"ם. והאריך בזה המקנה בקו"א שם]. ומה סברת הגאונים דמהני לקנות אף בדשבל"ע - נראה שנקטו שהחסרון בדשבל"ע הוא רק משום דלא סמכא דעתיה, א"כ במקום שיש גמירות דעת

דעתיה - הרי שבמקום שסומך דעתו מהני אף בדשבל"ע. וכתב הנוב"י לדחות דהסוגיא לא סמכה דעת דהשואל כלל, כי אין הכוונה שם שהלוקח קונה מחמת הקנין הראשון, דההוא לאו מידי הוא, אלא דהשתא כשקנה הגזלן מהבעלים הראשונים אמדינן דעתיה דודאי קנה עבור הלוקח ולא עבור עצמו משום דסמכא דעתיה עליה, ולעולם במכירת דשבל"ע לא מהני סמיכות דעת. אכן הרב השואל, הוא הג"ד אלכסנדר מרגליות, פירש דבריו בספרו (שו"ת הרא"מ לו), שאמנם רש"י שם פירש 'אמר ומקני - כשלקחה מבעלים הראשונים' כלומר דהשתא הוא דמקני כמוש"כ הנוב"י, אבל בתוס' משמע שפירשו שהקנין חל מכח ההקנאה הראשונה, ולפירושה מוכח מהסוגיא דבמקום דידיעין דסמכה דעתיה מהני אף בדשבל"ע.

וְנִרְאָה להוכיח ששיטת הרא"ש בנידון זה הוא משום דלא סמכא דעתיה; א. ממה שהביא רעק"א (בגליון השו"ע חו"מ רא) מתשובת הרא"ש (יג) שבמקום שהמנהג הוא לסחור בדשבל"ע - מכירתו מכירה. וזה כדברי המהר"ם מרוטנבורג הנ"ל, וכפי שביאר הגרא"ו דהיינו משום סמיכות דעת. ב. דעת רבנו תם (בתוס' כתובות צא) שבמכר 'שדה זו שאירש מאבא' - מכירתו מכירה הואיל והירושה באה ממילא וגם סיים השדה הלכך לא חשיבא כולי האי דבר שלא בא לעולם. והרבה מהראשונים חולקים על סברתו. ונראה שטעמו של ר"ת משום חסרון בסמיכות דעת הלכך באופן זה שעתיד לירש ממילא וגם בירר המכר - סובר דאיכא סמיכות דעת ומהני. והנה ברא"ש (שם) נראה שהסכים עם ר"ת [וע' גם בשו"ת הרא"ש לחה, שהביא שיטה זו. וע"ע בתורא"ש בשיטמ"ק ב"ב קנט ובנתיה"מ ריא סק"ב]. הרי לנו שנים עדים נאמנים שדעת הרא"ש דהא דאין אדם מקנה דשבל"ע הוא משום דלא סמכא דעתיה, ובמקום דאיכא סמיכות דעת חל הקנין.

וְא"כ כן הרי נפתח הפתח להבין דברי הרא"ש ש"ע"י השבועה חל המכר, דאזיל לשיטתו שהחסרון הוא רק משום העדר סמיכות דעת ולכך נקט שיש לשמוע ממכירת הבכורה ליעקב ש"ע"י השבועה סמכה דעתיה שהרי נתחייב מחמת השבועה לעמוד בדיבורו וא"כ חל גם הקנין. והריב"ש דלא שמיעא ליה דין זה, מפני שנקט בפשיטות כהר"י יחיאל מפאריס שהוא חסרון בעיקר כח ההקנאה וא"כ אין השבועה מועילה כלום לקנין.



ב והנה חידוש דין זה שכתב הרא"ש כבר היה לעולמים; בתשובת גאונים (המובאת בשו"ת הר"ף סוף ח"ב ס' ד) ממר יוסף גאון שקיבל מרבתי ששימש לפניהם 'דאלימא שבועתא באנפי סהדי מיחייב לקיומי מיליה ולא בעינן קנין משום חומרא דשבועה, ובהכי נהגינן ועבדינן. תדע שהרי יעקב אבינו קנה מעשו אחיו בכורתו בחיי יצחק אבינו ואביהם, ואע"פ שלא היה הדבר עדיין ברשותו אפ"ה זכה בו בשבועת עשו כדכתיב את בכורתי לקח ש"מ דאלימא מילתא דשבועה למיקני בה אפילו מידי דלא מקני בקנין. והנה בדברי הגאון יש שני חידושים שאינם ברא"ש: א. שהשבועה מועילה להחל קנין רק כשנעשית בפני עדים. ב. כיון שנשבע תו אין צריך מעשה קנין. ושני חידושים אלו צריכים באור: מדוע צריך עדים לחלות הקנין והלא

ב שיעור קפד.

