

## הרב אלחנן שלום אלגרוד

### בגדר קנין מעמד שלשתן

#### ראשי הפרקים

- א. הקדמה
- ב. מחלוקות הראשונים בדינים שונים בקנין מעמ"ש
- ג. הסבר מחלוקת הראשונים וגדר קנין מעמ"ש לשיטתם
- ד. הלוקח עומד תחת המקנה
- ה. שיטת קצוה"ח - זכות תביעה בלבד
- ו. הסבר נוסף
- ז. גדר קנין מעמ"ש לר"ת והסבר שיטתו

#### א. הקדמה

איתא בגמ' (גיטין יג, ב; ב"ב קמ"ד, א) שאחד מן הקניינים שבאמצעותם ניתן להקנות הוא "מעמד שלשתן", וז"ל הגמ' בגיטין: "גופא, אמר רב הונא אמר רב: מנה לי בידך תנהו לו לפלוני, במעמד שלשתן - קנה. אמר רבא: מסתברא מילתיה דרב בפקדון, אבל במלוה לא, והאלקים! אמר רב אפילו במלוה", ומסביר רשב"ם (ב"ב שם ד"ה במעמד שלשתן) ששלושת האנשים הם – הנפקד, המפקיד ומקבל המתנה, וא"כ למ"ד שמעמד שלשתן מועיל גם במלוה, שלושת האנשים הם – המלוה, הלוח ומקבל המתנה.

הגמ' (גיטין יד, א) אומרת שקנין זה הינו רק מדרבנן, דכיון שאין כאן מעשה קנין אלא רק דיבור בעלמא, מדאורייתא אין כאן קנין כלל ורק מצד תקנת דרבנן יכול הדיבור להחיל קנין.

והנה בטעם התקנה כותב רשב"ם (ב"ב הנ"ל ד"ה קנה), שהוצרכו חכמים לתקן קנין שכזה משום שזהו מעשה שבכל יום שרוצים להקנות מאחד לשני ולא תמיד מצויים עדים ע"מ שיהא ניתן להקנות בקנין רגיל, וכך גם כותב הטור (חו"מ קכו, יג) וז"ל: "ופירש ר' יצחק שעשו אותו לתקנת השוק, דמי שקונה סחורה ואין בידו מעות, מעמידו אצל בעל חובו וא"צ להמתין עד שיקנה לו כקנין".

והנה לכאורה יש להקשות על דברי רשב"ם, דהא הגמ' בגיטין (הני"ל) אומרת שקנין מעמד שלשתן הוא "הלכתא בלא טעמא", ולפי דברי רשב"ם יש בזה טעמא מעלייתא – מפני תקנת השוק? מתרצים תוס' (גיטין הני"ל ד"ה כהלכתא) שכוונת הגמ' היא שאין טעם כיצד קנין זה חל – דהלא אין כאן כל מעשה אלא דיבור בעלמא, אולם יש טעם מדוע תיקנו חכמים קנין שכזה – כדברי רשב"ם – משום תקנת השוק ע"מ שלא יצטרך לטרוח ולהביא עדים ולעשות קנין.

### **ב. מחלוקות הראשונים בדינים שונים בקנין מעמ"ש**

והנה בדין מעמד שלשתן מצינו שלש מחלוקות ראשונים:

1) מעמ"ש בעל כרחו של הלוח או הנפקד - לר"ת מועיל (גיטין יג,ב תוד"ה גופא אמר רב הונא); רשב"א (שם ד"ה אמר רבא) ועוד - לא מועיל.

2) שמואל סובר שהמוכר שטר חוב לחברו וחזר ומחלו מחול (קידושין מה,א ועוד), מ"מ אם מכר או נתן את השטר חוב במעמ"ש – מודה שמואל שאינו יכול למחול. כך סובר ר"ת (שם ד"ה תנהו לפלוני) ס; ואילו הרי"ף והרמב"ן (מובאים בר"ן קידושין כ,א בדפי הרי"ף ד"ה וגרסינן תו) סוברים דאף שקנה או נתן שטר חוב במעמ"ש – מ"מ יכול למחול.

3) לוח/נפקד גוי - לא תיקנו מעמ"ש, כך דעת ר"ת (שם ד"ה במעמד שלשתן); ואילו השו"ע (חוי"מ סי' קכו,כב) מביא את שיטת הרי"ף (תשובה סי' רלח) שאין חילוק במעמ"ש בין גוי לבין ישראל ובכל מקרה הקנין חל.

והנה יסוד מחלוקתם של הראשונים הינה בהגדרה ובאופן הפעולה של קנין מעמ"ש, וצריך לבאר מהם ההבדלים ביניהם שגורמים למחלוקת הני"ל.

