

הרב אילן קופמן

קנין סיטומתא (מנהג הסוחרים) - תוקפו ומהותו

ראשי פרקים

- א. מקור הדין
- ב. שאלת תוקפו של הקנין
- ג. דעת הסוברים שסיטומתא היו מדרבנן
- ד. הגר"ש שקופ: מדאורייתא, המעשה הנהוג – יוצר גמירות דעת
- ה. הרמ"ץ: מדאורייתא, המנהג יוצר גמירות דעת
- ו. הדבר אברהם: הסיטומתא כקנין חליפין דאורייתא
- ז. החת"ס: מדאורייתא, ככל תנאי שבממון
 1. הסבר א בחת"ס (כשיטת המהרשד"ם)
 2. הסבר ב בחת"ס
 3. דברי החת"ס בשו"ת יו"ד שטו
- ח. לסוברים שסיטומתא הוי מדאורייתא: היחס בין קנין דרבנן למנהג
 1. קנין דרבנן שהפך למנהג רווח – מועיל מדאורייתא
 2. אפילו קנין דרבנן שהפך למנהג רווח – מועיל רק מדרבנן
 3. באור דברי החת"ס

א. מקור הדין

במסכת ב"מ (עד, א) מובא:

אמר רב פפי משמיה דרבא: האי סיטומתא קניא. למאי הלכתא?
רב חביבא אמר: למקניא ממש, רבנן אמרי: לקבולי עליה מי שפרע.
והלכתא: לקבולי עליה מי שפרע, ובאתרא דנהיגו למקני ממש – קנו.

בביאור ה"סיטומתא" ניתנו בראשונים שני הסברים¹:

¹ ייחודית היא שיטת הריטבי"א, שבאר שסיטומתא הוא כעין מטבע שאין עליו צורה והתגרים נותנים אותו לסימן כשלוקחים דבר אחד, ומחלוקת האמוראים היא האם נתינת המטבע הזו היא בתורת דמים (וכאומר ערבוני יקנה הכל) וק"ל שמעות לבד קונות רק למי שפרע, או שנתינת המטבע היא בתורת חליפין (וכיוון שאין עליו צורה – ניתן לעשותו חליפין) וקונה לגמרי. ופסקה הגמרא שבמקום שנהגו לקנות ע"י מטבע זו –

א. רש"י²: חותם שרושמים החנונים על החביות של יין, שלוקחים הרבה ביחד ומניחים אותן באוצר הבעלים, ומוליכים אותן אחת אחת למכור לחנות, ורושמים אותן לדעת שכל החביות הרשומות מכורות.

מנהג דומה מתאר המאירי: כגון שמכר לו חבית של יין או שמן, או שק של תבואה, ולא נתן מעות ולא משך, אלא סגר את החבית וקשר את שקו ורשם עליו בחותמו, ורשום זה הוא הנקרא סיטומתא.

ב. ר"ח (הובא ברא"ש): כדרך שנהגו הסוחרים בגמר המקת, תוקע כפו לכף חבירו, ובזה נגמר המקת (הכוונה³ לתקיעת כף כביטוי לכך שהושוו במקת, ולא בתורת שבועה).⁴

הרשב"א הגדיר זאת ככלל: "שמעינן מהכא, דמנהג מבטל את ההלכה בכל כיוצא בזה, שכל דבר שבממון ע"פ המנהג קונים ומקנים. הלכך, בכל דבר שנהגו התגרים לקנות – קונים".

כבר בראשונים מצאנו שהזכירו דרכים נוספות: הרא"ש, לאחר שהביא דעת ר"ח ורש"י הוסיף: "וכל כיוצא בזה, דאיזה דבר שנהגו לגמור המקת כגון

ודאי לנו שנתן את המטבע בתורת חליפין, וקונה לגמרי. כלומר, לדעתו אין מנהג הסוחרים יכול ליצור דרכי קנין חדשות כדוגמת תקיעת כף או רשום על החבית וכד'. שיטה ייחודית זו של הריטבי"א היא בניגוד לכל שאר הראשונים, ולא הוזכרה כלל בפוסקים. וראה עוד בריטבי"א הוצאת מוסד הרב קוק הערה 53. על יישוב הקושיא שהקשה הריטבי"א על רש"י ושאר הראשונים, ראה בברכת אברהם ב"מ עמ' שס.

² ראשונים המופיעים ללא ציון מקור הכוונה לב"מ ע"ד, א. בדומה לרש"י כתבו גם הרמב"ם בהל' מכירה פי"ז ה"ו, והראב"ד בשטמ"ק.

³ פרישה סי' רא ד"ה או שאמר.

⁴ **מבחינה לשונית**: כתב הערוך (ערך סטמתא): "פי' חותם שטובעין בו הסוחרים על העיסקא". ובמוסף הערוך כתב: "פי' סיטומתא בלי יווגי – כל מיין סימן, ובפרט העשוי מדעת שניהם". ובספר "הערוך על הש"ס" כתב שביונית – קינקמה – סימן להסכם. הפרישה (רא ד"ה ופרש"י) הביא ראיה שמבחינה מילולית סיטומתא פירושו חותם, מהתרגום באסתר ח, ח: "וחתמו בטבעת המלך" דמתרגמינן: "וסטימו בעזקתא דסיטמותא דמלכא". הגר"א (סי' רא) הביא ראיה נוספת מתרגום יונתן בן עוזיאל לבראשית לח, יח: "ותאמר חותמך" – שמתורגם "ואמרת סיטומתך". בפרישה (רא, ב) הוסיף והעיר, שאף מה שפירש ר"ח תקיעת כף, אין כוונתו לפירוש מילולי אלא ענייני. דהיינו, שלכל קנין ע"פ מנהג הסוחרים קוראים בשם סיטומתא. לפי"ז, גם דברי ר"ח הם הרחבה וציון למנהג נוסף, מעבר למה שזכר בגמרא. ואולם, הפרישה העלה אפשרות נוספת לפיה הר"ח כן התכוון לפירוש מילולי, ופירוש המלה סיטומתא משורש "טס", וכמו לשון "נהרא טמימא" (מו"ק ד, ב) שפירושו סתום, וקראו כך למנהג הסוחרים לומר שבזה נגמר ונסתם הקנין. וראה אצל ד"ר רון קליינמן בעבודת הדוקטורט שלו: "מנהגי הסוחרים בדרכי הקנין במשפט העברי (קנין סיטומתא)", בר אילן תש"ס (עמ' 162-163). [תודתי לידידי ד"ר עמיחי רדזינר שהמציא לידי עבודה זו].

במקום שנוהגים שנותן הלוקח מטבע אחד למוכר, ובזה נגמר המקח". ובשם הראב"ן צויין קנין ע"י מסירת מפתח⁵.

כך נפסק בשו"ע (חו"מ רא, א-ב):

מכר לו בדברים בלבד ופסקו הדמים, ורשם הלוקח רושם על המקח כדי שיהיה לו סימן ידוע שהוא שלו, אע"פ שלא נתן לו מהדמים כלום, כל החוזר בו אחר שרשם מקבל מי שפרע. ואם מנהג המדינה הוא שיקנה הרושם קנין גמור – נקנה המקח, ואין אחד מהם יכול לחזור בו, וחייב ליתן הדמים... וכן כל דבר שנהגו התגרים לקנות בו, כגון ע"י שנותן הלוקח פרוטה למוכר, או על ידי שתוקע לו כפו (רמ"א: או במקום שנוהגים הסוחרים שמוסרים לקונה המפתח) וכן כל כיוצא בזה.

בהמשך דברינו נתמקד בסיטומתא כמועילה לקנין גמור, ולא במקרים בהם מועילה רק לקבלת מי שפרע.

ג. שאלת תוקפו של הקנין

הפוסקים נחלקו בשאלת תוקפו של קנין סיטומתא, האם מועיל רק מדרבנן או מדאורייתא. לשאלה זו השלכות שונות אשר נידונו בפוסקים, כגון: במכירת בהמת ישראל לגוי ע"י לפטור מבכורה, במכירת חמץ לגוי בפסח⁶, ובקידושי אשה אשר נעשו בחפץ אשר נקנה בסיטומתא⁷. מסתבר שישנם נפ"מ נוספות כגון: בקניית לולב⁸, בקניית הנייר לגט, בכהן שמכר פרתו

⁵ הגהות מיימוניות הל' מכירה ז,ה.

⁶ רוב המקרים הנידונים בשו"תים בהקשר לשאלה האם סיטומתא מהני מדאורייתא או רק מדרבנן הם בנושא הבכורה ומכירת חמץ.

⁷ שו"ת חת"ס חו"מ סי' יב.

⁸ ביחס ללולב נפסק בשו"ע (או"ח תרנח, ו) ב"סתם", שאין ליתן לולב לקטן ביום הראשון קודם שיצא בו, מפני שהקטן קונה מהתורה, ואינו מקנה לאחרים מן התורה. ונמצא, שכשהחזירו לו – לא הוי מן התורה משלכם. אלא, שיש להקשות לכאורה על כך, שהרי יש כח לרבנן להפקיר (הפקר ב"ד הפקר), וא"כ כיון שנוטל הלולב – זוכה בו מההפקר והוי שלו מדאורייתא. [כך היא דעת החת"ס (יו"ד שיד ד"ה הנה שרש), דאי אתי ליד הזוכה אז לכוי"ע הוי דאורייתא. ובאמת הקשה עליו בעל השדי חמד (שו"ת אור לי ס"י לא אות יט) מהדין הנזכר באתרוג]. ובשו"ת אבני נזר (תה אות ז) כתב ליישב קושיא זו, שתקנת ב"ד אינה מפקירה לגמרי מדאורייתא, אלא חכמים רק מתקנים שהממון יהיה מותר לאחרים ליטלו. כלומר, שיש רשות לחבירו להחזיק בו ברשות הב"ד, אע"פ שעדיין

לישראל בקנין סיטומתא – האם יכול להאכילה בתרומה ועוד.⁹

בכל המקרים הנ"ל, צריך שהקנין יועיל מדאורייתא. לכן, במקרה שעשו את הקנין בסיטומתא, לסוברים שסיטומתא מועיל מדאורייתא – מועיל. ולסוברים שסיטומתא מועיל רק מדרבנן, הרי שהדבר יהיה תלוי במחלוקת הפוסקים האם קנין דרבנן מהני לדאורייתא או לא.¹⁰

להלן נביא את הדעות השונות. בין הסוברים שמועיל מדאורייתא נעמוד על החסברים השונים שניתנו למקור קנין זה ולדרך פעולתו.

