

סימן ט חוזה למכירת דירה

ראשי פרקים

- א. התחייבות למכור
- ב. מהות ההתחייבות
- ג. בדעת הנתיבות
- ד. גדר חיוב על הגוף
- ה. אם המוכר יכול לחזור בו
- ו. אם הקונה יכול לחזור בו
- ז. לשון ההתחייבות
- ח. לשון "ישלם"
- ט. באופן המועיל
- י. תוספת לחוזה המכר

נדרשנו לשאלת חוזה למכירת דירה, כיצד יש לערוך את החוזה שיהיה לו תוקף גם ע"פ ההלכה. המטרה בדברים דלהלן לעורר את הבעיות הקיימות בחוזה המצוי, ולהציע נוסח מקוצר כתוספת לחוזה המצוי, שיתן תשובה הלכתית לכך.

א. התחייבות למכור

הנוסח המקובל בחוזה המכר: "הואיל וצד א חפץ למכור את הדירה ... והואיל וצד ב חפץ לקנות ... סוכם בין הצדדים כדלהלן: המוכר מתחייב למכור ... בתמורה מתחייב הקונה". השאלה הנשאלת, מה היא משמעות ההתחייבות למכור.

הב"י בחו"מ סו"ס רו הביא מתש"י הרשב"א, וז"ל:

"כתב הרשב"א, שאלת, מי שקנו בעדים שימכור ביתו לחבירו, וחבירו קנה לו בקנין ג"כ שיקננה כפי ראות שני אנשים הבקיאים בשומא, ונתרצו שניהם על-כך, הודיעני, אחר שלא קבעו זמן על-כך, אם ימשך זמן הקניה לעולם כל ימי חייהם. תשובה. לשון זה שאמרת איני מכירו ואינה ענין לקנינים אלו וקנין דברים בעלמא הוא, שהרי לא הקנה המוכר ביתו לחבירו אלא שקנו מידו שימכור, ובמה נתחייב למכור, וכן הלוקח לא חייב עצמו בכלום. ועובדא דההוא גברא דאמר ליה לחבריה אי מזבנינה להאי ארעא, לדידך מזבנינא בקי זוזי וכו', דאלמא אי זבנה בקי, לכולי עלמא קנה קמא, התם בשקנה האי ארעא מהשתא והחזיק בה בתנאי שאם ימכרנה שתהא קנויה לו, הא לאו הכי, לא עשה ולא כלום. וכן כתב רבינו האי בספר המקח, כגון שקנו מן המוכר ואמר הקניתי לך בדמים כך וכך מעכשיו וכשארצה למכור והקרקע עומדת ביד הלוקח, כהאי גוונא קני, ואי לא, לא קני. ואם שנים אלו שאמרת חייבו עצמם כראוי, זה למכור וזה לקנות, ולא קבעו זמן אלא סתם, מסתברא שכל שזה בא לקנות, חייב השני למכור,

וכל שהמוכר בא למכור, חייב הקונה לקנות."

מדברי הרשב"א עולה, שאם עשו קנין ביניהם "למכור" את הבית, בכגון זה הוי קנין דברים ואין כאן מכירה ושניהם יכולים לחזור בהם. והקשה הרשב"א מהגמ' בע"ז עב"א, במי שאמר לחבירו אם אמכור קרקע זו, אמכרנה לך במאה זוזים, והלך ומכרה לאחר במאה ועשרים, דנחלקו רב כהנא ורב יעקב מנהר פקוד, רב כהנא ס"ל דקנה קמא, ורב יעקב מנהר פקוד ס"ל דהיות ומכרה לשני ביותר ממאה, זוזי אנסוהו וקנה שני. ונפסקה ההלכה בגמ' שם כרב יעקב מנהר פקוד. ומשמע דאם היה מוכרה לשני במאה, גם רב יעקב היה מודה שקנה הראשון (עיי"ש ברש"י ד"ה זוזי). וקשה, איך קנה הראשון הרי עשה עימו קנין "למכור", ולמש"כ הרשב"א הוי קנין דברים ולא מהני. מתרץ הרשב"א שמדובר בגמ' שם שעשה קנין מעכשיו. דהיינו, קני מעכשיו קרקע זו, שאם אמכרנה במאה זוזים אמכרנה לך. לפ"ז יוצא שכאשר מקנה לו מעכשיו מהני, ובלי מעכשיו אלא רק אומר אמכרנה לך, לא מהני. ומוסיף הרשב"א שיש מציאות שמהני אף בלי מעכשיו, כגון שהתחייב המוכר למכור והתחייב הקונה לקנות, שבכגון זה חייב כל צד לקיים התחייבותו בתביעת השני.

הרשב"א נוקט לשון "הקניתיה לך בדמים כך-וכך, מעכשיו וכשארצה למכור", שהיא הלשון המועילה. ובטור חו"מ סי' ר"ו נקט לשון: כשאמכור שדה זו אמכרנה לך מעכשיו במנה". הרשב"א נקט בקנין לשון הוה, ואילו הטור נקט לשון עתיד, שאף בלשון עתיד מהני אם אומר מעכשיו. ובמחבר בשו"ע חו"מ ר"ו, א נקט לשון הוה: "כשאמכור שדה זו הרי היא מכורה לך מעכשיו". ועיין במהר"א ששון סי' קלג (הובאו דבריו בנתיבות שם ס"ק א) דמחלוקתם הינה אם מועיל קנין "אתן" כשאומר מעכשיו, דהטור ס"ל דמהני, ואילו הרשב"א והמחבר ס"ל דלא מהני. אך זה צ"ע, דלהלן בחו"מ רמ"ה, ד פסק המחבר: "יש מי שאומר, שאם אמר אתננו לו מעכשיו, בין בשטר בין בקנין, קנה לאלתר". ואילו כאן פסק בסתם דבעינן לומר לשון הוה. ואפשר דכאן נקט המחבר לשון שהיא אליבא דכ"ע, וצ"ע לדינא. והטעם שצריך לומר מעכשיו כשאומר בלשון הוה "הרי היא מכורה לך", כתב בנתיבות שם, מפני שקונה כאן בקנין סודר, ובקנין סודר כיון דהדרא סודרא למריה, צריך לומר מעכשיו כשקונה לאחר זמן, וכמש"פ המחבר בחו"מ קצה, ה, ועיי"ש בסמ"ע ס"ק טו, בש"ך ס"ק ח, בקצה"ח ס"ק ה ובט"ז שם.

וכאשר מתחייב למכור, אף שקבלו בקנין והוי קנין דברים, מ"מ הקנין חל על ההתחייבות, וכמש"כ מהר"א די בוטון בתשי' לחם רב (סי' רח), דעד כאן לא אמר הרשב"א שצריך לומר מעכשיו אלא כשלא הזכיר בשטר לשון חיוב, אבל כשהזכיר לשון חיוב, "קנין קאי אחיוב". אלא שהקשה על הרשב"א מדידיה אדידיה, דבחו"מ סו"ס קצה הביא הב"י תשי' לרשב"א, וז"ל:

"כתוב בתשי' הרשב"א בתולדות אדם סי' שא, ששאלוהו על מי שיצא עליו שטר שכתוב בו אתן לך כך וכך, וכל אתן ואעשה אינו כלום. והשיב, דכל שקנו מידו אע"פ שלא אמר בלשון חיוב - חייב, דקנין מילתא אלימתא היא ומתקן הענין, וכאילו מחייב עצמו באותו דבר שאמר ליתן, וכדאסיקנא בריש הכותב (כתובות פג, א) דמגופה של קרקע קנו מידו, ובפרק חזקת הבתים (ב"ב מג, א) גבי השותפין מעידין זה לזה, ובפרק זה בורר (סנהדרין כד, א) בענין נאמן עלי אבא באתן לך מחלוקת, ואסיקנא דלפני גמר דין וקנו מידו, אין לאחר קנין כלום, הרי שאפילו באתן לך וקודם גמר דין, אפילו למ"ד דבלא קנין יכול לחזור בו, בקנין מודה, שהקנין מחזיק הענין כאילו מחייב עצמו ליתן מה שאמרו הם."

ומקשה המהר"א די בוטון, א"כ מדוע במי שאמר לחבירו אמכור לך את השדה וקנו מידו, מדוע לא נאמר דהוי קנין על ההתחייבות, אף שלא אמר בלשון חיוב. אלא שעיינתי בתש"י הרשב"א בספר תולדות אדם (סי' שא), ושם הרשב"א מתיחס לטענה שאין המתנה (בנידון דידיה) קנויה למקבלה, מפני שלא ניתנה המתנה אלא בקנין אגב ואין קרקע נקנית באגב. וע"ז ענה הרשב"א, שמה שכתוב בסוף השטר "וקנינו על כל מאי דכתיב ומפורש לעיל", דאין לאחר הקנין כלום, שאנו מפרשים את הקנין באופן המועיל, וכמו שמצאנו לענין סילוק דמגופה של קרקע קנו מידו, וכן מהני לענין סילוק בשותפות. אך הרשב"א לא כתב דכאשר הקנה לו בדברים ולא אמר לשון חיוב, דאמרינן דהקנין מחזיק הדבר כאילו מחייב עצמו. דודאי חילוק רבה איכא בינייהו, דכאשר הקנה בקנין אגב במקום דלא מהני קנין אגב, ואח"כ קנו מהנותו, מתקן הקנין את חסרון הקנין. אבל שהקנין יוסיף התחייבות שלא נעשתה במתנה, מזה לא דיבר הרשב"א. דאף שקנין מהני לחיזוק, היינו דוקא כשמקנה ורוצה להקנות, רק שלעיל מינה עשה קנין שאינו מועיל, אבל להוסיף התחייבות לא מצאנו. ואפשר שתשובה אחרת היתה לפני מרן הבי"י. וכל האחרונים שהקשו מדברי הרשב"א מדידיה אדידיה, מציניים מפורש שראו את תש"י הרשב"א השניה בב"י (ענין באחרונים דלעיל, ובמהרש"ך ח"ג סו"ס פד). ואפשר שבזמנם לא היה בידם ספר תולדות אדם.

