

יסודות הקניין – גמירות הדעת ומעשה הקניין

הרב ד"ר רון ש' קליינמן

מבוא	5. הקנאת מתנות כהונה למכירי כהונה (בבא בתרא קכג,ב)
א. מעשה הקניין יסודו בגמירות הדעת	6. "כל המקדיש נכסיו נעשה כמי שהקנה להן... מעיקרא" (בבא קמא קב,ב)
ב. סוגיות הגמרא שמוכח מהן שקניין מבוסס על גמירות דעת	7. סיטומתא (בבא מציעא עד,א)
1. "הן הן הדברים הנקנים באמירה" (כתובות קב,א-ב)	ג. הקשיים בשיטה שמעשה הקניין יסודו בגמירות הדעת והדרכים ליישובם
2. סוגיות "בההיא הנאה גמר ומקני"	ד. מעשה הקניין – יסוד עצמאי
3. המזכה לעובר (בבא בתרא קמב,ב)	סיכום
4. הקנאת בכור בהמה לכהן (בכורות יח,ב)	

מבוא

שני מרכיבים יש בקניין: גמירות דעת ומעשה קניין. אין חולק, כי מעשה קניין שנעשה בלא שילווה בגמירות דעתם של הקונה¹ והמקנה² – אינו קונה. קביעה זו מפורשת בכמה מקומות בתלמוד³.

* הרב ד"ר רון ש' קליינמן, מרצה בכיר למשפט עברי ולנויקין בפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו. מאמר זה הוא עיבוד של הפרק השלישי מתוך חיבורי, מנהגי הסוחרים ברכי הקניין במשפט העברי (קניין סיטומתא), עבודת דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן, רמת-גן תש"ס.

המאמר אינו מתיימר כמובן למצות את הנושא הנידון, שהוא רחב ביותר, אלא להציג את השיטות העיקריות בראשונים ובאחרונים. [ההדגשות המופיעות בציטוטים, הפיסוק וההוספות בסוגריים הם משלי, אלא אם כן נאמר אחרת].

1. אמנם ניתן באופן עקרוני להקנות לאדם נכסים גם בלא ידיעתו, שכן "זכין לאדם שלא בפניו". אולם ברור, כי מי שמבצע את מעשה הקניין (המזכה) צריך גמירות דעת לזכות עבור הקונה במעשה זה. וראו: "זכין לאדם שלא בפניו", אנציקלופדיה תלמודית, כרך יב, עמ' קלה-קצח.
2. להגדרת הרצון הנדרש מן המקנה, ראו: הרב בנימין ליפקין, בני בנימין, ירושלים תשנ"ו, "להגדרת מושג 'רצון הבעלים' בקניינים", עמ' צב-קלו.
3. למשל: יבמות נב,ב – "עודר בנכסי הגר וכסבור שלו הן – לא קנה", והטעם: "התם לא קא מכיין למיקני"; קידושין כו,א – אין קרקע נקנית בכסף במקום שנוהגים לכתוב את השטר וכן להיפך, והטעם, כמבואר בראשונים על אתר, שאין סמיכות דעת מצד הקונה (עד שיקבל שטר) או מצד המקנה (עד שיקבל כסף). קניין חצר (וקניין ד' אמות, שהוא מטעם חצר) הוא בגדר חריג לאמור, שכן בעל חצר קונה שלא מדעתו (בבא מציעא יא,א). ראו: הרב אליהו ברוך קאמיני, "בגדרי דעת האשה בקניינים ובדין כונת הקניין", ספר

אמנם, בדברי תנאים לא מצאנו דברים מפורשים בנידון. למשל, המשניות בפרק א' ממסכת קידושין עוסקות בדרכי קניין שונות, אך לא בצורך בגמירות דעת. עם זאת, ברי כי לא ניתן להסיק משם שקניין אינו זוקק גמירות דעת, לפחות מצד המקנה.⁴ שכן, אם נוטלים נכסיו של אדם בלא שגמר דעתו לתת, הרי זו גזילה. גם בקידושי אשה, הנזכרים בראש הפרק הנ"ל, נאמר במשנה רק: "האשה נקנית בשלוש דרכים... בכסף בשטר ובביאה". אך דומה שהיה ברור, כי אין האשה נקנית אלא מדעתה,⁵ עד שלא הוצרכו התנאים להשמיענו זאת.⁶ אין ספק אפוא, כי קניין דורש גמירות דעת. לצד דרישה זו, במקומות רבים מעמידנו התלמוד על כך שלא די בגמירות דעת, ובלא מעשה קניין המועיל על פי הדין לא ניתן לקנות.⁷ עם זאת, כפי שנראה להלן, פעמים שהקניין חל גם בלא מעשה קניין, ובלבד שקיימת הוכחה מספקת לגמירות דעת הצדדים.⁸

המצב המתואר יכול להביאנו לאחת משתי גישות ביחס למעשה הקניין. האחת, כי עיקרו של הקניין בגמירות הדעת, ומעשה הקניין נחוץ רק כאמצעי להביא לידי גמירות הדעת או כדי להוכיח על קיומה. גישה אפשרית שנייה היא, כי מעשה הקניין אינו רק אמצעי להביא

- הזכרון למורן הגר"ח שמואלביץ זצ"ל, מהד' שניה, ירושלים תשמ"ז, עמ' שפג; הרב מאיר ברקוביץ, "חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו", מגל יג (תשס"ב), עמ' 43-54.
4. שכן דרכם של התנאים לסתום דבריהם והאמוראים מבארים ומפרטים. ראו, למשל: רש"י, גיטין ד.א, ד"ה אי הכי; רשב"ם פסחים קא, ב, ד"ה לקיבעיה: "שהאמורא יש לו לפרש דבריו יותר מן הבריייתא".
5. אמנם, קטנה – יכול אביה להשיאה בעל כרחה, ואכמ"ל בעניין זה.
6. למיטב ידיעתי, דין זה אינו מופיע במקורות תנאיים, ובגמרא הוא נזכר כדבר ברור (השוו לעיל, הערה 4) – קידושין מד, א; יבמות יט, ב. בטעם הדבר כתב רש"י (קידושין שם, ד"ה קידושין דמדעתה): "דבעינן דעת המקנה", אך במקום אחר (רש"י יבמות שם, ד"ה קידושין דעלמא) כתב: "והלכה והיתה לאיש אחר (דברים כד) מדעתה משמע". אמנם, בקידושין ב, ב, הועלתה סברה בתור הווא אמינא שהאשה נקנית בעל כרחה: "אי תנא [האיש] קונה, הווא אמינא אפילו בעל כרחה, תנא 'האשה נקנית', דמדעתה אין, שלא מדעתה – לא". ברם, אין מכאן ראיה, כי אמנם הייתה שיטה כזו.
7. עיון בפרק א' בקידושין העוסק בקניינים השונים, במשנה ובגמרא, מעלה כי מקרקעין ומטלטלין נקנים באמצעות מעשי קניין מסוימים ולא בדרכים אחרות. כך עולה גם מסוגיות אחרות. ראו למשל, קידושין כה, ב: "אלא מעתה פיל... במה יקנה?"; בבא מציעא צד, א: "זמתנה שומר שכר להיות כשואל, במאי בדברים?"; בבא בתרא ג, א: "אי בשאין בה דין חלוקה – כי רצו מאי הוי, נהדרו בה? אי אסי א"ר יוחנן; שקנו מידן"; עירובין כה, א – אשה שעשתה מחיצה על גבי מחיצה, בכונה לקנות בכך נכסי הגר, לא קנתה, לפי שאין זו חזקה כדין; ועוד. ומה שמצאנו "הן הן הדברים הנקנים באמירה" (קידושין ט, ב). הווא בבחינת יוצא מן הכלל המעיד על הכלל, כפי שכתב אשר גולאק, יסודי המשפט העברי (תל אביב, תשכ"ז), ח"ב, עמ' 33, הערה 1, ושם, עמ' 38. בעניין האחרון נדון עוד להלן, ליד הערה 21.
8. לשאלת טיב הכוונה והדעת בקניין, האם נחוצה כוונה לקנות במעשה קניין מסוים או שעל הקונה רק להתכוון להעביר החפץ מרשות בעליו אליו, ראו: הרב משה מאיר סגל, פרי משה – בענייני קניינים, בני ברק תשנ"ב, סי' א, אות ו, עמ' טו-טז; אשר עקיבא, יוסף מסטצקין, "קנין ללא כונה", שערי הלולים – מערכת סוגיות על פרק ראשון במסכת בבא מציעא, ישיבת שעלבים, תשנ"ו, עמ' 243-250; הרב צבי יהודה בן-יעקב, "כוונה בקניין", כתר תורה ד (אדר ב, תשנ"ז), עמ' קכה-קלז; הרב קאמני (לעיל, הערה 3), עמ' שפג-שפד, ושם חילק בין קניין כסף לשאר הקניינים. ומכל האחרונים הנ"ל נעלמו דברים מפורשים בשו"ת מהר"ם מינץ, פב (ד"ה וגם מוכח, מהד' מכון ירושלים, תשנ"א, עמ' ת); "וגם מוכח בכמה דוכתי דלא בעי דעתו, אלא רק שהוא כוונתו לקנות, הגם אם אין דעתו להאי קנייה", וראו ראיותיו שם. ושם, עמ' שצט, כתב ביחס למי שמשך ולא התכוון לקנות במשיכה: "רק כיון דמשך משך, ודעת שוטים אינה ידעה ובטילה הני נמי לא שנא". כלומר, יש כאן מעין "בטלה דעתו אצל כל אדם".

לגמירות הדעת, אלא חלק מהותי ועצמאי ביצירת הקניין, לצד גמירות הדעת.⁹ המצדדים בגישה האחרונה יצטרכו לתרץ את המקרים שבהם מועיל הקניין גם בלא מעשה קניין. ואמנם, נחלקו הדיעות בשאלה זו. בדברי הראשונים, שדרכם בקצירת האומר, לא נמצא לרוב דברים מפורשים בנידון. עיקר הדיון בעניין זה נערך אצל האחרונים, ונסוב סביב פרשנות סוגיות התלמוד וניסיונות לדייק מדברי הראשונים לכאן או לכאן.¹⁰ להלן נציג את השיטות השונות, ונבחן את עיקרי הראיות שהובאו על ידיהן.¹¹

א. מעשה הקניין יסודו בגמירות הדעת

בדעה זו מצדד חבל גדול של אחרונים, ודומה שזו דעת רוב האחרונים.¹² ביטוי בהיר לגישה זו אנו מוצאים, למשל, אצל הרב שלמה קלוגר בתשובה:

9. יש לציין, כי גם בין המצדדים בגישה כי מעשה הקניין נחוץ כיסוד עצמאי ולא מצד גמירות דעת, יש שכתבו שמעשי הקניין השונים אינם בגדר "גזירת הכתוב" בלא טעם אלא: "כל קניני התורה מושגים על סברה והיגיון, ובכל קנין יש היגיון פנימי באיזה ענין תחודש הבעלות על ידו" (הרב אשר וייס, "יסודות הקנינים", **דברי משפט**, חלק ד, תל-אביב תשנ"ח, עמ' רעט. על שיטתו נעמוד להלן, ליד הערה 105).

