

קנין סיטומתא (מנהג הסוחרים) - תוקפו ומהותו

ראשי פרקים

א. מקור הדין

ב. שאלת תוקפו של הקנין

ג. דעת השופרים שישוטמתא היו מדרבן

ד. הגר"ש שkopf: מדאוריתא, המעשה הנוהג – יוצר גמירות דעת

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

ו. הדבר אברהם: השיטומתא קניין חליפין דאוריתא

ז. החת"ס: מדאוריתא, ככל תנאי שבממון

1. הסבר א בחת"ס (כשיטת המהריש"ס)

2. הסבר ב בחת"ס

3. דברי החת"ס בשוויות יוא"ד שטו

ח. לשופרים שישוטמתא هو מדאוריתא: היחס בין קניון דרבנן למנาง

1. קניון דרבנן שהפך למנาง רווה – מועיל מדאוריתא

2. אפילו קניון דרבנן שהפך למנาง רווה – מועיל רק מדרבן

3. באור דברי החת"ס

א. מקור הדין

במסכת ב"מ (עד, א) מובא:

אמר רב פפי משמיה דרבה: האי שיטומתא קניין. למאי הלכתא?

רב חייבא אמר: למקニア ממש, רבנן אמר: לקבולי עליה מי שפרע.

וחלכתא: לקבולי עליה מי שפרע, ובאותרא דנהיגו למקニア ממש – קנו.

ביביאור ה"שיטומתא" ניתנו בראשונים שני הסבירים¹:

¹ יהודית היא שיטת הריב"א, שбар שיטומתא הוא עיוו מطبع שאין עליו צורה והתగרים אותו לשלמן כשלוקחים דבר אחד, ומחלוקת האמוראים היא האם נתינה המطبع הזה היא בתורת דמים (וכאומר ערבותי קינה הכל) וקייל'ל שמעות בלבד – קוניות רק למי שפרע, או שתנית המطبع היא בתורת חליפין (וכיוון שאין עליו צורה – ניתן לעשותו חליפין) וכוננה למגרי. ופסקה הגמורה שבמקומות שנהגו לקנות ע"י מطبع זו –

א. רשיי²: חותם שורשים החנונים על החבאות של יין, שלוקחים הרבה ביחד ומניחים אותן באוצר הבעלים, ומוליכים אותן אחת לאחרת למכור לחנות, ורושמים אותן לדעת לכל החבאות הרשות מכוורת.

מנוג דומה מתאר המאיiri: כגון שמכר לו חבית של יין או שמן, או שק של תבואה, ולא נתן מעות ולא משך, אלא סגר את החבאת וקשר את שקו ורשם עליו בחותמו, ורשות זו הוא הנקרא סיטומטה.

ב. ר'ח (הובא ברא"ש): כדרך שנגנו הסוחרים בגמר המקה, תוקע כפו לכך חברו, ובזה נגמר המקה (הכוונה³ לתקיעת כף כביתי לכך שהושוו במקה, ולא בתורת שבועה).⁴

הרשב"א הגידיר זאת בכלל: "שמעין מהכא, דמנוג מבטל את ההלכה בכל כיוצא בזו, שכל דבר שבממון ע"פ המנוג קוניים ומקוניים. הילך, בכל דבר שנגנו התගרים לקנות – קונייס".

כבר בראשונים מצאו שהזיכרו דרכים נוספות: הרא"ש, לאחר שהביא דעת ר'ח ורשיי הוסיף: "וכל כיוצה בזו, דאי זה דבר שנגנו למגור המקה כגון

וזאי לנו שנתן את המטבע בתורת חיליפין, וכונה לגמי. כלומר, לדעתו אין מנוג הסוחרים יכול ליצור זרכיו קניין חדשות כדוגמת תקיעת כף או רשום על החבית וכד'. שיטה יהודית זו של הריטיב"א היא בניגוד לכל שאור הראשונים, ולא הזוכרה כלל בפסוקים. וראה עוד ביטיב"א הוצאה מוסד הרב קוק העלה 53. על ישוב החקשא שהקשה הריטיב"א על רשיי ואחר הראשונים, ראה בברכת אברהם ב"מ עמי' שס.

ראשונים המופיעים ללא צינו מוקור הכוונה לב"מ עד א. בדומה לרשיי כתבו גם הרמב"ם בה' מכירה פ"ז ה"ו, והראב"ד בשטמ"ק.²

פרישה סי' רא ד"ה או אמר.³

מבחן לשונית: כתב הערוך (עד סטטוטא): "פי' חותם שטובען בו הסוחרים על העיסקה". ובמוסף הערוך כתב: "פי' סיטומטה בל' יונני – כל מין סימן, ובפרט העשווי מדעת שניים". ובסדר "הערוך על הש"ס" כתב שכינוי – סינקמה – סימן להසכם. הפרישה (ורא ד"ה ורשיי) הביא ראייה שסבירה מילולית סיטומטה פירושו חותם, מהתרגום באסטור ח'ח: "ווחתמו בטבעת המלך" דמותגמיםו: "וסתימו בשתקתה דסיטומטה דמלכא". הגרא (ס"ר רא) הביא נוספת נספח מתרגומים יונתן בן עוזיאל לבראשית לחת: "ויתאמר חותמך" – שמותרגם "ויאמרת סיטומתך". בפרישה (ראי,ב) הוסיף והעיר, שאף מה שפירש ר'ח תקיעת כף, אין כוונתו לפירוש מילולי אלא ענייני. דהיינו, לכל קניין ע"פ מנהג הסוחרים קוראים בשם סיטומטה. לפ"ז, גם דברי ר'ח הם הרוחבה וציוון למנהג נסף, מעבר למה שנזכר בגמרה. ואולם, הפרישה העלה אפשרות נוספת לפיה ר'ח כן הכוון לפירוש מילולי, ופירוש המלה סיטומטה משורש "טס", כמו לשון "נהרא טמיינא" (מו"ק ד,ב) שפירשו סתום, וקוראו כך למנהג הסוחרים לומר שבזו נגנו וסטם הকניין. וראה אצל ד"ר רון קלילימן בעבודת הדוקטורט שלו: "מנהגי הסוחרים בדרכי הকניין במשפט העברי (קניין סיטומטה)", בר אילן תש"ס (עמ' 162-163). [תודה לידי ד"ר עמייחי רדזינר שהמציא לי עבודה זו].⁴

במקומות שונים הולקה מטבע אחד למוכר, ובזה נגמר המקח.⁵ ובשם הרាប"ן צוין קניין ע"י מסירת מפתח.⁶

כ"כ נפסק בשו"ע (חו"מ רא, א-ב):

מכר לו בדברים בלבד ופסקו הדמים, ורשם הולקה רושם על המקח כדי שיריה לו סימנו וזהו שהוא שלו, אפילו שלא נתן לו מהדים כלום, כל החזר בו אחר שרשות מקבל מי שפרע. ואט מנהג המדינה הוא שיקנה הרושים קניין גמור – נקנה המקח, ואין אחד מהם יכול לחזור בו, והייב ליתן הדמים... וכן כל דבר שנגנו התגרים לknות בו, כגון ע"י שננות הולקה פרוטה למוכר, או על ידי שתוקע לו כפו (רמ"א: או במקומות שונים הסוחרים שימושיים לקונה המפתח) וכן כל כיוצא בזה.

בהמשך זברינו נתמקד בסיטומתא כמעילה לקניין גמור, ולא במקרים בהם מעילה רק לקבלת מי שפרע.