ג. דעת הסוברים שסיטומתא היא מדרבנן

לדעת חלק מהפוסקים, קנין סיטומתא מועיל רק מדרבנן. כך נקטו הרמ"א (שו"ת הרמ"א סי' פז),¹¹ והנתיבות (רא,א), שו"ת שואל ומשיב (מהדו"ק ח"א סי' צא) ועוד.¹²

בטעם התקנה,¹³ נראה שעשו כן מפני דרכי שלום, שכיון שנהגו התגרים לקנות כן, תקנו שיחול הקנין גם על פי הדין כדי שלא יבואו לידי איבה,

רשות הבעלים הראשונים עליו. וכתב שרעיון זה מצינו בשיטת היראים, שלמ"ד גזל הגוי מותר, הכוונה שאפילו אחר שגזלו – הוי ממון הגוי, אלא שהותר לישראל ליטלו, עכ"ד. לפי זה, נראה שיש להקפיד בקניית לולב שיעשה בקנין המועיל מדאורייתא. וראה עוד במ"ב (תרנח, י) ובשערי תשובה (שם, א). ואולם בפוסקים לא מצאתי שהעירו על קנין סיטומתא בלולב במפורש, ובפד"ר (כרך יד עמ' 347) כתב בדרך אגב: "וזה לא שמענו מי שחושש לזה לקניית ארבע מינים וכדומה".

⁹ בפוסקים לא מצאתי שנידונו שאלות אלו במפורש, אך לכאורה יהיו הדברים נכונים במקרים בהם דנו האם קנין דרבנן מועיל לדאורייתא או לא. וראה אנצ"ת ערך "דברי סופרים" כרך ז עמ' קג-קד.

¹⁰ על מחלוקת זו ראה: אבני מילואים כח, לג. וב"מילואי חותם" (הע' 81) ציין למקורות נוספים.

¹¹ וראה בשו"ת בנין ציון החדשות סי' טו, שכתב שמתשובה זו אין ראייה שהרמ"א סבר דהוי דאורייתא.

¹² ראה אוצר מפרשי התלמוד ב"מ עד, א הערה 53.

¹³ על המקור לתקנת חז"ל זו, כתב בשו"ת שם אריה (סי' מח ד"ה אך כתב): "הדבר פשוט דהוא בכלל מה שאמרו חכמים בכל עניינים דאזלינן בתר מנהג המדינה... ואתי רבא למימר כי גם לענין קנין מהני המנהג כמ"ש הראשונים דמנהג עיקר הלכה".

שיסברו שזה קנין.¹⁴ או מפני תקנת השוק, שלא יצטרכו לשנות מהמנהג ולטרוח לדרכי הקנין ההלכתיים.¹⁵

באחרונים הועלו טיעונים שונים להוכיח כי קנין סיטומתא מועיל רק מדרבנן:

הנתיבות (רא,א) כתב שקנין מכח המנהג מועיל רק מדרבנן, שהרי קנין דרבנן ודאי לא גרע ממנהג שנהגו הסוחרים, ואפילו הכי לא חשבינן אותו רק לקנין דרבנן לענין קידושין, כמבואר בפוסקים (בי"ש אה"ע כח,ג).

בשו"ת עין יצחק (או"ח סי' כב, ענף א אות ב) הוסיף, שבאמת הדעת נוטה כן, שהרי גם מבחינה מציאותית, כל קנין דרבנן לאחר זמן הופך למנהג שנוהגים לקנות בו, ואם כן, לא יהיה גרוע ממנהג שנהגו הסוחרים מצד עצמם, ואעפ"כ, כאמור, לדעת כמה פוסקים קנין דרבנן לא מועיל לקנות מדאורייתא.

בעל המשכיל לאיתן (הובא בדבר אברהם ח"א סי' א ענף א) כתב, דלא מתקבל על הדעת לומר שמנהג התגרין יהיה עדיף מקנין שתקנו חז"ל, שהרי גם תקנת חז"ל קיבלו ישראל עליהם ע"פ אזהרת התורה "לא תסור" בימי אחשורוש. בצורה דומה כתב האמרי בינה (קונטרס הקניינים סי' טו ד"ה ואם מהני קנין אסטימתא).

בשו"ת אבני נזר (יו"ד סי' תה אות א) כתב שמסברא הוי רק דרבנן, שהרי אין לנו מקור מהתורה לזה.

להלן, בפרק ח, נבאר בע"ה כיצד יישבו הפוסקים שסיטומתא מועיל מדאורייתא טענות אלו.

ד. הגר"ש שקופ: מדאורייתא, המעשה הנהוג – יוצר גמירות דעת

הגר"ש שקופ (מערכת הקניינים סי' יא ד"ה ולפי דברינו י"ל דהרמב"ן) כתב לבאר הדעה שקנין דרבנן מועיל מדאורייתא:

דכל חפץ שנקנה ע"י מעשה קנין דרבנן מועיל גם מן התורה, דקניינים אינם גזירת הכתוב, ויש מן האחרונים דסברי דסיטומתא באתרא

¹⁴ ברכת אברהם לבי"מ עד, א.

¹⁵ בדומה לדברי הבי"ח רא,ב.

הרב אילן קופמן

דנהיגי למקני ביה מהני גם מה"ת... דענין קנין הוא גמירות דעת של הקונה והמקנה, רק שקבעו שתהא ההוכחה הזאת ע"י מעשה. וע"כ, אם הסוחרים קבעו מעשה – מועיל המעשה הזה גם מה"ת, ולא גרע מה שקבעו חז"ל מקביעת הסוחרים. ועוד, דכיון שהוא זוכה מדין חז"ל גמר בדעתו להקנות.

כלומר, לדעת הגר"ש שקופ, יסוד הקנין הוא גמירות הדעת, אלא שצריך מעשה קנין להוכיח שאכן, היתה גמירות דעת. ולכן, בכל מעשה המקובל כמעשה קנין, בין אם נקבע מהתורה, מדרבנן או ממנהג הסוחרים – הוא גמירות דעת, וחל הקנין מדאורייתא.

ה. הרמ"ץ: מדאורייתא, המנהג יוצר גמירות דעת

ראינו לעיל (בדעת הגר"ש שקופ), שיסוד הקנין הוא גמירות הדעת אלא שצריך שתהיה הוראה לגמירות הדעת ע"י מעשה הקנין.

ואולם, מצינו מקרים בהם חל הקנין אף בלא מעשה קנין, כגון: בשעת שידוכים.

במסכת כתובות (קב, א) מובא:

כמה אתה נותן לבגד? כך וכך. וכמה אתה נותן לבתך? כך וכך.
עמדו וקדשו – קנו. הן הן הדברים הנקנים באמירה...
(והטעם:) בההיא הנאה דקמיחתני אהדדי גמרי ומקני להדדי.

ממקרה זה, וכן ממקרים נוספים¹⁶ היו שלמדו שגמירות הדעת לבדה היא היוצרת את הקנין. בד"כ אכן צריך מעשה קנין כדי להוכיח שקיימת גמירות דעת או בכדי ליצור אותה, אך במקרים בהם ברור לנו שיש גמירות דעת גם בלא מעשה קנין, כגון מכח ההיא הנאה דקמתחני אהדדי, יחול הקנין אף בלא מעשה כלל. כך כתב התזו"א בשם אביו (תזו"א חו"מ סי' כב, דף נא ד"ה כלל גדול):

¹⁶ על דברי הגמרא בבכורות (יח, ב): "אקנויי קא מקני ליה (=בעל הבית לכהן) בחצירו, דניחא ליה דליתעביד מצוה בממוניה", כתבו התוס' (ד"ה אקנויי): "ואפילו בלא (=מעשה) קנין קא קני, דגמר ומשעבד נפשיה". וברש"ש שם מקרים נוספים, וראה גם אנצ"ת ערך "דברים הנקנים באמירה".

כלל גדול יהיה לך בקניינים, דעיקר הקנין הוא שיגמור בלבו להקנות הדבר לחבירו וחבירו יסמוך דעתו עליו. ויש דברים שקים להו לחז"ל שבדיבור בעלמא גומר בלבו להקנות לחברו. ויש שאינו גומר בלבו רק ע"י הקניינים המפורשים מן התורה או מחז"ל, ודוק היטב בזה והפוך בה דכולה בה, דוק בש"ס ופוסקים ותמצא כן.¹⁷

היו שהסבירו ע"פ גישה זו גם את קנין סיטומתא. בשו"ת הרמ"ץ (יו"ד סי' עו אות ב)¹⁸ כתב ר' מאיר צבי ויטמאיר [אב"ד סאמבור והגליל (גליציה)], נד' תקצב]:

דמשפטי הקניינים המה רק בדבר שא"א יודעים שזה רוצה להקנות לחברו או חבירו רוצה לקנות ממנו, כי אם ע"י מעשה הדבר שנעשה בפנינו, וע"ז באו ענייני הקנין מד"ת או מדבריהם. אבל בדבר שנגלה לכל העולם, דדעתא דאינשי בהכי לקנות ולהקנות – מועיל בלי שום [מעשה] קנין, [אלא] משום כונת ליבם דגמר ומקני להדדי. והיינו טעמא דדברים הנקנין באמירה, משום דאגב חיתון גמרי ומקנו... וא"כ בסיטומתא כיון דכל בני העיר או המדינה נוהגים לקנות בהכי ונודע לכל דגמרי ומקני בלבם, מועיל בלי שום קנין.

