

הרב ב. מ. אזרחי (בירג)

גדרי התחייבות באימוץ ילדים.

[המתחייב בדבר שאינו חייב בו]

ה

נושא של אימוץ ילדים עורר באחרונה כמה בעיות מיוחדות עקב התכנית לחוקק חוק בנידון זה. אולם בטרם נבא לדון בבעיות ספציפיות אלו מן הראוי שנברר תחילה את עצם תוקפה של התחייבות כזאת מבחינתה הכללית. (א) האם מספיקה לכך התחייבות מילולית בדבור בעלמא, או שזקוקים גם לשטר, או למעשה קנין. (ב) מהו גדר ההתחייבות ותוקפה. מאמר זה ידון איפוא בעקרונות הבעיה מבלי להכנס לאותן הבעיות החדשות.

כיון שהתחייבות כזאת, בעיקרה, היא התחייבות ממונית והיא נכללת בסוג אותן ההתחייבויות שהאדם מקבלן על עצמו מרצונו הטוב, לכן מצאנו לנכון לברר את גדרם של כלל ההתחייבויות מסוג זה. אי לזאת הובאו המקורות הדנים בסוג זה של התחייבויות, אף שאינם עוסקים במפורש בנושא שלפנינו, כדי שנוכל ללמוד משם ולהשוות לעניינינו. כיון שענין זה כולל סוגיות רבות ושונות, לכן השתדלנו לברר וללבן כל סוגיא וסוגיא — עד כמה שבידור זה יביא להסקת מסקנת בהבנת הנושא שלפנינו. המאמר מחולק לארבעה פרקים:

- א. יסוד הבעיה ושיטת רש"י.
- ב. שיטת שאר הראשונים.
- ג. שיטת הרמב"ם.
- ד. מתחייב בדבר שאינו קצוב.

א. יסוד הבעיה ושיטת רש"י

(א) תנן בכתובות דף ק"א ע"ב: „הנושא את האשה ופסקה עמו כדי שיוון את בתה חמש שנים חייב לזונה חמש שנים" וכו'. וברמב"ם פרק כ"ג מהלכות אישות הלכה י"ז: „הנושא אשה ופסקה עמו שיהיה זן את בתה כך וכך שנים חייב לזון אותם שנים שקיבל על עצמו והוא שיתנו על דבר זה בשעת הקדושין אבל שלא בשעת הקדושין עד שיקנו מידו או עד שיכתוב בשטר וכיוצא בו כמו שיתבאר בהלכות מקח וממכר" וכו'. ועיין במפרשי הרמב"ם כאן ובפרק י"א מהלכות מכירה, שדבריו כאן

הם לפי מה שפסק בהלכות מכירה שהמתחייב בדבר שאינו קצוב, אין התחייבותו חלה אף אם התחייב ע"י מעשה קנין, ומה שכתב כאן שאם היתה התחייבותו שלא בשעת קדושין מועיל זאת ע"י קנין או שטר — הכוונה היא לשעת נשואין, שאז בצירוף עם קנין ישנה גמירות דעת מספקת להתחייב, אבל אם היתה ההתחייבות שלא בשעת קדושין או נשואין אין תוקף להתחייבותו אף אם התחייב ע"י מעשה קנין, ויבואר כל זאת בפרוטרוט להלן בפרק ד.

אך בשו"ע אה"ע סימן קי"ד סעיף א', הביא את המשנה כצורתה ולא כתב שום הגבלה בזמן התחייבותו, כמו כן בטור שם הובאו שתי הדעות: "כל אלו הדברים [חיובי האב לבת מדין תנאי בי"ד] אינו חייב אלא בבת אשתו שילדה לו, אבל אם יש לה בת מאיש אחר אינו חייב לה כלום, אלא מה שהתנתה עמו, דתנן הנושא וכו', וכתב הרמב"ם דדוקא שהתנתה עמו בשעת קדושין אז מהני בדבור בעלמא אבל שלא בשעת קדושין אינו מתחייב עד שיקנו מידו או עד שיכתוב שטר" ע"כ.

(ב) מעתה יש לעיין בנושא שלפנינו — דהיינו התחייבות בספק צרכיו של המאומץ, אם גם זה שנוי במחלוקת ובעוד שלשיטת השו"ע יועיל זאת אף בדבור בעלמא, הרי לשיטת הרמב"ם לא יועיל זאת אף ע"י מעשה קנין, או אולי שגם לפי שיטת הרמב"ם ישנה דרך להתחייבות — בנידון דידן — אף שזה דבר שאינו קצוב ואינו שעת קדושין או נשואין.

לשם כך נקדים לברר מהו יסוד תוקפה של ההתחייבות בדבר שאינו חייב בו ואלו שיטות נאמרו בדרך ההתחייבות מסוג זה.

שנינו בכתובות ק"א ע"ב: "איתמר, האומר לחבירו חייב אני לך מנה, רבי יוחנן אמר חייב, ור"ל אמר פטור, היכי דמי אי דאמר להו אתם עדי מ"ט דר"ל דקפטר, אי דלא אמר להו אתם עדי, מ"ט דר"י דקמחייב, לעולם דלא קאמר להו אתם עדי והכא במאי עסקינן דא"ל חייב אני לך מנה בשטר. ר"י אמר חייב אלימא מילתא דשטרא כמאן דאמר להו אתם עדי דמי, ר"ל אמר פטור לא אלימא מילתא דשטרא, והקשו שם ממתניתין, הנושא את האשה ופסקה וכו' חייב לזונה, מאי לאו כה"ג, ומשני, לא בשטרי פסיקתא וכדר' גידל דאמר רב גידל אמר רב כמה אתה נותן לבנך כך וכך וכמה אתה נותן לבתך כך וכך עמדו וקידשו קנו הן הן הדברים הנקנים באמירה" ע"כ, ובביאור סוגיא זאת נשנו כמה שיטות בדברי הראשונים:

(ג) שיטת רש"י היא שהמדובר במחלוקת זאת איננו בהתחייבות חדשה, אלא בהודאה על חוב מוקדם, כן מבואר שם מתוך פירושו בסוגיא, וכן מורים פשטות דברי הטור בביאור שיטתו של רש"י, וז"ל הטור חו"מ סימן מ': "ופירש"י שמסר לו שטר בפני עדים שכתוב בו פלוני חייב לפלוני מנה, או אני

חייב לך מנה בשטר ואינו כתב ידו הוי הודאה וחייב לו, אעפ"י שאילו אמר לו זה ע"פ היה צ"ל אתם עדי, אלימא מילתא דשטרא כשכתב לו כן בשטר ומסרו לו בפני עדים שאצ"ל אתם עדי" וכו'.

כן פירש הב"י והדרישה כאן ובש"ך ס"ק ב', ועיין עוד ב"שיטה מקובצת" על אתר שביאר כן פירושו של רש"י ואף הביא עוד ראשונים הסוברים כשיטה זאת, וביותר מפורשים הדברים ב"שלטי הגיבורים" בשם "ריא"ז": "הבא להתחייב לחבירו בדבר שאינו מחוייב בו במקום שאינן חובת ממון כגון שאמר הריני מתחייב ליתן לך מנה, אעפ"י שאמר לעדים אתם עדי, ואעפ"י שכתב לו שטר חתום ומסרו לו הרי זה אינו מתחייב לו אלא אם כן קנו מידו כמבואר בק"ה".

נמצא דלפי פירש"י השקלא וטריא שבסוגיא היא רק אם הכתיבה והמסירה של השטר מועילה לסלק טענת "משטה הייתי בך" או טענת "שלא להשביע", אבל חיוב מחודש שאדם רוצה להתחייב בו, אינו חל אפילו אם כתב כן בשטר, וכפי שמפורשים הדברים בפוסקים הנ"ל.

(ד) אולם יש הסוברים בשיטת רש"י, שגם איהו ס"ל שחלה התחייבות מחודשת אם אך נכתבה בשטר גמור — כתוב וחתום כדין, אלא שבסוגייתנו מיירי בשטר גרוע שלא חתומים בו לא הוא ולא עדי, ראה ב"פני יהושע" בסוגיין שכתב כן, — והביא ראייה מתוספת כתובה שאיננה נכללת בתנאי ב"ד, ובכ"ז חל החיוב ע"י השטר, ואף יותר מזה הרחיק לכת וכתב שם בד"ה ואין לתמוה: "אמנם כן, לפי מה שפירשתי בסמוך בשיטת רש"י ז"ל, אדרבה לפירש"י א"ש טפי, דבלא"ה פשיטא לן דאדם יכול לחייב עצמו בשיעבוד חדש אפילו בע"פ ובדאמר ליה אתם עדי, דכיון שאמר בלשון חיוב, מסתמא אנן סהדי דגמר ומקני אפילו באמירה בעלמא, כיון דהלה סמיך דעתיה" וכו'.

גם ה"תומים" בסימן מ', כתב לפרש כן שיטת רש"י, ויותר מזה חידש שם שגם ה"ריא"ז" שבש"ג [המובא לעיל אות ג'], ג"כ ס"ל שיש תוקף גם להתחייבות מחודשת אם אך נעשתה בשטר שנכתב כדין, ומה דס"ל לרש"י שאין להתחייבות בשטר מועילה היינו רק בשטר גרוע שהיה כתוב בכת"י בלי עדים שאז לכו"ע שיעבודא לאו דאורייתא, (עיין בתוס' ס"פ גט פשוט) משא"כ בשטר גמור חלה ההתחייבות לכו"ע, ולפי"ז, כתב, שגם מה שנאמר בריא"ז הנ"ל שהתחייבות לא חלה אף אם היה "השטר חתום", הכוונה היא בכה"ג, שלא היה זה שטר גמור כהנ"ל.

ועיקר ראיתו של ה"תומים" היא מהנאמר ברש"י ב"מ י"ג ע"א בד"ה בשטר הקנאה: "שמקנה לו נכסיו מהיום בין ילוה בין לא ילוה יגבה מהם לאותו זמן מהיום". והשתא אי נימא שאין כח להתחייב מחדש אף ע"י שטר גמור,

אם כן על ידי מה חל כאן השיעבוד אם לא ילוה, ואף די"ל דמיירי בקנין שאז מהני לכו"ע, אבל מה נימא לאביי — דס"ל עדיו בחתומיו זכין לו, במה חלה התחייבותו, [ועיין בנתי"מ שם ס"ק א' שתירץ קושיתו זאת. ויבואר להלן אי"ה].
 ה) אך שיטתם של ה"פנ"י וה"תומים" הנ"ל בדעת רש"י תמוה, ולכאורה מפורש ברש"י גופא איפכא, שבכתובות מ"ג ע"ב: „ומיגבא מאימת גביא, אמר רב הונא מנה ומאתים מן האירוסין, ותוספת מן הנשואין. ורב אסי אמר אחד זה ואחד זה מן הנשואין. ופירש"י שם בד"ה ותוספת: „שמעלמא היא באה לה לא נשתעבד עד זמן כתיבת הכתובה שקנו מידו וכתב“. הרי להדיא שרש"י עצמו ס"ל שכדי להתחייב בתוספת כתובה, שהיא התחייבות מחודשת, לא סגי בשטרא בלבד, אעפ"י שנכתב ונחתם כדין, ובעינן דוקא למעשה קנין.

וראה ב"שטה מקובצת" שם בשם הר"י, וכמו"כ ב"ריטב"א שם בד"ה אלא רבה ורב יוסף, שכתב בין השאר: „ומיגבא מאימת גביא פירש"י וכו' אמר רב הונא מנה ומאתים מתקנת רבנן מחייב, טרפי ממשעבדי מאירוסין ואילך, דהאי שעתא משתעבד ותוספת שמעצמו הוא מחייב לה, לא נתחייב לה עד זמן כתיבת הכתובה שקנו מידו וכתב“. [ועיין להלן ריש פרק הנושא שהריטב"א נטה לפרש מחלוקת ר"י ור"ל כפירש"י] הרי מפורש שלא חלה שום התחייבות מחודשת מבלעדי קנין, ולכאורה זה איפכא משיטת הפנ"י והתומים הנ"ל וצ"ע שממקום שנסתייע הפנ"י מפורש ברש"י שלא כשיטתו.
 ו) והנה תנן בכתובות נ"ד ע"ב: „אף על פי שאמרו בתולה גובה מאתים ואלמנה מנה אם רצה להוסיף אפילו מאה מנה יוסיף“. ובירושלמי שם: „במה הוא מתחייב לה, לא כן ר"י ור"ל תריהון אמרין הכותב שטר לחבירו בחזקת שהוא חייב לו ונמצא שאינו חייב, אינו חייב ליתן לו. [ותירצו] רוצה הוא ליתן כמה בתשמישה שהוא ערב, עד כדון בשבעל, לא בעל, רוצה הוא ליתן כמה על קנינו שהוסיף. פסק מן האירוסין פסק מן הנשואין וליקרות חתנו של פלוני, כבר הוא בראוי, תשמיש אין בו, קנין לא הוסיף מכן, רוצה הוא ליתן כמה ולא תחזור בה" וכו'.

וביאור הדברים: שהירושלמי נתן טעם לתלות החיוב של תוספת כתובה שאיננה מתנאי ב"ד, מדוע היא חלה — אף ללא מעשה קנין מיוחד, ועל זה אמרו שם, שיסוד החיוב נכלל ב"דברים הנקנים באמירה, וכחידושו של ר"ג אמר רב המובא בבבלי ובירושלמי להלן, אלא, לפי שגם טעמו של ר"ג הנ"ל הוא רק משום „דבהיא הגאה דקמיחתני אהרדי גמרי ומקני להרדי" כמבואר בכתובות ק"ב ע"ב. וזהו יסוד גמירות דעתו בהתחייבות, לכן גם כאן בתוספת כתובה הוצרך הירושלמי לסבות מיוחדות שבגללן הוא גמר ומקני את התוספת, — בכל עת, אף שלא היה זה בשעת קדושיין, וזהו שלכתחילה שאלו שם „במה

הוא מתחייב לה', ותירצו דלא בעי כאן קנין — מעיקר הדין, דהן הן הדברים הנקנים באמירה".

ולכאורה הרי מפורש בירושלמי שלא כפירש"י, שהרי מבואר שאף ללא קנין ג"כ חלה התחייבותו בתוספת מהטעמים שנאמרו שם. אך עיין ברין ריש פרק אעפ"י: „ואמר בירושלמי שהמוסיף לאשתו אפילו לאחר שכנסה באמירה בעלמא סגי ולא צריך למיקנא מיניה דומיא דמאי דאמר רב גידל עמדו וקידשו קנו הן הן הדברים הנקנים באמירה ופירשו טעמא התם משום דרוצה הוא ליתן כמה שלא תחזור בה וכו' וצריך עיין משום דלא אשכחן כולי האי בגמ' דילן אדרבה בגמרא משמע דלית לן האי סברא כמו שאכתוב לפנינו בס"ד ע"כ.

הרי מפורש בדברי הר"ן דאיפולגו בזה הבבלי והירושלמי, שלדעת הבבלי לא נאמר דינו של ר"ג אלא בפסיקא שהיתה בשעת קדושין, ואילו שיטת הירושלמי היא שגם בשאר זמנים שייך חידושו של ר"ג, ואשר על כן מבוררת גם שיטתו של רש"י שאם כן, כשהיתה הפסיקה בשעת קדושין חלה ההתחייבות גם בתוספת כתובה, דהן הן הדברים הנקנים באמירה — כמבואר בירושלמי, אך כיון דגמ' דילן פליגא וס"ל שדינו דר"ג נאמר רק בשעת קדושין, לכן אם היתה הפסיקה שלא בשעה זאת, הדר דינא, ובעינן לקנין מיוחד, וכשיטת הר"ן הנ"ל ומיושבת שיטתו של רש"י.

ואף שב„שיטה מקובצת" ריש פרק אעפ"י, הובאו כמה ראשונים ובעיקר בשם ה„רא"ה" שכתב: „ויש מן הגאונים ז"ל שכתבו שאין התוספת צריכה קנין אלא הרי היא זוכה באמירה בעלמא, דכי היכא דקילין דאיתא לדר"ג בשעת קדושין, דהוא הדין בשעת נשואין, מההוא טעמא גופא ובירושלמי אמרו דאפילו לאחר נשואין וכו' וצריך תלמוד".

אבל הרי ראינו שדעת הר"ן וכן גם מפורשת שיטה זאת בריטב"א כאן ע"ש, שמחלוקת היא בין הבבלי לירושלמי, ואשר על כן פשוטה גם שיטתו של רש"י כמבואר. שוב ראיתי בש"מ בשם מהדורא קמא של רש"י שהביא את שיטת הגאונים, ורש"י עצמו שם פליג עליהו.

נמצא לפי"ז שגם עיקר הבעיא, אם מועילה התחייבות מחודשת ע"י שטר, שראינו בדברי רש"י בדף מ"ג ע"ב הנ"ל שאין תוקף להתחייבות מחודשת ללא קנין. הרי להמבואר עיקר שיטתו מפורשת היא בירושלמי שלפנינו שהלא כאן מיירי בתוספת הנכתבת ב„כתובה" הדין שטר גמור עליה ע"י חתימתו וחתימת ידי העדים, וכפי שהקשו שם מדברי ר"י ור"ל דגם הם איירו במחייב עצמו ב„שטר". ועם כל זה לא סגי בשטר כשלעצמו ושאלו „במה הוא מתחייב" הרי שמפורש כאן שאין תוקף לשום התחייבות מחודשת אף אם נעשתה בשטר,

כל זמן שלא היה קנין, או שהוא מהדברים הנקנים באמירה. ותמוהה איך שיטתם של ה"פנ"י וה"תומים" כמבואר וצ"ע.

ז) ואשר יראה לומר בזה ליישב דעת הפנ"י וה"תומים" בשיטת רש"י, דהנה להלן ק"ב ע"ב: "אמר ליה רבינא לרב אשי, דברים הללו ניתנו להיכתב או לא ניתנו להיכתב, א"ל לא ניתנו להיכתב". ופירש"י: "האם נתנו חכמים כתיבה לדבר אם באו להחתים עדים בדברים הללו שהן בלא קנין" או לא ניתנו להיכתב: "דלא ליטרוף ממשעבדי, וכיון דליכא קנין לא משתעבדי ניכסי". ומפשטות לשונו של רש"י, וכפי שפירשו המפרשים בדעתו, נראה שאף אם יכתבו ביניהם שטר גמור אפי"ה לא יטרפו ממשעבדי [אם לא יכתבו בו בהדיא דנכסיהו ערבאין] עיין ברא"ש כאן ובתוס' גיטין נ"א ע"ב, ומפורש הדבר במגיד משנה שכן גם שיטת הרמב"ם בפרק כ"ג מהלכות אישות הלכה י"ח ובפרק ו' מהלכות זכיה ומתנה ה' י"ז וכן פסק המחבר באבן העזר סימן נ"א סעיף א': "ודברים הללו לא ניתנו להכתב לפיכך אפילו נכתבו אינם כשטר שיטרוף משועבדים" [ועיין עוד בטור שם ובלשון הרמב"ם שם וקצ"ע] וביאר זאת בהרחבה ה"פני יהושע" בדף ק"ב ע"ב שם.

ונראה בטעם הדבר, שחלוקה ביסוד הדין — ההתחייבות בשטרי פסיקה משאר ההתחייבויות, שבשאר התחייבויות חל הדבר בתורת "חוב", לא כן בשטרי פסיקה שיסוד חיובם הוא בתורת "מתנה" בלבד, ולהכי הם חלוקים אף בדיניהם, שבשאר התחייבויות מסוג חייב אני לך מנה בשטר, כיון שדין "חוב" עליהו לכן אם היה זה בשטר חל עליה דין שטר חוב הגובה אף ממשועבדים, לא כן שטרי פסיקתא שרק דין מתנה עליהו, לכן אף אם נכתב זאת בשטר לא חל על זה אלא שם של שטר מתנה, שאינו גובה ממשועבדים — אם לא פירש זאת להדיא בשטר עצמו. ואינו גובה ממשועבדים אף מדרבנן, שהרי אין בזה חשש נעילת דלת כמובן. ומיהו על ידי קנין, שפיר משתעבדים אף נכסיהם — כמפורש ברש"י כאן, משום שכיון שהוסיף קנין בהתחייבותו דעתו אף להשתעבד בחיוב גמור וכאילו נכתב בשטר חיוב האחריות במפורש.

והנה תנן בכתובות נ"א ע"א: "לא כתב לה כתובה בתולה גובה מאתים ואלמנה מנה מפני שהוא תנאי ב"ד, כתב לה שדה שווה מנה תחת מאתים זו ולא כתב לה כל נכסים דאית לי אחראין לכתובתיך, חייב שהוא תנאי ב"ד" וכו'. והיינו שתקנה מיוחדת נתקנה בתנאי ב"ד שהכתובה, היא עליה דין חוב ממש אף אם לא היתה התחייבות מפורשת מצד הבעל, וכמו"כ נכללת בתקנה זאת של תנאי ב"ד — שחל על חוב זה גם שיעבוד נכסים כבשאר החובות שאדם חייב בהם מעיקר הדין.

אך תנאי ב"ד זה — הלא לא נאמר אלא בחיוב הכתובה שהוא חייב

מעיקר הדין, אבל התוספות שאין ע"ז חיוב כלל, פשיטא שאינו נכלל בתנאי ביי"ד זה, וכדי להתחייב בה זקוקים להתחייבות מפורשת מצד הבעל, ואשר לפי"ז לא עדיפא ההתחייבות בתוספת הכתובה משאר שטרי פסיקתא, ואכן מפורש כן בירושלמי [שהובא לעיל אות ו] שיסוד החיוב בתוספת הוא מדינו של רב גידל דהן הן הדברים הנקנים באמירה.

ואם כן הרי יקשה מהו איפה היסוד לגבית תוספת הכתובה אף ממשועבדים, הלא שיטת רש"י ועוד ראשונים, שבשטרי פסיקתא אף אם כתבו זאת בשטר לא חל עליו חלות שם של שטר חוב ואינו גובה ממשעבדי, ואין עליהם אלא דין שטר מתנה בלחוד, ומדוע א"כ עדיפה הפסיקה הזאת של התוספת משאר שטרי פסיקתא שלא ניתנו להכתב, ובפרט כשלא כלל את התוספת בעיקר הכתובה, ולא פירש בו אחריות נכסים.

והנראה לומר בזה, שיתכן שזהו יסוד דינו של רש"י בדף מ"ג ע"ב הנ"ל ולכן הוא דסבירא ליה דלעולם אינו מתחייב בתוספת לגבות ממשעבדי, כל זמן שלא הוסיף מעשה קנין. כמבואר בגמ' דף ק"ב הנ"ל שגם בשאר שטרי פסיקתא — שלשיטת רש"י והרמב"ם — אין גובים על פיהם ממשעבדי, בכל זאת אם קנו מיניה שפיר טורפים אף ממשועבדים. אבל כל זמן שלא היה מעשה קנין, אינם גובים אלא מבני חורין. והתישבה לפי"ז שיטתם של ה"פני יהושע" וה"תומים" הנ"ל, שאף שבעלמא גם רש"י מודה שיש תוקף להתחייבות מחודשת אף בלי מעשה קנין, בכל זאת אין סתירה מדבריו כאן, משום שאין על התוספת דין "חוב" אלא דין "מתנה" כשאר שטרי פסיקתא כמבואר ולהכי הוא דבעינן גם לקנין כדי לגבות ממשועבדין.

(ח) ובש"ע אה"ע סימן ס"ו סעיף ח: "יש מי שאומר שאין צריך קנין בשעת נשואין כמה שנותן" והוסיף ע"ז הרמ"א בהג"ה: "ויש חולקים" ועיר"ש בחלקת מחוקק ס"ק ל"ד: "לא מצאתי מי שחולק על זה, ובב"ח שם כתב שמדברי ה"מרדכי" משמע שחולק ע"ז ויש לדחות". ובביהגר"א ס"ק ל"ב הביא את דברי המרדכי ועוד ראשונים החולקים. כמו כן הסתפק שם בדעת הר"ן, וקצת צ"ע שלא הביא אף אחד מהם את שיטת רש"י הנ"ל, שהוא מהסוברים שצריך קנין. אכן י"ל בתרתי, או דנימא שלא הובאו כאן אלא הסוברים שבעלמא אפשר להתחייב בהתחייבות מחודשת גם ע"י שטר, ורק שתוספת כתובה בשעת נשואין שאני כמבואר הטעם בדבריהם. לא כן רש"י דאיהו ס"ל — לפי רוב המפרשים — שגם בעלמא — בשאר התחייבויות — בעינן לקנין, ולהכי לא עדיפה התוספת, משאר התחייבויות כמבואר לעיל.

