

## סימן ב

### בדין קנין כסף במקום שנהגו לכתוב שטר

ראשי פרקים

א. קנין או תנאי

ב. שני קנינים או קנין אחד

ג. אם קונה למפרע בקנין כסף

ד. פירוש לא סמכא דעתיה

ה. דאורייתא או דרבנן

ו. הודאת מכר

ראובן (הקונה) ושמעון (המוכר) סיכמו ביניהם שראובן ירכוש את הדירה במחיר מסוים. באותו מעמד נתן ראובן לשמעון סכום מסוים כדמי קדימה. שמעון נתן לראובן קבלה שהסכום שקיבל הוא דמי קדימה על קנית דירה פלונית בזוה"ל: "הח"מ קיבל מ(-) סך (-) עבור הדירה שברחי (-) שבבעלות הח"מ ונמכרה לני"ל בסך כולל של (-)", אך לא נערך ביניהם חוזה או זכרון דברים. בטרם נערך חוזה מכר, חזר שמעון מהמכירה. ראובן טוען שהיות ונתן דמי קדימה, הרי זה כקנין כסף, ואין שמעון יכול לחזור בו. שמעון טוען שכל זמן שלא נערך חוזה, ביכולתו לחזור בו מהמכירה.

א. קנין או תנאי

לענין קנין קרקעות בכסף, איתא בקידושין כו, א: אמר רב, לא שנו אלא במקום שאין כותבין את השטר, אבל במקום שכותבין את השטר, לא קנה. ואי פריש - פריש, כי הא דרב אידי בר אבין כי זבין ארעא אמר, אי בעינא בכספא איקני אי בעינא בשטר איקני, אי בעינא בכספא איקני דאי בעיתו למיהדר, לא מציתו הדריתו, ואי בעינא בשטר איקני, דאי בעינא למיהדר, הדרנא בי. לפי דברי רב לא מהני קנין כסף במקום שנהגו לכתוב שטר. ויש לחקור, האם במקום שנהגו לכתוב שטר, השטר הינו חלק מהקנין או תנאי בחלות קנין כסף. רש"י בסוגיא (בד"ה לא קנה), פירש וז"ל:

"דכיון דרגילין בהכי לא סמכא דעתיה דלוקח עד דנקיט שטרא, ועיקר דעתו לקנות על השטר הוא."

מדברי רש"י משמע שבמקום שנהגים בשטר, אף שנתן כסף, השטר הוא עיקר הקנין,

דלא סמכא דעתיה דלוקח עד דנקיט שטר. ואם אכן ננקוט שהשטר הוא חלק ממעשה הקנין, אי"כ צריך באור המשך דברי הגמ' שיכול הלוקח להתנות בשעה שנותן את הכסף "אי בעינא בכספא איקני אי בעינא בשטר איקני". מה שייד להתנות ולהותיר את הבחירה בידו לקנות בכסף או בשטר, בשלמא אם היה השטר תנאי בחלות קנין כסף, יכל הקונה להתנות ולומר "הריני כאילו התקבלתי" (והא דצריך להתנות זאת בשעת נתינת הכסף - מעיקר הדבר יכול לומר גם אח"כ הריני כאילו כתבו לי השטר והריני מוחל על כתיבת השטר, אך בעי להתנות כדי שהמוכר לא יוכל לחזור בו קודם שיאמר כן), אך אם השטר הינו חלק ממעשה הקנין, כלומר שחכמים קבעו שבמקום שנהגו לכתוב שטר אינו יכול לקנות ללא שטר, איך יוכל להתנות שיקנה ללא שטר.

והנה הב"י בחו"מ קצח, א לענין מטלטלין הנקנים במשיכה ולא בכסף מפני שהפקיעו חכמים קנין כסף, שמא יאמר לו המוכר לקונה "נשרפו חיטיך בעליה", שאם התנו המוכר והקונה לקנות בכסף, מהני תנאם ונקנים המטלטלים במעות. והביא הב"י ראיה מהגמ' בקידושין הנ"ל דמהני תנאי לקנות בקנין כסף אף במקום שנהגו לכתוב שטר. והדרכי משה שם בס"ק א חלק על ראיתו של הב"י (אף שהסכים עימו לדנא, עיין רמ"א חו"מ קצח, ה), וז"ל:

"ואין הנידון דומה לראיה, דהתם אינו תקנת חכמים שלא יקנה כסף רק שהוא במקום שנהגים לכתוב שטר, ולכן אין קונה בכסף אם לא שהתנה בה, אבל במקום שהוא תקנת חכמים אימא לא פלוג חכמים בתקנתו".