הדגשנו את ההבדל בין גישת הגר"ש שקופ הרואה את עיקר הקנין בגמירות הדעת, ואעפ"כ מצריך מעשה קנין להוכיח על גמירות הדעת, ובין גישת הרמ"ץ הרואה את עיקר הקנין בגמירות הדעת, וכשברור שזו קיימת חל הקנין אף ללא מעשה כלל, כיוון שיש נפ"מ גדולה בין גישות אלו. והיינו, במקרים בהם מנהג הסוחרים לקנות באמירה בלבד. לדעה הראשונה – אף

¹⁷ כיוצא בזה ראה בדברי הרב שלמה קלוגר (שו"ת טוב טעם ודעת מהדו' קמא סי' רסט, ד"ה והנה עוד יש). ואולם, רבים חלקו על גישה זו, ונקטו שאע"פ שעיקר הקנין הוא גמירות הדעת, מ"מ נחוץ תמיד גם מעשה הקנין, ואין קנין בלא מעשה. לדעתם, מה שאמרו בגמרא שבההיא הנאה דקמיחתני גמרו ומקנו, אינו עיקר הטעם, אלא עיקר הטעם הוא שזו תקנת חכמים, וכדי שלא יהיה הדבר כהלכה בלא טעם סמכו לומר הטעם שבההיא הנאה. ראה אנצ"ת ערך "דברים הנקנים באמירה" שכתבו כך (ליד ציון 4) בשם המאירי (קידושין ט, ב), וציינו שאף הנו"ב (מהדו"ק חו"מ סי' כח) נקט דהוי תקני"ח.

קליינמן דן בתפקידו ומקומו של מעשה הקנין באריכות (עמ' 129-109) ובתוך דבריו ציין שני הסברים נוספים ליישוב הגמרא הנ"ל, ע"ש.

¹⁸ תודתי לר' אבישי אלבוים מספרית הרמב"ם בת"א ששלח לי תשובה זו. ויש להעיר, שהרמ"ץ קשר במפורש בין דין דברים הנקנים באמירה לדין סיטומתא, אולם, בדברי החזו"א שהבאנו, אין התייחסות מפורשת לסיטומתא, ויתכן ויחלק בין דברים ש"קים להו לחז"ל" שגומר להקנות, כמו בשידוכין, ובין מנהג סוחרים רגיל.

על פי שכך נהגו, מכל מקום לא יועיל הדבר לקנות מדין סיטומתא, כיון שאין מעשה קנין. ואלו לדעה השניה – כיון שכך מנהג הסוחרים, הרי שגלוי לכל שיש גמירות דעת בכך והוי קנין באמירה בלבד.

בדבר זה נחלקו כבר הראשונים. בתשובת הרא"ש (כלל יב סי' ג) כתב:

והנה הראה לי מורי החזן קְתֵב דרבינו מאיר ז"ל, וזה לשונו: ומי שנדר לחבירו לעשותו בעל ברית, אע"ג דהוי דבר שלא בא לעולם יש לנו לילך אחר המנהג. וכיוצא בזה אמרו בב"מ סיטומתא באתרא דקנו ממש קני, אע"ג דמדינא לא קני, אזיל בתר מנהגא למקני קנין גמור, עכ"ל. ויש להשיב על דבריו חדא – דסיטומתא היינו דוקא שנעשה מעשה כדפרש"י ז"ל שרושמין על החבית... אבל דיבור בעלמא לא, אפי' אי נהוג – מנהג גרוע הוא ולא אזלין בתריה...¹⁹

הרי לנו, שלדעת המהר"ם מועיל אע"ג דהוי דבור בעלמא,²⁰ ולדעת הרא"ש לא. אף הרדב"ז (ח"א סי' רעח) דן במי שאמר לחבירו שיהיה בעל ברית שלו ועתה הוא חוזר בו, והשיב שאם היה הדבור לאחר שנולד התינוק – קנה זה את זכותו בתורת סיטומתא: "לפי שכבר נהגו כל ישראל שמקנים זאת המצוה ע"י דיבור בעלמא".²¹

ישנם מקרים נוספים בהם דרך הסוחרים הוא לקנות באמירה בלבד, ונציין כמה מהם:

¹⁹ מקרה זה של המהר"ם קשה מסיבות נוספות, שהרי מלבד היותו דבר שלא בא לעולם (כפי שחזכיר מהר"ם) הוא גם דבר שאין בו ממש (קנין דברים). וראה מש"כ בזה הרב זלמן נתמיה גולדברג, בתחומין י"ב עמ' 287-288.

²⁰ ואולם הרב יהודה פרומן (כתר, ח"ב עמ' 265) כתב שיתכן ואף לדעת המהר"ם, דוקא בנדר לחבירו מועיל הדבר בתורת סיטומתא מאחר שיש לדיבור משמעות הלכתית מחייבת, ולדעתו התכונה העיקרית של תקיעת כף, אשר בגללה היא מהווה סיטומתא הוא תוקף השבועה שיש לה. ומ"מ, אף הוא מציין שודאי א"א לומר כן ברדב"ז (כיון ששם לא מדובר בנדר אלא באמירה בעלמא).

²¹ בניגוד לדעתו של קליינמן (6-325) בשיטת הרדב"ז.

א. במכרז או במכירה פומבית (כאשר המוכר מכריז "נמכר!")

במקרה זה דן ב"כסף הקדשים" (סי' רא ד"ה קנין סיטומתא) וכתב שהסברא נוטה, שאם נהגו [לקנות] בדיבור ה"ל סיטומתא, ואולי גם מה שקורין ליסטאציא [=מכרז או מכירה פומבית] ג"כ הו"ל כסיטומתא.²²

ב. מנהג סוחרים היהלומים שמסיימים עסקאות באמירת "מזל וברכה"

בשו"ת תשובות והנהגות (ח"א סי' תתג) דעת הרב משה שטרנבוך שאמירת "מזל וברכה" מהווה קנין גמור בדין תורה ביהלומנים שנהגו בני אומנותם כן.

דברי הרב שטרנבוך מתייחסים למציאות בה הסוחרים אכן רואים באמירת "מזל וברכה" קנין גמור. אך דעת הרב אשר זעליג וייס²³ שמבחינה מציאותית, גם אצל סוחרים היהלומים אין נתפסת אמירה זו כקנין, אלא רק כהבטחה לקיים את המקח, ולפיכך אין בה דין סיטומתא.

ג. תוקפו של הסכם חוזי שנעשה בע"פ

הרב יהודה פורמן ("כתרי", ח"ב עמ' 264-266) דן באפשרות להחשיב חוזה ביטוח הנעשה בע"פ כסיטומתא, היות וע"פ חוק החוזים תקף הסכם הביטוח גם כאשר הוא נעשה בע"פ. ואולם, הוא דוחה זאת כיון שלמרות שהחוק נותן תוקף להסכמים בע"פ, מ"מ בפועל, עסקאות בסדר גודל של הסכם ביטוח רגילים לעשות בכתב²⁴ ולא בע"פ, ואין בזה סמיכות דעת (ועיי"ש בדבריו סיבות נוספות).

²² ואולם, כסף הקדשים עצמו התלבט האם מבחינה מציאותית אכן נוהגים שבאמירה בלבד הוי הקנין, שכן הוסיף שם: "ואולי מכל מקום אינו קביעות כל כך".

²³ בתשובה שטרס פורסמה, הובאה אצל קליינמן. קליינמן עצמו (עמ' 264-269), בדק ותאר את תהליך הקנין המקובל בבורסת היהלומים בישראל והעלה שהמקובל בין הסוחרים – שאין הבעלות על היהלומים עוברת עם קבלת ה"מזל וברכה", אלא זוהי רק התחייבות או הבטחה שלא ראוי לחזור ממנה. הבעלות עצמה עוברת רק עם העברת הסחורה באופן פיזי לרשותו של הקונה. ויש להעיר, שיתכן ותשובת הרב שטרנבוך מתייחסת לנהוג בדרום אפריקה.

²⁴ בחוזה בכתב, החתימה על החוזה נחשבת כמעשה קנין מדין סיטומתא.

ד. בקניה בכרטיס אשראי בטלפון

הרב צבי יהודה בן יעקב (תחומין יז, "חזרה ממקח שנקנה באמצעות כרטיס אשראי") כתב שקניה בכרטיס אשראי מועילה מדין סיטומתא, והרגע הקובע בקנין הוא הרגע שבו חותם הלקוח על השובר המונפק מתוך מכשיר ההדפסה (ולא הרגע שהוא מוסר את כרטיסו למוכר, או שהכרטיס מועבר במכונה) שהרי יש להניח שעד לרגע החתימה רשאים שני הצדדים לחזור בהם. והוא מסיים: "ועדיין צריך עיון מהו רגע הקנין כאשר העסקה נעשית דרך הטלפון, וללא החתימה". ונראה לעני"ד, שלסוברים שסיטומתא מועיל באמירה בלבד – הרי שמתן פרטי כרטיס האשראי יוכלו להחשב כסיטומתא. ואף כי מסתבר שכל עוד לא סיים את השיחה רשאי לחזור בו, מכל מקום, מרגע שסיים את השיחה יחול הקנין בדיבורו.