בעניין ההיגיון שבמעשי הקניין השונים והיסודות הגלומים בהם נכתב הרבה, ואין כאן מקומו. להדגמה בלבד: הרב וייס, שם, גורס כי במעשי הקניין יש ארבעה יסודות (בלשונו: "אבות הקניין"): 'תמורה', 'רשות', 'ראיה', 'הפגנת בעלות'. וראו גם: הרב אשר וייס, **קונטרס מנחת אשר: בגדרי הקנינים והלכותיהם**, ירושלים, תשס"ד, עמ' א-יד; הנ"ל, **לקט שיעורים – על מסכת בבא בתרא ומסכת כתובות**, ישיבת "יחל ישראל", סערט וויזניץ חיפה, [תשנ"ח], בבא בתרא, עמ' נב. הרב יוסף דב סולובייצ'יק, **דברי השקפה**, ירושלים תשנ"ב, עמ' 15, מעמיד את מעשי הקניין על עיקרון יחיד: "ביסודו של דבר יש רק קניין עליון אחד... והוא יצירתו של הנכס", ודרכי הקניין השונות הן "סמלים בידי האיש היוצר את הנכס והמאפשרים את העברתו לבעלות אחרת" (ההדגשה במקור).

10. הרב אברהם משה חברוני, **משאת משה**, קידושין (ירושלים תשכ"א, סי' ג, עמ' ה), כותב: "דמרוב הראשונים מוכח, שאין גדר מעשה הקניין רק מעשה על גמירת דעת, אלא [ה]מעשה הקניין הוא העושה הקניין". אלא שלא הוכיח שם את דבריו. מנגד, רמ"מ סגל **פרי משה – בענייני קניינים**, בני ברק תשנ"ב, סי' א, אות ו, עמ' יב רוצה להוכיח כשיטה שהקניין דרוש רק כדי להביא לגמירות הדעת מדברי **רבנו יונה**, בבא בתרא מא, ד"ה קניין בפני שניים: "דכל עיקר קניין בא לגמור הדבר ולחזקו"; ושם, עמ' יג, הביא ראיה לשיטה זו **מהריטב"א**, בבא מציעא מז, ב, ד"ה דבר תורה. ברם, דומה שמדברי שני הראשונים הנ"ל אין כל ראיה לדבריו.

11. באיסוף וליקוט הדעות השונות נעזרתי, בין היתר, במקורות הבאים: הרב אשר זעליג וייס, **מנחת אשר**, בבא בתרא, תשמ"ז, סי' לב (נדפס מחדש בשינויים: הנ"ל, **מנחת אשר**, בבא בתרא, ירושלים, תשס"ד, סי' מו. ההפניות להלן – על פי מהדורת תשמ"ז); הנ"ל, "בדין הקניין", שיעור מס' 133 (קלטת), פרשת תולדות, מרחשוון תשנ"ח; הנ"ל, "קניין מכירת הבכורה ליעקב", שיעור מס' 175 (קלטת), פר' תולדות, מרחשוון תשנ"ט; רמ"מ סגל, שם, סי' א; הרב אהרן רובינפלד, **תורת הקניינים**, ירושלים תשנ"ב, פרק א, ענף א.

12. ר' שלמה קלוגר ור' יוסף אנגל, מצוטטים בסמוך; ר' מאיר צבי ויטמאיר, **שו"ת רמ"ץ**, יו"ד, סי' עו, אות ב; או"ח, סי' כ, אות כב; הרב דוד טעביל דיינאווסקי, "בדין כוונה בקניינים", **אהל תורה** ג (תרפ"ה) [=נדפס מחדש בתוך: **אהל תורה – ברנבוץ (תרפ"ד-תרפ"ו)**, הוצאת מכון ברית התורה, תשנ"ז, עמ' לב, ד"ה ולהנ"ל]; **חידושי רבי שמעון יהודא הכהן שקאפ**, מערכת הקניינים, סי' יא (ירושלים תשנ"ג, עמ' קסג); הרב יחזקאל אברמסקי, **דיני ממונות (הגדרת סוגיהם)**, לונדון תרצ"ט, עמ' 9-13; הרב יחיאל מיכל טוקצינסקי, "השקפה יסודית על תורת הקניינים ועל תורת המנהגים בחברת החיים", בתוך: הרב משה פינדלינג, **תחוקת העבודה**, ירושלים תשי"ה, עמ' קמא; הרב מיכאל אליעזר פארשלוגר (סוכטשוב, פולין – בולטימור, ארה"ב, מאות י"ט-כ'), **תורת מיכאל**, ירושלים תשכ"ז, סי' לב, עמ' קד-קו, וראשונים ואחרונים

דעיקר קנין התורה הוי הגמר בלב להקנות, וכדאמרין בההוא הנאה דמחתני אהדדי גמרו ומקני להדדי,¹³ ואם כן מוכח, היכי דחזינן וידעינן דגמר בלבו – לא בעינן מעשה הקנין, ואם כן היכי דבעינן מעשה הקנין היינו כיון דלא ידעינן מה בלבו, ודלמא אינו גומר בלבו להקנות... וכל מעשה הקנין אינו רק לברר מה שגומר בדעתו, אבל אם ידעינן דגמר ומקני בלב שלם – לא בעינן מעשה.¹⁴

רבי יוסף אנגל, ההולך אף הוא בדרך זו, שולל באופן מפורש את הדרך החלופית להבנת דיני הקניין:

דבשאר קניינים [בשונה מן הקניין בקידושין] אין מעשה הקניין הוא הפועל בעצם, רק ההקנאה באה מעצמה, ממה שהאדם מקנה את הקרקע לחבירו מרצונו. ואך דלולי מעשה קניין לא היינו יודעים שמקנה גם ברצונו, דדיבורא עביד איניש דמיקרי ואמר, ואין ראייה עדיין היות רצונו באמת כך להקנות לו, ומה שאין כן כשעושה מעשה קניין אז ודאי דמקנה לו ברצון הטוב. ועל כרחק עניין מעשה הקניין רק לראיה על היותו מקנה, אבל לא שמעשה הקניין פועל בעצם את ההקנאה.¹⁵

לדעה זו, יסוד הקניין הוא גמירות הדעת, וכל הצורך במעשה קניין הוא רק כדי להוכיח על קיומה של גמירות דעת,¹⁶ או – לפי כמה מן האחרונים – כדי להביא לידי גמירות דעת.¹⁷ כך סברו גם כמה מחוקרי המשפט העברי.¹⁸

שצוינו שם, עמ' קו; ר' ישכר שלמה טייכטאל, שו"ת משנה שכור, ח"א, סי' עב (ירושלים תשל"ד, עמ' 136, ד"ה ואוסף); ר' יהושע מנחם אהרנברג, שו"ת דבר יהושע, ח"ב, סי' צט, אות ט; ח"ג, חו"מ, סי' יג, אות ג; שם, סי' יט, אות י, ד"ה לכן; ריא"ה הרצוג, "הדעת והרצון בהתקשרות ובקנין במשפט התורה", פסקים וכתבים – שאלות והשבות דיני חושן משפט, כרך ט, ירושלים תשנ"א, סי' קיא, עמ' תח; אבי החזון איש (להלן, הערה 72); ר' ישראל גרוסמן, שו"ת משכנות ישראל, סי' לג, אות ג; הרב משה שטרנבוך, מועדים וזמנים השלם, חלק ד, ירושלים תשל"ל, סי' רעו, ד"ה ונראה, לדעתו, בגוי יסוד הקניין נעוץ במעשה הקניין ולא בגמירות דעת). יתכן שגם בעל פני יהושע (גיטין עזב, ד"ה ולא הוי) סבר כן, אך ביחס לתפקיד מעשה הקניין יש לו שיטה ייחודית. ראו: שו"ת דבר יהושע, ח"ג, חו"מ, סי' יט, אותיות ח-י, ומנחת אשר, שם, עמ' צ-צא, שנתקשה בדבריו.

13. בסוגיות "בההיא הנאה" נדון להלן, ליד הערות 32-37.
14. רבי שלמה קלוגר, שו"ת טוב טעם ודעת, מהדורה קמא, רסט, ד"ה והנה עוד יש. על דעתו זו חזר גם בתשובות נוספות: שם, רסה, ד"ה ומ"ש אח"כ; ער, ד"ה הנה; מהדורה ג, ח"ב, קמו. כל התשובות הנ"ל עוסקות בעניין בכור בהמה.
15. בית האוצר, פיעטרקוב תרס"ג, ח"ב, דף יט, ב. הוא מבסס דבריו על חידושי מהרי"ט, קידושין יד, ב, ד"ה והא דכתבו התוספות (הוצאת ס. ל. א., בני ברק תשנ"ג, עמ' נג). ר"י אנגל עמד על גישתו זו גם בספריו האחרים: ציונים לתורה, כלל לט (דפוס צילום: ירושלים תשל"א), דף נו, א; חוסן יוסף, ניו-יורק תש"ה, סי' קמט.
16. כדי להוכיח לכל אחד מהצדדים על קיומה של גמירות דעת בלב חברו, אך אין מטרתו של מעשה הקניין לגלות לאחרים על גמירות דעת, שכן קניין אינו מזיק עדים – "לא איברו סהדי אלא לשקר" (קידושין סה, ב).
17. למשל: אבי החזון אי"ש (להלן, ליד הערה 72); פרי משה – בענייני קניינים, עמ' יב.
18. המנהג מעיד על קיומה של גמירות דעת – גולאק (לעיל, הע' 7), ח"א, עמ' 57, 102-103, ח"ב, עמ' 32; שילם ורהפטיג, דיני חוזים במשפט העברי, ירושלים תשל"ד, ו-15, במיוחד בעמ' 2 ו-15; זרח ורהפטיג, מחקרים במשפט העברי, ירושלים תשמ"ה, עמ' 94-115, במיוחד בסיכום, עמ' 113-114. המנהג מביא לידי

ב. סוגיות הגמרא שמוכח מהן שקניין מבוסס על גמירות דעת

נסקור כמה מן הסוגיות אשר הובאו כראיה לשיטה זו.¹⁹

1. "הן הן הדברים הנקנים באמירה" (כתובות קב, א-ב)

בדבריו לעיל²⁰ מעמידנו הרב שלמה קלוגר על אחת מהראיות לשיטתו – דברי רב גידל בשם רב ביחס להסכמים ממוניים הנעשים בשעת שידוכין:

כמה אתה נותן לבנך? כך וכך, וכמה אתה נותן לבתך? כך וכך, עמדו וקידשו – קנו, הן הן הדברים הנקנים באמירה.²¹

והטעם שניתן לדין זה בבבלי: "בההיא הנאה דקמיחחתי אהדדי גמרי ומקני להדדי".²² הרי לנו, כי כאשר יש גמירות דעת ניתן לקנות גם "באמירה", קרי: "בלא [מעשה] קניין".²³ כך עולה גם מדברי רבנו תם, כשמביא ממימרת רב גידל סיוע לכך שניתן להתחייב מנה בשטר: ואין לתמוה, היכי משתעבד בשטר זה, הא אין מטלטלין נקנין בשטר? דיש לומר, דהואיל וטרח למכתב שטרא גמר ומשעבד נפשיה, שהרי אפילו באמירה בעלמא יש דברים שנקנים, כדקאמר בסמוך [=הכוונה למימרת רב גידל].²⁴

ההוכחה מדברי רב גידל אינה חד-משמעית כיוון שניתן להבין את דינו בצורה אחרת ונחלקו בכך ראשונים ואחרונים: הרב יוסף פוזנר הבין שדין זה "אומד חכמים הוא, שחכמינו אמדו דעתו, [ד]מחמת דמתחחתי אהדדי גמר ומקנה באמירה בעלמא כקנין דעלמא".²⁵ אולם חותנו, בעל הנודע ביהודה, חלק וסבר כי דין זה "בודאי תקנת חכמים היא, שאם לא תקנת חכמים, מה בכך דגמר ומקני באמירה, כיון שאין האמירה קנין, מה מועיל גמירת

גמירות דעת – שלום אלבק, דיני הממונות בתלמוד, תל-אביב תשל"ו, עמ' 112 ואילך, במיוחד בעמ' 119, ובהערה 42.

