

הרב אילן קופמן

קנין סיטומתא: בקרקע ובדבר שלא בא לעולם

ראשי פרקים

מבוא

פרק א: סיטומתא בקרקע

א. הסוברים שלא מועיל בקרקע

ב. הסוברים שמועיל גם בקרקע

ג. פסיקת ההלכה

פרק ב: קנין סיטומתא בדבר שלא בא לעולם

א. מחלוקת מהר"ם (מועיל) ורי' יחיאל (לא מועיל)

ב. טעם המחלוקת

ג. דעת המהרש"ל והנתיבות (מועיל רק בצירוף עם דינא דמלכותא)

ד. פסיקת ההלכה

ה. נספח: בירור דעת רעק"א

מבוא

במסכת ב"מ (עד, א) מובא:

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

מגמרא זו למדו הראשונים שבנוסף לדיני הקנינים הקבועים בהלכה, כאשר ישנה דרך קנין אשר הסוחרים נוהגים לקנות בה הרי שהיא נחשבת לקנין גם על פי ההלכה. וכפי שניסח זאת הרשב"א (על אתר): "שמעינן מהכא, דמנהג מבטל את ההלכה בכל כיוצא בזה, שכל דבר שבממון ע"פ המנהג קונים ומקנים. הלכך, בכל דבר שנהגו התגרים לקנות – קונים". כך נפסקה גם ההלכה בשו"ע (חוי"מ רא, א-ב).

דוגמאות למעשי קנין כאלו נזכרו בפוסקים החל מהראשונים, כגון: רישום על המקח, מתן פרוטה (דמי קדימה), תקיעת כף, מסירת מפתח ועוד. בימינו

נידונו מספר ענינים כגון: קנין באינטרנט, קניה בכרטיס אשראי, חתימת חוזה, רישום בטאבו ועוד.

בפוסקים נידון כוחו של קנין סיטומתא בהקשרים שונים.¹ במאמר זה נדון בעייה בשניים מהם. תחילה נדון בשאלה האם קנין סיטומתא מועיל לקנות קרקע, שכן מצינו דעות בפוסקים שצימצמו את חלות הקנין למטלטלין בלבד. לאחר מכן, נדון בשאלה האם קנין סיטומתא מועיל לקנות דבר שלא בא לעולם, שכן מצינו דעות בפוסקים שהרחיבו את יכולתו של קנין סיטומתא לקנות גם דבר שלא בא לעולם, אע"פ שבקנינים הרגילים אי אפשר לקנותו.²

בדיונינו ננסה לברר את הדעות השונות וטעמיהן, וכן את פסיקת ההלכה.

פרק א: סיטומתא בקרקע

א. הסוברים שלא מועיל בקרקע

הטור (סי' רא) הביא את דין קנין סיטומתא בהלכות קנין מטלטלין, ואף כתב בפתיחת דבריו: "יש עוד דבר שהמטלטלין נקנין בו והיינו דאמר רב פפא סיטומתא קניא...". וכתב הב"ח (רא, ב):

ועכשיו נהגו [=הסוחרים לקנות] במסירת מפתח, ורובא דרובא נהגו בתוקע כפו לכף חבירו. מיהו נראה דאין מנהג אלא במטלטלין אבל לא בקנית קרקע ושכירות קרקע, והכי משמע מלשון רבינו [=הטור] שכתב: "יש עוד דבר שהמטלטלין נקנים בו".

והיינו טעמא, דבמטלטלין דאיכא משא ומתן טובא, אין פנאי להזמין עדים לקנות בחליפין,³ ואין צריך לומר דאין פנאי למשוך כל הסחורה לרשותו, על כן נהגו בתקיעת כפס זה לזה, אי נמי בנתינת פשוט

¹ על שאלת תוקפו של קנין סיטומתא (האם מועיל מדאורייתא או מדרבנן), וכן על השאלה כיצד פועל קנין זה לפי הדעות השונות, ראה משי"כ בחוברת אבני משפט ב', "קנין סיטומתא (מנהג הסוחרים) – תוקפו ומהותו", עמ' 174-192.

² וכן יש מהפוסקים שהרחיבו את קנין סיטומתא שיועיל לקנות גם בדבר שאין בו ממש, בדבר שאינו ברשותו ובאסמכתא, ואכמ"ל.

³ צ"ע בכוונת הב"ח בזה, שהרי נפסק בטור במפורש (קצה, ב) שלא צריך עדים לקנין סודר, וכן כתב הב"ח עצמו (שם, סי"ק ב). ונראה שכוונת הב"ח בזה היא רק כחלק מתיאור "עומס העבודה" אשר בגללו נוצר הצורך להנהיג דרכי קנין חדשות. וציין הב"ח, שמפאת חוסר זמן, הסוחרים אף מוותרים על העמדת עדים לראיה על הקנינים.

[=מטבע] ומסירת מפתח וכיוצא בדבר קל, אבל בקרקע אין מנהג, והלכך אפילו תקעו כפם זה לזה אינו כלום.

אם כן, לדעת הטור והב"ח סיטומתא מועיל רק במטלטלין ולא בקרקע.⁴ בטעם הדבר, נראה מדברי הב"ח, שקנין סיטומתא הוא תקנה מדרבנן לטובת הסוחרים,⁵ אלא שתקנו רק במטלטלין שהיה צורך גדול, אבל בקרקע לא תקנו.

בפוסקים הועלו טעמים נוספים לבאר את דברי הב"ח :

א. בשו"ת מהרי"א הלוי (ח"ב סי' צא)⁶ נקט שבאופן עקרוני יתכן וגם לב"ח סיטומתא מועיל בקרקע, ומה שכתב הב"ח שלא מועיל סיטומתא בקרקע, הכוונה דוקא במקום שנהגו לכתוב שטר על קרקע. והטעם, משום שלא עדיף קנין סיטומתא אשר אינו אלא מנהג בעלמא מקנין כסף שהוא מהתורה, והרי גם בכסף אינו מועיל במקום שנהגו לכתוב שטר, ומשו"ה גם סיטומתא לא מהני רק במטלטלי דלאו בני שטרא נינהו, אבל בקרקע לא קנה עד שיכתוב את השטר, משום דלא סמכא דעתיה.⁷

ב. בשו"ת ספר יהושע (סי' קיד),⁸ דן במקרה של חכירת קרקע, וכתב ששיטת הב"ח שסיטומתא אינו קונה בקרקע, היינו דוקא במכירת קרקעות, אבל בזכות חכירה של קרקעות סיטומתא כן מועיל. והטעם, משום שבקנין קרקע יש לקרקע קניינים אחרים ע"פ ההלכה (כסף, שטר וחזקה), אבל בזכות

⁴ על אפשרות אחרת לביאור דברי הב"ח ראה לקמן בדברי הש"ך.

⁵ הב"ח לא פרש האם לדעתו קנין סיטומתא הוי מדאורייתא או מדרבנן, אך מסתבר שלדעתו זו תקני"ח, וכך ניתן להבין את הגבלת הקנין רק למטלטלין ולא לקרקע.

