

תוכן העניינים

יג	מבוא
1	פתיחה
1	יש מאין
4	עסקאות בנכסים מופשטים
5	משפט תלמודי
	מתודולוגיה תלמודית 5
	מתודולוגיה משפטית 8
9	תלמוד, הלכה ומעשה

שער ראשון: דבר שלא בא לעולם

15	פרק ראשון: דבר שלא בא לעולם: מתנאים לאמוראים
15	"בא לעולם": הוראת המונח בלקסיקון התנאי
17	הלכת "דבר שלא בא לעולם": המסורת התנאית
20	המסורת האמוראית: צעדים ראשונים (רב הונא)
26	תמורות הלכתיות: סוגיות מוסבות

	פרק שני: משמעות המונח והגיון ההלכה: בין אמוראים ראשונים לאמוראים אחרונים
35	משמעות המונח
35	הגיון ההלכה: שתי דרכים
38	הגיון ההלכה: על פרשת דרכים
49	

58	פרק שלישי: דעת ר' מאיר: מקרה מבחן
58	המקדיש מעשה ידי אשתו: המשנה והתוספתא
59	פירושי הבבלי: הגלוי והנסתר
61	פירוש הירושלמי

63 ושוב לפירוש הבבלי
65 דעת ר' מאיר כמקרה מבחן

66 **פרק רביעי: תורתם של גאונים**
66 לא בא לעולם: הגדרה ורציונל
69 מכירת בהמה לעובריה
70 שותפות במציאה (רווחים עתידיים)
79 המזכה לעובר

82 **פרק חמישי: מבט משווה: המשפט הרומי**
82 הלכת דבר שלא בא לעולם: שלבים עיקריים
83 המשפט הרומי: נכס עתידי כממכר
85 המשפט הרומי: זכות הירושה כממכר
86 קווים מקבילים

87 **נספח ראשון: עסקה עתידית**

נספח שני: האומנם אין מקור תנאי להלכת דבר שלא בא לעולם? דיון
95 בהלכת התוספתא

99 **נספח שלישי: קונם והקדש של מעשה ידיים**

102 **נספח רביעי: מכירת הבכורה של עשיו ליעקב**

שער שני: טובת הנאה

109 **פרק ראשון: מהי טובת הנאה?**
109 טובת הנאה: כנכס וכזכות
114 "טובת הנאה": הגדרות וגלגוליהן
118 הגדרות הראשונים: מקורות תנאיים
124 "טובה": דו־משמעות בספרות התנאים
130 מדו־משמעות לחילופי לשונות ונוסח

136 **פרק שני: היקף הזכות ודפוסי בעלות**
136 דפוסי בעלות: ספרות התנאים

149	פרק שלישי: טובת הנאה: בעלות ושליטה
149	בעלות ושליטה: ספרות התנאים
151	בין תנאים לאמוראים: המזיק מתנות כהונה
155	טובת ההנאה שבמתנות כהונה: מזכות משפטית לחובה דתית
158	טובת ההנאה בחלה

164	פרק רביעי: טובת הנאה: הזכות לתמורה
164	הגבלת הזכות לתמורה: ממתנות כהונה לתרומות ומעשרות
166	טובת הנאה וחילול קודשים

172	פרק חמישי: טובת הנאה: סחירות
172	טובת הנאה כאמצעי תשלום
175	טובת הנאה כמושא קניין: דרכי קניין
181	הקדש טובת הנאה
183	טובת הנאה בכתובה
185	מכירת כתובה בטובת הנאה: מנוהג מקובל לנוהג קדל

191	פרק שישי: טובת הנאה והלכת כוהן המסייע: ראליה והלכה
191	חלוקת מעשרות ומתנות במקרא ובימי הבית השני
194	חלוקת מעשרות ומתנות בימי בית שני: ספרות חז"ל
196	חלוקת מעשרות ומתנות: הראליה והלכת התנאים
199	איסור כוהן המסייע: ההלכה התלמודית

204	פרק שביעי: טובת הנאה: ממון? סוגיות מוחלפות
205	הסוגיות: המשותף
207	הסוגיות כיחידות עצמאיות
209	החילופים בין הסוגיות
211	משמעות החילופים

217	פרק שמיני: מכרי כהונה
217	מקורות ראשונים
220	הזכות: קניינית או חוזית?
226	שלילת הזכות

233	פרק תשיעי: "בההיא הנאה": "טובת הנאה"
233	"בההיא הנאה": הנוסחה ושימושיה
236	הנוסחה: הסברים וקשיים

239

"ההיא הנאה" ו"טובת הנאה"

245

נספח: ירושת בכור במתנות כהונה: כפל הטיעונים בסוגיית הכבלי

שער שלישי: שטר וחוב

251

פתיחה

253

פרק ראשון: הרשאה

253

קידושין במלווה מורשה: בין תנאים לסתם התלמוד

256

סתם התלמוד: הנחות יסוד

257

הרשאה: בין קניין לשליחות

259

הרשאה במלווה

262

סתם התלמוד: מהרשאה למעמד שלושתן

265

פרק שני: המחאה

265

המחאת שכר פועל

272

המחאה: המחאת חיובים או דרך תשלום?

281

פרק שלישי: מעמד שלושתן

282

שורשים תנאיים?

287

מחלוקת התלמודים

292

מעמד שלושתן: קניין

299

מעמד שלושתן: הבניה מחדש – מקניין לחיוב

313

פרק רביעי: שטרות כנכסים

313

שטרות: האומנם "אין גופן ממון"?

324

שטרות כנכסים: ההיבט הנזיקי

336

שטרות כנכסים: ההיבט הירושת

342

פרק חמישי: מִכָּר שטרות (קניין אותיות)

342

קניין אותיות: ההלכה התנאית

346

קניין אותיות: ההלכה התלמודית

352

אותיות נקנות במסירה? חילופי נוסחאות ומסורות

366

מכירת שטרות: מניין?

380	פרק שישי: מחילת שטרות
380	מחילה לאחר מכירה?
385	מחילת שטרות: סייגים והשלכות
390	האומנם ביטלה המחילה את המכירה?
394	אסיף: תלמוד ומשפט, הלכה ומעשה
394	הלכה ומשפט: בין ממשי למופשט
395	הלכה נוכח כלכלה ומשפט: דפוסי תגובה
405	תלמוד המביא לידי מעשה
413	ביבליוגרפיה ורשימת קיצורים
413	תרגומי מקרא
413	ספרות חז"ל
415	פרשנות מקרא ופרשנות ספרות חז"ל
419	ספרות רבנית
430	כתבי עת וסדרות
430	ספרות מחקר
454	מפתח המקורות
466	מפתח כללי

מבוא

ההלכה אינה צועדת בקצב השוק. בעוד חיי השוק תוססים ומתפתחים, ושם סוחרים זה מכבר בנכסים מופשטים, ההלכה, כך נדמה, במקומה עומדת ומסרבת להכיר בכך. כך נוצר פער מטריד בין תורת אמת לבין חיי עולם.

מעיון בסוגיות התלמודיות העוסקות בעסקאות בנכסים מופשטים, למדתי על קיומו של פער דומה בין הלכת התנאים לבין הלכת האמוראים. התנאים נטו להכיר בעסקאות כאלה, ולעומתם האמוראים דחו אותן. ולא נחה דעתם של חכמים עד שהשוו ביניהם, וכך הותירו לנו השראה ואתגר ללמוד את תלמודם וללכת בדרכם.

חיבור זה ראשיתו בעבודת הדוקטור שלי: "עסקאות בנכסים מופשטים – בין תנאים לאמוראים, עיון בסוגיות נבחרות". העבודה נכתבה באוניברסיטה העברית בהנחיית פרופ' ברכיהו ליפשיץ והוגשה בשנת תשס"ב. המהלכים הכלליים ועיקרי המסקנות עמדו ברובם במבחן הזמן, אולם אלו נכתבו שנית, מראשם עד סופם, ברוח חדשה ובסגנון ובשפה עדכניים. נוספו עליהם במהלך החיבור גם פתיחה ואסיף ופרקים שונים.

החיבור משלב בין עולמות של לימוד ומחקר שבהם זכיתי להיות שרוי מאז נעוריי ועד עתה. כל שיש כאן הוא מכוחם של הוריי ומוריי, רבותיי ומלמדיי במקומות שונים – בבתי מדרש ובאקדמיה. אזכיר כאן במיוחד את מוריי ורבותיי ראשי ישיבת הר עציון שבגוש עציון, הרב יהודה עמיטל והרב אהרן ליכטנשטיין זכרם לחיי העולם הבא. אנשי קודש היו, תורת אמת הייתה בפייהם, וברעתם הרחבה והעמוקה הורו אותנו, תלמידיהם, לעשות הטוב והישר בעיני אלהים ואדם.

לא יכולתי לחבר חיבור זה לולא התמיכה והעידוד שלהם זכיתי. בראש ובראשונה מהוריי – אבי מורי מנחם הכהן ז"ל, שהלך לבית עולמו בין כתיבתו לחתימתו של הספר, ואמי מורתי ניצה תאריך ימים בטוב; ומהורי רעייתי – דוד ויהודית אקהויו, ישמדם ה' ויחיים.

