

מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין במשפט העברי (קניין סיטומתא)

חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה"

מאת

רון שלמה קליינמן

הפקולטה למשפטים

הוגש לסנט של אוניברסיטת בר-אילן

סיוון, תש"ס

רמת-גן

עבודה זו נעשתה בהדרכתם של

פרופ' ידידיה צ' שטרן

מן הפקולטה למשפטים של אוניברסיטת בר-אילן

פרופ' שמואל שילה

מן הפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית

לְהוֹפִיּוּ אֹפִיּוּ

אֶל עֵצֶיךָ וְחוֹבֵי קִלְיָיִמָּאן

לְפַעֲמֵי חַיִּי

וְאֵלֵצִינּוּ פִּנְנֵי אֲלֵנְתָן וּבֵאלֵל

ואילן פינו מלא שירה כיט
ולפנינו רינה כהמון גליו
ושפתותינו שבה כמרחבי רקיצ...
אין אנחנו מספיקים להודות לך ה' אלקינו

מתוך תפילות "שאת כל חי"

שלמי תודה

מפתח שפתיי בשבח והודיה לה' על שהחייני וקיימני והגיעני עד הלום וזיכני להשלים חיבור זה ולברך על המוגמר.

תודתי העמוקה נתונה לפרופ' שמואל שילה, על שהינחני במחקר זה בעצתו הטובה, בנועם ובחן מיוחדים, בלב שומע ובנפש חפצה.

תודה לפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן על המילגה הנדיבה שהוענקה לי במשך שנות המחקר. תודה מיוחדת לדיקאנים שעמדו בראש הפקולטה במשך שנים אלו על העידוד והסיוע שהושיטו לי: הדיקאן בהווה, ד"ר דודי שוורץ, וקודמו בתפקיד, פרופ' ידידיה שטרן. פרופ' שטרן אף שימש כמנחה נוסף במחקר, והנני מודה לו על כך. למילגה זכיתי גם במסגרת קרן כץ שליד הפקולטה למשפטים שהוקמה על ידי ד"ר מרדכי ופרופ' מוניק כץ.

תודה מיוחדת למכון הגבוה לתורה באוניברסיטת בר-אילן ולעומדים בראשו, מוריי ורבותיי הרב משה רזיאל והרב אהרן כץ. המכון היווה עבורי, כמו עבור סטודנטים רבים, אכסניה של תורה במשך כל שנות לימודיי באוניברסיטה. המסגרת של המכון והמילגות שהוענקו לי על ידו, איפשרו לי להקדיש בכל יום שעות רבות מעיתותיי ללימוד תורה, ועל כך התודה והברכה.

במסגרת המכון הגבוה זכיתי למילגה מקרן גרין, מיסודם של ד"ר משה ושרלוט גרין. ביום כ"ז בסיוון תשנ"ט, בטרם הושלם חיבור זה, נסתלק מעימנו ר' משה גרין ז"ל. תהי נא עבודה זו נר לעילוי נשמתו.

תודתי נתונה גם לשתי קרנות נוספות: הקרן ע"ש ר' שלמה אשכנזי ז"ל שליד המכון הגבוה לתורה באוניברסיטת בר-אילן וקרן הזיכרון לתרבות יהודית.

בהזדמנות זו ברצוני להודות לרבותיי בישיבת ההסדר "הר-עציון" אשר באלון שבות, שם זכיתי ללון באוהלה של תורה כשבע שנים. תודה מיוחדת למוריי ורבותיי הרב אהרן ליכטנשטיין והרב יהודה עמיטל, ראשי הישיבה, וכן למו"ר הרב יעקב מדן. בזכותם ומכוחם זכיתי לטעום טעמים של אהבת תורה ועונג לימודה.

רוב תודות לכל אלו שעזרוני בעצה ותושיה, בהפניה למקורות, בליבון עניינים שונים, בהערות ובהארות - רבנים ופוסקי הלכה, חוקרים בתחומים שונים ומוריי וידידיי במכון הגבוה לתורה ובפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן. רבים הם ואי אפשר לפורטם כאן, אך השתדלתי לציין איש איש על מקומו ולומר דבר בשם אומרו. כולם יעמדו על הברכה.

ברכה ושפע תודות מלב אוהב להוריי-מוריי היקרים, אלעזר וחיה קליינמן, על שחינכוני במסירות אין קץ לאהבת תורה ולאהבת הבריות, ועל עמידתם לימיננו כל השנים, בחומר וברוח. ברכות חמות גם לחמי וחמותי, איתן ורות גולן, על שפע האהבה והעזרה. יזכה ה' את הורינו לשנים רבות וטובות בבריות גופא ונהורא מעליא.

על כולנה, ברכת תודה מיוחדת לרעייתי, חני. אם באנו להודות לה כפי הראוי לה, אין אנו מספיקים ואין אנו מפסיקים. "רבות בנות עשו חיל ואת עלית על-כלן".

ועל הכל, מודה אני לה' אלוקיי על כל חסדיו עמי ועם כל משפחתי מעודי עד היום הזה, השם נפשנו בחיים ולא נתן למוט רגלנו.* מודה אני לה' ששם חלקי מיושבי בית המדרש וזיכני לעסוק במצוותיו ובמשפטיו. יהי רצון שיזכנו ה', אותנו ואת צאצאינו, להמשיך ולהגות בתורתו, ללמוד וללמד, לשמור ולעשות ולקיים.

רון קליינמן

ב"ה, ערב זמן מתן תורתנו, תש"ס
אוניברסיטת בר-אילן

* כאן מקום אתי להודות לה' על שיצאתי בלא פגע מתאונת דרכים קשה שארעתיני ביום ד' באדר א תשמ"ט. ברוך שעשה לי נס, "יודו לה' חסדו ונפלאותיו לבני אדם" (תהלים קז, ח; ברכות נד, ע"ב).

תוכן עניינים כללי

א	תקציר
1	מבוא
	שער ראשון: המנהג בדיני ממונות
7	פרק ראשון: המנהג - הגדרתו
22	פרק שני: מעמדו של המנהג בדיני ממונות
	שער שני: יסודות הקניין
105	פרק שלישי: יסודות הקניין
	שער שלישי: התנאה בדיני ממונות ובדרכי הקניין
131	פרק רביעי: יכולת ההתנאה בדיני ממונות ובדרכי הקניין
	שער רביעי: מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין - קניין סיטומתא
152	פרק חמישי: המנהג בדרכי הקניין - המקורות התלמודיים
187	פרק שישי: קניין סיטומתא - תקופת הגאונים
193	פרק שביעי: פרשנות הראשונים לסוגיית סיטומתא
227	פרק שמיני: פרשנות מרחיבה לסוגיית סיטומתא
289	פרק תשיעי: הבסיס המשפטי לקניין סיטומתא
	שער חמישי: המנהג - משפט השוואתי
	פרק עשירי: המנהג במשפט הישראלי, בשיטות משפט אחרות ובמשפט העברי - עיון משווה
350	
364	סיכום ומסקנות
381	לוח מונחים לוועזים
384	רשימת קיצורים
386	ביבליוגרפיה
I	תקציר באנגלית

תוכן עניינים מפורט

א תקציר

1 מבוא

שער ראשון: המנהג בדיני ממונות

7 פרק ראשון: המנהג - הגדרתו

7 מבוא

7 1. הגדרת המנהג

7 א. המקורות התלמודיים

8 ב. תקופת הגאונים

9 ג. תקופת הראשונים והאחרונים

11 ד. מנהג - של "כל" או של "רוב" בני המקום

12 2. תקנה, מנהג, הנהגות ומנהגות

12 א. תקנה ומנהג - השוני ביניהם וחילופי המונחים

13 ב. הנהגות ומנהגות

16 3. "מנהג שלילי"

19 4. מנהג של יחיד

20 סיכום

22 פרק שני: מעמדו של המנהג בדיני ממונות

22 מבוא

24 1. מקורות תנאיים

24 א. "הכל כמנהג המדינה"

25 1. "מנהג המדינה" - משמעות משפטית

32 2. "מנהג המדינה" - מהותו

35 ב. מנהג הולכי שיירה וספנים

37 ג. דרישת לשון הדיוט

42	2. תלמודים
42	א. תלמוד ירושלמי - "מנהג מבטל הלכה"
44	ב. תלמוד בבלי
46	ג. הכרעה על פי המנהג ב"הלכה רופפת"
47	3. תקופת הגאונים
47	א. המנהג בתקופת הגאונים
51	ב. מנהג הסוחרים בתקופת הגאונים
52	ג. מסכת סופרים - "מנהג ותיקין"
56	4. תקופת הראשונים
56	א. הרי"ף
61	ב. הרמב"ם
62	ג. הרא"ש
69	ד. חכמי ספרד
69	1. הרמב"ן
70	2. הרשב"א
73	3. הריטב"א
76	4. הריב"ש
	5. סוגיית החזרת הקידושין (בבא בתרא קמד, ע"ב - קמה, ע"א) -
78	לפי פרשנותם של חכמי ספרד
82	ה. חכמי אשכנז ואיטליה
82	1. בין חכמי ספרד לחכמי אשכנז - דמיון ושוני
83	2. האור זרוע, המרדכי ור' אביגדור כ"ץ
84	3. המהרי"ק
87	4. בעל תרומת הדשן
88	5. תקופת האחרונים
89	א. הרדב"ז
91	ב. ר' יוסף קארו והרמ"א
93	ג. בעל שו"ת בנימין זאב
93	ד. המהרש"ך

94	ה. הש"ך והגר"א
95	ו. ר' יעקב ריישר
96	ז. ר' משה פיינשטיין
97	ח. סיכום הדעות בתקופת האחרונים
98	ט. פסיקת בתי הדין הרבניים במדינת ישראל
101	סיכום

שער שני: יסודות הקניין

105	פרק שלישי: יסודות הקניין
105	מבוא
106	1. גמירות הדעת ומעשה הקניין
109	2. היסוד שבבסיס מעשה הקניין - גמירות הדעת או יסוד עצמאי?
109	א. מעשה הקניין - יסודו בגמירות הדעת
111	1. "הן הן הדברים הנקנים באמירה" (כתובות קב, ע"א-ע"ב)
113	2. סוגיות "בההיא הנאה... גמר ומקני"
114	3. המזכה לעובר (בבא בתרא קמב, ע"ב)
115	4. הקנאת בכור בהמה לכהן (בכורות יח, ע"ב)
116	5. הקנאת מתנות כהונה למכירי כהונה (בבא בתרא קכג, ע"ב)
116	6. "כל המקדיש נכסיו נעשה כמי שהקנה להן... מעיקרא" (ב"ק קב, ע"ב)
118	7. סיטומתא (בבא מציעא עד, ע"א)
120	ב. הקשיים בשיטה שמעשה הקניין יסודו בגמירות הדעת והדרכים ליישובם
123	ג. מעשה הקניין - יסוד עצמאי
125	3. תמורה והנאה בקניין
127	4. מעשה הקניין - דרך עשייתו
128	סיכום

שער שלישי: התנאה בדיני ממונות ובדרכי הקניין

131 פרק רביעי: יכולת ההתנאה בדיני ממונות ובדרכי הקניין

131	מבוא
131	1. "אדם מתנה על מה שכתוב בתורה" בדבר שבממון
135	2. התנאת המתחייב ובעל הזכות יחדו על דבר שבממון
137	3. יכולת ההתנאה ביחס לדרכי הקניין
144	4. התנאה על המנהג בדיני ממונות
149	סיכום

שער רביעי: מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין - קניין סיטומתא

152 פרק חמישי: המנהג בדרכי הקניין - המקורות התלמודיים

152	מבוא
152	מקורות תנאיים: ברייתא, ירושלמי, קידושין פ"א ה"ה, ס ע"ג
152	1. הברייתא
155	2. פירושה של הברייתא
159	מקורות אמוראיים: בבלי, בבא מציעא עד, ע"א - סוגיית סיטומתא
159	1. הסוגיא
162	2. "סיטומתא" - מהי?
162	א. "סיטומתא" - בירור לשוני
164	ב. "סיטומתא" - בירור ריאלי
172	3. מהלך הסוגיא
172	א. דברי רב פפי משמיה דרבא
177	ב. מחלוקת רב חביבא ורבנן
184	ג. סתמא דגמרא

187 פרק שישי: קניין סיטומתא - תקופת הגאונים

193 פרק שביעי: פרשנות הראשונים לסוגיית סיטומתא

193 מבוא

193 1. שיטת רוב הראשונים: חותם שרושמים על החפץ הנקנה

196 2. שיטת רבנו חיים הכהן: תקיעת כף

204 3. שיטת הרא"ה והריטב"א: נתינת מטבע

204 א. שיטת הרא"ה והריטב"א

207 ב. המנהג באירופה בימי הביניים לקנות על ידי נתינת מטבע - דמי קדימה

210 ג. המנהג לקנות על ידי מתן דמי קדימה בתקופת האחרונים

213 נספח: תקיעת כף - למן תקופת המקרא ועד לתקופת האחרונים

213 תקופת המקרא

214 תקופת המשנה והתלמוד

214 תקופת הגאונים

216 תקופת הראשונים

223 תקופת האחרונים

227 פרק שמיני: פרשנות מרחיבה לסוגיית סיטומתא

227 מבוא

228 1. הקביעה כי יש לתת לסוגיית סיטומתא פרשנות מרחיבה

2. הסתמכות על סוגיית סיטומתא לשם ביסוס תוקפם של מנהגים

231 בענייני קניין

231 א. מנהגים ביחס לדרכי קניין שאינן נזכרות במשנה ובתלמוד

231 תקופת הראשונים

231 1. קניית סחורה על ידי מסירת מפתח

231 א. מסירת מפתח כדרך קניין של בית בתלמוד הבבלי והירושלמי

236 ב. מסירת מפתח כדרך קניין של סחורה

241 2. קניין בתקיעת כף

242 3. קניין על ידי נתינת מטבע - דמי קדימה

243 4. קניין על ידי אכילה או שתיית משקה חריף

243 א. וינקויף - *Winkouf*

248 ב. מאהריט"ש

254 **תקופת האחרונים**

254 1. נתינת טבעת

256 2. חוזה

256 א. חוזה

260 ב. זכרון דברים

263 3. הגרלה

264 4. אמירת "מזל וברכה"

269 5. קנייה בכרטיס אשראי

270 6. קנייה באמצעות האינטרנט

272 ב. מנהגים ביחס לבעיות אחרות בדיני הקניין

272 1. התנאה על קנסות בשעת שידוכין - אסמכתא

275 2. הקנאת קרקע שאינה מסויימת

275 3. מקומה של סוגיית סיטומתא בתלמוד לאור הפרשנות המרחיבה

נספח א: הצורך בידיעה שסיטומתא אינה קונה מן הדין אלא רק

280 מכוח המנהג

285 נספח ב: לגלגולם ומשמעם של המונחים *Leitkauf-Leikauf*

289 **פרק תשיעי: הבסיס המשפטי לקניין סיטומתא**

289 **מבוא**

289 **תקופת הראשונים**

289 1. כל הנושא ונותן על דעת המנהג הוא עושה - התנאה מכללא

289 א. הרמב"ם

291	ב. הרשב"א
291	1. המנהג - כתנאי בני העיר וכתנאי בית דין
293	2. דרישת לשון הדיוט
295	3. הבסיס לקניין סיטומתא: גמירות דעת ו"מנהג מבטל הלכה"
299	ג. הרא"ש
302	2. סיטומתא - תקנת חכמים
302	א. החינוך: כל דרכי הקניין - תקנת חכמים הן
306	ב. הריב"ש
306	ג. המהר"ם מינץ
310	3. הפקר בית דין הפקר
313	תקופת האחרונים
313	1. כל הנושא ונותן על דעת המנהג הוא עושה - התנאה מכללא
313	א. הרדב"ז
313	1. המנהג - כתנאי בני העיר וכתנאי שבממון
316	2. הבסיס לקניין סיטומתא: גמירות דעת ו"מנהג מבטל הלכה"
320	ב. המהרשד"ם
322	ג. המהרש"ך
324	ד. החתם סופר
331	2. סיטומתא - תקנת חכמים
331	א. הרמ"א
333	ב. בעל נתיבות המשפט והשגת החתם סופר על דעתו
335	3. המנהג יוצר גמירות דעת והקניין נעשה על ידי גמירות הדעת
337	4. הפקר בית דין הפקר
337	א. ר' אליהו לרמן: מנהג הסוחרים - דינו כ"תנאי בני האומנות"
338	ב. החזון איש: מנהג הציבור - כוחו "ככוח בית דין"
341	5. ר' אברהם דב שפירא: סיטומתא - מדין קניין חליפין
344	6. ר' דוד פרידמן: סיטומתא - מדין קנייני משיכה וחזקה
345	תוקפו של קניין סיטומתא - מדאורייתא או מדרבנן

שער חמישי: המנהג - משפט השוואתי

פרק עשירי: המנהג במשפט הישראלי, בשיטות משפט

350	אחרות ובמשפט העברי - עיון משווה
351	1. המנהג - הגדרה ומאפיינים
351	2. עתיקות המנהג
353	3. אבחנה בין סוגי מנהגים: "מנהג" ו"נוהג"
355	4. הצורך בידיעת המנהג והיכולת להתנות עליו
356	5. המנהג כמקור משפטי
357	6. מעמדו של המנהג כמקור משפטי - עצמאי או מכוח החוק
358	7. פסילת מנהגים נפסדים
359	8. מנהג הנוגד את החוק (<i>Desuetudo</i>)
361	9. המנהג כמקור משפטי במשפט הישראלי
364	סיכום ומסקנות
381	לוח מונחים לועזיים
384	רשימת קיצורים
386	ביבליוגרפיה
386	א. ספרים ומאמרים
413	ב. מילונים
415	ג. ספרי שאלות ותשובות
426	ד. פסקי דין
426	פסקי דין רבניים
426	פסקי דין של בתי הדין הרבניים בישראל
428	פסקי דין של בית הדין לדיני ממונות ולבירור יהדות של הרבנות הראשית לירושלים
428	פסקי דין של בית הדין האזורי לדיני ממונות קרית ארבע - הר חברון
428	פסקי דין ישראליים
I	תקציר באנגלית

תקציר

מחקר זה עוסק במנהגי הסוחרים בדרכי הקניין ובבסיס ההלכתי-משפטי לתוקפם. בשנים האחרונות חלה פריחה בעיסוק בנושא המנהג, הן בספרות הרבנית והן בעולם המחקר. אולם, רק מעטים מבין הפירסומים הללו עוסקים במנהגי ממון, ואף בהם, כמעט ולא נבחנה הזיקה שבין המנהג ודרכי הקניין.

"קניין סיטומתא" כמושג הלכתי, פירושו: דרך הקניין הנהוגה במקום מסויים על ידי הסוחרים או על ידי בני המקום. סוגיית סיטומתא שבתלמוד הבבלי שימשה אצל פוסקי ההלכה הראשונים והאחרונים, ועודה משמשת בימינו, כבסיס העיקרי למתן תוקף למנהגי הסוחרים בדרכי הקניין.

סוגיא זו, הפרשנויות הישירות והמרחיבות שניתנו לה וההבנות השונות באשר לבסיס המשפטי לתוקפו של קניין סיטומתא - כל אלו הינם לב לבו של חיבורנו, ולדיון בהם מוקדש שערו הרביעי והמרכזי. מחקרנו מקיף את הספרות ההלכתית אשר למן תקופת התנאים ועד ימינו.

שיטת המחקר שנקטנו, אשר נהוג לכנותה **דוגמתית-הסטורית**, עניינה בחינה כרונולוגית של השתלשלות ההלכה מן המוקדם אל המאוחר תוך ראיית המסגרת ההסטורית. עם זאת, מחקרנו ביסודו הינו מחקר משפטי. תשומת לב מיוחדת הקדשנו לבחינת מנהגיהם של הסוחרים הגויים, שבקרבתם ישבו היהודים ועימם סחרו.

נושא חיבורנו, מנהג הסוחרים בדרכי הקניין, דורש עיון מקדים בשלושה תחומים: המנהג הממוני ומעמדו; יסודות הקניין; ויכולת ההתנאה בדיני ממונות ובדרכי הקניין. נושאים אלו נדונו בשלושת השערים הראשונים של החיבור.

מחקרנו כולל עשרה פרקים, והוא מחולק לחמישה שערים:

שער ראשון: המנהג בדיני ממונות

שער שני: יסודות הקניין

שער שלישי: התנאה בדיני ממונות ובדרכי הקניין

שער רביעי: מנהג הסוחרים בדרכי הקניין - קניין סיטומתא

שער חמישי: המנהג - משפט השוואתי

שער ראשון: המנהג בדיני ממונות

פרק א עוסק בכמה היבטים הנוגעים להגדרת המנהג. עד לתקופת הראשונים כמעט ואיננו מוצאים התייחסות מפורשת לעניין זה. אצל הראשונים והאחרונים מצויה הדרישה, כי המנהג יהא נפוץ ותדיר. ממקורות תנאיים ואמוראיים הוכחנו, כי גם **"מנהג שלילי"** - קרי:

מנהג שלא לעשות פעולה כלשהי - יש תוקף. כך פסקו גם ראשונים ואחרונים, ונפלאו מאתנו דברי בעל שו"ת דבר אברהם שקבע את ההיפך.

הדעה המקובלת בקרב הראשונים והאחרונים הינה, כי המנהג נקבע על פי רוב בני המקום, גם אם יש יחידים הנוהגים בדרך אחרת. עם זאת, מנהגו של היחיד בדיני ממונות, החורג ממנהג המדינה, מחייב את אותו יחיד ביחסו עם אחרים.

דנו בשני מונחים נוספים, הדומים ל"מנהג" מבחינת שורשם הדקדוקי, אך ככל הנראה אינם זהים עמו במשמעם: ה"הנהגות" בתקופת הגאונים וה"מנהגות" אצל הרמב"ם. ביחס למונח האחרון הצגנו ארבע דרכי הבנה שונות שהועלו על ידי חכמי הלכה וחוקרים.

עניינו של **פרק ב** בבירור **מעמדו של המנהג בדיני ממונות** במקורות ההלכה, למן תקופת התנאים ועד ימינו. השאלה המרכזית הנבחנת בפרק זה הינה, האם יש למנהג הממוני מעמד עצמאי. היינו: האם יש תוקף למנהג שנוהגים הציבור מעצמם, או שמא אין לו תוקף כל עוד לא נתקן כתקנת הקהל או נקבע על ידי חכמי המקום.

קיים הבדל מהותי לעניין המנהג בין דיני ממונות לתחומי ההלכה האחרים. הבדל זה נובע מכך שדיני הממונות ניתנים להתנאה. בשאר ענפי ההלכה הבסיס למנהג הינו החובה להמשיך ולנהוג כפי שנהגו בעבר, או ההנחה, כי מנהג הציבור משקף תקנת חכמים קדומה. לעומת זאת, הבסיס למנהגי הממון הוא ביסודו **הסכמי-חוזי**, היינו: מנהגים אלו מבטאים "הסכמה מכללא" של הציבור לנהוג על פיהם. במקורות העוסקים במנהג, ואשר נדונו בפרק זה, מצויים לעתים ביטויים משותפים עבור ענייני ממון ועניינים שאינם ממוניים. עם זאת, דברינו מוקדשים בעיקר למנהג בדיני ממונות.

פתחנו בבירור הביטויים התנאיים: "הכל כמנהג המדינה", ו"אין משנין ממנהג הספנין". ממקורות אלו עולה, כי יש למנהג תוקף גם אם לא תוקן כתקנה על ידי בני העיר.

גם מן המקורות האמוראיים בשני התלמודים עולה בבירור, כי יש למנהג מעמד עצמאי. הסקנו זאת, בין היתר, מניתוח הביטוי "מנהג מבטל הלכה" שבתלמוד הירושלמי, שנאמר ביחס למנהגי ממון, וכן מבדיקת האופן שבו הבין התלמוד הבבלי את דברי המשנה: "הכל כמנהג המדינה".

מן התלמודים אנו למדים, כי גם כאשר קיימת הלכה בנושא ממוני מסויים, הרי שהדין הוא, כמטבע שטבע רב הושעיה בירושלמי: "המנהג מבטל את ההלכה". כוונת הדברים אינה כי המנהג מבטל באופן נורמטיבי את ההלכה, אלא שהוא מבטל מבחינה עובדתית את יישומה, שכן המתנה על מה שכתוב בתורה "בדבר שבממון - תנאו קיים". כל זאת, כאמור, כשמדובר בענייני ממונות. ברם, בעניינים אחרים, כגון ענייני איסור והיתר, אין תוקף למנהג המנוגד להלכה, אלא רק - כביטוי של רבי יהושע בן לוי בירושלמי - כמכריע במקרה של "הלכה רופפת".

גם בתקופת הגאונים ניתן למנהגי ממון, ובכללם למנהגי הסוחרים, מעמד עצמאי. אמנם, במסכת סופרים - שנתחברה, קרוב לוודאי, בתקופת הגאונים - נאמר ביחס לזמני קריאת מגילות: "וזה שאמרו מנהג מבטל הלכה - מנהג וותיקין". כלומר, תוקפו של המנהג מותנה בהיותו "מנהג ותיקין", קרי: מנהג שנקבע על ידי חכמים. ברם כאמור, הנדון שם אינו בתחום ענייני הממון.

בתקופת הראשונים משתנה התמונה. כמה מן הראשונים, אף כי לא כולם, קובעים כי אין תוקף למנהג שנהגו הקהל מעצמם אלא אם תיקונוהו כתקנת קהל או שנקבע על ידי חכמים. ראש וראשון לאוחזים בדעה זו הוא ר' **יצחק אלפסי** (צפון אפריקה-ספרד, המאה ה-11). באחת מתשובותיו הוא קובע, כי אין למנהג ממוני תוקף אלא אם נתקן כ"תקנה" על ידי "רוב הקהל" בהתייעצות עם "זקני הקהל".

אמנם, בסיום דבריו מוסיף הרי"ף, כי **חזקה** על מנהג שכבר נוהג כי תוקן בעבר. ונמצא, כי המיגבלה שהציב ביחס לתוקפו של המנהג הינה בעיקרה **להלכה**, אך **למעשה** אין בה משום מיגבלה של ממש. ואכן, בכמה מקומות בהלכותיו הרי"ף מכיר בתוקפם של מנהגים בענייני ממון ואין הוא מצריך שיתוקנו כתקנה.

שיערנו כי שיטתו של הרי"ף מושפעת מן התפיסה הגאונית המבוטאת במסכת סופרים, כי על המנהג להיות "מנהג ותיקין". אמנם, במסכת סופרים לא מדובר על מנהגי ממון. ברם, יתכן כי הרי"ף סבר כי העיקרון האמור שם כוחו יפה ביחס אל מנהגים בכלל. שהרי הביטוי "מנהג מבטל הלכה" - שעליו מוסבים דברי מסכת סופרים הנ"ל - נאמר במקורו בירושלמי בענייני ממון. כמה מראשוני ספרד - רמב"ן, ריטב"א וריב"ש - הולכים בעקבות הרי"ף, אם כי בווריאציות שונות. לעומתם, הרשב"א חלוק על גישה זו וסבור כי יש תוקף למנהג שנהגו הציבור מעצמם.

ומספרד לאשכנז. ר' יצחק אור זרוע (אשכנז, מאות 12-13) קובע, בהסתמכו על מסכת סופרים, כי אין תוקף למנהג ממון אלא אם נקבע "על פי חכמי המקום". נראה לנו כי כוונתו, שהמנהג צריך להיקבע ממש כתקנת קהל תוך התייעצות עם חכמי המקום, כדעת הרי"ף בתשובה. כמה מחכמי אשכנז (מרדכי, תרומת הדשן) הבאים אחריו מאמצים, באופן עקרוני, את דעתו. ברם, ר' אביגדור כ"ץ (וינה, המאה ה-13) חולק על עמדה זו וסובר, כי גם מנהג שנהגו הסוחרים מעצמם - יש לו תוקף. כי היא גם עמדת המהרי"ק (איטליה, המאה ה-15).

חילוקי הדעות בנושא מעמדם של מנהגי ממון נמשכים גם בתקופת האחרונים. רבים מן האחרונים בדעה, כי יש ליתן תוקף למנהג ממוני שהציבור נוהג בו מעצמו, גם במקום שהמנהג "מבטל הלכה". מנגד, אחרים סבורים כי אין בכוחו של מנהג בענייני ממון לבטל הלכה אם לא נקבע על ידי חכמי המקום ("מנהג ותיקין").

הדיינים בבתי הדין הרבניים במדינת ישראל מעניקים תוקף, כדבר שבשיגרה, למנהגי ממון רבים, ופרט לשני פסקי דין - שניתנו בשנות ה-50 וה-60 של המאה ה-20 - לא מצאנו בדבריהם את הדרישה, כי על המנהג להיקבע על פי חכמים.

מסקנתנו הינה, כי בנושא מעמדו של המנהג בדיני ממונות חלה תמורה שתחילתה, על פי המקורות המצויים בידינו, אצל הרי"ף בספרד, ומאוחר יותר - אצל ר' יצחק אור זרוע באשכנז. הרי"ף הינו הראשון שקבע, כי המנהג הממוני מקבל תוקף רק אם תיקוהו כתקנת קהל. עד אליו, דומה כי היה ברור לכל שיש תוקף למנהג שנהגו הציבור מעצמם.

שער שני: יסודות הקניין

פרק ג עוסק ביסודות הקניין במקורות התלמודיים, כפי שנתבארו על ידי הראשונים והאחרונים. בקניין ישנם שני מרכיבים: גמירות דעת ומעשה קניין. אין חולק על כך, כי קניין שנעשה בלא גמירות דעת מצד הקונה או המקנה - אין לו תוקף. ברם, בקרב הראשונים והאחרונים נחלקו הדעות בשאלת תפקידו של מעשה הקניין. יש הסוברים, כי מעשה הקניין הינו יסוד עצמאי, והוא עיקרו של הקניין. ברם, דעת רוב האחרונים הינה, כי יסוד הקניין הינו גמירות הדעת, וכי מעשה הקניין נחוץ רק כאמצעי להביא לידי גמירות הדעת, או כדי להוכיח על קיומה. משום כך, במקום שגמירות הדעת מוכחת בבירור מן הנסיבות, ניתן להקנות גם בלא מעשה קניין. אין ספק, כי יש בדיני הקניין על פרטיהם גדרים פורמליים, כדוגמת צורתו המדוייקת של כל אחד מדרכי הקניין. עם זאת, אין בכך משום סתירה לדעה, כי תכלית מעשה הקניין הינה להביא לידי גמירות דעת או להעיד על קיומה.

שער שלישי: התנאה בדיני ממונות ובדרכי הקניין

כפי שנראה להלן (בפרק ט), יש מן המפרשים שביססו את תוקפו המשפטי של קניין סיטומתא על יכולת ההתנאה בדיני ממונות. **פרק ד** מוקדש לבחינת יכולת ההתנאה בדיני ממונות בכלל ובתחום דרכי הקניין בפרט.

מקובל לחשוב, כי הכלל: "בדבר שבממון - תנאו קיים" מתייחס רק לחיובים ממוניים אך לא לדרכי הקניין. אכן, כך נראה מסברא, כך עולה מן המקורות התלמודיים וכך כותבים במפורש כל הראשונים בספרד. עם זאת, מצאנו אצל שנים מחכמי פרובאנס - ראב"ד ומאירי בשם "גדולי עולם" - את הדעה המנוגדת, ולפיה הקונה והמוכר יכולים להתנות ביניהם לבצע את הקניין בדרכים אשר אינן תקפות על פי הדין.

דעת האחרונים בעניין זה כדעת רוב הראשונים. אמנם, אחד מן האחרונים, ר' יעקב טננבוים (הונגריה, המאה ה-19), כותב במפורש כי הכלל "בדבר שבממון - תנאו קיים" יפה גם לעניין דרכי הקניין, ולפיכך יכולים הצדדים להסכים ביניהם לקנות בדרך שאינה מועילה לפי ההלכה. כדעה זו משמע, לדעתנו, גם מדברי המהרשד"ם (שאלוניקי, המאה ה-16). ברם, כאמור, זו אינה הדעה המקובלת בקרב האחרונים.

שער רביעי: מנהג הסוחרים בדרכי הקניין - קניין סיטומתא

השער הרביעי והמרכזי בחיבורנו מתמקד בסוגיית סיטומתא ובפרשנויות שניתנו לה. **פרק ה**, הפותח שער זה, נתייחד לעיון במקורות התלמודיים למנהג הסוחרים בדרכי הקניין.

בשני מקורות תלמודיים מצאנו כי דרכי קניין נקבעות בהתאם למנהג. האחד, ברייתא בירושלמי (קידושין, פ"א ה"ה, ס ע"ג). מברייתא זו עולה כי דרכי הקניין של מקרקעין השתנו מזמן לזמן ונקבעו לפי המנהג, עד שנקבעה ההלכה השנויה במשנה - אף היא, כך נראה, בהשפעת המנהג. למיטב ידיעתנו, ברייתא זו אינה נזכרת בדברי הראשונים כמקור לתוקפם של מנהגי הסוחרים. רק אצל שנים מאחרוני האחרונים (שו"ת דבר אברהם ושו"ת אחיעזר) היא מובאת - לצד דין סיטומתא - כאסמכתא למנהגי הסוחרים בדרכי הקניין. עמדנו על הטעמים לשימוש המועט כל כך בברייתא האמורה, בהשוואה לשימוש הנרחב שנעשה בסוגיית סיטומתא לאותה מטרה.

המקור התלמודי השני - ומנקודת מבטם של פוסקי ההלכה, גם העיקרי - שבו אנו מוצאים כי דרך קניין נקבעת בהתאם למנהג המקום, הינו **סוגיית סיטומתא** שבתלמוד הבבלי (בבא מציעא עד, ע"א). הסוגיא נפתחת במימרא שמוסר רב פפי (או: רב פפא) בשם רבו, רבא (דור רביעי לאמוראי בבל, נפטר בשנת 352): "האי סיטומתא קניא" (=סיטומתא זו קונה). פירוש המילה "סיטומתא" בארמית בבליית הוא: **חותם**. לדעת הגאונים וכמעט כל הראשונים, סיטומתא הינה חותם שרושם הקונה על המקח.

קיומו של מנהג לחתום סחורות המועברות ממקום למקום בחותמות ידוע לנו, הן מן המזרח הקדום והן מן המשנה. על כך שאנשי בבל היו נוהגים לשאת עימם חותמות אנו שומעים כבר במקור מן המאה ה-5 לפנה"ס. חותמות רבות שרדו גם מן התקופה הסאסאנית, התקופה שבה חיו אמוראי בבל. כמה מהן היו שייכות ליהודים, ובכלל זה לאמוראים ידועי שם, דוגמת רב הונא בר נתן, תלמידו המובהק של רב פפא, שחי בבבל במאה ה-4. לא מפליא אם כן לשמוע מפי רב פפי (או: רב פפא) בשם רבא הלכה העוסקת בחותם, "סיטומתא".

חותמות היו נפוצות בזמן הקדום, לא רק בבבל, והן שימשו לסימון הבעלות ברכוש ולשמירתו. שיערנו, כי הטבעת החותם הפכה ברבות השנים, במקומות מסויימים, לדרך קניין.

לא ניתן לדעת ממימרתו הקצרה של רבא, "האי סיטומתא קניא", האם דבריו נסובו, מבחינה ריאליית-הסטורית, אודות הקנאה של מטלטלין או של מקרקעין (כגון: דלתות של מחסנים, שהיו קושרים אותם בחבלים ועל הקשר מדביקים גוש קטן של טין וטובעים בו חותם); או שמא של שניהם גם יחד. על פי הנתונים שבידינו יש צדדים לכאן ולכאן. לאחר שקילתם דעתנו נוטה לכך, כי "**סיטומתא**" היתה דרך קניין של סחורות מיטלטלות בלבד. עם זאת, היות ואין בידינו עדויות הסטוריות מבבל על הקניין ב"סיטומתא", פרט למימרתו של רבא, לא נוכל לעת עתה לקבוע מסמרות בשאלה זו.

הערנו על הדמיון שבין קניין "סיטומתא" הבבלי לבין עדויות על קניין דומה שמצאנו במשפט הרומי. בשני מקומות בדייגסטה של יוסטיניאנוס נזכרת הטבעת חותם על מקח כדרך קניין. באחד מהם מובאת מחלוקת של שני חכמי משפט מראשית הספירה הנוצרית בשאלה, האם החתמת חבית בחותם על ידי הקונה מעבירה אליו את הבעלות בה. במקום אחר בדייגסטה מובא בשם חכם רומי שחי כמאתיים שנה מאוחר יותר, כי ניתן לקנות קורות עץ על ידי הטבעת חותמו של הקונה עליהן. לעת עתה, אין בידינו לקבוע אם מדובר בהתפתחות מקבילה

שהתרחשה בנפרד באימפריה הרומית ובבבל (בתקופתו של רבא ויתכן שעוד לפניו), או שמא בגילגול של דרך קניין ממקום אחד למשנהו.

מלשונה של מימרת רבא - 'סיטומתא זו קונה' (בתרגום מארמית) - משמע שמדובר במעשה קבוע ומוכר. מסתבר לומר, אף כי לא הכרחי, שרבא נתכוון להעניק תוקף לסיטומתא רק **במקום שנהגו לקנות** בדרך זו.

רב חביבא (דור שישי או שביעי לאמוראי בבל) ורבנן בסוגיית הבבלי נחלקים בפרשנות המילה "קניא" שבדברי רבא. רב חביבא גורס, כי הכוונה לקניין "ממש", ולדעת רבנן - סיטומתא מועילה רק לעניין קבלת "מי שפרע" על החוזר בו. לאחר מחלוקת אמוראים זו חותמת הסוגיא בדברי סתמא דגמרא: "והלכתא לקבולי עליה מי שפרע, ובאתרא דנהיגו למקני ממש - קנו". כלומר, במקום שאין בו מנהג - סיטומתא מועילה רק לעניין "מי שפרע", אולם במקום שנהגו לקנות בדרך זו ממש - היא מועילה כקניין לכל דבר. ביארנו בכמה אופנים הן את מחלוקת האמוראים והן את דברי סתמא דגמרא.

פירק 1 עוסק בתקופת הגאונים. אצל הגאונים נדונים מנהגים בענייני ממון בכלל, ומנהגי הסוחרים בפרט, פעמים רבות למדי. לעומת זאת, קניין סיטומתא נזכר בתקופת הגאונים, ככל הידוע לנו, במספר מקומות מועט ביותר. ואף בהם מדובר, לכל היותר, בציטוט של הסוגיא בתוספת פירוש מילולי-ענייני קצר. דומה, כי הסיבה לכך נעוצה באחד משני הסברים. יתכן שהגאונים ראו בדין סיטומתא דין **מצומצם**, המתייחס לצורת הקניין הספציפית של "סיטומתא" בלבד, ולא לכל דרכי הקניין שנהגו בהן הסוחרים. אם אמנם היתה זו תפיסתם, הרי שלא ניתן להסתמך על סוגיית סיטומתא כדי ליתן תוקף לדרכי קניין אחרות הנהוגות במדינה, כפי שנמצא מאוחר יותר אצל הראשונים; וודאי שאין בכוחה של סוגיא זו כדי לבסס את תוקפם של מנהגי הסוחרים שלא בנושא דרכי הקניין.

הסבר אפשרי נוסף הינו, כי הגאונים לא נדרשו לסוגיית סיטומתא הלכה למעשה, לא מחמת שראו בה סוגיא מצומצמת. אכן, הגאונים הבינו כי סוגיית סיטומתא מתייחסת לכל מנהגי הסוחרים. ברם, הם לא ראו צורך להשתמש בה מחמת שראו בה אך ענף אחד מתוך אילן גדול רב פירות, הלוא הוא - **המנהג**. המנהג זכה למקום של כבוד אצל הגאונים בכל תחומי ההלכה, וגם בדיני ממונות. משום כך, כאשר עניין ממוני כלשהו הפך ל"מנהג" - "מנהג המדינה", "מנהג התגרים", וכד' - די בעובדה זו, לדידם של הגאונים, כדי ליתן לו תוקף, ואין עוד צורך להיזקק לסוגיית סיטומתא, שאינה אלא אחת הנגזרות מכוחו של המנהג.

פירק 2 דן בפרשנות שניתנה לסוגיית סיטומתא. ממחקרנו עולה, כי הפרשנות שניתנה למונח "סיטומתא" על ידי הראשונים הושפעה, במידה לא מעטה, מן המקום והזמן. על השפעה זו למדנו ממקורות הסטוריים ופעמים גם מדבריהם של חכמי ההלכה עצמם.

ברור כי פרשנותו של רבנו חיים הכהן, החי בפאריס, ל"סיטומתא" - תקיעת כף, "כמו שרגילין הסוחרים" - שאובה ממנהג הסוחרים בצרפת במאה ה-12. פרשנות דומה - תקיעת כף - מצויה בחיבור פרובנסאלי מן המאה ה-13, המיוחס לריטב"א למסכת בבא מציעא, ואף היא

משקפת את המנהג בפרובאנס בתקופה זו. דומה, כי פרשנותם של רש"י, ראב"ד ומאירי, כי סיטומתא הינה חותם המוטבע **על חביות** (יין או שמן) - להבדיל מ"מקח" או "חפץ" באופן כללי, כפירוש הרגיל אצל הגאונים - מושפעת אף היא ממנהג הסוחרים בזמנם.

שיערנו, כי גם פירושים של הרא"ה והריטב"א, כי סוגיית סיטומתא עוסקת ב"מטבע שאין עליו צורה", שאוב ממנהג הסוחרים במקומם (ברצלונה, במפנה המאות ה-13 וה-14) לקנות סחורה באמצעות נתינת מטבע. עדות לקיומו של מנהג זה בין המאות 12-15 במדינות אירופה מצויה הן בספרות ההלכה והן במקורות הסטוריים. המנהג היה לקנות סחורה על ידי נתינת מטבע רגילה, עוברת לסוחר, כתשלום סימלי של דמי קדימה. נראה לנו, כי העובדה שהרא"ה והריטב"א מדברים על נתינת "מטבע שאין עליו צורה" אינה משקפת את מנהג הסוחרים שבזמנם, אלא **נובעת מן הצורך להתאים מנהג זה להלכה התלמודית**, ולפיה ניתן לקנות מטלטלין במטבע (בחליפין) רק אם זו מחוסרת צורה.

במהלך מחקרנו עמדנו על מידת ההשפעה של מנהגי הסוחרים - בדרך כלל סוחרים גויים, שעיימם באו היהודים במגע - על דרכי הקניין. בספרות ההלכה הבתר תלמודית, במיוחד בספרות השאלות והתשובות, מצויים לאלפיהם דיונים בדרכי קניין שונות שהיו נהוגות אצל הסוחרים. דרכי קניין אלה לא תאמו, פעמים רבות, את דיני הקניין הרגילים, הקבועים במשנה ובתלמודים; ובכל זאת, במקרים רבים, אם כי לא תמיד, הוענק להן תוקף מכוח "מנהג המדינה" ועל סמך דין סיטומתא.

כמה דוגמאות לאמור לעיל נדונו **בפרק ח**. נמנה כמה מהן: מסירת מפתח כדרך קניין של סחורה המצויה במחסן; קניין על ידי שתיית משקה חריף; חוזה; אמירת "מזל וברכה"; קנייה בכרטיס אשראי; קנייה באמצעות האינטרנט; ועוד.

דין סיטומתא זכה אפוא אצל פוסקי ההלכה, ראשונים כאחרונים, לפרשנות מרחיבה. היינו, ליישומו על ידי הפוסקים ביחס לדרכי קניין שונות הנהוגות בזמנם ובמקומם.

למעשה, לסוגיית סיטומתא ניתנה על ידי הפוסקים **פרשנות מרחיבה בשלושה מעגלים**, כל אחד מהם רחב מקודמו:

1. המעגל הפנימי והמצומצם ביותר, אשר תואר לעיל, עניינו **דרכי הקניין השונות** הנהוגות על ידי הסוחרים.
2. מעגל הפרשנות השני, הרחב יותר, מקיף גם **בעיות אחרות בדיני הקניין**, דוגמת: אסמכתא, הקנאת קרקע שאינה מסויימת, ומצבים רבים נוספים שבהם לא ניתן להקנות על פי דיני הקניין הרגילים. כאשר נהגו להקנות במצבים שכאלה, הרי שניתן ליתן תוקף לקניין, לדעת חלק מן הפוסקים, מכוח המנהג ועל סמך דין סיטומתא.
3. המעגל השלישי של הפרשנות, הרחב משני קודמיו, רואה את דין סיטומתא כחלק **מכלל מנהגי הממון**, ולפיכך כמהווה בסיס הלכתי-משפטי לתוקפם של כל המנהגים הללו.

כתוצאה מן הפרשנות המרחיבה, על שלושת מעגליה, הפכה סוגיית סיטומתא מסוגיא ספציפית - המתייחסת לדרך הקניין המסויימת של הטבעת חותם על המקח - לאחד המקורות החשובים בהלכה, ואולי החשוב שבהם, לביסוס תוקפם של מנהגי ממון בכלל.

פרק ט מוקדש לבחינת **הבסיס המשפטי לקניין סיטומתא**. בסוגיית התלמוד הקצרה לא ניתן למצוא דבר על הבסיס המשפטי לדין שסיטומתא קונה. כך הוא המצב, על פי המקורות שבידינו, גם בתקופת הגאונים. דיון בנושא זה אנו פוגשים לראשונה בתקופת הראשונים, וביתר הרחבה וביאור בתקופת האחרונים.

שתי דרכי הבנה מרכזיות הועלו על ידי הראשונים לשם ביסוס דין סיטומתא. האחת, קיומו של מנהג בין הסוחרים יוצר **התנאה מכללא** של הצדדים לבצע את העסקה על דעת המנהג. בדרך זו הלכו הרשב"א והרא"ש.

אמנם, לדעת רוב הראשונים - וכך, ככל הנראה, סברו גם הרשב"א והרא"ש - דרכי הקניין אינן ניתנות להתנאה על ידי הצדדים. ברם, אין להשוות בין **תנאי פרטי** שעושים המוכר והקונה ביניהם לבין **מנהג**. מסקנתנו היא, כי הרשב"א והרא"ש רואים את **גמירות הדעת** כיסוד הקניין. משום כך, תנאי פרטי לקנות בדרך קניין שאינה על פי הדין - אין לו תוקף; לפי שבטלה דעתם אצל כל אדם, שאינם נוהגים לקנות באופן זה, ואין כאן מבחינה אובייקטיבית "גמירות דעת". לעומת זאת, קניין סיטומתא הינו **תנאי כללי** של כל בני המקום. לפיכך, קיימת גמירות דעת לקנות בדרך זו, וממילא יש תוקף לקניין.

כן נראה לנו, כי הביטוי "**מנהג מבטל הלכה**" שהובא על ידי הרשב"א והרא"ש ביחס לדין סיטומתא אינו מציין **חריגה** מהלכות הקניין, כפי שהבינו כמה מן האחרונים, אלא מורה דווקא על היסוד למנהגי ממון ולמנהגי הסוחרים: **גמירות הדעת**.

הגישה השניה אצל הראשונים היא, כי דין סיטומתא הינו **תקנת חכמים**. בגישה זו אחזו הריב"ש, המהר"ם מינץ, ויתכן שאף בעל ספר החינוך.

בתקופת האחרונים אנו שבים ופוגשים את שתי התפיסות שהועלו על ידי הראשונים: קיומה של התנאה מכללא של הצדדים להתקשר ביניהם על דעת המנהג (הרדב"ז, המהרשד"ם, המהרש"ך, החתם סופר, ועוד); וקביעה כי דין סיטומתא הינו תקנת חכמים (הרמ"א, הנה"י, המנחת חינוך, האמרי בינה, ועוד).

החל מן המאה ה-19 - במקביל להתגברות העיסוק בספרות ההלכה, במיוחד בספרות השו"ת, בקניין סיטומתא - אנו מוצאים גם שיטות מקוריות לביסוס דין סיטומתא, שלא מצאנו כמותן אצל הראשונים. רבים מן האחרונים גורסים, כי קניין סיטומתא מבוסס על **גמירות דעת** הצדדים. אמנם, בתפיסה זו אחזו כבר חכמים בדורות קודמים, ברם בתקופה זו היא זוכה לניסוח בהיר, ולעתים אף קיצוני יותר. כמה מן האחרונים הללו (רמ"צ ויטמאיר, ר"ש קלוגר, ר"י אנגל, רש"ש, ועוד) טוענים, כי במקום שגמירות דעתם של הקונה והמקנה ברורה, אזי **אין צורך כלל במעשה קניין**. יש מן האחרונים (כמה אחרונים בשיטת החתם סופר, ואולי

כבר המהרשד"ם) הטוענים - בניגוד לדעת רוב הראשונים והאחרונים - כי דרכי הקניין ניתנות להתנאה על ידי הצדדים לעסקה ככל דבר שבממון. לדעתם, קניין סיטומתא מבוסס על הכלל **"בדבר שבממון - תנאו קיים"**, כלל שכוחו יפה גם לעניין דרכי הקניין.

ר' אליהו לרמן משווה את המנהג לתנאי בני האומנות, ולפיכך קובע שתוקפו של קניין סיטומתא, המושתת על מנהג הסוחרים, נובע מ"הפקר בית דין הפקר". החזון איש קובע, כי למנהג הציבור יש **"כוח בית דין"** כמו לתנאי בני העיר. מדבריו משמע, כי זהו גם הבסיס לכוחו של מנהג המדינה ליצור קניין. ושתי שיטות מקוריות נוספות, הדומות זו לזו, בהסבר דין סיטומתא. בעל שו"ת דבר אברהם סובר, כי דין סיטומתא הינו, למעשה, קניין חליפין. בדומה לכך, ר' דוד פרידמן כותב, כי דרכי הקניין הנהוגות במטלטלין כלולות בקניין משיכה, ואלו שבמקרקעין - בקניין חזקה.

השאלה, האם תוקפו של קניין סיטומתא הוא מדאורייתא או רק מדרבנן, לא נדונה כמעט על ידי הראשונים. דומה כי היה פשוט בעיניהם כי קניין סיטומתא תוקפו מדאורייתא, כשאר דרכי הקניין. התייחסות מפורשת לשאלה זו והצגת שתי עמדות מנוגדות בנדון מצויה לראשונה, ככל הידוע לנו, אצל המהר"ם מינץ. לעומת זאת, בתקופת האחרונים זכה נושא זה לדיון רב.

שאלת תוקפו של קניין סיטומתא תלויה במידה רבה בשאלת הבסיס המשפטי של הקניין. כך, החתם סופר - הסובר שקניין סיטומתא מבוסס על "תנאי שבממון" ולא על תקנת חכמים - קובע נחרצות, כי סיטומתא הינה קניין מדאורייתא. לעומתו, רבים מן האחרונים הרואים בקניין סיטומתא "תקנת חכמים" מסיקים מכך כי תוקפו של קניין זה הוא רק מדרבנן.

ברם, התפיסה שמקורו של קניין סיטומתא בתקנת חכמים אינה מובילה את כל האחרונים הדוגלים בה למסקנה כי תוקפו של הקניין הוא רק מדרבנן. ההכרעה בעניין זה תלויה בשאלה אחרת, הנוגעת לכל הקניינים מדרבנן: "האם קניין מדרבנן מועיל לדאורייתא". לדעת הסוברים כי קניין מדרבנן "מועיל לדאורייתא" - קרי: מועיל ליצור חלות קניינית מן התורה - הרי שתוקפו של קניין סיטומתא, שהינו קניין "מדרבנן", יהא אף הוא מדאורייתא. שאלת תוקפו של קניין סיטומתא נדונה מספר פעמים גם בבתי הדין הרבניים בישראל, אך לא זכתה להכרעה אף באחד מהם.

שער חמישי: המנהג - משפט השוואתי

בפרק י נערכת סקירה השוואתית על המנהג ומעמדו במשפט הישראלי, בשיטות משפט אחרות ובמשפט העברי. במסגרת סקירה זו בחנו מכלול של נושאים הקשורים במנהג, אשר נדונו במהלך החיבור.

בפרק הסיכום עמדנו על המסקנות העיקריות העולות מחיבורנו. אין ספק כי המימרא בת שלוש המלים של רבא: **"האי סיטומתא קניא"** - בתוספת הפרשנות המרחיבה שהוענקה לה

על ידי ראשונים ואחרונים - שינתה באופן משמעותי את דמותן של דרכי הקניין מכפי שנקבעו על ידי התנאים.

הדגמנו, כיצד הבירור ההסטורי-ריאלי של מנהגי הסוחרים סייע לנו להבנה עמוקה יותר של המקורות ההלכתיים. הוספנו והראינו, על סמך דוגמאות שנדונו במהלך חיבורנו, כיצד מחקר של מנהגי הסוחרים המשלב עיון במקורות ההלכה עם עיון במקורות הסטוריים, יש בו כדי להניב תרומה חשובה לא רק לחוקרי הלכה ומשפט, אלא גם למילונאים ולהסטוריונים. למילונאים, על ידי חשיפת מלים ומונחים ששרדו בספרות ההלכתית, אך אינם מתועדים כלל - או מתועדים, אך במשמעות שונה - במקורות הסטוריים אחרים. ולהסטוריונים - שכן באמצעות ספרות ההלכה ניתן לעתים להתחקות אחרי הסביבה ותקופת הזמן שבהן התפשט מנהג סוחרים מסויים.

מבוא

למרות חשיבותו הרבה שנודעה למנהג בשטח ההלכי, כפי שהודגשה בהרבה מקומות בש"ס ובספרי הגאונים והראשונים... ועל אף השפעתו הרבה של המנהג כגורם בקביעת ההלכה... חסרים בספרות ההלכה ביאורים מדוייקים המגדירים את היחס שבין המנהג לבין ההלכה. ...

אמנם נעשו נסיונות לאסוף את החומר הנוגע למנהג כפי שהוא בא לידי ביטוי בש"ס, בספרי הראשונים וגדולי האחרונים. ברם העובדות האלו לא יצאו מגדר איסוף החומר גרידא. עוד לא נעשה נסיון או מחקר רציני לעבד את שפע החומר הזה... לקבוע את היחס שבין המנהג לבין ההלכה; לחקור את התהוות המנהג; למצוא את המפגש שבין המנהג לבין ההלכה או בינו לבין תקנה וכו'. רבות הן הבעיות הקשורות בשטח המנהג המצפות לפתרון.¹

מאז כתיבת שורות אלו, לפני כארבעים שנה, נעשה לא מעט בשטח חקר המנהג. בעשור השנים האחרונות במיוחד חלה פריחה בעיסוק בנושא המנהג, הן בספרות הרבנית והן בעולם המחקר, ופורסמו ספרים ומאמרים רבים בנושא זה.² ברם, בדיקת החומר תגלה, כי פרסומים אלו, כמו גם פרסומים ישנים יותר בנושא המנהג, עוסקים, ברובם הגדול, בענייני

¹ י"ז כהנא, "היחס בין ההלכה והמנהג", **מזכרת - קובץ תורני לזכר... הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג**, ירושלים תשכ"ב, עמ' 554.

² נציין כמה מן הספרים: א' חזן, **הליכות והלכות**, ירושלים תשמ"ט; ד' שפרבר, **מנהגי ישראל**, 6 כרכים, ירושלים, תשמ"ט-תשנ"ח; י' לוי, **מנהג ישראל תורה**², ברוקלין תשנ"א; י"מ תא-שמע, **מנהג אשכנז הקדמון**, ירושלים תשנ"ב; הנ"ל, **הלכה, מנהג ומציאות באשכנז, 1000-1350**, ירושלים תשנ"ו; ש' דוד, **שו"ת נר לעזרא**, חלקים ג-ד, **המנהג כהלכה**, עפולה [תשנ"ג-תשנ"ז]; א' דבורקס, **בשבילי המנהג - מקורות וביאורים למנהגי ישראל**, 3 כרכים, ירושלים תשנ"ד-תשנ"ז; י' גרטנר, **גלגולי מנהג בעולם ההלכה**, ירושלים תשנ"ה; ב"ש המבורגר, **גדולי הדורות על משמר מנהג אשכנז**, בני ברק תשנ"ד; הנ"ל, **שרשי מנהג אשכנז**, בני ברק תשנ"ה; י' זימר, **עולם כמנהגו נוהג**, ירושלים תשנ"ו; **פרדס אליעזר**², 2 חלקים, פסח א-ב' ("והוא חיבור מקיף על מנהגי ישראל ומקורותיהם, על חגי ישראל ומועדיהם..."), מכון דמשק אליעזר, ברוקלין תשנ"ט.

בשנים האחרונות החלו לצאת לאור אף כמה כתבי עת תורניים העוסקים בנושאי הלכה ומנהג: **אור ישראל - קובץ לענייני הלכה ומנהג**, רבעון הלכתי בהוצאת מכון אור ישראל, מאנסי ניו יארק (החל משנת תשנ"ו); **צהר - קובץ תורני מרכזי בענייני הלכה ומנהג מחכמי התורה**, א' דבורקס (עורך), בהוצאת מכון הלכתי-אקטואלי "דרך אליעזר" שליד מרכז תורני "חומת ירושלים" (החל משנת תשנ"ח); **בית הלל - קובץ תורני לענייני הלכה ומנהג**, י' עזרא (עורך), בהוצאת בני המשפחה, ירושלים (החל משנת תשנ"ט).

לביבליוגרפיה נוספת בנושא המנהג, ראה: מ' רפלד, י' תבורי, "המנהג שלוחותיו ומחקרו - ביבליוגרפיה", בתוך: ד' שפרבר, **מנהגי ישראל**, חלק ה, ירושלים, תשנ"ה, רטו-שט. וראה עוד בביבליוגרפיה שבסוף חיבורנו.

"אורח חיים" ו"יורה דעה" ובמקצת ענייני אישות - דוגמת: תפילות, ברכות, מועדים, אבלות, נישואין וכד' - ורק מיעוטם עוסק בענייני ממון.³ גם במחקרים המעטים שנדרשו לנושא המנהג בדיני ממונות, כמעט ולא נבחנה הזיקה שבין המנהג ודרכי הקניין.⁴

"קניין סיטומתא", כמושג הלכתי,⁵ פירושו: דרך הקניין הנהוגה במקום מסויים על ידי הסוחרים או על ידי בני המקום. במרוצת הדורות נעשה שימוש רב בקניין סיטומתא, כפי שניתן להיווכח מעיון בתשובות רבות של ראשונים ואחרונים ובפסקי דין של בתי הדין הרבניים ובתי הדין לדיני ממונות במדינת ישראל. חרף עובדה זו, טרם נכתב מחקר מקיף הבוחן את קניין סיטומתא, בסיסו המשפטי והיקפו בתחומים השונים של דיני הקניין.

דין סיטומתא, יסודו והשלכותיו הרבות לדיני הקניין, זכו עד כה בספרות הרבנית ובמחקר להתייחסויות מעטות למדי, בדרך כלל כלליות וקצרות,⁶ וכן למספר לא רב של מאמרים.⁷ גם בחיבורים העוסקים בהרחבה בדיני הקניין נדון קניין סיטומתא, בדרך כלל, בקצירת האומר.⁸

³ ראה גם הערתו של תא-שמע, **מנהג אשכנז הקדמון**, עמ' 17, הערה 6. יוצאים מכלל האמור הינם אחדים ממחקריו של פרופ' חיים סולוביצ'יק, המוקדשים לבחינת ההתפתחות ההלכתית בכמה ענייני ממון ובזיקתה למנהגי הסביבה הנוכרית ולמערכת המשפט שלה. ראה למשל: ח' סולוביצ'יק, "ערב בריבית", **ציון** לו (תשל"ב), עמ' 1-21; הנ"ל, "Rabad of Posquières: A Programmatic Essay", **פרקים בתולדות החברה היהודית בימי הביניים ובעת החדשה - מוקדשים לפרופסור יעקב כ"ץ**, ירושלים תש"ס, חלק אנגלי, עמ' 31-37; הנ"ל, **הלכה כלכלה ודימוי-עצמי - המשכונאות בימי הביניים**, ירושלים תשמ"ה.

⁴ ראה: טשרנוביץ (רב צעיר), **תולדות ההלכה**, ח"א, עמ' 144-150; כהנא, **לעיל**, הערה 1 - בשני המקורות האחרונים לא נזכר כלל דין סיטומתא; גולאק, **יסודי המשפט העברי**, ח"א, עמ' 28-30; הרב י' אברמסקי, **דיני ממונות (הגדרת סוגיהם)**, לונדון תרצ"ט, עמ' 9-11, 17; I. Herzog, *The Main Institutions of Jewish Law*, London and New York, 1965, Vol. I, pp. 20-23; אלבק, **דיני הממונות בתלמוד**, לפי מפתח העניינים, "סיטומתא"; שציפנסקי, **התקנות בישראל**, כרך ד, קונטרס המנהגים בישראל, עמ' כח-ל.

⁵ להבדיל מן השאלה ההסטורית-ריאלית או הפרשנית-מקומית, על איזו דרך קניין דיבר רבא באומרו "האי סיטומתא קניא" (ב"מ עד, ע"א), ומה בדיוק היתה כוונתו. בשאלה הראשונה נעסוק בפרק ה, ובשניה - בפרק ז.

⁶ ראה: גולאק, **יסודי המשפט העברי**, ח"א, עמ' 102-127 - סקירה של דרכי הקניין, והתייחסות לדין סיטומתא רק בפיסקה האחרונה בעמ' 127; הרב אברמסקי (**לעיל**, הערה 4), עמ' 10; הרב הרצוג (**לעיל**, הערה 4), עמ' 23, 193-196; אלון, שציפנסקי ואלבק (**לעיל**, הערה 4); סולוביצ'יק, **הלכה כלכלה ודימוי-עצמי (לעיל)**, הערה 3), לפי מפתח העניינים, "סיטומתא".

⁷ הרב י"מ טוקצינינסקי, "השקפה יסודית על תורת הקניינים ועל תורת המנהגים בחברת החיים", בתוך: משה פינדלינג, **תחוקת העבודה**, ירושלים תש"ה, עמ' קלד-קמג; הרב ד' כץ, "סיטומתא בפסקי דין רבניים", **מורשה א** (סיוון, תשל"א), עמ' 79-86 [=הנ"ל, **פסיקת בתי הדין הרבניים והחוקים**, ירושלים תשל"ו, עמ' 37-57]; א' כהן, "קנין סיטומתא" - התפתחותו וחשיבותו, **על מצפה החינוך**, ביטאון הפדרציה הציונית בקנדה, מונטריאל, שנה ג, גל' 2 (כסלו תשל"ה), עמ' 18-22 [=הנ"ל, **הצופה**, כ"ב בשבט תשל"ה]; הרב ח' איזירר, "האם מנהג העולם מבטל אסמכתא (מתוך פסק-דין)", **כתלנו** יא (תשמ"ד), עמ' 31-36; הרב א' עצור, "קנין סיטומתא בצוואה",

נושא מחקרנו - מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין - מקפל בכנפיו שני תחומים מרכזיים בעולמה של ההלכה: המנהג ודיני הקניין. בחיבור זה תיבחן הזיקה בין שני תחומים אלו, כפי שהיא באה לידי ביטוי בנקודת המפגש ביניהם - קניין סיטומתא, קניין המעוצב כל כולו על ידי המנהג. נושא זה זכה, מטבע הדברים, לדיונים ובירורים רבים בספרות השאלות והתשובות, ותעיד על כך רשימת קובצי השו"ת המופיעה בסיום חיבורנו, המונה כ-160 ערכים.

דין סיטומתא, כמו כמעט כל מושג הלכתי אחר, לא נמלט ממחלוקות. הדעות נחלקו, בראשונים ובאחרונים, הן באשר לעצם קיומו של קניין סיטומתא כדין כללי, הן באשר לבסיסו המשפטי והן באשר לתחולתו בתחומים שונים של דיני הקניין על פרטי דיניהם. בחיבורנו נעשה ניסיון לעמוד על חילוקי הדעות השונים, למינם ולעמוד על שורשיהם.

שיטת המחקר שנקטנו בחיבורנו, אשר נהוג לכנותה דוגמתית-היסטורית,⁸ עניינה בחינה כרונולוגית-התפתחותית של השתלשלות ההלכה מן המוקדם אל המאוחר תוך ראיית המסגרת ההיסטורית. מחקרנו ביסודו הינו מחקר משפטי, כאשר לניתוח ההלכתי-משפטי מתלווה תדיר ראיית הרקע ההיסטורי. תשומת לב מיוחדת הקדשנו לבחינת מנהגיהם של הסוחרים הגויים, שבקרבתם ישבו היהודים ועימם סחרו. בדיקת הרקע הריאלי-היסטורי והמשפטי של מנהגים אלו סייעה לנו לא אחת בפיענוח סתומות במקורות ההלכתיים ושפכה אור חדש על דברי ראשונים ואחרונים.

שורת הדין, כרך ד, ירושלים, תשנ"ח, עמ' שכב-שנו; הרב א"צ סופר, "תשובה בענין סיטומתא בדבר שאין בו ממש", **באר יצחק** ג (תשנ"ט), עמ' קא-קלח.

⁸ ראה למשל: הרב ב' רבינוביץ-תאומים, **חוקת משפט - הלכות מכירה**, ירושלים תשי"ז, עמ' ד, ל, וקונטרס אחרון - אורח משפט, עמ' רסט-רעג. וראה עוד לפי מפתח העניינים, "סיטומתא"; הרב ש"א שטרן, **סדר מכירת חמץ כהלכתו**, בני-ברק תשמ"ז, עמ' קג-קה, ושביבי אש, עמ' רנב-רסב, רסו-רעא; הרב ע' בצרי, **דיני ממונות**, ח"ב, עמ' ז-ט; הרב א' רובינפלד, **תורת הקניינים**, ירושלים תשנ"ב, עמ' רמ-רמא, אות נט, ועמ' רס, אות נח; הרב י' איטח, **נתיב יושר - הלכות והליכות מקח וממכר**, ירושלים, תשנ"ב, עמ' מד-מו; הרב י"י בלויא, **פתחי חושן - בדיני קניינים**, ירושלים תשנ"ד, עמ' רטו-ריז. בשני החיבורים הראשונים הורחבה היריעה בכמה עניינים הנוגעים לדין סיטומתא.

לאחרונה נערך מחקר על דרכי הקניין בקרקעות בתקופת המשנה והתלמוד, ראה: י' בן-פזי, **השתלשלות דרכי הקניין בקרקעות מסוף תקופת הבית השני ועד ראשית תקופת התלמוד לאור המקורות התלמודיים**, עבודת דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן, תשנ"ח. בן-פזי אינו עוסק בדין סיטומתא, היות ודין זה מיוחס בתלמוד לדור הרביעי של אמוראי בבל (מימרא של רב פפי משמו של רבא), ותקופה זו חורגת מגבולותיו של מחקר.

⁹ ראה: א"ח פריימן, **סדר קידושין ונישואין אחרי חתימת התלמוד - מחקר היסטורי-דוגמתי בדיני ישראל**, ירושלים תש"ה; מ' אלון, **חירות הפרט בדרכי גביית חוב במשפט העברי**, ירושלים תשכ"ד, הקדמה, עמ' יא; ש' שילה, **דינא דמלכותא דינא**, מבוא, עמ' 1. אנגלרד משיג על השימוש במונח זה וטוען, כי לא ניתן לתאם "בין האופי הסינכרוני של הדוגמטיקה לבין האופי הדיאכרוני של מחקר היסטורי כלל-תקופתי", ראה: י' אנגלרד, "מחקר המשפט העברי - מהותו ומטרותיו", **משפטים** ז (תשל"ו), עמ' 57.

נושא מחקרנו, מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין, זוקק עיון מקדים בשלושה תחומים: המנהג בדיני ממונות, הקניין ויכולת ההתנאה בדיני ממונות. לעיון בנושאים אלו יוקדשו שלושת השערים הראשונים של חיבורנו. השער הראשון ידון בהגדרתו של המונח "מנהג" ובמעמדו של המנהג בדיני ממונות; השער השני יעסוק ביסודות הקניין; והשער השלישי, עניינו יכולת ההתנאה בדיני ממונות בכלל ובדרכי הקניין בפרט. שלושת השערים הללו, מלבד היותם בבחינת מבוא לשער הרביעי של החיבור, מהווים, כל אחד בפני עצמו, תשתית למחקר עצמאי ונפרד. במיוחד ראוי לציון הפרק השני, הסוקר באופן נרחב את מעמדו של המנהג הממוני למן המקורות התנאיים והתלמודיים ועד לפסיקות בתי הדין הרבניים במדינת ישראל. נושא חשוב זה טרם זכה, ככל הידוע לנו, לסקירה בהיקף דומה.

השער הרביעי והמרכזי, מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין - קניין סיטומתא, הינו לב ליבו של החיבור. שער זה יפתח בעיון במקורות התלמודיים בנושא זה, שבמרכזם סוגיית סיטומתא שבתלמוד הבבלי. לאחר בירור לשוני וריאלי של המונח "סיטומתא", תנותח הסוגיא כולה על רבדיה. בהמשך, נסקור את דברי הגאונים המתייחסים לסוגיית סיטומתא, ונעמוד על הפרשנויות השונות, הן הישירה והן זו המרחיבה, שניתנו לסוגיא זו על ידי ראשונים ואחרונים.

הפרשנות המרחיבה לדין סיטומתא איפשרה לפוסקי ההלכה הראשונים והאחרונים לעגן באמצעות דין זה את תוקפן ההלכתי של דרכי קניין רבות ושונות, אשר נהגו הסוחרים להשתמש בהן כדי לגמור עיסקאות. נעמוד על הדרכים שבהן "קלטו" פוסקי ההלכה כל אחת מדרכי קניין אלו ועל חילוקי הדעות שנתעוררו, במידה ונתעוררו, באשר לכך. כל זאת, תוך הטיית אוזן למציאות המשפטית והריאלית-היסטורית שברקע, ותוך מעקב אחרי גילגולם של מוסדות משפטיים ומנהגים נוכריים, ואופני חדירתם אל ספרות ההלכה לסוגיא: ספרות הפירושים והחידושים, ספרות הפסקים, ובראש ובראשונה, ספרות השאלות והתשובות.

פרק נוסף בחיבורנו ייוחד לבירור הבסיס המשפטי של דין סיטומתא לאור דבריהם של ראשונים ואחרונים, ולשאלה הנגזרת במידה רבה מנושא זה, אם כי לא רק ממנו, האם תוקפו של קניין סיטומתא הינו מדאורייתא או מדרבנן. הפרק העשירי והאחרון, הקובע שער לעצמו, יוקדש לעיון משווה בין המשפט הישראלי ושיטות משפט נוספות לבין המשפט העברי. בפרק זה תיבחנה סוגיות הנוגעות למנהג ולמעמדו, אשר כמה מהן נדונו במהלך החיבור.

בעומדנו בראשית העבודה היה עלינו לקבל החלטה עקרונית בדבר היקפה. בחרנו לערוך את המחקר למן תקופת התנאים ועד ימינו ולא להציב את גבולו בסוף תקופת הראשונים. שתים הן הסיבות לכך; הראשונה שבהן נעוצה בחשיבות שיש לנושא חיבורנו מבחינת השלכותיו לימינו. כפי שניווכח, בכוחו של קניין סיטומתא לפתור בעיות קשות בתחום דיני הקניין במשפט העברי. בעיות אלו דרשו התמודדות מאז ומעולם, אך בימינו, על רקע העובדה כי רוב הציבור היהודי אינו רואה עצמו מחוייב להלכה, נחוצה התמודדות זו אף ביתר שאת. בדין סיטומתא יש כדי לסייע בגישור בין מערכת דיני הממונות במשפט העברי, ודיני הקניין בכללם, לבין המערכת המשפטית האזרחית הנהוגה במדינת ישראל. תרומה

חשובה בכיוון זה יש לבתי הדין הפרטיים לדיני ממונות, אשר הוקמו בשנים האחרונות ברחבי המדינה ואשר זוכים להיענות יפה מצד הציבור. בתי דין אלו ברבים מפסקי דיניהם, כמו גם בתי הדין הרבניים הממלכתיים, מעניקים תוקף לדברי חקיקה שונים בענייני ממון של מדינת ישראל, על יסוד "מנהג המדינה" ודין סיטומתא.

הסיבה השניה לבחירה דלעיל הינה, כי מנהגים מטיבם, ומנהגי הסוחרים בכלל זה, משתנים בחלוף העתים, פושטים צורה ולובשים צורה. מעקב אחר מנהגים לאורך תקופת זמן ארוכה, כך הנחנו, עשוי להניב מימצאים מעניינים, אשר לא ניתן לעמוד עליהם אם מגבילים את המחקר לטווחי זמן קצרים יותר.

בחירת גבולות ה"אורד" של החיבור, כמוסבר לעיל, הביאה מטבע הדברים להצרת גבולות ה"רוחב" שלו. בשל קוצר המצע, לא יכולנו לכלול בחיבור זה כמה מן העניינים שבהם עסקנו במהלך המחקר, הנגזרים משאלת היקפו של דין סיטומתא. עם זאת, חשוב לציין כי מבדיקת חלק ניכר מן החומר העוסק בעניינים אלו עולה, כי אין בהם כדי לשנות את התמונה הכללית העולה מחיבורנו. חיבור זה מתמקד בשורשים ובגזע של דין סיטומתא. הנושאים שאינם כלולים בחיבורנו, ואשר יפורטו להלן, אינם אלא בבחינת ענפים המתפצלים מן הגזע ויונקים, במידה רבה, את היותם משורשיו, שורשים אשר פורטו ונתבארו בחיבור זה.

העניינים שאליהם נדרשנו במהלך המחקר ואשר לא יכולנו לכוללם בחיבור זה הינם: האם יש תחולה לדין סיטומתא לגבי מנהגי הגויים וחוקיהם, ומה מעמדם של חוקי מדינת ישראל לעניין זה? והאם יש תוקף, מכוח דין סיטומתא, למנהגי הסוחרים בנסיבות "בעייתיות" מבחינת דיני הקניין?¹⁰ בנושאים אלו מקווים אנו לעסוק, ברצות ה', בעתיד.

¹⁰ כגון: הקנאת דבר שלא בא לעולם; הקנאת דבר שאין בו ממש ("קניין דברים"); קניין כסף במטלטלין; וכד'. כמה מן העניינים הללו אוזכרו במהלך החיבור, תוך הפניה למקורות העוסקים בהם. נציין כמה מהם: הקנאה באסמכתא מכוח דין סיטומתא - עמ' 272-274; הקנאת קרקע שאינה מסויימת מכוח דין סיטומתא - עמ' 275; תוקפו של קניין סיטומתא בדיבור - עמ' 264, הערה 208; הקנאת "מעות" (כספים) בקניין סיטומתא - עמ' 348-347, ובהערה 333. וראה עוד בעניינים שצוינו להלן, עמ' 272, בהערה 248.

שער ראשון

המנהג בדיני ממונות

פרק ראשון

המנהג - הגדרתו

מבוא

עבודתנו עוסקת במנהגי הסוחרים בדרכי הקניין, המקור לתוקפם וביסוסם המשפטי. יש מקום, אפוא, להגדיר תחילה, מה נכלל במונח "מנהג". פרק זה יוקדש לבירור הגדרת המנהג, ולאבחנה שבינו לבין מונחים קרובים אליו, תקנה הנהגות ומנהגות.¹

כבר העמידו חוקרים על כך, שאחת הבעיות המרכזיות בחקר המנהג הינה, כי "חסרים לנו הגדרה ברורה ומדוייקת למונח 'מנהג'".² ואמנם, הגדרה מפורשת שכזו אינה בנמצא, לא במקורות התלמודיים ואף לא במקורות בתר-תלמודיים. דרכנו תהא, אפוא, בבחינת ניסיון לשרטט קווים בשאלה זו, לאור בדיקת התייחסויות שונות למנהג המצויות במקורות, ולאור דברי חכמי הלכה וחוקרים בנושא זה.

1. הגדרת המנהג

א. המקורות התלמודיים

"מנהג" נגזר משורש נה"ג.³ במקרא מצאנו מילה זו רק במקום אחד, במשמעות של נהיגת סוסי הרכב.⁴ בלשון חז"ל, החל מן המקורות התנאיים, אנו מוצאים את המילה "מנהג"

¹ על המנהג במשפט העברי, המקור לתוקפו וכוחו, נכתב רבות, ראה: גולאק, **יסודי המשפט העברי**, ברלין תרפ"ב, חלק א, עמ' 28-30; חיים טשרנוביץ (רב צעיר), **תולדות ההלכה**, חלק א, עמ' 144-150; I. Herzog, *The Main Institutions of Jewish Law*, London and New York, 1965, כרך א, עמ' 20-23; אלוך, **המשפט העברי**, פרקים כא-כב; שציפנסקי, **התקנות בישראל**, כרך ד, קונטרס המנהגים בישראל; הרב י" טייטלבוים, **אוצר מנהגי חסידים - דרכי יואל**, מכון אהבת-שלום, ירושלים תש"ן, עמ' קלא-קפד, "מאמר על מנהגי ישראל"; שפרבר, **מנהגי ישראל**, ח"א, עמ' כ-ל; ח"ב, עמ' א-כב; מ' רפלד, י" תבורי, "המנהג שלוחותיו ומחקרו - ביבליוגרפיה", בתוך: שפרבר, **מנהגי ישראל**, ח"ה, עמ' רטו-שט; **פרדס אליעזר - פסח א'**,² מכון דמשק אליעזר, ברוקלין תשנ"ט, מבוא לתורת המנהגים, עמ' לט-קכא; הרב ש' גורן, **משנת המדינה**, ירושלים תשנ"ט, "כחו ומעמדו העל של המנהג", עמ' 172-180. וראה עוד בביבליוגרפיה שצויינה בסוף חיבורנו. לא באנו בפרק זה לחזור על דברים שכבר נאמרו אלא בעיקר לעמוד על כמה היבטים הנוגעים להגדרת המנהג אשר טרם זכו לדיון מקיף.

² רפלד ותבורי, **שם**, עמ' רכ. וראה שם, בהמשך הדברים.

³ שורש נה"ג שכיח במקרא במשמעות: להוביל ולהוליך (בעיקר בהמה). במקום אחד בלבד מצוי שורש זה במשמע של עשיית פעולה מתמשכת: "ולבי נהג בחכמה ולאחז בסכלות" (קהלת ב, ג). ראה: א' אבן-שושן, **קונקורדנציה חדשה לתנ"ך**,³ ירושלים תשמ"א, "נהג", עמ' 744; א' בן-יהודה, **מילון הלשון העברית הישנה**

במשמע "הדרך והאופן איך אדם נוהג".⁵ לא מצאנו במקורות התנאיים ולא בתלמודים הגדרה למנהג, אך דומה שעולה מהם, כי מדובר ב"פעולה... שהולכים ומתמידים בה, ועובדת קיומה של פעולה מסויימת זו מוכחת ובלתי מעורערת".⁶

ב. תקופת הגאונים

חוסר ההגדרה למנהג מאפיין ככלל גם את תקופת הגאונים. "על אף חשיבותו של המנהג בתקופת הגאונים, אין אנו מוצאים בספרות הגאונים משנה סדורה בכל הקשור לקבטיו השונים של המנהג, להגדרתו ולמעמדו... במקורות הגאונים לא נמצאה הגדרה פורמלית למנהג".⁷ עם זאת, במקומות רבים מוצאים אנו בדברי הגאונים התייחסות לטיב של המנהג או למקום שבו הוא נוהג, דוגמת: "מנהג מפורסם",⁸ "מנהג קבוע",⁹ "מנהג שתי ישיבות",¹⁰ "מנהג בבבל",¹¹ וכדומה.

והחדשה, ירושלים [1948], "נהג", כרך ז, עמ' 3548. זו, ככל הנראה, משמעות מושאלת ומאוחרת של השורש, הקרובה למשמעות שניתנה לשורש זה בלשון חז"ל. קירבתו של ספר קהלת ללשון חז"ל ידועה היא, ראה: מ' זר-כבוד, מבוא לקהלת, בתוך: **חמש מגילות עם פירוש דעת מקרא**, הוצאת מוסד הרב קוק, ירושלים תש"ן, עמ' 18-13.

⁴ "והמנהג כמנהג יהוא בן-נמשי כי בשגעון ינהג" (מלכים ב, ט, כ). בן יהודה, **שם**, סובר כי שורש נה"ג בפסוק זה משמש במשמעות דומה לזו המופיעה בקהלת (המשמעות המושאלת). ברם לדעתנו אין הדבר כן, ושם המשמעות היא של נהיגת הרכב והסוסים, בדומה למשמעות המקורית במקרא. כך פירש גם בדעת מקרא, מלכים שם, וכן אבן-שושן, **שם**, "מנהג".

⁵ בן יהודה, **שם**, "מנהג", כרך ו, עמ' 3087.

⁶ אלוך, **המשפט העברי**, עמ' 717. והשווה להגדרותיהם של גולאק, **יסודי המשפט העברי**, ח"א, עמ' 28: "המנהג הוא דבר המקובל על בני מקום ידוע לעשותו, שיש לו ערך הדין"; ושל שציפנסקי (**לעיל**, הערה 1), עמ' א: "ע"פ רוב משתמשים במונח 'מנהג' לדבר שלא הוקבע בדת ישראל בתורת תקנה אלא שכך נהוג למעשה".

⁷ ג' ליבזון, "מנהג כגורם מגשר בין הלכה לבין כלכלה בהלכה היהודית ובהלכה המוסלמית בתקופת הגאונים", **דת וכלכלה - יחסי גומלין**, עורך מ' בן-ששון, הוצאת מרכז זלמן שזר, ירושלים תשנ"ה, עמ' 268-269. וראה גם דברי צ' גרונר, **רב האי גאון ודרכו בהלכה**, עבודת דוקטור, ירושלים תשל"ד, עמ' 135: "קשה להציב גבולות ולהגדיר במדוייק מה שראה רה"ג כמנהג. לא מצאנו אצלו הגדרה ברורה ל'מנהג' (במשמעותו ההלכתית)". יחסו של רב האי גאון למנהג נדון באריכות **שם**, עמ' 135-191. לעומת זאת, בספרו *The Legal Methodology of Hai Gaon, California, 1985*, דן גרונר בעניין זה בקיצור רב. ראה **שם**, עמ' 16-19.

⁸ ראה: ש' אסף, תשובות הגאונים, ירושלים תש"ב, עמ' 180.

⁹ ראה: תשובות הגאונים, הרכבי, ס' שפט; אוצה"ג, מגילה, חלק התשובות, ס' קעב.

¹⁰ ראה: אוצה"ג, ברכות, ס' סא, רכז, רצה.

¹¹ ראה: אוצה"ג, שם, ס' מא.

יתכן, שהעדר ההגדרה יש בו כדי להצביע על כך, כי היה ברור לכל מהו מנהג, וכי לא התעוררו בדרך כלל מחלוקות בעניין זה. ואמנם, בתשובת גאון אנונימית, שבה הועלתה דעה שלא תאמה להגדרה המקובלת, נדרש המשיב לדיון בהגדרת "מנהג המדינה". התשובה עוסקת בשותף שמכר באשראי, בלא לקבל את הסכמת שותפו, והפסיד. הועלתה הטענה,¹² כי אם נהגו אפילו "מקצת תגרי" למכור באשראי - יכול השותף לעשות כן בלא רשות שותפו, בטיעון שכך הוא מנהג המקום. המשיב דוחה טענה זו:

והא נמי פריכא, דמנהג המדינה לאו היכא דאיכא דעאבדין ואיכא [ד]לא עאבדין [=לא במקום שיש שעושים ויש שאינם עושים], ואו [=ואי] לא תימא הכי, האיכא בכל מדינה מאן דחזו לאבד ממונן ולמישדייה בכמה מיני סכנות... ואם כן, ליהוי האי נמי מנהג המדינה? אבל ודאי, או הוא תגרותא כולה בהוא אתרא או נמי הוא שוקא סתם, מנהג דכולי עלמא התם למיהב באשראי, ואו [=ואי] איכא דלא יאהיב באשראי, מיחזי כמשנה מן המנהג, ודאמי [=ודומה] כיחיד שבטלה דעתו אצל כל אדם.¹³

לדעת הגאון, אם כן, "מנהג המדינה" הינו מעשה הנוהג על ידי כל בעלי אומנות אחת באותו מקום או על ידי כל המצויים בשוק מסויים. יחידים הנוהגים באופן חריג אינם פוגעים בקיומו של המנהג.¹⁴

ג. תקופת הראשונים והאחרונים

בתקופת הראשונים אנו מוצאים התייחסות הן למידת התפשטותו של המנהג והן לתדירותו. כך, למשל, כותב הרמב"ם, כי על המנהג להיות "פשוט בכל המדינה",¹⁵ ובמקום

¹² טענה זו מובאת בשם "ואיכא נמי דהוה אמרין". לא ברור מן הדברים, האם הכוונה לדברי חכמים שדנו בכך או שכך סבור חלק מן הציבור. נטייתנו היא לאפשרות השניה.

¹³ תשובות הגאונים, הרכבי, סי' ריג (ההוספות בסוגריים וההדגשה שלי - ר"ק). הלכה זו מופיעה גם אצל הראשונים. ראה: העיטור, אות ש שיתוף (מהד' רמ"י, דף מב, ע"א), בשם הגאונים; רמב"ם, שלוחין ושותפין ה, א, וראה כסף משנה, שם; שו"ת הרא"ש, כלל פט, סי' יד. הלכה זו אינה מוסכמת על הכל. מצד אחד, מצאנו דעה בגאונים, ולפיה כל זמן שלא אסר זאת אחד השותפים במפורש, מותר לכל שותף למכור באשראי (תשובות הגאונים שערי צדק, ח"ד, שער ח, סי' ד). מצד שני, לדעת הר"י, "המכירה באשראי פשיעה היא... ואע"פ שאנשי המדינה מוכרין כך [באשראי - ר"ק] - אין זה המנהג מועיל אלא אם התנו שלא ימכור אחד מהם אלא לאשראי" (שו"ת הר"י, לייטער, סי' קצא).

¹⁴ לביאור דברי הגאון הנ"ל, ראה עוד להלן, בסמוך להערה 22.

¹⁵ רמב"ם, אישות כג, יב.

אחר, "שדבר שאינו מצוי אין בו מנהג".¹⁶ דרישת התפשטותו של המנהג מופיעה גם בראשונים נוספים.¹⁷

הריב"ש (ספרד-אלג'יר, המאה ה-14) נשאל ביחס לפטור של חזן מתשלום מסים. הוא פוסק, כי מן הדין הוא חייב במסים כשאר בני העיר, אך אם יש מנהג בעיר לפטור חזנים מתשלום המס, הרי שהולכים אחר המנהג. הריב"ש קובע, כי קיומו של המנהג צריך להיות ברור, וכי הדרישות להוכחת המנהג תלויות, מטבע הדברים, בעניין הנדון. ובנידון החזן:

צריך שיהיה המנהג ברור לפטור, אם בהסכמת [=תקנת] הקהל או שנהגו כן משנים קדמוניות, ונהגו לדון ע"פ המנהג ההוא. דהא לא דמי למנהג פועלים, שכמה פועלים נשכרים בכל יום, ויכול אדם לראות איך נוהגים. אבל בפטור החזן, שאין בעיר כי אם חזן אחד, איך יקרא מנהג מה שלא שאלו מס לחזן אחד או שנים, אלא אם כן ידוע ומפורסם בעיר, שמחמת מנהג העיר לפטור החזנים פטורים.¹⁸

הרי לנו, שהמנהג צריך להיות "ברור", אך לאו דווקא עתיק.¹⁹ משך הזמן הנדרש לשם הפיכת פעולה מסויימת למנהג נגזר, אפוא, ממידת שכיחותה. על כך שכדי שייקבע מנהג לא די בפעם או פעמיים אלא צריך שינהגו כן לפחות ג' פעמים עומדים גם ראשונים ואחרונים נוספים.²⁰

בעקבות דברי הראשונים והאחרונים הנ"ל נוקטים גם הפוסקים ובתי הדין הרבניים בימינו, כי על המנהג להיות "פשוט בכל המדינה", כדברי הרמב"ם, ו"שכיח ונעשה הרבה פעמים", כרמ"א.²¹

¹⁶ רמב"ם, שחיטה יא, יג, ביחס להלכה שאין לחוש לריאה שאבדה בשחיטה.

¹⁷ ראה, למשל: שו"ת הרא"ש, כלל עט, סי' ד.

¹⁸ שו"ת הריב"ש, סי' תעה (מהד' מכון ירושלים, תשנ"ג, ד"ה ובנדון זה, עמ' תרצט). דברי הריב"ש הובאו להלכה על ידי הרמ"א בהלי שכירות פועלים, חו"מ שלא, א: "ואינו קרוי מנהג אלא דבר השכיח ונעשה הרבה פעמים, אבל דבר שאינו נעשה רק פעם אחת או שני פעמים - אינו קרוי מנהג".

¹⁹ על הדרישה ליעתיקות המנהג" בשיטות המשפט השונות, ראה להלן, עמ' 351-353.

²⁰ ראה: שו"ת מהרי"ק, סי' מד; שו"ת תרומת הדשן, סי' שמב (מהד' שי' אביטן, ירושלים תשנ"א, עמ' רצא); ועל פיו בשו"ת משאת בנימין, סי' ז; שדי חמד, כללים, מערכת המ"ם, בתחילת כלל לו.

²¹ כך נפסק בעניין פיצויי פיטורין על ידי הרב עוזיאל, ובעקבותיו על ידי בית הדין הרבני (צויין על ידי אלון, **המשפט העברי**, עמ' 753-754), וראה עוד: [חסר מס' תיק] (ירושלים), פד"ר ד, 126, בעמ' 128-129. וכך גם בעניינים נוספים, ראה למשל: תיק 3212/תשי"ג (ת"א - יפו), פד"ר א, 201, בעמ' 210 - המנהג לפסוק כרמב"ם, שאשה נאמנת בטענה שאינה רוצה לגור עם משפחת בעלה, כי מצירים לה; הרב א"ח שרמן, "מנהג המדינה

ד. מנהג - של "כל" או של "רוב" בני המקום

ש' אלבק מסיק מתשובת הגאון שהובאה לעיל,²² כי "מנהג [בדיני ממונות - ר"ק] מחייב את היחיד, רק כשכל בני המדינה נוהגים לפיו, ומי שאינו נוהג כן הוא משונה ובטלה דעתו אצל כל אדם. אבל מנהג **רוב** בני אדם בלבד נוהגים לפיו, אינו מחייב את היחיד המתנגד, אלא אם כן הוא נעשה בתקנה מפורשת על ידי הקהל, בית דין, או חכם".²³ ברם, ספק אם אמנם לכך נתכוון הגאון. יתכן, כי גם לדידו די ברוב, ומה שאמר: "ההוא תגרותא כולה... מנהג דכולי עלמא" - לא נתכוון ל"כל" דווקא, ולא בא אלא לשלול את הטענה שהועלתה, כי די במנהג שנהגו "מקצת" התגרים.²⁴

אמנם, שנים מחכמי טורקיה האחרונים פוסקים במפורש, כי המנהג הממוני מחייב רק אם נהגו בו "הכל", וכי לא די ב"רוב". הראשון שכותב כן מדעתו הוא ר' יוסף ו' עזרא (שאלוניקי, המאה ה-16) בספרו משא מלך. לדבריו, המנהג "בדיני הממון... צריך שיהגו בו **כל העיר בכללה**, אבל אם **הרוב** נוהגים בו ולא המעוט, אין יכולין לכופ את היחיד בו, כיון שאין הולכין בממון אחר הרוב, ויכול לומר אנא מהך דלא נהיגי הכי אנא".²⁵

בדעה זו נוקט גם ר' רפאל יוסף חזן (איזמיר-ירושלים, מאות 18-19).²⁶ ברם, אלו הן דעות חריגות. הדעה המקובלת בקרב הראשונים והאחרונים הינה, כי המנהג נקבע על פי רוב בני המקום.²⁷

ביחסי עובד ומעביד", **תחומין יח** (תשנ"ח), עמ' 240 (פסק דין) - זכויותיו של עובד בהתאם להסכם קיבוצי הינם בגדר "מנהג פשוט במדינה".

²² ראה **לעיל**, בטקסט הסמוך להערה 13.

²³ אלבק, **דיני הממונות בתלמוד**, עמ' 225 (ההדגשות שלי - ר"ק). על שיטתו של אלבק ביחס לרוב, מיעוט ויחידים בדיני הממונות, ראה: **שם**, עמ' 203-231.

²⁴ אלבק, **שם**, טוען כי כדבריו מוכח גם מתשובת הרי"ף, **לעיל**, הערה 13. ברם, ספק אם ניתן להוכיח כן מדברי הרי"ף, **שם**.

²⁵ משא מלך, נעילת שערים, מנהגי ממון, השרש הד', דף סג ע"ג (מהד' י"ש שפיגל, ירושלים תשמ"ט, עמ' רכח).

²⁶ שו"ת חקרי לב, חו"מ, סי' קיא, דף קסה, ע"ב, ד"ה אלא דאכתי (מהד' ד' ביטון, ירושלים תשנ"ח, חו"מ, ח"ב, עמ' פא, ד"ה אלא וד"ה אד). בעל חקרי לב מזכיר בסימון זה כמה פעמים את דברי משא מלך, ויתכן שגם דבריו בעניין הנדון נאמרים בעקבותיו. הוא טוען שם, כי כדבריו עולה מדברי הרמ"ך המובאים בשיטה מקובצת, ב"מ, ראש פ"ז, ברם לדעתנו אין הוכחה משם.

²⁷ ראה, למשל: נימוקי יוסף, ב"מ, ראש פ"ז (נב, ע"א מדפי הרי"ף) בשם רשב"א ור"ן, וכך נפסק ברמ"א, חו"מ שלא, א (צויינו בפרדס אליעזר, **לעיל**, הערה 1, עמ' עג-עד); שו"ת אגרות משה, חו"מ, סי' עב. וראה עוד בעניין זה: שדי חמד, כללים, מערכת המ"ם, כלל לז, עמ' 248, ד"ה ומנהג שלא.

2. תקנה, מנהג, הנהגות ומנהגות

א. תקנה ומנהג - השוני ביניהם וחילופי המונחים

קיים הבדל עקרוני בין מנהג לתקנה. בעוד שמנהג הינו יצירה ספונטאנית, המתהווה במשך הזמן, על ידי פעולה חוזרת ונשנית של הציבור, הרי שתקנה²⁸ הינה מעשה חקיקה מכוון ויזום, המבוצע על ידי גוף בעל סמכות הלכתית, בפעולה חד פעמית.²⁹

עם זאת, כבר במקורות תנאיים ואמוראיים אנו מוצאים חילופין בין המונחים "תקנה" ו"מנהג".³⁰ היינו, פעמים נזכרת לשון "תקנה" וכוונת הדברים ל"מנהג",³¹ ופעמים להיפך. חילופין בין מונחים אלו מצויים גם במקורות מאוחרים יותר, הן בתקופת הגאונים,³² והן אצל הראשונים.³³

²⁸ על התקנה, הגדרתה ומהותה נכתב רבות במחקר, ואין כאן מקומו. במסגרת חיבור זה לא נזקקנו לנושא התקנה אלא מקום שהדבר היה דרוש לענייננו.

²⁹ על ההבדל בין מנהג ותקנה, ראה: אלון, **המשפט העברי**, עמ' 391; י' ברודי, "כלום היו הגאונים מחוקקים?", **שנתון המשפט העברי** יא-יב (תשמ"ד-תשמ"ו), עמ' 280; הנ"ל, *The Geonim of Babylonia and the Shaping of Medieval Jewish Culture*, New Haven & London, 1998, pp. 62-64; מ' הכהן, **ליד המעיין**, ירושלים תש"ן, עמ' 216-221, "מנהג תקנה ומצוה", בעמ' 221.

³⁰ ראה: אלון, **המשפט העברי**, עמ' 404, הערה 78; שציפנסקי (**לעיל**, הערה 1), עמ' ב, ובהערה 9. גם המונחים "הלכה" ו"מנהג" מתחלפים לעתים, הן בתלמוד והן אצל גאונים וראשונים, ראה: אלון, **שם**, עמ' 717-719; מ' חבצלת, "על המנהג בספרות הגאונים", **פרקים** ג (תשכ"ג), עמ' 98, בסמוך להערה 11. גם אצל פילון האלכסנדרוני, בן דורם של הלל ושמאי, אנו מוצאים כי התורה שבעל פה, קרי "הלכה", מכונה במלים "אגראפוס נומוס" (מילולית: החוק הבלתי-כתוב), שפירושו: "מנהג, מנהגי אבות". ראה: נ' כהן, "אגראפוס נומוס" בכתבי פילון - בדיקה מחודשת", **דעת** 15 (תשמ"ה), עמ' 5-20, במיוחד בעמ' 12-13.

³¹ יש לציין, כי לפועל תקיין ישנן, כבר בתלמוד, הוראות נוספות מלבד להנהיג, כגון: לסדר ולערוך, לפרסם, ועוד. עובדה זו מקשה עוד יותר על הסתמכות על לשון "תקנה", או על הפועל "תיקן" על נטיותיו השונות, כאמצעי זיהוי למעשה חקיקה. ראה: א' שוחטמן, "לדרך קביעתן של תקנות הגאונים ולמהותה של הוראת הגאונים בדיון יקים ליה בגווה", **שנתון המשפט העברי** יא-יב (תשמ"ד-תשמ"ו), עמ' 657, והערה 12; ברודי במאמרו (**לעיל**, הערה 29), עמ' 285-286, ובהערה 31 שם.

³² ראה: גרונר, עבודת דוקטור (**לעיל**, הערה 7), עמ' 136-137; ליבזון (**לעיל**, הערה 7), עמ' 269.

³³ ראה למשל בחידושי הרמב"ן, ב"ב ב, ע"א, ד"ה מתני': "אם היה שם מנהג ידוע לשותפין, כגון שהתנו עליו אנשי העיר במעמד כלן", הרי שכינה תקנה ("תנאי") של אנשי העיר "מנהג ידוע"; שו"ת רשב"א, ח"ב, סי' רסח, ד"ה ויש מנהג: "והמנהג בעניני דיני הממונות, כל מנהג שהנהיגו ביניהם בני המדינה בהסכמת גדוליהם היא הסכמה... וכדגרסינן: רשאיין בני העיר... ולהציע על קיצתן". "המנהג" כאן מובנו תקנה - תנאי בני העיר, ולכן הביא את הברייתא מב"ב ח, ע"ב. מנהגי ממון נדונים על ידי הרשב"א שם, להלן. [חבצלת (**לעיל**, הערה 30), עמ' 98-97, כותב כי אמירת ברוך שם כבוד מלכותו לעולם ועד בקריאת שמע מתוארת על ידי הרמב"ם במשנה תורה

ב. הנהגות ומנהגות

י' ברודי עומד, ביחס לתקופת הגאונים, על האבחנה שבין "מנהג" ו"הנהגה". בעוד ש"מנהגים" מקורם בציבור, הרי ש"הנהגות" הינן "נסיונות מכוונים של חכמים מסויימים לגרום לכך שחידוש מסויים יתקבל גם אצל אחרים, ולא יישאר בגדר התנהגות פרטית שלהם", או במלים אחרות: "יצירה מכוונת של מנהגים"³⁴. לדעת ברודי, לכך כנראה התכוון הרמב"ם בדברו בכמה מקומות על סמכות חכמים - נוסף על התקנת תקנות - "להנהיג מנהגות"³⁵.

ואמנם, הרמב"ם מזכיר בכמה מקומות "גזירות, תקנות ומנהגות"³⁶, אך לא ביאר בשום מקום בחיבוריו, ככל הידוע לנו, מה הן בדיוק "מנהגות" ומה בין "לתקנות"³⁷ גם י

(הל' קריאת שמע א, ד) כמנהג, ובפירוש המשניות (פסחים, פ"ד, מ"ט) כתב לגביה "תקנו". אך יעויין בפיהמ"ש שם, שלא נזכרה שם לשון "תקנה" (לא בכתב היד ולא בנדפס, ראה מהד' קאפח)).

יתכן שהיה בחילופין הנ"ל שבין המונחים כדי לתרום לגיבוש תפיסתו של הרי"ף, ובעקבותיו ראשונים נוספים, כי יש תוקף למנהג רק כאשר הותקן כתקנה. ואמנם, בדברי הרי"ף (שו"ת הרי"ף, לייטער, סי' יג) ניתן לחוש בקלות שבה מתחלפים המונחים מנהג ותקנה זה בזה: "עיקר המנהג שעושין על פיו והוא, שרוב הקהל יתייעצו עם זקני הקהל ויתקנו תקנה... זהו המנהג". על שיטתו של הרי"ף ראה בהרחבה להלן, עמ' 56-61.

³⁴ הציטוט הראשון - ברודי במאמרו (לעיל, הערה 29), עמ' 283, והשני - שם, עמ' 280. וראה להלן, על ההבדל שבין מנהגות לבין תקנות. יתכן שהמונח "הנהיג" משמש במובן האמור כבר בירושלמי. מונח זה מצוי במקורות תנאיים ואמוראיים, "הנהיג ר' פלוני לעשות מעשה פלוני/כדעה פלונית" (למשל: תוספתא, תענית א, יג; שם, ביצה (יום טוב) ב, טו; ירושלמי, דמאי פ"ב, ה"ה, כג ע"א; ועוד). ברם, רק בתלמוד הירושלמי, בעניין אחד, נקבע כי "הנהגה" זו אין לה תוקף של "הלכה" (בעוד שבשאר המקומות יתכן בהחלט ש"הנהיג" משמש במובן "התקין"). ראה: "רבי בא ר' ירמיה בשם רב רבי סימון בשם רבי יהושע בן לוי: הלכה כרבן שמעון בן גמליאל. רבי חונה רבה דציפורין אמר: הנהיג רבי חנינה בציפורין כהדא דרבן שמעון בן גמליאל. לא אמר אלא הנהיג, הא להלכה - לא" (ירושלמי, שקלים, פ"א ה"א, מו ע"א. והמקבילה שם, מגילה, פ"א ה"ה, עא, ע"א). גם כאן יתכן, כי במקורן לא נחלקו שתי המסורות האמוראיות בתוכן אלא בלשון, ברם בעל הסוגיא הבין כי המחלוקת הינה תוכנית.

³⁵ ברודי, שם, עמ' 280, הערה 7. כל דיוננו כאן מתמקד במונח "מנהגות" כשהוא מופיע לצד גזירות ותקנות. אמנם, המונח "מנהגות" מופיע במשנה תורה גם במובנים אחרים, כגון: מנהגי העם (למשל: מגילה ג, יד) או דרכי הנהגה והתנהגות (למשל: דעות ד, כ-כא; ה, ה). על מעמדו של המנהג בדיני ממונות אצל הרמב"ם, ראה להלן, עמ' 61-62. על הבסיס המשפטי למנהג בדיני ממונות לשיטתו, ראה להלן, עמ' 289-290.

³⁶ בהקדמתו לפירוש המשנה, מהד' קאפח, ירושלים תשכ"ג, עמ' יב: "והחלק החמישי הם הדינים שנעשו בדרך העיון להסדרת הענינים שבין בני אדם... והם שקוראים אותם חכמים תקנות ומנהגות... ותקנות אלה רבות מאד...". בהקדמתו למשנה תורה, מהד' קאפח, ירושלים תשמ"ד, עמ' מה: "וכל בית-דין שעמד אחר התלמוד בכל מדינה ומדינה, וגזר או התקין או הנהיג לבני מדינתו... לא פשטו מעשיו בכל ישראל". וראה שם, עמ' מד, מז; בהל' ממרים א, ב-ג (מהד' קאפח, ירושלים תשנ"ו, סע' ד, ו), ראה להלן, הערה 39. שלישיית המונחים הנ"ל נזכרת (בסדר פנימי בלתי קבוע) במקומות הנ"ל ביחס לחכמי התלמוד וכן ביחס לכל בית דין שעמד אחרי התלמוד.

טברסקי, המקדיש מקום נכבד לדיון במקומו של המנהג ב'משנה תורה', אינו נדרש למונח "מנהגות"³⁸.

בדרך שונה מזו של ברודי בביאור המונח "מנהגות" ברמב"ם הולך הרב ר' ערוסי, המציע:

שגם אם נניח שהמנהג להבדיל מתקנה וגזירה לא בהכרח שהוא מתחיל מבית הדין, אלא כהתפתחות התנהגותית דתית שהתפתחה בקרב העם. וגם אם נניח שיש מנהגים שביה"ד הפכו אותו [צ"ל: אותם] לתקנות או לגזרות, בכל זאת המנהג שהוא עדיין מנהג, בית הדין הוא זה שיתן לו את הליגיטימציה, או יבטלנו כמנהג מוטעה. ואולי לכך נתכון הרמב"ם כשכתב את סמכות ביה"ד "או שיניחו העם המנהג זה [צ"ל: הזה]³⁹" (ממרים, א, ג).⁴⁰

³⁷ ראה בהקדמתו לפירוש המשנה, שם, שמסביר מה הם גזירות (החלק הרביעי), ואחר כך כולל תחת הגדרה אחת "תקנות ומנהגות" (החלק החמישי), אך אינו מבאר מה בין שני מונחים אלו. יתר על כן, בהמשך מתעלם הרמב"ם לחלוטין מ"מנהגות", ומביא דוגמאות רק לסוגים שונים של "תקנות". גם כשחוזר הוא וכולל את חמשת החלקים מזכיר רק "תקנות" ולא "מנהגות": "נמצא שכלל הדינים האמורים במשנה נחלקים לפי חמשה חלקים אלה... ומהם גזרות, ומהם תקנות".

³⁸ ראה: י' טברסקי, **מבוא למשנה תורה לרמב"ם**, תרגום מאנגלית: מ"ב לרנר, ירושלים תשנ"א, במיוחד בעמ' 105-98. וראה דבריו שם, עמ' 102: "את סוגי 'המנהג' המובאים בספר 'משנה תורה' ניתן לסכם בקיצור נמרץ כך: יש 'מנהג נביאים', יש 'מנהג חכמים', יש 'מנהג של כל ישראל', יש 'מנהג העם' ויש 'מנהג' סתם ('נהגו'). שלושת הסוגים הראשונים שייכים לקבוצת המנהגים האוניברסאליים. על אופיו של 'מנהג העם' יש לדון בכל מקרה לגופו, ואילו 'מנהג' סתם משקף, בדרך כלל, נוהג מקומי". ויש להוסיף על דבריו את "מנהג המדינה", הנזכר ברמב"ם בכמה ובכמה מקומות (צויינו על דינו להלן, עמ' 289, הערה 1). טברסקי כותב (שם, עמ' 39) כי אין מטרת חיבורו לעסוק בעניינים מיוחדים במשנת הרמב"ם, וביניהם מעמד המנהג. אמנם, שם, עמ' 101-102, הוא מדבר על "יחסו של הרמב"ם אל המנהג בכלל", ואף מצטט בהרחבה את דבריו בהקדמתו למשנה תורה שאיזכרנו לעיל, בהערה 36.

³⁹ כך בנדפס. ובמהד' קאפח שם: "על מנהג זה", וכך לשון הרמב"ם שם (על פי מהד' קאפח): "וכן הגזרות והתקנות והמנהגות, אם ראו מקצתן שראוי לגזור גזרה או לתקן תקנה זו או שיניחו העם על מנהג זה...". הרב ערוסי הבין, שביה"ד מניח, היינו: מתיר לעם להמשיך במנהגם. ברם דומה, בפרט לפי הגירסא "על מנהג זה", שכוונת הרמב"ם היא, כי ביה"ד מנחה ומורה לעם לנהוג בדרך מסויימת. חיזוק לכך ניתן למצוא בדבריו בהל' ממרים, שם, הל' ב: "אלו הגזרות והתקנות והמנהגות שיוורו בהם לרבים...". הרי לנו, שגם ביחס ל"מנהגות" יש הוראה של בית הדין. התלבטות דומה קיימת גם ביחס לדברי רש"י על הביטוי "ערבה מנהג נביאים" - "הנהיגו את העם ולא תקנו להם". ראה: פרדס אליעזר (לעיל, הערה 1), עמ' מ-מב.

⁴⁰ הרב ר' ערוסי, "המקור לתוקף המנהג", בית יצחק כג (תשנ"א), עמ' 197 (ההוספות בסוגריים שלי - ר"ק).

הרב ערוסי הבין, אפוא, מדברי הרמב"ם בהל' ממרים, כי "מנהגות" הם מנהגים שהחלו ביוזמת העם, ואשר בית הדין החליט לאשרם, כמנהגים ולא כתקנות.⁴¹ דרך שלישית בהבנת המונח "מנהגות" אצל הרמב"ם מצאנו אצל הגרי"ז סולובייצ'יק. הוא דן בשאלה מדוע אין מברכים, לדעת הרמב"ם, על מנהג. לדעתו, "דין מנהגות הוא ככל דברי סופרים", וזה שאין מברכים על מנהג, כי "רק על מצוות מברכים":

וכן הוא מבואר בלשון הרמב"ם בכל מקום, דקחשיב לתקנות ומנהגות בתרתי [=כשני דברים נפרדים], אף דחובת שתיהן שוה - דתרווייהו בלא תסור קיימי,⁴² ונעשין רק על פי ב"ד הגדול בלבד. אלא משום דבעיקר התקנה מתחילה חלוקין הן, דאלו תקנום בתורת מצות ודינים מחודשים מד"ס [=מדברי סופרים], ואלו תקנום שינהגו בהן בתורת מנהגות.⁴³

לדעת הגרי"ז, "מנהגות" ניזומות על ידי בית הדין הגדול ולא על ידי העם (כדעת הרב ערוסי), ואין הן רק ניסיון להכוונת התנהגות העם (כדעת ברודי) אלא תקנה שהמפר אותה עובר ב"לא תסור".⁴⁴

בדרך אחרת הולך הרב י' קאפח בדברים שכתב לאחרונה:

לי נדמה, כי שניהם, גם מנהגות וגם תקנות, הם ע"פ בית דין, אלא שמנהגות במידי דעבידי דבטלי, ותקנות דלא עבידי דבטלי, כגון יום טוב שני של גלויות, שהרמב"ם מזכיר אותו מנהג.⁴⁵ ומזכיר אותו

⁴¹ גם בפרדס אליעזר (לעיל, הערה 1), עמ' מה, הובנו דברי הרמב"ם כמותיחיים למנהגים ש"נתאשרו" על ידי חכמי הדור. בדרך דומה הולך הרב ש' דוד, שו"ת נר לעזרא, ח"ג, עמ' עה. לדבריו, יש כאן "שילוב של שני הגורמים": העם נהג במקום מסויים ואחר כך הנהיגו חכמים בכל מקום, ואולי להיפך - חכמים הנהיגו "בהסתר, בצורה בלתי מחייבת, והמנהג נתפשט בעם, עד שהכל נהגו כך".

⁴² כך כותב הרמב"ם בהקדמתו למשנה תורה (מהד' קאפח, עמ' מד), וכך פסק בהל' ממרים א, ב.

⁴³ חדושי מרן רי"ז הלוי על הרמב"ם (לר' יצחק זאב הלוי סאלאווייצ'יק, אב"ד בבריסק - ירושלים), ירושלים תשל"ט, הל' ברכות, פי"א הל"ט"ז, ד"ה והנראה (התוספת בסוגריים שלי - ר"ק. תודתי נתונה למו"ר הרב אהרן כ"ץ, שהעמידני על דבריו). והשווה לדברים שהובאו בשם הגרי"ז בעניין זה בספר ליקוטי הגרי"ז, ח"ב, ירושלים תשנ"ב, עמ' יג (צויין אצל שפרבר, מנהגי ישראל, ח"ד, עמ' רסג).

⁴⁴ ואמנם, מדברי הרמב"ם בהקדמותיו (ראה לעיל, הערה 36) משמע, כי ה"מנהגות" הן כתקנות. ועדיין יש לעיין לדעת הגרי"ז, מה בדיוק גידרה של תקנת חכמים, אשר תיקונו "בתורת מנהגות" ולא "בתורת מצוות".

⁴⁵ ראה: רמב"ם, תלמוד תורה ו, יד; יום טוב א, כא: "זה שאנו עושין בחוצה לארץ כל יום טוב מאלו שני ימים מנהג הוא". וראה בביאור הרב קאפח, שם, אות נב, שהעיר על השימוש בשני המונחים, וסיים "ואין כאן המקום להאריך בזה".

תקנה⁴⁶. לי נדמה, מנהג - בזמן שהיו מקדשין ע"פ הראייה דעביד דבטל, וכפי שנהיה לאחר שחדלו לקדש ע"פ הראייה מהעדר סמוכים, ונהפך לתקנה, כי כולנו על החשבון סומכים, ולא היה לו מקום אלא משום הזהירו במנהג אבותיכם וכו'.⁴⁷

אין ספק, כי "מנהגות" אצל הרמב"ם נבדלות מ"מנהגים" דוגמת "מנהג העם" או "מנהג המדינה". עם זאת, לפי כל הדרכים שהוצגו לעיל, אין גם לזהות את ה"מנהגות" עם "תקנות". ההבדל בין האחרונות הינו, לדעת ברודי והרב ערוסי, ש"תקנות", להבדיל מ"מנהגות", כוללות בחובן אלמנט של חקיקה, קרי: הוראה המכוונת מלכתחילה לחייב את פוסקי ההלכה בעתיד. לעומתם, לדעת הגר"י סולובייצ'יק והרב קאפח גם "מנהגות" הינן חקיקה מחייבת, אלא שאופיין שונה מ"תקנות" חכמים רגילות.

עם זאת, כבר העירו חוקרים, כי לעתים מיטשטשת ההבחנה בין "הנהגה" לבין "תקנה", ושכבר בתלמוד מצאנו לשון "תקנה" בהוראה של "הנהגה" והדרכת העם בהתנהגותם.⁴⁸

3. "מנהג שלילי"

האם המושג ההלכתי "מנהג" שייך רק בהתנהגות חיובית או גם בהתנהגות שלילית, היינו: מנהג **שלא** לעשות פעולה כלשהי?

בעל שו"ת דבר אברהם (רבי אברהם דב כהנא שפירא, ליטא, מאות 19-20) דן⁴⁹ בדברי התוספות בקידושין, המסבירים כי כוונת הגמרא - באומרה, כי הדין ששטר מכר מוכר כותבו "הלכתא נינהו" - הינה, שדין זה הינו מנהג.⁵⁰ הוא מעלה אפשרות, כי מדאורייתא יכול גם (או רק) הקונה לכתוב את השטר, אך כיוון שנהגו שרק המוכר כותבו - כך הוא הדין. הוא דוחה אפשרות זו באומרו, שאם כן, היה צריך להועיל גם שטר מכר שכתבו הקונה:

שהרי לא מצינו שעקרו חכמים קנין שטר דאורייתא,⁵¹ ומה שנהגו דמוכר כותבו בודאי אינו בכדי עקירת קנין שטר דאורייתא, דלא

⁴⁶ ראה רמב"ם, קדוש החדש ה, ו: "נמצא יום טוב שני שאנו עושין בגליות בזמן הזה מדברי סופרים שתקנו דבר זה"; מגילה וחנוכה ג, ה: "ולמה מברכין על יום טוב שני והם לא תקנוהו אלא מפני הספק כדי שלא יזלזלו בו".

⁴⁷ מתוך מכתב ששלח אלי הרב יוסף קאפח, במענה לשאלתי בנדון, בחודש כסלו תשנ"ט (ההדגשות במקור).

⁴⁸ ברודי במאמרו (לעיל, הערה 29), עמ' 283-286, ובהערה 31.

⁴⁹ שו"ת דבר אברהם, ח"ב, סי' כ, אות א, ד"ה והיה אפשר.

⁵⁰ תוספות, קידושין ט, ע"א, ד"ה הלכתא.

⁵¹ כדרך שמצינו, לשיטת ר' יוחנן, שביטלו חכמים קניין כסף במטלטלין, שקונה מן התורה. ראה: ב"מ מז, ע"ב.

מצינו כח המנהג אלא למשווי קנין נוסף על קניני התורה, אבל לעקור קנין תורה לא מצינו, דמה שייד ע"ז [=על זה] מנהג?, **ועוד דלא שייד כלל מנהג על שלילה!**⁵²

הטעם הראשון לדחייה, ניתן להבינו מסברא. לא מצאנו אלא שהמנהג מחדש ומוסיף דרכי קניין (=סוגיית סיטומתא),⁵³ אך לא שהמנהג יכול לעקור ולבטל דרכי קניין שכבר נקבעו בתורה, שכן אין בכוחו של מנהג לעקור דין תורה.⁵⁴

ברם הדברים קשים, ובמיוחד נפלאו מאתנו דבריו בטעם השני לדחייה - "דלא שייד כלל מנהג על שלילה!" - שכן לדעתנו מפורש, הן בדברי תנאים והן בדברי אמוראים, כי יש תוקף ל"מנהג שלילי" לבטל אפילו "קניין תורה".

בדברי תנאים כיצד? שכך שנינו בברייתא שבירושלמי: "בראשונה היו קונין בשליפת המנעל, הדא היא דכתיב: וזאת לפנים בישראל... חזרו להיות קונים בקצצ'ה]... חזרו להיות קוני'ם] [בכסף ובשטר ובחזקה".⁵⁵ ומשמע, שמשפסק המנהג לקנות קרקע בשליפת המנעל ובקצצה - קניינים שתוקפם, קרוב לוודאי, מן התורה⁵⁶ - והחלו לקנותה בכסף, בשטר ובחזקה, לא ניתן עוד לקנות באמצעות הדרכים הקדומות, שכן המנהג הוא **שלא** לקנות בדרכים אלו.⁵⁷

בדברי אמוראים כיצד? שכך למדנו במסכת קידושין (כו, ע"א), שבמקום שנהגו **שלא** לקנות קרקע בכסף אלא בשטר - אין הקרקע נקנית לקונה בכסף עד שיכתוב לו המוכר שטר. הרי לנו, שבכוחו של מנהג "שלילי" זה לבטל את דין המשנה, שקרקע נקנית בכסף.⁵⁸

⁵² ההדגשה שלי - ר"ק. על מנהג הנוגד את החוק בשיטות המשפט השונות, ראה להלן, עמ' 359-360.

⁵³ ב"מ עד, ע"א. סוגיית סיטומתא תידון בהרחבה בפרק ה, עמ' 159 ואילך.

⁵⁴ אמנם, ניתן לטעון מנגד, כי גם ביצוע קניין בדרך חדשה, שלא נקבעה בהלכה, הינו בגדר "עקירה".

⁵⁵ ירושלמי, קידושין פ"א ה"ה, ס ע"ג. ברייתא זו תידון בפרק ה, עמ' 152-158.

⁵⁶ מן הפסוק הנזכר ברות למדו בבבלי (ב"מ מז, ע"א) קניין חליפין, ודעת הראשונים היא שקניין חליפין מועיל מן התורה, לפי שדברי קבלה כדברי תורה. ראה: **אנציקלופדיה תלמודית**, "חליפין", כרך טו, עמ' תקעא. מסתבר, אפוא, כי לדעת התנא בברייתא גם שליפת המנעל, שנלמדה מפסוק זה, וגם קצצה, קנו מדאורייתא. ראייה נוספת לאמור היא, שקניינים אלו הוחלפו לבסוף בכסף, שטר וחזקה, קניינים שקונים קרקע מדאורייתא.

⁵⁷ כך מסיק מהברייתא הנ"ל גם ח' אלבק בפירושו למשנה, סדר נשים, ירושלים תשי"ט, השלמות ותוספות, קידושין פ"א, ד-ה, עמ' 411: "נמצא הירושלמי סובר שעכשיו אין קרקע נקנה בחליפין, ולפיכך לא נשנה קניין חליפין במשנתנו".

⁵⁸ השווה לדברי ג' טדסקי, "המנהג במשפטנו הנוהג והעתידי", **משפטים** ה (תשל"ד), עמ' 22, ביחס למנהג במשפט הכללי: "הנוהג השלילי - דהיינו, הנוהג שלא להתנהג בצורה מסויימת - יוציא מכלל שימוש את הדינים

ואכן, בהסתמך על הסוגיא האמורה בקידושין קובעים ראשונים ואחרונים, כי יש תוקף ל"מנהג שלילי". כך בדיוק מסיק הרא"ש בתשובה מסוגיא זו:

וכן מצינו בתלמוד שאם נהגו בני המדינה לקנות בקנין שלא תקנו חכמי[ם] - מועיל המנהג, כדאי[תא] בפ[ר]ק[ה] הרבית (ע"ד ע"א) אמר ר"פ משמי[ה] דרבא האי סיטמותא קניא. ומסיק באתרא דקנו ממש קני, וכן קנין שתקנו חכמי[ם] אם נהגו בני המדינה שלא לקנות בו - המנהג מבטל הלכה, כגון באתרא דלא קנו בכספא.⁵⁹

דברים דומים, אף הם על סמך הסוגיא הנ"ל בקידושין, כותב המהרש"ל בחיבורו, בהתייחסו לדרך קניית עדר המופיעה בתלמוד⁶⁰:

ואם תמצא בזמן הזה מנהג אחר⁶¹ שנהגו עמו לעשות הקניין שימשוך אח"כ או יחזיק אח"כ - פשיטא דבטלו כל הדיני[ם] הנ"ל, אלא אזלין בתר המנהג. כי המנהג מבטל אפילו קניין ממש, כגון באתר[א] דלא קני בכספא.⁶²

משגנון דבריהם משמע, כי הרא"ש והמהרש"ל סומכים דבריהם גם על הביטוי שמקורו בתלמוד הירושלמי "מנהג מבטל הלכה".⁶³

בהתאם לאמור לעיל נקבע עוד, על ידי רבים מן האחרונים, כי במקומות שנהגו לקנות קרקעות על ידי רישומן בלישכת רישום מקרקעין ("טאבו") ולא באמצעות הקניינים הקבועים בהלכה (כסף, שטר וחזקה), הרי שאין קרקע נקנית בדרכים האחרונות אלא רק על

הנוגעים לאותה התנהגות... נהגים כאלה, אף אם אין להם נפקות לכללי המשפט, בוודאי חשובים הם לחיי המשפט" (ההדגשות במקור).

⁵⁹ שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפי פראג, מהד' בלאך, בודאפעסט, תרנ"ה, ס"י תקלו = שו"ת בעלי התוספות, מהד' אייגוס, ס"י קלד (ההוספות בסוגריים וההדגשה שלי - ר"ק).

⁶⁰ ב"ק נב, ע"א: "המוכר עדר לחבירו, כיון שמסר לו משכוכית [זוג מקשקש או בהמה המובילה את העדר. גמרא ורש"י שם] - קנה". ובארה הסוגיא שם, כי צריך לקנות המשכוכית במשיכה (כדין קניינים של מטלטלין או בהמה), ומסירת המשכוכית על ידי המוכר נחשבת כ"לך משוך וקני".

⁶¹ הכוונה, מנהג אחר, ולא מסירת המשכוכית, הנעשה במשכוכית יחד עם דרך הקניין הרגילה (משיכה).

⁶² ים של שלמה, ב"ק, פ"ה, ס"י לו.

⁶³ על ביטוי זה ומשמעו ראה להלן, עמ' 42-44.

ידי רישומה.⁶⁴ בדומה לרא"ש ולמהרש"ל כותב גם הרב עובדיה הדאיה, כי על מנהג כגון זה נאמר "מנהג מבטל הלכה".⁶⁵

4. מנהג של יחיד

כשהרוב נוהג בדרך מסויימת, הרי שגם אם יש יחידים הנוהגים בדרך אחרת, אין בכך כדי לפגוע במנהג, הנקבע על פי הרוב. עקרון זה עולה מכמה סוגיות בתלמוד,⁶⁶ והוא מוסכם על דעת רוב הראשונים והאחרונים.⁶⁷

אך מה באשר לאותו יחיד, או יחידים, הנמנים על המיעוט החרגי. האם מנהג שנוהג היחיד בדיני ממונות⁶⁸ - החורג ממנהגו של הציבור - יחייב את אותו יחיד לנהוג על פיו, ביחסיו עם אחרים (במידה ולא הותנה ביניהם אחרת), או שמא בטל מנהג זה מחמת מנהג הציבור?

התייחסות לשאלה זו מצאנו אצל ר' משה פיינשטיין (ארה"ב, המאה ה-20). בשתי תשובות⁶⁹ הוא פוסק, כי גם אם מנהג המדינה הינו לפטר עובדים בלא סיבה, אם ידוע כי מעביד מסויים נוהג שלא לעשות כן, בניגוד למנהג המדינה, הרי שהוא עצמו מחוייב למנהגו.⁷⁰ נימוקו הוא, שהמנהג נחשב כאילו התנו הצדדים תנאי מפורש ביניהם. לפיכך, גם מנהגו של מעביד יחיד מחייבו, שכיוון שידוע שנוהג כן, הרי שנחשב הדבר כאילו התנה על כך עם כל אחד מעובדיו.

⁶⁴ למקורות בעניין תוקפו של רישום מקרקעין מכוח המנהג ומכוח "דינא דמלכותא", ראה: שילה, **דינא דמלכותא דינא**, עמ' 164-169, 380-383.

⁶⁵ שו"ת ישכיל עבדי, ח"ד, שאלת שלום, חו"מ, סי' ד, אות ג.

⁶⁶ ראה למשל: "המוציא משאוי בשבת על ראשו - חייב חטאת, שכן אנשי הוצל עושין כן. ואנשי הוצל רובא דעלמא? ... בטלה דעתן אצל כל אדם" (שבת צב, ע"א); ובדומה, שם קמד, ע"ב; עירובין כח, ע"א; כט, ע"ב. כך עולה במפורש, ביחס למנהגי ממון, גם מן הסוגיא בבבא מציעא קג, ע"ב, שתידון להלן.

⁶⁷ ראה לעיל, עמ' 11.

⁶⁸ שאלתנו מכוונת דווקא לדיני ממונות, שכן בענייני מצוות פעמים ויש למנהג הנהוג על ידי יחיד תוקף מחייב כשל נדר.

⁶⁹ שו"ת אגרות משה, חו"מ, ח"א, סי' עה, עמ' קלב; שם, סי' עו. בתשובה הראשונה מדובר בפיטורי עובד בבית מטבחיים, ובשניה - בפיטורי מורה.

⁷⁰ גם במשפט הישראלי אנו מוצאים, כי נוהג של יחיד כלפי זולתו יוצר מניעות כלפיו. ראה ע"א 239/54 **כהן נ. מפעלי משי זקס בע"מ, בני ברק, פס"מ יב, תמצית**, עמ' 30: "נוהג שהשתרש בין בעלי הדין ולפיו בעל הבית גובה את שכר הדירה אצל הדייר, עלול להוות התנהגות (representation) המונעת בעדו לחזור בו מבלי אזהרה מוקדמת מספקת...".

הרב פיינשטיין מביא ראייה לדבריו מן התלמוד. במשנה נקבע לגבי יחסי בעל הבית והאריס: "כשם שחולקין בתבואה כך חולקין בתבן ובקש".⁷¹ ובגמרא שם: "אמר רב יוסף: בבבל נהיגו דלא יהיבי תיבנא לאריסא [=בבבל נהגו שאין נותנים תבן לאריס]. למאי נפקא מינה? דאי איכא איניש דיהיב, עין יפה הוא ולא גמרינן מיניה [=שאם יש אדם שנותן, עין יפה היא ואין למדים ממנו]".⁷²

הרב פיינשטיין מדייק, כי רק ביחס לאחרים אין למדים ממנהגו של איש זה, אך הוא עצמו מחוייב ליתן לאריסיו כמנהגו. שכן אם היה הדין כי גם אותו אדם אינו מחוייב לתת תבן, היתה צריכה הגמרא להשמיענו שגם הוא אינו מחוייב לנהוג כלפי אריסיו על פי מנהגו.

דברי הרב פיינשטיין נראים גם מצד הסברא. אמנם, מצאנו בתלמוד בכמה הלכות, כי אין מתחשבים ביחיד המשנה ממנהג העולם, ו"בטלה דעתו אצל כל אדם".⁷³ ברם, באף אחת מן הסוגיות הללו לא מדובר בדיני ממונות. והבדל גדול יש לעניין זה בין תחומי ההלכה השונים, דוגמת הלכות שבת ועירובין, לבין דיני ממונות. יחיד הנוהג, שלא כדרך העולם, להוציא משאות על ראשו או לסחוט רימונים בשבת - פטור, אף שדרכו בכך, שכן דרך המלאכה לעניין שבת נקבעת על פי דרכם של רוב בני האדם. לעומת זאת, בענייני משא ומתן מה שקובע הוא מה שהותנה בין הצדדים. לפיכך, גם אם נוהג היחיד בדרך חריגה מן המקובל, כל מי שמתקשר עמו ויודע על מנהגו המיוחד עושה כן על דעת אותו מנהג, ונמצא מנהג זה מחייב כתנאי מכללא בהסכם שביניהם.⁷⁴

סיכום

פרק זה דן בהגדרתו של המונח "מנהג". במקורות התלמודיים לא מצויה הגדרה למנהג. בתקופת הגאונים מצאנו התייחסות אחת בלבד לעניין זה. ניתן לשער, כי הסיבה להעדר ההגדרה נעוצה בכך שהיה ברור לכל מהו מנהג. ואמנם, במקרה אחד שבו הועלתה דעה שלא תאמה להגדרה המקובלת של המנהג, נדרש הגאון המשיב לנושא זה וקבע, כי "מנהג המדינה" הינו מעשה הנוהג על ידי כל בני האומנות או כל באי השוק, וכי אין מתחשבים ביחידים חריגים.

⁷¹ משנה, ב"מ ט, א, בבלי קג, ע"א.

⁷² שם, ע"ב.

⁷³ ראה בסוגיות שצויינו לעיל, הערה 66, מלבד הסוגיא בב"מ.

⁷⁴ זאת, חרף קיומו של מנהג מדינה נוגד, שכן בענייני ממונות יכולים הצדדים להתנות ביניהם לנהוג שלא כמנהג המדינה. ראה בעניין זה להלן, עמ' 144-149.

אצל הראשונים והאחרונים מצויה כבר התייחסות רבה יותר למידת התפשטותו של המנהג ולתדירותו. כדי שיהא לו תוקף, על המנהג להיות "פשוט" - קרי: נפוץ וידוע - בכל המדינה. תדירותו תלויה בנושא הנדון, וכמה מן הראשונים והאחרונים מדברים על הצורך שינהגו על פיו שלוש פעמים.

מתשובת הגאון שנדונה לעיל קשה לקבוע, לדעתנו, בוודאות מה היתה כוונתו; האם "מנהג המדינה" הינו דווקא מנהג שנוהגים בו "כל" הסוחרים, או שמא די שנוהגים בדרך זו ה"רוב". שנים מחכמי טורקיה האחרונים פוסקים במפורש, כי המנהג הממוני מחייב רק אם נהגו בו "הכל", וכי לא די ב"רוב". ברם, אלו הן דעות חריגות. הדעה המקובלת בקרב הראשונים והאחרונים הינה, כי המנהג נקבע על פי רוב בני המקום.

קיימת אבחנה עקרונית בין המונחים "תקנה" ו"מנהג", אם כי כבר במקורות תנאיים ואמוראיים מצויים חילופין ביניהם. דנו בשני מונחים נוספים, הדומים ל"מנהג" מצד שורשם הדקדוקי, אך ככל הנראה אינם זהים עמו במשמעם: ה"הנהגות" בתקופת הגאונים וה"מנהגות" אצל הרמב"ם. ביחס למונח האחרון הצגנו ארבע דרכי הבנה שונות שהועלו על ידי חכמי הלכה וחוקרים.

גם ל"מנהג שלילי", קרי: מנהג שלא לעשות פעולה כלשהי, יש תוקף. כך מוכח ממקורות תנאיים ואמוראיים, כך פסקו ראשונים ואחרונים, ונפלאו מאתנו דברי בעל שו"ת דבר אברהם שקובע את ההיפך.

המנהג נקבע, כאמור, על פי רוב הציבור, גם אם יש יחידים הנוהגים בדרך אחרת. עם זאת, מנהגו של היחיד בדיני ממונות, החורג ממנהג המדינה, מחייב את אותו יחיד ביחסיו עם אחרים כמנהג מכללא.

פרק שני

מעמדו של המנהג בדיני ממונות

מבוא

עניינו של פרק זה בבירור מעמדו של המנהג בדיני ממונות במקורות ההלכה, למן תקופת התנאים ועד ימינו. השאלה המרכזית שתיבחן להלן הינה, האם יש לו למנהג בדיני ממונות שנוהגים הציבור מעצמם **מעמד עצמאי** כקובע את ההלכה, ולעתים אפילו כ"מבטל" את ההלכה; או שמא, אין למנהג הממוני תוקף כל עוד לא נתקן **כתקנת קהל** או כל עוד לא **נקבע על פי חכמים**.

במהלך מחקרנו מצאנו, כי קשה לדבר על מעמדו של המנהג בדיני ממונות במנותק מתחומי ההלכה האחרים. כפי שנראה להלן, גם הביטוי התנאי "הכל כמנהג המדינה", שהפך אצל הראשונים לביטוי נפוץ ביותר ביחס לדיני ממונות, נזכר *במשנה* לא רק (אם כי בעיקר) בעניינים שבממון. גם בתקופת *הגאונים* נעשה שימוש במטבע שנטבעה בירושלמי בעניין שכירות פועלים: "המנהג מבטל את ההלכה", לצורך עניינים שאינם ממוניים, דוגמת: מנהג לגבי מועדי קריאת המגילות¹ ומנהגים המתייחסים לענייני סירכא ולמצוות שונות.² תופעה דומה - של שימוש במימרות ובעקרונות תלמודיים שנאמרו ביחס למנהגים בענייני "אורח חיים" ו"יורה דעה", בעת דיון במנהגי ממון, ולהיפך - מוצאים אנו לא אחת גם אצל ראשונים ואחרונים.³

ברם, כפי שכבר ציינו חוקרים,⁴ קיים הבדל מהותי לעניין המנהג בין דיני ממונות לתחומי ההלכה האחרים, הנובע מהיותם של הראשונים ניתנים להתנאה. דומה, כי הבדל זה ניתן להגדירו באופן הבא: בשאר ענפי ההלכה הבסיס למנהג הינו החובה להמשיך ולנהוג כפי שנהגו בעבר,⁵ או ההנחה, כי מנהגם של פשוטי העם הינו שריד לתקנות חכמים קדומות שטעמן

¹ מסכת סופרים, מצוטטת ונדונה להלן, עמ' 52-56.

² בפולמוס של חכמי ארץ ישראל עם רב יהודאי גאון, מצויין **להלן**, הערה 169.

³ ראה, למשל: אור זרוע (**להלן**, הערה 175) - מביא ראייה ממסכת סופרים, העוסקת במנהגי קריאת מגילות, למנהגי ממון; שו"ת שבות יעקב (**להלן**, הערה 420) - דן בביטוי "מנהג מבטל הלכה", המופיע בירושלמי, ב"מ, כאמור, בעניין שכירות פועלים, ביחס למנהג להתפלל ערבית קודם זמנה. וראה בדברינו שם, שנקט בביטוי זה כמליצה.

⁴ ראה, למשל: אלון, **המשפט העברי**, עמ' 733-734. וראה גם הערתו של תא-שמע, **מנהג אשכנז הקדמון**, עמ' 17, הערה 6.

⁵ כך בדברי ר' יוחנן לבני בישן, פסחים נ, ע"ב: "כבר קיבלו אבותיכם עליהם, שנאמר ישמע בני מוסר אביך ואל תטוש תורת אמך". כן הובאו כאסמכתא לתוקפו של המנהג הפסוקים: "אל תסג גבול עולם אשר עשו אבותיך" (משלי כב,

כבר נשכח בדורות האחרונים, ו"הנח להן לישראל, אם אין נביאים הן בני נביאים הן".⁶ לפיכך, הדרך שבה נוהג הציבור מחייבת, ו"מנהג ישראל תורה היא".⁷ לעומת זאת, הבסיס למנהג בדיני ממונות הוא במהותו **הסכמי-חוזי**.⁸ "מנהג המדינה" בענייני ממונות ו"מנהגי הסוחרים" אינם מחייבים בשל היותם משקפים הלכה או צורת התנהגות שנקבעה *בעבר*,⁹ אלא בשל היותם מבטאים הסכמה - או ליתר דיוק, "הסכמה מכללא" - של הציבור לנהוג על פיהם *בהווה*, ו"בדבר שבממון - תנאו קיים".¹⁰ ניתן לומר, אם כן, במידה לא מעטה של צדק, כי הכינוי "מנהג" המשמש ביחס לשני הסוגים הללו אינו אלא בשיתוף השם בלבד.

עם זאת, כיוון שעניינו של פרק זה הינו בחינת מעמדו של המנהג כפי שמשקף מן המקורות בספרות ההלכה לתקופותיה, וכיוון שבמקורות נעשה לא אחת שימוש בעקרונות ובביטויים משותפים עבור עניינים שבממון ועניינים שאינם כאלה כאחד, כאמור לעיל - לפיכך הלכנו אף אנו בעקבות המקורות. אמנם, כמודגש בכותרת פרקנו, דברינו בפרק זה יתמקדו, מטבע הדברים, **במנהג בדיני ממונות**.

כח. ילקוט שמעוני, שם); "לא תסיג גבול רעך אשר גבלו ראשונים" (דברים יט, יד. רש"י בתשובות הגאונים שערי צדק, שער א, ח"ד, סי' כ). בראשונים הובאו גם פסוקים אחרים ברוח זו. ראה: שפרבר, **מנהגי ישראל**, ח"א, עמ' כ-כג; שציפנסקי, **התקנות בישראל**, כרך ד, קונטרס המנהגים בישראל, עמ' ג-ד.

⁶ פסחים סו, ע"א, והמקבילה בתוספתא, פסחא (ליברמן) ד, יד (בנדפס: יא). על מקור תוקפו של המנהג ראה עוד במקורות שצוינו לעיל, עמ' 7, הערה 1. וראה: י" כץ, **הלכה וקבלה**, ירושלים תשמ"ו, עמ' 3-4, על היחס בין מנהג והלכה על פי תפיסת מערכת מושגיה הפנימיים של ההלכה בהשוואה לתפיסת ההסטוריה המודרנית.

⁷ למקורו של ניב זה, ראה: שפרבר, **מנהגי ישראל**, ח"א, עמ' ל, הערה 18, ועמ' רלה-רלו; ח"ד, עמ' רנט. למשמעותו, ראה: הרב א"א דסלר, **מכתב מאלהו**, חלק ד, ירושלים תשמ"ג, עמ' 56. לביאור ייחודי של המילה "תורה" בהקשר זה, ראה מה שכתב הרב מ"מ שניאורסון מליובאוויטש, **תשובות וביאורים בשלחן ערוך**,³ כפר חב"ד תשמ"ז, עמ' 348. אצל המהרשד"ם מקבל ניב זה פרשנות מצמצמת: "כי מנהג ישראל **בענין ממון** תורה היא ואין להרהר בו" (שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' שצח).

⁸ ראה I. Herzog, *The Main Institutions of Jewish Law*, London and New York, 1965, כרך א, עמ' 21 (התרגום מאנגלית שלי - ר"ק): "המנהג שואב את כוחו המחייב לא ממקור חקיקתי כלשהו, אלא מהעיקרון של הסכם (agreement)".

⁹ כך לפחות במקורות תנאיים ואמוראיים, כפי שנראה להלן. הרי"ף, ובעקבותיו הרמב"ן, גורסים כי גם מנהגי ממון מבוססים על הנחה בדבר תקנה בעבר. ראה להלן, עמ' 56-59, 69-70.

¹⁰ על יכולת ההתנאה בדיני ממונות נעמוד בהרחבה בפרק ד.

1. מקורות תנאיים

א. "הכל כמנהג המדינה"

במשנה מצינו בכמה מקומות, רובם בענייני ממונות, "הכל כמנהג המדינה".¹¹ הנוסח המקביל המצוי בתוספתא הינו: "אין משנין ממנהג המדינה",¹² "אין משנין ממנהג הולכי שיירה",¹³ וכד'.¹⁴ מלבד זאת, פעמים שאנו מוצאים בדברי תנאים "מקום שנהגו" ו"מקום שלא נהגו".¹⁵

מבדיקה שערכנו¹⁶ עולה, כי הכלל "הכל כמנהג המדינה" נזכר במשנה 7 פעמים, מתוכן 4- מקומות בדברי סתם משנה, וב-3 מקומות על ידי תנא מסויים, ותמיד הוא רש"ג. הביטוי המקביל, "אין משנין ממנהג המדינה", מופיע בתוספתא ב-11 מקומות, ובכולם הוא מדברי סתם דתוספתא. רק במקום אחד בתוספתא¹⁷ מופיע הכלל כניסוחו האופייני במשנה - "הכל כמנהג המדינה" - וגם שם הוא מדברי רש"ג.

העולה מבדיקתנו, אפוא, כי רש"ג הוא התנא נקוב-השם היחיד המשתמש בכלל "הכל כמנהג המדינה".¹⁸ כלל זה נאמר מפי רש"ג, כאמור, ב-4 מקומות, והם: משנה, כתובות ו, ד; ב"מ ז, א; ב"ב י, א; ותוספתא, ב"מ ה, כג. יצויין, כי בכל המקומות הללו מובאת דעתו של

¹¹ משנה, סוכה ג, יא; כתובות ו, ד; ב"מ ז, א (פעמיים); ט, א; ב"ב א, א; י, א. ב-2 משניות נזכר ביטוי זה שלא ביחס לדיני ממונות: סוכה ג, יא - בדרך קריאת ההלל; ב"ב י, א - בדרך כתיבת גט פשוט ומקושר.

המטבע "הכל כמנהג המדינה" אינו מיוחד, אפוא, לדיני ממונות, אך הראשונים ראו בו כלל המאפיין את דיני הממונות (ראה להלן, הערה 30). הכלל המקביל בתוספתא, "אין משנין ממנהג המדינה", נזכר תמיד בענייני ממונות (ראה בהערה הבאה).

¹² תוספתא, כתובות (ליברמן) ו, ו; ב"ק (ליברמן) יא, יח; ב"מ (ליברמן) ג, כז; ה, ו; ט, הל' יא, יד, יח, כ-כא; י, א; יא, ב. כל ההלכות הנ"ל עוסקות, כאמור, בדיני ממונות.

¹³ תוספתא, ב"מ (ליברמן) ז, יג-יד.

¹⁴ ראה אור זרוע, ב"מ, ריש פ"ז, סי' רעט, המביא חלק מרשימת המקורות הנ"ל, ומסקנתו: "מכל אלו שמעין דהולכין בממון אחר מנהג המקום".

¹⁵ בניגוד ל"מנהג המדינה", הרי שהמונח "מקום שנהגו" נזכר בדברי תנאים במקומות רבים גם בעניינים שאינם שייכים לדיני ממונות. עם זאת, בשל הקירבה בין שני המונחים, ובשל העובדה כי לא אחת נזכרים שניהם זה לצד זה, יעסוק דיוננו גם במונח "מקום שנהגו".

¹⁶ לצורך הבדיקה נעזרנו בתקליטור פרוייקט השו"ת של אוניברסיטת בר-אילן, וכן בספרי המתאימות (קונקורדנציות) של ח"י קוסובסקי ובנו משה, **אוצר לשון המשנה ואוצר לשון התוספתא**.

¹⁷ תוספתא, ב"מ (ליברמן) ה, כג.

¹⁸ לעת עתה, אין בדינו הסבר לזיקה המיוחדת שבין רש"ג למטבע "הכל כמנהג המדינה".

רשב"ג כדעה חולקת על דעת תנא קמא אנונימית (ובמקום אחד, גם על דעת רבי חנינא בן גמליאל¹⁹), שקובעת הלכה חתוכה שאינה תלויה במנהג.²⁰

גם מבדיקת השימוש בטרמין "מקום שנהגו", דומה כי ניתן לעמוד על זיקה מיוחדת של רשב"ג למנהג. בדיקה העלתה,²¹ כי מונח זה נזכר במשנה ובתוספתא כמעט תמיד בסתם, מלבד ב-7 מקומות, 3 מתוכם - מפי רשב"ג.²² גם במקומות אלו מופיעה דעתו של רשב"ג לאחר דעת תנא קמא אנונימית, וגם כאן כנראה בא רשב"ג לחלוק על תנא קמא.²³

1. "מנהג המדינה" - משמעות משפטית

קרוב לוודאי שביטויים כגון "הכל כמנהג המדינה" ודומיו מצביעים על כך, כי מבחינה **הסטורית** לפנינו הלכות שאינן מחודשות במהותן אלא הינן פרי ותולדה של מנהגים ותקנות מקומיים.²⁴ היטיב לבטא רעיון זה י' בער, בהתייחסו למשניות בפרקים א-ב במסכת בבא בתרא:

נימוסים כגון אלה שהובאו בבבא בתרא פרק א' וב' היו ידועים ומקובלים במאה השלישית לפני ספה"נ בארץ מצרים הסמוכה לארץ ישראל.²⁵ הלכות המשנה הנ"ל אינן יצירות של בתי מדרשות או סנהדראות, גוזרי גזירות וחכמים מאוחרים, אלא חוקים הלקוחים ממצאות היסטורית וחברתית חיה. תקנות כאלה תוקנו על ידי תושביהם של עיירות או כפרים, שהחליטו ביום מן הימים לגדור לעצמם גדרים לתועלתם המשותפת של כל בני המקום... אל מוצאם המקומי מתכוונת המשנה עצמה, כשהיא באה לקבוע בפירוש, שבענין הנדון קיימים מנהגים

¹⁹ משנה, ב"ב י, א. משנה זו נדונה להלן, בסמוך להערה 43.

²⁰ לגבי השאלה, האמנם נחלקו רשב"ג ותנא קמא במשניות הנ"ל, ראה להלן, בסמוך להערה 49.

²¹ הבדיקה נערכה על פי: **אוצר לשון התוספתא**, כרך ה, עמ' 26; תקליטור פרויקט השו"ת.

²² ראה: תוספתא, שביעית ג, יט; ביצה ד, י; כתובות ו, ה. מתוך ארבעת המקומות האחרים שלושה הינם מהתוספתא: שביעית א, ח; שם ג, יד - בשתייהן מפי ר' יהודה; טהרות י, יב - מפי בית הלל. במשנה נזכר המונח "מקום שנהגו" תמיד בסתמא (24 פעמים), מלבד במקום אחד, במשנה שביעית ב, ה (המקבילה לתוספתא, שביעית א, ח) - מפי ר' יהודה. וראה לעיל, הערה 18.

²³ לגבי התוספתא שביעית, שם, ברור מהקשר הדברים שזו כוונת רשב"ג. ביחס לתוספתא בביצה, הדבר פחות מפורש, אך ראה בחסדי דוד שם, שכתב כי נראה שרשב"ג בא לחלוק על ת"ק.

²⁴ מדברי בער להלן משמע, וכך גם הדעת נותנת, כי "מנהג המדינה" הנזכר בדברי תנאים מכוון מבחינה עובדתית-הסטורית לא רק למנהגים שנהגו בהם באופן ספונטאני, אלא גם ל"תקנות" שתיקנו בני המקום לעצמם, בין אם הללו נכתבו ובין אם לאו.

²⁵ כוונתו להלכות שכנים ובמיוחד לדיני "הרחקות" נזיקין בין שכנים, הנדונים במפורט בפרק ב' של מסכת בבא בתרא. בער שם עומד על הדמיון שבין ההלכות הנ"ל שבמשנה לבין חוקים דומים בתוכנם ובלשונם שנמצאו בספרי החוקים של סולון ושל אפלאטון, וכן חוקים דומים שהיו מקובלים בעיר אלכסנדריה, ואשר נתגלו בפאפירוס הילניסטי-מצרי מאמצע המאה ה-3 לפנה"ס.

מקומיים ויש להם תוקף חוקי: "מקום שנהגו לבנות וכו', מקום שנהגו לגדור וכו', הכל כמנהג המדינה". ההשוואה המשפטית ההיסטורית מלמדת אותנו, כי "מנהג המדינה" אינו אלא מנהג משפטי מקומי, קבוע ומוגדר ומנוסח, שהיה נוהג בעדות עירוניות או כפריות של יהודי ארץ-ישראל. ואין הבדל אם חוקים אלה היו רשומים לפנייהם בכתב או אם נלמדו בסדר מסוים בעל-פה ונמסרו מדור לדור על ידי זקני המקום וכדומה.²⁶

זאת, כאמור, באשר למקורן ההיסטורי של ההלכות.²⁷ אמנם, באשר למשמעות המשפטית של המטבע שטבעו תנאים בהביאם את ההלכות הנ"ל: "מקום שנהגו לעשות... עושיין" או "הכל כמנהג המדינה" - ניתן להבינה לדעתנו באחד משני אופנים:

1. לא נקבעה כאן על ידי התנאים הלכה באופן פוזיטיבי, אלא הם השאירו את קביעת ההלכה להסדר המקובל על פי המנהג ולא קבעו כל הסדר משלהם. אין כאן אלא קביעה הצהרתית (דקלרטיבית) בדבר כוחו של המנהג, לפחות באשר לדיני ממונות.²⁸ לפי הבנה זו, הרי שלמנהג דיני ממונות תוקף הלכתי עצמאי, כל עוד לא נקבע אחרת על ידי חכמים.²⁹

2. יש כאן קביעה מכוונת ויוצרת (קונסטיטויטיבית) של התנאים, שבמקרים מסוג מסויים תיקבע ההלכה על פי המנהג. לפי הבנה זו, הרי שאין לו למנהג תוקף עצמאי משלו, וכל תוקפו בא מכוחה של קביעת חכמים. מקום שלא העניקו חכמים למנהג כוח לקבוע את ההלכה, הרי

²⁶ י' בער, "היסודות ההיסטוריים של ההלכה", ציון יז (תשי"ב), עמ' 27 (ההדגשות שלי - ר"ק).

²⁷ דומה, כי קיימות תקנות ממוניות נוספות של חכמים - בנוסף לאלו שנאמר לגביהן "הכל כמנהג המדינה" וכד' - ששורשן נעוץ במנהג, הגם שהזיקה למנהג אינה מפורשת בגוף התקנה. פעמים שתקנה סתמית קדומה מתבארת על ידי דורות מאוחרים יותר כמבוססת על מנהג. דוגמא לדבר מצאנו במסכת יומא יב, ע"א, שם מובא בברייתא, כי בעלי הבתים שהלינו את עולי הרגלים בירושלים (ואשר אינם רשאים לפי הדין ליטול מהם דמי שכירות) היו "נוטלין בזרוע" את העורות שנשארו מקורבנותיהם של העולים. על כך אומר אביי: "שמע מינה, אורח ארעא למישבק איניש גולפא ומשכא לאושפיזיה [=שמע מכאן, כי דרך ארץ שישאיר אדם קנקן של חרס (שהשתמש בו) ועור (של בהמה ששחט) למארחו]". וכדברי הריטב"א (שם, ד"ה אמר אביי): "וכיון דבעלמא אורח ארעא בהכין, אמור רבן הכא שיטלו אותן בזרוע". (על סוגיא זו העמידני הרב צבי שלושץ).

²⁸ ואולי גם בתחומים נוספים, שהרי הביטוי "הכל כמנהג המדינה" נזכר בשני מקומות בעניינים שאינם ממוניים (ראה לעיל, הערה 11). והכל, כמובן, בהנחה שטרם נקבע הסדר הלכתי על ידי חכמים, השולל את כוחו של המנהג, כבסמוך.

²⁹ בדעה זו אוחז טשרנוביץ (להלן, הערה 184), הכותב: "שהמנהג יש לו כח וסמכות מצד עצמו" (ההדגשה שלי - ר"ק). וראה להלן, שם, דעתו החולקת של וייס. וייס, הסבור כי מנהג שלא "נוסד באיזה זמן על פי חכמים שבדור" הינו משולל תוקף, הולך, באופן עקרוני, בדרך השנייה שהצגנו, אף שחלוקים דבריו מדברינו. לדידו, חזקה שהמנהג נוסד בעבר על ידי חכמים, בעוד שאנו הצענו, כי עצם הקביעה "הכל כמנהג המדינה" היא שמעניקה למנהג כחוק את מעמדו כתקנת חכמים (אמנם, דבריו שם מוסבים על "מנהג מבטל הלכה", ואין הוא נדרש לביטוי "הכל כמנהג המדינה").

שהמנהג נטול תוקף, גם בתחום דיני הממונות. אמנם, יתכן כי גם לפי הבנה זו יהא תוקף לכל המנהגים בענייני ממונות.³⁰

הדברים טעונים הבהרה: מודעים אנו לכך, כי גם העובדה שיש למנהג תוקף משפטי מחייב, למדים אנו אותה מדברי חכמים עצמם - דוגמת: "הכל כמנהג המדינה" או "אין משנין ממנהג המדינה" - כפי שכל התורה שבעל פה על כלליה, דקדוקיה ופרטיה, מהם אנו לומדים ומפיהם אנו חיים. לפיכך, עשויה לעלות כנגד האמור לעיל הטענה, כי אין כל משמעות לאמירה כי למנהג תוקף עצמאי (לפי הבנה 1), באשר תמיד ניזקק לדברי חכמים שיקבעו את ההלכה בעניין זה או אחר בהתאם למנהג.

טענה זו תשובתה בצידה. באמרנו כי למנהג "תוקף הלכתי עצמאי" עוסקים אנו בשאלת **מקור תוקפה של הנורמה המשפטית**, כמשמעותו של ביטוי זה בתורת הפילוסופיה של המשפט,³¹ להבדיל מהשאלה, המשנית לענייננו, היכן ובאיזה אופן "כתובה" הנורמה המשפטית; האם חקוקה היא בקורפוס משפטי עלי ספר - כגון: במשנה, בתוספתא וכד' - או שמא קיימת היא כנורמה בלתי כתובה בדפוס של מנהג מקומי.³² ענייננו, אפוא, בשאלה, האם כשקובעים חכמים הלכה על פי המנהג - בין ביחס למנהג ספציפי ("מקום שנהגו לעשות...") ובין בהפניה כללית ("הכל כמנהג המדינה") - האם כוונתם בכך הינה להכיר בכוחו של המנהג כשלעצמו כמקור מחייב ובר תוקף לבסס את ההלכה (=הנורמה המשפטית) על פיו, או שמא אין למנהג לדעתם כל תוקף, ותוקפו קיים רק אם ובמידה שקבעו זאת חכמים. ובניסוח משפטי מודרני, כאמור: האם הקביעה "הכל כמנהג המדינה" ביסודה הינה דקלרטיבית (הצהרתית) או קונסטיטוטטיבית (מכוננת ויוצרת).

להבנות האמורות תהא נפקות במקרה של "מנהג מדינה" שלא בא זכרו בדברי חכמים, וגם אין הוא סותר להלכה כלשהי, דוגמת פיצויי פיטורין. אם מבינים כי חכמים מכירים בכוחו העצמאי של המנהג בדיני ממונות (הבנה 1), אזי יש ליתן תוקף גם למנהג כזה, ואם לאו (הבנה 2) - יתכן, כאמור, שלא.

³⁰ זאת, אם נבין, כי "הכל כמנהג המדינה" הינו כלל מקיף היפה בכל דיני הממונות, ולא נקטו התנאים אלא דוגמאות לכלל מקיף זה. ואמנם, זו היא ההבנה הרווחת אצל הראשונים, גם אצל אלו שגרסו, כי המנהג זקוק ל"גיבוי" של חכמים או של תקנת הקהל. ראה, למשל, דברי הרי"ף (להלן, בסמוך להערה 208) והאור זרוע (לעיל, הערה 14). וראה עוד להלן, בהערה 34.

³¹ שתי ההבנות שהוצעו לעיל מקבילות לשתי גישות הקיימות בפילוסופיה של המשפט ביחס למעמדו של המנהג. התפיסה המשפטית המקובלת בימינו מכירה בעליונותו של החוק, ורואה בחוק את מקור סמכותו של המנהג. אך "גם בזמננו ישנם משפטנים המייחסים למנהג מעמד עצמאי, שאינו כפוף לחוק, ושהוא בלתי תלוי בהכרה כל שהיא מן החוץ - או תלוי בהכרת השפיטה בלבד" (גי' טדסקי, "המנהג במשפטנו הנוהג והעתידי", משפטים ה (תשל"ד), עמ' 29. ההדגשה שלי - ר"ק). בעניין זה ראה עוד להלן, עמ' 357-358.

³² ראה בסופם של דברי בער שצוטטו לעיל, בסמוך להערה 26.

בשל קיצור הלשון במקורות התנאיים קשה להכריע מה היתה כוונתם של התנאים, בהנחה שאמנם נתנו את דעתם לשאלה זו.³⁵ נטייתנו הינה להבנה השנייה דלעיל. כן נראה לנו, כי הביטוי "הכל כמנהג המדינה" מתייחס רק לעניינים שבהם הוא נזכר במפורש, וכי אין בו משום כלל בעל תחולה מקיפה.³⁴

מכל מקום, דומה כי ניתן למצוא, בקרב חכמי ההלכה והחוקרים, לפחות נציג אחד לכל אחת מן האפשרויות שהועלו לעיל.

בדרך הראשונה להבנת המנהג במשנתם של התנאים הולך, ככל הנראה,³⁵ ז' פלק:

המנהג מוכר כמקור ליצירתם של כללי התנהגות, במידה וטרם נתגבשו על פי ההלכה באחת הדרכים האחרות. לעתים אומרים כי מקום שנהגו לעשות פעולה פלונית, חייבים לעשותה. המשנה מתייחסת במקרים אלה לעניינים שטרם הוסדרו בהלכה, היינו למנהג הממלא חלל משפטי.³⁶

דברים אלו אמורים באשר למונח "מקום שנהגו". ביחס ל"הכל כמנהג המדינה" כותב פלק בהמשך הדברים, כי "יש בכלל זה נסיון של הרמוניזציה מול מקורות סותרים זה את זה; התנא ראה לפניו משניות מתנגדות, ותלה את הדבר במנהגים המקומיים".³⁷ העולה מדברי פלק, כי גם ביחס לאמירה "הכל כמנהג המדינה" - מקורה ההיסטורי, אמנם, במקורות הלכתיים מפורשים, אך משמעותה המשפטית בפי אומרה הינה, כי טרם נקבע על ידי חכמים הסדר

³³ הנחה זו אף היא, כך דומה, צריכה בדיקה לגופה, והיא קשורה בחקר המחשבה המשפטית של חז"ל. נושא זה לא זכה, לעת עתה, לכתיבה רבה אך הוא חורג מתחום דיונו. ראה: י' אנגלרד, "מחקר המשפט העברי - מהותו ומטרותיו", משפטים ז (תשל"ו), עמ' 46, הערה 62; ל' מוסקוביץ', במאמר המצויין בהערה הבאה.

³⁴ אין במילה "הכל", לדעתנו, כדי להעיד כי מדובר בעיקרון בעל תחולה "כללית". אפילו ביחס למונחים התנאיים "זה הכלל" או "כללו של דבר" - המכילים את המילה "כלל" והנשמעים משום כך כ"כלליים" (ואכן בבבלי שואלים במקומות הרבה "זה הכלל לאתויי מאי?") - ציינו החוקרים, כי משמעותם המקורית הינה: "כלל" המצטמצם בגבולות העניין הנדון בלבד ולא עיקרון מקיף. ראה בעניין זה: ז' פרנקל, דרכי המשנה, תל-אביב תשי"ט, עמ' 306, כלל כט; י"נ אפשטיין, מבוא לנוסח המשנה, תל-אביב תשכ"ד, עמ' 1039-1043; י"א אפרתי, תקופת הסבוראים וספרותה, ירושלים תשל"ג, עמ' קנט-רעח, במיוחד בעמ' רעה ובעמ' רעז, אות ב; ב' דה-פריס, תולדות ההלכה התלמודית, תל-אביב תשכ"ב, עמ' 142; א' גולדברג, פירוש למשנה מסכת שבת, ירושלים תשל"ו, עמ' 238, ד"ה זה הכלל (תודתי נתונה לד"ר ליב מוסקוביץ' על ההפניה לשני המקורות האחרונים). ובכלל, נטייתם של התנאים לעסוק במקרים ספציפיים ("השיטה הקזואליסטית"), ואין הם מזכירים בדרך כלל עקרונות מופשטים. ראה: ל' מוסקוביץ', "לחקר דיני רוב ו'איתחזק איסורא' בספרות חז"ל", הגיון ד (תשנ"ז), עמ' 41, הערה 81, ובמקורות שצויינו שם. אמנם, הראשונים הבינו אחרת. ראה לעיל, הערה 30.

³⁵ כך נראית לנו כוונת דבריו, אף שניתן אולי להבינם גם באופן אחר.

³⁶ ז' פלק, מבוא לדיני ישראל בימי הבית השני, מפעל השכפול, תל-אביב, תשכ"ט, עמ' 20 (ההדגשות שלי - ר"ק).

³⁷ שם, בעמ' 21.

משפטי מחייב אחד,³⁸ בלשונו: קיים "חלל משפטי", ולפיכך יפה כוחו של המנהג לקבוע "כללי התנהגות" מחייבים. בהתאם לאמור כותבים פלק ואורבך, כי ניתן להניח שחשיבותו של המנהג הלכה והצטמצמה עם הרחבת תחומה של התורה שבעל פה ועם גיבושם של רשויות דתיות ומוסדות דתיים ומדיניים.³⁹

בנקודה אחת איננו יכולים לקבל את דברי פלק. מכמה מקורות בספרות התנאים עולה במפורש, כי הכלל "הכלל כמנהג המדינה" לא בא כמילוי של "לקונה משפטית", כדבריו, אלא להיפך, **קביעה שבאה על רקע הסדר הלכתי אחר** שנקבע על ידי תנאים, ומהותה: התנגדות להסדר האחר וקביעה כי ההלכה בנושא הנדון אינה חתוכה אלא כפופה למנהג המדינה.⁴⁰

דוגמא לדבר במשנה במסכת בבא בתרא:

גט פשוט - עדיו מתוכו, מקושר - עדיו מאחוריו,
פשוט שכתבו עדיו מאחוריו, מקושר שכתבו עדיו מתוכו - שניהן פסולין.
רבי חנינא בן גמליאל⁴¹ אומר: מקושר שכתבו עדיו מתוכו - כשר, מפני
שיכול לעשותו פשוט.
רבן שמעון בן גמליאל⁴² אומר: **הכל כמנהג המדינה**.⁴³

³⁸ לעניין זה, אחד הוא אם טרם נקבע כל הסדר הלכתי על ידי חכמים, או שנקבעו כבר מספר הסדרים הסותרים זה את זה. בשני המקרים, המצב העכשווי הוא, כי אין הסדר משפטי מחייב אחד.

³⁹ פלק (לעיל, הערה 36), עמ' 20-21; אורבך, **ההלכה**, עמ' 31.

⁴⁰ ניתן לטעון כנגד האמור, כי האמירה "הכלל כמנהג המדינה" אכן נאמרה במקורה **בלא** שידע אומרה על הסדר הלכתי אחר שנקבע על ידי תנאים בנדון (ואולי לפני שנקבע הסדר כזה), ולפיכך היא אמנם נאמרה, כטענת פלק, על רקע "חלל משפטי". לטענה זו יש להשיב לדעתנו בשנים:

I. ראשית, מן המקור שיובא בסמוך אנו למדים, כי רשב"ג נחלק בעניין גט פשוט על אחיו, ר' חנינא בן גמליאל, שקבע הסדר הלכתי אחר. סביר, כי רשב"ג הכיר את דברי אחיו בנדון אך חלק על דעתו וקבע **כהסדר משפטי נוגד**: "הכלל כמנהג המדינה". הנחתנו בדבר ידיעתו של רשב"ג את דברי אחיו מתבססת על כך, שר' חנינא היה גדול ממנו בשנים, וכן על כך שמצינו במקום אחר כי השנים היו נושאים ונותנים זה עם זה בהלכה וקרוב אפוא שהכירו זה את דעתו של זה בנושאי הלכה שונים. ראה בהערה הבאה.

II. מלבד זאת, גם אם לא נקבל את ההנחה דלעיל ביחס לרשב"ג, הרי שביחס למסדר המשנה - המביא את דברי רשב"ג "הכלל כמנהג המדינה" תמיד **אחרי** דברי ת"ק (הקובע הסדר הלכתי אחר), ובסגנון של דעה חולקת ("רשב"ג אומר..."), ראה **להלן**, הערה 51) - ברי, כי לדעתו כוונת רשב"ג היתה לחלוק על ההסדר התנאי האחר.

אמנם, ראה **להלן**, הערה 49, כי יש ראשונים שהבינו שלא בא רשב"ג במשניות אלו לחלוק על ת"ק אלא לפרש דבריו.

⁴¹ רבי חנינא בן גמליאל הוא בנו של רבן גמליאל דיבנה ואחיו הגדול של רשב"ג. נפטר בטרם מונה רשב"ג לנשיא במקום אחד (תוספתא, נידה ז, ה) מצינו, שהשנים נושאים ונותנים ביניהם בהלכה, ורשב"ג מודה לדברי אחיו. ראה: היימאן, **תולדות תנאים ואמוראים**, ח"ב, עמ' 480; אלבק, **מבוא למשנה**, עמ' 230.

⁴² סתם רשב"ג במקורות התנאיים הוא רבן שמעון בן גמליאל דיבנה, שהתמנה לנשיא באושא אחר חורבן ביתר בתקופת השמד והגזירות. ראה בערכו אצל היימאן, **שם**, ח"ג, עמ' 1163.

מפשטות לשון המשנה עולה, כי לשתי הדעות הראשונות במשנה, תנא קמא ור' חנינא בן גמליאל, קיימת הלכה ברורה ביחס לגט פשוט שחתמו עדין בו כמקושר ולהיפך, ואין אנו נזקקים כלל למנהג.⁴⁴ כל המשנה מן ההלכה - גיטו פסול, שכן לא נעשה כתיקון חכמים.⁴⁵ לעומתם, רשב"ג חולק וסובר, כי הדין בנדון אינו קבוע אלא תלוי באופן בלעדי ב"מנהג המדינה".

בניגוד לדרך שהוצעה על ידי פלק, הריטב"א גורס כי הכלל התנאי "הכל כמנהג המדינה" מתפרש דווקא על פי האופן השני שהוצג לעיל, היינו: יש כאן קביעה פוזיטיבית של חכמים, תקנת חכמים מיוחדת, והיא ורק היא שמעניקה למנהג את תוקפו. כך כותב הריטב"א על המשנה בריש פרק השוכר את הפועלים:

הכל כמנהג המדינה. פי' [רוש], כי בדברים כאלו חכמים תלו אותן במנהג, ולא בעי' [נן=צריכים] תנאי בני העיר.⁴⁶

הריטב"א מפרש את דברי המשנה על פי שיטתו העקרונית, שבה נדון להלן,⁴⁷ כי אין למנהג תוקף עצמאי. לענייננו עולה מדבריו, כי קביעת חכמים "הכל כמנהג המדינה" הינה מכוננת ומעניקה למנהג תוקף משפטי, ממש כפי ש"תנאי בני העיר" נחוצים, לדעתו, כדי ליתן תוקף למנהג.

דברים מפורשים בכיוון זה כותב הרב משכיל לאיתן אגב התייחסו לסוגיית סיטומתא:

⁴⁵ משנה, ב"ב י, א, בבלי קס, ע"א. אמנם, הנושא שבו עוסקת המשנה הוא גיטין, בעוד אנו עוסקים בדיני ממונות, אך אין בכך בעיה, שכן משנה זו מובאת על ידינו רק לשם בחינת דרך שימושם של התנאים בביטוי "הכל כמנהג המדינה". מעבר לכך, גם מבחינה תוכנית, אין בדוגמא דין כל קושי. המנהג שם אינו בא לקבוע ישירות הלכה בשאלות של איסור והיתר, אלא משפיע רק בעקיפין על התוצאה האיסורית. הטעם לפסולו של גט שלא נעשה על פי המנהג מקורו בהנחה, כי הצדדים מקפידים על מנהג מקומם. נמצא, שהאמור בשטר מותלה (מכללא) בכך שייעשה השטר כמנהג, וההלכה היא ששטר המותלה בתנאי ולא נתקיים התנאי - בטל השטר. ראה: בבלי שם, קסה, ע"א.

⁴⁴ לא כך הבין בעל הסתמא דגמרא בב"ב קסה, ע"א, המקשה ביחס לדברי רשב"ג: "ותנא קמא לית ליה מנהג מדינה?", ומתרץ שאמנם גם לתנא קמא, קרי: הדעות הקודמות במשנה, הולכים אחר המנהג, ולא נחלק עליהם רשב"ג אלא במקרה מסויים. ברם דומה, שאין זו פשטות דברי המשנה, ולא הגיע בעל הסתמא להסבר זה אלא מפני שהניח המקשן בקושייתו כדבר פשוט, כי דיני כתיבת גט פשוט ומקושר חייבים להיות תלויים, לדעת הכל, ב"מנהג המדינה". קושייה זו מצביעה על כך, שהביטוי התנאי "הכל כמנהג המדינה" נתפס, לפחות על ידי המקשן, לא כהלכה מיוחדת לכמה מקרים פרטיים, אלא ככלל, המקובל על הכל.

⁴⁵ כך ברש"י, שם קס, ע"א, ד"ה שניהן פסולין. ובתוספות שם, ד"ה פשוט, הביאו טעמו וטעם נוסף.

⁴⁶ ריטב"א, ב"מ, מהד' מוסד הרב קוק, פג, ע"א, ד"ה הכל כמנהג המדינה (ההדגשה וההוספות בסוגריים שלי - ר"ק).

⁴⁷ ראה להלן, עמ' 73-75.

והאמת הוא... דקנין סיטומתא הוא דרבנן, והיינו **דרבנן אמרו ליזל בתר מנהג התגרין, כדאמרינן נמי בעלמא 'הכל כמנהג המדינה'** בפ"ק דב"ב ועוד בכ"ד [=בכמה דוכתי] כו'.⁴⁸

כאמור לעיל, הכלל "הכל כמנהג המדינה", יש שהובא כסתם משנה ויש שהוא נאמר לאחר ההלכה הסתמית, מפי רשב"ג. גם במקרים מן הסוג האחרון, אין כל ראייה על קיום מחלוקת עקרונית בין רשב"ג ות"ק בשאלת תוקפו של המנהג, אלא שנחלקו האם במקרה הנדון יש לפסוק את ההלכה בהתאם למנהג או שמא יש לקבוע הלכה כללית שאינה תלויה במנהג.

קיימת אפשרות נוספת והיא, כי ההלכה הסתמית דיברה במקום שאין בו מנהג ורשב"ג לפרש בא ולא לחלוק. ואמנם, כמה מהראשונים פירשו שלא בא רשב"ג כלל לחלוק במקרים אלו.⁴⁹ חיזוק מה לדעה זו ניתן היה למצוא, אולי, בדבריו של מ"ש פלדבלום ביחס למשניות שבמסכת גיטין: "אחר העיון נראה, שכמעט בכל מקום שמובאים דברי רשב"ג במשנתנו, הם אינם באים לחלוק עם מי שהוא מחבריו, אלא באים לפרש הלכה קדומה".⁵⁰ עם זאת נראה לנו, כי מסגנון הבאת הדברים משמע כי רשב"ג אמנם חלוק על דעת ת"ק.⁵¹ במקום אחד, דומה כי הדבר מפורש בדברי רשב"ג עצמם.⁵²

⁴⁸ הדברים מובאים בשו"ת דבר אברהם, ח"א, סי' א, ענף א, אות א (ההדגשה שלי - ר"ק). הרב אברהם יצחק משכיל לאיתן, היה אב"ד בכמה קהילות ברוסיה במאות 19-20.

⁴⁹ ראה, למשל, משנה כתובות ו, ד: "פסקה להכניס לו כספים, סלעה נעשה ששה דינרין... רבן שמעון בן גמליאל אומר הכל כמנהג המדינה", וברמב"ן שם, סו ע"א, ד"ה כנגד השום: "ופסקו הראשונים ז"ל כרשב"ג, משום דבכל כיוצא בזה לא הדין הוא העיקר אלא המנהג. ואפשר שהיו סבורין דלא פליגי רבנן ארשב"ג, והרבה יש כיוצא בהן בתלמוד..."; ובדומה במאירי שם, מהד' סופר, עמ' 285. יתכן כי הראשונים שנקטו פירוש זה הושפעו מן התפיסה, המצויה כבר בתלמוד (ראה לעיל, הערה 44), שלא נחלקו תנאים בכך, שבמקום שיש מנהג - הולכים אחריו.

⁵⁰ מ"ש פלדבלום, **פירושים ומחקרים בתלמוד - מסכת גיטין**, ניו-יורק תשכ"ט, עמ' 10. וראה שם הסברו לתופעה זו. אמנם, פלדבלום מציין שם, כי בשני מקומות במסכת גיטין אכן חולקים דברי רשב"ג על דברי הסתמא שקדמו להם. כן יודגש, כי דבריו נאמרים על בסיס בדיקת המשניות במסכת גיטין בלבד (שם, עמ' 6).

⁵¹ כוונתנו לסגנון: "רשב"ג אומר...". המצביע על דעה חלוקה, להבדיל מ"אמר רשב"ג". על האבחנה בין סגנונות אלו עמד כבר הרי"ף, ריש מכות, וראה: י' פאור הלוי, "הסוגיה הכפולה - לביאור הסוגיה הראשונה במסכת שבת", **אסופות ג** (תשמ"ט), עמ' תעב, הערה 19 (תודה לד"ר אבינעם כהן שהעמידני על מקור זה). כך גם כותב ר"ב אשכנזי בכלליו: "כל מקום שאומר 'פלוני אומר' בידוע שהוא חולק על דברי מי שקדמו, וכשהוא אומר 'אמר פלוני לא בא אלא לסייע או להוסיף'. ראה: א' שוחטמן, "כללי התלמוד לר' בצלאל אשכנזי", **שנתון המשפט העברי ח** (תשמ"א), עמ' 275, כלל סד. וראה עוד לעיל, הערה 40.

⁵² ראה משנה, ב"מ ז, א, בבלי פג, ע"א, שם אומר רשב"ג: "לא היה צריך [כך בכ"י קויפמן ופארמה, ובדפ' וילנה נוסף: לומר], הכל כמנהג המדינה". בדבריו אלו חולק רשב"ג במפורש על ר' יוחנן בן מתאי, המצריך להתנות על מזון הפועלים קודם תחילת העבודה. אמנם, המאירי שם, מהד' שלזינגר, עמ' 321, ביאר כי תנא קמא מסכים אף הוא לרשב"ג, כי במקום שיש מנהג הולכים אחריו. אך דומה, שאין זו פשוט הדברים, שאם כך הוא, מה הוסיף רשב"ג. והשווה לאמור לעיל, הערה 49, ולדברי המאירי שצויינו שם.

גם מקום שבו נאמר "הכל כמנהג המדינה" אין פירוש הדבר בהכרח, כי ההלכה במקרה הנדון מסורה לחלוטין לשלטונו של המנהג. כך שנינו בריש מסכת בבא בתרא:

השותפין שרצו לעשות מחיצה בחצר, בונין את הכותל באמצע. מקום שנהגו לבנות גויל, גזית, כפיסין, לבינין - בונין, **הכל כמנהג המדינה**. גויל - זה נותן ג' טפחים וזה נותן ג' טפחים, בגזית - זה נותן טפחיים ומחצה וזה נותן טפחיים ומחצה...⁵³

קיימת תמימות דעים בין רוב הראשונים,⁵⁴ כי גם אם מנהג המדינה לבנות בגויל ברוחב יותר מו' טפחים - לא ניתן לכופף זאת על השותף,⁵⁵ ולפיכך טרחה המשנה לפרט את שיעורי הרוחב ולא הסתפקה בקביעה "הכל כמנהג המדינה". אמנם, נחלקו הראשונים בשאלה, האם יהא תוקף למנהג לבנות בעובי הקטן מהשיעור הקבוע במשנה, כגון בגויל בפחות מו' טפחים. לדעת הרמב"ן, ר' יונה, רא"ש ונימוקי יוסף, "מנהג המדינה" במשנה מתייחס רק לחומר הבניין, אך שיעורי הרוחב נקבעו על ידי חכמים במשנה ואינם תלויים במנהג. לעומת זאת, לדעת התוספות גם השיעורים תלויים במנהג, אך רק בכיוון אחד. היינו, מנהג לבנות בשיעור נמוך מן השיעור הקבוע במשנה מחייב,⁵⁶ אך מנהג לבנות בשיעור גבוה הימנו - אינו מחייב. מלשון המשנה משמע לדעתנו כדעה הראשונה.⁵⁷ מכל מקום, לשתי הדעות יכולת ההשפעה של "מנהג המדינה" על ההלכה בנושא הנדון הינה מוגבלת.

2. "מנהג המדינה" - מהותו

פלק טוען, כי "מסתבר כי כוחו של המנהג היה גדול יותר מחוץ לירושלים, מאשר במקום תורה שממנו תורה יוצאת".⁵⁸ לאור זאת יש לפרש, לדעתו, כי הכלל "הכל כמנהג המדינה" נאמר בראשונה במקומות שמחוץ לירושלים, הקרויים "מדינה". ברם אין פירושו נראה לנו, שכן "מדינה" מתפרשת כחוץ לירושלים רק במקום שנזכרים זה לצד זה "מקדש" (או "ירושלים")

⁵³ משנה, ב"ב א, א, בבלי ב, ע"א.

⁵⁴ תוספות שם, ד"ה בגויל; רמב"ן, שם, ד"ה מתני; עליות דרבנו יונה, שם, ד"ה בגויל; רא"ש, שם; נימוקי יוסף, שם.

⁵⁵ והטעם לכך, שקיים להו לרבנן שכותל בשיעורים אלו הוא יציב ואין צורך ברוחב גדול יותר. ראה: רמב"ן ורא"ש, שם. אמנם, מדברי ראב"ד בתשובה משמע, כי הולכים לחלוטין בעניין זה אחר המנהג. ראה: א"א אורבך, "שאלות ותשובות הרא"ש בכתבי יד ובדפוסים", **שנתון המשפט העברי ב (תשל"ה)**, סי' קז, עמ' 43.

⁵⁶ אמנם, לדעת רבנו תם בתוספות שם קיים שיעור מינימום, "הוצא ודפנא", ממנו אין לפחות, ו"אפילו נהגו - מנהג הדיוט הוא".

⁵⁷ שכן המשפט "הכל כמנהג המדינה" מוסב על רשימת חומרי הבנייה, המופיעה לפניו, ולא על שיעורי הרוחב של הכתלים, המופיעים אחריו.

⁵⁸ פלק (לעיל, הערה 36), בעמ' 21. והשווה למובא בשמו לעיל, בסמוך להערה 39.

ו"המדינה"⁵⁹. לנו נראה יותר, כי "מדינה" כאן מציינת מקום, חבל ארץ, כפי שמצינו במשנה בכמה מקומות.⁶⁰

ר"מ פוגלמאן עומד על כך, כי בכמה מן המקורות התנאיים נזכרים זה לצד זה "מקום" ו"מדינה" בתבנית זו: "מקום שנהגו [לעשות כך וכך - עושים]... הכל כמנהג המדינה". לאחר בירור לשוני וענייני של כל אחד מהמונחים הוא מגיע למסקנה, כי כשנזכרים שני המונחים זה לצד זה, הרי ש"מקום" - "פירושו: נקודה ישובית, כפר, עיירה, עיר. ו'מדינה' פירושה: חבל ארץ כפלך, מחוז או עיר המחוז".⁶¹

על יסוד דבריו אלו מחדש ר"מ פוגלמאן, כי קיים הבדל בין "מנהג המקום" לבין "מנהג המדינה", היינו: מקום שנזכר "הכל כמנהג המדינה" - כוונת הדברים היא, כי "לא [יועיל - ר"ק] מנהג מקום יחיד, אלא מנהג המדינה, כלומר, מנהג רוב המקומות שבפלך ובמחוז, או מנהג עיר המחוז". לעומת זאת, כשמופיע רק "מקום שנהגו" פירושו, כי גם "מנהג המקום" מחייב.

נראה לנו, כי יש לפקפק בהנחותיו⁶² וכן בראיות שהביא.⁶³ ומכל מקום, לא ידוע לנו על מי מן הראשונים או מן האחרונים שהלך בדרך זו.⁶⁴

⁵⁹ "ירושלים" ו"המדינה" מצויים במשמעות זו כבר בספרי עזרא ונחמיה. ראה עזרא ב, א: "ואלה בני המדינה העלים משבי הגולה... וישבו לירושלים ויהודה איש לעירו", וכן נחמיה א, ג; ז, ו. "המדינה" שם הינו כינוי למדינת יהודה, ראה פירוש דעת מקרא, עזרא שם. וכך גם בלשון תנאים - ראה, למשל, במשניות הבאות: "פירות בירושלים ומעות במדינה... מעות בירושלים ופירות במדינה" (מעשר שני ג, ד); "נגר הנגרר נועלים בו במקדש אבל לא במדינה" (עירובין י, יא, וראה גם שם, משניות יב-יד); "בראשונה היה לולב ניטל במקדש שבעה ובמדינה יום אחד" (סוכה ג, יב); ועוד.

⁶⁰ ראה: קוסובסקי, **אוצר לשון המשנה**, ערך "דון-מדינה", כרך ב, עמ' 484.

⁶¹ הרב מ' פוגלמאן, "מנהג המקום ומנהג המדינה", סיני יז (תש"ה), עמ' שסח-שסט. השם "מדינה" נגזר, כנראה, משורש די"ן, ומשמעו הראשוני אזור שיפוט. הוראתו במקרא: מחוז, פרובינציה, וגם ארץ סתם. ראה: **אנציקלופדיה מקראית**, "מדינה", כרך ד, עמ' 692. בלשון חכמים מציינת "מדינה" לרוב ארץ נפרדת מבחינה פוליטית, אך גם עיר חשובה, פוליס. ראה: ש' קרויס, **קדמוניות התלמוד**, כרך א, ח"א, ברלין-וינה [תרפ"ד], עמ' 39-40. וראה כסף משנה, שבת ו, כ: "ואם נדקדק לשון רבינו, שפתח בעיר וסיים במדינה, דשם מדינה הוא מחוז שיש בו עיירות הרבה".

⁶² ההנחה המרכזית שעליה השתית את פירושו הינה: "לכאורה יש לזהות את 'המקום' עם 'המדינה' הנמצאים יחד במשנה. אבל אין דרכה של המשנה להשתמש בשמות נרדפים. ואילו היתה לימדינה' שבמשנה ההוראה של 'מקום', כי אז היתה המשנה מסיימת בלשון הפתיחה [= "מקום שנהגו" - ר"ק] והיתה שונה: 'הכל כמנהג המקום' (שם, עמ' שסד. ההדגשה שלי - ר"ק). אלא שהנחה זו נסתרת על ידי דברים שכתב בהמשך ביחס למשנה (ב"ב ג, ב, בבלי לח, ע"א): "שלש ארצות לחזקה: יהודה ועבר הירדן והגליל. היה ביהודה והחזיק בגליל... אינה חזקה, עד שיהא עמו במדינה". ר"מ פוגלמאן מביא את פירוש הרשב"ם, שם, ומוסיף: "המשנה מתחילה ב'ארץ' ומסיימת ב'מדינה'. הרי מכאן, כי ה'מדינה' היא מונח המקביל ל'ארץ'" (שם, עמ' שסח, ההדגשה שלי - ר"ק). המשנה הנ"ל הובאה על ידו כאחת מ"שתי הוכחות מוצקות" לכך, "כי... 'מקום' ו'מדינה' הנמצאים יחד במשניות, אינם דבר אחד, אלא שהם

"מנהג המדינה" כשמו כן הוא: מנהגם של אנשי המקום,⁶⁵ ואין הוא תלוי כלל בקיומו של שלטון במדינה. אין אמנם ספק בכך, כי המנהג מושפע מהחוקים שקובע השלטון במדינה. ברם, באופן עקרוני אין יצירתן של הלכות "מנהג המדינה" תלויה בדיני מלכות, ב"דינא דמלכותא" וכד', אלא באורחותיהם ובמנהגיהם של אנשי המדינה בתחומי החיים השונים.⁶⁶

עוד יודגש, כי באופן עקרוני קיימת בלשון התנאים אבחנה בין מנהג ("מנהג המדינה", "מקום שנהגו"), תקנה,⁶⁷ תנאי בית דין,⁶⁸ ותנאים של קבוצות בני אדם, דוגמת: בני העיר, ספנים וכד'.⁶⁹ "מנהג המדינה" בפי התנאים מורה, לפי פשוטו של מונח זה, על מנהג שנהגו בני המקום

שני שמות ומונחים נפרדים", ולא חל ולא הרגיש, כי "הוכחה" זו חותרת תחת יסוד הבניין כולו, שכן על פיה צריך היה לומר דווקא, כי גם "מקום" ו"מדינה" מונחים "מקבילים" הם.

מעניין לציין, כי בעוד שהמונח "מנהג המדינה" מופיע במקורות פעמים רבות, כמצויין לעיל, הרי שלא מצוי כלל, במקורות תנאיים ובתלמודים, המונח "מנהג המקום" (על פי בדיקה בתקליטור פרויקט השו"ת). רק ב-4 מקומות, כולם בתלמוד הירושלמי, נזכר "מנהג מקומכם/מקומינו/מקומה" (ירושלמי, ברכות, פ"ב ה"ז, ה ע"ב; מועד קטן, פ"ג ה"ה, פב ע"ד; כתובות, פ"י ה"ג, לג ע"ד; גיטין, פ"ה ה"ג, מו ע"ד).

⁶³ נעמוד רק על כמה מן הראיות שהביא: הניתוח הלשוני נעשה בלא אבחנה בין רבדי הלשון העברית, ותוך ערבוב בין לשון מקרא ולשון חכמים, עברית וארמית; הראיה שהובאה (**שם**, עמ' שסח) מלשון פסיקתא רבתי: "אמר לו: צא וטייל עמי במדינה, ובכל מקום ומקום שהיה מוליכו...". - אינה ראייה לנידונו. שם ברור מן ההקשר, כי ה"מקומות" שבהם טיילו היו בתוך ה"מדינה", אך כשמופיע "מקום שנהגו" בפתחת משפט, אין כל ראייה, כי הכוונה דווקא ל"נקודה יישובית", כפר או עיירה (בניגוד ל"מדינה"), ולא למקום המקביל ל"מדינה"; גם מדברי רבנו תם בתוספות ריש ב"ב, שהובאו על ידו כראיה (**שם**, עמ' שעב), אין כל ראייה לדעתנו. מה שניתן ללמוד מדבריו הוא רק, אולי, כי יפה תוקפו של מנהג אשר לגביו נאמר במשנה "הכל כמנהג המדינה" מכזה שלא נאמר לגביו משפט זה, אך אין בדברי רבנו תם כל התייחסות למשמעות המונח "מקום שנהגו".

⁶⁴ גם משני המקורות שצוינו על ידו **שם**, עמ' שסט, הערה 19, אין כל ראייה לאבחנה הנ"ל של ר"מ פוגלמאן.

⁶⁵ על כך ש"מנהג המדינה" או "מנהג המקום" תלוי באנשי המקום ולא במקום הגיאוגרפי כשלעצמו, ראה: הרב ר' ערוסי, "המקור לתוקף המנהג", **בית יצחק** כג (תשנ"א), עמ' 185-199.

⁶⁶ על אבחנה זו עומד כבר הרב ז' קורן (וינקלר), "ממלכתיות ישראלית - משמעויות הלכתיות", **ממלכת כהנים וגוי קדוש**², ירושלים תשנ"ז, עמ' 181, הערה 1.

⁶⁷ לעתים מופיעות תקנות חכמים בלא שם "תקנה" עליהן, ולעתים הדבר מפורש, כגון: "משרבו עוברי עבירה התקינו... (משנה, שביעית ד א); "פרוזבול אינו משמט זה אחד מן הדברים שהתקין הלל הזקן... (שם י, ג); ועוד. אמנם, כבר בלשון תנאים מצוי לעתים חילוף בין המונחים תקנה ומנהג. ראה לעיל, עמ' 12. דיון בהגדרה מדוייקת של המונח "תקנה" חורג ממסגרת חיבור זה.

⁶⁸ ראה, למשל, משנה, כתובות ד, ז-ח, י-יב. על הביטוי התנאי "תנאי בית דין" ומשמעותו, ראה להלן בפרק ד, עמ' 148-149.

⁶⁹ ביחס לתנאים מן הסוג האחרון, ראה להלן בסמוך.

מעצמם, בלא שהתנו (=הסכימו) כן ביניהם ובלא שתיקוהו חכמים כתקנה. כך עולה מדברי כמה מן הראשונים,⁷⁰ וכך מפורש גם בדברי הריב"ש:

ומבואר אמרו בירושלמי גבי מתני' דריש פרק השוכר את הפועלים⁷¹...
זאת אומרת המנהג מבטל הלכה. **ובודאי לא במנהג שהתנו עליו בני העיר.** שא"כ, למה היה צריך רבי יוחנן בן מתאי לומר לבנו, עד שלא יתחילו במלאכה צא ואמור להם על מנת וכו', וכי עלה על דעתו שלא יועיל מנהג שהתנו עליו בני העיר? אלא ודאי **בסתם מנהג** אמר כן, ואפי' הכי קיי"ל כרשב"ג, דהכל כמנהג המדינה.⁷²

מן המקורות התנאיים עולה, אפוא, כי יש תוקף למנהג הגם שלא תוקן כתקנה על ידי בני העיר או על ידי חכמים.⁷³

ב. מנהג הולכי שיירה וספנים

מקור נוסף בדברי תנאים, אשר בו מצאנו כי ההלכה בדיני ממונות נקבעת על פי המנהג, מצוי בתוספתא בבבא מציעא:

שיירה שהיתה מהלכת במדבר, ונפל עליה גייס וטרפה, מחשבין לפי ממון ואין מחשבין לפי נפשות. אם שלחו טייר⁷⁴ לפניו, אף מחשבין לפי נפשות.⁷⁵ ואין משנין ממנהג הולכי שיירה.⁷⁶

⁷⁰ ראה: רמב"ם, אישות כג, יב: "מנהג המדינה עיקר גדול הוא... והוא שיהיה אותו מנהג פשוט בכל המדינה". כך עולה גם מדברי הרמב"ן, ב"ב ב, ע"א, ד"ה מתני', שאזכרו **לעיל**, הערה 54. הרמב"ן שם קובע, כאמור, כי הגם שנאמר במשנה "הכל כמנהג המדינה", אם נהגו לבנות בגויל יותר מו' טפחים - לא ניתן לכוף על כך. אך בהמשך דבריו הוא כותב: "אבל בודאי, אם היה שם מנהג ידוע לשותפין, כגון **שהתנו עליו אנשי העיר במעמד כלן**, כופין זה את זה לבנות כמנהגם הידוע, ואפי' נהגו לבנות גויל רחב ד' אמות". ברור, אפוא, מדבריו כי "מנהג המדינה" שעליו מדובר במשנה הנ"ל הינו מנהג שנהגו **מעצמם**, וכי אין הוא זהה לתנאי "שהתנו אנשי העיר" (אותו הוא מכנה "מנהג(!) ידוע". וכבר הערנו **לעיל**, הערה 67, על חילופי המונחים מנהג-תקנה). והשווה לשיטתו **להלן**, בסמוך להערה 268 ואילך.

⁷¹ משנה, ב"מ ז, א.

⁷² שו"ת הריב"ש, סי' שמה, ד"ה ומבואר, מכוון ירושלים תשנ"ג, עמ' תנח. כך כתב גם שם, סי' קה, ד"ה גם אני.

⁷³ לא כך גרסו כמה מראשוני ספרד ואשכנז ביחס למנהג הממוני. ראה בהמשך פרק זה בשיטות הרי"ף, הרמב"ן, הריטב"א, הרא"ש, הריב"ש, האור זרוע ותרומת הדשן.

⁷⁴ בכ"י ערפורט, בירושלמי ובבבלי שם: תייר. וברש"י שם: "תייר. מראה להם הדרך".

⁷⁵ רש"י שם, ד"ה אף לפי נפשות: "שטעות הדרך במדבר סכנת נפשות היא".

⁷⁶ בבבלי שם: "ולא ישנו ממנהג החמרין", ופירש רש"י: "שאם נהגו לתייר לפי ממון או לפי נפשות - עושין".

ספינה שהיתה באה בים, ועמד עליה נחשול והקילו ממשאה, מחשבין לפי משוי ואין מחשבין לפי נפשות. ואין משנין ממנהג הספינה^{77,78}.

החידוש בתוספתא הוא, כי גם אם אין מדובר במנהג של כל בני המקום - דוגמת "הכל כמנהג המדינה" או "מקום שנהגו", שנדונו לעיל - אלא במנהג השייך לקבוצה מסויימת של בני אדם, הרי שיש בכוחו לשנות את ההלכה ביחס לחברי אותה קבוצה.⁷⁹

ה"מנהג" שעליו מדובר בתוספתא הינו מנהג שנהגו הולכי שיירה וספנים מעצמם ולא תנאי מפורש שעשו ביניהם.⁸⁰ כך עולה אף מהשוואת לשון התוספתא דלעיל לשורה של ברייתות אחרות, המובאות בתוספתא שם להלן:

ורשאין בני העיר להתנות על השערים, ועל המידות ועל שכר פועלין.
 רשאין לעשות קיצתן.
 ורשאין הצמרין והצבעין לומר [=להתנות]⁸¹: כל מקח שיבוא לעיר נהא כולנו שותפין בו...
 רשאין החמרין לומר: כל מי שתמות חמורו נעמיד לו חמור אחר...
 רשאין הספנין לומר: כל מי שתאבד ספינתו נעמיד לו ספינה אחרת...⁸²

כאן מדובר בתנאים שהתנו ביניהם בני העיר או בני האומנות במפורש. לעומת זאת, בתוספתא שהובאה לעיל מתואר "מנהג הולכי שיירה" או "מנהג הספינה (או: הספנים)", ולא

⁷⁷ בכ"י ערפורט ובבבלי שם: "ממנהג הספנין".

⁷⁸ תוספתא, ב"מ (ליברמן), ז, יג-יד. והמקבילות: בבלי, ב"ק קטז, ע"ב; ירושלמי, ב"מ פ"ו ה"ד, יא ע"א. וראה: ליברמן, **תוספתא כפשוטה** שם, עמ' 255-256. על מנהג הולכי שיירות בספרות התלמודית ראה עוד: S. M. Passamaneck, "Caravan Custom in Early Rabbinic Sources", *Tijdschrift voor Rechts-geschiedenis - A Tribute to Gleason Archer*, 36 (1968), pp. 73-88.

⁷⁹ שכן "כל בעלי אותה אומנות הרי הן כבני עיר אחת" (שו"ת הרשב"א, ח"ב, סי' רסח, ד"ה ואם אין שם).

⁸⁰ ראה חזון איש, ב"ב, סי' ד, ס"ק ט, שהבין בתחילה כי מדובר שהתנו בני השיירה ביניהם, ושמן המנהג אנו למדים שכך הסכימו. אמנם, בהמשך (שם, סי' ה, ס"ק ב) כתב, שמדובר כשנהגו בלבד ולא התנו ביניהם.

⁸¹ בב"ק קטז, ע"ב הובאה הברייתא הנ"ל, כשבמקום הלשון שבתוספתא "רשאין החמרין לומר" נאמר: "רשאין החמרין להתנות...". בדומה ללשון התוספתא לעיל: "ורשאין בני העיר להתנות...". גם התוספות, שם, ד"ה ורשאים, עמדו על הדמיון בין שתי ההלכות הנ"ל, המופיעות כברייתות בשני מקומות נפרדים בבבלי: "ורשאים החמרין להתנות ביניהם. פירוש, רשאים להסיע ממון אם כבר עשו תנאי קודם, כמו ורשאין בני העיר להסיע על קיצתן דב"ב [ח], ע"ב, ומקורו בתוספתא הנ"ל - ר"ק".

⁸² תוספתא, ב"מ (ליברמן) יא, כג-כו.

נזכר שעשו ביניהם כל "תנאיי". מדברי התוספתא מוכח אפוא שוב, כי למנהגי החמרים והספנים יש תוקף גם בלא שעשו תנאי מפורש ביניהם ובלא שנתקנו כתקנה על ידי חכמים.⁸³

ג. דרישת לשון הדיוט

במקורות התנאיים אנו מוצאים דרך של פרשנות ("מדרש") מסמכים, המכונה "דרישת לשון הדיוט".⁸⁴

כך שנינו בתוספתא בכתובות:

דרש הלל הזקן לשון הדיוט. כשהיו בני אלכסנדריא מקדשין נשים, אחר בא וחוטפה מן השוק, ובא מעשה לפני חכמים, בקשו לעשות בניהן ממזרין, אמר להם הלל הזקן הוציאו לי כתובת אמותיכם, הוציאו לו, וכתוב בה: 'כשתכנסי לביתי תהוי לי לאנתו כדת משה וישראל'.

דרש ר' מאיר: המקבל שדה מחבירו ומשזכה בה הבירה, שמין אותה כמה היא ראויה לעשות ונותן לו, שכך כותב לו: 'אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא'.

דרש ר' יהודה: מביא אדם על אשתו כל קרבנות שהיא חייבת... שכך כותב לה: 'ואחרי די איתאי ליך עלי מן קדמת דנא'.⁸⁵

הלכות אלו נסמכות למשנה בכתובות (ד, ו), העוסקת ב"מדרש" כתובה.⁸⁶ בתלמוד הבבלי הן מובאות, כשהתלמוד מקדים לפני כל הלכה בזו הלשון: "ר"מ היה דורש לשון הדיוט, דתניא... רבי יהודה היה דורש לשון הדיוט, דתניא... הלל הזקן היה דורש לשון הדיוט, דתניא...".⁸⁷

⁸³ כך אמנם הסיקו ראשונים ואחרונים מן הברייתות הנ"ל בב"ק קטז, ע"ב, שמקורן כאמור בתוספתא. ראה: תשובת ר' אביגדור כ"ץ, הובאה במדכ"י, ב"ב, ס"י תעז; שו"ת מהרי"ק, ס"י ט, הוצ' אורייתא תשמ"ח, עמ' כה, וס"י קב, עמ' רי; שו"ת רדב"ז, ח"א, ס"י תקמד.

⁸⁴ על דרישת לשון הדיוט, ראה: גולאק, **יסודי המשפט העברי**, ח"א, עמ' 29-30; ש' גרינברג, "דורש לשון הדיוט", **סיני** יב (תשי"ג), עמ' שנד-שנח [=הנ"ל, בתוך: **ספר היובל להרב מ. א. עמיאל**, ירושלים תשי"ג, עמ' רכב-רכז]; י"י רבינוביץ, "מדרש לשון הדיוט", **תרביץ** כב (תשי"א), עמ' 193-195; אלון, **המשפט העברי**, עמ' 350-358; י' ריבלין, **שטרי קהילת אליסיאנה**, רמת גן תשנ"ה, עמ' 17-18.

⁸⁵ תוספתא, כתובות (ליברמן) ד, ט-יא, וראה גם שם, ה' יב-יג. המונח "דורשין לשון הדיוט" נזכר גם בתוספתא, ב"ב יא, יג, וכן במקבילות בבבלי (ב"מ קד, ע"א), ובירושלמי (כתובות, פ"ד ה"ח, כח ע"ד; יבמות פט"ו ה"ג, יד ע"ד). וראה: ליברמן, **תוספתא כפשוטה**, כתובות, עמ' 245-248.

⁸⁶ "זה מדרש דרש ראב"ע... הבנים יירשו והבנות ייזונו". סמיכות זו מפורשת בירושלמי, כתובות שם (צוטט בהערה הבאה), כפי שהעיר ליברמן, שם, עמ' 245.

בביאור המונח "דרש לשון הדיוט" הובאו בגאונים ובראשונים כמה פירושים. רב האי גאון כותב, כי חכמים "היו מדקדקין בלשון ההדיוטות שכותבין בשטרותיהן ודורשין אותן, כמה שהן מדקדקין דברי תורה ודורשין [אותן], ולא פשוטיהן של דברים אלא מדרשות אחרים".⁸⁸ היינו, פרשנות לשון השטר, גם שלא על פי פשט לשון הכתוב. לפי הסבר זה המונח "לשון הדיוט" פירושו: נוסח שטרי חול,⁸⁹ בניגוד לפסוקי התורה, הנדרשים אף הם על ידי חכמים. וכדברי רב האי, "וכל שבהיקש לגבוה נקרא הדיוט".⁹⁰

רש"י מבאר, ש"דורשין לשון הדיוט" פירושו: "שהרגילו הדיוטות לכתוב שלא כתקנת חכמים, היה דורש הלשון לפסוק הדין אחריו".⁹¹ לפי ההסברים שהובאו עד כה, מדובר אפוא בדרישת הלשון **הכתובה** במסמך. גם מדברי ראשונים נוספים עולה הבנה דומה.⁹²

ברם, בדברי רב האי גאון עצמו⁹³ - לצד דבריו שהובאו לעיל - וכן בדברי רביס מן הראשונים אנו מוצאים הבנה נוספת. לפי הבנה זו, המונח "דרישת לשון הדיוט" אינו מכוון רק

⁸⁷ ב"מ קד, ע"א-ע"ב. ובמקבילה בירושלמי (כתובות, פ"ד ה"ח, כח ע"ד): "ר' לעזר בן עזריה עבד לה כתובה מדרש... דבית הלל עבדין לה כתובה מדרש, דרש הלל הזקן לשון הדיוט...". "כתובה" כאן פירושה שטר, ולא כתובת אשה, כפי שהעירו כמה מן החוקרים.

⁸⁸ פירוש ר' זכריה אגמאתי לב"מ (תצלום כתב היד על ג' הבבות בתוספת הקדמה באנגלית, מהד' י' לוי, הוצ' המוזיאון הבריטי, לונדון, 1961), עמ' 143א (התוספת בסוגריים שלי - ר"ק). דברי רב האי הובאו בשמו גם בגנזי קדם, ה, עמ' 100 (צויין על ידי צ' גרונר, "רשימת תשובות רב האי גאון", **עלי ספר** יג (תשמ"ו), מס' 979), וכן, בשינויים קלים, גם על ידי ר' יהודה אלברגלוני, הביא דבריו הרמב"ן, ב"מ קד, ע"א, ד"ה ר' מאיר. התוספת בסוגריים - על פי הרמב"ן, שם. וראה להלן, שלצד דבריו אלו מעניק רב האי ל"דרישת לשון הדיוט" פירוש רחב יותר.

⁸⁹ השווה - ב"ז פְּכָר, **ערכי מדרש**, תירגם מגרמנית אי"ז רבינוביץ, תל-אביב תרפ"ג, ערך "דרש", עמ' 19, הערה 4: "לשון הדיוט אין פירושו כתב שהנהיגו ההדיוטים... אלא זהו כמו לשון חול, דבר שנמצא רק בשטרות חול, בנגוד ללשון הקדש". ולא ציין לדברי רב האי הנ"ל.

⁹⁰ ר' זכריה אגמאתי, שם. והמשך דברי רב האי, שם: "כמו ששינונו: רשות גבוה בכסף ורשות הדיוט בחזקה, אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, ושטרות ממון בהקש לדברי תורה כן נאמר בהן: אין קורין בשטרי הדיוטות בשבת".

⁹¹ רש"י, ב"מ קד, ע"א, ד"ה דורש לשון הדיוט. "שלא כתקנת חכמים" אין פירושו לדעתנו בניגוד לדעתם, אלא שעשו כן מעצמם ושלא על פי תקנת חכמים. מסיום הדברים נראה, כי לדעת רש"י אין מדובר בהוצאת לשון השטר מפשוטו, כדעת רב האי, אלא להיפך, בהתחקות אחר כוונת הלשון. ברם, קשה להכריע בדבר מלשונו.

⁹² כדעה שרק אם **כתב** בשטר, דורשין הלשון וחיוב - כותב במפורש גם התוספות רי"ד, שם, מהד' תליתאה (מהד' ר"נ זק"ש, ירושלים תשי"ט), ד"ה היה דורש. המהדיר שם, הערה 4, מקשה שדברי התוספות ושאר הראשונים סותרים לדברי הרי"ד. ולדברינו, שיטת הרי"ד היא כרש"י. כך עולה, לדעתנו, גם מספר הישר, חלק השו"ת, סי' כו, שם עוסק רבנו תם בעניין כינויים בגיטין: "ואחרי אשר הורגלו הראשונים לכתוב וכל שום, הרי הוא כמפורש בהדיא, דאמרינן... דורשין לשון הדיוט, כיון שהיה מנהג לעשות ולכתוב כך וכך...".

⁹³ דבריו הובאו בשמו: בפירוש ר"ז אגמאתי לב"מ, עמ' 120ב; על ידי רב יצחק אלברגלוני (חכם ספרדי בימי הרי"ף, ראה עליו: ח"ד שעוועל, **רבנו משה בן-נחמן**, ירושלים תש"ן, עמ' כח-כט) בתשובה, הובא ברמב"ן (**לעיל**, הערה 88). דברים דומים הובאו בתשובה אנונימית, תשובות הגאונים, הרכבי, סי' רכו (שני המקורות האחרונים צוינו על ידי

לפרשנות הנוסח **הכתוב** במסמך, אלא גם לכזו שבכוחה "להכניס" לתוך המסמך תנאים **שנהוג לכותבם** במסמכים דומים, אף אם תנאים אלו אינם **כתובים** כלל במסמך שלפנינו.

דומה, כי בעלי הדעה האחרונה סברו, כי יש לקשור את ההלכות הנ"ל שבתוספתא לא רק למשנה שעניינה "מדרש" הכתובה, אלא גם להלכות הסמוכות להן בתוספתא ובמשנה שם, העוסקות ב"תנאי בית דין": "לא כתב לה בנין דיכרין דיהויין ליכי מינאי אינון ירתין כסף כתובתיך יתר על חולקהון די עם אחיהון - חייב, שהוא **תניי בית דין**".⁹⁴ דעה זו מנוסחת בבהירות על ידי הרמב"ן:

ונראה מכאן דהא דאמרי' דורש לשון הדיוט ה"ק, שהיה עושה מנהג ההדיוטות עיקר ודן על פיהם כאילו נהגו על פי החכמים. ואע"פ שמעצמן הורגלו לכתוב כן שלא על פי חכמים, היה עושה אותו מנהג **כתנאי** [ב"ד],⁹⁵ שאע"פ שלא נכתב כמי שנכתב דמי, הואיל והוא מנהג פשוט וכולם עושין כן, וכל המקבל, על דעת כן קבל.⁹⁶

כדעה זו - שגם אם לא כתב, הרי זה כ"תנאי בית דין" וכמי שכתב - כתבו גם ראשונים נוספים בצרפת, בפרובאנס⁹⁷ ובספרד.⁹⁸

גרוניר, לעיל, הערה 88, מס' 688). גם את דבריו הקצרים של הר"ח (הובאו ברמב"ן, שם, ראה הציטוט **להלן**, הערה 95, וכן אצל ר"ז אגמאטי, שם, עמ' 144א), מבין הרמב"ן בדרך זו.

⁹⁴ תוספתא, כתובות (ליברמן) ד, ו. והמקבילה: משנה, שם ד, י. משנה זו הינה חלק מקובץ משניות (ז-יב), שבהן נשנות הלכות נוספות בתבנית אחידה: "לא כתב לה... - חייב, שהוא תנאי ב"ד".

⁹⁵ במהדורת חידושי הרמב"ן הנפוצה שהוציא רא"ז מלצר (ירושלים תרפ"ט) נכתב רק "כתנאי", ובמהדורת מכון מערבא (ירושלים תשנ"א) תוקן כמובא בפנים בלא לציין את המקור לתיקון (ראה במבוא שם, עמ' 1-2, שתיקנו הן על פי כ"י והן על פי ראשונים אחרים). גם ליברמן, תוספתא כפשוטה, כתובות, עמ' 246, מתקן באופן זה. ומכל מקום, תיקון זה מסתבר מדברי הרמב"ן שם בהמשך: "ואף ר"ח ז"ל כתב בסוף דבריו ש"מ דכל הני דדרשי לשון הדיוט הל[כתא] נינהו **וכתנאי ב"ד** נינהו". גם מדברי הרשב"א, שם, יש סיוע לגירסא זו.

⁹⁶ רמב"ן, ב"מ קד, ע"א, ד"ה ר' מאיר.

⁹⁷ ראה, למשל: ראב"ד (פרובאנס) ורמ"ד (לונל, צרפת), הובאו דבריהם בשיטה מקובצת, ב"מ קד, ע"א, וראה שם דעות נוספות; תוספות, שם, ד"ה היה; תוספות רבנו פרץ (קורביל, צרפת), שם, ד"ה אוביר.

⁹⁸ בעקבות הרמב"ן ותלמידיו. ראה, למשל: רשב"א - מובא בשיטה מקובצת, שם, ד"ה וז"ל הרשב"א; ב"ב קמד, ע"ב, ד"ה הא דאמרי'; שו"ת הרשב"א, ח"א, ס"י אלף סח; ח"ב, ס"י רסח; ח"ג, ס"י יז; ח"ד, ס"י קכה; ח"ו, ס"י רנד; שו"ת הריטב"א, מהד' קאפח, ירושלים תשי"ט, ס"י נג (חידושי לבי"מ, שיצאו בשנת תשנ"ג במהד' מוסד הרב קוק, על פי כתבי יד, מסתיימים בדיוק באמצע דף קד, ע"א); חידושי הר"ן, ב"מ שם, ד"ה ולפ"ז. מקורות נוספים צוינו **להלן**, הערות 104 ו-105. הרא"ש, כצפוי, הולך בדרכם של בעלי התוספות וחכמי ספרד, ראה: תוספות הרא"ש, שם, ד"ה היה; פסקי הרא"ש, שם, פ"ט, ס"י ג-ד. אמנם, במקומות בספרד שבהם לא נהגו לכתוב פרוזובול, לא היה מוכן הרא"ש לאפשר לגבות בשטרי הלוואה על ידי קריאת תנאים לתוכם, ראה: שו"ת הרא"ש, כלל עז, ס"י ד, ו.

לדעה האחרונה, תופעה מעניינת יש כאן. "לשון הדיוט", קרי: **המנהג** שהרגילו ההדיוטות לכתוב בשטרות שלא על פי תקנת חכמים - ואשר לא הותנה במפורש על ידי הצדדים לעיסקה - עולה למעמד כשל "**תנאי בית דין**", מונח המציין **תקנה** שהתקינו חכמים. הכיצד?!

עיון בדבריהם מעלה, כי לא נתכוונו בעלי דעה זו לומר, כי מנהג ההדיוטות שווה במעמדו לתנאי בית דין מבחינה **נורמטיבית**, אלא שדינם שווה מבחינה **מעשית**, ולפיכך דייקו לומר שהמנהג **כתנאי בית דין**⁹⁹ או **כאילו** הוא תנאי בית דין.¹⁰⁰ הטעם לדמיון הוא, כמבואר בדברי הרמב"ן לעיל, שכיון שהכל עושים על דעת המנהג, הרי שהמנהג מחייבם בתורת תנאי מכללא בעיסקה; ממש כשם שתנאי בית דין מחייב את הצדדים אפילו לא התנו דבר, שכן ההנחה היא שהכל עושים על דעת תקנת חכמים.¹⁰¹ לאוחזים בדעה זו, הרי לנו ראייה נוספת מן המקורות התנאיים לכך, כי יש תוקף למנהג גם בלא שנתקן על ידי חכמים כתקנה.^{102 103}

לא ייפלא, אפוא, כי הכלל "דורשין לשון הדיוט" מופיע בתשובות רבות של חכמי ספרד - לצד שימוש ככלי לפרשנות מסמכים - כבסיס לתוקפם של מנהגים בענייני ממונות, גם כאשר לא נכתב ולא הותנה דבר בין הצדדים. ככל הידוע לנו, הרשב"א הוא הראשון שעושה שימוש בכלל זה - ודאי שימוש כה נרחב ושיטתי - כביסוס למנהגי ממון.¹⁰⁴ בגישה זו אוחזים, בעקבותיו, גם

⁹⁹ כך בר' זכריה אגמאתי וברמב"ן, הן בשם רה"ג והן בשם ר"ח (צויינו **לעיל**, הערה 93): "כתנאי בית דין ניהו/דמייא"; וכן בפסקי הרא"ש, שם: "כלשון שתקנו חכמים לכתוב".

¹⁰⁰ כך בשו"ת רשב"א ח"ב, רסח: "ואפילו לא כתבו הרי הוא מן הסתם כאלו כתב בו, ודנין בו **כאלו** הוא תנאי ב"ד".

¹⁰¹ על עניין זה עמד כבר ש' אטלס, "הרצון הציבורי בתחוקה התלמודית (פרק בפילוסופיה של המשפט העברי)", *H.U.C.A. XXVI* (1955), חלק עברי, עמ' טז-יח. אטלס שם כותב, כי מנהג ההדיוטות "נעשה לביטוי להרצון הציבורי, שהוא היסוד בקביעת סדר משפטי ע"י החכמים ובאי כח האומה, ונמצא שדינו של לשון הדיוט הוא כדין של תנאי ב"ד". מדבריו שם משמע כי הבין בדעת הראשונים, שהמנהג מקבל ממש מעמד של "תנאי ב"ד". הבנה זו משתלבת היטב בתיזה העיקרית של מאמרו, שבמרכזה העקרון כי במשפט העברי כפוף הרצון הפרטי ומשועבד ל"רצון הציבורי". התיזה המוצגת במאמר זה מקובלת עלינו באופן כללי, אך דומה שבסוגיא זו, כפי שנתפרשה על ידי הראשונים הנ"ל, אין את מה שדימה למצוא בה אטלס. לדעתנו, כל שאמרו הראשונים הוא, כאמור בפנים, כי המנהג בסוגייתנו תקף מבחינה מעשית - **ולא מבחינה נורמטיבית** - כאילו היה כאן תנאי בית דין. על הרעיון שמנהג של בני החברה "נעשה כאילו יסודו בחוזה ציבורי" עומד אטלס גם במקום אחר. ראה: ש' אטלס, **נתיבים במשפט העברי**, עמ' 41, "התנאים שהתנה יהושע ותנאי בית דין", בעמ' 45.

¹⁰² מסקנה זו תואמת, אפוא, את המסקנה שאליה הגענו לעיל מניתוח המקורות התנאיים, הן ביחס לביטוי "הכל כמנהג המדינה" והן ביחס למנהג הולכי שירה וספנים.

¹⁰³ ר' אברהם די בוטון (שאלוניקי, המאה ה-16) רואה בסוגיא זו, גם לפי פירוש רש"י, ראייה לכך, כי יש תוקף ל"מנהג הדיוטות" גם אם אינו "מנהג ותיקין". ראה: שו"ת לחם רב, סי' י, ד"ה ובר מדין.

¹⁰⁴ ראה: שו"ת הרשב"א, ח"א, סי' תרסב (והמקבילה - ח"ג, סי' תלג), תשעה, אלף סח; ח"ב, סי' רסח; ח"ג, סי' יז, תלג; ח"ד, סי' קכה, קפו; ח"ה, סי' עו, קסז; המיוחסות, סי' יד. בח"ב, סי' רלג, כתב כי יש לפרש שטרי מתנה, הודאות והלוואות על פי המנהג, אך לא הזכיר דרישת לשון הדיוט.

תלמידיו וכן חכמים מאוחרים יותר בספרד ובצפון אפריקה,¹⁰⁵ בעוד שאצל ראשוני אשכנז וצרפת לא מצאנו שימוש דומה בכלל זה.¹⁰⁶ אמנם, בעלי התוספות ורבנו פרץ מפרשים את עניין דרישת לשון הדיוט בדומה לחכמי ספרד.¹⁰⁷ ברם, לא מצאנו אצל מי מחכמי צרפת ואשכנז שמשתמש בעיקרון זה הלכה למעשה, להבדיל מפרשנות הסוגיא התלמודית גרידא, כבסיס לתוקפם של מנהגי ממון.