ועיי"ש בהגהות דרישה ופרישה. חזינן מדבריו דבמקום שנהגו לכתוב שטר, לא הפקיעו חכמים את קנין הכסף אלא שאמרו שמן הסתם אין דעתו סומכת ללא שטר, וא"כ כשמגלה דעתו ע"י התנאי שדעתו סומכת על הכסף ללא שטר, יכול לקנות בשטר בלבד. ולכאורה נראה מדברי הב"י והרמ"א שהשטר הינו תנאי בחלות קנין כסף, אך אם היה סובר שהשטר הוא חלק מהקנין, א"כ אדרבא לאידך גיסא - בקנין כסף במקום שנהגו לכתוב שטר, קבעו חכמים שהכסף אינו קונה ללא שטר, א"כ שטר הוא הקונה ולא מהני תנאי, כיון שהקביעה שקבעו חכמים הינה ממהות הקנין. משא"כ כשהפקיעו חכמים קנין כסף במטלטלין מחשש שמא יאמר לו המוכר נשרפו חיטיך בעליה, זו תקנה שאינה במהות הקנין (בגמירות דעת של הקנין) אלא חשש צדדי, ובכגון זה יכול הקונה לומר אי איפשי בתקנת חכמים.

אמנם להסבר הקצוה"ח נראה דאף במקום דהוי קנין מהני תנאי. הקצוה"ח (קצח, ג) מתיחס למה שחלק הש"ך (קצח, י) על הב"י הנ"ל, וז"ל:

"ונראין דברי הב"י והרמ"א מהא דאמרינן ריש פרק הלוקח עובר פרתו (בכורות יג, ב): איתיביה הלוקח גרוטאות מן העכו"ם ומצא בהם עבודה זרה, אם עד שלא נתן מעות משך - יחזיר, ואם משנתן מעות משך, יוליך הנאה לים המלח. ואי אמרינן מעות קונות, משיכה למה לי. הכא במאי עסקינן, שקיבל עליו לדון בדיני ישראל וכו'." ומבואר דאפילו למ"ד משיכה אינו קונה בעכו"ם, אפילו הכי אם התנה לדון בדיני ישראל מהני, ואינו אלא מצד התנאי. וא"כ מוכח דכל מידי דהוי קנין בשום מקום, מהני ליה תנאה שיהיה מועיל. והוא הדין בקנין כסף לדידן, כיון דהוי קנין בעכו"ם לדעת כמה פוסקים, וכן בקרקעות ודאי כסף קונה, מהני תנאה שיהיה נקנה בקנינו."

מדברי הקצוה"ח מבואר דכל דבר שבעצמו הוי קנין, מהני ביה תנאי להתנות שרוצה

לקנות. ופשוט שאם יתנה שרוצה לקנות מטלטלין בשטר, שלא יועיל, כיון שאין שטר קונה במטלטלין בשום מקום. אך בקנינים שמטלטלין נקנים בהם, אף במקום שמסיבה מסוימת לא מהני, או במקום שנחלקו הפוסקים אם מהני, יכול להתנות שרוצה לקנות בקנין זה. והוא הדין בקרקעות במקום שנהגו לכתוב שטר, כיון שקנין כסף שייך בקרקעות, אף שמסיבה מסוימת צריך לכתוב גם שטר (ואפילו השטר הינו חלק עיקרי במעשה הקנין), יכול להתנות שרוצה לקנות בכסף. שהרי גם בעכו"ם למ"ד שכסף קונה, בעיני מדינא דוקא כסף, ובכל זאת מהני משיכה אם התנה לדון בדיני ישראל. הרי שתנאי מועיל גם במקום שמהני קנין מסוים שיקנה בקנין אחר.

ובעיקר החקירה הנ"ל אם השטר הינו חלק ממעשה הקנין או תנאי - הר"ן בקידושין (י,א בעמוה"ר), כתב וז"ל:

"ואיכא מאן דאמר דהכא בשטר קנין דוקא עסקינן, כלומר, שלשון השטר בענין שקונה בעצמו שכותב לו שדי מכורה לך, ובכי האי גוונא אי לא פריש אינו קונה אלא בשעת השטר ולא משעה ראשונה. וטעמא דמילתא - משום דכל שיש לפניו שתי קניות, אין דעתו לקנות אלא בקנין שהוא יותר מועיל, ושטר יותר מועיל מכסף, לפי שמועיל לקנין ומועיל לראיה. אבל במקום שאין כותבין שטר קנין, אע"פ שכותבין שטר ראייה שהוא להודאה על המכירה, לאלתר הוא קונה בכסף. ושמעתין מוכח דבשטר קנין עסקינן..."

מדברי ה"ש מי שאומר" שהביא הר"ן עולה שחקירה דנן אם השטר הינו חלק ממעשה הקנין או תנאי בחלות קנין כסף, תלויה באופיו של השטר. אם מדובר במקום שנהגו לכתוב שטר קנין, השטר הוא לא רק חלק ממעשה הקנין אלא הקנין העיקרי, ועדיף מכסף שאינו אלא לקנין, שהרי השטר מהוה, בנוסף לקנין, גם ראייה. ע"כ אין דעתו של הקונה אלא על הקנין שהוא יותר מועיל, ואינו קונה אלא בשטר. והביא ה"ש מי שאומר" ראייה דסוגיין בשטר קנין עסקינן, וממילא השטר הינו הקנין במקום שנהגו לכתוב שטר. אך שיטת הר"ן עצמו, דאף שמהראיה של האיכא מאן דאמר (מקנין קרקע מעכו"ם) מיירי בשטר קנין, מ"מ בסוגיא דידן מיירי בין בשטר קנין ובין בשטר ראייה:

