

[23/07/2018חחחח]

הרב זלמן נחמיה גולדברג

ירושלים

בענין תוקף של זכרון דברים

עובדא הוי בישיבה שמכרה בית שברשותה לעמותה ונחתם בין המוכר לקונה זכרון דברים. לאחר זמן חזרו המוכרים מהמכירה, והתעוררה השאלה מהו תוקפו של זכרון דברים. וזה לשון הזכרון דברים "המוכר מתחייב למכור לקונה והקונה מתחייב לרכוש מהמוכר את הנכס הידוע".

תשובה

א. בשו"ע סי' רמ"ה ס"א אם כתב בשטר אתננו לו אע"פ שהעידו עדים עליו לא זכה המקבל, ואפילו קנו מידו דהוי קנין דברים, וי"א שאם קנו מידו מהני לשון אתן, ובקצות סק"א וז"ל ה"ה כתב שנחלקו בקנין אתן, והקשה ה"ה וצ"ע באתן לך היאך יקנה דהרי הכותב בשטר אתננה לא קנה, ואפשר לדעתם דטפי עדיף קנין משטר עכ"ל ה"ה ומזה הוא דכתבו האחרונים בפשיטות לחלק בין קנין לשטר, והיינו דבקנין סודר מהני לשון אתן, ובקנין שטר לא מהני לשון אתן, אמנם אין זה מוכרח כיון דה"ה לא כתבו בפשיטות ובלשון אפשר הוא, ומה דקשיא מגיטין שהכותב בשטר אתננו לא קנה, נראה כיון דאפילו למ"ד קנין אתן מהני ולא הוי קנין דברים, אבל עדיין לא זכה בו, אלא דמהני קנין אתן לענין שמחוייב ליתנו וכו', וא"כ אתי שפיר הא דתני באתננה רבי אומר קנה וחכמים אומרים לא קנה כיון דהוא לשון להבא, אבל מודים חכמים דמחוייב ליתן כאשר כתב בשטר עכ"ל הקצוה"ח והעולה מדברי הקצות החשן דלמ"ד אתן אינו קונה היינו שגם אינו מחוייב דאל"ה אלא שכו"ע מודים שאתן מחייב א"כ ליכא מחלוקת, ובע"כ שלמ"ד לשון אתננו אינו קונה ואינו מחייב וברמ"א שם פסק שלא מהני קנין אתן, לפ"ז גם אינו מחייב, ולשיטת האחרונים שמחלקין בין קנין שטר לקנין סודר א"כ גם לשיטתם קנין שטר לא קנה, והעולה בזה שלכו"ע לשון אתן לא קנה בשטר.

ב. אמנם צ"ע דבסי' ס' ס"ו פסק המחבר המחייב עצמו בדבר שלא בא לעולם או בדבר שאינו מצוי אצלו חייב, בלשון חיוב כגון שאמר הווי עלי עדים שאני מתחייב לפלוני בכך וכך חייב והוא שקנו מידו, ומבואר שאדם יכול להתחייב, וא"כ צ"ע מאי טעמא דמ"ד שקנין אתן אינו מחייב, והנראה בזה החילוק בין לשון חיוב לשון אתן דהא מבואר בתוס' בכתובות ריש אע"פ שחתן יכול להתחייב תוספת כתובה בזה שמשעבד גופו ונכסיו בקנין, ומש"ה יכול להתחייב גם בפרות דקל שלא בא לעולם, שאע"פ שאין יכול להקנות הפירות, מ"מ יכול לשעבד גופו ונכסיו ומחוייב לתת את הפירות, ואפי' שלבסוף לא יהיו לו הפירות מ"מ מחוייב לשלם שווי של הפירות וכמבואר בקצות החושן סימן ס' סק"ה ובמשובב סקי' וז"ל במשובב וא"כ ה"ה דיכול לחייב עצמו בפירות דקל, הן של דקלו הן של אחרים, ואם לא יבואו לידו יתן דמיהן, אבל אם אמר סתם הריני מחייב ליתן לך בית פלוני אפילו לא יבא לידו חל החיוב מעכשיו, ואם לא יבא לידו יתן דמיו עכ"ל, ודמיה ללוה מעות ואין לו לשלם מעות אלא שוה

כסף שגובה שוה כסף לפי השומא והיינו דוקא כשמתחייב בלשון חיוב אבל באומר לשון אתן אינו משעבד גופו ונכסיו שיגבה ממנו את המתנה, אלא שנותן הבטחה שיתן לו וקנין לא מהני על הבטחה שיתן לו, דכל קנין כשהקונה יזכה בדבר או בחפץ או כשמשעבד גופו ונכסיו בהבטחה ואפי' בקנו מידו לא זכה הלוקח בשום דבר, ואין בקנין אפשרות לחייב את הנותן ^{ההבטחה} ההבטחה, אמנם סברת המ"ד שקנין אתן מחייב דמפרש שגם בלשון אתן את המתנה שהבטיח יגבו ממנו מעות, והנה נתבאר ששיטת הקצות דגם להסוברים שמהני קנין אתן אין ביאורו שעושה קנין על גוף המתנה אלא הפירוש שמהני בזה שמתחייב לתת המתנה,

ג. אמנם בנתיבות סי' ר"ו נראה שמבאר דבזה שאמר אתן לך מתנה ונעשה קנין סודר הו"ל כאילו אמר מעכשיו דהיינו שנותן מתנה וע"י הקנין משתנה כוונת דבריו ולא הוי לשון אתן אלא לשון נותן, ולפ"ז מבואר מש"כ ה"ה דלשון אתן מהני בקנין סודר ולא מהני בקנין שטר, והיינו כמ"ש הנתיבות שדווקא בקנין סודר ביאורו מעכשיו ומש"ה מהני, ועוד נראה לבאר החילוק בין קנין סודר לקנין שטר דהנה בכתובות פ"ג ע"א איתא האומר לחבירו דין ודברים אין לי על שדה זו וידי מסולקת לא אמר כלום, ובגמ' נסתפקו בקנו מידו מהו ונחלקו רש"י והרי"ף, דרש"י ביאר שהספק באומר לחבירו דין ודברים שלא אמר כלום והספק האם בקנו מידו הכוונה דקנו מידו על הדין ודברים ואו שקנו מידו מגופה של קרקע דאין חליפין באין אלא בדבר שיש בו ממש שזה קונה את הסודר ומקנה לו את החפץ המכר או המתנה ועל גופה של קרקע קנו מידו, ובר"ף פירש שהספק במסתלק מפירות אשתו אי מועיל בקנו מידו האם הקנין בא להוסיף ומגופה של קרקע קנו והמבואר, שבקנו משתנה הדברים ממה שאמר ומתריצין דיבורו, ולפ"ז איכא למימר בקנין אתן שהקנין משנה דיבורו ופירושו אתן שנותן, ועוד אפשר לבאר בחילוק קנין שטר לקנין סודר דהנה קיי"ל שאין קונים בקנין סודר לאחר שלושים דכלתה קנינו כמבואר בסימן קצ"ה ס"ה, אבל בקנין שטר מהני וכמש"כ הרמב"ם בפ"ט מ"ה גירושין ה"ה, ולפ"ז מבואר החילוק שבקנין סודר שלא מהני לאחר ל' מסתמא כשמקנה כוונתו מעכשיו, ומש"ה אפי' באומר לשון אתן פירושו שמקנה מעכשיו, משא"כ בקנין שטר שמהני בלאחר ל' אין השטר משנה דיבורו ^{23/07/2018} שאמר אתן ומש"ה אינו מתחייב, דהוי קנין דברים.

