

קניינים בעולם הכלכלי המודרני חלק א' - קניין תלפוני ואינטרנטי, כרטיסי אשראי וכדומה

הקדמה ומיקוד

אנו מתחילים כעת סדרת נושאים העוסקים בדרכי ביצוע הקניינים ע"פ תורת ישראל. הדיונים הרבים העוסקים בנושא זה הינם פרי המציאות הכלכלית המודרנית, שמכוחה נוצרו ונוצרים כל העת סוגי קניינים חדשים, אשר אינם מובאים במקורותינו. נלמד את היחס ההלכתי אליהם, וכן את ההשלכות הפרטיות והציבוריות הנובעות מיחס זה.

השבוע נעסוק בקניינים המודרניים כגון כרטיס אשראי, וביצוע עסקאות אינטרנטיות, תלפוניות וכדומה.

הלימוד השבוע מתחלק לשמונה חלקים (ע"פ המובא בכותרות המשנה בדפי המקורות). יש לזכור שגם השבוע הלימוד קצר יותר עקב יום העצמאות ובנוסף הנושא הינו מורכב, לכן יש להיצמד למיקוד הלימוד ע"מ להכין טוב את המקורות. כל אחד לפי עניינו.

חלק א: פתיחה למהות הקניינים - מדרגות בקניין - בחלק זה נלמד על תפקידו של הקניין בהעברת הבעלות. חלק זה מהווה מעיין הקדמה לכל לימודינו בתקופה הקרובה. מיקוד המקורות בחלק זה: יש ללמוד את הגמ' ב"מ ואת ההשלכה ההלכתית הנובעת ממנה בשו"ע שאחריה. לאחר מכן יש לראות את המקור הנוסף מב"מ וכן את דברי הב"י המוסבים על גמ' זו (על הדרכי משה ניתן לדלג בשעת הצורך). כן יש לראות את פסק השו"ע בעקבות גמ' זו. ולהבין את המחלוקת המובאת בין דברי הרמ"א, לדברי הש"ך המובאים בנתיבות. וכן יש לראות את שני המקורות בשו"ע האחרונים בחלק זה. כ"כ יש לראות את דברי האגרות משה, ולהבין את היסוד המובא בדבריו למהותו של הקניין ע"פ תורה. (בניגוד למנהגנו, החשיבות של חלק זה הינה בדברי השו"ע ולא בדברי הגמ'. לכן אין להתעכב על הגמ' יתר על המידה, ובשעת הצורך לראות רק את דברי השו"ע ולהבינם בלא ראיית הגמ' כלל)

חלק ב: קנייה באמצעות כרטיס אשראי מדין קניין כסף - בחלק זה ננסה לבדוק האם אפשר להכניס את הקניין בכרטיסי האשראי תחת ההגדה של קניין כסף, ובמידה ואכן מדובר בקניין כסף האם ע"פ החלק הקודם ניתן לקנות בעזרתם כל דבר. מיקוד המקורות בחלק זה: יש לראות את הגמ' בקידושין ואת השו"ע שמביא אותה להלכה (גם כאן דברי השו"ע ערוך הינם העיקר ואין להתעכב על דברי הגמ'). וכן לראות את דברי הרב דיכובסקי (על דברי הגר"א ניתן לדלג).

חלק ג: קניין סיטומתא - בחלק זה נלמד את מהותו של קניין זה ואת ההשלכות שיש לקניין זה על מערכת הקניינים המודרניים בימינו. חלקים ג-ה הינם ליבת הנושא, ולכן יש להותיר ללימודם די זמן. מיקוד המקורות בחלק זה: יש ללמוד היטב את הגמ' ב"מ, וכן את דברי הרא"ש והרשב"א שעליה (על הריטב"א ניתן לדלג). כ"כ יש לראות כיצד הביא השו"ע גמ' זו להלכה.

חלק ד: קניין סיטומתא אם מועיל מדאורייתא או מדרבנן - אחר שהבנו את מהותו של קניין סיטומתא, ננסה בחלק זה להבין מהו תוקפו של קניין זה ומה ההשלכה לכך. מיקוד המקורות בחלק זה: יש לראות את דברי הנתיבות ולעומתו את החת"ס השני שחולק עליו (על דברי החת"ס הראשונים ניתן לדלג)

חלק ה: קניין סיטומתא אם מועיל גם במקרים בהם שאר קניינים אינם מועילים - בחלק זה ננסה להבין האם קניין סיטומתא חורג מגדרי הקניינים הרגילים, ואם כן מדוע יש לו כח רב יותר מקניינים שתוקפם מן התורה לכל הדעות. מיקוד המקורות בחלק זה: יש לראות את דברי הקצות ולעומתם את המהרש"ל החולק עליו (על החת"ס ניתן לדלג)

חלק ו: קניין סיטומתא כדיבור בלא מעשה - בחלק זה ננסה להבין את מחלוקת הראשונים המובאת ברא"ש לקניין סיטומתא בע"פ. ניתן לדלג על כל חלק זה אם הזמן קצר

חלק ז: קניין במעמד שלושתם - בחלק זה נלמד על קניין נוסף שאינו מובא בתורה "והומצא" ע"י חז"ל, ננסה להבין מדוע הוצרכו חז"ל להמציאו, ומה היחס בינו לבין קניין הסיטומתא. מיקוד המקורות בחלק זה: יש ללמוד את הגמ' בגיטין ואת התוספות שעליה (ניתן לדלג על השו"ע ועל הש"ך) לאחר מכן יש לראות את דברי הקצות.

