

שבתי בן דב

תורת דיני הקניין

מחקר-השוואה בקורתי במשפט העברי ובשיטות משפט חדשות

ספר א

מושג הקניין ומערכת זכויות הממון

מחקר-השוואה ביקורתי בשיטת הרכב זכויות הממון

בדיני ישראל ובשיטות משפט חדשות

תוכן העניינים

4	הקדמה
16	מבוא
17	חלק ראשון: הקניין והזכות הריאלית
17	פרק א': הגדרות הזכות הריאלית
17	א. הגדרת הזכות הריאלית במשפט האנגלי
18	ב. הגדרת הזכות הריאלית ביבשת אירופה
18	ג. מחלוקת הקלאסיציסטים והפרסונליסטים
20	פרק ב': מהות הקניין
20	א. תחילת-ביקורת של הגישה האירופית
20	ב. קניין, תביעה, רשות, זכות, חוב וחייב
23	ג. רשות במובן המורחב
25	ד. הגדרת הקניין: קניין-הגוף ושעבוד
34	פרק ג': השוואה מסכמת
34	א. יחס לעולם וזיקה לנשוא או לחפץ
35	ב. מבחן עיוני ומבחן ענייני
36	ג. חוסר-ההצדקה התכליתית למושג הזכות הריאלית
39	חלק שני: דיני הקניין ודיני הנכסים, החפצים או הרכוש
39	פרק א': גדר דיני הנכסים, החפצים או הרכוש בשיטות של אירופה
39	א. מהות הבעיה
39	ב. מיון הנכסים בשיטת המשפט הצרפתית
42	ג. "דיני הרכוש" במשפט האנגלי
43	ד. "דיני החפצים" במשפט הגרמני
43	ה. "דיני הרכוש" באיטליה
44	ו. השיטה השווייצית
46	פרק ב': הזכויות המתייחסות לחפצים כנושא מיוחד
46	א. ביקורת שיטתו של פרופ' גינוסר
47	ב. ביקורת שיטתו של סלמונד
49	ג. סיכום
	פרק ג': הקשר בין החפצים והתביעות על בסיס של הבדלה מהותית ביניהם בשיטות של אירופה
51	א. הגישה האורתודוקסית בצרפת והתפיסה הגרמנית
52	ב. יתרונות השיטה הצרפתית
54	ג. ביקורת השיטה הצרפתית
56	ד. נסיונות מוצא בשיטות אירופיות אחרות
58	פרק ד': מעמד הזכויות בחפצי הזולת - בשיטות של אירופה ובדיני ישראל
58	א. המצב בשיטות של אירופה
58	ב. הגישה בדיני ישראל
60	ג. יתרון הגישה העברית למעשה
60	ד. הבעלות בחפץ ושאיכות הנכס, או התפיסה העיונית של הזכויות בחפצי הזולת
63	פרק ה': הקניין והתביעות בדיני ישראל - קניין במוחזק וקניין בראוי
63	א. שיטת ד"ר ליאופולד אורבך
64	ב. המשמעות האמיתית של מעשה-הקניין בחיובים
66	ג. התביעה עצמה כסוג של קניין
67	ד. "שעבוד-הגוף" ו"שעבוד-הנכסים"
68	ה. קניין במוחזק וקניין בראוי
69	ו. התביעה כקניין-בראוי
71	פרק ו': מושג הנכסים העברי
74	פרק ז': מושג הקניין ודיני הרעיונות, הזכויות, המערופיא וכוחות הטבע
74	א. זכויות הרעיון בדיני ישראל

- 76 ב. המעמד הרכושי של זכיון וגדרי הבטחתו
77 ג. בעיית ה"מערופיא" ומכלול בית-העסק
79 ד. כוחות הטבע
79 ה. גורמים רכושיים אחרים
- 80 פרק ח': מושגי הפירות והשעבוד ביחס לקניין בראוי ושעבוד קיים במוחזק
80 א. גדרי העניין
81 ב. שעבוד-משנה במוחזק
82 ג. מושג הפירות
83 ד. פירות התביעה
87 ה. פירות הזכיון
88 ו. פירות בגין זכויות אחרות בראוי
88 ז. "משכון" בראוי
89 ח. ערובה בתביעה
90 ט. ערובה בזכיון ובזכויות אחרות בראוי
91 י. סיכום
- 93 פרק ט': מערכת זכויות-הממון בדיני ישראל (השוואה מסכמת)
93 א. מבנה המערכת
95 ב. מקרקעין ומיטלטלין
96 ג. ריכוז זכויות הממון במושג הקניין

הקדמה

על מקומה של השיטתיות במשפט וגדרי האפשרות לשפוט על עדיפותו של דין או מושג משפטי מבסיס אובייקטיבי

בשנת תשט"ז, או בתחילת תשי"ז, הטיל עלי ד"ר אורי ידן, במסגרת עבודתי במחלקת תכנון החוק שבהנהלתו במשרד המשפטים, את המשימה לחבר הצעת-חוק של דיני קרקעות, להחלפת דיני הקרקעות העותמניים-בתערובת-אנגלית הנהוגים אצלנו כיום. אחר שהקדשתי מספר חודשים לבירור המשמעות המדויקת של הדינים הללו בסיכומם ולבירור היחסים הקרקעיים השוררים אצלנו למעשה והבעיות המתעוררות על-ידי שילוב הדברים, פניתי למילוי המשימה-עצמה שהוטלה עלי, על ידי גיבוש הפתרון החיובי. לשם כך היה צורך להכין קודם-כל את הרקע המשפטי-העקרוני של יחסי בעלות, החזקה, שעבודים ומשא-ומתן דינמי במקרקעין - ולהגשמת הדבר הזה נקטתי, לפי נוהג המחלקה, בטכניקה של מחקר השוואתי בשיטות משפט שונות: בכל נקודה ערכתי את הגישות והפתרונות השונים זה לעומת זה, שקלתי את מעלותיהם ומגרעותיהם והתחקיתי אחר הבעיות החוזרות ומתעוררות לאור ההשוואה ההדדית - ומתוך הסיכום הייתי מגיע לפתרון הנראה לי בעניין הנידון. השיטות שבהן השתמשתי היו בדרך-כלל שבע; המשפט האנגלי, הצרפתי, הגרמני, האיטלקי והשווייצרי, המשפט הנוהג במדינת-ישראל - והמשפט העברי.

כהנחת יסוד במחקר זה נקבע שאין אני צריך להיות כפות לשום אידיאולוגיה מוקדמת שהיא; אך בעצם הנחה זו כבר רמוזה היתה ממילא לפחות דעה מוקדמת אחת - היינו שניתן להגיע לפתרונות משפטיים רצויים על-פי חשיבה משפטית אובייקטיבית, מופשטת, בלתי-צמודה לשיטת משפט כלשהי המחייבת באופן ייחודי מלכתחילה, - והנחה זו (להלן נחזור עוד ונראה כיצד התאפשר הדבר) התאמתה אמנם במחקר במידה מירבית, על-פי ראייה מובהקה; כי התוצאה שהתקבלה לבסוף לא היתה בשום פנים לקט של רעיונות שונים גרידא, אשר טיב טעמי האישי הוא הערובה היחידה לצדקת צירופם, אלא נמצאתי למעשה רק משחזר והולך שיטה אחת מסויימת דווקא, שכבר קיימת היתה בצירופה ואחדותה בלעדי - היינו **מכלול המושגים והדינים העבריים** המתייחסים לנושא בנידון, כשהם מבוררים מחדש ו"מאומתים" במבחן ההשוואה הביקורתית, ולו גם מופרים אמנם, במידה חשובה, על-ידיה.

[[2]] ואכן, היתה זו מלאכה מלהיבה. כי לא אכחיש שהיתה לי לא רק הנאה משפטנית-מקצועית, אלא - בעיקר - גם הנאה "לאומית" ומוסרית-היסטורית בהתאשרות היתרון המתמיד של מורשתנו שלנו, העתיקה כל-כך וסחופת-הגלות, בהתמודדות הגיונית-אובייקטיבית, על בסיס ממלכתי, עם השיטות החשובות ביותר המקובלות כיום על העולם הממלכתי-המודרני. אולם, כדי להעמיד את הדברים על דיוקם, חובה עלי להדגיש גם-כן כי צד זה של הנאה לא היה לי עניין שמלכתחילה, כי אם עניין שבדיעבד: בכל אופני הזרות זרה היתה לי כוונה אפולוגטית כלשהי, "להוכיח" את יתרון השיטה העברית; אם היתה לי במסגרת זו נטייה אישית בדבר, היתה היא רק זו: באמת **לבדוק** את השיטה העברית, ולהטותה לחיים מחודשים - לאו דווקא כדי להתרפק עליה או להתפאר בה, אלא כדי לחזור ולהשתמש למעשה ביתרון-יעילותה **כמכשיר**, כפי שאמנם נועדה היא לשמשנו - בתנאי המחויב, כמובן, שהיתרון יימצא בה באמת. והנה, בתהליך הבדיקה הזה,

כשהשיטה העברית הורדה מלכתחילה לרמה של שוויון כביכול עם השיטות האחרות שעמהן היא נבדקת, קדם תורה של ההנאה **המשפטנית-מקצועית** - ואף זו היתה הנאה מלהיבה למדי. מושגים וגישות, המקובלים כמובנים מאליהם או כנכסי-צאן-ברזל של המחשבה המשפטית, נותחו כאן לנתחיהם, שוסו כביכול זה בזה, נשקלו ונמדדו מחדש - ואם בכלל נמצאו הם לבסוף כשרים לחזור ולשמש כבני תוקף, הריהם על-כל-פנים הופיעו מבוררים ומלובנים, ומותאמים לעניינם באופן מתוקן יותר מכפי שהיו בתחילה. תוך כדי כך גם הלך המחקר והתרחב. התבררו הקשרים ההדדיים בין עניינים אשר הנטייה המורגלת היתה לראותם נפרדים, ונתגלו קווי-גבול בין עניינים שהורגלנו לראותם אחדים. כמה דברים שאפשר היה למנותם עם דיני הקרקעות - נמצא נכון להוציאם מן התכנית, והרבה יותר דברים, שנחשבו חיצוניים, נמצא שאין דיני הקרקעות יכולים בלעדיהם. ביחוד התברר שאין הצדקה אוביקטיבית - ואין גם אפשרות טובה - להסדר מיוחד של דיני המקרקעין, במנותק מדיני המיטלטלין ומדיני הממונות בכללם; ואמנם, בשלב זה שאנו עומדים בו, כבר הספיק המחקר להתפשט ולהקיף לא רק את דיני הקרקעות בלבד, אלא גם את דיני המיטלטלין - עד כדי קביעת גדרי התמזגותם של הדינים בשני הנושאים - וכן הקיף המחקר כמה וכמה בעיות בדיני ממונות שמעבר לכך.

משהגענו עד כאן הורגש ההכרח לחרוג מן הצמידות לבעיות מעשיות של החיים, שעליהן נועד המשפט להשיב, כדי לנקוט עמדה לגבי הבעיות העיוניות של עיצוב המבנה השיטתי, אשר קוויו התחילו להצטייר במערכת המשפט המעשי בעצמו. במילים אחרות ניתן לומר כי הבעיות המעשיות השונות חדלו להיתפס לנו בעצמיותן, ונעשו הן מעורות תמיד בבעיית השתבצותן בתכנית אדריכלית מקפת, אשר גדריה לא נודעו אמנם מלכתחילה, אבל נמצאו תובעים-כביכול את בירורם מאליהם בדיעבד - כתנאי להמשך העבודה; וכדי להיענות לתביעה הזאת נערך המחקר המיוחד שלפנינו, המשוחזר כאן בהתאמות [[3]] מסוימות לצורך פרסומו בנפרד. תוכנו, בסיכום, הוא בירור ההנחות המושגיות, ונסיון להתוות את שלד-המבנה הבריא ביותר המתאפשר על-פי מושגי המשפט שבידינו, לגבי הרכב שיטתי של מערכת הזכויות בדיני ממונות - ודרכו היא אותה דרך השוואתית שוב, שסקרנו לעיל. התוצאה המפתעת היא, שאם כי במקורות המשפט העברי עצמו אין אנו מוצאים אפילו **נסיון** לערוך את מסכת זכויות הממון לפי איזו תיאוריה מושגית-אנליטית, הרי בעקב עדיפותם העניינית המהותית של מושגי המשפט העברי - מזדהות למעשה מסקנות המחקר עם המסקנות שהיו מתחייבות ביחוד לגבי נסיון לערוך בשיטה צורנית את הדינים הנתונים דווקא של המשפט העברי, לפי הגיונם המושגי-הפנימי שלהם. במהלך התפתחותם של הדברים לתוצאה הזאת, אך טבעי הוא אם המחקר חדל להיות מחקר השוואתי גרידא, ונהפך הוא - בעת ובעונה אחת - גם למחקר במשפט העברי ביחוד, ולו גם על בסיס השוואתי; ובודאי ובודאי לא מקרה הוא שמחקר **עיוני** זה, שהוא נדמה לי ראשון בסוגו במשפט העברי, טעמו **המעשי** הוא בגישושים לפיתוח המשפט הממלכתי במדינת ישראל המחדשת.

*

אולם, דווקא מתוך כך שכוונת המחקר איננה רק לחשוף את ההגיון הפנימי של מערכת זכויות הממון בדיני ישראל, למען עצם העניין האקדמי העשוי להימצא בדבר, אלא נועד הוא מלכתחילה לספק הצעה של תיאוריה בסיסית לצרכי פיתוח משפטי מעשי, מרגיש אני שלא אהיה שלם עם

הקורא - וגם עמדי בעצמי - אם לא אנסה בפתח-הדברים להשיב על השאלה הטרומית: **כיצד בכלל מתקשר הענין המשפטי-המעשי בצורך של שיטה עיונית?** והרי שיטת המשפט איננה בשום-פנים מכשיר לסיפוק יצרי הסדר העיוני של האדם, כי אם מערכת-כללים להכוונת ההתנהגות האנושית **כרצוי** - והרצוי בכל מקרה מסויים, כלום חייב הוא להתאים באמת להגיונה של שיטה? אדרבה, ההגיון המשפטי, על שיקוליו המופשטים, עשוי לכאורה להוביל את השופט למסקנה אשר על-פי שקולים פרגמטיים, הצמודים להגיון-החיים במסיבות המקרה, הוא היה אולי נוטה דווקא לפסלה לחלוטין - ואמנם, אף ביבשת אירופה, ששם מפותח העיון, מוצאים אנו מידה של הסתייגות לגבי¹.

ההסבר הנפוץ והפשוט ביותר לחשיבות השיטה העיונית במשפט ניתן לנו בכך, שהשיטה מאפשרת למי שמעוניין בדבר לתפוס את מערכת הכללים המשפטיים במרוכז, ולמצוא באופן כזה - תוך חיסכון גדול במאמץ ובזמן - את הכלל המיוחד שהוא נזקק לו במסיבות המקרה². אך הסבר זה אינו יכול בשום פנים להשביע את רצונו של אדם שיבקש לו על השאלה שהצגנו תשובה של ממש. ראשית, מפני שנוחות השופט או התלמיד אינה יכולה כמובן להצדיק את [[4]] השחתת המשפט על-ידי שיטתיות מלאכותית לצרכם, כשיטתיות זו עלולה בסופו של דבר להביא לסילוף כוונתו האמיתית של המשפט, שחזקתה לטובה. ושנית, מפני שאמנם לא נוצרה עוד שיטת משפט בעולם שנבנתה בשיטתיות מלכתחילה לצרכים של לימוד; ולפי זה קשה להבין כיצד יכולה להימצא במשפט שיטתיות לימודית בדיעבד, אם אין היא מצויה בו מקודם לצרכים אחרים - וממילא משמע שההצדקה ה**לימודית** לשיטתיות במשפט נשארת מרוחקת משורש הדברים באופן קוטבי.

