

יסוד
המשפט
העברי

אשר גולאק



דביר

יסודי המשפט העברי

סדר דיני ממונות בישראל

עפ"י מקורות התלמוד והפוסקים

מאת

אשר גולאק

עורך דין מושבע

ספר ראשון

הוצאת "דבר" ירושלים

ברלין, תרפ"ג.

Copyright 1922 by „Dwir”, Berlin.

TARTU ÜLIKOOI
RAAMATUKOGU

נדפס בבית הדפוס של „יודישר קולטור פילג” ברלין.

לזכר נשמת אבי מורי
הרב ר' שניאור זלמן
ב"ר שמעון הלוי ז"ל.

ה ק ד מ ה

מיום שהתחילו להשתמש בדרכי המדע המודרני במחקרי ספרותנו נשאר המשפט העברי אחת הפנות העזובות ושוממות ביותר. מקצוע חשוב זה שיסודו במקרא ובתורת נביאי אל, שהוא תופס החלק הכי חשוב בתלמוד, ושהסתעף על פני כל ספרותנו עד דורותינו, כמעט שלא דרשו בו ולא חקרו בו עדיין כל עיקר.

לפני שבעים שמונים שנה בתקופת פריחתו של מדע היהדות באשכנז, נכתבו ספרים אחדים על משפטי ישראל. ומאז פסק המחקר במשפט העברי, ורק מונוגרפיות ומאמרים נוגעים בפרטים בודדים הופיעו לעתים רחוקות. כל ספרותנו המשפטית הרחבה נשארה עד היום כאיזה נוף נשכח אשר פה ושם נגעו חוקרים שונים בקצה גבולותיו, אבל עדיין לא חדר איש מזוין בתכסיסי המדע לתוכו, ולא תכן את עמקיו והרריו.

שתי סיבות גרמו בדור שלפנינו לעזובה זו שבמחקרי משפטי ישראל. ראשית, המיתודות שנתקבלו בחקירת מדעי היהדות, בעיקרן של היסטוריה וארכיולוגיה הן, ודרכי המחקר הללו לא הכשירו את החוקר לירד לעומקה של הלכה. לחדור לתוך פנימיותה ולהתחקות על הרוח היוצר המפעם בקרבה. הסיבה השניה היתה בהלך רוח הדור, שהוא ובתנועת ההתאזרחות הכללית שגברה בו מאד. חומת הגיתו נפרצה, ההתבדלות של הקבוץ היהודי היתה הולכת ופוסקת מיום ליום, והשעה לא היתה ראויה לחקור במוסדותיו וסדורו הפנימי של הקבוץ היהודי שראוהו הולך ונטמע בסביבתו.

שתי הסיבות הללו עבר עתה זמנן. ואם הגיעה השעה להרחיב ולהעמיק את מחקרי ספרותנו העתיקה, צריכה שתיטול מקום בראש החקירה במשפטי ישראל, שבהם גנוז המפתח לכל ספרות ההלכה ולהבנת סדורם הפנימי של ישובי היהודים בכל משך דברי ימינו. כי עקרי תורת משפטנו, נוגעים לכל פנות מדעי היהדות, ומי שדן ומתעמק בעקרים אלה יכול למצוא הרבה גם במקצועות אחרים שהם קשורים בהם.

פרובלימות חשובות בדברי ימי עמנו שעדיין לא העמידו אותן על הפרק

כראוי יש לבקש להן פתרונים אך בדרך של מחקר משפטיי. כגון השאלה בדבר מוסדות הצבור בקרב בני עמנו ובדבר משטריהם של קהלות היהודים ותנאי קיומם של אותם הקבוצים הנעים והנדים. שאף שתמיד הסתגלו אל הסביבה לא וותרו כמלא שערה על תכונות עצמותם ואחדותם.

ומן הוודאות הוא שאינן צריכות ראייה. שהמשפט היה תמיד בקרב עמנו במרכז האידיאות המוסריות והדתיות מימות הנביאים עד הדורות האחרונים והרבה יש ללמוד בדת ישראל ומוסרו מתוך ברור יסודות המשפט העברי וצורך עקרי רעיונותיו.

וכיוצא בזה בכמה סניפים אחרים של מדע היהדות.

ועוד ערך מיוחד יש למחקר המשפט העברי בימינו. שבהם חיים לאומיים עבריים הולכים ונוצרים בארצנו ההיסטורית. המשפט העברי שעל פיו חיו כל ישובי היהודים בכל זמן גליתנו. על אחת כמה וכמה שעתיד הוא לשמש בסיס לחיי חברה. שהיא צריכה להשתכלל בשלמות יהודית.

התכנית אשר התוית לי בספרי זה היא — לערוך את סדר דיני הממונות בישראל ולבנות בהם סיסטמה אחת שלמה ואורגנית. ובארבעה ספרים שיצאו לאור בזה אחר זה. עלה בידי לערוך את כל סדר דיני הממונות בישראל. להאיר עליהם בהארה היסטורית כפי הצורך. ולהשוותם אל סדרי המשפט של עם רומי ושל עמים אחרים.

הספר הראשון מקיף	עקרי דיני ממונות ותורת הקניין.
הספר השני "	תורת החיוב.
הספר השלישי "	תורת המשפחה והירושה.
הספר הרביעי "	סדר בתי הדינים בישראל ומהלך המשפט.

ספר זה, שהוא הנסיון הראשון של סיסטמה מדעית בדיני הממונות בישראל. השתדלתי לערכו באוביקטיביות גמורה. ונזהרתי כפי האפשר מלהכניס לתוכו את ההשקפות והמסקנות שאליהן הגעתי בדרך מחקרי משום שכדעות פרטיות הן לו.

וכמאסף לארבעת הספרים הללו יבוא עוד ספר אחד. שבו אציע את השקפותי ומסקנותי שיצאו לי מתוך עבודתי על שדמת המשפט העברי ואדון בו על דרכי ההגיון המקובלים בתורת משפטינו. על יסודותיה ההיסטוריים. הכלכליים. המשפטיים והמוסריים. ועל הרוח הכללי השורר בה.

החלק הראשון של ספר זה. שהוא יוצא עתה במהדורא שניה ומתוקנת ועם מלואים חשובים. יצא זמן קצר לפני המבוכה העולמית. מאז לא היו הימים מסוגלים לעבודה מדעית שקטה. סערת המלחמה ומהפכה אחרי מהפכה הניאו את העבודה והפסיקה הרבה פעמים. ופרקים רבים מספר זה נכתבו

בתנאים דומים לאלה, שבהם נוצרו הרבה מספרי תורת משפטינו בתוך בלהות ימי הבינים. אך מקוה אני, כי התכנית אשר שמתי לפני מלאתיה באמונה, ועלה בידי לערוך סדר שלם של דיני הממונות בישראל. ובעבודתי זו עודדני וחזקני לגמור ספר זה ולסדר את צאתו לאור, כבוד הרב הראשי לקהילות ישראל במדינות בריטניא, רבי ד"ר י. ה. הערץ. אחד מיחידי הסגולה בדורנו, המוקיר את המחקר במשפטי עמנו בתור מקצוע חשוב בתורת ישראל. והנני מביע לו כאן את תודתי מעומק לבי.

המחבר.

ברלין כ"א מנחם אבי תרפ"ב.

תוכן הענינים.

מבוא.

§ א. ערך הסדר בתורת המשפטים. § ב. המשפט העברי ואחדות ההיסטורית. § ג. מוצא המשפט העברי ויחוסו אל המוסר. § ד. גורלו ההיסטורי של המשפט העברי. § ה. ערך המחקר במשפט העברי. § ו. ערך דיני ממונות. § ז. דרכי המחקר ההיסטורי. § ח. המחקר הדגמתי. § ט. הטרימינולוגיה של המשפט העברי. § י. המושגים הראשיים בתורת דיני ממונות.
עמוד 3-19

שער ראשון.

עקרי דיני ממונות.

פרק ראשון.

מקורי הדינים. § א. דיני ממונות. § ב. דין תורה ודרבנן. § ג. תקנות. § ד. מנהגים. § ה. באור הדינים.
עמוד 21-31

פרק שני.

משפט האישים. § ו. הכשרה משפטית. § ז. הכשרה משפטית שי אינו בן ברית. § ח. הכשרה משפטית של אשה. § ט. הכשרה משפטית של עבד. § י. הכשרת הדעת. § י"א. שליחות. § י"ב. זכיה. § י"ג. אישיות משפטית.
עמוד 32-54

פרק שלישי.

יסוד הדעת בעסקים משפטיים. § י"ד. מושג הדעת. § ט"ו. גמירת הדעת. § ט"ז. אונס. § י"ז. מודעה. § י"ח. טעות. § י"ט. הונאה. § כ. סמיכת הדעת. § כ"א. אסמכתא. § כ"ב. גילוי הדעת. § כ"ג. מושג התנאי וסוגיו. § כ"ד. התנאת התנאי. § כ"ה. ערך התנאי וקיומו. § כ"ו. אפני התנאה הדומים לתנאי.
עמוד 55-85

שער שני. תורת הקניין.

פרק רביעי.

נשוא הקניין. § כ"ז. מושג הקניין. § כ"ח. מושג נשוא הקניין.
§ כ"ט. תכונות נשוא הקניין. § ל. סוגי החפצים. § ל"א. סוגי הקרקעות
והמטלטלין. § ל"ב. סוגי החפצים לפי שייכותם. § ל"ג. קרן, פירות,
ושבח. עמוד 87—101

פרק חמישי.

דרכי הקניה. § ל"ד. מושג דרכי הקניה. § ל"ה. סקירה היסטורית על
דרכי הקניה. § ל"ו. קנין כסף. § ל"ז. קנין שטר. § ל"ח. קנין חוקה.
§ ל"ט. קניני המטלטלין בכלל. § מ. קניני החזקה בחפץ.
§ מ"א. קנין על ידי רשות קונה. § מ"ב. קנין אגב קרקע. § מ"ג. קנין
החליפין. § מ"ד. קבלת קניין. § מ"ה. דרכי קניה מיוחדים. עמוד 102—127

פרק ששי.

קנין הבעלות. § מ"ו. אפני הקניין. § מ"ז. רכישת קנין הבעלות.
§ מ"ח. תוכן קנין הבעלות. § מ"ט. השותפות בקניין. § נ. הפקעת
קנין הבעלות. עמוד 128—140

פרק שביעי.

קנין השעבוד. § נ"א. מושג השעבוד. § נ"ב. שכירות. § נ"ג. שאילה.
§ נ"ד. שאר שעבודי השמוש. עמוד 141—148

פרק שמיני.

שעבודי האחריות. § נ"ה. מושג שעבוד האחריות. § נ"ו. החיובים
שיש בהם שעבוד נכסים. § נ"ז. נשוא השעבוד. § נ"ח. אופן העמדת
השעבוד. § נ"ט. תוכן שעבוד הנכסים. § ס. גביית השעבוד.
§ ס"א. הפקעת השעבוד. § ס"ב. ערך שעבוד האחריות. § ס"ג. אפותיקי.
§ ס"ד. משכון. עמוד 149—165

פרק תשיעי.

יחסי הרשות. § ס"ה. יחס הרשות. § ס"ו. חזקה. § ס"ז. השואה בין
החזקה ובין possessio. § ס"ח. חזקה בתור זכות מיוחדת. עמוד 166—175

יסודי המשפט העברי

ספר ראשון

עקרי דיני ממונות ותורת הקנין

מבוא

§ א.

אמת גלויה ומקובלת היא, כי החוקים הבודדים של כל עם ועם קשורים הם ומאוחדים זה בזה ורוח אחד מפעם בהם ומרקם אותם מן הקצה אל הקצה. מי שאינו מכיר אמת זו ולומד הלכות, מבלי שישגיג את קשורן ואגודן זו בזו ואת מקומן בסדר המשפטים הכללי, יכול הוא להבין את טעמן, צדקתן וישרתן של הלכות אלה, אבל עדיין הן עליו כחוליות מפורדות של שלשלת שלמה, אשר לא יוכל לתפוס את כלן ולהשקיף עליהן בהשקפה כללית מראשיתן ועד סופן. כי כאשר לא ידע קצר-הראות, הרואה אך נקודה אחת ושתיים של דבר, את תכונת כל הדבר ואפיו, ככה לא ישיג ולא יתפוס במוחו את תכונת הדינים, אפים ורוחם מי שלא עמד על הכללים והיסודות המחיים את כלם. וכשם שאין רוח החיה מתגלה באבר מיוחד, אלא בגוף שלם, כך אין רוח המשפט מתגלה אלא בסדר המשפטים כלו.

אחד התפקידים העקריים של תורת המשפטים היא לסלק מגרעת כזו וללמד את ידיעת כללי המשפט ויסודותיו. למטרה זו מסדרת תורת המשפטים את ההלכות הרבות לפי עניניהן וקרבתן הפנימית, כאבני בנין וכחומר ליצירת דבר שלם ומשוכלל. היא מנתחת באזמל ההגיון את הדינים הבודדים ליסודותיהם הפרטיים, מוציאה מתוך יסודות פרטיים אלה כללים עקריים קבועים, המבריחים את כל הדינים מן הקצה אל הקצה. הכללים העקריים משמשים כתבנית לבנית סדר המשפטים והם גם המלט המאחד ומהדק את אבני הבנין את הדינים הבודדים. דינים אלה יוצאים על ידי סדורם המדעי מתוך הערבויה ששררה בהם תחלה, מתקרבים ומתאחדים למוסדות משפט שלמים, שהם תופסים את מקומם הראוי בתוך הסיסתמה הכללית. במקום חומר מגובב ומעורבב ישתכלל היכל תפארה. סדר משפטים, שכל חלקיו מתאימים זה אל זה ואף פרט אחד קטן אי אפשר להוציא ממנו מבלי לקלקל ע"כ כך את ההרמוניה השוררת בכלו. סדר משפטים כזה, הבנוי על יסודות מדעיים מוצקים, מגלה לנו בכל פרטי ההלכות

יצירה אחת אורגנית ושלמה. יצירה המתפתחת מתקופה לתקופה ומדור לדור על פי חוקים קבועים והשומרת את תכונת עצמיותה בכל הזמנים. כמו הלשון. בתור יצירה שלמה כזו יש תמיד למשפט אופי לאומי כי נוצר בקרב העם. בהתאם רוחו ותנאי-חיי.

עבודה זו של הסדור המדעי במקצוע דיני ישראל היא המטרה, אשר הצבתי לי בספרי זה. הסיסתמטיזציה של המשפט העברי הצריכה אותי לצרף וללבן את מושגי. להגדיר את גדריו. לכלול את כלליו העקריים ולעמוד על אופי גזרתם (constructions) של מוסדותיו השונים. ומתוך הבנת הכללים העקריים ותכונת מוסדות-המשפט נובעת מאליה תכנית הסדר. המוטבע ברוח תורת משפטינו.

מפני שמגמתי בספרי זה היא לתת השקפה בהירה על סדר דיני הממונות שלנו בכלליותם והיקפם. לכן השתמשתי מכל ההלכות הרבות רק באלה. המגלות לנו את תוכן מושגי-המשפט. גדריו ומוסדותיו והמסייעות לנו להבין את המשפט כסיסתמה אחת שלמה והרמונית. שכל פרטי ההלכות בה הם כענפים המסתעפים מאילן אחד. השקפה זו על המשפט בשלמותו וכלליותו צריכה. לפי דעתי. להיות אלמנטרית וקודמת לכל דרכי המחקר והעיון בתורת משפטינו. כי מי שמתחיל במחקרי הפלוסופיה של משפטי איזה עם קודם שהספיק לעמוד על כלליהם הדגמטיים ועל הסיסתמה הכללית השוררת בהם. הרי זה כבונה עליותו טרם שהניח אבני היסוד. ודעתי כי גם החקירה הפרטית. המונוגרפית במקצוע מיוחד של דיני ישראל קשה היא בלי השקפה כללית על תורת משפטינו. יען שכל חקירה. אשר בשם מדעית תכונה. צריכה שיהא לה ענין עם מושגים ברורים ומוסדות שלמים ועם הקשר האמיץ שבין מושגים ומוסדות אלה ובין ארחות החיים ומהלך ההסטוריה. אבל מושגי המשפט ומוסדותיו בכל סדר- המשפטים אינם מפורדים זה מזה. אלא מאוחדים הם כלם ושרשיהם יונקים אחד מחברו; ולכן אי אפשר לחדור לתוך רוח אחד מהם ולהבין את דרכי התפתחותו טרם נשיג את כלם בשלמותם ובאחדותם.

המתחיל במחקר מדעי בתורת משפטינו נתון מסבה זו בתוך עגול הגיוני. כי הבנת הפרט. המקצוע היחיד. לא תהיה שלמה קודם ידיעת הכללי. או המשפט בשלמותו; ומצד השני. ידיעת הכלל לא תבוא אלא על ידי הבנת הפרטים הבודדים. המוצא היחיד מתוך עגול זה הוא לרכוש. קודם כל. ידיעה אלמנטרית כוללת בסדר משפטינו. ואז יתגלו הדרכים ויפתחו השערים להתעמקות יותר רבה ביסודותיו וחלקיו השונים.

הראיתי כאן במלים מועטות על תכונת ספרי ומטרתו. אחשב למעיל להרצות לפני הקוראים אחדות מהשקפותי על המשפט העברי אשר הגעתי בדרך מחקרי בו.

§ ב.

שם "משפט" בעברית יש בו כמה משמעות. שם זה יש במשמעו חוק ודין. כמה שנאמר במקרא: "ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם". מלת משפט מציינת גם את הזכות הפרטית או יפוי-הכח של היחיד, דוגמא לזה: "לו משפט הבכורה" (דברים כא. יז). "עושה משפט יתום ואלמנה" (שם י. יח). משפט מציינן גם את ארחה-הנהגה ויושר הפעולה, הבאים בהתאמה לכל הדינים. במובן זה האחרון, המשפט דומה אל הצדק (עשיתי משפט וצדק, תהלים קיט, קכא). ושניהם באים על-הרוב בלשון יחיד. במובן זה נשתמש גם אנו במלת משפט, כשם כולל לכל הדינים, החוקים והמנהגים, המישרים את ארחות בני אדם בחייהם בחברה.

שרשי המשפט העברי הם בדורות קדומים מאד. עוד אבי הנביאים פנה אל עם ישראל בקריאה נלהבה: "ומי גוי גדול אשר לו חקים ומשפטים צדיקים, ככל התורה הזאת, אשר אנכי נותן לפניכם היום". ומן העתים הקדומות לא פסקו התורה והמשפט מקרב עמנו עד ימינו אלה, ובכל תקופה ותקופה, ובכל נדודי העם הרבים והקשים. נשתמרו בו משפטיו המיוחדים לו, נסתעפו, נתרבו ונשתנו לפי צרכי הזמן ודרישות החיים. תלאות רבות עברו על העם, פסק שלטונו הלאומי ובטל כח-הכפיה להשמע לחוקים; מקצועות רבים, שהם עקרי דינים, כמו דיני יובלות, עונשין ונפשות ועוד, ספו ובטלו כלה. ובכל זאת אין אף תקופה אחת שבה חדל המשפט העברי לשלוט בעם ולהתפתח. כי המשפט היה אצלנו חלק מן התורה בכלל, וגם אליו התיחס העם בהדרת קדש ומסירת נפש, כמו לשאר מקצועות התורה.

שם "משפט עברי" כולל איפוא כל הדינים והחוקים, כל האוצר המשפטי הרב של עמנו מן התקופות הקדומות, ביותר עד ימינו, והוא מורה גם על האחדות הפנימית והאורגנית, השולטת באוצר המשפטי העשיר הזה, שהוא כלו יצירה ענקית של מסורת העם, הלך נפשו וארחות-חיו.

אמנם לא קלה היא העבודה להשיג את אחדותו הפנימית של המשפט העברי בכל תקופות התפתחותו ההיסטורית. קורות עמנו מכבידות עבודה זו עד מאד. כי כשאנו משקיפים על המקורות, אשר בהם נאצרו הדינים אצלנו, כמו: מקרא, משנה, גמרא וספרות הרבנים, אנו מוצאים אותם שונים זה מזה שנוי רב בצורתם, בסדרם ובדרך-הרצאתם. שונים אלה לא במקרה באו: גלי החיים, שעמדו לשטוף את האומה, משברים פנימיים, שנגעו עד עמקי נפשה נדודים וטלטולים, ששנו את כל תנאי החיים ומבנם החברתי-הכלכלי, — כל אלה הם מסכות אשר עקבותיהן אנו מוצאים במקורות המשפט העברי ובשנויי תכונותיהם.

ובכל זאת עלינו להכיר, כי המשפט העברי תורה אחת היא שלמה ויחידה על פי רוחה, אשר שמרה את עצמיותה המיוחדת לה בכל התקופות, שבהן שונה היה גורל עמנו. כי רוח העם ותורתו עלולים להשתנות מעט או הרבה בהתאם לתנאי הזמן והמקום, אבל בעיקרם יעמדו תמיד בהיותם, וכל עוד העם קיים ומקורות חייו לא נכזבו, אחת היא תורתו ואחד הוא הרוח המתגלה ביצורי רוחו.

מובן מאליו, כי השגת האופי הכללי של המשפט העברי בכל תקופות קיומו תוכל לבוא רק כתוצאת החקירה המדעית בכל מקצועות תורת משפטינו בזמנים ובארצות שונים. כי רק אחרי אשר יתבררו לנו דרכי התפתחותה של תורת משפטינו והשוניים שחוללו בה גלגלי הזמן ונדודי המקומות, נוכל להבין מה שהוא תדיר וקיים ברוח דינינו ואת עצמיותם המיוחדת של הדינים העבריים. מכל-מקום – השקפה זו על אחדותו הפנימית של משפטנו צריכה להיות גם במחשבה תחלה בגשתנו אל המחקר במקצוע זה, כי היא תישר את ארחותינו ולפי נקודת-המבט, שתהיה בזה לחוקר, יכונן את צעדיו בדרך זו או אחרת.

§ ג.

אנו משתמשים כאן בטרמין "המשפט העברי", לפי שתורת המשפטים מדברת תמיד על סדרי משפט לאומיים, כמו המשפט הרומי, המשפט הגרמני, האנגלי, והיוריסטן שבימינו רגיל לחקור במשפט לאומי של עם ועם. אולם הקורא העברי, אם שאב את ידיעתו במקצוע המשפטים ממקורות עבריים לבד ולא ממעינות אחרים, ודאי ירגיש איזו זרות בטרמין זה "משפט עברי". כי לפי ההשקפה העברית הטהורה, המשפט הוא מוחלט ויחיד לכל האדם, כמו הצדק והחסד, וכשם שאין צדק עברי, רומי או גרמני, רק צדק אחד, השופע מאלהי הצדקות, כך גם המשפט לאלהים הוא ולכן אחד הוא לכל.

הטרמין "משפט של איזה עם" מעלה על לבנו תמיד את הרעיון על דבר שלטון סוֹבְרָנִי המבסס משטר-משפט זה, ועל דבר כפיה חיצונית, השומרת עליו מהריסה. משטר-המשפט יחשב תמיד כנוצר על ידי תוקף המלכות, המגין על משטר זה ומשתמר גם הוא על ידו.

תכונה אחרת יש למשפט העברי. הוא אינו נובע מתוך שלטון ממלכי ואינו קשור בו, וגם בעת שהיתה הממלכה היהודית קיימת לא ראה המשפט את עיקר מטרתו להחזיק את המשטר, הדרוש לשלטון הממלכה, בתוך חוגי פעולתו. בכל האוצר המשפטי הרב של עמנו, מלבד יוצאים אחדים מן הכלל, אין אנו מוצאים שום דין שקביעותו תהא מיוחסת למלך, לנשיא או לאחד

מאורגני הממלכה, חוץ מהסנהדריה שהיתה בעיקרה מוסד לדרישת התורה. המשפט העברי מקוריה יהלך, שרשיו הם בהכרה הדתית של העם, ומטרתו היא להעמיד את היחוסים שבין אדם לחברו על יסודות הצדק. לכן יש לה לתורת המשפטים העברית תכונה עולמית, אוניברסלית, שאינה קשורה בתחומי ארץ ובתוקף שלטון קיים; ולכן גם בתקופות שבהן בטל כל שלטון מקרב עמנו, ושום כפיה חיצונית לא סעדה את צווי המשפט, לא חדל משפטנו לשלוט בנו בכח יסודות הדת והצדק, שעליהם הוא בנוי.]

מזה נובעת ההשקפה העברית המיוחדת על היחס שבין המשפט והמוסר. בין המשפט והמוסר, לפי ההשקפה המקובלת, מוצאים אנו חלוק עיקרי ויסודי. הנורמה של המוסר מביעה את הצריך להיות על פי הכרת הצדק והיושר, ומה שנובע מתוך מקור הכרה זו. לנורמת המוסר חסרים הסנקציה והחזוק של הכפיה החיצונית, ובמקומם באה הסנקציה של הצורך הפנימי, הנפשי של האיש הפועל. מה שנעשה על פי תביעה מן החוץ ולא על פי הכרה פנימית וצורך נפשי אין לו ערך מוסרי כל-עיקר, מה שאין כאן בדיני המשפט הבאים תמיד כצוויים מן החוץ, כחוקים קבועים על פי השלטון ומשתמרים על ידו. אמנם גם דינים מתבססים על הכרת המשפט של העם, אבל הכרת המשפט פועלת כאן בתור גורם היסטורי. בתור יוצר כללי ונסתר שאינו בא לידי גלוי בלב כל איש פרטי, המקיים את צווי המשפט גם בעל כרחו. האיש הפרטי פועל את הצדק המוסרי לפי ההכרה שבלבו, אבל לדיני המשפט הוא נשמע גם אם אינו מודה בהם. זהו ההבדל שבין המשפט והמוסר לפי ההשקפה המקובלת.

אם נעמוד על ההבדל שבין חוקי המוסר וחוקי המשפט בתורת ישראל, נמצא בהם תכונות מיוחדות, הראויות לשימת לב.

לפי ההשקפה העברית, חוקי המוסר וחוקי המשפט אינם יוצאים ממקורות שונים, רק מקור אחד להם: הכרת הצדק והיושר של האיש הפרטי וצווי האל, שהוא סמל הצדק והיושר. המשפט אינו נובע מתוך השלטון, ועיקר ערכו לא בהחזקת המשטר החברותי, הוא רק בהשלטת הצדק האישי, ועל כן הדינים העברים על פי רוחם הם נשענים תמיד על האיש הפרטי ויושר פעולתו יותר ממה שהם נשענים על משטר החברה ותקונו בכלל.

המשפט והמוסר הם אצלנו בבחינה אחת, זה לפנינו מזה, שורת הדין ומה שלפנים משורה זו, ונקודות המגע שביניהם רבות הן. לא כאן הוא המקום למחקרי מוסר עמנו, ואעיר רק, כי במקצוע המשפט העברי מוצאים אנו הרבה מה שחוחם מוסרי בהיר טבוע בו ומה שמתבאר לנו על פי קרבת רוח המוסר ויסודות המשפט בתורתנו. והרבה גופי הלכות יסודם בצד המוסרי של המשפט העברי, שאף שעומד הוא תמיד בשורת הדין, יניקת שרשיו וענפיו נוטה אל הצד שלפנים משורת הדין.

כאמור למעלה, היסוד המוסרי של המשפט העברי מתבאר מתוך מוצאו של משפטנו ומתוך דרכי התפתחותו. תורת המשפטים העברית – בקודש מחצבתה: ובהכרת-העם נראתה תמיד ראשית התגלותה בדברות-אל, מודיע משפטיו לעמו. מוצא זה של המשפט מבליט בו ביחוד את הצד המוסרי. וגם דרכי ההיסטוריה של עמנו עזרו להחזקת הקשר הפנימי בין המוסר והמשפט. הריסת השלטון הממלכי של העם וגלותו בארצות שונות החלישו וכמעט העבירו כלה בתורת משפטיו את ההשפעה, שהשפיע עליה משטר הממלכה לפניו, לעומת זאת, נתחזקו הקשרים הפנימיים בין המשפט, הדת והמוסר.

אבל מכל-מקום צריך להודות, כי לא נבלע אצלנו המשפט בתוך המוסר והדת: הרוח המעשי של עמנו גרם תמיד להעמדתו של המשפט ברשות עצמו ולהסתגלותו התדירית אל צרכי החיים ואופני המשא-ומתן המשתנים. המשפט והמוסר העבריים, עם כל קרבתם הפנימית והקשר האמיץ שביניהם, מושגים שונים הם. משפיעים זה על זה ומושפעים זה מזה במדה אחת. רק בנקודת מוצאם ומקורם, בהכרת היושר והצדק אחד הם המשפט והמוסר, וגם ברום התפתחותם כאשר רוח לפניו משורת הדין חודר לתוך שורת הדין וכאשר "עד צדק ישוב משפט".

§ ד.

הדינים יש להם תמיד ענין לנשוא ריאלי, ליחוסים המעשיים בחברת בני אדם ולעסקי המשא ומתן. תנאי המקום והזמן, כגון מצבה הגיאוגרפית של הארץ, האקלים אשר בה, מדרגת התפתחותה הקולטורית, התעשייה והמסחר אשר בקרבה, – כל אלה משפיעים במדה מרובה על צרכי בני-אדם, דרכי חייהם, ויחסיהם זה לזה, ועם זה גם על תוכן הדינים, השוררים בארץ זו. אפשר לאמר, כי סדר המשפטים של כל עם הנהו במדה ידועה פרי גדולה של אדמת עם זה וצומח הוא לפי תנאי החיים אשר בקרבה. רק המשפט הרומי רכש לו בעת רום התפתחותו ערך כללי, אוניברסלי, כי גם ממלכת רומא שפכה אז את ממשלתה על כל הארצות והמדינות של העולם הקולטורי בימים ההם, ובשביל אוניברסליותו זו זכה המשפט הרומי לקום לתחיה במאות השנים האחרונות ולהתקבל על העמים המודרניים.

יוצא מן הכלל הוא המשפט העברי.

ראשית צמיחתו בלבד היתה בתוך תחומי ארץ לאומית ובתנאי חיים קבועים וקיימים ומתפתחים בהדרגה אטית. אבל עוד בתקופות הראשונות של גדולו אבדו לו בעת אחת עם העם העברי הקרקע המוצקה מתחת רגליו והסטרוקטורה החברתית-הכלכלית התדירית. מאז העם מטורף ומטולטל ממדינה למדינה. הקו המעוקם והמתפתל, המציין בקירוב את טלטולי עמנו וגליות אכסנית-התורה

החשובים ביותר, עובר מארץ ישראל לבבל ונסב והלך לצפון אפריקה ודרום אירופא, לספרד, צרפת ואשכנז, ומשם יתפרד והלך צפונה, לפולין ורוסיה, ומזרחה דרך איטליה לתוגרמה. קנה-המדה הגיאוגרפי הזה בלבד מראה על שנויי-חיים רבים וחשובים, המוכרחים לבוא בתוך מרחב-ארץ רב כזה. על הגליות הגדולות נוספו עוד נפתולי הטלטולים והגרושים ממדינה למדינה ומעיר לעיר בתוך גבולות ארץ אחת לפי שרירות לב השליטים. אלה שהיו היום שועים נכבדים ושרים, עשו מקנה וקנין וראו ברכה במעשיהם, למחר אבדו להם זכויותיהם, הונס ורכושם והורדו למצב שפל יותר ממצב העבדים.

לעם ישראל, שגורלו במשך זמן גלותו היה תלוי תמיד בשרירות לב מושלים עריצים והמון פרא, לא יכלו להיות יסודות מוצקים לתנאי-חיי. מצבי החיים בגלות היו משתנים ומתחלפים שלא כדרך הטבע, וזה השפיע בהכרח על המשפט העברי, שגם בו צריך היה להשתקף המצב האי-נורמלי של העם.

חומר רב לחקירת דרכי חיינו האי-קונומיים בתקופות הקודמות נמצא בספרותנו המשפטית, ביחוד בתלמוד ובספרי השאלות ותשובות, שתמיד היה להם ענין עם מעשי יום יום ועם השנויים המתחדשים לבקרים בחיים. עבוד החומר הרב הזה ואלפי העובדות הנאצרות בו יוכל לתת לנו הרבה תמונות נאמנות מדרכי חיינו בזמנים שונים.

לשמירת תכונת אחדותו של המשפט העברי עזרו גורמים פנימיים, שבועים בתכונת עמנו ובגודל השפעתם של דיני התורה, שהיתה שלטת שלטון בלתי מוגבל בכל פנות החיים.

מלבד גורמים פנימיים אלה, צריכים אנו עוד לזכור, כי בכל תקופות ימי הבינים נבדלים היינו מהסביבה המקפת אותנו. החיים בגיטו בארצות שונות היו דומים אלה לאלה ואיזו אחדות וקביעות שררה בהם. ומתוך כך נוצרה לנו דוגמה של חיים כלכליים לאומיים מיוחדים, שאליהם התאימה ומהם צמחה תורת משפטינו. אולם, אם גם נדודי הגלות החלישו והמיטו את יסודות החיים המשפטיים של עמנו, כח-החיים של המשפט העברי היה חזק תמיד, כי צמח מתוך השרשים החזקים והעמוקים שמצא לו המשפט בתורה ובמסורה. ומטעם זה כל התקנות החדשות וכל סניפי המשפט החדשים, שנוצרו במשך תקופות אלפי שנים, נסתעפו מאליהם או שנקשרו באופן מלאכותי עם שרשים אלה במסורת העם, וכל הלכה שנתחדשה בתורת המשפטים בקשו לה סמך ורמז בתורת התקופות הקודמות.

§ ה.

הדברים שלמעלה נוגעים לתכונות המשפט העברי ולדרכי התפתחותו המיוחדים. עתה נפנה אל השאלה על דבר ערך ומחקר העיוני במקצוע תורת המשפטים העברית.

מסופקני, אם שאלה זו צריכה ברור בשביל הקורא העברי, כי תורת המשפטים הלא הוא חלק נכבד מתורתנו בכללי החלקי, שבו התגלו ביחוד חריפות השכל ודרכי ההגיון של עמנו, עד שאמרו: "הרוצה שיחכים - יעסוק בדיני-ממונות".

ערך מיוחד יש לעיון המדעי במקצוע תורת משפטינו בשביל הבנת מבנהם של שאר חלקי ההלכה ורוחם שאף שאין להם ערך משפטי, מכל-מקום נבנו ונסדרו גם הם באותו הסדר עפ"י הרוח השורר בתורת המשפטים. כי מכל החלקים השונים של ההלכה בכלל - תורת המשפטים היא היותר נאותה לחקירה מדעית מטעמים שונים. ראשית, לפי שהמשפט הוא מקצוע חי, משתנה ומתפתח הרבה יותר משאר חלקי ההלכה, והחקירה בו היא יותר מענינת ופורייה, וגם ערכה המדעי הכללי הוא רב. והשנית, במקצוע זה יש לו לחוקר האמצעים המשוכללים והמיתודות השונות של היריספרודנציה הכללית והם בודאי יקלו את עבודת המחקר וינהלוה באורח מישורי. ועל כן, לפי דעתי, חקירת ההלכה בכללי, שהיא אחת העבודות הנכבדות של מדע היהדות בעתיד, צריכה להתחיל בתורת המשפטים, והעיון המדעי והסדור במקצוע זה יכולים לסלול דרכים חדשים באופני ההבנה של ההלכה בספרות התלמוד, הגאונים והרבנים.

ערך רב ונכבד יש לה לחקירה בתורת המשפטים לענין הבנת תכונת הרוח המיוחדת של העם. וצריך אני להטעים כאן ביחוד את ערך העיון בתורת המשפטים בשביל הבנת רוח עמנו. כי סופרינו וחוקרינו בדורות האחרונים או שהציבו תוים וציונים במקומות שנטלטלנו בהם, וספרו את נאודת הדמעות ששפכנו על מר גורלנו, או, כאשר פנו לצדדים הבריאים בחיינו ולהתפתחותנו הפנימית, שמו את מעיניהם באמונות ודעות, בדת ומוסר. חיי-החולין של העם היהודי על עניניו ועסקיו ועל השקפותיו הכלכליות, נשאו על-הרוב מחוץ לחוג מבטם של סופרינו, כאילו נתנה תורה למלאכי-השרת והחיים המעשיים אינם כדאים לטפל בהם.

אמנם בימים האחרונים גדלה בחוגי המלומדים השאיפה לדעת את יהודי-החולין ולחדור לתוך הפסיכולוגיה שלו בחיי יום ויום ובעסקי השוק. שאיפה זו לא במקרה נולדה במחם של אנשי מדע, שאין להם בעולמם אלא ארבע אמות של הלכה בלבד, כי אם שרשים עמוקים לה בצרכי השעה ובמצב הריאלי של התקופה שאנו עומדים בה. ואם נבוא לחקור ולדרוש בחיי החול של בני עמנו ולראות שם את ארחם ותהלוכותיהם, את השקפותיהם ואופן השגתם את היחסים המעשיים, אנו צריכים, קודם-כל, ללמוד ולעיון בתורת-המשפטים העברית, כי בה מרוכזים כל אפני היחסים שבין אדם לחברו והשגתם והערכתם של יחסים אלה לפי הכרת היושר והאמת המושרשת בעם; פה משתקף המשא-ומתן בחיי יום ויום, ועם זה יבוא גם שקול-הדעת, הדין ומודד משא ומתן זה

באמת הדין והיושר. ולכן המשפט העברי מצדו השמושי בודאי צריך לקחת מקום בראש במקצוע חקירת היהדות המעשית. מעבר לגדרי המוסר והדת.

§ 7.

מקצועות אחדים של המשפט העברי, כגון משפטי השלטון הממלכי ודיני נפשות ועונשין, עברו ובטלו עוד בתקופות קדומות מפני הריסת ממלכת יהודה וגלות העם מארץ אבותיו. רק מקצוע אחד של המשפט הוסיף להתפתח בכל ימי גלותנו עד ימינו אלה, ובכל הזמנים השתמשו בהלכותיו למעשה, צרפו ולבנו אותן וגם תקנו בהן תקנות חדשות. — והוא מקצוע דיני הממונות. כי ברוב ארצות פזורינו היתה הרשות נתונה לדיני ישראל לדון דיני ממונות על פי תורתנו, והלמוד בהם לא היה משום "דרוש וקבל שכר" בלבד, אלא כדי לנהל ולסדר על ידם את עסקי המשא-ומתן. עוד בתקופות התלמוד נאמר על דיני הממונות שהם כמעין הנובע, כלומר, שהם מתחדשים לבקרים, לפי שהקשר היה חוק תמיד בין דינים אלה והחיים המעשיים והדינים צריכים היו להתרבות ולהתפתח. כדי שיתאימו לצרכי היום.

ועוד זאת, במקצוע דיני הממונות היתה תמיד היכלה ביד בתי-הדינים לתקן את ההלכות ולהתאים אותן לצרכי-החיים. כי במקצוע המשפט הזה נקבע הכלל: "הפקר בית-דין הפקר", שעל פיו הרשות ביד בית-דין לעשות כרצונו בנכסיהם של אנשים פרטיים, לתקן תקנות ולשנות את הדינים כפי צורך השעה, אף אם יגרום בזה הפסד לאנשים פרטיים ויפקיע את קניניהם. מטעמים האמורים רואים אנו את דיני הממונות אצלנו ליותר משוכללים על פי תכנם וסדורם, וגם יותר קרובים אל החיים המעשיים של העם בתקופות שונות, וגם בימינו אלה דינים אלה צריכים למשוך אליהם, את עין החוקר בתורת משפטינו, קודם לשאר מקצועות המשפט, כי כאן ימצא לפניו חומר רב בשאלות המעניינות אותו וגם מחקריו לא יסבו על ציר ההלכה בלבד, אבל תמיד יהיה לו ענין עם תנועת החיים והליכות המשא-ומתן.

§ 8.

בגשתנו אל המחקר במשפט העברי, תעלה מאליה על לבנו קודם-כל השאלה על אודות דרכיו ההיסטוריים ואפני גדולו והתפתחותו של המשפט הזה. שיש לו עבר בן אלפי שנים. החקירה ההיסטורית נצבת כאן מאליה בראש כל העבודה המדעית. ואף שחשובה היא חקירה זו ואין חולק על נחיצותה, מכל-מקום צריכים אנו לברר לעצמנו תחלה, מה היא יכולה לתת לנו, ובאיזה אופן נעסוק בה.

במחקר ההיסטורי בתורת המשפטים אפשר להשתמש בשתי מיתודות שונות. המיתודה האחת קרובה היא אל המתודה ההיסטורית בכללי. ההיסטוריון של המשפט, כמו חוקר דברי הימים בכללי, סוקר ועובר על התקופות בזו אחר זו. כפי סדר זמניהן, ועל פי החומר של כל תקופה הוא משתדל לצרף תמונה של החיים הריאליים ושל מצב המשפט בתקופה זו.

מיתודה זו תוכל לתת לנו כעת אך מעט בחקירה ההיסטורית בדברי ימי משפטינו. כי ראשית, עוד תחסר לנו ההיסטוריה של חיינו המעשיים, האיכונומיים והחברתיים בתקופות שונות, ובלעדי זאת קשה מאד להיסטוריון לתת תמונה נאמנה של התפתחות הדינים בהן בהתאם לצרכי השעה ודרישת החיים. שנית, יכבד לחוקר על פי מיתודה זו לחלק את החומר המשפטי לפי התקופות השונות ולהראות, כי בזמן זה נולד דין זה ונתהוה מוסד משפטי פלוני, לפי שבתורת משפטינו כמעט אין כל כרונולגיה, אשר תוכל פחות או יותר להורות דרך להיסטוריון. העבודה תכבד עוד לפי שמעטות הן בדינינו התקנות החדשות שנוצרו אצלנו כחדשות (novellae) ואשר בסקירה ראשונה אפשר להכיר בהן חדוש והתפתחות הדינים. על-הרוב התפתחה אצלנו תורת המשפטים על ידי באור ופירוש הדינים הקודמים במובן כזה, שנתחדשה ההלכה, ועל ידי נתינת תוכן חדש לגדרים המשפטיים הישנים. ועל דרכי התפתחות אלה לא יעמוד מי שחוקר ומבקר את המשפט על פי סדר התקופות לזמניהן.

בדורות האחרונים נעשה מדע היהדות למדע דברי ימי היהדות ולמחקר היסטורי בכל מקצועותיה וסניפיה השונים. אבל צריך להודות, כי במקצוע המשפט קשה היה לעשות דבר בדרכי המחקר ההיסטוריים, שנכנסו למדע היהדות בכללי. כי החומר המשפטי שלנו לא יתכנס לתוך המסגרות הצרות של התקופות ואי אפשר לסדרו באופן כרונולגי. ובלעדי הקריטריון של סדר-הזמנים יחסר כאן לחוסרנו יסוד מדעי לעבד על ידו את החומר הרב הנה מתוך פרספקטיבה היסטורית ולהראות איך צריכים היו מוסדות המשפט אצלנו לצמוח, לגדול, להתפתח ולהשתנות בזמנים שונים. ועל כן קשה להשיב על השאלה, איך היה מצב המשפט אצלנו בתקופת המשנה והתלמוד? איך היה ובמה נשתנה בתקופת הרמב"ם והרשב"א? ואיך התפתח אחר כך בתקופת הש"ך? הדעת נותנת, כי בתקופות רחוקות זו מזו, בארצות יבטנאי חיים שונים כל כך מוכרחים היו לבוא שנויים עיקריים בהתפתחות תורת המשפטים. אבל איפה נחפש שנויים אלה? ובמה אפשר לגלותם? על שאלות אלה לא נמצא כל מענה, כי הספרות המשפטית עצמה לא הבלטיה ולא הטעימה את דרכי גדולו והתפתחותו של המשפט אצלנו, ומחוץ לספרות זו לא נראה שום עיקר מורה-דרך ומרים את המסך ממה שמסתתר בערפלי הדורות הקודמים.

אם דרך המחקר ההיסטורי החיצוני, המשתמש בקריטריון של סדר הזמנים, לא יוכל לגלות לנו את מצפוני ההיסטוריה של המשפט העברי, אין זאת אומרת, כי עלינו להתיאש מחקירה ועיון מדעי בפנה זו, אלא שצריכים אנו לפנות אל מיתודה אחרת, המיוחדת למחקר דברי ימי המשפט.

מיתודה זו היא של המחקר ההיסטורי הפנימי של המשפט, כלומר, המחקר העוסק בתוכן שיש להם למושגי המשפט ומוסדותיו בזמנים שונים. ההיסטוריון המשתמש במיתודה זו אינו צועד והולך לפי סדר השנים והזמנים, רק שהוא חודר לתוך תכנו ומובנו של איזה מוסד משפטי, כמו הירושה, השעבוד וכדומה, ולאט לאט הוא מגלה לנו את גדולו ההדרגי של מוסד זה, ואת השתנות דיניו בהתאם לצרכי החיים. הסדר ההיסטורי מתגלה כאן מאליו ומתוך הבנת המוסד המשפטי משיגים אנו מה שהוא מוקדם ומאוחר בו, ומה שנוסף עליו במשך זמן קיומו. וכן יכול החוקר להתחקות על התהוות המוסדות המשפטיים, כצמחים דקים שיש בהם גרעינים של חיים, לראות, איך גדלו, בכרו והשתרשו מוסדות אלה בחייהם לפי דרישות הזמן והמקום, או איך נעקרו ובטלו, אם לא התאימו לדרישות החיים¹.

דרך זה של המחקר ההיסטורי, השם לב ביחוד לגדולו הפנימי של המשפט, יכול לתת לנו הרבה במדע המשפט העברי, ובגוף ספרי השתמשתי במקומות אחדים בסקירה היסטורית כזו, אולם כדי לגשת אל חקירה היסטורית כזו, צריך לעמוד תחלה על אופים ומבנם הכללי של מוסדות המשפט שבתורתנו, ועל המקום הקבוע להם בתוך הסיסתמה, זאת אומרת, דרושה ידיעה נכונה בדגמה ובסדר המשפטים בכלל, בלעדי ידיעה זו בערכם ומקומם של המוסדות השונים וביחוסיהם זה לזה תחסר לנו ההשקפה הברורה על התפתחותם ההיסטורית.

§ ח.

שבנו עתה אל נקודת-המבט, שהראינו עליה למעלה, כי החקירה הדגמתית והסדור בתורת משפטינו קודמים לכל דבר בשביל הבא לחקור מקצוע זה. כאן צריכים אנו לשים תמיד נגד עינינו את הכלל הסדורי הראשי, שהמלומד הרינג מביע אותו במלים אלה: *Das System beim Recht, wie bei jedem andern Gegenstand, soll keine Ordnung sein, die man in die Sache hineinbringt, sondern eine solche, die man herausholt* (סיסתמה זו של תורת המשפטים אינה סדר שמכניסים אותו אל הדבר הנלמד אלא היוצא מתוכו, והוא הדין בכל מקצוע אחר). בשביל להשיג את הסדר המיוחד של המשפט העברי, על החוקר להשתחרר במקצת מאופן-המחשבה היורדי המקובל, ולפרוץ את כותל הגהרים

1) Vide Ihering. Der Geist des römischen Rechts. B. I, § 5.

ההגיוניים, שנקבעים במוח כל יוריסטן בימינו על ידי העיון בתורת המשפטים הרומית, למען יוכל לחדור לתוך עמקי תכונותיו של נשוא מחקרו, להציב לו את גדריו ומושגיו המיוחדים ולרכוש את אופן-המחשבה המיוחד לו. השגת הסיסתמה השלמה, אשר רכשנו לנו תחלה תעלים ממנו כקיר מבדיל את תוכו ורוחו של המשפט העברי; ואם נשתמש בחקירת משפט זה בסדר ההגיוני המקובל בתורת המשפטים המודרנית ונקח לנו מן המוכן את המוסדות, המושגים והגדרים בכל מלוא היקף מובנם, או נרסק את המשפט העברי אברים אברים ונטול את נשמתו ממנו, יען כי יותר ממה שרוח המשפט תלוי בפסק של איזו הלכה תלוי הוא בהתרקמותן המקורית של ההלכות הבודדות למוסדות שלמים, כקנין, שעבוד וכדומה, ובקרבתם הפנימית של מוסדות אלה, ורק היא מגלה לנו את התכונה האורגנית ואת אחדות האופי של המשפט.

בנוגע לחקירה הדגמתית של ההלכות אין כל ספק שצריכה היא להיות כזו, שתוכל לגלות את המקוריות שיש בהן, ועל כן אי-אפשר להסתפק בפסקי ההלכות בלבד, אלא דרוש לעיין ולחקור בהסברתם, בשקלא-וטריא המשפטית ובטעמי הדינים ויסודותיהם, כי באלה מתגלה רוח המשפט.

המשפט, כשהוא נתון בפסקי הלכות קצרות בלבד, הוא מביא את ההלכה לידי קפאון, ורק כשנלויים אליו הטעמה והסברה, נתוח היסודות וצרוף ולבון, הבאים מתוך עומק העיון, אז הוא מקבל גרעיני צמיחה וחיים ומוכשר הוא להתפתחות וגדול עם צרכי השעה, ומפני זה עלינו לראות את עיקר כח-הגדול של המשפט העברי בכל אלפי שנות קיומו בגמרא ובהיות דאביי ורבא שבה, ולא במשנה עם הלכותיה בקצרות והברורות, ומשום זה, כאשר הוציא הרמב"ם לאור את ספרו "משנה התורה" בו שב אל סדר המשנה ואל ההלכה הקצרה והפסוקה, יראו גדולי הדור פן יבוא על ידי כך קפאון בתורתנו, ימעט העיון בה ומהלך התפתחותה יחדל.

אולם, מצד השני, העיון בשקלא-וטריא המשפטית אצלנו צריך להיות תמיד בהבנה ישרה ובזהירות יתירה, כי כאן נפגש לפרקים עם הפלפול והחדוד, שהוא כחומר רך, שאפשר לדרשו בכמה פנים ולתלות בו תלי-תלים של תיאוריות שונות, וגם מתנגדות זו לזו, ולכן השקלא-והטריא המשפטית צריכה לשמש לנו כעזר וסמך בלבד, ועיקר הסיסתמה של תורת משפטינו צריכה להבנות מתוך ההלכה עצמה ומתוך ההשקפה הכללית על פרטי הדינים.

§ ט.

העירותי למעלה על הנחיצות לחפש תמיד בעין בוחנת את המובן המיוחד והערך המיוחד, שיש לכל מושג ולכל מוסד בתורת משפטינו, ואמנם היחוסים שבין אדם לחברו ואופני המשאומתן בכלל דומים הם אצל כל העמים ובכל

סדר משפטים נמצא את המוסדות: מכירה, שאילה, שכירות, משכון וכדומה. ולכן יש כאן מקום לטעות ולהשוות את המוסדות והמושגים, הדומים זה לזה דמיון חיצוני. רק העיון המדעי מגלה לעתים קרובות הבדל רב בערך המשפטי. שמיחסים העמים השונים ליחסים מעשיים אלה, ולפי השתנות ערך היחסים האלה בדין, הם תופסים מקום זה או אחר בין עסקי המשא ומתן ובסדר המשפטים הכללי. לדוגמא אראה כאן על השכירות והשאילה, שמקומן על פי תורת המשפטים הרומית והמודרנית בין יחסי החיוב שבין אדם לחברו (obligationes) ובתורת משפטינו יש בהן צד של קנין בחפצים.

כאן תעמוד לפנינו שאלה אחת, שבודאי ירגיש בה כל מי שילך בדרך המחקר המקורי בתורת משפטינו, והיא השאלה על-אודות הטרימינולוגיה המשפטית העברית. במקצוע תורת המשפטים יש לה לטרימינולוגיה חשיבות מיוחדת, מלבד ערכה הכללי, ערך אמצעי להבעת המחשבה ולהגדרת המושגים. כי תורת המשפטים היא דיסקיפלינה הגיונית, שיש לה תמיד ענין עם קביעת מושגי-הגיון ברורים וצרופים, ועם שקול העובדות המעשיות בחיי יום וידידותן על ידי מושגים אלה. ברור המושגים ודיוק קריאתם בשמות, או במלים אחרות, קביעת טרימינולוגיה זקוקה ומדויקת משפיעה בלי ספק השפעה רבה על פסקי ההלכות למעשה, ולכן היא עבודה עיקרית, ששום תורת משפטים לא תצויר בלעדיה.

טרימינולוגיה כזו ישנה גם בתורת משפטינו, אף כי מעטים התעסקו בעבודה ושכלולה. ואראה כאן על תכונות אחדות שלה.

הטרימינים בתורת המשפטים העברית לפרקים שמות קונקרטיים הם, לקוחים מן החיים, אלא ששמות אלה יש בהם כל הסימנים המיוחדים המציינים איזה מושג משפטי. במקום הטרימין המופשט, שצריך עוד לבררו ולמצוא את תכנו הקונקרטי, משתמש התלמוד לעתים קרובות בשם עצם ממשי בשביל מושג כללי. לדוגמא, השם "חצר" משמש כמובן custodia הרומית*); השם "פירות" בתור טרימין מציין את המטלטלין, העומדים להשתמש בהם פעם אחת, res consumptibiles**); והשם "כלים" למטלטלין העומדים להשתמש בהם פעמים רבות, res inconsumptibiles; היוק ה"קרן" משמש בתור מושג כללי להיוק הנעשה על ידי ממונו של האדם בכונה להזיק, והיוק ה"שן" מציין היוק שעל ידי הממון הנעשה בשביל ההנאה; "יד" מסמנת את ההכשרה לפעול פעולות משפטיות ועוד כאלה. שמות ריאליים כאלה נפשטים מכל גשמיותם ומשמשים כאן כמושגים מופשטים ולכן, לדוגמא, הבעיטה ברגל והנשיכה בשנים נחשבות בגדר היוק ה"קרן" (תולדה דקרן) ולא על "השן" או "הרגל"***).

* להלן § מ"א, ט"ה. ** להלן § ל"א. *** בבא קמא דף ב'.

עבודת ההגיון של התלמודי המשתמש בגדרים סונקריטיים כאלה הפוכה היא מזו של היוריסטן המשתמש בטרמינים מופשטים. ההגדרה המופשטה דורשת התאמצות השכל כדי לגלות את סימניה הקונקריטיים, הממשיים ואת תכנה המעשי; בהגדרה הקונקריטית של התלמוד עבודת השכל צריכה להיות, להפך: בהפשטת השמות הקונקריטיים ובבקשת הסימנים הכוללים של השמות הללו, המציינים בדיוק את הגדר המשפטי.

טרמינולוגיה קונקריטית כזו יש בה מעלות אחדות, כי הטרמינים הלקוחים מן החיים נצבים כמו חיים ונקבעים במוח; מובנים הם לכל ואופני פשטותם המעשיית אינם דורשים עבודת מחשבה גדולה וברור וצרוף, כמו הגדרים המפשטים, שנחוץ תמיד לגלות את תכנם.

אמנם יש גם מגרעות בטרמינולוגיה כזו, לפי שהיא יכולה להוליד לפרקים ספקות וטעיות. כי השמות הקונקריטיים, שמשמשים בהם בשביל הגדרה משפטית, מכילים תמיד סימנים רבים יתרים, שאין צורך לכללם בהגדרה המשפטית הדרושה ושאין להם ענין עם המושג המסומן. אבל כאן מתגלה תמיד החריפות המיוחדת של התלמוד, שבשביל הגדרה משפטית נבחרים בו תמיד שמות קונקריטיים כאלה, המציינים בדיוק את המושגים הדרושים ואינם מניחים מקום לטעות לכל מי שעמד פעם אחת על הבנתם.

סבה ליצירת טרמינולוגיה כזו ודאי צריך לבקש באופן-המחשבה וההגיון המיוחד לעם ישראל. אפשר גם כן, שכאן הראו דרכי-היסטוריה של תורת משפטינו, את השפעתם כי בתורה זו למדו לפרקים כללים רבים ומקצועות שלמים מפסוק אחד או מהלכה אחת, המדברים באיזה מקרה בודד. ולכן העובדות היחידות של המשפט מזמן הקדום (כי יגח שור איש) נעשו בזמנים מאוחרים לקטיגוריות כוללות ולגדרים המכילים שורה שלמה של יחוסים מעשיים דומים זה לזה (היזק ה"קרן", הוא היזק הממון בכונה להזיק).

ונעיר עוד על תכונה אחת של הטרמינולוגיה המשפטית העברית. הטרמינולוגיה של התלמוד מציינת לפרקים בשם אחד מושגים שונים, לכאורה אפשר למצוא כאן חוסר הדיוק והברור בטרמיני המשפט של התלמוד. אולם החוקר המעמיק ימצא לפרקים, כי לטרמין כללי, כזה יש מובן יותר רחב ותוכן יותר עמוק והוא כולל ומסמן את המושגים השונים לכאורה זה מזה.

דוגמא יפה לזה נמצא בטרמין "חזקה" השכיח כל-כך בתלמוד. "חזקה" מציינת את ההשערה המשפטית (praesumptio juris), כי מצב הדברים הוא כך וכך ולא באופן אחר, כמו: "חזקה על חברי שאינו

מוציא מתחת ידו דבר שאינו מתוקן"; "חזקת חי"; "חזקת טהרה" וכדומה. ה"חזקה" מציינת גם כן את התפיסה בחפץ בתור בעלים בלי כל ערעור במשך זמן ידוע, *longi temporis possessio* ובמובן קרוב לזה האחרון ה"חזקה" מציינת דרך-קנין (*modus acquirendi*) של הסרקעות על ידי ההחזקה בהן והגלות הבעלות עליהן.

הננו רואים כאן, כי הטרמין "חזקה" מציין מושגים שונים, והקורא השטחי ימצא בזה ערבוב השמות. אבל אם נעמיק לחקור, עלינו לבקר, אם יש לשם "חזקה" מובן אחד כללי, שכל המושגים הללו נכנסים לתוכו ונובעים ממנו. נתחקה על שרשו של המובן הכללי ה"חזקה".

כל הדברים, שתורת המשפטים יש לה ענין עמהם, כלומר, כל החפצים הממשיים וכל תכונות החפצים האלה, כל העובדות ומחזות החיים וכל היחוסים שבין אדם לחברו ושבין אדם לחפצים, כל אלה אינם נמצאים במצב של עמידה קבועה וקיימת, אלא מתחלפים ומשתנים הם תדיר. מה שאתמול היה שלם, עתה הוא שבור; מה שעתה מחובר לקרקע או יבש, למחר הוא מטולטל או לח; היום מצב הדברים כך וכך ויחס ידוע שורר בין בני אדם אלה, למחר נשתנה המצב ובטל היחס הקודם. הכל משתנה ומתחלף בעולמנו זה המלא תמורות וחליפות. ושנויים רבים, שיש להם ערך משפטי רב, נעשים לפרקים בסתר ונעלמים הם מן העין, עד שאי אפשר לדון עליהם ולברר: מתי היה מצב הדברים כך, ומתי חדל; מתי שרר יחס ידוע ומתי בטל.

אבל משטר המשפט צריך להתאים למצב שריר וקיים ולא למחזות שוטפים ועוברים כנחל בלי הפסק, ולכן בתוך שטף התמורות התמידיות המשפט נותן מצב של קיימא לכל הדברים, שיש לו ענין עמהם, כמו לחפצים, לתכונות החפצים וליחוסי האדם. מצב של קיימא זה, לפי ההשערה המשפטית, הולך ונמשך עד שתתברר התמורה, שבאה ובטלה אותו.

המצב של קיימא, שנותן המשפט לדברים וליחוסי האדם, היא ה"חזקה" של הדברים והיחוסים האלה. ככה אומרים אנו: האיש החי בחזקת שהוא חי; החפץ הקיים בחזקת שהוא קיים; העבד בחזקת עבודתו; תכונת הלחות של החפץ יוצרת באופנים ידועים חזקת לחות בשביל חפץ זה; יחס ידוע של האדם אל החפץ, כמו התפיסה בחפץ והרשות עליו (בקרקות אם נמשכו שלש שנים, ובמטלטלין לאלתר) מעמידה "חזקה" או השערה משפטית לתמידיות היחס הזה של האדם אל החפץ (*). וכדומה. ויכולים אנו לאמר, כי מובי טרמיו ה"חזקה", בתור השערה

(*) עין להלן § ס"ו.

משפטית על תדירויות המחזות והיחסים, שהיו קיימים בזמן מן הזמנים, כולל את המושגים השונים, שהספרות התלמודית מציינת בשם זה. ועוד דוגמא אחת כזו.

מלת "רשות" בתלמוד מציינת "שטח-המקום", השייך לאדם. במובן זה מלת "רשות" היא שם-דבר ודומה היא בפירושה למלת "חצר" בספרותנו המשפטית כמבטאים: "הוציא מרשות הבעלים"; "זה לפי שאינו ברשותו". טרמין "רשות" מציין גם יפוי-כח ויכלת על פי דין לעשות איזה דבר, כמו שיאמר: "אם בא למחות הרשות בידו".

אולם גם כאן אין שום ערבוב המושגים, כי טרמין "רשות" יש לו מובן כללי, והוא: הספירה של יפוי-הכח המשפטי והשלטון המיוחד, שיש לו לאדם ידוע. החצר, או שטח-המקום, השייך לאדם, נקרא בשם "רשות" בשעה שמציינים בה ספירה, שבה שולט האדם ועל ידה הוא רוכש*).

§ 10.

עלי עוד לברר כאן את המושגים הראשיים של המשפט העברי, כדי שידע הקורא את תכנית ספר זה ואת הסדר שאחזתי בו. אם נאמר לסדר ולחלק את דיני הממונות לפי חלקיהם העיקריים, עלינו להשקיף על כל יחוסי הממון המעשיים, השוררים בחברת בני-אדם, ולמצוא בהם איזה יסוד, שעל פיו נעשה חלוקה זו.

בדרך זו הלך אחד מגדולי היוריסטים הרומאים וקבע חלוקה יסודית, שנתקבלה בכל סדרי המשפט של העמים הנאורים ושנשתרשה בדרך המחשבה של כל יודע דת ודין בימינו.

גיוס אומרי, כי כל הדינים נוגעים או אל האישים, או אל החפצים: *Omne ius quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res*. בהתאם לזה דיני הממונות יחלקו לדיני-החיוב, כלומר, אלה המתקנים ומסדרים את היחוסים האישיים של בני אדם, את תביעותיהם זה מזה וחיוביהם זה לזה; ולדינים חפציים, כלומר, אלה, המבררים את קניני האדם בחפצים. דיני החיוב מטילים על אדם אחד חיובים לפעול דבר-מה או לתת דבר-מה ועם זה הם נותנים לשני זכות לתבוע מה שחייב זה. הם מתקנים אפוא במדת הדין את יחוסי-החיוב בין שני בני-אדם, בין בעל החוב והחייב, הדינים החפציים נותנים לאדם קנין בחפץ ידוע, זכות ושלטון עליו, ועל ידי זה הם מסלקים מן החפץ הזה את שאר כל האדם, שאינם רשאים לגרוע זכותם של הבעלים בחפץ.

* עיין להלן § ס"ה.

ואף כאן צריך להזהר מלהכניס בתורת משפטינו בלי בחינה קודמת איוו חלוקה מקובלת בסיסתמת-משפטים אחרת. ואנו מוצאים כי בנוגע לחלוקה של דיני-החיוב והדינים החפציים שונים הם דינינו מדיניהם של אחרים, והרבה מה שעל פי תורת המשפטים הרומאית הוא חשוב ומקובל כחיוב אישי, בדינינו יש לו ערך הקנין בחפץ, כמו שאילה, שכירות וכדומה. אולם צריך להכיר, כי ההבדל בין הקנין בחפץ ובין החיוב שבין אדם לחברו הוא כל-כך הכרחי בתורת-המשפטים ומונח בטבע המחשבה היורידית, עד שאי אפשר להשתמט ממנו בחקירה מדעית בדיני הממונות.

וכשאנו פונים אל יחסי הממון, המוזכרים בתורת משפטינו, נמצא בהם שלשה סוגים עקריים, והם: I. יחוסים הקנין של האדם בחפץ; II. יחוסים השעבוד של האדם בחפץ השייך לאחר, שהם יחוסים של קנין מוגבל ומושאל, שיש לאדם בחפץ של אחר; III. יחוסים החיוב שבין אדם לחברו, הנותנים לאחד זכות לתבוע ומטילים על השני החובה למלאות תביעה זו.

יחוסים הקנין ויחוסים השעבוד, הנותנים לאדם בחפץ קנין שלם ומוחלט או מוגבל ומושאל, מתאימים בקרוב לדינים החפציים של תורת המשפטים הרומית והמודרנית; ויחוסים החיוב הם דיני החיוב, הנוגעים אל האישים. בסדר זה נשתמש בחקירתנו ונברר בחלק הראשון מספרנו את היסודות העיקריים של תורת-הקנין.

צריך אמנם להעיר מראש, כי חלוקה זו תביאנו לפרקים לרחק את ההלכות הקרובות זו לזו, כמו בדיני המכירה, השאילה, השותפות ועוד, שיש בהם מיחוסים הקנין בחפץ ומיחוסים החיוב שבין אדם לחברו. מכל-מקום חלוקה זו בעיני יסודית היא והכרחית בתורת משפטינו. ואחרי אשר נעמוד על אופים המיוחד של המושגים הראשיים האלה: הקנין, השעבוד והחיוב, נשיג גם את מִבְּנֵה הכללי של תורת משפטינו, ואת הקשר הפנימי שבין חלקיה השונים.

שער ראשון

עקרי דיני ממונות

פרק ראשון

מקורי הדינים

א §

דיני ממונות. הדינים הקובעים את הדרכים, שעל פיהם צריכים להתנהל יחסי הממון שבין אדם סובבים ועוברים תדיר ערכי-הממון מרשות לרשות, וכל איש ואיש עומד ונכנס ביחסים שונים אל אחרים בכדי לרכוש ולקנות, להשתמש או לשוב ולהקנות את הדברים המשמשים לספוק צרכיו. יחסי הממון הללו לפעמים הם נקבעים על פי פעולת האדם ורצונו, כמו הקנין בחפצים, ולפעמים — מאליהם על פי יחס טבעי, כמו זכות הירושה; אבל תורת המשפטים גודרת בהם גדרים וקובעת תחומים, עד היכן אדם רשאי לקבוע את יחסיו כחפץ לבו, במה ישתמרו עניניהם, זכויותיהם ותועלתם של אחרים הבאים עמו במשא ומתן, ומה הן התוצאות המשפטיות הכרוכות במעשיו.

חוג דיני ממונות, הנוגע ביחסים של ממון בלבד, נבדל מדיני נפשות, היינו הדינים הקובעים את עונשי הגוף של עוברי עברה. משום צרכי המשא ומתן באו בדיני ממונות הקלות ותקנות יותר מבדיני נפשות; וכן העמידו לפעמים חכמים חומרות וגדרים בדיני נפשות בלבד, בכדי להמעט או למנוע ע"י כך את השמוש בעונשי הגוף⁽¹⁾.

עוד נבדלים דיני ממונות מדיני האסורים, ולפי כללי התלמוד אין למדים ממונא מאסורא משום שנוי תכונותיהם של סוגי הדינים הללו⁽²⁾.

(1) סנהדרין ל"ב. א"ר חנינא דבר תורה אחד דיני ממונות ואחד דיני נפשות בדרישה וחקירה שבאמר משפט אחד יהיה לכם, ומה טעם אמרו דיני ממונות לא בעינן דרישה וחקירה, כדי שלא תנעול דלת בפני לוויין.

(2) כתובות מ"ו, ממונא מאסורא לא ילפינן.

דיני ממונות גופם מתחלקים לסוגים שונים, על פי תכונת היחוסים שעליהם הם דנים. הרבה יחוסים של ממון נקבעים על ידי עסקים של משא ומתן, שבהם בני אדם נכנסים בשביל להעביר מזה לזה, מיד או לאחר זמן, דברים שיש להם ערך של ממון; חוג הדינים הנוגעים ביחוסים הללו נקרא בשם קנינים, הודאות והלואות³. יחוסי הממון נקבעים לפרקים על ידי מעשה של נזק והפסד שפעל או שגרם אדם בנכסי חברו או בגופו; הדינים הנוגעים ליחוסים הללו נקראים נזיקין, גזלות וחבלות⁴.

בגדר דיני ממונות נכנסים גם הקנסות, בין שהם נקבעים על פי תנאי שהתנו ביניהם הנושאים ונותנים, ובין שהם על פי דין. משאר דיני ממונות הקנסות נבדלים במה שחיוב הקנס המוטל על החייב אינו שוה למדת הגרעון שבא ברכוש בעל החוב והוא תמיד פחות או יותר מגרעו זה.

§ ב

דין תורה ודרבנן. דיני ממונות מתחלקים, כשאר הדינים, לדינים מן התורה (מדאורייתא או מדברי תורה) ולדינים מדרבנן (מדברי סופרים או מתקנת חכמים). הדינים הם מן התורה, אם נאמרו בפירוש בתורה, או שנלמדו מן הכתובים, ולפעמים גם אם נמצא להם אך רמז קל בתורה¹. וכן הדינים שהם כהלכה למשה מסיני מן התורה הם².

קשה להעמיד גדר קבוע מבדיל בין הדינים שהם מן התורה ומדרבנן. מדרש הכתובים אינו מורה בהכרח, שהדינים הנלמדים הם מן התורה. כי לפעמים נאמר על הדינים שנדרשו מן המקראות שהם מדרבנן וקרא אסמכתא בעלמא³; ולעומת זאת הדינים הנחשבים כהלכה למשה מסיני מן התורה הם, אף שאין להם מקור במקראות, וכבר נחלקו גדולי המורים על ההבדל שביי הדינים מן התורה ומדרבנן. לדעת אחדים (הרמב"ם) קדמה ההלכה למדרש, כלומר, מדרש הכתובים אינו מוכיח שההלכה היא מדין תורה, אלא שההלכות שהיו מקובלות כדיני התורה, בקשו להם חכמים מקור במדרש הכתובים.

