1) בראשית כה' לג'– ויאמר יעקב השבעה לי כיום וישבע לו וימכר את בכרתו ליעקב.

2) דעת זקנים לבעלי תוספות (שם)– קשה האיך היתה זאת המכירה קיימת והלא אין אדם מוכר דבר שלא בא לעולם ועדיין לא נפלה הירושה בידו שהרי יצחק עדיין היה קיים כדאיתא בגמ' בב"מ ט"ו א' מה שאירש מאבא מכור לך לא אמר כלום. ותירצתי דלא שאל יעקב שיהיה מוכר אלא שם בכורה לפי שבלאו הכי היה בכור לנחלה ולגדולה לפי שהיה ראשית אונו של יצחק ואף אם עשו יצא ראשון דמשל לנותן ב' אבנים בשפופרת כו'.

3) ספורנו שם– מפני היות הקנין על דבר שאין בו ממש השבועה תמלא חסרונו.

4) העמק דבר שם– המכירה הוא כמו שכתב הריב"ש בתשובה שכ"ח דלפני מתן תורה לא היה נוהג זה הדין דאי אפשר למכור דבר שלא בא לעולם וא"כ שבועה זו היא משום מעלת הכבוד ונכלל בזה קדושת הקרבה דזה לא נמכר בקנין דמים כי אם בשבועה שלא יערער לעולם.

5) קובץ שיעורים בבא בתרא רעו'– בהא דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם משמע בגמ' ב"מ דף ט"ז דהטעם הוא משום דלא סמכא דעתיה והיכא דסמכא דעתיה אפשר להקנות גם דבר שלב"ל אבל מהא דקאמר בגמ' כתובות דף נ"ט שאני קונמות מתוך שאדם אוסר פירות חבירו עליו אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם ואי נימא דהטעם הוא דלא סמכא דעתיה אין זה שייך כלל להא דאוסר פירות חבירו עליו אלא משמע מהכא דאין לו כח הקנאה בדבר שלב"ל ובקונמות דיכול לאסור פירות חבירו עליו יכול.

6) זיתי אשר תולדות – ולפי"ז צ"ב טובא בדברי העמק דבר, דלכאורה לפי שני הצדדים הנ"ל אין מובן מה נשתנה קודם מתן תורה מלאחר מתן תורה. דאי נימא דהחסרון הוא בעצם החפץ, שאין בכח האדם להקנות דבר שעדיין לא בא לעולם, הרי לכאורה זהו חסרון בעצם מציאות הקנין, ומהיכי תיתי שקודם מתן תורה היה אפשר להקנותו. ואף אי נימא דהחסרון הוא מצד הגברא, משום דלא סמכא דעתיה ואין כאן גמירות דעת, הרי גם קודם מתן תורה לכאורה לא היתה דעת האדם סומכת על דבר שלא בא לעולם, ומה נשתנה בזה לאחר מתן תורה. וא"כ צ"ב מהו גדר החילוק בין קודם מתן תורה לאחר מתן תורה לענין קנין דבר שלא בא לעולם, וצ"ע.

7) חידושי הגר"ח על הש"ס נדרים פה:– והנה עיקר טעמא דא"א מקנה דשלב"ל הוא דעל דבר שלב"ל ל"ה בעלים, ואין לו דין הקנאה.

8) קובץ שיעורים שם– ובתשב"ץ סי' שצ"ח בשם הר"מ מרוטנבורג דאע"ג דאין אדם מקנה דבר שלב"ל בכאן שהוא מנהג בנ"א וכו' צריך לקיים כדאמרינן גבי סיטומתא ב"מ ע"ד באתרא דנהיגי למיקני ממש קני וכו' ומבואר דסיטומתא מהני גם בדבר שלב"ל אי נהיגי בה ונראה טעמו משום דבכה"ג סמכה דעתיה אבל בהנהות רבינו פרץ שם כתב בשם רבינו יחיאל מפריז דלא דמי לסיטומתא דהתם הוי דבר שבא לעולם ואתא המנהג להחשיב הסיטומתא כאילו היה קנין גמור אבל בדבר שאינו מועיל בו קנין כגון דבר שלב"ל לא מצינו שמועיל המנהג.

