

הרב יצחק שטינברג

ר"מ בישיבת "לב התורה", בית שמש

## דרכי יצירת התחייבויות והסכמים\*

### פתיחה

דבר ידוע הוא, שמעשה קניין הוא מרכיב מרכזי ומשמעותי בדיני מיקח וממכר שבתורה. וכן פתח הרמב"ם את הלכות מכירה (פ"א ה"א-ב):

המיקח אינו נקנה בדברים, ואפילו העידו עליהם עדים. כיצד? בית זה אני מוכר לך, יין זה אני מוכר לך, עבד זה אני מוכר לך, ופסקו הדמים ורצה הלוקח ואמר קניתי ורצה המוכר ואמר מכרתי, ואמרו לעדים היו עלינו עדים שמכר זה ושלקח זה - הרי זה אינו כלום, וכאילו לא היה ביניהם דברים מעולם. וכן בנותן מתנה ומקבלה.

אבל אם נקנה המיקח באחד מהדברים שהוא נקנה בהם, קנה הלוקח ואינן צריכין לעדים כלל, ואין אחד מהם יכול לחזור בו<sup>1</sup>. בהמשך מפרט הרמב"ם דרכי קנייתם של קרקע, מטלטלין ועבדים (שהן שלוש הדוגמאות שהזכיר בה"א). בפרטם של דברים בולטת העובדה שכל דבר ודבר נקנה ע"י מעשים ששייכים בו. יש קניינים שמועילים לכמה דברים: האחד הוא קניין כסף שקונה בקרקעות, בעבדים ובמטלטלין מדאורייתא (לר' יוחנן - ב"מ מז: , שהלכה כמותו - שו"ע חו"מ, ס"י קצח סע' א); כיוון שכסף מבטא את תמורת הדבר הנקנה<sup>2</sup>, וזה שייך בכל ענין. השני הוא קניין סודר, שאינו נוגע ישירות לדבר הנקנה, ועל כן מועיל בכל דבר<sup>3</sup>. שאר הקניינים מועילים לדברים מסוימים ואינם מועילים לדברים אחרים כגון חזקה שקונה בקרקעות ובעבדים ולא במטלטלין, ומשיכה והגבהה ומסירה שקונים במטלטלין ובעבדים ולא בקרקעות, וכו'. על משמעותו של מעשה הקניין במיקח ובממכר לא ארחיב כאן את הדיון<sup>4</sup>. באופן כללי אציג שתי סברות עיקריות: א. גמירות דעת - או משום שהקניין מהווה סימן לגמירות הדעת שנוצרה כבר בין הקונה והמוכר, או משום שהקניין מהווה סיבה לגמירות דעת זו. היטיב לבטא זאת החזו"א (חו"מ ס"י כב, בשם אביו):

כלל גדול יהיה לך בקניינים, דעיקר הקניין הוא שישגמור בלבו להקנות הדבר לחבירו וחבירו יסמוך עליו. ויש דברים שקיים להו לחז"ל שבדבור בעלמא גומר בלבו להקנות לחבירו, ויש שאינו גומר בלבו רק ע"י הקניינים המפורשים מן התורה או מחז"ל. ודוק היטב בזה, והפוך בה דכולה בה, דוק בש"ס ופוסקים ותמצא כן. וזכורני שכדברים האלה כתב הגאון ר' אלעזר משה מפינסק (שיחי"י) [ז"ל] בהסכמתו להש"ס דווילנה הנדפס במסכת ב"ב, ודוק בדבריו כי נכונים הם מאד.

אמנם החלוקה שעושה בין דברים הנקנים בדיבור בעלמא לבין אלו הצריכים מעשה קניין, איננה ברורה די צרכה, ואף עומדת בסתירה, לכאורה, לדברי הרמב"ם והשו"ע הנ"ל. ועל זאת ארחיב בעז"ה בהמשך.

\* המאמר נערך לשונית על ידי הרב אבי ונגרובר

<sup>1</sup> וכן כתבו הטור והשו"ע בחו"מ ס"י קפט בשינוי לשון קצת.

<sup>2</sup> לא רק לדעת הסמ"ע שסובר שקניין כסף הוא משום פרעון ("כסף שיווי"), אלא אפילו לדעת הט"ז הסובר שכסף פועל מצד מעשה קניין בעלמא ("כסף קניין"), הרי שמעשה זה מסמל את תמורת הדבר. עיין בסמ"ע חו"מ ס"י קצ ס"ק א, ובט"ז שם.

<sup>3</sup> מלבד מטבע, כדאיתא בב"מ (מו.), ונפסק בשו"ע חו"מ (ס"י רג סע' א).

<sup>4</sup> יעויין בהרחבה בספר פרי משה על קניינים ס"י א.



ב. הוראת בעלות. עצם מעשה הקניין מתחיל את העברת הבעלות מהמוכר לקונה, ובכך הוא יוצר את המיקח. כמובן שסברה זו לא שייכת בכלל הקניינים שאינם מבוצעים בגוף הדבר הנקנה כגון סודר<sup>5</sup> וסיטומתא בתקיעת כף וכדו'. (להם מתאימה הסברה הראשונה, מכוח גמירות דעת).

עד כה ראינו שיש צורך במעשה קניין לצורך מיקח וממכר. ואולם מצינו, כמה דברים, שיפורטו בהמשך, שנגמרים גם ללא מעשה קניין. וא"כ יש לברר האם "קניין" (ובעיקר הכוונה לקניין סודר, שהוא סתם קניין בש"ס<sup>6</sup>, והוא נפוץ מאוד מפני שהוא קל ונוח לביצוע<sup>7</sup>) הוא תנאי בל יעבור בגמירת כל העניינים הממוניים בין בני אדם, או שקיימת מערכת שלימה של דברים שאינה זקוקה לקניין ואולי אף שונה מהותית מקניין. ניגש לברור הדברים.

#### א. התחייבות

חידוש גדול למדנו מפסק של הרמב"ם (הל' מכירה פ"א ה"טו) בענין התחייבות, הנראה כסותר פסק שלו עצמו שהובא לעיל, וכך כתב:

המחייב עצמו בממון לאחר בלא תנאי כלל, אעפ"י שלא היה חייב לו כלום – הרי זה חייב, שדבר זה כמו מתנה הוא, ואינו אסמכתא. כיצד? האומר לעדים היו עלי עדים שאני חייב לפלוני מנה או שכתב לו בשטר הריני חייב לך מנה אעפ"י שאין שם עדים, או שאמר לו בפני עדים הריני חייב לך מנה בשטר... וחייב לשלם, אעפ"י ששניהם יודעים שלא היה אצלו כלום. שהרי חייב עצמו וגמר ושעבד עצמו כמו שישתעבד הערב. וכזה הורו רוב הגאונים.

הנה לפנינו מקרה של "כמו מתנה" (כלשון הרמב"ם), המועיל בדברים בעלמא, ללא כל קניין ובתנאי שנעשה בפני עדים ואמירת "אתם עדיי", או כתיבה בשטר. כיצד תופסת התחייבות זו<sup>8</sup>?

כדי להשיב על שאלה זו, יש להתבונן במקורו של הרמב"ם בש"ס. המ"מ (שם) מפנה אותנו לסוגיה הבאה (כתובות קא. – קב.):

איתמר האומר לחבירו חייב אני לך מנה – רבי יוחנן אמר חייב, וריש לקיש אמר פטור. היכי דמי? אי דאמר להו אתם עדיי מאי טעמא דר"ל דקפטר, אי דלא אמר להו אתם עדיי מ"ט דר"י דקמחייב? לעולם דלא קאמר להו אתם

<sup>5</sup> הערת עורך: כך מקובל לומר, אך לענ"ד אין הכרח לסבור שמשמעות קניין סודר שונה מהקניינים האחרים, ונבאר הדברים: הגמרא במסכת בבא מציעא (דף מ"ז.) קוראת לקניין סודר "קניין חליפין". ונראה שהמקור במציאות לקניין סודר הינו קניין חליפין אמיתי (הנקרא חליפין שווה בשווה), בו בתמורה לקבלת חפץ ניתן חפץ אחר (וכמו שעושים בקניין כסף), ובמרוצת הדורות (כפי שמדויק בגמרא ב"מ שם שלומדת קניין סודר ממגילת רות, שם מבוואר במנהג שהיה רווח), הוחל לעשות העברת בעלות על החפצים על ידי נתינת חפץ אחר תמורתו, גם במקרה שבו לא באמת מעבירים את החפץ שניתן בפועל, אלא מחזירים אותו אחר כך לבעליו..

<sup>6</sup> כמבואר ברא"ש ב"מ פ"ה סי' כט.

<sup>7</sup> ראה רא"ש ב"ב פ"ח סי' ה.