נוספו עליהם חבריי ודורשי טובתי בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בראילן. ועל כולם – שרון, חברתי ואשת בריתי, שמכוח אמונתה ושמתחה הלכתי את כל ההליכה הזאת.

התודה והשבח כאן הם רק מקצת שבמקצת מן הראוי לה ולהם. ספר זה זכה למענקים מהקרן הלאומית למדע ומהקרן ע"ש תיגר. אנשי הוצאת מאגנס והעורך הלשוני יהושע גרינברג לא חסכו כל מאמץ על מנת להוציא חיבור מתוקן מתחת ידיהם. לכולם אני מודה מקרב לב.

פתיחה

יש מאין

לפי הדעה הרווחת, דיני הקניין של המשפט התלמודי נוקטים גישה מטריאליסטית, הגורסת שה"יש" הוא בהכרח חומרי.¹ מכאן נגזר שמושאי הקניין צריך שיהיו ממשיים, וכן שקניין או בעלות אינם חלים על נכסים מופשטים: "אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם", "טובת הנאה – אינה ממון" ו"שטרות – אין גופן ממון". בהתאם לכך נדרש שגם ההליך הקנייני יהיה פיזי, ולכן אי־אפשר לרכוש בעלות על נכס באמצעות "דברים".²

התפיסה הקניינית המטריאליסטית מנוסחת בסגנונות שונים. אשר גולאק מתאר כראליזם.³ כלומר, דיני הקניין חותרים לזהות עם המציאות הראלית־הממשית כפי שהיא ניכרת לחושים. במקביל, דיני הקניין שוללים תבניות מלאכותיות – יצירי המשפט – לרבות פיקציות:

[על פי ההלכה] נשוא (object) הקנין תמיד חפץ הוא, דבר שיש בו ממש. רק חפצים ממשיים יש להם ערך כלכלי, ובני אדם משתדלים ברכישתם, ואף הם בשביל ממשותם, יכולים להיות נרכשים ונחזקים ברשות האדם [...].
המשפט העברי, הרחוק תמיד כפי האפשר מיצירת פיקציות, נשאר גם פה נאמן לרוחו הריאלי.

* הפניות סתמיות ללא ציון שער מתייחסות ליחידה – פתיחה, שער או אסיף – אשר בה הן מופיעות.

1 גישה זו דוגלת ב"מטריאליזם" או ב"פיזיקליזם". ראו ויצטום, מטריאליזם; מוזר וטראוט, מטריאליזם; סטולזאר, פיזיקליזם.

2 ברנד, הנושא, עמ' 12, הערה 29 וסביבה.

3 לפי תפיסה זו, ה"יש" הוא המציאות הניכרת לחושים. זרם ריאליסטי זה מכונה direct realism, common sense realism או naïve realism. ראו בראון, ראליזם. זרם זה נבדל מן הראליזם הפילוסופי, הגורס שגם תופעות מופשטות או תופעות משפטיות שאינן מוחשיות עשויות להיות "יש". על הראליזם הפילוסופי בהקשר ההלכתי ראו סילמן, היקבעויות, עמ' רנ-רנג; לורברבוים, ראליזם הלכתי. הראליזם שבו עוסק גולאק נבדל משמעותית גם מן הראליזם המשפטי. ראו דגן, התפיסה הראליסטית.

הזכות או הקנין שיש לאדם בחפץ אינו נגדר בו כחפץ בלתי ממשי, ואינו מפשט מגוף החפץ [...] קנין שאינו חל באופן בלתי אמצעי על דבר שיש בו ממש, נקרא קנין דברים ואינו קנין.⁴

עמדה אחרת מזהה את דרישת הממשות עם הגישה הנטורליסטית.⁵ לפי עמדה זו, יש "להחיל את חוקי הטבע על המאורעות המתרחשים בעולם המשפט".⁶ אחת הדוגמאות לכך היא הלכת "דבר שלא בא לעולם":

מדוע לא יתפוס הקניין לאחר זמן, כאשר הדבר, נשוא הקניין, כבר יהיה בעולם? ועל כך אין תשובה אלא אחת, והיא: הגישה הנאטורליסטית של המשפט. כי אם הכוחות הפועלים בעולם המשפט חייבים להיות **רפליקה של הכוחות הטבעיים הפועלים בעולם המציאות**, הרי תוצאה "דחוויה" של פעולה פיסית איננה בנמצא בחיי המציאות [...] משום כך אין הקניין יכול לחכות עד שהדבר, נשוא הקניין, יבוא לעולם.⁷

תיתכן פרשנות נוספת לדרישת הממשות, שמקורה בתפיסה האונטולוגית.⁸ תפיסה זו מייחסת, בהקשרה המשפטי, ישות וקיימות לתופעות משפטיות שעל פניהן נראות מופשטות. כך למשל, קניין ובעלות אינם רק אגד זכויות או זיקות בין אדם לחפץ אלא הרבה מעבר לכך. הקניין הוא קשר ממשי-נפשי בין בעלים לנכסיו. אישיותו של הבעלים משליכה על הנכסים, ובה בעת חוזרת הנפש ומושפעת מהם:

כי עניין קנייני האדם אינו רק חוק שנקבע לסידור חיי החברה [...] אלא שבאמת ענין בעלות הוא התקשרות של עצם הדבר לבעליו [...] שחלות קניין מהוה **מציאות בעצם החפץ**, ומקשרו אל האדם שהוא שייך לו מעתה, וכמו שמצינו בספרים הקדושים כי כל קניני האדם [...] שייכים לשורש נשמתו.⁹

קניין ובעלות דורשים אפוא קשר ממשי בין אדם לחפץ. בהיעדרו של חפץ אי-אפשר ליצור "התקשרות של עצם הדבר לבעליו" ולחולל "מציאות בעצם החפץ".

4 גולאק, יסודי, א, עמ' 88-90 (ההדגשות שלי). ראו עוד, סילמן, היקבעויות, עמ' רנג-רנה, רסא. גולאק חוזר על תזה זו בהקשר אחר. ראו גולאק, השוואה. הדברים זכו לביקורת חריפה. ראו טשרנוביץ, הערות.

5 באופן כללי, ראו קרייג, נטורליזם. על היחס בין נטורליזם למטריאליזם ראו ארמסטרונג, נטורליזם. על נטורליסטיקה משפטית-הלכתית ראו וונזר, שקופ, עמ' 99-124.

6 ראו זילברג, דרכו של תלמוד, עמ' 6; הנ"ל, באין כאחד, עמ' 160, 162-163.

7 שם, עמ' 165-166 (ההדגשה שלי).

8 ראו הרלסון, אונטולוגי; לפטו, אונטולוגי.

9 שיעורי דעת, עמ' 44-46 (ההדגשות שלי). לגישה דומה ראו בעל שם טוב, בראשית, עמ' רסז-רסח; צדקת הצדיק, סעיפים פו, צא, עמ' 54, 57; מי מרום, עמ' שמש. ראו עוד, וונזר, שקופ, עמ' 114-115.

שלוש הפרשנויות של דרישת הממשות – הראליסטית, הנטורליסטית והאונטולוגית – קובעות במסמרות את אופי דיני הקניין ההלכתיים. שלושתן מכריזות שקניין בנכסים מופשטים ובעלות עליהם הם בחינת בריאת "יש" (קניין ובעלות) "מאין" (נכס מופשט),¹⁰ והם בגדר הבלתי אפשרי.¹¹

בחיבור זה אני מבקש לדון בהכרזה זו ולבחון אותה מחדש. בפרקים הבאים אדון בשלושה סוגים של נכסים מופשטים. הראשון בהם: "דבר שלא בא לעולם". זהו נכס שבעצם הווייתו הוא פיזי וממשי, אלא שבעת העסקה עדיין אינו נמצא בעולם; אחריו תעמוד למבחן "טובת הנאה". זוהי זכותם של בעלי יכולים לתת מתנות כהונה או לווייה לזכאים להם. הזכות ערטילאית במהותה; בין שני הקטבים – הממשי והערטילאי – עומד שטר החוב. השטר הוא יצור כלאיים: השטר גופו אמנם ממשי, אולם ערכו נובע מן החוב הערטילאי שהוא נושא.