### **ג. הסבר מחלוקת הראשונים וגדר קנין מעמ"ש לשיטתם**

בבאור המחלוקת הני"ל יש לפרש כך:

הגר"א (חוי"מ סי' רכו סקנ"ז) בביאור שיטת הרי"ף שקנין מעמ"ש מועיל אף כאשר הלוח או הנפקד הוא גוי, אומר וז"ל: "דמעמד שלשתן הוא קנין כני"ל,<sup>1</sup> וקנין איתיה נמי בגוי, כמ"ש תוס' בריש קידושין (ג,א ד"ה ואשה)". מבואר א"כ מדברי הגר"א בשיטת הרי"ף דהוא סובר שדין מעמ"ש הינו כדין קנין

<sup>1</sup> כוונתו כמו שכתב לעיל (בסקל"ה) וז"ל שם: "דמעמ"ש דין קנין לו והוי כשטר, וכמ"ש בכתובות קא,ב אלימא מילתיה דשטרא. ספר התרומות (כח ח"ה סי"ב)".

בעלמא כמו כל קנייני דרבנן [כגון: ד' אמות, סיטומתא, חליפין וכד']. ע"פ זה מובן אי"כ מדוע סובר הר"י שקנין מעמ"ש מועיל אף כאשר הלוח או הנפקד הוא גוי, דכמו שכל שאר קניינים מהני בגוי – ה"ה קנין מעמ"ש.

והוסיף לבאר הגר"מ הורביץ (ספר הזכרון לגרמ"ש שפירא 'תבואות שמש') שאף במחלוקת הראשונה גבי מעמ"ש בעל כרחו של הלוח או הנפקד, הדעות שחולקות על ר"ת וסוברות שקנין זה אינו מועיל בע"כ, סוברות כדעת הגר"א: דכיון שקנין מעמ"ש הוא קנין כמו כל שאר קנייני דרבנן, כמו ששאר קניינים אינם מועילים בע"כ של אחד מן הצדדים, אף כאן אינו מועיל בע"כ של הלוח או הנפקד (ואע"ג שהלוח או הנפקד אינם באמת צד בדבר, דהלא הם אינם המקנים או הקונים, מ"מ כיון שבלעדיהם אין קנין, בעי שיהא מדעתם – כמו שקנין בע"כ של עדים היכן דבעי עדים אינו מועיל). אומר הגר"מ הורביץ שה"ה במחלוקת השנייה גבי המוכר או הנותן שט"ח במעמ"ש אם יכול למחול, דהדעות שחולקות על ר"ת וסוברות שכן יכול למחול, סוברות אף הן כדעת הגר"א: דכיון שקנין מעמ"ש הוא קנין כמו כל שאר קנייני דרבנן, כמו שהמוכר שט"ח בכל הקניינים ומחל מחילתו מחילה, ה"ה בקנין שטרות ע"י מעמ"ש שמחילתו מחילה.

דעת ר"ת תתבאר לאור דברי המבי"ט בספרו קרית ספר (מכירה פ"ו) וז"ל: "מעמ"ש הוא הלכתא בלא טעמא כדאמרינן ספ"ק דגיטין. ונראה דהוי דאורייתא, וכדאמרינן בהל' מלוה ולוה פט"ז". ובהל' מלוה ולוה פט"ז אומר המבי"ט וז"ל: "וכיון דקיי"ל ספ"ק דגיטין דל"ש מלוה ול"ש פיקדון, ואי"כ הוי מקודשת, כיון דהוי במעמ"ש, מדאורייתא. ואפשר דילפינן לה מרבי נתן, מנין לנושא בחבירו וכו', וכיון דמדאורייתא מוציאין מזה לזה, כל שכן אי אקניה ליה במעמ"ש דקני חנווני ובעה"ב ופועל מדאורייתא". שדין מעמ"ש הינו מדאורייתא ונלמד מדין שעבודא דר"י, דכמו שבשעבודא דר"י החוב של הלוח עובר מהמלוה אל בעל חובו וכעת הבע"ח עצמו נחשב כמי שהלווה באופן ישיר ללוח, ולומדים זאת מ"ונתן לאשר אשם לו", כך גם במעמ"ש – דכעת הלוקח נעשה בעלים על החוב ועוברים אליו כל השעבודים של המקנה בין שעבוד הגוף ובין שעבוד נכסים.

ע"פ הדברים הללו מבוארת שיטת ר"ת בשלוש המחלוקות שהובאו לעיל (באות ב). 1. כמו ששעבודא דר"י מועיל בע"כ של הלוח, ה"ה שמעמ"ש מועיל בע"כ של הלוח או הנפקד. 2. הסיבה שר"ת סובר ששט"ח שנמכר או ניתן במעמ"ש אינו בר מחילה היא משום שר"ת לשיטתו שהטעם שבעלמא שמואל

סובר שכן יכול למחול הוא משום שהמוכר שט"ח מוכר רק את שעבוד הנכסים ולא את שעבוד הגוף, ולכן יכול למחול על שעבוד הגוף וממילא פוקע שעבוד הנכסים. כל זה הוא בסתם מוכר שט"ח, אבל במעמ"ש שהלוקח נכנס תחת המקנה ועובר אליו גם שעבוד הגוף – כמו בשעבודא דר"נ, ממילא לא נותר למקנה דבר שעליו הוא יכול למחול. 3. מסיבה זו סובר ר"ת שמעמ"ש לא שייך היכן שהלוח או הנפקד הוא גוי, דכמו שבשעבודא דר"נ סובר שלא שייך דין זה היכן שהלוח הוא גוי, ה"ה במעמ"ש.