ודאית שמועילה עד כדי שאין צורך במעשה קנין, ודאי אין חסרון בסמיכות דעת. וכסברא זו אמר מר יוסף גאון בשם רבותיו לאידך גיסא, שהשבועה המועילה לסלק חסרון סמיכות דעת בדשבל"ע, מועילה גם כן שאין צורך במעשה קנין [אם כי זהו חידוש טפי, ולכן הרא"ש לא ס"ל מזה].

◆◆◆

ג עתה נפנה לבאר החידוש הראשון, שלחלות הקנין בעי שבועה בפני עדים דוקא. ונראה שגם חידוש זה מתבאר בדעת הגאונים לשיטתם, דהנה אמרינן בב"ב (מ.) קנין בפני שנים ואין צריך לומר כתובו. ופירשו התוס' ועוד ראשונים, קנין סודר [שזהו סתם 'קנין' בש"ס] הנעשה בפני שנים, העדים רשאים לכותבו בשטר לראיה אף בלא נטילת רשות מפורשת מהמוכר, שלא כבקנינים אחרים. ואולם הגאונים פירשו המימרא כפשטותה, דקנין סודר צריך שיעשה בפני שנים, ובלא"ה לא חל הקנין (וכ"ה בהשגות הראב"ד מכירה ה,ט). והראשונים תמהו הרי לא איברו סהדי אלא לשקרי ומדוע לא יחול הקנין בלא עדים, ולכן פירשו שרק לענין הכתיבה אמרו שאם נעשה בפני שנים אין צריך לומר כתובו אבל הקנין עצמו א"צ עדים כאמור. וכן הוכיחו מהסוגיא בב"מ (מו) ומעוד מקומות שחל קנין סודר אף בלא נוכחות עדים. ובתורא"ש (ב"מ מו) הביא נידון זה ודן בראיות שהביאו הראשונים וסיים שאין צריך ראיה לכך שלא צריך עדים, דמאי שנא קנין סודר מקנין הגבהה ומשיכה וחזקה שאף בינו לבינו מועילים בלא עדים. והנה כדברי הגאונים מבואר בתרגום רות עה"פ 'שלף איש נעלו, וזאת התעודה בישראל' - 'והכין נהגין למקני בית ישראל מן חבריה קדם סהדיא' [התעודה] - לשון עדות]. אכן דעה זו צריכה באור כפי שתמה הרא"ש, מה נשתנה קנין זה משאר קנינים.

ו י"ז להוסיף שבפירוש הרשב"ם (תולדות) מפרש כן פשוטו של מקרא 'מכרה כיום - כלומר לאלתר, מיד מכור לי חלק בכורתך הראוי לך בממון אבי, בממון שאתן לך, ואחר כך אתן לך המאכל לעדות ולקיום כדרך שמצינו ויאכלו שם על הגל לקיום ברית בין לבן ליעקב'. כלומר שכן היה הדרך בימים ההם לקיים כל דבר על ידי אכילה ושתיה. ובמדרש 'מאור האפלה' מפרש פשוטו של מקרא 'השבעה לי כיום' - כלומר כמנהג המקח וממכר באותם הימים, כדרך שהיה בימי בעז שליפת נעל וכמו שאנו עושים היום קנין בכסף הבגד. והם הם דברי הירושלמי הנ"ל שפעולת הקנין השתנתה והוחלפה משליפת מנעל לפעולה אחרת ועתה הוא בסודר. הרי מבואר כדברי הדבר-אברהם שענין הסיטומתא הוא בעצם קנין סודר. [ויש להמליץ הכתוב 'יאכל וישת ויקם וילך' - לאיזה צורך השמיענו קימתו והליכתו - אך הלא אמרינן (בב"ב קיד) קנין סודר כל זמן שיושבים שם יכול לחזור בו, ועכ"פ כל שעסוקים באותו ענין. נמצא שרק ע"י האכילה והשתיה (שהוא מעשה המורה על קיום הקנין, כפרשב"ם) עם הקימה לילך - נחלטה המכירה].