ד. אמנם בשו"ת הרשב"א הובא בב"י סי' קצ"ט מחודש סי' כ' ביצא שטר וכתוב אתן כך וכך וכל אתן ואעשה אינו כלום, וכתב הרשב"א דכל שקנו מידו אע"פ שלא אמר בלשון חיוב חייב דקנין מילתא אלימתא ומתקן הענין וכאילו מחייב עצמו באותו דבר שאמר ליתן וכו', וקיבלתי ממורי הר' יונה דדווקא כשהקנין בא באחרונה שאמר דין ודברים אין לי על שדה ואחר כך קנו מידו שהקנין מתקן ומקנה את גוף הקרקע, אבל באומר קנו ממני שאין לי דין ודברים על שדה זו ודאי לא קנו ממנו אליו מדין ודברים ולא מגופא של קרקע עכ"ל הרשב"א, ומשמע מתוך דברי הרשב"א דבאומר אתן לך וקנו ממנו דלא קנה השדה אלא שנתחייב באחריות ונשתעבדו גופו ונכסיו וכש"כ הקצוה"ח. והנה בניד"ד שחתמו הצדדים על הזכרון דברים וז"ל המוכר מתחייב למכור לקונה והקונה מתחייב לרכוש מהמוכר את הנכס ע"כ, לכאורה יש כאן התחייבות שנתבאר לעיל שחל התחייבות על גופו ונכסיו שחייב לתת לו בית זה, אמנם בעיקר הדבר נראה שהלשון התחייבות עדיף לשון שהמוכרים מתחייבים לקונה בית זה, דאילו בלשון התחייבות למכור בית זה יש לפרש כהתחייבות על גופו או

נכסיו שחייב לקונה בית זה ולא בחינם, ואע"פ דא"כ הכוונה סגי בלשון המוכר מתחייב בית זה לקונה והקונה מתחייב כך וכך תמורת הבית ואין צריך לשון מתחייב למכור, מ"מ היינו הך באותו כוונה, אמנם איכא למימר שהלשון מתחייב למכור היינו שמתחייב לעשות מעשה מכירה וא"כ הוי קנין דברים וצ"ע.

ה. והנראה שבוזה נחלקו הקצוה"ח והנתיבות, דהנה בסימן ר"ו ס"א בשו"ע האומר לחבירו כשאמכור שדה הרי זו מכורה לך מעכשיו, ובקצות הביא מש"כ הריב"ש דבכתב לראשון שימכרנו לו בסך כך ושלא ימכרנו לאחר קנה ראשון, ובמשל"מ הקשה דלא מהני בלשון זה שצריך לומר מכירה לך מעכשיו, וכתב המשל"מ דמיירי בלשון חיוב שהוא מתחייב למכרה לו, וכתב מהר"א ששון דבלשון חיוב מהני לישנא דאמכרנו לך, ותמה המשל"מ דבלשון חיוב, ומכרה לשני זכה השני דהלשון מחייב עצמו לא הוי מכירה אלא שמחוייב למכור וכשמכר לאחר זכה השני, עכ"ד המשל"מ, וכתב הקצות ואינו קושיא לענ"ד, דכיון דכתב שטר בלשון חיוב שימכרנו לזה הו"ל דין שטר ממש וגובה ממשעדי וא"כ ה"נ כי מכרה לאחר ^{אוצר החכמה} טורף מיניה דמשעבדי ליה, ומסיק הקצות שדברי השו"ע עיקר שבעינן מעכשיו דלשון חיוב לא מהני כלל וכשליכא חיוב אחריות לא מהני דחיוב על גופו לא הוי דין חיוב וכש"כ ^{23/07/2018} המהרי"ט דכדי שיחול החיוב על גופו צריך שיתחייב מעכשיו באחריות וכשאין אחריות רק חיוב על הדבר שרוצה לתת הו"ל קנין דברים, וה"ה הכא כיון שאין בזה חיוב אחריות לא הוי חיוב כלל עכ"ל הקצות, ודברי הקצות תמוהים דנראה שסותר משנתו דכתבנו לעיל מש"כ הקצות בסימן ס' שהמתחייב לחבירו פירות דקל חייב לתת, ומבואר שאפי' כשלא נתחייב גופו באחריות, מ"מ מאחר שנתחייב בלשון חיוב חל חיוב על גופו וכשלא יבואו פירות דקל חייב לתת דמי הפירות, והכא במתחייב למכור סובר הקצות שלא חל החיוב, והנראה ליישב דיש לחלק במתחייב פירות דקל למתחייב למכור, דבמתחייב למכור מאחר שהזכיר מעשה מכירה פירושו כקנין דברים ולא מהני, משא"כ במתחייב פירות דקל ולא אמר לשון לתת או למכור כוונתו שהגוף חייב ומש"ה אם לא יהא לו פירות חייב בדמי הפירות.

ו. אמנם מהנתיבות משמע שחולק על הקצות דהנה בסימן ר"ג ס"ג ברמ"א וז"ל המייחד מעות והקנה לאחד בחליפי המטלטלין הואיל ולא קנה זה המעות לא קנה זה המטלטלין אעפ"י שמשכן, ודוקא בתורת חליפין, אבל בתורת דמים משמשך החפץ. נתחייב בדמיו מיד עכ"ל הרמ"א, ומקור הדברים מהטור, ובקצות סק"ב ביאר הדברים דחיוב לא מהני אלא כשהחיוב חל על גופו ומתחייב באחריות שמתחייב פירות ואם אין לו פירות מחוייב לתת דמיהן כיון דחייב את עצמו, אבל כשמחייב את עצמו לתת לחבירו חפץ. ואין מקבל עליו אחריות לא הוי חיוב הגוף ולא הוי כלל חיוב, ומש"ה כשהלוקח מושך מתחייב בדמיו, והחיוב חל על גופו בחיוב אחריות ושעבוד הגוף, משא"כ כשמייחד מעות דליכא חיוב אחריות במה שחייב עצמו לתת מעות המיוחדים אינו חיוב, עכ"ד הקצות, ובנתיבות סק"ו תמה על הקצות דהא מבואר בסימן ס' דיכול לחייב עצמו בדבר שלב"ל, ומשמע דמחייב עצמו שיתן לו פירות דקל שיבואו לעולם שהוא דבר ידוע דחייב, ומעשים בכל יום, ובנתי' ביאר טעם הרמ"א והטור דבכל מוכר בתורת דמים צריך שיהא על הלוקח ענין חיוב, וכשאומר בלשון מכור באלו אין על הלוקח שום חיוב והמעות של המוכר ומש"ה כשאומר בתורת דמים הא חזינן שהוי

חליפין ולא דמים וקיי"ל אין מטבע נקנה בחליפין ומש"ה לא נקנו המטלטלין, אבל בקנה סתם במעות ויחד דמים והתחייב בפירוש לפרוע מדמים אלו חל החיוב דיכול לחייב עצמו, וה"ה כשהלוקח אמר למוכר שיפרע דוקא מאלו המעות מהני דבמכור לי אין שום חיוב על הלוקח ואפילו לא לפרוע אלא כוונתו שהמעות הן שלך והמוכר לוקח בחזקת שלו, משא"כ באומר לא יהא לך פרעון אלא מזה יש חיוב הגוף עליו לפרוע ומש"ה קנה, עכ"ד הנתיבות, והמבואר מדברי הנתיבות שצריך שיחול על גופו שום חיוב, אבל כשלא נתחייב משמע שגם להנתיבות לא נתחייב, ומשמע מהנתיבות דבנתחייב למכור משמע שמהני.