<sup>8</sup> כדי להבין את גודל החידוש בזה, יש לציין שקיים הבדל מהותי מאוד בין משפט העמים (ובכלל זה גם המשפט הנהוג כיום במדינת ישראל, לצערנו) לבין משפט התורה בכל הנוגע ליצירת התחייבות אובליגטורית היינו התחייבות עתידית, כגון – לשלם, לבנות, למכור וכו'. בעוד שהמשפט הכללי נותן תוקף משפטי מוחלט להתחייבות כגון אלו, ומקבל זאת כאקסיומה וכדבר מובן מאליו; זאת בגלל היותו בנוי על המשפט הרומי, שקבע את הכלל "הסכמים יש לכבד" (כפי שתורגם בספר 'כתר' ח"א עמ' 36) או בלשון אחרת "הסכמה היא חובה" (כפי שתורגם בספר 'ההתחייבות' של ד"ר איתמר ורהפטיג, עמ' 519). העיקרון המנחה במשפט זה הוא – מפגש רצונות. ברגע שנחתם הסכם בין שני בני אדם או יותר (או אפילו סוכם בע"פ), הרי שנוצר מפגש בין רצונות המעורבים בדבר, וזוהי הגדרת חוזה המחייב מבחינה משפטית. לעומת זאת, תורתנו הקדושה איננה מכירה ביסוד זה. כמובן, ואין צורך לומר, שישנה חובה מוסרית ממדרגה ראשונה לעמוד בדיבור ולקיים מה שהובטח וסוכם. "כל החוזר בו... הרי זה ממחוסרי אמנה, ואין רוח חכמים נוחה הימנו" (רמב"ם הל' מכירה פ"ז ה"ח). אולם אין ההלכה כופה את קיום ההסכם (בחלק מהמקרים, כפי שיידון במאמר זה) מבחינה משפטית-מונית. בספר 'כתר' עמ' 37, הערה 27 הועלתה השערה בהסבר ההגיון התורני לעמדה זו – "תמיכה מעמיקה וקיצונית בחירות האדם, עד כדי חוסר נכונות להכיר ביכולתו לכבול את עצמו בחוזה ולחייב עצמו להתנהג בצורה מסוימת". הסבר זה מורחב בכתביו של ד"ר ורהפטיג, למשל בספרו "ההתחייבות" עמ' 466-467, שם הוא מגדיר זאת ע"י שימוש בדין מדיני הפועלים: פועל יכול לחזור בו אפילו בחצי היום, משום "עבדי הם, ולא עבדים לעבדים" (ב"מ י.). זהו העיקרון הכולל לכל מושגי ההתחייבות וההסכמים בהלכה, שכן כל התחייבות קושרת את האדם, ונוטלת ממנו את חירותו ביחס למין האנושי. זהו בניגוד לרצון התורה, הקובע כי האדם יהיה משועבד אך ורק כלפי הקב"ה ותו לא. רק כאשר נוצר חוזה "חפציי", דהיינו שנעשה מעשה קניין על העברת בעלות של דבר מסויים מאדם לחבירו – אזי אין כאן השתעבדות של ה"גברא" לחוזה, אלא כל כולו מופנה כלפי "חפצא", וממילא אין כאן סתירה ל"עבדי הם". [ד"ר ורהפטיג היטיב לבאר חילוק זה בין שני סוגי המשפט בספרו הנ"ל בכמה וכמה מקומות. ביניהם: עמ' 8-3, 11-13, 445-446, 494-495; 519-520].

עדיי, והכא במאי עסקינן דא"ל חייב אני לך מנה בשטר. רבי יוחנן אמר – חייב, אלימא מילתא דשטרא כמאן דאמר להו אתם עדיי דמי. ריש לקיש אמר – פטור, לא אלימא מילתא דשטרא... אמר רבא כתנאי: ערב היוצא אחר חיתום שטרות גובה מנכסים בני חורין. מעשה בא לפני ר' ישמעאל ואמר: גובה מנכסים בני חורין, אמר לו בן ננס: אינו גובה לא מנכסים בני חורין ולא מנכסים משועבדים. אמר לו: ולמה? אמר לו: הרי שהיה חונק את חבירו בשוק ומצא חבירו ואמר לו הנח לו ואני אתן לך פטור, שלא על אמונתו הלווהו. לימא ר' יוחנן דאמר כר' ישמעאל, ור"ל כבן ננס...

בהבנת סוגיה זו נחלקו הראשונים: לדעת רש"י (כתובות שם) ורי"א<sup>2</sup> (מובא בשלטי גיבורים, כתובות סא. מדפי הרי"ף אות א) כל הסוגיה מדברת בהודאה, דהיינו שמודה פלוני לחבירו שחייב לו מנה מחמת הלוואה שהייתה בעבר. ור"ל רש"י (שם בד"ה אתם עדיי): "שאני מודה לו"; ובהמשך דבריו (שם בד"ה מאי טעמא דר"ל) הביא משנה מפורשת (סנהדרין כט): המחייבת בכהאי גוונא.

לדעת ר"ת (כתובות קב. בתוספות ד"ה אליבא), רמב"ן ורשב"א (כתובות שם; מובאים במ"מ על הרמב"ם שהוזכר לעיל) – מסקנת הסוגיה עוסקת בהתחייבות חדשה בכתב, לעומת "אתם עדיי" שעוסקת בהודאה. ואלו דבריו של ר"ת:

ור"ת מפרש כולה סוגיה 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 זה. ובהא פליגי: ר' יוחנן סבר – אלימא מילתא דשטרא לאקנויי ביה בשטר זה כמו שהודה בפני עדים. ואין הדמיון טוב (שכן בשטר מיירי בהתחייבות חדשה, ואילו ב"אתם עדיי" מיירי בהודאה - י.ש.), אלא אידי דנקט לעיל דאמר להו אתם עדיי נקט נמי הכא כמ"ד להו אתם עדיי דמי. ואין לתמוה היכי משתעבד בשטר זה – הא אין מיטלטלין נקנין בשטר? דיש לומר דהואיל וטרח למכתב שטרא גמר ומשעבד נפשיה. שהרי אפילו באמירה בעלמא יש דברים שנקנים כדקאמר בסמוך ("אמר רב גידל אמר רב כמה אתה נותן לבנך כך וכך, וכמה אתה נותן לבתך כך וכך עמדו וקידשו קנו – הן הן דברים הנקנים באמירה" – (כתובות קב.)), ועוד דשמעינן ליה לר' יוחנן בהזב (ב"מ מט.) – הנותן מתנה מועטת לחבירו קנה אע"פ שלא הגיע לידו דגמר ומקני<sup>9</sup>. הכא נמי מתוך שטרח ליתנם בשטר בכה"ג גמר ומקנה.

לדעת הרמב"ם (שהובא לעיל) והרי"ף<sup>10</sup> – כל הסוגיה עוסקת בהתחייבות חדשה שנעשית בעל פה בפני שני עדים כשהמתחייב אומר להם "אתם עדיי", או בכתיבת שטר. וכך פסק השו"ע (ח"מ סי' מ סע' א).

כבר מדעתו של ר"ת אנו רואים מושג חדש בהתחייבות: "הואיל וטרח למכתב שטרא גמר ומשעבד נפשיה"; לדעת ר"ת הטרחה בכתיבת השטר יוצרת התחייבות אף על פי שגם הוא יודה שאינה מועילה כמעשה קניין במיטלטלין. נתחיל בכירור דעתו של הרמב"ם, ודרך כך גם ר"ת יבואר יותר.

### 1. שיטת קצות החושן – התחייבות פועלת מדין קניין אודיתא

"קצות החושן" (ח"מ שם סי' א) דן באריכות ברמב"ם זה. בתחילה מסכם הוא ג' השיטות דלעיל. אח"כ מביא את קושיות הר"ן (שם ד"ה גמי היכי דמי) על הרמב"ם:

1. כיצד מתחייב אדם בדיבור בעלמא ללא קניין וללא שטר, הרי אפילו ערב (שהוא המקור לדין זה, כדמשמע בגמרא וברמב"ם) בעי קניין שלא בשעת מתן מעות<sup>11</sup>, ובשעת מתן מעות משתעבד רק מחמת "ההיא הנאה דקא מהימן ליה" (ב"ב קעג:).
2. ביחס לשומר קרקעות אמרה הגמרא (ב"מ נח.) – "הכא במאי עסקינן בשקנו מידו". משמע שבדבר שאינו מחויב בו מעיקרא, כמו שמירת קרקעות, שאין בהם דיני שומרים מהתורה (שו"ע ח"מ סי' שא סע' א), אם מחייב עצמו (כהתחייבות חדשה) צריך קניין, ולא מספיק דיבור בעלמא.

<sup>9</sup> ההשוואה לשם צ"ע, דלכאורה אין הכוונה שהמתנה נקנית ממש למקבל באמירה בעלמא, אלא צריך מעשה קניין עבור זה. כל הכוונה היא שלגבי מחוסר אמנה חשיב כקנוי, דהיינו שאם יחזור בו יחשב מחוסר אמנה, לעומת מתנה מרובה שהחזרה מותרת. ויעויין ברש"ש שם, שהקשה כן.

<sup>10</sup> לפי הבנת הר"ן (בחידושו על הרי"ף כתובות סא. ד"ה והכא). לעומת הרמב"ן (במלחמות שם) שהבין שהרי"ף סבור כמותו, שמדובר בהתחייבות בכתב בלבד.

<sup>11</sup> לדעת הרמב"ם עצמו (מלוה ולוה, פרק ה הל' א-ב). ויעויין בדברי הרמב"ן שלהי ב"ב בענין קניין בערב, שהולך לשיטתו בהסברו לסוגיית כתובות קא הנ"ל.



3. לגבי מתנה שומר חנם (ולגרסתנו – שומר שכר) להיות כשואל, מקשה הגמרא (ב"מ צד.) – "במאי, בדברים?" ומתרת שני תירוצים: "אמר שמואל בשקנו מידו. ור' יוחנן אמר אפילו תימא בשלא קנו מידו, בההיא הנאה דקא נפיק ליה קלא דאיניש מהימנא הוא גמיר ומשעבד נפשיה" (ומוסיף הר"ן – ובעיני משיכה).

מכל הנ"ל מסיק הר"ן (בהסבירו דעת רש"י דלעיל): "אלמא אין אדם משעבד עצמו בדבר שאינו חייב – בדברים, אע"פ שאמר לעדים אתם עדיי"<sup>12</sup>.