19. סוגיות נוספות שהובאו על ידי האחרונים כראיה לגישה זו, ולא יידונו במאמר זה: שיתופי מבואות ועירובי תחומין – יש בין האמוראים הסבורים שאין צורך לעשות מעשה קניין בעירוב כדי שיזכו בו אחרים ("לזכות על ידי אחר"). והטעם, שמתוך שאוסר עליו (בעירובי חצרות ומבואות) או כיוון שעושה לשם מצווה (בעירובי תחומין) – "גמר ומקני" (עירובין פ, א, וראו רש"י שם, ד"ה רבי חייא קאי; ותוספות שם, ד"ה רב אמר); הנותן לחברו מתנה מועטת – קנה אף שלא עשה מעשה קניין (בבא מציעא מט, א, וראו תוספות כתובות קב, א, ד"ה אליבא); סוגיית "ירא שמים" (בבא בתרא פח, א); "הכותב לנשיא אין צריך לזכות" (משנה, נדרים מח, א); מעמד שלושתן (גיטין יג, א, ומקבילות, וראו תוספות בבא בתרא קמד, א, ד"ה כהלכתא). מנגד, יש סוגיות שמהן הביאו האחרונים ראיה לדעה המנוגדת. הבולטת שבהן – סוגיית "קניין המועיל" (בבא מציעא י, א). ייתכן, כי המקורות השונים בספרות התלמודית אכן חלוקים ביניהם, אך עניין זה זקק בירור מקיף החורג מגבולותיו של מאמר זה.

20. לעיל, בסמוך להערה 14. ראיה זו הובאה על ידו גם שם, סי' ער, ד"ה הנה.

21. מועד קטן יח, ב; כתובות קב, א; קידושין ט, ב.

22. כתובות קב, ב.

23. רש"י על מימרת רב גידל, קידושין, ט, ב, ד"ה באמירה.

24. תוספות כתובות קב, א, ד"ה אליבא. וראו נחל יצחק (לר' יצחק אלחנן ספקטור מקובנה), סי' מ, ענף ד, שדן בדברי תוספות הנ"ל, והרגיש שיש להם "שיטה אחרת" משיטתו, ולדעתם "כיון דגמר ומקני – מועיל, אף דאין זה מדרכי הקנאה".

25. שו"ת נודע ביהודה קמא, חו"מ, כז, ד"ה ומ"ש כבוד אדוני ח"ל אבל בשטרי.

דעתך? 26. לדעת הרב פוזנר, יש מכאן ראייה שגמירות דעת יוצרת קניין. לעומת זאת, לדעת בעל הנודע ביהודה, מעשה הקניין הוא יסוד עצמאי, ולכן המסקנה המתבקשת היא שיש כאן תקנת חכמים מיוחדת.²⁷

מחלוקת זו מצויה כבר אצל הראשונים: המאירי כותב, שדינו של רב גידל הוא "תקנת חכמים", ומה שאמרה הגמרא בהדיא הנאה דמחתני אהדי, "אין זה עיקר הטעם, אלא כדי שלא יהא הדבר כהלכתא בלא טעמא, סמכו הטעם לומר בהדיא הניתא". אמנם, בהמשך דבריו הביא דעה אחרת, ולפיה אכן "בהדיא הנאה" הוא עיקר הטעם, והדבר תלוי במידת הנאת החיתון, קרי בגמירות הדעת.²⁸ ברם, גם אם נסבור כדעות שאין כאן תקנת חכמים, יש מקום לטעון כי דינו של רב גידל מצומצם ונוגע ליצירת התחייבות אך אינו תקף בהקנת נכסים. מדובר, כאמור, באבי החתן ואבי הכלה המסכמים ביניהם: "כמה אתה נותן לבנך/לבתך". דוק: "מה אתה נותן" לא נאמר כאן, אלא "כמה", היינו: התחייבות על סכום כסף ולא הקנת נכסים בעין.²⁹ ואם כך, לא ניתן להביא מכאן ראייה, כי יכול להיווצר קניין בנכסים על ידי גמירות דעת גרידא.

אמנם, מדברי האחרונים שהביאו ראייה מסוגיה זו לגישתם שעיקר הקניין בגמירות הדעת,³⁰ משמע שלא הבחינו לעניין זה בין התחייבות לקניין. מצאנו אף מי שכתב במפורש, כי מלשון הגמרא עולה שמדובר כאן גם בהקנאה ממש, הן של קרקע והן של מטלטלין, ולא רק בהתחייבות.³¹

26. שם, כח, ד"ה עוד אהובי חתני יידי. והוסיף שם: "ורש"י שפירש הטעם משום דגמר ומקני, הוא טעם למה חידשו חכמים בכאן קנין [ב]אמירה, הוא משום דאמדו חכמים דעתם דניחא להו, ולכן תקנו חכמים שיהיה זה קניין". על דעתו זו חזר שם, מהדורה תנינא, חו"מ, מב. והשוו לדברי הריטב"א, להלן, הערה 42.
27. ראו: תיק 563/תשכב (רחובות), פד"ר ה, 124, בעמ' 126. לדעת בית הדין, בשאלה זו נחלקו המבי"ט ור"י קארו בשו"ת אבקת רובל, פ-פא, לגבי תנאים ממוניים שהתנו אנוסים ביניהם בעת שנישאו כמנהגי הגויים. המבי"ט שם, פ (ירושלים תש"ך, עמ' עא), הוסיף, שהואיל וכך הוא המנהג (להתנות בשעת נישואין), הרי שיש לתנאים אלו תוקף של קניין סיטומתא.
28. המאירי קידושין, ט, ב (מהד' ר"א סופר, ד"ה זה שאמר, עמ' 67). וראו עוד: המאירי כתובות, קא, ב (מהד' ר"א סופר, עמ' 467, 472). כידוע, המאירי נתגלה רק עם גילוי הגניזה הקהירית (בראשית המאה הכ'), ולפיכך לא ראו אחרונים את דבריו. על שתי הדעות במאירי ועל זיקתן לשאלת היסוד בדיני הקניין עמדו: פרי משה – בעניני קניינים, עמ' יט; הרב וייס, "בדין הקניין" (לעיל, הערה 11).
29. דיוק זה העלה הרב וייס בשיעוריו (לעיל, הערה 11), וכבר קדמו הרב ב' רבינוביץ-תאומים, חוקת משפט – הלכות מכירה, ירושלים תשי"ז, קונטרס אחרון – אורח משפט, סי' א, אות ד (וראו שם, שחלק מן הפוסקים הבין כנראה שמדובר בהקנאה ולא בהתחייבות. וראו עוד בסמוך). נראה, שכך הבין גם ר' אפרים זלמן מרגליות (ברודי, המאה הי"ט), שו"ת בית אפרים, יו"ד, סו, ד"ה ולפי"ז, הכותב: "אבל שיקנה באמירה לא אשכחן אלא כגון כמה אתה נותן לבנך כו', וגם שם אינו אלא חיובא דגופא".
30. ראו, למשל, באחרונים שצוינו להלן, הערה 33.
31. נחל יצחק סי' מ, ענף ג. הקנאה – שכן נעשה שימוש בלשון של קניין, הן בדברי רב גידל: "עמדו וקידשו – קנו, הן הן הדברים הנקנים באמירה", והן בהסבר הגמרא: "בהדיא הנאה... גמרי ומקני", ולא כתוב: "גמרי ומשעבדי נפשיה" (השוו לבבא מציעא צד, א); ושמדובר גם במטלטלין – הסיק מסתימת הלשון, והוכיח כן גם מירושלמי בכתובות. ראו שם, ענפים ג-ד.

2. סוגיות "בההיא הנאה גמר ומקני"

מימרת רב גידל אמר רב, שנידונה לעיל, היא אחת מכמה סוגיות, שבהן מצאנו כי יש קניין גם בלא מעשה קניין, וכי די בכך שיש למקנה הנאה כלשהי שמביאה אותו לגמירות דעת ("בההיא הנאה גמר ומקני").³² סוגיות אלו הובאו על ידי האחרונים כראיה לגישה כי עיקר הקניין בגמירות הדעת,³³ ולפיכך כשיש ראיה חזקה על קיומה של זו, שוב אין צורך במעשה קניין.³⁴

שתי דרכים עיקריות מצאנו כבר אצל הראשונים כדי להתמודד עם סוגיות "בההיא הנאה" ולמצמם את החידוש שבהן: האחת מסבירה, בדומה למה שמצאנו לעיל ביחס ל"דברים הנקנים באמירה", כי מדובר בתקנות חכמים מיוחדות.³⁵

דרך נוספת להסבר סוגיות אלו היא לומר, כי "ההיא הנאה" אינה פועלת מצד גמירות דעת אלא נחשבת כמעשה קניין, כקניין כסף או כקניין חליפין.³⁶

ברם דומה כי שתי הדרכים גם יחד קשות, וכי הדרך הפשוטה בביאור סוגיות אלו היא, לומר שה"הנאה" במקרים אלו אכן מביאה לגמירות דעת, ומכוחה של זו – מתבצע הקניין ("גמר ומקני").³⁷

3. המזכה לעובר (בבא בתרא קמב, ב)

כאמור, בסוגיות "בההיא הנאה" לא נעשה מעשה קניין. לסוגיות אלו ניתן לצרף סוגיה אחרת אשר בה אמנם נעשה מעשה קניין, אלא שאין לו תוקף על פי דיני הקניין; מצב השקול למקרה שבו לא נעשה כלל מעשה קניין. חרף עובדה זו ההלכה קובעת שהקניין תקף, מהטעם שנסייבות המקרה מורות כי הייתה למקנה גמירות דעת מלאה להקנות.