ז. ובגמ' גיטין ל' ע"א במלוה מעות לכהן וללוי ולעני להיות מפריש עליהן מחלקן ויכול לגבות החוב רק מפירות תרומה ומעשרות, ואם הפירות נשתדפו הפסיד הישראל, והמבואר שיכול להתחייב אפי' כשאין מחייב גופו אלא סגי בשעבוד לדבר מסויים, ועוד דלא מצינו שהכהן יכול לסלק את הישראל בזו, ולפ"ז צ"ע מש"כ הקצות והנתיבות דהא גם להנתיבות מתחייב גופו כשיש נפ"מ בין קנין לחוב, וצ"ע, ואפשר ליישב שלא דמי דדווקא במלוה מעות ללוי שנתחייב מחמת ההלואה ומש"ה איכא חיוב על גופו, אלא שהלואה מוחל שלא יגבה משאר הנכסים ומש"ה הישראל מתחייב למכור לקונה והקונה מתחייב לרכוש מהמוכר את הנכס דיש מקום לפרש כוונתו התחייבות לשלם למוכר עבור הרכוש דאל"ה אלא שכוונתו לרכוש ולזכות ברכוש אין צריך התחייבות, אלא בודאי הכוונה התחייבות לתשלום, וממילא ההתחייבות של המוכר למכור זה בתמורה לקבלת התחייבות שקיבל מהקונה וכשמתחייבים תמורת קבלת דבר דמי למלוה מעות לכהן שהכהן מתחייב להחזיר פירות תרומה שיקבל, ואף שלא דמי דבמלוה מעות לכהן מקבל הכהן המעות בעין משא"כ בניד"ד לא הוי אלא התחייבות, מ"מ הא מבואר בקצות בסי' ל"ט סק"ח בביאור שיטת הרמב"ן שהמתחייב להלוות חייב להלוות ע"י שטר שכתב הלוה, וכתב הקצות שאפי' להסוברים שהתחייבות על חיוב ממון לא הוי כממון לקדש את האשה, אבל קבלת התחייבות מחייב את המקבל בתשלום, דכיון שזכה בשעבוד נתחייב המלוה להלוות לו דהלוה זכה בדמיו, ומש"ה בניד"ד חל ההתחייבות, וצ"ע במש"כ בחילוק שאין מקור לסברא זו, והנה בניד"ד העולה לדינא לשיטת הנתיבות נתחייב המוכר למכור, ולשיטת הקצות בפשטות אין חיוב על המוכר למכור, אמנם גם לשיטת הקצות להראשונים שסוברים שמהני קנין אתן בצירוף שיטת הנתיבות, ואם כנים הדברים יש מקום לדון מה שהאריך בזה בשב שמתא ש"א פ"כ במחלוקת הראשונים אי מוציאין ממון בס"ס, אמנם כל זה באי נימא שמש"כ הרמ"א שהעיקר כשיטת הראשונים דאינו קונה היינו מצד הספק דאין מוציאין ממון ממרא קמא.

ח. והנה אי נימא שחל הקנין, צ"ב במהות הקנין, דבפשטות הזכרון דברים הוי קנין שטר, אמנם מבואר בשו"ע סי' קצ"א ס"א דהא דמהני שטרא לחודא במוכר שדהו מפני רעתה, אבל בשאר קרקעות אע"פ שהגיע שטר המכר בעדים לידו לא קנה עד שיתן דמים, וא"כ בניד"ד שלא נתנו דמים לא קנה, אמנם נראה דהא שלא קנה בשטר היינו כשרוצה לקנות את גוף השדה, אבל בניד"ד שהשטר הוא התחייבות למכור א"כ יש כאן רק שעבוד והשעבוד שבשטר חל אפילו בלי נתינת דמים, דהא טעמא דמילתא שלא נקנה השדה בשטרא לחודא מבואר ברש"י ס"ו ע"א דלא גמר המוכר ומקנה עד שימבל דמים דחושש שלא ימבל את הדמים.

ולפ"ז נראה שכל זה לקנית גוף השדה, אבל שטר שהוא להתחייבות למכור מהני בשטרא לחודא, דבהתחייבות למכור אין למוכר לחשוש מענין הדמים, דהא כל זמן שלא יקבל דמי הקרקע לא יקנה המוכר את השדה לקונה, וכן הב"ד לא יחייבו את המוכר להקנות ללוקח כל זמן שהקונה לא ישלם, אמנם צ"ב דהנה בקצוה"ח סי' קצ"א סק"א העלה דבקנין שטר צריך שיהא הנייר משל המקנה דבעינן ספר המקנה, ובניד"ד נעשה כתיבת השטר ע"י שליח של הקונה והקונה שילם לשליח, אמנם בנתיבות סק"א הביא דברי הרמב"ן בב"ב דס"ל דכמו בגט שאם האשה נתנה שכר הסופר תקינו רבנן דמהני, ה"ה במו"מ חכמים הפקירו את ממון הלוקח והקנו למוכר, ואף ששיטת התוס' בגיטין כ"ב ע"ב בד"ה אשה שהתקנת חכמים בגט אשה היינו בשכר הסופר, אבל לא תקנו בנייר של האשה, והיינו בכתבו את הגט על נייר האשה לא מהני, אבל בכתבו את הגט על נייר האשה והאשה נתנה שכר לסופר, הגט כשר, וכ"כ בטור אהע"ז סי' ק"כ שיטת הרמ"ה, אמנם יעוין בב"ש שם בסק"כ שמשמע בדבריו שנחלקו בזה הרמב"ן והרמ"ה, עכ"פ בנידו"ד באם המוכר והלוקח הגביהו את שטר הזכרון דברים איכא למימר שכל אחד קונה עבור חברו וחוזר וזוכה מחבירו, ואע"פ שאין בכוונתם להקנות מ"מ מהני דהא גם באשה אין צריך כוונתה להקנות לבעל, אלא דיש אומדנא שרצון האשה לצורך כל דבר שצריך לגירושין, ומש"ה הוי כאילו הקנתה לבעל, ה"ה בניד"ד מועיל אפילו בלי כוונה לכך, וביותר עדיף קנין מגט דהא בגט הא צריך נתינה ואעפ"כ מהני דבאין כאחד, כ"ש דמהני בקנין מכר, אמנם למעשה בנידו"ד דאיכא ספיקא אם המוכר והלוקח הגביהו וא"כ משום ^{23/07/2018} קנין שטר לא יצאו מידי ספיקא.

ט. והנה בניד"ד נעשה תקיעת כף בין המוכר לקונה, ולכאורה הוי קנין סיטומתא כמבואר בס' ר"א ס"ב דכל דבר שנהגו הסוחרים לקנות בו כגון בתקיעת כף הוי קנין, אמנם הנראה דלא מהני דהתקיעת כף שעשו הוי לחיזוק הזכרון דברים ואי נימא דמצד כח השטר לא נקנה גוף הבנין אלא התחייבות למכור את הנכס מסתבר דהתקיעת כף נעשה לחיזוק ההתחייבות ולא בא להוסיף קנין חדש, ועוד נראה דיש לחקור בקנין סיטומתא דאי נימא דההתחייבות למכור הוי קנין דברים ואין קונה דברים, וה"ה בסיטומתא אין קונה דברים, או דילמא דקנין סיטומתא עדיפא משאר קנינים וקונה אפי' בקנין דברים, והנראה דהנה שיטת החת"ס בשו"ת סי' ס"ו והובא בפת"ש שם שקנין סיטומתא מהני לקנות אפילו בדבר שלב"ל, וכן מהני בדברים שיש בהם אסמכתא, ולכאורה אפילו נימא דלא מהני קנין אתן מ"מ קנין סיטומתא מהני, אמנם נראה דיש לחלק קנין דברים לקנין בדבר שלב"ל ולקנין כשיש בו אסמכתא, דהא טעמא דאין קונים דשלב"ל מבואר באחרונים דאעפ"י שמשום דרכי שלום מהני כמו בקנין לאחר זמן דמהני כשלא כלתה קנינו, אלא טעמא בדשלב"ל דאיכא חסרון סמיכות דעת שבמוכר דשלב"ל חסר גמירות דעתו וכגון בדשלב"ל, ובכה"ג כשעושה קנין סיטומתא דהוי מנהג הסוחרים סומך דעתו, וה"ה בדבר שיש בו אסמכתא דהחסרון בזה שחושב שהתנאי לא יתקיים וממילא לא יתחייב, אבל בסיטומתא סומך דעתו אפי' כשזה באסמכתא, משא"כ בקנין דברים כגון בקנו לחלוק החצר או בקנין אתן מה יוסיף תת כח בזה שסומך דעתו, הרי חסר בעיקר הקנין דליכא דבר הנקנה ואין שום חפץ, אלא הבטחה לחודא ולא זכה הקונה בשום דבר ולכן לא יהני גם בסיטומתא.

