

סעיף 5 הסכם ונוהג

הסכם ונוהג
5. (א) פרטים של חוזה מכר שלא נקבעו בהסכם בין הצדדים יהיו לפי הנוהג שהצדדים להסכם ראו אותו כמקובל עליהם בעסקאות קודמות שביניהם, ובאין נוהג כזה - לפי הנוהג שצדדים סבירים רואים אותו כחל בעסקאות מאותו סוג.
(ב) נזקקו הצדדים לביטויים או לתניות שנוהגים להשתמש בהם בהליכות סחר, יפורשו הביטויים והתניות בהתאם למשמעות הנודעת להם בסחר הנדון.

התוכן

מבוא 1

נוהג מעיסקאות קודמות 1

נוהג כללי 2

פרשנות לשון החוזה על פי המקובל (ס"ק ב) 2

קביעת הדין המהותי על פי המנהג 5

פרשנות לשון החוזה בהעדר נוהג 11

הצעת נוסח ע"פ המשפט העברי 12

מבוא

ס"ק א אומר שאם יש פרטים שלא נקבעו בחוזה המכר, יש להשלים אותם לאור נוהג של הצדדים בעיסקאות קודמות, או הנוהג שצדדים סבירים רואים שהוא חל בעסקאות מסוג זה. הוראה דומה יש בחוק החוזים (חלק כללי), סעיף 26.¹

סדר השלבים בהשלמת פרטים שלא נתפרשו בחוזה הוא: (א) מה שמשמע מהחוזה; (ב) מה שמשמע מנסיבות ההתקשרות; (ג) נוהג הצדדים בעיסקאות קודמות; (ד) נוהג כללי המקובל בעיסקאות מאותו סוג; (ה) הוראות השלמה החקוקות.²

לדעת צלטנר,³ אפשר להשלים ע"פ הנוהג רק עניינים טפלים בעיסקה. אבל זמיר סבור שאפשר להשלים ע"פ הנוהג גם פרטים מהותיים, כמו שאפשר להשלים עניינים מהותיים ע"פ אומד דעת הצדדים.⁴

ס"ק ב קובע שאם יש ספק באשר לפרשנות ביטויים או תניות בחוזה, הם יפורשו בהתאם למשמעות הנודעת להם בסחר הנדון. הוראה דומה יש בחוק החוזים (חלק כללי), סעיף 25(ג).⁵

נוהג מעיסקאות קודמות

הסוג הראשון של נוהג המזכר בסעיף, "הנוהג שהצדדים להסכם ראו אותו כמקובל עליהם בעסקאות קודמות", הוא נוהג אינדיבידואלי-סובייקטיבי, המבוסס על הנחה שהצדדים אימצו אותו, ולכן הוא חל רק אם הצדדים יודעים עליו, ולפחות הוצג מצג של ידיעה.⁶ הנוהג

¹ בהצעת חוק דיני ממונות הושמט סעיף זה, והוראתו נכללה בסעיף 123, המקביל לסעיף 26 בחוק החוזים. בדברי ההסבר הובאה התייחסות המשפט העברי, לפיה ההוראה תואמת את המשפט העברי, וכדוגמה לכך צוינו דברי הרמב"ם, הלכות מכירה, כו, ז-ח, שבכל ענייני מו"מ הולכים אחר לשון בני האדם באותו המקום ואחר המנהג.

² זמיר 139§.

³ צלטנר, מכר, עמ' 34-3.

⁴ זמיר 141§.

⁵ בהצעת חוק דיני ממונות הושמט סעיף זה, והוראתו נכללה בסעיף 122(ג), המקביל לסעיף 25(ג) בחוק החוזים.

⁶ זמיר 140§.

האינדיבידואלי מחייב כי יש להניח שהצדדים התכוונו לעשות חוזה זה בהתאם אליו, ולכן הוא מחייב רק אם שני הצדדים ידעו ידיעה ממשית על נוהג זה, כאמור, למעט מקרה כגון שהיה סעיף לרעת ראובן בחוזה הקודם, והוא לא ידע עליו. אבל אם ראובן הצהיר שהוא יודע על פרטי החוזה, מתחשבים בזה כידיעה, כיון שהצד השני סמך עליו.⁷

במשפט העברי, פועל שהשכיר עצמו לעבודה למשך שנה לפי תנאים מסוימים, ובשנה השניה השכיר עצמו לשנה נוספת ולא התנה את התנאים הללו, התנאים של השנה הראשונה ממשיכים לחול. אבל אם לא השכיר עצמו שוב, אין אומרים שהוא ממשיך לפי התנאים הראשונים.⁸ [צריך לחפש דוגמה של מכר]

נוהג כללי

הסוג השני של נוהג המזכר בסעיף, "הנוהג שצדדים סבירים רואים אותו כחל בעסקאות מאותו סוג", הוא נוהג כללי אובייקטיבי, שמחייב מפני שהחוק מפנה אליו, וחל גם אם הצדדים לא ידעו עליו. הנוהג האינדיבידואלי גובר על נוהג כללי. אבל נוהג כללי יכול לשמש כראיה לקיומו של נוהג אינדיבידואלי, מתוך הנחה שפעלו כאנשים סבירים.¹⁰

לשון החוק אינו ברור - מצד אחד הוא מפנה לנוהג, ומצד שני הוא מפנה לסבירות, ואלו שני קריטריונים שונים. אם הכונה היא לבחירה שצדדים סבירים בוחרים באופן סביר בין נוהגים שונים, לא היה צורך להזכיר את הנוהגים, אלא די היה לומר שהפרטים יהיו לפי מה שסביר.

במשפט העברי, לשון שרגילים לכתוב בשטר במקום מסוים, חל גם אם לא כתבו כך בשטר,¹¹ מפני שמן הסתם התכוונו שיכתבו כך.¹² זאת בתנאי שידעו על הנוהג הזה, שהרי אם לא ידעו, אין לומר שמן הסתם התכוונו שיכתבו כך.¹³ אם יש מיעוט שאינם רגילים לכתוב נוסח זה, אין הולכים אחר הרוב.¹⁴

הרי שלפי המשפט העברי אין מתחשבים בצדדים "סבירים".

פרשנות לשון החוזה על פי המקובל (ס"ק ב)

לפי המשפט העברי, אם יש ספק במשמעותו של מונח מסוים שנקטו הצדדים לעיסקה, מפרשים אותו לפי לשון בני אדם באותו מקום, ואחר המנהג. לדוגמה, אם הוסכם על מכירת נכס מסוים

⁷ זמיר §145.

⁸ רמ"א, חו"מ, שלג, ח.

אבל הש"ך, ס"ק מד, מביא שרב האי פסק שמי ששכר בית לשנה במחיר מסוים, ודר שם כמה שנים, ולא קבעו מחיר חדש אלא שתקו, ישלם כל שנה לפי המחיר שקבעו בשנה הראשונה, גם אם דמי השכירות הכלליים התייקרו.

שו"ת אגרות משה חו"מ חלק א סימן עה ענף ג (ד"ה והנה כ"ז), כותב לענין דיני פועלים, שגם מנהג של אדם אחד (בנידונו - המעביד) קובע אם שני הצדדים ידעו עליו.

⁹ זמיר §140.

¹⁰ זמיר §146.

¹¹ שו"ע חו"מ, מב, טו; נחל יצחק סא, ה, ענף ה.

דבר הטעון כתיבה: נחל יצחק סא, ה, ענף ב, כותב שתנייה שרגילים לכתוב ולא נכתבה, נחשבת כאילו התנו בעל פה, אבל אינה נחשבת כאלו נכתבה בשטר, ולכן דברים שטעונים כתיבה בשטר כדי לחול, אינם חלים מכוח הנוהג. אבל הוא כותב (בענף ג), שגם אם המוכר לא קיבל על עצמו אחריות לפצות את הקונה את הנכס יילקח ממנו, חלה עליו אחריות בגלל הנוהג ("אחריות טעות סופר"), ויוכל הקונה לטרוף קרקעות של המוכר שמכר לאחרים, ואף שזכות הטריפה קיימת רק בחוב בשטר, הרי זה משום שבחוב בעל פה אין קול, וכאן ידוע לכל שהוא כאילו כתב אחריות בפירוש, ויש קול.

דעה חולקת: תומים, סא, ס"ק ג, ונתיבות המשפט, סא, ס"ק ח, כותבים שהעובדה שרגילים לכתוב נוסח זה, ובשטר הזה הוא לא נכתב, סימן הוא שלא רצו לכתוב אותו.

¹² ש"ך, מב, ס"ק לו; נחל יצחק סא, ה, ענף א-ב.

¹³ ש"ך, חו"מ, סי' מב, ס"ק לו, וסי' סא ס"ק ט; נחל יצחק סא, ה, ענף ה.

¹⁴ נחל יצחק סא, ה, ענף ד, בסופו. הוא כותב שיחולו כאן הדינים של רוב לענין פרשנות ביטויים, שאין מתחשבים במיעוט מצוי ולא במיעוט שלא ידעו עליו בשעת ההתקשרות - ראה בשמו בהערה 20 ו-21.

(כגון בית), והצדדים חלוקים ביניהם בשאלה האם נכסים הטפלים לאותו נכס (כגון הרהיטים שבבית) כלולים במכר, ומנהג המקום הוא שמי שמוכר נכס כזה, גם הנכסים הטפלים כלולים במכר (או להיפך), המנהג קובע¹⁵, כיון שיש להניח הצדדים התכוונו למשמעות זו, כאלו התנו בפירוש שהביטויים יתפרשו על פי המנהג¹⁶. גם אם אין מנהג בעניין זה, הרי אם בלשון בני האדם באותו מקום, נכס כזה כולל את הנכסים הטפלים (או להיפך), הלשון קובעת¹⁷. כך גם אם הצדדים חלוקים בשאלה האם הנכס שסיפק המוכר עונה על הגדרת הנכס שהוסכם עליו - הולכים אחרי המנהג ואחרי לשון בני המקום¹⁸.

