

"קניין סיטומתא": מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין במשפט העברי בסיס עיוני ויישומים במשפט האזרחי המודרני

רון ש' קליינמן

לעילוי נשמת
חותני האהוב, איתן גולן ז"ל
נפטר בכ"א בסיוון תשס"ז
איש חסד, ישר דרך
פעל באמונה למען העם והארץ

אמת־בראשית... מתבטאת ב"אני מאמין" ארבעה־עשר.
מהו ה"אני מאמין" הזה?...
"אני מאמין באמונה שלימה
שזאת התורה ניתנת לקיום, לגישוש ולביצוע מלא
בכל מקום ובכל זמן,
בכל המערכות החברתיות, הכלכליות והתרבותיות;
בכל הנסיבות הטכנולוגיות ובכל התנאים הפוליטיים".¹

* המחבר הוא מרצה בכיר בפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו.
ראשיתו של מאמר זה בחיבורי: *מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין במשפט העברי (קניין סיטומתא)* (חיבור לשם קבלת התואר ד"ר למשפטים, אוניברסיטת בר־אילן – הפקולטה למשפטים, התש"ס). הדברים עובדו מחדש, נעשו בהם שינויים רבים ונוספו להם מקורות חדשים. רוב תודות לרב יעקב אריאל, לד"ר שמוליק בכר, לרב מאיר ברקוביץ', לד"ר משה גלברד, לרב שלמה דיכובסקי, למו"ר הרב אשר וייס, לרב ד"ר איתמר ורהפטיג, לרב סיני לוי, לד"ר איתי ליפשיץ, לפרופ' ברכיהו ליפשיץ, לפרופ' שלום לרנר, לרב ד"ר רצון ערוסי, לד"ר עמיחי רדזינר ולרב רפאל שטרן על הערותיהם לפרק ג של המאמר. תודתי נתונה גם לאור קרסין, ליורם אגוזי ז"ל, לאסף פונקלשטיין ולאורי שלומאי, על עבודת עריכה מצוינת. בטרם ראה המאמר אור, הסתלק מעמנו יורם אגוזי. יהי נא מאמר זה, שבין דפיו משוקעת עבודתו, נר לזכרו.
ההדגשות המופיעות בציטוטים שיובאו בגוף המאמר ובהערות השוליים, הפיסוק וההוספות בסוגריים מרובעים הם שלי, אלא אם כן מצוין אחרת.
1 הרב יוסף דב הלוי סולוביצ'יק "מטל השמים ומשמני הארץ" *חמש דרשות* 111-112 (תרגום: דוד טלזנר, התשל"ד).

תקציר ♦ א. מבוא ♦ ב. הבסיס העיוני לקניין סיטומתא – מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין
 1. גמירות דעת ותנאי מכללא (א) הרשב"א (1) המנהג – כ"תנאי בני העיר" וכ"תנאי בית-דין" (2) דרישת לשון הדיוט (3) הבסיס לקניין סיטומתא (3א) "מנהג מבטל הלכה" (3ב) גמירות דעת (ב) המהרשד"ם (ג) החתם סופר (ד) הקניין נעשה על-ידי גמירות הדעת (ה) הרחבת תחולתו של דין סיטומתא לכל מנהגי הממון 2. תקנת חכמים (א) המהר"ם מינץ (ב) הרמ"א (ג) בעל נתיבות המשפט 3. הפקר בית דין – הפקר (א) ר' יצחק אייזיק שטיין (ב) ר' אליהו לרמן 4. עיגון קניין סיטומתא בדרכי קניין אחרות (א) קניין סיטומתא – מדין קניין חליפין (ב) קניין סיטומתא – מדין קנייני משיכה וחזקה 5. סיכום: הבסיס העיוני לקניין סיטומתא ♦
ג. יישומים של דין סיטומתא במשפט האזרחי המודרני
 1. דרכי מסחר מודרניות (א) רכישת מוצרים באמצעות כרטיס אשראי (ב) רכישת באמצעות מסירת פרטי כרטיס אשראי בטלפון (ג) מסחר אלקטרוני (e-commerce) 2. חוזים (א) חוזה בכתב (ב) זיכרון דברים (ג) סעיף פיצויים מוסכמים בחוזה ♦ **ד. סיכום ומסקנות**

תקציר

היש תוקף הלכתי למסחר האלקטרוני? האם מכירים פוסקי ההלכה בתוקפה המחייב של חתימה על חוזה או על זיכרון דברים? האם מעניקים דיינים בבתי הדין תוקף לסעיף פיצויים מוסכמים בחוזה במקרה של הפרתו? וכיצד רואים הפוסקים בימינו רכישה בכרטיס אשראי?

מאמר זה בוחן שאלות אלו ואחרות לאור דיני הקניין במשפט העברי, ובמיוחד לאור "קניין סיטומתא", שפירושו: דרך קניין הנהוגה במקום מסוים על ידי בני המקום או על ידי חברי קבוצה מסוימת, כגון הסוחרים. פוסקי ההלכה קבעו כי במקום שנהוג לבצע קניין בדרך מסוימת – הגם שאינה אחת מדרכי הקניין הקלאסיות הנזכרות במשנה ובתלמוד – יש לה תוקף.

בחלקו הראשון של המאמר (פרק ב) אדון בשיטות השונות להבנת הבסיס העיוני לקניין סיטומתא לאור דברי ראשונים ואחרונים. בחלקו השני (פרק ג) אבחן כיצד יישמו פוסקי ההלכה קניין זה ביחס לפרקטיקות מקובלות ליצירת קניין והתחייבות במשפט האזרחי המודרני, כדוגמת אלו שזכרו לעיל. ביחס לכל אחת מן הפרקטיקות אענין בחוק ובפסיקה האזרחיים במדינת ישראל ואברר מהו המנהג הרווח בקרב המשתמשים בהן. אראה כי הבנה של המשפט האזרחי עשויה לתרום תרומה משמעותית לבירור ההלכתי ואף עשויות להיות לה השלכות על המסקנות ההלכתיות.

א. מבוא

על פי ההלכה,² לצד הצורך בגמירות דעת של הצדדים בעסקה, וכדי שישאו תוקף משפטי, העברת בעלות ויצירת התחייבות אמורות להתבצע בדרך כלל באמצעות מעשה פיזי הקרוי

² לצורך מאמר זה, המונחים "הלכה" ו"משפט עברי" הם זהים, והשימוש בהם ייעשה בלא הבחנה.

"קניין סיטומתא": הבסיס העיוני ויישומים במשפט האזרחי המודרני

"מעשה קניין" או "דרך קניין".³ דרכי הקניין במשפט העברי מפורטות ברובן בפרק הראשון של מסכת קידושין במשנה ובתוספתא,⁴ וכמה מהן מופיעות לראשונה בתלמוד.⁵ דיני הקניין שבמשנה ובתלמוד הם ביסודם פורמליסטיים. לכל אחת מדרכי הקניין (משיכה, הגבהה, חזקה, חליפין וכדומה) יש צורה קבועה ותנאים נוספים שעליה למלא. אם דרך קניין לא בוצעה, או שבוצעה שלא כדין, לא יהא תוקף להעברת הבעלות או ליצירת ההתחייבות.

דיני הממונות במשפט העברי ניתנים באופן עקרוני להתנאה.⁶ עם זאת, לדעת רוב הראשונים אין דרכי הקניין ניתנות להתנאה, ואין ביכולת הצדדים לשנותן בהסכמה. אמנם יש בראשונים דעת מיעוט הגורסת כי גם דרכי הקניין ניתנות להתנאה, אולם, דעה זו לא התקבלה בקרב פוסקי ההלכה.⁷

בתקופה הבתראת-למודית, במיוחד בתקופת האחרונים עד ימינו, התפתחו דרכים חדשות ליצירת קניין והתחייבות, שלא היו מופרות בתקופת המשנה והתלמוד, ופוסקי ההלכה נדרשו לדון בתוקפן ההלכתי. לדוגמה, רישום מקרקעין בלשכת רישום מקרקעין ("טאבו") כדרך להעברת בעלות (או זכות קניין אחרת) במקרקעין, חתימה על חוזה כדרך ליצירת התחייבות חוזית, רכישה בכרטיס אשראי, מסחר אלקטרוני, ועוד.

ניסיון להשתית את תוקפן ההלכתי של פרקטיקות מודרניות אלו באמצעות דרכי הקניין הקלאסיות, נידון בדרך כלל לכישלון. שכן, על פי רוב, פרקטיקות אלו אינן עונות על הדרישות ההלכתיות של דרכי קניין אלה. הדרך המרכזית להכרה בתוקפן ההלכתי של הפרקטיקות החדשות הייתה במשך מאות שנים, ועודנה היום, דרך הקניין המכונה בספרות ההלכה "קניין סיטומתא".⁸

3 על עניין זה ועל היוצאים מן הכלל, ראו ערך "התחייבות" בתוך: אנציקלופדיה תלמודית, כרך יא, רמח-רנט; שמא יהודה פרידמן "הנאה וקניינים בתלמוד" דיני ישראל ג 115 (התשל"ב), במקורות שצוינו בהערה 1; דוד בס "חוזים על-פי דיני התורה – מבוא, דינים ועקרונות לניסוח חוזים בהתאם להלכה בצירוף דוגמאות" כתר: מחקרים בכלכלה ומשפט על-פי ההלכה א 60-62 (התשנ"ו). על כך שגם התחייבות טעונה קניין, בדומה להעברת בעלות, ראו גם: יעקב שמואל צורי הערעורים (על חוזים ויתר המעשים והעסקים המשפטיים) 195 (התשצ"ה); שלום אלבק "זכויות הקניין בתלמוד למיניהן" סיני סח ח-לא (התשל"א); שלום אלבק דיני הממונות בתלמוד 368-369 (התשל"ו); איתמר ורהפטיג ההתחייבות 7-8 (התשס"א).

4 משנה, קידושין, א, א-ו; תוספתא, שם, א, א-ט.

5 למשל: קניין ארבע אמות (בבלי, בבא מציעא י, ע"א; ירושלמי, גיטין ח, ג, מט, ע"ג); מעמד שלושותן (גיטין יג, ע"א). "קניין מעמד שלושותן" עוסק במצב שבו ב' רוצה להקנות לג' פיקדון או הלוואה שנתן לא'. הימצאות שלושותם במעמד אחד יוצרת את הקניין המעביר את הבעלות בנכס מא' לג'. ראו: רמב"ם, משנה תורה, הלכות מכירה כב, ט.

6 על חופש הצדדים להתנות בדיני ממונות, להוציא חריגים בודדים, ראו: רון ש' קליינמן מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין במשפט העברי (קניין סיטומתא) 131-132 (חיבור לשם קבלת התואר ד"ר למשפטים, אוניברסיטת בר אילן – הפקולטה למשפטים, התש"ס) (להלן: קליינמן, מנהגי הסוחרים).

7 בנושא זה ראו שם, בעמ' 137-144.

8 דרך נוספת שבה השתמשו פוסקי ההלכה כדי להכיר בתוקפן של דרכי קניין מודרניות, היא הכלל ההלכתי "דינא דמלכותא – דינא". על דין זה, בסיסו המשפטי ומגבלותיו, ראו בהרחבה: שמואל שילה דינא דמלכותא דינא (התשל"ה).

המקור לקניין סיטומתא מצוי בסוגיה קצרה בתלמוד הבבלי,⁹ שם קבע האמורא רבא: "האי סיטומתא קניא", ובתרגום לעברית: "הסיטומתא הזו קונה". "סיטומתא" בארמית – חותם, והפירוש המקובל למימרת רבא בקרב הראשונים הוא: הטבעת חותם על סחורה, המתבצעת על ידי הקונה – קונה את הסחורה כשאר דרכי הקניין במיטלטלין.¹⁰ הסוגיה חותמת בקביעה כי במקום שנהגו לבצע קניין באמצעות סיטומתא – היא קונה. רבא דיבר, קרוב לוודאי, על דרך קניין מסוימת שהייתה מוכרת לו.¹¹ אולם, דין סיטומתא זכה לפרשנות מרחיבה על ידי ראשונים ואחרונים. לפי פרשנות זו, "קניין סיטומתא" פירושו: כל דרך קניין הנהוגה במקום מסוים על ידי בני המקום או על ידי חברי קבוצה מסוימת, כגון הסוחרים.¹² פוסקי ההלכה קבעו כי במקום שקיים מנהג¹³ לבצע קניין בדרך מסוימת – הגם שדרך קניין זו אינה נזכרת במשנה ובתלמוד – יש לה תוקף. במרוצת הדורות נעשה על ידי הפוסקים שימוש רב בקניין סיטומתא. ניתן להיווכח בכך מעיון באלפי תשובות של ראשונים ואחרונים ובפסקי דין רבים של בתי הדין הרבניים ובתי הדין לדיני ממונות במדינת ישראל.¹⁴ לאור האמור עד כה, יובן כי לפרקטיקות המודרניות שנזכרו לעיל, אפשר לתת תוקף הלכתי באופן עקרוני באמצעות "קניין סיטומתא". דומה שלא אחטא לאמת אם אומר כי כמעט שלא ניתן לתאר את דיני הקניין במשפט העברי, החל מתקופת הראשונים, בלא קניין סיטומתא. עם זאת, קניין זה, בסיסו המשפטי והשלכותיו הרבות לדיני הקניין, זכו עד כה בספרות הרבנית ובמחקר להתייחסויות מעטות למדי, בדרך כלל כלליות וקצרות,¹⁵ וכן למספר לא רב של

- 9 בבלי, בבא מציעא עד, ע"א.
- 10 על הפרשנויות השונות בראשונים למונח "סיטומתא", ראו: קליינמן, מנהגי הסוחרים, לעיל הערה 6, בפרק 2; Ron S. Kleinman, *Early Interpretations of the Bible and Talmud as a Reflection of Medieval Legal Realia*, 16 JEWISH LAW ANNUAL 25-50 (2006); ברכיהו ליפשיץ "סיטומתא: בין קניין לבין התחייבות" ספר זיכרון לפרופסור זאב פלק ז"ל 59-69 (רבקה הורביץ ואחרים עורכים, התשס"ה).
- 11 על השאלה ההיסטורית-ראלית כיצד היה מתבצע קניין סיטומתא, ראו: רון ש' קליינמן "האי סיטומתא קניא" (ב"מ עד, ע"א): פרשנות המימרה וריאליה תלמודית" סידרא יח 103-118 (התשס"ג); ליפשיץ, שם.
- 12 אין חשיבות הלכתית לשאלה אם מדובר במנהג של כל המדינה, במנהג מקומי או במנהג של מגזר מסוים באוכלוסיה.
- 13 כדי שפרקטיקה מסוימת תוגדר "מנהג המקום", עליה להיות מוכרת, ברורה ונעשית תדיר באותו מקום. ראו: קליינמן, מנהגי הסוחרים, לעיל הערה 6, בעמ' 9-10.
- 14 לאזכור מאות תשובות ופסקי-דין העוסקים בקניין סיטומתא ראו: קליינמן, מנהגי הסוחרים, לעיל הערה 6.
- 15 ראו: אשר גולאק יסודי המשפט העברי א 127 (התפ"ב); הרב יחזקאל אברמסקי דיני ממונות (הגדרת סוגיהם) 10 (התרצ"ט); I. HERZOG, THE MAIN INSTITUTIONS OF JEWISH LAW I 23, 193-196 (1965); מנחם אלון המשפט העברי 741-746 (התשמ"ח); אלבק, לעיל הערה 3, לפי מפתח העניינים: "סיטומתא"; ישראל שציפנסקי התקנות בישראל כרך ד – קונטרס המנהגים בישראל כח-ל (התשנ"ג); חיים סולוביצ'יק הלכה כלכלה ודימוי עצמי: המשפונאות בימי הביניים, לפי מפתח העניינים: "סיטומתא" (התשמ"ה); הרב אשר וייס מנחת אשר – בראשית רד-רה, רח-רט (התשס"ג); הרב אשר וייס, מנחת אשר – ויקרא שסב (התשס"ה).

"קניין סיטומתא": הבסיס העיוני ויישומים במשפט האזרחי המודרני

מאמרים.¹⁶ גם בחיבורים העוסקים בהרחבה בדיני הקניין, נידון קניין סיטומתא בדרך כלל בקצירת האומר.¹⁷ מטרתו של מאמר זה היא לעמוד על הבסיס העיוני של קניין סיטומתא, ולבחון את יישומו הלכה למעשה ביחס לכמה פרקטיקות הנהוגות במשפט האזרחי המודרני לשם יצירת קניין והתחייבות.¹⁸ הפחינה תיעשה לאור ספרות ההלכה למן תקופת הראשונים ועד ימינו אלה. כבר בפתח הדברים אציין כי הבדיקה ביחס לפרקטיקות הנדונות במאמר זה, העלתה כי ביחס אליהן, אין בדרך כלל השפעה של שאלת הבסיס העיוני של קניין סיטומתא על שאלת יישומו על ידי פוסקי ההלכה. עם זאת, בכמה מקרים מצאתי כי היכולת ליישם את קניין סיטומתא אכן תלויה, או לפחות עשויה להיות תלויה, בשאלת הבסיס העיוני של הקניין.¹⁹ פרק ב של המאמר יוקדש לבחינת הבסיס המשפטי-עיוני לתוקפו של קניין סיטומתא. בפרק ג יידונו כמה מן הפרקטיקות המקובלות במשפט המודרני ליצירת קניין והתחייבות. במוקד הדיון יעמדו דבריהם של פוסקי ההלכה ודיינים שנתנו תוקף לפרקטיקות אלו על סמך דין סיטומתא, או שסירבו לתת להן תוקף על סמך דין זה. בין היתר אבדוק אם לשאלת הבסיס העיוני לקניין סיטומתא, שנבחנה בפרק ב, יש השפעה על תוקפן ההלכתי של הפרקטיקות הנדונות בפרק ג, ולאלו גורמים הלכתיים נוספים עשויה להיות השפעה כאמור. ביחס לכל אחת מן הפרקטיקות שיידונו בפרק ג אציין בחוק ובפסיקה האזרחיים במדינת

16 ראו: הרב יחיאל מיכל טוקצ'ינסקי "השקפה יסודית על תורת הקניינים ועל תורת המנהגים בחברת החיים" *תחוקת העבודה* קלד-קמג (משה פינדלינג עורך, התש"ה); הרב דב כץ "סיטומתא בפסקי דין רבניים" *מורשה* א 79-86 (התשל"א) [=הרב דב כץ פסיקת חת' הדין הרבניים והחוקים 37-57 (התשל"ו)]; אבינעם כהן "קניין סיטומתא: התפתחותו וחיבורותיו" *על מצפה החינוך: ביטאון הפדרציה העיונית בקנדה* שנה ג (2) 18-22 (התשל"ה) [=אבינעם כהן *הצופה*, כ"ב בשבט תשל"ה (בהשמטות)]; הרב חגי איזירר "האם מנהג העולם מבטל אסמכתא (מתוך פסק-דין) "כתלנו" יא 31-36 (התשמ"ד); הרב אליהו עצור "קניין סיטומתא בצוואה" *שורת הדין* ד שכב-שנו (התשנ"ח); הרב א"צ סופר "תשובה בענין סיטומתא בדבר שאין בו ממש" *באר יצחק* ג קכא-קלח (התשנ"ט); אילן קופמן "קניין סיטומתא (מנהג הסוחרים): תוקפו ומהותו" *אבני משפט* ב 174-192 (התשס"ג); אילן קופמן "קניין סיטומתא: בקרקע ובדבר שלא בא לעולם" *אבני משפט* ג 168-184 (התשס"ד).

17 ראו: בנימין רבינוביץ-תאומים *חוקת משפט: הלכות מכירה* ד, ל, קונטרס אחרון – אורח משפט, רסט-רעג, וכן לפי מפתח העניינים: "סיטומתא" (התשי"ז); הרב שמואל אליעזר שטרן *סדר מכירת חמץ כהלכתו* קג-קה (התשמ"ד), *ושביבי אש* רנב-רסב, רסו-רעא; הרב עזרא בצרי *דיני ממונות* חלק ב, ד-ט (התשל"ו); אהרון רובינפלד *תורת הקניינים* רמ-רמא, אות נט, ועמ' רס, אות נח (התשנ"ב); הרב יהודה איטח *נתיב יושר: הלכות והליכות מקח וממכר* מד-מו (התשנ"ב); הרב יעקב ישעיה בלויא *פתחי חושן: בדיני קניינים* רטו-ריד (התשנ"ד). וראו: ישעיה בן-פזי *השתלשלות דרכי הקניין בקרקעות מסוף תקופת הבית השני ועד ראשית תקופת התלמוד לאור המקורות התלמודיים* (חיבור לשם קבלת התואר ד"ר לפילוסופיה, אוניברסיטת בר אילן – המחלקה לתלמוד, התשנ"ח). בן-פזי אינו עוסק בדין סיטומתא, כי דין זה מיוחס בתלמוד לדור הרביעי של אמוראי בבל (רבא), ותקופה זו חורגת מגבולות מחקרו.

18 מאמר זה לא ידון בשאלה שהאחרונים הרבו לעסוק בה: האם תוקפו של קניין סיטומתא הוא מדאורייתא או מדרבנן. בעניין זה ראו: קליינמן, מנהגי הסוחרים, לעיל הערה 6, בעמ' 344-348. עם זאת, נושא זה יוזכר בכמה מקומות. ראו למשל, להלן ליד הערות 67-71, 98, 223-226.

19 יודגש כי מסקנה זו מסויגת לפרקטיקות שנבדקו במאמר זה. בדיקת פרקטיקות אחרות (למשל אלו שיפורטו להלן בהערה 136) עשויה לשנות בהחלט את התמונה.

ישראל ואברר מהו המנהג הרווח בקרב המשתמשים בהן. אראה כי הבנה של המשפט האזרחי יחד עם בירור המנהג במדינה, עשויים לתרום תרומה משמעותית לבירור ההלכתי, ואף עשויות להיות להם השלכות על המסקנות ההלכתיות. בפרק ד אסכם.

ב. הבסיס העיוני לקניין סיטומתא – מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין

ניתן להבחין בין שלושה סוגים של דרכי קניין: דרכי קניין מן הדין, דרכי קניין מכוח התנאת הצדדים, ודרכי קניין מכוח המנהג. דרכי קניין מן הדין הן אלו הקבועות במשנה ובתלמוד. דרכי קניין מכוח התנאת הצדדים הן מעשים שהצדדים החליטו ביניהם לבצע את הקניין באמצעותם. כאמור במבוא, לפי הדעה המקובלת בהלכה, אין תוקף לדרכי קניין אלו. קניין סיטומתא שייך לסוג השלישי – דרכי קניין מכוח המנהג, ומבחינה מסוימת הוא מצוי בתווך, בין שני הסוגים הקודמים. מצד אחד הוא אינו חלק מרשימת דרכי הקניין המנויות בספרות התלמודית. מצד שני לא מדובר בהתנאה פרטית של המוכר והקונה, אלא במנהג כללי של בני המקום.

בסוגיית סיטומתא אשר נזכרה במבוא, לא ניתן למצוא דבר על הבסיס המשפטי-עיוני לדינו של רבא, שסיטומתא קונה.

על פי המקורות שבידינו, גם בתקופת הגאונים לא התקיים דיון בבסיס העיוני לקניין סיטומתא, וכל שיש במקורות מתקופה זו הוא ציטוט של הסוגיה בתוספת פירוש מילולי-ענייני קצר.²⁰ פרק זה יוקדש אפוא לבחינת הבסיס העיוני לקניין סיטומתא לאור דברי ראשונים ואחרונים.

הראשונים עסקו לא מעט בסוגיית סיטומתא. עם זאת, רובם מנסחים בדרך כלל את דבריהם בקיצור ואינם מתייחסים – לפחות לא באופן ישיר – לשאלת הבסיס המשפטי של קניין סיטומתא. בעיה זו קיימת גם ביחס לדברי כמה מן האחרונים שנדרשו לנושא. חרף קושי זה, אנסה בפרק זה לחלץ מדברי הפרשנים את גישתם העקרונית בסוגיה זו. במקרה שאין בידי להכריע באשר לכוונת מי מהם, וכן כאשר הוצעו דרכים אחרות על ידי חכמים שקדמונו – אציע בפני המעיין את האפשרויות השונות להבנת דברי הפרשן. העיון במקורות בפרק זה ילמדנו כי קיימות שתי שיטות מרכזיות, המתפצלות בתוכן לשיטות משנה, אשר הועלו על ידי פוסקי ההלכה לדורותיהם לשם ביסוס קניין סיטומתא: האחת, שקניין זה מבוסס על גמירות דעתם של הצדדים לעסקה, לבצע את הקניין בהתאם למנהג המקומי; ולפי השיטה השנייה, קניין סיטומתא הוא תקנת חכמים.

1. גמירות דעת ותנאי מכללא

המשותף לדעות שיובאו בפרק זה הוא התפיסה שקניין סיטומתא מושתת על גמירות דעתם²¹ של הצדדים. לפי תפיסה זו, הבסיס לקניין סיטומתא נעוץ ביכולת ההתנאה שמעניק המשפט

20 ראו בעניין זה: קליינמן, מנהגי הסוחרים, לעיל הערה 6, בעמ' 187-192.

21 לצורך דיוננו, "גמירות דעת" היא הסכמת הצדדים להתקשר ביניהם, בדומה למובנו של המונח "גמירת דעת" בדיני חושים. על גמירות דעת במשפט העברי, ראו למשל: סיני דויטש גמירת דעת בקניינים

"קניין סיטומתא": הבסיס העיוני ויישומים במשפט האזרחי המודרני

העברי בתחום דיני הממונות, ובכך שהצדדים לעסקה נחשבים כאילו התנו ביניהם במפורש לבצע את הקניין בהתאם למנהג המקום.

(א) הרשב"א

(1) המנהג – כ"תנאי בני העיר" וכ"תנאי בית הדין"

באחת מתשובותיו כותב ר' שלמה בן אדרת (ספרד, המאה השלוש-עשרה) בזו הלשון:

וכן מנהג התגרים שנוהגים כן תמיד – אף על פי שלא הסכימו בכך ולא התנו כן, לא הם ולא בני העיר, אלא שנוהגים לעשות כן תמיד – מן הסתם על [אולי צ"ל: כל]²² מי שנושא ונותן סתם על הדבר הנוהג הוא עושה,²³ וכאילו התנו ביניהם בפירוש או שתקנו להם בית דין. וזו היא שאמרו... האי סיתומא [צ"ל: סיתומתא] קניא... וכן אתה דן בכל מקום במה שנהגו בממונות... כאלו הוא תנאי גמור מוסכם ביניהם, ואפילו לא הסכימו בפירוש בני המדינה אלא שנהגו כן סתמא, הוא מנהג חזק כאילו התנו בו בפירוש. ואפילו לא כתבו הרי הוא מן הסתם כאלו כתבו בו, ודין בו כאלו הוא תנאי בית דין כיון שנהגו לעשות כן תדיר... ודין בו כדרך שדין בתנאי בית דין, דתניא בריש פרק המקבל: רבי מאיר היה דורש לשון הדיוט.²⁴

לדעת הרשב"א, כאשר לא הייתה התנאה מפורשת, מנהג המדינה נחשב כתנאי שהתנו ביניהם הצדדים לעסקה במפורש. בלשון המשפטית המודרנית: המנהג הממוני נחשב "תנאי מכללא"²⁵ (Implied Condition) של הצדדים לעסקה לפעול בהתאם למנהג.²⁶ שכן, "מי

והתחייבויות במשפט העברי (חיבור לשם קבלת התואר מוסמך, אוניברסיטת תל-אביב, התשל"ג); סיני דויטש "גמירת דעת והכוונה ליצור יחסים משפטיים בדיני חוזים במשפט העברי, האנגלי והישראלי" שנתון המשפט העברי ו-104-71 (התשל"ט-התש"ס).

22 הערת המהדיר, ר' אהרן זלזניק, שם, בהערה 67. והשוו לדברי הרשב"א שצוטטו בהערה הבאה.

23 כך גם שם, בהמשך: "כל העושה שם סתם, אל דרך המנהג הפושט הוא עושה". דברים דומים כתב גם בשו"ת הרשב"א, ח"ו, סי' רנד.

24 שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רסח (הוצאת מכון ירושלים, התשנ"ז). התשובה דנה בתוקפם של מנהגים מסוגים שונים.

25 "מכללא" פירושו: לא בפירוש אלא במשתמע. דומני שמקור הביטוי באמרה התלמודית: "לאו בפירוש אתמר אלא מכללא", שפירושה: לא בפירוש נאמר [על ידי פלוני], אלא מן הכלל, דהיינו, כך הסיקו אחרים מכלל דבריו. ראו, למשל: בבלי, ברכות יא, ע"ב; עירובין צד, ע"א; בבא מציעא לו, ע"א. והשוו: אברהם אבן-שושן, הערך "כלל", בתוך: מילון אבן-שושן: מחודש ומעודכן לשנות האלפיים 770 (2003).

26 דוקטרינת התנאי "מכללא" הייתה האמצעי להשלמת חסרים בדיני החוזים בישראל למן קום המדינה. אולם בעשורים האחרונים ניכרת בפסיקתו של בית המשפט העליון מגמה להחליף דוקטרינה זו בדוקטרינת "תום הלב" כמקור להשלמת חסרים בחוזים. תהליך זה הגיע לשיאו בע"א 4628/93 מדינת-ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991), פ"ד מט(2) 265 (1995). ראו: מנחם מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל" עיוני משפט כט 58-59 (2005). עוד יש לציין כי השלמת פרטים בחוזה מכוח נהוג, מעוגנת בסעיף 26 לחוק החוזים (חלק

שנושא ונותן סתם, על [דעת] הדבר הנוהג הוא עושה".²⁷ לדבריו, שקול המנהג מבחינה מעשית²⁸ לתנאי שהתנו ביניהם הסוחרים או בני העיר ("תנאי בני העיר") וכן לתנאי שתיקן בית דין ("תנאי בית דין")²⁹ בעבורם,³⁰ וככה – אף שלא התנו הצדדים לעסקה במפורש לילך על פי המנהג, נחשב הדבר כאילו עשו כן.

מעניין הדמיון שבין דבריו אלה של רשב"א לבין דבריהם של חכמי המשפט המוסלמי שחיו מעט לפניו. במאות האחת-עשרה והשתים-עשרה הכירו מלומדים מוסלמים בתוקפו של המנהג, כאילו הותנה על כך בהסכם בין הצדדים, גם משלא נעשה תנאי זה במפורש. הביטוי שהיה שגור בפייהם תדיר הוא: "מה שידוע בתורת מנהג, דינו כמו מה שידוע כתנאי מוסכם".³¹

(2) דרישת לשון הדיוט

בהמשך דבריו שצוטטו לעיל, מבאר הרשב"א כי גישתו למנהגים בענייני ממונות מעוגנת במונח התנאי "דרש לשון הדיוט".³² מונח זה הובא מפי הרשב"א במקומות רבים, הן

- כללי, התשל"ג-1973: "פרטים שלא נקבעו בחוזה או על פיו, יהיו לפי הנוהג הקיים בין הצדדים, ובאין נוהג כזה – לפי הנוהג המקובל בחוזים מאותו סוג, ויראו גם פרטים אלה כמוסכמים".
- 27 באופן דומה כתב הרי"א (ר' ישעיה דיטראני האחרון, איטליה, המאות השלוש-עשרה והארבע-עשרה) ביחס לסוגיית "דינא דמלכותא": "וכן בכל מקום שיש להם מנהג פשוט, ראוי לדון להם ע"פ המנהג, שכל משאם ומתנם של בני אדם על דעת המנהג הוא, והמנהג מבטל הלכה". (הובא בשלטי גיבורים, בבא בתרא, דפי הרי"ף כט, ע"ב, אות א).
- 28 ודוק, מבחינה מעשית עלינו לראות את המנהג כתנאי בני העיר או כתנאי בית דין. אולם אין כוונת הרשב"א לומר כי המנהג נחשב כמותם מבחינה נורמטיבית. ולכן דייק בלשונו וכתב שהמנהג נחשב "כאילו התנו ביניהם [התגרים או בני העיר] בפירוש או שתקנו להם בית דין... ודין בו כאלו הוא תנאי בית דין".
- 29 המונח התנאי "תנאי בית דין" מציין הלכות שנקבעו על ידי חכמים, ויש להן תוקף אף אם לא התנו לפעול בהתאם להן. למשל, תנאים מסוימים שקבעו חכמים ביחס לכתובה, שגם אם לא נכתבו בה, הבעל חייב בהם "מפני שהוא תנאי ב"ד" (משנה, כתובות ד, ז-יב).
- 30 ראו דבריו לעיל, בהערה 28. הרשב"א וראשונים נוספים השוו את מעמד "טובי העיר" (או "טובי הקהל") למעמד בית דין, ומכוח השוואה זו קבעו, בין היתר, שלתקנת הקהל ("תנאי בני העיר") יש תוקף מכוח "הפקר בית דין" בדומה ל"תנאי בית דין". לדברי רשב"א, "דין תקנת הציבור כדין תנאי ב"ד" (כך מובא בשמו בשו"ת התשב"ץ, חלק ג, סימן קנ). לדעתו, תקנות הקהל אינן מושתתות ביסודן על התנאה של כל אחד מיחדי הקהל, אלא על סמכותו של הקהל, שהשווה במעמדו לבית דין, לתקן תקנות בדיני ממונות מכוח "הפקר בית דין – הפקר" (ויכולת ההתנאה בדיני ממונות אינה אלא תנאי מקדמי). עקבי לשיטתו, התבטא הרשב"א ביחס לתקנת הקהל במונח, שדומה שהוא הראשון שטבעו: "הפקר ציבור – הפקר" (שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן קמב), ביטוי השאול מהכלל התלמודי "הפקר בית דין – הפקר", שנאמר במקורו ביחס לבית דין. ראו עוד בעניין זה: אלון, לעיל הערה 15, בעמ' 569-574; Ron S. Kleinman, *Conflicts of Interest of Public Officials in Jewish Law: Prohibition, Scope and Limitations*, 10 JEWISH LAW ASSOCIATION STUDIES 99-101 (2000).
- 31 ראו: Gideon Libson, *On the Development of Custom as a Source of Law in Islamic Law*, ISLAMIC LAW AND SOCIETY 153 (1997) (התרגום מאנגלית שלי). וראו שם, בעמ' 152-154.
- 32 על מונח זה ומשמעותו ראו עוד: קליינמן, מנהגי הסוחרים, לעיל הערה 6, בעמ' 37-42.

