

אסמכתא / כד:

התוכן:

- א. פתיחה
- ב. סוגיות הגמ'
- ג. שיטת רש"י
- ד. שיטת ר"ת
- ה. שיטת הר"י והרא"ש
- ו. שיטת רב האי גאון
- ז. שיטת הרמב"ם
- ח. מהות החיסרון באסמכתא
- ט. ביאור הסתירה ברש"י
- י. אסמכתא לא קניא מדאורייתא או מדרבנן
- יא. סיכום

א. פתיחה

מה רבו ועצמו כללי ופרטי דין אסמכתא, להיותו הלכתא גבירתא בתורת הקניינים ופארותיו שלוחות במרחבי הש"ס, ודברי הראשונים בכמה וכמה מקומות רחבה היא מיני ים, ובכ"ז "לא עליך המלאכה לגמור". במאמר זה נעסוק בעיקר סביב הסוגיה בפרק זה בורר (כד:) ובבבא מציעא (סה: עג: קד:) בהם זכינו לעסוק השנה. כידוע, "אסמכתא לא קניא", והגמ' דנה בכמה מקרים האם הם נחשבים 'אסמכתא', ומה תוקף הקניין בהם. לכאורה, הסיבה ש"אסמכתא לא קניא" היא החיסרון בגמירות הדעת של המקנה, שכיון שלא בטוח שלבסוף יצטרך לתת לקונה מלכתחילה לא גומר בדעתו להקנות. וא"כ צריך להבין מהו ההבדל שיש בין 'אסמכתא' לבין מה שמצינו בפרשת תנאי בני גד ובני ראובן שיש חלות לקניין גם אם הוא מוגבל ותלוי בתנאי, תחילה נציע את הסוגיות בגמ' והשיטות השונות בראשונים בהגדרת אסמכתא והגידונים המשותלים מכך.

ב. סוגיות הגמרא

המשנה בפרק זה בורר (כד:) מונה את פסולי העדות מחמת עבירה וביניהם המשחק בקוביה, ר' יהודה מסייג שכל הפסולים המובאים במשנה אינם פסולים אא"כ אין להם אומנות והם מתפרנסים מאותו עיסוק פסול. בגמ' נחלקו האמוראים בטעם פסול המשחק בקוביה: לרמי בר חמא טעם הפסול הוא שהמשחק בקוביה מרויח כסף ב'אסמכתא' ו"אסמכתא לא קניא" ולכן הוא גזול, ולרב ששת במשחק בקוביה אין בעיה של אסמכתא וטעם הפסול הוא משום שאינו עוסק בישובו של עולם (ולשיטתו ר' יהודה במשנה בא לפרש את דברי ת"ק).

ובמשנה בפרק איזהו נשך (סה:) איתא שמותר להלוות אדם על שדהו בתנאי שאם לא יפרע ההלוואה עד מועד מסוים יקח המלווה את השדה תמורת הפרעון. ובגמ' שם נחלקו: רב הונא סבר שרק אם מתנה קודם מתן המעות ללווה יכול לקחת את השדה כפירעון, ולר' נחמן (למסקנה) אפילו אם התנה קודם מתן המעות לא מועיל, כיון שתנאי זה אסמכתא ו"אסמכתא לא קניא", והמשנה היא כשיטתו ר' יוסי שסובר שאסמכתא קניא. אפשרות שנייה היא שהמשנה מדברת על מציאות שמקנה לו הלווה את השדה מזמן ההלוואה אם לא ישלם שבכה"ג קונה.

במקום נוסף בפרק איזהו נשך (עג). מובאים דברי רב חמא שהנותן לחבירו מעות לקנות לו יין ולא קנה לו צריך לשלם דמי יין במחיר שעולה במקום הזול, ורב אשי סובר שפטור אפי' אם התנו כן מתחילה, משום דהוי אסמכתא. ולדבריו יש לחלק בין מקרה כזה לתנאי שעושה האריס שאם יוביר השדה ולא יעבוד בה ישלם כשיעור המיטב של מה שיכלה לעשות, ששם תנאו קיים, כיון שהתחייבות זו ביד האריס לעבוד בשדה ולכן גמר דעתו ומקנה, משא"כ לקנות יין שאין זה בידו דאולי לא ירצו למכור לו. ובפרק המקבל (קד). הגמ' מחלקת בין תנאי שעושה האריס שאם יוביר השדה ולא יעבוד בה ישלם כשיעור המיטב של מה שיכלה לעשות, שתנאו קיים, ובין מקרה שהתנה שאם יוביר ישלם סכום גדול, שאז התנאי לא חל משום שזה גוזמא ואסמכתא. ובמשנה בב"ב (סו). מובא שלושה שפרע מקצת מחובו ומשליש את שטרו על תנאי שאם לא ישלים לפרוע את כל החוב עד תאריך מסוים יצטרך לשלם את כל החוב (כולל את החלק שכבר פרע), ר' יוסי סובר שתנאו קיים, ולדעת ר' יהודה תנאו בטל. ובגמ' מבואר שנחלקו האם אסמכתא קונה, ומסקנת הסוגיה כר' יהודה שאסמכתא לא קניא.