חלק ח: קניין מדרבנן אם מועיל לענייני דאורייתא - בחלק זה ננסה להבין אם קניין מעמד שלושתם מועיל מהתורה למרות שחז"ל תיקנו אותו, ומהן ההשלכות מחקירה זו. מיקוד המקורות בחלק זה: יש להבין את המחלוקת בין הב"י לאבני מילואים (את הב"י יש בעיקר לראות החל מאחרי השלוש נקודות ואת הגמ' יש ללמוד ע"מ להבין דברי הב"י ואין להתעכב עליה יותר מדי)

פתיחה למהות הקניינים - מדרגות בקניין

1. תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף מח עמוד א, דף מט עמוד א

והנושא נותן בדברים - לא קנה, והחזור בו - אין רוח חכמים נוחה הימנו.

איתמר; דברים, רב אמר: אין בהן משום מחוסרי אמנה, ורבי יוחנן אמר: יש בהם משום מחוסרי אמנה. - מיתבי, רבי יוסי ברבי יהודה אומר: מה תלמוד לומר הין צדק? והלא הין בכלל איפה היה? אלא לומר לך: שיהא הן שלך צדק, ולאן שלך צדק! - אמר אביי: הוא שלא ידבר אחד בפה ואחד בלב.

2. שולחן ערוך חושן משפט סימן קפט סעיף א

אין המקח נגמר בדברים; שהאומר לחבירו: היאך אתה נותן לי חפץ זה, ואמר ליה: בכך וכך, ונתרצו שניהם ופסקו הדמים, יכולים לחזור שניהם, אפילו היה הדבר בפני עדים ואמרו להם: הווי עלינו עדים שמכר זה ושלקח זה, הרי זה אינו כלום עד שיגמור המקח. כל דבר ודבר כראוי לו; קרקע לפי קניינו, ובעלי חיים לפי קנינם, ומטלטלים לפי קנינם. ולאחר שנגמר המקח, כל אחד לפי קניינו, אין שום אחד מהם יכול לחזור בו, אפי' לא היו עדים בדבר. הגה: ואפי' מחל זה לזה אחר כך, לא מהני, אלא צריכין לחזור ולהקנות זה לזה (תה"ד סימן שי"א וריב"ש סימן תק"י).

3. תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף מד עמוד א, דף מז עמוד ב

משנה: כל המטלטלים קונים זה את זה. כיצד? משך הימנו פירות ולא נתן לו מעות - אינו יכול לחזור בו, נתן לו מעות ולא משך הימנו פירות - יכול לחזור בו. אבל אמרו: מי שפרע מאנשי דור המבול ומדור הפלגה הוא עתיד להפרע ממי שאינו עומד בדבורו. גמ': משך הימנו פירות ולא נתן לו מעות - אינו יכול לחזור בו וכו'. אמר רבי יוחנן: דבר תורה מעות קונות, ומפני מה אמרו משיכה קונה - גזירה שמא יאמר לו נשרפו חטיף בעלייה. - סוף סוף, מאן דשדא דליקה בעי שלומי! - אלא, גזירה שמא תפול דליקה באונס. אי מוקמת להו ברשותיה מסר נפשיה, טרח ומציל, ואי לא - לא מסר נפשיה טרח ומציל.

4. בית יוסף חושן משפט סימן קצח

ונראה לי שאם התנו שתגמר קנייתם במעות מכרן קיים ואין אחד מהם יכול לחזור בו וכדאמרינן (קידושין כו.) גבי קרקע דאי אמר אי בעינא בכספא אקנה קנה וכמ"ש בסימן ק"צ (ס"ח):

5. דרכי משה הקצר חושן משפט סימן קצח אות (א)

ואין הנדון דומה לראיה דהתם אינו תקנת חכמים שלא יקנה כסף רק שהוא במקום שנוהגין לכתוב שטר ולכן קונה כסף כשהתנה אבל במקום שהוא תקנת חכמים אימא לא פלוג חכמים בתקנתן ואף על גב דלקמן ריש סימן קצ"ט יתבאר דלפעמים מעות קונות וכן יתבאר לקמן סימן זה (סט"ז) מכל מקום היינו במלתא דלא שכיחי או במקום דליכא למיחש לטעם תקנתן אבל היכי דשייך טעם תקנתן דיש רשות ללוקח להתנות בזה לא שמענו מן הראיה שהביא ב"י ומכל מקום הדין נראה אמת מאחר שתקנו חכמים לטובת הלוקח והוא אומר אי אפשרי בתקנת חכמים כגון זו שומעין לו כן נראה לי:

6. שולחן ערוך חושן משפט הלכות מקח וממכר סימן קצח סעיפים א, ה

דבר תורה מעות קונות; אבל חכמים תקנו שלא יקנו המטלטלים אלא בהגבהה או במשיכה דבר שאין דרכו להגביה, (וכיון שמשך או הגביה, קנה אף על פי שלא נתן המעות)

ולמה תקנו חכמים שלא יהו מעות קונות, גזירה שמא יתן הלוקח דמי החפץ וקודם שיקחנו יאבד באונס, כגון שתפול דליקה וישרף, או יבוא לסטים ויטלוהו, ואם היה ברשות הלוקח יתמהמה המוכר ולא יציל, לפיכך העמידוהו חכמים ברשות המוכר, כדי שישתדל ויציל...הגה: וכן אם התנו בהדיא דמעות יקנו, קנו (ב"י).

7. נתיבות המשפט חידושים סימן קצח ס"ק יז

אם התנו. והש"ך [סק"י] חולק, דדוקא לעיל סימן ק"צ [סעיף ח'] דכסף במקום שכותבין השטר מהני תנאה, דשם הכסף דין תורה, רק דלא סמכה דעתו בלא שטר, והיכא דסמך סמך, משא"כ הכא דתיקנו חכמים דמעות אינן קונות, לא פלוג. ועוד, דהא מתנה על מה שאמרו חכמים, וכל המתנה על מה שאמרו חכמים תנאו בטל, דחכמים עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה [כתובות נ"ו ע"א]. ועוד, דהא דיכול להתנות בדבר שבממון, היינו היכא דשייך ענין מחילה, אבל אינו יכול להתנות לעשות קנין במה שאינו קנין, כמו שאינו יכול להתנות ולומר פלוני יירש במקום שאינו יורש.

8. שולחן ערוך חושן משפט הלכות מקח וממכר סימן רד סעיפים א, ד

מי שנתן דמים ולא משך המטלטלים, אף על פי שלא נקנו לו המטלטלים כמו שנתבאר, כל החוזר בו, בין לוקח בין מוכר, לא עשה מעשה ישראל והייב לקבל מי שפרע; ואפילו לא נתן אלא מקצת הדמים.

כיצד מקבל מי שפרע, אוררין אותו בב"ד ואומרים: מי שפרע מאנשי דור המבול ומאנשי דור הפלגה ומאנשי סדום ועמורה וממצרים שטבעו בים הוא יפרע ממי שאינו עומד בדבורו. (וי"א שאומרים לו: הוא יפרע ממך אם אינך עומד בדיבורך (טור בשם הרא"ש). וי"א שאומרים לו ברבים) (מרדכי ס"פ הזהב).

9. שולחן ערוך חושן משפט הלכות מקח וממכר סימן רד סעיפים ז-ח

הנושא ונותן בדברים בלבד, הרי זה ראוי לו לעמוד בדבורו אף על פי שלא לקח מהדמים כלום, ולא רשם ולא הניח משכון. וכל החוזר בו, בין לוקח בין מוכר, אף על פי שאינו חייב לקבל מי שפרע ה"ז ממחוסרי אמנה ואין רוח חכמים נוחה הימנו. וכן מי שאומר לחבירו ליתן לו מתנה, ולא נתן, הרי זה ממחוסרי אמנה. במה דברים אמורים, במתנה מועטת, שהרי סמכה דעתו של מקבל כשהבטיחו. אבל במתנה מרובה אין בה חסרון אמנה שהרי לא האמין זה שיתן לו דברים אלו עד שיקנה אותו בדברים שהם נקנים בהם.

10. שו"ת אגרות משה יורה דעה חלק א סימן קמז

עצם הנתינה והקנין לדינא הם שני ענינים דעצם הנתינה היא החלטתו באמירתו איך שנתן והוא אף בדברים לבד. ואם אח"כ לא ירצה ליתן הוא חזרה ממה שנתן. אך מכיון שלא היה קנין שמועיל בדינא יכול לחזור בו אף שכבר נתן. וכן משמע מלשון והחוזר בו שאמר בב"מ דף מ"ח על נו"נ בדברים וגם אולי מחמת זה אין רוח חכמים נוחה הימנו דאם היה נחשב כלא נתן כלל מ"ט לא יהיה נוחה הימנו מ"ש מנדרים שאם נדר בלשון שאינו חל שאינו כלום אף לענין שיהיה רוח חכמים נוחה הימנו. ואף בנדר לצדקה באופן שלא נתחייב מסתבר שלא יהיה עליו שום דין אף לענין רוח חכמים מצד קיום דבורו. וא"כ מ"ש במכר ומתנה שאין רוח חכמים נוחה אף שלא קנה עדין. ואף שהוא מצד למוד מקרא דהין צדק הן שלך צדק מ"מ צריך להבין הגדר בזה. אלא ודאי שמכירה ונתינה הוה בהחלטת האמירה לבד שהרבה מוכרין ונותנין כן ולכן אסור לו לחזור רק שעכ"פ כיון שלא היה קנין יכול לחזור אף שאינו רשאי.

