

מעמדם ההלכתי של המנהג והחוק במסחר

הרב דוב ליאור

- א. מנהג במסחר
ב. דינא דמלכותא דינא במדינת ישראל
ג. התחייבות למכור
ד. התחייבות למכור דירה שטרם נכנתה
ה. התחייבות לשלם במסירת מספר
כרטיס אשראי
ו. חברה בע"מ

א. מנהג במסחר

כיצד מתייחסת ההלכה לדרכים ולמנהגים השונים בחיי המסחר שאין להם יסוד בדברי חז"ל? חכמים כבר קבעו כלל: כל מנהג שאינו נוגד את ההלכה יש לו תוקף. המקור לכך הוא מהמשנה:

השוכר את הפועלין ואמר להן להשכים ולהעריב מקום שנהגו שלא להשכים ולהעריב אינו יכול לכופן מקום שנהגו לזון יזון לספק מתיקה יספק הכל כמנהג המדינה.¹

וביארנו בתלמוד הירושלמי:

אמר רב הושעיה זאת אומרת המנהג מבטל את ההלכה.²

על פי זה נפסק שקניין שנהגו בו הסוחרים מועיל:

אמר רב פפי משמיה דרבא: האי סיטומתא קניא. למאי הלכתא? ... ובאתרא דנהיגו למקני ממש – קנו.³

האחרונים נחלקו בשאלת תוקפו של קניין סיטומתא: הרמ"א⁴ ודעימיה⁵ כתבו שקונה רק מדרבנן, והחתם-סופר כתב שתוקפו מדאורייתא:

לפי עניות דעתי, סיטומתא הוא קניין דאורייתא ממש... כל שהנהיגו הסוחרים הוה ליה כאלו התנו וכל תנאי שבממון קיים מן התורה.⁶

* רבה של קריית ארבע-חברון, ואב"ד לממונות.

1. משנה בבא מציעא ז, א.

2. ירושלמי בבא מציעא ז, א.

3. בבא מציעא עד, א.

4. שו"ת רמ"א, פו.

5. שו"ת יהודה יעלה א – יו"ד, ד שמו; שו"ת בנין ציון החדשות סימן טו; נתיבות המשפט רא, א.

וכך מוכח מדברי הרדב"ז:

כי כל הדברים אשר תקנו רבנן דלהוי קנין, אית להו דינא דאורייתא, דעל סמך זה נושאים ונותנים בני העולם ולא גרע מהמנהג.⁷
אולם, למנהג הנוגד את ההלכה אין כל תוקף, וכן כתב המהריט"ץ:
חלילה שיהיה מנהג זה לעבור על דברי תורה דדווקא מנהג כי ההיא דסיטומתא שאין בה עבירה מהני, אבל להיות גזלנין וחומסין אין שומעין למנהגם.⁸

ב. דינא דמלכותא דינא במדינת ישראל

נחלקו ראשונים בשאלה, האם הכלל "דינא דמלכותא – דינא" חל גם על מלכי ישראל. דעת הרמב"ם היא שכלל זה נכון לגבי כל מלך:

...מכס שפסקו המלך ואמר שילקח שלישי או רביע או דבר קצוב, והעמיד מוכס ישראל לגבות חלק זה למלך, ונודע שאדם זה נאמן ואינו מוסיף כלום על מה שגזר המלך, אינו בחזקת גזלן לפי שדין המלך דין הוא, ולא עוד אלא שהוא עובר המבריח ממכס זה, מפני שהוא גזול מנת המלך, בין שהיה המלך גוי בין שהיה מלך ישראל.⁹
בניגוד לכך הר"ן סבר שסמכות זו אינה מוקנית למלכי ישראל:

וכתבו בתוספות דדווקא במלכי עובדי כוכבים אמר דדינא דמלכותא – דינא, מפני שהארץ שלו ויכול לומר להם אם לא תעשו מצותי אגרש אתכם מן הארץ אבל במלכי ישראל לא לפי שארץ ישראל כל ישראל שותפין בה.¹⁰

כלומר, סמכות המלך נובעת מהבעלות שלו על הקרקעות, ומכיוון שמלכי ישראל אינם הבעלים על הארץ – לא חל עליהם הכלל "דינא דמלכותא – דינא".