שלושת סוגי הנכסים, על פניהם, נבדלים זה מזה, וכל אחד מהם מתנהל, הלכתית, באורח עצמאי. זאת ועוד: כפי שנראה להלן, התהליכים ההלכתיים הפוקדים את הנכסים השונים מושפעים גם מגורמי חוץ שונים בתכלית. בעוד גורלה של טובת הנאה תלוי בין השאר בשיקולים "פנימיים" – אתיים ודתיים¹² – עיצובו של דבר שלא בא לעולם נתון גם בידי גורמים "חיצוניים" כמו המשפט הרומי שנהג בארץ ישראל.¹³ ובכל זאת, זימונם של שלושת הנכסים למסגרת דיון משותפת מסתבר, ואפילו מתבקש. ראשית, הנכסים עצמם משולבים בינם לבין עצמם באמצעות מינוחים משותפים. כך למשל מוגדר מלווה דבר שאינו בעולם,¹⁴ וטובת הנאה מוגדרת דבר

10 רבנו בחיי, בראשית יד, יט: "ודע כי כל יש – קנין, כי אין – אינו קנין, ולפי שהוא יתברך הוציא העולם יש מאין הזכיר הכתוב לשון קנין – 'קונה שמים וארץ' (ההדגשות שלי). ראו בדומה לכך גם בפירושו לדברים לב, ו. ראו עוד, צרור המור, בראשית א, א. על שימוש במונח "יש מאין" בקניינם של נכסים מופשטים ראו שו"ת אשר לשלמה, סימן יג: "בנושא אשר כזה [...] דהוי דבר שלא בא לעולם [...] אין ההתלות וההתפסה מועילים לעשות אינו ישנו" (ההדגשות שלי); שו"ת בית שערים, יורה דעה, שמא: "אם יש חסרון שהחפץ אינו בר הקנאה, אז לא יוכלו רבנן לעשות את שאינו ישנו כישנו"; פסקי דין רבניים – משפטי שאול, כט: "בוזה שהסכימה להתגרש ישנה קבלת טובת הנאה [...] אין זאת אלא שכת"ר [כבוד תורתו] עשה את אינו ישנו [...] וכי איזו הנאה ממשית קבל זה" (ההדגשות שלי). כותרת הספר "יש מאין" מכוננת לנכסים המופשטים ולקניינם ותו לא. וראו הקדמת שו"ת יש מאין: "קראתיו בשם יש מאין לא להתגדל חלילה, כי אנכי ממציא יש מאין...".

11 ראו, כאנלוגיה, ריקאנטי שמות כה, כז: "כי מששת ימי בראשית שנברא יש מאין, לא נברא עוד רק יש מיש". אף הנביאים "אין להם כח לעשות יש מאין [...] בריאת יש מאין אין הענין מסור ביד בשר ודם, ולא מצאנו זה אחר הבריאה כי אם בכריאת עולם במעשה ה' כי נורא הוא" (רבנו בחיי, שמות כה, כג).

12 להלן שער שני, פרק שישי.

13 להלן שער ראשון, פרק חמישי.

14 להלן שער שלישי, הערה 1.

שאינן בו ממש;¹⁵ שנית, יש דמיון ניכר בין מתווי ההתפתחות ההלכתית של שלושת הנכסים. הדמיון מתבטא הן בתהליכים ההיסטוריים המשפטיים¹⁶ הן בנוסחאות המשפטיות המתארות אותם.¹⁷

עסקאות בנכסים מופשטים

חלק ניכר מנכסי העולם המודרני הם נכסים מופשטים. זכויות הקניין הרוחני הן מושא רווח של קניין ובעלות.¹⁸ פיתוחן של תופעות אלה נזקק, כבר במאה השמונה עשרה, לזכותם של היהודים. כה אמר מונטסקיה:

היהודים המציאו את שטרי־החליפין. המסחר באמצעים אלה איפשר [ליהודים] לחמוק מאלימות ולהחזיק בנכסים בכל אתר. אף לסוחר העשיר ביותר לא היה אלא רכוש בלתי־נראה, שניתן היה להעבירו לכל מקום, מבלי להשאיר עקבות.¹⁹

אולם ככל שהגורל היהודי אחראי להעצמת הנכסים המופשטים, ההלכה היהודית מפקפקת בהם ומחלישה את מעמדם. כך הולך ומתרחב הפער בין חיי הכלכלה והמסחר לבין דיני הקניין של המשפט העברי.

הפער הנזכר הוא נקודת המוצא של חיבור זה. במשך שנים רבות אני עוסק במחקר ובהוראת המשפט העברי בבתי ספר למשפטים. שם, נוכח החשיפה המתמדת למשפט מודרני – המתעדכן בקצב המציאות – נעשה הקיבעון ההלכתי בתחומי המשפט השונים מטריד ומעיק. טרדה זו משכה אותי לעסוק במעמדם הקנייני של הנכסים המופשטים בספרות התנאים והאמוראים.

בשל כך, בחירת המסגרת הספרותית לדיון עשויה לעורר תמיהה: והלא לבה הפועם של ההלכה נמצא בספרות השאלות והתשובות; שם פוגשים החיים והמציאות, פנים אל פנים, את הפוסק ואת ההלכה!²⁰ מה מצדיק אפוא פנייה לאחור, למשנה ולתלמוד, שהם – על פניהם – קבועים וחתומים?

15 להלן שער שני, הערות 6, 10.

16 להלן אסיף, עמ' 407-408.

17 להלן שער שלישי, עמ' 301; שער שני, עמ' 234.

18 וייסמן, קניין, עמ' 72-74, 348-375.

19 מונטסקיה, רוח החוקים, עמ' 4. ראו עוד, אטינגר, פעילותם.

20 אלון, המשפט העברי, עמ' 1215: "בשאלה ובתשובה עומד המעיין בעיצומה של מציאות משפטית חיה [...] וכשהוא מלווה את גדול ההלכה בכל שלב משלבי עיונו המשפטי [...] הלומד והחוקר נמצאים בתוך תוכה של המעבדה, שותפים לניסיון וליצירה [...] במציאת הכרעה ופתרון משפטיים, המושתתים על העבר והמשרתים את הצרכים המרובים של דורו"; אלון, מפתח השו"ת, עמ' ט-ז. ראו עוד, גליק, קונטרס התשובות, עמ' א-ב, הערה 1 (ספרות השו"ת כמשקפת ריאליה והיסטוריה).

אסיף

תלמוד ומשפט, הלכה ומעשה

הלכה ומשפט: בין ממשי למופשט

הכלכלה והמסחר בעולם העתיק התבססו בעיקרם על העברה פיזית של טובין ראליים מיד ליד, אם בדרך חליפין אם בדרכים אחרות. בעולם כזה, הלכה המתנגדת לקניין נכסים מופשטים מעשית וסבירה.

אכן, בתלמודם של האמוראים האחרונים – הוויות דאביי ורבא – נפסק ש"אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם", ש"טובת הנאה אינה ממון", ש"אותיות אינן נקנות במסירה", ש"שטרות אין גופן ממון" ועוד כהנה וכהנה. פוסקי ההלכה, ראשונים ואחרונים, הלכו בעקבותיהם, וכך נתקבעה התזה ההלכתית: "הקנין תמיד חפץ הוא [...] רק חפצים ממשיים יש להם ערך כלכלי".¹

הכלכלה והמסחר בעולם המודרני, רוח אחרת עמם: רב הנכסים הם נכסים מופשטים, והפיתוח הכלכלי מיוחס להתרחבות הקניין הרוחני.²

אמנם דיני הקניין הרוחני (האינטלקטואלי) ודיני הקניין של נכסים מופשטים אינם חופפים. נכסי קניין רוחני הם בדרך כלל תוצרי הרוח או האינטלקט של האדם,³ ולעומתם, נכסים מופשטים – בדומה לנכסים ממשיים – הם תוצר של עבודה פיזית או תוצאה של השקעה כספית מצד הבעלים. כך בנכסים עתידיים וכך גם בטובת הנאה ובשטרי חוב.⁴ עם זאת, מבחינת הגדרתם המקובלת, נכסי הקניין הרוחני מוגדרים על

1 גולאק, יסודי, א, עמ' 88-90.

2 גרובן וגולד, קניין רוחני; צ'ן, קניין רוחני.

3 אלקין-קורן, קניין רוחני, עמ' 10-12.

4 הבחנה זו ניכרת במונחים המתארים את שני המתחמים: "קניין רוחני" או "קניין אינטלקטואלי" לעומת "נכסים מופשטים". ודוק: "קניין" לעומת "נכסים", וכן: משאבי האדם – הרוח והאינטלקט – להבדיל מעולם החפצים המופשט. הפער בין שתי מערכות הקניין בולט ומתחדד על רקע התאוריות וההצדקות של זכות הקניין הרוחני. התאוריה של הזכות עשויה להיות תועלתית, טבעית (לוקיאנית) או מוסרית-אישית (הגליאנית), ומכל מקום, עניינה המרכזי עידוד היצירה והגנה על משאביו המנטליים של היוצר. ראו אלכסנדר, תאוריה. למקבילה ההלכתית, הרואה ברעיון נכס שהוא תוצר של האדם גופו (כ"דקל לפרותיו"), ראו להלן צפנת פענח (הערה 69) ועמק המשפט (הערה 71).

בסיס המאפיין החומרי שלהם, ולכן מתוארים כנכסים מופשטים.⁵ יתר על כן, יש רגליים לסברה שדיני הקניין הרוחני המודרניים נוצרו על בסיס דיני נכסים מופשטים.⁶ אמור מעתה, לפי רוחו של המשפט המודרני, נכסים מופשטים וזכויות קניין רוחני שקולים לנכסים רגליים. אלו פָּאָלוּ בני בעלות, סחירים וזכאים להגנת דיני הקניין.⁷ ההלכה המסורתית מתנגדת למשוואה זו, וכך נקלעת לעימות עם חיי הכלכלה ועם דיני הקניין הרוחני המתחדשים בכל עת.