ברם לפי המבואר בשיטת הפני והתומים הנ"ל י"ל עוד שהרי להנ"ל גם בשעת קדושין לא יועיל זאת לטריפה ממשועבדין — כ"ז שלא היה קנין,

ולענין גביה מבני חורין, הרי שפיר סגי בשטר בלבד גם בשעת נשואין ולהכי אין למנותו בין ה"ש חולקים שברמ"א.

(ט) ונראה עוד, להוסיף ולבסס זאת בקצרה: הנה במתניתין ג"ד ע"ב: „אעפ"י שאמרו וכו' אם רצה להוסיף אפילו מאה מנה יוסיף. נתארמלה או נתגרשה בין מן האירוסין בין מן הנשואין גובה הכל. ראב"ע אומר מן הנשואין גובה הכל, מן האירוסין בתולה גובה מאתים ואלמנה מנה, שלא כתב לה אלא על מנת לכונסה" וכו' ובגמרא שם נ"ו ע"א „הלכה למעשה כראב"ע.

ובתוס' רי"ד על אתר: „והא דאוקימנא לעיל אחד זה ואחד זה מן הנשואין ה"מ לטרוף לקוחות מזמן נשואין, שלא כתב לה אחריותא אלא משעת חופה ואילך, אבל מן המחוררין גובה אף מן האירוסין ור"א פליג — ואמר דמן האירוסין לא גביא אלא מנה מאתים ולא תוספת". נמצא לפי"ז שלהלכה דפסקינן כר"א, אינה גובה ממשועבדים אף את עיקר הכתובה, אלא מזמן הנשואין.

והרמב"ם בפרק י' מהלכות אישות הלכה י"א: „המארס את האשה וכו' ואם מת או גירשה גובה עיקר כתובתה מבני חורין ואינה גובה תוספת כלל, הואיל ולא כנסה אבל אם ארס אשה ולא כתב לה כתובה ומת או גירשה והיא ארוסה, אין לה כלום ואפילו העיקר, שלא תיקנו לה עיקר כתובה, עד שתנשא או עד שיכתוב", וכו'. הרי ששיטת הרמב"ם היא כשיטת התוס' רי"ד הנ"ל, שאעפ"י שעל עיקר הכתובה יש דין גביה, בכל זאת, אין זה מועיל אלא לבני חורין ולא לטריפה ממשועבדים.

זו היא גם שיטתם של הבעל העיטור, ורב שרירא גאון וכדהביא ופירש כל זאת ה"מגיד משנה" שם, גם המחבר בשו"ע אבה"ע נ"ה סעיף ו', פסק וסתם כשיטה זאת. ומקורם הוא כאמור ממסקנת הגמ' [שהובא לעיל אות ה'] בדרך מ"ד ע"א „והלכתא אחד זה ואחד זה מן הנשואין", ופירשו דהיינו לומר שלעולם לא גביא ממשועבדים לפני הנשואין, והא שמבואר במתניתין כאן, הוא רק לענין גביה מבני חורין.

(י) אבל הרא"ש בפרק ה' סימן ה', הביא את שיטת הרמב"ם, וחלק עליה — בכתבו: „נראה שהוא מפרש שלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה שהכתיבה אינה כלום כל זמן שלא כנסה, ומנה ומאתים גובה כמלוה ע"פ, ומיהו אהני כתיבה דאית לה כתובה, דהא איהו גופא כתב בחיבורו דארוסה אין לה כתובה אם לא שכתב לה. ואין דבריו נראין, דלמה לא תהא כתובת מנה ומאתים כשאר מלוה בשטר לגבות ממשעבדי, נהי דתוספת לא כתב לה אלא ע"מ לכונסה, מ"מ שטר גמור הוי לענין מנה או מאתים, ואע"ג דאמרינן בפירקין דלעיל, והלכתא אחד זה ואחד זה מן הנשואין, מיירי דחזר וכתב לה בשעת נשואין,

דאמרינן אחוליה אחליה לשיעבודא קמא, ונתרצה לגבות מזמן הכתוב בשטר בין עיקר בין תוספת, ועוד משמע דגובה מן האירוסין ממשעבדי נמי כמו מן הנשואין.

ועיין ב"קרבן נתנאל" ס"ק ד' וב"שטה מקובצת" בשתי הסוגיות שהובאו שתי הדעות, וראה בטור אה"ע ס"ו וב"דרישה" שם, כמו"כ הביא הרמ"א בהג"ה שם: "ויש אומרים דארוסה יש לה כתובה (הרא"ש והטור) אבל נהגין כסברא ראשונה" והגר"א שם ס"ק כ"ג כ"ד, כתב שגם התוס' — בי"מ י"ז ע"ב ד"ה מן — סוברים כשיטת הרא"ש כמו"כ הביא שם עוד ראיות לשיטה זאת וקבע שכן עיקר.

עכ"פ שיטת הרמב"ם תמוה לכאורה, מדוע לא יהיה לעיקר הכתובה דין שטר ותגבה אף ממשועבדים, כדין כל שטרות דעלמא, הלא חזינן שחלוק דינא דעיקר הכתובה מהתוספת, ובעוד שאת התוספת אינה גובה כלל, משום שלא כתב לה אלא כדי שתנשא, הרי לא נאמרה סברה זאת בנוגע לעיקר הכתובה לגבי גבייה מבני חורין, וא"כ אמאי לא תגבה אף ממשועבדים, כדין שאר שטרות, שנכתבו ונחתמו כדין.

(יא) אכן להמבואר, יתבאר אף זאת, ומכאן אף סיעתא מוכרחת ליסוד הנ"ל, שהרי מעיקר הדין אין על עיקר הכתובה חלות שם של שטר חוב, וכל דינה אינו אלא כדין שטר מתנה ולא עדיפא משאר שטרי פסיקתא, והרי הובאה לעיל שיטת הרמב"ם שבפסיקה אף אם כתבו זאת בשטר אינה גובה ממשועבדים — כל זמן שלא קנו מיניה, או שפירשו אחריות נכסים בשטר עצמו, וכל מה שהכתובה נגבית ממשועבדים, אינו אלא תקנה מיוחדת מתנאי בי"ד, כמבואר במתניתין נא ע"א.

ומעתה נראה שתקנה זאת, נתקנה רק מזמן שחלה חובת הכתובה דהיינו משעת נשואין, לא כן משעת אירוסין, דס"ל להרמב"ם שאין כלל חובת כתובה מעיקר הדין וליתא בתנאי בי"ד, ולהכי אעפ"י שכתב זאת בשטר גמור משעת אירוסין, בכל זאת אין עליו אלא חלות שם "שטר", ולא חלות שם "כתובה", והדר דינו כשאר שטרי פסיקתא שאינם נגבים ממשעבדי, ומיושבת שפיר שיטת הרמב"ם מקושית הרא"ש, דשאני ושאני שאר שטרות, שהם שטרי חוב, משטר כתובה שאינו אלא שטר מתנה, ואינה גובה ממשעבדי אם אך לא נכללת הכתובה בתנאי בי"ד כמבואר. (ועיין בפ"י מד ע"א).

ולהלן פב ע"ב, אמר רב יהודה, בראשונה היו כותבין לבתולה מאתים ולאמנה מנה והיו מזקינים ולא היו נושאים נשים, עד שבא שמעון בן שטח ותיקן, כל נכסין ערבאין ואחראין לכתובה תניא נמי הכי" וכו'. והקשו מכאן הראשונים על דברי הגמ' לעיל נא ע"א שתלו את דין השתעבדות הנכסים

לכתובה, בדין אחריות טעות סופר שנחלקו בזה ר"מ ור"י. והקשו הלא רבנן בתר שמעון בן שטח הוו, וכבר נתקנה התקנה בתנאי בי"ד, וא"כ אף אי נימא בעלמא שאחריות לאו טעות סופר, אבל בכתובה גובה ממשועבדים מ"מ, מחמת תנאי בי"ד.

וברמב"ן ג"א ע"א (הובאו דבריו גם בש"מ שם) תירץ „איכא למימר דלא קשיא כלל דשמעון בן שטח תיקן שיהא כותב לה כן, לא כתב לה מאי הוה, לשמעון בן שטח הרי הוא כשאר שטרות, — לר"י טעות סופר הוא, לר"מ לא, ואי קשיא אי סבר לה שמעון בן שטח כר"י למאי איצטריך לתקנתא, הרי כל נכסיו אחראין לה, לאו מילתא היא דאיהו תקין שלא יהיו מיוחדין לה כתובה, כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה, אלא שיכתוב לה כל נכסיו אחראין לך, ומיהו בסתם נמי נתקיימה תקנתו — לדברי ר"י ע"כ. מבואר מדבריו שעצם דין הגביה ממשועבדים, תלוי במחלוקת אם אחריות טעות סופר, ותקנתו של שמעון בן שטח היתה רק שיכתוב אחריותו במפורש בשטר.

אבל לא כן היא שיטת הרמב"ם בפרק ט"ז מהלכות אישות הלכה י': „ועוד תקנו חכמים שיהיו כל נכסיו הבעל אחראין וערבאין לכתובה, אפילו כתובתה מנה ויש לו קרקע באלפים זהובים, הכל תחת שיעבוד הכתובה וכל שימכור אחר הנשואין מנכסיו, אעפ"י שממכרו קיים ויש לו למכור כל נכסיו אם ירצה, יש לה לטרוף אותן בכתובתה, כשיגרשנה או כשימות, אם לא תמצא נכסים בני חורין" וכו'. הרי להדיא, שדין השעבוד לכתובה הוא תקנה מיוחדת מתנאי בי"ד, שהרי מפורש כתב שהתקנה היתה על עיקר השיעבוד, ולא על הכתיבה כשיטת הרמב"ן. ואעפ"י שפסק בעלמא דאחריות טעות סופר, בכל זאת אילולי תקנתו של שמעון בן שטח לא היתה הכתובה נגבית ממשועבדים.

ועיין עוד בש"מ בשתי הסוגיות שהובאו שם עוד ראשונים שנראה מדבריהם כשיטת הרמב"ם, וראה שם בדף פ"ד מה שהביא בשם רש"י במהדורא קודמת: „ומה דתנן בפרק נערה לא כתב וכו' מפני שהוא תנאי בי"ד, היינו אחר תקנת שמעון בן שטח" ועיי"ש עוד בשם „תלמידי ר"י, ה"ריטב"א" ו"הרא"ה". ברם זה גופא טעמא בעי, למה גרע שטר הכתובה משאר שטרות, ומדוע לא תגבה ע"י שטר כתובה גם ממשועבדין כשם שגובין זאת בשטר שטרות.

יב) וע"כ נראה שמכאן הוא המקור ליסוד הסברא, שאין דין הכתובה כדין שטרי חוב — שנאמרה בהם ההלכה דאחריות טעות סופר, אלא שדינה הוא כדין שטר מתנה ולא עדיף משטרי פסיקתא, שאם אך לא פירשו בשטר

גופו, שברצונם להשתעבד לא חל על השטר כח גביה ממשועבדים, ואשר לפי"ז לכן הוא דבעינן לתקנה מיוחדת בתנאי ב"ד, שגם על כל כתובה. — אף שאין בה אחריות. — יחול שם שטר חוב, וממילא חל עליה גם דין גביה ממשועבדים.

ומעתה תבורר אף שיטתו של רש"י בדף מ"ג ע"ב הנ"ל — ביתר בהירות, שהרי לפי הנ"ל צ"ע מהו יסוד גביית התוספת ממשועבדים, מאחר שאף עיקר הכתובה אינה נגבית ממשועבדים אלא מזמן הנשואין ולא משעת אירוסין — אף שכתב התחיבותו בשטר הכתובה, וכמבואר שטעם הדבר הוא שעד שעת הנשואין אין הכתובה נכללת בתנאי ב"ד, ובמה איפוא עדיפה התוספת מעיקר הכתובה לאחר האירוסין הרי שניהם אינם בכלל התקנה של תנאי ב"ד, ואינם אלא כשאר שטרי מתנה שאינם נגבים ממשעבדי.

לכן פירש רש"י שאין דין גביה בתוספת ממשועבדים כל זמן שלא הוסיף לשטר התחייבותו גם מעשה קנין, ומועיל זאת כשם שהקנין מועיל בשטרי פסיקתא כמפורש בגמ' וברש"י בדף ק"ב [המובא לעיל אות ז] דוק. (ג) והנה יש מהאחרונים שרצו לתרץ ולפרש את קושית הרא"ש על הרמב"ם [שהובאה לעיל אות י] באופן אחר, והבדילו בין כתובת נשואה לבין כתובת ארוסה, על פי דברי ה"רא"ה שהובאו ב"שיטה מקובצת" בדף פ"ב ע"ב וז"ל: "פירוש שלא היו מתחייבין להם סתם אלא מתניין היו עמה בפירוש שאם תתאלמן או תתגרש, יתנו לה מאתים או מנה ולא היו אומרים לה מעכשיו, וכיון שכן לא היתה זוכה בה אלא באותה שעה ולא היתה יכולה לגבות מן המשועבדין וכ"י עד שבא שמעון בן שטח ותיקן שיהא כותב לה כל נכסי אחראין לכתובתיך, והרי היא בעלת חוב כשאר בעלי חובות דעלמא. ותו לא היו צריכין ליחד" וכ"י.

ופירשו האחרונים — דכוונתו לומר, שכיון שעיקר הכתובה זמנה הוא לאחר אלמנות או גירושין, ולכן אין זה רק זמן פרעון בלבד, כשאר התנאים זמנים שיש בידו של המתחייב להציב בזמן התחייבותו, אלא שזמן זה הוא סיבת החיוב, וכל זמן שעדיין לא גירשה, או שלא התאלמנה, אין עוד חיוב מעיקר הדין, אשר משום זה, לא שייך בחיוב הכתובה טירפא ממשעבדי, שהרי בזמן שהלקוחות קנו עדיין לא התחייב כלל, והוא שחידש שמעון בן שטח שיהפך הדבר לחוב ממש מעתה, וכאילו התנו במפורש שלאחר האלמנות והגירושין יהיה הפירעון "מעכשיו".

וכיון שכן, הרי תקנתו של שמעון בן שטח היתה רק על חיוב הכתובה מעיקר הדין, דהיינו משעת נשואין, אבל מזמן האירוסין, כיון ששיטת הרמב"ם שלא תקנו כתובה לארוסה, להכי אף שכתב זאת בשטר, בכל זאת אינה

גובה ממשעבדי, לפי שכתובת ארוסה הדר דינה ככתובת נשואה לפני תקנתו של שמעון בן שטח, שלפי המבואר לא היתה נגבית ממשעבדי כהנ"ל.

(יד) אך נלע"ד שקשה לומר כן, דהנה ברא"ש ריש פרק אעפ"י, בדונו שם בקושית התוס', על מה שנוהגין להוסיף בכתובה אף כשאין לו נכסים, הוסיף שם בלשון קושיתו: „אבל זה שאין לו נכסים וגם אין משתעבד עצמו לחוב זה שיתחייב מיד, אלא לכשתתאלמן או תתגרש" וכו'. ומשמע מתוך דבריו שעיקר הקושיא היא רק משום שלא חל החיוב מיד, אלא לאחר אלמנות או גירושין וכיסוד הנ"ל, אבל אילו היה החיוב חל מיד, היתה עכ"פ מועילה ההתחייבות בתוספת ע"י קנין אעפ"י שאין לו נכסים.

וראיתי ב"בית מאיר" סימן ס"ו שהקשה על דברי הרא"ש וז"ל: „וקשה לפר' איך נימא דכתובה לא נשתעבד מיד, הא גובה ממשועבדים שמכר בחייו, שמע מינה דשיעבודו מיד אלא דזמן הפרעון הוגבל לכשתתאלמן" וכו' ועיי"ש מה שתיריך דאף אי נימא כפי פירושו בדברי הרא"ש, בכל זאת חל החיוב גם לענין טריפה ממשועבדים, ותמך יסודו מדברי השו"ע חו"מ סימן ס"א סעיף ז', וסימן ס"ו סעיף ל"ה: „המוחל מזיק הוא משעה שמחלו, ואפילו קיבל עליו אחריות אינו גובה ממשעבדי, אפילו מלקוחות שלקחו לאחר מכאן, אא"כ כתב לו בשעת מכירה: אם אחזור ואמחול חוב זה הריני משעבד עצמי ונכסי לשלם דמי חוב זה, גובה ממשעבדי, אפילו מלקוחות שקדמו למחילתו". וטעם הדבר כמבואר ב"ש"ך" שם ס"ק קטו, דהו"ל ללקוחות להזהר שמא מחל או שמא ימחול, ואי נימא שהמתחייב עתה להתחייב לאחר זמן, אינו בדין שיטרפו מלקוחות, ממה שקנו לאחר התחייבותו, א"כ מה הועיל טעמו של הש"ך, ולמה יטרוף מהם, כ"ז שלא הגיעה שעת החיוב, דהיינו לפני מחילתו, וע"כ שעיקר החיוב ישנו כבר עפ"י דין, ורק כדי שלא נדוננו כמלוה ע"פ שאין ללקוחות להזהר, על זה הועיל טעמו של הש"ך שגם בנידון דידן היה להם ללקוחות להזהר, וזהו שהוכיח ה"ב"מ הנ"ל, שהלא דין זה דומה לנידון דידן שאעפ"י שסבת החיוב אינה אלא לאחר אלמנות או גירושין אבל כיון שהתחייב בזה עתה משום זה בדין הוא שמיד חל השעבוד לענין גביה מלקוחות.

[ואם כי שיש לדון בזה ואכמ"ל, ועוד שגם עיקר קושיתו על דברי הרא"ש לא קשה, לפי שפירשנו לעיל שיש לחלק בין עיקר הכתובה לתוספת, שבעיקר הכתובה הלא נתקנה תקנה מיוחדת כפירושם של האחרונים בדברי הרא"ה הנ"ל. לא כן בתוספת שאינה בתנאי בי"ד, וכל קושית הרא"ש אינה אלא על התוספת, בכל זאת הרי לפי דברי ה"בית מאיר" הנ"ל שהוכיח

להלכה מדברי השו"ע שגם בכגון זה שייכת גביה מלקוחות — הרי לפי"ז גם עיקר תירוצם על הרמב"ם אינו].

טו) אך לכאורה הרי מדברי הרא"ה הנ"ל [שהובאו לעיל אות יג] מבואר איפכא מהלכתו של ה"ב"מ" שהרי פירש שם שלולי תקנתו של שמעון בן שטח לא היתה הכתובה נגבית ממשועבדים משום שעיקר זמנה הוא לאחר אלמנות או גירושין. שוב ראיתי בספר "פרשת המלך" על הרמב"ם שהקשה כן על דברי ה"בית מאיר" וכתב שכנראה שהשו"ע הנ"ל, אינו זהה עם דברי ה"רא"ה".

ונראה לומר בזה, שכוונה אחרת היא בדברי ה"רא"ה בדף פ"ב הנ"ל, הדנה עיין ב"ש"מ" לעיל נא ע"א שכתב בשם הרא"ה: "ואי קשיא לך, הא ר"מ ור"י בתר שמעון בן שטח הו' וכו' וי"ל דשמעון בן שטח לא תיקן אלא שהוא כותב לה כן, אבל אם לא כתב לה הרי זה במחלוקת ר"מ ור"י, דאליבא דר"מ מן הסתם אחריות לאו טעות סופר, ואליבא דר"י מסתמא נמי אחריות ט"ס הוא, ותקנתא דשמעון בן שטח לא הואי, אלא להוציא ממה שנהגו ליחד כתובתה" וכו'.

הרי להדיא בדבריו אלו, שאף אם לא פירש בכתובה אחריות, היה גובה ממשועבדים מדין אחריות ט"ס, גם לפני תקנתו של שמעון בן שטח, ואי נימא כפירוש האחרונים בדברי הרא"ה — דלהלן בדף פ"ב, נמצא דדבריו סתרי אהדדי, שהרי שם מפורש שבלי התקנה דשמעון בן שטח לא היו גובים ממשעבדי כלל מעיקר הדין, ומשום דעדיין לא חלה סבת החיוב, ואילו כאן כתב שגם בלי התקנה היתה גובה ממשעבדי אליבא דר"י — דאית ליה אחריות ט"ס וצ"ע.

וע"כ נראה מוכרח מזה, שקרוב לומר, שכוונת ה"רא"ה אחרת היא, לפי המבואר לעיל שגם עיקר הכתובה, דין אחר לה משאר התחייבויות ואין עליה אלא שם של שטר מתנה בלבד דהיינו שהוא מתחייב לתת לה מתנה לאחר שתתאלמן או תתגרש, ופשוט הדבר שאף לפי הוכחתו של ה"בית מאיר" מדברי השו"ע הנ"ל, אין הדברים אמורים אלא רק כשיסוד התחייבותו דין חוב עליה ולהכי הוא נידון כשאר שטרות שחיובם הוא מעתה, משא"כ באחד המתחייב לתת מתנה לאחר, פשיטא שאף אם התחייב זאת בשטר, בכל זאת כל עוד שלא הגיע זמן נתינת המתנה, אין לו אצל חבריו מאומה, ומדוע אי"כ יטרוף מהלקוחות כבר מעתה, וזהו שדקדק הרא"ה בלשוננו, שלא היו מתחייבין סתם ועוד חוזר והדגיש, "אלא מתנין היו עמה בפירוש", ולכאורה לפי פירושם של האחרונים הרי דבריו אלו משוללי הבנה, מה הכוונה "סתם" ו"בפירוש", איזה התנאה מיוחדת היתה שם, הלא אף בסתם אינה גובה ממשעבדי כמבואר.

אך להנ"ל ברורים הדברים מאד, שאילו היו מתחייבין סתם, או אילו היו כותבים "מעכשיו", הרי אז כבר הגיע זמן המתנה כבר עתה, והאלמנות או הגירושין אינם אלא זמן לפרעון, והיתה גובה בשטר זה אף מהלקוחות כדין שאר שטרות, ולכל הפחות דומה דין זה להוכחתו של ה"בית מאיר" מדברי השו"ע, לא כן כשהיו "מתנין בפירוש" שיתנו לאחר זמן, כו"ע מודו שלא תגבה מעתה, וזהו שתיקן שמעון בן שטח, שכתובה לעולם דין חוב ממש עליה, וממילא הדר דינה, כשאר שטרי חוב וטורפת ע"י גם מהמשועבדים, ואין מכאן שוב סתירה לדברי הב"מ ואף לא לדבריו בדף ג"א כמובן וצ"ע.

ויש להרגיש, שלפי"ז לכאורה אין שיטתו של הרא"ה בדין שטרי פסיקתא כשיטת רש"י, הרמב"ם ושאר הראשונים, [שהובאו לעיל אות ז], אלא כשאר הראשונים שאף בדינו של רב גידל — אם אך כתבו זאת בשטר, גובים ממשעבדי, ולכן אם אך היו מתחייבין סתם ולא היו מתנים בפירוש היו גובין גם ממשעבדי, ועדיין יש לעיין בזה ואין להאריך.

נמצא שאף מהרא"ה מוכרח יסוד זה, ולכן נאמרו הדברים רק בנשואה שעיקר התקנה נאמרה רק בה, ולא בארוסה שלפי שיטת הרמב"ם אין לה כתובה ולכן אף כשנתחייב בשטר אין גובים ע"י ממשועבדים.

טז) אולם יש עוד לעיין לפי"ז בשיטת הרמב"ם, שהרי שיטתו היא שהחיוב בתוספת כתובה אינו צריך קנין, ולפי הנ"ל מדוע יתחייב בתוספת זאת גם בלי מעשה קנין, ואם כי תירצנו את שיטת רש"י בעה"י [וראה בראשונים, שגם שיטתו היא שלארוסה אין מעיקר הדין כתובה, ואף כשכתב לה, אינה גובה ממשעבדי וכשיטת הרמב"ם] ולכן הצריך אף קנין, אבל הרמב"ם עדיין אינו מיושב מדוע סגי בחיוב התוספת ללא קנין.