ב. שאלת תוקפו של הקניין

הפוסקים נחלקו בשאלת תוקפו של קניין סייטומתא, האם מועיל רק מדרבן או מדאוריתא. לשאלה זו השלכות שונות אשר נידונו בפוסקים, כגון: במכירת בהמת ישראל לגוי ע"מ לפטור מבכורה, במכירת חמץ לגוי בפסח,⁷ ובקידושיasha אשר נעשו בחפץ אשר נקנה בסיטומתא.⁸ מסתבר שישנם נפ"מ נוספות כגון: בקניית הניר לגט, בכחן שמכר פרתו

⁵ הగחות מימוניות חלי מכירה זו,ה.

⁶ רוב המקרים הנידונים בשוו"טים בהקשר לשאלה האם סייטומתא מהני מדאוריתא או רק מדרבן הם בנוגע הבכורה ומכירת חמץ.

⁷ שו"ת חת"ש חוו"מ סי' יב.

⁸ ביחס לולב נפסק בשו"ע (או"ח תרנת, ז) ב"סתס", שאין ליתן לולב לקטו ביום הראשון קודם שיצא בו, מפני שהקטן קונה מהנוראה, ואני מקנה לאחרים מן התורה. ונמצא, שכשהזיווילו – לא הו מון התורה משלהם. אלא, שיש להקשوت לכארוה על כך, שהרי ישכח לרבנן להפקיר (הפקיר ב"ד הפקר), וא"כ כיון שנוטל הלולב – זוכה בו מההפקר והוא שלו מדאוריתא. [כך היא דעת החת"ש (ויז"ד שיד ד"ה הנה שרש), Dai Atai l'did הזכה או לכ"ע הו דאוריתא. ובאמת הקשה עליו בעל השדי חמד (שו"ת אור לי סי' לא אות יט) מהדין הנזכר באטרוג]. בשוו"ת אבני נור (תה אות ז) כתוב לישיב קושיא זו, שתקנת ב"ד אינה מפקירה לגמרי החזק בירושות הבב"ד, אפילו שעדיין מותר אחרים ליטלו. כמובן, שיש רשות לחבריו להחזיק בו ברשות הבב"ד, אפילו שעדיין

לישראל בקנין סיטומתא – האם יכול להאכילה בתמורה ועוד.⁹ בכל המקרים הנ"ל, ציריך שהקנין יועל מDAOריאטי. אך, במקרה שעשו את הקנין בסיטומתא, לסוברים שסיטומתא מועיל DAOריאטי – מועיל. ולסוברים שישיטומתא מועיל רק מדרבן, הרי שהדבר יהיה תלוי בחלוקת הפסיקים האם קנין דרבנן מהני DAOריאטי או לא.¹⁰ להלן נביא את הדעות השונות. בין הסוברים שमועיל DAOריאטי לעמוד על ההסבירים השונים שניתנו למקור קנין זה ולדרך פועלתו.

ג. דעת הסוברים שישיטומתא הוא מדרבן

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

בטעם התקנה,¹³ נראה שעשו כן מפני דרכי שלום, שכןו שנגנו התගרים לknנות כו, תקנו ניהול הקנין גם על פי הדין כדי שלא יבואו לידי איבה,

הרשות הבעלים הראשוניים עליו. וכותב שרעין זה מצינו בשיטות היראים, שלמי"ד גול הגוי מותר, הכוונה שאפילו אחר שגולו – הוא ממון הגוי, אלא שהותר לישראל ליטלו, עכ"ד. לפי זה, נראה שיש להקפיד בקנין לולב שיעשה בקנין המועיל DAOריאטי. והוא עוד במ"ב (תורתך, ז) ובשעררי תשובה (שם, א). ואולם בפסקים לא מצאתи שהעירו על קנין סיטומתא בלבב במפורש, ובפדר"ר (ברך יד עמי' 347) כתוב בדרך אגב: "זהה לא שמענו מי שחשוש לזה ל垦נית ארבע מינים ובודמה".

⁹ בפסקים לא מצאתי שנדונו שאלות אלו במפורש, אך לכוארה יהיו הדברים נכונים במקרים בהם דין האם קנין דרבנן מועיל DAOריאטי או לא. וראה אנצ"ת ערך "דברי סופרים" ברך ז עמי' קג-קד.

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

¹¹ וראה בשו"ת בנין ציון החדשות סי' טו, שכותב שמתשובה זו אין ראייה שהרמ"א סבר דחווי DAOריאטי.

¹² ראה אוצר מפרש ה תלמוד בעמ' עד א הערכה 53.

¹³ על המקור לתקנת חז"ל זו, כתוב בשוויית שם אריה (סי' מה ד"ה אך כתוב): "הדבר פשוט היה באכלה מה שאמרו חכמים בכל עניינים דאזרעין בתורה מהרג המדיינה... ואני הרבה למשמר כי גם לענין קנין מהני המנחה כמו"ש הראשונים דמנาง עיקר הלכה".

שים בכוון שזה קנון.¹⁴ או מפניהם תקנת השוק, שלא יצטרכו לשנות מהמנהג ולטרוח לדרכי הקנון ההלכתיים.¹⁵

באחרונים הועלו טיעונים שונים להוכחה כי קנון סייטומתא מועיל רק מדרבן:

הנתיבות (ואא) כתוב שקנון מכח המנהג מועיל רק מדרבן, שהרי קנון דרבנן ודי לא גרע ממנגה שנגנו הסוחרים, ואפלו הכי לא חשבנן אותו רק לקין דרבנן לעניין קידושין, כמבואר בפסקים (ב"ש אה"ע כח,ג).

בשו"ת עין יצחק (או"ח סי' כב, ענף א אות ב) הוסיף, שבאות הדעת נטה כן, שהרי גם מבחינה מציאותית, כל קנון דרבנן לאחר זמן הופך למנהג שנוהגיםьян לknوت בו, ואם כן, לא יהיה גרע ממנגה שנגנו הסוחרים מצד עצם, ואעפ"כ, כאמור, לדעת כמה פוסקים קנון דרבנן לא מועיל לknות מדאוריתית.

על המשכילה לאיתן (הובא בדבר אברהם ח"א סי' א ענף א) כתוב, שלא מתיקבל על הדעת לומר שמנהג התגרין יהיה עדיף מkanin שתקנו חז"ל, שהרי גם תקנת חז"ל קיבלה ישראל עליהם ע"פ אזהרת התורה "לא תסור" בימי אחישורוש. בcontra דומה כתוב האמרי בינה (קונטרס הקניינים סי' טו ד"ה ואמ מהני קנון אסתימותא).

בשו"ת אבני נזר (יו"ד סי' תה אות א) כתוב שסבירא הוא רק דרבנן, שהרי אין לנו מקור מהتورה להה.

להלן, פרק ח, נבאר בעיה כיצד ישבו הפסקים שישיטומתא מועיל מדאוריתית טענות אלו.

ד. הגר"ש שkopf: מדאוריתא, המעשה הנהוג – יוצר גמירות דעת

הגר"ש שkopf (מערכת הקניינים סי' יא ד"ה ולפי דברינו ייל דהרמב"ז) כתוב לבאר הדעה שקנון דרבנן מועיל מדאוריתא:

כל חփש שנקנה ע"י מעשה קנון דרבנן מועיל גם מן התורה, דקניינים אינם גזירת הכתוב, ויש מן האחرونים דברי דספרי דסיטומתא באตรา

¹⁴ ברכת אברהם לב"מ עד, א.

¹⁵ בדומה לדברי הב"ח ר'א,ב.

