

ארבעת אבני החושן

- גורמי היסוד של חושן המשפט -

מבוא

סדר נזיקין כולל מאות דפים, חושן המשפט כולל מאות סימנים, ובתוכם עשרות רבות של גדרים ומושגים הלכתיים. למרות הריבוי העצום נראה לענ"ד שכל המושגים בחושן משפט¹ מורכבים מארבעה יסודות בלבד: קניין, חיוב, תנאי ושליחות (ויתכן שאף ממושג נוסף: שעבוד). במילים אחרות, כל מושג הלכתי מורכב מאותם ארבעה גורמי יסוד או מחלקם. לכך יש להוסיף את דיני הראיות, שלפעמים נושקים לדין המהותי.

למבט כזה יש משמעות רבה, כיון שארבעת המונחים הם בעלי משמעות מוגדרת ומובחנת (אף שיש מחלוקות בעניינם) והם מאפשרים להגדיר באופן חד וברור את מהות המצב המשפטי העומד לדיון. בניגוד לכך, שימוש במושגים משניים, אשר מהווים בעצמם תרכובת של גורמי היסוד, מקשה על הבירור ועל ההגדרה. קל וחומר, כאשר נעשה שימוש במונחים עמומים כגון "זכות" שאינם מוגדרים ואינם מבהירים את המצב המשפטי אותו הם באים לתאר.

אמת, שאי אפשר להוכיח באופן מוחלט טענה כזו, שהרי אי אפשר לעבור על כל המושגים ולבחון אותם אחד לאחד (מה גם שכולם שנויים במחלוקות שונות). ובכל זאת, כדי להוכיח במידה שניתן את הטענה, נראה את נכונותה בכמה מושגים עיקריים ונראה את יכולתה לסייע בהבנת מושגים משפטיים מרכזיים. במיוחד כיוון שמדובר בטענת רוחב שקשה להוכחה, אני מעמיד את הדברים למבחן הלומדים והמעיינים, ו"מתוך הויכוח יתבאר האמת"².

ראשית לכל נפתח בהגדרת גורמי היסוד.

1. חשוב להעיר כי בתחומים הלכתיים אחרים ישנן הגדרות אחרות, ודי בכך שנזכיר את המושג "ידו כידה" (ראו למשל: כתובות פה, ב; רמב"ם מכירה ו', יג) ככזה המתאר את זכויות הבעל בנכסי אשתו, ואשר מהווה מעין בן כלאיים של שליח וקניין.

2. מעשי ה', מעשה בראשית, פרק לא, נו עמוד ב.

קניין: קניין משמעו זיקה בין אדם לרכוש, זיקה שמאפשרת לאדם לעשות בחפץ כרצונו, ואוסרת על כל האחרים להשתמש בחפץ. את הבעלות המלאה ניתן (לחלק מהדעות) לפרק ולחלק בין כמה אנשים³ – הן חלוקה על ציר הזמן,⁴ והן חלוקת זכויות השימוש.⁵ האפשרות לחלק את הבעלות מאפשרת ליצור זכויות חלקיות מסוימות על בסיס הזכות הקניינית. בדרך כלל זכות קניינית ניתנת להעברה. לסיום, צריך לציין שניתן להעביר זכות קניין הן ברצון, כגון מכר ומתנה, והן על פי דין, כגון ירושה.

חיוב: התורה מטילה על האדם חובות ממוניות. לדוגמה, אדם שהזיק חייב לשלם, לווה חייב לפרוע את חובו וכדומה. חובות אלה אין משמען שלבעל החוב יש קניין ברכושו של החייב, שהרי החוב נוצר ללא תלות בכך שלחייב יש רכוש. אלא מדובר בחובה אישית, חובתו של החייב כלפי בעל החוב. גם כאן יש מקום לברר האם מדובר במצווה⁶ או בחיוב ממוני,⁷ אלא שאין זה המקום להאריך.

גם כאן צריך לחלק בין חיוב ברצון, כגון בהלוואה (לגבי התחייבות ללא תמורה ראו לקמן), לבין חיוב מן הדין, כגון חיוב מזיק בתשלום.

מוסכם שמדאורייתא את החיוב האישי לא ניתן להעביר,⁸ ומדרבנן ניתן להעביר את החיוב בדרכים מסוימות (מעמד שלשתן⁹ וכד'¹⁰). מכאן, ששאלת העבירות היא נפקא מינה בין קניין וחוב, כאשר את הקניין ניתן להעביר בכל מעשה קניין ואילו את החיוב ניתן להעביר מדרבנן בדרכים מסוימות בלבד. כמו כן, ניתן למחול על חיוב בדיבור ללא צורך במעשה קניין (ש"ע ח"מ י"ב, ה), לעומת זאת, בדרך כלל, לא ניתן להעביר בעלות לאחר ללא מעשה קניין (ש"ע ח"מ קפ"ט, א).

3. ראו עוד: עדו רכניץ, "פיצול וצמצום הבעלות", משפטי ארץ (ג) – קניין ומסחר, תש"ע, עמ' 124.
4. רמב"ם מכירה כ"ג, ו.
5. רמב"ם שאלה א', ה.
6. כך משמע מהרמב"ם מלוה ולוה ב', ד, וראו עוד שו"ת הרא"ש כלל סט סימן א, שלכאורה זיהה את שעבוד הגוף עם המצווה; וקצות החושן סימן ק"ד, ס"ק ב, ועוד.
7. כך כתב הש"ך ח"מ ל"ט, ב; וקדמו כבר הריטב"א בבא מציעא סא, א ד"ה מה, בשם רבו.
8. רמב"ם שלוחין ושותפין ג', ז; רבנו תם, מובא ברא"ש כתובות ט', י. אמנם, ניתן למכור שטר חוב, אבל עדיין המלווה יכול לחזור ולמחול על החיוב של הלווה כלפיו, ולכן ברור שמכירה זו איננה מלאה (לרמב"ם היא רק מדרבנן ולרבנו תם היא מועילה רק למכירת שעבוד הנכסים ולא לשעבוד הגוף, קרי היא אינה מעבירה את החיוב האישי).
9. רמב"ם מכירה כ"ב, ט; ש"ע ח"מ סימן קכ"ו.
10. אפשרות נוספת למכירת חוב היא במסגרת הרשאה: רמב"ם שלוחין ושותפין ג', ז.

יש להעיר כי את החיוב האישי מלווה בדרך כלל שעבוד הנכסים שהגדרתו תידון לקמן, ויבחן האם הוא מושג יסוד בפני עצמו.

תנאי: מעשה או מצב שבו תלויה חלות של דין מסוים. כגון, אדם שמוכר את ביתו בתנאי שהקונה יישלם עבור הבית.

שליחות: אדם שמייצג אדם אחר בהליך משפטי. גם בעניין זה רבים הפרטים, אולם בהקשר זה נתמקד בהגדרה הבסיסית תוך התייחסות לכך ששליחות יכולה שתחייב את המשלח בלבד, כלומר, שמעשה של שליח יחייב את המשלח,¹¹ ובמקרים מסוימים גם תחייב את כל העולם להתייחס לשליח כאילו הוא המשלח, ועל כך יורחב בנוגע להרשאה.

דיני ראיות: דיני ראיות עוסקים בשאלה 'מה קרה', ובכל זאת יש להם השפעה אדירה על הדין המהותי. הכיצד? על מנת להשיב נדגים: כאשר אדם רוצה להעביר בעלות על רכוש מסוים ואין לו אפשרות לעשות זאת מסיבות טכניות, הוא יכול להודות שהוא העביר את הבעלות בעבר ובכך להעביר את הבעלות ('אודיטא'). רוצה לומר, על ידי יצירת ראייה לטובת המקבל, המקבל הופך להיות בעלים על הרכוש. מהלך כזה חוזר על עצמו בכמה הקשרים, כאשר ישנן מגבלות הלכתיות והדרך להגיע לתוצאה ללא עמידה בכללים היא על ידי יצירת ראייה. יש לציין שיש מן הפוסקים¹² שסברו שהראייה היא מעשה קניין לכל דבר שמעביר את הבעלות. לאחר הצגת גורמי היסוד, נבחן מספר מושגים הלכתיים מרכזיים ונראה כיצד הראשונים והאחרונים ביארו שאותם ארבעה יסודות הם המרכיבים היחידים של המושגים המורכבים יותר.

חיוב ושעבוד

שעבוד – חיוב או קניין

כאמור, לצד החיוב האישי, בדרך כלל ישנו גם שעבוד נכסים. שעבוד הוא הזכות של בעל החוב לגבות את החוב מנכסי החייב, אם זה לא יפרע את החוב במועד שנקבע, גם אם אלה כבר הועברו לאדם אחר. שעבוד הוא כמעט מושג יסוד בפני

11. רמב"ם שלוחין ושותפין ג', ה.

12. מקור מובהק הוא דברי קצות החושן קצ"ד, ג, שהמליץ על מכירת חמץ בעזרת אודיטא. בהקשר זה בוודאי שיש צורך בהעברת בעלות ולא די בראייה. וראו עוד שם מ', א; פ"א, יד; ט', ח.

עצמו, והוא מופיע במושגים הלכתיים רבים. ובכל זאת, יתכן שהוא איננו מושג יסוד אלא מושג שמורכב מחלק מהמושגים הבאים: קניין, או חיוב מותנים.¹³

נפתח בתנאי. ברור שבשעבוד ישנו תנאי – אם החייב לא יפרע את החוב, אז יוכל בעל החוב לגבות את החוב מהנכס המשועבד. או לחילופין, הזכות של בעל החוב בנכס תפקע אם החייב יפרע את חובו.

השאלה הקשה יותר היא: האם מדובר בזכות קניינית (מותנית) של בעל החוב בנכס המשועבד, או שמדובר בחיוב אישי (מותנה) של האדם המחזיק בנכס לפרוע ממנו את החוב. בשאלה זו נחלקו ראשונים, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בביאור הדין במשנה (ערכין כג, ב):

המקדיש נכסיו והיתה עליו כתובת אשה ובעל חוב... מוסיף (=בעל החוב) עוד דינר, ופודה את הנכסים האלו על מנת ליתן לאשה כתובתה ולבעל חוב את חובו.

כלומר, אם החייב הקדיש את נכסיו, בעל החוב יכול לפדות את הנכסים בדינר בלבד. בגמרא ביאר רבי אבהו את הפדיון המוזל (שם): "דאמר רבי אבהו: שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון". עולה מכך שההקדש אינו חל מעיקר הדין. מה היחס בין דברים אלו לדבריו של רבא (גיטין מ, א ועוד) לפיהם הקדש מפקיע מידי שעבוד? רש"י מסביר: "דוקא קדושת הגוף קאמר רבא... אבל קדושת דמים לא אמרינן".¹⁴ דהיינו, רק הקדש הגוף (שמקדש את הממון) מפקיע את השעבוד, אולם, הקדש לבדק הבית (שרק מעביר את הבעלות למקדש) איננו מפקיע את השעבוד.

רש"י הסביר מדוע הקדש לבדק הבית אינו מפקיע את השעבוד: "דודאי לא חייל עלייהו הקדש, שהרי אינו שלו, והאי דבר מועט משום גזירה הוא...".¹⁵ כלומר, כיוון שהנכס משועבד, הוא אינו שייך לחייב אלא לבעל החוב, ולכן ההקדש כלל אינו חל. ובכל זאת, רבנן גזרו שיש לבצע פדיון, כדי שלא ילמדו מכאן שניתן להוציא הקדש לחולין ללא פדיון. ברוח זו פירשו גם ר"י¹⁶ ותוספות.¹⁷

מכאן, שרש"י סבר שלבעל החוב יש זכות קניינית במשועבד, זכות שמוגדרת כך: בעל החוב מקבל ברגע יצירת השעבוד (בדרך כלל בשעת יצירת החיוב) זכות בנכס, והזכות היא קניין ממועד הפירעון בתנאי שהחייב לא יפרע את חובו. במילים

13. ראו עוד: עדו רכניץ, "שעבוד נכסים – זכות קניינית או חובה אישית", חמדת הארץ ו, תשס"ח, עמ' 48.

14. רש"י פסחים לא, א ד"ה ואתי.

15. רש"י שם ד"ה אלא; ראו עוד: רש"י פסחים ל, ב ד"ה כולי.

16. תוספות גיטין מ, ב ד"ה הקדש.

17. תוספות נדרים פו, ב ד"ה הקדש.

אחרות, מדובר בחלוקה של הזכויות בנכס על ציר הזמן: החייב הוא הבעלים עד מועד הפרעון, ובעל החוב הוא הבעלים ממועד הפרעון, בתנאי שהחוב לא יפרע.¹⁸ לפיכך, אם החייב הקדיש את הנכס לבדק הבית, הוא העביר את הזכויות שלו למקדש, והן כוללות את הבעלות אך ורק עד למועד לפרעון. כאשר מגיע מועד הפרעון והחייב לא פורע את חובו, מתברר שהבעלות מרגע זה היא של בעל החוב וההקדש לא חל עליה מרגע זה והלאה. אולם, אם החייב הקדיש את המשועבד בקדושת הגוף, אזי המשועבד הפך להיות קדוש, והקדושה שחלה על הנכס בזמן שהוא היה שייך לחייב אינה פוקעת לעולם.

רבנו תם סבר שהקדש לבדק הבית מפקיע שעבוד שחל על מיטלטלין בלבד, אבל לא שעבוד שחל על קרקעות, "משום דמקרקעי כמאן דגביא למלוה דמיא".¹⁹ כלומר, קרקע משועבדת נחשבת כבר עכשיו של המלווה, ולכן הלווה אינו יכול להבריח אותה מידי של המלווה בשום דרך. מדבריו עולה שבקרקעות יש למלווה זכות קניינית מותנית באופן מידי. זאת, בניגוד לרש"י שסבר שגם במיטלטלין משועבדים יש זכות קניינית למלווה, ולכן לדעתו, הקדש לבדק הבית לא יפקיע את השעבוד שעליהם.

הרשב"א חלק על רבנו תם, ודחה את הטענה שקרקע משועבדת שייכת למלווה (רשב"א גיטין מ, ב):

ור"ת ז"ל פירש... ולא אמרו קדושת דמים אינה מפקעת מידי שעבוד ומוסיף עוד דינר ופודה את הנכסים אלא במקרקעי משום דקרקע כגבוי דמי... ואינו מחוור... ועוד דבמקרקעי לרבא אקדיש מלוה לא עשה ולא כלום... אכתי מחוסרת גוביינא היא.

כלומר, הרשב"א דוחה את הטענה שקרקע משועבדת דינה כאילו כבר נגבתה על ידי המלווה ויש לו בה זכות קניינית. ולראייה, רבא קבע שמלווה איננו יכול להקדיש קרקע משועבדת.²⁰

בניגוד לרש"י, תוספות ור"ת, סבר הרמב"ם שכל הקדש מפקיע מידי שעבוד, ואלו דבריו (ערכין ז', יד-טו):

18. כך פירש נתיבות המשפט קצ"ט, ב, את דעתו של רבא שבעל חוב "מכאן ולהבא הוא גובה" (פסחים ל, ב-לא, א).

19. ספר הישר, חידושים, סימן קיג.

20. על הרשב"א קשה, אם קרקע משועבדת איננה שייכת למלווה, מדוע הקדש בדק הבית אינו מפקיע מידי שעבוד, וצ"ע.

המקדיש כל נכסיו והיתה עליו כתובת אשה או שטרי בעלי חובות – אין האשה יכולה לגבות כתובתה מן ההקדש, ולא בעל חוב את חובו, שההקדש מפקיע השעבוד שקדם. אבל כשימכור ההקדש הקרקע שלו, ותצא השדה לחולין, יש לבעל חוב ולאשה לגבות מן הפודה, שהרי שעבודה עומד על קרקע זו. הא למה זה דומה? לשני לקוחות, שכתבה לראשון "דין דברים אין לי עמך" ומכר לשני, שהיא טורפת מן השני.

מחד גיסא, קבע הרמב"ם שכל הקדש מפקיע מידי שעבוד, ומאיך גיסא, הוא כתב שההפקעה היא זמנית, עד שהנכס יימכר על-ידי ההקדש. הנימוק של הרמב"ם, שהדבר דומה לאישה שכתבה לקונה נכס משועבד "דין דברים אין לי עמך",²¹ רומז לכך שהמוקד כאן אינו קנייני אלא אישי. רוצה לומר, הקדש מפקיע מידי שעבוד כיוון שעל ההקדש אין חיוב אישי לתת את המשועבד למלווה; אולם ברגע שהמשועבד יגיע לאדם שעליו חלה חובה זו – ישוב השעבוד ויתעורר. דברי הרמב"ם רומזים לכך ששעבוד הוא חיוב אישי שמונתה בכך שהחייב לא ישלם את חובו.²²

דין נוסף בו באות לידי ביטוי שלוש הדעות הוא בשאלה האם בעל חוב יכול למכור את השעבוד שלו לאדם אחר. התוספות ור"ת נחלקו בעניין זה אגב שאלת מכירת שטר חוב (תוספות ב"ב עו, ב-עז, א ד"ה קני):

ואם תאמר: אמאי לא קני (=במכירת שטר חוב) מדאורייתא גם שעבוד הקרקע הכתובה בו, דהא קרקע נקנית בכסף ובשטר ובחזקה, ואפילו בלא מסירת שטר חוב יקנה? ויש לומר דכמו שאינו יכול להקדישו, כדמוכח בפרק כל שעה (פסחים לא, א), כיון שהקרקעות אינם ברשותו כך אינו יכול להקנותן מן התורה... ומיהו אומר ר"ת... ולעולם מכירת שטר איכא למימר דהוי מדאורייתא.