ז וסייעתא גדולה לדרך זו, שמהות קנין סודר הוא מעשה המורה ופועל גמירות דעת לקיום הדברים שהוסכמו, דהנה הריטב"א שם נקט לשון 'לקיים הדברים' - וברור שכוונתו ללשון הכתוב 'לקיים כל דבר' האמור בקנין זה. ויש לראות שלא הלשון בלבד מורה הענין הנ"ל, שהוא מעשה המקיים דברים, אלא כל פשוטו של מקרא מתפרש כן, דכתיב 'וזאת לפני ישראל על הגאלה ועל התמורה לקים כל דבר שלף איש נעלו ונתן לרעהו וגו'". ואמרינן בב"מ (מו.) 'גאולה' זו מכירה 'תמורה' זו חליפין. והנה ר"ת (בתוס' שם) פירש שנדרש הכתוב לרמז בזה שלשה אופני קנין: גאולה - זו מכירה, בכסף (לריו"ח) או במשיכה (לר"ל), תמורה - זו חליפי שוה בשוה. לקיים כל דבר - לרבות אינו שוה בשוה [למר אף במטבע ופרי ולמר בכלי דוקא]. ואולם בדברי רבנו ירוחם (בנתיבי ח"ג) מבואר שכוונת הגמרא לפרש פשוטו של מקרא ולא כדרשא מיתורא דקרא, ד'גאולה' ו'תמורה' לאו היינו שני מעשי קנין אלא שני אופני משא ומתן; 'גאולה' היינו מכירה עבור כסף ו'תמורה'

ז והנה בעיקר קנין סודר נחלקו הראשונים, האם מועיל מתורת כסף אם לאו; הרמב"ם (עבדים ה,ג) כתב שאין העבד יוצא לחירות אלא בכסף או בשטר אבל לא בקנין סודר. והראב"ד השיגו 'דבר זה אינו מחזור שהקנין הרי הוא ככסף וכו' [כמובן שאין כוונתו שקנין סודר היינו קנין כסף, שהרי נלמדים הם ממקורות שונים ודיניהם שונים זמ"ז, רק כוונתו שענינם אחד ודרך פעולתם שוה, כי הסודר משמש כתמורה על החפץ, בדומה לכסף]. ואולי לשיטתייהו בהלכות מכירה (כט,ח-ט) בענין קנין הקטן שהגיע לעונת הפעוטות שתקנו חכמים שאם יודע בטיב משא ומתן מקחו מקח וממכרו מכר; לדעת הרמב"ם רק כסף מועיל בו אבל לא קנין סודר, והראב"ד השיג וכתב דמהני: 'שהקנין לא גרע מהכסף והוא כסף עצמו' [והכוונה כנ"ל, שמועיל מכח קבלת דבר תחתיו כקנין כסף]. וכן דעת התוס' בגטין (לט:) שעבד כנעני יוצא לחירות בקנין סודר, דק"ס הרי הוא כקנין כסף, וציינו לסוגיא ריש קדושין. אכן שם נקטו התוס' שזהו גופא נידון הסוגיא שם, דסלקא דעתין דחליפין [היינו קנין סודר] מתורת כסף, ומסקינן דלאו מתורת כסף הן. ויעו"ש באריכות בראשונים.

אבן לא נתפרש בדברי הרמב"ם מהו ענינו של קנין זה ודרך פעולתו, אבל נתבאר הדבר בדברי הריטב"א (בקדושין כב:) שכתב שאין הקנין אלא לקיים הדברים [ושם ביאר בזה שיטת הר"ח שעל כן אינו מועיל בעבד כנעני עכ"פ כלפי הקנין-איסור,

שהקונה מקנה הסודר למקנה בלב שלם וזה מסמל שגם הלה מקנה לו החפץ בלב שלם.¹

וְזוּהוּ נבין עומק דברי הרמב"ם הנ"ל שתקנו לקטן קנין כסף ולא קנין סודר, וצ"ב נהי דסודר לאו מתורת כסף הוא אבל מה טעם לא תקנו לו קנין זה כמו שתקנו לו קנין כסף. ומובא בברכת שמואל (קדושין סו"י כו) מהגר"ח שחכמים תקנו לפעוטות דעת לקנין אבל לא שיהיה הדעת עצמו מעשה קנין. ופירוש דבריו כנ"ל, שבכל הקנינים עושים מעשה קנין בחפץ [אם בגופו של חפץ כהגבהה, או עכ"פ בנתינת כסף תמורתו או בכתיבת שטר עליו] והמעשה הוא הדבר הפועל את הקנין אלא שצריך דעת למעשה ודעת כזו תקנו לקטן שהגיע לעונת הפעוטות, אבל בקנין סודר אין מעשה בחפץ שפועל כלום רק מעשה חיצוני שכל ענינו רק להורות גמירות דעת והחלטה ואולם הקנין נפעל ע"י הדעת עצמה, ודעת כזו שהיא עצמה הקנין לא תקנו לקטן.

