



הרב נתן קוטלר

'מזל וברכה': התוקף ההלכתי של קניין היהלומנים'

מבוא

בכל רחבי העולם, מטוקיו ועד מנהטן, נוהגים כיום יהלומנים לחתום עסקאות במילים 'מזל וברכה'.² מה התוקף ההלכתי של קניין היהלומנים? הבעיה מתעוררת מכמה היבטים: ראשית, המילים 'מזל וברכה' הן סימן מוסכם שנעשה בדיבור, ואילו מבחינה הלכתית יש צורך בקניין ממשי כגון משיכה, הגבהה, מסירה וכד' כדי שהעסקה תחול. שנית, יש לנו כבר דרכי קניין שמקורן בתורה, ולכן יש לברר מהו המעמד של דרכי קניין שקבעו בני אדם.

א. קניין 'סיטומתא'

נראה שהדרך לברר את התוקף של קניין היהלומנים היא באמצעות עיון בקניין 'סיטומתא' [קניין שנהגו הסוחרים]. בעבר הרחוק ברוב המקרים הקונה היה יכול למשוך את החפץ או הסחורה לרשותו, ואז העסקה הייתה נגמרת. אך בתקופות מאוחרות יותר, כאשר המסחר התפתח וסוחרים החלו להחזיק מלאים ומחסנים של סחורות - הקונה לא היה מסוגל למשוך או להגביה כמויות גדולות של סחורה. לכן התפתחו דרכים שונות לסימול גמר עסקה בקרב הסוחרים. אחד מקנייני הסוחרים נקרא קניין 'סיטומתא'. קניין 'סיטומתא' מופיע פעם אחת בש"ס בלבד במסכת בבא מציעא (עד ע"א):

אמר רב פפי משמיה דרבא: האי סיטומתא קניא [קניין זה מועיל]. למאי הלכתא? - רב חביבא אמר: למקניא ממש [קניין זה מועיל כמו כל קניין אחר], רבנן אמרי: לקבולי עליה מי שפרע [קניין זה רק מועיל לגבי 'מי שפרע' כלומר מי שחוזר בו מן המקח?]. והלכתא: לקבולי עליה מי שפרע. ובאתרא דנהיגו למקני ממש - קנו [במקומות שנוהגים לקנות בקניין זה, מועיל גם לפי ההלכה].

1. תודה לג'סי ר' יואל סמיט על ההערות המחכימות.
2. במאמרו 'מזל וברכה - המנהג המסחרי של יהלומנים' הביא פרופ' רון ש' קליינמן את תקנון בורסת היהלומנים בניו יורק: 'Any oral offer is binding among dealers, when agreement is expressed by accepted words 'mazal and broche' or any other words expressing the words of accord' בע"פ בין סוחרים מחייבת כאשר ההסכם בא לידי ביטוי באמצעות המילים המוסכמות 'מזל וברכה' או כל מילים אחרות המבטאות את מילות ההסכמה] (בתוך: גיליונות פרשת שבוע של משרד המשפטים, המחלקה למשפט עברי, פרשת ויקהל-פקודי, תשע"ג, גיליון מס' 416).
3. ראה: משנה בבא מציעא מד ע"א: '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 בדבורו'.

נחלקו הראשונים בפירוש קניין 'סיטומתא': רש"י פירש שקניין 'סיטומתא' הוא רושם שרושמים החנוונים על החביות שלוקחים מבעלי בתים.⁴ לעומתו הריטב"א פירש: והנכון בזה מה שאמר מורנו בשם ה"ר פינחס אחיו ז"ל דסיטומתא הוא כעין מטבע שאין עליו צורה והתגרין נותנין אותו לסימן כשלוקחין דבר אחד. ואילו הרא"ש פירש ע"פ רבנו חננאל, שהוא תקיעת כף: ור"ח פי' כדרך שנהגו הסוחרים בגמר המקח תוקע כפו לכף חבירו ובזה נגמר המקח. וכל כיוצא בזה דאיזה דבר שנהגו לגמור המקח כגון במקום שנהגים שנותן הלוקח מטבע אחד למוכר ובזה נגמר המקח.⁵ ולפי ההגהות מיימוניות קניין 'סיטומתא' הוא מסירת המפתח לקונה.⁶ נשאלת השאלה: מהו התוקף ההלכתי של קניין 'סיטומתא' הנהוג אצל הסוחרים? אומנם הגמרא עצמה אומרת שבמקום שנהגו כך, זה מועיל גם לפי ההלכה 'ובאתרא דנהגו למקני ממש - קנו', אך השאלה היא אם קניין זה מועיל רק מדרבנן או גם מדאורייתא.

