

סיטומתא – כוחו של המנהג בדיני הקניין

הרב דניאל כ"ץ

- | | |
|---|---|
| א. מבוא | ד. סיטומתא – מנהג מבטל הלכה |
| ב. מהי סיטומתא? | 1. שיטת הרשב"א והריב"ש |
| 1. מעשה קניין חדש | 2. סיטומתא – מנהג או תנאי |
| 2. קניין חליפין | 3. יישוב קושיות הריטב"א בסוגיית סיטומתא |
| 3. ישוב שיטת הרי"ף ב"מי שפרע" | ה. סיטומתא מהתורה או מדרבנן |
| 4. סיכום | 1. מחלוקת האחרונים |
| ג. סיטומתא ודיני הקניינים | 2. סיטומתא מדאורייתא ללא מנהג |
| 1. החלת דיני קניין על סיטומתא | 3. קניין כסף כסיטומתא |
| 2. דיני קניין אינם חלים על סיטומתא | ו. סיכום |
| 3. תחולה חלקית של דיני קניין על סיטומתא | |

א. מבוא

על פי ההלכה העברת בעלות תלויה בשני תנאים: גמירות דעת ומעשה קניין. אדם הרוצה להעביר את הבעלות בנכס לזולתו, יכול לעשות זאת על ידי מעשי קניין שונים. חלק ממעשי הקניין מקורם בדרשות של פסוקי התורה, ומשום כך הם נחשבים כקניינים מדאורייתא. בכלל זה, קניין כסף, שטר, חזקה ומשיכה. נוסף לכך, חכמים תיקנו מעשי קניין, למשל הכנסת הנכס לתוך תחום ארבע אמותיו של הקונה (קניין ארבע אמות) והמחאת חיובים (מעמד שלושתן).

אחד ממעשי הקניין המוזכרים בגמרא הוא קניין סיטומתא. קניין הסיטומתא נעשה, במהלך הדורות, אחד המושגים השימושיים ביותר בספרות ההלכתית. בדורנו, משמש קניין זה מעין פתרון קסם, לגישור על פערים בין המציאות המסחרית לבין ההלכה הפסוקה. פוסקי זמננו מרבים לעשות שימוש בקניין הסיטומתא, בבואם לתת תוקף לפעולות שונות הנהוגות במציאות המסחרית המודרנית, דוגמת שטרות שנכתבו שלא בהתאם לדרישות ההלכה, עסקאות שנעשות באמצעות שיקים, כרטיסי אשראי, מסחר באינטרנט ועוד. משמעותה של הסיטומתא, בדרך כלל היא: מעשים שנהגו הסוחרים לעשות כדי להעביר בעלות. במאמר זה נבקש להבין מה יסודו של נוהג זה? כיצד הוא משתלב בתוך המערכת

* הרב דניאל כ"ץ, מכון משפטי ארץ, עפרה.

של מעשי קניין מהתורה ומדרבנן? כיצד יכולה הסיטומתא לקנות על פי ההלכה ובאלו גדרים? נשתדל לענות על שאלות אלו, תוך התמקדות במשנתם של הראשונים.¹

ב. מהי סיטומתא?

במסכת בבא מציעא, דנה הגמרא בתוקפה של הסיטומתא:

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.² ובאתרא דנהיגו למקני ממש – קנו.³

האמוראים נחלקו בפירוש דבריו של רבא שאמר שסיטומתא קונה. רב חביבא הבין שסיטומתא מהווה מעשה קניין גמור, שמכוחו עוברת הבעלות בנכס, ורבנן סברו, שסיטומתא אינה מועילה לשם העברת הבעלות בנכס, אלא יש בה כדי לחייב את הצדדים לעסקה לבצע בעתיד מעשה קניין, ואם יחזרו בהם, יוטל עליהם עונש בידי שמיים ("מי שפרע").⁴

סוגיה זו היא הבסיס לדיוני הראשונים במהות הסיטומתא. שתי גישות יש בדברי הראשונים למהות הקניין – מעשה קניין חדש, שתוקן על ידי חכמים, או מעשה קניין הזהה במהותו לקניין החליפין.

1. מעשה קניין חדש

בדברי הראשונים נוכל למצוא פירושים אחדים למושג 'סיטומתא', שהמכנה המשותף להם הוא, שהסיטומתא מהווה מעשה קניין חדש, שנוצר מכוחן של נסיבות השוק, וקיבל תוקף הלכתי. כך למשל, רש"י הסביר:

סיטומתא – חותם שרושמין החנונים על החביות של יין, שלוקחין הרבה ביחד ומניחין אותו באוצר הבעלים, ומוליכין אותו אחת אחת למכור לחנות, ורושמין אותם לדעת שכל הרשומות נמכרות.

1. מקורות בנושא זה: פתחי חושן ח, י; תורת הקניינים, יב; הרב אילן קופמן, "קניין סיטומתא (מנהג הסוחרים) – מהותו ותוקפו", אבני משפט ב, רחובות, עמ' 174-192. במאמר נוסף ("קניין סיטומתא: בקרקע ובדבר שלא בא לעולם" אבני משפט ג (תשס"ד) 168-184). עסק הרב קופמן בפרטי הלכות סיטומתא. לאחר כתיבת עיקריו של מאמר זה, הגיעה לידי גם עבודת הדוקטורט של הרב ד"ר רון שלמה קליינמן ("מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין במשפט העברי (קניין סיטומתא)", אוניברסיטת בר אילן, רמת גן תש"ס), אשר לא הניח דבר גדול או קטן בסוגיה זו והביא באריכות רבה מכל הספרים שנכתבו בנושא ונהנינו מדבריו. אך "אין בית המדרש ללא חידוש".
2. ברי"ף חסרות המילים: "והלכתא לקבולי עליה מי שפרע" חיסרון זה ניכר גם באחד מכתבי היד של המסכת שהיו לפני בעל הדק"ס. לפי גירסתם ההמשך – "ובאתרא..." – הוא מדברי רבנן.
3. בבא מציעא עד, א.
4. במשנה בבא מציעא מד, א, כתוב: "אבל אמרו: מי שפרע מאנשי דור המבול ומדור הפלגה הוא עתיד להיפרע ממי שאינו עומד בדבורו".

ובאתרא כו' למיקני – שרגילין לרשום, על מנת שבדבר זה תהא קנויה לו כאלו משך – קני.⁵

דהיינו, החנוונים נהגו לרשום סימנים מסוימים על גבי כל חבית שנמכרה, ומסקנת הגמרא היא שהרישום יכול להוות מעשה קניין, באותם המקומות שנהגו לעשות רישום כזה.

הרא"ש מפרש את הסיטומתא עפ"י דברי רבנו חננאל, בדרך זו:

כדרך שנהגו הסוחרים בגמר המקח, **תוקע כפו לכף חברו ובוזה נגמר המקח**. וכל כיוצא בזה, דאיזה דבר שנהגו לגמור המקח כגון: במקום שנהגים שנותן הלוקח מטבע אחד למוכר ובוזה נגמר המקח.⁶

לחיצת היד אינה מוכרת בהלכה כמעשה קניין, ואף על פי כן, במקום שנהגו לסגור עסקאות בדרך זו, הרי שתקיעת הכף מהווה מעשה קניין תקף.