דנהייג למקני ביה מהני גם מה"ת... דענו קניין הוא גמירות דעת של הקונה והמקנה, רק שקבעו שתהא הוחכה הזאת ע"י מעשה. ע"פ, אם הסוחרים קבעו מעשה – מועל המעשה הזאת גם מה"ת, ולא גרע מה שקבעו חז"ל מקביעה הסוחרים. ועוד, דיון שהוא זוכה מדין חז"ל גמר בדעתו להקנות.

כלומר, לדעת הגרא"ש שkopf, יסוד הקניין הוא גמירות הדעת, אלא שצורך מעשה קניין להוכיח שאכן, היתה גמירות דעת. וכן, בכל מעשה המקבול כמעשה קניין, בין אם נקבע מהותה, מודרבנן או ממנהג הסוחרים – חייב גמירות דעת, וחיל הקניין מדוריותה.

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

ראינו לעיל (בדעת הגרא"ש שkopf), שישוד הקניין הוא גמירות הדעת אלא שצורך שתהיה הוראה לגמירות הדעת ע"י מעשה הקניין.

ואולם, מצינו מקרים בהם חל הקניין אף ללא מעשה קניין, כגון: בשעת שידוכים.

במסכת כתובות (קב, א) מובא:

כמה אתה נותן לבנק? לך לך. וכמה אתה נותן לבתק? לך לך.

עמדו וקדשו – קנו. הן חן הדברים הנקנים באמירה...

(וחטם): בהחיה הנאה זקמיחתני אחדדי גמרי ומקיי להזדי.

מקרה זה, וכן מקרים נוספים¹⁶ היו שלמדו שגמירות הדעת לבדה היא היוצרת את הקניין. ב"כ אכן צריך מעשה קניין כדי להוכיח שקיימת גמירות דעת או בכדי ליצור אותה, אך במקרים בהם ברור לנו שיש גמירות דעת גם בלי מעשה קניין, כגון מכח ההיא הנאה דקמתחני אחדדי, יהול הקניין אף בלי מעשה כלל. כך כתוב החזו"א בשם אביו (חו"א חווים סי' כב, דף נא ד"ה כל גدول):

¹⁶ על דברי הגمرا ברכות (יח, ב): "אקני קא מקני ליה (=בעל הבית לכח) בחצירו, דניחא ליה דליתעביד מצוה במומניה", כתבו התוס' ("דיה אקני": "וואפלו באלא (=מעשה) קני קא קני, דגמור ומשעבד נפשיה"). וברש"ש שם מקרים נוספים, וראה גם אנצ"ת ערך "דברים הנקנים באמירה".

כל גדול יהיה לך בקניןיהם, דעתך הקניין הוא שיגמור בלבו להקות
הזהר לחבירו ו לחברו יטמוך דעתו עליו. ויש דברים שקיים להו לחז"ל
שבדבר בעלמא גומר בלבו להקות לחברו. ויש שאינו גומר בלבו רק
ע"י הקניןם המפורשים מן התורה או מהז"ל, וזה היטב בזה והפוך
בה דכלה בה, דוק בש"ס ופוסקים ותמצא כן.¹⁷

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

דמשפט הנקנים מהה רק בדבר שא"א יודעים שזה רוצה להקות
לחבירו או לחברו רוצה להקות ממוני, כי אם ע"י מעשה הדבר שנעשה
בפנינו, וע"ז באו ענייני הנקין מודית או מדוברתם. אבל בדבר שנגלה
לכל העולם, דעתא דאיוני בהכי להקות ולהקות – מועלם בלי שם
[מעשה] קניון, [אלא] משום כוונת ליבם דגמר ומקני להזדי. והיינו
טעמא ודבריהם הנקין באמירה, משום DAGAV חיתון גמרי ומקנו...
וא"כ בסיטומתא כיון בני העיר או המדינה נהגים להקות בהכי
ונודע לכל דגMRI ומקני בלבם, מועלם בלי שם קניון.

הדגשנו את ההבדל בין גישת הגרא"ש שkopף הרואה את עיקר הנקין בגמירות
הדעת, וاعפ"כ מצרך מעשה קניין להוכיח על גמירות הדעת, ובין גישת
הרמ"ץ חרואה את עיקר הנקין בגמירות הדעת, וכשברור שזו קיימת חל
הנקין אף ללא מעשה כלל, כיון שיש נפ"ים גדולות בין גישות אלו. והיינו,
במקרים בהם מנאג הסוחרים להקות באמירה בלבד. לדעה הראשונה – אף

¹⁷ כיווץ בזה ראה בדברי הרב שלמה קלגור (שו"ת טוב טעם ודעת מהדו' קמא סי' רסת,
ד"ה וחנה עד יש). ואולם, רבים חלקו על גישה זו, ונכתבו שאעפ" שעייר הנקין הוא
גמירות הדעת, מ"מ נחוץ תמיד גם מעשה הנקין, ואין קניין ללא מעשה. לדעטם, מה
שאמרו במארא שבכחיה האהא דקמיחתי גמור ומקנו, אין עיקר הטעם, אלא עיקר
הטעם שהוא שוו תקנת חכמים, וכייד שלא יהיה הדבר חלה בלא טעם סמכו לומר
הטעם שבכחיה הנאה. ראה אנצ"ת ערך "דברים הנקים באמירה" שכטבו כך ליד ציון
4) בשם המאירי (קידושין ט,ב), וציינו שאף הנ"ב (מהדויק חוי"מ סי' כה) נקט דהוי
תקנייה.

קלינמן ذן בתפקידו ומקומו של מעשה הנקין באריכות (עמ' 129-109) ובתווך דבריו ציין
שני הסבירים נוספים ליישוב הגמרא הנ"ל, ע"ש.

¹⁸ תודתי לר' אבישי אלבוייס מספרית הרמ"ץ בת"א שלוח לי תשובה זו. ויש להעיר,
שהרמ"ץ קשר במפורש בין דין דברים הנקים באמירה לדין סיוטומתא, אולם, בדברי
חו"א שהבאנו, אין התייחסות למפרשת לסיוטומתא, ויתכן ויחלק בין דברים ש"קם
לו לחז"ל" שговор להקות, כמו בשידוכין, ובין מנאג סוחרים רגיל.

על פי שכך נהגו, מכל מקום לא יועיל הדבר לknوت מדין סיטומתא, כיון שאין מעשה קניין. ואלו לדעה השניה – כיון שכך מנהג הסוחרים, הרי שגלויל כל שיש גמירות דעת בכך והוא קניין באמירה בלבד.

בדבר זה נחקרו כבר הרשוניים. בתשובה הרא"ש (כלל יב סי' ג) כתוב:

והנה הראה לי מורי החוץ בתקב' דרבינו מאיר זיל, וזה לשונו:ומי שנדרך לחברו לעשותתו בעל ברית, אע"ג דחווי דבר שלא בא לעולם יש לנו לילך אחר המנהג. וכיוצא בזה אמרו בב"מ סיטומתא באטראה דקנו ממש קני, אע"ג דמדינה לא קני, איזל בתור מהנאה למKENI קני גמור, עכ"ל. ויש להסביר על דבריו חדא – דסיטומתא היינו דוקא שנעשה מעשה כדרישׁ זיל שרשומין על החבית... אבל דברור בעלמא לא, אפי' אי נהוג – מנהג גרווע הוא ולא אזלען בתורה...¹⁹.