ב. שיטת 'נתיבות המשפט': 'סיטומתא' מדרבנן

ב'שלחן ערוך' (חו"מ סי' רא סעיף א-ב) נאמר:

מכר לו בדברים בלבד, ופסקו הדמים, ורשם הלוקח רושם על המקח כדי שיהיה לו סימן ידוע שהוא שלו, אף על פי שלא נתן לו מהדמים כלום, כל החוזר בו אחר שרשם מקבל מי שפרע. ואם מנהג המדינה הוא שיקנה הרושם קנין גמור, נקנה המקח ואין אחד מהם יכול לחזור בו, וחייב זה ליתן הדמים. והוא שרשם בפני המוכר, או שאמר ליה המוכר: רשום מקחך. וכן כל דבר שנהגו התגרים לקנות בו, כגון על ידי שנותן הלוקח פרוטה למוכר, או על ידי שתוקע לו כפו (או במקום שנהגים הסוחרים שמוסרים לקונה המפתח) (הגהות מיימוני פ"ז דמכירה), וכן כל כיוצא בזה.

בעל 'נתיבות המשפט' (ביאורים סי' רא) כתב על דברי ה'שלחן ערוך': 'ודין סיטומתא הוא רק קנין דרבנן, דהא קנין דרבנן ודאי דלא גרע ממנהג שנהגו הסוחרים'.⁷ אם כן, אומנם יש ל'סיטומתא' תוקף הלכתי, אולם הוא נחשב קניין רק מדרבנן ולא מדאורייתא, כי הוא אינו עדיף על קניין דרבנן רגיל.⁸

4. רש"י, בבא מציעא עד, א: 'סיטומתא - חותם שרושמים החנוונים על החביות של יין, שלוקחין הרבה ביחד ומניחין אותו באוצר הבעלים, ומוליכין אותו אחת אחת למכור לחנות, ורושמים אותם לדעת שכל הרשומות נמכרות'.

5. רא"ש, מסכת בבא מציעא פרק ה סימן עב.

6. רמב"ם, הל' מכירה פ"ז ה"ו: 'מכר לו בדברים בלבד ופסקו הדמים, ורשם הלוקח רושם על המקח כדי שיהיה לו סימן ידוע שהוא שלו, אף על פי שלא נתן מהדמים כלום כל החוזר בו אחר שרשם מקבל מי שפרע, ואם מנהג המדינה הוא שיקנה הרושם קנין גמור נקנה המקח, ואין אחד מהן יכול לחזור בו, ויהיה זה חייב ליתן דמים'. הגהות מיימוניות, הל' מכירה פ"ז ה"ו אות ה: 'האי סיטומתא קניא כו' ובעיא זה פירש בספר המקצועות ובזמן הזה שנהגו הסוחרים שמוסרים לקונה המפתח וסוגרים בו הסחורה קונה בענין שכירות בית כשמסר לו המפתח קנה כך פסק ראב"ן אביאסף ע"כ'.

7. וראה שו"ת הרמ"א, סי' פז.

8. ראה חתם סופר יו"ד סי' שיד: 'אמנם ראיתי להגאון בנתיבת המשפט סימן ר"א דפשיטא לי' דסטומתא לא הוה אלא קנין דרבנן דלא עדיף מקניני דרבנן'.



ג. שיטת ה'חתם סופר': 'סיטומתא' מדאורייתא

ה'חתם סופר' התייחס לקניין 'סיטומתא' בהקשר לשאלה הבאה: יהודי מכר לגוי בהמה מבכרת, והגוי לא ביצע קניין משיכה אלא שילם דמי קדימה, וכן סגרו את העסקה בתקיעת כף. האם קניין דרבנן (בהנחה שבאמת מדובר בקניין דרבנן) מועיל להפקיע את האיסור מדאורייתא של הבכור?⁹ ה'חתם סופר' דן בשיטות השונות ואז מתייחס לקניין 'סיטומתא' וכותב:

נמצא אם נניח דסטומתא הוא קנין דרבנן, א"כ בנידון שלפנינו הוה ספק בכור ותליא בפלוגתא הנ"ל, אך לפענ"ד סטומתא הוא קנין דאורייתא 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 כל שהנהיגו הסוחרים הו"ל כאלו התנו וכל תנאי שבממון קיים מה"ת, ול"ד לקניני דרבנן, התם לא מחלו בכך הסוחרים מרצונם אלא אנוסים בתקנות חכמים ומטעם הפקר ב"ד, בזה י"ל אין כח ביד ב"ד אלא להפקיע ולא להקנות, אבל מה שהנהיגו מרצונם הטוב כל תנאי שבממון קיים מה"ת בלי ספק.¹⁰ ה'חתם סופר' מבאר את דבריו במקום אחר, ומסביר שלקניין דרבנן יש תמיד חיסרון בכך שאנשי העולם לא הסכימו לכך מדעתם, אלא רק מכוח תקנת חכמים 'הפקר בית דין, הפקר',¹¹ ולכן אינו מועיל כמו קניין דאורייתא. לעומת זאת קניין שאנשי העולם הסכימו עליו מדעתם (כמו 'סיטומתא') הוא בעל כוח חזק יותר והוא מועיל מדאורייתא:

אף על גב שביארתי במק"א [ע"ל סי' ש"ד] כי סטומתא הוא קנין מה"ת ממש וכן משמע מחי' רשב"א גיטין י' ע"ב ובתשוב' מיוחסת סי' רכ"ה ושם ביארתי דאפי' למ"ד דקנין דרבנן לא מהני לדאורי' היינו משום דאינשי מעולם לא הסכימו לקנין ההיא מדעתם אלא מכח תיקון חכ"ל שגזירתם עלינו דהפקרם הפקר זה י"ל אינו מועיל לדאורייתא כיון שלא בהסכמת אנשי העולם נעשה אבל דבר שהסכימו הסוחרים עליו מרצונם הטוב כל דבר שבממון תנאו קיים ואין לפקפק עליו.¹²

-
9. בכור בהמה טהורה מתקדש (שמות יג, ב) והבעלים חייבים לתת אותו לכהן (במדבר יח, טו-יח). אולם אם בהמה מבכרת שייכת לגוי או בשותפות עם גוי, קדושת הבכורה לא חלה על הבכור שיוולד (בכורות יג ע"א במשנה; רמב"ם הל' בכורות פ"ד, ה"ב-ה"ג).
 10. שו"ת חתם סופר, יו"ד סי' ש"ד.
 11. ע"ע 'הפקר בית דין', אנציקלופדיה תלמודית כרך י, טור צה ואילך.
 12. שו"ת חתם סופר, יו"ד סי' שיז. וראה גם שו"ת חתם סופר, חו"מ סי' יב: 'וביארתי במק"א (שו"ת חתם סופר, יו"ד סי' ש"ד), שלפע"ד הוא דאורייתא ממש. ועדיף מקנינים שתקנו רבנן, שלא ברצון הסוחרים. ורק מטעם הפקר ב"ד הפקר, נגעו בי'. שיש פוסקים ס"ל, דהמקדש אשה בקנין כזה, אינו אלא קידושי דרבנן. עי' ב"ש, סי' כ"ח, ס"ק ל"ה. אבל סיתומתא, ומנהג שנתרצו ונהגו כן מעצמם ורצונם, הוא קנין דאורייתא לפע"ד. לענין חמץ ובכור וקידושי אשה לפע"ד. ובחי' למס' ב"ב, פ"ק, ז' ע"ב, וז"ל: 'א"ל: לפי ממון גובי', ואלעזר בני קבע בה מסמרות כתבת, מה רצה ר' יוחנן בזה? נ"ל, משום דר' יוחנן אמר זה בשיקול הדעת וסברתו. ואיהו גופי' אמר: ב"ב ק"ל ע"ב, אי לא אמר הלכה למעש', לא יעשו מעשה. ע"כ אמר: אלעזר בני קבע בו מסמורת, עשה אותו מנהג קבוע בין הסוחרים שיקבלו אותם מרצונם. ושוב אין לפקפק, כי הוא דאורייתא ממש. ועי' בתשו' מיוחסת לרמב"ן, סי' רכ"ה, כ' להדיא: דקנין ממנהג, הוא דאורייתא, ופוסט מבכורה, ע"ש. בגלל כן פשוט, דכל מנהג שהנהיגו בני עיר, כך הוא דאורייתא ממש. ויכולים להסיע על קיצתן, העובר' עליו. ובשעה שהנהיגו הכוללים בחכירות, אם ה' היחיד עובר ענש יענש בלי ספק'.

מדבריו של ה'חתם סופר' עולה יסוד נפלא: כל קניין שאנשי העולם הסכימו עליו מרצונם החופשי יש לו תוקף מדאורייתא, כי ההסכמה והרצון הם היוצרים את החלות מדאורייתא. אם כן, לפי ה'חתם סופר' קניין 'סיטומתא' וכן קניין 'מזל וברכה' שנהגו סוחריה היהלומים תקפים מדאורייתא.

ד. התוקף ההלכתי של מנהגי הסוחרים

הרב אברהם דב כהנא¹³ כותב בספרו 'דבר אברהם' דברים נפלאים לגבי קניין 'סיטומתא' והתוקף ההלכתי של מנהג המדינה. תחילה הוא מביא ראיה לדברי ה'חתם סופר' (הנ"ל), שאומר שקניין 'סיטומתא' חל מדאורייתא, מן הירושלמי בקידושין (פ"א ה"ה):

בראשונה היו קונין בשליפת המנעל הדא היא דכתיב 'וזאת לפני ישראל על הגאולה ועל התמורה לקיים כל דבר שלף איש נעלו' וגו' (רות ד, ז)... חזרו להיות קונים בקצצה. מהו בקצצה? בשעה שהיה אדם מוכר שדה אחוזתו היו קרוביו מביאין חביות וממלין אותן קליות ואגוזים ושוברין לפני התינוקות והתינוקות מלקטין ואומר נקצץ פלוני מאחוזתו ובשעה שהיה מחזירה לו היו עושין כך ואומרים חזר פלוני לאחוזתו... חזרו להיות קונים בכסף ובשטר ובחזקה.