32. למשמעותו של הביטוי "בההיא הנאה", ראו: שמא יהודה פרידמן, "הנאה וקניינים בתלמוד", דיני ישראל ג (תשל"ב), עמ' 115-145. בנספח א למאמרו סוקר פרידמן את כל הסוגיות בבבלי שבהן נזכר הביטוי "בההיא הנאה"; ברכיהו ליפשיץ, **אסמכתא** (ירושלים, תשמ"ח), עמ' 209-219; איתמר ורהפטיג, **ההתחייבות** (ירושלים תשס"א), עמ' 88-90, 378-383, 421, 464. על משמעות "בההיא הנאה" ביחס לערב, ראו: הרב שאול ישראלי, **משפטי שאול** – פסקי דין, ירושלים תשנ"ז, עמ' שכב.

33. ר' שלמה קלוגר (**לעיל**, הערה 14); ר"י אנגל, **ציונים לתורה**, כלל לט (דפוס צילום: ירושלים תשל"א), דף נו, א; רש"ש, בכורות יח, ב, ד"ה תד"ה אקנויי; **שו"ת דבר יהושע**, ח"ג, חו"מ, סי' יג, אות ג. כך סובר גם אלבק (**לעיל**, הערה 18), עמ' 116-117.

34. אמנם נראה שמוסכם על הכל כי לא ניתן לומר ש"הנאה" יוצרת קניין בכל מקום, אלא רק במקומות שאמרו חכמים כן. ראו: **נחל יצחק** סי' מ, ענף ד; **חזון אי"ש** בכורות, סי' יט, אות יג; בבא קמא, סי' כא, אות ה.

35. ראו: הרב הרצוג (**לעיל**, הערה 12), ד"ה כנראה. ראיה לטענתו הביא מחידושי הרשב"א בסוגיית הלוקח מן הגזלן (**בבא מציעא** טו, ב): "מוכח מזה שלא נטתה דעת הרשב"א לחשוב בההיא הנאה ליסוד מספיק בעצם, אלא רק לשמש בסיס לתקנת חז"ל שיקנה הלוקח". דומה, כי דברים אלו עולים בקנה אחד עם מסקנת הרשב"א בחידושו בבבא קמא קב, ב (כפי שנביא **להלן**, ליד הערה 62). כך מצאנו אצל כמה מן הראשונים גם ביחס לסוגיית "המזכה לעובר" (אמנם, הביטוי "בההיא הנאה" לא נזכר שם, אך תוכן הדברים זהה, וראשונים ואחרונים השוו בין הסוגיות) – ראו **להלן**, הערה 42, במיוחד בדברי הריטב"א.

36. לסקירת דעות הראשונים בעניין זה, ראו: **נחל יצחק** סי' מ (כולו); פרידמן, (**לעיל**, הערה 32), עמ' 123-127.

37. על הצורך ב"הנאה" כיסוד לקניין, ראו עוד **להלן**, הערה 108.

כוונתנו למימרה שהובאה במסכת בבא בתרא בשם ר' יוחנן:

המזכה לעובר – לא קנה,³⁸ ואם תאמר משנתנו [האומר אם תלד אשתי זכר יטול מנה – ילדה זכר יטול מנה] (משנה, ב"ב ט, ב), משמע: ניתן לזכות לעובר] – הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו [רשב"ם: "וגמר ומקנה בכל לבו, אבל לעובר אחר – לא קנה"]³⁹.

הרי לנו שוב, שגמירות הדעת היא עיקרו של הקניין, וכי בכוחה ליצור קניין גם בהעדרו של מעשה קניין תקף.⁴⁰

אמנם ניתן להשיג על כך ולומר, כי יש מסוגיה זו ראייה רק על כך שניתן על ידי גמירות דעת ליצור התחייבות לתת לעובר מנה, אך עדיין אין מכאן ראייה, כי ניתן גם ליצור קניין ולהעביר בעלות בנכסים בדרך זו.⁴¹ נוסף לכך, חלק מהראשונים צמצמו את דברי המשנה הנזכרת והעמידוה ב"שכיב מרע" ופירשו שזו תקנת חכמים מיוחדת, כדי שלא תיטרף עליו דעתו,⁴² וכך גם דעת אחד האמוראים בירושלמי.⁴³ עם זאת מפשטות לשון המשנה משמע כי הלכה זו נאמרה בכל אדם ומעיקר הדין, וכך גם נפסק להלכה.⁴⁴

4. הקנאת בכור בהמה לכהן (בכורות יח, ב)

שנינו בבכורות:

רחל שלא ביכרה וילדה שני זכרים, ויצאו שני ראשיהן כאחת... מת אחד מהן, רבי טרפון אומר: יחלוקן [הבעלים והכהן], רבי עקיבא אומר: המוציא מחבירו עליו הראייה.⁴⁵

מדובר בכבשה שהמליטה שני טלאים ולא ברור איזה טלה הוא הבכור, שאותו יש לתת לכהן. בגמרא העמיד רבא את מחלוקתם:

38. הטעם, לפי שזו הקנאה למי שלא בא לעולם, ובדומה להקנאת דבר שלא בא לעולם – אינה תקפה. ראו בבא בתרא קמ"א, ב-קמ"ב. וראו עוד: "דבר שלא בא לעולם", אנציקלופדיה תלמודית, כרך ז, עמ' נ-נג.

39. בבא בתרא קמ"ב.

40. וכן הסבירו חלק מהמפרשים את הבעיה בהקנאה למי שלא בא לעולם שהיא נובעת מחסרון בגמירות דעת (ולא מצד שעובר אינו בר זכיה, השוו לדברי הריטב"א, להלן, הערה 42), וכשיש ראייה על גמירות דעת מלאה – הקניין חל.

41. ר"א וייס, מנחת אשר בבא בתרא, תשמ"ז, סי' לב, עמ' צד.

42. נימוקי יוסף על הרי"ף בבא בתרא ס"א, בשם הגאונים (וכך הבינו בדעת הרי"ף כמה מן הראשונים, אך הדבר אינו מוסכם. ראו ש"ך חו"מ רי, א); רמב"ן יבמות ס"א, סוף ד"ה האי; ריטב"א, בבא בתרא קמ"ב, ד"ה ואם תאמר, בשם "קצת רבוותא" ובשם מורו הרא"ה. הריטב"א סובר שעובר אינו יכול לקנות כי אינו "בר זכיה", ואם כן מה מועיל שדעתו של אביו קרובה אליו? ומכאן שמדובר בשכיב מרע, ומשום ש"דעתו של אדם קרובה אצל בנו" תיקנו חכמים כן, כדי שלא תיטרף עליו דעתו.

43. ירושלמי יבמות, ד, א, ביחס למשנתנו: "על דעתיה דרבי לעזר, ובלבד שכיב מרע, הא בריא – לא".

44. רמב"ם מכירה כ"ב, י, ומגיד משנה, שם; שולחן ערוך חו"מ רי, א, ואת הדעה החולקת הביא כיש אומרים. וראו ש"ך שם, א.

45. משנה בכורות ב, ו.

בחצר בעה"ב ורועה כהן, רבי טרפון סבר: אקנויי קא מקני ליה [=בעל הבית לכהן] בחצירו, וניחא ליה⁴⁶ דליתעביד מצוה [בממוניה],⁴⁷ והוה ליה כשנים שהפקידו אצל רועה, שמניח רועה ביניהן ומסתלק.⁴⁸

כלומר, הכבשה הייתה בחצירו של הבעלים, ובכל זאת, רבי טרפון סבר שהבעלים הקנו לכהן את הבכור. בתוספות ביארו כיצד התבצעה ההקנאה:

ואפילו בלא קנין קא קני [קונה הכהן], דגמר ומשעבד נפשיה [בעל הבית], אי נמי כמה פעמים הרועה פותח ונועל... וברשות בעל הבית קא מחזיק.⁴⁹

מסוגיה זו, ובמיוחד מהתירוץ הראשון בתוספות, הסיקו כמה מן האחרונים, שכאשר יש גמירות דעת מלאה ניתן לקנות גם בלא מעשה קניין.⁵⁰ אמנם, מן הסוגיה עצמה אין הכרח להגיע למסקנה זו, שכן ייתכן כי אין מדובר בהקנאה ממש.⁵¹

5. הקנאת מתנות כהונה למכירי כהונה (בבא בתרא קכג,ב)

הלכה פסוקה היא שבכור אינו נוטל פי שנים בירושת אביו כאשר הרכוש הוא בגדר "ראוי". בגמרא נידונה השאלה מה נכלל ב"ראוי" ומה לא:

תנו רבנן: הבכור נוטל פי שנים בזרוע ובלחיים ובקיבה... היכי דמי? אי דאתי לידי אבוהון, פשיטא. ואי דלא אתי לידי אבוהון, ראוי הוא, ואין הבכור נוטל בראוי כבמוחזק? הכא במכירי כהונה עסקינן, ודאשחיט בחיי אבוהון, וקסבר מתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמו.⁵²

כלומר הגמרא הסבירה שזרוע לחיים וקיבה אינם בגדר "ראוי" כיון שמדובר ב"מכירי כהונה". וכך ביאר זאת הרשב"ם: "שאנשי העיר קרוביו ומכיריו של כהן זה, ומזכין לו זיכוי גמור⁵³ במתנות בהמותיהן מיד כשנשחטו",⁵⁴ ובהמשך: "שאלו אוהביו גמרו ומקנו לו המתנות כשהן עדיין בתוך הבהמה, ודמי כמי שהוחזק בהן בחייו".⁵⁵

46. בכ"י מינכן: דניחא ליה, וכן הגירסא ברש"י ובהגהות הבי"ח.

47. כך בנדפס, ובכ"י מינכן גרס מילה זו.

48. בכורות יח, ב. הציטוט על פי דפוס וילנא.

49. תוספות בכורות שם, ד"ה אקנויי.

50. שו"ת רבי עקיבא איגר מהדורה קמא, לו, ד"ה ונלע"ד עוד; רש"ש, בכורות יח, ב, ד"ה תוד"ה אקנויי.

51. ראו: מהרי"ט אלגזי על הלכות בכורות לרמב"ן, כב; ר"א וייס מנחת אשר בבא בתרא, תשמ"ז, סי' לב, עמ' צב-צד. הרב וייס שם טוען, כי גם מדברי התוספות בתירוצם הראשון אין ראיה מכרעת. מכל מקום, ייתכן שגם בעלי התוספות הסתפקו בשאלה זו, ולכן הביאו תירוץ נוסף.

52. בבא בתרא קכג, ב.