הנה כתב הטור סימן סו "כתב רב האי שאין צריך קנין בשעת נשואין במה שנתן לה, דתנאי כתובה ככתובה דמי, כי היכי שבשעת קדושין לא בעי קנין מדרב גידל". ועיין בב"י ובב"ח שם, ובראשונים שבש"מ נה ע"א. הרי מפורש דהך הלכתא דתנאי כתובה ככתובה הוא גם סיבה ליסוד ההתחייבות בתוספת, ברם הדברים תמוהים, דאף אי נימא שדין זה דתנאי כתובה ככתובה נאמר באופן כללי שלכל מילי שוים התנאי והכתובה, אבל בפשוטו, שייך זה רק לאחר שחל כבר החיוב של התנאי, ואז נאמר הלכה זאת, שעל התנאי חלים כל הדינים הנאמרים בכתובה, אבל הלא עיקר הבעיה היא על ידי מה חל עליו עיקר החיוב בתוספת, מאחר שבעיקר הכתובה הריהו מחוייב ועומד, מתנאי ב"ד, לא כן התוספת וא"כ במה נתחייב.

יז) ואשר יראה לומר בזה, עפ"י מה שיש לעיין בעיקר הך דינא דתנאי כתובה ככתובה, אם יסודו הוא התחייבות מחודשת בתוספת, שאינה נוגעת

לעיקר הכתובה כלל, אלא שנאמר בו דין מחודש שגם על התוספת בפני עצמו — חל חלות שם של "כתובה", לענין הדינים השנויים שם, והועיל דין זה כדי שלא נחשוב את התוספת. כשאר שטרות. ולפי"ז סבות חיוביהן של הכתובה והתוספת, שונות הן. או דנימא שהחיוב ב"תוספת" הוא כמשמעות לשונה — תוספת לעיקר הכתובה, והיינו שבידו להגדיל את עצם החיוב מדין "תנאי שבממון" שהוא קיים, ולפי"ז דומה הדבר לדין מתנה ש"ח להיות כשואל, שגם שם בידו להגדיל את עצם חיובו בתורת שומר מאותה סבה, שהיא: "תנאי שבממון". ועיין להלן [פרק ג אות יז] בהרחבה, שמבואר כן להדיא בדברי הראשונים, והוא הדין גם כאן יסוד הדבר ש"תנאי" כתובה ככתובה, אינו דין מחודש, אלא שהוא נבנה על יסוד הדין הכללי של תנאי שבממון קיים. וא"כ אין כאן סבה מיוחדת ונפרדת להתחייבותו בתוספת, משום שלאחר הוספתו, שוב נכללת היא בעיקר הכתובה מעיקר הדין.

ונראה שיתכן דוהו ביאור שיטת הגאונים הנ"ל, שהם למדוד דהך דינא דתנאי כתובה ככתובה אינו רק דין מחודש שנאמר בתוספת שיחול עליה חלות שם של "כתובה", אלא שיסוד דינו הוא מדין תנאי שבממון והיינו שבידו לשנות ולהגדיל את חיוב הכתובה עצמה, וזאת היא גם הסיבה היחידה לכל הנ"מ מהך דינא המבוארים בגמרא שם, נמצא שאין כאן סבות נפרדות לחיובם של העיקר והתוספת, אלא סבה אחת ויחידה — חיוב כתובה, שמדין תנאי שבממון ביכלתו להגדילה, וזה נראה לענ"ד מוכרח בדעתם, ולכן אף כתבו שמדין זה ביכלתו להשתעבד אף בשעת נשואין אעפ"י שאז ליתא לדינו של ר"ג. והטעם הוא תנאי כתובה ככתובה.

[ויסוד לזה מדברי הגמ' שם ריש פרק אעפ"י שאחד מהנ"מ מדין זה דתנאי כתובה ככתובה הוא לענין שביעית, ובתוס' שם ד"ה ולשביעית הקשו למה לן להך חידושא, הלא בלאו הכי לא ישמט, מאחר שאינו דרך מלוה, וכהקפת החנות דסוף מס' שביעית.

אבל לשיטת הגאונים הנ"ל נראה, דהא ע"כ צ"ל דכל הנך שנתחייבו מן התורה, דין מלוה ממש עליהו, אף שלא נתחייבו בהם ע"י הלואה, ומשום שהעיקר הנצרך לדין זה, אינו מעשה ההלואה, אלא חלות החוב שחל ע"י מעשה זה, ולהכי מה לי אם נתחייב ע"י הלואה, ומה לי ע"י חוב אחר שהוא מן התורה, ודבר זה מוכרח גם ממה שחילקו במתניתין שביעית הנ"ל: האונס המפתה והמוציא ש"ר, ולא תני להו בפשיטות בחדא מחתא, דכל שלא כדרך הלואה אין השביעית משמטת, וע"כ שלכל הנך דין מלוה עליהו כמבואר, ורק כיון שהם "מעשה ביידי", משום זה בלבד אין בהם דין שביעית, ויש עוד הוכחות לזה, ומפורסם באחרונים.

מעתה להמבואר שחיוב התוספת אינו חוב מחודש, אלא שהוא נכלל בעיקר הדין כתובה מדין "תנאי שבממון", היה מן הדין שיחול עליו שם מלוה כשם שהיה חל על עיקר הכתובה, — אי לאו שהעיקר הוא "מעשה בי"ד", וא"כ ראוי היה שהתוספות תישמט, שהרי לכאורה אינה נכללת בתנאי בי"ד. וזהו שחידשו כאן בגמ' שעל התוספת חל גם דין מעשה בי"ד כשם שהוא חל על עיקר הכתובה וממילא אף אינו משמט].

וא"כ הרי התישבה שיטת הרמב"ם, שהרי מאד יתכן, ששיטתו היא כשיטת "רב האי גאון", ושאר ראשונים, שיש להתחייב בתוספת בכל עת, מדין תנאי כתובה ככתובה, ומיהו כ"ז משעת נשואין שחל על העיקר חלות שם "כתובה", לא כן לפני הנשואין, שאז אין עליה אלא דין שטר בעלמא, וכמבואר לעיל, ולכן אינה גובה באותו זמן את התוספת אפילו מן המשוחררין שלא כתב לה אלא ע"מ לכנוס.

אולם בשיטת רש"י ע"כ אין לומר כן שהרי במפורש כתב שיש צורך גם בקנין וע"כ שהוא חולק על שיטה זאת, ושפיר צריך לומר במבואר בדברינו. [ויש עוד להאריך בזה ולדון בקושיית התוס' ריש אעפ"י כפי שיראה המעיין, ועוד כמה ג"מ וקיצרתי].

יח) והנה לא אמנע מה שצ"ע קצת לשון רש"י [שהובא לעיל אות ה] "שקנו מידו וכתב" ויש לעיין אם היה קנין — למה לי לכתובה, הלא לגבי כל שאר ההתחייבויות, דין הקנין כדין שטר גמור לגבות ממשעבדי, כמבואר בחו"מ סימן לט סעיף א: "ואם יש עדים שקנו מידו אפילו לא נכתב גובה ממשעבדי", ויסוד הדין הוא שסתם קנין לכתובה עומד, כדאיתא בב"ב מ ע"א, ופירש הרשב"ם שם, ש"כיון שהקנהו אין לך יפוי כח גדול מזה ומסתמא רוצה שיכתבו לו", והיינו שמעשה הקנין מוכיח שברצונו להשתעבד בנכסיו, וכיון שאית ליה קלא לכן גובה ממשעבדי, ואם כן בנידון דידן, למה הצריך רש"י גם כתיבה, ואף שהכתיבה בלחוד אין בה כח לשעבד נכסים כמבואר, אבל אמאי לא סגי בקנין. [ועיין ברמב"ם פ"י מאישות ה' ט' ובאה"ע ריש סימן ס"ו ובמפרשים שם, שישנם דעות שגם לגבי האיסור לשהות בלא כתובה, יש הסוברים שלכתחלה מותר כשקנו מידו].

ואולי, שמכאן ראיה לשיטה המובאת ב"כנסת הגדולה" חו"מ ל"ט אות ט, דזה המבואר דקנין אלים כשטר וגובים על פיו ממשועבדים, דין זה לא נאמר אלא היכא שעצם החיוב נעשה וחל כבר ע"י הדברים המתאימים, והקנין לא בא אלא לאלומי את המעשה, ולהכי אמרינן שכונתו היא אף לשעבד וליטרוף ממשועבדים, לא כן הדבר כשהקנין נצרך לעצם החלות של החיוב שמבלעדי זה לא היה חל החיוב כלל, אז אין כל הוכחה מהקנין

ולא אמרינן שסתם קנין לכתובה עומד והנה אם כי ה"כנה"ג" עצמו השיג על שיטה זאת, אבל עיין ב"תומים" סימן קט"ז ס"ק ה', שהחליט כן להלכה והוכיח זאת מדברי השו"ע שם בסעיף א', ועיין עוד ב"אמרי בינה" חו"מ דיני הלואה סימן ח' וב"נחל יצחק" חו"מ סימן לט.

ואשר על כן ברורים גם דברי רש"י דלהכי בעינן לתרוויהו, שהרי בלי הכתיבה לא היה מתחייב בדברים בלבד, נמצא שהקנין נצרך לעצם החלות של התחייבותו בתוספת, ובאופן זה לא היה מועיל זה לענין טריפה ממשעבדי כמבואר, ולכן בעינן לתרוויהו גם ל"כתיבה" שדרכה חל עצם החיוב, וגם ל"קנין" המועיל לענין משועבדים. — כדין סתם קנין לכתובה עומד ורוצה להשתעבד בנכסיו, כבשאר שטרי פסיקתא, — שגם בהם מועיל הקנין לענין זה כמבואר כל זאת לעיל.

אכן כל זה הוא רק בנוגע לתוספת, שכל עיקרה הוא כשטרי פסיקתא, לא כן עיקר הכתובה, הרי מחוייב הוא בה בלא"ה מתקנתו של שמעון בן שטח וחל עליה דין שטר חוב ממש, וממילא דלא בעינן בה שום קנין, וכמבואר במתניתין ג"א הנ"ל שהוא מתנאי ב"ד. [ויש עוד לישב לפי"ז גם את דברי הגמ' ריש פרק הנושא שהקשו ממתניתין לר"ל עיי"ש, ולא תירצו שמתניתין הא איירי בקנין שגם ר"ל מודה בזה, עיין בראשונים ובשאר מפרשים שם ולהמבואר יתישב אף זה שהרי שם במתניתין מיירי גם לענין משועבדים, וקיצרתי].

וראה בשיטה מקובצת כתובות ג"ה בשם הר"י מיגאש: "ואית מרבנן קשיאי וכו' אבל לגבי בעל דכתב לאשתו לא מיקני באמירה בעלמא אלא בכתיבה והקנאה, ובירושלמי [זה המשך דברי הירושלמי שהובא לעיל אות ר'] כשם שהבעל פוסק כך האב פוסק אלא שהבעל מוכה בכתב והאב מוכה בדברים" וכו' הרי בלשונו של הר"י מיגאש שאין הבעל מתחייב בתוספת אלא ע"י כתיבה והקנאה, וכדברי רש"י הנ"ל. [ואני מסופק אם אפשר לפי דרכינו, ועל פי יסוד התומים והכנה"ג הנ"ל, לישב אף את שיטת הירושלמי שלא יסתור את המבואר בשיטת רש"י, שאולי כיון שמלשונו של הר"י מיגאש נראה קצת שלמד כן גם דברי הירושלמי, וא"כ הרי יתכן ששאלת הירושלמי היתה שם מחוץ לקנין, ולענין שיעבוד הנכסים וצ"ע וקיצרתי].

סיכום שיטת רש"י

(א) לפי דעת רוב המפרשים בשיטת רש"י האפשרות היחידה להתחייבות בדבר שאינו חייב בו, היא רק ע"י מעשה קנין.

(ב) שיטת הפניי והתומים, שגם לפי שיטת רש"י מועילה ההתחייבות מסוג זה כשנעשתה ע"י שטר שנכתב כדין.

(ג) בנידון דידן — לפי רוב השיטות בדעת רש"י, — לא יועיל זאת אלא ע"י קנין.

ב. שיטת שאר הראשונים

(א) אולם בעוד שבשיטת רש"י נחלקו האחרונים כמבואר לעיל, הרי אין כל ספק בשיטתם של ר"ת שבתוספות ועוד הרבה מהראשונים, והם סוברים שאם כי אין תוקף בהתחייבות מחודשת שנעשתה ע"י דבור בעלמא, אבל אם נעשה זה על ידי שטר הרי"א או יש"בהתחייבותו בדבר שאינו חייב — תוקף מוחלט ואין צורך בקנין, ומפרשים את כל הסוגיא בכי האי גוונא.

וה"ל ר"ת שבתוס' שם קב ע"א בד"ה אליבא דבן ננס: „ור"ת מפרש כולה סוגיא בלא הודאה שלא היה חייב לו כלום מתחילה, והא דקאמר חייב אני לך מנה בשטר, היינו בשטר גמור שחתמו היטב, שרוצה להשתעבד ולהתחייב לו מנה בשטר, ובהא פליגי רבי יוחנן סבר אלימא מילתא דשטרא לאקניי ביה בשטר זה, כמו שהודה בפני עדים" וכו'.

וב"רשב"א שם: „כלומר שאינו מודה שחייב לו, אלא שהוא מחייב עצמו בכך מעתה, וכותב לה שטר חיוב על המנה, דר"י סבר אלימא וכו' והוצרכתי לפרש כן מפני שאי אפשר לפרש כמאן דאמר ליה אתם עדי שאני מחייב לו עצמי, שאלו אמר כן אין ספק אצלי שהוא פטור לדברי הכל, דבמאי נשתעבד בדברים וכו' דהא בערב נמי בעינן או קנין, או מתן מעות, ובההוא הנאה דקא מהימן ליה, וגבי מתנה שומר חנם להיות כשומר שכר, אקשי במאי בדברים, ואצטריך לפרוקי בהאי הנאה דקא מהימן ליה וכו' אלמא אין אדם משעבד עצמו בדבר שאינו חייב בדברים, אעפ"י שאמר לעדים אתם עדי, אלא באחד מדרכי ההקנאות. ועיין עוד ברא"ש על אתר וב"רשב"א שכתב ששיטה הזאת נכונה היא.

גם בדעת ה"רי"ף שם נחלקו ה"רמב"ן וה"ר"ן, וה"ל ה"רי"ף שם: „שמעינן מהני כולוהו דפלוגתא דר"י ור"ל, במאן דקיבל על נפשיה מילתא דלא הוי מחוייב ביה וכיון דהילכתא כר"י דאמר חייב אני לך מנה בשטר חייב ואפילו לא אמר אתם עדי, כל שכן אי אמר אתם עדי, דבהא אפילו ר"ל מודה, וכ"ש אי קנו מיניה" וכו'. והר"ן שם כתב שלשונו של ה"רי"ף מורה, שכדי להתחייב בהתחייבות מחודשת, אין צורך אף בשטר, ודי בדברים בלבד וכשיטת ה"רמב"ם שתובא אי"ה להלן [פרק ג אות א].

אבל ה"רמב"ן הביין שם את דעת ה"רי"ף, שהיכולת להתחייב, במה שאינו חייב בו מעיקר הדין, היא דווקא בשטר ולא בדברים וז"ל שם: "דרי" סבר דכי היכי דמקני בשטר וכדתניא (קדושין כו) נכסים שיש להם אחריות נקנים בשטר, ה"נ משתעבד אדם בשטר, דאלימא מילתא דשטרא וכו' ומ"ש בסמוך (הרי"ף), כ"ש אי אמר להו אתם עדי, וכו', לאו במחייב עצמו קאמר, אלא כ"ש אם אמר אתם עדי במודה". וכמו כן היא דעת ה"ר"ן עצמו עיי"ש בדבריו על הרי"ף ויובא להלן אי"ה [פרק ג אות יא].

וה"טור" חו"מ סימן מ' הביא שיטה זאת בכתבו: "פירש רבינו תם דלא מיירי בהודאה שמודה בדבר שחייב בו אלא מתחייב לו עתה מנה וכותב לו בכת"י, אני פלוני חייב לך מנה ומוסר לו השטר, ובמסירת זה השטר מתחייב לו עתה במנה, אם מוסרו לו בפני עדים גובה ממשעבדי, ואם מוסרו לו בינו לבין עצמו גובה מבני חרי" וציין במפרשים על אתר.

וה"הרב המגיד" בפרק י"א מהלכות מכירה הלכה ט"ו, סיכם שיטה זאת בכתבו: "ולפי שיטה זאת, אין שום צד שיהיה חייב אלא בשכתב לו שטר" וכו'.

אך יש להבין שיטה זאת; מה מועיל השטר והיכן מצינו שטר על התחייבויות, וכפי שהקשו התוס' שם: "ואין לתמוה היכי משתעבד בשטר זה הא אין מטלטלין נקנין בשטר", ותירצו שם דיש לומר דהואיל וטרח למכתב שטרא, גמר ומשעבד נפשיה" וכו'. ולפי שהתוס' שם הביאו שתי ראיות לביסוס יסודם זה, [דהיינו דהיכא שישנה גמירות דעת מוחלטת, מועיל זה אף להתחייב במה שאינו חייב בו מעיקר הדין] לכן נשתדל גם אנו לעיין בדבריהם בכל ראייה לחוד. משום שיש בזה כמה וכמה נפ"מ לדינא אף בנוגע לנידון דידן.

(ב) וז"ל ראייתם הראשונה: "שהרי אפילו באמירה בעלמא יש דברים שנקנים, כדקאמר בסמוך". והיינו דאיתא בגמרא להלן ק"ב ע"ב: "גופא, אמר רב גידל אמר רב, כמה אתה נותן לבגד כך וכך, וכמה אתה נותן לבתן כך וכך, עמדו וקדשו קנו הן הן הדברים הנקנים באמירה, אמר רבא מסתברא מילתא דרב, בבתו נערה דקא מטי הנאה לידיה, אבל בוגרת דלא מטי הנאה לידיה לא, והאלקים אמר רב אפילו בוגרת, דאי לא תימא הכי אבי הבן מאי הנאה אתא לידיה, אלא בההיא הנאה דקמיתחתני אהדדי גמרי ומקני להדדי".

והנה כתב ה"נודע ביהודה" חו"מ מהדורא קמא סימן כ"ח בתשובה לחתנו: "לדעתי לא כן הוא, וברדאי תקנת חכמים היא, שאם לא כן מה

בכך דגמרי ומקני באמירה, כיון שאין האמירה קנין מה מועיל גמירת דעת וכו', אבל בשטר פסיקתא, חז"ל תיקנו שיהיו נקנים באמירה, ורש"י שפירש הטעם משום דגמר ומקנה, הוא טעם למה חידשו חכמים בכאן קנין אמירה, הוא משום שאמדו חכמים דעתם דניחא להו, ולכן תקנו חכמים שיהיה זה קנין, וכיון שתקנו חכמים שדברים הללו נקנים באמירה שוב לא חילקו בדבר, ואפילו מיתרמי אדם דלא ניחא ליה כבד, הוא קנין מצד תקנת חז"ל וכו' [ועיי"ש שהביא ראיה מעובדא דאיסור גיורא ב"ב קמ"ח, דאי נימא שבמקום שישנה סברת גמירות דעת, מועיל זה בכל מקום, א"כ מדוע לא הקנה איסור לרב מרי ע"י אמירתו בלחוד אפילו שלא בפניו, שהרי אנן סהדי שגמר בדעתו שהפקדון יהיה לרב מרי].

והדברים מפורשים ב"מאירי" קדושין דף ט בשם יש שפירשו, אולם טעמו שם שונה, וסברתם היא שתקנו כן כדי שלא יהיה הדבר כתנאי בקדושין עצמם, ואם לא יקויים התנאי יבוטלו הקדושין, לכן תקנו שיהיו הדברים כחוב. כמו כן מבואר הדבר בלשונו של ה"ריטב"א בקדושין שם [ועיי' עוד ב"גוב"י" שם, שמטעם זה אף במקום שהוסיף קנין לאמירתו, לא אמרינן שהוא מגלה דעתו שאינו רוצה להקנות באמירה לחוד, ולכן אף במקום שהקנין אינו מועיל בפני עצמו, בכל זאת קנה מחמת אמירתו בלחוד].

ג) ברם נראה שמדברי התוס' שלפנינו מפורש איפכא, שהרי אם נימא דהנך הנקנים באמירה הם תקנה מיוחדת שנאמרה בשטרי פסיקתא, א"כ איך יש ללמוד מהם לנידון הסוגיא כאן דמיירי בהתחייבות שלא בגזונא דשטרי פסיקתא. וע"כ נראה מזה שהתוס' ס"ל שדינא דר"ג הוא דין גמור מדאורייתא.

ואמנם ב"מאירי" שם [שהובא לעיל אות ב] הביא כך רק בשם יש מפרשים. וכן מבואר הדבר בתשובת חתנו של הנודע ביהודה שם, ועיי' עוד ב"מאירי" שם שמטעם זה אף אם הפסיקו בין התנאים לקדושין, ג"כ נקנו הדברים, ומשום שיסוד הקנין הוא מפני שמחמת הגאת החיתון גמרי ומקני והוא דין דאורייתא.

וראיתי ב"אמרי בינה" דיני הלואה סימן ט"ו, שהביא את דברי התוס' שלפנינו, והסיק מדבריהם, שאף המחייב עצמו בשטר, אינו אלא מדרבנן דומיא דדינו של ר"ג, ועפ"י המבואר ב"ריטב"א בקדושין ט' ע"ב שהובא לעיל, והוסיף עוד, שאעפ"י שכאן מיירי בחיוב הגוף, היינו שהוא משעבד עצמו להתחייב ולא איירינן בנכסים ידועים, בכל זאת אין זה אלא מדרבנן, משום שלא מצינו דין שטר, אלא בקנין דבר מסויים כמו בקרקע.

ואעפ"י שב"שיטה מקובצת" ב"ב ריש פרק הספינה, כתב בטעם הדבר שאין שטר למטלטלין שהוא משום שאין שטר אלא לדבר שאפשר לסיימו בשטר כמו קרקע, אבל מטלטלין הרי אי אפשר לסיימם. ואשר לפי"ז היה מן הדין שעל חיוב הגוף, ושעבוד להתחייבות, היה שפיר מהני שטרא, שהרי זה דבר מסויים, אבל עיין שם ב"ש"מ" בשם "הר"ן" שנתן טעם אחר לדבר, והוא משום שדיני שטרות הא ילפינן להו מקרא, ובקרא דילפינן מיניה לא אשכחן אלא קרקעות ולא מטלטלין, ולפי"ז גם שיעבוד הגוף הוי בכלל הני דלא מהני להו שטרא ע"כ תורף דבריו. ולפי"ז כוונת התוס' היא רק שהשטר מועיל להראות את גמירת דעתו, ושוב נתחייב באמירתו בלבד, וכדינא דרב גידל, ואינו אלא מדרבנן, וכן דייק שם, מלשון הסוגיא שלפנינו: "עד כאן לא קאמר ר"י אלא בערב דשייך לשיעבודא דאורייתא, אבל הכא (כלומר במחלוקת דר"י ור"ל) לא שייך לשיעבודא דאורייתא", ומשמע מלשון הגמרא שהתחייבות מחודשת תוקפה אינו מדאורייתא. [ועיין ב"משובב נתיבות" סימן ס"ו שכתב להוכיח מסוגיא זאת, דכל החיובים והקנינים ע"י הודאת בעל דין אינם אלא מדרבנן].

(ד) אולם גוף דבריו צ"ע, דאם דינא דר"ג אינו אלא תקנת חכמים, מאן יימר לן שבכל מקום תקנו, והלא עצם האמירה אינה קנין, אלא שחז"ל ראו צורך לתקן זאת מסיבה מסויימת, וא"כ האיך שייך להשוות את הענינים, ולומר שגם כאן תקנו. וצ"ע. ולכן נראה, כאמור לעיל, שמדברי התוס' מוכח ששיטתם היא שדינו של ר"ג הוא דין גמור דאורייתא.