אם כל בני המקום משתמשים בביטוי מסוים במשמעות מסוימת, מפרשים כך את הביטוי שבמכר. גם אם לא כולם משתמשים בו באותה משמעות, אלא רק רובם, מפרשים כך את הביטוי¹⁹. אבל יש לכך סייג: אין מוציאים ממי שמוחזק ברכוש על פי המשמעות של רוב בני המקום בלבד, כי הוא יכול לטעון שהוא מן המיעוט שמשתמשים בביטוי הזה למשמעות אחרת²⁰, אלא אם כן זה מיעוט זניח בכמותו, שאז הוא בטל²¹. אבל אם המחיר שהוסכם עליו מתאים

¹⁵ ס' המקח והממכר, שער כ (ד"ה והחלק השני וד"ה ולעולם צריך) (הובא בחוקות הדיינים, ח"ב, סי' ר"ט); רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יז, ו, פרק כז, ז-ח (הובא בשו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' לג, בשו"ת הרשב"ש, סי' רפח, בשו"ת דברי יוסף (אירגס) סי' כא דף מב ע"א, בשו"ת שער יהושע ח"ב סי' סד עמ' לג, בשו"ת ר' יחיאל באסן, סי' קז, בח"י הגר"ח החדש (מישור, תשסח) עמ' תג, במשנת יוסף שביעית ח"ד פ"ט מ"ב עמ' כט, בחוק לישראל, שכירות, עמ' 69 ועמ' 262, במשפטי שכנים (וייס) פ"א שאלה א, ובדברות משה שבת ח"א סי' כ הערה קו עמ' שנג, וסי' כו הערה ד עמ' תנג), ופרק כז, יא (הובא בשו"ת מהרש"ל סי' לה (ד"ה והנה אותם), בשו"ת ר' יצחק מפוזנא, סי' ט, בפסקי ב"ד הרבנות ירושלים ח"א עמ' רלו, ובחוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 278); שו"ע, חו"מ, סי' רטו, ח, וסי' רכ, טו.

¹⁶ שו"ת אגרות משה חו"מ חלק א סימן עב (ד"ה והגע) וסי' עה ענף ג; ר' יחזקאל אברמסקי, קובץ מאמרים (נדפס תחילה בחוברת "דיני ממונות"), עמ' יד (לגבי לשון); מנחת צבי (שפיץ) ח"ב סי' ו אות יז עמ' קפו. מקורות נוספים הכותבים נימוק זה הובאו בחוק לישראל, נאמנות בנכסים, עמ' 279.

¹⁷ רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כז, ז-ח, ופרק כז, יא; שו"ע, חו"מ, סי' רטו, ח; רמ"א, חו"מ, רכ, ח. חוקת משפט, פרק יג, סעיף ב, נוקט שהולכים אחר לשון בני המקום רק אם אין מנהג. טור, חו"מ, רכ, ו (והסכים עמו סמ"ע, רכ, ס"ק ל), עושה הבחנה בעניין זה, בשאלה האם המוכר "צמד" כולל את הבקר: אם כל בני המקום קורין לבקר "צמד", וכשמתכוונים לצמד (העול) בלבד, אומרים "צמד לבדו", גם הבקר מכור; אבל אם כל בני המקום משתמשים במלה "צמד" גם לצמד בלבד וגם לבקר, הבקר כלול במכר רק אם המחיר שהוסכם עליו הוא גבוה כשווי של בקר, מה שמוכיח שהבקר כלול במכר.

¹⁸ רמב"ם, הלכות מכירה, כח, טו (הובא בברור הלכה ב"מ קב ע"א ציון כ פסקה ג); שו"ע, חו"מ, סי' ריד, ז, וסי' ריח, יט; רמ"א, חו"מ, ריד, ז.

לדעת מ' ויגודה, חוק לישראל, שליחות עמ' 274, הערה 130, הדין כך גם אם הצדדים אינם יודעים מה משמעות הלשון המקובלת באותו מקום, ובלבד שהם יודעים שקיים נוהג כזה, כי יש להניח שהתכוונו שהמכר יחול בהתאם לאותו מנהג. על אי ידיעת המנהג ראה גם ליד ציון הערה 38.

¹⁹ רמב"ם, הלכות מכירה, כח, טו; שו"ע, חו"מ, ריח, יט.

²⁰ יד רמה ב"ב פ"ד סי' יד (ד"ה נקיטין), ופ"ה סי' לד; מאירי, בבא קמא כז ע"א (ד"ה הכד); הגהות אשרי, ב"ק פ"ג סי' א; ים של שלמה בבא קמא פ"ג סי' א; שו"ת ר' יחיאל באסן, סי' קז; ערוך השלחן, חו"מ, ריח, יט.

אם לא ידעו הצדדים על המיעוט בשעת ההתקשרות: נחל יצחק סא, ה, ענף ד (הובא בתורת חיים וחסד ח"א תפילין סי' ז עמ' קכג), כותב שאם לא התברר לנו אם יש מיעוט בכלל, והרוב ידוע ונתברר לנו, אף בממון הולכין אחר הרוב; וגם אם התברר אח"כ שיש מיעוט שאינו נוהג כמו הרוב, הרי היות שלא היה ידוע לאותו צד לחוזה בעת המכירה על המיעוט, העובדה ששתק מראה שהתכוון שהחוזה יתפרש לפי המנהג הידוע של הרוב, שהרי אין לומר שהתכוון למנהג של המיעוט, שהרי לא היה ידוע לו המיעוט. הוא מוסיף, שגם אם ידע על המיעוט, הרי אם לא ידע אם זה מיעוט המצוי, מפרשים את החוזה לפי מנהג הרוב, שהרי במיעוט שאינו מצוי הולכים אחר הרוב (ראה בשמו בהערה 21), ולכן העובדה ששתק מראה שהתכוון שהחוזה יתפרש לפי המנהג הידוע של הרוב. הוא מסביר בכך את לשון הרמב"ם, הלכות מכירה, כח, ט, "הידועים להם" - שהרוב היה ידוע לו והמיעוט לא היה ידוע לו, ואז הולכים אחר הרוב אף להוציא ממון (על לשון זו ראה הערה 28).

דעה חולקת: אבן האזל הלכות מכירה, כח, טו (הובא בפנת יקרת (תשעא) נדרים סי' עג אות ב עמ' רסז), כותב שהרמב"ם והרי"ף סוברים שהולכים כאן אחר הרוב גם להוציא ממוחזק, מפני שהרוב קובע את הלשון לכל הציבור, כיון שגם המיעוט יודע איך הרוב מדבר. כמו כן, משאת מרדכי (סמיאטיצקי) ב"ק כז ע"א (עמ' קיט), כותב שלפי הרמב"ם הולכים אחר הרוב בקביעת משמעות הלשון, וצד לחוזה אינו יכול לטעון שהוא מהמיעוט, כי הכוונה לא קובעת אלא הזכרת ביטוי מסוים מחייבת (באופן אובייקטיבי) לתת בהתאם למשמעותו בפי הרוב.

²¹ ים של שלמה בבא קמא פ"ג סי' א (הובא בפד"ר, כרך ט, עמ' 26-27 = ברכת שלמה חו"מ סי' כג אות ה, עמ' קמט); נחל יצחק סא, ה, ענף ד. ים של שלמה נוקט שעשרה נחשב מיעוט דמיעוט, שאין מתחשבים בו,

למשמעות של הרוב, כגון שהרוב משתמשים בביטוי זה לגבי נכס גדול, והמיעוט משתמשים בו לגבי נכס קטן, והמחיר שנקבע מתאים לשוויו של הנכס הגדול ("דמים מודיעים"), אפשר אף להוציא מן המוחזק על פי זה, דהיינו שהמוכר צריך לספק את הנכס הגדול,²² אלא אם כן ההפרש במחירים בין שתי האפשרויות הוא זניח.²³ כמו כן, אם הגבולות ששירטט המוכר מתאים למשמעות של הרוב, כגון שהרוב משתמשים בביטוי זה לגבי נכס גדול, והמיעוט משתמשים בו לגבי נכס קטן, והגבולות מתאימים לנכס הגדול, אפשר אף להוציא מן המוחזק על פי זה, דהיינו שהמוכר צריך לספק את הנכס הגדול.²⁴

הולכים אחר מנהג בני המקום לגבי משמעות ביטוי מסוים גם אם המנהג לא נוצר על פי חכם, וגם במנהג שהנהיגו גוים,²⁵ כיון שגם אז יש להניח הצדדים התכוונו למשמעות זו, כאלו התנו בפירוש שהביטויים יתפרשו על פי המנהג.²⁶

אם אחד מן הצדדים בא ממקום אחר, ששם יש משמעות אחרת לאותו ביטוי, הוא יכול לטעון שהתכוון למשמעות האחרת.²⁷

הולכים אחר לשון בני אדם באותו מקום רק אם הצדדים ידעו בעת ההתקשרות מה משמעות הביטוי בפי בני המקום.²⁸

ורק אם המיעוט כולל "הרבה" אנשים, המוחזק יכול לטעון שהוא מהמיעוט. נחל יצחק נוקט ש"מיעוט שאינו מצוי" אין מתחשבים בו.

גם שו"ת חוות יאיר, סי' קו (הובא במנחת צבי (שפיץ) ח"ב סי' ו אות יז עמ' קפו, ובתורת חיים וחסד ח"א תפילין סי' ז עמ' קכג), כותב (על מנהג בתחום דיני פועל), שלא די ברוב כדי לקבוע מנהג, אבל אם כל בני העיר נוהגים כך חוץ מאחד או שניים, הולכים אחר המנהג, כי אין מתחשבים במיעוטא דמיעוטא, ובטלה דעתם.

²² תוס', ב"ק כז ע"א (ד"ה ואיכא), וב"ב צב ע"א (ד"ה וליחזי); יד רמה ב"ב פ"ה סי' לד (הובא בטור, חו"מ, רכ, ו); ריב"ם, המובא בהגהות אשרי, ב"ק פ"ג סי' א; רמ"א, חו"מ, רכ, ח. ראה על כך בהערה 61.

אבל הדעה הראשונה בהגהות אשרי שם סוברת שאין מתחשבים במחיר אפילו לענין זה. וכך כתב שו"ת ר"י מפוזנא סי' ט, בדעת הרא"ש, ב"ב פ"ו סי' ב.