בעקבות כל זאת משנה "קצות החושן" את ההבנה הנ"ל ברמב"ם, וטוען שגם לפי הרמב"ם התחייבות איננה תופסת בדיבור בעלמא וכמו שכל דיני משא ומתן צריכים קניין כל אחד לפי עניינו – ה"ה בחיוב. הקניין שכן פועל בהתחייבות (עם אמירת "אתם עדיי") הוא קניין אודיתא<sup>13</sup> וכמו שכתבו התוספות (ב"ב קמט. ד"ה שכיב מרע) לגבי אודיתא דאיסור גיורא, דחשיב קניין בין בבריא בין בשכיב מרע. קניין אודיתא מועיל להקנות אפילו חפץ ממש, אע"פ ששניהם יודעים שזה חפץ או הקרקע אינם של הקונה – הרי שקונה אותם באודיתא של הנותן, כמו שקונה במשיכה או בכסף<sup>14</sup>. ומביא קצות החושן כראיה לדבריו את דברי הנמוק"י (ב"ב סט: מדפי הר"ף), שכתב גבי אודיתא דאיסור גיורא, שמסוגיה זו יש ראייה לדעת הריטב"א (כתובות שס), שאדם יכול לחייב עצמו בלשון הודאה, אפילו אם ידוע שאינו חייב מעיקרא. ומחזיק "קצות החושן" טובה ל"רבינו הגדול הכסף משנה, שירד לאמיתו של דבר" (כלשון "קצות החושן" שס), וכתב על דברי הרמב"ם הנ"ל בנוגע להתחייבות – "זה נלמד מדאמרינן בפ' מי שמת (ב"ב קמט.) ולודי איסור דהני זוזי דרב מרי ניהו וליקנינהו באודיתא". עפ"י יסוד זה מיישב "קצות החושן" את הסוגיות הנ"ל שהביא הר"ן<sup>15</sup>: גבי מתנה שומר חנם להיות כשואל – כיוון שאין שם לשון הודאה אלא לשון התחייבות להיות כשואל, אף שנאמרת בפני עדים – "אתם עדיי" לא נחשב הדבר לקניין אודיתא. וכן אצל ערב הלשון אינה לשון הודאה אלא לשון התחייבות להבא ולכן נזקקת הגמרא לסברה "ההיא הנאה..." או לקניין.

מסיים שם "קצות החושן", שהאריך בדבר זה כדי לאפוקי מדעת הש"ך (ח"מ סי' מ ס"ק ד) ושאר אחרונים (כגון הפני יהושע בכתובות שס) הסוברים שטעמו של הרמב"ם הוא משום שניתן להתחייב בקלות על ידי דיבור בעלמא. וחולק עליהם "קצות החושן" באומרו: "והוא נגד הסברא, ונגד כמה סוגיות בש"ס. וכן משמע מהא דאמר רב גידל – הן הן הדברים הנקנין באמירה (כתובות שס), משמע דשאר דברים אין נקנין אפילו בחיוב. ולפי מה שכתבנו הכל ניחא, דהרמב"ם לא מיירי אלא מלשון הודאה, והוא קניין מעליא כמו שטר, דאודיתא הוי קניין". בהמשך דברינו ננסה לרדת לעומק דעתם של האחרונים ש"קצות החושן" דוחה, להבינם ולקבלם.

## 2. שיטת אבן האזל – בהתחייבות אין צורך בקניין

ראשית כל, נחזור לר"ן שהובא לעיל. בניגוד ל"קצות החושן", הר"ן אינו נזקק לקניין אודיתא כדי להסביר את הרמב"ם (והרי"ף, לשיטתו), אלא משאיר אותו כפשוטו – התחייבות בדיבור. בכואו ליישב את הסוגיות המוקשות לדעת הרמב"ם אומר הר"ן שהתנאי של "קנו מידו" בשומר קרקעות הוא "לאו דוקא" ואף אם יאמר אתם עדיי מהני, שהרי ודאי ניתן להעמיד ההלכה כשהיב

<sup>12</sup> בהמשך אביא את תירוצי הר"ן לקושיות אלו אליבא דהרמב"ם.

<sup>13</sup> בסוף דבריו שם מסביר "קצות החושן", שאמנם בקניינים אין צורך בעדים, "דלא איברא סהדי אלא לשיקרי" (קידושין סה:), אך בקניין אודיתא העדים ו"אתם עדיי" הוי לעיכובא, ע"ש.

<sup>14</sup> יעויין גם ב"קצות החושן" (סי' קצד ס"ק ד), שהאריך להוכיח מדברי הראשונים שאודיתא הוי קניין שלם, ולא נופל הוא מכל הקניינים, הן לענין ממון הן לענין איסור, אע"פ שקמי שמיא גליא שאין הדבר כן. גם בשו"ת נודע ביהודה (מהדורה קמא ח"מ סי' ל אות ז) כתב שההודאה היא הקניין בעצמו, ולא מטעם שכיון שהורה אמרינן שכבר הקנה לו, אלא זהו הקניין עצמו (וכתב שהודאה היא הקניין הגדול שבכל הקניינים, ואפילו דבר שאינו נקנה בשום קניין נקנה בהודאה). אך ישנם ראשונים החולקים על כל זה וסוברים שאודיתא אינו קניין כלל, אלא שהוא מועיל בתורת נאמנות, כי אדם נאמן על עצמו לחובתו כמאה עדים. כן כתב הרשב"א (שו"ת חלק ג סימן סז ובחלק ד סימן ג), וכן משמע מתירוצו האחרון של הריטב"א (ב"מ מו.). אחרונים רבים (שו"ת חמדת שלמה חלק אה"ע סי' ס אות ט; אמרי בינה דיני הלוואה סי' טז ד"ה ומה שהביא; אבן האזל הל' מכירה פרק י"א הלכה ט"ז) הוכיחו בדעת הרמב"ם, שאודיתא איננה קניין כלל אלא נאמנות ( בניגוד לדברי "קצות החושן" כאן, המסביר את הרמב"ם בדין אודיתא וסובר שהוא קניין מוחלט. וראה לקמן הערה 22). וישנם ראשונים הסוברים שאודיתא קונה במתנת שכיב מרע ואינה קונה בבריא: ספר התרומות (שער נא חלק ח אות א) בשם איכא מאן דאמר התרומות עצמו חולק, וסובר שמהני גם בבריא; שו"ת התשב"ץ חלק ג סימן שכה (ראייתו היא מכך שהמקור היחיד בש"ס לאודיתא הוא בסוגיא בב"ב קמט א לגבי איסור גיורא, והוא היה שכיב מרע. ומוסיף הוכחה בשם בעל העיטור – דאילו היה מועיל גם בבריא – מדוע היה צורך לתקן הקנאות אחרות? והוסיף להוכיח כן מכל הראשונים שכתבו שלא מצינו דרך להקנות מטבע אלא אגב קרקע, וכן הלוואה אלא במעמד שלושתן – משמע שהודאה איננה מועילה בהם).

<sup>15</sup> מלבד הסוגיה בב"מ נח., שמתעלם ממנה. אך כנראה שגם לה עולה אותו יישוב.

עצמו בשטר, כיוון דקי"ל כר' יוחנן, אלא דנקטו "קנו מידו" לפי שהיא ההקנאה היותר רגילה". ולגבי ערב אומר הר"ן: "היינו טעמא דלא מהני ביה אתם עדיי, לפי שהוא דומה לאסמכתא."<sup>16</sup>

כדי להסביר את הדברים נעיין בהסברו של "אבן האזל" (להלן אהז"ל) לרמב"ם הנ"ל, ודרכו ננסה להרחיב עוד. ראשית, מביא אהז"ל את פירושו של המ"מ והר"ן, לרמב"ם שפירשו שהתחייבות נוצרת בדיבור, מכוח הסוגיה בכתובות הנ"ל<sup>17</sup>. אח"כ מביא אהז"ל את קושייתו של הלח"מ שם – כיצד הגמרא והרמב"ם משווים בין ערב להתחייבות, הרי ערב לאחר מתן מעות צריך קניין, ואילו התחייבות תופסת גם ללא קניין? ואמנם מביא הלח"מ את תירוץ הר"ן, שערב דומה לאסמכתא ולכן צריך קניין, אך בכל אופן נשאר בצ"ע מדמיון הגמ' ביניהם, ממנו עולה שבשניהם אין קניין. ומסיים הלח"מ, שכן הקשה הרמב"ן בסוף ב"ב.

כדי לתרץ קושיא זאת כותב אה"ז, שהדובר בסוגיה הוא ר' יוחנן ור' יוחנן עצמו סובר (ב"ב קעו.), שערב לא בעי קניין, וממילא הסוגיה עצמה מתורצת. ולדין דקי"ל שערב לאחר מתן מעות בעי קניין (כמו שפסק הרמב"ם, לעיל הערה 10) – באמת אינו דומה הערב להתחייבות שאינה צריכה קניין, כי בערב יש אסמכתא, לעומת התחייבות שהינה דבר ברור. ומה שכתב הרמב"ם "שהרי חייב עצמו כמו שישתעבד הערב", כוונתו לדמותם רק בעיקר הדין שיכול אדם לשעבד עצמו בחיוב חדש אפילו שלא לוה כלום. וההשוואה איננה לערב לאחר מתן מעות, שהוא בעי קניין (מחמת הדמיון לאסמכתא), אלא לערב בשעת מתן מעות, שמהני גם בלי קניין. ואמנם המשנה (ב"ב קעה:) מחייבת ערב בשעת מתן מעות רק מחמת "שכן על אמונתו הלווהו", היינו בכדי לסלק את בעיית הדמיון לאסמכתא, אף בלא עשיית קניין<sup>18</sup>. וכן מסתלק הצורך ב"אתם עדיי", דכיוון דעל אמונתו הלווהו גמר והתחייב גם ללא אתם עדיי. ולעולם הדמיון בין התחייבות לערב הוא בעצם היכולת ליצור חיוב חדש, אף ללא הלואה.

ביחס לשתי הקושיות האחרות על הרמב"ם<sup>19</sup>, מביא אהז"ל את תירוץ הר"ן ש"קנו מידו" הוא לאו דוקא, וה"ה דמהני אתם עדיי<sup>20</sup>. ואח"כ מביא את תירוץ הש"ך (סי' מ' ס"ק ז) והגר"א (שם ס"ק ב)<sup>21</sup>, שיישבו סוגיות אלו כמו שיישב הר"ן את דין ערב – שגם התחייבות השומר דומה לאסמכתא, כי אין חיובו ברור, לכן בעינן "קנו מידו" או "ההיא הנאה..." ולא די ב"אתם עדיי"<sup>22</sup>. ומדייק אהז"ל דבר זה מהרמב"ם גופו, שכתב בתחילת דבריו (שהובא לעיל): "המחייב עצמו בממון לאחר בלא תנאי כלל..." הוספה זו של הרמב"ם באה להוציא ממצב הדומה לאסמכתא, וליצור מצב של חיוב ברור, שרק בו מועיל "אתם עדיי"<sup>23</sup>.