הנסיון הקלאסי לעמוד על ערכה המהותי-הפנימי של השיטתיות במשפט נעשה על-ידי **יהרינג**, בפרקים הראשונים של השער השני לחלק השני מספרו על "רוח המשפט הרומי". אולם, נסיון זה, עם כל נטייתו ל**הסביר** את הדברים - ואף-על-פי שרצוף הוא הנחות ומסקנות נכונות - נהפך למעשה רק לשיר-הלל לשיטה המשפטית, תוך הצלחה הרבה פחות ניכרת בחיתוך המדויק של התיזה שהוא מבקש להוכיח ובחיתוך ההוכחה עצמה, מדוע הנחותיו ומסקנותיו הן אמנם מחויבות המציאות כנטען. מעבר לכך נראה שבדרך כלל נשארה הבעייה נשכחת ונעלמת כמעט, הן בספרות על הפילוסופיה של המשפט, הן במה שמכונה כ"תורת המשפט" (jurisprudence באנגלית או Rechtswissenschaft) - ולא רק, כפי שאין צריך לומר, בספרות העברית או האנגלו-סקסית, אלא גם ביבשת אירופה. אנחנו, כאן, לא נוכל כמובן להפליג למחקר ממצה של הנושא, שהיה מחייב למעשה ספר שלם לעצמו; אולם, אחר עיון מסוים וחיטוט בספרות שבעין מסתבר שלפחות בעיקר-הדברים העניין הוא פשוט למדי, ובגדרי עיקר זה אפשר לסכמו כלהלן.

כנקודת-מוצא תשמש לנו העובדה, שמלבד מקרים בודדים, היוצאים מגדר הרגיל לחלוטין (כגון חוק הניתן לגבי עניין מיוחד של אדם מסוים), אין הקביעה המשפטית אפשרית מלכתחילה אלא במופשט ובהכללה, ורק מן ההכללה המופשטת יכולה היא להתפרש ולחול על המקרה המוחש

¹ א) ז'ני, עמ' 40 ואילך, 198 ואילך.

² ב) **יהרינג**, ב/ב, עמ' 341 ואילך; **ז'ני**, עמ' 37-38; **אוסטין-קמפבל**, עמ' 156-157; **הולנד**, עמ' 1-2; **קורקונב**, עמ' 348 ואילך. ורי גם ספרי דבי רב, פרשת האזינו, ד"ה יערף כמטר לקחי: "רי יהודה אומר, לעולם יהא אדם כותב דברי תורה כללים, שאם כונסן פרטים - מייגעים אותו ואין יודע מה לעשות".

שבמציאות. דבר זה הוא נכון לא רק בשיטות המשפט הנוקטות את צורת ההפשטה בגלוי בניסוח, אלא גם בשיטות קזואיסטיות, כגון השיטה העברית - שבה למעשה אין כל מקרה תלמודי נידון כעניין לעצמו, אלא כהדגמה ממשית לבעיה העקרונית הגלומה בו, - וכן השיטה האנגלית, שדיניה אינם מורכבים מעצם התוכן המעשי של כל תקדים ותקדים, אלא מן ה-rationes decidendi של התקדימים, שהן כמובן מופשטות לגמרי. בהתאם לכך ממילא משמע, שעיבוד הקביעה המשפטית הרגילה מלכתחילה³ מחייב מאמץ שכלי לא רק כדי לגבש את מדיניות-ההסדר בעניין הנידון כשלעצמה, אלא גם כדי לגבש את גדרי הכלליות שבהם הסדר זה יחול ואת גדרי תוכנו של ההסדר בבחינת יחס [[5]] משפטי בין אנשים⁴ - וגיבוש זה, או מימוש זה, של הכוונה המשפטית **בדין מסוים** המוכן לשימוש, נהפך אפוא בהכרח לתרגום של הכוונה המשפטית הטרומית, מן התפיסה הערטילאית שבה היתה הכוונה מרפרפת, ללשון מושגים חתוכים של משפט. בקשר לכך שוב יש להדגיש, כי אין הדבר מוכרח להתבטא דוקא **במונחים** מקצועיים מוגדרים; המונחים אינם אלא סמל מילולי למושגים - ומושגים עשויים כנראה למלא את תפקידם, מתוך תודעה ברורה במחשבה, גם אם אין הם מסתמלים במונחים העשויים במיוחד למידתם, אלא באופן עקיף או ברמז. למשל, על דרך המשנה הידועה של "שנים אוחזין בטלית - יחלוקו", יכולים אנו לתאר לעצמנו הוראה משפטית שתקבע כי "צד אדם שפן ביער ותפסו אחר - מוציאים את השפן או את ערכו מידו ומחזירים לצייד" - ותוכל זו להיות הוראה שוות-ערך לחלוטין (אם כי מסורבלת יותר) להוראה רצופת-המונחים ש"**הגוזל חפץ מבעליו** - חייב להחזיר לו את החפץ בעינו או לשלם את ה**נזק**"; כי כשם שבניסוח השני אין משמעות לדברים אלא אם נעמוד על גדרי המושגים המשפטיים של בעלות, גזלה, חובה, וכו' - כן גם הניסוח הראשון אינו עומד לשימוש אלא על דעת שיפורש כי אף מי שצד ציפור בכפר דומה לצד שפן ביער, אבל הצד שפן בכפר דומה **לתופס** מן הצייד ביער, ואילו "המוציאים" הם **בית הדין**, שיפעל בדרכי הנוהל הנהוגים בו, ובתנאי רק שהתופס עדיין לא החזיר בעצמו. בשני האופנים אפוא, לא המלים כשלעצמן הן הקובעות, אלא הפירוש המושגי של המילים - ובשני האופנים הכוונה היא לאותם המושגים עצמם, או **לאותם גדרי-התחולה של המלים, שהובחנו מתוך מכלול החיים והועמדו באמצעות המלים כנושאי עניין מיוחד, מכוח התכלית המשפטית ולצרכה.**

אך לפי זה ממילא משמע גם, שבירור המושגים האלה, או אותן ההפשטות המשפטיות שאמרנו, אינו רק עניין למאמץ השכלי של עיצובם מלכתחילה, אלא גם למאמץ השכלי החוזר של פירושם בדיעבד, בקשר להחלתם והבהרת משמעותם למעשה בכל מקרה מסוים. פירוש זה יכול להיות בדרך האנליטית של הבנת **המונחים המופשטים**, או בדרך הסינטיטית של תפיסת העקרון הגלום בניסוח הקזואיסטי ומיצוי אנליטי חוזר של המסקנה המתחייבת ממנו לגבי המקרה הנתון; אבל על-כל-פנים מועברים בכך הדברים לעמוד על **הגיונם**, ולעיתים קרובות אף נמשכת מכאן חדירה להנחות-יסוד הגיוניות שמאחורי המושג או הכלל המתפרש, באופן שגם אלו תתגלנה כהכללות משפטיות חדשות-כביכול, המחייבות בהכרח, וטעם כל היותן נמשכות מן ההכללה הקודמת

³ ג' ור' **דאבין**, עמ' 101 ואילך, שאפילו מאחורי כל קביעה של המשפט המנהגי יש למעשה עיבוד שכלי מכוון.

⁴ ד' למשל, אם הכוונה היא שמי שהסדר חל עליו ישב בבית-הסוהר, אין מספיק להכריז על עצם הכוונה הזאת, אלא נחוץ לבטא את ההכללה כי הישיבה בבית-הסוהר תהא פעולה מובטחת על-ידי מכלול המנגנון המשפטי המתאים.

הריהן הופכות לה **בסיס עיוני**, וגם בסיס לחידושים נוספים מכוח ההגיון שנתגלה. יתר-על-כן, אף מלכתחילה אין כל הכללה משפטית עומדת [[6]] בפני עצמה: לא זו בלבד, שממקום שנפסקה תחולתה - ממילא מתחילה ההכללה של **אי תחולתה**, אלא תמיד נמצאות בצידה גם הכללות **חיוביות** אחרות, המשלימות ומסייגות אותה, וכל מקרה מסוים עשוי להימצא מבחינות שונות בתחומי תחולתן של כולן, בלי שסתירה כל שהיא תוכל להיות נסבלת בכך⁵. מכאן מתחייב ביחוד בירור **גדרי-השכנות** בין ההכללות השונות - דבר הקשור שוב, באינטנסיביות מוגברת עוד, בחישוב מדויק של עיקרון המהותי-הפנימי, תוך חדירה מעמיקה והולכת להנחות-היסוד, או **מושגי-היסוד**, המסתתרים מאחוריהן ואשר מהם מתחייב ומתפצל שיתופן - וכך נשלם התהליך הנוטה להפוך את מידת השיטתיות המצויה במערכת מושגים וכללים משפטיים לתורה מודעת ומסתעפת של שיטתיות זו עצמה, כדי לפשט ולאפשר את מלאכת החלטה של מערכת זו בכללה בכל מקרה מסוים העשוי להיתפס באופן הגיוני בתחומה, בין אם עניינו הוסדר כבר בפירוש ואם לא. בהתפתחות זו, ממילא אף נוטה המחשבה המשפטית להיחפך למעין שיטת מחשבה מאוחדת, ממש מתימטית, אשר מושגים משפטיים משמשים בה במקום סמלים אלגבראיים - תוך השתלבות דיאלקטית מסובכת, בהמשך ממספר מצומצם של אקסיומות נתונות, - וההבדל החשוב הוא רק זה, שבמתימטיקה אפשר לאמת על-פי הנסיון מהו בדיוק סבך הגורמים הצריכים להלקח בחשבון לגבי כל מקרה מציאותי ומהו אפוא הפתרון הנכון בסיכום, בעוד שבחיי המשפט אין שום מבחן אובייקטיבי כזה; כאן, הבחירה המדויקת של הגורמים הצריכים לעניין היא שאלה של התמודדות בין הרעיון המשפטי והמוסרי-האישי של האדם לבין החומר המשפטי כפי שהוא נמצא מנוסח לפניו⁶, ולכן אמנם - כפי שכותב **וינדשייד** - אין ההכרעה המשפטית עניין של מדע, כי אם דבר-אמנות⁷. אולם, העובדה נשאר, שדרך הוצאתה של אמנות מיוחדת זו אל הפועל היא בהכרח דרך של פיתוח מושגי-הגיוני, אשר נכונותו הפנימית ומידת שלמותו והתאמתו למכלול השיטה ניתנות להוכחה ולביקורת על-פי החוקים של השכל - לפחות במידה שהוראות המשפט הן מושלמות בתוכן ואינן מוסרות לשופט שיקול-דעת חופשי.

תיאור זה של הטכניקה המשפטית הוא נכון, מטבע הדברים, לגבי כל מערכת שהיא של כללים משפטיים; וזהו בודאי ההסבר להנחתו של **יהרינג**, שאם כי השיטה העיונית של המשפט הרומי זרה למשפטן האנגלי, הרי השוני בין דרכי המחשבה של הדיוט ומשפטן בני תקופה אחת כלשהי הוא הרבה יותר גדול מאשר השוני בין דרכי המחשבה של משפטן אנגלי בימינו ומשפטן ברומא העתיקה⁸.

אך אם כן הוא הדבר, מתעוררת השאלה כיצד בכלל התאפשר הרעיון, שההגיון השיטתי, המתחייב על-פי כללי המשפט המוכרים, יכול גם להימצא כבלתי-צודק? והרי יש להדגיש כי רעיון זה אינו יכול להוות מכוון לסתירה בין תפיסת הצדק של השופט לתפיסת הצדק של המשפטן באשר הוא: סתירה כזאת היא עניין [[7]] סוציולוגי, ולא עניין לתורת-המשפט כשלעצמה, המקבלת בהכרח את ההנחה כי השופט אינו שופט **את** המשפט, כי אם **על-פי** המשפט - ואילו כאן המדובר

⁵ (ה) קלזן, עמ' 402.

⁶ (ו) ראדברוד, עמ' 246 ואילך.

⁷ (ז) וינדשייד, כרך א', עמ' 55.

⁸ (ח) יהרינג, ב/ב, עמ' 326-327.

הוא, למעשה, בהנחה שהסתירה היא **פנימית**, ושהמשפט עצמו, לפי "רוחו", שולל את הגיונו - אף-על-פי שהגיון זה הוא המכשיר האפשרי היחיד לתפיסת רוחו בממש.

תירוצו של התימה - נראה שהוא היסטורי, ולא מהותי. העובדה היא שביבשת אירופה התפתחה מערכת שיטתית של מושגים משפטיים על בסיס המשפט הרומי; וכאשר במשך הזמן נוספו כאן "מוסדות" או מוקדי-מושגים משפטיים חדשים, בעיניים מסוימים, והורגש הצורך לתאם מוסדות אלה עם מכלול השיטה המקובלת מכבר - היו מן הפרשנים שביקשו לפסול רבים ממוסדות אלה מעיקרם, בגלל עצם אי-התאמתם לשיטה, ובלי להתחשב בצרכים המעשיים שלסיפוקם הם נולדו⁹; או, להפך, נמצאו פרשנים שדימו למצוא את הפתרון על-ידי צירוף המוסדות החדשים באופן אוטומטי - או בדרך פלפול בחוק, חסר בסיס במציאות - לתחום משמעותו של מושג כלשהו ממושג-היסוד הידועים¹⁰. אך טבעי הוא אפוא אם צירופים מסוג זה נתגלו לעתים קרובות חסרי תועלת או נסתרים מתוכם, על-פי מידת הגיונו הפנימי של המוסד שביקשו לפרשו - ואך טבעי הוא אם כנגד נטיית הפרשנות המושגית "א-פרירוריסטית" בכללה (היא ה-begriffsjurisprudenz המפורסמת), המסולפת על-פניה, קמה ריאקציה של תובעי פרשנות שתהא משוחררת מן הצמידות למושגים נתונים ותלך אחר דרישות החיים והמוסר השייכים לעניין. התפתחות דומה עשויה להסביר את חוסר-האמון לגבי דרך השיטתיות המושגית במשפט, המקובל ביחוד בקרב המשפטנים **האנגליים** - ובהעברה מהם, בהקף מכריע, גם בקרב המשפטנים של מדינת-ישראל כיום. **אוסטין**, אביה של תורת-המשפט באנגליה, לא העלה כידוע את תורתו מתוך המשפט האנגלי עצמו, אלא נמשך למעשה אחר תורת-המשפט האירופית-היבשתית; ואך טבעי הוא אם מושג-יסוד המיובאים מן השיטה האחת נראים לעתים קרובות ככפייה מחשבתית בעלמא כשמנסים לפרש על-פיהם את החומר המשפטי של השיטה האחרת. דוגמה מובהקת תימצא לנו למשל בפסק הדין הארץ-ישראלי בע"א 309/54¹¹, שבו ניסה השופט אגרנט לפלס לו דרך בין המושג האוסטיני של "זכות ריאלית" מזה והסבך האנגלי-המקורי של זכויות "לגליות" ו"אקויטביליות" מזה. מצד אחר אפשר להוסיף שלפעמים עשוי חוסר-האמון לשיטתיות המושגית לעלות גם מתוך הסתבכויות מופרכות אפילו בתחומה של שיטת-עיון המתפתחת באופן אורגני, בצמוד לנתוניה - כגון הנסיון הקלאסי לתאם בין מושג **השיתוף** לבין מושגי **הזכות המשותפת והדבר המשותף**, על-ידי ההסבר שהשיתוף הוא צירוף של זכויות מקבילות, השוות בעיקרן לזכות המשותפת והמתייחסות כל אחת לחלק בלתי-מסוים של הדבר המשותף. הסבר זה הוא בלתי-מציאותי ואף נסתר מבחינה הגיונית מתוכו, והמשפטנים האירופיים לא הצליחו למצוא לו [[8]] תחליף משביע רצון, - ולכן הושאר השיתוף הרגיל במשפט הגרמני דהאידינא כמוסד בלתי-מוסבר בכלל, מנותק-כביכול מן הרקע המושג-הכללי של המשפט¹². ביחס לענייננו פירושו של דבר הוא כאילו הכריזו המשפטנים הגרמנים שהנה נמצא מוסד משפט מרכזי, אשר כל הסבר עיוני עשוי רק לסבכו ולהטותו מדרך-הישר, בעוד שהסדרו המעשי כשלעצמו נושא את התוצאות הרצויות גם בלי שום הסבר עיוני.