גם מהר"א די בוטון בתש"י אחרת (סו"ס רי) פסק מדברי הרשב"א, דדוקא כשהזכיר לשון חיוב בשטר, מהני הקנין עליה. "וכבר נתפשט המנהג בשאלוניקי לעשות שטרות כי הני ... ובודאי משום דמשמע לן דעל החיוב נופל לשון קנין". הרי דדוקא במקום שמוזכר לשון חיוב, מהני הקנין אף במקום דהוי קנין דברים, דהקנין חל על החיוב. גם המהר"א ששון בתש"י (סי' קלג) שדן בדברי הרשב"א, ובתחילה רצה ללמוד בדברי הרשב"א שכל שלא הקנה המוכר ביתו, אפילו שיתחייב למכור, לאו כלום הוא, אך בהמשך, הסיק וז"ל:

"אלא דנלענ"ד, שכל מה שהצריכו הרב בעל העיטור והרשב"א דבעינן קנה האי ארעא מהשתא ... היינו היכא שלא חייב המוכר את עצמו ואמר הריני מתחייב אלא שאמר כלישנא דגמרא; אי מזבנינא להאי ארעא, לדידך מזבנינא. ועל זה קנו ממנו, ולא אמר אני מחייב את עצמי למוכרה לך, דכיון שלא הזכיר חיוב עצמו אלא שהתנה שימכור את ביתו ונטלו ממנו קנין, הנה אז דפשיטא להו דקנין דברים הוא, ולהכי בעינן דקנה האי ארעא מהשתא ושהחזיק בה, ושיהיה הלשון שיאמר 'הקניתי לך', דהוי לישנא דמעכשיו, אבל היכא דאמר אני מחייב את עצמי למוכרה, הנה אז ודאי דחל הקנין יפה על השעבוד."

מבואר מדברי המהר"א ששון דכאשר אומר לשון חיוב ועשה קנין, הקנין חל על ההתחייבות ואינו צריך לומר שהקנין חל מעכשיו. ומ"מ כדי שיחול הקנין באמצעות ההתחייבות, צריך שיאמר בלשון חיוב. גם מדברי המשנה למלך בהל' מכירה (ח,ז) מבואר שנקט כדברי המהר"א ששון שהקנין חל רק כשאמר בלשון חיוב. המשנה למלך הביא מדברי הריב"ש בתש"י (סי' קמה), שאם אמר לאחד שאם ימכור שדהו, ימכרנה לו בסך כך-וכך, וזאת אף אם יקבל הצעה גבוהה יותר מאחר, שקנה הראשון. והקשה עליו המשנה למלך, דהרי לא אמר "מעכשיו", וכן לא אמר בלשון חיוב, ואיך קונה בכגון זה. ותירץ המשנה למלך דמייירי שאמר לשון המועיל. "ואף אם נחלוק על מה שחילק מהר"א ששון, בין אומר בלשון חיוב ובין כשאינו אומר בלשון חיוב, נראה דודאי הריב"ש ז"ל מייירי כשאומר לשון המועיל". ואף שכתב המשנה למלך: "אף אם נחלוק על מה שחילק מהר"א ששון", נראה דלהלכה ס"ל כוותיה.

ב. מהות ההתחייבות

אך עדיין צריך ברור מהות החיוב. דהנה במשנה למלך שם הביא מהטור שלמד בדברי המהר"א ששון שאם חייב עצמו, אפילו אם מכרה לשני יותר ביוקר, מ"מ צריך להעמידה ביד הראשון, "משום דחיוב עצמו אלים טפי". וע"ז חלק המשנה למלך, וז"ל:

"ואין דבריו נראים אצלי, ואדרבה נ"ל דבלשון חיוב אפילו אם מכרה לשני בסך שקצב לראשון, זכה השני, משום דמחייב עצמו אינה מכורה אלא מחויב למכרה, וכל שמכרה לאחר זכה השני."

הרי שלפנינו שתי שיטות בהבנת מהות החיוב. הטור סובר שהחיוב למכור גובר על מכירה בפועל, ולכן אם מכרה לשני, חייב להעמידה ביד הראשון. לפי דעת המשנה למלך, כיון שהתחייבות אינה מכירה אלא רק התחייבות למכור, כאשר מכר בפועל לאחר, המכירה גוברת וזכה הקונה השני. גם מדברי הרשב"א בתש"י (שהובאה בב"י סו"ס רו) מוכח שהתחייבות אינה מכירה, שהרי כתב שמחויב למכור כשיתבענו הקונה, או חייב לקנות כשיתבע המוכר, אך קנין עדיין לא נעשה. אך לא מוכח מדבריו מה יהיה הדין כשבין לבין מכר לאחר.

ובקצוה"ח רו,א הביא את דברי המשנה למלך, וכתב לסתור קושייתו:

"דכיון דכתב שטר בלשון חיוב שימכרנו לזה, הוה ליה דין שטר ממש וגובה ממשעבדי, וא"כ הכי נמי כי מכרה לאחר, טורף מיניה, דמשעבדה ליה. אמנם דברי השו"ע נראין עיקר דבעי מעכשיו, ומשום דלשון חיוב לא מהני בזה כלל, והיכא דליכא חיוב באחריות שיהיה החיוב חל על גופו, לא הוי דין חיוב, וכמש"כ בס"י רגב, בשם מהרי"ט, וכדי שיחול החיוב על גופו צריך שיתחייב מעכשיו באחריות ואם אבדו פורע לו ממקום אחר, ואם אין בו חיוב אחריות לפרוע ממקום אחר רק חיוב על הדבר שרוצה ליתן, הוה ליה קנין דברים, וע"כ הכי נמי כיון שאין בזה חיוב אחריות, לא הוי חיוב כלל."

לעצם גדר החיוב סובר הקצוה"ח, דאף דהוי חיוב ולא מכירה, מ"מ כיון שהתחייב בשטר כדין, הרי השתעבדו נכסיו להתחייבות זו וגובה ממשעבדי. וע"כ אף שהמכירה לשני גוברת על ההתחייבות, באה ההתחייבות מכח היותה התחייבות בשטר ומוציאה מידי הקונה, כיון שהקרקע המכורה משועבדת מכבר להתחייבות. ומוסיף הקצוה"ח גדר בדין התחייבות זו. כדי שההתחייבות תהיה כדת וכדין, צריך שהחיוב יחול על גופו של המתחייב, כדי שיחול החיוב על גופו ולא על החפץ. המודד לכך - אם אבד החפץ, אם חייב לפרוע לו ממקום אחר. אם אינו חייב לפרוע לו אלא את החפץ, א"כ אין כאן התחייבות על גופו, שהאחריות הינה תנאי חובה שההתחייבות תחול על הגוף ולא על החפץ, ואם ההתחייבות חלה על החפץ אין בה ממש, כיון דלגבי החפץ הוי קנין דברים. התחייבות "למכור" הוי נמי קנין דברים. כדי להוציא מקנין דברים, צריכה ההתחייבות לחול על גוף המתחייב. ובנדון התחייבות למכור, אין בה קבלת אחריות לשלם ממקום אחר, דהא ההתחייבות מתיחסת רק על החפץ - החיוב למוכרו, ואין בה קבלת אחריות שישלם משאר נכסיו. כלומר, בחיוב זה חסר המודד לחיוב על גופו, דמאחר והחיוב הוא רק על החפץ - למוכרו, אין כאן חיוב על גוף המתחייב, ולא מהני. וע"כ סובר המחבר - לדעת הקצוה"ח - שצ"ל מעכשיו, מאחר ולשון חיוב בנדון זה לא מהני. יוצא אפוא מדברי הקצוה"ח, דאם אדם התחייב

למכור, לא מהני התחייבותו א"כ הקנה לו מעכשיו, ואז מהני מדין הקנין מעכשיו ולא מדין ההתחייבות, אבל עכ"פ התחייבות למכור בלבד לא מהני.

ג. בדעת הנתיות

ובנתיות שם (סוס"ק ב), לאחר שהביא את דברי הקצוה"ח, כתב וז"ל:

"ולדידי הדבר מסופק, דכיון שאין בו חיוב ממון רק שהתחייב עצמו למכור, וכיון שבתרא קני מן הדין, הוי כאילו התחייב עצמו על דבר שאינו בידו, שאין החיוב חל כמשי"כ לעיל בסי"ס."