9) קצות החושן רעח' יג'– וז"ל "ואפשר לומר זה בענין יעקב שקנה הבכורה מעשו והוא דבר שלא בא לעולם, ובריב"ש (סי' שכח') כתב דקודם מתן תורה דבר שלא בא לעולם נמי קונה, ולפי מ"ש אפשר דאבד עשו הבכורה במה שאמר למה זה לי בכורה שהוא מדין סילוק."

בענין דבר שלא בא לעולם

א) כתיב בריש פרשתן (בראשית כה, לג) "ויאמר יעקב השבעה לי כיום וישבע לו וימכר את בכרתו ליעקב". והקשו כמה מן המפרשים דלכאורה צ"ב היאך חלה מכירת הבכורה מעשו ליעקב, והלא קי"ל דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, וכיון שיצחק עדיין היה בחיים, הרי זכות הבכורה בירושה עדיין לא באה לעולם, וא"כ היאך הועילה מכירה זו כלל. ואף דמצינו בגמ' בקידושין (סג.) דלר"מ אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, מ"מ לדידן דקי"ל כחכמים דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, צ"ע היאך חלה המכירה.

ב) וכן הקשה בדעת זקנים לבעלי התום' וז"ל "קשה האיך היתה זאת המכירה קיימת והלא אין אדם מוכר דבר שלא בא לעולם ועדיין לא נפלה הירושה בידו שהרי יצחק עדיין היה קיים כדאיתא בגמ' בב"מ ט"ו א' מה שאירש מאבא מכור לך לא אמר כלום". עכ"ל.

ותירץ שם וז"ל "ותירצתי דלא שאל יעקב שיהיה מוכר אלא שם בכורה לפי שבלאו הכי היה בכור לנחלה ולגדולה לפי שהיה ראשית אונו של יצחק ואף אם עשו יצא ראשון דמשל לנותן ב' אבנים בשפופרת כו'". עכ"ל.

ומבואר בדבריו דבאמת לא היתה כאן מכירה על עצם זכות הבכורה, אלא שיעקב ביקש מעשו שימסור לו את שם הבכורה בלבד, שהרי באמת יעקב היה הבכור לענין נחלה וגדולה, משום שהיה ראשית אונו של יצחק, ואף שעשו יצא ראשון, מ"מ יעקב היה הראשון ליצירה. ולפ"ז לא היה כאן קנין על דבר שלא בא לעולם כלל, אלא מסירת שם הבכורה בלבד. ורק צ"ע מהו ענין זה של מכירת שם בכורה, דאם יעקב היה הבכור באמת הרי ממילא היה לו שם בכור ג"כ, ומה נתחדש ע"י המכירה, וצ"ע.

ג) ועי' בספורנו (שם) דג"כ עמד בקושיא זו, ותירץ דבאמת לא היה בכח המכירה לחול מצד עצמה, ולכך הוצרך יעקב להשביע את עשו כדי שלא יוכל לחזור בו, וז"ל "מפני היות הקנין על דבר שאין בו ממש השבועה תמלא חסרונו". עכ"ל. ומבואר מדבריו דאף שלא היה הקנין מועיל מצד עצמו, מ"מ השבועה השלימה את חסרון הקנין, ועי"ז לא היה עשו יכול לחזור בו מן המכירה.

ד) ועי' עוד בהעמק דבר (שם) שתירץ באופן אחר, דבאמת קודם מתן תורה לא היה נוהג הדין דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, וממילא היתה מכירת הבכורה חלה בקנין גמור אף בלא השבועה. וז"ל "המכירה הוא כמו שכתב הריב"ש בתשובה שכ"ח דלפני מתן תורה לא היה נוהג זה הדין דאי אפשר למכור דבר שלא בא לעולם וא"כ שבועה זו היא משום מעלת הכבוד ונכלל בזה קדושת הקרבה דזה לא נמכר בקנין דמים כי אם בשבועה שלא יערער לעולם". עכ"ל.

ומבואר מדבריו דעצם זכות הבכורה לענין הירושה נקנתה ליעקב בקנין גמור, כיון שקודם מתן תורה לא היה חסרון של דבר שלא בא לעולם. אלא דמלבד זכות הממון היה בבכורה גם ענין של כבוד וקדושת הקרבה, ודברים אלו לא היו בכלל המכירה, ולכך הוצרך יעקב להשביע את עשו שלא יערער עליהם לעולם.