עם זאת, כבר ציינו כמה מן החוקרים כי הדעה הרווחת בראשונים, כאמור, "שאף שלא כתב כמי שכתב", אינה מתיישבת עם משמעותה המקורית של דרישת "לשון הדיוט" שבתוספתא, שהינה - כדברי רב האי לעיל¹⁰⁸ - פרשנות הנוסח **הכתוב** בשטר.¹⁰⁹ משמעות זו של "דרש לשון

¹⁰⁵ ראה, למשל: שו"ת מהר"ם חלאווה, מהד' הרש"ר, סי' ק; שו"ת הריטב"א, מהד' קאפח, סי' נג, קפ (בעמ' רטז). שני האחרונים היו תלמידי הרשב"א; שו"ת הר"ן, קעניגסברג [תרכ"א], סי' נד; שו"ת הריב"ש, סי' תיג, מהד' מכון ירושלים, עמ' תרל, ד"ה ועוד; שו"ת התשב"ץ, ח"א, סי' קלג.

למקורות רבים נוספים אצל ראשוני ספרד, שבהם נעשה שימוש בעיקרון האמור כבסיס למנהג בדיני ממונות, ראה: אלון, **מפתח השו"ת של חכמי ספרד וצפון אפריקה - המפתח המשפטי**, "פרשנות", ערך משנה "דורשים לשון הדיוט (בנוהגים)", עמ' 362-363. והשווה לאמור בהערה הבאה באשר למצב באשכנז.

¹⁰⁶ המקרה היחיד שבו מצאנו שימוש דומה בצרפת ב"דרישת לשון הדיוט" מופיע בספר הישר (צוטט **לעיל**, הערה 92). רבנו תם, שם, מסיק הלכה בעניין כינויים בגיטין, המתבססת על המנהג. ברם, שם מדובר בדרשת הלשון **הכתובה** בשטר, על פי המנהג, כדעת רש"י, אך לא - כפי שמצאנו אצל ראשוני ספרד - במתן תוקף למנהג שכלל לא בא זכרו בהסכם שבין הצדדים. וראה: ליפשיץ ושוחטמן, **מפתח השו"ת של חכמי אשכנז, צרפת ואיטליה - המפתח המשפטי**, "מנהג", ערך משנה "דורשים לשון הדיוט במנהג", עמ' 167, שם צויין מכל חכמי אשכנז וצרפת רק לרבנו תם הנ"ל.

¹⁰⁷ ראה **לעיל**, הערה 97.

¹⁰⁸ ראה **לעיל**, בסמוך להערה 88.

¹⁰⁹ ראה: גרינברג (**לעיל**, הערה 84), בעמ' שנו; רבינוביץ (**לעיל**, הערה 84), בעמ' 194. גרינברג, שם, עמ' שנו, טוען כי משמעותו המקורית של הביטוי "לשון הדיוט" הינה: לשון **ארמית** דווקא. טענתו מבוססת על סנהדרין כא, ע"ב: "אמר מר זוטרא... ביררו להן לישראל כתב אשורית ולשון הקודש, והניחו להדיוטות כתב עברית ולשון ארמי. מאן הדיוטות? אמר רב חסדא: כותאיי". מכאן, לדעתו, כי "הכותיים שלשונם היתה לשון ארמי נקראו אצל חז"ל הדיוטות" (ההדגשה במקור), ודרישת לשון הדיוט פירושה: פרשנות לשון השטר, שהיה כתוב, כדרכם של שטרות רשמיים באותה תקופה, בלשון הארמית.

דברי גרינברג אינם נראים לנו. ראשית, יש לנקוט זהירות מרובה בהסקת מסקנות מדברי אמוראי בבל על פירושו של מונח תנאי. נוסף לכך, המונח "לשון הדיוט" אינו נזכר בסוגיא הנ"ל אלא "לשון ארמי", ואילו המונח "הדיוטות" מונגד שם עם "ישראל", ובדין פורש כ"כותאיי". מבדיקת המקורות התנאיים (באמצעות תקליטור פרויקט השו"ת) עולה, כי "הדיוט" מציין אדם פשוט, רגיל, למשל: "כהן הדיוט" מול "כהן גדול" (משנה, יבמות ב, ד, ועוד); "הדיוט" מול "הנשיא" (משנה, נדרים ה, ה, ועוד); ערכאות של "הדיוט" מול "ערכאות של גויים" (משנה, גיטין א, ה, ועוד); "הדיוט" מול "גבוה" (משנה, קידושין א, ו, ועוד) או מול "הקדש" (משנה, ערכין ט, ב, ועוד); ועוד. והשווה לדברי רב האי, **לעיל**, הערה 90. לעומת זאת, לא מצאנו "הדיוט" אצל תנאים במשמעות "כותיי". "לשון הדיוט" פירושה, אפוא, לשון השטרות הרגילים והנפוצים. אמנם, באופן מעשי נכתבו השטרות בתקופת התנאים בשפה הארמית.

הדיוט", המתיישבת היטב עם לשון התוספתא,¹¹⁰ היתה גלויה לחכמי התלמוד הבבלי והירושלמי,¹¹¹ וככל הנראה גם לגאונים.¹¹² אכן, כפי שראינו, החל מרב האי גאון ואילך אנו מוצאים כי רבים מן הראשונים מבארים את המונח "הדיוט" וכן את ה"דרישה" בפנים אחרות.¹¹³

אין, אפוא, כל זיקה, אליבא דהתנאים, בין המונח "דרש לשון הדיוט" לבין עניין תוקפו של המנהג בענייני ממון, שבו עסוקים אנו.

2. תלמודים

א. תלמוד ירושלמי - "מנהג מבטל הלכה"

בתלמודים מוצאים אנו כמה וכמה מאמרים, רובם בעניינים שאינם ממוניים, שבהם מדובר בשבחו של המנהג ובחובה לילך אחריו.¹¹⁴ מטבע הלשון "מנהג מבטל הלכה"¹¹⁵ - אשר,

¹¹⁰ ראה לעיל, בקטע המצוטט בסמוך להערה 85: "יכתוב בה [בכתובה]: כשתכנסי..."; "שכך כותב לו [בשטר]: אם אוביר..."; "שכך כותב לה [בכתובה]. ויש גירסאות ופירושים אחרים, ראה תוספתא כפשוטה, שם]: ואחרי די איתאי...".

¹¹¹ בבלי - כך עולה מב"מ קד, ע"א: "טעמא דכתב ליה הכי, הא אי לא כתב ליה הכי - לא קניא..."; ירושלמי - כך מפורש בירושלמי (לעיל, הערה 87): "[ר' פלוני] עבד לה כתובה מדרש", היינו: "שהיו עושין את הפסקא הכתובה מדרש, כלומר ביאור ולמוד". גרינברג, שם, עמ' שנו-שנח (ההדגשה במקור).

¹¹² ראה דברי רב האי גאון, הובאו לעיל, בסמוך להערה 88.

¹¹³ יתכן, כי מן הראשונים הנ"ל נעלמה משמעותו המקורית של המונח "דרישת לשון הדיוט", כדברי גרינברג ורבינוביץ (לעיל, הערה 109). ברם, אין הכרח לומר כן, ורב האי גאון יוכיח. כפי שראינו, הוא מודע היטב למשמעותו המקורית של המונח, ובכל זאת הוא גורס, כי לצד משמעות זו, יש למונח משמעות רחבה יותר.

¹¹⁴ למשל: "הזהרו במנהג אבותיכם בידכם" - יו"ט שני של גלויות (ביצה ד, ע"ב); "פוק חזי מאי עמא דבר" - ברכה ראשונה על מים (ברכות מה, ע"א, ומקבילות); ועוד. למאמרים נוספים, ראה: מרגליות, החילוקים שבין אנשי מזרח ובני ארץ ישראל, ירושלים תרצ"ח, עמ' 14-15; אלוך, המשפט העברי, עמ' 714-715; אי לעווין, זכרון מאיר על אבילות ועניני רפואה וחולי, ח"א, טורונטו תשמ"ה, עמ' 8-9.

¹¹⁵ יש מן הראשונים והאחרונים שציטטו את הביטוי "מנהג עוקר הלכה", אם מן התלמוד הירושלמי ואם מן הבבלי, ברם ביטוי זה אינו מופיע בספרות התלמודית המצויה בידינו, ויתכן שנשגר מביטוי תלמודי דומה. ראה: הנשקה (במאמרו המצויין בהערה הבאה), עמ' קלה, הערה 1. שפרבר, מנהגי ישראל, ח"א, עמ' כד, כותב כי מצינו שמנהג "עוקר הלכה" בלשון הבבלי, ומציין שם, בהערה 3, לבי"ק קטז, ע"ב, אך שגגה היא שיצאה מלפניו. ובילקוט תימני על הפסוק בבראשית כט, כו, "לא יעשה כן במקומו": "מכאן אמרו המנהג דוחה את ההלכה" (הובא בתורה שלמה, שם, אות עז. על מקור זה העמידני ידידי, עמיחי רדזינר).

כפי שנראה להלן, מיוחד לדיני ממונות - מופיע בתלמוד הירושלמי בשני מקומות וזכה לדיון אצל חכמים וחוקרים.¹¹⁶

המקום הראשון הוא ביבמות, כחלק ממימרת רב: "רבי בא רב יהודה בשם רב: אם יבוא אליהו ויאמר שחולצין במנעל - שומעין לו, שאין חולצין בסנדל - אין שומעין לו, שהרי הרבים נהגו לחלוץ בסנדל, והמנהג מבטל את ההלכה".¹¹⁷

השימוש בביטוי "מנהג מבטל הלכה" במקום זה הוא קשה ביותר, וכבר נתקשו בכך כמה חכמים והציעו פתרונות שונים.¹¹⁸ ברם, כבר הוכיח ד' הנשקה במאמרו, כי הביטוי הנ"ל שבירושלמי לא נאמר במקורו בסוגיא ביבמות, אלא רק בסוגיא בבבא מציעא (ראה להלן), והועבר מן האחרונה למימרת רב ביבמות בשל דמיון העניינים, לפי שבשני המקומות דנים בכוחו של המנהג.¹¹⁹

המקום השני - וכאמור, זה, קרוב לוודאי, גם המקום המקורי - שבו נזכר הביטוי "מנהג מבטל הלכה" בירושלמי, הוא במסכת בבא מציעא ועניינו בדיני ממונות. המשנה עוסקת בחובתם של הפועלים להשכים ולהעריב, וקובעת כי חובה זו מתבטלת במקום שנהגו שלא להשכים ולהעריב.¹²⁰ על כך מובא בירושלמי:

¹¹⁶ ראה: טשרנוביץ, **תולדות ההלכה**, ח"א, 144-145; הרב הרצוג (**לעיל**, הערה 8), עמ' 21-22; אטלס, "הרצון הציבורי" (**לעיל**, הערה 101), עמ' כא, בהערה; י"ז כהנא, "היחס בין ההלכה והמנהג", **מזכרת**, ירושלים תשכ"ב, עמ' 564-554 [=הנ"ל, **מחקרים בספרות התשובות**, ירושלים תשל"ג, עמ' 108-116]; י"ד הכהן, "מנהג מבטל הלכה", **שמעתין** 24 (כסלו-שבט תש"ל), עמ' 31-32; ב' ליפשיץ, "מנהג מבטל הלכה", **סיני** פו (תש"ס), עמ' ח-יג; אלון, **המשפט העברי**, עמ' 734-737; תא-שמע, **מנהג אשכנז הקדמון**, עמ' 65-67; ד' הנשקה, "מנהג מבטל הלכה? (לאישושה של השערה)", **דיני ישראל** יז (תשנ"ג-תשנ"ד), עמ' קלה-קנד. לליקוט הלכות וכללים בעניין זה מדברי ראשונים ואחרונים, ראה עוד: ר' חיים פאלאגי, החפץ חיים, איזמיר תר"ם, סי' כ. על יחסו למנהגים ראה: שא"ל עקשטיין, **תולדות התבי"ף**, ירושלים תשנ"ט, עמ' 193-197; ר' חיים חזקיה מדיני, שדי חמד, כללים, כרך ד, מערכת המ"ם, כלל לו, עמ' 245-248.

¹¹⁷ ירושלמי, יבמות, פי"ב ה"א, יב ע"ג.

¹¹⁸ לסיכום ההצעות שהועלו ראה אצל הנשקה, **שם**, עמ' קמ-קמא. וראה עוד: הרב חיים יהושע אלעזר חמצי (מאות 19-20, איזמיר-חיפה), כה תברכו, מערכת הבית, סי' ה (שאלוניקי תרמ"ו), לו, ע"ב, ד"ה וחזה הוית [ירושלים תשנ"ב, עמ' פד] ואילך). הקושי נובע מכך שחליצה הינה עניין איסור והיתר, ולכן לא ניתן לפרש שהמנהג כשלעצמו מבטל את ההלכה, שכן באיסור והיתר הכלל הוא שהמתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל.

¹¹⁹ הנשקה, **שם**.

¹²⁰ משנה ב"מ ז, א.

אמר רב הושעיה: זאת אומרת המנהג מבטל את ההלכה. א"ר אימי: כל המוציא מחבירו עליו להביא ראיה חוץ מזו.¹²¹

ה"הלכה" שעליה מדבר רב הושעיה הינה, ככל הנראה, תנאי בית דין הנזכר בסוגיא שם להלן, "שתהא השכמה של פועלין והערבה של בעל הבית".¹²² הלכה זו מתבטלת, באופן מעשי, במקום שקיים מנהג שלא להשכים ולהעריב, לפי שהמנהג הרי הוא כתנאי מכללא בין הצדדים. ויפה הדגיש הנשקה:

"מנהג מבטל הלכה" אין משמעו אפוא שיש כח ותוקף למנהג לבטל - במובנה הנורמטיבי של המלה - את ההלכה;¹²³ שכן הואיל והמתנה על מה שכתוב בתורה בדבר שבממון תנאו קיים, נמצא שההלכה אינה תקפה כאן; אלא "מנהג מבטל הלכה" משמעו שהמנהג **מבטל עובדתית את יישומה של ההלכה**: הואיל ומנהג המדינה כך הוא, נמצא שכל השוכר פועלים בסתם, על דעת מנהג זה הוא שוכר, ולא על דעת ההלכה.¹²⁴

יצויין, כי יש שהבינו שהביטוי "מנהג מבטל הלכה" אינו מתייחס לעצם ההליכה אחר המנהג בדבר השכמה והערבה, אלא ל"הלכה" של המוציא מחבירו שבדברי ר' אימי.¹²⁵

ב. תלמוד בבלי

הביטוי "מנהג מבטל הלכה" אינו מופיע אמנם בתלמוד הבבלי, אך אין בכך לדעתנו כדי להצביע על שוני בין התלמודים באשר לתוקפו של המנהג.¹²⁶ שכן, לאור האמור, אין ביטוי

¹²¹ ירושלמי, ב"מ, פ"ז ה"א, יא ע"ב, על פי הגירסא בכ"י ליידין ובכל הראשונים. לגירסאות נוספות ולפירושים השונים בראשונים, ראה: הנשקה, שם, עמ' קלו-קלז, ובהערות 2-4. לפירושים אפשריים נוספים ראה: א"מ הלפרין, **משפטי אמת - חושן משפט**, ירושלים [תשנ"ד], סי' שלא, ס"ב, עמ' תו-תי.

¹²² כך הבין את הירושלמי גם האור זרוע, ב"מ, סי' רפב.

¹²³ ז' פלק, **דת הנצח וצרכי השעה**, ירושלים תשמ"ו, עמ' 101, כותב ביחס לביטוי זה: "היתה זאת כנראה סיסמה של המתנגדים להלכה מקרב עם הארץ, וחכמתם של חכמי התלמוד קבעה מקום מסוים לסיסמה המהפכנית ועל ידי כך צימצמה את השפעתה" (ההדגשה במקור). ברם, אין להשערה זו כל ביסוס.

¹²⁴ הנשקה (לעיל, הערה 116), עמ' קלז (ההדגשה במקור). דברים דומים כותב גם ליפשיץ (לעיל, הערה 116), עמ' יא. אמנם, השניים נחלקו ביניהם במשמעות המילה "מבטל" שבכאן, אך אין בכך כדי לשנות את האמור. אבחנה דומה בין משמעות נורמטיבית ועובדתית הועלתה לעיל, בסמוך להערה 99, ביחס ל"דרישת לשון הדיוט".

¹²⁵ כך הבינו: פני משה, ירושלמי, ב"מ, פ"ז ה"א; שו"ת אגרות משה, חו"מ, סי' עב, ד"ה איברא, וסי' עה, עמ' קלב. לדעתם, עצם ההליכה אחר המנהג הינה מגוף ההלכה, לפי שתנאי שבממון קיים, ולא שייך לומר לגביה "מנהג מבטל הלכה". וראה: י' בן שחר וי' הס, "התוקף ההלכתי של חוקי המדינה", **כתור**, א (תשנ"ו), עמ' 378, הערה 6.

¹²⁶ שלא כדברי תא-שמע, הכותב: "ניתן להבחין בשוני בין עמדת התלמוד הבבלי לבין מסורת ארץ-ישראל בשאלת היחס אל המנהג... אפשר, אם כן, כי על פי תפיסת תלמוד ארץ-ישראל יש למנהג עמידה עצמאית יותר לצד ההלכה, וכעין הגושפנקא האחרונה שלה...". (י' תא-שמע, **מנהג אשכנז הקדמון**, עמ' 61, 67). תא-שמע מבסס את דבריו על

אמוראי זה אלא כעין ביאור לביטוי התנאי "הכל כמנהג המדינה", ביטוי המצוי פעמים רבות הן במשנה והן בתלמוד הבבלי, ואין בו בביטוי האמוראי יותר ממה שיש בזה התנאי.

שהביטוי "הכל כמנהג המדינה" שקול בתוכנו ל"מנהג מבטל הלכה" ניתן להסיק גם מן הסוגיא המקבילה בתלמוד הבבלי. המשנה קובעת לגבי חובת הפועלים להשכים ולהעריב לעבודתם - "הכל כמנהג המדינה"¹²⁷. בגמרא מובאת מימרת ריש לקיש, הקובע הלכה בנדון: "פועל בכניסתו משלו, ביציאתו משל בעל הבית"¹²⁸. על כך מקשה הגמרא, לשם מה נחוץ דינו של ריש לקיש: "וליחזי היכי נהיגי [בעיר, והכל כמנהג המדינה]¹²⁹ (כאמור במשנה)!!". הרי לנו, כי גם הבבלי שותף לתפיסה שראינו לעיל בירושלמי, כי "המנהג מבטל עובדתית את יישומה של ההלכה"¹³⁰. כך עולה גם מסוגיא נוספת בבבלי.¹³¹

גם הראשונים, בבואם ליתן תוקף למנהגי ממון, משתמשים רבות, ובמשמעות זהה, הן בביטוי "הכל כמנהג המדינה"¹³², הן ב"מנהג מבטל הלכה"¹³³, ולעתים בשניהם יחדו.¹³⁴

לסיכום, הן מהירושלמי והן מהבבלי עולה בבירור, כפי שנוכחנו גם אצל התנאים, כי ה"מנהג" כשמו כן הוא, הדרך שבה נוהג הציבור, ולא שמענו על צורך שיונהג על ידי חכמים או שייקבע כתקנה.¹³⁵

השוואת כמה סוגיות בשני התלמודים, ובין היתר על העדר הביטוי "מנהג מבטל הלכה" בבבלי. ברם דומה, כי אין בממצאים שהעלה משום ביסוס חד-משמעי לאמור. ואכן, גם תא-שמע עצמו מציינ (שם, עמ' 61), כי הדברים נאמרים על דרך ההשערה.

¹²⁷ משנה, ב"מ ז, א, בבלי פג, ע"א.

¹²⁸ שם, ע"א-ע"ב.

¹²⁹ רש"י, שם, ע"ב, ד"ה וליחזי. על סוגיא זו נעמוד ביתר הרחבה להלן, עמ' 145-148.

¹³⁰ כדברי הנשקה שצוטטו לעיל, בסמוך להערה 124.

¹³¹ ב"ב קסה, ע"א. ראה לעיל, הערה 44.

¹³² ראה, למשל: שו"ת הרא"ש, כלל יג, סי' כ (מהדורת מכון ירושלים, סי' כא, עמ' סח), בשם הר"י.

¹³³ ראה, למשל: שו"ת הרא"ש, כלל צז, סי' א.

¹³⁴ ראה, למשל, כמה דוגמאות לשימוש בשני הביטויים הנ"ל, במשמעות זהה, זה לצד זה: אור זרוע, להלן, הערה 175, ובהמשך שם; שו"ת הרשב"א, ח"ב, סי' רסח; שו"ת הריב"ש, בשתי התשובות שצויינו לעיל, הערה 72.

¹³⁵ בשו"ת מהר"ק, סי' קב (מהד' אורייתא, עמ' רי), הסיק מסקנה זו מהסוגיא בבבלי, ב"מ, הנ"ל. ובשו"ת אגרות משה (לעיל, הערה 125) - הסיקה מהירושלמי הנ"ל: "ולא הזכירו דוקא שהוקבע המנהג ע"פ חכמי המקום". וראה גם דברי בעל שו"ת גינת ורדים, להלן, הערה 174.

ג. הכרעה על פי המנהג ב"הלכה רופפת"

בשני עניינים מובאת בירושלמי מימרא בשם ר' יהושע בן לוי, ולפיה במקום שההלכה "רופפת בבית דין" יש לילך אחר המנהג. המקום האחד עניינו בבת ישראל שנישאה לכהן ומת והניחה מעוברת, האם אוכלים עבדיה בתרומה. במשנה נאמר "לא יאכלו עבדיה בתרומה",¹³⁶ אך בגמרא הובאה דעת ר' אלעזר, כי יש לגרוס במשנה "עבדיו", אך עבדיה אוכלים בתרומה. ובהמשך:

אתא עובדא קומי [=בא מעשה לפני] ר' יהושע בן לוי, אמ' [ר]: צא וראה היאך הציבור נוהג. ר' אבון בשם רבי יהושע בן לוי: ולא דבר הלכה זו [= "ולאו דוקא דין זה". קרבן העדה], אלא כל הלכה שהיא רופפת בבית דין, ואי' [ן] את יודע מה טיבה - צא וראה היאך הציבור נוהג ונהוג. ואנן חמי ציבורא דלא מיכלון [=ואננו רואים הציבור (שנהגו), שאין (עבדיה) אוכלים].¹³⁷

דברי רבי אבון בשם ריב"ל הובאו בירושלמי גם בעניין חובת הפרשת תרומות ומעשרות מכרם רבעי.¹³⁸

"הלכה שהיא רופפת בבית דין" פירושה: "לשון אין ולא ורפיא בידו, כלומר שאינה ברורה לך מה דינה, אם לאיסור או להיתר, לחיוב או לפטור".¹³⁹ ואמנם, בשני העניינים הובאו בסוגיא דעות חלוקות בנדון. במקרה כזה קובע ריב"ל, כי ההכרעה תיעשה על פי המנהג.¹⁴⁰

דברי ריב"ל עומדים, לכאורה, בסתירה לדברי רב הושעיה שנדונו לעיל, "המנהג מבטל את ההלכה"; שכן משתמע מהם, כי רק בזמן שההלכה "רופפת בבית דין" יש לילך אחר מנהג הציבור, אך במקרים אחרים אין למנהג כל תוקף.

ברם דומה, כי לא קיימת סתירה. דברי רב הושעיה נאמרו ביחס לדיני ממונות (שכירות פועלים), בעוד ששני העניינים שלגביהם הובאו דברי ריב"ל אינם ענייני ממון אלא ענייני איסור והיתר (אכילת תרומה, הפרשת תרומות ומעשרות). אפשר אפוא בהחלט כי דברי ריב"ל נועדו בעיקר כדי לכלול תחומים שאינם ממוניים, דוגמת ענייני איסור והיתר, והחידוש שבדבריו - אף

¹³⁶ משנה, יבמות ז, ג.

¹³⁷ ירושלמי, יבמות, פ"ז ה"ג, ח ע"א (ההוספות בסוגריים שלי - ר"ק).

¹³⁸ ירושלמי, פאה, פ"ז ה"ה, כ ע"ג; מעשר שני, פ"ה ה"ב, נו ע"ב.

¹³⁹ רא"ף, ירושלמי פאה, שם; ובדומה במעשר שני, שם.

¹⁴⁰ ב' ראטנער, תורתן של ראשונים, פאה שם, מעיר כי כעין זה מצוינו בבבלי: "פוק חזי מאי עמא דבר [=נוהג]". ביטוי זה מופיע בבבלי במקומות הבאים: ברכות מה, ע"א, ומקבילתו בעירובין יד, ע"ב; מנחות לה, ע"ב.

שאינו בכוחו של המנהג לשנות הלכה פסוקה בעניינים אלו,¹⁴¹ הרי שיש בכוחו להכריע במקום שיש ספק בקביעת ההלכה. בדרך זו בהסבר הירושלמי הולך ר' יצחק אייזיק שטיין (רגנשבורג, המאה ה-15),¹⁴² וכך משמע גם מדברי הרא"ש.¹⁴³ בדברי ראשונים אחרים מצויות דרכים נוספות ליישב בין שתי המימרות הנ"ל שבירושלמי.¹⁴⁴

3. תקופת הגאונים

א. המנהג בתקופת הגאונים

אין ספק, כי למנהג נודע מעמד חשוב אצל הגאונים בכל תחומי ההלכה, ובכללם בדיני הממונות, הגם שקיימים הבדלים בין הגאונים בעניין זה.¹⁴⁵ כראיה למעמדו ולתוקפו של המנהג

¹⁴¹ מכמה מקומות בתלמוד הבבלי אנו למדים, כי בענייני איסור והיתר אין הולכים אחר המנהג: "מעיקרא תנא מנהגא ולבסוף תנא איסורא?" (פסחים נה, ע"א); "אמינא לך אנא איסורא... ואת אמרת לי מנהגא?" (יבמות יג, ע"ב. ובדומה בנידה סו, ע"א); "למימרא, דאיסורא ליכא, מנהגא הוא דאיכא" (ע"ז יד, ע"ב).

¹⁴² ביאור ר' יצחק שטיין על הסמ"ג, הל' שכירות, מ"ע פט, מהד' א"פ פרבר, ישראל תשנ"א, עמ' רסד.

¹⁴³ שו"ת הרא"ש, כלל נה, סי' נ. אמנם, הרא"ש שם אינו מתייחס ל"מנהג מבטל הלכה", אך הוא קובע כי אין תוקף למנהג בענייני איסור והיתר, ומביא כראיה את הירושלמי הנ"ל בעניין "הלכה רופפת".

¹⁴⁴ ראה להלן, בסמוך להערה 299 ואילך, בדברי הרמב"ן, הריטב"א והריב"ש.

¹⁴⁵ מנהגי הגאונים, שלא כתקנות הגאונים, לא זכו למחקרים רבים. ראה: מרגליות (לעיל, הערה 114), עמ' 1-23; הרב י"ל פישמן (מימון), "המנהג בספרות הגאונים", **ספר היובל לב"מ לוין**, ירושלים, ת"ש, עמ' קלב-קנט [=הני"ל, **דיוקנאות של מעלה - תולדות ומחקרים**, ירושלים, תש"ו, עמ' צז-קכב]; מ' חבצלת, "על המנהג בספרות הגאונים", **פרקים ג** (תשכ"ג), עמ' 97-108; הני"ל, "על מנהגים אחדים בספרי הרמב"ם והגאונים", **פרקים ד** (תשכ"ד), עמ' 70-77; G. Libson, "Halakhah and Reality"; עמ' 144-199; in the Gaonic Period: Taqqanah, Minhag, Tradition and Consensus: Some Observations", *The Jews of Medieval Islam - Community, Society, and Identity* (ed. Daniel Frank, 1995), pp. 67-99; כגורם מגשר בין הלכה לבין כלכלה בהלכה היהודית ובהלכה המוסלמית בתקופת הגאונים, **דת וכלכלה - יחסי גומלין**, עורך מ' בן-ששון, ירושלים תשנ"ה, עמ' 265-307.

התייחסות למנהג בתקופת הגאונים מצויה גם בכמה מחקרים שלא נתייחדו לנושא המנהג. ראה: צ' גרונר, **רב האי גאון ודרכו בהלכה**, עבודת דוקטור, ירושלים תשל"ד, עמ' 135-191; הני"ל, *The Legal Methodology of Hai Gaon*, California, 1985; י' ברודי, **תשובות רב נטרונאי גאון**, ירושלים תשנ"ד, כרך א, עמ' 91-92; הני"ל, *The Geonim of Babylonia and the Shaping of Medieval Jewish Culture*, New Haven & London, 1998, pp. 153-154.

מרבית הגאונים לצטט את הביטוי "מנהגא מילתא היא",¹⁴⁶ ביטוי שקרוב לוודאי היה לפנייהם בתלמוד אך אינו בתלמוד שלפנינו.¹⁴⁷

עם זאת, קשה לומר דברים ברורים על מעמדו של המנהג אצל הגאונים, שכן, כדברי ליבזון:

על אף חשיבותו של המנהג בתקופת הגאונים, אין אנו מוצאים בספרות הגאונים משנה סדורה בכל הקשור להבטיו השונים של המנהג, להגדרתו ולמעמדו, לעומת מקורות משפטיים אחרים, בעיקר ההלכה התלמודית... במקורות הגאונים לא נמצאה הגדרה פורמלית למנהג.¹⁴⁸

מסקנתו של ליבזון, לאור בדיקת המקרים שבהם השתמשו הגאונים במנהג,¹⁴⁹ הינה: "נראה שהדרך שבה התייחסו הגאונים למנהג אינה שונה מזו שאיפיינה את גישת חז"ל לגבי כוחו של המנהג כפי שתיארנוה למעלה".¹⁵⁰

ליבזון מציע אבחנה בין שתי קבוצות של מנהגים על פי רקע היווצרותם. "מנהגים השאולים מן הסביבה המוסלמית, ויש להם מקבילה בספרות ההלכה המוסלמית", מכונים על ידו "מנהג שאול"; מנהגים הבאים כתגובה "למציאות המשתנה ולפרקטיקה המשפטית של הסביבה", מבלי שניתן למצוא דוגמתם במסורת ההלכה המוסלמית, קרויים - "מנהג מגיב".

המנהג המגיב... הוא בדרך כלל תוצאה של הנהגה מכוונת של מנהגים על-ידי הגאונים, באמצעות תקדים משפטי... לקבוצה זו שייכים רוב

¹⁴⁶ ראה, למשל: שאילתות דרב אחאי, שאילתא עו, מהד' מירסקי, עמ' רטו-רטו; ובדומה, הלכות גדולות, סוף ה' מגילה, מהד' הילדסהיימר, ח"א, עמ' 410. יתכן כי דבריו הם קיצור מדברי השאילתות. ראה שם, הערה 26; תשובת רש"י, הובאה בתשובות הגאונים שערי צדק, חלק ד, שער א, סי' כ (ירושלים תשכ"ו, עמ' עג) = אוצה"ג, ב"ק, התשובות, סי' שד; תשובה אחרת לרש"י, הובאה באוצה"ג, מגילה, התשובות, סי' קעב; תשובות גאוני מזרח ומערב (מילר, ברלין תרמ"ח, נדפס בתוך: הגאונים - קובץ ספרי תשובות ופסקים, כרך ב), סי' רה; ועוד.

¹⁴⁷ ראה: מירסקי, שם; הנשקה (לעיל, הערה 116) עמ' קנ, הערה 38. אמנם, שפרבר, מנהגי ישראל, ח"א, עמ' כ-כג, משער כי מקורו של מונח זה במדרש הלכה שדרש את הפסוק שבדברים "לא תסיג גבול רעד".

¹⁴⁸ ליבזון, "מנהג כגורם מגשר" (לעיל, הערה 145), עמ' 268-269.

¹⁴⁹ מסקנה זו, אפוא, אינה מבוססת על היגדים מפורשים של הגאונים ביחס למנהג, בהעדר היגדים שכאלה. היא מוסקת מניתוח של מקרים פרטיים, "מהקזואליסטיקה אל עבר ההכללה" (ליבזון, שם).

¹⁵⁰ שם, עמ' 268. ההפניה היא לדבריו שם, עמ' 267, ביחס למנהג במקורות התנאיים והאמוראיים: "המשפט העברי מכיר במנהג כמקור פורמלי ליצירת נורמות משפטיות... אמנם בדרך כלל מוכר המנהג בתחומים מסוימים רק מכוח הפניה מפורשת של הדיון, אבל לעיתים הוא פועל גם מכוח עצמו, ללא הפניה מיוחדת ועל סמך ההכרה הבסיסית שניתנת לו כמקור פורמלי, אלא שהוא נזקק לאישור חכמים לשם תקפותו". ברם יש להעיר, כי הצורך ב"אישור חכמים" למנהג אינו מצוי במקורות התנאיים והאמוראיים, כאמור בדברינו לעיל, ואנו מתחילים לשמוע עליו רק בתקופת הגאונים, במסכת סופרים, ראה להלן.

המנהגים המוכרים לנו מתקופת הגאונים ובכללם מנהגי הסוחרים ומנהגי השטרות וההרשאה לסוגיהם.¹⁵¹

ליבזון טוען, כי אבחנה זו עשויה, בדרך כלל, ללמד על מקורו ומוצאו של המנהג:

הנחתנו היא, שהמנהג השאול צומח בדרך כלל דווקא מלמטה - כלומר, מדפוס ההתנהגות של הציבור בשל המחויבות כלפי הסביבה ומכוח החיקוי של הפרקטיקה הנהוגה. לאחר שהמנהג השאול השתרש, קיבלוהו גאוני בבל רק בדלית ברירה, בעל כורחם, כמנהג הישיבות... לעומת המנהג השאול, המקור של המנהג המגיב למציאות הוא ביוזמת גאוני בבל, אף שגם כאן לא תמיד נעשה הדבר מתוך בחירה חופשית מלאה אלא מתוך אילוצי הזמן והמקום. גם כאן ניתן לשער שבכמה מנהגים גאוני בבל נמשכים אחרי הפרקטיקה שכבר נוהגת, אלא שהם נתנו למנהג את חותמו. לפיכך אנו מוצאים הרבה מנהגים שמקורם בתקדים משפטי שיצא מבתי הדין של ישיבות בבל...¹⁵²

יצויין, כי גם ליבזון מודע לכך, כי גבולותיה של האבחנה שהציע "הם דקים ומעורפלים ואין הדברים מוכרחים ומוכחים"; וכן, "שהאבחנה בין המנהג השאול לבין המנהג המגיב אינה בעלת משמעות משפטית". חשיבותה של אבחנה זו הינה, כדבריו, "מבחינה מהותית הסטורית כדי להבין את דרך התפתחות המנהגים בתקופת הגאונים ואת הרקע לצמיחתם".¹⁵³

מעבר לאמור, דומה כי אם כבר מנסים לאבחן בין סוגי המנהגים בתקופת הגאונים, הרי שהאבחנה המהותית בין סוגי המנהגים צריכה להיות שונה. שני סוגי המנהגים שהוצגו גם יחד הינם, בסופו של דבר, בגדר "מנהג מגיב", שהרי במהלך יצירתו של כל אחד מהם קיים מרכיב של תגובה לפרקטיקה הנהוגת. האבחנה בין המנהגים צריכה להיות, כך נראה לנו, על פי מידת ה"אימוץ" אשר לה זכו על ידי הגאונים ועל פי המעמד שניתן להם על ידם. יש מן המנהגים שנותרו בגדר "מנהג התגרים" או "מנהג" סתם; יש מהם שהוכרו כ"מנהג הישיבות"; חלק מן המנהגים זכה לעיגון כתקדים משפטי שיצא מבית דינם של הגאונים; ויש מנהגים שאף זכו להיקבע על ידי הגאונים כתקנה.

ביחס לשימוש שעושים הגאונים במנהג כמקור משפטי כותב ליבזון במקום אחר:

ככלל, הגאונים אינם נוקטים בעמדה אחידה בשאלה זו; השקפתם עוצבה במידה רבה על ידי הזמן שבו חיו ועל ידי התייחסותם למקורות המשפט האחרים, כמו התלמוד עצמו ומסורות שבעל פה. אין זה מפתיע כי גאונים

¹⁵¹ שם, עמ' 302.

¹⁵² שם, עמ' 303 (ההדגשות שלי - ר"ק).

¹⁵³ שם, עמ' 303-304.

מוקדמים, ככל שאנו יודעים, כמעט ואינם נזקקים למנהג. אמנם, נציגים מאוחרים של התקופה מפנים למנהג שוב ושוב, אולי משום שמנהגים שונים כבר התגבשו עד אז.¹⁵⁴

יחסו של רב האי גאון (להלן: רה"ג) אל המנהג זכה לדיון רחב יותר אצל החוקרים, ונחלקו הדעות לגביו. צ' גרונר מגיע למסקנה, כי בין בענייני איסור ובין בדיני ממונות נתן רה"ג את הבכורה לתלמוד:

רה"ג מסתמך על המנהג בעיקר כשאין בידו להכריע את ההלכה על פי התלמוד. כאשר סותר המנהג את ההלכה העולה מהתלמוד, אזי פוסק כמעט תמיד כשיטת התלמוד. ברם, אלו כמעט המקרים היחידים בהם הוא פוסק נגד המנהג.¹⁵⁵

גרונר אמנם מודע לכך, כי במספר מקומות קיימות בדברי רה"ג סטיות שאין בידו להסבירן,¹⁵⁶ אך לדעתו הכלל שעולה מכל שאר המקומות בדברי רה"ג הוא כאמור לעיל.

לעומתו, דעת הרב י"ל פישמן-מימון, כי "מנהג העם היה חשוב מאד בעיני רב האי גאון, ועל פיו היה רגיל להורות הלכה-למעשה גם בשעה שלפי באורו בתלמוד, צריכה מסקנת ההלכה להיות אחרת".¹⁵⁷ הרב מימון מביא שתי ראיות לדבריו, אך נראה לנו כי אין בהן כדי לדחות את דבריו של גרונר.¹⁵⁸

ליבזון טוען, כי קיים פער אצל רה"ג בנושא זה בין המישור התיאורטי למישור המעשי:

למרות שבאופן תיאורטי מנסה רב האי גאון לשמר את עליונותו של התלמוד, למעשה הוא מעניק למנהג כוח כזה, שבמהותו מבטל הלכה תלמודית מפורשת.¹⁵⁹

¹⁵⁴ ליבזון, "הלכה ומציאות" (לעיל, הערה 145), עמ' 87 (התרגום מאנגלית שלי - ר"ק).

¹⁵⁵ גרונר, עבודת דוקטור (לעיל, הערה 145), עמ' 135. וראה עוד שם, בהמשך, ובמיוחד בעמ' 140, 155, 163. דברים דומים הוא כותב בספרו על רב האי (לעיל, הערה 145), עמ' 19-21.

¹⁵⁶ עבודת דוקטור, שם, בעמ' 148.

¹⁵⁷ רי"ל פישמן (מימון) (לעיל, הערה 145), עמ' קא.

¹⁵⁸ לגבי הראיה מהנחת פרוסה בתוך השלמה בליל הפסח, דומה כי רה"ג הסתמך על המנהג משום שסבר כי אין ראיה מכרעת מן התלמוד, ולכך כתב כי הפירוש שהציע בסוגיא (שלא נהגו כמותו) הוא "טפי מקרב". לגבי הראיה מעניין מילה ביה"כ, ראה מה שכתב גרונר, עבודת דוקטור, שם, עמ' 148.

¹⁵⁹ ליבזון, "הלכה ומציאות" (לעיל, הערה 145), עמ' 79 (התרגום מאנגלית שלי - ר"ק). וראה שם, עמ' 80-81, שרב האי מפרש את התלמוד בדרך דחוקה ובלתי מקובלת, כדי שיתאים עם המנהג, אך אינו מזכיר במפורש את המנהג. דוגמא נוספת לכך שרה"ג אינו משנה מן המנהג, הגם שמצד הדין אין מניעה בדבר, ראה אצל שפרבר, מנהגי ישראל, ח"ו, עמ' רמט-רנ.

ב. מנהג הסוחרים בתקופת הגאונים

מנהגי הסוחרים השכיחים בתקופת הגאונים ושרבים מהם עומדים בסתירה לדין התלמוד, היו תוצר מובהק של השינוי הכלכלי... לקבוצה זו שייכים המנהגים המפשטים ומקילים על דרכי העברת האשראי והמזומנים, כמו 'אגרות סתם' ומכתבים המשמשים כתחליף לשטרות ויש להם אופי משפטי מחייב למרות שאינם עונים על תנאי שטר.¹⁶⁰

בין מנהגי הסוחרים בתקופת הגאונים ניתן לציין את ה"ספתגיה" (בלשון התלמוד: "דיוקני"), שמהותה: הוראת תשלום כתובה, בלא חתימת עדים עליה, ובה מצווה הכותב לשלם כספים לשלוחו, מחזיק ההוראה.

הגאונים הכשירו את הספתגיה, מכוח מנהג הסוחרים, למרות שיש בכך משום סטייה מן ההלכה התלמודית, ולפיה "אין משלחין מעות בדיוקני".¹⁶¹ דרך זו היתה אמצעי יעיל ונחוץ ביותר לניהול חיי המסחר, בעיקר המסחר הבינלאומי. אין ספק כי הגאונים חשו בצורך זה, כפי שעולה מן המקור הבא:

שראינו שהבריות משתמשין בה, התחלנו לדון על פיה, כדי שלא יתבטלו המסחרים בין האנשים, וקבלנו לדון בה במשפט התגרים, לא להוסיף ולא לגרוע. וכך הוא הדין ואין לשנות ממנו דבר.¹⁶²

מנהג זה היה נוהג, קרוב לוודאי, כבר בראשית תקופת הגאונים. רב יהודאי גאון (סורא, מלך בשנת 756) כבר יודע, "שמנהג לשגר זה לזה בכתב", ונותן תוקף הלכתי למנהג זה, בהדגישו: "וה"מ דאיכא מנהגא לשגר בכתב בעלמא, אבל במקום דליכא מנהגא - לא".¹⁶³

¹⁶⁰ ליבזון, "מנהג כגורם מגשר" (לעיל, הערה 145), עמ' 279. רוב המקורות המצויינים להלן בעניין ה"דיוקני" לקוחים מדבריו שם. ביחס להשפעה שהיתה בתקופת הגאונים למשפט ולתרבות הערביים ולמנהגי הסוחרים על המשפט העברי, ראה גם: D. E. Sklare, *Samuel Ben Hofni Gaon and his Cultural World - Texts and Studies*, Leiden-New York-Köln, 1996, pp. 54-55 (על מקור זה העמידני עמיחי רדזינר).

¹⁶¹ בבא קמא קד, ע"ב. נחלקו הדעות באמוראים, שם, אם משלחין מעות בדיוקני כשחתומים עליה עדים. ברם, כשאין עדים חתומים עליה לדעת הכל אין משלחין. "דיוקני" פירושו: "צורה ידועה כגון סימן, וכל הרואה אותה מכיר אותה שהוא סימן של פלוני... ודיוקני הוא זה כעין חתימת ידי" (ר' חננאל, הובאו דבריו באור זרוע, ב"ק, סי' תכ = אוצה"ג, ב"ק שם. הציטוט על פי אוצה"ג). וברש"י ותוספות, ב"ק שם, פירשו, באופן דומה, שהיא צורת החותם שבה חותם על האיגרת. "דיוקן" בארמית הוא פרצוף, ראה: שבת קמט, ע"א; ב"ב נח, ע"א; ועוד. על ה"דיוקני" ועל הסוגיא בב"ק הנ"ל, ראה עוד: "אוסטרזצר, ה"דיוקני" בתעודות המשפטיות בדיני התלמוד", **תרביץ** יא (ת"ש), עמ' 39-55.

¹⁶² תשובות הגאונים, הרכבי, סי' תכג. על הצורך בשימוש ב"דיוקני" בחיי המסחר אנו שומעים במקור גאוני נוסף (שערי צדק, ח"ד, שער ו, סי' ח, דפוס צילום הוצאת וגשל, ירושלים תשמ"ו, עמ' קעד): "שכל מה שסוחרים התגרים

דברים דומים אנו שומעים, ככל הנראה, גם מרב האי גאון (פומבדיתא, מלך בשנת 994):
 "דמנהגא דתגרי הוא למשלח על ידי הכתב, וכן שדרו ממתבתא... וה"מ באתרא דנהוג לשלוח
 ע"י הכתב".¹⁶⁴ היינו, בתחילה היה זה "מנהג (או: משפט) התגרים" בלבד, ולבסוף קיבלו
 הגאונים לדון כן.

ג. מסכת סופרים - "מנהג ותיקין"

כך למדנו במסכת סופרים ביחס לזמני קריאת המגילות:

ונהגו כן העם [כדעה האחרונה שהובאה לעיל - ר"ק], שאין הלכה נקבעת
 עד שיהא מנהג, וזה שאמרו מנהג מבטל הלכה - מנהג ותיקין, אבל
 מנהג שאין לו ראיה מן התורה אינו אלא כטועה בשיקול הדעת.¹⁶⁵

"וזה שאמרו מנהג מבטל הלכה - מנהג ותיקין". יש כאן התייחסות ברורה למטבע
 "מנהג מבטל הלכה" שבירושלמי ("וזהו שאמרו...").¹⁶⁶ אמנם, השימוש שנעשה בביטוי זה הינו
 שימוש שאינו תואם למשמעותו המקורית של הביטוי בתלמוד הירושלמי, כפי שנתבארה לעיל.
 בעוד שבירושלמי מנהג "מבטל הלכה" מבחינה עובדתית, הרי שבמסכת סופרים מובנו של הביטוי
 מושאל: המנהג ודאי הונהג בעבר על פי חכמים ותיקים,¹⁶⁷ ולכן יש לו כוח נורמטיבי של הלכה.¹⁶⁸
 שימוש דומה בביטוי "מנהג מבטל הלכה" אצל חכמי ארץ-ישראל בתקופת הגאונים מצוי גם אצל
 פרקוי בן באבוי.¹⁶⁹

אין מקבלין בו דיוקנאות בעיקר הדיון, אבל התגרים הקלו בדבר כדי שיתקן משאם ומתנם, כמו שמצאנו
 בתלמוד (ב"ק קד)... אין משלחין מעות בדיוקני ואפילו עדים חתומין".

¹⁶³ שו"ת מהר"ם, דפי פראג, סי' תתי = אוצר הגאונים, בבא קמא, חלק התשובות, סי' רס.

¹⁶⁴ דברי רב האי הובאו באור זרוע, ב"ק, סי' תכ = אוצר הגאונים, שם, סי' רסא. אמנם יתכן שט"ס היא באו"ז, וגם
 שם הכוונה לרב יהודאי גאון. על שכיחות החילופין בין רב האי-רב יהודאי העיר כבר ש' אברמסון, "עיונים", סיני עה
 (תשל"ד), בעמ' יג. הר"ף, ב"ק, דפי הר"ף, לו, ע"ב, כותב: "דהכי נהגו האידינא תגרי, וקיימא לן בכי הא דמנהגא
 מילתא היא, והכי שדרו ממתבתא". דבריו אלו נאמרו, ככל הנראה, על יסוד דברי רה"ג הנ"ל.

¹⁶⁵ מס' סופרים, פרק יד, מהד' היגער, עמ' 270-271. מסכת סופרים נתחברה, קרוב לוודאי, בתקופת הגאונים, אך
 מקום וזמן חיבורה המדויקים אינם ידועים בוודאות. ראה: היגער, שם, עמ' 81-78; מ"ב לרנר, בתוך: S. Safrai
 (ed.), *The Literature of the Sages*, Maastricht - Philadelphia, 1987, pp. 399-400.

¹⁶⁶ מסכת סופרים עושה שימוש רב בחומר מהתלמוד הירושלמי. ראה: היגער, שם, עמ' 15-35, 80; לרנר, שם.

¹⁶⁷ השווה לדברי רב נסים גאון: "וכל מנהגות שנהגו ישראל ראוי להיזהר בהן שמפי קבלה הן, וכשאתה חוקר תמצא
 בהם טעם ועיקר" (ש' אברמסון, עניינות בספרות הגאונים, ירושלים תשל"ד, עמ' 396).

¹⁶⁸ ראה בדברי הנשקה שצוטטו לעיל, בסמוך להערה 124, וכן בדבריו לעיל, הערה 116, עמ' קלט, קמה-קמו.

¹⁶⁹ כוונתנו לפולמוס של חכמי ההלכה של אי"י עם רב יהודאי גאון, המתואר על ידי פרקוי בן באבוי, גנזי שכטר, ח"ב,
 עמ' 559-560 (צוין אצל הנשקה, שם, עמ' קמה-קמו). על הפולמוס של פרקוי ראה במאמרו של שפיגל, צוין על ידי

המונח "ותיקין" בספרות התלמודית, כמו גם "תלמיד ותיק", פירושו: חכמים.¹⁷⁰ מונח זה מופיע בשני מקומות נוספים במסכת סופרים, שיש להם מקבילות בתלמוד.¹⁷¹

מסכת סופרים מעניקה, אפוא, למנהג חשיבות בקביעת ההלכה, "שאינן הלכה נקבעת עד שיהא מנהג"¹⁷² אך מצד שני מצומצם ומוגבל כוחו של המנהג ל"מנהג ותיקין".¹⁷³ הגבלה זו הינה חידוש של מסכת סופרים ולא מצאנו כמותה בתלמודים.¹⁷⁴

הנשקה שם, הערה 30, וראה עוד: מרגליות (לעיל, הערה 145), על יחסי גאוני בבל למנהגי א"י, ושם, עמ' 6-9, על דברי פרקוי הנ"ל; ברודי, *The Geonim of Babylonia* (לעיל, הערה 145), עמ' 113-117.

¹⁷⁰ ראה: ד' גולניקין, "לפירושו המונחים 'ותיקין', 'ותיק' ו'תלמיד ותיק' בספר בן סירא ובספרות התלמודית", **סידרא** יג (תשנ"ז), עמ' 47-60. וראה שם, עמ' 58-60, דיון באטימולוגיה של מילה זו. גולניקין (שם, עמ' 60) טוען, בעקבות פירושו של תלמידי רבנו יונה, כי כך מתפרש המונח גם בברייתא "ותיקין היו גומרין אותה עם הנץ החמה..." (ברכות ט, ע"ב). רק החכמים היו מסוגלים לצמצם "שמיד כשיגיעו לגאל ישראל תהיה הנץ החמה".

¹⁷¹ ראה: ר' אבהו בשם ר' יוחנן אמר, **תלמיד וותיק** היה לו לר' עקיבא, והיה יודע לדרוש את התורה בארבעים ותשעה פנים טמא... שהיה חכם במקרא, ובקי במשנה, ו**ותיק בתלמוד**, וסבר בהגדה" (מס' סופרים, טז, ה). מקביל לעירובין יג, ע"ב; "בשבת מקדימין לבא, כדי לקרות קריאת שמע **כוותיקין** עם הנץ החמה" (מס' סופרים, יח, ו). מקביל לברכות ט, ע"ב (ראה בהערה הקודמת), ולירושלמי, שם, פ"א ה"ה, ג ע"א.

¹⁷² מ' חבצלת (לעיל, הערה 145), עמ' 98, כותב על משפט זה: "היינו, שאינה קבועה עד שכבשה הילוך בין אנשים שינהגו על פיה". ומ' בניהו, **ספר זכרון להרב יצחק נסים זצ"ל הראשון לציון - מעמדות ומושבות**, ירושלים תשמ"ה, עמ' רפז: "המנהג הוא, איפוא, שלב אחרון. אחרי שמסתיים ניסוחה שלהלכה, והיא מתפשטת ומתקבלת, רק אז היא נקראת מנהג, ולא סתם מנהג אלא מנהג וותיקין. לפיכך המנהג מבטל הלכה... שלא עברה את כל השלבים הללו, וטרם הגיעה לדרגת מנהג וותיקין". אמנם, לדעת הרב ש' גורן, **משנת המדינה**, ירושלים תשנ"ט, עמ' 172-173, משפט זה מכון דווקא לגזירת חכמים, שתוקפה תלוי בהסכמת הקהל.

¹⁷³ אין לקבל, אפוא, את דברי א' גולאק, **יסודי המשפט העברי**, ח"א, עמ' 29, הרואה במס' סופרים הנ"ל ראייה לכך כי חכמים, לעתים, "מעמידים את המנהג למעלה מן ההלכה". הסבר הסטורי לדברים ניתן למצוא אצל ז' פלק, "על המנהג בשיפוט הרבני בישראל", **ספר ישעיהו ליבוביץ**, אוניברסיטת תל-אביב, תשל"ז, עמ' 110: "ככל שנתרבו ההלכות המפורשות נתמעט כמובן תפקידו של המנהג, עד שלבסוף צימצמו את כוחו רק לדברים שיסודם בהלכה ושנקבעו על ידי ותיקים". אף שאין הדבר מצויין בדבריו שם, דומה שכיוון לאמור במס' סופרים. והשווה לדבריו **לעיל**, בסמוך להערה 36.

¹⁷⁴ כדברי ר' אברהם בן מרדכי הלוי (מצרים, מאות 17-18) בשו"ת גינת ורדים, יו"ד, כלל ג, סי' יג: "דקחזינא דתלמודא דידן מייתי טובא עניני מנהגות לענין ממונות ולא אשתמיט ליה בשום דוכתא להקפיד בדברי מסכת סופרים". אמנם, הרמ"א בתשובה (שו"ת הרמ"א, מהד' א' זיו, סי' נא, עמ' רט) כותב: "ואיתא בירושלמי על מתניתין דפרק הפועלים מקום שנהגו וכו' דצריך להיות על פי ותיקין", אך כבר העיר המהדיר שם, הערה 42, שאינו נמצא בירושלמי. קרוב לוודאי, כי הרמ"א מצטט את דברי הירושלמי הנ"ל לא ממקורם אלא מאחד הראשונים שהביאם, ואשר הביא יחד עימם גם את דברי המסכת סופרים בדבר הצורך ב"מנהג ותיקין" (אולי המרדכי, ב"מ, סי' שסו). תופעה זו של ציטוט הירושלמי מכלי שני מצויה הרבה כבר אצל הראשונים (כפי שהעירו החוקרים, ראה למשל: א' הכהן, "התלמוד הירושלמי בתורת חכמי ספרד הראשונים", **שנתון המשפט העברי** יח-יט (תשנ"ב-תשנ"ד), עמ' 167, הערה 203). תימוכין להשערתנו אנו מוצאים בעובדה, כי בשתי תשובות נוספות מצטט הרמ"א במפורש את

ממסכת סופרים עולה, אם כן, כי כדי שיוכל לבטל הלכה על המנהג להיות "מנהג קבוע על פי חכמי המקום... שאין מנהג חשוב אלא א"כ הנהיגוהו וותיקים וחכמי הדור".¹⁷⁵ יתכן, וזו השערה בלבד, כי הדרישה שהמנהג ייקבע על ידי "ותיקין" (=חכמים) יסודה בהלכה התלמודית המזקיקה אישורו של "אדם חשוב" לתקנות בני העיר. הלכה זו מופיעה לראשונה בתלמוד הבבלי ביחס לתקנה שנעשתה בין טבחים,¹⁷⁶ אך אצל כמה מן הראשונים אנו מוצאים את הדעה, כי יש להחילה על כל תקנה של בני העיר.¹⁷⁷ אפשר, אפוא, כי יש בדברי מסכת סופרים הנ"ל משום החלה של הלכה, שנאמרה במקורה ביחס לתקנות בני העיר, על מנהגים,¹⁷⁸ כשהמניע לכך, אולי - הרצון ביצירת מנגנון פיקוח של חכמי ההלכה על התהוות המנהגים.¹⁷⁹

"אבל מנהג שאין לו ראייה מן התורה אינו אלא כטועה בשיקול הדעת". ממשפט זה משמע, כי "מנהג ותיקין" הוא מנהג שיש לו ראייה מן התורה, כי הוא נקבע על ידי "ותיקין", קרי: חכמים.¹⁸⁰ התפיסה העולה מן האמור הינה, שכל מנהג שהונהג על ידי חכמים, ודאי יש לו על מה שיסמוך מבחינה הלכתית. יש לציין, כי גם במקור הגאוני הנוסף, שבו מצאנו שימוש מושאל בביטוי "מנהג מבטל הלכה", מפורש כי יש צורך ב"ראייה מן התלמוד" לשם קביעת הלכה.¹⁸¹

בביאור דברי מסכת סופרים הנ"ל נחלקו הדעות בין שנים מן החוקרים במפנה המאות ה-19 וה-20. מחלוקת זו משקפת חילוקי דעות עקרוניים ביחס אל המנהג.

הירושלמי הנ"ל, ש"מנהג מבטל הלכה", לא ממקורו אלא מתוך הרי"ף בהלכותיו. ראה: שם, סי' יט, עמ' קכח; סי' כ, עמ' קל.

¹⁷⁵ אור זרוע, ב"מ, סי' רפ, על פי מסכת סופרים הנ"ל.

¹⁷⁶ בבא בתרא ט, ע"א.

¹⁷⁷ ראה: רא"ש, רשב"א וריטב"א, שם. על הצורך באישור "אדם חשוב" לתקנות הקהל, ראה עוד: אלון, **המשפט העברי**, עמ' 607-614.

¹⁷⁸ יש מקום רב לדמיון בין תקנות בני העיר למנהגי המדינה. לשניהם אופי מקומי ולא כללי, ובשניהם נקבעת ההלכה על ידי מעשיו של הציבור ולא של החכמים. וראה אצל אלון, **שם**, עמ' 765, הערה 203, שהעיר על קיומו של דמיון בין מנהג ותקנה אצל הראשונים, לעניין בדיקת התאמתם לעקרונות יסוד אחרים בהלכה.

¹⁷⁹ אלון, **שם**, עמ' 760-767, מקדיש פרק שלם לנושא "פיקוחם של חכמי ההלכה על המנהג". הוא מפרט את דרכי ה"פיקוח" על המנהג שהופעלו בתקופת התלמוד (ביטול מנהג שמקורו בטעות; ביטול מנהג בלתי סביר), ואת אלו שהופעלו בתקופה שאחר התלמוד (אין ליתן תוקף ל"מנהג גרוע"; הסמכת המנהג על ההלכה הקיימת; בדיקה שאין המנהג נוגד לעקרונות יסוד של ההלכה). גם אם אין לקבל את השערתנו בדבר מקור ההלכה של "מנהג ותיקין" ותכליתה, הרי שמבחינה מעשית נקבעה במסכת סופרים הנ"ל "דרך פיקוח" נוספת על המנהג, והיא: הצורך שייקבע על פי חכמי המקום.

¹⁸⁰ כך מפרש המאירי, מגן אבות, ירושלים-ניו יארק תש"ד, העניין הכ', עמ' צח: "מנהג ותיקין, כלומ' שאי אפשר שלא יהא לו סעד". כך הבינו גם: הנשקה (לעיל, הערה 116), עמ' קמו; גולניקין (לעיל, הערה 170), עמ' 55.

א"ה וייס טוען, ש"המנהג שנשתרש בעם בלי ספק נוסד באיזה זמן על פי חכמים שבדור, ועל כן יש לו ערך תקנת חכמים... על כן מובן מעצמו שהמנהג אשר מתכונתו ניכר שלא היתה בו יד חכמים באמצע, יען שאין בו לא טעם ולא חכמה, אז אינו אלא הרגל המוני והוא מנהג טעות (מס' סופרים פי"ד)."¹⁸²

ר"ח טשרנוביץ חולק על וייס, וסובר כי מהמקורות משמע להיפך, "שהמנהג יש לו כח וסמכות מצד עצמו". לדעתו, כוח המנהג מושגת על "הסכם הקהל", ולכן הוא עדיף על ההלכה:

שעל ידי המנהג מתבטא הסכם הקהל ורצונו בדרך ישרה, מה שאין כן ההלכה שהסכם הקהל מתבטא בה על ידי כח כחו על ידי שלוחי בית דין, שהוא ביטוי בדרך עקיפין, ולפיכך יפה כח המנהג מכח ההלכה, שאלו זו עדין תלויה ועומדת בהסכם הצבור, שאם לא יקבלו ישראל עליהם אין כחה יפה, ואלו המנהג הסכם הקהל ניתן בו מתחילת בריאתו.¹⁸³ ומטעם זה אמרו חכמים: 'אין הלכה נקבעת עד שיעשה מנהג' (מס' סופרים, פי"ד, י"ח).¹⁸⁴

אין ספק, כי ביחס למסכת סופרים, המגבילה במפורש את המנהג ל"מנהג ותיקין", צדקו דבריו של וייס.¹⁸⁵ אך יושם אל לב, כי אף שמסכת סופרים עושה שימוש בביטוי "מנהג מבטל הלכה" - ביטוי שנאמר במקורו בירושלמי ביחס למנהגי ממון - הרי שהנדון שם כאמור הינו מנהג בנושא זמני קריאת מגילות, שאינו עניין ממוני.¹⁸⁶ אין, אפוא, באמור במסכת סופרים כדי

¹⁸¹ ראה בדברי מר יהודאי, המובאים אצל פרקוי בן באבוי (לעיל, הערה 169), עמ' 558-559: "שמעולם לא שאלתם אותי דבר ואמרתי לכם אלא דבר שיש לו ראייה מן התלמוד ולמדתי הלכה למעשה מרבי רבי מרבו...". אמנם, שם מדובר בפסיקת הלכה בכלל ולא דווקא במנהג.

¹⁸² א"ה וייס, **דור דור ודורשיו**, ח"ב, וילנא תרנ"ו, עמ' 68.

¹⁸³ יש דמיון רב בין דברי טשרנוביץ הללו לדברי החתם סופר (שו"ת חתם סופר, יו"ד, סי' שיד. יצוטטו ויידונו להלן, עמ' 334). החתם סופר מסביר, כי קניין סיטומתא, שנקבע על ידי הסוחרים "מרצונם הטוב", תוקפו מדאורייתא, אולם קניינים מדרבנן, שכפויים על הסוחרים ואינם מרצונם, תוקפם רק מדרבנן.

¹⁸⁴ טשרנוביץ, **תולדות ההלכה**, ח"א, עמ' 145. והשווה לדברי ש"א הורודצקי, **לקורות הרבנות**, ורשה תרע"א, עמ' 117-118, על יתרונו וחסרונו של כל אחד משני סוגי המנהגים, מנהגי העם ומנהגי חכמים.

¹⁸⁵ יש לתמוה על טשרנוביץ, שהתעלם לחלוטין מההגבלה של המנהג במסכת סופרים ל"מנהג ותיקין".

¹⁸⁶ הן וייס והן טשרנוביץ בדבריהם ביחס למסכת סופרים, שם, אינם מבחינים בין מנהג ממון למנהג בתחומים אחרים. הרב הרצוג (לעיל, הערה 8, בעמ' 22) מעיר על ההבדל האמור שבין הירושלמי ומסכת סופרים ומוסיף: "יש כאן מעורפלות מסויימת סביב כל העניין" (התרגום שלי - ר"ק). הוא משער, כי מסכת סופרים מתייחסת למימרא אחרת מאשר זו של רב הושעיה בירושלמי, אשר נאמרה בהקשר של עניינים לא ממוניים. לדעתי, קשה לקבל השערה זו, ונראה יותר, כאמור לעיל, כי לפנינו שימוש מושאל בביטוי שבירושלמי. ראה לעיל, הערה 166, ובטקסט הסמוך לה.

לעמוד בסתירה למעמד אשר הוענק בתקופת הגאונים, כאמור לעיל, למנהגי הסוחרים, שהינם ענייני ממון.¹⁸⁷

4. תקופת הראשונים

ראינו, כי במקורות התלמודיים מעמדו של המנהג הממוני אינו מוטל בספק ואינו מוגבל בהגבלות כלשהן, וזה גם הרושם העולה מן המקורות בתקופת הגאונים. לעומת זאת, בתקופת הראשונים התמונה משתנה. כמה מן הראשונים, אף כי לא כולם, קובעים כי אין תוקף למנהג ממון שנהגו בו בני המקום מעצמם, אלא אם תיקונוהו כתקנה או שנקבע על פי חכמים. ברם, גם בקרב ראשונים אלו קיימות תפיסות ואבחנות שונות, כפי שנראה להלן.

א. הרי"ף

הראשון שמצאנו בדבריו הגבלה, לפחות דה-יורה, לכוחו של המנהג הממוני הוא הרי"ף (ר' יצחק אלפסי, צפון אפריקה-ספרד, המאה ה-11) בתשובה. נשאל הרי"ף¹⁸⁸:

ראינו שהורה רבינו שמתנה לחוד¹⁸⁹ אם בא תנאי שתגבה מחיים נגבית מחיים, אלא אם יהיה מנהג המקו' שלא להגבותה, וצריכין אנו לידע היאך יהיה עיקר המנהג. לפי שיש מי שאומר, לא נהגום במקומנו להגבותה מחיים לעולם, הילכך אינה נגבית. ויש מי שאומר, לפי שחשבו שאין מן הדין להגבותה, אבל אלו ידעו שיש מן הדין להגבותה - היתה נגבית.

¹⁸⁷ אמנם, כפי שנראה בהמשך, האור זרוע וראשונים נוספים למדו ממסכת סופרים הנ"ל על המנהג **בדיני ממונות** (והמהרי"ק שורש ט, גם לגבי איסורין). אולם ראה על כך דבריו החריפים של בעל שו"ת גינת ורדים (**לעיל**, הערה 174): "והנך רואה שדברי שמועה זו [=מס' סופרים] כעין אסמכתות קלות ואין ללמוד ממנה אלא למידי דהוי דומיא דידה, כגון בענייני מנהגות של קריאות ובענייני תפלות וכיוצא בהן. ולא ידעתי איך יעלה על הדעת ללמוד מכאן לענייני ממונות ואיסורין, והלומדים מכאן לענייני ממונות ואיסורין אינם אלא מן המתמיהין ושאריו להו מארייהו". וראה שם, כיצד ביאר את דברי מסכת סופרים.

¹⁸⁸ שו"ת הרי"ף (לייטער), סי' יג.

¹⁸⁹ "מתנה לחוד" היא מתנה שנותן בעל לאשתו בשעת הנישואין "לחוד ממאתים זהובים" (לשון רשב"א בתשובותיו, ח"ב, סי' קכ) שחייב לה בכתובתה. עוד על "מתנה לחוד", מהותה והגורמים להיווצרותה, ראה: "אפשטיין, שטר המתנה לחוד והצדאק", **המשפט העברי**, ח"ד (תרצ"ג), 125-134; "פרנצוס, "מתנה לחוד" בתקופת הגאונים והראשונים", **שנתון המשפט העברי**, כרך ו-ז (תש"ס), עמ' 243-269; "בי ליפשיץ, "מתנה לחוד" - בין קניין להתחייבות", **דיני ישראל** י"ב (תשד"ס-תשמ"ה), עמ' קכה-קנד; ולאחרונה: "ריבלין, שטר 'מתנה לחוד'", **אסופות** יא (תשנ"ח), עמ' קסז-קפא.

וזו תשובתו: 190

עיקר המנהג שעושים על פיו¹⁹¹ והוא, שרוב הקהל יתייעצו עם זקני הקהל ויתקנו תקנה כמה שיתקנו ויקיימו אותה, זהו המנהג. ואפילו לאחר שנים אם לא ידעו הך עיקרו אלא שהיה מחזיק בכך¹⁹² - והיה [צ"ל: יהיה - ר"ק]¹⁹³ עומד בחזקתו.

לדעת הר"י¹⁹⁴, אם כן, יש למנהג תוקף מחייב רק כשנעשה בעצה של "רוב הקהל" עם "זקני הקהל" ותוקן כ"תקנה".¹⁹⁵ "רוב הקהל" הם אנשי המקום.¹⁹⁶ בראש הקהל עמדו "זקני הקהל", "היינו בני המשפחות המיוחסות וחשובי העדה, שהיו בדרך כלל גם החכמים שבעדה".¹⁹⁷

¹⁹⁰ תשובה זו (בהשמטת השאלה) הובאה, בכמה שינויים, בשו"ת הר"י, בילגוריי תרצ"ה, סי' פה, וזה נוסחה: "המנהיגים [צ"ל: המנהיגים. הערת המהדיר] שראוי לעשות על פיהם הם, כשיתיעצו רוב הקהל עם הקהל ויתקנו תקנה במה שיתקנו ויקיימו אותה, זהו המנהג. ואפי' לאחר כמה שנים, אף אם לא ידעו איך היה העיקר, אלא שהיה מוחזק בכך - יהיה עומד בחזקתו".

¹⁹¹ הכוונה: שראוי לעשות על פיו, כעולה מן המקבילה, שם.

¹⁹² בתשובות הרמב"ן (שי' אסף, ספרן של ראשונים, ירושלים תרצ"ה), סי' ז, על פי תשובת הר"י הנ"ל: "מ"מ אם הוחזק בב"ד אצל ראשונים יש לנו להעמיד מנהג בחזקתו שמא התנו עליו מתחלה". וראה עוד להלן, בסמוך להערה 268.

¹⁹³ על פי המקבילה, לעיל, הערה 190. וכך עולה גם מדברי הרמב"ן, שם.

¹⁹⁴ אנו יוצאים מהנחה, כי תשובה זו הינה לר"י. חיזוק לכך יש בעובדה, כי ראשוני ספרד למן הרמב"ן מביאים תשובה זו בשם הר"י, כפי שעוד נראה להלן. חיזוק נוסף יש בדמיון של התשובה דן לתשובות רבות בקובצי תשובות הר"י שבהן עוסקת השאלה, הנשלחת לרוב על ידי תלמידיו, בבירור פסקים קצרים של הר"י או הוראות שיצאו בשמו. ראה: י' תא-שמע, "שיפוט עברי ומשפט עברי במאות הי"א-י"ב בספרד", **שנתון המשפט העברי א** (תשל"ד), עמ' 367.

תשובות הר"י נכתבו במקורן בערבית, וזהות המתרגם לעברית אינה ידועה לנו בדרך כלל. רבות מהן, כמו זו שלפנינו, הועתקו בהעתקות שונות עם שינויים ביניהן. ביחס לכמה מן התשובות הסתפקו כבר הראשונים אם משל הר"י הן. על תשובות הר"י ראה: ז"ו לייטער, **שאלות ותשובות רבנו יצחק אלפסי**, פיטסבורג תשי"ד, מבוא, עמ' 8-7; ש' שפר, **הר"י ומשנתו**, ירושלים תשכ"ז, עמ' 21-27; י' תא-שמע, *Encyclopaedia Judaica*, II (1971), pp. 603-604.

¹⁹⁵ אמנם, תא-שמע, "שיפוט עברי", שם, עמ' 357, הערה 10, משער כי רבות מתשובותיו "הקצרות" של הר"י (כמו גם של הגאונים) לא נועדו מתחילה לשמש כתקדים הלכתי אלא כהוראה "אד הוק" במקרה מסויים. ברם, חרף היותה קצרה, לא משמע כן מלשון התשובה דן. גם תא-שמע עצמו, שם, עמ' 368, רואה בתשובה זו תשובה עקרונית ורבת חשיבות. יתר על כן, גם בתשובה נוספת של הר"י (שתובא להלן, בסמוך להערה 211) הוא חוזר על קביעתו העקרונית האמורה כאן.

¹⁹⁶ בתשובותיו מכנה הר"י את הציבור, ביחס ליחיד, בכמה שמות נרדפים: "הקהל", "הקהלה", "העדה". ראה למשל: שו"ת הר"י, לייטער, סי' ו, רמז, רפא.

¹⁹⁷ ש' אלבק, "יסודות משטר הקהילות בספרד עד הרמ"ה (1180-1244)", **ציון** כה (תש"ד), עמ' 114.

מדברי הרי"ף כאן וממקורות נוספים אנו למדים, כי תקנות היו נעשות בתקופה זו על ידי רוב הקהל בעצת זקני הקהל וחכמיו, בהתאם לדין התלמוד.¹⁹⁸

כפי שנראה בהמשך, ראשוני ספרד הולכים, באופן עקרוני,¹⁹⁹ בעקבות תשובת הרי"ף הני"ל. הם קובעים, כמוהו, כי למנהג ממוני יש תוקף רק אם נקבע ב"תנאי בני העיר"; אם התנו עליו "שבעת טובי העיר במעמד אנשי העיר";²⁰⁰ או בניסוח אחר: "הוחזק בהסכמת רוב הקהל, שהסכימו עליו קודם לכן בעצת חשוביהם ומוקדמיהם [=טובי העיר²⁰¹]"²⁰². לדעת הרי"ף, אם כן, המנהג מקבל את תוקפו רק אם עבר תהליך של התקנת תקנת קהל.

כמה מן החוקרים סברו, כי המונח "מנהג" הנזכר בדברי הרי"ף דלעיל ("עיקר המנהג שעושין על פיו") מובנו "תקנה".²⁰³ היטיב לבטא גישה זאת י' תא-שמע:

מה הוא אם כן ה"מנהג" לדעת הרי"ף, מתי יש לו ערך ומתי לא? על כך יש לנו תשובה חד-משמעית בדברי הרי"ף עצמו, והיא רבת חשיבות מכמה צדדים... מתשובה זו ניתן להסיק כי מנהג תקף הוא ה"תקנה", שהיא זהה עמו. ממילא אין נפקא מינה בדבר אם בשעת התקנת התקנה בתחילתה, ידעו המתקנים במועצתם את כל צדדי ההלכה הרלבנטיים לנושא, אם לאו.²⁰⁴

¹⁹⁸ שם, עמ' 115-116. הכוונה לסוגיא בבבא בתרא ח, ע"ב-ט, ע"א הדנה בתנאים שמתנים "בני העיר", ודורשת - לדעת רוב המפרשים - הסכמת "אדם חשוב", הנמצא בתוכם, לתנאים אלו. ראה שם.

¹⁹⁹ על ההבדלים שבין חכמי ספרד בעניין זה נעמוד להלן.

²⁰⁰ ראה: רמב"ן, רשב"א וריטב"א בחידושיהם, על סמך תשובת הרי"ף הני"ל (להלן, הערה 330); רמב"ן בתשובה (לעיל, הערה 192): "אלא אם כן התנו טובי העיר"; שו"ת הרשב"א, ח"ה, סי' פה (ואינו לרשב"א אלא למי מחכמי ספרד, כעולה מלשון התשובה וכפי שהעיר ר' חיים פלאגי בהגהות רחמים לחיים שם, אות א); ריב"ש להלן, בסמוך להערה 305.

²⁰¹ "מוקדמים" הינו אחד הכינויים ל"טובי העיר". ראה: אלוך, המשפט העברי, עמ' 587-588; אנציקלופדיה תלמודית, "טובי העיר (שבעה טובי העיר)", כרך יט, עמ' עב. וראה עוד על מונח זה אצל אלבק (לעיל, הערה 197), עמ' 116.

²⁰² שו"ת הרמ"ה, סי' רסו, בראש התשובה. אמנם, הרמ"ה אינו מציין לדברי הרי"ף, אך ברור מדבריו כי הוא הולך בשיטתו. וראה להלן, הערה 266.

²⁰³ ראה: ש' טל, "העקרונות ההלכתיים-המשפטיים שעליהם מושתתות תקנות הקהלות", דיני ישראל ג (תשל"ב), עמ' 57; אלוך, המשפט העברי, עמ' 580, הערה 107. לדעת טל, שם, חילוף המונחים כאן נעשה במקוון, לפי שחששו שיישכח כיצד נתקנה התקנה ועל ידי מי, "ולכן קראו לתקנה מנהג, והמנהג מחייב אם נהגו על פיו כל הזמן". ודבריו אינם מוכרחים. על תופעת חילופי המונחים מנהג ותקנה עמדנו לעיל, עמ' 12.

²⁰⁴ תא-שמע, "שיפוט עברי" (לעיל, הערה 194), עמ' 368 (ההדגשה במקור).

לדעתנו, "המנהג" כאן מתפרש כפשוטו, האופן שבו נוהגים,²⁰⁵ וכוונת הרי"ף אחרת. הסיפא של התשובה אינה מתייחסת לשאלה, האם ידעו המתקנים את צדדי ההלכה בעת התקנת התקנה, אלא לשאלה אחרת - האם צריך להיות ידוע באופן ודאי עכשו, בעת שהמנהג כבר נוהג ("לאחר שנים"), כי המנהג אכן תוקן מ"עיקרו" כתקנה. ביחס לכך קובע הרי"ף, כי מנהג שכבר נוהג "שנים", ו"לא ידעו" הך עיקרו" אלא שהוא "מוחזק" (או: מחזיק) בכך - יהיה עומד בחזקתו". היינו: גם מנהג גליל שלא ידוע בבירור אם נתקן בעבר כתקנה - ניתן להעמידו על "חזקתו" שנתקן מתחילה כדין, ולפיכך יש לו תוקף. נמצא, שהמיגבלה שהציב הרי"ף בתשובה ביחס למנהג הינה בעיקרה להלכה, אך למעשה אין בה משום מיגבלה של ממש.

ואכן, בכמה מקומות בהלכותיו מכיר הרי"ף במפורש בתוקפם של מנהגים בדיני ממונות, גם במקום שלא נקבע כן בתלמוד הבבלי ואפילו נגד דין התלמוד, ואין הוא מצריך שיתוקנו כתקנה.²⁰⁶ כך, למשל, הוא כותב ביחס לשיעורי ה"פחת" הקבועים במשנה לגבי סוגי מקח שונים²⁰⁷: "הני שיעורי כולהי באתרא דליכא מנהגא, אבל באתרא דאיכא מנהגא - עבדין כמנהגא, דקימ' [א] לן בכל כי האי גונא הכל כמנהג המדינה".²⁰⁸ בעניין ה"דיוקני" פוסק הרי"ף, בעקבות הגאונים, כי ניתן לשלח מעות בדיוקני, בניגוד לדין התלמוד, "דהכי נהגו האידינא תגרי, וקיימא לן בכי הא דמנהגא מילתא היא".²⁰⁹ הרי לנו, כי באופן מעשי הרי"ף אוחז בתפיסה עקרונית, ולפיה בענייני ממון "הכל כמנהג המדינה".²¹⁰

²⁰⁵ ומה שכתב הרי"ף: "ויתקנו תקנה... זהו המנהג", לשון קצרה נקט, וכוונתו: זהו המנהג שעושים על פיו, כדבריו בראש המשפט, ולא בא לומר כי המונחים "תקנה" ו"מנהג" זהים הם.

²⁰⁶ גם תא-שמע, שם, עמ' 367, כותב: "מאידך גיסא, מתייחס הרי"ף מספר פעמים בפירוש ל'מנהג המקום' ומייחס לו ערך רב, שהרי על דעת מנהג אותו מקום נוהגים בעלי הדין ועל פיו נאמדת כוונתם לאמיתה". אך לא ציין לדוגמאות.

²⁰⁷ משנה, ב"ב צג, ע"ב: "המוכר פירות לחבירו, הרי זה מקבל עליו רובע טנופת לסאה, תאנים - מקבל עליו עשר מתולעות למאה...".

²⁰⁸ רי"ף, שם, מז ע"א מדפיו. הציטוט על פי הלכות רב אלפס, מהד' ר"נ זק"ש, ירושלים תשכ"ט, עמ' שעד (ההוספה בסוגריים שלי - ר"ק).

²⁰⁹ רי"ף, ב"ק, לו ע"ב מדפיו. על עניין הדיוקני ראה לעיל, עמ' 51-52. דברי הרי"ף הובאו גם בשו"ת הרשב"א, ח"ב, סי' רסח, ד"ה וזו היא. הביטוי "מנהגא מילתא היא" משמש הרבה אצל הגאונים כראיה לתוקפו של המנהג, ראה לעיל, בסמוך להערה 146.

²¹⁰ אלבק (לעיל, הערה 197), עמ' 103-105, הולך בדרך אחרת משלנו בהסבר שיטת הרי"ף. הוא מציין לכמה דוגמאות שבהן, כדבריו, "הרי"ף מכיר בתוקפו של מנהג שתם גם כשהוא מבטל הלכה", וביניהן עניין ה"דיוקני". ברם, ההסבר שהוא נותן לכך אינו שהמנהג "מוחזק" כמי שתיקונו בעבר, כפי שגורסים אנו, אלא: "אם מעיינים במנהגים הללו רואים, שבכל המקומות הללו אין מדובר כלל על מנהג אלא על תקנת הגאונים והוראתם" (שם, עמ' 104). היינו, הרי"ף מעניק תוקף ל"מנהג" רק כאשר ידוע לו שישודו בתקנת גאונים. ויש להעיר על דבריו:

I. טענה זו ניתנת להאמר ביחס לעניין ה"דיוקני", שם מציין הרי"ף במפורש לדברי הגאונים ("והכי שדרו ממתבתא"). ברם, ביחס לשיעורי ה"פחת" - הרי"ף אינו מציין לדברי הגאונים וגם לא ידוע לנו על תקנת

גם בתשובה אחרת של הרי"ף, העוסקת במנהגי הסוחרים, אנו שבים ופוגשים את שיטתו, כי תוקפו של המנהג תלוי בכך שתיקונוהו כתקנת קהל. השאלה עוסקת בתוקפו של "מנהג של מדינה" למכור באשראי. וכך משיב הרי"ף: "המכירה באשראי פשיעה היא... ואע"פ שאנשי המדינה מוכרין כך - אין זה המנהג מועיל, אלא אם התנו שלא ימכור אחד מהם אלא לאשראי...".²¹¹

יתכן, כי הרי"ף בתשובותיו דלעיל מאמץ תפיסה שהחלה להתפתח בתקופת הגאונים, ואשר עמדנו עליה כבר לעיל. לפי תפיסה זו אין, באופן עקרוני, למנהג תוקף עצמאי אלא אם כן ניתן לו "גיבוי" על ידי חכמים.²¹² ניתן לשער, כי אחד המקורות שעליהם יכול היה הרי"ף להסתמך הינם דברי מסכת סופרים,²¹³ אשר נדונו לעיל: "וזה שאמרו מנהג מבטל הלכה - מנהג וותיקין". אם אכן הסתמך על מקור זה,²¹⁴ כך כנראה נתפרש על ידו הביטוי "מנהג ותיקין": מנהג שאושר על ידי "ותיקין", קרי: חכמים.²¹⁵ ובלשונו של הרי"ף: מנהג שנתקן על ידי "רוב הקהל" לאחר התייעצות "עם זקני הקהל".

גאונים בנדון. יתר על כן, מלשונו של הרי"ף בעניין זה משמע, כי אין הוא מסתמך על תקנה קדומה בנדון, אלא על תפיסה עקרונית-כללית ולפיה: "בכל כי האי גונא הכל כמנהג המדינה".

II. ההסבר שהצענו מעוגן, כאמור בפנים, בדבריו המפורשים של הרי"ף בסיפא של תשובתו, ולפיהם מנהג שכבר נוהג "שנים", ו"לא ידעו" הך עיקרו, אלא שהוא "מוחזק בכך" - יהיה עומד בחזקתו". כלומר: גם אם לא ידוע לנו באופן ודאי כי יסודו בתקנה קדומה - יש למנהג תוקף. לא מצאנו בדברי אלבק, שם, התייחסות לדברי הרי"ף הנ"ל.

²¹¹ שו"ת הרי"ף, לייטער, סי' קצא. בעניין מכירה באשראי היו דעות חלוקות כבר אצל הגאונים. ראה לעיל, עמ' 9, הערה 13. וראה אלבק, שם, עמ' 104, הערה 30.

²¹² ראה לעיל, בסמוך להערה 168. ידועה זיקתם של חכמי ספרד הראשונים לתורתם של גאוני בבל. ראה, למשל: אי גרוסמן, "יצירתם ההלכתית של חכמי ספרד", מורשת ספרד, עורך ח' ביינארט, ירושלים תשנ"ב, עמ' 150-151. על זיקתו המיוחדת של הרי"ף לתורת הגאונים, ראה: "י"מ תא-שמע, הספרות הפרשנית לתלמוד 1000-1200, ירושלים תשנ"ט, עמ' 145-154, וראה עוד בהערה הבאה.

²¹³ לא מצאנו אצל הרי"ף, בהלכותיו או בתשובותיו, איזכור מפורש של מסכת סופרים. גם אצל היגער (לעיל, הערה 165), עמ' 58-69, המציין רשימה ארוכה של ראשונים ואחרונים המזכירים את מסכת סופרים ומביאים מאמרים ממנה, נפקד שמו של הרי"ף. עם זאת, אין כמעט ספק שהרי"ף הכיר את מסכת סופרים, כפי שהכיר חיבורים רבים נוספים מתקופת הגאונים, וקרוב לומר שאף הסתמך עליה להלכה, הגם שלא הזכירה. ראה: ש' שפר (לעיל, הערה 194), פרק ה, על מקורותיו הבתר-תלמודיים של הרי"ף. ושם, עמ' 57: "ויש ביניהם [בין ספרי הגאונים - ר"ק] כאלה שלא הוזכרו אפילו פעם אחת בכל הספר [=הלכות הרי"ף], אך אין ספק בדבר השפעתם על הרי"ף".

²¹⁴ יודגש, כי אין כאן הסתמכות על מסכת סופרים בניגוד לתלמוד הבבלי, אלא לכל היותר פרשנות, הנסמכת עליה, של המונח "מנהג" שבתלמוד. שכן, כאמור, באופן מעשי מכיר הרי"ף במנהגי ממון "סתם" ה"מוחזקים" מן העבר, ואינו פוסלם בשל הצורך ב"תקנה". אמנם, אצל הרמב"ן מצאנו העדפה של מסכת סופרים על פני הוראת הגאונים הנסמכת על התלמוד הבבלי, וכך היתה גם הגישה האשכנזית-צרפתית. ראה: ע' שבט, "מקום המנהג בתורת הרמב"ן ובית מדרשו הקטלוני", שנתון המשפט העברי יח-יט (תשנ"ב-תשנ"ד), עמ' 447, הערה 31.

²¹⁵ ראה לעיל, בסמוך להערה 170.

אמנם, הצורך ב"מנהג ותיקין" מופיע במסכת סופרים ביחס למנהג בענייני זמני קריאת מגילות ולא לגבי מנהגי ממון. ברם, יתכן שהרי"ף סבר כי יש באמור שם משום עיקרון שכוחו יפה ביחס אל המנהג בכלל; שהרי הביטוי "מנהג מבטל הלכה" - שעליו מוסבים דברי מסכת סופרים - נאמר במקורו בירושלמי בענייני ממון. ואכן, אצל כמה מראשוני אשכנז ואיטליה, החל מהאור זרוע, אנו מוצאים במפורש כי הסיקו ממסכת סופרים הנ"ל את הדין ביחס למנהגי ממון.²¹⁶

ב. הרמב"ם

גישה דומה לזו של הרי"ף מוצא הרב ר' ערוסי בדברי הרמב"ם (ספרד-מצרים, המאה ה-12). הוא תוהה ביחס למנהג, "היכן מצאנו שההמון הוסמך ליצור תורה?!",²¹⁷ ותשובתו המבוססת על הרמב"ם בהל' ממרים (א, א-ג) הינה, "שכל בתי הדין הגדולים שעמדו לישראל... היו מקור התוקף למנהג, כמו לגבי גזירה ותקנה". אמנם, מקורו של המנהג בהתנהגות העם, אך באשר לתוקפו: "בית הדין הוא זה שיתן לו את הליגיטימציה או יבטלנו כמנהג מוטעה".²¹⁸

גם ד' שפרבר כותב ביחס לרמב"ם, בין היתר על סמך האמור בהל' ממרים הנ"ל: "ברור כי הניגוד הגדול והברור שבין הלכה ומנהג, שראינוהו בתורתם של חז"ל בעלי הגמרא הולך ומיטשטש ומתערפל... עד שנראה כי הקטגוריות זהות והמעמדות שוים".²¹⁹ ובמקום אחר הוא מוסיף, כי נראה ששיטת הרמב"ם כשיטת הרי"ף בתשובה.²²⁰

ברם, גם אם צדקו דבריהם ביחס למונח "מנהגות" אצל הרמב"ם - היינו, שמהותם ומעמדם הוא ממש כשל "תקנות"²²¹ - לא ניתן לומר בשיטת הרמב"ם, כי כל מנהג זקוק ל"ליגיטימציה" של בית הדין, או להיתקן כתקנת קהל, כדברי הרי"ף בתשובה. ומנהגי ממון יוכיחו. במקומות רבים פוסק הרמב"ם, כי יש ללכת בענייני משא ומתן ובעניינים ממוניים שונים

²¹⁶ ראה להלן, עמ' 83-87.

²¹⁷ הרב ר' ערוסי, "המקור לתוקף המנהג", **בית יצחק**, כג (תשנ"א), עמ' 195. לדעתנו, אין השאלה קשה, שכן מצאנו ומצאנו מקורות בהלכה לכוחו של המנהג. ראה במקורות שצויינו לעיל, עמ' 7, הערה 1. יצוין, כי הרב ערוסי שם אינו מתייחס לדברי הרי"ף שנדונו לעיל.

²¹⁸ שני הציטוטים האחרונים - **שם**, עמ' 197 (ההדגשה במקור).

²¹⁹ שפרבר, **מנהגי ישראל**, ח"ב, עמ' ה-ו. ובהערה 14 שם חיזק דבריו משיטת הרמב"ם שיש איסור "לא תתגודדו" במנהגים כמו בהלכות.

²²⁰ **שם**, ח"ד, עמ' רסא-רסג.

²²¹ על המונח "מנהגות" ברמב"ם, ראה מה שכתבנו לעיל, עמ' 13-16.

אחר המנהג,²²² ואף לא באחד מהם מצאנו בדבריו דרישה ל"אישור" של בית הדין או של חכמי המקום למנהג, או למצער הנחה כי המנהג זכה לאישור שכזה בעבר.

לדעתנו, הפרש גדול יש בין תפיסת הרי"ף את הבסיס לתוקפו של המנהג בדיני ממונות לבין זו של הרמב"ם. לדעת הרי"ף, כאמור לעיל, הבסיס הינו ההנחה כי מקורו של המנהג בתקנה קדומה. דעת הרמב"ם, לעומת זאת, כי הבסיס מצוי בגמירות דעתם של בני אדם - כדבריו: "שכל הנושא ונותן סתם, על מנהג המדינה הוא סומך"²²³ - ולפיכך הדרישה היחידה לדידו היא, שיהא המנהג "פשוט בכל המדינה"²²⁴. כך, אמנם, למדו בשיטת הרמב"ם גם כמה מן האחרונים.²²⁵

ג. הרא"ש

דברים עקרוניים בעניין מעמדם של מנהגי ממון מוצאים אנו בתשובה של ר' אשר בן חיאל (אשכנז-ספרד, מאות 13-14).²²⁶ בפני הרא"ש ובית דינו בא אדם בשם משה בן נעמן, אשר תבע בשם אשתו לקבל מחצית מנכסי מורישה שנפטרה, מכח תקנת טוליטולה (טולדו).²²⁷ תקנה זו קבעה, כי כשמתה אשה בחיי בעלה, יירש הבעל רק מחצית נכסיה, ואילו המחצית השניה - השייכת לו, אף היא, על פי הדין - תעבור לילדים שנולדו לאשה ממנו, ואם אין כאלו - לורשיה האחרים. בעלה של המנוחה טען מנגד, כי הן לפי התקנה והן על פי המנהג בטוליטולה, יכולה

²²² ראה: רמב"ם, מכירה ז, ו; טו, ה; יז, ו: "ובמקום שיש שם מנהג ידוע - הכל כמנהג המדינה"; שם כו, ז-ח: "וזה עיקר גדול בכל דברי משא ומתן הולכין אחר לשון בני אדם באותו המקום ואחר המנהג"; שם, כז, יא; כח, טו; שכירות ט, א; שכנים ב, טו-יח.

²²³ רמב"ם, מכירה טו, ה.

²²⁴ רמב"ם, אישות כג, יב.

²²⁵ ראה: שו"ת ר' אליהו מזרחי, סי' טז (ירושלים תרצ"ח, עמ' לו): "ככל זה לפי הנראה מדברי הרמב"ם והרא"ש, שתלו כל ענייני המנהגות על פי התפשטות המנהגות [ולא דרשו שיתוקנו כתקנה - ר"ק]. אמנם, בהמשך כותב הרא"ם, כי "צריך להדחק בכל עוז" ליישב את שיטת הרמב"ם עם האור זרוע וסיעתו. הוא טוען, כי לא הוזקק הרמב"ם לומר שצריך המנהג להיות על פי חכמי המקום, כי דיבר במנהגי חכמי התלמוד, אך הוזקק לומר שצריך המנהג להתפשט, שכן דבר זה לא נזכר במשנה ובתלמוד. והדברים דחוקים, ומהמשך הדברים (שם, עמ' לט) משמע, כי נטה יותר לדבריו הראשונים; כך הוכיחו מדברי הרמב"ם בהל' מכירה (הן בסוף פכ"ו והן בפרק טו, ה): שו"ת לחם רב, לעיל, הערה 103, וחלק על הרא"ם הנ"ל; שו"ת אגרות משה, חו"מ, ח"א, סי' עה, סד"ה והנה כ"ז, עמ' קלב: "אין חלוק איך נעשה המנהג, אם ע"פ חכם או מעצמן". והשווה לדבריו להלן, בסמוך להערה 431.

²²⁶ עניין זה נדון בשו"ת הרא"ש, כלל נה, סי' ט-י. בדפוסים חלו שיבושים רבים, וכל הציונים להלן יהיו על פי מהדי מכון ירושלים, תשנ"ד (בעריכת י"ש יודלוב). במהדורה זו תוקנו והוספו קטעים רבים מכתב יד ירושלים על פי: א"א אורבך, "שאלות ותשובות הרא"ש בכתבי יד ובדפוסים", **שנתון המשפט העברי** ב (תשל"ה), עמ' 38-39, 64-68. אמנם, גם בכ"י ירושלים חל שיבוש משמעותי בתשובה הנ"ל, ראה להלן.

²²⁷ על תקנת טוליטולה ותשובת הרא"ש הנ"ל, ראה: ש' אברמסון, "על תקנת טוליטולה (טולדו) בירושת הבעל את אשתו", **ציון** ס (תשנ"ה), עמ' 201-224; א' שויקה, "הפולמוס על תקנת טוליטולה בירושת הבעל את אשתו", **תדביץ** סח (תשנ"ט), עמ' 87-127, ובמקורות שצויינו שם, הערה 2. בהצגת הדברים להלן אנו הולכים בעקבות מאמרו של שויקה.

האשה להנחיל נכסיה בשטר למי שתראה, והוא הציג לבית הדין שטר ובו נתנה לו אשתו את כל נכסיה.

בתחילה מתמודד הרא"ש עם הטענה, כי המנהג האמור מעוגן בתקנת טוליטולה.²²⁸ לשם כך הוא דן בפרשנות לשון התקנה, ודעתו בעניין זה נחרצת: התקנה קבעה הסדר ירושה קבוע ובלתי תלוי ברצון האשה, ולא העניקה לאשה כוח לשנות מן התקנה ולהוריש נכסיה כרצונה.²²⁹ נמצא, שהמנהג להנחיל נכסיה למי שתראה אינו מעוגן בתקנת טוליטולה אלא דווקא סותר אותה, וממילא עומד מנהג זה בסתירה גם להלכה שהבעל יורש את אשתו.

בהמשך עוסק הרא"ש בטענה נוספת, ולפיה גם אם אין תוקף למעשי האשה מכוח התקנה, יש ליתן להם תוקף מכוח המנהג, כי הוא "מנהג פשוט בטוליטולה".²³⁰ קודם שהוא דוחה טענה זו, שוטח הרא"ש את משנתו בעניין תוקפם של מנהגים בענייני איסור והיתר ובענייני ממון. ביחס למנהגי ממון קובע הרא"ש בפסקנות כי למנהג, בשונה מתקנה, אין תוקף של "הפקר בית דין".²³¹ ואלו דבריו:

ובענין ממון, יש כח ביד בית דין לתקן תקנות בענין ממון לפי הזמן והצורך, אפילו להעביר מדין תורה וליטול מזה וליתן לזה, כדתניא בפ"ק דבתרא²³² ורשאיין בני העיר להתנות על השערים והמדות... ואמרינן ביבמות פרק האשה רבה²³³ אמר ר' יצחק מנין שהפקר בית דין הפקר... וכל זה בתקנה שבית דין מתקנים ומפקירים ממון זה ונותנין אותו לזה. אבל על פי המנהג לא ידעתי איך יתנו ממונו של זה לזה...²³⁴ דאי אפשר להוציא ממון אלא בתקנת בית דין²³⁵...הלכך אפילו נהגו כן דור אחר דור

²²⁸ התמודדותו של הרא"ש עם שתי הטענות (פרשנות התקנה, תוקף המנהג) מובאת תחילה, בקיצור רב, בדיון בתביעת בן נעמן (סי' י-ב), וביתר אריכות במהלך הוויכוח שהוא מנהל, מאוחר יותר (כך מסיק שויקה במאמרו הנ"ל, ובניגוד לסדר הדברים לפנינו), עם החכם ר' ישראל מטולדו.

²²⁹ ראה: שו"ת הרא"ש, כלל נה, סי' י-ב, ד"ה תשובה (תביעת בן נעמן), ובדומה שם סי' ט, ד"ה ודנתי.

²³⁰ שם, עמ' רמא (תביעת בן נעמן), ובדומה שם, עמ' רלט (דברי הרא"ש לר' ישראל).

²³¹ אמנם, כמה מן הראשונים והאחרונים גרסו, כי יש למנהגי ממון תוקף מכוח "הפקר בית דין הפקר", ויש אף שראו בכך את הבסיס לקניין סיטומתא. ראה על כך להלן, עמ' 310-312, 337-341.

²³² ב"ב ת, ע"ב.

²³³ יבמות פט, ע"ב.

²³⁴ השווה לדברי הרדב"ז הכותב, בניגוד לרא"ש כאן, כי "מוציאין ממון... מכח המנהג" (שו"ת הרדב"ז, ח"א, סי' תקמה). לדיון בתשובת הרדב"ז ראה להלן, עמ' 314, בטקסט הסמוך להערה 141.

²³⁵ הרא"ש קובע שם, כי גם אם קויימו שטרות כאלו על ידי דיינים, על סמך המנהג, וכך פשט המנהג - אין למנהג זה תוקף, כי לא ניתן להוציא ממון אלא על ידי תקנת בית דין. עוד מבהיר הרא"ש (שם, סי' ט-ב, עמ' רלט, סד"ה ומה שכתבת הראי"ה), כי אין להביא ראיה לתקפות השטרות ממנהג הסופרים לכותבם, "כי הם כותבים כל המתבקש מהם".

ע"פ הראשונים, פשט טעות המנהג וצריך לבטלו,²³⁶ כי הוא **לעבור על דברי תורה**, להעביר נחלה מן הראוי ליורשה שלא על פי הפקר בית דין.²³⁷

כיוון שלמנהגי ממון אין כוח של "הפקר בית דין", הרי שלא ניתן, לדעת הרא"ש, להוציא ממון בניגוד ל"דין תורה"²³⁸ - קרי: בניגוד להלכה²³⁹ (שהבעל יורש את אשתו) - מכוח מנהג טוליטולה, אלא רק בדרך של תקנת בית דין או תקנת קהל.²⁴⁰

²³⁶ על "מנהג טעות" ו"מנהג גרוע", ראה: הרב הרצוג (לעיל, הערה 8), עמ' 21-22; אלון, **המשפט העברי**, עמ' 764-761; מ' בניהו, **ספר זכרון להרב יצחק נסים זצ"ל הראשון לציון - מעמדות ומושבות**, ירושלים תשמ"ה, עמ' רפה-רצה; שפרבר, **מנהגי ישראל**, ח"א, עמ' לא-לח; ח"ב, עמ' עו-קכה; א' לעווין, **זכרון מאיר על אבילות ועניני רפואה וחולי**, ח"א, טורונטו תשמ"ה, עמ' 12-14; הרב ש' דוד, שו"ת נר לעזרא, ח"ג - המנהג כהלכה, עמ' פז-צט. על "מנהג טעות" אצל הרמב"ם, ראה: י' טברסקי, **מבוא למשנה תורה לרמב"ם**, ירושלים תשנ"א, עמ' 104-105.

²³⁷ שו"ת הרא"ש, כלל נה, סי' י, ד"ה ובענין, עמ' רמ-רמא. שציפנסקי, **התקנות בישראל**, כרך ד, קונטרס המנהגים בישראל, עמ' כו, הערה 19, מעיר שדברי הרא"ש הללו סותרים לדבריו בכלל סד, סי' י, שכיוון שפשט בספרד המנהג שלא לשמט כספים, הרי זה כאילו התנה המלווה על מנת שלא תשמטני בשביעית, והחוב לא נשמט. לנו נראה, כי אין סתירה מדבריו שם, שכן ברור מן הלשון ("יומצאתי התנצלות לעצמי... שאיני מתעורר לבטל מנהגים"), שדברי הרא"ש שם נאמרו רק כתנצלות על כך שאינו מבטל את המנהג בספרד בנדון, ואין בהם כדי לשקף את דעתו העקרונית של הרא"ש, שאין להוציא ממון בניגוד לדין על פי מנהג אלא בתקנה (לפי נוסח הדפוס וחלק מכה"י, גם בתשובה דן מכריע הרא"ש לבסוף, כי אין לעקור את מנהג טוליטולה. ראה בעניין זה להלן). וראה עוד להלן, הערה 262.

כידוע, נמנע הרא"ש לעתים מלעקור את מנהגי ספרד, גם במקום שהללו נראו לו חסרי בסיס הלכתי. ראה: ד' זפרני, **דרכי ההוראה של הרא"ש**, עבודת דוקטור, אוניברסיטת תל-אביב, תש"ס, עמ' 167-168; הנ"ל, "לדרכי הפסיקה של הרא"ש (הערות למאמרו של ד"ר אליקים ג' אלינסון, "סיני" צג (תשמ"ג), חוברת תקסט-תקע), "סיני צד (תשד"מ), עמ' רפא-רפג; א"ג אלינסון, "לחקר קווי הפסיקה של הרא"ש (התעלמותו מהנהגות אשכנזיות)", "סיני צג (תשמ"ג), עמ' רמב-רמד; הנ"ל, "לחקר דרכי הפסיקה של הרא"ש", "סיני צה (תשד"מ), עמ' קצא. על דרכי ההתמודדות של הרא"ש בסתירות בין המסורת האשכנזית והספרדית, ראה עוד: א' וסטרייך, "הכרעות שיפוטיות של הרא"ש בספרד", **מחקרים בהלכה ובמחשבת ישראל - מוגשים לכבוד הרב פרופ' מנחם עמנואל רקמן בהגיעו לגבורות**, עורך מ' בר, רמת גן תשנ"ד, עמ' 157-182, ובמקורות שצויינו שם. על התמודדות הרא"ש עם הנהגה הספרדית בעניין שמטית כספים, ראה שם, עמ' 175-178.

²³⁸ המנהג נטול תוקף דווקא כשהוא בא לבטל את הדין, כמודגש בדבריו דלעיל: "כי הוא **לעבור על דברי תורה**". וכך גם שם, סי' ט, עמ' רלה, ד"ה כל זה דנתי: "אבל מנהג שינהיג אחד או שנים... **ויש באותו מנהג לעבור על ד"ת**, כגון להוציא ממון מחזקתו ולתתו לאחר, אין שומעין לו"; ושם, סי' ט-ב, עמ' רלט: "ומה שכתבת הראיה החזקה... וכן נוהגין בטוליטולה ובנותיה, מה ראייה היא זו **לעבור על דברי תורה**".

²³⁹ הביטוי "**דין תורה**" בפי הרא"ש אינו מכוון דווקא לדין "מן התורה", ומדבריו (שם, סוף סי' י) עולה, כי אין בכוח המנהג לבטל גם תקנת חכמים. גם מדבריו שם, כלל צז, סי' א, עולה כי הביטוי "דין תורה" כולל גם דין "מדרבני", וכי הוראתו הינה "דין/הלכה", בניגוד ל"מנהג": "אני אכתוב לכם על פי **דברי רבותינו** ע"ה, ואם יש מנהג אחר בעיר - לכו אחריו... הרי כתבתי לך **דין תורה**, אבל אם הוא מנהג בעיר... נמצא מנהג זה מבטל **ההלכה**". גם מן המקורות המובאים שם עולה, כי אמנם בדין "מדרבני" עסקינן.

²⁴⁰ תקנת בית דין - כאמור בדברי הרא"ש שצוטטו לעיל (בסמוך להערה 235); תקנת קהל - שם, סי' ט-ב, עמ' רלט, סד"ה ומה שכתבת הראיה: "ואין לעשות מזה מנהג קבוע... אם לא שיאמרו רוב טובי העיר נמלכנו והסכמנו מנהג זה".

לפי נוסח הדפוס ורוב כתבי היד של שו"ת הרא"ש, ובכללם כ"י ירושלים (להלן: נוסח א), מופיעה בהמשך הדברים פיסקה קצרה, החותמת את התשובה:

אבל בטענה השנית שטען... על המנהג,²⁴¹ **איני בא לעקור המנהג, אם יתברר הדבר שהוא מנהג פשוט בטוליטולה**, שהוא ראוי לסמוך עליו והכל סומכין על זה המנהג בשעת הנישואין, במקום שההלכה רופפת בידך הלך אחר המנהג. הנראה בעיני כתבתי. אשר בן ה"ר יחיאל זצ"ל.²⁴²

פיסקה זו הופכת, כמובן, את הקערה על פיה,²⁴³ שכן לפיה, חרף דבריו הנחרצים, סומך לבסוף הרא"ש על מנהג טוליטולה.²⁴⁴ ברם, כבר הוכיח א' שווקה במאמרו כי הצדק, קרוב לוודאי, עם גירסת כתבי היד האחרים (להלן: נוסח ב), ולפיהם פיסקה זו איננה, וכי ככל הנראה גם לא יצאה מתחת ידי הרא"ש.²⁴⁵ לפי נוסח ב, תשובת הרא"ש נחתמת בדבריו העקרוניים על המנהג, שצוטטו לעיל, כשמשפט הסיום הוא: "וכל זמן שלא עשו זה [=הסכמת חכמי העיר לשינוי התקנה] - אין כח במנהג לבטל את התקנה"²⁴⁶!

בניגוד לרושם המתקבל מדבריו העקרוניים של הרא"ש בתשובה דלעיל (כלל נה), הרי שבתשובה אחרת (כלל עט) הוא מעניק תוקף למנהג ממון הנוגד את הדין. הרא"ש פוסק, לגבי גביית בעל חוב ממטלטליו, כי הגם שניתן מן הדין לגבותם, אם פשט המנהג שלא לגבותם - יש לילך אחריו.²⁴⁷

²⁴¹ הטענה הראשונה התייחסה לפרשנות לשון התקנה, כנוכח לעיל, והרא"ש דחאה.

²⁴² שו"ת הרא"ש, כלל נה, סוף סי' י.

²⁴³ אברמסון (לעיל, הערה 227, עמ' 211) מייחס את המפנה שחל במהלך התשובה ל"היסוס מה" של הרא"ש בדבר נכונות הפרשנות שהעניק לתקנה. ברם, איננו מוצאים בדברי הרא"ש כל סימן להיסוס בעניין זה. להיפך, בקטע שבו רואה אברמסון היסוס בפרשנות התקנה, קובע הרא"ש בנחרצות: "דקדקתי בתקנה ולא מצאתי כתוב, לא בפירוש ולא ברמז, שהשליטו את האשה לתת נכסיה אחרי מותה למי שתמצא... וכל דבר שלא תקנו הם - צריכים אנו לילך אחר דין תורה" (שם, עמ' רמא, ד"ה תשובה). אמנם, בסיום מתבטא הרא"ש כי מדובר "במקום שההלכה רופפת", ברם דברים אלו קשה להולמם, והם מחזקים את המסקנה כי לא יצאו מתחת ידי הרא"ש. ראה: שויקה (לעיל, הערה 227), עמ' 93.

²⁴⁴ גם בעניינים אחרים מצאנו, כי הרא"ש אינו משנה את המנהג בספרד, גם במקום שהוא מנוגד לדעתו שלו. ראה לעיל, הערה 237. ברם, בסמוך נטען כי לא כך אירע במקרה דנן.

²⁴⁵ ראה: שויקה (לעיל, הערה 227), במיוחד בעמ' 92-94, ובהמשך הביא ראיות רבות נוספות לביסוס טענתו זו.

²⁴⁶ כך, ככל הנראה, היתה הגירסא לפני ר' שמואל קלעי (יוון, המאה ה-16) בתשובת הרא"ש הנ"ל. ראה: שו"ת משפטי שמואל, סי' קג, ולשאלה החמישית, דף קיג, ע"ד (ושם: "בכלל נ"ו בסופו", וצ"ל: בכלל נה).

²⁴⁷ שו"ת הרא"ש, כלל עט, סי' ד. מדובר במנהג בספרד, ולפיו גם בשטרי חוב שבהם רושם הלווה לבעל חובו שעבוד במטלטליו אגב מקרקעין, שעבוד התקף מדין התלמוד, "נהגו בכל הארץ" שלא להגבות מטלטליו שנמכרו.

כמה מן האחרונים עומדים על הסתירה האמורה בדברי הרא"ש, ומציעים ליישבה באופנים שונים. ר' אליהו מזרחי מבאר, כי במקום שהמנהג "סותר" את הדין (כלל נה) - "מנהג של טעות הוא וצריך לבטלו"; אבל "כשהמנהג הוא על דבר הרשות, שאין בו סתירת דין תורה" (כלל עט) - אם נתפשט המנהג, ניתן להוציא ממון מכוחו.²⁴⁸ אלא שכנגד הסבר זה טוען בצדק בעל החכם צבי, כי גם בכלל עט מדובר במנהג הסותר את הדין, "כיון שכתב לו מטלטלי אגב קרקע, הרי זכה בהם [בעל החוב - ר"ק] מדין תורה הגמור, ואתה בא להפקיע זכותו מכח המנהג".²⁴⁹ בהמשך מציע הרא"ם דרך אחרת ליישוב הסתירה, ברם אף היא קשה.²⁵⁰

ר' יוסף בן לב מתייחס לסתירה הנזכרת בשתיים מתשובותיו. באחת מהן הוא מביא את דברי הרא"ם,²⁵¹ ובשניה - מציע פתרון משלו,²⁵² והוא: דברי הרא"ש בכלל נה לא נאמרו "אלא דווקא במנהג שנתקבל בטעות, כההוא מנהג שנתפשט מחמת שחשבו שהדין היה נותן כך מכח התקנה". אלא שגם הסבר זה אינו מתיישב עם דברי הרא"ש,²⁵³ ומהריב"ל מודע לכך וחותרם באומרו, "וצריך עיון להבין דברי הרא"ש".

יש להעיר, כי בנוסח הדפוס של שו"ת הרא"ש, וכן בכתבי היד המסודרים על פי הכללים (נוסח א), מופיעים דברי הרא"ש בעניין המנהגים (כלל נה, סי' י) לפני ובמנותק מיתר התשובה,

²⁴⁸ שו"ת ר' אליהו מזרחי (קושטא, מאות 15-16), סי' טז (ירושלים תרצ"ח, עמ' לו). והוצאת הממון "לא מכח המנהג, אלא משום דאנן סהדי שלא עשה מה שעשה אלא על פי המנהג, והוה ליה כאילו התנה בפירוש הוא עצמו על הדבר, וצריך לקיים תנאו".

²⁴⁹ שו"ת חכם צבי (לר' צבי הירש אשכנזי, גרמניה-פולין, מאות 17-18), סי' סא (ירושלים תשנ"ה, עמ' קלו, ד"ה וכיון דכבר). וראה בהמשך שם, שהציע (על דרך ה"אפשר") ליישב קושייתו זו. אמנם, הרא"ם איבחן בין מנהג הסותר תקנה מפורשת כתקנת טוליטולה (כלל נה) לבין מנהג על דבר שבו נתונה ה"רשות" לציבור לנהוג כרצונו (כלל עט), והבעיה לידו, כנראה, אינה הוצאת ממון מהמוחזק אלא הוצאת ממון כנגד התקנה.

²⁵⁰ לעיל, הערה 248, עמ' לז-לח. הרא"ם טוען, כי דעת הרא"ש כדעת האור זרוע, כי אין תוקף למנהג אלא אם כן נקבע על ידי חכמים ("מנהג ותיקין"). ולפיכך, בכלל נה - מדובר במנהג שנהגו העם מעצמם ולא נקבע על ידי חכמים, ולכן אין לו תוקף; ובכלל עט - במנהג שנתקן על פי גדולי הדור, אלא שהרא"ש טרח להזכיר רק את הצורך בהתפשטות המנהג ולא את הצורך שיהא על פי חכמי העיר (ובדומה להסברו ברמב"ם, ראה לעיל, הערה 225). אמנם, ראה להלן, הערה 263, שמהריב"ל הבין את תירוץ השני של הרא"ם באופן אחר.

²⁵¹ שו"ת מהריב"ל (שאלוניקי-קושטא, המאה ה-16), ח"א, כלל יב, סי' סו (סג). אמנם בפועל, למרות שהמנהג הנדון שם "סותר" את ההלכה, ולמרות שלא ברור כי מנהג זה נתקן על ידי "ותיקין" (אלו שתי האבחנות שמעלה הרא"ם בדעת הרא"ש) - מעניק לו מהריב"ל תוקף, בהסתמך על תשובת מהר"ם חלאווה. דומה, שהדבר נובע מחוסר שכנועו בהסבריו של הרא"ם. ראייה לדבר, שבתשובה אחרת (ראה בהערה הבאה) מציע מהריב"ל הסבר אחר בדעת הרא"ש, המתיישב עם פסיקתו כאן.

²⁵² שו"ת מהריב"ל, ח"ב, סי' פ, ד"ה וכד מעיינן.

²⁵³ ראה בדברי החכם צבי (לעיל, הערה 249), המעיר על הסבר זה של המהריב"ל: "ולעד"נ דאין צורך להוציא דברי הרא"ש מפשטן...". וראה שם בהמשך. גם המהריב"ל, שם, מקשה על הסברו שלו.

העוסקת בתביעתו של בן נעמן.²⁵⁴ דבר זה הוא שגרם, כנראה, לחלק מהאחרונים הנ"ל לראות דברים אלו של הרא"ש כעומדים בפני עצמם, ולא לקשרם להכרעתו הסופית של הרא"ש (לפי נוסח א), כי יש לתת תוקף למנהג טוליטולה. וממילא, לראות בהם כסותרים לתשובה שבכלל עט.²⁵⁵

ברם, לאור הכרעתו האמורה של הרא"ש (לפי נוסח א) נעלמת הסתירה בין התשובות הנ"ל, ואדרבה, הדמיון ביניהן בולט לעין. הן בכלל עט והן בכלל נה, הרא"ש נתקל בבואו לספרד במנהג הנוגד את הדין; בתחילה הוא סבור, בשני המקרים, כי יש לנהוג על פי הדין, קרי: לפעול לפי דיני הירושה ולא לתת תוקף למנהג טוליטולה (כלל נה), ובדומה, שאם נכתב בשטר שעבוד כדין על מטלטלין, יוכל בעל חוב לגבותם, בניגוד למנהג (כלל עט);²⁵⁶ בהמשך נודע לרא"ש, כי המנהג בספרד הוא לנהוג בעניינים אלו שלא על פי הדין, היינו: שתנחיל האשה למי שתצא (כלל נה) וכן שלא לגבות ממטלטלין (כלל עט);²⁵⁷ והכרעת הרא"ש בכלל עט, ממש כמו הכרעתו בכלל נה (לפי נוסח א), שאם כך הוא המנהג בספרד - יש לנהוג על פיו.²⁵⁸

אלא שכל זה רק לפי נוסח א, ברם לפי נוסח ב, שהינו, ככל הנראה, המקורי, חוזרת הסתירה למקומה. בכלל נה עומד הרא"ש על דעתו העקרונית, כי אין להוציא ממון מכוח מנהג טוליטולה הנוגד לדין, ואילו בכלל עט הוא מעניק תוקף למנהג ממוני הנוגד את הדין.

קודם שנציע דרך להבנת שיטתו, מן הדין להתייחס לתשובה נוספת של הרא"ש (כלל צו), שעליה לא עמדו האחרונים דלעיל. הרא"ש נשאל ביחס למנהג, "שכל פרעון שאדם פורע לקניית בתים, כשנותן המעות ליד הסופר - שבזה הוי פרעון... אע"פ שעדיין לא בא המעות ליד המוכר".²⁵⁹ הרא"ש קובע כי מנהג זה מנוגד להלכה, ולפיה חייב הפרעון להתבצע לידי המוכר, אך בכל זאת פוסק:

²⁵⁴ דבריו העקרוניים של הרא"ש - שו"ת הרא"ש, כלל נה, סי' י, עמ' רמ-רמא; תביעת בן נעמן - שם, סי' יב, עמ' רמא. וראה: שו"ת (לעיל, הערה 227), עמ' 94.

²⁵⁵ אמנם, באשר לר' אליהו מזרחי (לעיל, הערה 248, עמ' לה) נראה לנו, כי היה לפניו נוסח ב דלעיל, שכן הוא פותח בתיאור תביעת בן נעמן (בלא לציין שמות, אלא בכינויים "יורשי אשה" ו"מולם הבעל"), ואחריה מצטט את דברי הרא"ש שבסי' י לפנינו (כמעט עד תומם). גם מהמשך דבריו (שם, עמ' לו) עולה בבירור, כי הוא רואה בדברי הרא"ש הנ"ל דחייה של טענות "הבעל" ביחס לתוקפו של מנהג טוליטולה. לפי נוסח זה, כאמור, הרא"ש בכלל נה אינו מוכן להעניק תוקף למנהג הנוגד את הדין, ויש אפוא מקום להקשות מדבריו בכלל עט.

²⁵⁶ וכיוון שמתן תוקף לשעבוד על מטלטלין, הרשום בשטרות, יגרום "שאיין לך אדם שקונה חפץ מחברו", לפיכך רוצה הרא"ש בתחילה, בבואו לספרד, לבטל כתיבת שעבוד זה (כלל עט).

²⁵⁷ "ואמרו לי אע"פ שכותבין כן בשטרות, כבר נהגו בכל הארץ שאין מגבין לבעל חוב... (שם).

²⁵⁸ הדמיון בין התשובות אינו מסתכם בשלב ההלכתי-תיאורטי, אלא גם בשלב ההכרעה הסופית. בשני המקרים לא היה ניתן להוכיח כי מדובר במנהג ידוע, ולפיכך הכרעת הרא"ש לבסוף אינה על פי המנהג אלא על פי הדין.

²⁵⁹ שו"ת הרא"ש, כלל צו, סי' א.

הרי כתבתי לך דין תורה. אבל אם הוא מנהג בעיר... שבזה הוי פרעון... נמצא מנהג זה מבטל ההלכה מאחר שמנהג פשוט הוא בעיר, כדאמרינן האי סיתומתא קניא, שכל קנין שנהגו לעשות סוחרי העיר - הוי קנין.

הרי לנו שוב, כמו בכלל עט, כי הרא"ש פוסק הלכה למעשה, כי ניתן להוציא ממון על סמך המנהג המקומי הנוגד ל"דין תורה".

נראה לנו, אף שלא מצאנו את הדבר מפורש בדבריו, כי הרא"ש מאמץ ביחס למנהגי ממון את גישתו של הרי"ף בתשובה²⁶⁰ על שני חלקיה, העקרוני והמעשי.²⁶¹ היינו: באופן עקרוני, אין למנהג ממון תוקף אלא אם כן יתקנהו כ"תקנה" - כדבריו העקרוניים של הרא"ש בכלל נה; ברם, באופן מעשי, כשיש מנהג שכבר נהגו בו ולא ידוע עיקרו, יש להעמידו "בחזקתו" שתוקן מתחילה כתקנה וניתן לסמוך עליו גם במקום שהוא "מבטל הלכה" - ובהתאם לכך פוסק הרא"ש בתשובותיו האחרות.

בכלל נה לא יכול היה הרא"ש להעמיד את המנהג "בחזקתו", שכן היה ברור לו מבחינה עובדתית, כי מנהג זה נוצר בטעות, וכי אין מקורו בתקנה שתוקנה בטוליטולה או בפרשנות שיפוטית שלה.²⁶² לעומת זאת, בכלל עט, שם התפשט המנהג כדי להגן על קוני מטלטלין ("מפני תקנת השוק"), שיקול הנראה בעיני הרא"ש, רשאי היה הרא"ש להניח כי מנהג שכזה הוקבע על ידי גדולים, ולקבוע שאם התפשט המנהג, יש ליתן לו תוקף.²⁶³ כך היה רשאי להניח גם לגבי ה"מנהג בעיר" שבכלל צו.

²⁶⁰ כבר העיר שויקה (לעיל, הערה 227, עמ' 93, הערה 29), כי עמדתו העקרונית של הרא"ש בכלל נה, סי' י, "מתאימה יפה למסורת הפסיקה הספרדית" של הרי"ף בתשובה ושל חכמי ספרד בעקבותיו. ברם, הוא מתייחס שם רק לדברי הרא"ש בכלל נה ולא לתשובותיו האחרות.

²⁶¹ על גישתו של הרי"ף בתשובה ראה לעיל, בסמוך להערה 188 ואילך. כידוע, פסקי הרא"ש מיוסדים על הלכות הרי"ף. בידי הרא"ש היה, כנראה, גם קובץ של תשובות הרי"ף, שממנו הביא בכמה מקומות בפסקיו. ראה: זרני, עבודת דוקטור (לעיל, הערה 237), עמ' 185-186.

²⁶² ראה שו"ת הרא"ש, עמ' רמא-רמב. גם ביחס למנהג בספרד שלא לשמט כספים בשביעית אין דעתו של הרא"ש נוחה. מדבריו בכלל סד, סוף סי' ד, עולה כי ברור לרא"ש שמדובר במנהג שנהגו מעצמם, שלא כדיו, ולא בתקנה.

²⁶³ כך הבין המהריב"ל (לעיל, הערה 251) את התירוץ השני של הרא"ש: "אבל המנהג שנהג שלא להגבות לב"ח [=לבעל חוב] מטלטלי דלוקח, אומדנא דמוכח היא, [כי] המנהג הוא ע"פ גדולי הדור הוקבע ונתקן מפני תקנת השוק". ברם, ראה לעיל, הערה 250, כי מדברי הרא"ש משמע לדעתנו אחרת.

לא מצאנו במקום נוסף, כי הרא"ש חוזר על עמדתו העקרונית, כי מנהגי ממון צריכים להיקבע כ"תקנה". הדרישה היחידה שעליה עומד הרא"ש, הלכה למעשה, ביחס למנהגי ממון, הינה, כמודגש בכמה מתשובותיו - ובדומה לרמב"ם²⁶⁴ - שיהא ברור כי "פשט המנהג"²⁶⁵.

ד. חכמי ספרד

1. הרמב"ן

בעקבות הרי"ף הלכו כמה מראשוני ספרד, אף כי לא כולם, וגם הם לא נשתנו בדעתם.²⁶⁶ הרמב"ן בתשובה עוסק אף הוא בנושא "מתנה לחוד", ומתייחס למנהג לכותבה לאשה ולילדיה אשר טרם באו לעולם בעת כתיבת המתנה. הרמב"ן קובע, כי "ולדים שלא באו לעולם לא קנו מן הדין", ומוסיף:

ולעניין המנהג ששאלתם, אין לו עניין בכאן לדון בו אלא אם כן התנו טובי העיר והסיעו על קיצותן²⁶⁷ לומי[נ]ר] כל הנושא במקומנו יהא לה ולולדים שתלד כך וכך מתנה וכיוצא בזה. מ"מ אם הוחזק בב"ד אצל ראשונים, יש לנו להעמיד מנהג בחזקתו שמא התנו עליו מתחלה, ולכך דנין בו. וכן כתוב בתשובות רבי[נו] הגדול ז"ל.²⁶⁸

הרמב"ן מקבל, אפוא, את שיטת הרי"ף על שני חלקיה. האחד, כי באופן עקרוני צריך המנהג להיקבע כתקנה על ידי טובי העיר; והשני, כי באופן מעשי, מנהג שכבר "הוחזק", יש להעמידו על "חזקתו" שמא נתקן בעבר על דם.²⁶⁹ הרמב"ן אמנם כותב: "אם הוחזק בב"ד אצל ראשונים", ביטוי שאינו מצוי בתשובת הרי"ף שלפנינו, אך כוונת הדברים היא, קרוב לוודאי, כי

²⁶⁴ ראה לעיל, בסמוך להערה 224. על הדמיון בין דעת הרא"ש והרמב"ם עמד כבר ר' אליהו מזרחי, הובאו דבריו לעיל, הערה 225.

²⁶⁵ שם, כלל נה, סי' ט-י; כלל סד, סוף סי' ד; כלל עז, סי' ב; כלל עט, סי' ד. עיקרון זה מבוטא על ידי הרא"ש, בניסוח אחר, גם בתשובות נוספות: שם, כלל יב, סי' ב-ג; כלל יג, סי' כא, עמ' סח.

²⁶⁶ הרמ"ה (ר' מאיר הלוי אבולעפיה, טולידו, מאות 12-13) בתשובה (שו"ת הרמ"ה, סי' רסו) הולך אף הוא בעקבות הרי"ף בעניין זה. על שיטתו ראה: אלבק (לעיל, הערה 197), עמ' 105-106.

²⁶⁷ על פי ברייתא, ב"ב ח, ע"ב.

²⁶⁸ תשובות הרמב"ן, סי' ז (ש' אסף, ספרן של ראשונים, ירושלים תרצ"ה). ההוספות בסוגריים שלי - ר"ק). הרמב"ן הולך בדרך זו גם בחידושי, להלן, הערה 330, אם כי שם אינו מזכיר את תשובת הרי"ף.

²⁶⁹ על יחסו של הרמב"ן אל המנהג בכלל, ראה: ח"ד שעוועל, רבנו משה בן-נחמן - תולדות חיינו, זמנו וחיבוריו, ירושלים תש"ן, עמ' פב-פג, קיט; ע' שבט (לעיל, הערה 214), עמ' 439-453. אמנם, בשני המקורות הנ"ל אין התייחסות למנהגי ממון. הליכה בעקבות הרי"ף אופיינית לרמב"ן - "הרמב"ן, בדרך כלל, נוטה להגן על הוראות הגאונים והרי"ף, ולכאורה הוא מקבל את הוראתם גם בניגוד להוראת התלמוד" (שבט, שם, עמ' 448).

מציאותו של המנהג הוכחה בעבר בבית דין ולא שהמנהג *תוקן* על ידי בית דין.²⁷⁰ שאם ידוע כי כבר תוקן המנהג בבית דין, מה צורך יש להעמידו בחזקתו "שמא התנו עליו מתחלה". גם מדבריו במקום נוסף עולה, כי מנהג המדינה תקף גם בלא שיתנו עליו בני העיר, אם כי התנאה שכזו מעניקה למנהג יתר תוקף.²⁷¹

אמנם, לגבי מקום שנהגו להחזיר את כסף הקידושין כותב הרמב"ן בחידושו, כי אין תוקף למנהג אלא אם תוקן כתקנת בני העיר.²⁷² וקשה, הרי לפי דבריו בתשובה דלעיל יש להעמיד כל מנהג על חזקתו? יתכן שהרמב"ן הבין כי המנהג שעליו מדובר שם לא "הוחזק בבי"ד", והדבר עדיין צריך עיון.²⁷³

2. הרשב"א

הרשב"א בחידושו מביא אמנם את דברי הרי"ף בתשובה, אך עיון בדבריו שם ילמדנו, כי אין הוא מאמץ את שיטת הרי"ף.²⁷⁴ כך עולה גם מתשובותיו. באחת מתשובותיו נדרש הרשב"א, בדומה לרי"ף ולרמב"ן, לעניין "מתנה לחוד" ומגיע למסקנה שונה מזו של קודמיו: "ומכל מקום צריך אתה לדעת, כי ענייני כתובה ומתנות שאדם נותן לאשתו בשעת נישואין תלויין במנהג, ואפילו אינו מנהג מוסכם על ידי בני העיר אלא מנהג שנהגו הדיוטות מעצמן".²⁷⁵

אמנם, בדבריו אלו אין עדיין בהכרח משום סטייה מדעת הרי"ף. הרשב"א מסתמך שם על ברייתא שהובאה בבבא מציעא, ובה נקבע כי "דורשים" את לשון הכתובה בהתאם למנהג ("דורש לשון הדיוט").²⁷⁶ ניתן היה, אפוא, לטעון כי דווקא ב"ענייני כתובה ומתנות שאדם נותן לאשתו בשעת נישואין" מעניק הרשב"א מעמד למנהג, שכן לדעתו הדבר מתחייב מדין התלמוד, אך בעניינים אחרים יישאר נאמן לשיטת הרי"ף, ולפיה אין למנהג תוקף בלא שיתוקן כתקנת בני העיר.

²⁷⁰ השווה לשו"ת רבנו בצלאל אשכנזי, מצוטט להלן, הערה 436.

²⁷¹ חידושי הרמב"ן, ב"ב ב, ע"א, ד"ה מתני'. הובאו דבריו לעיל, הערה 70.

²⁷² שם, קמד, ע"ב, ד"ה הא דאמרינן. וראה להלן, הערה 332.

²⁷³ הקושי בתירוץ זה הינו, כי היה לרמב"ן בחידושו, אם אכן לכך התכוון, לבאר דבריו.

²⁷⁴ דברי הרשב"א בחידושו יצוטטו ויונתחו להלן, בסמוך להערה 333. אמנם, בשו"ת הרשב"א, ח"ה, סי' פה, מובאים דברי הרי"ף בתשובה בהסכמה, ברם תשובה זו אינה לרשב"א, כאמור לעיל, הערה 200.

²⁷⁵ שו"ת הרשב"א המיוחסות, סי' יד.

²⁷⁶ ב"מ קד, ע"ב. על "דרישת לשון הדיוט" ראה לעיל, עמ' 37-42.

ברם, מדבריו בחידושי, שיובאו להלן, עולה בבירור, כי הרשב"א רואה בדרישת "לשון הדיוט" מקור לתוקפם של כל מנהגי הממון, אף שהם "נגד הדין" ונהגו בהם הציבור מעצמם.²⁷⁷ גם בתשובה נוספת אנו מוצאים דברים חד משמעיים, העומדים בסתירה מפורשת לשיטת הרי"ף. ואלו דברי הרשב"א:

וכן אתה דן בכל מקום במה שנהגו בממונות בכ"מ [=בכמה מקומות],
ואפי' לא נהגו כן במקום אחר, אתה נוהג כן במקומו כאלו הוא תנאי
גמור מוסכם ביניהן. **ואפילו לא הסכימו בפירוש בני המדינה אלא שנהגו**
כן שתמא, הוא מנהג חזק כאלו התנו בו בפיי[רוש]. ואפילו לא כתבו, הרי
הוא מן הסתם כאלו כתב בו, ודנין בו כאלו הוא תנאי ב"ד, כיון שנהגו
לעשות כן תדיר. ואפילו הוא כנגד ההלכ' [ה], **שהמנהג מבטל הלכה.** ודנין
בו כדרך שדנין בתנאי ב"ד, דתניא בריש פרק המקבל: ר' מאיר היה דורש
לשון הדיוט... ואפילו בלא תנאי מפורש ובלא הסכמה, דמאחר שפשט
הענין כן ביניהם, כל העושה שם סתם, אל דרך המנהג הפושט הוא
עושה.²⁷⁸

הרשב"א אינו עוסק כאן במנהג ספציפי, אלא משווה בין מנהגי ממון בכלל לתנאי בית דין, וקובע מפורשות שאפילו "נהגו כן שתמא", בלא ש"הסכימו" (=תיקנו) כן, יש למנהג תוקף. הבסיס לתוקפו של המנהג לדידו של הרשב"א, לפי האמור כאן, אינו ההנחה כי ודאי נתקן בעבר כתקנה, כדעת הרי"ף, אלא זו העומדת, לדעתו, ביסוד ההלכות "מנהג מבטל הלכה" ו"דורשין לשון הדיוט", קרי: הנחה כי כל אדם פועל על דעת המנהג במקומו. כך עולה מדברי הרשב"א ביחס לדרישת לשון הדיוט גם במקומות נוספים, בחידושי ובתשובותיו.²⁷⁹ משהגענו למסקנה זו, דומה כי כך יש להסביר גם את תשובת הרשב"א בעניין "מתנה לחוד" שהובאה לעיל, היינו, כחלק משיטתו הכללית ביחס למנהג בדיני ממונות, ולא כדין מיוחד ב"ענייני כתובה".

אמנם, בתשובה אחת דומה כי הרשב"א חורג משיטתו הכללית והולך בשיטת הרי"ף. הרשב"א נשאל על מקרה של חלונות שהיו פתוחים בביתו של אדם, כך שניתן היה להשקיף מהם על גג הרעפים של שכנו, היש בזה משום היזק ראייה. השואל מקדים ואומר, כי במקומו לא מחשיבים זאת להיזק ראייה, שכן לא נהגו להשתמש בגגות הרעפים. הרשב"א משיב, כי מן הדין אין היזק ראייה בגגות כאלה, ומוסיף:

וכל שכן אם נהגו כן במקומות הללו, וכבר באו מעשים לפני הבית דין
שבעירכם על דבר זה... ואפילו אם היה הדין כך מדין הגמרא [שיש בדבר

²⁷⁷ חידושי הרשב"א, ב"ב קמד, ע"ב, ד"ה הא דאמרי. ראה להלן, בסמוך להערה 334.

²⁷⁸ שו"ת הרשב"א, ח"ב, ס"י רסח, ד"ה וזו היא. לשון השאלה: "שאלת, מנהג באיזה ענין ראוי להסמך עליו".

²⁷⁹ מקורות אלו צוינו לעיל, הערה 98. על הבסיס לתוקפם של מנהגי ממון בכלל, ושל קניין סיטומתא בפרט, לשיטת הרשב"א, ראה בהרחבה להלן, עמ' 291-298.

משום היזק ראייה - ר"ק], לפי שהמנהג מבטל הלכה, שהסכימו בו הראשונים ודנו בו הדיינים, שאנו אומרים תקנה מצאו בדבר לפי המקום וגבלו ראשונים כן, וכל כיוצא בזה המנהג המוסכם מבטל הלכה.²⁸⁰

הרי שתלה את כוחו של המנהג "לבטל הלכה" בהנחה שתוקן בעבר כתקנה ("גבלו ראשונים")²⁸¹ מחמת שראו צורך בדבר, וכדברי הרי"ף.^{282 283}

נראה לנו, כי הפשר לשוני בתשובה האחרונה נעוץ בכך שמדובר בהיזק ראייה.²⁸⁴ בכמה מתשובותיו קובע הרשב"א, כי גם אם נהגו שלא להקפיד על היזק ראייה "מנהג בטעות הוא, ואינו מנהג"; והטעם, לפי שעניין זה אינו עניין ממוני אלא עניין של "צניעות" ולפיכך אין בכוח בני המדינה להתנות עליו.²⁸⁵ ברור, אפוא, כי הגם שלדעת הרשב"א יש תוקף למנהגי ממון שנהגו מעצמם, "אפילו אינו מנהג מוסכם על ידי בני העיר"²⁸⁶ - בעניין היזק ראייה, לא יהא תוקף למנהג אלא אם נקבע כתקנת בני העיר.²⁸⁷ ואכן, גם בתשובה נוספת - העוסקת בנזקי שכנים, ובכללם היזק ראייה - פוסק הרשב"א באופן דומה: "ואפי' [לן] נהגו כן הישראלים - אינו מנהג, אלא א"כ הסכימו עליו בפירוש טובי העיר".²⁸⁸

²⁸⁰ שו"ת הרשב"א, ח"ב, סי' מג.

²⁸¹ במונח זה נוקט הרשב"א במשמעות תקנה, לצד המנהג, גם בתשובה נוספת: "דיני המס בכל מקום, אין יסודתן בהרי קודש התלמוד. ובכל מקום ומקום, תמצא בו דינים מחולפים על פי הנהגה, והסכמת גדוליהם, אשר גבלו ראשונים. ורשאיין הן בני העיר לעשות תקנות קבועות, ומנהגים ידועין...". (שו"ת הרשב"א, ח"ד, סי' רס).

²⁸² ראה: ערעור תשכ"ב/68, פד"ר ד, עמ' 289, בעמ' 303. בית הדין שם מסיק מן התשובה הנ"ל, כי לדעת הרשב"א "אין מנהג מבטל הלכה אלא הוא מנהג קבוע עפ"י ותיקין", ולא הזכירו דבריו בתשובותיו האחרות ובחידושי.

²⁸³ יש לציין, כי כל הדיון בתשובה הנ"ל במנהג המקום ובתוקפו בא רק לרבותא, כפי שממשיך הרשב"א מיד: "אלא שאין אנו צריכין לכך [למנהג - ר"ק] במקום זה, כי כן נראה שדין האמת נוקב ועולה מבלתי סיוע המנהג". עם זאת, דברי רשב"א אלו נראים כמשקפים עמדה עקרונית.

²⁸⁴ ר' חיים בנבנישתי בכנסת הגדולה, חו"מ רא, הגהות ב"י, אות ד, מעיר על הסתירה הנ"ל בשו"ת הרשב"א, ח"ב, בין סימנים מג ו-רסח, ומיישבה באופן אחר: יש לחלק בין "מנהג סוחרים" (סי' רסח), שבכוחו לבטל הלכה, לבין "שאר מנהגים" (סי' מג), שאין בכוחם לעשות כן אלא אם כן נתקנו על ידי חכמים. ברם, לאור המקורות שהובאו לעיל ברור, כי גם ב"שאר מנהגים" סבור הרשב"א כי יש תוקף למנהג "שנהגו הדיוטות מעצמן" (ראה, למשל, לעיל, בסמוך להערה 275).

²⁸⁵ ראה: שו"ת הרשב"א, ח"ב, סי' רסח; ח"ד, סי' שכה.

²⁸⁶ כדבריו לעיל, בסמוך להערה 275.

²⁸⁷ כדברי הרשב"א, שצוטטו לעיל: "תקנה מצאו בדבר לפי [=לצורך] המקום" (שם, ח"ב, סי' מג). סמכותם של טובי העיר לתקן תקנות לטובת בני העיר הינה כשל בית דין הגדול וכוללת, מלבד ענייני ממונות, גם ענייני קנסות, עונשין וכד'. ראה: אנציקלופדיה תלמודית, "טובי העיר (שבעה טובי העיר)", כרך יט, עמ' עז-פד.

²⁸⁸ שו"ת הרשב"א, ח"ד, סי' שכה.

דברי הרשב"א בתשובה העוסקת בעניין החלונות אינם משקפים, אפוא, את עמדתו העקרונית ביחס לפרשנות שיש ליתן לכלל "מנהג מבטל הלכה". כלל זה נתפרש על ידו בבהירות בתשובה אחרת, כפי שראינו לעיל,²⁸⁹ ואת דבריו כאן, המבטאים פרשנות שונה לכלל האמור, יש לראות בהקשר המצומצם של נושא התשובה, היזק ראיה.

3. הריטב"א

הריטב"א, כרמב"ן, הולך בשיטת הרי"ף בתשובה, אך הוא מרחיק לכת בגישה זו אף יותר מן הרי"ף. בעוד הרי"ף,²⁹⁰ והרמב"ן בעקבותיו,²⁹¹ מעמידים כל מנהג שכבר נוהג על חזקה שתוקן כדון, ולפיכך יש בכוחו לשנות מן ההלכה הקבועה בדיני ממונות, הרי שמהריטב"א משמע אחרת. מדבריו עולה, כפי שניווכח מיד, כי מנהג שלא ידוע לנו **בוודאות** כי "עוגן" בחקיקה - הרי הוא נטול כל תוקף.

על שיטתו העקרונית של הריטב"א, אשר לפיה אין למנהג תוקף עצמאי, ניתן לעמוד בשלושה מקומות. בדבריו בסוגיית החזרת הקידושין, שיאזכרו להלן,²⁹² קובע הריטב"א כי "מנהג סתם" בממונות, היינו: מנהג שלא נקבע כ"תנאי בני העיר", אין בכוחו לשנות את ההלכה.²⁹³

גישתו זו של הריטב"א מביאה אותו גם לתת פרשנות ייחודית לכלל התנאי "הכל כמנהג המדינה": "כי בדברים כאלו חכמים תלו אותן במנהג, ולא בעי' [נן] תנאי בני העיר".²⁹⁴ לדבריו, קיימים שני מצבים שבהם נלך אחר המנהג, שכן במצבים אלו תוקפו של המנהג בא לו ממקור סמכות אחר: כאשר קיים "תנאי בני העיר" המעגן אותו; ומקרה נוסף - דינים ש"שחכמים תלו אותן במנהג", היינו: תקנת חכמים, וזהו בדיוק המצב בעניין שקבעו חכמים לגביו: "הכל כמנהג המדינה". ברם, במקום שלא תלו חכמים את הדין במפורש במנהג, ולא נקבע המנהג בתנאי בני העיר - אין למנהג תוקף.

לעומת זאת, לדעת הרי"ף והרמב"ן אין צורך לומר כי כוונת ביטוי תנאי זה להורות על תקנת חכמים מיוחדת, של התנאים, לילך אחר המנהג בנושא הנדון. לדידם, די בעצם קיומו של

²⁸⁹ ראה לעיל, בסמוך להערה 278.

²⁹⁰ צוטט לעיל, בסמוך להערה 188.

²⁹¹ צוטט לעיל, בסמוך להערה 268.

²⁹² להלן, בסמוך להערה 330.

²⁹³ אמנם, גם הרמב"ן בחידושו, שם, כותב כך. ברם, ראה לעיל, בסמוך להערה 272, כי מדבריו במקומות אחרים משמע אחרת.

²⁹⁴ צוטט ונדון לעיל, בסמוך להערה 46.

"מנהג המדינה" כדי שנעמידו על חזקתו שתוקן בעבר כדין. גם הרשב"א, כמובן, לא יזדקק לפירוש הנ"ל. לדידו, תוקפו של "מנהג המדינה" מבוסס על גמירות דעתם של אנשי המדינה, ואין המנהג זקוק כלל להיות נתקן כתקנה, לא בפועל ולא מכוח "חזקה" משפטית.

על תפיסתו האמורה עומד הריטב"א, ואין כל פלא בדבר, גם בחידושו לסוגיית סיטומתא, ודומה כי שם באה גישתו לידי ביטוי במלוא חריפותה. כפי שנראה להלן, סוגיא זו היוותה, לדעת הראשונים האחרים, פינה ויתד לביסוס מעמדו של המנהג בדרכי הקניין.²⁹⁵ הריטב"א, לעומתם, נוקט בפרשנות המעקרת מן המנהג את הכוח לשנות את ההלכה וליצור דרך קניין חדשה, ומסביר את הסוגיא בדרך שונה.²⁹⁶ בסיום דבריו מגלה הריטב"א כי הדרך שבה הלך שלובה ואחוזה בתפיסתו העקרונית באשר למנהג:

ולא בעי בהאי מנהג תנאי בני העיר אלא מנהג בעלמא, שאין מנהג זה מבטל הלכה בכלום.²⁹⁷

דעת הריטב"א, כפי שנשנתה ונשתלשה בדבריו, הינה אפוא כי "מנהג בעלמא" - קרי: מנהג שלא נקבע בתנאי בני העיר או על ידי חכמים - אינו "מבטל הלכה בכלום".²⁹⁸

מדברי הרמב"ן והריטב"א בחידושיהם משמע, כי ראו את היסוד שקבע הרי"ף כעולה מן הירושלמי. ואלו דברי הריטב"א:

והא קיי"ל מנהגא מבטל הלכה? והנכון דכל מנהג שהוא בתנאי בני העיר מבטל הלכה גמורה, אבל מנהג סתם אינו מבטל דין גמור, אלא בדבר שהוא (רודף) [רופף] ואין דינו מחוור יפה... וכן פי' הרי"ף בתשובה.²⁹⁹

אמנם, הריטב"א חותם דבריו באומרו: "וכן פי' הרי"ף בתשובה". ברם, דומה שאין הדברים מכוונים להסבר המוצע בירושלמי, אשר אינו מצוי בתשובות הרי"ף שלפנינו, אלא רק

²⁹⁵ בנושא זה נעסוק בהרחבה בפרק ח. ראה במיוחד בעמ' 227-231

²⁹⁶ על שיטת הריטב"א בסוגיית סיטומתא, הנגזרת מתפיסתו האמורה באשר לתוקף מנהגי ממון, נעמוד בהרחבה להלן, עמ' 204-207.

²⁹⁷ ריטב"א, ב"מ, עד, ע"א, ד"ה האי סיטומתא קניא (מהד' ש' רפאל, הוצאת מוסד הרב קוק, ירושלים תשנ"ג).

²⁹⁸ המילה "בכלום" אינה מופיעה בשיטה מקובצת בב"מ על אתר, המצטט מדברי הריטב"א, אך בעדי הנוסח הישירים של חידושי הריטב"א היא מקויימת. ראה: חידושי הריטב"א, מהד' האלפערן, לונדון תשכ"ב, דפוס צילום: ניו-יארק תש"מ, שם; מהד' ש' רפאל, שם.

²⁹⁹ ריטב"א, ב"ב קמה, ע"א, ד"ה ואתא ר' יהודה (מהד' ב"י מנת, ירושלים תשל"ו).

לקביעה העקרונית, המצויה בתשובת הרי"ף שנדונה לעיל, כי רק מנהג ש"עוגן" בתקנה של בני העיר "מבטל הלכה גמורה".³⁰⁰

דברי הריטב"א מתייחסים לשוני שבין מימרא אחת בירושלמי, המורה לילך אחר המנהג (רק) ב"הלכה שהיא רופפת", לבין חברתה הקובעת, בלא כל סייג, כי "מנהג מבטל הלכה". שוני זה ביחס למנהג אינו מוסבר על ידי הריטב"א על רקע אופי הנושא הנדון בכל אחת מהסוגיות, כפי שהסברנו אנו,³⁰¹ אלא על רקע השאלה האם נקבע המנהג כתקנה. לדידו, שני סוגי מנהגי ממון הם: מנהג שהפך ל"תנאי בני העיר" - מבטל "הלכה גמורה"; אך "מנהג סתם", שלא הפך לתנאי בני העיר ולא קיבל תוקף של תקנה, אינו מבטל אלא "הלכה רופפת". וכבר קדם לריטב"א בביאור זה הרמב"ן,³⁰² שאת תורתו קיבל הריטב"א מתלמידו, הרשב"א.

דומה, כי המקור לשיטת הרמב"ן והריטב"א אינו האבחנה האמורה בין שתי המימרות שבירושלמי, אלא דברי הרי"ף, מורם הגדול, בתשובה, שאותם הם מזכירים. פרשנותם של הללו לדברי הירושלמי אינה, ככל הנראה, המקור לשיטתם אלא ביאור שחידשו לאחר ששיטת הרי"ף כבר נקוטה בידם.

4. הריב"ש

ר' יצחק בר ששת ברפת (ספרד-אלג'יר, המאה ה-14) בשתיים מתשובותיו³⁰³ הולך אף הוא בעקבות הרמב"ן, האוחז בשיטת הרי"ף, אך מציע לאבחן בין נושאים שונים. בתחילה הוא קובע, שלא כרמב"ן, כי הכלל "מנהג מבטל הלכה", שנאמר בירושלמי ביחס לשכירות פועלים, אמור "ודאי בסתם מנהג", אף שלא התנו עליו בני העיר.³⁰⁴ ברם, בהמשך הוא מציע, בעקבות הרמב"ן, דרך אחרת:

³⁰⁰ ראה לדבר, הרמב"ן בחידושו, שקדם לריטב"א באבחנה הנ"ל בירושלמי (ראה בסמוך), מביאה בסתם, ואינו מזכיר כלל את הרי"ף.

³⁰¹ ראה לעיל, בסמוך להערה 141.

³⁰² רמב"ן, ב"ב, קמד ע"ב, ד"ה הא דאמרינן, מכון מערבא, ירושלים תשנ"ג: "כי אמרינן מנהגא מילתא היא, כגון שהתנו עליו אנשי העיר... אבל שאר מנהגי לא מבטלינן בהו הלכה אלא בהלכה (כופפת) [רופפת]". והשווה לדבריו בתשובה: "וסוף דבר, הנח להם לצבור לנהוג בהלכה זו שהיא הלכה שאין לה הכרע והיא רופפת ומרופה בידנו" (תשובות הרמב"ן [ש' אסף, ספרן של ראשונים, ירושלים תרצ"ה] סי' מא, ד"ה ומשכונה בנכיתא).

³⁰³ שו"ת הריב"ש, סי' שמה, מהדי' מכון ירושלים, תשנ"ג (הצינונים והציטוטים להלן - על פי מהדורה זו), עמ' תנח. וביתר קיצור בסי' קה, ד"ה גם אני, עמ' קא, שם הוא מזכיר את דבריו כאן. סימן שמה עוסק במתנה לחוד שנכתבה בכתובה, ולפיה הבעל נותן לאשה נכסים במתנה "אגב ד' אמות קרקע" בלתי מסויימות. נוסח זה אינו תקף מבחינה הלכתית, אך כך היה מנהגם לכתוב בשטרות. גם סימן קה עוסק בנושא זה.

³⁰⁴ דבריו בעניין זה צוטטו לעיל, בסמוך להערה 72. וראה שם, ראייתו.

ואפשר שיש דברים שאין סתם מנהג מבטל הלכה אלא הלכה רופפת, אבל הלכה ברורה אין מנהג סתם מבטלה, אלא מנהג שהתנו עליו בני העיר, כמו שנטה הרמב"ן³⁰⁵... שאם נהגו על דרך משל שמלוה את חברו בעדים לא יהיה נאמן לומר פרעתי או ששומר חנם יהיה חייב כשואל - אין מנהגם כלום לבטל הלכה אלא א"כ התנו עליו. אבל בענייני הקניות וכן בשכירות הפועלים ודומה לזה, כל שנהגו כן הסוחרים בקניית הסחורה ואין חוזרין 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.

גם הריב"ש, בדומה לרמב"ן ולריטב"א, נתלה במימרת הירושלמי בדבר "הלכה רופפת"³⁰⁶. ברם, במבט ראשון לא ברור מדבריו, מה הם אותם "דברים" שבהם אין "סתם מנהג" מבטל הלכה, מלבד "הלכה רופפת", ובאלו מקרים יש בכוחו לבטל הלכה.

נראה לנו, כי ניתן לעמוד על כוונתו מתוך הדוגמאות שנתן. לדבריו, מנהג מבטל הלכה "בענייני הקניות [=דרכי הקניין] וכן בשכירות הפועלים ודומה לזה... וכן בענייני הנדוניא והתנאין הרגילין לעשות בה". והנה, בשלוש הדוגמאות הנ"ל מצינו הוראה מפורשת של חכמים, כי יש ליתן תוקף למנהג המקום, כפי שמציין הריב"ש עצמו במהלך התשובה: בנושא דרכי הקניין - סוגיית סיטומתא³⁰⁷; בשכירות פועלים - מפורש במשנה, "הכל כמנהג המדינה"³⁰⁸; ובעניין הנדוניא והתנאים - מפורש בברייתא, כי הדבר תלוי במנהג.³⁰⁹

נראה, אפוא, כי לדעת הריב"ש, רק במקום שניתן למנהג תוקף על ידי תקנת חכמים מיוחדת, יש בכוחו "לבטל הלכה", אך במקרים אחרים - צריך שיתנו עליו בני העיר. יש לציין, כי הריב"ש הכיר את הסברא, שבה נקטו הרי"ף והרמב"ן, כי יש להעמיד את המנהג על "חזקתו".

³⁰⁵ הריב"ש מציין לרמב"ן בחידושו, לעיל, הערה 272.

³⁰⁶ ראה לעיל, בסמוך להערה 299.

³⁰⁷ ב"מ עד, ע"א, נדונה על ידי הריב"ש, שם, סי' שמה, ד"ה גם אני.

³⁰⁸ משנה, ב"מ פג, ע"א, נדונה על ידי הריב"ש, שם, ד"ה ומבואר.

³⁰⁹ ברייתא, ב"מ קד, ע"ב: "מקום שנהגו לעשות כתובה מלוה - גובה מלוה, לכפול - גובה מחצה". והיא מן התוספתא, שם, ליברמן, ד, יג. הברייתא הנ"ל הובאה על ידי הריב"ש, שם, ד"ה ועוד י"ל.

סברא זו נזכרה בתשובה הנ"ל כסברתו של השואל³¹⁰ - ולא מן הנמנע שהיא שאובה מתשובת הרי"ף³¹¹ או מאחד מחכמי ספרד שהלכו בעקבותיו - ברם הריב"ש אינו מאמצה.

אם כנים דברינו, הרי שדעת הריב"ש כדעת הריטב"א,³¹² בהבדל אחד - הריב"ש, שלא כריטב"א, למד את סוגיית סיטומתא כפשוטה.³¹³

אמנם, בתשובה אחרת (סימן קכח), העוסקת בשאלת האחריות להפסדים בעיסקה, פוסק הריב"ש "שבענינים כאלו הכל הולך אחר מנהג הסוחרים".³¹⁴ הוא מסתמך, בין היתר, על סוגיית סיטומתא, אך אינו מזכיר את שיטתו בשתי תשובותיו שנדונו לעיל, ולפיה כאמור "אין סתם מנהג מבטל... הלכה ברורה... אלא מנהג שהתנו עליו בני העיר". אדרבה, מדבריו שם מתקבל הרושם, כי גם "מנהג סתם" מבטל הלכה.³¹⁵

יתכן, שהריב"ש אינו רואה בנסיבות שבסימן קכח מנהג ה"מבטל" הלכה, או שההלכה בנדון, לדעתו, אינה "ברורה" אלא "רופפת", ולפיכך בכוח המנהג לבטלה. הריב"ש דן בעניין זה בסימן שמה, ולא בסימן קכח, כנראה משום שרק בתשובה הראשונה הועלה נושא זה במפורש על ידי השואל, ולא בחברתה.³¹⁶

³¹⁰ ראה לעיל, הערה 303, בפתיחת השאלה: "ואפילו למי שמצריך הסכמת שבעה טובי העיר, יש לומר שכיון שנתפשט המנהג ע"פ גדולי הארץ והיא וחכמיה, מסתמא הסכימו עליה שבעה טובי העיר".

³¹¹ דברי הרי"ף בתשובותיו אוזכרו בשו"ת הריב"ש בכמה מקומות. ראה: שם, סי' קכח, קסא, קעה, קעה, קפה, ועוד.

³¹² הריב"ש אינו מזכיר את דברי הריטב"א בנדון. יש לציין, כי בחיפוש שערכנו (על ידי תקליטור פרויקט השו"ת) מצאנו, כי הריטב"א אינו נזכר כלל בשו"ת הריב"ש. זאת, הגם שקרוב לוודאי שהריב"ש הכיר את תורתו, גם אם לא ראה את חידושיו לשי"ס (הריב"ש נולד בברצלונה בשנת 1326, ושימש כרב בקהילות בספרד עד למהומות של שנת קנ"א, 1391, עת נאלץ לברוח לצפון אפריקה. הריטב"א למד בברצלונה ושימש כרב בסרגוסה, ונפטר בשנת 1330). פרופ' ישראל תא-שמע אמר לי, כי גם לדעתו הכיר הריב"ש את תורתו של הריטב"א, אשר היתה נלמדת בבית מדרשו של רבו, הרי"ף.

³¹³ בשתי תשובותיו (לעיל, הערה 303) מביא הריב"ש את פירוש רש"י, ר"ח ורא"ש לסוגיא, ונותן לסוגיא זו - בניגוד גמור לריטב"א - פרשנות רחבה. וראה עוד להלן, עמ' 206, הערה 81.

³¹⁴ שו"ת הריב"ש, סי' קכח.

³¹⁵ הריב"ש מביא את הרי"ף (צוטט לעיל, בסמוך להערה 209), הפוסק בעניין ה"דיוקני" על פי מנהג הסוחרים ובניגוד לדין התלמוד. כן הוא מצטט את הרשב"א, הקובע במפורש כי יש תוקף למנהג בממונות, "אפי' לא הסכימו בפירוש בני המדינה... ואפי' הוא כנגד ההלכה" (שו"ת הרשב"א, ח"ב, סי' רסח).

³¹⁶ אמנם, בסי' קה לא אוזכר נושא זה בדברי השואל. ברם, כאמור, דברי הריב"ש שם בענייננו אינם אלא תמצית מן הדברים שכתב בנדון בסי' שמה, כפי שמעיד הוא עצמו.

ברם, לא מן הנמנע כי דברי הריב"ש בסימן קכח מצביעים על עמדה שונה, הגורסת כי יש להעניק תוקף גם ל"סתם מנהג". עמדה זו מבוטאת על ידו בבהירות, כמצויין לעיל, גם בסימן שמה,³¹⁷ אלא שבהמשך סוטה הריב"ש ממנה והולך בעקבות הרמב"ן. אפשר, כי בתחילה סבר הריב"ש, כי יש תוקף גם ל"סתם מנהג" לבטל הלכה, ורק מאוחר יותר אימץ, תוך שינויים כאמור, עמדה חדשה בעקבות דברי הרמב"ן.³¹⁸ יצויין, כי סגנונו של הריב"ש בסימנים קה ו-שמה ("ואפשר") מעיד על היסוס מלנקוט בעמדתו החדשה.³¹⁹ יתכן, אפוא, כי אין בדבריו בתשובות אלו משום ביטול עמדתו המקורית, אלא רק העלאת עמדה שונה לשם בחינתה וליבונה, מה עוד שלבחירה בין שתי העמדות אין כל נפקות במקרה הנדון.³²⁰

5. סוגיית החזרת הקידושין (בבא בתרא קמד, ע"ב - קמה, ע"א) - לפי

פרשנותם של חכמי ספרד

עמדותיהם החלוקות של ראשוני ספרד בשאלת מעמדו של המנהג, שנדונו לעיל, באות לידי ביטוי בדרכים השונות שבהן נתפרשה על ידם אחת הסוגיות שבבבלי, סוגיית החזרת הקידושין.

הגמרא במסכת בבא בתרא מביאה ברייתא: "מקום שנהגו להחזיר קידושין [=כסף קידושין, אחרי מיתת הארוסה] - מחזירין, מקום שנהגו שלא להחזיר - אין מחזירין",³²¹ ומביאה את דברי שמואל שנאמרו לגביה: "לא שנו [שמחזירין הקידושין במקום שנהגו כן] אלא שמתה היא, אבל מת הוא - אין מחזירין, מ"ט [=מאי טעמא]³²²? יכולה היא [=הארוסה] שתאמר: תנו לי

³¹⁷ ראה לעיל, בסמוך להערה 304.

³¹⁸ בהעדר תאריכים בתשובות הריב"ש, קשה לקבוע מסמרות באשר למוקדם ולמאוחר ביניהן.

³¹⁹ הריב"ש מתבטא, בתשובות אלו, "ואפשר... כמו שנטה הרמב"ן לסברא זו", סגנון המעיד אולי כי הבין, שגם הרמב"ן רק "נטה" לעמדה זו, אך לא הכריע כמותה בוודאות.

³²⁰ הנדון שם הינו תוקפו הקנייני של נוסח מתנה שנכתב בשטר הכתובה (ראה לעיל, הערה 303), ו"בענייני הקניות [=דרכי הקניין]", כפי שראינו, יש תוקף ל"מנהג סתם" המבטל הלכה גם לפי עמדתו "החדשה" של הריב"ש.

³²¹ בבא בתרא קמד, ע"ב. ומקבילתה בתוספתא, פסחים ג (בכ"ע: ב), יד.

³²² בחלק מכתבי היד "מ"ט" איננו, אך המשך המימרא קיים, ראה דקדוקי סופרים על אתר. לדעת הלבני, "לרוב נשאל מ"ט על ידי מי שהוא אחר". ראה: ד' הלבני, **מקורות ומסורות - סדר מועד**, ירושלים תשל"ה, עמ' צו, הערה 7. במקרה דנו, שני חלקי המימרא בעברית, ואין כל סיבה להניח שלא נאמרו יחד כמימרא אחת מפני שמואל. לאור האמור, דומה כי רק השאלה מ"ט הינה תוספת מאוחרת שחדרה למימרא. ראה בעניין זה: ש"י פרידמן, "פרק האשה רבה בבבלי בצירוף מבוא כללי על דרך חקר הסוגיא", **מחקרים ומקורות** א, ניו יורק תשל"ח, עמ' 301-303, 308. מכל מקום, לשאלה זו אין חשיבות לדברינו להלן, שעניינם בחינת פרשנות הראשונים לסוגיא.

בעלי ואשמח עמו", היינו: המניעה לאי השלמת הנישואין אינה ממני, ועל כן איני חייבת להחזיר את כסף הקידושין.³²³

בעל הסתמא דגמרא מציע תחילה, שדברי שמואל שנויים במחלוקת רבי נתן ורבי יהודה הנשיא בברייתא אחרת. לבסוף הוא מגיע למסקנה, כי לדעת הכל יכולה הארוסה לטעון "תנו לי בעלי ואשמח עמו", ולכן כשמת הוא אין הקידושין חוזרים לדעת הכל; מחלוקת התנאים היא רק במקרה שמתה היא, ונחלקו בשאלה האם "קידושין לטיבועין ניתנו", כלומר: האם כסף הקידושין הולך לאבדון במקרה שמתה הארוסה קודם נישואיה.³²⁴

עיון בלשון הברייתא מלמד, כי לא נתכוונה הברייתא אלא לתלות את חיוב החזרת הקידושין במנהג המקום, ואילו לסברות ולאבחנות הנ"ל שיוחסו לה על ידי האמוראים וסתמא דגמרא אין כל אחיזה בלשונה או במקור תנאי אחר.³²⁵

בשתי דרכים ניתן להבין את היסוד למימרת שמואל, שאומצה ללא עוררין על ידי כל יתר האמוראים בסוגיא. הראשונה, כי תוקפה של סברת "תנו לי בעלי ואשמח עמו" הוא מחמת שהיא **יוצרת את המנהג**, היינו: שמכוח סברא זו אין דעתן של הארוסות מסכמת בשעת הקידושין להחזיר את כסף הקידושין, אם וכאשר ימות ארוסן. אך ניתן להבין את המימרא גם בדרך אחרת ולפיה, גם במקום שהמנהג הוא להחזיר, דעת שמואל היא שאין צורך להחזיר, שכן לדעתנו סברת "תנו לי בעלי" הינה הלכה הגוברת על המנהג.

מניסוח הנימוק של המימרא - "מ"ט, יכולה היא שתאמר: תנו לי..." - משמע לדעתנו כאפשרות השניה; ושיעור הדברים: גם אם נהגו להחזיר, יכולה היא עכשיו, משמת בעלה, לטעון טענה זו כנגד המנהג. גם הלשון: "תנו לי בעלי" - בלשון ציווי, מורה בפשטות לא על מחשבתה של הארוסה בשעת קידושיה אלא על טיעון הנשמע מפיה כעת, אחרי פטירת הארוס, בבית הדין, כנגד הרוצים להוציא מידיה את כסף הקידושין מכוח המנהג.³²⁶ אם היתה כוונת המימרא לדבר על

³²³ על סמך דברי שמואל אלו טוענת הגמרא, כי מי שנשתלחה לו "שושבינות" על ידי חברו (=שימחו החבר בחופתו והביא לו דורות) ומת חברו - אינו צריך לפרוע שושבינות ליורשיו, כי יכול הוא לומר: "תנו לי שושביני ואשמח עמו".

³²⁴ רש"י, ב"ב קמה, ע"א, ד"ה לטיבועין ניתנו: "יהיו אבודין ולא יחזרו לוי". ובריטב"א, שם, מהד' ב"י מנת: "לטיבועין - להשתקע ברשותה".

³²⁵ תוך כדי הסבר הברייתא השניה חש בעל הסתמא דגמרא בכך שההסבר שהוצע אינו הולם את לשון הברייתא, ונוקק ליישב את הקושי על ידי הכנסת דין סבלונות לדברי ר' יהודה הנשיא, דין שכלל לא נזכר בדבריו. וראה רבינו גרשום, שם, שעל פי התירוץ הנ"ל הרי שהביטוי "מקום שנהגו" בדברי שני התנאים בברייתא הוא לאו דווקא. ואם כן, גם לאחר תירוץ הגמרא, מדי דוחק לא יצאנו.

³²⁶ הטרמין "יכולה היא שתאמר" (או "יכול הוא שיאמר") מקורו בלשונם של תנאים, והוא מופיע במשמע של טיעון המושמע מפי בעל דין כנגד חברו. ראה: משנה, כתובות ז, י; יג, ה-ו, ח; וכן בתוספתא וברייתות המובאות בבבלי, ראה: ח"י קוסובסקי, **אוצר לשון התלמוד**, כרך טז, עמ' 333.

הלוך מחשבתה ודעתה בעת קידושיה, כך בערך היה לה להתנסח: "מ"ט, מימר אמרה³²⁷: [אם אמות אני יחזרו הקידושין, אך] על דעת שימות בעלי³²⁸ - לא נתרציתי".

גם הראשונים הבינו את הסוגיא בדרך זו, כפי שמפורש למשל בדברי רבנו יונה:

וסוגיא דשמעתא הכי, דכל היכא דאמרי' מקום שנהגו להחזיר מחזירין,
דינא הכי הוא... והיכא שמת הוא, שהיא יכולה לומר תנו לי בעל ואשמח
עמו... זו [אפי'] במקום שנהגו להחזיר אין מחזירין, כדמוכח בסוגיא³²⁹.

גם הרמב"ן, "יש מפרשים" ברשב"א והריטב"א סוברים, כעולה מפשטות הסוגיא, שאין תוקף למנהג כנגד דינו של שמואל ("תנו לי בעלי").³³⁰ אלא שמסקנה זו מחייבת התמודדות עם הכלל "מנהג מבטל הלכה" שבתלמוד הירושלמי, והם אכן מתמודדים עמו. הנימוק המובא בדבריהם חושף את שיטתם העקרונית ביחס למנהג, המבוססת על דברי הרי"ף בתשובה. כך כותב הרשב"א בחידושו על אתר בשם "יש מפרשים":

אמנם, בשני מקומות מצאנו כי ביטוי זה משמש בלשונם של אמוראים. ברם, בדיקה תגלה כי בשני המקרים אין כאן אלא שאילה של מטבע לשון מדברי תנאים:

1. המקום האחד - דברי סתמא דגמרא, כתובות צה, ע"א: "אלמא, יכולה היא שתאמר: נחת רוח עשיתי לבעלי". גלוי לעין כי אמירה זו לקוחה ממשפט זהה לחלוטין שאומר, באותו הקשר, רבי יהודה בברייתא, ב"ק נט, ע"ב.
2. המקום הנוסף - חציה השני של מימרת שמואל בסוגייתנו: "יכולה היא שתאמר: תנו לי בעלי ואשמח עמו". משפט זה נאמר, כך נראה לנו, בהשראת דברי חכמים בברייתא, גיטין עו, ע"א, וכך שנוי שם: "הרי זה גיטך ע"מ שתשמיש את אבא שתי שנים, על מנת שתניקי את בני שתי שנים, מת האב או מת הבן - אינו גט, דברי ר' מאיר. וחכמים אומרים: אע"פ שלא נתקיים התנאי - הרי זה גט, יכולה היא שתאמר לו: תן לי אביך ואשמח, תן לי בנד ואניקנו". דברי חכמים הללו יכולים היו להיות מועברים בקלות על דרך האסוציאציה אל מימרתו של שמואל, בשל הדמיון שביניהם. בשני המקומות נותן איש לאשתו חפץ המשפיע על מעמדה כאשת איש (כסף קידושין, גט); בשניהם הדיון הינו, האם תלויה שאלת החזרת החפץ (כסף הקידושין) או ביטול המעשה (הגט) בשאלת היותו בחיים של האיש עמו צריכה היתה האשה לפעול (הבעל אותו עמדה לשאת, האב אותו עמדה לשמש); ובעיקר - בשני המקומות נאמרים הדברים מפי האשה כטיעון התומך בעמדתה כנגד עמדת בעלה או יורשו (שם, כנימוק לתקפות הגט אף שלא נתקיים התנאי, ואצלנו - כנימוק לכך שאינה צריכה להחזיר את כסף הקידושין ליורשי בעלה, למרות שנהגו להחזיר). השערתנו היא, אפוא, כי הדמיון הרב שבין הסיטואציות גרם לכך שדברי חכמים בברייתא "יכולה היא שתאמר: תן לי אביך ואשמח" נתגלגלו ל"יכולה היא שתאמר: תנו לי בעלי ואשמח עמו" במימרא שלפנינו.

³²⁷ ביטוי זה מתאים לציון מחשבה בעבר ביחס לאירוע עתידי. השווה: "מימר אמר [=המשאיל, בשעת כניסת יו"ט, כשהכלי קונה שבייתה]: דלמא משכח [=השואל, ביי"ט עצמו] איניש אחרינא ואזיל ושאל מיניה" (ביצה לח, ע"א). וראה עוד במקומות שצויינו אצל קוסובסקי, **אוצר לשון התלמוד**, ערך מימר, כרך ה, עמ' 2396.

³²⁸ השווה, למשל: "אמר רבא: כל המפקיד, על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד" (ב"מ לו, ע"א).

³²⁹ עליות דרבנו יונה, ב"ב, קמה, ע"ב, ד"ה והא מקום (מהד' הרש"ר, תש"ן, עמ' תצד. הסוגריים במקור).

³³⁰ רמב"ן, שם, קמד, ע"ב, ד"ה הא דאמרינן; רשב"א, שם, ד"ה הא דאמרינן; ריטב"א, שם, ד"ה ואתא ר' יהודה.

והא דאמריי[נן] מנהגה מלתא היא,³³¹ היינו כשהתנו אנשי העיר או שבעה טובי העיר במעמד אנשי העיר, וכן ראיתי בתשובה לרב אלפסי ז"ל.³³² אבל בסתם מנהגין - כל שהן נגד הדין אנו עושין בהן דין, ולא אמרו באלו 'מנהג מבטל הלכה', ולפיי[כך] כשמת הוא אפיי[לו] נהגו להחזיר אין מחזירין, לפי שהדין נותן שתהא יכולה לומר תנו לי בעלי ואשמח עמו.³³³

דעה זו, המאומצת גם על ידי הרמב"ן והריטב"א - ולפיה יש לאבחן בין מנהג ש"התנו" עליו לבין "סתם מנהגין" - נדחית על ידי הרשב"א מחמת הקושי שהיא מעוררת: "אלא שצריך לי עיון באותן שאמר בריש פ' המקבל (ב"מ ק"ד ע"א), שדורשין בהן לשון הדיוט, ואחד מהם אם אוביר ולא אעביד אשלם במטבא". ומכאן, כי יש תוקף ל"סתם מנהגין" (המנהג שאם יוביר את השדה ישלם לבעלים), אף ש"הן נגד הדין" (שאסמכתא לא קניא).³³⁴

הרשב"א דוחה, אפוא, את דבריו העקרוניים של הרי"ף וגורס, כי תמיד יש ללכת אחר המנהג.³³⁵ את דברי שמואל הוא מיישב לבסוף על ידי שני תירושים, אשר מורגש עליהם, כעדותו שלו, שנאמרו רק "מדוחק".³³⁶

דעה אחרת בראשונים, המובאת על ידי הרמב"ן והרשב"א, גורסת כי מדובר בסוגיית החזרת הקידושין ב"סתמא", היינו: במקום שאין בו מנהג. ומה שזוכר בסוגיא "מקום שנהגו

³³¹ הביטוי "מנהגא מילתא היא" מצוטט הרבה על ידי הגאונים (ראה לעיל, הערה 146), ובעקבותיהם על ידי הראשונים, בהוראה דומה לביטוי "מנהג מבטל הלכה". הריטב"א שם, בדבריו המקבילים, מביא את הביטוי האחרון, ואילו הרשב"א מביא את שני הביטויים גם יחד. ראה בדבריו להלן.

³³² כך כותבים בשם הרי"ף גם ראשוני ספרד אחרים: הריטב"א, לעיל, הערה 330; הרמב"ן בחידושו, שם, אמנם אינו מציין לתשובת הרי"ף, אך בתשובות הרמב"ן (לעיל, הערה 192) כתב דברים דומים וציין ל"תשובות רביי[נן] הגדול"; שו"ת הרשב"א, ח"ה, סי' פה (שאינו לרשב"א אלא לאחד מחכמי ספרד, ראה לעיל, הערה 200), המוסיף וכותב שכן העידו הרמב"ן והריטב"א שכתב הרי"ף בתשובה.

³³³ רשב"א, שם, ד"ה הא דאמריי, הוצאת 'אושא'², ירושלים תש"ך (ההוספות בסוגריים - שלי).

³³⁴ גם בשתי תשובותיו שצוטטו לעיל, בסמוך להערות 275 ו-278, מסיק הרשב"א אותה מסקנה מ"דורשין לשון הדיוט".

³³⁵ יש, אפוא, להעיר על דברי שויקה (לעיל, הערה 227), עמ' 93, הערה 29, המציין כי דעת הרשב"א שם כדעת הרי"ף והרמב"ן.

³³⁶ התירושים שמציע הרשב"א "מדוחק":

I. במקום שנהגו להחזיר הקידושין אפילו מת הוא, אנו תולים שמנהגם בטעות, ועיקר מנהגם היה רק כשמתה היא.

II. במקום שנהגו להחזיר הקידושין כשמתה היא, אין למדים ממנהג זה כי כד יהא הדין גם במת הוא, לפי שאז "תלקה מדת הדין ביותר", כי יכולה היא לומר 'תנו לי בעלי ואשמח עמו'.

לפי שני התירושים של הרשב"א, הנחת היסוד הינה, כי אם המנהג המקורי (להוציא מנהג טעות) הוא להחזיר הקידושין אפילו כשמת הוא, הרי שיש להחזיר הקידושין, ובכוחו של מנהג זה לבטל את ה"הלכה" של 'תנו לי בעלי'.

להחזיר - מחזירין" הכוונה, כי סתם מקום שאין בו מנהג דינו כמקום שנהגו להחזיר.³³⁷ הקושי שבהסבר זה גלוי לעין, אך מה שדחקם לפרש כך היתה ההנחה הפשוטה בעיניהם - כמו גם בעיני הרשב"א - "דאי איכא מנהג, פשיטא דבתר מנהג אזלינן, ואפי' במת הוא, וליכא מאן דפליג".³³⁸ לדעת בעלי דעה זו והרשב"א - ובניגוד לדעת הרמב"ן והריטב"א - במקום שיש מנהג, יש לילך תמיד אחר המנהג, **ולא יתכן שההלכה (במקרה דן, דינו של שמואל) תדחה את מנהג המקום.**

ה. חכמי אשכנז ואיטליה

1. בין חכמי ספרד לחכמי אשכנז - דמיון ושוני

בדומה לרי"ף וכמה מראשוני ספרד בעקבותיו, מוצאים אנו גם בקרב ראשוני אשכנז את התפיסה, כי אין תוקף למנהג ממון שנוהגים בו הציבור מעצמם. בעוד שנים מחכמי ספרד, הרמב"ן והריטב"א, מוצאים עיגון לגישה זו בתלמוד הירושלמי,³³⁹ הרי שחכמי אשכנז משתיתים אותה במפורש על דברי מסכת סופרים שנדונו לעיל. אמנם, כאמור לעיל, יתכן כי גם תפיסתו של הרי"ף, ובעקבותיו של חכמי ספרד האחרים, מקורה במסכת סופרים.³⁴⁰

חרף הדמיון, יש להעיר על הבדל מסויים בין שתי הגישות. הרי"ף, ובעקבותיו הרמב"ן, מעמידים כל מנהג על חזקה שתוקן בעבר כתקנה.³⁴¹ לעומת זאת, אצל חכמי אשכנז "חזקה" מעין זו נעדרת כליל.

כפי שנראה להלן, גם בקרב הראשוניים באשכנז ובאיטליה, כמו אצל אלה שבספרד, אין תמימות דעים בעניין מעמדו של המנהג הממוני. יש מי שסברו כי למנהג שנוהגים בו הציבור מעצמם יש תוקף, ויש מי שאיבחו לעניין זה בין שני סוגים של מנהגי ממון.

2. האור זרוע, המרדכי ור' אביגדור כ"ץ

ר' יצחק אור זרוע (אשכנז, מאות 12-13) פוסק, על סמך מסכת סופרים, כי מנהג ממון מחייב רק אם הוא "קבוע על פי חכמי המקום", ובהמשך: "אלא א"כ הנהיגוהו וותיקים וחכמי

³³⁷ "יש מפרשים", הובאו דבריהם ברמב"ן וברשב"א, שם. הרמב"ן דוחה דעה זו מפני הדעה השניה, ואילו הרשב"א מיישבה, שכן היא תואמת, בהנחת היסוד שלה, את שיטתו. ראה בסמוך.

³³⁸ רמב"ן, שם. ובדומה ברשב"א, שם.

³³⁹ ראה לעיל, בסמוך להערה 301.

³⁴⁰ ביחס לרי"ף - ראה עמ' 60-61. ביחס לרמב"ן ולריטב"א - ראה עמ' 75.

³⁴¹ ראה לעיל, בסמוך להערה 290. אמנם, הריטב"א והריב"ש, ההולכים בשיטת הרי"ף, אינם מקבלים חזקה זו; והרשב"א - חלוק על שיטת הרי"ף מיסודה, ולדעתו אין כלל צורך כי המנהג יתוקן כתקנה. ראה לעיל.

הדור".³⁴² קשה להכריע מניסוח זה, האם הכוונה היא שהמנהג צריך להיקבע כתקנת קהל בהתייעצות עם חכמי המקום, כדעת הרי"ף בתשובה, או שמא די כי יונהג על דעתם של החכמים. דעתנו נוטה לאפשרות הראשונה.³⁴³ דברי האור זרוע הובאו להלכה גם על ידי המרדכי (אשכנז, המאה ה-13).³⁴⁴

כפי שכבר צויין לעיל, מסכת סופרים עוסקת בעניין שאינו ממוני. אולם עובדה זו אינה מפריעה לאור זרוע, כמו גם להולכים בעקבותיו, ללמוד ממקור זה על דינם של מנהגי ממון, בלא שיעירו אפילו על ההבדל האמור. לדעתם, ככל הנראה, הקביעה של מסכת סופרים - "וזה שאמרו מנהג מבטל הלכה - מנהג וותיקין" - תקפה ביחס לכל מנהג, ממוני ושאינו ממוני כאחד. יתכן שהבנה זו נובעת מכך שהכלל "מנהג מבטל הלכה", שעליו מוסבים דברי מסכת סופרים הנ"ל, נאמר במקורו בירושלמי ביחס לענייני ממון.³⁴⁵

מדוע על המנהג הממוני להיות "קבוע על פי חכמי המקום"? האור זרוע קובע, "הא למדת שאין המנהג חשוב אלא א"כ הנהיגוהו וותיקים וחכמי הדור", ואינו מבאר יותר. מן המרדכי, המביא את דברי אור זרוע הנ"ל, משמע כי מנהג המנוגד לדין, שאינו מנהג ותיקין, הינו בגדר "מנהג גרוע".³⁴⁶ כך הבינו את דברי המרדכי, ופסקו כמותו, גם המהרי"ק,³⁴⁷ ר' אליהו מזרחי³⁴⁸ והש"ך.³⁴⁹ אמנם, החזון איש הבינו בדרך אחרת.³⁵¹

³⁴² אור זרוע, ב"מ, סי' רפ.

³⁴³ דומה, כי המונח "מנהג קבוע" מציין מנהג ש"נקבע" כתקנת קהל. המונח "הנהיגוהו (וותיקים)" יכול בהחלט להתפרש כ"תיקנוהו". ראה לעיל, עמ' 12.

³⁴⁴ מרדכי, ב"מ, סי' שסו.

³⁴⁵ ראה לעיל, בסמוך להערה 186.

³⁴⁶ שכן מיד אחר שציטט את מסכת סופרים, הוסיף: "וכמה מנהגים גרועים דלא אזלינן בתרייהו, כדמפרש ר"ת בב"ב". אמנם, יתכן שהביא את דברי רבנו תם (שאף הם הובאו באו"ז) לא כנימוק לאמור במסכת סופרים, אלא כדוגמא נוספת למנהג שאין ללכת אחריו.

³⁴⁷ ראה דבריו שצוטטו להלן, הערה 358. וראה עוד להלן, שבתשובותיו האחרות הבין את המרדכי וגם פסק באופן אחר.

³⁴⁸ שו"ת ר' אליהו מזרחי (קושטא, מאות 15-16), סי' טז: "דמכל הני משמע דלא סגי בפשיטות מנהגא לבד עד דאיכא מנהג חכמים וגדולים דבקיאים בכל מילי וידעי לעמוד בכל פעם על העיקר ובאומד כל דבר... דאינהו הוו בקיאי במילי דעלמא יותר מכל העולם, משום הכי לא משגיחין במנהג הדיוטות שנהגו בפחות מהוצא ודפנא אלא במנהג חכמי התלמוד בלבד".

³⁴⁹ ש"ך, חו"מ עב, ס"ק לה. שיטת הש"ך תידון להלן, עמ' 94.

³⁵⁰ הרב הרצוג (לעיל, הערה 8), עמ' 21-23, נוטה לומר - ככל הנראה, על סמך חכמים אלו (הוא מדבר על מקורות "בתר-תלמודיים", הנסמכים על מסכת סופרים הנ"ל) - כי באופן עקרוני אין תוקף למנהג ממוני הנוגד דין מן התורה ("דאורייתא"). אמנם, בסיום דבריו הוא מודה (בעמ' 23, הערה 1), כי העיקרון הנטען "למיטב ידיעתי, אינו מבוסס

לעומת זאת, ר' אביגדור כהן צדק (וינה, המאה ה-13) פוסק, על סמך ברייתות המובאות בבבא קמא: "ולא מנהג חכמים בלבד, אלא אפילו מנהג חמרים - יש לו לסמוך עליו".³⁵²

3. המהרי"ק

ר' יוסף קולון (איטליה, המאה ה-15) בתשובה פוסק, על סמך המרדכי הנ"ל ומסכת סופרים, כי מנהג יכול לבטל הלכה רק כאשר הוקבע על פי חכמי המקום, אך הוא מוסיף שתי אבחנות בביאור מסכת סופרים שלא מצאנום, לפחות לא במפורש, אצל קודמיו. הראשונה, כי מה שנאמר שם, כי צריך שלמנהג תהא ראייה מן התורה ואם לא הרי זה כטועה בשיקול הדעת - הכוונה רק למקום שהמנהג מבטל הלכה. ונימוקו, "שהרי המנהג שאינו מבטל הלכה, למה יהי[ה] כטועה בשקול הדעת? וכי בשביל שאין לו ראייה יחשב כטועה בשקול הדעת?".³⁵³

עוד מוסיף המהרי"ק, כי מסכת סופרים הדורשת "מנהג ותיקין" מדברת רק במנהג שאינו בענייני ממון, אך בענייני ממון יש בכוחו של המנהג לבטל הלכה, אפילו לא הוקבע על ידי חכמים.³⁵⁴ אמנם, כדי לשנות הלכה בדיני ממונות, קובע המהרי"ק באחת מתשובותיו, צריך המנהג להיות "קבוע ופשוט... הרבה".³⁵⁵

על דעתו זו חוזר המהרי"ק גם בתשובות נוספות. באחת מהן הוא קובע בנחרצות: "אלא ודאי פשיטא, דלא עלה על לב שום פוסק לומר, דלענין ממון יצטרך מנהג וותיקין, ולענין איסורא הוא דאומר דבענין מנהג וותיקין".³⁵⁶ המהרי"ק מבין כי לכך כיוון גם האור זרוע. ברם, כאמור

בבהירות, פרט ל[דוגמא] אחת שהצגתי" (התרגום מאנגלית שלי - ר"ק). הדוגמא היחידה המוצגת על ידו שם, עניינה מנהג שאין הבכור נוטל פי שנים, שלגביו נפסק ברמ"א (ח"מ רפא, ד), כי "אין לילך אחר המנהג, הואיל והוא נגד דין תורה". ברם, דוגמא זו, שעניינה דיני ירושה, אינה אלא בבחינת יוצא מן הכלל שוודאי אין בו כדי להעיד על הכלל. וראה עוד לעיל, עמ' 145, הערה 73.

³⁵¹ חזון איש, ב"ב, סי' ה, אות ד, ד"ה כ' התה"ד. לדבריו, מדובר רק במנהגים גרועים, ורק בהם, ולא בכל מנהג ממון, צריך מנהג ותיקין. הוא מעלה אפשרות נוספת, שמדובר שכשהנהיגו (=תיקנו) לא ידעו שהוא בניגוד לדין תורה, ולכן הם כטועים ויכולים לחזור בהם.

³⁵² דבריו הובאו במרדכי, ב"ב, סי' תעז, וראה עוד לעיל, הערה 83. ר' אביגדור נשאל על איש שהגיע לעיר המיושבת ביהודים, ו"מנהג קבוע" שם שיתנו תושבי העיר מס גם תוך שנים עשר חודש לשבתם בעיר (שלא כדין המשנה והתלמוד, ב"ב ז, ע"ב-ח, ע"א), האם מחוייב ליתן מכוח המנהג. על שיטתו ראה עוד להלן, עמ' 312.

³⁵³ שו"ת מהרי"ק, שורש ט, מהד' אורייתא, ירושלים תשמ"ח, עמ' כד (כל ציוני העמ' להלן - על פי מהדורה זו. ההוספות בסוגריים שלי - ר"ק). התשובה עוסקת במנהג, ולפיו בשבת בראשית אחד מהקהל מתנדב מעות לבית הכנסת והוא קורא ראשון בתורה, והכהן קונה ממנו את המצווה או מוחל על זכותו ויוצא מבית הכנסת.

³⁵⁴ על הבסיס המשפטי למנהג בדיני ממונות לפי המהרי"ק, ראה להלן, עמ' 310.

³⁵⁵ שו"ת מהרי"ק, שורש סה (בסופו). דבריו מסתמכים על ר' ברוך בספר החכמה, הביאו מרדכי, ב"ב, סי' תעז.

³⁵⁶ שו"ת מהרי"ק, שורש קב, עמ' רי. על פי הבנתו זו בדברי המרדכי פוסק המהרי"ק בשתי תשובות נוספות העוסקות בעניינים שאינם ממוניים:

לעיל, באור זרוע מפורש כי גם מנהג ממון צריך להקבע על פי חכמים, ודומה כי המהרי"ק לא ראה את דברי האור זרוע במקורם אלא רק ציטוט מקוצר מהם המובא במרדכי.³⁵⁷

יש לציין, כי בתשובה אחרת (שורש ח) כותב המהרי"ק דברים הנראים כסותרים בעליל לדבריו דלעיל.³⁵⁸ כמה מן האחרונים מביאים להלכה את דבריו בשורש ח, כי מנהג ממון צריך להיות על פי חכמי המקום, ואינם מתייחסים לדבריו בתשובות אחרות;³⁵⁹ אחרים העירו על

I. בשורש נד, עמ' קו, שם מדובר על מנהג בדרך הגבהת ספר התורה, הוא קובע שאין לשנות מן המנהג, כי מנהג זה נעשה על פי ותיקין, ובכגון זה מנהג מבטל הלכה.

II. בשורש קסא, עמ' שכט, ד"ה ואשר כתבת אחי. דן במנהג שהמקדיש מנורות לבית הכנסת יכול לקחתם ולמוכרם לאחר זמן, מנהג המנוגד לדין התלמוד. המהרי"ק פוסק: "הלא ידעת שאין המנהג מבטל הלכה אלא אם כן הוא מנהג קבוע על פי חכמי המקום, לא ע"פ המון [ו]בעלי בתים", ובסיום הוסיף: "וגם לפי דעתי שאינו מנהג קבוע כללי". אמנם, הרמ"א, יו"ד רנט, ב, פוסק על סמך התשובה הנ"ל, כי אם מנהג זה "קבוע" - היינו, נהוג בקביעות, אף שלא נעשה על פי חכמי המקום - הולכים אחריו, "דכל המקדיש אדעתא דמנהג הוא מקדיש ולב ב"ד מתנה על זה", ובעקבותיו הולך גם הב"ח שם. דומה, כי לדעת הרמ"א והב"ח דין זה הינו **כדיני ממונות**, ולפיכך ניתן להתנאה (דעת הרמ"א, כמהרי"ק, שבעניינים שאינם ממוניים לא מועיל מנהג אלא אם כן הוא על פי ותיקין, ראה להלן, בסמוך להערה 396). לעומת זאת, מפשטות דברי המהרי"ק משמע, כי לא ראה בדין זה עניין של ממונות אלא עניין הקרוב יותר ל**איסוריני**: "שחלה קדושה על הכלים מכח דין התלמוד, ואתה בא להפקיע [אותה - ר"ק] מכח המנהג", ולפיכך אין בכוח המנהג לבטל ההלכה אלא אם כן נקבע על ידי ותיקין. ואכן, גם ר' יוסף ׳ עזרא (שאלוניקי, המאה ה-16) במשא מלך (שאלוניקי) שס"א, נעילת שערים, מנהגי ממון, דף ס ע"ב. מהד' י"ש שפיגל, ירושלים תשמ"ט, עמ' ריח), כותב לפי תומו, כי הנדון בתשובה הנ"ל הינו "מילי דאיסורא".

הש"ך, שם, ס"ק ח, מסביר כי הרמ"א למד מסיום דברי המהרי"ק, כי אם היה המנהג "קבוע" (=נהוג בקביעות) - יש לו תוקף, הגם שלא נעשה על פי חכמי המקום, היינו שהמהרי"ק חזר בו מדבריו הראשונים. הש"ך מסיים באומרו: "וצ"ע (=וצריך עיון)". יתכן כי הצ"ע של הש"ך הוא כיצד לפסוק להלכה, שהרי לשיטתו (ראה להלן, בסמוך להערה 413), גם בדיני ממונות, רק "מנהג ותיקין" מבטל הלכה. ברם, יתכן שהצ"ע נובע מספק בכוננת המהרי"ק, שכן נראה יותר שלא בא בסיום דבריו לבטל את דבריו הקודמים, אלא רק ליתן טעם נוסף מדוע אין לקבל את המנהג הנדון. וראה בשו"ת גינת ורדים, יו"ד, כלל ג, סי' יג, שהבית יוסף הבין את דברי המהרי"ק על פי הדרך השניה דלעיל - היינו, שהמהרי"ק אינו חוזר בו מדעתו כי אין לקבל את המנהג הנדון - ועל פי זה פסק באו"ח קנג, יח, כי כלים שהוקדשו לבית הכנסת לא ניתן להוציאם לחולין.

³⁵⁷ שכן בחמש התשובות שבהן המהרי"ק דן בנושא זה ומביא את דברי האור זרוע (שורשים ח, ט, נד, קב, קסא), הוא מצטט את דבריו מן המרדכי.

³⁵⁸ שו"ת מהרי"ק, שורש ח. התשובה עוסקת במנהג להשוות בכור ופשוט בירושה, מנהג הנוגד לדין תורה. גם שם מביא המהרי"ק את דברי המרדכי הנ"ל בשם האור זרוע ומוסיף: "הרי לך **דאפילו בממון בעלמא**, כגון שכירות פועלים או מחיצות שבין השותפים, אין המנהג מבטל שורת הדין אלא א"כ הוא **מנהג קבוע על פי ותיקים**, וצריך שיהיה לו ראייה מן התורה, דאם לא כן הרי הוא כמנהגים הגרועים". הרי שהבין, כי דברי האור זרוע מוסבים גם על מנהגי ממון.

³⁵⁹ ראה, למשל: שו"ת דברי ריבות, סי' קעד; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' שד, סד"ה תשובה, ומדבריו שם נראה, כי לא הרגיש בסתירה הנ"ל שבין התשובות. יש להעיר, כי שם, סי' קח, קובע השואל, על סמך שו"ת מהרי"ק, שורש קב, כי במנהגי ממון אין צורך ב"מנהג ותיקין". בסיום תשובתו אומר על כך המהרשד"ם, כי "אם ירצה להעזר הדין מטעם [ם] המנהג, כמו שכתב השואל, יפה ויפה הוא, אעפ"י שאינו צריך". ומשמע מדבריו, לכאורה, כי הוא מודה

הסתירה שבין תשובה זו של המהרי"ק לתשובותיו האחרות, אך נלאו למצוא יישוב לדבריו;³⁶⁰ ויש מן האחרונים מי שהציע דרך ליישוב הסתירה.³⁶¹

עוד קובע המהרי"ק, כי הולכים אחר המנהג הקיים בהווה, גם אם ידוע שבעבר הקרוב נהגו אחרת.³⁶² את דבריו הוא מבסס על סוגיא במנחות.³⁶³ כן פוסק הוא, ש"אין לך מנהג על פי וותיקי[ם] גדול מזה שנעשה ברבים מקדם קדמתא לפני גדולי עולם", ואין אפוא צורך שיוקבע דווקא באופן אקטיבי על ידם.³⁶⁴

4. בעל תרומת הדשן

ר' ישראל איסרליין (אשכנז, המאה ה-15) בתשובה³⁶⁵ דן במנהגי ממון. הוא מביא בשם רבנו תם, שאין לסמוך על "מנהגים של שטות",³⁶⁶ וכן את דברי האור זרוע והמרדכי, שהובאו לעיל, כי צריך המנהג להיות "מנהג ותיקין". ברם, הוא מוסיף אבחנה משלו:

מ"מ נראה לומר דבענייני מסים וכה"ג [=וכהאי גוונא] כולהו מודו דאזלינן בתר מנהגם דבני העיר או בני המדינה שנהגו בו מקדם, אפי' אי

לדברי השואל, ובניגוד לדבריו בסי' שד. ברם, דומה כי לא ניתן להסיק מסקנות בעניין זה מסי' קח, שכן המהרשד"ם מקצר שם בדבריו, והטעם, כעדותו שלו, ש"אין דרכי להאריך במה שאינו צריך"; שו"ת משפטי שמואל, סי' קג, ד"ה ולשאלה החמישית. המשלב מבין באופן דומה גם את דברי המהרי"ק בשורש ט; שו"ת שואל ונשאל, ח"ט, כללי הלכה, מערכת מ"ם, אות ד.

³⁶⁰ ראה: משא מלך (לעיל, הערה 356), דף ס ע"ג, המעיר על הסתירה הנ"ל שבין התשובות וחיותם, כי דברי מהרי"ק "צריכין רפואה ורופא אין שם"; גם בשו"ת מהרי"ב בן לב, ח"א, כלל יא, שאלה סד (סא), מעיר על הסתירה בין שרשי ח ו-ט, ומסיים "לא ידענא מאי אידון ביה"; המהדיר בשו"ת המהרי"ק שם, מהד' מכון אורייתא, הערה 5, מעיר אף הוא על הסתירה בדברי המהרי"ק, ונעלמו ממנו דברי האחרונים הנ"ל.

³⁶¹ ראה: שו"ת חכם צבי, סי' סא (מהד' ח"א טיקוצקי, ירושלים תשנ"ה, עמ' קלז, ד"ה והרב). לדבריו, מנהג ממון הבא לשנות מן ההלכה חייב להיות, לדעת המהרי"ק, מתוקן כתקנה, או על ידי חכמים או על ידי אנשי העיר. מה שכתב המהרי"ק בשורש ט, כי מנהג ממון "אפילו שלא הוקבע על פי החכמים נמי", פירושו: אין צורך שיותקן דווקא על ידי חכמים, ודי שיותנה על ידי חמרים וספנים, "אבל לא שיועיל מנהג בעלמא אף בלי שום תנאי לסתור דין תורה, דההוא הוי ליה מנהג של שטות".

³⁶² שו"ת מהרי"ק, שורש נד, עמ' קו.

³⁶³ הסוגיא היא במנחות לב, ע"א: "והא רב אית ליה מנהגא, והאידינא [=ועכשו] נהוג עלמא [לעשות פרשיות שבמזוזה] בסתומות". מן המילה "והאידינא" מדייק המהרי"ק שם: "משמע דווקא באותו זמן היו נוהגי[ם] בסתומות[ת] אבל לא בימים הראשונים, ואפי"ה [=ואפילו הכי] אזלינן בתר השתא".

³⁶⁴ שו"ת מהרי"ק, שם. דברי מהרי"ק הללו הובאו להלכה בשו"ת הרמ"א, סי' נא, מהד' זיו, עמ' רנ.

³⁶⁵ שו"ת תרומת הדשן, סי' שמב (מהד' ש' אביטן, ירושלים תשנ"א, ד"ה תשובה, עמ' רצ-רצא). התשובה עוסקת במנהגים בענייני מסים.

³⁶⁶ דברי רבנו תם הובאו בתוספות, ב"ב ב, ע"א, ד"ה בגויל, ושם: "מנהג הדיוט".

לא הוקבע ע"פ חכמים כדמייתי הר"א כ"ץ ראייה ברורה על זה מההיא דחמרים וספנים פ' הגוזל בתרא (ב"ק קטז, ב).³⁶⁷ ונראה דיפה יש לחלק בענייני מסים לבני העיר וכן צורכי חמרים וספנים, למהלך שיירא שלהם וכל דבר **שרבים מצורפים יחד** צריכים למיזל בתר מנהגא דידהו, וכפי הסדר שעושים לעצמן לפי צרכיהם לפי עניינם, **דאי מצרכתא להו למיזל בתר דין תורה בכל דבר לעולם תהא מריבה ביניהם**, מש"ה [=משום הכי] מעיקרא מחלו אהדדי לוותר על דין תורה וגמרי ומקני למיזל בתר סדר מנהג דידהו... וההיא דר"ת וא"ז [=דרבנו תם ואור זרוע] דלעיל קאי על חילוק חצירות ובתים ובניין שלהם ואשכירות פועלים וכן שכירות בתים וחצירות, וכל כה"ג **דאין רבים מצורפים יחד** ולא איצטריך מצטרפו למיהוי צייתי אהדדי, **לכך צריך מנהג שיהא לו עיקר ע"פ חכמים וראייה מן התורה**, משא"כ בענייני המסים וכיוצא בו דמנהג בעלמא מבטל בהן דין תורה.

לפי דעה זו, יש אבחנה בין עניין הנוגע לרבים³⁶⁸ לבין עניין שאין רבים שותפים בו. בעניין הנוגע לרבים, יש לכולם אינטרס משותף לעשות על פי המנהג, כדי למנוע מריבה. לפיכך, כל אחד מוחל על המגיע לו על פי דין תורה וגומר בדעתו ללכת אחר המנהג,³⁶⁹ ואין צורך שיהא המנהג על פי חכמים. בעניינים שאינם כאלה, ואין אינטרס כאמור לציית להם, צריך המנהג להיות על פי חכמים.³⁷⁰

בתשובה אחרת³⁷¹ נשאל בעל תרומת הדשן על "רב היושב בישיבה קיים השטר ביחידי", האם השטר מקויים. הוא קובע כי מן הדין צריך שטר להתקיים בשלושה, ומוסיף: "אמנם, מנהג פשוט הוא לתופשי ישיבה שחותמים ביחיד לקיים שטרות, ואפשר דבכה"ג נימא מנהג מבטל הלכה בדבר שבממון".³⁷² אפשר, שהמשיב רואה בקיום שטרות, כמו בענייני מסים, עניין הנוגע ל"רבים", ולפיכך ניתן לומר ביחס אליו "מנהג מבטל הלכה".

³⁶⁷ ראה לעיל, בסמוך להערה 352.

³⁶⁸ שלא כש"ך (לעיל, הערה 349), המסיק מדברי תרומת הדשן כאן, "דדוקא בענייני מסים אין מדקדקין במנהג אעפ"י שהוא נגד דין תורה, אבל בעלמא לא". שכן מפורש בדבריו, כי הוא הדין ל"כל דבר שרבים מצורפים יחד".

³⁶⁹ תרומת הדשן משתמש בביטוי "בההיא הנאה גמרי ומקני". היינו, מלכתחילה היו צריכים לילך אחר דין תורה, אך בגלל האינטרס המשותף, כל אחד גומר בדעתו ומקנה לחבירו את המגיע לו על פי המנהג. על ביטוי זה ראה עוד לעיל, עמ' 111-114.

³⁷⁰ בסיום דבריו מוסיף בעל תרומת הדשן, כי גם בענייני מסים, שבהם מנהג מבטל הלכה, "מ"מ ראוי ונכון לדקדק הטיב אם נוכל להשוות כל המנהגים לדין תורה". ראה בעניין זה: אלוך, **המשפט העברי**, עמ' 765.

³⁷¹ שו"ת תרומת הדשן, סי' שלב.

³⁷² על קיום שטרות על ידי חכמים באשכנז במאה ה-15 ואילך, ראה: מ' פרנק, **קהלות אשכנז ובתי דיניהן מהמאה ה"ב עד סוף המאה הט"ו**, תל-אביב תרצ"ח, עמ' 33-34.

5. תקופת האחרונים

הצורך ב"מנהג ותיקין", המופיע אצל הראשונים החל מן האור זרוע, חוזר ונזכר פעמים רבות אצל האחרונים.³⁷³ אמנם, ביחס למנהגי ממון נמשכת המחלוקת - שהחלה כבר בתקופת הראשונים - בשאלה, האם יש תוקף למנהג שנהגו הציבור מעצמם או רק לזה שהונהג על פי חכמים. נעמוד על דברי כמה מן האחרונים בעניין זה.³⁷⁴

א. הרדב"ז

הרדב"ז (קאהיר-צפת, מאות 15-16) בתשובה³⁷⁵ מביא להלכה את דברי האור זרוע³⁷⁶ הקובע, על סמך מסכת סופרים ("מנהג ותיקין"),³⁷⁷ כי על מנהג בענייני ממון להיות "מנהג קבוע"³⁷⁸ על פי חכמי העיר".³⁷⁹ הוא מוסיף, כי חרף העובדה שמצאנו שאפילו מנהג החמרים

³⁷³ ראה, למשל: שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' שד; שו"ת דרכי נועם, חו"מ, סי' כא, ד"ה עוד באתי; שם, סי' נ (בתחילתו); שו"ת גינת ורדים, יו"ד, כלל ג, סי' יא, ד"ה נמצינו למדים; שם, סי' יג; שו"ת דברי ריבות (לר' יצחק אדרבלי), סי' קעד; שו"ת בית יהודה, חו"מ, סי' א, ד"ה וא"ת אי; שו"ת מנחת יצחק, ח"ג, סי' פו, ד"ה הנה נודע (על פי המרדכי); ח"ז, סי' קב, ד"ה והנה בירושלמי; ועוד רבים. וראה עוד להלן.

³⁷⁴ לדברי אחרונים נוספים בעניין הצורך ב"מנהג ותיקין", ראה: חפץ חיים, לעיל, הערה 116; שדי חמד, לעיל, הערה 116, וראה שם, עמ' 247, ד"ה ואם יש, דיון בשאלה האם כדי שייחשב ל"מנהג ותיקין" על המנהג להיות "כתוב בהסכמות ותיקוני העיר"; כנסת הגדולה (לעיל, הערה 284), אותיות ד-טז, כב; פתחי תשובה, חו"מ, סי' קסג, ס"ק טז; הרב בצרי, דיני ממונות, ח"ב, עמ' י-יא, ובמקורות שציינן שם בהערות.

³⁷⁵ שו"ת הרדב"ז, ח"א, סי' תקמד.

³⁷⁶ לעיל, הערה 342. ברדב"ז שם: "בא"י, אך שיבוש הוא וצ"ל: בא"ז. וראה בהערה הבאה.

³⁷⁷ אמנם ברדב"ז שם: "כדאמרי' במסכת סוטה", אך ברור כי הדברים הם ממסכת סופרים. דומה, כי מקור השיבוש במרדכי, ב"מ, סי' שסו, וממנו העתיק הרדב"ז את דברי האור זרוע. וראה גם שו"ת בנימין זאב, סי' רצו, שציטט מן המרדכי: "כדאמרינן בסוטה". במרדכי שלפנינו מצויים הן השיבוש, והן התיקון בצידו: "במס' (סוטה) [סופרים]". נקל לשער כי השיבוש נגרם עקב קיצור סופרים לסופ', והחלפה, עקב הדמיון הגרפי, בין סופ'-סוטי[ה].

³⁷⁸ הרדב"ז שם מצטט ממסכת סופרים: "אין הלכה נקבעת עד שיהיה מנהג קבוע" (וכך הביא גם בשו"ת הרדב"ז, ח"ד, סי' צד, ד"ה הכלל העולה), אך מילת "קבוע" אינה, לא במסכת סופרים (על פי כל עדי הנוסח שבמהד' היגער), ולא באור זרוע ובמרדכי שלפנינו, המצטטים אותה. יתכן, כי כך אמנם היתה הגירסא לפניו, ברם יתכן, כי זו אשגרה של הרדב"ז מן האו"ז שם, שאת דבריו אימץ להלכה, הכותב על סמך מסכת סופרים הנ"ל, כי על המנהג להיות "קבוע". אמנם, משו"ת רדב"ז, ח"ד, סי' אלף קסה (צד), ד"ה הכלל העולה, משמע כי כך היתה הגירסא לפניו.

³⁷⁹ הציטוט - משו"ת הרדב"ז, ח"א, סי' תקמד. גם בתשובות אחרות קובע הרדב"ז, כי על מנהג ממון להיות קבוע על פי חכמים. ראה: שם, ח"א, סי' שנט, ד"ה ולענין המעשה; ח"ג, סי' תתקלב (תצו); ח"ד, סי' אלף קסה (צד), ד"ה הכלל העולה; ח"ו, סי' ב' אלפים רצו.

והספנים יש לו תוקף³⁸⁰ - "לא קשיא, דמנהג החמרים והספנים לדידהו הוי כמנהג דותיקין לכל בני המדינה".³⁸¹

הרדב"ז ממשך ואומר, כי מדברי הראשונים עולה, "כי המנהג אשר אמרו מבטל הלכה צריך שיהיה ידוע וקבוע ע"פ בקיאי". מדבריו שם משמע, כי על המנהג להיות "ידוע", היינו: מפורסם לכל, ונוהג בקביעות. הדרישה שייקבע "על פי חכמי העיר/בקיאי" באה, ככל הנראה, כדי להעניק למנהג את פירסומו ויציבותו. לפיכך, "מנהג הספנים", שידוע היטב לספנים, תקף גם אם לא נקבע על ידי חכמים; שכיוון שהמנהג ידוע, עושים הספנים על דעתו, והרי הוא לדידם "כמנהג דותיקין לכל בני המדינה".³⁸²

כך עולה גם מדברי הסיכום של הרדב"ז שם:

לפי שצריך שיהיה המנהג ידוע ומפורסם, ושיהיה קבוע שהיו נוהגין כן פעם אחר פעם, ושיהיה ע"פ ותיקין וגדולי חכמי העיר, ושינהג מנהג קבוע לרבים, כלומר שנהגו בו רבים.³⁸³

בתשובה אחרת פוסק הרדב"ז, כי בענייני מסים מודים כל הפוסקים שהולכים אחר סתם מנהגם. הוא מסתמך, בין השאר, על דברי תרומת הדשן, ומביא לדבריו ראיה מן התלמוד.³⁸⁴

בתשובה נוספת דן הרדב"ז במנהג שנהגו במצרים, שאם מתה האשה בלא זרע יירשנה יורשיה מצד אביה, בניגוד לדין שבעלה יורשה. בכתובה הנדונה נכתב רק, כמקובל בכתובות אחרות במצרים ובארצות המזרח, "והירושה כמנהג דמשק".³⁸⁵ הרדב"ז כותב כי, שלא כבתנאי בית דין, רק אם נכתב מנהג זה במפורש כתנאי בכתובה יש לנהוג על פיו, ומוסיף:

³⁸⁰ ראה לעיל, בסמוך להערה 78.

³⁸¹ כך כתב גם בשו"ת הרדב"ז, ח"א, סי' סז, ד"ה תשובה.

³⁸² ראה שו"ת הרדב"ז, ח"ד, סי' אלף רו (קלו): "והמנהג מבטל הלכה ואפי' מנהג החמרים והספנים וכל שכן מנהג סוחרים", ולא בדק אם המנהג הנדון נקבע על פי חכמים. והסיבה לכך, ככל הנראה, כדברינו כאן, שכן מדובר שם במנהג סוחרים רווח וידוע לכל ("לפי שכבר נהגו למחול כל הונאה וכל מוס"). על הבסיס לתוקפם של מנהגי ממון, ובכללם קניין סיטומתא, לדעת הרדב"ז, ראה בהרחבה להלן, עמ' 313-319.

³⁸³ שו"ת הרדב"ז, ח"א, סי' תקמה. לעומתו, פוסק ר' אברהם הלוי, מי שהיה כמאתים שנה אחריו ראש רבני מצרים בקאהיר, "שדין זה הוא מוסכם ואין בו מחלוקת, שהולכין אחי'ר] המנהג אפי' [לו] מנהג הדיוטות, כדאשכחן בסיטומתא דקניא כיון שכן נהגו הסוחרים" (שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל ג, סי' מט. ההוספות בסוגריים שלי - ר"ק).

³⁸⁴ שו"ת רדב"ז, ח"ג, סי' תתקי (תעב), ד"ה ולענין המסים.

³⁸⁵ על "מנהג דמשק" בעניין ירושת הבעל, ראה: י' ריבלין, הירושה והצוואה במשפט העברי, אוניברסיטת בר-אילן, רמת-גן תשנ"ט, עמ' 99-102.

ואע"ג דקיי"ל [=דקיימא לן] מנהג מבטל הלכה, צריך שני תנאים: שיהיה ההלכה רופפת קצת, ושיהיה המנהג קבוע עפ"י חכמים, ומנהג זה אינו קבוע, ששאל הוא ממנהג דמשק ואינו קבוע כאן במצרים ע"פ חכמים. ואם הוא מנהג קבוע, לא היו צריכין לכתוב אותו בהדיא... וגם ההלכה אינה רופפת אלא ברורה, שהבעל יורש את אשתו. ומ"מ מודה אני שאם אירע מעשה כזה בדמשק, שכולם נוהגים כך, שכל הנושא אשה על דעת אותו המקום נושא, והוי כאילו התנה בפירוש, ותנאי שבממון תנאו קיים לכ"ע [=לכולי עלמא].³⁸⁶

למדנו שוב, כי הסברא שבבסיס תוקפו של המנהג - שהכל עושים "על דעת [מנהג] אותו המקום" - היא שמזיקה, לדעת הרדב"ז, שיהא המנהג "קבוע על פי חכמים", וממילא ידוע לכל. לפיכך, במצרים, שם מנהג זה "אינו קבוע", לא יועיל 'סעיף הפניה' למנהג דמשק. ברם בדמשק, שהמנהג קבוע ו"כולם נוהגים כך", יש תוקף למנהגם, גם אם לא נכתב דבר בכתובה.

אמנם, דבריו ברישא צריכים עיון, שכן משמע מהם, כי גם מנהג "קבוע" אינו מבטל הלכה גמורה אלא רק "הלכה רופפת", שלא כדבריו בתשובותיו האחרות.³⁸⁷ גם מן הסיפא משמע, בניגוד לרישא, כי בכח המנהג לבטל הלכה גמורה, שהרי מודה הרדב"ז, כי בדמשק - שם המנהג קבוע וידוע לכל - יש תוקף למנהג האמור, למרות שהוא נוגד "הלכה... ברורה".³⁸⁸

ב. ד' יוסף קארו והרמ"א

ר' יוסף קארו (ספרד-צפת, המאה 16-) סובר, כפי הנראה, כי אין צורך שמנהג ממוני ייקבע על ידי חכמי המקום. דברים ברורים בנדון כמעט ואיננו מוצאים בדבריו, אך ניתן להסיק את האמור מן העובדה שאין הוא מזכיר עניין זה ביחס למנהגי ממון, ככל הידוע לנו, לא בשולחן ערוך ולא בתשובותיו. יתר על כן, בכמה מקומות בשולחן ערוך³⁸⁹ פוסק המחבר, כי הולכים אחר ה"מנהג" המקומי או אחר "מנהג המדינה", ואין הוא מוסיף את הדרישה שהמנהג צריך להיקבע

³⁸⁶ שו"ת הרדב"ז, ח"ג, סי' תתקלב (תצו).

³⁸⁷ ראה, בנוסף לתשובות שצויינו לעיל, שו"ת רדב"ז, ח"ג, סי' תתקסז (תקלב): "ואפילו כנגד ההלכה אזלינן בתר המנהג היכא דהמנהג הוקבע עפ"י חכמים של המקום", בהסתמך על המרדכי ושו"ת מהרי"ק, סי' ט; שם, ח"ו, סי' ב' אלפים רצו: "שכל מה שכתבתי הוא לפי הדין, אבל אם יש מנהג קבוע על פי וותיקין, קי"ל מנהג מבטל הלכה". אמנם, בתשובה אחת (שו"ת רדב"ז מכתב יד, בני ברק תשל"ח, סי' קמא, ד"ה וזה בעצמו) הוא קובע, על סמך שו"ת הרא"ש (כלל נה, סי' י), כי רק בהלכה רופפת יש לילך אחר המנהג. ברם, שם הנדון הוא ענייני איסור והיתר (טבילה בזוחליו), וגם דברי הרא"ש הנ"ל אמורים במפורש רק ביחס לענייני איסור והיתר.

³⁸⁸ כדברי הרדב"ז שם: "וגם ההלכה אינה רופפת אלא ברורה, שהבעל יורש את אשתו".

³⁸⁹ ראה למשל: שו"ע, חו"מ קעו, י; ריח, יט; רכט, ב; רל, י; רלב, ו; של, ה; שלא, ב.

על ידי חכמים. ואכן, כך מסיק בדעתו ר' משה פיינשטיין.³⁹⁰ אמנם, מדבריו במקום אחד בבדק הבית משמע להיפך.³⁹¹ ברם, ההלכה הנדונה שם אינה מובאת על ידי המחבר להלכה בשולחן ערוך.³⁹² לעומת זאת, באשר למנהגים שאינם בענייני ממון דורש ר"י קארו בתשובותיו כי המנהג ייקבע על פי "ותיקין".³⁹³

ר' משה איסרליש (קראקא, פולין, המאה ה-16) סובר אף הוא, כי יש תוקף למנהגי ממון גם אם נהגו בהם העם מעצמם ולא על פי חכמים.³⁹⁴ כך משתמע משתים מתשובותיו, שם הוא מתבסס על דברי המשנה "הכל כמנהג המדינה" ועל הירושלמי ש"מנהג מבטל הלכה".³⁹⁵ מנהג "ותיקין" מוזכר על ידי הרמ"א בתשובותיו, כמו אצל ר"י קארו, רק בעניינים שאינם ממוניים.³⁹⁶

דברים ברורים יותר אנו מוצאים בהגהות הרמ"א לשולחן ערוך. ביחס למי שנתמשכן על ידי נאמני הקהל בגין חובו בתשלומי המס, פוסק המחבר כי "אין לקהל ולא לנאמן דין שומר

³⁹⁰ שו"ת אגרות משה, חו"מ, סי' עב, עמ' קכג. וראה עוד להלן, בטקסט הסמוך להערה 431.

³⁹¹ בית יוסף, חו"מ, סי' שסח, בבדק הבית, ביחס לתשובת רב שרירא גאון, כי יש להחזיר גבנה אפילו לאחר יאוש ושינוי רשות, מכוח המנהג: "יש לתמוה, למה חייב אותם מכח מנהג בעלמא. ונראה דמיירי במנהג קבוע על פי זקני העיר, כמו הסכמות שלנו". אלבק, **דיני הממונות בתלמוד**, עמ' 225, הערה 87, מסיק מדברי בדק הבית הני"ל כי הבית יוסף סובר, כדעת הרי"ף בתשובה (**לעיל**, הערה 188), כי "כל מנהג בדיני ממונות המבטל הלכה, אינו מחייב מן הסתם את היחיד, אלא אם כן הוא תקנה מפורשת של בית דין, חכם או קהל". ברם, כאמור, מפסיקתו בשולחן ערוך נראה כי ההלכה אין היא נוקט בדעה זו.

³⁹² ראה: שו"ע, חו"מ שסח, א. לעומתו, הרמ"א מביא להלכה את דברי רב שרירא הני"ל, בשני מקומות: שם, שם; שם, שנו, ז.