2. קניין חליפין

הריטב"א דן בסוגיה הנוכרת, ומתקשה בהבנתה:

ותמיהא מילתא, מאי טעמא דמאן דאמר דקני בה לגמרי ואפילו באתרא דלא נהיגי והרי לא עשה משיכה?⁷

מסידור הדברים בסוגיה, המביאה רק בהכרעת ההלכה את הגורם של מנהג המקום, מסיק הריטב"א שדברי רבא שבתחילת הסוגיה ("האי סיטומתא קניא"), אמורים אף במקום שבו לא נהגו לסגור עסקאות באמצעות מעשה הסיטומתא. מכאן, שלא המנהג הוא המקנה לסיטומתא את כוחה, אם כן כיצד קונים בסיטומתא?

על שאלה זו משיב הריטב"א בדברים הבאים:

והנכון בזה מה שאמר מורנו (=הרא"ה) בשם ה"ר פינחס אחיו ז"ל דסיטומתא הוא כעין מטבע שאין עליו צורה, והתגרין נותנין אותו לסימן כשלוקחין דבר אחד. ולא ידיע אי בתורת דמים יהבי ליה וכאומר 'ערבוני יקנה הכל' וליכא אלא מי שפרע, או בתורת חליפין יהבי ליה, דקני לגמרי דכיון שאין עליו צורה נעשה חליפין. ובהא הוא דפליגי אמוראי, ואמרינן דבאתרא דנהיגי קני, דודאי על דעת חליפין יהבי ליה.⁸

כלומר, לדעת רבי פנחס, מעשה הסיטומתא הוא הפקדת מטבע שאינה טבועה ביד המוכר. מעשה זה יכול להתפרש כהפקדה של עירבון בלבד, או כקניין חליפין. מחלוקת האמוראים נוגעת, אם כן, לפרשנות מהותו של מעשה הסיטומתא: לדעת רבנן הסיטומתא הוא עירבון,

5. רש"י שם. כמו כן מופיע פירוש דומה בראב"ד, שבשיטה מקובצת בבא מציעא עד,א, ד"ה האי; וברמב"ם מכירה ז, ו.

6. רא"ש בבא מציעא ה, עב.

7. ריטב"א בבא מציעא עד,א, ד"ה האי.

8. שם.

ואילו לדעת רב חביבא שסיטומתא קונה ממש, מעשה הסיטומתא אינו אלא קניין חליפין ולפיכך אין בו שום חידוש בהלכות הקניינים.

3. ישוב שיטת הרי"ף ב"מי שפרע"

פירושו של הריטב"א עשוי ליישב קושיה על שיטת הרי"ף, אותה עוררו רבותיו של הריטב"א – הרמב"ן והרשב"א.

הרי"ף⁹ קבע שקללת "מי שפרע" מוטלת רק על מי שחזר בו מעסקה שבוצעה באמצעות מעשה קניין המועיל מהתורה, וחכמים בטלוהו מסיבה מסוימת. דוגמה לכך הוא תשלום כסף בקניית מיטלטלין. מדין התורה, עם העברת הכסף עובר הנכס לרשות הקונה. אולם, חכמים קבעו, שכל עוד לא משך הקונה את הנכס לרשותו, לא נגמר הקניין. אף על פי כן, קבעו חכמים שמוטלת קללת "מי שפרע", על מי שחזר בו מקיום העסקה לאחר התשלום. על שיטתו זו הקשו הרשב"א¹¹ ורבו הרמב"ן:

ועוד דהא סיטומתא מדאורייתא לאו כלום היא ואפילו הכי קאי עלה ב'אבל אמרו' (=מי שפרע') כדאיתא בפרק איזהו נשך (עד, ב)??¹²

בסוגיית סיטומתא נאמר במפורש, שמוטלת קללת "מי שפרע" על מי שחזר בו מעסקה שנעשתה על ידי סיטומתא, אף שקניין סיטומתא, כך לפי הרמב"ן, אינו קניין המועיל מדין התורה!

אכן, לפי פרשנותו של הריטב"א לקניין הסיטומתא, ברור שאין מקום לקושיה זו, שהרי מדובר במעשה קניין מוכר מדין התורה – קניין חליפין (סודר). לא ייפלא אם כן, שהריטב"א הביא את שיטת הרי"ף, והשמיט את קושיית הרמב"ן והרשב"א.

4. סיכום

מצאנו שתי גישות עקרוניות בדברי הראשונים, להסביר את מהותו של קניין הסיטומתא: גישת רש"י, רבנו חננאל, הרמב"ן והרשב"א לפיה קניין הסיטומתא הוא דרך חדשה ליצירת קניין אשר מבוסס על הנוהג המקובל להעברת הבעלות בקרב הסוחרים, שקיבל תוקף הלכתי מכוח תקנת חכמים.

כנגד גישה זו, הצגנו את גישת הריטב"א ואפשר שהיא אף גישת הרי"ף, לפיה קניין הסיטומתא אינו אלא דרך מודרנית לבצע את מעשה הקניין המוכר מקדמת-דנא – קניין חליפין.

הראשונים החולקים על שיטתו של הריטב"א יידרשו להתמודד עם שני קשיים: א. כיצד ייתכן שלדעת רבא "סיטומתא קניא" גם כאשר אין מנהג שסיטומתא קונה, כעולה מן הסוגיה במסכת בבא מציעא?

9. ראה עוד בדברי הרא"ש שהובאו בהערה 24.

10. רי"ף בבא מציעא כט, א.

11. רשב"א בבא מציעא מח, א, ד"ה ומהא.

12. רמב"ן שם, ד"ה כתב רבינו.

ב. כיצד ייתכן שפוסקים, דוגמת הרמב"ם, אימצו את שיטת הרי"ף, לפיה קללת "מי שפרע" מוטלת רק על מי שמבטל עסקה שבוצעה באמצעות מעשה קניין המועיל מדין התורה,¹³ ויחד עם זאת פסקו גם, שקללת "מי שפרע" מוטלת גם על מי שביצע מעשה קניין באמצעות סיטומתא. לשיטת הריטב"א אין כל קושיה, כאמור, כיוון שלדבריו סיטומתא קונה מן התורה.¹⁴

ג. סיטומתא ודיני הקניינים

נתמקד עתה בבירור השיטות שמפרשות את סיטומתא כמעשה קניין חדש, ונבקש להבין מהו המנגנון ההלכתי שאפשר את יצירתה של דרך קניין חדשה? על שאלה זו ניתן להשיב בשתי דרכים:

קניין מכוח תקנת חכמים – חכמים נותנים לדרך קניין המקובלת בעולם המסחר תוקף הלכתי של מעשה קניין, זאת, בכפוף להלכות קניין הרגילות. על פי גישה זו מקור הסמכות הנותן תוקף לסיטומתא הוא חכמי ההלכה, והם מחילים על מעשה הקניין החדש את דיני הקניינים.

