

נמצא שיש נפק"מ בין שני החילוקים הנזכרים, האם כל קנין מקטן שהגיע לעונת הפעוטות לא מהני בשל תורה לפי שאין יאוש יאוש, ורק בקנין מדרבנן אצל גדול מהני בשל תורה, לפי שהמוכר מתייאש מסחורתו בעת שמוסרו לקונה ממנו. או דלמא כל קנין מקטן שהגיע לעונת הפעוטות מהני בשל תורה לפי שהפקר ב"ד הוא הפקר מהתורה, ורק בנותן לקטן ע"מ להחזיר לא מהני חזרתו מן התורה. ולפ"י יוצא, שהקונים ד' מינים מן הקטנים, יש להם לסמוך בדיעבד על הפוסקים, שמועיל קנין מדרבנן בשל תורה אף בקני' מקטן שהגיע לעונת הפעוטות אם מקנה לו לגמרי שלא ע"מ להחזיר.

אולם לענ"ד משמע לי מפשט לשון מרן שכתב, מפני שהקטן קונה ואינו מקנה לאחרים מן התורה. שאין חסרון הקטן מפני שאין דעתו שלימה עם התנאי, אלא חסרון הקטן מפני שאינו יכול להקנות לאחרים מן התורה. וזאת כמו שביארנו בשו"ת פתוחי משפט [ע' כו], שלא תקנו חכמים חלות קנין בקטן, וזאת מחמת שאינו בר הקנאה מתרי טעמי, הן מצד שאין לו יד לקנות ולהקנות, והן מצד שאין לו דעת וכוונה הראוי' למקח וממכר. ולזה צ"ל שתקנת הפעוטות היתה רק לקיים את מעשיו אבל לא לעשות חלות מכירה ממש, וכלשון הרמב"ם [פכ"ט מהל' מכירה ה"א] "אבל חכמים תקנו שיהי' החרש והקטן נושא ונותן ומעשיו קיימין משום כדי חייו". ומשמע שלא תקנו חכמים חלות קנין גמור אלא רק קיימו את מעשיו, ולכך אין ממכרו ממכר לא מדרבנן ולא מהתורה. ולכן נראה, שאין לברך כלל ביו"ט ראשון על ד' מינים שנקנו מן הקטנים.



אולם בר מן דין, לא נתקנה תקנת הפעוטות אלא רק בקטן שאין לו אב ולא אפוטרופוס, אבל בקטן שיש לו אב או אפוטרופוס, לכו"ע אין ממכרו ממכר לא מהתורה ולא מדרבנן, וזאת ע"פ מה שמבואר בגמ' [כתובות ע.], תנן התם, הפעוטות מקחן מקח וממכרן מכר במטלטלין. אמר רפרס, לא שנו אלא שאין שם אפוטרופוס, אבל יש שם אפוטרופוס אין מקחן מקח ואין ממכרן ממכר. ופירש"י שם, אפוטרופוס שמינהו אבי יתומים או ב"ד. ועוד כתב הריב"ש בתשובה [סי' תסח], שהוא הדין אם סמכו יתומים אצל בעה"ב מעצמם, והוא משתדל בנכסיהם, שדינו כדין מינהו אבי יתומים. וממילא כיון שהאפוטרופוס יכול למכור לצורך היתומים נסתלק כח היתומים במשא ומתן דהא ליכא טעמא דכדי חייו. והביאו הב"י [ח"מ סי' רלה].

וכתב הרא"ש שם [פ' מציאת האשה סי' כג], פסק רבינו חננאל בשם רבינו האי גאון ז"ל, שמתנתו מתנה אפי' אם יש לו אפוטרופוס, כיון שאין רשות ביד האפוטרופוס לתת מתנה משל יתומים כלום. אולם הריב"ש שם כתב, שמלשון הרמב"ם [פכ"ט מהל' מכירה ה"ז] משמע שאין חילוק בין מכר למתנה, ובכל גוונא אם יש אפוטרופוס לקטן, אין בידו לתת או למכור אפי' משיגיע לעונת הפעוטות. וב"כ המרדכי [כתובות סי' קצג] בשם ראבי', שקיבל מרבתי, שאף מתנתו אינה מתנה אם יש לו אפוטרופוס. וכ"פ השו"ע בח"מ שם [ס"ב] וז"ל, במה דברים אמורים בקטן שאין לו אפוטרופוס, אבל אם הי' לו אפוטרופוס אין מעשיו כלום אפי' במטלטלין אלא מדעת האפוטרופוס, שאם רצה לקיים מקחו וממכרו ומתנתו במטלטלים קיים ע"כ. וע"ע בפת"ש שם [סק"ב].

והנה לא נתבאר בדברי הגמ' הנזכרת, מה הדין בקטן שיש לו אב, והי' מקום לומר, כיון שאין ביד האב למכור את נכסיו של בנו, לכך חכמים תקנו לו תקנת הפעוטות, ושאינו יתומים שיש להם אפוטרופוס הואיל ובידו למכור להם את נכסיהם, ולכך אינם זקוקים לתקנת הפעוטות. אך מצינו מפורש איפכא בחידושי הרשב"א [גיטין סה.], שכתב בזה"ל, והוא דאמרינן בגמ' סוכה [מו:] לא ליקני איניש לולבא לינוקא, דינוקא מיקנא קני אקנויי לא מיקני, מיירי קודם שיגיע לפעוטות, אבל אם הגיע לפעוטות מתנתו מתנה, ואי נמי בשיש לו אב המפרנסו, או יתום שיש לו אפוטרופוס, שבזה אין מתנתו מתנה וכו' ע"כ. וב"כ בחידושי לסוכה שם וז"ל, אבל אם הגיע לעונת הפעוטות אף הקנאתו הקנאה