

# אזמרה לשמך

בס"ד  
גיליון מס'  
268

כד חשון תשפ"ה  
פרשת תולדות

פסקי הלכות והשובות מפי מורנו הגאון הגדול רבי עמרם פריד שליט"א

## קניין דבר שלא בא לעולם [קניית דירה "על הנייר"]

אדם קרובה אצל בנו, מכאן נראה טעמא דאין מקנה דבר שלא בא לעולם משום **דלא גמר ומקנה** עכ"ל. וכן הוא בספר הישר לר"ת (סי' תקצב) ובאור החיים הקדוש (בראשית כה, לג), וכ"כ בקרן אורה (יבמות צב: ד"ה לאחר). **ומבואר בדבריהם שהחיסרון הוא בסמיכות הדעת, אך במקום שגומר בדעתו, מועילה המכירה אף בדבר שלא בא לעולם.**

### הסוברים שהחיסרון הוא במעשה הקניין

אמנם בנודע ביהודה (תניינא אבה"ע סי' נד ס"ק יב) כתב **שלא שמענו מעולם לחלק בדבר שלא בא לעולם, בין סמכא דעתיה ללא סמכא דעתיה** (ויתבאר להלן).

וכ"מ בשו"ת התשב"ץ (ח"ד טור שני סי' יג ד"ה לכן) ז"ל "שהטעם שאין הקניין חל על דבר שלא בא לעולם, מפני שהדבר ההוא אינו במציאות, ומאחר שאינו במציאות אין כאן מה שימכור המוכר ויקנה הקונה" [ובהמשך דבריו מבאר שהטעם שאין קניין חל על דבר שאינו ברשותו הוא משום שאין סמיכות דעת, אך בדבר שלא בא לעולם הוא משום שאינו במציאות, וכנ"ל]. וכ"כ בלבוש (סי' ר"ט ס"ד) "אין אדם מקנה לחבירו דשלב"ל, שאין כאן דבר שיחול עליו הקניין", וכן משמע בקרית ספר (הל' מכירה פכ"ב) [ועי' חידושי הגר"ש (ב"ב סי' ל)].

והנה מבואר בגמ' (נדרים מז, וכע"ז בכתובות נט) "הואיל ואדם אוסר פירות חברו על עצמו, אדם אוסר דבר שלא בא לעולם על עצמו, [אבל] גבי חברו, הואיל ואין אדם פירות חברו על חברו, אין אדם אוסר דבר שלא בא לעולם על חברו". **ומהשוואת הגמ' בין דין לא בא לעולם לדין בעלות, נראה שהחיסרון בלא בא לעולם אינו כב' הצדדים דלעיל** [שחסר סמיכות דעת או שחסר במעשה הקניין], **אלא הוא צד שלישי, שהחיסרון הוא בבעלות, ויל"ע בזה.**

והנה מבואר בב"מ (טז). שאדם שקנה שדה גזולה, ואחר המכירה קנה הגזלן את השדה מהבעלים [הנגזל], המכירה מועילה. **והקשתה הגמ' כיצד המכירה מועילה והרי בשעה שמכר הגזלן את השדה, הייתה גזולה בידו. ותירצה הגמ' שבאותה הנאה שהקונה סומך על המוכר שיעמיד לו את הקרקע, גמר ומקני ליה. והקשתה הגמ' מאי שנא מאדם המוכר מה שעתידי לרשת ומה שעתידי לצוד, שלא חלה המכירה, ותירצה שבמוכר ירושה או מה שיצוד בעתיד, לא סומך הקונה את דעתו על המכירה, אך בלוקח קרקע גזולה, סומכת דעתו על המוכר.**

**ומשמע מדברי הגמ' שבמקום שישנה סמיכות דעת, מועילה המכירה ואפילו במקום שלא בא לעולם.** אולם כאמור כתב הנודע ביהודה (הנ"ל) שלא מצינו לחלק בין מקום שסומך דעתו למקום שלא סומך, ודחה הראיה הנ"ל, ועי' בדבריו.

### דברי הרא"ש בדבר שלא בא לעולם

כתב הרא"ש (ב"ב פ"ד סי' ז) "וכמו שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, כך אין אדם מקנה לחברו האויר וכו'.