"שכיון שדרכן לכתוב את השטר, לוקח לא סמכא דעתיה עד שיכתוב את השטר, ואפילו בשטר הודאה. מיהו במקום שנהגו לכתוב שטר קנין, תולה קנייתו על השטר ואינו קונה משעת נתינת הכסף, והיינו ההיא דפרק חזקת הבתים. אבל במקום שנהגין לכתוב שטר ראייה לבד, אי אפשר ללוקח שיתלה קנייתו בו, שהרי אינו קונה בו, אלא כשנכתב אותו שטר קונה בכסף משעה ראשונה, וכל זמן שלא נכתב אינו קונה משום דלא סמכא דעתיה ... וכן הרמב"ם ז"ל בפ"א ממכירה לא חילק. ושטר ראייה דקאמרינן שאינו מועיל לקנין היינו שטר הודאה בעלמא, שמודה שמכר, דשטר כזה אינו קונה..."

המחלוקת בין הר"ן לאיכא מאן דאמר הוא בפירוש הסוגיא. האם הסוגיא מיירי בשטר קנין (כשיטת האיכא מאן דאמר) או בין בשטר קנין ובין בשטר ראייה. אך לשתי השיטות - אם השטר מהוה חלק מהקנין וחלות הקנין הוא בשעת כתיבת השטר או מסירתו או תנאי בחלות קנין כסף, תהיה תלויה במהותו ואופיו של השטר אותו נהגו לכתוב באותו מקום. אם נהגו לכתוב שטר ראייה, השטר הינו תנאי בחלות קנין כסף. ואם נהגו לכתוב שטר קנין, הקנין הינו בשעה שחל קנין שטר. וע"ע במש"כ הרמב"ם בהל' מכירה א,ד-ה, ובמש"כ הרב המגיד שם.

## ב. שני קנינים או קנין אחד

על הצד שמדובר בטר קנין, כאשר השטר הוא חלק ממעשה הקנין, יש לחקור בקנין כסף במקום שנהגו לכתוב שטר, כאשר הכסף והשטר הם הקונים (אף אם נאמר שדעתו על הקנין היותר מועיל, מ"מ גם הכסף הינו חלק ממעשה הקנין, דהא סו"ס המוכר נתן כסף עבור קנין), האם קנין כסף עם השטר הינו קנין ועוד קנין, לאמור - שבמקום שנהגו לכתוב שטר, קבעו חכמים שלא מהני קנין כסף לחוד אלא צריך שני קנינים - קנין כסף וקנין שטר. או לאידך גיסא - זה לא שני קנינים אלא קנין אחד שמורכב משני קנינים. לאמור - חכמים יצרו כאן יצירה חדשה של קנין - כסף עם שטר.

מפשטות הסוגיא נראה שקנין כסף במקום שנהגו לכתוב שטר קנין, הוא שני קנינים. שאם היה זה קנין אחד, מה שייד שיתנה הקונה: אי בעינא בכספא איקני, אי בעינא בשטרא איקני. מה שייד שיחלוק הקונה קנין אחד לשני קנינים. הרי במקום שנהגו לכתוב שטר, קנין השטר הוא מחצית ממעשה הקנין וקנין כסף הינו המחצית השניה. משא"כ אם קנין כסף ושטר הם שני קנינים נפרדים הנצרכים למעשה קנין אחד. מחמת שראו חכמים חוסר גמירות דעת מצד הקונה, א"כ יכול הקונה להפרידם ע"י תנאי ולקנות באחד מהם, כשגילה דעתו שגומר בדעתו לקנות באחד מהם.

והסבר זה נלענ"ד בדברי הפני יהושע (קידושין כו, א ד"ה גמרא). הפני יהושע מקשה על דברי הגמ' שיכול הקונה להתנות אי בעינא בכספא איקני אי בעינא בשטר איקני. ומתרחץ הפני יהושע, וז"ל:

"אפילו הכי הוצרך לאשמועינן, דלא תימא דאין כאן תורת קנין כלל כי אם בכסף ובשטר, וא"כ תו לא מהני ליה האי תנאי דאכתי דברים בעלמא נינהו ויכול לחזור בו, קמ"ל כיון דכל חד קנין חשוב הוא, דהא כסף לחוד קונה במקום שאין כותבין שטר, ושטר לחוד קונה במתנה. אלא טעמא דרב משום דמסתמא קפיד ולא סמכא דעתא, א"כ כיון דפריש דלא קפיד מהני."

הפני יהושע מתרחץ - דהוה אמינא שקנין כסף ושטר זו יצירה חדשה של קנין - כסף ושטר. לא שני קנינים אלא קנין אחד המורכב משני קנינים, וא"כ מה שייד בכגון זה תנאי, וכי יכול להתנות למחצית קנין, הרי כל זמן שלא גמר את הקנין (אחד ממרכיביו) הוא דברים בעלמא. על זה הסבירה הגמ' דמהני תנאי, כיון שקנין כסף עם שטר הוא שני קנינים נפרדים, אלא שקבעו חכמים שבמקום שנהגו לכתוב שטר צריך שני קנינים מחמת חוסר גמירות דעת של הקונה, וכאשר מגלה את דעתו ע"י התנאי, מהני לקנות רק באחד משני הקנינים.