"קניין סיטומתא": הבסיס העיוני ויישומים במשפט האזרחי המודרני

בתשובותיו והן בחידושו³³, בבואו לנמק את תוקפם של מנהגי ממון. דעת הרשב"א היא כדעת הרמב"ן³⁴ ולפיה דרישת "לשון הדיוט" פירושה: "דכל שהורגלו ההדיוטות לכתוב, כל מי שמקבל דבר, אע"פ שלא כתב, כמי שכתב דמי, דכל המקבל סתם, על [דעת] מה שנוהגין לעשות מקבל"³⁵. כלומר, מנהג ההדיוטות מחייב את הצדדים לעסוק כאילו היה תנאי ממוני כתוב, בדומה ל"תנאי בית דין"³⁶.

(3) הבסיס לקניין סיטומתא

הבסיס המשפטי לקניין סיטומתא אליבא דרשב"א בתשובתו הוא, כאמור: התנאת הצדדים מכללא לעשות על פי המנהג. ברם, עדיין נותר לבחון לפי שיטה זו: ומה בכך שהמנהג נחשב כאילו כך התנו הצדדים ביניהם? ביחס לשאר ענייני ממון, גישה זו מובנת; הצדדים התקשרו על דעת המנהג, ועל כן הוא מחייבם בתורת תנאי בעסקה שביניהם. אולם לא זה המצב באשר לדרכי הקניין. מדובר במעשה שאינו מועיל מן הדין להיחשב כמעשה קניין, ואם כך, אפילו התנו הצדדים במפורש שרצונם לקנות בדרך זו, אין להתנאה זו כל תוקף, שכן, לפי ההלכה המקובלת כמעט על כל הראשונים – ובכללם הרשב"א³⁷ – אין בכוחה של הסכמת הקונה והמקנה כדי להפוך מעשה שאינו מעשה קניין למעשה המועיל לקנות מן הדין.³⁸ כיצד, אם כן, ממלא המנהג את חסרונם של מעשה הקניין הדרוש?

(א3) "מנהג מבטל הלכה"

יש שהבינו בדעת הרשב"א, כי אכן ביצוע קניין בדרך שנהגו הסוחרים אינו מתיישב עם דיני הקניין הרגילים, שכן חסר מעשה קניין כדין. ברם, כיוון שקניין הוא דבר שבממון, וכלל גדול בדיני ממונות כי "מנהג מבטל הלכה" – יש תוקף לקניין שנעשה על פי המנהג, הגם שלא בוצע מעשה קניין המועיל מן הדין.³⁹

כך, לכאורה, משתמע מאזכור הכלל "מנהג מבטל הלכה" בדברי הרשב"א וכן מן ההשוואה שעליה הוא חוזר בתשובתו כמה פעמים, בין המנהג לבין "תנאי בית דין".⁴⁰

33 המקורות צוינו שם, בעמ' 39, הערה 98.

34 רמב"ן, בבא מציעא קד, ע"א, ד"ה: "ר' מאיר".

35 שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן יז. וכן שם, חלק ד, סימן קכה: "וכל הדברים מה שנהגו בהם הרבים סתם, הרי הוא כתנאי מפורש, וכיוצא באלו קראו חכמים דרישת לשון הדיוט".

36 כך כתב גם שם, חלק א, סימן אלף סח: "דמה שהורגלו ההדיוטות לכתוב מעצמן בלא תקנה, אפילו לא כתב כמו שכתב דמי, כדאמרינן בתנאי בית דין". וראו עוד לעיל, הערה 29.

37 רשב"א, קידושין כה, ע"ב, ד"ה "גמ' הוא דאמר". וראו לעיל, ליד הערה 7.

38 אכן, כך הקשו כמה מן האחרונים על השיטה המבססת את קניין סיטומתא על התנאה מכללא. ראו: ר' משה בצלאל לוריא נפש חיה (וארשא, התר"מ, נדפס מחדש בתוך: גאון צבי, בבא מציעא, התשכ"ב), בבא מציעא ער, ע"א, ד"ה: "הא"י"; ר' מאיר צבי ויטמאיר, שו"ת דמ"ץ, יורה דעה, סימן עו, אות א.

39 להבהרה, ברור שגם לפי הסבר זה בדעת רשב"א, יש לקניין סיטומתא תוקף קנייני לפי ההלכה. דיוננו מתמקד בשאלה אם קניין זה מתיישב עם עקרונות דיני הקניין שבהלכה או שמא הוא בגדר חריג לעקרונות הללו.

40 רשב"א, לעיל הערה 24: "וכן אתה דן בכל מקום במה שנהגו בממונות... ואפילו לא הסכימו בפירוש בני המדינה... ואפילו הוא כנגד ההלכה, שהמנהג מבטל הלכה, ודין בו כדרך שדין בתנאי בית דין".

ממטבע לשון זו ומההשוואה האמורה, ניתן להסיק לכאורה כי קניין סיטומתא אינו נתפס על ידי הרשב"א כמתיישב עם דיני הקניין הרגילים אלא להפך – בדומה לתנאי בית דין – כמנוגד להם.⁴¹

לפי הסבר זה, דעת הרשב"א היא כי באופן עקרוני דרוש תמיד מעשה קניין כדין, ולא די בגמירות דעת לשם יצירת קניין. אלא שקניין סיטומתא, בשל כוחו המיוחד של המנהג בדיני ממונות, הוא בגדר חריג לדיני הקניין הרגילים.⁴²

(ב3) גמירות דעת

בניגוד להצעה הקודמת וכפי שגם הודגש לעיל,⁴³ נראה לי כי הרשב"א בתשובתו לא התכוון להשוות לגמרי בין המנהג לתנאי בית דין, וכי הדמיון ביניהם אינו אלא בכך ששניהם מחייבים את הצדדים הנוגעים בדבר, הגם שלא התנו על כך במפורש. כמו כן, דומני כי הביטוי שאזכר הרשב"א – "מנהג מבטל הלכה" – אינו מציין חריגה מהלכות הקניין, כפי שהבינו מדבריו כמה חכמים, אלא מורה דווקא על היסוד לתוקפם של מנהגי ממון ומנהגי הסוחרים, דהיינו: על גמירות הדעת.⁴⁴

נראה לי כי מוקד הקניין לשיטת הרשב"א, הוא גמירות הדעת. לפיכך, כשמתנים הצדדים מכללם לקנות בהתאם למנהג – הקניין תקף, שכן גמרו בדעתם לקנות בדרך זו. חיזוק להבנה זו ניתן למצוא בדברי הרשב"א שצוטטו לעיל.⁴⁵

לדעתי, הרשב"א מבחין בין תנאי פרטי שעושים ביניהם המקנה והקונה, לבין מנהג ביחס לדרכי הקניין. תנאי פרטי בין הצדדים לקנות בדרך קניין שאינה מועילה על פי הדין – אין לו תוקף מצד חסרון גמירות הדעת. טעם הדבר הוא שאף שהקונה והמקנה שלפנינו מסכימים לקנות באופן זה, הרי שבטלה דעתם אצל כל אדם שאינם נוהגים לקנות באופן זה, ומבחינה אובייקטיבית אין כאן "גמירות דעת". לעומת זאת, קניין סיטומתא מקורו במנהג,

41 ראו שם, בהמשך: "והא דאם אוביר ולא אעביר אשלם במיטבא [מקרה זה מכונה בפי הרשב"א שם: "תנאי בית דין"] – מן הדין לא היה מועיל, ואפילו התנו ביניהם בפירוש, לפי שאסמכתא היא זו".

42 כך הבין את דברי רשב"א הרב יצחק קולין (אב"ד בת"א-יפו, ולימים רבה של ירושלים) *מנחת אליהו* חלק ב, סימן לו, אות ב, ד"ה: "אך יש לדקדק בזה", וד"ה: "ונראה לומר" (התשל"ב). לדבריו, לדעת הרשב"א קניין סיטומתא אינו קניין מן התורה "בגדר ובמסגרת שאר הקנינים", אלא ש"תקנת חכמים היא, שאע"פ שאין זה קנין לפי הדין – מ"מ [=מכל מקום] קונה, והרי זה בגדר מנהג מבטל הלכה" (תודה לשופט בדימוס יעקב שמעוני, שהפניי למקור זה).

43 ראו לעיל, ליד הערה 28, ובהערה הנ"ל.

44 זהו מובנו המקורי של הביטוי "מנהג מבטל הלכה": המנהג "מבטל" את הדין ("הלכה") מבחינה עובדתית, אך לא מבחינה נורמטיבית. שהרי כל כוחו של המנהג בא לו מכוחו של הדין המכיר בתוקפו. ראו: דוד הנשקה "מנהג מבטל הלכה? (לאישושה של השערה) "דיני ישראל יז קלו (התשנ"ג-התשנ"ד).

45 *שו"ת הרשב"א*, ראה לעיל הערה 24: "מי שנושא ונותן סתם, על הדבר הנוהג הוא עושה... וזו היא שאמרו... האי סיתומא קניא". אמנם, דעת הרשב"א היא, ככל הנראה, שלא ניתן מן הדין להקנות בגמירות דעת בלבד בלא מעשה קניין (ראו: קליינמן, מנהגי הסוחרים, לעיל הערה 6, בעמ' 118, ליד הערה 72) – ברם, בדברנו על "קניין סיטומתא" אנו עוסקים במקרה שנעשה מעשה קניין בהתאם למנהג הסוחרים.

"קניין סיטומתא": הבסיס העיוני ויישומים במשפט האזרחי המודרני

ולכן לדעת הרשב"א הוא נחשב כתנאי כללי שהתנו בני המקום ביניהם. לפיכך אין בו החיסרון האמור בגמירות הדעת, ויש לקניין תוקף.⁴⁶

(ב) המהרשד"ם

ר' שמואל די מדינה (סלוניקי, המאה השש-עשרה) דן בתשובה בחוב שהוקנה בהתאם למנהג ושלא על פי הדין,⁴⁷ ומבסס את דבריו על ההלכה שכל המתנה על מה שכתוב בתורה בדבר שבממון – תנאו קיים. כך פוסק המהרשד"ם, בהסתמכו על סוגיית סיטומתא:

הרי מוכח בהדיא, דכל דבר שבממון יש לו שני פנים במה שיתקיים: או כאחד [צ"ל: באחד] מהדרכים הברורים כדין תורתנו הקדושה או בדברי חכמים ז"ל שתקנו בתלמוד, או בכל תנאי שיתנה האדם עם חברו.⁴⁸ ומטע' [ם] זה יועילו דרכי ההקנאות הנוהגים [אצל] הסוחרים אעפ"י שאינם כתובים בתורה ואינם מן הדין, אלא שכיון שנהגו כך ה"ל [=הרי זה] שכל אחד מתנה עם חברו שכשיהיה כך יתקיים הדבר, ואדעתא דהכי תינח [צ"ל: נחתין] וסלקי [=ועל דעת כן יורדים ועולים]. ומטעם זה אמרינן בגמ' [רא]... האי סיטומתא קניא... א"כ נתברר לנו ממה שכתבנו שאם הדבר אמת שדרך התגרים כמנהג פשו' [ט] בעיר אנקונה היה לקנות חובות חבריהם באופן הנז"ל [=הנזכר לעיל]⁴⁹... אעפ"י שכפי דין תורתנו אין במשא ומתן בזה [צ"ל: כזה] ממש, מ"מ [=מכל מקום] כיון שנהגו התגרים לקנות באופן בזה [צ"ל: כזה] – הקנין קיים... וכל תנאי שבממון קיים.⁵⁰

46 על כך שמבחינה של גמירות הדעת הוא אובייקטיבי ראו עוד: קליינמן, שם, בעמ' 141-142.

47 בשאלה נאמר אמנם כי החוב הוקנה כחלק מעסקה שנרשמה בחוזה ("קונטרט"), אך המהרשד"ם מסביר כי לפי ההלכה, מלווה על פה יכול להיקנות רק במעמד שלושותן (גיטין יג, ע"ב; רמב"ם, משנה תורה, מכירה, פרק ו, הלכות ז-ח), ואילו שטר חוב ("מלווה בשטר") יכול להיקנות רק "בכתיבה ומסירה", היינו: שמוכר החוב יכתוב לקונה: "קנה שטר פלוני וכל שעבוד שבו" (בבא בתרא, עו, ע"ב; רמב"ם, שם, הלכות י-יא).

48 על קביעה זו, שעניינים כגון אלו יש לדוןם באחד מ"שני פנים" (או: צדדין), "א" עפ"י דין תורה וב' עפ"י מנהג הסוחרים" – חוזר המהרשד"ם, בניסוח כמעט זהה, גם בתשובות נוספות. ראו: שו"ת מהרשד"ם, חושן משפט, סימן לג וסימן פד (בתחילתם).

49 בהמשך מסביר מהרשד"ם כי הוא פוסק על פי מנהג אנקונה, שכן זה היה המקום שבו נעשתה העסקה המקורית, ומכוחה נתחייב שמואל קלעי ליוסף אוהב ולכל מי שיקנה ממנו את החוב.

50 שו"ת מהרשד"ם, חושן משפט, סימן שפ (התשי"ט). השאלה כתובה בשפת הלאדינו, והתשובה כתובה עברית. מדובר בחוב שחב שמואל קלעי ליוסף אוהב, שמכרו אוהב לאברהם חודארה, כולם סוחרים באיטליה. חודארה נפטר, ואלמנתו שהפסידה את רוב נכסיה ב"עיר הארורה אנקונה" שבאיטליה וסבלה צרות רבות, ברחה לאימפריה העותומאנית ותבעה שם את החוב משמואל קלעי. קרוב לוודאי שמאורעות אלה קשורים לרדיפת האנוסים באנקונה, שהחלה עם עלייתו של פאולוס הרביעי לכס האפיפיור בשנת 1555, והגיעה לשיאה באפריל 1556, עם העלאתם של 24 אנוסים על המוקד בעיר. ראו על כך: רות למדן "פרשת חרם אנקונה: הצד השני של המטבע" מליסבון לשלונקי וקושטא 135-154 (צבי אנקורי עורך, התשמ"ח). (תודה לד"ר לאה בורנשטיין-מקובצקי על שהאירה עיניי בכמה עניינים הנוגעים לתשובה זו).

חרף הדמיון הלשוני והענייני לדברי הרשב"א, נראה כי אין זהות בין דברי המהרשד"ם לדברי הרשב"א ביחס להבנת הבסיס המשפטי לקניין סיטומתא.⁵¹ אצל הרשב"א לא מצאנו כי הצדדים לעסקה יכולים לשנות מדרכי הקניין שנקבעו בהלכה באמצעות תנאי פרטי ביניהם. לעומת זאת, מלשון המהרשד"ם עולה, כי דיני הקניין מסורים לחלוטין להתנאות הצדדים, ככל דבר שבממון. המהרשד"ם אומר כי ניתן להקנות ממון בשתי דרכים: האחת, על פי דרכי הקניין מדאורייתא או מתקנת חכמים; והשנייה: "בכל תנאי שיתנה האדם עם חברו", וזה לדידו הבסיס לקניין סיטומתא.

החידוש בקניין סיטומתא הוא אפוא, לדעת המהרשד"ם, כי אף שהצדדים לא התנו, נחשב הדבר כאילו התנו ביניהם לקנות על פי המנהג. ברם, במקרה שהתנו ביניהם על דרך הקניין במפורש, אין כל צורך בדין סיטומתא, והרי זה ככל תנאי שבממון.⁵² אמנם, בדומה למהרשד"ם, נזקק גם הרשב"א ליכולת הצדדים להתנות בדבר שבממון, בבואו ליתן תוקף לדרכי הקניין על פי המנהג.⁵³ – אולם דומני כי קיים הבדל משמעותי בין השניים: אצל המהרשד"ם דין זה גופו הוא הבסיס המשפטי לקניין סיטומתא; אצל הרשב"א לעומת זאת, דין זה משמש רק תנאי מקדמי המאפשר לצדדים לחרוג בהסכמה משותפת מדיני הקניין הרגילים.⁵⁴ הבסיס המשפטי לקניין סיטומתא, לדעת הרשב"א, הוא גמירות הדעת, שהיא היוצרת את הקניין, או לפי הבנה אחרת בדבריו: המנהג, שבכוחו "לבטל" ולגבור על דיני הקניין הרגילים.

מן האמור עולה כנראה, כי לדעת המהרשד"ם,⁵⁵ הבסיס לקניין סיטומתא הוא הכלל הגדול בדיני ממונות "בדבר שבממון תנאו קיים", אשר חל לדעתו גם על דיני הקניין.⁵⁶ אם

51 דברי המהרשד"ם ביחס לקניין סיטומתא נראים כמסקנתו שלו מן הסוגיות ("הרי מוכח בהדיא"), ואין הוא מציין לרשב"א או למי מן הראשונים בעניין זה. יצוין, כי המהרשד"ם הכיר את תורת הרשב"א, ובתשובות רבות (כולל התשובה דנן, ראו בהערה הבאה) הוא מזכיר את דברי הרשב"א בחידושו ובתשובותיו.

52 כך משתמע גם מדבריו בהמשך, שם הביא מהרשד"ם ראייה לדבריו מדברי רשב"א בתשובה: "כיון שזה מדעתו עשה מתנתו בערכאות, הרי זה קיבל עליו לילך בדיני המלכות... ובדבר שבממון יכול לשעבד עצמו וליתן משלו שלא מן הדין". המהרשד"ם משווה התנאה לנהוג על פי דיני המלכות להתנאה לקנות על פי המנהג, ומסיק: "הרי א"כ ברור שחייב האדם לקיים כל מה שנשתעבד בו, אעפ"י שמסתמא הוא הפך הדין, אלא שהתנה כך".

53 ראו דבריו לעיל, ליד הערה 50.

54 השוו לאמור לעיל, הערה 30, על מקומה של יכולת ההתנאה בדיני ממונות כבסיס משפטי לקנות הקהל.

55 לשון "כנראה" שבכאן נובעת מהעובדה שדבריי נסמכים על דיוק בלשון התשובה, ולא על דברים מפורשים של המהרשד"ם. ניתן אמנם לחלוק על הפירוש שהצעתי, ולטעון כי לדעת המהרשד"ם הבסיס לקניין אינו התנאות הצדדים אלא המנהג, שבכוחו לבטל הלכה (כפי שהוצע לעיל בביאור דעת הרשב"א). דעתי היא, מכל מקום, כי מלשון התשובה משמע כאמור בגוף המאמר.

56 ראו להלן, בהערה 66, כי בדרך זו ביארו כמה מן האחרונים את דברי החתם סופר. אמנם באשר לדעת החתם סופר אני נוטה להסבר אחר, כפי שיבואר שם, אך דומה שכך סבר המהרשד"ם.

"קניין סיטומתא": הבסיס העיוני ויישומים במשפט האזרחי המודרני

אמנם זוהי דעתו, הרי שצריך לומר כי המהרשד"ם סבור כמו דעת המיעוט בראשונים,⁵⁷ הגורסת כי דרכי הקניין מסורות להתנאת המקנה והקונה.⁵⁸ את הקביעה כי יש להסתמך על מנהג הסוחרים בענייני ממון ולא דווקא בענייני קניין, מצאתי גם בתשובות נוספות של המהרשד"ם.⁵⁹ בדעה שקניין סיטומתא מבוסס על גמירות דעתם של הצדדים, והוא נחשב כאילו התנו על כך ביניהם, אחזו גם אחרונים נוספים בני המאה השש-עשרה: הרדב"ז,⁶⁰ המהרש"ך⁶¹ והמהרש"ל.⁶²

(ג) החתם סופר

ר' משה סופר (פרסבורג, מאות שמונה-עשרה ותשע-עשרה) הולך אף הוא כנראה בדרכו של הרשב"א בתשובה שראינו לעיל,⁶³ הגם שאינו מזכיר תשובה זו:

אך לפע"ד סטומתא הוא קנין דאורי' [א] ממש. והיכן מצינו שנמנו רבנן על ככה ואמרו שתקנו שמנהג סוחרים קונה? – אלא רבא הודיענו בב"מ ע"ד ע"א, שהדין כן מה"ת [=מן התורה], כל שהנהיגו הסוחרים הו"ל [=הרי זה] כאלו התנו, וכל

57 ראו לעיל, ליד הערה 7.

58 כך הבינו את דברי המהרשד"ם גם: שו"ת דבר יהושע, חלק ד, סימן מח, אות א, שכתב שדבריו צריכים עיון גדול; הרב בס, לעיל הערה 3, בעמ' 71, הערה 118. לעומתם, שציפנסקי, לעיל הערה 15, בעמ' כו, הערה 17, טוען שדעות הרשב"א והמהרשד"ם זהות.

59 ראו: שו"ת מהרשד"ם, יורה דעה, סימן רכא; חושן משפט, סימן לג (בראש התשובה ובסופה), סה (בסופה), צז (בסופה), קמב (בסופה), רכ (בראשה). תשובות אלו עוסקות בענייני ביטוח סחורות. בעניין זה ראו בהרחבה: נעם ורגון דיני ביטוח ימי במשפט העברי (חיבור לשם קבלת התואר מוסמך, אוניברסיטת תל אביב, התשנ"ט); שו"ת מהרשד"ם, יורה דעה, סימן קסח, קע – בענייני שותפות. וראו עוד: שם, סימן כ, מב (בסופן), שפד (בראשה) ועוד.

60 ר' דוד בן זמרה (קאהיר-צפת, מאות חמש-עשרה ושש-עשרה), שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן רעח, תנב, תקג, תקמ; ח"ד, סימן אלף רו (קלו). את יסוד גמירות הדעת של הצדדים רואה הרדב"ז, בדומה לרשב"א, כמקופל בביטוי "מנהג מבטל הלכה". כלל זה מצוטט על ידו (בסך הכול 25 פעמים בתשובותיו) כמקור לתוקפם של מנהגי ממון, ובכללם מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין. ראוי לציון העובדה, כי בשו"ת הרדב"ז על שמונת חלקיו, המכילים למעלה מ-2000 תשובות, דין סיטומתא נזכר בשני מקומות בלבד (חלק א, סימן תקמ-תקמא; חלק ו, סימן ב אלפים צז). דומני שהסיבה לכך היא כי הרדב"ז רואה את דין סיטומתא כענף פרטי המסתעף מהאילן הגדול של "המנהג" בדיני ממונות. משום כך, גם בתשובות שבהן היה מקום להסתייע בדין סיטומתא (למשל, שם חלק א, סימן תנב), הוא מעדיף לנמק את דבריו באמצעות "המנהג", שהוא לדבריו "עיקר/כלל גדול" בדיני ממונות. על שיטתו ראו עוד בהרחבה: קליינמן, מנהגי הסוחרים, לעיל הערה 6, בעמ' 313-319.

61 ר' שלמה בן אברהם הכהן (סלוניקי, המאה השש-עשרה), שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן מו; סימן ס, ד"ה: "באופן"; סימן עה, ד"ה: "עוד יראה ליי"; סימן עט, ד"ה: "וכל מה"; שם, חלק ב, סימן מו, קיג, רכט.

62 ר' שלמה לוריא (פולין, המאה השש-עשרה), שו"ת מהרש"ל, סי' לו קלה (הוצאת יחדיו, ירושלים [התשנ"ג]).

63 לעיל, ליד הערה 24.

תנאי שבממון קיים מה"ת... אבל מה שהנהיגו מרצונם הטוב [=סיטומתא] – כל תנאי שבממון קיים מה"ת בלי ספק.⁶⁴

אליבא דהחתם סופר, הבסיס המשפטי לקניין סיטומתא הוא היותו כתנאי שהתנו הסוחרים ביניהם, ו"כל תנאי שבממון – קיים".⁶⁵ מדבריו בהמשך ובמקומות אחרים עולה, כפי שניזכר מיד, כי החתם סופר לא התכוון לומר שהצדדים יכולים להתנות באופן פרטי על דרך הקניין ככל שירצו, כפי שיש מי שהבינו מדבריו,⁶⁶ וכל דבריו אמורים – בדומה לרשב"א – רק במקום שהצדדים מתנים לעשות על פי מנהג הסוחרים, שאז המנהג הוא כמו תנאי כללי שבני העיר או הסוחרים עשו ביניהם.

בהמשך לקטע שצוטט לעיל, מביא החתם סופר ראייה לדעתו כי קניין סיטומתא הוא מדאורייתא, משו"ת הרשב"א המיוחסות, סי' רכה. הרשב"א אומר שם כי הסוגיה בבכורות אשר קובעת כי מן התורה יהודי קונה מיהודי דווקא במשיכה⁶⁷ ומגוי דווקא בכסף – עוסקת במקום שלא נהגו לקנות במשיכה. ברם, במקום שנהגו לקנות במשיכה, יש תוקף מדאורייתא גם למשיכה של יהודי מגוי, וזאת מדין סיטומתא. לו היה החתם סופר סבור שהצדדים יכולים להתנות באופן פרטי על דרכי הקניין, לא היה נחוץ מנהג כללי לקנות במשיכה, כדברי הרשב"א, ודי היה בכך שהמוכר והקונה יתנו על כך ביניהם.⁶⁸

64 שו"ת חתם סופר, יורה דעה, סימן שיד, ד"ה: "נמצא". על תשובה זו ראו עוד: רון ש' קליינמן "תיבת מאהריט"ש לא ידענא פירושו" – מתודולוגיה של חשיפת משמעות הלכתית של מונח לועזי" דיני ישראל כג 161-137 (התשס"ה).

65 בשו"ת דבר אברהם, חלק א, סימן א, ענף א, אות ב, הבין שכוונת החתם סופר בדבריו הללו היא, שסיטומתא דינה כ"תנאי בני העיר" שתוקפם מדין "הפקר בית דין". ברם, לדעתי ברור מדברי החתם סופר כי היסוד לדין סיטומתא הוא יכולת ההתנאה של הצדדים בדיני ממונות, ובניגוד לקניינים שתיקנו חכמים, שתוקפם אינו נובע מרצון הצדדים אלא מכוח "הפקר בית-דין – הפקר".

66 כך הבין את דבריו הרב משכיל לאיתן (הובא בשו"ת דבר אברהם, שם, אות א), ולכן הקשה עליו: "דבר זה נסתר מפני הש"ך בחו"מ (סימן קצח סק"י)... שאינו יכול להתנות לעשות קנין מדבר שאינו קנין". לפי דבריי, גם החתם סופר לא חלק על הלכה זו. כך הבינו בדעת החתם סופר גם: שו"ת שם או"ה, יורה דעה, סימן מח; שו"ת נהרי אפרסמון, חושן משפט, סימן טו, ד"ה: "ונראה": "דהך דינא שבדבר שבממון תנאו קיים הוא אף בקניינים, ומהני תנאי לעשות קנין מדבר שאינו קנין"; שו"ת דבר יהושע, חלק ד, סימן מח, אות א; גם הרב ד' בס, לעיל הערה 3, בעמ' 71, הערה 118, הבין, כי לדעת החתם סופר הסכמה ליצור קניין חדש – מועילה. הם למדו זאת מכך שהחתם סופר מבסס את דבריו על "תנאי שבממון". לדעתי אין בכך משום ראייה. הכלל "כל תנאי שבממון קיים" מובא על ידי החתם סופר כבסיס לקניין סיטומתא, אך אין כוונתו כי דיני הקניין מסורים לחלוטין להתנאות הצדדים. נראה אפוא שהחתם סופר הבין את הבסיס לקניין סיטומתא בדומה לרשב"א, לעיל ליד הערה 46, ולא כדעת המהרשד"ם, לעיל ליד הערה 51.

67 משיכה היא אחת מדרכי הקניין במיטלטלין. היא מתבצעת באמצעות משיכה פיזית של הממכר על ידי הקונה.

68 ראייה נוספת לדבריי, מהמשך הקטע שצוטט לעיל, ליד הערה 64. החתם סופר מציין להגהות מיימוניות, הלכות מכירה, פרק ז, אות ו, ולירושלמי ראש פרק "השוכר את הפועלים". בשני המקומות דנים ב"מנהג" המדינה ה"מבטל הלכה". מכאן כי המנהג, ולא התנאות הצדדים, הוא הבסיס לקניין סיטומתא. כך עולה גם מדברי נכדו, ר' שמואל ארנפלד (מאטרסדורף, סוף המאה התשע-עשרה) חתן סופר קלז, ע"א, ד"ה: "ונלע"ד" (אונגוואר 1874), ביחס לתשובה הנ"ל. הוא מבאר כי לדעת החתם סופר סיטומתא

"קניין סיטומתא": הבסיס העיוני ויישומים במשפט האזרחי המודרני

על כך שקניין סיטומתא תוקפו מדאורייתא, חוזר החתם סופר גם בתשובות נוספות⁶⁹ וגם בחידושו.⁷⁰ באחת מתשובותיו הוא מוסיף כי מנהג ממוני מחייב את בני הקהילה הנוהגים על פיו בדומה לתנאי שעשו ביניהם בעלי מלאכה (בני אומנות).⁷¹

(ד) הקניין נעשה על ידי גמירות הדעת

החל מן המאה התשע-עשרה אנו מוצאים חבל של אחרונים, המבסס את קניין סיטומתא על גמירות הדעת. אמנם, כפי שצוין לעיל, בתפיסה עקרונית זו אחזו כבר חכמי הלכה שקדמו להם, ברם בתקופה זו היא זוכה לניסוח ברור ובהיר, ולעתים אף קיצוני יותר.

ר' מאיר צבי ויטמאיר (אב"ד בסאמבור, הונגריה, המאה התשע-עשרה) מתקשה לקבל את התפיסה המצויה בדברי ראשונים ואחרונים כי הבסיס לקניין סיטומתא נעוץ בהתנאת הצדדים, "דכיון דנהגו לקנות בהכי [= בכך], הוי כאילו התנו שיקנה בזה הדבר". הקושי בגישה זו, שעליו עמדתי כבר לעיל⁷² הוא: "האיך מועיל תנאי לעשות קנין מדבר שאינו קנין [=מעשה קניין]?"⁷³

לדעת רמ"ץ, הבסיס לקניין סיטומתא הוא העיקרון כי במקום שיש גמירות דעת ברורה של הקונה והמקנה, אזי הקניין נעשה על ידי גמירות דעתם. מנהג הסוחרים לקנות בדרך מסוימת הוא שמעניק לצדדים גמירות דעת לבצע את הקניין בדרך זו, ולכן במקרה זה אין כלל צורך במעשה קניין!⁷⁴

בין גדולי החכמים בני המאה התשע-עשרה שהלכו בדרך זו, ניתן למנות את ר' שלמה

היא "כתנאי שהתנו בני העיר ביניהם, ותנאי דממון קיים", ולא כתב שהיא כתנאי פרטי שמתנים ביניהם הצדדים לעסקה. כך הבין גם בשו"ת נחלי אפרסמון, סימן מט, ד"ה: "והנה מה שכתב". כך מוכח גם מתשובה אחרת של החתם סופר, המצוטטת להלן בהערה 71.