קניין מכוח המנהג – הכללים הנהוגים בעולם המסחר יוצרים מציאות בעלת משמעות הלכתית. על פי גישה זו אין צורך בתקנה מיוחדת כדי לקבוע שסיטומתא היא מעשה קניין מועיל, די לכך במציאות המסחרית. יתירה מזו, באמצעות גישה זו ניתן לקבוע כי מעשה הקניין החדש אינו כפוף לדיני הקניין הרגילים, אלא רק למנהג.

כדי לבחון האם סיטומתא תקפה מכוח תקנה או מכוח המנהג, עלינו לבדוק האם חלים על סיטומתא כללי הקניינים הרגילים.¹⁵

1. החלת דיני קניין על סיטומתא

הרמב"ם החיל על סיטומתא את דיני הקניין הרגילים וכך הוא כותב:

מכר לו בדברים בלבד ופסקו הדמים, ורשם הלוקח¹⁶ רושם על המקח כדי שיהיה לו סימן ידוע שהוא שלו, אף על פי שלא נתן מהדמים כלום – כל החוזר בו אחר שרשם מקבל 'מי שפרע'.

13. רמב"ם מכירה ז, ד.

14. שם ז, ו.

15. [הערת עורך: ניתן לחלוק על הטענה שתחולת דיני הקניינים על סיטומתא מהווה מבחן מכריע להיותה תקנה או מנהג. זאת, כיוון שיתכן שישנה מחלוקת בנוגע למהותם וסיבתם של דיני הקניינים. כך למשל, שיטת השולחן ערוך (חו"מ רט, ד) והרמב"ם (מכירה כב, א) היא שאין שום דרך להקנות דבר שלא בא לעולם (דשלב"ל), ולעומת זאת, שיטת הרמ"א (חו"מ רט, ד; ח) ורבותיו היא שישנם מקרים בהם ניתן להקנות דשלב"ל. שיטת הרמ"א מניחה ככל הנראה, שהבעיה בהקנת דשלב"ל אינה מהותית, אלא רק תוצאה של היעדר גמירות דעת. לשיטה זו לא רק סיטומתא מועילה להקנת דשלב"ל, אלא הדבר אפשרי בכל מקרה בו ישנה גמירות דעת. ע. ר.]

16. [הערת עורך: יש להעיר כי רש"י (לעיל הערה 5) פירש שהמוכרים הם הרושמים את הסימן. י.א.]

ואם מנהג המדינה הוא שיקנה הרושם קניין גמור – נקנה המקח, ואין אחד מהן יכול לחזור בו, ויהיה זה חייב ליתן דמים. דבר ברור הוא שאין דין זה אלא בשרשם בפני המוכר, או שאמר לו המוכר רשום מקחך, שהרי גמר להקנותן כמו שביארנו בחזקה ובמשיכה.¹⁷

כלומר, הרמב"ם קובע מספר תנאים הדרושים לשם הענקת תוקף לקניין הסיטומתא: א. שיעשה את הפעולה בפני המוכר או מכוח אמירה שלו. כך כותב הרמב"ם גם ביחס לקניין חזקה¹⁸ וקניין משיכה.¹⁹

ב. הקניין חל דווקא אם "רשם", דהיינו בעשיית מעשה ולא ניתן להסתפק בדיבור. ג. מן הדוגמה שהביא הרמב"ם משמע שניתן לקנות רק דבר קיים כזה שניתן לרשום עליו, אבל דבר שלא בא לעולם או שאינו ברשותו לא יקנה בסיטומתא.

דרישות אלו נובעות, לעניות דעתי, מכוונתו של הרמב"ם לכפוף את קניין הסיטומתא למערכת ההלכות הרגילה של מעשי הקניין, הדורשת הוכחות ברורות לכך שהפעולה נעשת בהסכמת המוכר, וכפי שמסיים הרמב"ם שהמקור לדינים אלו הוא "כמו שביארנו בחזקה ובמשיכה". כלומר, אחרי שתיקנו חכמים את הסיטומתא, חלים עליה הכללים של מערכת הקניינים.

2. דיני קניין אינם חלים על סיטומתא

ישנם ראשונים שסברו שקניין סיטומתא אינו כפוף להלכות הרגילות. עיקרון זה בא לידי לא רק בהלכות קניינים אלא גם בהליכים נוספים, דוגמת התחייבות, שנוצרה על ידי מעשה סיטומתא. וכך כתב המהר"ם מרוטנברג, כפי שמובא בשמו בספר תשב"ץ קטן:

מהר"ם אמר: אדם הנודר לחבירו ליתן לו בנו למול או להיות בעל ברית (=סנדק) – שצריך לקיים לו. ואף על גב דאמרינן דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, בכאן שהוא מנהג בני אדם שנודרין בניהם זה לזה למול או להיות בעל ברית ומקיימין, גם בכאן יש לקיים. כדאיתא בבבא מציעא (עד,א) האי סיטומתא קני פירוש רושם של חביות וכו' ובאתרא דנהיגי למקני ממש קני. כלומר הסיטומתא בשביל שהוא מנהג, אף בכאן הואיל ומנהג הוא כמו שפירשתי צריך לקיים.²⁰

כלומר מהר"ם למד מהסיטומתא שגם נדר על דבר שלא בעולם, דוגמת ברית מילה לתינוק שטרם נולד, מחייב, אם יש מנהג כזה, למרות שלולא המנהג לא היה הנדר מחייב. תחום נוסף שבו בא לידי ביטוי ייחודו של קניין הסיטומתא הוא בהלכות אסמכתא. כידוע, אסמכתא היא כינוי להתחייבות שנעשתה מתוך הנחה שהיא לא תבוא לידי מימוש, ולכן אין לה תוקף הלכתי. דוגמה לדבר היא התחייבות לשלם קנס אם וכאשר יתקיים תנאי מסוים. בהקשר זה קבעו בעלי התוספות:

17. רמב"ם מכירה ז, ו-ז.

18. רמב"ם מכירה א, ח.

19. שם ב, ו.

20. תשב"ץ קטן סימן שצח; הובא גם בהגהות מרדכי שבת תעב-ג.

ומיהו קנס שעושיין בשעת שידוכין מהני אפילו לא קנו בבית דין חשוב, כיון שנוהגין בו כל העולם מידי דהוי אסיטומתא דלקמן.²¹

דהיינו קנס על ביטול שידוך אינו אסמכתא במקום בו יש מנהג לשלם קנס כזה, והמקור לכך הוא דין סיטומתא.²²

נמצאנו למדים שאף בעניין זה, קניין סיטומתא אינו כפוף לדיני הקניין הרגילים, באשר הוא תקף אף בנסיבות שקניין רגיל לא היה תקף, בגלל פגם אסמכתא.