²³ תוס', ב"ק כז ע"א (ד"ה ואיכא); הגהות אשרי, ב"ק פ"ג סי' א; ים של שלמה בבא קמא פ"ג סי' א. מאירי בבא קמא כז ע"א (ד"ה ושמא), מביא מחלוקת בשאלה האם מתחשבים במחיר כפרשנות אם ההפרש במחיר בין שתי המשמעויות פחות מששית; ומן ההקשר נראה שכוונתו למצב כמו בטקסט, שהמחיר מסייע לרוב. מאירי ב"ק מו ע"א (ד"ה והודעת) מביא מחלוקת זו לענין התחשבות במחיר, אבל במקרה אחר - עיי"ש.

תוס' ב"ב סא ע"ב (ד"ה שמע מינה), וים של שלמה שם, כותבים שבקניית קרקע, גם אם ההפרש במחירים הוא גדול, אין מתחשבים במחיר כפרשנות, מפני שלפעמים אדם מוכן לשלם בעבור קרקע הרבה יותר משוויו, ולפעמים אדם מוכן למכור אותה בהרבה פחות משוויו.

²⁴ יד רמה ב"ב פ"ד סי' יד (ד"ה נקיטין); מגיד משנה הלכות מכירה, כא, יז (הובא במשנת יעקב, הלכות מכירה, כו, ז); סמ"ע, ר"ח, ס"ק נו; ב"ח, חו"מ, ר"ד, י, בדעת רמב"ם, הלכות מכירה, כא, יז. אבל הב"ח שם כותב שהטור סובר שקביעת הגבולות אינה הוכחה.

ערוך השולחן חו"מ ר"ד, ז, עושה הבחנה: אם רוב בני אדם משתמשים בביטוי זה רק לגבי נכס גדול, הנכס הגדול מכור גם בלי הוכחה מהגבולות (אבל הוא סותר בזה למה שהובא בשמו בהערה 20); ואם רוב בני אדם משתמשים בביטוי זה גם לגבי הנכס הגדול וגם לגבי הקטן, הנכס הגדול מכור רק אם יש הוכחה מהגבולות.

חזון יחזקאל ב"ב פ"ד ה"ו (וציין לדבריו אלו בחזון יחזקאל נדרים פ"ג ה"ב), עושה הבחנה אחרת, בדעת הרמב"ם: די ברוב אנשי המקום לתת קביעות למשמעות הלשון, כי המוכר והקונה נכנסים לענין על דעת המשמעות הנהוגה אצל רוב אנשי המקום; אבל אם לא נקבעה משמעות הלשון לפי רוב אנשי המקום אלא לפי רוב הבאים למקום הזה ממקומות שונים למכור ולקנות, אין הולכים אחר הרוב, אלא נדרש שכל האנשים ישתמשו במשמעות זו.

מלבושי יו"ט ח"א חו"מ סי' ו, כותב בדומה שאם במקום אחד יש מיעוט ורוב, אין הולכים אחר הרוב, אבל אם כל אנשי המקום המקוריים משתמשים באותה משמעות, ובאו לשם אנשים ממקום אחר שמייחסים משמעות אחרת לאותו ביטוי, אין מתחשבים בהם כי הם בטלים לאנשי המקום המקוריים, ומניחים שהצדדים התכוונו ללשון שמקובל במקום הזה.

משנת יעקב, הלכות מכירה, כו, ז, כותב בדעת הרמב"ם שאם רוב אנשי המקום מדברים במשמעות מסוימת, הולכים אחריו רק אם זה הופך למנהג הסוחרים.

²⁵ שו"ת אגרות משה חו"מ חלק א סימן עב (ד"ה והגע).

²⁶ אגרות משה שם.

²⁷ ים של שלמה בבא קמא פ"ג סי' א.

הולכים אחר לשון בני אדם גם אם השם שאנשים קוראים לדבר מסוים אינו משקף את המציאות.²⁹ לדוגמה, מי שמכר "כרם" יכול לספק מקום שבני המקום קוראים לו "כרם" גם אם אין בו גפנים; ומי שמכר "קרקע בית כור" יכול לספק קרקע שבני המקום קוראים לו "בית כור" גם אם שטחו חצי משטח בית כור.³⁰ שוב, זאת בתנאי שהקונה ידע שיש בבעלות המוכר נכס בעל שם כזה.³¹

קביעת הדין המהותי על פי המנהג

המשפט העברי מרחיב את השפעת המנהג על דיני המכר: המנהג קובע לא רק בפרשנות כוונת הצדדים, אלא קובע גם בדין המהותי.³²

מישור אחד הוא בתחום העברת הבעלות: כל דבר שנהגו הסוחרים לקנות בו, כגון רישום רושם על הממכר, מסירת מפתח, תשלום מועט, או תקיעת כף, מועיל כמעשה קנין להעביר את הבעלות, והצדדים אינם יכולים לחזור בהם.³³ וזה קרוי קנין "סיטומתא". טעם הדבר הוא, שמי שמוכר וקונה בסתם, עושה כן על דעת מה שנהגו, וכאילו התנו ביניהם בפירוש.³⁴

²⁸ דיני חוזים במשפט העברי, עמ' 262. הוא מדייק כך מהרמב"ם, הלכות מכירה, כח, ט: "ואחר לשון רוב אנשי המקום הידועים להן".

אבל חזון יחזקאל ב"ב פ"ד ה"ו, מפרש שכוונת הרמב"ם היא למי שידוע שהוא מאנשי המקום (ראה בשמו בהערה 24); וראה פירוש אחר בהערה 20 בשם נחל יצחק.

²⁹ דיני חוזים במשפט העברי, עמ' 263.

³⁰ ב"מ קד ע"א; ב"ב ז ע"א.

³¹ תוס' ב"ב ז ע"א (ד"ה והוא דקרו) (הובא בנחל יצחק סא, ה, ענף ד).

³² עמד על כך מ' ויגודה, חוק לישראל, שכירות, עמ' 69, לענין דיני שכירות; והביא דוגמאות לכך בדיני שכירות.

³³ שו"ת הרשב"א ח"ב סי' רסח, ושו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סימן רכה; עליות רבינו יונה, ב"ב נה ע"א (הובא בחידושי הרשב"א, גיטין י ע"ב); רא"ש ב"מ פ"ה סי' עב (תקיעת כף או מתן מטבע אחד); הגהות מיימוניות, הלכות מכירה, ז, ז, אות ה (מסירת מפתח) (הובא באות היא לעולם ח"ב מע' ק, סי' צב, דף קמ ע"א); שו"ת מהר"ם מרוטנבורג דפוס פראג סימן תקלו; שו"ת הריב"ש סי' קכח; טור, חו"מ, רא, ג, שו"ע, חו"מ, רא, א-ב; יש"ש ב"ק פ"ה סי' לו; שו"ת מהרש"ך ח"ב סי' רכט; שלטי הגבורים על מרדכי ב"מ, פרק ד, אות ב; של"ה מסכת פסחים, נר מצוה, אות טז (מסירת מפתח של החדר שבו נמצא הממכר) (הובא בנחלת שבעה, תשובות, סי' לג); חק יעקב תמוח ס"ק יד; קצות החושן קכו ס"ק ג; שו"ת דברי מלכאל חלק ד סימן קלט (ד"ה הנה) (קייט מטלטלין בשטר).

רמב"ם, הלכות מכירה, ז, ו, כותב שאם נהגו שרישום סימן על הממכר קונה קנין גמור, חל קנין, ואינו מסיק מכך כלל לכל מנהג.

מטבע: נתיבות המשפט, רא, ס"ק א, כותב שא"א להקנות מטבע (כגון חוב) בסיטומתא, שהרי גם מעשי קניין דאורייתא אינם מועילים בו, ורק קנין אגב קרקע מועיל בו (רמב"ם, הלכות מכירה, ו, ז; שו"ע, חו"מ, רג, ט). אבל משפט שלום סי' רא מדייק משו"ת הריב"ש סי' שמה, בסופו, שמועיל סיטומתא במטבע, שהרי כתב שמי שהקנה כסף אגב קרקע ולא קבע איזו הקרקע, שלרמב"ם הקרקע אינה נקנית כיון שאינה מסוימת, בכל זאת אם נהגו שם להקנות דבר שאינו מסוים, קנה משום סיטומתא; ופירש שכוונת הריב"ש היא שאם נהגו להקנות כסף אגב קרקע שאינה מסוימת, מועיל מטעם סיטומתא. אבל ר' אברהם אלימלך בריזל, "בענין קנין סיטומתא", בית אהרן וישראל גל' קכח, עמ' ע, דוחה, שאפשר לפרש שכוונתו היא שאם נהגו שמועילה הקנאת קרקע שאינה מסוימת, שאז הקנאת הקרקע תקפה מטעם סיטומתא, אפשר להקנות מיטלטלין אגבה, מדין קנין אגב (ראה בשמו בהערה 45), ואין הכוונה שהכסף נקנה בסיטומתא.

שטר: נתיבות המשפט, רא, ס"ק א, כותב שא"א להקנות שטר בסיטומתא, מפני שגם מעשי קניין אחרים אינם מועילים בו, וצריך דוקא "כתיבה ומסירה" (שו"ע, חו"מ סו, א). אבל ר' אברהם אלימלך בריזל, "בענין קנין סיטומתא", בית אהרן וישראל גל' קכח, עמ' ע, מפקפק בזה, כיון שאין לכך מקור.

אם גם שילם הקונה את המחיר: נתיבות המשפט קצח ס"ק ד כתב שאפילו שילם הקונה את המחיר בנוסף על עשיית הסיטומתא, קונה, ולא תיקנו חכמים שלא יקנה שמא יאמר לו המוכר "נשרפו חטיך בעלייה" (כפי שביטלו מטעם זה קנין כסף בלי משיכה - ב"מ מו ע"ב), כיון שבדרך כלל אינו נותן את כסף, ולא פלוג רבנן. גם שו"ת חתם סופר חו"מ סי' צט, ד"ה ועדיין (הובא בפתחי תשובה חו"מ קצח ס"ק ג) כותב שבכגון זה קנה, כי התקנה נאמרה רק במי ששילם כסף בלבד, שמדין תורה מעות קונות, והקונה מפרש שיחזור בו המוכר, ולכן משלם כדי שיהיה בטוח במקחו, אבל בגלל החשש שיאמר לו "נשרפו חטיך" תיקנו חז"ל שעיקר בטחון המקח יהיה במשיכה; אבל הגבחה קונה אפילו גם שילם כסף, ולא התחשבו בחשש שיאמר לו "נשרפו חטיך", כיון שהוא בטוח במקחו בלי התשלום, ואם שילם, הוא הפסיד לעצמו, וכך גם בסיטומתא שהוא כקנין שמועיל מן הדין.