69 ראו: שו"ת חתם סופר, יורה דעה, סימן שיז, ד"ה: "אמנם"; סימן שיח, ד"ה: "וכבר"; חושן משפט, סימן יב, אות ב. בתשובות אלו נכתב במפורש כי סיטומתא היא קניין מן התורה. גם מתשובות נוספות עולה שדעתו היא כי סיטומתא היא קניין לכל דבר, אך שם לא נכתב במפורש שהיא מדאורייתא. ראו: שו"ת חתם סופר, יורה דעה, סימן קד (בסופה); סימן שיא, ד"ה: "והיות"; סימן שטז, ד"ה: "ובזה"; חושן משפט, סימן צט.

70 ראו: חידושי חתם סופר, סוכה ל, ע"ב, ד"ה: "ומ"מ נ"ל" (תודה לרב רפאל שטרן על ההפניה למקור זה).

71 שו"ת חתם סופר, חושן משפט, סימן יב, אות ב, ד"ה: "אך": "והמיעוט שמקיימים המנהג ביניהם, הם לעצמם כמו הני טבחי דעבדי בהדדי ולא ליעבד ביומי וכו' בפ"ק דב"ב דף ט' ע"א" (דיון לגבי מנהג בחכירת בתים). וראו עוד בעניין זה להלן, הערה 117, ובטקסט לידה. בתשובה אחת מביע החתם סופר לכאורה דעה שונה ביחס לתוקף קניין סיטומתא. לניסיון ליישב בין תשובה זו לשאר תשובותיו ראו: קליינמן, מנהגי הסוחרים, לעיל הערה 6, בעמ' 326-331.

72 ראו לעיל, ליד הערה 37.

73 שו"ת דמ"ץ, יורה דעה, סימן עו, אות א.

74 שם, אות ב; שם, אורח חיים, סימן כ, אות כב, והוסיף שכיוון לדברי ר"ש קלוגר בתשובותיו. וראו בהערה הבאה.

קלוגר (ברודי),⁷⁵ ר' יוסף אנגל (קראקא),⁷⁶ ר' שמואל שטראשון (וילנה)⁷⁷ ור' נתנאל פריד (הונגריה),⁷⁸ והיא מצויה גם אצל חכמים בני המאה העשרים.⁷⁹ יש שהלכו בדרך דומה, אם כי מתונה יותר. לדידם, קניין סיטומתא אכן מבוסס על גמירות הדעת, שהיא יסוד הקניין, אולם אין בכוחה של זו ליצור את הקניין לבדה בלא מעשה קניין. לפי דעה זו, לא ייתכן קניין בלא מעשה קניין, אך מעשה זה יכול שיהא על פי דרכי הקניין הקלאסיות, ויכול שיהא בהתאם למנהג הסוחרים. בדרך זו בהבנת דין סיטומתא הולכים כמה חכמים בני המאות התשע-עשרה והעשרים,⁸⁰ וייתכן שכך סברו גם כמה מן הראשונים.⁸¹

(ה) הרחבת תחולתו של דין סיטומתא לכל מנהגי הממון

התפיסה כי הבסיס המשפטי לקניין סיטומתא הוא גמירות דעת מכללאל לפעול על פי המנהג – או כוחו של המנהג כ"מבטל הלכה" – הביאה באופן טבעי להרחבת תחולתו של דין סיטומתא הרבה מעבר למשמעות המצומצמת שבה הופיע בתלמוד. בעקבות גישה זו שימשה סוגיית סיטומתא כמקור למתן תוקף הלכתי למנהגי ממון בכלל, ולא רק לאלה הנוגעים לדרכי הקניין. הרחבת משמעות זו נעשתה בדרך כלל בספרות השו"ת. בדרך זו הלכו בתשובותיהם הרשב"א,⁸² הרא"ש⁸³ וכמה מן האחרונים.⁸⁴ לצד תופעה זו מצאתי תופעה הפוכה, ובמידה רבה משלימה. במקביל לשימוש בדין סיטומתא, העוסק במקורו בדרכי הקניין של הסוחרים לשם ביסוס כלל מנהגי הממון, עושים ראשונים ואחרונים שימוש בביטויים המבססים את כוחם של כלל מנהגי הממון

75 שו"ת טוב טעם ודעת, מהר" קמא, סימן רסט, ד"ה: "והנה עוד יש"; שם, סימן רסה, ד"ה: "ומ"ש

אח"כ"; שם, סימן ער, ד"ה: "הנה"; שם, מהר" ג, חלק ב, סימן קמו.

76 ציונים לתורה, כלל לט נו ע"א (דפוס צילום: ירושלים [תשל"א]).

77 רש"ש, בכורות יח, ע"ב, ד"ה: "תד"ה אקנויי".

78 שו"ת פני מבין, סי' רסא.

79 הרב אברמסקי, לעיל הערה 15, בעמ' 9-11; הרב רבינוביץ-תאומים, לעיל הערה 17, קונטרס אחרון – אורח משפט, סימן א, אות ב; הרב וייס מנחת אשר – בדאשית, לעיל הערה 15, בעמ' רח-רט, לפי אחת משתי הדרכים שהציע.

80 חידושי רבי שמעון יהודא הכהן שקאפ (גרודנה, מאות תשע-עשרה ועשרים) מערכת הקניינים, סימן יא, קסג (ירושלים [תשנ"ג]); הרב טוקצינסקי, לעיל הערה 16, בעמ' קמ-קמא; ר' משה מאיר סגל פדי משה – בענייני קניינים סימן א, עמ' יא-יב (התשנ"ב).

81 דומה שכך סברו הרשב"א, ששיטתו נידונה לעיל, והרא"ש (על שיטתו: קליינמן, מנהגי הסוחרים, לעיל הערה 6, בעמ' 299-301). ביחס לרשב"א, לעיל הערה 45 ולרא"ש (שו"ת הרא"ש, כלל יב, סימן ג), קרוב לוודאי כי לא היו מקבלים את הגישה הקיצונית שנוסחה על-ידי חכמי המאה התשע-עשרה – ולפיה ניתן לקנות על ידי גמירות דעת גם בלא מעשה קניין כלל – אלא היו מקבלים את הגישה המתונה יותר, אשר דורשת קיומו של מעשה קניין על פי דרכי הקניין הקלאסיות או בהתאם למנהג. זה גם הרושם העולה מתשובות הרדב"ז שצינו לעיל, הערה 60.

82 שו"ת הרשב"א, לעיל ליד הערה 24. תשובה זו נידונה לעיל.

83 שו"ת הרא"ש, כלל צז, סוף סימן א; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפ' פראג, סימן תקלז.

84 ראו למשל: שו"ת מהרשד"ם בכמה מתשובותיו שצינו לעיל, הערה 59; שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן רכט; המבי"ט בתשובה, שו"ת אבקת דוכל, סימן פ.

"קניין סיטומתא": הבסיס העיוני ויישומים במשפט האזרחי המודרני

כדוגמת "מנהג מבטל הלכה" ו"הכל כמנהג המדינה", לשם ביסוסן של דרכי הקניין הנהוגות בין הסוחרים. כך מצאתי אצל הרשב"א בתשובתו שנידונה לעיל,⁸⁵ וכך גם אצל עוד ראשונים⁸⁶ ואחרונים.⁸⁷

2. תקנת חכמים

הבנה נוספת מתבקשת לדין סיטומתא, והיא כי הבסיס המשפטי לקניין הוא בדברי רבא גופם. כלומר, קניין סיטומתא, כמו דרכי קניין אחרות הנזכרות בתלמוד, מושתת על תקנת חכמים אשר קבעה כי יש תוקף לדרכי קניין הנהוגות אצל בני המקום. להלן אסקור את דבריהם של כמה מחכמי ההלכה שהולכים בדרך זו.

(א) המהר"ם מינץ

בדעה שסיטומתא הוא תקנת חכמים, אוהז ר' משה הלוי מינץ (אשכנז, המאה החמש-עשרה) בתשובה הדנה ביהודי שהקנה כבשים לגוי "בסודר שלו, שהכה בו בכף הק[ו]נה כדרך [ש]התגרי[ם] עושים"⁸⁸ – האם ייפטר מדין בכורה לגבי ולדותיהן? וכה דבריו:

ומצי לדמות להא דאמרינן [=ויכול לדמות (דרך קניין זו) לזה שאנו אומרים] באיזהו נשך: "האי סיטמותה [צ"ל: סיטומתא]...". הא ליתא [=זה אינו], המנהג לא מצי [=אינו יכול] להפקיע קדושת בכור דאורייתא. ואפי' את"ל [ואפילו אם תמצי (=תוכל) לומר] דמנהג שנהגו חכמים עוקר דאורייתא, כגון סיטמתא – דכיון דמוקמי' [=שמעמידים] חכמים [את הממכר] ברשות הלוקח, דהפקר ב"ד הפקר, ממילא הוי קנייה לכל מילי [=דבר] – מ"מ [=מכל מקום] האי קנייה דנהגו התגרים גוים, אינו מועיל להפקיע קדוש[ת] בכור.⁸⁹

הביטוי "מנהג שנהגו חכמים" שבפי המהר"ם מינץ, פירושו ככל הנראה: מנהג "שהנהיגו" –

85 ראו הציטוט לעיל, הערה 40.

86 שו"ת הרא"ש, כלל צו, סימן א; שו"ת הריב"ש, סימן קה, ד"ה: "גם אני" (מהדורת מכון ירושלים, התשנ"ג); שם, סימן שמה, ד"ה: "ואפשר שיש".

87 שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן תקג, תנב; שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קכו; ים של שלמה, בבא קמא, פרק ה, סימן לו, ופרק ח, סימן ס; שו"ת משאת בנימין, סימן צז; שו"ת דברי חיים, חלק ב, חושן משפט, סימן כו; שו"ת נהרי אפרסמון, חושן משפט, סימן טו וסימן יח, ד"ה: "ונראה" וד"ה: "ולטעם ב'"; שו"ת ישכיל עבדי, חלק ב, חושן משפט, סימן ט, ד"ה: "וכן עלתה"; שם, חלק ד, שאלת שלום, חושן משפט, סימן ד, אות ג.

88 ר' ישראל מברונא (אשכנז, המאה החמש-עשרה), שו"ת מהר"ם ברונא, סימן רנח קעה (מהדורת הרש"ר, ירושלים [התשל"ג]), המשיב לדברי מהר"ם מינץ הנ"ל, שנכתבו אליו, מתאר כך: "והישראל נטל כנף בגדו והכהו ע"י [=על ידי] הגוי לקיים המקח". לא היה כאן אפוא "קניין סודר" לפי ההלכה, אלא דרך קניין שנהגו בה הסוחרים.

89 שו"ת מהר"ם מינץ, סימן ה טו (מכון ירושלים [התשנ"א]).

קרי: התקינו⁹⁰ – חכמים. כך עולה גם מהמשך דבריו, שחכמים מעמידים את הממכר ברשות הלוקח ו"הפקר בי"ד – הפקר". משמע כי סיטומתא הוא תקנת חכמים בדומה לדרכי קניין אחרות שתיקנו חכמים, וככזה הוא פועל מכוח הכלל ההלכתי "הפקר בית-דין – הפקר",⁹¹ שהוא הבסיס לתקנות שתיקנו חכמים בדיני ממונות.⁹²

(ב) הרמ"א

את הגישה שקניין סיטומתא הוא תקנת חכמים, אנו שבים ומוצאים אצל האחרונים. ר' משה איסרליש (פולין, המאה השש-עשרה) נשאל לגבי יהודי שקנה פרה מגויה במתן מעות בלבד ובלא משיכה, והשאירה אצל המוכרת. הפרה נגנבה, והמוכרת החזירה לקונה את כספו. אז נתפס הגנב, ובעוד הקונה בדרכו לפדות את פרתו, ילדה הפרה זכר. השאלה היא: האם נקנתה הפרה על ידי היהודי בנתינת המעות? שאם כן יהא לוולדה דין בכור.⁹³

הרמ"א מציין שאנו פוסקים להלכה כרבנו תם וכראשונים נוספים,⁹⁴ שמן התורה יהודי וגוי קונים זה מזה במשיכה ולא במעות,⁹⁵ וכיוון שהיהודי לא משך את הפרה מידי הגויה – הוא לא קנה. והוא מוסיף: "וא"ל דאע"ג דמד"ת [=ואין לומר, שאע"ג שמדין תורה] אין מעות קונות, מ"מ לא גריעי [=מכל מקום אין גרועות] מעות מסיטומתא דקניא מדרבנן, כדאי' [תא] פרק איזהו נשך, דזה אינו". בהמשך נותן הרמ"א מספר נימוקים מדוע בנידון זה לא ניתן ליישם את דין סיטומתא,⁹⁶ ומדוע לחלופין, אף אם ניתן ליישמו, לא יביא הדבר להחלת דין בכור על הולד.⁹⁷

מדברי הרמ"א עולה כי סיטומתא הוא קניין שמקורו תקנת חכמים, ולפיכך לדעתו

- 90 חילופין בין המונחים "תקנה" ו"מנהג" (או בין "התקין" ו"הנהיג") מצויים הרבה בספרות התלמודית ובעקבותיה אצל הראשונים. ראו: אלון, לעיל הערה 15, בעמ' 404, הערה 78; שציפנסקי, לעיל הערה 15, בעמ' ב, והערה 9; קליינמן, מנהגי הסוחרים, לעיל הערה 6, בעמ' 12.
- 91 מדברי מהר"ם מינץ לא ברור, אם לדעתו סיטומתא קונה מדאורייתא או רק מדרבנן. לדיון בשאלה זו ראו: קליינמן, שם, בעמ' 307.
- 92 ראו: יבמות פט, ע"ב. משמעותו המקורית של הכלל היא, כי לבית הדין יש כוח להפקיר רכושו של אדם. וראו עוד: אנציקלופדיה תלמודית, כרך י, "הפקר בית-דין", עמ' צה; עמיחי רדזינר "הפקר בית דין הפקר" במקורות התלמודיים סידרא טז 111-133 (התש"ס).
- 93 שו"ת הרמ"א, סימן פז שעז (מהדורת זיו, ירושלים [התשל"א]).
- 94 ראו: תוספות, בבא מציעא מח, ע"א, ד"ה: "נתנה לסיטון"; רא"ש, שם, פרק ד, סימן ח; מרדכי, שם, פרק ד, סימן שא, המביא שכך פסק רה"ג.
- 95 כר' יוחנן, בבא מציעא מו, ע"ב; בכורות, יג, ע"א; ומקבילות נוספות.
- 96 לעומת זאת, בשו"ת הרמ"א, סימן כ קכט-קל (מהדורת זיו, ירושלים [התשל"א]), הוא קובע על סמך סוגיית סיטומתא: "שזה פשוט, שמאחר שנגמר השכירות כמנהג העיר – מיקרי [=זה קרוי] קנין גמור".
- 97 הנימוקים: (1) גם לפי מנהג המקום שבו בוצעה העסקה הנידונה, אין מתן מעות עושה קניין גמור, שכן המנהג שם היה שכל עוד לא משך הקונה את הפרה, הרי שבעל המעות ידו על העליונה, ורשאי לחזור בו מהמקח; (2) אף אם קנה היהודי מדין סיטומתא, תוקף קניינו מדרבנן בלבד (ראו בהערה הבאה), ולפיכך יש לו שותפות בפרה עם הגויה, הפוטרת מדין בכור; (3) בכך שהגויה שילמה על הפרה משנגנבה – קנאתה בחזרה כדין השומרים.

"קניין סיטומתא": הבסיס העיוני ויישומים במשפט האזרחי המודרני

תוקפו ההלכתי הוא מדרבנן ולא מדאורייתא.⁹⁸ הרמ"א אינו מבאר מה תוכנה המדויק של תקנת חכמים זו, אולם לאור הפרשנות המקובלת לדין סיטומתא, שגם הרמ"א אחז בה,⁹⁹ צריך לומר כי תוכנה של התקנה הוא כי כל מעשה קניין הנהוג בין הסוחרים – יקנה.¹⁰⁰ יצוין כי לדעת הרמ"א יש תוקף למנהגי ממון גם אם הציבור נוהג בהם מעצמו, ולא הונהגו או נקבעו כתקנה על ידי חכמים.¹⁰¹ עם זאת, כאמור, קניין סיטומתא אינו מבוסס לדידו על תנאי (מכללא) ממוני בין הצדדים, אלא על תקנת חכמים.

(ג) בעל נתיבות המשפט

גם ר' יעקב לורברבוים מליסה (פולין, מאות שמונה-עשרה ותשע-עשרה) סבר שסיטומתא הוא תקנת חכמים:

ודין סיטומתא הוא רק קנין דרבנן, דהא קנין דרבנן ודאי דלא גרע ממנהג שנהגו הסוחרים, ואפ"ה לא חשבינן [=ואפילו כך אין מחשיבים] אותו רק לקנין דרבנן לענין קידושין,¹⁰² כמבואר בפוסקים.¹⁰³

החתם סופר בתשובה תמה על בעל הנתיבות ועל חכמים אחרים, הסבורים כי סיטומתא הוא קניין מדרבנן: "והיכן מצינו שנמנו רבנן על ככה ואמרו, שתקנו שמנהג סוחרים קונה?"¹⁰⁴

98 למרות קיצור הדברים, ברור מלשון הרמ"א כי הבין שסיטומתא היא קניין שתוקפו מדרבנן בלבד, ולא כפי שניסה בעל שו"ת דבר אברהם (חלק א, סימן א, ענף א, אות ג, ד"ה: "ומצאתי") להסביר בדבריו, כי סיטומתא תוקפה "מדאורייתא", ומה שכתב "מדרבנן" הכוונה רק שחכמים גילו לנו הלכה זו שלא נזכרה בתורה. וראו בהמשך דברי הרמ"א, לעיל הערה 93: "ועוד, דא"כ דלא קנה ישראל רק מדרבנן מכח המנהג". לדעת הרמ"א, קניין שתיקנו חכמים תוקפו רק "מדרבנן" ולא "מדאורייתא". לדיון בשאלה זו ראו: קליינמן, מנהגי הסוחרים, לעיל הערה 6, בעמ' 346-347.

99 ראו דבריו לעיל, הערה 96.

100 כך ביאר את דברי רמ"א גם הרב אברהם יצחק משכיל לאיתן (אב"ד בכמה קהילות ברוסיה, מאות תשע-עשרה והעשרים, הובאו דבריו בשו"ת דבר אברהם, לעיל הערה 98, אות א): "והיינו, דרבנן אמרו ליזל בתר [=ללכת אחר] מנהג התגרין, כדאמרינן נמי בעלמא 'הכל כמנהג המדינה' בפ"ק דב"ב [=בפרק קמא דבבא בתרא (ב, ע"א, במשנה)], ועוד בכ"ד [=בכמה דוכתין (מקומות)]". והשוו לדברי החתם סופר החולק על גישה זו, להלן, ליד הערה 104.

101 ראו: קליינמן, מנהגי הסוחרים, לעיל הערה 6, בעמ' 92-93.

102 בעל הנתיבות מתייחס לדברי כמה מהפוסקים על כך שקידושין שנעשו על ידי קניין "מדרבנן", תוקפם רק "מדרבנן" ולא "מדאורייתא". לדעתו, קניין סיטומתא אינו עדיף מקניין מדרבנן, ולפיכך תוקפו רק "מדרבנן". ביחס לשאלת תוקפם של קניינים שתיקנו חכמים, ראו לעיל, הערה 98.

103 נתיבות המשפט, חושן משפט רא, ביאורים, ס"ק א. כך כתב גם בספרו מקוד חיים, אורח חיים תמח, ביאורים, ס"ק ה, ד"ה: "ולענין" (מקור חיים עם מגן האלף על הלכות פסח 98 [התשל"ו]).

104 שו"ת חתם סופר, לעיל הערה 64. ייתכן כי ביסוד תמיהתו של החתם סופר עומדת ההשוואה בין סוגיית סיטומתא לבין הסוגיה העוסקת בקניין ארבע אמות (בבא מציעא י, ע"א), שהוא קניין מובהק מ"תקנת חכמים". באחרונה מפורש כי מדובר בתקנה, כך במימרא האמוראית הפותחת את הסוגיה: "אמר ריש לקיש משום אבא כהן ברדלא: ארבע אמות של אדם קונות לו בכל מקום, [מאי טעמא] תקינו רבנן דלא אתי לאנצויי" (כך בדפוס, ובכתבי יד "מאי טעמא" אינו, ראו דקדוקי סופרים). וכך גם במימרות האמוראים בהמשך הסוגיה ("כי תקינו ליה רבנן ארבע אמות") ובדיון של סתמא דגמרא. לעומת

אולם כאמור, בעל הנתירות וסיעתו סברו כי דברי רבא גופם הם תקנת חכמים.¹⁰⁵ הדעה שסיטומתא הוא קניין "מדרבנן" או מ"תקנת חכמים" מופיעה גם בדברי אחרונים נוספים.¹⁰⁶ אחד מהם מבאר מה עמד בבסיס תקנה זו ואף גוזר מהסבר זה נפקות הלכתית. לדבריו, קניין סיטומתא נתקן על ידי חכמים מחמת "תקנת השוק", היינו: לשם הקלה על דרכי המסחר. לפיכך, דעת האוחזים בגישה שמדובר בתקנת חכמים היא שתחולתו של קניין סיטומתא רק על קניית מיטלטלין – שדרכם להיקנות לאלתר בשוק – אך לא לגבי מקרקעין.¹⁰⁷

3. הפקר בית דין – הפקר

(א) ר' יצחק אייזיק שטיין

ר' יצחק אייזיק שטיין (רגנסבורג, המאה החמש-עשרה) כותב במפורש כי דין סיטומתא, בדומה לשאר מנהגי ממון, מבוסס על "הפקר בית דין – הפקר". בביאורו לסמ"ג הוא מתייחס לסוגיית הירושלמי, שם נקבע כי "מנהג מבטל הלכה" מן התורה בהלכות פועלים.¹⁰⁸ הוא מבהיר כי למנהג יש כוח לבטל את הדין, שכן הכוונה היא:

לעניין ממונא, ויש כח ביד חכמים להפקיע ממונא והפקר בית דין הפקר אף על גב שדין תורה להיפק. וכן מצינו בפרק איזהו נשך: האי סיטומתא קנייא ובאתרא

זאת, בסוגיית סיטומתא אין כל סימן, לשוני או תכני – לא במימרת רבא ולא בדיון הקצר בסוגיה – היכול לרמז שבתקנת חכמים עסקינן.

¹⁰⁵ ראו למשל: דברי הרב יוסף דב לוין *יד הלוי* סי' מ קל (התש"ט), המשיג על תמיהת החתם סופר הנ"ל: "אדרבה, היכן מצינו רמז בתורה שמנהג הסוחרים קונה, והלא כל הקניינים שהם מן התורה למדנו מכתובים בתורה על זה. וא"כ דין דרבא בודאי הוא מדרבנן".

¹⁰⁶ ראו: ר' אהרן שמואל קוידנובר (וילנה, המאה השבע-עשרה), *שו"ת אמונת שמואל*, סימן מה (הראשונה) (על סמך שו"ת הרמ"א); ר' ברוך פרנקל-תאומים (מורביה, מאות שמונה-עשרה ותשע-עשרה), *שו"ת עטרת חכמים*, חושן משפט, סימן יד, ד"ה: "תשובה"; ר' יוסף באב"ד (גליציה, המאה התשע-עשרה), *מנחת חינוך*, מצווה שלו, תקבב אות יג, ד"ה: "עוד מבואר" (מהדורת מכון ירושלים); ר' מאיר אויערבאך (ליטא-ישראל, המאה התשע-עשרה) *אמרי בינה*, חושן משפט, קונטרס בדיני קניינים, סימן טו, ד"ה: "ואם מהני"; ר' אריה ליבוש ליפשיץ (רוסיה, המאה התשע-עשרה), *שו"ת שם אריה*, יורה דעה, סימן מח, ד"ה: "אך" (כנתיבות); ר' יצחק אלחנן ספקטור (ליטא, המאה התשע-עשרה), *שו"ת עין יצחק*, חלק א, אורח חיים, סימן כב, אות ב (כנתיבות ומסברא, שאם לא כן, לא ניתן להבין את דעת הסבורים שקניין מדרבנן אינו מועיל מדאורייתא. שכיוון שנהגו לקנות בקניין שנתקן על ידי חכמים, ודאי אינו גרוע מקניין שנהגו לקנות באמצעותו מעצמם, היינו קניין סיטומתא).

¹⁰⁷ חתן סופר, לעיל הערה 68, בדף קלז, ע"א, ד"ה: "בעניין". יצוין, כי רוב האחרונים ובתי הדין הרבניים בישראל סוברים כי לדין סיטומתא יש תחולה ביחס למקרקעין, אולם נושא זה שנוי במחלוקת אחרונים. על נושא זה אני מתכוון להרחיב ברצות ה' במקום אחר.

¹⁰⁸ ירושלמי, בבא מציעא, פ"ז ה"א, י"א ע"ב. לפי האמור שם, ההלכה שנלמדה מפסוק (ולכן לדעת רי"א שטיין היא "דין תורה") היא שפועל חייב להשכים ולהעריב לעבודתו. אולם, אם מנהג המקום שונה, "מנהג מבטל הלכה".

"קניין סיטומתא": הבסיס העיוני ויישומים במשפט האזרחי המודרני

דנהגי למיקני כו', וכן בכמה מקומות בתלמוד.¹⁰⁹ וכן כתב לעיל... [הסמ"ג]: וזה עיקר גדול בכל משא ומתן הולכין אחר לשון בני אדם של אותו מקום ואחר המנהג... אבל... [ו]באיסורא אין שייך להתיר דבר האסור מחמת מנהג.¹¹⁰

השאלה שעלינו לשאול היא, על שום מה, לדעת רי"א שטיין, יש להחיל על קניין סיטומתא את הכלל התלמודי "הפקר בית דין – הפקר". והלוא כלל זה נאמר בתלמוד ביחס לבית דין ולתקנות שמתקנים חכמים?¹¹¹

לשאלה זו ניתן לתת שתי תשובות: הראשונה, קניין סיטומתא מבוסס על הפקר בית דין משום שדין זה הוא בגדר תקנת חכמים.¹¹² ואם כך, ברור שתוקפו, כתוקפן של כל תקנות חכמים, מכוח "הפקר בית דין – הפקר". בדעה שקניין סיטומתא הוא תקנת חכמים ושתוקפו מכוח "הפקר בית דין – הפקר" אוחזים גם חכמים אחרים, שדבריהם נידונו לעיל.

הסבר אחר, מחדש יותר, לדעה שקניין סיטומתא מבוסס על הפקר בית דין, הוא שהמנהג כשלעצמו נחשב לחקיקה של הציבור – מעין תקנת קהל ("תנאי בני העיר") – ועל כן בדין הוא שיהא מבוסס על "הפקר בית דין".¹¹³ לפי הבנה זו קיימים שני סוגים של חקיקה: תקנת הקהל ותקנת חכמים – חקיקה מכוונת ויזומה הנוצרת על ידי גוף בעל סמכות חקיקה (טובי העיר או חכמים, בהתאמה) במעמד חד-פעמי; ומנהג – חקיקה שיצירתה על ידי הציבור (כולו או מגזר מסוים בו, כדוגמת הסוחרים) בדרך התנהגותו, וגיבושה לכדי נורמה קבועה ומחייבת ממושך יותר. דומני, שבדרך דומה להבנת דין סיטומתא הלך ר' אליהו לרמן, ולדבריו נפנה כעת.

(ב) ר' אליהו לרמן

בדרך שקניין סיטומתא מבוסס על "הפקר בית דין – הפקר" – דרך שנסללה כבר בתקופת הראשונים – הולכים גם כמה מן האחרונים.¹¹⁴ כפי שצוין בסעיף הקודם, ייתכן שגישה זו מבוססת על ראיית דין סיטומתא כתקנת חכמים. ברם, כפי שנראה להלן, הדבר אינו הכרחי. כך כותב ר' אליהו לרמן (פולין, המאה התשע-עשרה) בתשובה:

- 109 נראה שכוונתו לביטוי המופיע בכמה מקומות במשנה ובתלמוד: "הכל כמנהג המדינה".
110 ביאור מהרא"ש על הסמ"ג, הל' שכירות, מצוות עשה פט רסד, ד"ה: "זאת אומרת" (מהדורת פרבר, ישראל [התשנ"א]).
111 ראו לעיל ליד הערה 92 ובהערה הנ"ל.
112 לפי הסבר זה בדבריו, דומה שרי"א שטיין הבין גם את הכללים "הכל כמנהג המדינה" ו"מנהג מבטל הלכה" כמבטאים תקנת חכמים שתוכנה: מנהג גובר על הדין הרגיל בדיני ממונות.
113 ראו לעיל, הערה 30.
114 ראו: ר' יוסף בן לב (סלונקי-קושטא, המאה השש-עשרה), שו"ת מהריב"ל, חלק ב, סימן פ קצט (ירושלים [התש"ך]); ר' יוסף שאול נתנון (פולין, המאה התשע-עשרה), שו"ת שואל ומשיב, מהדורת תליתאה, חלק ג, סימן קסב, ד"ה: "והנה מה"; הרב טוקצ'ינסקי, לעיל הערה 16, בעמ' קלו, מציין כי בדעה זו אחזו בעל הים של שלמה (ר' שלמה לוריא, פולין, המאה השש-עשרה) ו"ספרי אחרונים שונים".

א"כ הרי קמן דעפ"י ד"ת [=שעל פי דין תורה] מוציאין ממון ע"י התנאי שהתנו ביניהם בני האומנות, מכש"כ [=מכל שכן] קנין סיטומתא דהתנו כל הסוחרים לקנות בקנין כזה – ודאי דקני [=שקונה] ממש מדאורייתא¹¹⁵ ... הא הקונה והמקנה הוו כמו [הנהו בי תרי טבחי] דעבדי ענינא בהדי הדדי [=שני טבחים שעשו תנאי זה עם זה (ב"ב ט, ע"א)] ... ודינם בזה כמו הפקר ב"ד, ה"נ [=כך גם] מפ"ח מנהג הסוחרים הוי הפקר ב"ד.¹¹⁶

לדבריו, קניין סיטומתא נחשב כתנאי ממוני שמתנים ביניהם בעלי מלאכה בעיר ("בני האומנות"),¹¹⁷ ולפיכך תוקפו מדין "הפקר בית דין – הפקר".¹¹⁸ את דבריו בעל שו"ת דבר אליהו ביחס לסיטומתא, "דהתנו כל הסוחרים לקנות בקנין כזה" – יש לבאר באופן הבא: עצם קיומו של מנהג לקנות בדרך מסוימת, שהכל עושים על פיו, נחשב כאילו "התנו" (=עשו תנאי, הסכמה) על כך הסוחרים ביניהם, אף שלא התנו על כך במפורש. במילים אחרות: כשסוחרים קונים בדרך הקניין הנהוגה (קניין סיטומתא) קיים בעסקה תנאי מכלל לא לקנות בדרך זו; תנאי זה תוקפו כתנאי מפורש (תנאי בני העיר) שעשו הסוחרים ביניהם.¹¹⁹ ביסוס קניין סיטומתא על דין "הפקר בית דין" מניח, כי בכוחו של דין זה לא רק להפקיע ממון מבעליו אלא גם להקנות ממון זה לאחר. כך אמנם דעתו של ר"א לרמן.¹²⁰ ברם, עניין זה שנוי, לפי כמה מן האחרונים, כבר במחלוקת אמוראים, ונחלקו בו ראשונים ואחרונים.¹²¹

115 כאן נדרש המשיב לשאלה: כיצד מועיל "תנאי" הסיטומתא שבין הסוחרים, והלוא הדין הוא שתנאם של בני האומנות צריך אישור של "אדם חשוב" (בבא בתרא ט, ע"א). שתי תשובות בפיו לשאלה זו: (1) הסכמת חכמי הש"ס לקניין סיטומתא נחשבת להסכמת "אדם חשוב"; (2) במקום שאין הפסד אין צורך באישור "אדם חשוב" (על פי נימוקי יוסף, שם).