3. תחולה חלקית של דיני קניין על סיטומתא

מדברים שכתב רבנו יחיאל מפריש בעניין התחייבות כלפי מוהל, משמע שלדעתו קניין סיטומתא כפוף באופן חלקי להלכות הרגילות. ואלו דבריו:

רבינו יחיאל מפריש היה אומר דמתנה בעודה (=האשה) מעוברת אינו כלום, משום דהוי דבר שלא בא לעולם ובדבר שיועיל קנין הוי מנהג. אבל בדברים שלא יועיל קנין לא הוי מנהג. ולא דמי לסיטומתא, דהתם הוי דבר שבא לעולם ואתא המנהג להחשיב הסיטומתא כאילו היה קנין גמור. אבל בדבר שלא היה מועיל בו קנין כגון דבר שלא בא לעולם לא מצינו שמועיל המנהג.²³

מחד, רבינו יחיאל מקבל את האפשרות שהמנהג יחייב גם במקרים שאינם שייכים לתחום הקניינים כמו בנדר לחברו למול את בנו, ומאידך הוא דורש שיהיה דמיון בין האפשרויות הללו לדברים שהקניינים יכולים לפעול בהם. ולכן לדעתו אבי הבן לא יכול להתחייב בקניין למסור את בנו למוהל פלוני שימול אותו כל זמן שהתינוק עדיין לא נולד, כיוון שעדיין אין לו חיוב למול. דברי רבנו יחיאל דומים לדברי הרמב"ם בכך שהם מטילים על סיטומתא את דיני הקניינים הרגילים, ושונים בכך שהם מרחיבים את תחולתה של הסיטומתא גם להלכות נדר.

גם הרא"ש דן בדברי המהר"ם בעניין התחייבות כלפי מוהל:

אני הייתי רגיל לומר, דדבר שלא בא לעולם הוא; ויותר מזו, אפילו כבר נולד הבן, והקנה לו בקנין, שיהיה בעל ברית, יכול לחזור בו; דקנין דברים בעלמא הוא... דקנין

21. תוספות בבא מציעא סו, א, ד"ה ומניומי.

22. אמנם הבית יוסף (אה"ע נ, בסופו) דייק מהרמב"ם (מכירה יא, יח) שיש חיסרון של אסמכתא בשידוכים. ניתן היה לומר שמחלוקת זו היא עפ"י שיטתם בהבנת סיטומתא, כפי שביארנו, שלדעת בעלי התוספות במקום שיש מנהג אין אנו מעלים ערעורים הנובעים מהכללים ההלכתיים הרגילים. ואילו לרמב"ם כוח הסיטומתא שקול כמעשה קניין רגיל ולא יותר. ועל כן הוא כפוף לדיני אסמכתא כמו שאר הקניינים.

אמנם ניתן גם להסביר שהמחלוקת עוסקת בהבנת מושג האסמכתא. האם קניין שהוא בגדר אסמכתא פגום בשל היעדר גמירות דעת (כהבנת התוספות), ועל כן במקום שיש גמירות דעת אין לפסול את הקניין אף שהוא מותנה בתנאי שקיומו בעתיד, או שמא קניין שהוא בגדר אסמכתא פגום בשל התפיסה העקרונית, שלא ניתן לעשות קניין שיחול לאחר זמן (כפי שמשמע מדברי הרמב"ם מכירה יא, ב – "אבל אם לא קנה עתה..."). בירור המחלוקת בעניין זה דורש הרחבה נוספת שאין כאן מקומה, וראה עוד באריכות רבה בספרו ברכיהו ליפשיץ, אסמכתא.

23. תשב"ץ קטן, שצח; הובא גם בהגהות מרדכי שבת תעב-ג.

לא מהני, אלא או במכר, או במתנה, או בתמורה, על דבר הנתפס, וקונה גוף החפץ. אבל בדבר זה, שהקנה לו לעשות מצוה אחת, קנין דברים בעלמא הוא... והנה הראה לי מורי החזן, כתב דרבינו מאיר ז"ל, וזה לשונו... ויש להשיב על דבריו: חדא, דסיטומתא הינו דוקא שנעשה מעשה, כדפרש"י ז"ל, שרושמים על החבית. ורבנו חננאל ז"ל פירש: פאמיא, כמו שרגילין הסוחרים, תוקע כפו בכף חברו וזהו גמר המקח, וקורין לו בלשון אשכנז י"א או"ף. ואותו מעשה שעושין, הוי במקום סודר.²⁴ אבל דיבור בעלמא, לא; אפילו אי נהוג, מנהג גרוע הוא ולא אזלינן בתריה; כמו שפרש"י ז"ל (נוסח אחר: ר"י) בכמה מקומות בגמרא; ועוד, מאן נימא לן שנהוג מנהג זה? אני רגיל לקיים דבר זה בתקיעת כף, שלא יוכל לחזור בו. ושלום כנפש דודך אשר בן הרב ר' יחיאל ז"ל.²⁵

הרא"ש סבר כדעת רבנו יחיאל מפריש, שההבטחה למסור את הבן למוהל אינה תקפה. לאחר שדברי המהר"ם, המשווה בין דין הסיטומתא להבטחה למסור את הבן למוהל פלוני, הובאו לידיעתו, תמה הרא"ש על ההשוואה משתי סיבות: ראשית, בניגוד לדין הסיטומתא הכרוך בביצוע מעשה (רישום על גבי החביות), ההבטחה שבה דן המהר"ם אינה כרוכה בביצוע מעשה, אלא היא נגמרת בהצהרה בלבד! שנית, מניין לנו שאכן נוהג מנהג דומה למנהג הסיטומתא בהבטחות מן הסוג המדובר?

המדקדק בדברי הרא"ש ימצא שבניגוד לתחילת דבריו, בהם קבע באופן נחרץ שאין להבטחה תוקף משום שהיא אינה עוסקת בנכס ממשי ("קניין דברים"), בסיום דבריו, לא פקפק על עצם הענקת התוקף לקניין הסיטומתא חרף העובדה שהוא מתייחס לדבר שאין בו ממש, ונראה שבעניין זה הוא חזר בו וקיבל את דעתו של מהר"ם. כך מוכח מתשובה אחרת של הרא"ש שבה נידונה בעיה דומה – סיטומתא על דבר שלא בא לעולם – והרא"ש פסק שהיא חלה:

ומה שטענו המורשין לבטל החכירות, משום דהוי דבר שלא בא לעולם, ומשום דאין אדם מקנה לחברו דבר 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 (עד, א): אמר רב פפי: האי סיטומתא, קניא.²⁶

24. למרות שהרא"ש סבר שסיטומתא מקורה במנהג ואינה חלק מן הדין, הוא השווה אותה לקניין סודר. נראה שהשוואה מצטמצמת לכך שגם קניין סודר משמש לצורך הוכחה על גמירות דעת בהרבה עניינים גם אלו שאינם קשורים לקניינים. כפי שכותב הרמב"ם (מכירה ה"א-יג):

יש דברים הרבה שאינם צריכים קנין ואין לקנין בהם טעם... קנין זה שנהגו להקנות באלו הדברים אינו מועיל כלום אלא להודיע... שגמר בליבו.