הנתיות מתיחס לעצם היסוד של הקצוה"ח, דכאשר כותב בשטר שמתחייב למכור, הוה ליה דין שטר והשתעבדו נכסיו להתחייבות זו, ויכול הקונה הראשון להוציא מידי הקונה השני כדין משועבדים. אולם לדעת הנתיות יש לחלק בין חיוב ממון להתחייבות למכור. התחייבות ממון בשטר הינה התחייבות גמורה, ויכול בהתחייבות זו לגבות ממשועבדים, אולם התחייבות "למכור" אינה התחייבות ממון אלא התחייבות לפעולה, כנגד ההתחייבות לפעולה יש מכירה גמורה, ואין המחזיק בהתחייבות לפעולה, אף אם היא כתובה בשטר, יכול להוציא ממי שקנה כדין. ניתן להוציא מקונה שקנה כדין, רק בחוב ממון בשטר או במכירה בשטר, ובנדון ההתחייבות למכור אין כאן לא חוב בשטר ולא מכירה. אך בנתיות משמע שלא סגי בכך שהתחייבות למכור הינה התחייבות לפעולה, שהרי גם התחייבות לפעולה מהני כשנעשתה ההתחייבות כדת וכדין. אלא שהיות וכאן מדובר על התחייבות לפעולה ולא התחייבות ממון, הפעולה "למכור" מותנת בהיות החפץ הנמכר בידו וברשותו, דהיותו החיוב הוא על החפץ, אינו יכול להתחייב למכור דבר שאינו ברשותו, אף שבשעת ההתחייבות החפץ היה ברשותו. בהתחייבות מסוג זה, ההתחייבות שרירה וקיימת כל זמן שהחפץ בידו או ברשותו, אך בשעה שהחפץ יצא מרשותו, פקעה כח ההתחייבות.

ולכאורה מש"כ הנתיות "שאינו בו חיוב ממון רק שהתחייב עצמו למכור", הן הן דברי הקצוה"ח דמהאי טעמא לא הוי חיוב על הגוף, דכיון דהוי חיוב "למכור" ואינו מקבל אחריות נכסיו על החפץ, לא הוי חיוב הגוף וממילא לא הוי חיוב ממון. תרוייהו סבירא להו למסקנה, שיש כאן חסרון בגוף ההתחייבות. הקצוה"ח סובר שהחסרון הוא מפני שלא קיבל אחריות נכסיו אם יאבד החפץ, וחסר תנאי מהותי בחיוב הגוף, שהרי קיבל על עצמו "למכור", ומה שייך אחריות נכסיו אם יאבד. והנתיות ס"ל דחיוב "למכור" במהותו אינו חיוב ממון, אלא רק חיוב שקיים כל זמן שיכול למכור, והיינו שברשותו.

אלא שהנפק"מ בין הקצוה"ח לנתיות הינה כשמחייב עצמו לעשות פעולה שאינה קשורה לחפץ, כגון מי שחייב עצמו "לבנות" לפלוני בית. כאשר מתחייב למכור בית פלוני, הרי התחייב על חפץ מסוים, ולא שייך כאן אחריות, משא"כ בהתחייב לבנות, התחייב לפעולה שאינה קשורה לחפץ, וע"כ י"ל דהוי התחייבות על הגוף. ואם יתחייב לבנות, ויבנה וימכור את אשר בנה לאחר, יכול הראשון שהתחייב כלפיו להוציא מיד השני כדין גבייה ממשועבדים. משא"כ לפי הנתיות, גם התחייבות "לבנות" מעצם טיבעה אינה התחייבות ממון אלא התחייבות לפעולה, אף שחייב לעשות זאת, מ"מ כשבנה ומכר לאחר אין הראשון יכול להוציא מיד מי שקנה בדין, דאין כאן חיוב ממון אלא חיוב לפעולה, ואינה גוברת על מי שקנה בדין.

אולם המעיין בקצוה"ח יראה שגם כשמחייב לבנות לא הוי חיוב על הגוף, אא"כ מחייב עצמו שאם לא ימכור או יבנה, יהיה חייב בדמיו. שהרי מקור דברי הקצוה"ח

הם מדברי המהרי"ט בתשי' (חחו"מ סי' פא, ד"ה והא דקשיא), וז"ל:

"וני"ל, דבשלמא אי שייך קנין בדבר שלא בא לעולם, איכא מיגו דהוה מצי למיקנייה להווא שליש נכסיו שעה אחת קודם מיתתו, ואם אבדו אח"כ או פחתו, פחתו למקבל. אבל אם בא להתחייב בתורת חיוב, היינו שמתחייב בהם כשיבואו לעולם, וכדי שיחול החיוב על גופו צריך לומר דמשבאו לעולם משתעבד בהם מעתה שיהיו באחריותו עד שיתנם, ואם אבדו פורע לו ממקום אחר ונמצא בנו השני מפסיד. שאם אי אתה אומר כן אלא שמתחייב לתתם בידו כשיבואו לעולם ולא יהיו באחריותו, א"כ לא חל חיוב על גופו כלל והוה ליה כקנין דברים כמי שקנו מידו לחלוק, כדאמרין בריש ב"ב."

מדברי המהרי"ט מבואר שאף כשמקנה לו דבר שלא בא לעולם, חייב לצרף לעצם החיוב חיוב מפורש שמקבל על עצמו אחריות שאם יאבד מה שיבוא לעולם, הרי הוא מקבל אותם באחריות על עצמו. והאחריות צריכה להיות מפורשת, כמבואר במהרי"ט. וע"כ אף אם יתחייב לבנות, כל זמן שלא קיבל על עצמו אחריות מפורשת לדמי הבניה, הרי זה כהתחייבות על דברים שאינה כלום. וע"כ אין חילוק בין "למכור" קרקע פלונית או "לבנות" דירה, בתרוייהו - לשיטת המהרי"ט - החיוב יכול לחול על הגוף רק כאשר קיבל על עצמו אחריות, שאם לא ימכור או יבנה, הרי הוא מתחייב בדמים כנגדן. וכאשר התחייב בחיוב הגוף כראוי, אם ימכור לאחר יוכל הראשון להוציא מיד השני - לשיטת הקצוה"ח.

וע"ז חולק הנתיבות, דאף במקום שהיתה התחייבות על הגוף כראוי, כגון שהתחייב למכור קרקע פלונית, ואם לא ימכור חייב לשלם את דמיה (להלן יתבאר דלשיטת הנתיבות אין צריך קבלת אחריות כדי להתחייב בחיוב הגוף), והלך ומכר את הקרקע לאחר, שאין הראשון מוציא מיד השני, דאף שבכל התחייבות יכול לגבות ממשעבדי, התחייבות "למכור" אינה התחייבות ממונית אלא התחייבות לפעולה, ואף שהתחייבות זו מחושקת באחריות שקיבל המתחייב על עצמו לשלם את דמי הקרקע אם ימכרנה לאחר, מ"מ במהותה אינה התחייבות דמים שיכול לגבות באמצעותה ממשעבדי. זו התחייבות על הגוף שנעשתה כדת וכדין, אך מכלל התחייבות לפעולה לא יצאה, שאף שקיבל על עצמו חיוב דמים אם לא ימכור לו את הקרקע אלא לאחר, התחייבות דמים זו היא במסגרת ההתחייבות לפעולה.

זאת ועוד - לפי דברי הנתיבות, גם התחייבות על הגוף אין בה ממש כשמכר לאחר. דהנה הנתיבות הוסיף; "הוי כאילו התחייב עצמו על דבר שאינו בידו, שאין החיוב חל כמש"כ לעיל בסי' ס". נראה שכוונתו למש"כ שם בס"ק י בדין מתחייב עצמו לקנות בית פלוני, וחולק שם בחריפות על הקצוה"ח הסובר דאם נתחייב למכור דבר שלא בא לעולם ומת קודם שבא הדבר לעולם, דלדעת הקצוה"ח זכה הזוכה, וע"ז חולק הנתיבות (ס, ז), וז"ל:

"ואם אמר הריני מתחייב עצמי לקנות לך בית פלוני, ודאי דאין הבית-דין יורדים לנכסיו להוציא ממנו תרקבא דדינרי ליתן לחבירו בעד ביתו, דדוקא כשמתחייב עצמו וכשיבוא לידו מהני החיוב, אבל במתחייב עצמו בדבר שאין בידו לגמרי, ודאי דלא מהני החיוב, והא אין בידו לגמרי דאולי לא ימכור לו חבירו בעד כל הון, וכיון שלא חל החיוב במקצת, לא נתחייב כלל, דהא החיוב לא נלמד רק מהשעבוד, ולא מצינו שעבוד רק שמשעבד כשיבוא לרשותו, וא"כ הכי נמי בחיוב לא מהני רק כשמחייב עצמו ליתן כשיבוא לרשותו, ואם אמר הריני

מתחייב לך במנה אם לא אקנה לך בית פלוני, ודאי שנתחייב, רק צריך שיהיה באופן המועיל שלא יהיה בו דין אסמכתא."

ולכאורה חילוק רבה איכא בין הנידון בסי"ס, שהתחייב לו דבר שלא בא לעולם, לנידון בסי"רו, שהתחייב למכור לו קרקע. בנידון בסי"ס התחייב בדבר שכעת אינו בעולם, ובודאי אינו בידו להתחייב מעתה אלא מכשיבוא לעולם, וע"כ לדעת הנתבות אם מת קודם שיבוא לעולם, לא חל החיוב כלל, משא"כ כשמתחייב למכור לו קרקע, הקרקע כעת בידו וברשותו, ורק אח"כ, כשמוכר הקרקע לאחר, הקרקע עוברת לרשות אחר. אלא נראה בהסבר הנתבות, דכשמתחייב לחבירו למכור לו הקרקע במנה כשימכרנה, א"כ שעת החיוב היא שעת המכירה לאחר, ובשעה שחל החיוב הוי הקרקע לא בידו. דלדעת הנתבות כדי שיחול החיוב באופן מחייב צריך שבשעת חלות החיוב יהיה החפץ אותו מתחייב לתת או למכור, בידו או ברשותו, וכאשר התחייב למכור כשימכור הקרקע, אף שבשעת ההתחייבות היתה הקרקע בידו, מ"מ בזמן חלות התחייבות יצאה הקרקע מרשותו, ואין התחייבות חלה על דבר שאינו בידו. והראיה היא מסי"ס, דמשם מוכח שאדם לא יכול להתחייב לתת דבר שלא בא לעולם אלא לכשיבוא לידו, ואין ההתחייבות חלה קודם שיבוא לידו, ונפק"מ שאם מת קודם שבאו לידו, שאין ההתחייבות חלה. לכן אם היה כאן התחייבות של ממון, היה מוציא ממשעבדי. אך היות והיתה כאן התחייבות לפעולה עתידית, היות שחלות ההתחייבות הינה כאשר הקרקע אינה בידו, לא מהני ההתחייבות כלל.