116 שו"ת דבר אליהו, סימן נב, ד"ה: "והנה לתרץ".

117 גם חתם סופר, לעיל הערה 71 ציין לדמיון שבין מנהג ממוני לתנאם של הטבחים הנזכר במסכת בבא בתרא. ברם, שלא כר"א לרמן, לדידו, הבסיס למנהגי ממון, ובכללם קניין סיטומתא, הוא תנאי מכלל לא של הצדדים, ובמפורש לא "הפקר בית דין – הפקר", דין השייך לפי דעתו רק לתקנות חכמים. ראו: חתם סופר, צוטט לעיל ליד הערה 64, ובהערה 65.

118 לדעתו יש לתקנת קהל (תנאי בני העיר ותנאי בני האומנות) תוקף מצד "הפקר בית דין". ראו לעיל, הערה 30.

119 לא ניתן לטעון שכוונת ר"א לרמן היא, כי קניין סיטומתא מתייחס רק למצב שבו "התנו" הסוחרים ביניהם במפורש לקנות בדרך קניין מסוימת, שכן בהמשך דבריו הוא אומר: "הא הקונה והמקנה [בסיטומתא] הוו כמו דעבדי ענינא בהדי הדדי". סיטומתא אפוא היא כמו תנאי שהתנו בני האומנות, אף שלא עשו כן במפורש.

120 ראו שו"ת דבר אליהו, לעיל הערה 116, ד"ה: "הגם". המשיב מביא את דעת "המחברים" שהפקר בית דין הפקר "הוא רק להפקיע מזה אבל לא שיזכה בו אחר", ודוחה אותה באומרו, "דלא מצינו בשום מקום, דאם יש לו לאדם חפץ שקנאו בקנין סיטומתא שלא יוכל לקדש בו אשה – מוכח מזה דקנין ממש הוא" (וראו דברי הנתיבות, לעיל ליד הערה 103, החולק בעניין זה). לעומתו, הרב טוקצינסקי (לעיל הערה 16, עמ' קלח), שפוסק שאין בכוח הפקר בית דין להקנות לאחר, נזקק לבסס את קניין סיטומתא בדרך אחרת. ראו לעיל, ליד הערה 80.

121 למקורות בנושא זה ראו: הרב טוקצינסקי, שם, עמ' קלו-קלח; ר' יצחק אייזיק הלוי הרצוג תחוקה לישראל על-פי התורה, כרך ב 19-29 (התשמ"ט); הרב בן ציון מאיר חי עזיאל השופט והמשפט 39-43

"קניין סיטומתא": הבסיס העיוני ויישומים במשפט האזרחי המודרני

בדברי ר' אליהו לרמן מצאנו אפוא הבנה מחודשת באשר לבסיס המשפטי של קניין סיטומתא, שכמותה לא מצאנו, לפחות לא באופן מפורש, בדברי מי מן הראשונים. קניין סיטומתא, שהוא מנהג שנהגו בו הסוחרים מעצמם, נחשב לדעתו כמו הסכמה של הציבור (תנאי בני האומנות), מעין תקנת קהל. לאור זאת הוא קובע כי תוקפו של קניין סיטומתא מושתת על הכלל "הפקר בית דין – הפקר".

4. עיגון קניין סיטומתא בדרכי קניין אחרות

(א) קניין סיטומתא – מדין קניין חליפין

ביסוס דין סיטומתא על קניין חליפין¹²² היא שיטה מקורית וחדשנית, אשר גובשה על ידי ר' אברהם דב כהנא שפירא (ליטא, מאות תשע-עשרה והעשרים).¹²³ מדברי הירושלמי בקידושין,¹²⁴ מסיק בעל שו"ת דבר אברהם ש"קניין חליפין כל עיקרו מנהגא הוא, ונשתנה עניינו מזמן לזמן בהשתנות המנהג". לדעתו, קניין חליפין מורכב משילוב של הלכה למשה מסיני ומנהג. עצם קיומו של קניין חליפין – נלמד מ"דברי קבלה", היינו מהפסוק ברות ("וזאת לפנינו בישראל שלף איש נעלו") שנדרש בברייתא שבירושלמי הנ"ל, ומכאן שהוא בגדר הלכה למשה מסיני ותוקפו מדאורייתא,¹²⁵ ואולם תוכנו של קניין החליפין ופרטיו נקבעים על פי המנהג המשתנה:¹²⁶ "ההלכה היתה כללית, דכל שייקבע למנהג אצל התגרין לקנות בו יהא קניין גמור... וכן בכל זמן וזמן כפי מנהג התגרין".¹²⁷ ואם כן, נמצא שסיטומתא – קרי, קניין בדרך שנהגו הסוחרים – "לאו קניין

(התשס"ו); אנציקלופדיה תלמודית, כרך י, "הפקר בית-דין", צט-ק. עניין זה קשור לשאלה האם לקניין מדרבנן יש תוקף מדאורייתא. ראו לעיל הערה 98.

122 קניין חליפין מועיל לקניית מקרקעין ומטלטלין. הוא מתבצע כאשר הקונה מקנה כלי שלו למוכר, ובכך הוא קונה את הממכר מידי המוכר.

123 בשו"ת דבר אברהם, חלק א, סימן א, ענף א, אות ג. ר' אברהם דב כהנא שפירא (1871-1943) חי בליטא, למד אצל ר' חיים מוולוז'ין והיה רב ואב"ד בקובנה.

124 ירושלמי, קידושין, פ"א ה"ה, ס"ע: "בראשונה היו קונין בשליפת המנעל. הדא היא דכתיב: וזאת לפנינו בישראל על הגאולה ועל התמורה שלף איש נעלו וגו'... חזרו להיות קונים בקצצ' [ה]... חזרו להיות קוני' [ם] בכסף ובשטר ובחזקה". לדיון בדברי ירושלמי אלו ראו: קליינמן, מנהגי הסוחרים, לעיל הערה 6, בעמ' 152-158.

125 בעל דבר אברהם מניח, שדין הנלמד מ"דברי קבלה" הוא "הלכה למשה מסיני" ושמעמדו כדין "מדאורייתא". הנחה זו אינה מוסכמת על הכול, ויש שגרסו שדברי קבלה הם בגדר דין "מדרבנן". ראו: אנציקלופדיה תלמודית, כרך ז, "דברי קבלה", קח-קי.

126 יש דמיון רב בין דבריו לבין שיטת הרמב"ם ושיטת בעל ספר החינוך ביחס לדרכי הקניין בכלל: מושג הקניין והצורך במעשה קניין הוא מדאורייתא, אך דרכי הביצוע המעשיות שלו נקבעו על ידי חכמים. ראו: קליינמן, מנהגי הסוחרים, לעיל הערה 6, בעמ' 303-305.

127 מעניינים בהקשר זה דברי ר' יעקב מולין (אשכנז, מאות ארבע-עשרה וחמש-עשרה), שו"ת מהרי"ל החדשות, סימן קל קסה (מכון ירושלים [התשל"ז]): "ואע"ג... דדבר שאינו מסורי" צ"ל: מסויים. הערת מהדיר] אינו נעשה חליפין, וכן מטבע, היינו טעמ' [א] דעיקר קנין חליפין הוי כמנהג תגרי, ולא נהיגי תגרי אלא להחליף בדבר המסויים, אוכל וכה"ג [=וכיוצא בזה]". אמנם, המהרי"ל שם אינו קושר בין קניין חליפין לקניין סיטומתא.

חדש הוא, אלא היינו חליפין ממש".¹²⁸ בעל דבר אברהם אינו רואה בדבריו הסבר עיוני-תאורטי בלבד לשאלת יסודו של קניין סיטומתא, אלא הגדרה הלכתית מדויקת, אשר ממנה נגזרות נפקויות הלכה למעשה. זיהוי סיטומתא עם קניין חליפין, מוביל לדידו, בהכרח, להחלת כל הדינים והמגבלות שנאמרו ביחס לקניין חליפין על קניין סיטומתא. לאור האמור הוא קובע כי לדעת התוספות,¹²⁹ האומרים ששאלה ושכירות אינן נקנות בחליפין – לא ניתן יהא לקנותן גם בקניין סיטומתא, שהרי סיטומתא וחליפין חד הם.¹³⁰

(ב) קניין סיטומתא – מדין קנייני משיכה וחזקה

שיטה דומה, הגם שאינה זהה, מצויה אצל חכם אחר מאותה תקופה, ר' דוד פרידמן (קרלין, מאות תשע-עשרה והעשרים),¹³¹ המסתמך אף הוא, בין היתר, על הברייתא מהירושלמי שהוזכרה לעיל:

דכל הקניינים הם רק איזה מנהג שנהגו לעשות זה, להוראה שכבר יצא הדבר מרשותו של מוכר לרשותו של לוקח, והלמ"מ [=והלכה למשה מסיני] נמסרה רק בדרך כלל, שבעשיית איזה דבר שמורה לפי מנהג המקום שהדבר הנמכר יצא מרשות המוכר לרשות הלוקח – נקנה המקח בזה במטלטלים, ונכנסים כל המנהגים האלו בגדר משיכה, ובקרקעות – בגדר חזקה.¹³² ... הרי מבואר לפניך, דכל דרכי הקניינים לא נמסרו בפירוש מן התורה, אלא שנמסר מתורה שבע"פ, שבדבר שיש בו הוראה לפי

128 בעל דבר אברהם מדגיש, כי ההלכה של קניין סיטומתא-חליפין נאמרה רק על "מנהג" הסוחרים ולא על "תקנה" שלא הפכה למנהג. לפיכך, תוקפו של קניין מכוח המנהג הוא מדינאי, ככל מעשה קניין גמור, ואין אנו נזקקים כלל לדין "הפקר בית דין – הפקר" שהוא הבסיס לתוקפן של תקנות. אף שלא ציין זאת במפורש, ייתכן שדבריו נאמרו בעקבות הרא"ש (כלל נה, סימן י), שקבע בנחיצות כי "הפקר בית דין" נאמר רק ביחס לתקנה אך לא ביחס למנהג.

129 תוספות, בבא מציעא יא, ע"ב, ד"ה: "מקומו".

130 שו"ת דבר אברהם, חלק ב, סימן כ, אות א, ד"ה: "הנה רואה אני". עוד הוא קובע שם, כי לא ניתן לקנות עבד עברי בקניין סיטומתא, שהרי ההלכה היא שאין עבד עברי נקנה בחליפין. ראו: קידושין ח, ע"א, ובתוספות ד"ה: "ומאי"; רמב"ם משנה תורה, הלכות עבדים, פרק ב, הלכה א, ומשנה למלך, שם.

131 ר' דוד פרידמן (1828-1915), רבה של קרלין, היה מפורסם במקוריותו הלמדנית. התרכז בתורתם של ראשונים ולא עסק בספרי האחרונים. ראו עליו בהקדמתו של הרב שילה רפאל "גאון במקוריותו", בתוך: הרב דוד פרידמן פסקי הלכות יד דוד – הלכות אישות חלק ג (התשל"א).

132 חזקה היא אחת מדרכי הקניין במקרקעין. היא מתבצעת על ידי פעולות של הקונה המבטאות את בעלותו במקרקעין, כגון: נעילת דלת, גידור המקרקעין בגדר או פריצת הגדר. ראו: רמב"ם משנה תורה, הלכות מכירה, פרק א, הלכות ח-טז.

"קניין סיטומתא": הבסיס העיוני ויישומים במשפט האזרחי המודרני

מנהג ותיקין [צ"ל: ותיקון]¹³³ המקום, שהדבר יצא מרשות המוכר ונכנס ברשות הלוקח – קונה.¹³⁴

כאמור, שיטתו של בעל יד דוד דומה מאוד לזו של דבר אברהם. ברם, בעוד לפי האחרון נכללים כל מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין בקניין "חליפין", הרי שלדעת הראשון דרכי הקניין הנהוגות במיטלטלין נכנסות תחת קניין "משיכה", ואלו שבמקרקעין – תחת קניין "חזקה".¹³⁵

5. סיכום: הבסיס העיוני לקניין סיטומתא
שתי שיטות מרכזיות, המתפצלות בתוכן לשיטות משנה, הועלו על ידי פוסקי ההלכה, ראשונים ואחרונים, לשם ביסוס קניין סיטומתא:
(א) קיומו של מנהג בין הסוחרים נחשב לתנאי מכללא של הצדדים לבצע את העסקה בהתאם למנהג. לפי דעה זו, הבסיס לקניין סיטומתא נעוץ בגמירות דעתם של הצדדים וביכולתם להתנות על ההלכה בענייני ממון (רשב"א, מהרשד"ם ועוד).
(ב) דין סיטומתא הוא תקנת חכמים. לפי גישה זו, קניין סיטומתא דומה לדרכי קניין אחרות שתיקנו חכמים, ותוקפו כשאר תקנות חכמים, מכוח "הפקר בית-דין – הפקר" (מהר"ם מינץ, רמ"א, בעל נתיבות המשפט ועוד).
החל מן המאה התשע-עשרה הוצעו דרכים מקוריות נוספות לביסוס דין סיטומתא, שלא מצאנו כמותן אצל הראשונים. רבים מן האחרונים גרסו שקניין סיטומתא מבוסס על גמירות דעת הצדדים. אמנם, כאמור, בתפיסה זו אחזו כבר כמה מן הראשונים, ברם, בניגוד לקודמיהם שאמרו שהצדדים נחשבים כמי שהתנו ביניהם לקנות בדרך הקניין הנהוגה – לדעת בעלי גישה זו, כאשר גמירות דעתם של הקונה והמקנה ברורה, אזי אין כלל צורך במעשה קניין (רמ"צ ויטמאיר, ר"ש קלוגר, ר"י אנגל, רש"ש, ועוד).
שתי שיטות נוספות, קרובות זו לזו, ביססו את קניין סיטומתא על דרכי קניין מוכרות בהלכה. בעל שו"ת דבר אברהם סבור שקניין סיטומתא הוא למעשה קניין חליפין. בדומה לו כותב ר' דוד פרידמן כי קניין סיטומתא במיטלטלין נכלל בקניין משיכה, ואילו זה שבמקרקעין נכלל בקניין חזקה.

133 ייתכן שהטעות נובעת מחמת הביטוי השגור בפוסקים ביחס למנהגים, "מנהג ותיקין". מקור הביטוי במסכת סופרים, פרק יד 270-271 (מהדורת היגער).

134 ר' דוד פרידמאן פסקי הלכות עם ביאור יד דוד הלכות אישות, חלק א 228-229, הגהה א (התשכ"ה). ספר זה נדפס לראשונה בוורשה בין השנים תרנ"ח-תרס"א, ובעל דבר אברהם מציין כי ראהו אחר שכבר גיבש את שיטתו שלו ועוד בטרם נדפס חלק א של תשובותיו בוורשה, בשנת תרס"ו. ראו: שו"ת דבר אברהם, לעיל הערה 123, ד"ה: "ולפ"ז".

135 הרב וייס מנחת אשר – ויקרא, לעיל הערה 15, בעמ' שסב, מציע שהבסיס לקניין סיטומתא, שמהותו היא המעשה המקובל לבטא קניין, גם לגבי מיטלטלין – הוא מצד קניין "חזקה". ואף שלהלכה קניין חזקה אינו מועיל במטלטלין, זה דווקא לגבי תיקון הממכר, שמועיל במקרקעין (נעל, גדר או פרץ) אך לא במיטלטלין, "אבל סיטומתא דכל קנינו ביטוי וסימן לגמר קנין מהני [=מועיל] אף במטלטלין".

ג. יישומים של דין סיטומתא במשפט האזרחי המודרני

במאות האחרונות, ובמיוחד בעשורים האחרונים, התפתחו בעולם דרכים חדשות להעברת בעלות וליצירת התחייבויות, דרכים אשר זכרן לא בא בספרות ההלכה הקלאסית. עם הזמן עוגנו פרקטיקות אלו במשפט האזרחי המודרני, בתחומי הקניין והחובים. מציאות זו חייבה התייחסות הלכתית, והניבה דיונים רבים של פוסקי הלכה בשאלת תוקפן המשפטי של צורות הקניין והחוב המודרניות.

כפי שכבר צוין במבוא, במקרים רבים אין בכוחן של דרכי הקניין הקלאסיות לתת תוקף הלכתי לפרקטיקות המודרניות, שכן בדרך כלל, פרקטיקות אלו אינן ממלאות אחר הדרישות ההלכתיות של דרכי הקניין הקלאסיות (משיכה, הגבהה, חזקה, חליפין וכדומה). לפיכך, התמקד חלק ניכר מן הדיון ההלכתי בתוקפן של הפרקטיקות החדשות, בשאלת היכולת להחיל עליהן את מנהג המדינה מכוח "קניין סיטומתא".

בפרק זה אסקור כמה מן הפרקטיקות הללו,¹³⁶ תוך מעקב אחר דברי חכמים שדנו בהן לאור דין סיטומתא. תשומת לב מיוחדת אקדיש לדעות שסירבו להחיל את קניין סיטומתא על פרקטיקה זו או אחרת, ואנסה לבחון את המניעים שעמדו בבסיסן.

ראוי להדגיש כי לעתים מסווגים פוסקי ההלכה את המקרה שלפניהם בשונה מן הסיווג המקובל במשפט המודרני ובכלל זה במשפט הישראלי. כך למשל, נראה להלן שלפי המשפט האזרחי והמנהג הקיים במדינת ישראל, תשלום בכרטיס אשראי הוא אמצעי תשלום בלבד ואין בכוחו להעניק לקונה זכות קניינית בממכר; וכן, שמסחר אלקטרוני הוא כלי לכריתת חוזה בין מוכר וקונה אך גם הוא אינו מעניק לקונה זכות קניינית בממכר. לעומת זאת, פוסקי ההלכה שהתייחסו לפרקטיקות אלו ראו בהן בדרך כלל דרכים לרכישת זכות קניינית בממכר, ודנו בהן לפי הנחה זו.¹³⁷

דוגמה נוספת לשוני בין פוסקי ההלכה לבין המשפט הישראלי היא ביחס לסיווג המשפטי: הפוסקים ראו בחתימה על חוזה, ובכלל זה חוזה-מכר מקרקעין, פעולה של מעשה קניין היוצרת את התוקף ההלכתי-משפטי של ההתחייבות החוזית. לפי המשפט הישראלי לעומת זאת, המצב שונה, והתוקף החוזי של חוזה-מכר מקרקעין תלוי בהתמלאות שלושה רכיבים: גמירת דעת, מסוימות החוזה ו"דרישת הכתב" (העלאת חוזה המכר על הכתב).¹³⁸ "דרישת הכתב" אינה דורשת בהכרח את חתימת הצדדים על החוזה, והדבר תלוי

¹³⁶ מקוצר היריעה לא אוכל להתייחס במסגרת מאמר זה לכמה עניינים בתחומי הקניין והחובים שנידונו על ידי הפוסקים בדורות האחרונים לאור קניין סיטומתא. לדוגמה: העברת בעלות (או זכות קניין אחרת) במקרקעין באמצעות רישום בלשכת מרשם המקרקעין (טאבו); הקנאת שטרות (ובכלל זה שיקים); הקנייה באמצעות דיבור; המחאת (=הקנאת) זכויות חוזיות ("דבר שאין בו ממש"); הקנאת נכסים וזכויות עתידיים ("דבר שלא בא לעולם"); ועוד. בכוונתי לעסוק בעניינים אלה בעז"ה במקום אחר.

¹³⁷ ראו להלן, ליד הערות 150-160, 205-212, 219-220.

¹³⁸ על יסודות אלו ראו: דניאל פרידמן ונילי כהן *חוזים* 266-319 (התשנ"א).

"קניין סיטומתא": הבסיס העיוני ויישומים במשפט האזרחי המודרני

בגמירת דעת הצדדים.¹³⁹ נמצא כי מצד אחד אין די בחתימה על חוזה-מכר מקרקעין כדי לתת תוקף חוזי להסכם, ומצד שני לא בכל מקרה היא הכרחית. כבר צוין לעיל כי לפי ההלכה, נחוץ מעשה הקניין הן להעברת בעלות והן ליצירת התחייבות.¹⁴⁰ כשדנו בפרקטיקות המודרניות, השתמשו פוסקי ההלכה בקניין סיטומתא לשתי מטרות אלו, אם כי לא תמיד ציינו באיזו מן השתיים מדובר. בדיונים שבפרק זה יש לשים אפוא לב לכך שלעיתים השתמשו הפוסקים בקניין סיטומתא כדרך קניין להעברת בעלות בממכר (למשל, בדיון על רכישה בכרטיס אשראי ועל מסחר אלקטרוני כדרך לרכישת בעלות בממכר), ולעיתים השתמשו בקניין זה כדרך קניין ביחס להתחייבות החוזית (למשל, בדיון אודות חתימה על חוזה-מכר כמעניקה תוקף לחוזה), ולא דנו ביחס להעברת הבעלות בממכר נשוא החוזה.

בעידן המודרני, מעצב בדרך כלל משפט המדינה – הכולל את חוקיה ואת פסיקת בתי המשפט המפרשת אותם – את מנהגי הממון, שכן, התקשרויות חוזיות וקנייניות בין בני אדם מקבלות את תוקפן המשפטי מכוח החוק והפסיקה. עם זאת, דין סיטומתא נקבע לא על פי החוק והפסיקה האזרחיים, אלא לפי מידת השתקפותם של אלו במנהג המדינה. משום כך, לצורך הכרעה בתוקפה ההלכתי של פרקטיקה מודרנית כלשהי על סמך "קניין סיטומתא", על הפוסק לערוך בירור משפטי לפי המשפט האזרחי במדינה, אך גם לבחון עד כמה המנהג בנוגע לפרקטיקה הנדונה תואם את המצב המשפטי. אכן, כפי שנראה במהלך פרק זה, למשפט המדינה יש השפעה רבה על שאלת התוקף ההלכתי של הדרכים החדשות ליצירת קניין והתחייבות, מכוח המנהג הממוני ומכוח קניין סיטומתא.¹⁴¹

1. דרכי מסחר מודרניות

(א) רכישת מוצרים באמצעות כרטיס אשראי¹⁴²

השימוש בכרטיסי אשראי כאמצעי תשלום החל בארצות הברית בתחילת המאה העשרים, והגיע לישראל במחצית השנייה של שנות השבעים באותה מאה. לקראת סוף המאה העשרים כבר עלה היקף השימוש בכרטיסי אשראי בישראל על היקף השימוש בהמחאות, ומאז הוא רק הולך ועולה.¹⁴³

139 פרידמן וכהן, שם, בעמ' 448-456.

140 ראו לעיל, הערה 3.

141 להבהרה, מאמר זה אינו עוסק בשאלת תוקפם ההלכתי העצמאי של חוקי המדינה מכוח "דינא דמלכותא", אלא רק בתוקפן של הפרקטיקות הנוצרות עקב חוקי המדינה, קרי: המנהג, מכוח "קניין סיטומתא". הנושא הראשון נידון בהרחבה במקומות אחרים. ראו: אליאב שוחטמן "הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל" שנתון המשפט העברי טז-יז 417-500 (התש"ן-התשנ"א); ישראל בן-שחר ויאיר הס "התוקף ההלכתי של חוקי המדינה" כתד – מחקרים בכלכלה ומשפט על פי ההלכה א 339-385 (התשנ"ו).

142 כרטיסי חיוב כוללים כרטיסי אשראי וכרטיסי חיוב שאינם כרטיסי אשראי. מכיוון שהשימוש הרווח בישראל הוא בכרטיסי אשראי, אייחד את הדיון לכרטיסי אשראי בלבד.

143 לדיון בהיבטים משפטיים וכלכליים הנוגעים לכרטיסי אשראי, ראו: דין וחשבון הוועדה לבדיקת הבעיות המשפטיות של כרטיסי אשראי (משרד המשפטים, התשמ"ב-1982); תמר גלעד ההיבטים

למיטב ידיעתי, שאלת תוקפה ההלכתי של רכישת מוצרים – קרי: מיטלטלין¹⁴⁴ – באמצעות כרטיס אשראי, נידונה לראשונה, אגב דיון בעניין אחר, על ידי הרב יעקב אריאל, בתשובה משנת תשל"ה (1975). הרב אריאל פסק כי מכיוון שנהגו לקנות בכרטיסי אשראי, יש לקנייה בדרך זו תוקף מכוח קניין סיטומתא.¹⁴⁵ גם חכמים נוספים סברו כי יש לרכישה בכרטיס אשראי תוקף של קניין סיטומתא,¹⁴⁶ מכוח מנהג הסוחרים.¹⁴⁷ חכמים אחרים השתיתו את תוקפה של הרכישה על דרכי קניין אחרות¹⁴⁸ וכן על הכלל "דינא דמלכותא".¹⁴⁹

המשפטיים של מערכת כרטיסי אשראי בישראל (חיבור לשם קבלת התואר ד"ר למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן – הפקולטה למשפטים, התשנ"ה); אפרים ברק ועמיר פרידמן כרטיסי חיוב: היבטים משפטיים ומעשיים של כרטיסי אשראי ובנק (1997); גיל בריצמן אמצעי תשלום: כרטיסי חיוב וכרטיסי אשראי (1998). הנתונים שבטקסט הם על פי ברק ופרידמן, שם, בעמ' 7. המסחר האלקטרוני הצרכני מעצים עוד יותר את מידת השימוש בכרטיסי אשראי, שכן מסחר זה מתבסס בעיקר על אמצעי תשלום זה. שימוש בכרטיס אשראי כאמצעי תשלום בעסקאות-מכר רווח במקר מיטלטלין, ובכך יתמקד הדיון ההלכתי-משפטי להלן. דיון בשימוש בכרטיס אשראי במסגרת עסקאות-מכר במקרקעין או בזכויות (חוזיות) חורג מגבולותיו של מאמר זה.

הרב יעקב אריאל שו"ת באהלה של תורה, צט, "דרכי הקנין במחסן המושב", 479 (התשנ"ח). השאלה עוסקת בחבר מושב שקנה דשן כימי וחתם על טופס המחייב את חשבונו בהנהלת החשבונות של היישוב. בטרם הספיק ליטול את הדשן מן המחסן, בא חבר אחר שלא ידע על כך, שילם בעד הדשן ולקחו לביתו. הרב אריאל פסק כי החתימה של הראשון על הטופס נחשבת "קנין גמור" מדין קניין סיטומתא, "שמכיון שדרך העולם ומנהג הסוחרים להתייחס לחתימה על מסמך כזה כאל גמר הקנין – הוי קנין 'סיטומתא', שאין אחד מהם יכול לחזור בו" (שם, בעמ' 482). והוסיף: "וכן נהגו לקנות בכרטיס אשראי; וקנין זה [=באמצעות אשראי במושב] דומה בצורתו לקנין בכרטיס אשראי". הרב אריאל גם השווה בין שתי הפרקטיקות הללו, "שצורת קנין זו [אשראי במושב] דומה בכל לקנין בכרטיס אשראי" (שם, בעמ' 480).

לשם כס יש להניח, שבמקום שנהגו לקנות מיטלטלין בכסף ("מעות"), כמו בימינו, יש לכך תוקף הלכתי מכוח קניין סיטומתא. כך פוסקים כמה דיינים בימינו, ראו למשל: הרב דב ליאור שו"ת דבר חברון חלק א, חושן משפט, סימן מח, 156 (התשס"ה); וכך אמר לי בשיחה בעל פה הרב יעקב אריאל. וראו גם דברי הרב דיכובסקי, להלן הערה 150. לעומת זאת, הרב אשר וייס אמר לי, שהוא מסופק בכך, כיוון שחכמים ביטלו קניין מעות במיטלטלין. נושא זה ראוי לדיון נפרד החורג מגבולותיו של מאמר זה.

ראו: הרב צבי יהודה בן-יעקב "חזרה ממקח שנקנה באמצעות כרטיס אשראי" תחומין יז 282, 284 (התשנ"ז) [=שו"ת משפטיק ליעקב, חלק ב, סימן יג (בשינויים קלים), עמ' קצח, רא]; הרב שלמה דיכובסקי "האינטרנט בהלכה" תחומין כב 333 (התשס"ב); הרב אליעזר שטיינברגר "מסחר אלקטרוני – האם יש בו איסור ריבית?" תחומין כג 393 (התשס"ג).

(1) קניין באמצעות הענקת הנאה מן הקונה למוכר ("בההיא הנאה") – ראו: הרב משה אדלר "קנין הנאה, והאם מועיל לכרטיסי אשראי" בלכתך בדרך 76 (חורף התשס"ב); (2) קניין כסף – אף שהקונה אינו משלם ישירות למוכר, אלא משלם לחברת האשראי וזו משלמת מאוחר יותר למוכר, נחשב הדבר לקניין כסף מדין "עבד כנעני", כאמור בקידושין ז, ע"א. ראו: הרב דיכובסקי, שם, בעמ' 332; לדעת הרב בן-יעקב, יש דין של קניין כסף רק לאחר שחברת האשראי כבר שילמה למוכר. ראו מאמרו, שם, בעמ' 284 [=שו"ת משפטיק ליעקב, בעמ' קפז]. וכך הציע גם הרב שטיינברגר, שם, בעמ' 392, 395. לעומתם, יש שסברו שתשלום באשראי אינו בגדר קניין כסף. ראו להלן, הערה 178.

כלל זה מעניק תוקף הלכתי ישיר, בתנאים מסוימים, לחוקי המדינה. ראו: הרב בן-יעקב במאמרו, שם, בעמ' 282; הרב דיכובסקי, שם, בעמ' 333 (רכישה באינטרנט בכרטיס אשראי). וראו לעיל הערה 141.

"קניין סיטומתא": הבסיס העיוני ויישומים במשפט האזרחי המודרני

עיון בדבריהם של חכמי הלכה במדינת ישראל, שהעניקו תוקף קנייני לפרקטיקה זו, מלמד כי הם הבינו שתשלום בכרטיס אשראי הוא דרך קניין היוצרת בממכר "קניין גמור", ולפיכך בכוחו להעביר את הבעלות בממכר לידי הרוכש.¹⁵⁰ כמה מהם קבעו כך גם במקרה שהממכר אינו ברשות המוכר או שטרם יוצר ("לא בא לעולם").¹⁵¹ אולם נראה לעניות דעתי, כי בדיקה של החוק ושל "מנהג המדינה" בישראל תוביל למסקנה הלכתית אחרת.

לפי החוק והמנהג בישראל, כרטיס אשראי אינו אלא אמצעי תשלום. נפתח בהבהרת המצב לפי החוק: לפי דיני הקניין האזרחיים בעולם ובישראל, עסקת-מכר מתבצעת בשני שלבים. השלב הראשון, השלב החוזי (המכונה גם אובליגטורי, קרי: שלב ההתחייבות), משתכלל בעת שנכרת בין הצדדים חוזה מחייב, שעיקרו התחייבות של המוכר להעביר לקונה את הבעלות בממכר, וכנגדה התחייבות של הקונה לשלם את תמורת הממכר.¹⁵² השלב השני בעסקה, השלב הקנייני, מתרחש בעת העברת הבעלות בממכר אל הקונה. פעמים רבות מתבצעים שני השלבים הללו בו זמנית,¹⁵³ אך לא אחת קיים פער זמנים ניכר ביניהם,¹⁵⁴ שקיומו עלול לגרום לבעיות משפטיות שונות.¹⁵⁵

חוק החוזים קובע, כי "חוזה נכרת בדרך של הצעה וקיבול".¹⁵⁶ התשלום עבור הממכר אינו הכרחי לצורך כריתת החוזה, ורבים מחוזי המכר נכרתים בטרם בוצע תשלום, והתשלום הוא רק תנאי בחוזה שקיומו מוטל על הקונה.¹⁵⁷ עם זאת, במקרים רבים של מכירת מוצרים,

150 הרב אריאל קבע, שקנייה בכרטיס אשראי יוצרת "קנין גמור", כי כך "דרך העולם ומנהג הסוחרים" להתייחס לפרקטיקה זו. ראו דבריו שצוטטו לעיל הערה 145; הרב בן-יעקב, לעיל, כתב שקנייה בכרטיס אשראי היא "כקנין סיטומתא... וא"כ היא קנין גמור", והוסיף שהקניין חל מדין סיטומתא גם אם מדובר בממכר שאינו ברשותו או שלא בא לעולם; הרב דייכובסקי, לעיל, דן ב"קנין באינטרנט" ומבאר שתשלום לחברת האשראי מועיל מדין "קניין כסף": "אמנם כסף אינו קונה מטלטלין", אך במסחר אלקטרוני – שבו "הקנין" מתבצע באמצעות תשלום בהסכמה משותפת של מוכר וקונה ואינו מתבצע בממכר מסוים – ניתן לסמוך על הדעות ש"מועיל הקנין... לקנות בכסף". אמנם, הממכר הוא פריט וירטואלי ש"אין בו ממש" ופעמים רבות "לא בא לעולם" או "אינו ברשותו" של המוכר. אולם לדעתו, ניתן לפתור בעיות אלו מכוח קניין סיטומתא ודינא דמלכותא, ראו להלן ליד הערה 212; הרב שטיינברגר, לעיל הערה 147, בעמ' 395, פרק ט, סעיף ג, הציע (בלא להכריע) "שבמקח הנעשה ע"י כרטיס אשראי יש קנין... מצד סיטומתא, דהוי קנין גמור".