(3) סנהדרין ב'. גדר הלואות מסמן בתלמוד את החיובים בכלל, כי המזיה משמשת דוגמא לשאר החיובים, ולעתים קרובות היו החיובים מועמדים בדרך של הודאה, כאשר נבאר בתורת החיוב.

(4) שם. ההבדל בין הסוגים הללו הוא, במה שהחיובים הנובעים מיחוסים של משא ומתן נגבים מקרקע בינונית של החייב, והחיובים הבאים על ידי מעשה נזק נגבים מעידיה. גיטין פ' הנוקין.

(1) ע"ז ל"ז ע"ב. יחוד דאורייתא דא"ר יוחנן משום ר"ש בן יהוצדק רמו ליחוד מן התורה מנין. מו"ק, ד: א"ר יוחנן, ר"ג ובית דינו מדאורייתא בטיל להו, מצאו סמך מן התורה. רש"י שם.

(2) ע"ז שם. מבוא לפירוש המשניות להרמב"ם.

(3) יבמות כ"א, רמו לשניות מן התורה . . . אלא מדרבנן וקרא אסמכתא בעלמא. מו"ק ג'.

ולדעת החולקים עליהם (הרמב"ן ועוד) המדרש קדם להלכה. והכתובים שנדרש
היו יסודי הדינים הנחשבים מן התורה⁴.

עם התפשטות דרכי דרש המקראות נלמדו רוב הדינים או נדרשו
על פי סמך ורמז מן הכתובים, וההבדל בין הדינים מן התורה ומדרבנן
נטשטש ובמקרים רבים נשחכה כל עיקר. בהרבה דינים יסודיים בעניני
ממונות נסתפקו ונחלקו חכמי התלמוד, אם הם מן התורה או מדרבנן;
כך אנו מוצאים שנפלה מחלקת, אם הדין מן התורה או מדרבנן בכתובת אשה,
בירושת הבעל בנכסי אשתו, ובאחריות שעבוד נכסים בעד החובות⁵.

הדינים מדרבנן נתקנו על ידי החכמים כדוגמתם של הדינים מן התורה
על פי הכלל: "כל דתיקון רבנן כעין דאורייתא תיקון", ולפעמים החמירו
ועשו חיזוק לדין דרבנן יותר משל תורה, בשביל לאשר ולקיים את תקנותיהם⁶.
כל הדינים בין שהם מן התורה ובין מדרבנן, הקובעים יחסי ממון בין אדם
לחברו, רשאים הנושאים ונותנים להתנות עליהם, לשנותם או לבטלם בעסקיהם
הפרטיים על פי הכלל שנתקבל להלכה: המתנה על מה שכתוב בתורה בדבר
שבממון תנאו קיים⁷.

ג. §

תקנות. מקור הדינים שאינם מן התורה הוא בתקנותיהם ופסקיהם
של בתי הדינים, או במנהגים שנתקבלו ונעשו הלכות, התקנות, במלוא
משמען, מקיפות, איפוא, חלק חשוב בתורת משפטינו¹. ביחוד גדל ערכן

(4) הרמב"ם בספר המצוות שרש ב' והרמב"ן שם. מבוא לפירוש המשניות להרמב"ם. ועיין
בספר דרכי המשנה להר"ז פרנקל עמוד י"ז.

(5) המחלוקת בדין כתובת אשה בכתובת דף ק"י. ושם דף י' הובא סמך לכתובה מן
התורה. המחלוקת בדין ירושת הבעל בכתובת דף פ"ג ובכורות ג"ב. המחלוקת באחריות שעבוד נכסים
ב"ב קע"ה ע"ב.

(6) כל דתיקון רבנן כעין דאורייתא תיקון. גיטין ס"ה, ולפי באור התלמוד שם זה בדבר שיש
לו עיקר מן התורה. חכמים עשו חזוק לדבריהם יותר משל תורה. כתובות פ"ג. ושם דף נ"ו מבואר
שעשו חזוק רק במלתא דשכיחא, ובמלתא דלא שכיחא לא עבדי רבנן חזוק.

(7) כתובות נ"ו. רמב"ם פ"ו מהל' אישות הל' ט' ופ"ב הל' י'. טוש"ע אה"ע סי' ל"ח
סק"ה וסי' ס"ט. בדין התנאים לבטל החיובים שבין הבעל ואשתו העמיד הרמב"ם שלשה יוצאים מן
הכלל, שאין התנאי מועיל לבטל חיוב עונה, עיקר כתובה וירושת הבעל. חיוב עיקר כתובה חשוב
כהכרחי בנשואין בגמ' כתובות דף נ"ד, ובתנאי על בטול זכות ירושת הבעל נפסקה ההלכה שהוא
מועיל, אם הותנה קודם הנשואין בעודה ארוסה.

(1) את ההבדל בין תקנה לגזרה ביאר היטב הרמב"ם במבוא לפירוש המשניות, שהגזרה באה
כדי לעשות סייג לתורה, ולהתרחק מן האסורי, והתקנה היא הדין שנעשה על דרך הסכמה לתועלת בני
אדם. משום כך בדיני ממונות נקבעו תקנות ובדיני איסור והיתר נקבעו גזרות. ועיין במבוא לספר
שערי תורת התקנות להרא"ם בלאך.

של התקנות בתקופת התנאים הראשונים. שיד הסנהדרין היתה עדיין תקיפה. ורוב השאלות והספקות היו מוחלטים על פי מנין הדעות. לפי דעת הר"ז פרנקל היתה התקנה צורתה העקרית של ההלכה עד ימות הלל ושמאי. הוא מחלק את חכמי המשנה והברייתא לדורות של מתקני תקנות ושל חכמי הלכות². הדורות שלפני הלל ושמאי מתקני תקנות היו כי בימיהם היו הדינים מוחלטים על פי רוב דעות במושב הסנהדרין והיו נקראים על שמה. או על שם הנשיא ולא על שמו של חכם יחידי. בדורם של הלל ושמאי היתה תקופת המעבר, ואחריהם בא דור התנאים שוני ההלכות. יד הרומיים התחילה לגבור, ומפני רוע המעמד לא הושיבו עוד נשיא ואב בית דין בסנהדרין, כי אם נשיא לבד. השפעת הסנהדרין מעטה ולפעמים נפסק קיומה מחמת צוק העתים. ומשום שחכמי הדור לא היו עוד כפופים לסנהדריה כבימים קדמונים, לא היו הדינים נחתכים תמיד על פי מנין הדעות והתחילו דעות היחיד להיות נשנות כהלכות. והמחלוקת רבו.

השקפה זו יש לה בודאי יסוד היסטורי, וכבר העיד התנאי ר' יוסי על השנוי הרב שבא בימי הלל ושמאי באופן קביעת ההלכות, שעד ימיהם לא היתה מחלוקת בישראל והספקות היו נפתרים על פי מנין הדעות. ואחריהם התחילו דעות היחידים להיות נשנות והמחלוקת גדלה. אולם צריך להכיר, שגם בדורות שלפני הלל ושמאי היו שונים הלכות, וגם אחריהם היו מתקנים תקנות. ההלכה המיוסדת על מדרש הכתובים היתה נהוגה גם לפניהם. כי מוצאו של דרש המקראות עתיק, וכבר נודע לסופרים הראשונים; וכן גם בדורות שאחרי הלל ושמאי היו תקנות נקבעות לפעמים לשם צרכי השעה. השנוי הרב שבא בדור ההוא היה בעיקר באופן פתרון ההלכות המסופקות, שמפני שמעטו אז החלטות הסנהדרין על פי מנין הדעות. רבו הלכות של יחידים, והתפתח מדרש הכתובים.

התקנות במובנן הרחב כוללות אפוא את הדינים שלא נתפרשו בתורה ולא נלמדו מן המקראות ושקביעתן צריך ליחס להחלטת בית דין. אם נתבונן בדיני הממונות, נמצא כי שורש דיני נזיקין, גזלות וחבלות הוא במדרש הכתובים ורוב הלכותיהם נשענו על המקראות הדנים במקצועות הללו. משפטי הקנינים, החיובים ושאר עסקי ההתקשרות רובם לא נתפרשו במקרא והדינים הנוגעים בהם נשענים יותר על תקנות ומנהגים, שזמן קביעתם לא נדע בדיוק, מאשר על מדרש הכתובים³.

מלבד הדינים הרבים שיש לשער שנקבעו בדרך של קביעת תקנות.

(2) דרכי המשנה פ"ב. ועין בזה תוספתא סנהדרין פ"ז מאמר ר' יוסי.

(3) עיין במבוא לספרי של הר"ז פרנקל. Der gerichtliche Beweis etc.

מפרש התלמוד וקורא בשם "תקנות" מספר לא רב של הלכות. רוב התקנות הללו מיוחסות לאיזה בית דין ידוע, כמו תקנות יהושע⁽⁴⁾, עזרא⁽⁵⁾, שמעון בן שטח⁽⁶⁾, הלל הזקן⁽⁷⁾, ר"ג הזקן⁽⁸⁾, ותקנות אושא⁽⁹⁾. יש עוד מספר מעט של דינים הנקראים בשם "תקנות" שלא נשמר שמם של בתי הדינים שתקנו אותן, אך נתבארו הטעמים שהביאו לידי תקונן; ואפשר לשער, שמפני פשטותן וישרת טעמיהן, לא ראו צורך לחזק אותן בהזכרת שם בתי הדינים שקבעום. מעין קובץ של תקנות נשמר במשנה בגיטין⁽¹⁰⁾ וטעמי התקנות הללו כוללים הם, באופן שאפשר להשתמש בהם לתיקון דינים שונים, כמו מפני תיקון העולם, מפני דרכי שלום⁽¹¹⁾, מפני תקנות השבים⁽¹²⁾.

סוג מיוחד של התקנה היא תנאי בית דין. יסודם של התקנות הידועות בשם תנאי בית דין הוא, שבענינים של מומן רשאים הנושאים ונותנים להתנות ולקבוע את היחסים שביניהם כפי רצונם. ובמקום שראו בתי הדינים צורך לשנות את היחסים הנקבעים על ידי איזה עסק, היו עושים את התנאי המתאים לכך הכרחי בשביל קיום העסק. מתחילה כאלו לא נקבע דין חדש, והשנוי היה בא על ידי התנאי שהנהיגו בית דין בכל העסקים, אלא מכיון שתנאי זה נעשה קבוע ורגיל, קבל ערך של תקנה. וגם אם לא התנו עליו נעשה כאלו נתפרש והתנה⁽¹³⁾. אולם בשם תנאי בית דין היו רגילים לציין אחר כך בתורת משפטינו כל תקנה, אף אם אין לה יחס ישר לעסק של משא ומתן ולהתנאה בין בני אדם⁽¹⁴⁾.

קביעת התקנות היתה מסורה לסנהדרין או לבתי הדינים, שהיו מוסדות מחוקקים ובתי משפט. אופן קביעת התקנה היה כהוצאת פסק דין — על פי מנין רוב דעות⁽¹⁵⁾. בתקופת ימי הביניים, כאשר נתחזק משטר הקהלות,

(4) ב"ק דף פ"י.

(5) שם דף פ"ב ע"ב.

(6) כתובות פ"ב.

(7) גיטין ל"ו.

(8) שם ל"ג.

(9) כתובות מ"ט.

(10) גיטין פרק ד' ופ' ה'.

(11) שם נ"ה וב"ק צ"ד.

(12) ב"ק ק"ד.

(13) כתובות נ"א ונ"ב.

(14) משנה שקלים סוף פ"ז. ב"ק דף פ"א ודף ק"ד, שם נקראו תקנות יהושע בשם תנאי.

בית דין.

15 תוספתא סנהדרין פ"ז.

היו התקנות נקבעות על ידי הקהלות על פי רוב דעות של בני הקהלה בהסכמת בתי הדינים¹⁶. וכדי לתת תוקף לתקנותיהן היו הקהלות משתמשות בחרמות שהיו מטילים על כל העובר על התקנה או שהיו בני הקהלה חותמים על כתב התקנה שנכנסו בה¹⁷.

על פי חוג פעולתה, התקנה יכולה להיות נקבעת גם לזמן ידוע¹⁸ או בשביל מקום מוגבל בלבד¹⁹, וכן יכולים בית דין לתקן תקנה שתהא קיימת עד שימצאו לנחוץ לבטל אותה²⁰.

תנאי הכרחי הוא בשביל אשורה וקיומה של התקנה, שתפשוט ותתקבל על העם, אבל אם מתחילת קביעתה לא נתקבלה ולא הונהגה, הרי היא בטלה מאליה²¹.

לפי תכנה, באה התקנה למלא את החסר בדינים, כמו תיקון זכות הבעל במעשי ידי אשתו, או חיוב מוונות לבנים קטנים²².

לפעמים היא באה לתקן את הדינים הקודמים, עד כמה שלא היו אלה מתאימים אל דרישות החיים של השעה, כמו תקנת פרוזבול נגד השמטת כספים²³. מקורות אחדים בתלמוד מורים, שלדעת החכמים היה בכח התקנה לתקן גם את הדין מן התורה בענין של ממון²⁴. את כחה של התקנה בדיני

16 תשובת הרא"ש כלל ו' דין ד'. הו"מ סי' קנ"ו סמ"ע סק"ו.

17 סמ"ע בשם בעל האגודה, הו"מ סי' ל"ד סק"ה וסי' ל"ו סק"א.

18 גיטין ל"ו, איבעיא להו, כי תקיין הלל פרוזבול לדריה תיקון או לדרי דעלמא נמי תיקון.

19 ע"ז ל"ו, דניאל גזר עליו בעיר ואתו איהו וגזר אפילו בשדה.

20 מ"ק ג'. כך התנו ביניהם, כל הרוצה לבטל יבא ויבטל.

21 ע"ז ל"ו, דניאל גזר ולא קיבלו, ורש"י שם. רמב"ם פ"ב מהל' ממרים הל' ה'.

22 כתובות מ"ו ומ"ט.

23 גיטין ל"ו.

24 מענין כי בנדון זה השתמשו אמוראים רבים בסגנון אחד: דבר תורה... ומה טעם אמרו

כדי... כאילו היתה להם נוסחא קבועה להורות על התקנה בדין תורה בעניני ממונות.

סנהדרין ל"ב אמר ר' תנינא, דבר תורה אחד דיני ממונות ואחד דיני נפשות בדרישה

וחקירה... ומה טעם אמרו דיני נפשות לא בעינן דרישה וחקירה כדי שלא תנעול דלת

בפני לויין.

ב"ב קע"ה ע"ב. רבה אמר דבר תורה אחד מלוה על פה ואחד מלוה בשטר אינו גובה אלא

מנכסים בני חורין, מאי טעמא שעבודא לאו דאורייתא, ומה טעם אמרו מלוה בשטר גובה מנכסים

משועבדים, כדי שלא תנעול דלת בפני לויין. אמר עילא דבר תורה אחד מלוה

בשטר ואחד מלוה על פה גובה מנכסים משועבדים, מ"ט שעבודא דאורייתא, ומה טעם אמרו

מלוה על פה אינו גובה אלא מנכסים בני חורין משום פסידא דלקוחות. ב"ק דף ח' אמר

עילא דבר תורה ב"ה בזיבורית שנאמר בחוץ תעמוד ומה טעם אמרו בעל חוב בכינוינות,

כדי שלא תנעול דלת בפני לויין.

קרושין כ"ח. אמר ר' יוחנן דבר תורה מעות קונות ומה טעם אמרו משיכה קונה

גזרה שמא יאמר לו נשרפו חטים בעליה.

ממונות הסבירו חכמי התלמוד, במה ש"הפקר בית דין הפקר" היינו שיש ביד בית דין להפקיע את קניניהם וזכותיהם הפרטיים של בני אדם, והתקנה המחודשת בעניני ממון אינה אלא מבטלת את קניניהם וזכותיהם של אנשים יחידים. אולם עד היכן מגיעה כחה של התקנה בעניני ממון, אם הדינים הקיימים מתנגדים לה? בשאלה זו כבר דנו בגמרא, אם בית דין מתנים לעקור דבר מן התורה.⁽²⁵⁾ גם גדולי הפוסקים נחלקו בדעותיהם בנדון זה. לדעת אחדים מהם, בדבר שבממון אומרים: בית דין מתנים לעקור דבר מן התורה, כי בעיקר אין כאן עקירת הדין כלל, אלא שיחוסי הממון נקבעים באופן אחר על פי כח בית דין; ולדעת החולקים עליהם, גם בדבר שבממון אין בית דין מתנים לעקור דבר מן התורה, אלא דין דרבנן.⁽²⁶⁾

לעתים קרובות התקנה הבאה לתקן את הדינים אינה מביאה בהם שנויים בדרך ישר, אלא שהיא מעמידה את התקונים הדרושים על ידי המצאה משפטית, כגון תקנת היתר עסקא. בכל סדרי המשפט אנו מוצאים תקנות כאלה, וההמצאות המשפטיות הועילו הרבה לשכלול הדינים, ומלאו תפקיד חשוב בהתפתחותם והתאמתם לצרכי השעה.⁽²⁷⁾

התקנה שנתקנה על ידי בית דין אחד יכולה היא לפעמים להבטל על ידי בית דין אחר. התלמוד קבע בזה כלל, שאין בית דין יכול לבטל דברי בית דין חברו אלא אם גדול הימנו בחכמה ובמנין.⁽²⁸⁾

גיטין ב"ו אמר חזקיה דבר תורה (המטמא והמדמע והמנסך) אחד שוגג ואחד מויד חייב, מאי טעמא חיוב שאינו ניכר שמייה חיוב, ומה טעם אמרו בשוגג פטור כדי שיודיעו, ור' יוחנן אמר דבר תורה אחד שוגג ואחד מויד פטור, ומאי טעם אמרו במויד חייב, כדי שלא יהא כל אחד ואחד הולך ומטמא טהרותיו של חברו ואומר פטור אני.

(25) יבמות דף פ"ט.

(26) רש"י גיטין ל"ו, "דבדבר שבממון אין כאן עקירת דבר מן התורה במקום סייג וגדר דהפקר בית דין הפקר", וביבמות פ"ט, "דכל מידי דממון לאו עקירה היא", וכן דעת בעל הנ"י באלפסי שם ודעת הראב"ד בהשגות פ"ט מהל' שמיטה הל' ט"ז, והפוסקים החולקים הם תוס' שם גיטין ל"ו ע"א ד"ה ומי, והרמב"ם הל' שמיטה שם, ועין במבוא לספר שערי תורת-התקנות.

(27) על דבר תפקידן החשוב של הפיקציות המשפטיות עיין Maine' Ancient Law, Chap. II. אולם האמורא שמואל ראה בהמצאת הפרובול עלבון הדיינים ואמר עליה, "אי איישר חילי אבטליניה", גיטין שם. לעומת זאת האמורא רב נחמן אמר שאם כחו היה גדול היה מקיים את תקנת הפרובול והיה עושה את כתיבת הפרובול לפרומליות מיותרת.

(28) עדיות פ"א משנה ה'. הרמב"ם בפ"ב מהל' ממרים הל"ב תמה, "והאיך יהיו גדולים ממנו בחכמה ובמנין הואיל וכל בית דין ובית דין של שבעים ואחד הוא? זה מנין חכמי הדור שהסכימו וקבלו הדבר שאמרו בית דין הגדול ולא חלקו". על פי סגנונו של כלל זה אולי יש לשער שהוא נאמר מתחילה על טפוסים בתי הדינים השונים, ב"ד של ג', סנהדרין קטנה של כ"ג וסנהדריה גדולה של ע"א. ב"ד הגדול בחכמה ובמנין היתה הסנהדריה הקטנה ביחס אל ב"ד של ג' והסנהדריה הגדולה ביחס אל הקטנה.

אולם אם נתישנה התקנה, וחדלה להיות מקובלת בכל ישראל, יכולים לבטל אותה גם בתי דינים קטנים בחכמה ובמנין מבית דין המתקן⁽²⁹⁾. בדבר כחה של התקנה שבטל טעמה שבשילה נתקנה, נחלקו גדולי הפוסקים: לדעת קצת מהם ביד בית דין גדול בחכמה ובמנין לבטל אותה, ולדעת אחרים, מכיון שבטל טעמה של התקנה, יכול לבטל אותה גם בית דין קטן בחכמה ובמנין מבית דין המתקן⁽³⁰⁾. אמנם דוגמאות אחדות בתורת משפטינו מראות, שהיו בתי הדינים לפעמים מבטלים תקנה של קדמונים בעניני ממונות, אם ראו שבטל הטעם שבשילו נקבעה, כגון בתקנת כתובת בנין דכרין, שקבעו אותה בתקופת המשנה, כדי שיקפוץ אדם ויתן לבתו כבנו, ובימי הגאונים בטלו אותה, משום שבימיהם נהגו לתת לבנות יותר מלבנים⁽³¹⁾.

מלבד בטור עיקר החקנה על ידי בית דין, אם נתקנה התקנה לטובתו של היחיד, יכול זה שנתקנה בשבילו לאמר אי אפשר בה, למחול עליה באמירתו ולסלק את פעולתה ממנו⁽³²⁾.

§ ד.

מנהגים. המנהג הוא דבר המקובל על בני מקום ידוע לעשותו. שיש לו ערך הדין⁽¹⁾. המנהג תלוי תמיד במקום, וכחו הוא במה שנתפשט והונהג שם במשך זמן רב. אם שורש ההלכה הוא בדין התורה או בתקנות חכמים, מקור המנהג הוא בארחות בני המדינה והליכותיהם. ועל כן נקרא המנהג הלכתא מדינה⁽²⁾, ואמרו עליו „נהרא נהרא ופשטיה“⁽³⁾. ההבדל בין ההלכה והמנהג הוא במה שההלכה היא כוללת והמנהג מוגבל במה שהונהג בלבד⁽⁴⁾; ההלכה היו דורשים אותה בפרקא ומלמדים

(29) רמב"ם הל' ממרים פ"ב הל"ה.

(30) הרמב"ם בפ"ה מהל' ממרים מצריך ב"ד גדול בחכמה ובמנין לביטול תקנה שבטל טעמה, הראב"ד חולק עליו.

(31) הרא"ש פרק נערה „רב מתתיה גאון ז"ל היה אומר שאין דנין כתובת בנין דכרין בזמן הזה, כיון שאין הטעם אלא כדי שיקפוץ אדם ויתן לבתו כבנו ועכשו נהגו ליתן יותר ויותר. וכן בעיטור תשובת רב חנינא בר' יהודא גאון „היום כמה שנים בטלה כתובת בנין דכרין מישיבתנו... ועוד דעיקר תקנתא כדי שיקפוץ ויתן לה, והיום הלואי שיתן לבנו כבתו. ועיין בספר דור דור ודורשיו ח"ד פ"ד, ובשערי תורת התקנות, ח"ב סימן פ"ד, ח"י.

(32) כתובות פ"ג: האומר אי אפשר בתקנת חכמים, כגון זו שומעין לו.

רמב"ם פ"ב מהל' אישות הל"ד.

1. הריב"ש סי' תע"ה מגדיר את המנהג בתור דבר השכיח ונעשה הרבה פעמים. חו"מ סי' של"א סק"א.

2. קדושין ל"ה ע"ב.

3. חולין י"ח.

4. גידה ס"ו. אמינא לך אסורא ואת אמרת לי מנהגא, היכא דאחמור אחמור והיכא דלא אחמור לא אחמור.

לתלמידים, ואת המנהג לא היו מוסרים כהלכה למודית, אלא מורים אותו כהלכה למעשה⁵. אך לפעמים היו חכמי התלמוד מעמידים את המנהג למעלה מן ההלכה, ואמרו שאין הלכה נקבעת עד שיהא מנהג, ומנהג מבטל הלכה⁶; גם הפוסקים הורו שבדבר שבממון מנהג מבטל הלכה.

במקום שהיה ספק בהלכה או שלא היתה הלכה קבועה היו חכמים רגילים לחקור ולדרוש במנהג המקום, ולקבוע הלכה כמותו, והיו אומרים על כך: "פוק חזי מאי עמא דבר"⁷; לפעמים היו שואלים את זקני המקום ללמוד מפייהם, ולברר את המנהגים הקבועים⁸. אולם אם המנהג הוא גרוע, אין הולכין אחריו⁹.

ביחוד גדל ערכם של המנהגים בתורת משפטינו בתקופת ימי הבינים, כאשר גדל פזור הגלות, ורפה הקשר שבין חלקי העם. לבתי הדינים חסר אז לעתים קרובות תוקף השלטון הדרוש בשביל להעמיד תקנות חדשות, ולכן היו אך מנהיגים או מקיימין מנהגים חדשים, כדי למלאות אותם דרישות צרכי החיים שנשתנו.

כשם שהתקנה נתקנה לפעמים על ידי מה שתקנו החכמים להכניס תנאי בשטרות, ובכל מקרה ומקרה היה הדבר כאלו באה עליו הסכמת הצדדים, כך היה המנהג בעסקי המשא ומתן נקבע לפעמים על ידי כך, שהרגילו העם לכתוב בשטרות איזה תנאי, ומתוך שהשתמשו בו תדיר, היה נעשה רגיל והכרחי בעסק ידוע. הרבה תנאים כאלה הוכנסו ונקבעו על ידי סופרי הדיינים, שהיו בקיאים בהלכות ומומחים בשטרות. התנאי שהכניסו אותו בדרך כזו היה נקרא לשון הדיוט בשטר, מפני שהוכנס על ידי הדיוטות, אבל בתי הדינים היו מכירים ומאשרים את התנאי כאלו נקבע על פי תקנת חכמים; לפי מאמר התלמוד היו חכמים דורשים "לשון הדיוט". לפעמים נעשה תנאי שנוצר בדרך קביעת לשון הדיוט בשטר מורגל וקבוע כך, עד שניתן לו ערך הכרחי, ואף אם לא התנו אותו, נעשה כאילו הותנה.

(5) תענית כ"ו ע"ב. מאן דאמר מנהג מדרש לא דרשינן, אוריין מורינן.

(6) סופרים פ"ד הל"ח; שאין הלכה נקבעת עד שיהא מנהג, וזה שאמרו מנהג מבטל הלכה מנהג ותיקיין, אבל מנהג שאין לו ראייה מן התורה אינו אלא כטועה בשיקול הדעת. המאמר מנוגג מבטל הלכה הובא בירושלמי ב"מ פ"ז בשם ר' הושעיה. והדין שבדבר שבממון מנהג מבטל הלכה הביא הרב המגיד בשם הרשב"א בפ"ו מהל' ככירה הל"ו. ב"י סי' ר"א וסמ"ע שם סק"ב. יבמות ק"ב ע"ב, אם יבוא אליהו ויאמר אין חילצין בסנדל אין שומעין שכבר נהגו העם בסנדל.

(7) ברכות מ"ה ע"א.

(8) ב"מ ס"ה, א"ר אשי אמרו לי סבי דמתא מחסיא סתם משכנתא שתא.

(9) הרא"ש בריש ב"ב. טוח"מ סי' קנ"ז.

התנאי של לשון הדיוט נעשה כתנאי בית דין, והמנהג שנקבע על ידו נתאשר כתקנת חכמים¹⁰.

המנהג כולל לפעמים כל בני המקום, ולפעמים נקבע בין בני קבוצה מיוחדת, כגון מנהג ספנים, מנהג חמרים¹¹, או מנהג נקיי הדעת שבירושלים¹². אם מנהגי מקומות שונים מתנגדים זה לזה, הולכים בעניני ממונות אחר מנהג המקום שבו נגמר העסק בין הנושאים ונותנים, ולא אחר מנהג המקום שבו החיובים מתמלאים¹³. על הרוב מעמשים המנהגים בעניני ממונות לקביעת שעורי החיובים ביוחסים שבין אדם לחברו, כגון: שיעור המחיצה שבחצר השותפין¹⁴, שיעור פעולת הפועלים, זמן השכמתם והערבתם, ושיעורי המזונות הניתנים להם¹⁵: לפרקים קובע המנהג דין בפני עצמו, כמו מנהג אנשי ירושלים הקובע סדר גבית עדות¹⁶, מנהג אנשי ירושלים לתת מזונות לאלמנה כל ימי אלמנותה ומנהג אנשי יהודה לתת לה מזונות, רק עד שירצו היורשים לסלק לה את כתובתה¹⁷. אולם בעניני ממון רשאים הנושאים ונותנים להתנות ביניהם תנאי כנגד המנהג המקובל, על פי הכלל: כל תנאי שבממון קיים¹⁸.

§ ה.

באור הדינים. בכל פעם שמשתמשים בדינים לפתרון איזו הלכה למעשה, מן הצורך לבארם ולפרש את מובנם. הבאור הפשוט של הדינים הוא על פי דקדוק המלים ופרוש מובנם ההגייוני. אולם עסקי המשא ומתן הם שונים ומרובים, ויום יקר ויבאו אופנים רבים אשר לא שערום חכמי המשפס הקידמים, ולא בא זכרונם בהלכות הקבועות. משום כך משתמשים בבאור הדינים בדמיון דבר אל דבר וחדוש ההלכה. מי שפוסק דין למעשה, צריך להוציא לפעמים דבר מתוך דבר, ולהרחיב את מובן הדין, עד שיכנס אל גדרו הענין הנדון עם כל תכונותיו המיוחדות.

(10) ב"מ ק"ד ותוס' שם. טח"מ סי' מ"ב סקכ"א, כל לשון שרגילין לכתוב בשטרות אפילו אינו מתיקון חכמים ז"ל, אלא לשון הדיוט שנהגו לכתוב במקום הוא, הולכין אחריו ואפילו לא נכתב דנין אותו כאלו נכתב.

(11) תוספתא ב"מ פ"ז.

(12) סנהדרין ל'.

(13) ירושלמי ב"מ פ"ז בענין שוכר אח הפועלים ושיעור זמן עבודתם בבית מעון וטבריה.

(14) ב"ב ב'.

(15) ב"מ דף פ"ג.

(16) סנהדרין ל'.

(17) כתובות נ"ב.

(18) ב"מ ס"ז. פשיטא באתרא דמסלקי ואמר לא מסתלקנא.

עם התפתחות המשא ומתן והתקדמות הדעות וההשקפות בא לעתים קרובות הצורך לקבוע שנויים בדינים שאינם מתאימים עוד אל דרישות השעה. השנויים בדינים נעשים לפעמים בגלוי, על ידי קביעת תקנות חדשות. לפרקים, כשהשנויים אינם חשובים, ואפשר להתאימם אל הדינים הקודמים, או כשהדינים מושרשים הרבה ואינם סובלים עקירה, השנויים באים על ידי באור אויטנטיבי, שהוא מגלה פנים בהלכה העתיקה ומתאים אותה אל צרכי היום. תפקיד כזה בהתפתחות המשפט ממלא באור הדינים בחיי העמים הנאורים.

בתורת משפטינו תופס באור הדינים מקום חשוב. להיות כל משפטינו בנויים על דיני המקרא, בא עוד בעתים קדומות מדרש הכתובים, שהוא בעיקר באור דיני התורה והרחבתם. כמו כן חלק חשוב מהגמרא הוא באור דיני המשנה, והחכמים שבאו אחרי חתימת התלמוד, נקראו רבנן סבוראי מפני שראו עיקר תפקידם בהסברת התלמוד ובאורו. לבאור על פי דמיון דבר אל דבר נתנו חכמי התלמוד ערך גדול, וחשבו לאחת התכונות הדרושות בדין שיהו "סביר" היינו שידע להוציא ענין מתוך ענין ולדמות את ההלכות אל המעשים שהוא דן בהם. גם דוגמאות רבות של באור אויטנטיבי שהכניס חדוש בהלכות, אנו מוצאים בתורת משפטינו¹.

כללים מיוחדים לבאור הדינים לא נקבעו בתורתנו, כי במדה ידועה המדות שהתורה נדרשת בהם והרבה מהשקלות וטריות בתלמוד משמשות כללים לבאור הדינים. במקום שהדין מסתפק בבאור הדין, הוא רשאי לאמר עליו, "איני יודע" ולהמנע מלהוציאו. באופן זה הדין נשאל בבית דין הגדול, או מפי חכם הדור². אם לא נפתר הספק במובן הדין הרי הוא לטובת המוחזק, על פי הכלל, שבספק דין אין מוציאים מיד המוחזק³.

(1) דוגמא לבאור כזה בב"מ דף י"ב. מציאת בנו ובתו הקטנים הרי אלו שלי, מציאת בנו ובתו הגדולים הרי אלו שלהן. ובגמרא שם: ר' חייא בר אבא אמר ר' יוחנן לא קטן קטן ממש ולא גדול גדול ממש, אלא גדול וסמוך על שולחן אביו זהו קטן, קטן ואינו סמוך על שולחן אביו זהו גדול. שמואל חולק שם על באור זה וסובר קטן קטן ממש, גדול גדול ממש.

(2) סנהדרין דף כ"ט ותוספתא שם פ"ו. טח"מ סי' י"ח.

(3) רמב"ם פ"ח מהל' סנהדרין. טח"מ שם.

פרק שני

משפט האישים

§ 1.

הכשרה משפטית. אין האדם מוכשר להיות נושא המשפט. ולהעמיד במעשיו יחסים משפטיים, אלא אם כן ימצאו בו מדות אחדות הדרושות על פי דין בתור הכשרה משפטית. האיש שיש לו ההכשרה הדרושה בדין בשביל פעולות משפטיות, יאמר עליו בספרות התלמודית, שיש לו יד לקנין ולחיוב, ומי שאין לו הכשרה זו — אין לו יד. בתורת המשפטים של עם ישראל, אף בתקופותיה היותר קדומות, אין אנו מוצאים שום הבדל בהכשרתם המשפטית של האנשים בני השדרות השונות, כזה שמוצאים אנו במשפטי שאר העמים העתיקים. כי השדרות השונות בקרב העמים העתיקים היו כלן נבדלות זו מזו במצבן המשפטי על פי מוצאן וגזען; השדרות האלה היו שבטים שונים, שעל ידי התנגשות וקרב נעשו לעם אחד ובכל זאת נשמר הפרוד ביניהם. השבטים המכניעים נעשו לשדרות הגבוהות והשליטות, הם אשרו את משטר משפטם לקיים ושורר בממלכה והיו נהנים מכל זכויותיו במלואן. השבטים הנכנעים היו נדחקים למעמד השדרות הנמוכות, והיו נגבלים בזכויותיהם ובהכשרתם המשפטית.

בין שבטי ישראל לא יכלו להתקיים יחסים כאלה, גם בעת שהתחרו והתנגשו השבטים זה בזה, כי בזכרון כל העם חיה היתה מסורת מוצאם ואחדות יחשם וגזעם, כבני אברהם, יצחק ויעקב.

לא כאן המקום להטעמה מיוחדת, כמה זר לרוח משפטנו לתת תוקף ומעלות יתרות לאצילים ותקיפים ולהמעיט את זכויותיהם של החלשים; מי שיודע את דינינו אף ידיעה שטחית, מכיר, שהם עומדים תמיד לימין החלשים הכושלים. כל הגבלה בזכויותיו ודיניו של בני השדרות השונות, שמתנגדת ליסודות היושר והצדק, לא יכלה למצוא לה מקום במשפטנו.

הכשרה משפטית במלואה נתנה על פי דיני ישראל לכל מי שהוא בן ברית. ועל הכלל הנאמר במקרא: "משפט אחד יהיה לכם" — הוסיף ובאר התלמוד: "משפט השוה לכולכם"¹

1) ויקרא כ"ד, ב"ק פ"ג. הגבלות אחדות באו אך בדיני האישות ביחס לאלה שאין הורתם ולידתם בקדושה, כמזור, וביחס לבני עמים אחרים, כעמונים, מואבים, מצריים וג עונים; אולם הגבולות ביחס לעמים אלה לא היו קיימות עוד בתקופת התלמוד כי בא סנתריב ובלבל את העולם.

נושא המשפט יכול להיות רק אדם אבל לא בהמה או עצם אחר⁽²⁾.
 העובר אינו מוכשר להיות נושא המשפט, כי אין אדם מקנה או מתחייב
 למי שלא בא לעולם. כיוצא מן הכלל יש לעובר זכיה במקצת בירושה שכבר
 נפלה לו; וכן אם האב מקנה או מתחייב לתת דבר לבנו בעודנו עובר, חלים
 הקנין והחייב, כי מפני שדעתו של אדם קרובה אצל בנו נגמרה הנתינה⁽³⁾.

§ ז

הכשרה משפטית של אינו בן ברית. חוג פעולת כל משטר-
 המשפט הוא מוגבל בגבולים ידועים, שבהם יש לו הכח לצוות ולחוקק; מחוץ
 לגבולים אלה פוסק שלטונו בתור מסדר ומנהל את עסקי החיים. התחומים,
 אשר בתוכם משטר-המשפט קיים ופועל, תלויים תמיד בתכונת השלטון. המאשר
 משטר זה ומשליטו בחיים. בימים קדומים היה נוצר משטר-המשפט בתוך
 הלאום או השבט ובשבילו ועל כן היה שופך את ממשלתו על כל בני הלאום
 או השבט בכל מקומות מושבותם. אולם כחו היה יפה ללאום זה או לשבט זה
 בלבד; לאום אחר או שבט אחר לא היה נכנס לחוג זה. בימינו משטר המשפט מתבסס על
 שלטון הממלכה ומוגבל הוא בתחומי שלטון זה. זאת אומרת, הוא מתפשט בכל
 רחבי הטריטוריה הממלכית.

כאמור למעלה לא היה השלטון שעליו התבסס המשפט העברי, ממלכי
 לאומי או שבטי, רק אלהי, דתי. אף בתקופות הראשונות של המשפט העברי,
 בעת שהיה עוד שלטון ממלכי קיים אצל עם ישראל, לא היה שלטון זה ליסוד
 מוסד למשטר-המשפט; לא בבתי הממשלה ומועצות הממלכה נוצרו הדינים,
 אך בבתי המדרש התורה ומענינות חכמת העם. גם צל השלטון הממלכי חלף
 לו עוד טרם בא תור פריחת המשפט העברי, ומאז רק הכרת העם והרגש הדתי
 החי בקרבם הם היו היסודות המוצקים, אשר עליהם מתבסס משטר-המשפט
 בקרבנו ואשר מהם נבע כח שלטונו. אופי השלטון של משפטי ישראל קבע
 את תחומי פעולתם. דיני ישראל נתנו בשביל אלה, שבהם חיים רגש-המטרה
 וההכרה הדתית, המאשרים ומקיימים תוקף פעולת דינים אלה, זאת אומרת,
 בשביל אלה, שהם בני ברית. מבלי להתעמק במחקר שאלה זו, שהיא ראויה
 לתשומת לב מיוחדת מפני שהרבו להעליל בנדון זה על דיני התלמוד, נחקר
 אך בכללות על מצב העכו"ם בדינינו.

(2) ב"ב קמ"ג. רמב"ם פכ"ב מהל' מכירה.

(3) ב"ב קמ"ב. רמב"ם שם וטח"מ סי' ר"י. לדעת פוסקים אחרים קנין וחייב האב לבנו
 העובר אינם קיימים אלא בשכיב מרע. בדין זכית העובר בירושה, בנדה משנה פ"ח, תנוק בן יום
 אחד נוחל ומנחיל. אבל בב"ב שם מבואר שבירושה הנאה מאלה יש לו זכיה במקצת גם קודם
 לידתו וכן ביבמות דף ס"ז ועיין בזה מחלוקת הפוסקים בטח"מ שם.

מצבו המשפטי של העכו"ם בתורת הקנין הוא על הרוב כשל מי שאינו בן ברית. זאת אומרת, כעומד מחוץ לגבול פעולת המשפט העברי, ובלתי נשמע לתורתנו. עוד סבה אחת הראתה את פעולתה כאן, והיא: הריסת השלטון הלאומי העברי, תקיפות העכו"ם וחלישות העברי נגדו. העריצות והזרוע הנטויה, אשר הראו תמיד בני העמים לעמנו, הולידו את הצורך להתחשב תמיד עם אלמות העכו"ם, ולסדר לפרקים את היחסים בינם ובין ישראל באופן אחר. את פעולת הסבות האלה נראה היטב בדיני הכשרת העכו"ם לקנין על פי תורתנו.

עכו"ם בן קנין הוא על פי דיני ישראל, וקנינו על פי אחד מדרכים אלה: הוא יכול לקנות על פי דרכי הקנין הקבועים במקום קנינו בדיני המלך⁽¹⁾. יכול הוא לקנות גם על פי דרכי הקניה של דיני ישראל, אך לא בכלם. את הקרקעות הוא קונה בכסף ובשטר, ודינו בקנינו אלה כדין ישראל, כלומר שני הקנינים האלה דרושים, לפי שבאחד מהם לא סמכה דעת הנושאים ונותנים; אולם קונה הוא בכסף בלבד, בלא שטר, אם גלה דעתו לקנות אך בכסף⁽²⁾.

את המטלטלים הוא קונה בכסף או במשיכה⁽³⁾. הדעת נוטה, כי קונה הוא גם בשאר קניני המטלטלין, המסתעפים מקנין משיכה, כמו מסירה והגבהה, לפי שדומים הם למשיכה, ושרשם בצד המעשי של רכישת החפץ.

אולם בדרכי הקניה המיוחדים, שנתקנו אך על פי תורת ישראל, כמו קנין סודר וקנין אגב קרקע, אין העכו"ם קונה.

כמו כן אין לו קנין החזקה בקרקעות, לפי שמפני אלמותו לא נוכל לבטוח שיחזיק כדין ולא בחזקתו, או, אם הוא מקנה בחזקה, שלא ישוב ויבטל חזקה זו אחר כך באונס⁽⁴⁾.

גם החיובים ועסקי התקשרות היו נקבעים לעכו"ם בדרכי הקניה שהיה מוכשר להם, כמו נתינת כסף וכדומה, ובדרכים אלה היה מוכשר לכל עסקי המשא ומתן⁽⁵⁾.

השליחות יש לה בדינינו אופי דתי, סקרמנטלי והיא קיימת בבני ברית בלבד⁽⁶⁾. לכן אין לעכו"ם דין שליחות וגם דין זכיה, הבנוי על שליחות.

(1) רמב"ם, פ"א מהל' זכיה, הל' ט"ו.

(2) בבא בתרא, דף ל"ה. רמב"ם, פ"א מהל' מכירה. חו"מ, סי' קצ"ד.

(3) רמב"ם, הל' זכיה, שם. חו"מ, שם.

(4) עיין גיטין, מ"ז, שהובאה שם הגבלת קנין העכו"ם בקרקע ארץ ישראל. אולם שם נראה

כי אין הגבלה זו אלא לענין קדושת הארץ, שאין קנין העכו"ם בה מפקיע אותה מידי קדושתה ואינו פוטר מהחובות התלויות בה.

(5) טח"מ שם.

(6) להלן § י"א.

אך בקצת דינים נובעים מהזכיה כמו מסירת חוב במעמד שלשתן, נטו פוסקים אחדים לתת בהם הכשרה משפטית לעכו"ם.⁷

השקפה כללית בהכשרת העכו"ם לקנין מראה, כי בכלל הוא בר קנין על פי תורתנו. קניניו הם אותם דרכי הקניה, שיש להם יסוד ריאלי בעסק הנושאים ונותנים, כקניני כסף, שטר ומשיכה, ולא הקנינים המשפטיים. שנתקנו בדיני ישראל, כמו קנין אגב קרקע וקנין סודר.⁸

בשים לב לאלמות העכו"ם ולמעוט תקפם של דיני ישראל רואה תורתנו תמיד בקנין העכו"ם חסרון סמיכת דעת הנושאים ונותנים, עד שתבוא גמירה ריאלית ומוחשית של העסק הנעשה עם שלום המחיר ואשור הקנין לימים רבים על-ידי כתיבת השטר.

§ ח

הכשרה משפטית של אשה, על פי כלל יסודי שנקבע בדינינו בתקופת המשנה שוה האשה לאיש לכל דינים שבתורה.¹ אולם עוד היו קיימים בימים ההם שרידים קלים של שלטון האב בבתו הקטנה. האב היה יכול למכור את בתו לאמה, ולפי באור חכמי התלמוד נתנה רשות זו לאב רק ביחס לבת קטנה שלא מלאו לה שתיים עשרה שנה ויום אחד ומשהגיעה האמה העבריה לפרק זה היתה יוצאת לחפשי, אם לא יעדה אדוניה לאשה; וכן אם היו נכסים לאביה היו מפדין אותה בעודה קטנה מרכוש האב בעל כרחו.

שריד זה של שלטון האב בטל, לפי עדות חכמי התלמוד, בראשית תקופת הבית השני עם בטול העבודות העבריות.² יש לשער, כי בימי הבית הראשון היתה לאב זכות דומה לזו גם ביחס אל הבנים הזכרים, כאשר יעידו על כך רמזים אחדים במקרא. אבל דיני התורה לא אישרו כחו זה של האב למכור את בניו לעבדים, וכנראה התנגדו לכך.³

(7) טח"מ סי' קפ"ח סק"א וסי' רמ"ג סק"ד.

(8) שם סי' קכ"ו סק"ב. אמנם יש בדינינו הגבלות אחדות המבדילות לרע את העכו"ם והן: התרת לקיחת ריבית מעכו"ם, הפטור מדיני הונאה בנוגע לעכו"ם (בכורות רפ"ב. טח"מ סי' רכ"ז סק"ו). ופטור על נזקי ממונו של ישראל בנכסי עכו"ם (שם סי' ת"ז). את ההגבלות הללו, שהן שרידי ימי הבינים, יש להצדיק במה שדיני העכו"ם בימים ההם היו מגבילים הרבה יותר את היהודים, וכי בחומר דינים אלה נשמע הד קול הרדיפות והמצוקות, שעברו על עמנו בימים החשוכים ההם.

(1) קרושין דף ל"ה. דבי ר' אלעזר תנא, אשר תשים לפניהם השוה הכתוב אשה לאיש לכל דינים שבתורה.

(2) גיטין ס"ה, אין עבד עברי נוהג אלא בזמן שהיובל נוהג. ועיין בדבר היובל בזמן בית שני בערכין ל"ב; ובירושלמי גיטין פ"ד ה"ד, שהיובלות בטלו משגלו שבטי ראובן וגד וחצי שבט המנשה. (3) רמזים על שלטון האבות בחופש הבנים נמצאו במלכים ב' ד', והנושה בא לקחת את שני ילדי לעבדים" ונבחמיה ה', והנה אנחנו כובשים את בנינו ואת בנותינו לעבדים". כבישת הבנים היתה באה לתשלומי חובות האב ומסיבה זו נרדאי היתה גם מכירת הבת לאמה. אולם נחמיה רב עם כובשי הבנים הכריח אותם לעזוב את המשא שהיו נושים ולשחרר את הבנים.

ועוד זכות של האב בבתו, שהיא שריד שלטונו בתקופות קדומות, היא הרשות שניתנה לו לקבל את קדושי בתו הקטנה ולהשיא אותה לאיש. זכות זו של האב היתה נובעת ממצב האשה בארצות המזרח. ששם היו הנשים מסוגרות מבוא בחברת אנשים והיו נישאות לאנשים בעודן קטנות. אולם בראשית תקופת האמוראים הוגבלה גם זכות זו של האב, ונקבע האסור להשיא את הבת הקטנה עד שתגדל ותאמר: "בפלוגי אני רוצה"⁴.

מלבד השרידים הללו של שלטון האב שבטלו, או הוגבלו בתקופות קדומות, דומה מצב הבת הקטנה למצב הבן הקטן בכל. וכבר על פי דיני המשנה בת קטנה יכולה היתה, כמו בן קטן, לשלוט בנכסים שנפלו לה בירושה או שניתנו לה במתנה, ולא היה לאב שום קנין וזכות אכילת פירות ברכוש שלה⁵.

משגדלה הבת (שתים עשרה שנה ויום אחד), יצאה מרשות אביה, ועמדה ברשות עצמה לכל דבר. בתורת המשפטים של עמנו אין אנו מוצאים שום הבדל בין איש לאשה בהכשרתם המשפטית לכל עסקי המשא ומתן. האשה קונה ומקנה, ונכנסת בחיובים כמו האישי, הן כשהיא קטנה והן כשהיא גדולה⁶.

האשה הנשואה בת הכשרה משפטית היא כמו הפנויה, אלא משום שברשות בעלה היא. נאמר עליה: "אין קנין לאשה בלא בעלה"⁷. אולם כלל זה נתבאר באופן מוגבל, שכל מה שקנתה האשה, היא קונה גוף הדברי, והבעל קונה לאכול ממנו פירות כל זמן שתהא נשואה לו⁸. כמי כן יכולה האשה הנשואה להיות בעלת רכוש משל עצמה. הנכסים השייכים לה נחלקים לפי דיני התלמוד לשלשה סוגים: א. נכסי צאן ברזל, שהאשה מכנסת אותם לבעל בשעת הנשואין על פי שומא בסכום קצוב; שבח הנכסים הללו לבעל, והוא אחראי בעדם, ובשעת הפקעת הנשואין חייב להחזיר אותם בשלמות ובלי כל גרעון. ב. נכסי מלוג, היינו הנכסים השייכים לאשה בשעת הנשואין ושהיא רוכשת אחר כך; גוף הנכסים הללו שייך לאשה והבעל אוכל מהם פירות כל זמן קיום הנשואין. ג. הנכסים שניתנו לאשה על מנת שאין לבעל כל רשות בהם ושהם שייכים לאשה לגמרי⁹.

האשה, בין פנויה ובין נשואה, שוה היא, אפוא, בדיניה לאיש, ויש לה הכשרה משפטית לקנינים, לחיובים ולכל עסקי המשא ומתן. האשה הפנויה

(4) קדושין מ"א.

(5) כתובות מ"ו.

(6) הקטנה קונה גם בקנין חצרי, מה שאין כן הקטן. רמב"ם פכ"ט ממכירה.

(7) קדושין דף כ"ד.

(8) ירושלמי פ' מציאת האשה. רמב"ם פ"ג מזכיה הל' י"ב.

(9) פרטי הדינים על דבר מצב האשה הנשואה וקניניה בנכסים יתבארו בחלק שלישי של

יכולה להטיל חיובים על עצמה והיא חייבת למלאותם ולשלמם כמו האישה. גם האשה הנשואה יכולה להתחייב, אלא ששונה אופן גביית החיובים ממנה; משום שנכסיה עומדים ברשות בעלה. אם הגיעו הדברים שהתחייבה עליהם לרשותו של הבעל, הוא חייב לשלמם, ואם לאו – האשה עצמה חייבת וגובים מנכסיה לכשתפקע מהם רשות הבעל¹⁰.

אם באה תביעה על החיובים הללו, בית דין כותבין לבעל חוב פסק דין על האשה שתשלם על פיו לכשיבואו לידה נכסים מיוחדים לה או לכשתתאלמן או תתגרש.

על פי תקנות הגאונים, חייב הבעל לפרוע חובות אשתו שהעמידה עליה קודם הנשואין, אם הכניסה לו נכסים בין קרקעות ובין מטלטלין¹¹. וכן, אם לותה האשה לצרכי מזונותיה, על הבעל לשלם¹².

אמנם בפרטים אחדים אנו מוצאים בדינינו, כי גרוע כח האשה בהכשרתה המשפטית מכח האישה. בזכות הירושה גרוע בדינינו מצב האשה, לפי הכלל, שהבת אינה יורשת במקום הבן; וכן בכל מעלה ומעלה של קורבה אינן יורשות הנקבות במקום שיש קרובים זכרים; הבעל יורש את אשתו, אבל אין האשה יורשת את בעלה.

שרשם של הדינים הללו הוא במשטר בתי אבות העתיק ובחלוקת הארץ לשבטים. כי אילו היתה האשה יורשת את אביה או את בעלה, היתה יכולה להעביר את חלק אחוזתה לנחלה לשבט אחר על ידי נשואיה לבן שבט זה ועל ידי כך היה משטר השבטים וסדר בתי האבות ומתבלבל מתבטל¹³. תקנות רבות נקבעו בדינינו כדי למלאות את גרעון-כח האשה בזכות הירושה. פדי להנות את הבת מנכסי אביה קבעו תקנת הנדוניה לבת (עשור נכסים) וחיוב המזונות לבנות יתומות. לשם זה נתקנה כמו כן בימי המשנה כתובת בנין דכרין ובתקופת הפוסקים נתקן שטר חצי חלק זכר לבת. כמו כן זכות הירושה של הבעל בנכסי אשתו הוגבלה קצת בימי הביניים על פי תקנות הקהלות שו"ם וטוליטולא¹⁴.

(10) טח"מ סי' צ"ו סכ"א. ויתבאר בפרטות בחלק שלישי.

(11) תוספות נדרים ל"ה ע"ב. הגהות אשרי בשם ראב"ה בפ' החובל. ש"ך חו"מ סי' קי"ב סק"י.

(12) אה"ע סי' מ' סק"ה.

(13) טעם זה מפורש במקרא, במדבר ל"ו, בטענת ראשי האבות למשפחת בני גלעד בדבר ירושת בנות צלפחד: „אדוני צוה בה' לתת את נחלת צלפחד אחינו לבנותיו והיו לאחד מבני שבטי בני ישראל לנשים ונגרעה נחלתן מנחלת אבותינו ונוסף על נחלת המטה אשר תהיינה להם ומגרל נחלתנו יגרע“.

נתינה זכות ירושה לאשה בלי העברת נחלה ממטה למטה היתה אפשרית רק על ידי קביעת דין, שהבת היורשת לא תנשא אלא לבן שבטה ולא ממטה למטה, ודבר זה יכול היה להביא פרוד בין השבטים ולהביא את קיום העם לידי סכנה.

(14) פרטי הדינים והתקנות הללו יבוארו בחלק שלישי.

עוד הגבלה אחת יש בהכשרתה המשפטית של האשה. במה שהיא פסולה לדון ולהעיד¹⁵. בתנאי החיים בארצות המזרח לא היתה הגבלה זו מורגשת הרבה, מפני שהאשה לא היתה רגילה לבוא בין אנשים זרים, ולבזיון נחשב לה לבוא לבית דין¹⁶.

§ ט.

הכשרה משפטית של עבד. דיני ישראל היו מבדילים בין מצב העבד העברי והעבד הכנעני. בנוגע לעבד עברי לא נקבעו כל הגבלות בהכשרתו המשפטית, ומוכשר היה לקנין ולחיוב כשאר כל האדם: העבדות העברית לפי עדות חכמי התלמוד, לא התקיימה כבר בתקופת הבית השני¹.

גם העבד הכנעני יש לו על פי דיני ישראל תורת איש, ולפרקים הוא מוכשר גם לקנין בשם עצמו. מפני שהעבד קנין בעליו הוא, כל מה שקנה הוא קנה אדונו גוף החפץ. יד העבד נחשבת כיד אדונו, ופעולתו לקנות הרי היא כאילו נעשתה על ידי האדון ולשם עצמו.

אולם אפשר שהעבד יחשב כבן קנין בפני עצמו, ופעולתו לקנות תרכש לו לעצמו, ואם נתן דבר לעבד להשתמש בו למטרה ידועה ועל תנאי, שלא תהיה לאדונו רשות בדבר זה, קנה העבד אותו הדבר לעצמו. העבד הוא אפוא בן קנין, אלא שפעולת קניתו שייכת לאדונו ורוכשת תמיד בשבילו. אבל במקום שרשות האדון מסתלקת מפעולת-קניתו, פעולה זו רוכשת לו לעצמו, כפעולת שאר אדם.²

§ י.

הכשרת הדעת. נושא המשפט יכול להיות בן דעת בלבד, כלומר, מי שיש בו ההבנה בטיב המשא והמתן ובטובת עסקי עצמו, ומפני הדעת, שצריכה להיות בנושא המשפט, נקבעו דינים אלו.

א. נושא המשפט צריך שיהא איש גדול, ולא קטן, לפי שאין בו דעת. התפתחות הדעת תקדים או תאחר לבוא באדם, על פי חריפות שכלו ותכונותיו המיוחדות של כל אדם ואדם, ועל כן תורת המשפטים או שהיא עושה

(15) ר"ה דף כ"ב. שבועות דף ל". ע"פ דיני יון האשה פסולה להעיד, ועל פי דיני רומא כשרה היא להעיד בבית דין, אבל פסולה לחתום בעד על השטרי. ועיין בזה הר"ז פרנקל בספרו.

(16) שבועות שם, אשה אין דרכה לילך לבית דין. גיטין מ"ג, אין אדם רוצה שתתבוה

אשתו בבית דין.

(1) לעיל § ה.

(2) קדושין דף כ"ג.

את ביכור הדעת באדם לדבר הצריך בדיקה בכל איש ואיש (quaestio facti), או שהיא קובעת זמן מיוחד, שנות הברות, שבהן רוב בני אדם מגיעים לכלל דעת.

בדיני התלמוד אנו מוצאים את שני הדברים האלה: פרקים קבועים לביכור הדעת ובדיקת כל אחד ואחד לפי חריפות שכלו.

I. עונת הקטנות. עד בן שש שנים האדם חשוב כקטן, שאינו מוכשר לשום פעולה משפטית, הן לקנות והן להקנות⁽¹⁾. אולם גם קטן כזה יכול לקנות בתורת זכיה על ידי אחר הזוכה לו, וגם על ידי עצמו יכול הוא לזכות, אם הגיע לעונה כזו, שהוא יודע להבחין בין דבר לדבר כשנותנים לו צרור וזורקי, אגוז – ונוטלו⁽²⁾.

II. עונת הפעוטות. מבן שש שנים עד בן שלש עשרה שנה, ולקטנה שנים עשרה שנה, קטן הוא לכל דבריו מדין תורה, אבל חכמים תקנו לו הכשרה לקנין "משום כדי חייו", וקטן בפרק זה, אם הוא יודע בטיב משא ומתן, מוכשר הוא לקנות ולהקנות ולתת במתנה בלי כל הגבלה בערך הדבר הנקנה וסכומו. אולם כל זה במטלטלין, אבל לענין קרקעות העמידו הדברים על דין תורה ואין בהן קנין לפעוטות⁽³⁾. קנין זה תקנו חכמים לקטן, "משום כדי חייו", "כדי שלא יבטל ולא ימצא מי שימכור לו ויקח ממנו", ועל כן לא תקנו אלא בקטן שאין לו אפטרופוס, אבל אם יש לו אפטרופוס, אין במעשיו כלום אפילו במטלטלין, אלא מדעת האפטרופוס, שאם רצה לקיים מקחו וממכרו ומתנתו במטלטלין – קיים⁽⁴⁾.

הפעוטות, אף שמוכשרים הם לקנין במטלטלין, מכל מקום קטנים הם לשאר דברים, וגם לענין עמידה בדין, להיות תובעים ונתבעים. מטעם זה אין קנין הפעוטות מועיל במטלטלין אלא בשעה שנגמר ונחלט בפועל עסק המכירה ומתנה בפועל, היינו: שנמשך ונמסר החפץ הנקנה מיד הקונה ליד המקנה. אבל בשאר הקנינים, שבהם אין החפץ הנקנה עובר מיד ליד, לא תקנו חכמים קנין לפעוטות, לפי שהקנין לא יועיל להם מפני שהם משוללים הכשרה לעמוד בדין⁽⁵⁾.

הקטנה בעונת הפעוטות יש לה דין הקטן, ועוד מעלה יתרה יש לה, שהיא קונה גם בדרך הקניה על ידי חצר⁽⁶⁾.

(1) רמב"ם פכ"ט מהל' מכירה. טח"מ סי' רל"ה.

(2) גיטיף, דף ס"ד. רמב"ם פ"ד מהל' זכיה הל' ז.

(3) גיטיף, דף נ"ט. רמב"ם, פכ"ט מהל' מכירה.

(4) רמב"ם, שם.

(5) רמב"ם, שם: שאין מוציאין מידי הקטן בדין, ועיין טח"מ סי' רל"ה, סי' ז' ובדרישה שם.

(6) שם. קנין החצר נוסף לפעוטה בהשפעת דיניה בתורת אישות, כיון שיש לה דין חצר לענין

גט. בכלל דיני האשה מושפעים הרבה מדיניה בתורת אישות.

השכירות היא מכירה ליום ולכן יכול הקטן לשכור ולהשכיר כל מה שהוא יכול לקנות ולמכור⁷. שכירות אדם שנשכר בה הקטן, קיימת לענין שמוציאים בדיינים מידי השוכר דמי שכירותו של הקטן⁸.

פקדונו של הקטן פקדון וחייבים עליו בכל כמו על פקדונו של גדול. וגם שומר חנם נשבע שבועת השומרים על הגנבה ועל האבדה לקטן כמו לגדול; ואף על פי שאין נשבעין על טענת קטן, נשבעין לו שבועת השומרים לפי שאינה באה מחמת טענה⁹.

לענין עסק המלוה, מדין תורה אין הלוואת הקטן הלוואה, ואם הלוה הקטן, חייב הלוה להשיב את החפץ הנלוה אם הוא בעין, אבל אם נאנס החפץ, פטור עליו הלוה, מפני שהוא ברשות בעליו לאונסין. ומתקנת חכמים הלוואה שהלוו הפעוטות, הלוואה היא, וחייב עליה הלוה גם באונסין משעת משיכת החפץ הנלוה.

אם לווה הקטן מאחרים, נחלקו דעות הפוסקים בדינו: קצתם פוטרים אותו מלשלם גם לכשיגדיל, וקצתם מחייבים לשלם לכשיגדיל, ויש מחלקים, אם לווה לצורך מזונות, נפרעין ממנו אפילו בעודו קטן, ואם לאו פטור מלשלם¹⁰. אבל אם ערב הקטן בעד חיובו של אחר, אין נפרעין ממנו אף לכשיגדיל¹¹.

על חיובי הנזק שפעל או שגרם הקטן פטור מלשלם; ואם ניוק חייבים לשלם לו כמו לגדול¹². וכן הדין בנוזקי ממונו, שאם הזיק ממונו של הקטן פטור, ואם הוזק ממונו חייבים לשלם לו¹³.

אם רכש הקטן חפץ של אחר שלא כדין, כגון שגנבו, חייב להשיב את הקרן, ואם נאנס החפץ ואינו בעין, פטור הקטן אף לכשיגדיל¹⁴. וכדי למנוע את הקטנים ממעשי נזק, בית דין¹⁵ עונשין את הקטנים על הגנבה ושאר ההיזקות שהם עושים¹⁶.

(7) טח"מ סי' רל"ה, ב"י סק"ו.

(8) טח"מ סי' ע"ר, ב"י סק"ב בשם הרשב"א.

(9) רמב"ם פ"ב משכירות ופ"ב מהל' טוען, חו"מ סי' צ"ו וש"ב. לדעה אחרת אין נשבעין

שבועת השומרים לקטן; אבל על הפגיעה בשמירת פקדונו חייבים גם לדעה זו, חו"מ סי' צ"ו סק"ב וש"ך שם.

(10) טח"מ סי' צ"ו סק"א.

(11) טח"מ סי' רל"ה סק"ה.

(12) שם ב"י סק"ח בשם ר' ירוחם.

(13) חש"ו פגיעתן רעה, הם שחבלו באחרים פטורים ואחרים שחבלו בהם חייבים. ב"ק דף פ"ז

(14) טח"מ סי' ת"ו סק"ה.

(15) טח"מ סי' שמ"ט סק"ג.

(16) רמב"ם פ"א מהל' גנבה. יש הבדל בין קטן לקטנה לענין קנין חצר, הקטנה יש לה חצר

והקטן אין לו. חו"מ רמ"ג ס"ה כ"ג.

III. עונת הגדלות מתחילה לאדם משיגיע לפרק ידוע בחייו. לאיש מבן שלש עשרה שנה ולאשה מבת שנים עשרה, ומשיבואו בגופו סימנים המורים על התבכרותו (שתי שערות). משעה שהגיע האדם לפרק זה, ובאו הסימנים הנזכרים בגופו, דין גדול לו מדברי תורה.

פרק זה בחיי האדם, בן שלש עשרה או בת שנים עשרה שנה, מוקדם הוא יותר מדאי בכדי להניח שנתישבה בו דעת האדם, והוא מוכשר והגון לכל קניני המשא ומתן. לכן נתקנו הגבלות אחדות בהכשרתו של גדול שהגיע לעונה זו, ושכאו בגופו הסימנים המורים על התבכרותו.

בקנין הקרקעות אין מעשיו כלום, עד שתראה הבדיקה (quaestio facti), כי נתישבה עליו דעתו כראוי, וכי יודע הוא בטיב משא ומתן¹⁷. וגם אם יודע הוא בטיב משא ומתן, אינו יכול למכור בקרקע שבאה לו בירושה, עד שיגיע לעונת התבכרותו השלמה.

IV. עונת ההתבכרות שלמה תבוא משימלאו לו לאדם עשרים שנה, ויבואו בגופו הסימנים המורים על התפתחותו, ואז הרי הוא נחשב כגדול לכל דבריו. בן כ' שנה, שלא באו בגופו הסימנים המורים על התבכרותו, אינו נחשב כגדול לכל דבריו, עד שיגיע לרוב שנותיו. היינו: שלשים ושש שנה¹⁸.

הננו רואים, כי לתקופת הבגרות עובר האדם לאט לאט, והכשרתו המשפטית תגדל בהדרגה אטית, עם רבות שנות האדם, ובהתאמה שלמה להתפתחות גופו (הבאת סימנים) והתישבות דעתו (ידיעה בטיב המשא ומתן). הרוח האינדיבידואליסטי של דיני ישראל נתגלה גם פה, ונתן ערך רב לתכונותיו המיוחדות של כל איש ואיש. הננו רואים גם כן, כי תקנות חכמים התחשבו עם צרכי הזמן ועשו שנויים עיקריים בדיני התבגרות האדם. מצד אחד, נתנה הכשרה מוגבלת גם לקטנים, אם אך ראויים הם לזה על פי ידיעתם בטיב העולם וחרירות שכלם (עונת הפעוטות); ומצד שני, הגבילו גם את הגדול הצעיר (בן שלש עשרה שנה, שהביא סימנים), ושללו ממנו את הכשרה לקנינים הטעונים ישוב הדעת מיוחד, עד התבכרותו בזמן מאוחר מזה, כאשר ימלאו לו עשרים שנה.

דיני התבגרות האדם על פי תורתנו דומים הרבה לדינים אלה בתורת המשפטים הרומית.

גם הדינים הרומיים קובעים חלוקה עיקרית בין הקטנים (impuberes) לגדולים שמלאו להם ארבע עשרה שנה לאיש ושנים עשרה לאשה.

(17) בבא בתרא, דף קנ"ה. רמב"ם, פכ"ט מהל' מכירה.

(18) רמב"ם, שם. שולחן ערוך חו"מ, סי' רל"ה. לענין הכשרת הקטן להעמיד חיובים ושעבודים קודם התבכרותו השלמה עיין תשובת הרשב"א הובאה בב"י טח"מ סי' רל"ה ס"ק מחודש ב'.

אך גם המשפט הרומי מבדיל בין הקטנים עד בני שש שנים (infantes), ובין הפעוטות, שמלאו להם שש שנים (impuberes infantia majores), והוא מגדיל את זכויותיהם והכשרתם של האחרונים.

בתקופות מאוחרות, אחרי המלחמה השנייה עם קרתגא, הגבילו ברומא את ידם והכשרתם המשפטית של הגדולים, שלא מלאו להם עשרים וחמש שנה (minores XV annis), תקנה זו מזכירה את ההגבלה שבאה בדינינו לגדולים שלא מלאו להם עשרים שנה¹⁹.

ב. השוטה, והוא כל שעושה מעשה זר דרך שטות, הרי הוא כקטן פחות מבן שש שנים ואין במעשיו כלום. אבל יכול הוא לזכות על ידי אחר הזוכה בשבילו.

מי שהוא עתים שוטה ועתים שפוי, הרי מעשיו קיימים בשעה שהוא שפוי ככל בן דעת, אבל צריך חקירה, אם אמנם שפוי היה בשעה זו²⁰. שכור שהגיע למצב כזה, שאינו יודע מה הוא עושה (שכרותו של לוט), דינו כשוטה ואינו בר קנין²¹.

ג. חרשי, והוא מי שאינו שומע ואינו מדבר, או מדבר ואינו שומע. אין לו הכשרה משפטית כלל מדין תורה. אבל חכמים תקנו לו, "משום כדי חייו", קנין במטלטלין על ידי רמיוה, אחרי שבדקים ומוצאים אותו יודע בטיב משא ומתן.

אלם ששומע ואינו מדבר, או מי שנשתתק, יש לו הכשרה משפטית, אחרי שיבדקו אותו ויעמדו על דעתו, או שיכתב בכתב ירו²².

§ י"א

שליחות. על פי הכלל הידוע: "בכל התורה כולה שלוחו של אדם כמותו", אין צורך שישתתפו הנושאים ונותנים בעצמם בפעולותיהם המשפטיות, ויכולים הם לעשות אותן על ידי שליח.

עוד בתקופות קדומות של תורת המשפטים העברית התפתחה בה השליחות במדה מרובה. להתפתחות זו עזרו בלי ספק פזור ישראל בארצות גלותו, והקשר המעשי והדתי, שהיה קיים עוד בימי הבית השני בין חלקי האומה בארצות שונות. קיום המצוות המעשיות התלויות בארץ, או גם מצוות אלו, שיכלו להתקיים רק במקום המקדש, הוליד את הצורך להשתמש בשלוחים, שיהיו

vide Dörnburg, Pandekten I. § 53 (19)

(20) רמב"ם, פרק כ"ט ממכירה. חו"מ, שם.

(21) שם.

(22) שם.

כמותו של המשלח. מסבה זו, בשביל ההשתמשות בשלוחים לצרכי דת ולקיום המצוות, יש לשליחות העברית אופי דתי, סקרמנטלי, שנשמר בה תמיד, והניכר ביחוד בזה, שהמשלח והשליח צריכים להיות בני ברית.⁽¹⁾ טעם אחר להתפתחות הקדומה של השליחות בתורת המשפטים העברית אפשר למצוא בזה, שבין אישי המשפחה העברית אין יחס של שלטון והכנעה, של עומדים ברשות עצמם ועומדים ברשות אחרים. כל אחד ואחד משהגיע לשנות גדלותו, בין אבי, ובין בן או בת, הרי הוא אישיות משפטית מיוחדת בעל זכויות והכשרה משפטית בפני עצמה. לכן, אם אדם אחד אינו יכול למלאות בעצמו את הפעולות המשפטיות שעליו לעשותן, אין שאר חברי המשפחה עומדים ברשותו, ואינם סרים למשמעתו, והוא זקוק לשליח.