הלכה נוכח כלכלה ומשפט: דפוסי תגובה

דחייה והכלה

פוסקי ההלכה מגיבים לעימות זה בשלושה דפוסי תגובה עיקריים.⁸ שניים מהם, קוטביים:

א. התנגשות ודחייה: דפוס אחד של תגובה הוא התנגשות חזיתית עם המציאות ודחייתה בשתי ידיים. לפי דפוס זה, תפיסת הקניין ההלכתית הבסיסית ראלית, ולכן אינה יכולה להכיר בשום אופן שהוא בנכס מופשט או בקניין רוחני.⁹ לשיטת הפוסקים ההולכים בדרך זו, קניין בנכסים עתידיים אינו תקף וזכויות הקניין הרוחני אינן מוכרות בשום אופן שהוא. עמדה כזו נקט בעבר הרחוק ר' יחיאל מפריז בנוגע לקניין בדבר שלא בא לעולם:

דבר שלא יועיל קנין, כמו בדבר שלא בא לעולם, לא מצינו שיועיל בו המנהג להחשיבו כקנין גמור.¹⁰

- 5 יו"ת, קניין רוחני, עמ' 294: "הגדרה אוניברסלית של קניין רוחני אמורה לפתוח בזיהויו כנכס מופשט"; קינסלה, נגד קניין רוחני, עמ' 1-3, 8.
- 6 דוגמת ההוראות במשפט הרומי העוסקות בסחירותם של שירות עבדים או זכות לירושה. ראו ורסטיג, משפט רומי, עמ' 532.
- 7 ספונר, קניין רוחני, עמ' 25: "הזכות לקניין ברעיונות היא שקולה ובעלת בסיס דומה לזכות הקניין בחפצים מוחשיים, כך שאין הבדל עקרוני בין השתיים".
- 8 לסקירה נרחבת של עמדות הפוסקים ראו רכס, נכסים, עמ' 229-276 (המחבר מתעלם לא אחת מקניינים של אחרים ביצירותיהם, לרבות פרקים שונים בעבודת הדוקטור שהייתה בסיס לחיבור זה).
- 9 שו"ת דבר אברהם, חלק א, סימן א, טז: "היכא שיש מן התורה חסרון אחר בעיקר דיני הקניה [...] כגון שמדאורייתא אין הקונה בר קנין [...] או שאין הדבר יכול להיות קנוי [...] דבזה לא שייך לומר שיועיל, משום שנהגו ע"פ תקנתם, שאין כח ביד המנהג אלא למשווי למעשה קנין מן התורה, ולא לשנות דיני ההקנאה כמוכין". ראו עוד להלן הערות 10 (ש"ך), 11.
- 10 מרדכי, שבת, תעג, על פי תשב"ץ קטן (לתלמיד המהר"ם מרוטנבורג), שצח. ראו עוד, כלבו, קכד (דינין מספר התשב"ץ), אות לה. עמדתו של רבנו יחיאל משמשת תקדים לפסיקתם של

זו גם עמדתם של כמה פוסקים אחרונים בנוגע לזכויות קניין רוחני. לפי הבנתם, זכויות יוצרים או זכות על פטנטים מוגדרות הלכתית כ"דבר שאין בו ממש", כ"דבר שלא בא לעולם" או כ"טובת הנאה", ולפיכך אי-אפשר להחיל עליהם גרדי בעלות וקניין.¹¹

ב. הכלה למעשה: דפוס תגובה אחר, הפוך, הוא הכלה מלאה של המציאות בכלים הלכתיים שזהו ייעודם. פוסקי הלכה עשויים להכיר במציאות או בדין הזרים להלכה באמצעות אימוץ מנהג הסוחרים, התקנת תקנות (מצד חכמים או מצד הציבור) ומתן תוקף הלכתי לדין המדינה. כלים אלו עשויים לשנות את כללי המשחק ההלכתיים. מכוחם יחול קניין בנכסים מופשטים, וזכויות קניין רוחני יוכרו בדומה לזכויות קניין ממשיות.

בדרך זו הלך המהר"ם מרוטנבורג, תלמידו של ר' יחיאל מפריז. המהר"ם חלק על עמדת רבו, והכיר בקניין בדבר שלא בא לעולם, מכוח מנהג:

מי שנדר לחבירו להיות בעל בריחו או למול בנו — צריך לקיים לו. ואף על גב דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, מ"מ, הואיל ומנהג בני אדם שנודרים ביניהם זה לזה ומקיימין, גם כאן צריך לקיים. וראיה מדאמרין בב"מ: האי סיטומתא קניא [...] ובאתרא דקנו — ממש קני הסיטומתא, בשביל שכך נהגו, ה"נ כך נהגו. וצריך לעיין.¹²

רבים. ראו למשל שו"ת רדב"ז, חלק א, רעה; שו"ת רע"א, מהדורה קמא, סימן קלד; שו"ת צמח צדק, חושן משפט, סימן לט; קצות החושן רא, ס"ק א; שו"ת יביע אומר, חלק ו, חושן משפט, סימן ו, ו; פסקי דין רבניים, ב, עמ' 112 ("דעת גדולי אחרונים"). ראו בהרחבה קליינמן, מנהגי מסחר, עמ' 283-286. לפי גישה מקבילה, דרכי הקניין ההלכתיות דווקניות ואי-אפשר לסטות מהן על בסיס הסכמת הצדדים. ראו ריטב"א, קידושין כה ע"ב, ד"ה והוי יודע: "כשאומר שיקנה במסירה, במקום שדינו במשיכה או בהגבהה, לאו כל הימנו". בעקבות הריטב"א ראו ש"ך, חושן משפט קצח, ס"ק י: "פשיטא שאינו יכול להתנות לעשות קנין מדבר שאינו קנין". ראו עוד, רי"ט אלגזי, בכורות, פרק ב, אות יז, ס"ק ז; חזון איש, בכורות, סימן יח, ה; בס, חזים, עמ' 70-71, והערת רז"נ גולדברג, שם, עמ' 22.

11 בנוגע לזכויות יוצרים, ראו התעוררות תשובה, חלק א, סימן רלב; מנחת צבי, חלק א, סימן יח, עמ' קלט, קמב. מנגד, ראו כהן, י"א, עמק המשפט, עמ' רמז-רמח, שעט-שפג. בנוגע לפטנטים ולסימני מסחר ראו שם, עמ' שעב-שעז (דבר שלא בא לעולם ודבר שאין בו ממש).

12 מרדכי, שבת, תעב-תעג. השו"ת מהר"ם בן ברוך (פראג), סימן תתקמט: "מעשה אירע בימי ר"ת באדם אחד שנולד לו בן ונתנו למוהל למולו, ובא אחר וקדמו [...] אם עדיין לא קדמו, והרי שניהם עומדי'ם לפנינו, אז ודאי אותו שנדר לו תחלה הוא קודם, דלא גרע ממכירי כהונה ולויה, דלפי שרגילין לתת להם, חשיב להו [...] כאלו אתא לידיהו [...] ה"נ [אין לו] במילת בנו אלא טובת הנאה, ולא מצי למהדר ביה ולתנו לאחר [...] מיהו, אי הדר ביה, פי' ריב"ם שאין ב"ד יכולין לעכבו מלחזור, אבל הוא עובר משום שארית ישראל לא יעשו עולה ולא ידברו כזב, ומותר לקרותו רשע". תשובה זו שונה מפסק המהר"ם שבמרדכי, בשתיים: ראשית, במרכז התשובה עומדים האב והבטחתו, להבדיל מהמוהל ומזכותו למול; שנית, בתשובה, זכותו של המוהל מתבססת על זכות קניינית (כמו מכירי כהונה או טובת

הבטחה לפעולה עתידית, מחייבת הן מבחינה חוזית ("וצריך לקיים") הן מבחינה קניינית ("קני הסיטומתא") משום שזהו "מנהג בני אדם" ועל פי ההלכה הקובעת ש"סיטומתא קניא"¹³.