³⁹³ שו"ת אבקת רוכל, סי' ד, י, רי.

³⁹⁴ על יחסו של הרמ"א אל המנהג עמדו כמה מן החוקרים, אך לא עמדו על שיטתו ביחס למנהג בענייני ממונות. ראה: מהר"ץ חיות, **דרכי ההוראה**, בתוך: כל ספרי מהר"ץ חיות, ירושלים תשי"ח, פרק ד; ש"א הורודצקי, **לקורות הרבנות**, ורשה תרע"א, "מנהג ישראל (מילואים לתולדות הרמ"א)", עמ' 120-121; ח' טשרנוביץ, **תולדות הפוסקים**, ח"ג, ניו-יורק תשי"ח, עמ' 43-47, 352-361; א' זיו, "הרמ"א כפוסק ומכריע - יחס הרמ"א למנהג", **תלפיות** ו, חוב' ג-ד (תשט"ו), עמ' 723-729; הני"ל, **רבינו משה איסרליש [רמ"א]**, ניו-יורק תשל"ב, עמ' ריט-רכו; שפרבר, **מנהגי ישראל**, ח"ד, עמ' רפב; הרב ש' גורן, **משנת המדינה**, ירושלים תשנ"ט, "שיטת הרמ"א בתשובותיו ודרך פסיקתו בשו"ע לגבי ביטול מנהג", עמ' 180.

³⁹⁵ שו"ת הרמ"א, סי' יט, מהד' זיו, עמ' קכח: "דאם המנהג בדבר ממון בעלמא, על זה אמרו בירושלמי... מנהג מבטל הלכה"; שם, סי' כ, עמ' קכט-קל: "שהרי כל דיני שכירות תלויים במנהג, כדאמרינן ריש פרק השוכר את הפועלים [=משנה, ב"מ פג, ע"א]: אמר רשב"ג הכל כמנהג המדינה, ואמרו שם בירושלמי... ומכאן שמנהג מבטל הלכה".

³⁹⁶ שם, סי' ה, ד"ה ונרד לעומק, עמ' כב - מנהג בענייני טרפות; שם, סי' יט, ד"ה ואין לפקפק, עמ' קכז - מנהג בענייני זמן חפיפה לנידה קודם טבילתה; שם, סי' נא, ד"ה ובלעדי, עמ' רנ - מנהג להכשיר אנשי העיר לדון בעניינים מסויימים הנוגעים לעירם, אף שהם נוגעים בדבר ופסולים מן הדין. גם תשובת המהר"ק, שעליה מסתמך הרמ"א שם (צויינה **לעיל**, הערה 356, סעיף א), עוסקת בענייני שאינו ממוני.

שכר³⁹⁷. על כך מוסיף הרמ"א: "אא"כ [=אלא אם כן] יש מנהג בעיר, הולכין אחריו"³⁹⁸. הרי לנו, שה"מנהג בעיר" בענייני ממון גובר על שורת ההלכה.³⁹⁹

על תוקפו של ה"מנהג בעיר" אנו למדים מדברי הרמ"א במקום נוסף. הדיון הוא בכספי צדקה ובכלים שנמסרו לציבור לצורכי קדושה, האם ניתן לשנות את ייעודם לצרכים אחרים. הרמ"א פוסק: "וכל זה במקום שאין מנהג ידוע בעיר, אבל במקום שנוהגים שהגבאי או בני העיר משנים לכל מה שירצו... הולכים אחר המנהג, דכל המקדיש אדעתא דמנהג הוא מקדיש, ולב ב"ד מתנה על זה, ובלבד שיהיה מנהג קבוע"⁴⁰⁰. למדנו שוב, אפוא, מדברי הרמ"א, כי "מנהג קבוע" - וממילא "ידוע"⁴⁰¹ - בענייני ממון יש לו תוקף הלכתי, שכן הכל פועלים על דעת מנהג זה.⁴⁰²

ג. בעל שו"ת בנימין זאב

בעל שו"ת בנימין זאב (ר' בנימין בן מתתיה, ארטא, יוון, המאה ה-16) פוסק אף הוא בכמה מתשובותיו, כי אין המנהג "עוקר הלכה" אלא אם כן הוא "מנהג ותיקין"⁴⁰³. הוא מסתמך על דברי האור זרוע והרמב"ן בחידושי, שנדונו לעיל.⁴⁰⁴ ברם, עיון בתשובותיו ילמדנו, כי איבחן - בדומה למהרי"ק⁴⁰⁵ - בין דיני ממונות לאיסורין.⁴⁰⁶ "מנהג ותיקין" נחוץ רק באיסורין,⁴⁰⁷ אך

³⁹⁷ שולחן ערוך, חו"מ עב, ה.

³⁹⁸ מקור הדברים בתשובת רשב"א, הובאה על ידי בית יוסף שם, מחו"י ג.

³⁹⁹ וראה להלן, בסמוך להערה 413, דברי הש"ך והגר"א ביחס לדברי הרמ"א הנ"ל.

⁴⁰⁰ רמ"א, יו"ד נט, ב. דבריו מסתמכים על תשובת המהרי"ק, שנדונה לעיל, הערה 356, סעיף ב.

⁴⁰¹ הצורך במנהג "קבוע" נועד כדי שיהא המנהג "ידוע" (השווה לשיטת הרדב"ז, לעיל, עמ' 89-90). כך עולה מהשוואה לתחילת דברי הרמ"א שצוטטו, וכך ביאר דבריו גם בביאור הגר"א, שם, ס"ק יא.

⁴⁰² ראה לעיל, הערה 356, סעיף ב, שהרמ"א רואה דין זה כדין ממוני ולא כענייני איסורין. לפיכך, מכיר הרמ"א בתוקפו של מנהג העיר בנדון, ואינו מזקיק שייקבע על ידי חכמים, כפי שפסק בעניינים שאינם ממוניים.

⁴⁰³ ראה שו"ת בנימין זאב, סי' נה, ד"ה ואין לומר: "ובשביל דמרגלא בפומייהו דאינשי דמנהג עוקר הלכה ואינם מחלקים בין אם הוא מנהג ותיקין או לא ראיתי לכתוב כאן ענין המנהג דודאי [רק - ר"ק] מנהג על פי ותיקין מנהג עוקר הלכה". השאלה עוסקת במנהג להחזיר הנדוניא לאבי הכלה, אם מתה תוך שנתיים מנישואיה בלא ולד. על קביעה זו הוא חוזר בתשובות נוספות. ראה למשל: שם, סי' רא, רצו, שג, ששא.

⁴⁰⁴ שם, סי' נה.

⁴⁰⁵ ראה לעיל, בסמוך להערה 354. בעל בנימין זאב אינו מזכיר את דברי המהרי"ק בעניין זה.

⁴⁰⁶ כך עולה מדבריו שם, סי' נה (בסופו): "אמנם מנהג שאינו נהוג על פי ותיקין ויש שם איסור במנהגם אינו נקרא מנהג אלא טעות הוא בידם", וביתר בהירות בסי' ששא.

⁴⁰⁷ ראה, למשל: שם, סי' שג.

בממונות - יש תוקף לכל מנהג, וכדברי ר' אביגדור כ"ץ, שאותם הוא מצטט באחת מתשובותיו: "ולא מנהג חכמים בלבד אלא אפילו מנהג חמרים יש לו לסמוך עליו".⁴⁰⁸

ד. המהרש"ך

ר' שלמה בן אברהם הכהן (שאלוניקי, המאה ה-16), קובע: "שהדבר ידוע דבענייני הקניות והסחורו[ת] וכל ענייני משא ומתן שנהגו הסוחרי[ם] בעסקיהם יש לנו ללכת אחרי מנהגיהם ואפילו בסתם מנהג".⁴⁰⁹ היינו, גם אם לא הונהג על ידי חכמים. "עיקר דין זה נלמד" לדידו מסוגיית סיטומתא, ואין הוא מזכיר כלל, לא בתשובה זו ולא ביתר תשובותיו, את הצורך ב"מנהג ותיקין".

גם בתשובות אחרות חוזר המהרש"ך ואומר, שהעיקרון כי בדיני ממונות "מנהג מבטל הלכה" - ובניסוח אחר: "מנהג המדינה (או: מנהג הסוחרים) עיקר" - למדוהו הפוסקים מסוגיית סיטומתא.⁴¹⁰ ומוכח שוב כי לדעתו, יש ליתן תוקף גם למנהגים שנהגו הסוחרים מעצמם. אמנם, ביחס למנהג המוגדר על ידו כ"מנהג גרוע" פוסק המהרש"ך, באחת מתשובותיו, כי אין ליתן לו תוקף בניגוד להלכה.⁴¹¹

על הקביעה כי בענייני ממון "מנהג מבטל הלכה" חוזר המהרש"ך, בלא איזכור סוגיית סיטומתא, גם בתשובות נוספות.⁴¹²

ה. הש"ך והגר"א

הש"ך (ר' שבתי הכהן, ליטא, המאה ה-17) קובע בתוקף ביחס למנהג המקום בענייני ממון - על סמך המרדכי - כי "פשיטא דאין מנהג מבטל הלכה" אם אינו מנהג ותיקין, שהרי זה מנהג גרוע.⁴¹³ הוא נדחק להסביר כך גם את תשובת הרשב"א שהובאה להלכה ברמ"א,⁴¹⁴ אף שאין זה פשוטם של דברים.

⁴⁰⁸ שם, סי' רצג. דברי ר' אביגדור כ"ץ הובאו לעיל, בסמוך להערה 352.

⁴⁰⁹ שו"ת מהרש"ך, ח"ב, סי' רכט (ההדגשה וההוספות בסוגריים שלי - ר"ק).

⁴¹⁰ שם, ח"א, סי' ס, ד"ה באופן; שם, סי' עט, ד"ה וכל מה; ח"ב, סי' מו; שם, סי' קיג.

⁴¹¹ שם, ח"ד, סי' יט.

⁴¹² שם, ח"ב, סי' קכ, ד"ה ועוד אודיע; שם, סי' רה, ד"ה ועתה אבא.

⁴¹³ ש"ך, חו"מ עב, ס"ק לה. דבריו מוסבים על הרמ"א שם, סעי' ה. המתברר שם פוסק, כי נאמני הקהל האוחזים במשכון של אדם לשם הבטחת תשלום המס, ונגנב המשכון - אין להם דין שומר שכר. ומוסיף הרמ"א: "אא"כ יש

הגר"א (ר' אליהו בן שלמה, וילנא, המאה ה-18) על אתר⁴¹⁵ תמה על הש"ך, "ואיני מבין שיחתו!", וקובע כי מן התלמוד, הן הבבלי והן הירושלמי,⁴¹⁶ עולה, כי מנהג ממון מבטל הלכה, "ואיני ענין זה למנהג גרוע". הש"ך הולך בשיטתו האמורה גם במקום נוסף בחיבורו.⁴¹⁷

ז. ר' יעקב רישר

הבנה מחודשת, ותמוהה לכאורה, של הכלל "מנהג מבטל הלכה" מצאנו בדבריו של ר' יעקב רישר (גרמניה, מאות 17-18)⁴¹⁸ בתשובה. השאלה עוסקת במנהג שנהגו בוורמייזה לצום בר"ח סיוון, זכר לגזירות תתנ"ו, עד לאחר תפילת מנחה, וכשחל יום זה בערב שבת נהגו להתפלל מנחה וערבית מיד אחר ג' שעות מחצות היום, בניגוד להלכה, הקובעת כי ניתן להתפלל ערבית רק מפלג המנחה. ואלו דבריו:

ומה שטענו שכן נהגו זה כמה מאות שנה, והמנהג עוקר הלכ'ה], אמת שכן אמרו בש"ס דיבמות דף ק"ב ע"א... והכי אמרינן בפי' הקומץ גבי נהגו העם בסתומ[ו]ת,⁴¹⁹ וכן הוא במסכת סופרים, ובירושלמי פרק הפועלים גבי הכל כמנהג המדינה שהמנהג מבטל הלכ'ה]... [אבל] **זדוקא מנהג שהזכר בש"ס, שהיו נוהגין כן מקדם** [=לפני] **שנקבע הלכה זו בש"ס - שייך לומר מנהג עוקר הלכה, כיון שהמנהג קדום**, כיון דכבר נהגו כן אין לעקור המנהג מפני ההלכה שנקבעת, מה שא"כ בדבר שכבר נקבע ההלכה בש"ס - בודאי אין כח ביד שום אדם לבטל ולשנות המנהג נגד ההלכה, רק מצינו אם הלכה רופפת בידך תלך אחר המנהג, ולא להיפך לשנות המנהג מחדש נגד ההלכה.⁴²⁰

מנהג בעיר - הולכין אחריו". ומשמע, כי לדעת הרמ"א יש תוקף למנהג בדיני ממונות אפילו אינו "מנהג ותיקין". הש"ך גורס, כי כך היא גם דעת בעל תרומת הדשן, אך ראה לעיל, הערה 368.

⁴¹⁴ תשובת הרשב"א הובאה בבית יוסף שם, מחו' יג (והשווה לשו"ת הרשב"א, ח"ה, סי' קא, ובהג' רחמים לחיים שם), ונפסקה כאמור ברמ"א שם, סעי' ה.

⁴¹⁵ ביאור הגר"א, שם, ס"ק לג.

⁴¹⁶ בבלי - מן הסוגיא בב"מ, ריש פ"ז (ראה לעיל, בסמוך להערה 127); ירושלמי - שם, "מנהג מבטל הלכה" (נדון לעיל, עמ' 42-44). והוא מוסיף שכך גם ב"כמה מקומות [נוספים - ר"ק].

⁴¹⁷ ש"ך, יו"ד רנט, ס"ק ח. ראה לעיל, הערה 356, סעיף ב.

⁴¹⁸ ראה עליו: שי' שילה, "הרב יעקב רישר בעל הספר שבות יעקב, האיש בזמנו לזמנו - ולזמנינו?", **אסופות יא** (תשנ"ח), עמ' סה-פו.

⁴¹⁹ ראה: מנחות לב, ע"א.

⁴²⁰ שו"ת שבות יעקב, ח"ב, סי' ו, ד"ה תשובה (ההוספות בסוגריים שלי - ר"ק). האירוע נשוא התשובה אירע בר"ח סיוון תע"ו (1716).

הרי שהבין, כי הביטוי "מנהג מבטל הלכה"⁴²¹ - ביטוי שנזכר בירושלמי ביחס לענייני ממוני⁴²² - נאמר רק ביחס למנהג שקדם לקביעת ההלכה בדבר, אך אם כבר נקבעה הלכה בתלמוד, שוב אין בכוחו של מנהג מאוחר לבטלה. הבנה זו קשה ליישבה עם משמעותם המקורית של דברי הירושלמי.

ברם, אין ספק כי דברי בעל שבות יעקב הנ"ל מכוונים רק למנהג בעניינים שאינם ממוניים, דוגמת הנידון שם. הציבור טען, כי אף שמנהגם סותר להלכה, "כיון שכבר נהגו כן... אין לבטל מנהגם, כי מצינו מנהג עוקר הלכה"⁴²³. הבעיה העומדת בפני ר"י רישר הינה קיומם של מקורות בתלמוד, שאותם הוא מציין, אשר מהם משמע לכאורה כי גם בעניינים שאינם ממוניים יש ללכת אחרי המנהג בניגוד להלכה.⁴²⁴ תשובתו לכך, שצוטטה לעיל, מתייחסת בלא ספק רק למקורות הנ"ל, אך לא למנהגי ממוני.⁴²⁵ דברי הירושלמי "מנהג מבטל הלכה" משולבים אמנם בדיון, אך ברור כי השימוש שעושה בהם המשיב הינו שימוש מושאל ואינו על פי מובנם המקורי.⁴²⁶

ואכן, בתשובות אחרות לא רואה ר"י רישר כל בעיה להעניק תוקף למנהג בענייני ממוני, גם אם אינו על פי שורת ההלכה.⁴²⁷

⁴²¹ כך במקור בירושלמי, כפי שציטט, ובמהלך דבריו כותב פעמיים "מנהג עוקר הלכה", ראה על כך לעיל, הערה 115. הביטוי "מנהג עוקר הלכה" מופיע גם בשו"ת שבות יעקב, ח"א, סי' יא, ד"ה תשובה: "דאע"ג דמצינו מנהג עוקר הלכה, מ"מ אין תקנה [=תקנת קהל] עוקר הלכה".

⁴²² ראה, לעיל, בסמוך להערה 121.

⁴²³ לעיל, הערה 420, סוף ד"ה שאלה.

⁴²⁴ המקורות הם: יבמות קב, ע"א - שם מדובר על מנהג העם בחליצה, ומשמע לכאורה שהוא גובר על ההלכה בעניין זה (ראה לעיל, בסמוך להערה 117 ואילך); מנחות לב, ע"א - שם מדובר על המנהג בכתיבת סתומות ופתוחות; מסכת סופרים (לעיל, הערה 165) - שם מדובר על זמני קריאת המגילות. גם שו"ת המהרי"ק, שורש ט, שאליו הוא מציין, עוסק בעניין שאינו ממוני. ראה לעיל, הערה 353.

⁴²⁵ שתי ראיות נוספות לכך, כי דברי המשיב שם אמורים רק ביחס לעניינים שאינם ממוניים:

I. איזכור דברי הירושלמי, "אם הלכה רופפת בידך... ", שנאמרו ביחס לענייני איסור והיתר. ראה לעיל, בסמוך להערה 137 ואילך.

II. כך עולה במפורש מהמשך דבריו: "ובר מן דין מצאתי ראיתי בפרי חדש... דיני מנהגי איסור מסיק, דלא אמרינן מנהג מבטל הלכה[ה]... אפי' [לו] הוי איסור דרבנן".

⁴²⁶ שימוש מושאל בדברי הירושלמי הנ"ל לעניין שאינו ממוני מצאנו כבר בתקופת הגאונים - במסכת סופרים. ראה לעיל, בסמוך להערה 165 ואילך.

⁴²⁷ שו"ת שבות יעקב, ח"א, סי' קו, ד"ה פסקנו דהדין - מנהג לקרוע תנאי השידוכין בעת שהמשודכת חולה לסגולה שתבריא, וכשמבראה מחוייבים בתנאים כאילו לא נקרעו. הוא נוקט שם בביטוי "ופוק חזי מה עמא דבר", שמקורו בבבלי, ברכות מה, ע"א, עירובין יד, ע"ב (אמנם, לרוב הוא משתמש בביטוי זה ביחס למנהגים שאינם בענייני ממוני,

ז. ר' משה פיינשטיין

ר' משה פיינשטיין (ארה"ב, המאה ה-20) סובר, כי "אין חלוק בין אם נעשה המנהג ע"פ חכמי העיר או נהגו מעצמן", לפי שהיסוד לכוחו של המנהג הוא התנאה מכללא של הצדדים, "דהוי כהתנו". רק במנהגים שלגביהם לא מועילה התנאה מעצם הדין, כקנסות והתחייבויות, צריך שיעשה המנהג על פי חכם.⁴²⁸

הרב פיינשטיין סבור, כי זו היתה גם כוונת הגהות אשר"י,⁴²⁹ אם כי מדברי האור זרוע, שהינם מקור הדברים, לא משמע כדבריו.⁴³⁰ הוא מוסיף, כי מדברי הרמב"ם, הטור והשולחן ערוך, שלא הזכירו עניין זה, משמע כי אין צורך שהמנהג ייקבע על פי חכמי המקום.⁴³¹

ח. סיכום הדעות בתקופת האחרונים

לסיכום ניתן לומר, כי נושא מעמדו של המנהג הממוני שנוי במחלוקת בין האחרונים. רבים אוחזים בדעה, כי בתחום הממונות יש ליתן תוקף למנהג שהציבור נוהג בו מעצמו, גם במקום שהמנהג מבטל הלכה.⁴³² אחדים מהם קובעים כן כדבר פשוט ואינם מעלים כלל את נושא "מנהג ותיקין".⁴³³ לעומתם, אחרים סבורים כי אין מנהג ממון מבטל הלכה אם אינו "מנהג ותיקין", קרי: אם לא נקבע על פי חכמי המקום.⁴³⁴ יש מי שאיבחו לעניין זה בין מנהג "כל בני המדינה" לבין "מנהג החמרים והספנים".⁴³⁵ ויש מי שכתב, שיש למנהג ממון תוקף באחד משני מקרים: המנהג נקבע מכוח מעשה שבא כמה פעמים לפני "בית דין", או שהסכימו "טובי העיר

כפי שנעשה בבבלי במקומות הנ"ל); שם, סי' קנ - המתחייב לתת מזונות לכלתו צריך לתת לה לפי המנהג. הוא מסתמך על המשנה, ב"מ, ריש פ"ז, שבעניין מזונות פועלים "הכל כמנהג המדינה".

⁴²⁸ שו"ת אגרות משה, חו"מ, סי' עה, עמ' קלב, וכן כתב גם שם, סי' עב. התשובות עוסקות בשאלת פיטורי עובד בלא סיבה.

⁴²⁹ שם, סי' עב.

⁴³⁰ על כך כבר העירו בן שחר והס (לעיל, הערה 125), עמ' 380, הערה 16.

⁴³¹ ביחס לשיטת הרמב"ם, ראה עוד מה שהבאנו בשמו לעיל, הערה 225.

⁴³² למשל: רמ"א, בעל שו"ת בנימין זאב, ר"י רישר, ר' משה פיינשטיין - דבריהם נדונו לעיל; שו"ת לחם רב (לעיל, הערה 103), ובתנאי ש"לא יהיה בפי[רוש] נגד דין תורה" ולא יהא מנהג שטות/גרוע; משא מלך (לעיל, הערה 356), עמ' רכד-רכה.

⁴³³ למשל: מהרש"ך, שיטתו נדונה לעיל; שו"ת חוות יאיר (גרמניה, המאה ה-17), סי' קו (בסופו).

⁴³⁴ למשל: שו"ת דברי ריבות ושו"ת מהרשד"ם (לעיל, הערה 359); ש"ך, לעיל, בסמוך להערה 413. לדעות נוספות באחרונים לכאן ולכאן ראה במקורות שצוינו לעיל, הערה 374.

⁴³⁵ הרדב"ז, ראה לעיל, עמ' 89.

וחכמיה" לנהוג בצורה מסויימת.⁴³⁶ לא ייפלא, אפוא, כי בנוגע לעניין זה מכריע אחד מן הפוסקים בזמננו, כי היות ויש בדבר מחלוקת, יכול המוחזק לטעון טענת "קים ליי".⁴³⁷

ט. פסיקת בתי הדין הרבניים במדינת ישראל⁴³⁸

עניין מעמדו של המנהג בדיני ממונות עולה בפסקי הדין של בתי הדין הרבניים בישראל, הגם שברוב המקרים אין הוא נדון במפורש. ניתן לומר כי אומצה, למעשה, דעתם של האור זרוע והמרדכי, תוך שניתנת להם פרשנות מצמצמת בדומה לזו של המהרי"ק, בלא לאזכרו.⁴³⁹ היינו: יש צורך שיהא המנהג "מנהג ותיקין" רק כאשר מדובר במנהג ה"מבטל הלכה".

מפסק דינו של בית הדין הרבני הגדול, שדן בנושא זה, ניתן ללמוד כי מנהג נחשב כ"מבטל הלכה" אם קיימת בעניין הנדון הלכה פסוקה, אך המנהג הוא לפעול בדרך אחרת. אחת הדוגמאות שמביא בית הדין לכך: "שיירה שהיתה מהלכת במדבר ועמד עליה גייס לטורפה, **דלפי הדין מחשבין לפי ממון, ולפי מנהג החמריין מחשבין בחישוב אחר**".⁴⁴⁰

⁴³⁶ תשובת ר' חיים כפוס, הובאה בשו"ת רבנו בצלאל אשכנזי (שניהם חיו במצרים במאה ה-16), סי' ז' (לעמבערג תרס"ד, דף כג, ע"ג; מהד' מצ"ב בוחבוט, ירושלים תשנ"ד, עמ' צב, ד"ה ויש): "הלא שמעת אם לא ידעת, שהמנהג דאזלינן בתריה ועבדינן כותיה, חד מתרי אנפי הוא: הראשון, כגון שבא מעשה זה בפני ב"ד כמה פעמים, לא אחת ולא שתיים, ונהגו כך ונשאר מנהג נהוג והלכה קבועה לדורות באותו מקום בלבד. והב', שהסכימו טובי העיר וחכמיה לנהוג כך, אע"פ שלא נהגו כך מקודם לכן - יקרא מנהג, כיון שקבלו עליהם לנהוג כך משם והלאה, והולכים אחריו באותו מקום. וכל שאינו בא משני דרכים הללו, אע"פ שאירע זה פעם ושתיים ועשו מעשה - לא יקרא מנהג ללכת אחריו, והנשען עליו נשען על קנה רצון". המשיב אינו חושף מהו המקור לקביעתו זו. יתכן שהסתמך על הרמב"ן בתשובה (צוטט לעיל, בסמוך להערה 268), המדבר על מנהג ש"הוחזק בב"ד אצל ראשונים".

⁴³⁷ הרב ע' בצרי, **דיני ממונות**, ח"ב, עמ' י, סעיף ד. על הביסוס התורת-משפטי לטענת "קים ליי", התפתחותה ובעייתיותה, ראה: ח' בן-מנחם, "טענת קים לי - לקראת ניתוח יוריספרודנטי", **שנתון המשפט העברי** ו-ז (תשל"ט-תש"ם), עמ' 45-60; הרב ד' בס, "חוזים על-פי דיני התורה - מבוא, דינים ועקרונות לניסוח חוזים בהתאם להלכה בצירוף דוגמאות", **כתר - מחקרים בכלכלה ומשפט על-פי ההלכה**, א (תשנ"ו), מבוא, עמ' 27-35, ובמקורות שצוינו במאמרים הנ"ל.

⁴³⁸ פרק משנה זה מתייחס לקובצי פסקי הדין הבאים: **פסקי דין של בתי הדין הרבניים בישראל** (להלן: פד"ר), כרכים א-יח (תשי"ד-תשנ"ח); **פסקי דין מבית הדין לדיני ממונות ולבירור יהדות של הרבנות הראשית לירושלים** (להלן: פסקי דין - ירושלים), כרכים א-ו (תשנ"ג-תשנ"ט); **פסקי דין בית הדין האזורי לדיני ממונות קרית ארבע - הר חברון** (להלן: פסקי דין - קרית ארבע), כרך א (תשנ"ה).

⁴³⁹ ראה דבריו לעיל, בסמוך להערה 354. כאמור, בפסקי הדין שיאזכרו להלן לא צויין לדברי המהרי"ק, והפרשנות האמורה ניתנת על ידי בית הדין מדעתו.

⁴⁴⁰ ערעור תשכ"ב/68, פד"ר ד, עמ' 289, בעמ' 302. ניתן בשנת תשכ"ב (הרבנים י' הדס, י"ש אלישיב, ב' זילטי). מקור הדברים בתוספתא, הובאה לעיל, בסמוך להערה 78. בית הדין, שם, נותן שתי דוגמאות נוספות למנהג ה"מבטל הלכה": א. מי שנתמשכן על ידי נאמני הקהל ונגנב המשכון: מן הדין, "אין לקהל... דין שומר שכר" (שו"ע, חו"מ עב,

דיון ראשון בתוקפם של מנהגי ממון מצוי בפסק דינו של בית הדין האזורי בחיפה. בית הדין קובע, כי גם הגהות אשרי והמרדכי, הדורשים "מנהג ותיקין", לא דיברו אלא במנהג שמבטל הלכה; אך במנהג שאינו "מבטל הלכה" - כגון תשלום פיצויי פיטורין לעובד, שנדונו שם - "ודאי יש בשכירות פועלים ללכת אחרי המנהג הנהוג באותו מקום, דעל דעת המנהג שכר פועלים ועובדים".⁴⁴¹ גם בפסק דין נוסף שעסק בפיצויי פיטורין נקבע, על ידי בית הדין האזורי בירושלים, כי יש לילך אחר מנהג המדינה, "ומנהג בזה נקרא כל שהונהג כן אצל בני המדינה בכמה וכמה מקרים".⁴⁴² הדרישה ל"מנהג ותיקין" אינה מועלית כלל בפסק דין זה.

כשבע שנים לאחר הינתן פסק דינו של בית הדין האזורי בחיפה, נקבע בשנית, הפעם על ידי בית הדין הרבני הגדול - על פי המרדכי והש"ך, שדבריהם נדונו לעיל - כי במקום ש"מנהג מבטל הלכה" אין הולכים אחר המנהג אלא אם כן נתקן על פי "חכמי הדור". לעומת זאת, ביחס לדרכי הקניין שנהגו הסוחרים אין צורך שייקבעו על ידי חכמים,⁴⁴³ "כי מנהג זה ביסודו כבר הוקבעה [צ"ל: הוקבע] ע"י רב פפי משמיה דרבא [בסוגיית סיטומתא]."⁴⁴⁴

פרט לשני פסקי הדין הנזכרים - שניתנו באמצע שנות ה-50 וראשית שנות ה-60 - לא נזכר הצורך ב"מנהג ותיקין", ככל הידוע לנו, במקום נוסף בפסיקת בתי הדין הרבניים במדינת ישראל.⁴⁴⁵ בתי הדין מעניקים תוקף, כדבר שבשיגרה, למנהגי ממון רבים ושונים, ואינם מעלים כלל את הדרישה כי על המנהג להיקבע על פי חכמים.

בעניין אחד, למשל, נדונה זכותו של דייר בבית משותף לבנות באוויר גגו גם בלא הסכמת שכניו. בפסק דינו קובע בית הדין האזורי בירושלים בדעת הרוב, כי זכות זו עומדת לדייר על פי ההלכה. דייני הרוב מוסיפים, כי יש מקום להתיר את הדבר גם "מדן 'מנהג המדינה', שהרי

(ה), "אלא אם כן יש מנהג בעיר" (רמ"א, שם. הובא לעיל, בסמוך להערה 398). ב. גניבה לאחר יאוש ושינוי רשות: מן הדין, פטור מלהחזיר הגנבה, אך המנהג הוא להחזיר (רמ"א, חו"מ שנו, ז; שסח, א).

⁴⁴¹ תיק 1366/תשט"ו (חיפה), נסט נ. ועד בית המדרש המרכזי בחיפה, פד"ר א, 330, בעמ' 331. ניתן בשנת תשט"ו (הרבנים א"ע רודנר, י"נ רוזנטל, מ"ב חמווי). דברים אלו הובאו כמעט במדויק, בלא ציון מקורם, בפסק דין נוסף שעסק באותו נושא. ראה: י' יפרח, "הסכם עבודה שלא כמנהג המדינה", שורת הדין, כרך ג, ירושלים תשנ"ה, עמ' רעו-רעח.

⁴⁴² [חסר מס' תיק] (ירושלים), א' נ. הנהלת מושב זקנים וזקנות הכללי ירושלים, פד"ר ד, 126, בעמ' 128. ניתן בשנת תש"ך (הרבנים א"י ולדנברג, ע' יוסף, י' קאפח).

⁴⁴³ דברים דומים כתב במשא מלך (לעיל, הערה 356), דף ס ע"ב-ע"ג (מהד' י"ש שפיגל, עמ' רכד).

⁴⁴⁴ לעיל, הערה 440, בעמ' 302-303 (ההוספות בסוגריים שלי - ר"ק).

⁴⁴⁵ בפסק דין אחד מובאים אמנם דברי תרומת הדשן, ס"י שמב, המצטט את דברי מסכת סופרים בעניין "מנהג ותיקין", אך בית הדין שם אינו דן בשאלת "מנהג ותיקין", אלא בדרישה שתהא למנהג "ראיה מן התורה" ושלא יהא "מנהג גרוע". ראה: תיק 7973/כ"ח (תל-אביב - יפו), מוסד תורני תיכוני א. נ. הרבנים ד. ה. ואחרים, פד"ר ח, 129, בעמ' 145.

עינינו רואות שכל אדם נוהג לנצל זאת ולבנות באויר גווי.⁴⁴⁶ מדובר, אפוא, במנהג שאינו נוגד את ההלכה, ולפיכך יש לו תוקף גם אם נהגו בו הציבור מעצמם.⁴⁴⁷

בדומה, מכירים בתי הדין בתוקפם של מנהגי ממון נוספים שנוצרו עם הזמן על ידי הציבור, כגון: המנהג שרישום מקרקעין, בפרט דירת מגורים, על שם שני בני הזוג מצביע על בעלות שווה של שניהם בנכס;⁴⁴⁸ המנהג שמתחייבים בתשלום דמי תיווך גם אם לא סוכם על כך במפורש;⁴⁴⁹ המנהג שבעיסקאות רגילות משלם כל צד למתווך 2% משווי העיסקה;⁴⁵⁰ המנהג שאין נכנסים לבית, לאחר שבוצעו בו עבודות בניין, ללא אישור הנדסאי מומחה;⁴⁵¹ המנהג בין סוחרי ד' מינים והקונים מהם, מתי יכול הקונה לחזור בו מהעיסקה ומתי אינו יכול לעשות כן;⁴⁵² המנהג לבנות בניינים רבי-קומות, באופן שחלונות דירה אחת פונים למרפסת חברתה, מנהג המבטל טענה של בעל המרפסת בגין היזק ראייה.⁴⁵³

ההכרה בתוקפם של מנהגי ממון על ידי בתי הדין הרבניים, כאמור, תואמת את פסיקתה המפורשת בעניין "מנהג מבטל הלכה", שהוצגה לעיל. שכן, מנהגי הממון הנדונים בבתי הדין, רובם ככולם, הינם בגדר מנהגים שאינם "מבטלים הלכה", ולפיכך אין צורך ב"מנהג ותיקין".

⁴⁴⁶ תיק 668/מ"ג (ירושלים), פד"ר יד, 161, בעמ' 164. ניתן בשנת תשמ"ג (דעת הרוב - הרבנים מ' שרים, ש' רפאל). בהמשך מסתפק בית הדין, האם "מנהג" זה אינו כולל בחובו גם את הזכות להתנגד על פי החוק, ועל כן אינו מבסס את פסק דינו על נימוק זה.

⁴⁴⁷ עניין זה אינו נדון במפורש על ידי דיני הרוב. הרב בצרי בדעת המיעוט, שם, סובר כי על פי ההלכה, אין לדייר זכות לבנות דירה נוספת בלא רשות שכניו. הוא מוסיף (שם, עמ' 169), כי "אם יש מנהג שמתיר לבנות עליה [בלא רשות השכנים - ר"ק] - יש ללכת אחריו, שהרי מנהג עוקר הלכה בדיני ממונות כמ"ש בירושלמי". ומשמע, לכאורה, כי לדעתו מנהג שנהגו העם מעצמם עוקר הלכה. ברם, עיון בספרו **דיני ממונות**, ח"ב, שער א, פרק ב (לשם הוא מפנה בפסק דינו), ילמדנו כי דעתו שונה. ראה שם, עמ' י, סעיף ד, שאינו מכריע במחלוקת הפוסקים בעניין זה, ופוסק שהמוחזק יכול לומר קים לי. יתכן שהמנהג דידן (במידה ואכן היה קיים) נכלל, לדעת הרב בצרי, בגדר האמור בספרו **שם**, סעיף ו: "כל מנהג שנהגו בני העיר לתקנתם בעסקיהם ובקנייתם, אינו צריך שיקבע על פי ותיקין, אלא כיון שהוא מקובל בין הסוחרים, מנהגם מנהג".

⁴⁴⁸ תיק 3519/תשי"ב (תל-אביב - יפו), פד"ר א, 113, בעמ' 117. בית הדין קובע, כי מכוח מנהג זה ניתן להסיק מן הרישום, כי מי מבני הזוג ששילם יותר עבור הדירה נתן את היתרה לרעהו במתנה.

⁴⁴⁹ תיק 1183/ל"ב - המשך דיון (תל-אביב - יפו), פד"ר י, 278, בעמ' 281. בית הדין קובע, כי הזמנה לשירותי תיווך יכול שתהא גם מכללא, כגון שאחד הצדדים עודד את המתווך, ביקש להפגישו עם אחרים וכד'.

⁴⁵⁰ **שם**, בעמ' 284-285.

⁴⁵¹ תיק 288-נב, פסקי דין - ירושלים, א, עמ' קיג, בעמ' קיח.

⁴⁵² תיק 104-נח, פסקי דין - ירושלים, ה, עמ' קלה, בעמ' קלו.

⁴⁵³ תיק 342-נו, פסקי דין - ירושלים, ה, עמ' קמג, בעמ' קמה. בית הדין שם נוקט כסוברים שמנהג המדינה מועיל לעניין היזק ראייה, לפחות במרפסת, אף שיש החולקים על כך.

סיכום

עניינו של פרק זה בבירור מעמדו של המנהג בדיני ממונות במקורות ההלכה, למן תקופת התנאים ועד ימינו. השאלה המרכזית שנבחנה הינה, האם יש למנהג הממוני מעמד עצמאי כקובע את ההלכה. היינו: האם יש תוקף למנהג שנוהגים הציבור מעצמם, או שמא אין למנהג תוקף אלא אם נתקן כתקנת קהל או נקבע על פי חכמי המקום.

במבוא לפרק העמדנו על כך שקיים הבדל מהותי, לעניין המנהג, בין דיני ממונות לתחומי ההלכה האחרים. הבדל זה נובע מכך שדיני הממונות ניתנים להתנאה. בשאר ענפי ההלכה הבסיס למנהג הינו החובה להמשיך ולנהוג כפי שנהגו בעבר, או ההנחה כי מנהג הציבור משקף תקנת חכמים קדומה. לעומת זאת, הבסיס למנהגי הממון הוא ביסודו הסכמי-חוזי, היינו: מנהגים אלו מבטאים "הסכמה מכללא" של הציבור לנהוג על פיהם. במקורות העוסקים במנהג, ואשר נדונו בפרק זה, מצויים לעתים ביטויים משותפים עבור ענייני ממון ועניינים שאינם ממוניים. עם זאת, דברינו התמקדו בעיקר במנהגי ממון.

פתחנו בבירור הביטויים התנאיים: "הכל כמנהג המדינה", ו"אין משנין ממנהג הספנין". ממקורות אלו עולה, כי יש למנהג תוקף גם אם לא תוקן כתקנה על ידי בני העיר.

רב האי גאון, באחד משני פירושים שהציע, וכן ראשונים רבים, מבארים כי המונח התנאי "דרש לשון הדיוט" פירושו: יש "לקרוא" לתוך מסמך תנאים שנהוג לכותבם במסמכים דומים, גם אם הללו לא נכתבו כלל במסמך הנדון, מכוח המנהג. ברם, לפי משמעותה המקורית, דרישת "לשון הדיוט" הינה פרשנות הנוסח הכתוב במסמך. אין למונח זה אפוא כל זיקה לעניין המנהג.

גם מן המקורות האמוראיים בשני התלמודים עולה בבירור, כי יש למנהג תוקף גם אם לא תוקן כתקנה על ידי בני העיר. הסקנו זאת מניתוח הביטוי "מנהג מבטל הלכה" שבתלמוד הירושלמי, אשר נאמר ביחס למנהגי ממון, וכן מבדיקת האופן שבו הבין התלמוד הבבלי את דברי המשנה: "הכל כמנהג המדינה". בנוסף לכך, בשום מקום בתלמודים לא מצאנו, כי יש צורך שמנהג יתוקן כתקנת קהל או ייקבע על ידי חכמים.

מן התלמודים אנו למדים, כי גם כאשר קיימת הלכה בנושא ממוני מסויים, הרי שהדין הוא, כמטבע שטבע רב הושעיה בירושלמי: "המנהג מבטל את ההלכה". כוונת הדברים אינה, כי המנהג מבטל באופן ערמטיבי את ההלכה, אלא שהוא מבטל עובדתית את יישומה, שכן המתנה על מה שכתוב בתורה בדבר שבממון - תנאו קיים. כל זאת, כאמור, כשמדובר בענייני ממונות. ברם, בעניינים אחרים, כגון ענייני איסור והיתר, אין תוקף למנהג המנוגד להלכה, אלא רק - כביטוי של רבי יהושע בן לוי בירושלמי - כמכריע במקרה של "הלכה רופפת".

גם בתקופת הגאונים ניתן למנהגי ממון, ובכללם למנהגי הסוחרים, מעמד עצמאי. אמנם, במסכת סופרים (שנתחברה, קרוב לוודאי, בתקופת הגאונים) נאמר ביחס לזמני קריאת מגילות: "וזה שאמרו מנהג מבטל הלכה - מנהג וותיקין". כלומר, תוקפו של מנהג מותנה בהיותו "מנהג ותיקין", קרי: מנהג שנקבע על ידי חכמים. ברם, כאמור, הנדון שם אינו בתחום ענייני הממון, ולפיכך אין במקור זה כדי לעמוד בסתירה למעמד שהעניקו הגאונים למנהגי ממון ולמנהגי הסוחרים.

בתקופת הראשונים משתנה התמונה. כמה מן הראשונים, אף כי לא כולם, קובעים כי אין תוקף למנהג שנהגו הקהל מעצמם אלא אם תיקוהו כתקנת קהל או שנקבע על ידי חכמים. ראש וראשון לאוחזים בדעה זו הוא הרי"ף (צפון אפריקה-ספרד, המאה ה-11). באחת מתשובותיו הוא קובע, כי אין למנהג ממוני תוקף אלא אם נתקן כ"תקנה" על ידי "רוב הקהלי" בהתייעצות עם "זקני הקהלי".

אמנם, בסיום דבריו מוסיף הרי"ף, כי **חזקה** על מנהג שכבר נוהג כי תוקן בעבר. ונמצא, כי המיגבלה שהציב ביחס לתוקפו של המנהג הינה בעיקרה **להלכה**, אך **למעשה** אין בה משום מיגבלה של ממש. ואכן, בכמה מקומות בהלכותיו הרי"ף מכיר בתוקפם של מנהגים בענייני ממון ואין הוא מצריך שיתוקנו כתקנה.

שיערנו כי שיטתו של הרי"ף מושפעת מן התפיסה הגאונית המבוטאת במסכת סופרים, כי על המנהג להיות "מנהג ותיקין". אמנם, במסכת סופרים לא מדובר על מנהגי ממון. ברם, יתכן שהרי"ף סבר כי העיקרון האמור שם כוחו יפה ביחס אל מנהגים בכלל. שהרי הביטוי "מנהג מבטל הלכה" - שעליו מוסבים דברי מסכת סופרים הנ"ל - נאמר במקורו בירושלמי בענייני ממון. כמה מראשוני ספרד - רמב"ן, ריטב"א וריב"ש - הולכים בעקבות הרי"ף, אם כי בווריאציות שונות. לעומתם, הרשב"א חלוק על גישה זו וסבור כי יש תוקף למנהג שנהגו הציבור מעצמם.

ומספרד לאשכנז. ר' יצחק אור זרוע (אשכנז, מאות 12-13) קובע, בהסתמכו על מסכת סופרים, כי אין תוקף למנהג ממון אלא אם נקבע "על פי חכמי המקום", או בניסוח אחר: "הנהיגוהו וותיקים וחכמי הדור". קשה להכריע מניסוחים אלו, האם הכוונה שהמנהג צריך להיקבע כתקנת קהל בהתייעצות עם חכמי המקום, כדעת הרי"ף בתשובה, או שמא די כי הציבור ינהג בו על דעתם של החכמים. דעתנו נוטה לאפשרות הראשונה. כמה מחכמי אשכנז (מרדכי, תרומת הדשן) מאמצים, באופן עקרוני, את דעת האור זרוע. ברם, ר' אביגדור כ"ץ (וינה, המאה ה-13) חולק וסובר, כי גם מנהג שנהגו הסוחרים מעצמם - יש לו תוקף. כך היא גם דעתו של המהרי"ק (איטליה, המאה ה-15).

חרף הדמיון שבין גישות חכמי ספרד ואשכנז קיים הבדל מסויים ביניהן. הרי"ף, ובעקבותיו הרמב"ן, מעמידים כל מנהג על "חזקתו" שתוקן בעבר. לעומת זאת, אצל חכמי אשכנז "חזקה" מעין זו נעדרת כליל.

וממצא מעניין נוסף. רבים מראשוני ספרד וצפון אפריקה משתמשים בביטוי התנאי "דורשין לשון הדיוט" לשם ביסוס תוקפם של מנהגים בענייני ממון, גם כאשר לא נכתב ולא הותנה דבר בין הצדדים. הראשון שבהם - העושה בכלל זה שימוש נרחב ושיטתי - הוא הרשב"א. לעומת זאת, אצל ראשוני אשכנז וצרפת לא מצאנו ולו מקור אחד שבו נעשה שימוש בביטוי האמור, הלכה למעשה, כדי לבסס את תוקפם של מנהגי ממון.

חילוקי הדעות בשאלת מעמדם של מנהגי ממון נמשכים גם בתקופת האחרונים. רבים מן האחרונים בדעה, כי יש ליתן תוקף למנהג ממון שנוהג בו הציבור מעצמו, גם במקום שהמנהג "מבטל הלכה". לעומתם, אחרים סבורים כי אין בכוחו של מנהג בענייני ממון לבטל הלכה אם אינו "מנהג ותיקין", קרי: אם לא נקבע על ידי חכמי המקום. ואילו הרדב"ז מאבחן לעניין זה בין מנהג "כל בני המדינה" לבין "מנהג החמרים והספנים".

הדיינים בבתי הדין הרבניים במדינת ישראל מעניקים, כדבר שביגרה, תוקף למנהגי ממון רבים, ופרט לשני פסקי דין - שניתנו באמצע שנות ה-50 וראשית שנות ה-60 של המאה ה-20 - לא מצאנו בדבריהם את הדרישה, כי על המנהג להיקבע על פי חכמים ("מנהג ותיקין"), ואף לא דיון בנושא זה. לדעתנו, הדיינים מאמצים, למעשה, עמדה הדומה לשיטתו של המהרי"ק. היינו: יש צורך שיהא המנהג "מנהג ותיקין" רק כאשר מדובר במנהג המבטל הלכה. מנהגי הממון הנדונים בבתי הדין, רובם ככולם, הינם בגדר מנהגים שאינם "מבטלים הלכה", ולפיכך אין צורך ב"מנהג ותיקין".

מסקנתנו לאור כל האמור הינה, כי בנושא מעמדו של המנהג בדיני ממונות חלה תמורה שתחילתה, על פי המקורות המצויים בידינו, אצל הרי"ף בספרד, ומאוחר יותר - אצל ר' יצחק אור זרוע באשכנז. הרי"ף הינו הראשון שקבע כי המנהג הממוני מקבל תוקף רק אם תיקונוהו כתקנת קהל. עד אליו, דומה כי היה ברור לכל שיש תוקף למנהג שנהגו הציבור מעצמם.

שער שני

יסודות הקניין

פרק שלישי

יסודות הקניין

מבוא

מטרתו של פרק זה הינה לעמוד על יסודות הקניין, מהותם וטיבם, במקורות התלמודיים, כפי שנתבארו בדברי הראשונים והאחרונים.¹

עיוננו יתמקד בניתוח **תפיסתם של הראשונים והאחרונים** את המקורות התלמודיים, ולא בניתוח עצמאי של מקורות אלו.² הסיבה לכך נעוצה במגמתו של פרק זה, המהווה תשתית להמשך חיבורנו. בהמשך החיבור נעסוק בהרחבה בשאלת הבסיס המשפטי לקניין סיטומתא,³ שאלה שהעיסוק בה החל, על פי המקורות שבידינו, רק בתקופת הראשונים. בדיוננו שם נגלה - כפי שגם ניתן היה לצפות - כי ההבנות השונות המועלות על ידי הראשונים והאחרונים בדבר הבסיס המשפטי לקניין סיטומתא תלויות במידה רבה, אם כי לא באופן בלעדי, בתפיסתם הכללית של אותם חכמים את יסודות הקניין.

הדיון ביסודות הקניין מנקודת מבטם של ראשונים ואחרונים, הנערך בפרק זה, נועד אפוא לסייע לנו בהבנה טובה יותר של הבסיס המשפטי לתוקפו של קניין סיטומתא בעיני המפרשים והפוסקים, ראשונים כאחרונים, ובקביעת מיקומו הנכון של קניין זה ביחס למערכת דרכי הקניין.

¹ נושא יסודות הקניין, לאור דברי הראשונים והאחרונים, הינו נרחב ביותר, כידוע, ודורש מחקר מקיף לעצמו, ואין אנו מתיימרים למצותו. מטרתו של פרק זה הינה לסקור את עיקרי שיטות הראשונים והאחרונים בנדון.

² צעד חשוב בכיוון האחרון נעשה לאחרונה על ידי י' בן-פזי, **השתלשלות דרכי הקניין בקרקעות מסוף תקופת הבית השני ועד ראשית תקופת התלמוד לאור המקורות התלמודיים**, עבודת דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן, תשנ"ח. במחקר זה נטען, כי ניתן להבחין במקורות התלמודיים בין גישות שונות ביחס לדרכי הקניין (השיטה הגלילית והשיטה הדרומית שנהגה ביהודה). כן נטען, כי במהלך הדורות חלו שינויים בהבנת אופיין של כמה מדרכי הקניין. ראה למשל, ביחס לקניין סודר, שם, עמ' 199-201.

³ ראה בפרק ט.

1. גמירות הדעת ומעשה הקניין

בקניין ישנם שני מרכיבים: גמירות דעת ומעשה קניין. אין חולק, כי מעשה קניין שנעשה בלא שילווה בגמירות דעתם של הקונה⁴ והמקנה⁵ - אינו קונה. קביעה זו מפורשת בכמה מקומות בתלמוד.⁶

אמנם, בדברי תנאים לא מצאנו דברים מפורשים בנדון. המשניות בפרק א' ממסכת קידושין, למשל, עוסקות בדרכי קניין שונות, אך לא בצורך בגמירות דעת. עם זאת, ברי כי לא ניתן להסיק מאי התייחסות זו שקניין אינו זוקק דעת, לפחות מצד המקנה.⁷ שכן, אם נוטלים נכסיו של אדם ממנו בלא שגמר דעתו ליתנם, הרי זו גזילה.⁸ גם בקידושי אשה, הנזכרים בראש הפרק הנ"ל, נאמר במשנה רק: "האשה נקנית בשלש דרכים... בכסף בשטר ובביאה".

⁴ אמנם, ניתן באופן עקרוני להקנות לאדם נכסים גם בלא ידיעתו, שכן "זכין לאדם שלא בפניו". ראה על כך: **אנציקלופדיה תלמודית**, כרך יב, עמ' קלה-קצח. ברם, זאת משום שמייחסים לקונה גמירות דעת מכללא. כן ברור, כי האדם המבצע את מעשה הקניין במקרה כזה צריך גמירות דעת לזכות לחברו במעשה זה.

⁵ להגדרת הרצון הנדרש מן המקנה, ראה: הרב ב' ליפקין, **בני בנימין**, ירושלים תשנ"ו, "להגדרת מושג 'רצון הבעלים' בקניינים", עמ' צב-קלו.

⁶ ראה למשל: יבמות נב, ע"ב - "עודר בנכסי הגר וכסבור שלו הין" לא קנה, והטעם: "התם לא קא מכוין למיקניי"; קידושין כו, ע"א - אין קרקע נקנית בכסף במקום שנוהגים לכתוב את השטר וכן להיפך, והטעם שאין סמיכות דעת מצד הקונה (עד שיקבל שטר) או המקנה (עד שיקבל כסף), ראה בראשונים על אתר; ועוד. אמנם, קניין חצר (וקניין ד' אמות, שהינו מטעם חצר) הינו בגדר חריג לאמור, שכן בעלי החצר קונים שלא מדעתם (ב"מ י, ע"א). ראה בעניין זה: הרב א"ב קאמי, "בגדרי דעת האשה בקניינים ובדין כונת הקניין", **ספר הזכרון למרון הגר"ח שמואלביץ זצ"ל**², ירושלים תשמ"ז, עמ' שפג.

⁷ שכן היא הדרך במקומות הרבה, שהתנאים סותמים דבריהם והאמוראים מבארים ומפרטים. ראה, למשל, רשב"ם, פסחים קא, ע"ב, ד"ה לקיבעיה קמא הדר: "שהאמורא יש לו לפרש דבריו יותר מן הברייתא". כך כותב גם ר' בצלאל אשכנזי על סמך הרשב"ם הנ"ל ותוספות במקום אחר. ראה א' שוחטמן, "כללי התלמוד לר' בצלאל אשכנזי", **שנתון המשפט העברי** ח (תשמ"א), עמ' 287, כלל קיח.

⁸ לדעת כמה מהאחרונים יש לו לאדם זכות ראשונית וטבעית ל"בעלות" על נכסיו, הנרכשת רק באמצעות קניין או ירושה. לדבריהם, זכות זו קודמת במהותה ללאו של "לא תגזול". לעומתם, לדעת אחרונים אחרים אין הבעלות עניין "מציאותי-טבעי" אלא אך נגזרת "הלכתית" מאיסור "לא תגזול". לסקירת הדעות ולדיון בעניין זה, ראה: הרב י"ש בלס, "חיובים שאינם מצוות - ביטוי לשלימות קדם-מצוותית", **ניצני ארץ** יב (תשנ"ח), עמ' 243-248; הרב מ' אדלר, "דין ומציאות", **בלכתך בדרך**, הוצאת תלמידי ישיבת כרם ביבנה, תשרי תשנ"ח, עמ' 215-217; הרב ז"נ גולדברג, **גזני התורה**, הוצאת ישיבת בכרם ביבנה, ירושלים תשנ"ט, עמ' 144-146.

אך דומה שהיה ברור, כי אין האשה נקנית אלא מדעתה,⁹ עד שלא הוצרכו התנאים להשמיענו זאת.¹⁰

הקניין דורש אפוא, ללא ספק, גמירות דעת. לצד דרישה זו, במקומות רבים מעמידנו התלמוד על כך שלא די בגמירות דעת, וכי בלא מעשה קניין המועיל על פי הדין לא ניתן לקנות.¹¹ עם זאת, כפי שנראה להלן, פעמים שחל הקניין גם בלא מעשה קניין, ובלבד שקיימת הוכחה מספקת לגמירות דעת הצדדים.¹²

המצב המתואר יכול להביאנו לאחת משתי גישות ביחס למעשה הקניין. האחת, כי עיקרו של הקניין בגמירות הדעת, ומעשה הקניין נחוץ רק כאמצעי להביא לידי גמירות הדעת או כדי להוכיח על קיומה. גישה אפשרית שניה הינה, כי מעשה הקניין אינו רק אמצעי להביא

⁹ אמנם, קטנה יכול אביה להשיאה בעל כרחיה, ואכמ"ל בעניין זה. ומכל מקום, גם לגבי קטנה מצאנו שאמרו חכמים, כי אין ראוי להשיאה אלא מרצונה. ראה: קידושין מא, ע"א. והשווה: בראשית רבה, פר' ס, יב (מהד' תיאודור-אלבק, עמ' 653, ובהערה 3 שם); רש"י, בראשית כ"ד, נז, ובמפרשיו.

¹⁰ ככל הידוע לנו, דין זה אינו מופיע באף אחד מן המקורות התנאיים, ובגמרא הוא נזכר כדבר ברור (ראה לעיל, הערה 7). ראה: קידושין מד, ע"א; יבמות יט, ע"ב. בטעם הדבר כותב רש"י (קידושין, שם, ד"ה קידושין דמדעתה): "דבעינן דעת המקנה", אך במקום אחר (יבמות שם, ד"ה קידושין דעלמא) כתב: "והלכה והיתה לאיש אחר (דברים כד) מדעתה משמע". ואמנם, בקידושין ב, ע"ב, הועלתה הווא אמינא, "אי תנא 'קונה' [=האיש קונה], ה"א אפילו בע"כ [=בעל כרחיה], תנא 'האשה נקנית', דמדעתה אין, שלא מדעתה - לא". ברם, אין מכאן ראיה, כי אמנם היתה שיטה כזו. מה עוד שמדובר בלא ספק בסוגיא סבוראית, כפי שמעיד כבר רב שרירא גאון באיגרתו.

¹¹ עיון בפרק א בקידושין, העוסק בסוגי הקניינים השונים, במשנה ובגמרא, מעלה כי מקרקעין ומטלטלין נקנים רק באמצעות מעשי הקניין המפורטים שם ולא בדרכים אחרות. ראה, למשל, שם כה, ע"ב: "אלא מעתה פיל... במה יקנה?"; ב"מ צד, ע"א: "ומתנה שומר שכר להיות כשואל, במאי בדברים?"; ב"ב ג, ע"א: "אי בשאין בה דין חלוקה - כי רצו מאי הוי, נהדרו בהו? א"ר אסי א"ר יוחנן: שקנו מידן"; עירובין כה, ע"א - אשה שעשתה מחיצה על גבי מחיצה, בכוונה לקנות בכך נכסי הגר, לא קנתה, לפי שאין זו חזקה כדן; ועוד. ומה שמצאנו "הן הן הדברים הנקנים באמירה" (קידושין ט, ע"ב), הוא בבחינת יוצא מן הכלל המעיד על הכלל, כפי שכתב א' גולק, **יסודי המשפט העברי**, ח"ב, עמ' 33, הערה 1, ושם, עמ' 38. בעניין האחרון נדון עוד להלן.

¹² לשאלת טיב הכוונה והדעת בקניין, האם הכוונה הנחוצה היא לקנות במעשה קניין מסויים או שעל הקונה רק להתכוון להעביר החפץ מרשות בעליו אליו, ראה: הרב מ"מ סגל, **פרי משה - בענייני קניינים**, בני ברק תשנ"ב, סי' א, אות ו, עמ' טו-טז; א' עקיבא, י' מסטצקין, "קנין ללא כונה", **שערי הלולים - מערכת סוגיות על פרק ראשון במסכת בבא מציעא**, ישיבת שעלבים, תשנ"ו, עמ' 243-250; הרב צ"י בן-יעקב, "כוונה בקניין", **כתר תורה** ד (אדר ב, תשנ"ז), עמ' כה-קלו; הרב קאמי (לעיל, הערה 6), עמ' שפג-שפד, וראה שם שחילק בין קניין כסף לשאר הקניינים. ומכל האחרונים הנ"ל נעלמו דברים מפורשים בנדון בשו"ת מהר"ם מינץ, סי' פב (ד"ה וגם מוכח, מהד' מכון ירושלים, תשנ"א, עמ' ת. ההוספות בסוגריים שלי - ר"ק): "וגם מוכח בכמה דוכתי **דלא בעי דעתו, אלא רק שהוא כוונתו לקנוי**[ת], **הגם אם אין דעתו להאי קניי**[ה]", וראה בראיות שהביא שם בהמשך. וראו שם, עמ' שצט, שכתב ביחס למי שמשך ולא התכוון לקנות במשיכה: "רק כיון דמשך משך, **ודעת שוטים אינה דיעה ובטילה** ה"נ ליש". כלומר, יש כאן מעין "בטלה דעתו אצל כל אדם".

לגמירות הדעת, אלא חלק מהותי ועצמאי, לצד גמירות הדעת, ביצירת הקניין.¹³ האוחזים בגישה האחרונה יהיו צריכים לתת הסבר למקומות שבהם מועיל הקניין גם בלא מעשה קניין.

ואמנם, נחלקו הדעות בשאלה זו. בראשונים, שדרכם בקצירת האומר, לא נמצא לרוב דברים מפורשים בנדון,¹⁴ ועיקר הדיון נערך על ידי האחרונים, ונסוב סביב פרשנות סוגיות התלמוד ונסיונות לדייק מדברי הראשונים לכאן או לכאן.¹⁵ נציג, אפוא, את השיטות השונות, ונבחן את עיקרי הראיות שהובאו בסוגיא זו על ידי בעליהן.¹⁶

¹³ יש לציין, כי גם האוחזים בגישה, כי מעשה הקניין נחוץ כיסוד עצמאי בקניין ולא מצד גמירות הדעת, סוברים כי מעשי הקניין השונים אינם בבחינת "גזירת הכתוב" בלא טעם, אלא - כדברי הרב וייס (על שיטתו ראה להלן, בסמוך להערה 109) - "כל קנייני התורה מושתתים על סברא והגיון, ובכל קניין יש הגיון פנימי באיזה ענין תחודש הבעלות על ידו" (הרב א' וייס, "יסודות הקנינים", **דברי משפט**, חלק ד, תל-אביב תשנ"ח, עמ' רעט). בעניין ההגיון שבמעשי הקניין השונים והיסודות הגלומים בהם נכתב הרבה, ואין כאן מקומו. לשם הדגמה בלבד: הרב וייס, במאמרו הנ"ל גורס, כי ארבעה יסודות (בלשונו: "אבות הקניין") יש במעשי הקניין: 'תמורה', 'רשות', 'ראיה', 'הפגנת בעלות'. וראה גם: הנ"ל, לקט שיעורים - על מסכת בבא בתרא ומסכת כתובות, ישיבת "יחל ישראל", סערט ויזניץ חיפה, [תשנ"ח], ב"ב, עמ' נב; הר"ד סולובייצ'יק, **דברי השקפה**, ירושלים תשנ"ב, עמ' 15, בא והעמידן על אחד - "ביסודו של דבר יש רק קניין עליון אחד... והוא יצירתו של הנכס", ודרכי הקניין השונות הינן "סמלים בידי האישי היוצר את הנכס והמאפשרים את העברתו לבעלות אחרת" (ההדגשה במקור).

¹⁴ גם בסוגיית סיטומתא (ב"מ עד, ע"א), אשר בה היה מתבקש לעסוק בנושא יסודות הקניין, לא נמצא אצל הראשונים, בדרך כלל, דברים מפורשים. על דעתם בנדון נעמוד בפרק ט.

¹⁵ הרב א"מ חברוני, משאת משה, קידושין (ירושלים תשכ"א, סי' ג, עמ' ה), כותב: "דמרוב הראשונים מוכח, שאין גדר מעשה הקניין רק מעשה על גמירת דעת, אלא המעשה הקניין הוא העושה הקניין". אלא שלא הוכיח שם את דבריו. מנגד, רמ"מ סגל (**לעיל**, הערה 12, עמ' יב) רוצה להוכיח כשיטה שהקניין דרוש רק כדי להביא לגמירות הדעת מדברי ר' יונה, ב"ב מ, ע"א, ד"ה קניין בפני ב': "דכל עיקר קניין בא לגמור הדבר ולחזקו"; ושם, עמ' יג, הביא ראיה לדעה זו מהריטב"א, ב"מ מז, ע"ב, ד"ה דבר תורה. ברם, דומה שמדברי שני הראשונים הנ"ל אין כל ראיה לדבריו.

¹⁶ באיסוף וליקוט הדעות השונות נעזרנו במקורות הבאים: הרב אשר זעליג וייס (ראש ישיבת חוג חתם סופר בבני ברק), מנחת אשר, בבא בתרא, תשמ"ז, סי' לב; הנ"ל, "בדין הקניין", שיעור מס' 133 (על גבי קלטת), פרי תולדות, מרחשוון תשנ"ח; הנ"ל, "קניין מכירת הבכורה ליעקב", שיעור מס' 175 (על גבי קלטת), פרי תולדות, מרחשוון תשנ"ט; רמ"מ סגל (**לעיל**, הערה 12), סי' א; הרב א' רובינפלד, **תורת הקנינים**, ירושלים תשנ"ב, פרק א, ענף א.

2. היסוד שבבסיס מעשה הקניין - גמירות הדעת או יסוד עצמאי?

א. מעשה הקניין - יסודו בגמירות הדעת

בדעה זו אחזו חבל גדול של אחרונים, ודומה שזו דעת רוב האחרונים.¹⁷ ביטוי בהיר לגישה זו מוצאים אנו, למשל, אצל ר' שלמה קלוגר (ברודי, המאה ה-19-) בתשובה:

דעיקר קנין התורה הוי הגמר בלב להקנות, וכדאמרין בההוא הנאה דמחתי אהדדי גמרו ומקני להדדי,¹⁸ ואם כן מוכח, היכי דחזינן וידעינן דגמר בלבו - לא בעינן מעשה הקנין, ואם כן היכי דבעינן מעשה הקנין היינו כיון דלא ידעינן מה בלבו, ודלמא אינו גומר בלבו להקנות... **וכל מעשה הקנין אינו רק לברר מה שגומר בדעתו**, אבל אם ידעינן דגמר ומקני בלב שלם - לא בעינן מעשה.¹⁹

ר' יוסף אנגל (קרקא, מאות 19-20), ההולך אף הוא בדרך זו, שולל באופן מפורש את הדרך החלופית להבנת דיני הקניין:

דבשאר קניינים [בשונה מקניין בקידושין - ר"ק] אין מעשה הקניין הוא הפועל בעצם, רק ההקנאה באה מעצמה, ממה שהאדם מקנה

¹⁷ ראה: ר' שלמה קלוגר ור' יוסף אנגל, מצוטטים להלן; ר' מאיר צבי ויטמאיר, שו"ת רמ"ץ, יו"ד, סי' עו, אות ב; או"ח, סי' כ, אות כב; הרב ד"ט דיינאווסקי, "בדין כוונה בקניינים", אהל תורה ג (תרפ"ה), נדפס מחדש בתוך: **אהל תורה - ברנוביץ (תרפ"ד-תרפ"ו)**, הוצאת מכון ברית התורה, תשנ"ז, עמ' לב, ד"ה ולהנ"ל; חידושי רבי שמעון יהודא הכהן שקאפ, ירושלים תשנ"ג, מערכת הקניינים, סי' יא, עמ' קסג; הרב י' אברמסקי, **דיני ממונות (הגדרת סוגיהם)**, לונדון תרצ"ט, עמ' 9-13; הרב י"מ טוקצ'ינסקי, "השקפה יסודית על תורת הקניינים ועל תורת המנהגים בחברת החיים", בתוך: ר"מ פינדלינג, **תחוקת העבודה**, ירושלים תש"ה, עמ' קמא; הרב מ"א פארשגור (סוכטשוב, פולין-בולטימור, ארה"ב, מאות 19-20), תורת מיכאל, ירושלים תשכ"ז, סי' לב, עמ' קד-קו, ורשימת הראשונים והאחרונים שצויינה שם, עמ' קו; ר' ישכר שלמה טייכטאל, שו"ת משנה שכיר, ח"א, ירושלים תשל"ד, סי' עב, עמ' 136, ד"ה ואוסף; ר' יהושע מנחם אהרנברג, שו"ת דבר יהושע, ח"ב, סי' צט, אות ט; ח"ג, חו"מ, סי' יג, אות ג; שם, סי' יט, אות י, ד"ה לכן; ריא"ה הרצוג, "הדעת והרצון בהתקשרות ובקנין במשפט התורה", **פסקים וכתבים - שאלות ותשובות דיני חושן משפט**, כרך ט, ירושלים תשנ"א, סי' קיא, בעמ' תח; אבי החזון איש (להלן, הערה 79); שו"ת משכנות ישראל (לר' ישראל גרוסמן, ירושלים, המאה ה-20), סי' לג, אות ג; ועוד. יתכן שגם בעל הפני יהושע, גיטין עז, ע"ב, ד"ה ולא הוי, סבר כן, אך ביחס לתפקיד מעשה הקניין יש לו שיטה ייחודית. ראה: שו"ת דבר יהושע, ח"ג, חו"מ, סי' יט, אותיות ח-י; מנחת אשר, שם, עמ' צ-צא, שנתקשה בדבריו.

¹⁸ בסוגיות "בההיא הנאה" נדון להלן.

¹⁹ ר' שלמה קלוגר, שו"ת טוב טעם ודעת, מהד' קמא, סי' רסט, ד"ה והנה עוד יש. על דעתו זו הוא חוזר גם בתשובות נוספות, ראה: שם, סי' רסה, ד"ה ומ"ש אח"כ; שם, סי' ער, ד"ה הנה; שם, מהד' ג, ח"ב, סי' קמו. כל התשובות הנ"ל עוסקות בהלכות בכור בהמה.

את הקרקע לחבירו מרצונו. ואך דלולי מעשה קניין לא היינו יודעים שמקנה גם ברצונו, דדיבורא עביד איניש דמיקרי ואמר, ואין ראי[ה] עדיין היות רצונו באמת כך להקנות לו, ומשא"כ [=ומה שאין כן] כשעושה מעשה קניין אז וודאי דמקנה לו ברצון הטוב. וע"כ [=ועל כרחך] עניין מעשה הקניין רק לראי[ה] על היותו מקנה, **אבל לא שמעשה הקניין פועל בעצם את ההקנאה.**²⁰

לדעה זו, אם כן, יסוד הקניין הינו גמירות הדעת, וכל הצורך במעשה קניין הוא רק **כדי להוכיח על קיומה של גמירות דעת,**²¹ או - לפי כמה מן האחרונים - **כדי להביא לידי גמירות דעת.**²² בדעה זו אחזו גם כמה מחוקרי המשפט העברי.²³ נסקור כמה מן הסוגיות אשר הובאו כראיה לשיטה זו.²⁴

²⁰ **בית האוצר**, פיעטרקוב תרס"ג, ח"ב, דף יט, ע"ב (ההוספות בסוגריים שלי - ר"ק). הוא מבסס דבריו על דברי המהרי"ט, ראה: חידושי מהרי"ט, קידושין יד, ע"ב, והא דכתבו התוספות, הוצאת ס. ל. א., בני ברק תשנ"ג, עמ' נג. ר"י אנגל עומד על גישתו זו גם בספריו האחרים: **ציונים לתורה**, כלל לט, דפוס צילום: ירושלים תשל"א, דף נו, ע"א; **חוסן יוסף**, ניו-יורק תש"ה, סי' קמט.

²¹ כוונת הדברים, כדי להוכיח לכל אחד מהמתקשרים על קיומה של גמירות דעת בלב חברו, אך אין מטרתו של מעשה הקניין לגלות לאחרים על גמירות דעתם של המתקשרים, שכן קניין אינו מזיק עדים - "לא איברו סהדי אלא לשקר" (קידושין סה, ע"ב).

²² ראה, למשל: אבי החזון איש (**להלן**, בסמוך להערה 79); פרי משה (**לעיל**, הערה 12), עמ' יב.

²³ המנהג מעיד על קיומה של גמירות דעת: גולאק, **יסודי המשפט העברי**, ח"א, עמ' 57, 102-103, ח"ב, עמ' עמ' 32; ש' ורהפטיג, **הסכם דברים (קניין ותמורה בזיני חוזה)**, סדרת מחקרים וסקירות במשפט העברי, משרד המשפטים, חוברת יב, ירושלים תשל"א [=הנ"ל], **זיני חוזה במשפט העברי**, ירושלים תשל"ד, 1-15, ראה במיוחד בעמ' 2 ו-15]; ז' ורהפטיג, "לתורת התמורה או העילה בחוזה העברי", **בר אילן ט** (תשל"ב), עמ' 126-148 [=הנ"ל], **מחקרים במשפט העברי**, ירושלים תשמ"ה, עמ' 94-115, ראה במיוחד בסיכום, עמ' 113-114]. המנהג מביא לידי גמירות דעת: ש' אלבק, **זיני הממונות בתלמוד**, עמ' 112 ואילך, במיוחד עמ' 119, ושם, הערה 42.

²⁴ סוגיות נוספות שהובאו על ידי האחרונים כראיה לגישה זו, ולא נדונו על ידינו בפרק זה: שיתופי מבואות ועירובי תחומין - יש דעות באמוראים שאין צורך לעשות מעשה קניין בעירוב ("לזכות על ידי אחר") כדי שיזכו בו אחרים. והטעם, שמתוך שאוסר עליו (בעירובי חצרות ומבואות) או כיוון שעושה לשם מצווה (בעירובי תחומין) - "גמר ומקני" (עירובין פ, ע"א, וראה רש"י שם, ד"ה רבי חיאי קאי, ותוספות שם, ד"ה רב אמר); הנותן לחברו מתנה מועטת - קנה, אף שלא עשה מעשה קניין (ב"מ מט, ע"א, וראה תוספות כתובות קב, ע"א, ד"ה אליבא); סוגיית "ירא שמים" (ב"ב פח, ע"א); "הכותב לנשיא אין צריך לזכות" (משנה, נדרים מח, ע"א); מעמד שלושתן (גיטין יג, ע"א, ומקבילות, וראה תוספות ב"ב קמד, ע"א, ד"ה כהלכתא). מנגד, יש סוגיות שמהן הביאו האחרונים ראיה לדעה המנוגדת. הבולטת שבהן - סוגיית "קניין המועיל" (ב"מ ג, ע"א). יש מקום להשערה, כי המקורות השונים חלוקים ביניהם, אך כל העניין זוקק מחקר מקיף החורג מגבולותיו של חיבור זה.

1. "הן הן הדברים הנקנים באמירה" (כתובות קב, ע"א-ע"ב)

בדבריו דלעיל מעמידנו ר' שלמה קלוגר²⁵ על אחת מהראיות לשיטתו - דברי רב גידל בשם רב ביחס להסכמים ממוניים הנעשים בשעת שידוכין:

כמה אתה נותן לבנד? כך וכך, וכמה אתה נותן לבתך? כך וכך, עמדו וקידשו - קנו, הן הן הדברים הנקנים באמירה.²⁶

והטעם שניתן לדין זה בגמרא: "בההיא הנאה דקמיחתני אהדדי גמרי ומקני להדדי".²⁷ הרי לנו, כי כאשר יש גמירות דעת ניתן לקנות גם "באמירה" - קרי: "בלא קנין [=מעשה קניין]".²⁸ כך עולה גם מדברי רבנו תם, המביא ממימרת רב גידל סיוע לכך שניתן להתחייב מנה בשטר:

ואין לתמוה, היכי משתעבד בשטר זה, הא אין מטלטלין נקנין בשטר? דיש לומר, דהואיל וטרח למכתב שטרא גמר ומשעבד נפשיה, שהרי אפילו באמירה בעלמא יש דברים שנקנים, כדקאמר בסמוך [=הכוונה למימרת רב גידל].²⁹

אמנם, הדבר תלוי כיצד מבינים את דינו של רב גידל, ונחלקו בדבר ראשונים ואחרונים. ר' יוסף פוזנר מבין שדין זה "אומד חכמים הוא, שחכמינו אמדו דעתו, [ד]מחמת דמתחתני אהדדי גמר ומקנה באמירה בעלמא כקנין דעלמא".³⁰ לעומתו, סובר חותנו, בעל הנודע ביהודה (ר' יחזקאל לנדא, פראג, המאה 18-), כי "בודאי תקנת חכמים היא, שאם לא תקנת חכמים, מה בכך דגמר ומקני באמירה, כיון שאין האמירה קנין, מה מועיל גמירת דעת? ... אבל בשטרי פסיקתא, חז"ל תיקנו שיהיו נקנים באמירה".³¹ לדעת ר"י פוזנר, יש

²⁵ לעיל, בטקסט הסמוך להערה 19. ראייה זו הובאה על ידו גם שם, סי' ער, ד"ה הנה.

²⁶ מועד קטן יח, ע"ב; כתובות קב, ע"א; קידושין ט, ע"ב.

²⁷ כתובות, שם, ע"ב.

²⁸ כדברי רש"י על מימרת רב גידל, קידושין, שם, ד"ה באמירה.

²⁹ תוספות, כתובות קב, ע"א, ד"ה אליבא. וראה נחל יצחק (לר' יצחק אלחנן ספקטור מקובנה), סי' מ, ענף ד, שדן בדברי תוספות הנ"ל, והרגיש שיש להם "שיטה אחרת" משיטתו, ולדעתם "כיון דגמר ומקני - מועיל, אף דאין זה מדרכי הקנאה".

³⁰ שו"ת נודע ביהודה, מהד' קמא, חו"מ, סי' כז, ד"ה ומ"ש כבוד אדוני וז"ל אבל בשטרי (התוספת בסוגריים שלי - ר"ק).

³¹ שם, סי' כח, ד"ה עוד אהובי חתני ידידי. והוסיף שם: "ורש"י שפירש הטעם משום דגמר ומקני, הוא טעם למה חידשו חכמים בכאן קנין אמירה, הוא משום דאמדו חכמים דעתם דניחא להו, ולכן תקנו חכמים שיהיה זה קנין". על דעתו זו הוא חוזר שם, מהד' תנינא, חו"מ, סי' מב.

מכאן ראייה שגמירות דעת עושה קנין. לעומתו, בעל הנודע ביהודה, הסובר שמעשה הקניין הינו יסוד עצמאי, מוכרח לומר כי יש כאן תקנת חכמים מיוחדת.³²

מחלוקת זו מצויה כבר אצל הראשונים. המאירי כותב, שדינו של רב גידל הינו "תקנת חכמים", ומה שאמרה הגמרא בההיא הנאה דמחתני אהדדי, "אין זה עקר הטעם, אלא כדי שלא יהא הדבר כהלכתא בלא טעמא, סמכו הטעם לומר בההיא הניתא". אמנם, בהמשך דבריו הביא דעה שאכן "בההיא הנאה" הוא עיקר הטעם, והדבר תלוי במידת הנאת החיתון, קרי: בגמירות הדעת.³³

ברם, גם אם נגרוס כדעות שאין כאן תקנת חכמים, יש מקום לטעון כי דינו של רב גידל מצטמצם בהתחייבויות אך אינו תקף בהקנאה. המדובר, כאמור, באבי החתן ואבי הכלה המסכמים ביניהם בזו הלשון: "כמה אתה נותן לבנד/לבתך". ודוק: "מה אתה נותן" לא נאמר כאן, אלא "כמה", היינו: התחייבות על סכום כסף ולא הקנאת נכסים בעין.³⁴ ואם כך, לא ניתן להביא מכאן ראייה, כי יכול להיווצר קניין על ידי גמירות דעת גרידא.

אמנם, מדברי האחרונים שהביאו ראייה מסוגיא זו לגישתם שעיקר הקניין בגמירות הדעת,³⁶ משמע שלא איבחנו לעניין זה בין קניין להתחייבות. מצאנו אף מי שכתב במפורש, כי

³² ראה תיק 563/תשכב (רחובות), פד"ר ה, 124, בעמ' 126. לדעת בית הדין, בשאלה זו נחלקו המבי"ט ור"י קארו בשו"ת אבקות רוכל, סי' פ-פא, לגבי תנאים ממוניים שהתנו אנוסים ביניהם בעת שנישאו כמנהגי הגויים. המבי"ט שם, סי' פ (ירושלים תש"ד, עמ' עא), מוסיף, שהיות וכך הוא המנהג (להתנות בשעת נישואין), הרי שיש לתנאים אלו תוקף של קניין סיטומתא.

³³ המאירי, קידושין, ט, ע"ב (מהד' סופר, ד"ה זה שאמרו, עמ' 67). וראה עוד: המאירי, כתובות, קא, ע"ב (מהד' סופר, עמ' 467, 472). כידוע, חיבורו של המאירי נתגלה רק עם גילוי הגניזה הקאהירית, ולפיכך לא ראו האחרונים את דבריו. על שתי הדעות במאירי ועל זיקתן לשאלת היסוד בדיני הקניין עמדו: פרי משה (לעיל, הערה 12), עמ' יט; הרב וייס, "בדין הקניין" (לעיל, הערה 16).

³⁴ דיוק זה העלה הרב וייס בשיעוריו (לעיל, הערה 16), וכבר קדמו בזה הרב ב' רבינוביץ'-תאומים, חוקת משפט - הלכות מכירה, ירושלים תשי"ז, קונטרס אחרון - אורח משפט, סי' א, אות ד (וראה שם, שחלק מן הפוסקים הבין כנראה שמדובר בהקנאה ולא בהתחייבות. וראה עוד בסמוך). נראה, שכך גם הבין ר' אפרים זלמן מרגליות (ברודי, המאה ה-19), שו"ת בית אפרים, יו"ד, סי' סו, ד"ה ולפי"ז, הכותב: "אבל שיקנה באמירה לא אשכחן אלא כגון כמה אתה נותן לבנד כו', וגם שם אינו אלא חיובא דגופא" (ההדגשה שלי - ר"ק).

³⁵ נוסח זה של פסיקת הנדוניא מקורו, כנראה, ב-*stipulatio* שבמשפט הרומאי, שם נעשתה התחייבות בדברים בדרך של שאלה ותשובה. ראה בעניין זה: א' גולאק, "שטר אירוסין ודברים הנקנים באמירה בדיני התלמוד", תרביץ ג (תרצ"ב), עמ' 369-373. דומה, שגם בעובדה זו יש חיזוק לכך שנוסח זה ("כמה אתה נותן לבנד"), לפחות במקורו, כוון להתחייבות כספית דווקא ולא להקנאת נכסים.

³⁶ ראה, למשל, באחרונים המצויינים להלן, הערה 39.

מלשון הגמרא עולה שמדובר כאן גם בהקנאה ממש, הן של קרקע והן של מטלטלין, ולא רק בהתחייבות.³⁷

2. סוגיות "בההיא הנאה... גמר ומקני"

מימרת רב גידל אמר רב, שנדונה לעיל, הינה רק אחת מכמה סוגיות, שבהן אנו מוצאים כי יש קניין גם בלא מעשה קניין, וכי די בכך שיש למקנה הנאה כלשהי המביאתו לגמירות דעת ("בההיא הנאה... גמר ומקני").³⁸ סוגיות אלו הובאו על ידי האחרונים כראיה לגישה כי עיקר הקניין בגמירות הדעת,³⁹ ולפיכך כשיש ראיה חזקה על קיומה של זו, שוב אין צורך במעשה קניין.⁴⁰

שתי דרכים עיקריות מוצאים אנו, כבר אצל הראשונים, כדי להתמודד עם סוגיות "בההיא הנאה" ולצמצם את החידוש שבהן. האחת הינה להסביר, בדומה למה שמצאנו לעיל ביחס ל"דברים הנקנים באמירה", כי מדובר בתקנות חכמים מיוחדות.⁴¹

דרך נוספת להסבר סוגיות אלו היא לומר, כי "ההיא הנאה" אינה פועלת מצד גמירות דעת אלא נחשבת כמעשה קניין, כקניין כסף או כקניין חליפין.⁴²

³⁷ נחל יצחק (לעיל, הערה 29), ענף ג. הקנאה - שכן נעשה שימוש בלשון של קניין, הן בדברי רב גידל: "עמדו וקידשו - קנו, הן הן הדברים הנקנים באמירה", והן בהסבר הגמרא: "בההיא הנאה... גמרי ומקני", ולא: "גמרי ומשעבדי נפשיה" (השווה לב"מ צד, ע"א); זה שמדובר גם במטלטלין - הסיק מסתימת הלשון, והוכיח כן גם מירושלמי בכתובות. ראה שם, ענף ג ו-ד.

³⁸ למשמעותו של הביטוי "בההיא הנאה", ראה: ש"י פרידמן, "הנאה וקניינים בתלמוד", **דיני ישראל** ג (תשל"ב), עמ' 115-145. בנספח א למאמר סוקר פרידמן את כל הסוגיות בבבלי שבהן נזכר הטרמין "בההיא הנאה"; ליפשיץ, **אסמכתא**, עמ' 209-219, ובמקורות שצויינו בהערות שם. על משמעות "בההיא הנאה" ביחס לערב, ראה: הרב שי' ישראלי, **משפטי שאול - פסקי דין**, ירושלים תשנ"ז, עמ' שכב.

³⁹ ר' שלמה קלוגר (לעיל, הערה 19); ר"י אנגל, ציונים לתורה (לעיל, הערה 20); רש"י, בכורות יח, ע"ב, ד"ה תד"ה אקנויי; שו"ת דבר יהושע, ח"ג, חו"מ, סי' יג, אות ג. כך סובר גם שי' אלבק (לעיל, הערה 23), עמ' 116-117.

⁴⁰ אמנם, נראה כי מוסכם על הכל כי לא ניתן לומר ש"הנאה" עושה קניין בכל מקום, אלא רק במקומות שמצאנו שאמרו חכמים כן. ראה: נחל יצחק (לעיל, הערה 29), ענף ד; חזון איש, בכורות, סי' יט, אות יג; ב"ק, סי' כא, אות ה.

⁴¹ ראה: הרב הרצוג (לעיל, הערה 17), ד"ה כנראה. ראיה לטענתו הוא מביא מהרשב"א בסוגיא של הלוקח מן הגזלן (ב"מ טו, ע"ב): "מוכח מזה שלא נטתה דעת הרשב"א לחשוב בההיא הנאה ליסוד מספיק בעצם, אלא רק לשמש בסיס לתקנת חז"ל שיקנה הלוקח". דומה, כי דברים אלו עולים בקנה אחד עם מסקנת הרשב"א בחידושיו בב"ק קב, ע"ב, כפי שהבאנו להלן, בסמוך להערה 69. כך מצאנו אצל כמה מן הראשונים גם ביחס לסוגיית "המזכה לעובר" (שם אמנם לא נזכר הביטוי "בההיא הנאה", אך תוכן הדברים זהה, וראשונים ואחרונים השוו ביניהם) - ראה להלן, הערה 48, במיוחד בדברי הריטב"א.

ברם דומה, כי שתי הדרכים הנ"ל גם יחד הינן קשות, והדרך הפשוטה הינה כי ה"הנאה" במקרים אלו אכן מביאה לגמירות דעת, ומכוחה של זו - "גמר ומקניי".⁴³

3. המזכה לעובר (בבא בתרא קמב, ע"ב)

בסוגיות "בההיא הנאה" לא נעשה, כאמור, מעשה קניין. לסוגיות אלו ניתן לצרף סוגיא אשר בה נעשה אמנם מעשה קניין, אלא שאין לו תוקף על פי דיני הקניין; ולפיכך שקול הדבר לענייננו למקרה שבו לא נעשה כלל מעשה קניין. חרף עובדה זו, ההלכה היא כי הקניין תקף, מהטעם שנסיבות המקרה מורות כי היתה למקנה גמירות דעת מלאה להקנות.

כוונתנו למימרא שהובאה במסכת בבא בתרא בשם ר' יוחנן:

המזכה לעובר - לא קנה,⁴⁴ ואם תאמר משנתינו [האומר אם תלד אשתי זכר - יטול מנה], משמע: ניתן לזכות לעובר] - הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו [יוגמר ומקנה בכל לבו, אבל לעובר אחר - לא קנה]. רשב"ם.⁴⁵

מכאן שוב, שגמירות הדעת היא עיקרו של הקניין, וכי בכוחה ליצור קניין גם בהעדרו של מעשה קניין תקף.⁴⁶

אמנם, ניתן להשיג ולומר, כי יש מסוגיא זו ראייה רק על כך שניתן ליצור חיוב ושעבוד על ידי גמירות דעת, שהרי מדובר בהתחייבות לתת לעובר מנה, אך עדיין אין מכאן ראייה, כי ניתן גם ליצור קניין ולהעביר בעלות בנכסים בדרך זו.⁴⁷ בנוסף לכך, יש מן הראשונים שצימצמו את דברי המשנה הנזכרת לשכיב מרע וראו בכך תקנת חכמים מיוחדת, כדי שלא

⁴² לסקירת הדעות השונות בראשונים בעניין זה, ראה: נחל יצחק (לעיל, הערה 29), סי' מ (כולו); ש"י פרידמן, (לעיל, הערה 38), עמ' 123-127, ובמקורות שצויינו בהערות שם.

⁴³ על הצורך ב"הנאה" כיסוד לקניין, ראה עוד להלן, עמ' 125-127.

⁴⁴ הטעם, לפי שזו הקנאה למי שלא בא לעולם, והקנאה כזו, בדומה להקנאת דבר שלא בא לעולם, אינה תקפה. ראה שם, קמא, ע"ב-קמב, ע"ב. על הקנאה לדבר שלא בא לעולם, ראה: אנציקלופדיה תלמודית, כרך ז, עמ' נ ואילך.

⁴⁵ ב"ב קמב, ע"ב.

⁴⁶ לפי הסבר זה צריך לומר כסוברים שהבעיה בהקנאה למי שלא בא לעולם היא מצד חסרון בגמירות דעת (ולא מצד שעובר אינו בר זכיה, השווה לדברי הריטב"א, להלן, הערה 48), וכשיש ראייה על גמירות דעת מלאה - הקניין חל.

⁴⁷ מנחת אשר (לעיל, הערה 16), עמ' צד.

תיטרף עליו דעתו,⁴⁸ וכך מפורש גם בירושלמי לפי אחת הדעות.⁴⁹ אמנם, מפשטות לשון המשנה משמע, כי הלכה זו נאמרה בכל אדם ומעיקר הדין, וכך גם נפסק להלכה.⁵⁰

4. הקנאת בכור בהמה לכהן (בכורות יח, ע"ב)

שנינו בבכורות: "רחל שלא ביכרה וילדה שני זכרים, ויצאו שני ראשיהן כאחת... מת אחד מהן, ר"ט אומר: יחלוקו [הבעלים והכהן - ר"ק], ר"ע אומר: המוציא מחבירו עליו הראיה".⁵¹ ובגמרא העמיד רבא את מחלוקתם: "בחצר בעה"ב ורועה כהן, רבי טרפון סבר: אקנויי קא מקני ליה [בעל הבית לכהן - ר"ק] בחצירו, וניחא ליה⁵² דליתעביד מצוה [בממוניה],⁵³ והוה ליה כשנים שהפקידו אצל רועה, שמניח רועה ביניהן ומסתלק".⁵⁴ וביארו בתוספות:

ואפי' בלא קנין קא קני, דגמר ומשעבד נפשיה, אי נמי כמה פעמים הרועה פותח ונועל... וברשות בעל הבית קא מחזיק.⁵⁵

מסוגיא זו, ובמיוחד מהתירוץ הראשון בתוספות, הסיקו כמה מן האחרונים, שכאשר יש גמירות דעת מלאה ניתן לקנות גם בלא מעשה קניין.⁵⁶ אמנם, מן הסוגיא עצמה אין הכרח להגיע למסקנה זו, שכן יתכן כי אין מדובר בהקנאה ממש.⁵⁷

⁴⁸ נמוקי יוסף, ב"ב, דפי הרי"ף סו, ע"א, בשם הגאונים (וכך הבינו בדעת הרי"ף כמה מן הראשונים, אך הדבר אינו מוסכם. ראה ש"ך, חו"מ רי, ס"ק א; רמב"ן, יבמות סז, ע"א, סוף ד"ה האי; ריטב"א, ב"ב קמב, ע"ב, ד"ה ואם תאמר, בשם "קצת רבוותא" ובשם מורו הרא"ה. הריטב"א סובר שעובר אינו יכול לקנות כי אינו "בר זכיה", ואם כן מה מועיל שדעתו של אביו קרובה אליו? ומכאן שמדובר בשכיב מרע, ו"דעתו של אדם קרובה אצל בנו" הוא הסיבה לתקנת חכמים, שחששו משום כך לטירוף דעתו.

⁴⁹ ירושלמי, יבמות, פ"ד ה"א, ביחס למשנתנו: "על דעתיה דרבי לעזר, ובלבד שכיב מרע, הא בריא - לא".

⁵⁰ רמב"ם, מכירה כב, י, וראה מגיד משנה, שם; שולחן ערוך, חו"מ רי, א, ואת הדעה החולקת הביא כ"ס אומרים. וראה ש"ך שם, ס"ק א.

⁵¹ משנה, בכורות ב, ו, בבלי יז, ע"א.

⁵² בכ"י מינכן: דניחא ליה, וכן הגירסא ברש"י ובהגהות הב"ח.

⁵³ כך בנדפס, ובכ"י מינכן גרס מילה זו.

⁵⁴ בכורות יח, ע"ב. הציטוט על פי דפוס וילנא.

⁵⁵ תוספות שם, ד"ה אקנויי.

⁵⁶ ראה: שו"ת רבי עקיבא איגר, מהד' קמא, סי' לז, ד"ה ונלע"ד עוד; רש"י (לעיל, הערה 39).

⁵⁷ ראה: מהרי"ט אלגזי על הלכות בכורות לרמב"ן, סי' כב; מנחת אשר (לעיל, הערה 16), עמ' צב-צד. הרב וייס שם טוען, כי גם מדברי התוספות בתירוצם הראשון אין ראיה מכרעת. מכל מקום, יתכן שגם בעלי התוספות הסתפקו בשאלה זו, ולכן הביאו תירוץ נוסף.

5. הקנאת מתנות כהונה למכירי כהונה (בבא בתרא קכג, ע"ב)

תנו רבנן: הבכור נוטל פי שנים בזרוע ובלחיים ובקיבה... היכי דמי?
אי דאתי לידי אבוהון, פשיטא. ואי דלא אתי לידי אבוהון, ראוי הוא,
ואין הבכור נוטל בראוי כבמוחזק? הכא במכירי כהונה עסקינן,
ודאשחיט בחיי אבוהון, וקסבר מתנות שלא הורמו כמי שהורמו
דמו.⁵⁸

וכתב ברשב"ם: "שאנשי העיר קרוביו ומכיריו של כהן זה, ומזכין לו זיכוי גמור⁵⁹
במתנות בהמותיהן מיד כשנשחטו",⁶⁰ ובהמשך: "שאלו אוהביו גמרו ומקנו לו המתנות כשהן
עדיין בתוך הבהמה, ודמי כמי שהוחזק בהן בחייו".⁶¹

למדנו מכאן, אפוא, כי ניתן להקנות בגמירות דעת גם בלא מעשה קניין.⁶² אמנם, יש
מן האחרונים שדחו הראיה מסוגיא זו.⁶³

6. "כל המקדיש נכסיו נעשה כמי שהקנה להן... מעיקרא" (ב"ק קב, ע"ב)

שנינו בערכין:

אחד המקדיש נכסיו ואחד המעריך עצמו, אין לו [=לגזבר, למשכנו
עבור הערך או כחלק מנכסי ההקדש⁶⁴] בכסות אשתו ולא בכסות בניו
ולא בצבע שצבע לשמן ולא בסנדלים חדשים שלקחן לשמן.⁶⁵

⁵⁸ ב"ב קכג, ע"ב.

⁵⁹ הרש"ש, שם, מעיר על דברי הרשב"ם "ומזכין לו זיכוי גמור": "ר"ל [=רצונו לומר]: בלבן". וכך אמנם עולה
מדברי הרשב"ם, שם.

⁶⁰ רשב"ם, שם, ד"ה ה"ג במכירי כהונה עסקינן.

⁶¹ שם, ד"ה ודאשחיט.

⁶² סוגיית מכירי כהונה הובאה כראיה לכך שיסוד הקניין בגמירות הדעת, במקומות הבאים: שו"ת טוב טעם
ודעת, מהד' קמא, סי' ער, ד"ה הנה; ציונים לתורה (לעיל, הערה 20); הרב ברוך תאומים פרנקל, גליונות ברוך
טעם על קצות החושן, סי' רמג, ס"ק ד.

⁶³ ראה: שו"ת בית אפרים (לעיל, הערה 34), המסביר, כי במכירי כהונה שאר כהנים מסיחים דעתם מהמתנות,
ביודעם שלא יזכו בהן, ולכן זוכים המכירים במתנות גם בלא מעשה קניין; תורת הקניינים (לעיל, הערה 16), עמ'
ה, אות י; מנחת אשר (לעיל, הערה 16).

⁶⁴ על פי רש"י, ב"ק קב, ע"ב, ד"ה אין לו.

⁶⁵ משנה, ערכין כד, ע"א.

הגמרא בבבא קמא דנה ביסוד דין המשנה, ומקבלת את הסברו של רבי אבא: "כל המקדיש נכסיו נעשה כמי שהקנה להן כסותו ובניו מעיקרא".⁶⁶ מפשטות דבריו משמע, כי לא נעשה מעשה קניין על ידי המקדיש בטרם הקדיש, אלא שעל ידי כוונתו להקנות לאשתו ולבניו את החפצים הללו זכו בהם גם בלא קניין.

כך אמנם הובנו דברי רבי אבא על ידי כמה מן הראשונים. כך מפורש בראב"ד: "כי משם⁶⁷ הצבע זוכה להן במחשבתו וכוונתו. ואע"פ שהצבע אינו מקנה צבעו לאשה אלא לבעל, הוא עצמו בשעה שמקדיש נכסיו **גומר בדעתו להקנות** לאשה".⁶⁸ וכך כותב גם הרשב"א בחידושו, בתירוץ הראשון: "היאך קנו ומי זכה להן? וי"ל, דכל שדעתו קרובה להן הרבה **גמר דעתו בהקנאה וזכייה לקנות**, ואפילו להפקיע מידי הקדש דאורייתא".⁶⁹ יצוין, כי הרשב"א מעלה את האפשרות שתקנת חכמים לפנינו, אך מוכיח שאין זה כך אלא דין גמור הנוצץ בגמירות דעתו של המקדיש (=המקנה).⁷⁰

אמנם, בתירוץ השני, שאותו הוא רואה כעיקר, הרשב"א סובר כי אין כאן הקנאה ממש.⁷¹ גם מדברי הרשב"א במקום אחר עולה, כי מן הדין לא ניתן להקנות בגמירות דעת בלא מעשה קניין.⁷²

⁶⁶ ב"ק קב, ע"ב.

⁶⁷ בשיטה מקובצת, שם: "משום".

⁶⁸ ראב"ד, מהד' אטלס, תשכ"ג, שם. ראה גם בספר התרומות, שער א, ח"א, ה, שהבעל זוכה לאשתו ובניו "בדיבור בלבד".

⁶⁹ רשב"א, ב"ק קב, ע"ב, ד"ה הא דאמר ר' אבא (מהד' מוסד הרב קוק, ירושלים תשמ"ז, עמ' תקי).

⁷⁰ הביטוי "נעשה כמי שהקנה להן" (במקום לומר: "מקנה להן") בדברי רבי אבא הוא שמביא את הרשב"א למחשבה, שמה תקנת חכמים היא זו, היינו: האדם אינו מקנה באמת, אלא "לב בית דין מתנה" על כך. הרשב"א, ב"ק שם, מסיק שהוראת הביטוי האמור בסוגיא בב"ק הינה: **אנו אומדים את דעתו שהקנה**, אף שלא עשה כן בפירוש, וכך גם לגבי "נעשה כאומר לו": לכשתגב פרתו ותרצה ותשלמני, הרי פרתי קנויה לך סמוך לגניבתה" (ב"מ לד, ע"א). לעומת זאת, ראה רשב"א, גיטין יג, ע"ב, ד"ה וכתב הראב"ד (מהד' מוסד הרב קוק, ירושלים תשמ"ו, עמ' קכ), המבאר את דברי אמימר, ביחס למעמד שלושתן, "נעשה כאומר לו... שעבדנא לך לדידך ולכל דאתו מחמתך" - "לא שירדו חכמים לדעתן של לוויין ושמו שכך התנה לו בלבד, אלא לומר **תקנה התקינו חכמים** כאלו אמר לו כך...". השוני בין המקומות מתבאר על ידי הרשב"א, שם: אם למתנה יש "תועלת בתנאי", הרי שגומר בדעתו להקנות. אך במעמד שלושתן אין למלווה כל הנאה להשתעבד לאחרים, ולכן אין מצידו גמירות דעת, אלא תקנת חכמים היא זו. אמנם, מקצות החושן, סי' צז, ס"ק יג, משמע שהבין ש"נעשה כמי שהקנה" האמור במקדיש נכסיו הוא תקנת חכמים ולא קניין ממש, ולכן יכול היה לבאר כי נחשב כן רק ביחס לאחרים, אך ביחס לעצמו - עדיין נחשבים הנכסים בבעלותו ויכול למוכרם. על הביטוי "נעשה כ..." כמצוין בדיה (פיקציה) משפטית, ראה עוד: אטלס, **נתיבים במשפט העברי**, עמ' 272 ואילך.

⁷¹ רשב"א, ב"ק, שם. וראה שם, הערת מהדיר 388, מה שתמה על תירוץ.

⁷² רשב"א, גיטין, לעיל, הערה 70.

בדומה לראב"ד ולרשב"א בתירוצו הראשון - ולעתים בעקבות דבריהם - מביאים גם האחרונים סוגיא זו כראיה לכך שהקניין נעשה בגמירות דעת בלבד.⁷³

7. סיטומתא (בבא מציעא עד, ע"א)

בהתאם לשיטתו, שבוארה לעיל,⁷⁴ מסביר ר' יוסף אנגל גם את דין סיטומתא:

והיינו טעמא נמי דסיטומתא דקני באתרא דנהיגי למיקני, ואף דלא נתנה תורה קניין זה, מ"מ כיון דכל הצרכת מעשה קניין רק להוראה על הרצון, וע"כ כיון שנהגו לקנות בו ה"ל גם הוא הוראה על הרצון שפיר מפאת המנהג, ושוב קונה גם מעיקר הדין מפאת הרצון לבד.⁷⁵

גם אחרונים נוספים ביארו את דין סיטומתא בדרך דומה.⁷⁶ אמנם, דין סיטומתא הוסבר על ידי ראשונים ואחרונים גם בדרכים אחרות, ובכך נעסוק בהרחבה בהמשך.⁷⁷

*

כסיכום לגישה זו נביא את דבריו הקצרים והבהירים של ר' שמריהו יוסף קרליץ, אבי החזון איש (ליטא, מאות 19-20):⁷⁸

כלל גדול יהי[ה] לך בקניינים, דעיקר הקנין הוא שיגמור בלבו להקנות הדבר לחבירו וחבירו יסמוך דעתו עליו. ויש דברים שקים להו לחז"ל שבדבור בעלמא גומר בלבו להקנות לחבירו, ויש שאינו

⁷³ ראה: רש"י (לעיל, הערה 39); ר"ש שקאפ (לעיל, הערה 17), המסיק מדברי רשב"א אלו: "דקניינים אינם גזירת הכתוב... דענין קנין הוא גמירת דעת של הקונה והמקנה, רק שקבעו שתהא ההוכחה הזאת ע"י מעשה"; ציונים לתורה (לעיל, הערה 20); תורת מיכאל (לעיל, הערה 17), עמ' קד; גם במנחת אשר (לעיל, הערה 16), עמ' צד, דן בסוגיא זו, ואחר שמנסה לדחות הראיה ממנה בכמה אופנים מסיים: "אך כ"ז דוחק, ובפשטות משמע מזה דבאמת מהני גמר ומקנה לקנין, וצ"ע".

⁷⁴ ראה לעיל, בסמוך להערה 20.

⁷⁵ ציונים לתורה, שם.

⁷⁶ ראה: ר' שלמה קלוגר (לעיל, הערה 19); רש"י (לעיל, הערה 39); שו"ת רמ"ץ, יו"ד, סי' עו, אות ב; או"ח, סי' כ, אות כב; מהרש"ם במשפט שלום, סי' קצד, סעי' ב, ד"ה כלל העולה, אם כי בהמשך הסתפק בכך; ר"ש שקאפ (לעיל, הערה 17); פרי משה (לעיל, הערה 12), עמ' יא-יב. על תפיסה זו של האחרונים ראה להלן, עמ' 335-336.

⁷⁷ ראה בפרק ט.

⁷⁸ כיהן 34 שנים כרב בקוסובה, ליטא, החל משנת תרמ"ב ועד פטירתו. ראה עליו: הרב ש' כהן (עורך), פאר הדור - חיי החזון איש, בני-ברק תשכ"ז, עמ' מח-סה.

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.^{79 80}

*

נראה, כי שיטה זו זוקקת הבהרה. באמרנו, כי מטרת מעשה הקניין הינה לגלות על
גמירות הדעת, אין הכוונה כי כל אחד מפרטי הלכות הקניינים נגזר באופן ישיר מאופן גמירות
דעתם של בני אדם. אכן, דרכי הקניין - בין אלו שמן התורה ובין אלו שמתקנת חכמים -
נקבעו כדי להעיד על גמירות הדעת,⁸¹ אך ברור, "שאעפ"י שזהו היסוד של כל דרכי ההקנאה,
אבל יש בכל זאת גדרים דוגמתיים בדרכי הקניינים שאין מתחשבין לגמרי עם יסוד זה באופן
רציונלי פשוט".⁸² וכוונת הדברים, לכל פרטי דיניהן ודקדוקיהן של דרכי הקניין, דוגמת:
צורת מעשה הקניין, המקומות שבהם מועילה כל אחת מדרכי הקניין ובהם אינה מועילה,
וכד'.⁸³

⁷⁹ חזון איש, חו"מ, בני ברק תשכ"ו, סי' כב, דף נא, ד"ה כלל גדול. הדברים הועתקו מהגהותיו על טור, חו"מ.
דעת החזון איש עצמו בנושא זה, ככל הנראה, אינה כדעת אביו, ראה להלן, הערה 104.

⁸⁰ בסיום דבריו הוא מציין, שכן כתב הרב אלעזר משה הלוי, איש הורוויץ, אב"ד פינסק (מגדולי הרבנים ברוסיה
במאה ה-19) בהסכמתו למסכת בבא בתרא, ש"ס וילנא (נדפסה בשנת תרכ"ב). הסכמה זו, כמו גם יתר
ההסכמות שנדפסו שם, הושמטה במהדורות המאוחרות. היא נדפסה שוב, יחד עם שאר כתביו, בתוך: אהל
משה, ח"ב, ירושלים תש"ל, סי' קלח. רא"מ הורוויץ כותב שם, כי הבטחתו של אדם, שעליה מסתמך חבירו,
הינה יסוד לכל התורה כולה: "אבל הבטחת האדם לעשות רצון אחרים, כל שהסמיכהו בקיום דבר הנהוג בדבור
או במעשה, הוא חיוב קדום מיום ברוא אדם בארץ... וממנה צמח לנו חיוב קיום דינא דמלכותא ותוקף כח
המנהג בד"מ [=בדיני ממונות] שעוקר הלכה בכ"מ [=בכל מקום]... ושעבוד השותפין ובעלי אומניות בדגמרי
ומקני אהדדי ומשעבדי נפשיהו, אין ספורות בבבלי וירושלמי וכה"פ [=וכל הפוסקים] לעניינים כאלה, דכל היכי
דגמרי ומקני הוי חיוב גמור".

⁸¹ החידוש הוא, שגם ביחס לתורה אנו אומרים כן, כפי שכותב במפורש ר"י אנגל בציונים לתורה (לעיל, הערה
20), ביחס למעשה הקניין: "והוא רק מעשה הוראה על הרצון, וקבעה תורה בכל דבר מעשה השייך בו לפי עניינו
להוראה כו', לשיוכל האדם להורות בה רצונו בבואו להקנות לחבירו". ולא חשש הר"י אנגל, כפי שלא חששו
אחרונים אחרים, שיש בהסבר זה משום נתינת "טעמא דקרא" (כפי שהקשה הרב וייס, להלן, בסמוך להערה 87,
וראה עוד שם בעניין זה).

⁸² הרב הרצוג, לעיל, הערה 17.

⁸³ ראה גם דבריו של ליפשיץ, **אסמכתא**, עמ' 394, הערה 1, ביחס לדרישה שהקניין יחול "מעכשיו": "הצורך
שהאמצעי שבו נעשה הקניין יהיה מצוי בפועל בעת תחולתו של הקניין... מלמד על כך, שמהותו של מעשה הקניין
אינה קשורה באופן בלעדי למישור של סמיכות הדעת. אילו כך היו פני הדברים, ניתן וצריך היה לומר, שמכיוון
שנעשה מעשה קניין למדנו על סמיכות דעתם של הצדדים לעיסקה להעברת הזכויות בנכס מן המקנה אל הקונה,
ואין זה משנה מתי יעברו הזכויות מיד ליד. **תפיסת מעשה הקניין היא אפוא תפיסה מכנית נוקשה למדי**"
(ההדגשה שלי - ר"ק).

אמנם, ניתן לנסות ולטעון כי המחלוקת ופרטי הדינים השונים המצויים בתלמוד בהלכות הקניינים סובבים סביב שאלת גמירות הדעת, ויש אף אחרונים שהלכו בדרך זו.⁸⁴ ברם, נראה לנו, כי אף שבכמה מקרים ניתן אולי להסביר כך, הרי שלא ניתן לומר כן ביחס לכל הסוגיות.⁸⁵

לאור האמור, יש להבחין אפוא בין **תכלית** מעשה הקניין לבין **הסיבה** להיווצרותו, היינו: בין שאלת מטרת מעשה הקניין - שעליה התשובה ברורה, להביא לגמירות הדעת או להוות ראיה על קיומה - לבין השאלה, מדוע נקבעה דרך קניין פלונית בצורה מסויימת, שאלה שאינה מעניינתנו בפרק זה.⁸⁶

ב. הקשיים בשיטה שמעשה הקניין יסודו בגמירות הדעת והדרכים ליישובם

לדעת הרב א"ז וייס,⁸⁷ קשה לומר על מעשי הקניינים מדאורייתא שאינם פועלים בעצמם את העברת הבעלות וכל מטרתם רק להוכיח על גמירות דעתו של אדם. הקושי חמור לדעתו דווקא ביחס לקניינים דאורייתא, שכן יש בכך משום נתינת "טעמא דקרא" לקניינים שקבעה תורה, וכן ש"קשה הדבר לומר על דין תורה דאינו אלא להוכיח על כונתו ולא בעצם". ברם, יש להעיר כי כבר כתבו כמה אחרונים, על סמך דברי התוספות,⁸⁸ כי לכולי עלמא מותר ליתן טעם למצוות התורה (והדיון בראשונים בנושא טעמי המצוות יוכיח); ומה שנחלקו תנאים אם "דרשינן טעמא דקרא", הוא רק כשבאים לגזור נפקות הלכתית מן הטעם.⁸⁹

⁸⁴ ראה: תורת מיכאל (לעיל, הערה 17) עמ' קו, המסביר שמחלוקת ריש לקיש ור' יוחנן, האם משיכה קונה או מעות, היא בשאלה, "במה מראה דגמר בלבו ואיזו הסכמה צריך", והוסיף: "וכן הענין בשאר קניינים"; כך כתב גם בפרי משה (לעיל, הערה 12), עמ' יב-יג, ביחס למחלוקת ריש לקיש ור' יוחנן, על פי דברי המקנה (ר' פנחס הלוי הורביץ), קידושין כב, ע"ב, ד"ה בגמרא אמר שמואל.

⁸⁵ דוגמא לסוגיא, שאותה יקשה מאוד להסביר על יסוד שאלת גמירות הדעת, היא הסוגיא בבכורות יג, ע"א, הקובעת שדרכי הקניין במטלטלין בישראל ובגוי הינן שונות. ראה דיוננו להלן, בסמוך להערה 96 ואילך.

⁸⁶ אין ספק שחלק גדול מדרכי הקניין נקבעו על סמך הדרך המקובלת והנהוגה בין בני אדם, למשל: מסירה בבמה - רש"י, קידושין כה, ע"ב, ד"ה נקנית במסירה, "אבל משיכה לא מקניא, דאין דרכה בכך". אמנם ראשונים אחרים שם חלקו על רש"י, אם כי לא בהכרח על העיקרון; שטר במטלטלין - לא קונה, כי "שטרא לפירי לא עבדי אינשי" (ב"ב לג, ע"ב); ועוד. עם זאת, כאמור, דומה שבפרטי הלכות הקניין מצויים גם יסודות "פורמליים" שאינם משקפים בהכרח את גמירות דעתם של בני אדם.

⁸⁷ מנחת אשר (לעיל, הערה 16), עמ' צ (ההדגשה שלי - ר"ק).

⁸⁸ תוספות, גיטין מט, ע"ב, ד"ה ורבי שמעון.

⁸⁹ ראה: הרב צ' שכטר, **ארץ הצבי**, ניו יורק תשנ"ב, עמ' קלה. ניתן לטעון כי גם בנידוננו יש נפקות הלכתית לטעם שביסוד מעשה הקניין, והיא: אם מקבלים את הגישה שיסוד הקניין בגמירות הדעת, הרי שבכל מקרה שבו ניתן להסיק מן הנסיבות על גמירות דעתו של המקנה - יחול הקניין, אף בלא מעשה קניין; לעומת זאת, אם

לרב וייס יש טענה נוספת כנגד הסוברים שיסוד מעשה הקניין בגמירות הדעת. אם כדבריהם, מדוע אפוא כשעשה קניין, וגילה בכך דעתו שרוצה לקנות, אך לא עשאו כדון, כגון שביצע קניין משיכה ברשות הרבים -

למה לא יקנה? הלא אין הקניין עושה כלל את עצם ההקנאה אלא דעת האדם בלבד, והלא בודאי הוכיח רצונו ע"י קנין, וע"כ דמעשה הקניין הוא שפועל בעצם את העתקת הבעלות מאדם לאדם.

לדעתנו, גם בטענה זו אין כדי לבטל את השיטה דלעיל. מטרת מעשה הקניין היא אכן כדי להוכיח על גמירות הדעת אך, כאמור לעיל, קיימים גדרים פורמליים-אובייקטיביים בדיני הקניין,⁹⁰ ואיננו בוחנים את גמירות דעתם הסובייקטיבית של הצדדים בכל מקרה ומקרה.⁹¹ לפיכך, אם לא נעשה קניין המשיכה כדון, הרי שגם אם ברור מן הנסיבות כי הצדדים גמרו בדעתם - אין לכך תוקף.⁹²

הרב וייס מוסיף ומקשה על דעת ר' יוסף אנגל:

ועוד דלא הבנתי בכלל כל דבריו, דאם צריך מעשה להוכיח על גמר דעת, הרי בודאי צריך הוכחה על גמר דעתו של המקנה, דבעינן בי[ה] "גמר ומקנה", ולא של הקונה; דהקונה הלא בודאי מתכוין לקנות, אך את מעשה הקניין עושה הקונה ברוב הקנינים, כגון הגבהה ומשיכה במטלטלי וחזקה בקרקע. ואין לומר דמעשה הקניין שעושה הקונה הוי הוכחה על גמר דעת המקנה מדשתיק ולא מוחה בו, דהרי הקנין מהני אף שלא בפני המקנה כלל כשאמר לי[ה] לך חזק וקני. וע"כ דאין הקנין כדי להוכיח על גמר דעת המקנה בלבד... אלא עצם הסיבה והכנסת החפץ והממון לרשות הקונה ע"י הקנין.

אוחזים בגישה האחרת, שמעשה הקניין נחוץ כיסוד עצמאי - לא יחול הקניין בלא מעשה קניין. ברם, באופן מעשי לא קיימת, לדעתנו, נפקות בין שתי השיטות. שכן, כפי שכבר ציינו (לעיל, הערה 40), גם האוחזים בגישה הראשונה מסכימים, כי לא ניתן לומר שקניין נעשה בגמירות דעתו של המקנה גרידא ("בההיא הנאה"), אלא באותם מקרים שקבעו חכמים כן. לדעות שונות בעניין "טעמא דקרא" ראה: **אנציקלופדיה תלמודית**, כרך כ, עמ' תקסח.

⁹⁰ הרב ח"ג צימבליסט בפסק דין מתמודד בדיוק עם אותה בעיה שמעלה הרב וייס, ומיישבה בדרך המוצגת על ידינו כאן. ראה להלן, עמ' 143.

⁹¹ על עניין המבחן האובייקטיבי לגמירות הדעת ראה עוד להלן, עמ' 141-142.

⁹² הרב וייס (לעיל, הערה 87) היה מודע להסבר מעין זה: "וידעתי שיש לדחוק, דאף בקנינים דאורייתא הוי הרצון יסוד הקנין, אלא דכיון דהוי גזה"כ [=גזירת הכתוב] צריך שיעשה את החזקה בכל פרטיה ודקדוקיה כדי לקנות", אלא שהתקשה לקבלו. ראה שם.

גם קושיה זו אינה חזקה, לדעתנו. ראשית, לא ברור לנו על יסוד מה מניח הרב וייס כהנחה פשוטה, כי נחוצה הוכחה רק לגמירות דעתו של המקנה, ו"הקונה הלא בודאי מתכוין לקנות". ניטול, דרך משל, עיסקת מכר. קניית הממכר מטיבה מותנית במחיר, ודרוש אפוא גילוי דעת על כך שהקונה גומר בדעתו לקנות את הממכר במחיר שנדרש לשלם עבורו.⁹³ ניתן לתאר גם מצבים נוספים, שבהם לא ברור מאליו כי הקונה אכן מעוניין לקנות.⁹⁴

על עצם הקושיה ניתן להשיב, כי המקנה גומר בדעתו להקנות עם השלמת מעשה הקניין, גם אם ביצעו המעשי של אקט זה יהא על ידי הקונה, ואף אם ייעשה שלא בפניו. אין בכל אלה כדי לגרוע מגמירות דעתו של המקנה, שכן באומרו "לך חזק וקניי" גילה דעתו כי מעשה הקניין נעשה על דעתו.⁹⁵

קושיה נוספת על הגישה שיסוד הקניין בגמירות דעת עולה מסוגיא בבכורות, שם מובאת מימרת אביי: "או קנה מיד עמיתך" - מיד עמיתך הוא דבמשיכה, הא מיד עובד כוכבים - בכסף". בהמשך הסוגיא נקבע העיקרון: "מה עמיתך בחדא, אף עובד כוכבים בחדא"; ולכן, לריש לקיש, הדורש מפסוק זה כי ישראל קונה במשיכה מן התורה, הרי שגוי קונה בכסף, ולר' יוחנן היפוך הדברים.⁹⁶

הקושי מסוגיא זו בולט לעין, אם הכל תלוי בגמירות הדעת, מה שייך לחלק לעניין דרכי הקניין בין ישראל לגוי. וכי ישראל גומר בדעתו באופן שונה מאשר הגוי?⁹⁷

כמה דרכי הסבר לסוגיא זו מצאנו באחרונים. יש שניסו לתת לסוגיא הסבר עקרוני. לדעת ר' שלמה קלוגר, למשל, בסוגיא זו נקבע הבדל עקרוני בדרכי הקניין בין ישראל לגוי: גמר דעת מועיל רק בישראל, כי "שארית ישראל לא יעשו עולה" וודאי לא יחזור בו, ולכן נחשב גמר דעתו כמו מעשה קניין; "אבל בנכרי דאשר פיהם דיבר שוא, בזה לא מהני מן

⁹³ ראה שו"ת דבר יהושע, ח"ג, חו"מ, סי' יג, אות ג, הקובע בהירות: "דכשם שהמקנה צריך להקנות בלב, כך הקונה צריך שיכון לקנות".

⁹⁴ ואמנם, "זכין לאדם שלא בפניו", היינו שלא מדעתו של הקונה-הזוכה, אך זה דווקא כשברור שזכות היא לו ולא חובה.

⁹⁵ ביחס לצורך באמירת המקנה "לך חזק (או: משוך) וקניי" קיימים מספר הסברים באחרונים. ראה סיכום הדעות בספר **תורת הקניינים (לעיל)**, הערה 16, מילואים, סי' יח, עמ' תקלב-תקלה.

⁹⁶ בכורות יג, ע"א-ע"ב.

⁹⁷ כך הקשו: רא"מ חברוני (לעיל, הערה 15), סי' ג, אות ב; רמ"מ סגל (לעיל, הערה 12), עמ' יב; רא"ז וייס, "בדין הקניין" (לעיל, הערה 16). מעניין לציין, כי אחרונים רבים, האוחזים בגישה דלעיל, לא עמדו כלל על הקושי מסוגיא זו.

התורה גמר בלבו, רק מעשה⁹⁸. ויש מי שנתן הסבר אחר.⁹⁹ ברם, הסברים אלו קשים ודחוקים לדעתנו.

בדרך אחרת בהסבר הסוגיא הולך ר' יוסף אנגל על פי דברי המהרי"ט.¹⁰⁰ לדעתו, כיוון שמעשה הקניין אינו בעל ערך עצמי, אלא רק נועד לראיה על הרצון, "שפיר קבעה תורה בכל דבר מעשה השייך בו לפי עניינו להוראה על הרצון, ואם כבר יש שם לפי עניין הדבר מעשה להוראה על הרצון, למה עוד מעשה אחר".¹⁰¹ היינו, חכמים הסיקו מן הפסוק, כי התורה נתנה לכל אחד דרך אחת להורות על רצונו לקניין.

לפי הסבר זה, הרי שיש כאן דוגמא נוספת לדברינו לעיל ביחס לגדרים פורמליים בדיני הקניין.¹⁰² הסיבה לקביעת קניין מסויים כמועיל לישראל וקניין אחר לגוי הינה, ככל הנראה, טכנית-פורמלית ביסודה (על סמך דרשת הפסוק "או קנה מיד עמיתך") ואינה עקרונית.¹⁰³ עם זאת, אין בכך משום פגיעה בעיקרון המהותי, כי תכלית מעשה הקניין להביא לגמירות דעת.

ג. מעשה הקניין - יסוד עצמאי

הדעה המנוגדת לזו שהוצגה עד כה - והיא, כאמור, דעת מיעוט בקרב האחרונים - הינה, כי מעשה הקניין הוא יסוד עצמאי, והוא, ולא גמירות הדעת, הפועל והיוצר את הקניין.¹⁰⁴ כפי שנראה, בקרב האוחזים בדעה זו קיימות כמה שיטות.

⁹⁸ שו"ת טוב טעם ודעת, מהד' קמא, סי' רסט, ד"ה והנה עוד יש. וראה שם, כיצד הסביר את הסוגיא כולה לאור העיקרון הנ"ל.

⁹⁹ ראה: רא"מ חברוני, **לעיל**, הערה 97.

¹⁰⁰ חידושי מהרי"ט, **לעיל**, הערה 20.

¹⁰¹ בית האוצר וציונים לתורה, **לעיל**, הערה 20. הציטוט מתוך בית האוצר, שם.

¹⁰² ראה **לעיל**, בסמוך להערה 82.

¹⁰³ ר"י אנגל (בית האוצר, **לעיל**, הערה 101) מדגיש, כי לאור תפיסתו ביסוד הקניין הרי שאין שוני **איכותי** בין הקניינים השונים, ולפיכך לא שייך ללמוד זה מזה בקל וחומר, "דאין שם כלל עניין קלות וחומר, היינו קלישות ואלימות מעשה הקניין, כיון שאין מעשה הקניין פועל כלל והוא רק לראי[ה]". יש כאן, אפוא, קביעה **פורמלית** של התורה ביחס לסוג הקניין, "בכל דבר מעשה השייך בו לפי עניינו להוראה על הרצון", קביעה שהיא בגדר גזירת הכתוב.

¹⁰⁴ בדעה זו אחז, כנראה, רב האי גאון בספר המקח והממכר, ראה: א' קרלין, "ספרי רב האי, שיטתו והשקפותיו בדיני ממונות", **סיני** ב (תרצ"ח), עמ' תרפז-תרפח. דעה זו מבטאת ביתר בהירות אצל כמה מן האחרונים, ראה: שו"ת נודע ביהודה (**לעיל**, הערה 31); מהרש"ם, משפט שלום, סי' קצד, ד"ה כלל העולה, ירושלים תש"ן, עמ' קצא, וראיתו שם מהרמב"ם אינה מוכרחת לדעתנו; הרב ח"פ שיינברג, טבעת החושן, ירושלים תש"ל, ח"ג, עמ' 3-2: "עיקר הקניין הוא המעשה, שזהו שעושה החלות של ההקנאה, אלא שבענין דעת שע"ז [=שעל ידי זה]

הרב א"מ חברוני כותב :

נראה לכן דגדרי הקנינים הם, שהלכה לממ"ס [=למשה מסיני] שאין המקח נקנה בדברים ובעי מעשה הקנין, אבל איזהו מעשה הקנין, לזה לא ניתנה הלכה, אלא כל שהנהיגו בעולם למעשה הקנין, זהו קונה מה"ת [=מן התורה].¹⁰⁵

דברי הרא"מ חברוני מבוססים על ברייתא בירושלמי, העוסקת בהתפתחות דרכי הקניין במקרקעין,¹⁰⁶ אך אין הוא מתמודד עם סוגיות "בההיא הנאה".

הרב א"ז וייס סובר, כי יש שני מסלולים שונים בקניין. במקום שיש אומדנא של חכמים שהכל גומרים ומקנים ("בההיא הנאה... גמר ומקני"), אין צורך במעשה קניין כלל, שכן גמירות דעת חזקה זו שקולה לקניין.¹⁰⁷ אך זה רק ב"מקום שחז"ל קבעו, שכונתו להקנות הוא כונה גמורה ומושלמת, ללא סייג ופקפוק".¹⁰⁸ במקום שלא קיימת אומדנא כזו - נחזיק מעשה הקניין כסיבה עצמאית ליצירת הקניין, ולא כהוכחה על גמירות הדעת.¹⁰⁹

נעשה המעשה למעשה קניין, אבל מ"מ עיקר הוא המעשה". בין הראיות שהביא לשיטתו הם דברי החזון איש (אה"ע, סי' מד, אות ז): "ועיקר הקניין שגזרה תורה הוא שיעשה מעשה וידע שבה גומר קניין". לדעתנו, אין משם כל ראייה, וגם שאר ראיותיו שם ניתנות לדחייה. אמנם, ביחס לדעת החזון איש, מדבריו במקומות אחרים (ראה לעיל, הערה 40) משמע, אמנם, כי גרס כדעת הנודע ביהודה הנ"ל. היינו, כי בכל המקומות שמצאנו בשי"ס הקנאה על ידי גמירות דעת ובלא מעשה קניין מדובר בתקנת חכמים, שכן מן הדין לא ניתן להקנות בלא מעשה קניין.

¹⁰⁵ לעיל, הערה 15, עמ' ה.

¹⁰⁶ ירושלמי, קידושין פ"א, ה"ה. ברייתא זו נדון להלן, עמ' 152-158.

¹⁰⁷ "דקיי"ל לחז"ל, דהיכי דאנן סהדי שבכה"ג סתם בנ"א [=בני אדם] גמרי ומקני - ל"צ [=לא צריך] כלל מעשה קניין, דגמ"ד [=דגמירות דעת] היכי דאנן סהדי דכו"ע נהגי כן, הוי ג"כ כקניין". הרב וייס מסביר שם, שחז"ל למדו כך, "כיון דיסוד גדרי קנין אינו חידוש של תורה, אלא יסודו בדעת בנ"א והנהגתם". כלומר, מסלול זה של קניין היה קיים עוד קודם מתן תורה, בטרם נתחדשו קניינים של תורה, וגם לאחר מתן תורה לא בטל. דבריו מסתמכים, ככל הנראה, על שו"ת חתם סופר, יו"ד, סי' שי.

¹⁰⁸ בשיעורו "בדין הקניין" (לעיל, הערה 16) נטה הרב וייס לומר, כי סוג זה של הקנאה אמור רק בהנאה מחמת מצווה, כבסוגיא בבכורות יח, ע"ב, וכד'; ובדומה כתב במנחת אשר (לעיל, הערה 16), עמ' צב. ואמנם, מצאנו חילוק זה כבר באבני מילואים (לר' אריה ליב הכהן, בעל קצות החושן), סי' ל, ס"ק ג, ד"ה ומ"ש הר"ן, על סמך הגמרא בבכורות הנ"ל. הוא מסביר שם בדעת הר"ן, כי בעניין קידושין יכול אדם להקנות לאשה מקום גם בלא מעשה קניין, מחמת המצווה שבדבר, "משא"כ במקח וממכר לא גמר ומשעבד נפשיה כולי האי". דברי האבני מילואים הובאו על ידי הבאים אחריו, ראה למשל: מנחת חינוך, הוצאת מכון ירושלים תשמ"ח, סוף מצווה שלו (במהדורות קודמות נדפס כהשמטה בסוף מצווה שמב).

¹⁰⁹ מנחת אשר (לעיל, הערה 16), עמ' צ, ד"ה ויותר היה נראה; עמ' צב, ד"ה אמנם נראה. יצויין, כי גם לבעלי השיטה שמעשה הקניין יסודו בגמירות הדעת, קיימים שני מסלולים דומים, אלא שכאמור, תפיסת היסוד אצלם הפוכה לזו המוצגת כאן. ראה, למשל, תורת מיכאל (לעיל, הערה 17), עמ' קו: "דעיקר הקנין הוא ההסכמה

כמה מן האחרונים סברו, כי יש לחלק בעניין זה בין קניינים להתחייבויות. הקנאת נכסים - לא ניתן לבצע בלא מעשה קניין, אך התחייבות, שאינה אלא שעבוד הגוף לחיוב - ניתן לבצע בגמירות דעת גם בלא מעשה קניין.¹¹⁰ בדרך זו הלך גם ס' דויטש.¹¹¹ סוגיות "בההיא הנאה" הוסברו על ידי בעלי שיטה זו כעוסקות בהתחייבות ולא בהקנאה, או בדרכים אחרות.¹¹²

3. תמורה והנאה בקניין

גולאק סבר, כי יסוד הקניין הוא מתן שווי או הנאה.¹¹³ לשיטתו, הקנאה או התחייבות מצריכה בדרך כלל מתן תמורה - קרי: שווי ממשי - כנגדה; לעתים היא נעשית בדרך של מתן שווי מדומה (קניין סודר); ובמקרים חריגים - בהסכמה בלבד, כשטובת ההנאה המגיעה למתחייב ("בההיא הנאה") הינה השווי הניתן כנגד החיוב.¹¹⁴

הגמורה בלבו להקנין, ומה"ט איכא למימר, דהיכי דידיעין דהוי הסכמה גמורה [כבסוגיות "בההיא הנאה"] - מהני באמירה בעלמא, ואפילו בדבר שלא בא לעולם, ולא מצריך לדין קנייני התורה; ורק היכי דהו"ל הקניין מצד דין תורה - אזי מצריך שהקנין יהי בדרך שחידשה התורה, כגון בדשליב לעולם לא הני" (ההדגשות וההוספה בסוגריים שלי - ר"ק).

¹¹⁰ ראה: שו"ת בית אפרים (לעיל, הערה 34); גם הרב וייס במנחת אשר (לעיל, הערה 16) הלך בתחילה בדרך זו, אם כי במסקנתו נטה לומר, כי יש כאן שני מסלולים, כמובא לעיל.

¹¹¹ דויטש גורס, כי בעוד שבהתחייבויות די בגמירות דעת של הצדדים, הרי שבקניין "יש צורך בשני אלמנטים מצטברים, 'גמירת דעת' (יסוד נפשי) ו'מעשה קניין' (יסוד פיזי), ולאחד ללא השני אין תוקף". ראה: ס' דויטש, **גמירת דעת בקניינים והתחייבויות במשפט העברי**, עבודת מוסמך, אוניברסיטת תל-אביב, ר"ג תשל"ג, עמ' 3. קביעה זו הינה התיזה המרכזית העומדת בבסיס חיבורו, ראה עוד שם, עמ' 19 ואילך. דויטש מדגיש (שם), עמ' 21), כי בקניינים מעשה הקניין אינו בא לשם הוכחת גמירות הדעת, אלא הוא "יסוד פורמלי בעיקרו".

¹¹² כגון, שה"הנאה" הינה קניין כסף או חליפין, ועוד. ראה אצל דויטש, שם, וראה עוד לעיל, בסמוך להערה 42.

¹¹³ בעקבות גולק סברו גם מלומדים נוספים, כי המשפט העברי נוקט בשיטת ה"תמורה", וכי הוא קרוב ביותר לדרישת ה-"valuable consideration" שבמשפט האנגלי. ראה: י"י רבינוביץ, "גמירת הדעת במשפט העברי, האנגלי והאמריקאי", בצרון, שנה ד, חוברת ד (טבת תש"ג), עמ' 271-274; י"ד אייזענשטיין, **אוצר ישראל**, ניו יארק תשי"ב, ערך "קניין", כרך ט, עמ' 200, ביחס לקניין סודר.

¹¹⁴ גולאק, **יסודי המשפט העברי**, ח"ב, עמ' 32-42. בדעה זו אחז כבר הרשב"א (שיטה מקובצת, ב"מ צד, ע"א, ד"ה הקשה הראב"ד): "לא מצינו שיתחייב אדם אלא מחמת שנהנה מחבירו... וא"נ בקניין שהוא כחליפין אליבא דהלכתא, דבעינן כלי של קונה [=תמורה]". וראה שם בהמשך דבריו. דברי הרשב"א מוסבים אמנם על קניין בהתחייבות שמקבל עליו שומר, אך כידוע הושוו בתלמוד קנייני החיוב לקנייני הרכישה. ראה: י"ש צורי, **הערעורים (על חוזים ויתר המעשים והעסקים המשפטיים)**, לונדון תרצ"ה, עמ' 195; ש' אלבק, "זכויות הקניין בתלמוד למיניהן", סיני סח (תשל"א), עמ' ח-לא, והנ"ל, לעיל, הערה 23, עמ' 368-369. ברם, כבר העיר פרידמן (לעיל, הערה 38, עמ' 120, הערה 28), כי דברי הרשב"א הנ"ל מבוססים על שיטת רב אשי וסיעתו ולא על הגישה של הדורות הקדומים. וראה עוד דבריו שיובאו בסמוך.

חוקרי המשפט העברי שאחריו¹¹⁵ חלקו על גישתו זו של גולאק, וזו גם המסקנה המתבקשת מדברינו לעיל. שכן, אם - כדעת רוב האחרונים - היסוד העיקרי לקניין הינו גמירות הדעת, ומעשה הקניין אינו אלא דרך להביא לידי גמירות הדעת או להעיד על קיומה, הרי שכל מעשה המקובל כדרך קניין, ואפילו אין בו יסוד של תמורה או הנאה, די בו כדי להעמיד קניין. אלא שאם כדברינו, עדיין יש לבחון מדוע מחפש התלמוד בסוגיות "בההיא הנאה" אחר "הנאה" הניתנת למקנה או למתחייב, כדי ליתן תוקף לעיסקה?¹¹⁶

יש צורי כותב: "יתכן כנראה להניח שחכמי א"י וביחוד ר' יוחנן היו הראשונים להכיר בערך ההנאה, אם מוסרית או חברתית, בתור חליפין עד כדי לשמש דרך קניין".¹¹⁷ "שיטת ארץ ישראל" זו נתקבלה, לדעתו, בבבל על ידי רבא והוסיפה ונשתכללה על ידי רב אשי. מסקנתו הינה, כי קניין חליפין הוליד שתי דרכי קניין: קניין סודר - בבבל, "ואת החשבת הנאה לחליפין - בא"י".¹¹⁸ ברם, ראיותיו שם אינן עומדות בפני מבחן הביקורת.¹¹⁹

דומה, כי מענה לשאלה שהוצגה לעיל ניתן למצוא במאמרו של ש"י פרידמן. מסקנתו, על יסוד ניתוח טקסטואלי ותוכני של הסוגיות, הינה כי חלה תמורה בנושא זה בתקופת האמוראים:

בתקופות שונות היו גישות שונות. בתקופה הקדומה הסתמכו על עשיית הקניין בצורה המקובלת, **בלי להצריך הנאה בכל מקום**. בערך בדורו של רב אשי גברה הנטייה, אולי בגלל תפיסתם לגבי כסף, **להצריך הנאה בכל קניין**. לכן הם ראו קניין בלי הנאה כנטול יסוד (דברים בעלמא), וגילו הנאות קלות להכשיר את הקניינים המקובלים. אלא שלא הרחיקו לכת כל כך להשתחרר מן הצורות

¹¹⁵ ש"י ורהפטיג, **דיני חוזים במשפט העברי (לעיל, הערה 23)**, עמ' 15; ז' ורהפטיג, **מחקרים במשפט העברי (לעיל, הערה 23)**, עמ' 96-97, 113-114; ש"י אלבק **(לעיל, הערה 23)**, עמ' 119, הערה 42.

¹¹⁶ על סוגיות "בההיא הנאה" ראה גם מה שכתבנו לעיל, עמ' 113-114.

¹¹⁷ צורי **(לעיל, הערה 114)**, עמ' 190. הוא מוסיף, כי "יתכן ג"כ להניח, שלדעת חכמי א"י אין חיוב מופשט יכול לחול בכלל... אלא אם היתה תמורת איזה הנאה... בדוגמא לעקרון החשבת הערך (valuable consideration) בהחוק האנגלי". והשווה לאמור **לעיל**, בהערה 113.

¹¹⁸ שם, עמ' 191.

¹¹⁹ ראה שם, עמ' 190-195. עיון במאמרו של ש"י פרידמן **(לעיל, הערה 38)** ילמדנו, כי כל המאמרים שייחס צורי לר' יוחנן או לרבא אינם אלא הוספות של סתמא דגמרא לדבריהם. אין גם כל ראיה בדבריו שם, כי הקניין ב"הנאה" נולד דווקא מקניין חליפין ולא, למשל, מקניין כסף. וראה דברי פרידמן בסמוך.

המקובלות, ולכן לא הכשירו מעשי קניין שיש בהם רק הגעת הנאה קלה, כשאינן הצורה המקובלת.¹²⁰

4. מעשה הקניין - דרך עשייתו

חלק גדול ממעשי הקניין נעשים על ידי פעולת הקונה בחפץ הנקנה,¹²¹ חלקם נעשים על ידי פעולת המקנה,¹²² וחלקם על ידי פעולה משותפת של הקונה והמקנה.¹²³ עם זאת, אין זה הכרחי שמעשה הקניין יבוצע דווקא על ידי מי מהם, ויכול שיבוצע על ידי אדם שלישי על פי הוראתם.¹²⁴ שהרי, כאמור לעיל, מעשה הקניין הינו מעשה שהוסכם בין הצדדים לבצע את

¹²⁰ פרידמן, שם, עמ' 122 (ההדגשות שלי - ר"ק). א' וינגרט, "תפיסה פורמליסטית ו'מעשה קניין'", דיני ישראל יז (תשנ"ג-תשנ"ד), עמ' קכט-קל, מבקר את מאמרו של פרידמן, ברם לא זכיתי להבין את דבריו. וראה שם, הערה 44, שכתב ביחס לפרידמן: "הוא נראה 'אנוס'... לפצל את הקטעים שכוללים ביטוי זה [=בהחייא הנאה - ר"ק] ולאמר שהביטוי נוסף אח"כ". עיון במאמרו של פרידמן מעלה, כי דבריו לא נאמרו מחמת אונס ודוחק, אלא על פי מיתודה ודרכי מחקר מקובלות במחקר התלמודי.

¹²¹ במקרקעין: קניין חזקה ('נעל, גדר או פרץ'); במטלטלין: הגבהה, משיכה, מסירה - לדעת הסוברים שמסירה נעשית על ידי שאוחז הקונה בבהמה, ואין צורך שימסרנה לו בעליה, אלא די שיאמר לו "לך חזק וקני". ראה: תוספות, קידושין כה, ע"ב, ד"ה בהמה גסה (הראשון); רשב"א שם, ד"ה מתני' (וראה דעת החולקים, להלן, הערה 123). אמנם, לגבי חזקה במקרקעין, ראה מנחת אשר (לעיל, הערה 16), סי' כח. הרב וייס מסביר שם בדעת הרשב"ם והרמב"ם, כי יסוד קניין חזקה הוא מעשה המביע הפגנת בעלות ו"שיבה" בקרקע, ולפיכך יתכן שמעשה החזקה ייעשה גם על ידי בהמתו או עבדו של הקונה, ואפילו על ידי המקנה, כאמור ברמב"ם, מכירה א, טז. צריך, אפוא, לומר, כי אף שבאופן מהותי נדרש מעשה שביע את בעלותו של הקונה בקרקע, הרי שבאופן מעשי, אין זה הכרחי שמעשה זה ייעשה דווקא על ידי הקונה.

¹²² קניין סודר - לדעת רב (ב"מ מז, ע"א, וכך נפסק להלכה), שקונים בכליו של קונה, המקנה הוא שמבצע פעולת קניין בסודר, וכך מוקנה המכר לקונה. אמנם, דומה כי במקורו היה קניין סודר נעשה בכליו של מקנה. ראה: יי בן פזי (לעיל, הערה 1), פרק ה, במיוחד עמ' 172-175. כך היא אף דעתו של לוי (ב"מ, שם). ואם כך, הרי שגם בקניין סודר, כרוב דרכי הקניין, הקונה הוא שעושה את פעולת הקניין; חזקה - לכמה דעות, יכולה להיעשות גם על ידי המקנה. ראה בהערה הקודמת.

¹²³ מסירה - לדעת הסוברים שצריך הבעלים למסור הבהמה מידו לידי הלוקח באפסר, בשערה, וכד'. ראה: רש"י, קידושין כה, ע"ב, ד"ה נקנית במסירה; ריב"ם בתוספות שם, ד"ה בהמה גסה (הראשון); וכך מפורש בתוספתא, קידושין (ליברמן), א, ח, והראשונים הנ"ל לא הביאוה. וראה תוספתא כפשוטה, שם, עמ' 920, שורות 32-33. גם ביחס לקניין חליפין נראה שיש מי שהבין, כי מעשה הקניין הינו מסירת החפץ האחד על ידי הקונה והגעתו לידי המוכר. ראה: רמב"ם, פירוש המשנה, מהד' קאפח, קידושין א, ו. ברם, יש מי ששיער, כי חליפין במקורו לא היה קניין עצמאי, אלא תוצאה משפטית של אחד משני קניינים ידועים, כסף ומשיכה, כאשר משיכת המטלטלין על ידי אחד הצדדים מהווה קניין כסף (לדעה שצריך לערוך למטלטלין שומא כספית) או קניין משיכה (לדעה החולקת). ראה: בן-פזי, שם, עמ' 137-146.

¹²⁴ ראה דבריו של דויטש (לעיל, הערה 111), עמ' 33, הגורס ש'מעשה הקניין כשמו כן הוא, מעשה המבטא את קניינו של הקונה, ולכן פעולת מעשה הקניין נעשית מצד הקונה, בעוד שמצד המוכר לא נדרשת פעולה, ודי בגמירת דעתו לסיום העסקה" (ההדגשה שלי - ר"ק). בעמ' 34, שם, בסמוך להערה 115, מביא דויטש תימוכין לגישתו הנ"ל מקניין כסף. ואמנם להלן, בסמוך להערה 128, כתבנו שקניין כסף יכול להתבצע גם על ידי מסירת מטבע בין שנים שאינם הקונה והמקנה, אך נראה שאין משם סתירה לדבריו. שכן, גם אם אין הקונה עצמו נותן

הקניין באמצעותו,¹²⁵ ולפיכך אם הסכימו הללו כי בעשיית מעשה על ידי אחר יגמרו הם בדעתם - הקניין תקף.

ראיה לאמור מקניין כסף. רבא קובע במסכת קידושין,¹²⁶ כי קניין כסף¹²⁷ מועיל בקידושין גם אם הקונה (האיש) נתן את הכסף לאחר - "מדין ערב", וכן אם אחר נתן את הכסף למקנה (האשה) - "מדין עבד כנעני". המסקנה העולה מדברי רבא היא, שקניין כסף ביסודו הינו - כהגדרתו של פרידמן - "מסירת מטבע מיד ליד, ואפילו כשאין לצדדים חלק באותה מסירה,¹²⁸ כל זמן שהסכימו הם שאותה מסירה תבצע את הקניין שביניהם".¹²⁹

סיכום

בפרק זה סקרנו את יסודות הקניין במקורות התלמודיים, כפי שנתבארו על ידי הראשונים, וביתר הרחבה וביאור על ידי האחרונים. בקניין ישנם שני מרכיבים: גמירות דעת ומעשה קניין. אין חולק על כך, כי קניין שנעשה בלא גמירות דעת מצד הקונה או המקנה - אין לו תוקף. ברם, בקרב הראשונים והאחרונים נחלקו הדעות בשאלת תפקידו של מעשה הקניין.

את הכסף, הרי שנתנית הכסף על ידי האחר הינה "מצידו" של הקונה ומטעמו (על סברא זו העמידני ידידי, עמיחי רזינר). כך עולה גם מדברי רש"י, קידושין ז, ע"א, על מימרת רבא: "הילך מנה והתקדשי לפלוני - מקודשת מדין עבד כנעני", וברש"י (ד"ה הילך): "והוא שלוחו אלא שמקדשה משלו". ומכל מקום, נראה לנו כי לא תמיד נעשית פעולת הקניין "מצד הקונה", והדוגמא המובהקת - קניין סודר, המבוצע כל כולו על ידי המקנה, בכליו של הקונה. ראה לעיל, הערה 122.

¹²⁵ כוונת הדברים, כשהסכימו על מעשה המוכר כמעשה קניין על ידי ההלכה או על פי מנהג המקום. לגבי יכולת ההתנאה של הצדדים לקנות בדרך שאין לה תוקף לפי דיני הקניין או המנהג, ראה בפרק ד, עמ' 137-144.

¹²⁶ קידושין ו, ע"ב-ז, ע"א.

¹²⁷ אין לטעון, כי שם מדובר דווקא בקידושי אשה, בשונה מקניין כסף במקרקעין, שהרי הסוגיא בקידושין שם בעצמה משווה בין השניים. כך גם עולה ממאמרו המקביל של רבא בעבודה זרה סג, ע"ב: "תן מנה לפלוני ויקנו כל נכסאי לך - קנה מדין ערב". אמנם, בשם הגר"ח מבריסק מובא, כי בשאר קניינים מעשה הקניין נדרש רק מצד גמירות הדעת, ואילו בקידושין יש דין מיוחד של "קיעה". ראה: ברכת שמואל (לר' ברוך דב ליבוביץ), מסכת קידושין, ניו-יורק 1972, סי' א, אות א; טבעת החושן (לעיל, הערה 104), עמ' 2; ארץ הצבי (לעיל, הערה 89), עמ' רב-רג.

¹²⁸ אמנם, בסוגיא לא מפורש כי גם מסירת מעות בין שני צדדים שלישיים יכולה לשמש כקניין כסף בין מקנה וקונה, אך דומה שזו המסקנה המתבקשת מן הסוגיא. ואמנם, כך כותבים במפורש כמה מן הראשונים והאחרונים. ראה: פרידמן (לעיל, הערה 38), עמ' 129, הערה 59.

¹²⁹ פרידמן, שם, עמ' 129. וראה שם, עמ' 123 ואילך, ניתוח כל מימרותיו של רבא בסוגיא בפירוט. האחרונים נחלקו, כידוע, בשאלה, האם כסף קונה (מקרקעין) גם כשנתנו בתורת קניין או רק כשנתנו בתורת שווי ותחילת פירעון. ראה: שו"ע, חו"מ קצ, ב; סמ"ע שם, ס"ק א; ט"ז שם; נתיבות המשפט שם, ס"ק ב. נראה לנו, כי מן הסוגיא בקידושין שנדונה לעיל ניתן להביא ראיה נוספת לסוברים, כי גם נתינת כסף בתורת קניין מועילה. שכן לפי דברינו, זו בדיוק מהותו היסודית של קניין כסף אליבא דרבא, ולא מתן שווי הממכר.

יש הסוברים כי מעשה הקניין הינו יסוד עצמאי, והוא עיקרו של הקניין. ברם, דעת רוב האחרונים הינה, כי **יסוד הקניין הינו גמירות הדעת**, וכי מעשה הקניין נחוץ רק **כאמצעי** להביא לידי גמירות הדעת, או כדי להוכיח על קיומה. משום כך, במקום שגמירות הדעת מוכחת בבירור מן הנסיבות, ניתן לקנות גם בלא מעשה קניין. אין אמנם ספק, כי יש בדיני הקניין על פרטיהם גדרים פורמליים, כדוגמת צורתו המדוייקת של כל אחד ממעשי הקניין. עם זאת, אין בכך משום סתירה לדעה, כי תכלית מעשה הקניין הינה להביא לידי גמירות דעת או להעיד על קיומה של זו.

הקניין אינו דורש מתן תמורה או הנאה למקנה. ברם, נראים דברי פרופ' ש"י פרידמן, כי בסוף תקופת האמוראים, בערך בזמנו של רב אשי, גברה התפיסה שקניין בלא הנאה אין לו תוקף. גישה זו מוצאת את ביטויה בדברי סתמא דגמרא בכמה מסוגיות התלמוד.

מעשי הקניין לסוגיהם נעשים על ידי הקונה, המקנה או שניהם יחד. כן יכול שיבוצע מעשה הקניין על ידי אדם שלישי על פי הוראתם.

שער שלישי

**התנאה בדיני ממונות
ובדרכי הקניין**

יכולת ההתנאה בדיני ממונות ובדרכי הקניין

מבוא

כפי שנראה במהלך חיבורנו, יש מפוסקי ההלכה שביססו את תוקפו המשפטי של קניין סיטומתא - שהוא הקניין הנהוג על ידי בני המקום - על יכולת ההתנאה בדיני ממונות, היינו, על דין "המתנה על מה שכתוב בתורה", ש"בדבר שבממון - תנאו קיים"¹.

פרק זה יוקדש אפוא לבחינת יכולת ההתנאה, בדיני ממונות בכלל ובתחום דרכי הקניין בפרט.

1. "מתנה על מה שכתוב בתורה" בדבר שבממון

במקורות התנאיים - משנה², תוספתא³ וברייתות בשני התלמודים⁴ - אנו מוצאים את ההלכה: "כל המתנה על מה שכתוב בתורה⁵ תנאו בטל"⁶.

¹ ראה להלן בפרק זה, עמ' 143-144, ובפרק ט, עמ' 320-322, 325 ובהערה 202. שאלת הבסיס המשפטי לקניין סיטומתא תידון בהרחבה בפרק ט.

² משנה, כתובות ט, א; ב"מ ז, יא; ב"ב ח, ה.

³ תוספתא, כתובות ט, ב; נזיר ב, ב; גיטין ז, א; קידושין ג, ז-ח (על פי מהד' ליברמן). וראה בתוספתא כפשוטה למקומות הנ"ל.

⁴ ברייתא, נזיר יא, ע"א; קידושין יט, ע"ב, והמקבילה בירושלמי, קידושין, פ"א ה"ב, נט ע"ג. פעמים שהכלל ההלכתי מופיע בתוספת הקדמה המסבירה, מדוע התנאי שנעשה בטל: "שהתנה על מה שכתוב בתורה, וכל המתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל" (תוספתא, כתובות, נזיר וקידושין, שם. ובמשנה כתובות וברייתות בבבלי, שם: "מפני שהתנה..."), ופעמים שמופיעים הכלל לבדו או ההקדמה לבדה: "...לא אמר כלום, שהתנה על מה שכתוב בתורה" (משנה, ב"ב, שם); "כל המתנה על מה שכתוב בתורה - תנאו בטל" (משנה, ב"מ, שם).

⁵ באופן עקרוני, ניתן להתנות בדבר שבממון גם על דינים מדרבנן, אך ראה להלן, הערה 74.

⁶ על עניין "מתנה על מה שכתוב בתורה" ועל הטעם לבטלות התנאי, ראה: הרב ב' ליפקין, "התנאת הגורמים בדברים שבממון (Ius Dispositivum במשפט העברי)", סיני לה (תשי"ד), עמ' קיא-קכו; ש"ז בומבך, חופש ההתנאה במשפט העברי, עבודת מוסמך, האוניברסיטה העברית, ירושלים תשל"ה; אלבק, דיני הממונות בתלמוד, עמ' 338-347; הנ"ל, יסודות בדיני הממונות בתלמוד, רמת גן תשנ"ד, עמ' 347-352; ליפשיץ, אסמכתא, עמ' 176-186; אלון, המשפט העברי, עמ' 109-113.

ביחס להתנאה על מה שכתוב בתורה בדבר שבממון, מצד אחד מצאנו מקורות תנאיים סתמיים, הקובעים כי ניתן להתנות,⁷ ומנגד - סתם משנה, שממנה עולה כי לא ניתן להתנות.⁸ ואמנם, נחלקו בשאלה זו תנאים בברייתא:

"האומר לאשה: הרי את מקודשת לי על מנת שאין ליך עלי שאר כסות ועונה - הרי זו מקודשת ותנאו בטל, דברי רבי מאיר. ר' יהודה אומר: בדבר שבממון תנאו קיים".⁹

להלכה נפסק כרבי יהודה.¹⁰ בביאור דעתו מצאנו בראשונים שני הסברים.¹¹ מהרמב"ן עולה, כי ברגע שמוותר בעל הזכות על הזכות שהעניקה לו התורה - **נעקרת הזכות ואינה קיימת עוד כלל**: "ור' יהודה סבר, בידו לומר לו שלא יתחייב לו, שהרי מוחל, ובדבר של ממון לא אמרה תורה שיתחייב אלא ברצונו של זה [=בעל הזכות]".¹² רבי מאיר, לדעת הרמב"ן, חולק על האפשרות להתנות ולעקור חיוב הקיים מכוח התורה, וסובר כי ניתן רק למחול על חיוב זה.

לעומת זאת, לדעת הרשב"א גם רבי יהודה מודה, כי לא ניתן לעקור את דיני הממונות שבתורה באמצעות התנאה. מחלוקת התנאים אינה אלא **בפרשנות** התנאי "על מנת

⁷ תוספתא, ב"מ (ליברמן) ג, כב. וראה תוספתא כפשוטה, שם, עמ' 182; קידושין (ליברמן) ג, ז-ח. ושם הדברים מפורשים: "זה הכלל, כל המתנה על מה שכתוב בתורה בדבר של ממון - תנאו קיים, בדבר שאינו של ממון - תנאו בטל". וראה תוספתא כפשוטה, שם, עמ' 947-948; משנה, ב"מ ז, י. אמנם, מחמת הסתירה מהסיפא (שם, משנה יא), העמידה הגמרא ב"מ צד, ע"א, משנה זו כר' מאיר.

⁸ משנה, ב"ב ח, ה. אמנם, הגמרא ב"ב ככו, ע"ב, העמידה משנה זו אף לדעתו של ר' יהודה.

⁹ כתובות נו, ע"א, ומקבילות. אלו, **המשפט העברי**, עמ' 110, משער: "מסתבר שבהלכה הקדומה חל העקרון, שכל המתנה על מה שכתוב בתורה - תנאו בטל (בין בממון בין באיסור - ר"ק)... בדור הרביעי לתנאים צימצמו אחדים מחכמי ההלכה את היקף תחולתו של עקרון שלילת חופש ההתנאה, והעמידוהו רק בדברים של ממון". ואין הדברים מוכרחים. שכן כאמור לצד מקורות במשנה ובתוספתא הסותמים כר' מאיר, מצאנו תוספתא מפורשת הסותמת כדברי ר' יהודה (**לעיל**, הערה 7). וכבר העמידו חוקרים על כך, כי התוספתא במקומות רבים משקפת הלכות הקדומות להלכות שבמשנה, אשר הן או שכמותן שימשו כמקורותיה של המשנה. ראה: ש"י פרידמן, "מקבילות המשנה והתוספתא", **דברי הקונגרס העולמי האחד-עשר למדעי היהדות** (תשנ"ג), חטיבה ג, כרך א, עמ' 15-22; הני"ל, "תוספתא עתיקתא: ליחס מקבילות המשנה והתוספתא [א] - כל כתבי הקדש (שבת טז, א)", **תרביץ** סב (תשנ"ג), עמ' 313-338; הני"ל, "תוספתא עתיקתא: ליחס מקבילות המשנה והתוספתא [ב] - מעשה ברבן גמליאל וזקנים", **בר אילן** כו-כז (תשנ"ה), עמ' 277-288; ובמקורות שצוינו במאמרים הני"ל. כן נטען, כי הברייתות שבבבלי המקבילות לתוספתא הינו, בדרך כלל, מאוחרות מן התוספתא. ראה: פרידמן, "מקבילות", שם, עמ' 18. לאור האמור, מסתבר יותר כי מחלוקת ר' יהודה ור' מאיר המופיעה בברייתא שבבבלי מקורה במחלוקת תנאים קדומה יותר, המתועדת במסורות החלוקות שבתוספתא.

¹⁰ ראה, למשל, לגבי שאר כסות ועונה (כתובות, שם) - רמב"ם, אישות ו, ט-י; יב, ו; שולחן ערוך, אה"ע לח, ה; סט, ו.

¹¹ על שני ההסברים שבראשונים עמד כבר, בקיצור, הרב ליפקין (**לעיל**, הערה 6), בעמ' קיא.

¹² רמב"ן, ב"ב ככו, ע"ב, ד"ה הרי זו מקודשת.

שאינן לך עלי...". רבי מאיר מבין, כי כוונת הדברים הינה להתנות על הדין הקבוע בתורה (שאר וכסות, אונאה וכד'), ולכן סבר שתנאו בטל. מנגד, רבי יהודה סובר "דלאו דין שאר ודין אונאה קאמר, אלא מחילת ממון יש כאן, כלומר, שתמחול לי ממון האונאה שיש לך עלי... וממון ניתן הוא למחילה, והרי זה כאומר לחברו: קרע את כסותי והפטר, דמחילת ממון יש כאן וקיים".¹⁵ לפי הסבר זה הרי שגם לרבי יהודה לא ניתן להתנות על הדין הכתוב בתורה ולעוקרו, וזה ש"בדבר שבממון - תנאו קיים" הוא מטעם **מחילה**, היינו: הזכות קיימת ואינה ניתנת להתנאה, אך הזכאי לה רשאי למחול עליה.¹⁴

שני ההסברים דלעיל מוצאים את ביטויים גם בדברי אחרונים.¹⁵ אפשר, כי בסוגיות התלמוד, העוסקות בדין מתנה של מה שכתוב בתורה, ניתן למצוא אחיזה לכל אחד משני הסברים אלו.

במסכת גיטין דנו בברייתא: "הרי זה גיטך על מנת שתאכלי בשר חזיר... נתקיים התנאי - הרי זה גט, ואם לאו - אינו גט".¹⁶ והקשו, מדוע תנאי זה תקף, והלא "כל המתנה על מה שכתוב בתורה - תנאו בטל"? ותירץ לבסוף רבינא: "כי אמרינן מתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל, כגון שארה כסותה ועונתה, **דודאי קא עקר** [=שוודאי (הוא) עוקר (מה שכתוב בתורה, בעת הקידושין)], אבל הכא, מי קאמר לה לא סגי דלא אכלה, לא תיכול ולא תיגרש [=אבל כאן, האם (הוא) אומר לה, (ש)לא די (לה) שלא תאכל? (ש)לא תאכל ולא תתגרשי!"]".

¹³ דבריו הובאו בשיטה מקובצת, כתובות נו, ע"א (הוצ' א' ציוני, תשכ"ה, עמ' תתרמז). ושם בהמשך: "זהו דרכן של רבותינו בעלי התוספות שכתבו במסכת גיטין", והכוונה, כנראה, לסוגיית גיטין פד, ע"ב, שתיידון להלן.

¹⁴ ואמנם, בדומה למחלוקת רמב"ן ורשב"א כאן ביסוד ההתנאה בדבר שבממון, נחלקו רמב"ן והתוספות בטעם הפטור ב"קרע כסותי והיפטר". הרמב"ן לשיטתו כאן סבר, שכל העושה ברשות הניזק אינו בגדר מזיק ולא חייבתו תורה כלל, והתוספות גרסו, שפטורו מחמת מחילת הניזק. ראה: הרב ז"נ גולדברג, "נוק ששותפים בו המזיק והניזק", **תחומין יח (תשנ"ח)**, עמ' 53.

¹⁵ הבנה דומה לזו של הרמב"ן - ביחס ללשון "על מנת" - מעלה ר' עקיבא אייגר, דרוש וחיידוש, כתובות נו, ע"א, ד"ה שם תד"ה ה"ז, מדעתו: "ואילולי שאיני כדאי היה נראה לי, דע"מ אינו בדרך תנאי [ואינו כפוף להלכות תנאים - ר"ק], רק שמקדש אותה **בלי התחייבות** שאר כסות ועונה, והיא נתקדשה לו על אופן זה, וכמו על מנת שאין לך אונאה... והלוקח שמתרצה הוי כקנה בלי זכות זה דאונאה, וסילק זכותו בזה". כלומר, הזכות **נעקרת** לגמרי. וכבר קדמו ביסוד זה הריטב"א, קידושין כג, ע"ב, ד"ה הכא במאי עסקינן (מוסד הרב קוק, ירושלים תשמ"ה, עמ' רנה), שכתב ש"אין לשון תנאי והלכותיו אלא כשהוא בלשון עשה או לא תעשה", אבל לשון "על מנת... אינו תנאי אלא שיור בגוף המתנה". וראה נתיבות המשפט, חו"מ ריב, ס"ק ד, שדן בדברי הריטב"א הנ"ל (תודתי נתונה לידידי, הרב רפאל שטרן, שהאיר עיניי במקורות דלעיל). לעומת זאת, אחרונים אחרים כתבו במפורש שהיכולת להתנות בדבר שבממון יסודה בדין **מחילה**. ראה: ש"ך, חו"מ קצח, ס"ק י; משנה למלך, אישות טו, א.

¹⁶ גיטין פד, ע"ב.

דברי רבינא הינם לפי שיטת רבי מאיר, הסובר כי גם בשאר וכסות, ולא רק בעונה, קיימת בעיה של מתנה על מה שכתוב בתורה.¹⁷ מוקד הבעיה אליבא דרבי מאיר, לדידו, הינו מצד ש"ודאי קא עקר", היינו: מצד עקירת הזכויות שהעניקה התורה לאשה.¹⁸ לפי זה, דעת רבי יהודה, החלוק על רבי מאיר, הינה כנראה כי בדיני ממונות ניתן להתנות על דין תורה גם כש"ודאי קא עקר", קרי: **עוקר** את הזכות הממונית,¹⁹ וכדברי הרמב"ן לעיל.

מדברי רב ענן במקום אחר, יתכן שעולה הבנה אחרת. נחלקו רב ושמואל: "האומר לחבירו: 'על מנת שאין לך עלי אונאה', רב אומר: יש לו עליו אונאה, ושמואל אומר: אין לו עליו אונאה".²⁰ ופירש רב ענן את דברי שמואל: "על מנת שאין לך עלי אונאה - אין לו עליו אונאה, על מנת שאין בו אונאה - הרי יש בו אונאה".²¹

דברי רב ענן אמורים אליבא דרבי יהודה, שכן לרבי מאיר גם ב"אין לך עלי" אין ההתנה תקפה, שהרי זה בדיוק כ"אין לך עלי שאר כסות ועונה".²²

בראשונים הוצעו שתי דרכים לביאור דברי רב ענן. לדעת רש"י,²³ "אין בו אונאה" פירושו: אין במקח אונאה, והבעיה הינה מצד *מקח טעות* ולא מצד עקירת דין תורה. התוספות²⁴ הקשו על דבריו, והביאו את דעת הרשב"ם. הרשב"ם גורס, כי הבעיה ב"אין בו אונאה" הינה שההתנה אינה על דבר שבממון אלא על איסור "ולא תונו". ברם דומה, כי אין

¹⁷ כך עולה בבירור גם מהשוואה לסוגיא המקבילה בב"מ נא, ע"ב, שם מייחסת הסוגיא במפורש את סברתו של רבינא לר' מאיר (אליבא דשמואל): "עד כאן לא קאמר ר"מ התם [=בשאר, כסות ועונה], אלא דודאי קא עקר...".

¹⁸ ראה: רש"י, גיטין פד, ע"ב, ד"ה דודאי קא עקר; בב"מ נא, ע"ב, ד"ה דודאי עקר.

¹⁹ ניתן לחלוק ולומר, כי גם לר' יהודה אין ההתנה בממונות בבחינת "עקירה" של הזכות, אלא "מחילה" עליה. ברם, מפשטות לשון האמוראים בסוגיא עולה, כי מוקד הבעיה הינו ה"עקירה" של דין תורה. כך בדברי רבינא, כאמור, וכך משמע גם מדברי רב אדא לפניו, המחלק בין כש"הוא [=המקדש] קא עקר" ל"אינה [=המתקדשת] קא עקרה".

²⁰ בב"מ נא, ע"א; מכות ג, ע"ב; כתובות פד, ע"א.

²¹ בב"מ, שם ע"ב; מכות, שם.

²² כך סברה גם הגמרא בב"מ שם שהוא אמינא, כשתלתה את מחלוקת האמוראים במחלוקת התנאים לגבי מתנה על שאר כסות ועונה: רב כר' מאיר ושמואל כר' יהודה. אמנם, בהמשך דחתה הסוגיא תלות זו, שכך היא דרכו של התלמוד, שלא לתלות, ככל האפשר, דברי אמוראים במחלוקת תנאים (וכידוע, "לימא [או: לימא כתנאי]" הינה שאלה-הצעה, שנדונה מראש להידחות). כך גם ביאר רש"י, מכות שם, ד"ה לדידי מיפרשא לי, את דברי רב ענן.

²³ רש"י, מכות שם, ד"ה לדידי; בב"מ שם, ד"ה שאין בו אונאה.

²⁴ תוספות, מכות ובב"מ שם, ד"ה על מנת.

זו בהכרח הנקודה המכריעה. שהרי בגמרא²⁵ דימו את מחלוקת האמוראים באונאה למחלוקת התנאים בקידושין, ולא נטען כנגד השוואה זו, שבאונאה יש בעיה איסורית בעוד ששאר וכסות הינם חיובי ממון גרידא. מכאן שסברה הגמרא, כי אף שמדובר בעניינים בעלי השלכה איסורית (אונאה, קידושין), ההתנאה מתייחסת להשלכות הממוניות בלבד.

נראה לנו להציע, כי הבעיה ב"אין בו אונאה" אינה נעוצה במקח טעות, כרש"י, ואף לא בפן האיסורי שבאונאה, כדברי הרשב"ם, אלא בניסוח התנאי. מן הניסוח האמור משמע, כי הצדדים באים לעקור דין אונאה במכר (קרי: את הפן הממוני שבדין אונאה), ולא רק למחול עליו. מימרת רב ענן תפורש, אפוא, באופן הבא: "אין בו אונאה" זו עקירה ישירה של דין תורה, ולכן אינה תקפה גם לר' יהודה; "אין לך עלי אונאה", לעומת זאת, אינה עקירה של דין אונאה במכר, אלא מחילה מצד הקונה על השלכותיו הממוניות של דין זה, ולפיכך יש לה תוקף.²⁶

על פי הצעתנו בביאור דברי רב ענן נמצא, כי גם לדעת רבי יהודה לא ניתן לעקור דין תורה, אפילו בדבר שבממון. היכולת להתנות לרבי יהודה מתבססת, אם כן, על מחילת בעל הזכות, וכדברי הרשב"א לעיל.²⁷

2. התנאת המתחייב ובעל הזכות יחדו על דבר שבממון

ראינו, אפוא, כי התנאה בדבר שבממון מועילה מצד ויתור ומחילה של בעל הזכות הממונית על זכותו. אולם, מצינו דינים ממוניים, שבהם אף שלא מועילה התנאה מצדו של בעל הזכות לבדו, בכל זאת ניתן להתנות על מה שכתוב בתורה כאשר מתנים על כך שני הצדדים, קרי: המתחייב ובעל הזכות יחדו.²⁸

דוגמא לדבר מצאנו בחיובי שומרים. המשנה קובעת: "מתנה שומר חנם להיות פטור משבועה... כל המתנה על מה שכתוב בתורה - תנאו בטל".²⁹ בתחילה סברה הגמרא, כי

²⁵ ב"מ, שם.

²⁶ בעניין זה אנו תמימי דעים עם הרשב"ם, הובא בתוספות, מכות שם, ד"ה על מנת: "ע"מ שאין לך עלי אונאה - כלומר, שלא תתבע לי האונאה, אלא תמחול לי - תנאו קיים".

²⁷ לשון מחילה ביחס לשיטת ר' יהודה נזכרת כבר בתלמוד. ראה ב"מ נא, ע"א: "עד כאן לא קאמר ר' יהודה התם [=שאר וכסות], אלא זידעה וקא מחלה, אבל הכא [=אונאה] מי ידע דמחיל?"; ב"ב קכו, ע"ב: "התם [=שאר וכסות] ידעה וקא מחלה, הכא [=ירושה] לא קא מחיל (וי"ג: מי ידע דמחיל, ראה רש"י)". ברם, בשני המקומות הכוונה לדרשה מקדמית, שתדע ותותר על זכותה, ואין משם ראייה ברורה כי ר' יהודה סבר שניתן רק למחול ולא לעקור את הזכות הממונית.

²⁸ על עניין זה העמיד בבהירות הרב ב' ליפקין במאמר (לעיל, הערה 6), ודברינו בסעיף זה מבוססים על דבריו שם.

²⁹ משנה, ב"מ צד, ע"א.

הרישא הינה דברי רבי יהודה, הסובר "בדבר שבממון - תנאו קיים" והסיפא - רבי מאיר, אך לבסוף תרצה, שהמשנה כולה כרבי מאיר, "ושאני הכא, דמעיקרא לא שעבד נפשיה [=ושונה כאן (בשומר), שמתחילה לא שעבד עצמו]".

בהסבר הדברים כותב ר' בצלאל אשכנזי (קהיר - ירושלים, המאה ה-16) בשיטה

מקובצת:

והפירוש הנכון בזה בעיני, דהא דשומרים לא דמי לאידך דאיתמר בהו מתנה על מה שכתוב בתורה. דבכלהו אידך אזהר רחמנא בהדיא, דבאונאה כתיב אל תונו, ובשביעית כתיב לא תגוש, ובשאר וכסות כתיב לא יגרע, ובאלו רחמנא קפיד בהו, הילכך כל שמתנה כנגד זה מתנה על מה שהקפידה תורה. אבל בדיני שומרים לא גלי קרא קפידא, ולא אזהר עליה שלא יפטר מדיני שומרים, אלא שגזר הכתוב על השומרים שמקבלים שמירה סתם מה יהא דינם, אבל כל שפירש לגרוע מחיובו ולא נחית להכי, לא קפיד רחמנא כלל, וכשמתנה לגרוע מחיובו או להוסיף - אינו מתנה על דין תורה.³⁰

ביאור הדברים: בכל "מתנה על מה שכתוב בתורה" בדבר שבממון נעשית ההתנאה **רק על ידי בעל הזכות** הממונית, המסתלק מהזכות שזיכתה לו תורה (כגון: המקודשת, המסתלקת מזכותה לקבל שאר וכסות מבעלה). בשומרים, לעומת זאת, מצאנו דגם חדש של התנאה - התנאת המתחייב ובעל הזכות יחדו.³¹ כאן **המתחייב** (השומר) הוא שמתנה שלא יתחייב בחיובי שומרים (בלשון הגמרא: "לא שעבד נפשיה"). אמנם, ברור שכדי שלא יחולו על השומר חיובי שמירה המוטלים עליו מן התורה, נחוצה גם הסכמתו של **בעל הזכות** (המפקיד) לתנאי זה.

מדברי השיטה מקובצת עולה, אם כן, "שיש מדיני התורה שנאמרו רק כל עוד לא התנו עליהם לבטלם ולשנותם... וזה באלו שלא הקפידה התורה ולא הזהירה עליהם בילאו שלא לשנות".³²

³⁰ שיטה מקובצת, ב"מ שם, ד"ה אפילו תימא ר"מ.

³¹ הדגם הרגיל של התנאה בדבר שבממון ("מתנה על מה שכתוב בתורה") אינו יכול לתת מענה במקרה זה, שכן ברור כי אין המפקיד (בעל הזכות) יכול להתנות על רמת חיובי השמירה לבדו בלא לקבל תחילה את הסכמתו של השומר (המתחייב) לכך.

³² הרב ליפקין (לעיל, הערה 6), עמ' קיג. לדעתו, יסוד זה מצוי כבר בדברי המגיד משנה (ר' יום טוב וידאל די טולושה, ספרד, המאה ה-14), ראה שם, החל באות א. וראה בהמשך הדברים שם, שסייג את היסוד האמור בכמה סייגים.

3. יכולת ההתנאה ביחס לדרכי הקניין

האם ניתן יהא ליישם את עקרון "התנאת המתחייב ובעל הזכות יחדו" - עיקרון אשר, כפי שראינו זה עתה, יפה כוחו בדיני השומרים - גם ביחס להתנאה משותפת של מוכר וקונה על דרכי הקניין? ובמילים אחרות: האם יכולים שני צדדים לעיסקת מכר להסכים ביניהם לבצע את הקניין בדרך שאינה אחת מדרכי הקניין הקבועות בהלכה?

דומה, כי התשובה על כך צריכה להיות שלילית, שכן לא ניתן לדמות התנאה על חיובים ממוניים שכבר קיימים, דוגמת חיובי שומרים, להעברת קניין בחפץ וליצירת בעלות חדשה בו. כך עולה בבירור מדברי הרב ב' ליפקין במאמרו:

מובן שדיונו ודברי שיטה [מקובצת] אלו אמורים רק במקום שיש רקע של חיוב, ועל ידי ההתנאה באים להוסיף על החיוב. **אבל ודאי שאין בכח התנאת הגורמים להטיל חיובים חדשים לגמרי בלי גזרי ההשתעבדויות המקובלות.**³³

דבריו שם אינם מתייחסים, אמנם, לנושא דרכי הקניין, אך ברור שאם בחיובים חדשים כך, ביצירת בעלות חדשה על אחת כמה וכמה.

כך משמע, לדעתנו, גם מן המקורות התלמודיים העוסקים בדרכי הקניין. מפשטות לשון המשניות בפרק א' של מסכת קידושין, "פרק קניינים"³⁴, עולה כי לכל סוג חפץ יש את הדרכים שבהן הוא נקנה, וכי הדבר לא מסור לרצון הצדדים ולא ניתן להתנאה על ידם. כך שנינו לגבי מטלטלין ומקרקעין:

בהמה גסה נקנית במסירה, והדקה בהגבהה - דברי רבי מאיר ור' אליעזר, וחכ"א [=וחכמים אומרים]: בהמה דקה נקנית במשיכה.

³³ שם, עמ' קכב (התוספת בסוגריים וההדגשה שלי - ר"ק). וראה ש"ך, חו"מ קצח, ס"ק י: "דע"כ [=דעל כרחך] לא יכול להתנות בדבר של ממון אלא היכא דשייך עניין מחילה... אבל פשיטא שא"י [=שאינו יכול] להתנות לעשות קניין מדבר שאינו קניין". ברם דומה, כי גם אם מבינים שהתנאה בדבר שבממון אינה רק בגדר מחילה אלא, כרמב"ן, עקירה של החיוב הממוני, הדברים אמורים, כאמור, רק כשכבר קיימת תשתית של חיוב ממוני, דוגמת קידושין או חיובי שומרים, מה שאין כן בהקנאה (אך ראה להלן, בסמוך להערה 69). יתכן, כי קיימת גם סיבה נוספת המונעת מליישם את עקרון "התנאת הגורמים" על דרכי הקניין, והיא שדרכי הקניין, גם אם למדום מן הפסוקים, אינם מפורשים בכתוב. ראה: הרב ליפקין שם, עמ' קטז.

³⁴ ככינויו של י"נ אפשטיין, **מבואות לספרות התנאים**, ירושלים תשי"ז, עמ' 414.

נכסים שיש להם אחריות³⁵ נקנין בכסף ובשטר ובחזקה,
שאינן להם אחריות - אין נקנין אלא במשיכה.

נכסים שאינן להם אחריות נקנין עם נכסים שיש להם אחריות בכסף
ובשטר ובחזקה...

כל הנעשה דמים באחר, כיון שזכה זה נתחייב זה בחליפיו.³⁶

הלכות פסוקות וקצובות שמענו כאן: בהמה גסה נקנית דווקא במסירה,³⁷ ובהמה דקה דווקא בהגבהה, וכך גם לגבי שאר הפריטים שזכרו. אמנם, ביחס למשנה עדיין היה מקום לבעל דין לטעון כי דבריה כאן אמורים בסתמא, היינו, כשלא התנו הצדדים לקנות באופן אחר, אך אם התנו - הכל לפי תנאם.³⁸ ברם, מסוגיית הבבלי בקידושין שם ומדברי הראשונים עולה בבירור, כפי שנראה בסמוך, כי דרכי הקניין שקבעו חכמים אכן אינן ניתנות לשינוי על ידי הצדדים.

במהלך הדיון בקנייני בהמה גסה ודקה מביאה הגמרא ברייתא: "וחכ"א [=וחכמים אומרים]: זו וזו נקנית במשיכה, רבי שמעון אומר: זו וזו בהגבהה".³⁹ ומיד: "מתקיף לה רב יוסף: אלא מעתה⁴⁰ פיל לרבי שמעון במה יקנה [שאי אפשר להגביהו. רש"י?]. על הקושיה

³⁵ "נכסים שיש להם אחריות" הינם מקרקעין, ו"שאינן להם אחריות" - מטלטלין. למשמעותם של מונחים אלו, ראה: ב' ליפשיץ, "על הערב ועל כמה מונחים אחרים של התחייבות", **שנתון המשפט העברי** ג (תשמ"ז), עמ' 194-196; י' בן-פזי, **השתלשלות דרכי הקניין בקרקעות מסוף תקופת הבית השני ועד ראשית תקופת התלמוד לאור המקורות התלמודיים**, עבודת דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן, תשנ"ח, עמ' 19-20.

³⁶ משנה, קידושין א, ד-ו. המשניות הקודמות עוסקות בקנייני אשה, עבד עברי, אמה עבריה ועבד כנעני.

³⁷ אמנם, נחלקו הדעות בראשונים שם, אם בהמה גסה נקנית גם במשיכה. ברם, לשון המשנה מורה, לדעתנו, כרש"י (שם כה, ע"ב, ד"ה בהגבהה, וד"ה זו וזו בהגבהה), שהגסה נקנית במסירה דווקא ולא במשיכה, והדקה, לשיטת ר' מאיר - בהגבהה, ולא במסירה ולא במשיכה. כך גם דעת רבינו יהונתן מלוניל, שם, ד"ה בהמה גסה.

³⁸ כפי שמצאנו ביחס למשניות אחרות. ראה, למשל: משנה, ב"מ פג, ע"א, ובתוספות שם, ד"ה השוכר, שהמשנה דיברה כששכרם סתם, "אבל אם התנה מעיקרא - הכל לפי תנאו", וכן בראשונים נוספים שם. ראה **להלן**, בסמוך להערות 92-98; משנה, כתובות סו, ע"ב, ורמב"ם, אישות כג, יא-יב.

³⁹ קידושין כה, ע"ב.

⁴⁰ לשון "אלא מעתה" שבכאן קשה, שכן קושיית רב יוסף יכולה להישאל ישירות על רבי שמעון, גם בלא האמור בסוגיא לעיל, קודם להבאת הברייתא. וראה בספר עצמות יוסף (לר' יוסף י' עזרא, תלמיד המהרשד"ם), שם. אך כבר מצאנו כעין זה גם ביומא כד, ע"ב, שם נשאל בסתמא דגמרא פעמיים "אלא מעתה", והשאלות אינן מוסבות למה שזכר בסמוך לפניו, וכבר עמדו על כך התוספות שם, ד"ה אלא מעתה. מבדיקה שערכנו באמצעות תקליטור פרויקט השו"ת עולה, כי הביטוי "אלא מעתה" מופיע כבר בכמה מקורות תנאיים (ראה: מכילתא דרשב"י, ריש כי תשא, פרק ל, פס' כ - קטע משוחרר על פי מדרש הגדול, שמות, שם; ברייתא, בבלי, שבת קח, ע"א; ברייתא, ירושלמי, חלה פ"ד ה"ד, ס ע"א), ובכולם ההתייחסות הינה **לנאמר בסמוך לפני**. בירושלמי מופיע ביטוי זה במקום נוסף אחד בלבד, בדברי סתמא דגמרא (כלאים פ"ט ה"ג, לב ע"ג), ובבבלי - למעלה מ-300 פעם, פעמים בדברי אמוראים ופעמים בדברי סתמא דגמרא.

כיצד ניתן לקנות פיל, מובאים בסוגיא מספר תירוצים: בחליפין או בשוכר את מקומו (אביי); מביא ארבעה כלים ומניחן תחת רגליו (רבי זירא); מגביהו בחבילי זמורות (סתמא דגמרא).

לכאורה, מה מקום יש לקושיה כיצד ייקנה פיל לדעת רבי שמעון - שייקנה במשיכה או במסירה, בהסכמה משותפת של המוכר והקונה? מכאן הסיקו רבים מראשוני ספרד,⁴¹ ⁴² כי אף בהסכמת המוכר והקונה לא ניתן לשנות מדרכי הקניין שנקבעו על ידי חכמים. וכדברי הרמב"ן: "אפי' [לון] פירש ואמר קנה במסירה דבר הנקנה במשיכה... - אינו קונה, **שלא מסרו חכמים דיני ההקנאות למוכרים**".⁴³ קביעה זו עולה אף מסוגיות אחרות בתלמוד.⁴⁴

עמדה מנוגדת מצאנו בדברי שנים מחכמי פרובאנס. דעת הראב"ד היא, כי לרבי שמעון, שבהמה נקנית בהגבהה, "אם פירש ואמר: קנה במשיכה - קני",⁴⁵ ובסוגייתנו מדובר

⁴¹ רמב"ן, קידושין כה, ע"ב, ד"ה מתני'; שיטה קדמונית על מסכת קידושין (לחכם קדמון מזמן הרמב"ן), מהד' רד"צ הילמן, בני ברק תשל"ב, שם, ד"ה והא דאמרין; רשב"א שם, ד"ה גמי הוא דאמר; חוקות הדיינים (לר' אברהם טאזארטי, תלמיד הרשב"א), סי' ריח (מכון הרי פישל, ירושלים, תשל"ב, כרך ב, עמ' שפט); שיטה לא נודע למי למסכת קידושין, כה, ע"ב, ד"ה אלא מעתה [לשאלת זהות המחבר, ראה במהד' הרב ניסן זק"ש, ירושלים תשכ"ח, בהקדמה, הטוען כי החיבור שייך לתלמידו של רבנו שלמה בן אברהם מן ההר (רבנו של רבנו יונה. מכונה הרשב"א ממונטשפלייר)]; ר"ן שם, דפי הרי"ף ט, ע"ב. גם הריטב"א שם, ד"ה והוי יודע, כתב כן, אך לא הזכיר במפורש את הראיה מדין פיל. דברי הריטב"א הובאו על ידי הנימוקי יוסף, דפי הרי"ף ט, ע"ב (בנדפס מופיעים הדברים בלא ציון מקורם, אך בנימוקי יוסף לקידושין שהוציא מ"י בלוי מכתב יד, ניו-יורק תש"ל, עמ' קנד, מובאים הדברים, בשינויים, בשם הריטב"א).

⁴² אצל ראשוני אשכנז וצרפת לא מצאתי דברים מפורשים בעניין זה. מדברי התוספות בכמה מקומות משתמע, כי דעתם בנושא זה כדעת חכמי ספרד. ראה למשל: תוספות, קידושין כה, ע"ב, ד"ה בהמה גסה (השני); ב"ב עו, ע"א, ד"ה ספינה.

⁴³ רמב"ן, שם.

⁴⁴ ראה למשל: קידושין כז, ע"ב, בעניין "מסר לו עשר בהמות באפסר אחד", וריטב"א שם, סד"ה אמר רב אחא; בבא בתרא עה, ע"ב-עו, ע"ב, ובראשונים שם. הרב ז"נ גולדברג, "תוקף ההתחייבות למכור בזכרון דברים", **תחומין יב** (תשנ"א), עמ' 298, מביא ראיה לכך מסוגיית איסור גיורא (ב"ב קמט, ע"א). וראה מה שהשיג על ראיה זו הרב ד' בס, **כתר א** (תשנ"ו), עמ' 72, הערה 118, ותשובתו של הרב גולדברג שם, עמ' 221-222.

⁴⁵ הראב"ד אינו מציין מניין למד זאת, אך מלשונו משמע, כי הסיק כן מדברי רב בקידושין כו, ע"א, "ואי פריש [=ואם פירש (במקום שדרך לכתוב שטר, שרוצה לקנות בכסף בלא שטר)] - פריש", ומהמשך הסוגיא שם. כך עולה גם מדברי הרשב"א, המביא את דברי הראב"ד, דוחה אותם ומוסיף: "והא דאמרין לקמן וואי פריש פריש, דמשמע דקניות בדעת הבעלים תלאום, ליתא...". ואכן, הרשב"א והריטב"א (לעיל, הערה 41) דנים בסוגיא זו ומוכיחים, כי אין ממנה כל ראיה לדין; שכן לא מדובר שם בהתנאת הצדדים לקנות בדרך **שאניה מועילה** על פי דרכי הקניין, אלא בשאלת גמירות הדעת לקנות בקניין כסף לחוד, קניין אשר **מועיל מן הדין** במקרקעין.

כשאמר לו המוכר "לך חזק וקני", שאז "מסתמא לגדולה שבקניות איכוון, דהיינו הגבהה".⁴⁶
אלא שדעה זו, כאמור, אינה מתיישבת עם פשטות הסוגיא.⁴⁷

כדעת הראב"ד מביא אף המאירי בשם "גדולי עולם".⁴⁸ כנגד דעה זו כותב המאירי
דברים נחרצים:

ואיני רואה דבריהם כלל, ומהיכן נתן רשות להדיוטות להפקיע דין
הקנינים? ואלו התנה להקנות בלא שום הקנאה - כלום הוא... אבל
להפקיע את הקנין אין בידו בשום פנים!⁴⁹

ניתן לסכם ולומר, אפוא, כי לדעת רוב הראשונים, וכך עולה מסוגיות התלמוד, אין
ביכולת המוכר והקונה לשנות מדרכי הקניין שקבעו חכמים ולהתנות ביניהם על דרך קניין
"חדשה".⁵⁰ הדעה החולקת, אם כן, הינה בגדר דעת מיעוט.⁵¹

⁴⁶ דברי הראב"ד הובאו בשיטה לא נודע למי למסכת קידושין, לעיל, הערה 41. הרשב"א בחידושו, שם, מביא
בשם הראב"ד תירוץ אחר, שסוגייתנו עוסקת באילם שאינו יכול לדבר, ולכן אינו יכול להתנות לקנות את הפיל
במשיכה. אך כבר הקשה על כך הרשב"א, שיכול האילם לקנות בכתיבה או ברמיזה. ומלבד זאת, אם באילם
דווקא עסקינן, היה לגמרא לציין זאת.

⁴⁷ ראשית, אין כל אחיזה, לא בלשון המשנה ולא בסוגיא, לכך שמדובר דווקא באמר לו "לך חזק וקני". בנוסף
לכך, כפי שהקשה בשיטה לא נודע למי, שם, אם כדברי הראב"ד, היה לגמרא לתרץ בפשטות: "בדפריש ואמר:
לך משוך וקני". וראה שם, שהקשה על הראב"ד קושיה נוספת.

⁴⁸ דעה זו, שניתן להתנות על דרכי הקניין, הובאה על ידי המאירי בב"ב עה, ע"ב (מהד' סופר², ירושלים, תשל"ח,
עמ' 366), בשם "גדולי עולם", שכתבו כן "דרך הנחה פשוטה ובלא שום מחלקת", כלומר, לא הביאו ראיה
לדבריהם. דעה זו אוזכרה שוב, בשם "גדולי עולם", בחיבורו לקידושין כה, ע"ב (מהד' סופר⁴, ירושלים, תשל"א,
עמ' 148). הרב א' סופר, ב"ב שם ובהקדמה, עמ' 8, וכן קידושין שם, הקדמה עמ' ט, מציין כי אינו יודע מיהם
"גדולי עולם" אלו. המאירי בחיבורו מרבה להביא את דברי הראב"ד, אך מכנהו "גדולי המפרשים" (וביחס
להגהותיו על הרמב"ם - "גדולי המגיהים"), ולפיכך נראה כי ביטוי זה אינו מכוון אליו. וראה: מאירי, גיטין,
מהד' שלזינגר, ירושלים תשכ"ד, עמ' 106, שכתב כי "גדולי עולם" מערערים בזו על גדולי הפוסקים [=רי"ף],
ושם, הערה 70, כי הכוונה לבעל המאור על הרי"ף. יתכן, אפוא, כי מדובר בדברי הר"ז, בן זמנו ומקומו של
הראב"ד. ברם, יתכן כי הכינוי "גדולי עולם" מכוון לאנשים שונים, כפי שמצאנו אצל המאירי ביחס לכינויים
אחרים.

⁴⁹ המאירי, ב"ב, שם.

⁵⁰ אמנם, נחלקו האחרונים בשאלה, האם ניתן להתנות על הקנאת מטלטלין בכסף, קניין שאינו מועיל מן הדין
במטלטלין. דעת הבית יוסף, חו"מ קצח, רמ"א שם, סע' ה, שניתן להתנות, ודעת הש"ך שם, ס"ק י, שלא ניתן.
וראה עוד בנושאי הכלים בטור ובשו"ע, שם, ובדרישה שם, ס"י רא, ס"ק ג. ברם, מעיון בדבריהם עולה, כי אין
למחלוקת הנ"ל זיקה ישירה לענייננו. שכן, לדעת הכלל לא ניתן ליצור "קניין חדש", שאינו קונה לא מן התורה
ולא מדרבנן. לא נחלקו האחרונים אלא בקניין כסף במטלטלין, קניין שקונה מדאורייתא, אך חכמים תיקנו שלא
יקנה (כדי שלא יאמר לו המוכר "נשרפו חטיך בעליה"). מחלוקת האחרונים נסובה, אם כן, סביב מעמד תקנת
חכמים זו - האם יכולים הצדדים לומר לגביה "אי אפשי בתקנת חכמים", או שמא לאידך גיסא, "חכמים עשו
חזוק לדבריהם יותר משל תורה". וראה עוד להלן, הערה 74.

גם בקרב האחרונים, בעקבות דברי הראשונים, שלטת הדעה, כי אין הצדדים יכולים לשנות מדרכי הקניין הקבועות בהלכה על ידי התנאה ביניהם.⁵²

לאור האמור יש לשאול, לדעה שהקניין יסודו בגמירות הדעת - וזו, כפי שראינו לעיל, דעת רוב האחרונים⁵³ - מדוע באמת לא יוכלו הצדדים, בהסכמה משותפת, להתנות על דרכי הקניין שנקבעו בהלכה ולבצע את מעשה הקניין באופן אחר?

התשובה לשאלה זו נעוצה בהבנה, כי גמירות הדעת נבחנת באופן אובייקטיבי, ולא על פי דעתם הסובייקטיבית של הצדדים לעסקה.⁵⁴ לפיכך, גם אם התנו הצדדים ביניהם במפורש שהקניין ייעשה בדרך שאינה תואמת לדרכי הקניין שקבעו חכמים, כגון לקנות במשיכה את שדרכו בהגבהה או לקנות באמירה בעלמא בלא מעשה קניין - הקניין בטל.⁵⁵ הטעם לזה שגמירות הדעת נמדדת לפי מנהג רוב בני אדם, לפי שכך היא דרכה של ההלכה, שהשיעורים והדינים הקבועים בה נקבעים על פי רוב בני אדם.⁵⁶ לפיכך, מי שמקנה על פי הדין

⁵¹ ראה דברי רה"ג בספר המקח והממכר, שער שלושה עשר, שער ז, ד"ה וענין המסירה. דבריו אלו הובאו ברמב"ן, ב"ב (עו, ע"א, ד"ה אי רבי), ומוסבים על הסוגיא שם. מקריאה ראשונית של דברי רב האי עלול להתקבל הרושם, כי גם הוא סובר שניתן להתנות על דרכי הקניין, שכן כתב: "לעולם אינו קונה במסירה, אא"כ [=אלא אם כן] פי' [רש] לו המוכר ללוקח: קנה ואפי' [לו] במסירה". ברם, עיון בדבריו יגלה, כי אין הנידון שם דומה לסוגיא בקידושין שנדונה לעיל. במסירה כך היא ההלכה, שיכול לקנות בה, גם לדעת חכמים, אם "פירש" (לדעת רה"ג, ולדעת ראשונים אחרים - גם בסתמא. ראה רמב"ן, שם). ברם לרבי שמעון בסוגייתנו, שבהמה נקנית בהגבהה, "משיכה ומסירה לית ליה כלל" (לשון הרמב"ן שם בדעת רה"ג), ולכן לא ניתן להתנות שפיל ייקנה במשיכה.

⁵² ראה, למשל, ש"ך (לעיל, הערה 50), המסתמך על הריטב"א (לעיל, הערה 41), ודברי שניהם מצוטטים על ידי רבים מן האחרונים; שו"ת שם אריה, סי' מח, ד"ה אך בגוף הדבר; ועוד. למקורות נוספים, ראה: הרב בס (לעיל, הערה 44), עמ' 72, הערה 118. וראה עוד להלן.

⁵³ ראה לעיל, עמ' 109, ובהערה 17.

⁵⁴ על כך שגמירות הדעת הנדרשת לשם ביצוע קניין נבחנת באופן אובייקטיבי ולא סובייקטיבי, עמד בהרחבה ש' אלבק, דיני הממונות בתלמוד, עמ' 132: "אין אנו זקוקים לגמירת דעתם של הקונה והמקנה הללו דווקא, ואין גמירת הדעת תלויה בהם. כשרוב בני אדם גומרים דעתם בתנאים כאלה, הרי זו גמירת דעת, והקונה והמקנה אינם יכולים לחזור בהם, אפילו אם קונה ומקנה אלו לא גמרו דעתם". ובניגוד לדעת א' גולאק, שגמירת הדעת הינה הצד הסובייקטיבי של ההתקשרות, ושעליה להיות מלווה במעשה קניין ובתמורה, המהווים את הצד האובייקטיבי של ההתקשרות. ראה: גולאק, יסודי המשפט העברי, ח"א, עמ' 55, 76, 102; ח"ב, עמ' 32.

⁵⁵ ס' דויטש, גמירת דעת בקניינים והתחייבויות במשפט העברי, עבודת מוסמך, אוניברסיטת תל-אביב, ר"ג תשל"ג, עמ' 23, טוען, כי מדברי הר"ן והריטב"א (לעיל, הערה 41): "עולה ברורות, שאין לראות במעשה הקניין רק הוכחה לגמירת דעתם של הצדדים, כי אם דרישה הכרחית ביצירת קניינים... הסיבה שלא די בגמירת הדעת היא, מאחר ויש צורך גם ביסוד פיזי ובאלמנט פורמלי ביצירת הקניין" (ההדגשה שלי - ר"ק). לדעתנו, אין זה הנימוק לדברי הראשונים הללו, ודבריהם מבוססים, כאמור, על כך שגמירות הדעת מבחנה אובייקטיבי.

⁵⁶ על מידות ושיעורין בהלכה, ראה: מ' זילברג, כך דרכו של תלמוד, ירושלים תשכ"ב, עמ' 45-59.

- מוחזק שגמר בדעתו, אך מי שמקנה בדרך החורגת מן הדין, הרי שבטלה דעתו אצל כל אדם, ואין דעתו נחשבת לגמירות דעת.⁵⁷

כך מוכח, לדעתנו, גם מדברי ר' שמואל שטראשון (וילנה, המאה ה-19). הרש"ש דן בסוגיות "בההיא הנאה" ובסוגיות נוספות בתלמוד, שמהן עולה כי ניתן להקנות בגמירות דעת גם בלא מעשה קניין.⁵⁸ בתחילה סבר הרש"ש כי על פי סוגיות אלו ניתן להכריע במחלוקת האחרונים ולהוכיח, כי אם התנו הצדדים ביניהם לקנות מטלטלין בקניין כסף (קניין שאינו מועיל מן הדין במטלטלין) - הקניין מועיל.⁵⁹ אמנם, מסקנת הרש"ש היא, כי יש לדחות ראיה זו -

דכל הני הוויין **אומדן דעת זכל העולם**, ודמיין להא דמבואר שם
בסימן ר"א [=שולחן ערוך, חו"מ, סי' רא - קניין סיטומתא].⁶⁰

לפי הבנתו, הכוונה בכל הסוגיות הללו אינה שניתן להמיר את מעשה הקניין בגמירות דעתם הסובייקטיבית של הצדדים לעסקה הספציפית; אלא שבנסיבות אלו, מבחינה אובייקטיבית, **כל אדם בעולם** היה גומר בדעתו להקנות, ולפיכך יש תוקף לקניין בגמירות דעת בלבד. מצב זה דומה, לדעת הרש"ש, לקניין סיטומתא, שכן גם שם קיימת גמירות דעת אובייקטיבית של כל העולם להקנות בדרך החורגת מן ההלכה, לפי שכך הוא המנהג.⁶¹

ניתן להשיב לשאלת אי יכולת ההתנאה על דרכי הקניין גם בדרך שונה במקצת. כבר ציינו לעיל, כי כמה מן הדוגלים בגישה שדרכי הקניין נועדו כדי להעיד על גמירות הדעת, מודים כי "יש בכל זאת גדרים דוגמתיים בדרכי הקניינים" ובפרטי הלכותיהם שאינם מתיישבים לגמרי עם גישה זו.⁶²

אם נקבל עיקרון זה, אין עוד צורך לטעון, כפי שהוצע לעיל, כי על הצדדים לדבוק בדרכי הקניין שנקבעו בהלכה, שכן רק אז הם נחשבים כבעלי "גמירות דעת אובייקטיבית".

⁵⁷ ראה: אלבק, **דיני הממונות בתלמוד**, עמ' 132-133, 222. כך כותב גם הרב מ"מ סגל, **פרי משה - בענייני קניינים**, בני ברק תשנ"ב, סי' א, אות ו, עמ' יד, בהסבר דעת הריטב"א. יסוד זה בדיני הקניין (המודגם במקרה הפוך מזה הנדון כאן) מצאנו אף אצל המהר"ם מינץ. המהר"ם קובע, כי מי שמושך פרה, גם אם חושב שאינה נקנית לו במשיכה זו - קנה, "כיון דמשך משך, ודעת שוטים אינה דיעה ובטילה" (שו"ת מהר"ם מינץ, סי' פב, ד"ה ואתחיל להתוכח, מהד' מכון ירושלים תשנ"א, ח"ב, עמ' שצט).

⁵⁸ בסוגיות אלו עסקנו בפרק ג, עמ' 111-118.

⁵⁹ על מחלוקת האחרונים בעניין זה ראה לעיל, הערה 50.

⁶⁰ רש"ש, בכורות יח, ע"ב, ד"ה תד"ה אקנויי (ההדגשה וההוספה בסוגריים שלי - ר"ק).

⁶¹ בשאלת הבסיס המשפטי לקניין סיטומתא נעסוק בהרחבה בפרק ט.

⁶² ראה בפרק ג, עמ' 119. הציטוט - מתוך מדברי הרב הרצוג, שהובאו שם, בסמוך להערה 82.

נוכל לומר ביתר פשטות, כי הדרישה להקנות על פי דרכי הקניין, על דקדוקיהן ובלא כל סטייה מהן, הינה דרישה דוגמתית-פורמלית, שאינה נובעת מגמירות דעתם של הצדדים.

דברים ברוח זו כותב הרב ח"ג צימבליסט בפסק דין, העוסק בשנים שגמרו בדעתם לקנות ולהקנות, ואחר כך גילו כי הקניין שביצעו לא נעשה כדין.⁶³ הוא קובע, כי אף "שכל מהותו של קנין הוא גמירות הדעת", בכל זאת, כל שלא נעשה הקניין כמשפטו, אין כאן קניין.⁶⁴

וטעמו של דבר, כפי הנראה, שכך קבעו חז"ל, דאמנם יש מקומות שגמירות הדעת היא כ"כ מוכחת שאין צריך מעשה קנין כלל, אבל **במקום שצריך מעשה קנין, צריך שהמעשה יהיה בכל פרטיו ודקדוקיו, ואם מתברר לבסוף שלא היה כן - הקנין בטל.**⁶⁵

דברים דומים, הגם שבסגנון שונה, כותב בפסק דינו הרב א' עצור:

קניינים שקבעה לנו התורה או שקבעו לנו חז"ל ואינם תלויים בדעתו של אדם [בניגוד לקניין סיטומתא. ר"ק] - זה עצמו מבטא לנו גמירות דעת מצד הקונה והמקנה, **אולם גמירות דעת זו מוגבלת, כי אינה תלויה בדעתו אלא בדעת התורה וחז"ל שתקנו כן**, והם אמדו דאינו גומר בדעתו לקנות או להקנות בדבר שלא בא לעולם.⁶⁶

ברם, חרף כל האמור לעיל מצאנו אצל אחדים מבין האחרונים גם את הדעה המנוגדת, ולפיה דרכי הקניין אכן **ניתנות להתנאה**, וכי הכלל "בדבר שבממון - תנאו קיים" יפה כוחו גם לעניין דרכי הקניין!

כדעה האחרונה משמע, לדעתנו, מדברי המהרשד"ם באחת מתשובותיו.⁶⁷ דברים ברורים בנדון כותב ר' יעקב טננבוים (הונגריה, המאה ה-19) בתשובה. הוא דן בטעמו של

⁶³ מדובר ביפוי כוח בלתי חוזר לממכר דירה שנחתם על ידי המוכר, בלא אישור נוטריוני. בקטע זה של פסק הדין מניח הרב צימבליסט, כי הצדדים התכוונו לערוך יפוי כוח כדין, והעדר האישור הנוטריוני נעשה בשגגה.

⁶⁴ ראייה לדבריו הוא מביא מסוגיא בערכין כט, ע"ב. שם נאמר לגבי המקנה ביובל מטלטלין אגב קרקע, שכיוון שבטלה מכירת הקרקע (לדעת שמואל, שם), בטל גם הקניין במטלטלין, אף שהצדדים סברו, כי נעשה קניין אגב כהלכתו.

⁶⁵ הרב ח"ג צימבליסט, "דרכי קניין דירה", **דברי משפט** ד (תשנ"ח), עמ' רעז (פסק דין שניתן על ידו כאב בית דין בבית הדין הרבני האזורי בתל-אביב. כיום דיין בבית הדין הרבני הגדול. ההדגשה שלי - ר"ק).

⁶⁶ תיק מ"ח3164 / (ירושלים), פד"ר יח, 207, בעמ' 217 [=הנ"ל, "קנין סיטומתא בצוואה", **שורת הדין - מאמרים ופסקים**, כרך ד, ירושלים תשנ"ח, בעמ' שכט. ההדגשה שלי - ר"ק]. הנידון שם, מדוע לא ניתן להקנות דבר שלא בא לעולם בקניינים ה"רגילים", בעוד שניתן לעשות כן (לדעת חלק מן הפוסקים) בקניין סיטומתא.

⁶⁷ לניתוח שיטת המהרשד"ם, ראה להלן, עמ' 320-322.

החתם סופר לדין סיטומתא - ש"כ כל שהנהיגו הסוחרים הוי ליה כאלו התנו, וכל תנאי שבממון קיים מן התורה⁶⁸ - וכה דבריו: "ולטעם זה צ"ל [=צריך לומר], דהך דינא שבדבר שבממון תנאו קיים הוא אף בקנינים, ומהני תנאי לעשות קנין מדבר שאינו קנין".⁶⁹

לדברי ר"י טננבוים, היקף הדין "בדבר שבממון תנאו קיים" תלוי בטעמו של דין זה. אם סוברים כי יסודו מצד מחילה, הרי שהדבר שייך רק במחילה על חיוב, "אבל אינו יכול להתנות לעשות קנין מדבר שאינו קנין, דבזה לא שייך מחילה". האוחזים בדעה, כי דין זה שייך גם בקנינים - וזו היא, לפי הבנתו, דעת החתם סופר - סוברים כי דין זה "אינו מצד מחילה", ולכן יכול להועיל גם בקנין.⁷⁰ מלבד דברים קצרים אלו, בעל שו"ת נהרי אפרסמון אינו מוסיף ומבאר מהו שורש הדין לפי בעלי הדעה האחרונה. מכל מקום, לפי דעה זו, יש לאדם יכולת להתנות על כלל דיני הממונות, ובכללם גם על דרכי הקניין.

לא ניתן לדעת עוד מדברי ר"י טננבוים, כיצד הוא מיישב בין דעת החתם סופר (כפי שנתבאר על ידו) לבין סוגיות התלמוד ודברי רוב הראשונים, אשר מהם עולה כאמור בבירור, כי דרכי הקניין אינן ניתנות להקנאה.⁷¹ דומה, כי לפי הדעה האמורה לא יהא מנוס מלומר, כי כל האמור בתלמוד ביחס לדרכי הקניין כוחו יפה רק במקום שלא התנו הצדדים על כך, אך אם התנו - הכל לפי תנאם.⁷²

4. התנאה על המנהג בדיני ממונות

כוחו של מנהג המדינה עומד כל זמן שלא התנו הצדדים לעשות באופן אחר, אך אם התנו ביניהם לעשות שלא על פי מנהג מקומם - יחול התנאי שהתנו ביניהם.

⁶⁸ שו"ת חתם סופר, יו"ד, סי' שיד, ד"ה נמצא.

⁶⁹ שו"ת נהרי אפרסמון, חו"מ, סי' טו, ד"ה ונראה. מדיונו שם - המשווה עניין זה למחלוקת הרמ"א והש"ך (לעיל, הערה 50) - עולה בבחינת, כי הוא מדבר על התנאה בין מוכר וקונה, ולא על התנאה בין כל בני המקום. סגנון דבריו, כאן ולהלן, מכוון כנגד דברי הש"ך, שם, הכותב: "אבל פשיטא שא"י [=שאינו יכול] להתנות לעשות קנין מדבר שאינו קנין".

⁷⁰ בהמשך (שם, ד"ה ולטעם) הוא דן, כיצד מועיל, לדעה זו, קניין סיטומתא בדבר שלא בא לעולם (כך היא דעת החתם סופר ופוסקים נוספים), והרי התנאת הצדדים לקנות דשלב"ל אינה מועילה. מסקנתו היא, כי האוחזים בדעה זו סוברים כדברי הרמ"א (חו"מ רט, ח), שכאשר שני הצדדים קונים ומקנים זה לזה, ניתן להקנות דשלב"ל; וכך הוא המצב גם בסיטומתא, קרי: הקניין הנהוג במדינה, שהרי משתמשים בו כל הקונים והמקנים.

⁷¹ אכן, מכוח קושיה זו, חלקו כמה מן האחרונים - שהבינו אף הם את דברי החתם סופר בדרך זו - על דבריו. לדיון בשיטת החתם סופר, ראה להלן, עמ' 324-325, ובהערה 202.

⁷² השווה לאמור להלן, עמ' 275-279. שם הצענו, כי יתכן שכמה מסוגיות התלמוד הדנות בדרכי הקניין עוסקות במציאות שלא קיים מנהג מקומי בנושא הנדון. ברם, בעוד ההצעה המועילית שם מסתברת בעינינו, הרי שההצעה המוצעת כאן נראית לנו דחוקה ביותר.

כך נראה מסברא, שהרי ההלכה היא כי בדבר שבממון ניתן, באופן עקרוני, להתנות הן על דין תורה⁷³ והן על הלכות שקבעו חכמים.⁷⁴ ואם כך, הדעת נותנת כי ניתן יהא להתנות גם על הלכה בדיני ממונות שנקבעה על פי מנהג המדינה.⁷⁵

כך עולה בבירור אף מסוגיית הבבלי בתחילת פרק השוכר את הפועלים. שנינו במשנה:

השוכר את הפועלים ואמר להם להשכים ולהעריב, מקום שנהגו שלא להשכים ושלא להעריב - אינו רשאי לכופן, מקום שנהגו לזון - יזון, לספק במתיקה - יספק, הכל כמנהג המדינה.⁷⁶

המשנה קובעת, אם כן, כי אין בעל הבית יכול לכופ את פועליו באורח חד-צדדי לעבוד שלא על פי המנהג. ברם, המשנה אינה דנה בשאלה, האם ניתן יהא להתנות על כך **בהסכמת** שני הצדדים.

הגמרא מביאה את מימרת ריש לקיש - "פועל בכניסתו משלו וביציאתו משל בעל הבית"⁷⁷ - ומקשה, לשם מה נחוץ דינו של ריש לקיש: "וליחזי היכי נהיגי [=ונראה כיצד נוהגים] (בעיר, והכל כמנהג המדינה⁷⁸)"? "ומשיבה, כי מדובר "בעיר חדשה", שאין בה עדיין מנהג. ושוב מקשה הגמרא: "וניחזי מהיכא קא אתו [=ונראה מהיכן הם באים] (וננהג על פי מנהג זה)"? "ומתרצת שני תירוצים: "בנקוטאיי" - שנתלקטו ממקומות הרבה, שמנהגיהם שונים זה מזה; "אי בעית אימא, דאמר להו: דאגריתו לי כפועל דאורייתא". היינו, קיים מנהג במקום, אך מדובר שהתנה בעל הבית עם פועליו בשעה ששכרם, על מנת שיעבדו כדין "פועל

⁷³ כרבי יהודה, שמתנה על מה שכתוב בתורה "בדבר שבממון - תנאו קיים" (כתובות נו, ע"א, ומקבילות), וכדעה זו נפסק להלכה, ראה לעיל, הערה 10. אמנם, לכלל זה ישנו חריג, והוא דיני הירושה, שם מצינו שהקפידה התורה שלא ישנו מדיני הנחלות, אף שמדובר בדברים שבממון. ראה: ב"ב קכו, ע"ב, משנה וגמרא; רמב"ם, אישות יב, ט; נחלות ו, א.

⁷⁴ "האומר אי אפשי בתקנת חכמים... - שומעין לו" (כתובות פג, ע"א, ומקבילות). על דין זה ואופיו ראה: "אי אפשי בתקנת חכמים", **אנציקלופדיה תלמודית**, כרך א, עמ' רכד-רכו; הרב צ' שכטר, **ארץ הצבי**, ניו-יורק תשנ"ב, "הגדרת ענין אי אפשי בתקנת חכמים", עמ' קפח-קצב. אמנם, גם בדינים מדרבנן מצאנו לפעמים כי "חכמים עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה". ומשמעות הדברים, כי אף שעל דין תורה ניתן להתנות, הרי שעל דין מדברי חכמים באותו עניין לא ניתן להתנות. ראה על כך: "חכמים עשו חיזוק לדבריהם", **אנציקלופדיה תלמודית**, כרך טו, פא-צז. וראה עוד להלן, בסמוך להערה 85.

⁷⁵ כך כותב מסברא גם הרב י" יפרח, "הסכם עבודה שלא כמנהג המדינה", **שורת הדין**, כרך ג, ירושלים תשנ"ה, עמ' רעח.

⁷⁶ משנה, ב"מ ז, א.

⁷⁷ בבלי, שם פג, ע"ב. המשך המימרא: "שנאמר: 'תזרח השמש יאספון ואל מעונתם ירבצון, יצא אדם לפעלו ולעבודתו עדי ערב' [תהלים קד, כב-כג]". על הפירושים השונים למימרת ריש לקיש, ראה בראשונים על אתר.

⁷⁸ רש"י, שם, ד"ה וליחזי.

דאורייתא", כלומר כדינו של ריש לקיש. לפי התירוץ השני מפורש, אפוא, כי ניתן להתנות על מנהג המדינה ולקבוע שיחול דין אחר.⁷⁹

הרב א"מ קורנגוט טוען, כי עניין זה שנוי במחלוקת ראשונים.⁸⁰ לדעתו, הרמ"ך (ר' משה בר' מאיר הכהן, לונל, המאה ה-12) מסתפק בשאלה זו. ואלו דברי הרמ"ך על המשנה הנ"ל:

ואם התנה עמהן תחלה על כך [=היינו, להשכים ולהעריב יותר ממנהג שאר פועלי העיר⁸¹], אפילו במקום שלא נהגו [להשכים ולהעריב⁸²] - תנאי ממון הוא, ונראה לומר דיכול לכופן על כך. וצריך עיון.⁸³

מה"צריך עיון" בסיום דבריו מסיק הרב קורנגוט, כי הרמ"ך מסתפק שמא יש למנהג המדינה, כדבריו, "תוקף מוחלט"; ואם כך, אפילו התנו הצדדים לשנות מן המנהג - אין לתנאם תוקף.

אף שסתם הרמ"ך ולא פירש מדוע הדבר "צריך עיון", מסתבר יותר לדעתנו לומר, כי לא הסתפק הרמ"ך, כפי שלא הסתפקו גם יתר הראשונים,⁸⁴ כי ניתן באופן עקרוני להתנות על מנהג המדינה. ספקו מתייחס, ככל הנראה, רק לדין הספציפי של השכמה והערבה בפועלים, וגדר הספק: שמא **דווקא בעניין זה** של השכמה והערבה הקפידו חכמים שלא יהא ניתן להרע את תנאיהם של הפועלים יתר על המנהג.⁸⁵

⁷⁹ על דיוק זה מדברי הגמרא הנ"ל עומד, וכדרכו בקיצור נמרץ, הגר"א בביאורו, חו"מ שלא, ס"ק א. הוכחה נוספת לאמור ניתן להביא, לדעתנו, גם מדברי הגמרא שם, פג, ע"א. הגמרא שם מעמידה את המשנה, כששכרם והוסיף להם על השכר המקובל. והחידוש הוא, שלא יוכל לטעון שעשה כן על דעת שיקדימו ויחשיכו, ולכן הם מחוייבים בכך, אף שמנהג המקום הוא שלא להקדים ולהחשיך; שכן יכולים הפועלים לטעון מנגד, כי סברו שהוסיף על שכרם כדי שיעשו עבודה משובחת. מכאן, שאם היו שני הצדדים **מתנים במפורש** להקדים ולהחשיך **בניגוד למנהג** - לא היה כל מקום לטענת הפועלים באשר לאי הבנה מצידם, וודאי שהיו מחוייבים כפי שהתנו.

⁸⁰ הרב א"מ קורנגוט, **אור יחזקאל - סוגיות אקטואליות לאור ההלכה**, הוצאת מכון אור יחזקאל, תשנ"ד, בעמ' 120.

⁸¹ זהו המקרה הנדון במשנה, אשר בו דן הרמ"ך בדבריו שם לעיל.

⁸² כוונת דבריו: "אפילו במקום שנהגו שלא להשכים ושלא להעריב", כדברי המשנה.

⁸³ דברי הרמ"ך הובאו בשיטה מקובצת, ב"מ פג, ע"א, ד"ה השוכר את הפועלים (ההוספות בסוגריים שלי - ר"ק).

⁸⁴ ראה **להלן**, בסמוך להערות 93-98. הרב קורנגוט (**לעיל**, הערה 80, בעמ' 121) מוסיף וטוען, כי מהרמב"ם (שכירות ט, א) עולה, כי למנהג המדינה בנושא השכמה והערבה של פועלים יש "תוקף מוחלט" וכי אין הוא ניתן להתנאה. והדברים תמוהים, שכן דברי הרמב"ם הללו מועתקים כמעט מילה במילה מן המשנה (ב"מ ז, א), ולא מצאנו בהם כל ראייה לטענה האמורה.

⁸⁵ שכן פעמים עשו חכמים חיזוק לדבריהם יותר משל תורה. ראה **לעיל**, הערה 74.

הקפידא המיוחדת בענייננו מקורה, אולי, במגמה המצויה כבר בתלמוד⁸⁶ להגביל את יכולת שעבודם של פועלים על ידי בעליהם.⁸⁷ נימוק אפשרי נוסף להקפדה על זמני עבודת הפועלים הינו, על שום שנשמכה הלכה זו בשני התלמודים על פסוקי המקרא.⁸⁸ מאותה סיבה גם קרוי דין השכמה והערבה בתלמוד הבבלי "פועל דאורייתא",⁸⁹ הגם שברור כי זו תקנת חכמים.⁹⁰

לאור דברינו, דומה שספקו של הרמ"ך הינו רק ביחס למקרה הנזכר במשנה, שבו רוצה בעל הבית להרע את תנאי העבודה של פועליו, ולכוף עליהם להשכים ולהעריב בניגוד למנהג המקובל. אך במקרה ההפוך, שהמנהג הוא להשכים ולהעריב, ומתנה הבעלים עם פועליו שלא להשכים ולהעריב⁹¹ - נראה לנו, כי גם הרמ"ך יודה שהתנאי קיים ויכול לכופם על כך.

⁸⁶ הדוגמא המובהקת לכך מצויה בדינו של רב (ב"מ י, ע"א, ומקבילות): "פועל יכול לחזור בו אפי' בחצי היום... דכתיב 'כי לי בני ישראל עבדים, עבדי הם' - ולא עבדים לעבדים". כך גם נפסק להלכה: רמב"ם, שכירות ט, ד; שו"ע, חו"מ שלג, ג. וברמ"א שם: "ומהאי טעמא] אסור לפועל, אפי' מלמד או סופר, להשכיר עצמו להיות בבית בעל הבית בקבע שלשה שנים". וראה בש"ך שם, ס"ק יז, שצריך להיות: "יותר מג' שנים". על הלכות נוספות הנגזרות מן המגמה להרחיק את יחסי עובד ומעביד ממושגי העבדות, ראה: מ' פינדלינג, **תחוקת העבודה**, ירושלים תש"ה, במיוחד בפרקים א-ד, ח-ט; טשרנוביץ, **תולדות ההלכה**, ח"ג, עמ' 324-329. אמנם, בכמה וכמה עניינים מושווה הפועל לעבד (עברי), ולפי חלק מהדעות רוכש בעליו בגופו זכויות קנייניות כבעבד. וראה עוד: ב' ליפשיץ, **עובד וקבלן - בין קניין לבין התחייבות**, ירושלים תשנ"ד, עמ' 12, 35 ואילך.