ג. שיטת רש"י

והנה את שיטת רב ששת שמשחק בקוביה לא הוי אסמכתא פי' רש"י (סנהדרין כד):
 "כל כי האי גוונא לאו אסמכתא הוא. והיכי דמי אסמכתא? כגון דאם אוביר ולא אעביד אשלם (במיטבא) (בב"מ עו). וכגון משליש את שטרו דגט פשוט (קסח). דסומך על לא דבר, דסבור כל זה בידו לעשות ומרישא כי מתני אדעתא דלא יהיב ליה לאסמכתא קא מתני דטועה וסבור לא יבא לידי כך, אבל הכא לא סמך אמדי דהא לא ידע אי נצח אי לא נצח ואפילו הכי אתני - שמע מינה מספיקא אתני גמר ואקני ולא גזילה היא".
 ומבואר מדבריו שאסמכתא היא דבר שתלוי במעשה אדם והוא סמוך ובטוח שיצליח לעמוד בהתחייבותו ולא יצטרך לשלם, ומשום כך חסר בגמירות הדעת של הקניין. ולכן אריס שמתנה "אי אוביר אשלם אלפא זוזי" ומי שפרע מקצת חובו ומתחייב שאם לא יפרע את השאר עד זמן מסוים ימחל מה שפרע - נחשב אסמכתא, כיון שבטוח שיעבוד בשדה או ישלים את פרעון החוב, בניגוד למשחק בקוביה שהוא עצמו לא בטוח שירוויח ולכן הקנאתו גמורה.

ומקשים הראשונים (תוס' ור"ן כאן, תוס' בב"מ עד. ריטב"א שם ועוד), שלכאורה מהגמ' באיזהו נשך (עג). משמע שהיפך, ש"אי אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא" לא הוי אסמכתא כיון שבידו לעבוד בשדה, משא"כ אם מתנה איתו שיקנה לו יין - שכיון שלא בידו אם ימכרו לו הוי אסמכתא, ומפורש שמה שלא בידו יותר נחשב אסמכתא.
 ותירץ הר"ן, שלעולם החילוק הוא האם הדבר בידו או לא, דאם בידו לעמוד בהתחייבות פטור כיון שסומך דעתו שיצליח לעמוד בהתחייבותו והוי 'אסמכתא' שלא קונה, ובמקרה שהדבר לא בידו חייב. והסיבה ש"אי אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא" חייב לשלם אע"פ שבידו לעבוד בשדה, היא סיבה אחרת, שכיון והיה ביכולתו לעבוד בשדה והוא פשע והתרשל, סברה פשוטה שיהיה חייב לשלם כיון שגרם נזק ניכר בפשיעתו ולכן ודאי גמר ומקני. ונראה להסביר כוונתו, שאע"פ שמגדרי נזיקין נראה שא"א לחייבו כיון שדומה ל"מבטל כיסו של חברו" והוי גרמא בנזיקין שפטור, מ"מ כאן כל הדיון היא מה דעת בני אדם, ולכן בכה"ג כיון שבהגיון הפשוט מובן שחייב כיון שבגללו הפסיד בעל השדה, גמר ומקני¹.

ובחידושי הרי"מ (ב"מ עד). כתב ליישב שיטת רש"י באופן אחר, דודאי אף לרש"י עיקר הטעם שמשחק בקוביה לא הוי אסמכתא הוא ש'מתוך שרוצה לקנות גמר ומקנה', והסברה בזה שכיון שידוע שחבירו לא מסכים להקנות לו אא"כ גם הוא יקנה לחבירו, ודאי הוא מתרצה להקנות ד' אחזוקי אינשי בגזלנותא לא מחזקינן".

¹ אמנם בב"י הקשה שלכאו' יש בזה סתירה בדברי הר"ן בין ב"מ לסנהדרין, האם זה שישלם באי אוביר הוי סברה פשוטה או תקנה מחודשת.

אלא דהוקשה לרש"י דלכאורה הוא הדין ב"אי אוביר אשלם אלפא זוזי", שבעה"ב לא מסכים להקנות לאריס את הזכות לרדת לתוכה אלא אם יקבל עליו את ההתחייבות, וא"כ מדוע שם הוי אסמכתא ולא אומרים שמתוך שרוצה לקנות מקנה? (וכן קשה על הדין של משליש שטרו, מדוע לא אומרים שמתוך שרוצה שהמלווה ידחה לו את מועד הפירעון גמר ומקני?).

אלא שיש לחלק בין משחק בקוביה לאריס. דבמשחק בקוביה השני מסכים להקנות רק אם גם הוא יקנה, כיון שרצון כל אחד מהם להרוויח המעות, ואם לא יקנה האחד לא יסכים להקנות לו השני, ולכן כל אחד גמר ומקני. אך באריס, אינו נותן השדה כדי שישלם לו אלף זוז, ורצונו הוא שיעבד האריס את שדהו, ורק כדי להבטיח ולהכריח אותו לעשות את זה הוא מתנה איתו שישלם לו קנס במקרה שיוביר, ונמצא שהבעלים לא נותן לו את השדה על מנת שיתן לו אלף זוז, וכיון שביד האריס לעבוד בשדה לא גמר ומקני האלף זוז. וכן במשליש שטרו, שהמלווה לא דוחה לו את זמן הפירעון כדי להרוויח את מה שכבר פרע, אלא כדי להבטיח שיפרע לו, וכיון שבידו של הלווה לפרוע לא מקנה לו. ולכן בכה"ג, אם זה בידו הוי אסמכתא כיון שלא גמר ומקני, משא"כ במקרה של "המקבל מחבירו למזבן ליה חמרא" שההתחייבות לשלם היא כוונת המוכר מלכתחילה, או שיקנה לו יין או שישלם לו שוויו, ולכן אם אין הדבר בידו יותר מוכח שעל דעת כן נתן לו המשלח, שישלם לו אם לא יצליח לקנות ויותר הוי אסמכתא.

ד. שיטת ר"ת

ר"ת (סנהדרין כד: תוד"ה כל, ב"מ עד. תוד"ה הכא) מקשה על שיטת רש"י מסתירת הסוגיות, דבסנהדרין פירש שהטעם שמשחק בקוביה לא הוי אסמכתא הוא כיוון שלא בידו לקיים התנאי ולכן גמר ומקני, אך מהסוגיה בב"מ משמע שכשהוי בידו לא הוי אסמכתא ולכן מקנה, ולכן הוא מחלק בין הדינים:

"על כן נראה לר"ת לפרש הכי: כל כי האי גוונא לאו אסמכתא היא דלא הויא אסמכתא אלא היכא שאין יכול להרוויח כגון משליש שטרו וכו' דגט פשוט (ב"ב דף קסח.), אבל הכא לא הויא אסמכתא משום דכיון דשנים הם כל אחד ואחד מקני לחבריה מגו דאי מרווח בעי איהו למקני, בההיא הנאה גמר ומקני לחבריה. ולפי זה כל שידוכין לא הויא אסמכתא, משום דכל חד וחד בעי למקני, גמר נמי ומקני".