עכ"פ יצא לנו לדינא, דכאשר מתחייב אדם למכור קרקע, והתחייב על גופו באופן המועיל, אם מכר את הקרקע לאחר, לדעת הקצוה"ח, הראשון - שכלפיו התחייב המוכר - מוציא מיד השני זוכה בקרקע. ואילו לדעת הנתבות, מהני המכירה לאחר זוכה השני במקחו. אולם כאשר הקנה לו הקרקע מעכשיו, בכגון זה לכולי עלמא לא מהני המכירה לאחר, וכמשי"פ המחבר בחו"מ ר"א.

ד. גדר חיוב על הגוף

לעיל התבאר בדעת הקצוה"ח, דחיוב על הגוף היינו שקיבל על עצמו אחריות דמים למכירה, שאם לא ימכור לו, הרי הוא מתחייב בדמי המכירה. בחו"מ סי' רג כתב הטור, דאם הקונה יחד מעות עבור חפץ שהוא רוצה לקנות, ומשך הקונה את החפץ, לא זכה המוכר במעות עבור חפץ שהוא רוצה לקנות, ומשך הקונה את הלוקח את החפץ, נתחייב בדמיו בתורת דמים. בהסבר דברי הטור, כתב הקצוה"ח שם בס"ק ב, וז"ל:

"דחיוב לא מהני אלא היכא דהחיוב חייל על גופו והוא חייב באחריותו, דהיינו היכא שמחייב בפירות, אם אין לו פירות מחויב ליתן דמיהן כיון דחייב על עצמו, אבל היכא דמחייב עצמו ליתן לחבירו חפץ פלוני ואינו מקבל עליו חיוב אחריותו, אין זה נקרא חיוב הגוף ולא הוי חיוב כלל, ומשום הכי במשיכת הלוקח נתחייב בדמיו וחל החיוב על גופו בחיוב אחריותו ושעבוד הגוף, אבל אם מיחד לו המעות דליכא חיוב אחריותו, וא"כ לא הוי חיוב כלל בזה מה שחייב עצמו ליתן מעות המיוחדים ואינו חיוב, ובתורת קנין אינו נקנה, דמטבע אינה נקנה בחליפין."

הקצוה"ח מחלק בין כשמשך את החפץ, בעצם המשיכה חייב את גופו בתמורת החפץ, ואף אם יחד מעות, אם יאבדו יהיה חייב לשלם ממקום אחר, כיון שבמשיכת החפץ התחייב בדמיו. משא"כ כשמקנה לו את המעות בתורת חליפין, אין כאן חיוב

והתחייבות על הגוף, כיון שרק רוצה שיקנה את המעות שיחד ואם יאבדו לא יהיה חייב באחריותו, א"כ לא הוי חיוב, וגם בתורת קנין אינו נקנה, דאין מטבע נקנה בחליפין. גם בסי' רג וגם בסי' רז, אזיל הקצוה"ח בשיטת המהרי"ט דחיוב על הגוף חל רק כאשר מקבל על עצמו אחריות על חיובו, וכמו שנתבאר לעיל.

ובנתיבות שם (רגו) כתב לחלוק על הסבר הקצוה"ח, וז"ל:

"ולפענ"ד הוא תמוה, דלפי דבריו אפילו יחד לו הלוקח מטלטלין בתורת דמים לא מהני משיכת המטלטלין, ולא משמע כן מהפוסקים, וכן ברש"י ב"מ מו בד"ה כיצד החליף דמי שור, מוכח דקני בכהאי גוונא, עיי"ש. וגם עיקר דינו בחיוב תמוה, דבסי' ס מבואר דיכול לחייב עצמו בדבר שלא בא לעולם, ומשמע דמחייב עצמו שיתן לו פירות דקל שיבואו לעולם שהוא דבר ידוע, דג"כ חייב. ועוד, דבעה"ת למד חיוב משעבוד, ושעבוד מהני אפילו בדבר ידוע, וכן הוא מעשים בכל יום."

הנתיבות מקשה על הקצוה"ח, דלפי דברי הקצוה"ח אם ייחד הלוקח מטלטלין בתורת דמים, לא יקנה המוכר את הדמים במשיכת הלוקח, כיון שלא היה כאן חיוב על גופו של לוקח, וע"ז הקשה הנתיבות דלא משמע כן מהפוסקים והראשונים. ועוד, שהרי מפורש שאדם יכול להתחייב בדבר שלא בא לעולם, כמבואר במחבר חו"מ סו, וברמ"א רט, ד. ושם הרי מתחייב על דבר מסוים - פירות דקל - ואינו מתחייב באחריות, ולשיטת הקצוה"ח מדוע יוכל להתחייב, הרי החיוב לא חל על גופו, ועיי"ש שתירץ את ראית הקצוה"ח מדברי המהרי"ט. ועיין באמרי בינה (הלואה סי' נא) שכתב דהמעין בדברי המהרי"ט יראה שסובר דחיוב הגוף בלא אחריות לא מהני, והיינו כדעת הקצוה"ח.

ומה שהקשה הנתיבות על הקצוה"ח מדברי בעה"ת שלמד חיוב משעבוד, ובשעבוד מהני אפילו בדבר ידוע, ז"ל בעה"ת (שער סד ב,א):

"והיכא שמחייב עצמו בדבר שאינו מצוי ואינו ברשותו, מחייב ... אבל בלשון חיוב, יכול לחייב את עצמו כל מה שירצה אפילו בדבר שלא בא לעולם, ואפילו בדבר שאינו מצוי בידו, כדאשכחן גבי מאן דמשעבד לחובו מה שיקנה, כדקיי"ל מה שאקנה דמשתעבד לחוב."

הרי שבעה"ת למד חיוב בדבר שלא בא לעולם משעבוד של דאקני, ובשעבוד של דאקני אינו משעבד דבר מסוים אלא משעבד את מה שיקנה, אך מ"מ אין כאן קבלת אחריות, שהרי בשעה שיקנה נכסים, ישתעבדו הנכסים שקנה ואין כאן קבלת אחריות על גופו אלא שעבוד נכסים. אך הטור בחו"מ ס,י, הביא דין זה (שמקורו מדברי בעה"ת הנ"ל) בלשון שונה. וז"ל הטור:

"והמחייב את עצמו בדבר שלא בא לעולם או בא לעולם ואינו מצוי אצלו, חייב ... לפיכך, לא מיבעיא כתב לו מודה אני לך שאני חייב לך כך-וכך מידות של פירות, שהוא חייב לו שהרי הודה לו בהם, אלא אפילו אם אמר הווי עלי עדים שאני מתחייב עתה לפלוני כך-וכך מדות של פירות שהוא חייב, ודוקא בלשון חיוב חל האחריות והשעבוד על החיוב."

הרי שהטור נקט דבלשון חיוב "חל האחריות", כלומר, מדובר שהתחייב באופן שקיבל על עצמו אחריות, וע"כ ס"ל לקצוה"ח דאף בדבר שלא בא לעולם הדין כן, שצריך

לקבל על עצמו התחייבות ואחריות, ובלאו הכי לא חל ההתחייבות ואינו חייב לתת לו הדבר כשיבוא לעולם.

ומ"מ מבואר דכאשר מתחייב למכור, באנו למחלוקת אחרונים בדין החיוב. לדעת המהר"א ששון תופס החיוב אף אם מכר לאחר, וכן היא דעת הקצוה"ח במידה וקיבל אחריות על עצמו. אולם לדעת המשנה למלך ולדעת הנתיבות זכה השני, אא"כ התחייב והקנה לראשון "מעכשיו". ובחוזי המכר אין נהוג לכתוב ש"מקנה", וכל-שכן שאין כותבים ש"מקנה מעכשיו". ע"כ הדיון הוא מכח ההתחייבות בלבד.