י. והנה בהגהות מרדכי שבת סי' תע"ב העלה שהנודר לחבירו למול בנו צריך לתת לחבירו, ואע"ג דאין מקנה דשלב"ל מ"מ צריך לקיים משום מנהג העולם שנודרים ביניהם ומקיימים, והוכיח מקנין סיטומתא שיסודו מדין מנהג וכו' ור' יחיאל כתב דבמתנה בעודה מעוברת הוי דשלב"ל ולא כלום, ולא דמי לסיטומתא דהתם בא לעולם ומועיל קנין, והמנהג מחשיבו כקנין גמור, אבל בדבר שלא מהני קנין כגון בדבר שלא בא לעולם לא מצינו שיועיל המנהג להחשיבו כקנין גמור עכ"ד, ומדברי המרדכי, משמע שקנין סיטומתא מהני אפי' בכה"ג שקנין אחר לא היה מועיל משום דהוי קנין דברים וצ"ע, והנראה ליישב בדוחק לפמ"ש"כ הרמב"ם בפ"ה מהל' מכירה הי"א שיש הרבה דברים שא"צ קנין ואין טעם לקנין כגון במגרש אשתו ועושה שליח וכיו"ב, ועוד נוהגים להקנות ואומרים וקנינו מפלוני שעשה פלוני שליח ואע"פ שא"צ, וקנין שנהגו להקנות באלו דברים אינו מועיל ובא להודיע שאינו אומר דברים כמשחק ומהתל אלא שגמר בלבו ואח"כ אמר, ואם אמר בלב שלם וגמר לעשות דבר א"צ דבר אחר, ודברים שאין בהם ממש אין מועיל בהם קנין כגון שיחלקו החצר וכיו"ב הרי זה קנין דברים, ואין מועיל דהרי לא הקנה דבר מסוים וידוע, עכ"ד הרמב"ם, ולפ"ז נראה ביאור דברי המרדכי כשאחד נותן הבטחה לשני שימול בנו שצריך לקיימו לא הוי מטעמא שהקנין חל דהוי קנין דברים, אלא שצריך לקיימו שלא יעבור באיסור דשארית ישראל לא יעשו עוולה, ומש"כ המרדכי שהמנהג הוי כסיטומתא היינו דאי לא נעשה קנין מותר לחזור דאפשר לומר שכל מה שאמר הוא כמשחק ומהתל וליכא איסור דשארית ישראל לא יעשו עוול, אך מצד המנהג נעשה כקנין סיטומתא, וממילא לא נתכוון להתל אלא כוונתו בלב שלם וגמר בלבו, ובהבטחה בדבר שלב"ל מאחר שהקנין לא מהני ממילא ליכא איסורא דשארית ישראל, כנלענ"ד לבאר דברי המרדכי, אמנם בש"ך יו"ד סי' רס"ד סק"ז מבואר דשיטת המרדכי שאם נעשה קנין סיטומתא אין יכול לחזור בו מהבטחתו, וצ"ע בזה.

יא. והנה אי נימא שמהני סיטומתא בזה, יש לדון בקונה בסיטומתא ואמר לשון אתן האם ע"י מעשה הקנין משתנה דיבורו ונעשה למעכשיו כמו בקנין סודר, או דילמא שסיטומתא דמי לקנין שטר שלא מהני בלשון אתן, ועוד צ"ע באומר לחבירו דין ודברים אין לי על שדה וקנו בקנין סיטומתא אי קנה, ולכאורה תלוי בספק הנ"ל האם קנין סיטומתא דמי לקנין סודר או לקנין שטר, והנה מצד הסברא נראה שקנין סיטומתא דמי לקנין שטר דהא חזינן בקנין סודר שקנינו חשיבא יותר משאר הקנינים כגון בהא דקיי"ל קנין לכתובה עומד, ולכן נראה שכל שאר הקנינים דמי לקנין שטר, אמנם להאי טעמא שכתבנו בקנין סודר שמשתנה מאתן לנותן דבקנין סודר לא מהני בקנה לאחר ל' דכלתה קנינו, ובזה צ"ע האם קנין סיטומתא קונה לאחר ל', והנראה בזה שתלוי לפי הענין דאם כלתה קנינו או לא, דבקנין מסירת המפתח שקנינו מדין סיטומתא אם המפתח בידו עד לאחר ל' לא כלתה קנינו, אבל בתקיעת כף שקנינו כלה דמי לקנין סודר שכלתה קנינו וצ"ע. והנה לפמ"ש"כ שקנין משנה ביאורו מלשון אתן ללשון נותן ואי נימא דקנין סיטומתא דמי לקנין סודר ונקנה אפילו בלי נתינת מעות א"כ בניד"ד איכא למימר שקנין חל והבית נקנה לקונה.

יב. איברא שצריך בירור האם מהני קנין סיטומתא בקרקע, דשיטת הב"ח בסימן ר"א שדוקא במטלטלין מהני קנין סיטומתא אבל בקרקע לא מועיל, ובש"ך שם ס"ק א' העלה

בצ"ע לדינא בקרקע, וכתב הש"ך דאם המנהג גם בקרקע אפשר שגם הב"ח מודה שמהני, ובאמרי ברוך שם כתב דבשו"ת ב"י העלה כשיטת הב"ח, ולענין תקיעת כף כתב האמרי ברוך שנראה פשוט שבהתחייבות שאדם מחייב את עצמו נגד חבירו שקורין האנד שלאק דאינו אלא מנהג בין התגרים כשגומרים זה למכור וזה לקנות, וכ"מ מהרמ"א ומהסמ"ע דבמקום שנהגו לקנות מועיל אף לחייב את עצמו בחיוב ערבות, עכ"ד האמ"ב, ובכסף הקדשים משמע דלא מהני בסיטומתא על ידי תקיעת כף, והעולה בזה שצ"ע אי מהני תקיעת כף מדין סיטומתא. והנה בסימן ר"א ס"א כתב המחבר מכר בדברים בלבד ונעשה פיסוק דמים ורושם על המקח אע"פ שלא נתן דמים כל החזור לאחר שרשם מקבל מי שפרע, ואם מנהג המדינה שיקנה הרושם קנין גמור נקנה המקח ואין יכול לחזור ולכאורה משמע דברישא שמקבל מי שפרע כך המנהג שאינו קונה גמור אלא לענין מי שפרע, וצ"ע בזה המנהג, דלכאורה כשאין מנהג לקנות קנין גמור מתחייב מי שפרע, ולפ"ז במסירת מפתח יתחייב במי שפרע, אמנם מהשו"ע סי' קצ"ב ס"ב לא משמע הכי ויעויין בסמ"ע סי' ר"א סק"י. וצ"ע.