⁶ הרב יצחק אהרן הלוי איטינגא (פולין, המאה הי"ט). בהזדמנות זו ברצוני להודות מקרב לב לרי' אבישי אלבוים מספרית הרמב"ם בתי"א שסייע לי רבות והמציא לידי תשובה זו, ומקורות נוספים המובאים במאמר זה.

⁷ ועיי"ש שהוסיף, שלפי מה שקי"ל שבשכירות קרקע מועיל כסף לבד, משום שלא נהגו לכתוב שטר על שכירות ושפיר סמכא דעת השוכר מאחר שאינו רק על זמן קצוב, אי"כ, גם בנידון שבשאלה, בהסכם שותפות לזמן קצוב (עד שיחתום שר העיר ויעלה בערכאות) שפיר סמכא דעתיה בקנין סיטומתא לבד אף בלא שטר, כמו בשכירות. בשולי הדברים נעיר, שלשיטה זו, אע"פ שסיטומתא לא מועיל לקנות קרקע, מ"מ בשכירות קרקע מועיל. ויוצא שזה היפך שיטת הדבר אברהם אשר באר שקנין סיטומתא הוא קנין חליפין מדאורייתא (ראה המאמר הנזכר בהע' 1). ולשיטתו סיטומתא מועיל לקנות קרקע (קרקע נקנה בחליפין), אך לא מועיל בשכירות קרקע כיון ששכירות קרקע אינה נקנית בחליפין (בי"מ יא, ב תוד"ה מקומו, וערכין ל, א תוד"ה ולא). ראה דבר אברהם ח"ב סי' כ אות א סוד"ה הנה. וראה עוד לקמן הע' 42.

⁸ הרב יהושע העשיל באב"ד (טרנופול, גליציה, מאות י"ח – י"ט).

חכירת קרקע, שאין שום קנין רגיל מועיל בה ע"פ ההלכה (כיון שזה דבר שלא בא לעולם) ורק מנהג הסוחרים שקונים – סיטומתא קונה.

יתכן, וכוונת דבריו היא שסיטומתא אינו מועיל בקרקע משום שבקרקע יש דרכי קנין אחרות (כסף, שטר וחזקה), ולא היה צורך לתקן בזה קנין סיטומתא. רק במקום שאין דרך קנין אחרת, כמו בזכות חכירה, תקנו חכמים קנין זה.⁹

ויתכן, וכוונת דבריו היא אומדן דעת, שבקנין קרקע רגיל אין גמירות דעת כשהקנין נעשה במנהג הסוחרים אלא רק כשנעשה בדרכי הקנין הקבועות בהלכה (כנראה משום חשיבות הקרקע). אולם, במקום שאין דרך קנין ע"פ ההלכה, אלא רק מנהג הסוחרים, בזה מוכח שיש גמירות דעת גם בקנין הנעשה במנהג הסוחרים.¹⁰

מספר פוסקים נקטו להלכה כשיטת הב"ח. באר הגולה (ראו, ו) העתיק דברי הב"ח, ונראה שפסק כמותו. בשו"ת בית יעקב (סי' צ) פסק להלכה דשכירות בית אינו ניקנה מדין סיטומתא, משום דהוי כקרקע, והביאו בהגהות אמרי ברוך (סי' רא).¹²

⁹ אם אכן זו כוונת דבריו, הרי שיש בזה חידוש גדול בקנין סיטומתא, שמועיל רק במקום שאין דרך קנין אחרת. והטעם, שרק במקרים אלו ראו חז"ל צורך לתקן שסיטומתא קונה. וראה לקמן הערה 39 שיתכן וכך משמע גם בשו"ת שואל ומשיב, וצ"ע.

¹⁰ והשווה למשי"כ בחוקת המשפט – הל' מכירה, קונטרס אחרון, סי' א אות ב, שיתכן וגם הרא"ש שכתב שאין קנין סיטומתא באמירה בלבד, יודה שבמכירה פומבית או במכירה בבורסה, שאי אפשר אחרת, יועיל הקנין באמירה בלבד, עיי"ש.

¹¹ הרי יעקב בן שמואל מצויזמיר. נדפס בפרנקפורט דאודר תני"ו.

¹² בהגהות אמרי ברוך כתב: "יעוין שו"ת ב"י סי' צ דמחליט כהב"ח". בשורת הדין – מאמרים ופסקים, ד, עמ' שמ – שמא, סברו בטעות שהכוונה לשו"ת בית יוסף וטרחו ליישב. אי לכך אעתיק את תמצית דבריו. הנידון בשאלה היה על שכירות בית, ובתשובתו הוא כותב: "הנה חקרתי בעובדא הנ"ל ונתברר שראובן תקע כפו ללוי כדרך התגרים. בזה נראה פשוט דלא קנה לוי, דאף דקי"ל דאסטומתא קני, כדאיתא בח"מ סי' רא, ה"מ במטלטלין, אבל בקרקעות קי"ל דאינן נקנין אלא בכסף ובשטר ובחזקה. וה"ה שכירות קרקע דינו כקרקע. וכ"פ הטור חו"מ סי' שטו דשכירות קרקע נקנית בדרכים שהקרקע נקנית בהם. וכן מבואר מדברי הטור סי' רא, דדוקא מטלטלין קונין בדברים שדרך התגרים לקנות כגון שתקע כפו או רשם רושם וכי, אבל בקרקעות לא קני. וכ"פ תב"ח בהדיא בסי' רא. וכ"כ האחרונים..."

ב. הסוברים שמועיל גם בקרקע

הש"ך (רא,א) הביא את דברי הבי"ח, אך חלק עליו לדינא וכתב שבמקום שהמנהג לקנות גם קרקעות בסיטומתא – מהני.¹³ והוסיף הש"ך: "אפשר שגם הבי"ח מודה בזה, והבי"ח גילה לנו מנהגנו עכשיו". כלומר, שיתכן והבי"ח רק תיאר את המציאות הנהוגה בימיו, ולא קבע זאת כגדר הדין. והיות ובמציאות, בימיו של הבי"ח, לא נהגו הסוחרים לקנות קרקע בתקיעת כף, הלכך אפילו תקעו כפס זה לזה אינו כלום.¹⁴

מסברא, אכן נראה שאין מקום לחלק בין קרקע למטלטלין. לסוברים שסיטומתא מועיל מדאורייתא¹⁵ נראה בפשטות שאין מקור לחילוק זה. אף לסוברים שמועיל מדרבנן, מאחר שקבעו שמה שנהגו הסוחרים כמעשה קנין מועיל, מסתבר שבכל מה שנהגו לקנות יועיל, בין בקרקע ובין במטלטלין.

מרבית הפוסקים נקטו כש"ך שסיטומתא מהני גם בקרקע, והביאו לכך ראיות מן הראשונים אשר פסקו שסיטומתא מועיל גם כאשר הנידון בשאלה היה קרקע.

רעק"א (חוי"מ רא, על הש"ך ס"ק א) ציין לשו"ת הרשב"א (ח"ג,קלב) שכתב ביחס למקרה שקנו קרקע בנתינת פשוט (=מטבע): "אם המקום מקום שקונים קנין גמור בנתינת אותו פשוט – הדין באמת עם ראובן... וכאותה שאמרו בסיטומתא באתרא דנהיגי דקנו ממש – קני".