הפוסקים האחרונים העצימו את כוחו של המנהג והכירו בו אף בקניין של דבר שאין בו ממש:

שאם הדבר אמת, שדרך התגרים כמנהג פשוט בעיר אנקונה היה לקנות חובות חבריהם [...] אע"פ שכפי דין תורתנו אין במשא ומתן בזה ממש, מ"מ, כיון שנהגו התגרים לקנות באופן בזה – הקנין קיים.¹⁴

מכאן קצרה הדרך לחסות הלכתית לזכויות יוצרים על רקע המוסכמה האוניברסלית בנוגע לזכויות אלה:

דוה ודאי שספר חדש שמדפיס מחבר וזכה שדבריו מתקבלים ע"פ תבל, פשימא שיש לו זכות בזה לעולם [...] ולא היא תורה שלימה שלנו כשיחה במילה שלהם וזה דבר שהשכל מכחישו, ומעשים בכל יום שהמדפיס חבור יש לו ולבאי כוחו זכות.¹⁵

- 13 הנאה) או על חובה אתית (של האב) ואינה נובעת מכוח מנהג. עמדת המהר"ם רווחת בקרב הפוסקים האחרונים ("דברי רוב פוסקים"). ראו שו"ת בית יצחק, חושן משפט, סימן ס. לפי פשוטם של דברים נראה שהמנהג והקניין מחייבים כשלעצמם. עם זאת, יש שפירשו שהמנהג משמש מצע לסמיכות דעת או לגמירות דעת של הצדדים להבטחה. ראו קובץ שיעורים, בבא בתרא, רעו ("ונראה טעמו של המהר"ם דבכהאי גוונא סמכה דעתייה"). כך משתמע גם מתשובת החת"ם סופר, שו"ת חת"ם סופר, חלק ה, סימן סו, ב. ראו עוד, שו"ת משפטיך ליעקב, חלק א, סימן י, ג: "דלסוכרים דמהני, הטעם מפני דחסרון דבר שלא בא לעולם הוא חסרון בגמירות דעת, ובסיטומתא גומר דעתו"; מערכת הקניינים, סימן יא, עמ' לא-לב; שיעורי גוסטמאן, בבא מציעא, שיעור יג, עמ' 100; אלבק, ממונות, עמ' 29; קליינמן, מנהגי מסחר, עמ' 284-291.
- 14 שו"ת מהרשד"ם, חושן משפט שפ. וראו ביאורו של הרב שלמה דייכובסקי, פסקי דין רבניים, י, עמ' 273: "דברי מהרשד"ם אמורים בהקנת דבר שאין בו ממש, דבר שהוא בבחינת יצירה חדשה, שלא מצאנוה לא בתורה ולא בחז"ל, ומ"מ מנהג הסוחרים יוצר מושגים חדשים בדבר שבממון".
- 15 שו"ת שואל ומשיב, מהרורא קמא, חלק א, סימן מד ("זהו סברה מוצקת מאד, דבר שהשכל מחייבו" – ר' י"ש אלישיב, מובא אצל וייספיש, זכויות היצר, עמ' קטו [ההדגשה שלי]). את המוסכמה האוניברסלית אפשר לראות כמשפט טבע ולא כנורמה פוזיטיבית. ראו התעוררות תשובה, חלק א, סימן רלב: "היושר מחייב דבר זה, מצד ועשית הישר והטוב"; חידושי ר' שמעון, בבא קמא, סימן א: "[...] שבדברים שנוגעים לזכות האדם, מוסכם ע"פ דיני התורה ודיני העמים שכל מי שממציא דבר חדש בעולם הוא הבעלים עלי'ו] לכל דבר זכות". באופן דומה הציע גם בחידושי ר' שמעון, גיטין, סימן ו: "דבר שבא על ידי חכמת האדם שייך זכות בגופו, לזכות בדבר שבא על ידי מחשבותיו [...] במה שימציא על ידיהן [...] אם המציא בפועל כלי וחפץ על ידי חכמתו, דהכלי כמו שהוא הוא דבר חדש, או מציאותו שייך למציא הדבר". ראו עוד, וזנר, שקופ, עמ' 151-155 (תפיסת בעלות נטורליסטית), והשוו שם, עמ' 248-251.

זכות היוצרים היא נורמה מובנת מאליה ("פשיטא") משום שהיא מקובלת על השכל הישר ("כשיחה בטילה שלהם")¹⁶ ועל פי הנוהג הרווח ("מעשים בכל יום"). כאמור, ההלכה עשויה להכיל נוהג או נורמה מסחריים גם באמצעות כלי חקיקה פורמליים: תקנות חכמים או דין המדינה.

לחכמים נתונה הסמכות לתקן תקנות ולקבוע כללים בתחומי ההלכה בכלל ובריני ממונות בפרט. מקור ההסמכה העיקרי לתקנות שבדיני ממונות הוא הכלל "הפקר בית דין הפקר"¹⁷. לכלל משמעות כפולה, והוא מתפקד הן ככלל ענישה הן ככלל סמכות.¹⁸ בתפקידו הראשון הוא משמש בעיקר להפקעת רכוש עוברי עברה או מפרי משמעת; בתפקידו השני הוא מעניק לחכמי ההלכה את הסמכות לחוקק נורמות וכללים בדיני ממונות. בין השאר, חכמים מוסמכים לקבוע בעלות או קניין גם בנכסים שאינם בני קניין לפי דין התורה. כך למשל, במקרים מיוחדים אפשר להקנות דבר שלא בא לעולם: "מה שאירש מאבא היום מכור לך, מה שתעלה מצודתי היום מכור לך – דבריו קיימין"¹⁹. אף שהמוכר טרם זכה בירושה והדגים טרם ניצודו – העסקה תקפה. לדעת רבי יוחנן ניתן כאן תוקף לעסקה בדבר שלא בא לעולם "משום כבוד אביו ומשום כדי חייו"²⁰. הצורך והערך המיוחדים דחקו בחכמים להכיר בעסקה מכוח הכלל "הפקר בית דין הפקר" אף שמצד הדין אין העסקה תקפה.²¹

חכמים עשויים אפוא לקלוט אל תוך ההלכה את הנכסים המופשטים ואת דיני הקניין הרוחני באמצעות תקנות וכללים. כך הציע הרב הרצוג:

-
- 16 (וונר קובע, בניגוד לשגיא, שר' שמעון שקוף לא היה נטורליסט אלא פוזיטיביסט). ההיגד "ולא תהא תורה שלמה שלנו כשיחה בטלה שלהם" הוא חז"לי. ראו בבלי, בבא בתרא קטז ע"א; נעם, מגילת תענית, עמ' 61, 98. ההיגד משמש במקורות אלו ביטוי לעליונות התורה "השלמה" על חכמת הצדוקים "הבטלה". בתשובה שלפנינו מתפרש ההיגד על דרך השלילה, הווה אומר: לא ייתכן שהנורמות ההלכתיות יהיו פחות איתות וצודקות מנורמות התנהגות אוניברסליות. ראו כהן, י"א, עמק המשפט, עמ' ה.
- 17 אנציקלופדיה תלמודית, י, "הפקר בית דין הפקר", עמ' צז-ק.
- 18 שם, הערות 13, 43; רדזינר, הפקר, עמ' 114-130.
- 19 תוספתא, נדרים, ו, ו (עמ' 119-120).
- 20 בבלי, בבא מציעא טז ע"א, על פי כ"י המבורג 165. ראו עוד במקבילה בירושלמי, כתובות ה, ל ע"א (עמ' 982-983): "ר' אבהו בשם רבי יוחנן: בלווה לתכריכי אביו, והוא שיהא חולה אביו או מסוכן [...] והוא שתהא מצודה פרושה בפניו". הווה אומר: המוכר זקוק לדמי המכר לצורך כבוד אביו (הכנת תכריכים) או לצורך פרנסתו.
- 21 ריטב"א, בבא מציעא טז ע"א, ד"ה סיפא: "דרבנן נתנו לו רשות למכור בשעה שאביו גוסס לצורך תכריכיו מפני כבודו, והפקר בית דין הפקר". ראו גם רשב"ם, בבא בתרא קלא ע"א, ד"ה אלא תנאי (לעניין כתובת בנין דיכרין): "דאלים תנאי ב"ד משום דהפקר ב"ד הפקר להקנות אפילו לדבר שלא בא לעולם". הרא"ש, כתובות פרק י, א, חולק על גישה זו. לדעתו אין כאן בכלל צורך ב"הפקר בית דין הפקר" משום שלפי הבנתו אין כאן חריגה מן הדין: "דכיון שהירושה עתידה ליפול לפניו מאליה וגם בירר המכר, לא חשיבא כולי האי דבר שלא בא לעולם".

המקצוע של דיני ממונות התגדל והתרחב הרבה מאד ע"י התפתחות החיים המסחריים והתעשייתיים, ואין ספק כשאנו באים כיום הזה להשליט את משפט התורה בארץ בכוח ממלכתי, עלינו לתקן בשטח הזה כמה תקנות [...] כדרך שעשו חז"ל וחכמי הדורות אחריהם, במדינות שונות.²²

עם זאת, הרב הרצוג היסס באשר לסמכותם של חכמים בני זמננו להתקין תקנות, ולכן הציע כחלופה להסתמך על חוקי המדינה, שילוו בהסכמת חכמים.²³ אכן, דין המדינה הוא אמצעי הכלה מקובל כלפי נורמות זרות הנוגדות את דיני הממונות שבתורה. אחרונים הסתמכו על דין המדינה כדי להעניק תוקף לקניין בדבר שאין בו ממש או בדבר שלא בא לעולם.²⁴ באופן דומה הוכרו גם זכויות הקניין הרוחני.²⁵

הניגוד בין הראליזם ההלכתי לראליה הכלכלית-משפטית זוכה אפוא לשתי תגובות הפוכות מצד הפוסקים: האחת דוחה את הראליה ומבקשת לשמר את ההלכה המקורית; האחרת מנסה להכיל את המציאות בדרכים שונות, אם בדרך של פרקטיקה (מנהג) אם בדרך של חקיקה (תקנות חכמים או דין המדינה).