קניה באמצעות כרטיס אשראי מדין קניין כסף

11. תלמוד בבלי מסכת קידושין דף ז עמוד א

הילך מנה והתקדשי לפלוני - מקודשת מדין עבד כנעני, עבד כנעני לאו אף ע"ג דלא קא חסר ולא מידי קא קני נפשיה, האי גברא נמי, אף על גב דלא קא חסר ולא מידי קא קני לה להאי איתתא... איתמר נמי משמיה דרבא: וכן לענין ממונא. וצריכא; דאי אשמועינן קידושין, משום דהא איתתא ניהא לה בכל דהו, כדריש לקיש, דאמר ר"ל: טב למיתב טן דו מלמיתב ארמלו, אבל ממונא - אימא לא; ואי אשמועינן ממונא, משום דאיתיהיב למחילה, אבל קידושין - אימא לא, צריכא.

12. שולחן ערוך חושן משפט הלכות מקח וממכר סימן קצ סעיף ד

י"א שהוא הדין לאומר לחבירו: הילך מנה ויהיה שדך מכור לפלוני, כיון שקבל זה ממנו נקנה השדה לאותו פלוני. הגה: והוא שאותו פלוני חפץ בזה, כגון שעשאו שליח או שאמר למוכר: שדך קנוי לי במה שנתן לך פלוני (טור).

13. ביאור הגר"א חושן משפט סימן קצ ס"ק ו

כל הג' סעי' השמיטין הרמב"ם ולכך כ' בלשון י"א וטעמו שסובר מ"ש וכן לענין ממונא לא קאי אלא אדין ראשון מדין ערב וכ"ש לממונא אבל ב' הבבות האחרות מדין עבד אין ענין אלא לאשה דאתקש קניינם אהדדי

14. תחומין כב- הרב שלמה דיכובסקי- האינטרנט בהלכה

הקונה אינו משלם כלל למוכר, אלא הוא משלם באמצעות כרטיס אשראי לחברת האשראי, וחברה זו משלמת לאחר מכן למוכר. האם יש לראות בכך מעשה קניין? ניתן לראות בקניין זה קניין כסף, המועיל במקרה שלנו, למרות שהוא ניתן לחברת האשראי ולא למוכר עצמו. בגמ' בקדושין ז, א נאמר: "הילך מנה והתקדשי לפלוני - מקודשת מדין עבד כנעני. עבד כנעני - לאו אע"ג דלא קא חסר ולא מידי, קא קני נפשיה; האי גברא נמי - אע"ג דלא קא חסר ולא מידי, קא קני לה להאי איתתא." נמצא, שמדין עבד כנעני למדים ש"נתינת אחר בשבילו חשיבא כנתינתו", כלשון הריטב"א שם. וכן כתב הר"ח מבריסק בחידושו על הרמב"ם (הל' מלוה ולוה ה,ג), שמדין עבד כנעני נלמד "דנתינתו של זה נחשבת עבורו חבירו". על כן, נתינת חברת האשראי תחשב לקניין.

קניין סיטומתא**15. תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף עד עמוד א**

אמר רב פפי משמיה דרבא: האי סיטומתא קניא. למאי הלכתא? - רב חביבא אמר: למקניא ממש, רבנן אמרי: לקבולי עליה מי שפרע. והלכתא: לקבולי עליה מי שפרע. ובאתרא דנהיגו למקני ממש - קנו.

16. רא"ש מסכת בבא מציעא פרק ה סימן עב

אמר רב פפא האי סתומתא קניא. פרש"י רושם שרושמין החנונים החביות שלוקחין מבעלי בתים. ור"ח פי' כדרך שנהגו הסוחרים בגמר המקח תוקע כפו לכף חבירו ובזה נגמר המקח. וכל כיוצא בזה דאיזה דבר שנהגו לגמור המקח כגון במקום שנוהגים שנותן הלוקח מטבע אחד למוכר ובזה נגמר המקח.

17. חידושי הרשב"א מסכת בבא מציעא דף עד עמוד א

ובדוכתא דקנו ממש קני. ושמעין מינה שהמנהג מבטל ההלכה וכל כיוצא בזה, שכל דבר שבממון על פי המנהג קונין ומקנין הלכך בכל דבר שנהגו התגרים לקנות קונין.