ואמנם הרבה מהפוסקים פסקו להדיא שהדברים הנקנים באמירה, הם מדאורייתא, עיין ב"כנסת הגדולה" סימן ס', שו"ת "מים רבים" סימן נח, ועיין עוד באחרונים שהביאו שם שהקשו על הדרשה הנדרשת מ"יכיר", והקשו קרא למה לי והא יכול לחייב את עצמו אף בנכסים שיפלו לאחר מכן, ומוכח מקושיתם זאת, דמחייב עצמו בדבר שאינו חייב, חל מדאורייתא. ועיין "אמרי בינה" שם, וה"פתח הבית" סימן לח אמנם תירץ על קושיה זאת, שהמחייב עצמו מחדש אינו אלא מדרבנן, ולהכי לא שייך להקשות על קרא. [ועיין עוד שם בשם "שו"ת מהריב"ל" ח"ב סימן ל"ו שכתב עפ"י דברי ה"רשב"א" שדין חיוב זה דומה ל"דאיקני", וא"כ כיון שקנין דאיקני אינו אלא מדרבנן כמבואר ב"רשב"ם" ב"ב, דטעם קנין דאיקני הוא משום נעילת דלת, ועל כן גם דין ההתחייבות דילפינן מינה, נמי אינו אלא מדרבנן עיי"ש בארוכה].

(ה) עכ"פ כאמור דעת התוס' היא, שבין דין המתחייב בהתחייבות מחודשת, ובין הנך הנקנים באמירה בפסיקת קדושי, בשניהם חל הקנין

— מדאורייתא — ע"י אמירה בלבד, וטעמא דההיא הנאה, נצרך רק כדי להראות את גמירת דעתו המוחלטת, ועל כן גם בהתחיבות מחודשת — עצם התוקף הוא ע"י אמירתו בלבד, והכתיבה בשטר משמשת רק כהוכחה לסמיכת דעתו. שוב ראיתי שב"נחל יצחק" להגרי"א כתב בפשיטות שמהתוס' שלפנינו משמע, דדינא דר"ג הוא מדאורייתא וכנראה שכיוון להנ"ל.

וגדרם של דברים נראה, על פי דברי התוספות בכורות יח ע"ב בד"ה אקנוי קא מקני, וז"ל: „ואפילו בלא קנין קא קני דגמר ומשעבד ליה חצירו“ וכו'. הרי מפורש בדבריהם דהיכא שישנה גמירת דעת מוחלטת, לא נאמרו והוצרכו הקנינים מעיקר הדין. ומשום שיסוד הקנינים נאמר רק במקום שמבלעדיהם אין הוכחה לגמירת דעתו המוחלטת, לא כן במקום שדעתו ברורה והסכמתו מוחלטת הרי זה בלבד מהני לקנין החפץ.

ומפורסם כבר בשם „תשובות רע"א“ סימן ל"ו, שדן עפ"י סברא זאת — צד היתר בנידון דידיה, באחד שהקנה בהמה מבכרת לנכרי ע"י כסף בלחוד, וכתב ע"ז הרע"א שכיון שהקנה לנכרי בכסף, אנן סהדי דגמר בדעתו להקנות כדי להנצל מחיוב בכורה, ולכן אין צורך בו לקנין כלל, ולהכי אף שכסף ללא משיכה אינו קונה לנכרי, בכל זאת הבהמה נקנית לו, ויסודו הוא מדברי התוס' הנ"ל [ועיי"ש עוד סמוכים לסברא זאת].

ובקדושין דף ט ע"ב מיבעיא בהיה סלע של שניהם מהו, ובתוספות הקשו שם דהא הו"ל חצר השותפין שאינה קונה זה מזה, ובר"ן שם כתב „דהכי קמיבעיא ליה מי אמרינן כיון שיש לה חלק בחצר, כי אמרה ליה תנם על גבי הסלע, דעתה להתקדש ואיהו נמי כיון דניחא ליה לקדשה, אקנוי אקני לה מקום באותו הסלע וקניה לה או דלמא“ וכו'.

וב"אבני מלואים" סימן ל' סוף ס"ק ג הסביר את דבריו, דאע"ג דכל הקנאה צריכה קנין והלא כאן לא היה שום קנין ובמה קנתה את הסלע, אלא שהסבר הדבר הוא עפ"י דברי תוספות בכורות הנ"ל, דכל היכא שישנה גמירות דעת מוחלטת לא בעינן לקנין כלל, ה"ג בקדושין, משום מצוה, גמר ומקני, משא"כ בכל מקום שאין הוכחה לגמיר'ד, פשיטא שבעינן לקנין מיוחד. אולם עיי"ש בתוספות בכורות שכתבו: „אי נמי כמה פעמים הרע"ה פותח ונועל כדאמר בגיטין עז ע"ב. תיזיל איהי ותיחוד ותיפתח, וברשות בעל הבית קא מחזיק“. ולמדו האחרונים שתירוצן זה חולק על התירוצן הראשון, וס"ל שגם גמירות דעת מוחלטת, איננה מועילה לקנות, ולעולם בעינן דווקא מעשה קנין מיוחד, עיין ב"נחל יצחק" סימן מ', וב"רע"א" שם שכתב: „ומדברי הפוסקים כולם דבעינן כסף ומשיכה אין סתירה כל כך, די ש לומר דסברי כאידך תירוצא דתוספות הנ"ל“.

(ו) והנה איתא בשו"ע חו"מ סימן קצח סעיף ה בהגהת רמ"א שם: «וכן אם התנו בהדיא דמעו יקנו קנו». [המדובר הוא במטלטלין דמדינא אינם נקנים בכסף] מקור הדין הוא ב"בית יוסף" שלמד כן מהנאמר לעיל בסימן קצ סעיף ח' דבמקום שנהגו לכתוב שטר בקרקעות אינם קונים אלא בשטר, אבל אם הסכימו ביניהם לקנות בכסף קנו. ועיין ב"ש"ך" כאן ס"ק י' שתמה על הדמיון שהרי שם בסימן קצ, הכסף גרידא קונה מדינא, ורק שנהגו באותו מקום להקנות בשטר, לא סמכא דעתו בלי השטר, ולכן כיון שהתנו וסמיכי דעתייהו קונים אף בכסף גרידא כפי שהיה מעיקר הדין, משא"כ הכא כיון שתקנו חכמים, שמטלטלין אינם נקנים בכסף, לא פלוג ובכל מקום וגוויי כך הדין אף אם התנו ביניהם.

וב"ש"ך" שם הוסיף עוד להקשות ממאי דקילין כר"י [בכתובות נו] דאף בדבר שבממון, אם אך התנה על דבר שתקנו חכמים תנאו בטל, דחכמים עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה, והביא עוד שכן מפורש בריטב"א בפ"ק דקדושין דף לב ע"ב: «והוי יודע שכל מקום שאמרו חכמים שאין קונים מן הקנינים, אעפ"י שפירש המוכר והלוקח שיקנה בו אינו קונה, והרי הוא כאילו אמר שיקנה באמירה בעלמא, ולא אמרו בש"ס, ואי פריש פריש, אלא בכסף בקרקעות שדינו לקנות, אלא במקום שכותבין את השטר לא סמכא דעתיה, ולפיכך אם פירש שיקנה בכסף, וסמכא דעתיה בהכי, קונה כדינו» וכו', ועיי"ש ב"קצות החושן" ס"ק ג וב"נתיבות המשפט" ס"ק יז.

והנראה בזה דקושיתו של הש"ך שייכת רק לפי תירוצם השני של התוס' בבכורות הנ"ל דס"ל (לפי הבנת האחרונים) שאין שום אפשרות לקנות ולהקנות אם לא יעשה זאת ע"י קנין המסויים לו — מדאורייתא או מדרבנן, ועל כן שפיר הקשה, דהו"ל כמתנה על תקנת חז"ל, שהרי אילו לא היה כאן מעשה קנין לא היתה שום אפשרות של הקנאה, והוא בא ע"י התנאות לתקן קנין שמדינא דחז"ל אינו מועיל.

לא כן לפי תירוצם הראשון של התוס' שם הרי באמת אם אך ישנה הוכחה על גמירת דעתו המוחלטת כגון בגוונא דהתוס' שם — דניחא ליה דליעבד מצוה, באופן זה אין בכלל דין של מעשה קנין, וא"כ מה שייך לפי"ז להקשות ולהחשיב — דין זה של השו"ע — כמתנה עמ"ש בתורה ותקנות חז"ל, הלא במטלטלין גופיהו, אם אך תהיה גמ"ד מוחלטת, הרי אז יועיל אף הכסף לקנין כמבואר בתוס', וכאן הרי ישנה גמ"ד מוחלטת להקנות, ולא גרע ממש"כ התשובות רע"א הנ"ל, דכיון שברצונו להקנות לנכרי, שהרי קיבל כסף, ומוכחת גמ"ד, ולכן קונה הנכרי אעפ"י שבעלמא אינו קונה בכסף, וא"כ ה"ה נמי הכא. וביותר,

שלפיו אין הקנינים תקנות ודינים מוחלטים, אלא „אופנים“ שנקבעו, וא”כ, אם אך ישנו אופן שאין צריך בו כלל לקנין, ממילא שאין זה מתנה נגד תקנת חז”ל, משום שכל עיקר תקנתם היתה רק באופן שהקנין נצרך מעיקר הדין, ולא במקום שלא נאמר קנין כלל.

ויתכן לפי”ז גם להבין, את עצם השוואת ה”ב”י וה”רמ”א” להך שנאמר לעיל ק”צ, ומשום שהרי לפי דברי התוס’ בתירוצם מוכח, שעצם מעשה הקנין, כל יסודו להראות סמיכות דעתו, ואשר לפי”ז באתרא דקנו בשטרא, ואין שם סמיכות דעת מבלעדי השטר, שוב ממילא מעיקר הדין אין המעות קנין בפנ”ע, ואם בכל זאת מבואר שם שיכולים להתנות ולקנות בכסף גרידא, הוא הדין נמי הכא שיכולים גם כאן להתנות לקנות גם מטלטלין, באופן הרצוי להם, — אם אך ישנה גמי”ד ע”י הכסף וכמ”ש הרע”א הנ”ל, משא”כ ה”ש”ך” לשיטתו חולק, שהרי לדעתו מעשה הקנינים, מוכרח הוא בכל מקום, ואין אפשרות מבלעדיהם, וע”כ שפיר הקשה כמובן. [וקיצרתי כי יש עוד לדון הרבה בכל זה, ועיין באחרונים לענין קנין סיטומתא, בפרט בחת”ס סימן י”ב, אם קנין זה מהני גם מדאורייתא, ולאפקועי מקדושת בכור, ומה שהאריך בזה, ב”דבר אברהם” חלק א’ סימן א’ והדברים עתיקים ואיכמ”ל].

נמצא מבורר שלפי תירוצם השני בתוס’ בכורות הנ”ל, אין כל אפשרות של העברת חפץ מרשות לרשות מבלי מעשה קנין ממש, ולא מספיקה ההוכחה מרצונו ותהא זאת אפילו הבולטת ביותר, ולפי”ז צ”ע מהו היסוד לדינו של ר”ג בהן הן הדברים הנקנים באמירה, מאיזה סיבה נקנים פסיקתא אלו, הלא אין כאן מעשה קנין.

(ז) והנה בגמרא שלפנינו מבואר שטעם הקנין בשטרי פסיקתא, הוא משום ההיא הנאה דקא מיחתני אהדדי, ולכאורה כיון שבגמ’ קרו לה הנאה, א”כ הרי יתכן שההנאה כשלעצמה, משמשת כאן בתורת כסף, ואשר לפי”ז, כשם שיש לו לאדם להתחייב מחדש ע”י כסף, כמבואר ברשב”א שהובא לעיל, וכמו”כ בדברי הר”ן שיובאו להלן [פרק ג’ אות י”א] וא”כ מטעם זה גופא חלים השעבודים של שטרי פסיקתא, שהרי הם נעשים תמורת כסף השווי של הנאת חיתון.

ואמנם עצם הדין של קנין תמורת הנאה, ושהנאה דין כסף עלה, הלא היא סוגיא ערוכה בקדושין ז’ ע”א, שמבואר שם שבהנאת נתינת פרוטה לאדם חשוב, אפשר לקנות לא רק אשה אלא: „וכן לענין ממונא“. ונחלקו שם הראשונים, אם הנאה זאת דינה רק ככסף, או גם כ”חליפין“, משום שהנאה זאת חשובה אף ככלים. ה”ר”ן שם כתב בשם ה”ר”ח: „דההיא הנאה דאדם חשוב

חשיבא ליה כנותן בחליפין ובדמים, ולפיכך אשה נקנית בה מדין דמים, מטלטלין מדין חליפין, קרקעות שהן נקנים מדין שניהם, מדין שניהם.

וה"רמב"ן וה"ריטב"א שם פליגי עליה וס"ל דהנאה זאת דינה רק ככסף, ולפי"ז אין הנאה זאת מועילה לקנות מטלטלין — שאינם נקנים בכסף, ועיי"ש ב"רשב"א" מה שתירץ והסביר את שיטת ה"ר"ח הנ"ל, ועיי"ן עוד "חידושי הר"ן" ב"מ ט"ז וה"ריטב"א שם שכתב: "וי"ל בההוא הנאה דלא אמר ליה ולא מידי הוי ליה כחליפין וכסודר, דאגב סודר מקני ליה, והגרי"א ב"נחל יצחק" כתב בסימן מ' על דברי ה"ריטב"א הללו שחזר בו ממה שכתב בקדושין, ועיי"ש שדן בזה בהרחבה.

וא"כ גם בנידון דידן, אם אך נימא שחלות הדבר בפסיקתא הוא תמורת ההנאה, א"כ תהא נפקא מינה, אם יתכן לקנות ע"י פסיקה זאת מטלטלין, שאם דין הנאה הוא גם כחליפין, שפיר יש לקנות ע"י גם מטלטלין מסויימים, משא"כ אי נימא שיסוד דינם של הנאות, אינם אלא ככסף, א"כ לא יועיל זאת לקנין מטלטלין שאינם נקנים תמורת כסף, ולפי"ז לא תועיל ההנאה אלא להתחייבות, ולא לקנין ממש. וצ"ע.

ח) כתב הגרי"א ב"נחל יצחק" שם, שמלשון הגמ' "קנו אותם הדברים", שהובא לעיל וכן מלשון הרמב"ם ושו"ע אה"ע סימן נ"א שכתבו: "האב שפסק כמה אתה גותן לבנד וכו' קנו אותם הדברים", מלשונות אלו מבואר, שהן הן הדברים הנקנים באמירה, בכוחם לקנות ממש אף דברים מסויימים, וכן מוכח מלשון הגמ' "בההיא הנאה גמרי ומקני", ולא אמרו גמרי ומשעבדי — כפי לשון הגמ' גבי ערב (ב"ב קע"ג וכו' וכו' צ"ד ע"א) ומלשון השו"ע הנ"ל משמע בפשוטם שלכל מילי מהני קנין זה, אף לגבי מטלטלין, שאינם נקנים בכסף.

עוד הוכיח כן מדברי הירושלמי כתובות פ"ה ה"א: "ר' בא בר חייא בשם ר"י, כמה אתה גותן לבנד וכו' ובלבד מן הנשואין הראשונים, ואתי כי הא דאמר ר' חנינא המשיא בנו בבית, זכה בבית וכו'. תני ר' אושעיא זכה במטלטלין ולא בבית" וכן בירושלמי ריש פרק הנושא הלכה ב': "ואתיא כי הא דר"ח המשיא בנו בבית זכה בבית", וכו'. הרי מדברי הירושלמי שזכיתו בבית, הוא מדין דברים הנקנים באמירה, וחזינן בירושלמי דעת ר' אושעיא, שאף זכיתו במטלטלין הוא מהך דינא דדברים הנקנים באמירה הרי מפורש שאם אך נימא שיסוד דינא דר"ג, הוא תמורת ההנאה, נמצא שההנאה דין חליפין עליה ולא רק דין כסף. או דנימא דדינא דדברים הנקנים באמירה אינם כלל תמורת ההנאה אלא שדיבורם בלבד הוא המועיל, וסברת בההיא הנאה מועילה רק להוכיח את גמירת דעתו המוחלטת כמבואר לעיל [אות ה].

אשר לפי"ז נראה למסקנא, ששתי שיטות נאמרו בגדר הדברים הנקנים באמירה: שיטת התוס' שלפנינו, הסוברת, שיסוד הקנין אינה אלא האמירה בלבד, וכמו כן גם התחייבות מחודשת בשטר, יסוד החלות היא מצד גמירת דעתו בלחוד, והסברות דבה היא הנאה, וכן הכתיבה בשטר משמשים רק כהוכחה לרצונו המוחלט, ומה שהביאו ראי' מדינו של ר"ג, אעפ"י שהרי שם יתכן, שגדר הדברים הוא רק מדין חליפין או כסף, צ"ל דס"ל להתוס' שהנאה דינה רק ככסף, והלא כסף אינו מועיל לקנין מטלטלין, וע"כ מזה הוכיחו שמלבד מה שיש להנאה דין כסף, עוד נאמר כאן חידוש ביסוד הדין, דהיכא שישנה גמיי"ד לא בעינן מעיקר הדין לקנינים כלל.

והשיטה השניה היא שיטת התירוץ השני שבתוספות בכורות י"ח הנ"ל שאין אפשרות להקנאה מבלי מעשה קנין ממשי כפי שביארו האחרונים, ולפי"ז צ"ל שבדינא דר"ג, ישנו גם מעשה קנין, והוא ההנאה עצמה, שדינה גם כחליפין המועיל גם במטלטלין.

אלא שלפי שיטה זאת האחרונה צ"ע עדיין מה שהקשו התוס' כאן, דא"כ מנלן שמועיל שטר להתחייבות מחודשת, והרי אין מטלטלין נקנים בשטר [ועיין ב"נח"י" שם מה שתירץ על עיקר קושית התוס'] ונראה לומר לפי שיטה זאת, שאף שאין שטר על מטלטלין מסויימים, הוא רק משום שאי אפשר לסיימם, וכפי שהבאנו מדברי הש"מ ב"ב [לעיל אות ג'] ולכן התחייבות, שהיא על גופו, באופן זה נקרא הדבר כמסויים, ומועיל זאת אם נכתב בשטר [ועיין באמרי בינה שהובא לעיל אות ג'].

ויש לציין, את שראיתי ב"נחל יצחק" שגם תירוצם הראשון של התוספות בכורות הנ"ל, סובר שאין אפשרות של הקנאה, מבלי מעשה קנין, ומה שכתבו שם התוס' הוא ג"כ משום שאף התם ישנה הסברא דניחא ליה למיעבד מצוה, והנאה זאת דינה כמו כסף. אך הלא כבר הבאנו לעיל את דברי אחרונים ובראשם הרע"א בתשובות הנ"ל [לעיל אות ה'] שמפורש למדו בדברי התוספות איפכא.

ט) ראיה נוספת לשיטתם בסוגיה שלפנינו הביאו התוספות: «ועוד דשמעינן ליה לר"י בהזהב מ"ט ע"א, הנותן מתנה לחבירו קנה אעפ"י שלא הגיע לידו דגמר ומקני, הכא נמי מתוך שטרח ליתנם בשטר, בכי האי גונא גמר ומקנה».

והגרי"א בספרו "נחל יצחק" סימן מ' הנ"ל תמה עליהם וז"ל: «יש לעיין בראייתם מהא דב"מ הנ"ל, דהא במתנה מועטת אמרו דאסור לחזור בו ואין רוח חכמים נוחה הימנו אבל מצד קנין לא מצאנו בפירושו, כמבואר שם בב"מ בכולה סוגיא גבי דברים דיש בהם משום מחוסרי אמנה דלא הוי רק איסור

לחזור בו, אבל קנין לא אמרו חז"ל, ועיין ברש"י שם, וגם לא מצינו דיהיו יכולים ב"ד לכוף על זה, [ועיי"ש שהוסיף שאע"פ שבב"מ שם מ"ט לכאורה מוכח שיש בזה משום קנין שהרי אמרו, ישראל שאמר לבן לוי כור מעשר יש לך בידי, רשאי לעשותו תרומת מעשר על מקום אחר, ואי נימא שאין בזה שום קנין, מאיזה טעם רשאי הבן לוי להפרישו בתורת תרו"מ, אך עיי"ש בשמ"ק שהעמידו לסוגיא במכירי לזיה, ושוב צ"ע מאין ראייתם].

(י) ואשר יראה לומר בזה בקצרה, דהנה הגמרא ב"מ מ"ט ע"א: "דאיתמר דברים, רב אמר אין בהם משום מחוסרי אמנה, ורבי יוחנן אמר יש בהם משום מחוסרי אמנה, מיתבי, רבי יוסי אומר מה ת"ל הין צדק, והלא הין בכלל איפה היה, אלא לומר שיהא הן שלך צדק ולא שלך צדק, אמר אביי ההוא שלא ידבר אחד בפה ואחד בלב, מיתבי וכו', תנאי היא, דתנן וכו', שאני התם, דפועלים גופייהו לא סמכא דעתייהו, וכו', ומי אמר ר"י הכי, והא אמר רבב"ח אמר ר"י, האומר לחבירו מתנה אני נותן לך יכול לחזור בו, יכול פשיטא, אלא מותר לחזור בו, אמר רב פפא, ומודה ר"י במתנה מועטת דסמכא דעתייהו [דמקבל — אדיבורא, — רש"י] הכי נמי מסתברא, דאמר רבי אבהו אמר ר"י, ישראל שאמר לבן לוי כור מעשר יש לך בידי רשאי לעשותו תרו"מ על מקום אחר, אי"א בשלמא לא מצי למיהדר ביה, משום הכי רשאי, אלא אי אמרת מצי למיהדר ביה אישתכח דקא אכיל טבלים, הב"ע כשנטלו וחזר והפקידו אצלו, אי הכי אימא סיפא, נתנו לבן לוי אחר אין לו עליו אלא, ותרעומות, ואי ס"ד כשנטלן והפקידן אצלו, אמאי אין לו עליו אלא תרעומות וכו' אלא לאו ש"מ בדלא נטלו ש"מ".

והרי"ף שם הביא את שתי הדרשות גם של אביי, וגם של רבי יוסי, והקשו הראשונים מאחר שהרי"ף פסק כר"י, דדווקא מתנה מועטת אסור לחזור בו משום שסמכא דעתו של המקבל, ולא במתנה מרובה, א"כ למה הביא את דרשתו של אביי, והלא לפי ר"י בפשוטו מיירי קרא רק לענין מתנה מועטת ולא לענין מתנה מרובה, וכתב עלה הרא"ש בפרק הזהב סימן י"ב: "ויראה דסבר ר"א, דנהי דפריך מינה דהך ברייתא לרב, ומשמע דלר"י שמעינן מהא דדברים יש בהם משום מחוס"א, לבתר דמפליג לר"י בין מתנה מרובה למועטת, מסתבר דלא שמיע ליה לר"י מקרא, אלא עיקר קרא אתא לאחד בפה ואחד בלב, דאי שמיע לר"י מקרא, לא מסתבר לחלק בין מתנה מרובה למועטת" וכו'. הרי שלמסקנא ואליבא דר"י דהכי הלכתא, לא קיימא להך דרשא דהן שלך צדק. ועיין כמו"כ בספר ה"מלחמות" לה"רמב"ן.

אולם עיי"ש ב"בעה"מ": "אלא יש לומר שמא כתבה ללמוד ממנה למתנה מרובה לר"י שמותר לחזור בו". הרי מפורש בדעתו שגם למסקנא

דרשינן מהך קרא דהן שלך צדק ואוקימנה במתנה מועטת ולא למרובה, ועיין ב"מנ"ח מצוה רנ"ט.

ובכתובות פ"ו ע"א: אמר ליה רב כהנא לרב פפא, לדידך דאמרת פריעת בע"ח מצוה, אמר לא ניהא לי דאי עבד מצווה מאי, א"ל תניתוה וכו' מכין אותו עד שתצא נפשו. וברש"י שם ד"ה פריעת בע"ח מצוה: «מצוה עליו לפרוע חובו ולאמת דבריו דכתיב הן שלך צדק ולאן שלך צדק, ב"מ מ"ט ע"א. ובראשונים שם הקשו, מדוע לא הביא את הקרא דוהאיש אשר אתה נושה בו דמיניה ילפינן בכ"מ למצוות פריעת חוב, ועיי"ש ב"פני יהושע», שבכלל הקרא דוהאיש אשר אתה נושה בו, נכללים רק החובות שהוא מחויב בהם מעיקר הדין ע"י הלואה, ולכן הביא רש"י כאן את הילפותא דהן שלך צדק, שזה כולל אף את כל החובות, גם אלו שהוא חייב את עצמו בהם, מבלי שיהיה חייב מעיקר הדין דומיא דכתובה ועוד, ועיין גם ב"קובץ שעורים" להגרא"ו בדף הנ"ל. הרי שמפורש בדברי רש"י אלו [וכמו"כ עיי"ש ב"ר"ן] שהך דרשא דהן שלך צדק דאורייתא הוא, וזה מפורש כדברי הבעה"מ הנ"ל.