למעשה, לשתי התגובות הנחת יסוד משותפת: התאוריה ההלכתית של דיני הקניין קבועה ואינה משתנה, ולכן הראליזם ההלכתי עומד בעינו. המבדיל בין התגובות הוא ביחסן לפרקטיקה: התגובה הראשונה דורשת אחידות וזהות בין התאוריה לפרקטיקה ולכן דוחה את הנכס המופשט ואת הקניין הרוחני. התגובה המכילה מאפשרת שְׁנִיּוֹת

22 הרצוג, תחוקה ב, עמ' 5. כך הציע גם הרב נ"א רבינוביץ: "אין ספק שניתן לבית דין לתקן תקנה שתאפשר מכירת חכמה והמצאה, ובכך לפשט את כל המהלכים" (רכס, נכסים, עמ' 10, הערה 52). ראו עוד, כהן, י"א, עמק המשפט, עמ' שכח-של (הסכמות כתקנות), תקס-תקסג (כללי אתיקה ומוסכמות מקצועיות).

23 הרצוג, תחוקה ב, עמ' 63-64. ראו גם שם, עמ' 72: "עולה בדעתי בנוגע למציאות שנתחדשה בעולם המסחר והתעשייה דבר כללי, שמציאות כזאת ומצב כזה לא היה קיים בימי חז"ל [...]. ויש לנו יסוד לשער שאילו היה מתחדש בימיהם היו מתחשבים עם המציאות וקובעים תקנה משום תיקון העולם [...] יש לקבל דין המלכות בזה, הממלא אותו הצורך שהיתה תקנה כזו ממלאה".

24 שו"ת מהרש"ל, סימן לו (זכות חכירה, אורנדא, כממכר); מקור חיים, סימן תנ, לו ע"ב; שו"ת בית יצחק, סימן ז, מד; נתיבות המשפט, סימן רא, ביאורים, ס"ק א; שו"ת איגרות משה, חושן משפט, חלק ב, סב (דיני קניין ודיני חברות).

25 התעוררות תשובה, חלק א, סימן רלב: "והראיה שכך הוא היושר הגדול, שבדיניהם נותנין אותו לחוק קבוע, א"כ פשיטא שייך בזה דינא דמלכותא"; שו"ת יביע אומר, חלק ז, חושן משפט, סימן ט: "לדינא פשט המנהג לאסור הן מדינא דמלכותא, והן ע"פ גזירת והסכמת המחברים, והרבנים המסכימים לחיבור"; בצרי, זכויות יוצרים, עמ' 182: "ונראה ברור שלעניין זכות יוצרים שייך דינא דמלכותא בכל המדינות, כיון שהדבר נוגע לחיי נפש של הכלל [...] שאם לא כן איש את רעהו חיים בלעו, וחוק זה כיון שהוא הגיוני ונוגע לכל אחד שעלול להיפגע אם לא ישמר חוק זה".

והפרדה בין הלכה למעשה: ההלכה עשויה לאמץ מבחינה מעשית גם נורמות וכללים הזרים לה אף שמבחינה עקרונית היא מתנגדת להם. מעלתם של שני דפוסי התגובה הקוטביים היא גם חסרונם: מנקודת מבט שמרנית ואידאית לשני הדפוסים מעלה חשובה בכך שהן משמרים את תפיסת הקניין הבסיסית בטרתה. ברם זהו גם חסרונם מנקודת המבט הקיומית. הלכה המתקיימת במקביל למציאות וללא מפגש עמה קופאת על שמריה ואף עלולה להתנוון.

העתקה: מן החפצי אל האישי

מתבקש אפוא דפוס תגובה שלישי של פוסקי ההלכה, דפוס היוצר מפגש עקרוני בין ההלכה לבין המציאות הכלכלית-מסחרית. דפוס זה מבוסס על גישה הגורסת שיש להעתיק את הדיון בנכסים המופשטים ובזכויות הקניין הרוחני מן המישור החפצי-קנייני אל המישור האישי-האובליגטורי. במישור הקנייני ישנה דרישה לחפציות ולממשות. דרישה כזו אינה מתקיימת כשנכסים אינם ממשיים, ולכן לא ייתכנו קניין ובעלות לא בנכסים מופשטים ולא בזכויות הקניין הרוחני. לעומת זאת, במישור האובליגטורי הדרישה אינה חפצית כי אם אישית ומנטלית. הוזה אומר: בין המוכר-המתחייב לבין הקונה-הזוכה יתקיים יחס של חיוב (שעבוד).²⁶ יחס כזה מתבטא, מבחינה מנטלית, בסמיכות הדעת או בגמירות הדעת של הצדדים לעסקה, והוא עשוי להתקיים גם בנכסים מופשטים.

הצעה להעתיק את מרכז הכובד של הדיון מן המישור החפצי אל המישור האישי נדונה בהרחבה בידי פרשנים ופוסקים. הדיון מתייחס בעיקר לבעיית הקניין של נכסים עתידיים (דבר שלא בא לעולם), ומתקיים בשלושה מוקדים: (א) חיוב או שעבוד (כתחליף לקניין); (ב) סמיכות דעת (במקביל לקניין); (ג) חיוב באמצעות שבועה (כתחליף לחיוב משפטי).

א. חיוב או שעבוד

התלמוד מתחבט בשאלה אם אפשר לשעבר נכסים עתידיים ("דאיקני") לטובת פירעון חוב. נכסים עתידיים, רוצה לומר נכסים שאינם בבעלות החייב בעת ההלוואה אולם הוא מתעתד לרכשם. ברקע ההתחבטות עומדת ההלכה השוללת קניין בדבר שלא בא לעולם, והשאלה היא אם דין שעבוד כדין קניין. התלמוד נוטה להבחין בין שעבוד לקניין, דהיינו, אפשר לשעבר נכסים עתידיים אף שאי-אפשר להקנותם.²⁷ בעלי

26 המושגים "שעבוד" ו"חיוב" אינם בהכרח זהים. קצות החושן קיב, ס"ק א, מבחין בין ה"חיוב" האובליגטורי לבין ה"שעבוד" החפצי: "דהחיוב חל על גופו [...] אבל שעבוד צריך שיחול על גוף הנכסים". מהרי"ט בתשובותיו, חלק ב, חושן משפט כג, חולק על כך. לדעתו, גם השעבוד אובליגטורי: "ושעבודא חייל על גופו, וגופו איתיה בעולם". ראו להלן הערה 31.

27 בכלי, בבא בתרא קנו ע"א.

התוספות,²⁸ חכמי ספרד²⁹ וחכמי פרובנס³⁰ אימצו את ההבחנה התלמודית. הרמב"ן הציג אותה באופן חד ובהיר:

והריני מודיע לפניכם ששני דרכים יש בענין זה: הדרך האחד – דרך ההקנאות, כגון שאדם נותן או מוכר לחברו דבר המסוים [...] ובוה אמרו אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, כגון פירות דקל זה שאני אומי' [ר] לך, דלא קנה [...]. והדרך השני – דרך השעבוד, שאדם משעבד לחברו נכסיו בחוב, כגון שלחה ממנו מנה. וכן יכול אדם לשעבד עצמו בממון שלא היה חייב בו, בקנין או בשטר, וכותב לו: מחייב אני לך עצמי במנה.³¹ ובוה ובוה כל נכסיו משועבדין לאותו, ואפי' [לן] נכסים שקנה לאחר מכן.³²

מה בין "דרך ההקנאות" ל"דרך השעבוד" בהקשרו של הנכס העתידי? הוצעו לכך ארבעה הסברים עיקריים:

1. הנכס המשועבד אינו עתידי. הוא בא לעולם. מושאי השעבוד הן קרקעות, ואלו נמצאות בעולם שאינן ברשות החייב בעת ההלוואה. זאת, להבדיל מדבר שלא בא לעולם, כגון פירות דקל, שאינם נמצאים בעולם בעת הקניין.³³
2. השעבוד חל על נכסים עתידיים לא מעיקר הדין אלא משיקולי מדיניות. חכמים הרחיבו את אמצעי גביית החוב כדי לעודד הלוואות ("שלא תנעל דלת בפני לווים").³⁴

28 תוספות, כתובות נד ע"ב, ד"ה אף על פי; תוספות, בבא בתרא קנט ע"א, ד"ה ולימרו; שו"ת רא"ש, כלל עט, יב.

29 שו"ת רמב"ן, סימן ט; שו"ת רשב"א, ב, סימן קסז; שו"ת ריב"ש, סימן תפא; שו"ת רשב"ש, סימן תרט.

30 העיטור, אחריות, כב ע"א; תשובות חכמי פרובינציא, סימן כ (ר' יצחק בן מרדכי).