החופש האינדיבידואלי, שנתן המשפט העברי לכל אישי המשפחה, הביא לידי צורך להשתמש בשלוחים, ועזר להתפתחותה הקדומה של השליחות. מענינת כאן ההשוואה בין תורת משפטינו ובין דיני רומא. בתורת המשפטים של עם רומא לא התפשט מוסד השליחות בשביל עשיית הפעולות המשפטיות. על פי דיני רומא, עומדים ברשות אבי המשפחה כל בני המשפחה (*pater familias*) שאין להם ההכשרה הדרושה לפעולות משפטיות, וידם כיד אבי המשפחה. בשעת הצורך יכולים חברי המשפחה, העומדים ברשותו (*alieni iuris*) לפעול בתורת באי כח אבי המשפחה, מבלי כל מנוי שליח מיוחד. ולכן, על פי דיני רומא, לא היתה כל נחיצות להשתמש בשליחות. אם נתחקה על תוכן השליחות על פי דיני ישראל ועל היחסים המשפטיים, שבין השליח והמשלח, נראה, כי השליחות אינה מעמידה יחס של התחייבות בין השליח ומשלחו. ובה נבדלת השליחות הבדל עיקרי מן *mandatum* של תורת המשפטים הרומית והמודרנית, שעל פיו איש אחד מתחייב למלאות את פקודתו של אחר המשלחו.⁽²⁾

בדיני ישראל מקבל השליח על ידי המנוי יפוי כח להיות כמותו של המשלח ולעשות בשבילו פעולות משפטיות, מבלי שיהא מחויב לעשות דבר מה בעד משלחו. אם לא עשה השליח את שליחותו, אינו חייב לשלם למשלח את הפסדו שגרם לו על ידי זה, ואין למשלח עליו אלא תרעומת בלבד.⁽³⁾ השליח אינו מתחייב לעשות את שליחותו ואינו אלא מבטיח להיות לעזר ולסיוע למשלחו. ערך זה של השליחות מובן על פי הרוח הכללי של תורת המשפטים העברית, שאינה מכירה כל התחייבות לעשות איזה דבר

(1) שאין שליחות אלא בבני ברית למדו חכמי הגמרא מתרומה. קדושין, פרק שני.

(2) Vide Dr. M. Rapoport, *Der Talmud und sein Recht*, IV Th. § 16

(3) קדושין, דף נ"ט. חו"מ, סי' קפ"ג.

(facio ut facias, aut ut des). על פי רוח דינינו, העושה את החופש המוחלט של האיש הפרטי ליסוד כללי, פעולות האדם חפשיות הן תמיד ולא מוכרחות על ידי התחייבות, גם אם קבל האדם על עצמו התחייבות כזו ברצון. ומטעם זה גם בשכירות האדם יחס התחייבות שבין הפועל והבעלים הוא קלוש מאד לפי דינינו⁴.

להיפך, גם מצד הבעלים אין בכל יחס השליחות שום יסוד של התחייבות והשליחות תמיד תלויה ועומדת ברצון המשלח. ביד המשלח לבטל את השליחות, בכל שעה שירצה גם שלא בפני השליח, ובזה אובד לשליח יפוי כחו להיות כמותו של שולחיו.

מנוי השליח אינו מביא אפוא בינו ובין משלחו יחס של התחייבות, אך יש כאן משום בקשה לעשות דבר מה והבטחה לעשות את המבוקש, הבטחה כזו שאינה גוררת אחריה כל תוצאות משפטיות למי שאינו מקיים אותה. השליח מיופה כח לפעול פעולות משפטיות בשביל שולחיו, אבל בעיקרו של היחס בין המשלח והשליח מונח לא יסוד משפטי, רק יסוד של רעות ועזר וסיוע של איש לאחיו.

בהתאם לזה בנויים גם יחסי הממון שבין השליח והמשלח על יסוד זה של רעות. השליח אינו מקבל שכר על עבודתו, אם לא הותנה בפירושו שיבוא על שכרו.

יותר מכן, עיקר הרעות, המונח ביסודה של השליחות, אינו נותן רשות לשליח לתבוע בדין ממשלחו את תשלומי ההוצאות, שהוציא בשביל עשיית שליחותו, לפי שכל עשיית השליחות עם ההוצאות הכרוכות בזה נעשה על ידו שלא מתוך הכרח, רק ברצון ובשביל להראות טובה לרעהו. אולם אפשר להתנות מראש, שהמשלח יחזיר לשליח את הוצאותיו, ואז, כמובן, השליח יכול לתבוע בדין הוצאות אלו. אם תשלומי ההוצאות לא הותנו מראש, יכול השליח לתבוע הוצאותיו אך כשעור השבח, שהשביח את נכסיו משלחו, וכדין יורד לנכסיו חבירו שלא ברשות (negotiorum gestor)⁵.

שליחות חפשית כזו, הבנויה כלה על יסודות של רעות והכרת טובה, יש בה מגרעת גדולה, כי בה אין המשלח יכול לבטוח שתעשה שליחותו

(4) „פועל יכול לחזור בו, אפילו בחצי היום, מאי טעמא? דכתיב: כי לי בני ישראל עבדים, לא עבדים לעבדים.“ בבא מציעא, דף ע"ו, רמב"ם, פ"ט מהל' שכירות. טח"מ, סי' של"ג. בעתים מאוחרות מוצאים אנו סנדנציה לחזק את ההתחייבות בין הפועל והבעלים. תשובת הריטב" המובאה ב"י שם סי' של"ג.

(5) רמב"ם, פ"ג מהל' שולחין, ח"מ, סי' קכ"ב ושע"ה. תנאי כזה על החזרת ההוצאות, שיוציא השליח, כותבים בהרשאה לשליח לתביעה בדין: „כל המתענית מן דינא עלי הדר“, והרמב"ם מפרש מלים אלו: כל שהוציא בדין עלי לשלמו.

כמו שנחנך על-הרוב בעסקי המשא-ומתן. אולם חסרון זה יוכל להמנות על ידי תנאים נוספים, בהתאם להכלל הנודע: כל תנאי שבממון – קיים.

נפנה עתה אל החקירה הדגמטית בדיני השליחות.

כל אחד מהנושאים והנותנים בלבד, או שניהם יחד יכולים למנות שליח לפעולת העסק. דרך מנוי השליח על פי דיני התלמוד הוא פשוט מאד, ושליח נעשה על ידי אמירה בלבד: לך קנה והקנה בשבילי, וכדומה. מנוי שליח אינו צריך לא עדים ולא קנין לחווק הדבר.⁶

שלוחו של אדם הוא כמותו, ודבר הנעשה על ידי השליח הרי הוא כאילו נעשה על ידי המשלח עצמו. לכן בפעולה משפטית שעל ידי שליח צריך שתהא למשלח הכשרה לעשות פעולה זו, שאילו נעשתה על ידי עצמו, היתה קיימת. ואם לא כן, אנו אומרים: „מי איכא מידי דאנן לא מצינן למיעבד ושלוחא מצי עביד“ אבל השליח ידו כיד משלחו, והרי זה כאילו המשלח עצמו עושה אותה הפעולה. ולכן אין צורך שתהא לשליח הכשרה מיוחדת למקצוע זה, ודי אם יש לו הכשרה כללית לפעולות משפטיות, היינו: אם הוא בן דעת ובן ברית.⁷ ולכן העכו"ם אינו בתורת שליחות, לפי שאינו בן ברית; עבד כנעני שהוא בן-ברית, יכול להעשות שליח.⁸ וכמו כן אשה, ואף נשואה, ישנה בתורת שליחות.

עסק הנגמר על ידי שליח יכול להיות בשני פנים. אפשר, שהשליח עושה את כל מעשיו על פי דעת משלחו, כגון שקונה קרקע ידועה, שהראה לו המשלח. כאן השליח פועל הקנין, אלא שהוא מביע בו לא את דעת עצמו, כי אם דעת מי ששלחו. ידו כיד משלחו ופעולת ידו מצטרפת לדעת משלחו, ומביאה גמירת הקנין.

השליחות יכולה להיות באופן אחר יותר רחב. השליח יכול לפעול גם על פי דעת עצמו, כגון, שהוא בוחר החפץ הנקנה, וכדומה, כאן ידו נחשבת כיד משלחו, וגם דעתו נחשבת כדעת מי ששלחו. שליח יכול אפוא להמנות: לעשיית קנין, שהוא מסומן כבר בכל פרטיו על פי דעת המשלח; או לעשיית קנין בכלל, שיסוים אחר כך בפרטיו על פי דעת השליח עצמו. יש חלוק לדין בין שני אפני השליחות, לענין אם עשה השליח הקנין בסתם ולא אמר לשם מי הוא עושה: באופן הראשון, אם השליח נשלח לקנין זה בפרט, אומרים אנו שעשה הקנין בשם משלחו; באופן השני, אם השליח נעשה לשם קנין בכלל, יכול השליח לומר, שעשה את הקנין בשביל עצמו.⁹

(6) רמב"ם, פ"א מהל' שלוחין ושותפין.

(7) אם ישנו בקצת מצות. רמב"ם, פ"ב מהל' שלוחין.

(8) אבל לא לקנות לאחר מיד רבו, לפי שידו כיד רבו, קדושין כ"ג.

(9) ר"ן, בקדושין, פרק האיש מקרש.

אופן מלוא השליחות על ידי השליח יכול גם כן להיות בשני פנים. השליח יכול לפעול בגלוי, ולהודיע לנושא ונותן עמו בעת עשיית הקנין, כי הוא עושה את מעשיו בתורת שלוחו של אחר.

ויכול הוא לפעול גם מבלי לגלות, כי עושה הוא בתורת שלוחו של אחר.

בין כך ובין כך נחשבת פעולת השליח, כאילו נעשתה על ידי המשלה עצמו, וכל מה שקנה השליח נקנה ישר, בלי כל קנין שני, למי ששלחו.

גם פה ההגיון הישר מראה על חלוקים, שצריכים לבוא בתוצאות אופי פעולת השליח, שעשה בגלוי שליחותו, והשליח שלא גלה אותה.

השליח שהודיע לנושא ונותן עמו, כי פועל הוא בתורת שלוחו של אחר, כל עשייתו היא בשביל משלחו ואין הוא משתתף בעסק כל עיקר, ואם נתבטל העסק מאיזה טעם, גם אם בשביל עוות השליח, אי אפשר לתבוע מהשליח כלום;

כי למשלחו איננו מחויב למלא את שליחותו; ולמי שבא עמו במשא ומתן סלק מעצמו כל אחריות, על ידי זה שהודיע לו, כי פועל הוא בתורת שלוחו של אחר, וכי בעל הדברים בעסק זה לא הוא, אך המשלה.

מה שאין כן, אם לא הודיע השליח לזה שבא עמו במשא ומתן, כי הוא

שלוחו של אחר; בזה קבל השליח על עצמו לפני זה השלישי אחריות בעד קיום העסק הנעשה. זה השלישי יחשב את השליח עצמו לבעל דברים שלו, ואיך שיהיה יתבע ממנו את קיום הנעשה.

באופן כזה צריך העסק להתקיים בכל אופן, ואם המשלה טוען כנגדו,

יהיו הדברים בין השליח והמשלה. השליח יכול לפצות את המשלה ולקיים מה שנעשה בשביל זה ששלחו, או, אם המשלה לא יתרצה לזאת, יקיים את זה בשביל עצמו¹⁰.

השליח יכול לקבל שכר על קיום שליחותו, או לעשותה בחנם. שליח המקבל שכר על שליחותו, הרי הוא כשומר שכר על החפצים, שנמסרו לו בשביל משלחו או על-ידי משלחו. שליח בחנם – דינו, בנוגע לחפצים אלו, כדין שומר חנם¹¹.

פסיקת שכר לשליח על פעולת שליחותו היתה האמצעי היותר טוב לחזק את יחסי השליחות בתור עסק של התקשרות, ולהטיל על השליח חובה לעשות את שליחותו. שליח שמקבל שכר, דינו כשכיר, ועל הדברים שנמסרו לידו, הרי הוא כשומר שכר.

כל החיובים יכולים להיות מועמדים על ידי שליח, בין מצד החייב ובין מצד בעל החוב.

10) בבא בתרא דף קס"ט. רמב"ם פ"ב מהל' שלוחין, הל' ד'. חו"מ סי' קפ"ב.

11) רמב"ם שם. חו"מ סי' קפ"ה.

יוצאים מן הכלל מסירת החובות במעמד שלשתן.⁽¹²⁾ והתחייבות על ידי נדר שבועה וחרם⁽¹³⁾. שאינן יכולין להעשות על ידי שליח. אין השליח יכול לגמור עסק התקשרות ולהעמיד חיובים רק עם אדם אחר ולא עם עצמו. כי אי אפשר שבעסק אחד יהא השליח בא כח הנושא ונותן האחד והוא עצמו יהא הנושא ונותן השני⁽¹⁴⁾.

בזיקין שנעשו על ידי שליח, החיובים היוצאים מהם מוטלים על השליח ולא על המשלח. כי אין שליח לדבר עבירה. ואין אדם אחראי בעד מעשי נזק שעשה חברו. אך אם השליח שעשה הנזק אינו בן-חוב, המשלח חייב⁽¹⁵⁾. יוצא מן הכלל נזק המסירות, שאם שלח אדם שליח שהוחזק על המסירות למסור את חברו, חייב המשלח על הנזק⁽¹⁶⁾.

בדינים על-אודות מלוא השליחות יש כלל אחד, המגביל הרבה את חוג פעולת השליח. השליח צריך לעשות את שליחותו בדיוק, ולא יגרם אף הפסד קל למי ששלחו, לפי שהמשלח יכול לומר לו: "לתקן שלחתיך ולא לעוות", ולבטל את כל פעולת השליחות. ועל כן בקנין הנעשה על ידי שליח, ההונאה המבטלת את הקנין היא כל שהיא, ופחותה משתות מסכום המקח, אף שהונאה כזו אינה מבטלת קנין הנעשה בין הנושאים ונותנים עצמם.

כלל זה בשליחות בכחו להקטין מאד את ערך השליח והשתמשות בו בעסקי המשא ומתן, לפי ששום אדם לא יחפץ לבוא בדברים עם שליח, שכל מעשהו יכול להבטל על-ידי עוות כל שהוא. אולם בזמנים מאוחרים נתקנה מגרעת זו שבשליחות. כתקון החסרון ביפוי כחו של השליח אפשר לראות את הדין המאוחר, שהשליח יכול להתמנות בין לתקון ובין לעוות, ואז יפה כחו ועוות כל שהוא לא יבטל את מעשהו⁽¹⁷⁾.

כפי הנראה, השליחות בין לתקון ובין לעוות נתפשטה ובה נשתמשו הרבה, עד שבאה השערה משפטית (praesumptio), כי סתם שליחות היא בין לתקון ובין לעוות, כל זמן שלא נתברר ההיפך⁽¹⁸⁾.

(12) חו"מ סי' קכ"ו סק"ב.

(13) אופן זה של העמדת חיובים יבואר בחלק שני.

(14) חו"מ סי' קפ"ה סק"ב.

(15) שם סי' קפ"ב סק"א, סי' ת"י סק"ח וסי' תי"ח סק"ח.

(16) ב"י ס"ס שפ"ח בשם תשב"ץ ומהר"ם מרובורג, ר"מא שם סי' קט"ו ועיין ש"ך שם שחלק

על דין זה.

(17) רמב"ם, פ"א, חל' שלוחין, טח"מ, סי' קפ"ב.

(18) דעת הרמ"ה בטור שם.

§ י"ב

זכיה. השליח מקבל יפוי-כח לפעול בשביל המשלח על ידי מנוי שממנה אותו המשלח. אולם יש שאדם רוכש בחברו בתור שלוחו מבלי שנתמנה לזאת. רכישה על ידי שליחות כזו, שבאה בלי מנוי מאת המשלח ובלי דעתו, נקראה זכיה. הנותן לאדם על ידי אחר, שלא נתמנה להיות שלוחו, נקרא מזוכה. והרוכש על-ידי שליח כזה נקרא מזוכה.

ביסודה של שליחות בלי מנוי זו מונח רצון משוער של הזוכה, ששערו חכמים את דעתו לרכוש מה שניתן לו באיזה מן הדרכים המובילים לידי כך. מטעם זה השערת הדעת האמורה והזכיה הבנויה עליה אפשרות רק במקום שהעסק הוא זכות גמורה לרוכש, במקום שאינו נותן שום דבר משלו ועל כן אין לך אדם שדעתו תתנגד לזכיה כזו. הזכיה באה אפוא תמיד בתורת מתנה למזוכה, מבלי שיתן או יתחייב הוא ליתן כנגדה שום דבר. עסק הזכיה נעשה כהקנאת חפץ לזוכה, או כהעמדת חיוב לטובתו בלי תשלומי המחיר, במקום שיש לשער שבדעת הזוכה לקבל מה שניתן לו חנם.

אולם הדעה לרכוש בלבד אינה גומרת, והיא צריכה עוד למעשי חיצוני, לאחד מדרכי הקניה והחיוב. כאן מצטרפת הדעה המשוערה של הזוכה לפעולתו של איש אחר, שאמנם איננו שליח, רק מצד אחר, הוא עושה את מעשיו בתור שלוחו של האדם הזוכה, ומצד שני, דעת האדם הזוכה משוערת, כי חפץ הוא שיעשה איזה איש שלוחו לרכישה זו, ויזכה לו.

מי שזכו לו איזה דבר, יכול לגלות אחר כך את דעתו שאין רצונו בכך, ואז הרכישה בטלה למפרע. אבל אם נתגלתה דעתו שרצונו ברכישה, או אם רק לא נתגלה דעתו, שאין רצונו בה, הזכיה חלה משעת עשייתה.

לפי זה אין צורך בגלוי הדעת של הזוכה בשביל לחזק את הזכיה, והיא חלה גם בלא גלוי דעת זה, וגם אם ימות הזוכה, ולא יספיק לגלות את דעתו כלל, הזכיה שנעשתה בשבילו בעודנו חי, תתקיים. רק גלוי דעת שלילי של הזוכה, שאינו רוצה לזכות, בכחו לבטל למפרע מה שנעשה, כי אין אדם וכה בעל כרחו.

דוגמא לקנין הזכיה על פי דיני ישראל יש גם בדיני רומי, והוא: העסק שעושה negotiorum gestor (יורד או עוסק בנכסי חברו שלא ברשות). אבל יש כאן הבדל עיקרי בין דיני רומי וישראל. negotiorum gestor רוכש לחברו חפץ בתורת שלוחו, מבלי שנתמנה לזאת. אבל מעשיו תלויים ועומדים עד שיבוא אשורו של האדם שרכש בשבילו, ויקיים אותם, ורק אז הם חלים למפרע מעת פעולתם. אבל אם לא בא האשור הזה, אינם חלים לעולם. בזכיה העברית

הרכישה חלה מיד ואינה זקוקה לשום אשור, אך גלוי הדעת שלילי של הזוכה; שאין רצונו בה; עוקר ומבטל אותה למפרע¹. בעסק על ידי זכיה לאחר משתתפים שלשה: המזכה, הזוכה לאחר וזה שזוכים בשבילו.

ההכשרה המשפטית של המזכה היא כמו של המקנה או של המתחייב בכלל. הזוכה בשביל אחר פועל כשליח, מבלי שנתמנה לזאת, ועל כן צריך שיהא מוכשר על פי דין להעשות שליח למעשה כזה. קלה מזו היא ההכשרה הדרושה לאדם שזוכים בשבילו; הוא אינו משתתף בשום פעולה במה שנעשה בשבילו, וגם דעתו אינה מתגלית בפועל, רק ששערו חכמים שהדעת לרכוש ישנה אצל כל אדם בענין של זכות כזו. ועל כן אין צורך שיהא זה הזוכה מוכשר לפעולת הרכישה ובן דעת, וכשם שזוכים לאדם שלא בפניו ושלא מדעתו, כך זוכים למי שחסרה הדעת הצריכה לכך².

הזכיה מיוסדת על הרצון המשוער של מי שזוכים בשבילו, ומטעם זה אפשרית הזכיה רק במקום שיש זכות ברורה. לזכות גמורה לכל אדם נחשבת קנייה בלי תשלומי מחיר, כגון זכיה מן ההפקר. קבלת מתנה, וכדומה. במקום שעם הזכיה באה גם חובה, שמקבל על עצמו הזוכה בתורת תשלומי המחיר, אנו אומרים "אין חבין לאדם שלא בפניו", והזכיה לו שעל ידי אחר אינה רוכשת לו³.

(1) כי אין קנין הזכיה זקוק לאשור הזוכה; נראה ברור מזה, שגם השוטה יכול לרכוש על ידי זכיה אחר בשבילו. רמב"ם, פ"ד מזכיה, הל' ז'.

(2) רמב"ם, שם. טוח"מ סי' רמ"ג, ס"ק כ"ב.

(3) ענין הזכות מתגלה בזכיה באופי הכללי של רכישה כזו שזכות היא לכל אדם. בתור יוצא מן הכלל מיצאים אנו בתלמוד ענין זכיה במקום שהזכות היא תלויה בתנאי המיוחדים של פרט זה ולא באופן הכללי. מסירת גט לאשה נחשבת כחוב לה, אבל במקום שיש יבם שתוכל להזקק לו, או במקום קטטה — זכות היא לה. יבמות, דף ק"ה.

הדעה הישרה אומרת, כי במכירה, שיש בה תשלום מחיר, החפץ הנקנה, לא שייך קנין זכיה על ידי אחר.

אולם, כנראה, שיטה אחרת בזה לרמב"ם ז"ל, בפרק ל' מהל' מכירה, הל' א' וזה לשונו: "המוכר שמכר קרקע או מטלטלין וזכה בהן ללוקח שלא מדעתו, יד הלוקח על העליונה, ואם רצה ליקח — אין המוכר יכול לחזור בו, ואם רצה — תחזור לבעליה".

אם נזכור, כי בכל קנין הזכיה יד הזוכה על העליונה ואם רצה הזוכה אין המזכה יכול לחזור בו ואם לא רצה — תחזור לבעליה, ואם נזכה את דברי הרמב"ם כאן עם דבריו בפרק רביעי מהל' זכיה, הל' ב', נראה, כי הוא דן דין זכיה גם במכירה.

אופן הקנין על ידי זכיה במכירה מתמיה, כי במכירה יבא עם הקנין גם החוב של תשלום המחיר, וזוהי הלא אין חבין לאדם שלא בפניו.

בהסברת דברי הרמב"ם אלה אפשר לאמר, כי לפי דעתו, גמירת הקנין ביחס אל הקונה אינן תלויות זו בזו. הקנין יכול להחשב כמחלט ונגמר ביחס אל המקנה טרם יקנה הקונה.

במוסד הזכיה אנו רואים צד מיוחד של הגדרת ערך הקנין במשפט העברי. הקנין בדינינו על פי תכנון יש בו יחס רצוני, דעה לקנות, המתגלית באחד מדרכי הקניה הקבועים בדין, והרוכשת כל מה שמוכשר להיות נקנה. מטעם זה יכול הקנין בחפץ להפקע על ידי גלוי דעת פשוט, ועל ידי הבעת רצון הבעלים לבטל היחס בינם ובין החפץ, כמו על ידי הפקר או יאוש. בקנין הזכיה ברור הוא שיש הרצון לקנות, שהוא יסוד כל קנין, לפי שרכישה זו זכות גמורה היא. ולכן הצד המעשי של הקנין, רכישת החפץ בפועל, אינו מעכב כל כך ויכול הוא להעשות על ידי אחר, גם אם אינו שליח.

§ י"ג

אישיות משפטית. נושא המשפט בעניני המשא ומתן ובעסקי האדם יכול להיות לא רק האיש הפרטי, היחיד. דרישות החיים מצריכות לפרקים את בני האדם להשיג בכחות מאוחדים איוו מטרה כללית, היחידים מתאחדים לחבורה אחת, שהיא קיימת ופועלת כאישיות מיוחדת, וחבריה היחידים בטלים בה. חברת אנשים כזו (corporatio) נחשבת בדין כאישיות משפטית, כלומר יש לה בעניני הממון אותה ההכשרה לפעול ואותן הזכויות, שיש לאדם פרטי. לפרקים בני אדם משיגים את המטרות הכלליות בדרך אחרת: על ידי יצירת מוסדות שלמים, כלומר, על ידי הקדשת וקביעת נכסים ידועים, שיעמדו וישמשו לאיוו מטרה ויעזרו להשגתה, כמו יסוד בית חולים, בית ספרים, וכדומה. גם למוסדות כאלה נותנים הדינים זכויות של אישיות משפטית.

דיני התלמוד אינם מכירים את האישיות המשפטית של החברות והמוסדות, והם חושבים רק את האדם, בתור פרט בודד או בשתוף עם אחרים, לנושא המשפט. הכלל נחשב בדיני הממונות של התלמוד כקבוץ של יחידים, ולא כאישיות בפני עצמה, ועסקי הכלל הם כעסקים משותפים של חבריו הפרטיים. מכל מקום אנו מוצאים עוד בדיני התלמוד מעין חברות ומוסדות, שיש להם במקצת ערך אישיות משפטית, אף שהתלמוד מתחשב תמיד עם הנושא המעשי שלהם, את האנשים החיים העומדים מאחריהם, ואשר את צרכיהם הם ממלאים. בתקופות מאוחרות נבדלו חברות

מטעם זה, בנכיה לקונה שלא בפניו בקנין של מכירה הזכות מסייעה לענין שהקנין יחול ויחליט לגבי המקנה, מבלי שתבוא בשעה זו חלות הקנין והחייבים הכליכים בה לגבי הקונה. דוגמא של גמירת הקנין לגבי המקנה טרם חלותו לגבי הקונה מוצאים אנו עוד בדין מכירת עכו"ם בכסף לפני כתיבת השטר. ברמב"ם פ"א מהל' זכיה, הל' י"ד ובהוה"מ סי' קצ"ד.

ומוסדות אלה מן האנשים הפרטיים, שלצרכיהם נבראו, וקבלו פנים של אישיות משפטית.

נפנה אל סקירה דגמתית קלה בדינים השייכים לעניננו. א. הקדש. את ההקדש נוכל לחשב על פי דיני הגמרא, כמוסד קבוע לספק את צרכי בית המקדש ועבודת הקרבנות בו; נכסי ההקדש, הנועדים למטרה זו, יש להם במדה ידועה דין אישיות משפטית מיוחדת (pia causa). לבא כחו של ההקדש יחשב הגזבר, אשר נכסי ההקדש עומדים ברשותו⁽¹⁾; הוא מפקח עליהם, קונה ומוכר את הראויים להמכר, והוא מוכשר לתבוע ולעמוד בדין בשם ההקדש⁽²⁾. בכל זאת אין אנו יכולים לראות את ההקדש כאישיות משפטית לכל דיניה. כי ראשית, נכסי ההקדש אינם רק כמוסד הנקבע לשמש למטרה ידועה, אלא שהם קנויים לבעלים מיוחדים, והם האישיות האלהית, הנקראת בדיני ההקדש בתלמוד בשם "גבוה" "שמים". שנית, נכסי ההקדש עומדים הם במדה מרובה מחוץ לחוג פעולת דיני הממונות, וקשה לחשב את מוסד ההקדש כאישיות משפטית במקצוע דינים אלה. כל נכסי ההקדש, משעה שנקנו לגבוה, נבדלים הם הבדל עיקרי מנכסי הדיוט ועומדים הם, כדברים האסורים בהנאה, מחוץ לעניני המשא ומתן (extra commercium). וגם בפרטים המעטים, שעסקי המשא ומתן אפשריים בנכסי הקדש, דיני ההקדש שונים הם בעיקרם מדיני ההדיוט. לדוגמא אראה כאן על דינים אחדים: אין דין הונאה בהקדש, והקדש שוה מנה שחיללו על שוה פרוטה מחולל⁽³⁾; כשבונים דבר של הקדש, בונים מן החול ואחר כך מקדישים⁽⁴⁾. מדוגמאות אלה נוכל ללמוד, כי יחוסי המשא ומתן של ההקדש הם שונים ומוגבלים, וכי קשה לדבר על אישיות משפטית של ההקדש. ב. בני העיר והקהל. העיר נחשבת תמיד כאישיות משפטית בפני עצמה, לפי שלפלל הדר בה, יש ענינים וצרכים משותפים ועסקים כלליים.

דיני התלמוד ידברו על הרוב על אודות "בני העיר". העיר עצמה אינה נחשבת על פיהם כאישיות משפטית, אלא שכל בני העיר כשותפים הם בכל החפצים העומדים לצרכיהם ובכל העסקים של הכלל⁽⁵⁾. הבעלים של חפצי העיר לא הכלל כלו הם, רק אותם היחידים, שלהם קנויה הנאת חפצים אלה. משום זה מבדילים דיני התלמוד בין חפצי הרבים הנמצאים בעיר, שהם

(1) חגיגה, דף י"א.

(2) בבא מציעא, דף נ"ח.

(3) שם, דף נ"ז.

(4) רמב"ם, הל' מעילה, פרק ח'.

(5) נדרים, דף מ"ה, ע"א. ושניהם (הנודר והמודר) אסורים בשל אותה העיר.

נועדים לתשמיש בני עיר זו בלבד, הם ונחשבים כקנינם המשותף, ובין חפצי הרבים, הנמצאים בכרך, שהם נועדים לתשמישם של בני עיירות רבות, ואין בני הכרך יכולים להחשב כבעליהם⁶. כבאי כחם של בני העיר, המורשים לפקח על עניני הכלל, נחשבים שבעה טובי העיר, שהרשות נתונה להם לקנות ולמכור לצרכי העיר, ולנהל את עסקיה. אולם יפוי כחם של שבעה טובי העיר, הפועלים בתור שלוהיהם של בני העיר, מוגבל הוא, ועסקים מעסקי העיר צריכים להעשות על ידי בני העיר עצמם, היינו על ידי שבעה טובי העיר במעמד אנשי העיר⁷.

בתקופת התלמוד לא נחשבו בני העיר אפוא כאישיות מיוחדת בת הכשרה משפטית לעצמה, ובדין נראו כשותפים בקנין החפצים הנועדים לתשמישם הכללי. על הקהל בתור אורגניזציה שלמה ויחידה לא נדבר עוד בתקופה זו. בתקופות מאוחרות גדל בדינינו ערך בני העיר ושאר החברות (corporationes) בתור יחידיות משפטיות בפני עצמן, שיש להן ערך האישיות המשפטית כמעט במלואה. כאן אנו נפגשים עם מחזה חשוב מאד בדברי ימינו, עם הופעת הקהילות בתור גורם ראשי בחיים הציבוריים של העם. בימי הביניים אבדו, כנראה, לבתי הדינים בישראל התוקף ויפוי הכח שהיה להם בימי חכמי הגמרא, והקהל, היינו "בני העיר" הקודמים, שנראו עתה במקציע הדינים ובחיים החברתיים כקהלה אחת, תפס מקום חשוב בחיי העם, והיה מתקן תקנות וממלא תפקידים שונים, שלפני זה היה ממלאים אותם בתי הדינים בפני עצמם. מובן מאליו, כי הקהל היה עושה גם עתה את מעשיו בהתאם לדעת החכמים והרבנים, בכל זאת חשובה מאד היא העובדה, כי כל זה היה נעשה בשם הקהל. "בני העיר", שהגמרא מדברת מהם, חדלו להיות קבוץ של יחידים בעלי ענינים משותפים, ונעשו אז לחטיבה אחת אורגנית. לגהלה שלמה ויחידה בכלליותה, וכל מה שגדל ערכן החברותי של הקהלות השונות וה"חברות" הקיימות בהן, רבתה גם הכשרתן המשפטית, ונשתכללו אפני הנהלתן על ידי מנהיגיהן.

בתקופות אלו נשתנו בעיקר הדינים על אודות הקהל (בני העיר) ויחס היחיד אליו. היחיד פסק להיות נחשב כשותף בעניני הקהל, ועסקי הכלל נבדלו מעסקי הפרט. לדוגמא אראה כאן קצת דינים השייכים לימי הביניים, שבהם נתגלתה ההשקפה החדשה על הקהל:

היחיד צריך להיות נשמע לכל תקנות הקהל, ואינו יכול, כמו השותף בענינים המשותפים, לערער עליהן ולבטל אותן⁸. כמו כן בבטול איזו הסכמת

6 מגילה, פרק בני העיר.

7 שם.

8 הרא"ש, הובא בסמ"ע, חו"מ, סי' קנ"ו, סק"ו.

הקהל לא יוכל היחיד למחות, אלא הולכים אחר רוב מנהיגי הקהלה⁹.

מדינא דגמרא אין בן העיר יכול להיות עד בעסקי העיר, לפי שהוא שותף בהם. בימי הבינים בטל דין זה, וכל אדם יכול להעיד בעסקי הקהלה שהוא שייך אליה¹⁰.

כמו כן בהנהגת עניני הקהל נדחתה ההשקפה העתיקה על אודות השותפות של בני העיר, והדינים נתנו לקהל ערך היחיד בפני עצמו והאישיות המשפטית¹¹. כאורגנים של הקהלה נחשבו מנהיגי הקהל, שהכשרתם לפעול בשם הקהלה גדלה והתרחבה מהכשרתם של שבעה טובי העיר בזמנים הקודמים, ולמנהיגים נתנה עתה הרשות לעשות כל דבר בשם הקהל גם בלי מעמד אנשי העיר¹².

ג. חברות של צדקה. נתינת הצדקה היתה מרובה בקרב בני עמנו עוד מעתים קדומות, ובכל המקומות היו זריזים וזהירים לתמוך בידי אלה הצריכים לעזר, עד שהעיד הרמב"ם ז"ל: מעולם לא ראינו ולא שמענו בקהל מישראל, שאין להם קופה של צדקה¹³. כבר בימי המשנה והגמרא היתה הצדקה נעשית בקביעות ובסדר וגבאים היו ממונים, שהרשות היתה נתונה להם לגבות כסף מאנשים פרטיים, ולחלק למי שזקוק לעזר ותמיכה. בכל זאת לא התגלמה עוד פעולות הצדקה בתקופות קדומות אלו במוסדות קבועים וקיימים למטרות של צדקה, ובשביל לספק את צרכי הכלל ומחסורי העניים.

הסדר המשפטי של פעולת הצדקה בתקופת התלמוד כך היה: בראש פעולת הצדקה עומדים הגבאים, שהם מפקחים על גביית הכספים ושוי הכסף. הנועדים לדברים שבצדקה, ועל סדר חלוקתם. המטרה של הצדקה, שבשבילה נועדים הדברים, קבועים או המנדבים, או הגבאים, אם לא קבעו המנדבים עצמם. כבעלים של הדברים המוקדשים לצרכי הצדקה נחשבים העניים עצמם, שיש להם קנין בכל מה שנדבו ויעדו בשבילם. הבעלים הם אפוא כאן, כמו אצל "בני העיר" אותם האנשים, שלהם זכות ההשתמשות בחפצים וההנאה מהם. הגבאים נחשבים כשלוחיהם של העניים לזכות ולקנות בשבילם¹⁴. אבל אין גבאי הצדקה מורשים לתבוע ולעמוד בדין בתור באי חכם של העניים, כל עוד שלא הוברר, מי הם האנשים העניים שזכו בפועל

9) הרשב"ץ, הובא בנתיב יוסף וש"ך יו"ד, סי' רנ"ה, ס"ק פ"ט.

10) הרא"ש והרשב"א בטח"מ, סי' ל"ה, ס"ק י"ב. בית יוסף, שם, ס"ק י"ד.

11) חו"מ, סי' קמ"ט, ס"ק ל"א.

12) חו"מ שם ובנתיבות; ש"ך ביו"ד שם.

13) רמב"ם, הל' מתנות עניים, פ"ט, הל' ג'.

14) בבא קמא, דף ל"ו; אגן יד עניים אגן.

בחפצי הצדקה, ומה הוא החלק השייך לכל אחד מהם. ועל כן כסף הצדקה נחשב כממון שאין לו תובעים¹⁵.

בתקופות מאוחרות נשתכללו לפני הנהגת מעשי הצדקה ונסדרו "חברות" שונות, שהן ולא העניים נחשבו כבעלי חפצי הצדקה, ולהן נתן יפוי הכח של אישיות משפטית. ועם זה נשתכללה האורגניזציה הפנימית של החברות, וגבאיהן קבלו כל הזכויות הדרושות למנהיגים וגזברים, וגם את הרשות לתבוע ולעמוד בדין בשם החברה. מענינת מאד בנידון זה היא תשובה אחת של הרשב"א שבה אנו מוצאים, בנגוד לדינים מתקופות הקודמות, קונסטרוקציה שלמה של אישיות משפטית שיש לה ל"חבורה"¹⁶.

כסימן מיוחד המורה על הרחבת זכויותיהן של החברות ביני הממונות, נחשבה מניית הגזברים, שהם נבדלים בעיקרם מגבאי הצדקה של דיני הגמרא, ויש להם יפוי כח לפעול בכל עסקי הממון בשם החברה¹⁷.

כמוסד קיים בתור אישיות משפטית נזכרת עוד בספרות של התקופות המאוחרות "קרן קיימת", והוא סכום כסף מוקדש לעולמים, ונועד לכך שהריוח הבא ממנו ישמש למטרה של צדקה¹⁸.

כה התפתחו לאט בקרבנו החיים החברתיים, ובהתאם לצרכי השעה אשרה תורת המשפטים את כחן של הקהלות וה"חברות" והמוסדות הקיימים בהן, ועזרה לקיומן ולשכלולן¹⁹.

15) שם, דף צ"ג. טח"מ, סי' ש"א, וסי' קמ"ט, ס"ק ל"ט.

16) תשובת הרשב"א המובאה בבית יוסף, סי' קמ"ט, ס"ק ל"ז ובנתיבות שם.

17) חו"מ, שם, ס"ק ל"א.

18) על דבר תכונתה המשפטית של ה"קרן קיימת" עיין בש"ת כנסת הגדולה יו"ד, סי' רנ"ג.

19) צריך אני להעיר עוד כאן על אודות סוג אחד של אישיות משפטית שיש בדיני רומא, והיא הירושה המונחת טרם זכו בה היורשים, שעל פי דין נתנה לה הכשרה משפטית, כמו לאישיות מיוחדת (Hereditas Jacens).

על פי דינינו אין ירושה מונחת בלי בעלים, כי מיד אחרין מיתת המוריש זכו היורשים בירושה. וגם אם היורש הוא עובר, שבכלל אין לו דין קניה וזכיה, זוכה הוא מיד בירושה הבאה מאליה. בבא בתרא, דף קמ"ב ע"ב, תוס', דבורן המתחיל, "והלכתא", ורא"ש, יבמות, דף ס"ז.

פרק שלישי

יסוד הדעת בעסקים משפטיים.

§ י"ד

מושג הדעת. כל עסק שבני אדם עושים לשם העמדת יחסים משפטיים ביניהם או לשם העברת דברים שוי כסף מזה לזה, הרי הוא עסק משפטי. שני דברים דרושים בשביל קיומם של העסקים המשפטיים: מעשה קבוע על פי דין בתור דרך קניה וחיוב והשתתפות דעתם ורצונם של הנושאים ונותנים, היינו ידיעתם את ערך פעולתם וגמירת דעתם והחלטתם עליה ועל כל תוצאותיה.

הצד הסוביקטיבי של העסק נקרא בתלמוד בשם "דעת" ראוי לשים לב, כי תורת המשפטים הרומית ושל ימינו מכנה תמיד את הצד הסוביקטיבי של הפעולות המשפטיות בשם "רצון". אבל התלמוד מטעים במקומות רבים, כי בשביל קיום הפעולות המשפטיות אין צורך שתעשינה מרצון, אלא מדעת.

השם רצון בעברית מורה על נטית הלב ועל כן הוא יסוד פסיכולוגי והוא מוטל תמיד בספק ועמוק יותר מדי בשביל להיות קריטריון לפעולות משפטיות. מעטית הן הפעולות שעושה האדם ברצון, והרבה יותר מזה עושה הוא מה שעושה בהכרח; ואם נאמר שהפעולות המשפטיות צריכות להעשות מרצון, נשלול מרובן את הערך אשר להן. כיצד? אדם מוכר את ביתו או ממשכן את הגלימא שעל כתפיו, כלום מרצון הוא עושה? וכי אפשר לאמר, כיון שעושה מתוך הכרח לא עשה ולא כלום? דרישת השתתפות הרצון בפעולות המשפטיות צריכה אפוא להתבאר במובן מוגבל, כי פעולות אלה צריכות להעשות עם החלטת האדם עליהן.

ולכן התלמוד תופס כלל זה, כי לא הרצון עקר לקיום הפעולה המשפטית. כגון הקניין, רק הדעת, זאת אומרת, הכרה ברורה של הדבר הנעשה והחלטתו וגמירת הדעת לעשות. ואין מבחינים מה הביא לידי החלטתו וגמירת דעת זו: נטית הרצון, חשבונות פרטיים, ההכרח או גם אונס הבא מן החוץ, ובלבד שייגמור האדם בדעתו לפעול פעולה זו, ומטעם זה דינינו מדברים לפעמים גם על דבר רצון מעושה הבא על ידי כפייה⁽¹⁾.

(1) כופין אותו עד שיאמר רוצה אני. ב"ב מ"ח.

על פי דיני ישראל צריכה השתתפות דעת הנושאים ונותנים בעסק לדברים אלו:

I. שהנושאים ונותנים יהיו בני דעה היינו, שיהיה להם הכשרון לדעת ולהכיר את ערך הנעשה⁽²⁾.

II. שהעסק יעשה עם גמירת הדעת עליו היינו: שידעו ויכירו הנושאים ונותנים את הפעולה הנעשית ויחליטו לעשותה.

III. שהעסק יעשה עם סמיכת הדעת עליו היינו: שתסמוך דעת הנושאים ונותנים על מעשיהם, ויהיו מובטחים שתחול פעולתם ותגמור בפועל ועל פי דין את העסק הנעשה⁽³⁾.

גמירת הדעת וסמיכת הדעת הם היסודות הכלליים של הדעת, שצריכים להיות בכל עסק. נוסף על אלה, דעת הנושאים ונותנים יכולה להתגלות בתנאים שונים, אם ירצו לתלות את גמירת העסק בדברים צדדיים על פי אפני הבעת הדעת הקבועים בדין בשביל מקרים אלה, כמו גלוי דעת, תנאי ועוד, כאשר יתבאר להלן.

§ ט"ז

גמירת דעת. גמירת דעת הנושאים ונותנים היא עיקר מחליט בעסק המשא ומתן. על פי תכנה גמירת הדעת היא הפונה לפעול את הפעולה הנעשית והחלטה על התוצאות המשפטיות הכרוכות בה.

א. כונת הדעת היא שתתאים הכרת העושה עם הפעולה הנעשית, זאת אומרת, שידע העושה ויכיר את פעולתו ואת תוצאותיה, התאמת הכרת הנושאים ונותנים לפעולה צריכה להיות כזו, שידעו ויכוננו לקנות ולהקנות ולהעמיד את החיובים. אבל אם חסרה כונה זו, אין העסק נגמר⁽¹⁾.

חסרה התאמה בין הכרת הנושאים ונותנים ובין הפעולה הנעשית, הרי כאן טעות במעשיהם; ואם באה הטעות על ידי הערמת אחד הנושאים ונותנים על חברו — יש כאן הונאה בעסק. הטעות וההונאה דורשות לפרקים תקון העסק, ולפרקים מביאות לידי בטולו כל-עיקר כאשר ידובר מזה להלן.

ב. החלטת הדעת על הפעולה המשפטית, יש שתבא מרצון הפשי, ויש שתבוא על ידי כפייה, הנובעת ממצב האדם עצמו (אונס עצמו) או מגרמת אחרים ומעשיהם (אונס אחרים). על פי הכלל המקובל בדינינו, פעולה הנעשית על ידי כפייה נחשבת למספקת בשביל גמירת עסק, אם אך יש מקום לדון ולאמר, כי בשעת פעולה זו גמרה והוחלטה עליה הדעת.

(2) עיין לעיל, § י.

(1) עודר בנכסי הגר וכסבור שלו — לא קנה; עודר בנכסי גר זה וכסבור של אחר — קנה

במנות, דף נ"ב, טח"מ, סי' ער"ה, סעיף י"ז.

גמירת-דעתו של הקונה או הרוכש מתגלית בפעולה, שהוא עושה. גמירת-דעת המקנה מתגלית בהשתתפותו בקנין בפועל, כמו בקבלת הכסף, החליפין והסודר ובאמירה: לך, חווקי, משוך וקנה. והיא מתגלית גם על ידי מעשים מוכיחים (*facta concludentia*) כמו שתיקת המקנה בשעה שהקנין נעשה בפניו. משעה שכלתה פעולת דרך הקנין והחיוב, אומרים אנו, שנגמרה בהחלט דעת הנושאים ונותנים, ואין אחד מהם יכול לחזור בו. אולם לפי הכלל התלמודי הידוע: "תוך כדי דבור כדבור דמי" – אם חזר בו אחד מהנושאים ונותנים בתוך כדי דבור מעשיה זו, הרי אין כאן גמירת-דעתו ואין העסק מחלט. יוצא מן הכלל הוא קנין הסודר, שבו רגע גמירת-הדעת בא לא עם גמירת פעולת הקנין, אלא בעת הפסקת הענין בין הנושאים ונותנים, וכל זמן שהם עסוקים באותו ענין – כל אחד מהם יכול לחזור בו⁽²⁾. טעמו של דבר נבאר להלן⁽³⁾. כי שונה הוא קנין-הסודר, לפי שהוא קנין מלאכותי, הנעשה לא בגוף החפץ הנקנה ולא עם נתינת שווי, ועוד שהוא בא על-הרוב לא בקנית החפצים, אך בתור קבלת-קנין על התחייבות.

חסרון גמירת-דעת הנושאים ונותנים מעכב את גמירת העסקים; בסימנים הבאים נשים עיוננו בעכובים הבאים מפאת חסרון זה:

§ ט"ז

אונס. טרם נבוא אל החקירה הדגמתית בכללי דיני אונס, נברר את גדר האונס. בשם "אונס" תקרא הכפיה, שאדם כופה את חברו לפעול איזו פעולה המתנגדת לרצונו, ובמובן זה משתמשים גם בפועל "אנס", מלת "אונס" מציינת גם כן מקרה, היינו סבה שאינה בידי אדם, המעכבת את פעולתו, או שהיא משנה פעולה זו (*vis major*)⁽¹⁾. האונס או הסבה שאינה בידי אדם (*vis major*) אם היא כללית ולא באה מחמת האיש החייב, נקראת בתלמוד ובפוסקים בשם מכת מדינה, ונפסקה ההלכה שאין אדם מתחייב על כל מה שגרמה והפסידה. הטרמינולוגיה של התלמוד אינה מבדלת בין אונס הגוף, אונס ממון או אונס הנפש ומציינת במלת "אונס" מקרה הטבע וכפיה הבאה מן החוץ;

(2) רמב"ם, פ"ה מהל' מכירה, הל' י"י, טח"מ סי' קצ"ה.

(3) עיין להלן § מ"ג.

(1) במובן *vis major* באו בתלמוד המבטאים: נאנס ולא בא; אונס רחמנא פטריה. מעניין כי גם האונס שע"י מצב האדם עצמו נקרא בתלמוד בשם אונס עצמו. נבא בתרא, דף מ"ז, ע"ב: ודלמא שאני אונסא דנפשיה מאונסא דאחריני. הטרמין "מכת מדינה" במובן *vis major* הובא במשנה ב"ק דף קט"ו, ב"מ ק"ג ע"ב. רמב"ם פ"ט מהל' גולה ופ"ח מהל' שכירות. טח"מ סי' שכ"א וסי' שע"א. הפוסקים משתמשים עוד בטרמין "מכה בידי שמים" במובן *vis major*, כאשר נבאר בח"ב.

כשהם מכריחים את האדם לפעול כנגד רצונו. הערך המשפטי של האונס מתגלה, כפי שהוא נראה מצד הסוביקטיבי של הנאנס, ככפיה הבאה מן החוץ; השנויים האוביקטיביים של אפני האונס, אם בא במקרה הטבע או נגרם בכונה על ידי איש אחר, אינם לא מעלים ולא מורידים בערך האונס.

את האונס אפשר להגדיר לפי זה ככפיה הבאה מן החוץ בכלל. הכפיה הבאה מן החוץ יכולה לבוא באופן בלתי אמצעי על הפעולה המשפטית (*vis absoluta*) ופעולה כזו, הנעשית באונס ובלי גמירת הדעת, אינה ולא כלום. אבל אפשר לה לכפיה מן החוץ שתשפיע באופן אמצעי על הפעולה המשפטית, כלומר שמחמת הכפיה האדם גומר בדעתו לעשות, מה שלא היה עושה בלא כפיה זו. וכאן הפעולה נעשית עם גמירת הדעת ומשום זה יש להנעשה ערך משפטי, אף על פי שגמירת דעת זו באה על ידי אונס.

יוצא לנו כלל כזה: פעולה הנעשית באונס – בטלה; והנעשית מחמת אונס – קיימת.

אחרי אשר קבענו את הכלל היסודי בדיני אונס, נשים עין בפרטי הלכותיו.

עסק הנעשה באונס באופן בלתי אמצעי, כגון אם חטף הקונה את החפץ ונתן את דמיו, בטל. באופן זה הקונה נקרא חמסן וחייב הוא להחזיר את החפץ שלקח. כגולן⁽²⁾.

עסק הנעשה מחמת אונס, כלומר, אם נאנס האדם עד שהקנה, הרי עסק זה קיים⁽³⁾. בשביל קיום הקנין מחמת אונס טעון דברים אלה: I. שלא יהיה האונס בפעולת דרך הקניה עצמה. II. שפעולת הקניה לא תביא הפסד לנאנס. ושווי החפץ ישתלם במלואו. III. שיהא מקום לומר שגמר הנאנס בדעתו להקנות, כגון אם אומר הוא מחמת אונס רוצה אני, או שהוא שותק. בשעה שיש בעסק מחמת אונס שלשת התנאים האמורים, יש אומדנא דמוכח, שמחמת האונס ובשביל קבלת המעות הוא גומר ומקנה; אבל בהעדר אחד מתנאים אלה, אין אומדן הדעת כזה.

נברר את שלשת הכללים האלה.

I. העסק נגמר כשהאונס מתגלה בדבר אחר ולא בפעולת דרך הקניה עצמה, לפי שאם בא האונס בפעולה זו עצמה, אין כאן אומדנא על גמירת דעתו של הנאנס⁽⁴⁾.

דיני ישראל נותנים כאן ערך רב ליחס שבין האונס ובין פעולת דרך

(2) בבא קמא, פרק הכונס, דף ס"ב, ופי' הגיזול בתרא. רמב"ם, פ"א מהל' גזלה, הל' ט', ובהשגות הראב"ד ובמגיד משנה, שם.

(3) בבא בתרא, מ"ו. ר"מ, פרק י' מהל' מכירה.

(4) בית יוסף, בטח"מ, סי' ר"ה, סק"ד, בשם הרמב"ן והריב"ש.

הקניה; ויותר שהאונס מתרחק מפעולת הנאנס עצמה; יותר תופס הקנין. ולפיכך פעולת הקנין מעושה היינו, שהיא עצמה נעשתה באונס, אינה ולא כלום; קנין הנעשה מחמת אונס בדבר אחר, כלומר שכפו אותו בדבר אחר עד שאמר רוצה אני, קיים הוא במקום שיש תשלומים בלבד; קנין הנעשה להפטר מאונס, כגון אם אנסו את המקנה סתם, מבלי לתבוע ממנו את פעולת הקנין, והלך הוא מעצמו ועשה את הקנין להפטר מאונסו, קיים הוא אף במקום שאין שם תשלומים.⁽⁵⁾

II. קנין מחמת אונס קיים בזמן שאינו מביא הפסד למקנה, ושהוא מקבל תשלומי החפץ במלואם. אבל אם היתה הכפיה גם בתשלומי דמי החפץ, כגון אם שלם פחות משווי, אין הקנין קיים⁽⁶⁾. וכן אין קנין מחמת אונס קיים במתנה ובמחילה, ששם אין המקנה מקבל שום תשלום במחיר הקנתו⁽⁷⁾. כל עסקי המשא ומתן הם לענין אונס על שני סוגים: העסקים הדומים למכירה, שבהם יש תשלומים לדברים העוברים ונמסרים מרשות לרשות, והם קיימים אף אם נעשו על ידי אונס; ועסקים שאין בהם תשלומים, שהם בטלים אם נעשו באונס. לדוגמא, עסק של פשרה בדין שבין תובע ונתבע שנעשה על ידי אונס, אם היה ספק בדבר מי יזכה הרי הוא כמכירה, מפני שכל אחד מקבל על ידו וותורו של חברו; אבל אם ברור היה שיזכה האחד ונאנס להתפשר, הרי זו כמתנה הבטלה מחמת אונס⁽⁸⁾.

וכן התחייבות על ידי הודאה בדבר שאינו חייב בו, הרי היא כמתנה לענין אונס⁽⁹⁾.

III. טעמו של קנין מחמת אונס, שאומדים אנו את דעת המקנה, שמחמת האונס ובשביל התשלומים היא נגמרת ומסכמת על קנין זה. אומד דעת זה אינו צריך לסימנים היצוניים מיוחדים, שיורו על הסכמת המקנה על הקנין, ודי אם שתק ולא מחה נגד הנעשה⁽¹⁰⁾. אבל אם גלה המקנה את דעתו, שלא גמר על הקנין שמחמת אונס, אין קנין זה קיים. עד כאן דברנו באונס המקנה בלבד, לפי שהקנין מחמת אונס קיים, רק

(5) עיין להלן, הערה 7.

(6) טח"מ, שם, סק"א.

(7) חו"מ, סי' רמ"ב: תלוהו ויחייב — לא הוי מתנה. אולם זה דוקא אם אנסוהו בפירושו לתת מתנה; אבל אם אנסו סתם ונתן לו מתנה בשביל להפטר מהאונס — הוי מתנה. עיין בנתיבות המשפט, שם, סי' ר"ה, סק"ח, בשם הב"י ומהרח"ש.

(8) רמב"ם פ"י מהל' מכירה ותשובת הרשב"א הובאה בב"י שם סי' ר"ה סקט"ז.

(9) ב"י שם בשם הרשב"א.

(10) קנין מחמת אונס קיים משום זה בין אם הקנה בשדה זה, שהראה לו המאנס, ובין בשדה סתם, שבחר בו המקנה עצמו להקנתו למאנס; בין מנה המקנה המעות, בין לא מנה אותן, כמבואר בפוסקים במקומות המובאים.

אם נאנס המקנה או המתחייב. אבל אם נאנס הקונה, אין הקנין קיים, לפי שאמדו חכמים את הדעת, שמחמת האונס האדם גומר ומקנה ולא גומר וקונה⁽¹¹⁾. אם נעיין בצד המעשי, השמושי שיש לדיני האונס, נמצא בהם מגרעות אחדות מנקודת ראות הכרת המשפט וצרכי החיים. כי בעסק הנעשה מחמת אונס יש סתירה בין הפעולה הגלויה, ובין הדעה החפשית, המתנגדת לה, ודיני האונס מאשרים את הפעולה הנעשה ומניחים אומדנא, כי הדעת הסכימה לה.

אולם הערך המעשי של קיום עסק מחמת אונס לא רב הוא, לפי שחוג פעולת דין זה מוגבל הוא מאד. הקנין קיים באונס המקנה ולא באונס הקונה. אינו קיים רק במקום שניתנו תשלומי החפץ, ושהתשלומים אינם פחותים משווי החפץ, ובזמן שיש אומדנא שגמרה דעת המלכנה להקנות. כל זה משפיל את ערך תוצאות קיום קנין מחמת אונס, וכיוצא בזה בשאר עסקי משא ומתן שנעשו מחמת אונס⁽¹²⁾.

§ י"ז.

מודעה. עסק הנעשה מחמת אונס, נגמר משום אומד הדעת, שבשביל קבלת התשלומים ובשביל האונס גמר ומקנה. אבל אם גלה הנאנס בשעת הקנין או קודם לזה, שלא גמר בדעתו להקנות, העסק, כמובן, אינו נגמר. בפועל לא יכול המקנה בשעת פעולת דרך הקנין להראות, כי לא גמר בדעתו עליו, מפני האונס; לאחר הקנין לא יועיל גלוי דעת כזה, כי לא

(11) חו"מ, סי' ר"ה, סק"ב.

(12) מקור דין זה השעסק שנעשה מחמת אונס גומר וקונה הוא במאמר רב הונא: "תלוהו וזבין זביני זבינא . . . מחמת אונסא גמר ומקני". בב"ב דף מ"ז וב"ק דף ס"ב. הלכה זו מתיחסת אפוא לתקופת הדור השני של אמוראי בבל.

וכן דיני המודעה, שהם קשורים בקיום קנין מחמת אונס, מתיחסים לתקופה זו של הדור השני של האמוראים בבבל, רב נחמן בכתובות י"ט, ורב ששת בערכין דף כ"א. וראוי להכיר כי סגנון ההלכה על דבר הקנין באונס: תלוהו וזבין . . . ותוכן הלכה זו מזורים קצת לרוח תורת משפטינו. דינים אחרים על דבר ערך גמירת הדעת בעסקים בנזייל על יסוד אחר לגמרי, כמו דין הסיקריקון בגיטין דף ג"ה ודין לקח מן האיש ותור ולקח מן האשה, שם; ודין גלוי הדעת בדברים המבטלים את המקח, כגון זבין ולא איצטרכו ליה וזוי בכתובות צ' וקדושין דף נ'. יש משום זה מקום להשערה שדיני קיום קנין מחמת אונס ודיני המודעה החלויים בהם התפתחו בבבל בתקופות האמוראים הראשונים, בהתאם לתנאי החיים שם ולחומר דיני הפרסים. וכבר רמו על כך הר"ז פרנקל בספרו *Der gerichtliche Beweis*, 56, An. 3, היסוד הכלכלי להלכה זו אפשר שהיה בסדר גביית המסים בבבל, שהיו הקרקעות נמכרות שם לצרכי הטסקא בעל כרחם של בעליהן. וסמוכים להשערה זו יש במאמר שמואל בב"ב דף ג"ה: הני זהרורי דזבין ארעא לטסקא זביניהו וזביני, ובדעת רב ושמואל בדין הסיקריקון, שאם נכתב שטר אי שטר באחיות על המקח, הקנין קיים. גיטין דף ג"ז ע"ב.

יאמינו לדבריו. רק קודם לעשית דרך הקנין יכול הוא לאמר לעדים: דעו. שהקנין שאעשה מפני האונס הוא. ואז הקנין הנעשה אחר כך בטל מטעם חוסר גמירת הדעת.

אמירה כזו לעדים על דבר האונס וחסרון גמירת הדעת בעסקי שיעשה אחר כך, נקראה בשם: מסירת מודעה.

ענין גלוי הדעת על העסק שלאחר כך, שיעשה רק למראית עין, דומה. אל המודעה בדיני רומי *reservatio mentalis*, שאינה יכולה לבטל את הפעולה המשפטית, שתעשה עמה¹. אבל הדמיון כאן הוא שטחיי כי *reservatio mentalis* הרומית באה לשלול על ידי מסירת מודעה את כח הקנין העומד להעשות, מבלי להראות כל מגרעת צדדית בו, ולכן אינה מועילה. המודעה שבדינינו באה בקנין שיש בו מגרעת עיקרית, עשיה מחמת אונס, והיא רק מגלה, שהאונס לא הביא לידי גמירת הדעת.

ואלה הם פרטי דיני המודעה.

המודעה צריך הנאנס למסור קודם פעולת דרך הקניה בפני עדים המכירים באונסו. העדים יכולים להעיד אחר כך על בטול הקנין בעל פה, או יכולים הם מעצמם לכתוב את המודעה בשטרי, כדי שתעמיד ימים רבים². העדאת המודעה היא בשנים: I. שדרך הקניה נעשה מחמת אונס, שבא מצד הקונה; II. שהאונס לא הביא לידי גמירת הדעת. ולכן העדים המקבלים את מסירת המודעה צריכים להכיר באונס, שהקנין נעשה מחמתו, ובלי הכרה זו אינם רשאים לכתוב את המודעה. אולם, כדיעבד, אם עדים אחדים מעידים על מסירת המודעה או שכתבו את המודעה, בלי שיכירו הם באונס, ועדים אחרים מעידים על האונס, מצטרפות העדאות אלה והקנין בטל³.

במתנה ובעסקים הדומים לה יכולים העדים לכתוב את המודעה, אף אם אינם מכירים באונס, והמודעה תעיד אפוא כאן רק על חסרון גמירת הדעת⁴.

אם לאחר מסירת המודעה, בעת פעולת דרך הקניה והחויב, גמר הנאנס

Vide Dernburg *ibidem* § 99. (1)

(2) בבא בתרא, דף מ. ח"מ סי' ר"ה.

(3) ח"מ, שם, סק"ה.

(4) טח"מ ובית יוסף, שם, סק"ב. בטעם הלכה זו נחלקו הפוסקים. הרשב"ם ועוד רבים סוברים.

שבמתנה מועילה מודעה בלי הכרת האונס, לפי שמשערים אנו, כי בודאי יש כאן אונס, שאם לא נאנס, למה לו ליתן מתנה ולמסור מודעה? במתנה כותבין אפוא מודעה בסתם. בלי הכרת האונס; אבל אם ידענו שלא נאנס, אין כותבין מודעה.

לדעת הרא"ש ובעל הטורים, במתנה מועיל גלוי דעת על חסרון גמירת הדעת, אף אם אין אונס כלל. לדעה זו, המודעה במתנה מתקרבת אל *reservatio mentalis* הרומית.

בדעתו על העסק ובטל את המודעה הקודמת העסק קיים⁵). אבל גם על בטול מודעה כזה אפשר למסור מראש מודעה, שהבטול יבוא מחמת אונס וכלי גמירת הרעת. מודעה כזו, הבאה על בטולו של בטול המודעה, נקראה בשם "מודעה דמודעה" והיא מבטלת את העסק.

קנין הנעשה מחמת אונס לא יוכל אפוא להיות קיים ולהתאשר על ידי בטול מודעה, לפי שגם על בטול זה אפשר למסור מראש מודעה. בשביל אשור וקיום העסקים המעושים ובשביל בטול המודעות הקודמות משתמשים באמצעים אלה: המקנה מבטל בעת ההקנאה כל מודעה וכל מודעות על בטול מודעה עד עולם. (מודעי דמודעי דנפקי מגו מודעה); או הוא פוסל על עצמו את העדים, שמסר לפניהם איזו מודעה על עסק זה, ומשים אותם כעדים פסולים להעיד לו. בדרכים אלה המודעות הקודמות בטלות והעסק מתקיים⁶).

המודעה אינה כתקון להחלשת פעולת הדין על הקנין מחמת אונס, כי היא צריכה להמסר קודם עשית הקנין, והיא צריכה גם כן לעדים, ועל כן באונס פתאומי – ואנסי הגוף על פי הרוב פתאומיים הם – אי אפשר למקנה להנצל על ידי מודעה מאשור הקנין מחמת אונס. ערך המודעה ימעט עוד על ידי מה שדרך הקנין עצמו אינו דורש עדים או קיום אחר, ויכול הוא להעשות על ידי הנושאים ונותנים בינם לבין עצמם. רק באונס על ידי הפחדה ואיום⁷ אפשר להשתמש לפרקים במודעה לבטל את הקנין המעושה, אולם גם כאן בטול המודעה ומודעות המודעה עד עולם, אשר השתמשו בו תמיד סופרי בית דין בנוסח השטרות, מוריד את ערך המודעה כאמצעי נגד קנין מחמת אונס. ולכן יש לשער, כי דיני המודעה התפתחו בפני עצמם, ולא כתקון משפטי נגד פעולת הקנין מחמת אונס.

במודעה עצמה כרוכה סכנה לעסקי המשא ומתן, כי על ידי מסירת מודעה תחלה אפשר לבטל את הקנין שלאחר כך ולהונות את הקונה. אמנם במכירה ובעסקים שיש בהם תשלומים אין כל חשש כזה, כי שם המודעה מועילה רק אם הקנין נעשה מחמת אונס שבא מצד הקונה, ועדי המודעה יודעים באונס זה. אבל במתנה ועסקים הדומים לה אין העדים צריכים לדעת באונס, וכאן יש מקום לרמאי למסור מודעה בחשאי ולתת מתנה מדומה אחר כך. חשש זה מפני הפקעת הקנין על ידי מסירת מודעה מסתלק על ידי מה שנהגו לכתוב בטופסי שטרי קנין: בבטול מודעה ומודעות המודעה עד עולם⁸).

(5) חו"מ שם, ס"ק י"א, ובסמ"ע.

(6) שם, ובבית יוסף, ס"ק ט"ו.

(7) אונס נפשי או אונס על ידי ערמוניות כמעשה דפרדיסא בגמרא שם.

(8) טח"מ, סי' רמ"ב.

§ י"ח.

טעות. אם בעשית העסקים לא התאימה כונת דעת הנושאים ונותנים לדברים כמו שהם, הרי זו טעות. הטעות באה ביהוד ביחס אל החפצים הנרכשים והעוברים מרשות לרשות, ותורת המשפטים העברית קובעת כללים אלו בדיני הטעות בקנין ותוצאותיה.

א. טעות במין החפץ. אם טעו הנושאים ונותנים במין החפץ הנקנה, כגון אם דמה לעשות קנין בחפץ ממין זה ונמצא ממין אחר (חטים לבנות ונמצאו אדומות, עצי זתים ונמצאו עצי שקמה), הקנין בטל מעיקרו, ושניהם יכולים לחזור בהם.

אבל אם החפץ הנקנה הוא מאותו המין עצמו, רק שטעו בין מין היפה ממנו למין הרע (קנה חטים יפות ונתן לו אלה הנקראות חטים רעות), הרי מי שנתאנה יכול לחזור בו גם אם אין בטעות שתות ממחיר המקח והמאנה אינו יכול לחזור בו.⁽¹⁾

ב. טעות בטיב החפץ. החפץ הנקנה צריך שיהא ראוי ומוכשר לאותו התשמיש, שברור היה בעת הקניה, שהוא נקנה בשבילו. אם החפץ הנקנה אינו ראוי לתשמיש זה, הקנין הוא בטעות, ויכול הקונה לחזור בו. ולפי זה האחריות על המקנה, שהחפץ יהא ראוי לאותו התשמיש שכפי הנראה, בשבילו נקנה החפץ.⁽²⁾

ראוי החפץ לתשמיש שנקנה בשבילו, אלא שטיבו גרוע ממה שצריך להיות, הקנין קיים, רק יש בזה דין הונאה, כאשר יתבאר בסימן שאחר זה.⁽³⁾ בתלמוד נמצאו הרבה הלכות קבועות על דבר מדת טיב הסחורות, שהיו שכיחות בשוק בימי חכמי הגמרא, כמו יין, חטים וכדומה. בתור כלל יסודי נקבע כאן, כי טיב החפצים והטעות שבהם נקבעים תמיד לפי מנהג המדינה. ג. מומים שנמצאו בחפץ, שלא ידע בהם הקונה, כטעות בקנין הם, שהקונה דמה לקנות דבר שלם בלי מומים, והוא יכול לחזור בו. אבל אם הוא חוזר בו, יכול הוא לתבוע בטול הקנין בלבד אבל לא תשלומי פחת המומים. מום הוא כל מה שעושה את התשמיש בחפץ לאי-אפשר, כמו בשר ונמצא טרפה, או מה שמכביד תשמיש זה, כגון שור ונמצא נגחן או רבצן. ברם גם בנידון השאלה, איזה הוא מום מבטל הקנין ואיזהו אינו מבטל, אנו הולכים אחר הסכמת בני המדינה.⁽⁴⁾

(1) בבא בתרא, דף פ"ג. רמב"ם, פ"ו מהל' מכירה. טח"מ, סי' רל"ג.

(2) גמרא, שם, צ"ב: מכר זרעונים ולא צמחו. ר"מ, שם, פט"ז. חו"מ, סי' רל"ב.

(3) ר"מ, שם, פי"ז. חו"מ, סי' רל"ג.

(4) ר"מ, שם, פט"ז. חו"מ, סי' רל"ב.

היה המום גלוי וידוע לקונה. הרי סבר וקבל. והמקח קיים⁵. ואם המום עובר ואפשר לתקנו בדמים, הקנין קיים, וינכה המקנה לקונה מן הדמים כפי ערך הפחת⁶.

ד. טעות במדה, במשקל ובמנין. אם טעו במדה, במשקל ובמנין של החפץ הנקנה או במנין דמי התשלומים, בין אם הטעות היתה בכל-שהוא ובין בחלק רב, הקנין קיים, וצריך להשלים מה שטעו. במה דברים אמורים, בזמן שאפשר להשלים את החסר במדה, במשקל ובמנין, אבל אם אי-אפשר להשלים, יכול הקונה לחזור בו, ולבטל את הקנין מעיקרו⁷.

תוצאות הטעות בקנין בכל סוגיה השונים הן אפוא או שלום הפחת או בטול הקנין. אם מתבטל הקנין, החפץ עומד לענין שמירה ברשות הקונה עד שיחזירנו למקנה⁸.

אם אחד הנושאים ונותנים ידע בעת הקנין בטעותו של חברו, יש כאן רמאות. ומי שרמה את חברו במקח וממכר, מלבד מה שעבר על איסור שבתורה, חייב עוד לשלם למרמה את ההוצאות שהוציא זה על ידי טעותו בקנין. ובוזה, בתשלומי ההוצאות קשות הן התוצאות המשפטיות של הטעות הבאה על ידי רמוי, מתוצאות הטעות שאין בה רמוי; כי הטעות שאין בה רמוי מביאה רק לידי בטול הקנין או תשלומי הפחת, והטעות שיש בה רמוי מחייבת עוד להחזיר למרמה את הוצאותיו⁹.