זאת, בניגוד לדיוק המופיע בספר "תורת הקניינים" (יב, ביאורים סוף ס"ק ב) שהסיק מכאן שהרא"ש למד סיטומתא מחליפין.

25. שו"ת הרא"ש יב, ג.

26. שו"ת הרא"ש יג, כ.

ד. סיטומתא – מנהג מבטל הלכה²⁷

1. שיטת הרשב"א והריב"ש

בדרכו של מהר"ם, הסובר שלא חלים על סיטומתא דיני קניין הרגילים, הלכו רוב תלמידי הרמב"ן, כשהם מטעימים שקניין הסיטומתא מקורו במנהג, ומנהג בממון מבטל הלכה. כך למשל כתב הרשב"א:

ושמענין מינה שהמנהג מבטל ההלכה וכל כיוצא בזה, שכל דבר שבממון על פי המנהג קונין ומקנין. הלכך בכל דבר שנהגו התגרים לקנות, קונין.²⁸
כלומר, תוקפה של סיטומתא מכוח המנהג בא לה, ובשל כך אין היא כפופה להלכה הקבועה, כי "המנהג מבטל ההלכה".
הריב"ש מחדד את נושא המנהג בתור יסוד לקניין סיטומתא וכך כתב:

...נמלכתי שלא להוציא לעז על השטרות הראשונות, ואני סומך להכשירם מכח המנהג; דכיון דרגילי למקני בהכי, קני. דומיא דסיטומתא, דבאתרא דרגילי למקני ממש, קני... אבל בענייני הקניות, וכן בשכירות הפועלים, דומה לזה, כל שנהגו כן הסוחרים בקניית הסחורה ואין חורין בהם, וכן הפועלין בשכירותם, הולכין אחר מנהגם אפילו בסתם מנהג, ומבטל הלכה המצריכה קנין, או משיכה. וכן בענייני הנדוניא והתנאין הרגילין לעשות בה, הולכין אחר המנהג, אפילו לא התנו עליו בני העיר.²⁹

מדבריו למדנו שסיטומתא היא שם כללי לאמצעים שביכולתם להעביר בעלות על פי הנהגו. כוחו של הנהג נובע מעצם קיומו, ולא מכוח קביעתו הפורמאלית כחוק המחייב את כל אנשי המקום.³⁰ קביעה זו מבוססת על תפיסה עקרונית לפיה דיני הקניין מעוצבים על ידי הנהג המקובל בין הבריות.

27. [הערת עורך: יש מקום לדון האם על מנהג לא חלים כללי הקניין הרגילים. שאלה זו קשורה בטבורה להבנת דיני הקניין – אם הם מהותיים או תוצאה של בעיה בגמ"ד (ראה הערות 15, 22).

מהר"ם, רשב"א, ריב"ש, ותוספות כתבו במפורש שסיטומתא היא מנהג, כמו כן, הם כתבו שהיא פורצת גדר. דבריהם תואמים את שיטתם שניתן לפרוץ את גדר אסמכתא ודבר שלא בא לעולם בכל מקרה שיש גמירות דעת מספקת (ראה למשל רמ"א חו"מ רו, יג, בסופו; רט, ד; ח).

לעומתם, הרא"ש ורבנו יחיאל סברו שסיטומתא היא מנהג ובכל זאת הגבילו אותה, ככל הנראה בגלל שלדעתם המגבלות הן מהותיות ובלתי ניתנות לפריצה יהא מה שיהא. ע.ר.]

28. רשב"א בבא מציעא עד, א, ד"ה ובדוכתא, וכן בשו"ת הרשב"א ב, רסח.

29. שו"ת ריב"ש, שמה.

30. [הערת עורך: גם הריטב"א (בבא מציעא עד, א, ד"ה האי) שסבר שסיטומתא היא קניין חליפין כתב: "לא בעי בהאי מנהגא תנאי בני העיר אלא מנהג בעלמא, שאין מנהג זה מבטל הלכה בכלום". כלומר, הואיל ולשיטתו, המנהג לא נועד אלא לקבוע מהי משמעות העברת המטבע, הרי שאין כאן מנהג שנועד לקבוע הלכה חדשה. מנהג הקובע הלכה חדשה הוא מנהג קונסטיטויטיבי, ומשום כך, עליו להיקבע כחוק על מנת שיהיה בכוחו לחדש הלכה. לעומת זאת, מנהג מן הסוג הראשון, הוא מנהג דקלרטיבי, שנועד לגלות מה כוונת הצדדים לעסקה. מנהג שכזה, אינו צריך להיקבע כחוק. י.א.]

לאור דברי תלמידי הרמב"ן מסתבר שמקור הדברים הוא ברמב"ן, ולכך גם ראיות נוספות.³¹

2. סיטומתא – מנהג או תנאי

מהרשד"ם הבחין בין שני מקורות למעשי קניין:

הרי מוכח בהדיא דכל דבר שבממון יש לו שני פנים במה שיתקיים: או באחד מהדרכים הברורים כדין תורתנו הקדושה או בדברי חכמים ז"ל שתקנו בתלמוד; או בכל תנאי שיתנה האדם עם חברו.

ומטעם זה יועילו דרכי ההקנאות שנוהגים הסוחרים, אף על פי שאינם כתובים בתורה ואינם מן הדין אלא שכיון שנהגו כך הוי ליה שכל אחד מתנה עם חברו שכשיהיה כך יתקיים הדבר, ואדעתא דהכי תינח וסלקי ומטעם זה אמרינן בגמרא פרק איהו נשך אמר רב פפא משמיה דרבא האי סיטומתא קניא.³²

מדברי המהרשד"ם עולה, שכוחו של המנהג נובע מן ההסכמה שבין הצדדים לעסקה, להעביר את הבעלות בדרך מסוימת. הסכמה שכזו תקפה מכוח הכלל הידוע, שכל תנאי שבממון קיים.³³ כלל זה מאפשר לאדם להקנות, להתחייב או למחול, על זכויות המגיעות לו על פי הדין.