נאמר בפרשת השבוע (בראשית כו, לא-לג) "ויאמר יעקב מכרה כיום את בכרתך לי וכו' וימכר את בכרתו ליעקב", והקשו הראשונים כיצד הועילה מכירת ירושת הבכורה (ומבואר בסוטה יג. שקנה את כל חלקו בירושה) והרי הוא דבר שלא בא לעולם, ואין אדם יכול למכור את חלקו בירושה, דלהלכה אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם (כמבואר בב"מ טז). וראה לקמן התירושים בזה.

### גדרי הקנאת דבר שלא בעולם

**נחלקו ר"מ ורבנן** (עי' ב"מ טז, לג, כתובות נח-נט, נדרים מז, פה, יבמות צג, גיטין יג, מב, קידושין סב, עח, ב"ב סג, עט, קכז, קלא, קמא, קנז, ערכין כא) **האם אדם יכול להקנות דבר שלא בא לעולם, כגון להקנות פירות דקל שעתידיים לבא אחר זמן וכדו'.**

**ויסוד פלוגתתם הוא דר' מאיר ס"ל שמעשה הקניין הנעשה קודם שהגיע החפץ לעולם יועיל לכשיגיע החפץ לעולם, ושוב אין הקונה צריך לעשות מעשה קניין, אך רבנן סוברים שאין מעשה הקניין מועיל, וצריך הקונה לעשות מעשה קניין חדש כשיגיע החפץ לעולם** (עי' קצוה"ח סי' קכג סק"א, וחזו"א חו"מ סי' א סק"ה).

**אף לדעת ר"מ שאדם מקנה דבר שלא בא לעולם** [והיינו דווקא בקניינים שאין בהם חסרון של כלתה קניינו, כלומר שבזמן ההקנאה מעשה הקניין עדיין לא כלה והסתיים, וכגון כסף שמועיל תמיד, שכיון ששעבוד המעות קיים, נחשב גם שמעשה הקניין קיים, כמבואר בר"ן (נדרים כח: ד"ה הותב, כט: ד"ה פשיטא), וכן נראה בתוס' (יבמות צג. ד"ה קנייה, כתובות פב. ד"ה הא), וכן בקניין שטר בזמן שהשטר קיים, אבל משיכה וחזקה אינם מועילים אם החפץ אינו ברשות הקונה בשעת חלות הקניין, ונח' הראשונים האם מועילה משיכה או חזקה כשהחפץ ברשותו (עי' כתובות פב, פג, חו"מ סי' קצז), ועי' חידושי הגר"ש (נדרים סי' כב), ובעניין סיטומתא ואודיתא, יל"ד שאין בזה חיסרון של כלתה קניינו], **יכולים הקונה או המוכר לחזור בהם כל זמן שהחפץ לא הגיע לעולם** (עי' ב"מ סו, יבמות צג. ואם אמר "מעכשיו", אין בזה חיסרון של כלתה קניינו, ונחלקו הראשונים אם יכול לחזור בו, ועי' חידושי הגר"ש מערכת הקניינים סי' ב). **ומבואר שאף לדעת ר"מ לא יכול הקניין לחול לפני שהחפץ בא לעולם, אלא שמעשה הקניין מועיל לעניין זה שלא יצטרכו לעשות שוב מעשה קניין לאחר שהחפץ בא לעולם** [אך חלות הקניין נעשה לאחר מכן].

### ביאור טעם הדבר שאין אדם מקנה דשלב"ל

**להלכה נפסק כדעת רבנן** שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם (שו"ע חו"מ סי' רט, ריא, רפא), **וידועה החקירה בגדר החיסרון בהקנאת דשלב"ל, האם הוא חיסרון בסמיכות דעת** [שכיוון שאין החפץ קיים, אין סמיכות דעת למכירה ולהקנאה], **או שהוא חיסרון במעשה הקניין** [היינו שאין כח בקניין לחול כיוון שהחפץ אינו בעולם].

### הסוברים שהחיסרון הוא בסמיכות דעת

הנמוק"י (ב"מ סו:) כתב "מפני שלא באו הפירות לעולם לא מהני, משום דלא סמכא דעתיה, ומשום הכי יכול לחזור בו" ומבואר שלמד שהחיסרון הוא בסמיכות דעת. וכ"כ בשיטמ"ק (ב"ב קמב ד"ה הואיל) בשם הרא"ש "הואיל ודעתו של

**שאינן האויר נתפס בקנין**, אלא צריך שיאמר לו אני מקנה ומשעבד לך חצרי להוצאת זיזון, דאדם מקנה לחברו קרקע לאויר כמו שמקנה קרקע לפירותיו".