אולם יש לבאר כיצד יסביר המבי"ט את דברי הגמ' (גיטין יד,א) שמעמ"ש הינו לכאורה קנין דרבנן, וז"ל הגמ': "אלא אמר מר זוטרא, הני תלת מילי שוינהו רבנן כהלכתא בלא טעמא: חדא, הא"י! ונראה לומר שכוונת דברי המבי"ט אינה שמעמ"ש הינו דין הכתוב בתורה, אלא שזהו דין דרבנן המבוסס על דין דאורייתא של שעבודא דר"נ. א"כ אמאי אומרת הגמ' על דין מעמ"ש שזהו "הלכתא בלא טעמא"? הלא זהו דין הנובע מטעם גמור? אלא נראה שהמבי"ט יסביר את דברי הגמ' אליבא דרש"י (שם) וז"ל: "כהלכתא בלא טעמא - כאילו קבלה משה הלכה מסיני שאין צריך לתת בה טעם", דהיינו שאכן למעמ"ש יש טעמא – מדין שעבודא דר"נ, אלא שחכמים לא ראו צורך לתת בו טעם כיון שטעמו ברור.

#### ד. הלוקח עומד תחת המקנה

##### ראיה א

והנה יסוד זה – שבדין מעמ"ש הלוקח עומד תחת המקנה כמו בשעבודא דר"נ, ניתן להוכיחו מדין הפקר בי"ד הפקר. הגמ' (גיטין לו,ב) מביאה שני פסוקים מהם ניתן ללמוד שהפקר בי"ד הפקר, וז"ל: "רבא אמר: הפקר בי"ד היה הפקר, דאמר ר' יצחק: מנין שהפקר בי"ד היה הפקר? שנאמר: (עזרא י) וכל אשר לא יבוא לשלשת הימים כעצת השרים והזקנים יחרם כל רכושו והוא יבדל מקהל הגולה. רבי אליעזר אמר, מהכא: (יהושע יט) אלה הנחלות אשר נחלו אלעזר הכהן ויהושע בן נון וראשי האבות וגוי, וכי מה ענין ראשים אצל אבות? לומר לך, מה אבות מנחילין את בניהם כל מה שירצו, אף ראשים מנחילין העם כל מה שירצו". המחנה אפרים (קנין משיכה ב) והחת"ס (שו"ת יו"ד שיד) כותבים שהפקר בי"ד הפקר מועיל רק להפקיע מרשותו של זה ולא להקנות לזה, וז"ל המחנה אפרים: "דטעם זה דהפקר בי"ד, לא סגי אלא להפקיע ממונו מרשותו דבעלים, אבל לעשות ע"י מי שאינו זוכה כזוכה