ובב"מ עד. מובאת שיטת ר"ת בהאי לישנא:

"ונראה לר"ת דהתם משום הכי לא הוי אסמכתא דאגב דבעי למיקני גמר ומקני".

ותורף דבריו, שאכן בכל מקום שלא בידו לעמוד בהתחייבות הוי אסמכתא, חוץ מהתחייבויות שיכול אחד מהצדדים להרוויח, כגון במשחק בקובייה שכל אחד גמר ומקני, שאע"פ שלא בידו לעמוד בהתחייבות, מ"מ עצם היכולת להרוויח נחשבת כזכות שתמורתה מוכן להקנות. ולפי זה הסיבה שלר' ששת משחק בקוביה לא נחשב אסמכתא היא שכיון שמקבל בזמן המשחק את היכולת לזכות ולהרוויח, נחשב כמו קניין מעכשיו שאין בו אסמכתא.

והנה התוס' הקשו על ר"ת מהגמ' בפרק הזהב (ב"מ מה:), העוסקת במקרה שאדם נותן ערבון לחברו כתחילת התשלום על עסקה שביניהם, והתנה עם חברו שאם יחזור בו מהעסקה ימחל מה שכבר שילם כקנס על ביטול העסקה, ואם המוכר יחזור בו יצטרך לשלם לקונה קנס כפול מהעירבון.² ונחלקו התנאים האם יש לתנאי תוקף או שמא לא, והגמ' תולה את מחלוקתם במחלוקת האם אסמכתא קונה. ולכאורה ע"פ שיטת ר"ת שבכל מקום שיכולים להרוויח לא נחשב אסמכתא, לכו"ע לא הוי אסמכתא, ומוכח מהגמ' שלא כר"ת?

² ונחלקו שם הראשונים מה הכוונה "אכפול לך ערבונך", שי"א שהכוונה שיקנה לו בשדה כפול ממה ששילם.

אמנם, ר"ת עצמו בספר הישר (סי' רכ) התייחס לגמ' בפרק הזהב והסביר שבמקרה של "הנותן עירבון לחבירו" ודאי שניהם רוצים בקיום העסקה, ולכן אע"פ שכל אחד יכול להרוויח מכיוון שהם לא רוצים לחזור בהם ודאי לא גמרו דעתם להקנות, וכך תירץ הרמב"ן (ב"ב קסח: ד"ה הכי). המרדכי (סי' שכג) תירץ שכיון שבמקרה של הנותן עירבון לחבירו יכול כל אחד לחזור בו הוא אסמכתא, בשונה ממשחק בקוביה שאין בידו לחזור.

עוד אפשר לתרץ, שבעירבון רק צד אחד נותן העירבון, והרי זה דומה למקרה שרק אחד שם כספו על הדף ובוזה הוא אסמכתא כיון שלא גומר בדעתו ומשום כך גם חבירו אינו גומר בדעתו, כי לא חושב שיקבל העירבון. ויוצא שגם לר"ת הוא אסמכתא למרות שיש יכולת להרוויח, אך מטעם אחר³.

התוס' בב"מ (עד. ד"ה הכא) כתבו שר"ת חזר בו מיסוד זה, והוכיחו מסוגיה במסכת שבת (לא). שם מופיע המעשה המפורסם "שנים המרו זא", אמרו כל מי שיקניט את הלל יטול ד' מאות זוז". ור"ת בספר הישר כתב ששם איירי שהקנו זה לזה, שאל"כ יכולים לחזור בהם. ומוכח, שאע"פ שיכול להרוויח מ"מ אם לא עשו קניין לא גמר ומקני, וש"מ שחזר בו ר"ת מתירומו.

ולכא' קשה לומר כך, דמנין שר"ת חזר בו, ואף אם קי"ל לתוס' שספר הישר נכתב ונערך באחרית ימיו דר"ת והוי בתראי, מ"מ בגוף הראיה צ"ע, דאפשר שמה שכתב ר"ת על הגמ' בשבת שהקנו זה לזה הוא רק לצאת מגדר "דברים" שאין בהם ממש להיחשב כקניין, אמנם עדיין הוא אסמכתא. שהרי כדי שקניין לא יחשב כאסמכתא צריך שיהיה בבי"ד חשוב ורק אז מועיל, ובוודאי שכאן לא איירי בשהקנו בבי"ד חשוב.

ונראה שכן מפורש בדברי ההגהות מיימוניות (עדות י, ה):

"ושוב מצא רבי שהגיה ר"ת בספר הישר דההיא דהמרו זה את זה דהלל דפרק במה מדליקין דהקנו זה את זה, דאי לא הקנו ליהדרו בהו דאע"ג דיש מקומות בדברים בעלמא קני כמו נאמן עלי אבא נאמן עלי אביך... התם דין הוא שיעיל כיון שיש להן תביעה זה על זה והם קבלו עליהם כך את הדין ולא דמי להיכא דאין לו עליו שום תביעה"

ומשמע שכל מה שציין ר"ת על המעשה בשבת שמדובר שהקנו זה לזה הוא רק לצאת מגדר "דברים" (וכך מוכח ממה שפסק הרמ"א (רו, יג) שנים שהמרו זה עם זה קנו היכא שקנו מידן ומציין הגר"א (סקל"ח) לספר הישר). עוד אפשר לתרץ את הקושיה על ר"ת מדין עירבון ע"פ מה שפסק הרמ"א (ח"מ רז, יג) שמשחק בקוביה וכן כל דבר שלא בידו לא הוא אסמכתא, כיון דמיגו דבעי למקני גמר ומקני. אך בדבר שבידו, גם אם יכול להרוויח הוא אסמכתא. והנתיבות (ח"מ רז, טו) ביאר שמה שחילק הרמ"א בין בידו ללאו בידו הוא כדי ליישב שיטת ר"ת מהקושיה מעירבון, שעירבון הוא בידו ולכן אפי' שיכול להרוויח הוא אסמכתא. ולפי דברי הנתיבות, ר"ת חזר בו וסובר כרש"י ד'בידו' הוא אסמכתא, ובתוך 'לאו בידו' מחלק את חילוקו בין יכולת רווח לאי יכולת רווח.