על פי דיני רומי אין טעות בקנין מבטלת אותו, אלא כשהיתה הטעות בחומר שהחפץ הנקנה נעשה ממנו (error in substantia¹⁰). התיאוריות החדשות סרו מדרך זו, כי מנקודת ראות ידיעות הטבע בימינו, קשה לו לאדם פשוט לעמוד על חומר החפצים, ואי אפשר למדוד שאלות מעשיות בקנה מדה זה. ועל-כן תורת המשפטים בימינו פוסקת, כי טעות מבטלת את הקנין, אם החפץ הנקנה נחשב על פי ההשקפה בחיי השוק למין אחר של חפצים. תיאוריה זו היא אותה של דיני התלמוד.

§ י"ט.

הו נ א ה. הטעות בשווי החפץ נקראת בתלמוד בשם "הונאה". ומפני שדיני הונאה שונים הרבה מדיני הטעות בכלל, ראוי לקבוע להם מקום מיוחד.

(5) טורי, שם, סק"ט.

(6) שם, סק"ה.

(7) רמב"ם, שם, פט"ו. חו"מ, שם.

(8) חו"מ, שם, ס"ק כ"ב.

(9) טח"מ, שם, סק"כ, בשם הרמ"ה. פרישה, שם, סק"ח, בדבור המתחיל: אבל לא מה

שטרה והוציא.

Dernburg ibid. § 102 (10)

ההונאה עד שתות במחיר החפץ אין שמה הונאה ואין חיוב להחזירה; ההונאה בשתות המחיר מחייבת את המאנה להחזיר את ההונאה למתאנה אבל הקנין עצמו קיים; ובהונאה יתירה משתות במחיר החפץ רשות למתאנה לתבוע את בטול הקנין אבל לא החזרת הונאה. והמאנה בכל-אופן אינו יכול לערער על הקנין כלל¹.

תביעה הבאה על ידי הונאה אפשר לה לבוא עד זמן קצוב, אורך הזמן הזה משוער הוא כפי הזמן הצריך למתאנה כדי שיודע לו מחיר החפץ וידע בכמה נתאנה. לאחר הזמן הזה הרי הוא כאילו מחל על הונאתו ואינו יכול לתבוע כלום².

יש אופנים שאין דין הונאה בקנין: סוגים של הפצים יש שאין בהם דין הונאה כלל, ואלה הם: הקרקעות, העבדים, השטרות ונכסי ההקדש. הקרקעות והעבדים – לפי שאין שווים קבוע על פי השער, והוא תלוי בתכונותיהם המיוחדות, ובטעמו ורצונו הפרטי של הקונה. השטרות – לפי שאין שווים בגופם, אלא בקלות גביית התביעה או השעבוד שבהם³. נכסי ההקדש – לפי שאין ההונאה אלא ביחס שבין אדם לחבירו, ולא בין אדם למקום.

הנושאים ונותנים יכולים להתנות שלא יהא בקנינם דין הונאה, אבל צריכים הם לקצוב את שעור הדמים, שעליהם הם מוחלים את ההונאה איש לרעהו. תנאי שלא תהא הונאה בקנין שהותנה בסתם בלי קציבת שעור דמי ההונאה, אינו מועיל, לפי שאין המחילה קיימת בדבר שאינו קצוב⁴. וכן אין דין הונאה במשא ומתן באמונה, כלומר במי שמפרש ואומר: "אני משתכר בחפץ כך וכך", אף אם מיקר הוא את החפץ ביותר משתות במחירו⁵.

עוד הגבלה אחת חשובה ישנה בדיני ההונאה. אין ההונאה נוהגת אלא בחפצים הנמכרים משום סחורה, כדי להשתכר, אבל בעל הבית המוכר דבר מכלי תשמישו, אין בו דין הונאה⁶.

מלבד מה שכרוכות בהונאה תוצאות משפטיות לנושאים ונותנים, כמו החזרת ההפסד ובטול הקנין, תקנו דיני ישראל עוד תקנות כנגד הוקרת מחיר החפצים. על פי תקנת חכמי התלמוד בית דין קובע שערים למחיר

1) גמרא, פרק הזהב. רמב"ם, פ"ב ממכירה. הו"מ, סי' רכ"ז.

2) שם. ללוקח, שהחפץ מצוי בידו, שיעור זמן לבוא בתביעת הונאה קצר הוא, בכדי שיראה מה שקנה לתגר וישאל על מחירו. למוכר, שאין החפץ נמצא בידו, שיעור זמן זה הוא ארוך מזה, בכדי שיודע לו שער חפץ כזה בשוק. ובעיקר הדבר שיעור הזמן לזה ולזה אחד הוא: בכדי שיוכלו לדעת מחיר ושווי החפץ.

3) להלן, § ל"א.

4) רמב"ם, שם, פרק י"ג. טח"מ, שם, ס"ק כ"ה.

5) ר"מ, שם, פרק י"ד. טח"מ, שם, ס"ק ל"ז.

6) שם.

החפצים שיש בהם חיי נפש וממנה שוטרים. להשגיח שלא ישתכרו בהם יותר מהראוי, ושלא יפקיעו את השערים. מפקיעי השערים נענשים בבית דין. אבל דברים שאין בהם חיי נפש, אין בית דין קובע להם שער, אלא ישתכרו מה שירצו, עד שתות בשווים⁷.

בסוף סקירתנו על דיני הטעות וההונאה עלינו להעיר הערה קלה על-אודות דין הקנינים המדומים, הנעשים לשם הערמה על אחרים, כגון לשם הברחת הנכסים מבעלי החוב. קנין כזה נקרא בספרותנו המשפטית בשם "קנוניא" ובטל הוא מעקרו. ובכל מקום שבית דין מוצא דבר של קנוניא והערמה בקנין, עליו לקרוע את השטר ולבטל את הקנין⁸.

§ כ"י

ס מ י כ ת ה ד ע ת . ס מ י כ ת ה ד ע ת היא יסוד סוביקטיבי מיוחד של הפעולה המשפטית, שקיומה תלוי בו.

מלת "סמיכת הדעת" מציינת בכלל בטחון הבא מתוך הכרה ברורה, כי הפעולה הנעשית תביא לידי התוצאות הרצויות, כי האמצעים מובילים בטח אל המטרה. בספרותנו המשפטית נמצאים לעתים קרובות המבטאים: "סמכה דעתו" כמובן בטח וחשב לודאי, כי יהיה כך וכך, שיבואו תוצאות אלה ואלה; "ולא סמכה דעתו" כלומר היה לו פקפק וספק בקיומה ואשורה של הפעולה הנעשית ובהבאתה את התוצאות הרצויות¹.

סמיכת דעת הנושאים ונותנים על העסק היא לפי זה ידיעתם ומחשבתם בעת עשייתו, כי פעולתם תחול ותקיים את העסק, כי התוצאות הרצויות יבואו ולא יפגשו כל מניעה, הן מהצד המעשי של העסק, הן מצדו המשפטי. אם הסרה סמיכת דעת זו, אף שפעולת דרך הקניה והחיוב היתה כראוי ונעשתה עם גמירת הדעת, אין העסק קיים.

חסרון סמיכת הדעת הוא ספקם של הנושאים ונותנים בקיום העסק, או מסבה מעשית, כגון מחששא שהחפץ לא ינתן, שתשלומיו לא ימסרו, שכל הענין יתבטל וכדומה, או מסבה משפטית, כמו מחששא שפעולתם לא תתאשר על פי דין.

(7) ר"מ שם. חו"מ, סי' רל"א. דבר זה, שאין פסיקת השער אלא בדברים שיש בהם חיי-נפש, פרושו של הרמב"ם הוא, ואין לו מקור מפורש בתלמוד. אבל דיני התורת הונאה ובטול המקח על פי תביעת הלוקח עומדים במקומם גם בדברים שאין בהם חיי נפש.

(8) טח"מ שם, סי' צ"ט. הקנינים המדומים, שאין בהם כל הערמה על אחרים, רק שבגלוי נעשו כך ובדעת הנושאים ונותנים היתה אחרת, נראה שהם קיימים כמו שהיה בדעת הנושאים ונותנים, ולא נמו שנעשה בגלוי או נכתב בשטר. תשובת הרשב"א המובאה בבית יוסף, טח"מ, סי' רמ"א, סק"ד.

(1) קדושינ, דף כ"ו, ע"ב. לא סמכה דעתיה, סבר שמיט ואכיל להו.

לדוגמא נביא אופנים אחדים, אשר בהם מצאו חכמים חסרון סמיכת הדעת. אם החפץ הנקנה אינו ידוע לקונה מה הוא, כגון אם הקנו לו כל מה שיש בבית זה, הקנין בטל משום חסרון סמיכת הדעת⁽²⁾. אם לא פסקו הנושאים ונותנים את דמי החפץ הנקנה, אין הקנין קיים משום חסרון סמיכת הדעת⁽³⁾.

אם פעולת הקנין אין בכחה להביא את הנושאים ונותנים לידי בטחון בקניתם, כגון שלא נכתב עוד השטר על הקניה בכסף, במקום שנהגו לכותבו, אין הקנין קיים משום חסרון סמיכת הדעת⁽⁴⁾.

אופנים אחרים של חסרון סמיכת הדעת יתבארו להלן בדיני האסמכתא. ראוי עוד להעיר, כי בספרות התלמודית גמירת הדעת דרושה על-הרוב ביחס אל המקנה, וסמיכת הדעת דרושה ביחס אל הקונה. טעמו של דבר הוא, כי לפי השקפת התלמוד, צריך ביחוד, שהמקנה יגמור ויחליט בדעתו להוציא את החפץ מרשותו ולהקנותו; אבל הקונה ברור לנו, שהוא חפץ לרכוש את החפץ הנקנה, וצריך רק שתסמוך דעתו על פעולת קנייתו, שתרכוש לו חפץ זה. אבל מן הדין צריך שתהא גמירת דעתם וסמיכת דעתם של שניהם⁽⁵⁾.

§ כ"א.

א ס מ כ ת א . חסרון גמירת הדעת וסמיכת הדעת שבשבילו העסק מתבטל נקרא לפרקים בשם "אסמכתא", ונקבע על זה: אסמכתא אינה קונה. יש דין אסמכתא בין בקניה ובין בהתחייבות.

בדיני האסמכתא, במושגה וערכה המשפטי רבו חלוקי הדעות, ומשום כך קשה לחוקר לעמוד על תכנה של גדר האסמכתא. על מבנה ועל יסודותיה הכלליים. בחקירתנו זו נשים לב לשתי שיטות היותר נכבדות בתורת האסמכתא: לשיטת הרמב"ם ולשיטת הר"י, ונבאר את מובן גדר האסמכתא ופרטי דיניה על פי כל אחת מהן. ונתחיל בשיטת הרמב"ם, שהיא מתקבלת על הלב יותר מפני פשטותה ושלמותה ההגיונית.

(2) רמב"ם, פכ"א מהל' מכירה, הל' ג'.

(3) חו"מ, סי' ר"י, סק"ז.

(4) קדושין, שם. חו"מ, סי' ק"צ.

(5) תשובת הרשב"א, מובאה בבית יוסף, ס"ס ר"ו.

שיטת הרמב"ם.

הקנין צריך שיעשה עם גמירת הדעת וסמיכתה עליו. כל אלה הם בעסק שנעשה בפני עצמו, בהחלטה על מטרת פעולתו ועל גמירתו.

אבל יש שבפעולת הקנין והחיוב תהיה לנושאים ונותנים עוד מטרה אחרת, כעסק וענין אחר, והקנין והחיוב נעשים רק כטפלים ומשמים למטרה אחרת וכהוספה עליה. קנין כזה נקרא אסמכתא ואינו קיים. והטעם לפי שהקנין והחיוב מפני חשיבותם הם צריכים התרכזות הדעת עליהם בלבד, ובנידון שלנו הרי אפשר שדעת הנושאים ונותנים נתונה אל המטרה האחרת, ועל הקנין והחיוב לא גמרו בדעתם ולא סמכו עליהם.

כיצד? אדם מוכר חפץ ומתנה עמו כל תנאים שבעולם, מכיון שעיקר העסק שביניהם מכירת החפץ הוא, הקנין קיים אם יתקיימו התנאים.

אבל אדם מבטיח את חברו שיעשה כך וכך, ובתורת קנס אם לא יעשה, מקנה לו חפץ, כגון במתנה: אם לא אפרעך עד שלש שנים, היא שדי קנוי לך; או אדם מבקש מחברו שיעשה כך וכך, ובתורת פרס אם יעשה, מקנה לו חפץ משלו, כגון: אם תביא לי דבר פלוני, ביתי קנוי לך, או חייב אני לך ר' זוי— עסק כזה יש בו משום אסמכתא, כי אפשר שהיתה כאן דעת הנושאים ונותנים רק על העשיה כך וכך, ולא על הקנין והחיוב עצמם.

מלת אסמכתא מורה אפוא על קנין הנעשה כדבר נסמך וטפל למטרה אחרת, ולא כמטרה בפני עצמה⁽¹⁾.

הסמכת הקנין והחיוב אל העשיה העיקרית באסמכתא אפשר באופנים אלה: הקנין והחיוב מותנים בתורת קנס על העדר עשיה זו, או בתורת פרס לחזק ולורז עליה⁽²⁾.

אסמכתא ועסק על-תנאי צד אחד שוה בהם. בשניהם בדעת הנושאים

(1) מקור באור מלת אסמכתא כקנין נסמך לדבר אחר, ולא כמטרה בפני עצמה, הוא ברמב"ם, פ"א מהל' מכירה, ו"ל: „שוו אסמכתא היא, שהרי סמך קניתי לעשות (לעשיה) כך וכך.“ ובעל הפרישה, בטח"מ, סי' ר"ו, ס"ק י"ד. מבאר גם הוא את מובן האסמכתא להרמב"ם. במובן כזה, בדבר נסמך לעיקר אחר, משתמשים עוד במלת אסמכתא במאמר התלמוד: „קרא אסמכתא בעלמא“.

(2) רבים מגדולי הפוסקים סוברים, כי אין אסמכתא אלא בקנין הנעשה בתור קנס. הרשב"א בתשובה חלק א', סי' תתל"ג, המובאה בבית יוסף, סי' ר"ו, סק"ח, בדבור המתחיל „ואכתי“, כותב: „ואני בחמלת ה' עלי יגעתי וטרחתי ומצאתי ענין שכל הלכות אסמכתא תלויות בו, אין יוצא ממנו דבר, והוא כל „דאי“ הנאמר בדרך קנס, הוא אסמכתא“. הרשב"א רואה אסמכתא רק בתנאי הנאמר בלשון א"ם, והבא כקנס על מנועת איוה מעשה. כמו כן הרא"ש, בתשובה המובאה בטח"מ, סי' רמ"א, סקט"ו, כותב: „שכל ענין אסמכתות שבתלמוד הוא, אם לא יעשה, שמקבל עליו להפסיד כך וכך“.

ונותנים שתי מטרות: גמירת העסק ואותו הדבר, שעליו הם מתנים. אולם ההבדל בין אסמכתא ותנאי הוא בזה: בעסק על תנאי – עיקר דעת הנושאים ונותנים נתונה אל העסק, שבו כל משאם ומתנם, והם חפצים בקיומו, אלא שהם תולים קיומו בתנאי זה או זה; באסמכתא – דעת הנושאים והנותנים נתונה אל קיום התנאי, כמו לפריעת החוב בזמנו, והקנין והחיוב אינם באים אלא כהוספה וסמך אל התנאי, לחווק קיומו או לקנס על אי קיומו.

אופי האסמכתא של העסק לפרקים הוא גלוי וברור מתוך כל הענין שבין הנושאים ונותנים, כמו בנותן ערבון, שמתנה ואומר: אם אני חוזר בך, אכפול לך ערבונך; או במתפס זכויותיו בבית דין ואומר: אם לא אבוא לזמן פלוני, ינתן שטר זה לבעל דיני. פה אין כל ספק, שדעת הנושאים ונותנים היתה שלא יחזור בו ולא יבוא לידי כפילת הערבון, או שיבוא לבית דין לזמן הקבוע ולא ינתן השטר, כלומר שהקנין לא יתקיים. אסמכתא כזו אפשר לקרא לה: אסמכתא ברורה.

באופנים אחרים אופי האסמכתא של העסק אינו ברור וגלוי, כי אפשר גם כן, שדעת הנושאים והנותנים היתה על גמירת הקנין והחיוב והחלטתם, כמו באומר: אם תעשה כך וכך, אתן לך דבר פלוני; או: אם לא באתי מכאן ועד שלשים יום, אקנה לך ביתי, או אתן לך ר' זוזי. כאן יש רק חשש, שדעת הנושאים ונותנים סמכה, שהקנין והחיוב לא יתקיימו, ולא גמרה עליהם. אסמכתא כזו אפשר לקרא לה: אסמכתא אפשרית³.

בצדק העיר על זה הבית יוסף שם, כי לדעת הרמב"ם יש אסמכתא גם בקנין הנעשה שלא בתורת קנח, אבל אם נצייין את האסמכתא בתור קנס על העדר העשיה או בתור פרס לזרז עליה, יהיה זה גם לדעת הרמב"ם כלל המקיף כל הלכות אסמכתא, אין יוצא ממנו דבר, מתנגד קצת לכלל זה הוא סגנון לשון הרמב"ם שם הל' ו', המדבר על דבר אסמכתא בתנאי המותנה על איזה מקרה, אם יהיה כך וכך, אף על פי שבמקרה זה אין מקום לא לקנס ולא לפרס. ואפשר שהרמב"ם כתב כן משום שגירת הלשון, ועייין בספר „מקח וממכר“ לרב האי גאון, שער י"ג, ששיטה אחרת לו במונח האסמכתא. לדעתו, עיקר האסמכתא היא במה שהקנין נסמך לזמן אחר, כלומר, שהוא חל לא מעכשו, ולא משעת קיום התנאי ולמפרע, אלא משעת קיום התנאי ולהבא.

3) ההבדל בין האסמכתא הברורה ובין האסמכתא האפשרית יוצא מתוך מושג האסמכתא עצמו, ויש לו ערך דגמתי חשוב מאד, כי באסמכתא ברורה יועילו רק תקוני האסמכתא: הקנין בבית דין חשוב, וחקנת הכמי ספרד, כאשר יתבאר להלן. המפרשים והפוסקים מדברים לפרקים על ההבדל שבין סוגי אסמכתא אלה. ביחוד מדובר על החילוק שבין אסמכתא ברורה ואסמכתא אפשרית בתוס' בבא מציעא, דף ס"ו, ע"א, בד"ה ומנוממי. ועייין להלן סעיף זה בהערה 14.

ההבדל בין אסמכתא ברורה ובין אסמכתא אפשרית מבורר היטב ברמב"ן ובעה"ת המובאים בסח"מ סי' קי"ג ב"י סק"ד, ובדרישה שם. הפוסקים האלה קוראים לאסמכתא ברורה בשם אסמכתא גמורה, ולאסמכתא אפשרית בשם אסמכתא שאינה גמורה, ומבדילים ביניהם, כי באסמכתא אפשרית או בשאינה גמורה תועיל ההתנאה, דלא כאסמכתא לסלק את חששת האסמכתא, אבל באסמכתא ברורה או גמורה לא תועיל התנאה כזו. וכמו כן הם מבארים, כי אסמכתא שאינה גמורה (אפשרית) מסתלקת על ידי התנאת מעכשו, אבל אסמכתא גמורה אינה מסתלקת מעכשו בלבד, רק בקנין בבית דין חשוב.

אחרי אשר בררנו את מושג האסמכתא ותכנה נעבור אל פרטי הלכותיה.

האסמכתא תבוא בקנין או בחיוב הנסמכים לאיזו פעולה בתור תנאי שהתנו עליה. בנוגע לערך האסמכתא אינו לא מעלה ולא מוריד מה היא תכונת הפעולה: אם ביד המתנה לעשותה או לאוי אם יש התאמה בין שווי החפץ הנקנה לשווי הפעולה שהתנו עליה; ואם הגוים בדבריו או לא הגוים⁴. האסמכתא נפרת מתוך העסק שבין הנושאים ונותנים, אם עיקר דעתם היה על גמירת הקנין והחיוב, או על נשוא התנאי, כאשר בארנו לעיל. אבל יש סימנים מיוחדים המורים על מגרעות האסמכתא הנמצאות בעסק; והם:

I. בעסק אסמכתא על הרוב אין הקנין נעשה בחפץ מיד, רק לאחר זמן. לכשיתגלה שהחפץ צריך להקנות והחיוב צריך להתקיים, כמו ברוב הקנסות.

II. קנין האסמכתא נעשה על הרוב בלשון עתיד: אם תעשה כך וכך, אקנה לך בית זה, או אתן לך ר' זוז; ולא בלשון הווה: בית זה קנוי לך על תנאי זה וזה.

III. התנאי בעסק שיש בו אסמכתא נאמר בלשון "אם", ולא בלשון "על מנת"⁵.

שלשת הסימנים אלה רגילים תמיד באסמכתא, ומראים עליה שהיא נמצאת, אבל אין הם הכרחיים באסמכתא, והיא יכולה להיות גם בלעדיהם. להפך, לפרקים נמצאים בעסק שיש בו חששת אסמכתא אופנים כאלה המורים, שנעשה עם גמירת וסמיכת הדעת עליו ולא כאסמכתא: (I) אם החפץ הנקנה נמסר בפועל בעת הקניה אל הקונה.

(4) רמב"ם וכסף משנה, שם, הל' ו', וטח"מ, ס"י ר"ה, סקט"ז, הרמב"ם מסלק אפוא באסמכתא כל חילוקי הדינים השונים, ועושה אותה פשוטה מאוד.

(5) רמב"ם, שם, הל' ז', חו"מ, שם, בסמ"ע, סק"ו, ובנתיבות, כל אחד משלשת הסימנים האלה, חסרון הקנין, לשון אם, ולשון עתיד, מצא לו מצדדים בין הפוסקים, אטר ראו בו יסוד האסמכתא לשיטת הרמב"ם.

אבל באמת אין סימנים אלה עיקריים באסמכתא. חסרון הקנין אינו עיקר באסמכתא, שהרי ישנה גם במקום שנעשה קנין סודר, כאשר יתבאר להלן, כמו כן קשה לראות יסוד האסמכתא במלה אחת כ, "אם" ו, "על מנת", מלבד זאת, התנאי באסמכתא יבוא על הרוב בדרך קנס, על מניעת המעשה, ובזה אין על מנת נחשב כמעכשו, ואין הבדל בין "אם" ו, "על מנת" (ב"י, שם, ס"ק י"ט ד"ה וכיון). לשון עתיד גם כן אינה עיקר באסמכתא, כי לפי דעת הרמב"ם יש אסמכתא גם אם קנו בקנין סודר ונעשה הקנין בלשון הווה, אם רק לא נאמר בפירוש מעכשו.

ועל כן צריך לומר, כי שלשת הסימנים האלה מורים על מציאות האסמכתא בקנין, אבל אינם עיקר האסמכתא. עיקר זה הוא רק הסמכת הקנין כדבר טפל למטרה אחרת.

נראה כי נגמרה הדעת על הקנין, ואין בו משום אסמכתא כלל⁶. לדוגמא, חששת אסמכתא איננה בהקנאת חפץ שנמסר מיד לקונה, ואיננה גם כן במחילת חיוב, שהוא מוחזק בידי החייב. אבל חששת אסמכתא יכולה להיות בקנין חפץ שלא נמסר מיד לידי הקונה, או בהעמדת חיוב שצריך להשתלם לאחר כך.

II. אם בעת הקניה עשה הקונה בחפץ אחד מהדרכים שקונים בהם לבד מקנין סודר, הבא על הרוב לא על הקנין בחפץ, רק על חזוק ההתחייבות, אז אין בקנין משום אסמכתא⁷. אופן זה אפשר להיות אך בהקנאת חפצים ולא בעסקים של העמדת חיובים.

III. אם בעת הקניה קנו בקנין סודר והתנו שהקניה תחול מעכשיו, אין בקנין זה משום אסמכתא, כי ההקנאה מעכשו מורה, שגמר בלבו להקנות⁸. וכן אם בשעת הקניה התנו בעל פה, או כתבו בשטר, שהעסק נעשה "שלא כאסמכתא", אין כאן חששת אסמכתא⁹.

אם נסכם את שלשת האופנים המסלקים את חששת אסמכתא נמצא, כי חששת אסמכתא אפשרית תמיד בחיובים שהותנה עליהם להפרע לאחר זמן אם לא יהיה כך וכך. בעסקים של הקנאת חפצים חששת אסמכתא אפשרית רק במקום שלא נעשה שום דרך קניה בחפץ עצמו, במקום שהחפץ עצמו לא נמסר לקונה, וגם לא הותנה שהקנין יחול מעכשו.

בררנו את הסימנים המורים על מציאות האסמכתא בעסק, ואת אלה המורים, כי העסק נעשה עם גמירת וסמיכת הדעת עליו וכי אין בו אסמכתא. אולם יש אשר מציאות האסמכתא מתגלית בכל עיקר העסק ובמטרתו וברור הוא שהנושאים ונותנים רצו שלא יתקיים, וסמכה דעתם שיתקיים התנאי ובכך יתבטל עיקר העסק.

באופנים כאלה, שהראינו עליהם לעיל וקראנו להם אסמכתא ברורה, אין צורך בסימנים האמורים, המורים על מציאות האסמכתא. כמו כן לא תסתלק כאן האסמכתא על ידי הסימנים המורים על העדרה, כמו מסירת החפץ ליד הקונה, הקנין בחפץ, וקנין סודר במעכשו, או התנאה "שלא כאסמכתא".

6 ר"מ ומגיד משנה, שם. בית יוסף, שם, סק"ד. אין דין אסמכתא במה שהוא מוחזק מעתה ביד הקונה, וכמו כן אין אסמכתא במחילה.

7 רמב"ם, שם, הל"ב.

8 שם, הל' ז', בין דברי הר"מ בהל' ב' ודבריו בהל' ז' יש סתירה.

9 והנראה, כי בהל' ב' הוא מדבר בקנינים שעושים בחפץ, מלבד קנין הסודר, ובהם אין צורך במעכשו, ובהל' ז' הוא מדבר בקנין סודר (קנו מידו), ולכן הוא דורש בשביל סלוק האסמכתא, שהקנין יעשה במעכשו, וכן יישב דברי הרמב"ם הכסף משנה, שם, ובית יוסף, סי' ר"ז, סק"ט, בשם ר' שמואל.

9 טח"מ סי' קי"ג סק"ד, וב"י שם.

אופי האסמכתא של העסק ברור כאן ונעלה מעל כל ספק, והקנין והחיוב בטלים⁽¹⁰⁾.

אולם דרישות החיים הצריכו למצוא דרכים בכדי לאשר ולקיים את העסקים שיש בהם אסמכתא ברורה, ושתי תקנות נתקנו למטרה זו: אחת בימי חכמי הגמרא, ואחת בימי חכמי ספרד.

א. קבלת קנין בבית דין חשוב, הנעשית מרצון המקנה או המתחייב, מתקנת ומקיימת את קנין האסמכתא, גם אם היא ברורה ומונחת בתכונת העסק⁽¹¹⁾.

ב. תקנת חכמי ספרד היתה מכוונת בעיקר אל האסמכתא בהתחייבות. המתחייב מקבל על עצמו בקנין התחייבות איזה סכום בלי כל תנאי. הצד השני מוחל לו אחר כך בקנין מעכשו את כל החוב על תנאי שיעשה כך וכך, ואם לא יעשה – תעמוד ההתחייבות במקומה⁽¹²⁾.

התקנה היתה בזה, שהתנאי נעשה לא בהתחייבות, רק במחילתה. ובמחילה אין דין אסמכתא, כמבואר לעיל. עם תקנה זו באה הקלה בתקון האסמכתא, כי לא היה עוד צורך בבית דין חשוב בשביל אשור הקנין שיש בו אסמכתא.

מלבד תקנות אלה, באופנים ידועים, שפשט בהם המנהג להעמיד קנסות על אי קיומו של איזה מעשה, כמו בשדוכין וכדומה⁽¹³⁾, נתקנה תקנה להוציא אותם מכלל דיני אסמכתא, והקנין זו ההתחייבות חלים בהם אף על פי שיש בהם אסמכתא ברורה⁽¹⁴⁾.

10 כי האסמכתא הברורה אינה מסתלקת על ידי מסירת החפץ, הקנין בו, וקנין סודר במעכשו, מתברר מהשוואת דברי הרמב"ם בהל' ד' והל' י"ג, וכן גראה בתוס' ב"מ, ס"ו ע"א, ד"ה ומניומי, וברא"ש שם, ועיין להלן, הערה 14.

11 נדרים, דף כ"ו, רמב"ם, פ"א מהל' מכירה, הל"ג. מלשון הגמרא: „והלכתא אסמכתא קניא והוא דקנו מיניה בבית דין חשוב“, וכן מלשון הרמב"ם: „אסמכתא שקנו מידו עליה בבית דין חשוב, הרי זה קנה“, משמע שהאסמכתא עומדת כאן במקומה, אלא שהקנין בבית דין חשוב מתקן אותה והיא קונה.

אבל מסירת החפץ, הקנין בו, וקבלת קנין במעכשו אינם אלא סימנים מורים על העדר האסמכתא בקנין. והב"י, שם, סק"ט, בד"ה „וכתב בעל העיטור“, רואה גם את הקנין בבית דין חשוב לתקון האסמכתא, אבל מסירת החפץ לקונה והקנין בו מטלקים את האסמכתא לגמרי.

12 רמב"ם שם, הל' י"ט.

13 תוס', בבא מציעא, דף ס"ו ע"א, רא"ש, פ"ד בנדרים.

14 מפני שבהרצאתי את דיני האסמכתא נמצאים איוו יסודות חדשים שלא הובררו בפוסקים, לכן מוצא אני לנכון לתת כאן הסברה כללית.

כל הרוצה לעמוד על הבנת האסמכתא, בתור מוסד אחד שלם ובנוי על בסיס הגיוני, צריך הוא לחלק בין שתי השיטות האלה של הרמב"ם והר"י, כי שונות הן שיטות אלה כל-כך, עד שאי אפשר לאחד אותן. החילוקים ששיטת הרמב"ם מחלקת, כמו מסירת החפץ ליד הקונה, עשית הקנין בו, וקנין סודר במעכשו, אין

שיטת הר"י.

האסמכתא באה בקנין או בחיוב שמעמידים אותם בדרך קנס על אי קיום של תנאי כגון, אם אדם מקנה איזה חפץ או מתחייב בדבר מה בתור קנס

להם כל ערך לשיטת הר"י ולהיפך, החילוקים ששיטת הר"י מחלקת, אם קיום התנאי הוא בידו לא בידו, או קצת בידו, אינם כלום לשיטת הרמב"ם. צריכים אנו איפוא להכיר, כי המובן והגדרת האסמכתא שונים הם לשיטות אלה.

לשיטת הר"י עיקר האסמכתא במה שיש כאן סמיכת הדעת על לא דבר, ועל כן יבואו כאן החילוקים הפסיכולוגיים בין לפני התנאי, המורים על מציאות סמיכת דעת כזו: בין תנאי שבידו או לאו בידו, בין הגזים או לא הגזים.

לשיטת הרמב"ם עיקר טעמה של האסמכתא, שהעסק אינו נעשה בכבוד ראש הראוי, ושהוא נסמך כדבר טפל אל ענין אחר, ולכן כל דיני האסמכתא בנויים על יסוד זה, אם נעשה הקנין כדבר עיקרי, בכבוד ראש הראוי, היינו: אם נמסר החפץ ליד הקונה, אם נעשה בו אחד מדרכי הקניה או קנין סודר במעשיו, או שניכר מן הקנין, שנעשה כדבר טפל לענין אחר, ויש בו משום אסמכתא. אחרי שיתברר לנו העיקר בדיני האסמכתא לשיטת הרמב"ם ונבוא לעיין בפרטי הלכותיה, כפי שהם מוצעים בפרק י"א מהל' מכירה נמצא בהם סתירות אחדות, הדורשות צרוף וברור.

בהל' ב' הוא כותב: „במה דברים אמורים (שהקנין מועיל ואין בו משום אסמכתא) — שקנה באחד מן הדרכים שקונים בהם, והרי יש עליו לקיים את התנאי. אבל אם לא קנה עתה, והתנה עמו, שאם נתקיים תנאי זה יקנה, ואם לא נתקיים לא יקנה, אף על פי שנתקיים לא קנה, שזו אסמכתא היא.”

משמע, כי במקום שנעשה אחד מדרכי הקניה אין כאן אסמכתא.

בהל' ז' הוא כותב: „כל האומר קנה מעשוי, אין כאן אסמכתא כלל וקנה, שאילו לא גמר להקנותו, לא הקנהו מעשוי. כיצד? אם באתי מכאן ועד יום פלוני, קנה בית זה מעשוי, וקנו מידו על כך, הרי זה קנה אם בא בתוך הזמן שקבעי.” כאן הוא פוסק, שאין אסמכתא בקנין שנעשה במעשוי דוקא, אבל בקנין בלא מעשוי יש אסמכתא.

בהל' י"ג הוא פוסק: „אסמכתא שקנו מידו עליה בבית דין חשוב, הרי זה קנה.” הוא חושב כאן

כתקון האסמכתא רק הקנין בבית דין חשוב, ולא את הקנין בלבד, גם אם נעשה במעשוי. בשביל לישב את דברי הרמב"ם אלה ולרדת לעומק דעתו, עלינו לפנות קודם אל סגנון לשונו, שהוא

כידוע מדויק תמיד ומלותיו ספורות.

בהל' ב' הוא כותב: „בקנה באחד מן הדרכים שקונים בהם”; בהל' ז' הוא כותב: „אם קנו מידו, שזה קנין סודר, כמו שיתבאר להלן; מד-ברור הוא אפוא, כי בהל' ב' הוא מדבר בדרכי הקניה, הנעשים בחפץ שעל ידם החפץ נקנה ונמסר לקונה, לכן הם מסלקים את האסמכתא גם בלי מעשוי. בהלכה ז' הוא מדבר בקנין סודר, הבא על-הרוב על חוץ ההתחייבות, ולכן הוא מסלק את האסמכתא רק אם נעשה הקנין במעשוי ישוב זה לדברי הרמב"ם הביא גם הכסף משנה, שם הל' ז'.

אמנם עוד מתמיהים ועמדו לפנינו דברי הרמב"ם בהל' י"ג, כי איזה צורך יש בקנין בבית דין חשוב-אחרי שדי בקנין במעשוי בלבד או במסירת החפץ, בשביל לטלף את האסמכתא?

אם נעיין גם כאן בסגנונו המדויק של הרמב"ם, נראה, כי בהל' ז' הוא כותב: „כל האומר קנה מעשוי, אין כאן אסמכתא כלל.” בהל' י"ג: „אסמכתא שקנו מידו עליה בבית דין חשוב.”

ברור הוא אפוא, כי בהל' ז' האסמכתא מסתלקת כל עיקר, ובהל' י"ג האסמכתא במקומה עומדת, רק הקנין בבית דין חשוב בא כתקון לה והיא קונה. חילוק זה בין לפני סלוק האסמכתא כל-עיקר בהל' ב'

אם יעשה כך וכך, ויש לאמרי שבוטח הוא ודעתו סומכת, שיעלה בידו לקיים את התנאי באופן שהקנין לא יתקיים¹⁵). דעת המקנה לא גמרה כאן כלל על הקנין או על החיוב, היא סומכת שהקנין והחיוב האלה לא יתקיימו לעולם, והם נעשים רק בשביל להבטיח ולהסמיך דעת הצד השני על אותה העשיה, שהיא נשוא התנאי.

מלת אסמכתא פרושה אפוא, סמיכת דעת המקנה והמתחייב על העשיה, הנאמרה בתנאי, שיעלה בידו לקיימה ולבטל את הקנין והחיוב, והסמכת דעת הקונה ובעל החוב על עשיה מותנית זו, שתתקיים מפני הקנס המאיים על אי קיומה¹⁶).

וז' ובין תקון האסמכתא בהל' י"ג וי"ח מצאו רבים מגדולי הפוסקים וביניהם הבית יוסף. אבל עוד השאלה במקומה עומדת: מה צורך יש למצוא דרכים לתקון האסמכתא, אחרי שאפשר בנקל לסלקה מעיקרה על ידי מסירת החפץ, הקנין בו, וקנין סדרר במעכשו?

תשובה לשאלה זו נמצא בעיקר הבנת האסמכתא לשיטת הרמב"ם. עיקר האסמכתא הוא בזה, שהקנין נסמך אל דבר אחר ולא גמרה הדעת עליו. ובמקומות שאין הקנין נסמך לדבר אחר, כגון אם נמסר החפץ, או שנעשה בו אחד מדרכי הקניה, או בקנין סדרר במעכשו, אין כאן אסמכתא. אבל כלום אפשר לאמרי, כי בכל אפני הקניות וההתנאות תוכל האסמכתא להסתלק על ידי שלש דרכים האלה?

ישנם עסקים שתכונת האסמכתא מונחת היא בעיקר ענינם, ואי אפשר לסלקה ולהעלימה, לפי שברור הוא, שאין הנושאים ונותנים רוצים בקיום הקנין והחיוב, ואינם מעמידים אותם רק בתור קנס וורו על קיום התנאי. כמו בעובדא המובאה בנדריים כ"ו, במי שהתפיס זכיותיו בבית דין לערבון שיבוא לזמן קבוע, האם אפשר לסלק כאן את האסמכתא על ידי דרך מלאכותי ולאמרי, כי בדעת הנושאים והנותנים היה שיבטלו כיותיו וגמרו בלבם על כך? או בעובדא המובאה בבבא מציעא, דף מ"ח, בנותן ערבון לחברה, האפשר לאמרי, כי רצו הנושאים ונותנים שיחזור בו המוכר ויכפול לו את ערבונו?

באופנים כאלה, שאופי האסמכתא ברור הוא ואי אפשר לסלקו, באו תקוני האסמכתא שהרמב"ם מדבר מהם בהל' י"ג וי"ח.

חילוק זה בין האסמכתא הברורה ובין האסמכתא האפשרית מובא בתוס', בבא מציעא, דף ס"ו, בד"ה ומניומי, וז"ל: „דהתם בנדרים (במתפיס זכיותיו) ודאי הוי אסמכתא, דאין הפץ שיתקיים הקנס והגוזמא, אלא מתנה כך להסמיך חברו על דבריו; אבל הכא על דעת כן מלוהו מעותיו, שתהא השדה משיקעת בידו, אם לא יתן לו עד שלש שנים“.

את ההבדל בין האסמכתא הברורה ובין האפשרית הכירו עוד רבים מגדולי המפרשים: הרא"ש בבב"מ שם, ובעל גימוקי יוסף בפרק גט פשוט.

15) בית יוסף, שם, ס"ק י"ח, בדבור המתחיל „ואכתי“, בשם הרשב"א, נימוקי יוסף ועוד. הגדרת האסמכתא בתור קנס על אי קיום איוה מעשה מתאימה בכל לתוכן האסמכתא, בתור פעולה נעשית בשביל להסמיך דעת חברו, ולפרטי חילוקי האסמכתא שמעמידה שיטה זו בין גזים ולא גזים ובין תנאי שבידו ולא בידו, כאשר יבואר להלן.

16) הגדרה זו של האסמכתא מבוארת היטב בפרישה בטח"מ, סי' ר"ז, סקי"ג, וז"ל שם: „שם אסמכתא פירושו: דסמך בדעתו על לא-דבר, כסבור שיהיה כך וכך, ולהכי התנה כן, ואילו ידע שלא יבוא לידי כך, לא היה מתנה, ושם זה כולל גם, שם סמיך חברו בדבורו זה, כלומר, שלא התנה כן אלא בשביל שיאמין לו חברו ויסמוך אדבריו, אבל לא גמר והתנה כן בדעת שלמה ונפש חפצה להתחייב בכך וכך“.

יש אופנים בהתנאת התנאי שהם מורים על האסמכתא הנמצאת בעסקי והם:

I. אם התנה על דברי שבמקצתו הוא בידו של המתנה לעשותו ובמקצתו הוא תלוי באחרים, אמדוהו חכמים לדעתו, שבעצמו סמך על התנאי שיתקיים באופן שלא יבוא לידי קנס, והקנין והחויב לא יתקיימו; אבל צריך היה לקנין ולחויב, כדי להבטיח ולהסמיך את דעת חברו המפקפק בקיום התנאי בעסק כזה יש אסמכתא.

II. התנה על דברי שהוא תלוי רק בו בעצמו ובידו לעשותו והגזים הרבה היינו, ששווי הדבר שהוא נותן עולה הרבה על שווי הדבר המותנה («אם אוביר ולא איעבדי, אשלם אלפא זוזי»), הגזמה זו, שבה קנס המתנה את עצמו, מורה, שיש כאן סמיכת הדעת שהקנס לא יתקיים, והסמכת דעת חברו על עשית התנאי, ועל כן הקנס בטל משום אסמכתא.

להיפך, יש אפני התנאה המורים, שאין אסמכתא בעסקי, והם:

I. אם התנה על דברי, שאינו בידו כלל לעשותו, אין כאן מקום לאמרי, כי סמכה דעתו, שיתקיים התנאי והקנס לא יתקיים. כאן ודאי ידע, שיתקיים הקנס, וגמר בדעתו עליו, ולכן אין כאן אסמכתא.

II. אם התנה על דברי, שהוא כלו בידו ולא הגזים כלל, אין בהתנאות אופי של קנס, רק תנאי פשוט. המתנה גמר כאן והקנה, אם לא יקיים את התנאי, ואין בעסק משום אסמכתא.

לפי שיטה זו האסמכתא מתגלית לא בתכונת העסק ובמה שהוא נסמך אל מטרה אחרת, שרוצים בהויתה, כמו שהוא לפי שיטת הרמב"ם. אופי האסמכתא ניכר בתכונת התנאי, אם הוא על דרך כזה, שיכול המתנה לסמוך ולבטוח, שיתקיים התנאי ולא יתקיימו הקנין והחויב, וצריך היה להתנות בשביל להסמיך גם את דעת חברו.

לכן, לשיטה זו, אין האסמכתא מסתלקת בדרכים, שבהם נראה שהקניה נעשית כדבר בפני עצמו, כמו על ידי מסירת החפץ להקונה, או הקנין בגוף החפץ, או קבלת הקנין במעכשו⁽¹⁷⁾.

העסק שיש בו אסמכתא יכול להתקיים ולחול על ידי תקוני האסמכתא המובאים לעיל, היינו: אם קנו עליו בבית דין חשוב, או באופן שתקנו חכמי ספרד.

אלה הם הכללים העיקריים של שיטת הר"י, שאחזו בה הרבה מגדולי המורים, אבל אין בה הפשטות ושלמות ההגיון שבשיטת הרמב"ם והר"י קארו, שהלך בעקבותיו.

(17) בית יוסף, שם, סק"ט.

§ כ"ב

גלוי הדעת. הדעת נגמרת על העסק מטעמים ידועים ובשביל התועלת והריוח המקווים. הטעמים האלה המעוררים לגמירת העסק אינם נחשבים לעיקריים בעסק, ואינם משפיעים על קיומו. לכן אם טעו הנושאים ונותנים בטעמיהם לעסק ואם נכזבו תקוותיהם, אין זה מבטל את הנעשה. כלל זה מקובל בתורת המשפטים הרומית ובזו של ימינו, ובשביל ישרו ופשטותו אינו צריך לשום הסברה.

- בדיני ישראל אנו מוצאים יוצא מכלל זה, אשר בצדק הגבילו אותו גדולי המפרשים והפוסקים הגבלה אחרי הגבלה, ושמרו על הכלל המתקבל על הלב, כי טעמי הדעת אינם משפיעים על קיום העסקים.

בתלמוד נמצא במקומות אחדים, שאם בשעת ההקנאה גלה המקנה את דעתו על ידי אמירה לקונה, שמקנה הוא את החפץ מטעם ידוע, כגון על דעת לעלות לארץ ישראל, או משום שצריך למעות, יש לו לגלוי דעת זה ערך תנאי, ואם נשתנה אחר כך המצב, ואין טעמו יכול לצאת אל הפועל, כגון, שלא יכול לעלות לארץ ישראל, או שלא נצרכו לו מעות, דינו כאי-קיום התנאי והקנין בטל⁽¹⁾.

גלוי הדעת הוא אפוא טעם הקנין, שפרשו אותו בשעת ההקנאה, ושיש לו בדין ערך התנאי⁽²⁾.

מהלכה זו אפשר להוציא את הכללי, כי טעמי העסק אינם משפיעים על קיום העסק, אם היו במחשבת הנושאים ונותנים בלבד, משום שדברים שבלב אינם דברים. אבל אם גלו את הטעמים האלה באמירה בשעת פעולת הקנין, גלוי-דעת זה כתנאי מסותר הוא והעסק תלוי בו⁽³⁾.

זה שהמשפט העברי מיחס לגלוי הדעת ערך מחליט בקנין, מראה עד כמה הוא מחשיב את הדעה הסוביקטיבית של הנושאים ונותנים, ועד כמה הוא רואה דעה זו עם כל נטיותיה וטעמיה המעשיים לגורם עיקרי.

אולם על ההלכה למעשה להביא בחשבון את דרישות חיי השוק, ולעזוב לפרקים את היסודות התיאוריים משום צורך השעה. כזה עשתה גם בחומר

(1) כתובות, דף צ"ז. קרושין, דף ג'.

(2) על פי דיני רומי גלוי הדעת על טעם העסק על ידי אמירה בעת גמירת העסק, אינו עושה את הטעם כתנאי, ואין בכחו להביא לידי בטול הקנין. דירנבורג, שם, § 94.

(3) לדעת קצת פוסקים, יש במתנה ערך תנאי מסותר לגלוי הדעת על טעמי הקנין, גם אם לא פירשו אותו ולא היה אלא דברים שבלב. ובמכר מועיל גלוי דעת, אף שהיא בדברים שבלב, אם רק יש אומדנא דמוכח על טעם קנין זה. תוס' כתובות, שם. טח"מ, סי' כ"ז בדרכי משה, סק"ד.

הדין, כי גלוי הדעת מפורש מבטל הקנין, שבחיים המעשיים יכול הוא להוליד אלפי תנאים מסותרים, ולהביא לידי סכסוכים וספקות רבים. ועל-כן הגבילו גדולי המורים בימי הבינים את ערכו המשפטי של גלוי הדעת על טעמי הקנין.

גלוי הדעת, לפי באורם, חשוב כתנאי בהקנאת קרקעות בלבד, לפי שאין דרך בני אדם למכור את קרקעותיהם אלא מאונס, ויש אומד הדעת, כי הקנין נעשה רק על דעה זו, אבל במטלטלין אין גלוי הדעת מועיל, אם לא הותנה בפירוש כתנאי⁽⁴⁾.

על פי ההשקפה העברית העתיקה קנין הקרקעות נבדל בצדו המעשיי מקנין המטלטלין (בקרקעות אין אונאה, אין דרך למכור הקרקעות ועוד), ועל-כן החילוקים המשפטיים בין קנין הקרקעות ובין קנין המטלטלין רגילים בדיני ישראל. בתקופת התלמוד היתה עוד עבודת האדמה מקצוע עיקרי בחייו הכלכליים של עמנו, ורוב העובדות המשפטיות המובאות בתלמוד יש להן ענין עם "ארעא", "שדה" וכדומה. בימי הבינים היו קניני בני עמנו ועסקיהם במטלטלין בלבד, ורכישת הקרקעות היתה לכרכים אסורה להם מדינא דמלכותא. ולכן נקל היה להם לתקן את הדינים, שלא התאימו עוד אל התפתחות המשא-והמתן, ולומר, כי לא נתקנו רק ביחס אל הקרקעות אבל לא במטלטלין⁽⁵⁾.

גם בקנין הקרקעות באו הגבלות חשובות בפעולת גלוי הדעת, והן: רק גלוי דעת המקנה, אם נתפרש בעת גמירת הקנין, חשוב כתנאי, אבל לגלוי דעת הקונה אין ערך כזה.

וגם גלוי דעתו של המקנה אינו מועיל תמיד, ואינו חשוב כתנאי אלא במקום שיש אומד הדעת, שהקנין נעשה על דעה זו⁽⁶⁾.
וכן אין גילוי דעת מועיל לבטל עסקים של העמדת חיובים, שהם דומים להקנאת מטלטלין בנדון זה.

§ כ"ג

מושג התנאי וסוגיו. התנאי הוא הבעת דעתם של הנושאים ונותנים, שקיום המעשה שהם עושים, יהיה תלוי באיזה פעולה או מקרה. המשפט העברי מתחשב תמיד עם דעתם ורצונם של הנושאים ונותנים, ומיפה את כחם להתנות ככל העולה על לבם. כלל מקובל הוא בדינינו, כי כל

(4) רש"י והרא"ש, בקדושין, דף ג', חו"מ, שם.

(5) עיין להלן, § כ"ד.

(6) חו"מ, שם וסי' ר"ל. ר"מ, פ"א מהל' מכירה.

תנאי שבממון – קיים, ותורת המשפטים לא באה אלא לקבוע את אפני הבעתו של התנאי ותוצאות קיומו או אי קיומו.
 התנאי תולה את קיומו ואשורו של המעשה המשפטי בהתהוות איזה מקרה או פעולה. מקרה זה או פעולה זו על הרוב בעתיד הם כגון: אם תתן לי מאתים זון; אבל אפשר להם להיות גם בעבר או בהווה כמו: על מנת שאני כהן¹.

אם נחלק את התנאים לפי סוגיהם, נמצא חלוקות אלו:

- I. שני אופנים קבועים במשפט העברי להבעת התנאי והאופנים האלה האלה חלוקים זה מזה בדיניהם.
- א. המתנה יכול לאמר את תנאו בלשון "אם (si): אם תעשה כך וכך, שדי קנוי לך.
- ב. התנאי נאמר בלשון "על מנת": שדי קנוי לך על מנת שתעשה כך וכך.

התנאת התנאי בלשון אם ומעכשו (ומעתה) כגון, "אם תעשה כך וכך, שדי קנוי לך מעכשו", שוה על הרוב לתנאי המותנה בלשון "על מנת". ההבדל העיקרי בין סוגי התנאים האלה הוא בזה: אם נאמר התנאי בלשון "אם", המעשה מתאשר רק משעת מלוא התנאי ולהבאי (ex nunc), ועד שעה זו הנושאים ונותנים יכולים לחזור בהם ולבטל אותו.

בתנאי הנאמר בלשון "על מנת" המעשה תלוי ועומד משעת התנאותו ואין הנושאים ונותנים יכולים לחזור בהם. יבשעת קיום התנאי המעשה מתאשר למפרע, משעת ההתנאה (ex tunc)².

- II. התנאי אפשר לו להיות בחיוב, בדבר שיש בו קום ועשה, כגון: אם תתן לי מאתים זון, Condiciones affirmativae, או בשלילה, בדבר שיש בו שב ואל תעשה, Condiciones negativae, כמו: על מנת שלא תנשאי לפלוני. הגדרים "תנאי בקום ועשה" ו"תנאי בשב ואל תעשה" נמצאו בספרות התלמודית³. אולם גדרים אלה אינם כוללים רק את פעולות האדם. שהתנו עליהן, ולא את מקרי הטבע, שגם בהם יצויר תנאי בחיוב או בשלילה, ואין לאמר עליהם קום ועשה או שב ואל תעשה, כמו: אם יכריא פלוני מהליו, או אם לא ירדו גשמים לי יום.

III. התנאי אפשר לו להיות בדבר שבידו של זה, שעליו לקיים אותו.

(1) קדושין, פרק האיש מקדש, החיאוריה של המשפט הרומי אינה מכירה את התנאים על המן העבר או ההווה: Condiciones in praeteritum sive in praesens collatae, vide Dernburg ibid. § 107.

2 רמב"ם, פ"ו מהל' אישות, הל' ט"ו -- י"ח, להלן, § כח.

(3) ר"ף פ' מי שאחזו.

Condiciones potestativae, או בדבר שאינו בידו כגון, אם קיום התנאי תלוי בדעת אחרים או במקרה (4) Condiciones casuales.

התנאי אפשר לו להיות גם בדבר התלוי במתנה עצמו כגון: שדי קנוי לך, אם לא אבוא מכאן ועד ל' יום. התנאות תנאים כאלה מראה לכאורה על חסרון גמירת דעת המתנה על קיום המעשה, כי רק בעת שהמתנה ממלא את תנאו דעתו נגמרת על קיום מעשה זה; ולהיפך, אם המתנה עצמו אינו ממלא את תנאו מראה זה, כי לא גמרה מעולם דעתו על המעשה המשפטי. מכל מקום תנאים אלה קיימים, והמשפט העברי רואה את פעולת המתנה עצמו שעליה התנה, כאיזה מקרה אוביקטיבי, שאינו תלוי בו כלל. אבל לפעמים יש בתנאים התלויים בדעת המתנה עצמו משום אסמכתא⁵.

IV. על פי מטרת ההתנאה מחלקים בין תנאי הבא על קיום המעשה היינו, שדעת המתנה היתה בהתנאה זו שיתקיים התנאי ויתקיים גם המעשה התלוי בו, כגון: אם תתן לי כך וכך, שדי קנוי לך; ובין תנאי הבא על מניעת המעשה, שדעת המתנה היתה, שלא יתקיים המעשה והתנאות התנאי, באה כדי למנוע את קיום המעשה, כגון: אם תצא מן העיר, תחייב לי ר' זוו⁶. ועוד מחלקים על פי מטרת ההתנאה בין תנאי המותנה לשם טובתו והנאותו של אחד הנושאים ונותנים, ובין תנאי הבא מתוך הקפדה סתם.

במשפט הרומי יש הלוקה יסודית של התנאים: מהם התולים את קיום המעשה עד זמן קיום התנאי, ועם קיום התנאי יתקיים המעשה למפרע; Condiciones suspensivae; ויש המבטלים את קיום המעשה, שהמעשה מתקיים בהם מידי, אלא שיכול הוא להבטל אחר כך על ידי התנאי, כמו: אם לא תשלם את המחיר עד זמן קבוע, יבטל המקח. Condiciones resolutivae⁷.

על פי דיני ישראל כל תנאי בין שהוא מותנה בלשון "אם" ובין שהוא מותנה בלשון "על מנת", תולה את קיום המעשה עד מלוא התנאי (Suspensiv).

§ כ"ד

התנאות התנאי, במקרא אנו מוצאים תנאי שהתנה משה עם בני גד וראובן: אם יעברו בני גד וראובן את הירדן, תנתן להם ארץ עבר הירדן, ואם לא יעברו, לא תנתן להם. אופן התנאות תנאי זה נעשה לדוגמא ולחוק לשאר התנאים, וחכמים קבעו על פיו כללים אלה להתנאות התנאי¹:

(4) שם.

(5) טאה"ע, ריש סימן כמ"ד. בית יוסף, בטח"מ, סי' ר"ז, סקי"ח.

(6) הרשב"א, מובא בבית יוסף, שם, סקט"ו, ועיין לעיל, § כ"א, כי בתנאי כזה יש בו משום

אסמכתא. כמ"כ, "על מנת" שבתנאי הבא על מניעת המעשה, אינו כמעשיו, ב"י, שם, ס"ק י"ט, ד"ה וכוין.

(7) Derndurg ibid. § 106.

(1) גיטין, דף ע"ה. רמב"ם, פ"ו מהל' אישות. טאה"ע, סי' ל"ח.

א. התנאי צריך להיות כפול, כלומר, שיכפול המתנה ויאמר: אם יתקיים התנאי – יתקיים המעשה, ואם לא יתקיים התנאי – לא יתקיים המעשה.
 ב. התנאי צריך להיות נאמר קודם שיוכיר את המעשה, כמו: אם תעשה כך וכך, שדי קנוי לך; ולא שיאמר: שדי קנוי לך, אם תעשה כך וכך.²
 ג. ההן של התנאי צריך להיות נאמר קודם הלאו שלו: "אם תעשה..."
 ואחר כך: "ואם לא תעשה..."

אלה הם הכללים העיקריים שקבעה ההלכה באופן התנאת התנאי, ואם הותנה התנאי על פיהם, הרי נעשה כתנאי בני גד וראובן; ואם ההתנאה לא היתה על-פי כללים אלה, התנאי בטל והמעשה קיים.

חומר הלכה זו, המצריכה שכל תנאי יהיה כדוגמת תנאי בני גד וראובן, עושה את התנאת התנאי לפורמליות קשה, אשר בנקל יכשלו בה בלשונם רוב בני אדם. ביחוד פורמליות זו מכבידה על יחוסי המשא ומתן ועסקי הממוץ, שהנושאים ונותנים לא ידעו ולא ישימו על לב להזהר בדקדוקי התנאת התנאי, ונמצא שתנאיהם אינם קיימים.

ועל כן אנו מוצאים בדיני ישראל, ביחוד בדיני ממונות, את הנטיה להקל את דרך התנאת התנאי ולהסיר את הפורמליות שבלשון של תנאי בני גד וראובן. הפורמליות של תנאי בני גד וראובן נשארה בתקפה בתנאים המותנים בלשון "אם" בלבד, אבל התנאים המותנים בלשון "על מנת" אינם צריכים להאמר על פי הכללים המובאים למעלה.

כמו כן תנאי המותנה בלשון "אם" ומעכשיו, אינו צריך לכל דיני תנאי בני גד וראובן.³

מלבד הקלות אלה, הגבילו רבים מן הפוסקים בימי הבינים את הפורמליות של תנאי בני גד וראובן לתנאים בדיני האישות, אבל תנאים בדיני ממונות אינם צריכים, לפי דעתם, לכל אלה.⁴

אף על פי שדעה זו לא נתקבלה להלכה, שבו ואחזו בה במקצת הפוסקים האחרונים, ופסקו להלכה, כי בדיני המטלטלין, שהם היו עיקר משא ומתן בני עמנו מימי הבינים ואילך, אין צורך בכל חומר הכללים של תנאי בני גד וראובן.⁵

ולפי זה גם בעסקים של העמדת חייבים, שהם דומים בדינם להקנאה מטלטלין, אין צורך בכל החומר של תנאי בני גד וראובן.

(2) כן מפרשים רוב הפוסקים; אבל הרמב"ם מכרש את הכלל: "תנאי קודם למעשה", שהתנאי צריך להיות מותנה קודם שנעשה המעשה.

(3) שם.

(4) טח"מ, סי' רמ"א. דעת הרי"ף, הרשב"ם, ורבנו שמשון.

(5) ה"מ, שם, בנתיבות, ס"ק י"א. ועיין לעיל § כ"ב.

כלל קבוע להתנאת כל תנאי הוא, שיהיה דבר שאפשר לקיימו. ואם הותנה התנאי בדבר שאי אפשר לקיימו, הרי הוא כאלו לא הותנה: הוא בטל והמעשה קיים⁶.

ראוי לשים לב, כי גם על פי דיני רומי צריך התנאי להיות בדבר שאפשר לקיימו. אבל אם הותנה בדבר שאי אפשר לקיימו, אין המעשה קיים. ולא כמו שמצינו בדיני ישראל, אלא אומרים אנו: מכיון שאי אפשר למלאות את התנאי—המעשה בטל.

טעמו של חילוק זה בין דיני רומי ודיני ישראל עלינו לתלות בוהי. שהמשפט העברי מצריך בכל המעשים המשפטיים, מלבד גמירת הדעת, גם סמיכת הדעת של הנושאים והנותנים, היינו, כובד ראש הראוי והבטחון בתוצאות הנעשה. התנאי המותנה בדבר שאי אפשר לקיימו חסר הוא תכונות אלה, ועל כן אין לו כל ערך משפטי והוא בטל, מבלי שיחליש את פעולתו וקיומו של המעשה שהותנה עליו⁷.

התנאי צריך שלא יהא סותר להמעשה שהוא מותנה עליו. התנאי הסותר את המעשה נקרא "תנאי ומעשה בדבר אחד"; ובמקרה זה התנאי בטל והמעשה קיים⁸.

התנאי המותנה יכול להיות בדבר האסור מדברי תורה, או בדבר שהוא נגד המוסר, לפי שאפשר שלא לקיים את התנאי ולא יתקיים המעשה⁹. אופן אשורה של התנאת התנאי כך הוא: התנאי המותנה בעת עשיה דרך הקניה אינו צריך קנין מיוחד בשביל אשורו; אבל התנאי המותנה שלא בשעת עשיית הקנין, צריך קבלת קנין מיוחדת עליו, כמו בהעמדת שאר ההתחייבות על ידי דברים¹⁰.

§ כ"ה.

ע רך ה ת נ א י ו ק י מ וי. התנאי המותנה בלשון "אם" מעכב את גמירת העסק. עד שעת מלוא התנאי יכול כל אחד מהנושאים ונותנים לשנות את התנאי, להוסיף עליו, או להזויר בו מכל העסק. לדוגמא: אם הקנו הבעלים הפך על תנאי כזה, אין לקונה כל זכות בחפץ קודם קיום התנאי, ואם חזרו

(6) אה"ע, שם, וסח"מ סי' ר"ז.

(7) גיטין, פ"ד. בבא מציעא, ס"פ הפועלים, ורש"י שם. "שלא כיון אלא להפליגה בדברים".

(8) תוס' גיטין, דף ע"ה. אה"ע סי' ל"ח. סק"ד. דומה לזה:

Condiciones perplexae, Dernburg ibid. § 108, 6.

(9) אה"ע, שם, סק"ד.

(10) בית יוסף, סח"מ סי' ר"ז, סק"ב, ד"ה וכתבו.

הבעלים והקנו אחר כך את החפץ לאחר, פקע קנינו של הראשון לגמרי¹.
בשעת קיום התנאי נחלט ונגמר העסק משעה זו, ex tunc, ולא למפרע

משעת פעולת דרך הקניה והחיוב, ex tunc.

אולם הקנין קיים כאן גם אם בשעת קיום התנאי, שהיא שעת גמירת
העסק, כבר כלתה פעולת דרך הקניה, כמו בקנין משיכה, אם בעת קיום
התנאי אין החפץ הנקנה ברשות הקונה².

עסק שנעשה על תנאי המותנה בלשון "על מנת", חל הוא מיד, אבל
התנאי מעכב את גמירתו, והוא תלוי ועומד עד זמן קיום התנאי או
אי-קיומו.

משעת עשית דרך הקניה והחיוב בתנאי על מנת, אין אחד מהנושאים
ונותנים יכול לחזור בו, ולא להוסיף תנאי אחר על תנאי זה. ואם אחר תנאי
זה חזרו הבעלים והקנו את החפץ לשני, קנינו של זה השני אינו תופס כל
עיקר, אם נתקיים תנאו של הראשון.

עם קיום התנאי הנאמר ב"על מנת", נגמר העסק למפרע
משעת עשיתו.

כאמור למעלה, התנאי המותנה בלשון "אם" ובמעכשו, כמו: "אם
העשה כך וכך, שדי קנוי לך מעכשו", שוה הוא בדיניו לתנאי המותנה בלשון
על מנת³.

כמו כן אם התנאי המותנה בלשון "אם" נכתב בשטר, הרי הוא כאילו
הותנה בפירוש מעכשו, כי הזמן הכתוב בשטר מוכיח על העסק, שהוא נגמר
משעה זו⁴.

אם נקבע זמן לקיום התנאי, צריך הוא להתקיים בתוך הזמן הקבוע;
נתקיים התנאי – נגמר העסק, לא נתקיים חתנאי – לא נגמר.

תנאי שלא נקבע לו זמן, אופן קיומו ובטולו כך הוא:

אם התנאי הוא חיובי, בקום ועשה, כל זמן שמתקיים התנאי נגמר העסק.

(1) רמב"ם, פ"ו מהל' אישות ופ"ח מהל' גרושין, אה"ע, סי' ל"ח וסי' קמ"ג.

(2) בזה נבדל תנאי הנאמר בלשון "אם" מקנין לאחר זמן, שהוא דורש המשכת פעולת דרך הקניה
עד זמן הלוח הקנין, אבל בגט צריך גם בתנאי הנאמר בלשון "אם", שיהא הגט קיים בעת מלוא התנאי, אבל
אין צריך שיהא נמצא ברשות המתגרשת בשעה זו, כי הועילה פעולת מסירת הגט הקודמת. רמב"ם, פ"ט
מהל' גרושין, אה"ע, סי' קמ"ו.

(3) שם.

(4) גיטין, דף ע"ו, דעת ר' יוסי: זמנו של שטר מוכיח עליו, ונפסקה ההלכה כמותו בדיני ממונות.

טח"מ, סי' רמ"א.

אף שהקנין עצמו נחשב תמיד כמו מעכשו, בכל זאת קנין על תנאי בלשון "אם" אינו נחשב

כמעכשו, ע"י שיאמרו בפירוש מעכשו. ר"ן, נדרים, דף כ"ז.

ימשה שתעבור האפשרות לקיים התנאי, או משה שיאמר זה אשר עליו לקיימו, שאינו רוצה לסיימו לעולם, בטל העסק כל עיקר⁽⁶⁾.
ואם התנאי הוא שלילי, בשב ואל תעשה, משה שנעשה מעשה מתבטל העסק. להיפך, העסק מתקיים משה שתעבור האפשרות לעשות אותו הדבר, שהותנה עליו בתנאי בשב ואל תעשה⁽⁶⁾.
כקיום התנאי חשובים: מחילת התנאי או בטולו על-ידי זה שלטובתו הותנה⁽⁷⁾.

אם לא נתקיים התנאי מפני אונס, שעכב את קיומו, הרי אין כאן סיום התנאי, ולא נתקיים המעשה. ואף על פי שכלל מקובל הוא, שבדבר שבממון יש טענת אונס, אבל כאן מתנה התנאי לא נתרצה במעשה עד שיתקיים התנאי.

קיום התנאי הבא מחמת אונס שלא לרצון עושיו, אינו כקיום, כגון אם התנה "אם לא אבוא עד שלשים יום", ונאנס ולא בא, אין כאן קיום התנאי והמעשה בטל⁽⁸⁾.

אם לא נתקיים התנאי מפני עכובו של מתנה התנאי, הרי זה כאילו לא נתקיים ובטל המעשה. אולם לפרקים מלוא התנאי יכול לבוא גם על כרחו של המתנה אותו, כמו בנתינה שנעשתה על כרחו של המקבל, שהיא בדברים שבממון כנתינה⁽⁹⁾.

ראיה על קיום תנאי שבחוב, שהוא בקום ועשה, צריך להביא מי שמקיים אותו.

תנאי שבשלילה, שהוא בשב ואל תעשה, הרי הוא בחזקת שנתקיים. עד שיביא הצד השני ראיה שעברו עליו⁽¹⁰⁾.

§ כ"ז

אפני התנאה הדומים לתנאי, יש אפני התנאה בקנין הדומים לתנאי, ואינם דומים לו.

אי קנין לאחר זמן, אם פירש בעת פעולת דרך הקניה שיחול

(5) אה"ע, סי' לח, ס"ק ל"ה.

(6) קדושין דף ס"ג, ור"ן ורא"ש שם. בית יוסף בטאה"ע, סי' ל"ז, ב"ה, אמר לה תהא מקודשת

ע"מ שירצה אבא.

(7) ר"מ, ספ"ז מהל' אישות. אה"ע, שם, סקל"ה, וט"ז, שם, ס"ק י"ז.

(8) עיין משנה למלך, פי"א מהל' מכירה, הל' א' בשם הריב"ש. ובית שמואל, באה"ע, סי' קמ"ד, סק"א.

(9) מגיד משנה, פ"ח מהל' גרושין, הל' כ"א. בית יוסף בטאה"ע, סי' קמ"ג, בשם הריב"ר, כי

נתינה בעל כרחו הוי נתינה, אף אם לא קבלו כלום.

(10) הר"ן, פ' מי שאחזי, דף תק"צ.

הקנין לאחר זמן קבוע, חל הקנין לאחר הזמן הזה ומזמן זה ולהבא. לפני הזמן המותנה יכולים הקונה והמקנה לחזור בהם, או לבטל הקנין כל עיקר.

התנאה כזו על חלות הקנין לאחר זמן אינה צריכה להכפלה, ולא לשאר דיני הבעת התנאי¹.

מפני שהקנין תופס כאן רק בעת הגעת הזמן, לכן דרוש שתמשך פעולת דרך הקניה עד שעה זו, ואם כלתה פעולת הקנין קודם לכן, אין הקנין תופס כלל.

ומשום זה בהתנאה לאחר זמן קבוע אין משמש בתור דרך קניה אלא קנין הכסף², וקנין השטר, אם נשמר השטר בעת הגעת הזמן הקבוע³. אבל בקנין סודר, משיכה, או חזקה אי אפשר לקנות לאחר זמן, לפי שבשעה שהגיע הזמן הקבוע, כבר כלתה בהם פעולת דרך הקניה⁴.

אם היתה ההתנאה בשעת פעולת דרך הקניה שיחול הקנין מעכשו ולאחר זמן קבוע, הקנין תופס מיד, ובשעת בוא הזמן הקבוע, הוא חל למפרע משעת פעולת דרך הקניה.

ולכן אין צורך כאן בהארכת פעולת דרך הקניה עד הזמן הקבוע, וקונים גם בדרכי קניה הפוסקים מיד, כגון: משיכה, חזקה, קנין סודר, וקנין השטר, אף אם אבד השטר לפני הזמן הקבוע⁵. וכן אין אחד מהנושאים ונותנים יכול לחזור בו בתוך הזמן שבין פעולת דרך הקניה עד בוא הזמן הקבוע⁶. ב. קנין הלוי במעשה. אם תלה קיום הקנין במעשה ואמר: "שלא יתפס הקנין עד שיתהוה איזה מעשה, כגון: "עד שתתן מאתיים זוז", יש בתוכן דבריו התנאות תנאי גמור, אבל, לפי לשון אמירתו, אינו מתנה תנאי, רק מדחה את התפסת הקנין עד זמן העשות המעשה.