⁸⁷ גם אם הוסיפו הבעלים תשלום עבור ה"שעות הנוספות" של השכמה והערבה שהם דורשים, כפי שהעמידה הגמרא (שם פג, ע"א) את דברי משנתנו, עדיין ניתן לראות בתוספת השעות מעבר לנהוג כשלעצמה משום פגיעה בחירותו של הפועל. המגמה להגביל את שעות העבודה היומיות מוכרת בימינו כחלק מזכויות היסוד בדיני עבודה, ואף זכתה לעיגון בחקיקה בכמה ממדינות העולם. לגבי החוק הישראלי, ראה: חוק שעות עבודה ומנוחה התשי"א-1951.

⁸⁸ בבבלי (שם פג, ע"ב) דורש ריש לקיש הלכה זו מן הפסוקים בתהילים קד שהובאו **לעיל**, הערה 77. בירושלמי (שם, פ"ז ה"א, יא, ע"ב) מובאת דרשה זו בשם רב יהודה, וראה בהערה הבאה.

⁸⁹ בבלי, שם. בירושלמי שם, לעומת זאת, מכונה הלכה זו "תניי בית דין": "מקום שאין מנהג, יהודה בן בוני ר' אמי רב יהודה: תניי בית דין הוא שתהא השכמה של פועלין והערבה של בעל הבית, ומאי טעמא? - 'שתת חשך ויהי לילה...'. על כינוי זה ראה להלן. המימרא שבירושלמי נזכרת גם בבראשית רבה, פ"ר עב, על הפסוק "ויבא יעקב מן השדה בערב", ושם היא בפי ר' מנא (או: מונא). ראה: בראשית רבה, מהד' תיאודור-אלבק, פ"ר עב, עמ' 839, ובחילופי הגירסאות ובהערות, שם.

⁹⁰ ראה למשל: תוספות, שם פג, ע"ב, ד"ה פועל, שהביאו את דברי בראשית רבה (שמקורם כאמור בירושלמי), ש"תנאי בית דין" הוא; ריטב"א שם, ד"ה גמרא: "ותקנו כן...". וראה עוד **להלן**, הערה 101. מעין זה מצינו, כי כדי לחזק מצוות דרבנן הזכירום בלשון של "אמרה תורה". ראה: **אנציקלופדיה תלמודית**, כרך טו, עמ' פג, ובמקורות שצויינו שם, בהערה 16.

⁹¹ ואפילו יופחת שכרם בהתאם להפחתת שעות העבודה. שכן, לפי דרכנו, הבעייתיות אליבא דהרמ"ך אינה נעוצה בפן הכספי, אלא בתוספת שעות העבודה ובהגבלת חירות הפועל. ראה **לעיל**, הערה 87.

ברם, גם אם נבין כי הרמ"ך אכן מסתפק ביכולת להתנות כנגד המנהג, הרי שביחס לשאר הראשונים לא מצאנו מי מהם שמטיל ספק בכך, כי ניתן להתנות על מנהג המדינה. המשנה שקובעת "אינו יכול לכופם" מדברת במי ששכר פועלים סתם, בלא כל התנאה, ובא לחייבם להשכים ולהעריב בניגוד למנהג **לאחר** שכבר שכרם. אולם אם התנה בעל הבית על השכמה והערבה **בשעה ששכרם** - כך מדייקים הראשונים - תנאו קיים. כך גרסו רבנו חננאל,⁹² תוספות בשם ר"י,⁹³ רבנו פרץ,⁹⁴ הרא"ש,⁹⁵ הריטב"א,⁹⁶ נימוקי יוסף,⁹⁷ ועוד,⁹⁸ וכך פסקו גם המחבר והרמ"א.⁹⁹

העובדה, כי בהעדר התנאה קיים דין "פועל דאורייתא", ככינויו בבבלי, אינה שוללת כמובן את האפשרות להתנות על דין זה, כעל כל דבר שבממון. כך גם ביחס לכינוי שנתכנה הדין דגן בירושלמי - "תניי בית דין". הביטוי "תנאי בית דין", שטבעו תנאים, אינו מורה על חוסר יכולת להתנות עליו.¹⁰⁰ משמעותו של הביטוי הינה: תקנת חכמים¹⁰¹ אשר חלה על

⁹² דברי ר"ח הובאו באור זרוע, ב"מ, פ"ז, סי' רעח. ושם הובאה גם דעת ר"י.

⁹³ תוספות, ב"מ פג, ע"א, ד"ה השוכר.

⁹⁴ תוספות רבנו פרץ, שם.

⁹⁵ תוספות הרא"ש, שם.

⁹⁶ ריטב"א, שם, ד"ה השוכר.

⁹⁷ נימוקי יוסף, שם, ד"ה אינו יכול לכופם.

⁹⁸ ראה: הגהות אשר"י שם, בשם אור זרוע; שלטי גיבורים, שם, דפי הרי"ף נא, ע"ב, אות ב. לדעת ר"ש גארמיזאן, אמרי בינה, ב"מ, הוצאת יד הרב נסים, ירושלים תשמ"ט, שם, עמ' קפה, כך סבר גם רש"י, ד"ה אינו יכול לכופם.

⁹⁹ שולחן ערוך, חו"מ שלא, א. הרמב"ם, כדרכו במקומות רבים, מעתיק כמעט במדויק את לשון המשנה, אך אינו מתייחס לשאלת ההתנאה. וראה **לעיל**, הערה 84. עם זאת, אין ספק כי דעתו כדעת כל שאר הראשונים. ראה לדבר מדברי הרמב"ם בעניין הנדונה (ראה **להלן**, הערה 103). מדבריו שם עולה בבירור, כי ניתן להתנות על "מנהג המדינה", ואת דברי רשב"ג במשנה בכתובות (צויינה בהערה, שם) - "הכל כמנהג המדינה" - הוא מעמיד במקרה **שלא התנה** ("הנושא סתם"), בדיוק כפי שעשו הראשונים הנ"ל בב"מ ביחס למשנת השוכר את הפועלים. וראה שו"ת ציץ אליעזר, ח"ב, סי' כג, אות ב, המעלה אפשרות שלדעת הרי"ף והרמב"ם לא תועיל אפילו התנאה מפורשת כנגד המנהג, אך מסיים "שיש מקום לפרש דבריהם גם באופן שיתאימו" לפסק השולחן ערוך.

¹⁰⁰ ואמנם, ביחס לעיקר כתובה שנינו (משנה, כתובות ד, ז): "לא כתב לה כתובה - בתולה גובה מאתים ואלמנה מנה, מפני שהוא תנאי בית דין", וכידוע ההלכה היא, כי לא ניתן לפחות מעיקר כתובה. ברם, ראה ברמב"ם, אישות פ"ב, ב, ה-ו, שכתב כי תנאי כתובה קרויים "תנאי בית דין", ועם זאת פסק שניתן להתנות עליהם. הדין שלא ניתן להתנות על **עיקר כתובה** נובע לא מהיות דין זה "תנאי בית דין", אלא שמשנה זו היא דברי ר' מאיר, הסובר: "כל הפוחת לכתולה ממאתים... הרי זו בעילת זנות" (משנה, כתובות, ריש פ"ה, בבלי נד, ע"ב). ראה: שם נא, ע"א; רמב"ם, שם, ה' ח; מגיד משנה שם, ה' ו.

¹⁰¹ על כך ש"תנאי בית דין" מציין תקנת חכמים, ראה: אלון, **המשפט העברי**, עמ' 404, ובהערה 74 שם; שציפנסקי, **התקנות בישראל**, כרך א, עמ' יג.

האדם **בהעדר התנאה (או כוונה) מפורשת** מצידו.¹⁰² רב יהודה בירושלמי בא אפוא ללמדנו, כי במקום שאין מנהג ואף לא סוכס דבר בין הצדדים, יחול דין השכמה והערבה הנסמך על הפסוקים, דין אשר הינו בגדר "תניי בית דין".

גם בסוגיות אחרות מבואר בדברי הראשונים, כי ניתן להתנות על הלכה שלגביה נקבע "הכל כמנהג המדינה".¹⁰³

על האפשרות להתנות על המנהג אנו שומעים במפורש גם מפי הרא"ש בתשובה. השאלה עוסקת בחילוקי דעות בין שוכר ומשכיר, האם קיבל השוכר רשות להשכיר את הבית לאחרים. וכך משיב הרא"ש:

דע, כיון שראובן השכיר ביתו לשמעון, מסתמא לדירת שמעון ובני ביתו השכירו, כי כן דרך כל שוכר בית והרוצה להכניס דיורין עמו בבית, הוא מתנה בפני[רוש]... ועל השוכר להביא ראיה [שכך הותנה], וכל זמן שלא הביא ראיה אין לו לשנות ממנהג השוכרים.¹⁰⁴

ניתן אפוא לשנות מ"מנהג השוכרים" על ידי התנאה מפורשת בין הצדדים.

סיכום

ניתן להתנות בדבר שבממון, הן על דין תורה (פרט לענייני ירושה) והן על דינים שקבעו חכמים (מלבד מקום ש"חכמים עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה"). לדברי רבי יהודה - שנפסק כמותם להלכה - "בדבר שבממון - תנאו קיים", ניתנו בראשונים שני הסברים. האחד, כי ויתור של בעל הזכות הממונית על זכותו, עוקר אותה. השני, כי הזכות קיימת ואינה בטלה, אך הוויתור הינו בגדר מחילה על הזכות. שני הסברים אלו משתקפים גם בדברי האחרונים. הצענו, כי אפשר ויש לכל אחד מהם בית אב באחת מסוגיות התלמוד הבבלי.

¹⁰² ראה למשל: משנה, כתובות פ"ד, ז-ח, י-יב - ביחס לתנאי כתובה, שחייב בהם הבעל אף שלא התנה; ועוד. יצוין, כי הביטוי "תנאי בית דין" מופיע גם בעניינים שאינם ממוניים, וגם שם במשמעות זהה. ראה למשל: משנה, זבחים ד, ו; טבול יום ד, ז. על האבחנה בין התנאים שהתנה יהושע, תנאי בין דין, ו"לב בית דין מתנה עליהם", ראה: אטלס, **נתיבים במשפט העברי**, עמ' 41-65; שציפנסקי, **שם**, עמ' מז-נ.

¹⁰³ ראה, למשל, בעניין הנדוניה - במשנה, כתובות סו, ע"ב: "החתן מקבל עליו עשרה דינרים לקופה... רשב"ג אומר: הכל כמנהג המדינה". להלכה נפסק כרשב"ג (אמנם, יש מן הראשונים שכתבו שם, שלא נחלקו ת"ק ורשב"ג). וכך פוסק הרמב"ם (אישות כג, יא-יב) הלכה זו: "מנהגות רבות יש בנדוניה... הנושא **סתם** כותב ונותן כמנהג המדינה". דייק הרמב"ם וכתב: הנושא "סתם", שכן אם התנה - הכל לפי תנאו (ולא לפי המנהג).

¹⁰⁴ שו"ת הרא"ש, כלל א, סי' ז, בתשובה השלישית (מהד' מכון ירושלים תשנ"ד, עמ' ג. ההוספות בסוגריים - שלי).

ישנם מקרים, דוגמת חיובי השומרים, שבהם לא מועילה התנאה מצדו של בעל הזכות הממונית (המפקיד) לבדו, אך בכל זאת ניתן יהא להתנות על ידי התנאת המתחייב (השומר) ובעל הזכות יחדו.

דרכי הקניין קבועות הן ואינן ניתנות להתנאה על ידי המוכר והקונה. כך נראה מסברא, כך משמע מלשון המשנה וכך עולה בבירור מכמה סוגיות בתלמוד. כך גם כותבים במפורש כל הראשונים בספרד. עם זאת, אצל שנים מחכמי פרובאנס - ראב"ד, ומאירי בשם "גדולי עולם" - מצאנו את הדעה המנוגדת, ולפיה הקונה והמוכר יכולים להתנות ביניהם לבצע את הקניין בדרכים אשר אינן תקפות על פי הדין.

לדעת הרוב צריך לומר, כי גמירות הדעת בקניין מבחנה אובייקטיבי. לפיכך, אם מתנים הצדדים להקנות בדרך החורגת מן ההלכה - בטלה דעתם אצל כל אדם, ואין כאן גמירות דעת. לחילופין ניתן לומר, כי הדרישה להקנות בדקדקנות על פי דרכי הקניין שנקבעו בהלכה הינה דרישה פורמלית ואין היא תלויה בגמירות דעתם של הצדדים.

דעת האחרונים בעניין זה הינה כדעת רוב הראשונים, היינו, כי דרכי הקניין, בשונה משאר דברים שבממון, אינן ניתנות להתנאה על ידי הצדדים לעסקה. אמנם, אחד מן האחרונים, ר' יעקב טננבוים (הונגריה, המאה ה-19), כותב במפורש כי הכלל "בדבר שבממון - תנאו קיים" יפה גם לעניין דרכי הקניין, ולפיכך יכולים הצדדים להסכים ביניהם לקנות בדרך שאינה מועילה לפי ההלכה. כדעה זו משמע, לדעתנו, גם דברי המהרשד"ם. ברם, כאמור, זו אינה הדעה המקובלת בקרב האחרונים.

כוחו של המנהג דיני ממונות יפה כל זמן שלא התנו הצדדים אחרת. אם התנו ביניהם לנהוג שלא על פי מנהג מקומם - תנאם גובר. כך עולה בבירור מסוגיית הבבלי בתחילת פרק השוכר את הפועלים ומדברי הראשונים בכמה מקומות.

דברי הרמ"ך - המסתפק אם יכול בעל הבית לכופ את פועליו להשכים ולהעריב לעבודתם, במקום שנהגו שלא לעשות כן, אפילו "התנה עמהן תחלה על כך" - נראים לכאורה כסותרים לאמור. הצענו, כי יש לצמצם את דבריו להקשר המסויים שבהם נאמרו, היינו: הרעת תנאי העבודה של פועלים, יחסית למנהג המקום, בעניין השכמה והערבה.

שער רביעי

**מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין -
קניין סיטומתא**

המנהג בדרכי הקניין - המקורות התלמודיים

מבוא

רוב דרכי הקניין מצויות כבר במקורות התנאיים,¹ ומיעוטן מתחדש בתלמוד.² אלו קבועות ופסוקות, בהתאם לסוג החפץ הנקנה. לפי העולה מן המקורות, אין דרכי הקניין ניתנות להתנאה³ ואין הן נקבעות או משתנות בהתאם למנהג המקום.⁴

אמנם, בשני מקומות בספרות התלמודית מצאנו כי דרכי קניין נקבעות לפי המנהג. האחד, ברייתא המובאת בסוגיא בתלמוד הירושלמי במסכת קידושין. המקום הנוסף - סוגיית סיטומתא, אשר בתלמוד הבבלי במסכת בבא מציעא. לעיון בשתי סוגיות אלו יוקדש פרק זה.

מקורות תנאיים

ברייתא, ירושלמי, קידושין, פ"א ה"ה, ס ע"ג

1. הברייתא

המשנה בקידושין עוסקת בדרכי הקניין של מקרקעין.⁵ ביחס אליה מובאת בירושלמי ברייתא,⁶ המלווה בהוספות מאוחרות ששולבו בתוכה⁷:

¹ ראה במיוחד: משנה, קידושין, א, א-ו; תוספתא, שם, א, א-ט.

² כגון: קניין ד' אמות (ב"מ ז, ע"א); מעמד שלושתן (גיטין יג, ע"א); אודיתא (ב"ב קמט, ע"א). אמנם, יש מן הראשונים שאינם רואים באודיתא מעשה קניין אלא נאמנות ובירור. ראה: "אודיתא", אנציקלופדיה תלמודית, כרך א, עמ' רמט-רנ.

³ בעניין זה ראה בהרחבה פרק ד, עמ' 137-140.

⁴ אמנם, ל"מסוכן" (המכונה גם: "שכיב מרע") יש, לדעת חלק מהתנאים, דין מיוחד, ולפיו הוא יכול להקנות נכסים - בין שיש להם אחריות ובין שאין להם אחריות - באמירה. ראה, למשל: משנה, ב"ב ט, ז; והמקבילה בתוספתא, שם (ליברמן) ז, יב. ובתלמודים: "דברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמו" (ב"ב קנא, ע"א); "עשו דברי שכיב מרע כברייתא שכתובין" [ב] ונתן והוא שמת מאותו החולי" (ירושלמי, פאה, פ"ג ה"ז, יז ע"ד). ברם, גם דין חריג זה הינו דין קבוע, המהווה חלק ממסכת דיני הקניין, ואין הוא תלוי לא ברצון הצדדים ולא במנהג המקום.

⁵ משנה, קידושין א, ה.

⁶ ירושלמי, קידושין פ"א ה"ה, ס ע"ג. הברייתא מובאת גם במדרש רות רבה, פ"ז, יא, בשינויים, ומקבילה חלקית לה במדרש שמואל, פ"ח, ה. לפירוט שינויי הנוסחאות ברות רבה שם, ראה: מ"ב לרנר, **אגדת רות ומדרש רות רבה**, עבודת דוקטור, האוניברסיטה העברית, ירושלים תשל"א, חלק ב: מדרש רות רבה, על פי כתב-יד אוקספורד 164, עם חילופי נוסחאות [להלן בפרק זה: רות רבה, מהד' לרנר], עמ' 190-195. להלן נעיר על כמה

בראשונה⁸ היו קונין בשליפת המנעל.⁹

שינוי נוסח משמעותיים. ליחסים בין מדרש רות רבה והירושלמי, ובכלל זה סוגייתנו, ולשאלת זמן חיבורו של המדרש, ראה אצל לרנר, שם, חלק א, עמ' קיט-קלא, קעא-קעג.

⁷ כמה נתונים מורים על כך, כי מדובר בהוספות שאינן מגוף הברייתא: סגנון "בראשונה" אצל התנאים הוא קצר ואינו כולל "הערות ביניים" בצורת שאלה או הסבר (ראה על עניין זה בפירוט בהערה הבאה); בשתי תוספות-הביאור הראשונות מובאים דברי אמוראים, שוודאי אינם מגוף הברייתא; גם הביטויים "הדא היא דכתיב" ו"תמן אמרין", שהם ביטויים ארץ-ישראליים מובהקים, מוכיחים בעליל שזו הוספה של התלמוד הירושלמי. והשווה למקבילה ברות רבה, שם הוספה הראשונה ("מי שלף?...") אינה מופיעה בתוך דברי הברייתא, אלא מובאת על הפסוק הבא ברות, "וישלוף נעלו".

⁸ המטבע התנאי "בראשונה" מציין הלכה או מנהג קדומים ששנו במועד מאוחר יותר. מבדיקה שערכנו, באמצעות תקליטור פרויקט השו"ת, במשנה ובתוספתא (22 הלכות בסגנון זה במשנה, 52- בתוספתא. כן מופיעות ברייתות בסגנון זה בשני התלמודים), עולים המימצאים הבאים: סגנון "בראשונה" הוא קצר, לעתים קרובות הוא כולל את הסיבה שגרמה לשינוי, אך אין הוא מלווה בדברי הסבר או בשאלות הבהרה; ובאופן סכימטי: "בראשונה נהגו כך, משארע מאורע כלשהו חזרו/התקינו לנהוג אחרת". דוגמאות: "בראשונה היו אומרים... משרבו עוברי עבירה התקינו... (משנה, שביעית ד, א); "בראשונה היה לולב ניטל... משחרב בית המקדש התקין רבן יוחנן בן זכאי... (משנה, סוכה ג, יב); לעתים מובא מעשה שגרם לשינוי ההלכה (משנה, ר"ה ד, ד). בתוספתא מופיעים גם הסגנונות: "בראשונה... עכשיו..." (תוספתא, דמאי, ליברמן, א, ב; שם, יא); "בראשונה... חזרו לומר (לאסור, וכד')..." (שם, ג, ד; שם, ח; שביעית, ליברמן, ג, ט); לעתים בא "בראשונה" בלי ציון השינוי שארע אחר כך: "ביהודה בראשונה היו... ובגליל לא נהגו כן" (תוספתא, כתובות, ליברמן, א, ד. והשווה: תוספתא, מכשירין, צוקרמאנדל, ג, ו, שם נזכר רק "בראשונה", בלי התייחסות ליהודה וגליל). נראה לנו, שלשון "בראשונה" מצביעה אף כאן, כי בשלב מאוחר יותר חל שינוי בהלכה הנוהגת (מסגנון הדברים משמע, שחזרו בגליל לנהוג כיהודה).

עוד נציין, כי לא מצאנו בשום מקום, שחזרו מן ההלכה שנהגו בה "בראשונה" מחמת דרשת פסוקים. מצאנו אמנם, ב-3 מקומות: "בראשונה... עד שבא רבי עקיבא ולימד..." (משנה, מעשר שני ה, ח; נדרים ט, ו; תוספתא, פסחים, ליברמן, א, ז); אולם מדובר בהלכה שבא ולימד **ולא בדרשת פסוקים** [ובכלל, המטבע "עד שבא רבי עקיבא ולימד" - מטבע הנוצר רק ביחס לר' עקיבא - מופיע במקורות תנאיים תמיד, גם כשאין לפנינו "בראשונה", ביחס להלכות שחידש אך לא ביחס לדרשת פסוקים. ראה: תוספתא, מו"ק (ליברמן), ב, י; ספרא, מצורע, פרשת זבים, פרשת ה, פרק ט, יב (ודרשת הפסוקים שם אינה משל ר' עקיבא אלא משל מסדר המדרש); ועוד. אמנם, הבבלי משתמש במטבע זה ביחס לר' עקיבא גם ביחס לדרשת פסוקים. ראה: קידושין נז, ע"א; ב"מ סב, ע"א. ביחס למקור האחרון השווה למקבילה בספרא, בהר, פרשת ה, ג, שם אכן לא מופיע המטבע הנ"ל אלא "אמר לו רבי עקיבא". יש בעובדה האמורה כדי לחזק את דעתנו, כי דרשת הפסוק מירמיה שנוספה בשולי הברייתא דנן, אינה מגוף הברייתא אלא תוספת של הירושלמי. מה עוד שהדרשה נראית כמיותרת, שכן השינוי בדרך הקניין נגרם כתוצאה מהשינוי **במנהג**, כעולה מההשוואה למנעל וקצצה, ולא כתוצאה מדרשת פסוקים שנתחדשה להם. בניית המונח "בראשונה" עוסק גם ז' פרנקל, **דרכי המשנה**, תל-אביב תשי"ט, עמ' 146-151 (תודתי נתונה לידידי, עמיחי רדזינר, שהעמידני על דבריו).

⁹ ברות רבה, מהד' לרנר, פותחת הברייתא: "שלוף איש נעלו ונתן לרעהו <חזרו להיות קונין בסנדל, דכתיב שלף איש נעלו ונתן לרעהו, חזרו להיות קונין בקציצה...". לרנר (**לעיל**, הערה 6), חלק ג, עמ' 78, פירוש לשורה 118, משער, כי הגירסא המקורית היתה: "בראשונה היו קונין במנעל ובסנדל". ברם, דומה כי אין בעדי הנוסח שצוין בסיס טקסטואלי מספק לתמיכה בהשערה זו, וסביר יותר כי המילה "במנעל" (שמופיעה רק בכ"י לונדון) הוספה, כדי להתאים את הגירסא במדרש לזו שבירושלמי.

הדא היא דכתיב: וזאת לפני ישראל על הגאולה ועל התמורה שלף איש נעלו וגו'.¹⁰ מי שלף? תמן אמרין: רב ולוי, חד אמר - הקונה, וחד אמר - המקנה. ואתיין אילין פלוגותא כאינון פלוגותא דתני: בועז נתן לגואל. רבי יהודה אומר: הגואל נתן לבועז.

חזרו להיות קונים בקצצ'.¹¹

מהו בקצצה? בשעה שהיה אדם מוכר שדה אחוזתו,¹² היו קרוביו מביאין חביות וממלין אותן קליות ואגוזים ושוברין לפני התינוקות, והתינוקות מלקטין ואומרים: נקצץ פלוני מאחוזתו.¹³ ובשעה שהיה מחזירה לו, היו עושין כך ואומרים: חזר פלוני לאחוזתו. אמר רבי יוסה בי רבי בון: אף מי שהוא נושא אשה שאינה הוגנת לו, היו קרוביו מביאין חביות וממלין אותן קליות ואגוזים ושוברין לפני התינוקות, והתינוקות מלקטין ואומרים: נקצץ פלוני ממשפחתו. ובשעה שהוא מגרשה היו עושין כך ואומרין: חזר פלוני למשפחתו.

¹⁰ רות ד, ז. לפירושו של פסוק זה על פי פשוטו של מקרא, ראה: פי' מלצר, **דעת מקרא - רות**, ירושלים תש"ן, עמ' לא; י' זקוביץ, **מקרא לישראל, פירוש מדעי למקרא - רות**, תל אביב-ירושלים, תש"ן, עמ' 107-108. על התרגום הארמי לפסוק זה ("וטלע גבר יתר נרתק יד ימיניה"), ראה: ש"ז הבלין, "תרגום ספר רות - תרגום של הדיוטות", **סיידא ב** (תשמ"ו), עמ' 35-36 (חן לרב צבי סלושץ על ההפניה למקור האחרון).

¹¹ ברות רבה, מהד' לרנר: "בקצצה". ובשינויי נוסחאות שם גם: בקצצים, בקצצה. דעות שונות הועלו על ידי החוקרים באשר לפירוש המונח "קצצה", ברם אין הדבר משנה לעניינו. ראה בעניין זה: I. Herzog, *The Main Institutions of Jewish Law*, London and New York, 1965, Vol. I., pp. 138-141; לרנר (**לעיל**, הערה 9), ובמקורות שצוינו על ידו; ליפשיץ, **אסמכתא**, עמ' 335-338, ובמקורות שצוינו שם, הערה 266; י' בן-פזי, **השתלשלות דרכי הקנין בקרקעות מסוף תקופת הבית השני ועד ראשית תקופת התלמוד לאור המקורות התלמודיים**, עבודת דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן, תשנ"ח, עמ' 105-107. וראה עוד: ר' קצוף, "הערות בשולי מאמרו של גולאק", **שנתון המשפט העברי** ט-י (תשמ"ב-תשמ"ג), עמ' 24-25.

¹² ברות רבה, שם: "כל מי שמוכר אחוזתו **לגוי**". וראה בשינויי הנוסחאות שם, וכן בחלק ג, עמ' 78, פירוש לשורה 121, שהגירסא ברוב עדי הנוסח היא "לנכרי". ופירושו, כפי שכתב ליברמן (תוספתא כפשוטה, כתובות, עמ' 220, הערה 9), שמוכר אחוזתו לאדם זר שאינו ממשפחתו (ולא שמוכר לאינו יהודי). כך מוכח גם מן הירושלמי (כאן, ובמקבילה בכתובות פ"ב ה"י, כו ע"ד), שהינו מקור הדברים, אשר אינו מזכיר כלל את המילה "לנכרי".

¹³ במדרש רות רבה, הגירסא בכ"י קימבריג' ובדפוס הראשון: "**אבד** פלוני ממשפחתו". ראה מהד' לרנר, שם.

חזרו להיות קוני' בכסף ובשטר ובחזקה.

בכסף, שדות בכסף יקנו¹⁴ - זה הכסף, וכתוב בספר וחתום -
אילו עידי שטר,¹⁵ והעד עדים - אילו עידי חזקה. או אינן אלא
עידי שטר? כבר כתיב: וכתוב בספר וחתום.

2. פירושה של הברייתא

אמנם, המלה "מנהג" אינה נזכרת בה, אך מפשטות דברי הברייתא עולה כי דרכי
הקניין של מקרקעין השתנו מזמן לזמן ונקבעו לפי המנהג,¹⁶ עד שנקבעה ההלכה השנויה
במשנה - "נכסים שיש להם אחריות נקנין בכסף ובשטר ובחזקה" - אף היא, כך נראה מן
ההקשר בברייתא, בהשפעת המנהג שהיה נהוג בעת היווצרה.¹⁷

בסוגיא המקבילה בבבלי (קידושין כו, ע"א), בדומה לסוגיית הירושלמי, נלמדות חלק
מדרכי הקניין במקרקעין מן הפסוקים בירמיה.¹⁸ ברם, דומה כי קיים הבדל מהותי בעניין זה
בין שני התלמודים. בבבלי פותחות הסוגיות במלים: "בכסף מנלן?...?", "ובשטר: מנלן?...?",
"ובחזקה: מנלן?...?", ומשמע כי הבבלי רואה בפסוקים המובאים את המקור לדרכי הקניין.

בירושלמי, לעומת זאת, נפתחת הסוגיא בתיאור המנהג המשתנה שבברייתא:
"בראשונה היו קונין... חזרו להיות קונים...". ברור כי לפי תיאור זה, המנהג הוא המקור

¹⁴ ירמיה לב, מד.

¹⁵ במדרש רות רבה, שם: "הרי בשטר". ביחס ללימוד בירושלמי: "וכתוב בספר וחתום" - אילו עידי שטר, לרנר
סבור, כי נכתב "עידי" בהשפעת הלימוד הסמוך ("והעד עדים" - אילו עידי חזקה), וכן כהקדמה לשאלת הגמרא
בהמשך: "או אינן אלא עידי שטר?". ראה: לרנר (לעיל, הערה 6), חלק א, עמ' קכא, הערה 23. ברם, יתכן כי יש
כאן ביטוי לתפיסה שקניינים אלו צריכים להיעשות בנוכחות עדים. ראה: ליפשיץ (לעיל, הערה 11), עמ' 335-
329.

¹⁶ לעומת זאת, יש שהדגישו כי קניין סודר - הנלמד בבבלי (ב"מ מז, ע"א) מן הפסוק הנ"ל ברות - הוא מן התורה.
ראה הלכות גדולות, הל' עדות, מהד' הילדסהיימר, ח"ג, עמ' 36, ביחס לקניין סודר: "וזאת לפנינו בישראל -
בימי משה". וראה גם שו"ת מבי"ט, ח"א, סי' כה, שסודר הוא מדאורייתא, והסמיכוהו על פסוק זה (תודתי
נתונה לידידי, עמיחי רדזינר, על ההפניה למקורות אלו). דומה, כי הצורך לעגן את קניין סודר בפסוקי התורה
נובע מעובדת העדר איזכורו כדרך קניין במקורות התנאיים.

¹⁷ בדברנו על שינויים בדרכי הקניין אנו מתייחסים, כמובן, לתיאור ה"היסטוריה" העולה מדברי הברייתא, ולא
ל"אמת ההסטורית". על מידת התעניינותם של חז"ל בהסטוריה של מאורעות, כמו גם בהסטוריה של התפתחות
ההלכה עצמה, ראה במקורות שצוינו אצל: י' קרצ'מר, "שתי תקנות" - לגלגוליה של שיטה פרשנית בתלמוד
הבבלי, משלב לג (תשנ"ט), עמ' 65, הערה 9. וראה שם, לגבי מגמתם של חז"ל בהבאת תיאורים של התפתחות
ההלכה, דוגמת זה שהובא בברייתא לעיל. וראה עוד להלן, בטקסט הסמוך להערה 115.

¹⁸ בבבלי שם לומדים את קנייני כסף ושטר מן הפסוקים בירמיה לב (אם כי ביחס לשטר, הבבלי דוחה את
הלימוד מ"וכתוב בספר וחתום", שהובא בירושלמי, ומסתמך על 'ואקח את ספר המקנה'). קניין חזקה נלמד שם
מפסוקים אחרים.

לדרכי הקניין¹⁹ הנזכרות במשנה. רק בשולי הסוגיא, כהוספה לאמור בברייתא, מובא הלימוד מהפסוק בירמיה. הלימוד מן הפסוק שבירושלמי - אשר, כאמור, אינו מגוף הברייתא אלא הוספה מאוחרת²⁰ - הינו, אפוא, בגדר אסמכתא בלבד²¹ ואינו מקור הדין.²²

אמנם, רי"צ דינר גורס, כי הן מסוגיית הירושלמי והן מזו שבבבלי משמע, כי המקראות שהובאו כמקור לדרכי הקניין במקרקעין שבמשנה, אינם המקור האמיתי.²³ לדעתו, המשנה העוסקת בקנייני מקרקעין משקפת דין קדום ביותר,²⁴ ובימי התנאים "כבר נשתכחה הקבלה, מאין הוציאו הסופרים דינים אלו". השערתו היא, כי שלוש דרכי הקניין - כסף, שטר וחזקה - נלמדו על ידי הסופרים מתוך פסוקי התורה.²⁵

¹⁹ יש מי שרצה לומר כי שלילת המנעל והקצצה המופיעות בברייתא לא שימשו כמעשה קניין אלא רק כפרסום לקניין, שהיה נעשה על פי דין תורה. ראה: הרב י"ד לוי, יד הלוי, ניו יארק תרצ"ד, סי' מ, עמ' 260. פירוש זה אינו מתיישב לדעתנו עם לשון הברייתא, המורה שבקניין ממש מדובר ("היו קונין... חזרו להיות קונין..."). גם מדברי ראשונים ואחרונים עולה, כי המעשים הנזכרים בברייתא הנ"ל שימשו כקניינים ממש. ראה למשל: שו"ת רשב"א, ח"ג, סי' קלב; שו"ת דבר אברהם, ח"א, סי' א, ענף א, אות ג.

²⁰ ראה לעיל, סוף הערה 8.

²¹ כך אמנם למד פני משה, שם, ש"סמכוהו [למנהג - ר"ק] אמקרא". אמנם, גם ביחס לנוסח בבבלי: "בכסף מנלן" וכד', עדיין יש מקום לומר שהפסוק הוא רק בגדר אסמכתא ואינו מקור הדין. כך אכן סובר בעל ספר החינוך, מצווה שלו (במהד' שעוועל: מצווה שכת), ביחס לדרכי הקניין כולן. ברם, הדעה המקובלת במפרשים היא, כי הפסוקים שבבבלי הובאו כמקור לדרכי הקניין ולא כאסמכתא גרידא. ראה בראשונים, קידושין שם.

²² בירושלמי, קידושין, פ"א ה"ג, נט ע"ד, למדו בסתמא דגמרא מפסוק שמקישים עבדים לאחווה (=קרקע) - "מה אחווה נקנית בכסף ובשטר ובחזקה אף עבד כנעני נקנה בכסף ובשטר ובחזקה". ושאלו: "מניין שאחווה נקנית בכסף ובשטר ובחזקה?", והביאו את הלימוד שהובא להלן בסוגייתנו (שם, פ"א ה"ה, ס ע"ג) מהפסוק בירמיה "שדות בכסף יקנו". ומשמע לכאורה שבעל הסתמא דגמרא שם הבין שהלימוד מהפסוק - ולא המנהג - הוא מקור הדין, ובניגוד לעולה מסוגיית הירושלמי דנן. ברם נראה לנו, שאין הדברים כך. הסוגיא המקורית העוסקת בדרכי הקניין במקרקעין היא זו שבהלכה ה', הצמודה למשנה הדנה ב"נכסים שיש להן אחריות", ואילו בהלכה ג' נסוב הדיון סביב דברי המשנה העוסקת בדרכי הקניין בעבד כנעני. לאור האמור נראה, כי הלימוד מהפסוק בירמיה מקורו בהלכה ה' והועבר משם להלכה ג' אגב שהזכירו ש"אחווה נקנית בכסף ובשטר ובחזקה". ראייה לדבר, כי בהעברה עסקינן, הינה העובדה שלא רק לימוד זה הועבר מהל' ה' להל' ג', אלא יחד עמו הועברו גם - ועל פי סידרם - דברי רבי יסא בשם רבי מנא ש"אין קרקע נקנה בפחות משווה פרוטה", הנסמכים אף הם על הפסוק הנ"ל בירמיה; דברי ר' חנינה; וכן מחלוקת רבי אליעזר וחכמים אם הילוך קונה. כל הנ"ל אינם נצרכים כלל לעניינה של הסוגיא בהל' ג'.

²³ רי"צ דינר, חידושי הריצ"ד, ח"ב, הוצ' מוסד הרב קוק, ירושלים תשמ"ד, קידושין כו, ע"א, ד"ה בד"ה נכסים, עמ' קפד-קפה. הראיה לכך, לדעתו, הינן הקושיות שהועלו בבבלי ובירושלמי ביחס ללימוד מפסוקים אלו.

²⁴ ההוכחה שהוא מביא לקדמות דין המשנה הינה העובדה, כי כבר תנאים נחלקו בפירושו של דין זה, האם יש צורך בג' דרכי הקניין גם יחד (תוספתא, ב"ב ב, יג), או שדי באחת מהן (ברייתא, קידושין כו, ע"א).

²⁵ לפי השערתו, הסופרים מצאו בתורה ג' דרכים לקניין: כסף - בעבד ("מכסף מקנתו") ובקרקע (שדה עפרון); חזקה - באשה (ביאה, שהיא שימוש לשם אישות); שטר - באשה (שקונה עצמה בגט). וכיוון שבמטלטלין נאמר במפורש "או קנה מיד עמיתך", היינו משיכה, ייחדו ג' דרכי קניין אלו למקרקעין.

הנחה זו מיישבת לדעתו קושי ביחס לברייתא שבירושלמי. שכן, אם אמנם נלמדו כסף ושטר מן הפסוק בירמיה, מניין לו לתנא שעוד קודם תקופה זו קנו בקצצה? אלא שכאמור, התנא בברייתא לא ידע על הלימוד מירמיה, וסבר כי מקורם של קנייני מקרקעין בפסוק שבספר רות, וכי קביעת דרכי הקניין מאז ועד למשנה נעשתה על פי המנהג.²⁶

ח' אלבק מסביר את הברייתא באופן אחר. לדעתו, אין הכוונה שעד זמנו של ירמיה קנו מקרקעין בקצצה בלבד, ובימיו החלו לקנותה בכסף. אלא כך פירושה: בראשונה, בזמנו של בועז, קנו קרקע - לצד כסף, שטר וחזקה - גם בחליפין (שליפת המנעל); חזרו להיות קונים בקצצה במקום בחליפין; ולבסוף, בזמנו של ירמיה, חזרו לקנות בכסף, בשטר ובחזקה בלבד.²⁷ אמנם, מפשטות לשון הברייתא משמע, כי המנהג לקנות בכסף, בשטר ובחזקה נקבע רק לבסוף, וכך גם הבינוה כמה מן האחרונים.²⁸

הברייתא שבירושלמי אינה מובאת, למיטב ידיעתנו, בדברי הראשונים כבסיס לתוקפם של מנהגי הסוחרים.²⁹ אצל האחרונים אנו כבר מוצאים, אם כי במידה מעטה מאוד, כי ברייתא זו מובאת - לצד דין סיטומתא - כאסמכתא למנהגי הסוחרים בדרכי הקניין.³⁰ לעומת זאת, מרבים הראשונים והאחרונים להסתמך, לצורך עיגון תוקפם של מנהגי הסוחרים, על דברי הירושלמי "מנהג מבטל הלכה"³¹ ובעיקר על סוגיית סיטומתא שבבבלי.³²

²⁶ דינר שם אינו מסביר בדיוק מה סבר התנא של הברייתא, אך נראה לנו שלכך כיוון.

²⁷ ח' אלבק, פירוש למשנה, סדר נשים, ירושלים-תל-אביב תשי"ט, השלמות ותוספות, קידושין פ"א, ד-ה, עמ' 411.

²⁸ ראה למשל: שו"ת דבר אברהם (לעיל, הערה 19); שו"ת ציץ אליעזר, ח"ה, סי' כה, אות טו, ד"ה אולם.

²⁹ לעת עתה מצאנו רק מקור אחד בתקופת הראשונים שבו נזכרת הברייתא הנ"ל: שו"ת הרשב"א, ח"ג, סי' קלב. וגם שם - הברייתא מובאת כראיה לכך שקרקע נקנית בחליפין, אך לא כבסיס למנהגי הסוחרים. החיפוש נערך באמצעות: תקליטור פרויקט השו"ת; אלון, מפתח השו"ת של חכמי ספרד וצפון אפריקה - מפתח המקורות.

³⁰ ראה: שו"ת דבר אברהם (לעיל, הערה 19); שו"ת אחיעזר, ח"ג, סי' מ, אות ד, ד"ה ובל"ז.

³¹ ירושלמי, ב"מ, פ"ז ה"א, יא ע"ב. ראה להלן, עמ' 298.

³² ב"מ עד, ע"א. ראה בהרחבה בפרקים ח ו-ט. סוגיית סיטומתא תידון בהמשך פרק זה.

לשימוש המועט כל כך בברייתא שבירושלמי - לצורך עיגון מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין - בהשוואה לשימוש הרב שנעשה למטרה זו בסוגיית סיטומתא, תרמו, כך ניתן לשער, כמה סיבות:

1. העדפת מקור מהתלמוד הבבלי על פני זה שבירושלמי.

2. הברייתא מדברת על שינוי במנהג, המתואר כמנהג כללי, על ציר הזמן ("בראשונה היו קונין... חזרו להיות קוניים"). סוגיית סיטומתא, לעומת זאת, מדברת על מנהג המשתנה, אפילו באותה נקודת זמן, **ממקום למקום** ("ובאתרא דנהיגו"). דומה, כי התלות במקום, והשוני שבין המקומות, מאפיינים את מנהגי הסוחרים יותר מאשר התלות בזמן.

3. השינויים בדרכי הקניין במקרקעין, המתוארים בברייתא, מסתיימים בשלב שבו נקבע הדין שבמשנה ("חזרו להיות קוניינים" [בכסף ובשטר ובחזקה]). יש מקום, אפוא, לטענה כי אין כאן אלא תיאור הסטורי של השתלשלות העניינים שהביאה בסופה לדין השנוי במשנתנו.³³ ברם, משנקבע הדין האמור כחלק ממכלול דרכי הקניין הסדורים במשנה, שוב לא ישתנה בהשתנות המנהג. מנגד, סוגיית סיטומתא עוסקת בדרך קניין שאינה נזכרת בין דרכי הקניין שמנו תנאים, אלא מתחדשת בתקופת האמוראים על ידי רבא. לפיכך, יש מקום רב להסיק ממנה גם ביחס לדרכי קניין "חדשות" נוספות, אשר ינהגו בעתיד בין הסוחרים.

³³ לעניין מגמתם של תיאורים מעין אלו, ראה מה שצויין לעיל, בהערה 17.

מקורות אמוראיים

בבלי, בבא מציעא עד, ע"א - סוגיית סיטומתא

1. הסוגיא

בפרק איזהו נשך במסכת בבא מציעא למדנו³⁴:

אמר³⁵ רב פפי³⁶ משמיה דרבא³⁸: האי סיטומתא³⁹ קניא.

³⁴ ב"מ עד, ע"א. הציטוט על פי דפוס וילנא. חילופי הגירסאות יצוינו בהערות הבאות. להלן רשימת קיצורים של הדפוסים וכתבי היד (להלן: כ"י) שעל פיהם יצוינו חילופי הגירסאות:

דו = דפוס וניציאה רפ"א

דש = דפוס שונצינו רמ"ט

דשל = דפוס שלוניקי שכ"א

אס = כ"י אסקוריאלי G-I-3

ה = כ"י המבורג 165

מ = כ"י מינכן 95

פל = כ"י פלורנץ (פירנצה) Magliabechi II.9

ר1 = כ"י רומי ואטיקאן 115

ר2 = כ"י רומי ואטיקאן 117

תודתי נתונה למכון התלמוד הישראלי השלם של יד הרב הרצוג בירושלים, ולד"ר עזרא שבת, עובד המכון.

³⁵ בכ"י מינכן הגירסא: "וכן א'מר] רב פפי". ובכ"י המבורג: "ואמ[ר]". החיבור למימרא הקודמת, לפי הגירסאות הנ"ל, נובע כנראה מכך ששתייהן מימרות של רבא, כפי שמצוי בתלמוד בסדרת מימרות המובאות מפי אותו חכם או משמו. אין, אפוא, כל הכרח כי קיים קשר תוכני בין המימרות. בנוסף, קיימת אפשרות ש"וכן" נוצרה על ידי הכפלה מוטעית של התיבה "זבן" שבסיום הסוגיא הקודמת.

³⁶ בכ"י פירנצה הגירסא: "אמל [=אמר ליה(?)] רב אשי לרבא הא סיטומתא קניא". מגירסא זו משמע כאילו יש כאן פנייה של רב אשי לרבא, בעל המימרא הקודמת, דבר שאינו הולם את הסוגיא. נראה ש"אמר" נשתבש ל"אמל", ואולי "רב פפי" ל"רב אשי" (ושמא המילה רב"א היא שנשתבשה לרב אשי, כפי שמעיר בעל דקדוקי סופרים בכמה מקומות). מכל מקום, לא מצאנו חבר לגירסא זו, ובדקדוקי סופרים כתב שהוא ט"ס. ואכן, ידוע לנו כי הסופר שהעתיק את סדר נזיקין בכ"י פירנצה עשה טעויות רבות, ראה: רנ"י רבינוביץ, **דקדוקי סופרים למסכת סנהדרין**, הקדמה, עמ' 4; ד' רוזנטל, **תלמוד בבלי - כתב יד פירנצה**, ירושלים תשל"ב, הקדמה, עמ' 3-5.

לגבי היחס שבין רבא ורב אשי, יש שסברו, על פי קידושין עב, ע"ב, כי רב אשי נולד ביום שבו נפטר רבא, ואם כך, הרי שגם מצד זה לא תיתכן הגירסא דלעיל. אך ראה היימאן, **תולדות תנאים ואמוראים**, ערך "רב אשי", שהאריך בראיות לסתור דעה זו, ולדעתו רב אשי היה תלמידו של רבא בסוף ימיו. וראה עוד בעניין זה: אלבק, **מבוא לתלמודים**, עמ' 427-429, והערות 435-436. אלבק שם מציין כמה סוגיות שבהן מופיע בדפוס שלפנינו, לכאורה, דו שיח בין רב אשי לרבא, אך מוכיח שהדבר נסתר על ידי עדי נוסח אחרים. לדוגמאות שציינן ניתן להוסיף - סוכה כו, ע"א: "אמר רב אשי... א"ל אבי...". ואב"י נפטר לפני רבא (על דוגמא זו העמידני ידידי, הרב ד"ר שלמה פיק). וראה בהערה בשולי הגליון שם, שנדחק להסביר, מכוח הגמרא בקידושין הנ"ל, שמדובר ב"רב אשי הקדמון". ובדקדוקי סופרים שם כתב שהגירסא האמיתית היא "אמר רב יוסף". מכל מקום, גם אם למד רב אשי אצל רבא בסוף ימיו, הרי שפער השנים הגדול ביניהם גרם לכך שאין התלמוד מתעד משא ומתן

למאי הלכתא?

רב חביבא⁴⁰ אמר: למקניא ממש.⁴¹
 רבנן⁴² אמרי: לקבולי עליה מי שפרע.
 והלכתא,⁴³ לקבולי עליה מי שפרע,⁴⁴

ביניהם. על תופעה זו ראה: א' כהן, "לשאלת זיהויו של רבינא, חברו של רב אשי", **דברי הקונגרס העולמי הי"א למדעי היהדות** (תשנ"ד), חטיבה ג, כרך א, עמ' 97-98 (תודתי נתונה לד"ר אבינעם כהן על שהפנני למאמרו הנ"ל ועל שהאיר עיניי בכמה עניינים נוספים הנוגעים לפרק זה).

³⁷ כך ברוב עדי הנוסח. אמנם, ר' שמואל בן חפני במבוא התלמוד (מהד' ש' אברמסון, ירושלים תש"ן, עמ' 64), גורס: "רב פפא". כך גרסו גם הרא"ש, ב"מ, פ"ה, ס"י עב, והאור זרוע, שם, ס"י רל. וכן היא הגירסא בכ"י אס, 1, ר2. ושניהם היו תלמידיו של רבא, ראה בהערה הבאה, והחילופים ביניהם שכחים.

³⁸ כך בכל עדי הנוסח. בהלכות גדולות, ב"מ, הלכות ריבית (מכון ירושלים, תשנ"ב): "רב", אך ט"ס היא, שכן בדפוסים הקודמים של ה"ג וכן בכ"י נכתב "רבא", ראה: הלכות גדולות, מהד' הילדסהיימר, ירושלים תש"ס, ח"ב, עמ' 393. גרסת "רבא" גם מסתברת, שכן המימרא מובאת על ידי רב פפא או רב פפי, בני הדור החמישי, תלמידיו המובהקים של רבא, המביאים מימרות נוספות משמו. ראה: היימאן, **תולדות תנאים ואמוראים**, בערכם; אלבק, **מבוא לתלמודים**, עמ' 417-419. בנוסף, מימרא זו סמוכה למימרא אחרת של רבא, דבר התומך בגירסא שלפנינו.

³⁹ כך הוא הכתיב גם ברוב עדי הנוסח, ובכ"י מ וכן בדפוסים מופיע בצורת הקיצור: סיטומת'. בפסקי הרא"ש גרס "סיתומתא" בת"ו, ובשו"ת הרא"ש (מכון ירושלים, תשנ"ד), פעמים שמופיע "סיטומתא" (כלל יב, ג; יג, כ) ופעמים "סיתומתא" (כלל צז, א). גם בשו"ת הרשב"א, פעמים נכתב "סיתומתא" (ח"ב, ס"י רסח), ופעמים "סיטומתא" (ח"ו, ס"י קמט; המיוחסות, ס"י רכה). ובאור זרוע (**לעיל**, הערה 37): "סיטומתא".

⁴⁰ אמורא בבלי בדור השביעי. סתם רב חביבא הוא רב חביבא מסורא דפרת שהיה נושא ונותן עם רבינא, וכנראה שהיה גם מחותנו. ראה: היימאן, **תולדות תנאים ואמוראים**, בערכו, והוא משייכו לדור השישי; אלבק, **מבוא לתלמודים**, עמ' 445. בדקדוקי סופרים הביא כי ברי"ף כ"י הגירסא "רב חנינא", וכתב שמסתבר שזו ט"ס. ביחס לטיבו של "הרי"ף כ"י" הנזכר בדק"ס, ראה מה שכתב ש"י פרידמן, **ספר הלכות רבתי לרבינו יצחק אלפסי - כתב יד ניו יורק**, ירושלים תשל"ד, עמ' 32, הע' 6. וברי"ף כ"י ניו יורק (**שם**, עמ' 246) מופיע: "רב חביבא". אמנם, בכ"י מ הגירסא "רב חנינא", אך בשאר כ"י והדפוסים: "רב חביבא".

⁴¹ כך בכל עדי הנוסח. ובה"ג, דפוס ראשון, ונציה ש"ח, הל' ריבית: "למיקנא קנין ממש", וכן היא הגירסא בכ"י מילאנו, שעל פיו נדפס ה"ג, מהד' הילדסהיימר, ירושלים תש"ס. וכך גם בקטע גניזה, אוקספורד 2674, עמ' 38.

⁴² בכ"י מ, ה: "ורבנן".

⁴³ בהלכות גדולות, הן בכ"י רומא Ebr. 136 (=כ"י ר) והן בדפוסים: "והלכתא כרבנן" וגוף הפסק נשמט, אך בשני כ"י אחרים של ה"ג (כ"י מילאנו וכ"י רומא Ebr. 142) נכתב כלפנינו. ראה: ה"ג, מהד' הילדסהיימר (**לעיל**, הערה 38), ובמבוא שם, עמ' יא. על התופעה התמוהה של השמטת פסקים (או קיצורים) בכ"י ר של הלכות גדולות, ראה במבוא שם, עמ' יב-יג.

מבדיקת המקומות שבהם מופיעים פסקי "והלכתא" בתלמוד עולה, כי שתי הצורות אכן מצויות: לעתים מצוין ה"והלכתא" את שם האומר שעל פיו נפסק (למשל: ברכות מז, ע"ב; פסחים קטו, ע"א), לעתים - את הדעה שכמותה נפסק (למשל: שבת כב, ע"א; שם קמה, ע"ב), ולעתים מצויינים שני הנתונים הנ"ל גם יחד (למשל: ברכות לט, ע"ב).

⁴⁴ המשפט "והלכתא לקבולי עליה מי שפרע" מופיע גם בכ"י אס, ה, מ, 1, ר2 וכן בה"ג; אך בכ"י פל וכן ברי"ף, הן בכ"י ניו יורק 692 והן בדפוס קושטא רס"ט, איננו. גם מדברי ראשונים נוספים משמע שלא היה משפט זה

בטקסט שלפניהם. ראה: ריטב"א, ב"מ (מוסד הרב קוק, ירושלים תשנ"ג), שם, וראה מה שכתבנו ביחס לדבריו להלן, עמ' 205, הערה 76; שו"ת רשב"ש, מכון ירושלים, תשנ"ח, סי' קעח ותקנז.

הטרמין "והלכתא" המופיע בסתמא דגמרא, וכן העובדה שאין המשפט מופיע בחלק מהגירסאות, מצביעים על כך שמדובר בהוספה מאוחרת. ראה בעניין זה: ב"מ לוי, **רבנן סבוראי ותלמודם**, ירושלים תרצ"ז, עמ' 46-47; ש"י פרידמן, "פרק האשה רבה בבבלי בצירוף מבוא כללי על דרך חקר הסוגיא", **מחקרים ומקורות א** (תשל"ח), עמ' 306-307; י"ש שפיגל, **הוספות מאוחרות (סבוראיות) בתלמוד הבבלי**, עבודת דוקטור, אוניברסיטת תל-אביב, תשל"ו; הרב א' זייני, **רבנן סבוראי וכללי ההלכה**, חיפה תשנ"ב; וביקורת על החיבור האחרון שכתב א' כהן, **סיני קיא** (תשנ"ג), עמ' קפד-קצא. מקורות נוספים בעניין זה צוינו על ידי ש"י פרידמן, **תלמוד ערוך - פרק השוכר את האומנין, הפירושים**, ירושלים תשנ"א, עמ' 201, הערה 13. גם מדברי רב קימוי גאון על הסוגיא שהובאו בספר המקצועות (מהד' אסף, ירושלים תש"ז, עמ' סז) משמע שלפנינו פסק של רבנן סבוראי או ראשוני הגאונים, שכך כתב: "**ופסקו רבנן** מי שפרע". וכבר עמדו החוקרים על כך, כי במסכת בבא מציעא מצוי המספר הרב ביותר של הוספות מאוחרות. ראה: שפיגל, שם, עמ' 4.

אמנם, לא ניתן לפסול את האפשרות, כי המשפט "והלכתא... מי שפרע" הינו חלק מן הסוגיא המקורית, אלא שנשמט מחמת טעות הדומות (השווה לדברי פרידמן, **פרק השוכר את האומנין**, שם, הערה 14). ברם, לאור העובדה כי מדובר בטרמין "והלכתא", נטייתנו היא כי יש לתלות את השמטת המשפט הנ"ל מחלק מעדי הנוסח בהיותו הוספה מאוחרת, ואין לייחס זאת להשמטת מעתיקים. מכל מקום, ניתוח הסוגיא בהמשך הפרק ייערך על פי כל אחת משתי האפשרויות הנזכרות.

⁴⁵ כך בדפוס וילנא, ובדומה בספר תשב"ץ, סי' שצח, בשם מהר"ם. אך בכ"י אס, ה, מ, פל, ר1, רי"ף, פסקי הרא"ש ושו"ת הרשב"ש, סי' קעח, הגירסא: "ובאתרא דקני ממש קני", בהשמטת "דנהיגו". ובדומה, בשניונים קלים, במקורות הבאים: תשובת הרא"ש (הובאה בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפ' פראג, סי' תקלז), חידושי הרשב"א על אתר (הוצאת נשר, תשט"ז, ושם "ובדוכתא" במקום "ובאתרא". אמנם, בשו"ת רשב"א, ח"ג, סי' קלב: "ובאתרא דנהיגי דקנו ממש קני", ובמיוחדות, סי' רכה: "ובדוכתא דנהיגי דקנו ממש", אם כי יתכן שהאמור בתשובות הנ"ל אינו ציטוט מדויק), ספר האגודה, ב"מ, פ"ה, סי' קט (מהד' בריזל, נזיקין, ירושלים תשנ"ב, עמ' ס), מגיד משנה, הל' מכירה, ז, ו (על פי מהד' פרנקל. ובמהד' הרגילות גורס: "דנהיגי") ושו"ת הרשב"ש, סי' תקנז. כגירסא זו, המשמיטה "דנהיגו", מצאנו כבר בספר המקח והממכר לרב האי גאון, שער י"ג, השער התשיעי (ושם "ובאתרא" במקום "ובאתרא"). ובדומה בה"ג, ראה בהערה הבאה. אך דומה, כי גם אם אין גורסים "נהיגו" המובן הוא, כי מדובר במקום שנהגו לקנות כך. כך גם הבינו הראשונים, ראה למשל: חידושי הרשב"א, האגודה ומגיד משנה, שם.

⁴⁶ בתשב"ץ, שם: "קניין". בה"ג כ"י מילאנו: "ואי דוכתא דקאני קנין ממש קאני ממש". ראה: ה"ג, מהד' הילדסהיימר, שם. ובדומה באור זרוע (לעיל, הערה 37): "ובאתרא דלמיקני ביה ממש - קני ממש". לגירסא זו, בולטת עוד יותר ההקבלה לדברי רב חביבא לעיל: "למקניא ממש", ובכ"י מילאנו: "למיקנא קנין ממש". גם כאן מצאנו כי הגירסא בקטע הגניזה (לעיל, הערה 41) תואמת את כ"י מילאנו, אלא שבראשון חסר "ממש" השני.

2. "סיטומתא" - מהי?

א. "סיטומתא" - בירור לשוני

"האי סיטומתא קניא", בעברית: "סיטומתא זו קונה". "סיטומתא" שבסוגייתנו פירושה המילולי, קרוב לוודאי,⁴⁷ הינו - חותם. לא מצאנו מילה זו בשפה הארמית בבלי בתקופת האמוראים במקום אחר, אם כי במקורות מאוחרים יותר, כגון בתרגום ראשון למגילת אסתר, מצויה המילה הארמית סיטומתא במובן חותם.⁴⁸ גם בתרגום ירושלמי א' (המיוחס ליונתן בן עוזיאל)⁴⁹ לספר בראשית אנו מוצאים: "חותמך ופתיךך" - "סיטומתךך וחוטיךך",⁵⁰ וכן במקומות נוספים.

חיזוק לאמור מצוי בשפה הסורית, שם מצאנו את המילה סיטמא במובן של אזיקים; ובאופן דומה במנדעית: סידמא.⁵¹ בדרך זו הלך אף קוהוט שכתב,⁵² כי מקור המילה

⁴⁷ כתבנו קרוב לוודאי, כי אין בידינו עדויות נוספות מתקופת האמוראים בשפה הארמית-בבלית, שבהן מופיעה המילה בצורתה זו, ואנו מסתמכים, כאמור להלן, על אטימולוגיה מן השפות הסורית והמנדעית וכן על השורש סט"ם, המופיע בתלמוד הבבלי במקום נוסף אחד בלבד, ובתבנית של פועל (להבדיל מהמילה "סיטומתא", שהינה שם עצם). הפירוש המוצע מסתבר ביותר, אם כי תמיד יש לקחת בחשבון את האפשרות, כי אולי לפנינו הומופון, היינו: שורש זהה המשמש בשני משמעוים שונים. להלן נראה, כי יש תימוכין נוספים לפירוש שהצענו.

⁴⁸ ראה תרגום ראשון למגילת אסתר ח, ב: "ויסר המלך את טבעתו" - "ואעדי מלכא ית סיטומתא דעזקתא". הפרישה, חו"מ רא, ס"ק א, הביא ראיה מהתרגום לאסתר ח, ח: "וחתמו בטבעת המלך" - "וסטימו סטימתא דמלכא". התרגום הראשון לאסתר מתוארך למאה ה-7 או ה-8, ראה: "קומלוש, המקרא באור התרגום, תל-אביב תשל"ג, עמ' 93-94; אנציקלופדיה מקראית, כרך ח, עמ' 763.

⁴⁹ ייחוסו של תרגום זה ליונתן בן עוזיאל מקורו בטעות. בשאלת זמן יצירתם של התרגומים הירושלמיים נחלקו הדעות. ראה על כך: קומלוש, שם, עמ' 38-46; אנציקלופדיה מקראית, כרך ח, עמ' 748-749.

⁵⁰ בראשית לח, יח. בתרגום "המיוחס ליונתן" יש תערובת של כמה מקורות. גם מבחינת לשונו הוא כולל כמה ניבים של הארמית. ראה: ש"א קאופמן, "התרגום המיוחס ליונתן והארמית היהודית הספרותית המאוחרת", עיוני מקרא ופרשנות ג (תשנ"ג), ספר זיכרון למשה גושן-גוטשטיין, עמ' 363-369. עם זאת, לאור האמור להלן ברור כי המילה "סיטומתא" מקורה בארמית בבלי.

⁵¹ ראה: מ' סוקולוף, מילון לארמית בבלי (טרם ראה אור), ערך "סיטמתא". חילופין בין העיצורים טי-תי-ד' (ממשפחת דטלנ"ת) הינה תופעה מוכרת בשפות השמיות. תודתי נתונה לפרופ' מיכאל סוקולוף, שהעמידני על ענייני הלשון, והואיל בטובו להעביר לעיוני את הערכים "סיטמתא" ו"סטם" מתוך המילון בארמית בבלי שבעריכתו, עוד בטרם ראה המילון אור.

⁵² ערוך השלם, ערך סטמתא, כרך ו, וינה תרפ"ו, עמ' 37-38.

סיטומתא בשורש ערבי וסורי סט"ם, שפירושו סתם וחתם כמו סתימה וחתימה של חבית. כך כתבו במילונייהם גם לוי⁵³ ויאסטרוב.⁵⁴

בדיקת השורש סט"ם יש בה כדי לחזק את הפירוש המוצע לעיל למילה סיטומתא. פירושו של שורש זה בארמית בבלי: לסגור, לחתום (במובן סגירה פיזית). כך מציו: "וליסטמיה באברא"⁵⁵ במשמע של סתימת חבית (בעופרת). בדומה לשם העצם סיטומתא, גם השורש סט"ם מצוי בשפה הסורית, ומובנו זהה.⁵⁶ יש כאן, אפוא, חילופין בין העיצורים ט' ו-ת', תופעה מוכרת בשפות השמיות, ושורש סט"ם מובנו כשורש סת"ם.

אמנם, הדעה המקובלת כיום בקרב חוקרי הלשון הינה, כי אין להתבסס יתר על המידה על אטימולוגיה (=גזרון, המוצא הדקדוקי של המילה) לצורך פרשנות מלים, וכי יש להעדיף עריכת השוואות סימנטיות (=על בסיס משמעויות).⁵⁷ עם זאת, בנידון דנן הזיהוי של המילה "סיטומתא" כחותם מאושש הן מכוח הקשרו במימרא התלמודית והן מכוחן של עדויות הגאונים.⁵⁸

מן האמור לעיל עולה, אם כן, כי השורשים סת"ם/סט"ם וחת"ם הינם בעלי משמעות זהה. דומה, כי בשני שורשים אלו חל גם מעתק סימנטי משותף: משמעותם המקורית היתה לחתום בטבעת (חותמת או סיטומתא); עם הזמן החלו שורשים אלו לציין גם סגירה פיזית של חפץ (כגון: חבית חתומה או סתומה); ולבסוף שימשו גם במשמעות מושאלת של דברים שקשה להבינם (דברים סתומים וחתומים).⁵⁹

⁵³ J. Levy, *Wörterbuch über die Talmudim und Midrashim*, Berlin, 1924, ערך "סיטומתא", כרך ג, עמ' 500.

⁵⁴ M. Jastrow, *A Dictionary of the Targumim, the Talmud Babli and Yerushalmi, and the Midrashic Literature*, London, 1903, ערך "סיטומתא".

⁵⁵ שבת סו, ע"ב.

⁵⁶ ראה: סוקולוף (לעיל, הערה 51), ערך "סטם".

⁵⁷ ראה, למשל, דברים שכותב ד' בווארין, "דורשי רשומות אמרו", **באר שבע** ג (תשמ"ח), בעמ' 23: "למתודה הלקסיקוגרפית של מורי משה הלד ז"ל היו שני קווים מנחים: האחד, שפרשנות תיבה כלשהי חייבת להיות מושתתת בראש ובראשונה על הקשרה הטקסטואלי, והשני, שאין לערוך השוואות אטימולוגיות בין שפות שמיות כדי לברר משמעויות, כי אם השוואות סימנטיות".

⁵⁸ ראה להלן, בסמוך להערה 60.

⁵⁹ ראה: בווארין, **שם**, עמ' 30-32. גם השורש רש"ם משתייך לאותו שדה סימנטי. לרשום פירושו: לחתום בטבעת, ראה למשל רש"י, ב"מ עד, ע"א, ד"ה סיטומתא: "חותם שרושמן החנוונים על החביות... (בווארין, **שם**). ברם, "רישום" של חבית מציינ גם סגירה פיזית, היינו: "טיחה או משיחה בטיט, כלומר סתימה הגונה בלבד, בלא שום סימן מיוחד במגופה". ראה: "בראנד, **כלי החרס בספרות התלמוד**, ירושלים תשי"ג, עמ' רג.

ב. "סיטומתא" - בירור ריאלי

לדעת הגאונים וכמעט כל הראשונים, סיטומתא הינה חותם שרושם הקונה על המקח.⁶⁰ לדעת רש"י מדובר בחביות: "חותם שרושמין החנוונים על החביות של יין".⁶¹ גם ראשונים נוספים נוקטים בדוגמא של חביות.⁶²

ואמנם, "חותם" מופיע בספרות התלמודית בהקשר לחביות, אם כי לא בנוגע למכירתן.⁶³ רוב החביות בתקופת המשנה והתלמוד היו עשויות מחרס.⁶⁴ מגופות החביות היו משני סוגים: מגופה של טיט מתוצרת בית, שעימה סתמו את פי הכלי מלמעלה ואף הקיפו את צווארו בטיט עד הכתף;⁶⁵ ו"מגופה של יוצרין" שהיתה עשויה חרס, ונוצרה ונצרפה בידי קדר מקצועי.⁶⁶

כבר במקורות תנאיים מצאנו שהיו עושים חותם על פי החבית, היינו: הטבעה של חותמות וסימנים שונים על המגופה הרכה, כהגנה מפני זייפנים ולשם שמירה מפני פתיחת החבית וניסוך יינה על ידי נכרי.⁶⁷ לעתים שומעים אנו גם על "חותם בתוך חותם", שפירושו,

⁶⁰ ביחס לגאונים, ראה פרק ו, עמ' 187-189; ביחס לראשונים, ראה פרק ז, עמ' 193-195.

⁶¹ רש"י, ב"מ עד, ע"א, ד"ה סיטומתא.

⁶² ראה להלן, עמ' 194, הערה 5.

⁶³ בפסחים קי, ע"ב, מצאנו "רושמא דחביתא". ברם הכוונה, ככל הנראה, לסימון חריצים על החבית, אשר נועדו למדידת כמות היין הנמכרת, ולא לרושם הנעשה בעת מכירת החבית עצמה. ראה רש"י ורשב"ם, שם.

⁶⁴ ראה רש"י, ע"ז ס, ע"א, ד"ה שוליה: "שכל חבית שבתלמוד כדים של חרס הן"; ב"מ, כג, ע"ב, ד"ה ברשום. וראה: בראנד (לעיל, הערה 59), עמ' קיד.

⁶⁵ המגופה בתלמוד היתה עשויה טיט או סיד. ראה ע"ז סט, ע"ב: "אמר רבה בר בר חנה א"ר יוחנן: מחלוקת [במגופה - ר"ק] בשל סיד, אבל בשל טיט - דברי הכל כדי שיפתח ויגוף ויגוב".

⁶⁶ ראה: כלים מתקופת המשנה והתלמוד - ממצאים ארכיאולוגיים לאור המקורות, הוצאת מוזיאון הארץ, תל-אביב תשל"ח, עמ' 46-49. על סתימה וחתימה של חביות, ראה עוד: D. Adan-Bayewitz, "The Pottery from the Late Byzantine Building (Stratum 4) and its Implications", *Qedem* 21 (The Heb. Uni., Jerusalem, 1986), pp. 90-130. (תודתי נתונה לד"ר דוד אדן-ביוביץ', על שהאיר עיניי בנושא זה ועל ההפניה למאמרו).

⁶⁷ ע"ז לא, ע"ב: "השולח חבית של יין ביד כותי... אם מכיר חותמו וסתמו - מותר, אם לאו - אסור". ומקורו בתוספתא, שם ז(ח), יד.

לאור ביאורו של רבא בתלמוד⁶⁸: על המגופה הטריה הניחו כלי כבד, הדביקום יחד, ואת הטיט במקום הדיבוק חתמו בחותם.⁶⁹

בעת ריקון תוכנה של החבית היו נוהגים בדרך כלל להסיר את המגופה, ועם מילויה מחדש היו עושים מגופה חדשה. משום כך, הרשום על גבי המגופה מהווה הוכחה ודאית על בעליה האחרונים של החבית או על תכולתה, מה שאין כן כתובת המוטבעת על החבית גופה.⁷⁰

ליד מוצא, במבואות ירושלים, נמצא חותם של יינן יהודי מסוף תקופת בית שני ועליו חרותים עמוקות שמו ומקצועו: "הושע תמד".⁷¹ ביחס לחותם זה כותב א"ל סוקניק:

כפי שידוע לנו משרידים שונים שנתגלו, היו נוהגים לפקוק את קנקני היין בפקקים עשויים עץ או חומר ולחבר אותם לצואר הקנקן על ידי מריחה במין שרף או בטיט... **חותמת זו שלנו בודאי מיועדת להחתים בה את חומר המריחה שחיבר את הפקק ("מגף" או "מגופה" בתלמוד) עם צואר הכד.** פעולה זו היתה נעשית בעוד חומר המריחה רך הוא ונוח היה להטבעה. הטביעה היתה מתקשרת אח"כ עם המריחה ונעשית מוצקה. השימוש בחותמת במקרים כאלה נזכר גם בתלמוד: כיון דאיכא חותם לא טרח ומזייף (בבלי עבודה זרה, כ"ט, ב'). חותמת זו שבה מסומנים גם שם היינן וגם מין היין הריהי ממש בבחינת trade mark [סימן מסחרי - ר"ק] של ימינו אלה.⁷²

⁶⁸ שם לא, ע"א: "היכי דמי חותם בתוך חותם? אמר רבא: אגנא דפומא דחביתא [=כפה מזרק על פי החבית. רש"י] שריקא [=דבוק, סתום (במגופה)] וחתימא - הוי חותם בתוך חותם".

⁶⁹ יש להבחין בין החותם שעליו אנו מדברים לבין ה"חותם" המתואר במשנה בשקלים (פ"ה, א, ד), שהיה מעין "תלוש קנייה" שנרכש בכסף, וניתן לממונה על הנסכים במקדש בתמורה לנסכים שסיפק. עדות לחותמות מן הסוג האחרון נמצאה, ככל הנראה, במצדה, בדמותן של כתובות קצרות שנכתבו על גבי שברי כלי חרס. ראה על כך: י' נווה, **על חרס וגומא - כתובות ארמיות ועבריות מימי בית שני, המשנה והתלמוד**, ירושלים תשנ"ב, עמ' 41-40.

⁷⁰ ראה: ירושלמי, מעשר שני, פ"ד ה"ו, נה ע"ב, שלגבי כתובת על גוף החבית ניתן לטעון שהיא מתייחסת לבעלים הקודמים, אלא שבעליה החדשים לא טרח או שכח לשנותה, מה שאין כן בכתובת שעל גבי המגופה - "מצא במגופתו הרי הוא כתוב עליו מעשר - הרי הוא מעשר". וראה עוד בעניין זה: בראנד (לעיל, הערה 59), עמ' קמט, רסט-רע.

⁷¹ א"ל סוקניק, "חותמת של יינן יהודי מסביבות ירושלים", **קדם** א (תש"ב), עמ' 20-23. תמד הוא מין יין בעל איכות פחותה, וראה שם למקורה של המילה.

⁷² **שם**, בעמ' 22 (ההדגשה שלי - ר"ק). אלעזר ליפא סוקניק, אביו של הארכיאולוג יגאל ידין, היה מגדולי הארכיאולוגים בישראל בזמנו.

חרף כל האמור, לא ברור לנו כי דברי רבא בנוגע ל"סיטומתא" מתייחסים דווקא לחביות, כפירושו של רש"י,⁷³ ויתכן בהחלט כי דבריו מתייחסים לחתימת מקח מסוג אחר או מסוגים שונים. יושם אל לב, כי הגאונים מדברים בהקשר לסוגייתנו על חותם שנעשה על "מקח", "חפץ" או "עיסקא" - כינויים כלליים המציינים סחורה - ולא דווקא על חביות.⁷⁴

קיומו של מנהג לחתום בחותמות סחורות המועברות ממקום למקום ידוע לנו, הן מעדויות מן המזרח הקדום⁷⁵ והן מן המשנה.⁷⁶ בהקשר זה נציין לדברי הרודוטוס (הסטוריון יווני, המאה ה-5 לפנה"ס), הכותב במהלך תיאורו על אנשי בבל בזמנו, מסחרם ולבושם: "Every one carries a seal" (= כל אחד נושא עמו חותם).⁷⁷ חותמות רבות שרדו גם מן התקופה הסאסאנית, התקופה שבה חיו אמוראי בבל. לפי הציורים והכיתוב שעליהן ניתן לקבוע, כי כמה מן החותמות היו שייכות ליהודים, ובכלל זה גם לאמוראים ידועי שם, דוגמת רב הונא בר נתן, תלמידו המובהק של רב פפא, שחי בבבל במאה ה-4.⁷⁸ לא מפליא, אם כן, לשמוע מפי רב פפי (או: רב פפא)⁷⁹ בשם רבא הלכה העוסקת בחותם, "סיטומתא".

⁷³ ראה להלן, עמ' 194, כי הדוגמא של חביות שבה נקט רש"י נאמרה, קרוב לוודאי, בהשפעת מנהג הסוחרים בזמנו.

⁷⁴ ראה להלן, עמ' 188-189. אמנם, במקור גאוני אחד מדובר על חותם שחותמים בו "חיטים ושעורין ויין", והכוונה ככל הנראה לכדי חטים ושעורים ולחביות יין. ראה שם.

⁷⁵ ראה: K. R. Veenhof, *Aspects of Old Assyrian Trade and its Terminology*, Leiden, 1972, pp. 30-32, 41-44. (תודתי נתונה לפרופ' אהרן דמסקי על ההפניה למקור זה). ההחתמה נעשתה לרוב על השקים שבתוכם היו מצויות הסחורות, ולעתים בגוף הסחורות. החתמת השק נעשתה על ידי הטבעת חותם בחימר רך, אשר אליו חוברו קצות החבלים שסגרו את השק. מטרתה היתה הגנה על התכולה וזיהוי בעלי הסחורה. הספר עוסק במסחר באשור העתיקה, היינו בין השנים 2000-1740 לפנה"ס לערך.

⁷⁶ ראה משנה, שבת פ, ע"ב: "אדמה כחותם המרצופין", וברש"י שם: "מרצופין. שקין העשויין מקליפת עץ גדול, שנושאין בהן פרקמטיא בספינות וחותמין אותם". ובפירוש המשניות לרמב"ם, שם פ"ח, מ"ה, מהד' קאפח: "אדמה, טיט אדום דביק עושים ממנו חותמות על השקים שנותנין בהם הולכי דרכים את רכושם, והן הנקראין מרצופין, ועושיין ממנו חותמות גם על המכתבים". וראה גם משנה, אהלות יז, ה.

⁷⁷ Herodotus, *The Histories*, tr. G. Rawlinson, London 1992, Book I:195, p. 105 (התרגום לעברית שלי - ר"ק). וראה דברי העורך, שם, הערה 2, שהכוונה לחותמות הבבליות, שאת רישומן אנו מוצאים הרבה על לוחות טיט.

⁷⁸ על חותמות של יהודים בתקופה הסאסאנית, ראה: S. Shaked, "Jewish Sasanian Sigillography", *Res Orientales VII*, Bures-sur-Yvette, 1995, pp. 239-256 (תודה לפרופ' שאול שקד על ההפניה למאמר). על החותמת של "חונא בר נתן", ראה: שם, עמ' 242, חותמת מס' 9. רב הונא בר (רב) נתן זכה עוד לשמש את רבא, ובימי רב אשי שימש כריש גלותא. ראה: היימאן, **תולדות תנאים ואמוראים**, עמ' 355-356.

⁷⁹ לגבי חילופי הגירסאות, ראה לעיל, הערה 37.

חותמות היו נפוצות בזמן הקדום לא רק בבבל אלא גם במקומות נוספים, והן שימשו לצרכים שונים. כדברי נ' אביגד:

תחילה, במיסופוטמיה בתקופת ראשית הכתב ובמצרים למן השושלת הראשונה, שימשו החותמות **לשמירת הרכוש**. כשהיו ממלאים קנקנים יין, שמן, דבש וכיוצא באלה, טבעו חותם על מגופות הטין שהיו מכסים בהן את פי הקנקנים. חבילות סחורות, תיבות שהחזיקו בהן דברי ערך, דלתות של מחסנים וחדרים שלא היו להן מנעולים בימים קדמונים, ושאר דברים שהיו טעונים שמירה מפני גנבה, **היו קושרים אותם בחבלים ובחוטים ועל הקשר מדביקים גוש קטן של טין וטובעים בו חותם**. עם התפשטות הכתב... השתמשו בחותמות לחתימת תעודות כתובות: מכתבים, חוזים, חוקים, וכיו"ב.⁸⁰

ניתן לשער, כי החתימה בחותם - ששימשה בתחילה לסימון הבעלות ברכוש⁸¹ או כאמצעי לשמירה עליו⁸² - הפכה ברבות השנים, במקומות מסויימים, לדרך קניין של הסוחרים.⁸³

מדברי הגאונים והראשונים המתייחסים לסוגיית סיטומתא עולה, כי מדובר **בהטבעת חותם** על המקח על ידי הקונה,⁸⁴ אשר נועדה לסמן שהמקח שייך לו.⁸⁵ מדברי כמה מן הראשונים⁸⁶ משמע, כי לפעולת הטבעת החותם על ידי הקונה קדמה **סתימה וחתימה**

⁸⁰ נ' אביגד, **אנציקלופדיה מקראית**, ערך "חותם", כרך ג, עמ' 68 (ההדגשות שלי - ר"ק). בהמשך מצויינים שימושים נוספים שהיו לחותמות. והשווה למקורות המצויינים **לעיל**, הערות 75 ו-76.

⁸¹ ראה **לעיל**, בטקסט הסמוך להערה 70, והשווה לדברי רש"י (**לעיל**, הערה 61): "ורושמין אותם לדעת שכל הרשומות נמכרות".

⁸² ראה דברי אביגד **לעיל**.

⁸³ עם זאת, בהחלט יתכן כי היו מקומות שבהם שימשה הטבעת חותם רק לסימון בעלות ברכוש או כאמצעי לשמירה עליו אך לא כדרך קניין. והשווה לדברי Labeo, **להלן**, בסמוך להערה 103.

⁸⁴ ראה שו"ת בצל החכמה, ח"ו, סי' סו, אות ה, המדייק מלשון השולחן ערוך (שהועתקה מהרמב"ם), כי "דוקא **כשהלוקח** רושם... אבל במה שהמוכר רושם לא הוי סיטומתא, שהרי הוא מוכר לקונים הרבה ואינו ניכר למי חתם את זה ולמי את זה, ויכול להחליף לתת את של זה לזה". אכן, כך הוא כשמדובר בהטבעת חותם, אך ברור שאין לשלול תוקפו של מנהג אחר בין הסוחרים ולפיו המוכר, ולא הקונה, הוא שמסמן את הממכר.

⁸⁵ ראה במקומות שצויינו **לעיל**, הערה 60.

⁸⁶ ראה: רש"י, ב"מ כג, ע"ב, ד"ה ברשום, צוטט להלן, עמ' 193, הערה 1; ראב"ד ומאירי, צוטטו בעמ' 194-195, הערות 11 ו-13. מלשון הראב"ד קשה לדעת בוודאות האם הקונה הוא שסוגר את החבית או שמא המוכר. ברם, מדברי המאירי, המבוססים קרוב לוודאי על הראב"ד הנ"ל, עולה בבירור כי **הקונה** הוא שסוגר את החבית או השק והוא שרושם עליהם בחותמו.

פיזית של גוף החבית או השק על ידו;⁸⁷ החבית - בטיחת טיט סביב המגופה,⁸⁸ והשק - על ידי קשירתו.⁸⁹ ברם, ספק אם הדברים האחרונים נאמרו על בסיס ידיעה הסטורית באשר למציאות החיים בבבל בתקופת האמוראים, ויתכן כי אינם אלא השתקפות של מנהגי הסוחרים בזמנם ובמקומם של הראשונים הללו.

לא ניתן לדעת ממימרתו הקצרה של רבא, "האי סיטומתא קניא", האם דבריו נסובו, מבחינה ריאלית-הסטורית, אודות הקנאה של **מטלטלין**, של **מקרקעין** (כגון חדרים), או שמא של שניהם גם יחד.⁹⁰ היות ואין בידינו לעת עתה עדויות הסטוריות נוספות מבבל על הקניין ב"סיטומתא", פרט למימרתו של רבא, לא נוכל לקבוע באופן מוחלט, אם שימשה דרך קניין זו בבבל גם לצורך קניין במקרקעין או שמא רק כקניין במטלטלין.⁹²

על פי הנתונים שבידינו, יש צדדים לכאן ולכאן. מצד אחד, ראינו לעיל כי הטבעת חותמות, לאחר קשירה בחבלים, היתה נעשית במסופוטמיה בתקופה הנדונה, בין על חפצים מיטלטלין, ובין על דלתות בתים ומחסנים שהינם בגדר מקרקעין.⁹³ על כך ניתן ללמוד גם מסוגיא אחת בבבלי, שם מובאות ברייתות העוסקות ב"חותמות שבקרקע" ו"[חותמות]

⁸⁷ השורשים סט"ם/חת"ם מציינים, כאמור, הן חתימה בטבעת והן סגירה פיזית של חפץ. ראה לעיל, בטקסט הסמוך להערה 59.

⁸⁸ רש"י, לעיל, הערה 86. והשווה לדברי ר' זכריה אגמאתי, הובאו להלן, עמ' 194, הערה 10. ראב"ד ומאירי, לעיל, הערה 86, כותבים רק ש"סגר את חביתו (או: החבית)".

⁸⁹ ראב"ד ומאירי, שם.

⁹⁰ כידוע, כמה מדרכי הקניין (כגון: הגבהה, משיכה ומסירה) נתייחדו למטלטלין; כמה מהן (שטר וחזקה) - נתייחדו למקרקעין (ביחס לחזקה במטלטלין, ראה להלן, הערה 165); ויש מהן שמועילות בין במטלטלין ובין במקרקעין (חליפין, וכסף - שקונה מטלטלין מן התורה, כדעת ר' יוחנן, ב"מ מז, ע"ב, שהלכה כמותו).

⁹¹ שאלה נפרדת מן השאלה על איזו **מציאות** דיבר רבא הינה, בהנחה שרבא דיבר על מטלטלין בלבד - האם **להלכה** יפה כוחו של דין סיטומתא גם ביחס למקרקעין. עניין זה חורג ממסגרתו של חיבורנו. נציין רק, כי מן הראשונים עולה שהיה פשוט בעיניהם כי דין סיטומתא חל גם ביחס למקרקעין. ראה למשל: עליות דרבנו יונה, ב"ב נה, ע"א, סדי"ה ואריסא (מהד' הרש"ר, עמ' רנו); שו"ת הרשב"א, ח"ג, סי' קלב; רא"ש, ב"מ, פ"א, סי' לח; שו"ת הרא"ש, כלל יג, סי' כ (מהד' מכון ירושלים - סי' כא, עמ' סח); שו"ת הר"ן, סי' פג (מהד' פלדמן, מכון שלם, ירושלים שדמ"ת, עמ' שצד). לעומת זאת, אצל האחרונים נחלקו הדעות בדבר. ראה למשל: שו"ת אהלי תם, סי' רב; ב"ח, חו"מ, סי' רא, ס"ק ב; ש"ך, שם, ס"ק א; ספר יהושע - שו"ת פסקים וכתבים, ירושלים תשנ"א, שו"ת, סי' קיד, ד"ה נלע"ד.

⁹² קיימת, באופן עקרוני, גם אפשרות שלישית, ולפיה שימשה סיטומתא כדרך קניין במקרקעין בלבד. אפשרות זו אינה סבירה בעינינו לאור דברי הגאונים והראשונים, המתארים את סיטומתא כקניין במטלטלין, ראה להלן.

⁹³ ראה דברי אביגד, שצוטטו לעיל, בסמוך להערה 80.

שבכלים⁹⁴,⁹⁵ וברש"י מבאר בהתאם להקשר: "חותמות שבקרקע. כגון דלתות פתחי בורות ומערה הסגורים בקשרי חבלים", "ושל כלים. כגון תיבה הנעולה ע"י קשר חבל..."⁹⁶.

מנגד, כל ההתייחסויות בדברי הגאונים והראשונים לסוגיית סיטומתא מעידות, כי זו הובנה על ידם כמתייחסת להקנת מטלטלין דווקא.

ראיה נוספת לכך שקניין סיטומתא נהג במטלטלין, ולא במקרקעין, ניתן למצוא בעובדה, כי לדעת רבנן בסוגייתנו סיטומתא הינה ב"מי שפרע". דין "מי שפרע" נזכר בספרות התלמודית רק ביחס למטלטלין,⁹⁸ ולפיכך מסתבר כי דין סיטומתא, לפחות לדעת רבנן, אמור במטלטלין דווקא.⁹⁹¹⁰⁰

סיוע מה לאפשרות האחרונה ניתן למצוא, אולי, בהשוואה לעדויות על דרך קניין דומה במשפט הרומי בשתי המאות הראשונות לספירה.¹⁰¹ בשני מקומות בדייגסטה של

⁹⁴ כך בכ"י מינכן. ובנדפס: שבכלי.

⁹⁵ ביצה לא, ע"ב-לב, ע"א (ההשלמה בסוגריים שלי - ר"ק). לברייתות הנ"ל אין מקבילה, למיטב ידיעתנו, לא בספרות התנאית ולא בירושלמי.

⁹⁶ רש"י, שם לא, ע"ב, ד"ה חותמות שבקרקע וד"ה ושל כלים. הדיון בברייתות ובסוגיא הינו, האם מותר להתיר ולחתוך את החבלים של חותמות אלו בשבת וביום טוב.

⁹⁷ גם ביחס לפריטים נוספים מצאנו בתלמוד (שבת נח, ע"א) הטבעת חותמות: בעבד - "חותם שבצוארו" ו"חותם שבכסותו"; בבהמה - כנ"ל; סרבליים חתומים (רש"י שם, ד"ה כולו רבנן: "חותמות לטליתות... להראות שהן כפופין לריש גלותא"). אמנם, בכל המקרים הללו בא החותם לציין כפיפות/עבדות ולא דרך קניין.

⁹⁸ כאשר הקונה נתן כסף אך לא ביצע משיכה במטלטלין. ראה להלן, בסמוך להערה 131.

⁹⁹ יש להעיר, כי השאלה, האם להלכה יש במקרקעין דין "מי שפרע", שנויה במחלוקת ראשונים, ראה: בית יוסף, חו"מ, רד, ה; שו"ת אחיעזר, ח"ג, סי' מ, אות ד. הכרעת האחרונים היא, כי במקרה שנתן כסף במקום שנוהגים לכתוב שטר, יש "מי שפרע" במקרקעין. כך גם פוסקים בתי הדין הרבניים בימינו. ראה: פתחי תשובה, חו"מ קעה, ס"ק כא, וסי' רד, ס"ק ב; תיק 5596/כ"ו (ת"א - יפו), פד"ר ו, 202, בעמ' 217; תיק 747/תשכ"ו (ירושלים), פד"ר ו, 249, בעמ' 253; פסקי דין - ירושלים, ג, עמ' פג, בעמ' צה; ד, עמ' קלא, בעמ' קלב. וראה עוד: הרב ש"א שטרן, "איסור חזרה מקנין כסף בקרקע - האם מותר לחזור לאחר נתינת דמי קדימה לשם קנין קרקע", פרי חיים א (תשנ"ט), עמ' פו-צד.

¹⁰⁰ גם הרב הרצוג (לעיל, הערה 11, עמ' 195-196) כותב, כדבר המובן מאליו ובלא לנמק, כי סוגיית סיטומתא מתייחסת דווקא למטלטלין.

¹⁰¹ מודעים אנו לריחוק המקומות והזמנים שבין עדויות אלו לבין בבל במאה ה-4 (זמנו של רבא). עם זאת, ובמלוא הזהירות, יתכן שיש במנהג הסוחרים הרומי כדי לשפוך מעט אור על ה"סיטומתא" הבבלית. בנוסף לכך, יתכן שהקניין ב"סיטומתא" נהג בבבל עוד לפני תקופתו של רבא.

יוסטיניאנוס נזכרת הטבעת חותם על מקח כדרך קניין. במקום אחד מובא בשם Ulpianus,¹⁰² כי נחלקו בעניין זה שני חכמי משפט שחיו בסביבות ראשית הספירה הנוצרית: "Treatius אומר, שאם הקונה החתים חבית בחותם, היא נחשבת כמועברת אליו. אבל Labeo¹⁰³ סבור ההיפך [היינו, שאין זו העברה], כיוון שההחתמה מיועדת למניעת החלפה [של היין], ולא כדי לציין העברה [לקונה]".¹⁰⁴ במקום אחר מובא בשם Paulus, שחי כמאתיים שנה מאוחר יותר,¹⁰⁵ ש"קורות עץ נחשבות כמועברות, אם הקונה הטביע את חותמו עליהן".¹⁰⁶ הטבעת חותם שימשה, אם כן, במשפט הרומי, לפי המקורות שבידינו, כאמצעי להקנאת מטלטלין - חביות וקורות עץ. לעת עתה, אין בידינו לקבוע, אם מדובר בהתפתחות מקבילה שהתרחשה בנפרד באימפריה הרומית ובבבל, או שמא בגילגול של דרך קניין ממקום אחד למשנהו.

פרט לסוגייתנו ולעדויות הנזכרות מן המשפט הרומי, טרם עלה בידינו למצוא ממצאים ארכיאולוגיים או עדויות כתובות נוספות, המתעדים **ביצוע קניין** על ידי סיטומתא, לא בתקופת התלמוד¹⁰⁷ ולא בתקופות שקדמו לה.¹⁰⁸ אמנם, כאמור לעיל, מצאנו כי במקומות

¹⁰² Ulpianus חיבר חיבורים רבים, נרצח בשנת 228 לספירה. ראה עליו: "פוקרוסקי, **תולדות המשפט הרומאי**, עורך "יונוביץ, ירושלים תרפ"ה, עמ' 152; ובהרחבה, J. Macdonell, E. Manson, *Great Jurists of the World*, The Continental Legal History Series, Vol. II, New York, 1968, pp. 32-44.

¹⁰³ Labeo, מגדולי חכמי המשפט הרומי בתקופתו של אוגוסטוס, נפטר בין השנים 10-22 לספירה. למד את תורת המשפט אצל Trebatius. ראה: "פוקרוסקי, **שם**, עמ' 148; ש' איזנשטדט, **המשפט הרומאי, תולדותיו ותורתו**,² חיפה תשכ"ב, עמ' 83.

¹⁰⁴ *The Digest of Justinian*, eds. T. Mommsen, P. Krueger, A. Watson, University of Pennsylvania Press, 1985, 18:6:1:2. (התרגום מאנגלית וההוספות בסוגריים שלי - ר"ק).

¹⁰⁵ Paulus היה בן דורו וחברו של Ulpianus. כתב חיבורים רבים. ראה: פוקרוסקי, **שם**, עמ' 152.

¹⁰⁶ **לעיל**, הערה 104, 18:6:15(14) (התרגום מאנגלית שלי - ר"ק). שני המקורות דלעיל צוינו על ידי B. Cohen, *Jewish and Roman Law*, New York, 1966, p. 554 (ויש לתקן את הציון הראשון, הנזכר **שם**, הערה 2).

¹⁰⁷ S. Krauss, *Talmudische Archäologie*, Leipzig, 1910-1912, כרך ג, עמ' 245, הערה a66, מביא את פירושי רש"י ור"ח (הכוונה לפירוש רבנו חיים), אך אינו מציין לעדויות מחוץ לתלמוד. ברם, גם במקורות הסטוריים חיצוניים, העוסקים במשפט בבבל בתקופת השלטון הסאסאני ובדרכי העברת רכוש שנהגו אז, לא מצאנו, לעת עתה, דרך קניין מעין זו. ראה: *The Cambridge History of Iran*, Vol. 3(2), ed. E. Yarshater, Cambridge University Press, 1968, pp. 655-659 (תודה לפרופ' ישעיהו גפני על ההפניה למקור זה). על מיעוט החומר, הן הספרותי והן הארכיאולוגי, מפרס הסאסאנית, בהשוואה לארץ ישראל בתקופה המקבילה, ראה: "גפני, **יהודי בבל בתקופת התלמוד - חיי החברה והרוח**, ירושלים תשנ"ד, עמ' 17-18.

¹⁰⁸ למשל, בתעודות המשפטיות שנמצאו בִּבְבַל, אשר נחקרו באופן מקיף, לא מצויה דרך קניין על ידי הטבעת חותם או משחו הדומה לכך. ראה: Y. Muffs, *Studies in the Aramaic Legal Papyri from Elephantine*, Leiden 1969; ר' ירון, **המשפט של מסמכי יב**, ירושלים תשכ"ח. גם במקורות אחרים שבדקנו, העוסקים בדרכי הקניין ובמסחר במזרח הקדום לתקופותיו השונות, לא נמצא כל איזכור לקניין סיטומתא או לדרך קניין

שונים נהגו להחתים חפצים מסוגים שונים כדי לשומרם. ברם, אין בכך עדיין ראייה, כי בדרך זו גם נמכרו חפצים אלו על ידי הסוחרים באותם מקומות. עם זאת, הדעת נותנת כי מימרת רבא לא צמחה בחלל ריק, וכי היא משקפת את מנהג הסוחרים שנהג בימיו במקומו,¹⁰⁹ בדומה למה שמצאנו במשפט הרומי.

אם היתה הטבעת חותם במשפט הרומי ובבבל דרך קניין המיוחדת למטלטלין, ולא למקרקעין, יש בכך אולי כדי להסביר את העדר התייעוד עליה בשטרי מכר. מדובר בדרך קניין שנועדה להקל על הסוחרים את דרכי הקניין בסחורות,¹¹⁰ ואין זה סביר כי בעסקאות שכאלה יוסיפו הצדדים ויערכו שטר, המכביד על ביצוען המהיר. על כך שאין דרך העולם לכתוב שטר על מכר מטלטלין מעיד גם התלמוד הבבלי.^{111 112}

ברם, האמת ניתנת להאמר, כי גם לו היה קניין סיטומתא משמש למכירת מקרקעין, המלווה בדרך כלל בכתבת שטר, ספק אם היינו מוצאים את רישומו בשטרי מכר. שטרי המכירה המצויים הינם, בדרך כלל, שטרי ראייה, והיו כותבים בהם שניתנה רשות ללוקח להחזיק במקרקעין.¹¹³ אם צויין קניין נוסף בשטר, לשם חיזוק ההתחייבויות הכלולות בו, היה זה על פי רוב קניין סודר ("קניין" סתם), הקניין הרגיל בטופסי שטרות.¹¹⁴

דומה. ראה: וינהוף (לעיל, הערה 75); M. Malul, *Studies in Mesopotamian Legal Symbolism*, Darmstadt, 1988 (תודתי נתונה לד"ר איילה משאלי על ההפניה למקור האחרון). פרופ' יוחנן מופס אמר לי, כי ככל הידוע לו, לא היתה קיימת בשום מקום במזרח הקדום דרך קניין מעין זו.

¹⁰⁹ ב' כהן (לעיל, הערה 106), עמ' 553, הערה 5, משער אף הוא שזה היה מנהגם של הסוחרים הסאסאנים, אך לא הביא כל מקור היכול לתמוך בהשערה זו.

¹¹⁰ ראה להלן, בסמוך להערה 136.

¹¹¹ בבא בתרא לג, ע"ב - "שטרא לפירי לא עבדי אינשי [=שטר לפירות לא עושים אנשים]"; שם עו, ע"א - "שטר לספינה למה לי? - מיטלטלי היא".

¹¹² גולאק משער, כי כשנמכרו מטלטלין בשווי גבוה, היו לעתים כותבים שטר אף על מטלטלין. ראה: אי גולאק, **השטרות בתלמוד - לאור הפירושים היווניים ממצרים ולאור המשפט היווני והרומי**, תירגם מגרמנית: ר' דניאל, האוניברסיטה העברית, ירושלים תשנ"ד, עמ' 124, הערה 15. ואמנם, באוצר השטרות הנהוגים בישראל, ירושלים תרפ"ו, שפירסם גולאק עצמו, שטר קפג, עמ' 172, מובא טופס של שטר מכירת בהמה מתוך קובץ של טופסי שטרות שהועתקו בש"ס כתב-יד מינכן (בשנת 1343). בשטר נאמר, כי הבהמה נקנתה במשיכה, וכי הקונה מתחייב שלא להעלות טענת מומים. נקל לשער, כי השטר נכתב מחמת ערכו הכספי הגבוה של הממכר. שטר זה פורסם בשנית על ידי יי ריבלין, "טופסי שטרות בש"ס כתב יד מינכן", **שנתון המשפט העברי** כ (תשנ"ה-תשנ"ז), עמ' 309-310. ריבלין מציין, כי נוסח שטר מכירת בהמה אינו שכית, ומצאנוהו רק במקום אחד נוסף.

¹¹³ ראה: גולאק, **אוצר השטרות**, עמ' 160, סע' ד (תודה לפרופ' יוסף ריבלין, שהעמידני על דברי גולאק שם ועל כמה עניינים נוספים הנוגעים לשטרות).

¹¹⁴ ראה להלן, עמ' 222-223.

העובדה, כי קניין סיטומתא מופיע בתלמוד הבבלי פעם אחת ויחידה, אין בה כמובן כדי להביאנו למסקנה על העדר קיומו של מנהג זה בין הסוחרים או על מידת שכיחותו. שכן, כפי שכבר העירו כמה מן החוקרים, "החכמים לא התעניינו בהיסטוריה ובהיסטוריוגרפיה לשמן... הואיל וכך הם פני הדברים, עלינו לנקוט זהירות יתרה לא רק בהסקת מסקנות מן הכתוב, אלא גם בבואנו להפליג ולהסיק מסקנות היסטוריות ממה שאינו כתוב, אף שכן נוהגים חכמים לא מעטים".¹¹⁵

3. מהלך הסוגיא

את סוגיית סיטומתא ננתח על פי רבדיה השונים. בתחילה, מימרתו של רבא; אחריה, מחלוקת רב חביבא ורבנן בפירוש דבריו; ולבסוף, דברי סתמא דגמרא.

א. דברי רב פפי משמיה דרבא

ממימרתו הקצרה, בת שלוש התיבות, של רבא - "האי סיטומתא קניא" (=סיטומתא זו קונה) - לא ניתן לדעת בוודאות, אם נאמרו הדברים במקורם דווקא ביחס למקום שנהגו לקנות בסיטומתא אם לאו, שכן אין במימרא זו דבר המצביע על כך שמדובר במנהג. באופן עקרוני, ניתן לומר כי דין סיטומתא אינו תלוי כלל במנהג, וכי סיטומתא קונה, לדעת רבא, בכל מקום. לפי הבנה זו, יש כאן תקנת חכמים עצמאית שאינה תלויה במנהג המקום. עם זאת, נראה לנו, כפי שיבואר להלן, כי דברי רבא מוסבים על מקום שנהגו לקנות בסיטומתא, וכי דין סיטומתא לדעתו אכן תלוי במנהג המקום.¹¹⁶

האמורא הבבלי רבא (דור רביעי, נפטר בשנת 352)¹¹⁷ דן בכמה מקומות בתלמוד בשאלת הבסיס המשפטי של קניינים והיקף תחולתם במקרים שונים.¹¹⁸ ש"י פרידמן במאמרו מוגיע למסקנה כי:

¹¹⁵ גפני (לעיל, הערה 107), עמ' 14 (ההדגשה במקור). על מידת התעניינותם של חז"ל בהסטוריה, ראה במקורות שצויינו שם, הערה 13, וראה עוד לעיל, הערה 17.

¹¹⁶ וראה עוד להלן, בהערה 149 ובטקסט הסמוך לה.

¹¹⁷ יש מן החוקרים הטוענים כי קיים בתלמוד "רבא מאוחר", ושכמה מקומות מצינו פסקי הלכה משמו בסגנון: "אמר רבא: הלכתא...". ראה: שפיגל, עבודת דוקטור (לעיל, הערה 44), עמ' 223-242; הנ"ל, "אמר רבא הלכתא" - פסקי הלכה מאוחרים", עיונים בספרות חז"ל במקרא ובתולדות ישראל - מוקדשים לפרופ' עזרא ציון מלמד, הוצאת בר-אילן, תשמ"ב, עמ' 206-214. וראה: אורבך, ההלכה, עמ' 315, הערה 6, שדוחה דבריו; פרידמן, "פרק האשה רבה" (לעיל, הערה 44), עמ' 434-435. מכל מקום, בסוגייתנו אין כל סיבה לומר כי אין המדובר ברבא הרגיל. שכן, בניגוד לדוגמאות שמביא שפיגל, סוגייתנו סדורה לפי סדר הדורות: רבא (דור רביעי); רב פפי (או רב פפא) תלמידו, המוסר מימרא משמו (דור חמישי); רב חביבא (דור שישי או שביעי) ורבנן המתייחסים למימרא. מלבד זאת, בסוגייתנו מדובר במימרא של רבא (להבדיל מפסק הלכה), וספק רב אם יש מימרות שאותן ניתן לייחס בוודאות ל"רבא המאוחר". ראה: שפיגל במאמרו, שם, עמ' 214, הערה 42.

¹¹⁸ פסיקת הנדונה - "שטרי פסיקתא" (כתובות קב, ע"ב); קניין כסף במקרקעין (עבודה זרה סג, ע"ב); מתנה על מנת להחזיר במכר ובקידושי אשה (קידושין ו, ע"ב-ז, ע"א); מעמד שלושתן (גיטין יג, ע"ב); גזלן שמכר וחזר וקנה מבעלים הראשונים (ב"מ מז, ע"א); ועוד.

עד ימי רבא, ועד בכלל, בוצעו כמה וכמה קניינים בצורות שונות שאין בהן הענקת שווי או הנאה למקנה. בכל זאת, אין מדויק הדבר לומר על אותם הקניינים שהם באמירה בלבד, הסכם דברים בעלמא, כי באמת לכל אחד מהם ישנה **צורה קבועה ומוכרת (form)**, ורק דרך **צורה זו יש תוקף לקניינים**. ההמחאה של מעמד שלשתן מצריכה עמידה במקום אחד של שלשה אנשים - אין זה "דברים בעלמא". חלוקה על ידי גורל איננה "אמירה". ערב בשעת מתן מעות משתעבד לא "בדברים בלבד" אלא ע"י מתן המעות ממלווה ללווה!¹¹⁹

לדעתנו, יפים הדברים גם ביחס לקניין סיטומתא.¹²⁰ רבא בא ומשמיענו כאן, שאותו מעשה ב"צורה קבועה ומוכרת (form)" של סיטומתא - קונה. זה שקניין סיטומתא הינו מעשה קבוע ומוכר בתקופתו של רבא, למדים אנו משתי עובדות:

1. לשונה של המימרא. הכינוי הרומז "האי" - "האי סיטומתא" (=סיטומתא זו)¹²¹ - מעיד, כי בצורת קניין ידועה עסקינן.^{122 123}

¹¹⁹ ש"י פרידמן, "הנאה וקניינים בתלמוד", דיני ישראל ג' (תשל"ב), עמ' 115, בעמ' 121-122 (ההדגשה שלי - ר"ק). באופן דומה כותב הרב הרצוג, "הדעת והרצון בהתקשרות ובקניין במשפט התורה", פסקים וכתבים - שאלות ותשובות בדיני חושן משפט, כרך ט, ירושלים תשנ"א, ס"י קיא, עמ' תו, לגבי התחייבות כספית שמקבל אדם על עצמו בדיבור ("האומר לחבירו חייב אני לך מנה". כתובות קא, ע"א). לדעת חלק מהפוסקים, אין תוקף להתחייבות בלא שנכתבה בשטר, ויש אפוא צורה פורמלית. ברם גם לדעת הרמב"ם שחולק, יש צורך בדפוס פורמלי להתחייבות, והוא שיאמר כי הוא מתחייב בשטר או שיאמר בפני עדים 'אתם עדי'. אמנם, ביחס למעמד שלושתן, הרב הרצוג קובע (שם, עמ' תט-ת), שלא כפרידמן, כי "זהו בודאי יוצא מן הכלל גמור". לדעתו, למסקנת הגמרא - שמעמד שלושתן הוא "הלכתא בלא טעמא" - הרי "שאינו נכנס למסגרת של משפטי הקניינים, אלא שזוהי תקנת חכמים להקל על העברת חובות, וכלשון (תוס' שם ד"ה כהלכתא) שלא יצטרכו לעשות קניינים".

¹²⁰ מעניין לציין, כי אף שפרידמן, שם, מנתח בהרחבה את שיטתו של רבא בנושא הקניינים, אין הוא מזכיר את מימרתו בעניין סיטומתא.

¹²¹ זאת בהנחה, כי הכינוי "האי" הינו חלק מקורי ממימרת רבא ואינו תוספת שהוסיף רב פפי (או רב פפא) תלמידו או מנסח אחר, למימרתו. הנחה זו, כמובן, אין בידינו להוכיחה, שכן "אין כלל הכרח לומר, שמימרות האמוראים כפי שהם לפנינו הינן ממש דברי האמוראים כפי שיצאו מפיהם לראשונה, בבית המדרש. אין לפנינו אלא ניסוח ספרותי משוכלל של דעתו של האמורא... עלינו להתייחס אליו כמקור ספרותי מובהק, ולא כציטוט מילולי של דבור חפשי" (פרידמן, "פרק האשה רבה", לעיל, הערה 44, עמ' 309). וראה גם בהערה הבאה.

¹²² ראה, למשל, ע"ז כח, ע"א (כל הביאורים בסוגריים בהערה זו - על פי רש"י): "אמר שמואל: האי פדעתא [=פצע מכת חרב] - סכנתא היא... אמר רב ספרא: האי עינתא [=אבעבוע] - פרוונקא דמלאכא דמותא היא... אמר רבא: האי סימטא [=מורסה]. ראה: מ' קטן, אוצר לעזי רש"י, שם] - פרוונקא דאשתא היא...". הכינוי הרומז "האי", הפותח את המימרות הנ"ל, מלמדנו, כפי שגם עולה מתוכן הדברים, כי מדובר במחלות המוכרות לכל.

כן מצינו מימרות נוספות של רבא בסיגנון דומה למימרתו בעניין סיטומתא, היינו: "האי" ואחריו שם עצם, ואף בהן ברור כי מדובר בדברים מוכרים: "אמר רבא: האי המלתא [=דייסה לתרופה. ראה: אוצר לעזי רש"י, שם] דאתיא מבי הנדואי [=כושיים] - שריא...". (ברכות לו, ע"ב); "אמר רבא: האי ריהטא דחקלאי [=חביץ קדרה של

2. המונח "סיטומתא", כאמור לעיל, הינו יחידאי, ואין לו מקבילה, למיטב ידיעתנו, בכל ספרות האמוראים המצויה בידינו, הבבלית והארץ-ישראלית כאחד.¹²⁴ חרף עובדה זו, לא נצרך רבא, וגם לא יתר האמוראים שדנים בדבריו בסוגייתנו, לבאר מהותו של קניין זה והיאך הוא מתבצע הלכה למעשה.¹²⁵ סביר אם כן להניח, שקניין זה היה מוכר בתקופתו של רבא עד שלא היה צורך לבארו.

לאור האמור, מסתבר כי רבא נתכוון לומר במימרתו הקצרה, כי סיטומתא **במקום שנהגו לקנות בדרך זו** - קונה. דברי רבא, ש"סיטומתא קניא", משתלבים, אפוא, היטב בשיטתו הכללית, שהקניין נעשה על ידי "צורה קבועה ומוכרת", וכי אין כל צורך בהגעת הנאה למקנה לשם מתן תוקף לקניין.¹²⁶

ניתוח שיטתו ועקרונותיו של רבא בענייני הלכה חורגים מתחומו של חיבור זה.¹²⁷ ברם, דומה שיש מקום לעמוד בקצרה על כמה עניינים הקשורים לרבא, אשר יש בהם אולי כדי להאיר את מימרתו בסוגייתנו.

בני הכפר] דמפשי ביה קמחא - מברך בורא מיני מזונות" (שם לו, ע"ב). אמנם, מימרות בסגנון הנ"ל מצאנו אף משל אמוראים אחרים, וביניהם רב פפי (למשל: כתובות כא, ע"ב, ושם הוא משמיה דרבא) ורב פפא (למשל: ב"מ סו, ע"ב; שם, סז, ע"ב).

¹²³ ראה פרישה, חו"מ רא, ס"ק א, המסביר בדעת הטור: "דמדקאמר רב פפא האי סיטומתא ר"ל [=רצה לומר] האי סיטומתא קאי על המנהג [בכ"י ב: "על הרמוז והנהוג"], וכאילו אמר האי סיטומתא דנהיגין ביה קניא" (שינוי הנוסח - על פי טור, מהד' מכון ירושלים, תשנ"ד, הגהות והערות, אות ב). אמנם, בהמשך כותב הפרישה, כי הטור השמיט את המילה "האי" משום שסבר, "דגם 'סיטומתא קניא' לחוד מורה על הרמוז והנהוג".

¹²⁴ ראה לעיל, בסמוך להערה 47.

¹²⁵ השווה: תוספתא, קידושין פ"א, א-ג - פירוט כיצד מתבצעים קידושי אשה: "בכסף כיצד? ... בשטר... בביאה..."; ב"מ מז, ע"א - מחלוקת לגבי קניין סודר: "במה קונין? - רב אמר: בכליו של קונה, ולוי אמר: בכליו של מקנה". לעומת זאת, בתקופת הגאונים נזקק כבר הגאון לבאר לשואליו מהי סיטומתא. ראה להלן, עמ' 191-190.

¹²⁶ השווה: פרידמן (לעיל, הערה 119), עמ' 123-130.

¹²⁷ לעניין שיטתו של רבא במאמריו הרבים ובמחלוקותיו עם אביו, ראה: ח' בלאך, **מבוא התלמוד**, נדפס מחדש בתוך: **מחקרים ומבואות לתלמוד**, הוצאת מקור, ירושלים תשל"א, "אביו ורבא", עמ' 48-55; הרב י"ל מימון, **אביו ורבא**, ירושלים תשכ"ה; ב"צ אליאש, "שורשיה הרעיוניים של ההלכה - פרק בהלכות ריבית במשנה ובתלמוד", **שנתון המשפט העברי** ה (תשל"ח), עמ' 38, הערה 98; אטלס, **נתיבים במשפט העברי**, עמ' 262; ד' הנשקה, "אביו ורבא - שתי גישות למשנת התנאים", **תרביץ** מט (תש"ס), עמ' 187-193; אורבך, **ההלכה**, עמ' 205-216; י' פלורסהיים, "מדעותיו העיוניות של רבא והשפעתן על פסיקתו ההלכתית", **דברי הקונגרס העולמי השביעי למדעי היהדות** ג (תשמ"א), מחקרים בתלמוד, הלכה ומדרש, עמ' 117-128. דומה, שעדיין יש מקום לעבודת מחקר מקיפה על דמותו של רבא ועל שיטתו בהלכה ובאגדה. נודע לי, כי פרופ' Jacob Elman משיבה אוניברסיטה בניו יורק עורך מחקר נרחב על רבא, אך מחקר זה טרם ראה אור.

ד' הנשקה במאמרו מנתח את גישתם של אביו רבא למשנת התנאים, ומסקנתו הינה כי "אצל אביו מרכז-הכובד מצוי עדיין בתוכן ההלכתי המקובל, שאין המשנה אלא אמצעי טכני להעברתו... ואילו רבא (שמא כמייצג תלמודה של בבל, הרחוק יותר מסידור המשנה) כבר מייחס את מירב החשיבות לשימור הנוסח ודיוקיו, המשמשים אצלו מנוף למדרש הלכה מתוך המשנה".¹²⁸

דברים אלו נאמרו, כאמור, לגבי יחסו של רבא אל המשנה, אך שמא לא על עצמם בלבד ללמד יצאו. יתכן, כי יחסו של רבא אל המקור ההלכתי ונכונותו לראות בו "מנוף" ללימוד הלכות חדשות, מוצא את ביטויו לא רק באשר ליחסו אל המשנה אלא גם באשר ליחסו אל המנהג; וכך מוצאים אנו אותו בסוגייתנו מחדש הלכה בהלכות קניין בהסתמך על מנהג הסוחרים לקנות בסיטומתא.¹²⁹

יש מקום לעמוד על זיקה אפשרית בין מימרת רבא ביחס לסיטומתא לבין שיטתו בעניין "מי שפרע".¹³⁰ במשנה שנינו: "נתן לו מעות ולא משך הימנו פירות - יכול לחזור בו, אבל אמרו: מי שפרע מאנשי דור המבול ומדור הפלגה, הוא עתיד להפרע ממי שאינו עומד בדיבורו".¹³¹ ובדומה בתוספתא.¹³²

¹²⁸ הנשקה, שם, עמ' 193.

¹²⁹ גם במסכת סוכה (לח, ע"א-ע"ב) אנו מוצאים, כי רבא לומד הלכות ממנהג העם בדרך קריאת ההלל: "אמר רבא: הלכתא גיברתא איכא למשמע ממנהגא דהלילא [=הלכות גדולות אפשר ללמוד ממנהג ההלל]...". ברם, ספק אם ניתן להביא ראיה משם לנידון דנן. ראשית, שם לא מדובר בחידוש הלכה אלא בחשיפת התקנה הקדומה שנשתמרה במנהג (ראה רש"י, שם ע"ב, ד"ה ממנהגא דהלילא. ובתוספות שם, ד"ה והלכתא, משמע שמנהג העם הונהג בכוונת מכוון כדי שילמדו ממנו את ההלכה, וכך עולה גם מראשונים נוספים על אתר). שנית, קיים הבדל מהותי בין מנהג בענייני ממון (סיטומתא) למנהג בעניין לא ממוני (קריאת ההלל). ראה פרק ב, עמ' 22-23. לפיכך, קשה להשוות בין שני העניינים.

¹³⁰ על "מי שפרע", ראה: אלון, **המשפט העברי**, עמ' 131; אלבק, **דיני הממונות בתלמוד**, עמ' 140-143; ולאחרונה: בן-פזי (לעיל, הערה 11), עמ' 110-121, 134-136. בן-פזי מסיים את דיונו בראשית תקופת האמוראים, ועדיין יש מקום לבחון את גילגולו של "מי שפרע" ואת הפירוש שניתן לו בדורות מאוחרים יותר (ראה להלן, ביחס לאביו רבא) וכן בספרות הבתר-תלמודית. וראה עוד להלן, הערה 146.

¹³¹ משנה, ב"מ ד, א, בבלי מד, ע"א.

¹³² תוספתא, שם (ליברמן), ג, יד: "רבי שמעון אומי[ר]: אף כשאמרו טלית קונה דינרי זהב בכל מקום [ואין דינרי זהב קונים את הטלית] - כך הלכה, אבל מי שפרע מאנשי דור המבול ומאנשי דור הפלגה עתיד ליפרע ממי שאינו עומד בדיבורו". ובשינויים קלים בבבלי מח, ע"א; מט, ע"א (ההשלמה בתוספתא לעיל - על פי הבבלי). מלשון התוספתא אף ברור יותר, כי "מי שפרע" אינו סנקציה משפטית ("הלכה").

בעוד שמפשט לשון המשנה והתוספתא משמע, כי אין כאן אלא פנייה לליבו של החוזר בו מדיבורו ומעין עונש בידי שמים, הרי שאמוראים בדור הרביעי ביארו דין זה כסנקציה משפטית ממשית, המבוצעת בידי אדם¹³³: "אביי אמר: אודועי מודעינן ליה [ידע שאם תחזור סופך להפרע ממך". רש"י], רבא אמר: מילט לייטינן ליה [=מקללים אותו]".¹³⁴

א' כהן סובר, כי התפתחות דרכי המסחר והכלכלה בתקופת האמוראים הביאה לצורך בסנקציות חזקות יותר במגמה למנוע אפשרות של ביטול עסקאות בדרך קלה. משום כך, לדעתו, ביארו אביי ורבא את דברי המשנה הנזכרת שלא כפשוטם.¹³⁵

כהן משער, כי קניין סיטומתא הינו שלב נוסף בהתפתחות זו בתקופתו של רבא. דרך קניין זו באה להקל על דרכי המסחר:¹³⁶

כורח המציאות פיתח במשך הזמן מנהג של קניין חדש בין הסוחרים, אשר קיבל תוקף הלכתי-משפטי אצל האמוראים, הלא הוא קניין ה"סיטומתא"... התוקף ההלכתי של קניין "סיטומתא" נתקבל בדורו של רבא, אותו ראינו לעיל נלחם היטב בתופעת ביטול עסקות שטרם נעשה בהן קניין לפי הדרכים המקובלות במשנה.

עם סיום דיונונו במימרתו של רבא נעיר, כי אם אמנם נאמרו דברי רבא במקורם על דרך קניית חביות יין - כפי שנתבארו דבריו על ידי חלק מן הראשונים - הרי שמימרא זו מצטרפת למקומות רבים נוספים¹³⁷ שבהם מצאנו, כי רבא עוסק במימרותיו בענייני חביות

¹³³ הפיכת נורמה דתית-מוסרית לנורמה משפטית היא תופעה מוכרת בעולם המשפט בכלל, ובמשפט העברי בפרט. כך אירע גם ב"לפנים משורת הדין" ובנושאים נוספים. ראה: אלון, **המשפט העברי**, עמ' 137-142, ובהערה 270.

¹³⁴ ב"מ מח, ע"ב.

¹³⁵ א' כהן, "קניין 'סיטומתא' - התפתחותו וחשיבותו", **על מצפה החינוך**, ביטאון הפדרציה הציונית בקנדה, מונטריאל, שנה ג', גליון 2 (כסלו תשל"ה), עמ' 18-22. פורסם בשנית (בהשמטות) בתוך: **הצופה**, כ"ב בשבת תשל"ה (תודתי נתונה לד"ר אבינעם כהן, שהואיל בטובו להמציא לידי את מאמרו).

¹³⁶ גם קניין מעמד שלושתן תוקן על ידי חכמים, לפי חלק מן הראשונים, במגמה להקל על דרכי המסחר. ראה: תוספות, גיטין יד, ע"א, ד"ה כהלכתא; רא"ש שם, פ"א, סי' יז. לפי הרשב"ם, ב"ב קמח, ע"א, ד"ה במעמד שלושתן קנה, מקורו של קניין מעמד שלושתן הוא במנהג הסוחרים. על קניין זה אנו שומעים כבר מרב הונא בשם רב, ראה: גיטין יג, ע"א, ומקבילות. על הזהות, או הקירבה, שבין מעמד שלושתן וסיטומתא עומדים גם כמה מן האחרונים. ראה להלן, עמ' 309 הערה 117. גם בשו"ת משנה שכיר, ח"א, סי' עב (ירושלים תשל"ד, עמ' 135) כתב שקניין סיטומתא נועד "כדי להקל על הסוחרים ולא יצטרכו לתנאי הקנינים, ולא יבאו לידי מחלוקה".

¹³⁷ למשל: "אמר רבא: חמרא וריחני פקחין [עשאוני פקח. רש"י] - יומא עו, ע"ב; רבא מפרש מהו "חותם בתוך חותם" שמטביעים על חביות לשומרן מחשש לייך נסך - ע"ז לא, ע"א; "אמר רבא: הלכתא יין מזוג - יש בו משום גילוי... יין מבושל - אין בו משום גילוי...", "אמר רבא: האי חמרא דאקרים... - ע"ז, שם; וראה עוד: ע"ז סט,

ויין.¹³⁸ יתכן שאחד הגורמים לעובדה זו הינה כי רבא, בדומה לאמוראים נוספים,¹³⁹ עסק במסחר ביין.¹⁴⁰

ב. מחלוקת רב חביבא ורבנן

מחלוקת האמוראים בסוגיא מתייחסת למימרתו של רבא, ומתמקדת בפרשנות המילה "קניא". הדעות חלוקות בשאלה, האם הכוונה לקניין ממש או שמא ל"קניין" רק לעניין מי שפרע. גם השאלה הקודמת למימרות האמוראים, "למאי הלכתא" - אשר הינה, ככל הנראה, הוספה מאוחרת למימרות גופן¹⁴¹ - מצביעה, לדעתנו, על כך שהמחלוקת הינה בפרשנות דברי רבא.¹⁴²

ע"א-ע"ב; ע, ע"א וע"ב; עב, ע"ב; "אמר רבא: האי מאן דגזל חביתא דחמרא מחבריה..." (לפנינו: רבה, אך בכה"י וכן בראשונים על אתר: רבא) - ב"מ מג, ע"א; "אמר רבא: האי מאן דזבין חביתא דחמרא לחנואה..." - שם צח, ע"א; "ואמר רבא: האי מאן דקביל חמרא..." - שם; "מגופת חבית שתקנה" - חולין קז, ע"א; ועוד.

¹³⁸ בלאך (לעיל, הערה 127), עמ' 51, כותב: "לזה אהב רבא את היין, והרבה לדבר מהיין באשר היין ישמח לב ומשנן השכל". הוא הולך לשיטתו שם, שרבא עסק ביישובו של עולם והתחבר לעולם הגשמי יותר מאביו. ברם, נראה לנו כי הסיבה לכך פרוזאית יותר, כדברינו בפנים.

¹³⁹ נביא כמה דוגמאות מאמוראי בבל: רבה בר בר חנה (ובחלק מהגירסאות: רבה בר רב הונא) (שניהם מדור 3) - ב"מ פג, ע"א. וראה אלבק, מבוא לתלמודים, עמ' 305; אביו, חברו של רבא (דור 4) - ראה: הרב מימון (לעיל, הערה 127), עמ' כ; היימאן, תולדות תנאים ואמוראים, עמ' 83; גם רב פפא (דור 5), שלפי חלק מעדי הנוסח הוא זה שמוסר את דברי רבא בסוגייתנו (ראה לעיל, הערה 37), עסק בייצור ומכירת שיכר תמרים בחביות. ראה: שבת קלט, ע"ב, וברשי"י שם; ב"מ סה, ע"א; פסחים קיג, ע"א; היימאן, שם, כרך ג, עמ' 1020; אלבק, שם, עמ' 418.

¹⁴⁰ ראה: הרב מימון, שם, עמ' רלט.

¹⁴¹ יתכן שהביטוי "למאי הלכתא" נוסף במקביל להוספת ה"והלכתא" בסיום מחלוקת האמוראים (שאף היא, קרוב לוודאי, הוספה מאוחרת, ראה לעיל, הערה 44, ולהלן), כביטוי הרומז לפסיקת ההלכה אשר תבוא בהמשך הסוגיא.

¹⁴² ניתן, באופן עקרוני, לטעון כי לא נחלקו האמוראים בפרשנות דברי רבא, אלא שדבריו היו מובנים לכל - סיטומתא קונה ממש, ככל דרך קניין אחרת - ומחלוקתם היתה בשאלה, כיצד לפסוק הלכה למעשה: האם לקבל להלכה את דברי רבא במלואם, או שמא לפסוק שסיטומתא מועילה רק לעניין "מי שפרע".

איננו נוטים לקבל הסבר זה, ונראה שכך סבר גם מי שנקט בביטוי "למאי הלכתא". הביטוי "למאי הלכתא" (לבדו, או בצירוף העניין שעליו הוא מוסב) מופיע בבבלי (בירושלמי איננו) לאחר מקור תנאי או מימרא אמוראית, ומשמעותו: מהי כוונת הדברים, על איזו מציאות בדיוק נאמרו הדברים (ולא: האם יש לקבל את הדברים להלכה ולפסוק כמותם). התשובה לשאלה זו פותחת, פעמים רבות, כבסוגייתנו, ב-"ל..." או "לעניין [פלוגין]...". ראה למשל: שבת כח, ע"ב; כט, ע"א; לד, ע"ב; קכט, ע"א; עירובין ג, ע"ב; ר"ה ב, ע"א; יומא סו, ע"ב; יבמות כב, ע"ב; ועוד. כן מצאנו, בדומה לסוגייתנו, שאלת "למאי הלכתא" הבאה אחר מימרא אמוראית, ואחריה כמה תשובות-פרשניות חלוקות של אמוראים בכוונת המימרא. ראה: עירובין מו, ע"ב (3 תשובות). לאור האמור, דומה כי גם לפנינו מחלוקת אמוראים בפרשנות דברי רבא.

יש להעיר, כי המונח "למאי הלכתא" מצוי בתלמוד, אולי, גם במשמעות שונה. ראה: א' שוחטמן, "כללי התלמוד לר' בצלאל אשכנזי", שנתון המשפט העברי ח (תשמ"א), עמ' 300, אות קפו: "למאי הלכתא. לפעמים אומר

הסברו של רב חביבא, "למקניא ממש", נראה כביאור הפשוט למימרת רבא.¹⁴³ יש לשאול, אפוא, מה הביא את רבנן להוציא את המימרא ממובנה הפשוט, שסיטומתא קונה **ממש**, ולבאר "קניא" לעניין קבלת "מי שפרע"?¹⁴⁴

"למאי הלכתא" ופירושו: מאי קמלין [=קא משמע לן]. "ריב אשכנזי שם מסתמך על המגיד משנה, מכירה כד, טז. ברם דומה, כי משמעות זו אינה הולמת את ההקשר של "למאי הלכתא" בסוגייתנו.

¹⁴³ ראה פרישה (לעיל, הערה 48): "ולשון קניא משמע קונה לגמרי", ולפיכך מפרש "ולא פליגי [האמוראים - ר"ק] אהדדי אלא כפי מה שנהגו", היינו: אין מחלוקת בין האמוראים, אלא כל אחד מציין את המנהג במקומו. ברם, מסגנון הצעת הדברים בסוגיא (וודאי שכך לאור ה"והלכתא" שבסיומה) משמע כי יש כאן דעות חלוקות.

¹⁴⁴ המלים הארמיות "קניא", "קני", ובעברית - "קונה", פירושם: עושים קניין. על פי חיפוש שערכנו (הן באוצר לשון התלמוד של קוסובסקי והן בתקליטור פרוייקט השו"ת), לא קיים מקום נוסף בספרות התלמודית, שבו מתפרשת המילה "קניא", הנאמרת מפי אמוראים, לעניין "מי שפרע" ולא כקניין ממש.

כך מתחייב לדעתנו אף מעצם טיבו של דין "מי שפרע", שכן דין זה נאמר דווקא במקום שמן הדין אינו קונה. ראה ברייתא, ב"מ מט, ע"א: "רי שמעון אומר: אף על פי שאמרו טלית קונה דינר זהב ואין דינר זהב קונה טלית, מכל מקום כך הלכה, אבל אמרו מי שפרע...". והמקבילה בתוספתא שם, ג, יד. וראה דברי ליברמן, תוספתא כפשוטה, שם, עמ' 177: "אבל בעל כרחנו 'כך הלכה' מתייחס לדיוק שאין דינר זהב קונה טלית, שהרי בקנה אינו שייך מי שפרע" (ההדגשה האחרונה שלי - ר"ק) [וראה דברי הרשב"א המובאים בשיטה מקובצת, ב"מ מז, ע"ב, ד"ה וכתב הרמ"ך, הנוטה לכך שדין "מי שפרע" נאמר רק במקום שמן התורה קונה (אך לא מדרבנן), כמו מעות, וקושייתו מדין סיטומתא. ומכל מקום, ברור שאם קונה גם מדרבנן, אין כל מקום ל"מי שפרע"]. על הניגוד שבין "קניין" לבין "מי שפרע" ניתן לעמוד גם מדברי הגמרא, ב"מ סג, ע"ב: "האי מאן דיהיב זוזי אתרעא חריפא צריך לאיתחזוי לבי דרי. למאי? אי למקנא - הא לא קני, אי לקבולי עליה מי שפרע - כי לא מיתחזי נמי מקבל עליה מי שפרע".

אמנם, בסוגיא אחת (ב"מ מח, ע"ב) מצאנו לשון "קני" ביחס ל"מי שפרע": "מטלטלי דלא קני אלא לקבולי מי שפרע" (כך בנדפס, וראה בדקדוקי סופרים, הגירסאות השונות). ברם, שם נאמר משפט זה, על ידי סתמא דגמרא, כחלק מן המשא ומתן ולא כפרשנות המונח "קני". אכן, קיים דמיון לשוני בין הסוגיא ההיא לסוגיית סיטומתא (ב"מ עד, ע"א), המתבטא בשתי מטבעות לשון מקבילות, המצויות בשתי סוגיות אלו בלבד:

1. קני/קניא... לקבולי עליה מי שפרע:

"מטלטלי דלא קני אלא לקבולי [עליה - כך בכל כה"י שצויינו בדק"ס] מי שפרע" (דף מח).

"האי סיטומתא קניא... רבנן אמרי לקבולי עליה מי שפרע" (דף עד).

2. קני/למקניא... ממש:

"קרקע דבכספא קני ליה ממש [כך גם בחלק מכה"י, ויש שלא גרסו "ממש", ראה דק"ס] (דף מח).

"רב חביבא אמר למקניא ממש" (דף עד).

יתכן בהחלט, כי בעלי הסתמא דגמרא בדף מח שאבו את הביטויים הייחודיים הנ"ל מדברי האמוראים שבסוגיית סיטומתא להלן, דף עד.

יתכן לומר, וכהשערה בלבד, כי זהות בעל המימרא, רבא, היא שהניעה את רבנן לפרש כך. כפי שראינו לעיל,¹⁴⁵ רבא עסק בביאור עניין "מי שפרע" שבמשנה. יתכן שרבנן הבינו, כי רבא בא ללמדנו כאן כי סיטומתא, הגם שאינה קניין גמור, כמוה כמתן מעות בלא משיכה, ולפיכך דינה - "קניא" לעניין מי שפרע.

העובדה שרבא עצמו נקט לשון "קניא", ולא אמר במפורש כי החוזר בו מקניין סיטומתא דינו ב"מי שפרע", נובעת, לדידם של רבנן - לפי הבנה זו - מרצונו של רבא להדגיש את תוקפה של עסקת מכר שנעשתה בהתאם למנהג המקובל, ולשוות לה, למשמע אוזן, אופי קנייני מובהק.¹⁴⁶ זאת, בהתאם למגמה המתחזקת בתקופתו של רבא, כפי שצויין לעיל,¹⁴⁷ להחמיר את הסנקציה כלפי המבטל עסקה אשר לא הושלמה במעשה קניין לפי אחת מן הדרכים הקבועות במשנה.

בנוסף לאמור, יתכן שרבנן התקשו להניח כי רבא בא לחדש דרך קניין שלא נזכרה במשנה, ועל כן הוציאו דבריו מפשוטם וביארו שסיטומתא אינה קונה ממש אלא רק לעניין "מי שפרע".¹⁴⁸ מה עוד, שאין במימרתו של רבא כל סימן היכול לרמז על כך שמדובר בקניין מתקנת חכמים.¹⁴⁹

רב חביבא ורבנן אינם אומרים במפורש, אם דברי רבא אמורים במקום שנהגו לקנות בסיטומתא או גם במקום שלא נהגו.¹⁵⁰ ברם, הדבר תלוי בניתוח חלקה האחרון של הסוגיא ובשאלה מה בדיוק נכלל בדברי רבנן, כדלהלן.

¹⁴⁵ לעיל, בסמוך להערה 134.

¹⁴⁶ יש מקום לדון במעמדו של מעשה קניין המחייב ב"מי שפרע" (קניין מטלטלין בכסף; קניין סיטומתא לדעת רבנן) - האם יש למצב זה נפקויות קנייניות כלשהן, או שמא אין כאן אלא סנקציה מוסרית-דתית של "מי שפרע"? נושא זה מחייב מחקר מקיף בנושא "מי שפרע", מחקר שככל הידוע לנו טרם נערך (ראה, לעת עתה, המקורות שצויינו לעיל, הערה 130), אך הוא חורג ממסגרת חיבורנו. וראה בשו"ת חתם סופר, יו"ד, סי' שטו, ד"ה ותלמידי, שם קובע החתם סופר, כי כל זמן שלא חזר בו אחד מן הצדדים מן המכר וקיבל "מי שפרע", הרי שהמטלטלין קנויים מן התורה. מכל מקום, ברור שגם אם יש ל"מי שפרע" אופי קנייני מסויים, הרי שעדיין רב המרחק בינו לבין מעשה קניין הקונה ממש, בעוד שהשימוש במילה "קניא" (=קונה) יוצר את התחושה, כי ל"מי שפרע" יש תוקף קנייני גמור.

¹⁴⁷ לעיל, בסמוך להערה 135.

¹⁴⁸ על סברא זו העמידני הרב צבי שלושיץ.

¹⁴⁹ הדבר בולט במיוחד אם משווים את מימרת רבא למימרת ריש לקיש בשם אבא כהן ברדלא בעניין קניין ד' אמות (ב"מ י, ע"א). ראה להלן, עמ' 334, הערה 253.

¹⁵⁰ לדעת ר' שמואל שטיין (מהרשש"ד), כוס ישועות, פרנקפורט דמיין תע"א (נדפס בשנית: פאדגורזע אצל קראקא תרס"ד), ב"מ עד, ע"א, בזה בדיוק נחלקו האמוראים. לדבריו, רב פפא (משמיה דרבא) אמר במפורש שסיטומתא מועילה "למקני ממש", והמחלוקת היא, האם דיבר רק באתרא דנהיגי (אך בשאר מקומות תועיל רק למי שפרע - רבנן) או בכל מקום (רב חביבא). פירוש זה מוקשה, שכן בכל עדי הנוסח שלפנינו הגירסא בדברי רב פפא משמיה דרבא היא "האי (או: הא) סיטומתא קניא" ואין כל יסוד להניח שנאמר על ידו גם: "למקני

כפי שצויין לעיל,¹⁵¹ בכמה מעדי הנוסח לא מופיע המשפט "והלכתא לקבולי עליה מי שפרע", ואף כמה מן הראשונים לא גרסוהו. לאור נתונים אלו, ולאור הידוע לנו על הטרמין "והלכתא", מסתבר להניח כי משפט זה הינו **הוספה מאוחרת**.¹⁵² לעומת זאת, כל עדי הנוסח שבדקנו מקיימים את המשפט שבא אחריו: "ובאתרא דנהיגו למקני ממש - קנו".

לאור ההנחה האמורה, קיימות שתי אפשרויות באשר למשפט "ובאתרא דנהיגו...". האחת הינה, כי משפט זה אינו מדברי רבנן אלא **מדברי סתמא דגמרא**,¹⁵³ ורבנן אמרו, ביחס למימרת רבא, רק: "לקבולי עליה מי שפרע".¹⁵⁴ כך, ככל הנראה, הבין הריטב"א.¹⁵⁵ אם אמנם כן הוא, הרי שלא ניתן לדעת האם לדעת רבנן דיבר רבא במקום שנהגו או במקום שלא נהגו. כן יתכן, כי רבנן הבינו שדינו של רבא אינו תלוי כלל במנהג המקום,¹⁵⁶ והם מדברים על סיטומתא באופן כללי. לפי אפשרות זו, האבחנה בין מקום שנהגו ("אתרא דנהיגו") ובין מקום שלא נהגו נתחדשה, לפחות באופן מפורש, רק בדברי סתמא דגמרא.

אמנם, ישנה גם אפשרות נוספת, ולפיה המשפט "ובאתרא דנהיגו..." הינו **סיום דברי רבנן**. כך הם, אפוא, דברי רבנן במלואם: "[האי סיטומתא קניא. למאי הלכתא? -] לקבולי עליה מי שפרע, ובאתרא דנהיגו למקני ממש - קנו".¹⁵⁷

אם אכן המשפט "ובאתרא דנהיגו..." קנו" אף הוא מדברי רבנן, נראה כי לדעתם דינו של רבא אמור **במקום שלא נהגו** לקנות בסיטומתא. רבנן מבארים, ולמעשה מסייגים, את דבריו הכלליים של רבא¹⁵⁸: [במקום שלא נהגו לקנות בדרך זו] - סיטומתא "קניא", כדברי

ממש". מלבד זאת, נראה בבירור כי הביטוי "למקניא ממש" מתחדש בסוגיא רק על ידי רב חביבא כדי להוציא מפירושם של רבנן. אם כדברי המהרש"ש^ד, כך בערך היה לרב חביבא להתנסח: "כי קאמר רבא, בכל מקום קאמר", ומה חידש, לדבריו, רב חביבא בחוזרו בדיוק נמרץ על מילותיו של רבא "למקני ממש"?

¹⁵¹ ראה לעיל, הערה 44.

¹⁵² ראה שם. אמנם, כבר הערנו שם, כי קיימת אפשרות שמשפט זה הינו מקורי אך נשמט מחמת טעות הדומות, ולכן נבדוק להלן גם אפשרות זו.

¹⁵³ לפי אפשרות זו, קיימות בסוגייתנו שתי הוספות למחלוקת האמוראים, אשר נוספו בשני שלבים: האחת, משל סתמא דגמרא - "ובאתרא דנהיגו", המפרשת את מחלוקת האמוראים; השניה, הוספה מאוחרת יותר - "והלכתא", הפוסקת כרבנן.

¹⁵⁴ לפי זה, דברי רבנן, בדומה לדברי רב חביבא, הינם קצרים. כפי שצינו כבר חוקרי התלמוד, לרוב מימרות האמוראים הן קצרות.

¹⁵⁵ ראה להלן, עמ' 205, הערה 76.

¹⁵⁶ ראה לעיל, בסמוך להערה 116.

¹⁵⁷ לפי אפשרות זו, ההוספה "והלכתא" נכנסה בין שני חלקי מימרת רבנן, ראה להלן, בסמוך להערה 174.

¹⁵⁸ הביטוי "ובאתרא" (בקידומת ו"ו) מופיע בבבלי (בירושלמי איננו), מלבד בסוגייתנו, בשלושה מקומות נוספים בלבד. באחד מהם, הביטוי מתייחס למקום ספציפי ("ובאתרא דרב" - שבת קיא, ע"ב). בשני המקומות האחרים

רבא, לעניין "לקבולי עליה מי שפרע". ומוסיפים רבנן, כי במקום שקיים מנהג ("באתרא דנהיגו") לקנות בסיטומתא - מציאות שעליה לא דיבר רבא כלל, לדידם - "קנו" ממש.

אמנם, קיימת דרך נוספת להבין את דברי רבנן, ולפיה רבא מדבר, לדעתם, **בכל מקום**, בלא לחלק בין נהגו ללא נהגו, וקובע שסיטומתא "קניא" תמיד. לפי הבנה זו, רבנן באים ומפרשים דבריו, כי יש מקומות ש"קניא" רק לעניין מי שפרע, ויש - ש"קניא" ממש. ברם, מניסוח דבריהם משמע יותר כדרך הראשונה שהצענו, היינו שהמשפט הראשון בדבריהם בא לבאר ישירות את דברי רבא, ואילו המשפט השני ("ובאתרא דנהיגו") - תוספת שלהם הוא. שאם היתה כוונתם כדרך השניה, כך בערך היה להם להתנסח: [האי סיטומתא קניא. למאי הלכתא? -] "באתרא דנהיגו - למקני ממש, ובאתרא דלא נהיגו - לקבולי עליה מי שפרע".¹⁵⁹

אם, בניגוד להנחתנו לעיל, המשפט "והלכתא..." הינו מקורי בסוגיא ולא מאוחר, ברור כי המשך "ובאתרא דנהיגו..." אינו מדברי רבנן, אלא חלק מה"והלכתא". לפי אפשרות זו, כל שאמרו רבנן הוא: "לקבולי עליה מי שפרע", ולא ניתן אפוא לקבוע על איזו מציאות דיבר רבא, לדעתם.

(ב"מ סז, ע"ב; ב"ב פט, ע"ב) משמש "ובאתרא" במשמעות הזוהה למשמעותו בסוגייתנו, היינו: כמסייג את הדין הנדון.

¹⁵⁹ השווה לשתי הסוגיות האחרות, שבהן השתמשו אמוראים במונח "ובאתרא": "רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע אמרי תרויהו: האי משכנתא, **באתרא דמסלקי** - אין בעל חוב גובה הימנה... **ובאתרא דלא מסלקי** - בעל חוב גובה הימנה..." (ב"מ, שם); "אמר רב פפא: לא אמרן [=מימרת רב, "אסור לאדם להשהות מידה חסרה או יתרה בתוך ביתו, ואפילו היא עביט של מימי רגלים"] אלא **באתרא דלא חתימי** [=שאיין ממונה של מלך עושה חותם במדות", ולכן יש חשש שישתמש בטעות בעביט ככלי מדידה. רשב"ם], אבל **באתרא דחתימי** - אי לא חזי חתימה, לא שקיל..." (ב"ב, שם).

השוואה לסוגיות הנ"ל מבליטה נקודה נוספת, שיש בה אולי כדי להוסיף אישור לדברינו. כאשר לפנינו מימרא המתייחסת באופן שווה **לשני** מצבים שהינם זה הפכו של זה - כבסוגיא בב"מ הנ"ל - הרי שהדרך היא להקדים את צד החיוב ("אתרא דמסלקי") לצד השלילה ("אתרא דלא מסלקי"). כך גם מצינו אצל התנאים, **שלעולם קודם** "מקום שנהגו..." (=צד החיוב) ל"מקום שלא נהגו [או: "מקום שנהגו שלא]..." (=צד השלילה). (הבדיקה נערכה על ידי תקליטור פרוייקט השו"ת). והרי אין "אתרא דנהיגו" אלא תרגום לארמית של "מקום שנהגו". לעומת זאת, במימרא שעניינה לפרש את הנאמר במקור אחר (כגון: "לא אמרן", "לא שנו", וכד'), הרי שתמיד יוקדם החלק ה"מפרש" ורק אחר כך תבוא, אם בכלל, התייחסות לסיטואציות אחרות. ברור מאליו, כי במימרא מן הסוג האחרון, פעמים שיוקדם צד השלילה, כפי שמצאנו בסוגיא בב"מ הנ"ל, ופעמים - צד החיוב.

לאור האמור בולט עוד יותר, כי דברי רבנן בסוגייתנו הינם מימרא מן הסוג השני שצויין לעיל. עיקרם - פירוש למימרת רבא (המדבר, כך עולה מדבריהם, **"באתרא דלא נהיגו"**), ורק אחר כך הם מתייחסים ל"אתרא דנהיגו". לו סברו רבנן שרבא דיבר על שני המצבים, והיו הם באים לפרש דבריו ביחס **לשני** המצבים גם יחד, הרי שהיה עליהם להקדים את צד החיוב ("ובאתרא דנהיגו") לצד השלילה, ובכל מקרה - היו צריכים להזכיר במפורש לצד "אתרא דנהיגו" את "אתרא דלא נהיגו".

ביחס לביאורו של רב חביבא למימרת רבא "למקניא ממש", לא ניתן להסיק מדבריו כשלעצמם על איזו מציאות דיבר רבא, לפי דעתו. מכל מקום, לאור האמור בסיום הסוגיא כי "ובאתרא דנהיגו... קנו" (אלו, כאמור, דברי רבנן או דברי סתמא דגמרא) עולה, כי דברי רבא - וממילא גם דברי רבנן - מוסבים על מקום שלא נהגו לקנות בסיטומתא. דעת עורך הסוגיא, שסידר את דברי רבנן כחלוקים על רב חביבא, היתה ודאי כי גם לדעת האחרון מדובר באותה מציאות, קרי: במקום שלא נהגו. שאם לא כן, אפשר שאין כאן כלל מחלוקת: רבנן דיברו במקום שלא נהגו - ולכן סיטומתא דינה רק ב"מי שפרע", ורב חביבא דיבר במקום שנהגו - ולפיכך סיטומתא קונה ממש.

יש להבין אפוא - לדידו של עורך הסוגיא¹⁶⁰ - כיצד לדעת רב חביבא¹⁶¹ קונה סיטומתא ממש, ואפילו במקום שלא נהגו כן?¹⁶² אליבא דרבנן לא קיים הקושי האמור, שכן לדידם סיטומתא נחשבת לקניין גמור רק מכוחו של מנהג המקום.¹⁶³ אולם לרב חביבא, המעניק לה תוקף גם במקום שלא נהגו, על כרחנו אין כוחה של סיטומתא תלוי במנהג המקום, ויש למצוא לשיטתו בסיס אחר לתוקפה.

הרב מ"ב לוריא¹⁶⁴ סובר, כי האמוראים בסוגייתנו נחלקו בשאלת תוקפו של קניין חזקה במטלטלין.¹⁶⁵ סיטומתא לדעתו היא סגירת החבית, קשירת השק וכד', ולפיכך נחשבת

¹⁶⁰ השאלה מוצגת כלפי עורך הסוגיא בדעת רב חביבא ולא ישירות כלפי רב חביבא, שכן יתכן כי רב חביבא עצמו הבין שרבא דיבר במקום שנהגו לקנות בסיטומתא, וסיטומתא "קניא" לדידו - ממש - רק מכוח המנהג. לפי הבנה זו אין כמובן כל מקום לשאלה המוצגת כאן. ברם כאמור, עורך הסוגיא לא הבין כך את דברי רב חביבא.

¹⁶¹ השאלה אינה מופנית כלפי רבא, בעל המימרא, עצמו, כי מדברי רבא עולה לדעתנו, כאמור לעיל, כי דיבר במקום שנהגו לקנות בסיטומתא.

¹⁶² כפי שהקשה הריטב"א בסוגייתנו (ב"מ עד, ע"א, ד"ה האי סיטומתא, הוצ' מוסד הרב קוק): "ותמיהא מילתא, מ"ט דמ"ד [=מאי טעמא דמאן דאמר] דקני בה לגמרי [=רב חביבא], ואפילו באתרא דלא נהיגי, והרי לא עשה משיכה?". הריטב"א מפנה שאלה זו כנגד פירוש רש"י, אך היא קיימת, למעשה, לפי כל יתר הראשונים אשר לא קיבלו את הסברו של הריטב"א בסוגייתנו. על שיטתו של הריטב"א נעמוד להלן, עמ' 204-207.

¹⁶³ על שאלת הבסיס המשפטי לקניין סיטומתא נעמוד בהרחבה בפרק ט.

¹⁶⁴ הרב מ"ב לוריא, נפש חיה, בבא מציעא, ורשה תר"מ (נדפס מחדש בתוך: גאון צבי, מסכת בבא מציעא, ניו-יורק תשכ"ב), עד, ע"א, ד"ה האי סיטומתא.

¹⁶⁵ דעת התוספות, בכורות יג, ע"א, ד"ה מיד, היא: "דחזקה נמי שייכא במטלטלין, אם עשה בהן שום תיקון כעין נעל גדר ופרץ בקרקע", וכך נפסק גם בפסקי תוספות שם, פ"ב, סי' כה. ברם, לדעת בעל הנפש חיה, בסוגייתנו הוכרע שחזקה במטלטלין מועילה רק לעניין מי שפרע, כדעת רבנן, ובניגוד לתוספות. וראה עוד במנחת חינוך (הוצאת מכון ירושלים, תשמ"ח, מצווה שלו, אות ט, ד"ה ובמטלטלין), התמה על דברי תוספות הנ"ל, ומביא ראייה מפורשת מהגמרא בקידושין כב, ע"ב, כי אין קניין חזקה במטלטלין.

בהקשר זה, מעניינים דבריו של ב' כהן (לעיל, הערה 106), עמ' 547 (התרגום לעברית שלי - ר"ק): "המונח חזקה... במשמעותו המקורית, מתייחס לקניית רכוש מכל סוג שהוא, כולל בהמה, כבמשנה קידושין א, ו [ורשות הגבוה בכסף, ורשות ההדיוט בחזקה" - ר"ק]. מכל מקום, לרוב משתמשים בו לקניית נכסי דלא נידי, כבמשנה קידושין א, ה וב"ב ג, ד [צ"ל: ג, ה]. ברם, יש לציין, כי הראשונים לא פירשו כך את המונח "חזקה" במשנה "ורשות ההדיוט בחזקה". רש"י, קידושין כח, ע"ב, מפרש: "בחזקה. במשיכה". והרמב"ם, פירוש

לתיקון, בדומה לקניין חזקה ("נעל גדר ופרץ") במקרקעין.¹⁶⁶ רב חביבא סבר, שחזקה במטלטלין קונה ממש, ולדעת רבנן אין בה אלא מי שפרע.

הרב מ"ש הכהן מדווינסק בחידושי מציע: "ואפשר לומר, דהכא דוקא ברשות הבעלים [=המקנה] קא מיירי, ואקנויי מקנה לו מקום בחצירו והוא כמשאיל לו המקום".¹⁶⁷ לפי דעתו, המחלוקת הינה, כנראה, האם סיטומתא מורה על הקנאת מקום מצד המקנה.

תוקפה של סיטומתא לדעת רב חביבא מעוגן, אם כן, לשתי הדעות הנ"ל, בדרכי קניין המוכרות על פי ההלכה - קניין חזקה במטלטלין או קניין חצר. דרך אחרת בהבנת דברי רב חביבא מציע ר' אליהו לרמן בתשובה.¹⁶⁸ דעת רב חביבא הינה, כי אף במקום שלא נהגו כן, יכולים הקונה והמקנה להתנות ביניהם לקנות בסיטומתא; והרי הם כשני הטבחים שעליהם מסופר בתלמוד שהתנו תנאי ממוני ביניהם.¹⁶⁹ הסיטומתא נחשבת כתנאי שהתנו בני אומנות אחת או בני העיר,¹⁷⁰ ותוקפה מדין "הפקר בית דין הפקר".¹⁷¹

אפשרות נוספת היא לומר, כי לדעת רב חביבא, סיטומתא הינה תקנת חכמים ולפיכך אינה תלויה במנהג המקום.¹⁷² רבנן, לפי הבנה זו, חולקים על עצם קביעתו של רב חביבא (בדעת רבא), כי סיטומתא הינה תקנה, וגורסים כי תוקפה הוא רק מכוח המנהג. כן יתכן, כי רבנן מסכימים עם רב חביבא כי סיטומתא הינה תקנת חכמים, אך חולקים עליו ביחס להיקף תחולתה של התקנה וסוברים, כי לא נתקנה סיטומתא אלא למקום שנהגו לקנות בדרך זו.

המשניות, שם: "ואם החזיק מטלטלין וקנאם באחד מן הדרכים שהמטלטלין נקנין בהם". ובמקבילה בתוספתא, קידושין (ליברמן), א, ט, מפורש כי דין "רשות גבוה בכסף" אמור במטלטלין, ו"בהדיוט לא קנה עד שעה שימשוך".

¹⁶⁶ ראה: הרב א' וייס, "יסודות הקנינים", **דברי משפט**, חלק ד, תל-אביב תשנ"ח, עמ' רפז, המעלה אף הוא: "דיסוד קנין זה [סיטומתא - ר"ק] מעשה בעלות הוא, ומעין תולדת חזקה הוא". אמנם, בניגוד לדברי רמ"ב לוריא, לדעת הרב וייס סיטומתא הינה "מעין תולדת חזקה" לא מצד תיקון הדבר - שכן חזקה מסוג זה מועילה לדידו רק בקרקע ולא במטלטלין - אלא מצד שכל עניינה "ביטוי וסימן לגמר קנין".

¹⁶⁷ חדושי רבנו מאיר שמחה על הש"ס, חלק שני, ירושלים תשכ"ז, ב"מ עד, ע"א, ד"ה ובאתרא.

¹⁶⁸ שו"ת דבר אליהו (פולין, המאה ה-19), סי' נב, ד"ה והנה לתרץ. דבריו שם נאמרו כדי ליישב את קושיית הריטב"א, לעיל, הערה 162.

¹⁶⁹ ב"ב ט, ע"א: "הנהו בי תרי טבחי דעבדי עניינא [תנאי. רש"י] בהדי הדדי...". כך בנדפס, וכך גרס המשיב. וראה בדק"ס, שכמה מן הראשונים וכמה מכה"י לא גרסו את המלים "בי תרי".

¹⁷⁰ וראה שם, שהסביר מדוע בנידון דגן אין צורך בהסכמת "אדם חשוב", כאמור בב"ב שם.

¹⁷¹ על תוקפו של קניין סיטומתא מכוח "הפקר בית דין הפקר" ראה עוד להלן, עמ' 310-312, 337-341.

¹⁷² ראה לעיל, בטקסט הסמוך להערה 116.

כל הדרכים שהוצעו עד כה מניחות, כי רב חביבא אינו מבסס את קניין סיטומתא כלל על המנהג. ברם, ניתן להציע כי לדעת הכל תוקפה של סיטומתא נובע מכוח המנהג, ולא נחלקו האמוראים אלא בהיקף דינו של רבא (או אולי בהערכת המציאות, האם לפי המנהג סיטומתא נחשבת לקניין ממש)¹⁷³: רב חביבא הבין את מימרת רבא, שסיטומתא קונה ממש ובכל מקום, שכן היא נחשבת למנהג מקובל בכל אתר. רבנן, לעומתו, למדו שסיטומתא "קניא" רק לעניין מי שפרע, וכי רק במקום שידוע בבירור כי המנהג לקנות בדרך זו - יהא תוקפה כקניין לכל דבר.

ג. סתמא דגמרא

הקביעה מה הם דברי סתמא דגמרא תלויה בשתי האפשרויות שהוצגו בסעיף הקודם ביחס למשפט "ובאתרא דנהיגו...". אם משפט זה סיוס דברי רבנן הוא, הרי שדברי הסתמא דגמרא מסתכמים במשפט: "והלכתא לקבולי עליה מי שפרע", וכל עניינם הוא פסיקה כדעת רבנן.

לפי דרך זו, ה"והלכתא..." נכנסה בתוך דברי רבנן המקוריים, בין שני חלקי המימרא, תופעה שמצינו כמותה גם במקומות נוספים בתלמוד.¹⁷⁴ דומה, כי מטרת "הכנסת" הפסק באופן זה היתה לציין, כי ההלכה כרבנן, ולפיכך מיד אחרי שמובאים בסוגיא עיקר דברי רבנן במחלוקת עם רב חביבא ("לקבולי עליה מי שפרע"), חוזרת ה"והלכתא" על דברי רבנן אלו ופוסקת כמותם.¹⁷⁵

לכאורה, פסיקת ההלכה של ה"והלכתא" בסוגייתנו מיותרת, שהרי מקובלנו שהלכה כרבנים נגד דברי היחיד. אמנם, מצאנו כעין זה גם בסוגיא בברכות: "להיכן הוא חוזר? - רב זביד משמיה דאביי אמר: חוזר לראש, ורבנן אמרי: למקום שפסק. והלכתא למקום

¹⁷³ השווה לדברי הפרישה, לעיל, הערה 143. על כך שקיימות בהלכה מחלוקות גם ביחס ל"מציאות" ועל משמעותן, ראה: הרב נ' גוטל, "יום יציאת מצרים", הצופה, י"ד בניסן תשנ"ט (31.3.99), מוסף סופרים וספרים, עמ' 4-5, ובמקורות שצויינו שם; הנ"ל, "יום יציאת מצרים (ב) - בין 'מציאות הלכתית' ל'הלכה מציאותית'", הצופה, ט"ז בניסן תשנ"ט (2.4.99), המוסף, עמ' 11. וראה שדי חמד, קונטרס הכללים, מערכת המ"ס, כלל קסד (צויין על ידי הרב גוטל במאמרו הראשון, הערה 15), ש"לברר מנהג רוב העולם הוא קשה המציאות", ולפיכך תיתכנה מחלוקות בשאלת קיומו או אי קיומו של מנהג.

¹⁷⁴ על תופעה זו של "כניסת" הוספות מאוחרות לתוך הסוגיא הקדומה, עמדו כבר החוקרים, ואין כאן המקום להרחיב בה. תופעה כזו ביחס ל"והלכתא" מצאנו, ככל הנראה, אף בסוכה מז, ע"ב. ראה: שפיגל (לעיל, הערה 44), עמ' 171. וראה מה שכתב על סוגיא זו הרב זייני (לעיל, הערה 44), עמ' 99-100.

¹⁷⁵ עם זאת, ברור כי בעלי ה"והלכתא", הבאים לפסוק כרבנן, נסמכים על סיוס דברי רבנן ("ובאתרא...") ורואים בו חלק המשלים את פסקם שלהם.

שפסק".¹⁷⁶ היינו, ה"והלכתא" מצינת לפסק אף שהפסק לכאורה מיותר, שהרי ברור שהלכה כרבנן, בהעדר כל דיון בסוגיא היכול להטות את הכף לטובת רב זביד.¹⁷⁷

התופעה של פסק הלכה הנראה מיותר מתיישבת היטב עם העובדה שמדובר בהוספה מאוחרת.¹⁷⁸ שכן, כידוע, אחד מן המאפיינים של הוספות מאוחרות בתלמוד הינו, שאין בהן משום חידוש של עניין, שלא ידענוהו לפני כן.¹⁷⁹

עם זאת, יתכן כי הפסיקה כדעת רבנן היתה אמנם נחוצה בסוגייתנו. שכן, כאמור לעיל, פירושו של רב חביבא לדברי רבא - שמדובר בקניין ממש - מסתבר יותר מפירושו של רבנן,¹⁸⁰ ולפיכך היה מקום לסברא כי יש לפסוק כמותו ולא כרבנן. כעין זה מצאנו במסכת יומא. רב פוסק שם הלכה כדברי חכמים במחלוקתם עם ר' מאיר. ומקשים: "פשיטא, יחיד ורבים הלכה כרבים?", ומתרצים: "מהו דתימא מסתבר טעמיה דר' מאיר... קמ"ל".¹⁸¹ ובדומה לכך בסוגיות נוספות בבבלי.¹⁸²

אם, בניגוד לאפשרות שהוצגה לעיל, גם המשפט "ובאתרא דנהיגו" שייך לדברי הסתמא, הרי שכך הם דברי בעלי הסתמא: "והלכתא לקבולי עליה מי שפרע, ובאתרא דנהיגו למקני ממש - קנו".¹⁸³ היינו, ברישא פסקו כדעת רבנן במחלוקתם עם רב חביבא, תוך שהם משתמשים בדיוק נמרץ בלשון שנקטו רבנן: "לקבולי עליה מי שפרע"; ובסיפא קבעו, כי "ובאתרא דנהיגו למקני ממש - קנו". משמע, האמור ברישא, המתייחס למחלוקת רב חביבא

¹⁷⁶ ברכות מו, ע"ב.

¹⁷⁷ גם שם, בדומה לסוגייתנו, יש שגרסו (ה"ג, מהד' הילדסהיימר, ח"א, עמ' 112) "והלכתא כרבנן" (ראה לעיל, הערה 43), ויש שלא גרסו הפסק כלל. על הסוגיא בברכות שם, ראה: הרב זייני (לעיל, הערה 44), עמ' 80.

¹⁷⁸ ראה לעיל, הערה 44.

¹⁷⁹ ראה: א' כהן, "מנינא למעוטי מאי וימנינא למה לי"; מן השאלות התלמודיות הנושאות אופי סבוראי", **מחקרים בלשון העברית ובספרות התלמודית**, רמת גן תש"ן, עמ' 83-101.

¹⁸⁰ ראה לעיל, בסמוך להערה 144, ובהערה הנ"ל.

¹⁸¹ יומא לו, ע"ב.

¹⁸² שבת ס, ע"ב; ביצה יא, ע"א; יבמות מז, ע"א; נדה ל, ע"ב; שם מט, ע"א. יצויין, כי בכל הדוגמאות הנ"ל מדובר בפסיקה במחלוקת תנאים (על ידי תנאים או על ידי אמוראים), ואילו בסוגייתנו מדובר בפסיקה במחלוקת אמוראים (על ידי סתמא דגמרא).

¹⁸³ כאמור לעיל, יתכן שכך היו דברי סתמא דגמרא במקורם, ויתכן כי לפנינו צירוף של שתי הוספות שנתוספו בשני שלבים (ראה לעיל, הערה 153). בין כך ובין כך, משמעות הדברים היא אחת: פסיקת הלכה + פרשנות מחלוקת האמוראים. לנוחות הדיון בלבד ניתחנו את דברי הסתמא על פי האפשרות הראשונה.

ורבנן, דיבר ב"אתרא דלא נהיגו".¹⁸⁴ לפי אפשרות זו, הכנסת הגורם של "מנהג המקום" לסוגיא, לפחות בצורה מפורשת, הינה הוספה מאוחרת לדור השביעי, דורו של רב חביבא.

לפי האפשרות האחרונה, הרי שלדעת בעלי סתמא דגמרא, מחלוקת האמוראים דלעיל - וממילא גם דברי רבא - אמורים **במקום שלא נהגו** להשתמש בסיטומתא כקניין ממש, ובניגוד לפירוש המסתבר, לדברינו לעיל, בדברי רבא.

קיימת אפשרות נוספת והיא, שדברי רבא ומחלוקת האמוראים בפירוש דבריו הובנו כמתייחסים לכל המצבים, בין נהגו ובין לא נהגו. ואם כך הוא, הרי שבעלי סתמא דגמרא נוקטים להלכה בשיטה שלישית שהינה כעין "שיטת-ביניים" בין שתי השיטות: כשלא נהגו לקנות בסיטומתא ממש - היא קונה רק למי שפרע, וכשנהגו - קונה ממש.¹⁸⁵

ואמנם, מצאנו במקום נוסף ש"והלכתא" בא לאחר שתי דעות בגמרא ופוסק בדרך שלישית, תוך שהוא מעלה אבחנה שלא עלתה בדעות הקודמות. כך למדנו במסכת כתובות:

איבעיא להו עצמו [=בעל דין עצמו המזכיר לעד את עדותו] מאי? - רב חביבא אמר: אפילו עצמו, מר בריה דרב אשי אמר: עצמו לא.
והלכתא: עצמו לא, ואי צורבא מרבנן הוא, אפילו עצמו.¹⁸⁶

מעניין להיווכח, כי בשתי הסוגיות נעשה שימוש במסגרת ה"והלכתא", ההולכת בדרך חדשה, במטבעות לשון הלקוחים מכל אחת משתי הדעות שנוכרו לפני כן. כך בכתובות; בתחילה נפסק: "והלכתא: עצמו לא" - כדברי מר בריה דרב אשי, ואחר כך מוסיפים, שאם מדובר בצורבא מרבנן "אפילו עצמו" - כביטוי של רב חביבא. ובדומה, נקבע אף אצלנו: "והלכתא: לקבולי עליה מי שפרע" - כדברי רבנן, אך מוסיפים, כי במקום שנהגו "למקני ממש" - כביטוי של רב חביבא - "קנו".

¹⁸⁴ הרב ז"נ גולדברג (פד"ר יד, עמ' 346) טוען, כי מלשון הגמרא והשולחן ערוך (חוי"מ רא, א) "נראה קצת" כי דין "מי שפרע" נאמר ביחס למקום שנהגו לקנות בסיטומתא, אך המנהג הוא שאין בכך קניין גמור אלא רק "מי שפרע". לדעתנו, ברור מלשון הסוגיא (וגם מלשון השולחן ערוך, שמקור דבריו ברמב"ם, מכירה ז, ו), כי "מי שפרע" נאמר על קניין שנעשה בסיטומתא (=חותם, רושם) **בסתם מקום**, גם אם אין שם כל מעמד לדרך קניין זו. כך גם הבין הסמ"ע, חוי"מ שם, ס"ק ב.

¹⁸⁵ ואמנם **לעיל**, בסמוך להערה 159, נטינו שלא לקבל פרשנות דומה ביחס לדברי רבנן (שלפי האפשרות המוצעת שם הינם ממש כדברי סתמא דגמרא הנדונים כאן). ברם, דומה כי יש הבדל בין השנים: דברי רבנן הינם **פרשנות** לדברי רבא (גם אם "פרשנות יוצרת"), ומסגנון הדברים לא משמע, כאמור לעיל שם, כי כך פירשו רבנן את דברי רבא. דברי ה"והלכתא" לעומת זאת, אינם פרשנות דברי רבא אלא **פסיקת הלכה** במחלוקת רב חביבא ורבנן. כאן מאפשר סגנון הדברים לומר, כי בעלי ה"והלכתא" פוסקים כ"שיטת-ביניים", כמבואר וכמודגם בסמוך.

¹⁸⁶ כתובות כ, ע"א-ע"ב.

פרק שישי

קניין סיטומתא - תקופת הגאונים

מנהגים בענייני ממונות בכלל, ומנהגי הסוחרים בפרט, נדונים בדברי הגאונים במקומות לא מעטים.¹ לעומת זאת, קניין סיטומתא נזכר בתקופת הגאונים, ככל הידוע לנו, במספר מקומות מועט ביותר, ורק בהקשר המצומצם של סוגיית התלמוד ופירושה.

המקורות מתקופת הגאונים, שבהם מצאנו איזכור לסוגיית סיטומתא, הינם: רב קימיו גאון (ראשית המאה ה-9 או סופה),² הובאו דבריו על ידי בעל ספר המקצועות;³ בעל הלכות גדולות (ר' שמעון קיירא, סוף המאה ה-9-10);⁴ רב האי גאון (פומבדיתא, מלך בשנת

¹ ראה: ג' ליבזון, "מנהג כגורם מגשר בין הלכה לבין כלכלה בהלכה היהודית ובהלכה המוסלמית בתקופת הגאונים", *דת וכלכלה - יחסי גומלין*, עורך מ' בן-ששון, הוצאת מרכז זלמן שזר, ירושלים תשנ"ה, עמ' 279-282. וראה עוד בפרק ב, עמ' 51-52, ובמקורות שצויינו שם.

² על גאון זה ידועים לנו רק פרטים מועטים. ראה: J. Mann, "Addenda to 'The Responsa of the Babilonian Geonim as a Source of Jewish History'", *Jewish Quarterly Review*, 11 (1920-1921), p. 462 (צויין על ידי ש' אסף, ספר המקצועות, ראה בהערה הבאה). מאן מציין שם כי היו שני גאונים בשם זה: רב קימיו בן אחאי גאון פומבדיתא, מלך בשנת 898, ולא ידועה לנו כל תשובה שלו; ורב קימיו בן מר רב אשי גאון סורא, מלך בשנת 829 (לפי ש"ז הבלין, *תורתן של גאונים*, כרך א, ירושלים תשנ"ג, עמ' 32 - מלך בשנת 824 או 821, ולפי ברודי - בשנת 826. ראה: R. Brody, *The Geonim of Babylonia and the Shaping of Medieval Jewish Culture*, New Haven & London, 1998, p. 344).

³ ספר המקצועות (מהד' ש' אסף, מוסד הרב קוק, תש"ז), עמ' סז: "האי סיטומתא פיר' [וש] כלי עץ שכי' [תוב] עליה ככתיבת חותם בטבעת, כיוון שלקח מקח... וחתמו בו סיטומתא... נעשה כמי שמשך את המקח וקנאו ואין המוכר יכול לחזור בו" (ההשלמות בסוגריים שלי - ר"ק). דברים דומים כותב האור זרוע, ב"מ, סי' רלא, בשם ספר המקצועות; גם בהגהות מיימוניות, הל' מכירה, פ"ז, ס"ק ה, ציין שבספר המקצועות כתב בדומה לרמב"ם שם. דברי בעל ספר המקצועות נמצאו בגניזה ופורסמו על ידי הרב אסף. זמנו של הספר ומחברו אינם ידועים. אסף מעריך שהספר נחבר בדור הראשון שאחרי תקופת הגאונים, באמצע המאה ה-11 בקירוב. ראה: שם, מבוא, עמ' 7.

⁴ הלכות גדולות, מהד' הילדסהיימר, ירושלים תש"ם, ח"ב, עמ' 393. בה"ג מצטט את הסוגיא בלא להוסיף כל פירוש משלו. לשאלת זיהויו של בעל הלכות גדולות, ראה: הילדסהיימר, שם, כרך א, מבוא; נ' דנציג, *מבוא לספר הלכות פסוקות*, ניו-יורק וירושלים תשנ"ג, עמ' 175-180. לדעות השונות בדבר קביעת זמנו של ר' שמעון קיירא, ראה: דנציג, שם, עמ' 180-186.

994) בספר המקח והממכר;⁵ רב שמואל בן חופני גאון (סורא, מלך בשנת 997) בספרו "מבוא התלמוד";⁶ רבנו חננאל בן חושיאל (צפון אפריקה, מאות 10-11), הובאו דבריו (בלא ציון מקורם) בספר הערוך;⁷ וגאון אנונימי נוסף בתשובה.⁸

במקורות אלו מתפרשת המילה "סיטומתא" שבסוגייתנו בהתאם למה שעלה בידינו לעיל מן הבירור הלשוני של המילה⁹: חותם שטובע, או רישום שרושם, הקונה על המקח.¹⁰ נשוא הקניין לעשיית החותם/הרושם מכוּנה על ידי הגאונים בכינויים כלליים המציינים סחורה: "מקח",¹¹ "חפץ",¹² "עיסקא".¹³ באחד מן המקורות מובאות, במקום תיאור כללי,

⁵ רב האי גאון, ספר המקח והממכר, שער יג, השער התשיעי (בני ברק תשנ"ד, עמ' קצח). שער יג סוקר את כל הקניינים, כדברי הפתיחה: "וזה השער החזק שבכולם והוא העקר והשרש למקח וממכר, לפי שיש בו קנין קרקעות ועבדים ומטלטלים". ובשער התשיעי, שם: "השער התשיעי זה רישום שאדם רושם בחפץ שקנה כדי להזכיר שקנאו. זה השער אין דנין בו אלא לפי המנהג...". וכאן הוא מביא בקצרה את סוגיית סיטומתא.

⁶ פרקים מן 'מבוא התלמוד' לר' שמואל בן חופני גאון, מהד' ש' אברמסון, ירושלים תש"ן, עמ' 64, 101, 103. סוגיית סיטומתא מצוטטת על ידי הגאון במקומות הנ"ל בלא תוספת פירוש.

⁷ ערוך השלם, מהד' ח"י קאהוט, ערך "סטמתא", כרך ו, עמ' לו-לח: "האי סיטומתא קניא. פי' חותם שטובעין בו הסוחרים על העיסקא". בעל הערוך (ר' נתן בר' יחיאל מרומי, המאה ה-11) אינו מציין, כאמור, כי מקור הדברים בר"ח. ברם האור זרוע, ב"מ, ס"י רלא, מביא את דברי הערוך ומוסיף, שכן פירש ר"ח. וראה קאהוט, שם, כרך א, מבוא, בעמ' XII: "וממנו [מר' חננאל - ר"ק] העתיק רבינו רובי תורתו, והוא היה המקור היותר ברור, אשר ממנו שאב בע"ה [=בעל הערוך]... ודע, כי רבינו נתן נגד כל כך אחר פירושו של ר"ח, עד כי הרבה פעמים כתב פי' סתם, והוא לקוח מפירוש ר"ח ז"ל".

⁸ י"נ אפשטיין, "תורתה של ארץ ישראל", תרביץ, שנה ב', ספר ג' (תרצ"א), עמ' 327 [=הנ"ל, מחקרים בספרות התלמוד ובלשונויות שמיות ב', חלק ראשון, ירושלים תשמ"ח, בעמ' 355] פירסם קטע של תשובת גאון, ובו ביאורים למלים ולמשפטים בתלמוד. וכך נאמר שם: "ושכתוב סיטון[מתא] הוא חותם שחותמין בה חיתים ושעורין ויין ורושמין בה וקורין אותה ב[ל]שון ישמעאלי רושם". אפשטיין (שם, בעמ' 323) משער שהתשובות הן לרב נטרונאי בר' הילאי (סורא, מלך בשנת 861), ראה ראיותיו שם. אולם פרופ' ירחמיאל ברודי אמר לי, כי לדעתו ראיותיו של אפשטיין באשר לזיהוי המשיב ממוקפקות.

⁹ ראה פרק ה, עמ' 162-163.

¹⁰ אמנם, רבנו חננאל והגאון האנונימי מדברים באופן כללי, ואינם מציינים כי **הקונה** הוא שרושם על המקח בסיטומתא, אך בדברי רב קימיו גאון ורב האי גאון הדבר מפורש. ראה הציטוטים בהערות לעיל.

¹¹ רב קימיו גאון, **לעיל**, הערה 3.

¹² רב האי גאון, **לעיל**, הערה 5.

¹³ רבנו חננאל, **לעיל**, הערה 7.

דוגמאות: "חותם שחותמין בה חיטים ושעורין ויין",¹⁴ והכוונה, ככל הנראה, לכדי חיטים ושעורים¹⁵ ולחביות יין, שנהגו לחותמם בחותם, כפי שראינו בפרק הקודם.¹⁶

גם מתשובה אחרת המובאת בשם רב האי גאון, ואשר אינה קשורה לסוגיית סיטומתא, עולה כי "סיטמתא" הינה חותם, ובהקשר שם - חותם שעל פי החבית.¹⁷

לעומת איזכור סיטומתא לצורכי פרשנות - של המילה עצמה, וממילא של הסוגיא כולה - לא מצאנו ולו מקור אחד מתקופה זו,¹⁸ שבו נעשה שימוש בסוגיית סיטומתא הלכה למעשה, כדי לבסס את תוקפן של דרכי הקניין הנהוגות בין הסוחרים או את תוקפם של

¹⁴ גאון אנונימי, לעיל, הערה 8.

¹⁵ בבבל שימשו כדים לאיחסון חטים, שעורים, קמח, ועוד, ועדויות לכך מצויות בתלמוד הבבלי. ראה: י' בראנד, **כלי החרס בספרות התלמוד**, ירושלים תשי"ג, עמ' רג-רד.

¹⁶ ראה פרק ה, עמ' 164-167.

¹⁷ תשובות הגאונים, אסף, תרפ"ז, סי' סא. התשובה עוסקת בחביות יין שהובאו בספינה של גויים, והמשיב דן בטיב החותם שיש לחתום בו את החביות: "לקשר שעליו החותם או [...] שהיא המגופה בפיטמתא שהוא ע"פ החבית". מ' סוקולוף, **מילון לארמית בבליית** (טרם ראה אור), ערך "סיטמתא", משער ש"פיטמתא" בתשובה זו הינו שיבוש מ"סיטמתא". תודתי נתונה לפרופ' מיכאל סוקולוף, שהואיל בטובו להעביר לעיוני את הערך הנ"ל עוד בטרם ראה המילון אור.

¹⁸ יצויין, כי מלאכת איתור החומר בתקופת הגאונים הינה מלאכה קשה ביותר. החומר מפוזר בספרים הרבה, בלא סדר, והמפתחות הקיימים כיום, שיצוינו להלן, מהווים פיתרון חלקי בלבד. לכך יש לצרף את העובדה המצערת כי קובצי תשובות הגאונים, מלבד תשובות הגאונים שערי צדק, אינם כלולים עד כה במאגרי התקליטור של פרוייקט השו"ת. בנוסף לכל אלה, איתרע מזלה של סוגיית סיטומתא (ב"מ עד, ע"א), שכן אוצר הגאונים למסכת בבא מציעא, שהוציא ב"מ לוין, מסתיים בדף מב, ע"א, והמלאכה טרם הושלמה.

בדיקת החומר מתקופת הגאונים נערכה על ידי, בין היתר, במקורות המפורטים להלן: שו"ת שערי צדק - בתקליטור פרוייקט השו"ת; קובצי תשובות הגאונים האחרים - על פי המפתחות שבכל קובץ (במידה וישנם); מ' בן-ששון, "שרידים מספר העדות והשטרות לרב סעדיה גאון", **שנתון המשפט העברי** יא-יב (תשמ"ד-תשמ"ו), עמ' 135-278; ש' אסף, "ספר השטרות לרב האי בר שרירא גאון", **מוסף לתרביץ** א, ספר ג (תר"ץ); הנ"ל, **מספרות הגאונים**, ירושלים תרצ"ג; ש' אברמסון, **רב נסים גאון - חמשה ספרים**, ירושלים תשכ"ה; צ' גרונר, **רב האי גאון ודרכו בהלכה**, עבודת דוקטור, ירושלים תשל"ד; הנ"ל, *The Legal Methodology of Hai Gaon*, California, 1985; נ' דנציג, **מבוא לספר הלכות פסוקות**, ניו-יורק וירושלים תשנ"ג; וכן ספרים ומאמרים נוספים על תקופת הגאונים.

כן נעזרתי במפתחות הבאים: י' מיללער, **מפתח לתשובות הגאונים**, ברלין תרנ"א, דפוס צילום: ירושלים תשכ"ז; א' קימלמן, "לוח עזר לפירושים מתקופת הגאונים (מארץ ישראל, בבל וקירואן)", **שנתון המשפט העברי** יא-יב (תשמ"ד-תשמ"ו), עמ' 463-587; צ' גרונר, "רשימת תשובות רב האי גאון", **עלי ספר** יג (תשמ"ו).

מנהגי הסוחרים באופן כללי.¹⁹ כך, למשל, מצאנו בדברי רס"ג (סורא, מלך בשנת 928), ביחס לקניין הנצרך לקבלת ערבות: "שנהגו... הסוחרים בתקיעת כף או מסירת טבעת או כל הדומה לכך".²⁰ הרס"ג אינו מזכיר בדבריו את סוגיית סיטומתא, הגם שבהחלט יתכן כי סוגיא זו הינה המקור לדבריו.²¹

כן לא מצאנו אף לא מקור אחד שממנו ניתן להסיק, כי בבבל בתקופת הגאונים התקיים קניין "סיטומתא" - קרי: קניין על ידי הטבעת חותם - כמנהג חי, הנוהג בקרב הסוחרים.²² עובדה זו מעוררת ספק רציני בלבנו, שמא בזמנם לא נהגו כבר בבבל לקנות בדרך זו.

¹⁹ ליבזון (לעיל, הערה 1), עמ' 281, כותב כי מנהג הסוחרים לגמור עיסקאות בתקיעת כף, ללא מעשה קניין, נזכר אצל רבנו חננאל. ובהערה 62 שם ציין לדברים שהובאו בתשובת הרא"ש, כלל יג. אך שגגה היא, שכן ר"ח הנזכר שם אינו רבנו חננאל אלא רבנו חיים הכהן מבעלי התוספות. על חילופי ר' חיים ור' חננאל בהקשר זה, ראה עוד מה שכתבנו להלן, עמ' 197, הערה 26.

²⁰ בפירושו למשלי ו, א (על פי תרגומו של הרב קאפח). דברי רס"ג אלו יובאו במלואם וידונו להלן, עמ' 214-216.

²¹ המקור התלמודי היחיד הידוע לנו, מלבד סוגיית סיטומתא, אשר ממנו ניתן ללמוד, אולי, על תוקפן של דרכי הקניין שנהגו בהן הסוחרים, הינו הברייתא בירושלמי, קידושין, פ"א ה"ה, ס ע"ג, שנדונה בפרק הקודם. ברם, ברייתא זו עוסקת בדרכי קניין של מקרקעין, וספק רב אם ניתן ללמוד ממנה את דרכי הקניין שמוזכר הרס"ג ("תקיעת כף או מסירת טבעת"), שהינן דרכי קניין של מטלטלין (היכולות לשמש, לדעתנו, גם לקבלת ערבות).

²² כאמור, המקורות הגאונים שצוינו לעיל עוסקים כולם בפרשנות המילה סיטומתא שבתלמוד, אך אין בהם כל עדות לכך, כי מדובר בדרך קניין הנוהגת בזמן כתיבתם. כך גם ביחס לדברי הגאון האנונימי שפרסם אפשטיין (לעיל, הערה 8): "ושכתוב סיטו[מתא] הוא חותם שחותמין בה חיטים ושעורין ויין ורושמין בה, וקורין אותה ב[ל]שון ישמעאלי רושם". גם כאן מגמת הדברים הינה פירוש המילה הקשה, סיטומתא (כאמור בהערה הנ"ל, זהו המאפיין של תשובת הגאון כולה). אין להסיק, אפוא, מקטע זה כי מדובר בדרך קניין שנהגה בין המוסלמים בתקופתו של המשיב, וסביר יותר כי הכוונה לרישום וסימון, כפי שמצאנו גם בתקופות קדומות יותר.

שם העצם רָשָׁם (במלעיל, ובשין ימנית) בערבית, בתקופה זו, פירושו: "חותם הנעשה על מחסן, כלי קיבול". ראה: J. G. Hava, *Arabic-English Dictionary*, Catholic Press, Beirut, 1951, p. 253 (התרגום מאנגלית שלי - ר"ק. תודה לפרופ' מיכאל סוקולוף על ההפניה למקור זה). השורש רֶשֶׁ"ם (במלעיל, ובשין ימנית) פירושו: "לעשות סימן של צלב (נוצרי)". שם. ובדומה בערבית מודרנית. ראה: H. Wehr, *A Dictionary of Modern Written Arabic*⁴, ed. J.M. Cowan, Wiesbaden, 1979, p. 396; ד' איילון ופ' שנער, *מילון ערבי-עברי ללשון הערבית החדשה*, ירושלים תשמ"ד, עמ' 125 (במילון השני מופיע השורש בש"יין שמאלית).

פרופ' ליבזון אמר לי, כי הקניין אצל מוסלמים בתקופת הגאונים היה נעשה בעיקר בעל פה וכי, ככל הידוע לו, לא נהגו לקנות על ידי הטבעת חותם או בדרך דומה. לו היה מנהג שכזה, אין ספק שהיה נמצא לו הד במקורות המוסלמיים או היהודיים (תודתי נתונה לפרופ' ליבזון על סיועו בליבון עניין זה).

זו אולי גם הסיבה מדוע, בעוד רבא יכול היה לומר "האי סיטומתא קניא", בלא צורך לפרש סיטומתא זו מה טיבה, בתקופת הגאונים כבר נחוץ לבאר מילה זו. באחד מן המקומות שצוינו לעיל, מבאר הגאון בתשובה לשואליו את פירושה של המילה "סיטומתא" שבתלמוד. דבר זה - אשר נעשה, ללא ספק, לבקשת השואלים - מעיד על כך כי המונח "סיטומתא" היה זר להם.²³

נוסיף ונציין, כי מצאנו מספר מקורות גאונים, שבהם נמנו דרכי הקניין, אך לא הוזכר בהם קניין סיטומתא.²⁴ אמנם, הסיבה לכך הינה, ככל הנראה, כי הגאונים ראו צורך לפרט רק קניינים הקבועים בכל זמן ומקום, אך לא את קניין "סיטומתא", כמו גם יתר קנייני הסוחרים, התלויים במנהג המקום.²⁵

חשוב להדגיש, כי באופן עקרוני יש להיזהר מהסקת מסקנות המבוססות על העדר מציאת חומר רלוונטי,²⁶ בפרט בנוגע לתקופת הגאונים.²⁷ ברם, אם נניח, וזו כאמור רק הנחה, כי יש בממצאים דלעיל משום שיקוף המצב האמיתי של מידת ההיזקקות לסוגיית סיטומתא בתקופת הגאונים, דומה כי הסיבה לכך נעוצה באחד משני הסברים.

הסבר אפשרי אחד הוא, כי הגאונים ראו בדין סיטומתא, כפשטותה של סוגיית התלמוד, דין **מצומצם**, המתייחס לצורת הקניין הספציפית של "סיטומתא" בלבד, ולא לכל דרכי הקניין שנהגו בהן הסוחרים.²⁸ אם אמנם היתה זו תפיסתם, הרי שאין כל מקום להיזקק לסוגיית סיטומתא כדי ליתן תוקף לדרכי קניין **אחרות** הנהוגות במדינה, כפי שנמצא מאוחר

²³ ראה לעיל, הערה 8. זמנם של השואלים ומקומם אינם מצויינים בתשובה.

²⁴ ראה: שערי צדק, ח"ד, שער ג, סי' כח; שער ו, סי' יג; תשובות הגאונים, אסף, ירושלים תרפ"ט, סי' רנו, עמ' 189; ספר המתנה המיוחס לר' שמואל בן חפני, נדפס על ידי ש' אסף, **מספרות הגאונים**, ירושלים תרצ"ג, עמ' 12 ואילך.

²⁵ תופעה זו מצאנו אף אצל הראשונים. ראה: ספר החינוך, פר' בהר, מהדורת ח"ד שעוועל, ירושלים תשמ"ו, מצווה שכט (במהדורות אחרות - מצווה שלו), מצוות עשיית דין בין לוקח ומוכר; המאירי, קידושין כה, ע"ב, מהד' א' סופר, עמ' 147. המאירי שם מונה את דרכי הקניין במטלטלין. המהדיר, שם, אות י, מקשה: "צע"ג מדוע לא חשב רבינו קניין סיטומתא שהוא בגמרא בבא מציעא ע"ד א', ופסקו הרמב"ם...?". לדעתנו, אין ספק כי גם המאירי סבר, כי קניין סיטומתא הוא להלכה (המאירי בב"מ עד, ע"א, מביא את סוגיית סיטומתא ומפרשה), אלא שנתכוון למנות שם רק קניינים הקבועים בכל זמן ומקום.

²⁶ שכבר לימדונו חכמים: "לא ראינו אינו ראייה" (משנה, עדויות ב, ב; זבחים יב, ד).

²⁷ בשל מיעוט החומר, באופן יחסי, שהגיע לידינו מתקופה זו.

²⁸ אפשרות זו מסתברת ביותר, אם כי ודאי אינה הכרחית, אם מבינים שסיטומתא הינה תקנת חכמים מיוחדת. התקנה יכולה היתה ליתן תוקף רק לקניין "סיטומתא", ולא למנהגים אחרים שהיו קיימים, אם בכלל, בעת תיקונה או שיהיו קיימים אצל הסוחרים בעתיד.

יותר אצל הראשונים; וודאי שאין בכוחה של סוגיא זו כדי לבסס את תוקפם של מנהגי הסוחרים שלא בנושא דרכי הקניין.²⁹

הסבר אפשרי נוסף הינו, כי הגאונים לא נדרשו לסוגיית סיטומתא הלכה למעשה, לא מחמת שראוה כסוגיא מצומצמת, וממילא כבלתי רלוונטית למציאות שבימיהם. אכן, הגאונים הבינו כי סוגיית סיטומתא מתייחסת לכל מנהגי הסוחרים בכל זמן ומקום. ברם, הם לא ראו צורך להשתמש בה, מחמת שראו בה אך ענף אחד מתוך אילן גדול רב-פירות, הלוא הוא - **המנהג**. כפי שכבר ציינו לעיל,³⁰ המנהג זכה למקום של כבוד אצל הגאונים בכל תחומי ההלכה, וגם בדיני הממונות. משום כך, כאשר עניין ממוני כלשהו הפך ל"מנהג" - "מנהג המדינה", "מנהג התגרים", וכד' - די בעובדה זו, לדידם של הגאונים, כדי ליתן לו תוקף,³¹ ואין עוד צורך לסוגיית סיטומתא, שאינה אלא אחת הנגזרות מכוחו של המנהג.

²⁹ לא היתה גם סיבה חיצונית שתזקיק את הגאונים להרחיב את סוגיית סיטומתא. שכן, בשונה מאירופה למן ראשית תקופת הראשונים, אצל המוסלמים בזמנם טרם התפתחו דרכי הקניין שבין הסוחרים, וכאמור (לעיל, הערה 22), הקניין היה מבוצע בעיקר בעל פה. הגאונים דבקים, אפוא, בדרכי הקניין המנויות בתלמוד (ראה למשל במקורות הנזכרים לעיל, הערה 24), ורואים בקניין סיטומתא, ככל הנראה, אחת מהן.

³⁰ ראה פרק ב, עמ' 47, 51-52.

³¹ בשל הערכתם הרבה למעמדו של המנהג, לעתים מסתפקים הגאונים - בבואם לנמק את פסקם - בציון העובדה כי מדובר במנהג של "הסוחרים", "התגרים" וכד'. ראה, למשל, ביחס לדיוקני: "שכל מה שסוחרים התגרים אין מקבלין בו דיוקנאות - בעיקר הדין, אבל התגרים הקלו בדבר כדי שיתקן משאם ומתנם" (שערי צדק, ח"ד, שער ו, סי' ח. בעניין הדיוקני הרחבנו בפרק ב, עמ' 51-52). לעתים מוסיפים הגאונים אמירה הבאה לבסס את תוקפו של המנהג. האמירה השגורה תדיר בפייהם היא "דאמרינן מנא לן דמנהגא מילתא היא", משפט שהיה, ככל הנראה, בתלמוד שלפניהם (ראה בעניין זה לעיל, עמ' 47, בסמוך להערה 146). כך, למשל, כותב הרי"ף (ב"ק קד, ע"ב, דפי הרי"ף, לז, ע"ב) - שרוב תורתו, כידוע, מתורת הגאונים - ביחס לדיוקני: "דהכי נהגו האידינא תגרי, וקיימא לן בכי הא דמנהגא מילתא היא, והכי שדרו ממתבתא".

פרשנות הראשונים לסוגיית סיטומתא

מבוא

לצורך עיגון תוקפם של מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין מסתמכים הראשונים והאחרונים בעיקר על סוגיית סיטומתא, אשר נדונה בהרחבה בפרק ה.

בפרק זה נציג את השיטות השונות בראשונים בפרשנות סוגיית סיטומתא. במהלך הדברים ניווכח, כי בפירושיהם השונים של כמה מן הראשונים לסוגיא ניתן למצוא, במפורש או במרומז, הדים למנהגי הסוחרים בדרכי הקניין בזמנם ובמקומם.

1. שיטת רוב הראשונים: חותם שרושמים על החפץ הנקנה

רש"י על אתר מפרש :

סיטומתא. חותם שרושמן החנוונים על החביות של יין, שלוקחין הרבה ביחד, ומניחין אותן באוצר הבעלים, ומוליכין אותן אחת אחת למכור לחנות. ורושמן אותם, לדעת שכל הרשומות נמכרות.¹

דברי רש"י מבוססים על תרגומה המילולי של המילה הארמית סיטומתא - חותם.² כן תואם פירושו לפירוש העולה מדברי הגאונים, כי "סיטומתא" פירושה: חותם המוטבע על המקח - או רושם וסימן הנעשים עליו - על ידי הקונה, והבאים לציין כי החפץ המסומן שייך לו מעתה.³ עם זאת, בעוד שהגאונים מדברים, בדרך כלל, על חותם שנעשה על מקח/חפץ בכלל,⁴ הרי שרש"י (טרוייש, צרפת, המאה ה-11), וכן ראשונים אחרים,⁵ נוקטים בדוגמא של

¹ רש"י, ב"מ עד, ע"א, ד"ה סיטומתא. וראה רש"י, שם, כג, ע"ב, ד"ה ברשום, שהחנווני (הקונה) היה טועם את היין שבחבית "יוחזר וסותמו וטח בו טיט סביב המגופה, והוא [=הטיחה] קרוי רושם" (צוין על ידי ז' ורהפטיג, זריחת השני - בבא מציעא, עד, ע"א, ירושלים תשמ"ו, עמ' 175). מצירוף דבריו בשני המקומות משמע, כנראה, כי הקונה סתם תחילה את החבית בטיט ואחר כך חתם עליה בחותמו, כדברי ראב"ד ומאירי, להלן, הערות 11 ו-131. וראה תוספות, שם, ד"ה ברשום, ומהר"ם מלובלין, שם, שביאר את דברי תוספות אלו באופן דומה.

² ראה לעיל, עמ' 162-163.

³ ראה לעיל, עמ' 188.

⁴ אמנם, במקור גאוני אחד מדובר על חותם שחותמים בו "חיטים ושעורין ויין", ראה שם, עמ' 189.

חביות (יין או שמן). דוגמא זו לקוחה, קרוב לוודאי, ממנהג הסוחרים בזמנם, מנהג שמקורו במשפט הרומי הקדום.⁶

יצוין, כי רבים מבני חבל שמפניה, מקום מגוריו של רש"י, התפרנסו מגידול גפנים וממכירת יין. לדעת כמה מן החוקרים, זה גם היה מקור פרנסתו של רש"י.⁷ בידנו אף עדות לכך כי רש"י היה בקי בדרך חתימת חביות בחותם.⁸ מסתבר, אפוא, כי רש"י הכיר מקרוב את מנהגי הסוחרים בענף זה.

בדרך דומה לרש"י פירשו גם רוב הראשונים, ובניהם: הרמב"ם,⁹ ר' זכריה אגמאתי,¹⁰ הראב"ד,¹¹ ר' ישעיה דטראני,¹² המאירי,¹³ ורבי יוסף בר חביבא.¹⁴ אמנם, שלא

⁵ ר' זכריה אגמאתי בשם "מקצת פירי[שו]" (להלן, הערה 10); ראב"ד ומאירי (להלן, הערות 11 ו-13).

⁶ כפי שציין כבר ב' כהן, *Jewish and Roman Law*, New York, 1966, כרך ב, עמ' 553-554, ביחס לרש"י. וראה לעיל, עמ' 169-170.

⁷ ראה: רא"מ ליפשיץ, "רש"י", בתוך: ר"ל פישמן (עורך), **ספר רש"י**, ירושלים תשט"ז, עמ' קעה; א' גרוסמן, יי תא-שמע, "ר' שלמה יצחקי (רש"י)", **האנציקלופדיה העברית**, כרך לא, עמ' 993.

⁸ כוונתנו לאירוע המובא אצל א' גרוסמן, **חכמי צרפת הראשונים**, ירושלים תשנ"ה, עמ' 132, מתוך כתב-יד: "פעם אחת באו ב' חביות חתומות חות' (=חותם) בתוך חות'... האחת של ר' (=רבי, רש"י) היתה... והשניה מונחת במקום התורפה. וניטל חותם העליון והדסקיא נקרעת... ועדין רושם האותיות נכר בפי הברזות ופי החבית שקוי' בונדין סתום יפה ודחוק, אבל אין שם חותם" (על מקור זה העירני ידידי, עמיחי רדזינר).

⁹ רמב"ם (ספרד - קאהיר, המאה ה-12), ה' מכירה ז, ו: "ורשם הלוקח רושם על המקח, כדי שיהיה לו סימן ידוע שהוא שלו". וראה מעשה רקח (לר' מסעוד חי רקח), שם, העומד על כך שהרמב"ם מדבר כשלא נתן דמים, בעוד שרש"י אינו מחלק בדבר. אך מסקנתו, שלרמב"ם הוא הדין כשנתן דמים, כל שלא משך (הובא בפירושו הרב יי קאפח, שם, מכון מש"ה, תשנ"ה, עמ' קלג).

¹⁰ פירוש ר' זכריה אגמאתי (מרוקו, סוף המאה ה-12), ב"מ (פירושו לגי' הבבות פורסם במהד' פקסימיליה על ידי המוזיאון הבריטי בלונדון, 1961, בתוספת הקדמה באנגלית מאת יי לוי), עמ' 120ב: "פיר' סיטומתא חותם שטובעין בו הסוחרים על העיסקא כשוקנה [צ"ל: כשקונה - ר"ק] אותה... **מקצת פיר' סיטומתא מגופת החבית שחותמין אותה הלוקחין**". יתכן, כי בדבריו האחרונים כיוון לרש"י, ראה דבריו שצוטטו לעיל, בהערה 1. אצל הגאונים, כאמור, לא מצאנו איזכור מפורש של "חבית" ביחס לסוגייתנו (רמז לחותם על חבית יש, ראה לעיל, הערה 4: "ויין"). ר' זכריה כתב פירושו על הלכות הרי"ף, ועיקרו לקט מתורת הגאונים וראשוני הראשונים, ובניהם: רה"ג, ר"ח, ר"י, ר"י מיגש, הערוך, רמב"ם ורש"י. על ר' זכריה וחיבורו, ראה: לוי, שם, מבוא; ח"ז הירשברג, "על ר' זכריה אגמאתי ושני חכמים בני זמנו", **תרביץ** מב (תשל"ג), עמ' 379-388; י"מ תא-שמע, **הספרות הפרשנית לתלמוד 1000-1200**, ירושלים תשנ"ט, עמ' 156-159. על לשון "מקצת" אצל ר"ז אגמאתי, ראה מה שהעיר ש' אברמסון, "רבנו ברוך ב"ר שמואל הספרדי", **בר-אילן** כו-כז (תשנ"ה), עמ' 42-46.

¹¹ דברי הראב"ד (בעל ההשגות, פרובאנס, המאה ה-12) מובאים בשיטה מקובצת, ב"מ עד, ע"א: "סיתומא, חותם, כגון שמכר לו חבית של יין או שק מלא פירות, ולא נתן מעות ולא משך, אלא שסגר את חביתו וקשר את שקו, ועשה זה [=הקונה] חותמו".

¹² הרי"ד מעתיק את לשון רש"י. ראה: פסקי הרי"ד (ר' ישעיה דטראני, איטליה, מאות 12-13), שם, מהד' מכון התלמוד, עמ' רנג.

כרש"י, חלק מן הראשונים הללו מבארים כי החותם נעשה על "מקח" או "עיסקא" באופן כללי,¹⁵ וחלקם מוסיפים, לצד חבית, את הדוגמא של שק (תבואה או פירות).¹⁶

מאלף לגלות, כי תיאור של מנהג סוחרים חי של חתימת חביות ורישומן על ידי הקונה - הדומה למדי לזה המתואר בפירושו של רש"י לעיל - מתועד מאות שנים אחר כך, במחצית הראשונה של המאה ה-15, בתשובה של ר' שלמה בן שמעון דוראן;¹⁷ ומאוחר הרבה יותר, בראשית המאה ה-19(!), בתשובה של החתם סופר.

לפי המתואר בתשובה האחרונה, שנכתבה בשנת תקע"ו (1816), קונה היי"ש מדד את הסחורה והעבירה "מחביות לחביות אחרים של מוכר, גם חתם החביות בחתימתו ורשם כל החביות על שמו, כנהוג בין התגרי'ם] במקומנו, אך לא משך בהם" אלא השאירם בבית המוכר.¹⁸ תיאור זה, המצוטט מפי השואל - שהיה באותה עת אב"ד בליסקא שבפולין - מעיד ללא ספק על מנהג הסוחרים במקומו.¹⁹ בהמשך קובע החתם סופר, שהיה באותה עת רבה של

¹³ רבי מנחם המאירי (פרובאנס, מאות 13-14), בית הבחירה, שם, מהד' שלזינגר, עמ' 283: "כגון שמכר לו חבית של יין או שמן או שק של תבואה... ולא משך אלא סגר את החבית וקשר את שקו, ורשם עליו בחותמו, ורשם זה הוא הנקרא סיתומתא". דברי המאירי מבוססים, קרוב לוודאי, על דברי הראב"ד, לעיל, הערה 11.

¹⁴ נימוקי יוסף (ספרד, המאה ה-14) שם, דפי הרי"ף מד, ע"א. בעל נימוקי יוסף, כדרכו במקומות רבים, מצטט את לשון רש"י בלי לציין את מקור הדברים.

¹⁵ רמב"ם ור' זכריה אגמאתי, לעיל.

¹⁶ ראב"ד ומאירי, לעיל.

¹⁷ שו"ת הרשב"ש, סי' קעח, מכון ירושלים, תשנ"ח, עמ' קכט, בדברי השואל. שלוחו של קונה היין "סָתם החביות, כנהוג לכל קונה". המוכר ביקשו לקחת החביות, והקונה ביקש שלא לעשות כן אלא להשאירן, תחת אחריותו, אצל המוכר. לבסוף נשברו החביות, והמוכר טוען לקונה, "ולא אתה רשמת החביות על ידי שלוחך?".

אם ניתן להסתמך על סדרן של התשובות, הרי שהשואל הוא ר' דוד הכהן בקרי, תלמידו של הרשב"ש, מהעיר בג'איה. שמו נזכר לעיל, בכותרת של סי' קעד: "בג'איה. לותיק ר' דוד הכהן יצ"ו בקרי" (השווה לכותרת של סי' רה). התשובות שבסימנים קעה-קפג, ובכלל זה התשובה דנן, פותחות במילים: "עוד שאלת", ומשמע כי מדובר בהמשך התשובה לר' דוד. עובדה נוספת התומכת בהשערה כי מדובר בתשובה אחת ארוכה - חתימתו של הרשב"ש מופיעה רק בסופו של סי' קפג. מדברי הרשב"ש בתשובתו (סי' קעח, ד"ה אלא) משמע קצת, כי במקומו שלו לא היה מנהג כזה. בג'איה נמצאת בחלק המזרחי של אלג'יריה, בערך באמצע הדרך בין אלג'יר הבריחה ובין הגבול עם תוניסיה. על עליית המרכז בקהילות אלג'יריה - ובהן בג'איה - במאה ה-15, ראה: ש' בר-אשר, "קווי יסוד לתולדות יהודי המגרב ועליית המרכז באלג'יר, קנ"א-רנ"ב (1391-1492)", פעמים 31 (תשמ"ז), עמ' 22-39 (תודה לד"ר שלום בר-אשר, על ההפניה למאמרו).

¹⁸ שו"ת חתם סופר, חו"מ, סי' צט, ד"ה הגיעני.

¹⁹ השואל הוא ר' יצחק יעקב אויערבאך, שהיה אב"ד בליסקא שבפולין כבר לפני שנת תק"ס (1800). בתשובה לפנינו, בדפוסים (בדפוס הראשון: וויען תרכ"ב, ובדפוסו הצילום שעל פיו), מוצמד לשואל התואר: "אב"ד דק"ק שעיונג", ברם בכתבי יד (לתשובה הנ"ל ולתשובה נוספת משנת תקע"ו) הוא מופיע אל נכון כאב"ד ליסקא. ראה: מא"ז קינסטליכער, אישים בתשובות חתם סופר, בני ברק תשנ"ג, עמ' קצד-קצה.

פרסבורג מזה כעשור שנים²⁰: "הנה פשוט במה שרשם וחתם החביות הוה קנין גמור ממנהג, והכי קי"ל [=קיימא לן]. מדבריו הנחרצים משמע כי מדובר במנהג נפוץ, הנוהג גם במקומו שלו, פרסבורג.

מנהג סוחרים זה נזכר גם בדבריו של חכם מגליציה בן אותה תקופה, ר' אברהם דוד ורמן (בוטשטש, מאות 18-19).²¹

2. שיטת רבנו חיים הכהן: תקיעת כף

ככל הידוע לנו, הראשון שכתב באופן מפורש²² כי "סיטומתא" הינה תקיעת כף הוא רבנו חיים הכהן מבעלי התוספות (פאריס, המאה ה-12).²³ דבריו הובאו על ידי הרא"ש בכמה מקומות. בשו"ת הרא"ש, אחרי שמביא הרא"ש את פירוש רש"י לסיטומתא, הוא מוסיף:

ורבי חיים פי' פאמיא כמו שרגילין הסוחרים, תוקע כפו בכף חבירו וזהו גמר המקח.²⁴ וקורין לו בלשון אשכנז אוף שלק,²⁵ ואותו מעשה שעושין הוי במקום סודר.²⁶

²⁰ כתב-הרבנות לקהילת פרסבורג הוגש לחתם סופר בערב יום הכיפורים תקס"ז (1806). ראה: י"י כהן, **חכמי הונגריה והספרות התורנית בה**, מכון ירושלים, תשנ"ז, עמ' 280.

²¹ כסף הקדשים, חו"מ רא, סעי' א: "צלי"ע [=צריך לעיין] לגבי סיטומתא של רשימה שעל גוף המקח...".

²² אמנם, הר"ס"ג בפירושו למשלי (ראה **להלן**, בסמוך להערה 121) מזכיר תקיעת כף כאחד ממנהגי הסוחרים, אך אין בדבריו התייחסות מפורשת לסוגיית סיטומתא. עם זאת, יתכן כי סוגיא זו הינה המקור לדבריו. וראה לעיל, עמ' 190, בסמוך להערה 21 ובהערה הנ"ל.

²³ סתם רבנו חיים המוזכר בתוספות וברא"ש הוא ר' חיים בר' חננאל הכהן, המכונה לעתים גם ר' חיים הכהן או ר' חיים כץ, תלמידו המובהק של רבנו תם. חיבר תוספות לחלק ממסכתות הש"ס. חלק מהדברים שהוזכרו בשמו מקורם בחיבורים בכתב שלו, וחלק אחר מקורו מן השמועה. ראה: אורבך, **בעלי התוספות**, עמ' 124-127.

²⁴ כאן מסתיימים דברי רבנו חיים, כפי שעולה מן ההשוואה לדבריו שהובאו על ידי הרא"ש בשלושה מקומות נוספים (בפסקיו, בתוספות הרא"ש ובתשובה נוספת, שצוטטה **להלן**, הערה 52). מכאן ואילך ("וקורין לו בלשון אשכנז...") אלו דברי הרא"ש עצמו.

לשם השוואה, נציג את המקבילות לדברי רבנו חיים בפסקי הרא"ש ובתוספותיו:

פסקי הרא"ש (ב"מ, פ"ה, סי' עב): "ור"ח פי' כדרך שנהגו הסוחרים בגמר המקח תוקע כפו לכף חבירו וזהו נגמר המקח".

תוספות הרא"ש (ב"מ עד, ע"א, מהד' הרשלר וגרודזיצקי, עמ' רב): "פירש הר' חיים כדרך שנהגו הסוחרים בגמר המקח תוקע כפו לכף חבירו וזהו נגמר הקנין, וכן פר"ח".

²⁵ בדפוסים הראשונים: "בלשון אשכנז פאמיא אוף שליכא", ובדפוס ונציה השני: "בלשון אשכנז יא אוף".

²⁶ שו"ת הרא"ש, כלל יב, סי' ג, על פי כ"י ירושלים שפרסם א"א אורבך, **שנתון המשפט העברי** ב (תשל"ה), עמ' 9, הערה 20. דברי הרא"ש נשתבשו בדפוס, ובין היתר מופיע בדפוס ר"ח במקום "רבנו חיים", דבר שגרם לייחוס

"פאמיא" היא תקיעת כף, כפי שעולה מהמשך הדברים. מקורה של מילה זו במונח משפטי הקרוי בלטינית *palmata* (מילולית: כפות ידיים²⁷), שפירושו: הכאה בכף היד או תקיעת כף.²⁸ לפי חוקי המכר שנקבעו במונפלייה (Montpellier) שבדרום צרפת בשנת 1204, לא ניתן לגמור חוזה הדדי בלא *palmata*.²⁹ במנהג זה, כמו גם במנהגים אחרים במדינות אירופה בתקופה זו, יש עקבות לתפיסה הקדומה, ולפיה יש צורך בביצוע פעולה מוחשית פורמלית לשם מתן תוקף להסכם הדדי.³⁰

גם הפירוש המיוחס לריטב"א על סוגייתנו, חיבור מאותה תקופה ומאותו מקום (פרובאנס, המאה ה-13),³¹ מזכיר מנהג זה. לאחר שהביא את פירוש הראב"ד לסיטומתא,³²

הדברים בטעות לרבנו חננאל, ראה שם (על דברי אורבך שם העמידני ידדי, עו"ד יהודה חזן) ולהלן, בהערות 52-50. על כך שראשי התבות ר"ח מציינים לפעמים את רבנו חיים ולא את רבנו חננאל, ראה עוד: אורבך, שם, עמ' 127. כהן (לעיל, הערה 6), עמ' 554, הערה 4, שיער שיש לגרוס: ר"ת, וקשר דברים אלו לדעת רבנו תם, הרואה בתקיעת כף ברית, החזקה יותר משבועה. כך הציע גם אלון, המשפט העברי, עמ' 743, הערה 71. אך מכ"י ירושלים ברור, כי אלו דברי רבנו חיים. גם מסיבה נוספת נראה כי אין אלו דברי רבנו חננאל, שכן הוא כתב (ראה הציטוט להלן, הערה 63), כי סיטומתא הינה "חותם".

²⁷ בלטינית: palma - כף יד, ו-palmata היא צורת הריבוי: כפות ידיים. ראה: Oxford Latin Dictionary, New York, 1982, בערך "palma", עמ' 1286.

²⁸ על הקשר שבין דברי הרא"ש בפסקיו (לעיל, הערה 24) ל-palmata עמד כבר ש' אלבק, ראה: Encyclopaedia Judaica, Jerusalem, 1972, "acquisition", Vol. II, p. 220, sec. 9, אך לא התייחס שם לשו"ת הרא"ש ולמונח "פאמיא".

²⁹ מנהג זה נקבע ב-Custom of Montpellier משנת 1204, סעיף 100. ראה: J. Brissaud, A History of French Private Law (trans. by R. Howell), New York, 1968, p. 491.

³⁰ על הצורך בפורמליזם בתפיסה המשפטית הקדומה לשם יצירת התחייבות, ראה: בריסו, שם; R. Huebner, A History of Germanic Private Law, (trans. by F.S. Philbrick), New York, 1968, p. 490 ff.

³¹ המיוחס לריטב"א, ב"מ עד, ע"א. המיוחס לריטב"א למסכת ב"מ הינו חיבור פרובנסאלי מן המאה ה-13, שזוהת מחברו אינה ידועה, המביא דבריהם של חכמי פרובאנס החל מרבנותיו של הראב"ד. ראה: הרב אש"י האלפרן, חידושי הריטב"א החדשים לבבא מציעא, לונדון תשכ"ב, דפוס צילום: ניו-יארק תש"ס, מבוא, במיוחד בפרק ה.

³² במיוחס לריטב"א, מהד' סדילקאב 1834, לא מצויין שם בעל הפירוש, אך הדברים זהים לדברי הראב"ד המובאים בשיטה מקובצת, לעיל, הערה 11. במהד' מונקאטש תרס"ח (1908) הוסף שמו של הראב"ד בסוגריים מרובעים.

חותם, הוא מוסיף: "ע"א [=עניין אחר], סתימתא הוא שקורין פלמד"א"³³. "פלמד"א" היא *palmata*, כפי שנהגתה, כך ניתן לשער, בניב הפרובנסאלי במקומו של בעל החיבור.³⁴

ה"פאמיא" שאותה מזכיר רבנו חיים מפאריס, כמנהג הסוחרים בימיו, היא היא ה-*palma* הלטינית (=כף יד), כפי שנקראה בצרפתית עתיקה בתקופתו: *paumée* (=כף יד).³⁵ ואמנם, המונח *paumée* שימש במשפט הצרפתי בימי הביניים, במקביל למונח *palmata*, בהוראה של תקיעת כף.³⁶

על דבריו של רבנו חיים מוסיף הרא"ש (אשכנז-ספרד, מאות 13-14), כי דרך קניין זו, המוכרת גם לו, קרויה בגרמנית ("לשון אשכנז")³⁷: "אוף שלק". מהקשר הדברים משמע, כי מונח זה משמעו תקיעת כף. גם בדברי האגודה, בן דורו של הרא"ש, אשר יובאו להלן, מצאנו כי הכינוי "אופשליק" באשכנז ("במדינות האילון") משמעותו דומה: "מכה בסרבלו לתוך ידו של חברו".³⁸ דברי שניהם מכוונים למונח הגרמני *aufschlag* - בגרמנית של ימי הביניים: *ufslac*³⁹ (אופשלק) - שפירושו המילולי: הכאה/חבטה על.

מעניין לציין, כי בשני מילונים גרמניים המסתמכים על מקורות הסטוריים מימי הביניים, מופיעים כמה משמעים למונח *aufschlag*, אך המשמע של תקיעת כף, או דרך קניין

³³ כהן (לעיל, הערה 6), עמ' 554, הערה 5, מעיר כי המונח *palmata* הנוכח בריטב"א הנ"ל אינו נזכר ב-*Las Siete Partidas* הספרדי, בפרק העוסק בסוחרים, ירידים ושווקים. ברם, כאמור, מדובר בחיבור פרובנסאלי (ולא כפי שסבר כהן, שם, שאלו דברי הריטב"א הידוע, שחי בספרד), ובפרובאנס אכן מצאנו מונח זה, כאמור לעיל.

³⁴ על הלשון הפרובנסאלית, ועל קבוצת הניבים שהיו מדוברים בפי יהודי פרובאנס בימי הביניים, ראה: **אנציקלופדיה עברית**, ערך "פרובנסלית, לשון וספרות", כרך כח, עמ' 105-106. ד"ר דוד שפס העירני, כי תופעה זו מוכרת גם בספרדית - סיומת *ta* הלטינית הופכת תדיר ל-*da* בספרדית.

³⁵ *paumée* בצרפתית עתיקה - כף יד. מילה זו נהגית: *po-mé*. השימוש במילה זו היה מצוי בסוף המאה ה-12. ראה: *Grand Larousse de la langue française*, Paris, 1976, Vol. 5, p. 4092, בערך "paumée". זו גם בדיוק התקופה שבה חי רבנו חיים בצרפת, ודבריו ("פאמיא") משקפים אפוא, קרוב לוודאי, את צורת הגייתה הקדומה של מילה זו. בצרפתית מודרנית קרויה כף היד: *paume*, ונהגית: *pom*. ראה שם, בערך "paume". נשילת האות L הלטינית (מן המילה *palma*) היא תופעה מוכרת בשפה הצרפתית.

³⁶ "Férir la paumée" (=להכות בכף היד). בריסו (לעיל, הערה 29), עמ' 495, הערה 7. וראה עוד: היבנר (לעיל, הערה 30), עמ' 495.

³⁷ התייחסות ל"לשון אשכנז" אצל הרא"ש מצויה גם בתשובה נוספת, ראה: שו"ת הרא"ש, כלל פד, סי' ב, מהד' מכוון ירושלים, עמ' שני, ד"ה וגם אני אומר.

³⁸ ראה דבריו במלואם, להלן, בסמוך להערה 58.

³⁹ ראה במילונו של שירמר (צויין בהערה הבאה), שם.

כלשהי, אינו אחד מהם.⁴⁰ עם זאת, לאור עדותם של שנים עדים שחיו באשכנו במפנה המאות ה-13 וה-14, הלא הם הרא"ש והאגודה, דומה כי ניתן לקבוע בוודאות, כי המונח *aufschlag* שימש במקומם ובזמנם ככינוי לדרך קניין שנעשתה באמצעות תקיעת כף.

לדרך הקניין על ידי תקיעת כף היו בגרמנית של ימי הביניים מספר כינויים נרדפים, וביניהם: *handschlag*, ובגרמנית עתיקה: *hantslac* (=תקיעת כף);⁴¹ *zuschlag* (=נענוע הידיים יחד)⁴²; *kaufschlag*, ובגרמנית עתיקה: *koufslagen* (=מכר בתקיעת כף); ועוד.⁴³

הקניין על ידי תקיעת כף - ה-*handschlag* - היה מקובל מאוד במשפט הגרמני הקדום.⁴⁴ מהותו המשפטית של מעשה זה: "נדר שנעשה בשעת התחייבות או הבטחה, מכל מין שהיא".⁴⁵

⁴⁰ המשמעים שצוינו במילונים: תוספת מחיר; ארכה לתשלום; מיסוי. ראה: המילון של שפת הסוחרים הגרמנית של שירמר - *Auf* - A. Schirmer, *Wörterbuch der Deutschen Kaufmannssprache* - *Auf*, *geschichtlichen Grundlagen*, Verlag von Karl J. Trübner, Strassburg, 1911 עמ' 19; המילון המשפטי הגרמני של שרדר וקינסברג - R. Schröder, E. Freiherr von Künssberg, *Deutsches Rechtswörterbuch*, Preussische Akademie der Wissenschaften, Weimar, 1914-1932 בערך "aufschlag", עמ' 936-937. אמנם, ראה שם, בערך "aufschlagen", עמ' 938, כי אחד ממשמעיו של המונח האחרון הינו "הכאה על השולחן לפני השופט". ברם, מעשה זה ציין עבירה פלילית ולא דרך קניין.

