



הרב יעקב הילדסהיים

תוקפה של עסקה בטלפון

הצגת הבעיה

שני אנשים ערכו ביניהם עסקה לרכישת מוצר בדיבור בלבד, כגון אדם שהתקשר להזמין חולצות במכירה ביתית, ושני הצדדים סיכמו ביניהם בעל פה את המחיר ותנאי התשלום, מבלי שנעשתה פעולת תשלום. באותו מקום או באותה חברה מקובל שבאופן זה נגמרה העסקה. אחר כך רוצה אחד מהצדדים לחזור בו מהמקח. השאלה היא האם יש תוקף להזמנה זו ולכן חל כאן קניין גמור, שאי אפשר לחזור ממנו, או שאין תוקף להזמנה והאדם שחזר בו רשאי לבטלה.

נפסק ברמב"ם (הל' מכירה פ"א ה"א): 'המקח אינו נקנה בדברים...! אמנם למדנו לגבי קניין 'סיטומתא', שיש תוקף גם לצורות קניין שאינן מוזכרות בחז"ל, אם כך הוא מנהג הסוחרים, אולם עדיין יש לדון, האם יש ללמוד מזה גם למקרה שאנו עוסקים בו. סיבת הספק היא כיוון שבכל הדוגמאות שהובאו בגמרא ובפוסקים לקניין 'סיטומתא', מדובר בצורת קניין מסוימת שיש בה **מעשה** מצד הקונה (רושם על הסחורה, מסירת מטבע, תקיעת כף), אבל לא מצאנו דוגמא לקניין **בדיבור** בעלמא בלי מעשה כלל. אם כן צריך לברר, במקרה שהמוכר והקונה סיכמו על העסקה בשיחת טלפון בלבד, ולא נעשה שום מעשה מצד הקונה, האם יש כאן קניין והאם העסקה נגמרה? נראה שנידון זה נתון במחלוקת בראשונים ובפוסקים, כדלקמן.

א. קניין 'סיטומתא' בדיבור - מחלוקת הראשונים

ב'הגהות מרדכי'² הובא פסק מהמהר"ם מרוטנבורג, וזו לשונו:
מהר"ם אומר מי שנדר לחבירו להיות בעל בריתו או למול בנו, צריך לקיים לו. ואע"ג דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, מ"מ הואיל ומנהג בני אדם שנודרים ביניהם זה לזה ומקיימין, גם כאן צריך לקיים. וראיה מדאמרין בב"מ (דף עד.) האי סיטומתא קניא... ובאתרא דקנו ממש, קני הסיטומתא בשביל שכך נהגו, הכי נמי כך נהגו. וצריך לעיין...

1. ב"מ עד ע"א; רמב"ם, הל' מכירה פ"ז ה"ו; שו"ע, חו"מ סי' רא סע' א-ב.
2. שבת פ' ר' אליעזר דמילה, סי' תעב.

יש ללמוד מכך שהשווה דין זה ל'סיטומתא', אף שאין מדובר על מעשה אלא על דיבור, שסובר שקניין 'סיטומתא' חל גם כאשר לא היה בין הצדדים אלא סיכום עסקה בדיבור בלבד.³

וכן יש שלמדו בתוספות (ב"מ סו ע"א, ד"ה מניומי), שקניין 'סיטומתא' חל גם בדיבור.⁴ שו"ת הרא"ש (כלל יב סי' ג), הביא את דברי המהר"ם, וחלק עליו בטענה שדין 'סיטומתא' הוא דווקא שנעשה מעשה, כפירוש רש"י שרושמים על החבית, או כמו שפירש הר"ח ששני הצדדים תוקעים כף, והמעשה שעושים הוא במקום קניין 'סודר', אבל דיבור בעלמא אינו כלול בזה ואפילו אם נהגו כך, מנהג גרוע הוא ואין הולכים אחריו.⁵ וכן מפורש בריטב"א (קידושין כה ע"ב).

נמצאו למדים שנידון זה נתון במחלוקת ראשונים, וכן כתב ה'שער המלך' (סי' קכו אות ה).

שיטות אלו הובאו ב'בית יוסף' בהלכות מילה (יו"ד סי' רסד), מבלי שיכריע להדיא, וכן הובאו ב'כנסת הגדולה' (חו"מ סי' רא) בהגהה על הטור (אות ה) ועל הב"י (אות קא). והביא שם ספר 'מעשה חייא' (סי' יד) שכתב שאין הולכים בזה אחר המנהג שאין בו מעשה כל דהוא, ושנראה שהמהרש"ך (ח"ג סי' ח) חולק על זה.