ו. הדבר אברהם: הסיטומתא כקנין חליפין דאורייתא

מובא בירושלמי (קידושין פ"א ה"ה) ובמדרש רות רבה (ז, יא):

בראשונה היו קונין בשליפת המנעל, הדא היא דכתיב: "וזאת לפנים בישראל על הגאולה ועל התמורה [לקיים כל דבר] שלף איש נעלו [ונתן לרעהו] וכו'" (רות ד, ז)... חזרו להיות קונים בקצצה. מהו הקצצה? בשעה שהיה אדם מוכר שדה אחוזתו היו קרוביו מביאין חביות וממלין אותן קליות ואגוזים ושוברים לפני התינוקות, והתינוקות מלקטין ואומרים נקצץ פלוני מאחוזתו... חזרו להיות קונים בכסף ובשטר ובחזקה..."

מדברים אלו למד הדבר אברהם (סיי א ענף א אות ג)²⁵ שקנין חליפין כל עיקרו מנהגא הוא, ונשתנה עניינו מזמן לזמן בהשתנות המנהג. כלומר, כל קנין חליפין המוכר לנו, ואשר מקורו מהתורה (מהפסוק הנ"ל ברות), מהותו היא, שמנהג הסוחרים קובע את דרכי הקנין. ובלשונו של הדבר אברהם: "דהלכה היתה כללית, דכל שיקבע למנהג אצל התגרין לקנות בו יהא קנין גמור, ומשו"ה בראשונה שנהגו במנעל וסנדל היה מנעל וסנדל דאורייתא, ומשחזרו לקנות בקצצה – הוה קצצה דאורייתא, וכן בכל זמן וזמן כפי מנהג התגרין..." ונמצא, שסיטומתא באתרא דנהיגי – לאו קנין חדש הוא, אלא היינו חליפין ממש, וכשם שחליפין דאורייתא, הי"נ סיטומתא דאורייתא.

²⁵ וכן חזר לדון בדבריו הללו בח"ב סי' י אות א-ב; סי' כ אות א; וסי' כו אותיות א, יא.

הדבר אברהם אף כתב שמצא סימוכין לדבריו בחידושי המהרי"ט (קידושין ג, א, חידושי על הרי"ף והרי"ן ד"ה והא דאמרינן), ובשו"ת הרדב"ז (ח"א סי' תקג).

ז. החת"ס: מדאורייתא, ככל תנאי שבממון

בשו"ת חת"ס (יו"ד ש"ד) כתב:

לפע"ד סיטומתא הוא קנין דאורייתא ממש. והיכן (=שהרי, היכן) מצינו שנמנו רבנן על ככה ואמרו שמנהג הסוחרים קונה?! אלא, רבא הודיענו שהדין כן מהתורה: כל שהנהיגו הסוחרים הו"ל כאלו התנו, וכל תנאי שבממון קיים מהתורה.

על דעתו זו חזר החת"ס במספר תשובות, והביא ראייה לדבריו מתשובת (הרשב"א) המיוחסת לרמב"ן סי' רכה שכתב שקנין ממנהג הוא דאורייתא ופוטרו מבכורה.²⁶

החת"ס באר שתוקפו של קנין סיטומתא מדאורייתא, מכח תנאי שבממון קיים, והיינו, שקי"ל להלכה כרבי יהודה, שאע"פ שהמתנה על מה שכתוב בתורה – תנאו בטל, מכל מקום, בדבר שבממון – תנאו קיים (כתובות נו, א; ב"מ נא, א ועוד).

ואולם, הסבר זה לכאורה קשה, מכיון שאע"פ שתנאי בממון – מועיל, לדעת רוב הראשונים אין הדבר כך ביחס ליצירת דרכי קנין חדשות. כלומר, שאפילו אם התנו המוכר והקונה ביניהם במפורש, לקנות בדרך קנין חדשה – לא יועיל התנאי.

ודייקו זאת מהסוגיא בקידושין (כה, ב) המביאה את דעת ר' שמעון שבהמה גסה ובהמה דקה נקנות בהגבהה (בניגוד לדעת חכמים שנקנות במשיכה). והקשתה הגמרא: "אלא מעתה, פיל לרבי שמעון במה יקנה?! שהרי, פיל אי אפשר להגביה? והביאה הגמרא ארבעה תירוצים: שיקנה בחליפין, או בשוכר

²⁶ חת"ס יו"ד סי' ש"ד; חו"מ סי' יב. ואולם, האבני נזר (יו"ד סי' תו אות ד) כתב, שאין משם ראייה שסיטומתא הוא קנין דאורייתא, מכיון שהתשובה המיוחסת לרמב"ן היא משל הרשב"א, ודעת הרשב"א היא שקנין דרבנן מועיל לדאורייתא כי יש כח ביד קנין דרבנן גם לחקנות ולא רק להפקר. וא"כ, יתכן ודעתו היא שקנין סיטומתא הוא קנין דרבנן, ובכל זאת מועיל לדאורייתא. וראה גם באמרי בינה (קונטרס הקניינים סי' טו ד"ה ואם מהני קנין אסטימתא) שדחה הראייה מתשובה זו. במקום אחר (יו"ד סי' שיז) כתב החת"ס שמדברי הרשב"א בגיטין י, ב ג"כ משמע דהוי דאורייתא. ובחו"מ סי' יב באר החת"ס לפי שיטתו את הגמרא בב"ב ז, ב ע"ש.

את מקומו, או שמביא ארבעה כלים ומניחן תחת רגליו, או שמגביהו בחבילי זמורות, עי"ש. ולכאורה, ישנה דרך פשוטה יותר – שהמוכר והקונה יתנו ביניהם שיקנו במשיכה! מכך שהגמרא לא תרצה זאת, למד הרמב"ן (שם): "שאפילו פירש ואמר קנה במסירה דבר הנקנה במשיכה, או [קנה במסירה] בסימטא, שאין מסירה קונה בה – אינו קונה, שלא מסרו חכמים דיני ההקנאות למוכרים". כרמב"ן נקטו גם הרשב"א (ד"ה גמ' הוא דאמר), הר"ן (קידושין ט, ב ברי"ף, סוף ד"ה מתניתין בהמה גסה) והריטב"א (ד"ה והו יודע). וכן כתב הש"ך (קצח, י): "שאינו יכול להתנות לעשות קנין מדבר שאינו קנין".

אם כן, קשה על החת"ס, שאפילו אם נאמר שכאשר קנו בקנין הנהוג ע"י הסוחרים הו"ל כאילו התנו, סוף סוף אפילו אם היו המוכר והקונה מתנים **במפורש** – זה לא היה מועיל לקנות.

1. הסבר א' בחת"ס (=שיטת המהרש"ד"ס)

ניתן לבאר את דברי החת"ס, שהוא אכן חולק על הרמב"ן ודעימיה, ולדעתו, אם המוכר והקונה יתנו ביניהם בפירוש לקנות בדרך קנין חדשה – זה כן יועיל.

מצינו שכדעה הזו הביא המאירי (בי"ב עה, ב ד"ה בהמה בין גסה) בשם "גדול עולם". וכן מובאת שיטה זו בשם הראב"ד.²⁷

בעל המשכיל לאיתן (הני"ל פרק ג) למד כך את דברי החת"ס, שלדעתו אפשר להתנות וליצור דרך קנין חדשה, ודחה דבריו להלכה, מכח הש"ך (קצח, י) שכתב שאי אפשר להתנות על דרכי הקנין. אף נכדו של החת"ס, הרב שמחה בונם סופר למד כך את דברי החת"ס (שו"ת שבט סופר חו"מ סי' י ד"ה ודע): "ולסברא זו, גם בדבר שלא הנהיגו הסוחרים, רק המוכר והלוקח התנו שיקנו – תהני". וגם הוא דחה את החת"ס להלכה מכח הש"ך: "ועי"כ צ"ל כש"ך דלא שייך בזה תנאי... וא"כ גם בסיטומתא אין לומר דמהני משום תנאי שבממון... ודברי קדוש זקני צ"ע".²⁸

²⁷ ואולם, המאירי דחה דבריהם וכתב: "ואיני רואה דבריהם כלל, ומהיכן נתן רשות להדיוטות להפקיע דין הקנינים". אכן, בשיטה לא נודע למי (ד"ה אלא מעתה) מובא בשם הראב"ד שאם יתנו כך – יועיל. ועכ"פ, זוהי דעת מיעוט בקרב הראשונים.

²⁸ ולדעת השבט סופר סיטומתא הו"ל מדרבנן: "ועי"כ מוכרחים אנו לומר דחכמים תקנו כן דכל דבר שינהגו הסוחרים שיהיה קנין – דמהני, אבל לא במה שיחיד מתנה עם חברו, והו"ל סיטומתא כמו שאר קנין דרבנן". וראה לקמן סוף הערה 30.

דברים מפורשים מצאנו בשו"ת המהרשד"ם, (חו"מ סי' שפ) ביחס לסיטומתא וזו לשונו:

דכל דבר שבממון יש לו שני פנים במה שיתקיים: [א] או באחד מהדרכים, הברורים כדין תורתנו הקדושה או בדברי חכמים ז"ל שתקנו בתלמוד. [ב] או בכל תנאי שיתנה האדם עם חברו. ומטעם זה יועילו התקנות הנוהגים [ע"י] הסוחרים, אף על פי שאינם כתובים בתורה ואינם מן הדין, אלא, שכיון שנהגו כך – הוה ליה שכל אחד מתנה עם חברו שכשיהיה כך יתקיים הדבר, ואדעתא דהכי תינח וסלקי. ומטעם זה אמרינן בגמרא פרק איזהו נשך... האי סיטומתא קניא".²⁹

כלומר, לדעת המהרשד"ם, ויש שבארו כך גם בדעת החת"ס, אפשר להתנות במפורש על דרך קנין חדשה, וזהו המקור לדין סיטומתא, שכיון שנהגו כך – הרי זה כאילו התנו ביניהם המוכר והקונה שיקנו בדבר זה – ומהני מדאורייתא.