שאלת התוספות מניחה ששעבוד הוא זכות קניינית, ולכן מתבקשת השאלה מדוע לא יוכל המלווה למכור לאחר את הנכסים המשועבדים לו. על כך משיבים התוספות שהקרקע אינה ברשותו של בעל החוב. הביטוי "אינם ברשותו" יכול

21. כתובות צה, ב.

22. קצות החושן לא הבין כך את הרמב"ם, לדבריו (קצות החושן קי"ז, ב) ההקדש מפקיע "כיון דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה וכבר חלה קדושת עולם עד הטירפא תו לא פקע". כלומר, בגלל שהזכות של המלווה מתחילה רק מרגע הפירעון ובאותו זמן כבר ההקדש תפס – הוא מפקיע את השעבוד. לכאורה קשה על כך מדברי הרמב"ם שמיטה ויובל ט', יט-כ, שכתב שמלווה יכול לכתוב פרוזבול אם יש ללווה קרקע שמשועבדת למלווה. אלא שהרמב"ם לא כתב שקרקע משועבדת שייכת למלווה, אלא רק שדי בקרקע משועבדת כדי לכתוב פרוזבול.

להתפרש בשני אופנים: א) אינם עדיין בבעלותו של בעל החוב, ב) אינם בשליטתו של בעל החוב.

לעומת זאת, רבנו תם תירץ שאכן ניתן מן התורה למכור את השעבוד,²³ ומדבריו נראה שהוא חוזר להנחת היסוד שלבעל החוב יש זכות קניינית מותנית במשועבד באופן מידי.

לעומת כל זאת, הרשב"א הקשה על ר"ת (רשב"א בבא בתרא קמז, ב ד"ה ולא):

ולא ירדתי לסוף דברים אלו, שאלו תאמר שאינו מוכר לו אלא שעבוד הנכסים שיש לו על חבריו – השיעבוד אין לו גוף שיהא קנוי ומכור, ואילו נכסי הלוה – אינן של מלוה שיוכל למוכרן.

הרשב"א כתב שלא ניתן להעביר את השעבוד כיון שהוא אינו של בעל החוב, אלא ככל הנראה רק חיוב אישי. דבריו תואמים את שיטת הר"ף,²⁴ הרמב"ן²⁵ והרמב"ם²⁶ שסברו שתוקפה של מכירת שטר חוב הוא מדרבנן בלבד.

דהיינו, מסתבר שלדעת הרמב"ם שעבוד הוא חיוב אישי, לכן הקדש חל על קרקע משועבדת ולכן מדאורייתא שעבוד אינו ניתן להעברה כפי שלא ניתן להעביר את החיוב האישי. אלא שעדיין קשה מדוע אם כן ניתן לגבות קרקע משועבדת ממי שקנה אותה. ניתן לומר שעל מי שמחזיק בקרקע חל חיוב אישי, ולא מדובר על העברת החיוב, אלא על יצירת חיוב חדש שחל על המחזיק בקרקע (אולי בדומה לחיוב על מוצא אבידה).²⁷ על כן, לשיטת הרמב"ם ודעימיה, בהחלט ניתן לראות בשעבוד גורם יסודי עצמאי שעומד בפני עצמו, וצ"ע.

ואכן ישנם מקורות מהם עולה ששעבוד הוא מושג עצמאי ושונה מחיוב וקניין. כך עולה מדברי הריטב"א הידועים בהסבר השיטה ששעבודא לאו דאורייתא (ריטב"א קידושין יג, ב ד"ה וטעמא):

וטעמא דמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא משום דסבר שאין הקנאה לחצאים, ושעבוד קנין לחצאין ולא חייל אנכסי דאיתנהו בשעת הלואה וכל שכן אנכסי דקנה אחר שלוה שאין אדם מקנה דבר שלא בא לרשותו.

23. וכן כתבו בשמו הרא"ש כתובות ט', י; והר"ן על הר"ף כתובות מד, ב.

24. ר"ף כתובות מד, ב. הש"ך חו"מ סו, א, חולק בהבנת הר"ף, וסובר שגם לפיו מכירת שטרות היא מדאורייתא.

25. רמב"ן בבא בתרא עז, א ד"ה ואין.

26. רמב"ם מכירה ו, יב.

27. בהחלט ניתן לומר שעל הקונה חל חיוב אישי, אלא שהשאלה היא כיצד נוצר חיוב כזה אם אין למלוה שום זכות בנכס, וצ"ע.

דברים מפורשים עוד יותר כתב בעקבות הריטב"א קצות החושן (סימן ל"ט ס"ק א):
 והנראה לענ"ד בישוב הקושיות האלו, והוא דמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא
 אפילו שעבדן בפירוש לא מהני, וכמ"ש תוספות סוף פרק גט פשוט דאעפ"י שיכול
 למוכרן אינו יכול לשעבדן. וכ"כ הריטב"א בפרק קמא דקידושין (יג, ב סוד"ה א"ר
 יהודה) דאפילו שעבדם בפירוש לא מהני ואף שיכול למוכרן לפי שאין הקנאה
 לחצאין ע"ש.
 ונראה דאפילו מאן דאמר שעבודא דאורייתא ג"כ סבירא ליה דאין אדם יכול
 לשעבד נכסיו ומשום דאין הקנאה לחצאין, והא דנכסיו משועבדים לאו מחמת
 הלוה הוא לפי שאין שעבוד הלוה מועיל כלל, אלא כיון דשעבודא דאורייתא
 ממילא נכסיו משועבדים.

לדבריו, לא ניתן ליצור שעבוד מרצונו של אדם. למ"ד שעבודא לא דאורייתא ללא
 תקנת חכמים לא ניתן ליצור שעבוד בשום מקרה; ולמ"ד שעבודא דאורייתא, רק
 ההלכה יכולה ליצור שעבוד, אבל אדם אינו יכול ליצור שעבוד שההלכה לא יצרה.
 כל זאת כיון ששעבוד הוא בן-כלאיים ייחודי, ואינו דומה לקניין או חיוב אישי
 אותם ניתן ליצור.

בשני הפרקים הבאים ידונו מושגים, כאשר אחת האפשרויות היא שהם בגדר
 שעבוד שהגדרתו כבר נדונה כאן.

התחייבות מרצון – חיוב אישי או שעבוד נכסים

התחייבות מרצון פירושה חיוב שאדם מקבל על עצמו. במילים אחרות, בדרך כלל
 חיוב נוצר על ידי הדין, בין אם מדובר בחיוב כתוצאה מקבלת תמורה (כגון חיוב
 לפרוע הלוואה או לשלם עבור חפץ שנקנה), ובין אם מדובר בחיוב עבור נזק, ואילו
 כאן אנו עוסקים בחיוב שנוצר מרצונו החופשי של החייב.

ההתחייבות מוזכרת כבר במשנה (כתובות קא, ב):

הנושא את האשה, ופסקה עמו כדי שיזון את בתה חמש שנים – חייב לזונה חמש
 שנים.

סוגיה זו עלתה הלכה למעשה על שולחנם של גדולי הפוסקים בהקשר של
 התחייבות "תוספת כתובה" של חתן לכלתו, ובלשונם של חכמי ספרד "מתנה
 לחוד"²⁸. וביתר ביאור, על פי תקנת חכמים חתן חייב לאשתו כתובה. אולם, זכותו

28. ראו עוד: ברכיהו ליפשיץ, "מתנה לחוד" – בין קניין לבין התחייבות", דיני ישראל יב (תשמ"ו), עמ'
 קכה-קנד. ראו גם ישראל פרנצוס, "מתנה לחוד", שנתון המשפט העברי ו-ז (תשלט-תשמ) עמוד
 243-270, שכתב שמתנה לחוד איננה תוספת כתובה אלא מתנה בלתי מותנית שהחתן התחייב
 לתת לאשתו.

להוסיף ולהתחייב לה מעבר לדין כאשר מדובר בחיוב מותנה במקרה של גירושין או אלמנות.

הראשונים נחלקו בסוגיה זו האם התחייבות תוספת כתובה מותנית בכך שלמתחייב יש ממון בשיעור ההתחייבות או שמא אין צורך בכך. רבנו אליהו המובא בתוספות סבר שניתן להתחייב גם ללא בעלות על רכוש כיון שמדובר ביצירת חיוב אישי – שעבוד הגוף (תוספות כתובות נד, ב ד"ה אע"פ):

תימה דעכשיו נהגו שכותב חתן לכלה מאה ליטרין אע"פ שאין לו שוה פרוטה דבשלמא כשיש לו הוא משעבד נכסיו לזה החוב והואיל ונתחייב אפילו נאבדו אלו הנכסים וקנה אחרים הם משתעבדים... אבל אותו שאין לו היאך ישתעבד נכסיו שיקנה אחרי כן כיון שלא נתחייב לה היינו דבר שלא בא לעולם. ושאל ר"י לרבי אליהו והשיב לו: דמצינו כענין זה... אע"פ שאין מקנה לו שום נכסים אלא שמשעבד גופו לזה החוב מעתה, ולכשיהיו לו נכסים כל שעבודו מעתה.

הנחת היסוד של הדיון היא שלא ניתן להקנות מה שאינו נמצא בידי המקנה (כגון, דבר שלא בא לעולם או דבר שאינו ברשותו). לאור הנחה זו, שאל ר"י את רבי אליהו: כיצד יכול חתן להתחייב תוספת כתובה כאשר אין לו כסף. שאלה זו מניחה שהתחייבות מבוססת על העברת זכויות קנייניות לבעל החוב. תשובת רבי אליהו היתה שניתן להתחייב גם ללא נכסים. אליבא דרבי אליהו קבלת חיוב ללא נכסים אפשרית, כיון שחל חיוב אישי – שעבוד הגוף – על המתחייב. לשיטתו, החיוב האישי מנותק לחלוטין מהזכות הקניינית.

לעומת רבנו אליהו, הרמב"ם ורבותיו קבלו את הנחת היסוד של ר"י וסברו שהתחייבות איננה חלה כאשר למתחייב אין רכוש בשיעור ההתחייבות. בהקשר זה הר"ף כתב (ש"ת הר"ף סימן יד):

בענין מתנה לחוד הריני נותן לך עקר הדבר שתסמוך עליו... מה שלא היה על דרך תנאי (=כתובה) לא עשה אותו מעצמו שאלו לא עשאו לא היו מתנין עליו בו אינו כתנאי כתובה אלא כשאר מתנות דעלמא וצריך שיהא מצוי ושלא יהא בלשון אסמכתא וכך אנו דנין בדבר.

כלומר, בנתינת "מתנה לחוד", יש הבדל בין מתנה המהווה חלק מתנאי כתובה, למתנה שאינה חלק מתנאי הכתובה. כאשר האחרונה חלה רק כאשר נשוא ההתחייבות נמצא בעולם, וכן יש צורך במעשה קניין רגיל.

תלמידו, הר"י מיגאש דן באדם שהתחייב לשאת אשה והתנה שיתן לה מאה דינרים כנדוניה, ואלו דבריו (ש"ת ר"י מיגאש סימן קלה):

ואינו מחוייב במה שקנו ממנו לתת לה בנדונייתה ק' דינרים לפי שאינו מחוייב בהם להיותם מטבע ואין מטבע נקנה בחליפין זה אפילו הם נמצאים ברשותו בעת גמר הקנין שקנו מידו וכ"ש אם לא היו לו במציאות אז הוא דבר שלא בא לעולם.

ההתחייבות לתת מאה דינרים לאשה אינה חלה כיון שאי אפשר להעביר בעלות ללא העברה פיזית של המטבע למקבל ושמה המטבעות כלל לא היו ברשותו של הבעל בעת החתונה, והרי אין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו. יש לשים לב, כי למרות שהר"י מיגאש משתמש בלשון חיוב - "שאינו מחוייב בהם", הוא דן על פי כללי העברת הבעלות.

הדרך היחידה לעקוף את המגבלות המוטלות על העברת בעלות, היא דרך דיני הראיות, כפי שכתב הר"י מיגאש (שם סימן קו):

ואמנם מה ששאלת על מה שקנו מיד שמעון שחייב עצמו לאשתו באלף פרחים אם לא ילך אצלה אחר עבור שנה, הוא לשון בלתי מועיל להיותו לשון הקנאה לא לשון הודאה. ומה שאמרו חייב אני לך מנה בשטר רבי יוחנן אמר חייב הלשון הזה מועיל להיותו לשון הודאה עם היות הדבר מעיקרו שאין לו אצלו כלום. אבל אם היה בלשון הקנאה אינו מועיל אלא אם היה בדרך שיועיל בו הקנאת המטבע.

כלומר, הדרך להתחייב ללא עמידה בתנאים הנדרשים להעברת קניין, היא על ידי יצירת ראייה לבעל החוב, וזאת בהודאת החייב בחובו.

גם הרמב"ם הלך בדרך זו ודרש את מילוי התנאים הנדרשים להעברת בעלות גם בהתחייבות (שו"ת הרמב"ם (בלאו) סימן רלז):

ראובן שהתנה בינו ובין בת שמעון, שאם יבטל תנאי הנישואין, חייב הוא ליתן לה מאה דרהם כסף נוקר"ה במתנה מעכשיו, ולא הביא הכסף בעת (=כתיבת) השטר והקניין...

תשובה. האשה חייבת להביא ראיה שהכסף היה אצלו ברשותו בעת הקניין... לפי שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם.

כלומר, הרמב"ם התנה את תחולת ההתחייבות בכך שנשוא ההתחייבות יהיה בידי המתחייב, כפי שהדבר נדרש בהעברת בעלות. לאור האמור לעיל יבוארו דברי הרמב"ם הבאים (זכיה ומתנה ו', יז):

כבר ביארנו בנשואין ששנים שהיה ביניהם שדוכין ופסק זה ע"י בנו זה על ידי בתו ואמרו כמה אתה נותן לבנך כך וכך וכמה אתה נותן לבתך כך וכך ועמדו וקדשו קנו באמירה. ואין קונין באמירה זו עד שעת נשואין שכל הפוסק דעתו לכנוס וצריכין שיהיו הדברים שהן פוסקין מצויין ברשותו שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם כמו שביארנו ודברים אלו לא ניתנו להכתב לפיכך אין כשטר עד שיטרוף בהן.

הרמב"ם הוסיף על דברי הגמרא שיש צורך שהמתחייבים יחזיקו ברכוש אותו הם הבטיחו לתת. האחרונים²⁹ הסבירו שיש צורך שהרכוש יהיה ברשותו בגלל שמדובר בהעברת בעלות ולא בהתחייבות. אולם, לאור האמור לעיל ניתן לבאר את הרמב"ם כפשוטו. הרמב"ם כתב "כמה אתה נותן לבנך", כלומר, לשון התחייבות ולא לשון העברת בעלות ("מה אתה נותן?"), ובכל זאת דרש שהדבר יהיה ברשותו. בכך הרמב"ם לשיטתו בתשובותיו, שם דרש גם בהתחייבות עמידה בתנאי העברת בעלות.

מסתבר שדעת הרמב"ם ורבותיו היא שלא ניתן ליצור חיוב אישי שלא מן הדין. הדרך היחידה היא לתת לבעל החוב זכות בנכסים, וזאת, בכפוף לדיני קניין, ובראשם הדרישה שלמתחייב יהיה רכוש בשיעור החוב. בעקבות הזכות הקניינית תגיע גם החובה האישית לתת לבעל החוב את מה ששייך לו.³⁰ ואכן הרמב"ם מזכיר את הביטוי "שיעבד עצמו" רק בדיני התחייבות³¹ וערבות (ע"ע). ביטוי זה מלמד שהרמב"ם ראה בתוצאה של ההתחייבות חיוב אישי ולא זכות קניינית.

דינא דרבי נתן – חיוב אישי או שעבוד נכסים

כאשר ראובן חייב לשמעון, ושמעון חייב ללוי, פסק רבי נתן כי ראובן משלם ללוי, וכפי שאומרת הגמרא (פסחים לא, א):

רבי נתן אומר: מנין לנושה בחבירו מנה וחבירו בחבירו שמוציאין מזה ונותנין לזה?
תלמוד לומר ונתן לאשר אשם לו.

נחלקו ראשונים ואחרונים בהבנת דין זה. חלקם סברו שעל ראובן חיוב אישי לפרוע ללוי, וחלקם סברו שרק נכסיו של ראובן משועבדים ללוי, אבל החיוב האישי הוא כלפי שמעון.

בתוספות בואר דינו של רבי נתן כמבוסס על שעבוד (שם ד"ה משתעבדנא):

ונראה לר"י דדוקא גבי קרקע שייך למימר הכי דבת שיעבוד היא, דכשהקרקע זו משועבדת לראובן חשבינן ליה כאילו היא בידו, דהא אם מכרה או משכנה חוזר ראובן וגובה אותה, ולכך משועבדת נמי לבעל חוב. אבל מטלטלים אין להחשיבם כאילו הם ביד ראובן כיון שאילו מכרם או משכנם אין גובה מהן.

כלומר דינא דרבי נתן מבוסס על כך שנכסיו של ראובן המשועבדים לשמעון, משועבדים ממילא גם ללוי. ולכן הוא חל רק על קרקעות ששעבוד חל עליהם ולא

29. חלקת מחוקק אה"ע נא, ג; ובית שמואל אה"ע נא, ד; וכן נראה מדברי השו"ע חו"מ ס' ו עצמו.