הרי לנו, שלדעת המהרא"ם מועיל אע"ג דחווי דבר בעלמא,²⁰ ולדעת הרא"ש לא. אף הרדב"ז (ח"א סי' רעה) דין במני שאמר לחברו שיהיה בעל ברית שלו ועתה הוא חוזר בו, והשיב שאם היה הדברו לאחר שנולד התינוק – קנה זה את זכותו בתורת סיטומתא: "לפי שכבר נהגו כל ישראל שמקנים זאת המצווה ע"י דברר בעלמא".²¹

ישנם מקרים נוספים בהם דרך הסוחרים הוא knوت/amira בלבד, ונציין כמה מהם:

¹⁹ מקרה זה של המהרא"ם קשה מסיבות נוספות, שהרי מלבד היותו דבר שלא בא לעולם (כפי שהזכיר מהרא"ם) הוא גם דבר שאינו בו ממש (קניון דברים). וראה מש"כ בזה הרבה זלמן נחמייה גולדברג, בתרומין י"ב עמ' 288-287.

²⁰ ואולם הרב יהודה פרומן (כתור, ח"ב עמ' 265) כתב שיתכן ואף לדעת המהרא"ם, דוקא בגין לחברו מועיל הדבר בתורת סיטומתא לאחר שיש לדבר ממשמעות הלכתית מחייבת, ולדעתו התכוונה העיקרית של תקעת כפ, אשר בגללה היא מהוות סיטומתא הוא תוקף השבעה שיש לה. ומ"מ, אף הוא מציין שודאי איא לומר כן ברדב"ז (כיון שם לא מדובר בnder באミרה בעלמא).

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

א. במכרו או במכירה פומבית (כאשר המוכר מכירו "נמכר!")²² במקרה זה דו ב"כسف הקדשים" (ס"י רא ד"ה קניין סיוטומתא) וכתוב שהסביר נוטה, שאם נהגו [לkanot] בדיבור היל סיוטומתא, ואולי גם מה שקרוי ליסטואציא [=מכרו או מכירה פומבית] ג"כ היל סיוטומתא.²³

ב. מנาง סוחרי הילומים שמשייםים עסקאות באמירת "מזל וברכה" בשווי תשובות והנהגות (ח"א ס"י לתג) דעת הרוב משה שטרנבוク שאמרית "מזל וברכה" מהויה קניין גמור בדיון תורה ביהלומנים שנהגו בני אומנותם כן.

דברי הרוב שטרנבוク מתייחסים למציאות בה הסוחרים אכן רואים באמירת "מזל וברכה" קניין גמור. אך דעת הרב אשר זעליג וייס²⁴ שבחינה מציאותית, גם אצל סוחרי הילומים אין נטפסת אמירה זו כקניין, אלא רק כהבטחה לקיים את המקט, ולפיכך אין בה דין סיוטומתא.

ג. תוקפו של הסכם חוזי שנעשה בע"פ הרב יהודה פורמן ("כתר", ח"ב עמ' 266-264) דו באפשרות להחשיב חוזה ביטוח הנעשה בע"פCSIOTOMATA, היות וע"פ חוק החזושים תקף הסכם הביטוח גם כאשר הוא נעשה בע"פ. ואולם, הוא דוחה זאת כיון שלמרות שהחוק נותן תוקף להסכם בע"פ, מ"מ בפועל, עסקאות בסדר גדול של הסכם ביטוח רגילים לעשות בכתב²⁵ ולא בע"פ, ואין בזה סמכות דעת (ועי"ש בדבריו סיבות נוספות).

²² ואולם, כسف הקדשים עצמו התלבט האם מבחינה מציאותית אכן נהגים שבאמירה בלבד חי הקיין, שכן הוסיף שם: "וואולי מכל מקום איינו קביעות כל כך".

²³ בתשובה שטרט פורסמה, הובאה אצל קלילינמן. קלילינמן עצמו (עמ' 269-264), בדק ותאר את תחילה הקיין המקובל בבורסת הילומים בישראל והעליה שהמקובל בין הסוחרים – שאין הבעל על הילומים עוברת עם קבלת ה"מזל וברכה", אלא זהה רק התcheinבות או הבטחה שלא ראוי לחזור ממנה. הבעלות עצמה עברת רק עם העברת השווה באופן פיזי לרשותו של הקונה. ויש לענין, שיתכן ותשובה הרוב שטרנבוク מתייחסת לנוהג בדורות אפריקה.

²⁴ בחוזה בכתב, החתימה על החוזה נחשבת כמעשה קניין מדין סיוטומתא.

ד. בקניה בכרטיס אשראי בטלפון

הרב צבי יהודה בן יעקב (תחומיין יז, "חוֹזֶר מִמְקָח שִׁנְקָנָה בְּאַמְצָעָה כְּרִטִּיס אֲשֶׁרְאִי") כתב שקניה בכרטיס אשראי מיועילה מדין סיטומתא, והרגע הקובלע בקניין הוא הרגע שבו חותם הלוקוח על השובר המונפק מתוך מכשיר ההדפסה (ולא הרגע שהוא מוסר את כרטיסו למוכר, או שהכרטיס מועבר במכונה) שהרי יש להניח שעד לרגע החתימה ראשאים שני הצדדים לחזור בהם. והוא מסיים: "וַיַּדְעֵינוּ צָרֵיךְ עַיוֹן מִזֶּה וְרַגֵּעַ הַקְנִין כִּי שְׂרָכָה נָעֲשָׂת דָּרָךְ הַטְלָפָן, וְלֹא חֲתִימָה". ונראה לענין, שלטוברים שסיטומתא מועיל באמירה בלבד – הרי שמתוך פרטי כרטיס האשראי יכולים להחשב כסיטומתא. ואך כי מסתבר שככל עוד לא סיים את השיחה רשאי לחזור בו, מכל מקום, מרגע שישים את השיחה יחול הקניין בדיבורו.

ו. הדבר אברהם: הסיטומתא כקניין חליפין דאוריתיתא

מובא בירושלים (קידושין פ"א ה"ה) ובמדרש רות רבתה (ז, יא):

בראשונה היו קונים בשילוף המנען, הדא היא זכתיב: "וַיָּזַת לִפְנֵים בִּישְׁרָאֵל עַל הַגָּאֹלָה וְעַל הַתְּמוּרָה [לקיים כל דבר] שֶׁלְּאִישׁ נָעַל [ונתן לרעהו] וכֹּוֹי" (רות ז, ז)... חזרו להיות קונים בקצתה. מהו הקצתה? בשעה שהיא אדם מוכר שדה אחזונו היו קרוביו מביאין חביות וממלין אותו קליות ואגווזים ושוברים לפני התינוקות, וחתינוקות מלקטין ואומרים נקץ פלוני מאחזונו... חזרו להיות קונים בכספי ובשטר ובחזקה..."

מדוברים אלו למד הדבר אברהם (ס"י א ענף א אות ג²⁵) שקניין חליפין כל עיקרו מנהגה הוא, ונשתנה עניינו מזמן בהשתנות המנהג. כלומר, כל קניין חליפין המוכר לנו, ואשר מקורו מהתורה (מהפסיק הנ"ל ברות), מהותו היא, שמנาง השוחרים קבוע את דרכי הקניין. ובלשונו של הדבר אברהם: "דזההלה היהתה כללית, דכל שיקבע למנาง אצל התגרין לקנות בו יהא קניין גמור, ומשוויה בראשונה שנגנו במנעל וסנדל היה מנגעל וסנדל דאוריתיתא, ומשחזרו לקנות בקצתה – זהה קצתה דאוריתיתא, וכן בכל זמן וזמן כפי מנהג התגרין...". ונמצא, שסיטומתא באתרה דנהגי – לאו קניין חדש הוא, אלא היינו חליפין ממש, וכמעט שחליפין דאוריתיתא, ה"ג סיטומתא דאוריתיתא.