וְכֵן מובן הדין דכל הקנינים יכול לחזור בהם בתוך כדי דיבור משא"כ בקנין סודר חוזר אף לאחר כדי דיבור מעשייתו כל זמן שעסוקים באותו ענין (ע' בראשונים ב"ב קיד ורמב"ם מכירה ה,י). ובטור חו"מ (קכו) נימק מפני שקנין סודר אינו בגופו של חפץ כשאר קנינים. ומה טעם הוא זה לענין חזרה - אך להנ"ל יש לפרש שכל הקנינים שיש בהם מעשה בחפץ הרי שעת המעשה היא השעה המחליטה את הקנין, אבל קנין סודר שענינו רק לקיים וליתן תוקף לדברים שביניהם, כל עוד שמדברים באותו ענין לא נשלם הקנין דהלא הקנין רק מקיים הדברים והדברים לא נגמרו.

וְיֵשׁ לפרש בזה דברי רבנו יונה (ב"ב מ) במה שאמרו דבקנין סודר אין צריך לומר כתובו, שלא כבשאר הקנינים, כי כל הקנינים בגופו של חפץ והלוקח מחזיק בדבר הנקנה משא"כ ק"ס שנהגו לחזק כל דבר כמו שנאמר לקים כל דבר, כל עיקרו לא נתקן אלא למהר הדבר. ויש לפרש שבכל הקנינים שהמעשה נעשה בחפץ ליכא גמירות דעת אלא להקנות החפץ, אבל בק"ס שענינו קיום הדברים, הגמ"ד היא על דברי העסק בכללות, והרי העסק כולל גם נתינת ראייה ביד הלוקח.²

וְזוּהוּ נבין מדוע 'קנין' סתם בש"ס היינו קנין סודר (וכמוש"כ הרמב"ם מכירה ה,ה) - כי כל מעשה קנין הוא בגופו של חפץ או אודותיו, הלכך תוכן המעשה נותן את שמו כגון הגבהה וכסף, ואילו בק"ס אין משמעות לתוכן המעשה אלא כביטוי לגמירות דעת על עצם ההקנאה, לכך נקרא 'קנין' סתם.

¹ וכ"מ ממה שכתב הרמב"ם (מכירה ה,ה) 'ועיקר הדרך הזאת שיתן הקונה למקנה כלי כל שהוא ויאמר לו קנה כלי זה חלף החצר או היין או הבהמה או העבד שמכרת לי בכך וכך, כיון שהגביה המוכר את הכלי וקנהו קנה הלוקח אותו הקרקע או אותן המטלטלין' - הרי משמע שהסודר נקנה בחליפי החפץ שכבר נמכר, הגם שבאמת עדיין לא נמכר אלא בדברים - אלא שזהו מטכסיס הקנין, להקנותו למוכר כתמורה עבור המכירה ובוה עצמו נתקיימה המכירה. [וטכסיס זה להיותו בא כתמורה - שעל כן אם נותן הקונה סודר שאינו שלו ולא שאלו לו - אינו יכול לקנות. ע' שטמ"ק ב"מ 10]. ובוה הוא שונה מכסף, שהכסף בא כתמורה המקדימה את המקח ואילו הסודר ניתן כתמורה הבאה חלף המכירה שכביכול נעשתה.

² וע' דבר חידוש בספר מנחת שלמה להגר"ש"א (סב,טו) שצדד ללמד סמך והתר לבעלי פרדסים בוה"ו שקשה עליהם להקנות מעשרותיהם ללוי בצורה הגילה, להקנותם בקנין סודר, שהואיל והאיסור הוא רק משום שנראה כמקח וממכר אפשר שבומנו שאין מי שמעלה על דעתו שההקנאה היא עבור הסודר, אשר עפ"י הרוב הוא שייך לעדים, ורגילים להחזירו תיכף, אלא צבינו בעיני הבריות כסיטומתא, להראות על גמירות דעת - הלכך אין כאן ענין 'מכר' בעיני אנשים. וכתב שאעפ"י שחידוש זה נראה כנגד דברים המפורשים, לא נמנע מלצדד זאת כאפשרות להקל במקום התורה. וע"פ. ועכ"פ עיקר סברתו מתאימה לאמור בפנים. וע"פ בית ישי ה הערה ג.