2. הסבר ב' בחת"ס

ניתן לבאר בחת"ס, שאף הוא סבר כרוב הראשונים, שאפילו אם התנו המוכר והקונה במפורש על דרך קנין חדשה – לא מועיל. ודברי החת"ס ש"כל שהנהיגו הסוחרים הו"ל כאילו התנו", אין כוונתם כאילו התנו המוכר והקונה ביניהם באופן פרטי, אלא כאילו התנו כל הסוחרים ביניהם. במקרה כזה, כשיש תנאי כללי – מועיל התנאי ליצור דרך קנין חדשה, לדעת החת"ס, אף מהתורה. וכך באר דבריו הדבר אברהם.³⁰

²⁹ הביאו הרב ישראל שציפנסקי, בקונטרס המנהגים בישראל (נדפס בסוף כרך ד' של ספרו התקנות בישראל) עמ' כו, וראה שם הערה 17.

³⁰ ח"א סימן א, ענף א אות ב, וז"ל: "שלא נתכוין החת"ס לתנאי יחיד, אלא לתנאי האומנים ובני העיר, כיון שהוא מנהג אצל כל הסוחרים. ומנהג בני העיר – קרו ליה חז"ל "תנאי" כדאמרינן בביב (ח, א) להתנות על המידות וכו'... וניימ טובא בין תנאי יחיד לתנאי הקהל, ר"ל מנהג הקהל, דאף במאי דיחיד דעלמא אינו יכול להתנות – מהני בקהל, כמבואר בחו"מ (רלא, כח): רשאים בעלי אומנות לפסוק ביניהם שלא יעשה אחד במקום חברו, אע"ג דיחיד שהתנה בכך לאו כלום הוא... אלא, שהדבר אברהם מעיר, שגם הסבר זה לא מספיק כדי לבאר את החת"ס, "דאפילו אם תנאי בני העיר הוי דאורייתא, על כרחך רק מטעם הפקר ב"ד נגעו בה, והרי הוא עצמו ז"ל כתב דהפקר ב"ד לא מהני אלא להפקיע ולא להקנות, והיאך יהיה קנין מה"ט?" אף בשו"ת אבני נזר (יו"ד תו אות ג) למד שכוונת החת"ס לתנאי כללי ותנאי המדינה, ודחה לפי"ז את החת"ס: "ותמהני, שהרי התנאי היה בלא דבר, ובמה חל תנאי המדינה? ובב"מ גבי מתנה שומר חינוס להיות כשואל, דמוקי כר"י דאמר תנאי שבממון קיים, מ"מ

בביאור הסברא לחלק בתנאי על דרכי הקנין בין לתנאי פרטי (שלא מועיל) ותנאי כללי (שמועיל), ניתן לומר, שיסוד חלות כל קנין הוא בגמירות הדעת של הצדדים, אלא, שצריך מעשה קנין כתיקונו כדי לגלות שאכן יש כאן גמירות דעת, או בכדי ליצור אותה.³¹ כאשר שני הצדדים מתנים ביניהם באופן פרטי על דרך קנין חדשה – אין הקנין חל, והטעם, אע"פ שתנאי בממון קיים, כיון שחרגו ממעשה הקנין הרגיל, אמרינן שבטלה דעתם אצל כל אדם ואין כאן גמירות דעת. לעומת זאת, כאשר יש תנאי כללי, שכל בני המקום נהגו כך והוי כאילו התנו, מועיל התנאי ליצור דרך קנין חדשה, כדין תנאי שבממון שקיים. במקרה זה, ע"י המעשה יש גמירות דעת וחל הקנין מדאורייתא, ולא אמרינן בטלה דעתם אצל כל אדם, שהרי כך דעת כל בני האדם באותו מקום שזה הוי קנין.³²

גישה זו דומה לדעת הגר"ש שקופ (לעיל פ"ד) אלא, שבניגוד לגר"ש שקופ שדי במנהג לשעצמו כדי ליצור קנין חדש, החת"ס נזקק גם להלכה שתנאי שבממון מועיל.

3. דברי החת"ס בשו"ת יו"ד שטו

בשו"ת חת"ס (יו"ד שטו) כתב:

...אבל לענין סיטומתא, דמן התורה לא קנה, רק ממנהג הסוחרים קונה למי שפרע, עכ"פ (=על כל פנים) אין זה אפילו קנין, כ"ש להפקיע מבכורה...³³

מקשה במה מתחייב בדברים. [ו]אולי כוונתו משום דברי ד"מ סי' שלג דברי ציבור א"צ קנין. אבל עולה בזכרוני דזה דוקא במידי דמצוה כגון מלמד או רב". ועי' עוד באבני נזר (יו"ד תט אות ג).

קליינמן (325 הע' 203) מביא מדברי נכדו של החת"ס, הרב שמואל ערענפעלד, בספרו חתן סופר (דף קלז עמ' א) שכתב שלדעת החת"ס סיטומתא היא "כתנאי שהתנו בני העיר ביניהם, ותנאי בממון קיים". כלומר, גם הוא למד שהחת"ס התכוון לתנאי כללי ולא לתנאי פרטי. וראה לעיל (ז 1) שהבאנו מדברי נכד אחר של החת"ס, בעל השבט סופר, שלמד שכוונת החת"ס לתנאי פרטי, ונמצא שנחלקו בזה כבר נכדיו של החת"ס.

³¹ ראה לעיל פרקים ד-ה.

³² הסבר זה שמעתי מדיין אחד, וראה אצל קליינמן (325-326).

³³ להלן הפסקה כולה: "ותלמידי הרב החרוץ מוהר"ר הירש מגליד נ"י אתא ואייתי מתניתא בידי דברי הגאון צ"ח בפסחים ל"א ומשם רצה ללמוד דמנהג שנהגו הואיל ונהגו סוחרים קונה למי שפרע הוה קנין לפטור מבכורה. עיינתי בצ"ח ואלו דבריו: כיון שכתב הרב"י דקנין כסף אע"ג שהפקיעו רבנן משום נשרפו חיטך מ"מ קונה למי שפרע אי"כ כ"ז שלא קיבל מי שפרע עדיין שם קנין עליו ומכ"ש בבכורה דקנין כ"ד (= כל זהו) מפקיע מבכורה, אלו דברי הגאון ז"ל. וצדקו דברי הגאון ז"ל בקנין כסף דקונה מן

בשו"ת הר צבי (יו"ד רנב) הביא תשובה זו של החת"ס, ונקט לפיה, שאפילו לדעת החת"ס, אין זה מוחלט שסיטומתא מועילה מדאורייתא. גם בשדי חמד (כרך ה מערכת הקוף כלל סה, עמ' 287) כתב שתשובה זו היא היפך ממה שכתב החת"ס בתשובה שיד. ובמקום אחר (כרך ו מערכת בכור בהמה, עמ' 375, אות ג) כתב על סתירה זו שלפי הכלל שבידינו שפוסק שסותר את דבריו יש לפסוק כדבריו האחרונים, א"כ אית לן למינקט בדעתו כמ"ש בסי שיד.³⁴

ואולם, יש להעיר שהחת"ס חזר על דעתו שסיטומתא מהני מדאורייתא במספר מקומות (יו"ד סי' שיא, שיד, שיז, שיח. חו"מ סי' יב), בהם אף טרח לבססה ולבארה.³⁵ יתכן, ועיון בכל התשובה שלפנינו מגלה שאכן החת"ס לא התכוון לומר שסיטומתא לא מועילה מהתורה, וכפי שנבאר.

דברי החת"ס הנ"ל הם תשובה לדברי תלמידו שרצה לטעון שקנין אשר הסוחרים נוהגים שהוא מועיל למי שפרע, דהיינו, שהסוחרים עצמם אינם רואים בקנין זה קנין גמור אלא רק תחילת קנין והתחייבות, מכל מקום, די בקנין כזה כדי לפטור מבכורה.³⁶ התלמיד הביא ראיה לדבריו מהצ"ח, שכתב שאם ימכרו בהמה לגוי במעות, אע"פ שקנין מעות במטלטלין מועיל רק לענין "מי שפרע" – מועיל הדבר לפטור מבכורה. וענה לו החת"ס שדברי הצ"ח הם דוקא בקנין מעות אשר מהתורה מועיל, ורק חכמים תקנו שלא יועיל אלא לקבל מי שפרע. ובוזה חידש הצ"ח, שכל עוד לא קיבל מי שפרע

התורה ורק חכמים הפקיעו ודי מה שהפקיעו, אבל לענין מי שפרע שלא הפקיעו הרי נשאר על דין תורה, וכ"ז דלא קיבל מי שפרע הרי עדיין דין תורה קיים שהוא קנין גמור, ויפה כי הגאון דמפקיע מבכורה לרמב"ם, אע"ג דלא עבד עובדא הכי מ"מ יפה כי הגאון לדעת הרמב"ם. אבל לענין סיטומתא דמה"ת לא קנה רק ממנהג הסוחרים קונה למי שפרע עכ"פ אין זה אפי' קנין כ"ש להפקיע מבכורה. ומי שמערב זה חייב משום כלאים וכי...".

³⁴ ובשו"ת יגל יעקב (יו"ד צט ד"ה ועתה) כתב שכנראה נפלה ט"ס בדבריו. ואולי היא קודמת ואח"כ חזר בו החת"ס. [אך יש להעיר על זה, שכבר ביו"ד שיא אשר נכתבה כ-17 שנה לפני תשובה שטו, משמע שסיטומתא הוי דאורייתא, וצ"ע].

³⁵ קליינמן (עמ' 328 הע' 218) אף מעיר, שבין כתיבת תשובה זו (יו"ד שטו) לכתובת התשובה שבח"מ (סי' יב) עברו חודש ושמונה ימים בלבד ולא חעיר על כך דבר. ויש להוסיף על דבריו ולהדגיש, שבמספר תשובות החת"ס כן מציין לתשובתו שבסי' שיד, ראה: יו"ד סי' שיז, שיח, חו"מ סי' יב.