²⁵ וכן חזר לדון בדבריו הללו בח"ב ס"י י אות א-ב; ס"י כ אות א; וס"י כו אותיות א, א.

הדבר אברاهם אף כתוב שמצוין סימוכין לדבריו בחידושי המהרי"ט (קידושין ג, א, חידושיו על הר"י והר"ן ד"ה והוא אמרין), ובשוו"ת הרדב"ז (ח' א סי' תקג).

ו. החת"ס: מDAOРИיתא, כל תנאי שבממו בשו"ת חת"ס (י"ד שיד) כתב:

לפיע"ד סיטומתא הוא קנין DAOРИיתא ממש. והיכן (=שחררי, היכן) מצינו שנמנו רבען על כהה ואמרו שמנוג הסוחרים קונה!! אלא, Baba Hordeynu שחדין כן מהתורה: כל שהנהיגו הסוחרים הו"ל كالו התנו, וכל תנאי שבממו קיים מהתורה.

על דעתו זו חוזר החת"ס במספר תשבות, והביא ראייה לדבריו מתשובה (הרשכ"א) המיוחסת לרmb"ז סי' רכה שכتب שקניין ממנהג הוא DAOРИיתא וпотר מבכורה.²⁶

חת"ס באර שתוקפו של קנין סיטומתא DAOРИיתא, מכח תנאי שבממו קיים, והיינו, שקיים להלכה רבבי יהודה, שאע"פ שהמתנה על מה שכותב בתורה – תנאו בטל, מכל מקום, בדבר שבממו – תנאו קיים (כתובות נו, א; ב"מ נא, א ועוד).

ואולם, הסבר זה לכארה קשה, מכיוון שאע"פ שתנאי שבממו – מועליל, לדעת רוב הראשונים אין הדבר כך ביחס ליצירות זרכיו קניין חדשות. לעומתם אם התנו המוכר והקונה בינהם במפורש, لكنות בדרך קניין חדשה – לא יועיל התנאי.

ודייקו זאת מהסוגיא בקידושין (כח, ב) המביאה את דעת ר' שמעון שבharma גסה ובהמה דקה נקנות בהגבלה (בניגוד לדעת חכמים שנקנות במשיכחה). והקשטה הגمرا: "אלא מעתה, פיל לרבי שמעון במה יקנה!! שחררי, פיל אי אפשר להגבלה! והביאה הגمرا ארבעה תירוצים: שיקנה בחילפין, או בשוכר

²⁶ חת"ס י"ד סי' שיד; חוות סי' יב. ואולם, האבני נור (י"ד סי'טו אות ד) כתוב, שאין ממש ראייה שישיטומתא הוּא קניין DAOРИיתא, מכיוון שההתשובה המיוחסת לרmb"ז היא משל הרשב"א, ודעת הרשב"א היא שקניין דרבנן מועליל DAOРИיתא כי יש כח ביד קניין דרבנן גם להקנות ולא רק להפקיד. וא"י, יתכן ודעתי היא שקניין סיטומתא הוּא קניין DAOሪיתא, ובכל זאת מועליל DAOሪיתא. וואה גם באמורי בינה (קונטרס הקניינים סי' טו ד"ה ואם מהני קניין אסתטומתא) שדוחה הראייה מתשובה זו.

במקומות אחר (י"ד סי' שיז) כתוב החת"ס שמדובר הרשב"א בגיטין יב ג"כ משמע דחי DAOРИיתא. ובחו"מ סי' יב באර החת"ס לפי שיטתו את הגمرا בב"ב ז, ב עי"ש.

את מקומו, או שמביא ארבעה כלים ומניחן תחת רגלו, או שמגביתו בחבילי זמורות, עי"ש. ולכארה, ישנה דרך פשוטה יותר – שהמוכר והקונה יתנו בינםם شيינו במשיכה! מכך שהגמר לא תרצה זאת, לפחות הרמב"ן (שם): "שאפילו פירש ואמר קנה במסירה דבר הנקנה במשיכה, או [קנה במסירה] בסימטא, שאין מסירה קונה בה – אינו קונה, שלא מסרו חכמים דיני ההקנות למכרים". ברמב"ן נקטו גם הרשב"א (ד"ה גמי' הוא דאמר), הר"ץ (קידושין ט, ב בריע"ף, סוף ד"ה מתניתין בהמה גטה) והריטב"א (ד"ה והוא יודע). וכן כתוב הח"ז (קצת), "שאינו יכול להתנות לעשות קניין מדבר שאינו קניין".

אם כן, קשה על החת"ס, שאפילו אם נאמר שכאשר קנו בקניין הנהוג עי' הסוחרים הויל' כאילו התנו, סוף סוף אfilו אם היו המוכר והקונה מתנים במפורש – זה לא היה מועיל ל垦נות.

ג. הסבר א' בחת"ס (=שיטת המהרשות)

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

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

בעל המשכיל לאיתן (הניל פרק ג') למד כך את דברי החת"ס, שלדעתו אפשר להתנות וליצור דרך קניין חדשה, וזה דבריו להלכה, מכח הח"ז (קצת), שכותב שאי אפשר להתנות על דרכי הקניין. אף נצדו של החת"ס, הרוב שמחה בונים סופר למד כך את דברי החת"ס (שוית שבט סופר חומר סי' י ד"ה וזה): "... ולסביר זו, גם בדבר שלא הניגו הסוחרים, רק המוכר והЛОוקה התנו שיקנו – תהני". וגם הוא דחה את החת"ס להלכה מכח הח"ז: "וע"כ צ"ל כשי"ך דלא שייך בזה תנאי... וא"כ גם בסיטומתא אין לומר דמנהני משום תנאי שבממון... ודברי קדוש זקני צ"ע".²⁸

²⁷ ואולם, המאירי דחה דבריהם וכותב: "יואני רואה דבריהם כלל, ומחייב נתן רשות להדיוטות להפקיע דין הקניינים". אכן, בשיטה לא נודע למי (ד"ה אלא מעתה) מובא בשם הראב"ז שאם יתנו כך – יוציא. ווכ"פ, זה ידעת מיועט בקרוב הראשוניים.

²⁸ ולדעת השבט סופר סיטומתא הוא מדרבנן: "וע"כ מוכחות אנו לומר דבריהם תקנו כן דכל דבר שיניגו הסוחרים שייתה קניין – דמותי, אבל לא במתה שיחיד מתנה עם חברו, והו סיטומתא כמו שאור קניין דרבנן". וראה לקמן סוף הערתה 30.

דברים מפורשים מצאנו בשווית המהרשד"ס, (חו"מ סי' שפ) ביחס לסייעתא זזו לשונו:

כל דבר שבממון יש לו שני פנים במה שיתקיים: [א] או באחד מהודרכים, הבורים כדין תורתנו הקדושה או בדברי חכמים ז"ל שתקנו בתלמוד. [ב] או **בכל תנאי שיתגנה האזם עם חבריו.** ומטעם זה יועילו התקנות הנוהגים [ע"י] הסוחרים, אף על פי שאינם כתובים בתורה ואיים מן הדין, אלא, שכיוון שנגנו כן – חותה ליה שכל אחד מתנה עם חבריו שכשיהיה כך יתקיים הדבר, ואדעטה דהכי תנינה וסלקי. **ומטעם זה אמרינו בגמרא פרק איזחו נשך... האי סיטומתא קנייא.**²⁹

כלומר, לדעת המהרשד"ס, יש שבאו לכך גם בדעת החות"ס, אפשר להנתנות במפורש על דרך קניין חדשה, וזהו המקור לדין סיטומתא, שכיוון שנגנו לכך – הרי זה כאילו התנו ביניהם המוכר והקונה שיקנו בדבר זה – ומהני מדאויריותה.