ויש להעיר בדברי התוס', שאחרי שהביאו שיטת ר"ת כתבו:

"ולפי זה כל שידוכין לא הוא אסמכתא משום דכל חד וחד בעי למקני גמר נמי ומקני".

ומשמע שהסיבה בשידוכין הקנס שעושים למנוע את ביטולם אינו נחשב אסמכתא הוא מאותה סיבה, שכיון שבעי למקני גמר ומקני. אמנם בתוס' בנדרים (כו: כז:) בשם ר"ת ביארו באופן אחר: "אור"ת שלכך נהגו לאסוף כל בני העיר בשעת שידוכין, היינו כי היכי דליהו ב"ד חשוב ולא יהא ערבון אסמכתא".

ונראה שהטעם שהקנס שעושים בשידוכין מועיל הוא כיון שנעשה במעמד אנשי העיר שנחשבים בי"ד חשוב, וא"כ בפירוש שיטת ר"ת היא לא כפי שהסבירו התוס' בשמו בסוגיה בסנהדרין.

ואולי אפשר לבאר שהסיבה שר"ת הביא בנוגע לקנס בשידוכין טעם אחר, ולא מועיל הטעם ש"מיגו דבעי למקני" הוא ע"פ מה שתירץ בספר הישר את הקושיה מפרק הזהב, ששאני קנס כיון שבשעת ההתנאה שניהם

³ במפרשים ישנם עוד כמה דרכים לתרץ את שיטת ר"ת, ואכמ"ל.

לא רוצים בביטול העסקה, ולכן ודאי שלא מקנים. וה"ה לקנס שעושים בזמן השידוך ששניהם חפצים בקיומו, ולכן צריך לבאר באופן אחר, שהטעם שמועיל הוא כיון שנעשה במעמד אנשי העיר ודומה לבי"ד חשוב.

ה. שיטת הר"י והרא"ש⁴

בהמשך התוס' מובאת שיטת ר"י שמיישב את שיטת רש"י מסתירת הסוגיות, וכתירוץ זה נקט ג"כ הרא"ש (ב"מ פ"ה סי' ע, ופ"ט סי' ז). ר"י והרא"ש מחלקים בין ג' גדרים:

א. דבר שבידו לגמרי ממש כמו "אי אוביר אשלם במיטבא" שהדבר בידו אם לעבוד את השדה, או "משליש שטר" שבידו לפדוע את שאר החוב, וכיון שהדבר תלוי, בו וגם יש הגיון בזה שישלם אם לא יקיים את התנאי כיון שמפסיד את חברו, הוא גומר דעתו ומקנה. וכל זה דווקא אם אין גוזמה בהתחייבותו, אמנם היכן שהתחייבותו לשלם מוגזמת, כגון שהתשלום עליו הוא מתחייב איננו מידתי ביחס להפסד שגרם לחברו, אזי "אי אוביר אשלם אלפא זוזי" לא גמר ומקני. (והעיר הרא"ש, שמסברה י"ל שמה שהוי אסמכתא הוא רק ביחס לסכום המוגזם, אך את שיעור ההפסד שהפסיד את בעל השדה ודאי שצריך לשלם, שהמנהג הוא שארס יורד לשדה על דעת להשתעבד).

ב. דבר שלא בידו לגמרי כגון משחק בקובייה, שתלוי במזל, כיון שאין באפשרותו להשפיע על התוצאה הסופית הוא גומר בדעתו ומקנה. ובכה"ג, גם אם ההתחייבות מוגזמת הוא קונה.

ג. מצב ביניים: שהדבר בידו של האדם אבל לא בצורה מוחלטת, כגון שתלוי גם בדעתם של אחרים. במקרה כזה האדם סומך על כך שהמעורבות שלו תעזור לו להפטר מהצורך לשלם. א"כ ב"מקבל זוזי מחבריה למזבין ליה חמרא", כיון שמקווה שיצליח לשכנע מישוהו למכור לו, לא גמר ומקני.

והנה בביאור הגדר של "בידו ולא בידו" כתב הטור (ח"מ רז, יח):

"לפיכך כשהמוכר מקנה ללוקח על תנאי אם תעשה לי דבר פלוני תקנה, הוי אסמכתא. כיון שקיום התנאי אינו תלוי ביד המוכר אלא ביד הלוקח".

ומדבריו שמענו שאם הוא ביד הלוקח נחשב "בידו ולא בידו", וצ"ע דלכא' חשיב לא בידו כלל? ואכן כך הקשה הב"י (סו. ודחה, שוודאי אין לומר שסומך שחבירו לא יעמוד בתנאי, דכיון זה לא נתון בידו א"א לומר שסומך על דבר שאין לו שליטה עליו, וכך דייק מדברי הרשב"ם שכ' "שסומך שיכול לקיים הדבר" והביא שכ"כ הרמב"ן.