³ אך נראה שיש לפרש דברי רבנו יונה כפשוטם שכן תקנו חכמים קנין זה, שיהא ניתן לכתובה ממילא, למהר הדבר. ולעולם י"ל דדעת רבנו יונה דסודר מתורת כסף, וכמו שנראה מדבריו (בש"טמ"ק ר"פ אע"פ) שהמוכר קונה הסודר באלף זוז או באלפים, ובתמורה לכך הוא מקנה את החפץ.

היינו החלפת נכסים זה בזה, ואמר הכתוב דלפנים מישראל נהגו לקיים כל דבר מו"מ כגון מכירה ותמורה - כגון כאשר החפצים לא נמצאים באותו מקום וא"א לעשות בהם עצמם הקנין - על ידי שליפת איש נעלו, כלומר על ידי 'קנין סודר' נחלט כל העסק המדובר, בין אם הוא מכירה בכסף בין אם הוא החלפת הנכסים כגון מחליף פרה בחמור.

וְהִנֵּה בפלפולא חריפתא (ריש ב"ב) איתא שא"א לעשות חליפי שוה בשוה כגון מחליף פרה בחמור ע"י קנין סודר, שהרי החלפת הפרה בחמור נעשית ע"י משיכת אחד מהם, כדתנן (בקדושין כח. וע' ב"מ מו) כל הנעשה דמים באחר כיון שזכה זה נתחייב זה בחליפיו, וא"כ אי אפשר שאחד יקנה את החמור בסודר כי אז הסודר עצמו הוא המהוה 'תמורה' לחמור ושוב א"א לקנות את הפרה שהרי כבר ניתנה ה'תמורה' תחת החמור [ואין לומר ששניהם יהיו תמורה לו, שא"כ בדין הוא שימשוך את שניהם כדי לקנות החמור]. אכן לפי ביאור רבנו ירוחם הרי מפורש בקרא שאין הדבר כן אלא גם עסק החלפה ('התמורה') נגמר בקנין סודר. ומה טעם הדבר? אך אמנם טענת הפלפולא חריפתא שייכת רק אם נקוט שקנין סודר מועיל בדרך נתינת תמורה כעין כסף, אבל לפי שיטת הרמב"ם ודעמיה שאין הסודר מתורת כסף אלא מעשה בעלמא המסמל גמירות דעת [וכמו 'קצצה' או אכילה או סיטומתא הנ"ל] הרי אין כאן טענה כלל אלא אדרבה יסודו של קנין זה הוא מעשה המחליט וגומר את מה שדיברו ביניהם, בין אם דובר על מכירה בין על החלפה, הלכך ע"י לקיחת הסודר של האחד נגמר עסק ההחלפה וחל קנין הפרה והחמור זל"ז. נמצא אם כן שמפשט הכתוב אליבא דרבנו ירוחם דמהני קנין סודר על חליפי שוה בשוה, למדנו גדר קנין סודר שענינו מעשה לקיים הדברים ולא מתורת כסף.

וְאִם תאמר, לפי זה מאי האי דאמרינן (בב"מ יא): שאין להקנות מתנות כהונה בחליפין (כלומר בקנין סודר) משום ד'נתינה' כתיבא בהו ואילו חליפין דרך מקח וממכר הוא - הרי משמע לכאורה שהסודר מהוה תמורה כמו תשלום כסף שעל ידי קבלתו מקנה לו את החפץ.

- הא לא קשיא, כי אף לדעת האומרים דלאו מתורת כסף הוא אלא מצד פעולה סמלית של מנהג הסוחרים, מ"מ אופי המעשה הוא בטכסיס של התחלפות, ומצד זה בלבד 'מחזי כמקח וממכר'. ועל כן מכוונה קנין סודר בכ"מ 'חליפין' - כי נעשה בטכסיס של החלפה, אבל לא שיש כאן החלפה אמיתית או קבלת תמורה שעל ידה חל הקנין בככסף. וכן יש לדקדק מלשון רש"י (בב"מ יא): 'ונראה כמוכרן לו', וכן לשון הרמב"ם (מעשר שני יא,יא) שנראה כמכירה - כלומר טכסיס המעשה הוא בצביון של מכירה אבל לא מכירה ממש. וכן יש לראות בפיה"מ בקדושין (כח) שטכסיס הקנין הוא החלפה ונתינת תמורה שעל ידו איכא סמל לגמ"ד. ונראה דמדויק כן בלשון הגמרא (בב"מ מז.) במה קונין (באיזה סודר) - רב אמר בכליו של קונה, דניחא ליה לקונה דלהוי מקנה קונה כי היכי דלגמר ולקני ליה'. וכך מבואר במאירי (ע' ב"מ ז מה וקדושין ו כח) שהקנין מועיל על ידי

וכפי שנתבאר שיטתו דמהות קנין סודר הוא 'לקיים הדברים' ולא בתורת תמורה, ולשיטתו זו תפס (שם בנתיב י) דבסודר העדים הוא מדין שליחות, ולשיטתו זו כתב (בנתיב יג) דלא מהני כשהמקנה גוי.