(1) רמב"ם, פ"ז מהל' אישות, ופ"ט מהל' גרושין. אה"ע, סי' מ' וקמ"ו.

(2) אפילו אם נתאכלו המעות. קדושין, נ"ט, ואה"ע, סי' מ'.

(3) אה"ע, שם.

(4) טח"מ, סי' קצ"ה, סק"א, וסי' קצ"ז, סקט"ו, ובית יוסף, שם.

(5) שם.

(6) באופן התפסת הקנין וקיומו נבדלים זה מזה: התנאי הנאמר בלשון על מנת; התנאי הנאמר

בלשון, "אם"; והתנאה שיחול הקנין לאחר זמן.

I. בתנאי הנאמר בלשון על מנת תופס הקנין מיד ובשעת קיום התנאי הוא חל למפרע משעת פעולת

דרך הקניה. מפני חלות הקנין למפרע אין הנושאים ונותנים יכולים לחזור בהם ולבטל הקנין לפני

קיום התנאי.

II. ההפך הגמור היא ההתנאה שיחול הקנין לאחר זמן. בה אין הקנין תופס מיד, והוא חל מן הזמן

הקבוע ולהבא. ולכן צריך שתאריך פעולת דרך הקניה עד בוא הזמן הקבוע, והנושאים והנותנים יכולים לחזור

בהם עד שעה זו.

מטעם זה, קנין התלוי במעשה, בין אם פירש ואמר מעכשוי, בין אם לא אמר, שזה הוא לכל דיניו לקנין לאחר זמן⁷.
 ג. ש י ו ר. אם תוכן התנאי המותנה בעת פעולת דרך הקניה שיור הוא, היינו, שהמקנה משייר לעצמו על ידי תנאי זה איזה צד מן החפץ הנקנה, כגון, מי שמוכר את ביתו ומתנה על מנת שדיוטא עליונה שלו, אין צורך לא בהכפלת התנאי ולא בשאר אפני הבעתו⁸.

III. ובין שניהם התנאי המותנה בלשון „אם“, הקנין חל בתנאי זה בעת קיום התנאי, ומשעה זו ולהבא ולא למפרע; ועל כן הנושאים ונותנים יכולים להזז בהם ולבטל הקנין מעיקרו עד זמן קיום התנאי. כן הוא מבואר ברמב"ם, פ"ו מהל' אישות, הל"ו. ואת דבריו אלו סותרים דבריו בפ"ה בהל' גרוסיין, שכתב על תנאי כזה: „אם נשאת (קודם קיום התנאי) — לא תצא“. אולם כבר תמהו המפרשים על דברי הרמב"ם אלה, והר"י קארו שנה בש"ע אה"ע ופסק בסי' קמ"ג: ואם נשאת — תצא. אף על פי שקיום הקנין בתנאי הנאמר בלשון „אם“ מכאן ולהבא הוא, כמו בהתנאה לאחר זמן. הפיסח דרך הקניה בתנאי כזה, נראה שהיא דומה לזו שבתנאי הנאמר בלשון על מנת, כלומר, הקנין תופס משעת פעולתו, ואין צורך שתאריך פעולה זו עד זמן קיום התנאי, כמו בהתנאה לאחר זמן. כיוצא מן הכלל, בגט, אם הותנה בו תנאי בלשון „אם“, צריך שיהא הגט קיים בעת קיום התנאי. אבל אין צורך שימצא אז ברשות המגורשת. אה"ע, שם, סי' קמ"ו, ובית שמואל.
 7) רמב"ם, פ"ט מהל' גרוסיין. אה"ע, שם.
 8) חר"מ, סי' רי"ב, סק"ג, ונתיבות, שם, וסי' ר"ז, סק"א.

שער שני

תורת הקנין

פרק רביעי

נשוא הקנין

§ כ"ז

מושג הקנין. קנין, במובנו הרגיל בדיני ממונות, הרי הוא רכישת חפץ מן החפצים על ידי איש, רכישה קיימת ומאושרת על פי דין. המשא ומתן שחברת בני האדם עוסקת בו, ברובו קנינים הוא, כלומר, נעשים ונגמרים בו רכישות והעברות מרשות לרשות של חפצים ממשיים ושל דברים שיש בהם שווי או טובת הנאה. על ידי אלפי עסקים של משא ומתן החפצים סוחרים ועוברים מיד ליד ומאדם לחברו: מוחלפים ונתנים, נמכרים ונשכרים, נשאלים ומופקדים וכדומה. שייכותם לזה או לזה משתנה מזמן לזמן, בשעה זו הם של פלוני, ואחר כך ברשותו של אלמוני.

על משטר המשפט שבחברה לתקן במדת הדין את כל הקנינים המרובים שבתוכה, ולקבוע שייכותו של כל חפץ לזה או לזה; עליו לסדר את חליפות הרשויות התדירה של החפצים, שלא יבואו לידי ערבוב רשויות.

ברור שייכותם של החפצים וקביעת התחומים בין "שלי" ו"שלך", יסוד מוסד הם לשלטון המשפט ביחוסים שבין אדם לחברו, וכל מה שהמשא והמתן מתפתח, שמתרבים ומשתנים מיני העסקים שעל ידם נושאים ונותנים, צריך ברור זה להעשות ביותר דיוק ושלמות. עבודה זו נעשית על ידי זה שהדינים מסמנים ומציינים את הקנין מצדי צדדיו, הם קובעים את דרכי רכישת החפצים, מכונים בדיוק את הרגע, אשר בו תחיל רכישה זו, ואשר בו תגמור; מבררים את הכשרתם ויפוי כחם של נושאי הרכישה, הקונה והמקנה, ואת קיומה ואשורה של הפעולה שהם עושים, עד שהם קובעים את תוכן השלטון ומלואי שפעולה זו נותנת לאדם זה בחפץ זה.

כל זה, נקבע בדין לא במקרה ולא בשרירות לב המחוקק, אלא לפי תנאי החיים של כל תקופה ותקופה, ולפי צרכי המשא ומתן בה.

יהוסי הקנין נבדלים בתורת המשפטים מיחוסי החיוב. הקנין נותן לאדם שלטון בחפץ ומפקיע את רשותם של שאר כל האדם להשתמש במה שקנוי לזה. החיוב מעמיד יחס בין אנשים, במה שהוא מטיל על האחד את החובה לקיים איזה דבר, ונותן לשני את הזכות לתבוע קיום דבר זה. שם "קנין" בספרותנו התלמודית מציין את הפעולה, שעל ידה החפצים נרכשים את דרך קנייתם; ובמובן זה שכיח אצלנו לשון: "עשה קנין" כלומר, עשית אחד מדרכי הקניה *modus acquirendi*. גדר ה"קנין" מורה גם על יחס של שלטון בחפץ, הנולד על ידי עשית אחד מדרכי הקניה, והעומד וקיים עד יציאת החפץ מרשות האדם, ובמובן יחס של שלטון קיים יאמר: "יש לו לאדם קנין בחפץ" *ius in re*. פעולת רכישת החפצים *modus acquirendi* והיחס הקיים של השלטון עליהם (*ius in re*) הבא כתוצאת פעולה זו, נגדרים לפי זה בלשוננו בשם אחד "קנין". אולם אין כאן ערבוב המושגים, כי פעולת כל אחד מדרכי הקניה מעמידה לאדם קנין בחפץ או שלטון באחד מאופניו, וכל אחד מאפני הקנין והשלטון בחפץ אינו בא רק על ידי הפעולה הראויה מדרכי הקניה¹. הקנין יבוא או כרכישת חפצים שאין להם בעלים, או כהעברת החפצים מרשות איש אחד לרשות חברו. ולפיכך מוצאים אנו בקנין או נושא אחד בלבד, הקונה, הרוכש דבר, שאין לו בעלים, או שני נושאים, הקונה והמקנה. האופן הראשון נגדר בתלמוד כקנין באין דעת אחרת מקנה; באופן השני הקנין יש בו דעת אחרת מקנה.

§ כ"ח

מושג נושא הקנין. נושא (*object*) הקנין תמיד חפץ הוא, דבר שיש בו ממש. רק חפצים ממשיים יש להם ערך כלכלי, ובני אדם משתדלים ברכישתם, ואך הם, בשביל ממשותם, יכולים להיות נרכשים ונחזקים ברשות האדם, או לעבור מרשות לרשות קנין פרטי.

1) הטירמינולוגיה של התלמוד מציינת לעתים קרובות בגדר אחד את הפעולה המשפטית עצמה, ואת התוצאות שפעולה משפטית זו מביאה. לדוגמא, בגדר, "הקדש" מציינים את פעולת הקדשת החפצים ובמובן זה יאמר: "הקדש מפקיע" מידי שעבוד, כלומר, הקדשת החפצים מפקיעה את השעבודים החלים עליהם. ובגדר ההקדש מציינים גם את מצב החפצים המוקדשים (*res sacrae*) ובמובן זה יאמר: "מועל בהקדש", כלומר, הנהה מהחפצים המוקדשים.

כמו כן בגדר, "הפקר" מציינים את פעולת הפקרת החפצים על ידי אמירה, שבעליהם אומרים; מושג זה קרוב אל *derelictio* הרומית. והפקר מציין גם את מצב החפצים שאין להם בעלים (*res nullius*), ובמובן זה רגילים לומר, "זוכה מן ההפקר".

אולם לא בכל מקרה נקנה על ידי הקניין החפץ הממשי עצמו. ויש שנקנה אך צד ידוע שלו. אופן ידוע של השתמשות בו או הנאה ממנו. כמו אילן לפירותיו או בית לדור בו. באופנים אלה החפץ עצמו נשאר ברשות בעליו הראשונים. אלא שרשותם בו נגבלת על ידי הקניה הפרטית של האחר בתשמיש החפץ. בהנאה ממנו או בפירותיו. וגם זה האחר, אם שהחפץ אינו נעשה כלו שלו על ידי קנייתו זו, מכל מקום נשוא קנייתו הוא החפץ עצמו. הנקנה לו בגופו לשמוש ידוע.

על פי הגדרת הרמב"ם פעולת הקניין אינה יכולה לחול רק "על עיקר או על פירות עיקר ידוע", כלומר, על חפץ ממשי או על אופן ידוע של השמוש בו.⁽¹⁾

באופן השני שהזכרנו, צריך שיחול הקניין על גוף החפץ. כדי שהחפץ עצמו יהא נקנה לתשמישו או לפירותיו. אבל אי אפשר להקנות תשמיש בחפץ בלבד. כגון: דירת הבית ואכילת פירות האילן. מבלי הקנאה בגוף החפץ. לפי שתשמיש כזה אינו דבר הנקנה והעובר מרשות לרשות.⁽²⁾

אחרת אנו מוצאים בדיני רומי. על פיהם החפצים נחלקים לגופניים (*res corporales*) ולבלתי גופניים (*res incorporales*). החפצים הגופניים הם הדברים שיש בהם ממש (*quae tangi possunt*), והבלתי גופניים הם הדברים שאין בהם ממשי. אלא שקיימים הם בדין.

זכות הירושה שיש לו לאדם, או זכות התשמיש בחפץ או אכילת פירותיו. וכמו כן זכות התביעה (*obligatio*), נחשבים גם הם לחפצים בלתי גופניים בפני עצמם. ואין להם כל יחס אל החפץ הממשי. שבו משתמשים. שאוכלים את פירותיו. ושאותו יורשים.⁽³⁾

המשפט העברי, הרחוק תמיד כפי האפשר מיצירת פיקציות, נשאר גם פה נאמן לרוחו הריאלי. הזכות או הקניין שיש לו לאדם בחפץ אינו נגדר בו כחפץ בלתי ממשי. ואינו מפשט מגוף החפץ. ואם קנה אדם חפץ לתשמישו או לאכילת פירותיו, לא רכש לו זכות מופשטה, רשות השמוש, שתהיה יכולה להגדר כחפץ בלתי גופני, רק את החפץ עצמו רכש לו באופן מוגבל וידוע. ולמה שהוא נקנה לו. ואם מקנה אדם זה את קניינו לאחר, מה שקנה הוא מקנה. היינו, קנין מוגבל בגוף החפץ.

בין הקניין שיש להם לבעלים בחפץ, ובין קניינו של זה שרכש לו תשמיש החפץ ופירותיו, אין ביניהם הבדל איכותי, כי שניהם קנו גוף החפץ, ההבדל

(1) רמב"ם הל' מכירה, פ"ה הל' י"ד.

(2) רמב"ם ס"ט, פכ"ב הל' י"ד. סח"מ סי' רי"ב.

(3) Vide Gajus Inst. II. § 12 - 14

הוא כמותי בלבד: הבעלים קנו החפץ כלו מצדי צדדיו. ובעל קנין הפירות קנה רק צד ידוע שבו.

קנין שאינו חל באופן בלתי אמצעי על דבר שיש בו ממש, נקרא קנין דברים ואינו קנין.

יוצא מן הכלל אותו הקנין, שמטרתו אינה רכישת חפץ, רק קבלת התחייבות או העמדת שעבוד נכסים לאחריות החובות, שזה יכול לתפוס גם אם אין לו נשוא ממשי ידוע שיהא חל עליו. בתור דרך הקניה משמש כאן קנין הסודרי, שנעשה אמצעי משפטי כללי להעמדת כל אפני חיובים. אולם גם קנין כזה כאלו הוא תופס בדבר שיש בו ממש, כי בתור נשוא שלו נחשבים כל נכסי המתחייב או המשתעבד⁴.

§ כ"ט

תכונות נשוא הקנין. אין חפץ ממשי ראוי שיתפס בו קנין עד שיהיו בו כל התכונות המובאות להלן, שמנו חכמים בנשוא הקנין.

א. החפץ הנקנה צריך שיהא בעולם בשעת פעולת הקניה, ואם איננו בעולם בשעה זו, אף שעתיד הוא לבוא אחר כך, הרי הוא נקרא דבר שלא בא לעולם, ואין הקנין תופס בו.

תולדות החפץ העתידות לבוא, או פירותיו שיביא לאחר זמן, אפשר להקנות רק על ידי קנין בגוף החפץ עצמו לתולדותיו או לפירותיו¹.

ב. החפץ הנקנה צריך שיהא קנוי להמקנה עצמו, שיהיה שלו בעת פעולת הקנין; אבל אם המקנה עצמו לא קנה את החפץ, אינו יכול להקנותו לאחרים. וגם אם הוא עומד לקנות חפץ זה, וגם אם קנינו יבוא לו אחר כך מאליו בלי שום פעולה מצדו, כגון ירושה העתידה ליפול לו, אין הקנין תופס במה שעדיין אינו שלו, היינו, של המקנה². הכלל הזה, שהחפץ המוקנה צריך להיות של המקנה, ברור ומובן הוא מאליו. אולם משום צרכי החיים ותקנות השוק נתקנו יוצאים אחדים מכלל זה:

צייד עני יכול למכור מה שתעלה מצודתו באותו יום, משום כדי חייו. וכן אפשר למכור חלק מהירושה סמוך למיתת המוריש, משום צרכי הקבורה³. חפץ שהוא סחורת השוק, היינו, שהוא מצוי ונמכר בשוק, יכול להיות נקנה גם אם בעת פעולת הקניה אינו בידי המקנה. מובן מאליו, כי קנית

4) טח"מ סי' וס"י קנ"ז, ס"ק כ"י. על דבר ערך הזכות או החוקה להקנות בתור דבר בפני עצמו, עיין להלן פרק יחסי הרשות.

1) חו"מ, סי' ר"ט.

2) בבא בתרא, דף קנ"ט. בית יוסף, סי' ר"ט, ס"ק ג' ר"י.

3) רמב"ם, פכ"ב מהל' מכירה. חו"מ, סי' ר"א.

סחירה כזו צריכה להעשות סתם, כלומר, סכום או מדה ידוע של מין חפצים ידועים, כמו כור חטים או מאה חביות יין, ולא בפרט, בסיוע חפץ ידוע: יין זה או חטים אלה.

נעלה מעל כל ספק, כי דין זה של תפיסת הקנין בסחורת השוק אף אם אינה ברשותו של המקנה, נוצר כתקנת השוק, בשביל דרישות החיים וצרכי המשא ומתן שהתפתח. כי בפועל, בחיי השוק, הסחורה שיצא לה שער נקנית ונמכרת מיד ליד גם אם אינה ברשות הנושאים ונותנים בה, ואילו קבעו הדינים, שאין יכול לסחור בה רק זה שהיא נמצאת ברשותו, היה זה מכביד ומעיק על תנועת המסחר. לכן באה התקנה, כי על סחורה כזו יחול הקנין גם אם אין למקנה ממנה כלום, כי אם אינה לזה ישנה לזה⁴.

ג. החפץ הנקנה צריך להיות ברשותו של המקנה, כלומר, שאין די במה שהוא שלי, אלא שימצא עוד תחת ידו, שיוכל לעשות בו כחפצו. אבל אם החפץ הוא קנינו של המקנה, אלא שהוא נמצא בפועל בידי אחר, שאינו מודה בבעלות המקנה על חפץ זה, כגון גזלה, או פקדון שהנפקד כופר בו, אין הבעלים יכולים להקנותו לאחר. אמנם יכולים הם להוציאו מידי מי שתפס בו שלא כדין, אבל כל עוד שאין החפץ ברשותם בפועל, אין הקנין שהם מקנים תופס בו.

הקנין צריך אפוא להיות עובדא מעשית, ולא פעולה משפטית בלבד. הוא צריך לתת אפשרות להעביר החפץ מרשותו של אחד, שיוכל לעשות בו כחפצו, לרשותו של אחר, שיוכל לשלוט בו מעתה.

ברם אם נמצא החפץ בידי אחר המכיר את בעלותו של המקנה עליו, כגון, אם נשאל, חופקדי, או נשכר, לאחר, יכולים הבעלים להקנותו, ואין זה נקרא אינו ברשותו. על החפץ המושאל והמושכר חל הקנין החדש שמקנים בו הבעלים, במה ועד כמה שלא תפס בו הקנין הקודם של השואל והשוכר; אבל במה שכבר נקנה על ידי שאילה ושכירות, אין הקנין החדש תופס עד גמר זמן השכירות או השאילה⁵.

ד. החפץ הנקנה צריך שיהא ידוע להמקנה והקונה מה הוא. ידיעה זו צריכה שתהא במין החפץ, ואם נקנה דבר שאין מינו ידוע מה הוא, כגון, כל מה שיש בתיבה זו או בשק זה, אין הקנין חל, לפי שלא סמכה עליו דעת הנושאים ונותנים. אבל אין צורך שיהא החפץ עצמו מסוים, ואפשר להקנות

(4) זו אחת מן ההלכות שיש לראות בהן טרשי משפט מסחרי בתלמוד. בבא מציעא ריש פרק איוהו נסד. רמב"ם, פכ"ב ממכירה, וכסף משנה שם. הו"מ, סי' ר"ח ור"ט. בדבר ערך קנין סחורת השוק שאינה ברשותו של המקנה, נחלקו הפוסקים: לדעת הסמ"ע הוא קנין גמור; לדעת הש"ך אין לקנין זה אלא ערך של התחייבות, ולענין שכל החוזר בו מקבל במי שפרע.

(5) בבא קמא, דף ס"ח. הו"מ, סי' רנ"א.

בית סתם מבתי המקנה; כמו כן אין צורך שיהיו מדתו משקלו ומנינו של ההפץ הנקנה מסוימים⁶.
 כל נכסי האדם ביחד יכולים להיות נושא קנין אחד, והם נחשבים כדבר ידוע, שהקנין יכול לתפוס בכלם בבת אחת⁷.

§ ל

סוגי החפצים. בדיני התלמוד נמצאים חלוקות אחדות של סוגי החפצים, שראוי לעמוד עליהן בשביל ערכן המשפטי והמעשיי.
 א. רגילה ומקובלת היא חלוקת החפצים לקרקעות ומטלטלין. ההבדל שבין הקרקעות והמטלטלין מונח בטבע החפצים להשמר ולהתקיים במקום אחד וברשות אחת, או להטלטל ממקום למקום ומרשות לרשות. הקרקעות על פי תכונתן מתקיימות ונשמרות תמיד ברשות בעליהן, והן נקראות במשנה: נכסים שיש להם אחריות; מה שאין כן המטלטלין, או הנכסים שאין להם אחריות. שהם רגילים לעבור מרשות לרשות.

לקרקעות הושוו גם העבדים הכנענים, אבל לא לכל דיניהם. העבדים דומים לקרקעות בדיני התורה (למילי דאורייתא). כמו אונאה ושבועה וגזל¹. אבל לדינים שהם מדרבנן, כמו לענין קנין אגב קרקע ופרזובול, העבדים שוים למטלטלין². אם נשים לב לזה, כי דיני התורה ודיני החכמים (דאורייתא ודרבנן) במובנם ההיסטורי הם דינים של תקופה מוקדמת ותקופה מאוחרת, נראה כי בתקופות הקודמות של המשפט העברי הושוו העבדים לקרקעות, רק אחר כך נשתנתה השקפה זו, והעבדים התחילו להיות נחשבים על החפצים המטלטליים. גדר הקרקעות של התקופה הקדומה, הכולל את הקרקע והעבדים, מזכיר לנו הרבה את הגדר *res mancipii* של דיני רומי, הכולל גם כן את הקרקעות ואת העבדים ונוסף על אלה גם את הבהמות. וגם בדיני רומי כלילת העבדים והקרקעות בגדר אחד של *res mancipii* לא נתקימה אלא בתקופות הקדומות; במשפט הרומי המאוחר בטל ההבדל בין *res mancipii* ובין *res nec mancipii*.

(6) רמב"ם, שם, פכ"א.

(7) רמב"ם, פ"ג מהל' זכיה, טח"מ, סי' רי"ח, סק"ג; רמ"א, סק"ו. לכאורה כתנגדים לדעה זו דברי הריב"ש בסימן רס"א המובאים בהגהת הרמ"א סי' ר"ג ור"ט, שפסק להלכה, כי שנים שהחליפו כל נכסיהם, אין הקנין חל, ולא עשו כלום. אבל נראה שאין כאן כל סתירה מדברי הריב"ש. כי אמנם כל נכסי האדם יכולים להקנות בבת אחת על ידי מכירה או מתנה; רק כאשר שני בני אדם מחליפים כל נכסיהם זה עם זה, אין כאן עסק הנעשה בכובד ראש הראוי, כי אין למחליפים לא רצון לתת מתנה, ולא רצון למכור דבר במחירו. ועל כן קנין חליפי כל הנכסים אינו חל משום הסרון סמיכת הדעת.

(1) עבדים אינם נגזלים, כמו הקרקעות.

(2) הרא"ש, פרק הגזול ע"ג. טח"מ, סי' שס"ג.

ולא נשתמרה רק החלוקה של החפצים המטלטלים, *res mobiles*, והחפצים שאינם מטלטלים, קרקעות במובן הפשוט, *res immobiles*.³

להשוואת העבדים לקרקעות היה כנראה טעם כלכלי כי בעבדים היו משתמשים ביחוד לעבודת האדמה והם היו נחשבים כחלק מאחוזת האדון. כל המחובר לקרקע, הן בחבור טבעי כמו גדולי קרקע והן בחבור מלאכותי כמו ביתי דינו כקרקע.⁴

אבל מה שאינו צריך לקרקע ועומד להתלש ולהעקר ממנה הרי הוא נחשב כמטלטלין.⁵

ועתה נעיר על חלוקים אחדים בדין, שיגשם בין הקרקעות ובין המטלטלין.

1. דרכי הקניה של הקרקעות שונים הם מדרכי הקניה של המטלטלין. הקרקעות נקנות בכסף, בשטר, ובחזקה, והמטלטלין במשיכה, במסירה, בהגבהה ועוד, כאשר יתבאר להלן בפרק דרכי הקניה.

2. עיקר שעבוד אחריות הנכסים, שאדם משעבד נכסיו לבעל חוב לגבות מהם ולטרוף מן הלוקחות, חל הוא על הקרקעות בלבד, הנשאות תמיד בידי בעליהן ואי אפשר להבריחן, ועל כן הן משמשות ערבות לחובותיו. ומשום זה הקרקעות נקראות נכסים שיש להם אחריות.⁶ המטלטלין אין השעבוד חל עליהם מדין תורה כל עיקרו, לפי שלא סמכה דעת בעל החוב לגבות מהם. מדינא דרבנן השעבוד יכול לחול אף על מטלטלין על ידי הקנאת שעבודם בקנין אגב קרקע. אולם בתקופות מאוחרות קשה היה להשתמש בפועל בשעבוד המטלטלין, לפי שהם עומדים על פי תכונתם, לנוד ולעבור מיד לידי, ולא יתכן שיתפס בהם שעבוד קיים של איש ידוע. לכן חזרו והעמידו הדבר על דין תורה, והפקיעו את המטלטלין מכל שעבוד.⁷

3. כל המטלטלין הם בחזקת זה שהם תחת ידו, ואין צורך שיחזיפ בהם זמן ידוע. חזקת הקרקעות היא שלש שנים, וקודם שיעבור זמן זה, הן תמיד ברשות בעליהן הקודמים, לפי הכלל התלמודי שקרקע אינה נגזלת.⁸

4. במטלטלין יש דין הונאה, ובקרקעות אין הונאה.⁹

Vide Dernburg. Pandekten. I. § 67 (3)

(4) חו"מ, סי' צ"ה, בש"ך, סעיף קטן ט'.

(5) רמב"ם, פ"א מהל' מכירה, הל' י"ז, חו"מ, סי' קצ"ג.

(6) רמב"ם, פ"א מהל' מלוה ולוה, חו"מ, סי' ס'.

(7) חו"מ, סי' ס' וסי' קי"ג.

(8) רמב"ם, פ"ח מהל' טוען ונטען, טח"מ, סי' קל"ג וקמ"א.

(9) רמב"ם, פ"ג מהל' מכירה, הל' ח', טח"מ, סי' רכ"ו, ס"ק מ'.

§ ל"א

סוגי הקרקעות והמטלטלין. א. במקרא נבדלות הקרקעות בדיניהן על פי המקום, שהן נמצאות בו, ועל פי האופן, שבו נרכשו לבעליהן, כמו בתי ערי חומה, שדה מקנה, ושדה אחוזה. אולם בתחלת תקופת הגלות כבר בטלה חלוקה זו והדינים התלויים בה.

ב. במשנה ובגמרא נחלקות קרקעות השייכות לאדם לשלשה סוגים לפי טיבן. עידית הן הקרקעות המעולות השייכות לו; בינונית, כשמן, הקרקעות הבינוניות; וזיבורית — הגרועות שלו.

המטלטלין נחלקים גם הם בדיני התלמוד לסוגים שונים; ועל אודות החשובים מסוגים אלה נדבר עתה.

ג. כל המטלטלין הנם או "פירות" או "כלים".

השמות "פירות" ו"כלים" אינם משמשים כאן במובנם המעשי, אך בתור גדרים משפטיים. בשם "כלים" מציינים את המטלטלין המתקיימים העומדים לשמוש קבוע פעמים רבות; השם "פירות" מצייין את המטלטלין העומדים להשתמש בהם פעם אחת, והנפסדים על ידי תשישם זה. פירות וכלים במובן זה כוללים את כל החפצים המטלטלים, שהם שייכים לאחד מגדרים אלה⁽¹⁾.

בתורת המשפטים הרומית אנו מוצאים חלוקה כזו בין דברים נפסדים על ידי שמושם, *res consumptibiles*, לדברים שאינם נפסדים על ידי שמושם, *res inconsumptibiles*. אמנם כל הדברים נפסדים על ידי תשישם בהם, אלא שהדינים מחלקים בין החפצים הנפסדים על ידי התשישם בהם פעם אחת כדרך תשישם, *qui usu consumitur*, לחפצים, שבדרך תשישם אפשר להשתמש בהם פעמים רבות, *qui usu non consumitur*.⁽²⁾

אותם הגדרים עצמם שהמשפט הרומי מצייין בטרמינים אבסטרקטיים: *res consumptibiles et inconsumptibiles*, מצייין המשפט העברי בשמות ריאליים ושואלים מן החיים: פירות וכלים. וצריך להודות, כי השמות הריאליים מסמנים כאן בתמונה חיה ובהירה את הסוגים הללו של החפצים ואת כל תכונותיהם המיוחדות. בתורת משפטינו אין גדרים מיוחדים לציין בהם את המושגים *res fungibiles*, דבריהם נמדדים, שמדה אחת מהם דומה לחברתה, או *res in fungibiles*, דברים שאינם נמדדים ואינם דומים אחד לחברו.

(1) רמב"ם, פ"ה מהל' מכירה, ובכסף משנה שם: "דכל מילי מיקרי כלי לבד מפירות". ובבית יוסף, סח"מ, ס"י ר"ג, נאמר, כי בשר בעלי חיים נקרא פרי, ובחיהם בעלי החיים נקראים כלים. ובפרישה.

סח"מ, ס"י רכ"ז, ס"ק כ"ג, מחלק בין הפירות שאינם מתקיימים ובין הכלים שהם מתקיימים.

Vide Derenburg ibi, § 75. (2)

בכדי לציין מושגים אלה משתמשים על הרוב בהגדרה מתארת: מדה ידועה של פירות - fungibiles; דבר ידוע - infungibiles. לפרקים דינינו מציינים את הדברים הנערכים על פי מדה, ונחלפים איש באחיו, fungibiles, בשם פירות, ואת הדברים שאינם נערכים על פי מדה, ואינם נחלפים איש באחיו, infungibiles, בשם כלים. החלוקים לדינא בין סוגי המטלטלין ה"כלים" והמטלטלין ה"פירות" הם אלה: 1. בכלים שייכת שאילה ולא הלוואה; אבל הפירות, כמו הכספים, נלוים ולא נשאלים.⁽³⁾ 2. המטלטלין הכלים אפשר לקנות על ידם בחליפין בתורת קנין סודרי, אבל הפירות אינם נעשים חליפין, כאשר יתבאר להלן.⁽⁴⁾ 3. בחליפי פירות בפירות יש תורת הונאה, אבל בחליפי כלים בכלים אין בהם תורת הונאה.⁽⁵⁾

ד. סוג מיוחד של המטלטלין הם המטלטלין הנדים על פי רצונם ממקום למקום, כמו בהמה וחייה, וגם העבדים בדינים דרבנן, שהם נחשבים בהם כמטלטלין (מטלטלי דניידים, res se monventes). המטלטלין הנדים נבדלים הם משאר המטלטלין: 1. לענין קנין, כמו, בהמה נקנית על ידי מה שעוקרת יד ורגל, כשקורא לה או מכישה במקל, או שנקנית על ידי רכיבה.⁽⁶⁾ 2. המטלטלין הנדים אינם קונים לבעליהם מטלטלין אחרים מטעם רשות קונה או חצרו; והם נקראים "חצר מהלכת", שאינה קונה.⁽⁷⁾ 3. חזקת המטלטלין הנדים היא שלש שנים.⁽⁸⁾

ה. המעות (מטבע), על פי תכונתן, צריכות הן להחשב על סוג המטלטלין ה"כלים". אולם למעות יש ערך מיוחד במשא ומתן, במה שהן עוברות לסוחר ונעשות דמים לכל החפצים, ועל כן נבדלות הן משאר המטלטלין ה"כלים". המעות, כל עוד שנשמרה צורתן ועוברות הן לסוחר, אינן נקנות ואינן קונות בחליפין; משפסלה המלכות צורתן, אין להן דין מטבע עוד, ודינן כשאר המטלטלין ה"כלים".⁽⁹⁾

ו. השטרות הם סוג מיוחד של המטלטלין הנקרא גם כן "אותיות". לדינא השטרות נכנסים בגדר הנכסים של האדם, ואינם נחשבים לא על

(3) עיין להלן § נ"ג.

(4) ר"מ, שם, פ"ה הל' ר.

(5) ר"מ, שם, פ"ג, ה"מ, ס' רכ"ז.

(6) טח"מ, ס' קצ"ז.

(7) ר"מ, שם, פ"ג, הל' י"ג.

(8) טח"מ, ס' קל"ה.

(9) רמב"ם, שם, פרק ר'. טח"מ, ס' קצ"ה ור"ג. לשון הר"מ שם, שמטבע שנפסלה או שאינה

עוברת לסוחר, "הרי היא כפירות", אינה מדויקת; ויותר נראים דברי הטור בס' קצ"ה: "אין קונין במטבע, אף על פי שהיא כמו כלי".

המטלטלין ולא על הקרקעות, אף שעל פי תכונתם של השטרות צריכים הם להחשב על המטלטלין¹⁰.

האופי המיוחד של השטרות מתגלה בזה שאין גופם ממון, כלומר, שעיקר שווים הוא לא בגוף הנייר, רק בשעבוד הנקנה על ידי האותיות הכתובות בשטר.

ערך השטרות על פי דינינו יכול להיות בשלשה פנים. ראשית, ערך גוף השטר, שווי הנייר לצור על פי צלוחיתו, ובנדון זה יש לו לנייר השטר כל דיני המטלטלין. שנית, ערך השטר להיות לראיה על הקנין שנעשה ונגמר שלא על ידו, כגון על ידי קנין כסף וחזקה. שטר ראיה כזה, שכל עיקרו אך ההעדאה שהוא מעיד על עובדא ידועה, אין לו ערך חפץ בפני עצמו, בתור שטר, ואין הקנין יכול לחול עליו.

רק בשלישית מתגלה ערך השטרות בתור חפצים מיוחדים בין נכסי האדם. שטרי קנין, שעל ידם נסנה חפץ ידוע (קרקע), או שטרי חוב שיש בהם שעבוד אחריות נכסים, יש להם שווי של ממון מלבד נייר גופם; והם נחשבים לחפצים שונים משאר המטלטלין, שכל שווים בגופם וגופם ממון¹¹. כחפצים או כנשואי משא ומתן יכולים לפי זה להיות שטרי חוב ושטרי קנין בלבד.

השטרות אין גופם ממון, וערכם ושווים שונה הוא ותלוי במסכות רבות. הרא"ש מעריך את שווי השטרות ואומר: "שווי השטרות יחשב על פי קרוב הזמן (הנקבע בהם) או ריחוק הזמן, ולפי נכסי הלוח (אם הוא איש אמיד אם לאו), ולפי אלמותו (אם יקל או יכבד לגבות ממנו)"¹². הערכה זו של שווי השטרות, כוללת כל מה שיכול להשפיע על הוקרת או הוזלת השער של השטרות גם בימינו אלה, שכל כך נתפשט בהם מסחר הניירות שוי הכסף.

בתורת חפצים מיוחדים יכולים השטרות להמכר מאדם לחברו; והקונה את השטר, קונה גם את השעבוד שבו, אם השטר הנקנה הוא שטר חוב, או את החפץ עצמו, אם נקנה שטר קנין. קנין השטרות משונה הוא מקניני כל שאר החפצים. השטרות אינם נקנים אלא אם יש דעת אחרת מקנה אותם; ואינם נקנים על ידי שום קנין מקניני המטלטלין, ודרך קנייתם הוא בכתיבה ומסירה¹³.

(10) גינזקי יוסף, ריש פרק הספינה. בית יוסף, סי' ס"ו, ס"ק מ"ג.

(11) טח"מ, סי' ס"ו, ס"ק י"ד.

(12) טח"מ, שם, ס"ק מ"ב.

(13) ר"מ וטח"מ, שם.

§ ל"ב.

סוגי החפצים לפי שייכותם. בדיני ישראל החפצים נחלקים לסוגים אחדים על פי שייכותם לבעליהם.

א. נכסי הפקר *res nullius* הם החפצים שאין להם בעלים כלל, וכל הקודם בהם זכה. בשם נכסי הפקר נקראים הדברים המופקרים ועומדים כגוף, כל מה שיש במדברות, בימים ובנהרות¹. בשם הפקר נקראים גם החפצים שהיו להם בעלים והפקירום, כלומר, שסלקו את רשותם מעליהם ואמרו שיהיו הפקר לכל².

בדיני רומי דומים אל הנכסים שהפקירום בעליהם: *res derelictae*. אולם את נשוא את תוכן שני המושגים האלה, נמצא, כי שונים הם זה מזה שנוי עיקרי. *res derelictae* של דיני רומי, הם נכסים שעזבונו בעליהם בפועל לכל מי שיחפוץ לזכות בהם. הבעלים צריכים לעזוב את החזקתם בחפץ (*possessio*), ואין די בסלוק רשות באמירה בלבד, בהבעת דעתם שיהא ההפך עזוב לכל³. הפקר הנכסים על פי דינינו אינו עזיבת החפצים בפועל, והוא בא על ידי הבעת דעת הבעלים ואמירתם, שנכסים אלו יהיו מופקרים לכל⁴.

ב. נכסים שהם רשות הרבים ובהם יכול כל אדם להשתמש. אבל לא לזכות לעצמו⁵. כרשות הרבים נחשבים הדרכים והימים, הנהלות והמדברות.

בין הנכסים שהם רשות הרבים ובין הנכסים שהם הפקר יש הבדל עיקרי. הנכסים שהם רשות הרבים, אין שום קנין חל עליהם, אבל על נכסי הפקר חל הקנין, והם נקנים לכל הקודם וזוכה בהם⁶.

(1) רמב"ם, פ"א מהל' זכיה. לשון הרמב"ם מדויקת: "המדברות, הימים והנהלות כל שבהם הפקר". משמע שהמדברות, הימים, והנהלות עצמם לא הוי הפקר, לפי שהם רשות הרבים ואדם פרטי אינה יכול לזכות בהם. ובטח"מ, סי' רע"ג, ס"ק י', הלשון אינה מדויקת: "ואיזהו דבר מופקר — כגון המדברות, הימים, והנהלות, וכל אשר בהן". משמע שגם המדברות, הימים, והנהלים עצמם הם הפקר, ואין זה נכון כי כמו רשות הרבים הם, וזכיה פרטית מן הנמנע בהם.

(2) שם.

(3) Vide Dernburg *ibid.* § 223 An. 2, 3.

(4) עיין ההבדל בין הפקר העברי *derelictio* הרומית להלן § ני. הרא"ה ווייס בספרו "דור דור ודורשיו", חלק שני, פ"ד, מדמה *res derelictae* לנכסי רטושין, אשר ידובר בהם בבבא מציעא: "לח" ע"ב. בכל אופן אין כאן יותר מדמיון השם. כי נכסי רטושין אינם נעשים הפקר, והם נשארים ברשות בעליהם הקדומים, או שעבורים הם למי שיש לו בהם זכות הירושה, כמבואר שם בגמרא.

(5) ר"מ, שם. חר"מ, סי' רע"ג. סמ"ע, ס"ק י"ז.

(6) סימטא וצדי רשות הרבים הם כרשות היחיד של זה שקדם וזכה בהם, אבל רק לזמן ידוע ולא

ג. נכסי הדיוט הם הנכסים שיש להם בעלים ושבעליהם אדם הדיוט. על הנכסים האלה טובב הולך המשא ומתן, והם הנכסים סתם שהדינים מדברים עליהם.

ד. נכסי הקדש הם הנכסים הנועדים לצרכי בית המקדש ועבודת הקרבנות בו⁷.

הנכסים האלה משמשים לשלש מטרות: I. קדשי בדק הבית, העומדים לתקון ושכלול בניני המקדש; II. קדשי המזבח, העומדים להקרבה והקטרה על גבי המזבח; III. חרמי הכהנים, הנועדים לצרכיהם הפרטיים של הכהנים, והם נתנים לכהנים של אותו המשמר שבו הוחרמו.

לפי ערך קדושתם נכסי ההקדש נחלקים לשני סוגים: I. הנכסים הקדושים קדושת הגוף. קדושת הגוף חלה על קדשי מזבח, הראויים להקרב על גבי המזבח, ועל חרמי הכהנים משעה שהוקדשו עד שנתנו לכהן הראוי⁸. לנכסים הקדושים קדושת הגוף אין כל פדיון. II. הנכסים הקדושים קדושת דמים. קדושה זו חלה על כל הנכסים המוקדשים לצרכי בדק הבית ועל הנכסים המוקדשים להקרבה על גבי המזבח, אם אינם ראויים להקרבה כזו, או שנפסלו ממנה על ידי מום⁹. הנכסים הקדושים קדושת דמים, יש להם פדיון, ודמי הפדיון משמשים לצורך שהוקדשו לו. על ידי הפדיון נכסים אלה יוצאים לחולין, מלבד הדברים הראויים להקרב על גבי המזבח, שאינם יוצאים מידי קדושת מזבח לעולם, והם נמכרים לצרכי הקרבה זו.

הנכסים נעשים הקדש:

1. על ידי הקדשה שהבעלים קוראים עליהם שם הקדש. ההקדשה היא על ידי אמירה בלבד, כי אמירה לגבוה כמסירה להדיוט. II. על ידי תפיסת הקדושה מאליה בדברים הבאים מן ההקדש, כמו גדולי הקדש שהם כהקדש. נכסי הקדש, בין אלה הקדושים קדושת הגוף ובין אלה הקדושים קדושת דמים, אסור לאדם ליהנות מהם כל זמן שהם בקדושתם, וההנאה מהם נקראת מעילה בהקדש.

קדושת הגוף נפקעת מן הנכסים:

קדשי מזבח, משעה שנפסלו להקרבה, פקעה מהם קדושת הגוף וחלה

חלוטין, לפי שאינם נעשים קנין היחיד, וכל אדם יכול לזכות בהם לשעה. 'ח"מ, סי' רס"ח וסי' קצ"ח. ב"ב, פ"ד, ע"ב.

7) לדיני ההקדש אבד ערכם המעשיי אחרי חורבן הבית, ולכן רוב הפוסקים אחרי הרמב"ם ז"ל השמיטו אותם. אולם מפני שמוסד ההקדש קשור הוא בהלכות רבות מדיני הממונות, ובלי ידיעתו אי אפשר להבין את תורת משפטינו, לכן הנני נותן כאן ציור כללי מעיקרי הלכותיו.

8) ר"מ, פ"ה מהל' ערכין וחרמין.

9) שם, הל' י"ח.

עליהם קדושת דמים; חרמי הכהנים, משינתנו לכהן, פקעה כל קדושתם, והם יוצאים לחולין.

קדושת הדמים נפקעת:

על ידי הפדיון, בדברים שאינם ראויים למזבח; על ידי חלול חפץ זה על חפץ אחר; על ידי מעילה בשוגג, אם מעלו בנכסים והקנו אותם לאחר בתורת חולין.⁽¹⁰⁾

בתקופות שאהרי התלמוד היו מכנים בשם "הקדש" את כל הדברים הנועדים לאיזו מטרה של מצוה, כמו צדקה לעניים, לצרכי בית הכנסת ולספר תורה, וכן סתם הקדש בזמננו הוא למטרות כאלה (הקדש לעניים). אולם הקדשות אלה אין עליהם אלא שמם בלבד, כי יש להם דין חולין, ונחשבים כנכסי הדיוט.⁽¹¹⁾

ה. איסורי הנאה הם הדברים שאסרה התורה ליהנות מהם, כמו ערלה, כלאי הכרם, שור הנסקל וכדומה.⁽¹²⁾

אסורי הנאה יש בהם דברים שאסורים בכל הנאה שבעולם, כמו כלאי הכרם ועוד, ויש בהם דברים שאסור ליהנות מהם כדרך הנאתם בלבד.⁽¹³⁾ הנכסים שאסורים בכל הנאה שבעולם אינם יכולים להחשב כחפצים השייכים לאדם, ואין שום קנין חל עליהם (*res extra commercium*). דברים שאסור ליהנות מהם כדרך הנאתם בלבד הם חפציו של האדם, רק שהוא מוגבל באופן הנאה מהם.

לאיסורי הנאה שוים הדברים שאסר האדם על עצמו או על אחרים בקונם. נ. נכסים בני חורין נקראים נכסי האדם השייכים לו וקנויים לו. נכסים משועבדים, בנגוד לזה, נקראים נכסי האדם שכבר יצאו מרשותו ונקנו לאחרים. אלא שלמרות שייכותם לאחרים עדיין חלים עליהם השעבודים, שהעמידו עליהם הבעלים הקודמים.

נכסים בני חורין יכולים להיות רק קנינם של זה שהוא בעליהם. כמשועבדים יכולים הנכסים להיות שייכים במקצת לאנשים רבים, כי כל השעבודים שהעמידו הבעלים השונים הקודמים, חלים על הנכסים עד זמן הפקעת שעבודים אלה.

נכסים משועבדים יכולים להיות קרקעות בלבד, ורק במקרים ידועים גם המטלטלין, כאשר יתבאר להלן.⁽¹⁴⁾

(10) ר"מ, פ"ו מהל' מעילה.

(11) טח"מ, סי' צ"ה ורי"ב.

(12) קדושין, נ"ו, ע"ב.

(13) שם, בתוס' ד"ה המקדש בערלה. פסחים, כ"ה, ע"ב.

(14) עיין להלן § ג"ו.

§ ל"ג.

קרן, פירות, ושבח. החפצים, על פי ערכם ותכונת תשמישם, אינם קבועים ועומדים, אלא משתנים תדיר, או גם מתרבים במספרם. המשפט העברי מבדיל משום כך בחפצים:

א. קרן הוא עיקר החפץ כמו שהוא מבלעדי השנויים שבאו בו במשך הזמן, ובמלים אחרות, שווי החפץ בפני עצמו כפי מה שנקבע בשעה ידועה⁽¹⁾.

ב. פירות החפץ נקרא כל מה שמגיע לאדם מגוף החפץ, כגון הדברים היוצאים על פי הטבע מהחפץ, כפירות הדקל וולדות הפרה. (fructus naturales). ושאר כל הדברים הנרכשים על ידי השמוש בגוף החפץ, כמו פירות כורת ופירות שובך⁽²⁾. בשם פירות נקראת גם ההכנסה הבאה לאדם על ידי שמוש החפץ באיזה אופן שיהיה, כדירת הבית, ריוח מן הממון וכדומה⁽³⁾. הפירות היוצאים מגוף החפץ נבדלים לפירות תלושים, שכבר נפרדו מגוף החפץ, וכמוהם הם הפירות העומדים להתלש מגוף החפץ, שהם נחשבים כתלושים, ולפירות מחוברים. הפירות התלושים נחשבים כדבר בפני עצמו נפרד מן החפץ העיקרי; הפירות המחוברים (fructus pendentes), כל זמן שהם מחוברים, אינם נחשבים כדבר בפני עצמו, ודינם הוא תמיד כשבח החפץ העקרי.

ג. שבח החפץ נחשב מזמן ידוע לזמן ידוע כפי מה שעלה שווי החפץ מאיזו סבה שתהיה, או מפאת שהשביח החפץ עצמו ובאו בו שנויים המעלים את מחירו, או מפני שהוקר השער של החפץ. בשבח החפץ דינינו מבדילים:

I. שבח הבא מחמת הוצאה, שמוציאים על השבחת החפץ.

II. שבח הבא מאליו, מפני שנשתנה גוף החפץ לטובה.

III. שבח הבא מחמת יוקר השער מבלג כל שנוי בגוף החפץ. מושג

שבח החפץ מקיף וכולל את כל השנויים הבאים בגוף החפץ ומעלים את מחירו. לכן גם הפירות המחוברים אל גוף הקרקע, או הגיוות והולדות המחוברים לגוף הבהמה, נחשבים כשבח החפץ ולא כפירותיו⁽⁴⁾. דינינו מתחשבים כאן קודם כל עם השווי הכלכלי של החפצים כפי שהוא בשעה זו.

(1) בכא מציעא, דף י"ד.

(2) חו"מ, סי' ר"ג.

(3) עיין במשנה למלך, פכ"ג מהל' מכירה, הל' א, וקצוה"ח, סי' ר"ט, סק"ד.

(4) בכא מציעא, שם. ר"מ, פכ"א מהל' מלוה ולוה, הל' א, וב"י.

ועם המחיר שינתן בהם בשוק. ולכן, לדוגמא, פרה מעוברת אינה נחשבת בדינינו כגוף פרה וכולד (פרי) התלוי בה, רק כפרה משובחת במחירה כדמי פרה העומדת לילד⁶.

שבח החפץ, בין אם בא מאליו ובין מחמת הוצאה, עומד הוא בקשר אמיץ עם גוף החפץ, ואינו יכול להחלק ממנו. משום זה הקניין והשעבוד שיש לו לאדם בחפץ עצמו מתפשטים מאליהם גם על השבח; ולהיפך, מי שיש לו קניין בשבח החפץ בלבד, אין לו זכות בחפץ עצמו, ואין לו אלא תביעה על בעלי גוף החפץ כשעור דמי השבח⁶.

(5) בבא קמא, דף צ"ג.

(6) חו"מ, סי' שניב ושס"ד.

פרק חמישי

דרכי הקניה.

§ ל"ד.

מושג דרכי הקניה. שורת הדין דורשת שרכישת החפצים לבעליהם תהא נכרת ונראית לעין, שכניסתם לרשות האדם או העברתם מרשות אדם לרשות חברו תהא ברורה ומסוימה על פי דין ומכוונת ומדויקת בזמן. ומשום זה הדינים קובעים פעולות ידועות, שעם העשותן תגמר רכישת החפצים. פעולות אלה, שעל ידן קנית החפצים נגמרת ונחלטת בדין, נקראות בשם דרכי הקניה.

פעולת כל אחד מדרכי הקניה, כמו כל פעולה משפטית, יש בה יסוד אוביקטיבי, בעשיה מוחשית ונראית לעין, ויסוד סוביקטיבי, המתגלה בהשתתפות דעת האדם בעשיה זו. על היסוד הסוביקטיבי של הקנין כבר דננו לעיל. ועתה נתחקה רק על דרכי הקניה מצדם האוביקטיבי.

ערכה של פעולת הקניה יכול להיות בשני פנים. בשביל אלה העוסקים באותה הקניה, ערך פעולת הקנין, במה שהיא מביעה את החלטת רצונם לגמור לקנות ולהקנות. כי על ידי קביעת דרכי קניה כל ענין רכישת החפצים מתרכז בעשיה אחת קלה, קצרה בזמן, ונעשית בהכרת הדעת, אשר לרוב ערך עשיה זו, שאם תעשה אין להשיבה, יתיחסו אליה תמיד בזהירות ראויה. ערך זה של פעולת הקנין הוא אפוא להראות על גמירת דעת הבעלים, ולהבדיל בהתעסקות ברכישת הפך, בין דברים בעלמא, ובין עובדא משפטית שאין לחזור ממנה.

הערך השני של פעולת הקנין הוא להיות לראיה ולעזר לפרסומה של הרכישה הנגמרת, למען ידעו גם אחרים להתחשב עם הנעשה, ולהתאים עניניהם עם זה. מטעם זה יש אשר ידרשו הדינים שיעשה הקנין בעדים או בפני באי כח השלטון, בשביל שיתפרסם וישמר בזכרון לימים רבים. כן אנו מוצאים, לדוגמא, בדיני רומי הקדומים (*ius civile*), שהקנינים (*mancipatio*, *in jure cessione*) היו נעשים בפני עדים רבים או בהשתתפות השלטון (*magistratus*). אולם התפתחות המשא ומתן והתרבות העסקים דורשת הקלת אפני העברת החפצים מיד ליד ופשטות דרכי הקניה, ובהתאם לזה

הדינים של התקופות המאוחרות מוותרים על כל פורמליות בדרכי הקניה. על פי דיני התלמוד דרכי הקניה אינם צריכים להעשות לא בפני עדים ולא בפני בית דין, ועיקר הקנין הוא אפוא להביע את גמירת דעת הנושאים ונותנים, ולא להיות לראיה ולפרסום הנעשה. פשטותה של עשית הקנינים מראה, כי המשפט העברי התחשב כאן עם הצורך להקל את תנועת המשא ומתן, ולהלן נראה, עד כמה נעשו דרכי הקניה העבריים קלים ונוחים עוד יותר במשך הימים.

בכלל צריך להעיר, כי אשור וקיום העובדות המשפטיות בעת העשותן זר הוא לרוח דינינו. לפי שנאמנות הנושאים ונותנים נחשבת בהם תדיר לודאית, כאשר יעיד על זה הפתגם התלמודי: "לא אברי סהדי אלא לשקר". אפשר לראות בזה עוד תכונה אחת של דיני ישראל, את הרוח האינדיבידואליסטי השורר בהם. כי דרישת העשייה בפומבי בפעולות המשפטיות נובעת על הרוב מצרכי משטר המשפט האוביקטיבי, ולא מצרכי העסוקים בעסק הפרטי, שממנו היא נדרשת. דיני ישראל נשענים תמיד על גמירת דעת הנושאים ונותנים, סמיכת דעתם, הקלת עסקיהם ותקנתם, אבל אינם מתחשבים כל כך עם הצרכים האוביקטיביים של משטר המשפט, ולכן דרישת הפורמליות לא לפי רוחם היא.

דבר מקובל הוא בתורת המשפטים לחלק את דרכי הקניה לראשיים, (modi acquirendi originari), ולדרכי קניה מוצאים, (modi acquirendi derivativi). הראשונים הם כשהקנין חל על החפץ הנקנה בלי כל הקנאה מאיש אחר, כמו בזוכה מן ההפקר; והשניים – כשהקנין בחפץ נמסר מאיש אחד לחברו.

אמנם אנו מוצאים גם בתלמוד חלוקה זו בין קנין בשעה שיש דעת אחרת מקנה, לקנין באין דעת אחרת מקנה, אולם ערך קל מאד נתן לחלוקה זו בדינינו, כי על פיהם דרכי הקניה כמעט שווים הם בין בקונה מחברו ובין בזוכה מן ההפקר. מובן מאליו, כי קנינים אחדים, כמו כסף, שטר, קנין אגב קרקע, וסודר, אפשרים אך ביש דעת אחרת מקנה. אבל, לעומת זאת, כל דרכי הקניה באין דעת אחרת מקנה, וביניהם גם קנין החזקה (occupatio), אשר בסדר הקנינים של דיני רומי מקומו בזוכה מן ההפקר בלבד, קונים כלם על פי דינינו גם ביש דעת אחרת מקנה⁽¹⁾.

את דרכי הקניה של דיני ישראל אפשר לחלק לשני סוגים שונים זה מזה, על פי אותו הערך המעשי שיש לה לפעולת הקנין ברכישת החפץ על ידי הקונה.

(1) יש אמנם הבדל בין אופן עשית החזקה אם יש דעת אחרת מקנה או איננה. החזקה על ידי שמוש של החפץ קונה רק אם יש דעת אחרת מקנה, ואינה קונה באין דעת אחרת מקנה.

בשורה ראשונה עומדים דרכי קניה אלה, שיש להם יסוד מעשיי ברכישת החפץ על ידי הקונה ובעסק הנושאים ונותנים. דרכי קניה אלה הם אך פרט אחד, עשית דבר אחד מן הדברים הרגילים להעשות בפועל בעת רכישת החפץ, רק שתורת המשפטים נותנת לעשיה פרטית זו ערך מחליט, שאם נעשית — הכל נעשה ונגמר, ואם לאו — לא נעשה כלום.

אם נתבונן אל הצד המעשי של רכישת החפצים, נמצא בו בראשונה לקיחת ורכישת החפץ על ידי הקונה (המשא אשר בעסק). ועל הרוב תבוא עוד נתינת המחיר של החפץ (המתן אשר בעסק). בהתאם לזה דרכי קניה אחדים יסודם ביחס הקונה אל הדבר הנקנה, בהחזקתו בחפץ ובהגלות בעלותו עליו. דרכי קניה אלה מרובים הם: חזקה, הגבהה, משיכה, מסירה, וקנין על ידי רשות קונה, שהצד השוה שבכלם הוא, שהם החזקת הקונה בחפץ הנקנה. דרכי קניה אחרים שרשם בנתינת מחיר החפץ הנקנה, כמו קנין כסף, וקנין חליפין בתורת החלפת חפץ בחפץ.

דרכי הקניה, בין אלו ששרשם בהחזקת הקונה בחפץ, ובין אלו ששרשם בנתינת מחיר החפץ, כלם אינם בפועל אלא פרט בודד מן הרכישה המעשית של החפץ. כי גם בלא דרישות הדינים, כל מי שרוכש לו חפץ צריך להגביהו, למשכו, להחזיק בו, ולשלם מחירו. על כן אנו יכולים לכנות אותם בשם דרכי קניה מעשיים.

על דרכי הקניה המעשיים אפשר לחשב גם את קנין השטר, שגם לו ערך מעשיי ברכישת החפצים.

מובן מאליו, כי ההחזקה בחפץ או נתינת המחיר, כיון שהן נעשות לדרכי קניה, הרי הן פעולות מופשטות, שוות בכל הרכישות והעסקים, מבלי שים לב לשנוייהם ותכונותיהם המיוחדות. תורת המשפטים מציבה גדרים וכללים, שהם צריכים להקיף עובדות ועסקים שונים, ועל כן דרכי הקניה המעשיים הם פורמליים במדה ידועה, שוים ומשויים כל הרכישות הנגמרות על ידם. קנין הכסף, לדוגמא, הוא נתינת פרוטה אחת מבלי הבדל בשווי החפץ הנקנה, אף על פי ששורש קנין כסף הוא בשלום המחיר. וכן הדבר בשאר דרכי הקניה המעשיים, שגם הם נעשו בעיקרם סימבולים לרכישה.

ישנם עוד דרכי קניה אחדים, שאין להם כל יסוד במעשה רכישת החפץ, ושנוצרו אך בתורת המשפטים בשביל להקל ולמהר את קנית החפצים ואת גמירת עסקי המשא ומתן. דרכי קניה אלו, כמו קנין אגב קרקע וקנין סודר, כל עיקרם הוא לשמש כסימבולים פורמליים המורים על קנית החפצים, ועל כן נוכל לכנותם בשם דרכי קניה משפטיים, כלומר, שנוצרו בדין באופן מלאכותי.

אמנם למטרת הקירה דגמית, שזהו עיקר פרק זה, אין להשתמש

בחלוקה הגיונית של דרכי הקניה. לפי שחלוקה כזו תוכל לקרב את הרחוקים ולרחק את הקרובים על פי ההלכה המקובלת. וטוב מזה לסקור על הקנינים בסדרם הדגמתי שנתקבל בהלכה, ואך לפרקים לפנות כפי הדרוש גם אל הסדר ההגיוני ואל הסקירה ההיסטורית. במדה זו אשתמש כאן, ועל כן הנחתי לאבן הפנה בסדר חקירת דרכי הקניה את החלוקה המקובלת בתלמוד, וההבדל בין קניני הקרקעות: כסף, שטר וחזקה, וקניני המטלטלין: הגבהה, משיכה, מסירה, רשות קונה, קנין אגב קרקע, חליפין, וקנין סודר.

§ ל"ה.

סקירה היסטורית על דרכי הקניה. במקרא מתוארים דרכי הקניה שהיו נהוגים אצל העברים הקדמונים. הרשימות היותר עתיקות הן על דבר קנית אברהם מאת עפרון החתי את מערת המכפלה. הקניה נעשתה בשער העיר לפני עם הארץ; הקונה והמוכר הביעו את דעתם בדברים לקנות ולמכור⁽¹⁾. משקל הכסף בגלוי, לעיני באי שער העיר, מזכיר את דרך הקניה *per aes et libram* של המשפט הרומי העתיק. דומה לזה היה דרך הקניה שעל פיו גאל ירמיהו הנביא שדה בענתות מאת חנמאל בן דודו⁽²⁾. אולם בקנית השדה בענתות מלבד משקל הכסף בתורת תשלומי המחיר מוזכרת עוד כתיבת שטר או ספר מקנה. כתיבת שטר זה בודאי נתחדשה בתקופות מאוחרות עם התפשטות אמנות הכתיבה בישראל. ספר המקנה, לפי הרשימות שבמקראות, היה נחתם בעדים, ובו היו שני חלקים: ספר הגלוי וספר החתום. אפשר לשער, שהספר החתום היה בא לאשר ולקיים את זכותו של הקונה על הדבר הנקנה, ולכן באו בו גם "המצוה והחקים", זאת אומרת, משפט הירושה, והדינים הנוגעים בדבר גאולת הארץ על ידי קרובי משפחה, והיו מתאשרים בו יחסי הקורבה הקיימים בין הגואל יאדוני שדה האחוזה. הספר החתום צריך היה להיות לזכרון לימים רבים, ואפשר שהיו רגילים לתת אהו למשמר בכלי חרש למען יעמד ימים רבים. הספר הגלוי היה נמסר ליד הקונה, והיה צריך לשמש מיד לראיה על המקנה ועל הגאולה.

גאולת ירמיהו את שדה חנמאל נעשתה בשעה שהיו חיל מלך בבל צרים על ירושלים, ואי אפשר היה להחזיק מיד בשדה ולהשתמש בו. הקניה לא נעשתה אלא כדי להיות לאות ולמופת "כי עוד יקנו בתים ושדות וכרמים בארץ הזאת". משום כך לא לקח ירמיהו את הספר הגלוי לראיה בידו, וצוה

(1) בראשית כ"ג.

(2) ירמיהו ל"ב.

את ברוך בן נריה לתת את שני הספרים, את הגלוי ואת החתום, "בכלי חרש למען יעמדו ימים רבים."

דרך קניה עתיק אחר מתואר בספר רות בפרשת גאולת בועז את שדה אלימלך³. הגאולה נעשתה גם כן בשער העיר לפני עשרה זקנים ולעיני העם. בתורת דרך קניה שמשה כאן שליפת הנעל, ולפי המסופר במקרא: "זאת לפני ישראל על הגאולה ועל התמורה לקיים כל דבר שלף איש את נעלו ונתן לרעהו וזאת התעודה בישראל".

דעת קצת היסטוריונים, ששליפת הנעל היתה נעשית, משום שהנעל היה משמש בימים ההם לאות של שלטון, כמו שנמצא בכתוב "על אדום אשליך נעלי"⁴. אולם המאמר "וזאת התעודה בישראל" מורה, שהנעל הניתן היה משמש לעדות על הגאולה ועל התמורה.

דרך הקניה על ידי שליפת הנעל שימש מקור לקנין על ידי מסירת סודר, שהתפתח ביחוד מראשית תקופת האמוראים, ונעשה לקנין הרגיל ביותר בתורת משפטינו עד ימינו אלה. בתקופת התלמוד ראו במסירת הסודר כעין תשלומי מחירו של החפץ הנקנה, כעין חליפין מדומים. הקונה נותן למוכר סודר או דבר מטלטל אחר (כלי) משלו, ובחליפי הדבר הניתן המוכר מקנה לו את החפץ הנקנה.

דרך הקניה על ידי מסירת סודר נוסד על הקנין על ידי שליפת הנעל המתואר ברות. אולם במשנה לא נתבאר דרך קניה זה, ואף בתקופת האמוראים הראשונים לא הוברר עוד כל צרכו, כי רב ולוי נחלקו עליו כיצד הוא נעשה: בכליו של מקנה או בכליו של קונה. יש מקום לשער, שהקנין על ידי שליפת הנעל נשתכח, וחזר ונתחדש בדור האמוראים הראשונים. סמוכים יש לדעה זו בעדות התלמוד הירושלמי: "בראשונה היו קונים בשליפת המנעל, חזרו להיות קונים בקצצה, חזרו להיות קונים בכסף שטר וחזקה"⁵ בתקופת הגמרא והפוסקים נעשתה מסירת הסודר לדרך קניה הרגיל ביותר לקנינים ולהעמדת חיובים, וכל מקום שזכר "קנו מידו" או "קנין" סתם, הכוונה על קנין סודר, כאשר נבאר להלן.

3 רות ד'.
4 תהלים ס'.
5 מחלוקת רב ולוי בב"מ דף מ"ז. ירושלמי קדושין ס"א הל' ה'. ועין בספר דור דור ודורשינו.

ח"א כ"ב.

§ ל"ו

קנין כסף. עיקר חשוב ברכישת החפצים היא נתינת הכסף במחיר הדבר הנרכש. מן הראוי היה אפוא ליחס לכסף ערך בתור קנין מחליט. אלא לא כל מה שהוא עיקר בצד המעשיי, הכלכלי של הרכישה, יכול להחשב לעיקר גם מצד הדין.

דבר תורה — הכסף קונה הן בקרקעות והן במטלטלין, ויש לזה סמוכים במקרא, שבעתים קדומות נחשב הכסף למחליט בכל הקנינים. אולם משנתרבו העסקים הנעשים בריחוק מקום ובהקפה, ירד ערך נתינת הכסף בתור קנין מחליט.

הכסף אבד את ערכו בתור דרך קניה במטלטלין, כי מתקנת חכמים אין הכסף קונה את המטלטלין. טעמה של תקנה זו הוא, לפי שהחפצים המטלטלים נשארים על הרוב גם אחרי נתינת הכסף ברשות המקנה ותחת שמירתו, ואם על ידי נתינת הכסף יגמר קנינם — יכול המקנה לפשוט בשמירתם או להעלימם ממי שקנה אותם¹.

לפי דינא דרבנן, הכסף קונה אפוא רק את הקרקעות. אולם גם בקרקעות חוג פעולת קנין הכסף קטן הוא מטעמים שונים. בעת נתינת הכסף אין הקונה בא במגע ישר עם הקרקע הנקנית, ואינו מראה את בעלותו עליה, ועל כן בבואו אחרי כן לקחת ולהחזיק בשלו, צריך הוא לראיה, כי קנה ושלם את המחיר. בתור ראיה היה נכתב על הרוב שטר, ובאופן כזה היתה כתיבת השטר רגילה לבוא עם קניית הקרקעות על ידי הכסף. כתיבת שטר זו קבלה אחרי כן סנקציה משפטית, ונעשתה להלק הכרחי בקנין הכסף של הקרקעות.

אם נרד לעומקה של הלכה זו, נראה, כי לנתינת הכסף יש ערך שונה. והוא: א. כסף בתורת קנין מחליט; ב. פרעון הכסף בתור דבר מעכב את גמירת יתר הקנינים.

א. כסף משמש קנין גמור ומחליט בקרקעות בלבד, ורק במקום שלא בהגו לכתוב שטר להיות לראיה על גמירת הקנין בכסף. במקום שנהגו לכתוב

1) בבא מציעא, מ"ז. גזרה שמא יאמר לו גשרפו חטיך בעליה.

חששא זו, של פשיעת המקנה בשמירת החפצים והולדת סכסוכים בין הנושאים ונותנים, יש לכאורה גם בקנינים אחרים של המטלטלין, כמו בחליפין, קנין אגב, וקנין סודרי, לפי שגם בהם הדבר הנקנה אינו במסר לקונה מיד. והנראה, כי החששא שמא יפסע המקנה בהפך הנקנה אינה רק אחרי נתינת הכסף במחיר החפץ, שאז קבל המקנה את שלו ועדיין לא נתן משלו; אבל בשאר הקנינים, שהתשלומים אינם באים בהם בהכרח בשעת פעולתם, אין מקום לחששא זו, כי הקונה יעכב את התשלומים, אם לא ינתן לו החפץ.

שטר כזה. אין הכסף גומר את הקנין בלא שטר. לפי שלא סמכה דעת הנושאים ונותנים לגמור את הקנין בלא שטר. אולם גם במקום שנהגו לכתוב שטר, יכולים הנושאים ונותנים להתנות, שיגמר הקנין בכסף בלבד.²

הכסף קונה אם אך הדבר הניתן נקרא בשם כסף. על פי שעור חכמים אין כסף פחות משה פרוטה. כסף שוה פרוטה יכול לקנות חפצים שוים הרבה, אם אך נתגלית דעת הנושאים ונותנים, שבנתינת פרוטה זו יגמר הקנין.

כל טובת הנאה, הבאה בעת הקנין מן הקונה למקנה, נחשבת גם כן ככסף לקנות על ידה. וכן נתינת הכסף על מנת להחזירו לאחר שעה, נחשבת כנתינה, והיא קונה.³

ב. נתינת מקצת הכסף לשם קנין קונה כל החפץ הנקנה, אם שאר הכסף נוקף בחוב כמלוה, או גם אם לא נוקף בחוב, רק שלא נתגלית דעת המקנה לתבוע כל הכסף מיד.⁴ אבל אם בעת הקניה נגלית דעת המקנה לקבל כל הכסף מיד, כגון אם היה יוצא ונכנס ותובע, או באופן אחר לפי ראות עיני הדיין.⁵ הרי לא סמכה דעת המקנה, ואין הקנין חלי, וכל אחד מהם יכול לחזור בו עד שישתלם כל הכסף.

וכן הדין גם בשאר דרכי הקניה של הקרקעות. כשטר וחזקה, וכן בכל דרכי הקניה של המטלטלין, אם לא נשתלמו דמי החפץ, ובעת הקניה נתגלית דעת המקנה לתבוע כל הדמים מיד (בעייל ונפיק אוזווי), שלום הדמים מעכב את גמירת הקנין, וכל אחד יכול לחזור בו עד שישתלם כל הכסף, ורק בזה נגמר ונחלט הקנין למפרע.⁶

תשלומי כל כסף החפץ מעכבים אפוא את גמירת הקנין בכל דרכי הקניה; ואם רק נראה מאפני קניה זו, כי דעת המקנה לא סמכה עד שיקבל כל התשלומים, יכולים המקנה והקונה לחזור בהם עד שינתנו.

בדין חזרה זו מוצאים אנו גרוע כח מיוחד של מי שחוזר בו. אם חוזר בו הקונה שנתן מקצת הדמים, יד המקנה על העליונה והוא משיב לקונה את המעות שנתן, או מגבה אותו כנגד מה שנתן. קרקע מזיבורית שבנכסיו, ומחשב לו מחיר הקרקע כשער הקיים בשעת גביה. ואם המקנה שקבל מקצת הדמים חוזר בו, יד הקונה על העליונה וגובה מן המקנה את מעותיו, או, אם

(2) רמב"ם. פ"א מהל' מכירה.

(3) ח"מ, סי' ק"צ.

(4) בדלא עייל ונפיק אוזווי" — בבא מציעא, דף ע"ז. ובסתם קניה חשבינן כלא עייל ונפיק אוזווי.

ומקצת הדמים קונה הכל. ח"מ, סי' ק"צ, ס"ק ט"ו.

(5) לשון הר"מ, פ"ח, שם, והטח"מ, סי' ק"צ.

(6) שם.