אבל חתם סופר (ד"ה אמנם) מדייק מסמ"ע סי' קצח ס"ק ז, וסי' רא ס"ק ד, ומדרישה חו"מ, רא, ג, שאם נתן את כל הכסף הסיטומתא לא מועיל, בגלל גזירת "נשרפו חטיך בעלייה". והוא כותב (בד"ה שבת)

שהדין תלוי בשני תירוצי תוסי עירובין פא ע"ב (ד"ה שמא) לקושיה מדוע עקרו קנין מעות לגמרי ולא תיקנו שלא יקנה עד שיהיו כסף ומשיכה, שלתירוץ ר"י צ"ל כסברא הנ"ל, אבל לתירוץ הריב"ן לא אומרים כך. ובמסקנתו (בד"ה שבת) כתב שקשה להוציא מהמוחזק נגד דעת ר"י. וכתב (בד"ה ובר) שגם לפי הסמ"ע, הרי אם הגביה ואח"כ עשה סיטומתא ונתן את כל הכסף, קנה, מפני שהגביה קונה גם אם נתן כל מעותיו, ואין אומרים שבוזה שאח"כ חתם ועשה רושם על החביות, גילה דעתו שהוא רוצה לקנות בסיטומתא ולא בהגבהה.

מנהג לקנות בכסף: מקרה דומה הוא מקום שנהגו לקנות בכסף בתשלום המחיר המלא. ר"ש קאידינאור, בנחלת שבעה, תשובות, סימן ל (ד"ה ועוד נראה), כותב שזה מועיל כסיטומתא. ר' אברהם אלימלך בריזל, "בענין קנין סיטומתא", בית אהרן וישראל גל' קכח, עמ' עג, מדייק מסמ"ע רא ס"ק ד, שבכגון זה לא קנה, כי חכמים עקרו את המנהג בגלל החשש שיאמר נח"ב שהרי המוכר יפסיד את שאר התשלום; ואף שבקנין כסף ממש, עקרו גם בתשלום פרוטה משום לא פלוג, הרי מנהג שפרוטה קונה הוא קנין אחר, לסימן בעלמא, ואינו כמקצת תשלום; ואם המנהג הוא לקנות בכל השווי, לא יועיל גם אם שילם מקצת. הוא מסביר שגם לדעה ששנים שהתנו לקנות בכסף, קנו כי יכולים לומר אב"ח, הרי הסמ"ע סובר שדוקא התנאה בין שנים על מכר אחד, יכולה להועיל, אבל אולי לא יועיל שכל העיר יסכימו לומר אב"ח, שהיא נחשבת עקירת התקנה. הוא כותב שלפי חת"ס שם, בכגון זה קנה ולא גזרו לבטל את המנהג. אבל יש להעיר שהנימוק של חתם סופר הוא שהקונה הפסיד לעצמו בכך ששילם ולכן לא גזרו לטובתו, וזה שייך רק במקרה הנ"ל, שהמנהג הוא לקנות במעשה מסוים ובנוסף לכך שילם, שלא היה צריך לשלם ולכן נחשב שהפסיד לעצמו, אבל בנידוננו, שהמנהג הוא שתשלום הכסף קונה, הקונה מוכרח לשלם כדי להיות בטוח במקחו, ואין להאשים אותו שהפסיד לעצמו, ולכן נחוצה התקנה שכסף לא קונה.

מנהג שנובע מחוקי המדינה: כסף הקדשים סי' ר"א כותב שמעשה שנהגו שהוא קונה בגלל חוקי המדינה, לא מועיל כמנהג (אלא שייכתן שיועיל מטעם דינא דמלכותא). ר' אברהם אלימלך בריזל, "בענין קנין סיטומתא", בית אהרן וישראל גל' קכח, עמ' סו, מנמק, שרק מה שהסוחרים נהגו מעצמם, מביא רצון טבעי וגמירות דעת מספיקה (ראה בשמו בהערה 44 שכתב כך על מנהג שנהגו בגלל תקנת חכמים). הוא מדייק כך גם משו"ת שב יעקב סי' כא (ד"ה אך) שהזכיר את מה שדרך תגרים לקנות, וכתב שמה שקונה בחוקי הגוים הוא קנין מטעם דד"ד, משמע שאינו בגדר סיטומתא.

כמו כן, ערך לחם, חו"מ רא, א, כותב שאף שנהגו בזמנו לקנות ע"י שהמתווך מחזיק את ידי המוכר והקונה ואומר "עשוי עשוי", אינו מועיל כמנהג, כי נהגו כך בגלל דין הישמעאלים שלפיו מקח נקנה בדיבור. אבל ר' רון ש' קליינמן, "החוק האזרחי במדינה - מנהג המדינה?", תחומין לב, עמ' 270, כותב שאפשר להבין את דבריו באופן אחר.

גם ר' זלמן נחמיה גולדברג, "תוקף ההתחייבות למכור בזכרון דברים", תחומין יב (תשנ"א), עמ' 290, ובמאמרו "רכישת דירה ע"י חוזה ותשלומי שיקים", הישר-והטוב ב (ניסן תשס"ו), עמ' ט, כותב ע"פ דברי החתם סופר ליד ציון הערה 44, שרק מנהג שנבע מרצון חופשי מועיל כקנין, ואילו מנהג שצמח מן החוק אינו נובע מרצון חופשי אלא כפוי על הציבור, שרוצה בעסקאותיו יוכרו בבתי המשפט לפי החוק, ומשום כך אין למנהג כזה תוקף הלכתי, שהרי הפחד מערכאות אינו עדיף מהפחד מתקנת חכמים, שבגלל אומר חתם סופר שמנהג שנובע מתקנת חכמים אינו נחשב מנהג. הוא מוסיף שגם מדרבנן מעשה כזה אינו קונה, שהרי לא תקנו חכמים קנין כזה. ר' רון ש' קליינמן, "החוק האזרחי במדינה - מנהג המדינה?", תחומין לב עמ' 270, כותב שגם לרז"ב, אם נוצר המנהג "באופן טבעי" ורק אחר כך נקבע בחוק, יש לו תוקף מכוח מנהג. ר' דוד בס, "חוזים על פי דיני התורה", כתר א (תשנ"ו), עמ' 70, הערה 115, דוחה את הראיה מקניינים מדרבנן, שכן חוקי המדינה בימינו, הם "פרי בחירה חפשית של אזרחי המדינה", ולכן מנהג שנובע מהם נחשב מנהג מתוך רצון. רז"ב גולדברג שם טען כחיזוק לשיטתו, שאילו היה תוקף לקניינים שנוצרו מכוח החוק, לא היה מקום למחלוקות בין הפוסקים בדיני הקניין, שהרי ניתן להכריע ע"פ המנהג. ר"ש קליינמן, תחומין לב שם, עמ' 270, דוחה, שמחלוקות הפוסקים הן מה הדין במקום שאין בו מנהג. עוד טען רז"ב גולדברג שאם חוק המדינה יוצר קניין סיטומתא, כל דיני הקניין ייקבעו לפי החוק וחו"מ לא יחול. יש לדחות, שבמקרים רבים לא נהגו ע"פ החוק, באופן שייחשב מנהג, ובוזה יחול חו"מ. ר' אשר וייס, המובא בתחומין לג, עמ' 91, עושה הבחנה: לחוק האזרחי יש תוקף מכוח מנהג רק בתחומים שבהם "דפוסי החיים עברו שינוי מוחלט" - כגון יחסי עובד ומעביד, תחומי המסחר ודיני בתים משותפים - כי אין בהלכה התייחסות לתחומים אלו, ולכן הכרחי להתבסס על החוק, אבל בתחומים אחרים, לא ייתכן שמערכת חוקים אחרת תחליף דין תורה, אפילו בתור מנהג.

לעומתם, עליות דר' יונה ב"ב נה (הובא בחידושי הרשב"א גיטין י ע"ב) אומר שדד"ד מטעם סיטומתא, הרי שלדעתו גם מה שנהגו בגלל חוק המדינה, תקף מטעם מנהג. רא"א בריזל שם מסביר שלדעתו גם מנהג כזה יוצר די גמירות דעת לקנות. כמו כן, שו"ת רב פעלים חלק ב אבן העזר סימן טז, בסופו (הובא בפתחי חושן, הלואה, פרק ב, הערה עב, וגניבה, פרק א, הערה ד), שו"ת אגרות משה חו"מ חלק א סימן עב (ד"ה ולכן), מנחת צבי (שפיץ) ח"ב סי' ו אות יז עמ' קפו, ור' איתמר ורהפטיג ור' עדו רכניץ, "מעמד חוקי המגן של העבודה על פי ההלכה", אמונת עתיד גל' 114 (טבת תשע"ז) עמ' 58, כותבים (על מנהג ממוני באופן כללי) שמנהג שנהגו בגלל חוק המדינה יש לו תוקף כמנהג. לרשימת פוסקים נוספים שכתבו כך (באופן כללי), ראה: ר' רון ש' קליינמן, "החוק האזרחי במדינה - מנהג המדינה?", תחומין לב, עמ' 267; ר' רון ש' קליינמן, "אם חוקי המדינה מחייבים כמנהג" גם מי שאינו מכיר אותם?", תחומין לג עמ' 88-92; ר' רון שלמה קליינמן, "קניין סיטומתא": מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין במשפט העברי - הבסיס העיוני ויישומים במשפט האזרחי המודרני", מחקרי משפט כד (2008), עמ' 284-285. ר"ש קליינמן, תחומין לב שם עמ' 270, כותב שמצד הסברה, מנהג שנבע מחוק המדינה תקף כמנהג, שהרי יש לצדדים יותר גמירות דעת כאשר דרך קניין מסוימת אינה רק מנהג אלא גם חוק המדינה. והוא כותב ששם אריה שניא בהערה

מנהג כזה תקף רק אם כל הסוחרים הסכימו עליו.³⁵ אבל אין צורך שהמנהג ייקבע על פי חכמים ("ותיקין").³⁶

44, האומר שאם נהגו לקנות במעשה מסוים כי חכמים תיקנו כך, הוא מועיל כמנהג, יאמר כך גם במעשה שנהגו לקנות בו בגלל חוק המדינה.