⁴¹ יש להעיר על מקום אחד בתקליטור פרוייקט השו"ת של אוניברסיטת בר-אילן (גירסה 6), שבו הוסבר כדלקמן: "ביהודי א' שהי"ל = שהיתה לו = פרה מבכרת ומכרה לנכרי בכסף והאנדשלאג /דמי קדימה/ וגם במשיכה... (שו"ת מהרש"ם, ח"ה, סי' נה, ד"ה בדבר שאלתך). ושגגה היא, שכן "האנדשלאג", כאמור, הינה תקיעת כף.

⁴² בדומה למילה *zusammen*, שפירושה בגרמנית: ביחד.

⁴³ על כינויים אלו וכינויים נוספים, ראה בשני המילונים הגרמניים: מילון יד לגרמנית של ימי הביניים של לקסר - M. Lexer, *Mittelhochdeutsches Handwörterbuch*, Leipzig, 1872, בערכים "koufslac", "koufslagen", כרך א, עמ' 1697-1698; המילון הגרמני של האחים גרים - J. & W. Grimm, *Deutsches Wörterbuch*, בערך "kaufschlag", כרך ד, חלק ב, לייפציג 1877, עמ' 344-345.

⁴⁴ פהר (Fehr) במאמרו כותב, כי "תקיעת כף הינה מוסד כלל גרמני ידוע", וכי מקורה במשפט הגרמני הקדום. ראה: H. Fehr, "Deutsches Recht und jüdisches Recht", *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte*, germ. Abt., 39 (1918), p. 317 (תודתי נתונה לידידי, ר' ישראל חיים קצבורג, על סיועו בתרגום המאמר מגרמנית). פהר מסתמך על שני מלומדים גרמנים, גירקה, בספרו *חוב וערבות*, וזיגל, בספרו *O. Gierke, Schuld und Haftung*, Leipzig 1910, p. 186 ff., 191 ff., 257 ff.; ראה: H. Siegel, *Der Handschlag und Eid*, Wien 1894. לביבליוגרפיה נוספת ביחס ל-*handschlag* ראה: כהן, לעיל, הערה 6.

מבדיקה שערכנו עולה, כי אצל הראשונים מופיע המונח "תקיעת כף" תמיד בעברית (לעתים בצורת פועל, כגון: תקע כפו לחבירו), וברוב מוחלט של המקרים - בעברית בלבד.⁴⁶ בתקופת האחרונים, לעומת זאת, אנו מוצאים שימוש רב למדי במונחים הלועזיים, דוגמת: "האנדשלאק" (או: "האנדשלאג");⁴⁷ "צושלאק" (או: "צושלאג");⁴⁸ וכד'. על תופעת הריבוי בחדירת מונחים לועזיים לספרות ההלכה בתקופת האחרונים - בהשוואה למיעוט חדירתם באופן יחסי בתקופת הראשונים - עמדנו גם מבדיקת איזכרון של דרכי קניין אחרות הנהוגות אצל הסוחרים.⁴⁹

דברי רבנו חיים שהובאו לעיל מופיעים אצל הרא"ש בשלושה מקומות נוספים: בתוספותיו⁵⁰ ובפסקיו⁵¹ לבבא מציעא, וכן במקום נוסף בתשובותיו.⁵² שיטה זו נזכרת אף במאירי (פרובאנס, מאות 13-14) בשם "יש מפרשים".⁵³

⁴⁵ כך מוגדרת ה-*handschlag* במילונם של האחים גרים, שם, בערך "handschlag", עמ' 414, סעיף 4. ובדומה במילונו של Lexier, שם, "hantslagen", "hantslac", עמ' 1178.

⁴⁶ בתשובת הרא"ש שצוטטה על ידינו לעיל, בסמוך להערה 26, נוקט רבנו חיים רק בלשון עברית: "תוקע כפו בכף חברו", והרא"ש הוא שמוסיף את הכינוי "בלשון אשכנז": אוף שלק. הסיבה לכך היא, קרוב לוודאי, כי תשובה זו נכתבה לשואל שחי באשכנז ונסבה סביב המנהג במקומו. השואל הינו אחיינו של הרא"ש, ר' משה מקובלנץ. במהלך התשובה מספר הרא"ש, כי הראה לו "מורי החזן" (יתכן שהוא ר' יצחק מטרוייש, ראה: א"ח פריימן, הרא"ש - רבנו אשר ב"ר יחיאל וצאצאיו, חיהם ופעלם, תרגם מגרמנית: מ' אלדר, ירושלים תשמ"ו, עמ' 6) את דברי המהר"ם, וקרוב לוודאי שהדבר אירע בעודו עדיין באשכנז.

אמנם, שאר הראשונים אינם נזקקים כלל לכינויים לועזיים, וגם הרא"ש בשלושה מקומות נוספים (ראה לעיל, הערה 24) מביא את דברי רבנו חיים הנ"ל בלא להוסיף את הכינוי בגרמנית. הבדיקה נערכה על ידי תקליטור פרויקט השו"ת.

⁴⁷ חיפוש שערכנו בכל מאגרי השו"ת המצויים בתקליטור פרויקט השו"ת העלה, כי ה"האנדשלאק" מתחילה להיזכר בשמה הלועזי רק בתשובות מהמאות 17-19, אך לא לפני כן. ראה למשל: שו"ת חתם סופר, יו"ד, סי' שיד, ש"ז; שו"ת מהרש"ם, ח"ה, סי' נה, ד"ה בדבר שאלתך; שו"ת שואל ומשיב, מהדו"ק, ח"א, סי' יח, צא, צג, ריג; ח"ב, סי' קס; שו"ת אבני נזר, או"ח, סי' תקמב; שו"ת עין יצחק, יו"ד, סי' כט, ד"ה נשאלתי ע"ד.

⁴⁸ גם מונח זה לא נמצא, ככל הידוע לנו, בתשובות הראשונים, אלא רק אצל האחרונים. ראה, למשל: שו"ת כנסת יחזקאל (גרמניה, ראשית המאה ה-18), סי' יד, ד"ה ואודת - קניית חמץ "בצו שלאק לבד"; שו"ת עין יצחק (לר' יצחק אלחנן ספקטור, ליטא, המאה ה-19), יו"ד, סי' כט, שם נשאל, לעניין דין בכורה, על עזים שנמכרו לגוי "בקנין כסף והאנד שלאק", אך בהמשך דבריו כותב כי נמכרו "בקנין כסף ובקנין צושלאק", שהרי אלו שמות נרדפים לקניין בתקיעת כף. "צושלאג" נזכר גם בשו"ת עין יצחק, שם, סי' כב, ד"ה וכיון דלדינא.

⁴⁹ ראה להלן, הערה 100, ביחס לקניין על ידי מתן דמי קדימה.

⁵⁰ תוספות הרא"ש, לעיל, הערה 24. ושם נזכר במפורש "ר' חיים", אך בסוף הוסיף "וכן פר"ח", והוא כנראה ט"ס. ואולי נוסף על פי פסקי הרא"ש, ראה בהערה הבאה.

⁵¹ פסקי הרא"ש, לעיל, הערה 24. ושם נכתב: "ור"ח פי...".

⁵² שו"ת הרא"ש, כלל יג, כ, במהדורת מכון ירושלים - סי' כא, עמ' סח. ואמנם, שם מופיע בדפוס שלפנינו: "ורבינו חננאל ז"ל פירש כדרך שנהגו הסוחרים בגמר המקח, תוקע כפו לכף חברו ובוה נגמר המקח", אך נראה

מכל המקורות דלעיל לא ברור, האם נתכוון רבנו חיים ליתן פירוש שונה למילה סיטומתא;⁵⁴ או שמא, ולכך נוטה דעתנו, אין כאן אלא פרשנות בדרך של הדגמה, קרי: גם לדעת רבנו חיים סיטומתא פירושה חותם, ולא בא בדבריו אלו ליתן פירוש מילולי אלא פירוש ענייני, ולפיכך הזכיר את הדרך המקובלת אצל הסוחרים בזמנו ובמקומו.⁵⁵

אמנם, מדברי הרא"ש בפסקיו ובתשובותיו⁵⁶ משמע, כי הבין שרבנו חיים בא ליתן **פרשנות אחרת** למונח סיטומתא, שכן הביא את דבריו כדעה שניה חולקת אחרי פירושו של רש"י לסוגיא, ורק לאחר הבאת דברי שניהם קבע (על סמך דברי הר"י), שהוא הדין לכל מנהג שנהגו הסוחרים. דברי רבנו חיים, שהובאו ברא"ש, צוטטו גם על ידי ראשונים אחרים.⁵⁷

דברים דומים לאלו שמצאנו בתשובת הרא"ש בשם רבנו חיים, שומעים אנו מפי בעל ספר האגודה (אלכסנדר זוסלין הכהן, פרנקפורט, מאות 13-14), בחידושו לסוגיית סיטומתא:

פ"ח מקום שנהגו לקנות סומכין על המנהג. מכאן יש פוסקין במדינות האילו אם אדם מכה בסרבלו לתוך ידו של חבירו שקורין אופשלי"ק, וכן כשאדם אומר לחבירו היה בעל ברית שלי - שלא יוכל לחזור בו.⁵⁸

הכינוי ר"ח כאן הינו, ככל הנראה, קיצור של רבנו חיים ולא של רבנו חננאל.⁵⁹ לא ברור היכן מסתיימים דבריו, אך השוואה לדברי רבנו חיים שהובאו על ידי הרא"ש מחזקת את האפשרות, כי גם המשך הדברים ("מכאן יש פוסקין") הינם מדברי רבנו חיים. ברם, חרף

שזו ט"ס הנובעת מפענוח שגוי של ראשי התבות ר"ח, והכוונה לרבנו חיים. ואמנם, ר"ד דומב, פירוש הר"ח למסכת ב"מ, ירושלים תשמ"ח, עמ' קמב, סבר כי אלו דברי ר' חננאל, אך לא היה לפניו כ"י ירושלים לשו"ת הרא"ש, אשר עליו מבוססים דבריו, ראה **לעיל**, הערה 26.

⁵³ בית הבחירה, ב"מ עד, ע"א, מהד' שלזינגר, עמ' 283: "ויש מפרשים בה נתינת יד זה לזה לתנאי גמר המקח".

⁵⁴ מלשונו של המיוחס לריטב"א (**לעיל**, בטקסט הסמוך להערה 33) משמע, לכאורה, ש"פלמד"א" הינו הפירוש למונח "סיטומתא". ברם, יתכן שאף הוא לא נתכוון אלא ליתן דוגמא לדרך הקניין ב"סיטומתא".

⁵⁵ התלבטות דומה לגבי פירוש ר"ח מעלה הפרישה, חו"מ רא, ס"ק א (בסופו). לדבריו, סיטומתא נגזר, לפי פירוש הר"ח, משורש ט"ם, שפירושו סתום - "כלומר בזה נגמר ונסתם הקניין" (לפירוש זה אין בסיס אטימולוגי, ראה לעיל, עמ' 162-163). הצעתו החילופית הינה, שגם לר"ח הפירוש הוא כרש"י, הטבעת חותם לשם סימן, אלא "שכל מה שנוהגין בגמר המקח ע"י המעשה, יהיה מה שיהיה, קרוי רושם וסימן".

⁵⁶ צויינו **לעיל**, הערות 24 ו-52. כך משמע גם מתשובת הרא"ש, **לעיל**, הערה 26, אף שלא הובאו שם דברי הר"י.

⁵⁷ ראה, למשל: שו"ת ריב"ש, ס"י תעח (לבוב תקס"ה, דף קמט, ע"ב. מהד' מכוון ירושלים, תשנ"ג, ח"ב, עמ' תשיב). וראה עוד להלן.

⁵⁸ ספר האגודה, בבא מציעא, פ"ה, ס"י קט (מהד' א' בריזל, נויקין, ירושלים תשנ"ב, עמ' סא). היה תלמידו של ר' חיים אור זרוע, אשר למד אצל המהר"ם מרוטנבורג ואצל הרא"ש.

⁵⁹ השווה לדבריו בסמוך ביחס למרדכי, ולאמור **להלן**, בהערה 63.

הדמיון שבין הדברים המובאים ברא"ש לבין אלו שבאגודה, ספק בעינינו אם דברי האחרון שאובים מן הראשון.⁶⁰ לעומת אי הבהירות באשר לדברי רבנו חיים המובאים ברא"ש, הרי שביחס לדברי האגודה אין ספק, כי אין בדבריו פרשנות מילולית-ישירה למונח סיטומתא אלא פרשנות מרחיבה.⁶¹

יתכן שחלק מדברי רבנו חיים שרד, מלבד אצל הרא"ש והאגודה, גם אצל תלמידים נוספים של המהר"ם מרוטנבורג. כך מובא במרדכי על סוגייתנו: "ובאתרא דקני ממש קני, פירש רבינו חננאל, מקום שנהגו לקנות בעניין זה יש לסמוך על המנהג, כי המנהג טוב וכשר".⁶²

הדברים מובאים אמנם בשם "רבינו חננאל", אך לאור השוואה לדברי רבנו חננאל על סוגייתנו נראה לנו כי פירוש זה אינו ממנו אלא מרבנו חיים,⁶³ ולפנינו, ככל הנראה, טעות סופר שנוצרה מפתחה שגויה של ראשי התיבות ר"ח.⁶⁴ תופעה זו ארעה לדברי רבנו חיים אף באחת מתשובות הרא"ש, כפי שהערנו לעיל.⁶⁵

המשפט, "מקום שנהגו לקנות בעניין זה, יש לסמוך על המנהג" - משפט הזהה כמעט לדברי הר"ח שהובאו לעיל מספר האגודה - כוונתו, ככל הנראה: אף שאין למנהג הסוחרים

⁶⁰ הדמיון בולט בעיקר בשל העובדה שבשני המקומות מוזכר המונח "אוף שלק". ברם, שתי סיבות גורמות לנו לפקפק בשאלת הזיקה האפשרית בין דברי האגודה לדברי הרא"ש:

א. בעוד שאצל הרא"ש מדובר על "תוקע **כפו** בכף (כך בשו"ת הרא"ש. ובפסקיו ובתוספותיו: לכף) חבירו", הרי שבאגודה התיאור שונה: "מכה **בסרבלו** לתוך ידו של חבירו".

ב. בכל חיבורו של האגודה איננו מוצאים כלל איזכור שמו של הרא"ש. ראה בעניין זה: הרב א' בריזל (**לעיל**, הערה 58), מבוא, עמ' ט, אות ב.

⁶¹ על הפרשנות המרחיבה שניתנה לדין סיטומתא נעמוד בהרחבה בפרק ח.

⁶² הגהות מרדכי, ב"מ, סי' תמא.

⁶³ רבנו חננאל כותב ביחס לסוגייתנו: "פי' חותם שטובעין בו הסוחרים על העיסקא" (דבריו הובאו בערוך, ערך "סטמתא", והאור זרוע, ב"מ, סי' רלא, הביאם מהערוך). דברי רבנו חננאל, אפוא, הינם פירוש קצר וענייני למילה סיטומתא, בעוד שרבנו חיים, כאמור בדברינו לעיל, אינו נצמד לפרשנות המילולית אלא מיישם את דין סיטומתא על מנהג הסוחרים בימיו. וראה **להלן**, הערה 68.

⁶⁴ כידוע, ספר המרדכי שונה ונשתבש הרבה. ראה: אורבך, **בעלי התוספות**, עמ' 557; א' הלפרין, **מבוא לספר מרדכי השלם - בבא קמא**, מכון ירושלים, ירושלים תשנ"ב. הגהות המרדכי נשתבשו במיוחד - "רובן של הגהות אילו נרשמו בגליונות, ונפגעו לכן במשך הזמן יותר מאשר הדברים הרשומים ב'פנים' הדפים" (הלפרין, **שם**, עמ' לא).

⁶⁵ ראה **לעיל**, הערה 52, וכן בהערה 26.

יסוד בתלמוד, מסוגיית סיטומתא אנו למדים כי יש לסמוך על מנהג זה, וכי הוא "טוב וכשר".⁶⁶

דברים דומים ביחס לדין סיטומתא, בנוסח מקוצר, מצאנו גם בחיבורו של תלמיד נוסף של המהר"ם, הגהות מיימוניות (לר' מאיר הכהן מרוטנבורג, גיסו של המרדכי, המאה ה-13), ואף שם - בשם ר"ח.⁶⁷

אם בשלושת המקורות האחרונים אכן מדובר בדברי רבנו חיים,⁶⁸ הרי שמצאנו בדבריו קביעה עקרונית, הנסמכת על סוגיית סיטומתא, כי יש לסמוך על מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין, ולצידה (על פי המובא ברא"ש לעיל בשמו) - יישום עקרון זה הלכה למעשה על מנהגי הסוחרים לקנות בתקיעת כף.

ראינו, אפוא, כי על סמך סוגיית סיטומתא מעניקים כמה מן הראשונים תוקף למנהג הסוחרים לקנות בתקיעת כף, מנהג שאין לו כל אחיזה במקרא או בספרות התלמודית.⁶⁹ על פי עדותם של הראשונים אנו למדים, כי מנהג זה רווח בין הסוחרים במאה ה-12 בצרפת (רבנו חיים), ובמפנה המאות ה-13 וה-14 בפרובאנס (המיוחס לריטב"א, המאירי) ובאשכנז (הרא"ש והאגודה). כאמור לעיל, עדויות אלו של הראשונים תואמות את הידוע לנו ממקורות הסטוריים באשר למנהגי הסוחרים בתקופה זו באשכנז, בצרפת ובפרובאנס.⁷⁰

⁶⁶ בשו"ת משנה שכיר (לרב ישכר שלמה טייכטאל), ח"א, ירושלים תשל"ד, סי' עב (עמ' 135, ד"ה ובוה), הסביר ביטוי זה: "דזה הוא הטבא ["טוב וכשר" - ר"ק] שבו, כדי להקל על הסוחרים ולא יצטרכו לתנאי הקנינים, ולא יבאו לידי מחלוקה".

⁶⁷ הגהות מיימוניות, מכירה ז, ס"ק ו: "כי קניין טוב והגון הוא, ויש לסמוך על המנהג. פ"ח".

⁶⁸ לא ניתן לשלול לחלוטין את האפשרות, כי אלו דברי רבנו חננאל ולא דברי רבנו חיים. לפי אפשרות זו, הרי שבכל אחד מן המקורות שהבאנו לעיל שרד רק חלק מדברי רבנו חננאל ביחס לסוגייתנו: בערוך - ביאורו של הר"ח למילה "סיטומתא", ובמקורות האחרים (אגודה, מרדכי, הגהות מיימוניות) - מסקנתו מן הסוגיא, כי "יש לסמוך/סומכין על המנהג".

⁶⁹ על השימוש בתקיעת כף למן תקופת המקרא ועד לתקופת האחרונים, ראה בנספח לפרק זה, עמ' 213-226.

⁷⁰ על מנהגי הסוחרים (Law Merchant) והתפתחותו במדינות אירופה בימי הביניים באופן כללי, ראה בהרחבה: W. Mitchell, *An Essay on the Early History of the Law Merchant*, New York, 1969.

3. שיטת הרא"ה והריטב"א: נתינת מטבע

א. שיטת הרא"ה והריטב"א

הריטב"א (ר' יום טוב אלאשבילי, ספרד, מאות 13-14) מקשה על פירוש רש"י, שסיטומתא היא חותם. אם כפירושו של רש"י - מהו טעמו של רב חביבא שסיטומתא קונה ממש, ואפילו במקום שלא נהוג לקנות כך, "והרי לא עשה משיכה", היינו: מעשה קניין המועיל על פי ההלכה?⁷¹

שאלה זו קשה באותה מידה גם על דברי כל יתר הראשונים שדבריהם הובאו לעיל, אשר אינם הולכים בדרכו של הריטב"א שתובא להלן. מעניין, שחרף פשטותה של השאלה ומרכזיותה בסוגייתנו, עמדו עליה רק מעט מן המפרשים.⁷² הסיבה לכך הינה, אולי, שדברי רב חביבא הם דעת יחיד, וההלכה נפסקה, כמקובל, כרבנן. מה עוד, שלפי רוב עדי הנוסח הפסיקה כרבנן מפורשת כבר בסוגיא גופה ("והלכתא...").⁷³

מכח קושייתו האמורה מצדד הריטב"א בשיטת מורו, הרא"ה, בשם אחיו ר' פנחס:

דסיטומתא הוא כעין מטבע שאין עליו צורה, והתגרין נותנין אותו לסימן כשלוקחין דבר אחד, ולא ידיע אי בתורת דמים יהבי ליה, ובאומר ערבוני יקנה הכל, וליכא אלא מי שפרע,⁷⁴ או בתורת חליפין

⁷¹ ריטב"א, ב"מ (מהד' ש' רפאל, מוסד הרב קוק, ירושלים תשנ"ג), עד, ע"א, ד"ה האי סיטומתא קניא. הדברים הובאו גם בשיטה מקובצת על אתר. מחמת הקושי בהבנת דבריו נצטטם: "ותמיהא מילתא, מ"ט דמ"ד דקני בה לגמרי ואפילו באתרא דלא נהיגי, והרי לא עשה משיכה?". הרב ד' בס, "חוזים על פי דיני התורה", **כתר - מחקרים בכלכלה ומשפט על-פי ההלכה**, א (תשנ"ו), עמ' 69, הערה 110, מקשה מדוע תמה הריטב"א על פירוש רש"י רק לדעת המ"ד שקונה ב"אתרא דלא נהיגי" ולא לדעת רבנן החולקים, והרי לדעת הריטב"א בתיורו אין תוקף לקניין סיטומתא גם ב"אתרא דנהיגי" (אגב, קושיא זו בדיוק הקשה הרב י"מ טוקצ'ניסקי, "השקפה יסודית על תורת הקניינים ועל תורת המנהגים בחברת החיים", בתוך: ר"מ פינדלינג, **תחוקת העבודה**, ירושלים תש"ה, עמ' קלד, ולא תירץ). וראה שם הצעתו, שאולי יש להגיה בדבריו "באתרא דנהיגי".

לדעתנו, מלשון הריטב"א "**ואפילו** באתרא דלא נהיגי" ברור, כי אין מקום להגהה הנ"ל. תמיהתו על רש"י קיימת דווקא לשיטת הסובר שסיטומתא קונה אפילו במקום שלא נהוג לקנות כך. לעומת זאת, את שיטת רבנן שסיטומתא קונה רק ב"אתרא דנהיגי", יכול היה להסביר הריטב"א גם לו אימץ את פירוש רש"י בסוגיא. הריטב"א היה מפרש, כי "באתרא דנהיגי" ביאורו: מקום שנהגו והמנהג קבוע בתנאי בני העיר, ולפיכך יש למנהג תוקף גם לשיטתו (ראה להלן). ואמנם, אין זו פשוט לשון "נהיגי", אך כבר מצאנו במקום אחר כי הריטב"א מפרש "מנהג" כתנאי בני העיר. כך ביאר בחידושו לב"ב, קמה, ע"א, ד"ה ואתא (מהד' בלוי, ניו-יורק תשכ"ו), את דברי הירושלמי "מנהג מבטל הלכה": "והנכון דכל מנהג **שהוא בתנאי בני העיר** מבטל הלכה גמורה...". מובן, כי לפירוש שנקט הריטב"א למסקנה אין צורך בכך, והמונח "באתרא דנהיגי" מתבאר כפשוטו.

⁷² ראה להלן, בטקסט הסמוך להערה 77, ובהערה הנ"ל.

⁷³ בעניין הגירסא ראה להלן, הערה 76.

⁷⁴ ראה: ב"מ מח, ע"ב, שהנותן מקצת מעות ("ערבון") עבור מטלטלין דינו במי שפרע.

יהבי ליה דקני לגמרי, דכיוון שאין עליו צורה נעשה חליפין.⁷⁵ ובהא הוא דפליגי אמוראי. ואמרינן,⁷⁶ דבאתרא דנהיגי קני, דודאי על דעת חליפין יהבי ליה.

סיטומתא, לדעת הרא"ה והריטב"א, היא מטבע חסרת צורה אשר דרך הסוחרים לתיתה בעת קניית סחורה. לדידם, מחלוקת האמוראים בגמרא - העוסקת במקום שאין מנהג ברור בנדון - היא באומדן דעת הסוחרים, האם נתינת המטבע נעשית בתורת תשלום, ואז אין כאן קניין אלא לכל היותר "מי שפרע" (רבנן), או בתורת חליפין, ואז תוקפה כקניין גמור (רב חביבא). ומסקנת הסוגיא: "באתרא דנהיגי - קני [לדעת הכלל]". המנהג, לפי דעה זו, אינו מעניק תוקף לדרך הקניין הנהוגה, אלא רק מהווה גילוי דעת על כך שהמטבע ניתנת בתורת חליפין, היינו: לשם קניין גמור.

מסגנון הדברים עולה בבירור, כי פירושם של הרא"ה והריטב"א בשם ר' פנחס אינו מבוסס על פרשנות מילולית למילה סיטומתא, וכי דחיית פירושו של רש"י נעשית על ידם רק מחמת הקושי ההלכתי שיש בו, לדעתם. יצוין, כי קושיא זו של הריטב"א ביחס לשיטת רב חביבא ניתנת להיתרץ בכמה אופנים, כפי שנתבאר כבר לעיל.⁷⁷

לדעתנו, מסתבר לומר, אף שאין הדברים נאמרים במפורש, כי ביאורם האמור של הרא"ה והריטב"א שאוב ביסודו ממנהג הסוחרים במקומם, וכי בתיאור "והתגרין נותנין אותו [=את המטבע] לסימן כשלוקחין דבר אחד" יש משום פרשנות של המונח התלמודי "סיטומתא", וסוגיית התלמוד שדנה בו, לאור מציאות החיים בזמנם (ברצלונה, ספרד, המאה ה-13 וראשית המאה ה-14).⁷⁸

⁷⁵ ראה: שם מה, ע"ב, שכל הטעם שאין מטבע נעשה חליפין, כיוון שדעתו על צורתה, והצורה עשויה להיבטל.

⁷⁶ מסיום דבריו של הריטב"א נראה, כי לא היה לפניו בסוגיא המשפט "והלכתא לקבולי עליה מי שפרע" (וכך הוא גם בחלק מכתבי היד, כפי שצוין לעיל, עמ' 161, הערה 44), אלא שמיד אחרי דברי רבן גרס "ובאתרא דנהיגי - קני", והבין שאלו דברי סתמא דגמרא ("ואמרינן"). שאם היה גורס את "והלכתא", לא היה לו להתעלם מחלקו הראשון של "והלכתא" ולהזכיר רק את סופם של הדברים.

דרכו של הריטב"א בחידושו הינה, שכאשר דן הוא בסוגיא שיש בה פסיקת הלכה, דוגמת "והלכתא", הוא מציין בדרך כלל את הדבר, ופעמים רבות אף מתעכב על הפסק, טעמו, היותו מיותר לכאורה, וכד'. ראה, למשל, בחידושי הריטב"א במקומות הבאים: קידושין ט, ע"א, ד"ה והלכתא שיראי (מהדורת א' דינין, מוסד הרב קוק, עמ' פז); כתובות קז, ע"ב, ד"ה והלכתא כרב זביד (מהדורת מ' גולדשטיין, מוסד הרב קוק, עמ' תתכ); גיטין יג, ע"א, ד"ה גרס' הספרים רב פפא (מהדורת א' ליכטנשטיין, מוסד הרב קוק, עמ' עה). בסוגייתנו עומד הריטב"א בדבריו במפורש על מסקנת הסוגיא ומשמעותה, וודאי שלא היה לו להשמיט את הפסיקה כרבנן ("והלכתא..."), לו גרס משפט זה.

⁷⁷ ראה לעיל, עמ' 182-184.

⁷⁸ כך סבור גם כהן (לעיל, הערה 6), עמ' 555.

כפי שנראה להלן, המנהג לקנות על ידי נתינת מטבע היה מקובל במדינות אירופה בתקופה זו. המטבע היתה מטבע רגילה, עוברת לסוחר, ונתינתה היתה בגדר תשלום דמי קדימה. נראה, אפוא, כי העובדה שהרא"ה והריטב"א מדברים על נתינת "מטבע שאין עליו צורה" אינה משקפת את מנהג הסוחרים שבזמנם, אלא **נובעת מן הצורך להתאים מנהג זה להלכה התלמודית**, ולפיה ניתן לקנות מטלטלין במטבע (בחליפין) רק אם זו מחוסרת צורה.⁷⁹

בסיום דבריו מעמידנו הריטב"א על שיטתו העקרונית ביחס לכוחו של המנהג, שיטה המבהירה לנו מדוע הוא נוקט בדרכו המיוחדת בפרשנות סוגיית סיטומתא:

ולא בעי בהאי מנהג תנאי בני העיר אלא מנהג בעלמא, שאין מנהג זה מבטל הלכה בכלום.

לדעת הריטב"א, "מנהג בעלמא", היינו: מנהג שנהוג על ידי הציבור אך לא נקבע ב"תנאי בני העיר" (או על ידי חכמים) - אין בכוחו לבטל הלכה.⁸⁰ לאור תפיסה זו מובן, מדוע אין הריטב"א יכול לקבל את הפרשנות שנקטו שאר הראשונים, כי "סיטומתא" הינה דרך קניין שאינה אחת מדרכי הקניין המועילות על פי ההלכה (הטבעת חותם או תקיעת כף). לו היה מאמץ פירוש כזה ל"סיטומתא", היה מוכרח להגיע למסקנה, כי במקום שנהגו לקנות בסיטומתא ("באתרא דנהיגי"), יש ל"מנהג" זה תוקף של קניין. מסקנה זו היתה נוגדת את עמדתו העקרונית של הריטב"א, שהרי לדידו "מנהג בעלמא" אין בכוחו לשנות מן ההלכה (בנידונו, ההלכה בדיני הקניין)! לפיכך נאלץ הריטב"א להסביר, כי סוגייתנו עוסקת בדרך קניין *התקפה* על פי ההלכה (קניין חליפין), כך "שאינן מנהג זה מבטל הלכה בכלום".⁸¹

⁷⁹ שכן מצד אחד, בסוגייתנו מבואר שסיטומתא קונה, ואילו מן הצד השני, ההלכה היא כאמור כי לא ניתן לקנות מטלטלין במטבע - לא בקניין כסף (ראה: ב"מ מז, ע"ב; רמב"ם, מכירה ג, א) ולא בקניין חליפין, אלא אם המטבע מחוסרת צורה (ראה לעיל, הערה 75).

⁸⁰ על שיטתו זו של הריטב"א, שעליה עומד הוא גם במקומות אחרים, עמדנו לעיל, עמ' 73-74.

⁸¹ בדרך אחרת הולך הריב"ש, הגורס אף הוא, כריטב"א, כי אין תוקף למנהג ממוני "לבטל הלכה" אלא אם "התנו עליו בני העיר". הריב"ש מפרש את סוגיית סיטומתא כפשוטה, כשאר הראשונים, אך רואה את מקור תוקפה לא במנהג כשלעצמו אלא **בתקנת חכמים** מיוחדת שיש לילך "בענייני הקניות" אחר המנהג. ראה לעיל, עמ' 76-77. יצויין, כי הריטב"א עצמו הולך בדרך דומה בפרשנות הכלל "הכל כמנהג המדינה", ראה לעיל, עמ' 30. ברם, ככל הנראה, ביחס לקניין סיטומתא הבין הריטב"א מן הסוגיא, בדומה לרוב הראשונים, כי אין מדובר בתקנת חכמים אלא במתן תוקף למנהג שנהגו העם מעצמם. משום כך נזקק לפלס לו נתיב אחר לביאור הסוגיא שלא יסתור את עמדתו העקרונית.

לדעת הרא"ה והריטב"א, אם כן, סוגייתנו מתייחסת רק למציאות המסויימת של אותה מטבע חסרת צורה שנוהגים הסוחרים, לדבריהם, לתיתה בעת המכר. לשיטה זו, לא קיימת כלל הלכה של "קניין סיטומתא" כהלכה כללית, ואין בכוחו של מנהג המקום - כל עוד לא נקבע ב"תנאי בני העיר" או על ידי חכמים - להוסיף על הקניינים הקבועים בהלכה.⁸²

דברי ריטב"א הללו, שהינם בעלי השלכה הלכתית מרחיקת לכת, לא הוזכרו כמעט בדברי חכמים מאוחרים יותר, כנראה בשל היותם יחידאיים בין כל שאר הראשונים,⁸³ ובשל העובדה כי נדחו על ידי הפוסקים להלכה.⁸⁴ יתכן, כי תרמה לכך אף העובדה, כי הדברים היו מצויים רק בשיטה מקובצת, ואילו חידושי הריטב"א למסכת בבא מציעא פורסמו רק בדורנו.⁸⁵

ב. המנהג באירופה בימי הביניים לקנות על ידי נתינת מטבע - דמי קדימה

על קיומו של מנהג במדינות אירופה בימי הביניים לקנות - או לעשות קניין על התחייבות - **בנתינת מטבע** ("פשוט", "פרוטה", וכד') אנו שומעים מפי הראשונים בכמה מקומות: בדברי הר"י (ר' יצחק מדנפירא, Dampierre, צרפת, המאה ה-12) המובאים

⁸² כך הבין את דברי הריטב"א גם הרב ש' רפאל בהערותיו לחידושי הריטב"א שיצאו במהדורתו (לעיל, הערה 71), הערה 53, וכן במבוא שם, עמ' 8-9. אמנם, הרב ש' אישון העיר (דבריו הובאו במאמרו של הרב ד' בס שאזכר לעיל, הערה 71, שם), כי יתכן שלא שלל הריטב"א לחלוטין את תוקפו של מנהג הסוחרים כמעשה קניין אלא רק ב"אתרא דלא נהיגי" לקנות באופן זה. ברם, דעתנו היא כי מסיום דברי הריטב"א שם - "שאינן מנהג זה מבטל הלכה בכלום" - מוכח כי דעתו העקרונית היא שמנהג "סתם", שאינו "מעוגן" בתנאי בני העיר, אין בכוחו לשנות מן ההלכה אפילו במקום שנהגו כן. כך מוכח גם מדברי הריטב"א במקומות נוספים, ראה לעיל, הערה 80. גם הרב אי"ל שטיינמן, אילת השחר - בבא מציעא (בני ברק תשמ"ה), עד, ע"א, ד"ה ובאתרא, מסיק שלדברי הריטב"א "אין כלל ענין דמה שנהגו עושה קניין".

⁸³ ראה שו"ת משנה שכיר (לעיל, הערה 66), עמ' 134, ד"ה תחלה אני מסתפק: "דעדה זו דעה יחידית הוא, וכל הפוסקים וכל הראשונים לא אזלי בשיטה זו".

⁸⁴ ראה: רמב"ם, מכירה ז, ו; טוש"ע, חו"מ, סי' רא. אמנם, בשו"ת מהר"ם שיק (חו"מ, סי' מא) ביאר את דברי השולחן ערוך (שם, סעי' ב) - "וכן כל דבר שנהגו התגרים לקנות בו, כגון ע"י שנותן הלוקח פרוטה למוכר... וכן כל כיוצא בזה" - על פי דעת הריטב"א, שהובאה בשיטה מקובצת. היינו: כי מדובר במטבע שאין עליה צורה ונותנים אותה בתורת קניין סודר. ברם, לא משמע כן מהשולחן ערוך, שם, וכבר תמה על המהר"ם שיק הנ"ל בשו"ת משנה שכיר, שם. גם ר' עוזיאל לחאיך (תוניס, המאה ה-19) בספרו משכנות הרועים, מערכת תיו, אות לד, ד"ה וראיתי במקובצת, מצדד בשיטת הריטב"א וגורס כי יש לפרש את דברי הרמב"ם בהתאם לה. ברם, לא מצאתי חכמים נוספים שדגלו בשיטת הריטב"א.

⁸⁵ בשנת תשכ"ב (1962), על ידי הרב אלטר האלפערן. החל משנת שס"ח (1608) נדפסו חידושים אחרים לבי"מ, שיחוסו בתחילה בטעות לריטב"א (המיוחס לריטב"א). ראה בעניין זה: הרב אש"י האלפערן (לעיל, הערה 31), מבוא; הרב ש' רפאל (לעיל, הערה 71), מבוא, עמ' 7.

ברא"ש;⁸⁶ בתשובה של הר"ש משנץ (Sens, צרפת, מאות 12-13);⁸⁷ בתשובה של הרשב"א (ספרד, המאה ה-13),⁸⁸ שנכתבה למרשיליא (Marseille, כיום מרסיי) שבפרובאנס;⁸⁹ וגם מאוחר יותר בתשובות של המהר"ם מינץ⁹⁰ ובעל תרומת הדשן⁹¹ (שניהם מאשכנז, המאה ה-15).

משני המקורות האחרונים אנו שומעים, כי מתן הפרוטה בזמנם מילא שתי פונקציות: מעשה קניין הגומר את המקח בין המוכר לקונה, וכן דמי קדימה על חשבון סך דמי המקח. כך הם דברי תרומת הדשן שם:

בישראל אחד שקנה פרה ועז מן הגוי ולא משך, רק שנתן פשוט אחד במקח... וכן המנהג פשוט להקנות לגוי עבור פשוט⁹²... אין חילוק בזה אם קנה מקח רב בפשוט או אם קונה בדמים מרובים ונתן מקצת דמים, כגון פשוט, בתורת קיום המקח, והמותר ישלם אח"כ.

המקור לדרך קניין זו הוא מנהג הסוחרים באירופה לקנות על ידי נתינת פרוטה. הפרוטה מהווה דמי קדימה על חשבון המקח, ונתינתה באה לתת תוקף לעסקת המכר.⁹³ מנהג

⁸⁶ שו"ת הרא"ש, כלל יג, סי' כ (מהד' מכון ירושלים, סי' כא, עמ' סח); פסקי הרא"ש, בי"מ פ"ה, סי' עב (הרא"ש אינו מציין שם למקור הדברים, הר"י, כמצוי הרבה בפסקיו).

⁸⁷ התשובה הובאה באור זרוע, בי"מ, פ"ה, סי' קפח; ובשינויים קלים בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפי ברלין, סי' שנד, עמ' 288 = דפי פראג, סי' תתקסז. מדובר על מנהג ליתן מטבע בשעת השידוכין כמעשה קניין על הקנסות הקבועים בתנאי השידוכין. תשובה זו תצוטט ותידון להלן, עמ' 272-274.

⁸⁸ שו"ת הרשב"א, ח"ג, סי' קלב. התשובה עוסקת באדם שנתן למוכר דינר זהב אחד כדי לקנות קרקע. מדבריו שם - "אם המקום מקום שקונין קנין גמור בנתינת אותו פשוט [=מטבע]... - משמע, כי היו מקומות שבהם לא נחשבה נתינת מטבע ל"קניין גמור".

⁸⁹ הרשב"א השיב תשובות רבות לשואלים מפרובאנס, כפי שמעידות הכותרות הרבות הפזורות בתשובותיו, הנוקבות בשמות המקומות בפרובאנס שאליהם כתב (במיוחד בשו"ת הרשב"א, חלקים ג ו-ד). על היחס המעודד שגילה הרשב"א אל חכמי פרובאנס, ועל הקשר שבין האחרונים לבינו, ראה: Shlomo H. Pick, *The Jewish Communities of Provence before the Expulsion in 1306*, Ph. D. Thesis, Bar-Ilan University, Ramat-Gan, 1996, pp. 171-174 (תודתי נתונה לידידי, הרב ד"ר שלמה פיק, על ההפניה לחיבורו).

⁹⁰ שו"ת מהר"ם מינץ, סי' ה (מכון ירושלים, תשנ"א, עמ' טז): "הא מנהג גוים בכל המקומות, מי שנתן אפי' [לז] פרוטה על המקח - קונה בו אפי' זהו [ב] (ההוספות בסוגריים שלי - ר"ק). "על המקח" פירושו, ככל הנראה: על חשבון המקח, והשווה לדברי בעל תרומת הדשן בסמוך.

⁹¹ קובץ תשובות חדשות מלוקטים מלקט יושר וכתבי יד, נדפס בתוך: תרומת הדשן השלם, מהד' ש' אביטן, ירושלים תשנ"א, סי' נט, עמ' תעו. דבריו יובאו בסמוך.

⁹² דומה שיש כאן לשון נופל על לשון: "המנהג פשוט" - נפוץ; "עבור [נתינת] פשוט" - מטבע.

⁹³ ראה: בריסו (לעיל, הערה 29), עמ' 492-495; מיטציל (לעיל, הערה 70), עמ' 3-5.

זה שורשו באמצעי שנהג במשפט הרומי לחיזוק הסכמים הדדיים: *arrha*, שמהותו: סכום כסף או חפץ, שנותן אחד הצדדים לעסקה - בדרך כלל עסקת מכר - לחברו, בתורת ערבון או דמי קדימה.⁹⁴ במשפט הרומי הקלאסי שימש אמצעי זה רק כאחד הסימנים על הסכמת הצדדים.⁹⁵ לעומת זאת, מאוחר יותר, בחוק של יוסטיניאן, נקבע כי אם נותן ה-*arrha* חוזר בו מן העסקה, הוא מאבד את ה-*arrha*, בעוד שאם מקבל ה-*arrha* חוזר בו, עליו לתת לרעהו את כפל שוויה.⁹⁶

דרך הקניין במתן פרוטה כונתה במשפט הגרמני בכמה שמות, כגון: *kaufscilling* (=קניין-פרוטה); *angeld*; *draufgeld* (=דמי קדימה); ועוד.⁹⁷ ⁹⁸ במקומות אחרים נקראה:

⁹⁴ המילה הלטינית *arrha*, כמו המילה היוונית *arrabon*, מקורן במילה השמית עֶרְבוֹן. על העירבון התלמודי ומקבילותיו במשפט היווני, הרומי והגרמני, ראה: י"י נויבאר, *תולדות דיני הנישואין במקרא ובתלמוד*, ירושלים תשנ"ד, עמ' 88-101. לנושא האטימולוגיה, ראה: שם, הערה 21; כהן (לעיל, הערה 6), עמ' 316, הערה 201; עמ' 555, הערה 3. בהקשר לדעה המובאת בטור, חו"מ, סי' רא, שבמתן "פשוט" למוכר - קונה, כותב פהר (לעיל, הערה 44): "בזמן חיבור הטור (1340) היה חוזה ה-*arrha* זה מכבר מחייב את המוכר והקונה. בנתינת ה-*arrha* התמוזגו החוב והערבות יחד. גירקה מצייין, בצדק, כי חוזה ה-*arrha* היה האמצעי הראשי לקיום חוזים הדדיים".

עוד על ה-*arrha* ולביבליוגרפיה נוספת בנושא, ראה: כהן, שם, עמ' 188, הערה 52; עמ' 315-317, ובהערה 202; עמ' 555, הערה 2; A. Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, בערך "arra" ("arrha"), עמ' 367 (תודתי נתונה לפרופ' אהרן קירשנבאום על ההפניה לחיבור האחרון); ש' איזנשטדט, *המשפט הרומאי, תולדותיו ותורתו*,² חיפה תשכ"ב, עמ' 172-173; בריסו, שם; W. W. Buckland, *A Text-Book of Roman Law*,³ Cambridge, 1966, pp. 481-482; W. M. Gordon, O. F. Robinson, *The Institutes of Roman Law*, London, 1988, עמ' 342, בהערה על סעיף 139. ואכן, אצל האחרונים אנו מוצאים את המונח "ערבון" בהוראה של "דמי קדימה". ראה, למשל: דברי גאונים ושו"ת דברי חיים, להלן, הערה 102. לעתים, משמשים שני מונחים אלו (בעברית או בכינויים לועזיים שונים) זה לצד זה. ראה, למשל: ערוך השולחן, חו"מ רא, ב - "שהלוקח נותן ערבון שקורין האנט געלד [=דמי קדימה]; שו"ת דבר אברהם, להלן, הערה 100.

⁹⁵ אמנם, העדר ה-*arrha* לא פגם בתוקפו של החוזה. ברגר, שם; בריסו, שם, עמ' 492-493. במקורות המצויינים שם, עמ' 493, בהערה 1, יש להוסיף: דייגסטה 18.1.35.

⁹⁶ ברגר, שם; בריסו, שם. והשווה לדברי בעל תרומת הדשן (לעיל, הערה 91): "דביד הלוקח לחזור אם ירצה להפסיד הפשוט שנתן". כך נהגו גם בפולין במאה ה-19, ראה: שו"ת מהרי"א הלוי, ח"ב, סי' צא, ד"ה הנה; שו"ת דברי מלכיאל, ח"ד, סי' קמג, ד"ה ע"ד אחד.

⁹⁷ למקורות בנושא ה-*kaufscilling*, ראה במילונם של האחים גרים (לעיל, הערה 43), בערך הני"ל. ושם צויינו הכינויים הנוספים (תודתי נתונה לפרופ' אריק זימר שהפניי למקור זה).

⁹⁸ כינויים אלו - דוגמת אֶדְרוּיף, אַנְגֶּלְט, דֶּרוּיפֶּגֶלְט, דֶּרוּיף גַּאָב, דֶּרְאָנְגֶּלְט והאַנְטֶגֶלְט - חדרו מן הגרמנית ליידיש, כמשתקף מתשובות רבות של האחרונים (שכמה מהן מצויינות להלן, הערה 100). וראה עוד: י' ריבקינד, *יידישע געלט*, ניו-יארק תש"ד, עמ' 23, 68, 70, 71-72.

God's penny (=הפרוטה הא-לוהית) או בכינויים דומים.⁹⁹ כמה מן הכינויים הללו, וכינויים נוספים לקניין על ידי מתן דמי קדימה, מצויים גם ברבות מתשובות האחרונים.¹⁰⁰

ג. המנהג לקנות על ידי מתן דמי קדימה בתקופת האחרונים

המנהג לקנות על ידי מתן "דמי קדימה" כדרך קניין עצמאית הלך ונעלם עם השנים, במקומות מסויימים. בתשובות מתקופת האחרונים אנו מוצאים את דמי הקדימה ניתנים בין סוחרים בנוסף לדרך קניין אחרת, כשמטרת נתינתם הינה ליתן חיזוק נוסף למקח. כך, למשל, אנו מוצאים דמי קדימה המצטרפים לחוזה,¹⁰¹ לתקיעת כף¹⁰² וכן לדמי שתייה המיועדים לרכישת יין ושכר.¹⁰³

⁹⁹ ראה: מיטצ'ל (לעיל, הערה 70), עמ' 3; כהן (לעיל, הערה 6), עמ' 554, הערה 6; נויבאר (לעיל, הערה 94), עמ' 108, ובהערה 23; בריסו (לעיל, הערה 29), עמ' 494. הסיבה לכינוי זה הינה, כי לעתים היו דמי הקדימה מוקדשים לצורך דתי, ובכך היתה מוענקת לעסקה הגנת הא-ל. פעמים השתמשו בדמים אלו לקניית יין, אשר הצדדים שתוהו יחדו לשם גמר המקח. ראה בריסו, שם.

¹⁰⁰ שימוש בכינויים לועזיים לקניין על ידי מתן דמי קדימה מצאנו רק אצל האחרונים ולא אצל ראשונים (השווה לאמור לעיל, בסמוך להערה 46, ביחס לתקיעת כף). ראה למשל: "באחד שמכר חמצו בערב פסח לנכרי ומכר לו החדר עם החמץ... ונתן שטר להקונה וגם קיבל ממנו דרויף געלד [=דמי קדימה]" (שו"ת נודע ביהודה, מהד' תנינא, או"ח, סי' נח); "גם יקבל הישראל מהקונה [=הגוי שקונה את החמץ] כסף לחזק המקח שקורין דרויף געלד" (שו"ת בנין ציון, סי' טז, ד"ה אמנם התקון); "האנד געלד" (שו"ת רבי עקיבא איגר, סי' קלד); "האנט געלד" (ערוך השולחן, לעיל, הערה 94); "דראן געלד", "דראנגעלד" (שו"ת חתם סופר, או"ח, סי' קו, ד"ה גי"ה הגיעני; שו"ת שערי צדק [לרמ"מ פאנט], או"ח, סי' ע); "אדראף" (שו"ת ישועות מלכו, יו"ד, סי' סא, ד"ה נועם אמרותיו); "במעוה קדימה אדרויף בלע"ז שנתן" (שו"ת דבר יהושע, ח"ג, חו"מ, סי' יב, אות א); "דראה"ן געל"ט" (שו"ת רב פעלים, ח"ג, או"ח, סי' לא, ד"ה עוד ראיתי); "אדראן" (שו"ת מהרש"ם, ח"א, סי' רג, ד"ה מכתבו הגיעני; ח"ה, סי' לו, ד"ה והן אמת); "כסף דראן" (שו"ת שואל ומשיב, מצוטט בהערה הבאה); "אנגאבע" (שו"ת מהרש"ם, ח"ד, סי' קכב, ד"ה ומה ששאל); "דראנגאבע... דרוף געלד" (שו"ת נהרי אפרסמון, חו"מ, סי' יח, ד"ה מיהו); שו"ת דבר אברהם, ווארשא תרס"ו, ח"א, סי' א, בשאלה: בהמה מבכרת שנמכרה לגוי "בקנין כסף לחוד, שנתן לו ערבון (זאדאטאק) ולא משך". המונח שבסוגריים פירושו בשפה הפולנית: דמי קדימה (השווה לדברי ר"ש קלוגר [ברודי, המאה ה-19]: "ומכרה לעכו"ם בזאדטיק, הנקרא אדראהף". שו"ת טוב טעם ודעת, מהד' ג, ח"ב, סי' קמו). מעניין לציין, כי בהוצאה השניה של שו"ת דבר אברהם (תל-אביב תשכ"א, "יוצא שנית בהוספות ותקונים הרבה" [מתוך השער]) הוחלף המונח שבסוגריים - ככל הנראה, כדי להקל על הבנתו - ל"אויפגאב", שהינו המונח המקביל, בשפה הגרמנית, לדמי קדימה (מילולית: נתינה על [החשבון]). המונח האחרון נזכר גם בשו"ת אחיעזר, ח"ג, סי' מ, אות ה.

¹⁰¹ ראה, למשל: שו"ת נודע ביהודה, מצוטט בהערה הקודמת - מכירת חמץ לגוי; שו"ת שואל ומשיב, מהד' קמא, ח"ב, סי' לט - קניית יי"ש, קיים ועתידי: "קנה... ע"פ כסף דראן [=דמי קדימה] ושטר קאנטראקט"; שו"ת מהרש"ם, ח"ה, סי' לו, ד"ה והן אמת: "יש לדון בזה"ז [=בזמן הזה] באדראן עם שליס צעטיל [=חוזה] דקנה מכח סטימותא שכן מנהג הסוחרים".

¹⁰² שו"ת מהר"ם שיק (הונגריה, המאה ה-19), חו"מ, סי' מא: "האנדשלא"יג עם מעוה נוהגין גם בגלילותינו להחזיק לסיטומתא"; וכן כתבו שלושה חכמים נוספים מהונגריה בתקופה זו: שו"ת מהרש"ג, ח"ג, סי' קיג וסי

אחד מרבני קושטא בסוף המאה ה-18 מציין, כי לא ברור אם הסוחרים במקומו רואים במתן קצת מעות, המכונה: "פיי" [בטורקית: דמי קדימה, תשלום על החשבון]¹⁰⁴ - ערבון בלבד או קניין; וגם אם נחשב הדבר בעיניהם לקניין - אם קונה "נגד הפיי לבד... או קונה הכלי".¹⁰⁵

לחכם אחר, שחי באוסטרהא שבגליציה בתקופה זו, ברור כי אין במנהג סוחרים זה משום קניין. ר' חיים כהן רפפורט בתשובה¹⁰⁶ נדרש למנהג הסוחרים בזמנו ליתן דמי קדימה ולומר (ביידיש): "איך גיב דיר איין אדרוף", משפט שפירושו: 'אני נותן לך אדרוף (=דמי קדימה)'. הוא מעיד, "וכבר שאלתי כמה סוחרים מפה ומשאר עיירות ואמרו בפירוש [שכוונתם], שיהיה [ה]אדרוף - אם יחזור [הקונה] - במתנה או במחילה אצל המוכר, ואין דעתם כלל שיקנה האדרוף".¹⁰⁷ גם המהר"ם שיק, מגדולי חכמי הונגריה במאה ה-19, כותב במפורש כי לא קיים בזמנו מנהג לקנות בדמי קדימה בלבד.¹⁰⁸

קיד, אות ב; שו"ת נהר אפרסמון, חו"מ, סי' יח, ד"ה מיהו; דברי גאוניס, כלל כד, אות טו - מנהג הסוחרים למכור יי"ש שיוצר בעתיד ב"ערבון" ותקיעת כף; שו"ת מהרי"א הלוי (פולין, המאה ה-19), ח"א, סי' קנט, ד"ה ואחרי; ח"ב, סי' צא, ד"ה מכתב; שו"ת דברי חיים (לר' חיים הלברשטם מצאנז, גליציה, המאה ה-19), ח"ב, חו"מ, סי' כו - מכירת שמן ב"ערבון" ותקיעת כף, "כי בגלילות שהי"ה] המקח נהגים שקונים בכמות זה, והוי כסיטומתא"; שו"ת אחיעזר (וילנא, מאות 19-20), ח"ג, סי' מ, אות ה - שכירות קרקע, לפי דברי השואל (שזהותו אינה מצויינת).

¹⁰³ שו"ת מהרש"ם (גליציה, מאות 19-20), ח"ב, סי' עה. על מנהג סוחרים זה נעמוד להלן, עמ' 243-254.

¹⁰⁴ ראה: *The Concise Oxford Turkish Dictionary*, eds. A.D. Alderson & F. Iz, Oxford University Press, 1959, ערך "pey", עמ' 271.

¹⁰⁵ ידיו של משה (לר' משה פרישקו), חלק השו"ת, חו"מ, סי' י, ד"ה ועוד.

¹⁰⁶ שו"ת מים חיים, חו"מ, סי' ה. אב"ד אוסטרהא במחצית השנייה של המאה ה-18.

¹⁰⁷ ההוספות בסוגריים שלי - ר"ק. בשו"ת תשורת ש"י, ח"א, סי' ע, חלק על תשובת מים חיים הנ"ל בנימוק כי "אדרבה, איכא אומדנא להיפך", שהקונה אינו מתכוון לקשור עצמו במתן האדרוף בלא שיש התחייבות גם מצד המוכר. מעיון בדבריו עולה, כי לא ראה את התשובה במקור אלא רק ציטוט חלקי ממנה שהובא בפתחי תשובה, חו"מ רז, ס"ק יג (בתשורת ש"י, שם, בט"ס: סי"א). ברם, כאמור, בשו"ת מים חיים מפורש, כי המשיב אינו מתבסס רק על "אומדנא" שלו לכוונת הסוחרים אלא על דבריהם המפורשים באשר לכוונתם. דומה, כי פרשנותו של בעל תשורת ש"י מושפעת ממנהג הסוחרים במקומו שלו להחשיב "אדרוף" לקניין, ראה להלן, הערה 110. גם במנחת פתים (חו"מ קצ, י) מבין את דברי שו"ת מים חיים הנ"ל בדרך דומה לזו של בעל תשורת ש"י. גם לגביו, יתכן שאי ההבנה נגרמה מאותה סיבה שצויינה לעיל. ראה: שו"ת דבר יהושע, ח"ג, חו"מ, סי' יב, אות א.

¹⁰⁸ מהר"ם שיק, חו"מ, סי' מא: "מי שאומר דמעות [=דמי קדימה] קונה מצד סיתומתא לא אמר כלום, ולא שמעתי דבר זה מעולם". וראה דבריו שצוטטו לעיל, הערה 102. ובשו"ת נהר אפרסמון (לעיל, הערה 102) הסתפק בדבר, ונטה לדעת המהר"ם שיק.

עם זאת, מצאנו בתקופת האחרונים גם זמנים ומקומות, שבהם נהגו לקנות ממש -
 הן מקרקעין¹⁰⁹ והן מטלטלין¹¹⁰ - בדמי קדימה.

¹⁰⁹ עטרת צבי (לר' צבי הירש בר' עזריאל, אב"ד באליק ולובלין, פולין, ראשית המאה ה-18), חו"מ קצ, ס"ק ב: "שהמנהג היום שקונים [קרקע] בזה [=במתן פשוט]". במקומות שלא נהוג לקנות מקרקעין על ידי מתן דמי קדימה, כבמדינת ישראל בימינו, יש לדון האם חזרה מן העסקה במקרה כזה יש בה משום "מי שפרע". עניין זה תלוי בשאלה, השנויה כבר במחלוקת הראשונים, האם יש במקרקעין דין "מי שפרע". ראה: הרב ש"א שטרן, "איסור חזרה מקנין כסף בקרקע - האם מותר לחזור לאחור נתינת דמי קדימה לשם קנין קרקע", פרי חיים א (תשנ"ט), עמ' פו-צד. וראה עוד במקורות הנוספים בעניין זה שצויינו לעיל, עמ' 169, הערה 99.

¹¹⁰ שו"ת רבי עקיבא איגר (פוֹזֵן, מאות 18-19), סי' קלד: "מקח פירות יבשים שעשו אנשי פולין... ע"י האנד געלד"; שו"ת תשורת ש"י (לר' שלמה יהודה טבק, סיגעט, טרנסילוואניה, המאה ה-19), ח"א, סי' ע: "ועוד ידוע דנותנין אדרוף כדי לעשות קנין כסף או לתחלת פרעון, ופעמים נותנין רק פרוטה". וראה גם שם, סי' רכו; שו"ת משנה שכיר (לעיל, הערה 66), עמ' 135, ד"ה ועפ"י - "באופן שהנהיגו התגרין למנהג קבוע לגמור הקנין בנתינת האנגאבע [=דמי קדימה], נגמר הקנין בכל תוקף ועוז, דמ"ש משאר דיני הסטומתא". ברם, מדבריו שם ולעיל (עמ' 134, ד"ה תחלה) לא ברור כי כך נהגו הסוחרים במקומו (הונגריה, המאה ה-19). וראה דברי חכמי הונגריה בני זמנו שאזכרו לעיל, הערה 102; משפט שלום (למהרש"ם, גליציה, מאות 19-20), חו"מ רא, סע' ב: "ובמדינתנו נ"ל שרוב הסוחרים מקיימים המקח לתת סחורה כנגד הדראן [=דמי קדימה] שנתן... וא"כ מהני מדין סטימתא". אמנם, בהמשך (שם, אות ב, סד"ה ומכל מקום) הסתפק, שמא אינו קניין ממש ובידי המוכר רק לחלוט את דמי הקדימה, כנהוג, ולא יותר.

נספח: תקיעת כף - למן תקופת המקרא ועד לתקופת האחרונים

במהלך הפרק ראינו, כי המילה "סיטומתא" בסוגיית התלמוד נתפרשה על ידי כמה מן הראשונים כמתייחסת לתקיעת כף. בנספח זה נסקור את השימוש שנעשה בתקיעת כף כאקט משפטי למן תקופת המקרא ועד לתקופת האחרונים.

תקופת המקרא

תקיעת כף שימשה בתקופת המקרא כדרך מקובלת לקבלת ערבות,¹¹¹ אך ככל הנראה - על פי העדויות המצויות בידינו - לא כדרך קניין.¹¹² כך עולה, למשל, מן האמור במשלי (ו), א): "בני, אם ערבת לרעך, תקעת לזר כפיך", ומפסוקים נוספים במקרא.¹¹³ מנוסחאות הערבות שבתעודות משפטיות אכדיות אנו למדים, כי לקבלת הערבות נתלוותה פעולה שסימלה את מעבר הלווה מרשות המלווה לרשות הערב, כגון שהערב תפס את ידי הלווה או שלקח את ידיו. פעולה סימלית זו משמעותה, כי במידה ויאלץ הערב לפרוע את חובו של הלווה, הרי שהלווה יהא משועבד מכאן ואילך לערב - כפי שהיה משועבד עד אז למלווה - עד שיפרע לו את שגבה המלווה ממנו.¹¹⁴ לאור ממצאים אלו עולה, כי משמעותה של תקיעת הכף המתוארת במקרא הינה, ככל הנראה, כי הערב תקע כפו בכף הלווה¹¹⁵ לעיני המלווה לסימן של קבלת הערבות.¹¹⁶

¹¹¹ לעיון לשוני ומשפטי במוסד ה"ערבות" במשפט העברי, החל מתקופת המקרא, ראה: אנציקלופדיה מקראית, "ערבות", כרך ו, עמ' 367-370; ח' סולוביצ'יק, "ערב בריבית", ציון לו (תשל"ב), עמ' 1-21; ב' ליפשיץ, "על הערב ועל כמה מונחים אחרים של התחייבות", שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז), עמ' 185-213; הנ"ל, אסמכתא, פרק שלישי; ב' כהנא, חוק לישראל: ערבות, בעריכת נ' רקובר, ירושלים תשנ"ב.

¹¹² ככל ששאלנו, דרשנו וחקרנו, מפי ספרים ומפי סופרים. בנוסף למקורות הנזכרים בהערה הקודמת, חיפשנו גם בחיבורים הבאים: Y. Muffs, *Studies in the Aramaic Legal Papyri from Elephantine*, Leiden, 1969; K. R. Veenhof, *Aspects of Old Assyrian Trade and its Terminology*, Leiden, 1972; M. Malul, *Studies in Mesopotamian Legal Symbolism*, Darmstadt, 1988; ר' ירון, המשפט של מסמכי יב, ירושלים, תשכ"ח. גם פרופ' יוחנן מופס אמר לי, כי ככל הידוע לו, לא היתה מצויה בשום מקום במזרח הקדום דרך קניין (להבדיל מקבלת ערבות) באמצעות תקיעת כף או פעולה הדומה לכך.

¹¹³ משלי יז, יח; כב, כו; איוב יז, ג. השם "תוקעים" משמש כינוי לערבות - משלי יא, טו.

¹¹⁴ ראה למשל: מלול (לעיל, הערה 112), עמ' 80. וראה עוד במקורות שצויינו באנציקלופדיה מקראית (לעיל, הערה 111).

¹¹⁵ כך פירש גם מ' זר-כבוד בפירוש דעת מקרא לפסוק במשלי ו, א הנ"ל. ובניגוד לדעה המקובלת בפירוש פסוקי המקרא, שהערב תקע כפו בכף המלווה, ראה למשל: S. Bialoblocki, *Encyclopedia Judaica*, Verlag- Eschkol, "Handschlag", vol. 7, pp. 935-936 (תודתי נתונה לידידי, ר' ישראל חיים קצבורג, על הסיוע בתרגום הערך מגרמנית); ט' אריאלי, "תקיעת כף וגלגוליה - משמעותה הסמלית וההיסטורית (תרומה לתורת החיוב והשעבוד בישראל)", הקונגרס העולמי השלישי למדעי היהדות (תשכ"א) - דין וחשבון (תשכ"ה), עמ'

תקופת המשנה והתלמוד

בתקופת המשנה והתלמוד איננו מוצאים כלל "תקיעת כף", לא כדרך לקבלת ערבות ולא כדרך קניין.¹¹⁷ אריאלי סבור, כי הסיבה ל"העלמות" תקיעת הכף בתקופה זו נעוצה "בהתרופפות משטר-העבדות והדחקת שעבוד הגוף על-ידי שעבוד הנכסים, והפיכת הערבות לאחריות נכסים סובסידארית [=משנית - ר"ק] (תחילה נפרעו מן החייב, ורק אחר-כך מן הערב), פרט לקבלן".¹¹⁸

תקופת הגאונים

בתקופת הגאונים כמעט ואיננו שומעים על "תקיעת כף". רק במקום אחד בספרות הגאונים מצאנוה,¹¹⁹ ואף שם - בקשר לתקיעת הכף המקראית. כך כותב ר' סעדיה גאון בפירושו לספר משלי (בתרגום מערבית):

וכך הערבות שאתה ערב לאחיך היהודי בדברים, ואע"פ שלא ערבת בשטר ועדים אלא במה שנהגו בו הסוחרים בתקיעת כף או מסירת טבעת¹²⁰ או כל הדומה לכך, כאמרו תקעת לזר כפך. וכל שכן מסירת הנעל שנהגו בו אבותינו לקיום עסקיהם, כמו שנאמר: 'וזאת לפנים בישראל לקיים כל דבר שלף איש נעלו ונתן לרעהו'. וכל שכן הקניין

127-128; ליפשיץ, "על הערב" (לעיל, הערה 111), עמ' 191, הערה 32. דעה מקובלת זו הושפעה, בין השאר, מהנהגה במשפט האירופאי, שמצא את ביטויו גם במקורות הלכתיים בימי הביניים (כפי שעוד נראה להלן), ולפיו נערכה תקיעת הכף בין הלווה והמלווה (או בין הקונה והמוכר), אך אין דעה זו תואמת את לשון התעודות האכדיות. וראה אצל זר-כבוד, שם, הערה 2, שהוכיח את פירושו גם מתוך מקבילות במקרא.

¹¹⁶ אנציקלופדיה מקראית (לעיל, הערה 111). יתכן שתקיעת הכף במקרא רומזת גם לכך, "שיד הערב היא כיד הנערב ושהוא אחראי תחתיו" (זר-כבוד, שם).

¹¹⁷ ראה גם בדברי הרשב"ץ להלן, הערה 134.

¹¹⁸ אריאלי (לעיל, הערה 115), עמ' 128. לדעת אריאלי, בהתאם למגמה זו מקבלת המשמעות המשפטית הקדומה של מוסד הערבות ריכוך בתלמוד, על ידי פירוש דתי-מוסרי, ראה שם. על שינויי המגמות לאורך הדורות ביחס לשעבוד גופו ולשלילת חירותו של החייב, ראה: מ' אלון, חירות הפרט בדרכי גביית חוב במשפט העברי, האוניברסיטה העברית ירושלים, תשכ"ד [=הנ"ל, כבוד האדם וחירותו בדרכי הוצאה לפועל: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית, ירושלים תש"ס, מהד' ב, מורחבת ומתוקנת].

¹¹⁹ הבדיקה נערכה באמצעות: תקליטור פרוייקט השו"ת (ביחס לתשובות הגאונים שערי צדק); יי מילר, מפתח לתשובות הגאונים, ירושלים תשכ"ז, דפוס צילום: ברלין תרנ"א; מ' בן-ששון, "שרידי מספר העדות והשטרות לרב סעדיה גאון", שנתון המשפט העברי יא-יב (תשמ"ד-תשמ"ו), עמ' 135-278; מפתחות של קבצי שו"ת שונים ושל חיבורים נוספים מתקופת הגאונים.

¹²⁰ מנהג הסוחרים לגמור עסקה על ידי מסירת טבעת מצוי כבר במשפט הרומי, ואנו שומעים עליו מאוחר יותר גם אצל הרדב"ז (קאהיר-צפת, מאות 15-16). ראה להלן, עמ' 254-256.

[=סודר] אשר הסכימו עליו הקדמונים מאחרי כן, והוא חשוב מכל
בגד, לפי שהוא זכרון המצות.¹²¹

מדברים אלו משמע, לכאורה, כי בזמנו של הרס"ג (בבל, מאות 9-10) קיים אצל
הסוחרים המנהג, אשר עליו שמענו כאמור כבר בתקופת המקרא, **לערוב** בתקיעת כף; כן
נראה מדבריו, כי "נהגו הסוחרים" אף **לקנות** (ולא רק לערוב או להתחייב) בתקיעת כף.¹²²
ברם, אפשר שדברי הרס"ג ביחס לתקיעת כף אינם מתייחסים לזמנו שלו, אלא לאמור בפסוק
במשלי.¹²³ אין בידנו אפוא לקבוע באופן ודאי, אם אמנם נהגו בתקופת הגאונים להשתמש
בתקיעת כף **כמעשה קניין**.

כדי ליתן תוקף להתחייבויות ולקניינים מקובל היה בתקופת הגאונים להשתמש
כשבועה. בחלק מן המקרים נעשתה השבועה תוך אחיזה בטלית מצוייצת.¹²⁴ מתשובת גאון¹²⁵
אנו למדים, כי שבועה באחיזת טלית נתפסה על ידו כשבועה בספר תורה.¹²⁶ בדברי רס"ג לעיל

¹²¹ רס"ג בפירושו למשלי ו, א (מהד' ר"י קפאח); צוטט גם בתוך: הרב י' קפאח, **כתבים לרב קפאח**, כרך א, ירושלים תשמ"ט, עמ' 15-16 (ההדגשה שלי - ר"ק). דבריו של אריאלי (**לעיל**, הערה 115), כי ספרות הגאונים "ממשיכה את קו התלמוד לעניין תקיעת כף", וכי השוואה בין ספרי שטרות הגאונים לבין קבצים מאוחרים "מבליטה בבחירות יתירה, באיזו מידה התנכרה תקופת הגאונים לסמל של תקיעת כף", אינם מדוייקים אפוא. חוסר איזכור כמעט מוחלט של תקיעת כף - יש אמנם בתקופת הגאונים, אך התנכרות מגמתית לתקיעת כף לא מצאנו בשום מקום, ודאי שלא בדברי רס"ג אלו.

¹²² שכן תקיעת כף מוזכרת בדברי רס"ג כחלק מרשימה של **דרכי קניין**, הנלמדים ממקורות שונים: תקיעת כף, מסירת טבעת, וכד' - ממנהג הסוחרים; מסירת הנעל - מן הפסוק "וזאת לפנים בישראל"; קניין סודר ("הקניין") - מתקנת "הקדמונים". תקיעת כף הינה, אפוא, אחת מדרכי הקניין אשר באמצעותן ניתן לקבל ערבות. כך הבין את דברי רס"ג הרב קפאח, **כתבים, שם**, הערה 3.

¹²³ שהרי דברי רס"ג אלו נאמרו כפירוש לפסוק במשלי, ולכן יש מקום לומר - לפחות ביחס לתקיעת כף, הנזכרת בפסוק במפורש - כי מדובר באנאכרוניזם, היינו: תיאור של מנהג, אשר נהג בזמן המקרא, כ"מנהג סוחרים" הנוהג בזמנו של הרס"ג. אמנם, מסגנון הדברים ומתוספת הדוגמא של "מסירת טבעת", שאין לה כל אחיזה בפסוק במשלי, מתקבל הרושם כי הרס"ג מדבר על זמנו שלו. ברם, עדיין אפשר בהחלט שכוונתו, כי ניתן לערוב בדרך "שנהגו הסוחרים" בכל זמן ומקום: "בתקיעת כף" - שנהגה בימים עברו, ככתוב במשלי; "או [ב]מסירת טבעת" - כמנהג הסוחרים בימיו; "או [ב]כל הדומה לכך".

¹²⁴ ראה: ליפשיץ, **אסמכתא (לעיל)**, הערה 111, עמ' 379-382. למקורות שצויינו שם יש להוסיף: תשובות הגאונים אסף, ירושלים, תרפ"ז, ס"י מד; גאון הגאונים, ורטהיימר, ירושלים תרפ"ה, ס"י יג-יד.

¹²⁵ תשובות הגאונים קורונל, וויען תרל"א, ס"י לט = גאון הגאונים, שם.

¹²⁶ שהרי בתלמוד (שבועות לח, ע"ב) למדו מן המקראות (השבועת אברהם את עבדו - בראשית כד, ב-ג. כך עולה גם מהשבועת יעקב את יוסף - שם מז, כט-לא), "שהנשבע צריך שיטול בידו חפץ של מצוה, כגון: ספר תורה או תפילין" (לשון רש"י, בראשית כד, ב). הגאון בתשובה מסתמך על דברי ר' נחשון גאון (סורא, מלך בשנת 871). יי ברודי, **תשובות רב נטרונאי גאון**, כרך ב, ירושלים תשנ"ד, עמ' 516, הערה 8, משער כי בפובדייתא נתקבל המנהג שהנשבע אוחז ספר תורה רק לקראת סוף תקופת הגאונים.

מצאנו, כי הסכימו ה"קדמונים"¹²⁷ לבצע **קניין סודר** על ידי אחיזה בטלית מצוייצת.¹²⁸ על המנהג לקנות בדרך זו אנו שומעים גם בתשובה של רב צמח גאון,¹²⁹ ויתכן שהיה במעשה זה, מלבד האלמנט של 'קניין סודר', גם משום שבועה.¹³⁰

תקופת הראשונים

בתקופת הראשונים, למן ראשית המאה ה-13, מופיעה "תקיעת כף" אצל פוסקי ההלכה באשכנז ובצרפת בשתי פונקציות שונות: כדרך עשיית שבועה;¹³¹ וכדרך קניין, בין במכר של מטלטלין¹³² ובין בהתחייבות.¹³³

¹²⁷ מההקשר עולה שאלו חכמים שאחר השופטים, אך לא ברורה זהותם. ראה: הרב קאפח, **כתבים (לעיל)**, הערה 121), הערה 6.

¹²⁸ על טעמו של מנהג זה ראה אצל הרב קאפח, **שם**. הרב קאפח מעיר: "והדבר מאד מענין, שמסורת זו נשתמרה רק בתימן". אך ראה **להלן**, הערה 144, שמנהג זה נשתמר גם במקומות נוספים. על מנהג תימן הנ"ל ראה מה שציין א' גימאני, "רב סעדיה בעולמם של בני תימן", **בדד** 6 (תשנ"ח), עמ' 54, הערה 86.

¹²⁹ "חליפין כמין קניין זה שאנחנו רגילין לקנות מישראל בקרן כסות שיש בה ציצית" (תשובות הגאונים, שער צדק, חלק ד, שער ב, סי' כו, ירושלים תשכ"ו, עמ' צא). מנהג זה של קניין סודר על ידי אחיזה בכנף הבגד מהווה, ככל הנראה, שריד לדרך קניין שהיתה מקובלת במזרח הקדום. ראה: י' בן-פזי, **השתלשלות דרכי הקניין בקרקעות מסוף תקופת הבית השני ועד ראשית תקופת התלמוד לאור המקורות התלמודיים**, עבודת דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן, תשנ"ח, עמ' 176-179, ובמקורות שצויינו שם.

¹³⁰ אולי לכך רומז רס"ג בדבריו **לעיל**, בטקסט הסמוך להערה 121: "והוא חשוב מכל בגד, לפי שהוא זכרון המצוות". היינו, הציצית נחשבת לחפץ של מצווה, שראוי להשבע עליו.

¹³¹ ראה: **אשכנז** - אור זרוע (לר' יצחק בר' משה אור זרוע, אשכנז, ראשית המאה ה-13), זיטאמיר תרכ"ב, שו"ת, סי' תשמח; תשובה נוספת של האור זרוע, שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפ' לבוב, סי' קיח; מהר"ם, תלמידו - שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, במקומות רבים (ראה **להלן**, הערה 154); שני תלמידי מהר"ם: שו"ת הרא"ש (אשכנז, סוף המאה ה-13), כלל יב, סי' ב-ג (תשובות אלו נכתבו, קרוב לוודאי, בהיותו עדיין באשכנז. ראה **לעיל**, הערה 46); שו"ת מהר"ח אור זרוע (רגנשבורג, סוף המאה ה-13), סי' ב, לט, רכט, רנא; שו"ת מהרי"ל החדשות (אשכנז, מאות 14-15), סי' קב, קמ, קנג; שו"ת תרומת הדשן (אשכנז, המאה ה-15), סי' שיא; שו"ת מהרי"ק (צרפת-צפון איטליה, המאה ה-15), סי' י, נב. **צרפת** - רבנו תם ור"י, הובאו **להלן**, הערה 141.

¹³² ראה: שו"ת הרא"ש, כלל יב, סי' ג - בשם ר' חיים (פאריס, המאה ה-12): "כמו שרגילין הסוחרים, תוקע כפו בכף חבירו וזהו גמר המקח". נראה כי מדובר ב"מקח" נד, סחורה. הרא"ש שם מוסיף, כי תקיעת כף זו מכונה "בלשון אשכנז אוף שלק", והיא "במקום סודר". תשובה זו נדונה לעיל, עמ' 196-199.

¹³³ ראה: שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (אשכנז, המאה ה-13), דפ' פראג, סי' רמו - כחיזוק להתחייבות כספית; שו"ת הרא"ש, מכון ירושלים תשנ"ד, כלל יב, סי' ב-ג - הבטחה למול בנו (נכתבו, קרוב לוודאי, באשכנז. ראה **לעיל**, הערה 46); שו"ת תרומת הדשן (אשכנז, המאה ה-15), סי' שיא - כחיזוק להתחייבות להחלפת נכסים בין שנים; שו"ת מהרי"י ברונא (אשכנז, המאה ה-15), סי' רסב, ירושלים תשל"ג, עמ' קפ - נדר ליתן לחברו מתנה שנעשה בתקיעת כף; שם, סי' רסג - אשה שנתנה תקיעת כף לשדכן לינשא לפלוני; ועוד.

הפוסקים בספרד בתקופה זו, וגם מאוחר יותר, אינם רואים בתקיעת כף משום שבועה.¹³⁴ על תקיעת כף כדרך קניין - במכר מטלטלין¹³⁵ ובהתחייבות¹³⁶ - אנו מתחילים לשמוע בספרד ובצפון אפריקה רק מאוחר יותר, במאה ה-14.

בדיקה העלתה,¹³⁷ כי מספר התשובות מתקופת הראשונים שבהן מצויה עדות על מנהג חי - להבדיל מקביעה הלכתית תיאורטית - לבצע מקח וממכר בתקיעת כף, אינו רב.¹³⁸ לעומת זאת, תקיעת כף כאמצעי לחיזוק התחייבויות מסוגים שונים, מתועדת בתקופת הראשונים בתשובות רבות למדי.¹³⁹

עוד יצויין, כי אין בידינו כל עדות על כך שתקיעת כף שימשה בתקופת הראשונים כדרך קניין גם במכר מקרקעין.¹⁴⁰ להלן נראה, כי גם בתקופת האחרונים לא מצאנו ולו מקור אחד המעיד, כי נהגו לקנות מקרקעין בתקיעת כף; כמה מקורות מתקופת האחרונים אף

¹³⁴ שו"ת הרשב"א (ספרד, מחצית שניה של המאה ה-13), ח"ה, סי' סז: "אבל להיותו כשבועה לא שמענו... ואפי' רצה לחזור בו, אין בו זולתי דיבור, ותקיעת כף אפילו מחוסרי אמנה ליכא"; ח"ז, סי' תקלז; שו"ת התשב"ץ (ספרד-אלג'יר, מאות 14-15), ח"ב, סי' קמא. חכם שעבר במקומו של השואל פסק שת"כ כשבועה. הרשב"ץ כותב: "אבל אין לכל זה זכר בתלמוד", ופוסק כרשב"א, שת"כ אינה כשבועה. כך הוא פוסק גם בשו"ת התשב"ץ, ח"א, סי' צד (לעמבערג תרנ"א, דף לו, ע"א); וכך פוסק גם בנו בשו"ת רשב"ש, סי' תקצד.

¹³⁵ ראה: שו"ת הריב"ש (ספרד-אלג'יר, המאה ה-14), סי' תעח (לבוב, תקס"ה, דף קמט, ע"ב. בהוצאת מכון ירושלים, תשנ"ג, ח"ב, עמ' תשיב) - אם נהגו לעשות "שטרות ביד הנוטאריין... הרי הוא כקנין מן הדין", כבסוגיית סיטומתא. מצטט מתוך פסקי הרא"ש (לעיל, הערה 24) את דברי רבנו חיים ואת דברי הרא"ש המתייחסים אליהם (ובדומה בשו"ת הרא"ש, לעיל, הערה 132), ומוסיף: "וכבר נהגנו אנו פה, מכח הסכמת הקהל, שבכל ענין תועיל תקיעת כף כקנין סודרי" (יתכן שהשוואת תקיעת כף לקנין סודר שאובה משו"ת הרא"ש, שם). איננו יודעים למה בדיוק התכוון במילים "שבכל ענין", אך דומה שהכוונה למכר מטלטלין - כמתואר בדברי רבנו חיים והרא"ש שציטט - ואולי גם לחיזוק התחייבויות; בשו"ת רשב"ש (אלג'יר, המאה ה-15), סי' תקנז, מכון ירושלים, תשנ"ח: "עוד שאלת, אם תקיעת כף גומרת מקח וממכר כמו קנין חליפין". מן השאלה ניתן להסיק, אולי, כי במקומו של השואל קיים מנהג לגמור "מקח וממכר" - והכוונה, כנראה, למכר מטלטלין - בתקיעת כף.

¹³⁶ ראה: שו"ת תשב"ץ (ספרד-אלג'יר, מאות 14-15), ח"א, סי' צד - תנאי שקיבל חתן בכתובה; שם, ח"ב, סי' קמא - מתן רשות למנות מנהיג לציבור.

¹³⁷ הבדיקה נערכה באמצעות: מ' אלון, מפתח השו"ת של חכמי ספרד וצפון אפריקה - המפתח המשפטי; ב' ליפשיץ, א' שוחטמן, מפתח השו"ת של חכמי אשכנז, צרפת ואיטליה - המפתח המשפטי; תקליטור פרויקט השו"ת.

¹³⁸ ראה במקורות שצויינו לעיל, הערות 132 ו-135.

¹³⁹ ראה במקורות שצויינו לעיל, הערות 133 ו-136. וראה עוד להלן, עמ' 222.

¹⁴⁰ הספק בעניין זה נסוב, במיוחד, סביב שטר מכר של מקרקעין מפוסטאט, שיידון להלן, הפותח במילים: "מכירה זו הוצאה אל הפועל בתקיעת כף". קשה לדעת, האם תקיעת הכף שנעשתה שם שימשה כמעשה הקניין של מכר המקרקעין או שמא רק כחיזוק להתחייבויות שבשטר. ראה להלן, בסמוך להערה 163.

מעידים כי לא נהוג לבצע קניין - להבדיל מחיזוק התחייבות - במקרקעין בתקיעת כף. ניתן אפוא לשער, כי הסוחרים השתמשו בתקיעת כף כדרך קניין רק לצורך מכר סחורה מיטלטלת.

ההלכה שתקיעת כף משמעותה שבועה נדרשה על ידי רבנו תם מפסוק שבנביא,¹⁴¹ וסימוכין למשמעות זו של תקיעת הכף מצויים אולי כבר בתורה.¹⁴²

בתקופה זו אנו מוצאים מנהג לבצע קניין על ידי הכאה בכנף הבגד בידו של הקונה או על ידי אחיזה בה.^{143 144} יתכן, וזו רק השערה, כי הראשונים - במידה ואמנם הכירו את מנהגי הגאונים בנדון - הישוו בין המנהג מתקופת הגאונים של אחיזת היד בטלית בעת השבועה,¹⁴⁵

¹⁴¹ רבנו תם (צרפת המאה ה-12), המצוטט בתשובת ר"י, רואה בתקיעת כף כריתת ברית, החמורה אף משבועה. התשובה הובאה בתשובות מיימוניות, הפלאה, סי' ג; מרדכי, שבועות, סי' תשנז. ר"ת דרש זאת מפסוק המתייחס לברית בין צדקיהו למלך בבל: "ובזה אֶלָּה להפר ברית והנה נתן ידו וכל אֶלָּה עשה לא ימלט" (יחזקאל יז, יח). ר"י שם אומר, כי אמנם לא ברור מן הפסוק ומהתלמוד שאכן מדובר בתקיעת כף, אך מוסיף: "אפילו בלא שום פסוק, ואפילו לא היתה נחשבת ברית בימי הנביאים וגם לא בימי חכמי התלמוד - לנו היא נחשבת לברית, כיוון שקבעוה הדורות לברית, וגם רגילין לעשות במקום ברית יותר מעברת בין הבתרים" (תשובות מיימוניות, שם).

¹⁴² ביאלובלוצקי (לעיל, הערה 115) משער, כי לראיית תקיעת כף כשבועה נמצא סמך במקרא: "הרמתי ידי אל-ה' א-ל עליון קנה שמים וארץ. אם-מחוט ועד שרוך-נעל, ואם-אקח מכל-אשר-לך" (בראשית יד, כב-כג). והוא לשון שבועה (רש"י ואב"ע, שם), שמרים ידיו אל השמים. ניתן לציין פסוק נוסף: "כי-אשא אל-שמים ידי ואמרתי חי אנכי לעלם" (דברים לב, מ), שגם הוא לשון שבועה, שנשבע ה', כביכול, על ידי הרמת ידו (רש"י ורשב"ם, שם. אמנם, ברמב"ן שם פירש: "כי כל נשבע נושא ידו ונוגע בחפץ אשר הוא נשבע בו"). גם ממקומות נוספים במקרא עולה, כי לשבועה נתלוותה, כנראה, הרמת היד. וראה עוד: **אנציקלופדיה מקראית**, "שבועה", כרך ז, עמ' 486-487. והשווה לדברי ר"י בתשובה (תשובות מיימוניות, שם): "וגם מה שתקעת שתי ידיך לשמים, אם לשם ברית נתכוונת, כתקיעת כף לאדם - צריך אתה להחמיר בדבר שלא להתיר". יתכן, אפוא, כי "הרמת היד" ו"נשיאת היד" המקראיות סייעו לראות ב"תקיעת הכף" (=החזקת/לחיצת היד) אקט של שבועה.

¹⁴³ כך **באשכנז** במאות 13-15: ראה באגודה (לעיל, הערה 58), שנהגו לקנות על ידי ש"אדם מכה בסרבלו לתוך ידו של חבירו". וכך גם בתשובות של שני חכמים אשכנזים מן המאה ה-15. בשו"ת מהר"י ברונא (מהד' הרש"ר, ירושלים תשל"ג, סי' רנח, עמ' קעה): "והישראל נטל **כנף בגדו** והכהו ע"י הגוי לקיים המקח". ובשו"ת מהר"ם מינץ (מכון ירושלים, תשנ"א, סי' ה, עמ' טו), הדן באותו מקרה, מפורש שהקניין נעשה "**בסודר** שלו, שהכה בו בכף הק[ו]נה כדרך התגרי עושים". היה מקום אולי לחשוב, כי לשון "כנף בגדו" מכוונת דווקא לציצית שבכנף הטלית, אך בשו"ת מהר"ם מינץ שם מפורש, כי היתה זו דרך קניין שנהוגה אצל "תגרים גויים", וכך משמע גם מהאגודה, שם. על דרך קניין זו שומעים אנו גם **בספרד** במאה ה-13: "איש אחד אחז כנף מעילו של חברו, ואמר אני נוטל קנין שאהא חייב לאדון העיר כך וכך" (שו"ת הרשב"א, ח"א, סי' אלף יט, והמקבילה במיוחסות, סי' קא).

¹⁴⁴ את מנהג אחיזת הציציות כדרך קניין אנו מוצאים גם, הרבה אחר כך, במאות ה-19 וה-20 בבתי הכנסת בהודו ובקהילות בסלובקיה. ראה: שפרבר, **מנהגי ישראל**, ח"ב, עמ' רכז (תודה לידידי, מרדכי מאיר, על ההפניה).

¹⁴⁵ ראה תשובות הגאונים אסף (לעיל, הערה 124): "**ותפס** ראובן זה **טליתו** שעליו בקניין **ביד עצמו** ואמ' אם אני חוזר בי יש עלי כך וכך לעניים".

או של קניין סודר באמצעות טלית,¹⁴⁶ לבין תקיעת הכף שנהגה בזמנם, שנעשתה אף היא בצורה דומה, על ידי אחיזת הידיים זו בזו או על ידי הכאה בכנף הבגד בידו של חברו.¹⁴⁷ זיהוי כזה, במידה והיה, יכול היה להעניק יתר תוקף לראיית תקיעת הכף בין כשבועה ובין כדרך קניין.¹⁴⁸ אפשר, כי לכך נתכוון הרא"ש באומרו, לגבי מנהג הסוחרים לגמור המקח בתקיעת כף: "ואותו מעשה שעושין הוי במקום סודר".¹⁴⁹

כן יתכן, כי תקיעת הכף נתפסה בתחילה על ידי הראשונים - בדומה לאחיזה בטלית בתקופת הגאונים - כגומרת את הקניין מכוח ממד **השבועה** שבה. ברם, עם הזמן ניטשטשו הגבולות והחלו לזהות בין תקיעת הכף לבין מעשה הקניין גופו, עד שלבסוף נתפסה תקיעת הכף - הנעשית על ידי הסוחרים לקיום המקח - **כדרך קניין** גרידא, בלא שיתלווה אליה כל נופך של שבועה.¹⁵⁰ כך ודאי הוא המצב במאה ה-16, לפחות על פי עדותם של ר' יוסף קארו (ספרד-צפת)¹⁵¹ ור' יושע וולק כ"ץ (פולין).¹⁵² עם זאת, לצד שימושה כדרך קניין בלא ממד של שבועה, מוסיפה תקיעת הכף לתפקד גם כדרך לעשיית שבועה.¹⁵³

גם אם צדקו השערותינו, דומה כי להפיכתה של תקיעת הכף אצל ראשוני אשכנז וצרפת בימי הביניים לדרך קניין, כמו גם לדרך לעשיית שבועה, תרמה - קרוב לוודאי, במידה

¹⁴⁶ כפי שמצאנו ברס"ג, ראה **לעיל** בטקסט הסמוך להערה 128.

¹⁴⁷ השווה את דברי הגאון **(לעיל)**, הערה (145) - ולפיהם תפיסת הבגד ביד, שנעשית לשם קניין, מתפקדת כשבועה - לדברי האגודה **(לעיל)**, בסמוך להערה (58), וכן לעניין המתואר בשתי התשובות המקבילות של מהר"י ברונא ומהר"ם מינץ (צוטטו **לעיל**, הערה 143). אצל כל הראשונים הנ"ל משמשת פעולה דומה - הכאה בבגד (של המוכר) בידו של הקונה - כמעשה קניין.

¹⁴⁸ הרב י' וסרמן, "ביצוע קניין באינטרנט", **תחומין** יח (תשנ"ח), עמ' 250, מסיק מדברי הרא"ש בתשובה **(לעיל)**, הערה (26) ביחס לתקיעת כף - "ואותו מעשה שעושין הוי במקום סודר" - כי קנין בתקיעת כף "הוא התפתחות של קנין סודר". לא ברור לנו כי לכך נתכוון הרא"ש. דומה, שכוונתו היתה רק, כי תקיעת כף מהווה מעשה קניין חליפי, "במקום" הקניין המצוי והרגיל, קניין סודר. אנו, מכל מקום, מדברים על השוואה אפשרית שערכו הראשונים בין קניין 'סודר' לקניין ב'תקיעת כף', ולא על התפתחות הסטוריית של האחרון מתוך הראשון.

¹⁴⁹ שו"ת הרא"ש, צוטט **לעיל**, בסמוך להערה 26.

¹⁵⁰ תהליך דומה מתאר ליפשיץ, **אסמכתא**, עמ' 379-380, באשר לזהות שנוצרה בין עצם ההתחייבות לבין השבועה שבאה לחזקה.

¹⁵¹ ראה בית יוסף, יו"ד רלט, ה, ד"ה כתב מהר"ק: "ונראה דכל מה שאמרו שהיא שבועה אינו אלא בתוקע כף בדרך שבועה, אבל התוקע כף כדרך הסוחרים, שתוקעים כפם זה לזה לקיום המקח, וכמו... סיטומתא קניא, וכן הוא היום מנהג האומות באלו המקומות, נראה דכל כה"ג אין לה דין שבועה כלל". וכן פסק בשו"ע, שם, סעי' ב.

¹⁵² ראה פרישה, חו"מ, ס"י רא, ס"ק ב; סמ"ע, שם, ס"ק ה. כדברי הסמ"ע הנ"ל כתב גם בשו"ת נהרי אפרסמון, חו"מ, ס"י טו, ד"ה גם.

¹⁵³ ראה בית יוסף ופרישה, שם, ולהלן, הערה 176.

מכרעת - עובדת היותה מקובלת כדרך קניין וכאקט של שבועה במשפט הגרמני,¹⁵⁴ בצרפת ובפרובאנס, עובדה שעמדנו עליה כבר לעיל.¹⁵⁵

לפי המשפט הגרמני, תקיעת כף הינה "נדר שנעשה בשעת התחייבות".¹⁵⁶ יש מי שטוען, כי פרקטיקה זו התפתחה מצורתה הקדומה של השבועה, שהיתה נעשית תוך שילוב שתי הידיים זו בזו.¹⁵⁷ לאור מקורות הסטוריים עולה, כי לאקט הפורמלי של יצירת התחייבות באמצעות היד היו מספר צורות, וביניהן: מחווה ביד ימינו של המתחייב המושטת כלפי בעל חובו; תקיעת כף של השניים; הנחת כפות ידי שניהם, המוחזקות יחד, מעל

¹⁵⁴ פהר (לעיל, הערה 44), עמ' 318, משער כי מקורו של הקניין בתקיעת כף בהלכה היהודית נעוץ במשפט הגרמני הקדום. את הנחתו זו הוא מבסס על כך שמצאנו קניין זה בטור (חו"מ, סי' רא), ששאב את ידיעותיו מאביו הרא"ש, אשר צמח באשכנז, ואשר הושפע רבות מרבו, המהר"ם. הטור כתב את חיבורו, לדבריו, "כשהוא נתון תחת רושם חזק של המשפט הגרמני". ביאלובלוצקי, המביא את דבריו באנציקלופדיה יודאיקה (לעיל, הערה 115), מפקפק בהשערותו של פהר ביחס למקור הגרמני של תקיעת הכף, משום שהמהר"ם מרוטנבורג לא הזכירה.

ואכן, בחיפוש שערנו באמצעות תקליטור פרוייקט השו"ת מצאנו, כי תקיעת כף נזכרת עשרות פעמים בשו"ת המהר"ם, דפוס פראג, אך רק בהקשר של שבועה הנותנת תוקף להתחייבות, ואף לא פעם אחת כמעשה קניין עצמאי. ראה, למשל: שם, סי' לו - "נדר בתקיעת כף"; סי' תתקצו - "אבל יש לך לתקוע כפך... שלא תמכרהו לשום אדם כ"א (=כי אם) [לי], אם לא ירצו המצרנים" [וראה: ב' ליפשיץ, א' שוחטמן, מפתח השו"ת של חכמי אשכנז צרפת ואיטליה - המפתח המשפטי, עמ' 164, שכללו את התשובה האחרונה תחת הסיווג "קניין במכר - דרכי הקניין - תקיעת כף". אמנם, דעתנו היא כי מן התשובה עולה בבירור, כי תקיעת הכף המתוארת שם אינה עושה את המכר, אלא רק נותנת תוקף (של שבועה) להתחייבותו של ראובן (המוכר) כלפי לוי, שאם לא ירצו המצרנים לקנות את ביתו, הרי הוא מחוייב למוכרו ללוי. ברם, המכר ללוי לא בוצע בתקיעת הכף]. כך גם בקבצים האחרים של תשובות מהר"ם. ראה: שו"ת מהר"ם, מהד' בלאך, ברלין תרנ"א, סי' קסה, עמ' 216 - העברת החוב נעשתה במעמד שלושתן, ותקיעת הכף נעשתה כדי לחזק ההתחייבות בשבועה; דפ' לבוב, סי' ריט; דפ' קרימונה, סי' קפז - "ויש לו לקיים כל מה שנדר לו בתקיעת כף".

כן עלינו להעיר, כי דברי הטור ביחס לתקיעת כף מקורם בתשובת הרא"ש, כלל יב, ג, בשם רבנו חיים, שחי בפאזיס במאה ה-12 (צוטטה לעיל, בסמוך להערה 26). אין בדברי הטור הנ"ל, אפוא, כל ראייה למקורה הגרמני של דרך הקניין בתקיעת כף. מכל מקום, אין בכל האמור לעיל כדי להטיל ספק בכך, כי הקניין בתקיעת כף אכן מעוגן היטב במסורת המשפט הגרמני הקדום, כפי שצויין לעיל, הערה 44.

¹⁵⁵ ראה לעיל, עמ' 197-199. לא מן הנמנע שהמקור למוסד משפטי זה באירופה נעוץ בחוק הגרמני. כדברי סולוביצ'יק (לעיל, הערה 111, עמ' 5): "החוק הגרמני, שלא מדעת מקצת בעליו, היווה תכופות את התשתית של המערכת המשפטית האירופאית במאות הי"ב, ובכמה תחומים הוא שלט שליטה מוחלטת מהאלבה עד לפירינאים".

¹⁵⁶ ראה לעיל, בסמוך להערה 45.

¹⁵⁷ בריסו (לעיל, הערה 29), עמ' 496. היבנר (לעיל, הערה 30), עמ' 494-495, מציון, כי לפי רעיונות אריים פרימיטיביים היד מסמלת את האדם, כיוון שכוחו של האחרון גלום ביד שהיא "הכלי הנעלה שבכלים".

ראשיהם; ועוד.¹⁵⁸ הצורות השונות משתקפות גם בספרות ההלכה, בעיקר בתשובות, שמתקופת הראשונים.¹⁵⁹

תקיעת הכף, כמו גם מנהגי סוחרים אחרים, קיבלו את גיבוים ההלכתי בתקופת הראשונים על ידי סוגיית סיטומתא, כפי שנוכחנו בפרק זה וכפי שעוד נראה בפרק הבא.

בידינו עדות מעניינת לכך, כי במחצית הראשונה של המאה ה-12, השתמשו גם בפוסטאט שבמצרים¹⁶⁰ בתקיעת כף כדי ליתן תוקף למכר מקרקעין שנעשה בשטר. בגניזת קאהיר נמצאה טיוטה להכנת שטר מכר¹⁶¹ של בית מגורים,¹⁶² ובה פותח נוסח שטר המכר במילים הבאות (בתרגום מערבית): "The following sale was effected with one handclasp (=מכירה זו הוצאה אל הפועל בתקיעת כף).¹⁶³

ממשפט בודד זה, ומעיון בטופס השטר כולו, קשה לדעת האם תקיעת הכף שימשה במקרה זה כמעשה הקניין של עסקת המכר, ותפקיד השטר לא היה אלא לראיה; או שמא, לא באה תקיעת הכף אלא כדי לחזק את ההתחייבויות שבשטר, ומעשה הקניין נעשה על ידי שטר

¹⁵⁸ היבנר, שם.

¹⁵⁹ ראה, למשל, בתשובת הר"י (צרפת, המאה ה-12), שצוטטה לעיל, הערה 142, ובמקורות האשכנזיים מן המאות 13-15, שצוטטו לעיל, הערה 143.

¹⁶⁰ מצרים היתה במאה ה-11 השוק המרכזי של העולם היהודי ושל המסחר באגן הים התיכון. פוסטאט בתקופת החליפות הפאטמית היתה אחת הערים העשירות ביותר בעולם המוסלמי. ראה: כ" שמש, **קובץ מכתבי סוחרים מאוצר הגניזה הקהירית מן המאה הי"א**, עבודת מוסמך, אוניברסיטת תל אביב, תש"ן, עמ' 5-6. על הסחר הבינלאומי של סוחרים במצרים בתקופה זו, ראה שם, בהרחבה.

¹⁶¹ סימונו של המסמך: TS (Taylor-Schechter Collection) K25, f.284. המסמך המקורי נמצא כיום, יחד עם אוצרות רבים מן הגניזה, בספרייה של אוניברסיטת קיימברידג', והיתה לי הזדמנות לחזות בו בקיץ תשנ"ז, עת הוצג בתערוכה במוזיאון ישראל. המסמך, המתוארך לשנת 1130, פורסם על ידי ש"ד גויטיין במאמרו: "Geniza Documents on the Transfer and Inspection of Houses", *Revue de L'Occident Musulman et de la Méditerranée* 14, pp. 406-412.

¹⁶² העסקה המיועדת היתה למכירת חלק מן הבית, כמפורט בפתיחת המסמך: "6^{2/3} מתוך 24 חלקים". לדעת גויטיין (שם, עמ' 406), הקונה היה, ככל הנראה, קרוב משפחה שירש את יתר החלקים ואשר רצה לרכוש בעלות מלאה בבית. הבית שנמכר כלל מערך של שלושה מבנים, המתוארים לפרטיהם במסמך.

¹⁶³ המסמך המקורי כתוב בשפה הערבית באותיות עבריות, ומתורגם על ידי גויטיין, שם, לאנגלית (התרגום לעברית שלי - ר"ק). המסמך נכתב בכתב ידו של חלפון בן מנשה הלוי. חלפון היה אחד מדייני וסופרי בית הדין שבפוסטאט בראשית המאה ה-12, ושמו מופיע על מסמכים רבים שנמצאו בגניזה. על מסמכים משפטיים נוספים שנכתבו על ידו, ראה: G. Weiss, *Legal Documents Written by the Court Clerk, Halfon ben Manasse (dated 1100-1138), A Study in the Diplomatics of the Cairo Geniza*, Ph.D. Dissertation, University of Pennsylvania, 1970.

המכר גופו, או בדרכים אחרות - על ידי חזקה של הקונה במקרקעין או על ידי תשלום מחירם (הנקוב בשטר).¹⁶⁴

ואכן, כפי שכבר צויין לעיל, מעיון בתשובות רבות של הראשונים עולה, כי תקיעת הכף משמשת בתקופה זו גם לצורך חיזוק התחייבויות מסוגים שונים.¹⁶⁵ היותה ככזו נבע משתי הפונקציות שהיא ממלאת. מצד אחד, היא פועלת כמעשה קניין, שכן התחייבות זוקקת מעשה קניין. מצד שני, בחלק מן התשובות מבואר כי תקיעת הכף מהווה חיזוק להתחייבות מחמת היותה כנדר או כשבועה.¹⁶⁶

תקיעת הכף כדרך לחיזוק התחייבות, פעמים נעשתה לבדה¹⁶⁷ ופעמים נתלוותה למעשה קניין אחר שעשו הצדדים.¹⁶⁸ בכמה מקרים מצאנו, כי נערך שטר על העסקה ונרשם בו, כי בוצעה תקיעת כף - שהיא כנדר וכשבועה - לשם חיזוק ההתחייבויות הכתובות בשטר.¹⁶⁹ אמנם, מקרים מסוג זה אינם רבים. הסיבה לכך הינה, ככל הנראה, כי בטופסי השטרות, שהינם שמרניים מטבעם, נשתרש זה מכבר השימוש בקניין סודר לחיזוק ההתחייבויות שבשטר.¹⁷⁰ קניין סודר - לרבות הנוסח "וקנינא מיניה"¹⁷¹ - מצוי כבר

¹⁶⁴ אמנם, טרם מצאנו עדות ברורה לכך כי תקיעת כף שימשה כמעשה קניין במכר מקרקעין. ראה לעיל, עמ' 218-217, ולהלן, עמ' 224. ברם, אין בכך כדי לשלול אפשרות זו, ו"לא ראינו אינו ראייה".

¹⁶⁵ ראה לעיל, עמ' 217, ובהערה 139.

¹⁶⁶ ראה, למשל: שו"ת מהר"ם, דפ"י פראג, ס"י תתקצו; דפ"י ברלין, ס"י קסה, עמ' 216 - הקנאת החוב נעשתה על ידי מעמד שלושות, ותקיעות הכף שנעשו בין הצדדים השונים באות לשם חיזוק התחייבויות ביניהם, וכדברי המש"ב בהמשך "דתקיעת כף שבועה היא". וראה עוד במקורות שצויינו להלן, הערה 169.

¹⁶⁷ ראה במקורות שצויינו לעיל, הערה 133.

¹⁶⁸ ראה למשל: שו"ת מהר"ח אור זרוע (תלמיד המהר"ם, סוף המאה ה-13), ס"י רנא - "עברת על הפשרה שנדרת בתקיעת כף ובקבלת קניין". תקיעת הכף אינה מחליפה את מעשה הקניין (ככל הנראה, קניין סודר) על הפשרה, אלא רק מוסיפה ומחזקת את ההתחייבות על ידי נדר.

¹⁶⁹ ראה: שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפ"י ברלין, תרנ"א, עמ' 182, ס"י סט - נכתב שטר חוב, הלווה "תקע כפו [לערבין] לפדותם ולפצותם" על הפסדים שייגרמו להם, "ובשטר כתוב תקיעת כף". אמנם, לא נאמר שם במפורש כי תקיעת הכף הינה כשבועה, אך כאמור לעיל, הערה 154, תקיעת כף נזכרת בשו"ת מהר"ם תמיד במובן זה; שו"ת בעלי התוספות, ס"י צז (וגם היא תשובה למהר"ם מרוטנבורג) - זוג שהסדיר ירושת נכסיו בשטר "בקניין גמור ובעדים", אך גם "כתוב בשטר הקניין שיצחק ורבקה נדרו בתקיעת כף" שלא להפר את התנאים שסוכמו; ק' סיראט, "שטר-שידוכין בצרפת מן המאה הי"ד", תרביץ מג (תשל"ד), עמ' 204, שורה 82 - הסכמת הצדדים לדחיית מועד הנישואין ומתן תוקף מחודש לתנאים, "וקניין אתקיעת כף השבועה"; גם בשטרי הכתובה הנהוגים אצל בני ספרד מצויין שהחתן "נשבע שבועה חמורה בתקיעת כף" לקיים התחייבויותיו. מנהג זה נהג, ככל הנראה, כבר בימי הרמב"ם. ראה: הרב א"ח בר שלום, משפט הכתובה, כרך ב, בני ברק תשנ"ה, עמ' תסח-תצו.

¹⁷⁰ כך גם בשטרות בתקופת האחרונים. ראה דברי כסף הקדשים, להלן, בטקסט הסמוך להערה 182.

¹⁷¹ בבא בתרא קלו, ע"א; קנב, ע"ב.

בתלמוד.¹⁷² השימוש בקניין סודר לביצוע קניינים ולחיזוק התחייבויות קדם, קרוב לוודאי, למנהג להשתמש בתקיעת כף למטרות אלו, שהחל - או, לפחות, הפך לרווח - כאמור לעיל, רק בתקופת הראשונים. קניין סודר מכונה למן התלמוד ואילך "קניין" סתם,¹⁷³ בשל היותו נפוץ ועקב היותו פשוט לביצוע ומועיל במקרים רבים. תכונות אלו הביאו לכך שקניין סודר הוא הקניין אשר בו השתמשו, בדרך כלל, בשטרות מסוגים שונים. כך בשטרות מתקופת הגאונים,¹⁷⁴ וכך גם בקובצי שטרות מאוחרים יותר.¹⁷⁵

תקופת האחרונים

גם אצל האחרונים נזכרת תקיעת כף - בנוסף לשימושה כדרך לעשיית שבועה¹⁷⁶ - כדרך קניין נוהגת, הן במקח וממכר של מטלטלין¹⁷⁷ והן לשם חיזוק התחייבויות.¹⁷⁸ כמו

¹⁷² על קניין סודר בתקופת התלמוד, ראה בהרחבה: בן-פזי (לעיל, הערה 129), פרק ה.

¹⁷³ כך בתלמוד וכך בתקופה שאחר התלמוד. בתלמוד - "וקנינא מיניה", "שקנו מידו", וכד'. בתקופה שאחר התלמוד - ראה למשל: בן-ששון, "שרידי מספר העדות והשטרות לרס"ג", במקומות שצוינו בהערה הבאה; רס"ג בפירושו למשלי (צוטט לעיל, בסמוך להערה 121); רמב"ם, מכירה, ה, ה.

¹⁷⁴ ראה למשל: בן-ששון (לעיל, הערה 119), עמ' 195 - רס"ג קובע, כי בשטרות רבים יש בסופם "האחריות והנאמנות והקניין [במקור בערבית: "אלקנין"]". ה"קניין" (או "וקנו מננא", וכד') מצוי בחיבור זה בשטר חוב (שם, עמ' 196); בעסקאות במקרקעין - הן בשטר חלוקת קרקע בין אחים (שם, עמ' 204), והן בשטר מתנת בריא, הנותן דירה, בית או שדה (שם, עמ' 210-212); ובשטרות נוספים.

¹⁷⁵ ראה: א' גולאק, **אוצר השטרות הנהוגים בישראל**, ירושלים תרפ"ו; **ספר השטרות לר' יהודה בר' ברזילי הברצלוני**, מהדורת שז"ח האלברשטאם, ברלין [תרנ"ט]; י' ריבלין, **שטרי קהילת אליסאנה**, אוניברסיטת בר-אילן, רמת גן תשנ"ה; ר' שמואל הלוי, **נחלת שבעה**, ווארשא תרמ"ד.

¹⁷⁶ ראה: שולחן ערוך, יו"ד רלט, ב; רמ"א, חו"מ פא, כח. וכן בתשובות, ראה למשל: שו"ת כנסת יחזקאל, סי' ח.

¹⁷⁷ ראה, למשל: שו"ת רדב"ז, ח"א, סי' תנב: "אבל יש מנהג במדינה שקונין ע"י נתינת טבעת או נתינת משכון או תקיעת כף... הרי זה קניין גמור" - מן ההקשר ברור כי תקיעת הכף מתפקדת כדרך קניין ולא כשבועה. אמנם, קשה לקבוע על סמך האמור שם, אם מנהגים אלו נוהגים בזמנו ובמקומו של הרדב"ז; שו"ת חוט השני (לר' יאיר חיים בכרך, גרמניה, המאה ה-17), סי' ד - "התוקע כפו כדי לקיים המקח". המשיב פוסק שם, כי כל זמן שעסוקים באותו עניין חוזר בו, כמו בקניין סודר, ומשמע כי תקיעת כף נתפסת כדרך קניין ולא כשבועה; שו"ת כנסת יחזקאל (לר' יחזקאל קצנלבויגן, גרמניה, ראשית המאה ה-18), סי' יד, ד"ה ואודת - מכירת בהמה; שו"ת בית יהודה (לר' יהודה עייאש, אלגיר, המאה ה-18), מכוון בני יששכר, ירושלים תש"ן, ח"א, דיני מנהגי ארגי"ל (אלגיר), סי' כג, עמ' מ: "עוד יש מנהג בין הסוחרים בהרבה מקומות, וגם במקום זה, לקיים מקחם ע"י תקיעת כפיהם זה לזה", ומצייין לשו"ע, חו"מ רא (דין סיטומתא); כסף הקדשים (בוטשטשט, מאות 18-19), חו"מ רא, סע' א: "ותקיעת כף נהוג דהו"ל סיטומתא" - לגבי מטלטלין. ושם, בסוף הסע', הוסיף: "שאין זה מצוי לקנות סחורה שכבר מכרה המוכר בת"כ [=בתקיעת כף]... וכמדומה שגם **בדין אוה"ע** [=אומות העולם] ידונו ת"כ לקנין סיטומתא **במטלטלין קטנים** הנמכרים ביומא דשוקא"; שו"ת שם אריה (לר' אריה ליבוש ליפשיץ, מחוז וואלין, רוסיה, המאה ה-19), יו"ד, סי' מח - מכירת בהמה ב"האנטשלאק"; שו"ת שואל ומשיב (פולין, המאה ה-19), מהד' קמא, ח"א, סי' צא - כנ"ל; משכנות הרועים (לר' עוזיאל לחאייד, תוניס, המאה ה-19), מערכת תי,

בתקופת הראשונים, גם בתקופת האחרונים לא מצאנו עדות ברורה לכך שנהגו לבצע מעשה קניין - להבדיל מחיזוק התחייבויות - במכר מקרקעין, באמצעות תקיעת כף. יתר על כן, בכמה מקורות אף מצויין במפורש, כי דרך קניין זו נוהגת רק ביחס למטלטלין.¹⁷⁹

בהקשר זה ראויים לתשומת לב דבריו של ר' אברהם דוד ורמן (בוטשטשט, מאות 19-18).¹⁸⁰ הוא פוסק, כדעת חותנו,¹⁸¹ כי באופן עקרוני יש תחולה לדין סיטומתא גם במקרקעין, אך מוסיף: "ומצד שאין המנהג קבוע [במקרקעות] שיהי' [ה] הקנין בהחלט ע"י תקיעות כף, כי נוהגים לכתוב [שטר ובו] קנין סודר אקרקעות תמיד, ובאתרא דנהיגי למכתב שטרא אין כסף קונה [קרקע] - מכ"ש [=מכל שכן] (שלא יקנה אותה)"¹⁸². ביאור הדברים: אף שקניין סיטומתא מועיל באופן עקרוני במקרקעין, תקיעת כף הנעשית על מכר מקרקעין - לפי המנהג - אינה נחשבת כגומרת את המכר ("קנין בהחלט"¹⁸³). והטעם, היות ובמכר מקרקעין נהוג לכתוב שטר (ובו קניין סודר); וההלכה היא, כי במקום שנהגו לכתוב שטר, לא יקנו מקרקעין בקניין אחר - אף אם הוא קונה מן הדין - כל עוד לא נכתב שטר.¹⁸⁴

אות לד - מכירת מטלטלין; שו"ת דבר אברהם, ח"א, סי' א - מכירת בהמה. המקורות הללו עוסקים, קרוב לוודאי, רק במטלטלין.

¹⁷⁸ ראה, למשל: שו"ת שבות יעקב (פראג-גרמניה, מאות 17-18), ח"ג, סי' קנב; ספר יהושע - שו"ת פסקים וכתבים (לר' יהושע העשיל באב"ד, טרנופול, גליציה, מאות 18-19), ירושלים תשנ"א, שו"ת, סי' קיד, ד"ה נלע"ד - חלוקה בין שותפים; שו"ת נהרי אפרסמון (לר' יעקב טננבוים, הונגריה, המאה ה-19), חו"מ, סי' טו, ד"ה אודת - "שהיה לכם עסק דבורים בענין השותפת [=השותפות]... ותקעתם כפיכם זה לזה לחזק הקניין"; שו"ת מאמר מרדכי (לר' מרדכי זאב איטינגא, לבוב, המאה ה-19), סי' צ, ד"ה ועוד - שותפות, "דהאנדשלאק הוא קנין סתימתא כנודע"; הרב ז"נ גולדברג, [חסר מס' תיק] (ירושלים), פד"ר יד, 334, בעמ' 343 - תקיעת כף אחר חתימת חוזה הינה בגדר סיטומתא על ההתחייבויות שבחוזה. וראה גם להלן, הערה 193. כפי שצויין כבר לעיל, תקיעת כף מופיעה אצל האחרונים פעמים רבות בכינויים לועזיים, ודומה שהנפוץ שבהם הוא "האנדשלאק" (בצורות כתיב והגייה שונות). ראה לעיל, בסמוך להערה 47.

¹⁷⁹ ראה: משכנות הרועים, שם, מערכת תי"ו, אות כז: "ואני קבלתי מדייני קשישאי שקבלו...דלעולם לא נהגו לגמור הקנאת קרקעות ע"י תקיעת כפס זה לזה, אלא בכסף שטר וחזקה"; כסף הקדשים, יידון בסמוך. וראה עוד לעיל, הערה 177.

¹⁸⁰ כסף הקדשים, חו"מ רא, סעי' א.

¹⁸¹ חותנו, ר' צבי הירש קרא, היה אב"ד בבוטשאטשט, גליציה, מאות 18-19, ובעל שו"ת נטע שעשועים. ראה: וונדר, אנציקלופדיה לחכמי גליציה, ח"ב, עמ' 944-947.

¹⁸² ההוספות בסוגריים שלי - ר"ק. ראוי לציין, כי "כסף הקדשים" המצוי לפנינו בדפוס השולחן ערוך (החל מדפ' לעמבערג תרנ"ח) נדפס מכתב-יד, אך אין הוא החיבור בשלמותו. ראה: וונדר, שם, עמ' 960. עובדה זו מסבירה את אופיים הקצרני, ולעתים המקוטע, של חלק מן הדברים.

¹⁸³ והשווה לדבריו המובאים בסמוך: "לזאת איננו סטומתא בהחלט".

¹⁸⁴ ראה: קידושין כו, ע"א; שו"ע, חו"מ קצ, ז. דברים דומים הוא מביא בהמשך בשם חותנו: "שמעתי בשם הגאון מו"ח זללה"ה, שסטומתא ל"ש [=לא שידך] בקרקע באתרא דנהיגי למכתב שטרא".

בעל כסף הקדשים מביא ראיה נוספת לקביעתו האמורה: "וכעת ראיתי שהמנהג הוא פשוט, שעושים תקיעת כף על מקי[ח]¹⁸⁵ שישלק לזמן ההוא [את דמי המקח], ואח"כ פוטרים א"ע זמ"ז [=את עצמם זה מזה (מן העסקה)], ואין עושים ת"כ [=תקיעת כף] מחדש שיוחזר ויוקנה לבעליו הראשונים¹⁸⁶... לזאת איננו סיטומתא בהחלט". לו היתה תקיעת הכף מתפקדת כקניין סיטומתא, קרי: כמעשה קניין המעביר את הבעלות במקרקעין, היה נחוץ, עם ביטול העסקה, לבצע "תקיעת כף מחדש". שכן, לאחר שכבר בוצע מעשה קניין, לא ניתן להחזיר את הבעלות במקרקעין על ידי מחילה הדדית, אלא רק באמצעות מכר חוזר מן הקונה למקנה.¹⁸⁷ מן העובדה שלא נהגו לעשות כן מסיק רא"ד ורמון, כי תקיעת הכף הנהוגה במכר מקרקעין אינה בגדר קניין סיטומתא. מטרתה, אפוא, הינה אך לחיזוק ההתחייבויות שבעסקה.

מתשובותיהם של כמה מן האחרונים עולה בבירור, כי לא בכל מקום ולא בכל זמן נהגו הסוחרים לבצע קניין בתקיעת כף, אפילו במטלטלין.¹⁸⁸ כן עולה, כי היו מקומות שבהם לא נהגו לקנות בתקיעת כף לבד, אלא בצירוף לדרך קניין נוספת - כגון: מתן דמי קדימה,¹⁸⁹

¹⁸⁵ ניתן היה לפענח גם: מקי[רקעין], אך בדיקת דבריו בסעיף כולו מעלה, כי המונח "מקח" מופיע פעמים מספר, בעוד שמקרקעין מופיעים תמיד בכינוי "קרקעות". עם זאת, נראה כי דבריו כאן מתייחסים דווקא ל**מקרקעין** ולא למטלטלין, שכן במטלטלין - בניגוד לקרקעות - יש לתקיעת כף, לדעתו, דין סיטומתא (ראה **לעיל**, הערה 177). ראיה נוספת לדבר, קטע זה מצוי בין שני קטעים אחרים העוסקים במפורש בקרקע. אמנם, בשל אופיו של החיבור שלפנינו, ספק אם ניתן להסתמך על עובדה זו יתר על המידה. ראה **לעיל**, הערה 182.

¹⁸⁶ כאן הוא מוסיף ומחזק דבריו: "ולפעמים משלישם [צ"ל: משלישים] גם קנסים [=קנסות] ביניהם, ופוטרים א"ע, ואין עושים ת"כ מחדש".

¹⁸⁷ רמ"א, חו"מ קפט, א; סמ"ע, שם, ס"ק א.

¹⁸⁸ ראה, למשל: שו"ת שבות יעקב (לר' יעקב רישר, פראג-גרמניה, מאות 17-18), ח"ג, סי' קנב, המעיד כי בקהילת פראג נהגו לקנות בתקיעת כף, אך בקהילת מיץ לא נהגו כן; שו"ת כנסת יחזקאל (**לעיל**), הערה 177. גרמניה, ראשית המאה ה-18), "צו שלאק לא מהני בכל המדינה... אבל במדינות אילו [=קהילות אה"ו] קונה".

¹⁸⁹ ר' שלום מרדכי שברון (ברעזאן, גליציה, מאות 19-20), משפט שלום, סי' רא, א, ד"ה והנה מ"ש - אולי רק באשכנז נפסק שמועילה תקיעת כף בלא נתינת כסף, "כי שם כל הסוחרים מקיימים דיבורים, ובפרט בתקיעת כף... ולא ישנו את טעמם בשום אופן... אבל במדינתנו צ"ע אם יש להורות כן, כי אין המנהג... שיהיה תוקף כ"כ להתקיעת כף בלא כסף כללי". וראה עוד במקורות נוספים שצוינו **לעיל**, הערה 102.

כתיבת שטר/חוזה¹⁹⁰ ומתן מעות לשם קניית יין או שכר¹⁹¹ - או בצירוף לכמה דרכי קניין נוספות.¹⁹²

לסיום נציין, כי גם לדעת כמה מן הפוסקים והדיינים בזמננו, תקיעת כף, שנהגו לעשות בגמר עסקה, אינה נחשבת כיום לקניין אלא להתחייבות בעלמא.¹⁹³

¹⁹⁰ שו"ת נהרי אפרסמון, חו"מ, סי' טו, ד"ה לפ"ז וד"ה והנה - כותב, כי לא נהגו בזמננו לקנות שכירות אורנדה על ידי תקיעת כף לחוד אלא בצירוף שטר.

¹⁹¹ שו"ת חתם סופר, יו"ד, סי' שיד; שו"ת מהרש"ם, ח"א, סי' קצד, ד"ה ועוד עלה; שם, ח"ד, סי' קמד; שם, ח"ו, סי' כג. במנהג זה נדון בהרחבה להלן, עמ' 243-254.

¹⁹² שו"ת מהרש"ם, ח"ג, סי' שז - מכירת יי"ש שיסופק במשך ד' חודשים. הקונה "נתן חצי המעות, וגם עשו תק"כ [=תקיעת כף] ושליס צעטיל [=חוזה סופי (מילולית: סגור)]."

¹⁹³ כך מביא הרב ש"א שטרן (דיין בבי"ד בשכונת זכרון מאיר, בני ברק), "בדין חלות קניני בתים בזמנינו", **דברי משפט** א (תשנ"ו), עמ' שלח-שלט, בשם הרב משה שאול קליין, והסכים לדבריו; בשני פסקי דין נקבע, כי במקרה שניתן לפרש תקיעת כף כהסכמה על תנאי העסקה בלבד (ועדיין יש לשלם דמי קדימה ולחתום על החוזה) ולא כמעשה קניין במקרקעין, הרי שאין היא נחשבת למעשה קניין (ואף דין "מי שפרע" אין בה): תיק מס' 111-נג, פסקי דין - ירושלים, ב, עמ' לא, עמ' לו - הרב א"ד לוי. הוא מציין, כי לפי "ידיעה שהופיעה בעתון" קיים מנהג לקיים עסקה במקרקעין על ידי לחיצת יד, אך מטיל ספק בקיומו של "מנהג כזה בזמנינו". כך פוסק גם הרב ב' שרגא, שם, עמ' מב. הדיין השלישי, הרב ש' ביבס, לא כתב נימוקים משלו; תיק 268-נה, פסקי דין - ירושלים, ד, עמ' קלג, בעמ' קלז (הרכב זהה. פסק דין זה מפנה לקודמו).

פרשנות מרחיבה לסוגיית סיטומתא

מבוא

סוגיית סיטומתא נתפרשה על ידי הראשונים בשני אופנים. האופן הראשון, שבו עסקנו בפרק הקודם, הינו על ידי מתן **פרשנות ישירה** למונח "סיטומתא". מונח זה נתפרש על ידי רוב הראשונים כחותם.

לצד דרך זו נוקטים רבים מן הראשונים, ובעקבותיהם האחרונים, **בפרשנות מרחיבה**, ובה יעסוק פרק זה. פרשנות זו רואה ב"סיטומתא" בניין אב לכל מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין. לאור תפיסה זו מסתמכים חכמי ההלכה על דין סיטומתא לשם ביסוס תוקפם ההלכתי-משפטי של דרכי קניין שונות שנוהגות בזמנם ובמקומם ואשר אינן נזכרות במשנה ובתלמוד.¹

רבים מן הראשונים והאחרונים אווזים בפרשנות מרחיבה עוד יותר, ולפיה סוגיית סיטומתא מהווה מקור לביסוס תוקפם של מנהגי הסוחרים, לא רק בנושא **דרכי הקניין**, אלא בענייני **ממונות** בכלל.² על כמה מן המקורות בעניין זה נעמוד להלן בפרק זה ובמקומות נוספים בעבודתנו.³ עם זאת, עיקרו של פרק זה מוקדש למנהגים הקשורים לדיני הקניין, ובמיוחד - לדרכי הקניין.

¹ דרכי הקניין השונות אשר קיבלו את תוקפן על ידי הפוסקים (במיוחד האחרונים) על בסיס סוגיית סיטומתא, רבות הן. פרק זה יעסוק בכמה מהן, אך אין הוא מתיימר לדון בכלן.

² מדברי הרב ב"צ עוזיאל (שו"ת משפטי עזיאל, חו"מ, סי' כח, סעי' ח) משמע לכאורה כי דחה פרשנות מרחיבה זו. הוא קובע שם, כי אין ליתן תוקף הלכתי לדין המדינה ביחס להתיישנות חוב, הגם שדין זה נעשה למנהג המדינה - "ואין זה דומה למנהג שקבלו עליהם, שלא נאמר זה אלא בדרכי הקניין, כגון סיטומתא ומנהג הסוחרים, שעל פי המנהג גמרי ומקנו, אבל אין היתר לגזול מפני המנהג". ברם, מעיון נוסף עולה כי אין הרב עוזיאל חפץ לצמצם את דין סיטומתא ל"דרכי הקניין" בלבד. כוונתו היתה לקבוע, כי דין זה מבוסס על גמירות דעת הצדדים, ולפיכך לא ניתן להחיל מכוח המנהג את דין ההתיישנות, המנוגד לכוונת הצדדים שיש לפרוע את החוב.

³ ראה להלן, עמ' 228-231, ובהפניות שצויינו בהערות 20 ו-21.

1. הקביעה כי יש לתת לסוגיית סיטומתא פרשנות מרחיבה

בפרק הקודם ראינו את הפרשנות הישירה שניתנה לסוגייתנו. לשיטת הגאונים ורוב הראשונים, סיטומתא הינה חותם המוטבע על המקח, ולדעת רבנו חיים והמיוחס לריטב"א (אם אמנם נתכוונו בדבריהם לפרש את המונח סיטומתא ולא רק ליתן דוגמא לדין זה)⁴ - תקיעת כף.

מדברי הראשונים אנו למדים, כי שתי השיטות הנזכרות נחלקו לדעתם רק (אם בכלל) בפרשנות המלה "סיטומתא", ברם לפי שתיהן, הדין העולה מן הסוגיא אחד הוא: כל מי שגומר את המקח בדרך שבה נהגו הסוחרים שבאותו מקום לגמור מקחם - קנה. היינו, יש ליתן לסוגייתנו פרשנות מרחיבה, המתייחסת לדרכי הקניין הנהוגות בכלל ולא לקניין ה"סיטומתא" התלמודי לבדו.⁵

כך אמנם מסיק הרשב"א בחידושיו, הגם שאינו מבאר מהי סיטומתא: "ושמעין מינה, שהמנהג מבטל ההלכה וכל כיוצא בזה, שכל דבר שבממון על פי המנהג קונין ומקנין, היילך בכל דבר שנהגו התגרים לקנות - קונין".⁶

אצל הרשב"א בתשובה מוצאים אנו גישה רחבה עוד יותר בפרשנות הסוגיא. הרשב"א קובע כי יש תוקף למנהגי התגרים, ומתבסס על סוגייתנו: "וזו היא שאמרו... האי שיתומא קניא... וכן אתה דן בכל מקום במה שנהגו בממונות... שהמנהג מבטל הלכה".⁷ בעוד

⁴ ראה להלן, בסמוך להערה 72.

⁵ חלוקים אנו, אפוא, על דבריו של ב' כהן, הכותב: "היות ובכמה מדינות אירופאיות היה מנהג זה [של הטבעת חותם על החבית - ר"ק] בלתי מוכר, ניתנו על ידי פרשנים פרשנויות אחרות למונח סיטומתא, ששיקפו את מנהג הסוחרים בקהילותיהם" (ב' כהן, *Jewish and Roman Law*, New York, 1966, כרך ב, עמ' 553. התרגום מאנגלית שלי - ר"ק). לדעתנו, לא העדר קיומו של מנהג ה"סיטומתא" ההסטורי או חוסר ההיכרות עימו הביאו את הראשונים למתן הפרשנויות הנוספות, אלא התפיסה העקרונית כי יש ליתן לסוגיית סיטומתא פרשנות מרחיבה, כפי שנבאר להלן. עם זאת, אין לשלול את האפשרות שהצורך ליתן תוקף למנהגי מקומם הוא שהניע את הראשונים, או את חלקם, לבחור בפרשנות המרחיבה.

⁶ חידושי הרשב"א, ב"מ (הוצאת נשר, תשט"ז), עד, ע"א. בהתאם לפרשנות זו, ותוך הסתמכות על סוגייתנו, פוסק הרשב"א גם בשו"ת הרשב"א, ח"ג, סי' קלב (צוטט להלן, הערה 82).

⁷ שו"ת הרשב"א, ח"ב, סי' רסח. לשון השאלה: "מנהג, באיזה עניין ראוי להסמך עליו".

שבחידושו נשאר הרשב"א בד' אמותיה של הסוגיא ומסקנתו מצטמצמת במנהג הסוחרים בדרכי הקניין, הרי שבתשובה הוא מתייחס למנהגי ממון בכלל.⁸

מסקנה דומה לזו של הרשב"א בחידושו מסיק מסוגייתנו הרא"ש בפסקיו, אחרי שהביא את פירושי רש"י ורבנו חיים לסיטומתא:

וכל כיוצא בזה, דאיזה דבר שנהגו לגמור המקח, כגון במקום שנוהגים שנותן הלוקח מטבע אחד למוכר ובזה נגמר המקח - [הכל כמנהג המדינה לענין גמר המקח].⁹

על כך שדין סיטומתא מתייחס לכלל מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין עומד הרא"ש גם בכמה מתשובותיו.¹⁰ מדבריו באחת מהן עולה, כי אין הוא מצמצם את סוגייתנו לשאלת אופן מעשה הקניין, אלא מסיק ממנה גם לבעיות אחרות בדיני הקניין. לדעתו, ניתן להקנות דבר שלא בא לעולם ודבר שאינו ברשותו, במקום שנהגו כן, מכוח דין סיטומתא.¹¹

משתי תשובות נוספות אנו למדים כי הרא"ש, כמו הרשב"א, רואה בסוגיית סיטומתא מקור לתוקפם של מנהגי ממון בכלל, גם אם אינם קשורים לדיני הקניין. באחת מן

⁸ הבדל זה שבין החידושים לתשובות מובן, שכך היא, בדרך כלל, דרכם של פירושים וחידושים שהם נצמדים למשמעותה המקורית של הסוגיא, בעוד התשובות מטיבן מציבות בפני המשיב את מציאות החיים המגוונת, ומאפשרות לו, ופעמים רבות אף מזקיקות אותו, לצקת למונחים תלמודיים מוגדרים משמעויות רחבות יותר. אותו הבדל מצוי גם אצל הרא"ש בין פסקיו בסוגייתנו לבין חלק מתשובותיו. ראה בסמוך.

⁹ פסקי הרא"ש, ב"מ, פ"ה, סי' עב. דברים אלו מובאים, בשינויים קלים, בשו"ת הרא"ש (כלל יג, מהד' מכוון ירושלים, סי' כא, עמ' סח, בדפוסים - סי' כ. מצוטט להלן, בסמוך להערה 79) בשם הר"י, בתוספת משפט, שהסגרנוהו כאן בסוגריים מרובעים. גם שם באים דברים אלו כסיכום, לאחר הבאת פירושי רש"י ור"ח. כידוע, דרכו של הרא"ש בפסקיו להביא מדברי חכמים שונים, בעיקר חכמי אשכנז וצרפת, לעתים תוך קיצור והשמטה. פעמים רבות משלב הרא"ש מדבריהם בדברי עצמו, בלא להזכיר את מקור הדברים. ראה: אורבך, בעלי התוספות, עמ' 598-599; הרב ב"ז בנדיקט, "מקורות נרמזים בספרות הראשונים", **דברי הקונגרס העולמי השביעי למדעי היהדות**, ג, מחקרים בתלמוד, הלכה ומדרש, ירושלים תשמ"א, עמ' 187-188.

¹⁰ ראה: התשובה בכלל יג, שצויינה בהערה הקודמת; שו"ת הרא"ש, כלל צז, סוף סי' א: "כדאמרינן האי סיתומתא קניא, שכל קנין שנהגו לעשות כן סוחרי העיר - הוי קנין".

¹¹ ראה: שו"ת הרא"ש, כלל יג, שם. שאלת תוקפו של קניין סיטומתא בדבר שלא בא לעולם ובדבר שאינו ברשותו דורשת דיון נפרד, החורג ממסגרת חיבור זה. על פרשנות מרחיבה לדין סיטומתא מסתמך גם אחד מבעלי הדין בתשובה הנ"ל, שטוען בפני הרא"ש: "אין לנו לילך בחכירות הקהל אלא כפי מה שנהגו לעולם בחכירות, ובזה דבר ידוע שכן נהגו לפעמים רבות להניח [בשטר החכירה - ר"ק] השם חלק... **ובזו יש לנו לילך אחר המנהג**, כי הא... **האי סיטומתא קניא, ומורי נר"ו יודע הפירוש**" (שו"ת הרא"ש, שם, עמ' סג, ד"ה בר מדין).

התשובות דן הרא"ש במנהג שנהגו הערבים "לאכול על החוב"¹². מנהג זה - אשר לגביו נשאל כבר מורו הגדול של הרא"ש, המהר"ם מרוטנבורג, בכמה מקומות¹³ - מהותו: התחייבות של הערבים למלווה, שאם לא יפרע הלווה את חובו בזמן, יאכלו הם על חשבון הלווה, עד שיפרע הלה את חובו. מדובר באחד מאמצעי הלחץ לקיום התחייבויות שנהגו באירופה בימי הביניים, אשר פונה במשפט הגרמני: *Einlager*.¹⁴ הרא"ש קובע, על סמך סוגיית סיטומתא, כי היות ומדובר במנהג המדינה - "הלכך [יש] לילך אחר המנהג".

בתשובה אחרת נדרש הרא"ש למנהג, הנוגד את ההלכה, "שכל פרעון שאדם פורע לקניית בתים, כשנותן המעות ליד הסופר - שבזה הוי פרעון, והסופר נותן לו השטר מיד, אע"פ שעדיין לא בא המעות ליד המוכר". גם כאן פוסק הרא"ש, על סמך סוגייתנו, כי "מנהג זה מבטל ההלכה, מאחר שמנהג פשוט הוא בעיר"¹⁵.

גם בתשובה נוספת אנו מוצאים, כי הרא"ש מעניק תוקף ל"מנהג הסוחרים", אף שלא מדובר בדרכי קניין. הרא"ש פוסק שם, כי אם "מנהג הסוחרים למכור בהקפה", הרי שהדין עם השותף שמכר בהקפה, הגם שלא הותנה על כך במפורש בהסכם שבין השותפים.¹⁶ אמנם, הרא"ש אינו מזכיר את סוגיית סיטומתא, אך לאור האמור ברור כי דבריו שם משתלבים היטב עם דעתו ביחס לסוגייתנו.

כמה מן הראשונים מסתפקים בפרשנות ישירה למונח סיטומתא ואינם אומרים דבר ביחס לדרכי הקניין הנהוגות אצל הסוחרים באופן כללי.¹⁷ ברם, מסתבר לומר כי גם לדעת אותם ראשונים, "סיטומתא" שבתלמוד אינה אלא דוגמא מייצגת למנהגי הסוחרים בדרכי

¹² הובאה בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפי פראג, סי' תקלו = שו"ת בעלי התוספות, מהד' אייגוס, סי' קלד.

¹³ ראה: שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפי ברלין, תרנ"א, עמ' 182, סי' סט; דפי פראג, סי' פג.

¹⁴ על ה-*Einlager* ראה: G. Kisch, *The Jews in Medieval Germany - A Study of Their Legal and Social Status*², New York, 1970, p. 238. וראה עוד במקורות שצויינו, שם, עמ' 486, הערה 111 (תודתי נתונה לפרופ' אריק זימר על הליבון המשותף של הרקע הריאלי הנוגע לתשובה זו). על "ערב-לחץ" (לעומת "ערב שעבוד") בצרפת ובפרובאנס, ראה עוד: ח' סולוביצ'יק, "ערב בריבית", *ציון* לו (תשל"ב), במיוחד עמ' 2-6. על אמצעים נוספים לאכיפת חיובים כספיים שנהגו בתקופה זו, ראה: קיש, שם, עמ' 235 ואילך.

¹⁵ שו"ת הרא"ש, כלל צז, סי' א.

¹⁶ שם, כלל פט, סי' יד. כך בדיוק כבר פסק הגאון בתשובות הגאונים, הרכבי, סי' ריג (תשובה זו צוטטה לעיל, פרק א, עמ' 9, בסמוך להערה 13), אם כי הרא"ש, שם, אינו מציין לדברי מי מקודמו.

¹⁷ ראה, למשל, בדברי רש"י, רמב"ם, ראב"ד ומאירי ביחס לסוגיית סיטומתא. דבריהם צוטטו לעיל, עמ' 195-193.

הקניין; שהרי תוקפה כמעשה קניין מותנה, בסוגיא התלמודית, במנהג המקום,¹⁸ ומה לי נהגו לקנות בדרך זו או בדרך אחרת. חיזוק לאמור ניתן למצוא בעובדה, כי לא מצאנו בדברי מי מחכמי ההלכה, ראשונים ואחרונים כאחד - להוציא הרא"ה והריטב"א, שבשיטתם המיוחדת עסקנו בפרק הקודם¹⁹ - את הדעה הנגדית, היינו: כי דינו של רבא יפה רק לעניין "סיטומתא" ולא לעניין דרכי קניין אחרות.

פרשנות מרחיבה לדין סיטומתא מצויה גם אצל האחרונים, כפי שכבר הראינו לדעת לעיל,²⁰ וכפי שעוד נראה בפירוט להלן בפרק זה ובפרק הבא.²¹

2. הסתמכות על סוגיית סיטומתא לשם ביסוס תוקפם של מנהגים בענייני קניין

א. מנהגים ביחס לדרכי קניין שאינן נזכרות במשנה ובתלמוד

תקופת הראשונים

1. קניית סחורה על ידי מסירת מפתח

א. מסירת מפתח כדרך קניין של בית בתלמוד הבבלי והירושלמי

מסירת מפתח מופיעה כבר במקורות תנאיים ואמוראיים, ברם לא כדרך קניין של סחורה אלא של בית. על המנהג לקנות בית על ידי מסירת מפתח אנו שומעים מפי ראשוני האמוראים בארץ ישראל. בתלמוד הירושלמי מובאת מימרא של שמעון בר ווא²² בשם ר' יוחנן (ארץ ישראל, דור שני): "המוכר בית לחבירו, כיון שמסר לו מפתח - קנה".²³

¹⁸ "והלכתא... ובאתרא דנהיגו למקני [=ובמקום שנהגו לקנות] ממש - קנו" (ב"מ עד, ע"א). גם עדי הנוסח שאינם גורסים את המשפט "והלכתא... שפרע", גורסים את המשפט "ובאתרא". ראה לעיל עמ' 180.

¹⁹ ראה לעיל, עמ' 204-207.

²⁰ ביחס לכלל מנהגי ממון. ראה: המהרש"ך - לעיל, עמ' 93-94; בעל שו"ת גינת ורדים - לעיל, עמ' 90, הערה 383.

²¹ בעיקר ביחס לדרכי קניין שונות. לגבי מנהגי ממון בכלל - ראה במקורות שצויינו להלן, עמ' 299, הערה 56.

²² הוא ר' שמעון (או רב שמן) בר אבא, בן הדור ה-3 בארץ ישראל, שהיה תלמידו של ר' יוחנן. ראה: היימאן, **תולדות תנאים ואמוראים**, חלק ג, עמ' 1153; אלבק, **מבוא לתלמודים**, עמ' 268.

²³ ירושלמי, בבא בתרא, פ"ג ה"א, יג ע"ד. והמקבילה: שם, קידושין, פ"א ה"ד, ס ע"ב.

מפשטות לשונה של המימרא, וכן מן ההקשר בסוגיית הירושלמי, עולה בבירור, כי מסירת המפתח הינה דרך קניין לכל דבר, בדומה לחזקה במקרקעין, הנזכרת אף היא שם. יי-בן-פזי טוען, כי מסירת המפתח, כמו גם מסירת הדלי לשם קניית הבור - הנזכרת שם בסמוך לה - הינו, למעשה, קניין "מסירה" במקרקעין, הדומה במהותו לקניין "מסירה" שמצאנו בבהמה. עניינם המשותף של שני אלה: מסירת פריט שאינו מגוף החפץ הנקנה, ואשר מעיד על בעלות בחפץ, לידי הקונה.²⁴ לעומתו, ב' כהן רואה בדרכי הקניין שבירושלמי, ובכללן מסירת המפתח, פרשנות ליברלית של קניין "חזקה". לדעתו, פרשנות זו הינה חלק ממגמה, אשר הזיקה מצויים כבר בדברי תנאים, של מעבר מן התפיסה הפיזית של קניין חזקה לתפיסה סימבולית.²⁵

המימרא בדבר מסירת המפתח שהובאה בירושלמי בשם ר' יוחנן מובאת בתלמוד הבבלי,²⁶ בלשון זהה, מפי ר' יהושע בן לוי (ארץ ישראל, דור ראשון, היה אחד מרבותיו של ר' יוחנן).²⁷ ברם, הפרשנות שניתנת למימרא זו בבבלי על ידי סתמא דגמרא מוציאה אותה מידי פשוטה. לפי פרשנות זו, הבית נקנה בקניין חזקה, ומסירת המפתח משמשת לא כמעשה קניין אלא כתחליף להרשאת המוכר לקונה לקנות את שדהו ("לך חזק וקני"), הנחוצה בקניין חזקה. ואכן, כמה ראשונים הסיקו מסוגיא זו, כי בית אינו נקנה במסירת מפתח.²⁸

במקום אחר בתלמוד הבבלי מובאת על ידי רב נחמן בר יצחק (בבלי, דור רביעי) ברייתא הקובעת, כי העברת מפתחות מן המשכיר לשוכר מעבירה אל האחרון את האחריות

²⁴ על עניין זה ועל ההבדלים בין הבבלי והירושלמי בתפיסת קניין מסירה, ראה: יי-בן-פזי, **השתלשלות דרכי הקניין בקרקעות מסוף תקופת הבית השני ועד ראשית תקופת התלמוד לאור המקורות התלמודיים**, עבודת דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן, תשנ"ח, פרק ו, עמ' 202 ואילך.

²⁵ כהן (לעיל, הערה 5), עמ' 547-549. לדבריו, בתפיסתו המאוחרת, הסימבולית, דומה קניין חזקה ל-*Traditio* הרומי.

²⁶ ב"ק נא, ע"ב-גב, ע"א.

²⁷ ראה: היימאן, **תולדות תנאים ואמוראים**, "ר' יהושע בן לוי", כרך ב, עמ' 638; "ר' יוחנן", שם, עמ' 657. אלבק, **מבוא לתלמודים**, לא הזכיר בשני ערכים אלו שריב"ל היה רבו של ר' יוחנן, ברם כבר הוכח כי ר' יוחנן היה תלמידו של ריב"ל ובמשך הזמן הפך לבר פלוגתא שלו. ראה: ב"צ רוזנפלד, **ר' יהושע בן לוי - תולדותיו ופעלו הציבורי**, עבודת דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן, רמת גן, תשמ"ב, עמ' 272-296. וראה שם, עמ' 283, על ריבוי המימרות המשותפות לשניהם. תופעת חילוף שם בעלי המימרא בין הבבלי לירושלמי נפוצה היא, ועמדו עליה החוקרים. ראה למשל: ז' פרנקל, **מבוא הירושלמי**, ירושלים תשכ"ז, עמ' מ ואילך; ש"י פרידמן, **תלמוד ערוך - פרק השוכר את האומנין, הנוסח**, ניו יורק וירושלים תשנ"ז, עמ' 9-18, ובמקורות שצויינו שם.

²⁸ ראה: ר"י בתוספות, ב"ק נב, ע"א, ד"ה כיון, וב"ב נב, ע"ב, ד"ה נעל; רא"ש, ב"ק שם, פ"ה, ס"י ט.

לבדיקת חמץ.²⁹ גם בברייתא זו לא מפורש כי מסירת המפתח הינה דרך קניין, וניתן להסבירה כדין מיוחד בהלכות בדיקת חמץ, כפי שאכן פירשו רבים מן הראשונים.³⁰

כפי שנראה בהמשך, דרך הקניין במסירת מפתח מופיעה במשפט הרומי כבר בסוף המאה השנייה לספירה. על פי המקורות שבידינו שימשה דרך קניין זו לקניית סחורות, אך טרם מצאנו עדויות לכך כי שימשה גם לקניית בתים.

אם גם דרך הקניין של בית במסירת מפתח, המופיעה בתלמוד, מקורה במשפט הרומי, הרי שיש בכך, אולי, כדי להסביר את ההבדל שבין התלמודים בעניין זה.³¹ המימרא בדבר מכירת בית על ידי מסירת המפתח מקורה, כפי שראינו, באמוראים ארץ ישראלים מן הדורות הראשונים (ריב"ל, ר' יוחנן). אמוראי ארץ ישראל מכירים, כך ניתן להניח, מקרוב את המנהג הרומי לקנות במסירת המפתח, ודבריהם משקפים אפוא מנהג זה. כן מובן, כי התלמוד הירושלמי, תלמודה של ארץ ישראל, אינו רואה כל בעיה לקבל את מימרת ר' יוחנן דלעיל כפי שהיא.

לעומת זאת, בעלי הסוגיא בתלמוד הבבלי - אשר אינם מכירים, כנראה, דרך קניין זו - מתקשים לקבל את המימרא כמשמעה ומוציאים אותה מפשוטה.³² חיזוק להשערתנו אנו

²⁹ פסחים ד, ע"א: "תינא: המשכיר בית לחברו, אם עד שלא מסר לו מפתחות חל ארבעה עשר - על המשכיר לבדוק, ואם משמסר לו מפתחות חל ארבעה עשר - על השוכר לבדוק". רש"י ותוספות שם גורסים: "המפתח". ובכ"י מינכן: "מפתחו".

³⁰ הראשונים נחלקו בפירושה של ברייתא זו. רש"י (שם, ד"ה מסירת המפתח) כותב: "הוא קניין השכירות". גם הרשב"ם (ב"ב נג, ע"א, ד"ה והשתא קעיילי לה ברווחא) מבין את הברייתא בפסחים בדומה לרש"י, שמסירת המפתחות יוצרת את קניין השכירות, ומוסיף: "וה"ה [=הוא הדין] לגבי לקנותו". אך ר"י בתוספות (פסחים, שם, ד"ה אם) חולק על רש"י מכוח הגמרא ב"ק נב, ע"א; משם עולה, כאמור, כי מסירת מפתח היא רק כאמירת "לך חזק וקניי" (בשני מקומות נוספים חולק הר"י, באופן דומה, על רשב"ם הנ"ל. ראה לעיל, הערה 28). לדעת ר"י, זו הלכה מיוחדת בבדיקת חמץ, "דאותו שאין בידו מפתח, איך יכנס ויבדוק?". כדעת הר"י נקטו גם הרא"ש, הרמב"ן ור' ירוחם, כפי שציין הבית יוסף, חו"מ קצב, ה; וראה דבריו שם, רא, ב: "שכל הפוסקים חלוקים על הרשב"ם". ויש להוסיף לדבריו, שכן פסקו גם: הראב"ד בתשובה (מצוטטת להלן, בסמוך להערה 60); שו"ת הרשב"א, ח"ב, סי' ריט, ד"ה ועוד. כך נפסק בשולחן ערוך, חו"מ קצב, ב, וכך פסק גם הרמ"א, הן בדרכי משה הארוך שם, ס"ק ה, והן בשו"ת הרמ"א, סי' כ, מהד' זיו, עמ' קכט.

³¹ על כך שקיימת בנידוננו מחלוקת בין התלמודים עמד כבר הר"ן (קידושין, דפי הרי"ף ח, ע"א, ד"ה כיצד). וכן כתב גם מראה הפנים (ירושלמי, קידושין פ"א ה"ד, דף יד, ע"ב, ד"ה המוכר), בלא לציין לר"ן. וראה ב"ח, חו"מ קצב, ס"ק ה, שניסה ליישב בין התלמודים.

³² על התופעה שהתלמוד הבבלי מוציא לעתים דברי תנאים או דברי אמוראים ארץ ישראלים מפשוטם, מחמת המנהג או מציאות החיים השונים שבבבל, עמדו כבר חוקרים. נציין רק לדוגמא אחת, העוסקת בתפיסתו של התלמוד הבבלי, בהשוואה לזו של הירושלמי, את מעמד בית דין של בוררים. גם בעניין זה - כמו בנידוננו, לפי השערתנו - הושפע התלמוד הירושלמי, קרוב לוודאי, מן המשפט הרומי ומהמציאות בארץ ישראל. ראה: מ'

מוצאים בקושיות שמעלים בעלי הסוגיא בבבלי ביחס למימרא: "היכי דמי, אי בכספא - ליקני בכספא? אי בחזקה - ליקני בחזקה?". מקושיות אלו משמע, כי בעלי הסוגיא אינם מכירים את דרך הקניין במסירת מפתח, ולכן הם מנסים להסביר את המימרא על ידי אחת מדרכי הקניין במקרקעין המוכרות להם מן המשנה (כסף או חזקה).³⁴

גם הברייתא במסכת פסחים, לפי פירושה הפשוט,³⁵ משקפת, ככל הנראה, את המנהג הרומי - שהיה נהוג, כאמור, גם בארץ ישראל - לקנות במסירת מפתח.³⁶

הסבר דומה במידת מה לזה שהוצע לעיל ביחס לסוגיית הבבלי בבבא קמא (אם כי, בלא התייחסות למקבילה בירושלמי) מצאנו אצל המהרש"ל בים של שלמה.³⁷ דבריו שם הינם ביאור לדברי הראב"ה, המתייחסים להמשך הסוגיא, שם מובא בשם ר' ינאי: "המוכר עדר לחבירו, כיון שמסר לו משכוכית - קנה".³⁸ גם על מימרא זו, כקודמתה, מקשים בעלי הסוגיא,³⁹ ולבסוף מוציאים אותה מפשוטה ומבארים כי הקניין נעשה במשיכה, ומסירת המשכוכית אינה קניין אלא רק מעשה השקול לאמירת "לך משוך וקני".

סבתו, "בית דין של בוררים (סנהדרין ג, א-ג)", **ספר היוכל לרב מרדכי ברויאר**, כרך ב, עורך מ' בר-אשר, ירושלים תשנ"ב, עמ' 485-463. על שינויים בתלמוד הבבלי להלכות שהגיעו מארץ ישראל, הנובעים מהראליה השונה בשני המקומות, ראה עוד: ד' רוזנטל, "מסורות ארץ-ישראליות ודרכן לבבלי", **קתדרה** 92 (תשנ"ט), עמ' 44-36.

³³ אלבק, **דיני הממונות בתלמוד**, עמ' 153, משער אף הוא: "שכנראה בבבל לא נהגו לגמור את המקח במעשים הללו". אמנם, בשונה מדרכנו, אלבק אינו רואה בכך הוצאת המימרא מפשוטה.

³⁴ כהן (**לעיל**, הערה 5), עמ' 549-548, כותב בקשר לסוגיית הבבלי הנ"ל (בתרגום שלי מאנגלית): "אך הבבלים המאוחרים רואים חידוש זה [מסירת המפתח כדרך קניין של בית - ר"ק] כמהפכני מדי, ועומדים על כך שמסירה סימבולית זו אין לה כוח יותר מאשר הצהרת המוכר 'לך חזק וקני'. לדרכנו, לא המהפכנות והחדשנות שבמימרא עומדות בבסיס עמדתו של בעל הסוגיא, אלא זרותה של דרך קניין זו לעולמו הבבלי.

³⁵ כאמור, רש"י ורשב"ם אכן ביארו שמסירת המפתח יוצרת ממש את קניין השכירות, כפשוטה של הברייתא, ברם רוב הראשונים נחלקו עליהם. ראה **לעיל**, הערה 30.

³⁶ על דמיון והשפעות הדדיות שבין המשפט הרומי וההלכה היהודית, ראה במחקריו השונים של בועז כהן, שחלקם נאסף בחיבורו, הנזכר **לעיל**, הערה 5. וראה עוד: H. Sivan, "Rabbinics and Roman Law: Jewish-Gentile/Christian Marriage in Late Antiquity", *Revue des études Juives* 156 (1997), pp. 59-100, ובמקורות שציינה שם, עמ' 60, הערה 1 (תודה לד"ר בנציון רוזנפלד על ההפניה למאמר זה).

³⁷ ים של שלמה, ב"ק, פ"ה, ס"י לו.

³⁸ ב"ק נב, ע"א.

³⁹ שם: "ה"ד [=היכי דמי], אי במשיכה [קונה העדר] - ליקני במשיכה, אי במסירה - ליקני במסירה".

התלמוד ממשיך ושואל: "מאי משכוכית?" ומובאות שתי תשובות: "הכא [=כאן, בבבל] תרגמו: קרקשתא [יזוג שמקרקש בה לפני העדר והולך כולו אחריו. רש"י], ר' יעקב אומר: עיזא דאזלא בריש עדרא [=עז ההולכת בראש העדר (והעדר אחריה. רש"י)]. על כך כותב הראב"ה: "מהא שמעתא דעיזא שמעינ[ן], שהכל תלוי כמנהג [צ"ל: במנהג⁴⁰] קניית הסוחרים".⁴¹

המהרש"ל מסביר,⁴² כי הראב"ה דייק מכך שבסוגיא הובאו שתי פרשנויות שונות למילה "משכוכית". ומכאן:

אלא, בבבל היה המנהג לעשות עמו [=עם הקונה] הקניין כדי שימשוך אח"כ, אפילו שלא בפניו - בקרקשתא, ובאתרא אחריתי [=ובמקומו של ר' יעקב (כדי שימשוך אח"כ)] - בבהמה ההולכת בראש. ומה שמשכוכית לבד אינו קונה, היינו לפי שלא היה המנהג לקנות בו כל הקניין. ואין להקשות, מאי פריך תלמודא אי במשיכה כו', דילמא איירי [במקום] שנהגו בו [במסירת המשכוכית בלבד] לקנות ולגמור כל הקניין? דא"כ פשיטא, מאחר שנהגו - נהגו, כדאיתא... האי סיטומתא קני... ואם באו כל הנך אמוראי לאשמועינן דמנהג קונה, לא היה לפרש דליו או מפתח או משכוכית, אלא היה להם לאמר סתמא: בכל מה שנוהגים לגמור ולקנות המקח - הוא קונה.⁴³

המהרש"ל מבין אפוא, בדומה למה שהוצע על ידינו לעיל, כי בבבל לא נהגו לעשות קניין בדרכים הנזכרות במימרות האמוראים (בור במסירת דליו; בית במסירת מפתח; עדר במסירת משכוכית), ולפיכך ביארה סוגיית הבבלי מימרות אלו בהתאם למנהג שבבבל. ברם, בעוד שלדעתנו מוציאה סוגיית הבבלי את המימרות מפשרון, הרי שלדעת המהרש"ל זו היתה כוונתם המקורית של האמוראים. שכן, לו באו האמוראים להשמיענו אך זאת שקונים בהתאם למנהג, היה להם לנסח דבריהם בדרך של כלל ולא לתת שלוש דוגמאות פרטניות.

⁴⁰ כך במקבילות המצויינות בהערה הבאה.

⁴¹ כך על פי המובא בים של שלמה, לעיל, הערה 37 (ההוספות בסוגריים שלי - ר"ק). דברי ראב"ה אלו הובאו גם על ידי: מרדכי, ב"ק, ס"י נד (מהד' הלפרין, מכון ירושלים, תשנ"ב, עמ' סז); הגהות מיימוניות, מכירה, פ"ב, אות ג. על אותה סוגיא בדיוק נכתבו גם דברי הראב"ה (להלן, בסמוך להערה 53), המתייחסים לקניית סחורה במסירת מפתח (ובמרדכי, שם, הובאו דברי ראב"ה כאן ושם בזה אחר זה).

⁴² בתחילה תמה המהרש"ל על הראב"ה, שכן מסוגייתנו משמע לכאורה ההיפך, כי מסירת המשכוכית לבדה אינה קונה בדרך הנהוגה, "אלא בקניין גמור הנאמר בתלמוד", היינו: במשיכה או במסירה (כדינה של בהמה).

⁴³ ים של שלמה, שם.

דומה, שבחינת הסוגיא המקבילה בירושלמי, אשר אינה נזכרת כלל על ידי המהרש"ל בדבריו שם,⁴⁴ מפריכה את הסברו האמור.⁴⁵

באשר לדברי הראב"ה, נראה לנו כי יש להסבירם בדרך פשוטה יותר. הראב"ה הבין את שלוש המימרות האמוראיות לפי פירושן הפשוט. מכוח זה פסק, כי "הכל תלוי כמנהג... הסוחרים", ודחה להלכה את הפירוש שניתן למימרות אלו על ידי סתמא דגמרא. בדרך זו הלך כבר, כנראה, זקנו הראב"ן, כפי שנראה להלן,⁴⁶ ואך טבעי הוא שהראב"ה יצעד בעקבותיו.

ב. מסירת מפתח כדרך קניין של סחורה

אצל הראשונים באשכנז, החל משלהי המאה ה-11, אנו שומעים על מנהג הסוחרים לקנות **סחורה** במסירת מפתח. דרך קניין זו אינה מובאת על ידם כפרשנות מילולית ישירה למונח סיטומתא, אך היא מקבלת אצלם את ביסוסה ההלכתי על ידי מתן **פרשנות מרחיבה** לסוגיית סיטומתא.

את המנהג לקנות במסירת מפתח כדרך קניין של סחורה - להבדיל מבית - מוצאים אנו במקורותינו לראשונה, ככל הידוע לנו, אצל הראב"ן (ר' אליעזר בר' נתן, מראשוני בעלי התוספות באשכנז, מגנצא, מאות 11-12).⁴⁷ לפי המנהג המתואר על ידו היתה סחורה נקנית באמצעות מסירת מפתח החדר שבו היא מונחת וסגירתו במפתח על ידי הקונה:

ראובן שטען לשמעון: מכרת לי סחורה פלוני, ונתת לי המפתח שהסחורה מונחת בו, וסגרתי החדר במפתח כדי לקנות הסחורה, כמשפט הסוחרים שקונים בסגירת הסחורה. ושמעון משיבו: במה קנית סחורתי, לא במעות ולא במשיכה, ואני רוצה לחזור בי.

⁴⁴ "שימוש של המהרש"ל בירושלמי אינו משמעותי ודומיננטי". המהרש"ל מביא, אמנם, לעתים ראיות מן הירושלמי, אך סובר כי יש לסמוך עליו רק "במקום שאין הכרע בתלמוד [הבבלי - ר"ק]". ראה: מ' רפלד, **המהרש"ל ו"הים של שלמה"**, עבודת דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן, רמת גן תשנ"א, עמ' 199.

⁴⁵ ראה לעיל, בסמוך להערה 23, כי בירושלמי הובנו מימרות אלו כפשוטן.

⁴⁶ ראה להלן, הערה 49.

⁴⁷ על הראב"ן ראה: אורבך, **בעלי התוספות**, עמ' 173-184. הראב"ן הרבה לעסוק במנהגי עירו ובתנאי החיים בזמנו, ראה שם. על המקום המרכזי שתפסו יהודים בפיתוח הכלכלה באשכנז במאה ה-11 ועל הזכויות שהוענקו לסוחרים היהודים בתקופה זו, ראה: א' גרוסמן, **חכמי אשכנז הראשונים**,² ירושלים תשמ"ט, עמ' 9-10.

דין זה פסוק מיהא דאמר רב פפא... האי סיטומתא קניא... ה"נ כיון
דרגילו הסוחרים בכך, לקנות בהסגר המפתח, קנה ראובן.⁴⁸

הראב"ן מוסיף נימוק נוסף, המסתמך על דין מסירת המפתח בסוגיא בבבא קמא. אם
הבית של המוכר, הרי ש"במסירת המפתח [לקונה - ר"ק] כאילו הקנה לו את החדר לקנות בו
את הסחורה, שהרי בית נקנה במסירת מפתח, דאמר ריב"ל [ב"ק נ"א]: המוכר בית לחבירו,
כיון שמסר לו המפתח - קנה". נמצא, אפוא, שקניית בית במסירת מפתח הינה מכוח מימרת
ר' יהושע בן לוי;⁴⁹ וקניית מטלטלין המצויים בתוכו - מכוח קניית הבית אשר בו הם מונחים
(קניין חצר), או ישירות, מכוח מנהג הסוחרים, בקניין סיטומתא. הראב"ן מסיים באומרו:
"וכדין חדר כן נמי אם הסגירה [=סגר (את הסחורה)] בתוך תיבה".

גם במקום נוסף בחיבורו קובע הראב"ן על סמך דינו של ריב"ל, לעניין קניין שכירות
של בית: "ואפילו במסירת מפתח לחוד קנה לוי [=השוכר] הבית, וזכה ראובן בשכירות
[=בדמי השכירות]"⁵⁰.

כדעת הראב"ן פוסק גם נכדו, הראב"ה (ר' אליעזר ברי' יואל הלוי, מגנצא, מאות 13-
12). דברי הראב"ה הובאו על ידי בעל הגהות מיימוניות (ר' מאיר ברי' יקותיאל הכהן, תלמיד
המהר"ם מרוטנבורג, אשכנז, המאה ה-13) לגבי דין סיטומתא:

⁴⁸ ראב"ן, אבן העזר, ב"מ, סוף פרק איזהו נשך (ניו-יורק תשי"ח, רד, ע"ד). ובשינויים קלים, בשו"ת מהר"ם
מרוטנבורג, דפי פראג, סי' תשכט. הציטוט על פי ראב"ן.

⁴⁹ הראב"ן פוסק אפוא על פי מימרת ריב"ל, למרות שבעלי הסתמא דגמרא בסוגיית הבבלי שם מוציאים את
דבריו מפשוטם, ולדידם אין בית נקנה במסירת מפתח (ראה לעיל, בסמוך להערה 26). דומה, כי הראב"ן סובר
שיש לפסוק בסוגייתנו על פי מימרת ריב"ל כפשוטה, וכי אין להסתמך על דברי סתמא דגמרא המאוחרים.
אבתנה בין דברי אמוראים לדברי סתם התלמוד, ובכלל זה קביעה שאין לסמוך על דברי האחרונים, מצאנו כבר
אצל גאונים וראשונים, ובמקרים רבים אצל בעלי התוספות. ראה בעניין זה: ש"י פרידמן, "פרק האשה רבה
בבבלי בצירוף מבוא כללי על דרך חקר הסוגיא", מחקרים ומקורות א (תשל"ח), מבוא, עמ' 285-293. והשווה
לחידושי הרמב"ן (ע"ז מא, ע"א, ד"ה הא דאמר, מהד' שעוועל, עמ' קלט): "דלא דחינן מימרא בשקלא וטריא
דגמי, דזימנין טובא לא קיימי" (צוין על ידי ש' אברמסון, כללי התלמוד בדברי הרמב"ן, ירושלים תשל"א, עמ'
82).

יצוין, כי גם הרשב"ם (לעיל, הערה 30) פוסק כי בית נקנה במסירת מפתח. אמנם, הרשב"ם מסתמך על פרשנות
שלו לברייתא בפסחים ולא על הסוגיא בב"ק. ברם, יתכן כי דבריו מתבססים גם על מימרת ריב"ל הנ"ל, לפי
פירושה פשוטה, בדומה לראב"ן.

⁵⁰ ראב"ן, אבן העזר, ב"מ, פ"ב, ד"ה ראובן השכיר (ניו-יורק תשי"ח, קצח, ע"ג-ע"ד). ובשינויים קלים, בשו"ת
מהר"ם מרוטנבורג, דפי פראג, סי' תרעט, ובמרדכי, ב"ב, סי' תקכט. "ואפילו במסירת מפתח" - היינו: אף אם
טרם החזיק השוכר בבית. ראה שם.

ובזמן הזה שנהגו הסוחרים שמוסרים לקונה המפתח שסגורה בו הסחורה - קונה, בעניין [אולי צ"ל: כעין⁵¹] שכירות בית, שמסר לו המפתח - קנה.⁵² כך פסק ראב"ן. אביאסף.^{53 54}

שני הטעמים הנזכרים לעיל (המנהג, שכירות הבית) מובאים כאן במשפט אחד, עובדה שהביאה לאי בהירות בהבנת הדברים.⁵⁵ הדבר נובע, ככל הנראה, מהבאת דברי הראב"ה בקיצור יתר⁵⁶ או מחמת שיבוש.⁵⁷ ברור כי שני טעמים נפרדים לפנינו, המנהג ושכירות הבית, ממש כמו בדברי הראב"ן לעיל.

גם ר' ישראל מברונא (אשכנז, המאה ה-15) בתשובה פוסק, על סמך דברי הגהות מיימוניות, ביחס לשכירות קרקע: "אמנם אם היה מנהג פשוט בעיר למקני במסירת המפתח - לא מצי הדר ביה [השוכר - ר"ק]."⁵⁸ מדבריו שם לעיל ברור, כי במקום שקיים מנהג זה נקנית השכירות ממש.

⁵¹ כך בבית יוסף, חו"מ, ס"י רא, ד"ה ורבינו חננאל, המביא את דבריו. ואולי צ"ל: כעניין.

⁵² הדברים מבוססים, ככל הנראה, על הברייתא בפסחים ד, ע"א, שצוטטה לעיל, הערה 29.

⁵³ ביחס ל"אביאסף" קיימת אי בהירות בקרב החוקרים, האם הכוונה לספר נפרד שכתב הראב"ה ושלבד, או שמדובר בכינוי שני לספרו של הראב"ה, "אבי העזרי"י". ראה: א' אפטוביץ, **מבוא לספר ראב"ה**, ירושלים תרצ"ח, עמ' 122 ואילך; אורבך, **בעלי התוספות**, עמ' 386; הרב ש"י כהן, **ראב"ה**, כרך ד, ירושלים תשכ"ה, מבוא, עמ' 13-16. מכל מקום, דברי ראב"ה אלו אינם מצויים, ככל הידוע לנו, בספר הראב"ה שבידנו. הראב"ה, פסחים, ס"י תכו, רק מצטט את הברייתא הדנה במסירת המפתח לעניין חיוב בדיקת חמץ, וראב"ה למסכת ב"ק - אין בידנו (גם לא בכתב יד, כפי שמסר לי הרב דוד דבליצקי).

⁵⁴ הגהות מיימוניות, מכירה, מהד' פרנקל, פ"ז, ס"י ה. דברי ראב"ה אלו הובאו, בשינויים, גם על ידי: אור זרוע (ר' יצחק בר' משה מוינה, תלמיד הראב"ה), ב"מ, ס"י רלא; מרדכי (אשכנז, מאות 13-14), ב"ק, ס"י נד (מהד' הלפרין, מכון ירושלים, תשנ"ב, עמ' סז). המרדכי, כמו גם בעל הגהות מיימוניות, היו תלמידי המהר"ם, שהיה תלמידו של האור זרוע. דברי הגהות מיימוניות הובאו להלכה על ידי רמ"א, חו"מ רא, ב.

⁵⁵ ראה בית יוסף (**לעיל**, הערה 51), המביא את דברי הגהות מיימוניות, ומתקשה בהבנתם, שאם הבסיס לקניין הסחורה מכוח סיטומתא - "הדין דין אמת, אך לא ידענא מה ענין שכירות בית לכאן? וצריך עיון".

⁵⁶ כדרכו של בעל הגהות מיימוניות בהבאת דברי הראשונים. כדוגמא לדרך שבה הוא נוקט בהגהותיו, נשווה למקום השני שבו ציטט את דברי ראב"ה אלו - הל' מכירה, פ"א, אות ג. שם מובא רק הטעם השני, "דנקנית הסחורה אגב הבית כאילו שכר את מקומה". והסיבה ברורה; בפ"א הנושא הנדון ברמב"ם הוא מכירת בית על ידי מפתח (ב"ק נא, ע"ב), ולכן צוטט רק הטעם השני בראב"ה, המבסס את מכירת הסחורה על קניית הבית על ידי מסירת מפתח. לעומת זאת, בפ"ז, הל' ו, דן הרמב"ם בקניין סיטומתא, ולכן מצטט בעל הגהות מיימוניות גם את הטעם הראשון בראב"ה, הנסמך על מנהג הסוחרים, ומקצר בטעם השני, שאינו שייך לעניין הנדון.

⁵⁷ על השינויים והשיבושים שנעשו בהגהות מיימוניות, ראה: אורבך, **בעלי התוספות**, עמ' 554-557.

⁵⁸ שו"ת מהר"י ברונא, ס"י קע.

הראב"ד (ר' אברהם בן דוד מפושיקירא, פרובאנס, המאה ה-12) בתשובה - הגם שנחלק על המסקנה אשר אליה הגיע הראב"ן מן הסוגיא בבבא קמא⁵⁹ - קובע אף הוא כי יש למסירת מפתח תוקף מדין סיטומתא:

ומסירת מפתח לא קנה לפי הסוגיא של בבא קמא, לא לענין מקח
וממכר ולא לענין שכירות... ובאתרא דנהיגי למקנא לגמרי קני
כדאמרינן לענין סיטומתא.⁶⁰

בניגוד לחכמי אשכנז ופרובאנס שצויינו, מצאנו תשובה אנונימית המופיעה בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג,⁶¹ אשר בה פוסק המשיב, על סמך הסוגיא בבבא קמא הנ"ל, כי "מסירת מפתח גרידא לא קניא".⁶²

יושם אל לב, כי כל הראשונים המעידים על קיומו של מנהג סוחרים לקנות במסירת המפתח - ראב"ן, ראב"ה, אור זרוע, הגהות מיימוניות, מרדכי ומהר"י ברונא - הינם אשכנזים. ביחס לפרובאנס קשה לקבוע; מדברי הראב"ד בתשובה, שהובאו לעיל, משמע כי במקומו לא נהגו לקנות במסירת מפתח. כן ברור, כי הראב"ד מודע לקיומו של מנהג לקנות "לגמרי" במסירת מפתח. ברם, אין לדעת האם כוונתו למנהג הנוהג בפרובאנס או מחוצה לה. מכל מקום, לא מצאנו אף לא אחד מראשוני צרפת או ספרד, המעיד על מנהג דומה במקומו.⁶³

⁵⁹ הראב"ן פסק, כאמור, על סמך מימרת ריב"ל בסוגיא בב"ק שם, כי בית נקנה במסירת מפתח (ראה לעיל, הערה 49), בעוד שהראב"ד פוסק, על פי מסקנת הבבלי שם (ראה לעיל, בסמוך להערה 26), כי אין במסירת המפתח כשלעצמה משום דרך קניין.

⁶⁰ ראב"ד: תשובות ופסקים, מהד' הרב קאפח, ירושלים, תשכ"ד, סי' קטו = תמים דעים, סי' לד.

⁶¹ שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפ' פראג, סי' תתלה. השאלה עוסקת בראובן שקנה משמעון סחורה וקיבל ממנו את מפתח התיבה שבה מונחת הסחורה, וכעת רוצה ראובן לחזור בו.

⁶² מתשובה שכתב המהר"ם בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפ' ברלין, סי' קכג, מהד' בלאך, עמ' 202, לא ניתן להוכיח כי לדעת המהר"ם עצמו מסירת מפתח אינה קונה בית. מדובר בשנים שקיבלו מגויים את מפתחות הבית, פתחוהו, מדדו ונעלו. המהר"ם קובע שם, כי אף שבוצע קניין חזקה על ידם (בנעילת הדלת) - לא קנו, כי עדיין לא נפסקו דמי המכר, ולכן אין גמירות דעת. לאור קביעה זו, לא נדרש המהר"ם כלל לדון בשאלת תוקפה הקנייני של מסירת המפתח. כן יש להעיר על המהדיר בשו"ת מהר"י ברונא, סי' קע, ירושלים תשל"ג, עמ' קו, הכותב בהערה: "ומרדכי קטע בפ' חזקת הבתים, כתב מהר"ם ואפילו במסירה [צ"ל: במסירת] המפתח קנה הבית... (ההדגשה שלי - ר"ק). כוונתו למרדכי, ב"ב, סי' תקכט, ברם הדברים מופיעים במרדכי באופן אנונימי, ואינם משל המהר"ם אלא משל הראב"ן, כמצויין לעיל, הערה 50.

⁶³ החיפוש נערך על פי: מפתח השו"ת של חכמי ספרד וצפון אפריקה - המפתח המשפטי; מפתח השו"ת של חכמי אשכנז, צרפת ואיטליה - המפתח המשפטי; תקליטור פרוייקט השו"ת.

על מסירת מפתח כדרך קניין של מטלטלין המצויים במחסן שומעים אנו גם מפי כמה מן האחרונים, הן ביחס למכירת פרה מבכרת כדי לפוטרה מדין בכורה,⁶⁴ ובעיקר בקשר לנושא מכירת חמץ.⁶⁵ מדבריהם ניתן ללמוד, שלא כמתואר לעיל בדברי הראב"ן, כי קניין המטלטלין נעשה, על פי המנהג בזמנם ובמקומם, במסירת המפתח גרידא, וכי לא נדרשה פעולה נוספת של שימוש במפתח על ידי נעילת המחסן או פתיחתו. תיאור זה מתאים לעדויות שמצאנו במשפט הרומי, כפי שנראה בסמוך.

מקורה של דרך הקניין של סחורה באמצעות מסירת המפתח נעוץ ב- *Traditio Clavium*, דרך קניין שמופיעה במשפט הרומי בכמה מקורות, החל מסוף המאה השנייה.⁶⁶

המקור הראשון במשפט הרומי, אשר בו נזכרת דרך קניין זו, מובא בדייקסטה של יוסטיניאנוס בשם Papinianus (נפטר בשנת 212)⁶⁷:

כשמפתחות המחסן נמסרים, החזקה בסחורה נחשבת כמועברת, רק אם נמסרו המפתחות אצל המחסן.⁶⁸ הקונה הופך מיד להיות הבעלים וגם המחזיק, אף שטרם פתח את המחסן. במידה שווה, אם הסחורה

⁶⁴ שו"ת חתם סופר (פרשבורג, מאות 18-19), יו"ד, סי' שטז, ד"ה והנה כתב לי.

⁶⁵ ראה, למשל: שלי"ה (ר' ישעיה הלוי הורוביץ, פראג, מאות 16-17), מסי פסחים, תחילת פרק נר מצוה, ד"ה כשהייתי בח"ל בארץ רוסיא; נחלת שבעה (ר' שמואל בר' דוד הלוי, פולין, המאה ה-17), חלק השו"ת, סי' לג; ב"ח (ר' יואל סירקיש, פולין, מאות 16-17), חושן משפט, סי' רא, ס"ק ב: "ועכשיו נהגו במסירת מפתח"; שו"ת כנסת יחזקאל (ר' יחזקאל קצנלבוין, גרמניה, ראשית המאה ה-18), סי' יד, ד"ה ואודת; שו"ת חתם סופר, שם; שו"ת שערי צדק (ר' מנחם מנדל פאנט, דעש, טראנסילוואניה, המאה ה-19), או"ח, סי' ע. ראה גם ב"ח, אורח חיים, סי' תמח, ד"ה ומיהו; מקור חיים (ר' יאיר חיים בכרך), שם, סעי' ג, ד"ה מסירת מפתח; חק יעקב, שם, ס"ק יד. מקורות נוספים בנושא זה הובאו בשערי תשובה, שם, ס"ק ג.

⁶⁶ על הזיקה שבין מסירת המפתח במשפט הרומי ובמשפט העברי עמד כבר כהן (לעיל, הערה 5), עמ' 538-556, "Traditio Clavium in Jewish and Roman Law". כהן, שם, עמ' 539, מציין, כי מסירת המפתח כדרך קניין אינה מתועדת לא במשפט היווני הקדום ולא בפירוסיים היווניים-מצריים, וכי היא מופיעה לראשונה בדברי Papinianus, שיובאו להלן. וראה עוד: A. Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, בערך "Claves", עמ' 390.

⁶⁷ Aemilius Papinianus היה מגדולי חכמי המשפט הרומי בסוף המאה השנייה וראשית המאה שלישית. ראה עליו: י' פוקרובסקי, **תולדות המשפט הרומאי**, ירושלים תרפ"ה, עמ' 151-152; וביתר הרחבה: J. Macdonell, E. Manson, *Great Jurists of the World*, The Continental Legal History Series, Vol. II, New York, 1968, pp. 17-31.

⁶⁸ תירגמו "אצל המחסן" על פי המקור הלטיני: "apud horrea". וראה להלן, הערה 70.

לא היתה שייכת למוכר, ה-*usucapio* [=רכישת בעלות על ידי שימוש, חזקת שנים] מתחילה מיד.⁶⁹

ה-*Traditio* במשפט הרומי, לסוגיו השונים, הינו העברת בעלות על ידי מסירת החפץ עצמו, או השליטה בו, אל הקונה. מסירת המפתחות (*Traditio Clavium*) מעניקה לקונה את השליטה בחדר שבו מאוחסנים החפצים הנקנים, וכך הוא רוכש את הבעלות בהם.⁷⁰

כאמור לעיל, דרך קניין זו אינה מופיעה בתלמודים ביחס לסחורה. היא מגיעה אל חכמי אשכנז, קרוב לוודאי, ממנהג הסוחרים הגרמני, שהחל להתפתח במאה ה-11, ואשר אימץ אותה מן המשפט הרומי.⁷¹

2. קניין בתקיעת כף

כפי שראינו בפרק הקודם, רבנו חיים הכהן (פאריס, המאה ה-12) מבאר את סוגיית סיטומתא כמתייחסת לתקיעת כף. אמנם, הערנו שם כי לא ברור מדבריו, האם ראה בתקיעת כף פרשנות מילולית-ישירה למילה "סיטומתא", או שמא העניק לסוגיא פרשנות רחבה, ונקט תקיעת כף רק כדוגמא למנהג הסוחרים שבזמנו, המקבל את תוקפו ההלכתי מכוח דין סיטומתא.⁷² ספק דומה קיים גם ביחס לפירושו הזהה של המיוחס לריטב"א.⁷³

⁶⁹ *The Digest of Justinian*, eds. T. Mommsen, P. Krueger, A. Watson, University of Pennsylvania Press, 1985, 18.1.74, Vol. 2, p. 524 (התרגום מאנגלית שלי - ר"ק). למקורות נוספים במשפט הרומי, הדנים במסירת מפתח כדרך קניין של טובין, ראה: כהן (לעיל, הערה 5), עמ' 547-545; W. W. Buckland, *A Text-Book of Roman Law - from Augustus to Justinian*³, Cambridge, 1966, p. 227 (תודתי נתונה לפרופ' רנון קצוף על ההפניה לחיבור האחרון).

⁷⁰ אודות ה-*Traditio* וה-*Traditio Clavium*, ראה עוד: פוקרובסקי (לעיל, הערה 67), עמ' 234-233, 249; כהן (לעיל, הערה 5), עמ' 545-540; ש' איזנשטדט, **המשפט הרומאי, תולדותיו ותורתו**², חיפה תשכ"ב, עמ' 155-154; בוקלנד, **שם**, עמ' 226-232. בטקסט שצוטט על ידנו לעיל נאמר, כי האקט של מסירת המפתחות צריך להיעשות "אצל המחסן" שבו מצויה הסחורה [בוקלנד, **שם**, עמ' 227, בסמוך להערה 13, מציין כי כך עולה גם מטקסטים נוספים. ברם, בשני הטקסטים שצויינו בהערה שם לא נאמר במפורש כי מסירת המפתחות צריכה להיעשות בסמיכות מקום למחסן או לאסם]; היינו, יש באקט זה משום הענקת שליטה ממשית לקונה. אמנם, יתכן שבתקופה מאוחרת יותר הופכים ה-*Traditio* בכלל, ומסירת המפתח בפרט, להיות יותר סימליים ופחות ריאליים, ועל כן ניתן למסור את המפתח גם שלא בסמוך למחסן. ראה **שם**, עמ' 232, הערה 1.

⁷¹ כהן, **שם**, עמ' 551-552.

⁷² על דברי רבנו חיים ראה לעיל, עמ' 196-203.

⁷³ ראה לעיל, עמ' 201, הערה 54.

דברים ברורים יותר אנו שומעים מפי בעל ספר האגודה (פרנקפורט, מאות 13-14):

פר"ח מקום שנהגו לקנות סומכין על המנהג, מכאן יש פוסקין
במדינות האילו אם אדם מכה בסרבלו לתוך ידו של חברו שקורין
אופשל"ק... - שלא יוכל לחזור בו.⁷⁴

מדבריו בשם ר"ח - ככל הנראה, רבנו חיים⁷⁵ - עולה בבירור, כי הוא נותן לסוגיית
סיטומתא פרשנות מרחיבה, ולפיה "סומכין על המנהג" בדרכי הקניין. מכוח פרשנות זו
מעניק בעל האגודה בשם "יש פוסקין" תוקף למנהג לקנות ב"אופשל"ק [=תקיעת כף].⁷⁶

3. קניין על ידי נתינת מטבע - דמי קדימה

בפרק הקודם ראינו, כי הרא"ה והריטב"א מעניקים לסוגיית סיטומתא פרשנות
ישירה ומצמצמת, ולפיה מדובר בנתינת מטבע שאין עליה צורה על ידי הקונה. פרשנות זו
הושפעה, כך שיערנו, ממנהג הסוחרים בזמנם.⁷⁷

לעומתם, יש מן הראשונים שהעניקו לסוגיית סיטומתא פרשנות מרחיבה, ומכוחה
של זו - ולא מכוח פרשנות ישירה לסוגיא - נתנו תוקף למנהג הסוחרים לקנות על ידי מתן
מטבע. כך מביא הרא"ש בתשובה בשם הר"י (ר' יצחק מדנפירא, צרפת, המאה ה-12)⁷⁸:

ופסק ר"י ז"ל כיוצא באיזה דבר שנהגו לגמור המקח, כגון במקום
שנוהגים שנותן הלוקח מטבע אחד למוכר ובוזה נקנה המקח - הכל
כמנהג המדינה לענין גמר המקח.⁷⁹

כדברי ר"י אלו, בלא ציון מקורם, מביא הרא"ש להלכה אף בפסקיו לסוגיית
סיטומתא.⁸⁰ ראשונים נוספים שהעניקו תוקף למנהג לקנות בנתינת מטבע על סמך פרשנות

⁷⁴ ספר האגודה, בבא מציעא, פ"ה, סי' קט (מהד' בריזל, נזיקין, ירושלים תשנ"ב, עמ' סא). דברי האגודה הובאו
במלואם ונדונו לעיל, עמ' 201-202.

⁷⁵ ביחס לאפשרות כי מדובר בדברי רבנו חננאל, ראה שם.

⁷⁶ על המונח "אופשל"ק" ומונחים גרמניים מקבילים לתקיעת כף עמדנו לעיל, עמ' 198-199.

⁷⁷ על שיטתם המיוחדת של הרא"ה והריטב"א, ועל מנהג הסוחרים במדינות אירופה בימי הביניים לקנות
בנתינת מטבע, ראה בהרחבה לעיל, עמ' 204-210.

⁷⁸ על הר"י ראה: אורבך, בעלי התוספות, עמ' 227 ואילך. גם במקומות אחרים אנו מוצאים אצל הר"י
התחשבות בתנאי הזמן והמקום, ובכלל זה הסתמכות על המנהג. ראה שם, עמ' 240.

⁷⁹ שו"ת הרא"ש, כלל יג, סי' כ (מהד' מכון ירושלים, סי' כא, עמ' סח).

⁸⁰ מצוטט לעיל, בסמוך להערה 9.

מרחיבה לסוגיית סיטומתא, הינם: הר"ש משנץ (צרפת, מאות 12-13)⁸¹ והרשב"א (ספרד, המאה ה-13).⁸²

גם רבים מן האחרונים מעניקים תוקף למנהג לקנות על ידי מתן דמי קדימה מכוח דין סיטומתא. אמנם, יש מן האחרונים שפוסקים, לאור מנהג הסוחרים במקומם, כי מתן דמי קדימה לחוד אינו נחשב לקניין אלא אם כן מצטרף אליו מעשה קניין נוסף.⁸³

4. קניין על ידי אכילה או שתיית משקה חריף

א. וינקוף - *Winkouf*

דרך קניין זו נזכרת בתשובה שנדפסה בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג:

דין זה נשאל למורי, אדם הזכיר [צ"ל: השכיר⁸⁴] לחבירו לתת לו מזונות בג' זקוקי[ם] לשנה, ואכל עמו שבועים קודם התנאי, ולאחר שבועים עשו התנאי ואכלו ביניהם גפ [= (אכילה בשווי) ג' פשיטים⁸⁵] כמו שעושין וינקופא.⁸⁶ ולאחר כן חזר בו כמו שהתחיל לאכול,

⁸¹ הר"ש קובע בתשובה (מצוטטת ונדונה להלן, בסמוך להערה 250), על סמך סוגיית סיטומתא, כי "רוזמיני"ש [=מטבע] שנותנים בשעת שידוכים - קניא", היינו: מהווה קניין על הקנסות הקבועים בתנאי השידוכין.

⁸² בשו"ת הרשב"א, ח"ג, סי' קלב, פוסק הרשב"א ביחס לאדם שנשלח לקנות קרקע ונתן למוכר דינר זהב אחד: "אם המקום מקום שקונין קנין גמור בנתינת אותו פשוט, הדין עם ראובן [=המשלח]... וכאותה שאמרו בתספתא [ט"ס וצ"ל: בסיטומתא]: 'באתרא דנהיגי דקנו ממש - קני...'. על שיבוש סיטומתא ל"תספתא" בתשובה זו כבר העיר מ' אלון, מפתח השו"ת של חכמי ספרד וצפון אפריקה - מפתח המקורות, כרך א, מבוא, עמ' כג.

⁸³ מקורות רבים בעניין זה צוינו לעיל, עמ' 210-212.

⁸⁴ כן הוא בדפ' ראשון.

⁸⁵ בדפ' ראשון ובמהד' בלאך, במקום גפ: ג' פשיטים.

⁸⁶ ובהמשך: "וינקוף". על האות פ במילה "וינקופא" מופיע בכ"י אוקספורד הסימן ~, שבא לציין, ככל הנראה, כי מדובר במילה לועזית. בדפ' ראשון: "ווינקוף", ובהמשך: "ווינקוף". בדפוס הראשון נדפס לוח מלים לועזיות, אך מילה זו איננה. במהד' בלאך תיקן ל"לוינקוף", והוא מונח נרדף ל"וינקוף" (ראה על כך בנספח ב שבסוף פרק זה). אייגוס, שתירגם תשובה זו לאנגלית, תיקן מילה זו וכתב: "einkauf", שפירושה בגרמנית: קנייה. ראה: I. A. Agus, *Rabbi Meir of Rothenburg*, Vol. II, Philadelphia 1947, p. 592. גם בדברי הגאונים (מצוטט להלן, בטקסט הסמוך להערה 129), הביא מתשובת מהר"ם (שם: "סי' תי"ו"), אך נראה שהכוונה לתשובה דנן. ראה להלן, הערה 127, "דמה שנוהגין הסוחרים לשתות משקה הנקרא איינקוי"ף כשגומרין המקח... לאו קניין הוא כלל". ברם, לאור עדי הנוסח ברור כי אין צורך בתיקונים, וכי הגירסא היא: "וינקוף". וראה להלן ביאור מונח זה.

ואמ[ר]: איני רוצה ליהיות על התנאים. וחבירו הישיב: כבר אכלת ז' שבועות עמי וידעת התנאתי, וגם תיקנתי חדרים לצורכך וסברת וקבילית. **ורצו להבי'א** (ראיה) **מסיתומת'א**⁸⁷ באתר'א] דנהיגי למיקני קני, והישיב מורי דאינו דומה, **וינקוף** אינו דרך לקנות בו אלא גוים, והוי דברי'א] בעלמ'א] ויכול לחזור בו.⁸⁸

"ויינקוף" הוא קניין על ידי משתה משותף, קניין שנהג באירופה בימי הביניים. שמה של דרך קניין זו בגרמנית של ימי הביניים: וינקאוף - *Winkouf* (=מכר יין) או *Winkouf trinken* (=מכר בשתיית יין), מקורו במשתה היין שבו נהגו לציין את גמר המקח.⁸⁹

מן התשובה עולה, כי נהגו בגמר העסקה לעשות "אכילה" משותפת בשווי מסויים. היה מי שטען, מכוח סוגיית סיטומתא,⁹⁰ כי יש תוקף לקניין ה"וינקוף", אך המשיב ("מורי") - קרוב לוודאי, חכם מאשכנז או מצרפת במחצית השניה של המאה ה-13⁹¹ - דחה את דבריהם. ברם יודגש, הדחייה אינה נובעת, כך משמע, מהתנגדות עקרונית להחיל את סוגיית

⁸⁷ בדפי ראשון: "מסירותא", והוא משולל הבנה. ובלאך תיקן: "[מסיטומתא]".

⁸⁸ שו"ת המהר"ם, כ"י אוקספורד, ס"י פא (ההוספות בסוגריים שלי - ר"ק). תשובה זו מקבילה לשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפי פראג, מהד' בלאך, בודאפעסט תרנ"ה, ס"י תשל. בדפי פראג הראשון התשובה משובשת, כפי שמעיר בלאך, שם, בשולי התשובה. בלאך מציין כי הגיה על פי כ"י פראג. גם ההערות שנוספו לתשובה בסוגריים מרובעים הן שלו, על פי כ"י פראג (ראה, שם, בסוף ההקדמה). על דפוס פראג, ועל מהדורת בלאך בפרט, ראה: ש' עמנואל, "תשובות מהר"ם מרוטנבורג דפוס פראג", **תרביץ** נו (תשמ"ח), עמ' 559-597. הגירסא בכ"י אוקספורד הינה טובה, והיא מסייעת להבנת התשובה כולה (תודתי נתונה לד"ר שמחה עמנואל על סיועו ביחס לתשובה זו, וכן למכון לתצלומי כתבי-יד שליד הספרייה הלאומית האוניברסיטאית בירושלים). על פי כ"י אוקספורד ניתן להבחין, כי בדפוס הראשון יש דילוג מ"ואמר" עד "חדרים לצרכך". דילוג זה הוא שגרם לכל השיבושים במהד' בלאך ולקושי בהבנת רצף הדברים. הציטוט כאן, אפוא, הינו על פי כ"י אוקספורד.

⁸⁹ ראה: J. & W. Grimm, *Deutsches Wörterbuch*, בערך "Kauf", כרך ד, חלק ב, לייפציג 1877, עמ' 318-317 (תודתי נתונה לד"ר אריק זימר, על ההפניה למקור זה); J. Brissaud, *A History of French Private Law*; (trans. by R. Howell), New York, 1968, p. 494. וראה שם כינויים נוספים לדרך קניין זו.

⁹⁰ לא ניתן לדעת מלשון התשובה ("ורצו להבי'א] מסיתומת'א"), אם מדובר בטענה של המשכיר או אולי של דיינים שדנו בעניין קודם שהובא בפני המשיב.

⁹¹ עמנואל (לעיל, הערה 88), עמ' 587-588, מציין כי בחלקו השני של דפוס פראג (סימנים תרס-תתריח) נזכרים חכמים שונים בתואר 'מורי', וביניהם ניתן לזהות שלושה: הראב"ה, ר' שמואל ב"ר ברוך ור' ידידיה ב"ר ישראל. מסקנתו היא, "שעורך הקובץ היה בן-חוגו של ר' משה עזריאל הדרשן, ותלמידו של ר' ידידיה ב"ר ישראל". ר' ידידיה מנירנברג היה תלמיד-חבר של המהר"ם, והיה תלמיד אצל רבותיו של המהר"ם, ר' יחיאל מפאריס ור' שמואל מאיברא. פנה בשאלות למהר"ם והעריצו מאוד. נפטר בראשית המאה ה-14. ראה עליו: אורבך, **בעלי התוספות**, עמ' 566-570. אין בידינו, אפוא, לזהות מיהו "מורי" בתשובה הנדונה, אך לאור האמור קרוב לוודאי, כי מדובר בחכם מאשכנז או מצרפת במחצית השניה של המאה ה-13.

סיטומתא על דרכי הקניין הנהוגות. המשיב מסרב ליתן תוקף ל"וינקוף" משום שלדעתו זו דרך קניין אשר, באופן מעשי, "אינו דרך לקנות בו אלא גוים".

דרך קניין זו אנו פוגשים שוב באשכנז, כמאתיים שנה מאוחר יותר, בתשובה של המהר"ם מינץ (אשכנז, המאה ה-15), שנכתבה לר' זלמן לוי ציון, אחד מחכמי נירנברג. השואל דן בעניינו של יהודי בשם ר' אייזק כהן שלקח מגוי פרה מעוברת בחוב שהיה הגוי חייב לו. "ונמסר לו ע"י קניי[ה] שקו[ראים] (לייקוף) [ווינקוף]⁹² ד' פשוטי[ם], ולא משך הפרה מביתו של אותו גוי, ותכף היה מתיירא שמא נתיילדה הפרה, והלך ומכר הפרה עם עוברת באותו יום אל גויה אחרת בעד פשוט, ולקח הפשוט ממנה... ובכך ילדה הפרה את הזכר".⁹³ בהמשך הדברים מתבאר, כי גם מכירת הפרה מר' אייזק לגויה - שנעשתה בנתינת מטבע ("פשוט") על ידי הקונה - בוצעה על ידי קניין ווינקוף.⁹⁴

השואל, ר' זלמן, סבור כי ווינקוף הוא כקניין כסף, ותולה את תוקפו של הקניין במקרה הנדון במחלוקת הראשונים מהו הקניין המועיל בין ישראל וגוי, כסף או משיכה.

המהר"ם מינץ חולק על ר' זלמן וקובע, כי למכירה על ידי ווינקוף אין תוקף הלכתי לכל הדעות. במהלך דבריו אנו שומעים על מהותה של דרך קניין זו ועל אופן ביצועה:

דנתינה ווינקוף הוא דקנה בדיניה[ם] אינו מטעם כסף, רק הווינקוף שנתנו המוכר ולוקח להסררות ולאנשי וועד לגמור המקח, זהו כדי שיהיו עדות על המכיר[ה], ואותן מעות נותן מוכר כמו הלוקח, ויקנו עבורם שכר או יין לשתות ולפרסומי מילתא, ולהיות עדים על המכירה. וכן נמי בדיניהם, מי שמייחד עדים על מה שהוא, נותן מעות לעדים ואומר לעדים אתן לכם המעות כדי שתהא עדים, וקורים אותו בלי"א [=בלשון אשכנז] או"ר קרנ"ט. ה"נ [=הכי נמי] נתינה ווינקוף הוי כמו אתם עדים, וזה קנה בדיניהם, אע"ג דלא הוי רק דיבורא

⁹² בהמשך (שם, עמ' שצח) אנו מוצאים פעמיים "ליינקוף", והמהדיר מציע שוב לתקנם ל"ווינקוף". על המונח "לייקוף" וגילגוליו, ועל השאלה האמנם שיבוש המעתיק לפנינו, ראה בהרחבה בנספח ב שבסוף פרק זה.

⁹³ שו"ת מהר"ם מינץ, סי' פב, מהד' מכון ירושלים, תשנ"א, עמ' שצז-שצח (ההשלמות בסוגריים מרובעים שלי - ר"ק. הצעת התיקון של המילה "לייקוף" - של המהדיר, ר"ש דומב).

⁹⁴ ראה שם, עמ' שצח: "וקנה הפרה בחובו (בליינקוף) [בווינקוף] בלא משיכה... ובאותו אופן קנתה הגויה בעד הפשוט, ממנו".

בעלמא, נהי דמועיל וקנה מדבריהם. מ"מ [=מכל מקום] **בדינינו אין כלום**, ולא הוי אפי' [לו] רמז של מכירה, רק דיבור בעלמא.⁹⁵

ווינקו"ף - הנחשב לקניין "בדיניהם" של הגויים⁹⁶ - מתבצע, לפי דברי המהר"ם, על ידי שנותנים המוכר והקונה מעות, שווה בשווה, ל"סרסרות ולאנשי וועד" לשם גמר המקח. הללו קונים בכסף שקיבלו "שכר או יין" ושותים אותו, וכך מתפרסם דבר המכירה והם נעשים לעדים עליה.

דומה, כי מדברי המהר"ם מינץ עולה תיאור שונה של דרך הקניין ב"ויינקו"ף" מזה המצוי במכתבו של ר' זלמן. מדבריו של האחרון משמע, כי מדובר בנתינת מטבע, או כמה מטבעות, של **הקונה למוכר**.⁹⁷ מטבעות אלו, ניתן להניח, היוו "דמי קדימה"⁹⁸ או שימשו לקניית יין ושכר.⁹⁹ לעומת זאת, בדברי המהר"ם מינץ שהובאו לעיל מפורש, כי את מעות הווינקו"ף נותנים גם **המוכר** וגם **הלוקח** לאנשים אחרים. יצויין, כי הבדל זה אינו זוכה להתייחסות מפורשת על ידי מי משניהם.

הרקע הריאלי-הסטורי של מנהג ה-*Winkouf* יש בו כדי להאיר באור חדש את התשובה שאנו עוסקים בה ולסייע בהבנתה. ממקורות הסטוריים אנו יודעים, כי דרך קניין זו נהגה בימי הביניים בוריאציות שונות, הן באשר לאופן חלוקת נטל המימון של "דמי השתייה" בין הקונה למוכר,¹⁰⁰ והן באשר לזהות אלו שנטלו חלק בשתייה.¹⁰¹ אין זה מפליא, אם כן, ששנים מחכמי אשכנז במאה ה-15 מתארים את דרך הקניין ב"ויינקו"ף" כל אחד בדרך אחרת.

⁹⁵ שם, עמ' תג (ההוספות בסוגריים שלי - ר"ק).

⁹⁶ על הידיעות של חכמי אשכנז במאה ה-15, ובהם המהר"ם מינץ, על המשפט הגרמני, ראה: י"א דינרי, **חכמי אשכנז בשלהי ימי-הביניים**, ירושלים תשמ"ד, עמ' 140-141.

⁹⁷ ראה **לעיל**, בטקסט הסמוך להערה 93, כי אייזק קנה הפרה מבעל חובו בנתינת ד' פשוטים, והגויה קנתה ממנו - בנתינת פשוט אחד. ובהמשך שם: "ואחר הלידה למחר הלך וקנה מן אותה גויה [בחזרה - ר"ק] בעד ב' פשוטים את הפרה ואת הוולד".

⁹⁸ המונח "לייקופ" שימש גם ככינוי לדמי קדימה. ראה להלן.

⁹⁹ השווה לאמור בהדר זקנים (**להלן**, הערה 139): "ונותנים פשוט או שנים ליין". מן האמור שם קשה להסיק, מי נותן את ה"פשוט" (הקונה, המוכר או שניהם יחדו).

¹⁰⁰ מן המנהג המתואר בדברי המהר"ם מינץ לעיל עולה, כי המוכר והקונה נתנו סכום שווה ("ואותן מעות נותן מוכר כמו הלוקח"). ברם, בריסו (**לעיל**, הערה 89), הערה 2, מציין כי היו מקומות שבהם נהגו, ששליש מן הסכום משלם המוכר, ושני שלישים - הקונה.

¹⁰¹ מן התשובה בשו"ת המהר"ם מרוטנבורג לעיל עולה, כי הצדדים לעסקה הם האוכלים; מדברי המהר"ם מינץ לעיל משמע, כי רק העדים למכירה שותים; ברם, במקורות אחרים אנו מוצאים, כי הצדדים לעסקה

זאת ועוד, השוני הנ"ל בתיאורים גם מסביר גם את הפלוגתא ההלכתית שבין השניים באשר למעמדו של קניין "ויינקוף". ר' זלמן, המדבר על נתינת כסף מקונה למוכר, טוען בצדק כי ויינקוף "הוא כמו קניין כסף".¹⁰² ברם, המהר"ם מינץ מכיר וריאציה אחרת של ה"ויינקוף", ולפיה הכסף אינו עובר כלל מן הקונה למוכר, אלא משניהם יחד אל העדים לעסקת המכר. לאור מציאות זו חולק המהר"ם על ר' זלמן וטוען בדין, כי "נתינה ויינקוף... אינו מטעם [קניין] כסף".¹⁰³ שני הצדדים במחלוקת זו צודקים אפוא מצד הסברא, אלא שכל אחד מהם מתייחס ל"ויינקוף" מסוג שונה!

עוד יש להעיר, כי המונח "ויינקוף" המתואר בתשובה אשר בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, שנדונה לעיל, נראה כשונה משני "עמיתיו" אשר בשו"ת מהר"ם מינץ. מן התשובה הראשונה משמע, כי "ויינקוף" היא **האכילה המשותפת** של הצדדים.¹⁰⁴ משו"ת מהר"ם מינץ, לעומת זאת, עולה כי "ויינקוף" הינו כינוי ל**נתינת הכסף**¹⁰⁵ (מקונה למוכר או משניהם יחד לעדים) ולא לסעודה ולמשתה הנעשים בכסף זה.

ההבדלים האמורים מעידים שוב על דרכי קניין שונות זו מזו באופן ביצוען, אשר נקראו כולן בשם אחד: "ויינקוף". ואכן, מעיון במילונים ובמקורות הסטוריים נוספים מימי הביניים אנו למדים, כי המונח *Leikauf* - שהינו מונח נרדף ל"ויינקוף" - שימש בכל המשמעויות השונות שנזכרו לעיל: משתה משותף של הצדדים לעסקה (וגם שמו של המשקה ששתו במהלכו); נתינת כסף המיועד לקניית המשקה למשתה; ודמי קדימה, הניתנים למוכר על ידי הקונה.¹⁰⁶

והעדים שותים יחדו. ראה: האחים גרים ובריסו, **לעיל**, הערה 89. בסעיף הבא נראה, כי במקורות הלכתיים במאות ה-18 וה-19 אנו מוצאים וריאציות נוספות לדרך קניין זו: המוכר והקונה (ולא העדים) שותים; רק הקונה שותה.

¹⁰² שם, עמ' שצח.

¹⁰³ ראה בדבריו המצוטטים לעיל.

¹⁰⁴ "ואכלו ביניהם גפ [=ג' פשיטים] כמו שעושיין וינקופא" (**לעיל**, בסמוך להערה 86).

¹⁰⁵ ראה בדברי ר' זלמן (**לעיל**, הערה 93), שה"קניינה" נעשתה בוויינקוף על ידי נתינת "פשוט", אחד או יותר (לפי המתואר שם, הקניין בוצע בדרך זו שלוש פעמים). והשווה לדברי המהר"ם מינץ (**שם**, עמ' תג), המדבר על "נתינה [של] ויינקוף" (שלוש פעמים). יתכן, כי "ויינקוף" אצל המהר"ם, בשונה מר' זלמן, משמש ככינוי לכסף הניתן עצמו ולא לפעולת נתינתו. והשווה לאמור בסמוך, ביחס למונח *Leikauf*, **ולהלן**, בטקסט הסמוך להערה 328.

¹⁰⁶ על המונח *Leikauf* ומשמעותיו השונות ראה בנספח ב לפרק זה.

ב. מאהריט"ש

את מנהג הסוחרים לגמור עסקה על ידי שתיית משקה חריף מוצאים אנו שוב בגליציה ובפולין, למן ראשית המאה ה-18 ועד סוף המאה ה-19. מנהג זה מכונה בשם "מֶאָהָרִיט"ש" (בפי דוברי רוסית: מֶאָגְרִיטש), מונח שפירושו באוקראינית המונית (שבפי העם) עד היום: משקה חריף.¹⁰⁷ כפי שניזכר להלן, שתיית ה"מאהריט"ש" הינה טקס הנעשה בגמר העסקה. נתינת ה"מאהריט"ש" היתה נעשית, לעתים, בצירוף לתקיעת כף¹⁰⁸ או למתן דמי קדימה.¹⁰⁹

הפרקטיקה של ה"מאהריט"ש" היתה מתבצעת בכמה אופנים שונים, וביניהם: **בנתינת המשקה החריף עצמו** - לקונה, לבעל המלאכה וכד' - או באמצעות **שתייתו** על ידי שני הצדדים לעסקה, בצוותא. ר' צבי הירש ברי' עזריאל (אב"ד באליק ולובלין, פולין, מאות 18-17)¹¹⁰ כותב בחיבורו עטרת צבי במפורש, כי "מאהריט"ש" הינה שתייה משותפת.¹¹¹ מכמה מתשובותיו של המהרש"ם (ברעזאן, גליציה, מאות 19-20), המזכירות "נתינת"

¹⁰⁷ המונח מֶאָהָרִיט"ש מקורו, כאמור, בשפה האוקראינית ההמונית (לא בזו הרשמית). בנוסף למשמעות המצויינת בפנים, פעמים ש"מאהריט"ש" ניתן לבעל מלאכה או לנותן שירותים כתמורה עבור שירות שהעניק, או כ"בונוס" במקום או בנוסף לתמורה הכספית, ופעמים שהוא ניתן כשוחד. מונח זה חדר לשפה הרוסית ההמונית, בשיבוש אופייני: מאגריטש, שכן העיצור ה הופך בפייהם תדיר ל-ג (מאגריטש כיום מציין מתת, לאו דווקא של משקה חריף). כן חדר מונח זה לשפת היידיש: מֶאָהָרִיטש. ראה: נ' סטוטשקאוו, **דער אוצר פון דער יידישער שפראך**, ניו-יארק 1950, עמ' 688 (תודתי נתונה לד"ר ולוול צ'רנין מהקתדרה ליידיש באוניברסיטת בר-אילן על שהאיר עיני בעיניי זה). פרופ' יצחק בקון אמר לי, כי מאגר הוא כינוי להונגרים, ומאגריש - שמו של יין הונגרי מפורסם. יתכן, אפוא, כי מילה זו נשתבשה בפי דוברי אוקראינית (ההופכים תדיר ג' ל-ה) למאהריטש.

¹⁰⁸ ראה: שו"ת חתם סופר, מצוטט **להלן**, בסמוך להערה 117; שו"ת שואל ומשיב (פולין, המאה ה-19), מהד' תנינא, ח"ג, סי' קב, ד"ה והנה שנת תרי"ג - נשאל ביחס למעשה שאירע באחד הכפרים, "והנה לא נהגו שם לקנות בסטומתא, דהיינו האנדשלאק [=תקיעת כף] ומאהריטש"; שו"ת מהרש"ם (ברעזאן, גליציה, מאות 20-19), ח"א, סי' קצד, ד"ה ועוד עלה, שנהגו לקנות "בתק"כ ומאהריטש כמנהג הסוחרים". וכך גם: שם, ח"ד, סי' קמד; שם, ח"ו, סי' כג, ד"ה אבל. וכן בחיבורו משפט שלום, סי' רא, סע' ב, אות ב.

¹⁰⁹ ראה: שו"ת מהרש"ם, ח"ב, סי' עה, ד"ה מכתבו; שם, ח"ז, סי' ריב, ד"ה מכתבו. בתשובות אלו מתוארת נתינת "מאהריטש" (מן המוכר לקונה) לצד מתן דמי קדימה על ידי הקונה. וראה עוד: שם, ח"ד, סי' פו - קנה חצי עגל ונתן "ר"כ [=רובל כסף] אחד" כדמי קדימה, "ואיננו זוכר אם היה ג"כ ביניהם קנין מאריט"ש".

¹¹⁰ היה אב"ד באליק ובולובלין. אחר כך עבר לאשכנז ושם הדפיס, בשנת תפ"ב (1722), את "עטרת צבי" על שו"ע חו"מ, ומאוחר יותר את "בית לחם יהודה" על שו"ע יו"ד. נפטר בשנת תצ"ז (1737). ראה עליו: ש"ב ניסענבוים, **לקורות היהודים בולובלין**, לובלין תר"ס (דפוס צילום: ישראל תשכ"ח), עמ' 69.

¹¹¹ עטרת צבי, חו"מ רא, ס"ק ה.

¹¹² כבר למן המחצית הראשונה של המאה ה-17 החלו היהודים בולובלין - כמו אחיהם בפולין, בליטא ובאוקראינה - להיכנס לעסקי משקאות חריפים, ואף זכו לקבל מן העיריה זכויות חכירה לממכר יי"ש. ראה: ב' מנדלסברג-שילדקרויט, **מחקרים לתולדות יהודי לובלין**, תל-אביב תשכ"ה, עמ' 81-84, 141-142.

מאהריט"ש, עולה כי המוכר הוא שנותן את המשקה לקונה.¹¹³ אמנם, בחיבורו של המהרש"ם, משפט שלום, מתואר כי מוכר החמץ היהודי נותן לקונה הגוי כסף - ולא משקה - "למאהריטש".¹¹⁴

מן האמור אצל המהרש"ם, בחיבורו ובתשובותיו, עולה אפוא, כי המנהג בסביבתו היה, כי המוכר הוא שנותן "מאהריטש" - היינו: משקה או כסף לקניית משקה - לקונה, והאחרון בלבד היה זה ששתה. לעומת זאת, מדברי העטרת צבי אנו שומעים, כאמור, "ששותין אחר גמר מקח... הקונה והמוכר". הבדלים אלו אין בהם כדי להפליא. שכן, כפי שראינו לעיל, כבר בימי הביניים היו במדינות אירופה וריאציות שונות ביחס למנהג ה-*Winkouf*, הן ביחס לזהות המשתתפים בשתייה והן לגבי אופן חלוקת נטל המימון של דמי השתייה.¹¹⁵

על סמך תשובה אחת בשו"ת החתם סופר, שתובא להלן, ניתן להסיק אולי כי המונח "מאהריטש" - אשר, כאמור, רווח בגליציה בראשית המאה ה-19 - לא היה מוכר באותה עת בפרסבורג, עירו של החתם סופר.¹¹⁶ ר' משה סופר נשאל על יהודי שמכר את פרתו המבכרת לגוי, קיבל ממנו דמי קדימה ועשו תקיעת כף ביניהם. המוכר היהודי ציווה לגוי לעשות משיכה - "ואמר הערל שאין צורך, שבפליהם אין קוני' רק (בהאנדשלאק) =תקיעת כף - ר"ק] וקניית (מאהריטש)".¹¹⁷ בסיום קטע זה מעיר מסדר התשובה: "[תיתב מאהריטש לא ידענא פירושן]."¹¹⁸

מאלף הדבר, כי המסדר לדפוס של שו"ת חתם סופר לחלק יורה דעה, כמצויין בהקדמה, היה לא אחר מאשר בנו(!) - ר' שמעון סופר, בעל "מכתב סופר" - שנולד בפרסבורג בשנת 1821. כך זה, כמצויין בשער, נדפס בפרעסבורג בשנת 1841 (תר"א), בשנה הראשונה

¹¹³ המנהג הוא שהמוכר נותן לקונה "לשתות מאהריטש עבור המקח" - שו"ת מהרש"ם, ח"ז, סי' ריב, ד"ה מכתבו. וראה עוד: שם, ח"ב, סי' עה, ד"ה מכתבו; שם, סי' רי, בהשמטות שנוספו במפתחות; משפט שלום, סי' רא, סעי' ב, אות ב.

¹¹⁴ ראה: משפט שלום, סי' רא, סעי' ב, אות ב.

¹¹⁵ ראה לעיל, בטקסט הסמוך להערה 100.

¹¹⁶ לא מן הנמנע, כי דרך קניין זו היתה קיימת בפרסבורג. ברם, הכינוי "מאהריטש" לא היה ידוע שם, ככל הנראה, בתקופה האמורה.

¹¹⁷ שו"ת חתם סופר, יו"ד, סי' שיד, ד"ה יקרתו (הסוגריים העגולים - במקור).

¹¹⁸ בתקליטור פרוייקט השו"ת (גירסה 6) שיערו ביחס למונח "מאהריטש": "אולי הכוונה לסוס או סוסה". להשערה זו אין כל בסיס, וגם אין היא מסתברת מהקשר הדברים.

לאחר פטירת החתם סופר.¹¹⁹ השואל, שאת דבריו דלעיל מצטט החתם סופר, הוא ר' יוסף יואל דייטש, שהיה באותה עת דיין בטרנופול, אשר בגליציה. התשובה נכתבה אליו ביום ח' בתמוז תקצ"ב (1832), והוא שימש בדיינות שם החל משנת תק"ץ (1830).¹²⁰

המונח מאהריט"ש, שמוצאו כאמור בשפה האוקראינית, מקורו, כך ניתן להניח, באיזור אוקראינה. אך טבעי הוא, אם כן, שמונח זה היה מוכר היטב בגליציה - איזור שחלקו המזרחי היה מצוי בשטחה של אוקראינה - וכן בפולין, השכנה לאוקראינה ממערב, שחלקים במזרחה היוו את מערב גליציה. כפי שכבר נזכרנו וכפי שעוד נראה להלן, מונח זה מופיע במאות ה-18 וה-19 - אצל חכמים נוספים מגליציה (בעל כסף הקדשים והמהרש"ם), וכן אצל חכמים מפולין בראשית המאה ה-18 (בעל עטרת צבי) ובמאה ה-19 (בעל שו"ת שואל ומשיב). לעומתם, ואין בכך כל פלא, לבנו של החתם סופר, שחי באותה עת (1841) בפרסבורג (ברטיסלאבה, בירת סלובקיה, של ימינו) - השוכנת דרומית מערבית לגליציה, ומרוחקת הימנה למדי - המילה מאהריט"ש אינה מוכרת.¹²¹

באשר לתוקפה הקנייני של שתיית מאהריט"ש נחלקו הדעות בין פוסקי ההלכה. בעל עטרת צבי מביא בחיבורו, כי יש סוברים כי "מה שקורין בפולין מאהרי"ץ, היינו ששותין אחר גמר מקח יי"ש או דבש או שכר, הקונה והמוכר - שהוא ג"כ קנייה".¹²² גם ר' יוסף שאול נתנזון (פולין, המאה ה-19) סובר שקניין בתקיעת כף בצירוף מאהריטש מועיל מדין קניין סיטומתא.¹²³

בעל עטרת צבי חולק על דעה זו וסובר שאין בכך קניין, ונימוקו: "דהא צריך שיהא נראה שעשו בשביל קניין, וכן כ' [תב] הבי"י,¹²⁴ ומה ששותין בשותפות אינו נראה שהוא

¹¹⁹ המוציא לאור של חלק זה ושל שאר חלקי שו"ת חתם סופר היה ר' יוסף גינז שלעזינגער. ראה: א"ה שישא, "הערות ביבליוגרפיות לספרי החתם סופר ולתשובותיו", המעין, כרך ט, גל' א (תשרי, תשכ"ט), עמ' 50, ובהערה 1.

¹²⁰ ראה עליו: מא"ז קינסטליכער, אישים בתשובות חתם סופר, בני ברק תשנ"ג, עמ' קסט.

¹²¹ אמנם, מאוחר יותר מתמנה ר' שמעון סופר לרבה של קראקא והופך לאחד מראשי המדברים של יהודי גליציה, אך זה קורה רק בשנת 1879, הרבה אחרי שסיים לערוך את תשובות אביו על חלק יורה דעה. ראה: י"י כהן, חכמי הונגריה והספרות התורנית בה (קפ"א-תש"ד), ירושלים תשנ"ז, עמ' 318.

¹²² עטרת צבי, לעיל, הערה 111.

¹²³ שו"ת שואל ומשיב, לעיל, הערה 108. ראה שם, שהמנהג היה לבצע את שני האקטים יחדו.

¹²⁴ כוונתו, ככל הנראה, לבית יוסף, חו"מ קצ, מחו' ד (שאת דבריו ציטט שם, ס"ק א): "ואם מנהג המקום שנותן הלוקח פשוט אחד למוכר ובוה נגמר המקח - קנה בכך". וכדברי העטרת צבי בהמשך: "אלא העיקר מה שנותן פרוטה או תקע כפו, בזה ניכר לעינים".

משום קנין, שיש כמה אנשים ששותין משום אהבה וריעות ביניהן... ומעשה בא לפני ופסקתי שצריך להחזיר הוצאת המאהר"ץ והמקח בטל".