⁹ (ט) יהרינג, ג'א עמ' 318 ואילך.

¹⁰ (ז) ז'ני, עמ' 199 ואילך.

¹¹ (א) מיכאל נאמן נגד עיריית תל-אביב, פסקי-דין י', עמ' 1942 ואילך.

¹² (ב) דרנבורג, כרך א', עמ' 462-463; **אנקצרוס-להמן**, עמ' 762-763.

אולם, גם מי שטוען לגישה משפטית תכליתית ובלתי-דוגמתית אין לו למעשה דרך להשגת תכליתו אלא - שוב - באמצעות ההגיון המושגי של המשפט¹³. במלים אחרות אפשר לומר כי בגדרו של מוסד משפטי נתון אין לנו שום הגיון לקבוע על-פיו מה טוב ומה רע מלבד הגיון טבעו של המוסד בעצמו - ולו גם תוך מאבק "אמנותי" עם החומר, כפי שהדגשנו לעיל, - ובדוגמה מציאותית יתברר לנו הדבר, אם נחזור ונשאל מהו באמת ההסדר המעשי הרצוי באותו מוסד **השיתוף**? האם הרצוי הוא, למשל, שמלכתחילה יהא כל שותף זכאי לפעול בנכס המשותף כאילו היה הוא בעליו היחיד, אם כי בכפוף אמנם לזכות המקבילה של חבריו, שתחזור ותצמצם למעשה את הזכויות העצמאיות של כל שותף עד מזער, - או שמלכתחילה יהיו השותפים זכאים לפעול רק בהסכמה הדדית, בכפוף לזכויות מסוימות שתינתנה בכל-זאת לכל שותף, לפי צורך העניין?¹⁴ אם נבקש את התשובה על כך במישרין "מן החיים" - או מן ההרגשה הכללית של סבירות או מוסר - התשובה הבלתי-נמנעת היא תיקו; ואם לא ימצא הדבר מוכרע בפירוש ומלכתחילה בחוק (כפי שאמנם לא הוכרע בדיוקו בחוק הגרמני¹⁵), הרי שהתשובה תהא מוכרחה להימצא רק לפי טבעו המהותי של מושג השיתוף בעצמו. אם יגיע בזה השופט למסקנה הקלאסית, הריהו יפסוק לפי האפשרות הראשונה; אם לעומת זאת ימצא, למשל, - כפי שהסיק **הרשב"א** בדיני ישראל¹⁶ - כי השיתוף במהותו הוא זכות מאוחדת בידם של רבים, ואילו הזכויות העצמאיות של כל שותף הריהן שעבודים **כנגד** השיתוף, הנמשכים מהסכמה הדדית או מתקנה של הדין, הריהו יפסוק כאפשרות השנייה. במידה שנשכים למסקנה העקרונית של השופט, ממילא נשכים גם למסקנתו המעשית - וזו תיראה לנו לא רק מחויבת על-פי חומר הדין, אלא גם כנכונה וטובה מנקודת-ראות תכליתית. מצד שני, לו הכריע החוק בפירוש בשאלת-המבחן המעשית שהצגנו, הרי בזה, ממילא, הוא היה גם נמצא מכריע בפירוש הבעייה העקרונית - ועל-כל-פנים רואים אנו אפוא שבאמת אין המוסד המשפטי מגיע לשלמות מעשית אלא בצמוד לשלמותו העיונית, שהיא במילים אחרות: **המיצוי של שלמות-הבנתו**.

[9]] ובכיוון הפוך, אם נפנה עתה למקורות ההסתייגות האחרים שראינו ביחס לדוגמתיות במשפט, נמצא כי הנקודה המכרעת היא, שגם אם העיון המשפטי נדמה לנו כמלאכת עיבוד פרשני בדיעבד, הרי באמת אין הפרשן בן-חורין להרכיב על החומר שלפניו שיטה עיונית כלשהי, אלא מצווה הוא רק לגלות את השיטה הגלומה בו מלכתחילה בפועל או בכוח¹⁷ - אם אמנם היא גלומה בו. כפי שמעיר **יהרינג**, אמנם יכולה הפרשנות לעשות הרבה כדי להתגבר על פגמים הטבועים בחומר המשפטי המקורי, אבל "גם אולפיאנוס ופאולוס וכל המשפטנים הרומיים יחד לא היו מפיקים מהצעת ספר החוקים האזרחי הזאקסי משהו מעין המשפט הרומי"¹⁸. ממילא משמע איפוא שהעורך המקורי של החומר חייב להיות בעל עומק חדירה שיטתית לא פחות - וודאי אף יותר - ממי שיבוא לפרש את דבריו אחר-כך; שהרי מלאכת הפרשן - מעבר לאמנותו - מצריכה רק

¹³ יג) קלוג, עמ' 29.

¹⁴ יד) במלים אחרות, עיקר השאלה הוא האם במקרה של ספק יצטרך השותף להוכיח כי הזכות העצמאית שהוא תובע מגיעה לו, או שמא יצטרכו חבריו להוכיח כי אינה מגיעה.

¹⁵ טו) ר' בגי"ב, סעי' 743, 744.

¹⁶ טז) מובא אצל הר"ן על נדרים מ"ו א'.

¹⁷ יז) השווה **מסיניאו**, כרך א', עמ' 115.

¹⁸ יח) **יהרינג**, ב/ב, עמ' 338.

הבנת החומר הנמצא מוכן לפניו, בעוד שמלאכת העורך המקורי מחייבת חציבה ישירה מתוך מכלול המציאות עצמה, והריהי, אפשר לומר, כלה אמנות¹⁹.

ובאמת, עומק-חדירה זה הוא התנאי לכך שהדין המנוסה ישיג את תכליתו בשלמות, כפי שמתחייב הדבר באופן כפול. מצד אחד, כמובן, אין המדיניות המשפטית הנכונה יכולה להימצא כלל אלא מתוך תפיסה מעמיקה וממצה ככל האפשר של השתלבות העניין, מבחינה חומרית ורוחנית גם-יחד, **בשיטת המציאות**; זהו **הרקע האידיאולוגי** לעיבודו של הדין או של המוסד המשפטי, ומדת שלמותה ואמיתה של ההתמצאות ברמה זו של הדברים - ולו גם בהרגשה שלא מדעת - היא הקובעת את טווח יעילותו של הדין או של המוסד שיופק. אם יתנו הדין או המוסד ביטוי לשיטה אידיאולוגית נעלה ועמוקה ורחבת-אופקים - תהא להגיון הגלום בהם משמעות גם מעבר לזמנים המתחלפים, ומעבר לעניין הממשי המסוים שקיבל בהם את פתרונו המפורש; אם לעומת זאת, יימשכו הדין או המוסד מהשקפה שטחית, הרי מעבר לזמנם ולתכנם המפורש יישאר ענינם בלתי-מכוסה, ואף במסגרת זמנם ותוכנם נעמוד בפני ספק אם תהא תוצאתם לטובה - אפילו על-פי קנה-המידה התכליתי של המחוקק שלהם בעצמו. ואילו מצד שני, כפי שראינו, הניסוח המשפטי אינו בעצם אלא ארגון מושגי של המציאות, במסכת רעיונית מיוחדת, בהתאם לתכליתו וצרכו של העניין המשפטי - ושוב מתעוררת אפוא בעיית השיטתיות של ארגון זה עצמו, ברמת **העיצוב הטכני** של הדברים למעשה²⁰. אם הקביעות המשפטיות השונות, על מושגיהן, תהיינה ברורות וחתוכות על-פי תפיסה אידיאולוגית ממצה ומאוחדת - **שלהן עצמן ושל רקען המציאותי במשולב** - ממילא ייקל על הפרשנים לפתח מהן את "המתימטיקה המשפטית" המסתעפת, כפי שראינו לעיל וכפי שמחייב העניין המשפטי מטבעו.

[10]] אם לא כן, והיינו שיהיו הדברים מעורפלים ודלי-משמעות, או שיימשכו על-כל-פנים מהנחות יסוד סותרות או שטחיות, הנסותרות מתוכן או שאינן מגיעות כדי גישור הגיוני ביניהן - ממילא ייתקע כביכול הפיתוח המשפטי בחול. הדינים והמושגים השונים יוקעו כ"עלובים" או "שרירותיים" - לא רק על-פי קנה-מידה אידיאולוגי-חיצוני כלשהו, כי אם על-פי עצם הגיון המסגרת המשפטית המחייבת, שלהם בעצמם; וכתוצאה מכך, או שיידחו אותם דינים ומושגים מן השימוש לגמרי, או שעל-כל-פנים יוקפאו שוב, כל אחד בתוכנו המפורש לעצמו, מתוך שלא יוכלו להצטרף זה עם זה בבסיס לפיתוח דינמי נוסף, בבחינת ביטויים מגשרים בין מכלול עניינם המשותף לבין איזו אמת משפטית שלמה כנגדו.

דברים אלה, אין פירושם כמובן שההגיון השיטתי צריך להשתלט על הניסוח המשפטי בכיפה. אדרבה, כאן שוב עומדים אנו בפני תהליך דומה למה שראינו אצל הפרשן בדיעבד, אשר חוש-המידה שלו חייב להיאבק עם החומר המשפטי הדומם, כפי שהוא נמצא לפניו במכלולו. כמוהו חייב גם העורך המקורי להיאבק תמיד עם מכלול השיטה שהוא מפתח והולך, כדי להוסיף ולשלב בה תיקונים וסייגים, ככל שעשוי להידרש על-פי חוש-מידתו או על-פי צורך מוגדר. זהו למעשה ניסוח חוזר - במילים אחרות - של העובדה שהזכרנו, שההגיון השיטתי במשפט נמשך **משני**

¹⁹ (ט) **יהרינג**, ב/א, עמ' 6; ג/א, עמ' 1 ואילך.

²⁰ (כ) ביחס להבחנה בין הרקע האידיאולוגי (או בנוסח אחר: הרקע "התכליתי" או "המדעי") של המשפט לבין עיצובו הטכני (או הצורני), ר' ז'ני, עמ' 4 ואילך; **ראדברוך**, עמ' 246.

מקורות משלימים : לא רק מתכנית הארגון של המסגרת המשפטית בכללותה, אלא גם מן ההגיון המוביל לעיצובו של כל דין ומושג משפטי בפני עצמו. אך מעצם הבהרה זו שוב חוזר ומשתמע, שגם הסייגים המוכנסים כך לשיטה אסור להם על-כל-פנים להיות "שרירותיים" - או בלתי-משתלבים עם הערכים האחרים של השיטה בשלמות הגיונית מתוקנת אחת. אם אין הדברים משתלבים, מתעורר ספק לא רק לגבי טיבו של העיקר או של הסייג הנועד לתקנו, כי אם לגבי טיב העיקר והסייג כאחד ; כי המציאות, של-פי טבע שכלנו נתפסת היא לנו כאחת ביסודה - לא יתכן שנסבול בה מסקנות שאינן מתישבות, ולו גם על בסיס דיאלקטי.

בהתאם לכך ניתן לסכם כי **הדרישה לשיטתיות במערכת כללים משפטיים היא מצד אחד פועל-יוצא מהותי של הטכניקה המיוחדת, ההכרחית להפעלת הכללים למעשה; ומצד שני - מידת השיטתיות המצויה במערכת הכללים, על-פי הצירוף של טיבם מלכתחילה ומה שנתפרש בהם בדיעבד, היא הביטוי המובהק למידת נכונותה ויעילותה של מערכת הכללים, מבחינה אידיאולוגית וטכנית גם יחד.**

*

והנה, לפי זה שוב ניתן להסיק כי שיטת משפט הנעצרת אפילו צעד אחד - ומה גם רחוק הרבה יותר - לפני השתלמותה במכלול של השקפת-עולם ממצה, עד לתחום המיטפיסי ממש, היא ממילא שסועה ובלתי-מתאחה משוליה ולפנים, וממילא צפויה היא להיסתר ולהתנוון פלה במוקדם או במאוחר. לכן [[11]] יש לתמוה על **יהרינג**, שמצד אחד משבח הוא את היפרדות המשפט הרומי מעל מקורותיו המוסריים והאמונתיים²¹, ומצד שני מדמה הוא למצוא במשפט הרומי המנותק הזה תחליף מספיק ל"פילוסופיה לאומית"²². אדרבה, מנקודת ראות של משפט אידיאלי מתקבל יותר על הדעת העקרון הגלום במקורות העבריים, שבהם מתמזגת כל תורת החיים הישראלית במערכת המחשבה המשפטית, עד שהמשפט העברי, דת יהודית ותורת ישראל הנהפכים כמעט למושגים זהים, בעלי אופי משפטי מאוחד²³; ולא זו בלבד שעל-ידי מזוג זה לא נתקיים פה החשש של **יהרינג**, שמא תקפיא הכפייה המשפטית את ההתפתחות המוסרית, כי אם נהפוך הוא: ההנחה שכל הלכה נתונה אינה מחייבת באופן שרירותי, בין אם טובה או רעה היא, אלא **כאשר נבחנת ומשתלבת היא במכלול של תורת-אמת שלמה ומחלטת, המוכרחה להיות טובה בודאי** - היא היא כמובן ההסבר לכך שתורת ישראל והמשפט העברי לא קפאו על שמריהם, ושמבחינה עקרונית אין שוב הלכה מרגעת בהם עד שמתבררים וחוזרים ומתבררים גדרי אמיתה באמת, בדרגת עמקות ואחריות עילאית²⁴.

אולם הגישות האידיאולוגיות למציאות השלמה אינן כמובן מותאמות ביותר לדיון אובייקטיבי, איזו מהן היא הנכונה והטובה באמת, - ונניח פה אפוא להשוואה בין שיטות המשפט השונות מן

²¹ כא) **יהרינג**, ב/א, עמ' 47 ואילך.

²² כב) שם, ב/ב, עמ' 414.

²³ כג) השווה **זילברג**, עמ' 1 ואילך.

²⁴ כד) השווה תש"ו הרא"ש כלל נ"ה סי' ט': "מי לנו גדול כרש"י זצ"ל, שהאיר עיני הגולה בפירושו, ונחלקו עליו בהרבה מקומות יוצאי יריכו ר"ת ור"י ז"ל וסתרו דבריו, כי תורת אמת היא ואין מחניפין לשום אדם..."