והנהגה הלא מבואר ומפורש בדברי הגמ' כתובות הנ"ל שכופין על מצוה זאת, שהרי כל הדין דכפיה על מצוות פריעת בע"ח, הוא רק מחמת הקרא הזה דהן שלך צדק כמפורש ברש"י ובר"ן שם, ואשר לפי"ז אם אך נימא שמתנה מועטת נמי איכללא בהך קרא דהן שלך צדק וכדברי הבעה"מ ורש"י הנ"ל, א"כ לפי"ז נמצא דגם על מתנה מועטת יכפו אותו לקיים דיבורו, ואם כן מה שהקשה ה"נח"ר הנ"ל דלא מצינו שיהא דין כפיה על מתנה מועטת, הרי לפי"ז, הוא במחלוקת שנויה, שאי נימא, שלר"י לא שמיע ליה מקרא וכפי שכתבו ה"רא"ש וה"רמב"ן הנ"ל, פשיטא שאין כאן כל דין כפיה, משא"כ לשיטת שאר הראשונים שגם למסקנא קיימא לילפותא זאת, א"כ לפי"ז כשם שיש מחמת פסוק זה דין כפיה על שאר בע"ח, כמו"כ צריך להיות דין כפיה גם במתנה מועטת וא"כ שפיר יהכך שהתוס' שלפנינו ס"ל כשיטה זאת.

ועלה בדעתי בעה"י ליישב לפי"ז, גם את דברי הגמרא בב"מ שם, בהא דמייתי מישאל שאמר לבן לוי וכו', שכבר צווחו ע"ז קמאי [עיי"ש בשטמ"ק, ובקצה"ח והדברים ידועים] ממנ"פ אם מיירי במכירי לוויה וזה קנין גמור, א"כ אמאי יכול לחזור בו ואין לו עליו אלא תרעומות, ואי נימא שאינו קנין גמור, א"כ ע"י מה חשיב כשלו להפרישו בתורת תרומת מעשר על מקום אחר.

ונראה לומר בזה, דהא לפי המבואר יש על מתנה מועטת דין כפיה, ולכאורה יש לעיין לפי"ז, אמאי יכול ליתנו לבן לוי אחר, ועל כרחך הדבר

פשוט. שאעפ"י שיכולים לכפותו ליתן מתנה זאת שהבטיח, אבל פשיטא שכל זמן שלא נתן הרי היא ברשותו המוחלטת, ויש לו הכח המלא לעשות בחפץ זה כרצונו. ולכן אם אך נתנו לאחר והשני קנה אותו, שוב אין על מה לכפותו שהרי לא הבטיח חיוב אחריות, ולא חל דיבורו — אלא על אותו חפץ המסויים, ורק כ"ז שהוא ברשותו, הרי הוא מחוייב עפ"י דין לקיים את שהבטיח. לא כן בשאר חיובים אף אלו שלא היה חייב בהם מעיקר הדין הרי שם הוא חיוב ממש שאינו מצטמצם לחפץ מסויים, ואז שפיר שייך למיכפייה על זה.

ומעתה נראה שכל הך דינא שאם הפריש הבן לוי את התרו"מ, חל ע"ז ג"כ תרומה, דין זה הוא רק משום דהו"ל כאילו קיבל את המתנה לרשותו שאז ודאי שאין המבטיח יכול לחזור בו, והוא הדין כשהפריש, הו"ל כאילו קבלו לרשותו. ואשר נראה דהא דיכול לעשות כן לכתחילה, הוא משום שלא גרע מכפייה שיכול לכפותו על כך, וגם שהלא לאחר שהגיע החפץ לרשותו, הרי עפ"י דין אינו יכול להוציאו ולהחזירו אצלו שהרי אם יבא לבי"ד, אדרבא יכפוהו על כך כמבואר.

ונתייבשה התמיהה על דברי הגמ', דודאי לכתחילה יכול הבן לוי לעשותו תרו"מ על מקום אחר, שהרי מחוייב המבטיח עפ"י דין לקיים הבטחתו ואף יש לכפותו על כך, ולהכי אין ההפרשה גרועה — משארי כפיה, ועוד שהרי לאחר שהפריש ודאי שאף בי"ד לא ירשו לו לחזור בו, [ועיין ברמב"ן סוף ב"ב שאף למ"ד שיעבודא לאו דאורייתא, מ"מ כיון שמצוה היא, עד שאתה כופהו בגופו, כפהו בממונו] משא"כ כ"ז שלא הפריש, אעפ"י שיש עליו דין כפיה, אבל בכ"ז, כ"ז שלא כפהו עדין החפץ ברשותו המלאה, ולהכי אם נתנו לבן לוי אחר אין עליו אלא תרעומות ודו"ק.

ועיין בתוס' ב"ב קכ"ג ע"ב בד"ה הכא, שכתבו שם שיסוד דינא דמכירי כהונה הוא ג"כ מהך דינא — דמתנה מועטת אסור לחזור בו, ומשום זה הו"ל כמוחזק: „ואעפ"י שאם רצה יכול לחזור בו, מ"מ כ"ז שלא חזר בו הוי כמוחזק, וראה באחרונים שמשמע מדבריהם, שלפי דברי התוס' הנ"ל — גם מתנה מועטת בעלמא אף שלא במתנות כהונה, גם שם יהא אותו הדין שיחשב מוחזק לענין בכורה, [ועיין עוד בקצה"ח, שגם בגוונא שנשבע לתת לו מתנה מרובה, כיון שאסור לחזור בו מחמת השבועה נמי יחשב למוחזק, ואעפ"י שדבריו שם צ"ע, אבל מ"מ למדנו מדבריו שדברי התוס' הנ"ל, נאמרו לא רק לענין מתנות כהונה].

אולם הרי עדין קשה כמש"כ הרא"ש. איך יש לחלק בקרא דהו שלך צדק בין מתנה מרובה למועטת, ומה איכפת לן אם המקבל סמכא דעתו אם לאו, וכפי שביאר זאת גם ה"רמב"ן ב"מלחמות" שם.

וע"כ נראה מוכרח לפי הנ"ל דהילפותא דהן שלך צדק, אין הכוונה ל"הן" גרידא אלא שבעינן "התחייבות" של "הן", ואם אך לא חלה התחייבות ממש, אין ערך אף ל"הן", ואשר לפי"ז אין זה שייך אלא במתנה מועטת, שיש כאן סמיכות דעת מצד המקבל, ולכן חלה על הבטחתו שם של התחייבות, לא כן במתנה מרובה כיון שלא סמכא דעתיה של המקבל, שוב לא חלה על הבטחתו חלות שם של "התחייבות", ולכן גם רק מתנה מועטת נכללת בדרשה זאת, ד"הן שלך צדק", שלא נאמרה אלא לקיום "התחייבות" ולא "הבטחה".

ומבוארת גם שיטת התוס' שלפנינו שאי נימא שאין כח להתחייב בדברים, א"כ לא היה זה נכלל אף בהך קרא דהן שלך צדק שלפי המבואר לא איירי אלא כשחלה עליו התחייבות, וע"כ הכריחו מזה, שאם אך ישנה גמ"ד מוחלטת, יש לו לאדם להתחייב אף ללא קנין, ולהכי גם כשכתב בשטר, שזה מראה את גמ"ד המוחלטת, בכגון זה שפיר חלה התחייבותו אף שאינו חייב בה מעיקר הדין.

[ולמותר להדגיש, שאעפ"י שגם לאחר הקרא והילפותא בידו לחזור בו, מ"מ אין זה נוגע לנידון דידן בסוגייתנו, שהרי כאן מיירי בחוב ממש שחל על גופו ופשיטא שאינו יכול לחזור בו, שהרי מיד לאחר התחייבותו יש כבר לחבירו עליו דינים, לא כן שם שלא היתה זאת אלא הבטחה והתחייבות "לתת", וכ"ז שלא נתן הרי אין לחבירו שום דינים בחפץ זה. ופשוט].

סיכום שיטת התוספות וסיעתם

- (א) ישנה אפשרות להתחייבות בדבר שאינו חייב בו, אם אך נעשה זאת בשטר שנכתב כדין
- (ב) סיבת הדבר — על ידי הכתיבה בשטר נראית גמירת דעתו המוחלטת, ולכן עצם ההתחייבות היא שנותנת את התוקף ולא עצם השטר.
- (ג) בנידון דידן — לפי שיטה זאת — יש תוקף להתחייבותו אם יעשה זאת בשטר.

ג. שיטת הרמב"ם

(א) השיטה השלישית, המרחיקה לכת ביותר היא שיטת הרמב"ם וסיעתו שהם סוברים, שאין צורך לא בקנין ואף לא בכתיבה בשטר, אלא שיכול אדם להתחייב בדברים, דעה זאת הובאה בטור חו"מ סימן מ', בשם ה"רמב"ם" וה"רמ"ה", אף המחבר בחו"מ שם הביא רק את השיטה הזאת להלכה, ולא ציין אפילו את דעת החולקים, גם שיטתו של ה"רי"ף כן היא לפי פירושו של ה"רי"ף שהובא לעיל [פרק ב' אות א'].

וז"ל ה"רמב"ם" בפרק י"א מהלכות מכירה הלכה ט"ו: "המחייב עצמו בממון לאחר בלא תנאי כלל, אף על פי שלא היה חייב לו כלום, הרי זה חייב, שדבר זה מתנה היא ואינה אסמכתא, כיצד, האומר לעדים הוו עלי עדים שאני חייב לפלוני מנה, או שכתב לו בשטר הריני חייב לך מנה, אף על פי שאין שם עדים, או שאמר לו בפני עדים, הריני חייב לך מנה בשטר, אף על פי שלא אמר אתם עדי, הואיל ואמר בשטר הרי זה כמי שאמר הוו עלי עדים, וחייב לשלם אעפ"י ששניהם מודים והעדים יודעים שלא היה לו אצלו כלום, שהרי חייב עצמו כמו שישתעבד הערב וכזה הורו רוב הגאונים".

מקור הלכה זו ויסוד גדרה שנויים במחלוקת גדולה בין האחרונים, והדעות השונות מהוות נפ"מ גם לנידון דידן כפי שיבואר.

(ב) ה"כסף משנה" כאן ציין את מקור הרמב"ם: "זה נלמד מדאמרין בפרק מי שמת (קמ"ט) ולודי איסור דהני זווי דרב מרי גינהו וליקנינהו באודיתא" והיינו שלפי דעת הכ"מ, היסוד לתוקף ההתחייבות לשיטת הרמב"ם, הוא מדין "אודיתא".

וב"קצה"ח" כאן ס"ק א', הרחיב את הדיבור לבסס את דברי הכ"מ הנ"ל וכתב: "אבל טעמא דהרמב"ם משום אודיתא, דאפילו חפץ יוכל להקנות באודיתא כמ"ש התוס' בפרק מ"ש שאודיתא הוא קנין בין בבריא, בין בשכ"מ, והוא קנין מעליא אעפ"י ששניהם יודעים, וגם העדים יודעים שזה החפץ או הקרקע אינו של פלוני, קונה הוא אותו באודיתא של הנותן כמו שקונה במשיכה וכסף וכו', וכן מצאתי כתוב ב"נמו"י" פרק מי שמת ז"ל: אמר המחבר וכו' כתבו "חכמי פרוניצא" וה"ריטב"א" בשם רבו, דכל שמחייב עצמו בלשון הודאה, אע"ג דידיעין דלא הוי מחויב ליה מעיקרא הוא מחויב, כ"כ ה"ריטב"א" בפרק הנושא" וכו'.

ולפי"ז יצא שם לדון בדבר החדש, שאין ההודאה מועילה לחייב אלא כשהודה בלשון "אני חייב", דהיינו כאומר שהוא חייב מכבר אבל כשאומר "אני מתחייב", שמשמעותו התחייבות מחודשת מעתה, אין בכוחו לעשות כן ולא חלה התחייבותו. ויישב לפי"ז את קושית ה"ש"ך" על דברי השו"ע להלן סימן ס' סעיף ו': "המחייב עצמו בדבר שלא בא לעולם וכו' אבל בלשון חיוב כגון שאמר הוו עלי עדים שאני מתחייב לפלוני בכך וכך חייב והוא שקנו מידו". והקשה ה"ש"ך", מאחר שמקור דין זה הוא מ"בעל התרומות" שער ס"ד, ואיהו הא אוזיל לשיטתו דס"ל שאין לו לאדם להתחייב מחדש אלא ע"י קנין כפי שהביא ה"ב"י" לעיל סוף סימן א', וא"כ כיון שהשו"ע לעיל סימן מ' סתם כשיטת הרמב"ם, שאף בלא קנין וכתבת שטר נמי מהני, הוא הדין שאף

במתחייב בדבר שלא בא לעולם, נמי בדין הוא שיועיל בדברים בלבד, וא"כ דברי המחבר סתרי אהדדי.

אך לפי"מ שביאר ה"קצה"ח אין בזה כל סתירה, שהרי שם בסימן ס', הא איירינו בהתחייבות על להבא, וזה אינו מועיל אף לשיטת הרמב"ם, שיסוד החיוב לדבריהם הוא מדין "אודיתא", ולהכי אינו מועיל אלא בלשון הודאה על העבר, ולפי"ז יישב את קושית הרשב"א [שהובא לעיל פרק ב' אות א'] והר"ן שיובא אי"ה להלן [אות יא] מערב וממתנה שו"ח להיות כשו"ש וכשואל, שהרי בתרווייהו התחייבות מחודשת היא ואין זה מועיל אף לפי שיטת הרמב"ם כמבואר.

וב"ש"ת ר"י מיג"ש סימן צ"ז: "אמר רבינו ז"ל, כל מי שכותב בשטר, נתחייב פלוני לפלוני כך וכך בתורת חיוב השטר בטל, לפי שנראה שהוא הקנאה, ומטבע אינו נקנה בחליפין, ואמנם אנחנו כוונתינו הודאה להקנאה, ולזה צ"ל, אמר לנו פלוני אני חייב לפלוני כך וכך, וקנינו ממנו על כך".

ושם בסימן ק"ו: "ומה שאמרו חייב אני לך מנה בשטר, ר"י אמר חייב, דלשון הזה מועיל להיות לשון הודאה וכו', אבל אם היה בלשון הקנאה אינו מועיל אלא אם מועיל כדרך שיועיל בה הקנאת המטבע, ועיין עוד בסימן קנ"ג שחזר על דבריו הנ"ל.

וה"אמרי בינה" הלכות הלואה סימן ט"ו כתב שמדברי הר"י מיג"ש האלו מוכח שגם הרי"ף ס"ל שיסוד ההלכה הוא מדין אודיתא, ומשו"ה אינו מועיל אלא כשאמרו בלשון הודאה כהנ"ל, שהרי הר"י מיג"ש כתב כן בשם "רבינו" שהוא הרי"ף, לכן ברור שגם שיטת הרמב"ם כן היא, וכפי שציין הכ"מ את מקורו ועפ"י חידושו של הקצה"ח.

ג) ולעני"ד יש עוד לעיין בזה, שהרי הרמב"ם והשו"ע הדגישו שההתחייבות מועילה רק כשהיתה "בלא תנאי כלל", והלשון מורה שאם אך היה תנאי איזה שהוא, שוב אין תוקף להתחייבות, ולפי פירושו של הקצה"ח הרי זה תמוה, דהא לפי דבריו מדובר כאן רק באופן של הודאה על חיוב שעבר, ועל כרחך שלפי"ז, מש"כ הרמב"ם שאינו מועיל בתנאי, הכוונה היא ג"כ, שהוא אומר שההתחייבות שהתחייב בה מכבר, היתה בתנאי, וזה צ"ע, אמאי לא יתחייב בכי האי גוונא, כשאומר שבשעתו הותנה התנאי, לפי כל משפטי התנאים, ובאופן שאין בו שום חשש אסמכתא (ועיין ב"רמב"ם" ריש פרק זה שביאר כל האופנים שאין בהם משום אסמכתא) וצ"ע.

והדברים מפורשים בהמשך דברי הר"י מיג"ש שהובאו לעיל וז"ל: "ואם הוא דבר תלוי בתנאי, אם הקדים התנאי על החוב, ולא אמר מעכשיו, הנה היה אסמכתא, ואם אמר מעכשיו הנה היה השיעבוד בלתי חל על נכסיו

אלא מזה הזמן ואין לו לטרופ ממה שקדם שום דבר, והדרך הישרה בזה הוא שיקדים הסך, ואחריו התנאי ויאמר כך: יש לפלוני אצלי וכו' על תנאי שיעשה דבר כך וכך, לפי שעל תנאי זה היה החוב מעיקרא". עיישה.

הרי ששפתיו ברור מללו שיש אופן להתחייבות מעין זאת אף אם היתה בתנאי, אם אך הותנה בשעתו עפ"י דין. ומדוע סתמו ה"רמב"ם" והשו"ע והדגישו שדווקא שלא היה בתנאי כלל, הלא גם ה"ר"י מיג"ש" מפורש כתב כדברי הקצה"ח שאין ההתחייבות המחודשת חלה, אא"כ היתה על לשעבר כדברי ה"קצה"ח, ובכל זאת ישנם אופנים שמועיל זאת ע"י תנאי. [ופשטות הדברים מורים בשיטת רמב"ם, שהיא כשאר האחרונים שיובאו להלן אות י'].

(ד) והלום ראיתי ב"זרע אברהם" סימן ט"ו אות א', שכתב שמדברי השו"ע שכתב "בלא תנאי", וכפי שפירש הקצה"ח — משמע שגם קנין אודיתא הוא דוקא כשהיה בלא תנאי. ולפי"ז יישב שם את קושית התוספות ב"ב קמ"ח ע"א על המבואר בגמ' שם שמילתא דליתא בבריא ליתא בשכ"מ, [כל שאינו מועיל בבריא אף ע"י קנין סודר, אינו מועיל באמירה בעלמא גבי שכ"מ — "רשב"ם"], והקשו בגמ' שם מהא "דאמר רבא אמר רב נחמן שכי"מ שאמר תנו הלואתי לפלוני הלואתו לפלוני, ואע"ג דליתיה בבריא" וכו'. ובתוס' שם בד"ה שכיב מרע, הקשו: "ותימא לי לימא איתא בבריא בהודאה כדמוכח לקמן קמ"ט ע"א דשכיב מרע שהודה קנה, בלא טעם דשכ"מ, מדקני בגר"י [ועיי"ש בתירוצם, דמ"מ בלשון זה שהוא לשון מתנה לא מהני בבריא].

וע"ז תירץ ה"זרע אברהם" הנ"ל, לפי המבואר דאודיתא בתנאי לא מהני א"כ הלא כל מתנת שכ"מ היא בתנאי שהרי אם עמד חוזר, ובכי האי גוונא לא מהני בבריא, שאף באודיתא אם היה בתנאי אינו קונה, ופשוט ע"כ.

והנה אם כי ה"זר"א" שם סיים שזה פשוט, בעניותי לא הבנתי את דבריו. שהרי לפי פירוש הקצה"ח אין דין זה מועיל אלא באופן שהתחייבותו היתה בלשון המשתמע לעבר, והיינו שהוא מודה שבשעתו התחייב ע"י דרכי הקינים וההתחייבויות, ומעתה הלא בכגון זה פשיטא שזה יועיל אף בבריא, וכגון שהתחייב בקנין מעכשיו אם ימות, ואשר לפי"ז שפיר איתא בבריא.

ואם תאמר שבשכ"מ הלא לא מיירי בהודאה, אלא במתנה להבא שאינו קונה אלא לאחר מיתה ולהכי לא חשיב כאיתא בבריא. — הרי זה הוא באמת תירוצם של התוס' שם.

וכבר הובאו לעיל דברי ה"ר"י מיג"ש שתנאי שהותנה כדין מועיל אפילו בהאי גוונא באודיתא, ואעפ"י שהכל יודעים שלא היתה שום התחייבות

ושום תנאי, אבל זהו דינא דאודיתא שמתחשבים בדבריו עתה, כאילו היו אמת, והרי אם אמנם היה כדבריו הרי ודאי מועיל זאת, ואין בזה שום סרך אסמכתא.

וביותר נראה שהרי להדיא מפורש בתוספות גיטין ע"ב דכל הטעם בשכ"מ שאם עמד חוזר, הוא רק משום שאינו קונה אלא לאחר מיתה, ולפי"ז בשכ"מ שאמר מהיום אם מתי, אם עמד אינו חוזר, כפי שביארו האחרונים שם. ואפילו לדברי התוס' גיטין ט' שגם במהיום אם מתי אם עמד חוזר, זה רק משום האומדנא, שאינו נותן אלא על דעת תנאו שהוא אם ימות, ועיין פירש"י שם שאפילו בגט, שהוא לעולם כאומר מהיום אם מתי, גם שם אם עמד חוזר [וכבר מפורסמת הקושיה על דברי התוס' גיטין ע"ב הנ"ל מהא דמבואר שאפילו בקנו מידו חוזר, והלא סתם קנין הוא חליפין ועל כרחק כ"מעכשיו" דמי, דהא הדר סודרא למריה עיין "קובץ שעורים" ב"ב קמ"ט] והדבר מפורש בראשונים ובפרט ב"בעל התרומות" שער מ"ב ב' שבשכ"מ שהודה, אף אם עמד אינו חוזר.

כן מפורש הדבר גם בתוספות ב"ב קמ"ט בשכ"מ שהקנה בקנין אודיתא, אם עמד אינו חוזר, ולכאורה אמאי אינו חוזר, הלא ישנה אומדנה דלא נתן אלא ע"מ שימות, וע"כ פשוט שכיון שאמרנו בלשון הודאה דהיינו שמלשונו משתמע שהוא חייב מכבר, לכן אף אם ברור הדבר שאין אמת בדבריו, אעפ"כ אנו דנים בדבר כאילו היה אמת, וחייבו נידון מצד מה שהיה אז — לפי דבריו, ולא מצד הודאתו עכשיו. משום שהודאתו אינה אלא גילוי למה שהיה מכבר, ושלפי"ז הרי אז בשעתו היה יכול להתחייב ולהתנות כל תנאי שהוא חפץ בו, ובלבד שיתנגנו כדין משפטי התנאים, וא"כ הרי זה ודאי נחשב לאיתא בבריא, ודברי ה"זרע אברהם" צ"ע.

(ה) כאמור לפי הבנת האחרונים האלו יסוד דברי הרמב"ם הוא מדין אודיתא וכפי שביאר זאת ב"קצה"ח הנ"ל והנה ביסוד הדין דאודיתא מצינו מחלוקת בין האחרונים אם הוא קנין גמור ומועיל לכל ענין אף לאיסורא, או שהוא מוגבל רק לאופנים מסויימים.

ה"ט"ז ביו"ד סימן קס"ח כתב וז"ל: "ועל מה שאמר ה"מרדכי" שמזכה לו [לישראל את המשכון] בשביל העכו"ם, תמה ב"ב"י, דאנן קי"ל אין זכיה לעכו"ם, ומו"ח כתב דהכי קאמר שיהיה זוכה בו, בדרך שיזכה בו העכו"ם, כגון דאודיתא, שמודה שהוא של עכו"ם, כהאי דאיסור גיורא, ולא נהירא דהאי אודיתא דאיסור אינו ענין לכאן, דודאי לגבי ממון אמרינן דאדם נאמן על עצמו לחובתו, אבל זה ודאי אינו מועיל לאפקועי איסורא בשביל שקר שלו".

[ויש להוסיף, דהא שלא פירשו הביי והט"ז הנ"ל בוונא שיתחייב. לו עתה מחדש שלפי הרבה שיטות מועיל אף זה לשיטת הרמב"ם עיין להלן [אות י'] גראה שאין מוכרח מזה שכולם כאן אולי בשיטת הי"כ"מ וה"קצה"ח הנ"ל, אלא שבפשוטו מתבארים הדברים, שלפי שיטה זו בדעת הרמב"ם, אינו אלא התחייבות לתת להבא, ואף שכבר חל החוב על גופו מעתה, אבל לא חלים שום קנינים בחפצא של המשכון, ואשר משום זה אינו מועיל כל זמן שלא זכה בו העכו"ם, ואינו נחשב כמשכוננו של עכו"ם, לא כן באודיתא, שאם אך היה מועיל זה לאיסורא, היו חלים גם קנינים בחפצא של המשכון, ושפיר היה חשוב כמשכוננו של עכו"ם]. ועיין עוד ב"מקור חיים" תמ"ח: "אבל אין לסמוך על קנין אודיתא הנאמר בב"ב, דלענין הפקעת איסור לא מהני הודאה בשקר".