אמנם, מדברי הרמ"א (ח"מ רז, יג) משמע שלמד שגם ביד חבירו נקרא "בידו":

"כשמוכר מקנה ללוקח על תנאי אם תעשה לי כך תקנה, הוי אסמכתא, כיון שקיום התנאי אינו תלוי ביד המוכר רק ביד הלוקח. אבל אם אין בידו לגמרי ולא ביד אחרים, כגון המשחק בקוביא וכיוצא בו שאינו יודע אם ינצח או לא ואפילו הכי התנה, ודאי גמר ומקני".

וטעמו מבוואר בט"ז (שם):

"פירוש, דתלה הקנין באם יעשה ולא בדרך תנאי שתקנה עכשיו ע"מ שתעשה לי דבר פלוני אח"כ הוי אסמכתא, דכל שהוא ביד הלוקח כאלו הוא ביד אחרים כמ"ש בסמוך. וצ"ל שהחפץ הנקנה הוא ביד הקונה בעד שיקיים התנאי דאל"ל לא שייך קנין כלל אפי' לא הוי אסמכתא דהדר סודרא למריה, ורבינו לטעמיה דס"ל דגם מה שבידו היה אסמכתא".

ויוצא מדברינו, שר"י ור"ת מסכימים שבאסמכתא אין בעיה בעצם ההסכם שביניהם והבעיה היא באומדנא שאין גמירות דעת, המחלוקת ביניהם היא רק איך לזהות את חסרון הגמירות דעת.

⁴ גם שיטה זו היא תירוץ לשיטת רש"י.

ו. שיטת רב האי גאון

כהקדמה לשיטת רב האי גאון נקדים את דברי הגמ' בכתובות (פב.). הגמ' מביאה סתירה בין שני שמועות בשם ר' יוחנן: רב דימי בשם ר' יוחנן אמר שהאומר לחבירו למשוך או לבצע פעולת קניין אחרת בפרה על מנת שהקניין יחול רק עוד שלושים יום, לאחר שלושים יום קונה את הפרה. מאידך, רבין בשם ר' יוחנן אמר שלא קונה. ומסקנת הגמ' לחלק בין מקרה שמקנה לו ע"מ שבעוד שלושים יום יקנה לו למפרע מרגע המשיכה, שאז קונה, ובין מקרה שמושך ע"מ שהקניין יחול בעוד שלושים יום שאז לא חל הקניין. ונראה שהסיבה לכך שאין תוקף לקניין שלא חל בזמן מעשה הקניין הוא מכיון שאין חלות בקניין בלי מעשה ה"ה שהמעשה מנותק ונחשב כשאינו. והראיה לזה, שבמעשי קניין שלא נגמרים כגון שטר או חזקה בקרקע, כגון אם גידר את השטח שרוצה לקנות ע"מ לקנותו בזמן יותר מאוחר, והגדר קיימת בזמן שרוצה לקנות, קונה.

ונראה שכך למד רב האי גאון את דין אסמכתא (המקח והממכר פי"ז):

"מה שיקרא במקח וממכר אסמכתא ומה שלא יקרא אסמכתא. ותדע, דיש מי שלוקח על תנאי ומתקיים המקח אם יקיים תנאו, ויש מי שלוקח על תנאי ואעפ"י שמקיים התנאי לא יתקיים המקח וזו היא שנקראת אסמכתא. ועיקר דבר זה כגון שמזכיר שם "מעכשיו" דכל היכא שאומר "מעכשיו יהיה מכור לך" ואח"כ הזכיר את התנאי כגון שאומר "ושעתשה אתה כך וכך" אותו המכר הוא המקום והנכון, אבל אם אמר "הרי המכר מכור לך אם תעשה כך וכך" נמצא דלא גמר באותה שעה שהזכיר שם התנאי, כיון שלא הזכיר שם מעכשיו והוא ליה כמי שמוכר לזמן כמו שנפרש דאין מעשהו מעשה והוי בטל ואעפ"י שיתקיים התנאי וכו' דזו היא אסמכתא".

נמצא, שרב האי למד שההבדל בין תנאי המועיל לאסמכתא (שבה התנאי מחבל בהקנאה), תלוי בזמן חלות הקניין: אם הקניין חל מזמן ההקנאה התנאי קיים, ואם הוא חל לאחר זמן זו אסמכתא. כלומר ה"בעיה" באסמכתא היא ב"דיני הקניינים", שלקניין אין כח לחול שלא בזמן ההקנאה או מעשה הקניין, ולכן אסמכתא לא קונה. הבעיה היא לא בגמירות דעת אלא בעצם כח הקניין.

נראה שהבנת רב האי נובעת מכך שהבין שהנקודה היא לא תליית גמירות הדעת בקיום התנאי, ולא בגלל זה היא לא חלה עד קיום התנאי, אלא שכוחו העצמי של הקניין (יכולת העברת הבעלות), תלוי בגורם חיצוני שהוא התנאי, אע"פ שדעת המקנה מוחלטת וברורה להקנות. ומאידך, אם הקניין חל מעכשיו, דעת המקנה שלמה בשעת ההקנאה, והתנאי אינו אלא תליית החלות, דאין חסרון בגמירות דעת. ולשיטתו יתבאר, שר' יהודה ור' יוסי שנחלקו אם אסמכתא קניא, נחלקים בעצם בשאלה האם אפשר להשוות את גמירות הדעת (ואפשר שגם רב האי גאון יסכים שאסמכתא במעשה שלא כלה קנינו כגון בשטר, יועיל לקנות כדין מכירה שלאחר זמן).

ז. שיטת הרמב"ם⁵

כ' הרמב"ם בהלכות מכירה (יא, א-ג):

"א. המקנה בין קרקע בין מטלטלין והתנה תנאין שאפשר לקיימן, בין שהתנה המקנה בין שהתנה הקונה, אם נתקיימו התנאין נקנה הדבר שהוקנה. ואם לא נתקיים התנאי לא קנה. וכבר ביארנו משפטי התנאים.