30. ראו עוד: הרב אשר וייס, מנחת אשר בבא בתרא סימן ד אות ב, שכתב שחובת היתומים לפרוע

חוב אביהם נובעת מהעובדה שהם מחזיקים בממון שיש לבעל החוב בו זכות קניינית.

31. רמב"ם שכירות ח', יג; שו"ת הרמב"ם סימן שפו.

על מיטלטלין. כיון שכאמור לעיל (בנוגע לשעבוד) דעת ר"י היא ששעבוד הוא זכות קניינית, הרי שטעמו ברור: אם לשמעון יש זכות קניינית בנכסי ראובן, וללוי יש זכות קניינית בנכסי שמעון, ממילא ללוי יש זכות גם בנכסי ראובן. נפקא מינה לגישה זו במקרה שלשמעון יש אפשרות לפרוע את החוב ללוי, על כך כתב בעל התרומות (שער נא, פרק א, אות ב):

ומסתברא, דדווקא היכא דלית ליה נכסי ללוה, אבל היכא דאית ליה נכסי ללוה - אין בית דין נזקקין להוציא מזה.

והר"ן (על הרי"ף כתובות א, א ד"ה לעולם) ביאר זאת כך: "דהוה ליה חוב זה כנכסים משועבדים, דאין גובין מהם במקום בני חורין...". כלומר, כיון שעילת הגביה מראובן היא שנכסיו משועבדים לחובו של שמעון ללוי, אין לגבות ממנו קודם שמוצו האפשרויות לגבות משמעון עצמו עליו מוטל גם חיוב אישי. דברי בעל התרומות נפסקו בשולחן ערוך (ח"מ פ"ו, ב), והסבר הר"ן הובא בסמ"ע (שם).

בניגוד לכל זאת נראה כי הראב"ד סבר שראובן משועבד בגופו ללוי. בדבריו הוא הסביר מדוע אדם שמוכר שטר חוב יכול למחול לחייב על החוב,³² לעומת דינא דרבי נתן שאינו מאפשר לשמעון למחול לראובן על החוב (ריטב"א כתובות יט, א ד"ה אמר אביי):

והראב"ד ז"ל תירץ דליתא להאי מגו כלל, דלא מצי מחיל ליה כיון דמשתעבד ליה מדרב נתן וכאילו הוא בעל חובו ממש. וכדאמרינן בפרק כל שעה כי היכא דמשתעבדי לו כן משתעבדנא לבעל חוב דאבוכן מדר' נתן. מה שאין כן במוכר שטר חוב לחבירו דלא משתעבדו ללוקה זה כלל.

כלומר, הראב"ד סבר ששמעון אינו יכול למחול לראובן על חובו (ולגרום בכך נזק ללוי), כיון שראובן הוא ממש בעל חובו של לוי. בדרך זו הלכו הש"ך וקצות החושן. הש"ך סבר ששמעון אינו יכול למחול לראובן, ובדבריו השווה בין דין זה לדין המאפשר למוכר שטר חוב למחול על החוב ללוה, ואלו דברי הש"ך (ח"מ פ"ו, יא):

ועוד נראה לי עיקר, דאף למאן דאמר מכירת שטרות דאורייתא... דהיינו טעמא דיכול למחול, משום דשני קנינים יש, שעבוד הגוף ושעבוד נכסיו, והמוכר שטר חוב לחבירו אי אפשר שימכור שעבוד גוף שיש לו על הלוה. וכיון דנכסי דאיניש אינון ערבין, כשמוחל ללוה שעבוד הגוף שנשאר אצלו ממילא פקע שעבוד הנכסים, דאין נפרעין מן הערב במקום שהלוה פטור. א"כ האי טעמא לא שייך בנושה מחבירו, שנשתעבד הלוה השני לגמרי לראשון מדאורייתא. ולא יכול לומר

לאו בעל דברים דידי את, וכדאיתא בפרק האשה שנפלו (כתובות פא, ב), וא"כ גם גופו נשתעבד לו מדאורייתא, והיאך יוכל המלוה השני למחול.

כלומר, ישנו הבדל יסודי בין מכירת שטר חוב לדינא דרבי נתן. אליבא דהרי"ף והרמב"ם מכירת שטר חוב חלה רק מדרבנן, בזמן שדינא דרבי נתן חל מדאורייתא. אפילו לשיטת ר"ת שהמכירה חלה מדאורייתא, היא כוללת רק את שעבוד הנכסים, ושעבוד הגוף נשאר בידי המוכר. לעומת זאת, בדינא דרבי נתן ראובן משועבד בגופו ללוי. לפיכך, מוכר שטר חוב יכול למחול ללווה על החוב ולגרום בכך הפסד לקונה, בזמן ששמעון אינו יכול למחול לראובן על החוב, כיון שראובן משועבד ישירות ללוי. לכאורה, לשיטת הש"ך יכול היה לוי לגבות את החוב מראובן גם כאשר לשמעון יש כסף, שהרי ראובן חייב ישירות ללוי כפי ששמעון חייב ישירות ללוי. ובכל זאת, הש"ך כתב שיש תקנה שמגבילה זאת (שם שם, י):³³

דאף דר' נתן מיירי אפילו בדאית ליה נכסי, היינו לענין דמשתעבד ליה מדאורייתא, אבל מתקנת חכמים אין מוציאין היכא דיש נכסים במקום דאיכא פסידא ללוה.

כלומר, אכן מדאורייתא חל שעבודא דרבי נתן על ראובן למרות שיש לשמעון נכסים, אולם, מתקנת חכמים לא ניתן לגבות מראובן כשיש לו הפסד ולשמעון יש נכסים.

קצות החושן פסק שלוי יכול לגבות מראובן לפני שניסה לגבות משמעון, וזה נימוקו (פו, ב):

דשעבודא דר' נתן אינו כמו שאר שעבוד נכסי, דגוף החוב של הלוה הוא ואין למלוה בהם אלא שעבוד, אבל דר' נתן אינו כן אלא גוף החוב הוא של המלוה.

כלומר, כיון שראובן חייב ללוי כפי ששמעון חייב ללוי, אין מקום לחייב הקדמה של שמעון לראובן בגבייה.

נתיבות המשפט הגדיר כך את מהותו של הדין (פו, ג):

דשעבודא דרבי נתן הוא ממש כמו שעבוד נכסי דהוא גם כן מדאורייתא... ואפשר שגרע משעבוד נכסים, דבשעבוד נכסים לפעמים אין צריך לתבוע הלוה תחילה... והכא בשעבודא דרבי נתן הוי כמו ערב ממש, דגרע לעניין זה משעבוד נכסי כמבואר בדרישה. ועל כרחך אין לומר שעבודא דרבי נתן היינו שהלוה השני נעשה לווה של המלוה הראשון ממש.

בתחילה הוא הציע שמדובר על שעבוד נכסים. אולם, בהמשך כתב שראובן ערב לחובו של שמעון. לגבי מהות חיובו של ערב ראו בפרק הבא.³⁴

ערב – חיוב אישי או שעבוד נכסים

אדם יכול להיות ערב לחובו של אדם אחר, כאשר אם החייב לא יפרע את החוב יוכל הנושה לגבות אותו מהערב. מה מהותה של הערבות, האם היא חיוב אישי שמותנה בכך שהחייב לא ישלם, או שמא הוא חייב ברמה נמוכה יותר, כגון שעבוד נכסים בלבד?

הרמב"ם השווה בין התחייבות ללא תמורה לבין ערבות (מכירה י"א, טו):

המחייב עצמו בממון לאחר בלא תנאי כלל, אף על פי שלא היה חייב לו כלום הרי זה חייב, שדבר זה מתנה היא ואינה אסמכתא... וחייב לשלם, אע"פ ששניהם מודים והעדים יודעים שלא היה לו אצלו כלום, שהרי חייב עצמו, כמו שישתעבד הערב, וכזה הורו רוב הגאונים.

הקשר בין התחייבות לערבות עולה גם מהביטוי "משעבד עצמו" ומקביליו, שמופיע ברמב"ם רק בנוגע לערבות³⁵ והתחייבות.³⁶

כפי שנאמר למעלה בנוגע להתחייבות, קשה לומר שמדובר פה בחיוב מן הדין כיון שהערב לא קיבל כל תמורה, ובכל זאת ישנו שעבוד המוטל עליו. שם התבאר שלחלק מהדעות השעבוד של המתחייב מותנה בכך שיש רכוש בשווי ההתחייבות תחת ידו, ובכל זאת התוצאה היא חיוב אישי (שתואם את הביטוי "משעבד עצמו").

התוספות כתבו במפורש שעל הערב מוטל גם שעבוד הגוף וגם שעבוד נכסים (עבודה זרה סג, ד"ה ואינו):

משמע שדין ערב הוא שנכסי הערב משתעבדין למלוה בשעת ערבות ולא גופו לבד.

קצות החושן ציין שערב משועבד בגופו, בניגוד לקונה (לוקח) נכס משועבד (ל"ט, ה):

הערב שנתחייב הוא עצמו ומסופק בפרעון חייב, אבל הלוקח והיורש שלא נתחייב מחמת עצמו כלל אלא נכסים הוא דאשתעבדו ולוקח ויורש נכנסו בשעבודו ומשום הכי טענין ליורש וללוקח שמא פרע.

34. מדברי נתיבות המשפט (פ"ו, א) משמע שלערב יש חיוב אישי כיון שכתב: "...ויש ליה להמלוה הראשון שעבוד הגוף על הלוה השני...". כלומר, בשעבודא דרבי נתן יש שעבוד הגוף, ודינו כמו שעבוד של ערב. מכאן שערב משועבד בגופו.

35. רמב"ם אישות י"ז, ט; מלוה ולוה כ"ה, ב; מלוה ולוה כ"ה, יג; מלוה ולוה כ"ו, יא.

36. רמב"ם שכירות ח', יג; שו"ת הרמב"ם, סימן שפו.

קצות החושן כתב שבגלל שערב משועבד בגופו, אם אינו בטוח שהחוב נפרע – עליו לפורעו. הקונה, לעומת זאת, פטור במקרה כזה, כיון שרק נכסיו משועבדים. גם מנתיבות המשפט משמע שערב משועבד בגופו. לעומת זאת, בשו"ת שואל ומשיב כתב שמהשיטה מקובצת משמע שאין לערב שעבוד הגוף.³⁷

הרמב"ן הלך צעד נוסף, וכתב שעל הערב מוטלת אף המצווה לפרוע את החוב (בבא בתרא קעד, א ד"ה מקמי):

נראה לי דהכי קאמר רב פפא: פריעת בעל חוב מצוה היא, והך מצוה רמיא אערב, וכיון דיתמי קטנים פטורין השתא מכל מצות והוא קדם ופרע רצה הוא לזכות במצוה ולא משלמי לעולם.

דברים דומים כתבו תלמידיו הרשב"א (שם ד"ה ההוא) והריטב"א (שם ד"ה רב פפא). לסיכום, בפרק זה נבחנו מושגים מעולם החיובים לאור ארבעת יסודות המשפט. נמצא כי לכאורה, נחלקו ראשונים האם שעבוד הוא זכות קניינית מותנית או חובה אישית מותנית. כמו כן, יתכן ששעבוד הוא מושג עצמאי. לגבי התחייבות מרצון ישנה מחלוקת האם מדובר בחיוב אישי או בשעבוד נכסים. גם לגבי דינא דרבי נתן נחלקו הפוסקים הוא מבוסס על שעבוד נכסים או על חיוב אישי, וכך גם לגבי ערב.

שותפים ושכנים

דינא דבר מצרא – שליחות שיוצרת קניין או חיוב אישי על פי דינא דבר מצרא, כאשר אדם מוכר קרקע יש לשכן (בן המצר, או המצרן) זכות לקנות את הקרקע לפני כל אדם אחר. דין זה הוא תקנת חכמים, על פי הפסוק "ועשית הישר והטוב".³⁸

הרמב"ם הסביר את מהות התקנה כך (שכנים י"ב, ה):

ולא עוד אלא המוכר קרקע שלו לאחר, יש לחבירו שהוא בצד המצר שלו ליתן דמים ללוקח ולסלק אות, וזה הלוקח הרחוק כאילו הוא שליח של בן המצר. כלומר, התקנה הופכת את הקונה לשליח של המצרן, והרי הקונה כמי שקנה עבור המצרן. בהמשך לכך כתב הרמב"ם (שכנים י"ג, ז):

37. שו"ת שואל ומשיב מהדורה א ח"א סימן קסג, הוא מצטט שיטה מקובצת בבא קמא מ, ב ד"ה וכתב המאירי. מקור הדברים במאירי בבא קמא מ, ב ד"ה יש מי שאומר ראובן. ויש לעיין האם זו

הדרך היחידה לפירוש דברי המאירי.

38. רמב"ם שכנים י"ב, ה.

הלוקח שבנה והשביח או סתר והפסיד בן המצר מסלקו ונותן לו דמים הראויין לו והרי הוא בכל מעשיו כמו השליח, וכן אם לוח הלוקח קודם שיסלק אותו בן המצר וסלקו בן המצר אין בעל חוב שלו טורף מיד בן המצר, זהו העיקר בכל אלו הדינים שכל הלוקח בצד מצר חבירו הוא כמו שליח לחבירו ולתקן שלחו ולא לעוות. כלומר, כל מעשה מועיל שעושה הקונה – הרי הוא כאילו נעשה בשליחות המצרן, וכל מעשה מזיק – הוא עושה עבור עצמו. גם הרא"ש כתב שהקונה הוא שלוחו של המצרן (בבא מציעא ט', כג):

שהלוקח הוא שליח דמצרן לכל דבר ועדי קנין של הלוקח יכתבו השטר בשם המצרן ואין צריך קנין אחר והוי כקונה שדה לחבירו שלא מדעתו אי בעי שקיל ליה ולא צריך קנין אחר ואם הוקרו והוזלו ברשותו. לדבריו, המצרן איננו צריך לבצע מעשה קניין נוסף, ודי במעשה הקניין שהקונה עשה כשלוחו, וכן נפסק בשו"ע (ח"מ קע"ה, ו). על פי גישה זו, הקונה הוא שליח של המצרן, והתוצאה של השליחות היא העברת הקניין מהמוכר למצרן. הש"ך חילק בין שני שלבים (ח"מ קע"ה, כה):

והא דאמרי' בש"ס צריך למיקניה מיניה היינו בשכבר קנה הלוקח ויש עכשיו זכות למצרן בקרקע לכך מהני קנין דעכשיו ולא קנין דברים הוי. ולכך כשעדיין לא קנה ואמר ליה זיל זבין לנפשך כי לא בעיניה יוכל להסתלק אף בלא קנין כיון שאמר כן לא נעשה הלוקח שלוחו בעל כרחו.

לפני הקנייה על ידי הקונה, יש לו מעמד של שליח, ואז המצרן יכול לוותר על זכותו בכך שיאמר זאת והשליחות בטלה. לעומת זאת, לאחר שהקונה כבר קנה את הנכס, יש למצרן זכות קניינית בקרקע ואז צריך המצרן לעשות מעשה קניין כדי לוותר על זכותו.

לעומת זאת, רבי אברהם בן הרמב"ם טען בתשובותיו שהמצרן איננו שליח (ס' עה): וכמו כן אבא מארי זצ"ל חזר בחבור במספר מקומות שהוא דומה לו ברוב הדינים, אך אינו שליח ודאי, ובשום מקום אינו אומר בפרוש שהוא שליח – וגם לא יאות למי שמבין זאת לומר כן – אלא הוא אומר: כאלו הוא שליח או כמו שליח, וכיוצא בזה, בהיותו דומה לשליח בדינים אלה; ומה שנמשל לאיזה דבר מחמת דמיון אינו צריך שיהיה אותו דבר.

ולפי הסברה הזאת – האמתית אצלי ואצל כל מי שיש לו הרגל בהלכה וידיעה בשרשיה ובהוצאת ענפיה משרשיה – והיא שהלוקח קונה קנין גמור, אף על פי שהוא חוטא וחצוף כמו שאמרו הצפא האוי.

לדבריו, הקונה איננו באמת שלוחו של המצרן, אלא הוא הבעלים של הקרקע. בהמשך הוא מביא נפקא מינה, כאשר הקונה מכר את הקרקע לקטן צריך לחכות

שהוא יגדל כדי לתבוע ממנו את הקרקע. מכאן משמע שהוא סבר שמדובר לכל היותר בחיוב אישי על הקונה למכור את הקרקע למצרן.

חזקת תשמישין – מחילה על חיוב או קניין³⁹

במקרים מסוימים כאשר אדם משתמש בשטח השייך לו ומזיק לשכנו - הדבר אסור. לאחר הליך מסוים של הסכמת השכן, השימוש יכול להפוך למותר. נחלקו ראשונים בהבנת מהות הזכות שניתנת למשתמש לאחר הסכמת השכנים. הבנה אחת היא שהמשתמש קיבל זכות קניינית בחצר השכן. הבנה שנייה היא שהמשתמש הוא מזיק וחל עליו חיוב אישי לפצות את השכן, והסכמת השכן היא מחילה על החיוב.

בעניין זה כתב הרמב"ם (שכנים י"א, ד):

כל ההרחקות האמורות בפרקים של מעלה אם לא הרחיק וראה חבירו ושתק הרי זה מחל ואינו יכול לחזור ולהצריכו ולהרחיקו.