הבחינה הזאת. אך משעושים אנו כן - ממילא אובדת לכאורה כל אפשרות להכריע בין שיטות המשפט לפי קנה-מידה אובייקטיבי בכלל. כי בוותרנו על קנה-מידה מסוים כלשהו ביסוד הדברים, ממילא משמע שגם בעניינים וברמת-השקפה שהם לכל הדעות בתחום המשפט, לא יימצא בדרך-כלל בסיס משותף להכרעה הגיונית בין ההנחות האידיאולוגיות המשמשות בהם יסוד להסדר בשיטות השונות, ושעל-פיהן מוצדק כל הסדר לעצמו. שום מחקר השוואתי על ידי ניתוח הגיוני של החומר המשפטי הנתון, בלי קנה-מידה עליון מלכתחילה, לא יביאנו למסקנה אם עדיפה למשל חוקה דמוקרטית או חוקה המכוונת על-ידי רעיון תכליתי; אם יש להתיר נישואי כהן וגרושה ואם לא; מהם המעשים שראוי לאסור בדיני העונשין ומה תהא תורת העונש ומידתו בכל מקרה מסוים; האם ראוי לעודד צוואות, או להכביד עליהן, או למנען לחלוטין - וכו' וכו'. בכל השאלות האלה, וכן ברבות - כמעט עד אין-סוף - כמותן, יכול להיות למחקר מן הסוג האמור רק ערך אינפורמטיבי בלבד, ולו יהא שמידת השלמות השיטתית, אשר נמצא בכל מערכת מושגים וכללים, אמנם תראה לנו את **ערכה היחסי** כנכס-תרבות לגבי האידיאולוגיה המסוימת שאותה היא באה לשרת; [[12]] אבל "הדעה המוקדמת" שהזכרתי בתחילתו של מבוא זה - בדבר האפשרות לגבש הצעת-חוק מעשית על-פי מחקר-השוואה ביקורתי בחוקים שונים בעלמא - מוכרחה לכאורה, ברמת-הדברים הנידונה, להיסתר.

מתעוררת אם-כן השאלה, כיצד בכל-זאת אותה דעה **לא** נסתרת, כפי שאמרנו לעיל, - ובכך מגיעים אנו לנקודה שבה פרקי מבוא זה מתקשרים ומשלימים איש את רעהו.

התירוץ הוא שהדברים היו אמורים **בדיני ממונות**, ובתחום זה נתקלים אנו בתופעה, שאמנם זה המוסד המרכזי והמסועף ביותר בכל שיטת-משפט ידועה, אבל בכל מקום שמוסד זה קיים - הרי יסודותיו האידיאולוגיים הישירים הם אחידים ופשוטים, והבעיות המתעוררות בו הן במידה מכרעת רק בעיות ההשתלבות וההסתעפות של היסודות הללו ברמה הטכנית בלבד. ביתר פירוט נאמר, שהיסודות האידיאולוגיים ניתנים כאן להסתכם בערכים הספורים של רכוש פרטי, אוטונומיה בשליטת הפרט ברכושו מבחינה פיזית ומשפטית, אוטונומיה במשא-ומתן בין פרטים בקשר לרכושם, יחס מאוזן בכל זה בכיבוד האינטרסים הרכושיים של כל פרט והציבור בכללו - והעברת רכוש מאיש לרעהו כאמצעי להגשמת האיזון למעשה²⁵. מצד שני, עיקר הבעיות הוא בתרגום הערכים האלה למושגים וכללים משפטיים מתאימים, במקביל לכל ארכו ורחבו של המבוך, שבו מסתעפת תחולת הערכים האמורים במציאות. אולם, הסתעפות זו אינה נקבעת מתוך נתונים חיצוניים כלשהם, כשלעצמם, כי אם שוב - רק על-פי האפשרויות המהותיות המתקבלות כנגדם מתוך השתלבות הערכים הספורים שאמרנו; וכך נהפכים למעשה דיני הממונות להתגשמות המובהקת ביותר של שיטת "המתמטיקה המשפטית"²⁶. "המתמטיקה" כמעט אינה מופרעת כאן על ידי עירוב עם יסודות אידיאולוגיים עמוקים, הנוגעים לעיצובו של כל דין מסוים, אלא כמעט כל הדינים יחד צריכים להימשך זה מזה ברמה אידיאולוגית אחת - וממילא נראה הדבר כאילו

²⁵ (כה) סיכום זה הוא נכון אפילו ביחס לדיני הממונות בברית המועצות, וההבדל המכריע משיטות אחרות מתבטא כאן רק בזה, שתחום **התחולה** של דיני הממונות מצומצם כאן לאין ערוך יותר. ההבדל הוא אם-כן כמותי בלבד, ולא תוכני.

²⁶ (כו) השווה משנה בבא בתרא פ"י מ"ח: "אמר רבי ישמעאל, הרוצה שיחכים יעסוק בדיני ממונות, שאין לך מקצוע בתורה גדול מהן, שהן כמעין הנובע..."

הרקע המציאותי שמעבר למשפט נשתקע ואיבד כאן כל מעמד של יחוד, באשר נבלע הוא בהגיון הטכני של המוסד המשפטי ומתמוזג עמו בבחינת שני צדדים של מטבע אחת.

[13]] והנה, הגיון זה, שוב פעם נדגיש, כמובן אינו יכול להיות מיכני, אלא מוכרח הוא להיות "אמנותי" ומפותל, ככל שראינו לעיל וכפי שנדרש ביחוד על-ידי צרכי "האיזון"; אבל בסיכומו של דבר נשאר כאן על-כל-פנים התוצאה, שלפחות בתחום הנידון של דיני ממונות מקבלים אנו קנה-מידה אובייקטיבי להערכת נכונותו וטיבו של כמעט כל דין ומושג בשיטת משפט כלשהי, - וקנה המדה הוא באידיאל של שלמות הגיונית-טכנית תוך איזון מרבי. להלכה אפשר היה לפי זה לבנות שיטה מושלמת של דיני ממונות מלכתחילה, על ידי מיצוי שלם וקולע של האפשרויות הגלומות באותם מספר הערכים שאמרנו, - והמציאות למעשה היא, שבמידה אשר שיטה משפטית מצליחה להעמיד מלכתחילה את דיני הממונות שלה לפחות על יסוד נכון ומותאם היטב לעניין, הריהי ממילא מאפשרת לפתח מתוכה דיני ממונות טובים ונכונים ככל שנדרש בהמשך, בלי הבדל מהם החידושים המתערבים בסדרי-החיים בינתיים²⁷. זוהי גם הסיבה לכך, שמי שעוסק בהגיון של דיני ממונות - אפילו בשיטה חילונית, ובלי שום קשר מחויב לתורת "המשפט הטבעי" - מקבל הרגשה שאין הוא עוסק בהגיון סובייקטיבי גרידא של רצון המחוקק, כי אם בהגיון הגלום בטבע הדברים בעצמם²⁸ - ואילו שיטה כגון המשפט האנגלית, הרצופה בלי ספק פתרונות מעניינים בכמה וכמה נקודות בתחומנו, אך שאין בה שום הגיון מקיף בנידון, ואשר דיני הממונות אינם ידועים בה כלל כמוסד מיוחד, הרי מלבד כמה מקרים בודדים ויוצאים-מן-הכלל נשאר היא כמעט בלי פתחון-פה כל אימת שנתבקשה לתרום משהו לקידום החיפוש של גישה נכונה ופתרונות מוצלחים בדיני ממונות, באותו מחקר השוואתי שערכנו. מקורה של חולשה זו, כמובן הוא בכך, שהשיטה האנגלית באמת אינה מכוונת במישרין ל"טבע הדברים" בעצמו, כי אם רק למאבק של חציבת דיני ממונות "טבעיים", בשלבים-שלבים מתקדמים והולכים, מחיקו של משטר פיאודלי. לכן, כשמסתכלים אנו בה בפני עצמה, נראית היא כלה פורחת [[14]] במושגים של צדק ויושר, יפים ומשכנעים בהגיונם כנגד המצב הטרומי שעליו הם באים להתגבר. אך ברוב המקרים, כשמשווים אנו את עיקרי ההשג האנגלי למצב בשיטות אחרות, מתברר כי הבעיות שהמשפט האנגלי נאבק עמן לא היו מתעוררות כלל במסגרת של דיני ממונות הגיוניים-טבעיים, או שהפתרונות המתקדמים ביותר שהושגו בו אינם כלל רבותא על רקע אחר.

לעומת זאת, השיטות האחרות ששותפו במחקר - השיטה העברית מחד גיסא והשיטות העיקריות הנמשכו מן המשפט הרומי מאידך²⁹ - אמנם הן מכוונות כולן ל"טבע הדברים" של הנושא הנידון,

²⁷ (זו) השווה יהרינג, ב/ב, עמ' 376, 412; אנקצרוס-ניפרדי, כרך א', עמ' 51, הערה 2.
²⁸ (ח) יהרינג, ב/ב, עמ' 376, 413. הדברים נאמרו אמנם במקורם על העיסוק במשפט הרומי בכלל; אבל באמת הלא דבר הוא, שהאומר "משפט רומי" - כמורשת חיה - אינו מתכוון למעשה אלא לדיני הממונות הרומיים לבדם. השווה גם פרק ה' בספר ה"תניא" לר' שניאור זלמן מלאדי, שדווקא מדיני ממונות מביא הוא דוגמה לטענתו כי דעת ההלכה היא התייחסות עם רצון הבורא וחכמתו: "שעלה ברצונו שכשיטעון ראובן כך וכך, דרך משל, ושמעון כך וכך, יהיה הפסק ביניהם כך וכך, ואף אם לא היה ולא יהיה הדבר הזה לעולם... מכל מקום... הרי כשאדם יודע ומשיג בשכלו פסק זה... הרי זה משיג ותופס ומקיף בשכלו רצונו וחכמתו של הקב"ה...".

²⁹ (ט) אינני מזכיר כאן את שיטת המשפט המעורבת של מדינת-ישראל, כי מתוך חוסר העצמיות שלה ממילא משמע שאי-אפשר ללמוד ממנה שום דבר מיוחד לחיוב. הדבר נכון אף לגבי המגילה, שהיא כביכול מין סדר דיני ממונות מגובש, כי בפרשנות הארץ-ישראלית נותקה המגילה ממקורותיה במשפט האיסלמי, וכשלעצמה אין בה חיות מספיקה כדי להתפרש באיזו שלמות שיטתית מתוכה.

אך יש הבדל ביניהן בטיב הכיוון. באופן כללי ניתן לומר כי השיטות הרומניסטיות מצטיינות בתודעת המשמעות האנליטית של המושגים השונים, וכן בסידור שיטתי של החומר בכללו - ועל-ידי כך נעשות הן הרבה יותר נוחות מן השיטה העברית לתפיסה מרוכזת, ולעיתים קרובות אף עשויות הן להאיר את הדרך לקישור הנכון ולהבנה הנכונה של הדברים במשפט העברי בעצמו. אולם, בהשוואה עם השיטה העברית מתברר, כי על אף פגימותה של זו בבהירות מונחיה וסדר עריכתה³⁰, אין זו מפגרת כלל בשלמות שיטתיותה הפנימית. אדרבה; לא זו בלבד שלעיתים קרובות יכול הלומד להשתומם, כיצד זה הצליחו חז"ל להעמיד את המושג המופשט על דיוקו המושלם בלי ניתוח מפורש ועל אף הערבוביה הגמורה בפיזורו של החומר, אלא יתר-על-כן: נמצא לעיתים קרובות - ואולי אף בדרך-כלל - כי השיטות הרומניסטיות חוטאות בפזיזות בשטחיות במסקנותיהן האנליטיות והסידוריות, בעוד שהשיטה העברית באמת חותכת את מושגיה תוך מיצוי העניינים ותיאומם ההדדי עד תומם, ועל-פיה ניתן לתקן מה שדימו המשפטנים האירופיים להבין במסגרת שיטותיהם שלהם. בהמשך מכאן, השיטה העברית היא גם הרבה יותר עשירה ומדויקת מן השיטות הרומניסטיות בגוונים ובגוני-גוונים של איזון האינטרסים - ובסך-הכל מגיעה השיטה העברית למידה של עומק וחריפות, העשויה לפעמים להיראות אפילו מוזרה במבט ראשון, לא רק בעיניו של משפטן אנגלי, ש"השלמות המתימטית" במשפט היא ממנו והלאה, אלא גם בעיניו של משפטן רומניסטי, האמון על אידיאל של "שלמות מתימטית" כזאת. אולם, על זה שוב ניתן להסב את דבריו של יהרינג, שאמנם התכוון להצדיק בהם את המשפט הרומי מפני טענותיו של הדיוט, ולא דווקא את התלמוד מפני טענותיו של [[15]] משפטן אירופי: "להדיוט נראה הדבר כהתחכמות, אבל טענה זו מתקבלת על הדעת ויש לה ממש אותו יסוד כמו במקרה שאדם חסר-השכלה חושב לחימאי את קפדנותו ודייקנותו בשקילה כדקדקנות בעלמא. ככל שדקים ועדינים יותר החפצים העומדים לשקילה, כן צריכים המשקלות להיות יותר מדויקים; אין המדע יכול להוסיף ולשקול בליטראות כשהחפצים עצמם רק נבדלים בקורטובין. ואם הפרש של קורטוב עשוי לגרום בתוצאה המעשית הבדל חשוב ביותר, שוב אין זו אשמתנו כי אם אשמת הדברים בעצמם"³¹.

בפרקים הבאים נדגים כמה מן המסקנות האלו למעשה, במרכז כבדם העיוני של דיני הממונות. [[16]]

³⁰ (ל) השווה סנהדרין כד' א': "במחשכים הושיבני כמתי עולם" - אמר ר' ירמיה, זה תלמודה של בבלי.
³¹ (לא) יהרינג, ב/ב, עמ' 356.

מבוא

מחקר השוואתי במושגי שיטות המשפט האירופיות מצד אחד ומושג המשפט העברי מצד שני יכול להסתמך באגף האירופי על הגדרות מוכנות ועיבוד מדעי-שיטתי מן המוכן, אשר גם אם יש בהם מחלוקת - הריהם מופיעים על-כל-פנים בהשתקפות הדברים בסיכומם, באופן שהחוקר-המשווה פטור מלחזור ולחקור את רקעם הטרומי כדי לסכמו לעצמו. במשפט העברי, לעומת זאת, אין הדברים מסוכמים כך - וכדי להביאם לבסיס שיאפשר ביקורת הדדית ביניהם לבין המושגים האירופיים, נחוץ קודם-כל לסכמם במקביל. בהתאם לזה, אם כוונתנו היא **למחקר השוואה ביקורתית בשיטת הרכב זכויות הממון בשיטות המשפט השונות**, צריכים אנו קודם-כל להבין את מושג **הקניין העברי**, החולש על ענייננו בדיני ישראל; אך בהגשמת הדבר נמצא כי תהליך ההבנה הזאת, מתוך השוואה ביקורתית מתמדת עם הקבלות העניין באירופה, מזדהה למעשה עם השגת תכלית מחקרנו בכללה. באופן כזה התקבלה התוצאה, שאף אם **נקודת המוצא** של מחקרנו היא השוואתית-אובייקטיבית, הרי בדיעבד יכולים אנו להציגו גם כאילו היה פשוט מחקר השוואתי ב"מושג הקניין במערכת זכויות הממון" בדיני ישראל - ולהלן יהיו הדברים ערוכים מן הפרספקטיבה הכפולה הלזאת.

כדי לקשור עתה, אי-שהוא, את יחס ההקבלה מלכתחילה עד כמה שאפשר, נאמר כי מושג הקניין נראה כמקביל למושג **הזכות הריאלית** בשיטות המשפט של אירופה - אך בהקבלה זו, כשלעצמה, אין הדבר מתמצה. בשיטות של אירופה אין מדברים בדרך כלל על דיני "זכויות ריאליות"³², אך במשפט העברי ניתן לעמוד על המושג של **דיני קניין**³³ - ומושג זה, מצידו, מקביל לכאורה לדיני הנכסים, החפצים או רכוש בשיטות של אירופה: *droit des biens* של המשפט הצרפתי³⁴, *sachenrecht* של המשפט הגרמני והשווייצרי³⁵, ו-*law of property* [[17]] במשפט האנגלי³⁶. אולם, כבר מתוך הפגשת המושגים הזאת מתברר כי בשום מקרה אין ההקבלה מדויקת. קודם כל, מפני שיש קניינים אשר אינם נחשבים כזכויות ריאליות (כגון שכירות החפצים³⁷), ויש זכויות ריאליות (לפחות לפי תפיסה מסוימת) שנדמה כי אין לראותן בבחינת קניינים (כגון הזכות לשם טוב³⁸), ושנית - מפני שדיני הנכסים, החפצים או הרכוש בשיטות המשפט האירופיות עשויים גם לחול בנושאים שאינם עניין לכאורה לדיני הקניין העבריים (כגון תביעות או זכויות רעיון³⁹). הבהרת המשמעות היחסית המלאה של מושג הקניין צריכה אפוא בדיקה כפולה, לפי שתי מערכות הדברים - ובהתאם לכך יהא מחקרנו ערוך בשני חלקים שונים, המשלימים זה את זה.