ה. אם המוכר יכול לחזור בו

ולמש"כ בעה"ת שילפינן התחייבות בדבר שלא בא לעולם משעבוד של "דאקני", תהיה השאלה אם יכול המתחייב לחזור בו, תלויה לכאורה במחלוקת הראשונים אם יכול לחזור בו כששעבד נכסיו שעתיד לקנות. דהנה בגמ' בב"ב מד, ב בדין אם מוכר יכול להעיד ללוקח כשבאים ומערערים על המטלטלין שהם גזולים, דאם מכר לו מטלטלין שלא באחריות, יכול המוכר להעיד ללוקח, מפני שאין אחריות בע"ח על המטלטלין, והיות ולא יוכל בע"ח של מוכר לגבות ממטלטלין אלו, אין המוכר נוגע בעדותו, דמה איכפת ליה אם לא ישארו ביד לוקח. והקשתה הגמ', דילמא שיעבד המוכר לבעל חובו מטלטלין אגב קרקע, וממילא מטלטלין אלו משועבדים והוה ליה נוגע בעדותו. ותירצה הגמ', שקנה המוכר את המטלטלין ומיד מכרם בפנינו ללוקח, שלא לזה בינתיים המוכר, וממילא אין חשש ששיעבד בינתיים מטלטלין אלו. והקשתה הגמ', אולי לזה המוכר קודם לכן, ושעבד לבעל חובו מטלטלין אגב מקרקעי, המצויים בידו ואלו שהוא עתיד לקנות (שעבוד דאקני). ותירצה הגמ', דמיירי שאומרים העדים שיודעים שלא היתה לו קרקע מעולם, וממילא אין חשש ששעבד מטלטלין אלו לבעל חובו. ובנימוק"י שם (כד, א בעמוה"ר), כתב וז"ל:

"ושמעין מהכא מדאיצטריך למימר מעולם ולא אמר שלא היו לו קרקעות בשעה שקנה מטלטלין אלו, ששעבודא קמא חייל אמטלטלי שיקנה אפילו לאחר שמכר הקרקע. ודעת הרמב"ן ז"ל לומר הטעם, לפי שכל שכתב דאקני, שוב אין יכול לחזור בו אפילו קודם שקנה, אלמא משעה ראשונה חייל שעבודה, אע"ג דבפירות דקל (ב"מ סו, ב) כל שלא באו לעולם יכול לחזור. ומיהו הרשב"א ז"ל חולק בדין זה שהוא סובר שאף הכותב דאקני קודם שקנה, יכול לחזור בו, ומ"מ מודה הוא ז"ל דכל שלא חזר בו בשעה ראשונה, חייל שעבודה, כדשמעין מהכא דאיצטריך למימר מעולם."

הרמב"ן לומד מהגמ' הנ"ל, דכיון שצריכים העדים לדעת שלא היה לו קרקע מעולם, ואין אנו מסתפקים בכך שלא ידעו העדים שלא היתה לו קרקע בשעת קניית המטלטלין, שאם לזה ושיעבד מטלטלי דאקני, השעבוד חל אף אם בשעה שיקנה המטלטלין לא יהיה בידו קרקע. וטעם הדין, שמשעה ששעבד לו בשעבוד דאקני, אינו יכול לחזור בו, ולכן אין נפק"מ אם יש בידו קרקע בשעת קניית המטלטלין. והרשב"א חולק וסובר שיכול המשעבד לחזור בו, אך צריכים אנו לדעת שלא היה לו קרקע מעולם, שהרי אם לא חזר בו, השעבוד חל אף שאין לו כעת קרקע, וכיון שיתכן ושעבד ולא חזר בו, צריכים העדים לדעת שלא היתה לו קרקע מעולם.

עכ"פ לענין שאלתינו, מבואר שנחלקו הראשונים אם יכול לחזור בו משעבוד דאקני. וברמ"א בחו"מ קיב, א הביא את שתי הדעות. ולפמ"ש"כ בעה"ת, הרי התחייבות ילפינן משעבוד דאקני, וא"כ החזרה מההתחייבות תהיה תלויה לכאורה במחלוקת

ראשונים זו. ומה שציין הנימוק"י את דברי הגמ' בב"מ סו, ב בדין המוכר פירות שלא באו לעולם, שם נחלקו רב נחמן ורב הונא אם מוכר פירות שלא באו לעולם, אם יכול לחזור בו משבאו לעולם. אך לא מדובר שם בהתחייבות למכור דבר שלא בא לעולם, דבכגון זה נראה שיהיה תלוי ג"כ במחלוקת דלעיל.

הזיקה בין דין חזרה בהתחייבות לדין חזרה בשעבוד דאקני, מובאת במהר"א ששון סי' קלג (הני"ל), עיין בקצוה"ח ס, ז. אלא שהקצוה"ח שם כתב דלענין חיוב על הגוף, לכ"ע אינו יכול לחזור בו, וז"ל:

"ולעני"ד נראה דגבי חיוב, לכ"ע אינו בחזרה. והגע בעצמך, חתן שמחייב עצמו במאה ליטרין ואין בו לשעתו, היוכל לחזור בו אח"כ. ודאי לא, ועיין תוס' פרק אע"פ. וא"כ הוא הדין מי שמחייב עצמו בכך וכך מדות חיטין ואין לו לשעתו, או בפירות דקל, כיון דחיוב חל על גופו וגופו הא איתא בעולם, ודאי ליתא בחזרה ומחויב ליתן החיטין או הפירות דקל. ואם אין לו החיטין, נשתעבדו נכסיו לשלם דמי החיטין או דמי הפירות דקל. ולא איפלגי בחזרה אלא בשעבוד הנכסים נגד לקוחות, דאינו גובה א"כ נשתעבדו נכסים ממש, דאין ללוקח לשלם דמי החוב שנתחייב המוכר אם לא שנתעבדו הנכסים. ומשום הכי כיון דהנכסים לא באו לעולם, אין השעבוד חל על הנכסים ויכול לחזור כמו לרבי מאיר בדבר שלא בא לעולם, אבל גוף הלוח אם הוא חי, נתחייב וגובין מנכסיו אפילו מגלימא דעל כתפיה לשלם מה שנתחייב, ואינו יכול לחזור כיון דהגוף איתא בעולם. ואם מת ולא באו הפירות דקל לידו, מחויבין היורשין לשלם מנכסיו, דיורשין לא בעי שעבוד דאקני."

הקצוה"ח מחלק בין שעבוד דאקני להתחייבות על הגוף. בהתחייבות על הגוף, כיון שההתחייבות חלה כבר על דבר קיים, אינו יכול לחזור בו. משא"כ בשעבוד דאקני, לפי דעת הרשב"א, כיון שהנכסים לא בעולם, עדיין לא חל השעבוד עליהם, וע"כ יכול לחזור בו. ולפי הקצוה"ח י"ל, דמה שכתב בעה"ת ללמוד התחייבות משעבוד דאקני, לימוד זה הוא בק"ו, ומה בשעבוד דאקני שלא חל עדיין על הנכסים, מהני השעבוד, כל-שכן התחייבות שחלה כבר כעת על הגוף. ועיין בתומים ס, י משי"כ בזה.

אולם בנתיבות (ס, ז) חלק על דעת הקצוה"ח. הנתיבות מתיחס לקושית הקצוה"ח מחתן שמחייב עצמו שאינו יכול לחזור בו, וז"ל:

"אבל באמת לא קרב זה אל זה, דשם כיון דחייב עצמו בדמים או אפילו פירות המצויין, דכל דבר המצוי בשוק, כדבר שבידו דמי, ואינן ידועים, כגון ליטרות כסף, החיוב חל תיכף על גופו לשלם, רק דהוי כלא הגיע זמן הפרעון עד הזמן שקבע, דהא אי אפשר לו לסלק חיוב מעל גופו כלל... אבל אם אמר לו, שדה זו כשאקחנה הריני מחויב ליתן לך, וכל זמן שלא קנהו ליכא שום חוב על גופו, דהא בידו שלא יקנהו, וכן אמר, פירות שיוציא הדקל אני מחויב ליתן לך, כיון דליכא שום חיוב על גופו קודם שהוציא הדקל, רק שמחייב עצמו ליתן כשיוציא הדקל, ודאי דלא עדיף חיוב לרבנן מקנין לרבי מאיר.

הנתיבות מחלק בין חיוב בדמים או בדבר המצוי לקנות בשוק, לבין כשמתחייב על דבר מסוים, כגון מתחייב למכור קרקע מסוימת שכעת אינה ברשותו או פירות דקל זה. כאשר מתחייב בדבר שאינו מסוים, הוי הדבר בידו וחל החיוב על הגוף.

וההסבר - כיון שקיום ההתחייבות יכול להתבצע מיד, דהא מיד יכול להמציא דמים, ע"כ החיוב הוא על גוף המתחייב מעכשיו, כיון שההתחייבות הינה בת ביצוע כבר משעת ההתחייבות. והוא הדין כשמתחייב בדבר המצוי בשוק לקנותו, דלדעת הכסף משנה בהל' מכירה כב, מהני קנינו אף שאינו ברשותו, כיון שמצוי לקנות בשוק. ועיין בחלק א כא/כב מש"כ בזה. [ומוכח מכאן שהנתיבות סובר דמהני קנין במצוי בשוק, עיי"ש מה שכתבתי להוכיח מדבריו בחוות דעת, וכאן ראה נוספת דס"ל כתרופץ קמא בכסף משנה]. אך כאשר התחייב על דבר מסוים, כיון שההתחייבות אינה ברת ביצוע אלא משעה שיהיה בידו, ההתחייבות על גופו לא חלה אלא משעה שיהיה בידו (ועיין לעיל מה שהבאתי מדברי הנתיבות הנ"ל, שהם המשך לקטע שצוטט בסמוך). ומ"מ גם לדברי הנתיבות, אם מתחייב במה שבידו, אינו יכול לחזור בו. אלא שהקצוה"ח עצמו במשובב נתיבות (ס, י) עונה על דברי הנתיבות, וז"ל:

"המעין בדבריו שם יראה שלא עלתה בידו אלא רגזנותו, דברינו שם דהמתחייב עצמו בדבר שלא בא לעולם, כגון כד-וכך ליטרין כסף או כד-וכך אבנים טובות, מתחייב גם אם אינו מצוי בשוק, דלא בעינן בחיוב שיחייב עצמו דוקא בדבר המצוי בשוק, דלענין דבר שלא בא לעולם אינו חילוק בין מצוי בשוק או לא. ולמכור דבר שלא בא לעולם אינו יכול אפילו מצוי בשוק. ואם אמנם בספר קצוה"ח רטו, כתבתי שם בשם הכסף משנה דדבר המצוי בשוק יכול למכור ולא הוי דבר שלא בא לעולם, אין המנהג כן למעשה, אלא אפילו מצוי בשוק אינו יכול למכור דבר שלא בא לעולם כמבואר בתרומת הדשן סי' שך. ובחיוב יכול לחייב עצמו בדינין ובאבנים טובות אפילו אינן מצויין בשוק, וא"כ הוא הדין דיוכל לחייב עצמו בפירות דקל, הן של דקלו הן של אחרים, ואם לא יבואו לידו, יתן דמיהן."