53. הרש"ש, שם, העיר על דברי רשב"ם אלו, "ומזכין לו זיכוי גמור": "רצונו לומר בְּלִבָּן".

54. רשב"ם, שם, ד"ה ה"ג במכירי כהונה עסקינן.

55. שם, ד"ה ודאשחיט.

מכאן למדו כמה מן האחרונים, כי ניתן להקנות בגמירות דעת גם בלא מעשה קניין, לפי שיסוד הקניין בגמירות הדעת.⁵⁶ אמנם, יש אחרונים שדחו הראיה מסוגיה זו.⁵⁷

6. "כל המקדיש נכסיו נעשה כמי שהקנה להן... מעיקרא" (בבא קמא קב,ב).

שנינו במשנה במסכת ערכין:

אחד המקדיש את נכסיו ואחד המעריך את עצמו, אין לו [לגזבר למשכנו עבור הערך או כחלק מנכסי ההקדש]⁵⁸ לא בכסות אשתו ולא בכסות בניו ולא בצבע שצבע לשמן ולא בסנדלים חדשים שלקחן לשמן.⁵⁹

הבבלי בבבא קמא דן במשנה זו, ומקבל את הסברו של רבי אבא: "כל המקדיש נכסיו נעשה כמי שהקנה להן כסות אשתו ובניו מעיקרא".⁶⁰ מפשטות דבריו משמע, כי לא נעשה מעשה קניין על ידי המקדיש בטרם הקדיש, אלא שעל ידי כוונתו להקנות לאשתו ולבניו את החפצים הללו הם זכו בהם גם בלא קניין.

כך אמנם הובנו דברי רבי אבא על ידי כמה ראשונים. כך מפורש בראב"ד: "כי משם הצבע זוכה להן במחשבתו וכוונתו. ואע"פ שהצבע אינו מקנה צבעו לאשה אלא לבעל, הוא עצמו בשעה שמקדיש נכסיו גומר בדעתו להקנות לאשה".⁶¹ וכך גם הרשב"א בחידושו, בתירוץ הראשון: "היאך קנו ומי זכה להן? וי"ל, דכל שדעתו קרובה להן הרבה גמר דעתו בהקנאה וזכייה לקנות, ואפילו להפקיע מידי הקדש דאורייתא".⁶² יצוין, כי הרשב"א מעלה אפשרות שתקנת חכמים לפנינו, אך הוא דוחה אותה ומוכיח שההקנאה היא דין גמור מחמת גמירות דעתו של המקדיש [המקנה].⁶³

56. שו"ת טוב טעם ודעת, מהדורה קמא, ער, ד"ה הנה; ציונים לתורה, כלל לט (דפוס צילום: ירושלים תשל"א), דף נו,א; הרב ברוך תאומים פרנקל, גליונות ברוך טעם על קצות החושן, סי' רמג, ד.

57. שו"ת בית אפרים (יו"ד, סו) הסביר, כי במכירי כהונה שאר הכהנים מסיחים דעתם מהמתנות, בודעם שלא יזכו בהן, ולכן זוכים המכירים במתנות גם בלא מעשה קניין; תורת הקניינים (לעיל, הערה 11), עמ' ה, אות י; מנחת אשר בבא בתרא, תשמ"ז, סי' לב.

58. על פי רש"י בבא קמא קב,ב, ד"ה אין לו.

59. משנה ערכין ו, ה.

60. בבא קמא קב,ב.

61. ראב"ד (מהד' אטלס, תשכ"ג), שם. גם בספר התרומות (שער א, א, ה) כתב, שהבעל זוכה לאשתו ובניו "בדיבור בלבד".

62. רשב"א בבא קמא קב,ב, ד"ה הא דאמר ר' אבא (מהד' מוסד הרב קוק, ירושלים תשמ"ז, עמ' תקי).

63. הביטוי "נעשה כמי שהקנה להן" (במקום: "מקנה להן") הוא שהביא את הרשב"א לומר, שמא תקנת חכמים היא זו, היינו: האדם אינו מקנה באמת, אלא "לב בית דין מתנה" על כך. הרשב"א שם מסיק, שהוראת הביטוי האמור היא: אנו אומרים את דעתו שהקנה, אף שלא עשה כן בפירוש, וכך גם לגבי "נעשה כאומר לו: לכשתגב פרתני ותרצה ותשלמני, הרי פרתני קנויה לך סמוך לגניבתה" (בבא מציעא לד, א). לעומת זאת, בחידושי רשב"א, גיטין יג,ב, ד"ה וכתב הראב"ד (מהד' מוסד הרב קוק, ירושלים תשמ"ו, עמ' קכ), ביאר את דברי אמימר ביחס למעמד שלושתן, "נעשה כאומר לו... שעבדנא לך לדיך ולכל דאתו מחמתך": "לא שירדו חכמים לדעתן של לווין ושמו שכך התנה לו בלבו, אלא לומר תקנה התקינו חכמים כאלו אמר לו כך". השוני בין המקומות מתבאר על ידי הרשב"א, שם: אם למתנה יש "תועלת בתנאי", הרי שגומר בדעתו להקנות. אך במעמד שלושתן אין למלווה כל הנאה להשתעבד

בתירוצו השני כותב הרשב"א שאין כאן הקנאה ממש ואת התירוץ הזה הוא מחשיב לעיקר.⁶⁴ גם מדברי רשב"א במקום אחר עולה, כי מן הדין לא ניתן להקנות בגמירות דעת בלא מעשה קניין.⁶⁵

בדומה לראב"ד ולרשב"א בתירוצו הראשון – ולעתים בעקבות דבריהם – מביאים כמה מן האחרונים סוגיה זו כראיה לכך שהקניין נעשה בגמירות דעת בלבד.⁶⁶

7. סיטומתא (בבא מציעא עד, א)

מסוגיית סיטומתא הסיקו ראשונים ואחרונים, כי יש תוקף לדרך קניין הנהוגה במקום מסוים, גם אם אינה כלולה ברשימת דרכי הקניין שבמשנה ובתלמוד.⁶⁷ עקבי לשיטתו, שנתבארה לעיל, מסביר רבי יוסף אנגל גם את דין סיטומתא:

והיינו טעמא נמי דסיטומתא דקני באתרא דנהיגי למיקני, ואף דלא נתנה תורה קניין זה, מ"מ כיון דכל הצרכת מעשה קניין רק להוראה על הרצון, וע"כ [=ועל כרחך] כיון שנהגו לקנות בו הוי ליה גם הוא הוראה על הרצון שפיר מפאת המנהג, ושוב קונה גם מעיקר הדין מפאת הרצון לבד.⁶⁸

גם אחרונים נוספים ביארו את דין סיטומתא בדרך דומה.⁶⁹ אמנם, דין סיטומתא הוסבר על ידי ראשונים ואחרונים גם בדרכים אחרות.⁷⁰

לאחרים, ולכן אין מצידו גמירות דעת, אלא תקנת חכמים היא זו. אמנם, מקצות החושן (צו, יג) משמע שהבין ש"נעשה כמי שהקנה" האמור במקדיש נכסיו הוא תקנת חכמים ולא קניין ממש, ולכן יכול היה לבאר כי נחשב כן רק ביחס לאחרים, אך ביחס לעצמו – עדיין נחשבים הנכסים בבעלותו ויכול למוכרם. על הביטוי "נעשה כ..." כמצייין בדיה (פיקציה) משפטית, ראו עוד: שמואל אטלס, נתיבים במשפט העברי, ניו יורק תשל"ח, עמ' 272 ואילך.

64. רשב"א בבא קמא, שם. וראו שם, הערה 388, מה שתמה המהדיר על תירוצו.

65. רשב"א גיטין יג, ב, ד"ה וכתב הראב"ד.

66. ראו: רש"ש, בכורות יח, ב, ד"ה תד"ה אקנויי; חידושי רבי שמעון יהודא הכהן שקאפ, מערכת הקניינים, סי' יא, עמ' קסג, המסיק מדברי רשב"א אלו: "דקניינים אינם גזירת הכתוב... דענין קניין הוא גמירת דעת של הקונה והמקנה, רק שקבעו שתהא ההוכחה הזאת ע"י מעשה"; ציונים לתורה, כלל לט (דפוס צילום: ירושלים תשל"א), דף נו, א; תורת מיכאל, ירושלים תשכ"ז, סי' לב, עמ' קד; גם במנחת אשר (בבא בתרא, תשמ"ז, סי' לב, עמ' צד) דן בסוגיה זו, ואחר שמנסה לדחות הראיה ממנה בכמה אופנים מסיים: "אך כל זה דוחק, ובפשטות משמע מזה דבאמת מהני גמור ומקנה לקניין, וצ"ע".

67. על הבסיס ההלכתי-משפטי לדין סיטומתא ועל פרשנותם המרחיבה של ראשונים ואחרונים לסוגיה זו ראו בחיבורי (לעיל, הע' כותרת המאמר), עמ' 227-279; ובמאמרי, "קניין סיטומתא": מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין במשפט העברי – הבסיס העיוני ויישומים במשפט האזרחי המודרני", מחקרי משפט כד (תשס"ח), עמ' 243-298.

68. ציונים לתורה, כלל לט (דפוס צילום: ירושלים תשל"א), דף נו, א.

69. ר' שלמה קלוגר (לעיל, הערה 14); רש"ש, בכורות יח, ב, ד"ה תד"ה אקנויי; שו"ת רמ"ץ יו"ד, סי' עו, אות ב; אור"ח, סי' כ, אות כב; מהרש"ם, משפט שלום סי' קצד, סע' ב, ד"ה כלל העולה (אם כי בהמשך הסתפק בכך); חידושי רבי שמעון יהודא הכהן שקאפ, מערכת הקניינים, סי' יא, עמ' קסג; פרי משה – בענייני קניינים, עמ' יא-יב.

70. ראו בחיבורי (לעיל, הערת כותרת המאמר), עמ' 289-348; ובמאמרי, לעיל, הערה 67.