(1) אך ה"קצה"ח בסימן קצ"ה, הביא את דברי ה"ט"ז הללו, ופליג עליה, משום שהוא סובר שאודיתא הוא קנין גמור ומועיל בין לממון בין לאיסור, וחיליה מב"מ מ"ו ע"א "היה עומד בגורן ואין בידו מעות, אומר לחבירו, הרי פירות הללו נתונים לך במתנה, וחוזר ואמר הרי הן מחוללין על מעות שיש לי בבית. טעמא דאין בידו מעות, הא אם יש בידו מעות ליקני ליה לאידך במשיכה ופריק דהכי עדיף דהוה ליה נכרי, ואי אמרת מטבע נקנה בחליפין ניקניה ליה מעות להאיך אגב סודר וליפרוק, דלית ליה סודר, וליקניה ניהליה אגב קרקע, דלית ליה קרקע, והא עומד בגורן קתני בגורן שאינה שלו". וכו'. ובתוס' שם הקשו: "וקשה דליקני ליה המעות בהודאה, כמו שקנה רב מרי מרבא ע"י הודאתו של איסור, אעפ"י שהיינו ידעים שלא היה שלו תחילה וה"ה בבריא מדקננהו רב מרי אע"ג דלא הוה בר ירושה". והוכיח מזה ה"קצה"ח שאודיתא הוא קנין גמור המועיל אף לאיסורים. שהרי שם המדובר הוא לענין פדיון מעשרות.

וב"נודע ביהודה" חו"מ סימן ל': "לענ"ד מלשון הגמ' גבי איסור וליקניה באודיתא, הרי דקאמר וליקנינהו באודיתא, שמשמע שהודאה הוא הקנין בעצמו ולא מטעם שכיון שהודה אמרינן שכבר הקנה לו, אלא שזה הוא הקנין בעצמו, כאשר לדעתו, הודאה הוא הקנין הגדול שבכל הקנינים ואפילו דבר שאינו נקנה בשום קנין נקנה בהודאה". [ועיין עוד ב"מוצל מאש" סימן י' שהסתפק אם אפשר לצאת ידי חובת אתרוג שקנה ע"י אודיתא, ובספר "ארעא דרבנן" אות נג כתב: "לענ"ד פשוט ששניהם יוצאים ידי חובתם", ועיין "ברכי יוסף" תרנ"ח שהביא דבריהם].

אך בתוס' ב"ב ק"ד ד"ה אסיפא דביתיה, הקשו על המשך דברי הגמ' בב"מ המובאים לעיל שרצו לאוקמי בקנין אגב, ושנו שלית ליה קרקע, וע"ז

הקשו אמאי לא הקנה לו את הקרקע באודיתא, ותירצו שם: „דהתם מדאורייתא בעינן דאית ליה קרקע דאי לית ליה ארעא לא היו קנויין מעותיו מדאורייתא שיוכל לפדות בהם פירות מע"ש". ומשמע מדבריהם דלענין איסורא לא מהני קנין אודיתא. וכתב ע"ז הקצה"ח שם שמכאן משמע כה"ט"ז.

(ז) והנה לכאורה נמצאו דבריהם בב"ב סותרים לדבריהם בב"מ ושלפי"ז צ"ל דפליגי אהדדי, אך נראה דאין כל סתירה בדבר, לאחר הסבר הקנין ד"אודיתא", דהא מאד צ"ע, ע"י מה נקנה החפץ לחבירו, ובפרט כשהכל יודעים שהודאתו היא שקר מוחלט ואין כאן שום חלות שם של הודאה על מעשה שהיה, וא"כ ע"י מה הופך החפץ להיות של זולתו.

והסבר הדבר הוא: שכל הקנינים האמורים בתורה, הלא הם רק דינים באופן שהחפץ עובר מרשות לרשות, והיינו שמבלי מעשה קנין אין החפץ משתנה מרשותו הקודמת, ומיהו כשיש פסק-דין עפ"י דין תורה, שחפץ מסויים הוא של אדם פלוני, הרי או הפסק דין כשלעצמו, די בו, שאמנם יהא החפץ של אותו הפלוני, אלא שבעלמא אין פסק דין כזה ניתן, כל זמן שלא נתברר שהועבר החפץ ע"י מעשה קנין כדיון, ואשר לפי"ז כשם שאם מעידים עדים על חפץ, שהוא של פלוני, ודאי שניתן על כך פסק דין — הקובע שהוא כדברי העדים, כמו כן ומאותו הטעם גם כשישנה הודאת בע"ד — שהיא כמאה עדים — על חפץ מסויים שהוא של פלוני הרי יש להם לבי"ד לפסוק על פי הודאתו — העדאתו, וממילא חלה על החפץ בעלותו של פלוני ע"י אותו פסק דין וזה ברור.

ומעתה נראה דלא שייך זה אלא כשהחפץ ישנו בעין, ויש לו לפס"ד על מה לחול, ולהכי אף הקשו התוס' ב"מ שפיר, שהרי שם הקשו על עצם המעות שיקנם באודיתא, לא כן הדברים בב"ב, ששם הקשו על הקרקע דהיינו שיחול דין האודיתא על הקרקע ואת המעות יקנה לו אגב קרקע, ע"ז כתבו שפיר שלא שייך דין אודיתא מדאורייתא, משום שהלא באמת אין לו קרקע ואין לפס"ד על מה לחול וממילא אינו קונה אף את המעות, שלא הקנה אותם בפנ"ע, אלא מדין אגב, ואין לאגב על מה לחול, ועייק ב"פני יהושע" ב"מ שם שכתב את עצם החילוק וב"חת"ס" סימן שי"ד, ואף שהם כתבו לתרץ כן מבלי ההסבר דלעיל בכל זאת נראה שביאורינו מבהיר את הדברים.

(ח) וב"טויו"ד" סימן רס"ז: „אבל אם אמר ע"פ עשיתי פלוני עבדי בן חורין, אינו כלום ויכול לחזור בו, וכתב הרמ"ה, וה"מ בבריא אבל בשכ"מ שאמר אחד מכל הני הלשונות, כיון שמשמעו לשון שחרור זכה בו מיד בגופו ואינו יכול לשעבד בו, וצריך גט שחרור להתירו בב"ה, ואפילו בבריא

אם אמר דרך הודאה גמורה, מהני למיקניה גפשיה, וצריך ג"ש להתירו בב"ח. ועיין בב"י שם, ומוכח שהודאה הוי קנין גמור אלא שלהתירו בב"ח שאינו תלוי בממון דאפילו המפקיר עבדו צריך ג"ש, גם קנין אודיתא לא מהני אלא לקנין ממון שבו. ועיין ברשב"א קדושין כ' ע"ב: „אבל נתתי לא צריך דקנה מדין הודאה“.

ובר"י מיגש ב"ב קמ"ט: „פירוש קיילין בריא שהודה ודאי הודאתו הודאה ומיבעיא לן בשכ"מ מאי, מי אמרינן הודאתו הודאה היא כבריא ולא מתנה ואם עמד אינו חוזר“ וכו'. וכן בבית יוסף חו"מ רנ"ב: וכן מבואר בתשובות הרשב"א ח"ד סימן נ' שכתב יש מי שמדקדק מההיא דאיסור שההודאה בכענין זה, אחד מדרכי ההקנאות“.

וכדאי לצרף לדעה זאת גם את דברי תשובות הרא"ש קנ"ג, במעשה שהיה באחד שהתחייב בשטר לתת י' דינרים לשבויה, בשעה שישא אשה, וכתב ע"ז הרא"ש: „ואם הוא על דרך הנדרים והצדקות מתחייב, שאינם צריכים אלא הודאה בפה, כמ"ש בפ"ך זו צדקה, ואף שתלה אותם בתנאי, אבל כיון שנתחייב בדרך החוב, יצא מצדקה, וחייב אינו מועיל בהדיוט, וזה שאמרו חייב אני לך מנה, זה דווקא בדרך הודאה ולא בלשון חייב“.

ובחכם צבי בתשובה למהר"מ חאגיז, סימן ט"ו, אם ישנה עצה להקנות מעות, כתב שם, שנראה לו בלי פקפוק שיודה המקנה שסך ידוע שכתוב על שמו בצ'קה, הוא של פלוני וכו' והיינו אודיתא דאיסור גיורא. גם הנתיבות סימן מ' ס"ק א' סבר כיסודו של הקצה"ח הנ"ל והוסיף עוד, שאפילו לדעת החולקים על הרמב"ם, לא חלקו „אלא בבא להתחייב מחדש אבל במודה בלשון חייב פשיטא דמהני מדין אודיתא וכעובדא דאיסור גיורא“ הנ"ל.

(ט) כאמור למדו האחרונים הנ"ל ששיטת הרמב"ם בנוייה על יסוד קנין אודיתא, וע"כ צ"ל ש„אודיתא“ נאמר גם בבריא ולא רק בשכיב מרע ועיין ב„ש"ך“ סימן ס' שהביא מחלוקת בדבר והחליט שאודיתא מועילה גם בבריא וע"ש שהסיק שכל הפוסקים ס"ל כן, ועיין עוד ב„מהרשד"ם“ סימן ס"ד שפסק כן.

אולם חזינן שרבים חולקים על עצם היסוד וסוברים שדין אודיתא לא נאמר אלא בשכ"מ ולא בבריא. עיין ב„תשב"ץ“ ח"א קנב: ועוד שאין הפקדון ולא המלוה נקנים בהודאה אלא בשכיב מרע, משום דדברי שכ"מ ככתובין ומסורין דמו, אבל בבריא לא, שאם כל אדם יכול להקנות בהודאה, אמאי לא תני לה גבי שאר הקנאות וכ"כ „בעל העיטור“.

ולא עוד אלא שס"ל ל„התשב"ץ“ שגם ה„רמב"ם“ עצמו סובר כן: „וכן דעת הרמב"ם שהוא פסק בהלכות, האי דאיסור, בפ"ט מה' זכיה ומתנה,

ואילו בהל' מכירה פ"י כתב שהמטבע אין לו דרך שיזכה בו מי שאינו ברשותו אלא אג"ק וכו' ואילו היה שההודאה תועיל בבריא אמאי לא תני תקנתא דאודיתא, דהלכתא בטעמא הוא, אלא ודאי שהוא מסכים, למה שהסכים „בעל העיטור“, שלא אמרינן אלא בשכ"מ ולא בבריא. ובחלק ג' שכ"ה הוסיף וכתב: „וההיא דפרק הנושא, חייב אני לך מנה בשטר שמשמע דמהני הודאה, לא מוכחא דבחייב אני לך מנה ליכא הקנאה, וכן הודאה דהקנאה לא מהני עד שיאמר בשטר שדי קנויה לך“. ועיין עוד ב„בעה"ת" שער נ"א חלק ח': „א"ד דמהא דפרק מ"ש שכ"מ שאמר הלואתי לפלוני וכו' ש"מ שאין האודיתא אלא בשכ"מ וכו'.

והעיטור" באות הודאה בתוך דבריו שם כתב: „ומסתברא שההודאה לא מהני אלא בשכ"מ, דדברי שכ"מ ככתובין ומסורין דמו, ולא בבריא, אבל מילתא דידעינן דלאו ידידה הוא, אלא גותן היכי מצי לומר לאו דילי הוא אלא לפלוני הלא כו"ע ידעי דשקר הוא, ומצי למימר משטה הייתי בכך, ו„הרשב"א" עצמו בתשובות שהובאו לעיל [אות ח] סיים: „אלא שאני תמה בדבר זה במה מקנה וכו' וההיא דרב מרי וכו' בשכ"מ כל שהודה נאמן“. והב"י כתב עלה שמזה משמע שאודיתא אינו קנין, ועיין עוד ב„שואל ומשיב“ מהדורא תליתאי חלק ג' סימן י"א שהכריע להלכה, שאין דין האודיתא נאמר בבריא.

גם ה„אור זרוע“ תשנ"ב כתב שדין האודיתא נאמר רק „בשכיב מרע לצורך הגר כזה, דהואיל שלא היה יכול להקנות לו בע"א כי אם כך, אמרו רבנן דקני כי היכי שלא תטרף דעתו עליו, אבל בבריא דאיתא במתנה, ה"נ דלא קניי. וכן כתב גם „המרדכי“. ב"ק סימן תרי"ט: „מדמבעיא לן בב"ב קמ"ט בשכ"מ מכלל דבבריא כה"ג פשוט דלא הוי הודאה“.

ועיין עוד ב„מרדכי“ ב"ב תרכ, „הגה"מ“ ספר משפטים ל"א, ב„שבות יעקב“ הלכות פסח תמח מדברי „הרמב"ן“ וב„אבנ"מ“ צ"ח שדנו בדבר, כמו כן דנו אם מועיל אודיתא על דבר שלא בא לעולם ועוד, ובפרט ב„ברכי יוסף“ בחו"מ שם שהביא הרבה דעות נוספות, וגם סתירות בדברי ה„בית יוסף“ ואין עוד מקום להאריך.

ברור א"כ שלשיטות אלו — ובפרט לדעת ה„תשב"ץ“ — שגם הרמב"ם עצמו סובר שאין האודיתא מועיל אלא בשכיב מרע — שאין איפוא ללמוד ולהבין שיסוד שיטת הרמב"ם, הוא מדין אודיתא.

(י) ואמנם הרבה מהאחרונים, ובראשם ה„ש"ך“ וה„סמ"ע“ כאן, ו„מחנה אפרים“ הלכות ערב ועוד פירשו את דברי הרמב"ם שכוונתו היא ברורה לענין התחיבות מחודשת ממש, ולא מדין אודיתא אתינן עלה, וזהו מה שכתב

הרמב"ם «כמו שישתעבד הערב» עיין לשונו לעיל [אות א] דהיינו ששיטת הרמב"ם היא, שאף ערב, עיקר חלות שיעבודו, הוא בדברים בלבד, וסברת בההיא הנאה שנאמרה בפרק ג"פ, אינה אלא כדי לסלק את החסרון דאסמכתא, שהרי הוא סומך על הלווה שיחזיר הלוואתו והו"ל כאסמכתא, משא"כ בנותן מתנה בסתם שאין בזה משום אסמכתא, — בענין זה — הרי חלה ההתחייבות אף בדברים גרידא ואין צורך לשום קנין או שטר לחלות הדבר, וכפי שכבר רמז לפירוש זה הר"ן בכתובות דף קב, ו«הרמב"ן» בב"ב שם.

כך היא שיטת רוב האחרונים עיין «פתח הבית» ו«אמרי בינה» שם ב«אבן האזול» כאן ובפרט ב«מחנה אפרים» ריש הלכות ערב שביסס והסביר את גדר הדברים. עכ"פ למסקנה יסוד החיוב של ערב הוא ג"כ בדברים בלבד, וזהו שכתב הרמב"ם שגם כאן — יסוד החיוב בהתחייבות מחודשת, הוא בדברים בלבד, «כמו שישתעבד הערב».

ועיין עוד ב«עבודת הגרשוני» שכתב: «אלא ודאי ברור כשמש בצהרים, שאין דעת «הרמב"ם» להביא ראייה מדין זה אגוף הדין, כי פשיטא ליה אילו אמר אתם עדי שמשתעבד כמ"ש, וכו', אלא שמביא ראייה שיוכל אדם לחייב עצמו, אעפ"י שאינו חייב כלום, דלא תימא שלא מצינו בשום מקום שיוכל אדם לחייב עצמו בדבר שאינו חייב כי אם בקנין, וע"ז מביא ראייה מערב בשעת מתן מעות שמחייב נפשו אף בלא קנין, הגם שהתם יש לו טעם אחר, שמשעבד נפשיה אגב דמיהמניה». וכו'. [ויש הרבה להאריך בגדרם של דברים עפ"י דברי הגמ' בקדושין ז' ע"א מקודשת מדין ערב, ועוד מקומות, וקיצרתי].

יא) אולם עדיין תקשה לשיטה זאת קושיתם של הראשונים, עיין ברשב"א שהובא לעיל [פרק ב' אות א] וכן הקשה הר"ן וז"ל: «דבדברים בעלמא אי אפשר שיתחייב, אלא או בקבלת כסף, או בקנין או בשטר, דהא בערב נמי בעינן או קנין או מתן מעות, ובההוא הנאה דקא מהימן ליה ובפרק הזהב (נח ע"א) גבי שומר קרקעות אמרינן הכא במאי עסקינן בשקנו מידו, ובפרק השוכר (צד ע"א) נמי גבי מתנה שו"ח להיות כשואל, אקשינן במאי, בדברים, ואיצטריך לפרוקא בההוא הנאה דקא מהימן ליה, ובעינן משיכה, אלמא אין אדם משעבד עצמו בדבר שאינו חייב, בדברים, אעפ"י שאמר לעדים אתם עדי, אלא ודאי משמע מעיקרא במודה שקלינן וטרינן».

והנה ז"ל המשנה בבבא מציעא צד ע"א: «מתנה שומר חנם להיות פטור משבועה והשואל להיות פטור מלשלם, נושא שכר והשוכר להיות פטורין משבועה ומלשלם, כל המתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל» וכו'.

ובגמ' שם, אמאי, מתנה עמש"כ בתורה הוא וכו' הא מני ר"י היא דאמר בדבר שבממון תנאו קיים דתניא וכו', ומי מצית מוקמית לה כר"י אימא סיפא, כל המתנה עמש"כ בתורה תנאו בטל, אתאן לר"מ, הא לא קשיא וכו' אלא כולה ר"מ היא, ושאני הכא, דמעיקרא לא שיעבד נפשיה, (ושומר לא נחית לשמירה עד דמשיך והאי כי משיך כבר פירש ע"מ שאין לו עליו שבועה, ולא שיעבד נפשיה לירד בתורת שומרין אלא למקצת וכו' אבל המקדש את האשה וכו' דאין אישות לחצאין וכי תפיס קדושין לגמרי תפיס והוה מתנה עמש"כ בתורה — רש"י). תנא ומתנה שומר חנם להיות כשואל, במאי, בדברים, אמר שמואל בשקנו מידו, ור"י אמר אפילו תימא בשלא קנו מידו, בהיא הנאה דקא נפיק עליה קלא, דאינש מהימנא הוא גמיר ומשעבד נפשיה".

וכן פסקו ה"הרמב"ם" והמחבר להלכה, וז"ל הרמב"ם בפרק ב' מהלכות שכירות הלכה ט': "מתנה שו"ח להיות פטור משבועה והשואל להיות פטור מלשלם וכן מתנה בעל הפקדון על שו"ח או נושא שכר ושוכר להיות חייבים בכל כשואל, שכל תנאי שבממון או בשבועות של ממון קיים ואין צריך קנין ולא עדים".

יב) ומפשטות לשונו של ה"הרמב"ם" נראה, שגם באופן השני, שהתנה להתחייב, גם שם יסוד חיובו הוא מדין מתנה עמש"כ בתנאי שבממון, שהוא קיים. וצ"ע מה שייך דין זה לתנאי שבממון, הרי אינו מבטל כאן שום מעשה אלא מוסיף על חיובו.

וראיתי שהקשה כן ב"אמרי בינה" חז"מ דיני הלואה סימן מז, וכתב על זה שם שאפשר ש"הרמב"ם" נתן טעם זה רק לאופן הראשון דהיינו שהתנה להפטר, ולא קאי על האופן השני דהיינו שהתנה להתחייב, ששם מהני מחמת הטעמים שניתנו בגמ': לשמואל בשקנו מידו, ולר"י בהיא הנאה, אלא שהוסיף שם, שמכיון שכבר נאמר טעם זה דבהיא הנאה, שוב אף באדם שלא שייכת גביה הנאה זו נמי מהני, דלא פלוג.

אך דבריו תמוהים, דלהדיא מבואר ב"נמו"י" כאן, שגם באופן השני דהיינו כשהתנה על שו"ח להתחייב — גם שם סבת הדבר הוא מטעם תנאי שבממון, וז"ל שם: "מתנה שו"ח להיות חייב כשואל, דכל תנאי שבממון קיים, הן לחיוב כי הכא הן לפטור כי מתניתין". והדברים מפורשים אף בראשונים שהובאו בשמ"ק שם ובפרט ב"ראב"ד" שהקשה "כיון שתנאי בשעת מעשה הוא למה לי קנין, והלא כל תנאי שהוא בשעת מעשה מתקיים בלא קנין". [ועיין להלן אות יד מה שתירץ הראב"ד]. הרי להדיא שדין זה דתנאי שבממון שייך גם באופן זה.

ועיין עוד ב"רמב"ם" פרק י"ח מהלכות מלוה ולוה סוף הלכה ב: "וכן אם כתב שכל נכסים שאני עתיד לקנות בין קרקעות בין מטלטלין הרי הן משועבדים לך להפרע מהן, והמטלטלין קנויים לך על גב הקרקעות וכו' הרי זה טורף אף מן המטלטלין שקנה הלזה לאחר שלוה שכל תנאי שבממון קיים". הרי שגם כאן נתן הרמב"ם טעם זה גופו, לשיעבוד של דאיקני במטלטלין, ונראה מזה שאף בהלכות שכירות כאן, כוונתו לתת טעם זה גם על האופן השני דהיינו בהתחייבות ליותר מדינו, אלא שהסבר הדברים צ"ע.

(ג) והנראה מוכרח מזה בדעת הרמב"ם, שההתנאה הזאת של השו"ח, להיות כשואל איננה התחייבות שהיא נפרדת מעיקר חיובו בתורת שומר חנם, אלא שהוא דין ותנאי בעיקר חיובו בתורת שומר חנם, שזאת לדעת: כל ההבדלים בין השומרים, אינם במדת חיוב השמירה שהם מחוייבים לשמור, ופשיטא שכולם מחוייבים באותה מדה של שמירה מעולה, וכל ההבדלים שביניהם, הוא רק בדיני התשלומים וכפי שגזרה התורה מילתא ומילתא בטעמא, ועל כן זהו שנתחדש בדין זה, שכיון שהוא תנאי שבממון, הרי חל תנאו בעיקר קבלת השמירה, ולפי"ז כשם שקבלתו ומשיכתו מחייבים אותו בדין השומ"ח, כמו כן ומאותו הטעם והדין, משיכה זאת עצמה מחייבת אותו בכל התנאים שהתנה בקבלת שמירתו.

וכמו כן בפ"ח ממלוה ולוה הנ"ל, אין צריך בקנין מחודש להשתעבדות המטלטלין, וכיון שהם הותנו בתנאי ההלוואה, א"כ כשם שההלוואה עושה שיעבודים על הקרקעות כמו כן, הוכללו בזה גופא גם המטלטלין, ודין ההתנאה להתחייב, הוא ממש כדין ההתנאה לפטור, וכשם שבהתנאה לפטור, הרי פשיטא שאין כאן התחייבות מיוחדת ונפרדת לפטור כשלעצמו, כמו כן בתנאי לחיוב, הרי התנאי נכלל בעצם קבלת השמירה, ואיננה התחייבות נפרדת ומיוחדת, [ועיין מה שנאמר לעיל פרק א אות יז לענין תוספת כתובה ותשוה לכאן].

(ד) אלא שלכאורה צ"ע, שאם כן הרי נשאר קושינו של הראב"ד שבש"מ"ק, [הובא לעיל אות יב] למה לנו לקנין מיוחד או לסברת בההיא הנאה, ולא מהני מעיקר הדין, ועיי"ש בראב"ד שתיקף, דאילו היה זה כתנאי בעלמא, אז היה בדין שאם לא יתקיים התנאי, יתבטל גם המעשה וכאילו לא היתה כאן משיכה כלל, וכ"ש שיפטר. וזה הרי לא שייך לפי המבואר בדעת הרמב"ם והנמו"י, שלפי דבריהם אין להתחייבות זאת, דין תנאי ככל התנאים לבטל המעשה כמוכח, אלא שהוא חידוש דין שיש לו לאדם להוסיף תנאים בחיובי ממון שבתורה כמבואר.