הקצוה"ח סובר שאין לחלק כחילוק הנתיבות בין דבר מצוי לדבר שאינו מצוי, דכל החילוק בין דבר מצוי לשאינו מצוי הוא דוקא לענין דבר הקיים בעולם אך אינו ברשותו. דבר שאינו קיים בעולם, אף שכשיהיה קיים בעולם יהיה מצוי לקנות, אינו יכול להקנותו, אבל להתחייב יכול בדבר שלא בא לעולם. הרי שהתחייבות לענין דבר שלא בא לעולם עדיף מהקנאת דבר המצוי בשוק לקנותו. ולענין דבר שלא בא לעולם, לא מצאנו חילוק בין מצוי ברשותו לאינו מצוי, וע"כ בכל ענין יכול להתחייב באופן המועיל על דבר שלא בא לעולם, אף אם כשיבוא לעולם לא יהיה ברשותו. עוד כתב הקצוה"ח (במשובב נתיבות שם) לחלק בין אם אמר שדה זו לכשאקחנה הריני מחויב ליתן לך, דכיון שלא התחייב אא"כ יקחנה, כל זמן שלא לקחה, לא חל החיוב. אבל אם אמר סתם שהוא מתחייב ליתן לו בית פלוני אפילו לא יבוא לידו, החיוב חל מעכשיו, ואם לא יבוא לידו חייב ליתן לו דמיו, כיון שקיבל אחריות על גופו (דהקצוה"ח לשיטתו, עיין לעיל). וע"ע בשער המלך (מכירה כב, ט בד"ה שם דין ההקדש).

עכ"פ יוצא לנו בדין חיוב למכור, אם יכול לחזור בו, באנו למחלוקת אחרונים. לדעת המהר"א ששון הדבר תלוי במחלוקת הרמב"ן והרשב"א אם יכול לחזור בשעבוד דאקני. לדעת הקצוה"ח, אפילו התחייב למכור מה שלא בידו, מהני החיוב לכ"ע, ואם לא יבוא לידו חייב ליתן דמיו. לדעת הנתיבות מהני החיוב דוקא אם הדבר בידו או מצוי בשוק, אבל בדבר שאינו בידו כלל, לא מהני החיוב.

ובאמרי בינה (הלואה נא) כתב דאף לדברי הקצוה"ח אם מת המתחייב קודם שבא החפץ לעולם, דכבר זכו הירושים. והביא מדברי הכנסת הגדולה (אהע"ז סי' נא) שמחלק בין מחייב עצמו, דאף אם כעת אין לו נכסים, השתעבדו הנכסים שיהיו לו

בעתיד, לבין מתחייב לתת פירות דקל, דאם מת מתחייב קודם שבאו הפירות לעולם, לא זכה המקבל, ואם מת המתחייב אחר שבאו לעולם, קנה המקבל, עיי"ש. לפי האמרי בינה, אף לדברי הקצוה"ח, אם התחייב למכור דירה שעדיין לא באה לעולם, ומת המתחייב קודם שבאה הדירה לעולם, לא זכה הקונה בדירה.

ו. אם הקונה יכול לחזור בו

וכיון שבעניני חזרה קיימין, אעיר מה שנעדר ממרבית החוזים הכתובים בלשון המשפטית הנזכרת בתחילת הדברים, שאף שהמוכר מתחייב למכור לא מצאתי התחייבות מצד הקונה לקנות, ולפי"ז יוכל הקונה לחזור בו מהמקח, דאף אם המוכר חייב למכור (לכל חד מהאחרונים הנ"ל לפי שיטתו), אין הקונה חייב לקנות והוא יכול לחזור בו מהמקח. וברור שכל התחייבויות האחרות של הקונה בטלות, כיון שהן כפופות לקיום המקח. ואף אם יש סעיף של קנס על ביטול המקח, יש לדון אם אין בסעיף זה משום אסמכתא. ומהני התחייבות לקנס אם כתבו שקבלו בקנין בבית-דין חשוב, עיין שו"ע חו"מ רז, טו. והא דבעינן התחייבות גם מצד הקונה, כן מבואר בתש"י הרשב"א שהבאנו בתחילת הדברים (תש"י הרשב"א שהביא הבי"י בסו"ס רז); "וחבירו קנה לו בקנין ג"כ שיקננה כפי ראות שני אנשים הבקיאים בשומא". וכן כתב הנתיבות רח"ד, וז"ל:

"ולפי מה שכת' לעיל דמיירי בחיוב, בלאו הכי אתי שפיר שהמוכר אינו יכול לחזור בו שהתחייב עצמו, משא"כ הלוקח."

הנתיבות מתיחס למש"כ שם בס"ק ג, דאם מיירי המחבר שם בפסיקה קודם שיצא השער, א"כ הוי דבר שלא בא לעולם ויכול לחזור בו, ועי"ז תירץ הנתיבות דמיירי בחיוב שחייב עצמו המוכר למכור. ועי"כ ס"ל לנתיבות שיכול הלוקח לחזור, וכמש"כ המחבר שם (רח"א), אבל המוכר שלא התחייב, יכול לחזור בו.

ז. לשון ההתחייבות

לשון ההתחייבות מבוארת בדברי המחבר בחו"מ ס, ו: "הוו עלי עדים שאני מתחייב לפלוני בכך-וכך". וממשיך שם המחבר: "והוא שקנו מידו". וצ"ב, לשם מה נצרכת הלשון "הוו עלי עדים", דהרי לא יוכל לטעון טענת השטאה וכו', כיון שקיבל בקנין, וכמש"פ במחבר חו"מ פא, יז.

השי"ך שם (ס, כו) הקשה מדוע הצריך המחבר קנין, דבשלמא לבעה"ת החולק על הרמב"ם (מכירה יא, טו) וסובר שאין אדם יכול להתחייב ע"י אמירת "אתם עדי", ולשם ההתחייבות הוא צריך קנין, אבל לשיטת הרמב"ם - וכוותיה פסק המחבר - שיכול להתחייב ע"י אמירת "אתם עדי", קנין למה לי. כלומר, השי"ך מבין שצריך אחד מתוך שנים, או קנין או אמירת "אתם עדי" (לשיטות דמהני אתם עדי), אבל אין צורך גם באמירת "אתם עדי" וגם בקנין. והשי"ך נשאר בצ"ע על דעת המחבר. ועיין בתומים (ס, יד) שלאחר הקשה על מש"כ השי"ך בדעת בעה"ת, הסביר את צריכות הקנין בהתחייבות, וז"ל:

"ובגוף הקושיא למה צריך קנין, תמהני, הלא השי"ך גופיה בסי"מ הסכים בישוב הפוסקים דס"ל דמתחייב עצמו בלי קנין, בהא דאסקינן גבי מתנה שומר חנם להיות כשואל דוקא קנין, ותירץ, הואיל ואינו חיובו בהחלט כי אם בדרך תנאי, אם תגנב או תאבד אתחייב, לא מתחייב רק בקנין."

כל התחייבות שהיא בדרך תנאי ואינה התחייבות מוחלטת, צריכה קנין. וכן הסיק בנתיבות ס, יג. אך אף אם צריך קנין, לא ברור מדוע צריך לאמירת "אתם עדיין". ונראה דהמחבר כתב לשון "הווי עלי עדים", כמש"כ הטור בחו"מ ס, י. וס"ל למחבר דיש מציאות דמהני אף בלשון זו, ומ"מ במקומות דלא מהני, צריך קנין, ואין בכוונת המחבר שיצטרפו שניהם, אלא או "אתם עדיין" או קנין.

ובמחבר מבואר שאומר לשון "אני מתחייב", ובכגון זה הווי התחייבות, אבל אם אמר הריני מודה שאני חייב, הווי אודיתא, וכמש"כ הקצוה"ח מ, א. אמנם מהר"ש הלוי בתש" (חחו"מ סי' ה - דף י טור ב), לאחר שהביא את לשון הטור חו"מ ס, י, כתב וז"ל:

"הרי בפירוש דצריך שיכתוב מודה אני לך שאני חייב לך או אני מתחייב עתה לפלוני, נראה דאם אינו כותב בלשון זה לא מהני, א"כ מי שיכתוב אני מתחייב שאתן לפלוני כל מה שישלחו, פשיטא דאינו לשון המועיל, משום דלשון אתן אינו מועיל משום שהם דברים בעלמא ואפילו קנו מידו, מפני שהוא קנין דברים."

מדברי מהר"ש הלוי מבואר דהתחייבות על לשון עתיד לא מהני, וצריך לומר או בלשון עבר או בלשון הוה. ולכאורה משמע מדבריו דלשון עבר הווי התחייבות ולא אודיתא, וזה צ"ע, דהא בגמ' בב"ב קמט, א בעובדא דאיסור גיורא, משמע דהודאה הווי אודיתא ולא התחייבות, ואפשר דגם למהר"ש הלוי הווי אודיתא ולא התחייבות, רק כיון דהווי לשון המועיל, כלל לשון זו עם לשון התחייבות בהווי, ונפק"מ שבלשון עבר אינו צריך קנין סודר כיון דהווי אודיתא. ומ"מ מבואר בדבריו דבלשון עתיד לא מהני. וא"כ הוא הדין כשמתחייב "למכור", לא מהני מדין התחייבות.