לסיכום הגישה שהוצגה בפרק זה נביא את דבריו הקצרים והבהירים של ר' שמריהו יוסף קרליץ, אביו של החזון איש:⁷¹

כלל גדול יהיה לך בקניינים, דעיקר הקנין הוא שיגמור בלבד להקנות הדבר לחבירו וחבירו יסמוך דעתו עליו. ויש דברים שקיים להו לחז"ל שבדבור בעלמא גומר בלבד להקנות לחבירו, ויש שאינו גומר בלבד רק ע"י הקניינים המפורשים מן התורה או מחז"ל, ודוק היטב בזה והפוך בה דכולה בה, דוק בש"ס ופוסקים ותמצא כן.⁷²

נראה, כי שיטה זו דורשת הבהרה. באומרנו, כי מטרת מעשה הקניין לגלות על גמירות הדעת, אין הכוונה כי כל אחד מפרטי הלכות הקניינים נגזר באופן ישיר מאופן גמירות דעתם של בני אדם. אכן, דרכי הקניין – בין אלו שמן התורה ובין אלו שמתקנת חכמים – נקבעו כדי להעיד על גמירות הדעת.⁷³ אולם ברור, "שאעפ"י שזהו היסוד של כל דרכי ההקנאה, אבל יש בכל זאת גדרים דוגמטיים בדרכי הקניינים שאין מתחשבים לגמרי עם יסוד זה באופן רציונלי פשוט".⁷⁴ וכוונת הדברים, לכל פרטי דיניהן ודקדוקיהן של דרכי הקניין, לדוגמה: צורת מעשה הקניין, המקומות שבהם מועילה כל אחת מדרכי הקניין ובהם אינה מועילה, וכדומה.⁷⁵

אמנם, ניתן לנסות ולטעון כי המחלוקת ופרטי הדינים השונים שבהלכות הקניינים המצויים בתלמוד סובבים סביב שאלת גמירות הדעת, ויש אף אחרונים שהלכו בדרך זו.⁷⁶ ברם, נראה לנו, כי אף שבכמה מקרים ניתן אולי להסביר כך, הרי שלא ניתן לומר כן ביחס לכל הסוגיות.⁷⁷

71. כיהן 34 שנים כרב בקוסובה, ליטא, החל משנת תרמ"ב ועד פטירתו. ראו עליו: הרב שלמה כהן (עורך), פאר הדור – חיי החזון איש, בני-ברק תשכ"ז, עמ' מח-סה.

72. חזון איש חו"מ (בני ברק, תשכ"ו), כב, דף נא, ד"ה כלל גדול. הדברים הועתקו מהגהותיו של האב על טור, חו"מ. ככל הנראה, דעת החזון איש עצמו בנושא זה אינה כדעת אביו, ראו להלן, הערה 99.

73. החידוש הוא שגם ביחס לקניינים מן התורה אומרים כן, כפי שכתב במפורש ר"י אנגל, ציונים לתורה, לעיל, הערה (15): "והוא [=מעשה הקניין] רק מעשה הוראה על הרצון, וקבעה תורה בכל דבר מעשה השייך בו לפי עניינו... שיוכל האדם להורות בה רצונו בבואו להקנות לחבירו". ולא חשש ר"י אנגל, כפי שלא חששו אחרונים אחרים, שיש בהסבר זה משום נתינת "טעמא דקרא" (כפי שהקשה הרב וייס, להלן, ליד הערה 79, וראו עוד שם בעניין זה).

74. הרב הרצוג, לעיל, הערה 12.

75. השו"ת לדברי ליפשיץ (לעיל, הע' 32), עמ' 394, הערה 1, ביחס לדרישה שהקניין יחול "מעכשיו": "הצורך שהאמצעי שבו נעשה הקניין יהיה מצוי בפועל בעת תחולתו של הקניין... מלמד על כך, שמהותו של מעשה הקניין אינה קשורה באופן בלעדי למישור של סמיכות הדעת. אילו כך היו פני הדברים, ניתן וצריך היה לומר, שמכיוון שנעשה מעשה קניין למדנו על סמיכות דעתם של הצדדים לעסקה להעברת הזכויות בנכס מן המקנה אל הקונה, ואין זה משנה מתי יעברו הזכויות מיד ליד. תפיסת מעשה הקניין היא אפוא תפיסה מכנית נוקשה למדי".

76. תורת מיכאל, ירושלים תשכ"ז, סי' לב, עמ' ק, המסביר שמחלוקת ריש לקיש ורבי יוחנן, האם משיכה קונה או מעות, תלויה בשאלה, "במה מראה דגמר בלבד ואיזו הסכמה צריך", והוסיף: "וכן הענין בשאר קניינים"; כך כתב גם פרי משה – בענייני קניינים, עמ' יב-יג, ביחס למחלוקת ריש לקיש ורבי יוחנן, על פי דברי המקנה (ר' פנחס הלוי הורביץ), קידושין כב, ד"ה בגמרא אמר שמואל.

77. דוגמה לסוגיה שאותה יקשה מאוד להסביר על יסוד שאלת גמירות הדעת, היא הסוגיה בבכורות יג, א, הקובעת שדרכי הקניין במטלטלין בישראל ובגויי הן שונות. ראו על כך להלן, ליד הערה 91 ואילך.

לאור האמור, יש להבחין, אפוא בין תכלית מעשה הקניין לבין הסיבה להיווצרותו. היינו: בין שאלת מטרת מעשה הקניין – שעליה התשובה ברורה, להביא לגמירות הדעת או להוות ראיה על קיומה – לבין השאלה, מדוע נקבעה דרך קניין פלונית בצורה מסוימת, שאלה שאינה מענייננו במאמר זה.⁷⁸

ג. הקשיים בשיטה שמעשה הקניין יסודו בגמירות הדעת והדרכים ליישובם

לדעת מורי ורבי הרב אשר וייס,⁷⁹ קשה לומר על מעשי הקניינים שאינם פועלים בעצמם את העברת הבעלות וכל מטרתם רק להוכיח על גמירות דעתו של אדם. הקושי חמור במיוחד ביחס לקניינים מדאורייתא, שכן יש בכך משום נתינת "טעמא דקרא" לקניינים שקבעה תורה, וכן "קשה הדבר לומר על דין תורה דאינו אלא להוכיח על כונתו ולא בעצם". אולם, גם ביחס לקניינים דרבנן מסתבר שמעשה הקניין הוא היוצר את הקניין. בהקשר זה ראוי להעיר כי כבר כתבו כמה אחרונים, על סמך דברי התוספות,⁸⁰ כי לכולי עלמא מותר ליתן טעם למצוות התורה (והדיון בראשונים בנושא טעמי המצוות יוכיח), ומה שנחלקו תנאים אם "דרשינן טעמא דקרא", הוא רק כשבאים לגזור נפקות הלכתית מן הטעם.⁸¹ טענה נוספת טוען הרב וייס כנגד הסוברים שיסוד מעשה הקניין בגמירות הדעת. אם כדבריהם, מדוע אפוא כאשר אדם עשה מעשה קניין, וגילה בכך דעתו שרוצה לקנות, אך לא עשהו כדן, כגון שביצע קניין משיכה ברשות הרבים –

למה לא יקנה? הלא אין הקנין עושה כלל את עצם ההקנאה אלא דעת האדם בלבד, והלא בודאי הוכיח רצונו ע"י קנין, וע"כ דמעשה הקנין הוא שפועל בעצם את העתקת הבעלות מאדם לאדם.⁸²

78. נראה, שחלק מדרכי הקניין נקבע על סמך המנהג. ראו למשל: שטר במטלטלין – לא קונה, כי "שטרא לפירי לא עבדי אינשי" (בבא בתרא לג, ב); מסירה בבהמה – רש"י קידושין כה, ב, ד"ה נקנית במסירה, "אבל משיכה לא מקניא, דאין דרכה בכך" (אמנם ראשונים אחרים שם חלקו על רש"י, אם כי לא בהכרח על העיקרון). עם זאת, כאמור לעיל, בפרטי הלכות הקניין מצויים גם יסודות "פורמאליים" שאינם משקפים בהכרח גמירות דעת.

79. מנחת אשר בבא בתרא, תשמ"ז, סי' לב, עמ' צ.

80. תוספות גיטין מט, ב, ד"ה ורבי שמעון.

81. ראו: הרב צבי שכטר, ארץ הצבי, ניו יורק תשנ"ב, עמ' קלח. ניתן לטעון כי גם בנידונו יש נפקות הלכתית לטעם שביסוד מעשה הקניין, והיא: אם מקבלים את הגישה שיסוד הקניין בגמירות הדעת, הרי שבכל מקרה שבו ניתן להסיק מן הנסיבות על גמירות דעתו של המקנה – יחול קניין אף בלא מעשה קניין, לעומת זאת, אם מקבלים את הגישה שמעשה הקניין נחוץ כיסוד עצמאי – לא יחול קניין בלא מעשה קניין. ברם, דומני כי באופן מעשי לא קיימת נפקות בין שתי השיטות. שכן, כפי שכבר ציינו (לעיל), הערה (34), גם בעלי הגישה הראשונה מסכימים, כי לא ניתן לומר שקניין נעשה בגמירות דעתו של המקנה גרידא ("בההיא הנאה"), אלא באותם מקרים שקבעו חכמים כן. לדעות שונות בעניין "טעמא דקרא" ראו: אנציקלופדיה תלמודית, כרך כ, עמ' תקסח. בשיחה עמי הבהיר ר"א וייס, שהביטוי "טעמא דקרא" שנקט הוא רק שיגרא דלישנא ואינו בדווקא.

82. מנחת אשר בבא בתרא, תשמ"ז, סי' לב, עמ' צ.

אף על פי כן נראה לנו, כי גם בטענה זו אין כדי לבטל את השיטה שיסוד הקניין בגמירות הדעת. אכן מטרת מעשה הקניין היא להוכיח על גמירות הדעת, אך, כאמור לעיל, קיימים גדרים פורמאליים-אובייקטיביים בדיני הקניין,⁸³ ואיננו בוחנים את גמירות דעתם הסובייקטיבית של הצדדים בכל מקרה ומקרה.⁸⁴ לפיכך, אם לא נעשה קניין המשיכה כדין, הרי שגם אם ברור מן הנסיבות כי הצדדים גמרו בדעתם – אין לכך תוקף.⁸⁵

הרב וייס מוסיף ומקשה על דעת ר' יוסף אנגל:

ועוד דלא הבנתי בכלל כל דבריו, דאם צריך מעשה להוכיח על גמר דעת, הרי בודאי צריך הוכחה על גמר דעתו של המקנה, דבעינן ביה "גמר ומקנה", ולא של הקונה; דהקונה הלא בודאי מתכוין לקנות, אך את מעשה הקניין עושה הקונה ברוב הקנינים, כגון הגבהה ומשיכה במטלטלי וחזקה בקרקע. ואין לומר דמעשה הקניין שעושה הקונה הוא הוכחה על גמר דעת המקנה מדשתיק ולא מחה בו, דהרי הקניין מהני אף שלא בפני המקנה כלל כשאמר ליה לך חזק וקני. וע"כ דאין הקניין כדי להוכיח על גמר דעת המקנה בלבד... אלא עצם הסיבה והכנסת החפץ והממון לרשות הקונה ע"י הקניין.⁸⁶

גם קושיה זו ניתן לפתור, לעניות דעתנו. ראשית, לא ברור לנו על יסוד מה מניח הרב וייס כהנחה פשוטה, כי נחוצה הוכחה רק לגמירות דעתו של המקנה, ו"הקונה הלא בודאי מתכוין לקנות".⁸⁷ ניטול, דרך משל, עסקת מכר. קניית הממכר מטיבה מותנית במחיר, ודרוש אפוא גילוי דעת על כך שהקונה גמר בדעתו לקנות את הממכר במחיר שנדרש

83. הרב צימבליסט בפסק דין מתמודד בדיוק עם הבעיה שהעלה הרב וייס, ומיישבה בדרך המוצגת על ידינו כאן. ראו: הרב חיים גדליה צימבליסט, "דרכי קניין דירה", **דברי משפט ד** (תשנ"ח), עמ' רעז.