הכרעת הטור,¹¹ הבית יוסף¹² והשולחן ערוך¹³ היא שדינא דמלכותא דינא גם במלכי ישראל. כך נקטו להלכה למעשה בבתי דין רבניים:

ואם כן על סמך הדעות הנ"ל "דינא דמלכותא – דינא" הוא גם במלכות ישראל... וזוהי דעת מארי דהלכה דמפיהם אנו חיים, ודאי דיש מקום גדול להסתמך על כך.¹⁴

לפיכך, כל חוק בענייני ממון שאינו נוגד את ההלכה ושנועד להסדיר את חיי המסחר וניהולם התקין לטובת הציבור, הינו שריר וקיים גם במדינת ישראל. הדברים אמורים

6. שו"ת חתם סופר חלק ב (י"ד) סימן שיד; וכן חתם סופר עבודה זרה סג, א, ד"ה והא.

7. שו"ת רדב"ז א, תקג; הובאו דבריו על ידי המהרש"ם משפט שלום חו"מ רא, א, ד"ה הג"ה בסופו.

8. שו"ת מהריט"ץ (ישנות) סימן מד.

9. רמב"ם גולה ה, יא; וכן רבנו עובדיה מברטנורא נדרים ג, ד, ד"ה ולמוכסין.

10. ר"ן נדרים דף כח, א, ד"ה במוכס; הובא גם ברשב"א שם, ד"ה גמרא, ועוד.

11. טור חו"מ, שסט.

12. בית יוסף חו"מ שסט.

13. שולחן ערוך חו"מ שסט, ו.

14. פסקי דין רבניים חלק א עמוד 285; וכן כתבו: הרב עובדיה הדאיה, פד"ר ה, עמ' 269; הרב יצחק ניסים, הרב יוסף שלום אלישיב, הרב בצלאל זולטי, פד"ר ו, עמ' 383.

בוודאי על פי השיטה ש"דינא דמלכותא – דינא" מדאורייתא,¹⁵ ואף לאלה הסוברים שתוקפו מדרבנן.¹⁶ נוכל לסכם, שלכל קניין שנהגו, ובוודאי קניין שקיבל תוקף מצד "דינא דמלכותא", יש תוקף, ייתכן אף מדאורייתא. עתה נדון בכמה מקרים שכיחים, על פי עיקרון זה.

ג. התחייבות למכור

בדרך כלל נהוג במכירת דירה שהצדדים חותמים על חוזה, שבו הם מתחייבים למכור ולקנות. תוקפה של התחייבות זו שנוי במחלוקת אחרונים. קצות החושן סבר שלא ניתן להתחייב למכור נכס מסוים:

היבא דמחייב עצמו ליתן לחבירו חפץ פלוני ואינו מקבל עליו חיוב אחריותו, אין זה נקרא חיוב הגוף ולא הוא חיוב כלל.¹⁷

בעל **נתיבות המשפט** חלק עליו.¹⁸ למעשה נראה, שהואיל וכך נהגו בחיי המסחר יש מקום לומר שזה מחייב לכל השיטות.¹⁹

ד. התחייבות למכור דירה שטרם נבנתה

כאשר אדם קונה דירה מקבלן, במקרים רבים החוזה נחתם כשהדירה אינה בנויה, ואף הקרקע לא תמיד רשומה על שמו של הקבלן. מבחינה הלכתית ייתכן שלחווה אין כל תוקף, כיוון שהוא בא למכור דבר שלא בא לעולם, מה שאינו אפשרי לפי ההלכה. אלא שכאן מתעוררת שאלה, שמא בגלל שכך נהוג לעשות ולהתחייב, יהיה לחווה כזה תוקף גם על פי ההלכה.

בעניין זה נחלקו ראשונים. המהר"ם מרוטנבורג סבר שכיוון שזהו המנהג יש לכך תוקף: מהר"ם אמר: אדם הנודר לחבירו ליתן לו בנו למול או להיות בעל ברית (=סנדק) – שצריך לקיים לו. ואף על גב דאמרינן דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, בכאן שהוא מנהג בני אדם... יש לקיים. כדאיתא בבבא מציעא (עד, א) האי סיטומתא קני פירוש רשם של חביות וכו' ובאתרא דנהיגי למקני ממש קנין. כלומר **הסיטומתא בשביל שהוא מנהג**.²⁰

לעומת זאת, רבנו יחיאל מפריס סבר שאין תוקף לסיטומתא במקרה כזה:

15. אבני מילואים אה"ע כח, ב; שו"ת חתם סופר ב (י"ד), שיד; ה (חו"מ), סב; שם, קפז.

16. בית שמואל כח, ג.

17. קצות החושן רג, ב.

18. נתיבות המשפט רג, ו.