⁵ שיטת הרמב"ם באסמכתא היא סוגיה עמוקה ורחבה, ובכ"ז אסכם קצת ממה שהבנתי.

ב. בד"א בשקנה בדרך מן הדרכים שקונין בהן והרי יש עליו לקיים את התנאי, אבל אם לא קנה עתה והתנה עמו שאם נתקיים התנאי זה יקנה ואם לא נתקיים לא יקנה, אף על פי שנתקיים התנאי לא קנה, שזו אסמכתא היא. שהרי סמך קנייתו לעשות כך וכך, וכל אסמכתא אינה קונה שהרי לא גמר בלבו להקנותו.

ג. כיצד? המוכר בית לחבירו או נתנו לו במתנה על מנת שילך עמו לירושלים ביום פלוני והחזיק זה בבית (מעט) הרי זה קנה כשילך עמו לירושלים באותו היום, ואם עבר אותו היום ולא הלך לא קנה, אבל אם התנה ואמר לו אם תלך עמי לירושלים ביום פלוני או אם תביא לי דבר פלוני אתן לך בית זה או אמכרנו לך בכך וכך והלך עמו באותו היום או שהביא לו אע"פ שהחזיק בבית אחר שקיים התנאי לא קנה שזו היא אסמכתא וכן כל כיוצא בזה

ולכאורה ההגדרה לפי הרמב"ם היא שאם הקניין נעשה בכפוף לתנאי וחל בזמן קיום התנאי, קונה (כמו המקרה הראשון שהבית קנוי לו מעכשיו אם יעלה לירושלים קנה). אמנם, אם ההבטחה היא להקנות אחר קיום התנאי אם יתקיים ללא הקנאה מוקדמת נקרא "אסמכתא". והסברא היא שאם מקנה לו עם תנאי, עצם ההקנאה היא בלב שלם. ומוכח כן ממה שביד הקונה לעמוד בתנאי ולממש את ההקנאה. אבל אם רק מבטיח להקנות בתנאי מסוים, עדיין ברשות המוכר לחזור בו ועדין לא הקנה. ומשום כך גם אם השני ביצע פעולת קניין היא איננה מועילה כיון שחסרה גמירות דעת של המקנה.

ונראה שכך הבין הרמב"ם בדעת הרמב"ם בחידושו ל"ב"ב (קס"ח. ד"ה "ויש להסתפק"): "והרב ר' משה הספרדי ז"ל פירש שכל האומר אם תעשה אתן לך שדה פלוני זו היא אסמכתא. אבל אמר אם תעשה שדי נתונה לך הו' תנאי בני גד".

וביאר הנתיבות המשפט (רז, ביאורים ס"ב) שאף לרמב"ם לשון "אתן" מבטאת קניין אם הכוונה להקנות מיד, אך אם הקנה דרך תנאי שיקנה לאחר זמן, אין לשון "אתן" מורה על כוונה להקנות אלא על הבטחה להקנות בעתיד, ולכן הוי אסמכתא.

נמצא שהרמב"ם לא סובר שצריך הקונה לקנות בזמן מעשה הקניין כשיטת רב האי גאון שהובא לעיל, וגם אם קונה בזמן ביצוע התנאי, לא נחשב "אסמכתא" (כמו שמפורש בהלכה ג') "הרי זה קנה כשילך עמו לירושלים באותו היום". ולכאורה קשה על הרמב"ם ממה שפסק הוא עצמו שקניין לאחר זמן לא מועיל, כיון שיש נתק בין המעשה לחלות הקניין, וא"כ מדוע כאן הקניין חל למרות שזמן החלות הוא רק לאחר קיום התנאי? אך יש לחלק בפשטות בין מקום שהזמן מפריע לחלות הקניין, שאולי מה שדחה את חלות הקניין נובע מהחוסר בגמירות הדעת ולכן דוחה את הזמן שיחול, לבין מקרה שיש מעשה אחר שמתנה בו את הקניין. שכיון שלא נתון ביד המקנה ודאי גמר ומקני, כיון שחפץ בהקנאה בתמורה לקיום המעשה (אך עדיין אפשר לדחות חילוק זה, שהרי גם העובדה שיגיע הזמן שאליו דחה את הקניין אין בידו לשלוט על זה).

אמנם הכס"מ מפרש את דברי הרמב"ם "הרי זה קנה כשילך עמו לירושלים באותו היום" שקונה מהתחלה בקנין אחר כגון סודר וכדו' רק שחלות הקניין תלויה בקיום התנאי והחזקה בבית היא רק המימוש בפועל של הקניין, וע"כ אם מקנה בסודר בתנאי הקניין חל למפרע בזמן שמקיים את התנאי, אך במקרה שהקנה לו ע"מ שהקניין יחול רק אחרי קיום התנאי, יש לחלק אם מחזיק כבר בבית או בשדה עד קיום התנאי שקונה (המקרה הא' שבהלכה ג'), שקונה כיון שאפשר להחשיבו כאילו א"ל 'קנה מעכשיו' שמועיל לבין אם לא מחזיק בפועל בשדה רק אחרי התנאי (המקרה הב' שבהלכה ג') שלא קונה. ולפי הבנה זו אפשר להבין שהרמב"ם לא חולק על רב האי גאון, כיון שגם הוא מודה שקניין חל אפי' בזמן אחר, אם מצד מה שמחזיק בבית נקרא שלא כלה קנינו, שאע"פ והקניין היה כבר, אפשר להתייחס לזה כאילו קונה לאחר קיום התנאי.