18. חידושי הריטב"א מסכת בבא מציעא דף עד עמוד א

האי סיטומתא קניא. פירש רש"י רושם שעושין לקוחות על הסחורה כשלוקחים אותה ומניחים בבית המוכר, ותמיהא מילתא מ"ט דמ"ד דקני בה לגמרי ואפילו באתרא דלא נהיגי והרי לא עשה משיכה, והנכון בזה מה שאמר מורנו בשם ה"ר פינחס אחיו ז"ל דסיטומתא הוא כעין מטבע שאין עליו צורה והתגרין נותנין אותו לסימן כשלוקחין דבר אחד ולא ידיע אי בתורת דמים יהבי ליה וכאומר ערבוני יקנה הכל וליכא אלא מי שפרע, או בתורת חליפין יהבי ליה דקני לגמרי דכיון שאין עליו צורה נעשה חליפין ובהא הוא דפליגי אמוראי, ואמרינן דבאתרא דנהיגי קני דודאי על דעת חליפין יהבי ליה, ולא בעי בהאי מנהגא תנאי בני העיר אלא מנהג בעלמא שאין מנהג זה מבטל הלכה בכלום.

19. שולחן ערוך חושן משפט הלכות מקח וממכר סימן רא סעיפים א-ב

מכר לו בדברים בלבד, ופסקו הדמים, ורשם הלוקח רושם על המקח כדי שיהיה לו סימן ידוע שהוא שלו, אף על פי שלא נתן לו מהדמים כלום, כל החוזר בו אחר שרשם מקבל מי שפרע. ואם מנהג המדינה הוא שיקנה הרושם קנין גמור, נקנה המקח ואין אחד מהם יכול לחזור בו, וחייב זה ליתן הדמים. והוא שרשם בפני המוכר, או שאמר ליה המוכר: רשום מקחך. וכן כל דבר שנהגו התגרים לקנות בו, כגון על ידי שנותן הלוקח פרוטה למוכר, או על ידי שתוקע לו כפו, (או במקום שנוהגים הסוחרים שמוסרים לקונה המפתח) (הגהות מיימוני פ"ז דמכירה), וכן כל כיוצא

קניין סיטומתא אם מועיל מדאורייתא או מדרבנן**20. נתיבות המשפט ביאורים סימן רא**

ודין סיטומתא הוא רק קנין דרבנן, דהא קנין דרבנן ודאי דלא גרע ממנהג שנהגו הסוחרים ואפ"ה לא חשבינן אותו רק לקנין דרבנן לענין קדושין כמבואר בפוסקים

21. שו"ת חתם סופר חלק ה (חושן משפט) סימן יב

וביארתי במק"א (הוא בח"ס חלק יו"ד סי' שי"ד), שלפע"ד הוא (קניין סיטומתא) דאורייתא ממש. ועדיף מקנינים שתקנו רבנן, שלא ברצון הסוחרים. ורק מטעם הפקר ב"ד הפקר, נגעו ב'י. שיש פוסקים ס"ל, דהמקדש אשה בקנין כזה, אינו אלא קידושי דרבנן. עי' ב"ש, סי' כ"ח, ס"ק ל"ה. אבל סיתומתא, ומנהג שנתרצו ונהגו כן מעצמם ורצונם, הוא קנין דאורייתא לפע"ד. לענין חמץ ובכור וקידושי אשה לפע"ד. ובח"ל למס' ב"ב, פ"ק, ז' ע"ב, וז"ל: א"ל: לפי ממון גובי', ואלעזר בני קבע בה מסמורת /שמא צ"ל: מסמורת/ כתבתי, מה רצה ר' יוחנן בזה? נ"ל, משום דר' יוחנן אמר זה בשיקול הדעת וסברתו. ואיהו גופי' אמר: ב"ב ק"ל ע"ב, אי לא אמר הלכה למעש', לא יעשו מעשה. ע"כ אמר: אלעזר בני קבע בו מסמורת /שמא צ"ל: מסמורת/, עשה אותו מנהג קבוע בין הסוחרים שיקבלו אותם מרצונם. ושוב אין לפקפק, כי הוא דאורייתא ממש. ועי' בתשו' מיוחסת לרמב"ן, סי' רכ"ה, כ' להדיא: דקנין ממנהג, הוא דאורייתא, ופוסט מבכורה, ע"ש. גלל כן פשוט, דכל מנהג שהנהיגו בני עיר, כך הוא דאורייתא ממש.

22. שו"ת חתם סופר חלק ב (יורה דעה) סימן שיד

אך לפע"ד סטומתא הוא קנין דאורייתא ממש והיכן מצינו שנמנו רבנן על ככה ואמרו שתקנו שמנהג סוחרים קונה אלא רבא הודיענו בב"מ ע"ד ע"א שהדין כן מה"ת כל שהנהיגו הסוחרים הו"ל כאלו התנו וכל תנאי שבממון קיים מה"ת ול"ד לקניני דרבנן התם לא מחלו בכך הסוחרים מרצונם אלא אנוסים בתקנות חכמים ומטעם הפקר ב"ד בזה י"ל אין כח ביד ב"ד אלא להפקיע ולא להקנות אבל מה שהנהיגו מרצונם הטוב כל תנאי שבממון קיים מה"ת בלי ספק ומבואר להדי' בתשו' מיוחסת סי' רכ"ה דסוגי' דבכורו' דבדיניהם שקבעו להם תורה אותה סוגי' מיירי באתרא דלא נהיגי במשיכה אבל היכי דנהיגי במשיכה פוטר מבכורה מטעם סטומתא ע"ש ועיי' בהגה' מ"ל פ"ז ממכירה אות וי"ו ו' ועיי' בכל מראה מקומו' ובירושלמי ר"פ השוכר.