## ג. אם קונה למפרע בקנין כסף

הנפק"מ ממה שכת' באות א לענין אם הוא קנין השטר תנאי בקנין כסף או קנין ממש, תהיה לענין זמן חלות הקנין, אם חל כשכתב את השטר או למפרע משעת קנין כסף. המהרי"ט אלגזי (רפ"ב דבכורות) דן בדברי הראשונים שעכו"ם קונה את פרת ישראל המבכרת בכסף ובמשיכה, וז"ל:

"אלא הכי דרשינן, ישראל במשיכה, ועובד כוכבים עד דאיכא תרתי -

כסף ומשיכה ... אפשר דאם משך אח"כ, קונה למפרע משעת נתינת המעות. דמאי דבעינן תרתי קנינים - כסף ומשיכה, חשיב כתנאי כאומר קנה בכסף על-מנת שתמשוך, דבכהאי גוונא קנה למפרע משעת נתינת הכסף. וכיוצא בזה יש ללמוד מדברי הריטב"א בפ"ק דקידושין, דאמרינן דבמקום שכותבין את השטר, לא קנה בכסף עד שיכתוב את השטר. דאע"ג דהר"ן ז"ל שם כתב דבשטרי קנין אינו קונה אלא בשעת השטר ולא משעה ראשונה בנתינת הכסף ... מ"מ מדברי הריטב"א בחידושו שם אינו נראה כן, שכתב וז"ל: וכי תימא במקום שכותבין את השטר למה לי לקנות בכסף, ליקני בשטר. ואפשר דנפק"מ לקנות משעת נתינת הכסף, דהוה ליה כאומר קנה בכסף על-מנת שתכתוב את השטר. ולכשתמצא לומר שלא קנה אפילו בכסף אלא מכתבת השטר ואילך, נפק"מ במקום שכותבין שטרי ראייה, דלא קני בשטר וקני בכסף. עכ"ל. נראה מדבריו דבשטרי קנין ספוקי מספקא ליה לריטב"א אי חשיב כאומר על-מנת שתכתוב את השטר וקונה למפרע משעה ראשונה. ולענ"ד מדברי הריטב"א בפ"ק דגיטין (י, ב) גבי מתניתין דכל השטרות העולים בערכאות של עכו"ם כשרים. ופריך הש"ס: קא פסיק ותני, לא שנא שטרי מכר וכו'. בשלמא מכר מכי יהיב זוזי קמיהו הוא דקנה ושטרא ראייה בעלמא הוא, נראה דפשיט ליה דאפילו בשטרי קנין קונה למפרע, שכתב שם וז"ל: ואע"ג דקיי"ל דבמקום שכותבין את השטר לא קנה עד שיכתוב את השטר, לאו למימרא דבשטר קני אלא דלא סמכי דעתייהו עד שכתב שטרא, וכי כתב שטרא קנה למפרע במעות שנתן, עכ"ל. מבואר מדבריו דאפילו בשטרי קנין קונה למפרע משעה ראשונה, דאל"כ אכתי קשה, דבמקום שכותבין שטר קנין, שאינו קונה אלא ע"י השטר, אמאי קונה."

לדברי המהרי"ט אלגזי - קנין משיכה שעושה הנכרי בבהמה המבכרת הינו תנאי בקנין כסף. וכן לדבריו הדין בשטר במקום שנהגו לכתוב שטר, שהוא תנאי בחלות קנין כסף, וחל הקנין למפרע משעת קנין הכסף. והביא ראייה מדברי הריטב"א בסוגיין. ואף שבדברי הריטב"א בסוגיין יש שני פירושים אימתי חל למפרע - לפירוש ראשון חל למפרע, ולפירוש שני - דוקא בשטר ראייה חל למפרע ולא בשטר קנין. מ"מ מדברי הריטב"א בגיטין מוכח דבשטרי קנין חל למפרע. הריטב"א מתיחס לדברי הגמ' בגיטין י, ב דמכי יהיב זוזי קנה, דאף במקום שכותבין שטר לא קונה משעת כתיבת השטר אלא למפרע משעת נתינת הכסף. וקושיית הריטב"א הינה ממקום שנהגו לכתוב שטר. ואם נאמר דהריטב"א ס"ל כן רק בשטר ראייה, א"כ יקשה על דברי הגמ' ממקום שנהגו לכתוב שטר קנין. אלא בהכרח ס"ל לריטב"א דאף בשטרי קנין קונה למפרע משעת קנין כסף, וא"כ הוי השטר במקום שנהגו לכתוב שטר, אף שטר קנין, הינו תנאי בקנין כסף.