84. על עניין המבחן האובייקטיבי לגמירות הדעת ראו בחיבורי **לעיל**, הערת הכותרת), עמ' 141-142.

85. הרב וייס (בבא בתרא, תשמ"ז, סי' לב, עמ' צ) היה מודע להסבר מעין זה: "וידעתי שיש לדחוק, דאף בקנינים דאורייתא הוא הרצון יסוד הקניין, אלא דכיון דהוי גזירת הכתוב צריך שיעשה את החזקה בכל פרטיה ודקדוקיה כדי לקנות", אלא שהתקשה לקבלו. ראו שם.

86. **מנחת אשר**, שם.

87. [הערת עורך: אכן ישנן ראיות רבות לכך שהעברת הבעלות נעשית על ידי גמירות דעתו של המוכר, והראשית שבהן היא (סוכה מו, ב):

אמר רבי זירא: לא ליקני איניש הושענא לינוקא ביומא טבא קמא. מאי טעמא? דינוקא מקנא – קני, אקנויי – לא מקני.

מכאן משמע שניתן להקנות לקטן למרות שאין בו דעת, אולם, הוא אינו יכול להקנות. והדברים ארוכים (ראה לדוגמא קצות החושן רעה, ד). ע.ר.]

תגובת המחבר: הקנאה לקטן באמצעות "דעת אחרת" מבוססת, לדעת חלק מהפוסקים, על דין זכייה (ראו קצות החושן רלה, ד, בדעת הרמב"ם, הל' מכירה כט, יא), וניתן לזכות לאדם גם בלא דעתו (ראו **לעיל**, הערה 1). במקרים אחרים, בדרך כלל צריך גמירות דעת לקניין גם מצד הקונה. ראו **לעיל**, הערה 3, ובהערה הבאה.]

לשלם עבורו.⁸⁸ ניתן לתאר מצבים נוספים, שבהם לא ברור מאליו שהקונה אכן מעוניין לקנות.⁸⁹

על עצם הקושיה ניתן להשיב, כי המקנה גומר בדעתו להקנות עם השלמת מעשה הקניין, גם אם ביצעו המעשי של אקט זה יהא על ידי הקונה, ואף אם ייעשה שלא בפניו. אין בכל אלה כדי לגרוע מגמירות דעתו של המקנה, שכן באומרו "לך חזק וקני" גילה דעתו כי מעשה הקניין נעשה על דעתו.⁹⁰

קושיה נוספת על הגישה שאומרת שישוד הקניין בגמירות דעת עולה מסוגיה בבכורות, שם מובאת מימרת אביי: "או קנה מיד עמיתך" – מיד עמיתך הוא דבמשיכה, הא מיד עובד כוכבים – בכסף. בהמשך הסוגיה נקבע העיקרון: "מה עמיתך בחדא, אף עובד כוכבים בחדא"; ולכן, לריש לקיש, הדורש מפסוק זה כי ישראל קונה במשיכה מן התורה, הרי שגוי קונה בכסף, ולר' יוחנן היפוך הדברים.⁹¹

הקושי מסוגיה זו ברור. אם תוקף הקניין תלוי בגמירות דעת, מה שייך לחלק בין ישראל לגוי בדרכי הקניין, וכי ישראל גומר בדעתו באופן שונה מאשר גוי?⁹²

כמה דרכי הסבר לסוגיה זו מצאנו באחרונים. יש שניסו לתת לסוגיה הסבר עקרוני. לדעת הרב שלמה קלוגר, בסוגיה זו נקבע הבדל עקרוני בדרכי הקניין בין ישראל לגוי: גמר דעת מועיל רק בישראל, כי "שארית ישראל לא יעשו עולה" וודאי לא יחזור בו, ולכן נחשב גמר דעתו כמו מעשה קניין, "אבל בנכרי ד'אשר פיהם דבר שוא', בזה לא מהני מן התורה גמר בלבו, רק מעשה".⁹³ ויש מי שנתן הסבר אחר,⁹⁴ ברם, לדעתנו, הסברים אלו קשים ודחוקים.

רבי יוסף אנגל מסביר את הסוגיה בדרך אחרת על פי המהרי"ט.⁹⁵ לדעתו, כיוון שמעשה הקניין אינו בעל ערך עצמי, אלא רק נועד לראיה על הרצון, "שפיר קבעה תורה בכל דבר

88. ראו שו"ת דברי יהושע ח"ג, חו"מ, יג, ג, הקובע בהחלט: "דכשם שהמקנה צריך להקנות בלב, כך הקונה צריך שיכון לקנות".

89. אמנם, "זכין לאדם שלא בפניו", היינו שלא מדעת הקונה-הזוכה, אך זה דווקא כשברור שזכות היא לו ולא חובה. בשיחה עמי הבהיר ר"א וייס, שלא הייתה כוונתו לומר שלקונה יש תמיד גמירות דעת לקנות, אלא שלעתים גמירות דעתו ברורה מאליה (כגון במתנה, אלא אם כן הוא בגדר "שונא מתנות יחיד"), מה שאין כן לגבי המוכר, שתמיד צריך הוכחה שגומר בדעתו למכור ואינו עושה כן מחמת לחץ ודחוק. ואמנם, בשתי מהדורות מאוחרות יותר, הניסוח הוא כך: "דהקונה הלא מסתמא מתכוין לקנות, ובפרט במתנה". ראו: מנחת אשר, בבא בתרא, תשמ"ז, סי' לב, עמ' קנו [=מנחת אשר – לקט שיעורים ושוחות על ספר ויקרא, ירושלים, תשס"ה, סי' נו, עמ' שסח].

90. ביחס לצורך באמירת המקנה "לך חזק וקני" קיימים הסברים אחדים באחרונים. ראו סיכום הדעות בספר תורת הקניינים (לעיל, הערה 11), מילואים, סי' יח, עמ' תקלב-תקלה.

91. בכורות יג, א-ב.

92. כך הקשו: רא"מ חברוני משאת משה, קידושין (ירושלים תשכ"א), סי' ג, אות ב; רמ"מ סגל פרי משה – בענייני קניינים, בני ברק תשנ"ב, סי' א, אות ו, עמ' יב; רא"ז וייס, "בדין הקניין" (לעיל, הערה 11). מעניין, כי אחרונים רבים, שסברו כגישה דלעיל, לא עמדו כלל על הקושי מסוגיה זו.

93. שו"ת טוב טעם ודעת, מהדורה קמא, סי' רסט, ד"ה והנה עוד יש. וראו שם, כיצד הסביר הסוגיה לאור עיקרון זה.

94. רא"מ חברוני משאת משה, קידושין (ירושלים תשכ"א), סי' ג, אות ב.

95. חידושי מהרי"ט, קידושין יד, ב.

מעשה השייך בו לפי עניינו להוראה על הרצון, ואם כבר יש שם לפי עניין הדבר מעשה להוראה על הרצון, למה עוד מעשה אחר.⁹⁶ היינו, חכמים הסיקו מן הפסוק, כי התורה נתנה לכל אחד דרך אחת להורות על רצונו לקניין.

לפי הסבר זה, הרי כאן דוגמה נוספת לדברינו לעיל ביחס לגדרים פורמאליים בדיני הקניין.⁹⁷ הסיבה לקביעת קניין מסוים שמועיל לישראל ולא לגוי וקניין אחר לגוי היא, ככל הנראה, טכנית-פורמאלית ביסודה (על סמך דרשת הפסוק "או קנה מיד עמיתך") ואינה עקרונית.⁹⁸ עם זאת, אין בכך משום פגיעה בעיקרון המהותי, כי תכלית מעשה הקניין להביא לגמירות דעת.

ד. מעשה הקניין – יסוד עצמאי

הדעה המנוגדת לזו שהוצגה עד כה – וכאמור, זו דעת מיעוט בקרב האחרונים – טוענת שמעשה הקניין הוא יסוד עצמאי, וכי הוא, ולא גמירות הדעת, הפועל והיוצר את הקניין.⁹⁹ כפי שנראה, גם בקרב בעלי דעה זו קיימים הבדלים. הרב א"מ חברוני כותב:

נראה לכן דגדרי הקנינים הם, שהלכה למשה מסיני שאין המקח נקנה בדברים ובעי מעשה הקנין, אבל איזהו מעשה הקנין, לזה לא ניתנה הלכה, אלא כל שהנהיגו בעולם למעשה הקנין, זהו קונה מן התורה.¹⁰⁰

דברי רא"מ חברוני מבוססים על ברייתא בירושלמי, העוסקת בהתפתחות דרכי הקניין במקרקעין,¹⁰¹ אך אין הוא מתמודד עם סוגיות "בההיא הנאה".

96. **בית האוצר וציונים לתורה**, כלל לט (דפוס צילום: ירושלים תשל"א), דף נו, א. הציטוט מתוך בית האוצר, שם.

97. ראו לעיל, בסמוך להערה 74.

98. ר"י אנגל (**בית האוצר, לעיל**, הערה 15) מדגיש כי לאור תפיסתו ביסוד הקניין הרי שאין שוני איכותי בין הקניינים השונים, ולפיכך לא שייך ללמוד זה מזה בקל וחומר, "דאין שם כלל עניין קלות וחומר, היינו קלישות ואלומות מעשה הקניין, כיון שאין מעשה הקניין פועל כלל והוא רק לראיה". יש כאן, אפוא, קביעה פורמאלית של התורה ביחס לסוג הקניין, שהיא בגדר גזירת הכתוב.

99. כך, כנראה, סבור גם רב האי גאון בספר המקח והממכר, ראו: אברהם קרלין, "ספרי רב האי, שיטתו והשקפותיו בדיני ממונות", סיני ב (תרצ"ח), עמ' תרפז-תרפח. דעה זו מבוססת ביתר בהירות אצל כמה מן האחרונים: שו"ת נודע ביהודה (לעיל, הערה 26); מהרש"ם, משפט שלום, קצד, ד"ה כלל העולה, ירושלים תש"ן, עמ' קצא, ולדעתנו, ראייתו שם מהרמב"ם אינה מוכרחת; הרב חיים פנחס שיינברג, טבעת החושן, ירושלים תשל"ח, ח"ג, עמ' 3-2: "עיקר הקניין הוא המעשה, שזהו שעושה החלות של ההקנאה, אלא שבעיני דעת שעל ידי זה נעשה המעשה למעשה קניין, אבל מכל מקום עיקר הוא המעשה". בין הראיות שהביא לשיטתו הם דברי החזון איש (אה"ע, סי' מד, אות ז): "ועיקר הקניין שגזרה תורה הוא שיעשה מעשה וידע שבוה גומר קניין". לדעתנו, אין משם כל ראיה, וגם שאר ראיותיו שם ניתנות לדחייה. דעת החזון אי"ש – מדבריו במקומות אחרים (ראו לעיל, הערה 34) משמע שהוא סבר כדעת הנודע ביהודה הנ"ל. היינו, שבכל המקומות שמצאנו בש"ס הקנאה על ידי גמירות דעת ובלא מעשה קניין מדובר בתקנת חכמים, כי מן הדין לא ניתן להקנות בלא מעשה קניין.