הרמב"ם כתב שדי בכך שהשכן יראה את הנזק וישתוק כדי להתיר את המשך הנזק. זאת ככל הנראה, כיון שמדובר במחילה על חיוב. אילו היה מדובר על רכישת זכות קניינית בחצר השכן היה צורך בראיה על מעשה קניין של הקונה ובהסכמה של השכן,⁴⁰ או בראיה על חזקת שלוש שנים.⁴¹

דברי הרמב"ם בעניין ברורים עוד יותר (בבא בתרא נט, א ד"ה והוי):⁴²

והוי יודע שחזקת החלונות והזיזין וכל שכיוצא בהן מדבר שאינו אלא נזק ואינו גזל גוף קרקע, כגון סמיכת הקירות וגפת וחבל וסיד וכל נזקי פרקין דלא יחפור, ומרזב ומחילה ודכולהו נטפי ושופכי, אינה חזקת שלש שנים אלא מכי מבריר הזיקה ושתק מחל. שלא אמרו שלש שנים אלא משום דתלת שנים מזדהר איניש בשטרי, הלכך כל החזקות המתקיימות בלא טענה כגון אלו אין צריך שלש שנים, אף על פי שאמרו דלאלתר לא הוי חזקה, וכן קבלנו מן הגאונים ומרבני ספרד האחרונים ז"ל.

הרמב"ם כותב במפורש שלדעתו מדובר על נזק, כלומר על חיוב, ולא על גזל הקרקע. לפיכך, די במחילה חד פעמית כדי להתיר את המעשה ואין צורך בחזקת שלוש שנים.

39. תודתי לרב יאיר פרנק על הסיוע בפרק זה.

40. רמב"ם מכירה א', א.

41. רמב"ם טוען ונטען י"א, ב.

42. וראו עוד שם, נז, א ד"ה הא.

לעומת שיטת הרמב"ם והרמב"ן, ראשונים אחרים סברו שמדובר בזכות קניינית, כפי שעולה מדברי הרא"ש (בבא בתרא א', יג):

ואמר רב נחמן אחזיק לשפכי לא אחזיק לנטפי לנטפי אחזיק לשפכי... והכא נמי איירי בחזקת שלש שנים וחזקה שיש עמה טענה.

הרא"ש פסק שיש צורך בחזקת שלוש שנים ובטענה שהשכן הקנה את הזכות להשתמש באופן הפוגע בחצרו. הרשב"א הבהיר את שתי האפשרויות (בבא בתרא נט, א ד"ה נמצא):

ויש מפרשים לכל הני דכולה שמעתין בטענת סבלנות, דכיון שאינו מחסרו קרקע אין להם ענין בחזקת שלש, כי מה ששנינו בפ' חזקת (מ"א א') כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה היינו דוקא בבא לטעון בגוף הדבר אבל בשעבודין כגון אלו להוצאת זיזין וכיוצא בהן אפי' בטענת סבלנות הן.

ויש מפרשים לכל הני דכולה בטענת מכירה או מתנה הן אבל טענת סבלנות לא מהניא ולא מידי, ונטפי ושופכי וכשווי והודרי כולן בחזקת שלש ובטענת מכירה או מתנה.

רוצה לומר, אם מדובר ב"שעבודין" די במחילה מיידית, אולם אם מדובר בזכות קניינית בדומה למכר או מתנה, יש צורך בחזקת שלוש שנים ובטענת הקנאה. הרשב"א לא הסביר מה כוונתו במילה שעבוד. ניתן להבין שכוונתו לכך שהנכס של הניזק משועבד לשימוש של המזיק, והדברים הולמים את שיטתו (הובאה לעיל) ששעבוד אינו זכות קניינית אלא חיוב אישי, ולכן הוא כותב כאן שלא מדובר על זכות "בגוף הדבר" אלא "בשעבודין". במקום אחר הרשב"א פסק כדעה השניה: "לפי מה שכתבתי בפ"ק... שאין חזקה לעולם אלא א"כ בא בטענה"⁴³, כלומר, לדעתו מדובר על זכות קניינית של המזיק.

בשולחן ערוך (ח"מ קנ"ג, ב; שם, ו; קנ"ה, לה) פסק כדעת הרמב"ם שמדובר על מחילה. הרמ"א הביא לפעמים את דעת הרמב"ם⁴⁴ ולפעמים את דעת החולקים הסוברים שמדובר בזכות קניינית,⁴⁵ ובביאור דעת הרמ"א נחלקו אחרונים.

הסמ"ע (קנ"ג, לב) כתב שיש לחלק בין הרחקות בהן המזיק עושה פעולות שהן לגמרי בתוך רשותו, אלא שהם מזיקות את תבירו, שם דינו כמזיק ולכן הלכה כרמב"ם שדי במחילה על החיוב.⁴⁶ אולם, כאשר המזיק משתמש ברשות תבירו הסתפק הרמ"א

43. רשב"א בבא בתרא נט, א ד"ה נמצא.

44. רמ"א ח"מ קנ"ה, לה.

45. רמ"א ח"מ קנ"ג, סעיפים ב, ו, יב, ועוד.

46. דבריו הובאו גם בש"ך ח"מ קנ"ג, יא.

ולא פסק. נתיבות המשפט (קנ"ג, יא) חילק באופן דומה, אולם כתב שבמקרה השני הרמ"א הכריע שמדובר בזכות קניינית. הט"ז והגר"א (על השו"ע ח"מ קנ"ה, לה) סברו שהרמ"א פסק כרמב"ם בכל המקרים.

שותפות בעסק – קניין או פועל

שותפות היא בעלות של יותר מאדם אחד על נכס. הרווחים וההפסדים בשותפות הם תוצאה של עלייה או ירידה בשווי הנכס. לעומת זאת, שותפות עסקית היא הסדר בו השותפים עובדים עבור העסק המשותף, והרווחים הם גם תוצאה של עבודתם. על רקע זה נחלקו ראשונים כיצד להבין את מהות השותפות העסקית, ובעקבות זאת נחלקו גם בדיניה.

הרמב"ם סבר ששותפות עסקית מבוססת על זכות קניינית ברכוש – על שיתוף ברכוש. כך עולה מדבריו הבאים (שלוחין ושותפין ד', ב):

האומנין שנשתתפו באומנות, אע"פ שקנו מידם אינן שותפין. כיצד, שני חייטים או שני אורגים שהתנו ביניהם שכל שיקח זה וזה במלאכתו יהיה ביניהן בשוה אין כאן שותפות כלל שאין אדם מקנה לחבירו דבר שלא בא לעולם, אבל אם היו לוקחין הבגדים בממון עצמן ותופרין אותן ומוכרין ולוקחין השתי והערב ממעותיהן ואורגים ומוכרין ונשתתפו במעות שלוקחין בו הרי אלו שותפין וכל מה שירויחו בשכר מלאכתן ובמשאן ובמתנן הרי אלו לאמצע.

כלומר, לשותפות של בעלי מלאכה אין תוקף כל זמן שאין שותפות ברכוש, וכן נפסק בשו"ע (קע"ו, ג). בהמשך לשיטתו, פסק הרמב"ם (שלוחין ושותפין ד', ה):

הנותן מעות לחבירו לילך למדינה פלונית לסחורה או לקנות לו פירות לסחורה או לישב בו בחנות אינו יכול לחזור בו ולהחזיר הממון מיד השותף, עד שילך למקום שהתנו ויחזור או עד שיקנו אותן הפירות וימכור או עד שישב בחנות שזה כמי שקבע זמן הוא.

כאן מדובר על שותפות עסקית שבה צד אחד תורם את ההשקעה הכספית והצד השני את העבודה. מכיון ששותפות עסקית מבוססת על שיתוף קנייני, היא אינה ניתנת לביטול על ידי אחד השותפים, משום שהוא אינו יכול להפקיע את הזכויות של השותפים האחרים, וכן נפסק בשו"ע (ח"מ קעו, טו).

בניגוד לרמב"ם, הראב"ד העמיד את השותפות העסקית על בסיס זכות קניינית בגוף השותף (שלוחין ושותפין ד', ב):

ורבותי הורו שאדם יכול להקנות את עצמו לחבירו בקניין כדין עבדים וכשם שמצינו באומרת יקדשו ידי לעושיהן.

על פי זה ניתן ליצור שותפות של בעלי מלאכה גם ללא שיתוף ברכוש.

הרמב"ן הסביר ששותפות עסקית מבוססת על כך שכל אחד מהשותפים הוא פועל של חברו (בבא בתרא ט, א ד"ה הא):⁴⁷

שותפים שאמרו כל מקח שיבא לידינו יהא הריוח בינינו במאי קנו, שאילו במתנין באומנותן לאמצע י"ל נעשו שכירין זה לזה... ויכולים לחזור בהן.

את דבריו של הרמב"ן יש להבין על פי ההגדרות השונות למהותו של הפועל, שיובאו בהמשך – חיוב אישי של הפועל או קניין של מעסיק בפועל. כפי שיובא שם, דעת הרמב"ן היא שפועל אינו קנוי למעסיק. ומכאן, שגם שותפות עסקית איננה מבוססת על קניין הדדי (כפי שכתב הראב"ד) אלא על חיוב אישי הדדי. הרמב"ן הוסיף שניתן לבטל את השותפות בכל רגע, והריב"ש קשר זאת למהות השותפות (ס' תעו):

אלא שתוך הזמן, יכולין לחזור בהן, להבא; כדין פועל: שיכול לחזור בו, אפילו בחצי היום. אבל במה שהרויחו כבר, אין א' מהם יכול לומר: לעצמי הרוחתי.

כיון שהשותפות מבוססת על כך שכל שותף הוא פועל של השותף האחר – הרי שהוא יכול לחזור בו ולבטל את השותפות בכל רגע, בדיוק כפי שפועל יכול לחזור בו בחצי היום. הריב"ש מעיר שזאת רק מכאן ולהבא, אך לגבי ממון השותפות שכבר נצבר, לא ניתן לבטל את השותפות למפרע. זאת, כיון שכאן השותפות אינה מבוססת על דין פועל, אלא על שותפות קניינית ברכוש. דעה זו, והדעה החולקת (דעת הרמב"ם) הובאו ברמ"א (ח"מ קע"ו, ג).

שליחות ונאמנות

הרשאה – קניין או שליחות

ההלכה עסקה בשאלה כיצד יכול אדם לתת הרשאה לאדם אחר כדי שזה ייצג אותו בעניינים משפטיים, כגון, ייצוג בדיון משפטי, גביית חובות עבורו ועוד. בגמרא מובא (בבא קמא ע, א):

ואמרי נהרדעי: אורכתא דלא כתיב ביה זיל דון וזכי ואפיק לנפשך – לית ביה מששא. מאי טעמא? משום דא"ל האיך: לא בעל דברים ידידי את...

רב אשי אמר: כיון דכתביה ליה כל דמתעני מן דינא קבילית עלי, שליח שויה. ואיכא דאמר: שותפא שויה. למאי נפקא מינה? למיתפס פלגא. והלכתא: שליח שויה.⁴⁸

47. וכן כתב הרשב"א שם.

48. ראו עוד בכורות מט, א; שבועות לג, ב.

נהרדעי אמרו שהדרך לתת הרשאה היא על ידי כך שכותבים למורשה שהוא בעל הזכויות ברכוש המדובר – "דון וזכי ואפיק לנפשך". ולא, יטען בעל הדין כנגד המורשה, שהמורשה אינו בעל הדין ואין חובה להתדיין איתו. בהמשך מובאת מחלוקת האם המורשה הוא שליח או שותף בזכות הקניינית. מסקנת הגמרא שהוא אך ורק שליח.

הרמב"ם פסק שהרשאה מבוססת על העברת זכויות קנייניות מסוימות למורשה. לכן היא מותנית בכך שהרכוש עליו כותבים את ההרשאה הוא בר-קניין וההרשאה נעשתה תוך הקפדה על דיני הקניינים. בכל זאת התוצאה היא שהמורשה הוא שליח (שלוהין ושותפין ג', א):

מי שהיתה לו קרקע תחת יד אחד או שהיו לו מטלטלין פקדון ורצה לעשות שליח לדון עם זה ולהוציא הקרקע או הפקדון מתחת ידו הרי זה כותב לו הרשאה וצריך לקנות מידו שהרשהו ואומר לו דון וזכה והוצא לעצמך וכיוצא בעניינים אלו, ואם לא כתב לו אינו יכול לדון עמו מפני שהוא אומר לו אין אתה בעל דיני. ואע"פ שכתב לו כן אינו אלא שליח וכל מה שיזכה בו הרי הוא של משלחו, וכל ההוצאות שיוציא השליח על דין זה שהורשה הרי המשלח חייב בהן, שכך כותבין בהרשאה כל שתוציא בדין זה עלי לשלמו.

בחלק הראשון של ההלכה הרמב"ם כותב שהרשאה מבוססת על קניין. הקניין הופך את השליחות לכזו שמחייבת את כל העולם, ולכן הנתבע לא יוכל לטעון כנגד השליח "אין אתה בעל דיני". החלק השני של ההלכה בא להדגיש שלמרות הבסיס הקנייני מדובר בשליחות. לכן, מה שהשליח יקבל יהיה שייך למשלח, ובהוצאות של השליח יישא המשלח.

נראה שכוונת הרמב"ם היא שהמורשה מוגדר כבעל זכויות קנייניות, ובכל זאת, היקף הזכויות אינו מאפשר לו לקחת את הממון לעצמו, ועליו להחזירו כדין שליח.

בהמשך הפרק (שם, ו) הרמב"ם כותב שהדרך לכתוב הרשאה היא רק בהקפדה על דיני הקניינים, ולגבי דבר שקניין לא מועיל לגביו, גם הרשאה איננה מועילה. לאחר מכן (שם, ז) הוא מוסיף שהגאונים תקנו שניתן לכתוב הרשאה גם על דברים שלא ניתן להקנות, אולם, תוקפה של הרשאה זו היא רק כמינוי שליח בפני עדים שמחייב רק את המשלח ולא את כל העולם.

את העיקרון השני, שלמרות הבסיס הקנייני התוצאה היא שליחות, מיישם הרמב"ם בהלכה הבאה (שם, ח):

מי שהרשה לאחד ורצה לבטל השליחות ולהרשות לאחר הרי זה מבטל. ואין למורשה לכתוב הרשאה לאחר, שזה אומר אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר,

לפיכך אם התנה עליו שירשה הוא לאחר ואחר לאחר הרי השליח כותב הרשאה לשני ושני לשלישי הכל לפי תנאו.

בהלכה זו הרמב"ם מביא נפקא מינה לכך שבמבחן התוצאה מדובר בשליחות ולא בקניין. אילו היה מדובר בקניין רגיל, הרי שהמשלח לא היה יכול לחזור בו מהשליחות, כפי שלא ניתן לבטל מכירה לאחר שנעשתה. כמו כן, אילו היה השליח קונה את החפץ קניין גמור הוא היה יכול למנות שליח אחר על פי הבנתו בכך שיקנה לאדם אחר את הזכויות. אולם, הרמב"ם מדגיש ששליח שבא בהרשאה אינו יכול למנות שליח אחר.

אלא שגם כאן מקפיד הרמב"ם על היצמדות להלכות קניין שעליו מבוססת ההרשאה. הרמב"ם דייק וכתב שניתן לבטל את ההרשאה ולמנות מורשה אחר. מדבריו עולה שלא ניתן למנות מורשה נוסף, בניגוד לשליחות שם ניתן למנות כמה שליחים במקביל. כיון שהבסיס הוא קנייני, הרי שאותן זכויות יכולות להיות אצל אדם אחד בלבד ולא אצל שניים.

העולה מכל זה הוא שהרשאה היא העברת זכות קניינית מוגבלת שמותירה למורשה סמכויות של שליח. ולכן, מחד גיסא, היא אפשרית אך ורק במקום בו ניתן להקנות את הזכויות. ומאידך גיסא, התוצאה שלה היא אך ורק שליחות שמחייבת את כל העולם, ואין בה העברת זכויות מלאה לשליח.

לעומת כל זאת, שיטת הרא"ש היא שבהרשאה אין צורך בקניין אמיתי. הנוסח שתקנו חכמים נועד רק כדי ליצור שליחות שאיננה נתנת לביטול (בבא קמא ט', כא):

אתמר שליח שעשאו בעדים ואמר לו בפני עדים לך והבא לי מעותי שביד פלוני... אבל אי לא בעי למיתבה ניהליה בהאי שליחות לא כפינן ליה למיתבינהו ניהליה דהא אמרי נהרדעי כל אורכתא דלא כתיב ביה זיל דון ואפיק וזכי לנפשך לאו אורכתא היא דאמר ליה לאו בעל דברים דידי את וצריך טעם לדבר כיון דידעינן דשויה שליח ואם ימסור לו יפטר מאחריות הדרך ושלוחו של אדם כמותו בכל דבר היאך מצי למימר ליה לאו בעל דברים דידי את הלא פי השליח כפי הבעלים לכל דבר שנעשה שליח ועשייתו כעשייתו ולמה יתנו חכמים יד לזה לעכב ממון חבירו שלא כדין?

הרא"ש מניח שכל שליחות מחייבת את כל העולם. על רקע זה הוא מתקשה מדוע יש צורך בהרשאה כדי לגבות חובות בעל כורחם של הלווים ולא די בשליחות רגילה. תשובתו היא:

ונראה לי דחיישינן שמא יבטל המפקיד שליחות השליח בפני עדים, אבל כי כתב ליה זיל דון וזכי ואפיק לנפשך הרי כאילו נתנו לו במתנה ושוב לא מצי מבטל ליה. ואע"ג דמסקינן לעיל בפרק מרובה (דף ע א) והלכתא שליח שווייה ואע"ג דכתב

ליה זיל דון וזכי ואפיק לנפשך, היינו לענין זה דלא מצי שליח למיתפסיה לנפשיה כיון דכתב כל דמתעני ליה מן דינא קבילית עלי, אבל ודאי אהני הא דכתב ביה זיל דון וזכי ואפיק לנפשך לענין זה שלא יוכל לבטל השליח.