כאילה הגיע לידו ממש – לא אמרינן". כך גם מדייק המהר"ץ חיות (גיטין יד,א) עיי"ש. ונראה שלמדו דין זה מהפסוק שהביא ר' יצחק שעוסק בהפקעת ממון ולא בזכיית ממון. אולם הרשב"א (גיטין לו, ב ד"ה רבא) מדייק מהפסוק שהביא ר' אליעזר שדין הפקר ב"ד הפקר הינו אף להקנות לאחר, וז"ל היס של שלמה: "ונראה דהא דר' אליעזר עדיף, דילפינן מינה שיוכלו להפקיע ממון של אחר ולהחליט לחבירו. ולא תימא דוקא שיכולים להפקיע אותו או להחרימו". ולפי זה קשיא טובא: דיוצא ששני הפסוקים שהביאה הגמ' לגבי דין הפקר ב"ד הפקר סותרים אחד את השני, דמהפסוק שהביא ר' יצחק לומדים ששיש לב"ד כוח רק להפקיע ממון ולא להקנותו, ואילו מהפסוק שהביא ר' אליעזר לומדים ששיש לב"ד כוח גם להקנות הממון ולא רק להפקיעו? אלא מתרץ הגר"מ הורביץ שנראה מוכרח שיש שני דינים בקנין דרבנן: 1. הראשון, שרבנן תיקנו קניינים נוספים ע"ג הקניינים שיש בתורה (כגון ד' אמות, ומשיכה לר' יוחנן וכד'), ובאופן זה ודאי אמרינן שחכמים רק הפקיעו הממון מהבעלים ותיקנו שאחר יקנה הממון ע"י מעשה קנין דרבנן, וכשקונה בקנין כזה – ודאי הוי שלו רק מדרבנן. 2. השני, שרבנן החליטו להעביר הממון מאחד לאחר אף בלא מעשה קנין, ובזה נעשה הממון ממון של האחר באופן גמור ומוחלט אפילו מדאורייתא, ויש להם הכוח לעשות זאת כנלמד מהפסוק השני של "ואלה הנחלות" – דכמו שנחלה עוברת מאב לבן באופן ישיר ללא שום קנין כך גם יש לרבנן הכוח להעביר ממון מאחד לאחר בלא שום קנין ונעשה הממון של האחר באופן גמור ומוחלט כמו שנחלה שייכת באופן גמור ומוחלט ליורש.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> בספר הזכרון הנ"ל הובאו מספר ראיות לכך שיש ביד רבנן הכוח להעביר ממון מאחד לאחר: א. איתא בגיטין (כ,א): "אמר רב חסדא: יכילנא למיפסלינהו לכולי גיטי דעלמא. אמר ל"י רבא: מאי טעמא? אילימא משום דכתיב (דברים כד) וכתב, והכא איהי קא כתבה ליה, ודילמא אקנויי אקנו ליה רבנן!", ומסביר רש"י (שם ד"ה אקנויי) וז"ל: "אקנויי אקנו ליה רבנן - ההוא זוזא מדידה, והוי כמאן דיהיב ליה איהו, דהפקר ב"ד היה הפקר". רואים א"כ שמכוח הפקר ב"ד הפקר ניתן לחכמים כוח להפקיע ממון דידה ולהעביר אותו לבעל בלי שום מעשה קנין, והוי שלו מהתורה למפרע. ב. איתא ברש"י (גיטין לג,א ד"ה תינח) וז"ל: "תינח דקדיש בכספא - איכא למימר אפקעינהו לקידושין בגט דדבריהן ואמרו ליהוי מעות למפרע מתנה". דהיינו שיש לחכמים הכוח אף למפרע ליתן את ממון הבעל כמתנה לאשה. ג. איתא בתוס' (גיטין מ,א ד"ה וכתב) וז"ל: "ואע"ג דבעלמא אין האפוטרופסין רשאים להוציאן לחירות, הכא כיון דעשה שלא כהוגן להקנותו לבנו קטן, הפקירוהו ב"ד ונתנוהו לאפוטרופוס לשחררו כדאמרינן דאפוטרופסין תורמין ומעשרין לאכול, ואע"ג דדרשינן (לקמן נב,א) אתם ולא אפוטרופסין, אלא הפקר ב"ד הפקר והפקירו ב"ד התבואה של תינוק ונתנוה לאפוטרופוס שיוכל לתרום". רואים להדיא מדברי תוס' שמדין הפקר ב"ד הפקר יש לחכמים הכוח לא רק להפקיע ממון אלא אף להקנותו.

מבאר הגר"מ הורביץ שע"פ זה י"ל שזהו היסוד של מעמד שלושתן : דאין זה מתורת קנין אלא מצד תקנת חכמים שהממון עובר מהמלוה או מהמפקיד ישירות לאדם שלישי ללא מעשה קנין, והאדם השלישי נחשב כבעלים גמור על הממון מהתורה, ועבר אליו גם שעבוד הגוף ולא רק שעבוד הנכסים. ע"פ החילוק הנ"ל, מיישב הגר"מ הורביץ את קושיית הבי"ש (כח,ו) על הבי"ש. דהנה הביא הבי"ש את שיטת רבינו ירוחם שהמקדש אשה במעמד שלושתן מקודשת מדרבנן, והשיג עליו הבי"ש וז"ל: "ואינו מוכרח, דהא איכא למימר כיון דתקנו רבנן, נקנו לו המעות, וכיון שנקנו לו המעות – הו"ל כאילו נתן לה הכסף והיא מקודשת מדאורייתא". והנה בשו"ע (אה"ע סי' כח,א) איתא ברמ"א וז"ל: "קידשה בגזל אחר יאוש לבד, מקודשת מדרבנן. רבינו ירוחם". הקשה הבי"ש הנ"ל אמאי השיג הבי"ש על רבינו ירוחם רק בדין מעמד שלושתן ולא השיג עליו גם בדין גזל אחרי יאוש לבד? ובאמת הישי"ש (בי"ק ז,ו) משיג בזה על רבינו ירוחם הנ"ל בגזל אחר יאוש לבד וסובר שמקודשת מדאורייתא? ועיי"ש בתירוץ הבי"ש. הגר"מ הורביץ מציע תירוץ אחר: במעמ"ש שחכמים תיקנו שהממון עובר מהמקנה ללוקח ללא מעשה קנין, אזי הממון שייך ללוקח באופן גמור ומוחלט מדאורייתא, ולכן השיג הבי"ש על רבינו ירוחם בדין מעמד שלושתן; אולם ביאוש כדי דחכמים תיקנו שבעי קנין ע"מ שיהא ברשותו, בזה וודאי שקונה זאת רק מדרבנן ולא מהני לדאורייתא, ולכן לא השיג בזה הבי"ש על רבינו ירוחם.