³² א' ר' אמנם הכותרת לשער הראשון מן החלק השני לספר החוקים האזרחי האוסטרי (אג"ג), ס' 309 ואילך. כמו-כן, הספר הרביעי (סעי' 641 ואילך) של ספר החוקים האזרחי השווייצרי (צג"ב) מכונה בתרגום הצרפתי "Des droits reels" - היינו "על זכויות ריאליות"; אך במקור הגרמני מדובר גם בשווייצריה על *sachenrecht* והיינו משפט החפצים.

³³ ב' ר' למשל "ספר הקניין" במשנה תורה להרמב"ם, והשווה "תורת הקניין" כנושא השער השני מן הכרך הראשון בספר של **גולאק**.

³⁴ ג' הספר השני (סעי' 516 ואילך) של ספר החוקים האזרחי.

³⁵ ד' הספר השלישי (סעי' 854 ואילך) של הבג"ב; ביחס לחוק השווייצרי ר' הערה א' לעיל.

³⁶ ה' **סלמונד**, עמ' 423; וכן גם בספר החוקים האזרחי האיטלקי (ספר שלישי, סעי' 810 ואילך): *della proprieta*.

³⁷ ו' השווה בבא מציעא נו' ב', "שכירות ביומה מכירה היא", ולמשל **קולין וקפיטון**, כרך ב', עמ' 407.

³⁸ ז' השווה **סלמונד**, עמ' 252, ופ"ה מהל' מכירה הלי"ד ופכ"ב שם הלי"ג-י"ד.

³⁹ ח' השווה, למשל, **גודיב**, עמ' 195-196, והמקורות העבריים הנזכרים בהערה ז'.

חלק ראשון: הקניין והזכות הריאלית

פרק א': הגדרות הזכות הריאלית

א. הגדרת הזכות הריאלית במשפט האנגלי

מושג **הזכות הריאלית** מוצאו הוא - באמצעות הגלוסטורים - מן המשפט הרומי⁴⁰, אבל בשיטות המשפט של ימינו מגדירים אותו באופן שונה הפרשנים האנגליים (והאמריקניים) מצד אחד והפרשנים של יבשת אירופה מצד שני. האנגלי **אוסטין**, למשל, מגדיר את הזכות הריאלית כזכות הטובה נגד אנשים בדרך כלל, בהבדל מן **הזכות הפרסונלית**, הטובה רק נגד אדם מסוים, וכדי שלא נטעה בכוונתו מוצא הוא נכון להדגיש (על פי הנוסח המקוצר של דבריו): "הלומד עשוי להסיק כי jus in rem היא זכות על חפץ, בחפץ או לחפץ. אם כן הוא יטעה. אינני אומר כי מבחינה היסטורית אין המושגים מתקשרים; אבל על כל פנים, המאמר in rem כפי שמשמש הוא כאן אינו מציין את **נשוא** הזכות [[18]] כי אם את **היקפה**. מציין הוא שהזכות האמורה היא טובה **נגד אנשים בדרך כלל**, ולא שהזכות האמורה היא זכות **על חפץ**"⁴¹; וברוח זו כותב **פייטון** כי "זכותו של אדם שלא יפגעו בשמו הטוב בלי הצדקה מתוארת כיום כזכות in rem"⁴². תפיסה דומה מוצאים אנו גם אצל **הולנד**⁴³ ו**סלמונד**⁴⁴ - ובעיקרו של דבר נראה שבתחום המשפט האנגלי אין עליה מחלוקת. רק יש מדגישים כי ציבור האנשים שנגדו מועילה הזכות הריאלית אינו מוכרח להיות דווקא ציבור כל באי-העולם, אלא אפשר שהזכות תשמש מלכתחילה נגד בני ציבור מוגבל בלבד; ויתר-על-כן: אפשר אפילו שהציבור אשר כנגדו משמשת הזכות לא יימצא מורכב למעשה אלא מאדם אחד בלבד. לכן מציע האמריקני **קוצורק** לסטות מן הנוסח המקובל של ההגדרה ולהעמידה על הקביעה כי "זכות ריאלית היא זכות אשר העובדות העיקריות המסיבות אותה אינן משמשות במישרין לזיהוי האדם הנושא בחובה שכנגד" - בהבדל מן הזכות הפרסונלית, שהצד החייב עומד בה לזיהוי במישרין⁴⁵. אולם, עם כל ההבדל בגישה ובצורת הניסוח, מסתבר שמבחינת התוכן המכוון של הדברים למעשה אין כאן שינוי. מחלוקת תוכנית מסוימת מוצאים אנו רק בנקודה צדדית, והיינו שלפי דעת אוסטין אין הזכות הריאלית יכולה להימצא למעשה אלא רק בתביעה למחדל⁴⁶, בעוד שהעורך של סלמונד - וכן גם קוצורק - מוכנים אפילו להכיר בזכות ריאלית לדבר-עשייה, ובלבד שבמעשה יהיו חייבים האנשים בדרך כלל (או אנשים בלתי-מסוימים)⁴⁷.

⁴⁰ א) סלמונד, עמ' 254-255; מלויל, עמ' 226; פלניול וריפר, ג', עמ' 41.

⁴¹ ב) אוסטין-קמפבל, עמ' 174-176.

⁴² ג) פייטון, עמ' 223.

⁴³ ד) הולנד, עמ' 145-147.

⁴⁴ ה) סלמונד, עמ' 252-256.

⁴⁵ ו) קוצורק, עמ' 189 ואילך, עמ' 201.

⁴⁶ ז) אוסטין-קמפבל, עמ' 177.

⁴⁷ ח) כגון זכותה האפשרית של המדינה למס גולגולת, או הזכות שכנגד חובת כל מוצא להיטפל באבדה. ר' סלמונד, הערה i בעמ' 253-254, וקוצורק, עמ' 200.

ב. הגדרת הזכות הריאלית ביבשת אירופה

לעומת זאת, ביבשת אירופה, מכנים את הזכויות הטובות נגד אנשים בדרך כלל **כזכויות מוחלטות**, ואילו את מונח הזכויות הריאליות מייחדים דווקא לאותן זכויות מוחלטות המתייחסות **לחפצים**⁴⁸. בקשר לכך שוב מתנהלת אמנם גם כאן מחלוקת מסוימת על אודות **נוסח ההגדרה** של הזכות הריאלית. העמדה האחת, הקרויה העמדה "הקלאסית", מתבטאת באופן המובהק ביותר בדבריהם של **קולין וקפיטון**, [[19]] המגדירים את הזכות הריאלית לאמור: "הזכות הריאלית היא זו הנותנת לאדם כוח ישיר ומידי בחפץ, כזה המתממש בלי אמצעות של שום אדם אחר. הזכות כוללת רק שני יסודות: האדם, שהוא הנושא הפעיל של הזכות, והחפץ... שהוא הנושא שלה"⁴⁹. כנגד זה טוענים בעלי הדעה האחרת, "הפרסונליסטים", כי הדברים הם חסרי משמעות: זכות המתקשרת בין האדם והחפץ בלבד הייתה מחייבת לומר כי החפץ, מצידו, נושא בכפיפות משפטית לאדם - וזהו אבסורד; החפץ הוא רק **נשוא דומם** של הזכות, ואילו הזכות עצמה מתבטאת בכבוד אשר כולי עלמא חייבים לנהוג בכוחו של הזכאי לגבי החפץ - ולפי זה יש בזכות הריאלית לא שניים כי אם שלושה יסודות: "הנושא הפעיל" (-הזכאי), "הנושא הסביל" (כולי עלמא, הנושאים בחובה), והחפץ, שהוא רק "הנשוא" של הקשר - וכל שלשת היסודות ביחד צריכים להתגלות בהגדרה⁵⁰. בהתאם לכך מציעים **פלניול וריפר** הגדרה מתוקנת: "הזכות הריאלית היא זאת המטילה על כל אדם את החובה לכבד את הכוח המשפטי אשר החוק מעניק לאדם מסוים, שיפיק מנכסים חיצוניים את כל היתרונות, או חלק מהם, הנתונים על ידי החזקת הנכסים" - או לחילופין: "הזכות הריאלית היא זאת אשר בהיותה מעניקה לאדם כוח משפטי ישיר ומידי לגבי חפץ, הריהי ניתנת להתממש, על ידי עצם העובדה הזאת, לא רק כנגד אדם מסוים, אלא כנגד ונגד הכל"⁵¹. - אולם, מבחינת התוכן המכוון שוב גם כאן אין נפקא מינה, כי על-כל-פנים נשארים הפרשנים המובהקים של יבשת אירופה מאוחדים בתפיסה, שהזכות הריאלית היא אך ורק זאת המעניקה לאדם כוח משפטי ישיר ומידי, לגבי חפץ דווקא⁵².

ג. מחלוקת הקלאסיציסטים והפרסונליסטים

אף-על-פי-כן, עוד כדאי לנו כאן להוסיף ולתת את הדעת על המחלוקת האמורה, מנקודת-ראות אחרת. על-פי התפיסה הפרסונליסטית מתחייבת המסקנה העיונית כי הזכות הריאלית אינה אלא צרור של תביעות (או "זכויות פרסונאליות")⁵³ לכיבוד הכוח המשפטי, העובדות לזכאי כנגד כל אחד מבני הציבור - ועל ידי כך ממילא נעלם כל **יסוד מהותי** מן הזכות הריאלית, באופן

⁴⁸ ט) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 41, 47-48, 50; **מסיניאו**, א', עמ' 140, 141; **היילפרון**, א', עמ' 95. **קוצורק**, בהערה בעמ' 189, רומז אמנם כאילו על פי **וינדשייד**, "שספרו הוא החיבור המנחה בתחומו ביבשת אירופה", היו הזכויות המוחלטות מזדהות עם מושג הזכויות הריאליות; אך רמז זה הוא מטעה, כי באמת רק מסכים וינדשייד לראות במוחלטות **תכונה מהותית** של הזכות הריאלית (הערה בעמ' 97 בהוצאה שלפנינו) - ואילו הזיהוי בין שני המושגים נדחה בפירוש במקורות האחרים המוזכרים כאן.

⁴⁹ י) **קולין וקפיטון**, א', עמ' 12; ור' גם באותו הכיוון: **מסיניאו**, א', עמ' 141-142, **היילפרון**, א', עמ' 94-95, ו**אנקצרוס-ניפרדי**, כרך א', עמ' 289, 295.

⁵⁰ יא) **פלניול**, א', עמ' 878-880.

⁵¹ יב) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 46. התיקון בנוסח השני התקבל גם במהדורה החדשה של **אוברי ורו**, כרך ב', עמ' 69.

⁵² יג) **פלניול וריפר** (בכרך ג', עמ' 49) מסתבכים אמנם בסייג, העשוי לכאורה להפריך את המסקנה הזאת, כי רואים הם כביכול "זכות ריאלית" גם את הזכות הנתונה לבעלי קרקעות שכנים לתבוע סיום מצרים ביניהם, וכיו"ב. אך להלן, בעמ' 430, פוסלים הם עצמם את התפיסה הזאת.

⁵³ יד) רעיון של **הוהפלד**, המובא אצל **סלמונד**, בעמ' 253; **קוצורק**, עמ' 197-198.

שהבדלתה מן הזכות הפרסונלית נעשית רק עניין של כמות ומושא⁵⁴. מכאן נשאר [[20]] רק צעד אחד למסקנה הנוספת, שההבחנה על פי המושא או ההקף של הזכות היא בלתי רלבנטית מבחינה משפטית-מושגית, ולפי זה קמו גם ביבשה באירופה פרשנים אשר ביקשו לצרף את הזכות המוחלטת והזכות הריאלית למושג אחד⁵⁵, או שביקשו לבטל את ההבחנה בין זכויות ריאליות וזכויות פרסונליות בכלל⁵⁶. אולם, מבחינת המשפט-החיובי-למעשה מתברר כי דיני הזכויות המוחלטות בחפצים (הן באנגליה הן ביבשת אירופה) הם חטיבה שונה לחלוטין מדיני הזכות הפרסונלית הרגילה, גם אם אפשר אולי לנסות ולתרץ את הסוג האחד של דינים במושגים של אחיו. כפי שכותב **דרנבורג** - אשר דבריו נשארו כנראה נכונים עד היום - "עדיין לא תיאר שום אדם את הזכויות הריאליות (במובן הקלאסי) לפרטיהן על פי תפיסת המתנגדים (=הפרסונליסטים). לתיאור כזה, אשר יש אומרים כי הוא נחוץ, אין גם לצפות. הוא היה בלי ספק פושט את הרגל"⁵⁷. התוצאה היא אפוא כי התפיסה הפרסונליסטית נשארת חסרת משמעות מעשית, ואין היא מזכה את בעליה אלא בשכר הפרשנות בעלמא⁵⁸.

יתר-על-כן, הפרשנים מגיעים כיום למסקנה כי היות הזכות "טובה נגד בני הציבור בדרך כלל" איננו תכונה מיוחדת של הזכויות הריאליות בלבד, או של הזכויות המוחלטות בדרך כלל: למעשה, גם הזכויות הפרסונליות הרגילות (התביעות המכוונות נגד אדם מסוים) הריהן טובות נגד כל העולם, במובן ששום אדם אינו רשאי לפגוע במימושן או לסכלן (לפחות בזדון) - ממש כזכויות המוחלטות או הריאליות⁵⁹ - ועל פי האנלוגיה מסתבר אפוא שגם בזכויות המוחלטות או הריאליות צריך להימצא יסוד כלשהו, אשר הוא המובן "נגד בני הציבור בדרך כלל", מעבר לצרור התביעות שהוא ההגנה בעצמה. אכן, אף הפרסונליסטים **פלניול וריפר** כותבים, כפי שראינו, כי ההגנה בזכות הריאלית ניתנת ל"**כוח המשפטי לגבי החפץ**"; אבל תיאור שכזה הולם רק את התפיסה הקלאסית⁶⁰, ואילו בפיהם של **פלניול וריפר** נהפך הוא למיסטיפיקציה גרידא, שהרי מהם אנו לומדים כי "הכוח המשפטי" וההגנה הניתנת לו הם למעשה היינו הך.

[[21]] אלא שעם כל זאת העובדה נשארת כי הביקורת הנמתחת על ההגדרה הקלאסית נראית נכונה, ואין לקלאסיציסטים הגנה טובה מפניה⁶¹. מכאן התוצאה היא שהמשפט החיובי נשאר נאמן לדפוסים הקלאסיים, בעוד שעל הסברתו השתלט למעשה הכיוון הפרסונליסטי-המודרני, והסתירה הנובעת מכאן מסרבלת את הספרות המשפטית בשפע של נסיונות לפורצה - ללא הצלחה⁶².

⁵⁴ טו) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 47.

⁵⁵ טז) **גינזור**, עמ' 7-8, בהערה.

⁵⁶ זז) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 47-48; **דרנבורג**, א', עמ' 49 בהערה.

⁵⁷ יח) **דרנבורג**, א', עמ' 50 בהערה; והשווה **גינזור**, עמ' 11, הערה 22. ר' גם להלן, הערה י"ב בפרק ב'.

⁵⁸ יט) השווה **אנקצרוס-ניפרדי**, א', עמ' 289.