<sup>16</sup> הר"ן מתעלם מסוגיית מתנה שומר חנם להיות כשואל, וצ"ע אם גם שם יאמר שהוא לאו דוקא, או שהוא תנאי הכרחי בהיותו דומה לאסמכתא? יעויין בהמשך, שהאחרונים הזכירו סוגיה זו בין הדברים שדומים לאסמכתא וכפי שכתב הר"ן בתירוץו וא"כ אולי זו גם דעת הר"ן.

<sup>17</sup> יעויין במ"מ בפנים שהאריך בהסבר שיטת הרמב"ם והר"ף, ולעומתם בשיטת הרמב"ן והרשב"א שחולקים עליהם. וברעת הרמב"ם הסביר, שהתחייבות ללא "אתם עדיי" אינה מועילה, משום שיכול לומר משטה הייתי בכך, כמו בהודאה.

<sup>18</sup> הערת עורך: על השאלה מדוע אין בעיית אסמכתא בשעבוד הערב, עיין גם במאמרו של הרב יונתן ארנברג בקובץ זה "שעבוד הערב לשיטת הרמב"ם".

<sup>19</sup> ב"מ (נח. צד).

<sup>20</sup> יש לציין, שהר"ן לא אמר זאת על הסוגיה בב"מ צד. אלא על ב"מ נח. ולא ברור אם גם שם יתרץ אותה דבר (כפי שהבין אהז"ל), או ששם יתרץ כמו בערב – שהוא דומה לאסמכתא (כי שם יש גם תירוץ נוסף בגמרא – "בההיא הנאה..." וא"כ יותר נראה שהתירוץ הם בדוקא).

<sup>21</sup> אמנם, לעומת הש"ך שציין במפורש את שתי הסוגיות הנ"ל בתירוץו, הגר"א ציין בתירוץו רק את ב"מ צד ע"א. והנה בעצם הדברים צ"ע ברעת הגר"א, כיוון שממה שכתב בס"ק ב הנ"ל משמע שהבין כמו המ"מ והר"ן (ואבן האזל), שמקור דין התחייבות הוא בסוגיא בכתובות הנ"ל. ואילו בס"ק ד מציין את סוגיית אודיתא כמקור, ולכאורה ארכביה אתרי רכשי?

<sup>22</sup> יש להקשות על דבריהם, שאם הר"ן תירץ כן בערב, ואעפ"כ אמר בשומר קרקעות – לאו דוקא, ומועיל בו אף "אתם עדיי", משמע שסבר שאין הוא דומה לאסמכתא וצ"ע. הערת עורך: ניתן לומר שהש"ך והגר"א סוברים אחרת מהר"ן ואין מקום לקושיא.

<sup>23</sup> בדברים אלו ניתן לתרץ סתירה שמציג "קצות החושן" בשו"ע: במקום אחד (ח"מ ס' מ' סע' א) פוסק השו"ע כרמב"ם, שמועילה התחייבות עם "אתם עדיי" ללא קניין, ואילו במקום אחר (ח"מ ס' ס' סע' ו) פסק: "המחייב עצמו בדבר שלא בא לעולם או שאינו מצוי אצלו – חייב, אע"ג דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, הני מילי כשהקנה לו בלשון מכר או בלשון מתנה... אבל בלשון חיוב כגון שאמר הווי עלי עדים שאני מתחייב לפלוני בכך וכך חייב, והוא שקנו מידו". כבר הש"ך (ח"מ ס' ס' ס"ק כו) עמד על סתירה זו, שבמקום אחד מצריך השו"ע קניין להתחייבות, ובמקום השני לא; ומעלה אפשרות לומר, שאולי התחייבות לדבר שאינו בעולם או שאינו ברשותו איננה תופסת ב"אתם עדיי" לחוד. אך מסיים – "לא מסתבר לי לחלק בכך, ודעת המחבר צל"ע". והנה, "קצות החושן" הוכיח מכאן את שיטתו, שהתחייבות המועילה ללא קניין היא מטעם אודיתא, וממילא בהתחייבות עתידית (כמו לדבר שאינו בעולם) לא שייך אודיתא, ולכן בעינן קניין. אך לאור דברי הש"ך עצמו דלעיל (וכן הגר"א), מובנים הדברים. שכן בדבר הדומה לאסמכתא דרוש חיזוק לדיבור ע"י קניין (כמו ערב לאחר מתן מעות, או התחייבות עם תנאי). ממילא ניתן לומר, שה"ה לדבר שלא בא לעולם – הדומה לאסמכתא מחמת חסרון בגמירות דעת, ולכן צריך קניין. ואכן יעויין בגר"א (שם סקל"ג) שכתב – "והוא שקנו מידו: כמו ערב לאחר מתן מעות דצריך קניין כיוון שמשתעבד ללא



בסיום דבריו, דוחה אהז"ל את הבנתם של הכס"מ ו"קצות החושן", שדברים אלו של הרמב"ם מבוססים על סוגיית איסור גיורא, ותוקפם הוא מכח אודיתא. ראשית, דחיה לשונית מסוף דברי הרמב"ם: "שהרי חייב עצמו כמו שישתעבד הערב", משמע התחייבות ולא אודיתא! והשנית דחיה עקרונית, כי לדעתו הרמב"ם לא מכיר בקניין אודיתא בבריא כלל, אלא רק בשכ"מ<sup>24</sup>, ואכמ"ל.

לאחר פְּתִיבֵי זאת, מצאתי תנא דמסייע גדול לשיטת אהז"ל בהבנת סוגיית התחייבות, והוא ה"דברות משה" (ר' משה פיינשטיין זצ"ל). במסכת קידושין (סי' י ענף א) הוא כותב:

אבל יקשה דהא לא דמי כלל לערב, דבקיודושין הא בעינן שיהיה להנאה חשיבות כסף, ובערב אין צורך לחשיבות כסף, דאדרבה הא לא מצינו שבנתינת כסף לאדם שישתעבד לחיובים בעלמא – יועיל שישתעבד, לא לערבות ולא לשאר חיובים שצריך לשעבד גופו לזה. ורק לקרקע ועבדים הוא קניין ולמיטלטלין לר' יוחנן, אבל לשעבד גופו ליותר מהסך שלקח לא מהני קניין כסף. ורק בהנאה זו דמהימן הוא מתחייב להערבות ששעבד גופו על זה. ונמצא שהוא דין בעצם על הנאה זו, שבשביל זה משתעבד לערבות בלא צורך שום קניין, אף שהוא בעצם דברים דעלמא. וכדמצינו בכה"ג בב"מ דף צ"ד במתנה ש"ח להיות כשואל, דא"ר יוחנן אפילו תימא בשלא קנו מידו והם דברים בעלמא, בההיא הנאה דקא נפיק ליה קלא דאינש מהימנא הוא גמיר ומשתעבד נפשיה... אלא משמע דקניין כסף אינו קניין לשעבד חיובים והוצרך דוקא לקניין סודר לשמואל ולר' יוחנן בההיא הנאה... וכן הוא בהתחייבות דערב דקניין כסף לא מהני להשתעבד ורק בההיא הנאה דמהימן לו מהני להשתעבד. וא"כ בהכרח אינו משום דהנאה שוה לו כסף, אלא דהנאה עושה שלא יצטרך קניין; מה שכסף לא שייך שיעשה זה, דכסף עושה רק קניין בדברים שמועיל קניין כסף, אבל אינו עושה שלא יצטרך לקניין. וכמפורש לשון זה בחו"מ (סי' רצ"א סעי' כ"ז) שכתב – 'בר"א שאין חייב ש"ח אלא בפשיעה בסתם שומר, אבל אם התנה שיתחייב אף באונסין חייב אף בדברים בלא קניין'.

וע"ש בהמשך הסימן שמאריך להסביר יסוד זה<sup>25</sup>.

### 3. סיכום ביניים

לסיכום עד כה יוצא שסוגיה זו בכתובות מהווה מקור, לחלק מהראשונים והאחרונים, לקבלת התחייבות ללא קניין.

לשיטת הרמב"ן, רשב"א, ור"ת – ע"י כתיבת שטר ("כיוון דקא טרח, גמר ומשעבד נפשיה"); ולשיטת הרמב"ם (והשו"ע): לפי הבנת המ"מ, הר"ן, הש"ך, ואבן האזל – ע"י "אתם עדיין" (שאו אינו יכול לטעון "משטה הייתי בך"), אם אין תנאי (שאו אין בעיית אסמכתא). ולפי הבנת הכס"מ, ו"קצות החושן" – ע"י קניין אודיתא.

תוך כדי הדברים ראינו סוגיות הנוגעות להסכמים, וגם מהם, לחלק מהשיטות, יש מקור לענין זה: שומר קרקעות, שאמנם הגמרא מעמידה "בשקנו מידו", אך לפי הר"ן זה לאו דוקא, וגם "אתם עדיין" מועיל. ולפי הש"ך, הגר"א ואבן האזל – הקניין אכן נדרש, אך רק כדי לסלק בעיית הדמיון לאסמכתא, ולא לעצם יצירת ההתחייבות. "קצות החושן" לעומת זאת מצריך קניין לגוף הדבר, כי שם אין אודיתא. מקור נוסף הוא הסוגיה שמתנה שומר חנים להיות כשואל, גם שם הקניין או "ההיא הנאה" נצרכים כל אחד לשיטתיה. וכמו כן ערב, שבשעת מתן מעות נצרך ל"ההיא הנאה" כל אחד לשיטתיה, ושלא בשעת מתן מעות – לפי הרמב"ם צריך קניין משום שלא קיימת הנאה של "על אמונתו הלווה", וכדי לסלק בעיית האסמכתא או לשם יצירת עצם ההתחייבות, כל אחד לשיטתו.