לפי דבריו אפשר לישב מה שהקשה הגרא"ז מלצר זצ"ל (אבן האזל, מכירה, א, ד) דלדברי הר"ן יש לנו שני דינים בדין הנ"ל - במקום שנהגו לכתוב שטר קנין, אינו קונה אלא משעת השטר, ואילו במקום שנהגו לכתוב שטר ראייה, קונה למפרע:

"וא"כ קשה לבאר דעת הרמב"ם באופן זה שסתם דבריו. ובאמת גם בדברי הגמ' קשה לחדש שני דינים, דלא הוזכר אלא דין אחד דבמקום שכותבין את השטר לא קנה. ואין לומר דבאמת גם במקום שכותבין שטר קנין קונה משעת נתינת הכסף רק דמיתלא תלי עד שיכתוב את השטר, דלשון לא קנה לא משמע כן."

ולפי דברי המהרי"ט אלגזי אתי שפיר. דגם במקום שכותבין שטר קנין - לדברי הריטב"א הקנין חל למפרע, וא"כ אינם שני דינים חלוקים, דבין בשטר קנין ובין בשטר ראייה, הקנין מתלא תלי עד השטר, וחל למפרע מזמן קנין הכסף.

אולם במקנה (קידושין כו, א בד"ה בגמ' אלא מהכא), לאחר שהביא את דברי הריטב"א דמשמע מדבריו שהקנין חל למפרע, הקשה דמלשון השו"ע חו"מ קצ, ז-ח משמע שאין הקנין אלא בשעת השטר ולא למפרע, שאם היה קנין השטר תנאי בקנין כסף, א"כ איך יכול הלוקח לחזור בו קודם כתיבת השטר, הרי זה כתנאי "על-מנת", ואם יקיים המוכר את התנאי - יכתוב את השטר, לא יוכל הקונה לחזור בו, ומלשון השו"ע משמע שבכל ענין יכול לחזור בו. וכן משמע מדברי רב אידי, דכיון שיכול הקונה להתנות אי בעינא בשטרא איקני אי בעינא בכספא איקני, משמע דיכול הקונה לחזור בו מכח התנאי. ואם קנין השטר חל למפרע, מדוע לא יוכל המוכר לקיים את התנאי בעל-כורחו של הקונה. אלא בהכרח שהשטר הוא הקנין ולא תנאי בקנין כסף, ואין הקנין חל למפרע אלא משעת השטר. ומסיק המקנה שהקנין הוא בשטר בלבד, דכיון דלא סמכא דעתיה, הקנין הינו רק ע"י השטר ולא בכסף.

ד. פירוש לא סמכא דעתיה

עוד יש לחקור בסוגיא דידן, דלדברי הגמ' במקום שכותבים שטר לא סמכא דעתיה דלוקח עד דנקיט שטרא בידיה, מה הפירוש שאין הלוקח סומך בדעתו. יש שתי אפשרויות להסבר. הדרך הראשונה - שהלוקח חושש כל זמן שאין בידו שטר, שהמוכר יטען שכלל לא מכר לו את הקרקע. כלומר - הוא חושש שהמוכר יטען דברי שקר, שאותם לא ניתן לסקל אלא בשטר. או - אפשרות שניה - שאין הלוקח חושש שהמוכר יטען טענת שקר. המוכר יודה שאכן מכר לקונה בקנין כסף - דברים כהווייתם. אך המוכר יטען, שכיון שהם נמצאים במקום שכותבים שטר, הקנין לא נגמר אלא בשטר, וכיון שלא כתבו שטר, לא נגמר הקנין ויכול לחזור בו. כלומר - הקונה לא חושש שהמוכר יטען טענות שקר, אלא שינצל את דרכי הקנין הנהוגות כדי לחזור בו מהמקח.

הנפקות בין שני ההסברים - האם הלוקח לא סמכא דעתיה עד שיהיה השטר בידו, או שמבחינת סמיכות דעת הלוקח מספיק שיכתוב המוכר את השטר, אף שלא נמסר השטר עדיין לידו. אם נפרש כהסבר הראשון שהקונה חושש שהמוכר ישקר ויטען שכלל לא מכר את הקרקע, א"כ הלוקח לא סמכא דעתיה עד שיקבל את השטר לידו, דכל זמן שאין השטר בידו, חושש שהמוכר יטען שלא מכר את הקרקע. אך אם נפרש כפירוש השני שאין הלוקח חושש שהמוכר יטען שקר, אלא שהמוכר ינצל את דרכי הקנינים הנהוגות במקומם כדי לחזור בו מהמקח, בטענה שכל זמן שלא נכתב שטר, א"כ גם אם המוכר יכתוב שטר ולא ימסור אותו לקונה, סמכא דעתא דלוקח, דכיון שאינו חושש שהמוכר ישקר אלא שחושש שיסתר מאחרי טענה שלא נגמר הקנין כיון שבמקומו כותבים שטר, א"כ כשכתב שטר הסתלקה טענתו ותו לא חושש הלוקח לקנינו.