אם לא קבעו מחיר: ב"י, חו"מ, רא, א, כותב בדעת הרמב"ם, מכירה, ז, ו, שסיטומתא קונה רק אם קבעו מחיר, ומנמק, ששום קנין אינו קונה בלי קביעת מחיר קודם (שו"ע, חו"מ, ר, ז). ר' אברהם אלימלך בריזל, "בענין קנין סיטומתא", בית אהרן וישראל גל' קכח, עמ' סח, מעלה אפשרות שגם אם יש מנהג שקונים בלי פיסוק דמים, אינו מועיל, כי הוא מנהג גרוע, כי הסברה נותנת שאין גמ"ד בלי פיסוק (רשב"ם ב"ב פו ע"א, ד"ה לא סמכא). אבל הוא כותב שלולא דברי ב"י היה אפשר לומר שהתנאי של פיסוק נאמר רק לגבי מי שפרע, במקום שלא נהגו שזה קונה, אבל במקום שנהגו שקונה, מועיל גם בלי פיסוק אם נהגו שקונה בלי פיסוק.

גוי: שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סימן רכה, כותב שסיטומתא קונה גם בישראל שקונה מגוי. שו"ת משאת בנימין סי' צז (כמובא במג"א תמח ס"ק ד), כסף הקדשים סי' רא, ושו"ת כנסת יחזקאל סי' יד (כמובא בשו"ת דבר אברהם, חלק א, סימן א, אות א), כותבים שסיטומתא קונה גם בישראל שמוכר לגוי. ר' אברהם אלימלך בריזל, "בענין קנין סיטומתא", בית אהרן וישראל גל' קכח, עמ' עא, כותב שלפי הדעה (ליד ציון הערה 43) שסיטומתא דאורייתא בגלל גמירת הדעת, מועיל גם בגוי; והוא מעלה אפשרות שהדין כך גם לפי הדעה (ליד ציון הערה 41) שסיטומתא דרבנן, ואף שסמ"ע סו ס"ק א (הובא בקצוה"ח קצד ס"ק ג) סובר שקנין דרבנן לא מועיל בגוי, סיטומתא מועיל בגוי בגלל המנהג.

שו"ת אגודות אזור מדברי או"ח סי' יג (ד ע"ג), כותב שגוי אינו יכול לקנות קרקע בסיטומתא, כי אינה עדיפה מקנין חזקה, וגוי אינו קונה בקנין חזקה בלי שטר (שו"ע, חו"מ, קצד, א), וא"כ לא קנה בסיטומתא, כמו שסיטומתא אינה קונה דשלבל"ע (ראה סעיף 2), הרי שסיטומתא אינה עדיפה מקנין רגיל. יש להעיר שלפי זה, לדעה שמועילה סיטומתא בדשלבל"ע, תועיל בגוי בקרקע.

הוראת המוכר לעשות את המעשה: רמב"ם מכירה, ז, ז, ושו"ע, חו"מ, רא, א, כותבים שהקונה קונה רק אם המוכר אמר לו לעשות את המעשה או שעשה אותו בפני המוכר. זאת במקביל לקנין משיכה שמועיל רק בהוראת המוכר או בנוכחות המוכר. סמ"ע, רא, ס"ק ג, כותב שקנה גם אם המוכר אמר לו "לך קנה" בלי לומר לו איזה מעשה קנין לעשות. ר' אברהם אלימלך בריזל, "בענין קנין סיטומתא", בית אהרן וישראל גל' קכח, עמ' סח, כותב שגם אם נהגו לקנות בלי אמירה זו, אין לזה תוקף כי זה מנהג גרוע, לומר שיוכל לקנות בלי הסכמה מהמוכר. הוא מעיר שדרישה זו קיימת רק במעשה שעושה הקונה, משא"כ אם המנהג הוא לקנות במעשה שעושה המוכר כגון תקיעת כף, שזה מועיל גם שלא בפני הקונה.

דעה חולקת: חידושי הריטב"א (החדשים) ב"מ עד ע"א מפרש בשם ר' פנחס הלוי שסיטומתא הוא אסימון, מטבע בלי צורה, ובמקום שנוהגים לקנות בו, הוא קונה, כי זה מראה שמתכוונים לקנין סודר שבו מועיל אסימון. ר' אברהם אלימלך בריזל, "בענין קנין סיטומתא", בית אהרן וישראל גל' קכח, עמ' סה, מעיר שלפי דבריו אין ללמוד מכאן שכל דבר שנהגו לקנות בו קונה.

³⁴ שו"ת הרשב"א חלק ב סימן רסח (ד"ה ואפשר); שו"ת מהרשד"ם חו"מ סימן שפ. אבל יש להעיר, שיש אומרים שאם המוכר והקונה הסכימו ביניהם שמעשה מסוים (שאינו מנהג לגביו) ישמש מעשה קנין ביניהם, אין תוקף להסכמתם (ראה סעיף 33), ולפי דעה זו, כוונת הצדדים אינה יכולה לשמש יסוד לתוקפו של מעשה הקנין.

אבל מ' אלון, המשפט העברי, עמ' 754, מבחין בין "נוהג", שתוקפו נובע מהנחה שהצדדים התכוונו שיחול על החוזה, לבין "מנהג", כגון יצירת דרך קניין חדשה, שתוקפו הוא משום שמנהג יוצר נורמה משפטית חדשה תקפה מצד עצמה. אבל הוא עצמו, שם, עמ' 755, הערה 140, כותב שמנהג היוצר דרך קניין חדשה, תוקפו הוא משום שמניחים שכל אחד מהציבור התנה מראש על כך.

שואל ומשיב מהדו"ג ח"ג סי' קסב (ד"ה והנה מה שחידש) מסביר בדרך אחרת: שכיון שנהגו להקנות בזה, נעשה ממונו של זה הפקר מזה לזה. הוא מקשר הסבר זה למה שכתב לפני כן, שאף שאין כוח בהפקר ב"ד להקנות, מכל מקום במקום שיש תיקון העולם שאדם אחר יקנה, תיקנו שיהיה הפקר "מזה לזה".³⁵

³⁵ משא מלך, דף סב ע"א (כמובא בשו"ת דברי חיים חו"מ חלק ב סימן כו).

על הקריטריונים לכך שייחשב מנהג מבחינת שכיחותו ופרסומו, בממון באופן כללי, ראה: מ' אלון, המשפט העברי, עמ' 754-752; ר' רון ש' קליינמן, "החוק האזרחי במדינה - מנהג המדינה?", תחומין לב, עמ' 263; ר' רון ש' קליינמן, "אם חוקי המדינה מחייבים כימנהג' גם את מי שאינו מכיר אותם?", תחומין לג עמ' 87.³⁶

שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' קצג (שדי שיהיה בין הסוחרים); משא מלך שם; שו"ת לחם רב (בוטון) סי' י (על מנהג באופן כללי).

שו"ת אדמת קודש ח"א יורה דעה סימן טז (ד"ה ולי הדיוט), מסביר את דברי מהרשד"ם, שמנהג שאין בו עקירת דין תורה אינו צריך שיהיה קבוע ע"פ ותיקים.

מרדכי ב"ב סי' תפג, כותב שרק מנהג שכולל קנס למי שעובר עליו צריך הסכמה של חכם. ר' יהודה יאיר בן מנחם, "תוקפו וגדרו של מנהג הסוחרים", ויען שמואל, חלק י, עמ' שלו, ועמ' שלט, כותב שרק תנאי שמחייב את כל בני העיר, צריך שיהיה ע"פ חכם וע"פ ותיקים, אבל תנאי שבין אדם לחברו שנוהגים בו מרצונם, או בשיתוף בין מספר מועט של אנשים, תקף גם בלי זה כי "כל תנאי בממון קיים", ומנהג נחשב כתנאי.

לעומת זאת, שו"ת באר שבע סי' כב, בסופו, כותב שבענייני מסים וצרכי הרבים שצריכים להיות משותפים, מוחלים על דין תורה כדי להימנע ממריבות, ולכן מנהג מועיל גם אם אינו ע"פ ותיקים, אבל דברים שאין

מנהג של "שטות", שהוא נגד ההגיון, אין הולכים אחריו.³⁷

אם אחד הצדדים אינו יודע על המנהג, המנהג אינו מחייב אותו.³⁸ אבל אם המנהג "פשוט", כלומר שהתפשט בין כל הסוחרים, אינו יכול לומר שלא ידע על המנהג.³⁹

אם יש ספק כלשהו לגבי המנהג, אין מתחשבים בו אלא בדין התורה.⁴⁰

לדעת חלק מהפוסקים, קניין זה מועיל רק **מדרבנן**,⁴¹ שהרי לא ייתכן שמנהג יהיה חזק יותר מקניין שחכמים תיקנו.⁴² אבל לדעת פוסקים אחרים, תוקפו **מן התורה**,⁴³ מפני שכל שהנהיגו הסוחרים

רבים מצורפים יחד כגון שכירות פועלים, חלוקת חצרות ושכירות בתים, מנהג מחייב רק אם הוא ע"פ ותיקים. רי"י בן מנחם מביא את הבחנת באר שבע (בעמי שלח) אף שאינה מתיישבת עם דבריו. הם עסקו במנהג בממון באופן כללי.

כמו כן, שו"ת מהר"ם מינץ סימן ה (ד"ה ואין) (הובא בנחלת שבעה, תשובות, סימן לא), כותב שמנהג שנהגו חכמים "כגון סיטומתא", מועיל גם לענין דאורייתא (כגון לענין בכור), כי הפקר ב"ד הפקר, וזו קנייה לכל דבר, אבל קנייה שנהגו סוחרים גוים, אינה מועילה להפקיע קדושת בכור.

³⁷ ר"ת, בתוס' ב"ב ב ע"א (ד"ה בגויל); שו"ת לחם רב (בוטון) סי' י. ר"ת ולחם רב דיברו על מנהג באופן כללי.