ה) ולכאורה תירוצו של העמק דבר בשם הריב"ש צ"ב, דיש לעיין בגדר הדין דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, ובזה מצינו שני צדדים, וכדלהלן.

ועי' בקובץ שיעורים (ב"ב אות רע"ו) שחקר בגדר החסרון של דבר שלא בא לעולם, האם הוא חסרון בעצם הקנין, דכיון שהחפץ עדיין אינו בעולם אין בכח האדם לפעול בו חלות קנין, או דילמא אין החסרון מצד עצם הקנין, אלא מצד הגברא, דאין

דעת האדם סומכת על דבר שעדיין לא בא לעולם, ומשו"ה חסר בגמירות דעת הנצרכת לקנין.

וז"ל "בהא דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם משמע בגמ' ב"מ דף ט"ז דהטעם הוא משום דלא סמכא דעתיה והיכא דסמכא דעתיה אפשר להקנות גם דבר שלב"ל אבל מהא דקאמר בגמ' כתובות דף נ"ט שאני קונמות מתוך שאדם אוסר פירות חבירו עליו אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם ואי נימא דהטעם הוא דלא סמכא דעתיה אין זה שייך כלל להא דאוסר פירות חבירו עליו אלא משמע מהכא דאין לו כח הקנאה בדבר שלב"ל ובקונמות דיכול לאסור פירות חבירו עליו יכול". עכ"ל.

ולפי"ז צ"ב טובא בדברי העמק דבר, דלכאורה לפי שני הצדדים הנ"ל אין מובן מה נשתנה קודם מתן תורה מלאחר מתן תורה. דאי נימא דהחסרון הוא בעצם החפץ, שאין בכח האדם להקנות דבר שעדיין לא בא לעולם, הרי לכאורה זהו חסרון בעצם מציאות הקנין, ומהיכי תיתי שקודם מתן תורה היה אפשר להקנותו. ואף אי נימא דהחסרון הוא מצד הגברא, משום דלא סמכא דעתיה ואין כאן גמירות דעת, הרי גם קודם מתן תורה לכאורה לא היתה דעת האדם סומכת על דבר שלא בא לעולם, ומה נשתנה בזה לאחר מתן תורה. וא"כ צ"ב מהו גדר החילוק בין קודם מתן תורה לאחר מתן תורה לענין קנין דבר שלא בא לעולם, וצ"ע.

ו) ועוד יש להוסיף בזה צד שלישי, דעי' בחידושי הגר"ח מבריסק (סטנסיל נדרים פה:) שביאר דהחסרון בדבר שלא בא לעולם הוא משום שאינו שייך עדיין לבעלים, וכיון שאינו ברשותו ובבעלותו אין בכחו להקנותו לאחרים. ולפי"ז אין החסרון מצד עצם החפץ, ואף לא מצד גמירות דעתו של המקנה, אלא מצד חסרון בבעלות המקנה על הדבר הנקנה.

וז"ל "והנה עיקר טעמא דא"א מקנה דשלב"ל הוא דעל דבר שלב"ל ל"ה בעלים, ואין לו דין הקנאה."

אולם גם לפי דרך זו עדיין צ"ב בדברי העמק דבר, דהרי ענין הבעלות לכ' אינו דין שנתחדש דוקא לאחר מתן תורה, אלא לכאורה הוא מעצם גדרי הבעלות, שאין אדם יכול להקנות דבר שאינו שלו. וא"כ כשם שלאחר מתן תורה אין אדם יכול להקנות דבר שעדיין אינו בבעלותו, כך גם קודם מתן תורה היה צריך להיות כן. ונמצא דלפי כל שלשת הצדדים בגדר החסרון של דבר שלא בא לעולם, עדיין צ"ב מה נשתנה קודם מתן תורה מלאחר מתן תורה, וצ"ע.

ז) והנה הקובץ שיעורים שם ביאר נפק"מ בין שני הצדדים לענין סיטומתא בדבר שלא בא לעולם, דאי החסרון משום דלא סמכא דעתיה, במקום שנהגו הסוחרים לקנות דבר שלא בא לעולם שפיר מהני, דבכה"ג סמכא דעתיה. אבל אי החסרון הוא בעצם כח ההקנאה, לא יועיל המנהג, דסוכ"ס אין בכחו להקנות דבר שלא בא לעולם.