מעות". וכן יעויין בנתיבות המשפט (שם סקי"ג), שהביא דברי התומים שתמה על הש"ך מחמת סברא זו, כי הוא עצמו חילק בין התחייבות עם תנאי לבין התחייבות ללא תנאי (בח"מ סי' מ סק"ד), ודבר שלא בא לעולם אין לך תנאי גדול מזה – אם יבוא לעולם. ודו"ק.

<sup>24</sup> ע"י הל' זכיה ומתנה פ"ט ה"ט. וראה לעיל הערה 13.

<sup>25</sup> בס"י ז ענף ג כותב ה"דברות משה" שאמנם התחייבות מועילה לשעבד גופו של אדם לחיובים ממוניים, אך אין דרך זו מועילה ליצירת קידושין: "ואף שאיכא גמירות דעת להתקדש בלא אחד מג' הקנינים שאיכא בקידושין, אף שלהתחייבות וגם לקניין ש"ע" בההיא הנאה גמר נפשיה להתחייב בהדברים בעלמא מועיל, ואף בהתחייבות ממון אף בנישואין נקנין באמירה כדלקמן דף ט' דא"ר גידל אמר רב דהן הן הדברים הנקנין באמירה, אבל לקידושין אף שברובא דרובא דנישואין ואולי כל נישואין הוא כאנן סהדי ברור דבשביל הרצון להתקדש ולהינשא גמרי נפשיהו להתקדש אף בלא שום מעשה – גזה"כ הוא שלא מהני".

לאור כל זאת, בהחלט ניתן לומר, שקיימת שיטת ראשונים ואחרונים מרכזית (ולענ"ד, גם עיקרית), הסוברת שבהתחייבויות (והסכמים) קיים תוקף לדברים בעלמא, והם הם הגומרים את הדבר. אלא שנדרשים חיזוקים נלווים כדי להוכיח את רצינות הדיבור, לבל תוכל טענת שיטוי או אסמכתא להתקבל.

#### 4. הסיבה שאין צורך בקניין בהתחייבות

לכאורה, מסקנה זו מחזירה אותנו לסתירה שצינו בתחילת דברינו, בין דברי הרמב"ם בריש הלכות מכירה :

"המיקח אינו נקנה בדברים... ואמרו לעדים היו עלינו עדים שמכר זה ולקח זה – הרי זה אינו כלום, וכאילו לא היה ביניהם דברים מעולם. וכן בנותן מתנה ומקבלה",

דמשמע מכאן שאין שום אפשרות לקיים דברים ממוניים בדיבור ותמיד נצרך קניין ממשי. לבין דבריו בהתחייבות: "המחייב עצמו בממון לאחר... ה"ז חייב, שדבר זה מתנה הוא", דמשמע מזה שדי בדיבור בעלמא כדי להתחייב (מה גם שבשני המקומות השתמש הרמב"ם במושג ה"מתנה", ובכ"ז יש שינוי גדול ביניהם)?

אמנם להבנת הכס"מ ו"קצות החושן", שהתחייבות חלה מטעם אודיתא, לא קשה דבר, כי גם זהו קניין לכל דבר (ובריש הלכות מכירה מיירי בדברים שלא בלשון הודאה). אך להבנתו דלעיל, שהיא גם הבנתם של רוב האחרונים ברמב"ם, שאכן ניתן להתחייב ממון לחבירו בדיבור בלבד – קשה.

האהז"ל בעצמו (הלכות מכירה פ"א הל' א) מתייחס לקושיא זו (לשיטתו, כפי שמדגיש שם), ומתרץ תירוץ יסודי ביותר, בהתבסס על דברי הרא"ש בכתובות (פ"ב סי' ב): הרא"ש מביא שם את שיטת ר"ת בסוגיה בכתובות (כפי שהובאה לעיל) ששטר יוצר התחייבות, וגם מצטט את הבהרת ר"ת לדבריו – שאף ששטר אינו מועיל בקניית מטלטלין, מועיל הוא כהתחייבות מחמת שטרה לכתוב. וכאן מוסיף הרא"ש סברה: "דמטלטלין המיוחדין אינן נקנין אלא במשיכה, אבל שעבוד וחוב מהני בשטר". האהז"ל למד מכאן חילוק עקרוני, שבאמצעותו הוא מיישב את הסתירה הנ"ל ברמב"ם:

המיקח אינו נקנה בדברים וכן בנותן מתנה ומקבלה – זהו בדבר מסויים, דזה אינו נקנה בלא קניין. אבל להתחייב חיוב על גופו – בזה מהני אמירה לחוד, אם רק גמר ומתחייב.

בלשון אחרת – העברת בעלות על חפץ מסויים דורשת מעשה קניין, ואין משמעות כלל לדברים, כיוון שהעברה עצמה היא מעשה בגוף החפץ. לעומת זאת התחייבות, היא הבטחה של האדם ולא נעשית בחפץ מסויים – בזה הדברים הם הקובעים, ורק צריך חיזוקים לרצינות ההבטחה (כדוגמת "אתם עדיי", כתיבת שטר, "ההיא הנאה", וכו').

מסקנה הפוכה- שקניין לא יועיל בהתחייבות מחמת ששייך רק בהעברת בעלות, כמובן אינה נכונה, שהרי ראינו בסוגיות לעיל ש"קנו מידו" ודאי מהני. ואף ניתן להוכיח זאת בק"ו: אם בהעברת בעלות – מעשה קניין מועיל, כש"כ בהתחייבות הצריכה רק חיזוק לרצינות הדברים. וכך כותב אהז"ל (שם), מתוך דיוק בדברי הרמב"ם במקום אחר (הל' מכירה פ"ה הי"א):

יש דברים הרבה שאין צריכין קניין ואין לקניין בהם טעם, כגון: המשחרר עבדו, או המגרש את אשתו, או העושה שליח, או המוסר מודעא, או המבטל מודעא, או המוחל לחבירו חוב או פקדון שיש לו בידו, וכל כיוצא בדברים אלו.

מתקשה האבן האזל – מדוע לא הזכיר הרמב"ם גם התחייבות, כמו שכתב בעצמו כמה פרקים אח"כ? ואמנם כתב – "וכל כיוצא בדברים אלו", אך מדוע הזכיר מחילת חוב ודילג על עיקר ההתחייבות? אלא מתרץ אהז"ל, שהרמב"ם דייק היטב בדבריו וכתב – "אין צריכין לקניין ואין לקניין בהם טעם", אמת הדבר שהתחייבות אינה צריכה קניין, אך א"א לומר שאין לקניין בה טעם. שכן יכול אדם להתחייב בקניין, והוא מהווה חיזוק טוב לרצינות הדברים, וכנ"ל. אלו דברים הקניין לא יועיל? המכנה המשותף של רוב הדברים שמנויים ברמב"ם שם (מלבד עשיית שליח) הוא – סילוק; אין בהם יצירה כלל אלא הפוך – סתירה, ולכן באלו הקניין לא שייך.

יוצא שישנן שלוש דרגות: א. העברת בעלות – הקניין הכרחי; ב. התחייבות – הקניין מועיל; ג. סילוק – הקניין מיותר.

ניתן להוסיף על דברי אהז"ל נפק"מ ברורה בין התחייבות לבין הדברים שמונה שם הרמב"ם, היוצאת מתוך המשך דברי הרמב"ם (שם הל' יב-ג):



נהגו רוב המקומות להקנות למקצת אלו הדברים וכיוצא בהן... ואעפ"י שאינו צריך. קניין זה שנהגו להקנות באלו הדברים אינו מועיל כלום, אלא להודיע שאינו אומר דברים אלו כמשחק ומהתל, אלא שגמר בלבו ואח"כ אמר. לפיכך אם אמר בלב שלם אני אומר וגמרת לעשות דבר זה – אינו צריך דבר אחר כלל.

לעומת זאת בהתחייבות, הדיבור אינו מספיק לבדו, ומוכרח הוא להיות מלווה בחיזוק נוסף.

ייתכן לתרץ על פי זאת את קושיית "קצות החושן", על הש"ך שהוכיח מתוך דיוק בדברי רב גדל שרק שטרי פסיקתא נקנין באמירה ולא התחייבויות אחרות. אך לאור הדברים לעיל ניתן לתרץ שגם שאר התחייבויות חלות בדיבור, אלא שהן זקוקות לחיזוקים נוספים, ואילו ההתחייבות של אבי החתן ואבי הכלה סמוך לקידושין- שטרי פסיקתא היא כ"כ חזקה ומוחלטת, שְׁנֵי באמירה כדי לגמרה.

זו כוונת הש"ך ואחרונים אחרים באומרם שהתחייבות היא דבר קל, ולכן ניתן להתחייב בדיבור בעלמא, כיוון שאין בהתחייבות העברת בעלות של חפץ מסויים, אלא רק חיוב הגוף על סכום ממוני, לכן היא "קלה", ולא בעינן ביה מעשה קניין. וכך ניתן להסביר את דברי אביו של החזו"א, שהובאו לעיל בתחילת המאמר: "ויש דברים שקיים להו לחזו"ל שבדיבור בעלמא גומר בלבו להקנות לחבירו, ויש שאינו גומר בלבו רק ע"י הקניינים המפורשים מן התורה או מחזו"ל", כוונתו לחלק בין התחייבויות לבין העברת בעלות ממשיית. ובכך גם נדחית טענת "קצות החושן" כנגד דברי הש"ך ואחרונים נוספים, שהובאו בתחילת המאמר, אודות קלות ההתחייבות - "והוא נגד הסברא, ונגד כמה סוגיות בש"ס", ועפ"י ההסבר האחרון סברת אותם האחרונים מתחזקת ואינה מתנגדת לשום סוגיה בש"ס.