31 לדעת הרמב"ן, "דרך השעבוד" מתייחסת הן לשעבוד (הנובע מחוב) הן לחיוב (הנובע מחוזה). הרמב"ם חולק על כך, ומגביל את "דרך השעבוד" לשעבוד בלבד ("בתורת חוב"). ראו תשובות הרמב"ם, סימן שעז: "וזאת שנתחייבה בקנין לפרנס בניה עד שיגדלו – אינה חייבת מזה מאומה עד שתקצוב עליה ההוצאה בסכום ידוע ותשעבד עצמה ליתומים בזה בתורת חוב. ואם לא עשתה כך, אינה חייבת מאומה, מב' פנים: הא', להיות זה באופן מתנה, ואין אדם מקנה לחבירו דבר שלא בא לעולם, והב', להיותו נותן דבר בלתי קצובה". הרמב"ם סבור, לשיטתו, שהתחייבות כספית תקפה כמתנה. ראו רמב"ם, הלכות מכירה יא, טו: "המחייב עצמו בממון לאחר בלא תנאי כלל, אף על פי שלא היה חייב לו כלום הרי זה חייב, שדבר זה מתנה היא". ראו גם שם, טז: "חייב עצמו בדבר שאינו קצוב [...] שזו כמו מתנה היא". הואיל וההתחייבות הכספית נתפסת כקניינית וכחפצית אין היא חלה על דבר שלא בא לעולם. ראו עוד לעיל הערה 26.

32 שו"ת רמב"ן, ט. ראו עוד, פוברסקי, שעבוד, עמ' 13-47; דויטש, גמירות דעת, עמ' 71-72.

33 רבנו גרשום, ובעקבותיו רש"י ורשב"ם. ראו אנציקלופדיה תלמודית, ז, "דבר שלא בא לעולם", עמ' לח, הערה 76.

34 רשב"ם, יד רמ"ה ונימוקי יוסף, אנציקלופדיה תלמודית, ז, "דבר שלא בא לעולם", עמ' לח, הערה 80. ראו עוד, תשובות חכמי פרובינציא, כ ("אי משום תקנתא דלווין, אי משום עיקר

3. השעבוד חזק מן הקניין: שעבוד עשוי לחול גם על מלווה, להבדיל מקניין (מלווה אינו בר קניין).³⁵ לכן יכול שעבוד לחול גם על נכס מופשט.
4. מושא השעבוד בא לעולם: מושא השעבוד הוא גופו של המתחייב, שבא לעולם, להבדיל ממושא הקניין, הוא הנכס, שלא בא לעולם.³⁶

לפי שני ההסברים הראשונים, ההבחנה בין שעבוד לקניין אינה עקרונית. היא מקרית לפי ההסבר הראשון (ההלכה משתנה לפי סוג הנכס), ופוליטית לפי ההסבר השני (ההלכה משתנה מטעמים חברתיים-כלכליים).

שני ההסברים האחרונים נוגעים בהבדל העקרוני בין השעבוד האובליגטורי לקניין החפצי. האינדיקציה להבדל זה הוא מושא השעבוד: השעבוד האובליגטורי-האישי אינו מתייחס לנכסים אלא לאדם גופו, ולכן יכול לחול גם על מלווה. לעומתו, הקניין חפצי, ולכן חל על אובייקטים ראליים ואינו חל על מלווה. הבדל זה משליך במישורין על בעיית הקניין בנכסים מופשטים: אמנם האפיק הקנייני חסום בפניהם, אולם אפשר יהיה לערוך עסקאות בנכסים אלו באפיק האובליגטורי.³⁷

ב. סמיכות דעת

העתקת הדיון אל האפיק האובליגטורי מחייבת חזרה לאחור אל שורשי בעיית הקניין בנכסים מופשטים:

אם מוקד הבעיה הוא היעדרם הפיזי של הנכסים, ההעסקה מן המישור החפצי אל המישור האישי משמעה הפקעת הזיקה בין הנכסים המופשטים לדיני הקניין. הנחת היסוד היא שהמישור החפצי אינו מסוגל להעמיד פתרון לבעיית היעדר הפיזי, ולכן המישור האישי מחליף אותו כבסיס הדיון.³⁸ ההשלכה של מהלך זה על קניין הנכסים המופשטים דרמטית: מעתה אפשר לרכוש זכויות חוזיות בנכסים אלו אבל אי-אפשר להחזיק בהם בזכויות קנייניות, כבעלים.

אפשר להימנע מהשלכה זו אם שורש הבעיה אינו בנכסים אלא בצדדי העסקה. לפי חלופה זו, בעיית הנכסים המופשטים אינה פיזית-עובדתית אלא מנטלית. בהליך הקנייני מתחייבת הכרעה ברורה של הצדדים לבצעו, וכשמושא העסקה אינו ממשי, ההליך מלווה בעמימות ובספקנות. בהקשר זה, מיקוד הדיון במישור האישי משמעו בחינה מדוקדקת של היסוד הנפשי בנוגע לעסקה. גם בתנאי אי-ודאות ייתכנו נסיבות שבהן תיערך עסקה בנכסים מופשטים תוך שהצדדים סומכים דעתם וגומרים בלבם

דינא"; קצות החושן קיב, ס"ק א.

35 בעלי התוספות, יד רמ"ה וראב"ד, אנציקלופדיה תלמודית, ז, "דבר שלא בא לעולם", עמ' לח, הערות 78-79.

36 שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חושן משפט, סימן כג.

37 הרצוג, פסקים וכתבים, ט, סימן קיב, עמ' תטז-תיו. להצעה מפורטת ברוח זו ("הסכם העברת זכויות") ראו רכס, נכסים, עמ' 277-287, 322-324.

38 ראו שער ראשון, הערה 87 (גיליוני הש"ס, קובץ שיעורים, הרב הרצוג).

לכצעה. הווה אומר: נכסים מופשטים עשויים להיות בני קניין, וזכויות קניין רוחני עשויות להיות שקולות לזכויות קניין ראלי.³⁹

הזיקה בין קניין נכסים מופשטים לסמיכות הדעת של הצדדים, יסודותיה בתלמוד ועיקר פיתוחה בספרות הרבנית. התלמוד קובע שאפשר למכור זכויות עתידיות בנסיבות שבהן הקונה סומך דעתו על העסקה.⁴⁰ ראשונים ואחרונים רבים התבססו על כך כדי להכשיר עסקאות בדבר שלא בא לעולם.⁴¹ יש הסבורים שזהו הבסיס להכרה בנוהג המקובל (סיטומתא) כדרך קניין בדבר שלא בא לעולם.⁴² לדעתם, בהתקיים "מנהג סוחרים" או "מנהג בני אדם" לערוך עסקאות בנכסים מופשטים יש להניח שהצדדים העושים כך סמכו דעתם לקנות וגמרו בדעתם להקנות.

שאלת הזיקה בין קניין בדבר שלא בא לעולם לבין סמיכות דעת הצדדים שנויה במחלוקת הפוסקים. כאמור, פוסקים רבים מכירים בזיקה כזו ולכן אפשר לדעתם להקנות נכס עתידי במקרה שבו ברי שהצדדים סמכו דעתם על העסקה. פוסקים אחרים הגבילו את השימוש בסמיכות הדעת לעסקאות מיוחדות.⁴³

לעומת כל אלה יש שהתנגדו לעצם הקנייניות של נכס עתידי. לדעתם, בעיית הנכסים המופשטים חפצית ולא אישית. לתפיסתם, ההלכה שוללת באופן עקיב וללא סייג קניין בדבר שלא בא לעולם. לפי שיטה זו, המקור התלמודי בעניין סמיכות דעת הוא טיעון פולמוסי במהלך הסוגיה ואינו פסק הלכה, ומכל מקום, הוא חריג.⁴⁴ הכלל התלמודי נותר אפוא לדעתם במקומו: אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם.

39 סמיכות הדעת מתפקדת במגוון תפקידים. ראו ברנד, הנושא, עמ' 21-30.

40 בבלי, בבא מציעא טז ע"א: "הכא סמכא דעתיה"; שם, ע"ב (שדה זו). ראו לעיל עמ' 39-44, ובמיוחד בהערות 84, 85 וסביבן. הפוסקים התייחסו רובם ככולם למקור זה בלבד. עם זאת, אפשר להצביע על הקשר נוסף שבו משתמש התלמוד בגמירות דעת כפתרון לבעיית נכסים מופשטים: "בההיא הנאה דקא משתניא ל'יה] בין במלוה ישנה בין למלוה חדשה גמר ומשעבד נפשיה" (בבלי, גיטין יג ע"ב). מעמד שלושתן הוא דרך קניין למלוה באמצעות גמירות הדעת שמחוללת "בההיא הנאה". ראו שער שני, סמוך להערה 449 ובהערות 460, 461.

41 ראו שער ראשון, הערה 85.

42 ראו לעיל הערה 13.

43 ראו ר' עקיבא איגר, בבא מציעא טז ע"ב, ד"ה ועיין: "מכירת כתובה דהקנין חל עתה על השטר [...] בזה ל"ש ולא שייך] לא סמכה דעתיה וקנה, ופשוט"; תשובות והנהגות, ב, קנו (שיתוף בפרוטה בנרות שבת שעוד לא נקנו): "כאן למצוה, בזה סמכא דעתיה טפי, ולכן י"ל דמועיל אפילו בדבר שלבל"ע [שלא בא לעולם]"; שם, תכא (היתר עיסקה – מחילת ריבית בעסקים עתידיים): "כאן לינצל מאיסור ריבית ודאי סמכא דעתו".

44 ראו שו"ת נודע ביהודה (תנינא), אבן העזר, סימן נד, יב: "לא שמענו מעולם לחלק בדשלב"ע [בדבר שלא בא לעולם] בין סמכא דעתיה או לא, וסוגיא דב"מ [דבבא מציעא] הנ"ל לא סמכה דעת הרב המשיג כלל [...] אבל שיועיל סמיכת דעת לקנות דשלב"ע, ליתא".