אחר כל הדברים הללו נבין את שיטת הגאונים [וכדמשמע בתרגום רות] להצריך עדים לחלות קנין סודר. והקשו הראשונים מאי שנא מכל הקנינים - ולהאמור שנא ושנא, שבכל הקנינים יש גמירות דעת מצד המעשה שנעשה כלפי החפץ, שעצם הדבר שמחזיק בחפץ או שנותן תמורתו או מקבל עליו שטר מורה וגורם גמירות דעת, לא כן ק"ס שאין במעשה עצמו הוראת בעלות וקנין בחפץ, דנקטו הגאונים כהצד שהוא מעשה של גמירות דעת, ולכן נקטו שצריך שיעשה הדבר בפני עדים שא"א להכחישם ובלא"ה לא נפעלת גמירות דעת. וזהו המשך פשוטו של מקרא [לפי התרגום] 'וזאת לפני ישראל וגו' לקים כל דבר, שלף איש נעלו ונתן לרעהו, וזאת התעודה בישראל' - שהואיל וענין קנין זה הוא 'לקיים כל דבר' כלומר מעשה המקיים ונותן תוקף לדברים, לכך צריך להיות במעמד של 'תעודה', באופן שא"א להכחישו.

ואם כן הרי נתבאר גם דברי הגאונים בתשו' מר יוסף גאון לשיטתם, שהשבועה המועילה לקנות דבר שלא בא לעולם היא רק כשנעשית בפני עדים - שהרי לשיטתם השבועה במקום מעשה הקנין עומדת, והרי גדרה הוא פעולה המפגנת גמירות דעת באופן שאין מעשה בגוף החפץ כלל, הלכך בעיני שבועה כזאת שיודע המוכר שא"א להכחישו, כלומר בפני עדים.



ד בעיקר ההסבר האמור בשיטת הגאונים ומהר"ם מרוטנבורג והרא"ש הנ"ל דהא דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם משום חסרון בסמיכות דעת הוא, יש לבאר בזה שיטת הרמב"ם, שכתב (רפכ"ב מכירה) 'אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם בין במכר בין במתנה וכו' המוכר פירות דקל לחבירו יכול לחזור בו אף לאחר שבאו הפירות לעולם, ואם שמט הלוקח ואכל אין מוציאין מידו, וכל החוזר בו משניהם אין חייב לקבל מי שפרע. אבל הפוסק על שער שבשוק ולא היה אותו המין שפסק עליו ברשות מוכר - חייב לקנות וליתן ללוקח מה שפסק, ואם חזר - מקבל מי שפרע. והריטב"א (בב"מ סב-סג) חלק על דברים אלו, הלא אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ומה מהני שהפירות מצויים ויצא השער.

ובבאור שיטת הרמב"ם נאמרו שני מהלכים; יש מפרשים (הדרך השניה בכס"מ, וכ"כ בבדק הבית חו"מ רט, וכ"פ הש"ך שם. וע' קצוה"ח שכדרך זו תפס הר"י בן מגאש ב"מ מח) שאמנם הוי דשבל"ע ולא חל הקנין מאחר והפירות אינם ברשותו בשעת המכירה, אבל 'מי שפרע' איכא כיון שסו"ס היו בעולם אלא שלא היו ברשותו, וזו סברא מחודשת דאיכא 'מי שפרע' הגם שאין הקנין כלום [עכ"פ כשיצא השער ומצוי לקנותו. ע' דברי אמת קונטרס הקנינים ב]. ויש מפרשים (כן הדרך הראשונה בכס"מ וכ"ה בב"י. וכן נקט הסמ"ע רט וכן הראה הקצות ברשב"א ב"מ מח) שהואיל והפירות מצויים ומזומנים בשוק חשיב כדבר שבא לעולם. ומה