151 הרב בן-יעקב, לעיל; הרב דייכובסקי, לעיל.

152 בדרך כלל, כולל הסכם-מכר גם התחייבויות נוספות, כגון מועדי התשלום ואספקת הממכר לקונה.

153 עסקות כאלה, הקרויות עסקות ראליות, הן חלק גדול מעסקות-המכר היומיומיות. למשל, אדם נוטל מוצר מן המדף בחנות ומשלם בעבורו למוכר. כריתת החוזה והעברת הקניין במוצר באים כאחד.

154 למשל, אדם מזמין מכשיר חשמלי ומסכם עם המוכר על המחיר ומועד האספקה (שלב חוזי). האספקה, קרי: מסירת הממכר לקונה, נעשית כעבור כמה ימים (שלב קנייני). דוגמה זו תידון בהמשך.

155 הבעיות "הקלאסיות" שעלולות לקרות בתקופת הביניים שבין השלב החוזי בעסקת-מכר לבין השלב הקנייני, הן: אובדן הממכר או קלקולו, חדלות פרעון של המוכר, הטלת עיקול על נכסי המוכר.

156 ראו סעיף 1 לחוק החוזים.

157 למשל, ספק מוכר לקמעונאי סחורה באשראי (מה שמכונה בעגה: "שוטף פלוס שלושים/שישים"). כריתת החוזה מתבצעת כאשר סוכמו ביניהם תנאי החוזה, בלא קשר למועד התשלום העתידי.

לא משתכלל חוזה עד לביצוע התשלום. לפי החוק, קיבול יכול להיות בהתנהגות: ¹⁵⁸ כשאדם נכנס לחנות ונוטל בידו מוצר או מזמין מוצר שיסופק לו מאוחר יותר, יש כאן "הצעה" מצד המוכר למכור לקונה את המוצר, אם הלה יסכים לשלם את מחירו. ביצוע התשלום על ידי הקונה – בכרטיס אשראי או במזומן – מהווה "קיבול" בהתנהגות מצדו להצעת המוכר, ומשכלל את החוזה בין הצדדים. ¹⁵⁹

לאור האמור, תשלום באמצעות כרטיס אשראי הוא אמצעי תשלום. לעתים החוזה נכרת עוד לפני ביצוע התשלום, אולם פעמים רבות במכירת מוצרים, ביצוע התשלום בכרטיס אשראי או במזומן הוא אשר ישכלל את חוזה-המכר בין הצדדים. בכל מקרה, אין בכוחו של תשלום בכרטיס אשראי להקנות לרוכש בעלות (קניין) בממכר נשוא העסקה. כאמור לעיל, לצורך יישומו של דין סיטומתא, לא די לבדוק את עמדת החוק האזרחי ביחס לתשלום בכרטיס אשראי, אלא יש לבחון גם את ה"מנהג" המקובל אצל הנוקטים פרקטיקה זו, ולבדוק באיזו מידה תואם מנהגם את החוק. דומני כי גם הקונה המצוי המשלם עבור מוצר בכרטיס אשראי אך טרם קיבלו לידי, מבין כי בעת ביצוע תשלום כאמור מתבצעת "עסקה" – קרי: נכרת חוזה בינו לבין המוכר.

לאור האמור דעתי היא כי מבחינה הלכתית, תשלום באמצעות כרטיס אשראי בעסקאות-מכר במוצרים, עשוי לשכלל חוזה – קרי: התחייבות חוזית תקפה – בין הקונה למוכר מכוח דין סיטומתא, אם לא השתכלל החוזה קודם לכן. משמעות הדברים היא, כי לאחר ביצוע התשלום, מחויב המוכר לספק לקונה את הממכר המוסכם, אם לא בוצעה האספקה באופן מיידי, והקונה מצדו מחויב לשלם את מלוא התמורה, אם זו טרם שולמה. ¹⁶⁰

158 סעיף 6(א) לחוק החוזים: "הקיבול יכול שיהיה במעשה לביצוע החוזה או בהתנהגות אחרת, אם דרכים אלה של קיבול משתמעות מן ההצעה".

159 בחוק החוזים ובחוק הגנת הצרכן לא מצוין מהו המועד המדויק שבו נכרת החוזה בעסקות של מכירת מוצרים או שירותים. היינו, מי מבין הצדדים לעסקה – המוכר או הקונה – הוא המציע, ומי המקבל, וממילא גם מהו מועד הקיבול. פרידמן וכהן, לעיל הערה 138, בעמ' 182-186, סוקרים כמה גישות בנושא זה. בדבריי אני הולך בעקבות דעתם שם, כי הגישה הראויה היא לראות במוכר מציע, ובתשלום מצד הקונה קיבול. ואם כך, החוזה בין הצדדים נכרת בעת התשלום. לפי גישה אחרת המובאת שם, החוזה נכרת בעת שהקונה נוטל את החפץ מן המדף.

160 לצורך הדיון במאמר זה אני מניח, כדעת רבים מן האחרונים, כי קניין סיטומתא מועיל לא רק לשם העברת זכות קניינית, אלא גם לשם יצירת התחייבות חוזית כדוגמת התחייבות למכר. ולכן, למרות שנחלקו הפוסקים אם יש תוקף להתחייבות למכר (בשל בעיות "קניין דברים" ו"קניין אתן"), כאשר נהוג לבצע התחייבויות כאלו, כמקובל בימינו, יש לכך תוקף מכוח קניין סיטומתא. הנחה זו מבוססת, בין היתר, על הממצאים המוצגים להלן, ליד הערות 230-244, ולפיהם רוב פוסקי ההלכה האחרונים, ובכלל זה פוסקים ודיינים בימינו, קבעו לאור המנהג, כי יש תוקף להתחייבויות חוזיות מכוח דין סיטומתא. לדיון מקיף בנושא זה ראו עוד: ורהפטיג, לעיל הערה 3, בעמ' 115-188. וקביעתו שם, בעמ' 188: "למעשה, ההתחייבות התקבלה והתפשטה, כפי שמוכח מתשובות רבות של האחרונים". מדבריו (שם, בעמ' 183, 188) עולה, שלפי הדעה המקובלת באחרונים, ניתן לכפות את המוכר לעמוד בהתחייבותו ולספק את הממכר (מעין אכיפת חוזה בדרך של "ביצוע פְּעִין"), ואם המוכר גרם לסיכול האפשרות לספק את הממכר, יחויב בתשלום דמיו.

"קניין סיטומתא": הבסיס העיוני ויישומים במשפט האזרחי המודרני

האם מועד ביצוע התשלום בכרטיס אשראי הוא גם המועד ההלכתי מכוח דין סיטומתא שבו עוברת הבעלות בממכר לידי הקונה? נראה לי, כי בחינת החוק הישראלי והמנהג בקרב הצדדים לעסקה באשר לנקודה זו, מוליכה לתשובה שלילית.

לפי החוק הישראלי, בהיעדר הסכם אחר בין הצדדים, הבעלות במיטלטלין עוברת "במסירתו" של הממכר לקונה, גם אם טרם בוצע התשלום במלואו או בחלקו. מצד שני, גם אם בוצע מלוא התשלום, אין הבעלות עוברת לקונה כל עוד לא בוצעה "מסירה" בממכר.¹⁶¹ הפרשנות המשפטית למונח "מסירה" שנויה במחלוקת בין המלומדים, והפסיקה בישראל אימצה את הגישה שלפיה די בהעמדת הממכר לרשות הקונה גם אם טרם בוצעה מסירה פיזית.¹⁶²

אם נעבור מן החוק לבירור המנהג, הרי שהקונה המצוי יודע כי המוכר צריך לספק לו את המוצר ששילם בעבורו במועד שנקבע, אך בדרך כלל הוא אינו מודע כלל לשאלה, מתי עוברת אליו הבעלות במוצר זה.¹⁶³ מדובר אפוא במציאות שבה אין "מנהג" ברור באשר למועד העברת הבעלות בממכר. לפיכך, לא ניתן ליישם את דין סיטומתא לגבי מועד העברת הבעלות, ושאלה זו תוכרע בהתאם לדיני הקניין הרגילים בהלכה. לפי ההלכה, הבעלות במיטלטלין עוברת רק בעת מסירת המיטלטלין לקונה ("משיכה" או "הגבהה").¹⁶⁴ מבחינה הלכתית, זהו אם כן המועד שבו עוברת לידי הקונה הבעלות בממכר שעליו שילם בכרטיס אשראי.¹⁶⁵

נסכם את שראינו עד כה. לפי פוסקי ההלכה שדבריהם הובאו לעיל, הבעלות במוצר שנקנה בכרטיס אשראי עוברת לקונה בעת ביצוע התשלום. לעומת זאת, מסקנתי לאור בירור החוק והמנהג בישראל הייתה, כי תשלום בכרטיס אשראי הוא רק אמצעי תשלום, וכי

161 סעיף 33 לחוק המכר, התשכ"ח-1968, קובע: "הבעלות בממכר עוברת לקונה במסירתו, אם לא הסכימו הצדדים על מועד אחר או על דרך אחרת להעברת הבעלות".

162 לדעת צלטנר, יש לפרש את המונח "מסירה" בסעיף 33 לחוק המכר, בהתאם לאמור בסעיף 8(א) לחוק: "מסירת הממכר תהא בהעמדת הממכר לרשות הקונה". בדעה זו אוחד גם לרנר. לפי גישה זו, "מסירה" אינה מחייבת העברת חזקה פיזית, וכדי להעביר לקונה בעלות בממכר, די להעמידו לרשותו, גם אם טרם נמסר לחזקתו. כך, יהא, למשל במקרה שהממכר מצוי בידי המוכר אך הקונה בחר שלא ליטלו עמו לאחר התשלום, למשל, משום שמקום האיחסון לממכר טרם הוכן. לעומת זאת, לדעת זמיר, "מסירה" לעניין סעיף 33 דורשת העברה פיזית של החזקה בממכר לידי הקונה. ראו: זאב צלטנר *פירוש לחוקי החוזים – חוק המכר, תשכ"ח-1968* 41 (גד טדסקי עורך, התשל"ב); שלום לרנר "הפיחות במעמדה של הבעלות באספקלריה של מועד העברת הבעלות במכר מיטלטלין" *מחקרי משפט* ה' 77, 81-79, 89 (התשמ"ז); איל זמיר *חוק המכר, תשכ"ח-1968* 676-656 (התשמ"ז). בפסק דין של בית המשפט העליון לפני כשני עשורים אומצה דעתו של צלטנר, ראו: ע"א 188/84 "צור", *חברה לביטוח בע"מ נ' ברוך חדד*, פ"ד מ(3) 1, 9-8 (1986).

163 דומני, שכך הוא המצב לעתים גם לגבי המוכר המצוי. עם זאת, נראה שחלק מן המוכרים מודעים לכך שהעברת הבעלות בממכר עשויה להידחות למועד גמר התשלומים על ידי הקונה. נושא זה נוגע לתניה מקובלת המכונה "תניית שימור בעלות", המופיעה תדיר על גבי תעודות משלוח וחשבוניות. תניה זו קובעת, כי הבעלות במוצר תעבור לקונה רק בתום גמר התשלום על ידו.

164 *שולחן ערוך*, חושן משפט קצח, א.

165 המסקנה ההלכתית שאליה הגעתי מבוססת על דברים שאמר לי מו"ר הרב אשר וייס בשיחה בעל פה. אני מודה לרב וייס על שהואיל ללבן עמי סוגיה זו.

ברכישת מוצרים הוא עשוי לשכלל את חוזה המכר בין הצדדים, אם לא שוכלל החוזה קודם לכן. בכל מקרה, הבעלות (הקניין) בממכר עוברת לקונה רק בעת המסירה הפיזית. שאלת המועד שבו עוברת הבעלות בממכר אינה עיונית גרידא. לשאלה זו עשויות להיות נפקויות חשובות לפסיקת ההלכה ביחס למאורעות שעשויים להתרחש בתקופת הביניים שבין ביצוע התשלום לבין מסירת הממכר לקונה, בעת שהממכר מצוי עדיין ברשות המוכר, ובהם: חדלות פרעון של המוכר.¹⁶⁶

אציג נפקות זו באמצעות דוגמה. קונה נכנס לרשת למוצרי חשמל "אור הגנוז בע"מ", מזמין מקרר מדגם מסוים, ומשלם עבורו בכרטיס אשראי. החברה המוכרת מתחייבת כי המוצר יסופק לקונה בתוך שלושה ימי עבודה, בתיאום מראש. דא עקא, לאחר ביצוע התשלום ועוד בטרם מועד האספקה, נקלעת המוכרת לחדלות פרעון (פירוק). במועד זה מצויים במחסני המוכרת שלושה מקררים זהים לזה שהזמין הלקוח. מה יפסוק בית הדין לפי ההלכה?¹⁶⁷

התשובה תלויה במעמדו ההלכתי-משפטי של הממכר בעת כניסת המוכרת להליכי חדלות פרעון. לדעת הפוסקים שקבעו כי בעת ביצוע תשלום בכרטיס אשראי עוברת ללקוח זכות קניינית בממכר, המשמעות היא שיש לקונה זכות קניינית באחד המקררים מן הדגם שהזמין המצויים במחסני המוכרת. ואם כך, חדלות הפרעון שאירעה לאחר ביצוע התשלום לא תפגע בזכותו של הקונה. הממכר מצוי כבר בבעלות הקונה ואינו חלק מנכסי הפירוק של המוכרת. הקונה זכאי אפוא לבוא וליטול מן המחסן את הממכר שבבעלותו.

לעומת זאת, לפי מסקנתי לעיל, שהבעלות בממכר עוברת לקונה רק בעת המסירה הפיזית, וכאשר חדלות הפרעון אירעה לפני המסירה, הממכר עודנו ברשות המוכרת. התוצאה היא שהממכר לא יוכל לעבור לבעלות הקונה אלא יימסר למפרק החברה כחלק מכלל נכסיה, אשר יתחלקו בין נושי המוכרת. הקונה יאלץ להגיש תביעת חוב ככל נושה בלתי מובטח של המוכרת, וברוב המקרים לא יזכה לקבל את הממכר לידי.¹⁶⁸

שניים מן המחברים קבעו ביחס לרכישה בכרטיס אשראי, כי המועד ההלכתי המדויק מכוח דין סיטומתא שבו מקבלת העסקה תוקף קנייני הוא, כדברי הרב בן-יעקב, "הרגע בו חותם הלקוח על השובר המונפק (=slip) מתוך מכשיר ההדפסה, ולא הרגע שבו הוא מוסר את כרטיסו למוכר או כשהכרטיס מועבר במכונה ("מגוהץ"), שהרי יש להניח שעד לרגע החתימה רשאים שני הצדדים לחזור בהם".¹⁶⁹

166 בדומה לחדלות פרעון, נפקות נוספת תהא במקרה שהוטל עיקול על נכסי המוכר על ידי נושיו.

167 העדפתי דוגמה של חברה מוכרת, הנקלעת לפירוק, ולא מוכר שאינו חברה הנקלעת לפשיטת רגל, בשל עקרון "הבעלות הנחזית", שעשוי להשפיע על הדיון להלן. לפי עיקרון זה, המעוגן בסעיף 85 לפקודת פשיטת רגל (נוסח חדש), התש"ם-1980, ייכללו בנכסי פשיטת הרגל גם "מיטלטלין שהיו בתחילת פשיטת הרגל בהחזקתו או בשליטתו של פושט הרגל לצורכי משלח ידו, בהסכמת הבעל האמיתי ובהיתרו...". הפסיקה בישראל קבעה, כי עקרון "הבעלות הנחזית" אינו חל לגבי חברה בפירוק. ראו: אוריאל פרוקצ'יה דיני פשיטת רגל והחקיקה האזרחית בישראל 256-257 (התשמ"ד).

168 לניתוח ההלכתי שהצעתי במקרה שהובא לעיל הסכים בשיחה עמי הרב שלמה דיכובסקי.

169 הרב בן-יעקב במאמרו, לעיל הערה 147, בעמ' 282 (הסוגריים העגולים במקור) [=שו"ת משפטיך ליעקב, לעיל הערה 147, בעמ' קצט (בשינויים קלים)]. כך גם דעת פוקרוי. ראו: Evan Pokroy, Use

"קניין סיטומתא": הבסיס העיוני ויישומים במשפט האזרחי המודרני

ואולם, לעניות דעתי ראוי להעיר כי קביעה זו אינה תואמת את החוק בישראל, וביחס לחלק מבתי העסק כיום, גם לא את המנהג. אמנם, החוק הישראלי קובע שעסקת אשראי בין לקוח לבין ספק צריכה לכלול חתימה של הלקוח,¹⁷⁰ וכי חתימת הלקוח מהווה ראיה לכאורה על ביצוע העסקה¹⁷¹ – אולם גם לעסקה בכרטיס אשראי בלא חתימת הלקוח יש תוקף משפטי, ולהוציא מקרים ספורים הקבועים בחוק, לא יוכל איש מן הצדדים לחזור ממנה.¹⁷² לפי החוק אם כן, ברגע שמועבר הכרטיס על ידי הספק, מתבצעת עסקת התשלום, וכמוסבר לעיל, במקרים רבים זהו גם המועד שבו נקשר חוזה מחייב בין הצדדים.¹⁷³ באשר למנהג, דומני כי במקרה זה לשינוי הטכנולוגי יש גם גם נפקות הלכתית. בעבר "גיהצו" את כרטיס האשראי במכשיר ידני, השובר שנחתם על ידי הלקוח היה מועבר לחברת האשראי, ובלא העברתו הפיזית של השובר לא ניתן היה לחייב את הלקוח. במציאות זו היה מקום לומר, כדברי הרב בן-יעקב, כי כל עוד לא נחתם השובר, אין לצדדים גמירות דעת מלאה לביצוע העסקה. היום, לעומת זאת, ברוב בתי העסק משתמשים במכשיר אלקטרוני, ובעת העברת הכרטיס מועברים פרטי הלקוח וגובה החיוב אל חברת האשראי באופן מקוון. זאת ועוד. בחלק מבתי העסק כיום מסתפקים בהעברת הכרטיס במכשיר האלקטרוני ולא דורשים מבעליו לחתום על השובר.¹⁷⁴ לדעתנו, בבתי עסק שנוהגים כך, ומנהגם מוכר

of Credit Card for Acquiring Goods, חידושי תורה@NDS, 4, חלק אנגלי 33 (התשס"ד) ונימוק דומה: "כי החתימה נחשבת להשלמת העסקה". אמנם, בסיום דבריו מבהיר הרב בן-יעקב, שם, בעמ' 284 [=שו"ת משפטיך ליעקב, לעיל הערה 147, בעמ' קצט], כי זכות הקונה לבטל את המקח תלויה בחוק ובחוזה שבין הקונה לבין חברת האשראי. לפי האמור בחוזה הנ"ל, הקונה אינו יכול לבטל את המקח אלא אם כן הצהיר שהמוכר לא עמד בהתחייבותו ולא סיפק את הסחורה. וראו גם להלן בטקסט ליד הערה 172.

170 סעיף 8 לחוק כרטיסי חיוב, התשמ"ו-1986 (להלן: חוק כרטיסי חיוב), וסעיף 5 לתקנות כרטיסי חיוב, התשמ"ו-1986 (להלן: תקנות כרטיסי חיוב).

171 ראו סעיף 8 לחוק כרטיסי חיוב, שכותרתו "המסמך בעסקה": "חתימה של לקוח על מסמך המעיד על העסקה בינו לבין ספק שבו צוינו פרטים אישיים של הלקוח ופרטים אחרים, כפי שנקבעו בתקנות, מהווה ראיה לכאורה לביצוע העסקה בידי הלקוח". "ראיה לכאורה" פירושה כי על הטוען אחרת להוכיח זאת.

172 לפי סעיף 9 לחוק כרטיסי חיוב, עסקת אשראי שבוצעה ללא חתימת הלקוח נקראת "עסקה במסמך חסר". היא תקפה אם כי תוקפה מסויג: אם הודיע הלקוח למנפיק תוך 30 יום מיום שנמסרה לו הודעת החיוב, "שהוא לא ביצע את העסקה או שפרטי המסמך הושלמו שלא בסכום שבו התחייב הלקוח, ישיב לו המנפיק את סכום החיוב... לפי העניין, תוך חמישה עשר ימים מיום מסירת הודעת הלקוח". אם מדובר בעסקה צרכנית, שמורה לצרכן הזכות לחזור בו גם לפי חוק הגנת הצרכן. ראו להלן, הערה 199.

173 בדבריו שצוטטו לעיל ליד הערה 169, ואשר פורסמו בשנת התשנ"ז (1997), מתייחס הרב בן-יעקב למציאות שנהגה באותה עת, ולפיה "גיהצו" את כרטיס האשראי במכשיר ידני. היום, לעומת זאת, הכרטיס מועבר במכשיר אלקטרוני. עם זאת, ביחס למצב החוקי (להבדיל מהמנהג התלוי בדעת הבריות, ראו בפסקה הבאה), דומני שאין לשוני זה נפקות. שכן, גם במציאות הישנה קבע חוק כרטיסי חיוב (שנחקק בשנת 1986) כאמור, כי הלקוח מחויב לעסקה גם אם לא חתם על השובר. יצוין, כי הרב בן-יעקב אינו מזכיר בדבריו חוק זה.

174 השוו לדברי הרב עובדיה יוסף טולידאנו *עט יוסף: משפט השכירות* מג (התשס"ג): "וביררתי הדבר אצל בעלי החנויות, ואמרו לי שבגיהוץ חשמלי החיוב עובר מיידית לחברת האשראי, והחתימה היא לרווחא דמילתא בלבד. משא"כ [=מה שאין כן] גיהוץ ידני שבלא השובר לא יחייבו את בעל הכרטיס".

ללקוחותיהם, העסקה מקבלת את תוקפה ההלכתי החוזי ברגע העברת כרטיס האשראי במכשיר, ואחר כך לא יוכלו הצדדים לחזור בהם. לעומת זאת, בבתי עסק הדורשים (ולו לעתים) חתימה של הלקוח, ייתכן כי הצדדים יוכלו לחזור בהם מן העסקה עד שנחתם השובר, כדברי הרב בן-יעקב. אכן, כאמור לעיל, לפי החוק יש תוקף לעסקה גם בלא חתימת הקונה. אולם, כאשר הוא מבצע תשלום בכרטיס אשראי בבית עסק שמקפיד על חתימת השובר, אפשר שהקונה – שאינו מודע בדרך כלל לחוק האזרחי אך מכיר את מנהגו של בית העסק¹⁷⁵ – אינו גומר בדעתו להתחייב עד לרגע החתימה. הרי לנו מקרה נוסף, שבו ייתכן שהמנהג אינו תואם לגמרי את המצב לפי החוק האזרחי, ופסיקת ההלכה מכוח דין סיטומתא צריכה להיות בהתאם למנהג.¹⁷⁶

יש מי שפסק שאין תוקף של קניין סיטומתא לתשלום בכרטיס אשראי עבור שכירות מקרקעין. לפיכך, יש לעשות על השכירות מעשה קניין המועיל לפי הדין ורק אחר כך ניתן לשלם בעבורה באשראי. אחד מנימוקי, העולה בקנה אחד עם דבריי לעיל, הוא שלא די בכך שנהגו לשלם עבור שכירות בדרך זו, אלא צריך "שיהיה המנהג ברור 'לקנות' שכירות בכרטיס אשראי", והמצב אינו כזה.¹⁷⁷ נימוק שני: תשלום באמצעות כרטיס אשראי אינו נתינת כסף ממשיית אלא רק התחייבות ממונית, ונחלקו הדעות בין הפוסקים אם יש להתחייבות ממונית תוקף של קניין כסף.¹⁷⁸

(ב) רכישה באמצעות מסירת פרטי כרטיס אשראי בטלפון

בדיונו בתוקף עסקאות באמצעות כרטיס אשראי, משאיר הרב צבי יהודה בן-יעקב ב"צריך עיון" את השאלה, מהו רגע הקניין בעת שהעסקה נעשית דרך הטלפון ובלא חתימה.¹⁷⁹ כותב אחר מסופק אם לעסקה טלפונית יש בכלל תוקף הלכתי מכוח קניין סיטומתא, וזאת בשל היעדר חתימה.¹⁸⁰

175 גם למנהג של בית עסק יחיד ביחסיו עם לקוחותיו יש תוקף הלכתי מחייב של "מנהג", כאשר מנהג זה ידוע ללקוחות. ראו: קליינמן, מנהגי הסוחרים, לעיל הערה 6, בעמ' 19-20.

176 השווה לאמור לעיל ליד הערות 165-161. וראו להלן ליד הערה 299.

177 הרב טולידאנו, לעיל הערה 174, בעמ' מב-מג. לפי החוק והפסיקה בישראל, שכירות של מקרקעין לתקופה שאינה עולה על עשר שנים – שהיא השכירות הנפוצה – אינה טעונה רישום בפנקסי המקרקעין ("טאבו"), אם כי אין מניעה לרושמה בפנקסים. הקניין בשכירות קצרה כאמור משתכלל, בדרך כלל, באמצעות מסירת החזקה בנכס לשוכר ("מסירת מפתח"). ראו: סעיף 152 לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], התשל"ה-1972; מיגל דויטשקניין, כרך ב 322-324 (התשנ"ט).

178 הרב טולידאנו, לעיל הערה 174, בעמ' מא-מג; הרב אריאל, לעיל הערה 145, בעמ' 480; גם פוקרוי, לעיל הערה 169, בעמ' 32-34, סבר שתשלום בכרטיס אשראי אינו יוצר קניין מאותו טעם. לעומת זאת, הרב אשר וייס אמר לי, שלדעתו תשלום בכרטיס אשראי כמוהו כתשלום במזומן. נימוק שלישי שהביא הרב טולידאנו, שם, בעמ' מג: השאלה אם קניין סיטומתא מועיל במקרקעין שנויה במחלוקת פוסקים.

179 הרב בן-יעקב במאמרו, לעיל הערה 147, בעמ' 282 [=שו"ת משפטיך ליעקב, לעיל הערה 147, בעמ' קצט].

180 פוקרוי, לעיל הערה 169, בעמ' 33. מאותה סיבה הוא מסופק גם ביחס למסחר אלקטרוני. וראו עוד להלן. וראו דברי הרב ערוסי, להלן הערה 220, המעיר על בעיית זיהוי המתקשר בעסקה טלפונית.

"קניין סיטומתא": הבסיס העיוני ויישומים במשפט האזרחי המודרני

כפי שהבהרתי לעיל, תשלום בכרטיס אשראי הוא אמצעי תשלום. במקרים רבים בכוחו לשכלל התחייבות חוזית במכר מוצרים, אם זו לא שוכללה עוד לפני התשלום, אך הוא אינו מעניק לקונה זכות קניינית בממכר. מכיוון שנהוג לבצע רכישות בכרטיס אשראי דרך הטלפון גם בלא חתימת הקונה, ותשלום בדרך זו תקף לפי החוק,¹⁸¹ הרי שגם פרקטיקה זו עשויה ליצור התחייבות חוזית תקפה מכוח קניין סיטומתא.¹⁸² לעניין הרגע שבו נכרת החוזה, דומני שבחינת החוק והמנהג מובילה למסקנה שחוזה המכר נשלם עם תום מסירת הפרטים¹⁸³ הנדרשים לביצוע העסקה¹⁸⁴ על ידי הלקוח.¹⁸⁵ אמנם, מכיוון שעסקינן בעסקה הנעשית בדיבור-פה, ייתכן כי תוקפה של פרקטיקה זו מכוח קניין סיטומתא תלוי במחלוקת ראשונים.¹⁸⁶ שכן, יש מן הראשונים שסברו כי קניין סיטומתא תקף רק כאשר נעשה מעשה, אך אין לו תוקף כשנעשה בדיבור בלבד.¹⁸⁷

(ג) מסחר אלקטרוני (e-commerce)

כרקע לדיון ההלכתי אקדים תיאור עובדתי קצר על-אודות דרך הביצוע של מסחר אלקטרוני. מסחר אלקטרוני הוא מסחר המתבצע ברשת האינטרנט, המהווה כיום זירה מרכזית לפעילות מסחרית מגוונת. בין היתר נכרתים באמצעות חוזים ומתבצעות עסקאות-מכר מקוונות (on line). עסקת-מכר אלקטרונית מתבצעת בדרך כלל באופן הבא: הקונה גולש לאחד מאתרי המכירות הפזורים ברשת, בוחר מוצר הרצוי לו, ומתבקש למסור את פרטיו האישיים כדי לבצע תשלום מקוון, לרוב באמצעות מסירת פרטי כרטיס האשראי

181 ראו לעיל, הערה 172.

182 זאת בהנחה שגם הבעיות ההלכתיות האחרות, הנידונות בסעיף הבא ביחס למסחר אלקטרוני, יכולות להיפתר באמצעות קניין סיטומתא או דינא דמלכותא. ראו להלן, ליד הערות 205-217.

183 עסקה טלפונית היא חוזה שנכרת בעל-פה, וחלים עליה חוקי החוזים. מסירת הפרטים מפי הלקוח במענה ל"הצעת" המוכר, מהווה "קיבול" הנדרש כדי לתת תוקף לחוזה. ראו: סעיפים 1, 2 ו-5 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973. לפי סעיף 23 לחוק, "חוזה יכול שייעשה בעל פה...".

184 לפי סעיף 5(א) לתקנות כרטיסי חיוב: "מסמך המעיד על עסקה בין לקוח לבין ספק, יכלול פרטים אלה: (1) שם הספק; (2) שם הלקוח; (3) המספר המוטבע על הכרטיס; (4) סכום העסקה; (5) תאריך ביצוע העסקה; (6) חתימת הלקוח". לפי ס"ק (ב): "בעסקה עם תשלום נדחה, יכלול המסמך שבעסקה גם פרטים אלה: (1) מספר התשלומים; (2) מועדי החיוב או שיטה לקביעתם; (3) סכום כל תשלום". הפרט היחיד החסר בעסקה טלפונית הוא אפוא חתימת הלקוח.

185 על עסקה טלפונית בכרטיסי אשראי ראו עוד: דין וחשבון, לעיל הערה 143, בעמ' 22-23, 56; גלעד, לעיל הערה 143, בעמ' 216-219; ברק ופרידמן, לעיל הערה 143, בעמ' 72-76; בריצמן, לעיל הערה 143, בעמ' 270-273.

186 כתבתי "ייתכן", כי יש מקום לטענה שהעסקה אינה נעשית בדיבור בלבד, שכן מתלווה אליה כתיבת פרטי הלקוח על ידי המוכר או מי מטעמו, וכתיבה זו עשויה להיחשב לעניין זה כ"מעשה". זאת בהנחה שגם מעשה מצד המוכר, ולא רק מצד הקונה, עשוי להיחשב מעשה קניין. בעניין האחרון ראו: קליינמן, מנהגי הסוחרים, לעיל הערה 6, בעמ' 127, הערה 122.

187 שו"ת הרא"ש, כלל יב, סימן ג, ובעקבותיו פוסקים נוספים. על בעיה זו, בהקשר דנן, העיר שבתי אטלו "כיצד קונים בעידן ה-e-commerce?" *חידושי תורה* NDS@1, חלק עברי 11 (התשס"א).

שברשותו.¹⁸⁸ לסיום נדרש הקונה לאשר את העסקה באמצעות לחיצה על כפתור המופיע על המסך, שעליו רשום "קנה" (purchase), "הזמן" וכדומה. באמצעות לחיצה זו מביע הקונה את הסכמתו לרכישת המוצר במחיר ובתנאים שפורטו באתר.