ה'דבר אברהם' לומד מדברי הירושלמי שקניין חליפין תלוי במנהג, והוא משתנה מתקופה לתקופה בעקבות השינויים במנהג. אך אם כן יש לשאול: כיצד ייתכן שקניין חליפין שהוא מדאורייתא תלוי במנהג?¹⁴

על כך משיב ה'דבר אברהם' שמדאורייתא אין לקניין חליפין דרך מסוימת אלא כללית, לפי המנהג שיהיה נהוג בכל תקופה ותקופה. לכן כאשר נהגו לעשותו במנעל וסנדל, זו הייתה ההלכה גם מדאורייתא, וכאשר נהגו בקצצה, זו הייתה ההלכה גם מדאורייתא, וכך בכל תקופה לפי מנהג הסוחרים:

ובעל כרחך צ"ל דתרווייהו איתנייהו בי' הלכה ומנהגא, והיינו שלא נאמרה בו ההלכה מפורש דמעשה הקנין הוא בכלי ובמסירה מן הקונה למקנה דוקא דא"כ היאך חזרו לקנות בקצצה ומאי נהגו דקאמרי למנהג מה זה עושה הרי הללמ"מ הוא, אלא דההלכה היתה כללית דכל שיקבע למנהג אצל התגרין לקנות בו יהא קנין גמור, ומשו"ה בראשונה שנהגו במנעל וסנדל הוה מנעל וסנדל דאורייתא ומשחזרו לקנות בקצצה הוה קצצה דאורייתא, וכן בכל זמן וזמן כפי מנהג התגרין.

אם כן, רואים מדבריו של ה'דבר אברהם' שיש למנהגי הסוחרים שבכל דור ודור תוקף הלכתי גמור. בהמשך דבריו הוא מסביר ש'סיטומתא' אינו קניין חדש, אלא הוא למעשה קניין 'חליפין',¹⁵ ולכן כשם שקניין 'חליפין' הוא מדאורייתא, כך גם 'סיטומתא' מדאורייתא.

13. הרב אברהם דב כהנא חי בליטא (תרל"א-תשי"ג), והיה רבה של העיר קרקא.

14. דבר אברהם, ח"א ס' אות ג: 'חזינן מזה דקנין חליפין כל עיקרו מנהגא הוא ונשתנה עניינו מזמן לזמן בהשתנות המנהג, והרי חליפין ודאי לכולי עלמא הוי דאורייתא דדברי קבלה והוא הלכה למשה מסיני והיאך תלי במנהגא'.

15. אך ראה מנחת אשר, בראשית סימן לא 'בגדרי קנין סיטומתא וחליפין' שמקשה על הדבר אברהם: 'אך מסוגית הגמ' בקידושין (ג', א) שדנו למה אין אשה נקנית בחליפין ודאי לא משמע כדבריו ופשוט שלא יעלה על הדעת דיהני סיטומתא בקידושין, ואף שיש לדחות לשי' התוס' דזה באמת מסקנת הגמ' דלאו מתורת כסף הוא אלא מדין סטומתא ומשו"כ לא מהני בקידושין, אך מדברי הראשונים לא משמע דיש



ולפ"ז נמצא דסיטומתא באתרא דנהגי לאו קנין חדש הוא אלא היינו חליפין ממש, וכשם שחליפין דאורייתא ה"נ סיטומתא דאורייתא, והוא יסוד לכל מנהגי התגרין דהו קנינים דאורייתא.

לדברי ה'דבר אברהם', הקניין מדאורייתא הוא כללי, והקניין המסוים נקבע לפי הנהוג בכל תקופה ותקופה. רעיון זה הינו חידוש עצום ומלמדנו על העומק הנצחי של התורה והרלוונטיות שלה לכל זמן ועידן. התורה מניחה את היסודות והעקרונות של הקניין (ומייד נראה שיטנו דיון לגבי הגבולות של הקניין), אך הסוחרים שבכל תקופה רשאים לקבוע את המנהג המתאים על פי הצרכים וההתפתחות הטכנולוגית.