יג. ולכאורה אפי' אי נימא שבתקיעת כף איכא סיטומתא, מ"מ יש לברר אם הזכרון דברים בעצמו נחשב לקנין סיטומתא, והנה בכל קניני סיטומתא נחלקו האחרונים ביסוד הקנין דשיטת הנתיות בסי' ר"א סק"א שהיו קנין מדרבנן, דלא גרע ממנהג שנהגו הסוחרים שהיו קנין דרבנן, אמנם בחתם סופר בשו"ת סי' י"ב והובא בפת"ש העלה דהיו קנין דאורייתא ועדיף מקנין שנהגו הסוחרים, ובסי' שט"ו כתב החת"ס וז"ל קנין סיטומתא קנין דאורייתא ממש שהיכן מצינו שנמנו חכמים על זה, אלא שהוא דין תורה שהנהיגו הסוחרים והיו לי כאילו התנו, וכל תנאי שבממון קיים מן התורה, ולא דמי לקנין דרבנן. דהתם לא מחלו הסוחרים מרצונם, אלא אנוסים בתקנת חכמים, מטעם הפקר ב"ד הפקר בזה יש לומר שאין כח ביד הב"ד אלא להפקיע הממון ולא להקנות, משא"כ במנהג שנהגו מרצונם הטוב כל תנאי שבממון קיים, עכ"ל החת"ס, ולפי האי סברא עולה שהשטר זכרון דברים נכתב שיהי בערכאות, ולא שייך הסברא שכתב החת"ס דהא פשוט שאנוסין מערכאות לא עדיף מהא דאנוסים מתקנת חכמים, ולפ"ז שהזכרון דברים לא הוי מתקנת חכמים שיקנו ע"י זה, וממילא אפי' מדרבנן אין קונה, והנראה שאפי' לשיטת הנתיות שיסוד קנין סיטומתא הוי קנין דרבנן, מ"מ נראה שדוקא במנהג של סוחרים בזה תקנו חכמים שיקנה, אבל בקנין שנהגו מחמת דין הערכאות לא תקנו חכמים שיקנה, וראה לזה דאל"ה ונימא דכל קנין שהיו ע"פ ערכאות הוי מדין סיטומתא, קשה דכל מקום שנחלקו הפוסקים בקנינים וכגון בסימן קצ"ב במחלוקת הקצוה"ח והנתיות בסתירת בנין אי קונה ולא כתבו שיבררו בדיני ערכאות שיועיל מדין סיטומתא אלא משמע דלא מהני אפי' אי בדיני ערכאות ומש"ה ליכא מנהג וצ"ע, וביותר דאי נימא שבכל דבר שלא הוי קנין מדינא, מ"מ יהא הקנין מדין המנהג ומהני מדיני סיטומתא, וה"ה להיפך כשמדינא הוי קנין ובמנהג שבא מערכאות לא הוי קנין האם נבטל דיני הקנין משום שמנהג מבטל קנין.

יד. אמנם צריך לברורי בדין מחוסר אמנה דמבואר בסי' ר"ד ס"ז שבנושא ונותן בדברים בלבד ראוי לעמוד בדיבורו אפי' שלא נתן הדמים והחזור בו הוי ממחוסרי אמנה ואין רוח חכמים נוחה הימנו, והנה בשותפין שקיבלו עליהם לחלוק החצר האם מותר לחזור בו וליכא דין מחוסר אמנה, ולכאורה נראה בפשטות דאיכא מחוסר אמנה, דהא יסוד דין מחוסר אמנה

מקורו מקרא בהן צדק וכדאיתא ב"מ מ"ט ע"א, ומאחר דיסודו משום מצוה מסתבר שיועיל גם בקנין דברים, והנה בשו"ת הרא"ש כלל ק"ב העלה בנודר לחבירו בנו למולו ואפי' אם הקנה בקנין סודר לאחר שנולד הבן לא מהני דהוי קנין דברים, ועוד דליכא בזה מחוסר אמנה, דאפי' למ"ד בדברים איכא מחוסר אמנה הנ"מ בדברים שישנם בעולם ויש בהם ממש, אבל דבר שלא שייך בו קנין לית ביה משום מחוסר אמנה, ומש"ה לא דמי למתנה מועטת דכיון שלא שייך בו קנין לא שייך בו מחוסר אמנה עכ"ד הרא"ש, ובאמרי בינה דיני הלואה סי' כ"א בד"ה ובלבוש כתב דהמבואר בהרא"ש דבדבר שלא בא לעולם שלא שייך בו קנין ליכא מחוסרי אמנה, ולפ"ז העלה האמרי בינה דהרשב"ם חולק על הרא"ש דבב"ב ס"ט ע"ב במכר לחבירו ארעא ודיקלי שחזינן אי אית ליה דיקלי יהיב ליה תרי דיקלי ואי לית ליה דיקלי זבין ליה תרי דיקלי, ופירש רשב"ם שצריך לקנות שני דקלים שלא יהא מחוסר אמנה, וכתב האמרי בינה דמהרשב"ם משמע דחיובו משום מחוסר אמנה ולהרא"ש כשאין קנין חל ליכא משום מחוסר אמנה, והנראה לענ"ד בזה דלא קאמר הרא"ש דבמקום שלא חל הקנין ליכא חיוב משום מחוסר אמנה, אלא כוונת הרא"ש דהא שלמדו דין מחוסר אמנה מקרא דהן צדק שהנותן הבטחה לחבירו מחוייב לקיימו מיירי בהבטחה לענין ממון, אבל בהבטחה לדברים אחרים לא מיירי קרא, וראיה לזה דבקיודושין מ"ח ע"ב אמרינן באחד שנתן הבטחה לנשואי בתו לפלוני שאסור לחזור בו מדין שארית ישראל לא יעשו עוולה ולא קאמרינן התם שהאיסור משום מחוסר אמנה, אלא מוכרח שדווקא בהבטחה לממון אמרינן הן צדק, ואפשר לדחות דבהבטחה לנשואי בתו הוי מתנה מרובה ובמתנה מרובה אין האיסור לחזור דלא סמכא דעתיה, והנה לכאורה גם באיסור דשארית ישראל במתנה מרובה ליכא איסור בחזרה, וא"כ צ"ע מ"ט אין יכול לחזור בהבטחה לנשואי בתו לפלוני, אלא צריך לומר שהבטחה לקידושין לא הוי מתנה מרובה, ודמי לאומר ללוי כור מעשר אתן לך שאעפ"י שכור הוי מתנה מרובה מ"מ כיון שהרי מחוייב לתת ללוי אלא שיש לנותן טובת הנאה דמי למתנה מועטת, ומה"ט מכירה בדברים בלי ממון וקנין אסור לחזור בו ואפילו במכירה מרובה, דלענין מכר כל מכירה נחשב למתנה מרובה דהא טעמא שבמתנה מרובה מותר לחזור דלא סמכא דעתיה שיתן לו מתנה מרובה, והיינו במתנה, אבל במכירה אסור, ובקיודושין דמי למכירה,

טו. אמנם קשה דבב"מ מ"ט ע"א בישראל שאמר לבן לוי כור מעשר יש לי בידך רשאי הבן לוי לעשותו תרומת מעשר על מקום אחר, והוי ומהא מוכח שאסור לחזור מההבטחה לתת מתנה מועטת ופירש רש"י שהבן לוי יכול לסמוך על שארית ישראל לא יעשו עולה והישראל לא יתן ללוי אחר והוי מתנה מועטת שיש לישראל רק טובת הנאה לתת לבן לוי שירצה, עכ"ד רש"י, וצ"ב מ"ט הביא רש"י מקרא דשארית ישראל ולא מקרא דהן צדק, והנראה שמקרא דהן צדק חזינן שחייב לקיים דיבורו ומקרא דשארית ישראל חזינן שחזקה שאין ישראל עושה עולה ומש"ה יכול הבן לוי לסמוך שהישראל לא יחזור בו, וכן בנתן הבטחה לקדש את בתו לפלוני מסתבר שהאב רוצה שתתקדש לפלוני משום שארית ישראל, אמנם לולי הפסוק דהן צדק לא ידענן שהחזרה מהבטחה הוי בגדר עושי עול ומש"ה צריכין לתרי קראי, עכ"פ העולה דמרש"י מוכח דהן צדק לא מיירי דוקא בהבטחת ממון ונדחה הראיה מש"כ שמיירי דוקא בהבטחת ממון, איברא דאפשר לומר כך מצד הסברא, ולפ"ז אפשר לבאר שיטת הרא"ש

מש"כ שאין בקנין דברים מחוסר אמנה משום דלא הוי הבטחת ממון, וכוונת הרא"ש שאין בזה קנין היינו שהיו דברים ולא הבטחת ממון דהרא"ש מיירי בהבטחה למול בנו שלא הוי הבטחת ממון, אבל אה"נ בהבטחה לממון גם הרא"ש ס"ל כהרשב"ם שחייב לתת לו, וכן מכר דקלים אפי' אין לו חייב לקנות דקלים ולתת לו לקיים הבטחתו,