לעומתם, הגהות אשרי ב"ב פ"א סי' ה, חולק על ר"ת וכותב שגם מנהג "גרוע" מועיל. ר' דוד אופנהיים, בית אהרן וישראל גלי עד עמי יב, מביא לכך ראיה, ממה שמועיל מנהג נגד דין תורה; ובעמי יג, הוא מדייק מהרמב"ם שגם מנהג "גרוע" מועיל.

³⁸ ש"ך מב ס"ק לו, וסי' סא ס"ק ט; נתיב"מ עא, חידושים, ס"ק כה; ביאור הגר"א חו"מ סי' מב ס"ק לט, סי' סא ס"ק כב, סי' עא ס"ק כט. הם כתבו כך על מנהג בממון באופן כללי.

ערך שיי' אהע"ז נ, ז (ד"ה בהג"ה), סבור שדברי הש"ך אמורים בכל מנהג בממון. אבל שו"ת בית ראובן ח"ב, עמ' לה-לו, ר' שמואל יגר, "מנהג המדינה", פרי חיים ב (תש"ס), עמ' שפט, ור' רון ש' קליינמן, "אם חוקי המדינה מחייבים כימנהג" גם את מי שאינו מכיר אותם?", תחומין לג עמ' 85, סוברים שהש"ך דיבר רק במנהג לכתוב תנאי מסוים בשטרות, ואדם התחייב בשטר שבו לא נכתב אותו תנאי, ואז התנאי חל רק אם "ידוע שידע" על המנהג האמור, כי אז "מסתמא היה דעתו" להתחייב בהתאם למנהג, וכאילו כתב את התנאי במפורש בשטר, ואילו אם לא ידוע שידע, הוא יכול לטעון שאמנם ראה שתנאי זה נכתב לעיתים בשטרות אחרים, אך חשב שזה היה באקראי ולא ידע שכך הוא המנהג, שהרי בשטר הנוכחי לא הופיע תנאי זה; אבל במנהג ממון אחר - ההנחה היא שכל אדם מתקשר בעסקה על דעת אותו מנהג, והמנהג יחייב אותו גם אם לא ידוע שידע עליו, כי מסתמא ראה או ידע פעם שפעלו על פי המנהג בניגוד לדין תורה, ואינו יכול לומר שלא ידע. שיטה שלישית היא של שו"ת בצל החכמה ח"ג סי' כט, אות ב, ולפיו הש"ך דיבר רק במנהג שנוגד דין תורה.

תפארת יעקב, חו"מ, מב, כג, וסי' סא, ד-ה, חולק על הש"ך.

יש אומרים שמנהג שנהגו בו בגלל **חוק המדינה** תקף גם אם הצדדים לא ידעו עליו. ראה על כך (על מנהג באופן כללי): ר' רון ש' קליינמן, "אם חוקי המדינה מחייבים כימנהג" גם את מי שאינו מכיר אותם?", תחומין לג עמ' 93-88.

³⁹ ר' יהודה יאיר בן מנחם, "תוקפו וגדרו של מנהג הסוחרים", ויען שמואל, חלק י, עמ' שכת, ע"פ שו"ת ר"א מזרחי סי' טז (עמ' לו במהד' תרצ"ח); ר' רון ש' קליינמן, "אם חוקי המדינה מחייבים כימנהג" גם את מי שאינו מכיר אותם?", תחומין לג עמ' 86, ע"פ שו"ת צל הכסף, חו"מ סי' לב (קצא ע"ב). הם כותבים כך על מנהג בממון באופן כללי.

⁴⁰ שו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' לג; שו"ת שתי הלחם סימן לט (ד"ה והא דאזלינן). הם כותבים כך על מנהג בממון באופן כללי.

⁴¹ נתיבות המשפט, רא, ס"ק א; השואל בשו"ת חתם סופר יו"ד, סימן שיד (ד"ה הנה פר"מ); שו"ת אגודות אזוב מדברי או"ח סי' יג (ד ע"ד); שו"ת עין יצחק או"ח סי' כב אות ב ואות ה; ר' אברהם יצחק משכיל לאיתן, המובא בשו"ת דבר אברהם, חלק א, סימן א, אות א (שחכמים אמרו שהמנהג תקף); שו"ת אמנות שמואל סימן מה (נדפס גם בנחלת שבעה, תשובות, סימן ל, ד"ה ועוד נראה) (אבל מועיל להפקיע קדושת בכור); שו"ת שם אריה יו"ד סי' מז וסי' מח; שדי חמד, כללים, מערכת ק, כלל סה, כרך ה עמ' 287, בדעת שו"ת שואל ומשיב מהדו"א ח"א סי' צא.

שו"ת בנין ציון החדשות סימן טו, ור' אברהם יצחק משכיל לאיתן, שם, כותבים שזו גם דעת שו"ת הרמ"א סי' פז, שנקט "מסיטומתא דקניא מדרבנן". אבל שו"ת דבר אברהם, חלק א, סימן א, אות ג, דוחה, שכוונתו היא שהוא נקרא דרבנן משום שלא נזכר בתורה ונתחדש אח"כ ע"פ המנהג.

ר' אברהם אלימלך בריוזל, "בענין קנין סיטומתא", בית אהרן וישראל גלי קכח, עמ' סו, ועמ' סח, מעלה אפשרות שזו גם דעת עליות רבינו יונה, ב"ב נה ע"א (הובא בחידושי הרשב"א, גיטין י ע"ב), שהרי כתב שמה שנהגו בגלל חוק המדינה מועיל מטעם מנהג, הרי שסובר שגם מנהג שלא נהגו הסוחרים בעצמם יוצר די גמ"ד (ראה בשמו בהערה 33), וא"כ אינו יכול לקבל את סברת חתם סופר (ליד ציון הערה 44) שסיטומתא דאורייתא אבל מנהג שנהגו בגלל תקנת חכמים אינו דאורייתא כי מנהג שלא נהגו הסוחרים

הוא כאילו התנו, וכל תנאי שבממון קיים מן התורה, וזה עדיף מקניין דרבנן שחכמים תיקנו, ששם לא התנו בכך הסוחרים מרצונם, אלא הם נוהגים כך כאנוסים בגלל התקנה ומטעם "הפקר ב"ד הפקר"⁴⁴.

בעצמם אינו יוצר די גמ"ד. הוא מדייק כך (בעמ' סז) גם מחידושי הרשב"א, ב"מ עד ע"א, שאמר שסיטומתא קונה כי "מנהג מבטל הלכה" - כלומר, חכמים ביטלו את הדין דאורייתא שצריך מעשה קנין שכתוב בתורה. והוא מבאר שהוא הולך לשיטתו בחידושי הרשב"א קידושין כו ע"א, שם כתב שהדין שקנין כסף לא קונה בקרקע במקום שנהגו לקנות דוקא בשטר, הוא מדרבנן; הרי שכוח המנהג הוא רק מדרבנן.⁴²

נתיבות המשפט, רא, ס"ק א.

⁴³ שו"ת חתם סופר יו"ד, סימן שיד (ד"ה נמצא), וחוו"מ סימן יב, אות ב; שו"ת שב יעקב סי' כא (ד"ה אך); שו"ת דבר אברהם, חלק א, סימן א, אות ג; שו"ת רמ"ץ יו"ד סי' עו אות ב; שדי חמד, כללים, מערכת ק, כלל סה, כרך ה עמ' 287, בדעת שו"ת צמח צדק (ליובביטש) יו"ד סי' רלג; ר' יחיאל מיכל טוקצינסקי, "השקפה יסודית על תורת הקנינים ועל תורת המנהגים בחברת החיים", צהר ג (תשנ"ח) [=תחוקת העבודה (פינדלינג), עמ' קלד-קמג] עמ' קצו; ר' יחזקאל אברמסקי, קובץ מאמרים (נדפס תחילה בחוברת "דיני ממונות"), עמ' ח-ט ("כאילו נכתבו בתורה").

דבר אברהם כותב שהוא כלול בהלכה למשה מסיני שקנין סודר מועיל, וקנין סודר עיקרו מנהג ונשתנה עניינו מזמן לזמן בהשתנות המנהג, כמתואר בירושלמי קידושין פ"א הלכה ה, ונאמרה הלכה כללית שכל שייקבע למנהג אצל התגרים לקנות בו יהיה קנין גמור; וזה נלמד מהפסוק "וזאת לפניכם בישראל שלף איש נעלו ונתן לרעהו וזאת לתעודה בישראל" - דברי קבלה נקראו "תעודה", שנמסרו בעדות איש מפי איש עד משה. ר' אברהם אלימלך בריזל, "בענין קנין סיטומתא", בית אהרן וישראל גל' קכח, עמ' סו, מקשה על הסברו, א"כ מדוע יש מחלוקת בפרטי דינים בקנין סודר (כגון בב"מ מז ע"א), נבדוק איך נהגו? ועוד, אחרי שהשתנה המנהג וקונים בקציה (ירושלמי שם), כבר לא יועיל קנין סודר כיון שלא נוהגים בו? את הקושיה השנייה הוא מיישב, שכיון שנכתב קנין סודר בס' רות, הוא מועיל גם כשבטל המנהג.

ר"י אברמסקי שם מסביר בדומה לדבר אברהם, שהתגרים הנהיגו את מעשי הקניין החשובים לראשונה, כסימן לכך שהעברת הבעלות חלוטה, כדברי הירושלמי בקידושין, וההלכה קבעה שמעשה קנין זה מועיל, וזה משמעות הפסוק ברות על קנין סודר.

ר"י טוקצינסקי הסביר שמעשי קניין מועילים בגלל סמיכות דעת של הצדדים, וכיון שמעשה זה הוכר כקנין מצד מנהג, והצדדים יודעים שמעשה זה מעביר מרשות לרשות, יש לשניהם סמיכות דעת שהממכר יעבור מרשות לרשות.

הנפקות מכך היא האם יש לו תוקף לענין דינים איסוריים מדאורייתא, כמו קידושי אשה, הפקעת קדושת בכור בהמה וכדומה, לפי הדעה שקנין דרבנן לא מועיל לענין איסור דאורייתא (יצוין שנחלת שבעה, תשובות, סי' לג, כותב שמנהג הסוחרים מועיל רק לענין ממון ולא להפקיע איסור, ולא נימק). שדי חמד, כללים, מערכת ק, כלל סה, כרך ה עמ' 287, מוצא נפקות נוספת: אם ישראל קנה מגוי בהמה בקנין סיטומתא וילדה ספק בכור - אם סיטומתא דרבנן, זה ספק דרבנן והולכים לקולא.