דהיינו, יש צורך בהרשאה כדי למנוע מהמשלה לבטל את השליחות ללא ידיעת השליח⁴⁹ ולגרום לכך שהגזלן ימצא עצמו משיב את הגזילה לאדם שאיננו שליח של הנגזל. לדבריו, שליחות עם מעשה קניין יוצרת שליחות שמחייבת את המשלח יותר מאשר שליחות רגילה, ולכן, היא מחייבת גם את כל העולם במידה רבה יותר. להשלמת התמונה יש לעיין בדברי הרא"ש הבאים (בבא קמא ז', ד):

ועוד יש לדקדק דאין הרשאה תלויה בקנין דהא קיימא לן כאיכא דאמרי דבמטלטלי דגזליה כתבינן נמי הרשאה כדמשמע בשבועות ובבכורות אף על פי שנראה שאין יכול להקנות... אלא על כרחך תקנה היא שעשו לענין שליחות כאילו היה עצמו קונה (הקנין) קנין גמור.

הרא"ש כותב, בניגוד לרמב"ם, שניתן ליצור הרשאה גם כאשר לא ניתן להקנות את הממון, ומכאן הוא מסיק שזו תקנה דרבנן. אם נסכם נאמר שהרא"ש סובר שכל שליחות מחייבת את כל העולם, אלא שיש חשש שמא המשלח יבטל את השליחות, ולשם כך נדרשת הרשאה. הרשאה היא בעצם שליחות רגילה שעליה נוספה תקנת חכמים שמונעת חזרה מן השליחות, ולכן אין צורך בכך שבאמת ניתן יהיה להקנות את הממון.

מסלול שני שקיים גם לדעת הרא"ש הוא כאשר נעשה קניין אמיתי. במקרה כזה, התוצאה איננה שליחות אלא העברת זכויות מסוימות לידי המורשה. הרשאה כזו איננה מתבטלת גם אם המרשה ימות כפי שכתב הרא"ש (ש"ת הרא"ש סב, א):

אלמא (=דוקא) היכא דאקני ליה אגב ארעא, לא חיישינן אם מת... אבל (=בלא אקני ליה באגב) היכא דמית ודאי בטל השליחות.

כאשר נעשה קניין הופך המורשה לבעל זכויות מסוימות ברכוש המדובר, וזכויות אלה אינן פוקעות עם מותו של המרשה. להיפך, יורשי המרשה נכנסים לנעליו והמורשה מחויב כלפיהם.

ישום נוסף למסלול הקניין האמיתי עולה ממה שנהג רבנו תם לתת הרשאה גם לגויים, למרות שאין שליחות לגוי (תוספות קידושין ג, א ד"ה ואשה):

וכן היה רגיל ר"ת לשלוח הרשאה ביד עובד כוכבים והיה מקנה בחליפין ומיהו בזה צריך ליזהר שלא לכתוב וקנינא מיניה דאין שליחות וזכיה לעובד כוכבים.

ר"ת נהג הרשאה לגויים בקניין, וכן פסק בשו"ע.⁵⁰ אילו היה מדובר בשליחות בעלמא, ברור שלא היה לכך תוקף, שהרי גוי אינו יכול להיות שליח. ככל הנראה ר"ת סבר שמדובר בקניין רגיל. וכך כתב הש"ך (ח"מ קנג, ל):

היה נראה לומר דגם דעת ר"ת כן, שאינו יכול לעשות הרשאה אלא בדבר שנקנה בחליפין... ונראה לדעתם דאף שכתב בהרשאה כל מה דמתעני, מכל מקום כיון שהוא בענין שנקנה בחליפין אמרינן דהעכו"ם קונה קנין גמור. ומה שכתב כל מה דמתעני הוא כמו שמקבל עליו אחריות ולא שיעשה העכו"ם שליח, רק מדברי המחבר משמע דהרשאה מועיל בעכו"ם בכל ענין.

הש"ך הבין שלדעת ר"ת הרשאה לגוי מועילה בגלל שמדובר בהעברת זכות קניינית. לפיכך, במקום שבו קניין אינו מועיל גם הרשאה לגוי אינה מועילה, וכך משמע גם מקצות החושן.⁵¹

זכין – שליחות או הקנאה

בכמה מקומות בש"ס מובא שניתן להקנות לאדם רכוש מבלי ידיעתו. הדברים מופיעים כבר במשנה (גיטין יא, ב):

האומר תן גט זה לאשתי ושטר שחרור זה לעבדי, אם רצה לחזור בשניהן – יחזור, דברי רבי מאיר; וחכמים אומרים: בגיטי נשים אבל לא בשחרורי עבדים, לפי שזכין לאדם שלא בפניו, ואין תבין לו אלא בפניו, שאם ירצה שלא לזון את עבדו – רשאי, ושלא לזון את אשתו – אינו רשאי.

כלומר, לדעת חכמים אדם שאמר לאחר שיכתוב שטר שחרור לעבדו, אינו יכול לחזור בו והעבד ישתחרר בעל כורחו.

בהבנת דין זה נחלקו ראשונים. מהרמב"ם עולה שהוא מבוסס על כך שאדם יכול להקנות את רכושו לאחר ללא ידיעתו. במילים אחרות, העברת הבעלות נעשית על ידי המקנה, ואם הוא מחליט להקנות – הבעלות עוברת ללא צורך בהשתתפות של הקונה בתהליך. ואלו דברי הרמב"ם (מכירה כ"ט, יא):

יראה לי שקטן שקנה קרקע ונתן דמים והחזיק בקרקע תעמוד בידו אע"פ שאין ממכרו בקרקע כלום. שהקטן כמי שאינו בפניו הוא וזכין לאדם שלא בפניו ואין חבין לו אלא בפניו.

כאן מדובר על קטן הקונה מגדול ללא מתווך, ולמרות שקטן "כמי שאינו בפניו הוא", אם הוא נתן כסף ועשה מעשה קניין בקרקע – זכה בקרקע. הרמב"ם מנמק

50. שולחן ערוך ח"מ קכ"ג, יד.

51. קצות החושן קכ"ג, ו.

זאת בכך "שזכין לאדם שלא בפניו", והוא מבאר אותו ככל הנראה כך: המקנה מזכה את הקרקע לקונה גם שלא בפני הקונה.

דין זה מובן לאור האמור לעיל: בהעברת בעלות אין צורך בדעת המקבל, ולכן חוסר הדעת של הקטן אינו מפריע. אולם, יש צורך במעשה קניין של המקבל, ולפיכך מעשה הקניין של הקטן מספיק. לדברי הרמב"ם דין זה אינו חריג אלא הוא ככל העברת בעלות וקניין, בהם די בדעתו של המוכר בלבד. נראה שכך הבין קצות החושן (רל"ה, ד):

אלא נראה דהרמב"ם סובר דהיא גופה דמהני דעת אחרת הוא מדין זכין שהנותן זוכה לו והנותן גדול. ואף על גב דבעלמא לא מצי נותן גופיה לזכות למקבל, אלא צריך מקבל בעצמו לזכות, או על ידי אחר, הכא שקטן בעצמו זוכה, אלא שאין לו דעת ומשום הכי אינו זוכה במציאה, אבל היכא דאיכא דעת נותן, הנותן בעצמו זוכה לו.

כלומר, זיכוי לאדם אחד על ידי אדם אחר מבוסס על כך שגמירות דעתו של המקנה מעבירה את הבעלות, ואין צורך בדעתו של הקונה. נוכחותו של האדם האחר נדרשת כדי שיהיה מי שיעמוד מול המקנה ויעשה את מעשה הקניין. באותו אופן קטן זוכה בבעלות כאשר גדול מקנה לו. לעומת זאת, קטן אינו יכול לזכות במציאה כיון שאין מי שיקנה לו.

לשיטתו ביסוד דין זכין, קצות החושן טען שלא ניתן לקנות מאדם ללא ידיעתו, גם כאשר המקנה מרווית. ולכן הוא חלק על תרומת הדשן (ס' קפה) שפסק שמשרתת יכולה להפריש חלה עבור בעלת הבית ללא ידיעתה מתוך הנחה שבעלת הבית מעוניינת בכך. קצות החושן נימק את עמדתו החולקת כך (רמ"ג, ה):

וא"כ בהאי דמשרתת דמפרשת חלה משל בעל הבית אין בזה משום זכות, דלא אמרינן זכין לאדם שלא בפניו אלא היכא דזוכה המקבל באיזו דבר כמו במזכה חפץ לפלוני, או במזכה גט לאשתו דזוכה האשה בגט, או במפריש משלו. אבל מפריש משל בעל הבית אין זה זכות אלא ניחותא איכא, ושליחותא לאו מתורת ניחותא הוא ובעינן לדעתכם דוקא.

כלומר, זכוי לאחר יתכן רק כאשר מדובר בקבלת זכות קניינית, אבל לא יתכן ויתור על זכות קניינית ללא גמירות דעת של הבעלים.

לעומת זאת, שיטת התוספות היא שזכייה היא מטעם שליחות,⁵² כלומר, שהאדם שזוכה עבור אדם אחר הוא שלוהו. במילים אחרות, זכייה לאדם היא בעצם שליחות

52. תוספות פסחים צא, ב ד"ה איש; נדרים לו, ב ד"ה מי; גיטין סד, ב ד"ה שאני; בבא בתרא קנו, ב ד"ה זכין.

שלא מדעת,⁵³ ומכאן שמסתבר שהיא אפשרית גם כאשר מדובר בשליחות של מי שמעביר את הבעלות ולא רק במקרה של מי שמקבל את הבעלות.

בדעת הרמב"ן יש קושי. כיון שהרמב"ן כתב שזכייה אינה מדין שליחות, אולם החיל עליה בכל זאת את מגבלות השליחות (בבא מציעא עא, א ד"ה הא דאמרינן⁵⁴):

הא דאמרינן הכא זכיה מדרבנן אית ליה [=לקטן]... אין זכיה לקטן מדאורייתא אלא מדרבנן זוכין לו, דכי היכי דאין לו שליחות אין לו זכיה, ואע"ג דזכיה לאו מטעם שליחות הוא.

הרמב"ן כותב שזכייה אינה מדין שליחות, ובכל זאת אין זכייה לקטן מדאורייתא כיון שאינו יכול למנות שליח. ראו עוד על שיטת הרמב"ן בעניין אפוטרופוס בהמשך.

שליש – נאמנות או קניין

בגמרא נאמר (סנהדרין לא, א-ב):

ההיא איתתא דנפק שטרא מתותי ידה, אמרה ליה: ידענא בהאי שטרא דפריע הוה. הימנה רב נחמן. אמר ליה רבא לרב נחמן: כמאן - כרבי, דאמר: אותיות נקנות במסירה? אמר ליה: שאני הכא, דאי בעיא - קלתיה.

רבא חשב שרב נחמן האמין לאשה שהיתה שלישי בגלל שהיא קנתה את השטר, ורב נחמן השיב שהוא האמין לה בגלל שיכלה לשרוף את השטר.

בעקבות סוגיה זו נחלקו אחרונים מדוע שלישי נאמן: הש"ך סבר, כדעת רב נחמן, ששלישי נאמן כיון שהצדדים האמינו לו בכך שנתנו לו את האפשרות לעשות בשטר מה שהיה רוצה, גם אם בזמן הדיון בבית הדין כבר אינו יכול לעשות זאת. כלומר, נאמנות השלישי היא חלק מדיני הראיות בלבד. לעומת זאת, נתיבות המשפט סבר שמלבד זאת שלישי נאמן בגלל שהוא קנה את מה שניתן בידו, כפי שחשב רבא מתחילה.

הש"ך כתב (ח"מ נ"ו, א):

מהר"ש אידלש [=מהרש"א] כתב בסוף פרק זה בורר [סנהדרין ל"א ע"ב לתוס' ד"ה אין] דהתוס' סבירא להו דאפילו לרבא לא נאמין לשלישי אלא משום מיגו כו'.
אלא נלפע"ד... דשלישי נאמן אפילו בלא שום מיגו מטעמא דהא הימננהו לשלישי, וכיון שהיה כח בידו פעם אחת לשרוף השטר או למוסרו ליד הלוח, אע"ג דהשתא לא מצי למיעבד הכי ותו לית ליה מיגו, מהימן.

53. ראו קצות החושן ק"ה, א, ששאל כיצד שליחות שלא מדעת מועילה, והשיב שזו גזירת הכתוב.

54. ראו עוד רמב"ן קידושין כג, ב ד"ה מהו שיעשה.

מהרש"א כתב ששליש נאמן במיגו שהיה יכול לעשות בשלישות מה שירצה, למשל, לשרוף שטר חוב (ובכך למחוק את החוב) או להחזיר אותו למלווה (ובכך ליצור את החוב מחדש). הש"ך חלק על כך וכתב ששליש נאמן כיוון שהצדדים האמינוהו ונתנו לו בעבר אפשרות לעשות מה שירצה. אם היתה לשליש אפשרות כזו, גם אם כרגע היא לא קיימת – הוא נאמן.

נתיבות המשפט חלק על שניהם, וסבר שנאמנות שליש מבוססת על קניין שיש לו בשלישות (נ"ו, ה):

דודאי השליש נאמן אף שהמלוה חזר בו, דשליש קנין גמור אית ליה שיהיה כך אם יאמר כך, ולא דמי לנאמן עלי אבא.

כלומר, נאמנות של שליש מבוססת על הקניין שיש לשליש. לכן, הצדדים אינם יכולים לחזור בהם ולבטל את השלישות. אמנם, נתיבות המשפט עצמו הודה שיש לשליש גם נאמנות (נ"ו, יד):

בטוען פרוע ומכחיש השליש בשטר שאינו מקוים, שאינו נאמן... ובזה לא סגי הטעם דהימניה ונתרצה שיהיה כמו שיאמר אפילו אם ישקר, כיון דאפילו במסרו לבעל דין דודאי הימניה מהני מיגו להכחישו, ולכך כתבו הטעם דמידק דייק, והוי כמו נאמן הדיין ונאמן בעל המקח.

במקרה של שטר שאינו מקוים לא יועיל הקניין של השליש כיון שגם אילו היה השליש מחזיר את השטר למלווה, ואפילו אם הלווה עצמו היה נותן את השטר למלווה, המלווה לא היה יכול לגבות בעזרתו. לפיכך, אי אפשר לומר שנתנה לשליש זכות לעשות בשטר כפי הבנתו, ולכן יש הכרח לומר שהצדדים הסכימו להאמין לדבריו של השליש, כפי שיש לדיין ולמוכר נאמנות.

שומרים וגזלן

זכויות השכירות – חיוב או קניין⁵⁵

שוכר ושואל רשאים להשתמש במושכר ובמושאל. נחלקו ראשונים ואחרונים מה מהותה של זכות השימוש – האם מדובר בזכות קניינית של השוכר במושכר או בחיוב אישי המוטל על המשכיר.

מקור הדברים בדברי הגמרא שמסבירה מדוע דיני אונאת מחיר חלים גם על שכירות (בבא מציעא נו, ב):

55. ראו עוד: מיכאל ויגודה, שכירות ושאלה, ירושלים תשנ"ח, עמ' 7-24.

בעי רבי זירא: שכירות יש לו אונאה או אין לו אונאה? ממכר אמר רחמנא - אבל לא שכירות, או דלמא לא שנא? - אמר ליה אביי: מי כתיב ממכר לעולם? ממכר סתמא כתיב, והאי נמי ביומיה מכירה היא.

על פניו, אביי השיב לרבי זירא ששכירות היא מכירה לתקופה מוגבלת, ולכן חלים עליה דיני אונאת מחיר. וכך בדיוק כתב הרמב"ם לגבי אונאה⁵⁶ (מכירה י"ג, ז):

השוכר את הכלים או את הבהמה יש להם אונייה, שהשכירות מכירה בת יומה היא, ואם יש בה הונייה שתות או יותר, בין שנתאנה שוכר בין שנתאנה משכיר הרי זה מחזיר הונייה ואפילו לאחר זמן מרובה.

אגב הדיון בשאלת האפשרות של המשכיר לחזור בו מהשכירות, הרמב"ם הגדיר את הדברים באופן מפורט יותר (שאלה ופקדון א', ה):

השואל כלי מחבירו או בהמה סתם הרי המשאל מחזירו בכל עת שירצה, שאלו לזמן קצוב כיון שמשך וזכה אין הבעלים יכולין להחזירו מתחת ידו עד סוף ימי השאלה, ואפילו מת השואל הרי היורשין משתמשין בשאלה עד סוף הזמן. ודין הוא, הלוקח קונה הגוף קנין עולם בדמים שנתן, ומקבל מתנה קנה הגוף קנין עולם ולא נתן כלום, והשוכר קנה הגוף לפירותיו עד זמן קצוב בדמים שנתן, והשואל קנה הגוף לפירותיו עד זמן קצוב ולא נתן כלום. כשם שהנותן כמוכר שאינו יכול לחזור בו לעולם כך המשאל כמושכיר שאינו יכול לחזור בתוך הזמן.