רצה גובה כנגד מעותיו מעדית שבנכסי המוכר, ומחשב את מחיר העדית כפי השער הקיים בשעת הגביה.⁷

ערך כזה של נתינת הכסף בתור דבר מעכב את גמירת הקנין, אנו מוצאים גם בדיני רומי. על פיהם החפצים הנמכרים ונקנים במסירה אינם נקנים עד שישלם מחירם תחלה.⁸ הקונה חפץ במסירה ולא שלם עוד את מחירו, נעשה מוחזק בחפץ זה (possessor), אבל אינו נעשה בעליו (dominus) עד שישלם את הדמים.

אולם התפתחות המשא ומתן מתנגדת לחומר הלכה זו, כי בזמנים מאוחרים נעשתה ההקפה דבר רגיל בעסקים, והחפצים נמכרים ונמסרים לקונה גם בלי שלום הכסף. ולכן המשפט בימינו אינו תופס בחומר ההלכה הרומית ופוסק, שתשלומי הכסף אינם מעכבים את קנית החפצים, אלא באופנים שבהם נתגלית דעת המקנה לקבל התשלומים מיד, או אם הותנה תנאי מיוחד, שחפץ ישאר ברשות המקנה עד שלום דמיו, pactum reservandi dominii.⁹ הננו רואים כאי, כי דיני התלמוד, המתחשבים בנדון זה עם אפניה המיוחדים של כל קניה וקניה ועם דעתם הפרטית של הנושאים ונותנים, מתאימים בכל להתפתחות המאוחרת של תורת המשפטים.

אף על פי שבקנית החפצים על ידי המכיר, נגבל ערך דרך הקניה של הכסף, בשכירות נשמר ערך קנין הכסף בתקפו, כמו מדין תורה. קנין הכסף גומר בשכירות הן בקרקעות והן במטלטלין, כי כאן אין שום חששא שמא יפשע המשכיר, שהחפץ הנשכר ישאר ברשותו, בשמירת החפץ.¹⁰ וכמו כן, בקנין השכירות הכסף גומר וקונה לבדו בלא שטר.¹¹ אבל, לעומת זאת, תשלומי כל הכסף אינם מעכבים את גמירת הקנין בשכירות, כמו במכירה, לפי שכסף השכירות משתלם לבסוף.¹²

(7) דעת הרא"ש והטור לפי באור דעתם בסמ"ע, שם, ס"ק י"א. דעה אחרת יש בזה להר"ן. דעת הרמב"ם שם אינה מבוררת, ונראים דברי הסמ"ע שם, שדעת הרמב"ם היא כדעת הרא"ש והטור.

(8) Venditae vero et travitae non aliter emptort adquireuntur, quam si is venditor pretii solverit vel alio modo ei satis fecerit.

Vide Dernburg ibidem § 215 Anm. 1, 4 (9)

(10) חו"מ, סי' קצ"ח, סק"ו.

(11) שם, סי' קצ"ח, סק"ט.

(12) לנתינת מקצת הכסף בקנית החפצים יש עוד ערך שלישי, והוא: אם נתן מקצת הכסף בתור

ערבון והמקנה חוזר בו, הוא קונה מן החפץ כנגד דמי הערבון שנתן.

אבל נראה, כי קונה הוא כנגד דמי הערבון שנתן, רק באופן שאמר בפירוש, יקון לי ערבוני, כמו שמובא דין זה בגמרא, בבבא מציעא, דף ע"ז. ואפשר כי מטעם זה, שבביל שלדין הערבון יש מקום רק אם הותנה בפירוש: "יקון לי ערבוני", השמיטו הרמב"ם והר"י קארו הלכה זו, ועיין בלחם משנה, שם, פ"ח. וכן מובא בפרוש המשניות להרמב"ם במשנה ראשונה בפרק השוכר את האומנים, כי הקנין בחפץ כנגד דמי הערבון הוא רק אם אמר ערבוני יקנה לי.

§ ל"ז

קנין שטר. השטר קונה מדברי תורה בקרקעות. שטר זה הגומר ומחליט את הקניה נקרא שטר קנין, וסגנונו: קרקעי מכורה או נתונה לך. אולם, כאמור למעלה, נתינת הכסף וכתיבת השטר נתאחדו והיו לקנין אחד עוד בימי חכמי התלמוד, ואין השטר קונה בלא כסף ולא הכסף בלא שטר, אם לא שהתנו ביניהם הנושאים ונותנים שיקנה אחד מקנינים אלה⁽¹⁾. כסף ושטר דרך קניה אחד הם, אבל עיקר הקנין הוא השטר, ורק משעת כתיבתו נגמרה הקניה⁽²⁾.

מלבד שטרות הקנין ישנם עוד שטרות ממין אחר, הנכתבים להיות לראיה על הקנין הנעשה. במקום שנהגו לכתוב שטר ראיה, כתיבת השטר מעכבת את גמירת הקנין על ידי נתינת הכסף עד שיכתב שטר הראיה. אך משנכתב השטר לראיה, נגמר הקנין למפרע משעת נתינת הכסף⁽³⁾.

אולם אין השטר מעכב את גמירת הקנין שעל ידי שאר דרכי הקניה, אף במקום שנהגו לכתוב אותו⁽⁴⁾.

על פי דיני ישראל יש לשטר הקנין ערך מיוחד בחיים הכלכליים. כי גם אחרי שלפי הנראה כבר מלא השטר את תפקידו וקנה לבעלים את הקרקע, שמור בו עדיין כשרון הקניה; ואם נקנה שטר זה לאחר בדרך הקניה של השטרות, על ידי כתיבת ומסירה, קונה האחר את הקרקע עם השטר⁽⁵⁾.

שטר הקנין קונה אפוא את הקרקע לא פעם אחת בלבד, בעת כתיבתו ולמי שנכתב בשמו, רק ערכו הוא רב יותר מזה, כי בכחו לקנות קרקע אחת פעמים רבות ולאנשים שונים בזה אחר זה. ומכיון שנכתב שטר כזה פעם אחת, פעולת הקנין משתמרת בו כל זמן קיומו, ועם העברתו מיד ליד עובר אתו גם קנין הקרקעות. שטרות הקנין נעשים בשביל זה ניירות שווי כסף, כי בניירות אלה מתרכזים כל קנין הקרקעות ושוויו, ואתם הם סוחרים ועוברים בתנועת המשא ומתן.

ערך זה של השטרות יכול הוא למלאות תפקיד נכבד במשא ומתן, כי

(1) רמב"ם, שם, פ"א, הלכה ז'. חו"מ, סי' קצ"א.

(2) רש"י, קדושין, כ"ו: עיקר דעתו לקנות על השטר. חו"מ, סי' ק"צ, סק"ז.

(3) חו"מ, שם.

(4) כסף משנה, שם, פ"א, הל' ח'.

(5) חו"מ, סי' ס"ו, סק"ד.

הוא מביא לידי אפשרות של מוביליזציה תדירית של הקרקעות, זאת אומרת, להעברתן בקלות ומהירות מאדם אחד לחברו. המוביליזציה של הקרקעות, שכה התפשטה בחיים הכלכליים של העמים הנאורים, מוציאה את השווי הרב של הקרקעות ממצב הקפאון, ועושה את האוצר הנח והדומם לעושר מטולטל, המעשיר ומביא חיים ותנועה בכל ענפי התעשייה של העם, ומפרה ומניע את המשא והמתן. בכדי לעזור להתפתחות המוביליזציה של הקרקעות, יצרה תורת המשפטים של ימינו סיסתמה שלמה של שטרות השעבוד וניירות שווי הכסף.

כאשר ראינו ונוכחנו זה עתה, היה קיים במשפט העברי עוד בתקופות קדומות אמצעי קל ופשוט למוביליזציה של הקרקעות: שטר הקנין, הנוח להקנות ולסחור, שבו מתגלמים קנין הקרקע ושוויה, ואתו הם נעשים כסחורה הסובבת בתנועת המשא ומתן.

§ ל"ח

קנין חזקה. דרך הקניה השלישי של הקרקעות הוא החזקה. קנין זה הוא מחוג דרכי הקניה, שיסודם ביחס הקונה אל החפץ הנקנה ובהגלות בעלותו עליו, והם: חזקה בקרקעות, הגבהה, משיכה, ומסירה במטלטלין. הצד השווה שבהם, שהם החזקה מעשית בחפץ, התחלת הבעלות עליו וראשית השמוש בו, אלא שבתור דרכי קניה על פי דין, הם נעשים לסימבולים מורים על רכישת החפץ, לפעולות קלות, קצרות ומסוימות בדין מראשיתן ועד אחריתן, פעולות, שתכנן הוא ראות של שלטון בחפץ, ומטרתן — גמירת הקנין.

אפני הקנין על ידי החזקה בחפץ מסתמנים בתלמוד בדיוק, והם משתנים עם שנוי החפצים. קנין הקרקעות הוא על ידי עשית תקון מועיל בהן, או על ידי הנאת שמושן; קניני המטלטלין שונים הם לפי סוגי המטלטלין ומקום הקניה, ורק בכלם מתגלה יסוד אחד: התחלת השלטון בחפץ. בדיני רומי אנו מוצאים קנין אחד דומה לאלה, ואף הוא כללי לקרקעות ומטלטלין, והוא: קנין המסירה (traditio). קנין זה כולל מסירה ממשית של החפץ והעברתו מרשות לרשות, התחלת השמוש בחפץ, או נתינת האפשרות להשתמש בו, כמו מסירת המפתח. מסירת הקרקעות על פי דיני רומי עוד קלה מזה, כי הקרקעות נקנות על פיהם בראיה, זאת אומרת, במה שמראה המקנה לקונה את הקרקע הנקנית, כגון ממגדל גבוה וכדומה¹.

Dernburg ibidem. § 178. (1)

דיני ישראל דורשים פעולה יותר ממשית בשביל הקנין בחפץ על ידי ההחזקה בו. במטלטלין הם דורשים על הרוב טלטול החפץ ממקום למקום, ובקרקעות – התחלת ההשתמשות בהן כדרך שהבעלים משתמשים. נפנה תחילה אל קנין הקרקעות, החזקה.

קנין החזקה נגמר על ידי פעולת השמוש או התקון, שעושה הקונה בקרקע הנקנית כדרך בעלים ומדעת המקנה.

דעת המקנה מתגלית או על ידי הרשאתו להחזיק, באמירה: לך חזק וקנה, ובוה מועיל קנין החזקה גם אם נעשה שלא בפניו, או על ידי עובדות מוכיחות (facta concludentia), כגון, אם נעשתה החזקה בפני המקנה והוא שתק ולא מחה².

הפעולות השונות המועילות לקנות בתורת חזקה נמנות בתלמוד באופן פרטי, קזואיסטי: נעל, גדר, פרץ. בפוסקים מוצאים אנו כללים קבועים. המחזיק צריך לבוא במגע ומשא ישר עם הקרקע הנקנית; הראות בעלותו באופן אחר, מבלי בוא בנגיעה ישרה עם החפץ הנקנה, לא תחשב בתור חזקה. ומשום זה מסירת המפתח בהקנת בית אינה נחשבת אלא כאמירה: לך חזק וקנה, ולא כקנין בפני עצמו³.

פעולת החזקה צריכה להיות או תקון המועיל בחפץ, או הנאה ממנו: א. פעולת התקון בחפץ קונה משום חזקה, גם אם אין לתקון זה רק ערך זמני, כמו נעילת הדלת, מכיון שאין דרך איש זר לעשות כזאת. אבל תקון זה צריך להיות מועיל לחפץ, ולא מסלק ההיזק ממנו בלבד⁴. תקון המועיל קונה בתור חזקה בין אם יש דעת אחרת מקנה ובין אם אין דעת אחרת מקנה, כמו בזכיה מן ההפקר או מכנסי הגר. אולם בקנין באין דעת אחרת מקנה, צריך שיהא נראה הדבר, שהפעולה נעשית לשם קנין⁵. ב. קנין החזקה בחפץ אפשר להיות על ידי פעולת השמוש בחפץ או ההנאה ממנו, כמו אכילת פירותיו. ההנאה מהחפץ ואכילת פירותיו קונה בתור חזקה ביש דעת אחרת מקנה בלבד, אבל לא באין דעת אחרת מקנה⁶. פעולת קנין החזקה, אף שיסודה התחלת בעלות הקונה על החפץ, מכל מקום, כפי שהיא מסוימת בדיני התלמוד, אין בה שלטון מעשי, רק סימבול של בעלות. ובתור ראות של בעלות קנין החזקה הנעשה בקרקע אחת

(2) ר"מ, שם, פ"א, הל' ח'

(3) חו"מ, סי' קצ"ב. על פי דיני רומי מסירת המפתח נחשבת כמו traditio, כמו כן מועילה

מסירת המפתח בקנין מסירה על פי דיני התלמוד.

(4) בבא בתרא, דף נ"ג. חו"מ, שם.

(5) טח"מ, סי' ע"ה, סק"ט, בשם רב האי.

(6) רמב"ם, פ"א מהל' מכירה ופ"ב מהל' זכיה. ההנאה מגוף החפץ קונה בתור חזקה

גם באין דעת אחרת מקנה.

מועיל לקנות גם קרקעות אחרות הנמצאות במדינות אחרות. הטעם לקנין חזקה כזו נאמר בתלמוד, לפי שכל הקרקעות, מבלי שים לב לריחוק המקום שביניהן, נחשבות בדין לקרקע אחת גדולה (סנא דארעא חד הוא) ⁷.
 אם נתפוס בהסברה האמורה של קנין החזקה, ונראה בו התחלת הבעלות בחפץ ומסירת השמוש בו מן המקנה לקונה, נוכל לפתור שאלה אחת דגמתית, שנסתפקו בה גדולי ההוראה: אם יכולים הבעלים להקנות על ידי חזקה את החפץ שכבר הושאל או הושכר על ידם לאחר?
 בכלל, חפץ המושאל או המושכר יכולים הבעלים להקנותו לאחר, ואינו נקרא דבר שאינו ברשותם ⁸. אלא שהשאלה היא כאן, אם אפשר להקנות על ידי קנין חזקה, שהוא הרשאת השמוש בחפץ, אם שמוש זה כבר מושאל או מושכר לאחר ואינו ברשות המקנה עצמו ⁹.
 אם נתחקה על יחס הבעלים, השוכר והשואל אל החפץ, נראה כי למרות קנין השעבוד בגוף החפץ שיש לשוכר או לשואל, רשות הבעלים אינה בטלה לגמרי, ובעלותם זו חוץ מן התשמיש הקנוי לשוכר או לשואל, יכולה להתגלות תדיר במעשים יודעים ובתקונים בחפץ ¹⁰. ולכן הדעת נוטה, כי בחוג אותן הפעולות הנשארות ברשות הבעלים, תוכל החזקה לחול, כי יש כאן מקום ויפוי כח לבעלים להרשות לקונה להחזיק בחפץ על ידי פעולה אחת מהן. אבל בחזקה על ידי פעולת שמוש כזה, שהוא קנוי כלו לאחר על ידי שעבוד השכירות או השאלה, אין הבעלים יכולים להקנות. קנין החזקה כאן יהיה צריך אפוא דרישה וחקירה בכל פעם באופן הפעולה.

§ ל"ט.

קניני המטלטלין בכלל. קניני המטלטלין מרובים ושונים מקניני הקרקעות. המטלטלין מעתים קדומות יסוד המשא ומתן הם, ושמן מורה, כי הם מוכשרים לעבור מיד ליד, ואם בפועל הם סוחרים ונקנים במדה מרובה, צריכים גם קניניהם להיות מכוונים ומתאימים לכך.
 מקניני הקרקעות אין כסף קונה במטלטלין, משום חששא שמא יפשע המקנה בשמירת המטלטלין, שנשארו ברשותו אחרי שקבל כבר את תשלומיהם.

(7) קרושין, כ"ז. רמב"ם, פ"א ממכירה. חו"מ, סי' קצ"ב. רק בקנין כזה צריך שיתן דמי כל הקרקעות אף בלא עייל ונפיק אוזוי, ואם לאו, הוא קונה רק כנגד מעותיו. כמו כן אין הקנין מועיל לשאר הקרקעות באין דעת אחרת מקנה.

(8) לעיל § כ"ט.

(9) עיין משנה למלך, פ"א מהל' מכירה, הל' ח'.

10 עיין להלן § ג"ב, נ"ג.

גם קנין השטר אינו קונה במטלטלין, כי אופן כתיבת השטר קשה הוא יותר מדאי, ואינו מתאים לקניה הקלה של המטלטלין.

הקנין על ידי ההחזקה, וזאת אומרת, על ידי הגלות בעלות הקונה על החפץ הנקנה, אנו מוצאים גם במטלטלין, אך לא במובן קנין החזקה של הקרקעות על ידי השמוש בחפץ והנאה ממנו, כי החפצים המטולטלים נקנים גם בלי שישתמש בהם הקונה, משעה שימסרו לידו או יבואו לרשותו.

את קניני המטלטלין יכולים אנו לחלק לשני סוגים, שכבר הראינו עליהם למעלה: הקנינים המעשיים, שיסודם במעשה רכישת החפץ על ידי ההחזקה בו והבאתו לרשות הקונה, והם: הגבהה, משיכה, מסירה, קנין על ידי רשות קונה, וקנין חליפין בתורת החלפת חפץ בחפץ, והקנינים המשפטיים, שנוצרו על ידי המנהג או על פי דין בתור סימבולי קניה בשביל הקלת סחורת המטלטלין וטלטולם מיד ליד, והם: קנין אגב קרקע וקנין סודר (האחרון קונה גם במקרקעות).

§ ז.

קניני החזקה בחפץ. הקנין הכללי של המטלטלין היא ההגבהה, היינו שמגביה הקונה את החפץ הנקנה, ומראה את בעלותו עליו. בתור קנין כללי, ההגבהה קונה בכל המטלטלין ובכל מקום, וערכה כערך השמוש בקנין החזקה בקרקעות. אולם יש חפצים מטולטלים כאלה, שקשה להגביהם, ובהם יבואו חלף קנין ההגבהה, קנינים אחרים אשר גם הם יסודם בהגלות יחס של בעלות בלתי אמצעית על החפץ הנקנה. הקנינים האלה הם: משיכה, בדבר שאין דרכו להגביהו, ומסירה, בדבר שאין דרכו למשכו⁽¹⁾.

דרכי קניה אלה, הגבהה, משיכה, ומסירה, משתנים אפוא לפי סוגי המטלטלין הנקנים. מלבד זאת הם נחלקים לפי המקום, שהקנין נעשה בו: ההגבהה קונה בכל מקום; המשיכה אינה קונה אלא עם הכנסת החפץ לרשות הקונה, או למקום שיש לו רשות בו, כמו לסימטא⁽²⁾, או לחצר של שניהם, של הקונה ושל המקנה; והמסירה אינה קונה אלא במקום שאין למקנה שום רשות בו, כמו ברשות הרבים או בחצר שאינה של שניהם, לא של המקנה ולא של הקונה⁽³⁾.

חלוקת המקומות שהמשיכה והמסירה קונות בהם, יש לה יסוד באופי קנינים אלה. מסירה, על פי תכונתה, היא הוצאת החפץ מרשות המקנה, ולכן קונה היא במקומות, שעם מסירת החפץ מסתלק מעליו הרשות הקודמת

(1) רמב"ם, הל' מכירה, פ"ג ופ"ד.

(2) עיין לעיל § ל"ב, הערה ששית.

(3) בבא בתרא, דף ע"ו. ר"מ, שם, פ"ד, הל' ג'. חו"מ סי' קצ"ח.

לגמרי, כמו ברשות הרבים ובחצר שאינה של שניהם. אבל אין מסירה קונה במקומות שאינה פועלת הסתלקותה של רשות המקנה, כגון בחצר השייכת למקנה, או שיש לו רשות בה (חצר של שניהם או הסימטא). לפי ששם ישאר עוד החפץ ברשותו הקודמת של המקנה.

אבל המשיכה היא פועלת הקונה והכנסתו את החפץ לתוך רשותו. ועל כן קנין המשיכה הוא במה שימשוך ויכניס הקונה את החפץ לתוך רשות היחיד שלו, או למקום שיש לו רשות בו (חצר של שניהם או הסימטא); אבל אין המשיכה קונה במקום שלא יצויר בו רשות הקונה, כמו ברשות הרבים. רשות המקנה, או רשות שאינה של שניהם.

פאמור למעלה, הקנינים הגבהה, משיכה, ומסירה צד אחד שוה בהם. שהם כלם קנין על ידי ההחזקה בחפץ, ובמדה זו קנינים אלה דומים לקנין מסירה, traditio הרומית; אלא שדיני ישראל מבדילים עוד בין סוגי המטלטלין ואפני רכישתם, וקובעים בתור דרכי קניה אותן הפעולות שדרך בני אדם לעשותן בפועל ברכישת חפץ זה או אחר.

§ מ"א

קנין על ידי רשות קונה. המטלטלין נקנים על ידי רשות הקונה, אם הם מונחים בתוכה. קנין זה מסתעף לדרכי קניה שונים: חצר, ארבע אמות, וכלים, והטרמינולוגיה של התלמוד, המשתמשת תמיד בשביל הגדרת מושגים משפטיים בשמות קונקרטיים שאולים מן החיים. קוראה לדרכי קניה אלה: קנין חצר, אם נאמר להשתמש בגדר יותר מופשט, נוכל לקרא לקנינים אלה בשם אחד כולל: דרך הקניה על ידי רשות קונה.

מלת "רשות" כאן צריך להבדיל מגדר רשות בתור יפוי כח משפטי, יכולת על פי דין ("הרשות בידו"); רשות קונה, שאנו דנים עליה כאן מושג מקומי הוא, חלק ממרחב העולם, שהוא כספירה מיוחדת של היחיד, הנתונה כלה תחת שלטונו המשפטי, והרוכשת לו חפצים המובאים לתוכה⁽¹⁾. נעבור בסקירה דגמטית על דרכי הקניה המסתעפים מקנין על ידי רשות קונה.

א. רשות קונה, במובנה הרגיל, היא חצר, זאת אומרת, חלק מן הקרקע השייכת לקונה, אשר בבוא החפץ הנקנה לתוכה, רשותו קונה לו אותו. חצרו של אדם קונה לו בין אם יש דעת אחרת מקנה ובין אם אין

(1) עיין להלן § ס"ה.

דעת אחרת מקנה, כגון בזכיה מן ההפקר ובמציאה². אם החצר משתמרת. היא קונה בין אם עומדים בעליה בצדה ובין אם אינם עומדים בצדה. וגם: שלא מדעת בעליה. אבל אם אין החצר משתמרת, דרוש בשביל הקנין שיעמדו בעלי החצר בצדה ויתכוננו לקנות על ידה³.
ננסה עתה לעמוד על טעמו של קנין החצר ועל אפיו המיוחד שיש לו כדיני ישראל.

הטעם הפשוט של קנין החצר הוא, לפי שהחפצים המובאים לתוכה הרי הם כאילו נמסרו ליד בעליה. דוגמת קנין זה מוצאים אנו בדיני רומי, כי עם הבאת החפצים לחצרו של הקונה ותחת שמירתו (*custodia*), הרי הם נקנים לו. כמו על ידי קנין מסירה (*traditio*). דרך קניה זה נקרא בדיני רומי: *longa manu traditio*, מסירה ביד ארוכה. כמו כן, אם החפץ הנקנה נמצא מקודם ברשות הקונה, אין צורך במסירה מיוחדת, ורשותו קונה לו; קנין זה נקרא *brevi manu traditio*, מסירה ביד קצרה⁴.

גם בקנין החצר בדיני ישראל אנו מוצאים, שהוא מתבסס על טעם זה, שהחפצים המובאים לתוך החצר, הרי הם כאילו נמסרו ליד הקונה (חצר משום יד אתרבאי). אולם קנין החצר על פי דינינו הוא רחב הרבה יותר מקנין על ידי *custodia* הרומית, כי החצר קונה גם במקרים שאין בהם כל מסירה אמצעית ובלתי אמצעית ליד הקונה, לא הכנסת החפצים תחת שמירתו, ולא רכישתו את השלטון בהם. ככה, חצרו של אדם קונה לו גם שלא מדעתו; ואם יש דעת אחרת מקנה, החצר קונה גם אם אינה משתמרת, ואין הקונה יכול לתפוס את החפץ בפועל ולשמרו⁵; החצר יכולה לקנות חפצים לבעליה, גם אם היא ברשות אחרים, כגון, חצר המושכרת או מושאלת לאחר⁶. בכל האופנים הללו אין מקום לאמור, כי החפצים כאילו נמסרו ליד בעל החצר או נכנסו תחת שמירתו. אלא שיש כאן לקנין החצר יסוד ועיקר אחר. כי חצרו של אדם על פי דינינו נחשבת היא כספירה מיוחדת לו, אשר בה שפוך קנינו ושלטונו היחידי על הכל, ובעלותו שוררת כאן בכל מלואה. קנינו זה של האדם בתוך גבולות חצרו יש לו הכשרון להתפשט מאליו על החפצים הראויים להקנות הנכנסים לתוך חצר זו, והרי הוא כאילו מביא אותם תחת רשות האדם, ועושה אותם קנינו ורכושו.

(2) ר"מ פ"ד מהל' זכיה, הל' ה' ט', ופרק י"ז מהל' אבדה. חו"מ, סי' ר' ורס"ח.

(3) יאמר זכתה לי שדי. שם.

(4) Dernburg *ibid.* § 178

(5) ביש דעת אחרת מקנה, חצר שאינה משתמרת קונה, גם ברץ אחרי ההפץ הנקנה ואינו מגיע.

חו"מ, סי' רס"ח, סק"ד.

(6) רמב"ם, הל' שכירות, פ"ז, הל' ה'. חו"מ, סי' שי"ג.

על ערך שני זה של קנין החצר, זאת אומרת, על כשרון הקניה המיוחד שיש לה לחצר לרכוש לבעליה גם שלא מדעתם את כל הנמצא בה וראוי להיות נקנה, נאמר בתלמוד, כי החצר היא כשלוחם של הבעלים לקנות בשבילם (חצר משום שליחות אתרביא) ⁽⁷⁾.

אחרי אשר בררנו את שני היסודות שיש לדרך הקניה על ידי החצר: מסירת החפץ לרשות בעלי החצר, וכח הרכישה של קרקע החצר לרכוש לבעליה, תפטר לנו שאלה אחת דגמית באופן הקנין על ידי החצר, אשר כבר שמו לה לב גדולי הפוסקים.

אם החצר היא של אחד, ומושכרת או מושאלת היא לאחר, למי היא קונה — לבעלי החצר, או לשוכר והשואל שהיא ברשותם?

בעלי החצר יכולים לקנות על ידה, מפני שקנין הבעלות שיש להם בגוף החצר, מתפשט על החפצים הראויים להקנות המובאים לתוכה וקונה אותם להם. הם קונים אפוא על ידי החצר משום כח הרכישה שיש לה לקנות בשביל בעליה (חצר משום שליחות).

אולם גם זה, שהחצר שכורה או שאולה לוי, יכול לקנות על ידה, לפי שהחפצים המובאים לתוכה נכנסים לרשותו, והרי הם כאילו נמסרו לידו. הוא קונה אפוא מטעם מסירת החפצים לתוך ידו ורשותו.

ובאמת, ההלכה פוסקת, כי חצר שכורה או שאולה קונה לבעליה, וגם השוכר או השואל יכולים לקנות על ידה ⁽⁸⁾.

ב. יש עוד קנין, שהקרקע, גם אם אינה שלו, קונה לאדם בתורת רשות קונה, וזהו קנין על ידי ארבע אמות.

עיקר קנין זה הוא במקום שאינו רשות היחיד, אלא שהוא יכול להעשות רשותו של כל יחיד לזמן ידוע, כמו בסימטא, בצדי רשות הרבים, או

(7) בבא מציעא, דף י"י, ר"מ, פ"ז מהל' גולה ואבדה.

(8) הרמב"ם בפ"ו מהל' שכירות ואחריו הר"י קארו בחו"מ סי' שי"ג פוסקים: חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו, אף על פי שהיא שכורה ביד אחרים.

אך גם השוכר והשואל יכולים לקנות על ידי החצר ששכרו וששאלו. ובפרק ג' מהל' מכירה הל"ז פוסק הר"מ: „וכן השוכר המקום, שאותן המטלטלין הנמכרין מונחין בו, קנה, ואין אחד מהן יכול לחזור בו, ואף על פי שלא הגביה ולא משך ולא נמסרו לו, שהרי נעשה כרשותו“.

את הקנין שהשוכר קונה על ידי החצר מכנה הרמב"ם בשם „שכירות מקום“ ולא בשם חצר. ובפכ"ט מהל' מכירה הל' ו' מבדיל הרמב"ם בין הקנין על ידי חצר ובין הקנין על ידי שכירות מקום, וכותב: „ולא יתא הקנין (קנין סודר) או שכירות מקום גדול מחצרו“.

דעת הר"מ מתאמת אפוא למה שבררנו. החצר קונה תמיד לבעליה גם אם אינה ברשותם, כגון אם הושכרה לאחר, מפני שיש לקרקע החצר כשרון הרכישה לבעלים, כמו שיש לשליח הנעשה על ידם. השוכר והשואל קונים על ידי החצר, מפני שהחפצים המובאים לתוכה נכנסו תחת רשותם, וכאלו נמסרו לידם. קנינם של השוכר והשואל על ידי החצר, בהבדל מקנין ה„חצר“ של הבעלים, נקרא קנין על ידי „שכירות מקום“.

בשדה שאין לו בעלים. במקומות אלה מתפשטת רשות האדם ארבע אמות סביבות המקום שהוא עומד עליו, וההפך הראוי להקנות הבא לתוך ארבע אמות אלה, נקנה לו כאילו בא לרשותו. קנין על ידי ארבע אמות הוא מתקנת חכמים. עיקר התקנה היתה בזכיה מן ההפקר ובמציאה, שיקנו לו לאדם העומד במקומות הנזכרים ארבע אמות סביבותיו, כמו חצרו, כדי שלא יבואו לידי נצויו; אלא שניתן לארבע אמות דין חצר לכל דבר, והן קונות לאדם גם אם יש דעת אחרת מקנה⁹.

ג. בתור רשות קונה יכולים לרכוש לא רק הקרקעות, אלא אף המטלטלין. "כלים" של האדם, שהחפץ הנקנה בא לתוכם, קנין זה של רשות מטולטלת קונה נקרא לפרקים גם הוא בשם "קנין חצר", אולם השם הפרטי של קנין זה הוא: קנין הכלים.

לא על ידי כל המטלטלין אפשר לקנות בתורת קנין הכלים את המטלטלין האחרים המובאים לתוכם. מטלטלין בעלי חיים, אי אפשר לקנות על ידם כל זמן שהם יכולים להלך (חצר מהלכת לא קני)¹⁰. אין כליו של אדם קונים לו אלא במקום שיש לו רשות להניחם שם. אבל במקום שאין לאדם רשות להניח את כליו, הרי הם בטלים לגבי רשות המקום שהונחו בו, ואינם קונים¹¹.

§ מ"ב.

קנין אגב קרקע. קנין מיוחד של המטלטלין ומצוין במינו הוא קנין אגב קרקע. עיקרו של קנין זה הוא, שאחד מקנה לחברו קרקע אפילו כל שהיא, ועם קרקע זה, אגבה, יכול להקנות משלו כל המטלטלין שירצה. לפני הקנאת הקרקע והמטלטלין אפשר להם להיות שונים: זו במכר ואלה במתנה, בשאלה ובשכירות, או להיפך¹. קנין זה מתקנת חכמים הוא ולא מדברי תורה².

קשה לעמוד על מוצאו של קנין אגב קרקע ולמצוא לו הסברה הגיונית. ההתחקות על שרשי קנין אגב תכבד עוד יותר, לפי שקנין זה כלו תלמודי הוא, ואין אנו מוצאים דוגמתו בסדרי המשפטים של העמים האריים. הדעת הישרה נותנת, כי טעם ויסוד לקנין אגב נמצא באותו המשטר הכלכלי העתיק, שבו

9 רמב"ם, פ"ד מהל' אבדה, הל"ט, ופ"ד מהל' זכיה, הל"ט. חו"מ, סי' רס"ח וסי' רמ"ג.

10 גיטין, דף כ"ג.

11 רמב"ם, פ"ד מהל' מכירה, חו"מ, סי' ר"י.

1 רמב"ם, פ"ג מהל' מכירה, חו"מ, סי' ר"ב.

2 הרשב"א, הובא בבית יוסף, חו"מ, סי' שס"ג, סק"א.

עבודת האדמה היתה המלאכה היחידה והעיקרית, קרקע – עיקר רכושו של אדם, אשר כל שאר החפצים בטלים לגבה. והם אצלה ביחס של חפץ טפל אל דבר עיקרי (accessio). כל המטלטלין טפלים ובטלים אל הקרקעות, הנחשבות כדבר היותר חשוב ברכוש בני אדם. המטלטלין באים רק כעוזרים ומסייעים לעבוד הקרקעות, ועל כן עם קנין הקרקעות נגררים אחריהן ונקנים עמהן גם המטלטלין.

קשה לשער ולהחליט, אם בראשית תקנתו היה קנין אגב חל רק על המטלטלין, העומדים ביחס של טפלות ושייכות אל הקרקעות שהם נקנים על ידן. דוגמאות אחדות של קנין אגב קרקע המובאות בגמרא, יש בהן יחס של טפלות המטלטלין אל הקרקע⁽³⁾. בכל אופן ברור הוא, כי כבר בימי חכמי המשנה לא הצריכו שיהא קיים יחס המאחד את הקרקעות והמטלטלין הנקנים עמהן, וכבר אז נפסקה ההלכה, כי קרקע כל שהיא קונים עמה נכסים שאין להם אחריות⁽⁴⁾. כמו כן, על פי מסקנת הגמרא, אין צורך שיהיו המטלטלין הנקנים צבורים ומונחים על הקרקע שאגבה הם נקנים⁽⁵⁾.

בין הקרקע והמטלטלין הנקנים עמה אין אפוא כל יחס וקשר מעשי, וקנין אגב הוא כלו קנין מלאכותי, שאפשר להקנות על ידו כל המטלטלין בכל מקום שהם נמצאים אגב קרקע כל שהיא. במדה זו, שאין צורך לבוא בקנין אגב קרקע במגע ובמשא ישר עם החפץ המטלטל הנקנה, מעלה יתרה יש לו לקנין זה על שאר דרכי קניית המטלטלין, כהגבהה, משיכה, ומסירה, ומטעם זה צריך היה קנין אגב להתפשט, בשביל הקנאת הדברים שאינם במקום עשית הקנין. אולם קל ופשוט ונוח הרבה יותר מקנין אגב הוא קנין סודרי, שידובר עליו להלן, ושגם בו אין צורך במגע ומשא ישר עם החפץ הנקנה; ולכן קנין סודרי נתפשט יותר מקנין אגבי, עד שקבל את הכינוי „קנין” סתם. בקנין אגב היו משתמשים ביחוד בהסנאות שבהן הוא הקנין היחידי, ואין קנין סודרי יכול לחול עליהן. במקצועות אלה נעשו אחרי חתימת התלמוד שנויים ותקנות בקנין אגבי, בשביל להקל שמושיו.

קנין אגב משמש בתור קנין יחידי בהקנאת שעבוד המטלטלין. כאמור לעיל, מדין תורה אין השעבוד חל על המטלטלין כלל, ורק רבנן תקנו שעבוד המטלטלין בשביל בטחון ההלוואות, לפי שבימיהם, כנראה, מעטו בעלי הקרקעות, וגדל ערך החפצים המטלטלים. שעבוד זה של המטלטלין נתקן שיקנו אותו עם הקנאת שעבוד הקרקעות על ידי קנין אגב קרקע⁽⁶⁾.

(3) גיטין, דף כ"ב.

(4) משנה, פ"ג דפאה.

(5) קדושין, דף כ"ז.

(6) בבא בתרא, דף מ"ד, ע"ב, ורשב"ם שם. "ח"מ, סי' ק"ג.

קנין אגב קרקע משמש עוד בתור קנין יחידי בהקנאת המטבע (כספים). אם אין המטבע במקום הקנייה, לפי שאין המטבע נקנית לא בקנין חליפין ולא בקנין סודר. להקנאת המטבע יש ערך רב בדיני ישראל. משום שעל הקנאה זו מתבססת השליחות וההרשאה לגבות כסף שהוא כחוב או פקדון אצל אחר. וביטודה של כל הרשאה לגבית חוב או פקדון מונחת הקנאת הכסף הנגבה בקנין אגב קרקע⁷.

אולם קנין אגב קרקע יש בו מגרעות. אשר שמו מכשולים בדרך שמוש במקצועות המיוחדים לו: בהקנאת שעבוד המטלטלין ובהקנאת המטבע. כי איך אפשר להשתמש בקנין אגב קרקע, אם אין לו למי שמקנה המטלטלין כל קרקע כדי להקנות אגבה? או אם יש לו קרקע, אבל הוא אינו רוצה להקנות ממנה כלום? בשביל להסיר מכשולים אלה, ולהקל שמוש של קנין אגב קרקע. נתקנו על ידי חכמי התלמוד, וביחוד על ידי הגאונים, תקנות אחדות ששללו מהקנאת הקרקע בקנין זה כל ערך מעשי, ועשו אותו לפקציה גמורה.

בקנין אגב קרקע די בקרקע כל שהיא, וגם אין צורך לסיים קרקע זו (אגב אסיפא דביתיה)⁸. הקרקע שקונים אגבה המטלטלין אינה צריכה להיות נקנית בקנין גמור, רק די אם נקנית בשאילה או בשכירות⁹.

מלבד הלכות אלו, שמקורן במשנה ותלמוד, נתקנו אחרי חתימת התלמוד תקנות אחדות, שמטרתן היתה אפשרות השמוש בקנין אגב גם אם אין למקנה כל קרקע. מתקנת הגאונים, מי שאין לו קרקע, יכול להקנות מטלטלין אגב ארבע אמות קרקע שיש לכל יהודי בארץ ישראל¹⁰. בתקופה מאוחרת נוצר דרך פשוט ביותר בשביל חלות קנין אגב במקום שאין למקנה כל קרקע: המקנה כותב בשטר "והקניתי אגב ארבע אמות שיש לי", ואף שאנו יודעים, שאין לו כל קרקע, אנו אומרים הודאת בעל דין כמאה עדים דמי, ומאמינים אנו, שיש לו קרקע בשום מקום, בכדי שיחול הקנין על המטלטלין¹¹.

תקנות אלה נתקנו, כנראה, רק בשביל שעבוד המטלטלין, ובשביל ההרשאה לגבות ממון, לפי שחומר ההלכה דורש בהם דוקא קנין אגב קרקע, וצרכי החיים דרשו גם הם, ששעבוד המטלטלין ועשית ההרשאה יהיו אפשריים בכל מקום ובכל זמן. משום כך בראו במקצועות אלה קנין אגב מדומה ובלי כל הקנאת הקרקע בפועל¹².

(7) רמב"ם, פ"ג מהל' שלוחין. חו"מ, סי' קכ"ב, וש"ך ס"ט, ס"ק י"ג. לדעת הרמ"ה, המובאה שם, די להקנאת ההרשאה גם בקנין סודר.

(8) טח"מ, סי' קי"ג, סק"ז.

(9) קדושין, כ"ו, ע"ב. בבא קמא, פ' הגזול ע"ג.

(10) רמב"ם, שם. טח"מ, סי' קכ"ג.

(11) הרא"ש בריש פרק הוזהב, דף מ"ו. טח"מ, סי' קי"ג.

(12) כפי הנראה, השתמשו בתקנות אלה רק בהקנאת שעבוד מטלטלין ובהרשאה לגבות ממון.

§ מ"ג.

קנין החליפין. קנין החליפין הוא הקנין היותר עתיק בכל שאר הקנינים. בתקופות קדומות היו כל עסקי המשא ומתן נעשים כחליפין. זאת אומרת, החפצים היו מוחלפים איש באחיו, ושווים היה משוער לפי טיבם וצרכותם לנושאים ונותנים, ולא נערכו בדמים. רק עם התפתחות המשא ומתן ורבות שלטון הכסף נשתנה מצב זה, ועשיית העסקים ומסחר החפצים קבלו פנים אחרות. הכסף נעשה אז למדת ערכין כללית, לאמצעי בכל מה שמוחלף בין אדם לחברו. אדם אינו מחליף עוד שור בפרה, אך מעריך ומחליף את שורו בכסף, ואת כספו בפרה. חליפי חפץ בחפץ בלי אמצעות הכסף נעשה ליוצא מן הכלל ולחזיון בלתי רגיל. זהו מהלך אפני גמירת העסקים בכל המקומות.

בדיני ישראל החליפין תופסים מקום חשוב מאד בין שאר הקנינים. אמנם סקירה קלה בתורת חליפין על פי התלמוד תגלה, כי בשם זה נקראים שני קנינים שונים זה מזה לפי דיניהם ולפי מוצאם וערכם. בשם חליפין נקראת החלפת חפץ בחפץ למטרה כלכלית, החלפת שווי חפץ אחד בשווי חפץ אחר; בשם חליפין מציינים בספרות התלמודית עוד קנין מיוחד, שבו אין כל חפץ מוחלף בחברו, רק שיש בו מעין חליפין, חליפין מדומים, הנעשים בשביל לגמור ולהחליט את הקניה. קנין זה נקרא אחר כך בשם: קנין סודר¹. כאמור למעלה, החליפין בתור החלפת חפץ בחפץ או בתורת שווי דמים הם קדומים מאד. החליפין בתור קנין סודר יש להם מקור במקרא², אולם במשנה לא נמצא קנין זה ביחוד, ובתקופת האמוראים הראשונים עוד לא הוברר כל צרכו³. מה שקנין הסודר נקרא בשם קנין חליפין, ומה שעל פי תכנון קנין הסודר הוא החלפה מדומה של חפץ בחפץ — מורה על היחס שבין קנין החליפין בתורת החלפת חפץ בחפץ ובין קנין הסודר, ועל מוצאו של השני מן הראשון.

כי הפוסקים מביאים חקנות אלה רק בסימנים המדברים בשעבוד מטלטלין, חו"מ, סי' קי"ג, ובהרשאה, סי' קכ"ב, ולא במקום המדבר בתורת קנין אגב בכלל, סי' ר"ב. וכן דעת הר"י בן מיג"ש, הובאה בחדושי הרמב"ן בגיטין דף ה' וז"ל: ולא מהני ד' אמות סתם, אלא להרשאת מלוה או פקדון, דהכי שררי ממתבתא, דאפילו על ד' אמות שבארץ ישראל סמכינן, דחקנתא היא וכי היכי דלא ליפסיד מרי חובא או מרי פקדונא.

(1) ההבדל בין שני הקנינים האלה נמצא בכל ספרי הפוסקים. הרמב"ם, בפ"ה מהל' מכירה, מחלק באופן נכר קנינים אלה, ומדבר עד הל' ה' בדין החלפת חפץ בחפץ ובקנין שהמטלטלין קונים זה את זה, ומחלכה ה' הוא מדבר בדין קנין חליפין או קנין סתם וכונתו קנין סודר. בעל הטור בחו"מ, סי' ר"ג, מערבב את שני הקנינים האלה, אבל גם הוא מבדיל בצד הדגמתי שלהם ובשנוייהם זה מזה.

(2) רות, ד'

(3) לעיל § ל"ד.

נסקור עתה על דיני הקנינים האלה בפרט, ונציין במה הם שוים, ובמה הם שונים זה מזה.

א. חליפין בתור החלפת חפץ בחפץ. המטלטלין קונים זה את זה, וכשמחליפים חפץ מטלטל אחד בחברו, כיון שעשה אחד מן המחליפים קנין בחפץ, קונה השני את חליפיו.

חליפין במובנם היותר טהור, בתור החלפת חפץ בחפץ, נעשים מבלי שיעריכו בדמים את שווי החפצים המוחלפים. אולם גם אם נעשתה הערכה כזו, והרי הוא כאילו מוחלפים שווי ודמי חפץ אחד בשווי ודמי חפץ אחר, קנו מטעם חליפין בתורת שווי דמים⁴.

מובן החליפין מורה מאליו, כי כאן מוחלף חפץ אחד בחברו בלי אמצעות מדת הערכין הכללית, הכסף. מזה יוצא לנו, כי מטבע אינה נעשית חליפין לפי שכשמחליפין דבר במטבע, אין הדבר מוחלף במטבע עצמה, רק בשוויה, ואין כאן קנין חליפין אלא שלום המחיר. כל שאר המטלטלין, הן הפירות והן הכלים⁵, וגם המטבע שנפסלה צורתה ואינה עוברת לסוחר, שהיא כמטלטלין שהן כלים, כלם נעשים חליפין, ונקנים בחליפין, בתורת החלפת חפץ בחפץ. בדיני חליפין בתור החלפת חפץ בחפץ מדובר תמיד על קנין המטלטלין; אולם אפשר להחליף גם קרקע בקרקע, וכיון שקנה האחד שדה זה, קנה חברו את השדה השני⁶.

ב. חליפין בתורת קנין סודר. החלפת חפץ בחפץ בלי אמצעות הכסף הולכת ומתמעטת, במדה שעסקי המשא ומתן מתרבים, והכסף כובש לו מקום בתור מדת ערכין כללית. ברוב העסקים אין החפצים מוחלפים עוד זה בזה בפועל, ובכל זאת קנין החליפין, בשביל נחתו וקלותו, משתמר ונעשה לקנין כללי בקנין הסודר, שהוא בעיקרו אך חליפין מדומים. קנין החליפין בתורת קנין סודר נעשה באופן כזה: מי שקונה איזה חפץ שיהיה, לבד ממטבע, מקנה לבעל החפץ הנקנה איזה חפץ משלו, סודר או כלי אחר, על הרוב היו משתמשים בחפצים המצויים בידי אדם תדיר, ובימינו משתמשים לפרקים במטפחת הקונה. בחליפי הקנאת כלי זה הוא קונה את החפץ, שהוא רוצה לקנותו. הקנאת הסודר או הכלי היא על הרוב אך לזמן.

(4) חו"מ, סי' ר"ג.

(5) עיין לעיל, § ל"א. רמב"ם, פ"ה מהל' מכירה. הרמ"א בחו"מ סי' ר"נ הגיה: „ויש אומרים שאם העריכו זה כנגד זה, קונים אף בפירות“. כונתו במלות „העריכו זה כנגד זה“ לציין החליפין בתורת החלפת חפץ בחפץ, ולהבדילם מקנין סודר. כי חליפין בתורת החלפת חפץ בחפץ, קונים אף בפירות בלי שום הערכה, לדעת הרמב"ם.

(6) תשובת הרשב"א, סימן אלף רכ"ו. בית יוסף, סי' ר"נ.

קנין סודר חליפין מדומים הם, הנעשים למטרת קנין בלבד. וכמו שבחליפין בתור החלפת חפץ בחפץ אין לנו דבר עם מחיר החפצים, רק עם הערכתם האינדיבידואלית על ידי המקנה והקונה, כן גם בחליפין בתורת קנין סודר, אין שווי החפצים, שהם כאלו הוחלפו זה בזה, לא מעלה ולא מוריד, ובסודר פשוט אפשר לקנות מרגליות רבות.

בקנין סודר אפשר לקנות כל החפצים, בין קרקעות ובין מטלטלין. רק יוצא מן הכלל אחד יש, אשר בו מתגלה שורש קנין הסודר בהחלפת חפץ בחפץ בפועל, והוא: מטבע אינה נקנית בקנין סודר, כמו שאינה נקנית בחליפין אמתיים. חוג החפצים הנעשים חליפין, זאת אומרת, שאפשר לקנות על ידם חפצים אחרים בתורת קנין סודר, מוגבל הוא. בתורת קנין סודר אפשר לקנות על ידי מטלטלין שהן כלים, כלומר, החפצים המתקיימים, העשויים לתשמיש קבוע פעמים רבות. אבל אין לקנות בקנין סודר על ידי מטלטלין שהן פירות, כלומר, אלה העשויים להשתמש בהם פעם אחת, והנפסדים על ידי תשמיש זה⁷. בזה קנין סודר נבדל מחליפין בתור החלפת חפץ בחפץ, שבהם קונים ונקנים כל המטלטלין. הן "כלים" והן "פירות" בלי כל הבדל.

קנין סודר, שעל פי תכנו הוא חליפין מדומים, הנהו כלו קנין פורמלי, מלאכותי, ואין לו כל יסוד בצד המעשי, הכלכלי של הקנייה הנגמרת. ערכו הוא בתור סימבול מורה על גמירת הקנין, ובתור פעולה המגלה את החלטת דעת הנושאים ונותנים לקנות ולהקנות. משום כך מוצאים אנו בקנין סודר מדה אחת שאיננה בשאר הקנינים. בקנין סודר הנושאים ונותנים יכולים לחזור בהם, כל זמן שהם עסוקים באותו ענין, מה שאין כן ביתר דרכי הקנייה. הטעם הוא, כנראה, מפני שקנין הסודר הוא רק כסימבול מורה על החלטת הקנין, וחסר הוא עוד הצד המעשי של גמירת העסק, לכן אין הקנין נחלט בו עד שיפסוק הענין⁸. קנין סודר בשביל קלות אופן עשייתו נוטל מקום בראש כל הקנינים. על ידו נגמרים ונעשים רוב הקניות והעסקים, ומשום רוב התפשטותו נקרא בשם "קנין" סתם. ובאמת, קנין סודר יש בו מעלות רבות על שאר הקנינים, והוא מתאים מאד לצרכי משא ומתן שהגיע למדרגת התפתחות גבוהה. הקנינים המעשיים: כסף, שטר, וחזקה, הגבהה, משיכה, מסירה, ורשות קונה, קשים הם, לפי שהם מקשרים את החלטת הקנין עם יחוסם הבלתי אמצעי של הנושאים ונותנים אל הדברים הנקנים, עם הצד המעשי או הכלכלי של הקנייה, ועם העברת החפצים מיד ליד ומרשות לרשות. דרכי קנייה כאלה מתאימים ליחוסים משא ומתן שעדיין לא התפתח, בשעה שהעסקים הנגמרים

(7) כי בתורת קנין סודר אפשר לקנות אך על ידי כלים ולא על ידי פירות, למדו מן המקרא, שעליו נסמך קנין סודר, המדבר בחפץ הנתקיים, בכלי: "שלך איש בעלו".

(8) רמב"ם, פ"ה מהל' מכירה, הל' י"י. סח"מ, סי' קצ"ה.

מוגבלים בזמו קצר ובמקום צר, ובעת שנשוא הקניות אינו רב מכפי מדת צרכיו של כל אחד ואחד, בזה אפשר יחס ישר כזה בין הנושאים ונותנים ובין נשוא הקנין. אבל משא ומתן שהתפתח, שהוא מסיף ארצות וימים, ושיש לו עסקים עם כתות של פרקמטיא, מוכנות בזמן רב ובמקומות שונים, אינו יכול לסוב על צירי יחוסים בלתי אמצעיים בין האנשים והחפצים. משא ומתן כזה זקוק לדרכי קניה קלים, שעל ידי פעולות מופשטות ביותר, שאינן תלויות לא במקום ולא בזמן ולא בדברים הממשיים. ומפני אבטסקטיות של פעולות אלה והבעתן לא את היחוסים המעשיים, אך את היחסים והמשפטיים, הן מסירות כל קושי, ומרימות כל מכשול ומעצור בתנועת סבוב המסחר.

אופן התפתחות כזו אנו מוצאים בדרכי הקניה בדיני ישראל. דרכי הקניה המעשיים הכבדים נדחו במשך הזמן ובמקומם באו הקנינים המשפטיים. הנוחים והקלים. מן הקנינים המשפטיים לא יכול קנין אגב קרקע להתפשט מפני המגרעות שיש בו, שעליהן הראינו לעיל⁹. נשאר אך קנין סודר, אשר מפני קלותו, נוחותו ופשטותו נעשה בקרב עמנו לקנין ראשי, לקנין סתם בכל העסקים¹⁰. קנין סודר גומר ומקנה כל החפצים שבעולם. הן קרקעות והן מטלטלין. בין שהם כאן ובין שהם במדינת היס. בקנין זה אין לנושאים ונותנים ענין עם מחיר החפץ, עם המקום שהחפץ נמצא בו, עם סוגי החפצים, ועם מקום עשית הקנין. מובן מאליה, שקנין שיש בו מעלות אלה מועיל הרבה לתנועת החפצים והעברתם מיד ליד, וצריך היה שיתפתח אצל עם שרוח המסחר מפעם בו, ושהגיע בו המסחר למדרגה גבוהה.

§ מ"ד.

קבלת קנין. חוג פעולת קנין הסודר לא הצטמצם בדרכי קניית החפצים בלבד, אלא שנעשה לאמצעי משפטי כללי לגמירת עסקים מסוג אחר, להעמדת שעבוד או חיובים. במקצוע זה של החיובים והשעבודים מלא קנין הסודר תפקיד נכבד מאד, כי על פי דינינו אין חיוב חל על ידי הסכמת הנושאים ונותנים בלבד, ואין העסק נגמר בדברים. אולם במשא ומתן שהתפתח רבים הם העסקים שאין נשוא ממשי נקנה בהם מיד, ושיש להם ענין עם חיובים החלים על על האדם, או עם סלוק חיובים כאלה. בשביל גמירת העסקים הללו, שאין נשוא שלהם חפץ ממשי, התחילו להשתמש בימי חכמי הגמרא בקבלת קנין

9) לעיל, § מ"ב.

10) רמב"ם, שם, פ"ה, הל' ד'.

מאת המתחייב בקנין סודר, ועם הקנאה זו נגמר ונחלט בדין כל מה שהסכימו והתנו הנושאים ונותנים ביניהם¹.

על קנין הסודר, הבא לאשר ולקיים את החיובים, נאמר בספרות התלמוד: "קנו מידי המתחייב"². בספרות של התקופות המאוחרות משתמשים בטרמין "קבלת קנין", שמובנו הקנין בסודר על עסק של העמדת חיובים ועל הסכמת דברים שבין הנושאים ונותנים.

חוג פעולת קנין הסודר בתור קבלת קנין על חיובים רב הוא מאד, ומקיף את כל תורת החיובים בדינינו. ובמקצוע זה יש לקנין סודר ערך מיוחד, כי כדרך קניה, *modus acquirendi*, עומדים בצד קנין זה דרכי קניה אחרים, אבל בתור דרך להקנאת השעבודים וגמירת חיובים, *modus obligandi*, היו רגילים להשתמש ביחוד בקנין סודר, ורק בתקופה קצרה בערך השתמשו בקנין אגב קרקע להקנאת שעבוד המטלטלין³.

ערך קבלת הקנין הוא בזה:

- I. על ידה החיובים נגמרים ונחלטים בין הנושאים והנותנים.
- II. היא נותנת לחיוב אופי אופיציאלי ואת האפשרות לכתב שטר עליו, כי סתם קנין לכתובה עומד⁴.
- III. היא נותנת קול ופרסום לחיוב, ועל ידי זה בעל החוב רוכש לו יפוי כח לגבות מנכסים משועבדים.

גמירת החיוב על ידי קבלת קנין נותנת לו בדינינו ערך חפציי במקצת, ובעל החוב כאלו הוא רוכש לו על ידה זכות הגבייה או השעבוד בנכסי החייב. כי אף שהנושאים ונותנים עסוקים כאן בהעמדת איזה חיוב, מכל מקום יש לפעולת קנינם נשוא ממשי נעלם, והוא: הנכסים השייכים לחייב עתה, או העתידים לבוא לרשותו, אשר עליהם תחול הקנאת זכות הגבייה והשעבוד⁵.

§ מ"ה.

דרכי קניה מיוחדים. בסוף פרק זה עלי לזכור עוד דרכי קניה אחדים המשמשים בתור קנינים רק במקרים פרטיים.

א. שנוי השם קונה את החפץ. השנוי קונה באופן זה: אם החפץ בא ליד אחד שלא ברשות, כגון אם גנבו או גולו, ונשתנה תחת ידו שנוי

(1) תו"מ, ס"י ס"י.

(2) כתובות ר"פ הנושא, דף ק"ב, ובתוס', פרק אע"פ, דף נ"ה.

(3) להלן, § ג"ז.

(4) בבא בתרא, דף מ"י.

(5) בפרטיות יתרה מזו נדבר על ענין זה בפרקים השייכים לתורת החיוב.

כזה, שאינו חוזר לברייתו, ושבשבילו קוראים את החפץ בשם אחר, קנהו זה שנמצא תחת ידו.

שנוי זה הקונה את החפץ נקרא בספרות התלמוד „שנוי השם“, לפי שאנו דנים על השתנות החפץ לפי זה ששמו משתנה. אין כל צורך שיבוא השנוי בחפץ על ידי פעולת הקונה, כי קונה הוא גם אם בא מפאת טבע החפץ ולא על ידי אדם, כגון טלה ונעשה איל¹.

אין השנוי קונה אלא בשעה שאינו חוזר לברייתו, זאת אומרת, אם אי אפשר לשוב ולתת לחפץ שנשתנה את הצורה שהיתה לו תחלה. אבל אם השנוי הוא חוזר לברייתו, אף שעל ידי חזרה זו יאבד החפץ את ערכו שיש לו עתה, כגון, חתיכת כסף שנשתנתה ונעשתה מטבע, שאפשר לשוב ולהתיך את המטבע לכסף כמקדם, אין שנוי זה קונה.

שנוי החוזר לברייתו אינו קונה רק בזמן שהחזרת החפץ לברייתו אינה צריכה למלאכה מיוחדת, ודיה בעשיה פשוטה, כגון לשוב ולהדק את הלכנה ולעשותה עפר, להתיך את המטבע לכסף.

אבל אם החזרה זו טעונה מלאכה מכוונת, כגון לעשות לבנה מעפר או מטבע מכסף, אנו אומרים, שמלאכה זו יצירת חפץ חדש היא, והשנוי נחשב לאינו חוזר לברייתו, והוא קונה².

גם בדיני רומי אנו מוצאים קנין על ידי שנוי: *acquisitio per specificationem*. הדומה בסקירה ראשונה לשנוי השם בדיני ישראל. אך העיון בדינים אלה מראה בנקל, כי שונים הם שנוי השם של התלמוד וקנין על ידי *specificatio* הרומית. עיקר הקנין על ידי *specificatio* בדיני רומי הוא משום מלאכת הקונה, שעשה הוא בחפץ, ועל כן השנוי צריך שיהיה פועל כפיו של הקונה; מה שאין כן בדיני ישראל, שעל פיהם עיקר הקנין על ידי שנוי הוא, מפני שהחפץ נעשה עתה חפץ אחר, ועשיית הקונה בו אינה לא מעלה ולא מורידה³. צריך להעיר, כי התיאוריות החדשות על דבר השנוי מתקרבות אל נקודת הראות של התלמוד, והן מחשיבות לעיקר בשנוי לא את מלאכת הקונה, רק את השתנות החפץ לחפץ אחר⁴.

ב. אמירה בלבד נחשבת לקנין מספיק לקנות חפצים להקדש. זוהי אחת מן המעלות היתרות שניתנו להקדש, שהוא קונה באמירה בלבד (אמירה לגבוה – כמסירה להדיוט).

(1) רמב"ם, הל' גולה, פ"ב. חו"מ, סי' שנ"ג וסי' ש"ס. גמרא, פ' הגזול ע"ג.

(2) חו"מ, סי' ש"ס.

(3) Dernburg *ibid.* § 204

(4) *Ibidem* Anm. 3 und 4

ג. השטרות נקנים על ידי כתיבה ומסירה⁵. ערכם של השטרות הוא כאמור למעלה, בקנין ובשעבוד הנכסים התלויים בהם והנקנים על ידי הקנאתם, ולכן נתקן לקניית השטרות קנין מיוחד⁶.

ד. אולם דרכי הקניה של המשפט העברי לא קפאו ולא עמדו על נקודה אחת, ונתקבלה ההלכה בתור כלל עיקרי לכל הקנינים, כי כל דבר שנהגו לגמור בו המקח באיזה מקום, קונה במקום זה⁷.

(5) לדעה אחת, השטרות נקנים גם כן אנב קרקע. ועיין בזה בש"ך, חו"מ, סי' ס"ו, ס"ק כ"ז.

(6) חו"מ, סי' ס"ו, וסמ"ע. שם קנין השטרות, כתיבה ומסירה, ולא קנין על ידי שטר, כמו בכל מקום, מורה לנו, כי הקנין היה נעשה לא על ידי שטר מיוחד, רק על ידי כתיבה על השטר הנמכר עצמו. וכן משמע גם כן מנוסת הכתיבה: קני איהו וכל שעבודיה.

(7) רמב"ם, פ"ז ממכירה הל"ו. טח"מ, סי' ר"א, ס"ק נ"י.

פ ר ק ש ש י

קנין הבעלות.

§ מ"ו.

א פ נ י ה ק נ י ן . פעולת אחד מדרכי הקניה ביחס אל חפץ ידוע מביאה לידי רכישת חפץ זה. רכישה זו שונה היא על פי תכנה: לפרקים היא שלמה, מוחלטה ומתפשטת על כל צדי צדדיו של החפץ, ולפרקים היא מוגבלת. לקויה ומתפשטת רק על צד אחד של החפץ, או רק על זמן ידוע; יש שהיא עומדת בפני עצמה ובלתי תלויה באחרים. כמו קנין הבעלות (dominium). ויש שהיא מושאלה ומוצאה מקנין בעלותם של אחרים. תכנה ומלואה של הרכישה או הגבלתה, תלויים בדעת פועלי הקנין, ובמה שהם רוצים להעמיד בנוגע לחפץ הנקנה.

את תוכן רכישת החפצים ומלואה, או, כמו שרגילים לאמר בתורת המשפטים, את אפני השלטון המשפטי בחפצים, נקרא אנו בשם: א פ נ י ה ק נ י ן . כי השם „קנין” בספרות התלמודית כולל את פעולת הרכישה, אשר עמדנו עליה בפרק „דרכי הקניה”, וכמו כן את יחס השלטון בחפץ. הבא על ידי עשיית אחד מדרכי הקניה, והעומד וקיים עד הפקעתו, אשר נקראהו בשם אופן הקנין, ונתחקה עליו בפרק זה¹.

אפני הקנין הנם אפוא יחסי השלטון המשפטי השונים, הנרכשים לאדם בחפץ על ידי עשיית אחד מדרכי הקניה. סקירה כללית על אפני קניית החפצים בדינינו תביא אותנו לידי מסקנות אלו:

א. רכישת החפץ, הבאה על ידי הקנין, יש שהיא עומדת בפני עצמה ובלתי תלויה באחרים כלל. רכישה כזו, אשר נקרא אותה בשם קנין הבעלים או קנין הבעלות, יכולה להתפשט על כל החפץ, גופו, פירותיו, ותשמישיו גם יחד, או לחול רק על צד ידוע של החפץ, כגון פירותיו בלבד. ברם במקצוע שקנין הבעלות חל, עומד הוא תמיד בפני עצמו ובלתי תלוי באחרים כלל. לכן מי שיש לו, לדוגמא, קנין בעלות בפירות החפץ,

1 { עיין לעיל, § כ"ו.

אינו מוגבל כלל במה שקנוי לו, ואינו תלוי בקנין הגוף שיש בחפץ זה לאחרים, ויכול הוא להשתמש בחפץ כרצונו מבלי להתחשב עם צרכיו ועניניו של בעל קנין הגוף². עמידה בפני עצמו ואי תליה באחרים הם סימניו המובהקים של קנין הבעלות.

ב. הקנין בחפץ יכול להיות מושאל לאחד מקנין הבעלות שיש לאחרים בחפץ, כגון השוכר והשואל, הקונים גם כן החפץ לזמן ידוע ולתשמיש ידוע. אבל קנינם מושאל הוא ומוצא מקנין הבעלים ותלוי בו תמיד. ועל כן זכות ההשתמשות בקנינם זה המושאל אינה שלמה, וצריכה היא תמיד שלא לגרוע ושלא להפסיד את הקנין העיקרי, את זכויותיהם של הבעלים. אופן קנין זה בחפץ נקרא בשם "קנין השעבוד".

ג. ערך משפטי יש גם ליחס האדם אל החפץ בפועל לעובדא הפשוטה שהחפץ נמצא ברשות האדם, כמו יחוסם של השומר, הגנב והגולן אל החפץ. כאן אין קנין בחפץ, אבל יש כאן יחס של רשות על החפץ, ולפרקים מתגלגלת ובאה מזה איזו זכות בחפץ. ולכן נשתדל לברר גם את היחוסים האלה אל החפץ.

על פי סדר זה נפנה ונברר את אפני הקנין בחפצים; ונתחיל מקנין הבעלות.

§ מ"ז.

רכישת קנין הבעלות. קנין הבעלות בחפץ נרכש על ידי קניית החפץ במקח וממכר, על ידי קבלתו במתנה, או על ידי זכיה בו מן ההפקר.

א. קניית החפץ במקח וממכר נגמרת ונחלטת על ידי פעולת אחד מדרכי הקניה, שבזה החפץ עובר מרשות המקנה לרשות הקונה. לפני שנעשה הקנין, אף אם נתרצו הנושאים ונותנים על המכירה ופסקו את הדמים ושאר התנאים שביניהם, וגם העידו עדים על גמירת דעתם זו, כל זה נקרא דברים, ושניהם יכולים לחזור בהם¹.

אולם גם עד שלא נגמר המקח וממכר על ידי פעולת הקנין, משעה שגמרו עליו בדברים, חובה מוסרית ולא משפטית מוטלת על הנושאים ונותנים לקיים דבריהם. ואם גמרו ביניהם את המשא ומתן בדברים בלבד, ראוי להם שיעמדו בדבריהם, וכל החוזר בו, בין המקנה ובין הקונה, הרי הוא ממחוסרי

(2) בזה קנין הפירות בדינינו נבדל מקנין *usus fructus* הרומי. קנין הפירות עומד הוא בפני עצמו; *usus fructus* קנין מושאל הוא, תלוי בקנין הבעלים, כאשר יתבאר להלן, § מ"ח.
(1) רמב"ם, פ"א מהל' מכירה. ט"ח, מ"ט, ס' קפ"ט.

אמנה; ואין רוח חכמים נוחה הימנו. ואם נתחזק המקח וממכר עוד יותר על ידי פעולה ראויה, אף שלא נגמר על ידי דרך הקניה, החובה המוסרית לקיים את המכירה היא גדולה יותר, וכל החוזר בו מקבל „מי שפרע“ היינו: בית דין מקללים אותו ואומרים: „מי שפרע מאנשי דור המבול ומאנשי סדום ועמורה וממצרים שטבעו בים, הוא יפרע ממי שאינו עומד בדבורו“⁽²⁾. אבל הגמירה המשפטית של המקח וממכר אינה באה אלא עם פעולת אחד מדרכי הקניה, ובשעה זו רוכש לו הקונה קנין בחפץ, ומתהוים החיובים ויתר היחוסים המשפטיים הקיימים בין המקנה והקונה.

ב. המתנה, כמו המכירה, אינה נקנית בדברים, אלא באחד מדרכי הקניה. האמירה לתת מתנה אינה מחייבת לתתה, והחוזר בו אינו מקבל „מי שפרע“ ואין בו מחוסר אמנה, לבד ממי שחוזר בו מנתינת מתנה מועטת, שיש בו משום חוסר אמנה⁽³⁾.

כיוצא מן הכלל נתן יפוי כח מיוחד למתנת שכיב מרע, שהיא נקנית בדברים בלא קנין. כמתנת שכיב מרע נחשבת: I. אם נתן השכיב מרע כל נכסיו לאחרים, גם במתנה סתם. II. אם נתן השכיב מרע מקצת נכסיו, ופירש שנותן הוא מחמת מיתה, או שנותן במתנת שכיב מרע.

רכישת החפץ במתנה נבדלת היא מהקניה במקח וממכר בזה, שהולכים בה יותר אחרי אומד דעת הנותן. לכן אם נראה, כי נתנה המתנה מטעם ידוע, אם נסתלק הטעם – בטלה המתנה⁽⁴⁾.

ג. הזכיה היא רכישת הדברים שאין להם בעלים, כמו נכסי הפקר, או החפצים שאבדו, ונתיאשו בעליהם מהם.

זכיה בחפצים נעשית על ידי הקונה בלבד, מבלי השתתפות דעת אחרת מקנה, ולכן דרכי הקניה בזה שונים קצת מן הדרכים שקונים בהם במקום שיש דעת אחרת מקנה.

לזכות בחפצים שאין להם בעלים אפשר על ידי פעולת אחד מקניני ההחזקה, אשר הראינו עליהם בפרק דרכי הקניה, והם: חזקה בקרקעות; משיכה, הגבהה ורשות קונה במטלטלין. פעולת הקנין בזכיה בחפצים שאין להם בעלים, צריכה שיהא לה ערך מעשי בפועל; ועל כן דרוש כאן שההחזקה תעשה בכל אחד מהחפצים הנקנים⁽⁵⁾, ובתור פעולת חזקה בקרקעות משמש רק התקון בחפץ ולא אכילת הפירות בלבד, מה שאין כן בקנין בדעת אחרת מקנה⁽⁶⁾.

(2) רמב"ם, שם, פ"ו. טח"מ, סי' ר"ה.

(3) שם, סי' רמ"ה.

(4) שם, סי' רמ"ו; לעיל, § כ"ב.

(5) טח"מ, סי' קצ"ב, סק"ג, וסי' ער"ה, סק"ו.

(6) שם, סי' ער"ה.

§ מ"ח.

תוכן קנין הבעלות. קנין הבעלות נותן לבעלים שלטון שלם ומוחלט בחפץ. שלטון עומד בפני עצמו ואינו תלוי בקניניהם וזכויותיהם של אחרים בחפץ זה. מי שיש לו קנין כזה בחפץ, יכול הוא להשתמש בו, למכרו, לתתו במתנה, להורישו או לשעבדו, ובדרך כלל, לעשות בו כאדם העושה בשלו. ראוי לשים לב לשלטון המיוחד שנתן על פי דינינו לבעלים בחפצים השייכים להם. הם יכולים לאסור חפצים אלה במאמר פיהם, בקונם, על איש פרטי או על כל העולם, ואז החפצים נעשים כאסורי הנאה למי שהבעלים אסרו אותם עליהם. יותר מזאת, הבעלים יכולים לאסור את חפציהם בקונם אסור עולמי, שיהא נמשך וחל גם לאחר שיצאו מרשותם ויבואו לרשות אחרת⁽¹⁾.