ר' אברהם יצחק משכיל לאיתן שם דוחה את הדעה שמנהג התגרים עדיף מקנין שתיקנו חז"ל, שהרי גם תקנת חז"ל קבלו כל ישראל עליהם מדין "לא תסור" וגוי ברצונם הטוב בימי אחשורוש. בתשובה לזה, מסביר דבר אברהם שם אות ג, שבקנינים שתיקנו חז"ל, אם לא נהגו בהם התגרין, לא מועיל מה שקבלו עליהם כל ישראל תקנות חז"ל בימי אחשורוש, כי ההלכה למשה מסיני של חליפין (ראה בשמו לעיל בהערה זו) נאמרה רק על מנהג התגרים ולא על מה שתיקנו חכמים ולא נהגו בו.

ר' אברהם יצחק משכיל לאיתן שם דוחה את ההסבר שכיון שנהגו כך מרצונם, הוא כאילו התנו וכל תנאי שבממון קיים מה"ת - שהרי ש"ד חו"מ קצח, ס"ק י, כותב שאדם אינו יכול להתנות שמעשה שאינו קנין יועיל כקנין. דבר אברהם שם, אות ב, משיב על כך, שמנהג כל הסוחרים עדיף מתנאי שעושה אדם יחיד, והוא כמו תנאי שעושים האומנים ובני העיר, שמועיל כאמור בב"ב ח ע"ב, ומועיל גם במה שיחיד אינו יכול להתנות.

ר' אברהם אלימלך בריזל, "בענין קנין סיטומתא", בית אהרן וישראל גל' קכח, עמ' סז, תולה את המחלוקת כאן במחלוקת האם העיקר בהקנאה הוא גמירת הדעת או העיקר הוא מעשה הקנין (ראה על כך בסעיף 33): לפי הדעה שהעיקר הוא גמ"ד, ואם ידוע שיש גמ"ד ההקנאה חלה בלי מעשה קנין, נמצא שסיטומתא דאורייתא, כיון שאמדו חכמים שבעשיית מעשה זה יש גמ"ד שלמה, ודי בו כדי לקנות; ואילו לדעה שצריך דוקא מעשה קנין, סיטומתא לא יכול לקנות מהתורה כי אינו כתוב בתורה, אלא שחכמים תיקנו שיקנה במקום שיש גמ"ד שלם.

שו"ת חתם סופר יורה דעה סימן שטו, בסופו, נוקט "סיטומתא דמהתורה לא קנה רק ממנהג הסוחרים קונה למי שפרע". שדי חמד, כללים, מערכת ק, כלל סה, כרך ה עמ' 287, הקשה, שבזה הוא סותר את עצמו, ורמז לכך גם שו"ת הר צבי יורה דעה סימן רנב. אבל נראה שבסי' שטו כוונתו למקום שלא נהגו שהמעשה הזה קונה, ששם הוא מועיל רק לענין "מי שפרע", כאמור בב"מ עד ע"א.

⁴⁴ חתם סופר יו"ד סי' שיד.

ר' אברהם אלימלך בריזל, "בענין קנין סיטומתא", בית אהרן וישראל גל' קכח, עמ' סה, מבאר את דבריו, שכיון שהסוחרים קבעו מעצמם מעשה שבו גומרים בדעתם למכור, יש להם גמ"ד גמורה שמועילה לקנין, וחכמים העריכו שדי בגמ"ד זו לקנות; אבל קנין שחכמים תיקנו, הסוחרים נוהגים בו רק בגלל התקנה ואין להם גמ"ד גמורה.

לעומתו, שו"ת שם אריה יו"ד סי' מח (ד"ה ועפ"ז), כותב שקנין מעמד שלושתן תקף מהתורה כסיטומתא, אף שהוא רק תקנת חכמים, כי אחרי שתיקנו מעמד שלושתן, נהגו כן בשוק, והוא קנין דאורייתא מצד

סיטומתא מועיל גם בקרקע, אם יש מנהג לקנות קרקע במעשה מסוים.⁴⁵

יש אומרים שבימינו חתימת חוזה מועילה בתור סיטומתא, כיון שנהוג שחתימה קונה.⁴⁶ היות שהוא בגדר סיטומתא, אין חלים בו דיני שטר קנין, כגון הדין⁴⁷ ששטר קנין שבטל מקצתו, בטל כולו.⁴⁸

לדעת הרא"ש, אם נהגו לקנות בדיבור בלבד, אין תוקף למנהג זה, מפי שהוא מנהג "גרוע".⁴⁹ אבל לדעת פוסקים רבים, יש תוקף גם למנהג לקנות בדיבור בלבד.⁵⁰

סיטומתא דומה לקנין סודר בכך שיכולים הצדדים לחזור בהם מהמכר כל זמן שהם עוסקים באותו ענין, בניגוד לשאר דרכי הקנינים, שבהן הם יכולים לחזור בהם רק "תוך כדי דיבור".⁵¹ טעם

המנהג. הרי שלדעתו אם נהגו במעשה מסוים כי חכמים תיקנו שיועיל כקנין, הוא מועיל מדאורייתא מדין סיטומתא.

שו"ת אבני נור יו"ד, סימן תו, אות ג, מקשה על הנימוק של חת"ס שזה תנאי של המדינה - הרי תנאי לא יכול לחול בדיבור בלבד; ואמנם דרכי משה חו"מ שלג ס"ק ה, כותב שדברי ציבור תקפים בלי קנין, אבל זה דוקא בדבר מצוה כגון שכירת מלמד או רב.

⁴⁵ שו"ת הרשב"א ח"ג סי' קלב (הובא בב"י חו"מ כפג מחודש א); רא"ש, ב"מ, פ"א, סי' לח; ר' משה מטראני (המב"ט), בשו"ת אבקת רוכל סימן פ (ד"ה ואפי' כשזכו); יש"ש ב"ק פ"ה סי' לו (קניית בית במסירת מפתח); ש"ך, חו"מ, רא, ס"ק א; ערוך השלחן, חו"מ, רא, ב; משנת ר' אליעזר (טולידו) ח"ב, זכרונות, מע' מ, אות לה, בשם חקרי לב חו"מ סי' רנ (שלא מצאנו); פד"ר כרך ד עמ' 81, וכרך ו עמ' 216. הש"ך מסביר שמה שכתב ב"ח, חו"מ, רא, ב, "בקרקע אין מנהג והלכך אפילו תקעו כפס זה לזה אינו כלום", כוונתו היא שבתקופתו, המנהג היה שתקיעת כף מועילה לקנות רק מטלטלין, אבל הוא מסכים שאם נהגו לקנות קרקע בתקיעת כף, המנהג חל.

ר' אברהם אלימלך בריזל, "בענין קנין סיטומתא", בית אהרן וישראל גלי' קכח, עמ' סט, כותב שהב"ח מתכוון לומר שאם יש מנהג לקנות בתקיעת כף (לדוגמה), אבל אין מפורש אם זה נהוג גם בקרקע או רק במטלטלין, היא קונה בכל סוגי המטלטלין אף אם לא ידוע שנהגו כך בכלום, אבל בקרקע לא מועיל עד שיהיה ידוע שנהגו כך גם בקרקע, מהטעם שכתב הב"ח, שבמטלטלין יש הרבה מו"מ ואין זמן להזמין עדים ולמשוך, משא"כ בקרקע.

בסמ"ע רא ס"ק ו, יש שני לשונות בשאלה האם מועילה מסירת מפתח לקנות קרקע, ושו"ת אגודות אזוב מדברי או"ח סי' יג (ד ע"ג), מבין שהוא מסופק האם מועילה סיטומתא בקרקע.

ראה הערה 33, שאגודות אזוב מדברי אומר שגוי אינו יכול לקנות קרקע בסיטומתא. **הקנאת מטלטלין אגב קרקע זו**: המוכר קרקע בסיטומתא, האם מועילה הקנאת מיטלטלין אגב? רא"א בריזל שם עמ' סט-ע תולה דין זה בתפיסות השונות של אופן פעולת קנין אגב: לפי השיטה שקנין אגב מועיל כי המטלטלין בטלים לקרקע והם כחלק מהקרקע, ולכן מועיל בהם הקנין כסף או שטר שעושים בקרקע אף שאינם מועילים במטלטלין בעצמם - לא יועיל סיטומתא, כי אין מנהג לקנות מטלטלין אגב קרקע במעשה זה, א"כ אין כאן מעשה קנין על המטלטלין (דבריו קשים, שהרי לשיטה זו המטלטלין בטלים לקרקע והסיטומתא שמועילה בקרקע יכולה לקנות גם את מה שבטל לה); ואילו לשיטה שבקנין אגב, הקונה קונה רק את הקרקע, כי רק בו נעשה מעשה קנין, אבל כיון שהקרקע שלו, ממילא נעשו המיטלטלין שלו - לפי זה יועיל גם אם הקרקע נקנית בסיטומתא. הוא מעלה אפשרות ששו"ת הריב"ש סי' שמה, בסופו, סובר שמועיל כאן קנין אגב, שהרי כתב שמי שהקנה כסף אגב קרקע ולא קבע איזו הקרקע, שלרמב"ם הקרקע אינה נקנית כיון שאינה מסוימת, בכל זאת אם נהגו שם להקנות דבר שאינו מסוים, קנה משום סיטומתא; ואפשר לפרש שכוונתו היא שאם נהגו שמועילה הקנאת קרקע שאינה מסוימת, אפשר להקנות מיטלטלין אגב, הרי שמועיל קנין אגב בקרקע שנקנית בסיטומתא. אבל הוא מציין שמשפט שלום, סי' רא, הבין שכוונת הריב"ש היא שאם נהגו להקנות כסף אגב קרקע שאינה מסוימת, מועיל מטעם סיטומתא, ולפי זה הסיטומתא היא לגבי הכסף, ואינו מועיל מטעם קנין אגב.

דעה חולקת: שו"ת בית יעקב (מצויזמיר), סי' צ, בתחילתו, כותב (ע"פ הב"ח שם) שסיטומתא אינה מועילה לקנות קרקע.

⁴⁶ שו"ת הר צבי יורה דעה סימן רנב, בדעת שו"ת צמח צדק (ליובביטש) יו"ד, סימן רלג; פד"ר כרך ו עמ' 216.