ועל כרחק צ"ל דס"ל דהנך טעמא בעינו רק כדי לסלק טענת השטאה מגוף התנאי, שלא יוכל לחזור בו, ומיהו לאחר הסברא דבההוא הנאה, שוב עצם החלות, חל ע"י עיקר קבלת השמירה, ונכלל בקניני השמירה של השומר

חינם. בתורת שומר חינם, [ודומה לזה מצינו ברמב"ם פ"ה מהלכות מכירה הלכה יב: "קנין זה שנהגו להקנות באלו הדברים (עשית שליח, מסירת מודעה, מחילת חוב ועוד) אינו מועיל כלום, אלא להודיע שאינו אומר דברים אלו כמשחק וכמהתל, אלא שגמר בלבו, ואחר כך אמר, לפיכך אם אמר בלב שלם אני אמרתי וגמרתי לעשות דבר זה, אינו צריך דבר אחר כלל"]. אלא שבמתנה שו"ח שמקבל על עצמו חיובים קשים הדומים כאסמכתא בזה בעינן לקנין כדי לסלק חשש זה ולכרר שהתנאי הוא אמיתי, אבל לא שהוא נצרך לעצם החלות, משום שהתחייבותו אינה התחייבות נפרדת ומחודשת כמבואר, [ואכן ברמב"ם לא מבואר כלל הדין קנין או סברת בההיא הנאה וצ"ע].

והנה בב"מ דף נ"ח ע"א, בעבדים שטרות וקרקעות שהופקעו מדיני שמירה, מבואר שם להדיא בגמרא בשם ר"י עצמו, שרק ע"י קנין הוא מתחייב אף בשמירתם של אלו, והתוספות שם הקשו, מלהלן צ"ד ע"א שהובא לעיל [אות יא] ששם אמר ר"י עצמו, שדי בטעם של בההיא הנאה, ומדוע א"כ, הוא זקוק כאן למעשה קנין, ועי"ש בתירוצם.

ומיהו להמבואר משיטת הרמב"ם, יתברר אף זה, שהרי התבאר שבדין מתנה שו"ח להיות כשואל, חלה ההתנאה ונכלל בעיקר קבלת שמירתו, ולכן אף אין צורך בקנין מיוחד על התנאי, משום שהמשיכה שנעשתה לחלות עיקר השמירה, היא גופה חלה, אף על התנאי, וסברת "בההיא הנאה", נצרכת רק כדי לסלק את האסמכתא מהתנאי כשלעצמו, ומיהו לאחר סילוק האסמכתא, עיקר הדין חל ע"י הקנין שהיה בעצם קבלת השמירה, לא כן בהנהו דנתמעטו מדין שמירה הרי לעולם, אינם בדין קבלת שמירה, שהרי בהנך אף אם מחוייב הוא לשמור, בכל זאת פטרתו תורה, ועל כרחך שהתנאותו מועילה רק כהתחייבות מחודשת, [שאם יארע כך וכך ישלם] וזה אינו חל אם לא יעשה זאת ע"י קנין, ועיין ב"רמב"ם" בפרק ב מהלכות שכירות, בדין שמירה על עבדים שטרות וקרקעות, שהביא להלכה — דבעינן קנו מיניה, ואינו מועיל מצד תנאי שבממון.

והדברים מפורשים ב"נמוקי יוסף" שם צ"ד ע"א על קושית התוס' דדף ג"ח הנ"ל שכתב: "וקיילין כר"י דלא בעי קנין דכיון דכבר הוא בחיוב השומרים יכול להתנות אפילו בדברים להתחייב יותר, אבל בדבר שלא היה בדין השומרים כלל בעינן קנין כדאמרין פרק הזהב גבי השוכר את הפועל לשמור את הזרעים". וז"ל ה"ריטב"א" בדף גח: "א"נ, התם דהוי ממון הדיוט דהוי הממון בר חיובא אונסין ע"י שאלה — שייך למימר בההיא הנאה, וכו', לכל חיוך הראוי לזה הממון, אבל הכא דהוי ממון הקדש דל"ש ב"י חיוב שומרין וכו' דלא עביד אינש דמשעבד

נפשי בלא קנין בההיא הנאה דמהימן ליה אלא בחיוב הראוי לאותו ממוך. ועייך עוד ב"באר משה" (דנישבסקי) ח"מ סימן י' מה שדן בדברי הריטב"א הללו. (טו) ולפי"ז הרי ברורה שיטת הרמב"ם, ואין כל קושיא מדברי הגמרא דב"מ, צ"ד ע"א, שהרי מה שמועילה שם ההתנאה, הוא מדין תנאי שבממוך, ולא מבואר כלל שוקקים לקנין או להנאה, — לחלות עצם הקנין, כמבואר לעיל, משום שאין זאת התחייבות מחודשת אלא שהיא כלולה בעיקר חובת שמירתו. ומיהו ה"ר"ן כאן שהקשה ע"כ פליג, וס"ל כפשוטו שההתנאה שם מועילה בתורת התחייבות מחודשת, שאינה שייכת כלל לדין תנאי שבממוך, ויסוד דינו הוא רק קנין דברים שאינו מועיל בלי קנין או סברת בההיא הנאה, [ומבואר גם זה שהתוס' לא הביאו מגמרא זו ראייה לשיטתם]. (ומה שהקשה הר"ן והרשב"א מערב שג"כ אינו משתעבד אילולי סברת בההיא הנאה, כבר נתבארה לעיל שיטת הרמב"ם בקצרה).

סיכום שיטת הרמב"ם

(א) לפי שיטת כמה אחרונים — יסוד דבריו — הוא מדין אודיתא — ולפי"ז מועילה ההתחייבות, רק בלשון „אני מחוייב“, ולא בלשון המשתמע להבא כמו „הריני מתחייב“. ובאופן זה האחרון לא חלה ההשתעבדות אם לא היתה בשטר וא קנין.

(ב) לפי שיטת הרבה אחרונים, אף התחייבות מחודשת להבא יש לה תוקף בדברים בלבד.

(ג) בנידון דידן — לפי השיטה הראשונה — דווקא אם נעשה זאת בשטר ולפי השיטה השניה אף בדבור בלבד.

ד. מתחייב בדבר שאינו קצוב

[אם הנושא שלפנינו נכלל — לפי שיטת הרמב"ם — בכלל הגריעותא של דבר שאינו קצוב].

(א) הנה אף שבשו"ע סתם ופסק כשיטת הרמב"ם ופסק שיש תוקף להתחייבות מחודשת אף אם נעשתה בדברים בעלמא, אבל בנידון דידן דהיינו אימוץ ילדים, או בל' המשנה: — פסיקה לזון במשך זמן מסויים, או בלתי מסויים, בנידון זה ישנו חסרון צדדי ויתכן שאף מעשה קנין לא יועיל להתחייבות זאת, משום שהתחייבותו היא בדבר שאינו קצוב. אם אך לא פירש סכום מסויים שהוא מתחייב לתתו מדי שנה בשנה, וכפי שיבואר.

כתב „הרמב"ם“ בפרק י"א מהלכות מכירה הלכה ט"ז: „חייב עצמו בדבר שאינו קצוב, כגון שאמר הריני חייב לזון אותך או לכסותך חמש שנים, אעפ"י

שקנו מידו לא נשתעבד, שזו כמו מתנה היא ואין כאן דבר ידוע ומצוי שנתנו במתנה, וכן הורו רבותי¹.

ובהשגות „הראב״ד“ שם: „א״א רבותיו הורו, ולא ידעתי מאין הורו שהרי בגמרא הקשו מאותה משנה לריש לקיש וסייעו לרבי יוחנן והיו סבורין שאינה בשטרי פסיקתא, ור״ל הוא שמעמיד אותם בכך, וכשתעיין יפה הכל דרך אחד“. עכ״ל, ועיין דברי הגמרא ולשונה לעיל [פרק א אות א] והיינו שמדברי הגמ׳ ק״א שם מוכח להדיא שרק אליבא דר״ל הוכרחו ליישב את המשנה דמירי בשטרי פסיקתא, אבל לר״י מתיישבת המשנה בפשיטות כשיטתו, שחייב אני לך מנה בשטר חייב, הרי שמועיל זאת לר״י אעפ״י שהמוזנות לחמש שנים, הם דבר שאינו קצוב. ועיין ב„מגיד משנה“ שם שתירק, שאה״נ יכול היה ר״ל לענות ולהשיב לר״י „ולטעמיה“. וראה ב„כ״מ“ שם.

גם ה„ריטב״א“ ריש פרק הנושא תמה על דברי הרמב״ם מסוגיתינו: „ושמעין ממתניתין שהמתחייב עצמו בדבר שאינו קצוב חייב, אבל הרמב״ם ז״ל כתב שאינו חייב“. ואמנם שיטת הרמב״ם בשם רבותיו יחידאה היא, ובשר״ע חו״מ סימן ס' הביא את שיטת הרמב״ם וכתב עליה: „וחלקו עליו כל הבאים אחריו לומר שהוא משתעבד והכי נקטינן“.

ב) ונחלקו בזה גדולי הפוסקים, אם יכול המתחייב בכגון זה לחזור בו מהתחייבותו ע״י טענת „קים לי כהרמב״ם“, ה„ש״ך“ כאן כתב „ואין דבריהם נראים לי דכבר ידוע שאין לומר קים לי כהיחיד, היכא שכל חכמי ישראל חולקים עליו וכמ״ש בספרי „תקפו כהן“ סימן קכ״ג, והרי כאן חולקים „הראב״ד“ „הרמב״ן“, „הרשב״א“ ו„בעל התרומות“ ו„טור“ כאן, וכן „הרא״ש“ ו„הטור“ לקמן ס״ס ר״ז, ורבותיו של „הריטב״א“ ו„הריטב״א“ עמהם וכן דעת ה„ר״ן“ פרק עשרה יחסין וכן מסקנת „הרב המגיד“ וכן נראה דעת „ריב״ש“ סימן שמ״ה, „רבינו ירוחם“ נתיב ט״ו ח״ג, וכתבו „הרמב״ן“ ו„בעה״ת“ שם, שכן היו נוהגים כל בני דורם“ וכו'. ועיין עוד ב„פרח מטה אהרן“ ח״ב סימן י״ב שהביא מדברי „מהריב״ל“ בשם ה„מהריק״ו“. „דאין לומר קים לי כפי הגאון היכא שכל חכמי ישראל חולקים עליו“. וכן כתב ה„מהר״א ששון“ סימן קלה, בנידון דידיה.

ג) אבל הרבה אחרונים סוברים, שהמוחזק יכול לטעון קים לי כשיטת הרמב״ם ורבותיו, כמה אחרונים אלו הובאו גם ב„ש״ך“ גופו עיי״ש ועיין בתשובות „מהרי״ן לב“ ספר א' סוף כלל י״ב שכתב דמצוי המוחזק לומר קים לי כהרמב״ם

כה״ג כתב בתשובות „מהרשד״ם“ סימן פ״ב ובסימן קכ״א וקכ״ד וקע״ז וכן משמע ב„תשובות מהרש״ך“ עיי״ש בתשובות השייכים לספר א'

סימן כ' ובספר ג' סס"ז וסימן ל"ד, וכ"כ בספר „גידולי תרומה“ שער ס"ד „ולענין פסק הלכה כבר הסכימו האחרונים „מהרי"ן לב" ד"ל בח"א ו„מהרש"ך“ במקומות הרבה, שלא להוציא מיד המוחזק כנגד סברת הרמב"ם ורבותיו ז"ל. ועיין עוד ב„כנסת הגדולה“ כאן שהביא הרבה אחרונים הסוברים כן. ומעתה יש לעיין בנושא דידן האם ישנה אפשרות של התחייבות סתמית אף על פי שהיא בדבר שאינו קצוב ויועיל זה גם לשיטת הרמב"ם.

ד) כתב הרמב"ם שם בהלכות מכירה הלכה י"ז: „ומפני מה הפוסק עם אשתו שיהיה זן את בתה, חייב לזונה מפני שפסק בשעת נשואין והדבר דומה לדברים הנקנים באמירה“.

וה„בעל התרומות“ שער סד חלק לא הקשה שהרמב"ם הנ"ל סותר את משנתו בפרק כג מהלכות אישות הלכה י"ז: „הנושא אשה ופסקה עמו שיהיה זן את בתה כך וכך שנים, חייב לזון אותם שנים שקיבל על עצמו, והוא שיתנו על דבר זה בשעת הקדושין, אבל שלא בשעת הקדושין, עד שיקנו מידו, או עד שיכתוב בשטר וכיוצא בו כמו שיתבאר בהלכות מקח וממכר“. הרי שמשמע מדבריו כאן שאם אך קנו מידו, חייב הוא לזון, אעפ"י שלא היה זה בשעת קדושין. ואילו בהלכות מכירה כתב להדיא שהקנין מועיל רק בשעת נשואין.

וה„כ"מ“ בהלכות מכירה וכמו כן בהלכות אישות כתב שכוונת דברי הרמב"ם בהלכות אישות אינה לרבות שהקנין מועיל בכל עת, אלא רק לרבות שעת נשואין, אלא שבעוד שבשעת קדושין נקנה החיוב באמירה בלבד, הרי בשעת נשואין בעינן עוד לצירוף קנין, ומשום שאז הוא רק „דומה“ לדברים הנקנים באמירה, [ועיין עוד ב„לחם משנה“ כאן בהלכות מכירה שהביא קושיא זאת בשם ה„ב"י“ אה"ע סימן קיד, ומה שתירץ שם].

והנה לפי פירושו של ה„כ"מ“ הנ"ל ההבדל בין שעת קדושין לשעת נשואין הוא, שבשעת קדושין ישנה גמי"ד מוחלטת, ולכן מועיל זאת גם להתחייבות בדבר שאינו קצוב, אבל בשעת נשואין, אין גמי"ד מוחלטת ולכן צריכים לצרף לזאת גם מעשה קנין, אלא שבכל זאת עדיפה שעת נשואין מהתחייבות שאינה באחת משתי שעות אלו, שאז הרי אינה מועילה ההתחייבות בדבר שאינו קצוב, אף אם נעשה ע"י קנין כמבואר ברמב"ם. כן פירשו האחרונים. ומעתה יש לברר אילו תנאים נאמרו בדברים הנקנים באמירה והאם יש לסמוך על דין זה גם בנידון דידן.

ה) כתב הרמב"ם בפרק כג מהלכות אישות הלכה י"ג: „איש ואשה שהיו שידוכין ביניהם ואמר לה כמה את מכנסת לי, וכו' האב שפסק ע"י בנו או בתו, עמדו וקידשו קנו אותם הדברים אעפ"י שלא היה ביניהם קנין

ואלו הן הדברים הנקנין באמירה, ובהלכה י"ד שם: „בד"א, כשפסק האב לבתו וכו' ופסק האב לבנו, ובנשואין הראשונים וכו' אבל אח שפסק לאחותו או אשה שפסקה לבתה וכן שאר הקרובים, לא קנו אותם הדברים עד שיקנו מידי הפוסק שיתן כך וכך“.

ומקור הדברים בירושלמי פרק ה הלכה א' עיי"ש, אלא שיעויין בהגהות מימוניות" שם אות ט: „שאלה זו נשאלה לפני בי"ד, הא דאמר רב גידל כמה אתה נותן לבתך וכו' הן הן הדברים הנקנים באמירה, דווקא אבי החתן ואבי הכלה, אבל בעל לאשתו ואשה לבעלה אבי האב ואדם אחר אין נקנים דבריהם בשעת קדושין באמירה, או דלמא לא שנא, והשיבו דעתינו נוטה, דאבי החתן והכלה לאו דוקא, אלא כל אדם שוין בדבר שלא דברו חכמים אלא בהווה, וכל הנמצאים בעסקא דזיווג וטעמא של דבר וכו' כמו שפירשו חכמים, דבהיא הנאה דצייתי ומתחתי אהדדי גמרי ומקני אהדדי, והואיל וטעמו של דבר בשביל עשיית החיתון, הלא אפילו אחר, אם יפסוק ויעשה בשעת קדושין, גומר ומקנה הוא, וכו' שאבי הבן ואבי הכלה לאו דווקא, אלא שדברו חכמים בהווה, וחתמו על זה הרבה מגדולי הדור, ורבינו שב"ט שם כתב ע"ז „ורואה אני דקסברי רבותי החתומים למעלה וכו' וכמדומה לי שהירושלמי חולק על רבותינו וגרסינן בירושלמי, וכן האב פוסק ע"י בתו וכו' ולא אמא ע"י בתה ולא אח ע"י אחותו כו' משמע בהדיא דוקא אב, ואפילו אב נמי דוקא בנשואין הראשונים“.

(ו) [ויש לציין כאן את דברי הירושלמי שהובאו לעיל [פרק א אות ו] ששם מבואר להדיא שגם בין בעל לאשתו ואפילו לאחר נשואין ישנו לדינא דר"ג, עיי"ש שנתנו כמה טעמים, או כדי שיקרא חתנו, או הנאת תשמיש, או כדי שלא תחזור בה, הרי שאם אך חזינן בדעת המתחייב שהוא מסכים בגמירות דעת מוחלטת להתחייב, ויש לנו סבה מתקבלת על הדעת, הרי זה נכלל בדברים הנקנים באמירה, ולפי זה הרי מסתבר שאף כל אדם שרואים מצדו רצון עז וגמירות דעת מוחלטת להשיא את חבירו, שגם שם יחול הדין בדברים הנקנים באמירה, ובפרט באח לגבי אחותו, שאם אך הוא עושה את פסיקתו מתוך רצונו הטוב, ומתקבל על דעתנו שאמנם ישנה סמיכות דעת מצדו להתחייבותו הרי בכגון זה יועיל הדבר ולא דברו חכמים אלא בהווה כפי שהסבירו „גדולי הדור“ שב„תשובת מימוני“ הנ"ל, וא"כ כדי שלא יהיו דברי הירושלמי כסתרי אהדדי, נאלץ לומר שהנאמר בירושלמי כאן פ"ה ה"א, אינו אלא בסתמא, אבל כשישנה סברא לרצונו בהתחייבות, הרי אז יוכלל גם זה בדברים הנקנים באמירה, כמשמעות הירושלמי שם, (אך גם שם בירושלמי נאמר „אלא שהבעל מוכה בכתב והאב אינו מוכה אלא בדברים“,

ועיין בראשונים שהביאוהו כאן, וב"רמב"ם" מפורש שגם בבעל נקנה הדבר באמירה בלבד ועיין ב"מגיד משנה" כאן, וב"רמב"ן" ב"מלחמות" וב"אבנ"מ" ו"שער המלך" ולא חפצתי להאריך). עכ"פ לפי זה יש אולי ליישב את תשובת "גדולי הדור" הנ"ל, מקושת רבינו שב"ט, אלא שמלשונו של הרמב"ם ומסתמת שאר הפוסקים אין כ"כ משמעות לזה].

(ז) ולכאורה הנידון שלפנינו תלוי במחלוקת זו, שהרי אם נאמר כשיטתם של המשיבים בהגהות מימוניות הנ"ל, שלא דברו חכמים אלא בהווה, יתכן מאד ומסתבר לומר שאף הנושא שלפנינו בכלל, שהרי מעשים בכל יום שישנה דרישה עצומה לאימוץ ילדים, והמבקשים זאת מביעים רצון עז מאד לדבר, ומסתבר שישנה גמירות דעת מוחלטת מצד המאמצים להתחייב בספוק צרכיהם של בנים אלו.

ברם אם נאמר כדעת רבינו שב"ט שם, וכסתמת לשון הפוסקים עפ"י הירושלמי הנ"ל, אז כבר יש להסתפק מאד בדבר שהרי הגבלות רבות נאמרו בירושלמי שם, ומאד יתכן שאעפ"י שתשוקת המאמצים היא רבה וכנה לדבר, אבל בכל זאת אינו דומה גמירות דעתם לגמי"ד שישנה בשעת קדושי"ן, ואולי אין זה נכלל בדברים הנקנים באמירה.

אך עוד יתכן לפי פירוש הכסף משנה בדברי הרמב"ם שהובא לעיל [אות ד] אולי דומה בכל זאת הנושא שלפנינו, להתחייבות בשעת נשואין, ואעפ"י שאין מועיל זה בפנ"ע, אולי תועיל התחייבותו בצירוף קנין, אף שזה דבר שאינו קצוב, וצ"ע בכל זה.

עוד הנני מסופק, דהנה בסוף ב"ב קע"ו ע"ב: "והלכתא ערב בשעת מתן מעות לא בעי קנין, אחר מתן מעות בעי קנין, וערב דבי"ד לא בעי קנין דבההיא הנאה דמהימן ליה גמר ומשעבד ליה". הרי מפורש, שסמיכתם של בי"ד על דיבורו, מועילה לשעבד את הערב, ולהוריד חסרון האסמכתא, אעפ"י שלולי זאת, בעינן דווקא — שעת מתן מעות, וא"כ יש להסתפק בנידון דידן, אם יעשה הדבר בבי"ד, ולא ימסרו את הילד לאימוץ, אלא לאדם בדוק, שיש לסמוך על מהימנותו, אולי אז, כיון שהנאה זאת חשובה לשעבד את הערב, יועיל זאת גם בנושא שלפנינו, [ועיין ב"רמב"ם" שנתן דוגמא להתחייבות מחודשת, "כמו שישתעבד הערב", גם התשובה שב"הג"מ" שם מסתמכת על ערב עיי"ש, ואם כי אין ראיות מזה, אבל יש מזה סמך לבר] ואף אם אמר שאין זה מועיל להשתעבד באמירה בעלמא, אולי זה יועיל בצירוף עם קנין, לסלק את הגריעותא של דבר שאינו קצוב, כפירושו של ה"כ"מ בדעת ה"רמב"ם" בשעת נשואין, וצ"ע.

ח) כאמור, הסבירו כמה מהאחרונים ובראשם הכ"מ ובב"י, את שיטת הרמב"ם שבשעת קדושיך, מועילה התחייבותו אף בדבר שאינו קצוב, אבל בשעת נשואין אינה מועילה פסיקה מסוג זה, אא"כ היתה ע"י מעשה קנין. אך סברא זאת צ"ע וכבר העירו על כך, איזה צירוף הוא זה, ומנין המקור לדבר שבשני הדברים, היינו הנשואין והקנין, רק אז ישנה כבר גמ"ד מוחלטת, וקנין בלחוד אינו מועיל לדין זה, אעפ"י שבעלמא מהני הקנין לסלק החסרון דאסמכתא, כמבואר ב"רמב"ם ריש פרק זה.

ונלענ"ד שאילולי דבריהם, היה אפשר לפרש דברי הרמב"ם באופן אחר וכפי שאף מדוקדק בלשונו, אולם טרם גישתינו לברר זאת, נראה לבאר את עצם חידושו של ה"רמב"ם, שאינה מועילה שום התחייבות בדבר שאינו קצוב, אף אם התחייב ע"י מעשה קנין.

הובאה לעיל [אות א'] קושית ה"ראב"ד מריש פרק הנושא, וכן הקשה גם ה"ריטב"א שם, וכתב ע"ז: "וסבור הייתי דמודה ה"רמב"ם ו"מר"ן ז"ל, דמי שמקבל שכר לזון זמן ידוע, שהוא חייב לזונם הזמן ההוא, שלא אמר רבינו ז"ל, אלא במחייב עצמו דרך מתנה וגמ"ת, ואין זה מדבריו ז"ל, דא"כ הכא הא אינו שכר שנשאת לו האשה הזאת, ולא אתי מרן ז"ל לפי שעסק בשעת נשואין וכ"ו.

וב"משנה למלך" על אתר: "כתב הרב "פ"מ", ח"ב סימן ל' ז"ל, אמנם כפי טעם זה שאנו דנים עליו משום מתחייב בדבר שאינו קצוב, ראיתי להרב "בני שמואל" סימן ל' שסובר, דע"כ לא סבר הרמב"ם הכי אלא במתחייב בדבר שאין לו קצבה בלא כסף ובלא מחיר, אך אם נתן לו שוה מה כדי להתחייב בחוב זה, אף שהוא בדבר שאינו קצוב ס"ל להרב הנזכר דחל החיוב, דאגב זווי גמר ומשעבד נפשיה, ומעולם לא אמר הרמב"ם ז"ל אלא במתחייב בכדי". וזה כדברי ה"דיטב"א בהו"א, שמודה הרמב"ם בהתחייבות תמורת שכר, שבכגון זה אינה הגריעותא דדבר שאינו קצוב, אבל הלא קשה מדברי הגמרא, שאם נאמר ששעת קדושיך חשובה כשכר, א"כ מה הקשו לר"ל, וכפי שהקשה הריטב"א.