אמנם ראיתי להגאון בנתיבת המשפט סימן קפ"ד דפשיטא לי' דסטומתא לא הוה אלא קנין דרבנן דלא עדיף מקניני דרבנן וכבר כתבתי דלא דמי להדדי.

קניין סטומתא אם מועיל גם במקרים בהם שאר קניינים אינם מועילים

23. קצות החושן סימן רא

ואם מנהג המדינה. כתב במרדכי שבת פרק הבונה (סי' תע"ג) ז"ל, לרבינו יחיאל הא דסיטומתא קניא דוקא בדבר הבא לעולם ומועיל בו הקנין הלכך מועיל המנהג להחשיבו כקנין גמור, אבל דבר שלא יועיל בו קנין כגון בדבר שלא בא לעולם, לא מצינו שיועיל בו המנהג להחשיבו כקנין גמור עכ"ל.

24. שו"ת מהרש"ל סימן לו

ועוד מצינו בפסקי גאונים שהיו קונים חזקת ישובים מן השר להתנות עמו שלא יבא שום אדם יותר לדור שם ואפ"ל אם בא אחר כך אדם אחר והשתדל עם השר להיפך יכול היהודי הראשון לעכב עליו כדאיתא ג"כ במרדכי" דדינא דמלכותא דינא ואף שג"כ אין ממש בקניין מן השר שלא ידור שום אדם אצלו אלא רשות ושלטון במתא חשוב כמו שקנה גוף העיר לאותו השלטנות והוי כמו שקנה בית לדירה אף שלא כתב בהדיא בשטר כך...ומה שאינו מקח ממש אמרו ג"כ חכמים שהוא קנין גמור בסוף פ' הריבית (ע"ד) גבי סטומתא וכן כתב האשר"י בפ"ק דב"מ ז"ל כי הקניין לפי המנהג כדאמר לקמן גבי סטומתא ומזה הביאו ראייה המחברים שעיקר קניינים בין בסחורה הכל לפי המנהג ק"ו מנהג ודת המלך וגדולה מזו כתב במרדכי" פרק המקבל וא"ז פרק הפועלין הטוען תמורת המנהג אפילו במיגו אינו מהימן אלמא דמנהג עיקר לעניין משא ומתן הילכך הנראה בעיני מי שקונה מכס או כה"ג מן המלך אפ"ל קודם זמנו הוא קניין גמור והנוטלה ממנו הוא גזל גמור ויוצאת בדיינים.

25. שו"ת חתם סופר חלק ה (חושן משפט) סימן סו

דאם מנהג העולם להקנות בשטרי חכירות דברים שלא באו לעולם מהני מטעם סטומתא ומ"ש במרדכי פ' ר"א דמילה בשם רבינו יחיאל במי שנדר לתת בנו למול מהני מטעם סטומתא שכן נהגו אבל אם עדיין לא נולד הנער לא מהני דאין סטומתא מועיל לדבר שלבל"ע היינו מפני שלא נהגו לדור למוהל טרם שבא הנער לעולם וזה ששינה מהמנהג לדור למוהל טרם בואו לעולם לא מהני סטומתא...כ' מהר"מ במרדכי פ' שור שנגח דו"ה סס"י מ"ד יע"ש דכל טעמא דלא קני (דבר שלא בא לעולם) משום דלא סמכא דעת' ומכיון שנהגו שפיר סמכא דעת' /דעת' וקני.

קניין סטומתא בדיבור בלא מעשה

26. שו"ת הרא"ש כלל יב סימן ג

כתב דרבינו מאיר ז"ל, וזה לשונו: ומי שנדר לחבירו לעשותו בעל ברית, אף על גב דהוי דבר שלא בא לעולם, יש לנו לילך אחר המנהג. וכיוצא בזה אמרו בב"מ (ע"ד): סטומתא, באתרא דקנו ממש, קני; אף על גב דמדינא לא קני, אזיל בתר מנהגא למקני קנין גמור; עכ"ל. ויש להשיב על דבריו: חדא, דסטומתא הינו דוקא שנעשה מעשה, כדפרש"י ז"ל, שרושמים על החבית. ור"ח ז"ל פ"ל: פאמיא, כמו שרגילין הסוחרים, תוקע כפו בכף חברו וזהו גמר המקח, וקורין לו בל' אשכנז יא אופ. ואותו מעשה שעושים, הוי במקום סודר, אבל דיבור בעלמא, לא; אפ"ל אי נהוג, מנהג גרוע הוא, ולא אזלינן בתריה;