## ראיה ב

ראיה נוספת שניתן להביא ליסוד זה מובאת בפרי משה (בדרכי הקניינים סי' כח): הפנ"י (גיטין יג,ב על תוד"ה גופא) מסביר שלשיטת ר"ת שקנין מעמ"ש נעשה בע"כ של הלוה או הנפקד, ה"ה שכעת הלוה או הנפקד נעשה בע"כ שומר של הלוקח. ולכאורה דברים אלו תמוהים מאוד – דכיצד נעשה הלוה או הנפקד שומר בע"כ עבור הלוקח? אלא מוכח מהפנ"י שגדר מעמ"ש הוא שתיקנו חכמים שהלוקח עומד במקום הבעלים ואת כל הדינים שיש לראשון על החפץ, מקבל כעת הלוקח. לכן כשהחפץ נמצא אצל השומר והמקנה אומר לו במעמ"ש שמקנה את החפץ ללוקח, הרי שכעת עומד הלוקח במקומו על כל הדינים כולל דיני שמירה, וא"כ נעשה השומר כעת שומר של הלוקח שעומד במקום הראשון. א"כ כיון שבמע"ש נכנס הלוקח תחת המקנה לכל דיני החפץ, מובן מדוע בקנין זה חל הקנין אף על שעבוד הגוף – דכמו שלראשון יש שעבוד הגוף בחפץ ה"ה שבמעמ"ש מקנה זאת ללוקח.

### ה. שיטת קצוה"ח – זכות תביעה בלבד

קצוה"ח (קכו, יז) חולק על הפנ"י (שהובא לעיל באות ד) וסובר שאין השומר נעשה שומר של הלוקח בע"כ.

מסביר הרב שך (אבי עזרי אישות ה, יז) שקצוה"ח סובר שקנין מעמ"ש אינו שהלוקח נכנס תחת המקנה, אלא שהמקנה מקנה ללוקח את זכות התביעה בלבד. לכן אין השומר נעשה שומר של הלוקח בע"כ, דהא לא נכנס תחת הבעלים. ר"ת - אליבא דקצוה"ח - סובר שהמוכר או הנותן שט"ח במעמ"ש אינו יכול למחול, הוא משום שהמכירה לא הייתה על ההלוואה עצמה אלא על זכות התביעה, ולאחר שמכר זאת – כבר לא יכול למחול על זכות זו.

במחלוקת זו ניתן לתלות מחלוקת נוספת בין הפנ"י לבין קצוה"ח. נחלקו האחרונים האם קנין מעמ"ש מועיל על דבר שאינו ברשותו, כגון גזילה וכד': קצוה"ח (קצד, ד) סובר שכן, ומוכיח זאת מכך שמעמ"ש מועיל אף על הלוואה אפילו שאינה ברשותו; אולם האור שמח (הל' זכיה ומתנה י, ב) הביא בשם התשב"ץ (ח"ב רלה) שאפילו אם הלוואה נקנית במעמ"ש, דבר שאינו ברשותו כגון גזילה אינה נקנית במע"ש. ונראה שמחלוקתם הינה המחלוקת הקודמת: קצוה"ח סובר כשיטתו שקנין מעמ"ש הוא שמקנה ללוקח את זכות התביעה, ולכן קנין זה מועיל אף שהדבר אינו ברשותו משום שהקנין אינו חל על גוף הדבר אלא רק על זכות התביעה; אולם התשב"ץ סובר כדעת הפנ"י שקנין מעמ"ש הוא שהלוקח נכנס תחת הבעלים, וא"כ בדבר שאינו ברשותו שלמקנה עצמו חסר בבעלות על הדבר, לא שייך שיכניס אחר תחתיו לדבר שאינו ברשותו, כמו שבכל הקניינים לא שייך להקנות ולהעביר בעלות כאשר למקנה חסר בבעלות עצמה (ומה שסובר התשב"ץ שמועיל קנין מעמ"ש בהלוואה, י"ל שסובר כבעל המאור שגם הלוואה מקרי ברשותו).

### ו. הסבר נוסף

איתא בתוס' (גיטין יג, ב ד"ה במעמד) וז"ל: "אומר ר"ת דלא תקינו מעמד שלשתן בעובד כוכבים אם הנפקד או הלוה עובד כוכבים ואמר ליה ישראל תנהו לישראל אחר – לא קנה, כיון דאפילו אמר לו זכי לא קנה כיון דאין זכיה לעובד כוכבים (ב"מ עא, ב), ה"ה במעמד ג' לא קנה". מדייק קצוה"ח (סו ססק"ב) ששיטת ר"ת היא שמעמ"ש פועל מדין זכיה, ולכן היכן שהדבר מופקע מפרשת זכיה – כגון בגוי – לא מהני ביה מעמ"ש.