בעל המנחת חינוך (קומץ המנחה מצוה קלב¹⁶) ציין לרא"ש (ב"מ פ"א, לח) שכתב על דברי הגמרא "מכי דייש אמצרי": "פירוש, שהלך סביב למצרי השדה לראות ולעמוד על ענין השדה, שכך נהגו הקונים לקיים המקח... והקנין לפי המנהג, דאמרינן לקמן בפרק הריבית (ב"מ עד,א) האי סיטומתא קניא".

¹³ כך נראה בפשטות מדברי הש"ך, וכך הבינוהו רוב הפוסקים. ואולם, בשו"ת ספר יהושע (סי' קיד ד"ה נלע"ד) כתב שדעת הש"ך דסיטומתא אינו קונה בקרקע. כלומר, לפי דעתו גם הש"ך עצמו סבר כבי"ח, וצ"ע. ושמא כוונתו לדעת הבי"ח שהזכיר הש"ך בדבריו, ולא דק.

¹⁴ ואולם, הבי"ח דייק זאת גם מלשון הטור, ולפיכך צריך לומר שגם הטור הזכיר סיטומתא רק ביחס למטלטלין, על פי המנהג שבימיו, ולא כענין מהותי בגדרי הקנין. אכן, כך כתב הנצי"ב בהעמק שאלה (קטו, סוף אות ה): "ואע"ג שכי הטור שאין בקרקע מנהג, מכ"מ מודה שאם היה מנהג מהני".

¹⁵ ראה לעיל הע' 1.

¹⁶ במהדורת מכון ירושלים נדפס במצוה שלו אות ז עמ' תקכא.

המהרש"ם (משפט שלום רא,א) ציין לר' יונה (ב"מ נה,א סוד"ה ואריסא). במשנה בגיטין (א,ה) נאמר: "כל השטרות העולים בערכאות של גויים, אע"פ שחותמיהם גויים – כשרים, חוץ מגיטי נשים ושטרורי עבדים". והקשו בגמרא (י,ב): "בשלמא מכר [=שטרי מכר של קרקע] מכי יהיב זוזי קמיייהו הוא דקנה ושטרא ראייה בעלמא הוא... אלא מתנה במאי קא קני, בהאי שטרא, והאי שטרא חספא בעלמא הוא?" ותירץ שמואל: "דינא דמלכותא דינא."

ר' יונה באר את תירוץ שמואל בשני אופנים:

א. דינא דמלכותא מפקיע השדה מהמוכר, והקונה יקנה בחזקה שיחזיק בשדה.

ב. "אי נמי, אפשר שקונים בשטר, וכדאמר התם האי סיתומתא קניא באתרא דנהיגי למקנא בה, ודינא דמלכותא נמי כמנהגא הוי". כלומר, אע"פ שהשטר בפניע לא מועיל לקנות מדינא דמלכותא, מכל מקום הוא יוצר מנהג בקרב התגרים ומועיל מדין סיטומתא.¹⁷

בספר מעשה רקח (ה' מכירה פ"ז, אות ז) דייק אף מהרמב"ם (שם ה' ו) אשר הביא את דין סיטומתא וסתם לשונו, ומשמע שהדברים הם כהמשך להלכה הקודמת המדברת במפורש גם בקרקע. ואם כן, לדעתו מהני סיטומתא בקרקע.

על דבריהם יש להוסיף את הר"ן אשר נשאל על כך במפורש והכריע שמועיל בקרקע.¹⁸ ואלו הם דבריו בשו"ת הר"ן סי' פג:¹⁹

כתבת: ראובן היה סרסור ונאמן מתקנת בני המדינה ונתן כלי כסף בערבון בקניית בתים בשביל פלוני והוא שקורין בזה חותם,²⁰ ועכשו חוזר בו המוכר ורוצה למכרה לאחרים, אי אמרי' דדמי לה היא דאמרי' בנא מציעא (עד א) האי סיתומתא קניא באתרא דנהיגי, ואע"ג דהיא איתאמרא במטלטלין... והכי נמי אמרי' במקרקעי או לא. ע"כ דבריך.

¹⁷ ראה הערת הרב הרש"ר לר' יונה (העי' 590).

¹⁸ ויש להעיר, שהאחרונים לא הכירו תשובה זו אשר לא נדפסה בשו"ת הר"ן במהדורה הרגילה. תשובה זו נמצאה בכת"י ונדפסה בשו"ת הר"ן בהוצאת מכון שלם – צפונות קדמונים, ירושלים, תשמ"ד, ומשם הועתקה לפרוייקט השו"ת.

¹⁹ תודתי לד"ר רון קליינמן על ההפניה למקור זה.

²⁰ "חותם" כאן במשמעות קנין סיטומתא.

קנין סיטומתא: בקרקע ובדבר שלא בא לעולם

ואני [צ"ל: ואיני²¹] רואה שיהא ראוי לחלק בין מקרקעי למטלטלי, אבל בכל כיוצא בזה הולכין אחר המנהג, ובלשון הזה כתב הרשב"א ז"ל: ושמעין מינה שהמנהג מבטל את ההלכה בכל שכיוצא בזה שכל דבר שבממון על פי המנהג קונין ומקנין הילכך אם נהגו התגרים לקנות קונין, ע"כ. ... ואי נהגו לקנות בזה קנין גמור ראוי לילך אחר המנהג.

ג. פסיקת ההלכה

להלכה, נקטו רוב הפוסקים שסיטומתא מועיל גם בקרקע. הש"ך (רא,א) אשר פסק כך ציין גם לסמ"ע (רא,ו בתירוצו השני), המהרש"ל (יש"ש ב"ק פ"ה סי' לו), הרמ"א (שו"ת סי' כ) ועוד. כך נקטו גם הנתיבות (רא,ב) ערוך השולחן (רא,ב), האחיעזר (ח"ג סי' מ אות ד) ועוד.

פרק ב: קנין סיטומתא בדבר שלא בא לעולם

א. מחלוקת מהר"ם (מועיל) ור' יחיאל (לא מועיל)

ק"ל להלכה, שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם (שו"ע חו"מ רט,ד). אעפ"כ, יש מהפוסקים שכתבו שבסיטומתא אפשר לקנות גם דבר שלא בא לעולם.

בהגהת מרדכי (שבת סי' תעב) מובא:

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 מדאמרינן בב"מ (עד,א) האי סיטומתא קניא... ובאתרא דקנו ממש – קני הסיטומתא בשביל שכך נהגו. ה"נ כך נהגו, וצריך לעיון.

²¹ כך תוקן ע"י המהדיר.

ומיהו ר' יחיאל היה אומר דאם הוא מתנה בעודה מעוברת אין [=בכך] כלום, דהוי דבר שלא בא לעולם. דלא דמיא לסיטומתא, דהתם בא לעולם ומועיל בה קנין, הלכך מועיל המנהג להחשיבו כקנין גמור. אבל דבר שלא יועיל קנין, כמו בדבר שלא בא לעולם, לא מצינו שיועיל בו המנהג להחשיבו כקנין גמור. עכ"ל התשב"ץ.