והנה בנדרים (מח): שקיל וטרי הגמרא אי אמרינן 'כלתה קנינו' במקנה בקנין סודר לאחר זמן. ומבואר בתשובת הרשב"א (ח"ד רב) שהנידון תלוי בשאלה אם ק"ס מתורת כסף שאז אין חסרון ד'כלתה' כמו בקנין כסף שאע"פ שנתאכלו המעות קנה מפני ששעבוד המעות קיים, או דלמא לאו מתורת כסף הלכך אמרינן 'כלתה' כבשאר קנינים. ועוד מבואר בדבריו שאף אם הסודר אינו מתורת כסף אך אם ננקוט שק"ס כאומר 'מעכשיו' דמי ג"כ אין חסרון דכלתה. ולפי"ז קשה בדעת הרמב"ם שהרי שיטתו שהסודר אינו מתורת כסף וגם סובר דק"ס אינו כמעכשיו (ע' הל' מכירה יא, יג ובמ"מ), ואעפ"י כ"כ פסק (שם ובהלכות נדרים ה, ז). וע"ש בפר"ח בהגהות מים חיים שם) דמקנה בק"ס 'לאחר שלשים' ולא אמרינן כלתה קנינו.

אך לפי מה שראינו שיסוד ק"ס הוא מעשה המבטא גמירות דעת לא קשה מידי, דאימתי יש חסרון ד'כלתה' - בשאר מעשי קנין הנעשים בחפץ, שאם כלה המעשה עד שלא חלה ההקנאה הרי אין שם דבר הקונה, לא כן בק"ס שאין למעשה כשלעצמו שום משמעות אלא אך ביטוי לגמירות דעת, והרי הגמ"ד קיימת ולא שייך לומר בה 'כלתה'. דוגמא לדבר, שהגרע"א (קמד) דן אם אפשר להפקיר לאחר שלשים, ובדברי חיים (בדיני הפקר ג) ועוד אחרונים הוכיחו מהסוגיא בב"ק (סט) שמועיל. ופירש בחלקת יואב (אה"ע לב) מדוע לא אמרינן 'כלתה קנינו' דבדיבור ליכא חסרון זה דלעולם דברו נצב. וטעם הדבר כי הדיבור אינו אלא ביטוי לדעת והרי הדעת קיימת. וכמו"כ י"ל דהיינו טעמא דק"ס כאמור.

ובזה נבין גם את דברי ה"ר שמעיה (בתוס' קדושין כו -): כפשט דבריו כפי שתפס הפנ"י) שקנין סודר מועיל רק בפני הקונה. והריב"ן שם תמה. אכן י"ל בעיקר סברתו שבוזה נשתנה קנין זה משאר קנינים, שהואיל ומעשה הקנין אינו בחפץ אלא אך לפעול גמירות דעת, י"ל שרק בנוכחות הקונה איכא גמ"ד.

ובנידון זה נבין הפלוגתא שבין הסמ"ע (קנג) לקצוה"ח, באופן שהעדים נותנים סודר שלהם למקנה לעשות בו קנין במקום הקונה [וכדרך שכתבו התוס' בקדושין שם שרגילים לעשות כן], שנקט הסמ"ע דמדין שליחות הוא שהעדים שלוחי הקונה בנתינת הסודר, ולפי"ז כשהקונה גוי לא מהניא נתינת העדים דאין שליחות לגוי, והקצוה"ח נקט דלאו מתורת שליחות הוא שהרי הסודר שלהם ולא של הקונה ומה יהני כאן שליחות, אלא מדין 'עבד כנעני' הוא, וכשם שמצינו במכירת קרקע שאחר הנותן כסף עבור הקונה מהני לקונה (קדושין ז ועוד) הלכך מהני נתינת סודר ע"י העדים אף כשהקונה גוי [דעת הקצוה"ח דאיכא דין 'עבד כנעני' בגוי, ואין הדבר מוסכם]. וכבר עמד הגרש"ר (בחדושי קדושין ג) דפליגי בחקירה זו; הקצות נקט דק"ס מתורת כסף וא"כ לא תהני שליחות בנתינת הסודר דסו"ס חליפי הסודר צריכים להגיע לעדים שהרי משלהם נתנו, ועל כרחק לבוא לדין 'עבד כנעני' שהעדים נותנים עבור הקונה כאילו נתן הוא. והסמ"ע נקט דסודר לאו מתורת כסף אלא מעשה של גמירות דעת, אם כן שפיר יכולים העדים להיות שלוחי הקונה על עשיית המעשה, ומאידיך אינו ענין לדין עבד-כנעני. ומתאימים הדברים בשיטת רבנו ירוחם שפירש דמהני קנין סודר לקנות חליפי שוה בשוה

וליתן ללוקח מה שפסק. [ואמנם לפי"ד הרשב"א בתשובה (ח"ג: סה) חל חיובו משום 'התחייבות', וההתחייבות מועילה בדשלב"ע, אבל בחדושויו (ב"מ מח) נקט שבתורת הקנאה אתינן עלה. וכן משמע ברמב"ם כאן]. וא"כ צ"ב מדוע חייב ליקח הרי עדיין לא חל הקנין].