## ב. הסכמים

עד כה דובר בעיקר על התחייבות חד-צדדית ("חייב אני לך מנה"), מעתה נעבור לדון בשאלת הקניין בהסכמים ממוניים דהיינו כשישנן התחייבויות הדדיות בין שניים או יותר. למשל: שותפים (ברווחים מעסק או מאומנות), חלוקת ירושה בין אחים, הסכמים שונים לפיצויים, פועלים ומעבידים, שומרים וכדו'. גם בעניינים אלו נשאלת השאלה – האם יש צורך בקניין כדי ליצור הסכם, או שגם בהם אין צורך בקניין כמו בהתחייבות (לשיטות הסוברות כך)<sup>26</sup>?

## 1. חלוקת ירושה

נתחיל בסוגיה היכולה אולי להוות מקור לכל ענייני ההסכמים (ב"ב קו:):

תניא ר' יוסי אומר האחין שחלקו, כיוון שעלה גורל לאחד מהן קנו כולם. (רשב"ם: כיון שעלה וכו'. ביררו שניים ושלושה חלקים שוין, ואח"כ יפילו גורלות וה"ה לשותפין. קנו כולן. כלומר זה קנה לגמרי בגורל ולא יוכלו לחזור בו, ואם הם שניים זה קנה חלקו שנפל עליו הגורל וגם חבירו קנה... ומיהו היכא דנפל הגורל לכולן פשיטא דקנו כולן, ואע"ג דלא אחזק כל אחד בשלו, דכיוון דמוחזקין ועומדין הן כולן בכל הקרקע – אין הגורל מקנה להן כלום, אלא מברר לכל אחד חלקו המגיעו (ולא שנת קרקע ולא שנת מיטלטלין כיוון שעלה הגורל לזה קנה חבירו... דהא לא מפליג גמרא בין מקרקעי למיטלטלין הכא מיד(27)). מאי טעמא? (רשב"ם: במאי קנו... דאי אחזק מאי למימרא?) א"ר אלעזר: כתחלת ארץ ישראל, מה תחלה בגורל אף כאן בגורל. אי מה להלן בקלפי ואורים ותומים אף כאן בקלפי ואורים ותומים? אמר רב אשי: בהווא הנאה דקא ציייתי להדדי גמרי ומקנו להדדי.

בהבנת דברי רב אשי נחלקו הראשונים:

הרשב"ם (שם ד"ה אמר רב אשי) מפרש, שתירוצו של רב אשי מבוסס על תירוצו של ר' אלעזר<sup>28</sup>, כלומר שלומדים מתחילתה של ארץ ישראל שגורל קונה, אלא שהוא מחליף את ה"אורים ותומים" ב"ההיא הנאה דצייתי אהדדי" (שנשמעים זה לזה לחלוק בגורל), המוכיחה גמירות דעת בלב שלם.

<sup>26</sup> באופן עקרוני קיים הבדל גדול בין התחייבות כספית גרידא, שנידונה בפרק הקודם, לבין התחייבות לביצוע פעולה, שזו האחרונה קשורה לבעיית 'קניין דברים' (ב"ב ג.). את ההסבר להבדל העקרוני הזה ניתן לראות ב"שערי יושר", שער ה פרק ב. אנו ננסה לבחון מצבים שונים של התחייבות לפעול, ולראות אם בכל זאת ישנם ראשונים שמדמים אותם להתחייבות כספית.

<sup>27</sup> הסוגריים במקור.

<sup>28</sup> להלן יובא אילוץ הרשב"ם להסביר כך.



אף שניתן היה להבין, לפי הרשב"ם, שיש כאן דרך קניין חדשה – גורל, הנתמכת בחיזוק של "ההיא הנאה" (כתחליף לחיזוק של האורים ותומים), והיא פועלת בין בקרקע בין במטלטלין<sup>29</sup>. אך הבנה זו קשה משתי סיבות:

א. בכל דיני קניינים ברמב"ם ובשו"ע לא מוזכר קניין גורל.

ב. הרשב"ם עצמו כתב בתחילת הסוגיה כנ"ל שאין כאן שום צורך בקניינים: "דכיוון דמוחזקין ועומדין הן כולן בכל הקרקע – אין הגורל מקנה להם כלום, אלא מברר לכל אחד חלקו המגיעו". אחרי שקנו את החלקים בחזקה עתה באים הצדדים להשיג הסכמה באמצעות ההנאה המתקבלת במעשה החלוקה מה מקומו של הגורל לכאורה היה מספיק דיבור בעלמא לקביעת חלקו של כל אחד, ביחד עם החיזוק של "ההיא הנאה". ואולי היה זה אפילו טוב יותר מחלוקה בגורל, כי בהסכם מפורש כל אחד יודע מה יקבל, וכעין סברת הב"ח (טור חו"מ סי' קעג אות ב). על כן כותב הרשב"ם בסוף דבריו: "כן זקוק אני לפרש, שהרי אין כתוב בספרים 'אלא אמר רב אשי', הלכך לא בא לסתור טעמו של ר' אלעזר אלא לתרצו". משמע שמסברה היה אומר אחרת<sup>30</sup>.

הריטב"א (ב"ב שם) מפרש, שמסקנת הגמרא איננה מבוססת על דברי ר' אלעזר, אלא רב אשי בא לומר ש"ההיא הנאה" הוא קניין ממשי על החלקים, והוא בעצם קניין כסף. וממילא אומר הריטב"א, הוא יעיל רק בקרקע ולא במטלטלין.

הרא"ש (שו"ת כלל צח סי' ב. מובא בטור חו"מ שם) מסביר, שכל הסוגיה איננה דנה בקניין החלקים עצמם, אלא רק בבירור עצם החלוקה (גדלי החלקים ומיקומם, ועצם הרצון לחלק בגורל – אם היה רצון כזה). וז"ל: "הגורל אינו קונה כי אם לברר החלקים, אבל אם החזיקה אחת מהן בחלקה אז נתקיימה החלוקה". ומסביר הב"ח (שם, סוף אות ב), שהגורל או "ההיא הנאה" גורמים לחלות עצם ההסכם ביניהם לחלוק, ומתוך כך תועיל חזקה של אחד מהם להקנות את החלקים לשני (ואם מדובר בשלשה ומעלה – המחזיק קנה חלקו, והשניים האחרים יכולים להישאר שותפים אם ירצו, כיוון שלא עשו קניין על כל חלק, אך אם רוצים לחלוק – מחוייבים לקבוע חלקו של כל אחד עפ"י הסכם חלוקת החלקים שעשו מראש<sup>31</sup>).

הרמב"ם (הלכות שכנים פ"ב הי"א) כותב:

האחין שחלקו ועשו ביניהן גורל, כיוון שעלה גורל לאחד מהן קנו כולן, בהנייה שנעשית להם ששמעו זה מזה לדבר שהסכימו עליו, גמר כל אחד מהן ומקנה לחבירו.

ומשיג הראב"ד (שם) – "א"א לא נתחווירו לי דבריו".

להבין מחלוקתם ניעזר בדבריו של הקובץ שיעורים (א, ב"ב, אות יח, על דף ג. בענין חלוקת שותפות). ראשית הוא מבאר דעת הרשב"ם (הני"ט): סוגייתנו תלויה במחלוקת התלמודית אם יש ברירה והרשב"ם כתב פירושו אליבא דמ"ד יש ברירה, והאחים שחלקו אינם נחשבים לקוחות אלא כיוושים חלקם המגיע להם<sup>32</sup>, ולכן כתב רשב"ם שלא בעינן מעשה קניין (כי ירושה באה לאדם ממילא), וסגי בהסכם על חלוקה בגורל (עם "ההיא הנאה"). אך להלכה קי"ל כמ"ד "אין ברירה", והאחים שחלקו כלקוחות הם (רמב"ם הל' שמיטה ויובל פי"א הי"ט), ממילא צריך מעשה קניין ממשי להעביר הבעלות. ולכן בחלוקת שותפות (ב"ב ג.) מתנה הגמרא תנאי: "בשקנו מידו" – צריך קניין גמור שבו כל אחד מקנה חלקו לחבירו, כמו בכל מיקח<sup>33</sup>. וכך מסביר הקובץ שיעורים גם את שיטת הרא"ש (הני"ט), שצריך להחזיק בחלקו בקניין גמור, והגורל קובע רק את בירור החלקים. וזו גם כוונת הראב"ד בהשגתו, כי מהרמב"ם משמע שבגורל עם "ההיא הנאה" – קנה קניין גמור, אעפ"י שהרמב"ם עצמו פסק כמ"ד אין ברירה.

<sup>29</sup> כך משמע מדברי הרב אליהו ליכטנשטיין (המהדיר על הר"ן בהוצאת מוסד הרב קוק, ב"ב שם).

<sup>30</sup> ויעויין בהמשך, בדבריו של הקובץ שיעורים, שמשמע כפירוש הזה ברשב"ם.

<sup>31</sup> המהדיר על הר"ן שם, בהסבר דעת הרא"ש. וזהו כאחד משלושת הפירושים שכתב הרשב"א בסוגיה (מובא במ"מ על הרמב"ם הלכות שכנים פ"ב הי"א). הרשב"א עצמו מעדיף פירושו הראשון – שקבעו מראש סדר החלקים לפי סדר אנשים, ובנפילת הגורל לראשון קנו כולם חלקיהם ממש, מכוח "ההיא הנאה".

<sup>32</sup> ראה סוגיית הש"ס (ביצה לו:), שענין זה תלוי בברירה.

<sup>33</sup> ממילא הקניין צריך להיעשות על הקרקע עצמה – "ברוחות" או "זה הלך בתוך שלו והחזיק...". ולא כהסכם הדדי בלבד. כי בהעברת בעלות ממשית, קניין על הסכם הוא בגדר "קניין דברים", ולא מהני – כדברי הגמרא שם.