^{123/07/2018}אוצר החכמה

טז. ועוד יש לדון בזה שיועיל קנין אתן מכח דינא דמלכותא, והנראה דלהרמב"ם וסיעתו דס"ל שלא מהני שטר מתנה בערכאות, ובהר"ן גיטין י' ע"א ביאר שיטתם שבדינא דמלכותא, היינו בדברים לטובת המלך, ולפ"ז בקנינים דודאי לא אמרינן דינא דמלכותא, ואפילו לשיטת הרא"ש וסייעתו וכ"פ ברמ"א סימן ס"ח ס"ק ס"א ששטר מתנה העולים בערכאות של עכו"ם כשר, הנראה לומר כמש"כ הרשב"א הובא בב"י סימן כ"ז שלא אמרו דינא דמלכותא אלא כשיש הורמנא דמלכא ובדברים שהם מדיני המלכות דכמו שיש לישראל משפטי מלוכה ה"ה בעכו"ם יש למלכות דינים ידועים וע"ז אמרו דדיניהם דין, אבל דינים שדנים בערכאות אין אלו ממשפטי המלוכה אלא הערכאות דנים לעצמם. שאם אי אתה אומר כן בטלת ח"ו דיני ישראל, עכ"ד הרשב"א, ולפ"ז בניד"ד בודאי אסור ללכת אחר דיני וחוקי הערכאות ופשוט, ודווקא בשטר העשוי בערכאות שהיה תקנה מיוחדת מהמלך שדוקא שטר שנעשה בערכאות כשר שרצו להנהיג דרך לתועלת הרבים, ועוד הנראה דאפי' אי נימא ששיך דינא דמלכותא, מ"מ לא היה קונה בקנין אתן, דאפי' אם המלך יעשה גזירה שבמקנה בקנין אתן חייב לתת מ"מ אין בזה דינא דמלכותא, דהא אין חיוב לתת מתנה וליכא חיובא לשמוע ולקיים גזירות של המלך, וכל האי דינא דמלכותא היינו שיש כח למלך להעמיד ממון ראובן שיהא של שמעון, וכעין זה דשיטת הרמב"ן בספר המצוות בחיוב לשמוע בקול דברי חכמים היינו מדרבנן ומ"מ באם חכמים יגזרו שהממון של ראובן שייך לשמעון, אם ראובן מעכבם לעצמו הרי הוא גזול, אבל כשעובר על שאר גזירות חכמים לא עובר באיסור תורה אלא באיסור דרבנן, וה"ה בגזירת המלך ליכא חיוב לקיימם לא מדאורייתא ולא מדרבנן, ומ"מ אם המלך יגזור על ממון של ראובן ששייך לשמעון נעשה הממון של שמעון וכשראובן מעכבם לעצמו הרי הוא גזול מן התורה, והדברים מבוארים בר"ן לנדרים כ"ח ע"א וז"ל דינא דמלכותא הנ"מ שאם קנה ישראל מכס מהמלך חייבים לתת לו, וכן בממונה לגביית המכס אין רשאי ישראל חבירו לישבע שהן תרומה דליכא אונסא כיון דדינא דמלכותא, מיהו אין ממונה רשאי להכריח ישראל חבירו לפרוע המכס אם לא מיראת המלכות, דנהי דדינא דמלכותא, לא יהא אלא הלואתו הא קיי"ל הפקעת הלואתו מותר עכ"ד הר"ן, המבואר בהר"ן שדינא דמלכותא היינו לענין בעלות על הממון, אבל לא לענין שחייב לשמוע בקול המלך, דאם נימא שחייב לשמוע בקול המלך איך יכול להפקיע הלואתו שחייב למלך, ולפ"ז נראה באם המלך יתקן שקנין אתן מועיל שחייב לתת לקונה, אעפ"כ אין חייב מאחר שאם המלך היה מתקן שקנין אתן נעשה של הלוקח איכא דינא דמלכותא, אבל המלך אמר שחייב וליכא חיוב לשמוע בקול המלך, והנראה דהיינו לשיטת הקצוה"ח שהמחייב עצמו לתת דבר מסוים לחבירו לא מהני דהוי קנין דברים מש"ה גם המלך אין יכול לחייב, אבל לשיטת הנתיבות וסייעתו דיכול לחייב את גופו לתת חפץ פלוני לפלוני, מש"ה גם המלך יכול ובכוחו לצוות לשעבד גופו של המתחייב לתת לשני.

יז. ועוד יש לדון בעיקר הדבר האם צריך כלל קנין, דהנה בסי' ר"ד ס"ט כתב המחבר אם רבים אמרו לאדם אחד ליתן לו מתנה אינם יכולים לחזור בהם אפי' במתנה מרובה, ובסמ"ע סק"ד מפני שבוזה סמכה דעתו דלא יחזרו בו הרבים גם מפני שאינו מגיע על כל אחד כי אם דבר מועט עכ"ל הסמ"ע, ובפשטות לפ"ז בניד"ד הנתבעים הם בעלי הישיבה הם רבים ואינם יכולים לחזור בהם, ועוד נראה דאפי' אי נימא דרבים אין יכולים לחזור בהם, אמנם במכר בדברים בעלמא ונשתנה השער דהיינו בתרי תרעי שנחלקו הראשונים אם מותר לחזור והובא ברמ"א סימן ר"ד ס"ד ובש"ך שם, א"כ לפוסקים הסוברים שיכול לחזור בתרי תרעי, מסתבר דה"ה שמכר ע"י רבים מותר בתרי תרעי, וטעמו של דבר דכל הסברא שבתרי תרעי מותר לחזור דמפרשין כוונתו שרצה למכור רק בשער שהיה בזמנו אבל כשנשתנה השער לא התכוין למכור שע"י זה יפסיד, וא"כ אין נפק"מ בזה ברבים ליחיד, והנה בביאור הגר"א שם סק"א וז"ל ועוד דרבים אינם יכולים לחזור כמו שכתב לעיל קס"ג כל דברי הקהל אינם צריכים קנין, ממ"ש ויכולים להתנות ופירש ר"ח אפילו בלא קנין, עכ"ל הגר"א. והנראה לענ"ד שלפי טעמו של הגר"א כוונת המחבר ברבים שאמרו היינו שמיירי בציבור של קהל ולא מיירי בהרבה אנשים כפשוטו, דהא מקור הדין בסי' קס"ג מהגמ' בב"ב ח' ע"ב ורשאין בני העיר להתנות על המדות ועל השערים וכו' ולהסיע קיצתם, וברש"י לקנוס את העובר על קצת דברים להסיעם מדת דין תורה, עכ"ל. והפשוט שכל דברים אלו צריכין תוקף של בני העיר והגר"א בביאורו בסי' קס"ג סק"ג ציין לירושלמי מגילה פ"ג שבעה טובי העיר הרי הם כבני העיר, ויעוין ברמ"א פי' ב' ס"א וכן נוהגין בכל מקום שטובי העיר בעירן כב"ד הגדול, ומכין ועונשין והפקירן הפקר כפי המנהג עכ"ל הרמ"א, וכן מבואר במשפט החרם להרמב"ן שכח טובי העיר הוא ככח המלך, ומש"ה יש להם כוח להחרים דהיינו להשביע את היחידים, וחייבים לקיים את שבועתם מן התורה מקרא דכל החרם אשר יחרם מן האדם לא יפדה, ומש"ה מלך שהשביע כמו שמצינו אצל שאול שאמר ארור האיש אשר יאכל והעובר על זה חייב מיתה, וכן כל ישראל שהחרימו העובר על שבועתם חייב מיתה, כמו באנשי יבש הגלעד שלא באו למלחמה שהרגו את כולם, ועוד מבואר בהרמב"ן שם דאם אנשי עיר אחת או מדינה אחת שהשביעו אסור לעבור על שבועתם, מדין תורה, אמנם העובר על שבועתם אינו חייב מיתה וכן העובר על חרם דרבינו גרשום אינו חייב מיתה דאין זה חרם שהחרימו כל ישראל עכ"ד הרמב"ן, והנה נראה פשוט שבגבאי צדקה וישיבה אין להם כוח ב"ד או ככח המלך, ומש"ה אין לגבאי ישיבה דין של רבים שגם במתנה מרובה אין יכולים לחזור בהם, ועוד נראה, דהרמ"א בסי' קצ"ט ס"ב העלה דבהקדש וצדקה קונים במעות ולכן בנתן דמים להקדש על המקח ונתייקר אין ההקדש יכול לחזור בו, ואי נימא שלגבאי צדקה נכללים בגדרי רבים, א"כ אפילו כשלא נתן מעות נעשה קנין לצדקה וסגי בדברים של הגבאי צדקה שהגבאי והקונה אינם יכולים לחזור, אלא הדבר פשוט שאין לגבאים דין של רבים.