כמה מחברים סברו כי יש ליתן תוקף הלכתי-קנייני למסחר אלקטרוני מכוח דין סיטומתא.¹⁸⁹ הרב יחיאל וסרמן מטעים כי אף לסוברים כדעת הרא"ש בתשובתו, שלפיה קניין סיטומתא דורש מעשה ולא די בדיבור בעלמא¹⁹⁰ – הרי שגם מסחר אלקטרוני נעשה באמצעות מעשה פיזי: הקשה על עכבר המחשב או על מקש המקלדת. משנתבצעה פעולה זו, מתרחש הקניין בממכר.¹⁹¹

כמה מן הכותבים מציינים כי יש מקום ליתן תוקף לדרך קניין זו גם מכוח "דינא דמלכותא – דינא" – קרי: חוקי המדינה.¹⁹² ראוי לציין כי נכון למועד כתיבת שורות אלו, טרם נחקק בישראל חוק המסדיר מסחר אלקטרוני, אולם לאחרונה אושרה הצעת חוק מסחר אלקטרוני, התשס"ח-2008.¹⁹³ על מסחר בדרך זו חלים – וגם ימשיכו לחול, אם וכאשר יאושר החוק – החוקים הכלליים ובהם: חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים); חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970; וחוק המכר, התשכ"ח-1968 (להלן: חוק המכר). אם מדובר בעסקה צרכנית¹⁹⁴ – ופעמים רבות זה המצב – חל גם חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981; ואם התשלום נעשה באמצעות כרטיס אשראי, כמקובל – חל גם חוק כרטיסי חיוב, התשמ"ו-1986.

188 תשלום בעסקות אלקטרוניות מתבצע ברוב המקרים באמצעות כרטיס אשראי בדרך מאובטחת (באמצעות פרוטוקול SET – Secured Electronic Transaction). ישנם כיום גם דרכים אחרות לתשלום אלקטרוני, כגון כסף אלקטרוני (e-cash) או המחאה אלקטרונית (Electronic Check). ראו: יהונתן בר-שדה *האינטרנט והמשפט המסחרי המקוון* 309-312 (התשס"ב).

189 הרב יחיאל וסרמן "ביצוע קניין באינטרנט" *תחומין* יח 248-251 (התשנ"ח); הרב דיכובסקי, לעיל הערה 147, בעמ' 332-333; אטלו, לעיל הערה 187, בעמ' 8-9; הרב ישראל גליקמן "הארות בעניין מסחר וקניין באינטרנט" *חמדת האדן* א 209-217 (התשס"א) (וראו בסיכום, סע' ג); הרב שטיינברגר, לעיל הערה 147, בעמ' 393, הציע (בלא להכריע): "אם מנהג העולם לסיים מקח [באינטרנט] ע"י הקשת מספר כרטיס האשראי באתר הקניות, יועיל מנהג זה לעשותו קניין סיטומתא... [ואז] חל קניין גמור".

190 ראו לעיל, הערה 187.

191 הרב גליקמן, לעיל הערה 189, בעמ' 215-216, כותב כי במקרים רבים מבטלים לקוחות את העסקה בטרם מגיע החפץ לביתם, אף שהם מחויבים בדמי ביטול. לפיכך הוא סבור שהעסקה נגמרת רק כאשר מגיע החפץ לידי הקונה, או לפחות כאשר הכסף מועבר מחברת האשראי לידי המוכר. ברם, דומני שדבריו אינם משקפים את הפרקטיקה הנהוגה ואף לא את ההסדר לפי החוק בישראל. ראו להלן.

192 הרב וסרמן, לעיל הערה 189 (בהסתמך על דברי אבן האזל); הרב דיכובסקי, לעיל הערה 147, בעמ' 333.

193 בשנת 2003 פורסם דוח מפורט בנושא: *הוועדה לבדיקת בעיות משפטיות הכרוכות במסחר אלקטרוני: דו"ח ביניים* (התשס"ג-2003), ובינואר 2008 אושרה הצעת חוק מסחר אלקטרוני, התשס"ח-2008, ה"ח 321.

194 לפי סעיף 1 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981: "צרכן" – מי שקונה נכס או מקבל שירות מעוסק במהלך עיסוקו לשימוש שעיקרו אישי, ביתי או משפחתי".

"קניין סיטומתא": הבסיס העיוני ויישומים במשפט האזרחי המודרני

לפי החוק בישראל, לחוזה שנכרת בדרך אלקטרונית יש תוקף חוזי.¹⁹⁵ פרסום של מוצר למכירה, בצירוף תיאורו המילולי או החזותי ומחירו, מהווה הצעה מצד המוכר.¹⁹⁶ הקיבול של הקונה לחוזה-מכר אלקטרוני מתבצע בדרך כלל, כמתואר לעיל, על ידי מסירת פרטי כרטיס האשראי שברשותו ולחיצה על כפתור המביע את הסכמתו לתנאי העסקה.¹⁹⁷

לגבי האפשרות לבטל עסקה אלקטרונית שנכרתה, מחמת טעות בהקשה על המקלדת או מכל סיבה אחרת, יחולו דיני החוזים הרגילים,¹⁹⁸ ובמסגרת צרכניות – יחול ההסדר המיוחד של חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, המאפשר לצרכן לבטל "עסקת מכר מרחוק".¹⁹⁹ הרב אורי דסברג משיג על דברי הרב וסרמן, המכיר בתוקפו של מסחר אלקטרוני מכוח קניין סיטומתא. הוא טוען: "ברור, שיצירת הקניין כנורמה התנהגותית [=קניין סיטומתא]... מצריכה פרקטיקה משפטית בערכאותיה השונים [צ"ל: השונות]. כל עוד לא נדרשו מוסדות הציבור והמשפט לנושא,²⁰⁰ ספק רב אם ההתייחסות לרכישות באמצעות אינטרנט הן [צ"ל: היא] כאל קניין, אלא לכל היותר כאל התקשרות חוזית שהיא פחות מחייבת".²⁰¹

195 לאור הוראות חוק החוזים, כמסבר בסמוך. כך קובע במפורש גם סעיף 4(א) להצעת חוק מסחר אלקטרוני, לעיל הערה 193: "פעולה משפטית, לרבות כריתת חוזה, יהיה לה תוקף גם אם נעשתה באמצעות מסמך אלקטרוני". להגדרת "מסמך אלקטרוני", ראו שם, סעיף 2. לפי סעיף 4(ב) להצעת החוק, לא ניתן להתקשר במסמך אלקטרוני לגבי פעולות משפטיות המנויות בתוספת השנייה, ובהן: התחייבות לעשות עסקה במקרקעין, קרי: חוזה מכר של נדל"ן, והזמנה לביצוע פעולת תיווך במקרקעין.

196 לפי סעיף 2 לחוק החוזים "הצעה" דורשת שלושה מרכיבים: פנייה של המציע לניצע או לציבור, המעידה על גמירת דעתו של המציע להתקשר בחוזה, והיא מסוימת דיה.

197 ראו סעיף 5 לחוק החוזים: "הקיבול יהיה בהודעת הניצע שנמסרה למציע והמעידה על גמירת דעתו של הניצע להתקשר עם המציע לפי ההצעה". לגבי דרך ההצעה והקיבול בחוזה אלקטרוני ומועד כריתתו המדויק של החוזה, ראו: בר-שדה, לעיל הערה 188, בעמ' 61-75.

198 לפי פרק ב לחוק החוזים, ניתן לבטל חוזה שנפל פגם בכריתתו, כגון טעות או הטעיה.

199 ראו סעיף 14ג(ג) לחוק הגנת הצרכן. לפי ס"ק (ו), "עסקת מכר מרחוק" היא "התקשרות בעסקה של מכר נכס או של מתן שירות, כאשר ההתקשרות נעשית בעקבות שיווק מרחוק, ללא נוכחות משותפת של הצדדים לעסקה"; ו"שיווק מרחוק" הנו "פניה של עוסק לצרכן באמצעות דואר, טלפון, רדיו, טלוויזיה, תקשורת אלקטרונית מכל סוג שהוא... או באמצעי כיוצא באלה".

200 ספק רב אם דברים אלה, שנדפסו בשנת תשנ"ח (1998), שיקפו את המצב המשפטי ששרר באותה עת בישראל. בשנים האחרונות של המאה העשרים החלה רשת האינטרנט על השלכותיה המשפטיות הרבות – ובכללן כריתת חוזים וביצוע עסקאות מכר מקוונות – לזכות להתייחסות רבה של המערכת המשפטית במדינות העולם ובכללן ישראל. ראו למשל, כתב העת *שערי משפט*, כרך א, חוברת 2 (כסלו, התשנ"ח), שהוקדשה כולה למאמרים בנושא "אינטרנט ומשפט". וראו במיוחד: ויקטור ח' בוגנים "תשתית משפטית למסחר אלקטרוני" שם, בעמ' 169-188; יהונתן בר-שדה *האינטרנט והמשפט המסחרי המקוון* (התשנ"ט) [מהדורה שנייה מורחבת יצאה בתשס"ב]. כבר בחודש מאי 1997 הוגש לממשלה על ידי ועדת המשנה לתיקשוב ומידע שמינתה ועדת הכלכלה של הכנסת דוח מפורט, שקרא להיערכות ל"עידן המידע". הדוח עסק, בין היתר, בענייני חוק ומשפט, ובכללם הבטים של דיני חוזים וקניין הנוגעים למסחר אלקטרוני. ראו: הכנסת: ועדת הכלכלה *הערכות מדינת ישראל לקראת עידן המידע* (התשנ"ז), <http://www.knesset.gov.il/docs/heb/infocom/final1.htm>.

201 הרב וסרמן, לעיל הערה 189, הערה 2 (הערת עורך). להבדל בין "קניין" ל"התחייבות" – בשפה משפטית מודרנית: בין זכות קניינית לבין זכות חוזית-אובליגטורית – יש נפקויות רבות, הן במשפט

על דברים אלה ראוי להעיר כי אכן מצאנו מעשים היכולים להיתפס במבט ראשון כקניין, אך בירור בקרב הנוהגים לבצעם יגלה כי אין בהם אלא התחייבות חוזית.²⁰² ייתכן בהחלט שכך הוא המצב גם ביחס למסחר האלקטרוני. ברם, אין להסיק מעובדה זו כי בכל צורת מסחר חדשה שבה ניתקל, נזדקק לערכאות כדי לקבוע אם אמנם לפנינו קניין סיטומתא. קניין סיטומתא נוצר כל אימת שהנוהגים לקנות בדרך מסוימת – ולא חכמי ההלכה או השופטים – מייחסים לדרך זו תוקף של מעשה קניין.²⁰³ זוהי שאלה עובדתית, שעניינה בירור טיבו של המנהג. אם עולה מן הבירור כי מדובר בפרקטיקה שהציבור מתייחס אליה כאל מעשה קניין, הרי שיש לה תוקף של קניין.²⁰⁴

כפי שצוין לעיל, חכמי ההלכה שדנו במסחר האלקטרוני, בחנו אותו בדרך כלל כעסקה קניינית ביחס לממכר נשוא העסקה, ולא כעסקה חוזית.²⁰⁵ משום כך מציינים כמה מהם כי גם אם משתיתים את תוקפה של פרקטיקה זו על קניין סיטומתא, עדיין קיימות מספר בעיות מצד דיני הקניין ביחס לקניית הסחורה. יצוין כי בעיות אלו אינן בלעדיות למסחר האלקטרוני והן אופייניות לענפים רבים במסחר המודרני. הבעיות נובעות מאופי המסחר בזמנו. בעוד שבעבר היה המסחר מתבצע על פי רוב בנכסים מוחשיים, כיום הוא מתבצע לעתים קרובות בנכסים עתידיים ובזכויות חוזיות מופשטות. הבעיות שעולות בשל כך הן:

1. "דבר שלא בא לעולם" או "דבר שאינו ברשותו" (של המוכר): חלק גדול מן החברות המוכרות מוצרים באמצעות הרשת, אינן מחזיקות מלאי, אלא רוכשות את המוצר מן הספק ומעבירות אותו לקונה רק לאחר ההזמנה. לעתים קורה שבעת ההזמנה המוצר טרם נוצר.²⁰⁶ ואם כך, לא ניתן לבצע קניין במוצר, שכן ההלכה היא שלא ניתן לקנות "דבר שלא בא לעולם" או "דבר שאינו ברשותו" של המוכר בעת מעשה הקניין.²⁰⁷
2. "דבר שאינו מסוים": הקניין מתבצע בפריט וירטואלי, ולא בפריט מסוים ומוגדר.²⁰⁸ לפי ההלכה, כאשר טיבו של הממכר אינו ברור לגמרי לקונה, מדובר ב"דבר שאינו מסוים" ולא ניתן לקנותו.²⁰⁹

העברי והן בשיטות משפט אחרות. התקשרות חוזית במשפט העברי מחייבת פחות מפאת האפשרות לחזור ממנה (במקרים רבים החזרה כרוכה לכל היותר בקללת "מי שפרע"), בעוד שמעסקה קניינית שהושלמה, לא ניתן באופן עקרוני לחזור.

202 לדוגמה, אמירת "מזל וברכה" הנהוגה בין יהלומנים. ראו בעניין זה: קליינמן, מנהגי הסוחרים, לעיל הערה 6, בעמ' 264-269.

203 השוו לדברי הרב רוזנטל להלן, ליד הערה 262.

204 אם לא ניתן להוכיח שהנוקטים בפרקטיקה רואים בה מעשה קניין, אזי דינה ככל מנהג ממוני שלא הוכח קיומו, ולא יהא לה תוקף קנייני. בירור כזה נדרש מכל פוסק הלכה בבואו להכריע בשאלת תוקפו של מנהג. וראו לעיל ליד הערה 164.

205 ראו לעיל, ליד הערה 137.

206 הרב דיכובסקי, לעיל הערה 147, בעמ' 332-333; אטלו, לעיל הערה 187, בעמ' 10-11; הרב גליקמן, לעיל הערה 189, בעמ' 215.

207 ראו: רמב"ם משנה תורה, הלכות מכירה, פרק כב, הלכות א, ה; שולחן ערוך, חושן משפט רט, ד-ה; שם, ריא, א.

208 הרב דיכובסקי, לעיל הערה 147, בעמ' 332.

209 ראו: רמב"ם משנה תורה, הלכות מכירה, פרק כא, הלכות א, ג; שולחן ערוך, חושן משפט רט, א-ב.

"קניין סיטומתא": הבסיס העיוני ויישומים במשפט האזרחי המודרני

3. "דבר שאין בו ממש": הקניין מתבצע בפריט חסר ממשות המוצג באתר, ואשר בדרך כלל אינו קיים במציאות.²¹⁰ ההלכה היא כי לא ניתן לקנות "דבר שאין בו ממש".²¹¹

הרב דיכובסקי מעיר כי כדי לפתור בעיות אלו, יש להשתית את הקניין האלקטרוני על "דינא דמלכותא" ועל קניין סיטומתא.²¹² אשר לאפשרות ההלכתית לפתור את הבעיות הקנייניות דלעיל באמצעות קניין סיטומתא, אבקש להעיר שאין הדברים פשוטים.²¹³ למשל, היכולת להקנות דבר שלא בא לעולם – כאשר הדבר נהוג – מכוח קניין סיטומתא, עשויה להיות תלויה הן בהבנת הדין שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, והן בשאלת הבסיס העיוני לקניין סיטומתא, שבו עסקנו בהרחבה בפרק ב של מאמר זה. אבהיר כוונתי בקצרה. ביחס לטעמו של הדין שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, מצאנו בראשונים ובאחרונים שתי גישות מרכזיות: לפי גישה א, כשהממכר אינו מצוי בעולם בעת ביצוע מעשה הקניין, אין לקונה גמירות דעת מלאה לעסקה. לפי גישה ב, החיסרון אינו נעוץ בגמירות הדעת, וגם אם יש גמירות דעת מלאה מצד הקונה, לא ניתן להקנות ממכר שאינו מצוי בעולם, לפי שאין לקניין על מה שיחול.²¹⁴

לפי תפיסה א, שהבעייתיות בהקניית דבר שלא בא לעולם נעוצה בהעדר גמירות דעת, כאשר נהגו להקנות ממכר שלא בא לעולם – כמקובל בימינו – מסתבר כי תוקפה של הקניה זו מכוח קניין סיטומתא תלוי בבסיס המשפטי של קניין זה, כדלקמן:

1. לדעת הסוברים שקניין סיטומתא מבוסס על תקנת חכמים או על הפקר בית דין – הפקר, לא יהא לו תוקף פִּיחַס לממכר שלא בא לעולם. תקנת חכמים קבעה שכל מעשה שנהגו לקנות בו – יועיל, אולם מעשה הקניין נותר כפוף לדיני הקניין, וביניהם גם הסייג בדבר הקניית דבר שלא בא לעולם.

2. לעומת זאת, אם קניין סיטומתא מבוסס על התנאה בדבר שבממון או על גמירות דעת הצדדים, יש בהחלט מקום לומר שהוא יועיל גם לגבי דבר שלא בא לעולם. הטעם לכך הוא שכאשר נהוג להקנות דבר שלא בא לעולם – היינו, למכור סחורה שטרם יוצרה – יש גמירות דעת של הצדדים מכוח המנהג.²¹⁵

210 הרב דיכובסקי, לעיל הערה 147, בעמ' 332; אטלו, לעיל הערה 187, בעמ' 10, בהערה.

211 ראו: רמב"ם *משנה תורה*, הלכות מכירה, פרק כב, הלכות יג-יד; *שולחן ערוך*, חושן משפט רג, א; שם, ריב, א-ב.

212 הרב דיכובסקי, לעיל הערה 147, בעמ' 333.

213 יש מקום לדון בנפרד בתוקפו של קניין סיטומתא ביחס לכל אחת משלוש הבעיות שהועלו לעיל. דיון זה חורג מגבולות מאמרי. לביסוס הטענה שבגוף המאמר, אסתפק אפוא בדיון קצר בבעיית דבר שלא בא לעולם.

214 ראו: *אנציקלופדיה תלמודית*, כך ז: "דבר שלא בא לעולם", לא.

215 בדרך דומה לזו שהצגתי בפסקות 1א ו-2, של תליית תוקפו של קניין סיטומתא בדבר שלא בא לעולם בשאלת הבסיס ההלכתי לקניין סיטומתא, הלכו כמה חכמים. ראו: חתן סופר, לעיל הערה 68; הרב יהודה פרומן "עקרונות הלכתיים בהסכמי ביטוח" *כתר: מחקרים בכלכלה ומשפט על-פי ההלכה* ב 284 (התשנ"ט).

גם לפי תפיסה ב, שהבעיה בהקניית דבר שלא בא לעולם היא שאין לקניין על מה שיחול – ייתכן כי תוקפה של הקניה כזו במקום שנהגו כך, תלוי בבסיס המשפטי של דין סיטומתא, באופן הבא:

1. אם קניין סיטומתא מבוסס על תקנת חכמים, על הפקר בית דין או על התנאה בדבר שבממון, והוא נחשב כאחת מדרכי הקניין – לא יהא לו תוקף פִּיחַס לממכר שלא בא לעולם. וטעם הדבר, שקניין זה אינו עדיף מיתר דרכי הקניין שאינן מועילות בדבר שלא בא לעולם (בדומה לאמור לעיל בסעיף א1).

2. אולם, אם קניין סיטומתא מבוסס על גמירות דעת הצדדים, ועל הגישה כי כאשר נוהגים לקנות בדרך מסוימת אין צורך כלל במעשה קניין²¹⁶ – יש מקום לומר שקניין סיטומתא יועיל גם בדבר שלא בא לעולם. שכן, אפשר כי כי המגבלה שניתן להקנות רק ממכר שבא לעולם נאמרה לגבי דרכי הקניין, אך לא במקום שההקניה מתבצעת מכוח גמירות דעת וללא צורך במעשה קניין.²¹⁷

באופן מעשי, הדעה המקובלת בקרב פוסקים ודיינים רבים בימינו היא, שכאשר המנהג הוא להקנות דבר שלא בא לעולם – יש לכך תוקף הלכתי מכוח קניין סיטומתא.²¹⁸

כאמור לעיל, פוסקי ההלכה שדנו במסחר באינטרנט, הניחו שמדובר בעסקה קניינית. אולם בדומה להערכתי לעיל ביחס להתייחסות ההלכתית לרכישה בכרטיס אשראי,²¹⁹ נראה לי אף לגבי מסחר אלקטרוני, כי השיח ההלכתי אינו תואם את המצב החוקי בישראל ואת המנהג המעוצב על פיו. לפי החוק והמנהג בישראל, לחוזה שנכרת בדרך אלקטרונית יש תוקף חוזי בלבד אך אין הוא מעניק לרוכש זכות קניינית בממכר כלשהו. ואם כך, גם מבחינה הלכתית לאור דין סיטומתא, יש למסחר אלקטרוני תוקף חוזי בלבד ככל התחייבות למכר.²²⁰

לאור מסקנתי זו, נפתרות כמה מן הבעיות מצד דיני הקניין, שהועלו על ידי פוסקי ההלכה ביחס למסחר אלקטרוני, למשל הקניית דבר שלא בא לעולם ודבר שלא בא לרשותו של המוכר. אי היכולת לבצע קניין, קרי: העברת בעלות, במוצר שטרם יוצר או טרם הגיע

216 בדעה זו אחזו כמה חכמים במאות התשע-עשרה והעשרים, ראו לעיל ליד הערות 74-79.

217 בדרך דומה לזו שהצגתי בפיסקאות ב1 וב2, הלך הרב וייס, *מנחת אשר – בראשית*, לעיל הערה 15, בעמ' רט.

218 וטעמם, שהחיסרון בהקניית דבר שלא בא לעולם נעוץ בגמירות הדעת, אך כשהדבר נהוג, יש גמירות דעת. כך פסק הרב זלמן נחמיה גולדברג, [חסר מס' תיק] (ירושלים), פד"ר יד, 334, בעמ' 344 (התשנ"ב) [= "תוקף ההתחייבות למכור בזכרון דברים" *תחומין* יב 287 (התשנ"א)]. וכך אמרו לי בשיחות בעל פה הרב יעקב אריאל והרב אשר וייס.

219 ראו לעיל, ליד הערות 150-160.

220 הרב רצון ערוסי כתב לי (במכתב מיום כ"ב בשבט התשס"ח), כי הוא מטיל ספק אם יש למסחר באינטרנט אפילו תוקף חוזי מדין סיטומתא. ונימוקו, ש"מנהג זה, כל עוד לא נקבעו לו כללים מספיקים בחקיקה, הוא אינו מנהג נכון. שהרי הבסיס לכל עסקה חוזית וכל שכן קניינית, הוא התקשרות בין הצדדים. והמזמין באינטרנט או בטלפון, אין זהותו ודאית. וכמה מעשי נוכחות ייתכנו בכך. רק אם ייקבע בחוק שהמזמין משעבד בטוחה כספית שניתן לשעבדה ע"י אינטרנט, כגון ע"י כרטיס אשראי וכיו"ב, יש אולי בסיס להתקשרות שיש בה גמירות דעת. ואם לא כן, המנהג לקנות באינטרנט, לענ"ד, אינו נכון". (ההדגשות במקור). אולם כאמור לעיל, הערה 188, התשלום בעסקות אלקטרוניות מתבצע כמעט תמיד באמצעות כרטיס אשראי או באמצעי תשלום דומים.

"קניין סיטומתא": הבסיס העיוני ויישומים במשפט האזרחי המודרני

לרשות המוכר – אינה מונעת יצירת התחייבות חוזית של הצדדים לגבי מכירתו. אמנם, אין תוקף להקניית דבר שלא בא לעולם ודבר שלא בא לרשותו, אך יש תוקף להתחייבות להקנותו.²²¹ לפי עמדתי, ניתן אם כן לקבוע, מכוח קניין סיטומתא, כי למרות שהמסחר באינטרנט מתבצע תדיר במוצרים שאינם מצויים ברשות המוכר או שטרם יוצרו, יש לו תוקף הלכתי כהתחייבות חוזית.²²²

לסיום פרק זה, אעיר לגבי הפרקטיקות המודרניות שנזכרו לעיל (רכישה באמצעות כרטיס אשראי או באמצעות מסירת פרטי הכרטיס בטלפון ומסחר אלקטרוני). כפי שכבר צוין לעיל, נחלקו פוסקי ההלכה בשאלה, אם תוקפו של קניין סיטומתא הוא מן התורה או רק מדרבנן.²²³ כמה מן הכותבים מציינים²²⁴ כי לשאלה זו יש חשיבות רבה באותם מקרים שקיים בהם צורך הלכתי לבצע קניין שתוקפו מן התורה. המדובר בשני עניינים הקשורים למצוות ולאיסורי תורה, שבהם נהוג בימינו לבצע קנייה ומכירה, בין היתר באמצעות אתרי אינטרנט²²⁵: מכירת בהמה מבכרת (=העומדת ללדת בכור זכר) לגוי כדי לפטור את ולדה מקדושת בכור, ומכירת חמץ.²²⁶

2. חוזים

מעמדו ואופיו של החוזה, ותוקפם ההלכתי של דיני החוזים במדינת ישראל, הם שתי סוגיות נכבדות במשפט העברי החורגות מגבולותיו של מאמר זה.²²⁷ פרק זה יעסוק בשני נושאים שלפי סיווגם המשפטי המודרני שייכים לדיני חוזים, אך פוסקי ההלכה דנים בהם במסגרת דיני הקניין ובמיוחד לאור קניין סיטומתא. בשני הסעיפים הראשונים של פרק זה יידון תוקפם ההלכתי של חוזה בכתב ושל זיכרון דברים; בסעיף השלישי אדרש לשאלת תוקפו ההלכתי של סעיף פיצויים מוסכמים בחוזה.

221 שולחן ערוך, חושן משפט ס, ו.

222 למסקנה זו הסכים בשיחה עמי הרב שלמה דיכובסקי.

223 ראו לעיל, הערה 18.

224 ראו: הרב גליקמן, לעיל הערה 189, בעמ' 213-214, 217; פוקרוי, לעיל הערה 169, בעמ' 33; אטלו, לעיל הערה 187, בעמ' 9-10.

225 לפירוט כמה מן האתרים שבהם ניתן לבצע את הפעולות הנזכרות ראו אצל אטלו, שם, בעמ' 9. ביחס למכירת חמץ יש לציין, כי בשנים האחרונות ניתן למכור חמץ לקראת חג הפסח דרך אתרים רבים.

226 על השימוש בקניינים הנהוגים אצל הסוחרים, ועל הדיון בתוקפם ההלכתי של קניינים אלה מכוח קניין סיטומתא: לעניין מכירת בהמה מבכרת לגוי – ראו: קליינמן, מנהגי הסוחרים, לעיל הערה 6, בעמ' 307, הערה 104; רון ש' קליינמן "ויינקו"ף – פרק בתולדות מנהגי הסוחרים בימי הביניים: הלכה, ריאליה והיסטוריה" דיני ישראל כב 232-225 (התשס"ד); קליינמן, לעיל הערה 64, בעמ' 141-139, 145-148; לעניין מכירת חמץ – ראו: קליינמן, מנהגי הסוחרים, לעיל הערה 6, בעמ' 347, והערה 331. אמנם, ראוי לציין שמכירת חמץ הנעשית היום, בין אצל הרב ובין באתרי האינטרנט, אינה עסקה קניינית של מכירת החמץ אלא מינוי הרב כשליח למכור את החמץ, ולפיכך, ייתכן שעסקה זו אינה דורשת כלל מעשה קניין. ראו: רמב"ם משנה תורה, הלכות מכירה, פרק ה, הלכה יא; הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה א.

227 בנושא הראשון, ראו: ורהפטיג, לעיל הערה 3. לגבי השני, ראו: שילם ורהפטיג דיני חוזים במשפט העברי פרקים א, ג (התשל"ד); הרב בס, לעיל הערה 3, בעמ' 36-71. ביחס לשני הנושאים ראו עוד במקורות שצינו אצל נחום רקובר *אוצר המשפט* א, 403 (התשל"ה); ב, 409 (התשנ"א).

(א) חוזה בכתב

לפי סעיף 23 לחוק החוזים, "חוזה יכול שיעשה בעל פה, בכתב או בצורה אחרת". חוזים רבים בחיי היומיום מתבצעים בעל פה. הדיון להלן יעסוק בחוזים בכתב. בעולם התקבל זה מכבר המנהג לתת תוקף משפטי לעסקאות מסוגים שונים, בעיקר התחייבויות, על ידי הסכם כתוב – חוזה – אשר הצדדים לעסקה חותמים עליו.²²⁸ תוקפם של חוזים ומכלול הדינים הקשורים בהם, זכו עם השנים לעיגון בחוקי המדינות. כאמור במבוא, לפי ההלכה, יצירת התחייבות דורשת מעשה קניין.²²⁹ פוסקי ההלכה האחרונים העניקו תוקף הלכתי לחוזים בכתב, בין היתר על סמך הנימוק כי היות שכך הוא המנהג, הרי שיש לראות בחתימה על חוזה "קניין סיטומתא" ביחס להתחייבות החוזית.²³⁰ כך פסקו המהרש"ם,²³¹ המהרש"ך,²³² ר' יהודה עייאש,²³³ בעל החתם סופר,²³⁴ בעל שו"ת צמח צדק,²³⁵ ר' אברהם דוד ורמן,²³⁶ ר' ברוך מרדכי ליפשיץ,²³⁷ ר' נתנאל פריד,²³⁸

228 דיני החוזים החלו להתפתח בצורה משמעותית רק בעידן החדש, במיוחד למן ראשית המאה התשע-עשרה. ראו: פרידמן וכהן, לעיל הערה 138, בעמ' 11.

229 ראו לעיל, ליד הערה 3.

230 גם בתקופת הראשונים הוענק תוקף להסכמים מסוגים שונים על סמך דין סיטומתא. ברם כוונתי כאן להתייחסות לחוזים כמוסד משפטי מוגדר ונפרד, כמקובל בימינו. "החוזה האובליגטורי אינו מופיע במקורות המשפט העברי, כולל בתקופה שבה אנו עוסקים [=תקופת הראשונים], כנושא מוגדר בפני עצמו, וספק אם הוא מוכר במשפט העברי". ברכיהו ליפשיץ ואליאב שוחטמן *מפתח השו"ת של חכמי אשכנז צרפת ואיטליה* 78 (1997), בהערה בתחילת הערך "חוזה (הסכם, התחייבות)". לעומת זאת, אצל האחרונים אנו פוגשים כבר את החוזה במתכונתו המודרנית, כפי שניתן להיווכח מן המקורות שיוזכרו להלן. נימוק נוסף שהובא על ידי הפוסקים לתוקפם של חוזים הוא "דינא דמלכותא דינא". ראו: שילה, לעיל הערה 8, בעמ' 169-171.

231 *שו"ת מהרשד"ם*, לעיל הערה 48. תשובה זו נידונה לעיל, ליד ההערה הנ"ל. המשיב מעניק תוקף לשטר חוב המכונה בשאלה (הכתובה בלאדינו) "קונטרס" [=חוזה] – על סמך דין סיטומתא.

232 *שו"ת מהרש"ך*, חלק ג, סימן ח. הסכם פשרה בין נושים תקף מדין סיטומתא.

233 *שו"ת בית יהודה השלם* (אלג'יר, המחצית הראשונה של המאה השמונה עשרה), חלק א, דיני מנהגי ארגי"ל (אלג'יר), סימן כג, מ (התש"ן) קובע על סמך דין סיטומתא: "ומטעם זה הליטרי"ה] שנוהגין בין הסוחרים הוי קנין גמור". "ליטרה די קאמביו" (בלאטינית: *cambium*) באיטלקית: שטר חוב המחייב את החתום בו לשלם סכום כסף הנקוב בשטר; שטר חוב. ראו: ישראל היילפרין *פנקס ועד ארבע אצות* 541 (התש"ה); א' סופר "שני פסקי דין של החתם סופר" *המעין* ט(ב) 2 הערה 14 (תשרי התשכ"ט).

234 *שו"ת חתם סופר* (פרסבורג, מאות שמונה-עשרה ותשע-עשרה), חושן משפט, סימן סו, ד"ה: "ומ"ש מעלתו דליקני". המשיב מקבל את הטענה כי באופן עקרוני יש תוקף ל"קאנטראקט [=חוזה]" מדין סיטומתא.

235 ר' מנחם מנדל בר' שלום שכנא שניאורסון (נכדו של בעל התניא, ליובאוויטש, מאות שמונה-עשרה ותשע-עשרה), *שו"ת צמח צדק*, יורה דעה, סימן רלג. חוזה למכירת פרות. המשיב גורס כי באופן עקרוני "הקאנטראקט חשוב סיטומתא במכירת י"ש וכה"ג [=וכדומה]", אך מסתפק אם נהגו כן גם במכירת פרות. *בשו"ת הר צבי*, יורה דעה, סימן רנב, נטה לפסוק כצמח צדק הנ"ל.