**ומבואר בדבריו שהחיסרון אינו מצד סמיכות דעת ולא מצד חיסרון בעלות, אלא הוא כמו במוכר אויר, שאף שהוא בעולם, אין לקניין במה ליתפס [ודלא כהרא"ש שהובא בשטמ"ק הנ"ל].**

### **תירוצי הראשונים במכירת הבכורה**

**[א]** הרא"ש תירץ (שו"ת הרא"ש כלל ח סי' יח, ובפירוש הטור הארוך עה"ת בשם אביו הרא"ש, וכ"כ בתשובות הגאונים שבסוף שו"ת הרי"ף, ח"ב סי' ד, בשם מר יוסף גאון) שאם אדם **נשבע** למכור דבר שלא בא לעולם, המכירה מועילה, ולכן יעקב אמר לעשיו **"השבעה לי כיום, וישבע לו, וימכר את בכורתו"** [וכ"כ המהרמ"ש (סוף ב"ק)].

**[ב]** הריב"ש (סי' שכח) חולק על התירוץ הנ"ל, וסובר שאף אם נשבע א"א להקנות דבר שלא בא לעולם [וכ"פ הרמ"א (ח"מ סי' רט ס"ד) **ששבעה לא מועילה להקנות, אך מועילה להתחייבות**, ואם מת, אין היורשים חייבים לקיים את המקח], וכתב לתרץ **שלפני מתן תורה הועילה הקנאה אף בדשלב"ל** [תירוץ הריב"ש הובא בקצוה"ח (סי' רע"ח ס"ק יג, סי' שלב ס"ק ו) עיי"ש, אך מדברי הרמב"ם (הל' ערכין וחרמין פ"ו הלכה לג) נראה שאין לחלק בין אחר מתן תורה לקודם מתן תורה].

**וידוע לבאר שנחלקו בחקירה דלעיל בביאור הטעם שאין אדם מקנה דשלב"ל**. הרא"ש למד שהחיסרון הוא **בסמיכות דעת** (וכמש"כ הרא"ש המובא בשיטמ"ק הנ"ל, ולא כמש"כ בב"ב דלעיל), ולכן כשנשבע שימכור אין כל חיסרון והקניין מועיל [אולם עי' באוה"ח (בפרשתן כה, לג)], והריב"ש למד שהחיסרון הוא **במעשה הקניין**, ולכן אין שבעה מועילה, אך לפני מתן תורה המכירה חלה ע"י הסכמה, ולא לפי גדר הקניינים.

**ויש בזה עוד תירוץ רבים**, כמבואר בפירוש הטור (הארוך עה"ת) ה' תירוץ, ומצינו גם שנחלקו אם המכירה הייתה על העבודה בביהמ"ק או על חלק הירושה (כמבואר באבן עזרא (בראשית כה, לא) וברמב"ן (שם פס' לד), עיי"ש, ועי' מדרש רבה בראשית סג, יג, וכן במדבר רבה ד, ח).

### **קניית דירה "על הנייר"**

**שאלה: אדם שקנה דירה "על הנייר"** [באופן שהקרקע עדיין לא שייכת למוכר, או שלא סוכם שהתשלום הוא עבור הקרקע], **ורוצה לחזור בו (המוכר או הקונה) מפני שמצא מחיר יותר טוב. האם יכול לחזור בו ולבטל המקח, מכיוון שהוא דבר שלא בא לעולם.**

**תשובה:** אם כתוב בחוזה לשון של **"התחייבות"** למכור את הדירה, **החוזה מחייב**, ולכן אף שהמכירה עדיין לא חלה, **חובה על המוכר והקונה לקיים את התחייבותם האמורה בחוזה**. אך אם כתוב בחוזה לשון **"המוכר, מוכר לקונה את הדירה" מבלי שמוזכר לשון "התחייבות"**, נחלקו הראשונים האם יש תוקף לחוזה זה מדין **סיטומתא** [שמועיל אף בלא בא לעולם], ויתבאר בס"ד בגיליון הבא.

**מקור:** ישנם שני סוגי חוזי דירה - יש חוזים בלשון **"המוכר, מוכר לקונה את הדירה וכו"**, ובאופן זה המכירה חלה מיד. אך יש חוזים בלשון **"המוכר מתחייב למכור לקונה, והקונה מתחייב לקנות מן המוכר"**, ובאופן זה הקניין הוא רק בתשלום האחרון, אך הצדדים מתחייבים למכור ולקנות.