יח. והנה הקונים בניד"ד נתנו צ'ק למוכרים ויש לדון האם נתינת צ'ק הוי קנין, ובקידושין ח' ע"א בהתקדשי לי במנה והניח לה משכון עליה אינה מקודשת דמנה אין כאן משכון אין כאן, ונחלקו הראשונים בביאורו שיטת תוס' והרא"ש שמאחר שלא חל שעבוד על המשכון שלא שייך לשעבד חפץ למשכון אלא כשהלווה חייב לו חוב והחוב גורם לשעבוד תשלום

עבור החוב ויכול לשעבד משכון עבור החוב, ואם היה משתעבד לאשה בקנין או בשטר מנה והיה מניח משכון על המנה שנתחייב מועיל ומקודשת, אבל כשמניח משכון ולא היה חוב אין המשכון משתעבד ומש"ה אינה מקודשת. ושיטת הרמב"ן והריטב"א שאפי' אי נימא כשאין חוב יש שעבוד במשכון הנ"מ ^{אוצר החכמה} בהלוואה אבל באשה לא מהני דאגיד גביה שצריך כריתות ומשכון אגיד בחפץ. והחפץ גופא שייר למקדש ומש"ה אינה מקודשת, ובשו"ע אהע"ז סי' כ"ט ס"י פסק המחבר התקדשי לי בדינר ונתן משכון אינה מקודשת עד שיתן הדינר, וברמ"א כתב וכ"ש בנתן לה שטר על הדינר דלא הוי קידושין, וכתב הח"מ שמקור דין הרמ"א מהרמב"ן והרשב"א והנראה שהרמב"ן לשיטתו שאעפ"י שאמר לה קני משכון בשעבוד מנה דנהי דקונה את המשכון לשעבוד, מ"מ אינה מקודשת דכסף קידושין שאגיד גביה בעל לאו קידושין, ומש"ה ס"ל להרמב"ן בנתן שטר על הדינר דאינה מקודשת דאגיד גביה בעל, עכ"ד הח"מ, ולכאורה לשיטת התוס' והרא"ש מקודשת בשטר דהא חל שעבוד על המשכון כשמתחייב בשטר, והעולה לפ"ז דהמקדש או קונה בצ"ק לשיטת הרמב"ן והרשב"א בודאי לא נקנה ואין האשה מתקדשת, אמנם לשיטת התוס' צ"ע האם צ"ק עושה התחייבות כדאמרינן בכתובות ק"ב ע"א שמתחייב לחבירו בשטר שחייב, או אפשר לומר שבצ"ק ליכא התחייבות אלא הוראה לבנק שיתנו למוכ"ז את המעות ודמי לממחה פועלים אצל חנווני, ואפי' אי נימא דכוונת בעל הצ"ק להתחייב בצ"ק, מ"מ צ"ע דהא סו"ס לא נכתב לשון התחייבות בצ"ק, ולכאורה מוכח משטר שאין בו אחריות דקיי"ל אחריות טעות סופר, ומוכח שאפי' דברים שלא כתב בשטר מתחייב כיון שרצונו בכך וא"כ ה"ה בצ"ק שהתחייב מחמת רצונו, ויש לדחות דבאחריות ט"ס מאחר שהחוב חל מכח ההלוואה אלא שחכמים בטלו משום פסידא דלקוחות ומאחר שאחריות טעות סופר איכא קלא וגובה מדינא, ולמ"ד שעבודא לאו דאורייתא הא דגובה ממשעבדי איכא למימר מאחר שמתחייב משתעבד אבל כשאינו משתעבד החוב מדין אחריות ט"ס, ושעבודו מדרבנן וכמבואר בהרשב"א קידושין י"ג דלמ"ד שעבודא לאו דאורייתא אפי' מלוה בשטר אינו משתעבד, אך נראה ראייה דבתוד"ה וכותב בגיטין כ' ע"ב כתבו שלשעבוד אחריות סגי בקלא ואין צריך לשטר קנין וכמו במוכר שדהו בעדים שגובה ממשעבדי, ומסתימת התוס' משמע שאפי' למ"ד שעבודא לאו דאורייתא גובה ממשעבדי, ומוכח שאפי' כשהסופר טעה הוי כמו שכתב שטר התחייבות, וכן מוכח מהרמב"ם פט"ו מהל' אישות הט"ו שחתן שלא התחייב בפירוש בכתובה שתגבה האשה ממטלטלי, מ"מ אם ידע בתקנת הגאונים גובה ממטלטלי ומוכח דכשיודע הוי כמתחייב, והעולה בזה דכשיש אומדנא שמתחייב הוי כמו שכתב בשטר, יט. והנה בלשון הזכרון דברים מתחייב המוכר באיחור במסירת הדירה לפיצוי ללוקח, ולא מוזכר לשון התחייבות עבור פיצוי הנזק, ובפשטות הכוונה שיתחייב מדין מזיק ובוזה ביה"ד צריך לדון האם חייבים ע"פ דין, והנה לפי הסברא שאין חיוב למכור, ממילא אין חיוב לתשלום נזק בזה שלא מקיים התחייבותו למכור, ויש לדון אי חיובו משום גרמי שלטענת הקונה מחמת הבטחת המוכר לא שכר מקום אחר ונגרם לו הפסד, בזה נראה שאין מקום לחייב את המוכר דלכל היותר נגרם לו מניעת רווח שבמציאות נתייקר השער ולא הפסיד ממונו אלא דמי למבטל כיסו של חבירו דפטור שלא הזיק אלא מנע את הריוח, וכן אפי' אי נימא שחל חיוב על המוכר למכור בזה שלמעשה לא מכר לא גרם הפסד ממון אלא מניעת

ריוח ואין לחייבו, אמנם לסברא שהבית נמכר לו משום זה חייב לשלם מדין נהנה וקיי"ל דזה נהנה וזה חסר חייב.