אמנם מדברי הסמ"ע ס, יח מבואר דמהני התחייבות בלשון עתיד, וז"ל:

"ואפילו לדעת האומרים דאם קנו מידו ליתן או אתן לא קנה, דהווי ליה קנין דברים כמש"כ מור"מ בשמו לקמן רמה, א, מ"מ בזה שחייב נפשו ליתן לזה, הכל מודים דקנה."

וכן היא דעת הש"ך בס"ק כד. הרי שאף דלא מהני קנין אתן, מ"מ התחייבות לתת מהני. ועיין בנודע ביהודה (קמא, חחו"מ סי' כו ד"ה והנה) בתשובה מחנתנו, ועי"ש מה שכתב בזה הנודע ביהודה. ועי"ע באמרי בינה (הלואה, נא) שהקשה על דעת המהר"ש הלוי, והסיק שהדין ברור דלא כמהר"ש, ויכול לחייב עצמו אף בלשון עתיד. וא"כ לרוב הפוסקים מהני התחייבות (באופן המועיל) "למכור".

ח. לשון "ישלם"

מתוך עיון בחוזים שונים, למדתי שיש סעיפים בהם מוזכרות פעולות שאחד הצדדים מתחייב לעשות, אך אין מוזכר בהם לשון התחייבות - "מתחייב". לדוגמא - סעיף בו נאמר שהקונה יתן יפוי כח או יחתום על מסמכים שונים וכו'. כמו-כן בסעיף התשלום נאמר: "הקונה ישלם", ולא "הקונה מתחייב לשלם". ויש להפריד בין שני סוגי ההתחייבויות הנ"ל.

וראשית לענין התחייבות בלשון "אשלם" או "ישלם". למעשה ראיתי שבענין זה

דן ביה"ד הרבני העליון (בהרכב: הגר"ש ישראלי זצ"ל, הגר"א גולדשמידט זצ"ל, ויבלחטי"א הגר"מ אליהו שליט"א), מובאים הדברים בספר "עזר המשפט" (לגר"א גולדשמידט זצ"ל - סי' כו), ומסקנת דבריהם היתה פה אחד - שלשון "ישלם" כמוה כהתחייבות, אף שלא אמר "אני מתחייב לשלם". ולעני"ד הדברים עדיין צריכים ליבון. דהנה איתא בגמ' בנדריים כז, א: ההוא גברא שהביא שטרי זכויותיו לבית-דין, ואמר, אם לא אבוא עד שלושים יום, יתבטלו זכויותי, והקשתה הגמ' שם (בע"ב), דהא הוי אסמכתא, ואסמכתא לא קניא. ותירצה הגמ': "שאני הכא דאמר לבטלן זכותיה". ופירש הר"ן שם (בד"ה שאני), וז"ל:

"כלומר, שהוא מוחל כל כח וזכות שיש לו באותן שטרות, דכיון דמחילה היא, לית בה אסמכתא, דמיד זוכה בה חבירו. וכן במוסר ליד חבירו ואמר לו, אם לא אעשה כך זכה במה שבידך - קנה, דליכא אסמכתא אלא באומר אתן או אשלם."

מדברי הר"ן מבואר דלשון "אתן" ו"אשלם" - דינם אחד לענין אסמכתא, ולכאורה הוא הדין לענין קנין, דכשמקבל בקנין לשלם דינו כמקבל בקנין לתת, והוי כקנין אתן דלא מהני. והגר"ש ישראלי (שם בעזר המשפט עמ' שכד-שכה) יצא לחלק בין לשון "אשלם" המותנת בתנאי, לבין לשון "אשלם" שאינה מותנת, וז"ל:

"והנראה בזה, כי בהאי גוונא שהר"ן דן בו, שהוא ב"אס", היינו שתלה ההתחייבות בתנאי "אם לא אעשה" וכיוצ"ב, בזה גם לשון "אתן" מהני. כי כל החסרון באתן שאנו מפרשים אותו מלשון הבטחה לתת, הוא רק כשמחייב עצמו בדבר מבלי לתלות זאת בתנאי, כי אז הלשון המתאימה בזה היא "אני נותן" - לשון הווה, ולא לשון עתיד, ומכיון שדייק ליתא לכתוב לשון נתינה, על כן דבריו מתפרשים שמבטיח לתת. משא"כ כשהמדובר בתנאי ד"אס", שבאמת אינו נותן עדיין, רק כשיתמלא התנאי אז יתן, אין כל דיוק שכוונתו רק להבטחה, על-כן אין אנו מפרשים דבריו בתור הבטחה אלא כהתחייבות, ואין לנו לדון אלא מצד אסמכתא."

הגר"ש ישראלי סובר שיש להפריד לענין קנין "אתן", בין נתינה מותנית לנתינה שאינה מותנת. כאשר הנתינה אינה מותנת בתנאי, אמירתה בלשון עתיד מתפרשת כהבטחה, דאלי"כ מדוע לא התחייב בלשון הווה. משא"כ כאשר הנתינה מותנת בתנאי עתיד, הרי שאינו יכול לנקוט בלשון הווה, שהרי רק בקיום התנאי או אי קיומו תלויה הנתינה, ודבר זה יתברר רק בעתיד, וע"כ אין בידו אלא לנקוט בלשון עתיד, ובכגון זה אין לפרש את אמירתו כהבטחה, שהרי אין בה את הריעותא שלא נקט לשון הווה, ולכן דינה כהתחייבות. ומה שנקט הר"ן דלשון "אתן" או "אשלם" לא מהני, היינו לענין אסמכתא אך לא לענין חסרון בקנין "אתן".

ואף שדבריו הינם מילתא דמסתברא, מ"מ דבריו נסתרים לכאורה מדברי הפוסקים. הרמ"א בחו"מ רמה, ב, הביא את המהרי"ו דלא מהני קנין "אתן", ולכן פסק המהרי"ו שאם כתב לאשתו בשעת השידוכין לעשות לה כתובה גדולה, לא זכתה כל זמן שלא כתב לה. והרי בנידון הכתובה פשוט שאינו יכול לנקוט לשון הווה, שהרי ההתחייבות לכתיבת הכתובה תלויה ועומדת בעצם הנישואין, וברור שאינו יכול להתחייב בשעת השידוכין בלשון הווה, שהרי הכתובה מותנת באם ינשאו, ובכל זאת פסק המהרי"ו דהוי קנין אתן ולא מהני. וברור שאין לחלק בין התנו מפורשות בתנאי "אם" לבין דבר שמעצם מהותו מותנה ועומד. גם הדיון בענין התנאים שעושים בשעת השידוכין דהוי קנין אתן, עיין בסמ"ע רמה, ב, מורה דלא כוותיה.

גם מה שהמשיך שם להביא ראייה שלשון "ישלם" היא לשון ברורה של התחייבות, מדברי הגמ' בב"ק ז, א, אם מה שאמרה התורה: "מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם", - מדעתו או בעל-כורחו, לענ"ד אינו ענין לנדו"ד. דלא שייך לדמות מילתא דפסקה התורה "ישלם", להתחייבות שמתחייב אדם על עצמו. לכן לפי הראיות שהביא הגר"ש ישראלי זצ"ל, לענ"ד אין בהם כדי לנטות מדרך הסברא שאין חילוק בין לשון "אתן" ללשון "אשלם", וכמו שאין חילוק בין לשונות אלו לענין אסמכתא. וע"ע שם בעזר המשפט (עמ' של) במש"כ הגר"א גולדשמידט, וז"ל:

"גם לוא נניח שהלשון "ישלם" שבהסכם בין הצדדים, איננו בגדר לשון ודאי להתחייבות, וניתן לפרשו גם כהבטחה בעלמא על מעשים שיעשו בעתיד, הרי לאור כל האמור בהסכם (הגרושין) שבין הצדדים, הכולל התחייבויות הדדיות של שניהם וויתורים של כל צד כלפי רעהו, הן בענינים מהותיים, כהסכמה לגירושין, והן בעניני ממון, ולאור מהותם של התשלומים שבנידון, כמבואר, - הרי ודאי וודאי הוא שהכוונה כאן בלשון "ישלם" היא התחייבות גמורה כדת וכדין, שתחולתה היא מעכשיו לתשלומים אלו, בזמניהם."

לפי דבריו, הוא הדין אם יתחייבו בלשון "אתן", והדבר יהיה במסגרת של התחייבויות הדדיות, שיהיה חייב אף בלשון "אתן". לפ"ז צפה ועולה מה שהקשיתי לעיל מדין כתובה והתחייבויות בתנאי שידוכין, שהרי בהתחייבויות בשידוכין מתחייבים הצדדים התחייבויות הדדיות וויתורים האחד כלפי השני, וא"כ במסגרת שטר התנאים היה צריך להועיל קנין "אתן", וזה לא כמשמעות הפוסקים.