הרמב"ם נימק את חוסר היכולת של המשכיר והמשאל לחזור בהם בכך ששכירות ושאלה הם קניין גוף לפירותיו, כלומר, זכות קניינית מוגבלת, וכן פסק השו"ע (ח"מ שי"ב, א). באותו אופן הרמב"ם פסק לגבי תנאים⁵⁷ (שכירות ז', א):

כשם שמתנה אדם כל תנאי שירצה במקח וממכר כך מתנה בשכירות שהשכירות מכירה לזמן קצוב היא. וכל שממכרו בנכסיו ממכר שוכר שכירותו שכירות, וכל שאין לו למכור כך אין לו לשכור אלא א"כ יש לו פירות בלבד באותה הקרקע הרי זה שוכר ואינו מוכר.

למרות כל זאת, ברור שגם לדעת הרמב"ם יש למשכיר זכויות קנייניות במושכר. ולכך כמה השלכות, כגון זכותו של המשכיר להקדיש את המושכר (ערכין ו', ל):

המשכיר בית לחבירו וחזר והקדישו הרי זה קדש ופקעה השכירות, ואם דר בו השוכר מעל.

כלומר, כאשר המשכיר מקדיש את הנכס השוכר לא יכול להשתמש בו. ומכאן שלמרות ששכירות היא זכות קניינית, כיון שגם למשכיר נשארה זכות קניינית

56. כך פסק גם השו"ע (ח"מ רכ"ז, לה).

57. וכן פסק השו"ע (ח"מ שט"ו, ב).

במושכר הוא יכול להקדישו ולהפוך את השוכר לשותף של ההקדש ובכך לאסור עליו את השימוש.

יתירה מזו, הרמב"ם סבר שגם לעניין אכילת תרומה המשכיר הוא הבעלים ולא השוכר (תרומות ט', ז):

ישראל ששכר בהמה מכהן מאכילה תרומה, וכהן ששכר בהמת ישראל אע"פ שהוא חייב במזונותיה לא יאכילנה תרומה מפני שאינה קניין כספו.

כהן יכול להאכיל את בהמותיו בתרומה, ובהקשר זה המשכיר הוא הבעלים ולא השוכר. זאת, אף שלשוכר יש זכויות קנייניות מסוימות. ולכן כאשר המשכיר הוא כהן והשוכר הוא ישראל – ניתן להאכיל את הבהמה בתרומה. ומכאן, שלדעת הרמב"ם בוודאי שיש למשכיר זכות קניינית במושכר, ודווקא הוא מוגדר כבעלים.

בניגוד לרמב"ם, התוספות הבינו ששכירות איננה זכות קניינית. כך פירשו התוספות את דברי הגמרא בעניין אונאה (בבא מציעא נו, ב ד"ה והאי):

והאי ביומיה מכירה הוא – תימה דבפרק קמא דעבודה זרה⁵⁸ מוכח דשכירות לא קני מישראל ששכר פרה מכהן ומלא לבית דירה אמרו? ויש לומר, דהכא גבי אונאה כתיב "ממכר" מיותר לרבות שכירות.

כלומר, יש אונאה בשכירות כיון שישנו ריבוי מיוחד לכך, ומשמע ששכירות איננה בכלל מכר. כלומר, שכירות איננה זכות קניינית. במקום אחר כתבו תוספות דברים ברורים עוד יותר (ערכין ל, א ד"ה ולא):

דבר החוזר לבעלים כגון מתנה על מנת להחזיר, אי נמי שאלה או שכירות, בכלם לא מיקנו בחליפין משום דהוה כמו טובת הנאה דאמרינן דאינה ממונא לקנות בחליפין ומשום הכי הוצרך שיתקבלו מעות זה מזה.

כלומר, כל בעלות מוגבלת אינה נקנית בקניין חליפין כיון שדינה כדין טובת הנאה שאינה ממון.

מדברי התוספות עולה אפוא בבירור ששכירות איננה זכות קניינית, ובעקבות התוספות הלך הש"ך. ברמ"א (ח"מ של"ד, א) מובאת מחלוקת ראשונים במקרה ששוכר נפטר במהלך השכירות, האם יורשיו חייבים להמשיך ולשלם עד סוף תקופת השכירות (רשב"א) או שהיא בטלה (מהר"ם). על כך כתב הש"ך (ח"מ של"ד, ב):

והוא דעיקר ראיית הרשב"א הוא מכח דשכירות ליומא ממכר הוא והתוספות... כתבו דלא אמרינן שכירות ליומא ממכר הוא אלא באונאה דרבי קרא ולא בשאר דוכתי.

כלומר, הרשב"א התבסס על כך שהשוכר קנה את הזכות בקרקע עד סוף תקופת השכירות, ולכן יורשיו צריכים לשלם את תמורתה. לעומת זאת, הש"ך מציין שדעת התוספות היא ששכירות איננה קניין אלא חיוב אישי של המשכיר לשוכר ולהיפך. ולכן משמת השוכר פקעו חיוביו והשכירות הסתיימה. ברוח זו כתב הש"ך (ח"מ ש"ג, א) שחצר מושכרת איננה קונה מציאה לשוכר כיון שהיא איננה קנויה לשוכר, וזאת על פי דברי התוספות.

דברים ברורים ביותר כתב נתיבות המשפט (שי"ב, יג):

ולפענ"ד נראה לחלק, דבחמור לא שייך לומר כשאמר "זה" דשכירות ממכר הוא, דבחמור זה משועבדת הנבילה אם מת החמור לשכור חמור אחר, ועיין בשיטה מקובצת פרק האומנין [ב"מ ע"ח ע"א ד"ה אומר לו] ד"חמור זה" כאפותיקי מפורש דמי, וכיון דעל שעבוד ואפותיקי מפורש עמו לא שייך לומר ממכר הוא, רק כפועל שיש עליו חיוב הגוף דמי, ולכך פטור הבעה"ב באונסין. מה שאין כן בבית זה דאם נפל אזדא ואין על הבעה"ב שום שעבוד, אמרינן שפיר דממכר הוא וכל האונסין חל על הלוקח... ומבואר בספר מחנה אפרים [הלכות שכירות סי' ג'] דבהקדים לו השכר דהיינו שפירש בשעת השכירות שהוא באופן שיקדים לו השכר לכו"ע שכירות ליומא ממכר הוא, ולפי זה אפילו באונס שאירע להבית פטור מלהחזיר השכירות.⁵⁹

נתיבות המשפט מבחין בין שכירות חמור (ומטלטלין בכלל) לשכירות קרקע. כאשר אדם שוכר חמור יש עליו חיוב אישי להעמיד חמור לשימושו של השוכר. ולכן, אם החמור מת – על המשכיר להעמיד לשוכר חמור אחר, אלא אם כן נאמר מראש "חמור זה" ואז החיוב האישי מוגבל. לעומת זאת, לגבי בית יש לשוכר זכות קניינית, ולכן אם הבית נפל המשכיר לא צריך להעמיד לו בית אחר. קל וחומר במקרה שהשוכר שילם מראש שיש לו זכות קניינית.

שכירות פועלים – חיוב או קניין

נחלקו ראשונים ואחרונים בשאלה האם חובות הפועל כלפי המעסיק הן בגדר חיוב אישי או בגדר זכות קניינית של המעסיק בגופו של הפועל (מעין עבדות חלקית ומוגבלת).

59. ראו עוד נתיבות המשפט שי"ב, ה.

המהר"ם פסק שפועל זכאי לתשלום גם עבור הימים בהם היה חולה (שו"ת מהר"ם מרוטנברג חלק ד (דפוס פראג), סימן שפה):

מלמד שחלה ד' חדשים או ג', אם שכרו לקיץ או לחורף לבד וחלה מיעוט שכירתו, נראה, דאין חייב להשלים אלא נותנים לו שכרו משלם. מדאמר⁶⁰ גבי עבד עברי הנמכר וחלה ג' ועבד ג' אין חייב להשלים. אף על פי שגופו קנוי לו למעשה ידיו... האי נמי ממכר [הוא] כדאמרין פרק הזהב⁶¹ גבי אונאה דשכירות נמי מכירה הוא וקרי ליה ממכר [ליומיה].⁶²

כלומר, פועל קנוי למעסיק ולכן אם חלה אינו צריך להשלים את ימי המחלה, כשם שעבד שחלה אינו משלים את ימי המחלה, וכן פסק הרמ"א (ח"מ של"ג, ה). המהר"ם קושר את הטענה שפועל קנוי למעסיק להבנתו שבכל שכירות יש לשוכר זכות קניינית.

בהגהות מרדכי כתב (בבא מציעא תנט-תס):

ונ"ל דמהאי טעמא יש לזיהר למלמד או לסופר או שאר מלאכות מלהשכיר עצמו להיות בבית בעל הבית להיות בקבע עמו ולהיות סמוך על שלחנו בלי הפסק יותר מג' שנים דכל טפי מג' שנים נפקא ליה מתורת שכיר... קא עבר על כי לי בני ישראל עבדים.

כלומר, אסור לאדם לסכם על כך שיעבוד יותר משלוש שנים אצל מעסיק, כאשר הוא מתגורר אצלו ואוכל על שולחנו, כיון שבכך הוא נעשה מעין עבד, ואסור לאדם למכור את עצמו לעבד, וכן פסק הרמ"א (ח"מ שלג, ג).

ברוח זו פסק הרמב"ם שאין אונאה בשכר הפועל (מכירה י"ג, טו):

השוכר את הפועל לעשות עמו בין בקרקע בין במטלטלין אין לו הונייה, מפני שהוא כקונה אותו לזמן, ועבדים אין בהם הונייה.

כלומר, הרמב"ם טען שאין דיני אונאה ביחס לשכירות פועלים כיון שדינו של פועל כעבד, וקיימא לן שאין אונאה לעבדים, וכן נפסק בשו"ע (ח"מ רכ"ז, לג).

הרמב"ן הסכים לדין, אולם נימק אותו בדיוק באופן הפוך (בבא מציעא נו, ב ד"ה הא):

ובשכירות ישראל כגון ששכר פועלים יש אומרים שאין בהם אונאה דלאו ממכר הוא וכן בקבלנות.

60. קידושין יז, א.

61. בבא מציעא מו, ב.

62. ראו עוד שו"ת מהר"ם מרוטנברג חלק ד (דפוס פראג), סימן עב, וצ"ע.

הרמב"ן נימק את הדין שאין אונאה לפועל בגלל שפועל כלל אינו קנוי למעסיק, אלא ככל הנראה מדובר על חיוב אישי של הפועל למעסיק. דבריו מצטרפים לשיטת התוספות שפועל איננו קנוי למעסיק, כאשר הנפקא מינה היא במקרה שבו הפועל חלה (תוספות קידושין יז, א ד"ה חלה):

ואם כן, מלמדי תינוקות נמי אם חלו לא יקחו אלא מה שהרויחו. דאין לדמותם כלל לעבד עברי, דעבד עברי גופו קנוי לאדונו, הילכך, חלה שלש - אינו חייב להשלים, דאין יכול לעשות מלאכה יותר מיכולתו. אבל מלמד אין גופו קנוי אלא שכר עצמו ללמוד עד הזמן וכשאינו יכול להשלים לא יטול אלא מה שהרויח.

דהיינו, פועל אינו קנוי למעסיק כעבד עברי. לכן, אף שעבד עברי שחלה אינו צריך להשלים את זמן המחלה, פועל צריך להשלים על מנת לקבל את מלוא שכרו. וכן פסק הש"ך (ה"מ של"ג, כה).

שיטת התוספות באה לידי ביטוי בדין נוסף (תוספות בבא מציעא י, א ד"ה כי):

כי לי בני ישראל עבדים - נראה לי, דמכל מקום מותר אדם להשכיר עצמו, דדוקא עבד עברי שאינו יכול לחזור בו ואינו יוצא קודם זמנו אלא בשטר שחרור עובר משום עבדי הם.

דהיינו, אף שיכולת החזרה של פועל באמצע היום נלמדה מעבד, אין בכך כדי ללמוד שפועל הוא מעין עבד. ממילא, האיסור להימכר לעבד אינו שייך בפועל כלל, ולכן מותר לאדם להתחייב להיות פועל אפילו לזמן ארוך, וכן כתב הש"ך (ה"מ שלג, ז).

רוב הפוסקים שסברו ששכירות פועלים איננה זכות קניינית, לא הגדירו באופן חיובי את מהותה. בספר נתיבות המשפט הגדיר באופן ברור שמדובר בהתחייבות (נתיבות המשפט ר"ג, ז):

דבפועל אין שום קניין חל על גופו ועיין בשטמ"ק פרק האומנין דרק עבד עברי גופו קנוי אבל פועל אין גופו קנוי והקניין שמועיל בפועל אינו רק על התחייבות שהפועל התחייב עצמו לעשות מלאכה בקניין.

קנייני גזלן וגנב – חיוב או קניין⁶³

הלכה פשוטה היא שגזלן וגנב (להלן, ייכתב בקיצור – גזלן או גנב) חייבים להשיב את החפץ הגזול, ואם הוא אבד אפילו באונס – הם חייבים לשלם את דמיו. נחלקו כבר אמוראים בהבנת מעמדו של גזלן. יש אומרים שגזלן קונה את החפץ הגזול, וחלה עליו חובת השבה או חיוב תשלום (הקניין של הגזלן מטיל עליו חיוב על

63. ראו עוד: עדו רכניץ, קנייני גזלן, חמדת הארץ א, עמ' 105-85.

אובדן הגזילה אפילו באונס). ויש סוברים שהחפץ נשאר של הנגזל, והגזלן חייב להשיב אותו, כמו כן הוא חייב באחריותו כמו שואל.

בגמרא איתא (סנהדרין עב, א):

אמר רב: הבא במחותרת ונטל כלים ויצא - פטור. מאי טעמא - בדמים קננהו. אמר רבא: מסתברא מילתיה דרב בששיבר, דליתנהו, אבל נטל - לא. והאלהים! אמר רב אפילו נטל. דהא יש לו דמים ונאנסו - חייב, אלמא: ברשותיה קיימי, הכא נמי ברשותיה קיימי. ולא היא, כי אוקמינא רחמנא ברשותיה - לענין אונסין, אבל לענין מקנא - ברשותיה דמרייהו קיימי, מידי דהוה אשואל.

רב אמר שגנב שבא במחותרת פטור מהשבת הגניבה כיון שקנה את הגניבה. כוונת הדברים שכיון שגנב שבא במחותרת הותר דמו, הרי שבגלל "קים ליה בדרכה מיניה" (קלב"מ) הוא נפטור מהשבת הגניבה. קלב"מ פוטר אדם מחיוב ממון כאשר ישנו גם חיוב נפשות, אולם, קלב"מ אינו מעביר בעלות. מכאן, שרב סבר שהבעלות כבר עברה אל הגנב וחל עליו אך ורק חיוב תשלום או השבה.⁶⁴

רבא הציע בתחילה שרב התכוון שמדובר כשהגנב שבר וגרם נזק, והוא פטור מלשלם אותו. הסבר זה רוצה להעמיד את דברי רב כמי שפוטרים את הגנב מחיוב התשלום על הנזק, ולנתק אותם מהתייחסות להעברת הבעלות אל הגנב.

אולם רבא חזר בו, וקבע שרב התייחס אל הגניבה עצמה, והגנב פטור מהשבה כיון שמדובר בחיוב אישי המוטל על הגנב להשיב את הגניבה. רבא עצמו חלק על דין זה ונימק זאת בכך שהגניבה שייכת לגנב ולא לגנב, ולכן קלב"מ אינו מפקיע את הבעלות של הגנב.

לסיכום, נראה שרב סבר שגנב וגזלן קונים את החפץ שלקחו ומוטל עליהם חיוב אישי להחזיר אותו או לפצות את הבעלים במקרה שהוא אבד. לעומת זאת, רבא סבר שהחפץ נשאר של הבעלים.

הרמב"ם פסק שגזלן וגנב אינם קונים את החפץ הגזול. לכך כמה ראיות, ובראשן הפסיקה שלו כרבא לגבי בא במחותרת (גניבה ט', יג):

כל גנב שיש לו דמים אם נפל עליו גל בשבת מפקחים עליו ואם שבר כלים בביאתו חייב בתשלומין, אבל מי שאין לו דמים ששבר כלים בביאתו פטור כמו שביארנו.

64. אין זה המקום לעסוק בטעם הדין. אולם, על פניו יתכן שהטעם הוא מפני שהגנב אכן מעוניין לקנות את הגנבה, וההלכה מאפשרת זאת, תוך כדי הטלת חיוב השבה. היתרון מבחינת בעל הרכוש הוא בכך שהגנב יתחייב גם באונסים שהרי הגנבה כבר שייכת לו, ואילו החיוב האישי יישאר.

דהיינו, הרמב"ם פטר רק גנב ששבר "בביאתו", ולא פטר מהשבה כשהחפץ בעין וכן לא פטר את הגנב כששבר לאחר שיצא מהמחתרת. שהרי אם שבר לאחר היציאה מהמחתרת חייב כמזיק, והיותו פטור מחיובי גנב בגלל קלב"מ אינה משפיעה על חיובי המזיק.

דברים מפורשים יותר עולים מנימוקו של הרמב"ם לכך שגונב מגנב פטור מכפל (גניבה א', יז):

הגונב מאחר הגנב, אף על פי שנתיאשו הבעלים אינו משלם תשלומי כפל ואם טבח ומכר אינו משלם תשלומי ארבעה וחמשה. לגנב הראשון אינו משלם, שהרי דין הבהמה הזאת לחזור בעיניה לבעלים ולא קנייה הגנב, ולא לבעלים אינו חייב לשלם הכפל או ארבעה וחמשה מפני שלא גנב מרשותן.