236 כסף הקדשים (בוטשאטש, גליציה, מאות שמונה-עשרה ותשע-עשרה), חושן משפט רא, ס"ק א: "מכתב הנהוג לקנות בו מגויים, מה שקורין קאנטראקט, גם גבי מטלטלין הו"ל [=הרי זה] סטומתא היטב".

"קניין סיטומתא": הבסיס העיוני ויישומים במשפט האזרחי המודרני

המהרש"ג,²³⁹ המהרש"ם,²⁴⁰ ר' חיים עוזר גרודזנסקי,²⁴¹ הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג²⁴² ועוד,²⁴³ וכך דעת פוסקים בימינו.²⁴⁴

משמעות פסיקה זו היא, שכאשר חותמים צדדים, למשל, על חוזה לממכר דירה או רכב, הרי שמכוח דין סיטומתא יש למסמך זה תוקף הלכתי חוזי, כשל התחייבות למכר, אולם אין בכך כמובן משום עסקה קניינית (העברת בעלות) בממכר נשוא החוזה.²⁴⁵ גם בפסקי דין רבים של בתי הדין הרבניים במדינת ישראל נקבע כמעט ללא יוצא מן הכלל, כי לחוזה חתום יש תוקף מדין סיטומתא.²⁴⁶ והכול כמובן בתנאי שהחוזה עצמו מנוסח

237 שו"ת ברית יעקב (פולין וליטא, המאה התשע-עשרה), חושן משפט, סימן כ: "כיון דאיכא קונטרסאקט הוי כסיטומתא".

238 שו"ת פני מבין (הונגריה, המאה התשע-עשרה), סימן רסא. "בעשטעללונג [=הזמנה] בכתב ידו" שעושה קונה יי"ש.

239 ר' שמעון גרינפלד (הונגריה, מאות תשע-עשרה ועשרים), שו"ת מהרש"ג, חלק ג, סימן קיג, ד"ה: "אבל". "שלוסס [=חוזה] בכתב כנהוג זה נ"ל [=נראה לי] חיוב סטומתא גמור".

240 ר' שלום מרדכי שבדרון (גליציה, מאות תשע-עשרה ועשרים), שו"ת מהרש"ם, חלק ה, סימן מה. שטר פשרה חתום.

241 שו"ת אחיעזר (וילנא, מאות תשע-עשרה ועשרים), חלק ג, סימן עט, אות ז. חוזה שכירות.

242 פסקים וכתבים, שו"ת, כרך ט, חושן משפט, עה-עו ושם, סימן קיא-קיי (התשנ"א).

243 ראו במקורות שצוינו אצל אליאב שוחטמן סדר הדין 213 הערה 28 (התשמ"ח), לגבי חתימה על שטר בוררות, ואצל ורהפטיג, לעיל הערה 3, בעמ' 188, הערות 397-398.

244 ראו למשל: הרב עזרא בצרי דיני ממונות ב, נה, פד (התש"ן); הרב צבי שפיץ מנחת צבי: הלכות שכנים סימן טז, אות ה (התשמ"ד); הרב יעזר אריאל תורת המשפט א 132, 190 (התשנ"ז); וכך אמרו לי בשיחה בעל פה הרב אשר וייס והרב שלמה דיכובסקי. הרב עובדיה יוסף מעלה בתשובה את האפשרות שחוזה חתום נחשב קניין סיטומתא, אך אינו נזקק להכריע בדבר. ראו: שו"ת יביע אומר, חלק ו, חושן משפט, סימן ו, אות ו. וראו עוד: הרב בס, לעיל הערה 3, בעמ' 68-70.

245 כאמור לעיל, הערה 160, לצורך מאמר זה הנחתי, כדעת רבים מן הפוסקים והדיינים בימינו, כי להתחייבות למכר יש תוקף הלכתי חוזי מכוח דין סיטומתא.

246 ראו למשל: ערעור (גדול) תשי"ט/162, פד"ר ג 363, 368-369 (התש"ך) – התחייבות למזונות בנותיו; תיק תש"ך/4057 (ת"א-יפו), פד"ר ה 310, 317 (התשכ"א) – הסכם שותפות באגודה; ערעור שכא/116, פד"ר ד 193, 198 (התשכ"ב), ובאותו עניין, ערעור שכ"ב/68, פד"ר ד 289, 302 (התשכ"ב) – התחייבות למזונות בת אשתו; ערעור שכא/139, פד"ר ד 275, 279 (התשכ"ב) – הסכם גירושין; תיק תשכ"ב/3134 (ת"א-יפו) (לא פורסם). צוין על ידי שוחטמן, לעיל הערה 243) – שטר בוררות; תיק 5596/כ"ו (ת"א-יפו), פד"ר ו 202, 216 (התשכ"ב) – חוזה למכר מגרש; תיק 5069/ש"ל (ת"א-יפו), פד"ר ט 16, 40 (התשל"ב) – זיכרון דברים; ערעור תשל"ט/273, פורסם בתוך: הרב שאול ישראלי משפטי שאול – פסקי דין שיח-שכג (התשנ"ז) – הסכם גירושין; תיק תשמ"ב/999 (אשדוד) (לא פורסם). צוין אצל שוחטמן, שם, עמ' 72, הערה 189) – ייפוי-כוח בלתי-חוזר; תיק 1643/מ"ב (אשדוד), פורסם בתוך: הרב יעקב אליעזרוב "הפרת חוזה בין קבלן לדייר" תחומין ד 361, 363, 373 (התשמ"ג) – הסכם עם קבלן לביצוע שיפוץ; תיק 7776/מ"ד (ירושלים), פד"ר יד 43, 70 – התחייבות לזון בן בעלה; תיק 778/תשנ"ב (ירושלים), פד"ר טז 133, 138 – כתב ערבות; תיק 36/נא (תל-אביב), פד"ר יח 354, 360 (התשנ"ב) – כנ"ל; [חסר מס' תיק], פסקי-דין – ירושלים, ב, נג, בעמ' נה – חוזה למכר דירה; תיק 209-נה, פסקי-דין – ירושלים, ד, קיז, בעמ' קכא – כנ"ל; שו"ת ציץ אליעזר, חלק טז, סימן נג (פסק דין של המחבר, ר' אליעזר ולדנברג, דין בבית הדין הרבני הגדול) – הסכם גירושין.

כמנהג המדינה,²⁴⁷ והוא בר-אכיפה על פי משפט המדינה.²⁴⁸ ביחס לחוזה שלא נחתם, נקבע באחד מפסקי הדין כי אין לו תוקף מדין סיטומתא, כי בנסיבות המקרה לא הוכח שלשני הצדדים הייתה גמירות דעת לעסקה.²⁴⁹ בדומה לכך, אחד מפוסקי זמננו קבע באופן כללי, כי בשום מקרה אין לתת תוקף לחוזה שאינו חתום. ונימוקו, שהניסיון בבית הדין מלמד כי במקרה שבו לא נחתם חוזה, לא ניתן לברר בוודאות על סמך נתונים אחרים, ובכללם עדויות הנוכחים במשא ומתן, אם אכן הייתה גמירות דעת של הצדדים להסכם.²⁵⁰

אמנם, לפי המשפט הישראלי, חוזה בכתב, ואפילו חוזה להעברת זכויות במקרקעין, שצריך לעמוד ב"דרישת הכתב" – עשוי להיות תקף גם ללא חתימה, כל עוד מתקיימות הדרישות של מסוימות וגמירות דעת הצדדים.²⁵¹ עם זאת, דין סיטומתא אינו נקבע לפי

אמנם, שנים מן הדיינים אחזו בגישות אחרות. הרב אליהו עצור קובע בפסק דין, בהסתמך על החזון איש, כי אין לצוואה חתומה תוקף מדין סיטומתא, שכן אין המדינה מקפידה באיזה קניין יקנה המצווה את נכסיו. ראו: תיק מ"ח/3164 (ירושלים), פד"ר יח 207, 240 [=הרב אליהו עצור, לעיל הערה 16, בעמ' שנד, אות ט]. ברם, בפסקי הדין הרבניים האחרים במדינת ישראל לא נתקבלה בדרך כלל עמדה זו של החזון איש. הרב זלמן נחמיה גולדברג בפסק דין, לעיל הערה 218, בעמ' 346 [=במאמרו, לעיל הערה 218, בעמ' 290], מסתפק אם ל"זכרון דברים" יש תוקף מדין סיטומתא. שכן, לדבריו, כתיבת מסמך זה לא הונהגה מרצון חופשי, אלא שנהגו לכותבו "מכח שרוצים שיועיל בערכאות". אף שהנדרון שם היה זכרון דברים, דבריו אמורים לכאורה לגבי כל חוזה. שתי הגישות הללו קשורות לנושא היחס שבין המנהג הממוני לחוקי המדינה. בנושא זה אני מתעתד אי"ה לעסוק בהרחבה במקום אחר.

247 תיק 307/ל"ח (חיפה), פד"ר יב 279, 291 (התשמ"ח). סעיף בהסכם גירושין הקובע "לבעל לא תהא כל זכות בדירה". בית הדין פסק כי אף שבאופן עקרוני לחתימה על הסכם יש תוקף של סיטומתא, מאחר שהסעיף לא נוסח כמקובל בהסכמי מכר נדל"ן ("הבעלים מעביר את בעלותו בדירה", תיאור הנכס, וכדומה) – אין החתימה יכולה להיחשב כקניין סיטומתא.

248 לעומת זאת, לגבי הסכמים פוליטיים קבעו בתי המשפט האזרחיים, כי אינם בני-אכיפה. מכאן מסיק בית הדין הרבני כי "מנהג הציבור הוא דוקא שלא לראות בהסכמים כאלה הסכמים מחייבים", ולפיכך אין לחתימה עליהם תוקף מדין סיטומתא. תיק 1-35-64079635 (אשקלון), פד"ר יח 108, 112 (התשנ"ה). גם הרב צבי יהודה בן-יעקב, שו"ת משפטיך ליעקב, חלק ג, סימן ה, אות ד, פסק כי חוזה שאינו תקף על פי חוקי המדינה, אין לו תוקף.

249 ראו: הרב אברהם דוב לוין, תיק מס' 111-נג, פסקי-דין – ירושלים, ב, לא, בעמ' לט. הצדדים סיכמו ביניהם את פרטי העסקה ללא נוכחות עורך דין ואף לחצו ידיים. המוכר שלח לקונה בפקס טיוטת חוזה. לאחר כמה שבועות, ובטרם נחתם החוזה, מכר המוכר את המקרקעין לאדם אחר. הרב לוין קובע, שכיוון שבזמן משלוח הפקס יכול היה עדיין הקונה לחזור בו, הרי ש"גם מצדו של המוכר לא היתה גמירות דעת לסיים את העסקה בעצם המישלוח... טרם קבלת תשובתו של הקונה". הוא מוסיף, שגם אם לדעת שופטים מסוימים בבתי המשפט יש תוקף לחוזה דנן גם ללא חתימה, זו פרשנות של שופטים שאינה מחייבת מדין סיטומתא. בעניין האחרון ראו להלן ליד הערה 272.

250 כך אמר לי הרב אשר וייס בשיחה בעל פה.

251 ראו, למשל, ע"א 571/79 דירות מקסים בע"מ נ' גרבי, פ"ד לז(1) 589, 604-605 (1983): "אין ספק, שצדדים... לכל חוזה הנערך בכתב, נוהגים לחתום על החוזה... ורוב האנשים לא יראו את עצמם קשורים בהתחייבויות ההדדיות... כל זמן שלא חתמו שני הצדדים על החוזה... אך ייתכנו יוצאים מן הכלל, אם כי נדירים, בהם ישתכנע בית המשפט, על סמך חומר הראיות המובא לפניו, שאמנם היתה גמירות דעת בין הצדדים, למרות העובדה, שחתימתם או חתימת אחד מהם חסרות על גבי ההסכם הכתוב"; ע"א בוטקובסקי נ' גת, פ"ד מד(1) 57, 70 (1989). וראו לעיל, ליד הערות 138-139.

"קניין סיטומתא": הבסיס העיוני ויישומים במשפט האזרחי המודרני

פסיקת בתי המשפט אלא לפי המנהג אצל המתקשרים בחוזה.²⁵² ואכן, המנהג הוא שהצדדים לעסקה אינם גומרים בדעתם להתקשר ביניהם בחוזה בכתב טרם חתימתו.²⁵³ לפיכך, דעתי כדעת חכמי ההלכה שהובאה לעיל, כי המועד שבו מקבל חוזה בכתב (שנהוג לחתום עליו) את תוקפו מדין סיטומתא, הוא רגע חתימתו.²⁵⁴

השאלה אם חתימה על חוזה מסוים תיחשב למחייבת מכוח קניין סיטומתא, תלויה במהותה של העסקה הנדונה, במנהג ביחס אליה, ובכוונת הצדדים.²⁵⁵ לאור זאת קבע הרב צימבליסט בפסק דינו, כי חתימה על הסכם שלום בית שעמדו להגיש לאישור בית המשפט – ובמסגרתו התחייב הבעל להעביר את מחצית הדירה על שמה של אשתו – אינה מחייבת מדין סיטומתא. ונימוקו, לפי שיש כאן גילוי דעת שגמירות דעתם של הצדדים תחול רק עם אישור ההסכם כפסק דין, ולא קודם לכן.²⁵⁶

לעניות דעתי יש להשיג על נימוק זה. הסכם שלום בית הטעון אישור של בית משפט, הוא חוזה על תנאי, שיש לסווגו לפי דיני החוזים כחוזה על תנאי מתלה, שקיומו תלוי באישור של צד שלישי. צדדים החותמים על חוזים – במקרה דנן, על הסכם שלום בית – מבינים היטב כי חוזה על תנאי הוא חוזה מחייב לכל דבר, שנעשה מתוך גמירות דעת, אלא שתוצאותיו האופרטיביות מושעות עד להתקיימות התנאי. לפיכך, בתקופת הביניים – בין כריתת החוזה לבין התרחשות התנאי המתלה (אישור בית המשפט) – קשורים הצדדים בחוזה ביניהם, וחזרה של אחד מהם מהסכמתו עשויה להיחשב להפרת החוזה או למצער, להפרת חובת תום לב.²⁵⁷

252 ראו להלן ליד הערה 272.

253 ראו דברי השופט גבריאלי ב"פ 571/79, הובאו לעיל הערה 251.

254 ראוי לציין, כי יש חוזים בכתב שלא נהוג לגמור בחתימה, כגון חוזה כרטיס טיסה. כיוון שכך הוא המנהג לגבי חוזים כאלו, הם יהיו בעלי תוקף הלכתי חוזי מכוח דין סיטומתא גם ללא חתימה.

255 ביחס למהות העסקה, ראו: *שו"ת בית שלמה*, חושן משפט, סימן פד; קליינמן, מנהגי הסוחרים, לעיל הערה 6, בעמ' 259.

256 הרב חיים גדליה צימבליסט "דרכי קניין דירה" דברי משפט חלק ד רעו (התשנ"ח) (פסק דין שנתן כאב"ד בבית הדין הרבני האזורי בתל אביב. לימים דיין בבית הדין הרבני הגדול). הרב צימבליסט מציין שנימוק מעין זה מצאנו גם בפסקי דין נוספים והוסיף נימוק שני: שהבעל לא התחייב אלא במסגרת שלום בית, ומכיוון שספק אם התקיים מצב זה, הרי שאין תוקף להתחייבותו. בדומה נקבע שאם חתמו צדדים לעסקה על הסכם ואחר כך עשו קניין סודר, "יש להניח שבחתימה עצמה לא התכוונו כלל לשם קניין, אלא התכוונו לקנות בקניין אגב סודר". ראו: ערעור שכב/79, פד"ר ד 314, 317 (התשכ"ג). (הרבנים עובדיה הדאייא, יעקב הדס, בצלאל דולטי). דוגמה נוספת לעיקרון האמור, ערעור תש"ל/211, פד"ר ט 97, 102 (התשל"ב) (פסק דינו של הרב מרדכי אליהו). לפי האמור שם, הנוהג המקובל בבתי הדין ביחס להתחייבויות בהסכמי גירושין הוא שלא להסתפק בחתימת הצדדים על ההסכם אלא לבצע מעשה קניין. כיוון שזהו הנוהג, גם אם חתמו הצדדים על הסכם גירושין ולא עשו מעשה קניין, יכול כל אחד מהם לחזור בו ולטעון כי לא התכוון לבצע קניין בלא מעשה קניין כדין.

257 לגבי חוזה על תנאי מתלה ראו: חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, סע' 27; גבריאלי שלו דיע *חוזים: החלק הכללי* 482-467 (התשס"ה); דניאל פרידמן ונילי כהן *חוזים* כרך ג 31-58 (התשס"ד).

(ב) זיכרון דברים

"מסמך שהצדדים מכתירים בשם 'זיכרון דברים', יכול להוות הסכם מחייב לכל דבר ועניין, ויכול להוות אך תרשומת המשקפת שלב במשא ומתן". לפי המשפט האזרחי בישראל, כדי שזיכרון דברים ייחשב חוזה מחייב, "עליו למלא את דרישות חוק החוזים לשם יצירת חוזה, שהן בעיקר גמירת דעת ומסוימות"²⁵⁸. הדיון להלן יעסוק ב"זיכרון דברים" שעומד בדרישות אלו, ולפיכך נחשב כמשפט הישראלי כחוזה מחייב.

לאור העובדה שפוסקי ההלכה האחרונים והדיינים בבתי הדין הרבניים העניקו לחתימה על חוזה תוקף הלכתי-חוזי, צפוי היה שכך יהא המצב גם ביחס לחתימה על זיכרון דברים. ואולם, בכמה פסקי דין שניתנו בבתי הדין הרבניים בשני העשורים האחרונים, הגם שלא בכולם, מצאתי את הקביעה כי בשונה מחוזה, לזיכרון דברים אין כלל תוקף הלכתי.²⁵⁹ בפסק דין רבני שניתן באמצע שנות השמונים של המאה העשרים,²⁶⁰ כותב הרב חיים שלמה רוזנטל, כי קיימים שני טעמים לכך שאין לזיכרון דברים תוקף מדין סיטומתא:

1. כיוון שהמנהג הוא לעשות אחריו חוזה מפורט: "א"כ [=אם כן] המנהג הוא שהזכרון דברים אינו גומר הקנין", ואין הצדדים בחתימתם מתכוונים להתחייב באמור בו עד לחתימה על החוזה.

2. כיוון שהמנהג ביחס לתוקפו של זיכרון דברים, שלא כמו לגבי חוזה, "אינו ברור אצל כל העולם". מעובדה זו נגזר כי אף אם יפסקו ב"ערכאות", קרי: בתי המשפט האזרחיים, שיש לזיכרון הדברים דנן תוקף – אין זה מועיל, כי קניין סיטומתא נאמר רק ביחס למנהג "ברור בלא שום ספקות". שאם לא כן, נצטרך לבדוק תוקפו של כל הסכם בערכאות על פי חוקי המדינה, ואז "בטלה [צ"ל: בטל] כל דין תורה ואויבינו פלילים",²⁶¹ וזה דבר שלא ניתן לאומרו, ולא תהא שיחה בטלה שלהם כתורה שלמה שלנו".²⁶²

258 שלו, שם, בעמ' 164, 165.

259 תיק מה-620 (נתינה), פד"ר יז 122, 124-125. פסק דין זה יידון בסמוך; [חסר מס' תיק]. פסקי דין – ירושלים, ב, עמ' נג, בעמ' נו – פסק דינו של הרב ברוך יצחק לוי. לדעתו, מכיוון שעומדים לכתוב חוזה, הרי שאין סמיכות דעת בשלב זיכרון הדברים, והרי זה כמכר "בלי פיסוק דמים". פסק דין זה מצוטט בהסכמה על ידי בנו, הרב אברהם דב לוי, תיק 209-נה, פסקי דין – ירושלים, ד, קכא; בפסק דין נוסף מבהיר הרב ב"י לוי, כי זיכרון דברים אינו אלא "התחייבות לכתוב... חוזה". ראו: [חסר מס' תיק], פסקי דין – ירושלים, ג, עט, בעמ' פ. ברם, בפסק דין אחר הוא פסק כי קבלן שחתם עם בעלי מגרש על זיכרון דברים ותקעו כף "קנה את המגרש מדין סיטומתא". ראו: [חסר מס' תיק], פסקי דין – ירושלים, ו, כג.

260 תיק מה-620, שם. בפסק הדין לא צוין תאריך. זיכרון הדברים הנידון שם נכתב ביום 22.11.84, ולפי מספר התיק עולה כי הוא נפתח בשנת התשמ"ה.

261 מבוסס על הפסוק: "כי לא כצורנו צורם ואִיִּבְנוּ פְּלִילִים" (דברים לב, לא). פסוק זה, כמו גם המשך המשפט, מעיד על יחס שלילי לבתי המשפט האזרחיים אשר אינם דנים לפי דין תורה.

262 תיק מה-620, לעיל הערה 259. המשפט האחרון הוא פרפרזה על דברי התלמוד הבבלי, מנחות סה, ע"ב: "ולא תהא תורה שלמה שלנו כשיחה בטילה שלכם?".

"קניין סיטומתא": הבסיס העיוני ויישומים במשפט האזרחי המודרני

דומני כי יש להשיג על הנימוק הראשון, שבו אחזו, מלבד הרב רוזנטל, גם דיינים נוספים.²⁶³ העובדה שנהוג לכתוב מאוחר יותר חוזה מפורט יותר, אינה שוללת את כוונת הצדדים ליתן לזיכרון דברים תוקף. אדרבה, מטרתו העיקרית של זיכרון דברים היא ליצור מחויבות הדדית לעסקה,²⁶⁴ שעיקרה מועלים על הכתב בראשי פרקים, כבר בשלב מקדמי זה.²⁶⁵ משום כך מקובל לכתוב בזיכרון דברים, כי צד החוזר בו מן העסקה ישלם דמי ביטול או יפסיד את דמי הקדימה ששילם לצד השני (סעיף פיצויים מוסכמים).

הנימוק השני, שלפיו מבחינה עובדתית תוקפו המשפטי של זיכרון דברים "אינו ברור" לציבור הרחב – מסתבר יותר על רקע התקופה שבה נאמר ובעיקר על רקע נסיבות המקרה הנדון. אמנם במשפט הישראלי בשנות השמונים של המאה הקודמת, היה ברור כי באופן עקרוני זיכרון דברים עשוי להיות חוזה לכל דבר, וכי תוקפו ייקבע על פי תוכנו ומהותו ולאור הנסיבות;²⁶⁶ אולם, אפשר שבתקופה זו, רבים בציבור לא היו מודעים עדיין למצב משפטי זה וסברו כי זיכרון דברים אינו אלא שלב מקדמי לחוזה. וכיוון שקניין סיטומתא מושתת על המנהג, הרי שמה שקובע הוא כיצד הציבור הנוהג להשתמש בזיכרון דברים תופס כלי משפטי זה.

ייתכן גם שדברי הרב רוזנטל בנימוקו השני נאמרו על רקע נסיבותיו המיוחדות של המקרה הנדון, ואולי גם על רקע הפסיקה בידי חוזים בבתי המשפט האזרחיים בתקופה המקבילה. בשנות השבעים והשמונים הלכה הפסיקה הישראלית וצמצמה את כמות הפרטים הנדרשים לשם עמידה ב"דרישת הכתב", הנחוצה לפי החוק בהסכם לרכישת זכויות במקרקעין.²⁶⁷ כך למשל, נקבע באחד מפסקי הדין ביחס לקבלה – שלא היה בה יותר מאשר

263 הרב ב"י לוין ובנו, הרב א"ד לוין. ראו לעיל, הערה 259. הרב זלמן נחמיה גולדברג הסתפק בתוקפו של זיכרון דברים מכוח דין סיטומתא, אך מטעם אחר. דבריו בעניין זה הובאו לעיל הערה 246.

264 ראו למשל: ע"א 158/77 רבינא נ' חברת מן שקד בע"מ (בפידוק), פ"ד לג(2) 281, 287 (1979).

265 לפיכך, אין הנידון דומה לראיה שהביא הרב רוזנטל (תיק מה-620, לעיל הערה 259) מדברי הט"ז לגבי כתיבת פרטי שידוך ב"ראשי-פרקים", שכל צד רשאי לחזור בו, ואין לחייב בקנס המוסכם את מי שחוזר בו. שם כוונת הצדדים היא שלא להתחייב עד לזמן כתיבת התנאים, גם לא בקנס, מה שאין כן בזיכרון דברים. עוד יש לציין, שיש שחלקו על דברי הט"ז, וגם על ההשוואה שבין שידוך לבין מקח וממכר. ראו: הרב יעקב אברהם כהן (דיין בבית הוראה צאנז בבני-ברק) עמק המשפט חלק א, סימן א עמ' ב-ג "תוקפו ההלכתי והחוקי של 'זכרון דברים'" (התש"ס); הרב מרדכי בנימין רלב"ג (דיין בבית הדין לממונות שעל יד הרבנות ירושלים) אבני משפט קסו, קסח (התשס"ד) (תודה לרב דניאל כ"ץ על ההפניה למקור זה); הרב עובדיה יוסף טולידאנו "פרטי דינים בחוזי מכר הנהוגים בזה"ז [=בזמן הזה]" קובץ דרכי הוראה, בית דין צדק... בראשות מורנו... רבי אשר וייס, ב ר' ובהערה 1 (תמוז התשס"ה).

266 על תוקפו של זיכרון דברים במשפט הישראלי, ראו: פרידמן וכהן, לעיל הערה 138, עמ' 291-311; שלו, לעיל הערה 257, בעמ' 164-166.

267 סעיף 8 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969: "התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב". פסק הדין הראשון שדן בעניין זה היה ע"א 726/71 גרוסמן את ק.ב.ק. נ' מנהלי עיזבון בידרמן, פ"ד כו(2) 781 (1972). לסקירת הפסיקה בנושא זה ראו: אריה איזנשטיין יסודות והלכות בדיני מקרקעין כרך ב, 38-44 (התשנ"ו); שלו, לעיל הערה 257, בעמ' 381-383; פרידמן וכהן, לעיל הערה 138, בעמ' 414-448.

אישור על תשלום מקדמה על החשבון, מיקום החלקה, מחיר לדונם ושמות הצדדים – כי היא עומדת בדרישת הכתב.²⁶⁸

גם בפסק דינו של הרב רוזנטל מדובר היה במסמך שעיקרו קבלה על תשלום מקדמה לרכישת דירה.²⁶⁹ לאור האמור אפשר שקביעתו של הרב רוזנטל, כי תוקפו של זיכרון דברים "אינו ברור אצל כל העולם", נובעת מעובדות המקרה שלפניו ומן הפסיקה האזרחית הבלתי אחידה בעניין זה בתקופתו, פסיקה שהייתה עשויה להביא בשעתה לאי-בהירות בקרב הציבור. ייתכן אף שבדברי הרב רוזנטל ניתן למצוא הד למצב המשפטי האמור.²⁷⁰

סירובו העקרוני של הרב רוזנטל ללכת בעניין זה אחר פסיקת בתי המשפט אשר מכירה בחלק מן המקרים בתוקפו של זיכרון דברים – אף הוא בדין יסודו. קניין סיטומתא דורש קיומו של מנהג מופר וברור לציבור המשתמש בפרקטיקה הנידונה.²⁷¹ משום כך קבעו פוסקים ודיינים שלא ניתן להשתית קניין זה על פסיקת בתי המשפט, כל עוד לא הפכה פסיקה זו למנהג המדינה.²⁷²

ואולם, חרף כל האמור, נראה לעניות דעתי, ודאי ביחס למציאות בישראל כיום, כי בדרך כלל מוכר וקונה שחותמים על זיכרון דברים במסגרת עסקת מקרקעין²⁷³ – בין אם מדובר במכר נדל"ן למטרות עסקיות ובין אם במכר דירת מגורים לצרכים אישיים – מבינים היטב, כי מדובר בחוזה מחייב בעל תוקף משפטי, וכי הפרתו מצד מי מהם תחייבו בפיצויים המוסכמים הקבועים בהסכם. וכיוון שכך הוא ה"מנהג" של המתקשרים בזיכרון דברים, יש להסכם זה תוקף הלכתי-חוזי מדין סיטומתא.

אכן, בניגוד לעמדה שהוצגה לעיל, בפסקי דין אחרים – הן משנות השבעים והן משנות התשעים של המאה העשרים – מצאתי כי בתי הדין הרבניים הכירו בתוקפו של זיכרון

268 ע"א 235/75 חסן ערפאת קאדרי נ' מסדר האחיות צ'רלס הקדוש, פ"ד ל(1) 800 (1976).

269 מדובר במסמך קצר ביותר שכותרתו "זיכרון-דברים", המוגדר בפי הרב רוזנטל (תיק מה-620, לעיל הערה 259, בעמ' 124) כך: "סיפור דברים וקבלה על קבלת המקדמה, רק דרך אגב כתב... שהכסף הוא 'מקדמה על הדירה שקנה ממני'".

270 "שבכרואות במקרים מסויימים זכרון דברים הוא כשטר... אף שיתכן שנוסח מסויים של 'זכרון דברים' מהני [=מועיל] בדיניהם (כאשר הוא מנוסח בנוסח חוזה), מ"מ [=מכל מקום] הואיל ואין הדבר כביעתא בכוחא [=ברור ללא ספק] לכל העולם..." (שם, בעמ' 125. הסוגריים העגולים במקור).

271 ראו לעיל, הערה 13, וליד הערה 203.

272 ראו למשל: ר' יוסף מטראני (קושטא, מאות שש-עשרה ושבע-עשרה), שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קכה-קכו; ר' משה פרישקו (קושטא, סוף המאה השמונה-עשרה) ידיו של משה חלק השו"ת, חושן משפט, סימן י, ד"ה: "ועוד"; תיק מס' נג-111, לעיל הערה 249.

273 הרב אשר וייס אמר לי בשיחה בעל פה, כי לצורך הקביעה מהו ה"מנהג" ביחס לזכרון דברים, יש לקחת בחשבון לא מה שידועים משפטנים הבקאים בחוק ובפסיקה, ואף לא מה שחושב הציבור הרחב, אלא מה חושבים קונה ומוכר מצויים בעת שהם חותמים על זכרון דברים בעסקת-מכר מקרקעין.

"קניין סיטומתא": הבסיס העיוני ויישומים במשפט האזרחי המודרני

דברים.²⁷⁴ בכמה מהם אף נאמר במפורש כי תוקפו של זיכרון דברים מבוסס על דין סיטומתא.²⁷⁵ כך פסקו חכמי הלכה גם בראשית המאה העשרים ואחת.²⁷⁶

(ג) סעיף פיצויים מוסכמים בחוזה

פוסקי ההלכה הסתמכו על סוגיית סיטומתא, לא רק לשם מתן תוקף לדרכי קניין חדשות, אלא גם כדי להתגבר על בעיות אחרות בדיני הקניין. על סמך דין סיטומתא ביססו כמה מן הפוסקים את תוקפן ההלכתי של פרקטיקות שבהן נהגו להקנות במצבים "בעייתיים" מבחינת הלכות הקניין – קרי: מצבים שבהם לא ניתן להקנות על פי דיני הקניין הרגילים. להלן אדון באחת הדוגמאות לכך: תנאי בין צדדים לחוזה הקובע פיצויים מוסכמים מראש במקרה של הפרת החוזה.

הבעיה ההלכתית היא, שסעיף פיצויים מוסכמים הוא בגדר "אסמכתא". לדעת רוב הראשונים והאחרונים, "אסמכתא" פירושה התחייבות שמקבל אדם על עצמו, התלויה בתנאי מסוים ועל כן היא מסופקת.²⁷⁷ החיסרון באסמכתא נעוץ בהיעדר גמירות דעתו של המתחייב.²⁷⁸ בשל חיסרון זה נפסק כי באופן עקרוני התחייבות שהיא בגדר אסמכתא אינה קונה ("אסמכתא לא קניא").²⁷⁹

274 ראו: תיק 336-נד, פסקי-דין – ירושלים, ד, סז – חוזה מכר של דירה. בית הדין מציין כי זיכרון דברים חתום הוא דרך קניין על פי דין תורה מכוח המנהג, אך אינו מזכיר את קניין סיטומתא.

275 תיק 5069/ש"ל (ת"א-יפו), פד"ר ט 16, 40 (התשל"ב) – זיכרון דברים למכירת מניות; ערעור 1010/תשנ"ב, פד"ר יח 29, 31, 35 (התשנ"ד) – זיכרון דברים למכירת בניין.