2. הסבר ב' בחות"ס

ניתן לבאר בחות"ס, שאף הוא סבר כרוב הראשונים, שאפילו אם התנו המוכר והקונה במפורש על דרך קניין חדשה – לא מועל. ודברי החות"ס שי"כ שהנהיינו הסוחרים הויל כאילו התנוו³⁰, אין כוונתם כאילו התנו המוכר והקונה ביניהם באופן פרטי, אלא כאילו התנו כל הסוחרים ביניהם. במקרה כזה, כשייש תנאי כללי – מועל התנאי ליצור דרך קניין חדשה, לדעת החות"ס, אף מהתורה. וכךobar דברי הדבר אברהם.

²⁹ הביוא הרב ישראל שציפנסקי, בקונטרס המנהגים בישראל (נדפס בסוף פרק ד' של ספרו התקנות בישראל עמי כו, וראה שם הערכה).

³⁰ חי"א סימן א, ענף אאות ב, וויל: "שלא נקבע החות"ס לתנאי יחיד, אלא לתנאי האומנים בני העיר, כיון שהוא אצל כל הסוחרים. ומנגד בני העיר – קרו ליה חז"ל "תנאי" כדאמרין בב"ב (ח, א) להנתנות על המידות וכו'.... ונ"מ טובא בין תנאי יחיד לתנאי רקחן, ר"ל מנגה רקחן, דאף במאוי דיחיד ועלמא אין יכול להנתנות – מהני בקהל, כמוואר בחו"מ (רלא, כח): רשאים בעלי אומנות לפ██וק ביןיהם שלא עשה אחד במקומות חברו, ע"ג דיחיד שהנתנה בכך לאו כלום הוא...". אלא, שהדבר אברהם מעיר, שגן הסבר זה לא מספק כדי לבאר את החות"ס, "דאפילו אם תנאי בני העיר חי دائורייתא, על כרחך רק ממעט הפקר ב"ז גנוו דה, והרי הוא עצמו זיל כתוב דהפרק ב"ז לא מהני אלא להפקיד ולא להקנות, והאיך יהיה קניין מה"ו?"!

אף בש"ית אבוי זור (ו"זתו אוות ג) למד שכוונות החות"ס לתנאי כללי ותנאי המדינה, ודרחה לפ"ז את החות"ס: "ותתמהני, שהרי התנאי היה בלא דבר, ובמה חל תנאי המדינה? ובב"מ גבי מתנה שומר חינם להיות כושאן, דמוקי כרי"י דאמור תנאי שבממון קיים, מ"מ

בביקורת הסברא לחלק בתנאי על דרכי הקניין בין לתנאי פרטוי (שלא מועיל) ותנאי כללי (שמועיל), ניתן לומר, שיסוד חלות כל קניין הוא בגמירות הדעת של הצדדים, אלא, שצריך מעשה קניין כתיקונו כדי לגנות שכן יש כאן גמירות דעת, או בכדי ליצור אותה.³¹ כאשר שני הצדדים מתנים ביניהם באופן פרטוי על דרך קניין חדשה – אין הקניין חל, והטעם, אע"פ שתנאי במומו קיים, כיון שהרגנו מעשה הקניין הרגיל, אמרינו שבטלה דעתם אצל כל אדם ואין כאן גמירות דעת. לעומת זאת, כאשר יש תנאי כללי, שככל בני המקומות ה่าง לכך והו כאילו התנו, מועיל התנאי ליצור דרך קניין חדשה, שכן תנאי שבמומו שקיים. במקרה זה, ע"י המעשה יש גמירות דעת וחל הקניין מDAOРИיתא, ולא אמרינו בטלה דעתם אצל כל אדם, שהרי כך דעת כל בני האדם באותו מקום שזה הוא קניין.³²

גישה זו דומה לדעת הגרא"ש שkopf (לעיל פ"ד) אלא, שבניגוד לגר"ש שkopf שדי במנגagementו כדי ליצור קניין חדש, החת"ס נזקק גם להלכה שתנאי שבמומו מועיל.

3. דברי החת"ס בשוויות יו"ד שטו

בשוויות חת"ס (יו"ד שטו) כתוב:

...אבל לעניין סיטומתא, דמן התורה לא קנה, רק ממנהג הסוחרים קונה למי שפרקע, עכ"פ (=על כל פנים) אין זה אפילו קניין, כי"ש להפקיע מבכורה...³³

מקשה במה מתחייב בדברים. [וזאול] כוונתו מושם דברי ז"מ סי' שלג דברי ציבור א"צ קניין. אבל עליה בזכורוני דזה דוקא במידי מצוצה כגון מלמד או רב". וכי" עוד באבני נזר (יו"ד טט אות ג).

קליניינמן (325) מביא מודברי נבדו של החת"ס, הרוב שמואל ערענפאלד, בספריו חתנו סופר (ז"ך קלו עמי א) שכתב שלדעת החת"ס סיטומתא היא "כתנאי שהנתנו בני העיר בינויהם, ותנאי במומו קיים". כמובן, גם הוא למד שהחת"ס התכוון לתנאי כללי ולא לתנאי פרטוי. וראה לעיל (ז) שהבאנו מודברי נבדו אחר של החת"ס, בעל השבט סופר. שלמדו שכוונות החת"ס לתנאי פרטוי, ונמצא שנאלקו בזה כבר נגידו של החת"ס.

ראה לעיל פרקים ד-ה.

³¹ חסר זה שמעתי מדיין אחד, וראה אצל קליניינמן (325-326).

³² להלן הפסיקה כולה: "וותלמי רבו החוץ מורה"ר הירש מגילד נ"י אתה ואייתי מתנייטה בידי דברי הגאון צלייח בפסחים ל"א ומשם רצה ללמד דמנהג שנגהו הויאל ונגהו סוחרים קונה למי שפרקיעו לפטור מבכורה. עיינתי בצל"ח ואלו דבריו: כיון שכתב הרבבי קניין בסוף אע"ג שהפרקיעו רבנן מושום שרפו חיטך מ"מ קונה למי שפרקיע מבכורה, אלו דברי הגאון ז"ל. וצדקו דברי הגאון ז"ל בקנין ספר דקונה מן

בשווית הר צבי (י"ד רבכ) הביא תשובה זו של החת"ס, ונקט לפיה, שאפלו לדעת החת"ס, אין זה מוחלטSSI שסיוטומתא מועילה מדאוריתא. גם בשדי חמד (כרך ה מערכת הקוף כל סה, עמי 287) כתוב שתשובה זו היא היפך ממה שכותב החת"ס בתשובה שיד. ובמקרים אחרים (כרך ו מערכת בדור בהמה, עמי 375, 375, אות ג) כתוב על סתריה זו שלפי הכלל שבידינו שפסק שסתור את דבריו יש לפסק בדבריו האחרונים, א"כ איתך לן למינקת בדעתו כמ"ש בסיס שיד.³⁴

ואולם, יש להעיר שהחת"ס חוזר על דעתוSSI שסיוטומתא מהי מדאוריתא במספר מקומות (י"ד סי' שיא, שיד, שיז, שיח. חוו"מ סי' יב), בהם אף טרח לבססה ולבראה.³⁵ יתרון, ועיוון בכל התשובה שלפניו מגלה שאכן החת"ס לא התכוון לומרSSI שסיוטומתא לא מועילה מהתורה, וכפי שנבאר.