דהיינו, הגונב מגנב אינו משלם כפל לגנב כיון שהחפץ הגנוב אינו שייך לגנב. ראייה נוספת עולה מהדין הבא. בגמרא (כתובות לא, ב) נחלקו אמוראים מהו המעשה שמטיל על הגנב חיוב במקרה שהגניבה אבדה באונס. הרמב"ם פסק (גניבה ג', ב):

כיצד, זרק חץ בשבת מתחלת ארבע לסוף ארבע וקרע בגד חבירו בהליכתו, או שהדליק גדיש חבירו בשבת, או שגנב כיס בשבת והיה מגררו עד שהוציאו מרשות הבעלים שהיא רשות היחיד לרשות הרבים ואבדו שם, הרי זה פטור מן התשלומין שאיסור שבת ואיסור גניבה והזק באין כאחת.

כלומר, הוצאת החפץ לרשות הרבים מטילה על הגנב את חיוביו, וכן פסקו הרא"ש⁶⁵ והשו"ע (ח"מ שני"ו, א). הוצאה מרשות היחיד לרשות הרבים איננה מעשה קניין תקף, ואילו היה מדובר בקניין על ידי הגנב היה צורך במשיכה לסימטה.⁶⁶ ומכאן הוכחה נוספת שגנב איננו קונה את הגניבה.

אמנם, דבריו של הרמב"ם על גנב שחילל שבת מעוררים ספק, שהרי כך כתב (גניבה ג', ב):

או שגנב כיס בשבת והיה מגררו עד שהוציאו מרשות הבעלים שהיא רשות היחיד לרשות הרבים ואבדו שם – הרי זה פטור מן התשלומין, שאיסור שבת ואיסור גניבה והזק באין כאחת.

בדברי הרמב"ם "ואבדו שם" יש מקום לספק, האם הכוונה שהכיס אבד ברגע שהגיע לרשות הרבים, או שמא גם אם אבד אחר כך הגנב פטור (שתי הדעות הובאו על ידי הרמ"א ח"מ שני"א, א).

65. הרא"ש בבא קמא ה', ג, כתב כך: "...ואף על גב דגזלן לא קני במשיכה, דמאן אמר ליה למשוך..."

66. בבא בתרא עו, ב.

על פי דברינו עד כה, מסתבר שדווקא כאשר הכיס אבד ברגע שיצא לרשות הרבים הגנב פטור, כיון שברגע שהתחייב ממון גם התחייב בנפשו (ואכן כך מביא המגיד משנה שם בשם הרמב"ן⁶⁷ והרמ"ה⁶⁸). הדברים גם מדויקים בלשון הרמב"ם שכתב "ואבדו שם", כלומר, ברשות הרבים, אבל אם אבדו אחר כך – הגנב חייב.⁶⁹

לעומת זאת, המגיד משנה עצמו סבר שלדעת הרמב"ם גם אם הכיס אבד אחר כך הגנב פטור, וזאת כיון שסבר כשיטת התוספות שתובא מייד בנוגע לקנייני גזלן.

התוספות ככל הנראה חלקו על הרמב"ם וסברו שלגזלן יש זכות קניינית בגזילה, זאת, לצד זכותו של הנגזל. כך עולה מדברי התוספות הבאים (בבא קמא יא, א ד"ה אין):

אין שמין לא לגנב ולא לגזלן... והיינו טעמא דגנב וגזלן קנו מיד כשהוציאו מרשות בעלים, אבל מזיק לא נתחייב אלא כמו שהזיק.

דהיינו, מזיק חייב לשלם רק פיצוי עבור הנזק שגרם. לעומת זאת, גנב וגזלן שהזיקו חייבים להחזיר הפץ שלם כפי שלקחו. הסיבה היא שגנב וגזלן קונים את החפץ כאשר הם מוציאים אותו מבית בעליו, והחיוב שחל עליהם הוא להחזיר הפץ תקין.

לשיטתם, קבעו התוספות שגנב מתחייב באונסים רק לאחר שביצע מעשה קניין (בבא קמא עט, א ד"ה או):

בריש אלו נערות פליגי רב אחא ורבינא... ונראה דהווא פליג אאביי ורבא דאמרי בהמוכר את הספינה משיכה קונה בסמטא אבל לא ברה"ר... ונראה דהלכה כאביי ורבא.

דהיינו, בתוספות נפסק שחיובי גזלן חלים רק אם הגנב משך את הגניבה לסמטה, וראיית התוספות היא שבכל קניין צריך משיכה לסמטה. מהתוספות משמע שגזלן מתחייב רק אם יש לו זכות קניינית בחפץ, וכדי ליצור זכות כזאת צריך מעשה המועיל ליצירת בעלות.

סוגיית בא במחתרת מהווה קושיה על שיטת התוספות, כיון שעל פי רבא שהלכה כמותו (כבתראי) לכאורה אין קניין לגנב. כדי להימנע מקושיה זו כתבו התוספות כך (סנהדרין עב, א ד"ה מסתברא):

מסתברא מילתיה דרב בששיבר – ואם תאמר מאי קא משמע לן, תנינא: "ושיבר את החבית – פטור"? ויש לומר אי ממתניתין הוא אמינא שיבר בעודו במחתרת, קא משמע לן רב אפילו שיבר אחר כך.

67. מלחמות ה', סנהדרין יז, א, בדפי הר"ף.

68. יד רמ"ה, סנהדרין עב, א ד"ה מתיב.

69. וכן כתבו הב"ח חו"מ שנ"א, ב; הגר"א חו"מ שנ"א, ג.

דהיינו, על פי התוספות, רבא פטר גנב שבא במחתרת גם אם הזיק לחפץ הגנוב לאחר שיצא מהמחתרת. פסיקה זו הולמת את שיטת התוספות שמחייבים גזלן שהזיק את הגזילה לא כמזיק רגיל אלא בגלל שמנע את ההשבה. ממילא, במקרה שבא במחתרת כיון שאין חובת השבה, נזק לחפץ אינו מחייב.

כאמור לעיל, ברוח זו פירש גם המגיד משנה (הובאו דבריו גם בבית יוסף ה"מ שנא) את הרמב"ם לגבי גונב כיס בשבת שהוא פטור גם אם הכיס אבד אחרי ההוצאה לרשות הרבים.

אלא שעדיין קשה על התוספות והמגיד משנה, אם בגזילה הבעלות על החפץ עוברת לגזלן ונשאר רק חיוב השבה, מדוע לא התקבלה דעתו של רב שכל בא במחתרת פטור מלהשיב את החפץ בגלל קלב"מ? כמו כן, מדוע גונב בשבת אינו פטור מלהשיב את החפץ כאשר הוא בעין ולא אבד?

תשובה לכך יש בפירושו המחודש של בעל המאור (סנהדרין יז, א, בדפי הרי"ף):

דרודף מכי אתו לידיה קננהו בדמי מההיא שעתא ולכי תבר לה ואף על גב דכי איתנהו הדרי בעיניהו חומרא הוא דרמו רבנן עליה דליהדר ממונא למריה כיון דאיתיה בעיניה.⁷⁰

כלומר, אכן מעיקר הדין הגנב קונה את הגניבה, ובשעה שבא במחתרת הוא נפטר מחיוב השבה. אלא שמדרבנן הוא חויב להשיב את הגניבה כאשר היא בעין.

ירושה וצוואה

אפוטרופוס – שליח או קניין

אפוטרופוס ממונה כדי לנהל את נכסיהם של יורשים קטנים. על מה מבוססות זכויותיו לפעול בנכסים? לכך מציעים הראשונים שתי אפשרויות: האחת, האפוטרופוס הוא שליח מיוחד של הקטנים. ייחודו בכך שהוא בעל סמכות למרות שקטן אינו יכול למנות שליח, מה גם שאת האפוטרופוס ממנה בית הדין או אביו של הקטן. האפשרות השניה היא שלאפוטרופוס יש זכות קניינית בנכסי הקטן שמאפשרת לו לפעול עבור הקטן (השאלה דומה לדין לגבי מורשה).

מהרשב"ם עולה שהוא סבר שלאפוטרופוס זכות קניינית בנכסים. כך עולה מדבריו בנוגע לאדם שהיה חייב לשחרר את עבדו, וכדי להימנע מכך נתן את העבד במתנה לבנו הקטן. בתגובה קבעו חכמים שניתן להעמיד אפוטרופוס לקטן, וזה יכתוב גט שחרור לעבד. הרשב"ם העיר שבגט השחרור יכתב שהאפוטרופוס משחרר את העבד, ולא הקטן (תוספות גיטין מ, ב ד"ה וכתב):

70. ראו עוד קצות החושן שנ"א, ב.

לרבינו שמואל... נראה לו לפרש דכתב ליה גיטא על שמיה דאפוטרופוס... כדאמרינן דאפוטרופוסין תורמין ומעשרין לאכול ואע"ג דדרשינן אתם ולא אפוטרופוסין, אלא הפקר ב"ד הפקר והפקירו ב"ד התבואה של תינוק ונתנה לאפוטרופוס שיוכל לתרום ואינו אוכל טבלים.

הרשב"ם נימק את הדין בכך שחכמים נותנים לאפוטרופוס זכות קניינית בעבד, זכות שמאפשרת לו לשחרר את העבד. כיון שכך הבעלים של העבד הוא האפוטרופוס, ולכן צריך לכתוב את גט השחרור על שמו של האפוטרופוס. הרשב"ם הוכיח את דבריו מהדין שהאפוטרופוס יכול להפריש תרומות ומעשרות מהיבול של הקטנים, וזאת כיון שחכמים נתנו לאפוטרופוס זכות קניינית ביבול.⁷¹

לשיטתו, פסק רשב"ם שיש תוקף הלכתי למינוי אפוטרופוס שיחלק על פי הבנתו את רכושו של הממנה לאחר מותו.⁷² אילו היה מדובר על שליחות רגילה היא היתה פוקעת עם מות הממנה, אך מאחר שמדובר על קניין הרי שהזכויות נשארות בידי האפוטרופוס גם לאחר מות הממנה.

הרא"ש פסק שלמרות שלא ניתן למנות שליח לתפוס את נכסי הלווה עבור בעל החוב כאשר יש בעלי חוב נוספים, כיון שבזה הוא חב לאחריו, בכל זאת אפוטרופוס יכול לתפוס (בבא מציעא א', כז):

ור"ח ז"ל כתב דדוקא שליח, אבל אפוטרופוס קנה דיד בעלים הוא והוי כתופס לב"ח במקום שאינו חב לאחרים.

הסיבה היא שידו כיד הבעלים. הדברים משתלבים עם השיטה שלאפוטרופוס יש זכות קניינית ברכוש עליו הוא ממונה, ולכן דינו כדין הבעלים עצמם, וכן פסק השו"ע (ח"מ ק"ה, א).

לעומת זאת, ישנם הסוברים שאפוטרופוס הוא אך ורק שליח. ראייה לדבריהם מדברי הגמרא העוסקת בהפרת נדרי אשה על ידי בעלה (בבא מציעא צו, א):

שליח, פלוגתא דרבי יונתן ורבי יאשיה; דתניא: האומר לאפוטרופוס: כל נדרים שתהא אשתי נודרת מכאן עד שאבא ממקום פלוני - הפר לה, והפיר לה, יכול יהו מופרין - תלמוד לומר: "אישה יקימנו ואישה יפרנו", דברי רבי יאשיה. רבי יונתן אומר: מצינו בכל מקום ששלוחו של אדם כמותו.

הגמרא פותחת בשאלה מה דינו של שליח להפרת נדרים, ואז מביאה ברייתא העוסקת באפוטרופוס. אמנם, במקרה זה ברור שלא מדובר על קניין, כיון שאדם אינו יכול לתת לאחר זכויות באשתו, ואולי זו הסיבה לכך שברור שאפוטרופוס הוא

71. הרא"ש (גיטין ד', כט) הביא את דברי הרשב"ם.

72. מרדכי בבא בתרא, תר, בניגוד לדעת רבנו גרשום שם.

אך ורק שליח. אולם, יש מהפוסקים שהסיקו מכך שיש זהות בין שליח ואפוטרופוס באופן כללי.

מהטור עולה שלהבנתו אפוטרופוס הוא שליח (ה"מ ס' קמט):

ואם טוען שמעון שקנה השדה מהאפוטרופא ויש לו עדים שירד באותה שדה בשעה שהיה לוי אפוטרופא והחזיק בה ג' שנים ולא מיחה דהוי חזקה ואינו נראה לנו דלא הוי חזקה לשמעון שאין דין האפוטרופא כדין אבי היתומים לענין מחאה כי אפוטרופוס שהפסיד מסלקין אותו וכיון שלא מיחה הרי הפסיד והאפוטרופא שליח הוא ובכל השלוחין יכול שולחן לומר לתקוני שדרתיך ולא לעוותי.

הטור עסק באדם שטוען שקנה קרקע, ולראייה, הוא החזיק שלוש שנים בקרקע בפני אפוטרופוס. הטור דוחה את הדעה שחזקה כזו מועילה, כיון שאפוטרופוס הוא שליח, וכשליח אינו רשאי לגרום נזק למשלח.

השו"ע והרמ"א נחלקו בעניין זה (ה"מ קמט, כד):

(שו"ע): החזיק שני חזקה בשדה יתומים, וטוען שהאפוטרופוס מכרה לו ואבד שטרו, י"א דהוי חזקה. (רמ"א): ויש חולקין וכן נ"ל.

השולחן ערוך הביא את הדעה שדינו של אפוטרופוס כבעלים, עמדה התואמת את שיטת רשב"ם שיש לאפוטרופוס זכות קניינית בנכסים, ולכן חזקה לפניו מועילה כמו לפני בעלים. הרמ"א פסק כדעת הטור שאפוטרופוס הוא שליח בלבד ולכן הוא אינו יכול לגרום לכך שהיתומים יאבדו זכויות.

חשוב לציין את דעת הרשב"א שסבר שלאפוטרופוס הגדרה ייחודית (גיטין נב, א ד"ה מתני'): "אי נמי איכא למימר דמדינא תורמין בין להאכיל בין להניח דידי אפוטרופוס כיד היתומין". המונח "ידו כידם" הוא יוצא דופן ומעניק לאפוטרופוס סמכויות רחבות ביותר. הגדרה זו חחרת בדיני יחסי הממון בין איש ואשתו (ראו הערה מס' 2), ויתכן שגם כאן היא מופיעה בהקשר של דיני ממונות במשפחה כתקנה.

יתכן מאד, שהדבר נובע מכך שלא די במתן הסמכויות הממוניות בידי האפוטרופוס, אלא יש צורך בכך שהוא יוכל לפעול בשם הקטן בכל התחומים.

יתכן שעמדתו של הרשב"א היא המשך לעמדתו של רבו הרמב"ן. לגבי דין זכין לאדם שלא בפניו כתב הרמב"ן (בבא מציעא עא, א ד"ה הא דאמרינן):

ולפי מה שכתבנו הא דאמרינן בכתובות (יא, א) גר קטן מטבילין אותו על דעת ב"ד שזכין לאדם שלא בפניו, ומשמע דמדאוריתא זכין לו וגר גמור הוא, איכא למימר שמא שאני זכות גירות אבל בעסקי ממון אין זוכין לו אלא מדרבנן.⁷³

73. ראו עוד רמב"ן קידושין כג, ב ד"ה מהו שיעשה.

כלומר, יש אפשרות לגייר קטן למרות שהוא אינו בר דעת, כיון שזו זכות גמורה. מהלך כזה ניתן להסבר רק אם בית הדין 'ידו כיד הקטן', שהרי לא מדובר בצעד ממוני. ואמנם, הרמב"ן קשר את סמכויות אפוטרופוס לדין זכין לאדם שלא בפניו (גיטין נב, א ד"ה הא דתנן):

ולי נראה שכל מה שעושה האפטרופוס לטובת יתומים מה שעשה עשוי מן התורה דזכין לאדם שלא בפניו הוא... הלכך כל מה שצו חכמים לאפטרופסין לעשות זכות הוא ומעשיהם קיימים מדין תורה וכל שאין להם לעשות אין מעשיהם בו כלום.

ועדיין הדברים צריכים תלמוד, שהרי דין 'זכין לאדם' הוא דין ממוני וכיצד הוא יכול להסביר את היכולת לגייר קטן, מה גם שהגדרתו על פי הרמב"ן טרם נתבררה כאן, וכפי שהתקשנו לעיל.

מוחזק בירושת בכור – שליטה, בעלות או שעבוד

בכור נוטל פי שניים יותר משאר אחיו בירושה, אולם, זאת רק מנכסים שהם בגדר מוחזק, כלומר שהיו בחזקת האב עוד בחייו, ולא מנכסים שהם בגדר ראוי, שרק היו ראויים להגיע אליו ולא הגיעו לרשותו בפועל בחייו, וכפי שכתוב במשנה (בכורות נא, ב):

הבכור נוטל פי שנים בנכסי האב, ואינו נוטל פי שנים בנכסי האם, ואינו נוטל בשבח, ולא בראוי כבמוחזק.

נחלקו הפוסקים מהו מוחזק ומהו ראוי. חלקם סברו שמוחזק פירושו שליטה פיזית גם ללא בעלות, וחלקם סברו שמוחזק פירושו בעלות או שעבוד. הדבר עולה גם בעקבות הגמרא שמביאה ברייתא שמפרטת מה נחשב מוחזק (בבא בתרא קכג, ב):

תנו רבנן: הבכור נוטל פי שנים בזרוע ובלחיים ובקיבה, ובמוקדשין, ובשבח ששבחו נכסים לאחר מיתת אביהן...