ב. קניין 'סיטומתא' בדיבור – מחלוקת הפוסקים

כמו כן נחלקו בזה הפוסקים דלקמן: שו"ת רדב"ז (ח"א סי' רעח), כתב בקשר לנידון שהובא במהר"ם מרוטנבורג (דלעיל), וזו לשונו:

...אבל (אם נתן את הסנדקאות) אחר שנולד הולד, אין יכול ליתנו לאחר, לפי שכבר נהגו כל ישראל שמקנים זאת המצוה ע"י דבור בעלמא, וכבר ידעת כי המנהג עיקר גדול בכל כיוצא בדברים אלו. ראייה מהא דאמרינן במציעא האי סיטומתא פי' רושם שרושמין בחביות קניא, ובאתרא דקניא ממש קניא. הא קמן דאע"ג דלא קנה בא' מדרכי הקניין, קנה מפני המנהג. הכא נמי הואיל וכן הוא המנהג צריך לקיים, דשארית ישראל לא יעשו עולה, ומינה נמי דהמנהג

3. בשו"ת המהרש"ג (ח"ג סי' קיג) כתב דאין ראייה שכך סבירא ליה למהר"ם, דהמהר"ם מיירי בבעל ברית שאין שייך בזה קניין ואין קניין נתפס בזה, אלא כוונתו לומר רק שיש לילך אחר המנהג.

4. אמנם עי' שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (ח"ד [דפוס פראג] סי' תתקסז), שכתב: 'כתב רשב"א, אותו רייזמי"נש שנותנים בשעת שידוכין [קוני] שתקנו העולם כמו שתקנו סיטומתא (ב"מ ע"ד ע"א) שקונין כמנהג וגם כמו כן יש להועיל [כשידוכין] כיון שכל העולם נוהגין אותו חשוב כשידוכין. ועוד כי אין [זה] גוזמא מה שנוהגין [לקנוס] את החוזר בו, בדין הוא להתחייב מי שחוזר בו מן התנאי שהתנו ביניהם לפי הבושת שמתבייש חבירו [במה] שהוא חוזר בו...!'. מבואר בדבריו שהיה שם מעשה ('רייזמי"נש' שנותנים בשעת שידוכין'), ולכן מהני מדין 'סיטומתא'.

5. ועוד כתב שם הרא"ש (כלל יב סי' ב) 'דאדם הנותן לחבירו בנו למולו או לעשותו בעל ברית, נראה לי דבר פשוט שאין לו קיום אלא בתקיעת כף או בקבלת חרם, אז כופין אותו לקיים'. וכתב עוד (שם סי' ג) 'דאפילו כבר נולד הבן והקנה לו בקניין שיהיה בעל ברית, יכול לחזור בו דקניין דברים בעלמא הוא'.



הוא מה שאינו קניין לעשותו קניין מפני המנהג... וכן ראיתי כתוב בשם רבינו יחיאל ז"ל .

מבואר בדבריו שגדר קניין 'סיטומתא' הוא מחמת המנהג. והמנהג מועיל גם אם נעשה על ידי דיבור בעלמא. אבל יש הגבלה בזה, כמו שכתב: '...דהמנהג הוא מה שאינו קניין לעשותו קניין מפני המנהג, אבל בדבר שאין מועיל הקניין כגון דבר שלא בא לעולם, לא מצינו שיועיל המנהג.'

ויש לעיין בדבריו, מאי שנא - 'מה שאינו קניין לעשותו קניין' ממה שכתב שם - 'דבר שאין מועיל בו קניין כגון דשלב"ע', הרי כשם שבדבר שלא בא לעולם אין נתפס קניין, הוא הדין שאינו נתפס בדבר שאין בו ממש, כגון כיבוד לסנדקאות.

על פי מה שהביאו האחרונים⁶, נראה שהטעם שמועיל קניין 'סיטומתא' הוא כיוון שעיקר הקניין תלוי בגמירות דעת. לכן אם החליטו הסוחרים שבמעשה מסוים שעושים יש להם גמירות דעת לקניין, הרי חל הקניין, אף אם מעשה זה אינו כלול בצורות הקניינים שהורו לנו חז"ל. אבל לגבי דבר שלא בא לעולם, אמדו חז"ל את דעת בני האדם וקבעו שלגבי אין לאדם גמירות דעת לקניין. אם כן לא תועיל בזה ההסכמה שבין הצדדים, ולכן לא יועיל בזה קניין 'סיטומתא' לפי שיטה זו.

העולה מתשובת הרדב"ז הוא שנקט כשיטת המהר"ם, שקניין 'סיטומתא' מועיל גם בדיבור בלבד. ואילו שו"ת בית שער (יו"ד סי' שצט) פסק כרא"ש, דלא מהני קניין 'סיטומתא' בדיבור.