ובהסבירו את דעת הרמב"ם כותב ה"קובץ שיעורים" (שם, אות ט) – שחלוקת אחים מיוחדת בזה שמלכתחילה הייתה זו שותפות ע"מ לחלוק, מעשה החלוקה לא זקוק לקניין חדש והוא מוציא לפועל את מה שהיה מונח בעצם השותפות באמצעות הסכם בעלמא, לכן די בגורל לביורר החלקים. לעומת זאת בחלוקת שותפות רגילה כל אחד מוכר חלקו לחבירו, והרי היא כמכירה חדשה, לכן צריך קניין ממש.

אף שתוכן דבריו תואם לכל מה שבארנו לעיל, אך הסברו לרמב"ם, לענ"ד, עדיין מוקשה:

א. סוף סוף למ"ד אין ברירה – אחין שחלקו לקוחות הן. משמע שגם זו מכירה הדרתית, בדיוק כמו שותפים שחולקים.

ב. גם מלשון הרמב"ם משמע שמדובר בקניין גמור – "בהנייה... גמר כל אחד מהן ומקנה לחבירו".

ניתן להציע הסבר אחר: שהרמב"ם סובר כשיטת הריטב"א (והרשב"א) דלעיל, ש"ההיא הנאה..." הוא ממש קניין כסף. ודווקא משום שפוסקים כמ"ד אין ברירה יש צורך בקניין גמור.

## 2. סיכום ביניים

לסיכום סוגיה זו יוצא, שלפי חלק מהראשונים אין מכאן מקור לתוקפם של הסכמים, כי מדובר בהקנאה ממש של העברת בעלות (רשב"א, ריטב"א, ואולי הרמב"ם); ואילו לראשונים אחרים ניתן ללמוד מכאן יסוד, שביצירת הסכם אין צורך בקניין, והוא חל ע"י דיבור רציני. עוד למדנו כי רצינות הדיבור נקבעת מכוח "ההיא הנאה דצייתי אהדדי" למימוש ההסכם (רשב"ם, רא"ש, ראב"ד, והרמב"ם לפי הקובץ שיעורים<sup>34</sup>). ומדגיש ה"קובץ שיעורים", שגם לשיטה זו חלוקת החלקים שבשותפות עצמם דורשת קניין ממשי (חזקה, סודר, וכדו'), וכדברי הרא"ש – "בדאחזוק", וכן בגמרא – "דקנו מידן". א"כ במקביל ל"אתם עדיין" בהתחייבות חד-צדדית (או כתיבת שטר), בהסכם הדדי ממלאת "ההיא הנאה" אותו תפקיד – נתינת רצינות לדיבור.

## 3. קביעת פיצויים וקנסות

הביורר הנ"ל מוביל אותנו לדיון בסוגיה נוספת (ב"ק קטז):

ת"ר שיירא שהיתה מהלכת במדבר ועמד עליה גייס לטורפה, מחשבין לפי ממון... ואין משנין ממנהג החמרין (תוספתא ב"מ פ"ז הלכה ז). רשאי החמרין להתנות שכל מי שיאבד לו חמורו יעמיד לו חמור אחר... (תוספתא שם, פ"א הלכה יב).

דינים אלו הובאו ברמב"ם (גזילה ואבידה פרק יב הל' יא-יב) ובשו"ע (חומ"מ סי' ערב סעי' טו-טז) כמעט כלשונם<sup>35</sup>. הש"ך (שם, ס"ק ו) הוסיף הערה קצרה על המילים "להתנות ביניהם": "בלא קניין כמו שותפים". וכמקור לדבריו הביא את היש"ש (ב"ק פ"י סי' מג). ובעצם, מקור הדברים, כפי שצוטט ביש"ש שם, הוא מהמרדכי בשם המהר"ם (ב"ק סי' קעו)<sup>36</sup>. ומקור קדום עוד יותר מובא בגר"א בשם ר"ח<sup>37</sup>. ראשית נראה את לשונו של המרדכי בשם המהר"ם:

רשאי החמרין להתנות וכו' פי' ר"מ דבלא קניין איירי, והקמ"ל דהתנאי קיים בדברים בעלמא, וכן הדין בכל מה שהשותפים מתנין, כדאמרין בפ' בית כור בההיא הנאה דצייתי אהדדי גמרו ומקנו אהדדי, ולא כמו שפי' המיימוני בהל' שלוחין גבי דין השותפין דצריך להביא הכיס לשום מעות השותפות בתוכו ויגביהו אותו שניהם<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> ראה לקמן הערה 37, שגם המהר"ם המובא במרדכי מסכים לשיטה זו.

<sup>35</sup> יש להעיר, שבתוספתא בפרק יא לא מוזכר שההלכה "רשאי החמרין להתנות..." עוסקת בשיירא. אדרבה, מתוך ההקשר שם להלכה "רשאי בני העיר להתנות על השערים" וכו' משמע שמדובר בתנאי של כל חמרי העיר (ובלשוננו – 'איגוד החמרים'). אך הרמב"ם, ובעקבותיו השו"ע, כתבו – "רשאי החמרים... כל מי שתאבד ממנו חמור מבני השיירה...". ואולי פירשו כן בהשפעת סמיכות הדינים כפי שהובאו בגמרא הנ"ל. ובהמשך נראה, שיכולה להיות משמעות לדיוק זה, וייתכן אפילו קושי מסויים מחמתו.

<sup>36</sup> הובא גם בהגהות מיימוניות על הרמב"ם (שם אות י).

<sup>37</sup> ביאור הגר"א סי' קסג ס"ק ט, וסי' קעו ס"ק טז בשם הר"ח בפירושו לסוגיא בב"ק שם. ולא מצאתי היכן הוא (וקשה לומר שזו טעות סופר, וצ"ל ר"מ, דהיינו המהר"ם המובא במרדכי הנ"ל, כיוון שהגר"א חוזר על זה פעמיים, הערת עורך: מהערת הרמ"ג שמובאת על גליון השו"ע מהד' פרידמן בשני המקומות הנ"ל, נראה שגם הוא סבר שיש שם טעות סופר, וצריך לומר ר"מ). ויעיין בהמשך המאמר, בדיון בדברי הגר"א בשני מקומות אלו.

<sup>38</sup> מוכח מכאן שהמהר"ם למד את הדין בבית כור בנוגע לחלוקת האחים כמו הראשונים שהסבירו שהגורל ו"ההיא הנאה" אינם קניין אלא הסכמה רצינית לחלוק, שכן משם מביא ראיה להתניית החמרין בלא קניין.

ומשום הכי נראה, היכא שהתנו ביניהם דבר שלא בא לעולם, דמהני תנאי. אפילו אם יתנו שיחלקו כל הריוח אפילו ממציאה, כדאיאת בתשובת הגאונים, והוא בהגהות מיימוניות פ"ד דשותפין (אות א) אפילו בלא קניין מהני, דהא הכא מתנו ג"כ בדבר שלא בא לעולם.

דבריו מתאימים מאוד לנאמר לעיל (ראה הערה 23) אודות התחייבות בדבר שלא בא לעולם שהיא מועילה גם בדבר שלא בא לעולם, כי היא קשורה לאדם ולא לחפץ, וה"ה להסכמים<sup>39</sup>. וכשם שנאמר שם, כדי להסתלק מבעיית האסמכתא, נדרש דיבור מפורש כך נאמר כאן כי יש להתנות את החלוקה "בההיא הנאה דצייתי אהדדי...".

מקורות אלו שימשו את הגר"א (חוי"מ סי' קעו ס"ק טו) בפירושו להלכה המובאת ברמ"א (שם, סע' ג):

האומנים שהשתתפו באומנות – אפילו קניין אינם צריכים, אלא כל מה שמתנים זה עם זה מתקיים אפילו באמירה בעלמא, ואינן יכולין לחזור בהם כל זמן השותפות שהתנו.

ועליהם הוסיף הגר"א (שם) מקור (ב"ב ט):

הנהו [בי תרי<sup>40</sup>] טבחי דעבדי עניינא (רש"י: תנאי) בהדי הדדי דכל מאן דעביד ביומא דחבריה נקרעוה למשכיה. אזל חד מינייהו עבד ביומא דחבריה – קרעוה למשכיה, אתו לקמיה דרבא חייבינהו לשלומי. איתיביה רב ימר בר שלמיא לרבא "ולהסיע על קיצתם"? לא אהדר ליה רבא, אמר רב פפא שפיר עבד דלא אהדר ליה מידי – ה"מ היכא דליכא אדם חשוב, אבל היכא דאיכא אדם חשוב לאו כל כמינייהו דמתנו (רש"י: אלא בפניו).

לכאורה, מקור זה סותר את המקורות הקודמים שכן מסקנת הסוגיה היא שצריך אדם חשוב, ואילו בסוגיות הקודמות הוכח שהסכמת שניים על עסק משותף – מחייבת (ללא אדם חשוב). אם כן כיצד צירף הגר"א מקור זה לדין המובא ברמ"א שם, שעוסק בחיובם של שניים בהסכמה הדדית, ללא צורך באדם חשוב?

נשיב על ראשון ראשון ועל אחרון אחרון. נעמיק תחילה בהבנת הסוגיה עצמה. הרמב"ם (הלי' מכירה פ"ד ה"ט-יא) מביא דין זה בהקשר לדין אחר:

רשאיין בני העיר לקוץ להם שער לכל דבר שירצו<sup>41</sup>... וכן רשאיין אנשי אומניות לפסוק ביניהם שלא יעשה אחד ביום שיעשה חברו וכיוצ"ב, וכל מי שיעבור על התנאי יענשו אותו כך וכך. במה דברים אמורים במדינה שאין בה חכם חשוב לתקן מעשה המדינה...

בהגהות מיימוניות (שם, אות ג) הביא דברי הראב"ן, שמסייג את הדרישה לאדם חשוב:

ודוקא דאתנו בעניינא דמתא דומיא דטבחי ועל המידות ועל השערים אמרינן דלאו כל כמינייהו, אבל בתנאי דבין איניש לחבריה מתנו בלא אדם חשוב אם ירצו.