כלומר, לדעת המהר"ם, אע"פ שמדובר בדבר שלא בא לעולם, חייב מכח המנהג וכמו בסיטומתא. ונמצאנו למדים שלדעתו קנין סיטומתא מועיל גם בדבר שלא בא לעולם.²² לעומתו, דעת ר' יחיאל שקנין סיטומתא הינו קנין ככל שאר הקנינים, ובמקום שקנין רגיל לא יועיל, כגון בדבר שלא בא לעולם, גם המנהג לא יועיל.²³

הרא"ש בתשובותיו (כלל יב, ג) הביא את דברי המהר"ם, וחלק עליו לדינא משני טעמים: א. לא נעשה כאן מעשה קנין אלא רק דיבור בעלמא, ולדעת הרא"ש בכה"ג אין קנין סיטומתא מועיל. ב. מבחינה מציאאותית, לדעת הרא"ש אין זה מנהג רווח ואם כן, אין בכך לחייב.

ואולם, הרא"ש לא כתב שאין הדין כן משום שמדובר בדבר שלא בא לעולם, ואם כן, נראה שהרא"ש מסכים באופן עקרוני לדברי המהר"ם, שסיטומתא מועילה בדבר שלא בא לעולם.²⁴

אכן, כך כתב הרא"ש במפורש בתשובה אחרת (כלל יג סי' כ):²⁵

ומה שטענו המורשין לבטל החכירות, משום דהוי דבר שלא בא לעולם, ומשום שאין אדם מקנה לחבירו דבר שאינו ברשותו. בזה אני מודה לדבריהם דמדין תורה אין קנין נתפס בחכירות ... וכ"ש חכירות

²² דברי המהר"ם קשים לכאורה שכן מלבד החסרון של דבר שלא בא לעולם, ישנן בעיות נוספות, שהרי אין מדובר בחפץ כלל אלא בהתחייבות או בקנין אתן. וראה מש"כ בזה בחוקת המשפט – הלי מכירה, קונטרס אחרון סי' א אות ד – ה, והרב זלמן נחמיה גולדברג בתחומין יב עמ' 287 – 288. בעיה נוספת היא שאין כאן מעשה קנין אלא דיבור בלבד, כפי שכתב הרא"ש המובא בסמוך, וראה עוד מש"כ בזה במאמרינו (ראה הערה 1) עמ' 181.

²³ החת"ס בתשובה (חו"מ סו) פסק להלכה כמהר"ם, והוסיף שלדעתו, גם ר' יחיאל סובר שסיטומתא מועיל בדבר שלא בא לעולם. ומה שכתב שלא יועיל זה משום שבמצאיות לא נהגו לנדור למוהל טרם שבא הנער לעולם. אף בשו"ת שואל ומשיב (מהדו"ק ח"ב סי' לט), ובשו"ת דברי חיים (ח"ב חו"מ כו) בארו כך את דברי ר' יחיאל. אולם, כבר כתב ערוה"ש (רא, ג) שמלשונו של ר' יחיאל לא משמע כך.

²⁴ כך דייק רעק"א מתשובת הרא"ש בגליון השו"ע (מובא לקמן בנספח).

²⁵ בהוצאת מכון ירושלים מופיע בכלל יג סי' כא ד"ה ומה שטענו המורשים (עמ' סח).

קנין סיטומתא : בקרקע ובדבר שלא בא לעולם

אלמעוונה²⁶ דשנה דהוי דבר שלא בא לעולם ודבר שאינו ברשותו. אלא שאני רואה מנהג הארץ כל היום שחוכרין זה מזה ואין בו חזרה ... וכיון שנהגו כן הוי קנין דאין בו חזרה, כדאמרינן בפרק איזהו נשך: 'אמר רב פפי האי סיטומתא קניא'.

ב. טעם המחלוקת

הבנת צדדי המחלוקת בדבר יכולתו של קנין סיטומתא לקנות דבר שלא בא לעולם, תלויה בהבנת מהותו של קנין סיטומתא בכלל. האחרונים דנו במהותו של קנין סיטומתא וביארוהו במספר אופנים:²⁷

א. **דעת הנתיבות** (רא,א) ועוד, שסיטומתא מועיל רק מדרבנן. כלומר, שלצורך תקנת השוק תקנו חכמים שמנהג הסוחרים יועיל לקנות גם ע"פ ההלכה.

מבין הפוסקים הסוברים שקנין סיטומתא הינו תקנה מדרבנן, יש שפסקו כר' יחיאל, ויש שפסקו כמהר"ם. הפוסקים כר' יחיאל נראה שסברו שחכמים לא רצו לתת למנהג כח יותר מקנין של תורה.²⁸ הפוסקים כמהר"ם נראה שסברו שכמו שרבנן ראו צורך לתקן שיקנו כפי המנהג, כך תיקנו שיועיל גם במקום שנהגו לקנות דבר שלא בא לעולם.²⁹

²⁶ "חכירות אלמעוונה" הינה דרך חכירת המסים שהיתה נהוגה בחבל קאסטיליה שבספרד: "הקהל היה מחכיר את ה"אלמעוונה" היינו, תרכובת של מסים ישירים ועקיפים (בעיקר מן היין והבשר), לאחד העשירים מבני הקהל או לידי חבר שותפים, על סמך חוזה בשם "אלאנולי", שבו נרשמו תנאי החכירה ופרטי המסים לסוגיהם". (י בער, תולדות היהודים בספרד הנוצרית, עמ' 183. וראה עוד שם, עמ' 513, הערה 9). תודתי לד"ר רון קליינמן על ההפניה למקור זה. ראה עוד בספר "ההתחייבות" (ספרית המשפט העברי) עמ' 208 ליד ציון 117.

²⁷ על שיטות אלו ראה במאמרינו (לעיל הערה 1).

²⁸ כך היא דעת הנתיבות (רא,א) שסיטומתא הוי מדרבנן, ולא מועיל לקנות דבר שלא בא לעולם (אלא אם כן בצירוף עם דינא דמלכותא, כמבואר לקמן).

²⁹ כך היא דעת שו"ת שואל ומשיב, שסיטומתא הוי מדרבנן (מהדו"ק ח"א סי' צא), ומועיל לקנות דבר שלא בא לעולם (מהדו"ק ח"ב סי' לט).

ב. הגר"ש שקופ (מערכת הקנינים סי' יא)³⁰ באר שיסודו של קנין סיטומתא הוא גמירות הדעת. כלומר, שמתוך שכך נהגו הסוחרים להקנות הוי גמירות דעת וחל הקנין.

לפי דעה זו יש מקום להרחיב את תחולתו של קנין סיטומתא שיועיל גם בדבר שלא בא לעולם, אלא, שהדבר יהיה תלוי בשאלה מדוע אי אפשר לקנות דבר שלא בא לעולם, וכדלקמן.³¹

בטעם הדבר, מדוע אי אפשר לקנות דבר שלא בא לעולם, מצינו ג' שיטות:³²

1. אין המוכר נחשב הבעלים לענין שיוכל להקנותו.