קניין במעמד שלושתם**27. תלמוד בבלי מסכת גיטין דף יג עמוד ב- דף יז עמוד א**

אמר רב הונא אמר רב: מנה לי בידך תנהו לו לפלוני, במעמד שלשתן - קנה. אמר רבא: מסתברא מילתיה דרב בפקדון, אבל במלוה לא, והאלקים! אמר רב אפילו במלוה. אתמר נמי, אמר שמואל משמיה דלוי: מלוה לי בידך תנהו לו לפלוני, במעמד שלשתן - קנה. וטעמא מאי? אמר אמימר: נעשה כאומר לו בשעת מתן מעות שעבדנא לך לדידך ולכל דאתו מחמתך. א"ל רב אשי לאמימר: אלא מעתה, הקנה לנו לדים דלא הוו בשעת מתן מעות, הכי נמי דלא קנו! דאפילו לר"מ, דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, ה"מ לדבר שישנו בעולם, אבל לדבר שאינו בעולם לא! אלא א"ר אשי: בההיא הנאה דקא משתניא ליה בין מלוה ישנה למלוה חדשה, גמר ומשעביד נפשיה. א"ל הונא מר בריה דרב נחמיה לרב אשי: אלא מעתה, כגון הני דבי בר אלישיב דכפתי ושקלי לאלתר, ה"נ דלא קנו! וכי תימא ה"נ, א"כ נתת דבריך לשיעורין! אלא אמר מר זוטרא, הני תלת מילי שויניהו רבנן כהלכתא בלא טעמא: חדא, הא; ואידך, דאמר רב יהודה אמר שמואל: הכותב כל נכסיו לאשתו - לא עשאה אלא אפיטרופיא; ואידך, דאמר רב חנניא: המשיא אשה לבנו גדול בבית - קנאו.

28. תוספות מסכת גיטין דף יז עמוד א

כהלכתא בלא טעם - פי' מה שמועיל לקנות אבל טעם יש למה תקנו חכמים מעמד שלשתן תקנו שלא יצטרך לטרוח ולעשות קניינים ובהכותב נכסיו לאשתו משום דלא שביק לבריה ויהיב לאחריני ואין דרך לעשות כן אלא לחלק לה כבוד ולמנותה אפיטרופיא ומשיא אשה לבנו כשהאב מסיר כל מה שיש לו מן הבית סמכא עליה דעתא דבן כדמפרש בפ' מי שמת (ב"ב ד' קמד.).

29. שולחן ערוך חושן משפט הלכות הרשאה סימן קכו סעיף א

ראובן שהיה לו מנה ביד שמעון, בין מלוה בין פקדון, ואמר ליה במעמד שלשתן: מנה שיש לי בידך תנהו ללוי, בין שנתנו לו במתנה בין שנתנו לו בפרעון חובו, קנה, ואין ראובן ולא שמעון יכולים לחזור בהם, אעפ"י שעדיין עסוקים באותו ענין. וכן אין הנותן יכול לחזור ולמוחלו למי שהוא בידו, ואפילו נולד לוי לאחר שהלוה ראובן לשמעון, קנה.

30. ש"ך חושן משפט סימן קכו ס"ק יב

ואפי' נולד לוי כו' - לאפוקי ממאי דהוה ס"ד דש"ס למימר דטעמ' דמעמד שלשתן ה"ל דנעשה כאלו אמר משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך ולהאי טעמא הוי בעינן שיה' לוי נולד בשעת ההלואה וכדלעיל סי' ס"ו סכ"ו קמ"ל כמסקנא דש"ס דמעמד שלשתן הוא הלכתא בלא טעמא משום תקנת השוק אפי' למי שנולד אחר ההלואה:

31. קצות החושן סימן קכו ס"ק ג

ואמר ליה במעמד שלשתן... ונראה לכאורה מלשון רש"י דגבי פקדון ניהא בטעמא, ובאמת גם גבי פקדון נמי טעמא בעי, אבל נראה דודאי גבי מעמד שלשתן איכא טעמא שהוצרכו חז"ל לתקן שיקנה במעמד שלשתן, וכתבו תוס' (שם יד, א ד"ה כהלכתא) והרא"ש (סי' י"ז) משום הסוחרים שלא יצטרכו לטרוח ולעשות קניינים ע"ש, אלא הא דמועיל הוא הלכתא בלא טעמא, ואין זה קושיא מאי טעמא מועיל הקנין דהא בכמה מקומות אשכחנא קנינא שהתקינו חכמים, ולא תהא תורה שלימה שלנו כמו מנהג דאפילו דבר שנהגו הסוחרים קנה כמו סיטמותא דקנה, וא"כ מפקדון לא קשה דהא כיון שיש טעם לתקנה תו לא קשה מאי טעמא קנה כמו דלא קשה על שאר קנייני דרבנן כמו משיכה ואגב, אכן גבי מלוה ודאי קשה מאי טעמא דהא ליתא ברשותיה ונהי דהוי קנין ליתיה ברשותיה, ואין לך קנין גדול כאמירה להקדש ואפילו הכי כיון דליתיה ברשותיה לא מצי מקני, לזה מסיק דהוא כהלכתא בלא טעמא, אבל מפקדון לא קשיא מאי טעמא כמ"ש וזה פשוט.