גם ר' אברהם דוד ורמן (בוטשטש, גליציה, מאות 18-19) סבור, כי אין במנהג זה משום קניין: "ומה שנוהגים לשתות אינו בבחינת סיטומתא, והוא רק בבחי' [נת] ונשבע לחם ונהי' [ה] טובים,¹²⁵ שיהי' [ה] עין טובה ביניהם, זה במעות וזה במקחו".¹²⁶

ר' חיים אריה כהנא (סיגט, טרנסילוואניה, המחצית השניה של המאה ה-19) נוקט אף הוא כדעת שני קודמיו, תוך שהוא נסמך על תשובת המהר"ם: "כתב בתשובת מהר"ם סי' תי"ו,¹²⁷ דמה שנוהגין הסוחרים לשתות משקה הנקרא איינקוי"ף¹²⁸ כשגומרין המקח (נקרא בגלילותינו מהריט"ש) לאו קנין הוא כלל".¹²⁹

סביר, כי המונח "מהריט"ש" הגיע לסיגט מגליציה במהלך המאה ה-19 עם גלי ההגירה הגדולים של יהודי גליציה שנהרו לכמה מערי טראנסילוואניה - וביניהן סיגט - בתקופה זו.¹³⁰

*

¹²⁵ ירמיה מד, יז.

¹²⁶ כסף הקדשים, חו"מ רא, ס"ק א (ההשלמות בסוגריים שלי - ר"ק).

¹²⁷ דומה, כי הכוונה לתשובה המופיעה בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפי פראג (מהד' בלאך, בודאפעסט תרנ"ה), סי' תשל, אשר הובאה ונדונה לעיל, בסמוך להערה 88. אמנם, בדברי גאונים, הן במהד' הראשונה והן במהד' השלישית, נכתב: "סי' תי"ו". ברם, יתכן שיש כאן שיבוש שנוצר כתוצאה מראיית דברי המהר"ם בכלי שני ולא במקורם. ראיה לדבר, שכן בסיום הקטע המצוטט בפנים נכתב: "והובא דבריו [של המהר"ם בתשובה - ר"ק] בספר דמשק אליעזר סימן ר"א ס"ב". ומשמע, כי בעל דברי גאונים לא ראה את תשובת המהר"ם במקורה.

¹²⁸ בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, מהד' בלאך, שם: "ללינקויף". ובכ"י אוקספורד (לעיל, הערה 88): "וינקויף אינו דרך לקנות בו...". והכוונה למנהג ה-Winkouf שנדון לעיל. וראה עוד להלן בנספח ב לפרק זה.

¹²⁹ דברי גאונים, אונגוואר תר"ל (1870), כלל פז, סעי' ל (מהד' ראשונה) = סיגעט תרע"א (1911), כלל פז, סעי' נה (מהד' שלישית) (הסוגריים במקור). המחבר נפטר בשנת תרע"ז (1917), והספר נדפס בחייו שלוש פעמים. על המחבר ומהדורותיו של חיבור זה, ראה: י"י, כהן, **חכמי טראנסילוואניה (ת"צ-תש"ד)**, מכון ירושלים, ירושלים, תשמ"ט, עמ' 126-127.

¹³⁰ "בשליש השני של המאה ה-19 כבר הגיעו יהודים רבים לטראנסילוואניה בגלי הגירה גדלים והולכים, ביחוד מגליציה וגם מחלקים רבים בהונגריה עצמה. ... הערים סיגט, קרולה, גרוסווארדיין, אראד וטמשוואר היו פתוחות יותר לקליטת מהגרים יהודים" (כהן, שם, עמ' ג-ד).

מדברי חלק מן הראשונים משמע, כי אכילה משותפת שימשה כדרך לחיזוק עסקה כבר בתקופת המקרא. כך מבארים בפירושים לתורה כמה מן הראשונים, במיוחד ראשוני צרפת, את אכילת נזיד העדשים בעת מכירת בכורתו של עשו ליעקב אחיו. בספר בראשית נאמר: "וישבע לו [=עשו ליעקב], וימכר את-בכרתו ליעקב. ויעקב נתן לעשו לחם ונזיד עדשים, ויאכל וישת ויקם וילך..."¹³¹. וברשב"ם (צרפת, מאות 11-12): "וימכר את בכורתו - בדמים. ואחר כן, ויעקב נתן לעשו וגו' **כמנהג בני אדם לקיום הדבר**"¹³². ובדומה בפענח רזא (ר' יצחק ברי' יהודה הלוי, צרפת, סוף המאה ה-13)¹³³: "ויעקב נתן לעשו וגומר, כדי לחזק הקנין, כמו שקורין בל"א [=בלשון אשכנז] **ליינק"ויף** [=מכר הנעשה בשתיית יין],¹³⁴ אבל למקח עצמו נתן לו דמים הרבה"¹³⁵. כדברי הרשב"ם מבארים בפירושיהם לתורה גם פרשנים נוספים, ובהם: הרד"ק (ר' דוד קמחי, פרובאנס, מאות 12-13);¹³⁶ ר' חיים פלטיאל (צרפת, המחצית השנייה של המאה ה-13);¹³⁷ חזקוני (ר' חזקיה ברי' מנחם, צרפת, המאה ה-13);¹³⁸ וכך מובא גם בהדר

¹³¹ בראשית כה, לג-לד.

¹³² רשב"ם שם, לג, מהד' ר"ד ראזין. מדברי הרשב"ם לעיל משמע, כי המנהג "לקיום הדבר" הוא על ידי אכילה משותפת של **שני** הצדדים: "מכרה כיום. כלומר לאלתר... בממון שאתן לך, ואחר כך אתן לך המאכל לעדות [ולקיום]. כדרך שמצינו ויאכלו שם על הגל (להלן לא מו) לקיום ברית בין לבן ליעקב" (שם, לא. על דברי רשב"ם הללו העמידני פרופ' שלמה זלמן הבלין). בדברי רד"ק (מצוטטים להלן, הערה 136) מפורש כי שניהם אכלו יחדו.

¹³³ מבעלי תוספות שני בצרפת בסוף המאה ה-13. בפירושו על התורה ליקט הרבה מדברי בעלי התוספות. ראה עליו: א' זיונס, **פענח רזא לר' יצחק בן יהודה הלוי - מבוא כללי ופרשיות לך-לך - וירא עפ"י כ"י בודליאן עם חלופי נוסחאות והערות**, עבודת דוקטור, ישיבה אוניברסיטה, ניו-יורק 1974; הנ"ל, פענח רזא, מכון תורת ראשונים, ברוקלין תשנ"ח, מבוא, עמ' 8-17 (תודתי נתונה לפרופ' יעקב שפיגל, שהעמידני על מהד' חדשה זו).

¹³⁴ על מונח זה ראה בנספח ב לפרק זה.

¹³⁵ פענח רזא, פ' תולדות (כה, לד), אמשטרדם תרכ"ז, דף ל, ע"ב (תודה לד"ר שמחה עמנואל שהעמידני על מקור זה). הפירוש מובא בשם מהר"ר משה (בפענח רזא, מהד' מכון תורת הראשונים, הושמט הייחוס לר' משה). ביאור זה לפסוקים זהה לביאורו של הרשב"ם לעיל, ויתכן מאוד ששאוב הימנו. וראה עוד להלן, הערה 137.

¹³⁶ רד"ק, שם, בשם אביו, על פי מהד' חומש תורת חיים: "ומה שנתן לו לחם ונזיד עדשים, **שיאכלו שניהם על המכירה כדי לקיימה**".

¹³⁷ פירושי התורה לר' חיים פלטיאל, מהד' י"ש לנגה, ירושלים תשמ"א, בראשית כה, ד"ה וימכור את בכורתו ליעקב (עמ' 71): "כמנהג בני העיר **לקיום הדבר**". מבעלי התוספות, תלמיד חבר של מהר"ם מרוטנבורג. למד בצרפת והרבה להביא מפירושי חכמיה, כרשב"ם, ר"י בכור שור ועוד, אך היה במגע גם עם חכמי אשכנז. ראה עליו: לנגה, שם, מבוא, עמ' ז-יג; הנ"ל, "לזהותו של רבי חיים פלטיאל", **עלי ספר** ח (תש"מ), עמ' 140-146. קיים דמיון רב בין פירושי ר' חיים והפענח רזא, ונראה שהאחרון העתיק מן הראשון. ראה: מבוא, שם, עמ' יא; א' זיונס, פענח רזא (**לעיל**, הערה 133), עמ' 10.

¹³⁸ חזקוני, מהד' רח"ד שעוועל, ירושלים תשמ"ב, בראשית כה, לד: "לחם ונזיד עדשים **לעדות קיום המכירה**, כדרך כל לוקחים מקח". החזקוני שם, כנראה בעקבות הרשב"ם (**לעיל**, הערה 132), מפנה לפסוק "ויאכלו שם על הגל" האמור ביעקב ולבן.

זקנים (פירושים מבעלי התוספות על התורה).¹³⁹ לעומתם, ר' יוסף בכור שור (צרפת, המאה ה-12) מביא פירוש זה ודוחהו.¹⁴⁰

באופן דומה הובנה על ידי כמה מן הראשונים גם האכילה המשותפת של יעקב ולבן בעת כריתת הברית ביניהם: "ועתה לכה נכרתה ברית אני ואתה... ויאכלו שם על-הגל".¹⁴¹ כך ביארו אירוע זה הרשב"ם,¹⁴² הרד"ק,¹⁴³ ובדומה ברמב"ן: "אכלו שם מעט לזכרון, או שהוא דרך הבאים בברית לאכול שניהם מלחם אחד לאהבה ולחברה".¹⁴⁴

אמנם, מצד פשוטו של מקרא נראה, כי אכילת הלחם והנזיד בעת מכירת הבכורה נעשתה רק על ידי עשו,¹⁴⁵ וכי מטרתה היתה להשביע את רעבונו ולא לשם "קיום הדבר".¹⁴⁶ לא מצאנו כי בתקופת המקרא נהגו לגמור עסקאות, דוגמת מכר ושכירות, באכילה ושתיה. לעומת זאת, ידוע לנו היטב - הן מן המקרא עצמו¹⁴⁷ והן מעדויות מן המזרח הקדום¹⁴⁸ - כי

¹³⁹ הדר זקנים, המכון להפצת פרושי בעלי התוספות על התורה, ירושלים [תשמ"ח], עמ' נט, ד"ה ויעקב נתן: "אך הלחם והנזיד לא היה אלא לקיים המכירה כדרך שעושין המוכרים ולוקחים זה מזה ונותנים פשוט או שנים ליין".

¹⁴⁰ פירושי רבי יוסף בכור שור על התורה, מהד' י' נבו, מוסד הרב קוק, ירושלים תשנ"ד, בראשית כה, לד: "ויש מפרשים... וזה האוכל היה סעודת המכירה שקורין ברי"א, והוא בדאות בעיני". מבעלי התוספות, תלמיד רבנו תם. Beuverie - שתיית יין לשוכרה במפגש חברים. המילה היא בצרפתית קדומה ומופיעה החל מהמאה ה-12, זמנו של הר"י בכור שור. ראה: *Grand Larousse de la langue française*, Paris, 1976, Vol. I, p. 423.

¹⁴¹ בראשית, לא, מד-מו.

¹⁴² רשב"ם, לעיל, הערה 132.

¹⁴³ רד"ק שם, מו: "וזה האכילה היתה לקיום הברית שאכלו כלם ביחד" (על פי מהד' חומש תורת חיים. ובמהד' ר"מ קמלהר, שצויינה בהערה הבאה, משפט זה חסר).

¹⁴⁴ רמב"ן, שם, מו, על פי מהד' שעוועל. יתכן שדברי הרד"ק היוו את המקור לפירוש הרמב"ן, שכן כבר הוכח כי "הרמב"ן שאב הרבה מפירושי הרד"ק, וכי ספר בראשית של הרד"ק היה לפני הרמב"ן" (פירושי רבי דוד קמחי (רד"ק) על התורה, מהד' ר"מ קמלהר, ירושלים תש"ל, מבוא, עמ' ט).

¹⁴⁵ "ויעקב נתן לעשו לחם ונזיד עדשים ויאכל וישת" (בראשית כה, לד). האכילה מתוארת בלשון יחיד ולא כמקובל במקרא לתיאור אכילה משותפת, בלשון רבים ("ויאכלו"). השווה, למשל: בראשית כד, נד; כו, ל; לא, מו ו-נד; ועוד.

¹⁴⁶ נתינת הנזיד לעשו באה בעקבות בקשתו, שנבעה מעייפותו ומרעבונו: "הלעיטני נא מן-האדם האדם הזה, כי עיף אנכ"י" (בראשית כה, ל). המילה "עיף" יכולה להתפרש הן כיגע והן כרעב וצמא, ראה: רשב"ם, שם; אבן-עזרא וחזקוני, שם, כט). כן יושם אל לב, כי בקשת הנזיד על ידי עשו קדמה להצעת יעקב למכירת הבכורה בתמורה.

¹⁴⁷ ראה למשל: בראשית כו, כח-ל; שמות כד, ז-יא; יהושע ט, יא-טו; גם ביחס לקורבנות מצאנו לשון "ברית" (ראה: ויקרא ב, יג; כד, ח), וגם בהם יש מעין "אכילה משותפת" - אכילה לבעלים (בחלק מהקורבנות), ו"אכילה" לגבוה, למזבח או לכהנים. לאור האמור, יתכן שהדגשת הכתוב ביחס למשה: "ויהי שם עם ה'

כריתת ברית בתקופת המקרא היתה מלווה פעמים רבות באכילה ובשתיה. האכילה המשותפת של יעקב ולבן בהר הגלעד אינה מעידה, אפוא, על מנהג כללי בתקופת המקרא "לקיים עסקאות" בדרך זו, אלא על מנהג המיוחד של כורת ברית. מכל מקום, גם אם דברי הראשונים דלעיל אינם משקפים את המנהג בתקופת המקרא, ברי כי הם משקפים את מנהג הסוחרים בזמנם שלהם, כפי שכבר ראינו למעלה.¹⁴⁹

תקופת האחרונים

1. נתינת טבעת

נתינת טבעת אינה נזכרת בספרות התלמודית כמעשה קניין. בתלמוד הירושלמי מופיעה נתינת טבעת כערבון. לפי המבואר שם, פעולה זו אינה מונעת מנותן הטבעת מלחזור בו מן העסקה, אם רצונו בכך.¹⁵⁰ יתכן שהכוונה לטבעת שעליה חותם, המיוחד לבעליה. טבעות שיש עליהן חותם ושאינן עליהן חותם, נזכרות הן במקורות תנאיים¹⁵¹ והן במקורות אמוראיים.¹⁵² נתינת "חותם" כ"ערבון" מצויה כבר במקרא.¹⁵³

ארבעים יום וארבעים לילה לחם לא אכל ומים לא שתה ויכתב על הלחת את דברי הברית עשרת הדברים" (שמות לד, כח), באה להעמידנו על ייחודיותה של ברית סיני, שבין ה' וישראל, משאר בריתות שבהן יש אכילה ושתייה. ברם אפשר, כי גם בברית סיני היתה אכילה ושתייה: "ויקח ספר הברית ויקרא באזני העם... ויחזו את האלהים ויאכלו וישתו" (שם כד, יא). "ומסתבר, שאכלו כאן מבשר זבח השלמים... הרי זה כאילו שני כורתי הברית, שלוחי ישראל [אהרן, נדב ואביהוא ושבעים מזקני ישראל = "אצילי בני ישראל" - ר"ק] והא-להים, 'אוכלים' מזבח אחד ומסיימים בכך את סדר כריתת הברית" (ע' חכם, דעת מקרא - ספר שמות, שם, עמ' קב. וראה עוד בסיכום, שם, עמ' קז-קח).

¹⁴⁸ ראה: א"ש הרטום, אנציקלופדיה מקראית, "ברית", כרך ב, עמ' 347-351.

¹⁴⁹ על דרכם של חכמי צרפת לבאר עניינים במקרא לאור מנהגי הגויים והריאליה בזמנם, ראה: מ' גידעמאנן, התורה והחיים בארצות המערב בימי הביניים, תירגם א"ש פריעדברג, ח"א, ווארשא תרנ"ז, עמ' 17-21.

¹⁵⁰ "רבי זעירא רבי אבהו בשם רבי יוחנן הנותן ערבון טבעת לחבירו וביקש לחזור בו חוזר בו" (ירושלמי, שביעית פ"י ה"ד, לט ע"ד).

¹⁵¹ "טבעת שאין עליה חותם" ו"טבעת שיש עליה חותם" (משנה, שבת ו, א, ג; כלים יא, ח; תוספתא, ע"ז, צוקרמאנדל, ה, ב); "טבעת של מתכת וחותם שלה של אלמגו - טמאה" (משנה, כלים, יג, ו; תוספתא, כלים [בבא מציעא], צוקרמאנדל, ג, יג); "טבעת שיש עליה עבודה זרה בזמן שהיא בולטת אסורה בהנאה... ובין כך ובין כך אסור לחתום בה" (תוספתא, ע"ז, שם).

¹⁵² "טבעת - חייש לזיופי" (יבמות קכ, ע"ב; והשווה: ב"מ כז, ע"ב). וברש"י שם, ד"ה לזיופא: "שמא יעשה חותם וצורה כנגד טבעתו..."; "אלא אמר רבא: פעמים שאדם נותן לאשתו טבעת שיש עליה חותם... ופעמים שהאשה נותנת לבעלה טבעת שאין עליה חותם... (שבת סב, ע"א). על חותמות בתקופת המשנה והתלמוד, ראה עוד לעיל, עמ' 164-171.

על מסירת טבעת **כדרך קניין** אצל הסוחרים או שומעים, ככל הנראה, כבר מפי ר' סעדיה גאון (בבל, מאות 9-10).¹⁵⁴ ברם, הרס"ג אינו מציין שם האם סוגיית סיטומתא היא המהווה, לדעתו, את המקור לתוקפה של דרך קניין זו.

דברים ברורים יותר או שומעים בראשית תקופת האחרונים. הרדב"ז (מצרים-צפת, המאה ה-16) נשאל "על הקונה מקח ונתן טבעת בעירבון וחזר בו אחד מהם, אם מקבל עליו מי שפרע".¹⁵⁵ מסקנתו, על סמך הירושלמי הנ"ל, הינה שאין בנתינת טבעת משום מי שפרע, אך הוא מוסיף:

והוי יודע שאין הדברים אמורים אלא באתרא דליכא מנהגא, דהדרי לדינה דתלמודא, אבל יש מנהג במדינה שקונין ע"י נתינת טבעת או נתינת משכון או תקיעת כף או כיוצא בדברים אלו, כל שנהגו בני המדינה שזה קונה - הרי זה קנין גמור. לפי שכבר ידעת שהמנהג עיקר גדול בדיני ממונות, ועלה אמרו דמנהג מבטל הלכה...

הרדב"ז אינו מזכיר כאן במפורש את סוגיית סיטומתא, אך מדבריו כאן¹⁵⁶ ומתשובות נוספות שלו ברור, לדעתנו, כי סוגיא זו היא העומדת ברקע הדברים, וכי הרדב"ז רואה אותה בראייה מרחיבה, כחלק מעניינו של המנהג, שהוא לדעתו "עיקר גדול בדיני ממונות".¹⁵⁷ כדעת הרדב"ז פוסק גם ר' יוסף קארו, בן דורו, בבית יוסף.¹⁵⁸

¹⁵³ בפרשת יהודה ותמר, בראשית לח, יח-כה. וברש"י שם: "חיתמדך" - "טבעת שאתה חותם בה", וכן בתרגום אונקלוס ובראשונים אחרים, שם.

¹⁵⁴ "וואע"פ שלא ערבת בשטר ועדים אלא במה שנהגו בו הסוחרים בתקיעת כף או **מסירת טבעת**" (רס"ג בפירושו למשלי ו, א, מהד' ר"י קפאח). דברי רס"ג אלו הובאו במלואם ונדונו לעיל, עמ' 214-216.

¹⁵⁵ שו"ת רדב"ז, ח"א, סי' תנב.

¹⁵⁶ הביטוי "באתרא דליכא מנהגא" והאבחנה בין מקום שנהגו לקנות בדרך מסויימת למקום שלא נהגו כן, שאובים, קרוב לוודאי, מסוגיית סיטומתא: "ובאתרא דקניא ממש - קניא" (כגירסתו של הרדב"ז בשו"ת רדב"ז, ח"א, סי' רעח).

¹⁵⁷ לניתוח שיטת הרדב"ז באשר לבסיס המשפטי לקניין סיטומתא, ראה להלן, עמ' 313-319.

¹⁵⁸ בית יוסף, חושן משפט קצ, ס"ק י (מחו' ד); רד, ס"ק ד (מחו' א). בשולחן ערוך, שם רא, ב, מסתפק המחבר בשתי דוגמאות (נתינת פרוטה ותקיעת כף) ובתוספת "וכן כל כיוצא בזה".

השימוש בנתינת טבעת מצוי כבר במשפט הרומי כאחת הצורות של ה-*Arrha*.¹⁵⁹ כפי שראינו לעיל, אקט זה שימש לחיזוק הסכמים הדדיים, ומהותו היתה: נתינת סכום כסף או חפץ על ידי אחד הצדדים לעסקה, בדרך כלל עסקת מכר, בתורת ערבון או דמי קדימה.¹⁶⁰

2. חוזה¹⁶¹

א. חוזה

במאות השנים האחרונות התקבל בעולם המנהג לתת תוקף משפטי לעסקאות מסוגים שונים, בעיקר התחייבויות,¹⁶² על ידי הסכם כתוב, "חוזה", אשר הצדדים לעסקה חותמים עליו.¹⁶³ תוקפם של חוזים ומכלול הדינים הקשורים בהם זכו עם השנים לעיגון בחוקי המדינות השונות.

על פי ההלכה, התחייבות צריכה בדרך כלל מעשה קניין כדי שתהא בת תוקף.¹⁶⁴ פוסקי ההלכה האחרונים העניקו לחוזים תוקף הלכתי,¹⁶⁵ בין היתר, על סמך הנימוק כי היות

¹⁵⁹ ראה: דייגסטה 19.1.11.6; בריסו (לעיל, הערה 89), עמ' 492.

¹⁶⁰ על ה-*Arrha* ראה עוד לעיל, עמ' 208-209.

¹⁶¹ אמנם, גם בתקופת הראשונים הוענק תוקף להסכמים מסוגים שונים על סמך דין סיטומתא, ברם כוונתנו כאן להתחייבות לחוזים כמוסד משפטי מוגדר ונפרד, כמקובל בימינו. "החוזה האובליגטורי אינו מופיע במקורות המשפט העברי, כולל בתקופה שבה אנו עוסקים [תקופת הראשונים - ר"ק], בנושא מוגדר בפני עצמו, וספק אם הוא מוכר במשפט העברי". ב' ליפשיץ וא' שוחטמן, **מפתח השו"ת של חכמי אשכנז צרפת ואיטליה**, עמ' 78, בהערה בתחילת הערך "חוזה (הסכם, התחייבות)". אצל האחרונים, לעומת זאת, אנו פוגשים כבר את החוזה במתכונתו המודרנית, כפי שניתן להיווכח מן המקורות שיאזכרו להלן.

¹⁶² רוב החוזים אינם עוסקים בעסקאות ריאליות של העברת בעלות בנכסים אלא בהתחייבויות אובליגטוריות, קרי: התחייבויות לביצוע פעולות בעתיד. ראה: הרב ד' בס, "חוזים על פי דיני התורה - מבוא, דינים ועקרונות לניסוח חוזים בהתאם להלכה בצירוף דוגמאות", **כתר - מחקרים בכלכלה ומשפט על-פי ההלכה**, א (תשנ"ו), עמ' 36, ובהערה 22. והשווה לדוגמאות הנזכרות **להלן**, בהערה 181.

¹⁶³ לדעת מלומדים, התפתחותם של דיני הקניין קדמה, ככל הנראה, לזו של דיני החוזים. האחרונים החלו להתפתח בצורה משמעותית רק בעידן החדש, במיוחד למן ראשית המאה ה-19. ראה: ד' פרידמן, נ' כהן, **חוזים**, כרך א, הוצאת "אבירם", תשנ"א, עמ' 11, ובמקורות שצוינו שם.

¹⁶⁴ על עניין זה ועל היוצאים מן הכלל, ראה: **אנציקלופדיה תלמודית**, "התחייבות", כרך יא, עמ' רמה-רנט; ש"י פרידמן, "הנאה וקניינים בתלמוד", **דיני ישראל ג (תשל"ב)**, עמ' 115, במקורות שצוינו בהערה 1; בס (לעיל, הערה 162), עמ' 60-62.

¹⁶⁵ על תוקפם ההלכתי של חוזים כבר עמדו חוקרים. ראה למשל: ש' ורהפטיג, **דיני חוזים במשפט העברי**, ירושלים תשל"ד, פרקים א, ג; בס, שם, עמ' 36-71, ובמקורות הרבים שצוינו שם. וראה עוד: נ' רקובר, **אוצר המשפט**, ח"א, עמ' 403; ח"ב, עמ' 409. אנו נדון כאן רק בהיבטים הנוגעים לדין סיטומתא.

שכך הוא המנהג, הרי שיש לראות בחוזה קניין סיטומתא.¹⁶⁶ כך פסקו המהרש"ם,¹⁶⁷ המהרש"ך,¹⁶⁸ ר' יהודה עייאש,¹⁶⁹ החתם סופר,¹⁷⁰ בעל שו"ת צמח צדק,¹⁷¹ ר' אברהם דוד ורמן,¹⁷² ר' ברוך מרדכי ליפשיץ,¹⁷³ ר' נתנאל פריד,¹⁷⁴ המהרש"ג,¹⁷⁵ המהרש"ם,¹⁷⁶ אחיעזר,¹⁷⁷ ועוד,¹⁷⁸ וכך דעת הפוסקים בימינו.¹⁷⁹

¹⁶⁶ נימוק נוסף שהוא בפוסקים לתוקפם של חוזים הינו "דינא דמלכותא דינא", ראה: שילה, **דינא דמלכותא דינא**, עמ' 169-171.

¹⁶⁷ שו"ת מהרש"ם (שאלוניקי, המאה ה-16), חו"מ, סי' שפ. המשיב מעניק תוקף לשטר חוב - המכונה בשאלה (הכתובה בלאדינו) "קונטרטו [=חוזה]" - על סמך דין סיטומתא.

¹⁶⁸ שו"ת מהרש"ך (שאלוניקי, המאה ה-16), ח"ג, סי' ח. הסכם פשרה בין נושים תקף מדין סיטומתא.

¹⁶⁹ שו"ת בית יהודה השלם (לר' יהודה עייאש, אלג'יר, המחצית הראשונה של המאה ה-18), מכון בני יששכר, ירושלים תש"ן, ח"א, דיני מנהגי ארגי"ל (אלג'יר), סי' כג, עמ' מ. קובע על סמך דין סיטומתא: "ומטעם זה **הליטר'נה**] שנוהגין בין הסוחרים הוי קנין גמור". "ליטרה די קאמביו" באיטלקית (בלאטינית: cambium) = שטר המחייב את החתום בו לשלם סכום כסף הנקוב בשטר; שטר חוב. ראה: יי היילפרין, **פנקס ועד ארבע ארצות**, ירושלים תש"ה, עמ' 541; א' סופר, "שני פסקי דין של החתם סופר", **המעין**, כרך ט, גל' ב (תשרי תשכ"ט), עמ' 2, הערה 14.

¹⁷⁰ שו"ת חתם סופר (פרשבורג, מאות 18-19), חו"מ, סי' סו, ד"ה ומ"ש מעלתו דליקני. המשיב מקבל את הטענה, כי באופן עקרוני יש תוקף ל"קאנטראקט" מדין סיטומתא.

¹⁷¹ שו"ת צמח צדק (לר' מנחם מנדל ברי שלום שכנא שניאורסון, נכד בעל התניא, ליובאוויטש, מאות 18-19), יו"ד, סי' רלג. חוזה למכירת פרות. המשיב גורס כי באופן עקרוני "הקאנטראקט חשוב סיטומתא במכירת יי"ש וכה"ג", אך מסתפק אם נהגו כן גם במכירת פרות. בשו"ת הר צבי, יו"ד, סי' רנב, נוטה לפסוק כצמח צדק הנ"ל.

¹⁷² כסף הקדשים, **לעיל**, הערה 126: "מכתב הנהוג לקנות בו מגויים, מה שקורין קאנטראקט, גם גבי מטלטלין הו"ל סטומתא היטב". בוטשטש, גליציה, מאות 18-19.

¹⁷³ שו"ת ברית יעקב (חי בפולין וליטא, המאה ה-19), חו"מ, סי' כ: "כיון דאיכא קונטרקט הוי כסיטומתא".

¹⁷⁴ שו"ת פני מבין (הונגריה, המאה ה-19), סי' רסא. "בעשטעללונג [=הזמנה] בכתב ידו" שעושה קונה יי"ש.

¹⁷⁵ שו"ת מהרש"ג (הונגריה, מאות 19-20), ח"ג, סי' קיג, ד"ה אבל. "שלוסס [=חוזה] בכתב כנהוג... זה נ"ל חיוב סטומתא גמור".

¹⁷⁶ שו"ת מהרש"ם (לר' שלום מרדכי שבדרון, גליציה, מאות 19-20), ח"ה, סי' מה. שטר פשרה חתום.

¹⁷⁷ שו"ת אחיעזר (לר' חיים עוזר גרודזנסקי, וילנא, מאות 19-20), ח"ג, סי' עט, אות ז. חוזה שכירות.

¹⁷⁸ ראה במקורות שצויינו אצל א' שוחטמן, **סדר הדין**, ירושלים תשמ"ח, עמ' 213, הערה 28, לגבי חתימה על שטר בורות.

¹⁷⁹ ראה למשל: הרב ע' בצרי, **דיני ממונות**, ח"ב, עמ' נה, פד; הרב צ' שפיץ, **מנחת צבי - הלכות שכנים**, ירושלים תשמ"ז, סי' טז, אות ה; הרב יי אריאל, **תורת המשפט**, א, קרית ארבע תשנ"ז, עמ' 132, 190. הרב עובדיה יוסף

גם בפסקי דין רבים של בתי הדין הרבניים בזמננו נקבע שוב ושוב, כי להסכם חתום¹⁸⁰ יש תוקף מדין סיטומתא.¹⁸¹ והכל, כמובן, בתנאי שההסכם עצמו מנוסח כמנהג המדינה,¹⁸² והינו הסכם בר אכיפה על פי המקובל במדינה.¹⁸³

בתשובה מעלה את האפשרות שחווה חתום נחשב כקניין סיטומתא, אך אינו נזקק להכריע בדבר. ראה: שו"ת יביע אומר, ח"ו, חו"מ, סי' ו, אות ו. וראה עוד: הרב ד' בס (לעיל, הערה 162), עמ' 68-70.

¹⁸⁰ **חווה בלתי חתום** - לא החשיבו בית הדין כסיטומתא. ראה: תיק מס' 111-נג, פסקי דין - ירושלים, ב, עמ' לא, בעמ' לו.

¹⁸¹ ראה למשל: ערעור תשי"ט 162/א, פד"ר ג, 363, בעמ' 368-369 - התחייבות למזונות בנותיו; תיק 4057/תש"ך (ת"א - יפו), פד"ר ה, 310, בעמ' 317 - הסכם שותפות באגודה; ערעור שכ"א 116/א, פד"ר ד, 193, בעמ' 198, ובאותו עניין, ערעור שכ"ב 68/א, פד"ר ד, 289, בעמ' 302 - התחייבות למזונות בת אשתו; ערעור שכ"א 139/א, פד"ר ד, 275, בעמ' 279 - הסכם גירושין; תיק תשכ"ב 3134/א (ת"א - יפו) (לא פורסם. צויין על ידי שוחטמן, לעיל, הערה 178) - שטר ברורות; תיק 5559/כ"ו (ת"א - יפו), פד"ר ו, 202, בעמ' 216 - חווה למכר מגרש; תיק 5069/ש"ל (ת"א - יפו), פד"ר ט, 16, בעמ' 40 - זכרון דברים; ערעור תשלט 273/א (ניתן בסיוון תש"ס), פורסם בתוך: הרב שי' ישראלי, **משפטי שאול - פסקי דין**, מכון "משפט והלכה בישראל" שעל יד "ארץ חמדה", ירושלים תשנ"ז, עמ' שיח-שכג - הסכם גירושין; תיק תשמ"ב 999/א (אשדוד) (לא פורסם. צויין על ידי שוחטמן, שם, עמ' 72, הערה 189) - יפוי כוח בלתי חוזר; תיק 1643/מ"ב (אשדוד), פורסם בתוך: **תחומין** ד (תשמ"ג), עמ' 361, בעמ' 363, 373 - הסכם עם קבלן לביצוע שיפוץ; תיק 7776/מ"ד (ירושלים), פד"ר יד, 43, בעמ' 70 - התחייבות לזון בן בעלה; תיק 778/תשנ"ב (ירושלים), פד"ר טז, 133, בעמ' 138 - כתב ערבות; תיק 36/נא (תל-אביב), פד"ר יח, 354, בעמ' 360 - כנ"ל; [חסר מס' תיק], פסקי דין - ירושלים, ב, עמ' נג, בעמ' נה - חווה למכר דירה; תיק 209-נה, פסקי דין - ירושלים, ד, עמ' קכא - כנ"ל; שו"ת צ"צ אליעזר (פסק דין של המחבר, ר' אליעזר ולדנברג, דיין בבית הדין הגדול), חט"ז, סי' נג - הסכם גירושין.

אמנם, הרב א' עצור בפסק דין פוסק, בהסתמך על החזון איש, כי אין לצוואה חתומה תוקף מדין סיטומתא, שכן אין המדינה מקפידה באיזה קניין יקנה המצווה את נכסיו. ראה: תיק מ"ח 3164/א (ירושלים), פד"ר יח, 207, בעמ' 240 [=הנ"ל, "קנין סיטומתא בצוואה", **שורת הדין - מאמרים ופסקים**, כרך ד, ירושלים תשנ"ח, עמ' שנד, אות סט]. ברם, יש לציין כי בפסקי הדין הרבניים במדינת ישראל לא נתקבלה, בדרך כלל, עמדתו זו של החזון איש. עניין זה חורג מגבולותיו של חיבורנו, ועל כן לא נוכל להרחיב בו.

¹⁸² תיק 307/ל"ח (חיפה), פד"ר יב, 279, בעמ' 291. מדובר בסעיף בהסכם גירושין הקובע, כי "לבעל לא תהא כל זכות בדירה". בית הדין קובע, כי אף שיש לחתימה על הסכם תוקף של סיטומתא, מאחר שהסעיף לא נוסח כמקובל בהסכמי מכר נדל"ן (הבעלים "מעביר את בעלותו בדירה", תיאור הנכס, וכד') - אין החתימה יכולה להיחשב כקניין.

¹⁸³ לעומת זאת, לגבי הסכמים פוליטיים קבעו בתי המשפט האזרחיים כי אינם בני אכיפה. מכאן, כי **מנהג הציבור** הוא דוקא שלא לראות בהסכמים כאלה הסכמים מחייבים" (ההדגשה שלי - ר"ק), ולפיכך קובע בית הדין הרבני, כי אין לחתימה עליהם תוקף מדין סיטומתא. תיק 1-35-064079635 (אשקלון), פד"ר יח, 108, בעמ' 112; הרב צ"י בן-יעקב (כיום, דיין בבית הדין הרבני האיזורי בחיפה), שו"ת משפטיך ליעקב, ח"ג, סי' ה, אות ד - חווה שאינו תקף על פי חוקי המדינה, אין לו תוקף.

השאלה, האם תיחשב חתימה על חוזה כהתחייבות או כקניין, תלויה במהותה של העסקה הנדונה ובמנהג ביחס אליה, כדלהלן.

ר' שלמה דרימר (גליציה, המאה ה-19) נשאל על אדם ("המוכר") שקנה בחוזה כמות מסויימת של חטים נקיות ומכרן לאחר ("הלוקח"). הלוקח רצה לחזור מהמקח בטענה שהחטים מלאות פסולת, והמוכר השיב כי הוא ינקה אותן. בעל שו"ת בית שלמה קובע, כי החוזה אינו קניין של החטים, אלא רק התחייבות לספקן:

לעני"ד אין במקח הזה ממש, כי כל ענין הנהוג בזה בקאנטראקט [=בחוזה] **אין בו ענין שיקנה הלוקח** גוף המקח, **רק שהוא חיוב על המוכר** לקיים גוף המקח. ומעשים בכל יום יוכיחו, שאחריות המקח הוא על המוכר, אף אחריות אונסין, עד שימסור המקח ללוקח.¹⁸⁴

בהמשך מבאר המשיב, כי באופן עקרוני יכול המוכר למכור ללוקח את חובו של ספק החטים כלפיו על פי החוזה (=המחאת חיוב), ואז נפטר המוכר מאחריותו כלפי הלוקח. ברם, המנהג אינו כן, אלא שאם הספק אינו עומד בתנאי העסקה, חוזר הלוקח על המוכר. מכאן, שאופי העסקה בין המוכר ללוקח אינו "מכירת חוב" אלא מכירת גוף הסחורה. וכיוון שהמוכר עצמו לא קנה עדיין את החטים, הרי שאין ללוקח קניין בגוף החטים אלא על המוכר מוטל רק חיוב לספקן לו.

תוקפה של חתימה על הסכם כסיטומתא תלוי בנסיבות העניין ובכוונת הצדדים. כך, למשל, קובע הרב ח"ג צימבליסט, כי חתימה על הסכם שלום בית שעמדו להגישו לאישור בית המשפט - ובמסגרתו התחייב הבעל להעביר את מחצית הדירה על שמה של אשתו - אינה מחייבת מדין סיטומתא. והנימוק, לפי שיש כאן גילוי דעת שגמירות דעתם של הצדדים תחול רק עם אישור ההסכם כפסק דין, ולא קודם לכן.¹⁸⁵

¹⁸⁴ שו"ת בית שלמה, חו"מ, סי' פד. כראיה נוספת לדבריו הוא מציין, כי פעמים שיהודי קונה מגוי בחוזה יי"ש, ומגיע הפסח והיי"ש טרם נמסר לאחריות הקונה, ומעולם לא שמענו שיצטרך היהודי למכור חמץ זה לנכרי. תשובה זו הובאה להלכה ביחס לבעל חנות הרוצה למכור יחד עם חנותו את החוזים שיש לו עם ספקים. ראה: הרב י"א כהן, עמק המשפט - תשובות בדיני ממונות המצויים, ח"א, ירושלים [תשנ"ז], תשובות קצרות, סי' כא.

¹⁸⁵ הרב ח"ג צימבליסט, "דרכי קניין דירה", **דברי משפט**, חלק ד, תל-אביב תשנ"ח, עמ' רעו (פסק דין שנתן כאב"ד בבית הדין הרבני האיזורי בתל-אביב. כיום דיין בבית הדין הגדול). הרב צימבליסט מציין, שכעין נימוק זה מצאנו בפסקי דין נוספים. והוסיף נימוק שני, שהבעל לא התחייב אלא במסגרת שלום בית, ומכיוון שספק אם התקיים מצב זה, הרי שאין תוקף להתחייבותו.

בדומה נקבע, כי אם חתמו צדדים לעסקה על הסכם ואחר כך עשו קניין סודר, "יש להניח שבחתימה עצמה לא התכוונו כלל לשם קניין, אלא התכוונו לקנות בקניין אגב סודר".¹⁸⁶

ישנם מקרים אשר בהם, הגם שניתן להסתמך על חתימת הצדדים מדין סיטומתא, יש מי שנהגו שלא להסתפק בכך אלא להוסיף מעשה קניין על פי ההלכה. במקרים כאלו, אם חתמו על הסכם ולא עשו מעשה קניין, יכול בעל הדין שחתם לטעון, כי לא כיוון לקנות בלא מעשה קניין כדין.¹⁸⁷

ב. זכרון דברים

בכמה פסקי דין של בתי הדין הרבניים בימינו מצאנו את הקביעה כי "זכרון דברים", בשונה מ"חוזה", אין לו תוקף הלכתי.¹⁸⁸

בפסק דין שניתן באמצע שנות ה-80-189 כותב הרב ח"ש רוזנטל, כי קיימים שני טעמים לכך, שאין לזכרון דברים תוקף מדין סיטומתא:

א. כיוון שהמנהג הוא לעשות אחריו חוזה - "א"כ [=אם כן] המנהג הוא שהזכרון דברים אינו גומר הקניין", ואין הצדדים מתכוונים להתחייב באמור בו עד שייכתב החוזה.

ב. כיוון שהמנהג ביחס לתוקפו של זכרון דברים, שלא כמו לגבי חוזה, "אינו ברור אצל כל העולם", ולפיכך אף אם יפסקו ב"ערכאות" שיש לזכרון הדברים דין תוקף - אין זה מועיל. והטעם, שקניין סיטומתא נאמר רק ביחס למנהג "ברור בלא שום ספקות". שאם לא נאמר כן, נצטרך לבדוק תוקפו של כל הסכם בערכאות על פי חוקי המדינה, ואז "בטלה [צ"ל: בטל] כל

¹⁸⁶ ערעור שכב"ל 79/7, פד"ר ד, 314, בעמ' 317. ניתן בשנת תשכ"ג (הרבנים ע' הדאייא, י' הדס, ב' זילטי).

¹⁸⁷ ערעור תש"ל 211/2, פד"ר ט, 97, בעמ' 102. ניתן בשנת תשל"ב (פסק דינו של הרב מ' אליהו). הדוגמא הנדונה שם הינה הנוהג המקובל בבתי הדין ביחס להתחייבויות בהסכמי גירושין, שלא להסתפק בחתימת הצדדים על ההסכם אלא לבצע מעשה קניין.

¹⁸⁸ תיק מה' 620 - (נתניה), פד"ר יז, 122, בעמ' 124-125. פסק דין זה יידון בסמוך; [חסר מס' תיק], פסקי דין - ירושלים, ב, עמ' נג, בעמ' נו - פסק דינו של הרב ברוך יצחק לוי. לדעתו, כיוון שעומדים לכתוב חוזה, הרי שאין סמיכות דעת בשלב זכרון הדברים, והרי זה כמכר "בלי פיסוק דמים"; פסק הדין האחרון חוזר ומצוטט בהסכמה על ידי בנו, הרב אברהם דב לוי, בתיק 209-209, פסקי דין - ירושלים, ד, עמ' קכא; בפסק דין נוסף מבהיר הרב ב"י לוי, כי זכרון דברים אינו אלא "התחייבות לכתוב... חוזה". ראה: [חסר מס' תיק], פסקי דין - ירושלים, ג, עמ' עט, בעמ' פ. ברם, בפסק דין אחר הוא פוסק, כי קבלן שחתם עם בעלי מגרש על זכרון דברים ותקעו כף "קנה את המגרש מדין סיטומתא". ראה: [חסר מס' תיק], פסקי דין - ירושלים, ו, עמ' כג.

¹⁸⁹ בפסק הדין לא מצויין תאריך. זכרון הדברים הנדון שם נכתב בתאריך 22.11.84, ולפי מספר התיק עולה כי הוא נפתח בשנת תשמ"ה.

דין תורה ואויבינו פלילים,¹⁹⁰ וזה דבר שלא ניתן לאומרו, ולא תהא שיחה בטלה שלהם כתורה שלמה שלנו".¹⁹¹

דומה כי יש להשיג על הנימוק הראשון, נימוק שאחזו בו, מלבד הרב רוזנטל, גם דיינים נוספים.¹⁹² העובדה שנהוג לכתוב אחר כך חוזה מפורט יותר, אינה שוללת לדעתנו את כוונת הצדדים ליתן לזכרון הדברים תוקף. אדרבה, מטרתה העיקרית של כתיבת זכרון דברים הינה יצירת מחוייבות הדדית לעסקה, שעיקריה מועלים על הכתב בראשי פרקים, *כבר בשלב מיקדמי זה*.¹⁹³ משום כך, מקובל במקרים רבים לכתוב בזכרון הדברים, כי צד החוזר בו מן העסקה ישלם דמי ביטול או יאבד את דמי הקדימה ששילם לצד השני.

גם הנימוק השני נראה בעייתי. קשה להסכים עם הקביעה, כי מבחינה עובדתית תוקפו המשפטי של זכרון דברים "אינו ברור". דומה שבמדינת ישראל בשנות ה-80 היה כבר ברור - לא רק למשפטנים אלא גם לציבור הרחב - כי זכרון דברים הינו, באופן עקרוני, כחובה לכל דבר, וכי תוקפו ייקבע על פי תוכנו ומהותו ולאור הנסיבות.¹⁹⁴

יתכן, כי דברי הרב רוזנטל בנימוקו השני נאמרו על רקע הפסיקה בדיני חוזים בתקופה המקבילה וכי יש להבינם על רקע נסיבותיו המיוחדות של המקרה הנדון. בשנות ה-70 וה-80 הלכה הפסיקה הישראלית וצימצמה את כמות הפרטים הנדרשים לשם עמידה ב"דרישת הכתב" הנחוצה לפי החוק בהסכם לרכישת מקרקעין.¹⁹⁵ כך, למשל, נקבע באחד

¹⁹⁰ מבוסס על הפסוק: "כי לא כצורנו צורם, ואיבינו פלילים" (דברים לב, לא). פסוק זה, כמו גם דבריו בהמשך, מעידים על יחס שלילי לבתי המשפט האזרחיים אשר אינם דנים לפי דין תורה.

¹⁹¹ תיק מה-620 (נתניה), פד"ר יז, 122, בעמ' 124-125 (ההוספות בסוגריים וההדגשות שלי – ר"ק).

¹⁹² הרב ב"י לוי ובנו, הרב א"ד לוי. ראה **לעיל**, הערה 188.

¹⁹³ לפיכך, אין הנדון דומה לראיה שהובאה שם מעניין כתיבת פרטי השידוך ב"ראשי פרקים". שם כוונת הצדדים היא שלא להתחייב עד זמן כתיבת התנאים, מה שאין כן בזכרון דברים.

¹⁹⁴ על תוקפו של זכרון דברים במשפט הישראלי, ראה: פרידמן וכהן (**לעיל**, הערה 163), עמ' 291-311; ג' שלו, **דיני חוזים**², ירושלים תשנ"ה, עמ' 95-97.

¹⁹⁵ ראה סעיף 8 לחוק המקרקעין: "התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב". פסק הדין הראשון שדן בעניין זה היה ע"א 726/71 גרוסמן את ק.ב.ק. נ. מנהלי עזבון בידרמן, פד"י כו(2), 781, שניתן בסוף שנת 1972. לסקירת הפסיקה בנושא זה ראה: א' איזנשטיין, **יסודות והלכות בדיני מקרקעין**, תל-אביב תשנ"ו, כרך ב, עמ' 38-44.

מפסקי הדין ביחס לקבלה - שלא היה בה יותר מאשר אישור על תשלום מקדמה על החשבון, מיקום החלקה, מחיר לדונם ושמות הצדדים - כי היא עומדת בדרישת הכתב.¹⁹⁶

גם בפסק דינו של הרב רוזנטל היה מדובר במסמך שעיקרו קבלה על תשלום מקדמה לרכישת דירה.¹⁹⁷ לאור האמור, אפשר שקביעתו של הרב רוזנטל כי תוקפו של זכרון דברים "אינו ברור אצל כל העולם", כמו גם סירובו ללכת אחר פסיקת בתי המשפט בנדון, נובעים מעובדות המקרה שלפניו ומן הפסיקה הבלתי אחידה בתקופתו בעניין זה, פסיקה שהיתה יכולה להביא בשעתה לאי בהירות בקרב הציבור.¹⁹⁸

¹⁹⁶ ע"א 235/75 חסן ערפאת קאדרי נ. מסדר האחיות צ'רלס הקדוש, פד"י ל(1), 800.

¹⁹⁷ מדובר במסמך קצר ביותר, שכותרתו "זכרון דברים", המוגדר על-ידי הרב רוזנטל (לעיל, הערה 191, עמ' 124) כך: "סיפור דברים וקבלה על קבלת המקדמה, רק דרך אגב כתב... שהכסף הוא 'מקדמה על הדירה שקנה ממני'".

¹⁹⁸ הד למצב זה ניתן לשמוע, כמדומה, מדבריו הבאים: "שבערכאות במקרים מסויימים זכרון דברים הוי כשטר... אף שיתכן שנוסח מסויים של 'זכרון דברים' מהני בדיניהם (כאשר הוא מנוסח בנוסח חוזה), מ"מ הואיל ואין הדבר כביעתא בכותחא לכל העולם..." (שם, עמ' 125. ההדגשות שלי - ר"ק).

עם זאת, בפסקי דין אחרים - הן בשנות ה-70 והן בשנות ה-90 - מצאנו כי בתי הדין הרבניים מכירים בתוקפו של זכרון דברים.¹⁹⁹ בכמה מהם אף מפורש, כי תוקפו של זכרון דברים מבוסס על דין סיטומתא.²⁰⁰

3. הגרלה

ר' אברהם שמואל בן יהודה (אב"ד אישישוק וראסיין, רוסיה, המאה ה-19) נדרש באחת מתשובותיו לנושא הגרלות: "נהיגי עלמא שאחד מקבץ [כסף - ר"ק] להגריל חפץ שלו... ומקבץ להגורלות מגדולים וקטנים".²⁰¹ המשיב קובע, כי בשעת ההגרלה נקנה החפץ נשוא ההגרלה לזוכה, מכוח דין סיטומתא.

בעל עמודי א"ש מציין, כי נתינת הכסף אינה מקנה למשתתפים בהגרלה בעלות (משותפת) בחפץ, שכן מעות אינן קונות מטלטלין אלא לעניין "מי שפרע".²⁰² רק "כאשר נעשה הגורל, זוכה הזוכה מבעל החפץ, שהתחייב א"ע [=שחייב את עצמו] ליתן לו בעד מעוט הכסף שקיבל זעיר זעיר מכל אחד ואחד, שאם יזכה יתן לו החפץ. והוא **מדין סיטומתא** כנהוג, שאחר ההגרלה ליכא שום חזרה".

¹⁹⁹ ראה: תיק 336-נ, פסקי דין - ירושלים, ד, עמ' סז - חוזה מכר דירה. בית הדין מציין כי זכרון דברים חתום הינו דרך קניין על פי דין תורה מכוח המנהג, אך אינו מזכיר את קניין סיטומתא.

²⁰⁰ תיק 5069/ש"ל (תי"א - יפו), פד"ר ט, 16, בעמ' 40 - זכרון דברים למכירת מניות; ערעור 1010/תשנ"ב, פד"ר יח, 29, בעמ' 31, 35 - זכרון דברים למכירת בניין. הרב דיכובסקי (שם, עמ' 31-32) קובע כי במקרה הנדון לוקה זכרון הדברים "בשני חסרונות". ברם לדעתנו, אם מבססים את תוקף זכרון הדברים, כדבריו, על דין סיטומתא, אזי אין ב"חסרונות" המנויים על ידו כדי לפגום בתוקפו החוזי.

²⁰¹ שו"ת עמודי אש, וילנא תרל"ה, דף סז, ע"ג. השאלה שנשאל, "אם יש בזה חשש אונאה וגזל". בנושא זה ראה עוד במקורות שצויינו אצל נ' רקובר, **אוצר המשפט**, ח"א, עמ' 404; ח"ב, עמ' 410; הנ"ל, **ביבליוגרפיה רב-לשונית למשפט העברי**, עמ' 685-686.

²⁰² ראה: משנה, ב"מ ד, ב, בבלי מד, ע"א.

4. אמירת "מזל וברכה"

כידוע, מקובל בין סוחרי יהלומים לסיים עסקה באמירת "מזל וברכה".²⁰³ מנהג זה קיבל את ביטויו בתקנון ההתאגדות של בורסת היהלומים הישראלית בע"מ [להלן: תקנון הבורסה]:

20. בתורת נוהג מסחרי מנויים בזה הכללים הבאים:

...

ח. כל עסק שהצדדים מסכימים עליו נחשב לעסק גמור ומחייב ע"י

אמירת מילים "מזל וברכה".²⁰⁴

עוד יצויין, כי על פי הפרקטיקה המקובלת בבורסה הישראלית [להלן: הבורסה], אשר קיבלה את עיגונה בתקנונה, כל עסקה בין חברי הבורסה תהיה כפופה ל"נוהג המסחרי", כפי שהוא מוגדר בתקנון.²⁰⁵

פוסקי ההלכה במאה ה-20 נדרשו לשאלת תוקפה הקנייני של אמירת "מזל וברכה" ונחלקו הדעות ביניהם בעניין זה. הרב משה שטרנבוך (יוהנסבורג-ירושלים) בתשובה²⁰⁶ קובע, שדיבור מועיל כקניין סיטומתא, ולפיכך אמירת "מזל וברכה" הינה "קנין גמור" בדין תורה ביהלומנים שנהגו בני אומנתם כן". לעומתו, הרב חיים יוסף דוד וייס (אנטוורפן) בתשובה²⁰⁷ פוסק, על סמך דברי הרא"ש, כי סיטומתא אינה מועילה כלל בדיבור בלבד בלא מעשה,²⁰⁸

²⁰³ שמעתי מכמה יהלומנים, כי כיום רבים נוהגים לקצר ולומר רק "מזל". תודתי נתונה לעו"ד אלימלך בירנברג, לידידי, היהלומן אמוץ רו, ולכמה יהלומנים נוספים שעיימם שוחחתי (שחפצו בעילום שמם), על שהאירו עיניי בכמה עניינים, המשוקעים בסעיף זה, הנוגעים לפרקטיקה של המסחר ביהלומים בבורסת היהלומים הישראלית.

²⁰⁴ תקנון ההתאגדות של בורסת היהלומים הישראלית בע"מ, מהד' מרץ 1997, סעיף 20(ח) [במהד' מרץ 1994 של תקנות (כך הן נקראו בשעתן) ההתאגדות של בורסת היהלומים הישראלית בע"מ, הופיעה הוראה זו, בנוסח זהה, בסעיף 49(ח)].

²⁰⁵ "כל טרנסקציה [=עסקה] שתעשה בין חברי הבורסה במסגרת העסקים המצויינים בפסקה זו תהיה כפופה לנוהג המסחרי, כפי שזה מוגדר בתקנות אלו, ולהכרעת סכסוכים בהתאם לנאמר בתקנות אלו". שם, סעיף 20(טז). כמה מתקנות אלו, הקבועות בסעיף 20, יידונו בהמשך.

²⁰⁶ שו"ת תשובות והנהגות, ח"א, סי' תתג (ההדגשה שלי - ר"ק).

²⁰⁷ שו"ת ויען דוד, ח"ב, ירושלים תשנ"ג, סי' רמ, אות ב, ד"ה ואע"פ. מדובר בשלושה שותפים ביהלומים, בחלקים שווים, שהחליטו להיפרד. שנים מהם הסכימו עם השלישי, באמירת "מזל וברכה" בלבד, לקנות את חלקו. השניים לא סילקו חובם במשך זמן רב, וכעת רוצה השותף השלישי לחזור בו.

²⁰⁸ שאלת תוקפו של קניין סיטומתא בדיבור שנויה במחלוקת ראשונית. לדעת המהר"ם מרוטנבורג ורבנו יחיאל מפאריס - יש תוקף לסיטומתא בדיבור (תשב"ץ, ווארשא תרל"ו, סי' שצח; צוטט, כמעט במדויק, בהגהות מרדכי, שבת, סי' תעב-תעג). הרא"ש נחלק בעניין זה על דעת מורו, המהר"ם (שו"ת הרא"ש, כלל יב, סי' ג). גם

ולכן לא תועיל אמירת "מזל וברכה" בלא שעשה הקונה גם משיכה. כך כנראה גם דעת הרב יעקב ישעיה בלוי (ירושלים).²⁰⁹

הרב אשר וייס (נתניה-ירושלים) אף הוא אינו מעניק תוקף קנייני ל"מזל וברכה", אולם מנימוק אחר. הוא נשאל לגבי שני סוחרי יהלומים שסיכמו על מכירת יהלום ואמרו "מזל וברכה", ואחר כך ירד מחירו. המוכר טען שאמירת "מזל וברכה" הינה כקניין סיטומתא, ולכן אין הקונה יכול לחזור בו. הקונה טען, מנגד, שלא נעשה קניין וכי זכותו לחזור בו מן המקח, שכן כוונתו היתה לקנות רק אם לא יפסיד בכך.²¹⁰

הרב וייס פוסק, כי "אין באמירה זו דין סטומתא כלל", וזה נימוקו:

נראה ברור לעני"ד, דכל אמירה זו "מזל וברכה" אינו נתפס כלל גם אצל סוחרי יהלומים **כקניין** אלא **כהבטחה** לקיים את המקח. וכי אם יהלום זה היה נאבד באונס מן המוכר, היה הלוקח משלם אלפי דולר תמורתו בלי לקבל כלום, משום שכבר קנאו ב"מזל וברכה" ונתחייב לשלם תמורתו! אלא ברור שאין בזה אלא מעין הבטחה שלא לחזור בו, **ומלבד מחוסר אמנה אין בו קניין כלל**,²¹¹ ונראה ברור דא"א [=דאי אפשר] להוציא מן המוכר דהוי מוחזק.²¹²

האחרונים נחלקו בשאלה זו. ראה למשל: שו"ת הרמ"א (מהד' זיו), סי' כ, עמ' קכט; כנסת הגדולה, חו"מ, סי' רא, הגהות טור, אות ה, ושם, הגהות ב"י, אות קא; שו"ת שפת היס, חו"מ, סי' ט, ד"ה ואחר המח"ר אין (קכד, ע"א); שער משפט, סי' קכו, ה; שו"ת מהרש"ג, ח"ג, סי' קיג-קיד; שו"ת משנה שכיר, ח"א, סי' עב; שו"ת פני מבין, סי' רסא; כסף הקדשים, חו"מ רא, סע' א; שו"ת בית שערים, יו"ד, סי' שצט; שו"ת עזרת ישראל, סי' קכא; תשובת הרב ע' הדאיה בשו"ת ודבר שלום (לאביו, ר' שלום), חו"מ, סי' ו; הרב ב' רבינוביץ-תאומים, **חוקת משפט - הלכות מכירה**, ירושלים תשי"ז, קונטרס אחרון - אורח משפט, סי' א (תשובה); שו"ת נחלי אפרסמון, סי' מט. וראה עוד במקורות שצוינו אצל ש"ד רויטל, **יסודות השותפות במשפט העברי**, עבודת דוקטור, האוניברסיטה העברית, ירושלים תשל"א, עמ' 8, 10, 44-45, 51-56. עניין זה ראוי להרחבה נוספת, אך הוא חורג מגבולותיו של חיבור זה.

²⁰⁹ פתחי חושן - בדיני קניינים, מכירה ומתנה, ירושלים תשנ"ד, פרק י, הערה ג, עמ' רטו.

²¹⁰ התשובה נכתבה על ידי הרב אשר זעליג וייס (כיום, רב קרית טשכנוב, רמות ג', ירושלים, וראש ישיבת חתם סופר בבני ברק) בכ"ו כסלו תשנ"ה וטרם פורסמה בכתובים. תודתי נתונה למו"ר הרב וייס על שהואיל להעבירה לעיוני.

²¹¹ "מחוסר אמנה", שכך הוא דינו של משא ומתן למכר שנעשה בדיבור בלבד ולא ניתנו מעות על ידי הקונה. ראה: ב"מ מט, ע"א; רמב"ם, מכירה ז, ח.

²¹² ההדגשה הראשונה בלבד - במקור. לפני הקטע המצוטט דן הרב וייס בשאלה, האם יש תוקף לסיטומתא בדיבור בעלמא בלא מעשה, אך אינו נזקק להכריע בדבר שכן לדידו, כאמור, אין כאן כלל קניין אלא רק הבטחה.

על דעתו זו חוזר הרב וייס גם בתשובה נוספת.²¹³ כדעת הרב וייס ומאותו נימוק - היינו, כי אין היהלומנים רואים באמירת "מזל וברכה" קניין אלא התחייבות בעלמא - פסקו גם פוסקים נוספים בני זמננו.²¹⁴

יש, אפוא, לבחון תמיד ביחס ל"מנהגי הסוחרים" - כפי שכבר ראינו לעיל²¹⁵ - האם אכן רואים הסוחרים במעשה הנהוג על ידם קניין ממש או שמא רק הבטחה/התחייבות שלא ראוי לחזור הימנה.²¹⁶

*

מדברי הפוסקים, שהובאו לעיל, לא ניתן לדעת האם הם מתייחסים לעסקת מכר יהלומים המבוצעת בין המוכר והקונה בעל פה ובדיבור בעלמא, או שמא לכזו הנעשית באמצעות מעטפה חתומה באופן שיפורט ויוסבר להלן.²¹⁷ נרחיב מעט בעניין זה.

עסקאות ביהלומים מתבצעות במקרים לא מעטים לא באופן ישיר בין הצדדים, אלא באמצעות מתווך. במקרים מן הסוג האחרון, וגם ברוב המקרים שבהם נעשית העסקה ישירות, הפרקטיקה שונה מזו העשויה להשתקף מן המקורות שהובאו לעיל. לפי המנהג, אשר עוגן גם בתקנון הבורסה, כל הצעת קנייה של יהלומים הנעשית דרך מתווך "צריכה להעשות

²¹³ תשובה זו נכתבה בכ"ט בכסלו תש"ס, במענה לשאלתי בנדון, ואף היא טרם פורסמה בכתובים. הרב וייס מוסיף, שם, שהיות ואין מדובר בקניין אלא בהתחייבות למכור, נכנסנו לשאלת תוקף התחייבות למכור (אפילו בקניין גמור). שאלה זו שנויה אף היא במחלוקת ראשונים ואחרונים, ולכן גם מסיבה זו אין להוציא ממון מהמוחזק.

²¹⁴ כך פסקו: הרב משה שאול קליין (דיין בבית הדין של הרב ש' ואזנר בשכונת זכרון מאיר, בני ברק), הובאו דבריו בהסכמה על ידי עמיתו לבית הדין, הרב ש"א שטרן, "בדין חלות קניני בתים בזמנינו", **דברי משפט** א (תשנ"ו), עמ' שלח-שלט; הרב זלמן נחמיה גולדברג, דיין בבית הדין הרבני הגדול (כך שמע מפיו ידידי, הרב רפאל שטרן, בחודש סיוון תשנ"ט).

²¹⁵ ראה לעיל, בסמוך להערה 184, בדברי בעל שו"ת בית שלמה. בדרך דומה מוכיח גם ר' שמעון גרינפלד (שו"ת מהרש"ג, ח"ג, סי' קיג), כי אף שנהגו הסוחרים לגמור מקחם בדיבור, אין הם מייחסים למנהג זה תוקף של קניין. שכן, כאשר מתרחש הפסד לסחורה מטילים את ההפסד על המוכר, ו"מוכח דגם הסוחרים אינם מחשבים לא דבור ולא אנגאבע [ר"ל מקצת כסף] לקניין" (הסוגריים במקור).

²¹⁶ כדברי הר"ן בתשובה: "וצריך ג"כ שיהא המנהג ברור שדעתם הוא שיקנו בכך קנין גמור, ולא יהו נמנעין לחזור בהם משום מחוסרי אמנה בלבד, ואי נהגו לקנות בזה קנין גמור, ראוי לילך אחר המנהג" (שו"ת הר"ן, סי' פג, מהד' פלדמן, ירושלים שדמ"ת, עמ' שצה).

²¹⁷ חריג לאמור הינה התשובה של הרב ח"ד וייס מאנטוורפן, לעיל, הערה 207. שם מדובר במפורש על עסקת מכר שנעשתה באמירת "מזל וברכה" בלבד.

ע"י הצעה בכתב בצורת מעטפה חתומה (קשט)"²¹⁸. קֶשֶׁט הינו מונח שמקורו בשפה הצרפתית (Cachet). פירושו המילולי של מונח זה: חותם; ²¹⁹ ופירושו הענייני: הצעה שמציע הקונה בעסקת מכר ביהלומים.

המתווך - או המוכר, בעל הסחורה, עצמו, במקרה שהעסקה נעשית ללא תיווך - בא אל הקונה ומציג בפניו את הצעתו של המוכר. ההצעה כוללת את תנאי הקנייה, ובהם: המחיר לקראט ואופן התשלום. הקונה מציע בדרך כלל הצעה נגדית, זולה יותר. לפי תקנון הבורסה, על הקונה לסגור את היהלומים המוצעים למכירה בתוך מעטפה חתומה ולציין על המעטפה את הצעתו באשר לתנאי הקנייה (קֶשֶׁט) וכן את התאריך של חתימת המעטפה.

המעטפה החתומה שמוסר הקונה למתווך מחייבת אותו "לשלם את המחיר המוצע על ידו, ואילו המוכר רשאי להסכים לתנאים המוצעים ע"י הקונה או לסרב להם"²²⁰. הקֶשֶׁט הינה, אפוא, התחייבות חוזית - חד צדדית ובלתי הדירה - מצד הקונה, לעמוד בתנאים שהוצעו על ידו.²²¹ באופן מעשי יש שאינם מקפידים על חתימת המעטפה.²²² כמו כן, לעתים הקונים נותנים הצעות מחיר (קֶשֶׁט) בעל פה ואינם רושמים אותן על גבי המעטפה.

תקנון הבורסה קובע, כי אם לא צוינו תנאי התשלום על המעטפה, "אז על הקונה לשלם עבור הסחורה תוך 24 שעות מזמן קבלת ה'מזל וברכה"²²³. עם זאת, לפי הפרקטיקה המקובלת כיום בבורסה, הרי שהתשלומים מתבצעים בדרך כלל, אלא אם כן הוסכם אחרת,

²¹⁸ תקנון הבורסה, סעיף 20(ג). וראה גם שם, סעיף קטן (ד): "כל הצעה הבאה באמצעות מתווך (קורטייה) צריכה להעשות בצורת מעטפה חתומה" (הסוגריים בשני הסעיפים - במקור).

²¹⁹ ראה: Ernest A. Baker (ed.), *Cassell's French-English English-French Dictionary*, New York, 1951, p. 117. המילה הצרפתית "Cachet" (הנהגית כיום: קֶשֶׁט, בלא העיצור t) מתורגמת שם: "Seal, stamp, signet, signet-ring, היינו: חותם, חותמת, טבעת-חותם.

²²⁰ תקנון הבורסה, סעיף 20(ה).

²²¹ אמנם, מבחינה הלכתית דומה כי בעשיית הקשט על ידי הקונה, כמו גם באמירת "מזל וברכה" מצד המוכר, יש משום **מעשה קניין** על ההתחייבות החוזית לעמוד בתנאי העסקה. היינו, התחייבות של הקונה העושה "קשט" לשלם את המחיר במועדים המוסכמים, והתחייבות של המוכר האומר "מזל וברכה" למכור ולהעביר לקונה את הסחורה (על הבעייתיות של התחייבות מן הסוג האחרון, ראה **לעיל**, הערה 213). מכל מקום, התוצאה היא כי יש כאן לכל היותר **התחייבות** להקנאת היהלומים, אך לא קניין, קרי: העברת הבעלות בהם אל הקונה.

²²² במקרה שכך נעשה עלולה להתעורר בעיה ביטוחית במקרה של אבדן הסחורה.

²²³ תקנון הבורסה, סעיף 20(ג).

לאחר פרק זמן קבוע וממושך הרבה יותר. פרק הזמן האמור עשוי להשתנות מעת לעת, בהתאם למצב הכלכלי במשק.²²⁴

המתווך יוצר קשר עם המוכר, לעתים בנוכחותו של הקונה, ומעביר לו את הצעתו של האחרון. כאשר המוכר מאשר את תנאי העסקה באמירת "מזל וברכה", המתווך מוסר על כך לקונה ומעביר לו "את הסחורה... בהסכמת המוכר, בהקדם האפשרי".²²⁵ אם חלפו למעלה מ-24 שעות, פרט לשבתות וחגים, מעת אמירת "מזל וברכה", והסחורה לא נמסרה לקונה בלא סיבה מספקת של המוכר או המתווך, רשאי הקונה לבטל את העסקה.²²⁶

הנוהג המקובל - והמעוגן, כאמור לעיל, גם בתקנון הבורסה - הינו, כי אחרי קבלת "מזל וברכה" אין הצדדים יכולים לחזור בהם מן העסקה. במקרה שאחד מהם רוצה לחזור בו, יכול חברו לתובעו לבוררות אשר נערכת בתוך כותלי הבורסה. חריג לאמור הינו הסכמה משותפת של הצדדים לבטל את העסקה.

כנגד קבלת הסחורה נותן הקונה למתווך, או ישירות למוכר עצמו, "פתק קנייה", ועליו הוא רושם את תנאי התשלום המוסכמים. "פתק הקנייה" נחשב בבורסה כשיק, והמוכר רשאי להעבירו הלאה, לסוחר אחר או לבנק (בניפיון = דיסקונט).²²⁷ משום כך, קונה לא יתן פתק קנייה בלא שקיבל לידי את הסחורה.²²⁸ הפתק אמור לחזור לקונה לאחר ביצוע התשלום על ידו, במזומן או בשיק דחוי. בעסקה המתבצעת ישירות בין מוכר וקונה, לעתים אין רושמים פתק קנייה אלא המוכר מוציא באופן מיידי חשבונית ועליה הוא רושם את פרטי התשלום. חשבונית זו משמשת כאסמכתא לתנאים שסוכמו בין הצדדים בדומה לפתק קנייה.

²²⁴ יהלומנים סיפרו לי, כי בתחילה היה מקובל שהתשלום מתבצע 36 יום לאחר קבלת ה"מזל". לאחר מכן, עברו לתשלום לאחר 45 יום. ולאחרונה, עקב המיתון במשק, מקובל לשלם כעבור 60 יום.

²²⁵ תקנון הבורסה, סעיף 20(ו)(4).

²²⁶ שם. ביטול העסקה במקרה כזה מותנה, לפי האמור שם, בקבלת הסכמה של "תורן השבוע". לגבי מקרה שבו מסרב המוכר להצעת הקונה, ועל מכלול ההסדרים הנוגעים לקניית יהלומנים באמצעות מתווך, ראה שם, בסעיף 20, על סעיפיו הקטנים.

²²⁷ נאמר לי, כי פתקי קנייה מוגשים לבית המשפט בתביעות בסד"מ (סדר דין מקוצר), בדומה לשיקים, בהתאם לקבוע בתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד 1984, תקנה 202(1)(א). וראה: "זוסמן, סדרי הדין האזרחי", ש' לוי (עורך), ירושלים 1995, עמ' 662-665. עם זאת, רוב הסכסוכים שבין היהלומנים מתבררים בתוך כותלי הבורסה, בהתאם לתקנון הבורסה ולנוהג המסחרי, ואינם מגיעים כלל לבתי המשפט.

²²⁸ כאשר סחורה נלקחת על ידי קונה לבדיקה, מקובל להחתימו על פתק קנייה. כאשר שוררים יחסי אמון בין הצדדים יש והמוכר נותן לקונה סחורה בלא לקבל פתק קנייה או אסמכתא אחרת בכתב. לאחר שהקונה מכר את הסחורה, הוא חוזר אל המוכר והלה מוציא לו חשבונית.

על פי הפרקטיקה המקובלת בבורסה, הבעלות ביהלומים אינה עוברת עם קבלת ה"מזל וברכה", אלא עם העברת הסחורה באופן פיזי לרשותו של הקונה.

בשולי הדברים נעיר, כי קיים דמיון מסויים בין האקט של חתימת המעטפה, שבה מצויים היהלומים, על ידי הקונה, לבין ה"סיטומתא" הבבלית-תלמודית, אשר נעשתה קרוב לוודאי, כפי שראינו לעיל, על ידי החתמת המקח בחותמו של הקונה.²²⁹ ברם, כאמור, בשונה מקניין סיטומתא ההסטורי, אין הקניין ביהלומים נגמר עם חתימת המעטפה אלא רק עם מסירת הסחורה לידי הקונה.

לאור כל האמור צדקו אפוא הפוסקים²³⁰ שקבעו, כי אין תוקף של קניין סיטומתא לאמירת "מזל וברכה" לפי שגם סוחרי היהלומים אינם רואים באמירה זו משום "קניין"; היינו: אמירה זו אינה נושאת אופי קנייני של העברת בעלות בסחורה, אלא הינה רק "התחייבות", קרי: הבטחה חוזית-אובליגטורית גרידא. ואם מעשה קנין אֵין, קניין סיטומתא מניין?

5. קנייה בכרטיס אשראי

השימוש בכרטיסי אשראי (או: כרטיסי חיוב) כאמצעי תשלום החל בארה"ב בתחילת המאה ה-20, והגיע לישראל במחצית השניה של שנות ה-70. היקף השימוש בכרטיסי אשראי כאמצעי תשלום שלא במזומן במשק הישראלי, עולה כיום על היקף השימוש בשיקים, והוא הולך וגדל במרוצת השנים.²³¹

עניין תוקפם הקנייני של כרטיסי אשראי לפי ההלכה נדון על ידי הרב יעקב אריאל (כיום רבה של רמת-גן) בתשובה, אגב דיון בעניין אחר.²³² חבר מושב קנה דשן כימי וחתם על טופס המחייב את חשבונו בהנהלת החשבונות של היישוב. בטרם הספיק ליטול את הדשן מהמחסן, בא חבר אחר למחסן, ובלא לדעת שחלק מן הדשן כבר נמכר, קנה את כל הדשן, משכו ולקחו לביתו. מסקנתו של הרב אריאל, כי החתימה במקרה זה דינה כקניין, ולפיכך קנה הראשון:

²²⁹ ראה לעיל, עמ' 167-168.

²³⁰ הרבנים אשר וייס, מ"ש קליין, ש"א שטרן, ז"נ גולדברג. ראה לעיל, בסמוך להערה 212 ובהערה 214.

²³¹ לדיון בהיבטים משפטיים וכלכליים הנוגעים לעניין זה, ראה: א' ברק, ע' פרידמן, **כרטיסי חיוב - היבטים משפטיים ומעשיים של כרטיסי אשראי ובנק**, תל-אביב 1997. הנתונים המצויינים כאן לקוחים משם, עמ' 7.

²³² הרב י' אריאל, שו"ת באהלה של תורה, מכון התורה והארץ, כפר דרום, תשרי תשנ"ח, סי' צט, "דרכי הקניין במחסן המושב", עמ' 479. התשובה נכתבה בשנת תשל"ה.

ולכן נראה, שמכיון שדרך העולם ומנהג הסוחרים להתייחס לחתימה על מסמך כזה כאל גמר קניין - הוי כקניין "סיטומתא", שאין אחד מהם יכול לחזור בו, כמבואר בשו"ע (סי' ר"ד סעי' ו').²³³ וכן נהגו לקנות בכרטיסי אשראי; וקנין זה דומה בצורתו לקניין בכרטיס אשראי.²³⁴

לדעת הרב אריאל, אם כן, יש לקנייה בכרטיס אשראי תוקף קנייני מדין סיטומתא. בנושא זה עוסק בהרחבה גם הרב צבי יהודה בן-יעקב (כיום דיין בבית הדין הרבני האזורי בחיפה) במאמר.²³⁵ גם הוא מגיע למסקנה כי יש לאקט זה דין של קניין סיטומתא.²³⁶ לגבי המועד המדויק שבו מתבצע הקניין כותב הרב בן-יעקב:

יש להניח שהרגע הקובע בקנין הוא הרגע שבו חותם הלקוח על השובר המונפק מתוך מכשיר ההדפסה, ולא הרגע שהוא מוסר את כרטיסו למוכר או כשהכרטיס מועבר במכונה (או "מגוהץ"), שהרי יש להניח שעד לרגע החתימה רשאים שני הצדדים לחזור בהם, זה למשוך את סחורתו וזה את כרטיסו.²³⁷

6. קנייה באמצעות האינטרנט

בעניין זה דן הרב יחיאל וסרמן במאמר שפורסם לאחרונה.²³⁸ לדעתו, יש ליתן תוקף לדרך קניין זו מצד דין סיטומתא. שכן, אף לסוברים כדעת הרא"ש בתשובה, שקניין סיטומתא זוקק מעשה וכי לא די בדיבור בעלמא,²³⁹ קניין על ידי האינטרנט אכן כרוך במעשה - הקשת האצבע על העכבר או על מקש המקלדת.²⁴⁰ בהמשך מוסיף וטוען ר"י וסרמן,

²³³ סעיף זה בחושן משפט, העוסק בדין סיטומתא, זהה כמעט לחלוטין בנוסחו לסעיף א בסימן רא, שם.

²³⁴ שם, אות ד, עמ' 482.

²³⁵ הרב צ"י בן-יעקב, "חזרה ממקח שנקנה באמצעות כרטיס אשראי", תחומין יז (תשנ"ז), עמ' 272-284.

²³⁶ שם, עמ' 284.

²³⁷ שם, עמ' 282 (ההדגשה שלי - ר"ק). בסיום דבריו שם משאיר הרב בן-יעקב בצריך עיון את השאלה, "מהו רגע הקנין כאשר העסקה באמצעות כרטיס האשראי נעשית דרך הטלפון, וללא חתימה".

²³⁸ הרב י" וסרמן, "ביצוע קנין באינטרנט", תחומין יח (תשנ"ח), עמ' 248-251.

²³⁹ על עניין זה ראה לעיל, הערה 208.

²⁴⁰ בסיום מאמרו (שם, עמ' 251) עומד ר"י וסרמן על הבעייתיות לרכוש דרך האינטרנט סחורות שבעת ביצוע הקניין טרם באו לעולם, שכן תוקפו של קניין סיטומתא בדבר שלא בא לעולם שנוי במחלוקת הפוסקים. עניין זה אכן שנוי במחלוקת ראשונים ואחרונים, אך הוא חורג ממסגרתו של חיבורנו.

בהסתמכו על דברי אבן האזל, כי "יש מקום להחיל על מעשה קנין כזה את כללי דינא דמלכותא", היינו: הוראות חוק המדינה.²⁴¹

הרב אורי דסברג שם משיג על הדברים באומרו, בין היתר: "ברור, שיצירת הקנין כנורמה התנהגותית [=קניין סיטומתא - ר"ק]... מצריכה פרקטיקה משפטית בערכאותיה השונים. כל עוד לא נדרשו מוסדות הציבור והמשפט לנושא, ספק רב אם ההתייחסות לרכישות באמצעות אינטרנט הן כאל קנין, אלא לכל היותר כאל התקשרות חוזית שהינה פחות מחייבת".²⁴²

אכן, מצאנו מעשים - דוגמת "מזל וברכה" - היכולים להיתפס למראית עין כקניין, אך בירור בקרב הנוהגים להשתמש בהם מגלה, כי אין הם נתפסים אלא כהתחייבות חוזית או כהבטחה גרידא.²⁴³ יתכן שכך הוא המצב אף ביחס לקניין באינטרנט. ברם, אין להסיק מעובדה זו, כי בכל צורת קניין חדשה אשר בה ניתקל, ניוזק ל"פרקטיקה" של בתי המשפט כדי לקבוע אם אמנם מעשה קניין לפנינו. קניין סיטומתא נוצר כל אימת שהנוהגים לקנות בדרך מסויימת - הם ולא חכמי ההלכה או השופטים - מייחסים לדרך זו תוקף של מעשה קניין לכל דבר.²⁴⁴ זו שאלה עובדתית, שעניינה בירור טיבו של המנהג. אם עולה מן הבירור כי מדובר בפרקטיקה שהיחס אליה הוא כאל מעשה קניין - הרי שיש לה תוקף של קניין.²⁴⁵

באשר להיבט העובדתי, דומה שבשנים האחרונות זוכה כבר רשת האינטרנט על השלכותיה המשפטיות הרבות - ובכללן כריתת חוזים וביצוע עסקאות מכר מקוונות (on line)

²⁴¹ שם.

²⁴² שם, הערה 2 (הערת עורך). להבדל בין זכות קניינית ("קניין") לזכות חוזית-אובליגטורית ("התחייבות") ישנן נפקויות רבות, הן במשפט העברי והן בשיטות משפט אחרות. התקשרות חוזית הינה "פחות מחייבת" במשפט העברי בשל היכולת לחזור ממנה (הכרוכה, לכל היותר, בסנקציה של "מי שפרע"), בעוד שמעסקה קניינית שהושלמה לא ניתן, באופן עקרוני, לחזור.

²⁴³ ראה דברי הרב אשר וייס ופוסקים נוספים לעיל, בסמוך להערה 212 ובהערה 214.

²⁴⁴ כפשוטו לשון הסוגיא (ב"מ עד, ע"א): "ובאתרא דנהיגו למקני ממש - קנו". והשווה לדברי הרב רוזנטל לעיל, בסמוך להערה 191.

²⁴⁵ אם, לעומת זאת, לא ניתן להוכיח כי הנוקטים בפרקטיקה זו רואים בה מעשה קניין, אזי דינה כדינו של כל מנהג ממוני שלא הוכח קיומו, ולפיכך לא יהא לה תוקף קנייני. בירור כזה עורך כל פוסק או דיין, הנדרש להכריע בשאלת תוקפו של מנהג. ראה בעניין זה עמ' 9-10.

- להתייחסות רבה במדינות רבות בעולם ובכללן ישראל, הן על ידי המערכת המשפטית, הן על ידי המחוקק, והן על ידי הציבור הרחב.²⁴⁶

ב. מנהגים ביחס לבעיות אחרות בדיני הקניין

ראשונים ואחרונים הסתמכו על סוגיית סיטומתא - אשר אותה פירשו בפרשנות מרחיבה - לא רק לשם מתן תוקף **לדרכי קניין** שונות שאינן נזכרות במקורות התלמודיים. סוגיא תלמודית זו שימשה את הפוסקים גם כדי להתגבר על **בעיות אחרות בדיני הקניין**. על סמך דין סיטומתא ביססו כמה מפוסקי ההלכה את תוקפם של מנהגי הסוחרים, אשר לפיהם נהגו הסוחרים להקנות במצבים "בעייתיים" מבחינת הלכות הקניין, קרי: מצבים שבהם לא ניתן להקנות על פי דיני הקניין הרגילים.

נדגים עניין זה בשתי דוגמאות: הקנאה באסמכתא והקנאת קרקע שאינה מסויימת. קיימות גם דוגמאות נוספות לאמור. על כמה מהן הערנו במהלך חיבורנו,²⁴⁷ ועל האחרות לא נוכל לעמוד במסגרת חיבור זה.²⁴⁸

1. התנאה על קנסות בשעת שידוכין - אסמכתא

כך כותב הר"ש משנץ (ר' שמשון בר' אברהם, Sens, צרפת, מאות 12-13), מגדולי בעלי התוספות,²⁴⁹ בתשובה²⁵⁰:

²⁴⁶ ראה, למשל, בכתב העת **שערי משפט**, כרך א, חוברת 2 (כסלו, תשנ"ח). גליון זה הוקדש כולו למאמרים בנושא "אינטרנט ומשפט". לענייננו ראה במיוחד: ו"ח בוגנים, "תשתית משפטית למסחר אלקטרוני", **שם**, עמ' 169-188.

²⁴⁷ הקנאת דבר שלא בא לעולם ודבר שאינו ברשותו - ראה **לעיל**, בסמוך להערה 11; דוגמאות נוספות צוינו לעיל, עמ' 5, הערה 10.

²⁴⁸ להלן כמה מן העניינים הנוספים, אשר קיבלו תוקף (לפחות, לפי חלק מהפוסקים) על סמך סוגיית סיטומתא, ואשר לא נוכל לעמוד עליהם במסגרת חיבורנו: קניין כסף במטלטלין - ראה: שו"ת משנה שכיר, ח"א, ירושלים תשל"ד, חו"מ, סי' עב; קניין בדבר שאין בו ממש ("קניין דברים") - ראה: תיק 4057/תש"ד (תי"א - יפו), פד"ר ה, 310, בעמ' 316-317; מ' ויגודה, **חוק לישראל: שכירות ושאלה**, עורך נ' רקובר, ירושלים תשנ"ח, עמ' 62-63; הקנאת שטר ("אותיות") בלא כתיבה ומסירה - ראה: שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' שפ; שו"ת עמק המשפט (**לעיל**, הערה 184); הקנאת חוב שלא על ידי מעמד שלושתן - ראה: שו"ת מהרשד"ם, שם.

²⁴⁹ הר"ש משנץ (1150-1216~) היה תלמידו של הר"י ולמד תורה בצעירותו גם מפי רבנו תם. עלה לארץ ישראל בשנת 1211. ראה: אורבך, **בעלי התוספות**, עמ' 264-266, 271-279.

²⁵⁰ התשובה הובאה באור זרוע, ב"מ, פרק ה, סי' קפח, ביחס לב"מ סו, ע"א, בשם רבינו שמשון בר אברהם; ובשינויים קלים בשו"ת מהר"ם, דפי ברלין, סי' שנד, עמ' 288 = דפי פראג, סי' תתקסז. הציטוט על פי דפי ברלין,

ועל ענין רוזמיני²⁵¹ שנותנים בשעת שידוכים - קניא, שתקנו²⁵² העולם כמו שתקנו סיטומתא בסוף פירקא (ב"מ ע"ד ע"א) שקונים כמנהג²⁵³ וגם כמו כן יש להועיל רוזמיני²⁵⁴ בשידוכים, כיון שכל העולם נוהגים לתן אותם²⁵⁴ - חשיב כשדוכין. ועוד, כי אין זה גוזמא מה שנוהגים לקנוס את החוזר בו. כדין [צ"ל: בדין²⁵⁵] הוא להתחייב מי שחוזר בו מן התנאי שהתנו ביניהם לפי הבושת שמתבייש חבירו במה שהוא חוזר בו... אין זה אסמכתא ולא חשוב גוזמא שמפסיד בחזרתו, והוי²⁵⁶ אוביר ולא אעבוד אשלם במיטבא בפי המקבל (ק"ד ע"ב). שמשון בר' אברהם.

רייזמיני²⁵⁷ היא מטבע שנהגה בכמה ממדינות אירופה. מן התשובה ומקבילותיה עולה, כי נתינת מטבעות אלו היתה נותנת תוקף לתנאים שנעשו בעת השידוכין, וביניהם הקנס למי מן הצדדים שחוזר בו.²⁵⁸ הבעיה היא שיש בקנס זה לכאורה משום "אסמכתא"²⁵⁹, ואסמכתא אינה קונה, לדעת בעלי התוספות, אלא אם עשו קניין בבית דין חשוב.²⁶⁰ הר"ש פוסק, כי נתינת הרייזמיני²⁶⁰ מהווה קניין ואינה אסמכתא. הוא נותן לכך שני נימוקים,

שם (ההוספה בסוגריים מרובעים שלי - ר"ק). הדברים הובאו גם, בלא ציון אומרים, בתוספות, ב"מ סו, ע"א, ד"ה ומניומי, ובתוספות הרא"ש שם, ד"ה ומניומי.

²⁵¹ באור זרוע: ריישמיניש, ובדפי פראג: רייזמיניש.

²⁵² "שתקנו" כאן פירושו, ככל הנראה: שנהגו, וכדבריו בהמשך: "כיון שכל העולם נוהגים לתן אותם".

²⁵³ באור זרוע: "שקונין במנהג".

²⁵⁴ על תשומת הלב המיוחדת של הר"ש משנץ לתנאי החיים בזמנו ובמקומו, ראה: אורבך, בעלי התוספות, עמ' 309-308.

²⁵⁵ כך באור זרוע ובדפי פראג.

²⁵⁶ באור זרוע ובדפי פראג: "והוי כמו".

²⁵⁷ י' בר-אל, מילון יידיש עברית לשו"ת גדולי אשכנז - מאות י"ג-ט"ו, משיבים נבחרים, אוניברסיטת בר-אילן, רמת-גן תשל"ז, עמ' 5, כותב בערך רייזמיניש: "מטבע בעל הילוך חוקי, בין המאות ה-13-19 בגרמניה ואוסטריה-הונגריה - ועל המטבע אות הצלב". על מילה זו ראה עוד במקורות שציין גידעמאן (לעיל, הערה 149), עמ' 134, הערה 3.

²⁵⁸ על נתינת מטבע בימי הביניים כדרך לעשות קניין או התחייבות, ראה לעיל, עמ' 207-210.

²⁵⁹ למהותה של "אסמכתא" בקניין, לפי השיטות השונות, ולפרטי דיניה, ראה: אנציקלופדיה תלמודית, "אסמכתא(ב)", כרך ב, עמ' קח-קטו; ליפשיץ, אסמכתא. לפי רוב הראשונים "אסמכתא" היא: "התחייבות לחברו, שאדם מקבל על עצמו על צד הספק, התלוי בתנאי ידוע, בלי גמר דעת" (אנציקלופדיה תלמודית, שם).

²⁶⁰ ראה בתוספות ובתוספות הרא"ש, לעיל, הערה 250.

והראשון שבהם נסמך על סוגייתנו: היות שכך נהגו "כל העולם", הרי שהקניין חל, כמו שמצינו בסיטומתא. כדעת הר"ש כתבו התוספות, הרא"ש²⁶¹ וחכמי אשכנז, בעוד הרמב"ם וחכמי ספרד²⁶² גרסו, כי יש בקנסות הללו משום אסמכתא. בעקבות מחלוקת הראשונים נחלקו בדבר אף המחבר והרמ"א.²⁶³

בית הדין האיזורי לדיני ממונות בקרית ארבע נדרש לסעיף בחוזה, הקובע פיצויים מוסכמים על איחור באספקת הממכר. בהסתמך על דברי התוספות הנ"ל, הסוברים כי אין כאן אסמכתא, פוסק בית הדין: "אמנם אם היה ברור שמקובל בכל המדינה להטיל קנס של 25% עבור שבוע פיגור, ניתן היה לומר שיש לזה תוקף של מנהג מדינה. כי יש לדמות דין זה לסיטומתא, שכל מה שהסוחרים מקבלים עליהם כמנהג אין בזה משום אסמכתא...".²⁶⁴

לעומת זאת, בית הדין הרבני האיזורי ברחובות קובע בפסק דינו, כי אין תוקף לסעיף בחוזה מכר הקובע קנס (פיצויים מוסכמים) בגין איחור בהעברת הדירה בטאבו על שם הקונים, שכן סעיפים כאלו הינם בגדר "אסמכתא".²⁶⁵ בפסקי דין אחרים נמנעו בתי הדין הרבניים מלהכריע במחלוקת הפוסקים בשאלה זו, ופסקו משום כך לטובת המוחזק.²⁶⁶

²⁶¹ ש.ם.

²⁶² ראה: רמב"ם, מכירה יא, יח.

²⁶³ שולחן ערוך, חו"מ רז, טז. לסקירת דעות הראשונים והאחרונים בעניין זה, ראה בהרחבה: ערער תשי"ח/122, פד"ר ג, 131, בעמ' 139-149; תיק 1875/תשמ"ב (רחובות), פד"ר יד, 30, פסק דינו של הרב ח' איזירר, בעמ' 35-41. חלק מפסק דין זה פורסם על ידי הרב איזירר כמאמר, "האם מנהג העולם מבטל אסמכתא (מתוך פסק-דין)", **כתלנו** יא (תשמ"ד), עמ' 31-36.

²⁶⁴ תיק 4/תש"ן, פסקי דין - קרית ארבע, א, 109, בעמ' 111. ברם, מסקנתו של בית הדין הינה כי קשה להניח שהסוחרים רגילים לקנוס את עצמם בקנס של 25% על פיגור של שבוע, ולפיכך אין לסעיף זה תוקף.

²⁶⁵ תיק 1875/תשמ"ב (לעיל, הערה 263), בעמ' 33, סעיף ב. דייני הרוב (הרבנים ש' קוק וא"י לנאל) אינם דנים כלל באפשרות ליתן תוקף לסעיף הפיצויים המוסכמים מכוח המנהג, ומשמע שסברו כי גם אם כך נהגו, הרי שהסעיף משולל תוקף מצד "אסמכתא". הרב ח' איזירר, בדעת המיעוט, מביא את מחלוקת הפוסקים בשאלה זו, אך אינו נדרש להכריע בה (ראה שם, עמ' 41).

²⁶⁶ ערער תשי"ח/122, פד"ר ג, 131, בעמ' 147; תיק א/669/יח (חיפה), פד"ר ג, 57, בעמ' 61.

2. הקנאת קרקע שאינה מסויימת

הריב"ש (ר' יצחק בר ששת ברפת, ספרד-אלג'יר, המאה ה-14) דן בתוקפו של מנהג בעניין "מתנה לחוד"²⁶⁷. לפי מנהג זה הבעל כותב לאשתו בשטר "נתתי לה ד' אמות קרקע" סתם, בלא "לסיים" (=לתאר במדוייק) גבולות הקרקע, ואגב הקרקע נותן לה את המתנה. בתחילה סבר הריב"ש שאין למתנה תוקף - שהרי פסק הרמב"ם, כי אין תוקף למכר של ממכר שאינו מסויים²⁶⁸ - ורצה להורות לסופרים לתקן את לשון השטר ולסיים הד' אמות. אך, "ואח"כ נמלכתי שלא להוציא לעז על השטרות הראשונות, ואני סומך להכשירם מכח המנהג, דכיון דרגילי למקני בהכי - קני, דומיא דסיטומתא דבאתרא דרגילי למקני ממש - קני"²⁶⁹.

3. מקומה של סוגיית סיטומתא בתלמוד לאור הפרשנות המרחיבה

לעיל ראינו, כי הראשונים והאחרונים רואים בסוגיית סיטומתא מקור לתוקפם של כל דרכי הקניין הנהוגות במדינה. לאור התפיסה האמורה, יש לעמוד על מקומה של סוגיא זו בתלמוד.

מלבד בסוגיא בבבא מציעא (עד, ע"א), דין סיטומתא אינו נזכר במקום נוסף בתלמוד, לא הבללי ולא הירושלמי. גם בסוגיות שבהן היה מקום להיזקק לדין סיטומתא - לאור הפרשנות המרחיבה שהוענקה לו על ידי ראשונים ואחרונים - נפקד מקומו. כך, דרך משל, שואל רב יוסף בסוגיא בקידושין: "אלא מעתה פיל לר' שמעון [הסובר שבהמה גסה נקנית רק בהגבהה. ר"ק] - במה יקנה?"²⁷⁰ ומתמצים (אביי, ר' זירא וסתמא דגמרא) בכמה אופנים, כיצד בכל זאת ניתן לקנותו.²⁷¹ ברם, לכאורה, מה בכלל השאלה; היה להם לומר בפשטות שיקנהו בדרך שנהגו לקנות פיל באותו מקום, קרי: בקניין סיטומתא?

קושי דומה מתעורר גם ביחס לסוגיא בבכורות, הקובעת על סמך הפסוק "או קנה מיד עמיתך" - "מה עמיתך בחדא, אף עובד כוכבים בחדא"²⁷². היינו: אם מן התורה ישראל

²⁶⁷ על עניין "מתנה לחוד" ראה במקורות שצויינו לעיל, עמ' 56, הערה 189.

²⁶⁸ רמב"ם, זכיה ומתנה ג, ה.

²⁶⁹ שו"ת הריב"ש, סי' שמה, ד"ה גם אני, מהד' מכון ירושלים תשנ"ג, עמ' תנת. וכך כתב גם בתשובה דומה, שם, סי' קה, ד"ה גם אני, עמ' קא.

²⁷⁰ קידושין כה, ע"ב.

²⁷¹ האופנים: בחליפין; בשוכר את מקומו; מביא ארבעה כלים ומניח תחת רגליו; בחבילי זמורות. ראה שם.

²⁷² בכורות יג, ע"א.

קונה מטלטלין מישראל במשיכה, אזי גוי וישראל קונים זה מזה בכסף, וכן להיפך. הקושי מדין סיטומתא, לאור הפרשנות המרחיבה שניתנה לדין זה, ברור: "הא כיוון שגדר מעשה הקנין הוא מה שהונהג, א"כ בין כסף בין משיכה, אם נוהגין בקנינים אלו - בין ישראל בין עכו"ם יקנו מה"ת [=מן התורה], ומה שייך כל הילפותא לעמיתך בחדא ולעכו"ם בחדא, הרי הכל תלוי במה שנוהגין לקנות?".²⁷³

יודגש, שאלת מקומה של סוגיית סיטומתא בתלמוד, המוצגת כאן, עולה במלוא חריפותה דווקא לאור הדרך שבה נקטו הראשונים והאחרונים בביאור סוגיית סיטומתא, כפי שנתבאר בפרק זה, היינו: הפרשנות המרחיבה. לולא דבריהם ניתן היה לטעון, כי לא לכך נתכוונה הסוגיא במקורה, וכי כל האמור בה מתייחס רק לקניין סיטומתא, אך לא לדרכי קניין אחרות הנהוגות על ידי הסוחרים. יכולנו, למשל, לומר שמימרת רבא הינה תקנת חכמים מצומצמת, המתייחסת רק לדרך הקניין המסויימת של "סיטומתא", אשר נהגה בשעתה.²⁷⁴ ואם כך הוא, כל הדיון בזיקה שבין סוגיית סיטומתא לבין סוגיות אחרות בתלמוד - מתייטר. ברם, כאמור, לא כך הובנה סוגיא זו על ידי המפרשים לדורותיהם.

עוד ניתן היה לטעון, במענה לשאלתנו, כי סוגיות חלוקות הן. היינו, דינו של רבא אכן מתייחס לכל דרכי הקניין, אלא שהסוגיות שהובאו לעיל לא הכירו את דינו של רבא או שהכירוהו וחלקו עליו. למיטב ידיעתנו, הראשונים והאחרונים לא צעדו גם בדרך זו. זאת ועוד, דרכם של חכמינו היא, כי עדיף ליישב סתירות בתלמוד בלא להרבות מחלוקת.²⁷⁵

היישוב הפשוט לשאלה שהצגנו לעיל הינו, כי בסוגיות התלמוד העוסקות בקניינים דובר ב"סתם" מקום, היינו: **במקום שאין בו מנהג**, ולפיכך כל הדיון נערך על פי מערכת דיני הקניין הרגילה, בלא איזכור של קניין סיטומתא. דוגמא לדבר מצאנו גם ביחס למשנה. המשנה קובעת דין מסויים ביחס לאריס, ואילו בגמרא מתברר כי דינה של המשנה נאמר רק **במקום שאין בו מנהג**, אך ישנם מקומות שבהם נהגו שלא כדין המשנה.^{276 277}

²⁷³ הרב א"מ חברוני, משאת משה על מסכת קידושין, ירושלים תשכ"א, סי' ג, אות ב, עמ' 10 (ההדגשה שלי - ר"ק). רא"מ חברוני שם מאריך ליישב הסוגיא, ונעלמו ממנו, כנראה, דברי הרשב"א בתשובה המובאים להלן, שעל פיהם מיושבת קושייתו בפשטות.

²⁷⁴ אמנם, כמה מן הפוסקים, ראשונים ואחרונים, הבינו כי קניין סיטומתא מבוסס על תקנת חכמים, כפי שיבואר להלן, עמ' 302-309, 331-335. ברם, לא מצאנו איש מביניהם אשר סובר, כי תקנה זו מתייחסת רק לקניין "סיטומתא". אדרבה, היה פשוט בעיניהם כי יש לפרש את דין סיטומתא באופן מרחיב, כאמור בפרק זה.

²⁷⁵ "אפשי מחלוקת לא מפשינן" (שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' שד, ד"ה ולשאלה שמי).

²⁷⁶ ראה: משנה, ב"מ ט, א, בבלי קג, ע"א: "המקבל שדה מחבירו [באריסות]... הכל כמנהג המדינה, כשם שחולקין בתבואה כך חולקין [בעה"ב והאריס - ר"ק] בתבן". ובגמרא שם, ע"ב: "אמר רב יוסף: בבבל נהיגו דלא

הסבר מעין זה מעלה כבר הרשב"א באשר ליחס שבין הסוגיא בבכורות הנ"ל לסוגיית סיטומתא. הרשב"א בתשובה דן בדרכי הקניין במטלטלין בין ישראל וגוי, ומסקנתו היא:

נראין הדברים, דכיון דבדיניהם בזמן הזה קונים זה מזה בכסף, אף
אנו מינייהו קונין מהם בכסף בדיניהם, **דלא תהא אלא שנהגו**, הנהגה
מילתא היא, ואפילו ישראל בישראל, וכאותה שאמרו פרק איזהו נשך
האי סיטומתא קניא.²⁷⁸

ברם, מסקנה זו מעלה את הקושי, מדוע בסוגיא בבכורות לא נימקו האמוראים את
הדין שישראל קונה מגוי בהמה על ידי מתן מעות בנימוק שכך הוא המנהג (=קניין סיטומתא),
אלא בדרך אחרת.²⁷⁹ על כך משיב הרשב"א:

ואותה שאמרו שם, ישראל שנתן מעות לכותי בבהמתו בדיניהם,
אע"פ שלא משך קנה, דמשום דבתר דינא דאורייתא שדינן להו
[=שאחר דין התורה (שישראל קונה מגוי מטלטלין בכסף) אנו מטילים
אותם, (ולא תלו זאת במנהג)] - **דילמא התם במקום שאין מנהג ידוע**
[ולכן לא שייך לדבר על קניין סיטומתא]...^{280 281}

היבי תיבנא לאריסא". ומכאן: "זה שאמרנו במשנה שהאריס חולק בתבן לא נאמר אלא **בסתם ובמקום שאין שם מנהג ידוע**, אבל מקום שנהגו בו שלא ליתן תבן לאריס - אינו נותן" (מאירי, שם, מהד' שלזינגר, עמ' 383).

²⁷⁷ יתכן שכך הוא אף לגבי משנה נוספת (כתובות ז, ע"א): "גר שנתגיירה אשתו עמו - כתובתה קיימת, שעל מנת כן קיימה". בתיק 563/תשכב (רחובות), פד"ר ה, 124, בעמ' 127-128 קובע בית הדין, כי במשנה זו "נראה ודאי שמדובר במקום דליכא מנהג". וראה, שם, ראייתם.

²⁷⁸ שו"ת הרשב"א המיוחסות, סי' רכה. תשובה זו שייכת לקובץ תשובות העוסקות בדיני ריבית. על עריכת "קובץ המיוחסות" וסדרו, ראה: ח"ז דימיטרובסקי, תשובות הרשב"א, חלק ראשון, כרך א, ירושלים תש"ן, הקדמה, עמ' 13; א' זלניק, שו"ת הרשב"א, ח"א, מכון ירושלים, תשנ"ז, הקדמה ומבוא, עמ' 12-13.

²⁷⁹ קושיא דומה ביחס לסוגיא הנ"ל בבכורות מקשה גם המגן אברהם (או"ח, סי' תמח, ס"ק ד), אך מסקנתו הפוכה מזו של הרשב"א (שתובא בסמוך). לדבריו, מזה שהצריכו שם "דין תורה" ולא הלכו אחר הקניין "בדיניהם", משמע שקניין "בדיניהם" אינו מועיל בין יהודי וגוי (ובניגוד לאמור בשו"ת משאת בנימין, שהובא שם).

²⁸⁰ שו"ת הרשב"א, **לעיל**, הערה 278 (ההוספות בסוגריים וההדגשה שלי - ר"ק).

²⁸¹ באופן דומה מתרץ את קושיית המגן אברהם (**לעיל**, הערה 279) הרב שלמה זלמן [מינצנט] אב"ד מארגרעטין (ראה עליו: קינסטליכער, **לעיל**, הערה 120, עמ' שעט): "דילמא בזמניה[ם] לא הי[ה] דיניהם של גוים כך". דבריו הובאו בשו"ת חתם סופר, יו"ד, סי' שטז, ד"ה והנה כתב לי.

בדרך דומה בביאור סוגיא אחרת העוסקת בדרכי קניין, הולך גם המהרש"ל בחיבורו.²⁸² במסכת בבא קמא מובאות שלוש מימרות העוסקות בדרכי הקניין של בור, בית ועדר. וזו לשון השלישית שבהן: "אמר ריש לקיש משום ר' ינאי: המוכר עדר לחבירו, כיון שמסר לו משכוכית²⁸³ - קנה [את כל העדר - ר"ק]."²⁸⁴ על כך מקשים בסוגיא, כיצד קונה את המשכוכית, והרי לא עשה לא משיכה ולא מסירה. ומסבירים, כי צריך לקנותו במשיכה, ומסירת המשכוכית כמוה כאמירת "לך משוך וקני".

המהרש"ל מסביר, כי "משכוכית לבד אינו קונה, היינו לפי שלא היה המנהג [בבבל - ר"ק] לקנות בו כל הקניין". ומוסיף, כי אין מקום לשאלה, מדוע הקשה התלמוד על כך שלא נעשתה משיכה, "דילמא איירי [במקום - ר"ק] שנהגו בו לקנות ולגמור כל הקניין? דא"כ פשיטא, מאחר שנהגו - נהגו, כדאיתא בפרק איזהו נשך האי סיטומתא קני".

לדעת המהרש"ל, הסוגיא בבבא קמא עוסקת בהכרח במקום שלא נהגו לקנות על ידי משכוכית. שכן, ההלכה כי במקום שקיים מנהג קונים בהתאם למנהג, ידועה לנו כבר מסוגיית סיטומתא ואין בה כל חידוש.²⁸⁵

יש לציין, כי התופעה של התעלמות מקניין סיטומתא במקומות שבהם עוסקים בנושא דרכי הקניין, מצויה לא רק בתלמוד אלא גם אצל גאונים וראשונים. הללו מונים בכמה מקומות את דרכי הקניין שבתלמוד, אך אינם מזכירים את קניין סיטומתא.²⁸⁶ הסיבה לכך הינה, ככל הנראה, כי חכמים אלו לא מצאו לנכון לפרט אלא את דרכי הקניין המועילות בכל זמן ומקום, אך לא את קניין סיטומתא שדרך עשייתו משתנה, עם השתנות המנהג, מזמן לזמן ומאתר לאתר.

²⁸² ים של שלמה, ב"ק, פ"ה, ס"י לו. דבריו שם נדונו לעיל, עמ' 234-235.

²⁸³ "משכוכית" נתבאר בגמרא שם בשני אופנים (על פי רש"י): זוג שמקשקש בו לפני העדר או עז ההולכת בראשו. כל העדר הולך אחר ה"משכוכית", ובכך הוא נקנה.

²⁸⁴ ב"ק נב, ע"א.

²⁸⁵ מדברי הים של שלמה, שם, בהמשך משמע, כי הלכה זו נלמדה גם מן הסוגיא בקידושין כו, ע"א. שם נאמר, כי במקום שנהגו שלא לקנות קרקע בכסף לבד, כפי שקובעת ההלכה, אלא בצירוף שטר - אין היא נקנית אלא בדרך זו. ראייה נוספת לביאורו בסוגיא מוצא הים של שלמה גם בניסוח המימרות בב"ק שם. ראה דבריו לעיל, בסמוך להערה 43.

²⁸⁶ ראה לעיל, עמ' 191, ובמקורות שצויינו שם, בהערות 24-25.

בדרך זו יש להבין, אולי, גם את פסקו של המהר"ם מרוטנבורג ביחס למכירת בהמה מבכרת לגוי, כדי לפטור ולדה מדין בכור. המהר"ם "היה מחמיר ומצריך מעות ומשיכה, לאפוקי נפשיה מפלוגתא". טעם הדבר, שכן לדעת רש"י, יהודי וגוי קונים זה מזה רק במעות, ואילו לדעת רבנו תם - רק במשיכה. המהר"ם רצה להימלט ממחלוקת זו, ולפיכך קבע שיש לנקוט בשתי הדרכים גם יחד.²⁸⁷ ולכאורה, לא היה לו למהר"ם להחמיר בדבר אלא לומר, שיבצעו את מכירת הבהמה באמצעות קניין סיטומתא בהתאם למנהג הסוחרים במקום? אלא, יתכן שכוונת המהר"ם היתה להורות דרך קבועה שבה ינהגו בכל זמן ומקום, ולכן נקט בקנייני מעות ומשיכה ולא בקניין סיטומתא, המותלה בקיומו של מנהג מקומי ואינו קבוע. כך אמנם ביאר את שיטתו אחד מן האחרונים.²⁸⁸

²⁸⁷ מרדכי, ב"מ, סי' שב.

²⁸⁸ שו"ת כנסת יחזקאל, סי' יד, ד"ה ואודת. ובדומה כתב בשו"ת עבודת הגרשוני, סי' קב, כי במקומו של המהר"ם לא נהגו לקנות במעות. אמנם, המהר"ם מינץ, סי' ה (מכון ירושלים, תשנ"א, עמ' טו-טז) הוכיח מדברי מהר"ם אלו דווקא, כי מנהג "תגרים גויים אינו מועיל להפקיע קדוש[ת] בכור" מדין סיטומתא; שאם היה מועיל, מדוע לא הסתפק מהר"ם במתן פרוטה כ"מנהג הגוים בכל המקומות". וראה שו"ת פנים מאירות, ח"ב, סי' נב, ד"ה אמנם בתשובת, שהעלה הסבר אחר בדעת המהר"ם, מדוע לא יועיל בעניין זה להקנות את הבהמה כמנהג הסוחרים.

נספח א: הצורך בידיעה שסיטומתא אינה קונה מן הדין אלא רק מכוח המנהג

מעיון בדברי הראשונים והאחרונים עולה, כפי שראינו בפרק זה וכפי שעוד נראה בפרק הבא, כי באופן עקרוני יש תוקף לכל דרכי הקניין הנהוגות על ידי הסוחרים, מכוחה של סוגיית סיטומתא. אמנם, בדברי שנים מן האחרונים מצאנו תנאי לתחולת דין סיטומתא, והוא: הצורך שידעו הסוחרים כי דרך הקניין הנהוגה על ידם אינה קונה מן הדין; אם סבורים הללו כי מנהגם מועיל על פי הדין, הרי שזהו "מנהג טעות" ואין לו תוקף.

דברים מפורשים בנדון מצאנו לראשונה אצל המהריב"ל (שאלוניקי-קושטא, המאה ה-16) בתשובה.²⁸⁹ הוא דן בדברי הרא"ש בתשובה, כי מנהג שנוצר ונתפשט עקב הסתמכות מוטעית על תקנה הינו "מנהג של טעות" ואין לו תוקף.²⁹⁰ ומוסיף:

ומכל מקום יראה, דהיכא דנתפשט המנהג שלא מחמת טעות, כההיא דסיטומתא קניא, דהו יודעין דסיטומתא לא קניא מן הדין ואפילו הכי נהגו הסוחרים לקנות בסטומטה - מהניא כקנין גמור.

העולה מדבריו, כי אם סבורים הסוחרים שהחלו לקנות באופן מסויים, בטעות, כי דרך הקניין הנהוגה על ידם (=סיטומתא) "קניא מן הדין" - זהו "מנהג מחמת טעות" ואין לו תוקף.²⁹¹

דומה, כי אין כל הכרח להגיע מתשובת הרא"ש הנזכרת למסקנתו של המהריב"ל. לעיל²⁹² ביארנו, כי שיטת הרא"ש ביחס למנהגי ממון הינה כדעת הרי"ף בתשובה. היינו, באופן עקרוני יש תוקף למנהג ממוני הנוגד את הדין רק אם תוקן בעבר כ"תקנה"; אך למעשה, רשאים אנו להעמיד מנהג שכבר נהגו בו על "חזקתו" שתוקן מתחילה כתקנה. אמנם, כאשר ברור לנו כי ראשיתו של המנהג בטעות יסודה, כבתשובה הנ"ל, לא ניתן עוד להסתמך על ה"חזקה" האמורה. ולפיכך פוסק הרא"ש, כי אין תוקף למנהג טוליטולה הנוגד את דיני הירושה, לפי שמקורו בפרשנות מוטעית של תקנת טוליטולה.

²⁸⁹ שו"ת מהריב"ל, ח"ב, סי' פ.

²⁹⁰ שו"ת הרא"ש, כלל נה, סי' י. תשובה זו נדונה בהרחבה לעיל, עמ' 62-69.

²⁹¹ כך עולה גם מדברי המהריב"ל, שם, בהמשך: "דאי לא תימא הכי, אלא דאין כח בשום מנהג להפקיר ממון, ואפילו היכא שנתפשט שלא מחמת טעות, אם כן ההיא דסיטומתא קניא במאי נוקים לה?".

²⁹² ראה לעיל, עמ' 68-69.

קניין סיטומתא שונה, אליבא דהרא"ש, ממנהגי ממון אחרים. הבסיס לקניין זה לדידו הינו, ככל הנראה, גמירות דעת הצדדים מכללא לקנות בהתאם למנהג,²⁹³ ולא ההנחה כי שורשו של מנהג הסוחרים בתקנה קדומה. לפיכך, דומה כי הרא"ש יודה, כי כל אימת שהסוחרים גומרים בדעתם לקנות בדרך מסויימת - יש תוקף לקניין, גם אם הם סבורים, בטעות, כי דרך קניין זו מועילה מן הדין ולא מכוח המנהג. טעות זו אין בה כדי לפגום בגמירות דעתם של הסוחרים לקנות בדרך הנהוגה.

לשון אחר, תוקפם של מנהגי ממון הנוגדים את הדין נסמך, לדעת הרא"ש, על הנחה בדבר קיומה של תקנה בעבר, שעל פיה נתפשט המנהג; משום כך, אם פשט המנהג בטעות, נשמט כל הבסיס לכוחו. מנגד, תוקפו של קניין סיטומתא נעוץ לדעתו בגמירות דעתם של הצדדים בהווה לפעול על פי המנהג, שכן "הקנין לפי המנהג".²⁹⁴ גמירות דעת זו תלויה רק בשאלה העובדתית, האם אמנם "פשט המנהג" בין הסוחרים לקנות בסיטומתא;²⁹⁵ אך אין היא קשורה בשאלה המשפטית, מהו מקורה המשפטי של דרך הקניין הנהוגה, ההלכה או המנהג.

דברים דומים לאלו של המהריב"ל כותב מדעתו ר' שלמה יהודה טבק (סיגעט, טרנסילוואניה, המאה ה-19) בתשובה.²⁹⁶ הוא נשאל על ראובן שקנה משמעון מאה כור תבואה, שיסופקו לו בעתיד, נתן לו דמי קדימה והשניים עשו חוזה בכתב ("שלאס") ותקיעת כף. אחר כך מכר ראובן את זכותו האמורה ללוי, בקנין מעות ותקיעת כף, וכעת רוצה אחד משני האחרונים לחזור בו.

²⁹³ ראה להלן, עמ' 299-300.

²⁹⁴ רא"ש, ב"מ, פ"א, סי' לח. לביאור דבריו, ראה שם, עמ' 300.

²⁹⁵ הרא"ש מדגיש בכמה מקומות את הצורך בבירור ש"פשט המנהג". ראה לעיל, עמ' 69, ובהערה 265.

²⁹⁶ שו"ת תשורת ש"י, ח"א, סי' מב.

בעל תשורת ש"י כותב, כי גם אם באופן עקרוני יש בכוחו של קניין סיטומתא להקנות התחייבות שקיבל אדם לאספקת סחורה - לאחר,²⁹⁷ הרי שבנידונו לא יהא תוקף למכירה ללוי. והנימוק²⁹⁸:

ועוד, דקנין הנהוג דמהני מתורת סטימתא היינו כמו רושם, המבואר בפרק איזהו נשך, [ב"מ] דף ע"ד, דאינו קנין וידוע לכל שאינו קנין, והנהיגו הסוחרים לעשותו קנין. אבל דבר שהוא קנין בעצם במקום אחר וממנו נמשך הטעות לקנות בו גם במקום שאינו מועיל מדינא - זה הוי קנין בטעות; וכנ"ד [=וכנידון דנן] דקנין כסף ות"כ [=ותקיעת כף] מועיל בדבר בעין [=סחורה המצויה לפנינו], ונמשך מזה טעות לסוחרים לקנות בזה גם כשאינו בעין רק יש לו חיוב על אחר, דהוי רק חוב וכמלואו.

ודבריו נפלאו מאיתנו, שהרי גם תבואה המצויה "בעין", שלא ככנידון דנן, אין קניין כסף ותקיעת כף מועילים לקנותה "מדינא" - שכן במטלטלין עסקינן - אלא רק מכוח דין סיטומתא.

בעל תשורת ש"י מביא ראיה לדבריו מדברי החתם סופר,²⁹⁹ העומד על ההבדל היסודי שבין קניין סיטומתא לבין קניינים שתיקנו חכמים. בקניינים מדרבנן "לא מחלו בכך הסוחרים מרצונם אלא אנוסים בתקנות חכמים", ותוקפם הוא מכוח הפקר בית דין. קניין סיטומתא, לעומת זאת, "הנהיגו מרצונם הטוב", ו"כל שהנהיגו הסוחרים הו"ל [=הרי זה] כאלו התנו, וכל תנאי שבממון קיים מה"ת [=מן התורה]". מכך מסיק בעל תשורת ש"י: "ואם כן, כשנמשך ע"י טעות, דסברי שגם כאן הוא קנין מן הדין - הוי מחילה בטעות וליכא תנאי, דלא ידע דמחיל".

נבאר דבריו. היסוד לדין ש"כל תנאי שבממון - קיים" הוא מצד מחילה, היינו מחמת יכולתו של בעל הזכות הממונית למחול על זכותו לטובת אחר.³⁰⁰ כך הוא המצב, לדברי החתם

²⁹⁷ זאת אם נניח, כי בכוחו של קניין סיטומתא לעשות אחת משתיים: להקנות את חיובו של שמעון כלפי ראובן, ללוי (בלשון המודרנית: "המחאת חיוב"), גם בלא מעמד שלושתן (הנחוץ על פי הדין); או להקנות את ההתחייבות לאספקת התבואה שבשטר בלא כתיבה ומסירה (הנחוצים על פי הדין). ראה שם.

²⁹⁸ לפני הקטע המצוטט להלן מציין המשיב נימוק נוסף: הקנאת זכויות מכוח חוזה בכתב ("שלאס") בקנין מעות ותקיעת כף אינה "מנהג ברור". שכן, לעתים מוסר קונה א' את ה"שלאס" עצמו לקונה ב' ולעתים כותבים שניהם "שלאס" חדש.

²⁹⁹ שו"ת חתם סופר, יו"ד, סי' שיד.

³⁰⁰ על היסוד לדין "בדבר שבממון - תנאו קיים", ראה לעיל, עמ' 131-135.

סופר, גם בסיטומתא. המוכר, בעל הזכות הקניינית, מוחל על זכותו זו לטובת הקונה, אף שהלה לא קנה את הממכר מן הדין אלא רק מכוח המנהג. ואם כן, טוען בעל תשורת ש"י, אם המנהג "נמשך ע"י טעות", הרי שיש כאן "מחילה בטעות", וממילא נשמט כל הבסיס לתוקפו של קניין סיטומתא.

ברם, גם על דבריו אלו יש להשיב. תוקפו של קניין סיטומתא, לדעת החתם סופר, ביסודו אינו מדיני מחילה. יתרה מזאת, לא ניתן בכלל להקנות על ידי מחילה.³⁰¹ הבסיס למנהג הסוחרים בדרכי הקניין נעוץ לדעתו בכוחו של המנהג, ובכך שהמנהג נחשב מכללא כתנאי שעשו כל בני העיר או הסוחרים ביניהם "מרצונם הטוב".³⁰² די, אפוא, בכך שהקניין נעשה בהסכמת הסוחרים ו"מרצונם הטוב", ואין זה משנה אם הללו יודעים מהו מקור תוקפו של קניין זה, מן הדין או רק ממנהג.

שני האחרונים, שדבריהם הובאו לעיל, מסתמכים, בין היתר, על השוואה בין קניין סיטומתא שהונהג על ידי הסוחרים "בטעות" - קרי: מתוך מחשבה מוטעית שהוא קונה מן הדין - לבין דבר היתר שהחלו לנהוג בו איסור "בטעות", היינו: מתוך סברא שהוא אסור מן הדין.³⁰³ כפי שבמקרה מן הסוג האחרון ההלכה היא כי "מנהג בטעות" אינו מנהג, כך לדידם אין תוקף לדרך קניין שנוהגים בה הסוחרים מתוך "טעות".³⁰⁴

ברם, נראה לנו כי אין מקום להשוואה זו. תוקפו של המנהג בתחום האיסורין מבוסס על חובתו של אדם להמשיך ולנהוג כפי שנהג בעבר; יש בכך מעין נדר, ונדר בטעות אינו תקף. לעומת זאת, הבסיס למנהג בענייני ממונות, ובכללם קניין סיטומתא,³⁰⁵ הינו

³⁰¹ ראה: רמ"א, חו"מ קפט, א.

³⁰² שיטת החתם סופר בעניין הבסיס המשפטי לקניין סיטומתא תידון להלן, עמ' 324-331.

³⁰³ המהריב"ל (לעיל, הערה 289) מצטט את הר"ן המתייחס לדברי הירושלמי (פסחים פ"ד, ה"א. ובמהריב"ל צוין בטעות: פ"ה): "כל דבר שאינו יודע שהוא מותר וטועה בו באיסור - נשאל והן מתירין לו"; בעל שו"ת תשורת ש"י (לעיל, הערה 296) מביא את המקורות הבאים העוסקים במנהג באיסורין: חולין ו, ע"ב; שולחן ערוך, יו"ד, סי' ריד (שם נפסק כירושלמי הנ"ל); שו"ת מהרי"ק, סוף שורש קסא (תשובה זו נדונה לעיל, עמ' 85, הערה 356, סעיף ב).

³⁰⁴ ברור אפוא כי כל הבעיה, לדידם של האחרונים הנ"ל, נובעת מכך שקניין סיטומתא יסודו במנהג, ו"מנהג בטעות" אין לו תוקף. לפיכך, אין כל מקום להקשות עליהם, כי מימינו לא שמענו שמי שקונה בקניינים מדרבנן - דוגמת מעמד שלושתן - חייב לדעת כי דרך קניין זו קונה רק מדרבנן ולא מדאורייתא.

³⁰⁵ כך לדעת רבים מן הראשונים והאחרונים. בפרק הבא נעמוד בהרחבה על דבריהם וגם על הבנות אחרות בראשונים ובאחרונים באשר לבסיס המשפטי לקניין סיטומתא.

הסכמת הצדדים מכללא לפעול בהתאם למנהג. משום כך, אם נוהגים הסוחרים לקנות בדרך מסוימת - הקניין תקף, בלא כל קשר לשאלת מקורו המשפטי-הסטורי של המנהג.³⁰⁶

בדברי הראשונים ויתר האחרונים לא מצאנו את התנאי האמור לתחולת דין סיטומתא. נראה לנו, כי העדר דיון בנושא זה מעיד כי לדעתם אין נפקות לשאלה, אם יודעים הסוחרים כי דרך הקניין הנהוגה על ידם אינה קונה מן הדין אם לאו.

³⁰⁶ על ההבדל בין המנהג בממון ובתחומים אחרים, ראה לעיל, עמ' 22-23. המהריב"ל (לעיל, הערה 289) חש שדעת הרא"ש בתשובה (לעיל, הערה 290) אינה כדעתו בעניין זה, והתקשה בכך: "איברא, דקשיא לי טובא, דאיהו ז"ל [=הרא"ש] חלק בין איסורא לממונא, ואילו לפי מאי דכתבינן השתא, אין חלוק בין איסורא לממונא".

נספח ב: לגלגולם ומשמעם של המונחים *Leitkauf-Leikauf*

במהלך הפרק עסקנו בדרך קניין שנקראה בגרמנית של ימי הביניים³⁰⁷: *Winkouf*. מונח זה מצאנו בתשובה שנדפסה בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג³⁰⁸ וכן בתשובה של המהר"ם מינץ.³⁰⁹ בעוד שבמקור הראשון מתועתקת מילה זו לעברית באופן מדויק למדי - "וינקופא/וינקוף" - הרי שבאחרון היא מופיעה בשלוש צורות שונות זו מזו: "ויינקוף/ווינקוף" (6 פעמים);³¹⁰ "ליינקוף" (פעמיים);³¹¹ "לייקוף" (פעם אחת).³¹²

במבט ראשון נראה כי הצורה "ויינקוף" היא המקורית, ואילו הצורות האחרות הינן משובשות, כפי שמצוי הרבה במקורותינו שמלים לועזיות משתבשות בהעתקתן עקב זרותן הלשונית. כך, כנראה, סבר גם המהדיר של שו"ת מהר"ם מינץ, אשר הציע לתקן את שתי הצורות החריגות ל"ויינקוף". ברם, דומה כי התחקות אחר הצורות הקדומות של מונח זה ומונחים קרובים לו תגלה, כי יש כאן יותר מאשר שיבוש המעתיקים.³¹³

בכמה מילונים העוסקים בשפת הסוחרים הגרמנית ובמשפט הגרמני בימי הביניים, אנו מוצאים כי *Leikauf* הינו מונח נרדף ל-*Weinkauf* (=מְכָר ביינ), ומשמעותו: המשקה ששותים בגמר העסקה,³¹⁴ או משתה היין הנעשה בגמר העסקה.³¹⁵ כפי שראינו לעיל, השתייה

³⁰⁷ להבהרת המינוחים שבהם נקטנו בנספח זה:

"גרמנית של ימי הביניים" = *Mittelhochdeutsch*

"גרמנית עתיקה" = *Althochdeutsch*

³⁰⁸ צוטטה במלואה ונדונה לעיל, עמ' 243-245.

³⁰⁹ נדונה לעיל, עמ' 245-247.

³¹⁰ שו"ת מהר"ם מינץ, סי' פב, מהד' מכוון ירושלים, תשנ"א, עמ' תג, ד"ה כאשר.

³¹¹ שם, עמ' שצח.

³¹² שם, עמ' שצז.

³¹³ בבירור העניינים הנדונים בנספח זה הסתייעתי במפעל המילון הגרמני של האחים גרים - שלוחת ברלין, העובד בשנים האחרונות על פרויקט לעידכון המילון. פרויקט זה נערך במסגרת האקדמיה למדעים ברלין-ברנדנבורג. תודתי נתונה לראש הצוות, Dr. Gerlinde Pfeifer, על החומר שהעבירה לעיוני. תודה מיוחדת לידידי, ד"ר מאיר סיידלר, שסייע לי רבות ביצירת הקשר עם ד"ר פיפר ובתרגום החומר מגרמנית.

³¹⁴ ראה: המילון של שפת הסוחרים הגרמנית של שירמר - A. Schirmer, *Wörterbuch der Deutschen Kaufmannssprache - Auf geschichtlichen Grundlagen*, Verlag von Karl J. Trübner, Strassburg, 1911 [להלן: שירמר], בערך "Leikauf", עמ' 119; המילון המשפטי הגרמני של דיקל ושפייר - G. Dickel & H. Speer, *Deutsches Rechtswörterbuch*, Verlag Hermann Böhlau Nachfolger, Weimar, 1984-1991

היתה מתבצעת בעת גמר העסקה בהשתתפות הצדדים לעסקה, העדים או שניהם כאחד.³¹⁶ שמו הקדום של מונח זה בשפה הגרמנית של ימי הביניים היה *Litkouf* או *Leitkouf*, שפירושו המילולי: מכר בין פירות.³¹⁷

בסביבות שנת 1300 נשלה האות t, וכך נוצרו הצורות: *Leichauf*, *Likouf*, ומאוחר יותר *Leikauf*,³¹⁸ שהיא הצורה הנפוצה יותר.³¹⁹ המילונאים מציינים כי מונח זה השתבש בכתיבתו לעתים קרובות, עקב אי הבנה, ויכול היה להיות מובן בשל כך בדרכים לא נכונות.³²⁰ ואמנם, בכתובים מתועדות צורות כתיבה נוספות שנתגלגלו מן המונח *Leikauf*, וביניהן: *Littkauf*,³²²; *Leukauf*³²¹; *Leihkauf*

משהגענו עד הלום נראה לנו כי שתי הצורות החריגות, המופיעות בשו"ת מהר"ם מינץ, אינן שיבושי העתקה גרידא אלא צורות המהוות שיקוף למונחים השונים ששימשו בשעתם במובן זהה ל"ויינקוף". "לייקוף" - הרי היא ממש *Leikauf*. באשר ל"ליינקוף" - לא מצאנו במילונים הגרמניים תיעוד לצורה כזו (שבה קיים העיצור n), אך דומה כי גם היא משקפת צורת הגייה (או כתיבה) שנתגלגלה³²³ או נשתבשה³²⁴ - אולי על ידי הסוחרים עצמם -

[להלן: דיקל ושפייר], בערך "Leitkauf", כרך ח, סעיף I.1.b, עמ' 1218-1219; המילון הגרמני של האחים גרים - J. & W. Grimm, *Deutsches Wörterbuch* [להלן: האחים גרים], בערך "Leikauf", כרך ו, עמ' 739.

³¹⁵ ראה: דיקל ושפייר, שם, כי מונח זה שימש הן לציון המשתה והן לציון המשקה שנשתה במהלכו.

³¹⁶ ראה לעיל, בטקסט הסמוך להערה 101, ובמקורות שצויינו שם. וראה עוד אצל דיקל ושפייר, שם.

³¹⁷ *Leit* (בגרמנית עתיקה: *Lid*) הינו: יין פירות או יין מתובל. ראה: שירמר, שם; האחים גרים, בערך "Leit", עמ' 727.

³¹⁸ שירמר, שם; האחים גרים, שם, בערך "Leikauf", עמ' 693.

³¹⁹ האחים גרים, שם, בערך "Leitkauf", עמ' 739.

³²⁰ שירמר, שם; דיקל ושפייר, לעיל, הערה 314. דוגמא לשיבוש היכול להביא להבנה מוטעית, המצויינת על ידי שירמר, שם, הינה הצורה *Leihkauf*. מילה זו יכולה להראות בגרמנית כגזורה משורש לוי"ה ולהיתפס בטעות כקשורה להלוואה. וראה עוד להלן, הערה 323.

³²¹ שירמר, שם; דיקל ושפייר, שם, בעמ' 1218.

³²² דיקל ושפייר, שם.

³²³ שמא מן הצורה *Leihkauf* - היכולה להתפרש בגרמנית אף כקניין שכירות - נוצרה, על דרך הדמיון הלשוני והענייני, הצורה *Lehkauf*, שפירושה: קניין חכירה.

³²⁴ שכן, כפי שכבר צויין לעיל, מונח זה השתבש לעתים קרובות.

מן הצורות *Leikauf, Leihkauf* או דומיהן. כך עולה גם מדברי מ' גידמן, הכותב: "בספרות הרבנים [באשכנז בימי הביניים - ר"ק] נמצאים הרבה... מבטאים המיוחדים לענייני מסחר, כמו: ליינקויף (*Leikauf*), וינקויף (*Weinkauf*)... ועוד הרבה כאלה".³²⁵

ואכן, המילה הגרמנית "ליינק"ויף" מצויה, מלבד בתשובה דנן, גם בדברי אחד מבעלי התוספות בסוף המאה ה-13, ובהקשר דומה לשלנו: אכילה "כדי לחזק הקנין".³²⁶ קרוב לוודאי, אם כן, כי גם המילה "ליינקויף" בשו"ת מהר"ם מינץ דלעיל הינה צורה מקורית ואינה שיבוש המעתיק.

לאור דברינו ניתן, אולי, להסביר גם תופעה נוספת העולה מעיון בתשובת המהר"ם מינץ. בדברי המהר"ם עצמו מופיעה רק הצורה "ויינקויף". לעומת זאת, שתי הצורות האחרות אינן מופיעות בדברי המהר"ם, אלא רק בדברים שכותב אליו השואל, הרב זלמן לוי ציון, מדייני נירנברג.³²⁷ אפשר, אפוא, כי הכינויים שרווחו לדרך קניין זו במקומו של ר' זלמן, או שהיו שגורים בפיו, היו "לייקופ" ו"ליינקויפ", בעוד המהר"ם מינץ מכיר את הכינוי האחר - "ויינקויף".³²⁸

המונח *Leitkauf* שימש, בנוסף למשמעות שצויינה לעיל (המשקה/משתה היין בגמר העסקה), בכמה משמעויות נוספות, הקרובות לה. נציין כמה מהן:

³²⁵ גידעמאנן (לעיל, הערה 149), ח"ג, ווארשא תרנ"ט, עמ' 131-132, בהסתמך על שו"ת מהר"ם מינץ הנ"ל. יפס לעניין זה דבריו של שפרבר, שנאמרו ביחס לספרות חז"ל: "יש לזכור כי לא כל המלים השאולות משפת עם זר בלשון חז"ל יימצאו במילונים של אותה שפה... סיבות שונות לכך, כגון המקריות שבהישרדות המקורות הספרותיים; או יש שרבדים מסוימים של השפה, ובייחוד הלשון העממית, לא נכנסו למקורות הספרותיים ועל כן לא הגיעו אלינו בשלשלת הקבלה העיקרית" (ד' שפרבר, *תרבות חומרית בארץ-ישראל בימי התלמוד, ירושלים תשנ"ד*, עמ' 19. ההדגשה שלי - ר"ק).

³²⁶ פענח רזא, לעיל, הערה 135. וראה שם, שכתב "כמו שקורין בל"א [=בלשון אשכנז] ליינק"ויף", היינו בשפה הגרמנית. עוד יצויין, כי בלאך במהדורתו (לעיל, הערה 86) תיקן בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג מ"ויינקויף/ויינקויף" ל"ליינקויף", וברי שאף הוא הכיר את המונח "ליינקויף".

³²⁷ בראש התשובה (לעיל, הערה 310, עמ' שצז): "לרבני ק"ק נורבער"ק...ומהר"רז", ובהמשך חתום ר' זלמן בשמו המלא. "נורבער"ק" היא נירנברג (Nürnberg). שמה של העיר חוזר ומופיע בשו"ת מהר"ם מינץ, בכתבים שונים. לדוגמא: "נרבערק" (סוף סי' ג, עמ' ז); "נרבורק" (סי' כא, עמ' צב); "נורבערג" (סי' לב, עמ' קיח); ועוד.

³²⁸ מפתחת התשובה משמע, כי בעת כתיבתה התגורר המהר"ם מינץ בבטנהיים. שכן, מצויין שם שהמעשה בבכור של ר' אייזק אירע בבטנהיים, והמהר"ם מכנה את ר' אייזק "בעל בית אחד הדר בשכונתי". ברם, המהר"ם מינץ עבר במקומות רבים (ראה שם, מבוא), וספק אם יש לשייך את הכינוי "ויינקויף" למקום מסויים.

1. נתינה מאת הקונה למוכר - של כסף המיועד לשתייה משותפת או של מוצרים - המתבצעת בסוף העסקה, לשם הבטחת ביצועה.³²⁹
2. העסקה המושלמת שהתבצעה בדרך של *Leitkauf*.³³⁰
3. דמי קדימה.³³¹
4. במשפט אגודות הסוחרים (הגילדות): חוזה בין מתלמד לבין מאמנו המלמדו אומנות, וכן: מתנת חובה שעל המתלמד לתת למאמנו בתחילת תקופת ההתלמדות.³³²
5. דמי שתייה, תְּשָׁר (טיפ).³³³
6. תשלום של הקונה למתווך בעסקה.³³⁴
7. תקיעת כף.³³⁵

המונח *Leitkauf-Leikauf* שימש, אפוא, הן ככינוי למתן הכסף המיועד למשתה, הן ככינוי למשתה היין עצמו ולמשקה ששתו במהלכו, והן ככינוי לעסקה המושלמת שנגמרה בדרך זו.

³²⁹ דיקל ושפייר (לעיל, הערה 314), עמ' 1216, סעיף I.1.a.

³³⁰ שם, עמ' 1220, סעיף VII.

³³¹ האחים גרים (לעיל, הערה 314), במקביל למונח: *Draufgeld*. לפי האמור שם, משמעות זו הינה גלגול מאוחר יותר של המונח *Leitkauf*.

³³² דיקל ושפייר, עמ' 1219, סעיפים I.2.a,b.

³³³ שם, עמ' 1220, סעיף III, במקביל למונחים: *Trinkgeld, Darangabe*.

³³⁴ שם, סעיף IV.

³³⁵ שם, עמ' 1221, סעיף VIII, במקביל למונחים: *Kaufschlag, Handschlag*. וראה שם, בכל הערך, משמעויות נוספות.

פרק תשיעי

הבסיס המשפטי לקניין סיטומתא

מבוא

בסוגיית התלמוד הקצרה בפרק איזהו נשך לא ניתן למצוא דבר על הבסיס ההלכתי-משפטי לדין, אשר הובא בשם רבא, שסיטומתא קונה. גם בתקופת הגאונים לא נעשה, על פי המקורות שבידינו, כל נסיון למצוא בסיס משפטי לדין זה, וכל שיש במקורות מתקופה זו הוא, לכל היותר, ציטוט של הסוגיא בתוספת פירוש מילולי-ענייני קצר. החל מתקופת הראשונים אנו מוצאים עיסוק רב בסוגייתנו. בשני הפרקים הקודמים עמדנו על הפרשנויות השונות, הן הישירות והן המרחיבות, שניתנו לסוגיא על ידי ראשונים ואחרונים. פרק זה יוקדש לבחינת הבסיס המשפטי לקניין סיטומתא.

הראשונים מנסחים דבריהם בדרך כלל בקצירת האומר. רובם סותמים דבריהם ואינם מתייחסים כלל, לפחות לא באופן ישיר, לשאלת הבסיס ההלכתי-משפטי של קניין סיטומתא. בעיה זו קיימת גם ביחס לדברי כמה מן האחרונים שנדרשו לענייננו. חרף קושי זה השתדלנו לעמוד על שיטותיהם של הפוסקים. במקרה שלא היה בידינו להכריע באשר לכוונת מי מהם, הצענו את האפשרויות השונות להבנת דבריו.

תקופת הראשונים

1. כל הנושא ונותן על דעת המנהג הוא עושה - התנאה מכללא

א. הרמב"ם

הרמב"ם (ר' משה בן מיימון, ספרד-מצרים, המאה ה-12) כותב בכמה מקומות בחיבורו - לגבי ענייני ממון שונים - כי המנהג "עיקר גדול בכל דברי משא ומתן", ושיש לילך אחר "המנהג" או "מנהג המדינה"¹. באחד מן המקומות הללו ביאר גם טעמו של דבר:

¹ ראה: רמב"ם, מכירה טו, ה; יז, ו: "ובמקום שיש שם מנהג ידוע - הכל כמנהג המדינה"; שם כו, ז-ח: "וזו עיקר גדול בכל דברי משא ומתן הולכין אחר לשון בני אדם באותו המקום ואחר המנהג"; שם כז, יא; כח, טו; שכירות ט, א; שכנים ב, טו-יח; תלמוד תורה א, ז; אישות כג, יב; גניבה ו, ח; מכירה ז, ו; זכיה ומתנה ו, כד; שלוחין ושותפין ח, ה; שכירות ו, א.

כל שהסכימו עליו בני המדינה שהוא מום שמחזירין בו מקח זה -
 מחזירין בו... שכל הנושא ונותן סתם, על מנהג המדינה הוא סומך.²

לדעת הרמב"ם, אם כן, מנהג המדינה נחשב, במשתמע ובלא שהדבר נאמר במפורש, כתנאי שמתנים הצדדים לעסקה.³ בלשון המשפטית של ימינו: המנהג הוא כ"תנאי מכללא".

מעניין לעמוד על הדמיון שבין דברי רמב"ם אלו - ודברי הרשב"א, שיידונו להלן, ההולך אף הוא בדרך דומה⁴ - לבין דבריהם של חכמי המשפט המוסלמי בתקופתם. מלומדים מוסלמים במאות ה-11 וה-12 מכירים בתוקפו של המנהג כאילו הותנה על כך בהסכם שבין הצדדים, גם כאשר תנאי שכזה לא נעשה במפורש. הביטוי השגור בפייהם תדיר הינו: "מה שידוע בתורת מנהג דינו כמו מה שידוע כתנאי מוסכם".⁵

דין סיטומתא מובא ברמב"ם על פי מסקנת הסוגיא ובלא הסבר נוסף.⁶ יתכן, כי תפיסתו של הרמב"ם ביחס לקניין סיטומתא הינה כתפיסתו הכללית באשר למנהגי הממון כולם, היינו: הבסיס לתוקפו של קניין זה נעוץ בהתנאה מכללא של הצדדים.⁷ כך כנראה הבין בעל הגהות מיימוניות בדעת הרמב"ם.⁸ יש מן האחרונים אף מי שדייק במפורש מדברי הרמב"ם, כי יסוד הקניין תלוי בגמירות הדעת וכי מעשה הקניין נחוץ רק כדי להעיד על גמירות הדעת; וכך, לדעתו, הבין הרמב"ם גם את דין סיטומתא.⁹

² רמב"ם, מכירה טו, ה. הובא להלכה בשולחן ערוך, חו"מ רלב, ו.

³ כך למד מדברי רמב"ם הנ"ל גם בשו"ת אגרות משה, חו"מ, ח"א, סי' עה, עמ' קלב. על מעמדו של המנהג בדיני ממונות לדעת הרמב"ם ראה עוד בפרק ב, עמ' 61-62.

⁴ "מי שנושא ונותן סתם על הדבר הנוהג הוא עושה, וכאילו התנו ביניהן בפירוש" (להלן, בסמוך להערה 16).

⁵ ראה: G. Libson, "On the Development of Custom as a Source of Law in Islamic Law", *Islamic Law and Society*, 4 (1997), pp. 152-154. התרגום מאנגלית וההדגשה שלי - ר"ק.

⁶ רמב"ם, מכירה ז, ו.

⁷ אם אמנם כך סובר הרמב"ם נותר עדיין לברר, לפי שיטתו, מכוח מה מועילה התנאת הצדדים על דרכי הקניין. בשאלה זו נדון בסמוך ביחס לשיטת הרשב"א (ראה להלן, עמ' 295-298), והאמור שם יפה גם לכאן.

⁸ ראה הגהות מיימוניות, מכירה ז, ס"ק ו, ביחס להלכה של סיטומתא, המפנה לדברי הרמב"ם בכמה מן ההלכות האחרות שצויינו לעיל, הערה 1.

⁹ שו"ת משנה שכיר (לרי' ישכר שלמה טייכטהאל, פישטיאן, סלובקיה, מאות 19-20), ח"א, סי' עב, עמ' 137, ד"ה ואני. הוא כותב שם כי הדברים "מפורשין ויוצאין" מדברי הרמב"ם בהלכות מכירה, ברם לדעתנו קשה להוכיח זאת מדבריו. מכל מקום, בדרך זו נקטו - באופן עצמאי ובלא כל קשר לרמב"ם - כמה מן האחרונים. ראה להלן, עמ' 335-336.

עם זאת, לא ניתן לשלול את האפשרות כי הרמב"ם, בדומה לפוסקים מאוחרים יותר,¹⁰ מבין שקניין סיטומתא - שלא כמנהגי ממון אחרים - הינו תקנת חכמים, וכי תוקפו אינו מבוסס על התנאה מכללא.¹¹

הרמב"ם פוסק עוד ביחס לקניין סיטומתא:

דבר ברור הוא, שאין דין זה אלא בשרשם בפני המוכר, או שאמר לו המוכר לך ורשום על מקחך, שהרי גמר להקנותו, כדרך שביארנו¹² בחזקה ובמשיכה.¹³

הלכה זו כותב הרמב"ם מסברתו, בלא מקור, וכדברי מגיד משנה שם: "זה פשוט, דלא עדיף משאר קניות". כלומר, דין קניין סיטומתא אינו שונה מדרכי הקניין האחרות.

ב. הרשב"א

1. המנהג - כתנאי בני העיר וכתנאי בית דין

בדרך דומה הולך גם ר' שלמה בן אדרת (ספרד, המאה ה-13). באחת מתשובותיו,¹⁴ שעניינה תוקפם של מנהגים מסוגים שונים, כותב הרשב"א:

וכן מנהג התגרים שנוהגים כן תמיד - אף על פי שלא הסכימו בכך ולא התנו כן, לא הם ולא בני העיר, אלא שנוהגים לעשות כן תמיד - **מן הסתם על** [אולי צ"ל: כל]¹⁵ **מי שנושא ונותן סתם על הדבר הנוהג הוא עושה,**¹⁶ **וכאילו התנו ביניהן בפירוש או שתקנו להם בית דין.** וזו היא שאמרו... האי סיתומא קניא... וכן אתה דן בכל מקום במה

¹⁰ מהר"ם מינץ, רמ"א, נתיבות המשפט. דבריהם יידונו בהמשך הפרק.

¹¹ השווה להתלבטות דומה בדעת החינוך, להלן, בסמוך להערה 81.

¹² ראה: רמב"ם, מכירה א, ח - לגבי חזקה; שם ב, ו - לגבי משיכה.

¹³ רמב"ם, מכירה ז, ז.

¹⁴ שו"ת הרשב"א, ח"ב, סי' רסח, מהד' מכון ירושלים, תשנ"ז. לשון השאלה: "שאלת, מנהג באיזה ענין ראוי להסמך עליו". דברים דומים מצאנו בשו"ת הרשב"א, ח"ה, סי' פה, ברם כבר העיר ר' חיים פלאג'י בהגהות רחמים לחיים שם, אות ג, כי מלשון התשובה עולה שאינה משל הרשב"א. סוגיית סיטומתא נזכרת בשו"ת הרשב"א בשני מקומות נוספים (ח"ו, סי' קמט; המיוחסות, סי' רכה), אך שם אין הוא עוסק בביאור טעמה.

¹⁵ כך מציע לתקן המהדיר במהד' מכון ירושלים, שם, הערה 67. והשווה לדבריו שצוטטו בהערה הבאה.

¹⁶ כך גם שם, בהמשך: "כל העושה שם סתם, אל דרך [=על דעת] המנהג הפושט הוא עושה". דברים דומים כתב גם בשו"ת הרשב"א, ח"ו, סי' רנד.

שנהגו בממונות... כאלו הוא תנאי גמור מוסכם ביניהן, ואפילו לא הסכימו בפירוש בני המדינה אלא שנהגו כן סתמא, הוא מנהג חזק **כאילו התנו בו בפירוש...**

הביטוי "כאילו התנו ביניהן (או: בו) בפירוש" שנכפל בדברי הרשב"א בקטע זה, אינו מכוון לקונה ולמקנה שלפנינו, אלא לכל "התגרים" במקום. כיוצא בזה, הביטוי "כאילו הוא תנאי גמור מוסכם ביניהן" אינו מציין תנאי שהתנו ביניהם הצדדים לעסקה הספציפית, אלא "תנאי" כאן פירושו: **הסכם** שהסכימו ביניהם כל בני המקום, דוגמת התנאים ש"רשאיין בני העיר להתנות".¹⁷

פירוש זה לדברי הרשב"א עולה לדעתנו מתוך דבריו גופם: "ואפילו לא הסכימו בפירוש בני המדינה אלא שנהגו כן סתמא, הוא מנהג חזק כאילו התנו בו בפירוש". "הסכמת בני המדינה" ודאי אינה תנאי בין שני צדדים פרטיים בעסקה אלא הסכם כללי של כל בני המקום. פירוש זה מתחזק מדבריו בהמשך, שם חוזר הרשב"א על הדברים דלעיל תוך שהוא מבהיר, כי המנהג נדון כתנאי בית דין:

וכן אתה דן בכל מקום במה שנהגו בממונות... ואפילו לא כתבו הרי הוא מן הסתם כאלו כתבו בו, ודנין בו כאלו הוא **תנאי בית דין** כיון שנהגו לעשות כן תדיר. ואפילו הוא כנגד ההלכה, שהמנהג מבטל הלכה, ודנין בו כדרך שדנין **בתנאי בית דין**, דתניא בריש פרק המקבל: רבי מאיר היה דורש לשון הדיוט...

לאור האמור יתפרשו דברי הרשב"א כדלקמן: אף שלא קיימת "הסכמה" או "תנאי" מפורש של התגרים או של בני העיר, היות שנהגו **הכל** לקנות בדרך מסויימת, הרי שקיימת **גמירות דעת מכללא של הצדדים לעסקה** לקנות על פי המנהג.¹⁸ המנהג נחשב אפוא "כאילו התנו ביניהן [=כל התגרים] בפירוש או שתקנו להם בית דין",¹⁹ "כאילו הוא תנאי בית דין".

¹⁷ תוספתא, ב"מ (ליברמן), יא, כג, והמקבילה: ב"ב ח, ע"ב. ראה לדברינו שה"תנאי" בתשובה זו הוא כללי - ולא של הצדדים לעסקה בלבד - יש בדברי הרשב"א, שם, ד"ה אבל: "אבל אם התנו ביניהן בעלי אומנויות - כל בעלי אותה אומנות בענייני אומנותם, תנאם ומנהגם **תנאי**...".

¹⁸ באופן דומה כותב הרי"ז (ר' ישעיה דיטראני האחרון, איטליה, מאות 13-14) ביחס לסוגיית דינא דמלכותא: "וכן בכל מקום שיש להם מנהג פשוט, ראוי לדון להם ע"פ המנהג, שכל משאם ומתנם של בני אדם על דעת המנהג הוא, והמנהג מבטל הלכה..." (הובא בשלטי גיבורים, ב"ב, דפי הרי"ף כט, ע"ב, אות א).

¹⁹ הרשב"א משווה כאן בין תקנת הקהל ("תנאי בני העיר") לבין תנאי בית דין, שכן דעתו היא, "שדין תקנת הציבור כדין תנאי ב"ד" (כך מובא בשמו בשו"ת התשב"ץ, ח"ג, סי' קנ). לדעת הרשב"א, תקנות הקהל אינן מושתתות ביסודן על **התנאה** של כל אחד מיחיד הקהל, אלא על סמכותו של הקהל - שהשווה במעמדו לבית דין - לתקן תקנות בדיני ממונות מכח "**הפקר בית דין הפקר**" (ויכולת ההתנאה בדיני ממונות אינה אלא תנאי מקדמי). לפיכך, הרשב"א נוקט ביחס לתקנת הקהל בביטוי (שדומה שהוא הראשון שטבעו) "הפקר ציבור הפקר" (שו"ת הרשב"א, ח"ד, סי' קמב). ביטוי זה, כידוע, שאול מהכלל התלמודי "הפקר בית דין הפקר", האמור

דהיינו, כיוון שהכל עושים על דעת המנהג, הרי שהמנהג שקול מבחינה מעשית²⁰ לתנאי שהתנו ביניהם כל הסוחרים או בני העיר, וכן לתנאי בית דין, וככזה - אף שלא התנו הצדדים לעסקה במפורש לקנות על פי המנהג, נחשב הדבר כאילו עשו כן.

2. דרישת לשון הדיוט

בהמשך תשובתו מעמידנו הרשב"א על כך, כי גישתו למנהגים בענייני ממונות מעוגנת במונח התנאי "דרש לשון הדיוט".²¹ מונח זה מובא על ידי הרשב"א במקומות רבים, הן בתשובותיו והן בחידושו,²² בבואו ליתן נימוק לתוקפו של המנהג בדיני ממונות. דעת הרשב"א, כדעת רבו הרמב"ן,²³ הינה כי דרישת "לשון הדיוט" פירושה: "דכל שהורגלו ההדיוטות לכתוב, כל מי שמקבל דבר, אע"פ שלא כתב, כמי שכתב דמי, דכל המקבל סתם, על [דעת] מה שנוהגין לעשות מקבל".²⁴ וכן: "וכל הדברים מה שנהגו בהם הרבים סתם, הרי

במקורו ביחס לבית דין. וראה עוד בעניין זה: אלו, **המשפט העברי**, עמ' 569-574. גם ראשונים נוספים ביססו את תקנות הקהל על הפקר בית דין, ראה למשל: שו"ת התשב"ץ, ח"ב, סי' סו.

על מקור סמכות הקהל להתקין תקנות, ראה עוד: ש' אלבק, "יסודות משטר הקהילות בספרד עד הרמ"ה (1244-1180)", **ציון** כה (תש"ד), עמ' 85-121. ושם, עמ' 101, שהתחומים בין שני סוגי תקנות הקהל לא היו תמיד ברורים; אלו, **שם**, עמ' 564-580; שציפנסקי, **התקנות בישראל**, כרך ד, מבוא, עמ' ב-ה, יד-טז; **אנציקלופדיה תלמודית**, "טובי העיר (שבעה טובי העיר)", כרך יט, עמ' עב ואילך; י' כהן, **תקנות חז"ל ביחוס ממון בין בני זוג**, הוצאת המשפחה, תשנ"ז, כרך א, עמ' 320-325.

אלו, **שם**, עמ' 575, הערה 77, מסיק משו"ת הריב"ש, סי' שה (ד"ה וא"כ בנדון, מכון ירושלים, תשנ"ג, עמ' תג), כי לריב"ש דעה שונה, וכי לדידו מבוססות תקנות הקהל על **יכולת ההתנאה** בדיני ממונות, ולא על הפקר בית דין (הריב"ש קובע שם, כי יש תוקף לתקנת קהל המכשירה שטרות העולים בערכאות של עכו"ם). אך ראה: הרב ז"נ גולדברג, **כתר - מחקרים בכלכלה ומשפט על-פי ההלכה**, א (תשנ"ו), עמ' 222, אות יב, הכותב ביחס לדברי הריב"ש הנ"ל, כי יסודם מצד **תקנת הקהל**; ומה שכתב שם: "דתנאי שבממון הוא, והרי הוא כאלו כל אחד ואחד מיחידי הקהל התנה וקבל כן על עצמו" - בא רק להסביר, שתקנת הקהל מועילה, אף שתוקנה על ידי המנהיגים בלבד, לפי שהרי זה כאילו קיבל כל אחד מן הקהל על עצמו. וראה **להלן**, הערה 146, שאף הרדב"ז גרס, כנראה, כי תוקפם של "תנאי בני העיר" מבוסס על התנאה מכללא ולא על הפקר בית דין.

²⁰ היינו, כי מבחינה מעשית עלינו לראות את המנהג כתנאי בני העיר או כתנאי בית דין, אך אין כוונת הרשב"א לומר, כי המנהג נחשב כמותם מבחינה נורמטיבית. וראה לעיל, עמ' 40, ובהערה 101.

²¹ מונח זה נדון בהרחבה לעיל, עמ' 37-42.

²² המקורות צוינו לעיל, עמ' 39, הערה 98.

²³ רמב"ן, ב"מ קד, ע"א, ד"ה ר' מאיר.

²⁴ שו"ת הרשב"א, ח"ג, סי' יז (ההוספה בסוגריים שלי - ר"ק).

הוא כתנאי מפורש, וכיוצא באלו קראו חכמים דרישת לשון הדיוט²⁵. היינו, מנהג ההדיוטות מחייב את הצדדים לעסקה כאילו היה זה תנאי ממוני כתוב, בדומה ל"תנאי בית דין"²⁶.

כאן המקום לציין כי האמורא רבא, מי ששמענו בשמו כי "סיטומתא קניא"²⁷, דרש בעצמו לשון הדיוט שבשטרות. כך למדנו בבבא מציעא:

גופא אמר שמואל: בעל חוב גובה את השבח. אמר רבא: תדע, שכך כותב לו מוכר ללוקח [באחריות שטר המכר. רש"י]: אנא איקום ואשפי ואדכי ואמריק זביני אילין...²⁸

אמנם, המונח "דרש לשון הדיוט" לא נזכר במפורש בדברי רבא אלו, אך דבר הלמד מעניינו הוא²⁹, שרבא דורש את לשון שטר המכר.³⁰ יתר על כן, גם לשון המימרא - "שכך כותב לו מוכר ללוקח" - מצביעה בבירור על כך, כי רבא הולך כאן בדרכם של התנאים שדרשו בשעתם לשון הדיוט. שכן הוא שואל מטבע לשון שטבעו התנאים בתוספתא: "דרש הלל הזקן לשון הדיוט... דרש ר"מ [לשון הדיוט]... שכך כותב לו: אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא. דרש ר' יהודה [לשון הדיוט]... שכך כותב לה: אחריות דאית לך עלי... דרש ר' יהושע בן קרחא [לשון הדיוט]... שכך כותב לו: תשלומתא דאית לך עלי..."³¹.

לאור שיטת הרשב"א לעיל, מימרתו של רבא בסוגיית סיטומתא משתזרת היטב עם העובדה שדרש "לשון הדיוט". דרישת "לשון הדיוט", לפי הרשב"א, הינה כלי משפטי לעיגון תוקפם של מנהגי ממון, וקניין סיטומתא - מעניק תוקף קנייני למנהג הסוחרים בדרכי הקניין.

²⁵ שם, ח"ד, סי' קכה.

²⁶ וכך גם בתשובה נוספת: "דמה שהורגלו ההדיוטות לכתוב מעצמן בלא תקנה, אפילו לא כתב כמו שכתב דמי, כדאמרינן בתנאי בית דין" (שו"ת הרשב"א, ח"א, סי' אלף סח).

²⁷ ב"מ עד, ע"א.

²⁸ ב"מ טו, ע"א. ובתרגום לעברית: אני אקום ואשפה ואנקה ואמרק ממכר זה.

²⁹ ראה: אורבך, **ההלכה**, עמ' 212, שכתב בקשר לסוגיא בב"מ שם: "כהלל בשעתו דרש גם רבא 'לשון הדיוט' שבשטרות".

³⁰ ראה תוספות שם, ד"ה תדע: "דאי בלוקח מן הגזלן איירי, הוה ליה למכתב נמי ופיריהון, אלא מיירי בבעל חוב"; ר"ח שם - "ודייק רבא מדפריש בשטר זביני אנא אשפי...".

³¹ תוספתא, כתובות (ליברמן) ד, ט-יב (ההוספות בסוגריים שלי - ר"ק). והשווה לדברי הרשב"א (הובאו בשיטה מקובצת, ב"מ קד, ע"א, ד"ה וז"ל הרשב"א) ביחס לברייתא הנ"ל: "ולשון 'שכך כותב לו' בכל מקום לומר, שכן הורגלו או שכן תקנו...".

אך יודגש, הזיקה האמורה קיימת רק אם מאמצים את פרשנותם של הרמב"ן והרשב"א לדרישת "לשון הדיוט"³². ברם, כבר ציינו לעיל³³ כי משמעותה המקורית של דרישת "לשון הדיוט", הן בתוספתא והן בתלמודים, הינה פרשנות הנוסח **הכתוב** בשטר דווקא. לפי זה, אין כל קשר בין דרישת "לשון הדיוט" לבין מנהגי ממון.

3. הבסיס לקניין סיטומתא: גמירות דעת ו"מנהג מבטל הלכה"

הבסיס המשפטי לקניין סיטומתא אליבא דהרשב"א בתשובתו דלעיל הינו, כאמור: התנאת הצדדים מכללא לעשות על פי המנהג. יש לבחון אפוא לפי שיטה זו, ומה בכך שנחשב המנהג כאילו כך התנו הצדדים ביניהם?

ביחס לשאר ענייני ממונות גישה זו מובנת. הצדדים התקשרו על דעת המנהג, ועל כן הוא מחייבם בתורת תנאי בעסקה שביניהם. אך באשר לדרכי הקניין, מדובר הרי במעשה שאינו מועיל מן הדין להיחשב כמעשה קניין, ואם כך, אפילו יתנו הצדדים **במפורש** שרצונם לקנות בדרך זו, אין להתנאתם כל תוקף. שכן, לפי ההלכה המקובלת כמעט על כל הראשונים - ובכללם הרשב"א³⁴ - אין בכוחה של הסכמת הקונה והמקנה כדי להפוך מעשה שאינו מעשה קניין למעשה המועיל לקנות מן הדין.³⁵ כיצד, אם כן, ממלא המנהג את חסרונו של מעשה הקניין הדרוש?

לכאורה, אין מנוס מאשר לומר כי לשיטת הרשב"א מוקד הקניין הינו **גמירות הדעת**. לפיכך, כשמתנים הצדדים, מכללא, לקנות בהתאם למנהג - הקניין תקף, שכן גמרו בדעתם לקנות בדרך זו. חיזוק להבנה זו ניתן למצוא בדברי הרשב"א בתשובה שנדונה לעיל.³⁶

³² בפרשנות זו נקטו, בעקבות הרשב"א, ראשונים נוספים בספרד ובצפון אפריקה. ראה לעיל, עמ' 40-41.

³³ ראה לעיל, עמ' 41-42.

³⁴ רשב"א, קידושין כה, ע"ב, ד"ה גמ' הוא דאמר. ראה בעניין זה לעיל, עמ' 139, ובהערה 41.

³⁵ ואמנם, כך מקשה רמ"ב לוריא בנפש חיה (וארשא, תר"מ, נדפס מחדש בתוך: גאון צבי, ב"מ, ניו יורק, תשכ"ב), ב"מ עד, ע"א, ד"ה האי, על דברי החת"ם סופר. ומתוך, שרק מדרבנן אמרו "מנהג מבטל הלכה", אך מדאורייתא באמת אין למנהג כח יותר מתנאי ואין לסיטומתא תוקף מדאורייתא. תירוץ זה נראה לנו קשה לגופו, ובנוסף לכך, אין לו כל אחיזה לא בדברי החת"ם סופר ולא בדברי הרשב"א והראשונים ההולכים בדרך זו. גם בשו"ת רמ"ץ (לר' מאיר צבי ויטמאיר), יו"ד, ס"י עו, אות א, הקשה כן על הסוברים שסיטומתא הוא מצד "כאילו התנו שיקנה בזה הדבר", ולכן הסביר את היסוד לקניין באופן אחר. ראה **להלן**, בסמוך להערה 264.

³⁶ שו"ת הרשב"א, לעיל, הערה 14. ואלו דבריו שם: "מן הסתם על מי שנושא ונותן סתם **על הדבר הנוהג הוא עושה**... וזו היא שאמרו... האי סיטומא קניא". ואמנם, דעת הרשב"א היא, ככל הנראה, שלא ניתן מן הדין להקנות בגמירות דעת בלבד בלא מעשה קניין (ראה **להלן**, בסמוך להערה 46). ברם, בדברנו על "סיטומתא" אנו עוסקים במקרה **שנעשה מעשה קניין**, בהתאם למנהג הסוברים.

נבהיר מעט את הדברים. לפי ההסבר שהצענו בדעת הרשב"א, יש לאבחן בין **תנאי פרטי** שעושים המקנה והקונה ביניהם לבין **מנהג** ביחס לדרכי הקניין. תנאי פרטי שבין הצדדים לקנות באמצעות דרך קניין שאינה מועילה על פי הדין - אין לו תוקף מצד חיסרון בגמירות דעת. שכן, אף שדעת הקונה והמקנה שלפנינו מסכמת לקנות באופן זה, הרי שבטלה דעתם אצל כל אדם, שאינם נוהגים לקנות באופן זה, ומבחינה אובייקטיבית אין כאן "גמירות דעת". לעומת זאת, קניין סיטומתא הינו מנהג, וככזה נחשב, לדעת הרשב"א, **כתנאי כללי** שהתנו כל בני המקום. לפיכך, לא קיים החיסרון האמור בגמירות הדעת, ויש תוקף לקניין.³⁷

ברם, דומה כי ההבנה שהוצעה זה עתה אינה הכרחית, וניתן להציע הבנה אחרת לדברי הרשב"א. אכן, קניין בדרך שנהגו הסוחרים אינו מתיישב עם דיני הקניין הרגילים, שכן חסר מעשה קניין כדין. אך כיוון שקניין הינו דבר שבממון, וכלל גדול הוא בדיני ממונות כי "**מנהג מבטל הלכה**" - יש ליתן תוקף לקניין שנעשה על פי המנהג, הגם שלא נעשה כדקדוק הלכות הקניין.

כך אומר הרשב"א בהמשך דבריו, לאחר שהזכיר את דין סיטומתא:

וכן אתה דן בכל מקום במה שנהגו בממונות... ואפילו לא הסכימו בפירוש בני המדינה... ואפילו לא כתבו... **ואפילו הוא כנגד ההלכה, שהמנהג מבטל הלכה**, ודנין בו כדרך שדנין בתנאי בית דין...³⁸

ההשוואה בין המנהג לתנאי בית דין, שעליה חוזר הרשב"א במהלך התשובה כמה פעמים, מורה לכאורה כי קניין סיטומתא אינו נתפס על ידו כמתיישב עם דיני הקניין הרגילים, אלא להיפך - בדומה לתנאי בית דין - כ"מבטל" דינים אלו.³⁹

כוחו של המנהג כ"מבטל" את ההלכה עולה גם מדברי הרי"ף, המובאים על ידי הרשב"א שם מיד לאחר ציטוט סוגיית סיטומתא. הרי"ף פוסק, בעקבות הגאונים, כי אמנם מדין התלמוד "אין משלחין מעות בדיוקני", אך כיוון "דהכי נהגו האידינא תגרי" - ניתן לשלוח. כנימוק לדבריו משתמש הרי"ף בביטוי השגור אצל הגאונים לתוקפו של המנהג: "וקיי"ל מיהגא [צ"ל: מנהגא - ר"ק] מלתא היא".⁴⁰ דברי הרי"ף הובאו, ככל נראה, כראיה

³⁷ על עניין זה ראה בהרחבה בפרק ד, עמ' 141-142.

³⁸ שו"ת הרשב"א, לעיל, הערה 14.

³⁹ ראה שם, בהמשך: "והא דאם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא (מקרה זה מכונה על ידי הרשב"א שם: "תנאי בית דין") - מן הדין לא היה מועיל, ואפילו התנו ביניהם בפירוש, לפי שאסמכתא היא זו".

⁴⁰ כך ברשב"א, שם. על ה"דיוקני" ראה לעיל, עמ' 51-52. ושם צוינו המקורות בגאונים וברי"ף בעניין זה.

לכך שגם בענייני ממון אחרים - ולא רק בנוגע לסיטומתא - בכוחו של מנהג הסוחרים "לבטל" אפילו דין המפורש בתלמוד.

כך, כנראה, הבין ר' יעקב טננבוים (הונגריה, המאה ה-19) את דעת המפרשים, דוגמת הרשב"א, המבססים את דין סיטומתא על הכלל "מנהג מבטל הלכה". הוא מציין כי במפרשים נתבארו ג' טעמים לקניין סיטומתא: א. תקנת חכמים. ב. "כיון שהנהיגו הסוחרים לקנות בסיטומתא - מנהג עוקר הלכה, כמבואר בכמה מקומות גבי ספנים וחמרים במנהגייהם, גבי פועלי[ם], וכן הרבה". ג. המנהג נחשב כתנאי ממוני שבין הצדדים. ומשמע מדבריו, כי הטעם של "מנהג עוקר/מבטל הלכה" (טעם ב') אינו מבוסס על גמירות דעת הצדדים (כטעם ג') אלא על כוחו של המנהג.⁴²

בדרך דומה מדייק הרב י' קוליץ מדברי הרשב"א, הכותב בחידושו לסוגיית סיטומתא: "ושמעין מינה, שהמנהג מבטל ההלכה וכל כיוצא בזה, שבכל דבר שבממון על פי המנהג קונין ומקנין...".⁴³ מן השימוש בביטוי "מנהג מבטל הלכה" מסיק הרב קוליץ:

שהטעם שקנין סיטומתא מועיל [לדעת הרשב"א - ר"ק] הוא משום **שהמנהג מבטל ההלכה**. ואם נאמר שקנין סיטומתא מן התורה הוא, וכפי שביאר בדבר אברהם שזה קנין חליפין, שכך קבעה תורה שכל קנין המקובל בין הסוחרין קונה - למה אמרו ע"ז [=על זה] שמנהג מבטל הלכה, הרי אין המנהג מבטל את ההלכה, אלא הלכה היא שהולכין אחר המנהג, ואין כאן בגדר ביטול הלכה אלא קיום ההלכה, שדין תורה הוא שמנהג הסוחרים קובע, והוא קנין?⁴⁴

בהמשך דבריו מבהיר הרב קוליץ, כי השימוש בביטוי "מנהג מבטל הלכה" מלמדנו, כי קניין סיטומתא לדעת הרשב"א אינו קניין מן התורה "בגדר ובמסגרת שאר הקנינים",

⁴¹ שו"ת נהרי אפרסמון, חו"מ, סי' טו, ד"ה ונראה; שם, סי' יח, ד"ה ונראה.

⁴² כך עולה גם מדבריו בשתי התשובות, שם, להלן (ד"ה ולטעם). הוא קובע כי לפי טעם ב', במקום שנהגו להקנות דבר שלא בא לעולם (דשלב"ל), הרי שסיטומתא "מבטל ההלכה דדשלב"ל לא קנה". יתכן, כי לכך מכוון גם הרב ש' דיכובסקי בביאור דעת הסוברים שקניין סיטומתא מועיל גם בדבר שלא בא לעולם: "מנהג הסוחרים יוצר מושגים חדשים בדבר שבממון ומבטל הלכה, ועל כן הוא מועיל גם במקום שאין כלל מושג של קניין". תיק 11183/ל"ב - המשך דיון (ת"א - יפו), פד"ר י, 278, בעמ' 288-289.

⁴³ חידושי הרשב"א, ב"מ (הוצאת נשר, תשט"ז), עד, ע"א.

⁴⁴ הרב יצחק קוליץ (בשעתו אב"ד בת"א-יפו וכיום רבה של ירושלים), מנחת אליהו, ח"ב, בני-ברק תשל"ח, סי' לו, אות ב, ד"ה אך יש לדקדק בזה (ההוספות בסוגריים וההדגשה שלי - ר"ק) (תודה לידידי, השופט יעקב שמעוני, שהפנני למקור זה).

אלא שסיטומתא "אינה קונה אלא מדרבנן, ותקנת חכמים היא שאע"פ שאין זה קנין לפי הדין מ"מ [=מכל מקום] קונה, והרי זה בגדר מנהג מבטל הלכה".⁴⁵

לאור האמור, אפשר כי לדעת הרשב"א - וכך אמנם משמע מדבריו במקום אחר⁴⁶ - באופן עקרוני דרוש תמיד מעשה קניין, ולא די בגמירות דעת לשם יצירת קניין; אלא שקניין סיטומתא, בשל כוחו המיוחד של המנהג בדיני ממונות, הינו בגדר חריג לדיני הקניין.

ברם, בניגוד להצעה האחרונה, לנו נראה, כפי שגם הדגשנו לעיל,⁴⁷ כי לא נתכוון הרשב"א בתשובתו להשוות לגמרי בין המנהג לתנאי בית דין, וכי הדמיון ביניהם אינו אלא בכך ששניהם מחייבים את הצדדים הנוגעים בדבר, הגם שלא התנו על כך במפורש. כן סבורים אנו כי הביטוי "מנהג מבטל הלכה", שהובא על ידו, אינו מציין חריגה מהלכות הקניין, כפי שהבינו ר"י טננבוים והרב קוליץ, אלא מורה דווקא על היסוד לתוקפם של מנהגי ממון ומנהגי הסוחרים - גמירות הדעת.⁴⁸ כאמור, הבנה זו מסתברת גם לאור דברי הרשב"א בתשובתו שנדונו לעיל.⁴⁹

שימוש ב"מנהג מבטל הלכה" - משפט שנאמר בירושלמי במקורו ביחס לשעות עבודה של פועלים⁵⁰ - ביחס לקניין סיטומתא, מוצאים אנו הן אצל ראשונים נוספים⁵¹ והן אצל אחרונים.⁵²

*

התפיסה, כי הבסיס המשפטי לקניין סיטומתא הינו גמירות דעת מכללא לפעול על פי המנהג או כוחו של המנהג "לבטל הלכה", הביאה באופן טבעי להרחבת תחולתו של דין סיטומתא, הרבה מעבר למשמעות המצומצמת שבה הוא מופיע בסוגיית התלמוד. בעקבות

⁴⁵ שם, ד"ה ונראה לומר (ההדגשה שלי - ר"ק).

⁴⁶ ראה לעיל, עמ' 118, בטקסט הסמוך להערה 72.

⁴⁷ ראה לעיל, בסמוך להערה 20, ובהערה הנ"ל.

⁴⁸ כפי שכבר צויין לעיל, זהו מובנו המקורי של הביטוי: המנהג "מבטל" את ההלכה מבחינה עובדתית, אך לא מבחינה נורמטיבית. ראה דברי הנשקה שצוטטו לעיל, עמ' 44.

⁴⁹ ראה לעיל, בסמוך להערה 36, ובהערה הנ"ל.

⁵⁰ ירושלמי, ב"מ, פ"ז ה"א, יא ע"ב.

⁵¹ ראה: שו"ת הרא"ש, להלן, בסמוך להערה 65; שו"ת הריב"ש, סי' קה, מכוון ירושלים, תשנ"ג, ד"ה גם אני; שם, סי' שמה, ד"ה ואפשר שיש.

⁵² ראה: שו"ת הרדב"ז, להלן, בסמוך להערות 136, 170; ובמקורות נוספים שצויינו להלן, הערה 173.

גישה זו שימשה סוגיית סיטומתא - כפי שכבר צויין בפרק הקודם - כמקור למתן תוקף הלכתי למנהגי הסוחרים בכלל, ולא רק לאלו מביניהם הנוגעים לדרכי הקניין.⁵³ הרחבת משמעות זו נעשתה, בדרך כלל, בתשובות ולא בחידושים. בדרך זו הלכו בתשובותיהם הרשב"א,⁵⁴ הרא"ש⁵⁵ וכמה מן האחרונים.⁵⁶

לצד תופעה זו אנו מוצאים, כאמור, תופעה הפוכה, ובמידה רבה משלימה. במקביל לשימוש בדין "סיטומתא", העוסק במקורו בדרכי הקניין, לשם ביסוס כלל מנהגי הסוחרים, עושים ראשונים ואחרונים שימוש בביטויים המבססים את כוחו של המנהג דיני ממונות בכלל - דוגמת: "מנהג מבטל הלכה" ו"הכל כמנהג המדינה" - לשם ביסוסן של דרכי הקניין הנהוגות בין הסוחרים. כך מצאנו אצל הרשב"א, בתשובתו שנדונה לעיל,⁵⁷ וכך גם אצל ראשונים ואחרונים נוספים.⁵⁸

ג. הרא"ש

דין סיטומתא מובא על ידי הרא"ש בכמה מקומות כמקור לתוקפו של המנהג, הן ביחס לדרכי הקניין, הן ביחס לעניינים נוספים הקשורים לקניין, והן ביחס לענייני ממון אחרים.⁵⁹ עם זאת, לא מצאנו אצל הרא"ש דברים מפורשים באשר לבסיס המשפטי לקניין סיטומתא.

נראה לנו כי הרא"ש, בדומה לרשב"א, מבסס את קניין סיטומתא על **גמירות הדעת**.⁶⁰ יסוד הקניין, לדעתו, נעוץ בגמירות דעת הצדדים, ודעתם של אלו, מכללא, הינה לקנות בהתאם למנהג. כך גם הבינו בדעת הרא"ש כמה מן האחרונים.⁶¹

⁵³ ראה לעיל, עמ' 228-231.

⁵⁴ שו"ת הרשב"א, **לעיל**, בסמוך להערה 14. תשובה זו נדונה לעיל.

⁵⁵ בשתיים מתשובותיו, שנדונו לעיל, עמ' 229-230.

⁵⁶ ראה למשל: שו"ת מהרש"ם, בכמה מן התשובות שצויינו **להלן**, הערה 189; שו"ת מהרש"ך, ח"ב, סי' רכט. תשובה זו נדונה להלן, עמ' 322-324; המב"ט בתשובה, שו"ת אבקת רוכל, סי' פ. ראה לעיל, עמ' 112, הערה 32.

⁵⁷ ראה **לעיל**, בטקסט הסמוך להערה 38.

⁵⁸ צויינו **לעיל**, בהערות 51 ו-52.

⁵⁹ ראה לעיל, עמ' 229-230.

⁶⁰ ביטוי לכך, כי לדעת הרא"ש - בדומה לרמב"ם (**לעיל**, בטקסט הסמוך להערה 2) ולרשב"א (**לעיל**, הערה 36), שדבריהם נדונו לעיל - כל הנושא ונותן על דעת המנהג הוא עושה, מצאנו בשו"ת הרא"ש, כלל סד, סי' ד (בסופו): "כיון שפשט המנהג שלא להשמיט והכל יודעים, הוה ליה כאלו התנה המלוה ע"מ [=על מנת] שלא תשמטנו שביעית". אמנם, דברי רא"ש שם הינם בגדר "התנצלות", אך דומה שההתנצלות אינה מתייחסת לנימוק המצוטט לעיל, אלא לעצם תוקפו של "המנהג" הנדון שם. ראה בעניין זה לעיל, עמ' 64, הערה 237.

חיזוק להסבר האמור ניתן למצוא, אולי, בדברי הרא"ש בפסקיו. בגמרא מובא: "ואמר אביי: ראובן שמכר שדה לשמעון שלא באחריות ויצאו עליה עסיקין [=עוררין. רש"י], עד שלא החזיק בה - יכול לחזור בו, משהחזיק בה - אינו יכול לחזור בו... מאימתי הויא חזקה? מכי דייש אמצרי [=מתקן גבולי השדה ומגביהם. רש"י]"⁶². על כך כותב הרא"ש:

שכך נהגו הקונים, לקיים המקח לאלתר באחד מן הקניינים ומעכב המעות בידו עד שילך לראות ענין השדה, אם היא באותו ענין שאמר לו המוכר. ומתוך שנגמר המקח יצא לו קול, ומי שיש לו ערעור יודע ערעורו, ויכול הלוקח לחזור בו עד דדייש אמיצרי. **והקנין לפי המנהג, דאמריי לקמן בפרק הרבית (דף עד.) האי סיטומתא קניא**⁶³.

הרי לנו, כי אף שקנה הקונה "באחד מן הקניינים" שבתלמוד, אין הקניין תקף כל שלא הלך סביב מצרי השדה וגמר בדעתו לקנות. "דייש אמצרי" ו"סיטומתא" הינם שני מצבים הפוכים הנגזרים מעיקרון אחד. במקרה הראשון - נעשה קניין כדון, אך בשל חוסר גמירות דעת אין הוא חל; ובשני - לא נעשה קניין כדון, אך בשל קיום גמירות דעת, הקניין חל.⁶⁴ דין סיטומתא מובא, אפוא, על ידי הרא"ש כראיה לכך ש"הקנין לפי המנהג", היינו, שהקניין אינו תלוי באופן בלעדי בדין התלמוד אלא **בגמירות דעת** בני אדם.

הרא"ש בתשובה מצטט ביחס לסוגיית סיטומתא את הביטוי התלמודי "מנהג מבטל הלכה"⁶⁵. ככל הנראה, הרא"ש רואה ביטוי זה כמבטא את יסוד גמירות הדעת בדיני ממונות, ובכללם בדרכי הקניין, כפי שבארנו לעיל בשיטת הרשב"א.⁶⁶

⁶¹ שו"ת חתם סופר, חו"מ, סי' סו, ד"ה ומ"ש מעלתו; שו"ת שואל ומשיב, מהד' קמא, ח"ב, סי' לט; שם, מהד' קמא ח"ב, סי' קס; הרב א' עצור, תיק מ"ח 3164 / (ירושלים), פד"ר יח, 207, עמ' 217-218 [=הני"ל, "קנין סיטומתא בצוואה", שורת הדין - מאמרים ופסקים, כרך ד, ירושלים, תשנ"ח, עמ' שכט].

⁶² ב"מ יד, ע"א-ע"ב.

⁶³ פסקי הרא"ש, שם, פ"א, סי' לח.

⁶⁴ ראה פלפולא חריפתא על הרא"ש, שם, אות מ. כדברים האלו בדיוק כותב הרא"ש גם בתשובה נוספת. שני המצבים הפוכים הנזכרים שם הינם: קניין סיטומתא והמנהג שלא לקנות קרקע בכסף בלא שטר. תשובה זו מצוטטת להלן, בטקסט הסמוך להערה 71.

⁶⁵ שו"ת הרא"ש, כלל צו, סי' א: "אבל אם הוא מנהג בעיר... נמצא מנהג זה מבטל ההלכה, מאחר שמנהג פשוט הוא בעיר, כדאמרינן האי סיטומתא קניא, שכל קנין שנהגו לעשות סוחרי העיר - הוי קניין". גם בעניינים נוספים, ממוניים ושאינם ממוניים, אשר לגביהם היה סבור כי נשתנה המנהג מכפי שהיה בתקופת התלמוד, פסק הרא"ש להלכה בהתאם למנהג בזמנו. ראה ד' זפרני, **דרכי ההוראה של הרא"ש**, עבודת דוקטור, אוניברסיטת תל-אביב, תש"ס, עמ' 159-160, 169-170. ובהערה 115 שם כתב: "קרוב לודאי, ששיטתו מבוססת על ירושלמי יבמות... המנהג מבטל את ההלכה; אם כי אין הוא אומר זאת במפורש".

⁶⁶ ראה לעיל, בטקסט הסמוך להערה 48.

לא ניתן לטעון בדעת הרא"ש, כי היות וקיימת גמירות דעת מכללא מצד המנהג, הרי שאין צורך כלל במעשה קניין.⁶⁷ שכן, הרא"ש קובע במפורש באחת מתשובותיו, כי דין סיטומתא אמור "דוקא שנעשה מעשה".⁶⁸ צריך אפוא לומר, כי לשיטתו יש בכוחה של גמירות דעת ליתן תוקף למעשה קניין הנהוג בין הסוחרים, אך אין בכוחה של זו ליצור קניין בלא מעשה קניין. כפי הנראה, גם בנקודה זו זהה שיטת הרא"ש לזו של הרשב"א.⁶⁹

לאמור לעיל ניתן להוסיף, על דרך השלילה, כי הרא"ש אינו מקבל את שתי הגישות האחרות המובאות על ידי ראשונים כבסיס לקניין סיטומתא. מדבריו באחת מתשובותיו נראה, כי סיטומתא לדידו אינה בגדר "תקנת חכמים". וכה דבריו:

וכן מצינו בתלמוד שאם נהגו בני המדינה לקנות בקנין שלא תקנו חכמי' - מועיל המנהג, כדאי'... האי סיטומתא קניא... וכן קנין שתקנו חכמי', אם נהגו בני המדינה שלא לקנות בו - המנהג מבטל הלכה, כגון באתרא דלא קנו בכספא^{70.71}

הרא"ש עוסק שם במנהג "שנהגו עתה הערבים לאכול על החוב".⁷² הוא מעיד כי "לא מצינו דבר זה מפורש בתלמוד, אך נהגו בנימוסי אומות העולם וכמנהג המדינה". ובכל זאת, עמדתו העקרונית ביחס למנהג זה, כמו גם ביחס למנהגי ממון בכלל, הינה: "הלכך [יש] לילך אחר המנהג".⁷³ דבריו שצוטטו לעיל, הנשמכים על כמה מסוגיות התלמוד, באים לבסס את עמדתו האמורה, ולפיה יש ליתן תוקף למנהג בענייני ממון גם אם אין הוא תואם לדין התלמוד. את תוקפו של מנהג בני המדינה "לקנות בקנין שלא תקנו חכמי[ם]" מבסס הרא"ש על סוגיית סיטומתא. מהקשר הדברים משמע, כי הבסיס לתוקפו של דין סיטומתא הוא כוחו של המנהג, וכי אין הרא"ש רואה בדין זה "תקנת חכמים".

⁶⁷ בגישה זו אווזים במפורש כמה מן האחרונים. ראה להלן, בסמוך להערה 265.

⁶⁸ שו"ת הרא"ש, כלל יב, סי' ג.

⁶⁹ ראה לעיל, הערה 36.

⁷⁰ על פי: קידושין כו, ע"א. במקום שלא נהגו לקנות קרקע בכסף (המועיל מן הדין) בלא שטר מכר - אין הקרקע נקנית בכסף עד שייכתב שטר.

⁷¹ שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפי פראג, סי' תקלו.

⁷² על מהותו של מנהג זה עמדנו לעיל, עמ' 230.

⁷³ התוספת בסוגריים - במקור.

בתשובה אחרת⁷⁴ קובע הרא"ש באופן נחרץ כי ל"מנהג", בשונה מ"תקנה", אין תוקף של "הפקר בית דין".⁷⁵ מתשובתו הקודמת למדנו זה עתה, כי דין סיטומתא לדידו אינו אלא "מנהג" שנהגו בני המדינה בדרכי הקניין, וכי אין הוא בגדר "תקנה" של חכמים. מצירוף האמור בשתי התשובות ניתן להסיק, כי הרא"ש אינו יכול לקבל את הגישה הגורסת כי דין סיטומתא - שהינו "מנהג" ממוני - מושתת על "הפקר בית דין הפקר".

2. סיטומתא - תקנת חכמים

א. החינוך: כל דרכי הקניין - תקנת חכמים הן

לדעת בעל ספר החינוך (מיוחס לר' אהרן הלוי מברצלונה, תלמיד הרשב"א, המאה ה-13-76) כל דרכי הקניין תקנת חכמים הן, ובלשונו:

ואין ספק, כי אילו הקנייות כולן מתקנת חכמים הן, והביאו הכתובים לסמוך בהם דבריהם, והאמת כי חכמתם היקרה העתידה להגלות על ידם היתה רמוזה וגנוזה בתוך הכתובים,⁷⁷ ואף על פי שעקר הכתובים אינו על אותן אסמכתות, נלמדות הן מתוכן.⁷⁸

⁷⁴ שו"ת הרא"ש, כלל נה, סי' י, מהד' מכון ירושלים, ד"ה ובענין, עמ' רמ-רמא.

⁷⁵ דבריו בעניין זה צוטטו ונדונו לעיל, עמ' 63-64.

⁷⁶ רבים ייחסו את ספר החינוך לרא"ה הידוע, תלמידו המובהק של הרמב"ן, שאף הוא נקרא ר' אהרן הלוי וחי בברצלונה. זיהוי זה מוקשה מכמה טעמים, ולפיכך הנטייה כיום לומר כי לא נתחבר הספר על ידי הרא"ה אלא, כאמור, על ידי ר' אהרן הלוי, תלמיד הרשב"א. בנושא זה ראה: ח"ד שעוועל, ספר החינוך, הוצאת מוסד הרב קוק, ירושלים תשמ"ו, עמ' תשצז-תתו, "לבירור זהותו של מחבר 'ספר החינוך'"; ק' כהנא, "על מחבר ספר החינוך", ספר הזכרון לריטב"א, ירושלים תשט"ז, עמ' עז-עט; ש"ח קוק, "בדבר שם מחבר 'ספר החינוך'", קרית ספר יז (ת"ש), עמ' 83-86 [=הנ"ל, עיונים ומחקרים, ב, ירושלים תשכ"ז, עמ' 316-320]; י' תא-שמע, "מחברו האמיתי של ספר החינוך", קרית ספר נה (תש"ס), עמ' 787-790; ד' מצגר, "ספר החינוך ומחברו", מנחת חינוך, מהד' מכון ירושלים, ירושלים תשמ"ח [להלן: מנחת חינוך, מהד' מכון ירושלים], כרך א, עמ' 15-19.

⁷⁷ השווה לדברי הריטב"א (אף הוא, כחינוך, מתלמידי הרשב"א), ר"ה טז, ע"א, ד"ה תניא ר"ע, מהד' מוסד הרב קוק, ירושלים תשמ"ח, עמ' קכו: "שכל מה שיש לו אסמכתא מן הפסוק (העיד) [העיר] הקב"ה שראוי לעשות כן אלא שלא קבעו חובה ומסרו לחכמים...". על הדמיון שבין דברי הריטב"א והחינוך העיר כבר באשל אברהם, ברם הוא מבאר את דברי הריטב"א באופן שונה מזה שאנו ביארנו בסמוך את דברי החינוך. דברי האשל אברהם הובאו במנחת חינוך, מהד' מכון ירושלים, עמ' תקיט, הערה טו.

⁷⁸ ספר החינוך, פר' בהר, מהדורת ח"ד שעוועל, ירושלים תשמ"ו, מצווה שכט (במהדורות אחרות: מצווה שלו), מצוות עשיית דין בין לוקח ומוכר, עמ' תיג.

בעל ספר החינוך אינו מזכיר בדבריו שם - העוסקים בדרכי הקניין לסוגיהם - את קניין סיטומתא.⁷⁹ ברם, יתכן כי קניין זה אינו יוצא לדעתו מכלל שאר הקניינים, וכי הוא רואה גם בקניין סיטומתא תקנת חכמים. כך אמנם הבין בדעת החינוך אחד מן האחרונים.⁸⁰ עם זאת, לא ניתן לשלול את האפשרות כי החינוך מבין שקניין סיטומתא אכן שונה מיתר הקניינים, וכי הבסיס לתוקפו הינו התנאת הצדדים מכללא, כדעת הרשב"א והרא"ש לעיל.⁸¹

לדעת בעל ספר החינוך, מן התורה למדנו רק את המושג של קניין⁸² ואת העובדה שמכר נעשה בדרכים מסויימות דווקא, וכלשונו בתכונת המצווה: "שנדין בדין מקח וממכר כענין שצותה התורה עליו, כלומר שיש צדדין שיתקיים המכר בין מוכר ללוקח, ויש צדדין שאין לה קיום".⁸³ ברם, דרכי הביצוע המעשיות של הקניין נקבעו על ידי תקנות חכמים, ונסמכו על ידם לפסוקי המקרא.

יש מי שהבין בדעת החינוך, כי לכל הקניינים יש **תוקף** כשל דין "מדרבנן", ומחמת הבנה זו תמה עליו וחלק על דבריו.⁸⁴ ברם, נראה לנו כי לא זו היתה כוונתו. אין בעל ספר החינוך חולק על כך שתוקף הקניינים הינו "מדאורייתא". כל שאמר הוא רק, כי **קביעת** דרכי

⁷⁹ תופעה זו, של השמטת סיטומתא מרשימת דרכי הקניין השונות, מצויה כבר אצל גאונים, וכן אצל ראשונים אחרים. ראה לעיל, עמ' 191, ובהערות 24-25.

⁸⁰ ר' יצחק אראנאווסקי בספרו מנחת יצחק מעיר על דברי החינוך הללו: "עיין ירושלמי קידושין פ"א ה"ה דשם מבואר" (דבריו הובאו במנחת חינוך, מהד' מכון ירושלים, עמ' תקיט, הערה ג). כוונתו היא לברייתא בירושלמי שהובאה לעיל, עמ' 153-155. לדעתו, מן הירושלמי שם מוכח כדברי החינוך, שדרכי הקניין נקבעו על ידי חכמים ואינם מדאורייתא. שאם לא כן, לא היה בידי חכמים לשנות את דרכי הקניין ממנעל לקצצה ומקצצה לכסף שטר וחזקה, בהתאם למנהג המשתנה. אם אכן זהו המקור לדבריו של החינוך, ברור כי דבריו מכוונים בראש ובראשונה **לקניין סיטומתא**, קניין שזיקתו אל המנהג גלויה וישירה.

⁸¹ השווה להתלבטות דומה בדעת הרמב"ם, **לעיל**, בסמוך להערה 11.

⁸² המושגים של קניין-בעלות ושל העברת בעלות עולים מכמה מקומות במקרא: "וכי תמכרו ממכר לעמיתך או קנה מיד עמיתך" (ויקרא כ"ה, יד), וכן מהמשך הפרק, העוסק במכירת אחוזה, בית מושב עיר חומה, וכו'; מתיאור מעשי קניין שונים, דוגמת: קניין מערת המכפלה, חלקת השדה בשכם, גורן ארוונה היבוס, הקניין מן הגואל במגילת רות; וכן, מעצם המושג של גניבה וגזילה, שלא יתכן לציירו בלא שקיימים מושגי קניין ובעלות בנכסים. ביחס לעניין האחרון ראה עוד לעיל, עמ' 106, הערה 8.

⁸³ **לעיל**, הערה 78, עמ' תיב.

⁸⁴ ר' יוסף באב"ד (טרנופול, גליציה, המאה ה-19) במנחת חינוך, מצווה שלו (מהד' מכון ירושלים, עמ' תקכב, אות יב, ד"ה והרב המחבר): "לא ידעתי מנא ליה זה, דבאמת נראה דכל הקניינים שביארנו שהם מן התורה, **דין תורה ממש להם**, ולא ראיתי בר"מ [=ברמב"ם] ושאר פוסקים שיאמרו על קנין תורה שהוא דרבנן... אבל כסף ושטר וחזקה וחליפין לא ראיתי שיאמרו שהוא מדרבנן". המנחת חינוך מעלה כי אפשר שהחינוך נמשך אחר הרמב"ם בשורש השני שבספר המצוות, ודוחה אפשרות זו. אך ראה **להלן**, הערה 98.

הקניין נמסרה לחכמים,⁸⁵ ומה שיתקנו חכמים יהא לו דין דאורייתא. כך גם מבין את דבריו אחד מן האחרונים.⁸⁶ בדרך זו מבארם גם ר' יצחק אייזיק הלוי, בעל דורות הראשונים, אשר אף מחדד את הדברים ומעמידנו על הייחודיות של דיני הקניין משאר מצוות התורה:

הדבר הולך ומתבאר, כי תחת אשר במצוות, דהיינו במצוות עשה ומצוות לא תעשה שבכל התורה כולה, הקפידה בהם תורה לשמור ולעשות רק דוקא באופן זה וזה אפס זולתו, **היתה הקפדת התורה בכל דיני הקנינים כולם רק זאת, שיהי' זה על ידי קנין**. אבל כל שהסכימו עליו בית דין הגדול של כל ישראל שזה קנין הוא לקנות בו, הרי הוא קונה דבר תורה... לפי שאין הקנינים עניני מצוה... והדברים האלה, בכל היותם פשוטים מאד, הנה על ידי אשר... לא נתבארו כלל, חשבו האחרונים דבר דרבנן בקנינים ודבר דרבנן במצוות במדרגה אחת, ועל כן ערבבו זה יחד, ויהי אצלם דבר תקנות דרבנן, אשר הנם נשארים דרבנן, דבר אחד עם קנינים דרבנן, אשר אחרי אשר נתקנו הנם דין גמור של תורה, ועל ידי זה רבו אצלם הסתירות בדברי הגמ'.⁸⁷ אבל הדברים פשוטים וקנינים הנם ענין לעצמם.⁸⁸

⁸⁵ כמו שמצינו בשני מקומות בתלמוד הבבלי "לא מסרן הכתוב אלא לחכמים" (בתלמוד הירושלמי לא נזכר ביטוי זה). ראה: חגיגה יח, ע"א - ביחס למלאכות האסורות בחול המועד; בכורות כו, ע"ב - ביחס לקביעת הזמנים שמוטל על ישראל לטפל בבכור בהמה קודם שיתנו לכהן. וראה לעיל, הערה 77.

יש עניינים נוספים, שלגביהם לא צויין הדבר בתלמוד, אך הראשונים או האחרונים הסבירו, כי "מסרן הכתוב לחכמים". ראה למשל: מאירי, ברכות כב, ע"א, מהדורת ר"ש דיקמן, עמ' 77 - לגבי דרשת הפסוקים ביחס לטבילת בעל קרי; ועוד. על כלל זה, גדריו ושימושו אצל חז"ל, ראשונים ואחרונים, ראה: "עמנואל", "מסרן הכתוב לחכמים", המעיין לו, גל' ד (תמוז תשנ"ז), עמ' 33-44, ובמאמריו הקודמים בעניין זה, שצויינו שם, בעמ' 33; הנ"ל, "מסרן הכתוב לחכמים (מילואים)", המעיין לח, גל' ג (ניסן תשנ"ח), עמ' 66. וראה צפנת פענח, סנהדרין, ירושלים תשכ"ג, עמ' ריט, שהעלה את השאלה, האם שייך לומר ביחס לדרכי הקניין "מסרן הכתוב לחכמים" (תודתי נתונה לידידי, עו"ד איתי ליפשיץ, על ההפניה למקור האחרון).

⁸⁶ שו"ת צמח צדק (לרמ"מ שניאורסון, ליובאוויטש, מאות 18-19), יו"ד, סי' רלג: "וי"ל שהתורה אמרה שיקנו במה שדרך לקנות".

⁸⁷ בעל דורות הראשונים אינו מציין למי מן האחרונים מכוונים דבריו. השאלה האם קניין דרבנן מועיל מדאורייתא העסיקה רבים מן האחרונים (ראה להלן, בסמוך להערה 330). מכל מקום, דבריו מהווים תשובה הולמת לתמיהת בעל המנחת חינוך, לעיל, הערה 84.

⁸⁸ י"א הלוי (ליטא, מאות 19-20), **דורות הראשונים**, חלק א, כרך ה (ברלין-וינא תרפ"ג), עמ' 530-533 (ההדגשה שלי - ר"ק). ר' שמואל ארנפלד (רבה של מאטרסדורף, סוף המאה ה-19. נכד החתם סופר) בספרו חתן סופר (אוגוואר 1874, דף קלו, ע"א, ד"ה קנין), עומד אף הוא - אם כי בדרך שונה - על האבחנה שבין קידושין או אבק ריבית מדרבנן לבין קניינים מדרבנן. לדעתו, האחרונים אינם בגדר "מסרן הכתוב לחכמים", אלא תקנות חכמים לכל דבר. עם זאת, תוקפם מדאורייתא, "דבממון שאני, דהפקר ב"ד הפקר, ויש כח בידם לעשות תקנתם כמו דאוריית' בממון".

נראה לנו כי בעל ספר החינוך, כדרכו במקומות רבים, לקח דבריו מן הרמב"ם.⁸⁹ הרמב"ם בספר המצוות מונה את עניין הקניינים כמצוות עשה, ועניינה: "הצווי שנצטוינו בדין מקח וממכר, כלומר הדרך שבו מתקיים המקח והממכר בין המוכרים והקונים".⁹⁰ מהות המצווה היא, אם כן, שבדרכים מסוימות מתקיים המכר, ובאחרות - אינו מתקיים. כך בדיוק מגדיר גם החינוך, שדבריו צוטטו לעיל, את המצווה.⁹¹

הרמב"ם שם מציין כמקור המצווה את הפסוק "וכי תמכרו... או קנה מיד עמיתך" ואת דרשת הגמרא עליו "דבר הנקנה מיד ליד", אך מדגיש כי משיכה תקנת חכמים היא. ומוסיף הרמב"ם: "אבל שאר הדרכים שבהן נקנות הקרקעות וזולתן, כלומר שטר וחזקה, כבר הסמיכו גם אותם לפסוקים [ובתרגום אבן איוב: לכתובים אחרים⁹²]. היינו, גם דרכי הקניין במקרקעין הינן תקנת חכמים, ובדומה לקניין משיכה הסמיכו גם אותן לפסוקים.

העולה מדברי הרמב"ם בספר המצוות,⁹³ כי התורה מצווה באופן כללי על ענייני מקח וממכר ומשאירה את קביעת דרכי הקניין לחכמים,⁹⁴ וכי לא הובאו הפסוקים על ידי חכמים אלא כאסמכתא בלבד.⁹⁵ הדברים גם תואמים את שיטתו בספר המצוות, "שכל מה שתקנו הנביאים עליהם השלום, שעמדו אחרי משה רבנו, הוא גם כן מדרבנן".⁹⁶ שהרי קנייני כסף

⁸⁹ על הסתמכותו של בעל ספר החינוך על ספר המצוות ומשנה תורה לרמב"ם מעיד המחבר עצמו בכמה מקומות. השוואת דברי החינוך לאלו של הרמב"ם מעלה, כי ב"תכונת המצווה" (הגדרת המצווה) מסתמך החינוך פעמים רבות על הרמב"ם בספר המצוות, ואילו ב"דיני המצווה" - על דבריו במשנה תורה. ראה על כך: ע"צ מלמד, **ספר החינוך**, הוצאת אשכול, ירושלים תשי"ח, מבוא, עמ' 3-6; ח"ד שעוועל (**לעיל**, הערה 76), מבוא, מעמ' ח ואילך. גם במקרה שלפנינו שאובה "תכונת המצווה" של החינוך מדברי הרמב"ם בספר המצוות. ראה בסמוך.

⁹⁰ ספר המצוות לרמב"ם, עשה רמה (מהד' קאפח, ירושלים תשנ"ד, עמ' קעה-קעו).

⁹¹ ראה **לעיל**, בטקסט הסמוך להערה 83.

⁹² מובא בספר המצוות לרמב"ם, שם, מהד' ר"ח העליר, ירושלים תשנ"ה, עמ' צג, הערה 24. והגירסא שם (על פי תרגום אבן תיבון) דומה: "הנה סמכו אותם לכתובים גם כן".

⁹³ מדבריו בפירוש המשניות, קידושין פ"א, ה"ה, ובמשנה תורה, ה' מכירה, פרק א, לא ניתן לעמוד על דעתו בנידון.

⁹⁴ תופעה דומה מצאנו בספר המצוות, עשה ריג. לדעת הרמב"ם שם, הגדרת המצווה מן התורה היא "לבעול בקידושין", והדרכים ליצירת הקידושין (מלבד הביאה שהיא מדאורייתא) הינם מדברי חכמים. וראה עוד: רמב"ם, אישות ג, כ. כך היתה דעת הרמב"ם גם בעניין תחומין בשבת: עיקרו של איסור תחומין - מן התורה, ושיעורו - מדברי חכמים. הרמב"ם שינה דעתו, ככל הנראה, בעניין זה מספר המצוות למשנה תורה וכן בין שתי המהדורות של פירוש המשניות. ראה: פירוש המשניות, סוטה פ"ה, מ"ג (ובמהד' קאפח שם, הערה 6); ספר המצוות, לאווין שכא; משנה תורה, שבת כז, א (את הדוגמא האחרונה שמעתי ממורי, ד"ר דוד הנשקה).

⁹⁵ ראה מאירי, קידושין כו, ע"א, מהד' ר"א סופר, עמ' 153, שהמקראות שהובאו בסוגיא בקידושין שם (לכל הפחות ביחס לחזקה ולחליפין) "אסמכתא בעלמא הם". כידוע, המאירי שאב הרבה מדברי הרמב"ם.

⁹⁶ ספר המצוות, שורש א, מהד' קאפח, עמ' י.

ושטר במקרקעין נלמדו בגמרא מפסוק בירמיה, ⁹⁷ וברור אם כן כי לדעת הרמב"ם הם נחשבים לדין "מדרבנן", קרי: מתקנת חכמים. ⁹⁸

עם זאת, ברור כי **תוקפן** של דרכי הקניין, לדעת הרמב"ם - להבדיל **ממקור יצירתם** - הוא מדאורייתא. ⁹⁹ בעל ספר החינוך הולך, אפוא, בדיוק בשיטת הרמב"ם. ¹⁰⁰

ב. הריב"ש

גם מדברי הריב"ש (ספרד-אלג'יר, המאה ה-14) בשתיים מתשובותיו ¹⁰¹ משמע, הגם שאין הדברים נאמרים במפורש, כי קניין סיטומתא הינו תקנת חכמים. כפי שראינו באחד הפרקים הקודמים, דעת הריב"ש הינה כי רק במקום שניתן למנהג תוקף על ידי תקנת חכמים מיוחדת יש בכוחו "לבטל הלכה", אך במקרים אחרים - צריך שיתנו (=יסכימו) עליו בני העיר. ¹⁰² לדידו, יש בכוחו של קניין סיטומתא "לבטל הלכה" בענייני הקניין - גם אם לא "התנו עליו בני העיר" - רק משום שיסודו בתקנת חכמים שבתלמוד.

ג. המהר"ם מינץ

את הדעה שסיטומתא הינה תקנת חכמים מצאנו גם אצל המהר"ם מינץ (ר' משה הלוי מינץ, אשכנז, המאה ה-15) בתשובה. המהר"ם דן ביהודי שהקנה לגוי כבשים "בסודר

⁹⁷ ראה: קידושין כו, ע"א.

⁹⁸ שיטת הרמב"ם ביחס לדרכי הקניין תואמת גם לדבריו בשורש ב של ספר המצוות, שכל עניין שלא פורש בתורה ולמדוהו באחת מי"ג מידות, ולא פירשו חכמים שהוא מן התורה - הרי הוא מדרבנן. וראה **לעיל**, הערה 84. על מעמדם ההלכתי של דברי נביאים אצל הרמב"ם, ראה: ד' הנשקה, "ליסודי תפיסת ההלכה של הרמב"ם", **שנתון המשפט העברי** כ (תשנ"ה-תשנ"ז), במיוחד בעמ' 129-134.

⁹⁹ כפי שמצאנו בקידושי כסף, שהרמב"ם כתב (הל' אישות א, ב) שהם "מדברי סופרים", היינו: מדרבנן, והוסיף שהיא אשת איש והבא עליה במיתת בית דין. על דעת הרמב"ם בעניין זה, ראה: ד' הנשקה, "על המציאות המשפטית במשנת הרמב"ם (לבעיית היחס בין דברי סופרים לדיני תורה)", **סיני** צב (תשמ"ג), עמ' רכח-רלט; הנ"ל, "להבחנת הרמב"ם בין 'דאורייתא' ל'דרבנן'", **סיני** קב (תשמ"ח), עמ' רג, הערה 2; הנ"ל, "שניות ל'דברי סופרים'", **סיני** קח (תשנ"א), עמ' נה-סג, במיוחד מעמ' נח ואילך; וראה עוד במאמרו שצויין בהערה הקודמת, ובמקורות שצויינו בכל המאמרים הללו.

¹⁰⁰ לאור דברינו, ברור כי אין עוד מקום לתמיחה המנחת חינוך (ראה **לעיל**, הערה 84). מבעל המנחת חינוך, התמה שלא מצא ברמב"ם כדברי החינוך, נעלמו כנראה דברי הרמב"ם הנ"ל בספר המצוות. כידוע, מחמת עוניו של בעל המנחת חינוך לא היו ברשותו ספרים רבים, וביניהם ספרי יסוד. ראה: י' בוקסבוים, מנחת חינוך, מהד' מכון ירושלים, כרך א, עמ' 13.

¹⁰¹ שו"ת הריב"ש, סי' קה, מכון ירושלים, תשנ"ג, ד"ה גם אני; שם, סי' שמה, ד"ה ואפשר שיש.

¹⁰² ראה לעיל, עמ' 76-77. וראה שם, עמ' 77-78, כי יתכן שהיתה לריב"ש גם עמדה שונה בעניין זה.

שלו, שהכה בו בכף הק[ו]נה כדרך התגריי[ם] עושים¹⁰³ - האם ייפטר מדין בכורה לגבי ולדותיהן.¹⁰⁴ וכך הוא כותב:

ומצי לדמות להא דאמרינן באיזהו נשך האי סיטומתה... הא ליתא, המנהג לא מצי להפקיע קדושת בכור דאורייתא. ואפי' את"ל [=ואפילו אם תמצי לומר] **דמנהג שנהגו חכמים עוקר דאורייתא, כגון סיטמתא - דכיון דמוקמי חכמים ברשות הלוקח, דהפקר ב"ד הפקר, ממילא הוי קנייה לכל מילי - מ"מ האי קנייה דנהגו התגרים גוים, אינו מועיל להפקיע קדושת[ת] בכור...**

מדברי המהר"ם מינץ לא ברור לחלוטין, האם לדעתו סיטומתא קונה מדאורייתא או רק מדרבנן. בתחילה הוא אומר כי דין סיטומתא לא יועיל בנידון דנן כי "המנהג לא מצי להפקיע קדושת בכור דאורייתא", אולם אחר כך הוא מעלה את האפשרות שסיטומתא מועילה מדאורייתא. נראה לנו, כי דעתו נוטה לאפשרות הראשונה, ולא העלה את הדעה שסיטומתא מועילה מדאורייתא אלא לרבותא. היינו, גם למי שסובר כן, לא יועיל הקניין

¹⁰³ שו"ת מהר"ם מינץ, סי' ה (מכון ירושלים, תשנ"א, עמ' טו. ההוספות כאן ולהלן בסוגריים, מלבד הראשונה, שלי - ר"ק). ובשו"ת מהר"י ברונא (לר' ישראל מברונא, אשכנז, המאה ה-15), סי' רנח (מהד' ר"מ הרש"ר, ירושלים תשל"ג, עמ' קעה), המשיב לדברי מהר"ם מינץ הנ"ל, שנכתבו אליו: "והישראל נטל כנף בגדו, והכהו עי"י הגוי לקיים המקח". אין כאן, אפוא, "קניין סודר" מכוח דיני הקניין הרגילים, אלא דרך קניין שנהגו בה הסוחרים. וראה עוד בעניין זה לעיל, עמ' 218-219, ובהערה 143.

¹⁰⁴ שאלת תוקפו של קניין סיטומתא נדונה פעמים הרבה, במיוחד בתשובות האחרונים, בהקשר למכירת בהמה מבכרת לגוי כדי לפטור את וולדה מדין בכורה. ראה למשל: שו"ת הרמ"א, סי' פז (ראה להלן, בסמוך להערה 236); שו"ת חתם סופר, יו"ד, סי' שיד-שיח (ראה להלן, עמ' 324-331); שו"ת צמח צדק (לרמ"מ שניאורסון), סי' רלג; שו"ת אמונת שמואל (לר' שמואל קוידנובר, וילנה, המאה ה-17), סי' מה (הראשונה), הובאה בשו"ת נחלת שבעה, סי' ל; ותגובת בעל הנחלת שבעה, שם, סי' לא; שו"ת רבי עקיבא איגר, מהד' קמא, סי' לו; שו"ת עבודת הגרשוני, סי' קב; שו"ת נטע שעשועים, יו"ד, סי' ל; שו"ת פנים מאירות, ח"ב, סי' נב; שו"ת כנסת יחזקאל, סי' יד, ד"ה ואודת; שו"ת שם אריה, יו"ד, סי' מח; שו"ת טוב טעם ודעת, מהד' קמא, סי' רסה, רסט, ער; שם, מהד' ג, ח"ב, סי' קמו; שו"ת שואל ומשיב, מהד' קמא, ח"א, סי' צא; שם, מהד' תנינא, ח"ג, סי' קב; שו"ת מהר"א הלוי, ח"א, סי' יג, ד"ה ובדבר שאלתו; שם, שם, סי' קנט, ד"ה ואחרי; שו"ת מהר"ש, ח"א, סי' מא; שו"ת מהרש"ם, ח"ד, סי' פו; שו"ת עזרת ישראל, סי' קכא; שו"ת בנין ציון החדשות, סי' טו; שו"ת דבר אברהם, ח"א, סי' א; שו"ת הר צבי (לרצ"פ פראנק), יו"ד, סי' רנב; שו"ת יביע אומר, ח"ח, חו"מ, סי' ב, אותיות ז-ח.

הדיון בקניין סיטומתא התעורר אצל האחרונים גם בנושא מכירת חמץ לגוי. ראה: שו"ת משאת בנימין, סי' צו; שו"ת אמונת שמואל, שם; שו"ת מהרש"ם, ח"א, סימן קצד, ד"ה ועוד עלה; שם, ח"ד, סי' קמד; שם, ח"ו, סי' כג, ד"ה אבל; שו"ת שערי צדק (לרמ"מ פאנט, טראנסילוואניה, המאה ה-19), או"ח, סי' ע; שו"ת פני מבין, סי' רסא; שו"ת מהר"ש, ח"ב, סי' ח. וראה עוד במקורות שצויינו לעיל, עמ' 240, הערה 65. שני הנושאים הללו הינם הדוגמאות הקלאסיות שלגביהן דנו האחרונים בתוקפם של קניינים גם מצד "דינא דמלכותא". ראה: שילה, **דינא דמלכותא דינא**, עמ' 121-124. לעתים קרובות נערך הדיון במקביל, הן מצד דין "סיטומתא" והן מצד "דינא דמלכותא".

בנידוננו, שכן מדובר במנהג "תגרים גויים". כך הבין את דבריו גם החתם סופר,¹⁰⁵ אם כי בהמשך דבריו העלה הסבר אחר, אשר יובא להלן.

הביטוי "מנהג שנהגו חכמים" שבפי המהר"ם מינץ שיעורו, ככל הנראה: מנהג "שהנהיגו", קרי **התקינו**,¹⁰⁶ חכמים, כעולה מהמשך דבריו: "דכיון דמוקמי חכמים ברשות הלוקח...". משמע, סיטומתא הינה תקנת חכמים, בדומה לדרכי קניין אחרות שתיקנו חכמים, וככזו היא פועלת מכוח "הפקר בית דין הפקר". לדין סיטומתא, כפי שכבר ראינו, ניתנה פרשנות מרחיבה על ידי כמעט כל הראשונים והאחרונים.¹⁰⁷ לפיכך, מי שגורס, כמו המהר"ם מינץ, כי הדין האמור הינו בגדר תקנת חכמים, מבין, מטבע הדברים, כי תחולתה של תקנה זו רחבה ותוכנה: יש תוקף למנהגי הסוחרים השונים בתחום דרכי הקניין.

החתם סופר רוצה לצמצם את דברי מהר"ם מינץ הנ"ל - כי אין בכוח סיטומתא להפקיע מקדושת בכור - וליישבם עם האמור בתשובה של הרשב"א¹⁰⁸ (שהחתם סופר ייחסה בטעות לרמב"ן¹⁰⁹), שסיטומתא מפקיעה מקדושת בכור. ואלו דבריו:

ונלע"ד דלא פליגי, דמהר"ם מינץ איירי בכ"ל, שכל הקנין אינו אלא להפקיע ולפנים [=למראית עין],¹¹⁰ ע"כ [=על כן] ליכא בקנינים כיוצא בזה מנהג סוחרים... אך הרמב"ן מיירי להדי[א] בנושא ונותן ומוכר וקונה בהמה בקנין גמור, בזה מהני קנין סיטומתא.¹¹¹

¹⁰⁵ שו"ת חתם סופר, יו"ד, סי' שטז, ד"ה ובוה נדחה נמי. לעומת זאת, הרב ש"א שטרן, **סדר מכירת חמץ כהלכתו**, בני-ברק תשמ"ז, שביבי אש, סי' יח, אות ד, עמ' רסח, מבין כי לדעת מהר"ם מינץ סיטומתא הינה "קנין גמור" ומועילה מדאורייתא. ובשו"ת נטע שעשועים, יו"ד, סי' ל, ד"ה בשבוע, סובר כי המהר"ם מינץ מסתפק בשאלה זו.

¹⁰⁶ חילופי הנהיג-התקיין מצויים הרבה בספרות התלמודית ובעקבותיה אף בראשונים. ראה לעיל, עמ' 12.

¹⁰⁷ בנושא זה עסקנו בהרחבה לעיל, בפרק ח.

¹⁰⁸ שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סי' רכה.

¹⁰⁹ כך כתב, ביחס לתשובת רשב"א זו, גם בתשובה אחרת: "ועי' בתשו' מיוחסת לרמב"ן סי' רכ"ה...". (שו"ת חתם סופר, חו"מ, סי' יב, אות ב, ד"ה בעניין).

¹¹⁰ דומה כי הביטוי שאול מדברי רשב"י לתלמידיו במגילה יב, ע"א, ביחס לדבריו שעם ישראל שבימי אחשוורוש השתחוו לצלם: "הם לא עשו אלא לפנים, אף הקדוש ברוך הוא לא עשה עמהן אלא לפנים". ופירוש הדברים, הם לא השתחוו לצלם אלא למראית עין (שעשו כן רק "מיראה". רש"י, שם), ואף הקב"ה לא הביא עליהם כליה ופורענות אלא למראית עין (ולא נתכוון שיתקיימו בהם). והשווה לרש"י, תענית ח, ע"ב (בסופו), ד"ה פוסקי צדקה ברבים וד"ה נשיאים ורוח.

¹¹¹ שו"ת חתם סופר, לעיל, הערה 105 (ההוספות בסוגריים שלי - ר"ק).

חידוש חידש כאן החתם סופר, וביקש לתלותו בדברי המהר"ם מינץ; והוא: כי לצורך תוקפו של קניין סיטומתא, לא די שקונה אדם באופן שנהגו הסוחרים לקנות, אלא עליו להשתמש בקניין זה לאותה תכלית אשר לשמה משתמשים בו הסוחרים, היינו לצורך מכר "בקנין גמור". לדעת החתם סופר, אם כן, המהר"ם מינץ לא נתן תוקף לסיטומתא במקרה הנדון כיוון שתכליתה היתה רק כדי להפקיע מדין בכורה, ולא לשם קניין אמיתי.¹¹²

ברם, מלשונו הפסקנית של המהר"ם מינץ - "המנהג לא מצי להפקיע קדושת בכור דאורייתא" - לא משמע כדברי החתם סופר, אלא שאין בכוח קניין סיטומתא בנידון דנן להפקיע מקדושת בכור, גם אם יבצעוהו לשם מכר גמור. שני נימוקים נותן המהר"ם מינץ לדבריו אלו: תוקפו של קניין סיטומתא הינו מדרבנן בלבד ואין בכוחו להפקיע קדושת בכור דאורייתא,¹¹³ או שבנידונו מדובר במנהג ש"נהגו התגרים גוים" אך לא היהודים.