⁴⁷ רמ"א, חו"מ, קצ, טז.

⁴⁸ שו"ת דברי מלכאל חלק ד סימן קלט (ד"ה והנה לפמש"ל). הוא מסביר שזה כשטר ראייה, וקצות החושן, קצ, ס"ק ז, כותב ששטר ראייה שנתבטל מקצתו לא נתבטל כולו.

⁴⁹ שו"ת הרא"ש, כלל יב, סי' ג.

⁵⁰ שו"ת הרדב"ז חלק א סימן רעח; כסף הקדשים, חו"מ, רא; שו"ת משפט וצדקה ביעקב סי' לג (על מכירה פומבית); שו"ת מהרש"ם, ח"ג, סי' יח.

⁵¹ שו"ת חוט השני, סי' ד (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, קצה, ס"ק ה); נתיבות המשפט, קצה, חידושים ס"ק יד; כסף הקדשים, סי' קצה, ז, בסופו, וסי' רא (דף קא ע"א); ערוך השולחן, חו"מ, קצה, טו.

הדבר הוא, ששני הנימוקים לקיומה של זכות זו בקנין סודר - שרגילים לעשות קנין סודר בפתאומיות⁵² ושאינו בגוף המקח⁵³ - שייכים גם בסיטומתא⁵⁴.

מצד שני, קנין שמועיל מן הדין, אם נהגו בני המדינה **שלא לקנות** בו, אינו מועיל⁵⁵.

מישור אחר הוא בתחום הנכסים שאפשר למכור אותם: אף שאי אפשר למכור נכס עתידי (דשלבל"ע), הרי אם המנהג הוא שאפשר למכור אותו, המכר חל, לפי דעה אחת⁵⁶. כמו כן, אף שאי אפשר למכור דבר שאין בו ממש, הרי אם המנהג הוא שאפשר למכור אותו, המכר חל⁵⁷. כמו כן, אף שנושה אינו יכול למכור קרקע הממושכנת לו, כי אינה בבעלותו, מכל מקום במקום שיש מנהג שהוא יכול למכור את הקרקע, המכר תקף⁵⁸.

פרשנות לשון החוזה בהעדר נוהג

החוק אינו קובע איך לפרש את לשון החוזה במקום שאין מנהג שניתן לפרש אותו על פיו.

לעומת זאת, המשפט העברי מפרט פירוט רב את משמעותם של ביטויים שונים שבחוזה המכר במקום שאין מנהג באשר למשמעותם⁵⁹. לא כאן המקום לחזור על פירוט זה, אבל ניתן לחלץ מן הפירוט כללי פרשנות אחדים, כלהלן.

במקום שלא ברור מה משמעות ביטוי מסויים בלשון בני אדם, אפשר לפרש אותו כמשמעותו בלשון התורה⁶⁰.

אין מפרשים את לשון החוזה על פי המחיר שנקבע ("אין הדמים מודיעים"). לדוגמה, אם הוסכם על מכירת "צמד", ויש ספק האם התכוונו לזוג בקר או רק למכשיר שמצמיד שני בקרבשעת החרושה, והמחיר שנקבע שווה ערך לזוג בקר - אין זו הוכחה שהתכוונו לזוג בקר, אלא יתכן שהיתה טעות מחיר, ויחולו דיני אונאה⁶¹.

כסף הקדשים מעלה ספק, לגבי סיטומתא של רשימה על גוף הנכס, אולי היא כהגבהה וכדומה, שהן בגוף הנכס, שבהן הצדדים אינם יכולים לחזור בהם כל זמן שעוסקים באותו ענין (אלא רק תוך כדי דיבור). עוד הוא מעלה ספק, אם עשו סיטומתא וגם עשו קניין כסף, האם התכוונו לסמוך רק על הסיטומתא, ויש זכות חזרה, או סמכו גם על קניין הכסף, ואין זכות חזרה.

⁵² רא"ש, ב"ב, פרק ח, ס"ה.

⁵³ עליות דרבנו יונה, ב"ב קיד ע"א (הובא בהגהות מיימוניות, דפוס קושטא, על רמב"ם, הלכות מכירה, ה,

ל).

⁵⁴ שו"ת חוט השני, ס"ד.

⁵⁵ שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג סימן תקלז. הוא מביא ראיה מהאמור בקידושין כו ע"א, שבמקום שנהגו שכסף לבד אינו קונה קרקע, אינו קונה.

⁵⁶ ראה סעיף 2 על הדעות השונות.

⁵⁷ ראה על כך בסעיף 4.

⁵⁸ תרומת הדשן, שו"ת, סימן שלט (הובא בשו"ת אבקת רוכל סימן פ, ד"ה ואפי' כשזכו).

⁵⁹ רמב"ם, הלכות מכירה, פרקים כה-כח; שו"ע, חו"מ, סימנים ריד-רטו, וסי' רכ.

ספק: ר' חיים צבי אולמן, המובא בשו"ת שבט הלוי חלק ו סימן רמז, כותב שבדבר שיש ספק אם כלול במכר, ודאי אינו מכור, כי "לא מעייל אינש נפשיה לספיקא" (שו"ע אהע"ז, לז, יז). לעומתו, ר"ש וזנר שם כותב שלא שייך כאן "לא מעייל אינש נפשיה לספיקא", כי בכל מה שפירשו חכמים מה כלול במכר, הם יסודות הלכה קבועים, ולא משנה אם התכוון המוכר לכלול דבר זה או לא; ואמנם בתקנתם התחשבו בכונת המוכר, אבל אחרי שתיקנו, המוכר מוכר על דעת חכמי ישראל מה נמכר או לא נמכר, ולכן אם לחכמים יש ספק בדין מסוים, גם לנו יש ספק.

⁶⁰ שו"ת הריב"ש ס"י רז, ד"ה אין צריך (הובא בשו"ת שתי הלחם סימן לט, ד"ה ובפרט).

⁶¹ רמב"ם, הלכות מכירה, כז, ה; שו"ע, חו"מ, רכ, ח; ערוך השולחן, חו"מ, רכ, ז.

רמב"ם ושו"ע כותבים שאם המחיר גבוה מערך הנכס, יחולו דיני אונאה, ואם ניכר שלא היתה טעות במחיר ששולם, מניחים שהקונה התכוון לתת את ההפרש למוכר במתנה. טור, חו"מ, רכ, ה, מביא שרב האי סובר שאם ניכר שלא היתה טעות במחיר, המקח בטל בגלל טעות.

אבל בב"ק מו ע"א ובב"ב צב ע"ב נאמר שהמוכר שור ונמצא נגחן, והמוכר טוען שהמכירה היתה לשם שחיטה וגם שור נגחן ראוי לשחיטה, ואילו הקונה טוען שהתכוון לחרוש בשור ושור נגחן אינו ראוי לחרוש בו, אפשר להכריע בוויכוח על פי המחיר שנקבע, שכן מחיר שור לחרישה גבוה (בדרך כלל) ממחיר שור לשחיטה. יש שהסבירו ששם מדובר שבנוסף על כך לשון רוב בני האדם מסייע לפרשנות שהמחיר מצביע עליה (ראה הערה 22). ר"ת, המובא בהגהות אשרי, ב"ק פ"ג ס"א, מסביר ששם דמים מודיעים כי אין

המוכר בית - מה שמחובר לבית במסמרים בלבד אינו כלול במכר.⁶² גם המזוזות אינן כלולות במכר, ואע"פ שאסור למוכר להוריד אותן מבחינה איסורית,⁶³ הוא רשאי להחליף אותן בזולות יותר, כי מעתה המצווה מוטלת עליו, והמוכר אינו חייב לספק לו את צרכי המצווה שלו.⁶⁴

הצעת נוסח ע"פ המשפט העברי

הנוסח המוצע ב"חוקי ישראל":

5. (א) פרטים של חוזה מכר שלא נקבעו בהסכם בין הצדדים יהיו לפי הנוהג שהצדדים להסכם ראו אותו כמקובל עליהם בעסקאות קודמות שביניהם, ובאין נוהג כזה - לפי הנוהג שצדדים סבירים רואים אותו כחל בעסקאות מאותו סוג, ובאופן שהמוכר והלוקח יודעים שקיים נוהג כזה. (ב) נזקקו הצדדים לביטויים או לתניות שנוהגים להשתמש בהם בהליכות סחר, יפורשו הביטויים והתניות בהתאם למשמעות הנודעת להם בסחר הנדון. [ביקורת: לפי המשה"ע אינו תלוי ב"סבירות"].

עיקר הלשון מכחיש את הדמים (וכן הסבירו רא"ש, ב"ב פ"ו סי' ב, וטור, חו"מ, רלב, כא). משאת מרדכי (סמ"א ט"ז ק"א ע"א (עמ' ק"ט), מסביר שכוונתו היא כלומר שלענין משמעות השם, לא מתחשבים במחיר, אבל שם הדיון הוא מה התכוון לקנות, ולכן מתחשבים במחיר.

כמו כן, ח"י הגר"ח החדש (מישור, תשסח) עמ' תג, מסביר שבמקום שהדיון הוא על משמעות הלשון שאמרו, אין מתחשבים במחיר כפרשנות, כי המחיר לא יוצר לשון; אבל במוכר שור ונמצא נגחן, הדיון אינו על הלשון אלא על כוונת הקונה, האם התכוון לשחיטה או לחרישה, ואז המחיר הוא הוכחה לכוונתו.

⁶² רמ"א, חו"מ, ריד, יא.

⁶³ שו"ע יו"ד רצא, ב.

⁶⁴ שו"ת שבט הלוי ח"ב סי' קנט, אות ב, וחלק ו סימן רמז.

לעומתו, שו"ת שיבת ציון סי' קי, כתב שהמזוזות כלולות במכר, מפני שבב"ב סט ע"א נאמר שמה שמחובר לבית במסמרים ספק אם הוא כלול במכר, אחא שבדרך כלל מעשה אינו כלול במכר כפי שפסק הרמ"א (הערה 62) כי המוכר מוחזק, אבל כאן שהמוכר אין רשאי להוריד את המזוזה, אין המוכר מוחזק, וא"כ הספק הוא לטובת הקונה כיון שהוא מוחזק.