הג"ר זלמן רוטברג (קול התורה קובץ נג) מוסיף ומוכיח שמעמ"ש פועל מדין זכיה מדברי הר"ן על הסוגיא (גיטין ה,א בדפי הרי"ף ד"ה מתני') האומר שמעמ"ש לא מהני בגט משום שלא שייך זכיה בגט – דגט אינו מידי דזכות אלא מידי דחובה.

אולם יש להקשות, דהא ר"ת סובר (כדלעיל אות ב) שמעמ"ש מועיל אפילו בע"כ של הנפקד או של הלוח, וכיצד שייך זכיה בע"כ של הזוכה? אלא מתרץ הג"ר זלמן רוטברג שכיון מעמ"ש הוא זכיה מחודשת והוי כהלכתא בלא טעמא, א"כ אינו דומה לשאר זכיות שנעשים דוקא מדעתו של הזוכה, אלא זכיה זו מתקיימת במעמ"ש אפילו בע"כ של הזוכה. דבריו מתבססים על דברי הקרבן נתנאל (פ"א אות ק) שמסביר דכיון שמצינו קנין זכיה מדאורייתא מטעם שליחות, אסמכוהו רבנן דתקון מעמ"ש אפילו בע"כ למרות שזכיה מטעם שליחות הינה רק מדעתיה דהשליח; מה שא"כ בגוי שאין לא זכיה כלל מדאורייתא, ולכן מופקע לגמרי מדין זה של מעמ"ש.

וצריך לברר לשיטה זו מדוע סובר ר"ת (לעיל באות ב) שאפילו שמואל מודה שהמוכר או הנותן שט"ח במעמ"ש אינו יכול לחזור ולמחול? כיצד דין זה קשור לדין זכיה? נראה לתרץ ע"פ דברי ר"ת עצמו בסוגיא בכתובות (פה,ב) העוסקת במוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו, דמקשים שם התוס' בשם ר"י (ד"ה המוכר שט"ח) כיצד יכול הבע"ח למכור החוב במקרה שאין ללוה קרקעות? הלא במקרה כזה ליכא שעבודא מדאורייתא? ומתציים ר"י ור"ת שאין זה מכר מדאורייתא אלא רק מדרבנן ולכן גם שייך ביה מחילה, מה שא"כ במידי דאורייתא דלא שייך ביה מחילה. א"כ י"ל דדין מעמ"ש הנובע מדין זכיה דאורייתא דשליחות, אע"ג שהוא קנין דרבנן מ"מ דומה בזה למידי דאורייתא ולא למידי דרבנן ולא שייכא ביה מחילה.

ובדעת הראשונים החולקים על ר"ת (לעיל באות ב), י"ל בפשיטות שסוברים כמו שהסביר הג"ר משה הורביץ (לעיל באות ג); אולם הרב רוטברג מסביר שהרמב"ן החולק על ר"ת וסובר שמעמ"ש לא מהני בע"כ של הנפקד או הלוח, סובר אף הוא שמעמ"ש פועל מדין זכיה, וכמו שבזכיה דאורייתא דשליחות לא שייך זכיה בע"כ של השליח הזוכה, ה"ה דמעמ"ש לא מהני בע"כ של הנפקד או הלוח הזוכה עבור הלוקח. וא"כ י"ל דהטעם דהרמב"ן חולק על ר"ת וסובר שגם במוכר או נותן שט"ח לחבירו במעמ"ש סובר שמואל שיכול לחזור ולמחול, הוא משום שלמרות שמעמ"ש מיוסד על דין זכיה דאורייתא, מ"מ הוא קנין דרבנן ולכן שייכא ביה מחילה. אולם צריך



בירור מה תהיה דעת הרמב"ן גבי מעמ"ש כשהלוה או הנפקד הוא גוי – האם יסבור בזה כדעת ר"ת שלא מועיל מעמ"ש או שיסבור בזה כדעת הרי"ף שכן מועיל בזה מעמ"ש? ונ"ל לומר ע"פ הנאמר לעיל שהרמב"ן יודה בזה לשיטת ר"ת דלא שייך מעמ"ש בגוי משום שגוי מופקע לגמרי מדין זכיה.

#### ז. גדר קנין מעמ"ש לר"ת והסבר שיטתו

איתא בתוס' (ב"ב הנ"ל ד"ה כהלכתא) וז"ל: "ובמעמד שלשתן לא רצו חכמים להטריח להביא עדים ולעשות קנין, דמסתמא כיון שאמר לו במעמד שלשתן הקנה לו לגמרי".