כך משמע מהגמרא בנדרים (מז, א): "בעי רמי בר חמא: אמר קונס פירות האלו על פלוני (רש"י: שאסרן על חבירו), מהו בחילופיהן?" כלומר, האם אסור גם במקרה שנתחלפו בפירות אחרים, ודבר שלא בא לעולם הוא. "מי אמרינן... הואיל ואין אדם אוסר פירות חבירו על חבירו, אין אדם אוסר דבר שלא בא לעולם על חבירו...".

³⁰ לענין הנידון כאן, יש לצרף לשיטה זו גם את שו"ת הרמ"ץ והחת"ס (לפי הסבר ב) אשר ביססו גם הם את קנין סיטומתא על יסוד גמירות הדעת, כל אחד לפי דרכו, עיי"ש במאמר הנ"ל.

³¹ גישה אחרת נקט מו"ר הרב חגי איזרר במאמרו "האם מנהג העולם מבטל אסמכתא" (בתוך עלון ישיבת הכותל: "יכותרנו", יא, עמ' 31 – 36) שם כתב, שהצורך במעשי הקנינים הוא מ"משפטי התורה" ולא משום שיש לנו ספק בגמירות הדעת של המוכר או הקונה. והטעם שסיטומתא מועיל משום שקי"ל שבמקום שיש מנהג הסוחרים אין צורך במעשי קנין שעפ"י משפטי התורה וסגי במעשי קנין שע"פ המנהג. לפי זה באר מדוע סיטומתא מועיל בדבר שלא בא לעולם ובדבר שאין בו ממש, אך לא מועיל באסמכתא. והטעם, משום שבדבר שלא בא לעולם ובדבר שאין בו ממש אין החסרון מצד גמירות הדעת אלא מצד משפטי הקנינים של תורה שקיבלו חז"ל, דבעינן שיתפס הקנין בדבר שבא לעולם ובדבר שיש בו ממש. לכן, במקרים אלו, שכל החסרון הוא רק מצד משפטי הקנינים, נתחדש הדין של סיטומתא שמועיל, כי במקום שיש הלכות סוחרים ומנהג העולם לא בעינן משפטי הקנינים של תורה. לעומת זאת, באסמכתא, החסרון הוא מצד שאצלנו יש ספק אם אכן גמרו בדעתם, ולכן לא מועיל בזה סיטומתא.

ועוד כתב שם, שגם לסוברים שבדבר שלא בא לעולם ובדבר שאין בו ממש החסרון הוא מצד גמירות דעת, הרי זה חסרון שמכח "משפטי התורה" ולא משום שיש ספק מצד דעתנו אם יש בזה גמירות דעת, ולכן מהני בזה מנהג הסוחרים, שכן במקום שיש מנהג הסוחרים לא הצריכה התורה את משפטיה. משא"כ באסמכתא, שהחסרון בגמירות הדעת הוא מצד שאצלנו יש ספק בגמירות דעתם, ובזה סיטומתא לא מועיל, עיי"ש.

³² על הטעמים מדוע אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ראה עוד באנציקלופדיה תלמודית "דבר שלא בא לעולם" ליד ציון 17, ובחוקת המשפט - הלכות מכירה פרק ו סע' א ביאורים ס"ק א, ובברכת אברהם ב"מ טז, א.

קנין סיטומתא : בקרקע ובדבר שלא בא לעולם

מהשוואת בגמרא בין הדין שאין אדם אוסר פירות חבירו על חבירו, לדין שאין אדם אוסר דבר שלא בא לעולם, משמע שגם בדבר שלא בא לעולם הבעיה היא מצד חסרון בעלות.³³

בעלי דעה זו יסברו כר' יחיאל, שסיטומתא לא מועיל לקנות דבר שלא בא לעולם, שהרי אפילו אי ידעינן דגמר להקנות, אין לו כח הקנאה במה שלא בא לעולם.³⁴

2. אין לקנין על מה לחול.

כתב הלבוש (חו"מ רט, ד): "אין אדם מקנה לחבירו דבר שלא בא לעולם שאין כאן דבר שיחול עליו הקנין".³⁵

גם לדעה זו הלכה כר' יחיאל, שהרי אע"פ שיש גמירות דעת להקנות מצד הסיטומתא, אין לקנין על מה שיחול.³⁶

3. חוסר סמיכות דעת.

כך משמע מהגמרא בב"מ (טז, א):³⁷ "מה שאירש מאבא מכור לך, מה שתעלה מצודתי מכור לך – לא אמר כלום. מה שאירש מן אבא היום מכור לך, מה שתעלה מצודתי היום מכור לך – דבריו קיימין...". ובאר רבא: "הכא סמכא דעתיה, והכא לא סמכא דעתיה" (רש"י: לא סמכא דעתיה דלוקח דקאמר מי יימר שירש מאביו כלום, שמא ימכור אביו נכסיו בימיו).

³³ וראה באבי עזרי (הלכות מכירה פכ"ב הי"ט ד"ה ואשר) שדייק באופן דומה מדברי אביי בכתובות (נט, א) ובגדרים (פה, ב).

³⁴ כך ביארו את דעת ר' יחיאל הרי אלחנן וסרמן (קוב"ש ב"ב רעו, ובקובץ שמועות ב"מ טז), והרב גוסטמן (קונטרסי שיעורים ב"מ, עמ' 100 ד"ה ובהגהות).

³⁵ וכן דעת ערוה"ש (רט, ו), וראה עוד בברכת אברהם (ב"מ טז, א אות ח) שדייק כך גם מהרא"ש (ב"ב פ"ד סי' ז).

³⁶ כך באר את דעת ר' יחיאל בחוקת המשפט – הלכות מכירה, קונטרס אחרון, סי' א אות ג. וראה עוד מש"כ בזה הרב יהודה לייב בוגץ' בספרו הגיון לבי (סי' ב אות א ד"ה ואולי). ויש להעיר, שערוה"ש נקט שתחסרון בדבר שלא בא לעולם הוא מצד שאין לקנין על מה שיחול (רט, ו) ועם זאת פסק שסיטומתא מועיל בדבר שלא בא לעולם (רא, א). מלשונו נראה שהטעם הוא כפי דברי הרשב"א ש"מנהג מבטל הלכה". ויתכן ויש לבאר הדברים ע"פ מש"כ לעיל בהערה 31 בשם הרב חגי איזרר, עיי"ש. עוד אפשר לבאר ע"פ מה שכתב הרב ד"ר איתמר ורהפטיג בספרו "ההתחייבות" (ספרית המשפט העברי) עמ' 398, שלמנהג יש כח משפטי עצמאי כעין תקנת הציבור ולכן מועיל אף במקום שהחסרון הוא מצד שאין לקנין על מה לחול (ראוי לציין, שהדיון שם הוא ביחס לדבר שאין בו ממש, ולא בדבר שלא בא לעולם).

³⁷ ואולם, בשו"ת נוב"י (תניינא אה"ע סי' נד, אות יב) דחה הראייה מגמרא זו, עיי"ש.