הגר"א בהגהתו לשו"ע (רז, סק"ה) מבאר שהרמב"ם סובר כרב האי גאון, ומבאר את לשון הרמב"ם אחרת. במקרה הראשון שבהלכה ג' כתב הרמב"ם "כיצד המוכר בית לחבירו וכו' על מנת שילך עמו לירושלים" ומסביר

הגר"א ש"על מנת" פירשו להקנות לו מיד תמורת מה שיעשה לו הקונה בעתיד. ומש"כ בסוף ההלכה "אבל אם התנה וכו' אם תלך עמי..." הפשט ב"אם" הוא שהקניין תלוי בזה, ולכן יחול רק אחרי מילוי התנאי. ובפרישה (רז, סק"ג) פירש בדומה, שהלשון "על מנת" מבטאת רצון שלם להקנות רק שרוצה ג"כ שיקיים השני את התנאי, ודומה לכל תנאי שהוא כתנאי בני גד ובני ראובן שמועיל. אבל לשון "אם" מבטאת שעיקר הרצון מצד המקנה הוא קיום התנאי וגמירות דעתו.

ח. מהות החיסרון באסמכתא

רבים מהאחרונים הקשו על כל דין אסמכתא, שלכאורה אם אומר בפיו שרוצה להקנות, כיצד האומדנא שאפשר שבליבו לא גמר ומקנה מועילה לבטל את ההקנאה, והלא דברים שבלב אינם דברים? הגר"ש (שערי יושר ז, ח ד"ה ואע"פ) מחדד יותר את השאלה עפ"י מה שכתב הריטב"א בקידושין (נ. ד"ה ודילמא), שאע"פ שקי"ל שדברים שבלבו ובלב כל אדם מבטלים או מגבילים את הקניין, מ"מ ודאי אם אמר בפה כנגדם והתנה שיקנה, דיבורו הוא הקובע. ולכאורה כל שכן באסמכתא, שאע"פ שאין לנו ידיעה וודאית שהוא מתכוון לא להקנות רק יש לנו ספק, בזה היה צריך לחול הקניין.

ומבאר הגר"ש, ש, דהנה לכאורה תנאי לא היה צריך להועיל בקניין, משום שלדיבורו אין משמעות היות והתנאי גורם לו להיות לא מוחלט, כגון אם אומר לאדם ומקנה לו בסודר חפץ מועיל להקנות כיון שברור מה כוונתו. אך אם מקנה לו את החפץ בתנאי שיבצע פעולה מסוימת, לא ברור מה רצונו וכוונתו ולכן הקניין לא צריך לחול. אמנם חדשה התורה, שאע"פ שאם נלך אחר דיבורו בלבד לא יחול הקניין, מ"מ בכה"ג מוטל עלינו לרדת לעומק דעתו של המקנה מה רצונו בזה, וכיון ויש לו גמירות דעת מוחלטת להחיל הקניין מעכשיו, רק שחפץ שהתנאי "יעכב" בעדו מלחול במציאות, הוי קניין.

אך באסמכתא המציאות היא שמלכתחילה אינו גומר בדעתו שיחול הקניין, ומה שאומר שמקנה הוא מסיבות חיצוניות (כגון שרוצה לשכנע את חבריו שיקנה לו משהו אחר), וברמת הרצון שלו יש בעיה, ובכה"ג מה שחידשה התורה לגבי תנאים, שמתחשבים גם ברצון שלו ולא רק במילים שאומר, לא יועיל. וממה נפשך, כיוון שהבעיה היא ברובד הרצון, אם נלך רק לפי מה שמוציא מפיו אין הקניין חל, ואף שחידשה תורה שנאמור מה רצונו, סו"ס אין בדעתו להקנות ולכן מעכב הקניין.

הבנה זו מתאפשרת רק אם נבין שהחיסרון באסמכתא הוא מצד דעת המקנה, כהבנת כמה מהראשונים (רש"י, ר"י ור"ת. וכל אחד מהם מזהה בצורה אחרת את החיסרון בגמירות הדעת). אמנם לשיטת רב האי גאון שהבעיה היא בעצם חלות הקניין, אזי מה שאפשר להעביר ממון מאדם לחברו, הוא רק בדבר ודאי, לעומת אסמכתא שאין חלות לקנין מהצד הפורמלי-משפטי.

אפשרות שלישית שאפשר לומר היא שבאסמכתא החיסרון איננו ברצון המקנה ובגמירות דעתו אלא בעצם מעשה הקניין, דמה שמעשה הקניין פועל להעביר את הבעלות מאדם אחד לשני הוא מכח מה שבמעשה מתפרסם וניכר הדבר שעוברת הבעלות. כגון אדם שמושך מחבירו חפץ בהסכמתו, ניכר ומפורסם לכו"ע שהחפץ עבר לשני, אך באסמכתא לא ניכר שרוצה להקנות לו את החפץ ונראה שרוצה רק להסמיכו ולא באמת מתכוין להקנות לו (וכ"כ בדברות משה בב"מ ח"ב ס' סב). ולפי הסבר זה לא קשה איך מועילה מחשבה לבטל את דיבורו, כיון שמגוף הסיטואציה עולה שאין כאן קניין, ולכן הוא לא חל, וא"כ המעשה סותר את הדיבור.

ט. ביאור הסתירה ברש"י

ואולי אפשר לבאר עפ"י זה את הסתירה לכאורה בדברי רש"י בביאור המושג אסמכתא. בסוגיתנו בסנהדרין פירש רש"י:

"אסמכתא - היינו דבר דאינו נותן לו מדעתו אלא סומך על דבר שאינו, דסבור שהוא יכול לנצח ופעמים שמנצחין אותו".

ומשמע שהחסרון הוא שמקנה על סמך דבר שלא יתקיים בוודאות, ולשון "אסמכתא" קאי על המקנה. אך בסוגיה באיזהו נשך פירש רש"י (סה: ד"ה אני אומר):

"והא אסמכתא היא הבטחה בעלמא לסמוך על דבריו, שאם לא ימלא דבריו - יתן לו שוה מאתים במנה".
שמשמע שהמקנה מבטיח לו כדי שהצד השני יסמוך על דבריו. וכ"פ הרשב"ם בב"ב (קעג: ד"ה רבי יהודה סבר):
"והיינו אסמכתא אם לא יפרע לך אני אשלם לך וכל דאי הוי אסמכתא סומך ובוטח בליבו שהלוח יפרענו ואילו היה יודע שלא יפרע הלוח לא היה נכנס בערבות".