האי הזרוע והלחיים והקיבה היכי דמי? אי דאתי לידי אבוהון, פשיטא! ואי דלא אתי לידי אבוהון, ראוי הוא, ואין הבכור נוטל בראוי כבמוחזק! הכא במכירי כהונה עסקינן, ודאשתחית בחיי דאבוהון.

הגמרא מבארת שזרוע לחיים וקיבה נחשבים מוחזק בגלל שמדובר במכירי כהונה, וכאשר הבהמה כבר נשחטה בחייו. נחלקו ראשונים בביאור העניין. הרשב"ם הסביר שמדובר בקניין גמור (שם):

ה"ג במכירי כהונה עסקינן - שאנשי העיר קרוביו ומכיריו של כהן זה ומזכין לו זיכוי גמור במתנות בהמותיהן מיד כשנשחטו קודם שהופרשו מן הבהמה.

ודאשתחיש בחיי אבוהון - ...כיון דאשתחיש בחיי אבוהון והן מכירין של כהן זה ומרעיו ואוהביו אע"פ שעדיין לא הופרשו הרי הם כאילו באו לידו שאלו אוהביו גמרו ומקנו לו המתנות כשהן עדיין בתוך הבהמה ודמי כמי שהוחזק בהן בחייו. ככל הנראה, הרשב"ם סבר ש'מוחזק' פירושו קניין. וכן כתב במפורש נתיבות המשפט (רע"ה, יא):

והטעם דמתנות כהונה של כהן הוא, רק שיש לבעה"ב טובת הנאה בציווי רחמנא, וכיון דאסור לחזור בו נתבטל הטובת הנאה שנתנה לו רחמנא, דבמקום איסור לא נתנה לו רחמנא, וכיון שהוא אינו יכול לחזור והמקבל יכול לתקפו בעל כרחו של הנותן וכשיתקפהו יהיה שלו לגמרי לקדש בו אשה ולכל דבר, הוי מוחזק.⁷⁴

דהיינו, המתנות שייכות לכהן, וליתר דיוק לכהנים, ולבעל הבהמה שמורה הזכות להחליט לאיזה כהן לתת את המתנות. כיון שאסור לבעל הבהמה לחזור בו מלתת את המתנות לכהן הרגיל, וכיון שיש לכהן זכויות בהיותו כהן והוא יכול לממש אותן אם יתפוס את המתנות - הוא נחשב מוחזק. לעומת זאת, התוספות ביארו דין זה באופן אחר (שם ד"ה הכא):

והיינו טעמא שזהו מתנה מועטת ואסור לחזור בו ואפילו בדברים בעלמא ואע"פ שאם רצה יכול לחזור בו מכל מקום כל כמה דלא הדר הוי כמוחזק.

תוספות מסבירים שכיון שאסור לאדם ששחט את הבהמה לחזור בו מלתת את המתנות לכהן, הכהן נחשב מוחזק. זאת, למרות שניתן לתת את המתנות לכהן אחר, מה שמוכיח שאין לכהן קניין במתנות, וכן כתב קצות החושן.⁷⁵ מדבריהם משמע שמוחזק פירושו ודאות שהדבר יגיע אל המוריש. על רקע זה ניתן להבין את דברי הרמב"ם (נחלות ג', א):

אין הבכור נוטל פי שנים בנכסים הראויין לבא לאחר מיתת אביו אלא בנכסים המוחזקין לאביו שבאו לרשותו שנאמר בכל אשר ימצא לו, כיצד אחד ממורישי אביו שמת לאחר מיתת אביו הבכור והפשוט יורשין כאחד, וכן אם היתה לאביו מלוה או היתה לו ספינה בים יורשין כאחד.

74. ראו עוד ברוח זו שם רע"ח, ה; רע"ח, י.

75. קצות החושן רע"ח, טו. קצות החושן (רע"ח, יד) כתב שהפץ גזול אינו נחשב מוחזק כיון שאינו ברשותו של הנגזל, למרות שהוא בבעלותו. לעומת זאת, לגבי משכנו של גוי כתב קצות החושן (רע"ח, ח) שאינו נחשב מוחזק כיון שאינו קנוי לישראל. יתכן שלמרות שהמשכון נמצא בשליטתו הפיזית של המוריש, כיון שאין איסור הלכתי על הגוי לקחת אותו בחזרה הוא אינו נחשב מוחזק.

הרמב"ם כותב שספינה ששייכת למוריש ונמצאת בים – איננה נחשבת כמוחזקת, וכן פסק הש"ך (ח"מ רע"ה, ב). מדבריו עולה שיש צורך אף בשליטה פיזית ברכוש ולא די בודאות או בקניין (ואולי גם אין בהם צורך).

הש"ך כתב שאין צורך בבעלות, אלא די בשעבוד (ח"מ רע"ה, ז):
דלענין בכור כל ששעבודו בידו אע"ג דאינו קונה אותו לגמרי מיקרי מוחזק ולא ראוי.

מדבריו עולה שיש צורך בשעבוד, וגם שהרכוש יהיה בידו, כלומר, בשליטתו.

שאלות בנות ימינו

לא זו בלבד שיסודות המשפט מסבירים את המושגים המופיעים בדברי חז"ל, הראשונים והאחרונים, אלא שאותם מושגים משמשים גם לניתוח שאלות בנות ימינו. להלן כמה דוגמאות.

חוזה מכר דירה – התחייבות, קניין או ראייה

במשנה מובאים מעשי הקניין המועילים בקרקע (קידושין א', ה):

נכסים שיש להם אחריות – נקנין בכסף ובשטר ובחזקה.

וכך נפסק בשולחן ערוך (ח"מ ק"צ, א). בפועל, נדל"ן נקנה במדינת ישראל בתהליך רב-שלבי, שראשיתו בחוזה כתוב כפי שדורש החוק. מה מעמדו ההלכתי של חוזה זה?

לכאורה, ניתן היה לומר שמדובר בשטר קניין המעביר את הבעלות על הקרקע. אולם, חוזה מכר אינו עומד בדרישות ההלכתיות של שטר קניין. לפיכך, היו שהבינו מדברי החזון איש שמדובר בשטר ראייה בלבד.⁷⁶

אולם, הדעה המקובלת היא שמדובר בשטר התחייבות שבו המוכר מתחייב למכור את הנכס לקונה. אמנם, מדובר בהתחייבות למכור נכס או רכוש מסוים, והתחייבות זו שנויה במחלוקת אחרונים: קצות החושן כתב שאין תוקף להתחייבות כזו, כיון שאין משמעות לחיוב האישי ברגע שהוא מתייחס לנכס מסוים (קצות החושן ר"ג, ב):

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

לעומתו, נתיבות המשפט כתב שיש תוקף להתחייבות (ר"ג, ו):

76. חזון איש ח"מ, ליקוטים טז, ה; כך הסיק ממנו הרב חיים וידאל, "מעשה קניין ברכישת דירות", משפטי ארץ (ג) – קניין ומסחר, עמ' 246.

ובקצות החושן כתב כאן הטעם, דאף דאדם יכול לחייב עצמו, מכל מקום אם מחייב עצמו בחפץ ידוע ואינו מקבל אחריות, כיון דליכא חיוב על גופו לא נתחייב. ולפענ"ד הוא תמוה... דבסימן ס' [סעיף ו'] מבואר דיכול לחייב עצמו בדבר שלא בא לעולם, ומשמע דמחייב עצמו שיתן לו פירות דקל שיבואו לעולם שהוא דבר ידוע, דגם כן חייב.

להלכה, מקובל להכריע כדעת נתיבות המשפט,⁷⁷ ולתת תוקף לחוזה המכר כשטר התחייבות.⁷⁸

הערת אזהרה – שעבוד או תקנה⁷⁹

השלמתה של עסקת מקרקעין נמשכת בדרך כלל זמן רב. מרגע חתימת החוזה ועד השלמת העסקה עשויים לעבור חודשים ארוכים. כדי להבטיח את זכויותיו של הקונה עד להשלמת העסקה נקבע בחוק⁸⁰ שהקונה יוכל לרשום 'הערת אזהרה' בטאבו. לאחר רישום ההערה לא ניתן לרשום את הנכס על שמו של אדם שאינו הקונה האמור (שלהלן ייקרא הזכאי). בפועל, עצם רישום ההערה, מזהיר קונה פוטנציאלי מביצוע עסקה ביחס לאותו נכס כבר בשלב התגבשות העסקה.

החוק אינו מגדיר את מהותה המשפטית של הערת האזהרה אלא רק את תוצאותיה - שלילת האפשרות לרשום את הנכס על שמו של אדם אחר, ובכלל זה נושיו של בעל הנכס.

נחלקו משפטנים בישראל בשאלת פרשנות מהותה המשפטית של הערת האזהרה. השופט לנדוי ניסח את שתי האפשרויות הבסיסיות כך:⁸¹

מצד אחד, יש להערת האזהרה סממנים של זכות חפצית (in rem) כי היא תופסת לא רק בין הצדדים להתחייבות שעל יסודה נרשמה האזהרה, אלא גם כלפי אחרים, דהיינו כלפי כל מי שבדעתו להתקשר בעסקה הסותרת את הזכות שלהגנתה נרשמה ההערה.

אך מצד שני - והוא נראה לי הצד המכריע - אין הערת האזהרה בבחינת זכות במקרקעין, כי כל עיקרה אינו אלא שימת מחסום בפני רישום עסקות במקרקעין למען שמור על כוחו של החיוב החוזי לרישום עסקה פלונית. זוהי איפוא זכות

77. הרב יוסף שלום אלישיב, בתוך: עמק המשפט א, עמ' סז, כתב שלא ניתן לטעון "קים לי" כדעת קצות החושן בעניין זה.

78. ראו למשל, הרב יעזר אריאל, "העברת בעלות על מקרקעין בימינו", משפטי ארץ (ג) - קניין ומסחר, עמ' 212.

79. ע"פ מאמרו של הרב סיני לוי, משפטי ארץ ג - קניין ומסחר, עמ' 270 והלאה.

80. סעיף 126 לחוק המקרקעין.

81. ע"א 68/76 יהושע אטיאס נ. הממונה על המרשם, פ"ד ל (3), 527, בעמ' 531-532.

שלילית מעצם טבעה, למנוע מאחרים רכישת זכות קנינית במקרקעין, ואין היא, כשלעצמה, יוצרת זכות בעלת תוכן קניני למאן דהוא.

כלומר, מחד גיסא, ניתן לראות את הערת האזהרה כזכות קניינית, בגלל שהיא זכות כנגד כל העולם, ולא רק כלפי המוכר. מאידך גיסא, ניתן לראות את הערת האזהרה כהגבלה על העברת בעלות על רקע חיוב חוזי, ללא מתן זכות לזכאי. הגישה המקובלת בפסיקה המשפטית כיום נוטה דווקא לאפשרות הראשונה.⁸²

הרב סיני לוי עסק בשאלת מעמדה ההלכתי של הערת אזהרה, ולאחר שדחה את האפשרות שמדובר בזכות קניינית בנכס, אלו מסקנותיו:⁸³

מהותה ההלכתית של הערת האזהרה היא כשל תקנה מנהלית המונעת העברת בעלות (תקנה), או ככזו ההופכת את ההתחייבות כלפי הזכאי ל"מלווה בשטר" (שעבוד) הקודם בגייית החוב לבעל חוב שאינו רשום או למי שקנה את הנכס. בהיותה בעלת תוקף הלכתי, מאפשרת הערת אזהרה שנרשמה לזכותו של אדם, לדרוש את מימוש ההתחייבות כלפיו, פיצוי עבור הוויתור על מימוש ההתחייבות כלפיו, או השבה של תשלומים.

אכן לפי גישת השעבוד יש להגביל את היקף הזכות של השעבוד לסכום המקסימאלי שאמור היה בעל הנכס לחשוב שישולם בשלב זה של העסקה. כאשר בית הדין נדרש להכריע באילו תנאים יש להסיר את ההערה ולאפשר לבעל הקרקע לבצע רישום סותר להערה, רשאי בית הדין להפעיל שיקולים שונים, ובין היתר לבחון את זהירות הצדדים בפעולותיהם, וכל שיקול אחר שנראה רלוונטי לבית הדין.

הרב לוי סיכם שאם מדובר בשעבוד הרי שמדובר בשעבוד של הנכס לחוב בשיעור הסכום שהמוכר אמור היה לקבל בשלב זה של העסקה.

זכויות יוצרים – חיוב, קניין או תקנה

מעמדן של זכויות יוצרים וההגנה עליהם הפכו לנושא משפטי מרכזי עם התפתחות הדפוס ואמצעי האחסון וההפצה האלקטרוניים. נושא זה זכה להתייחסות הלכתית רחבה מהמצאת הדפוס ועד ימינו. בדברי הפוסקים עלו שלוש אפשרויות לנמק את האיסור לפגוע בזכותו של היוצר: האחת, איסור גזל – כיון שליוצר יש זכות קניינית ביצירה. השנייה, חיוב של המשתמש ביצירה כיון שהוא נהנה מהיצירה. השלישית, שאין יסוד הלכתי עליו ניתן לבסס זאת, ויש צורך בתקנה.

82. בפסק הדין ע"א 189/95 בנק אוצר החייל נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199 נוקט בית המשפט כי הערת

אזהרה היא יצור כלאיים (קנייני וחוזי), יש לה תכונת עקיבה ויש לבחון כל מקרה לגופו.

83. הרב סיני לוי, מעמדה ההלכתי של הערת אזהרה, משפטי ארץ (ג) – קניין ומסחר, עמ' 282-283.

הנודע ביהודה כתב שבעל בית דפוס שהשתמש בגלופות שהכין עבור לקוח כדי להדפיס ספר כזה בעצמו חייב לשלם מדין נהנה (תניינא חו"מ סי' כד):

אמנם אחר היישוב נראה שחייב לשלם חלקו שהרי גם בדר בחצר חבירו אפ"ל לא קיימא לאגרא אם חסרו אפ"ל דבר מועט מגלגלין עליו כל השכר כפי שנהנה... ועכשיו שמדפיס שמעון יהיה סדרים הללו שכיחי ובזול ולא ימצאו כל כך בריוח קונים שיקנו מראובן וכיון שגורם לראובן הפסד בזה מגלגלין עליו כל מה שנהנה לפי חלקו מסידור האותיות.

כאן מדובר על חיוב שנובע מכך שבעל בית הדפוס נהנה מעבודתו (או הוצאותיו) של אדם אחר. זאת, למרות שהבעלות על הגלופות היתה ונשארה של בעל בית הדפוס לאורך כל הדרך.

כיוון שני מבסס את זכויות היוצרים על בעלות שיש ליוצר ביצירה, וליתר דיוק ברעיון שמאחורי היצירה. כך עולה מדברי רבי שמעון שקאפ:⁸⁴

כמו שבדברים הנוגעים לזכות האדם מוסכם על פי דיני התורה ודיני העמים שכל מי שממציא דבר חדש בעולם הוא הבעלים עליו לכל דבר זכות.

ברוח זו ישנם פוסקים רבים שכתבו שהנאה מיצירה ללא תשלום היא בגדר גזל ממונו של אדם אחר. כך למשל כתב הרב משה פיינשטיין (אגרות משה או"ח חלק ד, סי' מ):

אבל לעשות טייפ (=קלטת) אחר מטייפ אחד שלא ברשות הוא איסור גזל.

הדרך השלישית היא זו הטוענת שלא ניתן לעגן את הזכויות באחת מאבני היסוד המשפטיות, ויש צורך בתקנה שתגן על היוצר. כך עולה מדברי החת"ם סופר (חלק ה, סי' מא):

ראו קדמונינו בכל תפוצת ישראל מיום החל הדפוס לגזור... על כל המשיג גבול למען לא יהיו שלוחי מצוה ניזוקים... [כיון ש]אי אפשר להדפיס בלי שיוציא הוצאות הרבה ויבוא מי שיבוא אחריו ויפסדנו קרנו ועמלו.

החת"ם סופר מתייחס למנהג לתקן תקנה שלא להתחרות במי שמוציא ספר כדי לאפשר לו להחזיר את הוצאותיו. בדומה לכך הרב עובדיה יוסף סבר שיש הגנה לזכויות יוצרים מכוח החוק האזרחי (שו"ת יביע אומר חלק ז, חו"מ, סי' ט):

אודות שאלתו אם יש דין ירושה לבנים אשר אביהם חיבר חיבורים בדברי תורה, שיוכלו לאסור על כל אדם הדפסת החיבורים בלי רשותם, משום השגת גבול...

84. חידושי רבי שמעון שקאפ לבבא קמא, בפתיחת הספר.

ועל כל פנים לדינא פשט המנהג לאסור הן **מדינא דמלכותא**, והן ע"פ גזירת והסכמת המחברים, והרבנים המסכימים לחיבור.

אחרית דבר

כאמור, הטענה העיקרית היא שכל מצב משפטי מורכב מארבעה גורמי יסוד והם: קניין, חיוב, שליחות ותנאי, ויתכן שאף שעבוד הוא גורם יסוד עצמאי. מטרת הסקירה היתה להראות שחכמי ההלכה לדורותיהם ראו כך את הדברים, ואין מדובר בניסיון לכפות מושגים מבחוץ על ההלכה.

אם אכן הדברים נכונים הם מאפשרים ללומד (ואולי מחייבים אותו) לנתח מושגים מתחום המשפט באופן חד וברור, ולא להסתפק בהגדרות כלליות ומעורפלות.

הדברים פורסמו כדי להעמיד אותם למבחן הלומדים והמעיינים, וכל הערה או קושיה יתקבלו בשמחה.