⁵⁹ כ) ר' **פלניול וריפר**, ג', עמ' 49-50, וביחוד - בארוכה - בספרו של פרופ' **גינזור**, עמ' 10-11 ועמ' 55 ואילך.

השווה סעי' 32 של פקודת הנזיקין במדינת ישראל, ופ"ת על חו"מ סי' רל"ז ס"ק ב'.

⁶⁰ כא) השווה **דרנבורג**, א', עמ' 90.

⁶¹ כב) ר', למשל, את נסיון ההגנה של **דרנבורג** (כרך א', עמ' 49-50 ו-88-89), הנמוג בערפילים, ואופייני הוא **שקולין וקפיטון** (כרך א', עמ' 14-15) ו**אנקצרוס-ניפרדי** (כרך א', עמ' 289) מסתפקים בטענה מעשית, בלי נסיון להצדיק את הקלסיציזם מבחינה עיונית.

⁶² כג) ר' ביבליוגרפיה מפורטת בספרו של פרופ' **גינזור**.

פרק ב': מהות הקניין

א. תחילת-ביקורת של הגישה האירופית

הדיאלקטיקה שראינו לעיל במוצא המושגים של "זכות ריאלית" ו"זכות פרסונלית" מביאה אותנו לתחילת תחומי-יתרונו של מושג הקניין העברי; כי מתוך העיון במושג זה מתברר כי "החטא הקדמון" של מדע המשפט האירופי בענייניו הריהו במה שהקלאסיציסטים למדו את מושג הזכות הריאלית רק מתוך ההבחנה שבינו והזכות הפרסונלית, אשר מלכתחילה התייחסו שניהם לאותו הנשוא - חפץ מסוים כלשהו. שני המושגים ציינו זכות לשלטון על החפץ; אבל בעוד שהזכות מן הסוג האחד נתנה את יתרונה לזכאי בלי שום אמצעות, הרי הזכות מן הסוג השני היתה טובה רק באמצעות תביעה אל המחזיק (jus ad rem בהבדל מ-jus in ea re⁶³) - ומכאן המסקנה המוטעית כי הזכות הריאלית מצטיינת בהיעדר היסוד המציין את אחותה, היינו יחס לאנשים אחרים⁶⁴. תוך הנסיון לתקן את הטעות הברורה הזאת חזרו הפרסונליסטים וטעו מצידם, במה שדימו כי היחס לאנשים אחרים, המצוי גם בזכות הריאלית, הוא מאותו הסוג עצמו המצוי בתביעה האישית - וכך נסגר המעגל בסתירה שראינו. [[22]]

ב. קניין, תביעה, רשות, זכות, חוב וחוב

לעומת זאת, בדיני ישראל, ניתן לומר כי המושג המקביל לזכות הפרסונלית הוא מושג התביעה⁶⁵, אבל מושג הקניין - המקביל, כאמור, לזכות הריאלית - מקבל כאן את משמעו מכיוון אחר לחלוטין, בלי שום יחס ניגודי למושג התביעה. אמנם, שני המושגים האלה מחלקים ביניהם כמעט את כל השטח של דיני הממונות העבריים⁶⁶, ממש כשם שהזכות הריאלית והפרסונלית מחלקות ביניהן את ה- vermogensrechte הגרמניים⁶⁷ או את ה-droits patrimoniaux בצרפת⁶⁸, אבל המשמעות של מושג הקניין נמשכת ממושג אחר, אשר מרכז כבדו איננו דווקא ממוני, והוא מושג הרשות.

מושג זה, בדומה למושגי יסוד עבריים אחרים⁶⁹ ממש שופע מובנים שונים ומשונים⁷⁰, אבל כאן יש לנו עניין במובנו הפשוט ביותר - היינו הסמכה או היתר. אם אומרים אנו כי יש לאדם רשות

⁶³ א) מלויל, עמ' 226; היילפרון, א', עמ' 94-95; אוסטין-קמפבל, עמ' 185.
⁶⁴ ב) השווה דרנבורג, א', עמ' 91: "יחס משפטי פירושו הוא יחס בעל תוקף משפטי בין אדם לאנשים אחרים או בין אדם לנכסי-חפצים".

⁶⁵ ג) לפי הדוגמאות המובאות במילון בן-יהודה מתברר, כי עיקר מושג התביעה במקורות העבריים הוא אמנם לאו דווקא בזכות הנתבעת, כי אם בעצם העמידה על דרישתו של דבר - או הדרישה למילוי של הזכות למעשה, מעין מושג "התובענה", שחודש אצלנו זה מקרוב (ר' סע' 1 מחוק ההתישנות, תשי"ח). אולם, מושג התביעה מציין גם את הזכות הנתבעת, כפי שמתברר למשל במשנה שבועות פ"ד מ"ח, לפי פירוש ר' עובדיה מברטנורה שם, וכן בבא קמא ריש דף ל"ט עמ' א', שם מתרגם לוי "ממון שאין לו תובעין" כ-"geld das niemnd einzufordern berechtigt ist". בזה מתדמה השימוש העברי לנוסח הגרמני של ציון הזכות הפרסונלית כ-auspruch או forderung: ר' אנקצרוס-ניפרדי, א', עמ' 279-280, 301. מושג התביעה העברי יכול את שני המושגים הגרמניים, אשר ההבחנה ביניהם היא למעשה מיותרת גם במשפט הגרמני עצמו. השווה גם עם השימוש המתפשט במושג claim בתחום המשפט האנגלי: סלמונד, עמ' 237, בהערה; פייטון, עמ' 213; קוצורק, עמ' 3, 7.

⁶⁶ ד) גולאק, ב', עמ' 4-3. הצדקתה של ההסתייגות - "כמעט" - תתברר אצלנו להלן, בהמשך המחקר.

⁶⁷ ה) אנקצרוס-ניפרדי, א', עמ' 295 ואילך.

⁶⁸ ו) פלניול וריפר, ג', עמ' 28.

⁶⁹ ז) ר' "מורה נבוכים" להרמב"ם, חלק ראשון.

משפטית (במובן המילוני הפשוט ביותר של רשות⁷¹), פירושו של דבר הוא כי המשפט איננו אוסר את נשוא הרשות ואינו [[23]] מכיר ברשותו של אדם להפריע להוצאתה של הרשות אל הפועל⁷² - וזהו המושג הראשון, אשר על יסודו נבנה מושג הקניין העברי⁷³.

לפי זה יוצא מתוך המינוח העברי עצמו - ואף בלי שהוגי הדין העברי יתנו על הדבר במיוחד את הדעת - שביסוד "הזכות הריאלית" של דיני ישראל אמנם מונח הקשר בין הזכאי לבין שאר הציבור, ונשוא הרשות אמנם איננו צד שווה-ערך בקשר, כי אם רק נשוא של הקשר בלבד; אבל הקשר שבין הזכאי לבין שאר הציבור אינו מתבטא בעיקרו בצרור של תביעות ובחיוב לכבדן, אלא בחרות פעולה, אשר אין לאדם בסיס משפטי להפריעה. ושוב, אמנם גם בדין העברי העובדה נשארת, שאם יתעלם אדם מחוסר-רשותו להפריע, ויפגע במימושה של הרשות הנתונה, הרי ממילא הוא יעבור עבירה - ופירוש הדבר הוא שעם חוסר-הרשות מוטל ממילא גם איסור להפריע, או חיוב שלא להפריע, הניתן להתממש באמצעותה של תביעה⁷⁴. אבל אין להסיק מכאן, שממילא חזרנו לתפיסה הפרסונליסטית גם בדין העברי, [[24]] כי על-פי ניתוח הדברים שעד כאן, התביעה העומדת לזכאי כנגד שאר הציבור איננה תוכנה של הרשות, כי אם רק פועל-יוצא שלה בלבד, או תופעת הלוואי של הגנה אשר המשפט מצרף אל הרשות הנתונה על ידיו⁷⁵. באופן כזה מגיעים אנו אל היסוד החיובי המוגן שבזכות הריאלית, אשר ביקשנוהו לשוא בתפיסה הפרסונליסטית ואשר בתפיסה הקלאסית לא היה לו הסבר, וממילא נעלמת גם כל אנומליה מכך שההגנה כלפי שאר הציבור ניתנת לא רק בזכות הריאלית, אלא גם בתביעה האישית הרגילה⁷⁶.

⁷⁰ ח' מילון בן-יהודה.

⁷¹ ט) לפי מילוניו של לוי. בן-יהודה רואה אמנם במובן זה התפתחות מסתעפת ממובנים אחרים שהם יסודיים יותר; אך נראה שאם גישה זו נכונה היא הרי זה רק מבחינה אטימולוגית, ואילו מן הבחינה השימושית בלשון הנתונה כמות שהיא ודאי נכונה יותר הגישה של לוי. ר' גם הרב הרצוג, א' עמ' 51.

⁷² ו) בקשר לכך יש להעיר, כנגד החששות שהתעוררו בהגדרת הזכות הריאלית בתחום המשפט האנגלי, כי הרשות שאמרנו אמנם מוכרחה מטבעה להיות מועילה נגד שאר הציבור בכללו - ואילו במקום שאפילו לאיש אחד יש רשות למנוע את המעשה, ממילא לא נאמר כי יש שם רשות, ולו רק נגד שאר הציבור מלבדו. אם למשל, בעל מגרש משתעבד לשכנו שלא לבנות במגרש - שוב אין לו רשות לבנות במגרש, אף-על-פי שאיש מלבד השכן לא יהא זכאי להתנגד לבנייה; ואת מעמד בעל המגרש כלפי שאר הציבור נסביר על ידי רשותו הכללית לדחות התערבות זרים ממגרשו, וכן על ידי חסינותו מפני תביעת אנשים שאינם נתבעים על ידי המעשה בעצמם - אבל על-כל-פנים לא על ידי רשות בנייה חיובית שתישאר נתונה כנגדם. מסקנה זו מתחייבת על פי אופיו של המשפט העברי, שאין הוא מכוון מלכתחילה לבית הדין, כי אם להכוונה החיובית של התנהגות האדם בעצמו (ר' זילברג, עמ' 71 ואילך), - ואילו מבחינה הלכתית מוכחת היא על ידי כך שבדיני ישראל אמנם אין צד שלישי רשאי לתפוס מן הגזלן, אבל אם תפס - אין הגזלן מוציא מידו: שו"ע חו"מ סי' קמ"ו סעי' ט' וסי' שס"א סעי' ה' - ודוק. - מצד שני, אם ניתן את הדעת על קושייתו של קוצורק בעמ' 198, מה במקרה שראובן שעבד את אדמתו למעבר לכלי עלמא מלבד שמעון - נאמר כי נשארת לראובן רשות להתנגד למעברו של שמעון, ורשות מיוחדת זו תהא אמנם טובה לא רק נגד שמעון לבדו אלא נגד הציבור בכללו.

⁷³ יא) השווה משנה נדרים פ"ה מ"א ובבא קמא פ"ג מ"ה.

⁷⁴ יב) ר' למשל שו"ע חו"מ סי' שע"ה סעי' א'.

⁷⁵ ג) תביעה זו - אין לדיני ישראל נפקא מינה בכך שמלכתחילה נתונה היא רק נגד הציבור בדרך כלל, או "נגד אדם שאינו עומד לזיהוי במישרין על פי גדרי תחולתה". עובדה זו אינה מוציאה את התביעה מדיני התביעות הרגילות כדי להכניסה לאיזה תחום מיוחד של "זכויות ריאליות" - ומשנותנים אנו על הדבר את הדעת מתברר שאמנם גם באירופה, ההגנה על הזכות הריאלית אינה מבחינה תוכנית-מעשית עניין לזכויות הריאליות, כי אם עניין לדיני החיובים הרגילים. מתברר אפוא בעליל, שהגדרת "הזכות הריאלית" צריכה אמנם להימצא על בסיס שונה מהגדרת התביעה או "הזכות הפרסונלית", ואילו ההבחנה העקרונית בין התביעות עצמן לפי הקף תחולתן היא חסרת משמעות.

⁷⁶ יד) אמנם, העובדה נשארת שבסיס ההגנה על הרשות ובסיס הגנת התביעה אינם מזדהים מבחינה מושגית, כי בעוד שהגנת הרשות היא קורילאטיבית לרשות מתוך עצם המושג, הרי הגנת התביעה זקוקה לאיסור הפרעה מיוחד - ואפשר להעלותה על הדעת גם בלעדי איסור שכזה. הבדל זה משקף הבדל בטבע

הנה, ניתוח זה של הדברים עולה בעיקרו בקנה אחד עם ביקורת המושגים **ההוהפלדיאנית**, שכבשה לה מקום בספרות המשפט האמריקנית והאנגלית ביוכל השנים האחרון⁷⁷ - וייתכן שאלמלא היתה ביקורת זו לפני לא הייתי מגיע לשלמות ההסבר של מושג **הרשות** העברי, אשר הצעתי לעיל. אולם, בדיעבד אין שאלה אישית זו ניתנת לפתרון, ומה שחשוב הוא שבעוד אשר הוהפלד לא העלה את מערכת מושגיו אלא **במופשט** - כדי להאיר את האמת המשפטית האובייקטיבית, [[25]] המסתתרת מאחורי המושגים המקובלים שאינם הולמים את מידתה, הרי דיני ישראל אינם משתמשים בענייננו **מלכתחילה** אלא במושגים המבטאים במישרין אותה אמת אובייקטיבית⁷⁸, - ולהלן נראה על כל צעד ושעל את תוצאות הדבר למעשה.

בנקודה זו רק נציין עוד כי מכשלה מובהקת בשיטתו של הוהפלד נשאר העובדה, שהמושג הכללי **זכות** מוסיף לשמש אצלו במובן המסורתי, המזדהה עם **תביעה**, ומבקרו מבקשים באופנים שונים לתקן את הדבר. בדיני ישראל בא גם עניין זה על פתרונו, כי מושג הזכות אמנם אינו משמש כאן מלכתחילה במישור אחד עם מושגי התביעה, הקניין או הרשות - או בבחינת שם נרדף במיוחד לאיזשהו מהם - אלא משמש הוא **כמושג-גג**, כדי לציין כל יתרון משפטי, ויהא טיבו אשר יהיה⁷⁹. הדבר מתגלה באופן המובהק ביותר על ידי מושג הניגוד של הזכות, שאמנם גם בעברית מתבטא הוא **בחוב** - מונח המקביל לכאורה ל-duty או Pflicht, שהם הניגוד של תביעה⁸⁰; אבל למעשה אין זו הקבלה נכונה, כפי שמתברר מן המאמר "**גט, דחוב הוא לה**"⁸¹ - שהרי הגט אינו מטיל על האשה שום כפיפות לתביעה⁸². באותו מובן של גריעות משפטית כלשהי משמש גם המושג של **חובה**⁸³, ונראה שלצורך הניגוד של תביעה יש לייחד בלשון העברית את מושג **החיוב**⁸⁴. זוהי מערכת השכנות המושגית הקרובה ביותר אשר על רקעה יש לנו להבין את מושג הקניין, שהוא נושא דיונו ועתה נחזור להגדרתו של מושג זה עצמו. [[26]]

העניין, והוא חוזר ומשתקף בהלכה למעשה - לא רק במשפט העברי לבדו. נסיונו של פרופ' גינוסר לתרץ את ההבדל בטעמים פרגמטיים בלבד אינו מצליח לע"ד ליישב את העניין.

⁷⁷ טו) ר' ביבליוגרפיה אצל **סלמונד**, עמ' 238 ו-233, בהערות, ור' גם **סלמונד**, עמ' 237 ואילך, ופייטון, עמ' 213 ואילך. לפי האסכולה ההוהפלדיאנית מחייב הניתוח האובייקטיבי של יחסים משפטיים להבחין בין **חרות הפעולה**, המצויה בזכויות שונות - וביחוד בזכות הנכסית, - לבין הזכויות המגונות על אותה חרות-פעולה. ר' ביחוד **קוצורק**, עמ' 5-6.