ומדברי רש"י בסוגיא משמע כדרך הראשונה, וז"ל רש"י (קידושין כו, א בד"ה לא קנה):

"דכיון דרגילין בהכי לא סמכא דעתיה דלוקח עד דנקיט שטרא, ועיקר דעתו לקנות על השטר הוא."

מדויק מדברי רש"י שאינו סומך בדעתו עד דנקיט שטרא, דהיינו עד שיהיה השטר בידו. והטעם - מפני שכל זמן שלא אוחז את השטר בידו, חושש שיטען המוכר שלא

מכר לו את הקרקע. וע"כ אף אם כתב המוכר את השטר, לא קנה הלוקח (לדעות שהשטר קונה) עד שימסור לו את השטר, מפני שרק בקבלת השטר לידו סמכא דעתיה.

ועיין באמרי בינה (קניינים סו"ס כב), שכתב וז"ל:

"ודע הא דבמקום שכותבים לא קנה עד שיכתוב את השטר - ראיתי בכנסת הגדולה (סי' קצ) משם מהרש"ך דאע"פ שלא בא השטר לידו, זכה כיון שנכתב ונחתם. ובמהרש"ך כתב דתליא במחלוקת אם בשטר בעינן מטי לידו, וכיון דקיי"ל כרוב הפוסקים דלא בעינן מטי לידו, הוא הדין כאן. ויש להעיר, כיון דבאמת קונה בכסף לחוד, רק עיקר הטעם דהלוקח לא סמכא דעתיה בעוד שאין השטר בידו לראיה, י"ל דאף כשנכתב ונחתם כל זמן שאינו תחת ידו אינו סומך דעתו. ובאמת בש"ס לא קתני רק עד שיכתוב השטר. וכן בלשון הראשונים לא הזכירו רק הכתיבה ולא הנתנה תחת ידו, משמע כיון שכבר צוה המוכר ונעשה מעשה רב לכתוב ולחתום את השטר, סומך הלוקח דעתו שלא יחזור בו עוד, ונגמר המקח מאז או למפרע לדעת הר"ן. ומ"מ אם אמר כתבו השטר ותנו לידי, דיכול לחזור. ועיין בבעה"ת (שער נב), בזה י"ל דעדיין לא סמכא דעתיה דלוקח. ובלשון הרמב"ן ... משמע דעכ"פ צריך שיכתבו לו את השטר ולא שישאר ביד המוכר, דבזה ליכא עדיין סמיכות דעת."

הנה מה שהביא מדברי המהרש"ך - מדברי המהרש"ך מבואר שתלה דין זה אם בעינן שימסור לידו כדי שיחול הקנין. והנה במחבר בשו"ע חו"מ קצא, א כתב מפורשות שהקנין חל לאחר שהגיע השטר ליד הקונה ("... כיון שהגיע השטר לידו קנה"), והוא דין זה ללא חולק. ועיי"ש בגר"א ס"ק ב שהראה מקורו לדברי הגמ' והתוספתא. ועיין בבית מאיר (אהע"ז קלג, א) שתלה דין זה במחלוקת הראשונים אם בשאר שטרות עדי מסירה כרתי או עדי חתימה כרתי. וצ"ל שהמחבר לשיטתו בחו"מ נא, ז דעדי מסירה כרתי בשטרות. ועיין דין זה ברי"ף ובר"ן בגיטין (מז, א בעמוה"ר) ובש"ך חו"מ נא, ט שנשאר בצ"ע כיון שרבים מהראשונים פוסקים דלא כרבי אליעזר דעדי מסירה כרתי, אלא בשטרות עדי חתימה כרתי, עיי"ש. אלא שהאמרי בינה סובר שאין נדון זה תלוי בשאלה הנ"ל, וזאת מחמת היות קנין שטר במקום שנוהגים לכתוב שטר, שונה מקנין שטר. דכל קנין שטר הוא לקנין בגדרים שקבעו חכמים, אולם בשטר במקום שנוהגים לכתוב שטר, נצרך השטר לגמירות דעת של הקונה. לאמור - חכמים הוסיפו קנין מחמת חוסר גמירות דעת הקונה בקנין כסף גרידא. וא"כ עלינו לבחון אימתי גומר הקונה בדעתו, בכתיבת השטר או בקבלתו. ולענ"ד הדבר תלוי בהסבר דלעיל.

ה. דאורייתא או דרבנן

לעיל נקטנו בפשיטות שדין זה שאין המקח נגמר אלא בשטר במקום שנוהגים לכתוב שטר, הינו מדרבנן, וזאת ע"פ מה שמצאנו בדברי הרשב"א בסוגיין (קידושין כו, א ד"ה אמר שמואל), וז"ל:

"... דהא דאמרינן בשטר מכר לא קנה, לאו משום דכסף מעכב בקניית שטר, דהא אי פריש פריש, אלא דרבנן הוא דתקון משום דאפשר דלא סמכא דעתיה."