לצורך ביאור דברי התוס', יש להביא חקירה ידועה בגדרי קניינים (עי' למשל בספר פרי משה בענייני קניינים סי' א אות ב), דהנה ידוע שקנין מורכב מבי' דברים: 1. מעשה קנין שהוא הוראת בעלות של הקונה בחפץ, 2. וגמירת דעת של הקונה והמקנה על הקנין, ויש לחקור בחלות הקנין: האם הקנין הוא במעשה, דהיינו שהתורה חידשה שמעשה קנין יוצר את העברת הבעלות, אלא שצריך דעת ע"מ להחיל את המעשה; אי"נ שיעקר הקנין הוא ע"י גמירות הדעת – שזהו חלק מהבעלות על חפץ שאדם יכול להחליט מי יהיה הבעלים במקומו, אולם צריך מעשה קנין משום שהמעשה מראה שאכן ישנה גמירות דעת ואין זה בגדר דברים שבלב. נחלקו הראשונים והאחרונים בחקירה זו ומתוך כך ישנם נ"מ למעשה.

א) רבנו יונה (ב"ב מ,א ד"ה קנין בפני בי') סובר להדיא כצד השני בחקירה – שיעקר הקנין נעשה ע"י הגמירות דעת, וז"ל: "דכל עיקר הקנין הוא לגמור הדבר ולחזקו". כך גם איתא בתוס' (בכורות יח,א ד"ה אקנויי) וז"ל: "ואפילו בלא קנין קא קני, דגמר ומשעבד נפשיה". כך גם סובר רע"א (שו"ת מהדו"ק סי' לז) שהיכן שגמר ומקני, מהני אפילו ללא מעשה קנין. גם האבני מילואים (סי' ל סק"ג) סובר שבמקום מצוה אמרינן שגמר ומשעבד נפשיה אף ללא קנין.<sup>3</sup> וכן דעת רשב"ם (ב"ב פח,א ד"ה רב ספרא) האומר שמי שגומר בלבו אפילו במחשבה, מועיל לקנות ולהקנות ולא בעי מעשה קנין. כך גם מוכח מהגמ' (נדריס מח,א) שרי' יהודה ס"ל שהכותב לנשיא אין צריך לזכות לו,

<sup>3</sup> אולם צריך לברר אמאי פוסק האבני"מ (בקצוה"ח רמא,ז) שהיכן שנשבע לתת לאחר, אין השבועה עושה קנין? הלא כיון שחייב לקיים שבועתו ומקיים בזה מצוה, מאי שנא משאר מקום מצוה שאומר האבני"מ דגמר ומשעבד נפשיה?! אכן אור החיים הקדוש (בראשית כה,לג) חולק וסובר שע"י שבועה כן חל קנין.

דכיון שמי שרוצה לזכות לנשיא איכא גמירות דעת גמורה לקנין, לכן סגי בכתיבה גרידא ולא בעי מעשה קנין.

ב) אולם הריטב"א (קידושין כה, ב ד"ה והוי חולק, וז"ל: "והוי יודע שכל מקום שאמרו חכמים שאין קנין מן הקנינים קונה, אע"פ שפירש המוכר והלוקח שיקנה בו – אינו קונה, והרי הוא כאילו אמר שיקנה באמירה בעלמא שאינו קונה". מבואר להדיא בריטב"א שאע"ג שישנה גמירות דעת של הקונה והמקנה לקנין, מ"מ אין זה מועיל אא"כ ישנו מעשה קנין מוסכם. ש"מ שסובר כצד הראשון בחקירה – דעיקר הקנין הוא ע"י המעשה ובעי דעת ע"מ להחיל את המעשה<sup>4</sup> כדעת הריטב"א סובר גם השי"ך (ח"מ קצח, ג).

וישנן מס' נ"מ הלכה למעשה בחקירה זו: 1. האם כל קנין שמוסכם בין הצדדים יכול להחיל קנין או שבעי דוקא קנין שנקבע ע"י התורה או חז"ל? לסוברים שעיקר הקנין נעשה ע"י גמירות דעת, כל קנין מוסכם מועיל; אולם לחולקים וסוברים שעיקר הקנין נעשה ע"י המעשה, בעי דוקא קנין שנקבע ע"י התורה או חז"ל. 2. נחלקו הראשונים והאחרונים האם קנין סיטומתא (ב"מ עד, א) הוא מדרבנן או מדאורייתא. דעת הנתיבות (סי' רא ביאורים סק"א) דקונה רק מדרבנן; אולם הרמב"ן (במיוחסות סי' רכה), הדבר אברהם (ח"א סי' א), החת"ס (שו"ת יו"ד סי' שיד) והקוב"ש (קידושין אות עט) חולקים וסוברים שקנין סיטומתא הוא מדאורייתא. ובהסבר מחלוקתם י"ל דהנתיבות סובר כצד הראשון בחקירה – דעיקר הקנין הוא ע"י המעשה, וכיון שסיטומתא אינו מעשה קנין רגיל מדאורייתא, ממילא הוי קנין רק מדרבנן; אולם החולקים סוברים כצד השני בחקירה – דעיקר הקנין הוא ע"י גמירות הדעת, וא"כ אין נ"מ מהו המעשה שמוכיח על הגמירות דעת, וודאי שבמקום שנוהגים שסיטומתא הוי קנין מעלייתא, איכא גמירות דעת גמורה והוי קנין מדאורייתא.