כלומר, לפי רבא, הבעיה בדבר שלא בא לעולם היא מצד חוסר סמיכות הדעת, ובמקום שיש סמיכות דעת (כגון ב"מה שאירש מאבא היום") ניתן להקנות גם דבר שלא בא לעולם.³⁸

לפי דעה זו מתבארת שיטת המהר"ם שסיטומתא מועיל לקנות בדבר שלא בא לעולם. שכן, במקום שהמנהג הוא לקנות דבר שלא בא לעולם בסיטומתא, הוי סמיכות דעת וחל הקנין.³⁹

ג. **המהרשד"ם** (ח"י"מ סי' שפ)⁴⁰ באר שקנין סיטומתא הוא כתנאי שהתנו ביניהם המוכר והקונה לקנות במעשה זה, ומועיל מדין תנאי שבממון קיים.

לפי דעה זו נראה שהלכה כמהר"ם שסיטומתא מועיל בדבר שלא בא לעולם, שכן אנו רואים כאילו התנו ביניהם שיועיל, וכל תנאי שבממון קיים.⁴¹

ד. **ה"דבר אברהם"** (סי' א ענף א אות ג) באר שקנין סיטומתא הוא קנין החליפין מהתורה, שכך עניינו, שכל מה שינהגו הסוחרים לקנות בו קונה.

לפי דעה זו נראה שסיטומתא הינו כמעשה קנין רגיל, ולא מועיל במקום שקנין רגיל אינו מועיל. וא"כ, הלכה כר' יחיאל שסיטומתא לא מועיל לקנות דבר שלא בא לעולם.⁴²

³⁸ כך נקטו בעל אור החיים בפירושו עה"ת (בראשית כה, לג), ורבי חיים מטלז' בחידושי (בי"מ סי' טז ד"ה והנה בהמשך). וכן נראה בריב"ש (שכח) שכתב לו השואל שראה כתוב בשם הרא"ש ובנו הטור שהנשבע לתת דבר שלא בא לעולם (בנוסף לקנין) מועיל הקנין, ולכן הועילה מכירת הבכורה ליעקב. וא"כ, מוכח שהוא מצד חסרון גמירות דעת, ולכן השבועה מתקנת החסרון. ואע"פ שהריב"ש חלק על זה וכתב ש"לא הרא"ש ז"ל ולא רבינו יעקב חתימי עלה", כבר העירו שדבר זה מופיע בשם הרא"ש גם בפ"י הטור עה"ת (בראשית כה, לג). וראה עוד בשו"ת הריב"ש בהוצאת מכון ירושלים, בהע' 2.

³⁹ כך בארו את דעת המהר"ם הר"י אלחנן וסרמן והרב גוסטמן הנ"ל בהערה 34. וכן בשו"ת שואל ומשיב (מהדו"ק ח"ב סי' לט) פסק דהדבר ברור דכל שהמנהג למכור דבר שלא בא לעולם קני מתורת סיטומתא. ובאר הטעם: "דכל הענין דלא קנה דבר שלא בא לעולם הוא משום דלא סמכא דעתיה, וכיון שהמנהג לקנות כן וא"א לקנות בענין אחר, אם כן המנהג עושה קנין אף בדבר שלב"ל דהרי סמכא דעתיה". וצריך עיון מה שכתב: "וכיון שהמנהג לקנות כן וא"א לקנות בענין אחר". יתכן, וכוונתו דזה הוי תנאי בכל קנין סיטומתא, שמועיל רק במקום שאין אפשרות לקנות בדרך אחרת. אבל במקום שיש דרך קנין אחרת, חז"ל לא תקנו שיועיל סיטומתא. ולפי זה הרי שיש כאן חידוש גדול בקנין סיטומתא. ואולם, יתכן וכוונת דבריו היא רק ביחס לדבר שלא בא לעולם, שכיון שאין דרך קנין אחרת בדאי הוי גמירות דעת. וראה לעיל הערה 9.

⁴⁰ וכן בארנו שם (ראה הערה 1) דעת החת"ס בהסבר א.

⁴¹ ואכן, המהרשד"ם עצמו (באותה תשובה) נקט שסיטומתא מועיל לקנות דבר שאין בו ממש, מכח תנאי שבממון, ונראה שה"ה בדבר שלא בא לעולם. אף החת"ס (ראה הע' הקודמת) נקט בתשובה (ח"י"מ סו) שהלכה כמהר"ם.

קנין סיטומתא : בקרקע ובדבר שלא בא לעולם

טעם נוסף לבאר את שיטת המהר"ם שסיטומתא מועיל לקנות גם בדבר שלא בא לעולם כתב ב"ברית יעקב" (ח"מ, צט):⁴³

כיון דאם היה מקנה גוף הבהמה לחלבה הוי קנין דאורייתא, ה"נ מהני קנין סיטומתא כמו דפריש והקנה גוף הבהמה לחלבה.

כלומר, שע"י המנהג הוי כאילו התנה שמקנה בדבר שבא לעולם (גוף הבהמה לחלבה).⁴⁴

לפי הסבר זה נראה חידוש גדול לדינא, שאפילו לפני שהדבר הנקנה בא לעולם לא יוכל המוכר לחזור בו, כיון שהקנה בדבר שבא לעולם (גוף הבהמה לחלבה) וכבר חל הקנין. ואילו לסוברים שסיטומתא מועיל לקנות בדבר שלא בא לעולם משום שע"י הסיטומתא הוי גמירות דעת, נראה שחלות הקנין היא רק לאחר שהדבר הנקנה בא לעולם, ויכול המוכר לחזור בו קודם שבא לעולם.⁴⁵

⁴² כך כתב הדבר אברהם (ח"א סי' א אות טז) בפירוש, ותמצית דבריו: שרק במקום שכל תנאי הקנייה הם כחלכתם מהתורה, ואין כאן חסרון אלא מצד מעשה הקנין, בזה המנהג (וכן מעשה קנין שתקנו חכמים ונהגו לפיהם) נהפך להיות קנין דאורייתא. אבל במקום שאיכא מהתורה חסרון אחר בעיקר דיני הקנייה, שאינו נוגע כלל למעשה הקנין (כגון שמדאורייתא אין הקונה בר קנין, או שאין המקנה בר הקנאה, או שאין הדבר יכול להיות קנין) בזה לא שייך לומר שיועיל משום שנהגו, דאין כח ביד המנהג אלא למשווי למעשה קנין ולא לשנות דיני ההקנאה. ומכאן הוא מסיק: "הלכך נראה דבדבר שלא בא לעולם אין סיטומתא קונה, אע"פ שנהגו בה, לפי שהחסרון הוא בדין ההקנאה ולא במעשה הקנין".

ומזה צריך עיון מה שכתב הדבר אברהם במקום אחר (ח"ב סי' י אות א), שם משמע מדבריו שסיטומתא מועיל לדבר שלא בא לעולם. שכן כתב על שאלת הגמרא בב"ב (קכז, ב) "יכיר למה לי" שלכאורה קשה, "שהרי איצטרין קרא דיכיר לזמן שלא יהיה שום מנהג התגרין שיהיה שייך גם בדבשבי"ל, ומשמע שלדעתו, אם יהיה מנהג בדבר שלא בא לעולם – יועיל לקנות, וצ"ע. ועוד יש להעיר על מה שכתב הדבר אברהם שסיטומתא לא יועיל בשכירות קרקע (הובא לעיל הע' 7), ולכאורה, החסרון בזה הוא רק במעשה הקנין, וצ"ע למה לא יועיל.