הרי שנקט הרשב"א שדין השטר בכגון זה הוא מתקנת חכמים. אולם ראיתי למנחת

חינוך (מצוה שלו) שביאר שמדאוריתא אינו קונה כסף במקום שנהגו בשטר, וז"ל:

"ודוקא במקום שאין כותבין שטר, אבל במקום שכותבין שטר אינו קונה בכסף, דלא סמכא דעת הלוקח, וזה ג"כ מן התורה, דבקנין צריך להיות דוקא סמיכות דעת שניהם, ובמקום דאחד לא סמך דעתו אינו קונה מן התורה, רק אפילו אם שניהם סמכו דעתם מ"מ צריך קנין שגזרה התורה ובדברים בעלמא אין קונים. אבל אם עושים הקנין שציותה התורה קונים היכי דסמכו דעתם, ובמקום דלא סמכו דעתם לא מהני הקנין מן התורה."

המנחת חינוך סובר שכל הקנינים שקבעה התורה ושתיקנו חכמים, מותנים בכך שאכן לצדדים יש גמירות דעת לקנין באמצעות מעשה הקנין. ואם במעשה הקנין יש קנינים שהם מהתורה ויש מדרבנן, הרי שהגמירות דעת מהוה יסוד לקנין מהתורה. כל מעשה הקנין אם יחול אם לאו, תלוי בגמירות דעת הצדדים. כשאין גמירות דעת, נפל הבסיס והיסוד לקנין. כאשר חכמים אומדים דעת של קונה או מוכר שאינם גומרים בדעתם לקנין ע"י מעשה קנין שהוא מהתורה, הרי שאף שהתורה קבעה שמעשה פלוני הוא קנין, אין הקנין חל מחמת חוסר גמירות הדעת. לכן סובר המנחת חינוך, שבקנין כסף במקום שנהגו לכתוב שטר, כיון שאמדו חכמים שאין הקונה גומר דעתו בקנין כסף, אף שמעשה קנין זה הוא מדרבנן, מ"מ מאחר שאין הקונה גומר בדעתו ללא שטר, התנאי המהותי בחלות הקנין - גמירות הדעת - מונע מהקנין לחול. ויתכן שלדברי המנחת חינוך, בכל מקום שיש לנו אומדן דעת שיש חוסר גמירות דעת, אף שחכמים לא קבעו זאת (כבנדו"ד בקנין כסף במקום שנהגו לכתוב שטר), כיון שיש לנו אומדנא שאין גמירות דעת במעשה קנין במקרה מסוים, אפשר דלא התקיים כאן תנאי מהותי במעשה הקנין.

ואילו דעת הרשב"א - שבשעה שקבעה התורה מעשה מסוים כמעשה קנין, אמדה התורה דעת הבריות שבכגון זה יש גמירות דעת. הגמירות דעת היתה השיקול בקביעת אופן הקנין. אך לאחר שקבעה התורה שיש במעשה פלוני גמירות דעת לקנין, אין בכח אומדנא לחוסר גמירות דעת בכדי להפקיע קביעה של התורה. בניגוד למנחת חינוך שהגמירות דעת הינה חלק ממעשה הקנין, הרי שלדעת הרשב"א הגמירות דעת הינה סיבה למעשה, ולאחר שהמעשה נקבע כקנין, אי אפשר להפקיע את מעשה הקנין ע"י אומדן דעת לחוסר גמירות דעת. וזאת רק במקום שחכמים לקבוע שמדרבנן הקנין לא חל אלא לאחר גמירות דעת. וזאת רק במקום שחכמים אמדו וקבעו שאין גמירות דעת במעשה קנין מסוים, והדבר לא נתון אלא לשיקול דעתם, ובקנינים דאורייתא בכל ענין חל הקנין.

#### ו. הודאת מכר

לאמור לעיל נראה שבנדו"ד כיון שלא נערך שטר כדין, ואתרא דידן הוא מקום שנהגו בשטר, לא קנה הקונה, שהרי ביד הקונה אין זכרון דברים או חוזה אלא רק קבלה על מכירת הדירה. ונראה שיש לומר לטובת הקונה, דכיון שביד הקונה קבלה כנ"ל, א"כ לא גרע משטר ראיה, ובמקומנו סגי בשטר ראיה, שהרי גם חוזה המכר הנהוגים אינם שטרי קנין אלא שטרי ראיה (ע"פ ההלכה - עיין משי"כ במשפט"ך ליעקב חלק ב סי' ט). ולא נראה כל סיבה מדוע בקבלה שבה כתוב שמכר דירה פלונית לפלוני, אף שענין הקבלה הוא הוכחה על קבלת הכסף, שלא יוכל הקונה להשתמש בקבלה גם כשטר ראיה, שהרי יש בקבלה ראיה שמכר.