ג. שבועה

ההתייחסות לעסקאות בהקשרן האובליגטורי מחייבת דיון בחלופת החיוב הדתי, המקבילה לעתים לחיוב המשפטי. אדם עשוי להתחייב באמצעות שבועה כשם שהוא עשוי להתחייב בחוזה.⁴⁵ אפשר אפוא להכיר בתוקפן של עסקאות בנכסים מופשטים מכוח שבועה. הרא"ש מצא תקדים לכך במעשה מכירת הבכורה ליעקב, שהרי הבכורה היא אגד של נכסים עתידיים, והיא נמכרה באמצעות שבועה: "וַיֵּאמֶר יַעֲקֹב: הַשְּׁבָעָה לִּי כִּי־אֵם, וַיִּשְׁבַּע לוֹ, וַיִּמְכַר אֶת בְּכֹרְתוֹ לְיַעֲקֹב" (בראשית כה, לג):

ואבי אדוני הרא"ש ז"ל מדקדק מכאן: מי שמוכר לחבירו דבר שאין הקניין חל עליו, כגון מה שאירש מאבא, או מי שמוכר מלוה ע"פ שיש לו על אחרים שאינה נמכרת, ונשבע עליו, שהמכר חל מכה השבועה.

לא מיבעיא שכופין אותו לקימו בשביל שבועתו, אלא אפילו שם מכר עליו, כדחוינא הכא, דקרי ליה מכר בשביל השבועה.⁴⁶

הרא"ש מדגיש שתוקף העסקה חורג מן החיוב הדתי לקיים את השבועה. העסקה תקפה גם מבחינה קניינית: "לא מיבעיא שכופין אותו לקימו בשביל שבועתו, אלא אפילו שם מכר עליו".⁴⁷ מסתבר שלפי הבנתו השבועה היא מבחן, ואולי גם זרז, לגמירות דעת. אם אמנם כך, השבועה מתפקדת באופן הדומה לסמיכות הדעת הנזכרת לעיל. ראשונים ואחרונים נטו לפקפק בחלופת השבועה וביקרו אותה מצדדים שונים, מהם מהותיים מהם טכניים.⁴⁸ עם זאת, נראה שהביקורת מכוונת בעיקר

45 ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 386-391. ייתכן שהבסיס ההיסטורי לחיוב החוזי הוא החיוב הדתי לקיים שבועה או נדר. ראו מרסר, שבועה (בחוק הבבלי); גולאק, החיוב ושעבודיו, עמ' 14 (ה-sponsio במשפט הרומי); ברנד, הנושא, עמ' 6, הערה 4; עמ' 18, הערה 60.

46 פירוש הטור, בראשית כה, לג. הצעה דומה מופיעה בתשובה המיוחסת לרב יוסף גאון (על פי קובץ התשובות הסמוכות לתשובה זו, אפשר שהכוונה היא לרב יוסף בן יעקב, גאון סורא בתחילת המאה העשירית, מחליפו של רב סעדיה גאון בראשות ישיבת סורא). ראו תשובות הגאונים, ד, בתוך: שו"ת רי"ף, בילגוריי, יט ע"א: "ולא בעינן קניין, משום חומרא דשבועה, והכי נהגינן ועבדינן. תדע, שהרי יעקב אבינו קנה מעשיו אחיו בכורתו בחיי יצחק אבינו ואביהם, ואע"פ שלא היה הדבר עדיין ברשותו, אפ"ה זכה בו בשבועת עשיו, כדכתיב: את בכורתו לקח, ש"מ דאלימא מילתא דשבועה למיקני בה, אפילו מידי דלא מיקני בקנין, ותו לא מיד".

47 הרא"ש התבסס על כך שהתורה מכנה את העסקה "מכר", ומכאן שתוקפה קנייני. מסתבר שכוונתו לתיאור הפעולה המשפטית: "וַיִּמְכַר אֶת בְּכֹרְתוֹ לְיַעֲקֹב". ייתכן שהכוונה היא לדברי עשיו, שעשוי להיות בהם – מעבר לתיאור הלשוני – גם ביטוי למצב משפטי פורמלי: "אֶת בְּכֹרְתִי לָקַח, וְהִנֵּה עָתָה לָקַח בְּרֹכְתִי" (בראשית כז, לו). "לקח" משמעו "קנה". ראו פולק, לקח; שפייר, אכדיים. והשוו לתשובת הגאון בהערה הקודמת: "זכה בו בשבועת עשיו, כדכתיב: את בכורתו לקח [...] דאלימא מילתא דשבועה למיקני בה".

48 הריב"ש קבע בתשובותיו (סימן שכח) שאין לייחס את הדברים האמורים לרא"ש או לכנו, ולכן הם חסרי סמכות: "ואיני רואה לתלות בגברי רברבי כותיהו סברא זו, שאין לה על מה

להשלכה המשפטית-קניינית של השבועה אולם אין עוררין באשר לתוקפה האיסורית⁴⁹.

תלמוד המביא לידי מעשה

השיח ההלכתי והמחקר התלמודי

כפי שראינו למעלה מכאן, בעיית תוקפן של עסקאות בנכסים מופשטים עלתה תדיר לדיון בספרות הפוסקים, בין בידי הראשונים בין בידי האחרונים. גם בעת החדשה עוסקים הפוסקים באופן שכיח בשאלת ההכרה בזכויות הקניין הרוחני. אלו ואלו קיימו שיח הלכתי שגרתי בכלים הלכתיים מקובלים תוך שימוש בכללים מקומיים ובאסמכתאות נקודתיות – הררים התלויים בשערה. הפוסקים לא נתנו לבם לכך שהתלמוד עצמו עמד בפני מצב בעיות דומה להפליא למצבם ושלנוכח הבעיות הוצעו גם פתרונות, כפי שנראה להלן.

דפוס התגובה המתבקש לפער בין ההלכה למציאות הכלכלית נמצא אפוא בתלמוד גופו. לדפוס זה שני יתרונות ברורים: אין עוררין על מעמדו הנורמטיבי,⁵⁰

שתסמוך". טענתו זו של הריב"ש נובעת מאי-היכרותו עם פירוש הטור לתורה ועם תשובת הגאון (לעיל הערה 46), ודומה שיש לדחותה. עם זאת, ביקורתו גם מהותית. הביקורת מכוונת נגד הראיה שהובאה ממכירת הבכורה, שבבסיסה טענה היסטורית בהקשרם של דיני הקניין. הריב"ש סבר שהלכת דבר שלא בא לעולם לא נהגה בזמן האבות, ולכן הצורך בשבועת עשוי לא היה משפטי-קנייני אלא חברתי-פסיכולוגי: "והשבועה היתה לרוחא דמלתא, שלא יערער עשו בדבר, כי הכירו יעקב כוז יהיר ואיש זרוע, לפיכך השביעו". ראו לעיל שער ראשון, נספח ד. לטענה ההיסטורית יש גם היבט מגדרי-לאומי: שבועת בני נח (ועשוי בכללם) מחייבת מבחינה משפטית אבל לא מבחינה איסורית-דתית, ולהפך בישראל: "ובישראל אין השבועה עושה קנין, רק איסור שבועה עליו שלא יוכל יעבור מפני האיסור. ובבני נח ליכא איסור, אלא רק הוא קנין בדבר דלא שייך קנין אחר. נקנה ונתקיים הדבר שלא יוכל לשנותו עוד על ידי השבועה". ראו ישראל קדושים, ז (והשוו משנה למלך, הלכות מלכים י, ז, ד"ה שוב ראיתי בירושלמי). לפי זה, גם אם נניח שלשבועת עשוי הייתה נפקות משפטית-קניינית, יש להגביל נפקות זו לבני נח בלבד.

49 הריב"ש עצמו קבע בהקשר אחר (על פי תשובת הרא"ש!) ששבועה עשויה לשכלל עסקה בדבר שלא בא לעולם: "דאע"ג דאין אדם מקנה לחבירו דבר שלא בא לעולם, אם נשבע להשלים – חייב, וחברו קנה" (שו"ת ריב"ש, סימן שלה). כדי ליישב את פסקי הריב"ש, הסותרים לכאורה, יש להבחין בין ההיבט הקנייני להיבט האיסורי: "דהתם מיירי מכח שבועה, והכא מיירי מכח קנין". ראו שו"ת מהרשד"ם, חושן משפט, סימן כח. נפקות כוללת להבחנה בין עסקה מכוח "שבועה" לעסקה מכוח "קניין" היא תקפותה לאחור מות המוכר: חיוב השבועה אישי, ולכן, בהיעדרו של המוכר העסקה בטלה; מנגד, הזכות הקניינית חפצית, ולכן היא עומדת לקונה נגד יורשי המוכר. ראו סמ"ע, חושן משפט רז, ס"ק נג; ערוך השולחן, חושן משפט רט, יב. בניגוד לפתרונות שהוצעו בידי ראשונים ואחרונים, שכולם שנויים במחלוקת: באשר לפתרון 50