1. דברי ה'שערי יושר'

ראוי להוסיף בהקשר זה גם את דברי ה'שערי יושר' שכותב 'שעיקרי הגדרים של זכות ממון אינם חוקים עפ"י התורה אלא היסוד בהם הסכמת שכלנו', ולכן כאשר רוב אנשי המדינה מסכים עליהם בשכל האנושי, יש להם תוקף מדאורייתא. 'וכן דרכי הקנינים במה שאדם מוסר מקניניו לחבירו כתבו גדולי האחרונים שאינם חוקים שיהיו דוקא עי"ז, וכשהסכימו רוב המדינה שיגמר קנין ע"י 'סיטומתא' וכה"ג הוא קנין מן התורה'.¹⁶ אם כן, לפי ה'שערי יושר' לקניין 'סיטומתא' יש תוקף מן התורה.

ה. מהו התוקף ההלכתי של קניין היהלומנים?

עתה נשוב לשאלתנו לעיל: מה התוקף ההלכתי של קניין היהלומנים? האם הוא דומה לקניין 'סיטומתא'?

לכאורה יש הבדל משמעותי בין קניין היהלומנים לקניין 'סיטומתא': קניין 'מזל וברכה' הוא רק סימן מוסכם שנעשה בדיבור, ואילו קניין 'סיטומתא' הוא מעשה (או לפי רש"י שהקונה רושם על החביות, או לפי הריטב"א שהקונה נותן מטבע מיוחד, או לפי הפירוש של הרא"ש [ע"פ ר"ח] שמדובר בתקיעת כף). לכן השאלה היא אם יש לקניין זה תוקף כשל 'סיטומתא'.

1. האם קניין 'סיטומתא' חל גם בדיבור – שיטת הרא"ש

מצד אחד יש ראשונים שכתבו שקניין 'סיטומתא' אינו מועיל בדיבור. כן כתב הרא"ש (שו"ת, כלל יב סי' ג):

ור"ח ז"ל פי' פאמיא כמו שרגילין הסוחרים תוקע כפו בכף חברו וזהו גמר המקח וקורין לו בל' אשכנז יא אוף. ואותו מעשה שעושין הוי במקום סודר אבל דיבור בעלמא לא, אפי' אי נהוג מנהג גרוע הוא ולא אזלינן בתריה, כמו שפרש"י ז"ל [נ"א ר"י¹⁷] בכמה מקומות בגמרא, ועוד מאן נימא לן שנוהג מנהג זה, אני רגיל לקיים

צד דחליפין מהני מדין סטומתא (אלא מצינו דעת אחד הראשונים, ר' פנחס אחי הרא"ה המובא בריטב"א בב"מ ע"ד דסטומתא מטבע מסוים הוא וניתן בתורת חליפין (ומקנין סודר הוא עי"ש).

16. שערי יושר, שער ג פרק ג.

17. עי' תוס' ב"ב ב, א ד"ה בגויל.

דבר זה בתקיעת כף שלא יוכל לחזור בו. ושולם כנפש דודך אשר בן הרב ר' יחיאל ז"ל.¹⁸

אומנם נראה שאפילו לשיטת הרא"ש, שכתב שקניין 'סיטומתא' אינו חל בדיבור, ייתכן שקניין 'מזל וברכה' יחול אף בדיבור, מכיוון שהרא"ש כתב 'אבל דיבור בעלמא לא', ואילו 'מזל וברכה' אינו דיבור בעלמא, אלא מילות קוד רשמיות לסגירת עסקה.¹⁹ בהקשר זה יש להזכיר את דברי רבי אברהם דוד ווהרמן,²⁰ שכתב בחיבורו 'כסף הקדשים' (חו"מ סי' רא, א):

קנין סטומתא אולי דוקא על ידי מעשה ולא על ידי דיבור בעלמא והסברא נוטה שאם נהגו בדיבור הו"ל סטומתא.

אם כן דיבור בעלמא אינו יכול לשמש כקניין 'סיטומתא', אך אם המנהג הוא לבצע קניין 'סיטומתא' דווקא בדיבור, זה כמובן מועיל. נראה ש'כסף הקדשים' אינו חולק על דברי הרא"ש 'אפי' אי נהוג מנהג גרוע הוא ולא אזלינן בתריה', כי הרא"ש דיבר על מנהג גרוע שאנשי העולם לא נהגו כמותו (ואפילו מי שנוהג כך כבר בטלה דעתו אצל כל אדם), ואילו 'כסף הקדשים' דיבר על המנהג המקובל והקביל אצל בני אדם (כגון מנהג הסוחרים).²¹

נציין שיש שרצו להוכיח מדברי המרדכי שקניין בדיבור מועיל.²²

2. מחלוקת האחרונים

מצינו מחלוקת באחרונים לגבי קניין 'סיטומתא' בדיבור. ישנה התכתבות מרתקת משנת תרע"ד (1914) בין המהרש"ג (רבי שמעון גרינפעלד), רבה של סעמיהאלי, לבין הרב ישכר טייכטאל, בעל שו"ת 'משנה שכיר'.