וז"ל "ובתשב"ץ סי' שצ"ח בשם הר"מ מרוטנבורג דאע"ג דאין אדם מקנה דבר שלב"ל בכאן שהוא מנהג בנ"א וכו' צריך לקיים כדאמרינן גבי סיטומתא ב"מ ע"ד באתרא דנהיגי למיקני ממש קני וכו' ומבואר דסיטומתא מהני גם בדבר שלב"ל אי נהיגי בה ונראה טעמו משום דבכה"ג סמכה דעתיה אבל בהנהות רבינו פרץ שם כתב בשם רבינו יחיאל מפריז דלא דמי לסיטומתא דהתם הוי דבר שבא לעולם ואתא המנהג להחשיב הסיטומתא כאילו היה קנין גמור אבל בדבר שאינו מועיל בו קנין כגון דבר שלב"ל לא מצינו שמועיל המנהג". עכ"ל.

ומבואר דפליגי הראשונים אם מנהג הסוחרים מועיל להשלים חסרון גמירות דעת, או דאין בכח המנהג להועיל במקום שחסר עצם כח ההקנאה[1].

[1] ולפי מה שנתבאר יש ליישב ג"כ את דברי הספורנו, דלכ' צ"ע מה מועילה השבועה להשלים את חסרון הקנין, דהרי אם אין אדם יכול להקנות דבר שלא בא לעולם, מה תועיל בזה השבועה, והלא סוף סוף אין בכחו להקנות דבר זה. אמנם לפי הצד דכל החסרון בדבר שלא בא לעולם הוא משום חסרון בגמירת דעת, הדברים מבוארים היטב, דכיון שנשבע עשו על המכירה, הרי זה מחזק את גמירת דעתו ומברר שדעתו להקנות בלב שלם, וממילא שוב אין כאן חסרון בגמירת דעת, ושפיר מועיל הקנין. ונמצא דדברי הספורנו עולים יפה לפי הצד דיסוד הדין דאין

ח) אכן עדיין צ"ע בדברי העמק דבר בשם הריב"ש, דקודם מתן תורה היה מועיל קנין בדבר שלא בא לעולם, דלכאורה לפי כל הצדדים הנ"ל לכ' אינו מובן מה נשתנה קודם מתן תורה מלאחר מתן תורה, וצ"ע.

אכן מצינו דרך אחרת בביאור מכירת הבכורה, דבאמת לא היתה כאן הקנאה כלל, ולא כדברי המושב זקנים שיעקב היה הבכור מתחילה, אלא באמת הבכורה היתה שייכת לעשו, ורק שעשו סילק עצמו מזכות הבכורה, וסילוק זה מועיל אף בדבר שלא בא לעולם. ועי' בקצות החושן (סי' רע"ח סקי"ג) שביאר כן, דאף שאין אדם יכול להקנות דבר שלא בא לעולם, מ"מ יכול לסלק עצמו מזכותו העתידה.

ובמה שאמר עשו "הנה אנכי הולך למות ולמה זה לי בכורה", הרי בזה סילק עצמו מזכות הבכורה, ומשו"ה לא קשיא כלל מדין דבר שלא בא לעולם, דדין זה נאמר לענין הקנאה ולא לענין סילוק. ונמצא דקנין וסילוק הם שני דינים נפרדים, דאף במקום שאין בכחו של אדם להקנות זכות לחבירו, מ"מ יכול לסלק עצמו מזכותו, ובזה שפיר הועילה מכירת הבכורה.

וז"ל "ואפשר לומר זה בענין יעקב שקנה הבכורה מעשו והוא דבר שלא בא לעולם, ובריב"ש (סי' שכח') כתב דקודם מתן תורה דבר שלא בא לעולם נמי קונה, ולפי מ"ש אפשר דאבד עשו הבכורה במה שאמר למה זה לי בכורה שהוא מדין סילוק."

אדם מקנה דבר שלא בא לעולם הוא משום חסרון בגמירת דעת, ולא משום שאין בכחו להקנות דבר שעדיין לא בא לעולם.