אלא שכאמור לעיל, מצאנו ראשונים שהשתמשו בכוח המנהג גם בדברים שבהם לא מועיל תנאי, למשל בהקנאת דבר שלא בא לעולם.³⁴ לפיכך נראה שכוונתו של המהרשד"ם היא שהסיכום בין הצדדים (התנאי) מאפשר גם לפרוץ את הכללים ההלכתיים המגבילים את המסחר, זאת כיוון שהתורה הותירה את ניהול חיי המסחר לרצונם של בני האדם.³⁵

31. אף שדברי הרמב"ן אינם מפורשים ישנן שתי ראיות לכך שזו דעתו:

1. מהוויכוח שלו עם הרי"ף באלו מקרים יש "מי שפרע", שלדעתנו תלוי בשאלה זו כפי שיבואר להלן.
2. הרמב"ן כותב (בבא בתרא קכו, א, ד"ה הרי זו) בביאור שיטת רבי יהודה שתנאי מועיל בדבר שבממון: "שלא אמרה תורה שלא יתחייב אלא ברצונו של זה". בספר קצות החושן (רט, יא) ביאר שכל נושא החיובים הממוניים נמסר להנהגת בני אדם, והם הקובעים כיצד הם יתנהלו. אף שנראה מצד אחד כי הרשב"א חולק על הרמב"ן ביחס לתנאים כפי שמוכיח קצות החושן (שם), מצד שני ייתכן שהוא מודה לרמב"ן שהלכות קניינים תלויות במנהג.

32. שו"ת מהרשד"ם חו"מ שפ.

33. רמב"ם שכירות ב, ט, ועוד.

34. כמו כן הסתמכות על תנאי בדבר שבממון תלויה במחלוקת הראשונים – כיצד פועל תנאי בדבר שבממון: כפי שכבר כתב בספר קצות החושן (רט, יא) שלדעת הרמב"ן, אותו הזכרנו בהערה 31, יש כאן חידוש בדיני ממונות שהתורה מאפשרת לאדם לקבוע את חיוביו הממוניים. לעומתו, הרשב"א סובר שהתנאי מועיל מדין מחילה. לדברינו, אין לתלות את המושגים הללו אחד ברעהו כי אם ללמוד את העיקרון שקיים בתנאי בדבר שבממון, שנכון גם ביחס למנהג.

35. כמו כן כתב בשו"ת מהרשד"ם (חו"מ, שד): "האמת כן שאם המנהג היה כן באותה מדינה הוי ליה ככל תנאי שבממון שתנאו קיים" והוא גם מתבאר כדברינו. בהמשך אותה תשובה קבע המהרשד"ם סייג – שלא יהיה המנהג נגד התורה כמו מנהג שחלקו של הבכור בירושה יהיה כחלק של אחיו. ברוח שיטה זו חידש הרב שלמה דיכובסקי (פד"ר י, עמ' רעג) שעל ידי המנהג ניתן ליצור גופים משפטיים שאין להם מקבילה הלכתית, למשל חברה בע"מ.

3. יישוב קושיות הריטב"א בסוגיית סיטומתא

לאור דברים אלו נשוב לבאר את הקשיים שהעלינו לעיל על השיטה שסיטומתא היא מנהג. **השאלה הראשונה** הייתה שאלתו של הריטב"א – כיצד ייתכן שסיטומתא תקנה גם כשאינ מנהג לקנות?

אמנם ניתן ליישב שאם סיטומתא היא הכרה בכוח המנהג, כפי שראינו ברוב הראשונים, אזי אין צורך בגמירות דעת לקניין; אלא די בכך שהמנהג הוא לעשות פעולה כזו המסמלת את סיום העסקה, כדי שההלכה תכיר בכך, כאילו נעשה פה מעשה קניין. בהתאם לכך, כשהגמרא אמרה: "באתרא דנהיגי למיקנא" היא לא התכוונה לומר שאין גמירות דעת לקנות בשאר המקומות, אלא שאין כוונה לעשות "מעשה קניין" מסוים שבו תעבור הבעלות.

השאלה השנייה התעוררה בעקבות פסיקת הרי"ף והרמב"ם שקללת "מי שפרע" מוטלת רק על מי שחוזר בו לאחר שעשה מעשה קניין המועיל מדין תורה. בעקבות זאת, נשאלה השאלה כיצד נאמר בסוגיית בבא מציעא הנ"ל, שעל החוזר בו מעסקה שבוצעה באמצעות סיטומתא מוטלת קללת "מי שפרע", הרי סיטומתא אינה מדאורייתא?

עתה ניתן לתרץ כך: לעיל ביארנו שהרמב"ם סובר שסיטומתא היא מעשה קניין שחכמים תקנו על פי מנהג והוא פועל לפי כללי הקניינים. כיוון שהרמב"ם בדרך כלל מייצג את עמדת בית מדרשו של הרי"ף ותלמידו הרי"י מיגאש, הרי שניתן להניח שהרי"ף יסבור גם הוא כרמב"ם בנקודה זו.

לאור זאת ניתן להסביר שאין צורך דווקא במעשה קניין מן התורה כדי להטיל קללת "מי שפרע", אלא יש צורך במעשה קניין (בניגוד לגישה הסוברת שדי במעשה כלשהו) שבפועל אינו חל, יהיה מקורו אשר יהיה. מעשה כזה, גם אם בפועל אינו קונה, כיוון שהוא בוטל על ידי חכמים, גורם להטלת הקללה. וכן בקניין שחכמים נתנו לו תוקף והכלילו אותו בדיני הקניין וקבעו שלעתים ניתן לקנות בו, יש לומר שהכירו בו גם לעניין "מי שפרע", גם אם במקרה מסוים הוא אינו קונה לגמרי.³⁶

אותם הראשונים שהקשו על הרי"ף והרמב"ם מהסוגיה, המטילה קללת "מי שפרע" על החוזר בו מעסקה שנגמרה באמצעות מעשה סיטומתא, סברו שקניין הסיטומתא תקף אך ורק מכוחו של המנהג. ובמקום שלא נהגו לקנות כך, אין שום משמעות לקניין סיטומתא, לכן הם התקשו להבין כיצד תתיישב קביעת הרי"ף, שקללת "מי שפרע" חלה רק על החוזר בו ממעשה קניין, עם הקביעה העולה מן הסוגיה, שהקללה מוטלת על מי שחוזר בו מעסקת סיטומתא, אף במקום שבו אין מנהג לקנות במעשה זה.

³⁶ עיין בשו"ת **חתם סופר** (ח"מ סימן קע, צוין בפתחי תשובה ח"מ קצט, ב) שהציע ביאור דומה בשיטת הרמב"ם ביחס למכר במלווה שמועיל רק לעניין "מי שפרע".

אולם כאמור, הרי"ף והרמב"ם סברו, שקניין סיטומתא תקף מכוחה של תקנת חכמים. תקנה שכזו, יכולה להעלות את דרגת סיטומתא ולהשוותה לקניין מדין התורה שבוטל על ידי חכמים, ובכך לקבוע שקללת "מי שפרע" מוטלת אף על החוזר בו מקניין מסוג זה.³⁷

ה. סיטומתא מהתורה או מדרבנן

לאור הדברים שהעלינו משיטות הראשונים, יש לדון בנקודה שהראשונים לא עסקו בה – האם תוקפה של סיטומתא מהתורה או מדרבנן? נראה שלדעתם של רוב הראשונים הסוברים שהמנהג בדיני ממונות הוא הקובע, הרי שתוקפו של מנהג זה הוא מהתורה וכפי שהבאנו מדבריו של המהרשד"ם. ואילו לשיטה הסוברת שחכמים נתנו תוקף למנהג, הרי תוקפו מדרבנן.