³⁶ בלשונו של החת"ס (ראה הע' 33) נכתב: "...מנהג שנהגו הואיל ונהגו סוחרים קונה למי שפרע... וכן בהמשך "אבל לענין סיטומתא דמה"ת לא קנה רק ממנהג הסוחרים קונה למי שפרע...". ולשון זו קשה בפני עצמה, שהרי קי"ל שסיטומתא במקום שנהגו קונה ממש ולא רק לענין מי שפרע. ולכן נראה שבמילים "קונה למי שפרע" אין הכוונה מבחינה חלכתית, אלא מבחינה מציאותית. והיינו שאצל הסוחרים אין זה קנין גמור אלא רק תחילת קנין והתחייבות. וראה עוד לקמן בהערה 38.

קיים הקנין מהתורה, ולכן מועיל לפטור מבכורה. אבל, בנידון שלפנינו מדובר בשטר אשר מדין התורה לא מועיל, ולכן אי אפשר ללמוד מהצלי"ח לנידון זה.

מתוך הבנת הענין כולו, מובן גם לשונו של החת"ס הנ"ל: **"אבל לענין סיטומתא (= השטר שנהגו הסוחרים, הנידון בשאלה), שמן התורה לא קנה (כלומר, מדין תורה אינו נחשב שטר), ורק ממנהג הסוחרים קונה למי שפרע (= שהסוחרים עצמם מחשיבים אותו רק כתחילת קנין והתחייבות), ועל כל פנים (= ובכל מקרה, אפילו לדעת הסוחרים) אין זה אפילו קנין (= ממש) – כ"ש שלא יועיל להפקיע מבכורה".** כלומר, כיון שהסוחרים עצמם לא מחשיבים שטר זה כקנין גמור, ודאי שאין ביכולת קנין קלוש זה להפקיע מבכורה.³⁷ וצ"ע.³⁸

ה. לסוברים שסיטומתא הוא מדאורייתא – היחס בין קנין דרבנן ומנהג

לעיל בפרק ג הבאנו את דעת הסוברים שקנין סיטומתא הוא מדברנן, וראייתם מכך שיש פוסקים דס"ל דקנין דרבנן מהני רק מדברנן. והרי, קנין דרבנן ודאי לא גרע בתוקפו ממנהג הסוחרים, ועוד, שמבחינה מציאותית, כל קנין דרבנן הופך לאחר זמן למנהג.

³⁷ תודתי לרב יהודה שחור שליט"א שסייע לי בהגדרת וליבון הענין, וראה אצל קליינמן (326-331).

³⁸ בתחילת התשובה מבואר שהשאלה עסקה בפרה מעוברת שנמכרה לגוי בהפרזת סך ל"ה זהוב "ולא ניתן לו מעות אלא ת"כ על זה וכו'", והוסיף החת"ס לשואל: "אלא שמעלתו כתב בשאלתו... שהיה ת"כ, ותלמידי הרב החרוץ מו"ה הירש מאגליד נ"י כתב שהיה (קונטראקט) היינו שטר מכירה הנהוג, ולא אטפל בזה כלל כי יהיה איך שיהיה אין כאן משיכה ולא כסף כדינו". בעל השדי חמד (כרך ו, שם) דייק שגם מדברים אלו שבתחילת התשובה משמע שסיטומתא לא הוא מדאורייתא. ואולם, קליינמן (326-331) כתב על כך, שאין הכוונה לת"כ (= תקיעת כף) אלא לח"כ = "חילוף כתב", דהיינו שטר חוב על הסך הנ"ל ע"פ חוקי המדינה. [והעיר שבפרוייקט השו"ת סברו שר"ת ח"כ הם ט"ס, ופיענחו ת"כ = תקיעת כף]. ולפי"ז באר את המעשה, שבמקום לתת מעות, נתן הקונה שט"ח על דמי המקח המוסכמים ("על זה"), שכן מתן "חילוף כתב" היתה דרך תשלום מקובלת בזמנם ונוכרת בתשובות החת"ס במקומות רבים [בעיקר בצורת ראשי תיבות ח"כ]. ע"פ זה מתבאר גם הענין כולו, שהקנין נעשה ע"י נתינת שטר, אלא שנחלקו הדעות בין השואל לבין התלמיד בטיבו של השטר, האם היה זה שטר חוב (= חילוף כתב), או שטר מכירה (קונטראקט = חוזה). ואולם, מבחינה מציאותית, שניהם לא נחשבים ע"י הסוחרים כקנין אלא רק כהתחייבות, ולכן העיר על זה החת"ס: "יהיה איך שיהיה אין כאן משיכה ולא כסף כדינו". אך יש להעיר, שגם בנוסח הנדפס (מהדורת צילום משנת תר"ה) מופיע ת"כ, וכן מועתק בשדי חמד (שם).

לסוברים שקנין סיטומתא מהני מדאורייתא, ניתן ליישב קושי זה בדרכים שונות:

1. קנין דרבנן שהפך למנהג רווח – מועיל מדאורייתא

יתכן, ואפילו למייד שקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא, זה דוקא במקום שהקנין החדש לא הפך למנהג הרווח בין הסוחרים (וכגון תקנת חכמים שניתן לקנות במעמד שלשתן, ובודאי שרוב המסחר לא נעשה בקנין זה). אך במקום שהקנין מדרבנן הפך למנהג רווח בין הסוחרים – יועיל הקנין מדאורייתא מכח המנהג.

כך היא מסקנת הדבר אברהם (סי' א ענף א אות א)³⁹ אשר כתב שגם לסוברים שקניני דרבנן מועילים רק מדרבנן, לאחר שנהגו כבר התגרים בקנינים אלו והפכו למנהג בפועל – הווי דאורייתא. הדבר אברהם באר זאת ע"פ שיטתו שסיטומתא הוי קנין החליפין המקורי מדאורייתא (לעיל פרק ו), וכתב, דהלכה למשה מסיני שהמנהג קונה לא נאמרה אלא על מנהג התגריין, ולא על מה שתקנו ולא נהגו בו.

ודומה, שגם לשיטות המבארות את תוקפו של קנין סיטומתא מדאורייתא מכח גמירות הדעת (גרשש"ק) ניתן לבאר שכל עוד שהקנין מדרבנן לא הפך למנהג רווח – אין בעשייתו גמירות דעת שלמה לקנות, ותוקפו רק מכח תקנת חכמים ולא מהני לדאורייתא. אך לאחר שהופך הקנין למנהג רווח – הוי בזה גמירות דעת שלמה ומועיל לדאורייתא.

2. אפילו קנין דרבנן שהפך למנהג רווח – מועיל רק מדרבנן

ניתן לבאר שסיטומתא מהני מדאורייתא גם למייד שקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא אפילו לאחר שיהפוך למנהג רווח. והטעם, מכיון שבתחילה, לפני שהפך למנהג רווח, הועיל רק מדרבנן, הרי שגם כשהפך עם הזמן למנהג רווח, לא נוחגים בו אלא ע"פ מה שהיה, וא"כ גם עתה המנהג הוא שנותנים לו רק תוקף דרבנן.

כך כתב בשו"ת הרמ"ץ (יו"ד סי' עו אות ד) "דיש חילוק בין קנין סיטומתא דמעצמם נהגו להקנות, א"כ גמרו ומקנו בליבם וראוי שיועיל אף לד"ת, אבל בקנין דרבנן המה מוכרחים לשמוע לדברי חכמים, ואינם מתכוונים יותר ממה שתקנו חכמים, ואינו אלא קנין דרבנן".

³⁹ וראה עוד מש"כ בסי' א ענף ה אות טז.

3. ביאור דברי החת"ס

החת"ס התייחס בתשובתו (יו"ד שיד)⁴⁰ להבדל שבין קנין דרבנן וסיטומתא:

ולא דמי לקניני דרבנן, [ד]התם לא מחלו בכך הסוחרים ברצונם, אלא אנוסים בתקנת חכמים ומטעם הפקר ב"ד, בזה י"ל אין כח ביד ב"ד אלא להפקיע ולא להקנות. אבל מה שהנהיגו מרצונם הטוב – כל תנאי שבממון קיים מהתורה בלי ספק.

על דבריו אלו הקשו:⁴¹ "וצ"ע, הא חכמים לא אנסוהו לקנות או להקנות כן, אלא תקנו דמהני, והמוכר והקונה בחרו במעשה זה לגמור ביניהם המקח, ולמה יגרע מכל מי שנחשב ע"י מנהג הסוחרים כאילו התנה עם חברו שאחרי זה לא יוכל לחזור והוה דידיה, וצ"ע"י.

ועוד יש להקשות לכאורה, כשחז"ל תקנו קנייני דרבנן, הם עשו זאת לתקנת השוק ולטובת התגרים, וא"כ מדוע לדעת החת"ס אין הסוחרים מקבלים זאת מרצונם אלא אנוסים בתקנת חכמים?

ננסה לבאר את דברי החת"ס הללו לאור שני ההסברים שהובאו לעיל בשיטתו.

בהסבר הראשון (לעיל ז 1) בארנו, שלדעת החת"ס ניתן להתנות בתנאי פרטי בין הקונה והמקנה על דרך קנין חדשה. ובקנין סיטומתא, ע"י המנהג אנו אומדים דעתם דהו"ל כאילו התנו המוכר והקונה שיקנו בדרך זו – ומועיל מדאורייתא. ואולם, דוקא כאשר מדובר בקנין אשר נהגו בו הסוחרים מרצונם והפכוהו למנהג רווח אנו יכולים לומר דהו"ל כאילו התנו במפורש המוכר והקונה ביניהם. אך כאשר מדובר בקנין שנוצר ע"י תקנת חכמים, ועדיין לא הפך למנהג רווח, אע"פ שהמוכר והקונה בחרו מרצונם בדרך קנין זו, כיון שלא התנו ביניהם במפורש לקנות בדרך זו, וגם אין זה המנהג הרווח – אין אנו אומרים שמסתמא הו"ל כאילו התנו, אלא שקונים רק מכח התקנה ומועיל מדרבנן. ולפי"ז נראה, שכאשר הקנין דרבנן יחפוד למנהג רווח – אכן נאמר דהו"ל כאילו התנו ומועיל מדאורייתא.