ומבאן יש לשמוע כיסוד הגרא"ק (משנת ר' אהרן שכנים ב, ט) ועוד אחרונים (ע' נחל יצחק פא; אבי עזרי הל' גזילה והל' מכירה) שכל הקנאה כוללת בתוכה חלות חיוב על הגברא להעמיד את המקח, מלבד חלות הקנין החל בחפץ. ועל כן אף שעדיין לא נקנה המקח שאינו ברשותו אבל חלות חיוב העמדת המקח חל עליו. ואף דבמכירת דשלב"ע דעלמא אפילו חיוב העמדת מקח לא חל ואפילו לר' מאיר, י"ל דהתם שמוכר לו דבר מסוים, הרי אותו דבר אינו בידו להביאו לו הלכך הלוקח נסתלק ממנה מכל וכל, אבל זה שפסק פירות סתם והם מצויים י"ל שחיוב העמדת מקח מיהת חל. ועיקר חילוק זה מפורש בדברי הרשב"א (ב"ב סט) שצדד כן בבאור שיטת העיטור והגאונים והרי"ף במהדו"ק דבמוכר תרי דקלי ולא היו ברשותו חייב להעמיד לו הדקלים, והוכיח כן מהתוספתא (פ"ד דב"מ) והירושלמי (תרומות ו) שהמוכר לחברו בחזקת שיש לו ואין לו חייב להעמיד לו מקחו, ושאל מהסוגיא בב"מ (טז) שאין הגזלן חייב להעמיד המקח (וכן הקשה הר"ש תרומות פ"ו), וחילק בין מוכר דבר מסוים כהיא דב"מ למוכר תרי דקלי שאינם מסוימים. ואכמ"ל עוד.

ח גם י"א בדעת הרמב"ם שאין אדם מתחייב בדשלב"ע - כמוכר בספר דברי אמת (קנינים סוס"ב) ממנהרשד"ם ומהריב"ל.

שכתב הרמב"ם שאם אינו מעמיד אותם מקבל 'מי שפרע' - זהו מפני שמדובר שקנה בכסף והרי רבנן ביטלו קנין כסף במטלטלין, אבל אילו היה עושה קנין המועיל, קנה קנין גמור. ויש לסייע מדברי הרמב"ם בכמה מקומות כדרך זו. והאריכו בענין זה הגרעק"א (בשו"ת מהדו"ק קלד) ופרי יצחק (ח"א נ וח"ב מו). ויש לבאר מה טעם להחשיב זאת כדבר שבא לעולם הלא סו"ס אינם ברשותו. אכן אם החסרון הוא רק בסמיכות דעת ולא בעיקר כח ההקנאה, אפשר להבין שבדבר המצוי ונקל להשיגו איכא סמיכות דעת הלכך קנה.

וי"ש לסייע מדקדוק לשון הרמב"ם שלדעתו משום חסרון בסמיכות דעת אתינן עלה, שכך כתב בהמשך הפרק (ה"י) כשם שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם כך אין אדם מקנה למי שלא בא לעולם, ואפילו עובר הרי הוא כמי שלא בא לעולם, והמזכה לעובר לא קנה, ואם היה בנו הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו קנה (ומקור הך דינא בב"ב קמב) - הרי מבואר שהחסרון בהקנאה למי שלא בא לעולם הוא משום סמיכות דעת, שלכך אצל בנו שדעתו קרובה אליו קנה. והרי הרמב"ם כרך שני הדינים והשווה אהדדי (כשם... כך...) - הרי זה בא ללמד ונמצא למד, שאף בהקנאת דשלב"ע הטעם משום דלא סמכא דעתיה. ולשיטתו זו כתב שבדבר המצוי שיצא השער חשיב כבא לעולם וכנ"ל.

א"א שעדיין יש כאן דבר חידוש, שהרי כפי שהובא בתחילת הדברים, אף לר"מ שאדם מקנה דשלב"ע הקנין חל רק לכשבא הדבר לעולם, והרי יכול לחזור בו בינתיים ובודאי שאם מכר 'שדה זו לכשאקנה' אינו חייב ליקחנה אפילו לר"מ, וא"כ מהו זה שכתב הרמב"ם בפוסק על שער שבשוק שחייב לקנות