ראוי לציין, כי גם ביחס לקניין נוסף שתיקנו חכמים, "מעמד שלושתן", יש מן הראשונים¹¹⁴ שסברו כי הסיבה להתקנתו¹¹⁵ היתה "לפי שהדבר נהוג הוא בין הסוחרים והחנונים".¹¹⁶ ונמצא שקניין מעמד שלושתן, לדעת אותם ראשונים, הינו מעין סעיף של קניין סיטומתא על פי הבנתו של המהר"ם מינץ.¹¹⁷

¹¹² טיעון זה נגד תוקפה של מכירת בהמה לגוי מעלה המהרש"ם. ברם, הוא אינו עוסק בדין סיטומתא אלא ב"דינא דמלכותא דינא". ראה: שו"ת מהרש"ם, ח"ב, סי' עה, ד"ה והנה.

¹¹³ כך לפי הדעה הראשונה שהעלה המהר"ם מינץ. אמנם, לפי הדעה השנייה, הרי שסיטומתא - כמו כל תקנת חכמים בענייני ממון - תוקפה מדאורייתא, מדין "הפקר בית דין הפקר". המהר"ם מינץ מציג בדבריו, אפוא, את הדעות החלוקות בשאלה, האם קניין מתקנת חכמים מועיל לעניין דינים "מדאורייתא". שאלה זו, שנדונה באריכות על ידי האחרונים, קשורה למעמדם של דרכי הקניין מדרבנן בכלל, ואינה מיוחדת לקניין סיטומתא, ולפיכך לא ראינו מקום להרחיב את הדיון בה. וראה בעניין זה להלן, עמ' 346-347.

¹¹⁴ רשב"ם, ב"ב קמח, ע"א, ד"ה במעמד שלשתן קנה; תוספות, גיטין יד, ע"א, ד"ה כהלכתא; רא"ש, שם, פ"א, סי' יז. וראה עוד: ח' סולוביצ'יק, הלכה כלכלה ודימוי-עצמי - המשכונאות בימי הביניים, ירושלים תשמ"ה, עמ' 37, הערה 31.

¹¹⁵ הסיבה להתקנת "מעמד שלושתן" נעוצה במנהג ובצורכי השוק, אבל "מה שמועיל לקנות" - היינו, כיצד מועיל אקט זה לבצע קניין - הוא "הלכתא בלא טעמא", כדברי מר זוטרא בגיטין, שם. ראה: תוספות, שם. ובדומה ברשב"ם וברא"ש, שם.

¹¹⁶ רשב"ם, שם.

¹¹⁷ על זהות מעמד שלושתן=סיטומתא עומדים גם כמה מן האחרונים: בשו"ת שואל ומשיב, מהד' תליתאה, ח"ג, סי' קסב, ד"ה והנה מה, כותב, על פי הרא"ש בגיטין שם, כי מעמד שלושתן פועל מצד "הפקר בית דין", כי ראו חז"ל "שהוא תיקון הסוחרים", וכי אין זה רק "הפקר" אלא הקנאה, שהרי "קנין סיטומתא הוא רק מטעם הפקר, שע"י שנהגו להקנות בזה - נעשה ממונו של זה הפקר מזה לזה"; גם בשו"ת שם אריה, יו"ד, סי' מח, ד"ה ועפ"ז, מבאר כי למרות שקניין מעמד שלושתן אינו אלא תקנת חכמים - תוקפו מן התורה, מכוח דין סיטומתא, "דאחר שתיקנו מעמ"ש נהגו כן בשוק בודאי, דהכל נעשה לטובת הסוחרים בשוק... והוי קנין דאורייתא] מצד המנהג"; ר' עוזיאל לחאייד (תוניס, המאה ה-19) בספרו משכנות הרועים, מערכת תיו, אות כז, ד"ה וראיתו,

*

לאור האמור ברור, כי אין קשר הכרחי בין שאלת **הבסיס המשפטי** לקניין סיטומתא ובין שאלת **תוקפו** של הקניין. היינו, גם לסוברים כי הבסיס לקניין סיטומתא הינו תקנת חכמים - דוגמת הריב"ש, המהר"ם מינץ ואולי גם בעל ספר החינוך - עדיין יתכן כי תוקפו של קניין זה, כמו גם יתר הקניינים שתיקנו חכמים, יהא ככל קניין מדאורייתא.¹¹⁸

3. הפקר בית דין הפקר

ר' יוסף קולון (איטליה, המאה ה-15) בתשובה¹¹⁹ מתייחס לדברי הירושלמי "מנהג מבטל הלכה", ואומר: "דדוקא גבי ממון הוא דהמנהג עוקר, שהרי הפקר ב"ד הפקר הוא..."¹²⁰.

המהרי"ק שם מתייחס למנהג בדיני ממונות בכלל ואינו דן במנהג לגבי דרכי הקניין. לפיכך יש מקום לטענה, כי דברי מהרי"ק מוסבים רק על המקרים שהזכיר בדיונו, כגון: חיוב במסים, התחייבויות הדדיות של בעל הבית ופועליו או מנהגי החמרים והספנים. אפשר כי רק במקרים מעין אלו, שבהם מדובר על הטלת **חיובים** ממוניים על אדם, המנהג מועיל מדין "הפקר בית דין". ברם, ביחס להעברת **קניין** בנכסים, יתכן שגם מהרי"ק מודה כי אין בכוחו של המנהג להוות תחליף למעשה הקניין, ולא יועיל בזה "הפקר בית דין". עם זאת, הרושם העולה מקריאת התשובה הינו, כי המהרי"ק אינו עושה את האבחנה האמורה.

מכל מקום, אחד הראשונים מאותה תקופה כותב במפורש כי דין סיטומתא, בדומה לשאר מנהגי ממון, מבוסס על "הפקר בית דין הפקר". ר' יצחק אייזיק שטיין (רגנשבורג, המאה ה-15) בביאורו לסמ"ג מתייחס אף הוא, כמהרי"ק, לדברי הירושלמי "מנהג מבטל הלכה", ומבאר כי שם מדובר -

לעניין ממונא [להבדיל מאיסורא - ר"ק], ויש כח ביד חכמים להפקיע ממונא **והפקר בית דין הפקר** אף על גב שדין תורה להיפך. **וכן מצינו**

סבור כי הטעם לשני דינים אלו זהה, להקל על הסוחרים במשא ומתן. לאור זאת הוא אף קובע, כי דין סיטומתא נאמר רק בסחורה ולא בסתם מטלטלין; לדמיון הנ"ל מכוון אולי גם בחתן סופר (**לעיל**, הערה 88), דף קלז, ע"א, ד"ה בעניין.

¹¹⁸ בעניין זה ראה עוד **לעיל**, הערה 113, **ולהלן**, בסמוך להערה 328 ואילך.

¹¹⁹ שו"ת מהרי"ק, שורש ט (הוצאת אורייתא, ירושלים תשמ"ח, עמ' כד). התשובה עוסקת בכחן שהתנגד למנהג בית הכנסת ביחס לעליה לתורה, ובמסגרתה דן המהרי"ק בתוקפו של המנהג בכלל.

¹²⁰ בהמשך פוסק מהרי"ק, על פי הבנתו בדברי המרדכי, כי גם מנהג שאינו בענייני ממון יפה כוחו כנגד ההלכה, אלא שאז צריך שהמנהג יוקבע על ידי חכמי המקום. על מעמדו של מנהגי ממון לדעת המהרי"ק, ראה לעיל, עמ' 85-87.

בפרק איזהו נשך: **האי סיטומתא קניא** ובאתרא דנהגי למיקני כו',¹²¹ וכן בכמה מקומות בתלמוד.¹²² וכן כתב לעיל וז"ל [=וזה לשונו]: וזה עיקר גדול בכל משא ומתן הולכין אחר לשון בני אדם של אותו מקום ואחר המנהג עכ"ל [=עד כאן לשון] הסמ"ג.¹²³

השאלה שעלינו לשאול היא, על שום מה לדעת בעלי שיטה זו יש להחיל על מנהג המקום את הכלל התלמודי "הפקר בית דין הפקר". והלא כלל זה נאמר בתלמוד ביחס לבית דין ולתקנות שמתקנים חכמים.¹²⁴ כיצד אפוא זוכה המנהג, שכל כולו אינו אלא יצירה של הציבור, למעמד של מעין "תקנת חכמים" או "תנאי בית דין"?

לשאלה זו ניתן לתת שתי תשובות. הראשונה, כי הגורסים שקניין סיטומתא מבוסס על הפקר בית דין הבינו, שסיטומתא - כמו, כנראה, כל מכלול מנהגי הממון¹²⁵ - הינם בגדר **תקנת חכמים**. ואם כך, ברור כי תוקפה של סיטומתא הינו, כשאר תקנות חכמים, מכוח "הפקר בית דין הפקר". בדעה שקניין סיטומתא הינו תקנת חכמים ושתוקפו מכוח "הפקר בית דין הפקר" או חזו המהר"ם מינץ, שדבריו הובאו לעיל.¹²⁶

הסבר אפשרי נוסף, אם כי מחודש יותר, בדעת הסוברים שסיטומתא מבוססת על הפקר בית דין, הינו כי לדעתם **המנהג כשלעצמו נחשב לחקיקה של הציבור**, מעין "תנאי בני העיר" או "תקנת קהל", ועל כן בדין הוא שיהא מבוסס על "הפקר בית דין". לפי הבנה זו קיימים שני סוגי חקיקה: תנאי בני העיר ותקנת חכמים - חקיקה מכוונת ויזומה הנוצרת על ידי גוף בעל סמכות חקיקה (טובי העיר, חכמים) במעמד חד פעמי; ומנהג - חקיקה שיצירתה על ידי התנהגותם של הסוחרים (או כל מגזר אחר באוכלוסייה), וגיבושה לידי נורמה קבועה ומחייבת הינו ממושך יותר. בדרך דומה בהבנת דין סיטומתא הולך, מדעתו, אחד מן האחרונים.¹²⁷

¹²¹ דברי ר"א שטיין עד כאן הובאו גם בספר באר שבע (לר' יששכר בער איילינבורג), חלק השו"ת, סי' כב.

¹²² נראה שכוונתו לביטוי המצוי בכמה מקומות במשנה ובתלמוד: "הכל כמנהג המדינה".

¹²³ סמ"ג, הלי שכירות, מ"ע פט (מהד' א"פ פרבר, ישראל תשנ"א, עמ' רסד).

¹²⁴ ביחס למובנו המקורי של כלל זה וההתפתחויות שעברו עליו בתקופת התלמוד, ראה מה שכתב ע' רדזינר, "הפקר בית דין הפקר" במקורות התלמודיים, **סיידרא** טו (טרם פורסם).

¹²⁵ המהרי"ק ורי"א שטיין הבינו, כנראה, שהכללים "מנהג מבטל הלכה" ו"הכל כמנהג המדינה" (ראה **לעיל**, הערה 122) - שלפיהם יש לילך בממון אחר המנהג - הינן בגדר "תקנת חכמים".

¹²⁶ **לעיל**, בסמוך להערה 103. מדברי המהר"ם מינץ שם לא ניתן לדעת מה דעתו ביחס לכלל מנהגי הממון.

¹²⁷ ר' אליהו לרמן - דבריו יידונו **להלן**, בסמוך להערה 276. יתכן שלכך מכוון בדבריו גם ר' חיים הלברשטם (גליציה, המאה ה-19) בשו"ת דברי חיים, ח"א, חו"מ, סי' כח, ביחס לדעת הרא"ש והמהרש"ל בעניין סיטומתא בדבר שלא בא לעולם: "דידוע, **דקנין סיטומתא** במקום שנוהגין דקנה **משום דרשאין בני העיר להתנות**, וכיון שמנהג בעיר שקונין בסטימותא - הולכין אחר המנהג, וא"כ הרא"ש וכן הרש"ל... דכתבו להדי, שנוהגין שקונין

יתכן שההבנה האחרונה עולה מדברי ר' אביגדור כהן צדק (וינה, המאה ה-13) המובאים במרדכי.¹²⁸ הוא פוסק שם, כי "מנהג קבוע" - ומדובר במנהג שלא נקבע כתקנה¹²⁹ - מחייב מי שבא לגור בעיר, אף אם הוא נגד הדין. כראיה מביא ר' אביגדור כ"ץ את האמור בירושלמי "מנהג מבטל הלכה" ומסיק: "אלמא מנהג בני העיר דוחה את דין חכמי התלמוד". כראיה נוספת לדבריו הוא מצטט את דברי הברייתא: "רשאין בני העיר להתנות על המדות ועל השערים ועל שכר הפועלים ולהסיע על קיצתן".¹³⁰ ברייתא זו עוסקת בתנאים שהתנו ביניהם "בני העיר" ולא במנהגים שנהגו מאליהם. מכך שר' אביגדור משתמש במקור זה לצורך מתן תוקף למנהג משמע, לכאורה, כי הבין שהמנהג זה מבחינת מקור תוקפו וסמכותו לתנאי בני העיר והסכמותיהם.

ברם, דומה כי ניתן להבין את דברי ר' אביגדור כ"ץ באופן אחר. יתכן, כי הברייתא הנזכרת לא הובאה על ידו כראיה לתוקפו של מנהג בני העיר, אלא רק לשם ביסוס נוסף לעיקרון, כי בענייני ממון בכוחם של בני העיר לשנות מדין התלמוד.¹³¹ ברייתא משנים מן הדין בדרך של "תנאי בני העיר", ואילו בדוגמאות האחרות שהביא, המנהג כשלעצמו - הגם שאין הוא נחשב כ"חקיקה" של בני העיר - "מבטל הלכה". ואכן, כך מפרש ר' משה פיינשטיין בתשובה את דברי ר' אביגדור הללו.¹³²

דשלב"ל, כגון חכירות בשטר, וא"כ בודאי מהני מטעם מנהג העיר וכנ"ל". הרי שראה את הבסיס לסיטומתא ב"תנאי בני העיר", שהינם מעשה חקיקה (תקנות) של הקהל. אמנם, יתכן שכוונתו היתה רק לומר, כי למנהג יש תוקף לשנות מדיני הקניין כמו שתנאי בני העיר יכולים להתנות על דיני ממונות, ובכללם על דיני הקניין, אך לא שהמנהג כמוהו כתנאי בני העיר. והשווה לדברינו בסמוך ביחס לר' אביגדור כ"ץ.

¹²⁸ מרדכי, ב"ב, סי' תעז. ר' אביגדור נשאל על איש שהגיע לעיר המיושבת ביהודים, ו"מנהג קבוע" שם שיתנו תושבי העיר מס גם תוך שנים עשר חודש לשבתם בעיר (שלא כדין המשנה והתלמוד, ב"ב ז, ע"ב-ח, ע"א), האם מחוייב ליתן מכוח המנהג.

¹²⁹ אמנם, הביטוי "מנהג קבוע" עשוי לעתים לציין גם תקנה קבועה או מנהג שנקבע על ידי חכמי המקום (ראה להלן הערה 150), אך בנידוננו ברור, כי מדובר במנהג שלא תוקן כתקנה. שכן, ר' אביגדור מביא כנימוק לפסקו את המשנה (ב"מ ז, א): "הכל כמנהג המדינה" ואת דברי הירושלמי והבבלי שם, והוא מוסיף ומדגיש, "ולא מנהג חכמים בלבד אלא אפילו מנהג חמרים יש לו לסמוך עליו". כך בדיוק כותב גם בשו"ת משאת בנימין, סי' ז, ד"ה שר התורה, ביחס לדברי ר' אביגדור אלו.

¹³⁰ ב"ב ח, ע"ב.

¹³¹ השווה לאמור לעיל, הערה 127.

¹³² שו"ת אגרות משה, חו"מ, סי' עה, עמ' קלב, ד"ה ומה.

תקופת האחרונים

אצל האחרונים אנו שבים ופוגשים את שתי דרכי ההבנה המרכזיות שהועלו על ידי הראשונים לשם ביסוס דין סיטומתא: קיומה של התנאה מכללא של הצדדים להתקשר בנייהם על דעת המנהג; וקביעה כי קניין סיטומתא הינו תקנת חכמים. פעמים שהאחרונים שואבים מדברי קודמיהם ופעמים שכותבים כדברי הראשונים מדעתם. כדרכה של תורה, הסברות הקדומות זוכות ליתר הרחבה וליבון ולתוספת נופך סגנוני ותוכני.

החל מן המאה ה-19 - במקביל להתגברות העיסוק בקניין סיטומתא בספרות ההלכה, במיוחד בספרות השאלות והתשובות - אנו פוגשים גם שיטות חדשות ומקוריות לביסוס קניין סיטומתא, שיטות שלא מצאנו כמותן אצל הראשונים. לאלו אף לאלו יוקדש חלקו השני של פרקנו.

1. כל הנושא ונותן על דעת המנהג הוא עושה - התנאה מכללא

א. דב"ז

1. המנהג - כתנאי בני העיר וכתנאי שבממון

בגישה זו, שכמותה מצאנו לעיל אצל הרשב"א, אוהו גם ר' דוד בן זמרה (קאהיר-צפת, מאות 15-16). הרדב"ז בתשובה משווה את הקניינים שתיקנו חכמים, דוגמת מעמד שלושתן וקניין סודר (שהוא לדעתו תקנת חכמים¹³³), אל המנהג הממוני. הוא קובע, כי הקניינים שתיקנו חכמים תוקפם מדאורייתא:

אלא גדר הדבר כך הוא, כי כל הדברים אשר תקנו רבנן דלהוי קניין אית להו דינא דאורייתא, דעל סמך זה [=תקנת חכמים] נושאי[ם] ונותני[ם] בני העולם,¹³⁴ ולא גרע מהמנהג דאמר רשב"ג מנהג מבטל הלכה¹³⁵ וקיי"ל כוותיה. הילכך כל הנושא ונותן או קונה או מוכר או נושא אשה, אדעתיהו דרבנן הוא עושה וגמר ומקנה...¹³⁶

¹³³ הרב א"מ חברוני, משאת משה, מסכת קידושין, סי' ג, ירושלים תשכ"א, עמ' ה, משער שהרדב"ז הסיק זאת מהברייתא בירושלמי, קידושין פ"א, ה"ה, על הפסוק "וזאת לפנינו בישראל". והשווה לאמור לעיל, הערה 80.

¹³⁴ מעין זה מצינו לעניין קידושי אשה (כתובות ג, ע"א, ומקבילות): "כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש". אמנם, שם יתכן שהדבר נובע מאמירת נוסח הקידושין "כדת משה וישראל". ראה: ריטב"א, כתובות שם, ד"ה כל דמקדש (תודה לידיד, הרב מאיר ברקוביץ, על ההפניה לדברי הריטב"א).

¹³⁵ הכלל "מנהג מבטל הלכה" מופיע, לפי המצוי בידינו, רק בשני מקומות בתלמוד הירושלמי, בדברי אמוראים (ירושלמי, יבמות, פ"ב ה"א, יב ע"ג; ב"מ, פ"ז ה"א, יא ע"ב), אך לא מפני רשב"ג. כוונת הרדב"ז ללא ספק היא

משמע, קניין מתקנת חכמים דומה למנהג בדיני ממונות. כמו שכל הנושא ונותן על דעת מנהג המקום הוא עושה, כך הכל עושים על דעת הקניינים שתיקנו חכמים.¹³⁷

דברים בכיוון זה אנו שומעים מפיו גם בתשובה אחרת. כידוע, מן הדין אין אישה יורשת את בעלה. הרדב"ז נשאל לגבי תוקפו של שטר צוואה, אשר בו נתן המצווה במתנה את כל עזבונו, שכלל מטלטלין בלבד, לאשתו. השטר נעשה על ידי סופרים גויים שלא בערכאות,¹³⁸ נחתם על ידי עדים גויים, ולא נעשה מעשה קניין כדין.¹³⁹

הרדב"ז פוסק, כי אם יוכח שקיים מנהג קבוע ומפורסם אצל חכמי העיר ליתן תוקף לשטרי מתנה כאלו, הרי שיש לשטר תוקף, למרות שלא בוצע קניין כדין.¹⁴⁰ הרדב"ז מסביר כי אין במנהג זה משום מתנה על מה שכתוב בתורה, שכן יש כאן רק הענקת מתנה מחיים: "תדע, שהרי מוציאין ממון ממי שאינו מחוייב מן התורה מכח המנהג,¹⁴¹ וכל שכן שמפקיעים חלק הבכורה או הירושה מכח המנהג".¹⁴²

ראיה לדבריו הוא מביא מזה שהביאו את הברייתא של "ורשאי בני העיר... להסיע על קיצתן" ביחס לאמור בירושלמי "מנהג מבטל הלכה",¹⁴³ דבר המעיד על דמיון בין השניים:

לדברי ר' אושעיה בירושלמי, ב"מ שם, אשר נאמרו ביחס למשנה שם, שבה קבע רשב"ג: "הכל כמנהג המדינה". כך הסביר את דברי הרדב"ז גם ר' יוסף ענגיל, גליוני הש"ס, ב"מ עד, ע"א, ד"ה שם ובאתרא.

¹³⁶ שו"ת הרדב"ז, ח"א, סי' תקג (ההדגשות וההוספות בסוגריים כאן ולהלן שלי - ר"ק). התשובה עוסקת במעמדו של גזל מדבריהם ובתוקפם של קניינים מדרבנן.

¹³⁷ בשו"ת דבר אברהם (להלן, הערה 308) הבין שדברי רדב"ז אלו נוטים לסברתו שלו, שסיטומתא מדין חליפין, ראה שם. ברם, לנו נראה כי טעמו של הרדב"ז הוא כמסובר בפנים, שהצדדים לעסקה עושים על דעת המנהג.

¹³⁸ ולכן לא ניתן לתת לשטר תוקף על סמך האמור במשנה בגיטין י, ע"ב: "כל השטרות העולים בערכאות של עובדי כוכבים, אע"פ שחותמיהם עובדי כוכבים - כשרים...".

¹³⁹ שו"ת הרדב"ז, ח"א, סי' תקמ.

¹⁴⁰ שם, סי' תקמד ותקמה.

¹⁴¹ את זה הוכיח שם, סי' תקמד, מן הירושלמי, ב"מ, ריש פ"ז, ש"מנהג מבטל הלכה".

¹⁴² שם, סי' תקמה.

¹⁴³ מלשון הרדב"ז לא ברור לאיזה מקור התכוון, ומחמת הקושי בהבנת דבריו נצטטם: "דהא מייתי [במהד' ניו-יורק תשכ"ז תוקן, ככל הנראה מסברא: מייתנין] ההיא דרשאי בני העיר להסיע על קצתם עלה דהך דאמרינן בירושלמי מנהג מבטל הלכה, משמע דטעמא הוי משום מנהג, כי המנהג הוי כמו שהתנו על זה" (שם, סי' תקמה). מדבריו משמע, לכאורה, שברייתת "ורשאי בני העיר" הובאה במקור כלשהו בסמוך או בהתייחס למימרא הנ"ל שבירושלמי, ומסמיכות זו אנו למדים על טעמה של הברייתא. פירוש זה קשה, שכן מבדיקה של עדי הנוסח שבידינו עולה, כי הברייתא הנ"ל מופיעה רק בבבלי (ב"ב ח, ע"ב) ואילו המימרא "מנהג מבטל הלכה" מופיעה רק בירושלמי (ראה לעיל, הערה 135), ורחוק לשער שהיתה לפני הרדב"ז גירסא אחרת. וצריך לומר, כנראה, שדברי הרדב"ז מכוונים למי מן הראשונים שהסמיך את המקורות הנ"ל בפירושו.

"משמע, דטעמא [=טעמה של הברייתא] הוי משום מנהג, כי המנהג הוי כמו שהתנו על זה". כלומר, המנהג לתת תוקף לשטר שנעשה על ידי גויים כמוהו כתנאי שהתנו ביניהם כל בני העיר.¹⁴⁴ והדמיון: בשני המקרים מוענק תוקף לנורמות שאינן על פי הדין,¹⁴⁵ כשהבסיס המשפטי לכך: התנאה בדבר שבממון.¹⁴⁶

אמנם - מוסיף הרדב"ז ומבאר - אדם המתנה במפורש לעקור דין תורה, כגון לבטל ירושת הבכור, הרי שתנאו בטל.

אבל בני"ד [=בנידון דנן] אין התנאי או המנהג לבטל דבר של תורה, אלא המנהג הוא לקיים השטר שלהם ונתקיימה המתנה, ובלשון מתנה יכול להשוות את הבכור ולבטל ירושה מבניו... שכל תנאי שבממון תנאו קיים,¹⁴⁷ ונמצא זה חייב עצמו במה שלא חייבתו תורה, דקיי"ל שהוא חייב.¹⁴⁸

אף שהרדב"ז מעניק תוקף לדרך קניין שאינה על פי דיני הקניין (שטר של גויים), מכוח המנהג, אין הוא מזכיר במפורש את הסוגיא המתבקשת מאליה, סוגיית סיטומתא.¹⁴⁹ עם זאת, דומה שדבריו דלעיל - "כי המנהג הוי כמו שהתנו על זה" ו"שכל תנאי שבממון תנאו קיים" - משקפים נאמנה את דעתו באשר לבסיס המשפטי לקניין סיטומתא. דעת הרדב"ז, אפוא, כדעת הרשב"א, שקניין סיטומתא מבוסס על התנאה מכללא של הצדדים.¹⁵⁰

נראה לנו, כי דברי הרדב"ז מכוונים לדברי המרדכי, ב"ב, סי' תעז, בשם ר' אביגדור כ"ץ, שדנו בהם לעיל, בסמוך להערה 128. שם אמנם מובאים שני המקורות הנ"ל בסמיכות. חיזוק להשערתנו אנו מוצאים בעובדה, כי גם הקטע שמצטט הרדב"ז בתחילת סימן תקמה מקורו, ככל הנראה, בדברי המרדכי שם (אמנם, הציטוט מובא בשו"ת הרדב"ז בלא לציין ממי נלקח, אך בהמשך מזכיר הרדב"ז כי אלו דברי המרדכי). וראה עוד לעיל, עמ' 89, הערה 377.

¹⁴⁴ גם בהמשך (ראה בסמוך, הציטוט) חוזר הרדב"ז על ההשוואה בין "תנאי" (=תנאי בני העיר) לבין "המנהג".

¹⁴⁵ המנהג - פעמים הרבה אינו תואם לדין, כמו בנידון דנן; ו"תנאי בני העיר" - בכוחם גם "להסיע על קיצתן" (ב"ב ח, ע"ב), היינו: לקנוס את העובר על דבריהם, שלא על פי דין תורה (ראה רש"י, שם, ד"ה להסיע).

¹⁴⁶ ומשמע, כי לרדב"ז תוקפן של תקנות הקהל מבוסס על יכולת ההתנאה בדיני ממונות ולא על "הפקר בית דין". והשווה לאמור לעיל, הערה 19, ביחס לשיטת הריב"ש בנדון.

¹⁴⁷ כר' יהודה, מכות ג, ע"ב, ומקבילות.

¹⁴⁸ דברים דומים בעניין שטר שנעשה בערכאות כתב בשו"ת רדב"ז, ח"א, סי' סז, ד"ה תשובה ההקדש. על יחסו של הרדב"ז לשטרות העולים בערכאות, ראה עוד: שילה, דינא דמלכותא דינא, עמ' 384-385.

¹⁴⁹ על הסיבה למיעוט איזכורו של דין סיטומתא בתשובות הרדב"ז, ראה להלן, בטקסט הסמוך להערה 166.

¹⁵⁰ מדברי הרדב"ז בתשובה אחרת (ח"ג, סי' תצז) משמע, לכאורה, כי הוא חולק על הרשב"א, המתייחס אל המנהג כאל "תנאי בית דין" (ראה לעיל, בסמוך להערה 19). הרדב"ז דן שם במנהג, שאשה שמתה בלא בנים אין בעלה יורשה אלא יורשה מצד אביה, ואומר: "ולא דמיא לתנאי ב"ד, שאע"ג שלא נכתבו כנכתבו דמו, דתנאי ב"ד שאני וזה תנאי של ממון ומנהג אחרונים הוא". אלא שדבריו אלו נאמרו שם רק ביחס למנהג שאינו קבוע

2. הבסיס לקניין סיטומתא: גמירות דעת ו"מנהג מבטל הלכה"

גם ביחס לרדב"ז יש לבחון, כפי שעשינו לעיל ביחס לרשב"א, כיצד מועילה התנאת המקנה והקונה ליתן תוקף לקניין הנהוג אצל הסוחרים, אשר אינו מועיל לפי הדין. והלא ההלכה המקובלת על רוב הראשונים והאחרונים - וכך, כנראה, נוקט גם הרדב"ז¹⁵¹ - הינה, כי אין ביכולת הצדדים להתנות על דרכי הקניין.

נראה לנו, כי לדעת הרדב"ז, בדומה לרשב"א, מוקד הקניין הינו **גמירות הדעת**. לפיכך, כשמדובר במנהג הסוחרים - בשונה מהתנאה פרטית בין שני צדדים לעסקה - קיימת גמירות דעת של הצדדים לקנות, הגם שמעשה הקניין אינו על פי ההלכה.¹⁵² כך ניתן להסיק מלשונו של הרדב"ז באחת מתשובותיו שהובאה לעיל,¹⁵³ וכך הבין את דבריו שם אחד מן האחרונים.¹⁵⁴

במקומו על פי חכמים, אך ביחס למנהג "קבוע" דעת הרדב"ז שם, כי המנהג נחשב כאילו התנה בפירושו, בדומה לתנאי בית דין. יתר על כן, הרדב"ז שם אף מצטט בהסכמה את דברי הרשב"א בתשובה (הכוונה, כנראה, לשו"ת הרשב"א, ח"ג, סי' תמב), שכל הנושא אשה על דעת המנהג הוא עושה, "וזהו שקראוהו בפרק המקבל לשון הדיוט" (על פרשנות הרשב"א לדרישת "לשון הדיוט", ראה **לעיל**, בסמוך להערה 21). ברור, אם כן, שדעת הרדב"ז בעניין זה כדעת הרשב"א.

¹⁵¹ לא מצאנו התייחסות מפורשת של הרדב"ז לשאלה זו, ברם נראה לנו כי ניתן ללמוד כן מדבריו באחת מתשובותיו. בשו"ת הרדב"ז, ח"ו, סי' ב אלפים צז, דן הרדב"ז בברזל שהיה בתוך ספינה, ואשר הוקנה על ידי תשלום מקצת דמים - קניין המועיל במטלטלין מן התורה אך בוטל על ידי תקנת חכמים - ובלא כל מעשה קניין נוסף. הרדב"ז פוסק כי המכר קיים, "דלא תקנו משיכה אלא בסתם מכר, אבל אם פירש לו והתנה עמו שיתקיים המכר בנתינת המעות **כדין תורה** - המכר קיים, דכל תנאי שבממון תנאו קיים...". דייק הרדב"ז בדבריו, שיכולים להתנות שיקנה "כדין תורה", אך לא אמר שיכולים להתנות שיקנה בכל דרך, ואפילו אינה דרך קניין לא מן התורה ולא מדרבנן. כך מוכח אף מהנימוק הנוסף שכתב שם בסמוך: "ותו דמנהג הסוחרים הוא לקנות ולמכור על דרך זה בלא קניין **ובלא דמים** ובלא משיכה, מידי דהוה אסטומתא...". הרי שרק ביחס לסיטומתא ביאר, כי ניתן לקנות בכל דרך, ואפילו בלא דמים, אך מקום שאין מנהג, אין יכולים הצדדים להתנות על דרך הקניין כרצונם, אלא רק לקנות "**בנתינת המעות** כדין תורה". שאלת יכולת הצדדים להתנות ביניהם לקנות מטלטלין במעות שנויה במחלוקת האחרונים. ראה במקורות שצויינו לעיל, עמ' 140, הערה 50.

¹⁵² ראה **לעיל**, בטקסט הסמוך להערה 37, ביחס לשיטת הרשב"א.

¹⁵³ בתשובה שבסי' תקג, **לעיל**, בסמוך להערה 136. כפי שראינו, משווה שם הרדב"ז את המנהג לקניינים מדרבנן, ומסקנתו כי כל הקונה או מוכר "אדעתייהו דרבנן הוא עושה וגמר ומקנה".

¹⁵⁴ הרב א"מ חברוני (**לעיל**, הערה 133), ד"ה אכן צריך להבין, מסיק מדברי הרדב"ז, שם, כי לדעתו "יסוד הקניינים הוא גמירות דעת, אלא שבעי מעשה הקניין משום דכשאדם עושה מעשה הוי יותר גמירת דעת מדיבור בעלמא" (ההדגשה שלי - ר"ק).

חיזוק להסבר האמור עולה מעיון משולב בשתי תשובות נוספות של הרדב"ז. באחת מהן¹⁵⁵ הוא קובע, כי אפילו לדעת הרמב"ם הסובר שאין אדם מקנה ולא מתחייב¹⁵⁶ בדבר שאינו קצוב, אם קיים "מנהג סוחרים" למחול בעת קניית סחורה "כל הונאה וכל מום" באופן כללי, בלא לפרט - יש למנהג זה תוקף. והטעם, לפי ש"המנהג מבטל הלכה... וכן כתב הרב ז"ל [=הרמב"ם]: שכל הנושא והנותן [סתם] על מנהג המדינה הוא סומך".¹⁵⁷

לעומת זאת, בתשובה אחרת פוסק הרדב"ז, כי גם אם נהגו להקנות דבר שלא בא לעולם - אין תוקף לקניין. ונימוקו, שמסוגיית סיטומתא ניתן להסיק רק ביחס ל"מה שאינו קנין - לעשותו קנין מפני המנהג, אבל בדבר שאין מועיל הקנין, כגון דבר שלא בא לעולם, לא מצינו שיועיל המנהג".¹⁵⁸

הרי לנו מדבריו בתשובה האחרונה כי קניין סיטומתא, לדעת הרדב"ז, נתפס כקניין בין הקניינים, וככזה הוא כפוף למיגבלות דיני הקניין, דוגמת דבר שלא בא לעולם. יש לשאול, אפוא, מדוע קיים הבדל, לעניין זה, בין דבר שלא בא לעולם ובין דבר שאינו קצוב? התשובה היא כי קניין סיטומתא מושתת, אליבא דהרדב"ז, על יסוד גמירות הדעת, ולפיכך יש בכוחו "לרפא" פגמים הנעוצים בחוסר גמירות דעת, כגון דבר שאינו קצוב (לשיטת הרמב"ם). דבר שלא בא לעולם, לעומת זאת, הובן על ידי הרדב"ז, כנראה, לא כפגם בגמירות דעת אלא כפגם בנשוא הקניין, שאין לקניין על מה שיחול;¹⁵⁹ פגם שכזה אין קניין סיטומתא יכול לרפא.¹⁶⁰

¹⁵⁵ שו"ת הרדב"ז, ח"ד, סי' אלף רו (קלו) (ובכנסת הגדולה, חו"מ, סי' רא, הגהות ב"י, אות נה, נכתב בט"ס: ח"א, סי' קל"ו). מדובר בסוחר שמחל בעת קניית סחורה "כל הונאה וכל מום", אך טוען אחר כך שלא מחל על הכל.

¹⁵⁶ אמנם, בתשובה זו נדון עניין מחילה והתחייבות בדבר שאינו קצוב, אך מדברי הרדב"ז - המציין למחלוקת הרמב"ם ושאר ראשונים, שעניינה הקנאת דבר שאינו קצוב - ברור כי הוא הדין לעניין הקנאה.

¹⁵⁷ דברי הרמב"ם לקוחים מהלי מכירה טו, ה (התוספת בסוגריים - על פי הגירסא ברמב"ם לפנינו, הן בדפוסים המצויים והן במהד' פרנקל).

¹⁵⁸ שם, ח"א, סי' רעח.

¹⁵⁹ לכך כנראה נתכוון הרדב"ז בהגדירו את דבר שלא בא לעולם כ"בדבר שאין מועיל הקניין", היינו: לא יכול להועיל, לפי שאין לו על מה שיחול. לשון כנראה נובעת מן העובדה כי עניין זה אינו מפורש, למיטב ידיעתנו, מדברי הרדב"ז, לא כאן ולא בתשובותיו האחרות.

¹⁶⁰ בדרך זו בהסבר דעת הרדב"ז הולך הרב ש' שפירא, תיק 7776/מ"ד (ירושלים), פד"ר יד, 43, בעמ' 69, אות נו, אלא שהוא נוקט במונחים שונים במקצת: בדשל"ל - יש לדבריו חיסרון "בחפצא, שאין מועיל בו קניין", ואילו בדבר שאינו קצוב - החיסרון הוא "בגברא, שמקנה בדבר שאין לו קצבה". והם הם הדברים.

הקביעה, כי הרדב"ז רואה בגמירות הדעת את הבסיס לתוקפם של מנהגי הסוחרים
בדיני ממונות, עולה גם מדברי הרמב"ם המצוטטים על ידו בתשובה דלעיל.¹⁶¹

את יסוד גמירות דעת הצדדים רואה הרדב"ז - בדומה לרשב"א ולרא"ש¹⁶² - כמקופל
בכלל "מנהג מבטל הלכה". המנהג "מבטל" באופן מעשי את ההלכה בממונות, היות וכך
גמירות דעתם של בני אדם - להתקשר ביניהם על דעת המנהג. כלל זה מצוטט על ידי הרדב"ז
שוב ושוב כמקור לתוקפם של מנהגי ממון, ובכללם מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין.

כך, למשל, באחת מתשובותיו שנדונו לעיל.¹⁶³ הרדב"ז נשאל שם שתי שאלות נפרדות.
האחת, האם יש ליתן תוקף למנהג המדינה לקנות בשטרות שאינם על פי הדין; והשניה, שבה
כבר עסקנו לעיל, האם אין במנהג הנדון משום "עקירת" דיני ירושה שבתורה.¹⁶⁴ על השאלה
הראשונה משיב הרדב"ז בחיוב, ונימוקו מתבסס על הכלל "מנהג מבטל הלכה"; הוא קובע, כי
אם יוכח שהמנהג ידוע ומפורסם לרבים,¹⁶⁵ "הרי זה מנהג המבטל את ההלכה".

כתימוכין לאמור נציין עוד את העובדה המאלפת, כי בשו"ת הרדב"ז על שמונת
חלקיו, המכילים למעלה מאלפיים תשובות, נזכר דין סיטומתא בשני מקומות בלבד!¹⁶⁶
הסיבה לכך, לדעתנו, הינה כי הרדב"ז רואה את דין סיטומתא כענף פרטי המסתעף מהשורש
הגדול של המנהג בדיני ממונות. משום כך מעדיף הרדב"ז - גם בתשובות שבהן היה מקום
להסתייע בדין סיטומתא¹⁶⁷ - לנמק את דבריו באמצעות "המנהג", שהוא לדבריו "עיקר גדולי"

¹⁶¹ על עמדת הרמב"ם ביחס ל"מנהג המדינה" בכלל וקניין סיטומתא בפרט, ראה לעיל, בסמוך להערה 1 ואילך.
אמנם, ביחס לשיטת הרמב"ם עצמו נקטנו שם לשון "יתכן", מחמת העדר דברים מפורשים נוספים. ברם, לגבי
הרדב"ז, דבריו בתשובה זו (ח"ד, סי' אלף רו) מצטרפים לדבריו בתשובות נוספות שהובאו לעיל ושיבאו להלך.

¹⁶² ראה: לעיל, בסמוך להערה 48 - ביחס לרשב"א; לעיל, בסמוך להערה 65 - ביחס לרא"ש.

¹⁶³ שו"ת הרדב"ז, ח"א, סי' תקמ-תקמה. נדונה לעיל, בסמוך להערה 139 ואילך.

¹⁶⁴ השאלה הראשונה נדונה שם, סי' תקמד; והשניה - שם, סי' תקמה.

¹⁶⁵ על הצורך, לדעת הרדב"ז, שיהא המנהג "ידוע", ראה לעיל, עמ' 89-90.

¹⁶⁶ מלבד התשובה שצוטטה זה עתה, מופיע דין סיטומתא בתשובה נוספת, שנדונה לעיל, הערה 151. החיפוש
בוצע באמצעות תקליטור פרויקט השו"ת.

¹⁶⁷ דוגמא לתשובות שבהן לא הזכיר הרדב"ז את דין סיטומתא, הגם שראוי היה להזכירו: שו"ת רדב"ז, ח"א,
סי' סז - מכשיר שטרי הקדש שנעשו בערכאות שלא על פי ההלכה, בין היתר, על סמך המנהג; שם, סי' תקג
(צוטטה לעיל, בסמוך להערה 136) - קובע כי תוקפם של הקניינים מדרבנן הוא מדאורייתא, כי כל הנושא ונותן
על דעת חכמים הוא עושה "וגמר ומקנה". ראייתו, שאין זה גרוע מהמנהג ו"מנהג מבטל הלכה"; שם, סי' תקמד-
תקמה - שטר צוואה שנעשה על ידי סופרים גויים בלא מעשה קניין כדן (תשובה זו נדונה לעיל, בסמוך להערה
139 ואילך); שם, סי' תנב - קניית מקח על ידי נתינת טבעת (ראה בסמוך). בכל התשובות הללו הרדב"ז מנמק
את פסקו באומרו כי המנהג "כלל גדול" הוא בדיני ממונות, ותוך שהוא מוסיף ומציין לדברי הירושלמי כי
"מנהג מבטל הלכה". ברם, את סוגיית סיטומתא, העוסקת ממש בדרכי הקניין על פי המנהג - לא הזכיר.

(או: "כלל גדול") בדיני ממונות.¹⁶⁸ זו גם הסיבה לכך שהרדב"ז מרבה לצטט את דברי הירושלמי "מנהג מבטל הלכה" (נזכר בתשובותיו 25 פעמים).¹⁶⁹

דוגמא מובהקת לתופעה שתוארה זה עתה, מצויה בתשובה של הרדב"ז. מדובר בקונה מקח שנתן טבעת בערבון, ואחד הצדדים חזר בו. הרדב"ז פוסק כי אין בנתינת הטבעת משום מי שפרע, ומוסיף:

והוי יודע, שאין הדברים אמורים אלא באתרא דליכא מנהגא, דהדרי לדינא דתלמודא, אבל יש מנהג במדינה שקונין ע"י נתינת טבעת או נתינת משכון או תקיעת כף או כיוצא בדברים אלו, כל שנהגו בני המדינה שזה קונה - הרי זה קנין גמור, **לפי שכבר ידעת שהמנהג עיקר גדול בדיני ממונות, ועלה אמרו דמנהג מבטל הלכה.**¹⁷⁰

מנהג מדינה לקנות על ידי נתינת טבעת או בתקיעת כף הרי הוא ממש קניין סיטומתא.¹⁷¹ למרות זאת, הרדב"ז אינו מסתמך, לפחות לא במפורש,¹⁷² על דין סיטומתא שבתלמוד - שהוא הדין ההולם בדיוק את הנושא הנדון על ידו - אלא על כוחו של המנהג בדיני ממונות לבטל הלכה.

גם אחרונים נוספים נוקטים ביחס לקניין סיטומתא ולמנהגי הסוחרים בדרכי הקניין במטבע "מנהג מבטל הלכה".¹⁷³

¹⁶⁸ תופעה דומה מצאנו כבר אצל הגאונים, המרבים להידרש למנהג בדיני ממונות, אך אינם מסתמכים על סוגיית סיטומתא. על תופעה זו והסברה, ראה לעיל, עמ' 191-192.

¹⁶⁹ לשם השוואה, בקובצי שו"ת הרשב"א (7 חלקים, בתוספת שו"ת הרשב"א המיוחסות), המחזיקים אף הם אלפי תשובות, נזכרת סיטומתא שלוש פעמים בלבד (ח"ב, סי' רסח; ח"ו, סי' קמט; המיוחסות, סי' רכה. לפי תקליטור פרוייקט השו"ת), ואילו הכלל "מנהג מבטל הלכה" מוזכר ב-9 תשובות שונות. ברם, בשונה מהרדב"ז, לא מצאנו אצל הרשב"א כי גם במקום שראוי היה להיזקק לדין סיטומתא הוא מעדיף להשתמש ב"מנהג".

¹⁷⁰ שו"ת הרדב"ז, ח"א, סי' תנב.

¹⁷¹ הדוגמא של תקיעת כף הובאה על ידי כמה מן הראשונים - ובהם הראב"ד, רבנו חיים מפאריס, הרא"ש והאגודה - ביחס לסוגיית סיטומתא.

¹⁷² אמנם, די ברור מדבריו - ובמיוחד מן החילוק בין "אתרא דליכא מנהגא" לבין "יש מנהג במדינה שקונין" - כי ברקע עומדת, אכן, סוגיית סיטומתא (ב"מ עד, ע"א, שם נאמר: "ובאתרא דנהיגו למקני..."), המוכרת היטב לרדב"ז (ואף מצוטטת, כאמור, בשתיים מתשובותיו). עובדת אי איזכורה המפורש של סוגיית סיטומתא כאן רק מחזקת את דעתנו, כי הרדב"ז רואה בסוגיא זו **מקרה פרטי** של הכלל הגדול בדיני ממונות - "מנהג מבטל הלכה".

¹⁷³ ראה: שו"ת מהרי"ט, ח"א, סי' קכו; ים של שלמה, ב"ק, פ"ה, סי' לו: "ואם תמצא בזמן הזה מנהג אחר... פשיטא דבטלו כל הדינא[ים] הנ"ל, אלא אזלין בתר המנהג. **כי המנהג מבטל אפילו קניין ממש**". וראה שם, שם, פ"ח, סי' ס; שו"ת משאת בנימין, סי' צו; שו"ת דברי חיים, ח"ב, חו"מ, סי' כו; שו"ת נהרי אפרסמון (בשתי

ב. המהרשד"ם

גישה דומה לזו של הרשב"א והרדב"ז זוכה לביטוי בהיר על ידי המהרשד"ם. ר' שמואל די מדינה (שלוניקי, המאה ה-16) 174 בתשובה 175 דן בחוב שהוקנה בהתאם למנהג ושלא על פי הדין, 176 ומבסס את דבריו על ההלכה, שכל המתנה על מה שכתוב בתורה בדבר שבממון - תנאו קיים. וכך פוסק המהרשד"ם, בהסתמכו על סוגיית סיטומתא:

הרי מוכח בהדיא, דכל דבר שבממון יש לו שני פנים במה שיתקיים: או כאחד [צ"ל: באחד] מהדרכים הברורים כדין תורתנו הקדושה או בדברי חכמים ז"ל שתקנו בתלמוד, או בכל תנאי שיתנה האדם עם חברו. 177 ומטעמי[ם] זה יועילו דרכי ההקנאות הנוהגים [אצל] הסוחרים אעפ"י שאינם כתובים בתורה ואינם מן הדין, **אלא שכיון שנהגו כך ה"ל [=הרי זה] שכל אחד מתנה עם חברו שכשיהיה כך יתקיים הדבר**, ואדעתא דהכי תינח 178 וסלקי [=ועל דעת כן יורדים ועולים]. ומטעם זה אמרינן בגמ'... **האי סיטומתא קניא**... א"כ נתברר לנו ממה שכתבנו שאם הדבר אמת שדרך התגרים כמנהג פשוט] בעיר

התשובות שצויינו לעיל, הערה 41, בלשון כמעט זהה): "כיון שהנהיגו הסוחרים לקנות בסטימתא, מנהג עוקר הלכה, כמבואר בכמה מקומות, גבי ספנים וחמרים במנהגייהם, גבי פועלי[ם], וכן הרבה". וראה בהמשך (שם ושם, ד"ה ולטעם ב'): "דכמו שמה שנהגו שיהיה[ה] קנין עוקר הלכה, שקונה אף שאינו קנין..."; "שוי"ת ישכיל עבדי, ח"ב, חו"מ, סי' ט, ד"ה וכן עלתה; שם, ח"ד, שאלת שלום, חו"מ, סי' ד, אות ג.

174 על המהרשד"ם ראה: ל' בורנשטיין, **מפתח לשאלות ותשובות ר' שמואל די מדינה**, אוניברסיטת בר-אילן, תשל"ט, מבוא.

175 שוי"ת מהרשד"ם, ניו יורק תשי"ט, חו"מ, סי' שפ (ההוספות בסוגריים וההדגשות להלן שלי - ר"ק). השאלה כתובה בשפת הלאדינו, והתשובה - בעברית. מדובר בחוב שהיה חייב שמואל קלעי ליוסף אוהב, שהעבירו אוהב לאברהם חודארה, כולם סוחרים באיטליה. חודארה נפטר ואלמנתו, שהפסידה ב"עיר הארורה אנקונה" שבאיטליה את רוב נכסיה וסבלה צרות רבות, ברחח לאימפריה העות'מאנית ותבעה שם את החוב משמואל קלעי. קרוב לוודאי, כי מאורעות אלו קשורים לרדיפת האנוסים באנקונה, שהחלה עם עלייתו של פאולוס הרביעי לכס האפיפיורות בשנת 1555, וכללה הוצאתם מהפעילות הכלכלית בעיר והחרמת סחורותיהם. רדיפה זו הגיעה לשיאה באפריל 1556, עם העלאתם של 24 אנוסים בעיר על המוקד. ראה על כך: ר' למדן, "פרשת חרם אנקונה - הצד השני של המטבע", **מליסבון לשלונקי וקושטא**, עורך: צבי אנקורי, תל-אביב תשמ"ח. תודתי נתונה לד"ר לאה מקובצקי, על שהאירה עיניי במספר עניינים הנוגעים לתשובה זו.

176 אמנם, החוב הוקנה כחלק מעסקה שנרשמה בחוזה ("קונטרטו"), כאמור בשאלה, אך המהרשד"ם מסביר כי לפי ההלכה יכול מילווה על פה להיקנות רק במעמד שלושותן (גיטין יג, ע"ב; רמב"ם, מכירה ו, ז-ח), ואילו שטר חוב ("מלווה שבשטר") יכול להיקנות רק "בכתיבה ומסירה", היינו: שמוכר החוב יכתוב לקונה: "קנה שטר פלוני וכל שעבוד שבו" (ב"ב עו, ע"ב; רמב"ם, שם, י-יא).

177 על מטבע זה - שעניינים כגון אלו יש לדונם בא' מ"שני פנים (או: צדדין)", "אי עפ"י דין תורה ובי' עפ"י מנהג הסוחרים" - חוזר המהרשד"ם, בניסוח כמעט זהה, גם בתשובות נוספות. ראה: שוי"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' לג; שם, סי' פד (בראשן).

178 נראה שצ"ל: נחתי.

אנקונה היה לקנות חובות חבריהם באופן הנז"ל [=הנזכר לעיל]¹⁷⁹...
אעפ"י שכפי דין תורתנו אין במשא ומתן בזה [צ"ל: כזה] ממש, מ"מ
כיון שנהגו התגרים לקנות באופן בזה [צ"ל: כזה] - הקנין קיים... **וכל
תנאי שבממון קיים**...¹⁸⁰

חרף הדמיון הלשוני והענייני לדברי הרשב"א והרדב"ז שקדמוהו, נראה לנו כי אין זהות בין דברי המהרשד"ם לדבריהם ביחס להבנת הבסיס המשפטי לקניין סיטומתא.¹⁸¹ אצל הרשב"א והרדב"ז לא מצאנו, כי ביכולת הצדדים לעסקה לשנות מדרכי הקניין שנקבעו בהלכה על ידי תנאי פרטי ביניהם. מלשון המהרשד"ם, לעומת זאת, משמע כי דיני הקניין מסורים לחלוטין להתנאת הצדדים, ככל דבר שבממון. המהרשד"ם אומר, כי ניתן להקנות ממון בשתי דרכים. האחת, על פי דרכי הקניין שמדאורייתא או שתקנו חכמי התלמוד; והשניה: **"בכל תנאי שיתנה האדם עם חברו"**. ומכוח הדרך האחרונה "יועילו דרכי ההקנאות הנוהגים [אצל] הסוחרים, אעפ"י שאינם... מן הדין, אלא שכיון שנהגו כך ה"ל **שכל אחד מתנה עם חברו** שכשיהיה כך יתקיים הדבר". זהו לדידו גם הבסיס לקניין סיטומתא.

החידוש בקניין סיטומתא לדעת המהרשד"ם הינו, אפוא, כי אף שלא התנו הצדדים על כך, נחשב הדבר כאילו התנו לקנות על פי המנהג. ברם, במקרה שהתנו על דרך הקניין ביניהם במפורש, אין כל צורך בדין סיטומתא, והרי זה לדידו ככל תנאי שבממון.¹⁸²

אמנם, גם הרדב"ז, בדומה למהרשד"ם, נזקק לדין "כל תנאי שבממון - קיים" בבואו ליתן תוקף לדרכי הקניין על פי המנהג.¹⁸³ אך דומה כי קיים הבדל משמעותי בין השניים. אצל המהרשד"ם, דין זה גופו הינו **הבסיס המשפטי לקניין הסוחרים**. אצל הרדב"ז, לעומת זאת, משמש דין זה רק **כתנאי מקדמי**, המאפשר לצדדים לחרוג בהסכמה משותפת מדיני הקניין

¹⁷⁹ בהמשך מסביר המהרשד"ם, כי הוא פוסק על פי מנהג אנקונה, שכן זה היה המקום שבו נעשתה העסקה המקורית, ומכוחה נתחייב שמואל קלעי ליוסף אוהב ולכל מי שיקנה ממנו את החוב.

¹⁸⁰ שציפנסקי, **התקנות בישראל**, כרך ד, קונטרס המנהגים בישראל, עמ' כו, הערה 19, מציין כי כדעת המהרשד"ם משמע גם בשו"ת הריב"ש, סוף סי' שמה. ברם, לנו נראה כי דעת הריב"ש אינה כדעת המהרשד"ם. ראה לעיל, בסמוך להערה 101.

¹⁸¹ דברי המהרשד"ם כאן נראים כמסקנתו שלו מן הסוגיות ("הרי מוכח בהדיא"), ואין הוא מציין למי מן הראשונים בעניין זה. יצוין, כי המהרשד"ם הכיר היטב את תורת הרשב"א, וכי ברבות מתשובותיו (כולל התשובה דנן, ראה בהערה הבאה) הוא מזכיר את דברי הרשב"א, הן בחידושו והן ובתשובותיו.

¹⁸² כך משמע גם מדבריו בהמשך. המהרשד"ם מביא ראיה לדבריו מדברי רשב"א בתשובה: "כיון שזה מדעתו עשה מתנתו בערכאות, הרי זה קיבל עליו לילך בדיני המלכות... **ובדבר שבממון יכול לשעבד עצמו וליתן משלו שלא מן הדין**". המהרשד"ם משווה התנאה לילך בדין המלכות להתנאה לקנות על פי המנהג, ומסיק: "הרי אי"כ ברור שחייב האדם לקיים כל מה שנסתעבד בו, אעפ"י שמסתמא הוא הפך הדין, **אלא שהתנה כך**".

¹⁸³ ראה לעיל, בסמוך להערה 147.

הרגילים;¹⁸⁴ והבסיס המשפטי לקניין סיטומתא, לדעת הרדב"ז, הינו גמירות הדעת, שהיא היוצרת את הקניין, או המנהג, שבכוחו "לבטל" ולגבור על הלכות הקניין, כפי שבארנו לעיל.

העולה מן האמור, כי לדעת המהרשד"ם, כנראה,¹⁸⁵ הבסיס לקניין סיטומתא הוא הכלל הגדול בדיני ממונות "בדבר שבממון תנאו קיים", החל לדעתו גם על **דיני הקניין**.¹⁸⁶ אם אמנם כך דעתו, הרי שצריך לומר כי המהרשד"ם סובר כדעת המיעוט בראשונים¹⁸⁷ הגורסת, כי דרכי הקניין מסורות להתנאת המקנה והקונה.¹⁸⁸

את הקביעה כי יש להסתמך בענייני ממון על מנהג הסוחרים מצאנו אצל המהרשד"ם גם בתשובות נוספות.¹⁸⁹

ג. המהרש"ך

כפי שכבר צויין לעיל,¹⁹⁰ התפיסה כי סוגיית סיטומתא מבוססת על תנאי מכללא של הצדדים הביאה לכך שסוגיא זו זכתה לפרשנות מרחיבה, הרבה מעבר למשמעותה המקורית, ושימשה כמקור למתן תוקף למנהגי הסוחרים בכלל, ולא רק לאלו הנוגעים לדרכי הקניין.

דוגמא מובהקת לאמור יכולות לשמש כמה מתשובותיו של המהרש"ך (ר' שלמה בן אברהם הכהן, שאלוניקי, המאה ה-16).¹⁹¹ באחת מהן הוא דן בשאלה, האם יש ליתן תוקף

¹⁸⁴ השווה לאמור לעיל, הערה 19, באשר למקומה של יכולת ההתנאה בדיני ממונות כבסיס משפטי לתקנות הקהל.

¹⁸⁵ לשון כנראה שבכאן נובעת מהעובדה שדברינו נסמכים על דיוק בלשון התשובה גרידא, ולא על דברים מפורשים של המהרשד"ם. מודעים אנו לכך, כי ניתן לחלוק על הפירוש שהצענו ולטעון, כי לדעת המהרשד"ם הבסיס לקניין אינו התנאת הצדדים אלא המנהג, שבכוחו לבטל הלכה (וכפי שהצענו לעיל, בביאור דעת הרשב"א והרדב"ז). דעתנו היא, מכל מקום, כי מלשון התשובה משמע כאמור בפנים.

¹⁸⁶ ראה להלן, הערה 202, שבדרך זו ביארו כמה מן האחרונים את דברי החתם סופר. אמנם, באשר לדעת החתם סופר אנו נוטים להסבר אחר, כפי שיבואר שם, אך דומה שכך סובר המהרשד"ם.

¹⁸⁷ ראה לעיל, עמ' 139-140.

¹⁸⁸ כך הבינו את דברי המהרשד"ם גם: שו"ת דבר יהושע, ח"ד, סי' מח, אות א, וכתב שדבריו צע"ג; הרב ד' בס, **כתר לעיל**, הערה 19, עמ' 71, הערה 118. אמנם, שציפנסקי, **התקנות בישראל**, כרך ד, קונטרס המנהגים בישראל, עמ' כו, הערה 17, טוען כי דעות הרשב"א והמהרשד"ם זהות.

¹⁸⁹ ראה: שו"ת המהרשד"ם, יו"ד, סי' רכא; חו"מ, סי' לג (בראש התשובה ובסופה), סה (בסופה), צז (בסופה), קמב (בסופה), רכ (בראשה) - כל התשובות הנ"ל עוסקות בענייני ביטוח סחורות ("קאמביו"); שם, סי' קסח, קע - בענייני שותפות. וראה עוד: שם, סי' כ, מב (בסופך); שם, שפד (בראשה); ועוד.

¹⁹⁰ ראה לעיל, בסמוך להערה 53.

¹⁹¹ המהרש"ך כיהן כרב בביטול (השייכת היום ליוגוסלביה), ואחר כך כרב הקהילה הקשטיליאנית בשאלוניקי.

למנהג הסוחרים בוונציה, ולפיו כל סכסוך אשר יתעורר בין סוחרים לגבי עסקה שעשו בעיר יידון לפי מנהג ונציה, ולא לפי דין המקום שבו הוגשה התביעה המשפטית (דין תורה).¹⁹² המהרש"ך פוסק, על סמך ברייתא בכתובות,¹⁹³ כי יש לדון לפי מנהג ונציה, בהיותו המקום שבו נעשתה העסקה, ומוסיף:

שהדבר ידוע דבענייני הקניות והסחורו[ת], וכל ענייני משא ומתן שנהגו הסחורו[ם] בעסקיהם, יש לנו ללכת אחרי מנהגיהם, ואפילו בסתם מנהג.¹⁹⁴ ועיקר דין זה נלמד מהא דאמר רב פפא... האי סיטומתא באתרא דרגילי למקני קני... אם כן, מאחר שראובן נשא ונתן עם שמעון במקום שנהגו שלא יצטרכו בעסקיהם לדון בדין תורה... והדבר היה ידוע, שאם אותו העסק והמאורעות שאיפשר שיארעו באותו העסק היו נידונים בדין תורה, הניח [=ראובן] מעותיו על קרן הצבי ויאכל הלה וחדדי¹⁹⁵ [=וירויח הלה (שמעון) וישמח], ובלי ספק לא היה ראובן עושה עסק עמהם. ואם כן, היעלה על הדעת, שהיה [=ראובן] עושה עסק עמו על סמך אותו המנהג שבאותו מקום, ואחר כך יצא למקום אחר ויפשוט לו [=שמעון] את הרגל, ויאמר אין רצוני לדון ע"פ המנהג [של] מקום המשא ומתן אלא כפי מקום התביעה [=דין תורה]! אם כן איפה, לא שבקת חיי [=לא הנחת חיים] לכל בריה!¹⁹⁶

מדברי המהרש"ך עולה, אפוא, כי הטעם שעומד ביסודה של סוגיית סיטומתא - שכל אחד "עושה עסק... על סמך אותו המנהג שבאותו מקום" - יפה ל"כל ענייני משא ומתן שנהגו הסוחרים בעסקיהם".

¹⁹² במונחי המשפט המודרני, שאלה זו שייכת לתחום "ברירת הדינים" (conflict of laws), ומהותה: האם הדין שיחול על ההסכם יהא דין מקום יצירת החוזה (lex loci contractus) או דין המקום אשר בו נערכת ההתדיינות המשפטית (lex fori). המהרש"ך מכריע בשאלה זו על פי אומד דעת הצדדים בעת עשיית ההסכם, כמובא בסמוך.

¹⁹³ כתובות קי, ע"ב. שאלה דומה נדונה בירושלמי, ב"מ, פ"ז ה"א, ביחס למי שעלה מטבריה, מקום שבו נהגו הפועלים שלא להשכים ולהעריב, לשכור פועלים במעון, שם המנהג להשכים ולהעריב. נקבע שם, כי יכול השוכר לומר ששכרם על דעת מנהג מקומם. היינו, גם לדעת הירושלמי "מקום יצירת החוזה", ולא המקום שבו יתבצעו החיובים החוזיים, הוא המחייב.

¹⁹⁴ "סתם מנהג" פירושו, קרוב לוודאי, מנהג שאינו במעמד של "מנהג ותיקין" או שלא הוקבע על ידי חכמי העיר אלא רק על ידי הסוחרים עצמם. לשיטת המהרש"ך בעניין זה ראה לעיל, עמ' 93-94.

¹⁹⁵ על פי: ביצה לח, ע"ב; בבא בתרא קעא, ע"א.

¹⁹⁶ שו"ת מהרש"ך, ויניציאה שני"ב, ח"ב, סי' רכט (ההוספות בסוגריים וההדגשות שלי - ר"ק).

הרב יי קוליץ¹⁹⁷ דן בתשובת מהרש"ך זו ומעיר על התפיסה המרחיבה לדין סיטומתא המצויה בה.¹⁹⁸ לטענתו, תפיסה זו ניתנת להסבר רק אם מבינים שקניין סיטומתא הינו תקנה של חכמים, שיהא מנהג הסוחרים "מבטל את ההלכה". אולם -

אם נאמר שסיטומתא **קונה מן התורה**... שהתורה אמרה שקנין שנוהגים בו הסוחרים הוא קנין גמור מעיקר הדין, מה ההשואה שמשוה המהרש"ך ומדמה המנהג שנוהגין הסוחרים לדון לפי דיניהם ולא לפי דין תורה למנהג של קנין סיטומתא, הרי קנין סיטומתא **הלכה היא** [בהלכות הקניין - ר"ק], ואילו מנהג שלא לדון לפי דין תורה אלא לפי מנהג הסוחרים הרי הוא מנהג **המבטל את ההלכה**?

ברם, נראה לנו כי יש להשיג על דבריו. תפיסתו המרחיבה של המהרש"ך לדין סיטומתא אינה מבוססת על היותו של דין זה "מבטל" את ההלכה אלא, כאמור לעיל, על כך שיסודו נעוץ **בגמירות דעת מכללא** של הצדדים להתקשר ביניהם על דעת מנהגי הסוחרים. וכיוון שכך, אחת הוא אם מדובר במנהג הסוחרים באשר לדרכי הקניינים או במנהגם ביחס לענייני ממון אחרים הקשורים בעסקיהם.

על קביעתו שמסוגיית סיטומתא אנו למדים כי "בענייני הקניות והסחורות" יש לילך אחר "מנהג הסוחרים", חוזר המהרש"ך גם בתשובות נוספות.¹⁹⁹

ד. החתם סופר

החתם סופר (ר' משה סופר, פרשבורג, מאות 18-19) בתשובה הולך, ככל הנראה, אף הוא בדרכם של הרשב"א והרדב"ז:

אך לפע"ד סיטומתא הוא קנין דאורייתא [א] ממש. והיכן מצינו שנמנו רבנן על ככה ואמרו שתקנו שמנהג סוחרים קונה? - אלא רבא הודיענו בב"מ ע"ד ע"א, שהדין כן מה"ת [=מן התורה], **כל שהנהיגו הסוחרים הו"ל** [=הרי זה] **כאלו התנו, וכל תנאי שבממון קיים מה"ת**... אבל

¹⁹⁷ מנחת אליהו (לעיל, הערה 44), ד"ה עוד יש לדקדק (ההדגשות להלן שלי - ר"ק).

¹⁹⁸ "שההלכה זו של סיטומתא אינה רק **לעצם הקנין**, שאנו אומרים שהולכין אחרי מנהג הסוחרים, ואם נהגו לקנות בסיטומתא - קונה, אלא גם **בדיון ופסק**, היינו הסוחרים הם הדנים ופוסקים כשנפלה מחלוקת ביניהם, ולא לפי דין תורה". שם.

¹⁹⁹ ראה: שו"ת מהרש"ך, ח"א, סי' מו; שם, סי' ס, ד"ה באופן; שם, סי' עה, ד"ה עוד יראה לי; שם, סי' עט, ד"ה וכל מה; ח"ב, סי' מו; שם, סי' קיג.

מה שהנהיגו מרצונם הטוב [=סיטומתא] - כל תנאי שבממון קיים
מה"ת בלי ספק.²⁰⁰

הבסיס המשפטי למנהג הסוחרים, אליבא דהחתם סופר, הינו היותו כתנאי שהתנו הסוחרים ביניהם, ו"כל תנאי שבממון - קיים".²⁰¹ מדבריו בהמשך עולה, לדעתנו, כי לא התכוון החתם סופר לומר כי ביכולת הצדדים להתנות באופן פרטי על דרך הקניין ככל שירצו, כפי שיש מי שהבינו בדבריו,²⁰² וכל דבריו אמורים - בדומה לרשב"א ולרדב"ז - רק במקום שמתנים הצדדים לעשות על פי מנהג הסוחרים, שאז המנהג הוא כמו תנאי כללי שעשו בני העיר או בני אומנות אחת.

בהמשך לקטע שצוטט לעיל מביא החתם סופר ראייה לדעתו, כי קניין סיטומתא הוא מדאורייתא, משו"ת הרשב"א המיוחסות, סי' רכה. הרשב"א אומר שם, כי הסוגיא בבכורות - הקובעת כי מן התורה ישראל קונה מישראל דווקא במשיכה, ומגוי דווקא בכסף - עוסקת במקום שלא נהגו לקנות במשיכה; ברם במקום שנהגו הכל לקנות במשיכה, יש תוקף מדאורייתא גם לקניין משיכה של ישראל מגוי, מדין סיטומתא. לו היה החתם סופר סבור שביכולת הצדדים להתנות באופן פרטי על דרכי הקניין, לא היה נחוץ שיהא מנהג כללי לקנות במשיכה, כדברי הרשב"א, ודי היה כי המוכר והקונה יתנו על כך ביניהם.²⁰³

²⁰⁰ שו"ת חתם סופר, יו"ד, סי' שיד, ד"ה נמצא (ההוספות בסוגריים וההדגשה שלי - ר"ק).

²⁰¹ בשו"ת דבר אברהם, ח"א, סי' א, ענף א, אות ב, הבין שכוונת החת"ם סופר בדבריו הללו הינה, שסיטומתא דינה כ"תנאי בני העיר" שתוקפם מדין הפקר בית דין. ברם, לדעתנו ברור מדברי החתם סופר שם (ראה גם בדבריו שהובאו להלן, בסמוך להערה 252 ואילך), כי היסוד לדין סיטומתא הוא יכולת ההתנאה של הצדדים דיני ממונות, ובניגוד לקניינים שתקנו חכמים שתוקפם אינו נובע מרצון הצדדים אלא מכח "הפקר בית דין".

²⁰² כך הבין דבריו הרב משכיל לאיתן (הובא בשו"ת דבר אברהם, שם, אות א), ולכן הקשה עליו: "דבר זה נסתר מפני הש"ך בחו"מ (סי' קצח סק"י), ומטו לה משמיי דהריטב"א בקידושין, שאינו יכול להתנות לעשות קנין מדבר שאינו קניין". על פי דברינו, גם החתם סופר לא חלק על הלכה זו; כך הבינו בדעת החתם סופר גם: שו"ת שם אריה, יו"ד, סי' מח; שו"ת נהרי אפרסמון, חו"מ, סי' טו, ד"ה ונראה: "דהך דינא שבדבר שבממון תנאו קיים הוא אף בקניינים, ומהני תנאי לעשות קנין מדבר שאינו קניין", והוא אף דן בכך לאור מחלוקת ב"י ורמ"א עם הש"ך בסי' קצח הנזכרת לעיל; שו"ת דבר יהושע, ח"ד, סי' מח, אות א; גם הרב ד' בס (לעיל, הערה 188) מבין, כי לדעת החתם סופר הסכמה ליצור קניין חדש מועילה. הם למדו זאת מכך שהחתם סופר מבסס את דבריו על "תנאי שבממון". לדעתנו, אין בכך משום ראייה. הכלל "כל תנאי שבממון - קיים" מובא על ידי החתם סופר כבסיס לקניין סיטומתא, אך אין כוונתו כי דיני הקניין מסורים לחלוטין להתנאות הצדדים. נראה, אפוא, שהחתם סופר מבין את הבסיס לקניין סיטומתא בדומה לרשב"א ולרדב"ז (ראה לעיל, בטקסט הסמוך להערה 152, ובהערה הנ"ל), ולא כדעת המהרשד"ם (ראה לעיל, בטקסט הסמוך להערה 181).

²⁰³ כך עולה גם מדברי נכדו של החתם סופר בספרו חתן סופר (לעיל, הערה 88, דף קלו, ע"א, ד"ה ונלע"ד), ביחס לתשובה הנ"ל. הוא מבאר, כי לדעת חתם סופר, סיטומתא היא "כתנאי שהתנו בני העיר ביניהם, ותנאי דממון קיים", ולא כתב שהיא כתנאי פרטי שמתנים הצדדים לעסקה ביניהם. כך מבין גם בשו"ת נחלי אפרסמון, סי' מט, ד"ה והנה מה שכתב. כך מוכח גם מתשובה אחרת של החתם סופר, המצוטטת להלן, הערה 206.

על כך שקניין סיטומתא תוקפו מדאורייתא חוזר החתם סופר גם בתשובות נוספות²⁰⁴ וגם בחידושו²⁰⁵. באחת מתשובותיו הוא מוסיף, כי מנהג ממוני מחייב את בני הקהילה הנוהגים על פיו בדומה לתנאי שעשו ביניהם בני אומנות.²⁰⁶

ברם, בתשובה אחת מביע החתם סופר דעה הנראית שונה. השאלה שנשאל עוסקת בפרה מעוברת שנמכרה לגוי "בהפרזת סך ל"ה זהו"ב], ולא ניתן לו מעות אלא ח"כ [=חילוף כתב²⁰⁷=שטר חוב על הסך הנ"ל על פי חוקי המדינה²⁰⁸] ע"ז [=על זה]²⁰⁹. תלמידו, צבי הירש כ"ץ (גלאנץ),²¹⁰ רצה להסיק מדברי הצ"ח²¹¹ כי "מנהג שנהגו, הואיל ונהגו סוחרים קונה למי

²⁰⁴ ראה: שו"ת חתם סופר, יו"ד, סי' שיו, ד"ה אמנם; סי' שיח, ד"ה וכבר; חו"מ, סי' יב, אות ב. בתשובות אלו נכתב במפורש כי סיטומתא היא קניין מן התורה. גם מתשובות נוספות עולה שדעתו היא כי סיטומתא הינה קניין לכל דבר, אך שם לא מפורש שהיא מדאורייתא. ראה: שו"ת חתם סופר, יו"ד, סי' קד, בסוף התשובה; סי' שיא, ד"ה והיות; סי' שטז, ד"ה ובזה; חו"מ, סי' צט. וראה גם להלן, הערה 218, סעיף א.

²⁰⁵ ראה: חידושי חתם סופר, סוכה ל, ע"ב, ד"ה ומי"מ נ"ל (תודה לרב רפאל שטרן על ההפניה למקור זה).

²⁰⁶ שם, חו"מ, סי' יב, אות ב, ד"ה אך: "והמיעוט שמקיימים המנהג ביניהם, הם לעצמם כמו הני טבחי דעבדי בהדדי דלא ליעבד ביומי וכו' בפ"ק דב"ב דף ט' ע"א". וראה עוד להלן, הערה 277.

²⁰⁷ בתקליטור פרוייקט השו"ת (גירסה 6) סברו שיש כאן ט"ס, ולפיכך פיענחו הר"ת ח"כ: "ת"כ=תקיעת כף". אמנם, החתם סופר בתשובותיו מזכיר לא אחת תקיעת כף כדרך לעשיית קניין או לקבלת התחייבות, ובחלק מן המקומות נכתב הדבר בר"ת: ת"כ (ראה: שו"ת חתם סופר, יו"ד, סי' קד, ד"ה היוצא מזה; סי' רכז ד"ה הנה בתשו'; סי' שיא, ד"ה ומי"ש מג"א; ועוד). אך נראה לנו, כי במקרה דנן לא נעשתה תקיעת כף אלא שבמקום לתת מעות נתן הקונה שטר חוב על דמי המקח המוסכמים ("על זה"), שכן מתן "חילוף כתב" היתה דרך תשלום מקובלת בזמנם. ראה למשל: "והתפשרו ליתן לה מאתים לכתובה תיכף ועל מאה זה"ב] ח"כ לפרוע לה לזמן" (שו"ת חתם סופר, אה"ע, ח"א, סי' כו, בשאלה הנדפסת במפתח). וראה עוד בהערה הבאה.

בהמשך הקטע כותב החתם סופר, שהשואל בשאלתו כתב "שהי"ה] ח"כ, ותלמידי הרב החרוץ... כ"ב] שהיה (קונטראקט) היינו שטר מכירה הנהוג" (הסוגריים העגולים במקור). בדברים אלו יש חיזוק לדברינו, כי מדובר בחילוף כתב ולא בתקיעת כף. הקניין נעשה על ידי נתינת שטר, אלא שנחלקו הדעות בין השואל לבין התלמיד בטיבו של השטר, האם היה זה שטר חוב (=חילוף כתב) או שטר מכירה ("קונטראקט"=חובה).

²⁰⁸ המונח "חילוף כתב" מופיע בתשובות החתם סופר במקומות רבים, בעיקר בצורת ראשי תבות ח"כ, ופירושו, כאמור: שטר חוב שנכתב על פי חוקי המדינה. ראה: שו"ת חתם סופר, יו"ד, סי' של, ד"ה ובקראי; אה"ע, סי' כו, בשאלה הנדפסת במפתח; סי' קלא, ד"ה נעימות; חו"מ, סי' ו, ד"ה יקרנו הגיעני וד"ה אבל מי"מ; ועוד. וראה מה שכתב המהדיר בשו"ת חתם סופר, קובץ תשובות, ירושלים תשל"ג, סי' צד, הערה טו, בביאור מונח זה. מונח זה מופיע גם בתשובות נוספות - לעתים בצורות: "חילוף", "כתב חילוף" - ומקורו בתירגום המונחים הגרמניים Wechselbrief, Wechsel (=וועקסל בריף). ראה: "היילפרין, פנקס ועד ארבע ארצות, ירושלים תש"ה, עמ' 541; א' סופר, "שני פסקי דין של החתם סופר", המעיין, כרך ט, גל' ב (תשרי תשכ"ט), עמ' 2, הערה 14.

²⁰⁹ שו"ת חתם סופר, יו"ד, סי' שטז, ד"ה ותלמידי (ההוספות בסוגריים כאן ולהלן שלי - ר"ק).

²¹⁰ בתשובה הוא מכונה "ר' הירש מגליד". היה אב"ד בשינאווא. ראה עליו: מא"ז קינסטליכער, אישים בתשובות חתם סופר, בני ברק תשנ"ג, עמ' שנג.

²¹¹ ראה: צל"ח השלם (ציון לנפש חיה לר' יחזקאל לנדא, בעל הנודע ביהודה), פסחים, לא, ע"ב, סוף ד"ה ונלע"ד, מכון ירושלים, תשל"ו, עמ' קו.

שפרע, הוא קנין לפטור מבכורה". החתם סופר דוחה דבריו, ואומר שטענה זו נכונה רק ביחס לקניין כסף במטלטלין, שקונה מן התורה; ואמנם, חכמים הפקיעו קניין זה וקבעו שאינו קונה, אך כל זמן שלא חזר בו מן המכר וקיבל "מי שפרע" - נשאר תורה הבהמה קנויה, כדין תורה, ולכן פטור וולדה מדין בכור.

אבל לענין **סיטומתא, דמה"ת** [=דמן התורה] **לא קנה, רק ממנהג הסוחרים קונה למי שפרע**, עכ"פ [=על כל פנים] אין זה אפי"ל [לן] קנין, כ"ש [=כל שכן] להפקיע מבכורה.

דברי החתם סופר בתשובה זו עומדים, לכאורה, בסתירה ברורה לדבריו בתשובותיו האחרות. כאן כתב, כי אין בכוחו של קניין סיטומתא להפקיע מדין בכורה, בעוד שבתשובות אחרות הגיע למסקנה הפוכה.²¹² על הסתירה האמורה העירו כבר כמה מן האחרונים.²¹³

ניתן להציע, כי דברי החתם סופר כאן, שסיטומתא אינה קונה מדאורייתא, משקפים את דעתו הראשונה,²¹⁴ אך בתשובות מאוחרות יותר חזר בו וסבר שקניין זה הוא מן התורה.²¹⁵ הימצאות סתירה בין דבריו השונים של אותו חכם הינה תופעה מוכרת בספרות

²¹² שו"ת חתם סופר, יו"ד, סי' שיא; שיד; שטז; שיז-שיח.

²¹³ שדי חמד השלם (לר' חיים חזקיהו מדיני, קושטא-חברון, מחצית שניה של המאה ה-19), כרך ה, מערכת הקו"ף, כלל סה, עמ' 287 (הפניית הרב רפאל שטרן); הרב צ"פ פראנק, שו"ת הר צבי, יו"ד, ירושלים תשכ"ד, סי' רנב, עמ' רכד. הם מעירים על הסתירה בין שו"ת חתם סופר, יו"ד, סי' שטז הנ"ל, לבין סי' שיד שם. ברם כאמור, הסתירה לדבריו בסי' שטז אינה רק מן האמור בסי' שיד, אלא מתשובות נוספות שצוינו בהערה הקודמת.

²¹⁴ החתם סופר הכיר את דברי נתיבות המשפט (להלן, הערה 251). וראה שם בסמוך, ביאור מחלוקתם) ודברי אחרונים נוספים, הסוברים שסיטומתא אינה אלא קנין מדרבנן. הוא אף מזכיר את דבריהם במפורש באחת מתשובותיו (יו"ד, סי' שיד, ד"ה הנה פר"מ וד"ה אמנם), אלא שכאמור הוא חולק עליהם שם וסובר כי סיטומתא היא קניין שתוקפו מדאורייתא.

²¹⁵ בדיקת תאריכי התשובות עשויה, אולי, לתמוך בהשערה זו. התשובה החריגה (יו"ד, סי' שטז) נכתבה ביום ח' בתמוז תק"צ, בעוד ששאר התשובות, שבהן פסק במפורש כי סיטומתא מפקיעה מדין בכורה, נכתבו מאוחר יותר. ראה: שו"ת חתם סופר, חו"מ, סי' יב, אות ב, ד"ה בענין - נכתבה בט"ז במנחם-אב, תק"צ; יו"ד, סי' שיד - בתמוז תקצ"ב; שם, סי' שטז-שיז - במרחשון ובכסלו תקצ"ח; שם, סי' שיח - באדר תקצ"ט. החתם סופר עצמו העתיק תשובותיו לפנקס על פי סדר כתיבתן, וקבע לכל אחת מספר סידורי. סידור תשובותיו על פי סדר השולחן ערוך נעשה אחרי מותו. במהלכו פוצלה לעתים תשובה אחת לשני מקומות, וכן אוחדו מספר תשובות יחד: ראה: א"ה ישא, "הערות ביבליוגרפיות לספרי החתם סופר ולתשובותיו", **המעין**, כרך ט, ג' א (תשרי תשכ"ט), עמ' 54-50.

ההלכתית, ²¹⁶ ומצאנוה אצל החתם סופר, בתוך תשובותיו ובינן לחידושו, גם בעניינים נוספים. ²¹⁷ עם זאת, יש לפקפק האם זהו פשר הסתירה בין התשובות גם במקרה דנן. ²¹⁸

מעבר לסתירה האמורה, מוקשה התשובה שבסימן שטו גם מצד עצמה. כיצד זה אומרים החתם סופר ותלמידו ביחס לסיטומתא, ש"מנהג הסוחרים קונה למי שפרע", ²¹⁹ והרי מפורש בתלמוד בסוגיית סיטומתא, ²²⁰ כי במקום שנהגו לקנות בסיטומתא - היא קונה ממש, ולא רק לעניין "מי שפרע", ²²¹ וכפי שנקבע בתשובותיו האחרות של החתם סופר.

²¹⁶ בסתירות שכאלה עסקנו פעמים מספר במהלך חיבורנו. כפי שראינו, לא אחת מעירים חכמי הלכה מאוחרים על הסתירות הללו, פעמים מציעים דרכים ליישבן ופעמים נשארים בצריך עיון. ראה למשל: לעיל, עמ' 66 - ביחס לרא"ש; לעיל, עמ' 70 - ביחס לרמב"ן; לעיל, עמ' 72 - ביחס לרשב"א; לעיל, עמ' 86 - ביחס למהרי"ק.

²¹⁷ נציין לשתי דוגמאות. א. תוקפו של "הפקר בית דין": באחת מתשובותיו כתב שהוא דין מדאורייתא, ובאחרת - שהוא מדרבנן והסמיכהו לפסוק (צויין באנציקלופדיה תלמודית, "הפקר בית דין", כרך י, עמ' צו, הערה 11). ב. האם גוי שהגביה בלא כוונת קניין (כגון, מדד יין) קונה מצד "דעת אחרת מקנה": ראה: חידושי חתם סופר, ע"ז עא, ע"א, ירושלים תשנ"א, ד"ה המוכר יינו, שם חלק על דברי קצות החושן (סי' ערה, ס"ק ד, ד"ה אך קשה). לעומת זאת, בשו"ת חתם סופר, יו"ד, סי' שיג, ד"ה אן, כתב כסברת קצות החושן מדעתו. את הדוגמא האחרונה שמעתי מפי מו"ר הרב אשר וייס, שהוסיף ואמר כי גם בעניינים נוספים מצאנו סתירות בדברי החתם סופר.

²¹⁸ לפיקפוק זה כמה סיבות:

I. בתשובות קודמות של החתם סופר משמע לכאורה אחרת. מדבריו שם, סי' שיא, ד"ה והיות, שנכתבו כבר בשנת תקע"ג (כעשרים שנה!) לפני התשובות הנזכרות (בהערה 215), משמע כי באופן עקרוני יש בכוח סיטומתא להפיקע מדין בכורה. למעשה, החתם סופר שם אינו נותן תוקף לקניין מסיבות אחרות. וראה גם שם, חו"מ, סי' צט, משנת תקע"ו, שכתב שסיטומתא הינה "קניין גמור ממנהג". אמנם, לעניין הנדון שם אין כל נפקות אם הקניין הוא מדרבנן או מדאורייתא.

II. בין כתיבת התשובה שבסי' שטו לבין זו שבחו"מ, סי' יב עברו רק חודש ושמונה ימים (!) (ראה לעיל, הערה 215). קשה להניח, שהחתם סופר שינה דעתו בעניין חשוב שכזה (עליו הוא נשאל, כפי שאנו רואים, פעמים לא מעטות) בתוך תקופה כה קצרה בלא להעיר על כך דבר, לא בתשובה המאוחרת ולא בתשובות אחרות.

III. דברי החתם סופר בסי' שטו הנ"ל מוקשים מאוד גם מחמת עצמם (ראה בסמוך), מה שמחזק את התחושה כי יש להבין תשובה זו באופן שונה לחלוטין. ראה להלן.

²¹⁹ משפט זה נזכר בסי' שטו, ד"ה ותלמידי, פעמיים, פעם מפי תלמידו של החתם סופר, ופעם - בדבריו שלו המצוטטים כאן.

²²⁰ ב"מ עד, ע"א.

²²¹ לא ניתן לטעון, כי השאלה שבסי' שטו עוסקת במקום שלא נהגו, ולכן סיטומתא קונה רק לעניין מי שפרע, כמבואר בסוגיא שם. זאת, משום שברור מלשון התשובה כי מדובר בדרכי קניין הנהוגות באותו מקום: הקנייה בוצעה, כאמור, על ידי מתן "חילוף כתב" (ראה לעיל, בסמוך להערה 208) או על ידי "קונטרקט" היינו שטר מכירה הנהוג" (הסוגריים במקור). ביחס לדרכי קניין אלו דן החתם סופר בדברי תלמידו, האם "מנהג שנהגו, הואיל ונהגו סוחרים קונה למי שפרע, הוה קנין לפטור מבכורה".

ברם, דומה כי עיון מדוקדק בתשובה זו יעלה, כי יש להבינה באופן שונה לגמרי, וכך תוסרנה כל הסתירות והתמיהות דלעיל. מדובר, כאמור, בישראל שמכר בהמתו לגוי כדי לפטור ולדה מדין בכור, המחיר סוכם, הקונה נתן למוכר שטר אך לא נתן מעות. החתם סופר שומע שתי גירסאות ביחס לטיבו של השטר שנתן הקונה: שטר חוב ("חילוף כתבי") על סך דמי המכר [כך כותב לו השואל], או "קונטראקט" היינו שטר מכירה הנהוג [כך כותב לו תלמידו]. ברם, אין הוא נזקק להכריע בעניין זה, כדבריו: "ולא אטפל בזה כלל, כי יהי[ה] איך שיהי[ה], אין כאן משיכה ולא כסף כדינו".²²²

את דברי החתם הסופר ודברי תלמידו יש להבין על רקע העובדה, העולה מן התשובה, כי שני סוגי השטרות הנ"ל, אשר באמצעותם התחייב הקונה לשלם, אינם נחשבים - על פי מנהג הסוחרים שבמקומם - כקניין, אלא כהתחייבות.²²³ הגורם לבלבול בהבנת התשובה הינו העובדה, כי החתם סופר ותלמידו אינם נוקטים במונחים שנקטנו זה עתה, אלא במונחים הלכתיים מקבילים: "סיטומתא" (במקום: מנהג הסוחרים הנדון) ו"מי שפרע" (במקום: התחייבות), וכפי שיוסבר להלן.

התלמיד טוען, "דמנהג שנהגו [לקנות בהמה בשטר מכירה - ר"ק], הואיל ונהגו סוחרים [ש]קונה למי שפרע - הוה קניין לפטור מבכורה". ביאור דבריו: מבחינה עובדתית, על פי מנהג הסוחרים, שטר מכירה "קונה למי שפרע", קרי: אינו קניין אלא רק התחייבות שאין לחזור הימנה; אלא שבכך די, לדעת התלמיד, כדי ששטר זה ייחשב ל"קניין לפטור מבכורה". ראיה לדבריו הוא מביא מן הצל"ח, הקובע כי אם נמכרה בהמה לגוי במעות, אף שקניין מעות במטלטלין הוא רק ב"מי שפרע", הרי שדי בכך כדי לפטור את הבהמה מדין בכורה.²²⁴

החתם סופר אינו חולק על תלמידו בפן העובדתי אלא בפן ההלכתי. אכן, מדובר במנהג הנחשב אצל הסוחרים כהתחייבות ("מי שפרע"), אך עם זאת יש לדחות את ההשוואה בין קניין מעות לנידוננו. קניין מעות הינו ביסודו "קניין גמור" מן התורה, בעוד ששטר מכירה (או: שטר חוב), הנהוג בנידון דנן, אינו נחשב כלל - על פי מנהג הסוחרים עצמו - כקניין אלא רק כהתחייבות.

מנהג הסוחרים הנדון - היינו, שטר חוב או שטר מכירה - מכונה על ידי החתם סופר כאן "סיטומתא". וכך יש להבין את דבריו: "אבל לעניין סיטומתא [=מנהג הסוחרים הנדון] דמה"ת לא קנה, רק ממנהג הסוחרים קונה למי שפרע [=נחשב כ"התחייבות"] - אין זה אפי'

²²² ראה שם, ד"ה גי"ה הגיעני.

²²³ במהלך חיבורנו הצבענו על מעשים ופעולות נוספים היכולים להראות כקניין אך הפוסקים, או לפחות חלקם, קובעים (לאור ניתוח המציאות), כי אין כאן "קניין" אלא רק "התחייבות": חוזה לאספקת סחורה - ראה לעיל, עמ' 259; אמירת "מזל וברכה" - לעיל, עמ' 265-266.

²²⁴ כדברי הצל"ח שם (לעיל, הערה 211), המובאים בתשובה בשינוי קל: "ולגבי פטור מבכורה בכל דהו נפיק".

קנין, כ"ש [=כל שכן (שלא ייחשב ל"קניין")]] להפקיע מבכורה". יצויין, כי גם בתשובה אחרת של החתם סופר²²⁵ וגם בתשובות של אחרונים נוספים אנו מוצאים, כי המונח "סיטומתא" משמש לעתים, על דרך ההשאלה, ככינוי למנהג סוחרים מסויים שעשו הצדדים ביניהם.²²⁶

החתם סופר אינו קובע אפוא בתשובה זו, כי קניין "סיטומתא" באופן עקרוני אינו מן התורה וכי הוא קונה רק "למי שפרע", ודבריו מתייחסים רק למנהג הסוחרים הנדון שם.

בדרך זו נעלמת גם הסתירה לכאורה בין התשובות. בסימן שטו מדובר במכירת מטלטלין על ידי חוזה ("קונטראקט") או שטר חוב ("חילוף כתב"), דרכים שאינן נחשבות על ידי הסוחרים כקניין אלא רק כהתחייבות; בעוד אשר ביתר התשובות - שבהן קובע החתם סופר כי קניין סיטומתא הוא קניין גמור להפקיע מדין בכור - מדובר במכר שנעשה בדרכים הנחשבות אצל הסוחרים כקניין גמור, כגון: דמי קדימה ("אדרויף") בצירוף תקיעת כף ("האנדשלאק");²²⁷ דמי קדימה לחוד;²²⁸ תקיעת כף לחוד;²²⁹ וכד'.

חיזוק נוסף לדברינו לעיל אנו מוצאים בתשובה אחרת.²³⁰ מדובר ביהודי שמכר פרה מבכרת "לגוי קטן בן ט' שנים בכסף וסטומתא [=תקיעת כף]²³¹ הנוהגת בשוקי בין הסוחרים", וילדה זכר ברשות הגוי. והשאלה, "אי קנין של גוי קטן מהני להפקיע מקדושת בכורה או לא".²³² החתם סופר קובע בנחרצות, כי "סטומתא הוא קניין מה"ת [=מן התורה] ממש", אך הלכה למעשה, אין הוא מעניק לקניין שבוצע תוקף של "קניין". ונימוקו: "מ"מ

²²⁵ ראה להלן, בסמוך להערה 231.

²²⁶ ראה למשל: שו"ת נטע שעשועים, יו"ד, סי' ל, ד"ה בשבוע: "והקנין היה בכסף וקניני סטומתא וגם משיכה"; שו"ת שואל ומשיב, מהד' קמא, ח"ב, סי' קצד: "והקנין היה קנין סטומתא, היינו האנדשלאג והדרוף [=תקיעת כף ודמי קדימה]"; שם, מהד' תנינא, ח"ג, סי' קב, ד"ה והנה שנת תרי"ג: "והנה לא נהגו שם לקנות בסטומתא, דהיינו האנדשלאק ומאהריטש [=קניין על ידי שתיית משקה חריף]"; שו"ת מהרי"א הלוי, ח"ב, סי' נא, ד"ה מכתב: "שהיה לו פרה מבכרת, ומכרה לנכרי בכסף וסטומתא ומשיכה".

²²⁷ שו"ת חתם סופר, יו"ד, סי' שיד, ד"ה יקרתו; שם, סי' שיו, ד"ה גי"ה וד"ה אמנם. תשובה זו תידון בסמוך. גם שם, סי' שיא, ד"ה והיות, מדובר במכירת בהמה מבכרת באמצעות מתן מעות. אמנם, בהמשך (שם, ד"ה ומ"מ) החתם סופר אינו מוכן להעניק תוקף לנתינת המעות, בנימוק שמדובר בסכום סימלי ולא היתה גמירות דעת לקניין.

²²⁸ שם, סי' שיח, ד"ה יקרתו.

²²⁹ שם, סי' קד (בסופו). מדובר בקניית חביות "בכסף" או "בת"כ [=בתקיעת כף] כדרך הסוחרים".

²³⁰ שם, סי' שיו, ד"ה אמנם.

²³¹ ראה בהמשך שם, ד"ה אמנם, שם מפורש שהקניין נעשה ב"האנדשלאק" (=תקיעת כף).

²³² שם, ד"ה גי"ה.

הכא מסופק אני כיון שבאמת הנער קטן הוא, מאן לימא [=מי יאמר] שהסכימו הסוחרים להקנות על ידי סיטומתא (והאנדשלאק) של נער קטן כזה שאין דרך לעסוק עמו במו"מ²³³.

הרי לנו מקרה דומה לזה שבסימן שטו. דעת החתם סופר בשתי תשובות אלו, כמו גם ביתר תשובותיו, ברורה מעל לכל ספק: קניין סיטומתא, באופן עקרוני, הינו קניין גמור ומועיל מן התורה.²³⁴ הסיבה לכך שהחתם סופר אינו מחשיב את המעשים שבוצעו בשני המקרים הנ"ל כ"קניין" אינה הלכתית אלא **מציאותית**, שכן מדובר במעשים אשר - לפי מנהג הסוחרים עצמו - אינם נחשבים כקניין בר תוקף.

*

התפיסה, אשר נדונה לעיל בהרחבה, כי המנהג מבוסס על גמירות דעתם של הצדדים, וכי הוא נחשב כאילו התנו על כך ביניהם, מצויה גם בדברי אחרונים נוספים.²³⁵

2. סיטומתא - תקנת חכמים

א. הרמ"א

גישה זו, שמצאנוה לעיל כבר בראשונים, חוזרים ומוצאים אנו, וביתר הרחבה וביאור, אף אצל האחרונים. הרמ"א (ר' משה איסרליש, פולין, המאה ה-16) נשאל לגבי יהודי שקנה פרה מגויה במתן מעות בלבד ובלא משיכה והשאירה אצל המוכרת. הפרה נגנבה, והמוכרת החזירה לקונה את כספו. אז נתפס הגנב, ובעוד הקונה בדרך לפדות את פרתו ילדה הפרה זכר. והשאלה, האם נקנתה הפרה על ידי היהודי בנתינת המעות, שאם כן יהא לוולד דין בכור.²³⁶

²³³ שם, ד"ה אמנם. ובהמשך: "וגם בדיניהם נקרא (אום מינדיק) [=בגרמנית: קטין - ר"ק], פיי עדיין לא הגיע להיות איש" (הסוגריים העגולים בציטוטים, כאן ובפנים - במקור).

²³⁴ החתן סופר (לעיל, הערה 88, דף קלו, ע"ב, ד"ה קנין סיטומתא) קובע, על סמך שתיים מתשובותיו (יו"ד, סי' שיד; חו"מ, סי' יב), כי דעת החתם סופר, סבו, שסיטומתא היא קנין מדאורייתא. ולא העיר דבר מן התשובה ביו"ד, סי' שטו, שנדונה לעיל.

²³⁵ ראה: שו"ת מהרש"ל, סי' לו (הוצאת יחדיו, ירושלים תשנ"ג, עמ' קלה) - ביחס לקניין סיטומתא; שו"ת אגרות משה, חו"מ, ח"א, סי' עב; שם, סי' עה, עמ' קלב - ביחס למנהגי ממון.

²³⁶ שו"ת הרמ"א, סי' פז (מהד' זיו, ירושלים תשל"א, עמ' שעז).

הרמ"א מציין שאנו נוקטים להלכה, כרבנו תם וכראשונים נוספים,²³⁷ שמן התורה יהודי וגוי קונים זה מזה במשיכה ולא במעות,²³⁸ וכיוון שהיהודי לא משך הפרה מהגויה - לא קנאה. והוא מוסיף: "וא"ל דאע"ג דמד"ת [=ואין לומר, שאע"ג שמדין תורה] אין מעות קונות, מ"מ לא גריעי מעות **מסיטומתא דקניא מדרבנן**, כדאי פרק איזהו נשך, דזה אינו". בהמשך נותן הרמ"א מספר נימוקים, מדוע לא ניתן בנידוננו ליישם את דין סיטומתא,²³⁹ ומדוע לחילופין אף אם ניתן יהא ליישמו, לא יביא הדבר להחלת דין בכור על הוולד.²⁴⁰

מדברי הרמ"א עולה, כי סיטומתא הינו קניין שבסיסו המשפטי הוא **תקנת חכמים** ולפיכך תוקפו ההלכתי הוא מדרבנן ולא מדאורייתא.²⁴¹

הרמ"א אינו מבאר מהו תוכנה המדוייק של תקנת חכמים זו, וצריך לומר כי תוכנה הינו, כי כל מעשה קניין הנהוג בין הסוחרים - יקנה.²⁴² כך אמנם מבאר את דברי הרמ"א הללו הרב אברהם יצחק משכיל לאיתן (רוסיה, מאות 19-20): "והיינו, **דרבנן אמרו ליזל בתר מנהג התגרין**, כדאמרין נמי בעלמא הכל כמנהג המדינה בפ"ק דב"ב, ועוד בכ"ד [=בכמה מקומות]".²⁴³

בהמשך משווה הרב משכיל לאיתן את קניין סיטומתא, שהינו תקנת חכמים, לתקנת הקהל,²⁴⁴ שתוקפה לדעתו מדרבנן בלבד: "וה"י [=והכי נמי] מנהג העיר, ומכש"כ [=ומכל שכן]

²³⁷ ראה: תוספות, ב"מ מח, ע"א, ד"ה נתנה לסיטון; רא"ש, שם, פ"ד, ס"ח; מרדכי, שם, פ"ד, ס"י שא, המביא שכן פסק רה"ג.

²³⁸ כ"י יוחנן, ב"מ מו, ע"ב; בכורות יג, ע"א; ומקבילות נוספות.

²³⁹ לעומת זאת, בשו"ת הרמ"א, ס"י כ (מהד' זיו, ירושלים תשל"א, עמ' קכט-קל), הרמ"א קובע על סמך סוגיית סיטומתא: "שזה פשוט, שמאחר שנגמר השכירות כמנהג העיר מיקרי קנין גמור".

²⁴⁰ הנימוק הראשון: גם לפי מנהג המקום שבו בוצעה העסקה הנדונה, אין מתן מעות עושה קניין גמור. שכן המנהג שם היה, כי כל עוד לא משך הקונה את הפרה, הרי שבעל המעות ידו על העליונה, ורשאי לחזור בו מהמקח. הנימוק השני: אף אם קנה היהודי מדרבנן, מדין סיטומתא, יש לו שותפות בפרה עם הגויה, מדרבנן, הפוטרת מבכורה. והנימוק השלישי: בכך שהגויה שילמה על הפרה משנגבה - קנאתה בחזרה כדין השומרים.

²⁴¹ למרות קיצור הדברים, ברור מלשון הרמ"א כי הבין שסיטומתא היא קניין שתוקפו מדרבנן בלבד, ולא כפי שניסה בעל שו"ת דבר אברהם (ח"א, ס"י א, ענף א, אות ג, ד"ה ומצאתי) להסביר בדבריו, כי סיטומתא היא מדאורייתא, ומה שכתב "מדרבנן" הכוונה רק שחכמים גילו לנו הלכה זו שלא נזכרה בתורה. וראה בהמשך דברי הרמ"א, ס"י פז, שם: "ועוד, דא"כ דלא קנה ישראל רק **מדרבנן מכח המנהג**...".

²⁴² השווה לדברי החתם סופר (השולל גישה זו) **להלן**, בסמוך להערה 253. וראה **לעיל**, בסמוך להערה 107.

²⁴³ דבריו הובאו בשו"ת דבר אברהם, שם, אות א. היה אב"ד בכמה קהילות ברוסיה.

²⁴⁴ ההשוואה היא לעניין שבועה שלא להיכנס בתקנת הקהל. לדעתו, כמו שביחס לתקנת הקהל חלה השבועה, לפי שזו שבועה לגבי דין דרבנן ולא לגבי דין דאורייתא, כך גם בשבועה ביחס למנהג המדינה.

מנהג המדינה, סתמא **כאילו תיקנו** ותקנתן קיימת מדרבנן". מכוח דין סיטומתא נחשבת, אפוא, דרך הקניין הנהוגה כתקנה שתיקנו הקהל, ולפיכך תוקפה הוא מדרבנן בלבד.

כך הבין את דברי הרמ"א כבר ר' מנחם מנדל שניאורסון מלאדי (רוסיה, המאה ה-19) בתשובה,²⁴⁵ ולכן השווה לדידו את דין סיטומתא לתקנות חכמים אחרות, דוגמת זכיית קטן לאחרים²⁴⁶ ודי אמות שקונות בגט.²⁴⁷ אמנם, מהמשך דבריו נראה כי בעל צמח צדק התקשה בדברי הרמ"א שסיטומתא היא מדרבנן, ומשום כך ניסה להבינם באופן אחר.²⁴⁸

יצוין, כי לדעת הרמ"א יש תוקף למנהגי ממון גם אם נוהגים בהם הציבור מעצמם ולא הונהגו או נקבעו כתקנה על ידי חכמים.²⁴⁹ עם זאת, כאמור לעיל, קניין סיטומתא אינו מבוסס לדידו על היותו מנהג ממוני אלא על תקנת חכמים.²⁵⁰

ב. בעל נתיבות המשפט והשגת החתם סופר על דעתו

בדרכו של הרמ"א הולך אף בעל נתיבות המשפט (ר' יעקב לורברבוים מליסה, פולין, מאות 18-19), הכותב:

ודין סיטומתא הוא רק **קנין דרבנן**, דהא קנין דרבנן ודאי דלא גרע ממנהג שנהגו הסוחרים, ואפ"ה [=ואפילו הכי] לא חשבינן אותו רק לקנין דרבנן לענין קידושין, כמבואר בפוסקים.²⁵¹

החתם סופר²⁵² תמה על בעל הנתיבות ועל חכמים אחרים, הסוברים כי סיטומתא הינה קניין דרבנן: "והיכן מצינו שנמנו רבנן על ככה ואמרו, שתקנו שמנהג סוחרים קונה?".²⁵³

²⁴⁵ שו"ת צמח צדק, יו"ד, סי' רלג. רמ"מ שניאורסון, האדמו"ר השלישי בחסידות חב"ד.

²⁴⁶ גיטין סד, ע"ב.

²⁴⁷ ב"מ י, ע"א.

²⁴⁸ הצמח צדק משווה את דברי הרמ"א לדברי החינוך במצווה שלו, הסובר שיעקר דין הקניין מדאורייתא, וחכמים רק גילו לנו מהי הדרך הנהוגה לקנות. על שיטת החינוך, ראה לעיל, עמ' 302-306.

²⁴⁹ ראה בעניין זה לעיל, עמ' 92-93.

²⁵⁰ הרמ"א סובר, כנראה, שבכוחו של המנהג ליצור רק חיובים ממוניים אך לא דרכי קניין חדשות. כדי להוסיף דרכי קניין לאלו הקבועות בהלכות הקניין יש צורך בתקנת חכמים מיוחדת.

²⁵¹ נתיבות המשפט, חו"מ רא, ביאורים, ס"ק א. וכן כתב גם בספרו מקור חיים, או"ח תמח, ביאורים, ס"ק ה, ד"ה ולענין (מקור חיים עם מגן האלף על הלכות פסח, ירושלים תשל"ו, עמ' 98): "וסטימתא הוא קנין דרבנן עכ"פ, כמבואר בש"ס דסטימתא קניא". ומשמע שהבין את דברי רבא בסוגיית סיטומתא כתקנת חכמים.

²⁵² שו"ת חתם סופר, לעיל, הערה 200. שיטתו של החתם סופר בתשובותיו נדונה לעיל.

החתם סופר מציג את שיטתו, ותוך כדי כך מבאר, מדוע לדעתו עדיף קניין סיטומתא על קניינים מדרבנן:

אלא רבא הודיענו בב"מ ע"ד ע"א, שהדין כן מה"ת [=מן התורה]...
ול"ד [=ולא דמין] לקנייני דרבנן, התם לא מחלו בכך הסוחרים
מרצונם, אלא **אנוסים בתקנות חכמים** ומטעם הפקר ב"ד²⁵⁴ - בזה
י"ל אין כח ביד ב"ד אלא להפקיע ולא להקנות,²⁵⁵ **אבל מה שהנהיגו**
מרצונם הטוב [=סיטומתא] - **כל תנאי שבממון קיים מה"ת בלי**
ספק.²⁵⁶

ההבדל בין בעל הנתיבות לחתם סופר הוא, שהנתיבות משווה בין סוגי הקניינים לפי **מקור יצירתו** של הקניין, ולפיכך מסקנתו היא ש"קנין דרבנן ודאי דלא גרע ממנהג שנהגו הסוחרים", שהרי סיטומתא נוצרת על ידי הסוחרים בלבד ולא על ידי החכמים. אך מה שבעיני הנתיבות נחשב למקור חולשתו, רואה החתם סופר כמקור חוזקו של קניין סיטומתא; שכן מה שקובע לדעתו הוא לא מקור יצירתו של הקניין אלא **הבסיס המשפטי** שלו ("הפקר בית דין" לעומת "תנאי שבממון"), וכפועל יוצא מכך - מידת השפעתו על **גמירות דעת** הצדדים ("אנוסים בתקנות חכמים" לעומת "הנהיגו מרצונם הטוב").^{257 258}

²⁵³ דומה, כי ביסוד תמיהתו זו של החתם סופר עומדת ההשוואה בין סוגיית סיטומתא לבין הסוגיא העוסקת בקניין ד' אמות (ב"מ י, ע"א), שהינו קניין מובהק מ"תקנת חכמים". באחרונה מפורש כי מדובר בתקנה. כך במימרא האמוראית הפותחת את הסוגיא: "אמר ריש לקיש משום אבא כהן ברדלא: ארבע אמות של אדם קוונות לו בכל מקום, [מאי טעמא] **תקינו רבנן** דלא אתי לאנצויי" (כך לפנינו, אך בכתבי יד "מאי טעמא" איננו, ראה דקדוקי סופרים. "מאי טעמא" בתוך מימרות הינו, לעתים, הוספה מאוחרת. ראה לעיל, עמ' 79, הערה 322). וכך גם במימרות האמוראים בהמשך הסוגיא ("כי **תקינו ליה רבנן** ארבע אמות..."), ובדיון של סתמא דגמרא, שם. לעומת זאת, בסוגיית סיטומתא אין כל סימן, לשוני או תוכני - לא במימרת רבא ולא בדיון הקצר בסוגיא - היכול לרמוז על כך כי בתקנת חכמים עסקינן.

²⁵⁴ מדבריו כאן נראה, כי תוקפו של הפקר בית דין הוא מדרבנן בלבד. אמנם, בשאלה זו קיימת סתירה בדברי החתם סופר בין שתיים מתשובותיו האחרות. ראה לעיל, הערה 217.

²⁵⁵ מחלוקת גדולה היא בראשונים ובאחרונים, האם בכוחו של "הפקר בית דין" רק להפקיע או גם להקנות. ראה במקורות שצויינו **להלן**, הערה 279.

²⁵⁶ אבחנה דומה עורך ר' יחזקאל קצנבלויגן (שו"ת כנסת יחזקאל, סי' יד, במיוחד ד"ה ואודת קניית חמץ וד"ה ומ"ש מכ"ת) בין סיטומתא לדינא דמלכותא: בקניין המבוסס על המנהג - המכירה נעשתה בכוונה גמורה, והיא תקפה. אולם, אם הקניין תקף מדין המלכות אך אין נוהגים למכור באופן זה - אין המוכר גומר בלבו למכור החמץ ודין המלכות, הכופה על כך, אינו תקף כיוון שבענייני איסור והיתר אין הולכים אחר דינא דמלכותא.

²⁵⁷ לאור הבנה זו מוסרת גם השגתו של הרב משכיל לאיתן (**לעיל**, הערה 243) על החתם סופר: "ובאמת אין דברי החת"ס נראין כלל במחכ"ת, ואין מתקבל על הדעת לומר דמנהג התגרין יהי' עדיף מקנין שתקינו חז"ל, והלא גם תקנת חז"ל קבלו כל ישראל עליהם ע"פ אזהרת התורה לא תסור וגו' ברצונם הטוב בימי אחשורוש". כלל ישראל אכן קיבל עליו את כל התורה מרצון בימי אחשורוש. ברם, ברור כי ביחס לשני צדדים פרטיים בעסקה אין בכך משום קבלה מרצון של כל אחת מתקנות חכמים, אלא הרי הם, בלשונו של החתם סופר, "אנוסים

הדעה שסיטומתא הינה קניין "מדרבנן" או "תקנת חכמים" מופיעה גם בדברי אחרונים נוספים.²⁵⁹ כך עולה גם מאחד מפסקי הדין של בית הדין הרבני הגדול.²⁶⁰

אחד מאחרוני האחרונים מבאר - בדעת הנתיבות וסיעתו, הגורסים כי קניין סיטומתא הינו תקנת חכמים - מה עמד בבסיס תקנה זו, ואף גוזר מהסבר זה נפקות הלכתית. לדבריו, קניין סיטומתא נתקן על ידי חכמים מחמת "תקנת השוק", היינו לשם הקלת דרכי המסחר. לפיכך, לדעת האוחזים בגישה זו, לא תהא תחולה לקניין סיטומתא אלא לגבי מטלטלין אך לא בקניית מקרקעין.²⁶¹

3. המנהג יוצר גמירות דעת והקניין נעשה על ידי גמירות הדעת

החל מן המאה ה-19- אנו מוצאים חבל של אחרונים, המבסס את קניין סיטומתא על גמירות הדעת. אמנם, בתפיסה זו אחזו כבר כמה מן החכמים בדורות קודמים,²⁶² ברם בתקופה זו היא זוכה לניסוח ברור ובהיר, ולעתים אף קיצוני יותר.

בתקנות חכמים". גם ר' מאיר אויערבאך, בספרו אמרי בינה, חו"מ, קונטרס בדיני קניינים, סי' טו, ד"ה ואם מהני, מקשה באופן דומה על החתם סופר.

²⁵⁸ מחלוקת הראשונים והאחרונים בשאלת הבסיס המשפטי לקניין סיטומתא - התנאה מכללא/גמירות דעת הצדדים (רשב"א, רדב"ז, מהרשד"ם, חתם סופר) או תקנת חכמים (מהר"ם מינץ, רמ"א, נתיבות), דומה למחלוקת אחרת בראשונים ובאחרונים, באשר לבסיס המשפטי של הקניין בסוגיית "הן הן הדברים הנקנים באמירה" (כתובות קב, ע"א, ומקבילות). גם שם, יש שסברו שהקניין מצד גמירות הדעת ההדדית של המחותנים, ויש שגרסו שזו תקנת חכמים מיוחדת. ראה בעניין זה לעיל, עמ' 111-112.

²⁵⁹ ראה: שו"ת אמונת שמואל, סי' מה (הראשונה), על סמך שו"ת הרמ"א, סי' פז; שו"ת עטרת חכמים (לר' ברוך פרנקל-תאומים, מורביה, מאות 18-19), חו"מ, סי' יד, סד"ה תשובה; מנחת חינוך, מצווה שלו, מהד' מכון ירושלים, עמ' תקכב, אות יג, ד"ה עוד מבואר; אמרי בינה, לעיל, הערה 257; שו"ת שם אריה, יו"ד, סי' מח, ד"ה אך, כנתיבות; שו"ת עין יצחק (לר' יצחק אלחנן ספקטור, ליטא, המאה ה-19), ח"א, או"ח, סי' כב, אות ב, כנתיבות ומסברא, שאם לא כן, לא ניתן להבין את דעת הסוברים שקניין דרבנן אינו מועיל מדאורייתא. שכיוון שנהגו לקנות בקניין שנתקן על ידי חכמים, ודאי אינו גרוע מדרך קניין שנהגו לקנות באמצעותה מעצמם.

²⁶⁰ ערעור שכ"ב 68/, פד"ר ד, 289, בעמ' 303 (הדיינים י' הדס, י"ש אלישיב, ב' זיולטי. ההדגשה שלי - ר"ק): "כי מנהג זה כבר הוקבעה ע"י רב פפי משמיה דרבא... והרי זה בכלל סטומתא שתיקנוה קדמאי".

²⁶¹ חתן סופר (לעיל, הערה 88), דף קלז, ע"א, ד"ה בעניין. תחולתו של דין סיטומתא ביחס למקרקעין שנויה במחלוקת האחרונים. ראה לעיל, עמ' 168, הערה 91.

²⁶² הרשב"א (לעיל, בסמוך להערה 36 ואילך), הרא"ש (לעיל, בסמוך להערה 60 ואילך) והרדב"ז (לעיל, בסמוך להערה 152 ואילך); ברם דבריהם אינם בהירים כדברי האחרונים במאה ה-19 וניתן לפרשם - במיוחד את השימוש שעושים שלושתם בביטוי "מנהג מבטל הלכה" כדי לבסס את מנהגי הסוחרים - באופן אחר. ראה דברי ר"י טננבוים, לעיל, בסמוך להערה 41. וראה עוד להלן, הערה 272.

ר' מאיר צבי ויטמאיר (אב"ד בסאמבור, הונגריה, המאה ה-19) מתקשה לקבל את התפיסה - המצויה בדברי ראשונים ואחרונים, כפי שראינו לעיל - כי הבסיס לקניין סיטומתא נעוץ בתנאת הצדדים, "דכיון דנהגו לקנות בהכי, הוי כאילו התנו שיקנה בזה הדבר". הקושי בגישה זו, שעליו עמדנו כבר לעיל²⁶³: "האיך מועיל תנאי לעשות קנין מדבר שאינו קניין?"²⁶⁴

לדעת הרמ"ץ, הבסיס לקניין סיטומתא הינו העיקרון כי במקום שיש גמירות דעת ברורה של הקונה והמקנה, הרי שהקניין נעשה על ידי גמירות דעתם. המנהג לקנות בדרך המקובלת אצל הסוחרים הוא שמעניק לצדדים גמירות דעת לבצע את הקניין בדרך זו, ולפיכך אין צורך כלל במעשה קניין!²⁶⁵

בין גדולי החכמים בני המאה ה-19, שהלכו בדרך זו, ניתן למנות את: ר' שלמה קלוגר (ברודי),²⁶⁶ ר' יוסף אנגל (קראקא),²⁶⁷ ר' שמואל שטראשון (וילנה)²⁶⁸ ור' נתנאל פריד (הונגריה),²⁶⁹ והיא מצויה גם אצל חכמים מן המאה ה-20.²⁷⁰

יש שהלכו בדרך דומה, אם כי מתונה יותר. לדידם, קניין סיטומתא אכן מבוסס על גמירות הדעת, שהיא יסוד הקניין, אולם אין בכוחה של זו ליצור את הקניין לבדה בלא מעשה קניין. לפי דעה זו, לא יתכן קניין בלא מעשה קניין, אך מעשה זה יכול שיהא על פי דיני הקניין, ויכול שיהא בהתאם למנהג הסוחרים. בדרך זו בהבנת דין סיטומתא הולכים כמה חכמים בני המאות ה-19 וה-20,²⁷¹ ויתכן שכך סברו גם כמה מן הראשונים.²⁷²

²⁶³ ראה הדיון בשיטת רשב"א (לעיל, בסמוך להערה 34) ובשיטת רדב"ז (לעיל, בסמוך להערה 151).

²⁶⁴ שו"ת רמ"ץ (פרעמישלא תרל"ב), יו"ד, סי' עו, אות א.

²⁶⁵ שם, אות ב; שם, או"ח, סי' כ, אות כב, וציין שם שכיוון לדברי ר' שלמה קלוגר בתשובותיו, ראה להלן.

²⁶⁶ שו"ת טוב טעם ודעת, מהד' קמא, סי' רסט, ד"ה והנה עוד יש; שם, סי' רסה, ד"ה ומ"ש אח"כ; שם, סי' ער, ד"ה הנה; שם, מהד' ג, ח"ב, סי' קמו.

²⁶⁷ ציונים לתורה, כלל לט (דפוס צילום: ירושלים תשל"א, דף נו, ע"א).

²⁶⁸ רש"ש, בכורות יח, ע"ב, ד"ה תד"ה אקנויי.

²⁶⁹ שו"ת פני מבין, סי' רסא.

²⁷⁰ הרב י' אברמסקי, דיני ממונות (הגדרת סוגיהם), לונדון תרצ"ט, עמ' 9-11; הרב ב' רבינוביץ-תאומים, חוקת משפט - הלכות מכירה, ירושלים תשי"ז, קונטרס אחרון - אורח משפט, סי' א, אות ב.

²⁷¹ חידושי רבי שמעון יהודא הכהן שקאפ (גרודנה, מאות 19-20), ירושלים תשנ"ג, מערכת הקניינים, סי' יא, עמ' קסג; הרב י"מ טוקציינסקי, "השקפה יסודית על תורת הקניינים ועל תורת המנהגים בחברת החיים", בתוך: מי פינדלינג, תחוקת העבודה, ירושלים תש"ה, עמ' קמ-קמא; מ"מ סגל, פרי משה - בענייני קניינים, בני ברק תשנ"ב, סי' א, עמ' יא-יב.

²⁷² יתכן שכך סברו הרשב"א, הרא"ש והרדב"ז (ראה לעיל, הערה 262). ביחס לרשב"א ולרא"ש ברור לנו, כי אין הם מקבלים את הגישה הקיצונית שנוסחה על ידי חכמי המאה ה-19 - ולפיה ניתן לקנות על ידי גמירות הדעת

4. הפקר בית דין הפקר

בדרך שקניין סיטומתא הוא מטעם "הפקר בית דין הפקר", דרך שנשללה כבר בתקופת הראשונים, הולכים גם כמה מן האחרונים.²⁷³ כפי שצויין לעיל,²⁷⁴ יתכן שגישה זו מבוססת על ראיית דין סיטומתא כתקנת חכמים. ברם, כפי שנראה להלן, הדבר אינו הכרחי.

א. ר' אליהו לרמן: מנהג הסוחרים - דינו כ"תנאי בני האומנות"

דברים ברורים על הדמיון בין סיטומתא לבין תנאי שמתנים ביניהם בני האומנות, אנו שומעים מפי ר' אליהו לרמן (פולין, המאה ה-19) בתשובה:

א"כ הרי קמן דעפ"י ד"ת [=דין תורה] מוציאין ממון ע"י התנאי שהתנו ביניהם בני האומנות, מכש"כ קנין סיטומתא דהתנו כל הסוחרים לקנות בקנין כזה - ודאי דקני ממש מדאורייתא²⁷⁵... הא הקונה והמקנה הוו כמו [הנהו בי תרי טבחי] דעבדי ענינא בהדי הדדי [=שני טבחים שעשו תנאי זה עם זה (ב"ב ט, ע"א)... ודינס בזה כמו הפקר ב"ד, ה"נ [=כך גם] מכח מנהג הסוחרים הוי הפקר ב"ד.²⁷⁶

קניין סיטומתא נחשב, אם כן, כתנאי של "בני האומנות",²⁷⁷ ותוקפו לפיכך מדין "הפקר בית דין הפקר". את דברי בעל שו"ת דבר אליהו ביחס לסיטומתא, "דהתנו כל הסוחרים לקנות בקנין כזה", יש לבאר באופן הבא: עצם קיומו של מנהג לקנות בדרך

גם בלא מעשה קניין כלל - אלא את הגישה המתונה יותר אשר דורשת קיומו של מעשה קניין, על פי הלכות הקניין או בהתאם למנהג. ראה לעיל, בסמוך להערות 67-69. זה גם הרושם העולה מתשובות הרדב"ז, וראה גם לעיל, הערה 154.

²⁷³ ראה שו"ת מהריב"ל, ח"ב, סי' פ (ירושלים תש"ך, עמ' קצט); שו"ת שואל ומשיב (ראה לעיל, הערה 117); הרב טוקציינסקי (לעיל, הערה 271), עמ' קלו, מציין כי בדעה זו נקטו הים של שלמה ו"ספרי אחרונים שונים"; כך סבר, אולי, שו"ת דברי חיים (ראה לעיל, הערה 127); וראה עוד להלן.

²⁷⁴ ראה לעיל, בסמוך להערה 125, ביחס לראשונים המבססים את דין סיטומתא על "הפקר בית דין".

²⁷⁵ כאן נדרש המשיב לשאלה, כיצד מועיל "תנאי" הסיטומתא שבין הסוחרים, והלא הדין הוא שתנאים של בני האומנות צריך אישור "אדם חשוב" (ב"ב ט, ע"א). שתי תשובות הוא נותן לשאלה זו:

1. הסכמת חכמי השי"ס לקניין סיטומתא נחשבת להסכמת "אדם חשוב".

2. במקום שאין הפסד אין צורך באישור "אדם חשוב" (על פי הנימוקי יוסף, שם).

²⁷⁶ שו"ת דבר אליהו, סי' נב, ד"ה והנה לתרץ (ההוספות בסוגריים וההדגשות שלי - ר"ק).

²⁷⁷ גם החתם סופר (לעיל, בסמוך להערה 206) מעמיד על הדמיון בין מנהג ממוני לתנאים של הטבחים במסכת ב"ב. ברם, לדידו הבסיס למנהגי ממון, וקניין סיטומתא בכללם, הוא התנאה מכללא של הצדדים, ובמפורש לא "הפקר בית דין הפקר", דין השייך לדידו רק בתקנות חכמים. ראה דבריו לעיל, בסמוך להערה 254.

מסויימת, שהכל עושים על פיו, נחשב כאילו "התנו" (=עשו תנאי, הסכמה) על כך הסוחרים ביניהם. ובמלים אחרות: כשסוחרים קונים בדרך הקניין הנהוגה (סיטומתא) קיים **תנאי מכללא** בעסקה לקנות בדרך זו; תנאי זה תוקפו **כתנאי מפורש** שעשו כל הסוחרים ביניהם.

לא ניתן לטעון שכוונת ר"א לרמן הינה, כי קניין סיטומתא מתייחס רק למצב שבו "התנו" הסוחרים ביניהם במפורש לקנות בדרך קניין מסויימת. שכן בהמשך דבריו הוא אומר: "הא הקונה והמקנה [בסיטומתא - ר"ק] הוּו **כמו** דעבדי עניינא בהדי הדדי". סיטומתא, אפוא, הינה כמו תנאי שעשו ביניהם בני האומנות, הגם שהצדדים לא התנו על כך במפורש.

ביסוס קניין סיטומתא על דין "הפקר בית דין" מניח, כי בכוחו של דין זה לא רק להפקיע ממון מבעליו אלא גם להקנות ממון זה לאחר. כך אמנם היא דעתו של ר"א לרמן.²⁷⁸ ברם, עניין זה שנוי, לפי כמה מן האחרונים, כבר במחלוקת האמוראים, ונחלקו בו הדעות בראשונים ובאחרונים.²⁷⁹

ב. החזון איש: מנהג הציבור - כוחו "ככוח בית דין"

בדרך דומה לזו של ר"א לרמן הולך, לדעתנו, החזון איש, אף שאין הוא מזכיר במפורש את דין סיטומתא.²⁸⁰ על הדמיון שבין מנהג הסוחרים ל"תנאי בית דין" העמידנו כבר הרשב"א בתשובה, שנדונה לעיל. ברם, כפי שצינינו שם, הרשב"א לא נתכוון לומר כי יש למנהג כוח **נורמטיבי** כשל תנאי בית דין, והדמיון בין השנים לדידו אינו אלא בכך שבאופן **מעשי** הם מחייבים את הצדדים לעסקה, אף שלא התנו על כך ביניהם במפורש.²⁸¹

לעומת זאת, בדברי החזון איש מצאנו דברים מפורשים בכיוון הראשון. ואלו דבריו:

²⁷⁸ ראה למשל שו"ת דבר אליהו, שם, ד"ה הגם. המשיב מביא את דעת "המחברים" שהפקר בית דין הפקר "הוא רק להפקיע מזה אבל לא שיזכה בו אחר", ודוחה אותה באומרו, "דלא מצינו בשום מקום, דאם יש לו לאדם חפץ שקנאו בקנין סיטומתא שלא יוכל לקדש בו אשה - מוכח מזה דקנין ממש הוא" (וראה בדברי התיבות, שצוטטו לעיל, בסמוך להערה 251, החולק בעניין זה). לעומתו, הרב טוקצ'ינסקי (לעיל, הערה 271), עמ' קלח, הפוסק שאין בכוחו של הפקר בית דין להקנות לאחר, נזקק לבסס את קניין סיטומתא בדרך אחרת. ראה לעיל, בטקסט הסמוך להערה 271.

²⁷⁹ למקורות בנושא זה, ראה: הרב טוקצ'ינסקי, שם, עמ' קלו-קלח; ריא"ה הרצוג, **תחוקה לישראל על-פי התורה**, כרך ב, ירושלים תשמ"ט, עמ' 19-29; **אנצילופדיה תלמודית**, "הפקר בית דין", כרך י, בעמ' צט-ק. עניין זה קשור לשאלה האם קניין מדרבנן מועיל במישור דאורייתא. בעניין זה ראה להלן, בסמוך להערה 329.

²⁸⁰ לא ידוע לנו על התייחסות מפורשת של החזון איש בחיבוריו ליסוד דין סיטומתא. גם בחזון איש, ב"מ, בני-ברק תשנ"ד (לקט מדבריו שנערך על ידי הרב ח' גריינימן), לא צויין דבר על סוגייתנו.

²⁸¹ ראה לעיל, עמ' 292-293, ובהערה 20.

הא דהולכין אחר המנהג יש בו ב' גוונין : אחד, מפני שזה נכנס לחצר זו, על דעת המנהג נכנס, וכאשר זכה בחלקו נשתעבד להתחייב בכל הדברים ששותף כופהו לחברו. והשני, מפני שהסכמת הציבור היא ככח ב"ד.²⁸²

לפי הנימוק הראשון, המנהג מחייב בתורת תנאי מכללא. עיקר החידוש שבדבריו מצוי לטעמנו בנימוק השני.²⁸³ וביאור דבריו, כפי שעולה מהקשר הדברים שם: העובדה שכל הציבור נוהג בדרך מסויימת ("הסכמת הציבור")²⁸⁴ הרי זה כאילו הסכימו ביניהם על כך במפורש, ולהסכמת הציבור יש כח כשל בית דין. משמעות הדברים, כי גם במקום שלא עשה היחיד כל פעולה - שאז ניתן היה לומר כי בעשייתה כבר התחייב לילך על פי המנהג - כגון, שבא לגור בעיר,²⁸⁵ הרי שניתן לכופו ליתן מסים כמנהג העיר, כאילו נעשה הדבר בתקנת בית דין, וככל תנאי בני העיר ש"מסיעין על קיצתן".

דברי חזון איש הללו נכתבו ביחס למנהגי ממון בכלל ולא ביחס לדין סיטומתא. עם זאת, דומה שניתן להסיק על דעתו בעניין האחרון, אם נצרף לאמור לעיל דברים שכתב בהתייחסו לדברי הרמב"ן בעניין תנאי בני האומנות:

וכמו שבני העיר יש להם כח ב"ד, כן כל בעלי אומניות יש להם כח ב"ד על בני אומניות שלהם, ותקנתם היא כתקנת ב"ד, שעל פי תקנתם יכול אדם לזכות בשיעבוד נכסי חברו לפרוע מהם כפי תקנתם, ואין צריך קנין אחר, אלא תקנת ב"ד עושה קנין... ואפשר שזו תקנת

²⁸² חזון איש, ב"ב, סי' ה, ס"ק ד (ההדגשה שלי - ר"ק). הוא מתייחס לדברי רבנו תם (תוספות, ב"ב ב, ע"א, ד"ה בגויל), כי יש מנהגים שאין לסמוך עליהם.

²⁸³ שכן, התפיסה כי כל העושה על דעת המנהג הוא עושה, מצויה הרבה אצל ראשונים ואחרונים, כפי שראינו לעיל. כך כותב החזון איש גם שם, סי' א, ס"ק ב, ד"ה כתב הרא"ש.

²⁸⁴ החזון איש, שם, סי' ה, משתמש בביטוי "הסכמת הציבור" בשני מובנים שונים: תקנת בני העיר ומנהג. ברם, נראה לנו כי כאן כיוון דווקא למנהג, ושתי ראיות לדבר:

I. דבריו מוסבים על דברי רבנו תם, המתייחס למשנה "הכל כמנהג המדינה" ועוסק במנהגים גרועים ולא בתקנות בני העיר.

II. יש בדבריו כאן חזרה על מה שכתב לעיל (שם, ס"ק ב), ביחס לדעת תרומת הדשן, המצריך מנהג שנהגו ג' פעמים. החזון איש שם מבאר כי די שנהגו כן וכי אין צורך שיתקנו, ומוסיף: "ואפשר דאף לדעת רמב"ן ורשב"א [ראה שם, סי' ד, ס"ק ח - ר"ק], דטעם הסכמת הציבור [=תנאי בני העיר] משום דיש להם כח ב"ד, יתכנו דברי תה"ד, דבהנהגה ג"פ חשיב כאילו התנו, ויש כאן כח ב"ד, וכן יחיד הנכנס אח"כ לעיר, ע"כ הוא נכנע להסכמתם [=למנהגם]" (ההדגשה שלי - ר"ק). אגב, גם בקטע זה גופו משמש המושג "הסכמת הציבור/הסכמתם" בשני המובנים דלעיל גם יחד.

²⁸⁵ זהו המקרה שבו עוסק החזון איש, שם, סי' ה.

חכמים ליתן לבני העיר כח ב"ד וליתן לכל אנשים בעלי אומנות אחת

כח ב"ד.²⁸⁶

למנהג יש, אפוא, "כח בית דין" בדומה לתנאי בני העיר ובני האומנויות. כפי שביחס לתנאי בני העיר "תקנת בית דין עושה קניין", "ואין צריך קנין אחר", כך גם בכוחו של המנהג - שהוענק לו "כח בית דין" - ליצור "קניין". ניתן לשער כי זהו הבסיס, לדעת החזון איש, גם לדין סיטומתא.

הנימוק שביסוד תפיסתו האמורה של החזון איש נחשף בדבריו ביחס לברייתא "ולא ישנו ממנהג החמרין".²⁸⁷ דבריו כאן ארוגים ושלובים בדבריו הקודמים ביחס לתנאי בני העיר ובני האומנות: "ונראה דהטעם הוא, דהמנהג הוא עדות שכן הסכימו הולכי השיירות, וחיללא הסכמתם כמו שפ"י רמב"ן שיש להם כח ב"ד [וכמש"כ לעיל²⁸⁸]. ... דע"י המנהג ידעין דכן הסכימו".²⁸⁹ לאור לשון הברייתא, שולל החזון איש הסבר אפשרי אחר לתוקפם של תנאי בני העיר: "ואין לומר דטעם הדין, דכל אחד דעתו לעשות כפי המנהג [שנהגו מעצמם - ר"ק]. ... אלא ודאי מנהג שהזכירו היינו שנקבע בכח הדין [=הסכמה מפורשת]".

ברם, בהמשך מציע החזון איש כי ניתן לקבל גם את הדעה, אשר אותה שלל לפני כן, כי הברייתא עוסקת בנהגו מעצמם, וכי כל שנהגו העם מעצמם ג' פעמים, אף שלא נקבע הדבר כתקנה, הרי זה מנהג בר תוקף.²⁹⁰ הבסיס למנהג לפי הבנה זו הינו: "דבהנהגה ג"פ [=ג' פעמים] חשיב כאילו התנו, ויש כאן כח ב"ד".²⁹¹

שתי הנמקות שונות, אם כן, נותן החזון איש לקביעתו כי למנהג יש "כח בית דין", ולאורם, כנראה, יש להבין לדידו גם את דין סיטומתא. לפי הראשונה, המנהג הינו "עדות" על קיומה של הסכמה (תנאי בני האומנות) בעבר בנדון; ולפי השנייה, המנהג נחשב "כאילו התנו"

²⁸⁶ שם, ס"י ד, ס"ק ת. דבריו מתייחסים לחידושי רמב"ן, ב"ב ט, ע"א, ד"ה הא דאמרין.

²⁸⁷ ב"ק קטז, ע"ב. מברייתא זו משמע, לכאורה, כי יש לילך בממון על פי "מנהג החמרין" ולא על פי החלכה הקבועה. וראה להלן.

²⁸⁸ ההפניה היא לדבריו לעיל, הערה 286.

²⁸⁹ שם, ס"י ה, ס"ק ט.

²⁹⁰ החזון איש שם מתייחס לשו"ת תרומת הדשן, ס"י שמב וכותב, כי "אפשר" שאף רמב"ן ורשב"א יסכימו לדבריו.

²⁹¹ שם, ס"י ה, ס"ק ב. וראה לעיל, הערה 284, סעיף ב.

הכל על כך.²⁹² כפי שכבר ראינו לעיל, הנמקות אלו יש להן בית אב בדברי כמה מן הראשונים,²⁹³ אם כי החזון איש אינו מציין לדברי מי מהם.

לסיום נעיר, כי החזון איש מביא במקום אחר בשם אביו, כי עיקר הקניין נעוץ בגמירות דעתם של הקונה והמקנה. מן האמור שם משמע, אף שאין הדבר מפורש, כי זהו גם היסוד לקניין סיטומתא.²⁹⁴ ברם, כבר ציינו לעיל כי דעת החזון איש בעניין זה אינה כדעת אביו.²⁹⁵

*

בדברי שנים מחכמי ההלכה האחרונים, אשר נדונו לעיל, מצאנו אפוא הבנה מחודשת באשר לבסיס המשפטי של קניין סיטומתא, הבנה שכמותה לא מצאנו, לפחות לא באופן מפורש, בדברי מי מן הראשונים.²⁹⁶ קניין סיטומתא, שהינו מנהג שנהגו בו הסוחרים מעצמם, נחשב לדעת חכמים אלו כמו **הסכמה של הציבור** (תקנת הקהל) או **תקנת בית דין**.

ר' אליהו לרמן משווה את המנהג **לתנאי**, קרי: הסכמה, ש"התנו ביניהם בני האומנות". לפיכך הוא קובע, כי תוקפו של קניין סיטומתא, המושתת על מנהג הסוחרים, נובע מ"הפקר בית דין הפקר". החזון איש, באחת משתי דרכי ההבנה שהציע, גורס כי למנהג הציבור יש "**כוח בית דין**" כמו לתנאי בני העיר. מדבריו משמע, כי כפי שביחס לאחרונים "**תקנת ב"ד עושה קניין**", כך בכוח מנהג הסוחרים - שהוענק לו "כוח בית דין" - ליצור קניין.

5. ר' אברהם דב שפירא: סיטומתא - מדין קניין חליפין

שיטה זו, הנחשבת מקורית וחדשנית בהסבר דין סיטומתא, גובשה על ידי ר' אברהם דב כהנא שפירא (ליטא, מאות 19-20) בתשובה.²⁹⁷ בעל שו"ת דבר אברהם מסיק מדברי

²⁹² והשווה לדברי ר"א לרמן וביאורם לעיל, בסמוך להערה 277.

²⁹³ את ביסוס תוקפם של מנהגי ממון על "חזקה" בדבר קיומה של תקנה קדומה - מצאנו לראשונה בתשובת הרי"ף (ראה לעיל, עמ' 56-59) ובעקבותיו אצל כמה מחכמי ספרד (ראה בפרק ב דיון בשיטתם); את ביסוסם של מנהגים ממוניים על התנאה מכללא - מצאנו בדברי רבים מן הראשונים והאחרונים. ראה לעיל בפרק זה.

²⁹⁴ הדברים צוטטו לעיל, עמ' 119.

²⁹⁵ ראה שם, הערה 79.

²⁹⁶ לעיל, בסמוך להערה 128, הצענו כי ניתן להבין בדרך דומה את דברי ר' אביגדור כ"ץ. אך ראה שם, בהמשך, כי יתכן שיש להבין את דבריו בדרך אחרת.

²⁹⁷ שו"ת דבר אברהם, ח"א, סי' א, ענף א, אות ג. חי בשנים 1871-1943. למד אצל ר' חיים מוולוז'ין, והיה רב ואב"ד בקובנה.

הירושלמי בקידושין,²⁹⁸ ש"קנין חליפין כל עיקרו מנהגא הוא, ונשתנה עניינו מזמן לזמן בהשתנות המנהג".²⁹⁹ לדעתו, קניין חליפין מורכב משילוב של הלכה למשה מסיני ומנהג. עצם קיומו של קניין חליפין - נלמד מ"דברי קבלה", היינו מהפסוק ברות שנדרש בברייתא שבירושלמי הנ"ל ("וזאת לפנים בישראל שלף איש נעלו..."), ומכאן שהוא בגדר הלכה למשה מסיני ותוקפו מדאורייתא.³⁰⁰ תוכנו של קניין חליפין ופרטיו - נקבעים על פי המנהג המשתנה³⁰¹: "ההלכה היתה כללית, דכל שייקבע למנהג אצל התגרין לקנות בו יהא קניין גמור... וכן בכל זמן וזמן כפי מנהג התגרין".³⁰² ואם כן, נמצא שסיטומתא - קרי: קניין בדרך שנהגו הסוחרים - "לאו קניין חדש הוא, אלא היינו חליפין ממש".³⁰³

בעל דבר אברהם מוסיף, כי היסוד לחידושו מצוי כבר בדברי המהרי"ט (ר' יוסף מטרנאני, צפת, מאות 16-17). בחידושו למסכת קידושין,³⁰⁴ תוך שהוא דן בשיטת הר"ן בהבנת דין סודר לאור סוגיית הגמרא, מגיע המהרי"ט למסקנה כי קניין סודר אינו סניף של קניין כסף; "אלא שהסודר קניין לעצמו, שמסירתו לבדה היא הקונה וגמר דבר, כדאמרינן: הא

²⁹⁸ ירושלמי, קידושין, פ"א ה"ה, ס ע"ג. סוגיא זו נדונה לעיל, עמ' 152-158.

²⁹⁹ בשו"ת ציץ אליעזר, ח"ה, סי' כה, אות טו, ד"ה אולם, משיג על פירושו של הדבר אברהם בדברי הירושלמי.

³⁰⁰ הדבר אברהם מניח כדבר פשוט, כי דין הנלמד מ"דברי קבלה" הינו "הלכה למשה מסיני" וכי מעמדו כדין "מדאורייתא". הנחה זו אינה מוסכמת על הכל, ויש שגרסו שדברי קבלה הם בגדר דין "מדרבנן". ראה למשל: שו"ת הרדב"ז, ח"א, סי' תקג, שאומר כן במפורש **ביחס לקניין סודר** (בעל דבר אברהם מזהה סודר = חליפין, ראה להלן, הערה 306) הנלמד מן הפסוק הנ"ל ברות. וראה עוד: **אנציקלופדיה תלמודית**, "דברי קבלה", כרך ז, עמ' קח-קי. על כך שדברי נביאים נקראו בפי ראשונים "הלכה למשה מסיני", ראה: **שם**, "הלכה למשה מסיני", כרך ט, עמ' שסז-שסח.

³⁰¹ יש בדבריו דמיון רב לשיטתם של הרמב"ם והחינוך ביחס לדרכי הקניין בכלל: מושג הקניין והצורך במעשה קניין - הוא מדאורייתא, אך דרכי הביצוע המעשיות - נקבעות על ידי חכמים. ראה לעיל, בסמוך להערות 82 ו-901.

³⁰² מעניינים בהקשר זה דברי ר' יעקב מולין (אשכנז, מאות 14-15) בשו"ת מהרי"ל החדשות, סי' קל (מכון ירושלים, תשל"ז, עמ' קסה): "ואע"ג... דדבר שאינו מסורי [צ"ל: מסויים. הערת מהדיר] אינו נעשה חליפין, וכן מטבע, היינו טעמ' **דעיקר קנין חליפין הוי כמנהג תגרי**, ולא נהיגי תגרי אלא להחליף בדבר המסויים, אוכל וכה"ג...". אמנם, המהרי"ל שם אינו קושר בין חליפין לסיטומתא. וראה בדברי המהרי"ט להלן, הכותב דברים דומים ביחס לקניין סודר.

³⁰³ הדבר אברהם שם מדגיש, כי ההלכה של קניין סיטומתא-חליפין נאמרה רק על "מנהג" הסוחרים ולא על "תקנה" שלא הפכה למנהג. לפיכך, תוקפו של קניין מכוח המנהג הוא מדינא, ככל מעשה קניין גמור, ואין אנו נזקקים כלל לדין "הפקר בית דין" שהוא הבסיס לתוקפן של תקנות. אף שאין הוא מציין זאת במפורש, יתכן שדבריו נאמרים בעקבות הרא"ש בתשובה (כלל נה, סי' י. צוטט לעיל, עמ' 63-64), הקובע בנחרצות כי "הפקר בית דין" נאמר רק ביחס לתקנה אך לא ביחס למנהג.

³⁰⁴ חידושי המהרי"ט, קידושין, ג, ע"א, חידושים על הרי"ף והר"ן, ד"ה והא דאמרינן (הוצאת ס.ל.א., בני ברק תשנ"ג, עמ' יב).

סיטומיתא באתרא דרגילין למקני בה קניא. והאי סודרא כלי נמי כך היו רגילים להקנות בו, כדכתיב: וזאת לפני ישראל וכו' לקיים כל דברי".³⁰⁵

דומה, שאין כל הכרח לראות בדברי המהרי"ט את מה שסבר לראות בהם הדבר אברהם. המהרי"ט אינו קובע, כי קניין סיטומתא זהה לקניין סודר-חליפין.³⁰⁶ כל שאמר הוא רק, **שמקור יצירתו ההסטורי של קניין סודר - להבדיל מתוכנו ומהותו של הקניין - הוא המנהג** שהיה נהוג בשעתו ("כך היו רגילים להקנות בו"), ובה הוא דומה לקניין סיטומתא.³⁰⁷ אך עדיין, יפה כוחו של קניין סיטומתא מקניין סודר, שהאחרון צורתו קבועה ואינה משתנה, ואילו הראשון, כלשון הדבר אברהם, "נשתנה עניינו מזמן לזמן בהשתנות המנהג".

עוד טוען בעל דבר אברהם,³⁰⁸ כי יש "רמז ויתד" לחידושו - שקניין סיטומתא הינו קניין חליפין - גם בדברי הרדב"ז בתשובה.³⁰⁹ ברם, נראה לנו כי דעתו של הרדב"ז אינה כדעת הדבר אברהם³¹⁰ וכי ההסבר לדבריו שם שונה, כפי שבארנו לעיל.³¹¹

בעל דבר אברהם אינו רואה בדבריו - כי סיטומתא "היינו חליפין ממש" - אך הסבר עיוני-תיאורטי בשאלת יסודו של קניין סיטומתא, אלא הגדרה הלכתית מדוייקת, אשר ממנה נגזרות נפקויות לדינא. זיהוי סיטומתא עם קניין חליפין מוביל, לדידו, בהכרח להחלת כל

³⁰⁵ אמנם, המהרי"ט אינו מזכיר במפורש את דברי הירושלמי בקידושין, שהיוו את אבן הפינה לדברי הדבר אברהם. ברם, קרוב לומר שדבריו נאמרו בהשפעת הירושלמי הנ"ל הדורש את הפסוק ברות, אשר מצוטט על ידו, כמקור להשתנות דרכי הקניין במקרקעין בהתאם להשתנות המנהג מזמן לזמן.

³⁰⁶ מדברי ראשונים ואחרונים, כמו גם מדברי מהרי"ט הנ"ל, עולה כי ראו את קניין **סודר** ככלול בקניין **חליפין** (לצד "חליפי שווה בשווה"), היינו שראו את קניין סודר ("חליפי אינו שווה בשווה") ככלול בדרשת הגמרא: "תמורה - זו חליפין" (ב"מ מז, ע"א, וראה תוספות, שם, ד"ה גאולה). היחס בין קניין סודר לחליפין דורש מחקר נוסף, ולא נוכל להרחיב בו במסגרת זו. ראה על עניין זה: **אנציקלופדיה תלמודית**, "חליפין", כרך טו, עמ' תקסט-תריד. ושם, עמ' תקע: "לרבות אינו שווה בשווה, היינו קנין נעל וסודר... והוא קנין חליפין הנזכר בכל מקום"; ב' דה-פריס, "קנין סודר", **סיני** נ (תשכ"ב), עמ' רלח-רמד; ב' ליפשיץ, **אסמכתא**, פרק ד', עמ' 280 ואילך; י' בן-פזי, **השתלשלות דרכי הקניין בקרקעות מסוף תקופת הבית השני ועד ראשית תקופת התלמוד לאור המקורות התלמודיים**, עבודת דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן, תשנ"ח, פרק ה, עמ' 168 ואילך.

³⁰⁷ השווה: אבן האזל, ה' נזקי ממון, פ"ח, ה' ה, סד"ה והנראה, המצטט את דברי המהרי"ט הנ"ל ומסיק מהם: "דעיקר קניינים הוא בקנין שנהגו ישראל".

³⁰⁸ שו"ת דבר אברהם, **לעיל**, הערה 297. ראה גם שם, ח"ב, סי' כו, אות א.

³⁰⁹ שו"ת הרדב"ז, ח"א, סי' תקג. דברי הרדב"ז צוטטו ונדונו **לעיל**, בסמוך להערה 136.

³¹⁰ גם הדבר אברהם (ח"ב, סי' כו, אות א) מודע לכך, כי הרדב"ז "בהמשך דבריו, נראה שנטה לדרך אחרת מאשר כתבתי".

³¹¹ **לעיל**, בסמוך להערה 136 ואילך. הדבר אברהם (**לעיל**, הערה 297) מנסה בדרך ה"אפשר" להסביר, כי גם הרמ"א בתשובותיו, סי' פז, הבין כדעתו. ברם, דומה כי עיון בתשובת הרמ"א ילמדנו כי שיטתו בדין סיטומתא אינה כשיטת הדבר אברהם, ראה **לעיל**, בסמוך להערה 236 ואילך, ובהערה 241.

הדינים והמגבלות שנאמרו ביחס לקניין חליפין על קניין סיטומתא. לאור האמור, קובע הדבר אברהם,³¹² כי לא ניתן יהא לקנות עבד עברי בקניין סיטומתא, שהרי ההלכה היא שאין עבד עברי נקנה בחליפין.³¹³ כיוצא בדבר, לדעת התוספות,³¹⁴ ששאלה ושכירות אינן נקנות בחליפין, לא ניתן יהא לקנותן גם בקניין סיטומתא, שהרי סיטומתא וחליפין חד הם.

6. ר' דוד פרידמן: סיטומתא - מדין קנייני משיכה וחזקה

שיטה דומה לזו של בעל דבר אברהם בהסבר דין סיטומתא, הגם שאינה זהה, מצויה אצל חכם אחר בתקופה זו. ר' דוד פרידמן (קרלין, מאות 19-20)³¹⁵ מסתמך אף הוא, בין היתר, על הברייתא שבירושלמי ("בראשונה היו קונין בשליפת המנעל..."), וכה דבריו:

דכל הקניינים הם רק איזה מנהג שנהגו לעשות זה להוראה שכבר יצא הדבר מרשותו של מוכר לרשותו של לוקח, והלמ"מ [=והלכה למשה מסיני] נמסרה רק בדרך כלל, שבעשיית איזה דבר שמורה לפי מנהג המקום שהדבר הנמכר יצא מרשות המוכר לרשות הלוקח - נקנה המקח בזה במטלטלים, ונכנסים כל המנהגים האלו בגדר משיכה, ובקרקעות - בגדר חזקה... הרי מבואר לפניך, דכל דרכי הקניינים לא נמסרו בפירוש מן התורה, אלא שנמסר מתורה שבע"פ, שבדבר שיש בו הוראה לפי מנהג ותיקין [צ"ל: ותיקון]³¹⁶ המקום, שהדבר יצא מרשות המוכר ונכנס ברשות הלוקח - קונה.³¹⁷

כאמור, שיטתו של בעל היד דוד דומה מאוד לזו של הדבר אברהם. ברם, בעוד שלאחרון נכללים כל מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין בקניין "חליפין", הרי שלדעת הראשון דרכי הקניין הנהוגות במטלטלין נכנסות תחת "משיכה", ואלו שבמקרקעין - תחת "חזקה".

³¹² שו"ת דבר אברהם, ח"ב, סי' כ, אות א, ד"ה הנה רואה אני.

³¹³ ראה: קידושין ח, ע"א, ובתוספות ד"ה ומאי; רמב"ם, עבדים ב, א, ומשנה למלך, שם.

³¹⁴ תוספות, ב"מ יא, ע"ב, ד"ה מקומו.

³¹⁵ ר' דוד פרידמן (1828-1915), רבה של קרלין, היה מפורסם במקוריותו הלמדנית. הוא התרכז בתורתם של ראשונים ולא עסק בספרי האחרונים. ראה עליו בהקדמתו של הרב ש' רפאל, "גאון במקוריותו", בתוך: הרב ד' פרידמן, פסקי הלכות יד דוד - הלכות אישות, ח"ג, מוסד הרב קוק, ירושלים תשל"א.

³¹⁶ יתכן שהטעות נובעת מחמת הביטוי השגור בפוסקים ביחס למנהגים (בעקבות מסכת סופרים) "מנהג ותיקין".

³¹⁷ ר' דוד פרידמן, פסקי הלכות עם ביאור יד דוד, הלכות אישות, ח"א, ניו-יארק [תשכ"ה], עמ' 228-229, בהגחה א (התיקון בסוגריים שלי - ר"ק). ספר זה נדפס לראשונה בורשא, בין השנים תרנ"ח-תרס"א, ובעל הדבר אברהם מציין כי ראהו אחר שכבר גיבש את שיטתו שלו ועוד בטרם נדפס חלק א של תשובותיו בורשא, בשנת תרס"ו. ראה: שו"ת דבר אברהם (לעיל, הערה 297), ד"ה ולפי".

תוקפו של קניין סיטומתא - מדאורייתא או מדרבנן

השאלה, האם תוקפו של קניין סיטומתא הוא מדאורייתא או רק מדרבנן, לא נדונה כמעט, לפחות לא במפורש, על ידי הראשונים. דומה, כי היה ברור ופשוט לרוב הראשונים כי קניין סיטומתא תוקפו מדאורייתא, היינו: יוצר חלות קניינית מן התורה, כשאר דרכי הקניין.

כך, למשל, עולה מדברי הרשב"א בתשובה כי קניין סיטומתא מועיל להפקיע מאיסורי תורה, ולכן בהמה הנמכרת לגוי בסיטומתא נפטרת מקדושת בכורה.³¹⁸ הנושא הנדון על ידו הוא, האם תוקפו של קניין כסף במטלטלין שנעשה בין ישראל וגוי - קניין התקף "בדיניהם" של הגויים, אך לא על פי ההלכה - הוא מדאורייתא. הרשב"א טוען כי אם קניין סיטומתא, קניין מצד ה"מנהג", קונה "ממש" - קרי: מדאורייתא³¹⁹ - אפילו בין ישראל לחברו, כל שכן שקניין "בדיניהם", אשר נעשה בין ישראל וגוי, יקנה מדאורייתא. הרי לנו, כי תוקפו של קניין סיטומתא כקניין מדאורייתא היה ברור לרשב"א, וכל החידוש בדבריו הוא לעניין תוקפו של קניין "בדיניהם". אמנם, יש מן האחרונים שהבינו כי בהמשך דבריו הרשב"א חוזר בו מדעתו האמורה. ברם, נראה כדעת הסוברים כי דבריו בהמשך אינם מתייחסים לקניין סיטומתא.³²⁰

שאלת תוקפו של קניין סיטומתא תלויה בלא ספק בשאלת הבסיס המשפטי של הקניין, אשר נדונה בהרחבה בפרק זה. אם מבינים כי קניין סיטומתא יסודו, בדומה למנהגי ממון אחרים, **בהתנאה מכללא** של הצדדים להתקשר בהתאם למנהג ובכך שבענייני ממון "**מנהג מבטל הלכה**" - הרי שתוקפו מדאורייתא, ככל תנאי שבממון.³²¹ כך יהא גם לדעת הסוברים כי הבסיס לסיטומתא נעוץ **בגמירות דעת** הצדדים, שהיא עיקרו של הקניין.³²²

³¹⁸ שו"ת הרשב"א המיוחסות, סי' רכה.

³¹⁹ כך מוכח מן האמור שם, בהמשך.

³²⁰ לדבריהם, דברי הרשב"א בהמשך אינם מתייחסים לסיטומתא אלא לקניין "בדיניהם" אשר לא נתקבל כמנהג גמור בישראל. תשובה זו זכתה לדיון רב על ידי האחרונים. הדברים סוכמו על ידי הרב ש"א שטרן, **סדר מכירת חמץ כהלכתו**, בני-ברק תשמ"ז, שביבי אש, סי' טז, עמ' רנז-רסב. אנו נוטים לאמץ את ההסבר שהציע **שם**, עמ' רסב, אות יז [לעניין הגירסא בתשובת הרשב"א מסתבר, כי במקום "ואין נראה" יש לגרוס "וא"נ [=ואי נמי]]. ראה **שם**, סוף אות טז. וראה עוד שו"ת עזרת ישראל, סי' קכא, המעיר - כנראה מחמת שיבושי הדפוס - שדברי הרשב"א שם "משוללי הבנה".

³²¹ כך, כנראה, סובר הרשב"א. בתשובה אחת (שו"ת הרשב"א, ח"ב, סי' רסח. נדונה בהרחבה לעיל, בסמוך להערה 14 ואילך) הוא מבסס את קניין סיטומתא על התנאה מכללא ועל "מנהג מבטל הלכה", ובאחרת (לעיל, הערה 318) - קובע כי קניין סיטומתא פוטר מקדושת בכור דאורייתא; כך עולה בבירור גם מתשובת הרדב"ז (צוטטה לעיל, בסמוך להערה 136). הרדב"ז קובע שם כי למנהג בדיני ממונות, בדומה לקניינים מדרבנן, יש "דינא דאורייתא, דעל סמך זה נושאי[ם] ונותני[ם] בני העולם". הן הרשב"א והן הרדב"ז אינם דנים במפורש בשאלת תוקפו של קניין סיטומתא.

³²² ראה: הרב טוקצינסקי (לעיל, הערה 271), עמ' קמ-קמא.

לעומת זאת, אם גורסים שדין סיטומתא הינו **תקנת חכמים** או שהוא מבוסס על "**הפקר בית דין הפקר**" - נפתח כבר פתח להבנות שונות, כפי שנראה להלן.

התלבטות בשאלה זו - או, לכל הפחות, הצגת שתי עמדות מנוגדות בנדון - מצויה לראשונה, ככל הידוע לנו, בתשובה של המהר"ם מינץ (אשכנז, המאה ה-15).³²³ לדעתו, קניין סיטומתא הינו תקנת חכמים. לאור הבנתו זו קובע המהר"ם בתחילה, כי "המנהג [=קניין סיטומתא] לא מצי להפקיע קדושת בכור דאורייתא". ברם, בהמשך הוא מעלה אפשרות חליפית ולפיה, הגם שבתקנת חכמים עסקינן, בכל זאת יש לקניין סיטומתא תוקף כשל קניין מדאורייתא, מכוח "**הפקר בית דין הפקר**".

לעומת המצב בתקופת הראשונים, הרי שאצל האחרונים זוכה נושא זה לדיון רב.³²⁴ ראיית קניין סיטומתא כ"תקנת חכמים" מביאה רבים מן האחרונים למסקנה, כי תוקפו של קניין זה הוא רק מדרבנן.³²⁵ לעומתם, החתם סופר - הסובר שקניין סיטומתא אינו מבוסס על תקנת חכמים אלא על "תנאי שבממון" - קובע נחרצות כי "סיטומתא הוא קנין דאורייתא" [תא] ממשי.³²⁶

ברם, כפי שכבר צויין לעיל,³²⁷ אין קשר הכרחי בין העובדה, כי **מקורה** של דרך קניין מסויימת בתקנת חכמים לבין שאלת **תוקפה**. אדרבה, מדברי הרמב"ם הסקנו כי גם קניינים שנקבעו על ידי "תקנת חכמים" - תוקפם מדאורייתא.³²⁸

ואכן, גם בקרב האחרונים שנקטו כי קניין סיטומתא הינו תקנת חכמים, התעורר ויכוח בשאלת תוקפו של קניין זה. ויכוח זה נסב סביב השאלה, האם קניין מדרבנן מועיל כדי ליצור חלות קניינית מן התורה או כדי להפקיע איסורי תורה, ובניסוח הרווח אצל האחרונים:

³²³ תשובה זו נדונה לעיל, עמ' 306-309. ביחס לשאלה האם למהר"ם מינץ היתה דעה ברורה בנדון או שמא התלבט בשאלה זו, קיימות דעות שונות בין האחרונים. ראה שם, הערה 105.

³²⁴ מעניין להשוות בין הנושא דנן, שאלת תוקפן של דרכי הקניין של הסוחרים (סיטומתא), לבין שאלת תוקפן של דרכי הקניין התקפות מכוח דין המלכות (דינא דמלכותא דינא) - מדאורייתא או מדרבנן. גם הדיון בנושא האחרון, בדומה לנידונו, החל רק בתקופת האחרונים. ראה: שילה, **דינא דמלכותא דינא**, עמ' 85, 121.

³²⁵ ראה: רמ"א, **לעיל**, הערה 236; נתיבות המשפט, **לעיל**, הערה 251; הרב י' קוליץ, **לעיל**, בסמוך להערה 45, לפי הדעה שסיטומתא הינה מתקנת חכמים. לדעה זו, קניין סיטומתא אינו מצוי "במסגרת שאר הקניינים" אלא הינו בגדר "מנהג המבטל את ההלכה". ראה דבריו שם **ולעיל**, בסמוך להערה 197. וראה עוד במקורות נוספים שצויינו **לעיל**, הערה 259.

³²⁶ ראה **לעיל**, בסמוך להערה 200.

³²⁷ ראה לעיל, עמ' 306 ו-310.

³²⁸ ראה לעיל, עמ' 305-306.

"האם קניין מדרבנן מהני/מועיל לדאורייתא"³²⁹ ברור, כי לדעת הסוברים שקניין מדרבנן מועיל לדאורייתא, תוקפו של קניין סיטומתא - שהינו קניין "מדרבנן" (מתקנת חכמים) - יהא אף הוא מדאורייתא.

מבחינה מהותית, נושא תוקפם של הקניינים מדרבנן - האם הוא מדאורייתא או רק מדרבנן - אינו מיוחד לקניין סיטומתא. נושא זה נדון באריכות רבה בספרות ההלכה גם ביחס לדרכי קניין אחרות, ועל כן לא נאריך בו במסגרת זו.³³⁰

שנים הם הנושאים הקלאסיים, אשר לגביהם דנו האחרונים בשאלה, האם תוקפו של קניין סיטומתא מדאורייתא או מדרבנן. כוונתנו לשני עניינים שבהם נהגו יהודים לבצע מכירה של נכס שברשותם לגוי, על פי דרכי הקניין הנהוגות בין הסוחרים: מכירת חמץ לפני חג הפסח - כדי להינצל מאיסורי תורה של 'בל יראה' ו'בל ימצא', בלי שיידרש היהודי לבער את חמצו מן העולם, דבר שיסב לו נזק כלכלי; ומכירת בהמה מבכרת - כדי לפטור ולדה מקדושת בכור בהמה על פי דין תורה.³³¹ כדי שמכירת החמץ או הבהמה על ידי היהודי תגשים את מטרתה ההלכתית, כאמור, הכרחי כמובן כי יהא לה תוקף מדאורייתא.

השאלה האם תוקפו של קניין סיטומתא מדאורייתא או מדרבנן, נדונה מספר פעמים בפסקי דין של בתי הדין הרבניים, אך לא זכתה להכרעה. בית הדין הרבני הגדול נזקק לשאלה זו ביחס להסכם, שכלל חלוקת כספים, אשר נערך בין יורשים ונחתם על ידם.³³² אמנם, חתימה נחשבת לקניין סיטומתא, אך בית הדין מציין כי הפוסקים נחלקו, האם כספים נקנים

³²⁹ ראה למשל: נתיבות המשפט (צוטט לעיל, בסמוך להערה 251); שו"ת חתם סופר (צוטט לעיל, בסמוך להערה 256), החולק על הנתיבות; שו"ת שם אריה, יו"ד, סי' מח; שו"ת דבר אברהם, ח"א, סי' א, אות א, ואות יד ואילך; שו"ת עין יצחק, ח"א, או"ח, סי' כב, אות ב; משפט שלום (למהרש"ם), חו"מ רא, סעי' א, ד"ה ובגוף וד"ה והנה הנה"מ; ערוך השולחן, חו"מ רא, ב.

³³⁰ נציין לכמה מקורות בנושא זה (נוסף לאלו שצויינו בהערה הקודמת): שו"ת מהר"ם מינץ, לעיל, הערה 103, והדיון בהערה 113; שו"ת הרדב"ז, מצוטט לעיל, בסמוך להערה 136; חידושי החתם סופר, סוכה ל, ע"ב, ד"ה שינוי; חתן סופר (לעיל, הערה 88), עמ' קלו-קלז; שו"ת עטרת חכמים, חו"מ, סי' יד, סד"ה תשובה; שו"ת קול אריה, סי' קכב-קכד; דמשק אליעזר (לר' אליעזר ניצברג), חו"מ, סי' קצד; אבני מילואים, סי' כח, ס"ק לג, וסי' ל, ס"ק ה (תודה לרב מאיר ברקוביץ' על ההפניה למקור זה). וראה עוד במקורות שצויינו במלואי חותם, שם ושם; ערוך השולחן, חו"מ קצח, ז; הרב טוקציניסקי (לעיל, הערה 271), עמ' קלד-קמג, במיוחד בעמ' קלו; אנציקלופדיה תלמודית, "דברי סופרים", כרך ז, עמ' קג-קד; ריא"ה הרצוג, תחוקה לישראל על-פי התורה, בעריכת א' ורהפטיג, כרך ב, ירושלים תשמ"ט, עמ' 7 ואילך, במיוחד בעמ' 21-22; הרב ש' ישראלי, חוות בנימין, כרך ב, מכון התורה והארץ, תשנ"ב, סי' פא, עמ' תצט-תקג; ד' הנשקה, "על המציאות המשפטית במשנת הרמב"ם" (לעיל, הערה 99); שדי חמד השלם, כרך ח, עמ' 398 (ציוין אצל הנשקה, שם, בהערה 10). וראה עוד בדברי בעל דורות הראשונים שהובאו לעיל, בסמוך להערה 88.

³³¹ ראה במקורות שצויינו לעיל, הערה 104. למקורות נוספים באחרונים, העוסקים בתוקפו של קניין סיטומתא לגבי איסורים, ראה: הרב שטרן (לעיל, הערה 320), סי' יח, עמ' רסו-רעא.

³³² ערעור שכב"ז, 79/79, פד"ר ד, 314 (הרבנים ע' הדאיה, יי הדס, בי ז'ולטי).

בקניין סיטומתא.³³³ בית הדין תולה מחלוקת זו במחלוקת סביב השאלה, האם קניין סיטומתא הוא מדאורייתא או מדרבנן, וקובע כי בשל מחלוקת הפוסקים בעניין האחרון אין להוציא ממון מן המוחזק.³³⁴

גם בפסק דין נוסף של בית הדין הרבני הגדול, שניתן על ידי הרב שי' ישראל, נדונה שאלה זו.³³⁵ מדובר בהסכם גירושין שנעשה בקניין סודר ואחר כך נחתם. בהסכם היו כלולות התחייבויות עתידיות, שקניין סודר אינו מועיל לגביהן אך קניין סיטומתא מועיל. הנושא שבמוקד דיוננו הועלה שם ביחס לשאלה הבאה: היש מקום לטענה, כי בנוקטס בדרך של קניין סודר גילו הצדדים את דעתם כי אין רצונם לבצע את הקניין בחתימה (=קניין סיטומתא). אם קניין סיטומתא הוא רק מדרבנן, קרי: תקנת חכמים - יש מקום, לדעת כמה מן הראשונים, לטענה זו, על סמך העיקרון "כל האומר: לא ניחא לי בתקנת חכמים כגון זו - שומעין לו"; אם סיטומתא מדאורייתא - אין כל מקום לטענה האמורה.

הרב ישראל אינו מכריע במחלוקת הפוסקים בנדון. מדבריו עולה, כי באופן עקרוני ניתן לומר "קים ליי"³³⁶ כאחת מן השיטות, ולפיכך לא ניתן להוציא ממון מן המוחזק.³³⁷

חילוקי הדעות בשאלת תוקפה של סיטומתא נזכרים במספר פסקי דין רבניים נוספים, ברם בכלם אין בית הדין נדרש להכריע במחלוקת זו לצורך ההכרעה בעניין שלפניו.³³⁸

³³³ ראה דברי המהרשד"ם והנתיבות, המצויינים שם, עמ' 315-316.

³³⁴ שם, עמ' 316. הפוסקים הנזכרים בפסק הדין בעניין זה: הרמ"א והנתיבות - סיטומתא קונה רק מדרבנן; הרדב"ז והחתם סופר - סיטומתא קונה מדאורייתא.

³³⁵ ערעור תשלט 273/2, ניתן בסיוון תש"ס. פורסם בתוך: הרב שי' ישראל, **משפטי שאול - פסקי דין**, מכון "משפט והלכה בישראל" שעל יד "ארץ חמדה", ירושלים תשנ"ז, עמ' שיח.

³³⁶ על עקרון ה"קים ליי" בדיני ממונות והבעייתיות הכרוכה בו, ראה לעיל, עמ' 97, הערה 437.

³³⁷ שם, עמ' שיט. אמנם, מסקנתו היא כי אין הלכה כדעת הראשונים הסוברים, כי בעשיית קניין אחד יש משום גילוי דעת של המבצע ש"לא ניחא ליה" לקנות בקניין האחר, ולפיכך אין לשאלה דנן נפקות לנידון שם.

³³⁸ ראה: תיק 70/תשט"ו (פתח-תקוה), פד"ר א, 281, בעמ' 284 - בית הדין מציינו, כי אף שאין נפקות לנידון שלפניו, הוא מוצא לנכון להעיר ש"רבים סוברים" שקניין סיטומתא הוא "דאורייתא"; ערעור שכ"ב 68/68, פד"ר ד, 289, בעמ' 303 - תוקפו של הסכם חתום; ערעור תשכה 47/47, פד"ר ה, 258, בעמ' 268 - תוקפה של ערבות בנקאית; [חסר מס' תיק] (ירושלים), פד"ר יד, 334, בעמ' 346-347 - תוקף התחייבות למכור ב"זכרון דברים". גם הרב ע' יוסף בשו"ת יביע אומר, ח"ח, חו"מ, סי' ב, אותיות ז-ח, אינו מכריע במחלוקת זו.

שער חמישי

המנהג - משפט השוואתי

המנהג במשפט הישראלי, בשיטות משפט אחרות ובמשפט העברי - עיון משווה

חיבור זה דן במנהג במשפט העברי, בדיני ממונות בכלל ובדרכי הקניין בפרט, ובבסיסו המשפטי. בפרק זה נערוך סקירה קצרה אודות מעמדו של המנהג, במשפט הישראלי ובשיטות משפט אחרות.¹ במסגרת סקירה זו תיערך בחינה השוואתית בין שיטות המשפט הללו לבין המשפט העברי ביחס למכלול של נושאים הקשורים במנהג, אשר כמה מהם נדונו במהלך חיבורנו.

¹ לגבי המנהג במשפט הישראלי ובשיטות משפט אחרות הסתמכנו על החיבורים והמאמרים הבאים:

ד' אבן, "מעמדו של המנהג בתחום המשפט הציבורי - בעקבות דו"ח ועדת אגרנט", **משפטים** ז (תשל"ו), עמ' 201-215. [להלן: אבן, "מעמדו של המנהג בתחום המשפט הציבורי"]

הנ"ל, **דסואטודו**, עבודת דוקטור, האוניברסיטה העברית, ירושלים, תשל"ז. [להלן: אבן, **דסואטודו**]

הנ"ל, "מנהגה של הרשות המבצעת שלא לאכוף חוק - הרהורים וערעורים בעקבות ע"פ 3520/91", **משפט וממשל ב** (תשנ"ד-תשנ"ה), עמ' 477-505. [להלן: אבן, "מנהגה של הרשות המבצעת"]

ר' גביזון, "ביטול המגילה: המנהג ועקרונות הפיקה", **משפטים** יד (תשמ"ד-תשמ"ה), עמ' 325-366. [להלן: גביזון, "ביטול המגילה"]

פ' דיקשטיין, "המנהגים ותקפם המשפטי", **הפרקליט** א (סיוון, תשי"ג), עמ' 2-11. [להלן: דיקשטיין, "המנהגים"]
ג' טדסקי, "המנהג במשפטנו הנוהג והעתידי", **משפטים** ה (תשל"ד), עמ' 9-60. [להלן: טדסקי, "המנהג במשפטנו"]

ז' פלק, **דת הנצח וצרכי השעה**, מישרים, ירושלים תשמ"ו. [להלן: פלק, **דת הנצח**]

ש' שטרית, "המנהג במשפט הציבורי", **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי**, ירושלים תשנ"ג, עמ' 375-416. [להלן: שטרית, "המנהג במשפט הציבורי"]

[להלן: אלן] C. K. Allen, *Law in the Making*, 7th ed., Oxford, 1964.

[להלן:] J. Austin, *Province of Jurisprudence Determined*, London 1968 [First Published 1832].
אוסטין

[להלן: קלזון] H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, tr. M. Knight, University of California Press, 1970.

[להלן:] Y. Meron, "Is Custom a Source of Law in Israel", 9 *Israel Law Review* (1974), 221-233.
מירון

[להלן:] J. W. Salmond, *Salmond on Jurisprudence*, 12th ed., by P. J. Fitzgerald, London, 1966.
סלמונד

1. המנהג - הגדרה ומאפיינים

מקובל להגדיר את המנהג כ"דפוס התנהגות קבוע המקובל על הפרט בחברה כדרך התנהגות מחייבת".² דפוס התנהגות קבועים הינם מכשיר חיוני להסדרת חיי החברה. מה שמבדיל בין המנהג לבין דפוס התנהגות אחרים המקובלים על הפרט הינה תודעת החובה המתלווה אליו, שכך חייבים לנהוג.³ די בכך שמרבית בני החברה נוהגים בפועל על פי המנהג, ואין בסטייה של מיעוט כדי לפגוע בקיומו של המנהג.⁴

במשפט העברי, המונח "מנהג" מציין רק פן **עובדתי**, דפוס התנהגות קבוע, אך לא חייב להילוות אליו פן נורמטיבי-משפטי של ראיית התנהגות זו, על ידי הציבור, כמחייבת.⁵ גם במשפט העברי - לדעת רוב הראשונים והאחרונים - המנהג נקבע בהתאם להתנהגות הרוב.⁶

מכיוון שיסודו של המנהג בשיטות המשפט השונות בהתנהגות במסגרת יחסי גומלין חברתיים, יכול שיתפתח מנהג בין שני אנשים בקשר למערכת יחסים שביניהם. כן ניתן לדבר על מנהג של אדם יחיד בקשר לאחרים שעומדים הוא מצוי ביחסים חברתיים מסוגים שונים.⁷ כפי שראינו, גם במשפט העברי יש תוקף למנהגו של היחיד בדיני ממונות.⁸

2. עתיקות המנהג

מטבע הדברים, לשם התגבשות מנהג, קרי: דפוס התנהגות מקובל, נחוץ מרכיב מסויים של זמן. משך הזמן אינו חייב להיות ארוך והוא תלוי בטיבו של המנהג ובתדירות הפעולה.⁹

² אבן, **דסואטודו**, עמ' 20.

³ **שם**, עמ' 25; גביון, "ביטול המגילה", עמ' 333-334.

⁴ אבן, **דסואטודו**, עמ' 30.

⁵ במקורות התנאיים ובתלמודים לא מצויה הגדרה מפורשת למנהג. ברם, כך עולה ממקורות אלו וממקורות בתר-תלמודיים. לדוגמא, די שנוהגים במקום מסויים לבנות כותל שבין שותפים בגויל כדי שהדבר ייחשב ל"מנהג המדינה" (ראה משנה, ב"ב א, א). וראה בנושא זה לעיל, עמ' 7-8, ובהערה 6.

⁶ אמנם, אצל שנים מן האחרונים מצאנו במפורש את הדעה כי המנהג הממוני מחייב רק אם נהגו בו "הכל", וכי לא די ב"רוב". ברם, אלו הן דעות חריגות. ראה בעניין זה לעיל, עמ' 11.

⁷ אבן, **דסואטודו**, עמ' 30. סלים באז, בפירושו למגילה (צוין אצל טדסקי, "המנהג במשפטנו", עמ' 14), קובע אף הוא כי מנהג עשוי לחול לגבי אדם בודד.

⁸ ראה לעיל, עמ' 19-20.

⁹ אבן, **דסואטודו**, עמ' 28-29.

שיטות המשפט המודרניות רובן ככולן, והמשפט הישראלי בכללן, מסתפקות בכך שהמנהג קיים ומבוסס ואינן דורשות "ותק מיוחד" למנהג.¹⁰ שונה היא עמדתו של המשפט האנגלי המכיר, באופן עקרוני, רק במנהגים (customs) שהתהוו מקדמת דנא (immemorial antiquity).¹¹ לעומת זאת, בנהגים (usages),¹² המבוססים על יסוד ההסכם מכללא - דוגמת מנהגים מקומיים או מנהגי הסוחרים - מכיר המשפט האנגלי באופן רחב למדי, ומסתפק בתקופת זמן קצרה של שנים אחדות.¹³

במשפט עברי, על המנהג להיות "ידוע" ו"ברור", אך לא קיימת דרישה עקרונית כי יהא "עתיק".¹⁴ ¹⁵ המהרי"ק אף כותב במפורש כי הולכים אחר המנהג הקיים בהווה, גם אם

¹⁰ לסיכום הדרישות שגובשו בנדון בפסיקה הישראלית, ראה: שטרית, "המנהג במשפט הציבורי", עמ' 382-380. גם במגילה, בסעיפים 45-36 העוסקים במנהג, לא מופיעה דרישה ל"עתיקות", ודי שהמנהג יהא נוהג תדיר ומפורסם, כעולה מהוראות סעיפים 42-41: "41. אין כוחו של מנהג יפה, אלא כשהוא מתמיד, או מכריע. 42. אין ערך למכריע, אלא כשהוא מפורסם ולא נדיר" (על פי תרגומו של ג' פרומקין, **מגילה**, ירושלים תרפ"ח). וראה: ע"א 25/50 **ולפסון נ. חברת ספיניס בע"מ**, פ"ע ד', 26, בעמ' 36 (השופט זילברג); דיקשטיין, "המנהגים", עמ' 3.

¹¹ כמנהג שקיים מקדמת דנא נחשב, באופן עקרוני, זה שהיה קיים כבר ערב עלות ריצ'רד הראשון לכס המלוכה, בשנת 1189, אף שמקילים במקצת בהוכחת עתיקות זו. אמנם, קיימת ביקורת של המלומדים האנגלים כנגד גישה זו, על כך שאין היא עונה על צורכי החיים בימינו. ראה בעניין זה: **סלמונד**, עמ' 201-202; **אלן**, עמ' 135-133; דיקשטיין, "המנהגים", עמ' 3-4; טדסקי, "המנהג במשפטנו", עמ' 36-40; אבן, **דסואטודו**, עמ' 29, הערה 56. הדרישה בדבר עתיקות המנהג הינה רק אחת משורה של דרישות שמציב המשפט האנגלי כתנאי להכרה משפטית במנהג, מתוך מגמה לצמצם את השימוש במנהגים מקומיים ולשמור על אחידות המערכת המשפטית. על עניין זה ועל יתר הדרישות, ראה: **סלמונד**, עמ' 199-203; **אלן**, עמ' 129-146; דיקשטיין, **שם**.

¹² על ההבדל בין usage ו-customer, ראה בסעיף הבא.

¹³ ראה: **אלן**, עמ' 135; דיקשטיין, **שם**. דומה, אפוא, כי יש לסייג את קביעתו הכללית של הרב הרצוג: "מנהג צריך, כמובן, להיות מבוסס היטב. הדרישות של מנהג תקף כפי שנקבעו במשפט האנגלי, הינם בחלקם הגדול זהות לאלה שבמשפט העברי" (I. Herzog, *The Main Institutions of Jewish Law*, London and New York, 1965, Vol. I, p. 22. התרגום שלי - ר"ק).

¹⁴ ראה לעיל, עמ' 9-10. יש להשיג, אפוא, על קביעתו של הרב אורי דסברג ביחס לקניין סיטומתא: "ברור, שיצירת הקניין כנורמה התנהגותית נמשכת זמן רב" (הערת עורך, **תחומין** יח (תשנ"ח), עמ' 251, הערה 2). וראה: טדסקי, "המנהג במשפטנו", עמ' 36. טדסקי שם מצטט מאחד מפסקי הדין הרבניים, כי "מנהג שאינו מבטל הלכה הולכים לפיו גם אם אינו מנהג ותיק", ועל פי זה קובע כי גם במשפט העברי לא נדרש "כל ותק מיוחד" במנהג. הגם שקביעתו נכונה באופן עקרוני, כאמור בפנים, אין זו כוונת הדברים שם. ראשית יש להעיר, כי נפלה שגיאה בציטוט, וכי בפסק הדין מדובר על "מנהג ותיקין" ולא על "מנהג ותיק". עוד יש להעיר, כי המונח "מנהג ותיקין" במשפט העברי פירושו: מנהג שהונהג על פי חכמים (=ותיקין), ולא מנהג בעל "ותק" של זמן. על המונח "מנהג ותיקין" ראה בהרחבה לעיל, עמ' 52-54, 83-100.

¹⁵ בשונה ממנהגי ממון, הכלל "דינא דמלכותא דינא" צומצם על ידי רוב חכמי ההלכה הראשונים לחוקים "קדומים" ולא לחוקים "חדשים". ראה: שילה, **דינא דמלכותא דינא**, עמ' 191. לדעת שילה (**שם**, עמ' 199), מקורה של דעה זו בתפיסה שרווחה בימי הביניים, ולפיה "החוק הישן הוא החוק הצודק".

ידוע כי בעבר הקרוב נהגו אחרת.¹⁶ עם זאת, כמה מן הראשונים והאחרונים פוסקים, כי כדי לקבוע שמדובר במנהג שכיח וידוע צריך שינהגו לפיו לפחות שלוש פעמים.¹⁷

אמנם, בדברי שנים מראשוני ספרד מצאנו דרישה מסויימת של "עתיקות" למנהג. הרי"ף, ובעקבותיו הרמב"ן, גורסים כי כדי שיהא תוקף למנהג, אשר לא ידוע אם נתקן כתקנה, עליו להיות נוהג ("מוחזק") שנים. עובדת היותו נוהג שנים יוצרת חזקה כי ודאי נתקן המנהג בעבר - על ידי טובי הקהל - כתקנה. ברם, לפחות ביחס לרי"ף נוכחנו כי מיגבלה זו הינה להלכה ולא למעשה, וכי באופן מעשי מכיר הרי"ף בתוקפם של מנהגי ממון ואינו דורש הוכחה על עתיקותם.¹⁸

3. אבחנה בין סוגי מנהגים: "מנהג" ו"נוהג"

מקובל לאבחן בשיטות המשפט השונות בין מנהג לבין נוהג, אם כי במשפט העברי לא קיימת אבחנה שכזו בין המונחים ושניהם מכונים: "מנהג".¹⁹ החל מתקופת המנדאט נהגו לתרגם לעברית את ה-custom האנגלי כ"מנהג" ואת ה-usage האנגלי כ"נוהג". אמנם, אין זהות מוחלטת בין המונחים בשתי שיטות המשפט, אך אלו המונחים המקובלים במשפט הישראלי עד היום.²⁰ המונחים "מנהג" ו"נוהג" משמשים זה לצד זה בחקיקה ובפסיקה הישראלית, ברם לא תמיד נשמרת האבחנה ביניהם.²¹

¹⁶ שו"ת מהרי"ק, שורש נד (מהד' מכון ירושלים, תשמ"ח, עמ' קו). דבריו נדונו לעיל, עמ' 87.

¹⁷ ראה לעיל, עמ' 10.

¹⁸ ראה לעיל, עמ' 57-59 (הרי"ף), 69-70 (הרמב"ן).

¹⁹ גם במשפט העברי, כשיטות המשפט האחרות, מצויים מנהגים ונוהגים. ברם, כאמור, לא נתייחד שם נפרד לכל אחד משני המונחים. ראה: אלוף, **המשפט העברי**, עמ' 754-756; אבן, **דסואטודו**, עמ' 41-42.

²⁰ טדסקי, "המנהג במשפטנו", עמ' 11-13; אבן, **דסואטודו**, עמ' 39-44, 165-167.

²¹ להפניות לחקיקים, ראה: טדסקי, "המנהג במשפטנו", עמ' 10. הפניות לפסיקה יש לאורך כל המאמר. על הטשטוש בין המונחים, ביחס לחקיקה - ראה: שם, עמ' 20, ובהערה 41; ביחס לפסיקה - ראה: שם, עמ' 17, בסמוך להערה 29, ובעמ' 24. וראה עוד בעניין זה: אבן, "מעמדו של המנהג בתחום המשפט הציבורי", עמ' 202; הנ"ל, **דסואטודו**, עמ' 167-172.

בין "מנהג" ו"נוהג" ישנו הבדל עקרוני,²² שאותו מגדיר ג' טדסקי במלים הבאות:

המנהג הוא בטיבו דין, המחייב מבחינה אובייקטיבית. אמנם בשיטת המשפט של המדינה אין לו נפקות - כמובן - אלא אם משפט המדינה מאשר אותו, במפורש או מכללא. אך אישור כזה, בתודעת המחוקק, הוא הכרה במקור טבעי לחיוב מכוחו העצמי - בדומה להכרתו בחוזים ובעיסקה המשפטית בכללה. **הנוהג**, לעומת זאת, הוא כשלעצמו **אינו אלא עובדה**, ואינו עשוי לחולל תוצאות משפטיות אלא אם מאמצו גורם בעל כוח כזה, כגון העיסקה המשפטית.²³

כלומר, הנוהג החוזי אינו אלא דפוס התנהגות, הנחשב על ידי שיטת המשפט לביטוי משוער של רצון הצדדים במסגרת העסקה המשפטית. לפיכך, אין הוא יכול לשמש כבסיס לעצם קיום העסקה. רק משקיימת כבר עסקה משפטית, ניתן להשלים בה פרטים חסרים, כתנאים מכללא, על סמך הנוהג הקיים.²⁴

מלבד המנהג והנוהג החוזי מציין טדסקי במאמרו גם "נוהג חוקי" ו"נוהג עובדתי". "נוהג חוקי" הינו נוהג עובדתי המאומץ על ידי החוק. בעוד שב"מנהג" נדרשת תודעה של הציבור כי ההתנהגות מחייבת, הרי ש"נוהג חוקי" מתייחס "להתנהגות מקובלת מבחינה עובדתית, אך לא מחייבת כשלעצמה בהכרת הנוגעים בדבר, כך שיש צורך בגושפנקא תחיקתית כדי לשוות לה כוח כזה".²⁵ כפי שנראה להלן, ה"נוהג החוזי" דורש, לכל הפחות, אומדן סביר בדבר ידיעת הצדדים על קיומו. לעומתו, ה"נוהג החוקי" אינו תלוי כלל באומדן דעתם של המתקשרים בעסקה, אלא בנוהג המקובל אצל מתקשרים סבירים בעסקאות דומות.²⁶

²² אבחנה זו שבין המונחים נכונה ביחס לשיטות המשפט השונות, כדבריה של ד' אבן: "ההבדל שבין מנהג לבין הנוהג העסקתי נעוץ בטיבם השונה של ההסדרים אותם הם מייצגים... התנאים העובדתיים אותם יש להוכיח (מתמיד, מפורסם, מכריע וכו') כדי לבסס תביעה על מנהג או על נוהג, עשויים להשתנות משיטה לשיטה" (אבן, **דסואטודו**, עמ' 166. ההדגשה שלי - ר"ק).

²³ טדסקי, "המנהג במשפטנו", עמ' 16 (ההדגשות שלי - ר"ק). השווה לדברי השופט זילברג בע"א 25/50 (לעיל, הערה 10), בעמ' 35. דברים דומים גם אצל **סלמונד**, עמ' 192-193. המנהג מן הסוג הראשון מכונה גם "legal custom", והשני - "conventional custom" ("נוהג עיסקתי", בלשונו של טדסקי, או: "נוהג חוזי"). ראה **שם**.

²⁴ אבן, **דסואטודו**, עמ' 40.

²⁵ טדסקי, "המנהג במשפטנו", עמ' 20 (ההדגשה שלי - ר"ק).

²⁶ **שם**, עמ' 21. למשל, בסעיף 26 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973 - נקבע, כי ניתן להשלים פרטים שלא נקבעו בחוזה "לפי הנוהג הקיים בין הצדדים, ובאין נוהג כזה - לפי הנוהג המקובל בחוזים מאותו סוג". החלופה הראשונה הינה "נוהג חוזי", והשנייה - "נוהג חוקי". דוגמאות נוספות צוינו על ידי טדסקי, **שם**. על הנוהג המשלים בדיני חוזים, ראה: ג' שלו, **דיני חוזים**², ירושלים תשנ"ה, עמ' 319-322; ד' פרידמן, נ' כהן, **חוזים**, כרך א, הוצאת "אבירם", תשנ"א, עמ' 277-278.

"נוהג עובדתי" הינו נוהג ש"אינו מאומץ לא על-ידי החוק ולא על-ידי רצון הפרטים בעיסקותיהם", ואז "נשאר הוא בגדר נוהג ערטילאי". גם לנוהג מסוג זה יש חשיבות במערכת המשפטית, במיוחד לצורכי פרשנות.²⁷

מסקנתה של ד' אבן בעניין זה הינה:

שהאבחנות בין סוגים שונים של מנהגים, הן תוצר של התייחסות המשפט אל המנהג, אך אין הן נובעות מהמנהג עצמו. המנהג הוא דרך התנהגות מקובלת שתודעת-חיוב בצידה. ככזה הוא עשוי ללוש צורות שונות במסגרת עולם המשפט... אך בכך אין כדי לשנות את מהותו, תכונותיו וטיבעו.²⁸

4. הצורך בידיעת המנהג והיכולת להתנות עליו

מן האבחנה בין מנהג ונוהג, שנתבארה לעיל, נגזרות כמה נפקויות. להלן נעמוד על שתיים מהן.²⁹ כיוון שהמנהג הינו בגדר **דין - לא נדרשת ידיעתו** על ידי האדם שנגדו טוענים את תחולתו, ואף אין צורך שיהא אותו אדם נחשב כידוע את המנהג "ידיעה קונסטרוקטיבית". די שיהא המנהג ידוע לציבור בכללו. שונה הוא המצב לגבי הנוהג. כיוון שהלה מבוסס על אימוצו המשוער על ידי הפרט, הרי שיש צורך שהפרט **ידע על קיומו**, גם אם לא על תוכנו המדויק, בעת ביצוע העסקה. גם אם לעתים נסתפק בכך כי היה על צד לעסקה לדעת על קיומו של נוהג, אף אם בפועל לא ידע עליו, עדיין קיים פער בין שני המצבים, פער אשר יתבטא בדרכי ההוכחה שתידרשנה.

נפקות נוספת, הנוהג החוזי מטבעו יהא תמיד ניתן להתניה (דיספוזיטיבי), ולפיכך דינו להידחות מפני כל הוראה המצויה בעסקה המשפטית הספציפית שאינה מתיישבת עימו. לעומת זאת, המנהג אשר נושא אופי של דין, יכול שיהא כופה (קוגנטי).³⁰

²⁷ טדסקי, **שם**, עמ' 21-22. על המנהג והנוהג במשפט הציבורי כמכשירי פרשנות, ראה: שטרית, "המנהג במשפט הציבורי", עמ' 400-402. לשאלה, האם דרך פסיקה קבועה של בתי המשפט נחשבת למנהג או רק ל"נוהג עובדתי", ראה: אבן, **דסואטודו**, עמ' 43-44.

²⁸ אבן, **שם**, עמ' 44.

²⁹ על פי טדסקי, "המנהג במשפטנו", עמ' 16-18.

³⁰ אם כי ודאי שיש מנהגים שניתן להתנות עליהם. הדוגמא שמביא טדסקי (**שם**, בסמוך להערה 39) למנהג אשר נפסק כי הינו דין קוגנטי - תשלום פיצויי פיטורין.

במשפט העברי, כוחו של המנהג מבוסס על יכולת ההתנאה של הצדדים בדיני ממונות ועל ההנחה כי הכל פועלים מכללא על דעת המנהג. לגבי הצורך בדיעת הצדדים לעסקה על דבר קיומו של המנהג, לא מצאנו בראשונים דברים מפורשים. הרושם העולה מדברי רבים מהם הוא כי הצדדים מוחזקים כפועלים על דעת המנהג, גם אם מנהג זה אינו ידוע להם.³¹ בקרב האחרונים נחלקו הדעות בעניין זה.³²

באשר ליכולת ההתנאה על המנהג במשפט העברי. מסוגיא אחת בתלמוד הבבלי ומדברי הראשונים בכמה מקומות הוכחנו, כי בענייני ממון יפה כוחו של המנהג כל עוד לא התנו הצדדים ביניהם אחרת, אך אם התנו לעשות שלא על פי המנהג - תנאם גובר. לפי המשפט העברי, אם כן, המנהג הממוני ניתן תמיד להתניה (דיספוזיטיבי).³³

5. המנהג כמקור משפטי

אין ספק בכך שמנהגים מהווים מקור **מטריאלי** למשפט, קרי: מקור אשר ממנו שואב החוק, לצד מקורות נוספים, את תוכנם של כללי ההתנהגות הנקבעים על ידו. ברם, ענייננו בפרק זה מתמקד במנהג כמקור **פורמלי**, היינו כמקור המוכר על ידי שיטת המשפט כיוצר כללים משפטיים מחייבים.³⁴

להכרה במנהג כמקור משפטי פורמלי, לצד מקורות משפטיים אחרים דוגמת החוק הכתוב, עשויות להיות משמעויות שונות. למשל, מה מידת החובה של בתי המשפט להיזקק למנהג הקיים ולאוכפו, ועד כמה יוכלו לסטות ממנו או לבטלו; האם כוחו של "החוק המנהגי" שווה לחוק הכתוב, אולי אף עולה עליו, או שמא נחות הימנו; האם ייזקק בית המשפט למנהג רק במקרים של **חֶסֶר בחוק** (לְקוּנְהָ), גם במקרים של אי בהירות או עמימות, או אפילו כמסייג הוראת חוק ברורה; ועוד.³⁵

³¹ כך, למשל, כותב הרשב"א, כי כל העושה עסקה - "על דעת הדבר הנהג הוא עושה, וכאילו התנו ביניהן [על המנהג - ר"ק] בפירוש" (שו"ת הרשב"א, ח"ב, סי' רסח); ובדומה הרמב"ם (מכירה טו, ה): "כל שהסכימו עליו בני המדינה שהוא מום שמחזירין בו מקח זה מחזירין בו... **שכל הנושא ונותן סתם, על מנהג המדינה הוא סומך**". דברים דומים כותבים ראשונים רבים נוספים ביחס ל"דרישת לשון הדיוט". ראה לעיל, עמ' 38-41.

³² ראה: ש"ד, חו"מ מב, ס"ק לו; שו"ת נדיב לב, ח"ב, חו"מ, סי' מה-מו (השני); שו"ת צל הכסף, חו"מ, סי' לא-לג; פתחי חושן - הלכות שכירות, ירושלים תשמ"ה, פרק ז, הערה יז, עמ' קמט, ד"ה כתב הרמ"א. וראה עוד: הרב שמואל יגר, "מנהג המדינה", **פרי חיים** ב (תש"ס), עמ' שפט-שצ.

³³ עניין זה נדון לעיל, עמ' 144-149.

³⁴ לאבחנה בין מקורות מטריאליים ופורמליים, ראה: אבן, "מעמדו של המנהג בתחום המשפט הציבורי", עמ' 201, הערה 1; גביזון, "ביטול המגילה", עמ' 334-335.

³⁵ ראה בעניין זה: גביזון, **שם**.

מעבר לאמור, יש מקום לתת את הדעת לשאלה, האמנם רצוי להכיר במנהג כמקור משפטי. יש הטוענים, כי ההכרה במנהגים מיותרת, שכן החוק עולה בכוחו על המנהג, וכי ביכולתו לענות על כל צורכי החברה. כנגד דעה זו נטען, כי אין ביכולתו של החוק ליתן מענה לכל הבעיות, וכי ישנם תחומים שבהם יפה כוחו של המנהג ליצור הסדרים מכוחו של החוק.³⁶

עוד נטען, כי עדיף שהחוק ייקבע באמצעות חקיקה, ולא על ידי מנהגים שלא עברו תהליך זה. על טענה זו משיבים אחרים, כי פעמים רבות שהליכי החקיקה ממושכים ולפיכך, בשונה מן המנהג, אין בכוחה של החקיקה להדביק את קצב החיים. יתר על כן, עניינים מסויימים אינם מגיעים כלל לידי סיום הליכי חקיקתם, מסיבות שונות. למנהג ישנם יתרונות נוספים על החוק, ובהם גמישותו, האפשרות שיתפתח ביחס למקום מסויים או לחוג אנשים מוגדר, וכיוצא בזה.³⁷

6. מעמדו של המנהג כמקור משפטי - עצמאי או מכוח החוק

ישנם משפטנים המייחסים למנהג מעמד של מקור משפטי עצמאי, אשר אינו כפוף לחוק ואינו תלוי בהכרה של החוק. ברם, התפיסה המקובלת כיום הינה כי החוק הוא מקור תוקפו של המנהג.³⁸ תפיסה זו מעוגנת היטב בתודעת החברה בימינו, הן בעולם והן בישראל, היות שקיימת בה הכרה מוצקה בדבר עליונותו של החוק על פני המנהג.³⁹

דומה, אם כי אין היגדים מפורשים בנדון, כי גם לפי המקורות התנאיים והתלמודים אין למנהג במשפט העברי - אפילו בענייני ממון - מעמד של מקור משפטי עצמאי, וכל תוקפו נובע רק מכוחה של ההלכה אשר נקבעה על ידי חכמים. חכמי ההלכה במשנה, בתוספתא ובתלמודים הם שהעניקו למנהג את כוחו, בקובעים: "הכל כמנהג המדינה", "ואין משנין ממנהג הולכי שיירה", "מנהג מבטל הלכה", וכדו.⁴⁰

³⁶ טדסקי, "המנהג במשפטנו", עמ' 28-29. כהדגמה לאמור בתחום המשפט הציבורי יכולים לשמש דבריה של אבן, "מעמדו של המנהג בתחום המשפט הציבורי", עמ' 212-213.

³⁷ טדסקי, שם, עמ' 40-43. וראה שם, ביחס לטענה נוספת כי המנהג סותר עקרונות דמוקראטיים, ועל הטיעונים כנגדה. על חשיבות ההכרה במנהג כמקור משפטי, ראה גם: גביזון, "ביטול המגילה", עמ' 336-338; אבן, שם, עמ' 211-212.

³⁸ לדעות השונות בעניין זה ביחס לשיטת המשפט האנגלי, ראה במקורות שצויינו אצל גביזון, שם, עמ' 360, הערה 129. על מעמדו של המנהג במשפט הקאנוני החדש ובמשפט המוסלמי, ראה: פלק, **דת הנצח**, עמ' 102-105.

³⁹ טדסקי, "המנהג במשפטנו", עמ' 29; אבן, **דסואטודו**, עמ' 38-39, וביחס למשפט הישראלי - שם, עמ' 154-155.

⁴⁰ לדיון בעניין זה ביחס לביטויים תנאיים, ראה לעיל, עמ' 26-28.

אף אם לא מצויה הוראה מפורשת בחוקי המדינה המכירה במנהג, אין זה שולל עדיין את היותו של המנהג מקור משפטי מכוח החוק. גם האוחזים בגישה הפוזיטיביסטית, דוגמת אוסטין וקלזן, גורסים כי בהעדר הכרה מפורשת בכוחו של המנהג, בחוקה או במעשי החקיקה האחרים, עלינו להסיק הכרה מכללא של השיטה המשפטית בכוחו של המנהג.⁴¹

7. פסילת מנהגים נפסדים

התפיסה בדבר עליונותו של החוק מאפשרת פסילת מנהגים נפסדים על ידי המחוקק או על ידי בתי המשפט הפועלים מכוחו.⁴² עם זאת, מידת יכולתו של השופט, אם בכלל, לפסול מנהג, והקריטריונים אשר לפיהם יפעל, שנויים במחלוקת בין שיטות המשפט השונות ולעתים בתוך אותה שיטה בין מלומדים שונים. המשפט הקאנוני, ובעקבותיו המשפט האנגלי, פסלו מנהגים על יסוד "חוסר סבירות", בעוד אשר במשפט הישראלי, ובדומה במשפט הצרפתי, נדרש שהמנהג לא יסתור את "תקנת הציבור".⁴³

פסילת "מנהג רע/גרוע", "מנהג טעות" ו"מנהג שטות" קיימת גם במשפט העברי, ופוסקי ההלכה הראשונים - דוגמת רש"י, בעלי התוספות, הרמב"ם והרא"ש - נקטו בדרך זו לא אחת.⁴⁴

טדסקי במאמרו גורס, כי "תקנת הציבור" הינה מבחן ראוי לפסילת מנהג, בשל היותה כללית ואובייקטיבית. לעומת זאת, "אינה מתאימה לזמננו הדימוקראטי אף עמדה אבהותית-אפיטרופסית (כזאת הנהוגה בענין המנהגים במשפט היהודי, במשפט

⁴¹ אוסטין, עמ' 30-32; קלזן, עמ' 224-229; אבן, **דסואטודו**, עמ' 44-49. לביקורת על גישתו של אוסטין, ראה: אלן, עמ' 69-70.

⁴² על החשיבות בביקורת שיפוטית על מנהגים, ראה: גביזון, "ביטול המגילה", עמ' 338-340.

⁴³ טדסקי, "המנהג במשפטנו", עמ' 30-33.

⁴⁴ על ביטול "מנהג רע" ו"מנהג שטות" אצל רש"י ובעלי התוספות. ראה: אורבך, **בעלי התוספות**, עמ' 80-81, 139, 202-203, 459, 742; תא-שמע, **מנהג אשכנז הקדמון**, ירושלים תשנ"ב, עמ' 49 ואילך. על "מנהג טעות" אצל הרמב"ם, ראה: י' טברסקי, **מבוא למשנה תורה לרמב"ם**, ירושלים תשנ"א, עמ' 104-105. לגבי הרא"ש, ראה למשל: שו"ת הרא"ש (מהד' מכון ירושלים, תשנ"ד), כלל יב, סי' ג; כלל יז, סי' ו; כלל כב, סי' ז; כלל לז, סי' א; כלל מג, סי' ט. על "מנהג טעות" ו"מנהג גרוע" בכלל, ראה: I. Herzog, *The Main Institutions of Jewish Law*, London and New York, 1965, Vol. I, pp. 21-22; **ספר זכרון להרב יצחק נסים זצ"ל הראשון לציון - מעמדות ומושבות**, ירושלים תשמ"ה, עמ' רפה-רצה; שפרבר, **מנהגי ישראל**, ח"א, עמ' לא-לח; ח"ב, עמ' עו-קכה; א' לעווין, **זכרון מאיר על אבילות ועניני רפואה וחולי**, ח"א, טורונטו תשמ"ה, עמ' 12-14; הרב ש' דוד, שו"ת נר לעזרא, ח"ג - המנהג כהלכה, עמ' פז-צט.

הקאנוני, ועוד), אשר לפיה השופטים יתנו ציונים ל'מנהגי ההדיוטות' ויפסלו אותם כ'מנהג גרוע' או 'מנהג שטותי'.⁴⁵

ברם, יש להעיר על דבריו. ראשית, קביעתם של חכמי ההלכה כי מנהג זה או אחר הינו "מנהג גרוע" אינה "סובייקטיבית-שרירותית" כדבריו שם, אלא משקפת תפיסות עקרוניות וערכיות של "הציבור" האמון על ההלכה ואורחותיה. ואם כן, גם פוסקי ההלכה, בפוסלם מנהגים, פועלים למעשה עבור "תקנת הציבור".⁴⁶ יתר על כן, וכי "תקנת הציבור" בשיטות משפט אחרות - ובכללן המשפט הישראלי - אינה נקבעת פעמים הרבה, ואולי בדרך כלל, על פי תפיסת עולמו הסובייקטיבית של השופט היושב על מדין, או על פי הבנתו את תפיסות היסוד של החברה אשר בה הוא חי?⁴⁷

8. מנהג הנוגד את החוק (*Desuetudo*)

הניגוד בין חוק ומנהג יכול לבוא לידי ביטוי בשלוש צורות: אי שימוש בחוק (*desuetude*); מנהג נוגד חוק (*contra legem*); ואי-אכיפת חוק על ידי הרשות המבצעת.⁴⁸

האם יש להכיר במנהג הנוגד את החוק? או במלים אחרות: האם בכוחו של מנהג לבטל את החוק?

גם בנושא זה אין תמימות דעים בין שיטות המשפט השונות.⁴⁹ המסורת הקונטיננטלית מצדדת, באופן עקרוני, בכוחו המבטל של המנהג, ומקובל לפרש את שתיקת המחוקק בנדון כשליטת האיסור שהמנהג יבטל חוק. לעומת זאת, שיטות המשפט האנגלו-

⁴⁵ טדסקי, "המנהג במשפטנו", עמ' 32 (ההדגשות שלי - ר"ק).

⁴⁶ ראה, למשל: "ומ"מ אם נהגו שלא להקפיד כלל על היז'ק] ראה... מנהג בטעות הוא ואינו מנהג, שאין מחול ההקפדה אלא בממונות, שאדם רשאי ליתן את שלו או לזוק בנכסיו, אבל אינו רשאי לפרוק גדרן של ישראל ושל לא לנהוג בצניעות" (שו"ת הרשב"א, ח"ב, סי' רסח); "ואפי' [לן] נהגו כן הישראלים - אינו מנהג... דנזקי גוף הן מפני ריח רע, ואין אדם מנהיג לסבול נזקין שבגוף" (שם, ח"ד, סי' שכה). אמנם, לעתים קובעים הפוסקים כי מנהג מסויים הוא "מנהג גרוע/רע" או "מנהג בטעות" ואינם מפרטים את הנימוק לקביעה זו.

⁴⁷ ראה בעניין זה: א' ברק, שיקול דעת שיפוטי, אוניברסיטת תל-אביב, תשמ"ז, עמ' 467-468.

⁴⁸ אבן, דסואטודו, עמ' 49. וראה שם בהמשך, פירוט. חיבור זה מוקדש כולו לנושא המנהג הנוגד את החוק, על היבטיו השונים.

⁴⁹ לסקירה השוואתית בנושא זה ראה: אבן, דסואטודו, עמ' 73-184; פלק, דת הנצח, עמ' 99-105.

אמריקניות שוללות מהמנהג את כוחו המבטל.⁵⁰ גם חכמי האיסלם נחלקו בשאלה, באיזו מידה יכול המנהג לגבור על ההלכה הכתובה במקורות הדתיים.⁵¹

טדסקי מציין בהקשר זה, כי "המשפט היהודי גורס מצידו 'מנהג מבטל הלכה', בעניינים מסויימים".⁵² ברם יש להעיר, כי לדעת רוב מוחלט של הפוסקים כלל זה, שמקורו בתלמוד הירושלמי, נאמר רק ביחס לענייני ממונות. לפיכך, משמעותו אינה *נרמטיבית* - כפי שמציג זאת טדסקי - אלא שמבחינה *עובדתית*, הודות ליכולת ההתנאה בדיני ממונות, בכוחו של המנהג לקבוע את ההלכה בעניינים אלו.⁵³

במשפט הישראלי נקבע, כבר למן שנותיו הראשונות, כי נוהג מקובל אינו יכול לשנות חוק.⁵⁴ התפיסה כי אין להכיר במנהג נוגד חוק, על כל צורותיו, בוטאה במפורש על ידי בתי המשפט, ביחס לכל תחומי המשפט. כך נדחו על ידי בית המשפט מנהגים נוגדים של הרשות המבצעת, של הרשות השופטת וכן מנהגים של הציבור.⁵⁵ הנימוק העיקרי לדחייתם של מנהגים נוגדים, העומד בבסיס הפסיקה, הינו תודעת עליונות החוק כמקור מועדף למשפט, מצד אחד, ותודעת נחיתותו של המנהג כמקור משפטי, מן הצד השני.⁵⁶ עם זאת, חרף עמדתם המוצהרת, התחשבו בתי המשפט לא אחת במנהגים נוגדי חוק, בעיקר לצורך פרשנות חוקים. ברוב המקרים נעשה הדבר בשתיקה, ומבלי לסטות מעמדתם המוצהרת.⁵⁷

יצויין, כי כמה מלומדים סבורים שראוי להכיר בכוחם של מנהגים, בנסיבות מסויימות, לסייג חוקים או לשנותם.⁵⁸ ברם, עמדה זו לא נתקבלה לעת עתה על ידי הפסיקה בישראל.

⁵⁰ ראה גם: טדסקי, "המנהג במשפטנו", עמ' 33-36, 59; **אבן**, "מנהגה של הרשות המבצעת", עמ' 483-484.

⁵¹ דיקשטיין, "המנהגים", עמ' 3.

⁵² טדסקי, "המנהג במשפטנו", עמ' 34.

⁵³ המונח "מנהג מבטל הלכה" ומשמעותו נדונו לעיל, עמ' 42-44.

⁵⁴ טדסקי, "המנהג במשפטנו", עמ' 33-34.

⁵⁵ **אבן**, **דסואטודו**, עמ' 173-178.

⁵⁶ **שם**, עמ' 173. המנהג נתפס, אפוא, על ידי הפסיקה בישראל כמקור משפטי (על כך ראה להלן), ברם כמקור משפטי הנחות במעמדו מן החוק.

⁵⁷ **שם**, עמ' 179-183.

⁵⁸ הדוגמא הקלאסית המובאת לעניין זה הם מנהגי הרשויות בשאלת אכיפת או אי-אכיפת החוק. ראה: **אבן**, **דסואטודו**, עמ' 242-258; גביוון, "ביטול המגילה", עמ' 340-344; וביתר הרחבה: **אבן**, "מנהגה של הרשות המבצעת". על כך ששיקולי רשויות האכיפה עצמם מושפעים, לעתים, ממנהגים חברתיים ועדתיים, ראה: שטרית, "המנהג במשפט הציבורי", עמ' 404-407.

9. המנהג כמקור משפטי במשפט הישראלי

האם המנהג מהווה מקור משפטי בשיטת המשפט הנהוגה כיום במדינת ישראל?

בשנת 1984 בוטלה המגילה על ידי המחוקק הישראלי.⁵⁹ בפתחתה של המגילה מצויים 99 סעיפים, המכונים העקרונות הכלליים של הפיקה. סעיפים 36-45 עוסקים במנהג.

דעות שונות הושמעו בשעתן בין המלומדים באשר למשמעותם המשפטית של סעיפי המגילה הללו, טרם ביטולה. יש מי שגרס, כי לא היה לסעיפים אלו כל תוקף משפטי. לפיכך, המנהג לא היווה מקור משפטי במשפט העות'מאני, וממילא לא יכול היה להיקלט ככזה בשיטת המשפט הישראלית.⁶⁰ דעה זו נדחתה על ידי אחרים.⁶¹ ברם, גם ביניהם נחלקו הדעות בדבר היקפו של המנהג כמקור משפטי על פי המגילה. יש מן המלומדים שסברו, כי המגילה העניקה למנהג תוקף של מקור משפטי בכל תחומי המשפט.⁶² ויש מי שגרסה, כי הוראות המגילה בעניין זה הצטמצמו למשפט הפרטי, אך ודאי שלא היה בהן משום שלילת השימוש במנהג בתחומי משפט אחרים.⁶³

העמדה שהתקבלה בפסיקה בישראל הינה, כי בסעיפים הנזכרים קבעה המגילה את המנהג כמקור משפטי מחייב ולא רק ככללי פרשנות.⁶⁴ מן הפסיקה משתמע, כי ראתה את המנהג מכוח המגילה כמקור משפטי במובן החזק, היינו שבכל מקרה מתאים חייב בית המשפט לאכוף את המנהג.⁶⁵

⁵⁹ חוק לביטול המגילה, התשמ"ד-1984. המגילה הינה קודקס אזרחי מתקופת השלטון העות'מאני העוסק במשפט הפרטי, אשר מבוסס על עקרונות המשפט הדתי המוסלמי.

⁶⁰ מירון קובע, לאור בדיקת ההסטוריה החקיקתית, כי לא היתה כוונה שלסעיפים הנ"ל יהא מעמד של חוק.

⁶¹ לביקורת על טיעוניו של מירון, ראה: טדסקי, "המנהג במשפטנו", עמ' 13-15; אבן, "מעמדו של המנהג בתחום המשפט הציבורי", עמ' 203-204; הנ"ל, **דסואטודו**, 156-158; גביון, "ביטול המגילה", עמ' 329-330.

⁶² טדסקי, "המנהג במשפטנו", עמ' 52; אבן, "מעמדו של המנהג בתחום המשפט הציבורי", עמ' 205-207; שטרית, "המנהג במשפט הציבורי", עמ' 377.

⁶³ גביון, "ביטול המגילה", עמ' 349-350.

⁶⁴ אבן, "מעמדו של המנהג בתחום המשפט הציבורי", עמ' 203-205; גביון, **שם**, עמ' 347-349. וראה **שם**, שלא היתה זאת כוונתם המקורית של הסעיפים הנ"ל.

⁶⁵ גביון, **שם**, עמ' 351. על האבחנה בין מקור משפטי "במובן החזק" ו"במובן החלש", ראה **שם**, עמ' 335.

כיום, לאחר שבוטלה המגילה, אין בישראל כל דבר חקיקה המעניק תוקף משפטי כללי למנהגים. אמנם, קיימים סעיפי חוק רבים המפנים למנהגים, לנהגים, ל"דרך המקובלת", וכד'. ברם, מהוראות אלו לא ניתן להסיק על הכרה כללית בכוחו של המנהג. שכן, מצד אחד ניתן לומר כי ריבוי ההפניות למנהגים מבטא אהדה של שיטת המשפט למנהג. ברם, מצד שני ניתן לטעון כי יש להסיק ממנו דווקא את הכוונה ההפוכה, היינו מניעת הסתמכות על מנהגים מעבר למקרים שבהם המחוקק מפנה אליהם במפורש.⁶⁶

עם זאת, מן הפסיקה הישראלית שקדמה לביטול המגילה עולה, הגם שלא היה דיון מפורש בשאלה זו, כי בתי המשפט ראו את המנהג כמקור משפטי גם בלא קשר למגילה.⁶⁷ בפסיקה נקבע, כי בתי המשפט שומרים לעצמם את הזכות להשלים את הדין על ידי מנהגים, ואף נוהגים לעשות כן במקום שהדבר נדרש לצורך הכרעה צודקת. אמנם, נראה כי תוקפו של המנהג מכוח הפסיקה חזק פחות מאשר היה תוקפו לפי המגילה.⁶⁸

בשנת 1980 נחקק חוק יסודות המשפט, תש"ס-1980. בסעיף 1 לחוק מופנה בית המשפט לחקיקה, פסיקה והיקש, כמקורות שבהם ייעזר לשם הכרעה בשאלות משפטיות העומדות לפניו, בטרם יפנה לעקרונות "מורשת ישראל". המנהג אינו נמנה בין המקורות הללו. עובדה זו יוצרת אי בהירות נוספת לגבי מעמדו של המנהג כיום כמקור משפטי, שכן ניתן לראות בה משום "הסדר שלילי" בדבר היותו של המנהג אחד ממקורות המשפט. ואכן, יש שגרסו כי עם חקיקת החוק האמור אין להכיר עוד במנהג כמקור משפט.⁶⁹ מנגד, רבים אחרים סבורים כי חוק יסודות המשפט לא ביטל את היותו של המנהג מקור משפטי.⁷⁰

מן הפסיקה בישראל עולה עוד, כי המנהג מוכר כמקור משפטי בתחומי משפט שונים, כגון: דיני חוזים, דיני נזיקין, דיני משפחה, משפט ציבורי, משפט פלילי, ועוד.⁷¹ עם זאת, ברור

⁶⁶ שם, עמ' 353-354.

⁶⁷ בנוסף למצויין בהערה הבאה, ראה בעניין זה גם: אבן, "מעמדו של המנהג בתחום המשפט הציבורי", עמ' 210-208; הנ"ל, **דסואטודו**, עמ' 160-164.

⁶⁸ גביזון, "ביטול המגילה", עמ' 354-357. גביזון טוענת, כי מהפסיקה משתמע כי המנהג נתפס כמקור משפטי "במובן החלש", היינו כמקור שעל בית המשפט להתייחס אליו, אך רשאי הוא לסטות ממנו במקרים מסויימים.

⁶⁹ כך דעתם של ח' כהן וי' אדרעי (צויינו על ידי אבן, "מנהגה של הרשות המבצעת", עמ' 481, הערה 14).

⁷⁰ כך סוברים: ג' פרוקצ'יה, "חוק יסודות המשפט, תש"ס-1980", **עיוני משפט** י (תשמ"ד-תשמ"ה), עמ' 155; גביזון, "ביטול המגילה", עמ' 358-360, 362; א' ברק (צויין על ידי אבן, שם, הערה 12); שטרית, "המנהג במשפט הציבורי", עמ' 377. קיימת אפשרות לראות במנהג מקור משפטי מכוח עקרונות "מורשת ישראל" על פי חוק יסודות המשפט, אך דרך זו בעייתית. ראה: גביזון, שם, עמ' 360, 363, ובהערה 133.

⁷¹ טדסקי, "המנהג במשפטנו", עמ' 51-53. וראה הדוגמאות שהביא לאורך מאמרו. ביחס למשפט הציבורי - ראה גם: אבן, "מעמדו של המנהג בתחום המשפט הציבורי", עמ' 205-207; וביתר הרחבה: שטרית, "המנהג במשפט הציבורי", עמ' 391 ואילך. ביחס למשפט פלילי - ראה: טדסקי, שם, עמ' 51; גביזון, "ביטול המגילה", עמ' 350, הערה 94; ד' בייך, "מנהג ונוהג במשפטנו הפלילי - מקור משפטי מצוי או ראוי", **ספר יצחק פהן**, תל-אביב תשמ"ט, עמ' 310-335.