1. מחלוקת האחרונים³⁸

מתשובות הרמ"א³⁹ משמע שסיטומתא תופסת מדרבנן, וכך כתב גם בספר נתיבות המשפט: דהא קנין דרבנן ודאי לא גרע ממנהג שנהגו הסוחרים ואפילו הכי לא חשבינן אותו רק לקנין דרבנן לענין קידושין.⁴⁰

טענתו היא שמעשה קניין דרבנן אינו חל מן התורה. כך למשל, לא ניתן לקדש אשה במעשה קניין מדרבנן ולסיטומתא לא יהיה תוקף מהתורה. כך כתבו גם בשו"ת בנין ציון⁴¹ ובשו"ת אבני נזר⁴² שאף תמה על החולקים, היכן המקור לדין זה בתורה.

בניגוד לכך, החתם סופר, אחרי שדחה את דברי נתיבות המשפט, כתב אודות סיטומתא – ועדיף מקניינים שתקנו רבנן, שלא ברצון הסוחרים... אבל סיטומתא, ומנהג שנתרצו ונהגו כן מעצמם ורצונם, הוא קנין דאורייתא.⁴³

כלומר, המנהג הוא מערכת שנובעת מהמציאות, והיא מקבילה לקניינים מן התורה ועל כן אין זה נכון להשוות קניין דרבנן, שנכפה על השוק, למנהג שצמח מתוך השוק. זו הסיבה

37. וייתכן לומר שמחלוקת זו שורשה בגירסת הרי"ף שציינו בהערה 2 (ומסתבר שזו גם הגרסה שהייתה לפני הרמב"ם), שכן הרי"ף גרס בהמשך לדברי רבנן, האומרים שסיטומתא מהני לקבל "מי שפרע", את הסיום: "באתרא דנהגו לקנות – קני". דהיינו, רבנן ראו קשר בין העובדה שמנהג יכול להפוך סיטומתא למעשה קניין, לבין ההלכה שעל מי שחוזר בו לאחר סיטומתא, חלה קללת "מי שפרע".

שאר הראשונים בודאי גורסים (עיין שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, רכה) כפי הגרסה שלנו, שהמחלוקת היא האם יש קניין גמור או רק "מי שפרע", ומסקנת הגמרא היא שהלכה כרבנן שיש "מי שפרע", ואם נהגו לקנות – קני. לשיטתם, חסרה בדברי רבנן התייחסות לאפשרות שסיטומתא תקנה, ולכן סברו שקללת "מי שפרע" אינה תלויה בביטול מעשה קניין, התקף מדין התורה.

38. בספר תורת הקניינים, פרק יב, סעיף א ציין את כל המקורות בעניין.

39. שו"ת רמ"א, פז.

40. נתיבות המשפט רא, א.

41. שו"ת בנין ציון החדשות, טו.

42. שו"ת אבני נזר יו"ד, תד-ה.

43. שו"ת חתם סופר חו"מ, יב; וכן שם, קיב; יו"ד, שיד; צוינו בפתחי תשובה חו"מ רא, א.

שבגללה גדול כוחה של סיטומתא יותר מקניין דרבנן. לענין, דרך זו מבוארת במהרשד"ם שהבאנו ולזה כיוונו רוב הראשונים.

2. סיטומתא מדאורייתא ללא מנהג

אמנם האחרונים המאוחרים יותר התקשו לקבל את האפשרות שהמנהג יוצר קניינים מהתורה. ועל כן ניסו למצוא מקורות מדאורייתא לסיטומתא:

בעל **דבר אברהם**⁴⁴ חידש, שקניין חליפין הוא למעשה קניין סיטומתא, וצורתו של קניין חליפין נקבעת על פי המנהג. אך אין מקור לחידוש זה בתורתם של הקדמונים.⁴⁵

יש מהאחרונים⁴⁶ שהשוו את הלכת סיטומתא להלכה אחרת המופיעה בגמרא, לפיה ישנם דברים הנקנים באמירה⁴⁷ ללא כל מעשה קניין. לדבריהם, הלכה זו מלמדת שהתנאי היחיד לתקפותו של כל מעשה קניין הוא – קיומה של גמירות דעת של הצדדים לעסקה. לכן, אף קניין סיטומתא מועיל מן התורה, אם הוא יוצר את גמירות הדעת הנדרשת.

אולם, שיטה זו קשה, משום שהמעין בסוגיית "דברים הנקנים באמירה" יראה שמדובר שם על עסקה בנסיבות מיוחדות⁴⁸ המבטיחות קיומה של גמירות דעת, גם ללא מעשה קניין. לפיכך, קשה לקבל טענה המכשירה כל מעשה קניין מתוך הנחה שקיימת גמירות דעת, בהעדרן של נסיבות דומות.

בנוגע לטענה הכללית שהעיקר בקניינים הוא גמירות הדעת, נראה שאין להוכיח דבר זה מסיטומתא, שהרי מהר"ם וההולכים בעקבותיו ראו בסיטומתא מקור לכוחו של מנהג לא רק בהעברת בעלות, אלא גם בהבטחה לאדם להיות מוהל וכדומה, כאמור לעיל. על כן נראה, שאין להסתפק בסברה מצומצמת בהלכות הקניינים, אלא לחפש מכנה משותף רחב יותר.

נוכל אם כן לסכם, שלדעת רוב הראשונים כוחו של קניין הסיטומתא נובע מן המנהג, ובשל כך יש לו תוקף מן התורה. אכן, יש מן האחרונים שטענו שמעמדו של קניין סיטומתא הוא

44. **דבר אברהם**, א, א.

45. בספר **דבר אברהם** מציין **לירושלמי** (קידושין א, ה) שמתאר את ההתפתחות של קניין חליפין וטוען שזהו המקור לכך שחליפין תלוי במנהג. אולם, יש לתמוה על דבריו מדוע אם כן האמוראים לא שינו את הלכות קניין חליפין בכל דור בהתאם לנוהג, ובמקום זאת עסקו במנהגים הישנים כאשר לטענתו אין להם כל חשיבות מהותית. לכן נראה שניתן לחלוק ולטעון שלאחר שההלכה קבעה דרך לביצוע קניין סודר, אין עוד מקום לשינויים.

בספר **דבר אברהם** מציין **לשו"ת רדב"ז** (א, קיג) **ולמהרי"ט** (חידושים על הרי"ף קידושין ג, א, ד"ה הא דאמרינן) אך הוא עצמו מודה בתשובה אחרת (ב, כו) שהרדב"ז בודאי לא סבר כך. גם המעיין בדברי המהרי"ט לא ימצא הכרח לדברים אלו (וכן כתב בספר משנת יעקב (רי"ן רוזנטל), הפלאה, עמ' שכה). עוד הוא מציין לספר **פסקי הלכות יד דוד** א, עמ' 228-229 הגדה א, שגם הסתמך על הירושלמי, אלא ששם הטענה היא שכל הקניינים תלויים בגמירות דעת, ולא רק קניין חליפין.