⁴³ הרב ברוך מרדכי ליפשיץ (וואלקוביסק, המאה הי"ט). וראה עוד בשו"ת דברי חיים (ח"ב חו"מ כז) שהעלה גם הוא סברא זו של הברית יעקב, וכן העלה שם סברא נוספת, שיתכן וסיטומתא מועיל לדבר שלא בא לעולם משום שמחייב נפשו, והתחייבות מועילה אפילו בדבר שלא בא לעולם, עיי"ש.

⁴⁴ לפי הסבר זה מבוארת שיטת המהר"ם גם לפי הדעות הסוברות שהחסרון בדבר שלא בא לעולם הינו מצד שאין המוכר בעלים להקנותו, ומצד שאין לקנין על מה שיחול.

⁴⁵ כך כתב בשו"ת מהרי"א הלוי (ח"ב סי' צ ד"ה עוד נלפעני"ד) ובאר שדברי מהר"ם שמחייב האב לקיים דבריו ליתן הילד למוהל אשר הבטיח לו, היינו דוקא לאחר שהולד בא לעולם וחל הקנין, אבל קודם שבא לעולם לכ"ע יכול לחזור בו. והטעם בזה, דהא רב הונא ס"ל כר"מ דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם, ואפ"ה ס"ל בשי"ס (בבמות צג, א) דעד שלא בא לעולם יכול לחזור בו, ומשום דלא חל הקנין עד אחר שבא לעולם. וא"כ לא

ג. דעת המהרש"ל והנתיבות (מועיל רק בצירוף עם דינא דמלכותא)

בחיבורו ים של שלמה (בי"ק פ"ה סי' ס) הביא המהרש"ל את דברי ר' יחיאל להלכה, והיינו שסיטומתא לא מועיל לקנות דבר שלא בא לעולם.

אולם, בתשובותיו (שו"ת מהרש"ל, לו) דן המהרש"ל במקרה של יהודי שקנה מהשר שבמקומו רשות וכח שלא יעשה שום אדם יין שרוף זולתו, (=זכיון בלעדיות), והוא כדבר שלא בא לעולם. וכתב המהרש"ל שכיון שרגילים לקנות זכיונות כאלו משלטוני העיר אשר אזלינן בתרייהו בדינא דמלכותא, ולפי המלכות קונים זאת ע"י שטר ארנדא (=חכירות) ועל סמך זה המלכות דנה, וכן רגילים ג"כ שקודם כלות זמנו של בעל הזכיון הראשון כבר מוכרים הזכיון לשני (כיון שיש ביקוש גדול, והמקדימים קונים זאת במחיר גבוה יותר), הילכך: "מי שקונה מכס או כה"ג מן המלך אפי' קודם זמנו, הוא קנין גמור, והנוטלה ממנו הוא גזל גמור ויוצאת בדיינים". המהרש"ל אף מנמק כיצד מועיל קנין לדבר שלא בא לעולם: "ומצינו ג"כ בדברי חכמים ששינו הידוע. ואפילו מה שהוא מקח ממש – אמרו שאינו קונה (כלומר, שיש קנינים מדאורייתא שחכמים הפקיעום)...ומה שאינו מקח ממש (=ע"פ הדין) אמרו ג"כ חכמים שהוא קנין גמור בסוף פרק הריבית (ב"מ עד, א) גבי סיטומתא... ומזה הביאו ראיה המחברים שעיקר קנינים בין בסחורה הכל לפי המנהג ק"ו מנהג ודת המלך...".

א"כ, דעת המהרש"ל בתשובתו, שסיטומתא מועיל לדבר שלא בא לעולם, היפך ממה שכתב ביש"ש.

על סתירה זו בדברי המהרש"ל כבר עמד רעק"א (גליון השו"ע חו"מ רא) ונשאר בצ"ע.⁴⁶

אולם, היו שניסו ליישב סתירה זו.

הנתיבות (רא, משה"א ס"ק א) כתב שסיטומתא לא מהני לדבר שלא בא לעולם, אך הביא את תשובת המהרש"ל, וכתב ליישבה עם שיטתו: "ואפשר כיון דשם הוא ג"כ מדינא דמלכותא".

עדיף קנין סיטומתא דהוא מנהג בעלמא מקנין גמור לר"מ דמועיל מה"ת ואינו חל רק אחר שבא לעולם, ויכול לחזור קודם שבא לעולם. ויש לעיין האם יכול לחזור בו קודם שבא לעולם לסוברים שסיטומתא הוי תקנת חכמים ומועיל בדבר שלא בא לעולם, ולסוברים שסיטומתא מועיל מדין תנאי שבממון.

⁴⁶ ראה משי"כ לקמן בנספח, בבירור דעת רעק"א.

כלומר, לדעת הנתיבות, אע"פ שקנין סיטומתא לבדו לא מועיל לקנות דבר שלא בא לעולם, קנין סיטומתא בצירוף עם דינא דמלכותא מועיל. על דעתו זו חזר בעל הנתיבות גם בספרו מקור חיים (הל' פסח תנח).⁴⁷

הרב עובדיה יוסף (יביע אומר ח"ו חו"מ סי' ו) השתמש בדברי הנתיבות ליישב את הסתירה שבדברי המהרש"ל, וכתב שמתוך הסתירה בדברי מהרש"ל ע"כ לומר כמשייכ הנתיבות, שלמהרש"ל לא מהני סיטומתא בדבר שלא בא לעולם ורק בצירוף דינא דמלכותא מועיל.

ואולם, הרב אליהו עצור הקשה על תירוץ הנתיבות וכתב (שורת הדין – מאמרים ופסקים, ד, עמ' שכח): "ולפי עניות דעתי לא מובן מה יישב רבינו הנתיבות בזה, דהמדקדק בדברי מהרש"ל בתשובותיו יוכח שגם בלא דינא דמלכותא אמר דמהני קנין סיטומתא בדבר שלא בא לעולם, שכתב [המהרש"ל]: 'הכל לפי המנהג וקו"ח מנהג ודת המלך', אלמא שרק לרווחא דמילתא הוסיף וקו"ח מנהג ודת המלך".⁴⁸

נמצאנו למדים, שלדעת הנתיבות, ויתכן וזוהי גם דעת המהרש"ל, סיטומתא לא מהני לדבר שלא בא לעולם, ורק בצירוף עם דינא דמלכותא מהני.

לביאור הטעם בשיטה זו, יש מי שכתב⁴⁹ שאע"פ שסיטומתא לא מועילה בפני עצמה לקנות דבר שלא בא לעולם כיון שיש בזה חסרון בגמירות הדעת, מכל מקום, במקום שמועיל לפי דיני המלכות, ויכול הקונה לתבוע אותו בערכאות, הרי ששוב אין המקנה דבר שלא בא לעולם יכול לחזור בו, והוי גמירות דעת וקונה מיד בסיטומתא. ואילו מצד דינא דמלכותא לבדו, אינו קונה מעכשיו, אלא רק כשיתבע את המקנה בפועל בערכאות.