כ. והנה בשטר הזכרון דברים נכתב כל צד שיפר הפרה יסודית ישלם עשר אלף דולר, ולכאורה הלשון ישלם הוי התחייבות ואף שדומה ללשון אתן דהיינו בלשון עתיד, מ"מ לא דמי לאתן דבלשון ישלם הוי התחייבות על גופו ונכסיו, וכ"מ מהרמ"א בסי' ר"ז סי"ג באמר אם אוכיר ולא אעביד אשלם במיטבא לא הוי אסמכתא, ומוכח דלשון אשלם הוי התחייבות ומהני, ונראה בבאור הדבר דלשון אתן כוונתו שאתן חפץ מסוים דאי נימא שכוונתו להתחייבות צריך לומר אני נותן לך ומהא דאמר בלשון אתן משמע שכוונתו להבטחה שיתן בעתיד, משא"כ לשון אשלם אין כוונתו לחפץ מסוים אלא שישלם מה שהבטיח לו, אמנם אפי' אי נימא דלשון אשלם הוא לשון התחייבות דמהני, מ"מ הוי אסמכתא דבמתחייב על פיצוי גדול על היזק מחמתו אפי' שגזים מ"מ איכא הודאת בע"ד, ואפי' שידעין שלא הפסיד כ"כ, מ"מ איכא הודאה ומבטל אסמכתא וכ"מ ברמ"א סי' ר"ז סי"ד בצוה לכתוב בשטר שקנו ממנו בב"ד חשוב אע"ג דלא קנו מהני דהודאת בע"ד כמאה עדים, ואפ"ל שקנה מדין אודיתא, ה"ה בניד"ד כשמודה שזה ההיזק שנגרם לו חייב, ואכתי צ"ע בהא, אמנם מש"כ בזכרון דברים סכום אם יהא הפרה יסודית בסך עשר אלף דולר הוי אסמכתא ולא קניא, אלא אם האמת שנגרם לו הפסד בסכום הנ"ל שבזה לא הוי אסמכתא, ואף שלא כתבו שהתשלום הוא עבור ההפסד מ"מ מאחר שבאמת הפסיד לא הוי אסמכתא, וכ"מ בתוד"ה ומניומי בב"מ סו' ע"א שכתבו דמש"ה לא הוי בשידוכין אסמכתא מאחר דיש בו בושת, ואעפ"י שלא כתב שהתשלום עבור הבושת, ולכן נראה דעל ההפסד צריך לשלם בכל אופן הן אם הקנין חל הן אם הקנין לא חל, ועוד לפי הסברא שהקנין חל יוצא שע"י שמשלם את הקנס ישלם פחות למכירה ובזמן שיש בידו יש מהראשונים דס"ל שלא הוי אסמכתא.

כא. ועוד יש לעיין בניד"ד מאחר שהן המוכרים והן הקונים הם מנהלי ישיבות האם איכא אסמכתא בצדקה דבמרדכי ב"ק סי' מ"ד שאל ר' שלמה את ר' מאיר האם אמירה דאסמכתא מועיל בהקדש דנהי דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, מ"מ טפי ממסירה להדיוט לא הוי, ואסמכתא במסירה להדיוט לא מהני ואפי' בקנין, והשיב ר' מאיר דאין פירושו כמסירה גרידא אלא אמירה לגבוה כמסירה להדיוט כמסירה המועלת להדיוט באיזה ענין שתועיל מסירה כלומר דאסמכתא מועיל בהקדש, וכתב שם המרדכי דמהאי טעמא מהני אפילו באמר דבר זה אתננו להקדש, ואע"ג דהוי אסמכתא והוי דבר שלא בא לעולם אפ"ה חייב לקיים נדרו עכ"ד המרדכי, ולפ"ז בניד"ד שהמוכרים והישיבות ושליחם הם גבאי צדקה לכאורה יועיל אפי' באסמכתא וכן יהני בקנין אתן שנעשה נדר, ולראשונים דס"ל שנדר שנעשה ע"י שליח חל הנדר וחייבים המוכרים לקיים נדרם ולקיים המכירה, אמנם הנראה שאין כאן נדר מאחר שהמוכר והקונה הם מנהלי ישיבה, ומבואר בתוד"ה בקידושין כ"ט ע"א שבמוכר דבר להקדש, בפחות משווי הוי נדר ושייך לומר בזה אמירתו לגבוה כמסירה להדיוט בזה הנדר שמוותר להקדש, אבל במוכר בשווי שאינו עושה צדקה ע"י מכירה להקדש לא הוי צדקה ולא אמרינן בזה אמירתו לגבוה, כמסירה להדיוט, לפ"ז בניד"ד שנמכר בשווי אין כאן נדר וצדקה ולא אמרינן אמירתו לגבוה.

כב. ועוד טענו התובעים בזה שקבלו עליהם הצדדים לסדר זכרון דברים אצל עו"ד זה ההוכחה שקיבלו עליהם דין ערכאות וא"כ מאחר שבערכאות חל הקנין ממילא גם בדיני ישראל, לענ"ד אין הדברים מכוונים להלכה, דאפי' אי נימא דאזלינן בתר אומדנא כטענת התובעים שבעצם שנעשה ההסכם ע"י עו"ד הא גופא גילוי דעת שרצונם בדין ערכאות, הנראה שאפי' שאמרו בפירוש שרצונם לקנות בקנין המועיל בערכאות מ"מ לא מהני ולא הוי קנין לקנות כדין תורה שלא מצינו שיש למוכר וקונה אפשרות לעשות קנין חדש שאינו בדין תורה, והא דפסק הרמ"א בסי' קצ"ח ס"ה במוכר ולוקח שהתנו בהדיא שהמעות יקנו שהוי קנין וקנו, שאני התם דמעות הוי קנין דבר תורה וחכמים בטלו משום שמא יאמר לו נשרפו חטיף בעליה, ובכה"ג שהתקנה לטובת הקונה ורוצה שיקנו מעות מהני, ודמי לאומר לא ניחא לי בתקנת חכמים, משא"כ בדבר שלא הוי כלל קנין לא יועיל שום תנאי, וביותר דגם בהתנו שמעות יקנו בש"ך שם סק"י סובר שלא מהני התנאי ולא קנו, עכ"פ זה בודאי דליכא מ"ד שסובר בקנינים חדשים שיועיל לקנות בתנאי דדבר שאינו קנין, וראיה לזה מב"ב קמ"ט ע"א באיסור גיורא שרצה להקנות מעותיו לרב מרי ובגמ' שם שקלו וטרו היכי נקינינהו ובאלו קנינים, ולכאורה אי מהני תנאי למה לא התנה שיועיל כל קנין שיעשה, ומוכח שלא שייך לעשות קנינים חדשים והדבר פשוט, אלא דאכתי צ"ע מש"כ החת"ס הובא לעיל שקנין סיטומתא מהני מדאורייתא דהוי כאילו שהסוחרים התנו שיועיל קנין זה וכל תנאי שבממון קיים, ולכאורה לפמ"ש"כ שלא מהני תנאי לקנות בקנינים שלא הוי מדאורייתא איך מהני סיטומתא, וצ"ע ולאחר זמן מצאתי בדבר אברהם ח"א שהקשה ר' אברהם משכיל לאיתן קושיא זו, ובדבר אברהם תירץ דשאני תנאי דיחיד לתנאי שנעשה ע"י רבים, דמש"כ החת"ס שמהני תנאים בקנינים מיירי בתנאי הקהל, דאפי' שבדברים שיחיד בעלמא אינו יכול להתנות מ"מ בקהל מהני, ובדבר אברהם האריך להוכיח כשיטת החת"ס, ועוד כתב שם לבאר במקור קנין חליפין בודאי הוי מדאורייתא, ועוד טענו התובעים שהמקח לא חל מאחר שכל פסיקת הדמים נעשית ע"י שליח של המוכרים, והמוכרים לא קבעו את הפסיקה ומאחר שחסר בפסיקה לא נקנה המקח, לענ"ד אין הדברים כך דבודאי שהשליח יכול לקבוע הפסיקה, וכ"מ בנתיבות סי' רמ"ד סק"א שבנתינת מתנה א"צ שליח בר שליחות דאין השליח מקנה את החפץ, אלא מקבל המתנה עושה קנין וקונה את החפץ והשליח עושה קוף בעלמא ומועיל אפי' שליח גוי או קטן, וכן מועיל שליח שיעשה שליח אחר, אבל כשממנה הבעלים שליח למכור בזה צריך שליח בר שליחות מאחר שהשליח הוא קובע את הפסיקה, ובניד"ד מאחר שהשליח הוא הנושא ונותן בעניני הישיבה חל המקח, אמנם למעשה מאחר שבאנו בניד"ד להרבה ספיקות הב"ד הציעו לתובעים ולנתבעים פשרה.