דברי החת"ס הנ"ל הם תשובה לדברי תלמידו שרצה לטען שקין אשר הסוחרים נהגים שהוא מועיל למי שפרע, דהיינו, שהסוחרים עצם אינם רואים בקניין זה קניין גמור אלא רק תחילת קניין והתחייבות, מכל מקום, די בקניין כזה כדי לפטור מבכורה.³⁶ התלמיד הביא ראייה לדבוריו מהצליה, שכותב שם ימכרו בהמה לגוי במועות, אפילו שקין מועות במטלטלין מועיל רק לעניין "מי שפרע" – מועיל הדבר לפטור מבכורה. וענה לו החת"ס שדברי הצליה הם דוקא בקניין מועות אשר מהתורה מועיל, ורק חכמים תקנו שלא יועיל אלא לקבל מי שפרע. ובזה חידש הצליה, שככל עוד לא קיבל מי שפרע

התורה ורק חכמים הפיקו ודי מה שהפקיעו, אבל לעניין מי שפרע שלא הפיקו הרי נשאר על דין תורה, וכי"ז דלא קיבל מי שפרע הרדי עדין דין תורה קיים שהוא קניין גמור, ויפה כי הגאון זמפיקיע מבכורה לרמב"ם, עיג' דלא עבר עבד עבדא האי מ"מ פה כי הגאון לדעת הרמב"ם. אבל לענייןSSI שטומתא דמת"ת לא קנה ריק מפנ>tag השוחרים קונה למי שפרע עכ"פ אין זה אפי' קניין כ"ש להפקיע מבכורה.ומי שמערב זה חייב משום כלאים וכו'...".

³⁴ ובשווית יגול יעקב (י"ד צט ד"ה ועתה) כתוב שכנראה נפלת ט"ס בדבוריו. ואולי היה קודמות ואחריכ' חזר בו החת"ס. אך יש להזכיר על זה, שכבר ביו"ד שיא אשר נכתבה כ-17 שנה לפני תשובה שטו, משמעוSSI שטומתא Choi דווריתא, וצ"ען.

³⁵ קלינמן (עמי 328 הע' 218) אף מעיר, שבין כתיבת תשובה זו (י"ד שטו) לכתיבת התשובה שבחו"מ (סי' יב) עברו חדש ומשמעותם ימים בלבד ולא העיר על כך דבר. ויש להזכיר על דבריו ולהציגו, שבספר התשובות החת"ס קו מצינו לתשובתו שבטי' שיד, ראה: י"ד סי' שיז, שיח, וחוו"מ סי' יב.

³⁶ בלשונו של החת"ס (ראח הע' 33) נכתב: "...מנהג שנחנו חואיל ונחגו סוחרים קונה למי שפרע..." וכן בהמשך "אבל לענייןSSI שטומתא דמת"ת לא קנה ריק ממנהג הסוחרים קונה למי שפרע...". ולשון זו קשה בפני עצמה, שכן קיילSSI שטומתא במקומות שנחגו קונה ממש ולא רק לעניין מי שפרע. וכך נראה שמדוברים "קונה למי שפרע" אין הכוונה מבחינה הילכתית, אלא מבחינה מציאותית. והיוינו שאצל הסוחרים אין זה קניין גמור אלא רק תחילת קניין והתחייבות. וראה עוד לקמן בהערה 38.

קיימים הKENIN מהתורה, וכך מועיל לפטור מבכורה. אבל, בנידון שלפניהם מדובר בשטר אשר מדין התורה לא מועל, וכך אין אפשרות למדוד מהצליחן לנידון זה.

מתוך הבנתה הענין כולם, מובן גם לשונו של החת"ס הנ"ל: "אבל לעניין סיטומתא (= השטר שנגנו הסוחרים, הנידון בשאלת), שמן התורה לא קנה (כלומר, מדין תורה איןנו נחשב שטר), ורק ממנהג הסוחרים קונה למי שפרק (=שהסוחרים עצם מחשבים אותו רך כתחלת קניין וחתיכות), ועל כל פנים (=ובכל מקרה, אפילו לדעת הסוחרים) אין זה אפילו קניין (=משמעות) – כ"ש שלא יועיל להפיקע מבכורה". כמובן, כיון שהסוחרים עצם לא מחשבים שטר זה כקניין גמור, ודאי שאין ביכולת קניין קלוש זה להפיקע מבכורה.³⁷ וצ"ע.³⁸

ח. **לסוברים שסיטומתא هو מדאוריתית – היחס בין קניין דרבנן ומונגה**

לעיל בפרק ג' הבינו את דעת הסוברים שKENIN סיטומתא הוא מדברן, וראיותם לכך שיש פוסקים DST"ל דקניין דרבנן מהני רק מדברן. והרי, קניין דרבנן ודאי לא גרע בתוקפו ממנהג הסוחרים, ועוד, שבחינה מציאותית, כל קניין דרבנן הופך לאחר זמן למונגה.

³⁷ תודתי לרבי יהודה שחזור שליט"א שסייע לי בהגדרת וליבון העניין, וראה אצל קליניemann (326-331).

³⁸ בתחילת התשובה מבואר שהשאלת עסקה בפרט מעוררת שטמך להגוי בהפרות סך ליה זהוב "וילא נימן לו מעות אלא ת"כ על זה וכו'", והוסיף החת"ס לשואל: "ילא שמעלתו כתוב בשאלתו... שהחיה ת"כ, ותלמידי הרב החזן מוויה הירש מאגיליד נ"י כתוב שהחיה (קונטרקט) הינו שטר מכירה הנאה, ולא אטפל בזה כלל כי היה איך שヒיה אין כאן משיכה ולא כסף כדיננו". בעל השדי חמד (כרך ו', שם) דיקグ שמדובר אלו שבתחילה התשובה משמעו שסיטומתא לא מדאוריתית. ואולם, קליניemann (326-331) כתב על כך, שאין הכוונה לת"כ (=תקיעת כף) אלא לח"ב = "חילוף כתוב", דהיינו שטר חוב על הסך חניל ע"פ חוקי המדינה. [והעיר שספרויקט השויות סברו שר"ת ח"כ חס ט"ס, ויענוו ת"כ – תקיעת כף]. ולפיו באර את המעשה, שבמקומות לתמת מעות, נתן הקינה שטייה על דמי המקה מוסכם ("על זה"), שכן מותן "חילוף כתוב" יתבה דרך תשלום מקובלת בזמנם ונוכחת בתשובות החת"ס במקומות רבים [בעיקר בגורות ראשית תיבות ח"כ]. ע"פ זה מתבאר מס העין כולם, שהקנו נעשה ע"י נתינת שטר, אלא שנחלקו הדעות בין השאלה לבני התלמיד בטיבו של השטר, האם היה זה שטר חוב (= חילוף כתוב), או שטר מכירה (קונטרקט = חזווה). ואולם, שבחינה מציאותית, שניים לא מחשבים ע"י הסוחרים רקניין אלא רך כתחותיכיות, וכך העיר על זה החת"ס: "יהיה איך שヒיה אין כאן משיכה ולא כסף כדיננו". אך יש להעיר, שגם בנוסח הנדפס (מהדורות צילום משנת תר"ח) מופיע ת"כ, וכן מועתק בשדי חמד (שם).