ע"פ כל הנאמר לעיל, אומר הפרי משה שתוס' בסוגיית מעמד שלושתן הינו אליבא שיטתו בבכורות וכדעות הנ"ל שסוברות כצד השני בחקירה – שעיקר הקנין חל ע"י גמירות דעת, וממילא במקום שישנה גמירות דעת לא בעי מעשה קנין. א"כ מעמד שלושתן מראה על גמירות הדעת כדאיתא בתוס'

<sup>4</sup> וצריך ברור בדברי הריטב"א, דהנה במקום אחר (ב"מ מז, ב ד"ה דבר תורה) כתב הרי: "והכתוב גם כן אמר 'או קנה' – כדרך שבני אדם קונין", דמשמע מדבריו שכן חולכים בקניינים בתר מנהג בני האדם ולא בעי דוקא קניינים מוסכמים, וזאת משום שלכאורה סוברים כצד השני בחקירה – שעיקר הקנין נעשה ע"י הגמירות דעת! "

"דמסתמא כיון שאמר לו במעמד שלשתן הקנה לו לגמרי", ולכן תיקנו חכמים שקנין מעמד שלושתן מחיל קניינים. אולם ע"פ הנאמר לעיל יש לברר אמאי לתוס' קנין זה הינו רק קנין מדרבנן? לכאורה כיון שישנה גמירות דעת בעי שיהא קנין מדאורייתא? נ"ל דלכך נקטו תוס' כאן לשון "מסתמא" – דבשונה ממקומות אחרים בהם קים לן בוודאות שישנה גמירות דעת, במעמד שלושתן אין זה כ"כ ברור אלא רק "מסתמא" ולכן הקנין חל רק מדרבנן ולא מדאורייתא. וכן מוכח מלשון התוס' בתחילת דבריו על לשון הגמ' שישנן שלוש הלכות שהן כהלכתא בלא טעמא ובתוכם מעמד שלושתן, דאומר תוס' ש"קצת טעם יש", דמשמע שאין אלו דברים מוחלטים וברורים, דאלי"כ לא הוי הלכתא בלא טעמא.

ע"פ הדברים הללו יש לבאר את שיטת ר"ת בשלוש המחלוקות הנ"ל (אות ב):

מעמ"ש בעל כרחו של הנפקד או הלוח – י"ל דכיון שמעמ"ש הינו גמירות דעת – דהיינו שזהו חלק מהבעלות על חפץ שאדם יכול להחליט מי יהיה הבעלים במקומו, ממילא יכול להחליט שהבעלים החדשים של החפץ יהיה האדם השלישי אפילו בע"כ של הלוח או הנפקד, דהא אינו צריך את הסכמתם בנוגע לחפץ ששייך לו.

שט"ח שנמכר או ניתן במעמ"ש לא ניתן למחול עליו, מסביר הפרי משה שר"ת לשיטתו שהטעם שבעלמא שמואל סובר שכן יכול למחול הוא משום שהמוכר שט"ח מוכר רק את שעבוד הנכסים ולא את שעבוד הגוף, ולכן יכול למחול על שעבוד הגוף וממילא פוקע שעבוד הנכסים. כל זה הוא בסתם מוכר שט"ח, אבל במעמ"ש דהוא הלכתא בלא טעמא, תיקנו חכמים שקונה אף את שעבוד הגוף והוי מכירה גמורה ולכן אינו יכול למחול. אולם צריך ביאור מאי שנא מעמ"ש מקנין בכתיבה ומסירה דהתם ל"ש למכור שעבוד הגוף משום שאין זה דבר הנקנה? ועיין לעיל (באותיות ג-ד) שם הוסבר ששיטת ר"ת היא שהלוקח עומד ממש תחת הבעלים וא"כ מקבל אף את שעבוד הגוף של הבעלים ולא רק את שעבוד הנכסים.

ע"פ זה יש לבאר את שיטת ר"ת שמעמ"ש ל"ש היכן שהלוח או הנפקד הוא גוי. די"ל דכאשר הלוח או הנפקד הוא גוי, אין למקנה גמירות דעת גמורה, דהלא על גוי איתא בב"ב (מה,א) שאין לסמוך עליהם כלל, וז"ל: "אמימר אמר: אפי' ליכא כל הני - לא, מאי טעמא? מידע ידע דסתם עובד כוכבים אנס הוא, שנא': (תהלים קמד) אשר פיהם דבר שוא וימינם ימין שקר".