וצריך להבין כיצד פירש רש"י כל פעם בדרך אחרת? אלא שבאמת ישנם ב' החסרונות באסמכתא: חסרון בגמירות הדעת, שסומך על דבר שאינו, כמו שביאר רש"י בסנהדרין. וחסרון שני בכך שמעשה הקניין לא מבטא העברת בעלות כמו שמתבטא ברש"י בב"מ ש"מסמיך חבירו על דבריו" וגורם להעברת הבעלות לא להיות ניכרת, ועדיין ברש"י עצמו לא ברור למה פירש כל פעם באופן שונה.

י. אסמכתא לא קניא מדאורייתא או מדרבנן

דנו האחרונים בגדר דין "אסמכתא לא קניא" האם הוא מדאורייתא, או שמא מדאורייתא קונה ורק חכמים גזרו שלא יקנה. בקצוה"ח (רז, א) הביא מש"כ המרדכי בשם רבי נתנאל מקינון שקונה מדאורייתא, אך מדברי התוס' (כד: ד"ה ואלו) כתב להוכיח להפך, ששם יסדו התוס' שכל הפסולים שנמנו במשנה פסולים מדרבנן בלבד, ועפ"י זה שאלו התוס' מדוע משחק בקוביה ומפריחי יונים מובאים במשנה, והרי אסמכתא לא קניא, וממילא הם גולנים שפסולים מהתורה? ותירצו, שכיון שהאיסור לא ידוע ומפורסם לאלה שעוברים עליו פסולים רק מדרבנן. ומשמע מהתוס', שהסיבה שפסול רק מדרבנן היא שהאיסור לא משמע ליה, אך אם יודע שאסור עובר על איסור גזל דאורייתא.

אמנם הב"ח (ח"מ רז, סק"ח) כתב שמדאורייתא אסמכתא קונה, וכך מוכח מתנאי בני גד ובני ראובן שהתנה משרע"ה שאם יעברו חלוצים לפני עמ"י בכיבוש הארץ יקבלו נחלה בעבר הירדן, ולכאור' הוי תולה בדעת אחרים כיון שקיום התנאי לא היה בידי משה? ומוכח שמדאורייתא אסמכתא קונה. הב"ח מביא שם ראייה נוספת מדין ערב, שמשמע בד"ע שלא בידו תליא מילתא.

ולכאור' מה שהביא ראייה מתנאי בני גד ובני ראובן אפשר לדחות, דאפשר שעשו הקניין באופן שמועיל גם באסמכתא, כגון שקנו בפני ב"ד חשוב (או בפני רבים שנחשבים כב"ד חשוב לשיטת התוס'), או שמא לא היה זה קניין אלא הסכמה שיכולים לכבוש ולשבת שם. והראיה שהביא מערב, כתב הש"ך לדחות שערב שונה, כיון שבאותה הנאה שמאמינים לו להיות ערב מסכים לשעבד עצמו, והוי כמו קניין מעכשיו שקונה. אך באסמכתא אפשר שאפי' מדאורייתא לא קונה.

יא. סיכום

מסקנת הסוגיות בכמה מקומות בש"ס היא ש"אסמכתא לא קניא", והראשונים ביארו כל א' בדרכו מה החילוק

⁶ ודוגמה לתקנה כזו בגמ' בקידושין (כו.). שם מבואר שבמקום שרגילים לכתוב שטר, אם קנה קרקע בכסף בלי שטר, אינו קונה. והטעם, דלא סמכה דעתיה למקני. וביארו שם כמה מהראשונים שמדאורייתא קונה בקניין כסף רק חכמים תקנו שלא יקנה.

בין אסמכתא לשאר תנאי שבממון שמועיל. ובכללות מצאנו כמה כיוונים:

אפשרות ראשונה היא שהחיסרון הוא בגמירות הדעת והרצון של המקנה להקנות, הראשונים סללו דרכים שונות לגלות מהי דעת המקנה, לפי ר"ת התחייבות מותנית יכולה להחשב כאסמכתא אם אין דבר שיגלה גמירות דעת, כגון שא' מהם יכול להרוויח ולכן גמר ומקנה, או מקרה שבידו לעמוד בתנאי. לשיטת ר"י האומדנא אם יש גמר דין היא ע"פ מידת השליטה שיש לקונה על העסקה: אם יש לו שליטה מוחלטת או שאין לו שליטה בכלל אין בזה אסמכתא, אבל שמדובר במקרה ביניים או שרמת ההתחייבות מוגזמת ולא סבירה (גוזמא), יש אומדנא ברורה שלא התכוון בכה"ג.

אפשרות אחרת מתבטאת בשיטתו של רב האי גאון, שהבעיה היא לא בחוסר גמירות הדעת של המקנה אלא בגדרים ההלכתיים ה"טכניים" דהיינו : לקניין אין יכולת משפטית-אובייקטיבית לחול אם הוא לא נעשה בצורה ודאית. (שיטת הרמב"ם נמצאת בתווך ויש כיוונים שונים בראשונים ואחרונים כיצד למקם אותה). כיוון אחר ומחודש מציע הגרמ"פ בדברות משה בהבנת דברי התוס', והוא שבאסמכתא גוף מעשה הקניין בעייתי, כיון שהוא לא מבטא העברת בעלות, כי אפשר לעולם לפרש את התנאי בצורה אחרת. עוד הובאה ההתמודדות עם התוקף שיש לאומדנא בדעתו של המקנה, במקום שיש אמירה ומעשה מפורשים שמתכוון להקנות. וכן נגענו במחלוקת האחרונים האם אסמכתא לא קניא מדאורייתא או מדרבנן.