תוכן הזכות שיש לבעלים בחפץ שונה הוא מאד על פי דינינו. על ידי קנין הבעלות אפשר לרכוש החפץ הנקנה בקניה גמורה ומוחלטת לעולמים, קניה המתפשטת הן על גוף החפץ והן על כל פירותיו ותשמישיו. חלות קנין הבעלות בחפץ יכולה להיות גם כן בלתי שלמה ומוגבלת מצדדים שונים⁽²⁾.

קנין הבעלות המוגבל יהיה על אופנים אלה:

א. קנין פירות. החפץ יכול להיות נקנה לפירותיו בלבד, ובוה גוף החפץ נשאר קנוי למקנה, והקונה רוכש לו רק קנין בגוף החפץ לפירותיו ולתשמישיו. קנין פירות יכול להתפשט על כל פירות החפץ ותשמישיו, או רק על תשמישים ופירות ידועים, כפי גמירת דעת הנושאים ונותנים ורצונם⁽³⁾.

בחפץ שנקנה בקנין פירות הרשות לבעל קנין הגוף להשתמש בו לאותם התשמישים שנשארו קנויים לו. כמו כן הוא יכול להקנות לאחר את גוף החפץ מיד, ואת פירותיו מעכשו ולאחר זמן, משעה שיסתלק קנין הפירות מעל הגוף. בעל קנין הפירות יכול להשתמש בקנינו כחפצו, גם אם יגרום בשימוש היזק לגוף החפץ⁽⁴⁾; ויכול הוא גם כן להקנות לאחר את קנין הפירות

(1) נדרים, מ"ז, ע"א. רמב"ם, פ"ה מהל' נדרים.

(2) קנין הבעלות המוגבל נקרא על הרוב בספרותנו המשפטית בשם: קנין פירות. דיני קנין פירות וקנין לזמן התפתחו בדינינו תחת השפעת דיני היובל, כי כל קנין קרקע בזמן שהיובל נוהג קנין פירות היא לזמן. קנין הפירות קנין של בעלות הוא ולא של שעבוד, מפני שהלוקח אינו תלוי בו במוכר כלל, ואף שהוא קנין הבעלות, מכל מקום נחלקו בגמרא אם כקנין הגוף הוא לכל דיניו. גיטין, מ"ה, ותוס', שם.

(3) רחל לגיוותיה ופרה לולדותיה. טח"מ סי' רי"ב, סק"ג, ודרישה שם.

(4) בעל קנין הפירות יכול להוביר השרה. רמב"ם, פכ"ג מהל' מכירה; טח"מ, שם.

שיש לו בחפץ⁵). אבל אינו רשאי לעשות שנויים בגוף החפץ, מפני שהגוף קנוי לבעלים.

קנין הפירות נרכש על ידי הקנאה באחד מדרכי הקניה, שמקנים הבעלים לאחר את גוף החפץ לפירותיו ולתשמישיו.

אפשר לקנין פירות שיכוא על דרך שירי, היינו: על ידי הקנאת גוף החפץ לאחר והשאת המקנה לעצמו מן החפץ את פירותיו ותשמישיו. השארה זו, שהמקנה משייר לעצמו קנין בגוף החפץ לפירותיו ולתשמישיו, נקראה שירי. ומשום ששיערו חכמים הדעת, כי כל המשייר לעצמו – בעין יפה משייר, נתנו מעלה יתרה לשירי, שהוא חל גם באופנים שלא יחול בהם לא תנאי ולא קנין⁶.

קנין הפירות, אף על פי שהוא נותן זכות בלתי שלמה ומוגבלת בחפץ, מכל מקום קנין של בעלות הוא, כי באותו הצד, שחל קנין הפירות, הוא חפשי ובלתי תלוי כלל בקנין הגוף של האחר. אוטונומי הוא בגבול שגבלה לו דעת הנושאים ונותנים, באופן הידוע של ההשתמשות בחפץ, ובתוך גבול זה כח שלטונו גדול ומלא לא פחות מקנין הגוף, וכמו dominium על פי דיני רומי.

בזה נראה את ההבדל הרב בין קנין הפירות בדינינו ובין *usus fructus* על פי דיני רומי.

usus fructus אינו אלא כקנין השעבוד בחפץ השייך לאחר, ולכן הוא מטיל חיובים שונים על בעל הפירות ביחס לבעל קנין הגוף, וביחוד, את החיובים להשמר בשמוש מגרמת היוק לגוף החפץ, (*salva rei substantia*)⁷. קנין הפירות בדינינו עומד הוא בפני עצמו, ולכן בעל קנין פירות חפשי הוא יותר בשמוש החפץ, וגם החיובים המוטלים עליו בנוגע לשמירת החפץ קלים הם⁸.

ב. קנין לזמן. הן קנין הגוף והן קנין הפירות יכולים להיות

5) הדין שבעל קנין פירות יכול להקנות קנינו לאחר, מבואר ברמב"ם שם, מתנגדים לזה דברי הרמב"ם בפ"ז מהל' שכירות: „אלא אם כן יש לו פירות בלבד באותה קרקע, הרי זה משכיר ואינו מוכר“. ועיין בסמ"ע חו"מ סי' שט"ו שנסתפק אם יכול בעל קנין פירות להקנות קנינו לאחר, ובקצוה"ח ובנתיבות שם שהשיגו עליו. ועיין עוד שם בב"ח ובהגהות הגר"א, שלדעתם אין לו למכור לכתחילה, ואם עבר ומכר ממכרו קיים.

6) שירי מועיל בדבר שלא בא לעולם. טח"מ, סי' ר"ט, סק"ז. כמו כן הוא מועיל בדבר שאין בו ממש. שם, סי' רי"ב, סק"ה.

7) Vide Dernburg *ibid.* § 248, 6

8) עי' למעלה הערה 4. וכן מסקנת הגמרא, בבא מציעא, דף צ"ו, כי הבעל לוקח הוא, ולא שוכר או שואל, בנכסי אשתו, שיש לו בהם קנין פירות. מכל מקום בימי הבינים חשבו את בעל קנין הפירות כשומר חנם על גוף החפץ. תוס' ורא"ש, שם.

מוגבלים בזמן, זאת אומרת, הם יכולים לחול אך לזמן ידוע ועם כלות הזמן יכלה גם הקנין. הזמן שהחפץ נקנה לו יכול להיות קצוב, כמו שלשים יום, או מוגבל באיזה מאורע, כגון אריכות ימי חיי הקונה או המקנה. בכל העת שהקנין חל, עד הפקעתו עם גמירת הזמן, בעל הקנין הזמני שליט בחפץ ועושה בו כרצונו, כמו בעל הקנין הגמור לעולמים. אחרי גמירת הזמן המותנה הקנין נפקע ובטל מאליה, ואם נשאר דבר מה מן החפץ, מה שנשאר שב ונעשה קנינו של המקנה⁹.

אפשר גם כן להקנות בבת אחת את החפץ לאחד, ואחריו לשני, ובוה הקונה הראשון הרי הוא כזוכה בחפץ לזמן קצוב, ועושה בו כרצונו כקונה קנין עולמים, והשני יקנה מה שישאר מהראשון, אם ישאר מאומה¹⁰.

הקנין הזמני בחפץ הוא קנין בעלות שלמה, כי בתוך הזמן המוגבל יש לו לקונה שליטה גמורה על חפץ זה, שליטה שאינה תלויה כלל בקנין אחרים וזכויותיהם, וגם אם אבד את החפץ ולא השאיר ממנו מאומה, הפסידו הבעלים¹¹ ובמדה זו קנין לזמן הוא רחב יותר מקנין פירות, כי בעל קנין פירות אינו רשאי להביא שנויים בגוף החפץ, אבל בעל קנין לזמן שליט בתוך זמן זה גם בגוף החפץ. רק בימי הביניים התחילו לחשוב את בעל הקנין לזמן כשומר חנם על גוף החפץ לפני מי שיש לו בו קנין עולם¹².

השקפנו על תכנו של קנין הבעלות, בין זה המקיף את כל החפץ, ובין זה המוגבל בגוף החפץ בלבד, בפירות ותשמישים ידועים או בזמן קצוב. מכל מה שנאמר למעלה אנו רואים, כי כל ההגבלות בקנין הבעלות באות רק בכמות הקנין ומלואו, זאת אומרת, בהתפשטותו על צדי צדדיו השונים של החפץ. איכות הקנין, או תוכן השלטון שהוא נותן בחפץ, אינה משתנית ואינה מוגבלת לא בקנין הפירות ולא בקנין הזמני, ותמיד נשאר קנין הבעלות בפנה זו שהוא חל בה, שורר בשלמות ובפני עצמו, כמו הקנין הגמור בגוף ובפירות יחד ולעולמים.

(9) רמב"ם, פכ"ג מהל' מכירה, חו"מ, סי' רי"ב.

(10) רמב"ם, פי"ב מהל' זכיה, הל' ה'.

המתנה או המכירה על מנת להחזיר את החפץ הנקנה, בין מיד ובין לאחר זמן קצוב, נבדלות הן בעיקרן מהקניה לזמן קצוב. כי בתנאי על מנת להחזיר חלים כל דיני התנאי וקיומו, ולכן ההחזרה, שהיא מלוא התנאי, צריכה הקנאה מיוחדת, ואם לא נתמלא התנאי — בטל הקנין מעיקרו למפרע. מה שאין כן בקנין לזמן, שעיקר הקנין נקצב על משך זמן ידוע, ובתוך זמן זה הוא חל בהחלט, ולאחר הזמן הוא נפקע מאליה.

ועיין בזה בחו"מ, סי' ר"ז, סק"ה, וסי' רמ"א. ובעל קצוה"ח שם עמד על דרך אחרת בזה. (11) במקנה נכסיו לאחד ואחריו לאחר, אם מכר הקונה הראשון את נכסיו, הקנין קיים ואין השני מוציא מידי הלקוחות, רק שהראשון נקרא רשע. הקריאה בשם רשע השפעה מוסרית היא ולא דין משפטי. טח"מ, סי' רמ"ח, סק"ז.

(12) תוס' והרא"ש, בבא מציעא, דף צ"ו, והרמב"ם חולק על דעה זו.

בסוף סימן זה, המוקדש לתוכן זכות הבעלים בחפצים השייכים להם. עלינו לתת מקום קצת להגבלות שעל פי דין בזכות זו. רשות הבעלים בחפציהם מוגבלת לפרקים בשביל צרכי הרבים, וכפי דרישות החיים הצבוריים. הגבלות אלו מוסברות בספרותנו המשפטית, שהן כאילו התנו בית דין עליהן, וכאילו הפקירו בשבילן את נכסי היחידים¹³.

מלבד אלה ישנן עוד הגבלות, הנובעות מתוך הצרכים הפרטיים של בני אדם החיים בחברה אחת ובשכנות זה עם זה. על פיהן האדם מוגבל לפרקים במעשיו ותשמישיו גם בחפצים הקנויים לו לגמרי, אם מעשים ותשמישים אלה בשלו מריעים לאחרים או לשכניו. המשפט הרומי ואחריו תורת המשפטים של ימינו חושבים איסורים אלה, המקטינים זכות השימוש של האדם בשלו, כהגבלות קנין הבעלות או כשעבודים על פי דין (*servitutes legales*), כדינינו ישנן במדה מרובה הגבלות שמוש האדם בשלו להפסד חברו, אבל אין הן נחשבות כהגבלות קנין הבעלות, רק כהיזקות שאדם מזיק במעשיו לחברו. היזקות הללו נובעים מיחסי השכנים ונקראו: היזק הראיה, היזק הקלות, היזק החום, היזק העשן, היזק הריח, היזק נדנדוד הקרקע, וכדומה, דברים שאדם יכול לגרום בהם הפסד לשכנו בשימוש בתוך שלו¹⁴. לא קנין האדם בשלו מוגבל הוא על פי דינינו, רק שאין האדם רשאי לגרום היזק לחברו גם בשעה שהוא עומד ומשתמש בשלו.

לפעמים אדם רוכש לו, על ידי מחילה או על ידי קנין מיוחד, את הזכות להשתמש בשלו גם באופן שיגרום אחד מהיזקות הללו לשכנו. זכות זו נקראה כדינינו שעבוד סבילת ההיזק, והיא קשורה תדיר ביחס הבעלות על הקרקע שבה נגרם ההיזק, וביחס הבעלות על הקרקע הסובלת את ההיזק, כאשר נבאר להלן¹⁵.

13) תקנות יהושע וכדומה. שם, סי' רע"ד.

מענינת מאד הגבלה אחת בקנין הבעלות על הספרים, שנתקנה בימי הביניים: בית דין יכולים לכופף את הבעלים להשאיל את ספריהם לאחרים ללמוד בהם. תשובת הרא"ש, כלל צ"ג. חו"מ, סי' רצ"ב, סק"כ.

וזהו מעין רקיוזיציה מיוחדת במינה, שהמציא עם הספר במלחמת הרוח שלו, והיא מראה, כמה יקר היה לנו הספר בעתות צרה ואפלה אלו!

14) הרמב"ם קורא הגבלות אלו בשם "נזקים". הל' שכנים, פ"ז ופ"ח, הל"ד. בעל הטורים קבע להם מקום תחת השם "נזקי שכנים". חו"מ, סי' קנ"ג.

15) בסעיף נ"ד.

§ מ"ט.

השותפות בקנין. השותפות בקנין החפץ מעמידה בעלות משותפת של אנשים אחדים בחפץ אחד. שותפות כזו מתהווה על ידי קניה משותפת במכירה, במתנה, ובוכיה מן ההפקר; והיא גם בירושה לפני שחלקו היוורשים¹. את השותפות בקנין צריך להבדיל מהשותפות בתור עסק, שמטרתו היא חלוקת הריוח. השותפות בקנין היא יחס של שותפות בשייכות החפץ; והשותפות בתור עסק היא בעיקרה השתתפות הפעולה של אנשים למטרת הריוח. בשביל שהמשפט העברי אינו מכיר את קנין הדברים ואת החיובים לפעול דבר מה (obligationes facio ut facias) לכן כל ערך השותפות נראה בו כמו קנין משותף בחפצים ידועים, וגם השותפות בתור חיוב ועסק מתהווה על ידי השותפות בקנין חפצים ידועים או ממון².

החפצים המשותפים מתחלקים: לאלה שיש בהם דין חלוקה, ולאלה שאין בהם דין חלוקה. לחפץ יש דין חלוקה, כל שאילו יחלק לפי מספר השותפים וחלקיהם, ישאר עדיין על החלק הפחות ביותר השם הראשון, שהיה על החפץ כלי. אבל אם יתמעט החלק הזה עד שלא יקרא עוד בשמו הראשון — אין דין חלוקה בחפץ. כמו כן אין דין חלוקה בחפצים, שעל פי תכונתם אי אפשר לחלקם, כמו בעלי חיים³.

יחסי השותפים זה לזה שונים הם בחפצים שיש בהם דין חלוקה, ובאלה שאין בהם דין חלוקה.

אם יש בחפץ דין חלוקה, יחס השותפות כמו זמני הוא, ויכול כל אחד מהשותפים בכל עת שירצה לתבוע ולכפות את חבריו על חלוקת החפץ. והוא יכול גם כן לשום את החפץ בבית דין שלא בפני חבריו השותפים, ולחלקו שלא מדעתם⁴.

חפץ שאין בו דין חלוקה, נחלק רק על פי הסכם כל השותפים, ואין אחד מהם יכול לכפות את חבריו על חלוקה זו.

(1) חו"מ, סי' קע"א.

(2) הר"ב בעל הטורים מבדיל בין השותפות בקנין ומדבר ממנה בסמנים קנ"ז — קע"ד, ובין עסק השותפות בסימנים קע"ו — קפ"ב. את השותפות בקנין הוא מציין בשם "שותפות בקרקע", אף שדומה לה גם השותפות בחפצים מטולטלים, כאשר העיר הוא עצמו בסימן קע"א, סק"א. את עסק השותפות הוא קורא בשם שותפות סתם. עסק השותפות, כאמור, מתהווה על ידי השותפות בקנין החפצים. אולם פוסקים אחדים סוברים לקיים את עסק השותפות בלי הקנין המשותף בחפצים. עיין ברמב"ם, פ"ד מהל' שלוחין, ובהשגות הראב"ד שם.

(3) חו"מ, סי' קע"א.

(4) שם וסי' קע"ה.

ברם גם באין דין חלוקה בחפץ יכול כל אחד מהשותפים לאמר לחברו: גוד או אגוד, כלומר, קוץ אתה בדמים על מחיר החפץ וקח ממני את חלקי על פי החשבון, או אקוץ אני עליו בדמים ואקח את חלקך. ורשות נתונה לשותף הבא בטענת גוד או אגוד, לקבוע את מחיר החפץ, ולתבוע שהחשבון יהיה ביניהם לפי המחיר שקבע. והוא יכול לקבוע את המחיר יותר משווי דמי החפץ, לפי שעל ידי זה לא יגרום היוק לחברו השותף, כי באופן זה יקנה לו את חלקו לפי המחיר הגבוה. אבל אינו יכול להוריד את מחיר החפץ פחות משווי, כי אם השותף עני, ולא יכול לרכוש החפץ גם לפי המחיר הנמוך, יהא מוכרח להפסיד ולהקנות את חלקו לפי מחיר זה⁽⁵⁾.

המשפט העברי מגביל אפוא את זכותו של השותף לכוף על חלוקת החפצים המשותפים⁽⁶⁾. היינו: I. אין השותף יכול לתבוע את חלוקת שווי החפץ המשותף, ועל כן אם אין דין חלוקה בחפץ, אי אפשר לתבוע שימכר ויחלקו את דמיו. II השותף הדורש הפקעת השותפות בחפץ שאין בו דין חלוקה, ידו על התחזונה, וצריך הוא, כפי רצון השותפים האחרים, להסתפק בקבלת תשלומי חלקו בחפץ, או לשלם לאחרים את חלקיהם. ומפני שלא בכל זמן יכול השותף לכוף על החלוקה, והשותפות בחפץ יכולה להיות לפרקים על כרחם של השותפים, לכן נקבעו בדינינו בדיוק אפני ההשתמשות בשותף.

כל זמן שהשותפות בחפץ קיימת, כל אחד מהשותפים שליט בחלקו, ויכול לעשות בו כמו שאדם עושה בשלו, ולהקנותו במכירה, במתנה, או בשכירות לאחר. וכמו כן יכול כל אחד מהשותפים לכוף את חברו על כל התקונים הנחוצים בחפץ, ועל ההוצאות הדרושות לזה⁽⁷⁾.

תשמישי החפץ המשותף ופירותיו קנויים לכל אחד ואחד מהשותפים, והם מתחלקים ביניהם באופן כזה: אם החפץ ראוי שישתמשו בו כל השותפים כאחד, משתמשים בו. אין החפץ ראוי שישתמשו בו כל השותפים כאחד, אם הוא ראוי להשכיר, משכירים אותו לאחר וחולקים השכר ביניהם; ואם אינו עשוי להשכיר, חולקים תשמיש החפץ בזמן, ומשתמשים בו השותפים בזה אחר זה, יום אחר יום, שנה אחר שנה, הכל לפי תכונת החפץ ואופן שמושו.⁽⁸⁾

אם נאמר להתחקות על תכינת קנין הבעלות שיש בחפץ לכל אחד

(5) שם.

(6) דיני רומי נותנים לכל אחד מהשותפים הרשות לתבוע חלוקת החפץ המשותף בלי הבדל בין דבר שיש בו חלוקה ובין דבר שאין בו חלוקה. דירנבורג, שם, § 196.

(7) רמב"ם, פ"ה מהל' שכנים.

(8) שם, פ"א. הו"מ, סי' קע"א.

מהשותפים, עלינו לזכור מה שבארנו בסימן הקודם, כי קנין הבעלות על פי דינינו אינו תמיד שלם ומלא, ואפשר לו להיות מוגבל בזמן שהוא חל, או בזכות השמוש שהוא נותן. קנין בעלות מוגבל כזה יש לו לכל אחד מהשותפים בחפץ. הגבלת קנינו של השותף אינה באה כאן לא בזמן ולא בשמוש ידוע של החפץ, אלא היא נובעת מאליה מתוך קנין הגוף וזכות השמוש שיש לשותף האחר בחפץ. ולכן בפועל השמוש בחפץ של השותף האחד צריך שלא יגרע את זכות שמושו של השני. זו היא ההגבלה הכללית של קנין השותפים. בפרט, אופן הגבלת קנין השותפים מתברר על פי אופן חלוקת השמוש ביניהם. לדוגמא, אם הם משתמשים בחפץ יום אחר יום, הרי הוא כאילו קנה כל אחד גוף החפץ לשמוש מוגבל כזה יום אחד משני ימים, וכדומה (9).

§ נ'.

הפקעת קנין הבעלות. הקנין שיש לבעלים בחפץ נפקע בדרכים שונים:

א. זמן. הקנין בחפץ לזמן קצוב, כמו עד היובל וכדומה, נפקע מאילו עם כלות הזמן הקצוב, אם בכלל נשאר דבר מן החפץ בשעה זו.

ב. הקנאה. הקנין בחפץ נפקע על ידי הקנאת החפץ לאחר באחד מדרכי הקניה, שבארנו אותם לעיל. זהו אופן הפקעת הקנין היותר רגיל, הבא עם חלות הקנין של איש אחר.

ג. יאוש. באופנים ידועים מפקיע היאוש את קנין הבעלים מן החפץ. היאוש הוא סלוק דעת הבעלים מן החפץ, הבא בהכרח מפאת אבוד החפץ מרשות הבעלים בפועל, כגון על ידי איזה מאורע שהוציא את החפץ מרשותם והאביד אותו מהם. על פי תכנון היאוש הכרת הבעלים הוא שהחפץ אבוד להם מעתה, וההשלמה בלבם עם המצב הזה.

כאשר תבוא התיאשות כזו, הקנין נפקע מהחפץ, והוא יכול להקנות לאחר. היאוש דורש:

I. מאורע, שיוציא בפועל את החפץ מרשות הבעלים נגד רצונם, יאבד אותו מהם, וישלול מהם את האפשרות לשוב ולרכוש אותו. כמאורעות גוררים אחריהם את יאוש הבעלים נמנו בגמרא: אבדת חפץ שאין בו סימן; גנבה, שמן הסתם מביאה לידי יאוש בעלים¹; וגזלה, שמן הסתם אינה מביאה לידי יאוש, עד שיתברר שנתיאשו הבעלים מהחפץ².

(9) ר"ן, נדרים, ר"פ השותפין.

(1) חר"מ, סי' שנ"ג.

(2) שם, סי' שס"ח.

משום שיאוש בא רק על ידי מאורע המוציא את החפץ מרשות הבעלים, אין דין יאוש בקרקעות, כי הן אינן נאבדות ואינן יוצאות מידי בעליהן לעולם³.

זהו הצד האוביקטיבי הבא תמיד עם היאוש.

II. הצד הסוביקטיבי של היאוש הוא בדת הבעלים את המאורע שקרה את החפץ ובהתיאשות ממנו.

הבעלים צריכים שידעו שהחפץ נאבד מהם. אם במקרה לא ידעו מה שקרה את החפץ, ודמו שהוא ברשותם, אין מקום ליאוש⁴.

הבעלים צריכים להתיאש מן החפץ הנאבד. על מציאות התיאשות כזו דנים לפי מה ששומעים מפי בעלי החפץ, ורואים את מעשיהם המוכיחים על סלוק דעתם מהחפץ, או אנו הולכים אחרי אומד הדעת, כי עם איזה מאורע ידוע באה תדיר התיאשות הבעלים מן החפץ⁵. משום כך באבדה שאבדה דנים אם נתיאשו הבעלים ממנה ואם לאו, על פי המקום שבו נמצאה האבדה, כמו בשלוליתו של נהר, או על פי תכונת הדבר שאבד, אם אין בו סימן.

החפץ שנתיאשו הבעלים ממנו, יכול להקנות רק למי שבא לידו בהיתר, ולאחר היאוש. משום זה באבדה יכול לזכות רק מי שנטלה לאחר יאוש, ולא קודם לו. בגנבה ובגזלה אין הגנב והגזולן עצמם קונים על ידי יאוש את החפץ שלקחו באיסורי, ורק זה שמסרו לו את החפץ הגנב והגזול אחרי היאוש הוא קונה אותו על ידי יאוש ושנוי רשות⁶.

נבדל מהיאוש הוא אופן אחר של הפקעת הקנין, שהוא סלוק רשות הבעלים מהחפץ, הבא ברצון, והוא:

ד. הפקרי. קנין הבעלים נפקע על ידי הפקרי היינו, על ידי סלוק רשות הבעלים מחפץ השייך להם באמירה שהם אומרים, שיהא חפץ זה מופקר לכל. ההפקר אינו דורש שום מעשה ופעולה, ולא הוצאת החפץ מרשות הבעלים, ודי באמירתם בלבד, שהם מפקירים את החפץ לכל. אמירת ההפקר מועילה בכל לשון, המראה שאין הבעלים רוצים עוד בחפץ⁷.

החפץ המופקר צריך שיופקר לכל בני אדם; אבל אפשר להפקיר חפץ

(3) רמב"ם, ספ"ח מהל' גולה. חו"מ, ס"י שע"א.

(4) יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש. בבא מציעא, כ"א. רמב"ם, שם, פי"ד.

(5) חסובת רב שרירא גאון, המובאה בטח"מ, ס"י שס"ח. מענין, כי מובא שם מנהג המבטל את

הקנין על ידי יאוש ושנוי רשות.

(6) דעת הרא"ש, בטח"מ, ס"י ש"ג; ופסק להלכה כמותה הש"ך, שם, סק"ד. אם מי שקונה

חפץ על ידי יאוש ושנוי רשות צריך שלא ידע, שהחפץ הנקנה הוא גנוב או גזול, עיין בסמ"ע

ס"י שס"א, סק"ה.

(7) חו"מ, ס"י רמ"ה, סק"י.

רק לזמן קצוב, ואם בתוך הזמן זכה אדם בחפץ, קנה אותו קנין עולם; ואם לא זכה בו אדם בתוך הזמן, נפקע אחר כך ההפקר מן החפץ מאליו⁸. עיקר חלות ההפקר הוא משום שאמירת האדם במה שקנוי לו יש לה יפוי כח מעין נדרי, והיא מפקיעה את רשותו וקנינו מן החפצים. משום זה אין להפקיר חפץ על ידי שליח, לפי שאמירת השליח אין לה אותו יפוי הכח מעין נדרי, להפקיע את הקנין⁹. ורק לבית דין ניתן לפרקים יפוי כח מיוחד להפקיר נכסים גם נגד רצון בעליהם, על פי הכלל הידוע: הפקר בית דין – הפקרי.

ההפקר בא אפוא על ידי מאמר פה. אם יש דין הפקר לעזיבת החפץ בפועל, בלי האמירה שיהא הפקרי, נחלקו בה גדולי הפוסקים. עזיבת החפץ בפועל בלי אמירת ההפקר נקראת בספרותנו המשפטית בשם "אבדה מדעת" ולדעת הרמב"ם אין לה ערך הפקרי, ואינה מפקיעה את הקנין¹⁰. לדעה אחרת, אבדה מדעת דינה כהפקרי, ומפקיעה את הקנין¹¹. קלות הפקר הנכסים נותנת לרמאים אפשרות להשתמש בהערמה, להפקיר נכסיהם ולשוב ולזכות בהם מן ההפקרי, כדי להפטור מחיובים המוטלים על בעלי החפצים. נגד רמאות כזו נתקנו עוד בימי חכמי הגמרא תקנות ודינים להגביל את תפיסת ההפקר בנכסים.

מדינא דרבנן אין ההפקר חלי, עד שיפקיר בפני שלשה בני אדם, כדי שיהא אחד זוכה, אם ירצה, והשנים מעידים על זכותו. ואם שב המפקיר עצמו וזכה במה שהפקיר בתוך שלשה ימים, אין דינו כזוכה מן ההפקרי, רק כחוזר בו מכל ענין ההפקר¹².

ההפקר אינו מפקיע מידי שעבוד, ועל הנכסים המופקרים נשארים כל השעבודים שהיו עליהם קודם לכן. ולפיכך בעלי חוב של המפקיר גובים מהם, ומוציאים אותם מיד מי שזכה בהם¹³.

בהגבלת כח ההפקר הרחיקו עוד ללכת, וקבעו הלכה, שבכלל אין ההפקר מבריא הנכסים מגביית בעל החוב, וגם אם אין בחוב זה שעבוד נכסים, כמו

8 נדרים, ס"פ אין בין המודרי. רמב"ם, פ"ב מהל' נדרים.

בהפקר לזמן יכולים הבעלים לחזור בהם, עד שלא זכה אחר בחפץ.

9 בית יוסף, בטוא"ח, סי' תל"ד, בשם הר"ן.

10 רמב"ם, פי"א מהל' אבדה, הל' י"א: "השליך כיסו ברשות הרבים והלך לו, וכן כג' כיוצא בזה, הרי זה אבד ממנו לדעת, ואף על פי שאסור לרואה דבר זה ליטול לעצמו, אינו זקוק להחזיר".

11 חו"מ, סי' רס"א.

12 רמב"ם, פ"ב מהל' נדרים, וכסף משנה שם.

13 חו"מ, סי' רמ"ה, סק"י. רמ"א וסמ"ע שם.

מלוה על פה, וגם אם הנכסים המופקרים אינם נכנסים תחת שעבוד האחריות, כמו מטלטלין, בעל חוב גובה מהם כאילו לא הופקרו כלל¹⁴.

דינים ותקנות אלה הסירו את כל התקלות וההערמות, שההפקר יכול להביא בעניני המשא ומתן ובחיי השוק.

גם במשפט הרומי אנו מוצאים אופן הפקעת קנין הבעלות (dominium) הדומה קצת אל היאוש ואל ההפקר, היינו: derilictio, או עזיבת הבעלים את החפץ הקנוי להם על דעת שלא יהיו עוד בעליו¹⁵.

אולם המעיין בדבר יראה, כי derilictio הרומית אינה דומה לא אל היאוש ולא אל ההפקר של דינינו.

היאוש הוא הסתלקות הבעלים מן החפץ נגד רצונם משום אבוד השלטון עליו בעל כרחם, כמו על ידי אבדה, גנבה, וגולה; מה שאין כן derilictio הרומית, שהיא עזיבת החפץ ברצון.

השתתפות הרצון בעזיבת החפץ מקרבת ומדמה את derilictio הרומית אל ההפקר. אולם גם ביניהן יש הבדל רב. derilictio היא עזיבת החפץ בפועל, מעשה מוכיח על הסתלקות הבעלים מחפץ זה סלוק עולמי; וההפקר העברי הוא אמירה בלבד, הבעת רצון הבעלים על אודות החפץ, שיש לה יפוי כח מיוחד, מעין נדרי, והיא מתקיימת ומפקיעה את הקנין, כפי שיצא מפי הבעלים.

derilictio הרומית שוה היא אל האבדה מדעת, אשר הראינו עליה למעלה, ושנחלקו בה גדולי המורים, אם היא כהפקר, אם לא¹⁶.

(14) ט"ז וקצות החושן, שם, בשם הרשב"א.

Dernburg *ibid.* § 223. (15)

Vide Dr. Mayer. Die Rechte der Israeliten, Athener und (16)
Römer, B. II, §, 161, An. 1.

פ ר ק ש ב י ע י

קנין השעבוד

§ נ"א.

מושג השעבוד. השעבוד הוא קנין שיש לו לאדם בחפץ השייך לאיש אחר, הנותן לו את הרשות להשתמש בחפץ זה באופן ידוע. עם היות השעבוד קנין בחפץ – נבדל הוא הבדל עיקרי מקנין הבעלות המוגבל, כמו קנין הפירות. כי קנין הבעלות, גם עם כל ההגבלות שבו, תמיד עומד בפני עצמו הוא ואינו תלוי כלל בקניני אחרים בחפץ זה; אבל השעבוד הוא, כשמו, אך זכות להשתעבד בחפץ הקנוי לאחר, וזכות זו, לפי שהיא מושאלה ומוצאה מקנין הבעלים, הרי היא תלויה בו במדה ידועה. משום זה השעבוד צריך שלא לגרע ולהפסיד את זכויותיהם של הבעלים⁽¹⁾. וכמו כן יכולים הבעלים להפקיע באופנים ידועים את כל קנין השעבוד מעיקרו⁽²⁾.

בשם "שעבוד" מציינים בגמרא את אחריות הנכסים שיש לו לבעל חוב, כלומר, הזכות שנתנה לבעל חוב בנכסי החייב לגבות מהם ולטרפם מידי הלקוחות. הגאונים מכנים בשם שעבוד גם את זכות השמוש שיש לו לאדם בחפץ השייך לאחר (שעבודי סבילת ההיזקות)⁽³⁾. במובן זה, בתור זכות השמוש בחפץ השייך לאחר, יש קנין השעבוד גם בשכירות ובשאלה, שבהן גוף החפץ המושכר והמושאל נקנה לשוכר ולשואל להשתמש בו⁽⁴⁾.

קנין השעבוד מסתעף אפוא לשני סוגים שונים:

א. שעבוד השמוש בחפצים הקנוי למי שאינו בעליהם (שכירות, שאלה, ושעבוד סבילת ההיזקות).

ב. שעבוד האחריות הקנוי לבעל חוב על כל נכסי החייב, או רק על חפץ ידוע מהם.

(1) אין השוכר רשאי להוטרף השדה ואינו רשאי להשכיר לאחר. רמב"ם, פכ"ג מהל' מכירה, הל' ח'.

(2) הקדש חמץ ושחרור מפיקעים מידי שעבוד. ב"ק דף צ"ו.

(3) מגיד משנה, פי"א מהל' שכנים, הל' ד', בשם הגאונים.

(4) ר"ן, ר"פ השותפין.

קנין השעבוד בחפץ נרכש על ידי הקנאה באחד מדרכי הקניה. האמורים לעיל. כיוצא מן הכלל, שעבודי השמוש אחדים נקנים בלי כל דרך קניה, על ידי מחילה פשוטה בלבד, הנותנת כאן חזקה להשתמש בחפץ המשועבד באופן ידוע.

כל זמן שהשעבוד קיים, הוא נחשב כחלק מרכושו של זה, שהוא קנוי לו. ואם בא אחר והפקיע או איבד על ידי מעשיו את השעבוד, הרי הוא חייב כמזיק, מדינא דגרמי⁽⁵⁾

כקנין בחפץ, השעבוד נפקע על ידי הקנאה, שבעל השעבוד שב ומקנה אותו באחד מדרכי הקניה. מחילת השעבוד בלבד לבעלי החפץ, בלי קנין, אינה מועילה לסלוק השעבוד, ורק שעבודי השמוש אלה הנקנים על ידי מחילה, נפקעים גם כן על ידי מחילה בלבד.

השעבוד נפקע עוד בדרכים מיוחדים להפקעתו בלבד, והם שלשה שנויים עיקריים הבאים במצבו המשפטי של החפץ המשועבד, ומוציאים אותו מרשות כל מרות בכלל תהיה איזו שתהיה.

דרכי הפקעת שעבוד אלה נסמנו בתלמוד בשמות: הקדש, חמץ, ושחרור. הקדש החפץ המשועבד בקדושת הגוף מפקיע מעליו את כל השעבודים. אולם הקדש החפץ בקדושת דמים, שאינו מוציא את החפץ מכל מרות בכלל, אינו מפקיע את השעבוד⁽⁶⁾.

העשות החפץ לאסורי הנאה (חמץ) כמו קדושת הגוף הוא, המסלק מעליו כל מרות וכל שעבוד.

שחרור העבד המשועבד על ידי בעליו מרים את העבד למעלת בן חורין, ומפקיע ממנו את הבעלות הקודמת וכל השעבודים הנגררים אחריה⁽⁷⁾.

אולם המפקיע שעבודו של חברו באופנים אלה – חייב, מדינא דגרמי במדה שהפסיד את השעבוד, כמו מזיק שעבודו של אחר.

נ"ב.

ש כ י ר ו ת. השכירות נותנת לשוכר קנין השעבוד בגוף החפץ המושכר לפירותיו או לתשמישיו לזמן קצוב. בדיני ישראל השכירות נחשבת תמיד כמכירה לזמן קצוב. וההבדל שבין השכירות ובין המכירה הוא רק בזה, כי

(5) חו"מ, סי' ס"ו, סק"ב, ולהלן, § נ"ט.

(6) עיין לעיל, § ל"ב.

(7) חו"מ, סי' קי"ז, סמ"ע שם סקב"א.

קנין המכירה הוא תמיד קנין של בעלות עומד בפני עצמו ובלתי תלוי באחרים. וקנין השכירות הוא קנין של שעבוד בחפץ לשמוש ידוע¹.

עם הקנין בגוף החפץ שהשכירות מעמידה, מתהווים, כנובעים מאליהם מתוך קנין זה, עוד חיובים שונים המוטלים על השוכר והמשכיר. כאן נעמוד רק על ערך השעבוד בחפץ של השכירות, ועל אודות החיובים הנובעים ממנה נדבר במקום הראוי לזה.

השכירות, כמו המכירה, נגמרת על ידי פעולת השוכר אחד מדרכי הקנייה בחפץ המושכר. לפני עשיית פעולת הקנין בשכירות, יש במי שחוזר מדבריו משום חוסר אמנה; והחוזר בו אחרי שנתקיים איזה מעשה בין הנושאים ונותנים, מקבל "מי שפרע", הכל כמו בעסק המכירה². משעה שנקנית השכירות, אין השוכר והמשכיר יכולים לחזור בהם ולבטל את הקנין בגוף החפץ. כמו כן, אם מכר המשכיר את החפץ המושכר לאחר, אין המכירה מפקיעה מידי קנין הגוף של השכירות שקדמה לה; וקנין הלוקח יכול לחול רק אחרי כלות זמן השכירות³.

קנין השעבוד של השכירות נותן לשוכר את הזכות להשתמש בחפץ או לאכול פירותיו. כפי מה שהותנה בין הנושאים ונותנים, או כפי מנהג המקום. אבל אין לשוכר רשות לשנות מאופן שמוש זה; וכמו כן אינו יכול להמנע מהשמוש כל עיקר, אם הוא מפסיד על ידי זה את החפץ המושכר⁴.

שנוי בשמוש החפץ מגדיל את חיובי השוכר, היינו: השוכר המשנה בשמושי החפץ המושכר, חייב לשלם למשכיר מה שנהנה מהחפץ בשנויו זה.

(1) בבא מציעא, דף נ"ו ע"ב. רמב"ם, פ"ו משכירות, הל"א.

את חוכן קנין השכירות וההבדל בינו ובין שאר הקנינים מבאר לנו הרמב"ם בפ"א מהל' שאלה; הלוקח קונה הגוף קנין עולם בדמים שנתן, ומקבל מתנה קונה הגוף קנין עולם ולא נתן כלום; והשוכר קונה הגוף לפירותיו עד זמן קצוב בדמים שנתן, והשואל קנה הגוף לפירותיו עד זמן קצוב ולא נתן כלום. לשון הרמב"ם כאן אינו מדויק כל צרכו, כי המכירה גם כן, אפשר שתתן קנין הגוף לפירותיו עד זמן, ועיקר ההבדל בין קנין השכירות והמכירה הוא בזה, שהמכירה נותנת קנין מוחלט ואינו תלוי כלל במקנה, כאשר העיר על זה הרמב"ם עצמו בפרק כ"ג, שם, הל' ה', וז"ל: „ומה הפרש יש בין הקונה שדה לפירותיה לבין השוכר שדה מחבור? שהקונה שדה לפירותיה יש לו לנטעה או לזרעה כל זמן שירצה, או להובירה, והשוכר אינו כן. ואין השוכר רשאי להשכיר, אבל הקונה מקנה לאחרים כל מה שקנה". הקנין בגוף החפץ, שהשכירות נותנת על פי דינינו, קובע לה מקום בין שעבודי החפצים, ומבדיל אותה הבדל עיקרי מן השכירות על פי דיני רומי, שהיא יחס של חיוב בין השוכר והמשכיר.

(2) טח"מ, סי' ש"ה, בשם הראב"ד והרשב"א. לעיל, § מ"ז.

(3) שם, סי' ש"ב. השכירות על פי דיני רומי, שאינה קנין בחפץ, אפשר לחזור בה ולבטלה בשארית רק תביעת תשלומי ההפסד.

(4) רמב"ם, פכ"ג מהל' מכירה. חו"מ, סי' שט"ז.

וכל ההיזקות שגרם לחפץ על ידי השנוי במלאכתו, אף שבכלל השוכר פטור על אוגסי החפץ שבאו מחמת מלאכה⁽⁵⁾.

אפני הפקעת השכירות אלה הם:

שעבוד השכירות נפקע עם כלות הזמן הקצוב בין השוכר והמשכיר. בתוך הזמן הקצוב השכירות נפקעת על ידי פעולת הקנין, שהשוכר חוזר ומקנה בה למשכיר את השעבוד שיש לו בחפץ. מחילה בלבד, בלי דרך קניה, אינה מפקיעה את שעבוד השכירות, כמו שהיא מפקיעה את חיובי הגוף⁽⁶⁾.

השכירות נפקעת גם כן אם נתקלקל החפץ המושכר או אבד, באופן שאינו ראוי עוד שישתמשו בו, ואי אפשר לתקנו⁽⁷⁾.

נוסף על אלה, שעבוד השכירות נפקע באפני הפקעת שאר השעבודים, היינו: על ידי הקדש החפץ המושכר בקדושת הגוף⁽⁸⁾, על ידי העשות החפץ המושכר לאסורי הנאה, כגון אם נאסר החפץ בקונם על השוכר⁽⁹⁾, ועל ידי שחרור העבד המושכר.

מכל מה שנאמר למעלה, מאופן גמירת השכירות על ידי דרך קניה, מתוכן זכות השוכר בחפץ המושכר, ומאפני הפקעת השכירות, הננו רואים ברור, כי השכירות קנין של שעבוד היא בגוף החפץ המושכר.

אולם המשפט העברי יודע עוד מין אחר של שכירות, שיש בה מעין קבלנות של המשכיר להעמיד לשוכר חפץ ידוע לתשמישיו. אם נשוא השכירות הוא חפץ ידוע בסתם שלא נסמן בפרט, כגון בית סתם או חמור סתם, בזה אם אבד החפץ שניתן לשוכר, חייב המשכיר להעמיד לו חפץ אחר עד כלות זמן השכירות.

שכירות כזו אינה קנין השעבוד בחפץ ידוע בלבד, כמו שאר יחסי השכירות, כי היא לא תכלה עם השתדפות החפץ המושכר. מה הוא אופיה של שכירות קבלנות זו? ובמה נגמר ונחלט החיוב על המשכיר להעמיד לשוכר

(5) רמב"ם, פ"ד משכירות. חו"מ, סי' ש"ח וש"ט.

(6) סמ"ע בחו"מ, סי' קפ"ט וסי' שט"ו.

(7) בבא מציעא, ק"ג. טח"מ, סי' שי"ב, סקט"ז.

כיוצא מן הכלל נמצא בגמרא, שם, דף ע"ט, כי החפץ המושכר עדיין הוא משועבד לשוכר גם אחרי שנתקלקל ואינו ראוי עוד לשמוש; בדין השוכר את החמור ומתן בדרך, נבלת החמור משועבדת לשוכר למכרה ולשכור בדמיה חמור אחר לצרכו.

אולם לפי באור החוס' שם בד"ה, "ואם", דין זה יש לו ערך פרט מיוחד, שאין ללמוד הימנו על השכירות בכלל. כי דוקא בחמור שמת בדרך, שעומד הוא להמכר ולקנות בדמיו אחר, נבלת החמור משועבדת לשוכר למטרה זו; אבל בשאר החפצים השכירות נפקעת מהם משעה, שאבדו, או נתקלקלו ואינם ראויים לשמושם.

(8) רמב"ם, פ"ו מהל' ערכין, ומשנה למלך, שם.

(9) ר"ן, ר"פ השותפין. לחם משנה, פ"ז מנדרים, הל"ד. טור יו"ד, סי' רכ"א.

חפץ אחר? דבר זה לא נתברר עוד בתקופת גדולי הפוסקים הראשונים (הרי"ף, הרמב"ם, והרשב"א). אחדים מגדולי הפוסקים סוברים, כי שכירות קבלנות זו אינה חלה על ידי פעולת דרך הקניה בחפץ בלבד, כמו שאר השכירות, רק היא צריכה לקבלת קנין מיוחדת (קנין סודר) על החיוב להעמיד חפץ אחר, אם יאבד החפץ שנתן לשוכר בראשונה⁽¹⁰⁾.

בשיטה אחרת עומדים רבים מגדולי הפוסקים, הסוברים, כי שכירות קבלנות כזו אינה צריכה לקנין מיוחד, וכי עם פעולת דרך הקניה שעושה השוכר בחפץ שנמסר לו, נגמר גם החיוב המוטל על המשכיר להעמיד חפץ אחר, אם יאבד זה שנתן. החיוב להעמיד חפץ אחר והשעבוד של השכירות בחפץ הניתן מיד, באים כאחד לפי דעה זו, על ידי הקנאת החפץ המושכר⁽¹¹⁾.

נ"ג.

שאלה. השאילה נותנת לשואל קנין של שעבוד בגוף החפץ המושאל עד זמן קצוב בלי תשלום שכר⁽¹⁾.

ההבדל העיקרי בין השאילה והשכירות הוא, שבשאילה אין תשלומים על השמוש בחפץ, ומוזה נובע, כי על המשאל אין כל חיוב מוטל ביחס אל השואל, כמו חיוב תקון החפץ וכדומה; ולהיפך, חיובי השואל ביחס אל החפץ ושמירתו, רבים הם מחיובי השוכר (חיוב אונסין).

השאילה, כמו השכירות, נגמרת על ידי פעולת השואל אחד מדרכי הקניה בחפץ המושאל, ועד שלא נעשה קנין זה, שניהם יכולים לחזור בהם. מכיון שהשאילה היא כמתנת החפץ לפירותיו לזמן קצוב, דין החוזר בו מהשאילה לפני גמירת הקנין, כדין החוזר בו מנתינת מתנה, זאת אומרת, יש בחוזר בו משום חוסר אמנה, אבל אינו מקבל "מי שפרע"⁽²⁾.

תוכן קנין השעבוד בחפץ שיש לו לשואל, ואופן הפקעת קנין זה, שוים הם לשעבוד השכירות.

שאלת החפצים שאינם מושבים בעין, כמו הכספים והפירות⁽³⁾ (*res consumptibiles*), נקראת בשם מלוה, וגם היא נגמרת על ידי קנין הלוה בחפצים הנלוים לו.

(10) דעת הרמב"ם, פ"ה מהל' שכירות, הל"ב, ובמגיד משנה שם. וכן דעת הראב"ד, והר"י קארו פסק כן להלכה בס"י ש"י.

(11) דעת הרי"ף, הרשב"א, והרא"ש, וכן פוסק להלכה הר"מ א' בדרכי משה שם.

(1) הגדרת הרמב"ם, פ"א מהל' שאילה.

(2) עיין לעיל, § מ"ז.

(3) בבא מציעא, דף ע"ה. חו"מ סי' ע"ב.

ההבדל בין שאילה ומלוה הוא בזה, כי סתם מלוה להוצאה ניתנה, והלוה קונה את כסף המלוה או את חפצי המלוה קנין עולם, ורק חיוב מוטל עליו לשלם אחרים כנגדם.

נ"ד.

ש א ר ש ע ב ו ד י ה ש מ ו ש. מלבד קנין השעבוד של השכירות והשאילה, שעבודים בתור זכות השמוש שיש לאחד בחפץ חברו (servitutes), לא התפתחו במדה מרובה בדינינו¹.

טעמו של דבר הוא, לפי שקנין הבעלות אצלנו אינו תמיד מוחלט ומקיף את כל החפץ מצדי צדדיו, כמו dominium הרומי, ולפרקים הוא מצטמצם ותופס רק בתשמיש ידוע של החפץ או בפירותיו. קנין מוגבל כזה, על פי איכותו, עמידתו בפני עצמו ואי תלייתו באחרים, הוא נותן זכות של בעלות בחפץ, אבל לפי כמותו וחלותו רק על צד ידוע של החפץ, הנהו כמו שעבוד. ולכן במקרים רבים, שהמשפט הרומי ושל ימינו משתמשים בהם על ידי servitutes יופיעו אצלנו שעבודי שמוש אלה בתור קנין בעלות מוגבל, כקנין פירות או קנין לזמן קצוב.

מלבד זאת גם השכירות והשאילה בדינינו נותנות קנין של שעבוד בחפץ, ולעתים קרובות יכולים שעבודי השמוש להתגלות בצורת שכירות או שאילה. ועל כן חוג פעולת שעבודי השמוש, במובן servitutes, הוא מוגבל מאד בדינינו. כשעבודי השמוש במובנם היותר טהור נמצאו במשפט העברי רק שעבודי סבילת ההיזקות (servitutes in patiendo), הנובעים מיהוסי השכנים, כמו היזק הוצאת הוויזים לרשות חברו, היזק הקלוח, הראיה, העשן, הריח, נדנוד הקרקע, וכדומה.

נקדים את הכללים היסודיים, שנקבעו בדינינו בשביל היזקות אלה, הבאים תמיד על ידי השתמשות האדם בשלו.

אין מקום להיזק כללי, אם האחד נהנה, ואין חברו מפסיד ואינו חסר כלום².

אם היו מעשיו של אדם העומד ועושה ברשותו מזיקים את חברו בשעת עשייתו, הרי זה כמזיק בידיו. הא למה זה דומה? למי שעומד ברשותו ויורה חצים לחצר חברו, ואומר: "ברשותי אני עושה" שמונעים אותו.

Vide Dr. Mayer, Die Rechte der Israeliten etc. § 171 c. (1)

(2) רמב"ם, פ"ז מהל' שכנים, הל' ח'.

אבל אם אדם עושה בשלוי והנוק בא מאליו אחר שפסקו מעשיו אינו צריך לסלק ההיזק⁽³⁾.

באופנים ידועים נקנה לגורם ההיזק שעבוד בנכסי הניזק על סבילת היזקות אלה.

שעבוד סבילת ההיזק נקנה על ידי חזקת המחילה היינו: אם נעשה ההיזק בפני הניזק, שראה ולא מחה, החזיק המזיק לאלתר על פעולת הנוק, ואין למחות בו עוד. חזקה זו של המחילה מועילה מידי ואינה צריכה להמשך זמן של שלש שנים⁽⁴⁾.

להיזקות רבים, כמו היזק העשן, הריח, האבק, נדנוד הקרקע, והיזק הראיה במקום שצריך מחיצה, אין חזקת המחילה מועילה, גם אם נמשכה שלש שנים, לקנות שעבוד סבילתם; כי לפי אמידת הדעת אין אדם מוחל על היזקות אלה. השעבוד נקנה כאן על ידי קבלת קנין מיוחדת מן הניזק על סבילת היזקות אלה⁽⁵⁾.

חזקת המחילה בנזק או קבלת הקנין עליו, במקום שאין החזקה מועילה, נותנת אפוא לאדם זכות השמוש במקצת ברשותו של חברו, זכות הקנייה לאחד בנכסי השני, אשר בצדק קראו לה הגאונים בשם שעבוד.

שעבודי סבילת ההיזקות, כמו שאר השעבודים, יש להם ערך הקנין בחפץ, וחצרו או קרקעו של הניזק משתעבדות לסבול ההיזק.

לכן אם מכר הניזק לאחר את החצר או את הקרקע המשועבדת, לא נפקע השעבוד, וגם זה האחר מוכרח על סבילת ההיזק.

שעבודים אלה יש להם ערך חפציי עוד מצד אחר, ביחס אל גורם ההיזק, כי גורם ההיזק רוכש לו את שעבוד סבילת ההיזק לא בשביל עצמו בלבד, רק בשביל החצר או הקרקע השייכת לו, ועם חצר או קרקע זו מתאחדת הזכות שהשעבוד נותן. ועל כן אם מכר גורם ההיזק את קרקעו, הבעלים החדשים רוכשים להם גם את שעבוד סבילת ההיזק⁽⁶⁾.

שעבודי סבילת ההיזק עומדים אפוא במקומם גם בהשתנות הבעלים של הקרקע, שבשמושה גורמים ההיזק, או של הקרקע, הסובלת ההיזק. הקרקע עצמה של גורם ההיזק נעשית כמשעבדת (praedium dominans), וקרקעו של של הניזק נעשית כמשועבדת (praedium serviens), ולכל השעבוד יש כאן אותו הערך עצמו של servitutes praediorum דיני רומי.

(3) שם, פ"י, הל"ה.

(4) שם, פ"ז ופ"א, חו"מ, ס"י קנ"ה, סקל"ה.

(5) שם, פ"א, הל"ד.

(6) כן מוכח מתשובת הרא"ש, המובאה בטח"מ, ס"י קנ"ד, ס"ק כ"ט.

שעבודי סבילת ההיזקות נפקעים באופן שהעמידו אותם. השעבודים הנקנים על ידי חוקת המחילה נפקעים גם כן על ידי מחילת המשעבד אל המשועבד את זכותו. השעבודים הדורשים קבלת הקנין בשביל העמדתם נפקעים על ידי הקנאת השעבוד בחזרה, עם פעולת הקנין שיקנה המשעבד אל המשועבד.

פ ר ק ש מ י נ י

שעבודי האחריות

§ נ"ה.

מושג שעבוד האחריות. שעבוד אחריות הנכסים הוא קנין שיש לו לבעל חוב בנכסי החייב לגבות מהם, קנין, אשר מעת חלותו יכול הוא להפקיע את הקנינים המאוחרים, שהבעלים מעמידים בנכסים אלה: בדיני ישראל שעבוד הנכסים בא על פי כללות מושגו, בכל חוב וחוב, בלי כל הסכם והקנאה מיוחדת על העמדת שעבוד כזה; רק מטעמים מעשיים מפני דרישות החיים ותקנת השוק, אין השעבוד מתפשט על כל הנכסים, ולא בכל החובות הוא ניתן לבעל החוב.

במוסד שעבוד הנכסים, הבא תמיד כאחריות וערבות בעד החיובים המוטלים על האדם, מתגלה לנו יותר מאשר במקומות רבים אחרים, האופי הריאלי של המשפט העברי. הקרדיט על פי דינינו הוא תמיד ריאלי ולא אישי, זאת אומרת, החוב נשען ונסמך תמיד על אחריות וערבות הנכסים הממשיים, ולא על בטוחות האיש הלוה. יותר מזה, שעבוד הנכסים מראה כי כבר בעת התהוות החוב דעת בעל החוב סומכת על נכסים ידועים של הלוה לגבות מהם, על נכסיו אלה שיכולים להשתמר ולהתקיים, כמו הקרקעות; ומצד השני, גם החייב כאילו מקנה לו אז זכות לגבות מנכסים אלה.

על פי דינינו, כל ענין העמדת השעבוד נראה כך: התהוות החוב מביאה גרעון בנכסי בעל החוב, ויחד עם זה, כתשלום אותו גרעון, בעל החוב רוכש לו לא רק דין תביעה בלבד מהאיש החייב, אך אקוויבלנט ממשי קנין של שעבוד בנכסי החייב.

שעבוד הנכסים מתפשט וחל על כל נכסי החייב, הראויים על פי ערכם הכלכלי לשמש בתור אחריות וערבות בעד החובות. הוא מועמד על הרוב מאליו, על פי הדין, המוצא ורואה כאן סמיכת דעתם של בעל החוב והחייב על העמדת שעבוד זה. לפי ערכו שעבוד הנכסים הוא אפוא: Hypotheca tacita generalis.

לפרקים, על פי הבעת דעתם של בעל החוב והחייב, שעבוד האחריות מצטמצם וחל על חפץ מיוחד מנכסי החייב, שמיחדים אותו לערבות בעד חוב זה.

השעבוד המיוחד על חפץ ידוע נקרא בשם אפותיקי (Hypotheca), אם החפץ המשועבד אינו נמסר לבעל החוב, והוא נשאר בידי הבעלים המשעבדים.

השעבוד המיוחד נקרא משכון, אם החפץ המשועבד יוצא מרשות הבעלים ונמסר לידי בעל החוב.

שעבודי האחריות מסתעפים אפוא בדינינו: לשעבוד האחריות בכלל, ולשעבודים מיוחדים, כמו אפותיקי ומשכון. על פי סדר זה נעמוד עליהם בהשקפתנו זו; ונפנה תחילה לשעבוד האחריות בכלל, שהוא מוסד עברי לפי רוחו ותכונתו.

חשובה מאד השאלה, מתי נוצר בדינינו מוסד שעבוד אחריות נכסים. שאלה זו כבר נסתפקו בה חכמי הגמרא, שהרי האמוראים רבה ועולא נחלקו בדבר, אם שעבוד אחריות נכסים הוא מדין תורה או מדרבנן¹. ואף שמחלקת זו בהלכה דגמתית היא שנויה, לענין אם השעבוד, לפי כללות מושגו, מתפשט גם על חיובים שבעל פה, או שהוא תופס בחיובים שבשטר בלבד, מכל מקום נראה ששרשה של מחלקת זו בשאלת זמן יצירתו של מוסד שעבוד האחריות, אם נוצר בתקופת קדומות (דין תורה) או מאוחרות (דין דרבנן). בתורת משפטינו לא נשתמרו רישומים היסטוריים, שאפשר היה לקבוע על פיהם בדיוק את התקופה שבה נוצר שעבוד האחריות, אבל עדות נאמנה יש לנו שבדורות התנאים הראשונים כבר נתקיים מוסד זה. על פי תקנה מיוחדת לשמעון בן שטח היה הבעל כותב לאשתו בשטר כתובתה: כל נכסי אחראין לכתובתה²; ויש רגלים לדבר שכבר בימים ההם היה שעבוד אחריות נכסים נהוג בשאר שטרי חוב, ושמעון בן שטח בא והנהיג אותו גם בשטר הכתובה.

§ נ"ו.

החיובים שיש בהם שעבוד נכסים. כאמור למעלה, שעבוד הנכסים הוא קנין שיש לבעל חוב בנכסי החייב לגבות מהם ולטרוף אותם מידי הלוקחות, אם הקנום להם הבעלים¹. מ"דין תורה" שעבוד הנכסים חל בכל חוב. אולם בפועל אי אפשר

(1) ב"ב דף קע"ה. שעבודא דאורייתא או דרבנן.

(2) כתובות פ"ב.

(1) בגמרא בב"ב קע"ה ע"ב, נחלקו רבה ועולא אם שעבוד אחריות נכסים מן התורה הוא או מדרבנן. אולם בפוסקים נתקבלה ההלכה, שהשעבוד מדאורייתא הוא. רמב"ם פי"א מהל' מלוה הל"ד. טוח"מ סי' קי"א, וסמ"ע שם. חו"מ, סי' ק"ד, סק"ג.

להעמיד שעבוד נכסים בכל החיובים, כי יצא מזה הפסד רב ללקוחות, שלא ידעו ממציאיות השעבודים המוטלים על הנכסים הנרכשים על ידם. ואם אתה ניתן לכל בעל חוב הרשות לטרוף מלקוחות נכסי מי שחייב לו, יכבד מקחם וממכרם של הנכסים, ותנועת המשא ומתן תמצא לה מכשולים ותתנהל בעצלתים. מטעם זה קבעו חכמים הגבלות לפעולת שעבוד הנכסים; ועל פי תקנתם אין השעבוד חל אלא בחיובים שהם קצובים בסכום שלהם, ושיש להם קול, כלומר, שהם ידועים ומפורסמים לכל⁽²⁾.

מתקנת חכמים שעבוד נכסים חל בחיובים אלה:

א. חיוב שנכתב עליו שטר, אף אם לא נכתב בשטר בפירוש שעבוד אחריות נכסים⁽³⁾.

ב. חיוב שיש עליו עדים, ושנעשה בקבלת קנין מן החייב על החיוב בכלל, או על העמדת השעבוד בפרט. חיוב כזה הרי הוא כאילו נכתב בשטר, כי סתם קנין לכתובת שטר הוא עומד; אולם אף אם לא נכתב השטר עליו – יש בו שעבוד נכסים, לפי שיש לו קול⁽⁴⁾.

ג. חיוב האחריות של המוכר במכירת קרקעות, אף אם נעשתה בלא שטר, רק בעדים, נגבה מנכסים משועבדים, לפי שמכירת קרקעות יש לה קול גם אם לא נכתבה בשטר⁽⁵⁾.

ד. כל החיובים שאינם נגבים אלא מנכסים בני חורין, משעת התביעה עליהם והעמדה בדין יש להם שעבוד נכסים, החל ותופס בהם משעה זו ואילך⁽⁶⁾.

(2) גיטין, דף נ"א.

(3) משנה, בבא בתרא, דף קע"ה. רמב"ם, פ"א מהל' מלוה, הל"א.

(4) בבא בתרא, דף מ'. חו"מ, סי' ל"ט. וסי' מ"ג, בש"ך, סקל"ה.

(5) גמרא, שם, דף מ"א, ר"מ, שם הל' ה'.

(6) גמרא, שם, דף קע"ה, ע"ב, ובבא קמא, דף ק"ה.

אם החיובים הבאים מהזיקות נגבים מנכסים משועבדים, או רק מנכסים בני חורין, נחלקו בזה הפוסקים, והובאו שתי דעות בתוספות, בבא קמא, דף ח', בדבור המתחיל „כולן“.

לדעה אחת, חיובי הנוק הם כאילו נכתבו בשטר, כי מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא, וגם יש להם קול, ולכן הם נגבים מנכסים משועבדים. בדעה זו תפס הרב המגיד משנה, בפרק י"ט מהל' מלוה ולוה, הל' ה', ובעל הסמ"ע, בחו"מ, סי' קי"ט, סקי"ד.

אולם נראה ברור, כי אין חיובי הנוק נגבים מנכסים משועבדים, ורק משעה שעמדו בדין עליהם, אי משעה שנכתב עליהם שטר חוב, יש בהם שעבוד נכסים. ראיות מוכחות על זאת רבו, ואציין רק אחדות מהן:

א. חיובי הנוק, עד שעת העמדה בדין עליהם ושומת בית דין את החיוב, אינם קצובים בסכום; ומטעם זה אינם יכולים להגבות ממשועבדים. עיין גיטין, דף נ"א.

ב. בגמרא, בבא בתרא, דף קע"ה, ובבא מציעא, דף ט"ו, נאמר בפירוש גבי הזיק הבור והזיק גולת השרה, שאינם נגבים מנכסים משועבדים, ורק משעת ההעמדה בבית דין בא בהם שעבוד האחריות.

§ נ"ז.

נשוא השעבוד. אחרי אשר בררנו את החיובים, אשר בהם חל שעבוד הנכסים, נפנה עתה אל השאלה, איזו נכסים נכנסים תחת שעבוד האחריות? חוג הנכסים הנכנסים תחת השעבוד נשתנה במשך הזמן, ובהשקפתנו זו נראה על שלש תקופות שונות בהתפתחות פעולת השעבוד.

א. "מן התורה" נכנסות תחת השעבוד רק הקרקעות, לפי שעליהן סמכה דעת בעל החוב בשעת התהוות החוב, ורק הן נטרפות בכח שעבוד זה מן הלקוחות. מן היורשים, או מבעל חוב מאוחר שקדם וגבה אותן¹.

תחת השעבוד נכנסות רק הקרקעות שהיו לו למשעבד בשעת העמדת השעבוד, אבל הקרקעות שקנה אחר כך אינן נכנסות תחתיו, לפי שלא סמכה עליהן דעת בעל החוב, ואין הן נטרפות מידי הלקוחות².

המטלטלין אינם נכנסים כלל תחת השעבוד, לפי שאפשר להבריה אותם בנקל, ואין דעת בעל החוב סומכת עליהם³.

בעל החוב גובה אפוא מהחייב עצמו, בכח שעבוד הגוף המוטל עליו. מכל הנכסים בני החורין הנמצאים תחת ידו, בין קרקעות ובין מטלטלין, בין אלה שהיו לו בעת ההתהוות החוב ובין אלה שקנה אחר כך⁴.

נכנסים המשועבדים, כלומר, מאלה שיצאו מרשות החייב עצמו ונקנו ובאו לרשות הלקוחות, בעל החוב גובה בכח שעבוד הנכסים רק מקרקעות אלה שהיו ברשות החייב בשעת העמדת השעבוד.

ב. בתקופת האמוראים ובתקופת הגאונים שררה הנטיה להרחיב כפי האפשר חוג הנכסים הנכנסים תחת השעבוד, ולמטרה זו נוצרו אמצעים משפטיים שונים, שבלי ספק עזרו להגדלת בטחון ההלוואות ולהחזקת הקרדיט.

ג. בהיוק הגנבה והגזלה נפסקה ההלכה שהוא כמלוה על פה, ואין בו שעבוד נכסים עד שעת העמדה בדין. רמב"ם, פ"ט מהל' גולה, הל' ד, וטח"מ, סי' שע"ב.

ד. כמו כן בדין מויק שעבודו של חברו פסק הר"י קארו בחו"מ, סי' ס"ו, סק"ה, שהנוק אין בו שעבוד נכסים רק משעת העמדה בדין.

מכל מה שנאמר כאן מתברר, שאין חיובי הנוק נגבים מנכסים משועבדים, וההלכות המדוברות עג אודות שעבוד נכסים שיש בחיובים אלה יש להן ענין עם אופנים שנכתב שטר חוב על תביעת ההיוק או שכבר עמדו בדין עליה. וכן באר הבית יוסף, בס"י קי"ט, סק"ה, בשם הרמ"ה.

(1) רמב"ם, הל' מלוה, פ"א, הל' יז. חו"מ, סי' קי"ג.

(2) רמב"ם, שם, פ"ח. חו"מ, סי' קי"ב. אבל מידי היורשים נטרפות קרקעות שקנה אחר כך.

שם, סי' ק"ז, סק"א, בסמ"ע.

(3) רמב"ם, שם. חו"מ, סי' קי"ג.

(4) מיניה, אפילו מגלימא דעל כתפיה.

I. בזמן התלמוד השתדלו להכניס תחת השעבוד את הנכסים שיקנה החייב אחרי התהוות החיוב, ונתקנה תקנה, כי יכול החייב להקנות לבעל החוב בשטר החוב את השעבוד על הנכסים שיקנה אחר כך, ועל ידי כך נכסים אלה נכנסים בעת קנייתם תחת שעבוד זה.

שעבוד הנכסים העתידיים לבוא לרשות החייב מתקנת חכמים הוא, כדי שלא תנעול דלת כפני לוויין, זאת אומרת, בשביל להגדיל את בטחון ההלואות. ואף שקנין השעבוד בנכסים שלא באו עדיין לרשות המשעבד מתנגד הוא לרוח הקנין בכלל, שהרי אינו חל על דבר שאינו ברשותו של המקנה, מכל מקום חל הוא על פי הכלל שנקבע, כי יכול אדם לשעבד דבר שאינו ברשותו⁽⁵⁾. אין השעבוד חל על הנכסים העתידיים לבוא לרשות החייב, אלא אם הותנה על כך בשטר החוב. אבל מאיליו אין השעבוד חל עליהם⁽⁶⁾.

כל השעבודים שהעמידו אותם על הנכסים העתידיים לבוא לרשות החייב, חלים בבת אחת, בשעה שיקנה נכסים אלה, ואין לשעבודים אלה זה על זה דין קדימה. מובן מאליו, כי השעבודים שהועמדו לפני קניית הנכסים ושחלים בעת הקניה קודמים לשעבודים שיחולו עליהם אחר קנייתם⁽⁷⁾.

II. השעבוד התרחב בתקופה זו עוד במקצוע אחר, המטלטלין, שאינם נכנסים תחת השעבוד, הובאו תחתיו באופן מלאכותי, על ידי הקנאת שעבודם אגב קרקע. שעבוד זה של המטלטלין מתקנת חכמים הוא, כי כל עיקר דרך הקניה אגב קרקע הוא מדרבנן, כמבואר לעיל בפרק דרכי הקניה. בימי חכמי הגמרא רכשו להם המטלטלין ערך נכבד בחיים הכלכליים של העם, ואם בתקופות הקודמות היו הקרקעות היסוד העיקרי בנכסי האדם, ועליהן סמכה דעת בעלי החוב, עתה גדל ערך החפצים המטלטלים, ונוצרה נטיה להשוות באופן מלאכותי את המטלטלין אל הקרקעות לענין שעבוד. דרך כזו להתפסת השעבוד על המטלטלין נוצרה על ידי קנין אגב קרקע, שאפשר להקנות בו שעבוד המטלטלין, בין אלה שנמצאו עתה ברשות החייב ובין אלה שיקנה אחר כך. שעבוד המטלטלין שנעשה באופן כזה נחשב כאילו יש לו קול, ודינו כמו שעבוד הקרקעות⁽⁸⁾.

שעבוד המטלטלין נתפשט ביחוד אהרי חתימת התלמוד. בימי חכמי הגמרא היה דרוש בשביל שעבוד המטלטלין, כמו בכל דרך קניה אגב קרקע, שתהא למשעבד קרקע, שאגבה יכול להקנות. בימי הגאונים נתפשט המנהג

(5) בבא בתרא, דף קנ"ז, ע"א. רשב"ם, שם, ד"ה, "אלא כי תיבעי", ונימוקי יוסף.

(6) רמב"ם, שם, פ"ח. ונראה, שאין צריך קנין מיוחד להקנאת שעבוד הנכסים העתידיים לבוא לרשותו, ודי בתנאי בלבד, כמו בכל שעבוד החל בשעת מתן מעות.

(7) שם.

(8) בבא בתרא, דף מ"ד. רמב"ם וחו"מ, שם.