עוד יש לדון כאן לטובת הקונה, שמאחר וכתב המוכר בקבלה שמכר את הדירה,



א"כ יש לפנינו הודאה בכתב ידו שמכר את הדירה, כיון שכתב בקבלה החתומה בחתימת ידו של המוכר: "... ונמכרה לני"ל ...", הרי הודה שהדירה נמכרה לקונה באופן המועיל, ומה לנו לדון בקניני הדירה. אך מצד זה צ"ע, דכיון דגם הקונה הודה שלא היה כאן כל קנין, אף שהודה בכתב שמכר לו, לא מהני, עיין בדברי המחבר קיג, ב ובסמ"ע רז, מב, וע"ע מש"כ במשפטיך ליעקב ח"ב ב, א. ואף שמדברי התוס' משמע דמהני הודאה שהיה קנין אף שידעינן שלא היה כל קנין, וז"ל (ב"ב מד, ב ד"ה דלא):

"מכאן תשובה לאומרים דמה שנהגו לכתוב בהרשאות ונתתי לו ארבע אמות בחצרי אע"ג דלית ליה קרקע ... ונראה לר"ת דהיינו טעמא כיון שמודה שיש לו קרקע וחוב הוא לו, שהרי ע"י קרקע מקנה לחבירו אפילו יש כמה עדים שמכחישים אותו הרי הודאת בעל-דין כמאה עדים, ולא חיישינן למיחזי כשיקרא ..."

ומבואר מדברי התוס' דכאשר הקנה לו מטלטלי אגב קרקע, אע"ג דידעינן שאין לו קרקע, הודאת בעל-דין כמאה עדים. ונראה דהוא הדין בכל הקנינים כשמודה שמכר, הודאת בעל דין כמאה עדים, אף דידעינן שלא הקנה לו באופן המועיל.

אך נראה דיש לחלק בין נידון התוס' לנדו"ד. בנידון התוס' הודה המקנה מפורשות שהקנה לו אגב קרקע, וא"כ הודה מפורשות שיש לו קרקע והודאת בעל-דין כמאה עדים. אך בנדו"ד מודה שמכר, אך לא הודה שמכר באופן המועיל ע"פ דין, ויכול לטעון עדיין שהמכירה היתה שלא ע"פ דין, שהרי אין כאן הודאה מפורשת וישירה לענין שאלתינו, אם הקנה לו באופן המועיל. זאת ועוד - בנידון התוס' מיירי שיש הודאת בעל דין נגד עדים, וע"כ מהני הודאת בעל דין לחוב לעצמו. אך בנדון דידן גם הקונה מודה שלא בוצעו קנינים (במידה ולא נתיחס לקבלה כאל שטר ראייה), וא"כ יש לפנינו הודאת בעל דין של המוכר (שמכר) מול הודאת בעל דין של הקונה (שלא קנה), ובכהאי גוונא אזלינן בתר המוחזק, עיין קצוה"ח פח, ט, אלא שלקצוה"ח מהני תפיסה, והנתיבות שם בסוסי"ק ד כתב דמוקמינן בחזקת מרא קמא, עיי"ש. וא"כ בנדו"ד לכ"ע לא ניתן לאפוקי מחזקת המוכר.

ומ"מ לפי מש"כ לעיל יש לראות את הקבלה כשטר ראייה, ובמקומנו סגי בשטר ראייה, דהא שטרות דידן הן שטרי ראייה, וכיון שכן נלענ"ד שנעשה כאן קנין כסף עם שטר ראייה כדין, וע"כ יש להעמיד את הדירה בחזקת הקונה.

לאור האמור לעיל:

היות ונעשו כאן הקנינים המועילים ע"פ דין, הדירה הנ"ל עוברת לבעלות הקונה.

מסקנות

א. יש לחקור אם במקום שנהגו לכתוב שטר לקניית קרקע, ולא מהני קנין כסף ללא שטר, אם השטר הוא חלק מהקנין או תנאי בחלות קנין כסף.

ב. יש לדון אם יש להביא ראייה מכך שיכול להתנות שיקנה בכסף בלבד, שאין השטר חלק ממעשה הקנין אלא תנאי בחלות קנין כסף.

ג. מדברי הר"ן נראה שאם השטר הוא שטר קנין, א"כ עיקר הקנין הוא בשטר, משא"כ בשטר ראיה שאינו חלק מהקנין.

ד. יש לחקור בקנין שטר עם כסף, אם יש כאן שני קנינים או קנין אחד.

ה. נפק"מ מהאמור לעיל סעי' א, אימתי חלות הקנין. ומדברי המהרי"ט אלגזי מבואר שהקנין חל למפרע משעת קין הכסף. ובריטב"א מבואר שהדין כך דוקא בשטר ראיה.

ו. יש לחקור אם אי סמיכות דעת הלוקח ללא שטר, היינו דוקא שהשטר יגיע לידו, או סגי שהשטר יכתב אפילו יהיה ביד המוכר.

ז. ב דעות אם דין זה שאינו קונה אלא בשטר הוא מדאורייתא או מדרבנן.

ח. בנדו"ד יש לראות בקבלה שביד הקונה שטר ראיה, ובמקומינו נהגו בקרקע בשטר ראיה, שהרי החוזים הם בדרי"כ שטר ראיה ולא שטר קנין.

ט. יש לראות בקבלה הודאה בכתב יד המוכר שמכר את הדירה. אך צ"ע למעשה כיון שיש הודאת בעל-דין של הלוקח שלא היה כאן קנין המועיל.