קניין מדרבנן אם מועיל לענייני דאורייתא**32. תלמוד בבלי מסכת קידושין דף מז עמוד ב- דף מח עמוד א**

התקדשי לי בשטר חוב, או שהיה לו מלוה ביד אחרים והירשה עליהם, ר"מ אומר: מקודשת, וחכ"א: אינה מקודשת... הכא במלוה בשטר ובמלוה על פה קא מיפלגי. במלוה על פה במאי פליגי? בדרב הונא אמר רב, דאמר רב הונא אמר רב: מנה לי בידך תנהו לפלוני, במעמד שלשתן - קנה, מר סבר: כי קאמר רב - ה"מ בפקדון, אבל מלוה לא, ומר סבר: לא שנא מלוה ולא שנא פקדון.

33. בית יוסף אבן העזר סימן כח

היה לו מלוה על אחרים ואמר לה הרי את מקודשת לי בחוב שיש לי ביד זה במעמד שלשתן מקודשת אפילו היא מלוה על פה. כן כתב הרמב"ם בפ"ה (מאישות הי"ז) וטעמו מדתניא בפרק האיש מקדש (מז:): התקדשי לי בשטר חוב או שהיה לו מלוה ביד אחרים והרשה עליהם רבי מאיר אומר מקודשת וחכמים אומרים אינה מקודשת ומוקי לה בגמרא בשטר חוב דאחרים ובמלוה בשטר על פה קא מיפלגי במלוה בשטר פליגי בדשמואל דאמר המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול רבי מאיר לית ליה דשמואל ורבנן אית להו דשמואל הילכך לא סמכה דעתה סברה אזיל ומחיל ליה ובמלוה על פה פליגי בדרב הונא אמר רב דאמר מנה לי בידך תנהו לפלוני במעמד שלשתן קנה מר סבר הני מילי בפקדון אבל במלוה לא ומר סבר לא שנא מלוה לא שנא פקדון וכיון דקיי"ל (גיטין יג:): דמילתא דרב הונא הוא בין במלוה בין בפקדון ממילא קם לה הלכתא כמ"ד מקודשת... וכתב רבינו ירוחם (נכ"ב ח"א קפא ע"ג) דלמ"ד מקודשת היינו מדרבנן כיון דמעמד שלשתן תקנתא דרבנן היא עכ"ל ואינו מוכרח דהא איכא למימר דכיון דתקינן רבנן נקנו לה המעות וכיון שנקנו לה ה"ל כאילו נתן לה כסף והוא מקודשת דאורייתא.

34. אבני מילואים סימן כח ס"ק לג

לכן נראה לענ"ד דגם הב"י שמשיג על הרי"ו אינו מטעם הפקר ב"ד דהא מוכח מדברי הרמב"ם דלא מהני קנין דרבנן לאיסור תורה וכוונת [ה]ב"י נראה דהוא מטעם אחר וז"ל הב"י וכתב רי"ו דלמ"ד מקודשת היינו מדרבנן כיון דמעמ"ש תקנתא דרבנן היא עכ"ל ואינו מוכרח דהא איכא למימר דכיון דתקינן רבנן נקנו לה המעות וכיון שנקנו לה ה"ל כאילו נתן לה כסף והוא מקודשת דאורייתא, וכתב עוד הר"ן אהא במלוה ע"פ פליגי במלוה דאחרים ליכא למימר דדעתה אזוזי דלא אמרינן הכי אלא במלוה דידה שכבר היתה מחויבת לו אבל כשהוא בא לקדשה במלוה דאחר' אין דעתה להתקדש בזוזי אלא בהנאה דאית בה עכ"ל, והוא ליישב קושית תוס' שם בסוגיא (דף מ"ח) [מז, ב, ד"ה לעולם] דמ"ש מלוה דאחרים ממלוה דידה ולזה מיישב הר"ן דבמלוה דידה דעתה אזוזי ובמלוה דאחרים דעתה על הנאה דאית בה. וכיון דאינה מקודשת במעמ"ש אלא משום דדעתה על הנאה דאית בי' א"כ תו אין חילוק בין שהוא קנין תורה או קנין דרבנן דנראה דאם מקדשה בתורת כסף אז הוא דאמרינן כיון דמן התורה אין הכסף שלו או שהאשה אינה זוכית בכסף קידושין מן התורה אמרינן דאזלינן בתר דאורייתא ואין כאן קידושי תורה וכמ"ש הרמב"ם לענין תרומה, אבל היכא דמקדשה בהנאה דאית בי' והנאה ודאי אית לה כיון דשלה הוא עכ"פ מדרבנן לא גרע משחוק לפני רקוד לפני והנאת פרוטה אית לה בגוה.