המהרש"ג כתב:²³

אחדשה"ט [אחרי דרישת שלומו הטוב] אשר שאל חו"ד בדבר אשר המנהג הוא עתה בין הסוחרים לקיים כל המשא ומתן שלהם עפ"י דבורם בלבד, אם יש לפסוק כן גם עפ"י דין תוה"ק שאם נעשה ביניהם איזה מסחר עפ"י דבורם שיהיה לו תוקף כאילו היה קנין בדבר מצד קנין סטומתא אשר מבואר בחו"מ סי' ר"א. ומה גם אם נעשה המסחר גם ע"י אנגאבע ר"ל מקצת כסף... מבואר בשו"ת הרא"ש כלל י"ב סי' ג' בהשיגו על מה שהראה לו אחד בשם מורו מהר"ם כתב בזה"ל אבל דיבור בעלמא לא אפי' אי נהוג מנהג גרוע הוא ולא אזלינן בתריה.

18. וראה: שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג סימן תשל: 'דין זה נשאל למורי אדם השכיר לבעל הבית לתת לו מזונות בג' זקוקי' לשנה ואכל עמו שבועים קודם התנאי ולאחר שבועים עשו התנאי [א"ל הא חדרי לצרכך וסבר וקבל] ואכלו ביניהם ג' פשיטים כמו שעושי' [ליינקויף] ולאחר מכאן חזר בו ורצו להביא ראי' מסיטומתא באתרא דנהיגי למקני קני והשיב מו' דאינו דומה [ליינקויף] אינו דרך לקנות בו אלא גוים והוי דברים בעלמא ויכול לחזור בו.

19. וראה גם תשובות והנהגות, ח"א סי' תתג - יצוטט לקמן.

20. מכונה ה'אשל אברהם מבוטשאטש'.

21. ראה בדברי שו"ת 'משנה שכיר' - יצוטט לקמן.

22. ראה: בית יוסף, יו"ד סי' רסד וראה כנסת הגדולה, הגהות טור חושן משפט סי' רא.

23. שו"ת מהרש"ג, סי' קיג-קיד.



המהרש"ג מביא ראייה לשיטת הרא"ש מהתוספות בבבא בתרא לגבי השותפין שרצו לעשות מחיצה בחצר בונים 'הכל כמנהג המדינה'. הגמרא שם שואלת: איזה מנהג באה המשנה לרבות? התשובה היא 'לאתווי אתרא דנהיגי בהוצא ודפנא [לרבות מקום שנוהגים לבנות בלולבי דקלים ובענפי ערמונים]' (ד ע"א). התוספות מקשים (ב ע"א ד"ה בגויל): מדוע הגמרא הייתה צריכה לדון במנהג שהמשנה באה לרבות? מדוע שלא נאמר באופן כללי שהמשנה דיברה על כל מנהג שנהוג באותו המקום? ר"ת מתרץ שיש מנהגים שחכמים לא קיבלו היות שהם מנהגים גרועים. לכן הגמרא דיברה דווקא על הוצא ודפנא 'אבל פחות מכאן אפילו נהגו מנהג הדיוט הוא. ומוכיח מכאן דיש מנהגים שאין לסמוך עליהם ואפילו היכא דתנן הכל כמנהג המדינה'. אם כן, אפילו שיש מנהג לבנות מחיצה בפחות מהוצא ודפנא, זה נחשב כמנהג גרוע שלא הולכים אחריו. כך גם אצלנו: אף שיש מנהג אצל הסוחרים לגמור את הקניין בדיבור, זה נחשב קניין גרוע ואין ללכת אחריו. 'ולהלכה למעשה נלענ"ד דאם המו"מ היה רק בדיבור בעלמא, ודאי דאינו מועיל שיהיה חיוב גמור (כמש"כ למעלה בשם תשובת הרא"ש כלל י"ב סי' ג)'. הרב טייכטאל חולק לחלוטין על דבריו וראיותיו של המהרש"ג, וסובר שדיבור נחשב קניין 'סיטומתא'. הרב טייכטאל מתייחס לראיה של המהרש"ג מהתוספות בבבא בתרא לדברי הרא"ש וכותב:

ולא דמי למ"ש תוספות בב"ב דף ג' שהביא הדרג"י ראייה לתשובת הרא"ש בהא דאמרו בגמרא שם לאתווי דפחות מזה אף אי נהגו לא אזלינן בתרה עיי"ש בתוס' שם שפיר כתבו תוספות כן משום דשם ודאי מנהג גרוע הוא משום דבאמת לא עבדי אינשי מחיצה כזה וגם לא מצינו בשום מקום שיהיה חשוב מחיצה בפחות מזה ע"כ אף אי נהגו בטלה דעתו אצל כל אדם ולא אזלינן בתרה - אבל הכא כיון דמצינו כמה קניינין שנגמרים בדבור א"כ אם נהגו גם הסוחרים כן לא יהיה גרוע כ"כ שלא ניזל בתר' והדבר צריך ביאור.²⁴