19. וראה מה שכתב הדיין המצוין, הרב צבי יהודה בן יעקב, בספר **משפטיך ליעקב** ב, ט, שדן באריכות במהות התחייבות למכור.

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

רבינו יחיאל מפרי"ש היה אומר... בדברים שלא יועיל קנין לא הוי מנהג. ולא דמי לסיטומתא דהתם הוי דבר שבא לעולם ואתא המנהג להחשיב הסיטומתא כאילו היה קנין גמור. אבל בדבר שלא היה מועיל בו קנין, כגון דבר שלא בא לעולם לא מצינו שמועיל המנהג.²¹

למעשה נראה שיש להורות כמהר"ם מרוטנבורג, כיוון שכך פסקו גדולי הפוסקים האחרונים²² אודות קניין סיטומתא או מנהג הסוחרים, שאם זה מנהג קבוע, הרי שהוא מועיל לדבר שלא בא לעולם או לדבר שאין בו ממש או לדבר שאינו ברשותו. מה גם שעל פי החוק יש תוקף להתחייבות למכור דירה.

ה. התחייבות לשלם במסירת מספר כרטיס אשראי

כיום מקובל להזמין מוצרים בטלפון על ידי מסירת מספר כרטיס אשראי, האם הזמנה כזו מהווה מעשה קניין?²³

הרא"ש כתב שסיטומתא אינה מועילה ללא מעשה:

דסיטומתא היינו דווקא שנעשה מעשה, כדפרש"י ז"ל, שרושמים על החבית. ורבנו חננאל ז"ל פירש: פאמיא, כמו שרגילין הסוחרים, תוקע כפו בכף חברו וזהו גמר המקח... אבל דיבור בעלמא, לא; אפילו אי נהוג, מנהג גרוע הוא ולא אזלינן בתריה.²⁴

אולם הרדב"ז חלק עליו:

לפי שכבר נהגו כל ישראל שמקנים זאת המצווה על ידי דיבור בעלמא וכבר ידעת כי המנהג עיקר גדול בכל כיוצא בדברים אלו. ראייה מהא דאמרין במציעא: האי סיטומתא... קניא.²⁵

למעשה נראה שיתכן קניין ללא מעשה, שהרי אנו רואים שלפעמים דיבור יכול להיחשב כמעשה, ובמקרים מסוימים די במחשבה, כגון בהפרשת תרומה.²⁶ בנידון דידן, כיוון שברגע שאדם מוסר את מספר כרטיס האשראי, הספק יכול לקבל את כספו, נראה שנחשב שעשה מעשה והקונה גומר בדעתו לקנות.

21. שם.

22. ערוך השלחן חו"מ רא, ג.

23. [הערת עורך: ראה פסקי דין – ירושלים דיני ממונות ובירור יוחסין ח, עמ' רעז, שדן באדם שהזמין כרטיס טיסה בטלפון וחזר בו, ופסקו שדיבור לא מהני. ע.ר.]

24. שו"ת הרא"ש יב, ג.

25. שו"ת רדב"ז א, רעח.

26. תוספות קידושין דף נט עמוד ב, ד"ה מיד: "דמחשבה דתרומה היה יודע דכמעשה דמי".

ו. חברה בע"מ

נחלקו דייני בית הדין הרבני הגדול²⁷ בשאלת מעמדה ההלכתי של חברה בע"מ: הרב שלמה דיכובסקי סבר שיש לראות בחברה בע"מ "אישיות משפטית" המנותקת מבעלי המניות, כפי שמקובל בעולם המסחר ובדיני החברות הנהוגים בכל העולם. לעומתו, סבר הרב חיים גדליה צימבליסט שחברה בע"מ היא רכוש של בעלי המניות, ככל רכוש אחר.

בנושא זה קשה לי לקבוע עמדה חד משמעית. אולם, נראה לענ"ד שאפילו אם נצא מנקודת-מוצא, שעל פי ההלכה גם בחברה בע"מ אמורה להיות אחריות אישית של בעלי המניות והמנהלים כלפי הלקוחות; בכל זאת, אם מפורסם וידוע מראש שכל מי שנושא ונותן עם חברה בע"מ אין לו תביעת אחריות כלפי בעלי המניות, הרי זה כאילו הלקוחות פטרו אותם מאחריות, כמו שומר שכר או שואל שפטרו אותם מאחריות. לפיכך, גם אם ייגרם הפסד או נזק מצד החברה, לא ניתן יהיה לתבוע את בעלי המניות או את מנהלי החברה.