והנה כתב המהרשד"ם יו"ד סימן ע"ט, במי שהתחייב לתת סכום מסוים, למשוך עם אחותו של המתחייב, ופסק שם שהוא מחוייב לתת לו מדין שכירות. הרי שהוא פוסק כן להלכה, שיש לזה דין שכירות, וצ"ע מדברי הגמרא כהנ"ל, ובאמת שכבר עמדו על מדוכה זאת גדולי האחרונים, והקשו על גוף דברי הגמרא, ריש פרק הנושא שם, מדוע לא יתחייב לזון את בת אשתו מדין שכירות אם אך הותנה כך בשעת קדושיך. ועיין ב"בית מאיר" סימן נ"א, ומה שתירץ שם בדוחק, וראה אף ב"ישועת יעקב" אה"ע סימן נ"א שהקשה כן

על עיקר דינו של ר"ג, מה חידש לן, מדוע לא יתחייב מדין שכירות, — אף כשהיתה הפסיקה בין אב לבתו או לבנו, — ועיי"ש בתירוצו, [ועיי"ן עוד ב„אמרי בינה“ סימן מ"ז שמדבריו נראה שסברה זאת שייכת רק בין איש לאשתו ולא בין אב לבנו או לבתו].

ויסוד הדברים שיחשב זה כשכירות, הוא מדברי ה„רשב"א" בפרק מצות חליצה ק"ו ע"א עיי"ש בתוך דבריו: „וי"ל דכיון שאי אפשר לה לחליצה להתבטל הרי זה כשכירות ולפיכך אי הגון לה הוא, מחייבינן לה ליתן מדין שכירות, דלאו אנוסה היא וכו' והיינו דאמרו בירושלמי אמר רב מנא, אם אמר על מנת נותנת וכן נראה מדברי רש"י ז"ל דמדין שכירות הוה בעי לחיובי" וכו'.

ט) ואשר יראה לומר בזה, [דברים בכיוון זה נמצאו ב„דברי חיים“ אויערבך סימן ל"ה], דהנה תניא בתוספתא: [הובאה ברא"ש על מתניתין כאן] „כתב לזון בת אשתו או בן אשתו הרי הן כבע"ח וכו' כתב לזון את בת אשתו, ושברה האשה לבעלה שכתבה לו שובר, ופצתה אותו ממזונות בתה, לא הועיל לו כלום, שזכין לקטן ואין חבין לו“. דין זה נפסק בשו"ע אה"ע קי"ד סעיף ג' עיי"ש, והיינו שאין הפסיקה נידונה רק כהתחייבות כלפי האשה, אלא שחלה עליו דין חוב ממש כלפי הבת או הבן, ולכן אין מועילה מחילתה של האם, וזהו דקתני ברישא דתוספתא הרי „הן“ כבעל חוב.

ולכאורה דין זה צ"ע, הלא הפסיקה היתה עם האם, ואין האשה אלא מראה מקום לתשלומים שיהיו לבתה, ומדוע א"כ לא תוכל האשה למחול ככל בע"ח דעלמא. [ועיי"ן במקנה אה"ע קי"ד, אם שייך כאן מדין עבד כנעני, ובפרט לשיטת הרמב"ם, ששיטתו היא, שאין דין עב"כ נאמר לממונא, ואף לשיטת הסוברים שגם בממונא נאמרה ההלכה דמדין עב"כ, אבל זה רק היכא שאמרה בפירוש, הריני נשאת לך, ובשכר זה תתחייב לבן או לבת, וכאן לא מבואר שהיתה פסיקה כזאת].

י) ועל כרחק נראה מוכרח מזה, שחלה כאן התחייבות מפורשת כלפי הבת בפני עצמה, ולכן לא מועילה מחילתה של האם, שהרי אין הוא מחייב לה בלבד, אלא לבת באופן ישיר, ואשר לפי"ז לא יספיק כאן הטעם של שכירות, שהרי טעם זה לא שייך אלא כלפי האם, הגורמת לו הנאת חיתון, והיא אשר מסכמת להנשא, ובשכר זה, או בשכר פעולה זאת הוא מתחייב, אבל הבן או הבת שאינם בכלל הפעולה וההנאה, — כלפיהם — אין לדון מדין שכירות או שכר, וע"כ מוכח מזה שיכול אדם להתחייב בדברים בלבד, ולכן הוא נעשה בע"ח כלפי הבנים בפנ"ע, וזהו שהקשו שם על ר"ל, ותירצו שם שמתניתין

איירי בשטרי פסיקתא, שבכגון זה גם ר"ל מודה שיכול אדם לחייב את עצמו בדברים, מדין הן הן הדברים הנקנים באמירה.

ועיין ב"דברי חיים" שם שכתב כעין זה לתרץ את דברי הרמב"ם מסוגית הגמרא, שהרי בשכירות אפשר להתחייב גם בדבר שאינו קצוב, ולכן כיון שעצם ההתחייבות כלפי האם, חלה אף בדבר שאינו קצוב, שוב מועילה להעביר התחייבות זאת, — לבנים, גם באמירה בלבד. ודוק.

(יא) נמצא לפי"ז, שעצם ההתחייבות במשנתנו, שהיא דבר שאינו קצוב, תוקפה הוא מדין שכירות, וכל הדיון הוא רק בנוגע לעשותו בע"ח כלפי הבנים עצמם, וזהו שפסק המהרשד"ם שהמתחייב לחבירו, חייב מדין שכירות, ואין סתירה מגמרא דילן [ועיין בכהונת עולם סימן ס"ט, שהובא באמרי בינה שם, פירוש אחר בדברי המהרשד"ם, והמעייין בגוף דברי המהרשד"ם יתקל בדוחק הענין, וכמו שרמזו באמ"ב שם].

אך יש להדגיש שיש מהראשונים שלמדו והבינו את דברי הרמב"ם, שגם תמורת שכר אין להתחייב בדבר שאינו קצוב, ובפרט, עיין ב"בעל התרומות" שער ס"ד חלק א', בשם הרמב"ן שהקשה על הרמב"ם מהא שמועיל, אליבא דר"מ, המכר, אם פירש מה שתעלה מצודתי מכור לך, אעפ"י שאין זה קצוב עיי"ש וב"משל"מ כאן, הרי שגם במכר ס"ל שאינו מועיל בדבר שאינו קצוב, [ועיין ב"משנ"ל" כאן שהקשה קושיא זאת בסגנון אחר, ולפי"ד הקושיא היא גם אליבא דרבנן ואיכמ"ל].

(יב) כאמור לעיל [אות ח'] מדברי המשנה למלך יסוד הגריעותא בדבר שאינו קצוב הוא מדין אסמכתא. כיון שלא גמר בדעתו להקנות, ולהכי בשכירות או תמורת שכר, ישנה גמ"ד ולכן מועיל זה אף לאינו קצוב. ועיין ב"מהר"ש הלוי" חלק חו"מ סימן פ', כן גם משמע מדברי הרבה אחרונים עיין בקצה"ח סימן ס' ס"ק ב' ועוד הרבה אחרונים. אך לענ"ד שמלבד זאת שאין כאן גמ"ד, ישנה גם גריעותא בעצם החלות ואף אם תתברר גמירות דעתו, בכל זאת, לא תועיל התחייבותו, אף ע"י קנין.

הנה בשו"ע חו"מ סימן רנ"ה, הובאו שתי דעות, בקנין "אתך", אם הוי זאת כקנין דברים ואינו מועיל אף ע"י קנין, עיי"ש בהגהת רמ"א. ודעת י"א היא שע"י קנין שפיר מהני אף ב"אתך", ולא הוי קנין דברים, שתי הדעות הובאו גם ב"טור חו"מ" ס' קנ"ז, לגבי קנין לבנות כותל של היוק ראייה, ששיטת הרמ"ה שהקנין לבנות הוי קנין דברים, ושיטת הרא"ש — שע"י קנין, מועיל אף לזאת, אף שזה דומה ל"אתך", ועיין במ"מ פ"ט מזכור"מ, וברמב"ם פ"ח ממכירה, ושו"ע חו"מ ר"ן בהגה"ה וסמ"ע שם שמכל הלין מוכח ששיטת

הרמב"ם היא שגם הקנין אינו מועיל ל"אתן", ועיין ב"מקנה" בחידושיין לאה"ע סימן נ"א.

ומעתה צ"ע רב ממתניתין דילן, שהלא לזון חמש שנים, לא עדיפא מ"אתן" ולהלכה לא יועיל זאת אף ע"א קנין, ומדוע א"כ לא יוכל לחזור בו. שוב ראיתי שכבר עמד על כך ה"דירמה" בב"ב אות כ"ו וכתב ע"ז: התם אי למאן דמוקים לה כר"י דאמר חייב אני לך מנה בשטר, כיון דאמר חייב משתעבד, ואי למאן דמוקי לה בשטרי פסיקתא, כיון דדברים הנקנים באמירה גמרי לאקנוי נמי בהאי לישנא" וכו'.

והסבר הדברים הוא; שהגריעותא בקנין "אתן" הוא בזה שאינו אלא הבטחת דברים — שיעשה פעולת נתינה — ואינו חיוב ממשי, להכי כל שקיבלו עליו בחיוב גמור מעכשיו, — שפיר מהני, — כיון שיש לו לחבירו תביעות ממוניות על גופו של המתחייב — משעת התחייבותו, ודומה הדבר כאילו התחייב מעתה בחוב, שזמן פרעונו חל מידי יום ביומו במשך ימי חמשת השנים. ולכן, כיון שמועילה — לפי ר"י — התחייבות מחודשת, מועיל זה גם שלא יחשב קנין "אתן" כמבואר.

(ג) ברם יש לעיין בתירוצו אליבא דר"ל, מאחר שהרמ"ה סובר של"אתן" לא מועיל אף קנין, ומשום שזה קנין דברים בעלמא, ולכאורה החסרון הוא לא בגמ"ד, אלא בחפצא של ההתחייבות שאין מועיל לזה קנין, כפי שהסבירו האחרונים עיי"ש, וא"כ מה הועיל הטעם של שטרי פסיקתא, אף שיש בהם גמ"ד, אבל לא יועיל זאת ל"אתן" שגם הקנין אינו מועיל בו. ועיין בפוסקים שאף להנך הסוברים שקנין מועיל ל"אתן", זה אינו, אלא לפי שאו חל השעבוד מיד, וראה ב"טור" קנ"ז שם, ובב"י שם ביאר בע"א שדווקא בגוונא ששיעבדו מפורש את נכסיהם רק אז מהני ב"אתן" עיי"ש, והב"ח ושאר פוסקים הצדיקו את הבנת ה"טור" הנ"ל בדברי א"א הרא"ש. [וכמו"כ עיין בבעה"ת שער ס"ז ובגידולי תרומה שם בשם הריב"ש, שדינא דר"ג לא מהני לדבר שא"ב ודשלב"ל, ושכן סובר אף הרמב"ם] ובאמת שגוף דינו של רב גידל אמר רב צ"ע לפי"ז, שהרי לא מיירי שם בקיבלו על עצמו בחוב ואדרבא הא מיירי גם בגוונא דקיבל לזון שאו היא הבטחה ואינו חל על דבר מסוים. ואין זה אלא "אתן" ומדוע יועיל זה אף שיש שם גמ"ד גמורה, [ועיין פירש"י בגיטין מ' ע"ב, בטעם הדבר שלא מהני ב"אתן", בד"ה וחכמים אומרים לא קנה: "שאין זו אלא הבטחה שיעשנו בן חורין, לאחר זמן ובשטר אחר, ועדיין לא עשה"]. ועיין באחרונים שהעירו קצת בזה.

והנראה לומר בזה דבדינא דר"ג מלבד שנתחדש בזה שאין בהם החיסרון בגמ"ד, עוד נאמר בהו בעצם הדין, דלא שייך בהו הגריעותא בקנין "אתן",

ואדרבא דין זה השני הוה ידעינן גם בלא חידושא דר"ג, וזה עפ"י מה דמיסתברא, שלא נאמר החיסרון דקנין אתן, אלא היכא שיסוד התחייבותו הוא רק עפ"י דבריו, ומלבד זה אינו בע"ח כלפי חבירו, ומשום שאז סבת התשלום היא רק מחמת התחייבותו, ולהכי כיון שהתחייבותו אינה אלא על דברים, משו"ה אינו חל מעיקר הדין כלל.

משא"כ במקום שקיבל שכר, או ששכר מישהו לפעולה מסוימת, או ברור שהוא מחוייב לקיים דבריו אף שהיו בלשון „אתן“, כי כשם שאינו יכול לחזור בו מעצם השכירות או השכר שקיבל, כמו"כ ומאותו הטעם אין בידו להתחרט גם מכל התנאים שהותנו בשעת השכירות, או בשעת קבלת השכר, ויש להוסיף עוד, שהרי בכגון זה לא התחייבותו מחייבתו, אלא החוב לשלם לשכיר, או החוב תמורת הכסף שקיבל, והרי חוב זה קיים גם אח"כ בשעה שהגיע זמן המתנה לתת, ובאותה שעה כבר אין זה קנין דברים, [וראה סברא כעין זו באחרונים להלן אות ט"ו].

יד) ומעתה כיון שמבואר ברשב"א [שהובא לעיל אות ח'] שכל הנעשה תמורת פעולה שאין בידו לחזור בו, חל על הדבר שם של שכירות, וכפי שהשווה האחרונים דין זה גם למשנתינו, וכמו"כ ב"ריטב"א" [שהובא לעיל אות ח'] הרי רצה לדון שלמשנתנו יש דין של קבלת שכר, לפי כל זה נראה שאין כאן גם הגריעותא של „אתן“, כמבואר לעיל, ולכן מועיל דין זה בפסיקתא, לסלק את החיסרון הנ"ל, כיון שבכל האופנים הנ"ל נידון הדבר כקבלת שכר או כשכירות.

אולם כל זה שייך רק במתחייב בדבר קצוב, שאז כיון שהתחייבותו היא בלשון „חייב“, לכן אין בזה הגריעותא של „אתן“, לא כן בדבר שאינו קצוב, הרי לא שייך בזה חיוב הגוף כלל ואין לחבירו שום תביעות ממוניות מסוימות על המתחייב, מאחר ששניהם אינם יודעים את סכום ההתחייבות, ואשר לפי"ז נראה שלעולם לא עדיפא התחייבות זאת — אף שהיא בלשון חיוב מ„אתן“, שהלא אין זה אלא כמתחייב לתת מתנה, בזמן פלוני, שכל זמן שלא הגיע אותו הזמן אין לדעת, במה, ובאיזה כמות תתבטא התחייבותו, וזוהי שיטת הרמב"ם.

טו) וראה עד כמה מדוקדק הדבר בלשונו של הרמב"ם, שהדגיש שם: „שזו כמו מתנה היא“ היינו שאעפ"י שאמרו בלשון חיוב, בכל זאת אינו אלא כמתנה, ולהלן שם: „ואין כאן דבר ידוע ומצוי שננתנו במתנה“. והיינו שאילו היה הדבר מצוי וידוע, הרי אז שפיר שייכת התחייבות מפורשת, אבל כיון שאין הדבר כך, והתחייבותו היתה בדבר שאינו קצוב, נמצא שלא שייך להתחייב בדבר ואינו אלא כ„מתנה“, ואין הדבר מועיל כלל.

נמצא ששני דינים נאמרו בגריעותא של דבר שאינו קצוב, קודם כל, הוא קנין דברים לפי שאין לחבירו עליו ביגתים שום חוב ממשי, — כ"ז שלא הגיע זמנו, ומלבד זאת, הריהו אסמכתא, שכיון שאינו קצוב, הוא תולה שהסכום יהיה מועט, מכפי שהתברר למעשה, [והנה ב"משנל"מ" שם הקשה לשיטת הרמב"ם, מהא, שמועילה המתנה, בנותן מה שהעלתה מצודתו, ולהג"ל כיון שהוא חל מעתה יועיל זאת על ידי קנין ועיין להלן. וראה ב"רמב"ן שב"גידות" הובא לעיל שהוא הקשה רק אליבא דר"מ ולא ממה ששמע, שגם אליבא דרבנן יהני זה, אם אך אמר "מה שהעלתה" ולא "מה שתעלה" ולא הקשה כה"משנל"מ" הג"ל ויש לעיין בכל זה ואיני חפץ להאריך].

וגראה שכל הנפ"מ בין שעת קדושין לשעת נשואין אינו אלא במידת הגמירות דעת, אבל בהך דינא שווה היא שעת קדושין לשעת נשואין שבשניהם נידון הדבר כקבלת שכר או כשכירות, ואשר לפי"ז בשעת נשואין יהיה — בדבר שאינו קצוב — רק הגריעותא של אסמכתא, ולא עיקר החיסרון דקנין דברים כמבואר. [ומיהו מסתבר שאמנם ישנה כאן הגריעותא דאסמכתא שהרי סוכ"ס הוא מדמה בדעתו שהסכום יהיה פחות, ולא כפי שבאמת התברר לבסוף וזה אינו וזה כ"כ עם דברי האחרונים כאן, אבל לענ"ד כך מסתברא]. וא"כ הרי נתיישבו דברי הרמב"ם, שאף שבעלמא גם הקנין אינו מועיל ומשום דהוי כקנין דברים, בכל זאת בשעת נשואין כיון שנידון הדבר כשכירות או כקבלת שכר, לכן אין כאן הגריעותא של קנין דברים, וכל מה דחסר עדיין הוא רק שזה אסמכתא, ולזה הרי מועיל קנין, כשם שמועיל מעשה קנין לסלק כל האסמכתות. וזהו שכתב הרמב"ם "שזה דומה לדברים הנקנים באמירה", היינו, דומה בזה שכשם שהתם מועיל זאת אף ל"אתן", כמו"כ מועיל זאת גם בשעת נשואין, אך גם חלוק הוא מהתם, שבקדושין ישנה גם גמ"ד מוחלטת, המועילה לסלק גם את החיסרון של אסמכתא, לא כן בשעת נשואין שאין גמ"ד מוחלטת, ואין מועיל זאת לסלק את האסמכתא, ובעינן עוד למעשה קנין. [ויש עוד לדון ולפרש לפי"ז את עיקר השגת ה"ראב"ד" וה"ריטב"א" מריש פרק הנושא וקיצרתי].

(טז) והנה הקשו על הרמב"ם מהגמ' פרק י' יוחסין ופרק יש נוחלין "יכיר למה לי, ומשני בנכסים שנפלו לאחר מיכן, הניחא לרבנן אלא לר"מ מא"ל" וכו', ולשיטת הרמב"ם" מה הקשו לר"מ הלא הנכסים שיפלו לאח"מ הם אינן קצובין, וה"תומים" בסימן ס' תירץ לפ"מ שכתב בגידות, בהא דהמוכר מה שהעלתה מצודתו, שאינו נקרא דבר שאינו קצוב, משום שאינו אלא חיסרון ידיעה, ובידו לדעת, ולכן כתב ה"תומים" שגם לפי ר"מ כיון שאדם מקנה לשלכ"ל והקנין חל רק לאחר שיהא לעולם, וכ"ז שלבלי"ע יכול לחזור בו,

והרי אז כשיבא לעולם יהיה הדבר קצוב, ועיין ב"קצה"ח סימן ס' ס"ק ב'. ועצם היסוד שאליבא דר"מ מהני גם לדבר שאינו קצוב, זה נמצא כבר ב"בעה"ת שם. וכתב ה"קצה"ח שם: "וביאור הדבר נראה דכיון דסוף הדבר להתודע ולהגלות קצבת הדבר, ואז יבא לידי הקנאה, אלא לשיטתו הוא דבר שאין לו קצבה ומשום שלא חל לשעתו, גם אח"כ לא חייל, משום דמי איכא מידי דהשתא לא חייל ולבתר הכי חייל, וכיון דלר"מ חייל כה"ג וכו' ומשו"ה לדידיה בדבר שאין לו קצבה לשעתו, חייל לאחר זמן כשיבואו הנכסים לידי קצבה" [ועיי"ש עוד מש"כ על ה"תומים"].

וזה מתאים לדברינו, בהסבר שבשכירות וקבלת שכר, חל גם על דבר שאינו קצוב וגם בקנין אתן, שהלא גם בשכירות הסיבה המחייבת, חלה אחר כך בכל שעה ושעה, ואז הדבר כבר קצוב, ודומה הדבר למה שכתבו אליבא דר"מ שכיון שלדידיה חל הקנין אח"כ ואז הדברים קצובים.

(יז) [והנה כתב הטור בסימן רל"ב שלפי דעת הרמב"ם, גם המחילה בדבר שאינו קצוב, אינה חלה, לכן פסק שם — באחד שמכר והתנה שלא יוכל — חבירו — לחזור בו, ואח"כ מצא בו חבירו מום, — שלפי שיטת הרמב"ם שלא מועילה ההתחייבות בדבר שאינו קצוב, הוא הדין שגם המחילה אינה חלה והרשות בידו לחזור בו. וצ"ל שבמחילה החיסרון הוא רק מאידך דינא, דהיינו — אסמכתא, שהרי הגריעותא היסודית המבוארת לעיל לא שייכת בזה כמובן. וראיתי בקצה"ח סימן ס' שהקשה (— ומצא זאת בר' בצלאל אשכנזי —) בהא דהמתנה על מנת שלא יהיה לך עלי שאר וכסות — שלפי ר"י חל התנאי וע"ז הקשה לפי"מ שייסד הרשב"א שהכוונה בתנאי הוא שהאשה תמחול ואה"ג אם התנה על מנת שאין "דין" שאר וכסות באופן זה לא חל התנאי אף לר"י, וא"כ איך מועילה מחילתה, והלא זה דבר שאינו קצוב.

ולכאורה נלענ"ד שכאן לא שייכת כלל הגריעותא דאינו קצוב, שהרי יסוד החיסרון כאן הוא רק משום שאין גמירות דעת, וזה שייך רק אם יתכן לחשוב שהתחייבותו היא על מידה פחותה ממה שתהא באמת וכמו"כ בגוונא דהטור גם שם היא אסמכתא, בחשבו שלא ימצא בו מום גדול וממילא לא יצטרך לחזור וזה דבר שאינו קצוב, אבל הכא הרי במפורש הוא אומר שלא יהיה לה עליו שאר וכסות כלל והם דברים מפורשים — שלא יתן לה מאומה עבור שארה וכסותה, א"כ מה אסמכתא היא זאת ואיזה אשליה שייכת כאן כלפיה וי"ל, [ועי'ע] ויש עוד להאריך בדברי הגמרא בפרק הנזקין "לפי שאינם קצובין", וכמו"כ בדברי הראשונים שם אם כשפירש את השנים נקרא זה דבר שאינו קצוב ועיין בתוספות בכמה דוכתי בזה אלא שאכמ"ל. והנראה כנוגע לעיקר הדברים כתבתי.

סיכום:

אימוץ ילדים, ענינו התחייבות ממונית בלבד, ולא חל ע"ז שום דין מדיני התורה הנוגעים ליחס שבין אב לבנו.

(א) דרך ההתחייבות באימוץ ילדים.

(א) לשיטת רש"י — לפי דעת רוב האחרונים — רק ע"י מעשה קנין.

(ב) לשיטת רוב הראשונים — גם בשטר.

(ג) לשיטת הרמב"ם — לפי דעת רוב האחרונים — גם בדיבור בעלמא כשהיו עדים בשעת מעשה.

(ב) אם היתה ההתחייבות בדבר שאינו קצוב: [דהיינו שלא פירש סכום מסויים].

(א) לפי דעת רוב הראשונים מועילה ההתחייבות גם בדבר שאינו קצוב.

(ב) לשיטת הרמב"ם — אין אופן שבו יכולים להתחייב בדבר שאינו קצוב.

(ג) נחלקו האחרונים, אם יכול המוחזק לטעון "קים לי כהרמב"ם" ודעת כמה מהם ובראשם הש"ך — שאינו יכול לטעון כן.

(ד) בנידון דידן יש להסתפק — גם לשיטת הרמב"ם — שיתכן שתועיל ההתחייבות גם בדבר שאינו קצוב בצירוף קנין. וידמה הדבר לשעת נשואין (שאו מועילה ההתחייבות — בדבר שאינו קצוב — בצירוף קנין).

(ה) יתכן שאולי יספיק — במקרה שלנו — גם דיבור בעלמא — כמו בשעת קידושין — כשנעשתה ההתחייבות בבי"ד, ובי"ד קסמיך עליה וצ"ע.