לסוברים שקנין סיוטומתא מהני מדאוריתיתא, ניתן לישב קושי זה בדרכים שונות:

1. קנין דרבנן שהפך למנהל רוח – מועלן מדאוריתיתא

יתכן, ואפילו למאי' שקנין דרבנן לא מהני לדאוריתיתא, זה דוקא במקום שהקנין החדש לא הפך למנהל הרוח בין הסוחרים (וכגון תקנת חכמים שניתן לקנות במעמד שלשתן, ובוואדי שרוב המטהר לא עשה בקנין זה). אך במקומות שהקנין מדרבן הפך למנהל רוח בין הסוחרים – יועלן הקנין מדאוריתיתא מכח המנהג.

כך היא מסקנת הדבר אברהム (ס"י א ענף א אות א)³⁹ אשר כתב שגם לסוברים שקנין דרבנן מועלן רק מדרבן, לאחר שנהגו כבר התගרים בקנינים אלו והפכו למנהל בפועל – הוא לדאוריתיתא. הדבר אברהム באז את ע"פ שיטתו סיוטומתא הוイ קניין החליפין המקורי מדאוריתיתא (עליל פרק ו), וכותב, דהלאה למשה מסיני שהמנהל קונה לא נאמרה אלא על מנהג התגירין, ולא על מה שתקנו ולא נהגו בו.

וזומה, שגם לשיטות המבוארות את תוקפו של קנין סיוטומתא מדאוריתיתא מכח גמירות הדעת (גריש"ק) ניתן לבאר שככל עוד שהקנין מדרבן לא הפך למנהל רוח – אין בעשיותו גמירות דעת שלמה לקנות, ותוקפו רק מכח תקנת חכמים ולא מהני לדאוריתיתא. אך לאחר שהופך הקנין למנהל רוח – הויב זה גמירות דעת שלמה ומועלן לדאוריתיתא.

2. אפילו קנין דרבנן שהפך למנהל רוח – מועלן רק מדרבן

ניתן לבאר שסיוטומתא מהני מדאוריתיתא גם לmai' שקנין דרבנן לא מהני לדאוריתיתא אפילו לאחר שהופך למנהל רוח. והטעם, מכיוון שבתחילתה, לפני שהופך למנהל רוח, הועלן רק מדרבן, הרי שגם כשהופך עם הזמן למנהל רוח, לא נהגים בו אלא ע"פ מה שהוא, וא"כ גם עתה המנהג הוא שנותנים לו רק תוקף דרבנן.

כך כתב בשווי"ת הרמ"ץ (יו"ד ס"י עז אות ז) "דיש חילוק בין קנין סיוטומתא דמעצם נагו להקנות, א"כ גמורו ומקנו בלביהם וראו שיעיל אף לד"ת, אבל בקנין דרבנן הנה מוכרחים לשם לדברי חכמים, ואינם מתכוונים יותר ממה שתקנו חכמים, ואיןו אלא קנין דרבנן".

³⁹ וראה עוד מש"כ בס"י א ענף ה אות טז.

3. ביאור דברי החת"ס

החות"ס התייחס בתשובהו (יו"ד ש"ד)⁴⁰ להבדל שבין קניין דרבנן וסיטומתא: ולא דמי לקניין דרבנן, [ז]הatoms לא מחלו בכך הסוחרים ברצונם, אלא אנוסים בתקנת חכמים ומטעם הפקר ב"ד, בזה י"ל אין כח ביד ב"ד אלא להפקיע ולא להקנות. אבל מה שהנהיגו מרצונם הטוב – כל תנאי שבמנון קיים מהתורה בלי ספק.

על דבריו אלו הקשו:⁴¹ "ו"צ"ע, הא חכמים לא אנסוhero לknوت או להקנות כן, אלא תקנו דמנהני, והמוכר והקונה בחרו במעשה זה למגור בינויהם המקה, ולמה יגרע מכל מי שנחשב ע"י מנהג הסוחרים כאילו התנה עם חבירו שאחורי זה לא יוכל לחזור והוה דיזיה, וצע"ג".

עוד יש להקשות לכואורה, כשהוזל תקנו קנייני דרבנן, הם עשו זאת לתקנת השוק ולטובת התగריסים, וא"כ מדוע לדעת החת"ס אין הסוחרים מקבלים זאת מרצונם אלא אנוסים בתקנת חכמים? נסה לבאר את דברי החת"ס הללו לאור שני ההסבירים שהובאו לעיל בשיטתו.

בהסביר הראשון (עליל ז 1) בארכנו, שלදעת החת"ס ניתן להתנות בתנאי פרט בין הקונה והמקנה על דרך קניין חדשה. ובKENIN סיטומתא, ע"י המנהג אנו אומדים דעתם דהו"ל כאילו התנו המוכר והקונה שיקנו בדרך זו – ומוועיל מדאוריתא. ואולם, דוקא כאשר מדובר בKENIN אשר נהגו בו הסוחרים מרצונם והפכוhero למנהג רוחה אנו יכולים לומר דהו"ל כאילו התנו במפורש המוכר והקונה בינויהם. אך כאשר מדובר בKENIN שנוצר ע"י תקנת חכמים, וудין לא הפך למנהג רוחה, ע"י' שהמוכר והקונה בחרו מרצונם בדרך קניין זו, כיון שלא התנו בינויהם במפורש לKENOT בדרך זו, וגם אין זה המנהג הרוחה – אין אנו אומרים שמסתמא הו"ל כאילו התנו, אלא שקוניים רק מכח התקנה ומועל מדרבנן. ולפי' נראה, שכאשר הקניין דרבנן יփוך למנהג רוחה – אכן נאמר דהו"ל כאילו התנו ומועל מדאוריתא.

בהסביר השני (עליל ז 2) בארכנו, שלදעת החת"ס לא ניתן להתנות באופן פרט על דרך הקניין, כי במקרה כזה אמרין שבטלה דעתם אצל כל אדם, ובKENIN

⁴⁰ ובדומה בתשובות יו"ד ש"ז, ש"ה.

⁴¹ ברכבת אברהם ב"מ עד, א "בעניין סיטומתא" אותן ג'. ועי' בשוו"ת יד יצחק חי"ג סי' ק ד"ה ומ"ש.

סייטומתא הו"ל כאילו הטענו כל הסוחרים בינויהם **תנאי כלל שיעיל**,⁴² וכיון שמדובר בתנאי כללי, לא אמרין בזוה בטלה דעתם אצל כל אדם ומהני לדאורייתא. ואולם, זוקא כאשר מדובר בקנין אשר נגעו בו הסוחרים והוא המנהג הרווח אנו אומרים דזהו"ל כאילו הטענו בינויהם כל הסוחרים. אך כאשר מדובר בקנין שנוצר ע"י תקנות חכמים, ועדין לא הפך למנาง רוחות, א"א לומר זהו"ל כאילו הטענו בינויהם כולם, ומועל ריק מדרבנן. גם לפי הסביר זה נראה, שכאשר הקנין דרבנן יהפוך למנาง רוח – אכן נאמר זהו"ל כאילו הטענו כולם, ומועל מDAOРИיתא.

עוד יש לעיר, שלשני ההסבירים שהצענו, דברי החת"ס שהטוטחים "אנוסים" בתקנות חכמים, אין כוונתו אנוסים בגין רצונם, אלא כוונתו: שקנין זה לא נוצר ע"י רצונם.

⁴² להסביר זה, כיון שמדובר בתנאי כללי, מミלא לא קשה הקושיא הראשונה שהבאנו, המדברת בתנאי פרטי.