בהסבר השני (לעיל ז 2) בארנו, שלדעת החת"ס לא ניתן להתנות באופן פרטי על דרך הקנין, כי במקרה כזה אמרינן שבטלה דעתם אצל כל אדם, ובקנין

⁴⁰ ובדומה בתשובות יו"ד שיז, שיח.

⁴¹ ברכת אברהם ב"מ עד, א "בענין סיטומתא" אות ג'. וע"י בשו"ת יד יצחק ח"ג סי' ק ד"ה ומ"ש.

סיטומתא הו"ל כאילו התנו כל הסוחרים ביניהם **תנאי כללי** שיועיל,⁴² וכיון שמדובר בתנאי כללי, לא אמרינן בזה בטלה דעתם אצל כל אדם ומהני לדאורייתא. ואולם, דוקא כאשר מדובר בקנין אשר נהגו בו הסוחרים והוא המנהג הרווח אנו אומרים דהו"ל כאילו התנו ביניהם כל הסוחרים. אך כאשר מדובר בקנין שנוצר ע"י תקנת חכמים, ועדיין לא הפך למנהג רווח, א"א לומר דהו"ל כאילו התנו ביניהם כולם, ומועיל רק מדרבנן. גם לפי הסבר זה נראה, שכאשר הקנין דרבנן יהפוך למנהג רווח – אכן נאמר דהו"ל כאילו התנו כולם, ומועיל מדאורייתא.

ועוד יש להעיר, שלשני החסברים שהצענו, דברי החת"ס שהסוחרים "אנוסים" בתקנת חכמים, אין כוונתו אנוסים בניגוד לרצונם, אלא כוונתו: שקנין זה לא נוצר ע"י רצונם.

⁴² להסבר זה, כיון שמדובר בתנאי כללי, ממילא לא קשה הקושיא הראשונה שהבאנו, המדברת בתנאי פרטי.

הרב שלמה זאב פיק

ר"מ במכון הגבוה לתורה
אוניברסיטת בר-אילן

קנין חצר בחצר שכורה

ראשי פרקים

- א. פתיחה - מחלוקת ראשונים, חצר שכורה קונה למשכיר או לשוכר ?
- ב. יסוד המחלוקת – מהות השכירות
- ג. הסבר בעל הדיברי ריבתי – אומדן דעת המשכיר
- ד. שיטת תוספות
- ה. שיטת הגר"א

א. פתיחה - חלוקת ראשונים, חצר שכורה קונה למשכיר או לשוכר ?

במשנה ב"מ (קא, ב) שנינו: "המשכיר בית לחבירו... הזבל של בעל הבית, ואין לשוכר אלא היוצא מן התנור ומן הכירים בלבד". ובגמרא (קב, א) העמידוהו: "בחצר דמשכיר ותורי דאתו מעלמא קמו בה". ופירש רש"י, ד"ה בחצר דמשכיר: "שלא השכיר את החצר", ומשמע שאילו השכיר את החצר, היה הזבל לשוכר. וכן הוא בהשגת הראב"ד שכירות ו, ה.

הרמב"ם שם אינו סבור כן (וכבר ציין זאת הגר"א בהגחתו בגמרא שם, אות א) וז"ל:

הזבל שבחצר, הרי הוא של שוכר; לפיכך, הוא מטפל בו להוציאו. ואם יש שם מנהג, הולכין אחר המנהג. בד"א, כשהיו הבהמות שעשו הזבל של שוכר; אבל אם הבהמות של אחרים, הזבל של בעל החצר, שחצירו של אדם קונה שלא מדעתו אע"פ שהיא שכורה ביד אחרים:

לפנינו מחלוקת ראשונים בשאלה: חצר שכורה, האם קונה למשכיר או לשוכר ?

דעת רש"י וראב"ד שקונה לשוכר, ודעת רמב"ם שקונה למשכיר.

ב. יסוד המחלוקת - מהות השכירות

בש"ך חו"מ סי' שיג, הסביר את שיטת הרמב"ם: "כיון שאין גוף החצר קנוי לשוכר, אין החצר זוכה לו". לפי זה אפשר להציע הסבר למחלוקת רש"י ורמב"ם: האם מה שאמרו בב"מ נו, ב, ששכירות ליומיה מכירה היא, היינו לכל דבר, או רק קנין הגוף לצורך הפירות. אפשר לומר שלדברי הכל החצר קונה תמיד לבעל החצר, אלא דפליגי בשכירות, מי (למעשה) נחשב בעל החצר. דבר זה תלוי במהותה של שכירות, אם היא כקניית הגוף עם הפירות לזמן מסויים, ולכן נחשב השוכר בעל החצר והחצר תקנה עבורו (רש"י); או ששכירות היא רק קניית הגוף עבור הפירות (רמב"ם), ואכן כן מפורש בהלכות שאלה ופקדון א, ה: "...והשוכר קנה הגוף לפירותיו עד זמן קצוב בדמים שנתן..."¹

לסיכום: לאור דברי הש"ך, אפשר ללמוד שהן רש"י והן הרמב"ם סוברים שחצר קונה תמיד לבעל החצר, וכל המחלוקת היא מי הם הבעלים בחצר שכורה. שאלה זאת תלויה בהגדרת מושג השכירות: האם היא קנין הגוף לזמן לצורך הפירות בלבד (רמב"ם) או קנין גמור של כל החפץ, כולל הגוף, אך רק לזמן קצוב² (רש"י)³.

יש להסביר את מחלוקת רש"י והרמב"ם בדרך אחרת, בהנחה שגוף החצר נשאר בידי המשכיר, ולא הקנה לשוכר בגופה אלא את הזכות להשתמש בה. נקודת המחלוקת היא אם קנין חצר הוא אחד מתשמישי החצר (רש"י) או שקנין חצר אינו מתשמישי החצר, אלא דין מיוחד התלוי בבעלות ממש, ומכיון שהבעלות נותרה ביד המשכיר, אין החצר קונה אלא לו (רמב"ם). הסבר זה למחלוקת רש"י ורמב"ם שמעתי מפי מו"ר הרב יהודה פרנס שליט"א.

לפי שתי הדרכים הנ"ל נמצא שלדעת הרמב"ם קנין חצר אינו יכול להיכלל בשכירות מבחינה אובייקטיבית.

¹ בדרך זו תירץ הש"ך את קושיית הבית יוסף שם מהא דשכירות ליומיה מכירה היא.
² וכן שמע מדברי ר"ת בספר הישר, חלק החידושים, סי' (מהד' שליונגר, עמ' 97): ואם תאמי' וכי פחותה משוכר ושואל שאע"פ שאין להם אלא פירות בחצר השוכרה או שאלה, יש לו קנין לקנות בה חפץ כדאמר' (מעשר שני, פ"ה, מ"ט) גבי מעשה [ד]רבן גמליאל וכו' דקאמר ליה מקומו מושכר לך ובההוא מיקני ליה מעשר שלו. תריץ דגדול קניינו של שוכר יותר מן האשה, שאם שכר בית לזמן ומת, [אין] בעל הבית יכול להוציא את הירוש עד השלמת הזמן, אם כן יש לו בה קנין גמור.
³ שוה עוד לדברי התיבות בפתיחה לסימן ר, ומה שהביא בשם מהר"ט ומחנה אפרים.

ג. הסבר בעל ה'דברי ריבות' - אומדן דעת המשכיר

לעומת זאת, הביא הלחם משנה (שכירות ז, א בסוף דבריו) את הסברו של ספר דברי ריבות ס"י שכו:

הוי כאילו פירש ואמר שלא תשכיר החצר כי אם לתשמישיה הצריכים לו, אבל בזכות שהיה לו מדברים אחרים, כגון שיהיה חצרו זוכה לו, לא זיכה לו, ולפיכך הוא שלו⁴.

לפי דברים אלו, השאלה היא סובייקטיבית, האם יש בדעת המשכיר לכלול בשכירות את קנין חצר; מבחינה אובייקטיבית, הוא יכול לעשות כן, והשאלה היא רק אם דעתו היתה על כך.

עקרון זה של בעל דברי ריבות חשוב ליישב סתירה בדברי הרמב"ם עצמו. לעומת דבריו שציטטנו לעיל מהל' שכירות, כתב הרמב"ם בהל' גזילה ואבדה טז, יא (וכעין זה בשו"ע חו"מ, רס, ג):

ויראה לי שאין הדברים אמורים אלא כשטען בעל הבית שהמטמון שלו, או שהיה יורש, שאנו טוענין לו שמא של אביו הן; אבל אם הודה שהן מציאה, הרי הן של מוצא. לפיכך, אם היה משכיר ביתו לאחרים, הרי הן של שוכר אחרון וכו'⁵.

כדי ליישב סתירה זאת, נעיין בדברי ריבות, ס"י שכו, שהציע את החילוק הבא (ודברים אלו אינם מובאים בלחם משנה הנ"ל):

ועוד אפשר לומר שלא אמר הרמב"ם זה כי אם בחצר, אשר איננו לעיקר תשמישו, ולפיכך לא קנה לגמרי כי אם לתשמישו אבל לא שיזכה לו החצר; אבל בבית, שעיקר תשמישו בה, הקנה לגמרי וביתו זוכה לו.