ג. הסברת המחלוקת אם מועיל קניין 'סיטומתא' בדיבור

נראה שאפשר לתלות את המחלוקת אם קניין 'סיטומתא' בדיבור מועיל, בשאלה אם קניין 'סיטומתא' מבוסס על המנהג או שהוא חלק מתנאי בית דין. שו"ת הרשב"א (ח"ב סי' רסח) כתב:

...וזו היא שאמרו, בשלהי פרק איזהו נשך. אמר רב פפא, משמיה דרבא האי סיטומתא קניא... וכן אתה דן בכל מקום, במה שנהגו בממונות בכל מקום. ואפי' לא נהגו כן במקום אחר, אתה נוהג כן במקומו, כאלו הוא תנאי גמור, מוסכם ביניהן. ואפילו לא הסכימו בפירוש בני המדינה, אלא שנהגו כן סתמא, הוא מנהג חזק, כאלו התנו בו בפירוש. ואפילו לא כתבו הרי הוא מן הסתם, כאלו כתבו בו, ודנין בו כאלו הוא תנאי ב"ד, כיון שנהגו לעשות כן תדיר, ואפילו הוא כנגד ההלכה. שמנהג מבטל הלכה, ודנין בו כדרך שדנין בתנאי ב"ד...

6. שו"ת טוב טעם ודעת (ח"א סי' רס"ה, ובסי' ע"ר); מערכת הקניינים לגר"ש שקופ (סי' יא ד"ה ולפי); צמח דוד (ר"ד רפפורט) על שו"ת רעק"א (סי' רכא אות ד', ד"ה ובענין).

מבואר בדבריו שקניין 'סיטומתא' אין הוא לגמרי עקירת דברי חז"ל, אלא יש לו סמך על פי ההלכה, והוא שדבר זה נחשב כאילו היה תנאי בית דין על כך, והרי תנאי בית דין מועיל נגד ההלכה.

ואילו המהרש"ל ב'ים של שלמה' (ב"ק פ"ה סי' לו) כתב:

ולכן נראה לי, מסירת המשכוכית, בין קרקוש בין בהמה מועיל לעניין גילוי זה. שאין צריך לומר לך משוך וקני. ואם תמצא בזמן הזה מנהג אחר שנהגו עמו לעשות הקניין, שימשוך אח"כ, או יחזיק אח"כ, פשיטא דבטלו כל הדינים הנ"ל. אלא אזלינן בתר המנהג. כי המנהג מבטל אפילו קניין ממש, כגון באתרא דלא קני בכספא...

מבואר בדבריו שבענייני הקניינים גדול כוח המנהג ובכוחו לבטל צורת קניין, והוא הדין לחדש צורת קניין. המהרש"ל לא כתב שהטעם לכך הוא מחמת שנחשב תנאי בית דין. משמע שסובר שיש תוקף חזק לעצם המנהג שנהגו. לפי זה קניין 'סיטומתא' הוא עקירה של ההלכה והוא מסתמך על המנהג.

הרי שיש שתי דרכים ללמוד את האופן שחל בו קניין 'סיטומתא'. דרך אחת היא שהקניין חל מדין תנאי בדבר שבממון, והדרך השנייה היא שהקניין חל מדין מנהג. לפי זה ייתכן שהפוסקים ש'סיטומתא' אינו חל בדיבור בלבד, ואפילו אם שני הצדדים יסכימו על כך, סבורים שבקניין 'סיטומתא' לא נעקרו גדרי ההלכות אלא הוא פועל על פי ההלכה (תנאי בית דין). לכן לשיטות אלו צריך שצורות הקניין יהיו על פי העקרונות של דיני ממונות, שאחד מהם הוא שצריך מעשה קניין מצד הקונה. אולם הפוסקים שקניין 'סיטומתא' מועיל בדיבור בלבד, סבורים שגדול כוחו של המנהג, שעוקר גדרי ההלכה בענייני קניינים. לכן, כיוון דאזלינן בתר המנהג, הרי אין בזה כל הגבלה, ולכן גם אם נהגו בדיבור בלבד – מהני.