46. **שו"ת בית שלמה** יו"ד, קפו, ועוד (מצוינים בתורת הקניינים פרק יב ס"ק ב).

47. **כתובות** קב, א.

48. מדובר שם על התחייבות של הורי הזוג, להעניק מתנות לבניהם לכבוד החתונה.

כמו של קניין מדרבנן. סיוע לדבריהם מצאנו בדברי הרמב"ם, ואולי גם בדברי הרי"ף. אולם נראה שאין זו דעת רוב הראשונים.

3. קניין כסף כסיטומתא

השלכה נוספת לתוקפו של קניין סיטומתא, נוגעת למעמדה של עסקת מכר לאחר העברת התשלום הכספי למוכר, בימינו. מדין תורה, התשלום הכספי סוגר את העסקה, ולמעשה מכוחו בלבד עוברת הבעלות בנכס. אמנם חכמים קבעו שמיטלטלין אינם נקנים בכסף בלבד, אלא נדרש גם מעשה בגוף הנכס הנמכר, דוגמת משיכה.

בימינו, נהוג לסגור עסקאות במיטלטלין באמצעות העברת התשלום הכספי בלבד. האם נוכל להגדיר נוהג זה כסיטומתא, ולמעשה, להחזיר את המצב המשפטי לקדמותו במובן זה שניתן יהיה להעביר בעלות במיטלטלין באמצעות העברת התשלום הכספי בלבד?

נראה שהתשובה לשאלה זו תלויה בהבנת מהותו של קניין סיטומתא. לדעת הסוברים שקניין זה אינו בגדר תקנת חכמים היוצרת קניין חדש, אלא הוא קניין המוכר מדין התורה מכוח המנהג המסחרי, ייתכן לומר שיש בכוחו של המנהג לגבור על תקנת חכמים, המבטלת את הקניין באמצעות כסף. אולם, לסוברים שקניין סיטומתא מקורו בתקנת חכמים, ייתכן שלא יהא בכוחה של תקנה זו לגבור על תקנת חכמים, הקובעת שיש צורך במעשה בגוף הנכס.

יש שסברו שלא ייתכן שמנהג יעקור גזירת חז"ל⁴⁹ ואחרים סברו שקניין סיטומתא גובר על תקנת חכמים בשל היותו נובע מן המנהג.⁵⁰

ניתן להביא ראיה לשיטה האחרונה מדברי הרא"ש שכתב שסיטומתא היא "כגון במקום שנוהגים שנותן הלוקח מטבע אחד למוכר ובוזה נגמר המקח".⁵¹

מדברי הרא"ש עולה שגם תשלום כספי נחשב לקניין סיטומתא. כך משמע גם מדברי הרשב"א שכותב:

נראין הדברים דכיון דבדיניהם, בזמן הזה, קונים זה מזה בכסף, אף אנו מינייהו, קונים מהם, בכסף בדיניהם. דלא תהא אלא שנהגו, הנהגה מילתא היא! **ואפילו ישראל בישראל**, וכאותה שאמרו, פרק איזהו נשך: האי סיטומתא, קניא. ואסיקנא התם: דאפילו למקנא ממש, בדוכתא דנהיגי, דקנו ממש.⁵²

49. ראה: סמ"ע חו"מ ר"א, ד; אולם המשפט, ר"א.

50. ראה: שו"ת חתם סופר חו"מ, צט; תורת הקניינים יב, מו.

51. רא"ש בבא מציעא ה, עב. בשו"ת מהר"ם שיק חו"מ, מא (הובא ב"סדר מכירת חמץ כהלכתו" שביבי אש, סימן טז), דחה את הראיה על פי דברי הריטב"א שהסביר שסיטומתא היא מטבע לא-טבע, ואם כן הקניין בו מדובר כאן אינו אלא קניין חליפין, ולא קניין מיטלטלין בכסף, שבוטל בידי חכמים. אך כפי שראינו, שיטת הריטב"א בנושא זה שונה משאר הראשונים ולכן קשה לפרש על פי דבריו את הרא"ש.

52. שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, רכה. ישנם דיונים ארוכים ביחס לתשובה זו, כפי שהובאו הדברים בסדר מכירת חמץ כהלכתו (שביבי אש, סעיף טז), ואנחנו פירשנו כהבנת האחרונים המקובלת שהיא גם מסתברת לענ"ד בדברי הרשב"א שם.

1. סיכום

בתחילת הדברים ביקשנו לעמוד על מהותו של קניין סיטומתא. מצאנו שבעניין זה קיימת מחלוקת ראשונים:

דעת הריטב"א בשם רבינו פנחס היא, שסיטומתא אינו אלא צורה מודרנית של קניין החליפין (=קניין סודר).

דעת הרמב"ם ואולי גם הרי"ף היא, שחכמים תקנו מעשה קניין חדש שכינויו סיטומתא, ועליו חלים כל דיני הקניינים. הדרך המעשית לביצוע מעשה קניין זה, נקבעת על פי המנהג. דעת המהר"ם, תלמידי הרמב"ן ומהרשד"ם היא, שקניין סיטומתא אינו אלא ביטוי לתפיסה הלכתית כוללת, האומרת שדיני הממונות מעוצבים מכוחו של המנהג. לפי שיטה זו, העברת בעלות כדרך העולם מקבלת תוקף גם מדין התורה, ואין היא כפופה לדינים הקבועים מדין התורה.

מדברי רבנו יחיאל והרא"ש למדנו שקניין סיטומתא כפוף באופן חלקי בלבד לדינים הרגילים: לדעת הרא"ש, בסיטומתא כבכל מעשי הקניין, לא ניתן להעביר את הבעלות באמצעות דיבור בלבד, אלא נדרש מעשה כלשהו. מנגד, בקניין סיטומתא ניתן להעביר בעלות גם בנכסים שהדינים הרגילים אינם מאפשרים זאת, דוגמת נכסים שאין בהם ממש או כאלה שטרם באו לעולם.

לאור מסקנות אלו העלינו שאלה לדיון, האם ייתכן שכיום, העברת התשלום הכספי תמורת מיטלטלין תעביר את הבעלות במיטלטלין, מן המוכר לקונה. ומצאנו שנחלקו האחרונים בכך, והסקנו שכיוון שלדעת רוב הראשונים סיטומתא מועילה מכוח המנהג, היא גוברת גם על תקנת חכמים שביטלה את קניין הכסף.

כמו כן דנו בשאלה האם תוקפה של סיטומתא הוא מהתורה או מדרבנן והסקנו שלשיטות שסיטומתא היא הכרה בכוח המנהג, הרי שתוקפה הוא מדאורייתא ואילו לשיטות שחכמים העניקו לקניין את תוקפו, הרי שהוא מדרבנן.