לשעבד מטלטלין אגב קרקע, אף אם אין לו למשעבד כל קרקע. הקנין אגב קרקע נעשה כאן לפיקציה גמורה, ושעבוד המטלטלין נתפשט הרבה⁹.

III. עוד תקנה אחת תקנו הגאונים, שמטרתה היתה להגדיל אחריותם ובטוחותם של החובות, ולהקל את גביית החובות מן המטלטלין.

מדינא דגמרא אפשר לגבות מהיורשים רק מקרקעות ולא מן מטלטלין, על פי הכלל הנודע: מטלטלי דיתמי לבעל חוב לא משתעבדי. תקנת הגאונים השוותה את היורשים למורשיהם לכל ענין גביית החובות, ועל כן גובים מהיורשים אף בעלי החוב שאין להם שעבוד נכסים, בין מקרקעות ובין ממטלטלין, וגם מאלה שבאו לרשות המוריש אחרי התהוות החוב.

תקנה זו אינה משנה אפוא את תוכן שעבוד הנכסים ואת היקפו, אלא שהיא מטילה על היורשים את כל שעבוד הגוף של החייב עצמו, וקובעת את הכלל: יורש במקום מורישו עומד¹⁰.

היוצא לנו, שבסוף תקופת הגאונים חוג פעולת שעבוד האחריות כך היה, תחת השעבוד נכנסות מאלהין, כמו מדין תורה, קרקעות המשעבד שיש לו בשעת השעבוד. על ידי הקנאה מיוחדת בקנין אגב קרקע אפשר לשעבד גם את המטלטלין. הנכסים העתידיים לבוא לרשות החייב אפשר לשעבד על ידי התנאה מיוחדת על כך. מנכסי היורשים נגבים כל החיובים בין מקרקעות ובין ממטלטלין, כי היורש במקום מורישו עומד.

התקנות האלה הרחיבו את פעולת השעבוד למדי, והכניסו תחתיו כל נכסי האדם בין קרקעות ובין מטלטלין. ביחוד היה אז ערך רב להתפשטות השעבוד על המטלטלין, שנעשו לעיקר בחיים הכלכליים וליסוד חשוב בבטחון ההלוואות¹¹.

ג. שעבוד המטלטלין נתפשט יותר מדאי והלך מן המטרה והלאה. בכל השטרות התחילו כותבים שעבוד המטלטלין, ורוב החפצים המטולטלים היו נתונים תחת שעבודים שונים. מצב כזה הכביד את תנועת המסחר ואת סבוב החפצים מיד ליד, כי אם החפצים המטולטלים יכולים להיות נטרפים מידי לקוחותיהם בכח השעבודים המוטלים עליהם, אי אפשר להם למלאות את תפקידם הכלכלי: להטלטל, לסחור ולעבור בקלות ובמהירות מיד ליד. חלות השעבוד על המטלטלין מצריכה גם כן שתעשה מכירתם באופן אופיציאלי, על ידי שטר, עם בטחון אחריות נכסים, אם יטרפו המטלטלין הנקנים מידי לקוחותיהם, ודבר זה כמעט אין כל אפשרות למלאותו בחיי השוק. ולכן נתקנה אז תקנה חדשה, שעל פיה אין המטלטלים נטרפים מידי

(9) הרא"ש, בבא מציעא, דף מ"ה. ועיין לעיל, § מ"ב.

(10) רמב"ם, שם, ס"פ י"א. חו"מ, סי' ק"ז.

(11) על דבר התפשטות השעבוד על המטלטלין עיין ברשב"ם, בבא בתרא, דף ס"ד, ע"א, וז"ל

הלקוחות¹²). תקנת השוק זו, שהתאימה מאד לדרישות החיים, שמה לאל את התקנה הקודמת להקנות שעבוד מטלטלין אגב קרקע, ושבה והוציאה ברוב מקרי החיובים את המטלטלין מכלל שעבוד.

התקנה להכניס את המטלטלין תחת שעבוד האחריות נתקיימה אפוא מאות שנים אחדות, ושבה ובטלה מפני דרישות החיים שנשתנו.

קרוב לתקופה זו, שבה נתקנה תקנת השוק על אודות בטול שעבוד המטלטלין, נתקנה עוד תקנה חדשה, שהגבילה גם את פעולת שעבוד הקרקעות. כנראה, היתה טריפת הקרקעות מהלקוחות שמה מכשולים בתנועת המשא ומתן בזמן ההוא, ומרגש היה צורך בהעברה מרשות לרשות הפשית ומוחלטת של הנכסים המשועבדים, העברה שתוכל להפקיע את כל השעבודים מעל הנכסים. למטרה זו פשט אז המנהג לעשות את מכירת הנכסים המשועבדים על ידי הכרזה בבית דין, שכל מי שיש לו זכות ושעבוד על חפץ זה יבוא ויערער, וכל מי שלא יערער עד זמן קבוע יבטלו זכויותיו, ולהכרזה זו ניתן הכח להפקיע מהנכסים הנקנים כל השעבודים המוטלים עליהם, שלא ערערו מחמתם בשעת הקניה, ולהחליט את הקניה לעולמים בידי הלקוחות¹³.

על פי ההלכה המקובלת בימינו למעשה, הדין כך: השעבוד מתפשט מאליו על הקרקעות שתחת ידי החייב בשעת התהוות החוב; על הקרקעות שיקנה לאחר כך השעבוד חל על ידי תנאי מיוחד. המטלטלין, מלבד יוצאים מן הכלל מועטים, אינם נכנסים כלל תחת השעבוד אף על ידי קנין אגב קרקע. מהיורשים גובים מכל נכסי הירושה בלי הבדל, ולא מטעם שעבוד הנכסים, אלא מפני עמידת היורשים במקום מורישיהם.

§ נ"ח.

אופן העמדת השעבוד. שעבוד האחריות הוא ערבות הנכסים בעד איזה חוב (נכסוהי ערבין ליה); וחל הוא רק במקום שיש חוב כזה. אם

12. ונראה בעיני דבזמן הזה דליכא מקרקעי כל כך, אף על גב דקי"ל מטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב, בזמן הזה דינם לגבות וכו', ואי מטלטלי דשבק אבוהון לא גובה — אין לך נעילת דלת גדולה מזו, דהא לא שכיחי לן מקרקעי".

12) תקנה זו נזכרה בראשונה בתשובת הרא"ש, המובאה בטח"מ, סי' ס'. כיוצא מן הכלל נשאר שעבוד המטלטלין אך לענין דין קדימה, שיש לו לבעל חוב מוקדם, ולענין מלתא דלא שכיחא, שלא עשו בה תקנת השוק.

13) טח"מ, סי' ק"ד. כנראה, תקנת ההכרזה לא ממקור עברי יצאה, כמובא בתשובת הרא"ש שם, כי שלטון העיר היה מכריז, והשעבוד היה נפקע משום, דינא דמלכותא — דינא. אולם המנהג להכריז בתפשט גם בבתי הדינים של ישראל, כמבואר בפוסקים שם.

אין כל חיוב – אין חל גם שעבוד, ואפילו שעבוד עדיף של נתינת משכון ליד בעל החוב⁽¹⁾.

שעבוד הנכסים בא עם שעבוד הגוף בכל החיובים שיש בהם דין שעבוד, ובאותם הדרכים עצמם שחל בהם חיוב, מועמד בהם גם כן שעבוד האחריות בלי כל דרך קניה מיוחד.

כפי שנתבאר למעלה, שעבוד הנכסים חל: א. בחיובים אחדים שבעל פה, כמו בחיוב אחריות במכירת קרקעות בעדים; ב. בחיובים שנכתבו בשטר; ג. בחיובים שנעשתה עליהם קבלת קנין מידי החייב. א. חיובים שבעל פה שיש בהם שעבוד נכסים, מעמידים את השעבוד משעת חלות החיוב, ובאותו הדרך עצמו שנגמר החיוב, נגמר בו גם שעבוד האחריות שעמו.

ב. חיובים בשטר שאין בהם קנין, מעמידים את שעבוד הנכסים משעת מסירת השטר ליד בעל החוב⁽²⁾; לפיכך צריך השטר להמסר ביום שנכתב. ג. חיובים שיש בהם קבלת קנין (קנין סודר) מעמידים את שעבוד הנכסים משעת פעולת הקנין, בין אם החוב נשאר אחר כך בעל פה ובין אם נכתב עליו שטר⁽³⁾.

§ נ"ט.

תוכן שעבוד הנכסים. החפץ המשועבד עומד ברשותם ובקנינם של הבעלים, והם יכולים לעשות בו כאדם העושה בשלו בלי שום גרוע כח. יכולים הם למכרו, לשעבדו פעם אחרת, ולתתו במתנה לאחר, רק שגם בקנין זה האחר נשאר החפץ תחת השעבוד הקודם שעליו.

לבעל החוב יש זכות השעבוד בנכסים המשועבדים לו, המתגלית אך בזה, שיכול הוא לגבות מהם חובו ולטרוף אותם מידי הלקוחות, ומבעלי חוב מאוחרים שקדמו וגבו, אבל אין בעל החוב יכול להקנות לאחר את החפץ המשועבד לו להשעבוד שבו, לפי שאין החפץ ברשותו, ואין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו⁽¹⁾.

בעל החוב יכול להקנות לאחר את השעבוד עצמו ביחד עם החיוב, ובאופנים שחיובים נקנים בהם מאדם לחברו, והם:

א. על ידי מסירת החוב לאחר במעמד של ש"ס: החייב, בעל

(1) מנה אין כאן – משכון אין כאן. קידושין, דף ח', ופירוש התוס' והרא"ש שם. וכן פסק הר"י קארו בחו"מ סי' ר"ז, סק"ז, ובאה"ע סי' ג', סק"ז.

(2) בבא מציעא, דף י"ב, ע"ב. רמב"ם, פכ"ג, שם. חו"מ, סי' ל"ט, סק"ג. לדעה אחרת השעבוד חל בשעת המסירה למפרע, משעת חתימת השטר.

(3) חו"מ, סי' ל"ט, סק"א, וסי' מ"ג, סקט"ו.

(1) בבא בתרא, דף ע"ז, ע"ב, תוס', ד"ה „קני איהו“.

החוב הממחה את האחר על גביית החוב, וזה האחר המקבל המחאה זו. על ידי המחאה שנעשתה במעמד שלשתם נקנה גוף החוב לאחר, (שעבוד הגוף) ועם זה נקנה לו גם שעבוד הנכסים⁽²⁾.

ב. על ידי הקנאת שטר החוב בדרך הקניה המיוחד לזה, בכתיבה ומסירה, נקנה שעבוד הנכסים שבו לקונה השטר⁽³⁾.

שעבוד הנכסים, העומד וקיים כערבות בעד איזה חוב, נחשב כחלק מרכושו של בעל החוב, וכדבר שיש לו ערך ושווי בפני עצמו. שוויו של השעבוד אינו שוה תמיד לסכום החוב שהוא ערב בעדו. שווי זה יגדל או יקטן בזמנים שונים לפי אפני הריאליזציה של השעבוד, זאת אומרת, לפי קרוב זמן גביית השעבוד. לפי קלות גביה זו, ולפי תנאים דומים לאלה, המעמידים וקוצבים בכל שעה ושעה את המחיר שינתן בשעבוד זה בשוק⁽⁴⁾.

בתור שווי ריאלי מיוחד שעבוד הנכסים מתגלם תמיד בשטר חוב⁽⁵⁾. כי על הרוב יבוא השעבוד בחיובים שנכתבו בשטר. ולכן מכירת השטר היא מכירת השעבוד שבו; פריעת השטר היא מחילת השעבוד, זאת אומרת, הפקעתו ובטולו של השווי הריאלי שיש לו לשטר חוב על ידי שעבוד הנכסים שבו.

שעבוד הנכסים, כדבר שיש לו שווי השייך לאיש, יכול הוא להיות ניוק על ידי איש אחר, וכל מי שגורם במעשיו היוק לשעבודו של חברו, חייב כמויק מדינא דגרמי.

היוק השעבוד יתכן על אופנים שונים: האדם המזיק יכול להפקיע את כל השעבוד מעיקרו, כמו מי שמוכר שטר חוב לחברו וחוזר ומוחלו⁽⁶⁾. יכול הוא להקטין את חוג הנכסים הנכנסים תחת השעבוד על ידי הפקעת השעבוד מאיזה חפץ, כגון על ידי הקדש חמץ ושחרור⁽⁷⁾. היוק השעבוד יבוא גם כן בהזולת מחיר השעבוד על ידי הארכת זמן גבייתו⁽⁸⁾, או כקלקול בידים את החפץ המשועבד⁽⁹⁾. כגון אם חפר בורות בשדה המשועבד לחברו.

בכל האופנים הללו של היוק השעבוד, חייב המזיק לשלם כפי מה

(2) חו"מ, סי' ס"ו, ס"ק י"ט וב"ט.

(3) שם, ס"א וסקכ"ג. מוסכם ומקובל הוא אצל כל הפוסקים, כי עם מכירת שטר החוב נקנה שעבוד הנכסים שבו; אבל שעבוד הגוף, לדעת רבים מהפוסקים, אינו נקנה על ידי כך. מכל מקום נראה, כי קונה השטר גובה לא רק מהנכסים המשועבדים, אך גם מהחייב עצמו ומגלימא דעל כתפיה, כי לדעה זו, יש במכירת השטר מעין הרשאה לגבות את החוב מהחייב עצמו.

(4) שם, ס"ק ל"ב.

(5) שטרא — סדנא דחובי. לשון בעל כפר התרומות, זער מ"ג, וב"י, סי' קי"א, סק"ז.

(6) חו"מ, סי' כ"ו, סקל"ה.

(7) שם, סי' קי"ז, סק"ו, ובסמ"ע.

(8) שם, סי' כ"ו, סקכ"ד.

(9) בית יוסף, בטח"נ, סי' שפ"ו, בשם בעל המישרים, וסי' קד, סק"ב.

שהפסיד את חברו, כלומרי, שמים כמה הוול שווי השעבוד על ידי היוק זה, והמוזק משלם את הפחתת שווי השעבוד.

§ ס.

גביית השעבוד. נכסי האדם יכולים להיות נתונים תחת שעבודים בימים השעבודים האלה חלים על הנכסים כפי סדר זמן העמדתם, ותמיד ניתן לשעבוד הקודם דין קדימה לפני השעבוד שאחריו בזמן.

סדר קדימת השעבודים הוא כזה: בשעת קניית האדם את החפץ חלים עליו כאחד כל השעבודים מן הזמן הקודם, הראויים לחול על הנכסים הנרכשים אחר כך, וזאת אומרת, שעבודים שהקנו אותם על ידי התנאי „ושאני עתיד לרכוש“. שאר השעבודים חלים על חפץ זה אחר כך בזה אחר זה, כפי סדר זמן העמדתם.

שווי כל השעבודים, החלים על כל חלק וחלק מנכסי האדם הראויים להשתעבד או מנכסים שיש להם אחריות שלו, גדול הוא כסכום כל החובות בעלי שעבוד נכסים, המוטלים על אדם זה. אולם כל השעבודים המאוחרים חלים רק בראוי; בפועל חל השעבוד הראשון שיש לו דין קדימה, ואחרי הפקעת שעבוד זה יחול בפועל השעבוד שאחריו, על פי סדר זמן הקדימה.

גביית השעבוד המוקדם מפקיעה מן החפץ המשועבד את כל השעבודים המאוחרים. גביית השעבוד המאוחר נחשבת לאל כנגד השעבוד הקודם לו המפקיע גביה זו, וחוזר ונגבה מן החפץ המשועבד.

שעבודים שחלו על החפץ בזמן אחד, גנבים כאחד, אם תבעום בעליהם, על ידי חלוקת החפץ המשועבד ביניהם, ובחלוקה זו אין אנו אומרים, כי שעבודו של חוב גדול חל יותר על החפץ המשועבד, ממה שחל השעבוד של חוב קטן ממנו, אלא כלם חלים עליו בשה ונגבים בשה.

על כן חולקים את החפץ בין השעבודים השונים בחלקים שוים, עד שיוגבה השעבוד הפחות שבהם; את הנשאר מהחפץ שבים וחולקים בין השעבודים הנשארים בשה, עד שיוגבה הפחות שבהם, וכן הלאה¹.

גביית הנכסים המשועבדים מתחילה משעה שיתברר שאין נכסים בני חורין לגבות מהם, לפי שאין גובים מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין. בעל החוב שלא מצא לו בני חורין לגבות מהם, בית דין כותבים לו שטר אדרכתא לחזור על ידו על לקוחות הנכסים המשועבדים לו בשביל לטרוף מהם. וצריך בעל החוב לחזור תחילה על הנכסים שהיו בני חורין ונשתעבדו באחרונה, וזאת אומרת, על הלקוחות שקנו בזמן המאוחר מכולם.

(1) דעת הרמב"ם. חו"מ, סי' ק"ד, סק"י.

הלקוחות שבאו לטרופ מהם את הנכסים, יכולים לסלק את בעל החוב בדמים, וחוזרים וגובים את הדמים ממי שהקנה להם את הנכסים⁽²⁾.
לא נסתלק השעבוד בדמים – בית דין כותבים שטר טרפא על הנכסים המשועבדים, וטרפים אותם מן הלקוחות.
אחר הטרפא שמים את הנכסים על ידי שלשה בקיאים, ומכריזים עליהם שלשים יום, בכדי להעלות את השום, ומוכרים אותם בבית דין. אם לא נמצא להם לוקח בתוך הזמן הזה, בית דין כותבים שטר הורדה, שעל ידו הנכסים המשועבדים נקנים לבעל חוב עצמו.

§ ס"א

הפקעת השעבוד. השעבוד נגבה או נפקע. על דבר גביית השעבוד דברנו בסימן הקודם. הפקעת השעבוד באה על ידי:

א. פריעת החוב, כי עם סלוק החיוב מסתלק גם שעבוד הנכסים⁽¹⁾.
ב. מחילת החוב נחשבת כפריעתו, וגם היא מפקיעה את החיוב ואת שעבוד הנכסים שעמו. מחילת חוב זו אינה צריכה פעולת דרך קניה בשביל אשורה⁽²⁾.

פריעת החוב ומחילתו מפקיעות את גוף החוב. באופנים אחרים נשאר החוב, וההפקעה באה על השעבוד בלבד.

ג. בעל החוב יכול להפקיע ולמחול את שעבודו שעל הפץ ידוע, ולהשאיר את החיוב והשעבוד במקומם ביחס לשאר הנכסים. סלוק שעבוד כזה צריך קנין מיוחד על אשורו⁽³⁾.

כמו כן יכול בעל החוב לסלק את שעבודו מלוקח ידוע, והחוב והשעבוד יעמדו במקומם על החייב עצמו ועל שאר הלקוחות. גם סלוק שעבוד כזה צריך קנין⁽⁴⁾.

ד. השעבוד נפקע על ידי שלשה שנויים עיקריים הבאים במצבם המשפטי של הנכסים המשועבדים, והם: הקדשת הנכסים המשועבדים בקדושת הגוף; העשותם לאסורי הנאה (חמץ); ושחרור העבד המשועבד⁽⁵⁾.

(2) שם.

(1) מענין, כי המשפט העברי מוצא בפריעת החוב מחילת השעבוד: שטר שלוח בו ופרעו, אינו חוזר ולוה בו, שכבר נמחל שעבודו.

(2) רמב"ם, פ"ה מהל' מכירה, הל' י"א, וס"פ י"ז מהל' אישות.

(3) טח"מ, סי' קי"א, סק"י, ובדרישה שם.

(4) שם, סי' קי"ח, סק"א.

(5) חר"מ, סי' קי"ז, ועיין לעיל, § נ"א.

ה. השתדפות החפץ המשועבד מפקיעה מעליו כל שעבוד, לפי שבטל שוויו של חפץ זה. השעבוד נפקע ביחס אל החפץ המשודף, ונשאר במקומו על כל שאר הנכסים הנכנסים תחתיו.

אם השתדפות החפץ המשועבד באה על ידי קלקול בידים, יש בה משום היזק השעבוד.

ו. מכירת חפץ משועבד על ידי בית דין בהכרזה, שכל מי שיש לו זכות ושעבוד על חפץ זה יבוא ויערער עד זמן מוגבל, וכל מי שלא יערער יבטלו זכויותיו, מפקיעה את כל השעבודים שלא ערערו מחמתם בזמן הנקבע. במקומות שיש בהם מנהג לעשות הכרזה כזו⁶.

§ ס"ב.

ע ר ך ש ע ב ו ד ה א ח ר י ו ת. נסקור עתה בהשקפה כללית על ערך שעבוד אחריות הנכסים ומהותו.

כפי מה שנתבאר לנו לעיל, שעבוד הנכסים הוא קנין שניתן על פי דינינו לבעלי החוב בגוף נכסי החייב לגבות מהם, קנין הבא בשעת העמדת החוב כאקוויבלנט של החוב המתהווה. שעבוד כזה נותנים דינינו לכל החובות, רק בפועל אי אפשר לגבות מנכסים משועבדים במקום שיוגרם בזה הפסד לאחרים, כגון בחובות שאין להם קול ושאינם קצובים, ולכן הוגבלה פעולת השעבוד. אבל גם אחרי הגבלה זו רבים מאד החובות שיש בהם שעבוד נכסים; וגם בחובות, שחלה עליהם ההגבלה, ושהם נגבים מנכסים בני חורין בלבד, אנו מוצאים עקבות השעבוד באופן גבייתם מנכסים בני החורין. כי לחוב בעל פה מוקדם יש דין קדימה לפני חוב בעל פה מאוחר, ולדעה אחת, גם לפני חוב בשטר מאוחר. דין קדימה זה מתבאר רק מפני ששעבודו של החוב הקודם חל על הנכסים תחילה¹.

טעמו של דבר מתגלה לנו מתוך תכונתה המיוחדת של ההכרה המשפטית העברית. על פיה, בעל החוב רוכש לו מיד בעת התהוות החוב, כפי ערך השווי שמתמעטים עליו נכסיו, שווי אחר נגד החוב, את קנין השעבוד בנכסי החייב. על ידי רכישת שעבוד זה החוב נעשה לשווי כלכלי ריאלי מיוחד; החומר הממשי של שווי השעבוד הם הנכסים המשועבדים בכל מקום שהם, ומחיר שווי זה תלוי בקלות השגת נכסים אלה בשעת גבייתם.

אולם נכסי השעבוד מחוסרים הם גביה, והחוב כשהוא לעצמו אינו ראוי לתפיסה ממשית, וחסר הוא כל צורה קונקרטית. בתור צורתו החיצונית,

(6) טח"מ, סי' ק"ד, ולעיל, § ג"ו.

(1) חו"מ, סי' ק"ד.

הקונקרטי של השעבוד משמש שטר החוב, שבו מתגלמת הזכות בנכסי המשועבד. עם התגלמות כזו בשטר, יש לו לשעבוד הנכסים שווי ריאלי וצורה קונקרטית, ועל כן הוא נעשה למין חפץ מיוחד בנכסי האדם, חפץ שאין גופו ממון, והוא אך קנין השווי בנכסים ידועים של אחרים. על ידי השטר יכול שעבוד זה גם לעבור מאיש לאיש, על ידי דרך הקניה המיוחד לזה: כתיבה ומסירה⁽²⁾. צריך אני עוד להראות כאן על ערך אחר חשוב מאד, שיש לו לשעבוד האחריות.

על ידי שעבוד האחריות החוב אינו נשאר תביעה על האיש החייב בלבד, והוא נעשה מיד לקנין וזכות בחפצים ממשיים, במלים אחרות, החוב משתנה מתביעה אישית לקנין בחפץ.

המשפט העברי, מתוך יסודות הצדק החוקים שבו, הוא ממלא כאן בכח הדין, ipso jure, מה שנעשה על הרוב בכח פסק בית דין. כי ברוב סדרי המשפטים של עמים שונים, החיוב קיים בתור תביעה אל האיש החייב, ורק ההעמדה בבית דין ופסק הוראתו נותנים היכולת לחזור על נכסי החייב ולגבות מהם. על פי דינינו, החיוב כשהוא לעצמו, בלי השתתפות בית דין, תופס ומשעבד את נכסי החייב. ועל כן דינינו קובעים בפרטיות רבה מאיזה חלק מנכסי החייב נגבה חוב זה או אחר, מעידית, מבינונית, או מזיבורית שבנכסיו; וכמו כן נקבעים בהם אופן וסדר גביית החיובים, עד אשר בהתאם לזמן התהוות החיוב וזמן התביעה, תמיד יהיה ברור בדיוק על פי הדין עצמו בלי כל השתתפות בית דין ממה צריך חיוב זה להגבות.

השתתפות בתי הדין בגביית החובות מנכסים שיש להם אחריות אין לה ערך של העמדת יחוסים משפטיים חדשים בנוגע לנכסים אלה בכח הוראת בית דין ובעל כרחם של בעליהם. בית דין אינו אלא מסדר ומנהל כאן את אפני הגביה, כפי שהם צריכים להיות על פי דין, ומעמיד בפועל אותם היחוסים עצמם הקיימים מכבר בכח השעבוד.

השעבוד נותן לאחד, לבעל החוב, זכות וקנין בנכסים השייכים לאחר ונשארים ברשותו ותחת שלטונו של זה האחר. ממצב כזה צפויה סכנה לעסקי המשא ומתן, כי בעליהם האמתיים של החפצים, אלה ששווי החפצים קנוי להם ובכל שעה הם יכולים לטרפם, מסותרים הם, ובמקומם יבואו בעלים מדומים. העושים בחפצים כאדם העושה בשלו, אבל לפעלם אין ידיים וכל קניניהם יכולים להעקר ולהתבטל.

התקנה היחידה לתקלות הבאות ממצב כזה היא לעשות את יחוס השעבוד

(2) ראוי מאד לחוקר בתורת המשפטים העברית לעמוד על השאלה, עד כמה השפיע השטר על שעבוד הנכסים הריאלי שלו על ההתפתחות המרובה של הניירות שוי הכסף בכלל ושל הווכסיל בפרט בימינו אלה, ועד כמה סייע שטר החוב העברי ליצירת הווכסיל ולהתפתחותו.

החלים על הנכסים גלויים ומפורסמים, כדי שידעו אחרים להתחשב עמם. ומטעם זה, בימינו אלה השעבודים נרשמים על ידי שלטון הממלכה בספרים מיוחדים, הגלויים ונפתחים לכל מי שיחפוץ לעיין בהם, ורק אחרי רשימת השעבודים יש להם ערך הקנין בחפצים.

גם המשפט העברי עמד על דרך זו, והגביל את חלות השעבודים בחובות שיש להם קול, וביחוד באלה הכתובים בשטר. הכתיבה בשטר היתה אמצעי מועיל לפרסום השעבודים, כי כל השטרות היו נכתבים בקרב מנו במקום אחד, אצל סופרי הדינים הקבועים בעיר. ובימי הבינים הרחיקו עוד ללכת בזה, והקהלות היו מתקנות, כי כל שטר שלא נכתב על ידי סופרי העיר ולא נחתם בחתימת עדי העיר אינו מתקיים³.

§ ס"ג.

א פותיקי. לפרקים מיחדים בעל החוב והחייב חפץ ידוע, שיחול עליו השעבוד. חפץ זה נשאר כמקדם ברשות החייב, אלא שהוא מיוחד בשעבודו לגביית החוב. אופן שעבוד כזה הנקבע על חפץ מיוחד, נקרא בשם „אפותיקי“. האפותיקי על פי דינינו אינו מעמיד מחדש את השעבוד על החפץ, כי כבר מחמת שעבוד הנכסים הכללי נשתעבדו כל נכסיו (קרקעותיו) של החייב אל בעל החוב, ובתוכם החפץ שנעשה אפותיקי. פעולת האפותיקי היא, במה שהיא מרכזת ומצמצמת את השעבוד מכל הנכסים על חפץ אחד. ומטעם זה נאמר בתלמוד נוטריקון של מלת אפותיקי: אפה תהא קאי, כלומר, נצטמצם ונתיחד השעבוד על חפץ אחד.

השם אפותיקי מקורו בשפת יוון, וגם בתורת המשפטים הרומית קבלו דיני hypotheca השפעה ממשפטי היונים¹. אולם בדיני ישראל צריך היה האפותיקי להשתנות וללוש צורה אחרת בשביל שעבוד הנכסים הכללי, המלוה אצלנו את כל החובות.

אפני העמדת האפותיקי הם כמו בשעבוד נכסים בכלל. בתור אפותיקי משתעבדים רק הקרקעות והעבדים ולא המטלטלין². אפותיקי אפשר להעמיד רק בחובות שיש בהם שעבוד אחריות בכלל, אבל לא בחובות שאין בהם שעבוד אחריות³.

(3) תשובת הרא"ש המובאה בטח"מ, סי' ס"א.

Dernburg, *ibid.* § 263 (1)

(2) בבא בתרא, דף מ"ד. והסמ"ע, בטי' קי"ז, סק"ג, כותב, כי מדינא דגמרא אפשר לשעבד בתור אפותיקי את המטלטלין על ידי קנין אגב קרקע, אבל מתכנה מאוחרת אין המטלטלין משתעבדים כלל, כמו בשעבוד אחריות בכלל.

(3) בית יוסף, סי' קי"ז, סק"ג, ולעיל, § ב"ו.

העמדת האפותיקי אינה צריכה שתעשה בשטרי, רק דיה בהעדאת עדים עליה⁽⁴⁾.

על פי תוכן השעבוד הנקנה לבעל חוב יש הבדל בין אפותיקי סתם. שבו החייב מתנה עם בעל החוב: „אם לא פרעתוך – גבה מזה“, ובין אפותיקי מפורש, שבו מתנים: „לא יהא לך פרעון אלא מזה“.

א. אפותיקי סתם מעמיד שעבוד מיוחד על החפץ שנעשה אפותיקי אבל אינו מפקיע את השעבוד מכל שאר הנכסים, והם נשארים משועבדים לבעל החוב.

אופן הגביה באפותיקי סתם כך הוא: בא בעל החוב לגבות, יכול החייב לסלקו בדמים; אין לו דמים – בעל החוב חוזר על הנכסים בני החורין וגובה קודם כל את קרקע האפותיקי, אם היא ביניהם, ואי אפשר לסלק אותו בקרקע אחרת.

אם נקנה האפותיקי לאחר, אינו טורף מאפותיקי משועבד במקום שיש בני חורין, וגובה את חובו מנכסים בני חורין הנשארים. אין שם בני חורין – הוא טורף את האפותיקי וגובה ממנו; ואף אם יש נכסים משועבדים אחרים שנקנו ללקוחות אחר האפותיקי, הוא גובה מאפותיקי ולא מהם⁽⁵⁾. אבל גם לוקח האפותיקי יכול לסלק את בעל החוב בדמים.

נשתדף חפץ האפותיקי – נשאר שעבוד בעל החוב על שאר הנכסים. יפוי הכח שנותן אפותיקי סתם הוא אפוא רק בזה, שרשות נתונה לבעל חוב לגבות מאפותיקי בן חורין קודם לשאר נכסים בני חורין, ומאפותיקי משועבד קודם לשאר נכסים משועבדים.

ב. אפותיקי מפורש מפקיע השעבוד מכל שאר הנכסים ומרכז אותו אך על חפץ האפותיקי.

אם לא נפרע החוב בדמים – בעל חוב שנשתעבד לו אפותיקי מפורש, גובה מחפץ האפותיקי בכל מקום שהוא, גם אם נקנה החפץ לאחר ויש ביד החייב נכסים בני חורין. הלוקח שטרפים ממנו חפץ שנעשה אפותיקי מפורש, אינו יכול לסלק את בעל החוב בדמים⁽⁶⁾.

נשתדף החפץ שנעשה אפותיקי מפורש, אבד חובו לבעל החוב. האפותיקי המפורש נותן אפוא יפוי כח לבעל החוב, שהוא גובה מהחפץ שנעשה אפותיקי קודם לשאר כל נכסים בני חורין ומשועבדים של החייב. אבל האפותיקי המפורש מגרע גם כן כחו של בעל החוב, במה שהוא מפקיע את השעבוד משאר נכסי החייב, ומעמידו על חפץ אחד בלבד.

(4) שם.

(5) ח"מ, שם. סמ"ע, סק"ח.

(6) שם, וסמ"ע, ס"ק ה' ו'.

תוכן הזכות שיש לבעלים ולבעל החוב בחפץ שנעשה אפותיקי, ואפני הפקעת שעבוד האפותיקי דומים אל שעבוד האחריות בכלל.

§ ס"ד.

משכון. המשכון הוא שעבוד מיוחד על חפץ ידוע מנכסי החייב, הנמסר לבעל החוב מיד. מסירת החפץ הממושכן ליד בעל החוב מבדילה את המשכון מהאפותיקי, שבו החפץ עומד ברשות בעליו כמקדם. עם העמדת שעבוד המשכון על חפץ ידוע יש אשר שעבוד הנכסים הכללי נשאר במקומו; שעבוד משכון כזה יקרא משכון סתם, כמו אפותיקי סתם. ויש שהשעבוד נפקע מכל שאר הנכסים ונשאר רק על החפץ הממושכן, וזה נקרא משכון מפורש, כמו אפותיקי מפורש¹.

דינינו מבדילים בין אפני המשכון הללו:

א. משכון הניקח שלא בשעת ההלואה, והוא העבוט הנזכר במקרא, לפי באור חכמי התלמוד. המשכון הזה ניטל אחרי אשר הכירו בית דין צדקת תביעת החוב של בעל החוב, ושלחו שליח בית דין למשכן את החייב.

אם העבוט הוא דבר הצריך לבעליו, חייב בעל החוב להחזיר אותו לבעלים בשעה שהם צריכים לו והוא ראשי לשוב ולקחתו אחר כך, כגון, להחזיר כסות יום ביום וכסות לילה בלילה. עבוט כזה אין בעל החוב יכול למכור לשם גביית חובו, והוא ניקח אפוא לשם בטחון ההלואה ולא לשם גביה משוויי.

אם העבוט הוא דבר שאינו דרוש לבעליו — בעל החוב יכול להחזיק בו, מבלי שיתחייב להחזירו לבעלים לפרקים ידועים, וגם אפשר לו למכרו על ידי בית דין בשביל לגבות ממנו החוב, כמו בשאר המשכונות³.

ב. משכון הניטל בשעת ההלואה על פי הסכמת בעל החוב והחייב בשביל להיות כערבות בעד החוב, ובכדי לגבות ממנו החוב, אם לא יבוא הפרעון בזמנו. ג. משכנתא הניתנת לבעל חוב בשביל להשתמש בה ולאכול פירותיה.

תשמישי החפץ ופירותיו אפשר למסור לבעל החוב רק בתנאי שינכו שווי תשמישים ופירות אלה מסכום החוב בתור תשלום (אכילת פירות בנכייטא), ובלי נכוי כזה הם אסורים לבעל החוב משום רבית.

בזה נבדלת המשכנתא העברית מהמשכון הרומי antichresis. שבו פירות החפץ ותשמישיו ניתנים לבעלי חוב בתור רבית⁴.

(1) טח"מ, סי' קי"ז, סק"ב.

(2) חר"מ, סי' צ"ז.

(3) בית יוסף, סי' ע"ג, סק"כ.

(4) דירנבורג, שם, § 278. ובירושלמי, ב"מ, פ"ו, הל' ז': "הא אנטיכריסיס ריבית הוא—

בבבלי ב"מ ס"ז אנטיכריסיס נקרא משכנתא, והפוסקים קוראים אותו משכונא. טח"מ סי' קי"ז סק"ב.

המשכנתא יכולה להנתן לבעל החוב או רק לשם שמושה ונפוי שוויה מסכום החוב, אבל לא לשם גביה, ובאופן זה אין לבעל חוב רשות למכור את המשכנתא ולגבות את חובו. ויכולה היא גם כן להנתן בשביל השמוש ונפוי מסכום החוב, ויחד עם זה בשביל לגבות ממנה את החוב, אם לא יבוא הפרעון בזמנו, כמו שאר המשכונות.

בתלמוד נזכרה עוד משכנתא דסורא, שבה כל שילום החוב נעש על ידי אכילת פירותיו של הדבר הממושכן במשך זמן קצוב, מבלי לשים לב לשווי הפירות שהוא אוכל. בשטר משכנתא כזו נכתב: כעבור כך וכך שנים יצא שדה זה בלי כסף.⁽⁵⁾

בפרק זה יש לנו ענין עם קנין השעבוד בחפץ, ועל כן נשים כאן לב רק אל יחוסי הקנין שיש להם לבעלים ולבעל החוב בחפץ הממושכן. החפץ הממושכן שייך עוד להבעלים, ויכולים הם לסלק את בעל החוב בדמים ולתבוע את משכונם.

אבל אין הבעלים יכולים להקנות לאחר את המשכון, לפי שאינו ברשותם.⁽⁶⁾ הם יכולים רק להקנות לאחר את החפץ הממושכן, שיחול עליו הקנין לכשיפדו אותו מידי בעל החוב, ואם פדו אותו אחר כך, חל עליו הקנין למפרע, משעת ההקנאה. כמו כן יכולים הבעלים להקנות מיד לאחר את היתרון שיש במשכון על סכום החוב, לפי שיתרון המשכון אינו משועבד לבעל חוב, והרי הוא אצלו כפקדון הנחשב ברשותם של הבעלים, ויכול להיות נקנה על ידם.⁽⁷⁾

בעל החוב רוכש לו קנין השעבוד בחפץ הממושכן להחזיק בו כערבות בעד שלום חובו, ולגבות מגופו את החוב אחרי שיגיע זמן הפרעון. גביית החוב מהמשכון נעשית תמיד על ידי בית דין, ואחרי שינתן זמן קבוע לתבוע את החוב ולהמתין על תשלומיו.⁽⁸⁾

בעל החוב יכול להקנות לאחר את שעבוד המשכון על ידי פעולת אחד מדרכי הקניה בגוף החפץ הממושכן, לקנות אותו לשעבוד המשכון שבו. בשאר השעבודים אין בעל החוב יכול להקנות לאחר את החפץ המשועבד לו להשעבוד שבו, לפי שאין חפץ ברשותו,⁽⁹⁾ אבל בשעבוד המשכון יש לו לבעל החוב קנין השעבוד בגוף החפץ הממושכן, וגם נמצא החפץ ברשותו, ולכן ההקנאה אפשרית היא כאן.⁽¹⁰⁾

(5) בית יוסף, סק"ז סק"ב.

(6) רש"י, בפרק כל שעה, דף ל' ע"ב, בדבור המתחיל "כ"ע לא פליגי".

(7) חוס' ב"מ דף ע"ג, ע"ב, בדבור המתחיל "השתא".

(8) חו"מ סי' צ"ז.

(9) עיין לעיל, § ב"ט.

(10) רבים מהפוסקים סוברים, כי בעל החוב יכול להקנות לאחר את החפץ הממושכן להשעבוד

פרק תשיעי

יחסי הרשות

§ ס"ה.

יחס הרשות. רשות האדם על החפץ הוא יחס מעשי אל החפץ, חמתגלה במה שהחפץ נמצא בידו בפועל. השלטון על החפץ בפועל מגדיר ומציין את יחס הרשות על החפץ. אולם גדר הרשות בספרות התלמוד יש לו מלבד המובן של השלטון, עוד מובן של שטח מקום מוגבל ומיוחד לאדם כספירה קונקרטי של שלטונו, ובמובן זה האחרון גדר הרשות דומה לגדר החצר, כאשר בררנו לעיל, § מ"א. המבטאים השגורים בתלמוד "יציאת החפץ מרשות האדם", "כניסת החפץ לרשות האדם", מציינים לא יחס של שלטון על החפץ בלבד, כי אם כניסה ויציאה בפועל והמצא החפץ בידי זה או אחר.

מטעם זה השתנות הרשות על החפץ בלי שנוי הקנין בו תצויר רק בחפצים המטולטלים, שיכולים להחליף המקום שהם נמצאים בו. אבל הקרקעות אי אפשר שתשתנה הרשות שהן נמצאות בה, מבלי שישתנה הקנין בהן. כי גם אם ירכוש לו האדם את השלטון עליהן בפועל, הן נשארות תמיד ברשות הקודמת, במובן שטח המקום של הבעלים הראשונים, ולכן קרקע אינה נגזלת.

כניסת החפץ לרשות האדם בלי הקנין בו יכולה להיות או לפי הדין, כמו ברשות השומרים על החפץ, או נגד הדין, כגון רשות הגנב והגולן והשואל שלא מדעת.

החפץ נכנס לרשות האדם משעה שיצא מספירת השלטון של הבעלים וזאת בפועל לתוך ספירת שלטונו של אדם זה. תקנת חכמים קבעה, כי כניסת

שבו רק במשכון שניקח שלא בשעת הלואה, אבל לא במשכון שניקח בשעת הלואה. ועיין בזה בש"ך בחו"מ, סי' ע"ב, סק"ט.

אולם לפי הטעם שבררתי, הקנאת השעבוד על ידי בעל החוב אפשרית בכל מיני המשכון. וכן היא דעת רוב גדולי המורים. הרשב"א, הר"ן, והרמב"ן אינם מחלקים כלל בקנין השעבוד, שיש לו לבעל חוב, בין משכון שבשעת הלואה ובין משכון שלא בשעת הלואה. הרמב"ם גם כן אינו מחלק בין משכונות אלה, ופוסק להלכה בפ"ה מהל' אישות הלכ"ג: "היה בידו משכון על חוב שיש לו אצל אחרים וקידש בו את האשה, אף על פי שאינו שלו, הדין זה מקודשת, לפי שבעל חוב יש לו מקצת קנין (קנין השעבוד) בגופו של משכון".

ה"ר קארו, באה"ע סי' כ"ח, סק"ב, פסק גם כן להלכה כדעה זו.

החפץ לרשות האדם תהיה באחד מדרכי הקניה של ההחזקה בחפץ, כמו: הגבהה, משיכה, מסירה, ורשות קונה, ורק על ידי פעולתם יבוא שנוי הרשות בחפץ. לפי תקנה זו, החפץ נכנס לרשות השומר או לרשות הגנב והגולן רק משעה שיקנו אותם על פי אחד מדרכי קניה אלה⁽¹⁾.

יחס זה של רשות על החפץ בעיקרו לא יחס של זכות בחפץ הוא, רק יחס של חיוב, כי הוא מטיל על האדם חיובים שונים לבעלי החפץ, כמו חיוב שמירת החפץ, חיוב התשלומים על אונסיו, וחיוב ההשבה⁽²⁾.

בנוגע ליחס הבעלים אל החפץ הנמצא ברשות אחרים, צריך להבדיל בין הרשויות השונות. רשות השומרים על החפץ כרשות הבעלים היא, שהשומרים כאילו הם משאילים את רשותם לבעלים. לכן החפץ המופקד, המושאל, או המושכר לאחר, הרי הוא כאילו נמצא ברשות בעליו, והם יכולים למכרו או להשכירו לאחר.

יחס הרשות על החפץ שרכש לו האדם נגד הדין, כמו בגנבה, גזלה, או שאילה שלא מדעת, מוציא את החפץ מרשות בעליו ומעמידו ברשותו של זה שהוא נמצא בידו. ולכן אין הבעלים יכולים למכור, להשכיר, או להקדיש את החפץ⁽³⁾.

עד כה דברנו מיחוס הרשות של האדם על החפץ, שאין עמהם טענות הבעלות על חפץ זה. לפרקים, זה שהחפץ נמצא ברשותו, טוען עליו שהוא

(1) כשם שתקנו משיכה בלכותות, כך תקנו משיכה בשומרין. בבא מציעא, דף צ"ט. וכן הגנבה והגולה נכנסות לרשות הגנב והגולן משעה שיעשה בה משיכה או הגבהה. בבא קמא, דף ע"ט. רמב"ם, הל' גנבה, פ"ב, הל"ז. טח"מ, סי' שמ"ח, סק"ה, וסי' ש"ו, סק"א.

ברין חיוב השמירה של השומרים נחלקו גדולי המורים: לדעת רש"י והרמב"ם, חיוב השמירה בא משעת פעולת השומר את הקנין בחפץ; לדעת הרא"ש ובעלי התוס', חיוב השמירה בא משעה שנסתלק הבעלים משמירת החפץ.

מקור לדעת הרא"ש ובעלי התוס' הוא בגמרא, בבא מציעא, דף פ' ע"ב: „שמור לי, ואמר לו: הנח לפני, הרי זה שומר הנם“. מקור זה מדבר באופן שהבטיח השומר לבעלים את שמירת החפץ, והבעלים סמכו עליו וסלקו את עצמם. באופן זה מתחייב השומר באונסי החפץ, ולא מטעם שהחפץ נכנס לרשותו, רק מפני שהבעלים סמכו על הבטחתו, ונסתלקו בשבילה משמירת החפץ. ועיין כמ"ע, סם, סי' ש"ו, סק"ב.

(2) במובן זה משתמשים בתלמוד במבטאים: „אוקמיה רחמנא ברשותיה לאונסין“, או „קנה להתחייב באונסין“.

במקרים ידועים יחס הרשות על החפץ נותן לאדם גם איזו זכות בחפץ, כמו הזכות שיש לשומר שנגנב ממנו החפץ המופקד ושלם הוא את שווי, בשבח החפץ ובתשלומי הכפל. בבא מציעא, דף ל"ג. טח"מ, סי' צ"ה. וכמו כן הגנב והגולן משלמים כשעת הגנבה והגולה וקונים בשבח החפץ. בבא קמא, דף צ"ב. טח"מ, סי' שנ"ד וסי' שס"ב.

(3) גזל ולא נתיאשו הבעלים, שניהם אינם יכולים להקדיש; זה לפי שאינו שלו, וזה לפי שאינו ברשותו. וכן הדין במטלטלין שכפר בהם הנפקד. בבא קמא, דף ע'.

שלו, ויחס זה של הרשות על החפץ הבא עם טענת הבעלות עליו. היא החזקה בחפץ, אשר נשים עתה עיונו בה.

§ ס"ו.

חזקה. החזקה היא יחס של רשות האדם על החפץ, רשות הקיימת זמן קבוע בדין, ואשר בבואה עם טענת הבעלות, תאשר לאדם את הקנין בחפץ המוחזק.

במובן יותר רחב מלת חזקה מציינת השערה, שיש לה אומן בדין. *praesumptio*, כמו במבטאים: "חזקה על חבר, שאינו מוציא מתחת ידו דבר שאינו מתוקן", "העמד דבר על חזקתו". במובן יותר צר מלת חזקה מציינת יחס הרשות על החפץ, *'possessio'* או יחס כזה הנמשך שלש שנים, *longi temporis possessio*.

ההשתמשות בטרמין אחד בשביל מושגים שונים אלה לא במקרה היא, וגם אין כאן ערבוב המושגים, לפי שהחזקה בחפצים הנה בעיקרה רק השערה משפטית, העוזרת כראיה ברורה למחזיק בחפץ ונותנת תוקף לטענתו, כאשר יתבאר להלן מתוך סקירתנו הדגמטית¹.

המשפט העברי מבדיל בין חזקת המטלטלין, שהיא יחס הרשות עליהם לאלתר בלי המשך זמן קבוע, ובין חזקת הקרקעות, שהיא יחס הרשות עליהן הנמשך שלש שנים בלי הפסק ובלי ערעור.

א. במטלטלין כל המוחזק בהם יכול לטעון שהם שלו. הטענה שהם שלו טענת הבעלות היא, ולא טענה בפני עצמה על אודות רשותו עליהם, כמו *possessorium* בדיני רומי.

החזקה נותנת תוקף לטענת המחזיק בחפץ, לפי שהיא יוצרת השערה משפטית (חזקה), שהחפץ הוא של זה, שבידו הוא נמצא. משום זה דיני החזקה תלויים בשני היסודות האלה: בחוזק השערה לטובת המחזיק, ובצדקת הטענה שהוא טוען.

I. החזקה מועילה למחזיק רק במקום שיש השערה משפטית לטובתו. שהחפץ הוא שלו, ועל כן בבעלי חיים, שדרכם לילך מעצמם מרשות לרשות, וכן בכלים העשויים להשכיר ולהשאיל, העוברים תמיד מיד ליד, שבהם אין ההשערה המשפטית בעד שייכות החפץ למחזיק בו, אין החזקה מועילה כלל. כמו כן אין החזקה מועילה לאומן בכלים שנתנו לו, לפי שאין כאן השערה משפטית בעד שייכות החפצים לו².

(1) Vide Dr. Meyer, Die Rechte der Israeliten etc. 158, 159 c.

(2) חו"מ סי' קל"ג, קל"ד, קל"ה.

II. החזקה נותנת תוקף לטענת המוחזק בחפץ, ועל כן בעיקר הדבר תועלת החזקה תלויה בנאמנות שיש לה לטענה זו, ובראיות המוכיחות כנגדה.

לכן אם טענת המוחזק מעולה היא, כגון שאין עדים מעידים נגד המוחזק, או שלטענתו מסייע מגו, שאם היה רוצה יכול היה לטעון טענה טובה מזו, החזקה מועילה לתת תוקף לטענה זו ולהוכיח על קנין המוחזק בחפץ. אבל אם עדים מעידים נגד המוחזק, ואין מגו מסייע לטענתו, כגון שמסרו הבעלים בפני עדים את החפץ למוחזק בו עתה, ועדים ראו עתה את החפץ בידו, אין החזקה מועילה לתת תוקף להטענה הקלושה ולאשר אותה.

ב. קרקע תמיד בחזקת בעליה היא, ועל כן מי שמביא ראיה שהיתה שלו, יכול להוציאה מידי המחזיק בה. אבל אם החזיק אדם בקרקע שלש שנים, סרה חזקת הבעלים הראשונים, ואין הם יכולים להוציאה מידי המוחזק.

חזקת שלש השנים בקרקעות יוצרת גם כן השערה משפטית בעד המחזיק, ומסירה על ידי זה מעליו את החובה להביא ראיה על קנינו, לפי שיותר משלש שנים אין על האדם לשמור את הראיה על הקנין בקרקעות. חזקת שנים זו אינה דרך קניה מיוחדת, כמו *longi temporis possessio* בדיני רומי, ורק השערה היא, העוזרת כראיה ונותנת תוקף לטענת המוחזק. לכן גם בחזקת הקרקעות, כמו בחזקת המטלטלין, יש שני יסודות: השערה משפטית בעד שייכות החפץ למוחזק בו, וטענת המחזיק, שהיא מתאמת על ידי השערה זו.

חזקה אינה מועילה במקום שאין השערה כזו לטובת המוחזק, כגון אם לא היתה אפשרות לבעלים הראשונים לדעת בחזקתו של זה; או אם מיחו הבעלים הראשונים בפני עדים נגד חזקת המחזיק, גם אם נעשתה מחאה זו במדינה אחרת; או אם הבעלים קטנים הם, שאינם יודעים למחות נגד החזקה בחפציהם, וכדומה.³

כמו כן אין חזקה מועילה במקום שאין טענת המחזיק מתאמת, כגון אם יש לו שטר קנין על הקרקע והוא מזויף. יותר מזאת, לפרקים צריך המחזיק, מלבד סיוע החזקה לטענתו, לברר בראיות אחרות טענה זו, כגון אם הוציא שטר מכירה על קנינו, צריך הוא לחזור ולקיים את השטר, ואין חזקתו בקרקע בלבד מספקת לו.

הננו רואים, כי החזקה בפני עצמה, בין חזקת הקרקעות ובין חזקת המטלטלין, אינה לא קנין ולא זכות בחפץ, וכלה אינה אלא מושג פרוצסיוני.

(3) חו"מ, סי' קמ"ג וקמ"ה.

ראיה ברורה על צדקת הטענה. ולכן קבעו הפוסקים מקום דיני החזקה בין דיני הפרוצס, בהלכות טוען ונטען, ולא בין הקנינים בחפצים⁴.
 על פי תכנה החזקה היא השערה משפטית הנותנת תוקף לטענת המוחזק, ופוטרת אותו מלהביא ראיות אחרות. אבל אין היא נחשבת כודאית, ויכולה היא להסתר על ידי ראיות ועדים. החזקה בוראה אפוא לטובת המוחזק: praesumptio juris, sed non de jure

§ ס"ז.

השואה בין החזקה ובין possessio. תורת המשפטים הרומית, ובעקבותיה תורת המשפטים של ימינו, מבדילות בין קנין הבעלות בחפץ (dominium), ובין זכות הרשות עליו (possessio). זכות הרשות על החפץ יש לו לכל מי שהחפץ נמצא ברשותו בפועל והוא שליט עליו בגופו (corpore), וגם בדעתו יחשוב שהחפץ הוא שלו (animo). אם יש לו בדין קנין בחפץ, אם לאו. אין זה לא מעלה ולא מוריד; העיקר, שיהא החפץ נמצא תחת ידו ויחשבהו כשלו.

כל מי שיש לו זכות הרשות על החפץ – יכול, לפי דינים אלה, להגן בבית דין על זכותו זו ולסלק את המפריעים אותה. ובשביל זכות הרשות על החפץ נתנו במשפט הרומי לבעל הרשות תביעות מיוחדות (interdicta), אשר בהן יוכל להשתמש גם נגד בעלי החפץ, אם הם מפריעים את שלטונו.

לבד יפוי כח זה של ההגנה בדין, יכול בעל הרשות, possessor, לרכוש קנין הבעלות בחפץ (dominium) על ידי חזקת השנים, אם נמצא החפץ תחת רשותו משך זמן קבוע.

אלה הם עיקרי דיני possessio הרומית.

נתחקה עתה, אם בדיני ישראל נמצא עקבות מוסד משפטי כזה הדומה אל possessio.

מקובלת היא הדעה, כי possessio היא החזקה של דינינו. אבל דעה זו אין לה כל יסוד ואינה עומדת בפני הבקורת.

כל עיקרה של possessio, שהיא זכות בחפץ בפני עצמה, שאינה תלויה כלל בקנין הבעלות, ולכן כל מי שהחפץ נמצא ברשותו יכול להגן על זכותו זו. כאן העובדא של החזקה בחפץ נחשבת ליסוד משפטי מיוחד, וכשדנים על אודות זכות של רשות כזו על החפץ (possessorium), אין להשיב במענה קנין הבעלות (petitorium). רק על ידי טענת בעלות מיוחדת (actio rei)

(4) רמב"ם, הל' טוען ונטען, בפרקים ח', ט', י"א.

(*vindicatio*) אפשר להפקיע זכות זו ולהוציא החפץ מרשות המחזיק בו. החזקה העברית אין בה כלום מכל הסימנים האלה. החזקה העברית אינה זכות מיוחדת בחפץ, לבד מקנין הבעלות בו. באה היא תמיד עם הטענה, וכל כחה היא להיות לראיה על טענה זו, לאשרה ולתת לה נאמנות. הטענה שהחזקה נותנת לה תוקף, טענת קנין הבעלות היא, ולא טענה על אודות זכות הרשות על החפץ, כמו *possessio* הרומית. ולכן כל ערכה של החזקה הוא להיות לראיה על טענת קנין הבעלות, ראה שיכולה להכחש על ידי ראיות אחרות שכנגדה, ושיש לה כל דיני ברור הראיות.

גם יחוס הרשות על החפץ של השומרים, הגנב, והגזול, והשואל שלא מדעת, אשר בררנו אותם לעיל בסעיף ס"ה, אינם דומים כלל אל *possessio* יורידית, כלומר, אל השלטון והרשות על החפץ לפי הדין, ויותר יש בהם על פי תכונתם רק תפיסה פשוטה בחפץ, יחס מעשי אליו, או *detentio*. השומרים מחזיקים בחפץ בשביל הבעלים ורשותם כרשות הבעלים. להם אין הדעת לשלוט בחפץ כמו שהם שולטים בשלהם (*animus*), ולכן יחוסם אל החפץ אינו יותר מיחס מעשי אליו, או *detentio* פשוטה.

הגנב, הגזול, והשואל שלא מדעת יש להם הדעת לשלוט בחפץ כמו בשלהם, אבל גם להם אין כל טענה על קנין בעלותם בחפץ, לכן רשותם עליו אינה מוצאת על פי דינינו הגנה בבית דין מפני המפריעים אותה, וגם אינה מועילה להם לרכוש החפץ על ידי חזקת השנים. יחס רשותם על החפץ חסר אפוא שני הסימנים המובהקים של *possessio* הרומית: ההגנה עליה ואפשרות הקנין בחזקת השנים, ובו אפשר לראות אך תפיסה פשוטה בחפץ, *detentio*, ולא יותר.

possessio הרומית יש בה בלי ספק מהערצת הכח והאלמות, ונתינת ערך משפטי לאותם היחוסים שהוקמו בזרוע. המשפט הרומי הנהו יציר כפיו של כח השלטון, ועל כן הוא מתחשב תמיד עם הופעת הכח ומגין עליה. חזקה בחפץ, כהופעת שלטון, עומדת תחת הגנת החוקים עד שיבוא כח תקיף ממנו, שלטון הממשלה, ויפקיע אותה על ידי טענת הבעלות, *petitorium*.

המשפט העברי הוא תורת יחוס ומוסד אל, והכח והזרוע לא ימצאו להם בו כל הערצה והגנה בדין. רק במקום שתקצר הדעת ואי אפשר לברר הדבר למי הצדק ועם מי הדין, שם המשפט כאילו הוא מסתלק והכח המעשי מחליט. (כל דאלים - גבר)¹.

ואפשר, כי מסבה זו אין במשפט העברי התנגדות במרץ והתמרמרות

(1) חו"מ, סי' קל"ט.

נגד כח הזרוע, הנחשב לאפס מנקודת ראות המשפט. ועל כן, לדוגמא, על פי דינינו יכולים גם הגזלנים לקנות לפרקים בשבח החפץ הנגזל או גם בגופו⁽²⁾, ואף שמעשיהם הם כנגד הדין, אין הדין מפקיע את זכויותיהם בחפץ.

§ ס"ח.

חוקה בתור זכות מיוחדת. דברים ממשיים בלבד ראויים שיחול עליהם קנין, אבל זכות מיוחדת לאדם (privilegium), שהיא מופשטה מכל תפיסה בחפץ ממשי, אינה נחשבת על פי דיני ישראל כדבר שיש לו שווי במשא ומתן, ושהוא מוכשר להיות נשוא עסקים משפטיים. אבל בדורות מאוחרים התפתח בדינינו המושג של הזכות המיוחדת לאדם, בתור שווי הקנוי לו ונקנה על ידו.

אין כאן מקום להתחקות על שרשי כל ההלכות הנוגעות לפרט זה; ונסתפק כאן בסקירה היסטורית קצרה, שתראה לנו האיך נוצר לאט לאט ובהדרגה מושג הזכות המיוחדת בתורת משפטינו, והאיך הגיע לידי שלמותו בימי הביניים, תחת השפעת המשטר הפיאודלי ושלטון הגילדאות.

דיני המשנה אינם מכירים עוד את הזכות המיוחדת לאדם בתור גדר משפטי בפני עצמו; ואך בהלכות השכנים אנו מוצאים שרשים קלים, שאליהם נסמכו אחר כך דיני הזכות המיוחדת. השכן היה יכול, לפי דיני המשנה, למחות ביד בעל החנות בתוך החצר, ולאמר איני יכול לישון מקול הנכנסים והיוצאים; וכן יכולים היו בני מבוי לכפות זה את זה, שלא להושיב ביניהם לא חייט ולא בורסקי ולא מלמד תינוקות ולא אחד מבעלי אומניות⁽¹⁾. טעמם של הלכות אלה היה, כדי שלא להשבית את מנוחת הדיירים בתוך החצר או המבוי, אבל עוד לא היתה להם, כנראה, זכות מיוחדת למנוע את ההתחרות עמהם. הלכה אחרת קבעה, שעושה אדם חנות בצד חנותו של חברו, ומרחץ בצד מרחצו של חברו, ואינו יכול למחות בידו, מפני שיכול לומר לו, אתה עושה בתוך שלך, ואני עושה בתוך שלי⁽²⁾.

בדורם של אמוראי בבל אנו מוצאים כבר קצת הלכות, שעל פיהן ניתנה רשות לבני מבוי למחות ולעכב בידי זרים הבאים להתחרות עמהם. לפי מאמר רב הונא, בן מבוי שהעמיד ריחים ובא בן מבוי חברו להעמיד ריחים על ידו, יכול הלה לעכב בידו ולטעון עליו: "אתה מפסיק את מחיתי"⁽³⁾.

(2) רמב"ם, פ"ט מהל' גולה.

(1) ב"ב דף כ' ו"א.

(2) תוספתא ב"ב פ"ב.

(3) שם, קא פסקת לחיותי.

בתלמוד מובאות עובדות המעידות שלסוחרי העיר היתה הרשות לעכב בידי בני ערים אחרות, שבאו לתוך גבולם להתחרות עמהם. יוצאים מן הכלל היו ימי השוק, שבהם היו סוחרים מערים אחרות רשאים למכור סחורתם בתוך תחומיו של השוק, ולא חוץ ממנו. בשביל לקבוע את זכותיו של בן העיר היו מיחסים את שייכותו אל המקום שבו שילם את מסי המלכות (כרגא) ⁴.

יש מקום להשערה, שדינים הללו התפתחו בבבלי, שבה עמדו באותה תקופה המסחר והאימניות במדרגה יותר גבוהה של התפתחות, ומשטרי הקבוצה היהודי היו בה משוכללים יותר מבארץ ישראל.

רשותם זו של בני המבוי או של בני העיר לעכב בידי זרים הבאים להתחרות עמהם היתה מתבססת בתקופת התלמוד על דרישות המשטר העירוני, והיתה באה בכדי שלא להפסיק את מחיתם של בני העיר; אבל עוד לא היתה נראית רשות זו כזכות מיוחדת, קנויה להם, וראויה להיות נקנית על ידם. בימי הבינים, בתוך תנאי החיים של אירופא הפיאודלית, היה משטר המשפט מתבסס על זכויות מיוחדות למעמדות, הגמוניות, עיירות, וגילדאות. גם בדיני ישראל של הימים ההם מן ההכרח היה שיתפתח מושגה של הזכות המיוחדת, והגדר המשפטי שנקבע לה בתקופת הפוסקים היתה "החזק ה", כלומר, הזכות שנתחדה לו לאדם משום שהחזיק בה משך זמן ידוע.

החשובה שבזכויות המיוחדות, שנוקקו רוב הקהלות של ימי הבינים לדון בה ולהגן עליה, היתה חזקת ישוב, כלומר, הזכות לעכב בידי זרים הבאים להתישב בתחומה של העיר.

בימי הבינים היתה כל החברה כולה מפורדת ומפוזרת ברוחב ובשטח מקומות מגוריה, ובעבי שכבותיה ומעמדיה. המדינות היו מחולקות לגמוניות, הגמוניות, עומדות ברשות עצמן, שכל אחת מהן היתה מסוגרת בתוך עצמה, ונלחמת לעתים קרובות עם חברותיה. גם בתוך גבולות עיר אחת היו קיימים מעמדות שונים, נפרדים זה מזה על ידי יפויי כח וזכויות מיוחדים לכל אחד מהם בלבד. הישוב היהודי באירופה הושפע על ידי מצב זה, ותחומים נקבעו בין הקהלות השונות, שנפרדו זו מזו ונעשו חטיבות חטיבות בפני עצמן. תחת השפעת המשטר הפיאודלי היתה כל קהלה וקהלה שואפת להסגר בתוך עצמה, ולאסור על יהודי ערים אחרות להתישב בתוך תחומה.

אולם קשה היה למצוא בדיני ישראל יסוד לאיסור שיהא מוטל על הבאים להתישב בתחומה של עיר זרה להם. עוד הרא"ש הורה הלכה למעשה ⁵,

(4) שם.

(5) תשובת הרא"ש, המובאה בטח"מ ס"ס קנ"ו.

„שדבר פשוט הוא, שאדם יכול לגור בכל מקום שירצה, ואין בני העיר יכולים לעכב בידו; וכי קנו אותו הראשונים בחזקה?“ בתקופת הפוסקים ביארו עוד במובן מגביל את ההלכה של הגמרא, שמי שאינו בן עיר ואינו משלם בה מסים, אינו רשאי להתחרות עם סוחרים ובעלי אומניות שבעיר; והדין נקבע בימים ההם, שכל מי שמקבל על עצמו לשאת בעול המסים עם בני העיר, דינו כבן עיר⁶. על פי חומר ההלכה קשה היה אפוא לסגור את הישובים היהודיים בפני זרים הרוצים להכנס לתוכם ולשאת בעול המסים עם התושבים הקודמים. אלא שדרישות החיים חזקו מחומרה של ההלכה, והכריחו להעמיד הגבלות כנגד התישבותם של הזרים, כדרך שהיו קבועות אצל שאר תושבי אירופא.

לשם קביעת הגבלות הללו היו משתמשים בערים רבות בכחם של השלטונות הנכרים, והיו מקבלים רשיון מאת השרים לסגור את שערי העיר בפני זרים⁷. אך ברוב המקומות היה אסור התישבות הזרים נקבע על ידי גזרה וחרם, ולפי עדותם של הפוסקים היו עוד הקדמונים נוהגים לגזור חרם על ישוב⁸. ומשום שחרם שנקבע בקהלה אחת לא היה בכחו להתפשט ולחול על בני קהלה אחרת, היו בני הקהלה נוהגים לקבל על עצמם בחרם. שלא ישאו ויתנו עם מי שיתישב בעיר בלי הסכמתם. על ידי חרם. זה היה כל יהודי שבא להתישב בקרב קהלה אחרת, זקוק לקבל רשיונם של בני הקהלה, ואם לאו – היו הללו אסורים לשאת וליתן עמו, וכמנודה היה בתוכם מראשית בואו.

גזרת חרם ישוב בצורתם זו היו מועילים לסגור את הקהלות בפני הזרים, אבל מצד המשפטי לא נקבעה על ידם זכות, שהיא מיוחדת לבני העיר לדור בתוך גבולותיה, ושיהא לה ערך של קנין פרטי, אלא שמתוך שהיו הקהלות מרבות להשתמש בגזרת חרם ישוב, נשתלשל ובא בתקופת הפוסקים המושג של חזקת ישוב, כלומר זכות מיוחדת וקנויה לבני העיר לדור בתוכה לבדם. גדר ה„חזקה“ מראה שביסודה של זכות מיוחדת זו, היתה העובדה שדרי העיר החזיקו בישובם בה, וזרים הנכנסים לתוך גבולם, מפריעים הם את חזקתם וממעיתים את זכותם.

„חזקת ישוב“ נבדלה בעיקרה מאיסור הישוב שהיה נקבע על פי גזרה וחרם בתקופת הפוסקים הקדמונים, כי חזקת ישוב התחילה להיות נדונה כזכות מיוחדת לבן העיר, וכשווי של ממון קנוי לו. משום כך היתה

(6) מרדכי בשם ר"ת, בב"ב פ' גא יחפיר.

(7) תשובות מהרי"ק, שורש קנ"ד.

(8) מרדכי שם.

חוקת ישוב ראויה לעבור בירושה, להמכר לחלוטין, או להשכר לזמן קצוב מאדם לחברו.⁹

בהתאם לתנאי החיים של בני עמנו בימי הבינים, נקבע יוצא מן הכלל, שבשעת פחד סכנה בטלה חוקת ישוב, ועד שיעבור זעם, אין בני העיר יכולים לעכב בידי הבורחים להתישב בקרב קהלתם, ולהשתכר בה כדי מחיתם.¹⁰

9) מרדכי פרק חוקת הבתים. רמ"א סי' קמ"ג סק"א.

10) מרדכי שם פ' לא יחפור.

על דבר חוקה במצות, כמו בהגבהות וגלילות עיין במרדכי פ' חוקת הבתים דף חתקל"ג.

מסבות טכניות נפלו שגיאות אלו בהדפסה:

- עמוד 4 שורה ד' במקום: רוחו - צ"ל לרוחו.
- " " " ב מלמטה במקום: הגעתי - צ"ל: הגעתי אליה.
- 5 " יב " הקדומות ביותר - הפסיק נמחק.
- 7 " ט"ז בתחלת השורה נפלה תיבת: הדינים.
- " " י מלמטה במקום: החברותי הוא - צ"ל:
החברותי הוא (הפסיק אחרי הוא).
- 10 " יג מלמטה במקום: על עניניו ועסקיו ועל - צ"ל:
עם עניניו ועסקיו ועם.
- 11 " יא מלמטה - אחר: אלה צריכה להכתב נקדה.
- 14 " יד מלמטה במקום בו - צ"ל: ובו.
- 15 " יב במקום: הכל לה - צ"ל: הכל לי.
- 16 " ח במקום: ואפני - צ"ל: ומפני.
- " " טו מלמטה - אחר משפטינו הנקדה נמחקת.
- 18 " ו במקום: במבטאים - צ"ל: כמו במבטאים.
- 23 " ח מלמטה - תחילת השורה תיבת "כל" נמחקת.
- 26 " בהערה 24 שורה ד' במקום דיני נפשות צ"ל: דיני ממונות.
- 32 " שורה ה מלמטה במקום: בזכיותיו ודיניו - צ"ל:
בזכיותיהם ובדיניהם.
- " " " בהערה שורה ב' במקום: רג עונים צ"ל וגבעונים.
- 33 " שורה ט מלמטה במקום המדרש - צ"ל מדרש.
- 37 " ז מלמטה במקום: ומתבלבל מתבטל - צ"ל:
מתבלבל ומתבטל.
- 38 " בהערות שורה ב' במקום: בספרו - צ"ל: בספרו הנ"ל.
- 39 " שורה ז מלמטה תיבת "בפועל" נמחקת.
- 41 " ו מלמטה במקום: את הכשרה - צ"ל:
את ההכשרה.
- 42 " שורה ו במקום: XXV - צ"ל: XXV.
- 48 " ז מלמטה במקום: וכה - צ"ל: זוכה.
- 49 " בהערות שורה ב' מלמטה - צ"ל: לפי דעתי, גמירת הקנין ביחס אל הנקבה וגמירת
- 50 " שורה ב' מלמטה במקום: את האנשים - צ"ל עם האנשים.
- 51 " יז במקום: commercium - צ"ל: commercium.