הרב טייכטאל מסביר שמנהג גרוע הוא מנהג שרוב בני האדם לא נהגו כמותו, כגון מחיצה בפחות מ'הוצא ודפנא' שכלל אינה נחשבת מחיצה (ומי שנוהג כך כבר בטלה דעתו אצל כל אדם), אך לגבי קניין 'סיטומתא' בדיבור מצינו שהסוחרים נהגו כן, לכן בוודאי שיועיל.

אם כן, לסיכומו של דבר המהרש"ג נוטה להגביל את קניין 'סיטומתא' בדיבור, כי מדובר במנהג של סוחרים שנחשב קניין גרוע. לעומתו הרב טייכטאל נוטה לאמץ את מנהג הסוחרים ואומר שנחשב כדאורייתא לכל דבר.

24. בסוף שו"ת משנה שכיר בקונטרס אחרון אות קכז הרחיב הרב טייכטאל בנקודה זו: 'שם [סי' עב] הארכתי לברר דגם אם המנהג בין הסוחרים לגמור הקניין בדיבור מהני מדין סטומתא ולא כדברי הגאון ר' שמעון גרינפעלד אבדק"ק סעמיהאל ז"ל שפסק דיבור לא הוי סטומתא משום דהוי מנהג גרוע ולא אזלינן בתרה והביא ראייה מתוס' דבב"ב ד' ג' דכתבו על מה דאמר שם בגמרא דפחות מזה אף אי נהגו לא אזלינן בתרה דהוא משום דמנהג גרוע הוא עיי"ש ואני בספרי שם דחיתי ראייתו משום דשם לא מצינו בשום מקום דיעשו באופן כזה ע"כ בטלה דעתו אצל כל אדם, אבל בקניין מצינו כזה וגם נהגו כן כולה או רובה של המדינה שפיר הוי מנהג'.

3. דעת פוסקי זמננו לגבי קניין 'מזל וברכה'

הרב יעקב ישעיה בלוי כתב בספרו 'פתחי חושן' שלומדים מקניין 'סיטומתא' שלכל סוג של מסחר מנהגי הקניינים הייחודיים שלו, ויש להם תוקף הלכתי:

וכן נוהגים היום במסחר היהלומנים לסגור עסקים באמירת מזל וברכה, שוב ראיתי בכנה"ג שהביא מחלוקת הפוסקים אם שייך דין סיטומתא בדיבור בעלמא, ומ"מ נראה דעתו שמועיל.²⁵

בספרו 'תשובות והנהגות' (כרך א סי' תתג) מתייחס הרב משה שטרנבוך לשאלה אם הקניין 'מזל וברכה' מועיל במסחר יהלומנים. הוא דן בדברי המהרש"ג (שראינו לעיל), שסובר שקניין בדיבור אינו מועיל, ומתייחס לטענתו (ע"פ הרא"ש בתשובותיו) שדיבור בעלמא נחשב כמנהג גרוע ולא אזלין בתריה. הרב שטרנבוך מקשה על טענה זו ואומר שהיא נכונה לגבי המנהג לעשות גדר דקה מאוד בפחות מהוצא ודפנא, שזה אכן נחשב מנהג גרוע, אך קניין 'מזל וברכה' אינו נחשב קניין גרוע. אדרבה, זהו הקניין הטוב ביותר עבור סוחר יהלומנים:

אבל במסחר בין יהלומנים שאינם רגילים להחזיק בכיסם את היהלומנים קשה לדרוש קניין בזה והואיל ועיקר המסחר בנוי על נאמנות ומוסכם שנוסח "מזל וברכה" הוא גמר הקניין (ולא סתם אמירת נגמר המקח) הוא מנהג טוב ועדיף מדיבור בעלמא, ואולי גם להרא"ש יועיל (ויעו"ש עוד בשו"ת מהרש"ג דגם לדעתו פשוט דברי מהר"ם רבו של הרא"ש הוא שדיבור מועיל כקניין סיטומתא, ולמשנת שכיר כ"ה גם דעת הרא"ש [מובא במהרש"ג] ולמשנ"ת יתכן דהרא"ש מיירי רק בדיבור במקום מנהג גרוע), לכן נראה דאפשר לסמוך על המנהג לומר "מזל וברכה" לגמר הקניין ויחול הקניין גם ע"פ דין תורה. ועיין שו"ת הרמ"א (כ"א) שמסיק גם כן שדיבור מועיל כקניין סמטותא, וזהו העיקר להלכה ולמעשה, ויש לחייב בדין תורה גם האומר "מזל וברכה" כקניין גמור בדין תורה ביהלומנים שנהגו כן בני אומנותם.