יוצא שיש כאן דין חדש: כל בני העיר או כל בני אותה אומנות בעיר יכולים לקבוע תנאי-מסחר וקנסות לכל המאוגדים באותו ענין. ודבר זה, היות והוא כללי (ללא התחשבות בהנאה הדדית בין הנוגעים לדבר) דורש את הסכמתו של חשוב העיר, הממונה על עסקי הממונות בה. אך לעולם הסכם פרטי בין שניים אינו דורש הסכמה כזו. אם נעייין במקורו הקדום של הדין והוא בתוספתא (ב"מ פרק יא הלכה כה. מובאת במ"מ על הרמב"ם שם): "רשאיין הנחתומין לעשות רגיעה ביניהם" נמצא שההקשר שלה הוא אכן תנאים בין כל בני העיר. ומצאתי, בעזה"י, שהגר"א עצמו מפרש כך במקום אחר (חוי"מ סי' קסג ס"ק ט) הלכה שהובאה על ידי הרמ"א (שם סע' א):

כל צרכי ציבור שאינן יכולין להשוות עצמן, יש להושיב כל בעה"ב הנותנים מס, ויקבלו עליהם שכל אחד יאמר דעתו לשם שמים וילכו אחר הרוב, ואם המיעוט ימאנו – הרוב יכולין לכופף אותן אפילו בדיני עכו"ם ולהוציא ממון על זה.

<sup>39</sup> יצויין שהכותרת של היש"ש לסימן הנ"ל היא: "דין כל תנאי שבין השותפין הוא נקנה בדברים. ואם התנו לשלם החמור" וכו'.

<sup>40</sup> הב"ח (שם אות א) מוחק שתי מילים אלו, ועי' לקמן.

<sup>41</sup> מקור דין זה בב"ב (ח:).

כמקור לדין זה הביא הגר"א כמעט אותם מקורות שהביא בדין הנ"ל של הרמ"א בענין שני שותפים באומנות. אלא שכאן הוסיף הסבר בתוך דבריו:

ב"ק קטז ע"ב ורשאין החמרין להתנות וכו' ש"מ שכל השותפין בענייני שותפותן הן כב"ד הגדול כמ"ש הר"ח שם דאפי' בלא קניין איירי, וכן הנהו טבחי בב"ב (ט). שהן כבני העיר להתנות ולהסיע על קצתן וכמ"ש המרדכי שם, וה"ה כאן כל הנותני מס.

הנה הסיע הגר"א מקורות אלו לדין תקנות הציבור (בציורף אדם חשוב), המועילות לכל הדעות ללא קניין (וללא "ההיא הנאה דצייתי אהדדי").

את החילוק בין רבים ליחיד מצאנו גם בדבריו של האגודת אזוב (ח"מ סי' ערב, מובא בש"ך שם סק"ו) על הרמב"ם: בדין השותפים הרמב"ם פוסק (שלוחין ושותפין פרק ד הל' א-ב) ששותפין צריכים קניין ממשי על הממון המוטל בשותפות ביניהם, ושני אומנים שנשתתפו ברווח על אומנות – אעפ"י שקנו מידם אינן שותפין, שאין אדם מקנה לחבירו דבר שלא בא לעולם. לדעתו של ה"אגודת אזוב" יש להשוות דין החמרים לדין השותפים וכפי שכתב מהר"ם, הובא לעיל, ואם כן יוצא, שגם חמרים יצטרכו קניין ממשי, ואולי אפילו לא יועיל משום שהוא דבר שלא בא לעולם ואילו הרמב"ם לא הזכיר זאת כלל בדין החמרים (הלכות גזילה ואבידה פי"ב הי"ב)?

על כן מתרץ ה"אגודת אזוב" על-פי המהרי"ק (שורש קפא), שגם הרמב"ם מודה במקרה שרבים הסכימו, אפילו אינם כל בני העיר אלא שהן כל בני אומנות, כגון צבעים, טבחים, חמרים וכיוצא"ב, שהסכמתם מחייבת אף בלא קניין. ומוסיף ה"אגודת אזוב" הסבר: "פירוש ואינו דומה לשותפין דעלמא דמיירי ביחידים". הרי לנו שוב אותו חילוק של הראב"ן והגר"א דלעיל.

אולם דווקא ברמב"ם ובשו"ע קצת קשה לומר כ"אגודת אזוב", שכן הם הוסיפו לתיאור מקרה החמרים שמדובר בבני שיירה (דבר שאינו מוכרח כלל מהתוספתא הנ"ל, אלא אדרבא משמע בחמרי העיר, וכנ"ל). ועוד, שכתבו דין זה בנפרד לגמרי מרשימת תקנות הציבור דלעיל (ועיי' הערה 31 לעיל) כלומר שהוא אינו שואב כוחו מתקנות הציבור, מדוע אם כן אין צורך בקניין לשיטה זו על כרחו נאמר שמכוח ההיא הנאה בלבד ההסכם קיים אף על פי שלא עושים קניין. ויהיה דין זה חלוק מדין השותפים, לדעת הרמב"ם והשו"ע, שמצריכים בו קניין.

עתה נראה כיצד הדברים מדויקים יפה בפירושו של הגר"א: על ההלכה העוסקת בתקנות הציבור (סימן קסג ס"ק ט) הביא הגר"א סוגיות הנ"ל כמקור, ואילו את הסוגיה מפרק בית כור (ב"ב קו:) אודות חלוקת ירושה – "בההיא הנאה דקא ציייתי אהדדי" לא הביא, לדברינו מובן היטב מדוע לא הביאה שם, כי שם מדובר בודאי בהסכם פרטי – האחים שחלקו, וממילא אינה שייכת לתקנות הציבור. אמנם במקום שהביא אותן הסוגיות עצמן כמקור להסכמים בלא קניין, הביא גם הסוגיא דפ' בית כור. אלא, שעדיין השאלה השניה נשארה קשה – כיצד הביא הגר"א סוגיית "הני טבחי" גם כמקור להסכם בלא קניין, הרי שם התנתה הגמרא שיעשה הדבר בפני אדם חשוב, כלומר שההסכם פועל מכוח תקנות הציבור בלבד אף שבהסכם פרטי עסקינן ומשום כך בגירסת הב"ח נמחקות בגמרא המילים "בי תרי", שהרי בשניים אין צורך באדם חשוב, הצורך בחשוב העיר הוא רק בתקנה של כל טבחי העיר, לא בהסכם בין שניים ומקור זה שייך רק בדין תקנות הציבור ואם כן גירסתו תומכת בתירוצנו הנ"ל. וצע"ג בשיטת הגר"א.

#### סיכום

במאמר זה ניסינו להראות, אע"פ שמדין תורה (בניגוד למשפט הערכאות) יש צורך במעשה קניין ממשי כדי להעביר בעלות מאחד לשני, בכל-זאת ישנם אופנים שגם ההלכה מכירה בהתחייבויות והסכמים של דיבור בעלמא.

בחלקו הראשון של המאמר הוכחנו, עפ"י שיטתו של ה"אבן האזל" ברמב"ם ובשו"ע (בניגוד לפירושו של "קצות החושן"), שהתחייבות על סכום ממוני חלה ללא מעשה קניין, כיון שאין מדובר בהעברת בעלות על דבר מוחשי, אלא על חיוב הגברא.

אמנם גם אז יש צורך בהוכחת כוונותיו של המתחייב, ע"י אמירת "אתם עדיי". ואם נלווה תנאי להתחייבות, או שזו התחייבות על דבר שלא בא לעולם – יהיה צורך במעשה קניין ממש או "בההיא הנאה" כדי לסלק את בעיית הדמיון לאסמכתא.

בחלקו השני של המאמר דנו בדרכי יצירת הסכמים הדדיים עפ"י התורה.

התחלנו בסוגיית חלוקת ירושה (ב"ב קו:) שבה הגמ' משלבת בין גורל ו"ההיא הנאה".

הראנו שקיימת מחלוקת ראשונים בהבנת צורת החלות:

יש ראשונים שפירושה בכיוון קניין ממש ("ההיא הנאה" = קניין כסף, המועיל בקרקע), כיון שהלכה כמ"ד אין ברירה, והאחים שחלקו כלקוחות הם, עליהם לבצע מכירה רגילה של החלקים אחד לשני.

מראשונים אחרים נראה שמצאו בסוגיה מקור ליצירת הסכמים בדיבור רציני ("ההיא הנאה" ממש רק כמתן חיזוק לרצינות הדיבור) – אם משום שהסוגיה הולכת כמ"ד יש ברירה, והחלקים נופלים לידי היורשים ממילא ללא צורך בהקנאתם אלא רק בבירור; או משום שמדובר רק על עצם ההסכמה לחלוק ולא על מימוש החלוקה בפועל; או משום שירושה היא דבר שנועד לחלוקה מלכתחילה.

דיון נוסף נסוב סביב סוגיית קנסות הנקבעים בין בעלי אומנויות (ב"ק קטז:). גם כאן יש מחלוקת ראשונים משמעותית ביחס לדרך החלת הקנס:

יש ראשונים המשייכים נושא זה לתקנות הציבור, הפועלים מכוח הסכמת הרבים ובאישורו של אדם חשוב (ממילא אין מכאן ראייה לנידון שלנו); ראשונים אחרים קושרים מקרה זה ליכולת ליצור הסכם הדדי (ללא העברת בעלות) בין יחידים ע"י דיבור רציני בעלמא – ללא מעשה קניין. לשיטתם ישנו דמיון רב בין מקרה כזה לבין התחייבות (שנידונה בחלק הראשון של המאמר), ושניהם פועלים גם על דבר שלא בא לעולם (בצירוף "ההיא הנאה" לסילוק הבעיה של חוסר גמירות דעת), וזו גם הדרך ליצירת כל שותפות בין שניים.