אלא שלענ"ד היה מקום לחלק באופן אחר. דהנה הפועל "אתן" או "אקנה" הן הפעולות המורות על ביצוע פעולת החיוב. באמצעות הנתנה או ההקנאה, מעביר הנותן כסף מרשותו ע"י הפעולות הנ"ל. הפועל "אשלם" הינה פעולה הבאה אחר הפעולות הנ"ל, כלומר, אחרי שחייב עצמו או הקנה או נתן, הוא מבצע את התחייבותו/ הקנאתו/ נתינתו. כאשר אדם אומר "אשלם", אין בכך התחייבות, אך יש בכך הודאה שמחייבת תשלום, כלומר, המתחייב מודה שהוא חייב למי שהתחייב כנגדו, והוא "ישלם" את חיובו. לכן, אף שאין בכך הקנאה או התחייבות, מ"מ יש כאן הודאה על חיוב וחוב, וחייב לשלם מכח הודאתו, וצ"ע למעשה. [ואמר לי ידידי הגר"א שרמן שליט"א, שהגר"ש אלישיב שליט"א הורה לו להקפיד שבהסכמי גרושין בהתחייבות למזונות, יהיה כתוב לשון "מתחייב לשלם". אמנם לא התברר מה הדין בדיעבד אם לא כתבו אלא לשון "ישלם". והגר"ע יוסף שליט"א בספרו "יביע אומר" ח"ה, חח"מ ה, ח שהסיק ד"אשלם" הוי כ"אתן", עיי"ש.]

ט. באופן המועיל

כל הנ"ל אמור לענין לשון "ישלם", אך לענין ההתחייבות לחתום על טפסים וכד', ועוד ענינים אחרים שבהם לא נהוג לכתוב לשון התחייבות, דבכגון זה למש"כ לעיל הוי קנין דברים כקנין אתן. אמנם למש"כ הגר"א גולדשמידט זצ"ל, אפשר דאף בנידון כזה שהוא במסגרת הסכם מכר שיש בו התחייבויות הדדיות, יהני לשון עתיד.

אך לענ"ד הדרך הראויה הינה לכתוב בסוף שטר המכר, שקבלנו על כל הנ"ל בקנין סודר בבית-דין חשוב, ואף כל הפעולות שכתוב בהסכם הנ"ל שיעשו בעתיד, בין אם כתוב בהם לשון התחייבות ובין אם לא כתוב בהם לשון התחייבות, הכל

נעשה בהתחייבות גמורה בקנין סודר באופן המועיל ביותר.

באופן שמקבל קנין סודר בבית-דין חשוב, מהני לאפוקי מחשש אסמכתא, וכדאיתא בגמ' בנדריים כז, ב, וכמש"פ המחבר בחו"מ רז, טו. והרמ"א שם כתב, דאם ציוה המתחייב לכתוב שקנו ממנו בבית-דין חשוב, אע"ג שלא קנה, מהני כאילו קנו ממנו, דהודאת בעל-דין כמאה עדים דמי. ועיי"ש בסמ"ע רז, מב מה שכתב לבאר בחילוק הדין בין קנין אגב קרקע, כשמודה שיש לו קרקע ואנו יודעים שאין לו, דלא מהני, לקנין בבית-דין חשוב לענין אסמכתא, דמהני הודאתו אף שאינה אמת. והארכתי בענין זה בסי' ב/א.

[במאמר מוסגר אציין שעל-מנת להמנע מאיסור ריבית, ראוי שכל קבלן יהיה לו היתר עיסקא, ולא לסמוך על מה שנכתב בלשון כוללת שכל הנ"ל נעשה בתורת עיסקא ע"פ היתר המהר"מ מקרקא", עיין בצמח צדק (חב"ד - יור"ד סי' פח) ובלבושי מרדכי (ח"א יור"ד סי' צה) שכתבו דבהלואות ע"פ היתר עיסקא צריך לפרט את תנאי ההתפשרות ושכר טרחת המקבל. ועיין בברית יהודה לה, (יב) שכתב שדעת האחרונים להקל, אך מ"מ ראוי לעשות היתר עיסקא מפורט ולא לכתוב בלשון הקצרה. ועיין נוסח הית"ע (, 2)סימן ח, ונוסח זה טוב גם עבור קבלנים, בשינויים קלים.]

י. תוספת לחוזה המכר

וסיפר לי אחד הדיינים שראה חוזה מכר שנערך ע"י חברי מכוון כת"ר, כשהחוזה מראשיתו ועד סופו בנוי ע"פ ההלכה. לענ"ד הדבר לא מציאותי שעורכי דין וקבלנים העורכים חוזים - שרובם אינם שומרי תורה ומצוות, ואף אלו השומרים תו"מ, עניני משפט התורה אינם נהירים לי דיים - שיתחילו לנסח את החוזה ע"פ ההצעה הנ"ל. ע"פ הצעתם - הרי שהנ"ל צריכים לשנות את חוזה המכר מהחל ועד כלה. ולענ"ד נראה, שמהבחינה הפרקטית, וכדי שנהיה מעשיים, כדאי להשאיר את נוסח החוזה כפי שכאו"א רגיל לכותבו, אך בסוף החוזה להוסיף מספר משפטים שיתנו תוקף הלכתי לחוזה המכר.

הצעתי להוסיף את המשפטים דלהלן:

"המוכר מקנה לקונה את הנכסי דלא נידי הנ"ל בקנין המועיל ביותר ובאופן המועיל ביותר. על כל האמור לעיל קבלו הצדדים בקנין סודר בבית דין חשוב. ובין אם נכתב בפעולות הנ"ל לשון התחייבות ובין אם לא נכתב לשון התחייבות, על הכל קבלנו אנו הח"מ בהתחייבות ואחריות גמורה באופן המועיל ביותר. וקבלנו על עצמנו את סברות הפוסקים המקיימים שטר זה."

[הנוסח הנ"ל טוב הן במכירת דירה קיימת והן במכירת דירה "על הנייר", דהא יש קנינים המועילים לדעת הפוסקים גם בדבר שלא בא לעולם, עיין בחלק א יח/ז ולהלן לענין קניני סיטומתא עם דינא דמלכותא, ולענין קנין אודיתא.] והקנין יתפוס לאחר שיבואו לעולם, אך כשעדיין לא בנה, יוכל לכופו מכח ההתחייבות שקבל על-עצמו. ואם לא יבנה, יצטרך לשלם דמיו, דהרי קיבל כאן אחריות.

מסקנות

א. 1. עשו הקונה והמוכר קנין "למכור" את הבית, הוי קנין דברים ואין כאן

מכירה, ושניהם יכולים לחזור בהם.

2. אך אם אמר לו המוכר; קני מעכשיו קרקע זו, שאם אמכרנה במאה זוזים אמכרנה לך - קנה.

3. נחלקו הפוסקים אם צ"ל את לשון הקנין בלשון הווה (מכורה לך מעכשיו), או מהני אף בלשון עתיד (אמכרנה לך מעכשיו).

4. כשהזכירו לשון חיוב, הקנין מתיחס להתחייבות.

ב. 1. נחלקו הפוסקים במי שהתחייב למכור לאחד ואח"כ מכר לאחר, אם המכירה תופסת למרות ההתחייבות.

2. דעת הקצוה"ח - דאף דהוי חיוב ולא מכירה, מ"מ כיון שהתחייב כדין, גובה ממשעבדי (ההתחייבות מוציאה מהקונה). אך מותנה בכך שההתחייבות הינה על גופו ולא על החפץ.

3. חיוב על הגוף, היינו שיקבל על עצמו אחריות לדמי החפץ, שאם יאבד ישלם דמיו.

4. לדעת הנתיות - התחייבות למכור אינה התחייבות ממונית אלא התחייבות לפעולה, וע"כ מהני מה שמכר לאחר.

ג. 1. נחלקו הקצוה"ח והנתיות בדין מי שהתחייב למכור דבר שלא בא לעולם ומת קודם שבא הדבר לעולם, אם זכה הזוכה.

2. לקצוה"ח יש לחלק בין כשמשך את החפץ, שהמשיכה מחייבת את גופו בתמורת החפץ, לבין אם הקנה לו את המעות בתורת חליפין, שאין כאן חיוב על הגוף ואף לא קנין (שאין מטבע נקנה בחליפין).

3. לדעת הנתיות - אפילו יחד לו הלוקח מטלטלין בתורת דמים, מהני משיכת המטלטלין שיקנה המוכר את הדמים במשיכת הלוקח.

ד. 1. נחלקו הראשונים אם יכול לחזור בו משעבוד של דאקני.

2. דין חזרה בהתחייבות יהיה תלוי לכאורה במחלוקת הראשונים הנ"ל.

3. הקצוה"ח מחלק בין שעבוד דאקני להתחייבות על הגוף. התחייבות על הגוף חלה על דבר קיים, משא"כ בשעבוד דאקני.

4. בנתיות חילק בין התחייבות על דבר שאינו מסוים אך מצוי לקנותו בשוק, שחלה ההתחייבות על הגוף, לבין התחייבות על דבר מסוים. ובקצוה"ח (במשובב נתיבות) חלק עליו.

ה. כדי שהקונה לא יוכל לחזור בו, צריך שתהיה התחייבות מצד הקונה לקנות.

ו. 1. לדעת הש"ך - בהתחייבות צריך או אמירת "אתם עדי" או קנין.

2. לדעת התומים - קנין צריך בכל ענין.

3. יש הסוברים שלשון התחייבות הינה רק כשאומר בלשון עבר או הווה, אך לא מהני התחייבות בלשון עתיד (מתחייב שאתן). אך רוב הפוסקים חולקים וסוברים שמהני התחייבות אף בלשון עתיד.

ז. 1. כאשר נכתב בחוזה שפלוני "ישלם", ולא נכתב ש"מתחייב לשלם" - אף שלכאורה הוי כקנין אתן, יש הסוברים שמהני התחייבות בלשון "ישלם". וצ"ע.

2. ראוי מ"מ לכתוב בהתחייבות לשלם לשון של "מתחייב לשלם".