276 ראו: הרב כהן, לעיל הערה 265 – מכוח חוק המדינה והנהג; הרב טולידאנו, לעיל הערה 265 – מכוח חוק המדינה וקניין סיטומתא; הרב דב ליאור שו"ת דבר חבדון חלק א, חושן משפט, סימן מט, 157 (התשס"ה) – מכוח חוק המדינה וקניין סיטומתא; הרב אשר וייס והרב שלמה דיכובסקי בשיחה בעל פה עמי – מכוח קניין סיטומתא; הרב רלב"ג, לעיל הערה 265, בעמ' קסד-קעג – מכוח חוק המדינה והמנהג. לדעתו, זיכרון הדברים נחשב לשטר ראייה, והמקדמה הכספית מהווה קניין כסף על נכס הנדל"ן (יש להעיר שלפי חוקי מדינת ישראל, בעלות בנדל"ן עוברת רק עם הרישום בטאבו, ולדעת פוסקים ודיינים רבים, לאור קניין סיטומתא ודינא דמלכותא, זהו גם המצב ההלכתי כיום. אך נושא זה ראוי לדיון נפרד).

277 דוגמה ל"אסמכתא", הדומה לסעיף פיצויים מוסכמים הנהוג בימינו, מופיעה כבר בדברי תנאים: קונה בעסקת-מכר משלם למוכר מקדמה על חשבון המקח ("ערבון"), והם מסכמים ביניהם, שאם הקונה יחזור בו מן העסקה – המקדמה תישאר בידי המוכר, ואם המוכר יחזור בו ממנה – ישלם הלה לקונה סך העולה לכפל המקדמה. ראו: בבא מציעא מח, ע"ב, ורש"י ד"ה: "אסמכתא".

278 יצוין שלפי סעיף 15 (א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, רשאי בית המשפט להפחית את שיעור הפיצויים "אם מצא שהפיצויים נקבעו ללא כל יחס סביר לנזק שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה". הטעם שביסוד הוראה זו נעוץ אף הוא בגמירות דעת הצדדים וב"חשש שמכיוון שאדם הכורת חוזה מאמין שיקיים אותו, הרי הוא נוטה להסכים בקלות ולעתים בפזיזות להוראות דרקוניות במקרי הפרה, בהנחה שהשאלה לא תתעורר". פרידמן וכהן, לעיל הערה 138, בעמ' 130.

279 קיימות גם הגדרות אחרות לאסמכתא, וכן הסברים אחרים לכך שאסמכתא אינה קונה. למהותה של אסמכתא לפי השיטות השונות ולפרטי דיניה, ראו: אנציקלופדיה תלמודית, כרך ב: "אסמכתא(ב)", קח-קטו; ברכיהו ליפשיץ אסמכתא: חיוב וקניין במשפט העברי (התשמ"ח).

השאלה אם מכוח עקרון קניין סיטומתא, יש בכוחו של מעשה קניין נהוג לגבור על בעיית האסמכתא, נידונה כבר בתשובה²⁸⁰ של הר"ש משנץ (ר' שמשון בר' אברהם, Sens, צרפת, מאות שתיים-עשרה ושלוש-עשרה), שהיה מגדולי בעלי התוספות.²⁸¹ המשיב דן במנהג שנהג בזמנו, ליתן מטבע מסוג מסוים בעת שידוכין.²⁸² נתינת המטבע העניקה תוקף לתנאים שהותנו בעת השידוכין, וביניהם קנס (פיצוי מוסכם) שנקבע למי מן הצדדים שיחזור בו. אם תנאי זה הוא בגדר אסמכתא, משמע לכאורה שאין לו תוקף הלכתי.

הר"ש פוסק כי נתינת המטבע היא מעשה קניין תקף, המעניק תוקף להתחייבויות הצדדים בעת השידוכין,²⁸³ וכי אין בתנאי האמור משום אסמכתא. הוא נותן לכך שני נימוקים, והראשון שבהם נסמך על קניין סיטומתא: היות שכך נהגו "כל העולם", הרי שהקניין חל כמו בדין סיטומתא.²⁸⁴ הרי לנו כי לדעת הר"ש, בכוחו של דין סיטומתא לא רק להעניק תוקף לדרכי קניין נהוגות, אלא גם להתגבר על בעיית האסמכתא.

כדעת הר"ש כתבו בעלי התוספות, הרא"ש²⁸⁵ וחכמי אשכנז, בעוד הרמב"ם וחכמי ספרד²⁸⁶ גרסו כי יש בקנסות הללו משום אסמכתא. בעקבות מחלוקת הראשונים נחלקו בדבר אף המחבר והרמ"א.²⁸⁷

שאלת תוקפו של קניין סיטומתא במקרה של אסמכתא, תלויה במידה רבה בבסיס המשפטי של קניין זה, שנידון בפרק ב של המאמר. אם קניין סיטומתא מבוסס על גמירות דעתם של הצדדים ועל יכולת ההתנאה שלהם, אזי הדעת נותנת כי יש בכוחו של הקניין

280 התשובה הובאה באור זרוע, בבא מציעא, פרק ה, סימן קפח, בשם רבנו שמשון בר אברהם, ובשינויים קלים בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס ברלין, סימן שנד, עמ' 288 [= דפוס פראג, סימן תתקסז]. הדברים הובאו בלא ציון אומנם גם בתוספות, בבא מציעא סו, ע"א, ד"ה: "ומניומי", ובתוספות הרא"ש, שם, ד"ה: "ומניומי".

281 הר"ש משנץ (1150-1216 לערך) היה תלמידו של הר"י ולמד תורה בצעירותו גם מפי רבנו תם. עלה לארץ ישראל בשנת 1211. ראו: אפרים אלימלך אורבך בעלי התוספות 264-266, 271-279 (התשנ"ו).

282 המטבע הנזכר שם, "רייזמינ"ש", נהג בכמה ממדינות אירופה. יוסף בר-אל מילון יידיש עברית לשו"ת גדולי אשכנז – מאות י"ג-ט"ו, משיבים נבחרים 5 (התשל"ז), כותב בערך רייזמינ"ש: "מטבע בעל הילוך חוקי, בין המאות ה-13-19 בגרמניה ואוסטריה-הונגריה – ועל המטבע אות הצלב".

283 כאמור לעיל ליד הערה 3, לפי ההלכה כדי לתת תוקף ליצירת התחייבויות נדרש מעשה קניין.

284 "ועל ענין רוזמינ"ש [=מטבע מסוים] שנותנים בשעת שידוכים – קניא [=קונה], שתקנו העולם כמו שתקנו סיטומתא [=סיטומתא] בסוף פירקא (ב"מ ע"ד ע"א) שקונים כמנהג. וגם כמו כן יש להועיל רוזמינ"ש בשידוכים, כיון שכל העולם נוהגים לתן אותם" (הציטוט על פי שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס ברלין, לעיל הערה 280). על תשומת הלב המיוחדת של הר"ש משנץ לתנאי החיים בזמנו ובמקומו, ראו: אורבך, לעיל הערה 281, בעמ' 308-309.

285 תוספות ותוספות הרא"ש, לעיל הערה 280.

286 ראו: רמב"ם משנה תורה, הלכות מכירה, פרק יא, הלכה יח.

287 שולחן ערוך, חושן משפט רז, טז. לסקירת דעות הראשונים והאחרונים בעניין זה, ראו בהרחבה: תיק א/669 (חיפה), פד"ר ג 57, 59-61 (התשי"ח); ערעור תשי"ח/122, פד"ר ג 131, 139-149 (התשי"ט); תיק 1875/תשמ"ב (רחובות), פד"ר יד 30, 35-1 (התשמ"ג) [=חלק זה של פסק הדין פורסם על ידי הרב איזירר, לעיל הערה 16, בעמ' 31-36].

"קניין סיטומתא": הבסיס העיוני ויישומים במשפט האזרחי המודרני

לפתור את בעיית האסמכתא. אמנם, על פי רוב, במקרה של אסמכתא אין למתחייב גמירות דעת מספקת,²⁸⁸ ברם, אם התחייבות כזו נהוגה ומקובלת, יש לו גמירות דעת מכוח המנהג.²⁸⁹ לעומת זאת, אם משתיתים את קניין סיטומתא על תקנת חכמים או על "הפקר בית דין – הפקר",²⁹⁰ אפשר שאין בכוחו של קניין זה להתגבר על בעיית האסמכתא. לפי גישות אלו, קניין סיטומתא הוא ככל מעשה קניין אחר, וככזה הוא כפוף למגבלות דיני הקניין ובהן דין אסמכתא.²⁹¹

התייחסות לנושא דנן מצאתי בכמה פסקי דין רבניים במדינת ישראל. בית הדין האזורי לדיני ממונות בקריית ארבע נדרש לסעיף בחוזה, הקובע פיצויים מוסכמים על איחור באספקת הממכר. בהסתמך על דברי תוספות הנזכרים לעיל, על שאין בכך בעיית אסמכתא, פסק בית הדין: "אמנם אם היה ברור שמקובל בכל המדינה להטיל קנס של 25% עבור שבוע פיגור, ניתן היה לומר שיש לזה תוקף של מנהג מדינה. כי יש לדמות דין זה לסיטומתא, שכל מה שהסוחרים מקבלים עליהם כמנהג אין בזה משום אסמכתא".²⁹² גם לדעת דיינים אחרים בזמננו, אין בסעיף פיצויים מוסכמים בעיית אסמכתא, כי המנהג יוצר את גמירות הדעת הנדרשת.²⁹³

לעומת זאת, בית הדין הרבני האזורי ברחובות קבע כי אין תוקף לסעיף בחוזה-ממכר הקובע פיצויים מוסכמים בגין איחור ברישום הדירה בטאבו על שם הקונים, שכן סעיף כזה

288 הדיון כאן הוא לפי הגישה שהתקבלה על ידי הפוסקים, כי החיסרון באסמכתא נעוץ בהיעדר גמירות דעת מצד המתחייב. כאמור לעיל, הערה 279, קיימות גם גישות אחרות.

289 כך פסק הרב זלמן נחמיה גולדברג בפסק דין, לעיל הערה 218, בעמ' 343-344 [במאמרו, לעיל הערה 218, בעמ' 287]. וכך דעת הרב אשר וייס, להלן, ליד הערה 293.

290 למסקנה דומה ניתן להגיע גם אם גורסים כי דין סיטומתא מבוסס על דרכי קניין אחרות כדוגמת חליפין או משיכה וחזקה. ראו לעיל בפרק ב, סעיף 4.

291 השוו לדין לעיל, ליד הערות 213-215, לגבי תוקפו של קניין סיטומתא ביחס להקנאת דבר שלא בא לעולם.

292 תיק 4/תש"ן, פסקי דין – קריית-ארבע, א 109, 111. עם זאת, מסקנתו של בית הדין היא שקשה להניח שהסוחרים רגילים לקנוס את עצמם בקנס של 25% על פיגור של שבוע, ולפיכך אין לסעיף זה תוקף מכוח מנהג.

293 כך אמרו לי בשיחה בעל פה הרב אשר וייס והרב שלמה דיכובסקי. הרב דיכובסקי הוסיף, כי מדובר רק כשהפיצוי שנקבע בחוזה אינו מופרז ביחס למהות ההפרה. וראו לעיל ליד הערה 289.

הוא בגדר אסמכתא.²⁹⁴ כך פסק גם בית הדין לממונות שעל יד הרבנות הראשית ירושלים.²⁹⁵ בפסקי דין אחרים נמנעו בתי הדין הרבניים מלהכריע במחלוקת הפוסקים בשאלה זו.²⁹⁶

ד. סיכום ומסקנות

על פי ההלכה, לצד הצורך בגמירות דעת של הצדדים בעסקה, העברת בעלות (קניין) ויצירת התחייבות, אמורות להתבצע בדרך כלל באמצעות מעשה פיזי הקרוי "מעשה קניין" או "דרך קניין". דרכי הקניין הקלאסיות (משיכה, הגבהה, חזקה וכדומה) מפורטות בספרות התלמודית. בתקופה הבתר-תלמודית, במיוחד בתקופת האחרונים, התפתחו דרכים חדשות ליצירת קניין והתחייבות, שבדרך כלל אינן עונות על הדרישות ההלכתיות של דרכי הקניין הקלאסיות, ופוסקי ההלכה נדרשו לדון בתוקפן ההלכתי. הדרך המרכזית להכרה בתוקפן ההלכתי של הפרקטיקות החדשות הייתה במשך מאות שנים, ועודנה, דרך הקניין המכונה בספרות ההלכה "קניין סיטומתא", שמקורה בסוגיה קצרה בתלמוד הבבלי.

פוסקי ההלכה העניקו לסוגיה זו פרשנות מרחיבה ולפיה "קניין סיטומתא" פירושו: כל דרך קניין הנהוגה במקום מסוים על ידי בני המקום או על ידי אנשי קבוצה מסוימת, כגון הסוחרים. הפוסקים קבעו כי במקום שנהגו לבצע קניין בדרך מסוימת – הגם שדרך קניין זו אינה נזכרת במשנה ובתלמוד – יש לה תוקף.

מטרתו של מאמר זה הייתה לבחון את הבסיס העיוני של קניין סיטומתא וכן לעמוד על יישומו של דין זה הלכה למעשה על כמה מן הפרקטיקות המקובלות במשפט האזרחי המודרני לשם יצירת קניין והתחייבות.

דיון בשאלת הבסיס המשפטי-עיוני של קניין סיטומתא מצוי לראשונה בתקופת הראשונים, וביתר הרחבה בתקופת האחרונים. שתי שיטות מרכזיות המתפצלות בתוכן לשיטות-משנה, הועלו על ידי פוסקי ההלכה, ראשונים ואחרונים, לשם ביסוס קניין סיטומתא:

(א) קיומו של מנהג בין הסוחרים נחשב כתנאי מכללא של הצדדים לבצע את העסקה בהתאם למנהג. לפי דעה זו, הבסיס לקניין סיטומתא נעוץ בגמירות דעתם של הצדדים וביכולתם להתנות על ההלכה בענייני ממון (רשב"א, מהרשד"ם ועוד).

294 תיק 1875/תשמ"ב, לעיל הערה 287, בעמ' 33, סעיף ב. דייני הרום (הרבנים שמחה קוק ואברהם יצחק לנאל) אינם דנים כלל באפשרות לתת תוקף לסעיף הפיצויים המוסכמים מכוח המנהג, ומשמע שסברו כי גם אם כך נהגו, הרי שהסעיף משולל תוקף מצד "אסמכתא". הרב חגי איזרר (כיום דיון בבית הדין הרבני הגדול), מביא בדעת מיעוט את מחלוקת הפוסקים בשאלה זו, אך אינו נדרש להכריע בה (ראו שם, בעמ' 41).

295 תיק 350-ס"ג, הובא על ידי הרב רלב"ג, לעיל הערה 265, בעמ' קעב-קעג. מדובר בסעיף פיצויים מוסכמים בזיכרון דברים לרכישת נדל"ן.

296 ערעור תשי"ח/122, לעיל הערה 287, בעמ' 147; תיק א/669/יח, לעיל הערה 287, בעמ' 61. מכיוון שלא הכריעו במחלוקת האמורה, פסקו בתי הדין במקרים אלה כמקובל במקרה של ספק בדיני ממונות, לטובת המוחזק.

"קניין סיטומתא": הבסיס העיוני ויישומים במשפט האזרחי המודרני

(ב) דין סיטומתא הוא תקנת חכמים. לפי גישה זו דומה קניין סיטומתא לדרכי קניין אחרות שתיקנו חכמים, ותוקפו כשאר תקנות חכמים, מכוח "הפקר בית דין – הפקר" (מהר"ם מינץ, רמ"א, בעל נתיבות המשפט ועוד).

החל מן המאה התשע-עשרה, במקביל להתגברות העיסוק ההלכתי בקניין סיטומתא, במיוחד בספרות השו"ת, הוצעו דרכי הבנה מקוריות נוספות לביסוס דין סיטומתא. (ג) רבים מן האחרונים גרסו שקניין סיטומתא מבוסס על גמירות דעת הצדדים. בתפיסה דומה אחזו אמנם כבר הראשונים. ברם, בניגוד לקודמיהם שאמרו שהצדדים נחשבים כמי שהתנו ביניהם לקנות בדרך הקניין הנהוגה, סבורים בעלי גישה זו כי כאשר גמירות דעתם של הקונה והמקנה ברורה, אין צורך כלל במעשה קניין (רמ"צ ויטמאיר, ר"ש קלוגר, ר"י אנגל, רש"ש, ועוד).

שתי שיטות נוספות ביססו את קניין סיטומתא על דרכי קניין מופרות בהלכה:

(ד) קניין סיטומתא הוא למעשה קניין חליפין (בעל שו"ת דבר אברהם).

(ה) קניין סיטומתא במיטלטלין כלול בקניין משיכה, וזה שבמקרקעין כלול בקניין חזקה (ר' דוד פרידמן).

בדיקת דבריהם של פוסקי ההלכה ביחס לפרקטיקות החדשות ליצירת קניין והתחייבות הנידונות במאמר זה, העלתה כי לשאלת הבסיס העיוני של קניין סיטומתא אין בדרך כלל השפעה על שאלת יישומו של קניין זה על פרקטיקות אלו. עם זאת, בכמה מקרים מצאתי כי היכולת ליישם את קניין סיטומתא אכן תלויה, או עשויה להיות תלויה, בבסיס העיוני של קניין זה.²⁹⁷

בעידן המודרני, משפט המדינה – הכולל את חוקיה ואת פסיקת בתי המשפט המפרשת אותם – הוא המעצב בדרך כלל את מנהגי הממון. עם זאת, דין סיטומתא נקבע לא על פי החוק והפסיקה האזרחיים, אלא לפי מידת השתקפותם של אלו במנהג המדינה. לפיכך, לצורך יישומו של דין סיטומתא על הפרקטיקות המודרניות, אין להסתפק בבירור המצב לפי המשפט האזרחי במדינה, אלא בעיקר יש לבחון מהו המנהג אצל הנוקטים כל אחת מן הפרקטיקות, היינו: כיצד הם מבינים את הפרקטיקה הנהוגה על ידם, ובאיזו מידה תואם מנהגם את המשפט האזרחי.

הראיתי כי לעתים מסווגים פוסקי ההלכה את המקרה שלפניהם בשונה מן הסיווג המקובל במשפט האזרחי. מחקר זה העלה, כי הבנה של המשפט האזרחי ובירור של המנהג

297 (א) כך הראיתי לגבי תוקפו ההלכתי של סעיף פיצויים מוסכמים בחוזה, התלוי בשאלת תוקפו של קניין סיטומתא ב"אסמכתא". ראו לעיל ליד הערות 288-291.

(ב) לדעת כמה מחכמי ההלכה, לרכישת מוצרים בכרטיס אשראי ולמסחר אלקטרוני יש תוקף קנייני מכוח סיטומתא. פרקטיקות אלו מתבצעות לעתים ביחס לממכר שטרם יוצר ("לא בא לעולם"), ותוקפן ההלכתי מכוח קניין סיטומתא לגבי ממכר כאמור עשוי להיות תלוי בבסיס העיוני של קניין זה. ראו לעיל ליד הערות 213-217. אולם, לדעתי לשתי הפרקטיקות הנ"ל יש רק תוקף חוזי אך הן אינן מעניקות לרוכש זכות קניינית בממכר. כאמור לעיל, לפי ההלכה ניתן ליצור התחייבות חוזית ביחס לדבר שלא בא לעולם. ואם כן, לפי המסקנה שאלה הגעתי תוקפן ההלכתי של הפרקטיקות הנ"ל אינו תלוי כלל בבסיס העיוני של קניין סיטומתא. ראו לעיל ליד הערות 150-160, 219-221.

במדינה עשויים לתרום תרומה משמעותית לבירור ההלכתי ואף עשויות להיות להם השלכות על המסקנות ההלכתיות.

כך, למשל, מצאתי ביחס לרכישת מוצרים (מיטלטלין) באמצעות כרטיס אשראי. כמה מחכמי ההלכה סבורים שיש לפרקטיקה זו תוקף הלכתי קנייני מכוח דין סיטומתא כ"קניין גמור". לדבריהם, הבעלות במוצר שנרכש בכרטיס אשראי עוברת לקונה בעת ביצוע התשלום. לעומת זאת, לעניות דעתי, בירור החוק והמנהג בישראל מוביל למסקנה כי תשלום בכרטיס אשראי הוא רק אמצעי תשלום, וכי ברכישת מוצרים הוא עשוי לשכלל את חוזה המכר בין הצדדים, אם לא שוכלל החוזה קודם לכן. בכל מקרה, הבעלות (הקניין) בממכר עוברת לקונה רק בעת המסירה הפיזית.

באשר למועד ההלכתי שבו עוברת הבעלות בממכר שנרכש בכרטיס אשראי, כיוון שהקונה המצוי אינו מודע לשאלה זו, הרי שלא קיים לגביה מנהג. בהיעדר מנהג, ייקבע מועד העברת בעלות בהתאם לדין הקניין הרגילים בהלכה, אשר קובעים כי הבעלות במיטלטלין עוברת לקונה רק בעת מסירתם הפיזית ("משיכה" או "הגבהה").

הוכחתי, כי לשאלת המועד שבו עוברת הבעלות בממכר – מועד התשלום בכרטיס האשראי או מועד המסירה הפיזית לקונה – יש נפקויות חשובות ביחס למאורעות שעשויים להתרחש בתקופת הביניים שבין ביצוע התשלום לבין מסירת הממכר לקונה. הדגמתי זאת במקרה של מוכר הנכנס לחדלות פרעון לאחר ביצוע התשלום ולפני אספקת הממכר לקונה.

ביחס לרכישה בכרטיס אשראי, קבעו שני מחברים כי המועד המדויק מכוח דין סיטומתא, שבו מקבלת העסקה תוקף הלכתי, הוא רגע החתימה על השובר המונפק מן המכשיר, ונימוקם שעד לרגע זה רשאים הצדדים לחזור בהם.

לאור חוק כרטיסי חיוב, התשמ"ו-1986 והמנהג כיום, הגעתי למסקנה שונה. לפי החוק, גם בהיעדר חתימה על השובר, העסקה תקפה. עם זאת, בחלק מבתי העסק מקפידים שהלקוח יחתום על השובר, ובאחרים לא מקפידים על חתימה ומסתפקים בהעברת הכרטיס במכשיר האלקטרוני. לדעתי, בבתי עסק שנוהגים שלא לדרוש חתימה של הלקוח, ומנהגם מוכר ללקוחותיהם, יש תוקף הלכתי לעסקה מיד עם העברת הכרטיס במכשיר. בבתי עסק הדורשים (ולו לעתים) חתימה של הלקוח, ייתכן שאין ללקוח גמירות דעת להתחייב עד למועד החתימה על השובר, ואם כך עד לרגע זה יכולים הצדדים לחזור בהם.

לגבי תוקפה של רכישה באמצעות מסירת פרטי כרטיס אשראי בטלפון מכוח דין סיטומתא, אחד הכותבים התלבט בשאלה, האם יש בכלל תוקף הלכתי לפרקטיקה זו, שכן העסקה נעדרת חתימה של המתחייב. אחד הדיינים הסתפק לגבי המועד המדויק שבו מקבלת העסקה את תוקפה הקנייני.

כאמור לעיל, לדעתי תשלום בכרטיס אשראי עבור מוצר עשוי לשכלל התחייבות חוזית לקבל את המוצר, אם זו לא שוכללה לפני כן, אך הוא אינו מעניק לקונה זכות קניינית במוצר. לעניין הרגע שבו יש לעסקה טלפונית כאמור תוקף חוזי-הלכתי, בחינת החוק והמנהג הובילה אותי למסקנה, כי עסקה טלפונית בכרטיס אשראי מקבלת את תוקפה החוזי בתום

"קניין סיטומתא": הבסיס העיוני ויישומים במשפט האזרחי המודרני

מסירת הפרטים הנדרשים לביצוע העסקה על ידי הלקוח.²⁹⁸ לגבי מסחר אלקטרוני באמצעות רשת האינטרנט (e-commerce), כמה מחכמי ההלכה קבעו כי יש לפרקטיקה זו תוקף קנייני מדין סיטומתא. אולם היו מי שטענו שמכיוון שמסחר אלקטרוני נעשה בממכר וירטואלי, תיתכנה שלוש בעיות קנייניות שעשויות להפוך את תוקפו של הקניין לבעייתי: דבר שלא בא לעולם או שאינו ברשותו של המוכר, דבר שאינו מסוים, ודבר שאין בו ממש.

יש מי שסבר שביסוס המסחר האלקטרוני על קניין סיטומתא ועל דינא דמלכותא עשוי לפתור את שלוש הבעיות האמורות. אולם הערתי, כי ככל שהדבר נוגע לקניין סיטומתא, אין הדבר כן בהכרח. כך למשל הראיתי כי תוקפו של קניין סיטומתא לגבי דבר שלא בא לעולם (סחורה שטרם יוצרה), עשוי להיות תלוי הן בשאלת טעמה של ההלכה שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, והן בשאלת הבסיס העיוני לקניין סיטומתא, אשר נתבארה בהרחבה בפרק ב של המאמר.

כאמור, פוסקי ההלכה שדנו במסחר באינטרנט הניחו שמדובר בעסקה קניינית. אולם, על פי החוק האזרחי והמנהג מסקנתי הייתה, כי לחוזה שנכרת בדרך אלקטרונית יש תוקף חוזי בלבד, ככל התחייבות למכר, אך אין הוא מעניק לרוכש זכות קניינית בממכר כלשהו. לאור מסקנתי זו, נפתרות כמה מן הבעיות הקנייניות שהועלו על ידי פוסקי ההלכה ביחס למסחר האלקטרוני, כגון דבר שלא בא לעולם ודבר שאינו ברשותו של המוכר, שכן, בניגוד להקניה בנסיבות אלו שאינה אפשרית בדרך כלל, יש תוקף הלכתי להתחייבות לספק ממכר כאמור. לדעתי אפוא, למרות שמסחר באינטרנט מתבצע תדיר במוצרים שאינם ברשות המוכר או שטרם יוצרו – יש לו תוקף הלכתי מדין סיטומתא כהתחייבות חוזית.

ומכאן ליישומו של קניין סיטומתא ביחס לחוזה בכתב. כבר מן המאה השש-עשרה הכירו הפוסקים בתוקפו ההלכתי של החוזה המודרני על סמך המנהג ודין סיטומתא. מני-אז ועד ימינו, מעניקים פוסקי ההלכה וכמעט כל הדיינים בזמננו תוקף לחוזים חתומים הכוללים התחייבויות שונות, על סמך קניין סיטומתא. באחד מפסקי הדין הרבניים נקבע שאין תוקף מדין סיטומתא לחוזה שנידון שם שלא נחתם, כי לא הוכחה גמירות דעת של הצדדים לעסקה בנסיבות המקרה. בשל הקושי האמור בבירור גמירות הדעת, קבע אחד מפוסקי זמננו באופן כללי, כי בשום מקרה אין לתת תוקף לחוזה שלא נחתם.

אמנם, לפי הפסיקה האזרחית בישראל, בנסיבות מסוימות עשוי להיות תוקף לחוזה בכתב שאינו חתום, אם ישתכנע בית המשפט מעובדות המקרה על קיומה של גמירות דעת בין הצדדים. אולם, כיוון שהמנהג בקרב מתקשרים בחוזים בכתב הוא שלא לגמור בדעתם להתחייב עד לחתימה, דעתי כדעת חכמי ההלכה שקבעו כי אין לתת תוקף הלכתי לחוזה שאינו חתום.

לפי המשפט האזרחי בישראל, זיכרון דברים שממלא את הדרישות של גמירת דעת

298 תוקפה של עסקה טלפונית בכרטיס אשראי מכוח דין סיטומתא תלוי אולי במחלוקת הראשונים בשאלה, האם יש תוקף לקניין סיטומתא שנעשה בדיבור בלבד ובלא מעשה פיזי. ראו לעיל ליד הערה 186 ובהערה הנ"ל.

ומסוימות, נחשב כחווה מחייב לכל דבר. למרות זאת, בכמה פסקי דין של בתי דין רבניים במדינת ישראל בשני העשורים האחרונים, מצאתי את הקביעה כי בשונה מחווה, לזיכרון דברים אין כלל תוקף הלכתי. אחד הנימוקים שעמדו בבסיס פסיקה זו הוא שתוקפו המשפטי של זיכרון דברים אינו ברור לציבור הרחב, וממילא לא ניתן לראות בחתימה על מסמך זה קניין סיטומתא, שדורש מנהג מוכר וברור.

נראה לי, ודאי ביחס למציאות בישראל כיום, כי בדרך כלל, צדדים שחותמים על זיכרון דברים במסגרת עסקת מקרקעין, מבינים היטב שמדובר בחווה מחייב בעל תוקף משפטי. וכיוון שכך הוא המנהג אצל מתקשרים בזיכרון דברים, יש להסכם זה תוקף הלכתי מדין סיטומתא. אכן, בניגוד לעמדה שהוצגה לעיל, בפסקי דין אחרים הכירו בתי הדין הרבניים בישראל בתוקפה של חתימה על זיכרון דברים מכוח חוק המדינה וקניין סיטומתא. כך פסקו חכמי הלכה גם בראשית המאה העשרים ואחת.

נושא נוסף שבו נתגלעו חילוקי דעות בין דיינים בבתי הדין הרבניים בישראל, הוא תוקפו של סעיף פיצויים מוסכמים בחווה. חרף העובדה שמדובר במנהג רווח אשר מעוגן בחוקי החוזים בישראל, לא כל הדיינים תמימי דעים שיש ליתן תוקף לסעיף כזה. חילוקי הדעות נובעים מבעיה מיוחדת בדיני הקניין במשפט העברי, והיא בעיית ה"אסמכתא", שעניינה חיסרון בגמירות דעת ביחס להתחייבות מותנית. ביסוד המחלוקת, שנחלקו בה כבר ראשונים ואחרונים, עומדת השאלה אם יש בכוחו של קניין סיטומתא לגבור על בעיית האסמכתא.

הראיתי כי השאלה בדבר תוקפו של קניין סיטומתא במקרים המוגדרים כאסמכתא, תלויה בשאלת הבסיס העיוני לקניין סיטומתא שנידונה בהרחבה בפרק ב של המאמר.

כפי שציינתי, דין סיטומתא מחייב את פוסקי ההלכה לבחון הן את המשפט האזרחי במדינה והן את המנהג הנהוג בה. במהלך מחקרי גיליתי, כי ביחס לכמה מן הפרקטיקות המודרניות, קיים פער בין קביעת החוק והפסיקה האזרחיים בישראל לבין המנהג בפועל, קרי: האופן שבו מתבצעות פרקטיקות אלו או הדרך שבה תופסים אותן המשתמשים בהן. פער כזה התגלה בשלושה עניינים: (א) תוקפו של תשלום בכרטיס אשראי בלא חתימת הלקוח על גבי השובר; (ב) תוקפו של חוזה בכתב שלא נחתם; (ג) המועד שבו עוברת הבעלות במוצרים שנרכשים בכרטיס אשראי, אשר אספקתם לקונה אינה מתבצעת באופן מיידי. לדעתי, במקרים אלו ובדומיהם פסיקת ההלכה מכוח דין סיטומתא צריכה להיות בהתאם למנהג.²⁹⁹

סוף דבר: קניין סיטומתא הוא כלי הלכתי-משפטי בעל חשיבות עצומה בדיני הקניין במשפט העברי. באמצעותו יכולים פוסקי ההלכה להעניק תוקף הלכתי לפרקטיקות מודרניות ההולכות ומתחדשות בתחומי הקניין והחייבים, וכך לבנות נדבך נוסף בתורת דיני הקניין

299 יש לשים לב כי שלא כמו בשני הקודמים, בעניין השלישי – מועד העברת הבעלות במוצרים – לא קיים מנהג שונה מן הקביעה של המשפט האזרחי, אלא שאין כלל מנהג. בהיעדר קיומו של מנהג, יוכרע נושא זה לפי דיני הקניין הרגילים בהלכה. ראו לעיל ליד הערות 163-165. ואם כן, גם בעניין השלישי בחינת המנהג בפועל אל מול המשפט האזרחי משפיעה על פסיקת ההלכה.

"קניין סיטומָתָא": הבסיס העיוני ויישומים במשפט האזרחי המודרני

במשפט העברי כתורת חיים.