**ונחלקו האחרונים האם יש תוקף להתחייבות המוכר למכור, או שזה נחשב כקנין דברים** ואין להתחייבות זו שום תוקף. דעת המהרש"ך (ח"א סי' קא) שנחשב קנין דברים ואינו מועיל, וכן דעת קצוה"ח (סי' רו ס"ק א) [ועי' נודע ביהודה (ח"ו"מ קמא סי' כה-כז) שנחלקו שם בדעת המהר"ש הלוי (ח"ו"מ סי' ה)]. אולם דעת המבי"ט (ח"ב סי' כו) ושו"ת תורת אמת (למהר"א ששון סי' קלג) ושו"ת מהריט"ץ (ח"א סי' קפז) **שאי"ז קנין דברים, והתחייבות מועילה, וכך נוקטים להלכה, וכך הם רוב חוזי המכירה בזמננו.**

**כאשר הדירה היא "על הנייר"**, ובחוזה נכתב בלשון **"המוכר מוכר בזה וכו"**, אין המכירה חלה כלל כיוון שהוא דבר שלא בא לעולם, ולכן אף אם שילם כסף וחתם חוזה, לכאורה אין שום תוקף לחוזה המכירה. ואף תורת התחייבות אין כאן, כיוון שלא נכתב בלשון התחייבות, ולכן אפי' "מי שפרע" אין כאן, כיוון שהוא דבר שלא בא לעולם (עי' רמב"ם הל' מכירה פכ"ב, וקצוה"ח סי' רט ס"ק ט, וראה עוד באזמרה לשמך גיליון 264 האם שייך "מי שפרע" בקרקע).

**אך יש לדון שנדון זה תלוי בשיטות הראשונים האם קנין סיטומתא מועיל בדבר שלא בא לעולם** [ויתבאר בס"ד בגיליון הבא], **דלראשונים הסוברים שמועיל, אזי בנדון דידן, מאחר וחתם על חוזה, נראה שהמכירה חלה ע"י קנין סיטומתא אפי' שלא בא לעולם, ולראשונים הסוברים שלא מועיל, החוזה אינו תקף, ויכול לחזור בו, ואין לו "מי שפרע"**, אך יש בזה משום מחוסר אמנה, כמבואר בתוס' (ב"מ סז ד"ה התם), ובשו"ת מהר"ם מינץ (סי' לה, ומובא במשפט שלום סי' רט ס"ד). ודברי שו"ת הרא"ש (סי' קב אות י) צ"ע, עי' ש"ך (יו"ד סי' רסד ס"ק ז), והגהות יד אברהם (שם). **וראה בגיליון הבא, הלכה למעשה בנדון הנ"ל.**

[ובקובץ שיעורים (ב"ב אות רעו) **תלה את פלוגת הראשונים הנ"ל אי מהני סיטומתא בדשלב"ל, בחקירה דלעיל בביאור החיסרון בדשלב"ל, שהסוברים שמהני סיטומתא ס"ל דהחיסרון הוא בסמיכות הדעת, ולכן כאשר זה מנהג העולם, יש סמיכות דעת והקניין חל. אך הסוברים שלא מהני סיטומתא ס"ל דהחיסרון הוא במעשה הקניין, ולכן מנהג המדינה לא מועיל כלום].**

**ואם נכתב בחוזה בלשון "התחייבות"** [וכפי המבואר לעיל, דלהלכה יש ללשון זו תוקף ואינה קנין דברים], הרי זה מחייב אפי' **שזה דשלב"ל** ולא חל קנין והדירה לא שייכת לקונה, דאעפ"כ **המוכר חייב לבצע את המכירה**, כיוון שהתחייבות היא על הגוף (כמבואר בח"מ סי' ס).

#### **הגיליון הודפס ע"י**

הרב רוני ליקר, הרב שילה אריאל, הרב שלמה בלאק והרב נתנאל מן הי"ו  
להצלחת ילדיהם בתורה ויר"ש וכל העניינים

#### **מספר הטלפון בבית ההוראה**

**0733-260-800**

להפניית שאלות לרב ולקבלת הגיליון  
למייל - פנו לכתובת  
**6191265@gmail.com**

#### **לתרומות והנצחות ניתן לפנות**

לקו בית ההוראה במספר  
**0733260800 שלוחה 11**