המנהג בשיטות משפט שונות ובמשפט העברי - עיון משווה

כי מידת ההסתמכות של בית המשפט על המנהג תשתנה בהתאם לאופיו של התחום המשפטי הנדון.⁷²

⁷² טדסקי, "המנהג במשפטנו", עמ' 51; גביזון, "ביטול המגילה", עמ' 350.

סיכום ומסקנות

מטרתנו בפרק זה הינה לארוג, במידת האפשר, למסכת חתומה את שניתן עד כה מגילות מגילות, ולהעמיד על המסקנות העיקריות העולות מן החיבור.

אין ספק כי המימרא בת שלוש המלים של רבא, הניצבת במרכזו של חיבורנו: **"האי סיטומתא קניא"** (בבא מציעא עד, ע"א) - בתוספת הפרשנות המרחיבה שהוענקה לה על ידי ראשונים ואחרונים - שינתה באופן משמעותי את דרכי הקניין מכפי שנקבעו על ידי התנאים. כמעט ולא ניתן לתאר את דרכי הקניין, החל מתקופת הראשונים, בלא קניין סיטומתא.

דין סיטומתא שימש אצל הראשונים והאחרונים, ועודו משמש בימינו - הן אצל פוסקי ההלכה והן בפסקי הדין של בתי הדין הרבניים ובתי הדין לדיני ממונות במדינת ישראל - כבסיס העיקרי למתן תוקף למנהגי הסוחרים בדרכי הקניין.

אמנם, בסיס לתוקפו של המנהג בענייני ממון מצוי גם במקורות תנאיים - "הכל כמנהג המדינה" (ולפי פרשנותם של רבים מן הראשונים גם: "דרש לשון הדיוט"), ובתלמוד הירושלמי - "מנהג מבטל הלכה"¹. ברם, מקורות אלו עוסקים במנהגי ממון באופן כללי ולא במנהגים בתחום דרכי הקניין. עם זאת, לעתים מובאים גם המקורות הללו על ידי הפוסקים - לצד סוגיית סיטומתא שבבבלי או בלעדיה - לשם ביסוס מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין.²

נושא מחקרנו הזיקק עיון מקדים בשלושה תחומים: המנהג בדיני ממונות; יסודות הקניין; ויכולת ההתנאה בדיני ממונות ובדרכי הקניין. נושאים אלו נדונו בשלושת השערים הראשונים של החיבור, ואנו נפתח במסקנות העולות מהם. לאחר מכן נפנה למסקנות העולות מן השער הרביעי והמרכזי של חיבורנו, מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין - קניין סיטומתא. במהלך דברינו להלן ניתן יהיה לעמוד על הזיקה שבין העניינים אשר נדונו במסגרת השער הרביעי לבין כמה מן העניינים שנתבררו בשערים הקודמים.

שאלת הגדרתו של המונח **"מנהג"**, לאו דווקא בענייני ממון, כמעט ולא זכתה להתייחסות, לפי המקורות שבידינו, עד לתקופת הראשונים.³ אצל הראשונים והאחרונים

¹ הביטויים: "הכל כמנהג המדינה", "דרישת לשון הדיוט", ו"מנהג מבטל הלכה", נדונו בהרחבה בפרק ב.

² ראה, למשל: "הכל כמנהג המדינה" - שו"ת הרא"ש בשם הר"י. צוטט לעיל, עמ' 242; "דרישת לשון הדיוט" - שו"ת הרשב"א, ח"ב, סי' רסח. נדון לעיל, עמ' 293-294; "מנהג מבטל הלכה" - במקורות שצויינו לעיל, עמ' 298, בהערות 51-52. פעמים שהפוסקים רק עושים שימוש בביטויים הללו, ופעמים שהם מפנים במפורש למקור התלמודי.

³ בתקופה התלמודית אין התייחסות מפורשת לשאלה זו; בתקופת הגאונים מצאנו התייחסות אחת בלבד. ראה לעיל, עמ' 7-9.

מצויה כבר הדרישה, כי על המנהג להיות נפוץ ותדיר, ויש מהם שקבעו כי צריך שינהגו על פיו לפחות שלוש פעמים. עם זאת, אין צורך שהמנהג יהא עתיק.⁴ הוכחנו ממקורות תנאיים ואמוראיים, כי גם ל"מנהג שלילי" - קרי: מנהג שלא לעשות פעולה כלשהי - יש תוקף. כך פסקו גם ראשונים ואחרונים, ונפלאו מאתנו דברי בעל שו"ת דבר אברהם שקבע את ההיפך.⁵

הדעה המקובלת בקרב הראשונים והאחרונים הינה, כי המנהג נקבע על פי רוב בני המקום, גם אם יש יחידים הנוהגים בדרך אחרת.⁶ עם זאת, מנהגו של היחיד בדיני ממונות, החורג ממנהג המדינה, מחייב את אותו יחיד ביחסיו עם אחרים, כמנהג מכללא.⁷

דנו בשני מונחים נוספים, הדומים ל"מנהג" בשורשם הדקדוקי, אך ככל הנראה אינם זהים עמו במשמעם: ה"הנהגות" בתקופת הגאונים וה"מנהגות" אצל הרמב"ם. ביחס למונח האחרון הצגנו ארבע דרכי הבנה שונות שהועלו על ידי חכמי הלכה וחוקרים.⁸

הפרק השני של החיבור הוקדש לבחינת **מעמדו של המנהג בדיני ממונות** במקורות ההלכה למן תקופת התנאים ועד ימינו. השאלה המרכזית שבחנו בפרק זה היתה, האם יש למנהג הממוני **מעמד עצמאי**, קרי: האם יש תוקף למנהג שנוהגים הציבור מעצמם, או שמא אין לו תוקף כל עוד לא נתקן כתקנת קהל או נקבע על ידי חכמי המקום.

קיים הבדל מהותי לעניין המנהג בין דיני ממונות לתחומי ההלכה האחרים. הבדל זה נובע מכך שדיני הממונות ניתנים להתנאה. בשאר ענפי ההלכה הבסיס למנהג הינו החובה להמשיך ולנהוג כפי שנהגו בעבר, או ההנחה כי מנהג הציבור משקף תקנת חכמים קדומה. לעומת זאת, הבסיס למנהגי הממון הוא ביסודו **הסכמי-חוזי**, היינו: מנהגים אלו מבטאים "הסכמה מכללא" של הציבור לנהוג על פיהם.⁹ במקורות העוסקים במנהג, ואשר נדונו בפרק זה, מצויים לעתים ביטויים משותפים עבור ענייני ממון ועניינים שאינם ממוניים. עם זאת, דברינו התמקדו בעיקר במנהג הממוני.

⁴ ראה לעיל, עמ' 9-10.

⁵ ראה לעיל, עמ' 16-19.

⁶ ראה לעיל, עמ' 11.

⁷ דוגמא לדבר: מעביד הנוהג, בניגוד למנהג המדינה, שלא לפטר עובדים בלא סיבה. ראה לעיל, עמ' 19-20.

⁸ ראה לעיל, עמ' 13-16.

⁹ בעניין זה ראה לעיל, עמ' 22-23.

פתחנו בבירור הביטויים התנאיים: "הכל כמנהג המדינה", ו"אין משנין ממנהג הספנין". ממקורות אלו עולה, כי יש למנהג תוקף גם אם לא תוקן כתקנה על ידי בני העיר.¹⁰ גם מן התלמודים עולה בבירור, כי יש למנהג מעמד עצמאי בעיצוב ההלכה בדיני ממונות. לפיכך, גם במקום שקיימת הלכה בנושא ממוני מסויים הדין הוא, כאמור בירושלמי: "המנהג מבטל את ההלכה". למסקנה דומה הגענו גם מבדיקת האופן שבו הבין התלמוד הבבלי את דברי המשנה: "הכל כמנהג המדינה".¹¹

גם בתקופת הגאונים ניתן למנהגי ממון, ובכללם למנהגי הסוחרים, מעמד עצמאי. אמנם, במסכת סופרים (יד, יח), שנתחברה קרוב לוודאי בתקופה זו, נאמר ביחס לזמני קריאת מגילות: "וזה שאמרו מנהג מבטל הלכה - מנהג וותיקין". היינו, תוקפו של המנהג מותנה בהיותו "מנהג ותיקין", קרי: מנהג שנקבע על פי חכמים. ברם, כאמור, הנדון שם אינו בתחום ענייני הממון.¹²

בתקופת הראשונים משתנה התמונה. כמה מן הראשונים, אף כי לא כולם, קובעים כי אין תוקף למנהג שנהגו הקהל מעצמם אלא אם תיקונוהו כתקנת קהל או שנקבע על פי חכמים. ראש וראשון לאוחזים בדעה זו הוא הרי"ף (צפון אפריקה-ספרד, המאה ה-11).¹³ באחת מתשובותיו הוא קובע, כי אין למנהג ממוני תוקף אלא אם נתקן כ"תקנה" על ידי "רוב הקהל" בהתייעצות עם "זקני הקהל".

אמנם, בסיום דבריו מוסיף הרי"ף, כי **חזקה** על מנהג שכבר נוהג כי תוקן בעבר. ונמצא, כי המיגבלה שהציב ביחס לתוקפו של המנהג הינה בעיקרה **להלכה**, אך **למעשה** אין בה משום מיגבלה של ממש. ואכן, בכמה מקומות בהלכותיו מכיר הרי"ף בתוקפם של מנהגים בענייני ממון ואין הוא מצריך שיתוקנו כתקנה.

שיערנו כי שיטתו של הרי"ף מושפעת מן התפיסה הגאונית המבוטאת במסכת סופרים, כי על המנהג להיות "מנהג ותיקין". אמנם, במסכת סופרים לא מדובר על מנהגי ממון. ברם, יתכן כי הרי"ף סבר כי העיקרון האמור שם כוחו יפה ביחס אל מנהגים בכלל; שהרי הביטוי "מנהג מבטל הלכה" - שעליו מוסבים דברי מסכת סופרים - נאמר במקורו בירושלמי בענייני ממון. כמה מראשוני ספרד - רמב"ן, ריטב"א וריב"ש - הולכים בעקבות

¹⁰ ראה לעיל, עמ' 24-37.

¹¹ על "מנהג מבטל את ההלכה" - ראה לעיל, עמ' 42-44; על עמדת התלמוד הבבלי - לעיל, עמ' 44-45.

¹² ראה לעיל, עמ' 47-56.

¹³ על שיטת הרי"ף, ראה לעיל, עמ' 56-61.

הרי"ף, אם כי בווריאציות שונות. לעומתם, הרשב"א חלוק על גישה זו וסבור כי יש תוקף למנהג שנהגו הציבור מעצמם.¹⁴

ומספרד לאשכנז. ר' יצחק אור זרוע (אשכנז, מאות 12-13) קובע, בהסתמכו על מסכת סופרים, כי אין תוקף למנהג ממון אלא אם נקבע "על פי חכמי המקום". נראה לנו כי כוונתו היא, שהמנהג צריך להיקבע כתקנת קהל תוך התייעצות עם חכמי המקום, כדעת הרי"ף בתשובה. גם בקרב ראשוני אשכנז, כמו בקרב הראשונים שבספרד, אין תמימות דעים בנושא זה. כמה מהם (מרדכי, תרומת הדשן) מאמצים, באופן עקרוני, את דעת האור זרוע. ברם, ר' אביגדור כ"ץ (וינה, המאה ה-13-) חולק על עמדה זו וסובר, כי גם מנהג שנהגו הסוחרים מעצמם - יש לו תוקף. כך היא גם עמדת המהרי"ק (איטליה, המאה ה-15).¹⁵

חרף הדמיון שבין גישות חכמי ספרד ואשכנז, כאמור, הערנו על הבדל מסויים ביניהן. הרי"ף, ובעקבותיו הרמב"ן, מעמידים כל מנהג על "חזקתו" שתוקן בעבר. לעומת זאת, אצל חכמי אשכנז "חזקה" מעין זו נעדרת כליל.¹⁶

וממצא מעניין נוסף בנושא המנהג הממוני. רבים מראשוני ספרד וצפון אפריקה משתמשים בביטוי התנאי "דרש לשון הדיוט" לשם ביסוס תוקפם של מנהגים בענייני ממון, גם כאשר לא נכתב ולא הותנה דבר בין הצדדים. הראשון שעושה בכלל זה שימוש נרחב ושיטתי הוא הרשב"א. לעומת זאת, אצל ראשוני אשכנז וצרפת לא מצאנו ולו מקור אחד שבו נעשה שימוש בכלל האמור, הלכה למעשה, כדי לבסס את תוקפם של מנהגי ממון.¹⁷

חילוקי הדעות בנושא מעמדם של מנהגי ממון נמשכים גם בתקופת האחרונים. רבים מן האחרונים בדעה, כי יש ליתן תוקף למנהג ממוני שהציבור נוהג בו מעצמו, גם במקום שהמנהג "מבטל הלכה". מנגד, אחרים סבורים, כי אין בכוחו של מנהג בענייני ממון לבטל הלכה אם לא נקבע על ידי חכמי המקום ("מנהג ותיקין"). ואילו הרדב"ז מאבחן לעניין זה בין מנהג "כל בני המדינה" לבין "מנהג החמרים והספנים".¹⁸ הדיינים בבתי הדין הרבניים במדינת ישראל מעניקים תוקף, כדבר שבשיגרה, למנהגי ממון רבים, ופרט לשני פסקי דין -

¹⁴ על שיטותיהם השונות של חכמי ספרד, ראה לעיל, עמ' 69-82.

¹⁵ על שיטותיהם של חכמי אשכנז ואיטליה, ראה לעיל, עמ' 82-88.

¹⁶ ראה לעיל, עמ' 82-83.

¹⁷ "הלכה למעשה", להבדיל מפרשנות הביטוי "דרש לשון הדיוט" במסגרת הסוגיא התלמודית. ראה בעניין זה לעיל, עמ' 40-41.

¹⁸ על שיטות האחרונים בעניין זה, ראה לעיל, עמ' 88-97.

שניתנו באמצע שנות ה-50 וראשית שנות ה-60 של המאה ה-20 - לא מצאנו בדבריהם את הדרישה, כי על המנהג להיקבע על ידי חכמים.¹⁹

מסקנתנו לאור האמור, כי **בנושא מעמדו של המנהג בדיני ממונות חלה תמורה שתחילתה**, על פי המקורות המצויים בדינו, **אצל הרי"ף בספרד**, ומאוחר יותר - אצל ר' יצחק אור זרוע באשכנז. הרי"ף הינו הראשון שקבע כי המנהג הממוני מקבל תוקף רק אם תיקונווהו כתקנת קהל. עד אליו, דומה כי היה ברור לכל שיש תוקף למנהג שנהגו הציבור מעצמם.

בשער השני של חיבורנו דנו **ביסודות הקניין** במקורות התלמודיים, כפי שנתבאר על ידי הראשונים והאחרונים. בקניין ישנם שני מרכיבים: גמירות דעת ומעשה קניין. אין חולק על כך, כי קניין שנעשה בלא גמירות דעת מצד הקונה או המקנה - אין לו תוקף. ברם, בקרב הראשונים והאחרונים נחלקו הדעות בשאלת תפקידו של מעשה הקניין. יש הסוברים כי מעשה הקניין הינו יסוד עצמאי, והוא עיקרו של הקניין. ברם, דעת רוב האחרונים הינה כי **יסוד הקניין הינו גמירות הדעת**, וכי מעשה הקניין נחוץ רק כאמצעי להביא לידי גמירות הדעת, או כדי להוכיח על קיומה. משום כך, מקום שגמירות הדעת מוכחת בבירור מן הנסיבות, ניתן להקנות גם בלא מעשה קניין. אין ספק, כי יש בדיני הקניין על פרטיהם גדרים פורמליים, כדוגמת צורתו המדוייקת של כל אחד ממעשי הקניין. עם זאת, אין בכך משום סתירה לדעה, כי תכלית מעשה הקניין הינה להביא לידי גמירות דעת או להעיד על קיומה.²⁰

השער השלישי הוקדש לבחינת **יכולת ההתנאה בדיני ממונות ובדרכי הקניין**. מקובל לחשוב, כי הכלל: "בדבר שבממון - תנאו קיים" מתייחס רק לחיובים ממוניים אך לא לדרכי הקניין. אכן, כך נראה מסברא, כך עולה מן המקורות התלמודיים וכך היא דעת כל הראשונים בספרד. עם זאת, מצאנו אצל שנים מחכמי פרובאנס - ראב"ד, ומאירי בשם "גדולי עולם" - את הדעה המנוגדת, ולפיה הקונה והמוכר **יכולים להתנות ביניהם לבצע את הקניין** בדרכים אשר אינן תקפות על פי הדין.

דעת האחרונים בעניין זה הינה כדעת רוב הראשונים. אמנם, אחד מן האחרונים, ר' יעקב טננבוים, כותב במפורש כי הכלל "בדבר שבממון - תנאו קיים" יפה גם לעניין **דרכי הקניין**, ולפיכך יכולים הצדדים להסכים ביניהם לקנות בדרך שאינה מועילה לפי ההלכה. כדעה זו משמע, לדעתנו, גם מדברי המהרשד"ם. ברם, כאמור, זו אינה הדעה המקובלת בקרב האחרונים.²¹

¹⁹ ראה לעיל, עמ' 98-100.

²⁰ נושא יסודות הקניין נדון בפרק ג.

²¹ על עניין יכולת ההתנאה של הצדדים בדרכי הקניין, ראה לעיל בפרק ד, עמ' 137-144.

תוקפם של מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין עוגן על ידי הראשונים והאחרונים, כנזכר לעיל, בעיקר באמצעות דין סיטומתא. סוגיית סיטומתא, הפרשנויות הישירות והמרחיבות שניתנו לה וההבנות השונות באשר לבסיס המשפטי לתוקפו של קניין סיטומתא - כל אלו הינם לב לבו של חיבורנו, ולדיון בהם הוקדש שער הרביעי והמרכזי.

בשני מקורות תלמודיים מצאנו כי דרכי קניין נקבעות בהתאם למנהג.²² הראשון שבהם, ברייתא המובאת בתלמוד הירושלמי. מברייתא זו עולה כי דרכי הקניין של מקרקעין השתנו מזמן לזמן ונקבעו לפי המנהג, עד שנקבעה ההלכה השנויה במשנה - אף היא, כך נראה, בהשפעת המנהג.²³ למיטב ידיעתנו, ברייתא זו אינה נזכרת בדברי הראשונים כמקור לתוקפם של מנהגי הסוחרים. רק אצל שנים מאחרוני האחרונים היא מובאת - לצד דין סיטומתא - כאסמכתא למנהגי הסוחרים בדרכי הקניין. עמדנו על הטעמים לשימוש המועט כל כך בברייתא האמורה, בהשוואה לשימוש הנרחב שנעשה בסוגיית סיטומתא לאותה מטרה.²⁴

המקור התלמודי השני - ומנקודת מבטם של פוסקי ההלכה, גם העיקרי - שבו אנו מוצאים כי דרך קניין נקבעת בהתאם למנהג המקום, הינו **סוגיית סיטומתא** שבתלמוד הבבלי (ב"מ עד, ע"א). הסוגיא נפתחת במימרא שמוסר רב פפי (או: רב פפא) בשם רבו, רבא (דור רביעי לאמוראי בבבלי, נפטר בשנת 352): "האי סיטומתא קניא", ובתרגום לעברית: 'סיטומתא זו קונה'. פירוש המילה "סיטומתא" בארמית בבבלי הוא: **חותם**.²⁵

לדעת הגאונים וכמעט כל הראשונים, סיטומתא הינה חותם שרושם הקונה על המקח. קיומו של מנהג לחתום סחורות בחותמות ידוע לנו, הן מן המזרח הקדום והן מן המשנה. חותמות רבות שרדו גם מן התקופה הסאסאנית, התקופה שבה חיו אמוראי בבבלי. כמה מהן היו שייכות ליהודים, ובכלל זה לאמוראים ידועי שם, דוגמת רב הונא בר נתן, תלמידו המובהק של רב פפא, שחי בבבל במאה ה-4. לא מפליא אם כן לשמוע מפי רב פפי (או: רב פפא) בשם רבא הלכה העוסקת בחותם, "סיטומתא".

חותמות היו נפוצות בזמן הקדום, לא רק בבבלי, והן שימשו לסימון הבעלות ברכוש ולשמירתו. בעת שמילאו קנקן היו טובעים חותם על מגופת הטיין שכיסתה את פיו. חבילות סחורות ודברים נוספים שהיו טעונים שמירה מפני גנבה, נהגו לקושרם בחבלים ועל הקשר היו מדביקים גוש קטן של טין וטובעים בו חותם. שיערנו, כי הטבעת החותם הפכה ברבות השנים, במקומות מסויימים, לדרך קניין.

²² מקורות אלו נדונו בפרק ה.

²³ ירושלמי, קידושין, פ"א ה"ה, ס ע"ג. על הברייתא ופירושה, ראה עמ' 152-157.

²⁴ ראה לעיל, עמ' 157-158.

²⁵ לבירור לשוני של המילה "סיטומתא", ראה עמ' 162-163.

לא ניתן לדעת ממימרתו הקצרה של רבא, "האי סיטומתא קניא", האם דבריו נסובו, מבחינה ריאלית-הסטורית, אודות הקנאה של מטלטלין או של מקרקעין (כגון: דלתות של מחסנים שנהגו לקושרם בחבלים ועל הקשר להדביק גוש קטן של טין ולהטביע בו חותם), או שמא של שניהם גם יחד. על פי הנתונים שבידינו יש צדדים לכאן ולכאן. לאחר שקילתם דעתנו נוטה לכך, כי "סיטומתא" היתה דרך קניין של סחורות מיטלטלות בלבד. עם זאת, היות ואין בידינו עדויות הסטוריות ישירות מבבל על הקניין ב"סיטומתא", פרט למימרתו של רבא, לא נוכל, לעת עתה, לקבוע מסמרות בשאלה זו.

הערנו על הדמיון שבין קניין "סיטומתא" הבבלי לבין עדויות לדרך קניין דומה במשפט הרומי. בשני מקומות בדייגסטה של יוסטיניאנוס נזכרת הטבעת חותם על מקח כדרך קניין. במקום אחד מובאת מחלוקת של שני חכמי משפט, אשר חיו בסביבות ראשית הספירה הנוצרית. השנים נחלקו בשאלה, האם החתמת חבית בחותם על ידי הקונה מעבירה אליו את הבעלות בה, או שמא נועד אקט זה רק כדי למנוע את החלפת היין אך אין בו משום מעשה קניין. כמאתיים שנה מאוחר יותר אנו מוצאים בשם חכם רומי אחר, שניתן לקנות קורות עץ על ידי הטבעת חותמו של הקונה עליהן. לעת עתה, אין בידינו לקבוע, אם מדובר בהתפתחות מקבילה שהתרחשה בנפרד באימפריה הרומית ובבבל (בתקופתו של רבא ויתכן שעוד לפניו), או שמא בגילגול של מנהגי הסוחרים ממקום אחד למשנהו.²⁶

מלשונה של מימרת רבא - 'סיטומתא זו קונה' (בתרגום מארמית) - משמע שמדובר במעשה קבוע ומוכר. מסתבר לומר, אף כי לא הכרחי, שרבא נתכוון להעניק תוקף לסיטומתא רק במקום שנהגו לקנות בדרך זו.²⁷

רב חביבא ורבנן בסוגיית הבבלי נחלקים בפרשנות המילה "קניא" שבדברי רבא. רב חביבא גורס, כי הכוונה לקניין "ממש", ולדעת רבנן - סיטומתא מועילה רק לעניין קבלת "מי שפרע" על החוזר בו. לאחר מחלוקת אמוראים זו חותמת הסוגיא בדברי סתמא דגמרא: "והלכתא לקבולי עליה מי שפרע, ובאתרא דנהיגו למקני ממש - קנו". כלומר, במקום שאין בו מנהג - סיטומתא מועילה רק לעניין "מי שפרע", אולם במקום שנהגו לקנות בדרך זו ממש - היא מועילה כקניין לכל דבר. ביארנו בכמה אופנים הן את מחלוקת האמוראים והן את דברי סתמא דגמרא.²⁸

מן המקורות התלמודיים המשכנו לתקופה הבתר תלמודית. אצל הגאונים נדונים מנהגים בענייני ממון בכלל, ומנהגי הסוחרים בפרט, במקומות רבים למדי. לעומת זאת, קניין סיטומתא נזכר בתקופת הגאונים, ככל הידוע לנו, במספר מקומות מועט ביותר. ואף בהם

²⁶ לביורר ריאלית-הסטורי של השימוש בחותם, ראה עמ' 164-172.

²⁷ על מימרת רבא, ראה לעיל, עמ' 172-177.

²⁸ על מחלוקת רב חביבא ורבנן - ראה לעיל, עמ' 177-184; על דברי סתמא דגמרא - לעיל, 184-186.

מדובר, לכל היותר, בציטוט של הסוגיא בתוספת פירוש מילולי-ענייני קצר.²⁹ דומה, כי הסיבה לכך נעוצה באחד משני הסברים. יתכן שהגאונים ראו בדין סיטומתא דין **מצומצם**, המתייחס לצורת הקניין הספציפית של "סיטומתא" בלבד, ולא לכל דרכי הקניין שנהגו בהן הסוחרים. אם אמנם היתה זו תפיסתם, הרי שלא ניתן להסתמך על סוגיית סיטומתא כדי ליתן תוקף לדרכי קניין אחרות הנהוגות במדינה, כפי שנמצא מאוחר יותר אצל הראשונים; וודאי שאין בכוחה של סוגיא זו כדי לבסס את תוקפם של מנהגי הסוחרים שלא בנושא דרכי הקניין.

הסבר אפשרי נוסף הינו, כי הגאונים לא נדרשו לסוגיית סיטומתא הלכה למעשה, לא מחמת שראו בה סוגיא מצומצמת, וממילא בלתי רלוונטית למציאות שבימיהם. הגאונים אכן הבינו, כי סוגיית סיטומתא מתייחסת לכל מנהגי הסוחרים. ברם, הם לא ראו צורך להשתמש בסוגיא זו מחמת שראו בה אך ענף אחד מתוך אילן גדול רב פירות, הלא הוא - **המנהג**. המנהג זכה למקום של כבוד אצל הגאונים בכל תחומי ההלכה, וגם בדיני ממונות. משום כך, כאשר עניין ממוני כלשהו הפך ל"מנהג" - "מנהג המדינה", "מנהג התגרים", וכד' - די בעובדה זו, לדידם של הגאונים, כדי ליתן לו תוקף, ואין עוד צורך להיזקק לסוגיית סיטומתא, שאינה אלא אחת הנגזרות מכוחו של המנהג.

מן הגאונים עברנו לראשונים ולאחרונים. במהלך מחקרנו עמדנו על מידת ההשפעה של מנהגי הסוחרים - בדרך כלל סוחרים גויים, שבקרבתם ישבו יהודים ועימם סחרו - על דרכי הקניין בתקופה זו. בספרות ההלכה של הראשונים והאחרונים, במיוחד בספרות השאלות והתשובות, מצויים לאלפיהם דיונים בדרכי קניין שונות שהיו נהוגות אצל הסוחרים. דרכי קניין אלה לא תאמו, פעמים רבות, את דיני הקניין הרגילים, הקבועים במשנה ובתלמודים; ובכל זאת, הוענק להן תוקף במקרים רבים, אם כי לא תמיד, מכוח "מנהג המדינה" ועל סמך דין סיטומתא.³⁰ כמה מן הדוגמאות לאמור, שבהן עסקנו: מסירת מפתח כדרך קניין של סחורה; קניין בתקיעת כף; קניין על ידי נתינת מטבע - דמי קדימה; חוזה; הגרלה; אמירת "מזל וברכה" בין יהלומנים; קנייה בכרטיס אשראי; קנייה באמצעות האינטרנט; ועוד.³¹

דין סיטומתא המתייחס במקורו לדרך קניין מסויימת ומוגדרת - הטבעת חותם על המקח לשם קנייתו - זכה אפוא אצל פוסקי ההלכה, ראשונים כאחרונים, ל**פרשנות מרחיבה**, היינו: לראיית דין זה כבניין אב לכל מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין, וליישומו על ידי הפוסקים ביחס לדרכי קניין שונות שנהגו בזמנם ובמקומם. דין סיטומתא מהווה, אם כן, דוגמא קלאסית ומרתקת להתמודדותה של ההלכה במרוצת הדורות עם תנאי החיים המשתנים.

²⁹ קניין סיטומתא בתקופת הגאונים נדון בפרק ו.

³⁰ לעתים, הוענק תוקף לדרכי קניין אלו גם על סמך הכלל "דינא דמלכותא דינא". למשל, ביחס להעברת מקרקעין על ידי רישום בספרי אחוזה ("טאבו"). ראה: שילה, **דינא דמלכותא דינא**, עמ' 164-169, 380-383.

³¹ דרכי קניין אלו נדונו בפרק ח. תקיעת כף ונתינת מטבע - דמי קדימה, נדונו גם בפרק ז.

למעשה, לסוגיית סיטומתא ניתנה על ידי הפוסקים פרשנות מרחיבה בשלושה מעגלים, כל אחד מהם רחב מקודמו:

1. המעגל הפנימי והמצומצם ביותר, אשר תואר לעיל, עניינו **דרכי הקניין השונות** הנהוגות על ידי בני המדינה או הסוחרים.
2. מעגל הפרשנות השני, הרחב יותר, מקיף גם **בעיות אחרות בדיני הקניין**, דוגמת: אסמכתא, הקנאת קרקע שאינה מסויימת,³² ומצבים רבים נוספים שבהם לא ניתן להקנות על פי דיני הקניין הרגילים.³³ כאשר המנהג הוא להקנות במצבים שכאלה, הרי שניתן ליתן תוקף לקניין, לדעת חלק מן הפוסקים, מכוח המנהג ועל סמך דין סיטומתא. נמצא, כי בכוחו של דין זה "לרפא" פגמים שונים בדיני הקניין.
3. המעגל השלישי של הפרשנות, הרחב משני קודמיו, רואה את דין סיטומתא כחלק **מכלל מנהגי הממון**, ולפיכך כמהווה בסיס הלכתי-משפטי לתוקפם של כל המנהגים הללו.³⁴

כתוצאה מן הפרשנות המרחיבה, על שלושת מעגליה, הפכה סוגיית סיטומתא מסוגיית מקומית-ספציפית לאחד המקורות החשובים בהלכה, ואולי החשוב שבהם, לביסוס תוקפו של המנהג בדיני ממונות.

מאלף הדבר, כי לא רק הפרשנות המרחיבה לדין סיטומתא, אלא גם הפרשנות הישירה שניתנה למונח "סיטומתא" הושפעה, במידה לא מעטה, מן המקום והזמן.³⁵ על השפעה זו למדנו ממקורות הסטוריים ופעמים גם מדבריהם של חכמי ההלכה עצמם.

ברור, למשל, כי פרשנותו של רבנו חיים הכהן, שחי בפאריס, ל"סיטומתא" - **תקיעת כף** - שאובה ממנהג הסוחרים בצרפת במאה ה-12.³⁶ רבנו חיים מזכיר בדבריו את הכינוי לתקיעת כף בצרפתית עתיקה: "פאמיא" (*paumée*), ומציין כי כך "רגילין הסוחרים, תוקע כפו בכף חבירו, וזהו גמר המקח". פרשנות דומה מצויה בחיבור פרובנסאלי מן המאה ה-13, המיוחס לריטב"א למסכת בבא מציעא - "פלמד"א" (*palmata*) - ואף היא משקפת את המנהג בפרובאנס בתקופה זו. דומה, כי פרשנותם של רש"י, ראב"ד ומאירי, כי סיטומתא הינה חותם

³² ראה לעיל, עמ' 272-275.

³³ לפירוט ראה לעיל, עמ' 272, הערות 247 ו-248.

³⁴ ראה לעיל, עמ' 231, הערות 20 ו-21.

³⁵ הפרשנות הישירה לסוגיית סיטומתא, ובכלל זה למונח סיטומתא, נדונה בפרק ז.

³⁶ יתכן, כי רבנו חיים כהן עצמו לא נתכוון ליתן פירוש מילולי למילה סיטומתא ואין בדבריו אלא פרשנות בדרך של הדגמה. עם זאת, הרא"ש הבין כי רבנו חיים אמנם נתכוון לתת פרשנות מילולית. ראה לעיל, עמ' 201.

המוטבע על **חביות** (יין או שמן) - להבדיל ממקח/חפץ באופן כללי, כפירוש הרגיל אצל הגאונים - מושפעת אף היא ממנהג הסוחרים בזמנם.³⁷

שיערנו, כי גם פירושים של הרא"ה והריטב"א, כי סוגיית סיטומתא עוסקת **בנתינת "מטבע שאין עליו צורה"**, שאוב ממנהג הסוחרים במקומם - ברצלונה, במפנה המאות ה-13 וה-14 - לקנות סחורה באמצעות נתינת מטבע. עדות לקיומו של מנהג זה בין המאות ה-12 וה-15 - במדינות אירופה מצויה הן בספרות ההלכה והן במקורות הסטוריים. המנהג היה ליתן מטבע רגילה, עוברת לסוחר, כתשלום סימלי של דמי קדימה. נראה לנו, כי העובדה שהרא"ה והריטב"א מדברים על נתינת "מטבע שאין עליו צורה" אינה משקפת את מנהג הסוחרים שבזמנם, אלא **נובעת מן הצורך להתאים מנהג זה להלכה התלמודית**, ולפיה ניתן לקנות מטלטלין במטבע (בחליפין) רק אם זו מחוסרת צורה.³⁸

במהלך החיבור נוכחנו, כי לא מעט מונחים זרים - אשר מקורם במשפטי המדינות ובמנהגים שנהגו בהן - שרדו במקורות ההלכה השונים. פעמים שרדו המונחים בצורתם המקורית;³⁹ פעמים תורגמו, אם תרגום מילולי⁴⁰ ואם תרגום ענייני;⁴¹ ופעמים נשתבשו מחמת זרותם הלשונית או בשל טעות מעתיקים.⁴² בכל מקום במהלך החיבור שהובא מונח שכזה, צויין לצידו פירושו. על הריבוי במונחים אלו בנושא מנהגי הסוחרים, ועל שלל השפות והאיזורים שבהם השתמשו באותם מונחים, ניתן לעמוד באמצעות עיון בלוח המונחים הלועזיים הנספח לחיבורנו. לצד כל מונח בלוח מצויין פירושו בתמצית. כן מצויה הפניה למקום העיקרי שבו נזכר המונח בחיבור.⁴³

הבירור ההסטורי-ריאלי של מנהגי הסוחרים האיר, לא פעם, באור חדש את המקורות ההלכתיים ותרם להבנתם. דוגמא יפה לכך הינה תשובה של המהר"ם מינץ

³⁷ ראה לעיל, עמ' 193-194.

³⁸ ראה לעיל, עמ' 204-206.

³⁹ לדוגמא: "פאמיא" (עמ' 196-198); "פלמד"א" (עמ' 198); "האנד שלאק" (עמ' 200).

⁴⁰ לדוגמא: "חילוף כתב" - תרגום מילולי ממונח גרמני. ראה לעיל, עמ' 326, הערה 208.

⁴¹ לדוגמא: בדברי רבנו חיים בשו"ת הרא"ש מופיע המונח המקורי לתקיעת כף, "פאמיא", ובמקבילות בפסקיו ובתוספותיו - רק בתרגום ענייני: "תוקע כפו". ראה לעיל, עמ' 196, ובהערה 24.

⁴² לדוגמא: "פאמיא אוף שלק" נשתבש ל: "פאמיא אוף שליכא"; "יא אוף". ראה לעיל, עמ' 197, הערה 25.

⁴³ על החשיבות בהבנת המונחים הלועזיים בספרות ההלכה, במיוחד בספרות השו"ת, ועל הצורך בעבודת מילונאות נרחבת בתחום זה, ראה מאמרי: "בכחמה פותח שערים" - סקירה על: ב' ליפשיץ וא' שוחטמן (עורכים), מפתח השאלות והתשובות של חכמי אשכנז, צרפת ואיטליה - המפתח המשפטי, הוצאת המכון לחקר המשפט העברי, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, ירושלים תשנ"ז, **עלי ספר** כא (טרם פורסם).

שנכתבה לר' זלמן לוי ציון, אחד מרבני נירנברג.⁴⁴ השאלה עוסקת בפרה מעוברת שקנה יהודי מגוי בקניין "לייקוף ד' פשוטים" ובלא משיכה. הפרה נמכרה על ידי היהודי לגויה ואחר כך ילדה בכור זכר. ר' זלמן היה סבור, כי "לייקוף" הוא כקניין כסף. המהר"ם חלק על דעה זו וקבע כי "נתינה ווינקוף" ... דקנה בדיניה[ם] אינו מטעם כסף".

במהלך דבריו מתאר המהר"ם מהו "וייקוף": המוכר והקונה נותנים מעות, שווה בשווה, ל"סרסרות ולאנשי וועד לגמור המקח", והאחרונים קונים בכסף שקיבלו "שכר או יין" ושותים אותו "לפרסומי מילתא, ולהיות עדים על המכירה". לעומת זאת, מדברי ר' זלמן בשאלתו עולה תיאור שונה לגמרי של דרך הקניין ב"לייקוף/לייקוף", והוא: נתינת מעות של הקונה למוכר, ולא נתינת מעות של שניהם יחד לאחרים כדי שישמשו כעדים.

מלבד השוני שבין השואל והמשיב בתיאור של דרך הקניין, קיים שוני נוסף ביניהם, בנוגע לכינויה. ר' זלמן, כאמור, מכנה את דרך הקניין הנדונה: "לייקוף" או "לייקוף", ואילו המהר"ם מינץ משתמש במונח: "וייקוף". מן הראוי לציין, כי שני ההבדלים שצינו אינם זוכים להתייחסות מפורשת על ידי מי משני החכמים.

ההבדלים האמורים מוסברים היטב לאור עיון במקורות הסטוריים. שלושת המונחים שנזכרו לעיל אינם אלא כינויים שונים לדרך קניין אחת, שנקראה בגרמנית של ימי הביניים: *Leikauf* או *Winkouf*, ופירושה: מכר (בשתיית) יין. שמה של דרך קניין זו מקורו במשתה היין שבו נהגו הסוחרים לציין את גמר המקח.

מונחים אלו שימשו בכמה משמעויות, וביניהן: נתינת כסף המיועד לקניית משקה למשתה, וכינוי למשתה המשותף עצמו הנעשה בגמר העסקה. ממקורות הסטוריים והלכתיים אנו למדים עוד, כי דרך קניין זו נהגה בוריאציות שונות, הן באשר לאופן חלוקת נטל המימון של "דמי השתייה" בין הקונה למוכר, והן באשר לזהות אלו שנטלו חלק בשתייה.

הרקע ההסטורי-ריאלי של מנהג סוחרים זה מבהיר היטב גם את הפלוגתא ההלכתית שבין שני החכמים באשר למעמדו של קניין ה"וייקוף". ר' זלמן, המדבר על מנהג של נתינת מעות מקונה למוכר, טוען בצדק כי ויינקוף הוא "כמו קניין כסף" שבו ניתנות מעות מקונה למוכר. ברם, המהר"ם מינץ מכיר וריאציה אחרת של קניין ה"וייקוף", ולפיה הכסף אינו עובר כלל מן הקונה למוכר אלא משניהם ישירות אל העדים. לאור מציאות זו חולק המהר"ם על ר' זלמן וטוען בדין, כי "נתינה ווינקוף" ... אינו מטעם [קניין] כסף". שני הצדדים במחלוקת זו צדקו אפוא מצד הסברא, אלא שכל אחד מהם התייחס ל"וייקוף" מסוג שונה!

⁴⁴ תשובה זו נדונה לעיל, עמ' 245-247.

בסוגיית התלמוד הקצרה לא ניתן למצוא דבר על **הבסיס המשפטי** לדין שסיטומתא קונה. גם בתקופת הגאונים לא נעשה, על פי המקורות שבידינו, כל נסיון למצוא בסיס משפטי לדרך קניין זו. דיון בנושא זה אנו פוגשים לראשונה בתקופת הראשונים, וביתר הרחבה וביאור בתקופת האחרונים.⁴⁵

שתי דרכי הבנה מרכזיות הועלו על ידי הראשונים לשם ביסוס דין סיטומתא. האחת, קיומו של מנהג בין הסוחרים יוצר **התנאה מכללא** של הצדדים לבצע את העסקה על דעת המנהג. בדרך זו הלכו הרשב"א והרא"ש.

אמנם, לדעת רוב הראשונים - וכך, ככל הנראה, סברו גם הרשב"א והרא"ש - דרכי הקניין אינן ניתנות להתנאה על ידי הצדדים. ברם, אין להשוות בין **תנאי פרטי** שעושים המוכר והקונה ביניהם לבין **מנהג**. מסקנתנו היא, כי הרשב"א והרא"ש רואים את **גמירות הדעת** כיסוד הקניין. משום כך, תנאי פרטי לקנות בדרך קניין שאינה על פי הדין - אין לו תוקף; לפי שבטלה דעתם אצל כל אדם, שאינם נוהגים לקנות באופן זה, ואין כאן מבחינה אובייקטיבית גמירות דעת. לעומת זאת, קניין סיטומתא הינו **תנאי כללי** של כל בני המקום. לפיכך, קיימת גמירות דעת לקנות בדרך זו, וממילא יש תוקף לקניין.

כן נראה לנו, כי הביטוי "**מנהג מבטל הלכה**" שהובא על ידי הרשב"א והרא"ש ביחס לדין סיטומתא אינו מציין **חריגה** מהלכות הקניין, כפי שהבינו כמה מן האחרונים, אלא מורה דווקא על היסוד למנהגי ממון ולמנהגי הסוחרים: **גמירות הדעת**.

הגישה השניה אצל הראשונים הינה, כי דין סיטומתא הינו **תקנת חכמים**. בגישה זו אחזו הריב"ש, המהר"ם מינץ, ויתכן שאף בעל ספר החינוך. לפי גישה זו, סיטומתא דומה לדרכי קניין אחרות שתיקנו חכמים ותוקפה, כשאר תקנות חכמים, מכוח "הפקר בית דין הפקר". ביסוס דין סיטומתא על "הפקר בית דין הפקר" מצאנו במפורש אצל שנים מן הראשונים (המהר"ם מינץ ור' יצחק אייזיק שטיין).

בתקופת האחרונים אנו שבים ופוגשים את שתי התפיסות שהועלו על ידי הראשונים. בגישה שסיטומתא מבוססת על **התנאה מכללא** נוקטים, בין היתר, הרדב"ז, המהרשד"ם, והחתם סופר.⁴⁶ בדעה שסיטומתא הינה **תקנת חכמים** דוגלים הרמ"א, התיבוב, המנחת חינוך, האמרי בינה, ועוד.

החל מן המאה ה-19 - במקביל להתגברות העיסוק בספרות ההלכה, במיוחד בספרות השו"ת, בקניין סיטומתא - אנו מוצאים גם שיטות מקוריות לביסוס דין סיטומתא, שלא מצאנו כמותן אצל הראשונים. רבים מן האחרונים גורסים, כי קניין סיטומתא מבוסס על

⁴⁵ הבסיס המשפטי לקניין סיטומתא נדון בפרק ט.

⁴⁶ הרדב"ז והחתם סופר אוחזים בדרכם של הרשב"א והרא"ש. ביחס למהרשד"ם, ראה בסמוך.

גמירות דעת הצדדים. אמנם, בתפיסה זו אחזו כבר חכמים בדורות קודמים, ברם בתקופה זו היא זוכה לניסוח בהיר, ולעתים אף קיצוני יותר. כמה מן האחרונים הללו (רמ"צ ויטמאיר, ר"ש קלוגר, ר"י אנגל, רש"ש, ועוד) טוענים, כי במקום שגמירות דעתם של הקונה והמקנה ברורה, אזי **אין צורך כלל במעשה קניין**. יש מן האחרונים (כמה אחרונים בשיטת החתם סופר, ואולי כבר המהרשד"ם) הטוענים - בניגוד לדעת רוב הראשונים והאחרונים - כי דרכי הקניין ניתנות להתנאה על ידי הצדדים לעסקה ככל דבר שבממון. לדעתם, קניין סיטומתא מבוסס על הכלל **"בדבר שבממון - תנאו קיים"**, כלל שכוחו יפה גם לעניין דרכי הקניין.

ר' אליהו לרמן בשו"ת דבר אליהו משווה את המנהג **לתנאי בני האומנות**, ולפיכך קובע שתוקפו של קניין סיטומתא, המושתת על מנהג הסוחרים, נובע מ"**הפקר בית דין הפקר**". החזון איש קובע כי למנהג הציבור, בדומה לתנאי בני העיר, יש **"כוח בית דין"**. מדבריו משמע, כי זהו גם הבסיס לכוחו של מנהג המדינה ליצור קניין. לדעת שני חכמים אלו, הרי לנו הבנה מחודשת באשר לבסיס המשפטי של מנהגי ממון בכלל ושל קניין סיטומתא בפרט: **מנהג** שנהגו בו בני המקום מעצמם, נחשב כמו **הסכמה של הציבור** (תקנת קהל) או **תקנת בית דין**. המנהג נחשב אפוא למעין **חקיקה של הציבור!**⁴⁷

ושתי שיטות מקוריות נוספות, הדומות זו לזו, בהסבר דין סיטומתא. בעל שו"ת דבר אברהם בתשובה סובר, כי דין סיטומתא הינו, למעשה, **קניין חליפין**, וכי תוכנו של קניין זה נקבע בהתאם למנהג הסוחרים. בדומה לכך, ר' דוד פרידמן בחיבורו יד דוד כותב, כי דרכי הקניין הנהוגות במטלטלין כלולות בקניין **משיכה**, ואלו שבמקרקעין - בקניין **חזקה**.

השאלה, האם **תוקפו של קניין סיטומתא הוא מן התורה או רק מדרבנן**, לא נדונה כמעט, לפחות לא במפורש, על ידי הראשונים.⁴⁸ דומה, כי היה פשוט בעיניהם כי קניין סיטומתא תוקפו מדאורייתא, כשאר דרכי הקניין. התייחסות מפורשת לשאלה זו והצגת שתי עמדות מנוגדות בנדון מצויה לראשונה, ככל הידוע לנו, אצל המהר"ם מינץ. לעומת זאת, בתקופת האחרונים זכה נושא זה לדיון רב.

שאלת **תוקפו של קניין סיטומתא תלויה במידה רבה בשאלת הבסיס המשפטי של הקניין**. כך, החתם סופר - הסובר שקניין סיטומתא מבוסס על "תנאי שבממון" ולא על תקנת חכמים - קובע נחרצות, כי סיטומתא הינה קניין מדאורייתא. לעומתו, רבים מן האחרונים הרואים בקניין סיטומתא "תקנת חכמים" מסיקים מכך כי תוקפו של קניין זה הוא רק מדרבנן.

ברם, התפיסה שמקורו של קניין סיטומתא בתקנת חכמים אינה מובילה את כל האחרונים הדוגלים בה למסקנה כי תוקפו של הקניין הוא רק מדרבנן. ההכרעה בעניין זה

⁴⁷ יתכן כי בגישה זו אחזו כמה מן הראשונים, ברם ניתן לפרש דבריהם גם בדרך אחרת. ראה לעיל, עמ' 311-312.

⁴⁸ עניין זה נדון בפרק ט, עמ' 345-348.

תלויה בשאלה אחרת, הנוגעת לכל הקניינים מדרבנן: "האם קניין מדרבנן מועיל לדאורייתא". לדעת הסוברים כי קניין מדרבנן "מועיל לדאורייתא" - קרי: מועיל ליצור חלות קניינית מן התורה - הרי שתוקפו של קניין סיטומתא, שהינו קניין "מדרבנן", יהא אף הוא מדאורייתא.

שנים הם הנושאים הקלאסיים אשר לגביהם דנו האחרונים בשאלה, האם תוקפו של קניין סיטומתא מדאורייתא או מדרבנן. כוונתנו לשני עניינים שבהם נהגו יהודים לבצע מכירה של נכס שברשותם לגוי על פי דרכי הקניין הנהוגות בין הסוחרים: מכירת חמץ לפני חג הפסח - כדי להינצל מאיסורי תורה של 'בל יראה' ו'בל ימצא', בלי שיידרש היהודי לבער את חמצו מן העולם, דבר שיסב לו נזק כלכלי; ומכירת בהמה מבכרת - כדי לפטור את ולדה הזכר מקדושת בכור בהמה לפי דין תורה. כדי שמכירת החמץ או הבהמה לגוי תגשים את מטרתה ההלכתית, כאמור, הכרחי כמובן כי יהא למכירה זו תוקף מדאורייתא. שאלת תוקפו של קניין סיטומתא נדונה מספר פעמים גם בבתי הדין הרבניים בישראל, אך לא זכתה להכרעה אף באחד מהם.

חקר מנהגי הסוחרים, המשלב עיון במקורות ההלכה עם עיון במקורות הסטוריים, עשוי להניב תרומה חשובה לא רק לחוקרי הלכה ומשפט, אלא גם למילונאים ולהסטוריונים.

תרומה למילונאים, כיצד? - על ידי חשיפת מלים ומונחים ששרדו בספרות ההלכה, אך אינם מתועדים כלל - או מתועדים, אך במשמעות שונה - במקורות הסטוריים אחרים. נדגים זאת באמצעות המונח הגרמני: *Aufschlag*. בשני מילונים גרמניים, המסתמכים על מקורות שונים מימי הביניים, מופיעים כמה משמעים למונח זה, ברם אף לא אחד מהם קשור לנושא דרכי הקניין. חרף עובדה זו, לאור עדותם של הרא"ש והאגודה, אשר חיו באשכנז במפנה המאות ה-13 וה-14, ניתן לקבוע בוודאות כי המונח *Aufschlag* - שפירושו המילולי בגרמנית: הכאה/חבטה על - שימש במקומם ובזמנם ככינוי לדרך קניין של הסוחרים, שנעשתה באמצעות **תקיעת כף**.⁴⁹ חיזוק לקביעה זו ניתן למצוא במקורות הסטוריים רבים, המעידים על קיומו של מנהג במשפט הגרמני בימי הביניים לגמור עסקאות בתקיעת כף. אמנם, גם במקורות אלו לא מצאנו את הכינוי *Aufschlag*, אלא כינויים דומים אחרים, דוגמת: *Hands Schlag*; *Zuschlag*; *Kaufschlag*; ועוד.⁵⁰ לפנינו, ככל הנראה, מונח של הסוחרים ששרד במשמעותו המקורית במקורות הלכתיים אך לא במקורות הסטוריים אחרים.⁵¹

⁴⁹ ראה לעיל, עמ' 198-199.

⁵⁰ ראה שם, עמ' 199.

⁵¹ דוגמא נוספת לתופעה זו הינה המונח "ליינקויף". מונח זה, המתועד בשני מקורות יהודיים מימי הביניים, אינו מופיע כלל (בצורה זו) במילונים הגרמניים שבדקנו. ראה לעיל, עמ' 285-287, ובדברי שפרבר שם, הערה 325.

תרומה להסטוריונים, כיצד? - שכן באמצעות ספרות ההלכה ניתן לעקוב לעתים אחרי **גלגולם של מנהגי הסוחרים** במרחבי הזמן והמקום. בפרקי החיבור עסקנו במנהגי סוחרים רבים, מתקופות וממקומות שונים, הנוגעים לענייני ממון. רוב המנהגים שנדונו בחיבורנו הינם דרכים שונות לגמור עסקאות, הן עסקאות מכר והן התחייבויות מסוגים שונים. לעתים עלה בידינו על ידי עיון בספרות ההלכה - במיוחד בספרות השו"ת - להתחקות אחרי **הסביבה שבה התפשט מנהג סוחרים מסויים** בתקופה מסויימת, ובמידת מה, גם אחרי **דרכי התפשטותם של כינויים ספציפיים** למנהג סוחרים זה או אחר. לממצאים שגילינו תרמה במידה לא מעטה העובדה שמחקרנו מתפרס על תקופת זמן ארוכה, למן המקורות התנאיים ועד ימינו, ואינו נחתם בסוף תקופת הראשונים.⁵²

דוגמא לאמור מצויה במנהג הסוחרים לגמור עסקאות או לחזק את תוקפן באמצעות אכילה או שתיית משקה חריף.⁵³ מנהג זה מתועד על ידי חכמים מצרפת למן מפנה המאות ה-11 וה-12 ועד לסוף המאה ה-13, ועל ידי חכם פרובאנסלי אשר חי במפנה המאות ה-12 וה-13. כן הוא מופיע בתשובה שנכתבה, קרוב לוודאי, על ידי חכם מאשכנז או מצרפת במחצית השניה של המאה ה-13, ובדבריהם של שני חכמים אשכנזים מן המאה ה-15. המנהג האמור מכונה, בחלק מן המקורות הללו, בכמה שמות קרובים, כגון: "ויינקו"ף" ו"לייקופ". בירור לשוני והסטורי העלה, כנזכר לעיל, כי כל הביטויים הללו מציינים מנהג אחד, אשר היה מתבצע בווריאציות שונות.

את מנהג הסוחרים לסיים עסקה על ידי שתיית משקה חריף - לבדה, או בצירוף לתקיעת כף או למתן דמי קדימה - מצאנו שוב בגליציה ובפולין, במאות ה-18 וה-19 וגם מאוחר יותר. מנהג זה כונה שם בשם "מְאָהְרִיט"ש", מונח שפירושו באוקראינית המונית (שבפי העם): משקה חריף. המונח "מהריט"ש" מופיע בחיבור שכתב חכם בסיגט שבטראנסילוואניה, אשר נדפס בשנת תר"ל (1870). סביר כי מונח זה הגיע לסיגט מגליציה במהלך המאה ה-19 עם גלי ההגירה הגדולים של יהודי גליציה שנהרו לכמה מערי טראנסילוואניה - וביניהן סיגט - בתקופה זו.

במהלך חיבורנו, המתפרס כאמור על תקופה של כאלפיים שנה, יכולנו לעמוד על **אופיים הדינמי של מנהגי הסוחרים**. מנהגים אלו, מטבעם, כפופים לשינויים ולתהפוכות שהזמן, ולא אחת אף המקום, גרמם. רבים ממנהגי הסוחרים שבהם פגשנו נעלמו זה מכבר ועברו מן העולם;⁵⁴ אחרים נתחדשו ובאו, זה מקרוב וזה מרחוק;⁵⁵ ויש שברבות העתים או

⁵² על השיקולים שהביאונו לעריכת המחקר בהיקף זה, ראה לעיל, עמ' 4-5.

⁵³ על מנהג זה וגלגוליו ראה לעיל, עמ' 243-254.

⁵⁴ למשל: קניין על ידי מסירת מפתח, הן של קרקע והן של סחורה המצויה במחסן; קניית סחורה על ידי נתינת טבעת; קניין על ידי אכילה או שתיית משקה חריף; ועוד. ראה בפרק ח.

⁵⁵ החדשים שבהם: קניין בכרטיס אשראי; קניין באינטרנט. ראה בפרק ח.

בהשתנות המקומות, פשטו כמה ממנהגי הסוחרים צורה ולבשו צורה אחרת, בין בדרך עשייתם⁵⁶ ובין בכינויים.⁵⁷

עם זאת, במחקרנו מצאנו כי מנהגי סוחרים **שורדים** לעתים לאורך מאות רבות של שנים - לפחות במקומות מסויימים - **כפי שהם**, כמעט בלא שינוי. אמנם, לרוב יקשה לקבוע בוודאות, בהעדר עדויות רבות הפזורות לאורך כל התקופה הנדונה, כי מדובר במסורת רציפה של מנהג. יתכן אפוא, כי אותם מנהגים נעלמו בשלב כלשהו, לחלוטין או במקום מסויים, אך זכו לתחייה מחודשת כעבור תקופת זמן.

הדוגמא הבולטת בחיבורנו למנהג סוחרים שהתקיים לאורך תקופת זמן ארוכה, הינו המנהג לקנות סחורה באמצעות **הטבעת חותמו של הקונה**. העדות הראשונה הידועה לנו על המנהג לקנות חביות בדרך זו מצויה במשפט הרומי בראשית הספירה הנוצרית.⁵⁸ לא מן הנמנע כי מדובר במנהג עתיק עוד יותר, במיוחד לאור העדויות הרבות מן המזרח הקדום אודות הטבעת סחורות בחותם.⁵⁹

גם האמורא רבא, שחי בבבל במחצית הראשונה של המאה ה-4, מדבר על הקנאה על ידי חותם ("סיטומתא"), ודבריו מכוונים, קרוב לוודאי, למנהג הסוחרים שבימיו. ה"סיטומתא" הבלבית נהגה, ככל הנראה, בקניית סחורה מיטלטלת, הגם שאיננו יודעים ואין בידינו לקבוע בוודאות, מה היה טיבה המדוייק של אותה סחורה.⁶⁰

ספק אם דרך קניין זו נהגה בבבל גם בתקופת הגאונים.⁶¹ ברם, אין ספק כי נהגו לקנות באמצעותה באירופה בימי הביניים, ועדויות לכך מצויות הן בספרות ההלכה בתקופת הראשונים, והן במקורות הסטוריים אחרים.⁶² העדות המתועדת המאוחרת ביותר שבידינו למנהג האמור, כמנהג חי, מצויה בתשובה של החתם סופר משנת תקע"ו (1816). לפי המתואר

⁵⁶ למשל: דרך הקניין בשתיית משקה חריף ("ויינקוף") נהגה במדינות אירופה בימי הביניים בוריאציות שונות, כפי שצויין לעיל; הקניין בתקיעת כף והקניין על ידי מתן דמי קדימה - במקומות מסויימים שימשו כדרכי קניין עצמאיות ובאחרים נהגו לקנות באמצעותם רק בצירוף דרך קניין אחרת. ראה בפרק ז.

⁵⁷ למשל: הקניין בשתיית משקה חריף - כונה באשכנז במאה ה-15 בשם *Winkouf* או *Leikauf*, ובפולין וגליציה במאות ה-18 וה-19: *מאָהריטײַש*. המונח *מאָהריטײַש* אינו מוכר בשנת 1841 לבנו של החתם סופר, החי באותה עת בפרסבורג.

⁵⁸ ראה לעיל, עמ' 170.

⁵⁹ ראה לעיל, עמ' 166-167.

⁶⁰ ראה לעיל, עמ' 164-172.

⁶¹ ראה לעיל, עמ' 190.

⁶² ראה לעיל, עמ' 193-194.

שם על ידי השואל, שהיה אב"ד בליסקא שבפולין, נוהגים הסוחרים לקנות חביות יי"ש, בלא משיכה, על ידי שהקונה "חתם החביות בחתימתו ורשם כל החביות על שמו", והשאיך בבית המוכר. מנהג סוחרים זה נזכר, ביתר קיצור, גם בדבריו של חכם אחר, שחי בבוטשטש שבגליציה במפנה המאות ה-18 וה-19.⁶³

הרי לנו דרך קניין הנהוגה אצל הסוחרים, אשר שרדה בצורתה המקורית במשך לפחות כ-1800 שנה!

*

בפתח המבוא לחיבורנו הצבענו על מיעוט המחקרים באשר ליחסי מנהג והלכה בתחום דיני הממונות, ובמיוחד בתחום מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין. עמדנו על חשיבותם של נושאים אלו ועל נחיצותו של מחקר נוסף בהם. תקוותנו היא כי בחיבור זה יש משום בניית נדבך בבניינו של המחקר בתחומים הללו, וכי חוקרים נוספים יבואו בשעריו, יעמיקו חקר ויגביהו הבניין.

⁶³ ראה לעיל, עמ' 195-196.

לוח מונחים לועזיים

הנחיות לשימוש בלוח המונחים

1. המונחים המופיעים בלוח זה, באותיות עבריות או לועזיות, מועתקים במדויק מן המקורות הנזכרים בגוף החיבור.
2. בצמוד לכל מונח, בסוגריים, מצויינת השפה שממנה הוא לקוח. במקרה של ספק לא מצויינת כל שפה.
3. לצד כל מונח מצויין פירושו בתמצית. כן צויינו המקומות העיקריים שבהם נזכר המונח בחיבור. מומלץ לעיין גם בגוף החיבור לשם הבנה טובה יותר של המונח.
4. ההפניה בלוח זה הינה **למספר העמוד** בחיבור.
5. אם המונח מופיע רק בהערה ולא בגוף הטקסט, מצויין **מספר ההערה בסוגריים** בצמוד למספר העמוד.

באותיות עבריות

רשימת קיצורים

אוק.	=	אוקראינית
איט.	=	איטלקית
ארמ.	=	ארמית
גר.	=	גרמנית
טור.	=	טורקית
יד.	=	ידיש
לאד.	=	לאדינו
לט.	=	לטינית
מנדע.	=	מנדעית
סור.	=	סורית
עב.	=	עברית (מונח מתורגם)
ער.	=	ערבית
פול.	=	פולנית
צר.	=	צרפתית
רוס.	=	רוסית

אנגאבע (יד.) דמי קדימה 210(100), 266(215)	אדראן (יד.) דמי קדימה 210(100)
אנגעלט (יד.) דמי קדימה 209(98)	אדראף, אדראהף, אדרויף, אדערויף (יד.)
בבריי"א (צר.) שתיית יין לשוכרה 253(140)	דמי קדימה 210(100), 209(98)
בעשטעללונג (גר., יד.) הזמנה 258(174)	אויפגאב (גר.) דמי קדימה 210(100)
דראן (יד.) דמי קדימה 210(100)	אום מינדיק (גר.) קטין 331(233)
דראנגאבע (גר., יד.) דמי קדימה 210(100)	אוף שלק, אופשל"ק (גר.) תקיעת כף 198
דראנגעלט, דראן געלד, דראה"ן געל"ט	איינקוי"ף (גר.) קניין בשתיית משקה חריף 251
(גר., יד.) דמי קדימה 210(100), 209(98)	(ל)אכול על החוב (עב.) התחייבות ערבים
דרויף גאב (יד.) דמי קדימה 209(98)	למלווה שאם הלווה לא יפרע את חובו בזמן,
דרויף געלד, דערויפגעלט (גר., יד.) דמי	יאכלו הם על חשבון הלווה עד שיפרע את חובו
קדימה 210(100), 209(98)	230. וראה: Einlager

מאהרי"ץ, מאריט"ש, מאהריטש (אוק.) קניין בשתיית משקה חריף 251-248	האנטגלט, האנד געלד (גר., יד.) דמי קדימה 210(100), 209(98)
סוטמא (סור.) אזיקים 162	האנדשלאג, האנדשלאק, האנטשלאק (גר.) תקיעת כף 200, 223(177)
סידמא (מנדע.) אזיקים 162	הדרוף (יד.) דמי קדימה 330(226). וראה: אדראף
סיטומתא, סיטמתא (ארמ.) חותם 162	וינקו"ף, וינקוף, וינקופא (גר.) קניין בשתיית משקה חריף 243-244, 245
פאמיא (צר.) תקיעת כף 198	זאדאטאק, זאדטיק (פול.) דמי קדימה 210(100)
פיי (טור.) דמי קדימה 211	חילוף, חילוף כתב, כתב חילוף (עב.) שטר חוב 326. וראה: Wechselbrief, Wechsel
פלמד"א תקיעת כף 198	ליטר[ה], ליטרה די קאמביו (איט.) שטר חוב 257(169)
צושלאג, צושלק, צו שלאק (גר.) תקיעת כף 200	ליינקויף, ליינק"ויף (גר.) קניין בשתיית משקה חריף 252, 285-287
קאנטראקט, קונטראקט (גר., יד.) חוזה 170-173(173-170), 257-258, 329	לייקופ (גר.) קניין בשתיית משקה חריף -288 285
קונטרטו (לאד.) חוזה 167(167), 320(176)	מאָריטש (רוס.) מתת לבעל מלאכה או לנותן שירותים עבור שירות שהעניק 248
קשט (צר.) הצעה של קונה יהלומים הנרשמת (לעתים) על מעטפה חתומה 267	מאָאָריטש (יד.) שתיית משקה חריף 248(107)
רושם (ער.) חותם 190(22)	
רוזמינ"ש, רייזמי"נש, ריישמיינש מטבע שנהגה בכמה ממדינות אירופה 273	
שלאס, שלוסס (יד.) חוזה 175(175), 281	
שליס צעטיל (יד.) חוזה 101(101), 210(192), 226	

באותיות לועזיות

Abbreviations

eng.	= English	lat.	= Latin
fr.	= French	tur.	= Turkish
ger.	= German		

Angeld (ger.) דמי במתן פרוטה, דמי קניין 209 קדימה	Aufschlag (ger.) תקיעת כף 198-199
Arrha (lat.) ערבון או דמי קדימה שנותן צד 209, 256 אחד בעסקה לחברו	Beuverie (fr.) שתיית יין לשוכרה 140(140), 253
	Cambium (lat.) שטר חוב 169(169), 257

- Cachet** (fr.) חותם 267
- Darangabe** (ger.) דמי שתייה, תְּשָׁר (טיפ) 288(333)
- Draufgeld** (ger.) קניין במתן פרוטה, דמי 209, 288(331) קדימה
- Einkauf** (ger.) קניין בשתיית משקה חריף 243(86)
- Einlager** (ger.) התחייבות ערבים למלווה שאם הלווה לא יפרע את חובו בזמן, יאכלו 230 הם על חשבון הלווה עד שיפרע את חובו
- God's penny** (eng.) קניין במתן פרוטה 210
- Handschlag, Hantslac, Hantslagen** (ger.) תקיעת כף 199, 200(45)
- Kaufschlag, Koufslac, Koufslagen** (ger.) תקיעת כף 199
- Kaufscilling** (ger.) קניין במתן פרוטה, 209 דמי קדימה
- Leihkauf, Leukauf** (ger.) see: Leikauf
- Leikauf, Leichauf, Likouf** (ger.) קניין בשתיית משקה חריף 285-288
- Leit, Lid** (ger.) יין פירות, יין מתובל 286(317)
- Leitkauf, Leitkouf, Litkouf, Littkauf** (ger.) מְכָרַּ בִּיּין פִּירוֹת 286
- Paumée** (fr.) תקיעת כף 198
- Palmata** (lat.) תקיעת כף 197
- Pey** (tur.) דמי קדימה 211(104)
- Traditio** (lat.) העברת בעלות על ידי 241 מסירת החפץ, או השליטה בו, לקונה
- Traditio Clavium** (lat.) קניין במסירת 240-241 מפתח
- Trinkgeld** (ger.) דמי שתייה, תְּשָׁר (טיפ) 288(222)
- Ufslac** (ger.) see: Aufschlag
- Usucapio** (lat.) רכישת בעלות על ידי 241 שימוש, חזקת שנים
- Wechsel, Wechselbrief** (ger.) שטר חוב 326(208)
- Weinkauf, Winkouf, Winkouf trinken** (ger.) קניין בשתיית משקה חריף 244, 246, 285
- Zuschlag** (ger.) תקיעת כף 199

רשימת קיצורים

- אבן-להב, **דסואטודו** : דליה אבן-להב, **דסואטודו**, עבודת דוקטור, האוניברסיטה העברית, ירושלים תשל"ז.
- אורבך, **בעלי התוספות** : אפרים אלימלך אורבך, **בעלי התוספות - תולדותיהם, חיבוריהם, שיטתם**⁵, 2 כרכים, מוסד ביאליק, ירושלים תשנ"ו.
- אורבך, **ההלכה** : אפרים אלימלך אורבך, **ההלכה - מקורותיה והתפתחותה**, גבעתיים 1984.
- אטלס, **נתיבים במשפט העברי** : שמואל אטלס, **נתיבים במשפט העברי**, ניו יורק תשל"ח.
- אלבק, **מבוא למשנה** : חנוך אלבק, **מבוא למשנה**, ביאליק ודביר, תל-אביב תשי"ט, הדפסה שישית, תשמ"ג.
- אלבק, **מבוא לתלמודים** : חנוך אלבק, **מבוא לתלמודים**, דביר, תל-אביב תשכ"ט.
- אלבק, **דיני הממונות בתלמוד** : שלום אלבק, **דיני הממונות בתלמוד**, תל-אביב תשל"ו.
- אֶלון, **מפתח השו"ת של חכמי ספרד וצפון אפריקה** : מנחם אֶלון (עורך), **מפתח השאלות והתשובות שלד חכמי ספרד וצפון אפריקה - מפתח המקורות**, ירושלים תשמ"א; **המפתח ההיסטורי**, 2 כרכים, ירושלים תשמ"א; **המפתח המשפטי**, 2 כרכים, ירושלים תשמ"ו.
- אֶלון, **המשפט העברי** : מנחם אֶלון, **המשפט העברי - תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו**², 3 כרכים, ירושלים תשמ"ח.
- בצרי, **דיני ממונות** : עזרא בצרי, **דיני ממונות**, 4 כרכים, ירושלים תשל"ד-תשמ"ב.
- גולאק, **יסודי המשפט העברי** : אשר גולאק, **יסודי המשפט העברי**, 4 כרכים, ברלין תרפ"ב, נדפס מחדש : תל אביב תשכ"ז.
- היימאן, **תולדות תנאים ואמוראים** : אהרן היימאן, **תולדות תנאים ואמוראים**, 3 כרכים, ירושלים תשכ"ד.
- וונדר, **אנציקלופדיה לחכמי גליציה** : מאיר וונדר, **מאורי גליציה - אנציקלופדיה לחכמי גליציה**, 5 כרכים, מכון להנצחת יהדות גליציה, ירושלים תשל"ח-תשנ"ז.
- טשרנוביץ, **תולדות ההלכה** : חיים טשרנוביץ (רב צעיר), **תולדות ההלכה**, 4 כרכים, ניו יורק תרצ"ה-תש"י.
- ליברמן, **תוספתא כפשוטה** : שאול ליברמן, **תוספתא כפשוטה**, ברכות - בבא בתרא, ניו-יורק תשט"ו-תשמ"ח.

ברכיהו ליפשיץ, **אסמכתא - חיוב וקניין במשפט העברי**, ירושלים תשמ"ח.

ברכיהו ליפשיץ ואליאב שוחטמן (עורכים), **מפתח השאלות והתשובות של חכמי אשכנז, צרפת ואיטליה - המפתח המשפטי**, ירושלים תשנ"ז.
שמואל שילה, **דינא דמלכותא דינא**, ירושלים תשל"ה.

דניאל שפרבר, **מנהגי ישראל - מקורות ותולדות**, 6 כרכים, ירושלים תשמ"ט-תשנ"ח.

ישראל שציפנסקי, **התקנות בישראל**, 4 כרכים, ירושלים תשנ"א-תשנ"ג.

ישראל מ' תא-שמע, **מנהג אשכנז הקדמון**, מאגנס, ירושלים תשנ"ב.

ליפשיץ, **אסמכתא** :

ליפשיץ ושוחטמן, **מפתח השו"ת של חכמי אשכנז, צרפת ואיטליה** :

שילה, **דינא דמלכותא דינא** :

שפרבר, **מנהגי ישראל** :

שציפנסקי, **התקנות בישראל** :

תא-שמע, **מנהג אשכנז הקדמון** :

ביבליוגרפיה*

א. ספרים ומאמרים

עברית

- אבן-להב, דליה: "מעמדו של המנהג בתחום המשפט הציבורי - בעקבות דו"ח ועדת אגרנט", **משפטים** ז (תשל"ו), עמ' 201-215.
- אבן-להב, דליה: "מנהגה של הרשות המבצעת שלא לאכוף חוק - הרהורים וערעורים בעקבות ע"פ 3520/91", **משפט וממשל ב (תשנ"ד-תשנ"ה)**, עמ' 477-505.
- אבן-שושן, אברהם: **קונקורדנציה חדשה לתנ"ך³**, 3 כרכים, ירושלים תשמ"א.
- אברמסון, שרגא: **רב נסים גאון - חמשה ספרים**, ירושלים תשכ"ה.
- אברמסון, שרגא: **כללי התלמוד בדברי הרמב"ן**, ירושלים תשל"א.
- אברמסון, שרגא: **עניינות בספרות הגאונים**, ירושלים תשל"ד.
- אברמסון, שרגא: "עיונים", **סיני עה (תשל"ד)**, עמ' ד-יט.
- אברמסון, שרגא: **פרקים מן 'מבוא התלמוד' לר' שמואל בן חופני גאון**, ירושלים תש"ן.
- אברמסון, שרגא: "רבנו ברוך ב"ר שמואל הספרדי", **בר-אילן כו-כו (תשנ"ה)**, עמ' 17-115.
- אברמסון, שרגא: "על תקנת טוליטולה (טולידו) בירושת הבעל את אשתו", **ציון ס (תשנ"ה)**, עמ' 201-224.
- אברמסקי, יחזקאל: **דיני ממונות (הגדרת סוגיהם)**, לונדון תרצ"ט.
- אדלר, משה: "קרא או סברא", **בלכתך בדרך**, הוצאת תלמידי ישיבת כרם ביבנה, תשרי תשנ"ז, עמ' 23-40.
- אדלר, משה: "דין ומציאות", **בלכתך בדרך**, הוצאת תלמידי ישיבת כרם ביבנה, תשרי תשנ"ח, עמ' 198-234.
- אוסטרזר, ישראל: "ה'דיוקני' בתעודות המשפטיות בדיני התלמוד", **תרביץ יא (ת"ש)**, עמ' 39-55.
- אורבך, אפרים אלימלך: "הדרשה כיסוד להלכה ובעית הסופרים", **תרביץ כז (תשי"ח)**, עמ' 166-182.

* הביבליוגרפיה אינה כוללת ספרי מקור (Primary Sources), אולם ספרים שהערות מהדיריהם הוזכרו בגוף העבודה נכללו בה ונרשמו על פי שם המהדיר. לא נרשמה כאן הספרות הכלולה ברשימת הקיצורים לעיל.

- אורבך, אפרים אלימלך: "הלכות ירושה וחיי עולם", **דברי הקונגרס הרביעי למדעי היהדות**, א (תשכ"ז), עמ' 133-141.
- אורבך, אפרים אלימלך: "שאלות ותשובות הרא"ש בכתבי יד ובדפוסים", **שנתון המשפט העברי ב (תשל"ה)**, עמ' 1-153.
- אטלס, שמואל: "הרצון הציבורי בתחוקה התלמודית (פרק בפילוסופיה של המשפט העברי)", *H.U.C.A.* xxvi, (1955), חלק עברי, עמ' א-לח.
- איזירר, חגי: "האם מנהג העולם מבטל אסמכתא (מתוך פסק-דין)", **כתלנו יא (תשמ"ד)**, עמ' 31-36.
- איזנשטדט, שמואל: **האינסטיטוציות**, ירושלים תרפ"ט.
- איזנשטדט, שמואל: **המשפט הרומאי, תולדותיו ותורתו**², חיפה תשכ"ב.
- איזנשטין, אריה: **יסודות והלכות בדיני מקרקעין**², 2 כרכים, בורסי, תל-אביב תשנ"ה-תשנ"ו.
- איטח, יהודה: **נתיב יושר - הלכות והליכות מקח וממכר**, ירושלים, תשנ"ב.
- איטח, יהודה: **נתיבות שכיר - הלכות שכירות פועלים, יחסי עובד מעביד**, ירושלים תשנ"ז.
- אלבק, חנוך: **שישה סדרי משנה**, מפורשים עם מבואות, הוספות והשלמות, 6 כרכים, ירושלים-תל-אביב תשי"ט.
- אלבק, שלום: "יסודות משטר הקהילות בספרד עד הרמ"ה (-1244 (1180)", **ציון כה (תשי"ד)**, עמ' 85-121.
- אלבק, שלום: "זכויות הקניין בתלמוד למיניהן", **סיני סח (תשל"א)**, עמ' ח-לא.
- אלבק, שלום: "מקומה של גמירת דעת בקניין", **תרביץ מ (תשל"א)**, עמ' 177-158.
- אלבק, שלום: **יסודות בדיני הממונות בתלמוד**, רמת-גן תשנ"ד.
- אָלון, גדליה: **תולדות היהודים בתקופת המשנה והתלמוד**, 2 כרכים, הקיבוץ המאוחד, תשי"ג.
- אָלון, מנחם: **חירות הפרט בדרכי גביית חוב במשפט העברי**, מאגנס, האוניברסיטה העברית, ירושלים תשכ"ד; מהד' ב, מורחבת ומתוקנת: הנ"ל, **כבוד האדם וחירותו בדרכי ההוצאה לפועל: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית**, ירושלים תש"ס.
- אָלון, מנחם: "אלה הן אמרות אגב... בטעות יסודן, ומן הראוי לסטות מהן" - ערעורים והרהורים בעקבות פרשיות בבלי ולב", **רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית - ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל**,

- עורכים מ' מאוטנר, א' שגיא ור' שמיר, הוצאת רמות - אוניברסיטת תל-אביב, תשנ"ח, עמ' 361-407.
- "הפרת חוזה בין קבלן לדייר", **תחומין** ד (תשמ"ג), עמ' 371-377; פורסם בשנית בתוך: **דברי משפט** ה (תשנ"ח), עמ' רסד-רעב.
- "שורשיה הרעיוניים של ההלכה - פרק בהלכות ריבית במשנה ובתלמוד", **שנתון המשפט העברי** ה (תשל"ח), עמ' 7-78.
- "לחקר קווי הפסיקה של הרא"ש (התעלמותו מהנהגות אשכנזיות)", **סיני** צג (תשמ"ג), עמ' רלד-רמד.
- "לחקר דרכי הפסיקה של הרא"ש", **סיני** צה (תשד"מ), עמ' קפט-קצא.
- "הפרת חוזה בין קבלן לדייר", **תחומין** ד (תשמ"ג), עמ' 361-370; פורסם בשנית בתוך: הנ"ל, "הפרת חוזה בין בעה"ב לקבלן", **דברי משפט** ה (תשנ"ח), עמ' רנב-רסג.
- "מחקר המשפט העברי - מהותו ומטרותיו", **משפטים** ז (תשל"ו), עמ' 34-65.
- אוצר ישראל**, 10 כרכים, ניו-יורק תשי"ב.
- אנציקלופדיה מקראית**, 9 כרכים, מוסד ביאליק, ירושלים תשכ"ה-תשמ"ב.
- האנציקלופדיה העברית**, 35 כרכים, ירושלים תשי"ט-תשמ"א.
- אנציקלופדיה תלמודית**, 24 כרכים, ירושלים, תשי"ז-תש"ס.
- העונשין אחרי חתימת התלמוד**, ירושלים תרפ"ב.
- "ספר השטרות לרב האי בר שרירא גאון", **מוסף לתרביץ** א, ספר ג (תר"ץ).
- מספרות הגאונים**, ירושלים תרצ"ג.
- תקופת הגאונים וספרותה**, ירושלים תשט"ו.
- מבוא לספר ראבי"ה**, ירושלים תרצ"ח.
- תקופת הסבוראים וספרותה**, ירושלים תשל"ג.
- "שטר המתנה לחוד והצדאק", **המשפט העברי** ד (תרצ"ג), עמ' 125-134.
- "תורתה של ארץ ישראל", **תרביץ**, שנה ב, ספר ג (תרצ"א), עמ' 308, "מעשים לבני ארץ ישראל", עמ' 319-327; פורסם בשנית בתוך: הנ"ל, **מחקרים**
- אלחדד, מסעוד: ---
- אליאש, בן-ציון: ---
- אלינסון, אלייקים גיציל: ---
- אלינסון, אלייקים גיציל: ---
- אליעזרוב, יעקב: ---
- אנגלרד, יצחק: ---
- אנציקלופדיות: ---
-
-
-
- אסף, שמחה: ---
- אסף, שמחה: ---
- אסף, שמחה: ---
- אסף, שמחה: ---
- אפטוביצר, אביגדור: ---
- אפרתי, יעקב אליהו: ---
- אפשטיין, יחזקאל: ---
- אפשטיין, יעקב נחום: ---

- בספרות התלמוד ובלשונות שמיות**, חלק ב, כרך ראשון, ירושלים, תשמ"ח, עמ' 347-355.
- מבוא לנוסח המשנה**, תל-אביב תשכ"ד. אפשטיין, יעקב נחום :
- מבואות לספרות התנאים**, ירושלים תשי"ז. אפשטיין, יעקב נחום :
- תורת המשפט**, א, קרית ארבע תשנ"ז. אריאל, יועזר :
- "פירוק שותפות במפעל", **תחומין** יא (תש"נ), עמ' 386-396. אריאל, טוביה :
- "תקיעת כף וגלגוליה - משמעותה הסמלית וההסטורית (תרומה לתורת החיוב והשעבוד בישראל)", **הקונגרס העולמי השלישי למדעי היהדות (תשכ"א) - דין וחשבון (תשכ"ה)**, עמ' 130-127. אריאל, טוביה :
- "דורשי רשומות אמרו", **באר שבע** ג (תשמ"ח), עמ' 23-35. בויערין, דניאל :
- "תשתית משפטית למסחר אלקטרוני", **שערי משפט**, כרך א, חוב' 2 (כסלו, תשנ"ח), עמ' 169-188. בוגנים, ויקטור ח' :
- חופש ההתנאה במשפט העברי**, עבודת מוסמך, האוניברסיטה העברית, ירושלים תשל"ה. בומבך, שלמה זלמן :
- מנחת חינוך**, מהד' מכון ירושלים, ירושלים תשמ"ח, פתח המנחה, עמ' 9-14. בוקסבוים, יוסף :
- מפתח לשאלות ותשובות ר' שמואל די מדינה**, אוניברסיטת בר-אילן, תשל"ט. בורנשטיין (מקובצקי), לאה :
- "מנהג ונוהג במשפטנו הפלילי - מקור משפטי מצוי או ראוי", **ספר יצחק פהן**, תל-אביב תשמ"ט, עמ' 310-335. בין, דן :
- ערכי מדרש**, תירגם מגרמנית: א"ז רבינוביץ, תל-אביב תרפ"ג. בָּכָר, בנימין זאב :
- מבוא התלמוד**, נדפס מחדש בתוך: מחקרים ומבואות לתלמוד, מקור, ירושלים תשל"א. בלאך, חיים :
- פתחי חושן**, 7 כרכים, ירושלים תשמ"ג-תשנ"ד. בלויא, יעקב ישעיהו :
- "מדינת ישראל בפסיקה ההלכתית", **דיני ישראל יג-יד** (תשמ"ו-תשמ"ח), עמ' כא-מב. בלידשטיין, יעקב :
- "חיובים שאינם מצוות - ביטוי לשלימות קדם-מצוותית", **ניצני ארץ** יב (תשנ"ח), עמ' 235-259. בלס, יהונתן שמחה :
- ספר זכרון להרב יצחק נסים זצ"ל הראשון לציון - מעמדות ומושבות**, יד הרב נסים, ירושלים תשמ"ה. בניהו, מאיר :

- בניהו, מאיר: **שו"ת המבני"ט**, יד הרב נסים, ירושלים תש"ן, מבוא, עמ' מט-סד.
- בן-יעקב, צבי יהודה: **"חזרה ממקח שנקנה באמצעות כרטיס אשראי"**, **תחומין** יז (תשנ"ז), עמ' 272-284.
- בן-יעקב, צבי יהודה: **"כוונה בקניין"**, **כתר תורה** ד (אדר ב, תשנ"ז), עמ' קכה-קלז.
- בן-יעקב, צבי יהודה: **"השיקים - תוקפם והליכותם"**, **תחומין** יג (תשנ"ב-תשנ"ג), עמ' 422-470.
- בן-מנחם, חנינה: **"טענת קים לי - לקראת ניתוח יוריספרודנט"**, **שנתון המשפט העברי** ו-ז (תשל"ט-תש"ס), עמ' 45-60.
- בן-פזי, ישעיהו: **השתלשלות דרכי הקנין בקרקעות מסוף תקופת הבית השני ועד ראשית תקופת התלמוד לאור המקורות התלמודיים**, עבודת דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן, תשנ"ח.
- בן שחר, ישראל; הס, יאיר: **"התנוקף ההלכתי של חוקי המדינה"**, **כתר - מחקרים בכלכלה ומשפט על-פי ההלכה**, א (תשנ"ו), עמ' 385-339.
- בן-ששון, מנחם: **"שרידים מספר העדות והשטרות לרב סעדיה גאון"**, **שנתון המשפט העברי** יא-יב (תשמ"ד-תשמ"ו), עמ' 135-278.
- בנדיקט, בנימין זאב: **"מקורות נרמזים בספרות הראשונים"**, **דברי הקונגרס העולמי השביעי למדעי היהדות**, ג (תשמ"א), עמ' 175-189.
- בס, דוד: **"חוזים על-פי דיני התורה - מבוא, דינים ועקרונות לניסוח חוזים בהתאם להלכה בצירוף דוגמאות"**, **כתר - מחקרים בכלכלה ומשפט על-פי ההלכה**, א (תשנ"ו), עמ' 17-229.
- בער, יצחק: **"היסודות ההסטוריים של ההלכה"**, **ציון** יז (תשי"ב), עמ' 1-55.
- בער, יצחק: **תולדות היהודים בספרד הנוצרית**², עם עובד, תל-אביב 1987.
- בר-אשר, שלום: **"קווי יסוד לתולדות יהודי המגרב ועליית המרכז באלג'יר, קנ"א-רנ"ב (1391-1492)"**, **פעמים** 31 (תשמ"ז), עמ' 22-39.
- בראנד, יהושע: **כלי החרס בספרות התלמוד**, ירושלים תשי"ג.
- ברודי, ירחמיאל: **"כלום היו הגאונים מחוקקים?"**, **שנתון המשפט העברי** יא-יב (תשמ"ד-תשמ"ו), עמ' 279-315.
- ברודי, ירחמיאל: **תשובות רב נטרונאי בר הילאי גאון**, ירושלים תשנ"ד.

- ברזל, אלעזר : **ספר האגודה - נזיקין**, ירושלים תשנ"ב, מבוא כללי.
- ברנד, יצחק : **עיסקאות בנכסים מופשטים - בין תנאים לאמוראים: עיון בסוגיות דבר שלא בא לעולם ודבר שאין בו ממש**, עבודת מוסמך, האוניברסיטה העברית, ירושלים תשנ"ח.
- ברק, אהרן : **שיקול דעת שיפוטי**, פפירוס, אוניברסיטת תל-אביב, תשמ"ז.
- ברק, אפרים ; פרידמן, עמיר : **כרטיסי חיוב - היבטים משפטיים ומעשיים של כרטיסי אשראי ובנק**, תל-אביב 1997.
- ברקוביץ, מאיר : **"מעשה ורצון בקניינים"**, מגל יא (תשנ"ה), עמ' 62-37.
- בר שלום, אליהו חיים : **משפט הכתובה**, 2 כרכים, הוצאת המחבר, תשנ"ה.
- גביון, רות : **"ביטול המגילה: המנהג ועקרונות הפיקה"**, **משפטים** יד (תשמ"ד-תשמ"ה), עמ' 366-325.
- גוטל, נריה : **"יום יציאת מצרים"**, **הצופה**, י"ד בניסן תשנ"ט (31.3.99), מוסף סופרים וספרים, עמ' 4-5.
- גוטל, נריה : **"יום יציאת מצרים (ב) - בין 'מציאות הלכתית' ל'הלכה מציאותית'"**, **הצופה**, ט"ז בניסן תשנ"ט (2.4.99), המוסף, עמ' 11.
- גוטמן, אלכסנדר : **"לשאלת היחס: מנהג - הלכה בתקופת התלמוד"**, **בצרון** יד (תש"ו), עמ' 103-95, 198-192.
- גולאק, אשר : **"השוואה כללית בין רוח דיני ממונות העבריים ורוח דיני ממונות הרומאיים"**, **מדעי היהדות** א (תרפ"ו), עמ' 50-45.
- גולאק, אשר : **אוצר השטרות הנהוגים בישראל**, ירושלים תרפ"ו.
- גולאק, אשר : **לחקר תולדות המשפט העברי בתקופת התלמוד - דיני קרקעות**, ירושלים תרפ"ט.
- גולאק, אשר : **"שטר אירוסין ודברים הנקנים באמירה בדיני התלמוד"**, **תרביץ** ג (תרצ"ב), עמ' 376-361.
- גולאק, אשר : **תולדות המשפט בישראל בתקופת התלמוד, חלק א - החיוב ושעבודיו**, ירושלים תרצ"ט.
- גולאק, אשר : **השטרות בתלמוד - לאור הפירושים היווניים ממצרים ולאור המשפט היווני והרומי**, תירגם מגרמנית: ר' דניאל, עורך ר' קצוף, האוניברסיטה העברית, ירושלים תשנ"ד.
- גולדברג, אברהם : **פירוש למשנה מסכת שבת**, ירושלים תשל"ו.
- גולדברג, זלמן נחמיה : **"תוקף ההתחייבות למכור ב'זכרון דברים'"**, **תחומין** יב (תשנ"א), עמ' 299-279.

- גולדברג, זלמן נחמיה : "נזק ששותפים בו המזיק והניזק", **תחומין יח** (תשנ"ח), עמ' 52-54.
- גולדברג, זלמן נחמיה : **גנזי התורה**, הוצאת ישיבת בכרם ביבנה, ירושלים תשנ"ט.
- גולדברג, יוסף : "שטר שנכתב שלא כדין ובסופו היה קניין", **שורת הדין**, כרך א, ירושלים תשנ"ד, עמ' שא-שיח.
- גולדברג, יוסף : "תביעה להחזקת בן מאומץ מפני שהוא קניינו", **שורת הדין**, כרך ג, ירושלים תשנ"ה, עמ' קכ-קלה.
- גולינקין, דוד : "לפירוש המונחים 'ותיקין', 'ותיק' ו'תלמיד ותיק' בספר בן סירא ובספרות התלמודית", **סידרא יג** (תשנ"ז), עמ' 47-60.
- גורן, שלמה : **משנת המדינה**, האידרא רבה ומסורה לעם, ירושלים תשנ"ט.
- גידעמאנן, משה : **התורה והחיים בארצות המערב בימי הביניים**, 3 כרכים, תירגם א"ש פריעדבערג, אחיאסף, ווארשא תרנ"ז-תרנ"ט.
- גימאני, אהרן : "רב סעדיה בעולמם של בני תימן", **בדד 6** (תשנ"ח), עמ' 39-56.
- גפני, ישעיהו : **יהודי בבל בתקופת התלמוד - חיי החברה והרוח**, מרכז זלמן שזר, ירושלים תשנ"ד.
- גרונר, צבי : **רב האי גאון וזרכו בהלכה**, עבודת דוקטור, האוניברסיטה העברית, ירושלים תשל"ד.
- גרונר, צבי : "רשימת תשובות רב האי גאון", **עלי ספר יג** (תשמ"ו).
- גרוסמן, אברהם : "יצירתם ההלכתית של חכמי ספרד", **מורשת ספרד**, עורך ח' ביינארט, ירושלים תשנ"ב, עמ' 150-173.
- גרוסמן, אברהם : **חכמי אשכנז הראשונים**², מאגנס, ירושלים תשמ"ט.
- גרוסמן, אברהם : **חכמי צרפת הראשונים**, מאגנס, ירושלים תשנ"ה.
- גרינברג, שמואל : "דורש לשון הדיוט", **סיני יב** (תשי"ג), עמ' שנד-שנח; פורסם גם בתוך : **ספר היובל להרב מ. א. עמיאל**, ירושלים תשי"ג, עמ' רכב-רכו.
- דה-וו, רולן : **חיי יום-יום בישראל בימי המקרא**, כרך א, תל אביב 1969.
- דה-פריס, בנימין : **תולדות ההלכה התלמודית**, תל-אביב תשכ"ב.
- דה-פריס, בנימין : "קנין סודר", **סיני נ** (תשכ"ב), עמ' רלח-רמד.
- דויטש, סיני : "גמירת דעת בהתחייבויות במשפט העברי", **דיני ישראל ג** (תשל"ב), עמ' 207-226.
- דויטש, סיני : **גמירת דעת בקניינים והתחייבויות במשפט העברי**, עבודת מוסמך, אוניברסיטת תל-אביב, ר"ג תשל"ג.

- דויטש, סיני :
 "גמירת דעת והכוונה ליצור יחסים משפטיים בדיני
 חוזים במשפט העברי, האנגלי והישראלי", **שנתון
 המשפט העברי** ו-ז (תשל"ט-תש"ס), עמ' 71-104.
 "בדין כוונה בקניינים", **אהל תורה** ג (טבת-שבט,
 תרפ"ה), נדפס מחדש בתוך : **אהל תורה - ברנוביץ
 (תרפ"ד-תרפ"ו)**, מכון ברית התורה, תשנ"ז, עמ' לא-
 לג.
 "קנייני נכסי דלא נידיי", **דברי משפט** ד (תשנ"ח), עמ'
 רנה-רסז.
 "הפרת חוזה בין קבלן לדייר", **תחומין** ד (תשמ"ג),
 עמ' 378-381; פורסם בשנית בתוך : **דברי משפט** ה
 (תשנ"ח), עמ' רעג-רעח.
 "הלכת השיתוף" - האם דינא דמלכותא דינא?
תחומין יח (תשנ"ח), עמ' 18-31.
תשובות הרשב"א, חלק ראשון, כרך א, מוסד הרב
 קוק, ירושלים תש"ן, הקדמה, עמ' 9-19.
חכמי אשכנז בשלהי ימי-הביניים, ירושלים תשמ"ד.
 "משא ומתן בקרקעות ללא רישום בספרי אחוזה",
המשפט (תרפ"ח), עמ' 67-79.
 "המנהגים ותקפם המשפטי", **הפרקליט** א (סיוון,
 תש"ג), עמ' 2-11.
מבוא לספר הלכות פסוקות, בית המדרש לרבנים
 באמריקה, ניו-יורק וירושלים תשנ"ג.
חידושי הריטב"א החדשים לבבא מציעא, לונדון,
 תשכ"ב, דפוס צילום : ניו-יארק תש"מ.
 הבלין, "תרגום ספר רות - תרגום של הדיוטות?",
סידרא ב (תשמ"ו), עמ' 25-36.
תורתן של גאונים, 7 כרכים, ירושלים תשנ"ב-תשנ"ג.
לקורות הרבנות, ורשה תרע"א.
מסכת סופרים, נויארק תרצ"ז.
פנקס ועד ארבע ארצות, ירושלים תש"ה.
ספר הלכות גדולות, 3 כרכים, מקיצי נרדמים,
 ירושלים תשמ"ז.
 "על ר' זכריה אגמאתי ושני חכמים בני זמנו", **תרביץ**
 מב (תשל"ג), עמ' 379-388.
 "התלמוד הירושלמי בתורת חכמי ספרד הראשונים",
שנתון המשפט העברי יח-יט (תשנ"ב-תשנ"ד), עמ'
 113-176.
- דינאווסקי, דוד טעביל :
 דיכובסקי, שלמה :
 דיכובסקי, שלמה :
 דיכובסקי, שלמה :
 דימיטרובסקי, חיים זלמן :
 דינרי, ידידיה אלטר :
 דיקשטיין (דייקן), פלטיאל :
 דיקשטיין (דייקן), פלטיאל :
 דנציג, נחמן :
 האלפערן, אלטר שלמה יצחק :
 הבלין, שלמה זלמן :
 הבלין, שלמה זלמן :
 הורודצקי, שמואל אבא :
 היגער, מיכאל :
 היילפרין, ישראל :
 הילדסהיימר, עזריאל :
 הירשברג, חיים זאב :
 הכהן, אביעד :

- הכהן, יעקב דוד: "מנהג מבטל הלכה", **שמעתין** 24 (כסלו-שבט תש"ל), עמ' 31-32.
- הכהן, מרדכי: "ההלכה והמנהג", **מחניים** ק, גלי א (תשרי-חשוון, תשכ"ו), עמ' לו-נג; פורסם בשנית בתוך: הנ"ל, **הלכות והליכות**, ירושלים תשל"ה, עמ' 28-58.
- הכהן, מרדכי: **ליד המעיין**, ירושלים תש"ן.
- הלבני, דוד: **מקורות ומסורות - ביאורים בתלמוד לסדר מועד**, ירושלים תשל"ה.
- הלוי, יצחק אייזיק: **דורות הראשונים**, 5 כרכים, פרנקפורט על נהר מיין-ירושלים תרנ"ז-תרצ"ט.
- הלפרין, אברהם: **מבוא לספר מרדכי השלם - בבא קמא**, מכון ירושלים, ירושלים תשנ"ב.
- הלפרין, אברהם משה: **משפטי אמת - חושן משפט**, ירושלים [תשנ"ד].
- הלפרין-קדרי, רות: "פלורליזם משפטי בישראל: בג"צ ובתי-הדין הרבניים - בעקבות בבלי ולב", **עיוני משפט** כ (1996), עמ' 683-747.
- המאירי, צבי: "מנהג המדינה", **מגלו** ו (תשמ"ח), עמ' 115-124.
- הנשקה, דוד: "אביי ורבא - שתי גישות למשנת התנאים", **תרביץ** מט (תש"ס), עמ' 187-193.
- הנשקה, דוד: "על המציאות המשפטית במשנת הרמב"ם (לבעיית היחס בין דברי סופרים לדיני תורה)", **סיני** צב (תשמ"ג), עמ' רכח-רלט.
- הנשקה, דוד: "להבחנת הרמב"ם בין 'דאורייתא' ל'דרבנן'", **סיני** קב (תשמ"ח), עמ' רה-ריב.
- הנשקה, דוד: "שניות ל'דברי סופרים'", **סיני** קח (תשנ"א), עמ' נה-סג.
- הנשקה, דוד: "מנהג מבטל הלכה? (לאישושה של השערה)", **דיני ישראל** יז (תשנ"ג - תשנ"ד), עמ' קלה-קנד.
- הנשקה, דוד: "ליסודי תפיסת ההלכה של הרמב"ם", **שנתון המשפט העברי** כ (תשנ"ה-תשנ"ז), עמ' 103-149.
- הענקין, אליהו יוסף: "בענין דינא דמלכותא דינא", **הפרדס**, שנה לא, חוב' ז (ניסן, תשי"ז), סי' נד, עמ' 3-5; פורסם בשנית בתוך: הנ"ל, **כתבי הגרי"א הענקין**, ח"ב, נוא יארק תשמ"ט, סי' צו, עמ' קעד-קעו.
- הרצוג, יצחק אייזיק הלוי: **תחוקה לישראל על-פי התורה**, עורך א' ורהפטיג, 3 כרכים, מוסד הרב קוק, ירושלים תשמ"ט.

- הרצוג, יצחק אייזיק הלוי: "הדעת והרצון בהתקשרות ובקנין במשפט התורה", **פסקים וכתבים**, כרך ט, שאלות ותשובות בדיני חושן משפט, ירושלים תשנ"א, סי' קיא.
- ואזנר, שמואל הלוי: "בענין קנין דירה בזמנינו, ובדיני בתים משותפים", **דברי משפט א** (תשנ"ו), עמ' שלא-שלג.
- ויגודה, מיכאל: **חוק לישראל: שכירות ושאלה**, עורך נ' רקובר, ירושלים תשנ"ח.
- וייס, אייזק הירש: **דור דור ודורשיו**, 5 כרכים, ניו יורק תרפ"ד.
- וייס, אליעזר שמחה: **משפטי שכנים**, הוצאת המחבר, תשנ"ז.
- וייס, אשר זעליג: "ייסודות הקנינים", **דברי משפט ד** (תשנ"ח), עמ' רעח-רפח.
- וינגורט, אברהם: "תפיסה פורמליסטית וימעשה קניין", **דיני ישראל יז** (תשנ"ג-תשנ"ד), עמ' קיט-קלד.
- ויסמן, יהושע: **דיני קניין - חלק כללי**, האוניברסיטה העברית בירושלים, תשנ"ג.
- וסטרייך, אלימלך: "הכרעות שיפוטיות של הרא"ש בספרד", **מחקרים בהלכה ובמחשבת ישראל - מוגשים לכבוד הרב פרופ' מנחם עמנואל רקמן בהגיעו לגבורות**, עורך מ' בר, אוניברסיטת בר אילן, רמת גן תשנ"ד, עמ' 182-157.
- וסרמן, יחיאל: "ביצוע קנין באינטרנט", **תחומין יח** (תשנ"ח), עמ' 251-248.
- ורחפטיג, איתמר: **למהותו של החוזה במשפט העברי (לבעיית קניין דברים)**, עבודת דוקטור, האוניברסיטה העברית, ירושלים תשל"ח.
- ורחפטיג, איתמר: "הסכם מקום מגורים בין בני זוג", **שנתון המשפט העברי**, כרך ג-ד (תשל"ו-תשל"ז), עמ' 384-377.
- ורחפטיג, איתמר: "התוקף המשפטי של הסתמכות על דיבור במשפט העברי", **מחקרי משפט ב** (תשמ"ב), עמ' 81-45.
- ורחפטיג, זרח: "לתורת התמורה או העילה בחוזה העברי", **בר אילן - ספר השנה ט** (תשל"ב), עמ' 148-126; פורסם בשנית בתוך: הנ"ל, **מחקרים במשפט העברי**, ירושלים תשמ"ה, עמ' 115-94.
- ורחפטיג, שילם: **דיני חוזים במשפט העברי**, מכון הרי פישל, ירושלים תשל"ד.
- ורחפטיג, שילם: **דיני מסחר במשפט העברי**, מכון הרי פישל, ירושלים תש"ן.
- זוסמן, יואל: **סדרי הדין האזרחי²**, עורך שי לוי, ירושלים 1995.

- זיו, אשר : "הרמ"א כפוסק ומכריע - יחס הרמ"א למנהג", **תלפיות** ו, חוב' ג-ד (תשט"ו), עמ' 723-729.
- זיו, אשר : **רבינו משה איסרליש [רמ"א]**, ישיבה אוניברסיטה, ניו-יורק תשל"ב.
- זיונס, אבא : **פענח רזא לר' יצחק בן יהודה הלוי - מבוא כללי ופרשיות לך-לך - וירא עפ"י כ"י בודליאן עם חלופי נוסחאות והערות**, עבודת דוקטור, ישיבה אוניברסיטה, ניו-יורק 1974.
- זייני, אליהו רחמים : **רבנן סבוראי וכללי ההלכה**, חיפה תשנ"ב.
- זילברג, משה : **כך דרכו של תלמוד**, האוניברסיטה העברית, ירושלים תשכ"ב.
- זלניק, אהרן : **שו"ת הרשב"א**, חלקים א-ו, מכון ירושלים, תשנ"ז-תשנ"ח, בצירוף הקדמה ומבוא.
- זפרני, דוד : **דרכי ההוראה של הרא"ש**, עבודת דוקטור, אוניברסיטת תל-אביב, תש"ס.
- זפרני, דוד : "פסקי הרא"ש, סדרם, זמנם ויחסם לתשובותיו ולתוספותיו", **דיני ישראל** י-יא (תשמ"א-תשמ"ג), עמ' שמו-שסד.
- זפרני, דוד : "לדרכי הפסיקה של הרא"ש (הערות למאמרו של ד"ר אליקים ג' אלינסון, "סיני" צג (תשמ"ג), חוב' תקסט-תקע)", **סיני** צד (תשד"מ), עמ' רעח-רפג.
- זקוביץ, יאיר : **מקרא לישראל, פירוש מדעי למקרא - רות**, עם עובד-מאגנס, תל אביב-ירושלים תש"ן.
- חבצלת, מאיר : "על המנהג בספרות הגאונים", **פרקים** ג (תשכ"ג), עמ' 97-108.
- חבצלת, מאיר : "על מנהגים אחדים בספרי הרמב"ם והגאונים", **פרקים** ד (תשכ"ד), עמ' 57-70; פורסם בשנית בתוך: הנ"ל, **הרמב"ם והגאונים**, ירושלים - ניו-יורק תשכ"ז, עמ' 144-199.
- חיות, צבי הירש (מהר"ץ) : **דרכי ההוראה**, בתוך: הנ"ל, כל ספרי מהר"ץ חיות, ירושלים תשי"ח.
- טברסקי, יצחק : **מבוא למשנה תורה לרמב"ם**, תירגם מאנגלית: מ"ב לרנר, מאגנס, ירושלים תשנ"א.
- טדסקי, גד : "המנהג במשפטנו הנוהג והעתיד", **משפטים** ה (תשל"ד), עמ' 9-60.
- טוקצ'ינסקי, יחיאל מיכל : "השקפה יסודית על תורת הקניינים ועל תורת המנהגים בחברת החיים", בתוך: משה פינדלינג, **תחוקת העבודה**, ירושלים תש"ה, עמ' קלד-קמג; פורסם בשנית בתוך: **צהר - קובץ תורני מרכזי בעניני**

- הלכה ומנהג מחכמי התורה, עורך א' דבורקס, הוצ' מכון הלכתי-אקטואלי "דרך אליעזר", חלק ג, ירושלים תשנ"ח, עמ' קפט-קצז.
- טייטלבוים, יואל: **אוצר מנהגי חסידים - דרכי יואל**, מכון אהבת-שלום, ירושלים תש"ן.
- טל, שלמה: "העקרונות ההלכתיים - המשפטיים שעליהם מושתתות תקנות הקהלות", **דיני ישראל** ג (תשל"ב), עמ' 31-60.
- טשרנוביץ חיים (רב צעיר): **תולדות הפוסקים**, 3 כרכים, ניו יורק תש"ו-תש"ח.
- יגר, שמואל: "מנהג המדינה", **פרי חיים** ב (תש"ס), עמ' שפד-שצ.
- יודלוב, יצחק שלמה: **שו"ת הרא"ש**, מכון ירושלים תשנ"ד, מבוא.
- יפרח, ישראל: "הסכם עבודה שלא כמנהג המדינה", **שורת הדין**, כרך ג, ירושלים תשנ"ה, עמ' רעו-רפא.
- ירון, ראובן: **המשפט של מסמכי נב**, ירושלים תשכ"ח.
- ישראל, שאול: **חוות בנימין**, 3 כרכים, מכון התורה והארץ - ארז הוצאה לאור, תשנ"ב-תשנ"ח.
- ישראל, שאול: **משפטי שאול - פסקי דין**, מכון "משפט והלכה בישראל" שע"י "ארץ חמדה", ירושלים תשנ"ז.
- כהן, אבינועם: "קנין" סיטומתא" - התפתחותו וחשיבותו", **על מצפה החינוך**, ביטאון הפדרציה הציונית בקנדה, מונטריאל, שנה ג, גל' 2 (כסלו תשל"ה), עמ' 18-22.
- כהן, אבינועם: פורסם בשנית בתוך: **הצופה**, כ"ב בשבט תשל"ה.
- כהן, אבינועם: "ימנינא למעוטי מאי" וימנינא למה לי; מן השאלות התלמודיות הנושאות אופי סבוראי", **מחקרים בלשון העברית ובספרות התלמודית**, רמת גן תש"ן, עמ' 83-101.
- כהן, אבינועם: "לשאלת זיהויו של רבינא, חברו של רב אשי", **דברי הקונגרס העולמי האחד-עשר למדעי היהדות**, חטיבה ג, כרך א (תשנ"ד), עמ' 95-102.
- כהן, ידידיה: "תקנות הקהל בירושת הבעל את אשתו", **שנתון המשפט העברי** ו-ז (תשל"ט-תש"ס), עמ' 133-175.
- כהן, ידידיה: **תקנות חז"ל ביחוס ממון בין בני זוג**, עבודת דוקטור, אוניברסיטת תל-אביב, תש"ס; נדפס כספר בהוצאת המשפחה, תשנ"ז.
- כהן, יצחק יוסף: **חכמי טראנסילוואניה (ת"צ-תש"ד)**, מכון ירושלים, ירושלים תשמ"ט.

- כהן, יצחק יוסף: **חכמי הונגריה והספרות התורנית בה (קפ"א-תש"ד)**, מכון ירושלים, ירושלים תשנ"ז.
- כהן, נעמי: **"אגראפוס נומוס" בכתבי פילון - בדיקה מחודשת**, דעת 15 (תשמ"ה), עמ' 5-20.
- כהן, שאר-ישוב: **ראבי"ה**, כרך ד, ירושלים תשכ"ה, מבוא, עמ' 11-38.
- כהנא, ברוך: **חוק לישראל: ערבות**, עורך נ' רקובר, ירושלים תשנ"ב.
- כהנא, יצחק זאב: **"השפעה חיצונית על אוצר המלים של ספרות התשובות"**, לשוננו טו (תש"ז), עמ' 198-203; פורסם בשנית בתוך: הנ"ל, **מחקרים בספרות התשובות**, ירושלים תשל"ג, עמ' 472-477.
- כהנא, יצחק זאב: **"היחס בין ההלכה והמנהג"**, מזכרת - קובץ תורני לזכר... הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג, ירושלים תשכ"ב, עמ' 554-564; פורסם בשנית בתוך: הנ"ל, **מחקרים בספרות התשובות**, ירושלים תשל"ג, עמ' 108-116.
- כהנא, קלמן: **"על מחבר ספר החינוך"**, ספר הזכרון לריטב"א, ירושלים תשט"ז, עמ' עז-עט.
- כץ, דב: **"סיטומתא בפסקי דין רבניים"**, מורשה א (סיוון, תשל"א), עמ' 79-86; פורסם בשנית בתוך: הנ"ל, **פסיקת בתי הדין הרבניים והחוקים**, ירושלים תשל"ו, עמ' 37-57.
- כץ, יעקב: **הלכה וקבלה**, מאגנס, ירושלים תשמ"ו.
- לוין, בנימין מנשה: **רבנו סבוראי ותלמודם**, ירושלים תרצ"ז.
- לוין, יעקב: **פירוש ר' זכריה אגמאתי**, ספר הנר לגי בבות, מהד' פקסימיליה, המוזיאון הבריטי בלונדון, 1961, בתוספת הקדמה באנגלית מאת י' לוין.
- ליבזון, גדעון: **"מנהג כגורם מגשר בין הלכה לבין כלכלה בהלכה היהודית ובהלכה המוסלמית בתקופת הגאונים"**, **זת וכלכלה - יחסי גומלין**, עורך מ' בן-ששון, מרכז זלמן שזר, ירושלים תשנ"ה, עמ' 265-307.
- ליברמן, יהושע: **תחרות עסקית בהלכה - ניתוח כלכלי של דיני הסגת גבול**, אוניברסיטת בר אילן, רמת גן תשמ"ט.
- ליברמן, שאול: **הירושלמי כפשוטו**, שבת-עירובין-פסחים, ירושלים תרצ"ה.
- לייטער, זאב וואלף: **שאלות ותשובות רבנו יצחק אלפסי**, פיטסבורג תשי"ד, מבוא, עמ' 7-18.

- ליפקין, בנימין: "שיטות הראשונים בתקנות הקהל", **התורה והמדינה** ב (תש"י), עמ' מא-נד.
- ליפקין, בנימין: "התנאת הגורמים בדברים שבממון (Ius Dispositivum במשפט העברי)", **סיני** לה (תשי"ד), עמ' קיא-קכו.
- ליפקין, בנימין: **בני בנימין - חקרי הלכה ובירורי סוגיות מאת הגאון הרב בנימין ליפקין זצ"ל**, מכון הרי פישל, ירושלים תשנ"ו.
- ליפשיץ, אליעזר מאיר: "רש"י", בתוך: רי"ל פישמן (עורך), **ספר רש"י**, ירושלים תשט"ז, עמ' קסה-רפה.
- ליפשיץ, ברכיהו: "מנהג מבטל הלכה", **סיני** פו (תש"ס), עמ' ח-יג.
- ליפשיץ, ברכיהו: "מתנה לחוד" - בין קניין להתחייבות, **דיני ישראל** יב (תשד"מ- תשמ"ה), עמ' קכה-קנד.
- ליפשיץ, ברכיהו: "על הערב ועל כמה מונחים אחרים של התחייבות", **שנתון המשפט העברי** יג (תשמ"ז), עמ' 185-213.
- ליפשיץ, ברכיהו: **עובד וקבלן - בין קניין לבין התחייבות**, ירושלים תשנ"ד.
- למדן, רות: "פרשת חרם אנקונה - הצד השני של המטבע", **מליסבון לשלונקי וקושטא**, עורך: צבי אנקורי, תל-אביב תשמ"ח.
- לנגה, יצחק שמשון: "לזהותו של רבי חיים פלטיאל", **עלי ספר** ח (תשמ"מ), עמ' 140-146.
- לנגה, יצחק שמשון: **פירושי התורה לר' חיים פלטיאל**, מהד' י"ש לנגה, ירושלים תשמ"א, מבוא, עמ' ז-יג.
- לעווין, אהרן: **זכרון מאיר על אבילות ועניני רפואה וחולי**, ח"א, טורונטו תשמ"ה, פרק א, "מנהגי ישראל וחשיבותם", עמ' 1-22.
- לרנר, מירון ביאליק: **אגדת רות ומדרש רות רבה**, עבודת דוקטור, האוניברסיטה העברית, ירושלים תשל"א.
- מוזיאון הארץ: **כלים מתקופת המשנה והתלמוד - ממצאים ארכיאולוגיים לאור המקורות**, הוצאת מוזיאון הארץ, תל-אביב תשל"ח.
- מוסקוביץ, ליב: "לחקר דיני רוב ואיתחזק איסורא' בספרות חז"ל", **הגיון** ד (תשנ"ז), עמ' 18-48.
- מזוז, מאיר יששכר: "נישואין אזרחיים ותוצאותיהם", **שנתון המשפט העברי** ג-ד (תשל"ו-תשל"ז), עמ' 270-233.
- מיללער, יואל הכהן: **מפתח לתשובות הגאונים**, ברלין תרנ"א, דפוס צילום: ירושלים תשכ"ז.

- מימון-פישמן, יהודה ליב: "המנהג בספרות הגאונים", **ספר היובל לב"מ לוי**, ירושלים ת"ש, עמ' קלב-קנט; פורסם בשנית בתוך: הנ"ל, **דיוקנאות של מעלה - תולדות ומחקרים**, ירושלים תש"ו, עמ' צז-קכב.
- מימון-פישמן, יהודה ליב: **אביי ורבא - תולדותיהם ומסכת מאמריהם וסוגיותיהם בהלכה ובאגדה**, ירושלים תשכ"ה.
- מלמד, עזרא ציון: **ספר החינוך**, הוצאת אשכול, ירושלים תש"ח, מבוא, עמ' 3-6.
- מנדלסברג-שילדקרויט, בלה: **מחקרים לתולדות יהודי לובלין**, תל-אביב תשכ"ה.
- מנטל, חיים דב: **אנשי כנסת הגדולה**, תל אביב תשמ"ג.
- מצגר, דוד: "ספר החינוך ומחברו", **מנחת חינוך**, מכון ירושלים, תשמ"ח, עמ' 15-19.
- מרגליות, מרדכי: **החילוקים שבין אנשי מזרח ובני ארץ ישראל**, ירושלים תרצ"ח.
- נווה, יוסף: **על חרס וגומא - כתובות ארמיות ועבריות מימי בית שני, המשנה והתלמוד**, מאגנס, ירושלים תשנ"ב.
- נויבואר, יקותיאל יעקב: **תולדות דיני הנישואין במקרא ובתלמוד**, ירושלים תשנ"ד.
- נוסבוים, נפתלי: "פיצויים בשל הפרת חוזה במקרקעין", **דברי משפט** ד (תשנ"ח), עמ' שלג-שמא.
- נחלון, אהרן: "סמכות הציבור להתקין תקנות לפי התשב"ץ; הגוף המתקין תקנות", **שנתון המשפט העברי א** (תשל"ד), עמ' 142-178.
- נחלון, אהרן: "סמכות הציבור להתקין תקנות לפי התשב"ץ; מהותן המשפטית של תקנות הקהל", **שנתון המשפט העברי ג-ד** (תשל"ו-תשל"ז), עמ' 271-326.
- נחלון, אהרן: **הקהל ותקנות הקהל**, עבודת דוקטור, האוניברסיטה העברית, ירושלים תשנ"ה.
- ניסענבוים, שלמה ברוך: **לקורות היהודים בלובלין**, לובלין תר"ס, דפוס צילום: ישראל תשכ"ח.
- נריה, משה צבי: "תקנות ב"ד ותקנות צבור", **התורה והמדינה א** (תש"ט), עמ' נ-נו.
- סבתו, מרדכי: "בית דין של בוררים (סנהדרין ג, א-ג)", **ספר היובל לרב מרדכי ברויאר**, כרך ב, עורך מ' בר-אשר, ירושלים תשנ"ב, עמ' 463-485.
- סולוביצ'יק, חיים: "ערב בריבית", **ציון** לו (תשל"ב), עמ' 1-21.
- סולוביצ'יק, חיים: **הלכה כלכלה ודימוי-עצמי - המשכונאות בימי הביניים**, מאגנס, ירושלים תשמ"ה.

- סולוביצ'יק, יוסף דב : **דברי השקפה**, ירושלים תשנ"ב.
- סופר, אברהם : "שני פסקי דין של החתם סופר", **המעין**, כרך ט, גל' ב (תשרי תשכ"ט), עמ' 1-4.
- סופר, אליהו ציון : "תשובה בענין סיטומתא בדבר שאין בו ממש", **באר יצחק** ג (תשנ"ט), עמ' קכא-קלח.
- סוקניק, אלעזר ליפא : "חותמת של יינן יהודי מסביבות ירושלים", **קדם** א (תש"ב), עמ' 20-23.
- סילמן, יוחנן : "היקבעויות הלכתיות בין נומינאליזם וריאליזם - עיונים בפילוסופיה של ההלכה", **דיני ישראל** יב (תשד"ם-תשמ"ה), עמ' רמט-רסו.
- סיראט, קולט : "שטר-שידוכין בצרפת מן המאה הי"ד", **תרביץ** מג (תשל"ד), עמ' 199-204.
- סליי, מנחם : "מנהגי החמרים הספנים והסוחרים בפסיקה הרבנית", **מנחת אהרן לזכרו של הרב אהרן שויקה**, ירושלים תש"ם, עמ' 189-198.
- סליי, מנחם : **הביטוח בהלכה - מחקר הלכתי-היסטורי על פי מקורות מתוך ספרות השאלות ותשובות ועוד**, הוצאת איגוד חברות הביטוח בישראל, תל-אביב תש"ם.
- ספראי, זאב : "המסחר בארץ ישראל בתקופה הרומית", **פרקים בתולדות המסחר בארץ ישראל - קובץ מחקרים**, יד יצחק בן-צבי, ירושלים 1990, עמ' 108-139.
- עמנואל, יונה : "מסרן הכתוב לחכמים", **המעין** לו, גל' ד (תמוז תשנ"ז), עמ' 33-44; הנ"ל, "מסרן הכתוב לחכמים (מילואים)", **המעין** לח, גל' ג (ניסן תשנ"ח), עמ' 66.
- עמנואל, יונה : "על פירוש הטור השלם על התורה", **פירוש הטור השלם על התורה**, מהד' ע' אינדורסקי, "חורב", ירושלים תשנ"ח, עמ' יז-כו.
- עמנואל, שמחה : "תשובות מהר"ם מרוטנבורג דפוס פראג", **תרביץ** נז (תשמ"ח), עמ' 559-597.
- עצור, אליהו : "קנין סיטומתא בצוואה", **שורת הדין**, כרך ד, ירושלים, תשנ"ח, עמ' שכב-שנו.
- עקיבא, אשר ; מסטצקין, יוסף : "קנין ללא כונה", **שערי הלולים - מערכת סוגיות על פרק ראשון במסכת בבא מציעא**, ישיבת שעלבים, תשנ"ו, עמ' 243-250.
- עקשטיין, שמעון אריה לייב : **תולדות החבי"ף - תולדות חייו ופעלו של רבינו חיים פאלאג'י זיע"א**, ירושלים תשנ"ט.

- ערוסי, רצון : "המקור לתוקף המנהג", **בית יצחק** כג (תשנ"א), עמ' 185-199.
- פאור-הלוי, יוסף : "הסוגיה הכפולה - לביאור הסוגיה הראשונה במסכת שבת", **אסופות** ג (תשמ"ט), עמ' תסז-תעג.
- פוגלמאן, מרדכי : "מנהג המקום ומנהג המדינה", **סיני** יז (תש"ה), עמ' שסב-שעג.
- פוקרובסקי, י' : **תולדות המשפט הרומאי**, עורך י' יונוביץ, ירושלים תרפ"ה.
- פינדלינג, משה : **תחוקת העבודה - מקורות לתחוקת העבודה לפי דיני התורה**, ירושלים תש"ה.
- פלדבלום, מאיר שמחה : **פירושים ומחקרים בתלמוד - מסכת גיטין**, ניו-יורק תשכ"ט.
- פלישניצקי, אריה : "בדין קניין חצר, ובדין קניין ד' אמות", **כתר תורה** ג (אב, תשנ"ה), עמ' קנא-קנד.
- פלורסהיים, יואל : "מדעותיו העיוניות של רבא והשפעתן על פסיקתו ההלכתית", **דברי הקונגרס העולמי השביעי למדעי היהדות** ג (תשמ"א), מחקרים בתלמוד, הלכה ומדרש, עמ' 117-128.
- פלק, זאב : **מבוא לדיני ישראל בימי הבית השני**, מפעל השכפול, תל-אביב תשכ"ט.
- פלק, זאב : "על המנהג בשיפוט הרבני בישראל", **ספר ישעיהו ליבוביץ**, אוניברסיטת תל-אביב, תשל"ז, עמ' 115-110.
- פלק, זאב : **דת הנצח וצרכי השעה**, מישרים, ירושלים תשמ"ו.
- פרומן, יהודה : "עקרונות הלכתיים בהסכמי ביטוח", **כתר - מחקרים בכלכלה ומשפט על-פי ההלכה**, ב (תשנ"ט), עמ' 223-404.
- פרומקין, גד : **מג'לה או מג'לת אחכאם אל עדליה (קבץ-דיני-הצדק)**, ירושלים תרפ"ח.
- פרידמן, דניאל ; כהן, נילי : **חוזים**, 2 כרכים, הוצאת "אבירם", תשנ"א-תשנ"ג.
- פרידמן, שמא יהודה : "הנאה וקניינים בתלמוד", **דיני ישראל** ג (תשל"ב), עמ' 115-145.
- פרידמן, שמא יהודה : **ספר הלכות רבתי לרבינו יצחק אלפסי - כתב יד ניו יורק**, ירושלים תשל"ד.
- פרידמן, שמא יהודה : "פרק האשה רבה בבבלי בצירוף מבוא כללי על דרך חקר הסוגיא", **מחקרים ומקורות** א (תשל"ח), מבוא, עמ' 283-321.

- פרידמן, שמא יהודה: "מקבילות המשנה והתוספתא", **דברי הקונגרס העולמי האחד-עשר למדעי היהדות**, חטיבה ג, כרך א (תשנ"ג), עמ' 15-22.
- פרידמן, שמא יהודה: "תוספתא עתיקתא: ליחס מקבילות המשנה והתוספתא [א] - כל כתבי הקדש (שבת טז, א)", **תרביץ סב** (תשנ"ג), עמ' 313-338.
- פרידמן, שמא יהודה: "תוספתא עתיקתא: ליחס מקבילות המשנה והתוספתא [ב] - מעשה ברבן גמליאל וזקנים", **בר אילן כו-כז** (תשנ"ה), עמ' 277-288.
- פרידמן, שמא יהודה: **תלמוד ערוך - פרק השוכר את האומנין, הפירושים**, ירושלים תשנ"א; **הנוסח**, ניו יורק וירושלים תשנ"ז.
- פרידמן, אברהם חיים: **הרא"ש - רבנו אשר ב"ר יחיאל וצאצאיו, חייהם ופעלם**, תירגם מגרמנית: מ' אלדר, מוסד הרב קוק, ירושלים תשמ"ו.
- פרנצוס, ישראל: "מתנה לחודי - בתקופת הגאונים והראשונים", **שנתון המשפט העברי ו-ז** (תש"ס), עמ' 243-269.
- פרנק, משה: **קהלות אשכנז ובתי דיניהן מהמאה הי"ב עד סוף המאה הט"ו**, "דביר", תל-אביב תרצ"ח.
- פרנקל, זכריה: **מבוא הירושלמי**, ברעסלויא תר"ל, דפוס צילום: ירושלים תשכ"ז.
- פרנקל, זכריה: **דרכי המשנה**, ורשה תרפ"ג, דפוס צילום: תל-אביב תשי"ט.
- צורי, יעקב שמואל: **הערעורים (על חוזים ויתר המעשים והעסקים המשפטיים)**, לונדון תרצ"ה.
- צימבליסט, חיים גדליה: "דרכי קניין דירה", **דברי משפט ד** (תשנ"ח), עמ' רעג-רעז.
- קאופמן, שלום א': "התרגום המיוחס ליונתן והארמית היהודית הספרותית המאוחרת", **עיוני מקרא ופרשנות ג** (תשנ"ג), **ספר זיכרון למשה גושן-גוטשטיין**, עמ' 363-369.
- קאמיי, אליהו ברוך: "בגדרי דעת האשה בקנינים ובדין כונת הקנין", **ספר הזכרון למרן הגר"ח שמואלביץ זצ"ל**, ירושלים תשמ"ז, עמ' שפ-שפה.
- קאפח, יוסף: **חמש מגילות עם פירושים עתיקים היוצאים לאור פעם ראשונה על פי כתבי יד בצירוף מבואות הערות והארות**, ירושלים תשכ"ב.
- קאפח, יוסף: **כתבים**, 2 כרכים, עורך י' טובי, ירושלים תשמ"ט.
- קומלוש, יהודה: **המקרא באור התרגום**, תל-אביב תשל"ג.

- קוק, שאול חנא : "בדבר שם מחבר 'ספר החנוך'", **קרית ספר** יז (ת"ש), עמ' 83-86; פורסם בשנית בתוך: הנ"ל, **עיונים ומחקרים**, ספר ב, ירושלים תשכ"ז, עמ' 316-320.
- קוק, שאול חנא : **עיונים ומחקרים**, 2 כרכים, מוסד הרב קוק, ירושלים תשי"ט-תשכ"ג.
- קורן (וינקלר), זלמן : "ממלכתיות ישראלית - משמעויות הלכתיות", **ממלכת כהנים וגוי קדוש**², ירושלים תשנ"ז, עמ' 249-181.
- קורנגוט, אפרים משה : **אור יחזקאל - סוגיות אקטואליות לאור ההלכה**, מכון אור יחזקאל, תשנ"ד.
- קימלמן, אריה : "לוח עזר לפירושים מתקופת הגאונים (מארץ ישראל, בבל וקירואן)", **שנתון המשפט העברי** יא-יב (תשמ"ד-תשמ"ו), עמ' 463-587.
- קינסטליכער, משה אלכסנדר זושא : **אישים בתשובות חתם סופר**, בני ברק תשנ"ג.
- קליינמן, רון : "ב'בחכמה פותח שערים' - סקירה על: ב' ליפשיץ וא' שוחטמן (עורכים), מפתח השאלות והתשובות של חכמי אשכנז, צרפת ואיטליה - המפתח המשפטי, הוצאת המכון לחקר המשפט העברי, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, ירושלים תשנ"ז", **עלי ספר** כא (טרם פורסם).
- קמלהר, משה : **פירושי רבי דוד קמחי (רד"ק) על התורה**, מהד' ר"מ קמלהר, ירושלים תש"ל, מבוא, עמ' ה-ט.
- קפלן, יחיאל ש' : "אי-כפיפותו של הציבור למגבלות המשפט הפרטי במשפט העברי", **משפטים** כה (תשנ"ה), עמ' 434-377.
- קצוף, רנון : "הערות בשולי מאמרו של גולאק", **שנתון המשפט העברי** ט-י (תשמ"ב-תשמ"ג), עמ' 15-28.
- קרויס, שמואל : **קדמוניות התלמוד**, 4 כרכים, ברלין-תל-אביב תרפ"ד-תש"ה.
- קרלין, אברהם : "ספרי רב האי, שיטתו והשקפותיו בדיני ממונות", **סיני** ב (תרצ"ח), עמ' תרעז-תרצב.
- קרלין, אברהם : "ההלכה והמשפט בתורתו של רבינו סעדיה גאון ז"ל", **רב סעדיה גאון**, ירושלים תש"ג, עמ' תכח-תמא.
- קרלין, אברהם : "שבעה טובי העיר, תפקידם ומעמדם המשפטי", **התורה והמדינה** א (תש"ט), עמ' נח-סו.
- קרליץ, שמריהו יוסף נסים : "בענין כמנהג המדינה", **מסורת** ו (תש"ל), עמ' קיז-קיח.

- קרצ'מר, יואל: "שתי תקנות" - לגלגוליה של שיטה פרשנית בתלמוד הבבלי, **משלב** לג (תשנ"ט), עמ' 63-87.
- רבינאוויטץ, רפאל נתן נטע: **דקדוקי סופרים**, 16 כרכים, ירושלים - ברוקלין - מאנטרעאל תש"ך.
- ראטה, נחמיה: "בדין קנין מטלטלין מגוי", **שבילין** ח-ט (תשרי, תשכ"ה), עמ' נט-סג.
- רבינוביץ, יעקב יוחנן: "גמירת הדעת במשפט העברי, האנגלי והאמריקאי", **בצרון**, שנה ד, חוב' ד (טבת, תש"ג), עמ' 271-274.
- רבינוביץ, יעקב יוחנן: "מדרש לשון הדיוט", **תרביץ** כב (תשי"א), עמ' 195-193.
- רבינוביץ-תאומים, בנימין: **חוקת משפט - הלכות מכירה**, ירושלים תשי"ז.
- רדזינר, עמיחי: "הפקר בית דין הפקר' במקורות התלמודיים", **סידרא** טו (טרם פורסם).
- רובינפלד, אהרן: **תורת הקניינים**, ירושלים תשנ"ב.
- רובינשטיין, אליעזר: "בענין חיובי וקנייני עכו"ם", **יתגדל - קובץ זכרון לגדליה שפירא**, תל-אביב תשמ"ב, עמ' 71-81.
- רוזנטל, דוד: **תלמוד בבלי - כתב יד פירנצה**, ירושלים תשל"ב.
- רוזנטל, דוד: "מסורות ארץ-ישראליות ודרך לבבל", **קתדרה** 92 (תשנ"ט), עמ' 7-48.
- רוזנפלד, בנציון: **ר' יהושע בן לוי**, עבודת דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן, רמת גן תשמ"ב.
- רויטל, שמואל דב: **יסודות השותפות במשפט העברי**, עבודת דוקטור, האוניברסיטה העברית, ירושלים תשל"א.
- ריבלין, יוסף: **שטרי קהילת אליסאנה**, אוניברסיטת בר-אילן, רמת גן תשנ"ה.
- ריבלין, יוסף: "מתנתא קמיתא': מתנת נישואין במנהג תימן", **תימא - כתב עת לחקר יהדות תימן ותרבותה** ה (תשנ"ו), עמ' 55-63.
- ריבלין, יוסף: "טופסי שטרות בש"ס כתב יד מינכן", **שנתון המשפט העברי** כ (תשנ"ה-תשנ"ז), עמ' 281-348.
- ריבלין, יוסף: "שטר 'מתנה לחוד' ", **אסופות** יא (תשנ"ח), עמ' קסז-קפא.
- ריבלין, יוסף: **הירושה והצוואה במשפט העברי**, אוניברסיטת בר-אילן, רמת-גן תשנ"ט.
- רפאל, שילה: "גאון במקורותיו", הקדמה בתוך: הרב ד' פרידמן, **פסקי הלכות יד דוד - הלכות אישות**, ח"ג, מוסד הרב קוק, ירושלים תשל"א.

- רפאל, שילה: **חידושי הריטב"א - בבא מציעא**, מוסד הרב קוק, ירושלים תשנ"ג.
- רפלד, מאיר: **המהרש"ל ו"הים של שלמה"**, עבודת דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן, רמת גן תשנ"א.
- רפלד, מאיר; תבורי, יוסף: **"המנהג שלוחותיו ומחקרו - ביבליוגרפיה"**, בתוך: ד' שפרבר, **מנהגי ישראל**, חלק ה, ירושלים תשנ"ה, עמ' רטו-שט.
- שאנן, חיים שלמה: **"צוואה כהלכה"**, **תחומין יג** (תשנ"ב-תשנ"ג), עמ' 317-326.
- שבט, עזרא: **"מקום המנהג בתורת הרמב"ן ובית מדרשו הקטלונני"**, **שנתון המשפט העברי יח-יט** (תשנ"ב-תשנ"ד), עמ' 439-453.
- שוחטמן, אליאב: **"כללי התלמוד לר' בצלאל אשכנזי"**, **שנתון המשפט העברי ח** (תשמ"א), עמ' 247-308.
- שוחטמן, אליאב: **"לדרך קביעתן של תקנות הגאונים ולמהותה של הוראת הגאונים בדין 'קים ליה בגווה'"**, **שנתון המשפט העברי יא-יב** (תשמ"ד-תשמ"ו), עמ' 686-655.
- שוחטמן, אליאב: **סדר הדין**, ספריית המשפט העברי, ירושלים תשמ"ח.
- שויקה, אהרן: **"הפולמוס על תקנת טוליטולה בירושת הבעל את אשתו"**, **תרביץ סח** (תשנ"ט), עמ' 87-127.
- שורץ, שניאור זלמן: **"בגדר כח מעשה קניין"**, **חומת משפט א** (ניסן, תשמ"ו), עמ' לז-נג.
- שטרית, שמעון: **"המנהג במשפט הציבורי"**, **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי**, ירושלים תשנ"ג, עמ' 375-416.
- שטרן, שמואל אליעזר: **סדר מכירת חמץ כהלכתו**, בני-ברק תשמ"ז.
- שטרן, שמואל אליעזר: **"בדין חלות קניני בתים בזמנינו"**, **דברי משפט א** (תשנ"ו), עמ' שלד-שלט.
- שטרן, שמואל אליעזר: **"איסור חזרה מקנין כסף בקרקע - האם מותר לחזור לאחר נתינת דמי קדימה לשם קנין קרקע"**, **פרי חיים א** (תשנ"ט), עמ' פו-צד.
- שיינברג, חיים פנחס: **טבעת החושן**, 5 כרכים, ירושלים תשכ"ח - תל אביב תשל"ב.
- שילה, שמואל: **"הרב יעקב רישר בעל הספר שבות יעקב, האיש בזמנו לזמנו - ולזמנינו?"**, **אסופות יא** (תשנ"ח), עמ' סה-פו.
- שיפמן, י"ש: **"ייחסי מקרקעין בא"י במחצית הראשונה של האלף ה-א' לפנה"ס"**, **סוגיות מתקופת המלוכה בישראל (מבחר מחקרים)**, האוניברסיטה העברית, ירושלים תשל"ו, עמ' 41-67.

- שישא, אברהם הלוי: "הערות ביבליוגרפיות לספרי החתם סופר ולתשובותיו", **המעין**, כרך ט, גל' א (תשרי, תשכ"ט), עמ' 49-64.
- שכטר, צבי: **ארץ הצבי**, ניו-יורק תשנ"ב.
- שלו, גבריאלה: **דיני חוזים**², ירושלים תשנ"ה.
- שמש, כרמלה: **קובץ מכתבי סוחרים מאוצר הגניזה הקהירית מן המאה הי"א**, עבודת מוסמך, אוניברסיטת תל אביב, תש"ן.
- שעועל, חיים דב: **ספר החינוך**, הוצאת מוסד הרב קוק, ירושלים תשמ"ו.
- שעועל, חיים דב: **רבנו משה בן-נחמן - תולדות חייו, זמנו וחיבוריו**, ירושלים תש"ן.
- שפיגל, יעקב שמואל: **הוספות מאוחרות (סבוראיות) בתלמוד הבבלי**, עבודת דוקטור, אוניברסיטת תל-אביב, תשל"ו.
- שפיגל, יעקב שמואל: **"אמר רבא הלכתא" - פסקי הלכה מאוחרים, עיונים בספרות חז"ל במקרא ובתולדות ישראל - מוקדשים לפרופ' עזרא ציון מלמד**, הוצאת בר-אילן, תשמ"ב, עמ' 206-214.
- שפיץ, צבי: **מנחת צבי - הלכות שכנים**, ירושלים תשמ"ז.
- שפר, שאול: **הרי"ף ומשנתו**, ירושלים תשכ"ז.
- שפרבר, דניאל: **תרבות חומרית בארץ-ישראל בימי התלמוד**, ירושלים תשנ"ד.
- שרמן, אברהם ח': **"הלכת השיתוף" - לאור משפטי התורה**, **תחומין יח** (תשנ"ח), עמ' 32-40.
- שרמן, אברהם ח': **"מנהג המדינה ביחסי עובד ומעביד"**, **תחומין יח** (תשנ"ח), עמ' 236-247.
- תא-שמע, ישראל מ': **"שיפוט עברי ומשפט עברי במאות הי"א-י"ב בספרד"**, **שנתון המשפט העברי א** (תשל"ד), עמ' 353-372; פורסם בשנית בתוך: הנ"ל, **הלכה, מנהג ומציאות באשכנז, 1000-1350**, מאגנס, ירושלים תשנ"ו, עמ' 36-57.
- תא-שמע, י"מ: **"מחברו האמיתי של ספר 'החינוך'"**, **קרית ספר נה** (תש"ם), 787-790.
- תא-שמע, י"מ: **"הלכה, מנהג ומסורת ביהדות אשכנז במאות הי"א-י"ב (עיונים ראשונים)"**, **סידרא ג** (תשמ"ז), עמ' 161-85; פורסם בשנית בתוך: הנ"ל, **מנהג אשכנז הקדמון**, מאגנס, ירושלים תשנ"ב, עמ' 13-105.

רבי זרחיה הלוי - בעל המאור ובני חוגו, ירושלים
תשנ"ג.

תא-שמע, י"מ:

הספרות הפרשנית לתלמוד 1000-1200, מאגנס,
ירושלים תשנ"ט.

תא-שמע, י"מ:

לועזית

- Adan-Bayewitz, David: “The Pottery from the Late Byzantine Building (Stratum 4) and its Implications”, *Qedem* 21 (The Heb. Uni., Jerusalem, 1986), pp. 90-130.
- Agus, Irving Abraham: *Rabbi Meir of Rothenburg*, 2 Vols., Philadelphia 1947.
- Allen, Carleton Kemp: *Law in the Making*⁷, Oxford, 1964.
- Austin, John: *Province of Jurisprudence Determined*, London 1968 [First Published 1832].
- Brissaud, Jean: *A History of French Private Law* (trans. by R. Howell), The Continental Legal History Series, Vol. III, New York, 1968.
- Brody, Robert: *The Geonim of Babylonia and the Shaping of Medieval Jewish Culture*, New Haven & London, 1998.
- Buckland, William Warwick: *A Text-Book of Roman Law - from Augustus to Justinian*³, Cambridge, 1966.
- Cohen, Boaz: *Jewish and Roman Law*, 2 Vols., New York, 1966.
- Encyclopaedia Judaica: 16 Vols., Keter Publishing, Jerusalem , 1972.
- Encyclopedia Judaica: 10 Vols., Verlag-Eschkol, Berlin, 1927-1934.
- Fehr, Hans: “Deutsches Recht und jüdisches Recht”, *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte*, germ. Abt., 39 (1918), pp. 314-318.
- Friedman, Mordechai Akiva: *Jewish Marriage in Palestine*, 2 Vols., Jerusalem and N.Y., 1980-1981.
- Gaius: *The Institutes of Gaius* (trans. by W. M. Gordon & O. F. Robinson), Duckworth, London, 1988.
- Goitein, S. D.: “Geniza Documents on the Transfer and Inspection of Houses”, *Revue de L’Occident Musulman et de la Méditerranée* 14 , pp. 401-412.

- Groner, Tsvi: *The Legal Methodology of Hai Gaon*, California, 1985.
- Herodotus: *The Histories* (trans. by G. Rawlinson), London 1992.
- Herzog, Isaac: *The Main Institutions of Jewish Law*, 2 Vols., London and New York, 1965.
- Huebner, Rudolf: *A History of Germanic Private Law*, (trans. by F.S. Philbrick), The Continental Legal History Series, Vol. IV, New York, 1968 [First Published 1918].
- Justinian: *The Digest of Justinian*, 4 Vols., eds. Mommsen, Theodor; Krueger, Paul; Watson, Alan, University of Pennsylvania Press, 1985.
- Kelsen, Hans: *Pure Theory of Law* (trans. by M. Knight), University of California Press, 1970.
- Kisch, Guido: *The Jews in Medieval Germany - A Study of Their Legal and Social Status*², Ktav Pub., New York, 1970.
- Krauss, Samuel: *Talmudische Archäologie*, 3 Vols., Leipzig, 1910-1912.
- Libson, Gideon: "Halakhah and Reality in the Gaonic Period: Taqqanah, Minhag, Tradition and Consensus: Some Observations", *The Jews of Medieval Islam - Community, Society, and Identity* (ed. Daniel Frank, 1995), pp. 67-99.
- Libson, Gideon: "On the Development of Custom as a Source of Law in Islamic Law", *Islamic Law and Society*, 4 (1997), pp. 131-155.
- Macdonell, John; Manson, Edward: *Great Jurists of the World*, The Continental Legal History Series, Vol. II, New York, 1968.
- Malul, Meir: *Studies in Mesopotamian Legal Symbolism*, Verlag & Bercker, Darmstadt, 1988.

- Mann, Jacob: "Addenda to 'The Responsa of the Babylonian Geonim as a Source of Jewish History'", *Jewish Quarterly Review*, 11 (1920-1921), pp. 433-471.
- Meron, Ya'akov: "Is Custom a Source of Law in Israel", 9 *Israel Law Review* (1974), pp. 221-233.
- Mitchell, William: *An Essay on the Early History of the Law Merchant*, New York, 1969 [First Published 1904].
- Muffs, Yochanan: *Studies in the Aramaic Legal Papyri from Elephantine*, Leiden, 1969.
- Passamaneck, Stephen M.: "Caravan Custom in Early Rabbinic Sources", *Tijdschrift voor Rechts-geschiedenis - A Tribute to Gleason Archer*, 36 (1968), pp. 73-88.
- Passamaneck, Stephen M.: *Insurance in Rabbinic Law*, Edinburgh University Press, 1974.
- Pick, Shlomo Herbert: *The Jewish Communities of Provence before the Expulsion in 1306*, Ph. D. Thesis, Bar-Ilan University, Ramat-Gan, 1996.
- Safrai, Shmuel (ed.): *The Literature of the Sages*, Maastricht - Philadelphia, 1987.
- Salmond, John William: *Salmond on Jurisprudence*¹², ed. P. J. Fitzgerald, London, 1966.
- Shaked, Shaul: "Jewish Sasanian Sigillography", *Res Orientales* VII, Bures-sur-Yvette 1995.
- Sivan, Hagith: "Rabbinics and Roman Law: Jewish - Gentile/Christian Marriage in Late Antiquity", *Revue des études Juives* 156 (1997), pp. 59-100.
- Sklare, David E.: *Samuel Ben Hofni Gaon and his Cultural World - Texts and Studies*, Leiden-New York-Köln, 1996.
- Soloveitchik, Haym: "Rabad of Posquières: A Programmatic Essay", **פרקים בתולדות החברה היהודית בימי-הביניים ובעת החדשה - מוקדשים לפרופסור יעקב כ"ץ, ירושלים תש"ם, חלק אנגלי, עמ' 7-40.**

- Veenhof, K. R.: *Aspects of Old Assyrian Trade and its Terminology*, Leiden, 1972
- Weiss, Gershon: *Legal Documents Written by the Court Clerk, Halfon ben Manasse (dated 1100-1138), A Study in the Diplomatics of the Cairo Geniza*, Ph.D. Dissertation, University of Pennsylvania, 1970.
- Yarshater, Ehsan (ed.): *The Cambridge History of Iran*, Vol. 3(2), Cambridge University Press, 1968.

ב. מילונים

עברית

- אבן-שושן, אברהם : **קונקורדנציה חדשה לתנ"ך**³, 3 כרכים, ירושלים תשמ"א.
- איילון, דוד ; שנער, פסח : **מילון ערבי-עברי לשון הערבית החדשה**, ירושלים תשמ"ד.
- בן-יהודה, אליעזר : **מילון הלשון העברית הישנה והחדשה**, 17 כרכים, ירושלים [1948]1959-.
- בר-אל, יוסף : **מילון יידיש עברית לשו"ת גדולי אשכנז - מאות י"ג-ט"ו, משיבים נבחרים**, אוניברסיטת בר-אילן, רמת-גן תשל"ז.
- סטוטשקאוו, נחום : **דער אוצר פון דער יידישער שפראך**, יידישער וויסנשאַפטלעכער אינסטיטוט-ייִוואָ, ניו-יארק 1950.
- צאננין, ישעיהו מרדכי : **מילון יידיש-עברי שלם**, הוצאה לאור ע"ש ה. ליוויק, בני-ברק תשמ"ב.
- קאהוט, חנוך יהודה : **ספר ערוך השלם**, 8 כרכים, וינה תרפ"ו, דפוס צילום : ניו-יורק תשט"ו.
- ריבקינד, יצחק : **יידישע געלט**, האקדמיה האמריקנית למדעי היהדות, ניו-יארק תש"ך.

לועזית

- Alderson, Anthony Dolphin;
Iz, Fahir (ed.): *The Concise Oxford Turkish Dictionary*, Oxford University Press, 1959.
- Baker, Ernest A. (ed.): *Cassell's French-English English-French Dictionary*, Funk & Wagnalls Company, New York, 1951.
- Berger, Adolf: *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953.
- Dickel, Günther; Speer, Heino: *Deutsches Rechtswörterbuch*, Verlag Hermann Böhlaus Nachfolger, Weimar, 1984-1991.

- Hava, J. G.: *Arabic-English Dictionary*, Catholic Press, Beirut, 1951.
- Larousse: *Grand Larousse de la langue française*, 7 Vols., Paris, 1971-1978.
- Oxford University Press: *Oxford Latin Dictionary*, Oxford University Press, New York, 1982.
- Grimm, Jacob & Wilhelm: *Deutsches Wörterbuch*, Bearbeitet von Dr. Moriz Heyne, Verlag von S. Hirzel, Leipzig, 1877-1885.
- Jastrow, Marcus: *A Dictionary of the Targumim, the Talmud Babli and Yerushalmi, and the Midrashic Literature*, 2 Vols., London, 1903.
- Levy, Jacob: *Wörterbuch über die Talmudim und Midrashim*, 4 Vols., Berlin, 1924.
- Lexer, Matthias: *Mittelhochdeutsches Handwörterbuch*, Verlag von S. Hirzel, Leipzig, 1872.
- Schirmer, Alfred: *Wörterbuch der Deutschen Kaufmannssprache - Auf geschichtlichen Grundlagen*, Verlag von Karl J. Trübner, Strassburg, 1911.
- Schröder, Richard; Freiherr von Künssberg, Eberhard: *Deutsches Rechtswörterbuch*, Preussische Akademie der Wissenschaften, Weimar, 1914-1932.
- Wehr, Hans: *A Dictionary of Modern Written Arabic*⁴, ed. J.M. Cowan, Otto Harrassowitz, Wiesbaden, 1979.

ג. ספרי שאלות ותשובות*

- אבולעפיא, מאיר הלוי (רמ"ה):
 שו"ת רמ"ה, [תל-אביב תשכ"ד]. טולידו, ספרד, מאות 12-13.
- אבן צור, יעקב בן ראובן:
 שו"ת משפט וצדקה ביעקב, 2 חלקים, נא אמון תרנ"ד-תרס"ג, דפוס צילום: ירושלים תשמ"א. פאס, מרוקו, מאות 17-18.
- אברהם בן דוד (ראב"ד):
 ראב"ד - תשובות ופסקים, מהד' קאפח, ירושלים תשכ"ד. בעל ההשגות, פושקיירה, פרובאנס, המאה ה-12.
- אברהם בן מרדכי הלוי:
 שו"ת גינת ורדים, קושטא תע"ו, דפוס צילום: ירושלים תש"ל. ראש רבני מצרים בקהיר, מאות 18-17.
- אברהם שמואל בן יהודה:
 שו"ת עמודי א"ש, וילנא תרל"ה. אב"ד סקידל, איישישוק וראסיין, רוסיה, המאה ה-19.
- אדרבי, יצחק (מהר"י):
 שו"ת דברי ריבות, ויניציאה שמ"ז, דפוס צילום: ירושלים תשמ"ט. סלוניקי, תורכיה, המאה ה-16.
- אדרת, שלמה בן אברהם (רשב"א):
 שו"ת הרשב"א, חלקים א-ג, בני ברק תשי"ח-תשי"ט; חלקים ד-ז, ירושלים תש"ך; שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, ורשא תרמ"ד; תשובות הרשב"א, חלק ראשון, כרכים א-ב, מהד' ח"ז דימיטרובסקי, מוסד הרב קוק, ירושלים תש"ן; חלקים א-ו, מכון ירושלים, תשנ"ז-תשנ"ח. ספרד, המאה ה-13.
- אהרנברג, יהושע מנחם:
 שו"ת דבר יהושע, 6 חלקים, מהד' חדשה עם הוספות, בני-ברק תשנ"ח. אב"ד בתל-אביב, המאה ה-20.
- אוצר הגאונים:
 13 כרכים, עורך ב"מ לוי, חיפה תרפ"ח-תשי"ב, דפוס צילום: ירושלים תשמ"ד.
- אור זרוע, חיים (מהר"ח):
 שו"ת מהר"ח אור זרוע, ליפסיה תר"ך, דפוס צילום: ירושלים תש"ך. רגנשבורג, סוף המאה ה-13.
- אור זרוע, יצחק:
 חלק השו"ת בתוך: אור זרוע, חלק א, זיטאמיר תרכ"ב. אשכנז, ראשית המאה ה-13.
- אזולאי, חיים יוסף דוד:
 שו"ת זרע אנשים, הוסיאטין תרס"ב. תשובות מפוסקים שונים שליפט החיד"א.

* ברשימה זו לא צוינו כל כרכי התשובות של המשיב על מהדורותיהם השונות, אלא רק אלו שנעשה בהם שימוש במסגרת עבודתנו. המקום אליו צויין הוא המקום המרכזי שבו חי המשיב או הקהילה שבה פעל מרבית שנות פעילותו.

- איגר (גינז), עקיבא : שו"ת רבי עקיבא איגר, בני ברק תדש"מ; שו"ת רבי עקיבא איגר החדש, מהד' קמא, ח"א, מהד' ד' ביטון, ירושלים תשנ"ח. פוזן, מאות 18-19.
- איטינגא, יצחק אהרן בן מרדכי זאב : שו"ת מהרי"א הלוי, 2 חלקים, לעמבערג תרנ"ג. בנו של בעל שו"ת מאמר מרדכי. אב"ד לבוב, המאה ה-19.
- איטינגא, מרדכי זאב בן יצחק אהרן : שו"ת מאמר מרדכי, לבוב תרי"ב, דפוס צילום: ירושלים תשכ"ח. לבוב, המאה ה-19.
- אייזנשטאדט (א"ש), מאיר : שו"ת אמרי אש, ח"א, או"ח ויו"ד, לעמבערג תרי"ב; ח"ב, אה"ע וח"מ, אונגוואר תרכ"ד. אב"ד אונגוואר, הונגריה, מאות 18-19.
- אייזנשטאט, מאיר (מהר"ם א"ש) : שו"ת פנים מאירות, 3 חלקים, לעמבערג תרנ"ט, דפוס צילום: ניו יארק תשכ"ב. אב"ד אייזנשטאט, הונגריה, מאות 17-18.
- איילנבורג, יששכר בער : ספר באר שבע, ווארשא תרס"ד, חלק השו"ת. איטליה, מאות 17-16.
- איסרליין, ישראל בן פתחיה : ספר תרומת הדשן השלם, ח"א, שאלות ותשובות, ח"ב, פסקים וכתבים, קובץ תשובות חדשות, מהד' ש' אביטן, ירושלים תשנ"א. אשכנז, המאה ה-15.
- איסרליש, משה (רמ"א) : שו"ת הרמ"א, מהד' א' זיו, ירושלים תשל"א. קראקא, פולין, המאה ה-16.
- אל אשקר, משה בן יצחק (מהר"ם) : שו"ת מהר"ם אלשקר, סדילקאב 1834, דפוס צילום: ירושלים תשד"מ. ספרד - טוניס - מצרים - ירושלים, מאות 16-15.
- אליהו בן חיים (ראנ"ח) : שו"ת הראנ"ח, שו"ת מים עמוקים, ברלין תקל"ח, דפוס צילום: ירושלים תשד"מ. טורקיה, המאה ה-16.
- אלפסי, יצחק (רי"ף) : שו"ת הרי"ף, ליוורנו תקמ"א, מהדורת ז"ו לייטער, פיטסבורג תשי"ד; שו"ת הרי"ף, מהדורת ז' ביעדנאוויץ, בילגוריי תרצ"ה. צפון אפריקה-ספרד, המאה ה-11.
- אריאל, יעקב : שו"ת באהלה של תורה, מכון התורה והארץ, כפר דרום, תשרי תשנ"ח. רב העיר רמת-גן, המאה ה-20.
- אשכנזי, בצלאל : שו"ת רבנו בצלאל אשכנזי, לעמבערג, תרס"ד; מהד' מצ"ב בוחבוט, ירושלים תשנ"ד. מצרים, המאה ה-16.
- אשכנזי, גרשון : שו"ת עבודת הגרשוני, לבוב תרכ"א, דפוס צילום: ירושלים תשמ"ב. מץ, גרמניה, המאה ה-17.

- אשכנזי, צבי הירש : שו"ת חכם צבי, מהד' ח"א טיקוצקי, ירושלים תשנ"ה. גרמניה-אמסטרדם-פולין, מאות 17-18.
- אשר בן יחיאל (רא"ש) : שו"ת הרא"ש, וילנא, תרמ"ה; א"א אורבך, "שאלות ותשובות הרא"ש בכתבי יד ובדפוסים", שנתון המשפט העברי ב (תשל"ה), עמ' 1-153; שו"ת הרא"ש, מכון ירושלים, תשנ"ד. אשכנז-ספרד, מאות 13-14.
- באב"ד, יהושע העשיל בן יצחק : ספר יהושע - שו"ת פסקים וכתבים, 2 חלקים, ירושלים תשנ"א. טרנופול, גליציה, מאות 18-19.
- בוטון, אברהם די : שו"ת לחם רב, קרקא תרמ"ה, דפוס צילום : ירושלים תשמ"א, יחד עם שו"ת הלכות קטנות. שאלוניקי, המאה ה-16.
- בורנשטיין, אברהם : שו"ת אבני נזר, פיעטרקוב תרע"ב-תרצ"ד, דפוס צילום : תל-אביב תשכ"ד. סוכטשוב, מאות 19-20.
- בכרך, יאיר חיים : שו"ת חוט השני, מונקאטש תרנ"ו (רוב התשובות מזקנו ר' שמואל ומאביו ר' משה שמשון). גרמניה, המאה ה-17.
- בכרך, יאיר חיים : שו"ת חות יאיר, ירושלים תשל"ג.
- בלוהם, עמרם בן יצחק יעקב : שו"ת בית שערים, יו"ד, ניו יורק תשכ"ב. הונגריה, המאה ה-19.
- בלום, רפאל : שו"ת נחלי אפרסמון, ירושלים תשי"מ. ראדומישלא, גליציה-האנובר-חיפה, מאות 19-20.
- בן זמרה, דוד (רדב"ז) : שו"ת הרדב"ז, 7 חלקים, ווארשא תרמ"ב, דפוס צילום : ירושלים תשל"ב; שו"ת רדב"ז מכתב יד, בני ברק תשל"ח. צפת-מצרים, מאות 15-16.
- בנימין בן מתתיה : שו"ת בנימין זאב, ירושלים תשי"ט. ארטא, יוון, המאה ה-16.
- בן-יעקב, צבי יהודה : משפטיך ליעקב - פסקים ותשובות, 3 חלקים, בני ברק-ישראל, תשנ"ה-תשנ"ט. דיין, ישראל, המאה ה-20.
- ברפת, יצחק בן ששת (ריב"ש) : שו"ת הריב"ש, לבוב תקס"ה; מכון ירושלים, 2 חלקים, ירושלים תשנ"ג. ספרד-אלג'יר, המאה ה-14.
- גאון הגאונים : מהד' ש"א ווערט היימער, ירושלים, תרפ"ה.
- גאטניו, אברהם בן בינבינישטי : שו"ת צל הכסף, שאלוניקי תרל"ב. דיין ורב ראשי בשאלוניקי, המאה ה-19.
- גאלנטי, משה : שו"ת מהר"ם גאלנטי, ירושלים תשמ"ח. ראש רבני צפת, מחצית שניה של המאה ה-16.

- גבאי, נסים : שו"ת פאת נגב, שלוניקי תקנ"ז, דפוס צילום : ברוקלין תשנ"א. קושטא, המאה ה-18.
- גנזי שעכטער : 3 כרכים, עורך ל' גינצבורג, נויארק תרפ"ח, דפוס צילום : ירושלים תשכ"ט.
- גראדזענסקי, חיים עוזר : שו"ת אחיעזר, 4 חלקים, ירושלים תשנ"ב. וילנא, מאות 19-20.
- גרוסמן, ישראל : שו"ת משכנות ישראל, ירושלים תשד"ם. רב ודיין בירושלים, המאה ה-20.
- גרינפעלד, שמעון : שו"ת מהרש"ג, 3 חלקים, ירושלים תשל"ד-תשד"ם. אב"ד בסעמיהאל, הונגריה, מאות 19-20.
- דוד, שמואל : שו"ת נר לעזרא, חלקים ג-ד, המנהג כהלכה, עפולה [תשנ"ג-תשנ"ז]. רבה של עפולה, המאה ה-20.
- דוראן, שמעון בן צמח (רשב"ץ) : שו"ת תשב"ץ, לעמבערג תרנ"א; חלק א, מכון ירושלים, תשנ"ח. ספרד-אלג'יר, מאות 14-15.
- דוראן, שלמה בן שמעון (רשב"ש) : שו"ת רשב"ש, מכון ירושלים, תשנ"ח. אלג'יר, המחצית הראשונה של המאה ה-15.
- דרימר, שלמה : שו"ת בית שלמה, 2 חלקים, לעמבערג תרל"ז-תרנ"ב, דפוס צילום : ניו-יארק תשכ"ב. אב"ד סקאלא, גליציה, המאה ה-19.
- הדאיה, עבדיה בן שלום : שו"ת ישכיל עבדי, 8 חלקים, ירושלים תרצ"א-תש"ם. דיין בביה"ד הגדול, ישראל, המאה ה-20.
- הדאיה, שלום בן חיים : שו"ת ודבר שלום, ירושלים תרפ"ד. חאלב-ירושלים, מאות 19-20.
- הופמן, דוד צבי (רד"צ) : שו"ת מלמד להועיל, פרנקפורט ענ"מ תרפ"ו, דפוס צילום : ניו-יורק תשי"ד. ברלין, מאות 19-20.
- הכהן, כ"לפון משה : שו"ת שואל ונשאל, 9 חלקים, ג'רבה תשי"ב-נתיבות תשנ"ח. ראש רבני האי ג'רבה, מאות 19-20.
- הלברשטם, חיים : שו"ת דברי חיים, 2 חלקים, ברוקלין-ניו יארק תש"ה. אדמו"ר ראשון לבית צאנז, גליציה, המאה ה-19.
- הלוי, שמואל בר' דוד : שו"ת נחלת שבעה, בתוך : נחלת שבעה, ווארשא תרנ"ח, חלק ב. פולין, המאה ה-17.
- וולדינברג, אליעזר יהודה : שו"ת ציץ אליעזר, 22 חלקים, ירושלים תשמ"ה-תשנ"ח. דיין ביה"ד הגדול, ירושלים, המאה ה-20.
- ויטמאיר, מאיר צבי : שו"ת רמ"ץ, 2 חלקים, פרעמישלא תר"ל-תרל"ב; תרמ"ה. סאמבור, הונגריה, המאה ה-19.
- ויינברג, יחיאל יעקב : שו"ת שרידי אש, ירושלים תשכ"ב-תשכ"ט. ברלין-שוויץ, המאה ה-20.

- וייס, חיים יוסף דוד : שו"ת ויען דוד, 3 חלקים, ירושלים תשנ"ג-תשנ"ו. רב באנטוורפן, המאה ה-20.
- וייס, יצחק יעקב : שו"ת מנחת יצחק, 10 חלקים, ירושלים תשל"ט-תש"ן. לונדון-ירושלים, המאה ה-20.
- חזן, חיים דוד בן רפאל : שו"ת נדיב לב, 2 חלקים, ירושלים תרכ"ו. רב ראשי באיזמיר, קושטא - רב ראשי וראשל"צ בארץ-ישראל. מאות 18-19.
- חזן, רפאל יוסף בן חיים : שו"ת חקרי לב, 12 כרכים, שאלוניקי-ליוורנו תקמ"ז-תרי"ג, דפוס צילום: ירושלים תש"ל-תשל"א; מהד' ד' ביטון, מכון המאו"ר, ירושלים תשנ"ח. איזמיר-ירושלים, מאות 18-19.
- חלאווה, משה : שו"ת מהר"ם חלאווה, מהד' מ' וחב"צ הרשלה, מכון שלם, ירושלים תשמ"ז. ספרד, מאות 13-14.
- חפוטא, אברהם : שו"ת מענה לשון, 3 חלקים, תל-אביב תשל"ו-תשנ"ה. ראש ישיבת הרמב"ם ובית יוסף, תל-אביב, המאה ה-20.
- טבק, שלמה יהודה בן פסח צבי : שו"ת תשורת ש"י, 2 חלקים, בני-ברק תש"ן. סיגעט, טרנסילוואניה, המאה ה-19.
- טולדו, אליעזר די : שו"ת משנת רבי אליעזר, 2 חלקים, שאלוניקי תרי"ג-איזמיר תרל"ב. קושטא, המאה ה-19.
- טייכטהאל, ישכר שלמה : שו"ת משנה שכיר, 2 חלקים, ירושלים תשל"ד-תשנ"ד. פישטיאן, סלובקיה, מאות 19-20.
- טעננענבוים, יעקב : שו"ת נהרי אפרסמון, פאקש תרנ"ח. פוטנאק, הונגריה, המאה ה-19.
- טננבוים, מלכיאל צבי הלוי : שו"ת דברי מלכיאל, חלקים א-ה, ווילנא תרנ"א-בילגורייא תרס"ח, חלקים ו-ז, מוסד הרב קוק, ירושלים תש"ל-תשל"ו. לומז'ה, פולין, מאות 19-20.
- טרונק, ישראל יהושע : שו"ת ישועות מלכו, פיטרקוב תרפ"ז, דפוס צילום: ניו יורק תשי"ח. פולין, המאה ה-19.
- יום טוב אלאשבילי (ריטב"א) : שו"ת הריטב"א, מהד' י' קאפח, מוסד הרב קוק, ירושלים תשי"ט. ספרד, מאות 13-14.
- יוסף בן לב (מהריב"ל) : שו"ת מהר"י בן לב, 4 חלקים, הוצאת גנזי קדם, ירושלים תשי"ט-תש"ל. שאלוניקי-קושטא, המאה ה-16.
- יוסף חיים בר' אליהו (מהרי"ח) : שו"ת רב פעלים, 4 חלקים, ירושלים תרס"א-תרע"ג, דפוס צילום: ירושלים תש"ל. בגדד, המאה ה-19.

- יוסף, עובדיה : שו"ת יביע אומר, 8 חלקים, ירושלים תשי"ד-תשנ"ה.
ראשלי"צ ורב ראשי לישראל, המאה ה-20.
- יחיא, תם בן דוד אבן : שו"ת אהלי תם (=ספר תומת ישרים, ח"א), ויניציאה שפ"ב, דפוס צילום : ירושלים תש"ן. קושטא, המאה ה-16.
- יעקב בן מאיר (רבנו תם) : ספר הישר לרבנו תם, חלק השו"ת, מהד' ש' ראזענטהאל, ברלין תרנ"ח, דפוס צילום : ירושלים תשל"ב. צרפת, המאה ה-12.
- יעקב בן שמואל : שו"ת בית יעקב, דיהרנפורט תנ"ו, דפוס צילום : מונרו תשמ"ו. אב"ד צויזמיר, פולין, המאה ה-17.
- ישראל (מהר"י) מברונא : שו"ת מהר"י מברונא, עם מבוא מאת ר"מ הרשלה, ירושלים תשל"ג. רגנשבורג, אשכנז, המאה ה-15.
- כהן, יעקב אברהם : עמק המשפט - תשובות בדיני ממונות המצויים, 3 חלקים, מכון דיני ממונות - מפעל הש"ס העולמי, [תשנ"ז]. ר"מ בישיבת צאנז, נתניה, המאה ה-20.
- כהנא, נתן נטע : שו"ת דברי רננה, ברוקלין תשד"ס. אב"ד אוסטראה, המחצית הראשונה של המאה ה-17.
- לוריא, שלמה (מהרש"ל) : שו"ת מהרש"ל, יחדיו, ירושלים, תשנ"ג. לובלין, המאה ה-16.
- ליבשיץ, ברוך מרדכי בן יעקב : שו"ת ברית יעקב, ווארשא תרל"ו-תרל"ז. פולין וליטא, המאה ה-19.
- ליפשיץ (באלחובר), אריה ליבוש : שו"ת שם אריה, 2 כרכים, וילנא תרל"ג, דפוס צילום : ירושלים תש"ל. זסלב, מחוז וואלין, רוסיה, המאה ה-19.
- לנדא, יחזקאל : שו"ת נודע ביהודה, קמא, תנינא, ורשא תר"מ, דפוס צילום : ירושלים תשכ"ט; אורח חיים, קמא, תנינא, תשובות נוספות², מכון ירושלים, תשנ"ד. רבה של פראג, המאה ה-18.
- לרמן, אליהו : שו"ת דבר אליהו, ווארשא תרמ"ד, דפוס צילום : מרכז "זכרון קדושי פולין", אשדוד תשנ"ו. פולין, המאה ה-19.
- מאייו, רפאל יצחק : שו"ת שפת הים, שאלוניקי תקע"ח. איזמיר, המאה ה-18.
- מאיר בן ברוך (מהר"ם) : שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, 3 כרכים : דפי קרימונה, דפוס צילום : ירושלים תשמ"ו; דפי לבוב-ברלין, דפוס צילום : ירושלים תשמ"ו; דפי פראג, מהד' בלאך, בודאפעסט תרנ"ה; תשובות פסקים ומנהגים למהר"ם מרוטנבורג, 3 חלקים, מוסד הרב קוק, ירושלים תשי"ז-תשכ"ג. אשכנז, המאה ה-13.

- מדינה, שמואל די (מהרשד"ם) :
 מולין, יעקב (מהרי"ל) :
 מזרחי, אליהו (רא"ם) :
 מטראני, יוסף בן משה (מהרי"ט) :
 מטראני, משה (מבי"ט) :
 מיוחס, אברהם :
 מינץ, משה (מהר"ם מינץ) :
 מלכא, יעקב בן (מהריב"ם) :
 מרגליות, אלכסנדר סנדר :
 מרגליות, אפרים זלמן :
 מרדכי הלוי :
 משה בן נחמן (רמב"ן) :
 נטרונאי בר' הילאי גאון :
 נסים בר' ראובן (ר"ן) :
 נתנזון, יוסף שאול :
 סופר [שרייבר], משה :
- שו"ת מהרשד"ם, למברג תרכ"ב, דפוס צילום : ניו-
 יארק תשי"ט. שאלוניקי, המאה ה-16.
 שו"ת מהרי"ל החדשות, מכון ירושלים, ירושלים
 תשל"ז ; שו"ת מהרי"ל, מכון ירושלים, ירושלים
 תש"ם. אשכנז, מאות 14-15.
 שו"ת ר' אליהו מזרחי, ירושלים תרצ"ח. קושטא,
 מאות 15-16.
 שו"ת מהרי"ט, 2 חלקים, לעמבערג תרכ"א, דפוס
 צילום : ישראל [בלא ציון שנה]. קושטא, מאות 17-
 16.
 שו"ת מבי"ט, ויניציאה שפי"ט-ש"צ, דפוס צילום : יד
 הרב נסים, ירושלים תש"ן. שאלוניקי-צפת, המאה
 ה-16.
 שו"ת בני אברהם, קושטאנדינה תקל"ג, דפוס צילום :
 ברוקלין תשנ"א. קושטא, המאה ה-18.
 שו"ת מהר"ם מינץ, מכון ירושלים תשנ"א. אשכנז,
 המאה ה-15.
 שו"ת נר מערבי, ח"א, ירושלים תרצ"ה. מרוקו,
 מאות 17-18.
 תשובות הרא"ם, אה"ע, ווארשא תרי"ט. גליציה,
 המאה ה-18.
 שו"ת בית אפרים, ורשא תרמ"ד, נדפס מחדש : תל
 אביב תשכ"ח. ברודי, המאה ה-19.
 שו"ת דרכי נועם, ונציה תנ"ז, דפוס צילום : ירושלים
 תש"ל. אבי"ד בקהיר, המאה ה-17.
 תשובות הרמב"ן, בתוך : ש' אסף, ספרן של ראשונים,
 ירושלים, תרצ"ה. ספרד-א"י, המאה ה-13.
 י" ברודי, תשובות רב נטרונאי גאון, 2 חלקים,
 ירושלים תשנ"ד. מלך בסורא בשנת 861.
 שו"ת הר"ן, קעניגסבערג [תרכ"א]. ברצלונה, ספרד,
 המאה ה-14.
 שו"ת שואל ומשיב, 5 כרכים, 6 מהדורות, ברוקלין
 תשי"ד. פולין, המאה ה-19.
 שו"ת חתם סופר, 7 חלקים, נדפסו במקומות שונים ;
 קובץ תשובות, ירושלים תשל"ג. פרשבורג, מאות 19-
 18.

- סלוניק, בנימין אהרן : שו"ת משאת בנימין, סדילקאב תקצ"ג. פולין, מאות 17-16.
- ספקטור, יצחק אלחנן : שו"ת עין יצחק, 2 חלקים, וילנא תרמ"ט-תרנ"ה, דפוס צילום: ניו יורק תשכ"ה. ליטא, המאה ה-19.
- עזיאל, בן-ציון מאיר חי : שו"ת משפטי עזיאל, 3 כרכים, תל-אביב תרצ"ה-ת"ש. ראשלי"צ ורב ראשי לישראל, מאות 19-20.
- עטלינגר, יעקב יוקב : שו"ת בנין ציון, אלטונא תרכ"ח; נדפס מחדש בתוך: שו"ת הערוך לנר, 2 כרכים, כולל: בנין ציון, בנין ציון החדשות וקובץ תשובות, מהד' י"א הורוויץ, דבר ירושלים, ירושלים תשמ"ט. גרמניה, המאה ה-19.
- עייאש, יהודה : שו"ת בית יהודה, ליוורנו תק"ו; שו"ת בית יהודה השלם, 2 חלקים, מכון בני יששכר, ירושלים תש"ן. אב"ד אלגיר, המחצית הראשונה של המאה ה-18.
- ענגיל, שמואל בן זאב : שו"ת מהר"ש, 8 חלקים. ח"א, יאראסלויא תרס"ה, ח"ב יאראסלויא תרס"ח, דפוס צילום: ירושלים תש"ס. אב"ד רדומישל וקשוי, מאות 19-20.
- פאלאגי, חיים בן יעקב : שו"ת חקקי לב, שאלוניקי ת"ר-תר"ט, דפוס צילום: [ישראל] תשל"ט. איזמיר, מאות 18-19.
- פאנט, מנחם מנדל בן יחזקאל : שו"ת שערי צדק, או"ח, שו"ת אבני צדק, אה"ע, 2 חלקים, מונקאטש תרמ"ד-תרמ"ו. רבה של דעש, טראנסילוואניה, המאה ה-19.
- פיינשטיין, משה : שו"ת אגרות משה, 8 חלקים, נוא יארק-ירושלים תשי"ט-תשנ"ו. ליטא-ארה"ב, המאה ה-20.
- פרומר, אריה צבי : שו"ת ארץ צבי, לובלין תרצ"ט; נדפס מחדש בתוספות הוספות: בני ברק, תש"ן. אב"ד קוז'יגלוב, מאות 19-20.
- פראנק, צבי פסח : שו"ת הר צבי, 3 חלקים, ירושלים תשכ"ד-תשל"ג. ליטא-ירושלים, רבה של ירושלים, מאות 19-20.
- פריד, נתנאל : שו"ת פני מבין, מונקאטש, תרע"ג-תרע"ד. הונגריה, מאות 19-20.
- פרישקו, משה : ידיו של משה, שאלוניקי תקע"ב, כולל 5 חלקים, הראשון - שו"ת. אב"ד בקושטא, המאה ה-18.
- פרנקל-תאומים, ברוך : שו"ת עטרת חכמים, ניו-יורק תשכ"ב. לייפניק, מורביה, מאות 18-19.
- צרור, שלמה : שו"ת התשב"ץ, חלק ד, חוט המשולש, הטור השני, לעמבערג תרנ"א. צפון אפריקה, המאה ה-16.

- קארו, יוסף: שו"ת אבקת רוכל, לייפציג תרי"ט, דפוס צילום: ירושלים תש"ך. ספרד - צפת, המאה ה-16.
- קארו, יוסף: שו"ת בית יוסף, ירושלים תש"ך, נדפס מחדש: ירושלים, תשמ"ז.
- קוידנובר, אהרן שמואל: שו"ת אמונת שמואל, לעמבערג תרמ"ה. וילנה, המאה ה-17.
- קולון, יוסף (מהרי"ק): שו"ת מהרי"ק, מכון אורייתא, ירושלים תשמ"ח. צפון איטליה, המאה ה-15.
- קלוגר, שלמה: שו"ת טוב טעם ודעת, מהד' קמא, לעמבערג תרס"ג; מהד' תניינא, לעמבערג [תר"ך]; מהד' ג, ח"ב, פאדגורזע אצל קראקא, תר"ס. ברודי, המאה ה-19.
- קלעי, שמואל: שו"ת משפטי שמואל, ויניציאה שני"ט, דפוס צילום: ירושלים תשמ"ט. ארטא, יוון, המאה ה-16.
- קצבי, יוסף: שו"ת מהרי"י קצבי [=רב יוסף], קושטאנדינא תצ"ו, דפוס צילום: ירושלים תש"ל. טורקיה, המאה ה-17.
- קצנלבוין, יחזקאל: שו"ת כנסת יחזקאל, סדילקאב תקצ"ד, דפוס צילום: הוצאת ס.ל.א., תשמ"ח. רב בקהילות אה"ו, גרמניה, ראשית המאה ה-18.
- קרא, צבי הירש: שו"ת נטע שעשועים, Zolkow תקפ"ט, דפוס צילום: Brooklyn [תשכ"ז]. אב"ד בוטשאטש, גליציה, מאות 18-19.
- קרוכמל, מנחם מענדל: שו"ת צמח צדק, ירושלים תשכ"ח. אב"ד בניקלשבורג, המאה ה-17.
- רופא, חייא: שו"ת מעשה חייא, מכון הכתב, ירושלים תשנ"ז. צפת, מאות 16-17.
- רישר, יעקב: שו"ת שבות יעקב, 3 חלקים, הלה-מיץ ת"ע-תקמ"ט, נדפס בכרך אחד, דפוס צילום: ירושלים תש"ס. פראג-גרמניה, מאות 17-18.
- רפאל יעקב מנשה בן אברהם: שו"ת באר המים, שאלוניקי תקצ"ו. איזמיר, המאה ה-18.
- רפפורט, חיים כהן בן דב בריש: שו"ת מים חיים, זיטאמיר תרי"ז-תרי"ח. אב"ד אוסטרהא, גליציה, מחצית שניה של המאה ה-18.
- שבדרון, שלום מרדכי הכהן (מהרש"ם): שו"ת מהרש"ם, 9 חלקים, ירושלים תשל"ד-תש"ן. אב"ד ברעזאן, גליציה, מאות 19-20.
- שוורץ, אברהם יהודה בן פנחס זעליג: שו"ת קול אריה, סילאדי שאמלווא תרס"ד. רבה של בערעגסאס ומאד, הונגריה, המאה ה-19.
- שטרן, בצלאל: שו"ת בצל החכמה, 6 חלקים, ירושלים תש"ן. מלבורן, אוסטרליה, המאה ה-20.

- שטרנבוך, משה : שו"ת תשובות והנהגות, 3 חלקים, ירושלים, תשמ"ו-תשנ"ז. יוהנסבורג-ירושלים, המאה ה-20.
- שיק, משה (מהר"ם שיק) : שו"ת מהר"ם שיק, לעמבערג תרמ"ד. הונגריה, המאה ה-19.
- שלמה בן אברהם, הכהן (מהרש"ד) : שו"ת מהרש"ד, 4 חלקים, שאלוניקי - ויניציאה, שמ"ו-תי"ב; ח"א, נדפס מחדש, תשכ"א; חלקים ב-ד, דפוס צילום: ירושלים תש"ן. שאלוניקי, המאה ה-16.
- שניאורסאהן, מנחם מענדל : שו"ת צמח צדק, 6 חלקים, וילנא תרל"א-תרמ"ד, דפוס צילום: קה"ת, ברוקלין תש"ה-תש"ו. ליובאוויטש, מאות 18-19.
- שניאורסאהן, מנחם מענדל : תשובות וביאורים בשלחן ערוך³, קה"ת, כפר חב"ד תשמ"ז. אדמו"ר אחרון מחב"ד, ליובאוויטש - ארה"ב, המאה ה-20.
- שפיץ, צבי : משפטי התורה - תשובות לשאלות אקטואליות בדיני ממונות ובין אדם לחברו, 3 חלקים, ירושלים תשנ"ח. דיין, ישראל, המאה ה-20.
- שפירא, אברהם דובער כהנא : שו"ת דבר אברהם, 3 חלקים, ווארשא - ניו-יארק, תרס"ו-תש"ו, נדפס בשנית בהוספות ותיקונים: תל-אביב תשכ"א. ליטא, מאות 19-20.
- שפירא, רפאל ישראל איסר : שו"ת עזרת ישראל, ווארשא תרנ"א, דפוס צילום: ירושלים תשמ"ג. מעזריטש, המאה ה-19.
- תשובות בעלי התוספות : מהד' א"י איגוס, ניו יורק תשי"ד.
- תשובות גאוני מזרח ומערב : מהד' י' מילר, ברלין תרמ"ח, נדפס מחדש בתוך: הגאונים - קובץ ספרי תשובות ופסקים, כרך ב, בני ברק תשמ"ה.
- תשובות הגאונים, אסף תרפ"ז : מהד' ש' אסף, ירושלים תרפ"ז.
- תשובות הגאונים, אסף תרפ"ט : מהד' ש' אסף, ירושלים תרפ"ט.
- תשובות הגאונים, אסף תש"ב : מהד' ש' אסף, ירושלים תש"ב.
- תשובות הגאונים, הרכבי : מהד' א"א הרכבי, ברלין תרמ"ז, דפוס צילום: ירושלים תשכ"ו.
- תשובות הגאונים, קורונל : מהד' נ' קורונל, וויען תרל"א.
- תשובות הגאונים, שערי צדק : ירושלים תשכ"ו, דפוס צילום: ירושלים תשמ"ו.
- תשובות ופסקים מאת חכמי אשכנז וצרפת : מהד' א' קופפר, ירושלים תשל"ג.
- תשובות חכמי צרפת ולותיר : מהד' י' מילר, וויען תרמ"א, דפוס צילום: ירושלים תשכ"ז.

לספרי נשים, קדושה, הפלאה, נזיקין, משפטים,
בתוך: רמב"ם מהד' ש' פרנקל, בני ברק תשל"ו-
תשמ"ט.

תשובות מיימוניות :

ד. פסקי דין

פסקי דין רבניים*

פסקי דין של בתי הדין הרבניים בישראל
[פד"ר, כרכים א (תשי"ד) - יח (תשנ"ח)]

בית הדין הרבני הגדול לערעורים

- ערעור תשי"ח/122, פד"ר ג, 131.
 ערעור תשי"ט/162, פד"ר ג, 363.
 ערעור תשך/127, **חברת "קראקא" בע"מ נ. יוסף רוטנברג ושות'**, פד"ר ד, 75.
 ערעור שכא/116, פד"ר ד, 193.
 ערעור שכא/139, פד"ר ד, 275.
 ערעור שכ"ב/68, פד"ר ד, 289.
 ערעור שכב/79, פד"ר ד, 314.
 ערעור תשכה/47, פד"ר ה, 258.
 ערעור תשכ"ו/127, פד"ר ו, 376.
 ערעור תשי"ל/211, פד"ר ט, 97.
 ערעור תשלי"ג/24, **כולל קוסוב נ. הועד הכללי כנסת ישראל**, פד"ר י, 182.
 ערעור לח/131, פורסם בתוך: הרב ש' ישראל, **משפטי שאול - פסקי דין**, ירושלים תשנ"ז, עמ' קנה.
 ערעור תשלט/273. פורסם בתוך: הרב ש' ישראל, **משפטי שאול - פסקי דין**, ירושלים תשנ"ז, עמ' שיח-שכג.
 ערעור תשמ"א/137/131, פד"ר יב, 176.
 ערעור 1010/תשנ"ב, פד"ר יח, 29.

בתי הדין הרבניים האיזוריים

- תיק 3519/תשי"ב (ת"א - יפו), פד"ר א, 113.
 תיק 3212/תשי"ג (ת"א - יפו), פד"ר א, 201.
 תיק 1228/תשי"ד (ירושלים) (לא פורסם). (צויון: פד"ר טז, עמ' 310).
 תיק 70/תשט"ו (פתח-תקוה), פד"ר א, 281.
 תיק 1517/תשט"ו (ת"א - יפו), פד"ר ב, 109.

* בפסקי דין רבניים לא מופיעים, בדרך כלל, שמות הצדדים. הציון במקרים אלו יהא רק למספר ההליך ולמקום פירסומו של פסק הדין. פסקי הדין מסודרים בסדר כרונולוגי, לפי שנת פתיחת התיק ומספרו הסידורי, ובמקום שחסרים פרטים אלו - לפי סדר הופעתם בכרכים.

- תיק /1366 תשט"ו (חיפה), נסט נ. ועד בית המדרש המרכזי בחיפה, פד"ר א, 330.
- תיק א/669/יח (חיפה), פד"ר ג, 57.
- [חסר מס' תיק] (ירושלים), א' נ. הנהלת מושב זקנים וזקנות הכללי ירושלים, פד"ר ד, 126.
- תיק /4057 תש"ך (ת"א - יפו), פד"ר ה, 310.
- תיק /563 תשכב (רחובות), פד"ר ה, 124.
- תיק /1987 תשכ"ב (ירושלים), פד"ר ה, 120.
- תיק תשכ"ב 3134/31 (ת"א - יפו), לא פורסם. (צויין: שוחטמן, סדר הדין, עמ' 213, הערה 28).
- תיק /3301/717 כ"ה (ת"א - יפו), א. נ. שיכון ופיתוח, חברה למימון והשקעות של הסתדרות אגודת ישראל, פד"ר ו, 315.
- תיק /747 תשכ"ו (ירושלים), פד"ר ו, 249.
- תיק /5596 כ"ו (ת"א - יפו), פד"ר ו, 202.
- תיק /11100 כ"ו (ת"א - יפו), פד"ר ז, 332.
- תיק /7973 כ"ח (ת"א - יפו), מוסד תורני תיכוני א. נ. הרבנים ד., ה. ואחרים, פד"ר ח, 129.
- תיק /5069 ש"ל (ת"א - יפו), פד"ר ט, 16.
- תיק /11183 ל"ב - המשך דיון (ת"א - יפו), פד"ר י, 278.
- תיק /307 ל"ח (חיפה), פד"ר יב, 279.
- תיק תשמ"ב 999/ (אשדוד), לא פורסם. (צויין: שוחטמן, סדר הדין, עמ' 72, הערה 189).
- תיק /1875 תשמ"ב (רחובות), פד"ר יד, 30.
- תיק /1643 מ"ב (אשדוד), פורסם בתוך: תחומין ד (תשמ"ג), עמ' 361-381.
- תיק /668 מ"ג (ירושלים), פד"ר יד, 161.
- תיק מד 260 - (אשדוד), פד"ר יז, 289.
- תיק /7776 מ"ד (ירושלים), פד"ר יד, 43.
- [חסר מס' תיק] (ירושלים), פד"ר יד, 334.
- תיק מה 620 - (נתניה), פד"ר יז, 122.
- תיק /8347 מה (תל-אביב), פד"ר טז, 296.
- תיק תשמ"ו 6320/63 (חיפה), פד"ר טו, 224.
- תיק 1-53-335607 (ירושלים), פד"ר יז, 87.
- תיק /277 מח (ירושלים), פד"ר יז, 321.
- תיק מ"ח 3164/31 (ירושלים), פד"ר יח, 207.
- תיק /36 נא (תל-אביב), פד"ר יח, 354.
- תיק /778 תשנ"ב (ירושלים), פד"ר טז, 133.
- תיק /064 נד (ירושלים), פד"ר יז, 163.
- תיק 1-35-064079635 (אשקלון), פד"ר יח, 108.

פסקי דין של בית הדין לדיני ממונות ולבירור יהדות של הרבנות הראשית לירושלים
[פסקי דין - ירושלים, כרכים א (תשנ"ג) - ו (תשנ"ט)]

תיק -191נא, פסקי דין - ירושלים, א, עמ' קצג.
תיק -288נב, פסקי דין - ירושלים, א, עמ' קיג.
תיק -298נב, פסקי דין - ירושלים, א, עמ' קצט.
תיק -111נג, פסקי דין - ירושלים, ב, עמ' לא.
[חסר מס' תיק], פסקי דין - ירושלים, ב, עמ' נג.
תיק -148נג, פסקי דין - ירושלים, ב, עמ' קכג.
[חסר מס' תיק], פסקי דין - ירושלים, ג, עמ' עט.
[חסר מס' תיק], פסקי דין - ירושלים, ג, עמ' פג.
תיק -336נד, פסקי דין - ירושלים, ד, עמ' סה.
תיק -209נה, פסקי דין - ירושלים, ד, עמ' קיז.
[חסר מס' תיק], פסקי דין - ירושלים, ד, עמ' קלא.
תיק -268נה, פסקי דין - ירושלים, ד, עמ' קלג.
תיק -185נו, פסקי דין - ירושלים, ד, עמ' רעא.
[חסר מס' תיק], פסקי דין - ירושלים, ה, עמ' מז.
תיק -274נו, פסקי דין - ירושלים, ה, עמ' עא.
תיק -104נח, פסקי דין - ירושלים, ה, עמ' קלה.
[חסר מס' תיק], פסקי דין - ירושלים, ו, עמ' כג.

פסקי דין של בית הדין האזורי לדיני ממונות קרית ארבע - הר חברון
[פסקי דין - קרית ארבע, כרך א (תשנ"ה)]

תיק 4/תש"ן, פסקי דין - קרית ארבע, א, 109.

פסקי דין ישראליים

ע"א 25/50 וולפסון נ. חברת ספיניס בע"מ, פ"ע ד', 26.
ע"א 239/54 כהן נ. מפעלי משי זקס בע"מ, בני ברק, פס"מ יב, תמצית, עמ' 30.
ע"א 726/71 גרוסמן את ק.ב.ק. נ. מנהלי עזבון בידרמן, פד"י כו(2), 781.
ע"א 235/75 חסן ערפאת קאדרי נ. מסדר האחיות צ'רלס הקדוש, פד"י ל(1), 800.
בג"ץ 1000/92 בבלי נ. בית הדין הרבני הגדול, פד"י מח(2), 221.

ABSTRACT

This study deals with **merchant customs relating to methods of acquisition** and the legal-Halakhic basis for their authority. Research of customs has flourished in recent years, and both Rabbis and scholars have investigated various customs, their origins, influence, and character. Unfortunately, only a few of these monographs have dealt with monetary customs. Among these, not one has examined the relationship between **customs and methods of acquisition**.

Kinyan situmta as a Halakhic concept means a method of acquisition practiced in a certain locale by merchants or local natives. The Talmud passage in the Babylonian Talmud served medieval and modern deciders of Jewish Law, as well as present-day ones, as the essential basis for granting authority to merchant customs pertaining to modes of acquisition.

This Talmud passage, its direct commentaries, together with those that expand upon it, as well as the diverse understandings of its legal, authoritative basis, comprise the essence of this study. The fourth and central part of this study deals with these issues. This entire study includes Rabbinic literature from the Tanna'itic period until the present day.

The **scholarly method** that has been employed in this study, the **dogmatic-historic approach**, chronologically analyzes the development of the Halakhah from the earliest sources through the latest ones while also considering their historical framework. Particular attention has been paid to customs of Gentile merchants, among whom the Jews lived and traded.

The subject matter of merchant customs relating to methods of acquisition requires some preliminary analysis within three realms: Monetary customs and their status; the fundamentals of acquisition; and the ability to make stipulations in monetary laws and methods of acquisition. These subjects are dealt within the first three parts of this monograph.

Comprising ten chapters, this study is divided into five parts:

- Part I: Customs Pertaining to Monetary Laws**
Part II: The Fundamentals of Acquisition
Part III: Stipulations in Monetary Laws and in Methods of Acquisition
Part IV: Merchant Customs Relating to Methods of Acquisition -
Kinyan Situmta
Part V: Customs - Comparative Law

Part I: Customs Pertaining to Monetary Laws

Chapter 1 deals with the definition of *minhag*, i.e., custom. Until the period of the *Rishonim* (medieval Rabbis), this subject was almost totally ignored. The *Rishonim* and *Akharonim* (modern and present-day Rabbis) required that a custom be widespread and continual. In this study it was demonstrated from Tanna'itic and Amoraic sources that the "negative custom," i.e., the custom not to do any type of action at all, is also authoritative. Both *Rishonim* and *Akharonim* decided the law accordingly. Thus, the opinion of R. Abraham Kahana-Shapiro who decided just the opposite in his volume of responsa *Dvar Avraham* is enigmatic.

The accepted view among *Rishonim* and *Akaronim* is that the majority of local populations generally determined customs, even if there are individuals who do not act accordingly. Nonetheless, an individual's monetary custom, which was at variance with the area's practice, still obligated that individual in his relationships with others.

Two other terms sharing the same grammatical Hebrew root as *minhag* were discussed within this chapter. Apparently the Geonic term *hanhagot*, and the Maimonidean *minhagot* are not identical with *minhag*. Four different explications suggested by Halakhists and scholars were presented to explain the Maimonidean term.

Chapter 2 elucidates **the status of customs in monetary laws** as found in the sources of Jewish Law, from the Tanna'itic period until the present day. The central issue clarified in this chapter is whether a monetary custom has an independent status: Does a custom practiced by a community on their own have any authority, or does such a custom have authority only if passed as a communal ordinance (*takanat ha-kahal*)?

There is a cardinal difference between a custom pertaining to monetary laws and one related to other realms such as ritual. This difference stems from the fact that one can fabricate stipulations in monetary laws, thereby changing the framework of such laws. In other realms of Jewish law, the basis for a custom is either the obligation to continue customs practiced in previous periods, or, it was assumed, that a communal custom reflected some ancient Rabbinic regulation. In contrast, the basis for monetary customs is essentially a **contractual agreement**, i.e., these customs express “an implied condition” by the public to practice accordingly. In sources dealing with customs and discussed in this chapter, one can find common expressions for both monetary affairs and ritual matters. Nonetheless, most of the chapter deals with customs pertaining to monetary dealings.

The chapter opens with a clarification of the Tanna'itic expressions: “Everything is like the custom of the city” (*hakol ke-minhag ha-medinah*) and “one does not change from the customs of sailors” (*ein meshanim mi-minhag ha-sapanim*). From these sources it is clear that a custom has authority although the city inhabitants had not accepted it as a regulation.

From Amoraic sources found in both the Jerusalem and Babylonian *Talmudim* it is clear that customs had an independent status. This conclusion was drawn from an analysis of the term “the custom cancels the law” (*ha-minhag mevatel et ha-Halakhah*) found in the Jerusalem Talmud and had been mentioned in conjunction with monetary customs. Likewise, the Babylonian Talmud's exegesis to the Mishnah's statement “everything is like the custom of the city” (*hakol ke-minhag ha-medinah*) contributed to these conclusions.

From the *Talmudim* one can conclude that where there was a law concerning a certain monetary subject, the rule stated (as in the words of R. Hoshiyah in the Jerusalem Talmud): “A custom cancels the law.” This does not mean that the custom normatively cancels the law, but that it *de facto* cancels its fulfillment, since any stipulation to change any law concerning monetary matter is valid. Although this is true concerning monetary transactions, with regards to other realms, such as in ritual matters, a custom that contradicts any law has no authority at all. Only in cases where there is a “weak law” (*Halakhah rofefet*), can a custom be a determining factor, as stated by R. Joshua ben Levi in the Jerusalem Talmud.

Monetary customs, including merchant practices, were also granted an independent status during the Geonic period. Nevertheless, in Tractate *Soferim* (which was probably redacted during the Geonic period), one can find the following qualifying remark: “With regards to a custom canceling a law – [only when it is a] custom of the ancients.” This means that a custom has authority only when it is a *minhag vatikin*, i.e., a custom that had originated with the Sages. However, the topic under discussion in that volume was not a monetary custom.

During the era of the *Rishonim*, i.e. the early Medieval commentators, the picture changed. Some of the *Rishonim* decided that a custom practiced by the community on its own had no authority unless it had been passed as a communal regulation or had been endorsed by some Rabbinic authority. Foremost among these authorities was R. Isaac Alfasi (11th century, North Africa - Spain). In one of his responsa he decided that no monetary custom had any authority unless it had been passed as a regulation by a majority of the community after consulting the elders of that community.

However, at the end of his responsum Alfasi added that there is a presumption (*chazakah*) that a custom already practiced had been passed as a regulation in the past. Thus, his qualifying factors regarding the authority of a custom were essentially *de jure*, but *de facto* there were no real limitations. Indeed, in a few places within Alfasi’s code of Jewish Law, he recognized the authority of monetary customs and yet did not obligate that they be passed as regulations.

It was suggested that Alfasi’s view on this subject had been influenced by the Geonic position as expressed in Tractate *Soferim*, that a custom must be a *minhag vatikin*. Notwithstanding the fact that Tractate *Soferim* was not referring to monetary customs, it is still possible that Alfasi thought that this principle was applicable to all customs, especially in light of the fact that the expression employed by Tractate *Soferim*, “a custom cancels the law,” was originally stated in the Jerusalem Talmud with regards to monetary customs. Some Spanish *Rishonim* including Nachmanides, R. Yom Tob of Seville (Ritva), and R. Isaac Barfat (Rivash), followed Alfasi’s ruling, albeit with some variations. In contrast, R. Shlomo ben Abraham ibn Adret (Rashba) disagreed with this position and was of the opinion that customs practiced by the community were authoritative in and for themselves.

In Germany, R. Isaac of Vienna, author of the *Or Zaru'ah* (12th-13th centuries), determined the law in accordance with Tractate *Soferim*. Accordingly, a monetary custom does not have any authority unless it was determined according to the local Rabbinical authorities (*al pi hachmei ha-makom*). It is difficult to determine whether his intent was that a custom must be established exactly like a communal regulation with consultations with local Rabbis, as espoused by Alfasi in his responsum. On the other hand, perhaps it was sufficient that the community practiced the custom in accordance with local Rabbinical authorities. This study tends to accept the former view. Some subsequent German Rabbinical authorities (Mordechai and *Terumat ha-Deshen*) essentially adopted this position. Nevertheless, R. Avigdor Katz (Vienna, 13th century) disagreed with this position, and championed the view that customs practiced by merchants by themselves are legally binding.

The controversy over the stature of monetary customs continued during the period of the *Akharonim*. Many of these latter days Rabbis held the position that a monetary custom that originated among the masses should have authority even where that custom negates actual law (*minhag mevatel halakha*). In contrast, other Rabbis opined that monetary customs do not have the power to negate actual law if not determined by the local Rabbis (*minhag vatikin*).

Thus, the conclusions reached in this chapter are: According to extant sources a **change in the authority of monetary customs can be traced to Alfasi in Spain**, and later to R. Isaac Or Zarua of Vienna in Ashkenaz. Until Alfasi, it is apparent that customs practiced by the public on its own had an independent status and there was no doubt to its authority. Alfasi was the first to determine that a monetary custom derived its authority only if passed as a communal regulation.

Part II: The Fundamentals of Acquisition

Chapter 3 discusses the fundamentals of acquisition in Talmudic sources, as explained by the *Rishonim* and *Akharonim*. There are two components in acquisition: The final intention or making up of the mind to acquire (*gemirut ha-da'at*) and the actual act of acquiring. No one disagrees that an acquisition accomplished without either the purchaser or the vendor having made up their minds to acquire has no legal validity. However, among the *Rishonim* and *Akharonim* there is a controversy over the nature of the part played by the act of acquisition. Some suggest that the act of acquirement is an independent and indispensable foundation and is in effect the essence of the acquisition. Notwithstanding, the majority opinion of most *Akharonim* is that **the foundation of acquisition is the *gemirut ha-da'at*** to make the

acquisition. Accordingly, the act of acquisition is just necessary as a means to bring to fruition the *gemirut ha-da'at*, or to provide proof that it exists. Consequently, in cases where it is clear that one's mind has been made up, based upon the very circumstances of the situation, one can acquire without any act of acquisition. Doubtlessly there are formal requirements for the myriad of details in the laws of acquiring, e.g., the exact form of each of the acts of acquiring. Nonetheless, this does not contradict the opinion that the purpose of the act of acquiring is to bring about the proper *gemirut ha-da'at* or to testify that it exists.

Part III: Stipulations in Monetary Laws and Methods of Acquisition

As will be shown below in Chapter 9, some commentaries have suggested that the basis for the legal authority of *kinyan situmta* was the ability to make stipulations within the realm of monetary laws. **Chapter 4** analyzes the ability to make such stipulations in general and specifically within the modes of acquisition.

It is axiomatic to presume that the rule “In the realm of monetary matters – one's stipulation is valid” applies only to monetary **obligations** and not to the **methods of acquisition**. Indeed, this is an obvious logical assumption, and is so reflected in Talmudic sources as well as having been explicitly written by all the Spanish *Rishonim*. Nevertheless, there are two Provençal Rabbinical scholars – Rabad, and Meiri in the name of “The Great Ones of the World” (*gedolei olam*) – who expressed a contradictory view. According to them, **the purchaser and vendor can stipulate between themselves and execute an act of acquisition** according to methods that are legally invalid under normal circumstances.

The opinion of the *Akharonim* on this subject concurs with that of most of the *Rishonim*. Nevertheless, one of the *Akharonim*, R. Jacob Tennenbaum (Hungary, 19th century), explicitly wrote that the general rule - “in the realm of monetary matters, one's stipulation is valid” - is also applicable to the methods of acquisition. Consequently, both parties can agree between themselves to acquire with a method invalid according to Jewish Law. It would appear that R. Samuel de Medina (Maharashdam, Salonica, 16th century) had a similar view. Nevertheless, as mentioned, this was not the accepted view among the *Akharonim*.

**Part IV: Merchant Customs Relating to Methods of Acquisition -
*Kinyan Situmta***

The fourth and central part of this study, focuses upon the Talmud passage of *situmta* and the sundry explications suggested. **Chapter 5**, which opens this section, is dedicated to an examination of the Talmudic sources for merchant customs relating to modes of acquisition.

In two Talmudic sources one finds that methods of acquisition are determined by customs. The first is found in a *braitah* in the Jerusalem Talmud (Tractate *Kiddushin*, 1:5, 60c). According to this *braitah*, in the past the methods of acquisition of real-estate changed from time to time, and were determined by customs, until the law presented in the Mishnah was accepted, and this law itself had probably been influenced by a custom. Apparently, *Rishonim* did not cite this *braitah* as a source for merchant customs. Nonetheless, it was quoted as a source, alongside the law of *situmta*, as a precedent for merchant customs in modes of acquisition, in the latest of *Akaronim* (the *Dvar Avraham* and *Akhiezer* responsa, 20th century). Explications are offered to elucidate why there were only rare references to the Jerusalem Talmud *braitah*, while frequent use was made of the *situmta* passage for the same objective.

The second Talmudic source, and the essential one from the viewpoint of the deciders of Jewish Law, in which the mode of acquisition is determined in accordance with a custom, is the passage of *situmta*, found in the Babylonian Talmud (*Bava Mezia*, 74a), which opens with the terse statement by Rav Papi (v.r. Rav Papa) in the name of his mentor, Rava (4th generations of Amorai Babylonian, d. 352): “This seal acquires” (*hai situmta kanya*). According to the Geonim and most of the *Rishonim*, *situmta* is a seal that the purchaser affixes to the merchandise.

The existence of the custom to fasten a seal upon merchandise transferred from place to place is known in the ancient east, including Babylonia, as well as from the Mishnah, i.e., in Roman Palestine. Many seals have survived from the Sassanian period, when the Babylonian Amoraim flourished. Some of these belonged to Jews, including well-known Amoraim, such as Rav Huna bar Nathan, Rav Papa’s distinguished disciple, who lived in Babylonian during the fourth century C.E.

Hence, one is not surprised to hear from Rav Papi (v.r. Rav Papa) in the name of Rava, about a law that deals with seals (*situmta*).

In ancient times, seals served as a sign of ownership of property and aided in guarding objects. It would appear that over the years, in certain places, the affixation of a seal eventually became a mode of acquisition.

It is impossible to tell from Rava's brief statement if he was referring to commodities or to real estate (e.g., storehouse doors that were tied with ropes, with some clay affixed to the knot which then had a seal imprinted upon it). Perhaps, Rava referred to both types. According to the present data, there are arguments for either view. The conclusions drawn in this study are that this was **a mode of acquisition for moveable commodities only**. Nonetheless, since, with the exception of Rava, there is no historical testimony from Babylonia concerning the method of acquiring with seals, one cannot totally establish this as fact.

It is interesting to note the similarity between the Babylonian *kinyan situmta* and the testimony found in Roman Law. Affixing a seal to commodities as a method of acquisition is recorded in two places in the Digest of Justinian. In one place, a disagreement between two legal scholars from the 1st century C.E. is quoted concerning whether affixing a seal to a barrel by the purchaser transfers the ownership to him. In a second place in the Digest a quotation from a Roman legalist who lived about 200 years later stated that one can procure beams of wood by affixing the purchaser's seal upon them. At this point, one cannot determine if there were separate, parallel developments within the Roman Empire and Babylonia (during the period of Rava, and perhaps earlier) or perhaps merchant customs spread from one place to another.

From the language employed in Rava's statement "this seal acquires," evidently the practice was well-known act. Although there is no certain proof, it would appear logical to suggest that Rava intended to grant legal authority to *situmta* only in areas where **the custom was to acquire** with this method.

In the Babylonian Talmud passage, Rav Haviva (6th or 7th generation of Babylonian Amoraim) and the Rabbis disagreed concerning Rava's use of the term "acquires." Rav Haviva was of the opinion that Rava's intent was for an actual acquisition, while the Rabbis opined that *situmta* aids in procuring a curse ("He who..." - *mi sheparah*) for one who changes his minds and does not follow through with the transaction. The Talmud passage ends with an explicit legal decision. The final law is that in an area where there is no custom, *situmta* aids in procuring a curse, while in areas that the custom was to acquire in this manner, it works as a method of acquisition for anything. A number of elucidations are presented in this discourse to explain the disagreement among the Amoraim and the explicit legal decision.

Chapter 6 reviews the period of the Geonim. During this period, monetary customs were discussed in general and merchant customs in particular. Nonetheless, as far as is known, *kinyan situmta* was discussed only in a very few places, and usually as a citation of the Talmud passage and a terse literal explanation. This phenomenon may be explained in one of two ways: It could very well be that the Geonim viewed the law of *situmta* as a limited law, which related to the specific method of *situmta* only, and not to all the other modes of acquisition employed by merchants. If so, then one could not rely upon the passage of *situmta* as a precedent to authorize other types of acquisition methods practiced in any city or country. In any case, one could not utilize this passage to find a basis for merchant customs not related to methods of acquisition.

The second explanation is that the Geonim felt that there was no need to note this passage for any practical legal decision. The Geonim well understood that this passage related to all merchant customs. However, they felt that they were not required to employ this passage for they viewed it as one more example of the general issue of **customs**. Customs served as significant subject matter in Geonic writings in all areas of Jewish law, including monetary affairs. Hence, as far as the Geonim were concerned, anything formulated as a custom (e.g., "the custom of the city", "the custom of merchants") was sufficient to grant it authority. Consequently, there was no longer any necessity to deal with the passage of *situmta*, for it was only one more example of the power of customs.

Chapter 7 surveys the various commentaries that were suggested for the Talmud passage of *situmta*. The medieval commentaries for this term were usually influenced by contemporary socio-economic factors that can be determined by historical sources as well as the comments of the Halakhic authorities themselves.

Clearly the explanation submitted by the Parisian Rabbi, Rabbeinu Chaim Cohen, that *situmta* is a handshake “as practiced by the merchants” was drawn from the merchant customs in 12th century France. The same explanation is found in a 13th century Provençal commentary to Tractate *Bava Mezia* (attributed to Ritba), which also reflects the Provençal practice during this period. Apparently, the explication offered by Rashi, Rabad, and Meiri, that *situmta* was a seal affixed to barrels (of wine or oil), in contrast to “merchandise” in general, the usual Geonic explanation, was also influenced by contemporary merchant customs.

This study also proposes that the explanation adduced by Re’ah and Ritba that *situmta* deals with “a coin without an image” is drawn from local merchant customs in Barcelona at the end of the 13th century and the beginning of the 14th century. There is evidence found in both Rabbinic literature and in historical sources for this practice in 12th-15th Europe. The custom was to acquire merchandise by giving a common coin that is legal tender as a symbolic down payment. It would appear that Re’ah and Ritba wrote about a “coin without an image” so that the Talmudic Law that declared that one can only procure commodities with a imageless coin, to conform to the custom in their era.

This study also noted the influence upon the statutes of acquisition in Jewish Law generated by that merchant customs generally practiced by non-Jewish merchants among whom the Jews lived and traded. In post-Tamudic Halakhic literature, especially in the responsa literature, there are thousands of discussions concerning the sundry methods of acquisition practiced by merchants. These customs often did not conform to “normal” methods of acquisition determined by the Mishnah and Talmud. Nevertheless, in many cases these practices were granted authority based upon the principle of “the city custom” and employed the precedent of *situmta*.

Chapter 8 furthers this discussion by providing additional examples of methods of acquisition that had not been sanctioned by traditional Halakhic sources. These include handing over a key as a mode of acquiring merchandise found in a warehouse, contracts, the proclamation of *mazal u-brachah* (“with luck and blessings”), purchasing with a credit card, buying through the internet, and other such practices.

Actually, the passage of *situmta* was given **comprehensive exegesis within three circles**, each broader than the former one.

1. The inner and smallest circle contains the various methods of acquisition practiced by merchants and has been mostly described above.
2. The second circle of exegesis, wider than the first, **encompasses all the other issues involved in the laws of acquisition**. Examples of these issues include *asmakhta*, acquiring land that has not been marked, and many additional cases in which it is impossible to acquire property by means of normal methods of acquisition. According to some deciders of Jewish Law, one could grant authority to such practices of acquiring property in such situations through the power of customs based upon the law of *situmta*.
3. The third circle of exegesis, wider than the first two, views the law of *situmta* as part of **general monetary customs**, and consequently is a Halakhic-legal basis for the authority of all such customs.

As a result of this expansive exegesis, the Talmud passage of *situmta* underwent a metamorphosis from a local-specific paragraph relating to a specific mode of acquisition, to one of the most significant sources in Jewish Law, if not the most crucial one, for establishing the authority of monetary customs.

Chapter 9 is devoted to examining the **legal basis for the acquisition of *situmta***. In the brief passage found in the Talmud, one cannot discover anything that could serve as a legal basis for the practice that *situmta* can effect an acquisition. According to extant sources, this is the same situation during the period of the Geonim. One first finds a discussion of this issue during the period of the *Rishonim*, and more expansively in the writings of the *Akharonim*.

The *Rishonim* suggested two principle explications in order to establish a legal basis for the practice of *situmta*. One approach views the existence of a merchant custom as creating **an implied condition** between the parties in order to execute the transaction according to accepted practice.

Nonetheless, most *Rishonim* held the view, as apparently did Rashba and Rosh, that methods of acquisition are not subject to any stipulation by the parties. However, one should not compare a specific, individual condition that the buyer and seller make, to a custom. The conclusions drawn in this study are that Rashba and Rosh view that the final intention or making up of the mind to acquire (*gemirut ha-da'at*) is the basis of an acquisition. Hence, a **specific condition** to acquire with an invalid mode of acquisition has no authority, for their intent is cancelled in light of the general consensus that this type of acquisition is invalid, and hence there is no *gemirut ha-da'at*. However, *situmta* is a **common (implied) condition** practiced by the entire local population. Hence, there is *gemirut ha-da'at* to acquire with this method, and thus the acquisition is valid.

Likewise, the term “a custom cancels a law” that had been cited by Rashba and Rosh concerning *situmta*, would appear not to refer to an anomaly in the laws of acquisition, as had been understood by later commentaries. On the contrary, it refers to the foundation of monetary customs and merchant customs - *gemirut ha-da'at*.

The second approach found in the writings of the *Rishonim* views *situmta* as a regulation that had been passed by the Sages (*takanat chachamim*). Ribash, Maharam Minz, and perhaps the author of the *Chinnuch* had suggested this theory.

These two approaches were again suggested during the period of the *Akharonim*. Some preferred the view that there was an implied condition by the parties involved in the transaction (Radbaz, Maharshdam, Maharshakh, R. Moses Sofer [Schreiber]). Others held the position that the *situmta* was a regulation passed by the Sages (R. Moses Isserlis, *Netivot, Minkhat Chinnuch, Imrei Binah*).

Beginning with the 19th century, there was a greater interest on the part of Rabbinic literature, especially the responsa literature, in the mode of acquisition of *situmta*.

Consequently, more sources were suggested to establish a basis for the practice of *situmta*. Many of the *Akharonim* were convinced that this mode of acquisition was based upon the *gemirut ha-da'at* of the parties involved. Although some *Rishonim* had already employed this reasoning, during the modern period, a more precise formulation was advanced, and at times, a more extreme one. Thus, some of these *Akharonim* opined that where the *gemirut ha-da'at* of the purchaser and vendor is clear, **there is no need for any formal act of acquisition** (R. M. Witmayer, R. S. Kluger, R. J. Engel, Rashash). In contrast to the opinion of the majority of the *Rishonim* and *Akharonim*, some later day scholars suggested that the modes of acquisition were subject to stipulations by the parties involved in the transaction (some explanations of the R. Moses Sofer's position and perhaps Maharshdam). In their view, the acquisition by *situmta* is based upon the general rule “**in monetary matters, his stipulation is valid,**” a rule that is applicable to methods of acquisition also.

R. Eliyahu Lehrman compared this custom to **stipulations proposed by craftsmen**, and concluded that the authority of *situmta* is based upon the right of the court to expropriate property (*hefker bet-din hefker*). R. Avraham Y. Karelitz (*Chazon Ish*) reasoned that a public custom had “the power of the court” like any communal stipulation. Apparently, this was his view for adducing a source for the practice of creating new modes of acquisition. Two other original theories to explain *situmta* were suggested by the author of *Dvar Avraham* and R. David Friedman. The former viewed *situmta* as a form of exchange or barter (*chalifin*). The latter opined that methods of acquisition practiced with moveable goods were included in the mode of acquisition called *meshikah* – the purchaser draws the object toward himself. Those involved in real estate were included in the mode of acquisition called *Khazakah* - manifesting ownership.

For the most part, the *Rishonim* did not discuss the issue whether the authority of *situmta* was of Biblical (*de-oraitah*) or Rabbinical (*de-rabbanan*) in nature. Apparently, they understood it simply to be of Biblical nature, like all other methods of acquisition. The earliest explicit reference to this issue was by Maharam Minz,

who present two contradictory approaches. In contrast, during the period of the *Akharonim*, this issue was discussed extensively.

The issue of the authority of *situmta* would be dependent upon its legal basis. R. Moses Sofer, who viewed it as based upon a stipulation in monetary matters and not upon a regulation, adamantly ascertained that it was a Biblical acquisition. In contrast, many of the *Akharonim* who comprehended *situmta* as a regulation passed by the Rabbis, concluded that its authority was only Rabbinical in nature.

However, the perception that the origins of *situmta* were founded in a Rabbinic regulation did not lead all the *Akharonim* who submitted to this view to the conclusion that its authority was only Rabbinical. The resolution of this point is dependent upon another problem which touches upon all Rabbinic methods of acquisition: Does an acquisition of Rabbinic origins have Biblical authority? According to those who assume that a Rabbinic acquisition is capable of creating legal results of Biblical standing, then the authority of *situmta*, albeit a “Rabbinical” mode of acquisition, would be Biblical in nature. The issue of *situmta* has been discussed a number of times in Israeli Rabbinic courts, but no unambiguous conclusion has ever been reached.

Part V: Customs - Comparative Law

A survey of customs and their status in Israeli law, in other legal systems and in Jewish Law is presented in **Chapter 10**. Within the framework of this survey, an examination was conducted of all the issues pertaining to customs which were discussed throughout this monograph.

In the summarizing chapter, the essential conclusions of this study were presented. Certainly, the terse statement by Rava “This seal acquires” (*hai situmta kanya*) together with the expansive commentaries by the *Rishonim* and *Akharonim*, significantly altered the laws of acquisition as had been originally determined by the Tanna'im.

This study furnished examples how the historical-realia clarification of merchant customs aided in a deeper understanding of Halakhic sources. It was further

suggested that the research of merchant customs together with an analysis of the sources of Jewish Law as well as an investigation of historical sources, can contribute significantly not only to scholars of Jewish and general law, but also to historians and lexicographers. Lexicographers reveal words and terms that have survived in Rabbinic literature but are not found in any other historical record. Historians can often discover facts about certain places in different historical periods by tracking certain merchant customs through Rabbinic literature.

TABLE OF CONTENTS

Abstract		I
Introduction		1
Part I:	Customs Pertaining to Monetary Laws	
Chapter 1	The Definition of <i>Minhag</i> (Custom)	7
Chapter 2	The Status of Customs in Monetary Laws	22
Part II:	The Fundamentals of Acquisition	
Chapter 3	The Fundamentals of Acquisition	105
Part III:	Stipulations in Monetary Laws and in Methods of Acquisition	
Chapter 4	Stipulations in Monetary Laws and Modes of Acquisition	131
Part IV:	Merchant Customs Relating to Methods of Acquisition - <i>Kinyan Situmta</i>	
Chapter 5	Customs in Methods of Acquisition - Talmudic Sources	152
Chapter 6	<i>Kinyan Situmta</i> - The Period of the Geonim	187
Chapter 7	<i>Kinyan Situmta</i> - Commentaries by the <i>Rishonim</i>	193
Chapter 8	<i>Kinyan Situmta</i> - Expansive Commentaries	227
Chapter 9	<i>Kinyan Situmta</i> - The Legal Basis	289
Part V:	Customs - Comparative Law	
Chapter 10	Customs in Israeli Law, Other Legal Systems and in Jewish Law - A Comparative Analysis	350
Summary and Conclusions		364
Table of Foreign Expressions		381
Abbreviations		384
Bibliography		386
Hebrew Abstract		⌘

This work was carried out under the supervision of

Prof. Yedidya Z. Stern

Faculty of Law, Bar-Ilan University, Ramat-Gan

Prof. Shmuel Shilo

Faculty of Law, Hebrew University, Jerusalem

**MERCHANT CUSTOMS (*LEX MERCATORIA*)
RELATING TO METHODS OF ACQUISITION
IN JEWISH LAW: *KINYAN SITUMTA***

RON S. KLEINMAN

Faculty of Law

Ph.D. Thesis

Submitted to the Senate of Bar-Ilan University

Ramat-Gan, Israel

June, 2000