ד. אחריות על נזק לאחר קניין 'סיטומתא' בדיבור

יש להוסיף שכמו כן קיים בנידון זה ויכוח המובא בשו"ת המהרש"ג (ח"ג סי' קיג-קיד), בין הרב שמעון גרינפלד (המהרש"ג) לבין הרב יששכר שלמה טייכטאהל. המהרש"ג נקט כרא"ש⁷ דלא מהני, והוכיח ממנהג הסוחרים שלמרות שכבר התקיים המקח אצלם בדיבור, מכל מקום אם אחר הדיבור נשרפה או נאנסה הסחורה אצל המוכר, מחשבין ההפסד על המוכר. מזה מוכח שגם הסוחרים אינם מחשיבים את הדיבור לקניין, ועדיין הסחורה נחשבת בבעלות המוכר כבתחילה ואין כאן קניין כלל. לעומתו טען הרב טייכטהאל שבזמן הזה גם דיבור בעלמא הוי קניין 'סיטומתא'. ולגבי מה שכתב המהרש"ג שגם הסוחרים אינם נוהגים בזה בתור קניין גמור, הביא המהרש"ג בשמו:

7. והוסיף דמכל מקום אפילו בדיבור בעלמא יש איסור גמור לחזור בו, כמבואר בשו"ע (חו"מ סי' רד) דהוי מחוסר אמונה, וב'משפט שלום' להגאון מבערזשאן ז"ל מביא הוא בשם מהראנ"ח, דהוי איסור גמור, ויש לבי"ד למנעו מכך ולקרותו עבריינא, עיי"ש.



...די"ל דהמנהג הוא בזה שהסחורה היא באמת של הלוקח, רק דהחיוב אחריות על המוכר הוא מצד המנהג.

דהיינו מעיקר הדין אם נהגו שדיבור קונה, הרי חל הקניין. אבל הסיבה שמחשבים את ההפסד על המוכר במקרה שהסחורה נפסדה לאחר המקח, היא כיוון שנהגו שהמוכר מקבל עליו אחריות לקיום הסחורה עד שתגיע ליד הקונה.

על כך ענה המהרש"ג (שם סי' קיד):

...מנא ליה זה... שמא להפך, דלעולם הדבר הוא אכתי של המוכר כמו שהוא על פי התורה הקדושה דהנושא נותן בדברים לא קנה... רק דהמנהג הוא שהמוכר צריך ליתן אח"כ הסחורה לקיים הן שלך צדק, דהחוזר מדיבורו גם עפ"י דין התנה"ק אעפ"י שלא קנה מ"מ עושה איסור אם חוזר בו והוי מחוסר אמנה... דהערכאות כופין לקיים הן שלך צדק...

מבואר בזה שלדעת מהרש"ג אין קניין חל על ידי דיבור, אבל כופין את הצדדים לקיים דבריהם כדי שלא יהיו מחוסרי אמנה, ואם נפסדה הסחורה, 'סופג' המוכר את ההפסד כיוון שהוא בעל הסחורה. ואילו לדעת הרב טייכטהאל חל הקניין על ידי דיבור, אלא שנהגו שהמוכר מקבל עליו אחריות עד שיגיע לידי הקונה וזו הסיבה שהוא המפסיד כשהסחורה נפסדה לאחר הקניין.

הנפקא מינה ביניהם היא כשהסחורה קיימת, ואחר הצדדים רוצה לחזור בו. לפי המהרש"ג הוא רשאי לחזור בו, אלא שנקרא מחוסר אמנה, ואילו לפי הרב טייכטהאל אינו רשאי לחזור בו, כיוון שכבר חל המקח.

יש להוסיף שבשו"ת 'ישכיל עבדי' (ח"א יו"ד סי' ז) נכתב:

אך לפי מאי דקי"ל בח"מ סי' ר"א ס"ב דסיטומתא קניא, שמזה למד הכנה"ג בהגה"ט שם לייפות כח המנהג מה שנהגו לקנות הסוחרים אפי' בדיבורא בעלמא⁸...

ואילו בספר 'דברי הגאונים' (כלל פז סי' נב) ובספר 'שער משפט' (סי' קכו סק"ה) סמכו על תשובת הרא"ש (דלעיל) שלא מהני קניין 'סיטומתא' בדיבור בלבד.

מסקנה

נראה שיש מחלוקת בראשונים ובפוסקים אם חל קניין 'סיטומתא' בדיבור, אף במקום שדרכם בכך. לכן בנידון דידן, שהיה בו רק סיכום בעל פה על הקנייה ולא נעשה שום מעשה קניין, אזלינן בתר המוחזק שיכול לומר 'קים לי'.

לכן: אם לאחר שנעשתה העסקה והקונה שילם על המוצר, חזר בו הקונה, לא יוכל לחייב את המוכר להחזיר לו את כספו. אולם אם טרם שילם, לא יוכל המוכר לחייבו לשלם עבור המוצר.

8. בהגהות הטור שם לא מצאתי שכתב ליפות מנהג הסוחרים לקנות אפילו בדיבור, אלא רק הביא את הרא"ש והמהר"ם.