סיכום

א. נראה שהקניינים המודרניים כיום לסגירת עסקה, כגון באמירת 'מזל וברכה' אצל היהלומנים, מבוססים על מנהג הסוחרים - 'קניין סיטומתא'.

ב. נחלקו 'נתיבות המשפט' וה'חתם סופר' בשאלה אם קניין 'סיטומתא' תקף מדרבנן או מדאורייתא. 'נתיבות המשפט' סובר שקניין 'סיטומתא' אינו עדיף על קניין דרבנן רגיל, ואילו ה'חתם סופר' סובר שקניין 'סיטומתא' הוא קניין דאורייתא ממש, כי כל קניין שאנשי העולם הסכימו עליו מרצונם החופשי, וההסכמה והרצון יוצרים את החלות מדאורייתא.

ג. מדברי ה'חתם סופר' אנו למדים כמה עקרונות חשובים:

1. התורה רואה ברצון החופשי של בני האדם ערך לקביעת נורמות מסחריות. לקניין 'סיטומתא' יש ערך מוסף על קניין דרבנן בכך שהוא יונק את סמכותו מהרצון החופשי

25. פתחי חושן, חלק ח (קניינים) הערות פרק י - סיטומתא (מנהג הסוחרים) הערה ג.



של בני אדם, מה שאין כן בקניין דרבנן ששואב את כוחו מ'הפקר בית דין הפקר', ואם כן לדרכי קניין שקבעו בני אדם כמו 'סיטומתא' יש תוקף מדאורייתא.

2. התורה משאירה בכוונה תחילה 'מרחב תמרון' לבני האדם ליצור קניינים חדשים במסחר כגון 'סיטומתא' ו'מזל וברכה' (ראה עוד בהקשר זה לקמן בסעיף ד).

3. התורה סומכת את ידיה על השכל האנושי ואף מאמצת הנהגות אנושיות מועילות, שהרי לפי שיטת ה'חתם סופר' לקניין 'סיטומתא' שקבעו בני אדם - יש תוקף מדאורייתא.

4. לכל קניין שאנשי העולם הסכימו עליו מרצונם החופשי יש תוקף מדאורייתא, כי ההסכמה והרצון הם שיוצרים את החלות מדאורייתא,²⁶ ואם כן, לפי החתם סופר קניין 'סיטומתא' וכן קניין 'מזל וברכה' שנהגו סוחרים היהלומים יהיו תקפים מדאורייתא.

ד. ה'דבר אברהם' מחדש שקניין חליפין הוא התשתית ההלכתית לקניין 'סיטומתא'. הוא מוכיח מהירושלמי שמהתורה צורת קניין חליפין יכולה להשתנות מתקופה לתקופה, לפי מנהגי הסוחרים שבכל דור. התורה כמוכח מניחה את היסודות, העקרונות והגבולות של קניין חליפין, אך הסוחרים שבכל תקופה רשאים לקבוע את המנהג המתאים על פי הצרכים וההתפתחות הטכנולוגית. אם כן, התוקף של מנהגי הסוחרים הוא מדאורייתא, כשם שקניין 'חליפין' הוא מדאורייתא.

ה. גבולות קניין 'סיטומתא': מצינו מחלוקת גדולה באחרונים בשאלה אם קניין 'סיטומתא' מועיל בדיבור. המהרש"ג סובר שדיבור נחשב קניין גרוע, ומסתמך על דברי הרא"ש שכתב שדיבור בעלמא נחשב קניין גרוע ואינו מועיל. ואולם הרב טייכטאל חולק עליו וסובר שדיבור נחשב קניין ב'סיטומתא', וכן מתייחס לטענה שקניין דיבור הוא מנהג גרוע, ומסביר שמנהג גרוע הוא מנהג שרובם המוחלט של בני האדם לא נהגו כמותו. לגבי קניין 'סיטומתא' בדיבור - מצינו שאצל הסוחרים הוא הפך להיות קניין מקובל, לכן בוודאי מועיל.

ו. פוסקי זמננו החשיבו את קניין 'מזל וברכה' של היהלומנים ונתנו לו תוקף הלכתי, אף שהוא בדיבור.



26. בדומה לכך יוצא מדברי השערי יושר, שער ג פרק ג; שם, שער ה פרק א; שם, שער ה פרק ז, שהשכל האנושי מברר את הבעלות על חפצים במצבי ספק ואף יוצר קניינים (ההכרעות השכליות הללו למעשה מאפשרות להיבטים האיסוריים לחול, כגון איסור גזל), ואם כן להכרעות השכל האנושי יש תוקף הלכתי לכל דבר.