אי אפשר לפרש דברים אלו אם אי אפשר בכלל למסור את זכות קנין חצר, כמו שפירש מו"ר הרב פרנס כדלעיל, שאם כן, איך אפשר לחלק בין חצר לבין בית!! אלא מפשטות לשונו, צ"ל שזהו ענין דאומדנא דדעתיה - שבחצר אין לו כוונה להקנות לו הכל, אבל בבית הוא מקנה לו הכל, כולל זכות קנין חצר. על פי יסוד זה, אפשר להסביר שהן לרשי"י והן לרמב"ם קנין חצר הוא מתשמישי החצר, והמחלוקת היא באומדן דעתו של משכיר חצר. לפי רשי"י היה בדעתו

⁴ כ"כ תורת חיים בסוגייתנו, הובא בשי"ך שם, עיין לקמן.

⁵ השוה להל' מכירה ג, ו-ז ובדברי ה"ה סוף הלכה ה. ובכס"מ שם וצ"ע.

להקנות לשוכר את כל תשמישי החצר כולל זכות קנין חצר; לפי הרמב"ם, לא היה בדעתו להקנות לו אלא את השימוש הפיזי ולא זכות קנין. אמנם אם המושכר הוא בית, שבו נעשה עיקר תשמישו, הקנה לו אף את זכות קנין. נמצא שאף בחצר, אם המשכיר יפרש שהוא מקנה לשוכר גם את זכות הקנין, אף לפי הרמב"ם יקנה השוכר, וכל מחלוקת רש"י ורמב"ם אינה אלא בשכירות סתם.

כעין דברים אלו, שכל המחלוקת היא באומדנא דדעתיה [אלא דהשאלה היא פשוטה יותר: כיון שחצר אינה עומדת להעמיד בה שוורים לעשות זבל, האם היתה דעתם שבכל זאת יקנה השוכר את הזבל או שמא המשכיר השאיר זאת לעצמו] נמצא בתורת חיים לב"מ קב, והש"ך הנ"ל הביאו ודחה את דבריו; אמנם סברא זו דאומדנא דדעתיה היא גם סברתו של קצות החושן, שיג, א.

החזון איש לבבא בתרא, סימן ג, אות ג, כתב:

נראה דכל שלא השכירו לשורים [והמשכיר ביתו פתוח לחצר והשורים מפריעים לו הילוכו] אף שהשכירו לכל תשמישים, זבל שהטילו תורי בעלמא הרי הן למשכיר, כיון דלא קני ליי שוכר לחצר להכניס לתוכה תורי... ובחצר סתם לא אגרי לשורים. ולפי האמור אין מחלוקת בין הר"מ לשי"פ, דכל דברי הר"מ בלא השכירו לשורים, ואפשר דלפרש"י השכיר החצר סתם מושכר לשורים, ולהר"מ לא הושכר לשורים.

ובסברא, פירושו הוא כדרך פירושם של דברי ריבנות, תורת חיים וקצות החושן, שהמחלוקת תלויה באומדן דעתיה דמשכיר - אם דעתו להשכיר גם עבור הזבל, דהיינו לתת זכות כניסה לשוורים או לא. אמנם מה שכתב החזו"א "והמשכיר ביתו פתוח לחצר והשורים מפריעים הלוכו", הוא רק לשיטת התוספות, בב"מ יא, ב ד"ה וכי, יובא לקמן, ולפי דיעה אחת בתוספות, גיטין עט, ב ד"ה פנימית. אבל בש"ך הנ"ל העלה מסתימת הפוסקים שאין מדובר כשביתו של משכיר פתוח לחצר, וא"כ לא קיימת הטענה שהשוורים מפריעים להילוכו, שלכאורה היא גורם חשוב לאומדן דעתיה דמשכיר.

ומה שהחזו"א הרחיק לכת שאין מחלוקת לגבי הדין, וחצר שכורה קונה לשוכר אפילו לרמב"ם, ורק בסוגייתנו יש מחלוקת בין רש"י לבין רמב"ם אם השכירו לזבל או לא - בזה הוא חולק על בעל דברי ריבנות שאינו דן על

זכות קניית הזבל בלבד אלא דן באופן עקרוני אם עצם קנין חצר כלול בשכירות, ועיין עוד בשו"ת דבר אברהם, ח"א, ס"ס א.⁶

ד. שיטת תוספות

הנה הש"ך הבין שדעת התוספות ב"מ יא הנ"ל, היא כשיטת הרמב"ם. אך רבים חולקים על דברי הש"ך בהבנת דברי התוספות, ולדעתם, אדרבה, מן התוספות משמע כשיטת רש"י. בשו"ת חת"ם סופר, או"ח סי' קיז, הביא ראייה מתוספות ב"מ ט, ב ד"ה משוך: "וא"ת אמאי נקט משוך... אי"כ במשוך נמי אמאי מספקא ליה כיון שהשאלה לו הרי היא כאילו שלו עד לאחר הקנין ויקנה מטעם חצר". מפורש בדבריהם כשיטת רש"י שהחצר קונה לשוכר ולשואל.

וכן נראה להביא ראייה שתוספות סבורים כשיטת רש"י מהסוגיה לקמן קב, א. בהמשך הסוגיא שם הובאה ברייתא כדי להקשות על שיטת ר' יוסי ברי חנינא שחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו.

מיתבי, זבל היוצא מן התנור ומן הכירים והקולט מן האויר הרי הוא שלו, ושברפת ושבחצר של בעל הבית ואם איתא להא דרי יוסי ברי חנינא דאמר חצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו, קולט מאויר אמאי הרי הוא שלו אויר חצירו הוא? אמר אביי במדביק כלי בשולי פרה... ושברפת ושבחצר הרי אלו של בעל הבית, תרתי? אמר אביי הכי קאמר ושברפת שבחצר הרי אלו של בעל הבית. אמר רב אשי זאת אומרת המשכיר חצירו סתם לא השכיר רפת שבה.

רש"י שם ד"ה ושברפת הסביר: "קס"ד בחצר שלא השכירה לו משכיר", משמע שלפי הקס"ד של הגמרא, אם השכיר את החצר לשוכר, השוכר היה קונה, כדלעיל, ורק בגלל שלא השכירו לשוכר קנה המשכיר. וכן משמע בתוספות שם, ד"ה תרתי, שכתבו:

פ"י דסתרן אהדדי דהאי שברפת לא איצטריך למיתני לגופיה דפשיטא הוא דשוכר בית בחצר שאין לו ברפת כלום ולא תנא אלא למידק שברפת לבעל הבית לפי שאין [בה] לשוכר כלום אבל בחצר שיש לשוכר

⁶ בדעת אחרת מקנה מודה הרמב"ם שחצר שכורה קונה לשוכר, ראה מהר"יט אלגזי פ"ב סוף אות כב. לצדדים שנאמרו בגוף המאמר שיטה זו צ"ע (הערת עורך).

בה הילוך כניסה ויציאה לביתו לא הוי דבעל הבית והדר תני שאף שבחצר לבעל הבית.

נראה מדברי התוספות שאינם סוברים כרמב"ם. אך צ"ע בכוונת התוספות שהמשכיר בית יש לשוכר בחצר הילוך כניסה ויציאה, משמע שעקב הקנין בבית לשכירות, יש לו קנין בחצר להילוך, ומכח זה יש לשוכר אפילו קנין חצר. ואפשר לחקור: האם סברה זאת שזכות הילוך כניסה ויציאה מקנה לשוכר זכות לקנין חצר היא רק הוה אמינא, ולמסקי חוזרים מסברה זאת, ורק השכרת החצר ממש יכולה להקנות קנין חצר - וכשיטת רש"י. או האם גם למסקנה סברה זאת של זכות הילוך כניסה ויציאה מקנה זכות קנין חצר. לפי פשטות הסוגיה נראה כצד הראשון: (א) רב אשי, שביסס דבריו על דברי אב"י, הוסיף שהמשכיר חצרו לא השכיר הרפת, משמע שאכן השכיר את החצר. ואם סברת התוספות הנ"ל נשארת למסקנה, הרי אין מדובר אלא במשכיר ביתו. (ב) לפי הסברה ששכירות הבית מקנה לשוכר זכות הילוך כניסה ויציאה, ובעקבותיה - קנין חצר, צ"ע רישא דברייתא "והקולט מן האויר הרי הוא שלו" למה רק קולט מן האויר, הרי לפי סברה זו יש לשוכר קנין חצר עקב זכות הילוך כניסה ויציאה, ואם כן הכל נקנה לו? אלא צ"ל שהגמרא חזרה מן הסברה הזאת, ואם כן הסיפא של הברייתא "ושברפת ושבחצר של בעל הבית" מדברת בששכר את החצר, וברישא "...והקולט מן האויר הרי הוא שלו" מדובר שהשכיר רק את הבית. וכן למד מהרש"א על אתר⁷. נמצא לפי מהרש"א ופשטות הסוגיא, יש שתי שיטות בקנין חצר בחצר שכורה, שיטת הרמב"ם ושיטת רש"י ותוספות⁸.

⁷ לפי הסבר מהרש"א כבר בשלב א של הסוגיא כששאלנו על ר' יוסי ברי חנינא, כבר ידענו שצריכים לחלק את הברייתא לשני חלקים, לכן הוא למד את קושית תד"ה קולט "מדיוקא דקולט מן האויר הוא שלו הא שבחצר של בעי"ה", שהרי בסיפא מדובר שהשכיר את החצר, וברישא השכיר רק את הבית בלי החצר, ע"ש.

⁸ וצ"ע בשיטת הרמב"ם כיצד יפרש את הסוגיא. ועיין באביעזרי (מהדורא תניינא) שכתב "ושיטת הרמב"ם תמוה מכמה מקומות בשי"ס שמפורש שחצר השכורה קונה להשוכר..." בסוף דבריו כתב: "ומה שמוכח מכל הראיות שהביאו שהשוכר קונה, זה כשהשכיר לו לקנות". פירוש זה הוא כפי שיטת בעל דברי ריבות (לעיל בחלק ג). ליתר השיטות (חובאו לעיל בחלק ב) צ"ע כיצד יפרש הרמב"ם את הסוגיא.