⁴⁷ ועיי"ש, שבסוף דבריו כתב (ביחס לדעת המג"א) שבמקרה שקנה בסיטומתא בצירוף עם דינא דמלכותא אינו יכול לחזור בו קודם שבא לעולם, "וכמו שקנה אותו כן יכול להקנות אותו, והקנין חל תיכף כיון שאינו יכול לחזור בו". וצ"ע היאך לדבריו חל הקנין לפני שהדבר הנקנה בא לעולם.

⁴⁸ בהמשך דבריו הרב עצור מקשה עוד על תירוץ הנתיבות מהשי"ש בב"ק (פ"ה סי' לו) "שכתב מפורש דמהני מנהג לחוד, ולא הזכיר ענין דינא דמלכותא". ובעוני, לא ירדתי לסוף דעתו, שהרי בשי"ש שם מדובר בדבר שבא לעולם, ובזה ודאי גם הנתיבות לא התכוין לומר שישבור הישי"ש שמועיל סיטומתא רק בצירוף עם דינא דמלכותא.

⁴⁹ כך באר הרב יהודה פרומן בכתר – מחקרים בכלכלה ומשפט על פי ההלכה, ח"ב עמ' 286 – 289.

ד. פסיקת ההלכה

יש מהפוסקים שפסקו להלכה כר' יחיאל, שסיטומתא לא מועילה לקנות דבר שלא בא לעולם. כך כתבו הרדב"ז (שו"ת ח"א, רעח) והקצות (רא,א).

דעת הנהגיב (כמבואר לעיל) שסיטומתא לא מועיל, ורק בצירוף עם דינא דמלכותא מועיל.

מנגד, נקטו פוסקים רבים שסיטומתא מועיל לקנות דבר שלא בא לעולם:

כך פסקו החת"ס (שו"ת, חו"מ סו, 50) שו"ת שואל ומשיב (מהדו"ק ח"ב סי' לט).⁵¹ אף ערוך השולחן (רא,ג) לאחר שהביא את שתי הדעות הוסיף: "והרי אנו רואים שנהגו להקנות כל מיני חכירות וארענדעס (=בתי מרזח) דאינם ברשותו, ויש בהם דברים שלא באו לעולם כלל, ועכ"ז המנהג פשוט דמועיל בהם הקנין או השטר ... וכן עיקר לדינא". כך פסקו גם בשו"ת דברי חיים (ח"ב חו"מ כו), בשו"ת הר צבי (יו"ד, קלב) ועוד.

המהרש"ם במשפט שלום (רא,ב) נקט כמהר"ם, ובשו"ת המהרש"ם (ח"ג, יח) אף הוסיף שהוכרעה ההלכה שמועיל, וא"א אפשר לומר קים לי שלא.

כך נקט גם בחוקת המשפט – הלכות מכירה (פרק ו סעיף כא): "נהגו לקנות דבר שלא בא לעולם – קנה". ובקונטרס אחרון (סי' א אות ג) כתב שדעת ר' יחיאל היא דעת יחיד, ואין לטעון קים לי כלל.

ה. נספח: בירור דעת רעק"א

בדברי רעק"א מצאנו סתירה לכאורה. בהגהות השו"ע שלו (רא,ב) כתב רעק"א:

...ועיין ישי"ש פ"ח דב"ק סי' ס, כתב דדוקא בדבר שבא לעולם שייך ביה סיטומתא, אבל בדבר שלא בא לעולם [ד]לא שייך ביה קנין, לא מצינו דיועיל המנהג להחשיבו לקנין, עיי"ש. ולענ"ד מבואר בשו"ת

⁵⁰ ולדעתו מועיל אף באסמכתא, שזה ק"ו מדבר שלא בא לעולם.

⁵¹ וכתב השו"מ עוד, שהקצות (סי' רעח,יג, וסי' שלב,ו) הביא את דעת הריב"ש (סי' שכא) דקודם מתן תורה נקנה אף דבר שלא בא לעולם. ובאר השו"מ שהטעם לזה הוא שקודם מתן תורה לא היה קנין תורה רק מה שנהגו הסוחרים להקנות, וא"כ הרי שזה סיטומתא ומנהג וקונה גם בדבר שלא בא לעולם.

קנין סיטומתא : בקרקע ובדבר שלא בא לעולם

הראי"ש כלל יב ס"י ב⁵² דגם בדבשלבי"ל מהני. ועיי' תשובת רש"י ס"י לח,⁵³ עיי"ש וצ"ע.

כלומר, הוא חולק על דברי הישי"ש, ולדעתו סיטומתא מהני לדבר שלא בא לעולם, והוא מבסס דעתו זו על תשובת הראי"ש, ותשובת הרש"י הנ"ל.

לעומת זאת, בשו"ת רעק"א (מהדו"ק ס"י קלד) כתב על הנידון שם, שאם נחשיבו כדבר שלא בא לעולם:

אם כן, גם אסטומתא לא מהני, כמו שכתוב ממני בגליון השו"ע (ס"י רא) דהישי"ש בב"ק (פ"ח ס"י ס) הביא בשם המרדכי דאסטומתא לא מצינו דקנה רק (=אלא) בדבר שבא לעולם, דהוי כמו קנין גמור, אבל בדבר שלא בא לעולם לא מהני אסטומתא למחשביה יותר מקנין גמור, וכן כתב הרדב"ז בשו"ת. ואם כן, בנידון דידן גם אסטומתא לא מהני.

כלומר, לדעת רעק"א בתשובתו סיטומתא לא מועיל לדבר שלא בא לעולם.

יתכן, ובביאור דעת רעק"א ניתן לומר שתחילה סבר שלא מועיל, וכפי שכתב בתשובתו. אך לאחר מכן, כשמצא את תשובת הראי"ש ותשובת מהרש"ל חזר בו ופסק שמועיל. כך נראה מתוך דבריו בתשובה, שכשציי"ן לגליון השו"ע שלו, הזכיר רק את דברי הישי"ש,⁵⁴ ולא הזכיר את תשובת הראי"ש והמהרש"ל, אותם כנראה מצא מאוחר יותר, והוסיפם לגליון השו"ע, ונראה שפסק כמותם.

אמנם, יתכן ומה שכתב רעק"א בסוף דבריו בהגהת השו"ע: "וצ"ע", מוסב לא רק על הסתירה בדברי המהרש"ל, אלא אף על עצם הדין. ולפי זה, הרי שרעק"א לא הכריע בשאלה זו.

⁵² לפנינו הוא בסימן ג, וכן תוקן במהדורת פרידמן.

⁵³ לפנינו הוא בסימן לה- לו, וכן תוקן במהדורת פרידמן.

⁵⁴ וכן בהגהות רעק"א על שו"ע יו"ד (רסד, א) הזכיר רק את דברי הישי"ש הנ"ל.