⁷⁸ טז) ביחוד מתבלט הבדל זה בעובדה שהוהפלד ותלמידיו צריכים היו לטבוע להם מערכת-מושגים מתוקנת באופן מלאכותי, ואין להם למעשה שום שווה ערך אורגני למושג "הרשות" שביקשו, - בעוד שבדיני ישראל מושג **הרשות** הוא מושג מרכזי במקורות המשפט בעצמם. כן יש לציין כי התפיסה המסורתית של הדברים במשפט האירופי עדיין חודרת לעתים קרובות לתוך הביקורת ההוהפלדיאנית עצמה, ומונעת ממנה להגיע לשלמות המסקנות המתחייבות מתוכה. כך, למשל, אמנם מכיר **קוצורק** בחרות-הפעולה כפועל-יוצא של הזכות הנכסית, אבל נמנע הוא מלהכיר בה בפירוש כיסוד מהותי - ואף טרומי - של הזכות, ובעוד שאת הזכות המגינה על החרות רואה הוא כיחס משפטי, הרי את החרות עצמה מציב הוא משום-מה כיחס "בלתי-משפטי". על רקע הגישה העברית אין להסתבכויות מסוג זה מקום.

⁷⁹ יז) דוק בכלל "זכין לאדם שלא בפניו" (משנה ערובין פ"ז מ"א), והשווה **סלמונד**, עמ' 237.

⁸⁰ יח) השווה **סלמונד**, עמ' 228, 229; **היילפרון**, א', עמ' 90.

⁸¹ יט) בבא מציעא י"ב א'.

⁸² כ) ור' גם-כן את הביטוי "התופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים" - כתובות פ"ד ג', ורש"י שם.

⁸³ כא) ירושלמי גטין פ"א הל' ה'.

⁸⁴ כב) ר' דוגמאות במילון **בן-יהודה**.

ג. רשות במובן המורחב

אמרנו אם כן שביסוד מושג הקניין מונח המושג של **רשות**, במובן של **הסמכה** או **התר**; אולם, האמת היא כי מושג הקניין אינו נבנה ממושג הרשות במובן זה במישרין, אלא משיכבה יותר עליונה של אותו המושג.

בירורו של מושג הרשות ברמה זו כרוך בנייתו מסובך למדי של היחס בינו למושג **ההחזקה**, כי לכאורה נמצאים שני המושגים האלה מתחלפים זה בזה במקורות לעתים קרובות⁸⁵; אבל ניתוח זה לפרטיו היה מוציאנו הרחק מעבר לעניין הנידון, ונסתפק פה אפוא רק במסקנה המתחייבת בסיכום. הסיכום הוא כי מושגי הרשות וההחזקה **אינם** נרדפים, וההתחלפות ביניהם נובעת בעיקר מתוך כך, שלעתים קרובות נגרמת "הרשות" במובן המורחב שאנו עומדים להסביר כאן על ידי עצם עובדת ההחזקה; אכן כל אימת **שעובדת-ההחזקה** מגיעה לכלל **משמעות משפטית**, הרי זו מתבטאת- בלשון המשפט העברי - ב"רשות" של האדם המחזיק גבי הדבר המוחזק, - ונמצא אפוא כי במקרים הללו "ההחזקה" ו"הרשות" הן מעין "אילפס וכיסויה", או שני **אספקטים** בלבד של מצב אחד ומאוחד במהותו: האספקט העובדתי מזה והאספקט המשפטי מזה. עם זאת יתכן שעובדת-ההחזקה **לא** תהא מלווה ב"רשות" הרגילה של המחזיק, ושהרשות המתאימה תישאר לבעל הדבר - על אף העובדה שמוחזק הדבר בידי אחר⁸⁶, - והתפצלות זו מחייבת אפוא את מי שרוצה לדייק [[27]] בלשונו להבחין בין מושגי "ההחזקה" ו"הרשות", אפילו בתחום של ענייני ההחזקה בעצמם⁸⁷.

[סיבה⁸⁸ אחרת לבלבול בין מושגי ההחזקה והרשות הוא במה שמושג "הרשות" בא גם לציין את עצם התחום המרחבי-**הפיזי**, העשוי להיות נתון ל"רשותו" של אדם באותו המובן **המופשט** שעומדים אנו פה להבהיר בפתגן. תחום מרחבי נמצא "ברשותו" של אדם - ותחום זה עצמו קרוי "חצרו" או **רשותו** - אם יש לאדם רשות (במובן הסעיף הקודם של פרקנו) להחזיק באותו מקום ולהשתמש בו לצורך עצמו⁸⁹]; והנה אחת המשמעויות של "החצר" היא שמשמשת היא בבחינה "יד" לבעליה - היינו **מכשיר להחזקה**, באופן שגם כל דבר הנמצא בחצר נחשב בסתם כמוחזק על

⁸⁵ (כג ר', למשל, שו"ע חו"מ סי' שיי"ב סעי' ט"ו וסי' שע"א סעי' א"ב; שם, סי' רע"ח סעי' ג"ד; פ"ד מהל' נזקי ממון ה"ל ט', ושם פ"ו ה"ל ו'; דברי ר' יוחנן בבא קמא ס"ח ב', "גזל ולא נתיאשו הבעלים" וכו'.

⁸⁶ (כד) כגון קרקע המוחזקת בידי גזלן והנשארת בכל זאת ברשות הבעלים לעניין הזכיה בפירותיה - בהבדל מן המיטלטלין, העוברים לעניין זה לרשות המחזיק, לפחות משנתיאשו הבעלים: השווה שו"ע חו"מ סי' שע"ב וסי' שס"ב סעי' ח'. בקשר לכך כדאי גם להעיר, שבמקורות אמנם מוצגים הדברים כאילו הייתה הקרקע נשארת **לחלוטין** ברשות הבעלים, בלי שמחזיק-הגזלן יקבל בה רשות כלשהי (שו"ע חו"מ סי' שע"א); אבל קבלת מסקנה כזאת למעשה לא תהא מדויקת, כי גם הקרקע הגזולה קמה ברשות הגזלן - למשל לעניין אחריות כללאיים (ירושלמי כללאיים פ"ז ה"ד), לעניין **חזקה** (שו"ע חו"מ סי' ק"מ ואילך), ומסתבר שגם לעניין אחריות לנזקים הנגרמים מן הקרקע ולחוץ (על פי התוספות על בבא קמא נ"ו ב', ד"ה פשיטא). הקרקע **יוצאת** גם מ"רשות הבעלים" לעניין היכולת להקנותה, אם אין לבעלים אפשרות להוציאה בדין מיד הגזלן (בבא מציעא ז' א').

⁸⁷ (כה) [הערת עורך: ההערה הועברה לטקסט].

⁸⁸ [הערת עורך: פיסקה זו באה במקור כהערה (ומסומנת הערה כה), אבל מאחר שהמחבר הציב בה עצמה הערת שוליים, ראינו לנכון להביא אותה בטקסט בתוך סוגריים מרובעים].

⁸⁹ (כה-1) ר' שו"ע אה"ע סי' קל"ט סעי' א', ורש"י על בבא קמא ק"יח א', ד"ה פרה רבוצה, וחו"מ סי' ר' סעי' ט', וקצוה"ח על סי' שיי"ב ס"ק א'. כמה נסיונות להגדיר את "החצר" - או "רשות היחיד" - מובאים במשנה מעשרות פ"ג מ"ה, אך אף אחד מהם לא נמצא מספיק. מצד שני, בשו"ע חו"מ סי' רמ"ג סעי' כ"ב, אמנם מוצאים אנו מושג של "חצר שאין לה בעלים" - אבל באמת יש לומר שאין כאן הכוונה לחצר במובן משפטי, כי במקום של הפקר נמנעת תחולת דיני החצר מטבע הדברים.

ידי בעל-החצר⁹⁰ - ובאופן כזה יוצא כי הימצאות דבר "ברשותו" של אדם יכולה לפעמים להוות רק צורה אחרת של ביטוי הרעיון כי האדם מחזיק את הדבר באמצעות חצרו⁹¹. את מושג "הרשות" במובן זה יש להבדיל לחלוטין מן המובן שבו אנו עוסקים כאן. כן יש להבדיל מעניינינו את מושג "הרשות" במובן של **תחום** בדרך-כלל, המתפתח בהמשך נוסף עוד ממה שאמרנו⁹².

אולם מסקנה זו כשלעצמה היא עניין צדדי לחלוטין מבחינתנו, וחשובה היא לנו רק מתוך כך שבהמשך ממנה יכולים אנו לעמוד על מושג "הרשות" במובנה המורחב-המיוחד, החורג הרבה מעבר לקשר עם בעיות ההחזקה.

את ביאור הדברים מבחינה זו אפשר להתחיל מן ההנחה, שמתוך ציון **ההסמכה** או **ההתר**, במובן שראינו לעיל, בא מושג הרשות לציין גם את **הזיקה הנוצרת על ידי ההסמכה או ההתר בין האדם הנושא בהם והנשוא שאליו הם מתיחסים**; וכך - מתוך האמירה כי "יש לאדם רשות לעשות בנשוא פלוני" - באו לומר גם כי "נשוא פלוני נתון ברשות האדם"⁹³. אולם, במקום שיש לאדם [[28]] רשות (היינו הסמכה או התר) לגבי נשוא מסוים - כגון חפץ - יש לו בדרך כלל גם זכויות וחובות אחרות בקשר לכך: כגון תביעה נגד המפריעים להגשמתה של הרשות, אחריות לנזקיו של החפץ כלפי הנפגעים על ידיו, זכייה בפירותיו של החפץ ויכולת להעביר את הרשות, על הזכויות והאחריות הכרוכות בה, לאנשים אחרים. מתוך כך בא מושג הרשות לציין גם את **הזיקה הנוצרת בין האדם והנשוא על ידי כל המכלול הלזה**; ומאחר שהמכלול עשוי לעתים קרובות להתפצל, באופן שזכויות או חובות-אחריות שונות לגבי הנשוא המסוים תגענה לאנשים שונים, בא מושג הרשות לציין גם את **הזיקה הנוצרת בין האדם והנשוא על ידי זכות או חובת-אחריות כלשהי מתוך המכלול שנפלה בחלקו**. בהתאם לכך מוצאים אנו כי חפץ עשוי להיות נתון ברשותו של אדם לא רק כדי לעשות בו, אלא גם כדי להתחייב באונסים בגינו⁹⁴, לזכות בפירותיו⁹⁵ או להקנותו לאחרים (היינו להעביר את הזכויות והאחריות לגביו)⁹⁶ - ואפשר אפילו שהחפץ ייצא ברשות ההקנאה (היינו **ביכולת** ההקנאה) של אחד אשר **אינו רשאי** להקנות⁹⁷. בדוגמה אחרונה זו מתגלה ההיפרדות הגמורה בין "רשות" במובן של הסמכה או התר לבין "רשות" במובן המורחב של **זיקה**, ואת הרשות במובן המורחב הלזה יכולים אנו עתה לחזור ולהגדיר - בבחינת מושג עצמאי - **כזיקה הנקשרת בין אדם ונשוא מסוים על ידי זכות או אחריות כלשהי, או על ידי מכלול של זכויות וחובות-אחריות, שהאדם נושא בהם לגבי אותו הנשוא**. כנשוא של "רשות" במובן המורחב מוצאים אנו בעיקר חפצים, אבל יש שהנשוא הוא אפילו אדם, ואפילו אדם בן-חורין, כגון **הנערה**

⁹⁰ (כה-2) ר' בבא מציעא י' ב'י"א א', ושו"ע חו"מ סי' רס"ח, וסי' רמ"ג סעי' כ' ואילך, ותשו' ריב"ש סי' רס"ד.

⁹¹ (כה-3) ר' שו"ע חו"מ סי' ר'.
⁹² (כה-4) כגון רשות-היחיד, רשות-הרבים, ארבע רשויות לשבת: ר' שו"ע או"ח סי' שמ"ה.

⁹³ (כו) ההנחה האמורה מסתברת מתוך השימושים הלשוניים כפי שהם מצויים למעשה לפנינו, וכן מתחייבת היא מן השיקול שמבחינה משפטית-אנליטית יש משמעות ליחס בין אדם ונשוא כלשהו, כשאותו יחס הוא רק רפלקס של יחס בין אדם ואנשים אחרים - בעוד שאין להעלות על הדעה יחס משפטי שהוא מלכתחילה רק יחס בין האדם והנשוא. אף-על-פי-כן, מן הבחינה העובדתית-ההיסטורית, ייתכן שאמנם היתה ההתפתחות הפוכה, כפי שרומז **בן-יהודה**, היינו שמובן **זיקת הסמכות** שב"רשות" קדם למובן הסמכות כשלעצמה - ור' בסעי' ד' של פרקנו, להלן.

⁹⁴ (כז) שו"ע חו"מ סי' שמ"ג סעי' א'.

⁹⁵ (כח) שם, סי' שס"ב סעי' ח'.

⁹⁶ (כט) בבא מציעא ז' א'.

⁹⁷ (ל) בבא קמא דף ס"ח.

שהיא "ברשות אביה" (על ידי סמכויות החינוך והאפטרופסות של האב) או **האשה** שהיא "ברשות בעלה" (על ידי התר האישות שביניהם, היכולת [[29]] של הפרת נדרים, הזכייה במעשה-ידיה, וכ"ו)^{98, 99}.

ד. הגדרת הקניין: קניין-הגוף ושעבוד

והקניין - יכולים לנו עתה לומר - הריהו, פשוט, **סוג של רשות במובן המורחב**. אכן, מכמה מקורות אפשר לכאורה להסיק כי הקניין הוא ממש **שם נרדף** לרשות¹⁰⁰ - ומאחר שהקניין הוא באמת סוג הרשות החשוב והנפוץ ביותר, אין גם פלא שזה היה כיוון ההתפתחות בלשון. יתר-על-כן, למעשה מתקבל הרושם שמושג הרשות לא התפתח לפי הקיום שהתונו לעיל אלא מתוך כך שמושגי הקניין והרשות הזדהו **מלכתחילה**, ומושג הרשות ספג לתוכו את המשמעויות הגלומות בקניין. אולם, גם אם כך הוא מן הבחינה ההיסטורית, הרי בדיעבד - ולאור מכלול המקורות - אין ספק כי מושג הרשות נעשה מושג **יותר רחב** ממושג הקניין (ביחוד מתוך שמושג הרשות בא גם לידי הזדהות מקבילה עם מושג **החזקה**, כפי שראינו לעיל), ומבחינת ההגיון הדוגמתי אמנם כבר אין לנו [[30]] לגזור את מושג הרשות ממושג הקניין, אלא להיפך¹⁰¹.