100. משאת משה, קידושין (ירושלים תשכ"א), סי' ג, עמ' ה.

101. ירושלמי קידושין א, ה. לדיון בברייתא זו ראו בחיבורי (לעיל, הערת הכותרת), עמ' 152-158.

הרב אשר וייס סובר,¹⁰² כי יש שני מסלולים שונים בקניין. במקום שיש אומדנא של חכמים שהכל גומרים ומקנים ("בההיא הנאה גמר ומקני"), אין צורך כלל במעשה קניין, שכן גמירות דעת חזקה זו שקולה לקניין.¹⁰³ ברם, זה רק ב"מקום שחז"ל קבעו, שכוונתו להקנות היא כוונה גמורה ומושלמת, ללא סייג ופקפוק".¹⁰⁴ לעומת זאת, במקום שלא קיימת אומדנא כזו – נחוץ מעשה הקניין מסיבה עצמאית ליצירת הקניין, ולא לשם הוכחה על גמירות הדעת.¹⁰⁵

כמה מן האחרונים סברו, כי יש לחלק בעניין זה בין קניינים להתחייבויות. הקנאת נכסים – לא ניתן לבצע בלא מעשה קניין, אך התחייבות, שאינה אלא שעבוד הגוף לחיוב – ניתן ליצור באמצעות גמירות דעת גם ללא מעשה קניין.¹⁰⁶ בדרך זו הלך גם ס' דויטש.¹⁰⁷ סוגיות "בההיא הנאה"¹⁰⁸ נתפרשו על ידי בעלי שיטה זו בהתחייבות ולא בהקנאה, או בדרכים אחרות.¹⁰⁹

102. מנחת אשר בבא בתרא, תשמ"ז, סי' לב, עמ' צ, ד"ה ויותר היה נראה; עמ' צב, ד"ה אמנם נראה.
103. "דקיי"ל לחז"ל, דהיכי דאנן סהדי שבכה"ג סתם בני אדם גמרי ומקני – לא צריך כלל מעשה קניין, דגמירות דעת היכי דאנן סהדי דכולי עלמא נהגי כן, הוי ג"כ כקניין" (מנחת אשר, שם, עמ' צ, ד"ה ויותר היה נראה). הרב וייס מסביר שם, שחז"ל למדו כך, "כיון דיסוד גדרי קנין אינו חידוש של תורה, אלא יסודו בדעת בני אדם והנהגתם". כלומר, מסלול זה של קניין היה קיים עוד קודם מתן תורה, בטרם נתחדשו קניינים של תורה, וגם לאחר מתן תורה לא בטל. דבריו מסתמכים, ככל הנראה, על שו"ת חתם סופר, יו"ד, שי.
104. בשיעורו "בדין הקניין" (לעיל, הערה 11) נטה הרב וייס לומר, כי סוג זה של הקנאה אמור רק בהנאה מחמת מצווה, כבסוגיה בבכורות יח,ב; וכן כתב במנחת אשר בבא בתרא, תשמ"ז, סי' לב, עמ' צב. חילוק זה העלה כבר באבני מילואים ל, ג, ד"ה ומ"ש הר"ן, על סמך הגמרא בבכורות הנ"ל (תודה לרב מאיר ברקוביץ, שהעמידני על דבריו), שם הוא מסביר דעת הר"ן, כי בעניין קידושין יכול אדם להקנות לאשה מקום גם בלא מעשה קניין, מחמת המצווה שבדבר, "משא"כ במקדש וממכר לא גמר ומשעבד נפשיה כולי האי". דברי אבני מילואים הובאו על ידי הבאים אחריו, למשל: מנחת חינוך, הוצאת מכון ירושלים תשמ"ח, סוף מצווה שלו (במהדורות קודמות נדפס כהשמטה בסוף מצווה שמב).
105. יצוין, כי גם לפי בעלי השיטה שמעשה הקניין יסודו בגמירות הדעת, קיימים שני מסלולים דומים, אלא שכאמור, תפיסת היסוד אצלם הפוכה מזו המוצגת כאן. ראו למשל, תורת מיכאל, ירושלים תשכ"ז, סי' לב, עמ' קו: "דעיקר הקניין הוא ההסכמה הגמורה בלבד להקנין, ומהאי טעמא איכא למימר, דהיכי דידעינן דהוי הסכמה גמורה [כבסוגיות 'בההיא הנאה'] – מהני באמירה בעלמא, ואפילו בדבר שלא בא לעולם, ולא מצריך לדין קנייני התורה; ורק היכי דהוי ליה הקניין מצד דין תורה – אזי מצריך שהקניין יהיה בדרך שחידשה התורה, כגון בדבר שלא בא לעולם לא קני".
106. שו"ת בית אפרים (יו"ד, סו); גם הרב וייס במנחת אשר (בבא בתרא, תשמ"ז, סי' לב) הלך בתחילה בדרך זו, אם כי במסקנתו נטה לומר, כי יש כאן שני מסלולים, כמובא לעיל בשמו.
107. דויטש גורס, כי בעוד שבהתחייבויות די בגמירות דעת של הצדדים, הרי שבקניין "יש צורך בשני אלמנטים מצטברים, גמירת דעת" (יסוד נפשי) ומעשה קניין (יסוד פיזי), ולאחד ללא השני אין תוקף". סיני דויטש, גמירות דעת בקניינים והתחייבויות במשפט העברי, עבודת מוסמך, אוניברסיטת תל-אביב, תשל"ג, עמ' 3. וראו עוד שם, עמ' 19 ואילך. דויטש מדגיש (שם, עמ' 21), כי בקניינים מעשה הקניין אינו בא לשם הוכחת גמירות הדעת, אלא הוא "יסוד פורמאלי בעיקרו".
108. גולאק (לעיל, הע' 7, ח"ב, עמ' 32-42) סבר, כי יסוד הקניין הוא מתן שווי או הנאה. לשיטתו, הקנאה או התחייבות מצריכה בדרך כלל מתן תמורה – קרי, שווי ממשי – כנגדה. לעתים היא נעשית בדרך של מתן שווי מדומה (קניין סודר), ובמקרים חריגים – בהסכמה בלבד, כשטובת ההנאה המגיעה למתחייב ("בההיא הנאה") היא השווי הניתן כנגד החיוב

סיכום

במאמר זה עמדנו על יסודות הקניין, כפי שנתבארו על ידי הראשונים, וביתר הרחבה וביאור על ידי האחרונים. בקניין שני מרכיבים: גמירות דעת ומעשה קניין. אין חולק על כך, כי קניין דורש **גמירות דעת**, הן מצד הקונה (למעט מקרים חריגים, כדוגמת "זכין לאדם שלא בפניו") והן מצד המקנה, ובלא גמירות דעתם אין לקניין תוקף. ברם, בקרב הראשונים והאחרונים נחלקו הדעות בשאלת תפקידו של **מעשה הקניין**.

במהלך הדברים הוצגו השיטות השונות בנושא וכן עיקרי הראיות שהובאו על ידי בעלי אותן שיטות מסוגיות התלמוד ומדברי הראשונים.

יש הסוברים כי מעשה הקניין הוא יסוד עצמאי, והוא עיקרו של הקניין. ברם, דעת רוב האחרונים היא, כי **יסוד הקניין הוא גמירות הדעת**, וכי מעשה הקניין נחוץ רק **כאמצעי** להביא לידי גמירות הדעת, או כראייה לקיומה. משום כך, במקום שגמירות הדעת מוכחת בבירור מן הנסיבות, ניתן לקנות גם בלא מעשה קניין. בעלי דעה זו מתבססים על כמה סוגיות בבבלי, וביניהן סוגיות "בההיא הנאה גמר ומקניי", "דברים הנקנים באמירה", "המזכה לעובר", ועוד.

אמנם אין ספק כי יש בידי הקניין גדרים פורמאליים, למשל צורתו המדויקת של כל אחד ממעשי הקניין. עם זאת, אין בכך משום סתירה לדעה המקובלת על רוב האחרונים, כי תכלית מעשה הקניין היא להביא לידי גמירות דעת או להעיד על קיומה.

ואכן כן כתב כבר רשב"א (שיטה מקובצת, ב"מ צד, א, ד"ה הקשה הראב"ד): "לא מצינו שיתחייב אדם אלא מחמת שנהנה מחבירו... וא"נ בקניין שהוא כחליפין אליבא דהלכתא, דבעינן כלי של קונה [=תמורה]. וראו בהמשך דבריו שם. אמנם, דברי הרשב"א נוגעים לקניין על התחייבות שמקבל עליו שומר, אך כידוע הושוו בתלמוד קנייני החיוב לקנייני הרכישה. ראו: י"ש צורי, **הערעורים (על חוזים ויתר המעשים והעסקים המשפטיים)**, לונדון תרצ"ה, עמ' 195; ש' אלבק, "זכויות הקניין בתלמוד למיניהן", סיני סח (תשל"א), עמ' ח-לא, וש' אלבק, **לעיל**, הערה 18, עמ' 368-369.

בעקבות גולאק סברו גם מלומדים נוספים, כי המשפט העברי נוקט בשיטת ה"תמורה", וכי הוא קרוב ביותר לדרישת ה"תמורה" ("valuable consideration") שבמשפט האנגלי. ראו: י"י רבינוביץ, "גמירת הדעת במשפט העברי, האנגלי והאמריקאי", **בצרון**, שנה ד, חוברת ד (טבת תש"ג), עמ' 271-274; י"ד אייזנשטיין, **אוצר ישראל**, ניו יארק תשי"ב, ערך "קניין", כרך ט, עמ' 200 (לגבי קניין סודר).

חוקרי המשפט העברי שאחרי גולאק (ש' ורהפטיג [לעיל], הערה 18, עמ' 15; ז' ורהפטיג [לעיל], הערה 18, עמ' 96-97, 113-114; ש' אלבק [לעיל], הערה 18, עמ' 119, הערה 42) חלקו על גישתו, וזו גם המסקנה המתבקשת מדברינו לעיל. שכן, אם – כדעת רוב האחרונים – היסוד העיקרי לקניין הוא גמירות הדעת, ומעשה הקניין נועד רק כדי להביא לידי גמירות הדעת או כדי להעיד על קיומה, הרי שכל מעשה המקובל בדרך קניין, ואפילו אין בו יסוד של תמורה או הנאה, די בו כדי ליצור קניין.

109. כגון, ש"הנאה" היא קניין כסף או חליפין. ראו אצל דויטש (**לעיל**, הערה 107), וראו עוד **לעיל**, בסמוך להערה 36.