מכאן שוב יכולים לנו להתקדם ולומר כי **הקניין הוא רשות ביחס לחפץ** (ורק ביחס לחפץ דווקא)¹⁰², כשבמושג "החפץ" מכלילים לנו לא רק חפצים רגילים, אלא גם את הקרקע¹⁰³

⁹⁸ (לא) משנה כתובות פ"ד מ"ה. ור' גם, למשל, נזיר ל' א', לענין קיומה של רשות האב גם בבן זכר. ⁹⁹ (לב) המושג המתואר בזה עשוי אולי להזכיר לקורא את התיאוריה של **פונטשארט**, שראה את כל תורת-המשפט האירופית מסולפת, באשר היא מעמידה את היחסים המשפטיים על זכויות בין אנשים בלבד, ומתעלמת היא מן "הקשר המשפטי" לנשוא, אשר מתוכו הזכויות נמשכות ואשר היה כביכול הרעיון המרכזי בשיטת המשפט הרומית המקורית (**קוצורק**, עמ' 41 ואילך). **קוצורק**, מצידו - עם שמוכן הוא להכיר במגרעות הנובעות מן הגישה המקובלת כמות שהיא (השווה הערה ט"ו לפרק ח' בחלק ב') - מבקר את פונטשארט, בטענה שכבר נתקלנו בה, שאין משמעות ליחס בין אדם ונשוא; אולם, להלן (בעמ' 308, 327) מעדיף הוא עצמו לראות במושג "הבעלות" לא רק את היחס בין הבעלים ואנשים אחרים, אלא את היחס "הת-משפטי" בין הבעלים והחפץ, הנוצר על ידי "היחס המשפטי" בין הבעלים ואנשים אחרים והמוגן על ידי אותו "יחס משפטי". תוך כדי כך יש לציין שגישה זו מצטמצמת אצל קוצורק למושג הבעלות בלבד, כי מחוסר מושג מקביל לכל הקפו של מושג "הרשות" נעלמה ממנו המשמעות העקרונית הרחבה המתגלמת בגישה העברית גם מעבר למושג הבעלות ואשר על פרטיה נשתדל להתחקות להלן.

¹⁰⁰ (ג) ר' משנה קידושין פ"א מ"א, המדברת על קניית **האשה**; רש"י על בבא קמא קי"ח א', ד"ה פרה רבצה, שעל פיו גם רשות **הגנב** היא קניין; וביחוד עבודה זרה ט"ו א' - ודוק. בקשר למקור אחרון זה ר' עוד הערה ל"ד להלן.

¹⁰¹ (ד) שזיהוי מושגי הרשות והקניין אינו יכול לעמוד מתקבל באופן המובהק ביותר מתוך השוואת הנאמר בבבא מציעא נ"ו ב' אל הנאמר בעבודה זרה ט"ו א'. בבבא מציעא נקבעה ההלכה כי "שכירות - ביומה - מכירה היא", והיינו קניין [הערה לד-1: השווה תוספות שם, ד"ה והאי ביומה מכירה הוא.], באופן שחלים בה דיני אונאה, ואילו בעבודה זרה ההלכה היא כי שכירות **איננה** קניין, במובן שאין בשכירות כדי הוצאה גמורה מזיקת הקניין של המשכיר. ברור אפוא שבשני המקורות משמש מושג הקניין במובנים שונים, והתרוץ הפשוט הוא שבעבודה זרה משמש המושג במובן הכללי של "רשות", כפי שהגדרנוהו בסעיף הקודם, בעוד שבבבא מציעא נקבע כי גם הרשות המיוחדת המועברת לשוכר מתוך מכלול הרשות של המשכיר איננה סתם רשות בעלמא - אלא **יש לה דין קניין**. כאן משמש אם-כן מושג הקניין במובן המצומצם יותר של **סוג רשות**, כפי שאמרנו; ומאחר שהמובן הזה, המתחייב על-פי בבא מציעא, הוא השליט במקורות - יש לנו להעדיפו ולומר כי השימוש הסותר בעבודה זרה אינו מדויק. בדומה לזה ר' פ"ב מהלי נזירות ה"י י"ז, שאף-על-פי שהאשה "נקנית", ואמנם היא ברשות בעלה, מכל מקום **אין לבעל קניין בה**; ואילו השימוש בלשון "קניין" לגבי **רשות הגנב** סותר את שימוש הגמרא בבבא קמא ס"ח א', שעל-ידי עצם הגנבה (ואף יאוש הבעלים) **אין הגנב קונה**.

¹⁰² (ה) ר' **גולאק**, כרך א', עמ' 88; פ"ה מהלי מכירה ה"י י"ד ופכ"ב שם ה"י י"ג.

¹⁰³ (ו) הקרקע צריכה אמנם להיתפס לאו דווקא כגוף החמרי של האדמה, אלא כהתפשטות סטריאומטרית חלולה, לרום ולעומק משטח מסוים **על-פני** האדמה (שו"ע חו"מ סי' רי"ד סעי' ג'; והשווה **סוואטייה**, בעמ' 2-3, הנטעה לראות בתפיסה מעין זו אחת מן ההתפתחויות המיוחדות של המחשבה המשפטית המודרנית); אך בדיני ישראל נמנע על-כל-פנים הקניין בחלל המופשט כשלעצמו, שלא על דרך

והדברים המחוברים אליה¹⁰⁴, וכן עבדים (לרבות עבד עברי¹⁰⁵) - אבל על-כל-פנים דברים שיש בהם ממש¹⁰⁶. אולם, גם לא כל רשות ביחס לחפץ היא ממילא [[31]] קניין (כפי שכבר הערנו, למשל, לגבי רשות הגנב¹⁰⁷). ונראה כי הנכון הוא להגדיר שהקניין הוא רק אותה רשות ביחס לחפץ הקרויה קניין-הגוף, או כל רשות המתפצלת מקניין-הגוף על ידי מעשה משפטי מחייב, לצורך הזוכה בעצמו.

בזה הגענו אל מה שמציע אני לקבל כנוסח המושלם-כבר של הגדרת מושג הקניין, אבל נוסח זה עצמו טעון עוד הבהרה בכל נקודה ונקודה בו - וקודם כל, כמובן, בשאלת מהותו של המושג החדש קניין-הגוף, הנקבע כאן ביסוד של דברינו.

קניין-הגוף הוא המונח המקביל במקורותינו למה שרגילים אנו כיום לקרוא בעלות¹⁰⁸, ואין זה מושג הניתן בקלות להגדרה תמציתית. לכאורה גם יכולים היינו לדלג כאן על בעיית הגדרתו, כי בעיקרו של דבר אין מושג זה שונה בדיני ישראל ממשמעותו בשיטות אחרות - ובשיטות אחרות יוכל המתעניין למצוא לו נסיון-הגדרה כמעט בכל ספר העוסק בנידון. אף-על-פי-כן, יש בדיני ישראל מספר נקודות שבהן מתחייבת בתיאור קניין-הגוף עמדה אחת מסויימת דווקא, מתוך אלטרנטיבות אפשריות שונות - ומאחר שהמושג מופיע כאן כיסוד עקרוני בהגדרת מושג הקניין בכללו, ראוי לנו להפליג קצת מקו-ההרצאה הישר, כדי להבין את משמעותו בדיוק.

ככיוון זה נפתח בנסיון-ההגדרה, שקניין-הגוף הוא אותה זיקת-רשות ביחס לחפץ הנבנית על יסודה של רשות במובן התר או חרות-פעולה, הנתונה בהקף-עניינים כללי, בלתי-מוגבל בגדריו מבחינה עקרונית, באופן יחודי לאדם מסוים (או לאנשים מסוימים במאוחד), ביחס לחפץ נשוא-הקניין¹⁰⁹.

בהגדרה זו, מצידה, שוב צריכים אנו להבהיר כי היחודיות והקף-העניינים הכללי של קניין-הגוף הם המבדילים את מושג הקניין בכללו מזיקות-רשות אחרות שתיתכנה לגבי חפצים על בסיס של חרות-פעולה. על ידי היחודיות, מצד אחד, נבדל קניין-הגוף - קודם כל - מזיקות הרשות שאף

קניין המתייחס לשכבת החומר שמסביבה מתפשט החלל (שם, ס"י ר"יב סע' ב'), ובאופן כזה יכול מושג "הקרקע" לחזור ולהזדהות עם הגוף החומרי של הקרקע - גם מבחינה משפטית. השווה גם פייטון עמ' 378. התוצאה המעשית של הגישה הזאת היא, שאמנם יכול אדם לקבל בדיני ישראל רשות לפעול באופן מיוחד בחלל המופשט, אך רשות כזאת יכולה להתקבל רק על דרך שעבוד זמני כנגד זכות הבעלות בקרקע (השווה להלן, הערה נ"ה), ואין היא יכולה להתקבל על דרך של בעלות בחלל המופשט עצמו, שתישאר מופרדת באופן קבוע מן הבעלות בקרקע החומרית. בשיטות האירופיות, מלבד גרמניה וכיו"ב, המצב אינו בהכרח כזה, ואין כאן המקום להאריך. מצד שני יש על-כל-פנים לציין כי הדין העברי אינו מונע שהחלל המופשט ישמש נשוא עצמאי להחזקה או "חצר": ר' נתנ"מ על ס"י ר' ס"ק ח'.

¹⁰⁴ (לז) ביתר דיוק, לפי שיטת הרמב"ם: דברים המחוברים ו"צריכים לקרקע" - שו"ע חו"מ ס"י קצ"ג.
¹⁰⁵ (לח) קידושין ט"ז א' וכ"ח א', ובבא קמא ק"יג ב', ותוספות על יבמות ע' ב', ד"ה אלמא לא קני ליה רביה.

¹⁰⁶ (לט) בנקודה זו שוב אפשר להעיר כי מוצאים אנו את מושג הקניין לא רק בנשואים מסוג זה, אלא אף בתביעות (גיטין י"ג ב') או זכויות (בבא מציעא ט"ו ב'); אך להבהרת הדבר נחזור עוד בחלק השני של מחקרנו.

¹⁰⁷ (מ) לעיל, הערה ל"ד.

¹⁰⁸ (מא) גיטין מ"ז ב'; פכ"ג מהל' מכירה; הרב הרצוג, א' עמ' 74.

¹⁰⁹ (מב) ר' שו"ע חו"מ ס"י רמ"א סע' ה' ואילך, ופ"ז מהל' נדרים הל' ט"ז - ודוק. והשווה היילפרון, ג', עמ' 267, 265.

תוכנן אולי איננו מוגבל עקרונית, אלא שנתונות הן מלכתחילה לאנשים שונים במקביל, כגון הרשות **בחפצים של הפקר**. החפצים הללו - לא זו בלבד שכל אדם יכול ורשאי לזכות בהם לעצמו¹¹⁰, אלא - כל זמן שלא זכה בהם [[32]] אדם - ממילא אף רשאי כל אחד לעשות בהם כראות-עיניו, עד כדי כליונם הגמור¹¹¹, - ואף בגין כך עשויים החפצים להחשב כנתונים לכל אדם **בזיקת-רשותו**¹¹². אולם, כל אימת שהרשויות נתונות לאנשים רבים באופן מקורי במקביל, אין אנו תופסים אותן בגדר **קניין**: רק לאחר שיוחד החפץ ברשותו של אחד, ורשות זו חזרה והתפצלה מידו כדרך שנראה להלן, אין נפקא מינה אם הרשות החלקית היא מיוחדת או נתונה במקביל, ואז על-כל-פנים קרויה היא קניין¹¹³.

ואילו מצד שני, על ידי ההקף הבלתי מוגבל של הרשות הנדרש בקניין-הגוף, נבדל מושג הקניין מזיקות-רשות אחרות, אשר מלכתחילה נתונות הן אולי באופן יחודי לאדם מסוים, אלא שגם תוכנן מלכתחילה הוא מוגבל ומסוים - כגון רשותו של גזבר **בהקדש**¹¹⁴. מצד זה נאמר, שרק אם מלכתחילה היתה אמנם הרשות כללית, [[33]] אלא שבדיעבד נתפצלה ממנה רשות כלשהי מסוימת ומוגבלת לחוד - שוב אין נפקא מינה, ואף זו תוכל להיחשב כקניין¹¹⁵.

בדרך אגב כדאי כאן להעיר שמתוך היחודיות הדרושה בקניין-הגוף משתמע ממילא כי בעל החפץ רשאי לדחות כל התערבות שאינה עולה בקנה אחד עם רצונו או שאינה מותרת ודוחה את רשותו על פי איזה דין מיוחד. מצד שני, על ידי ההקף הבלתי-מוגבל של רשות-הפעולה הנתונה לבעלים ביחס לחפץ, משתמע ממילא כי בעל החפץ רשאי ויכול על ידי גילוי-דעת מתאים ליפות את כוח

¹¹⁰ (מג) שו"ע חו"מ סי' רע"ג סעי' א'.

¹¹¹ (מד) בכפוף אמנם לאיסור המיוחד של "לא תשחית" - אך איסור זה חל גם על בעל החפץ עצמו, ויש בו רק הגבלה **חיצונית**, שאינה פוגעת בכלליות המושגית הבלתי-מוגדרת של הרשות באשר היא. ר' פ"ו מהל' מלכים חל' ח"י וערך "בל תשחית" **באנציקלופדיה התלמודית**.

¹¹² (מה) ר' משנה נדרים פ"י מ"ו: "אשה שהקנו לו מן השמים, שיש לאחרים בה רשות", והיינו שאם האשה היא בלתי-נשואה הריהי בזיקת-רשותו של כל אדם לשאתה.

¹¹³ (מו) כגון הרשות השווה של השותפים להיכנס לחצר המשותפת (משנה נדרים פ"ה מ"א), או הזכות השווה של אנשים לעבור בדרך אשר כל אחד מהם קנה לו שעבוד עצמאי לעבור בה. - יש לציין כי הקבלת רשויות מקוריות עשויה להימצא גם שלא בחפצים של הפקר, כגון **במתנות עניים**, ואף בזה אין לומר שכל אחד מן העניים יש לו קניין אקטואלי בלקט, בשכחה או בפיאה מכוח הרשות הנתונה לו לזכות מהם לעצמו (השווה בבא מציעא י" א', בסוף).

¹¹⁴ (מז) לכאורה אמנם ניתן היה לקבל מן המקורות את הרושם שהקדש - דינו כקניין גמור לגבוה; ולפי זה גם צריכים היינו לתקן את הגדרות הרשות והקניין, שנושא הזיקה הנתונה באמצעותם יכול להיות לא רק אדם, אלא גם כביכול בעצמו. ר' את הביטויים "רשות הגבוה בכסף ורשות ההדיוט בחזקה, אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט" (משנה קידושין פ"א מ"ו), והשווה "כ"י לי הארץ" (ויקרא כ"ג כ"ה). אפשרות כזאת אף יכולה היתה לעלות לכאורה בקנה אחד עם תפיסתו של **פרופ' זילברג** (בעמ' 1 של ספרו), שגם "הקדוש ברוך הוא, בכבודו ובעצמו, הוא מין אישיות משפטית כביכול" בדיני ישראל. אולם באמת יש לדייק בלשונו של פרופ' זילברג, שהדברים אמורים רק **כביכול**, ואילו במובן הפשוט והרגיל של המושג אין ליחס לקב"ה בעלות או רשות ספציפית אחרת, לפי ההכרה הברורה השלטת במקורות למעשה: ר' הפירוש בגיטין מ"ז א', ש"לי הארץ" - משמע רק "לי **קדושת** הארץ", וכן אצל הראב"ד בש"מ על בבא קמא ל"ז ב', "דהקדש **לית ליה בעלים**". למעשה מסתבר כי מהות ההקדש איננה קניין, כי אם **איסור-הנאה** (מושג המקביל ל-*res extra commercium* בלע"ז), והיינו **הוצאה** מתחום הקניין ודיניו, לשם שימוש מסוים על-פי דינים מיוחדים - ולו גם בכפוף לאפשרות שנושא הדברים יחזור ויצא מקדושתו אל החולין של דיני הקניין, אם יתקיים בו גורם מתאים כלשהו (דוק בערך "הקדש" **באנציקלופדיה התלמודית** ור' **גולאק**, א', עמ' 51). **איסורי-הנאה** (או ביתר דיוק: דברים האסורים בהנאה) - אף-על-פי שאין בהם קניין, עשויים הם להימצא בזיקת רשותו של אדם; אבל רשות זו - מלבד אם מתבטאת היא באפשרות לזכות בדבר ולהוציאו מן האיסור - אין היא נתונה לאדם לטובתו האישית, ובדרך כלל גם אין היא מתבטאת בעיקר בחרות-מעשה (על-כל-פנים אינה יכולה להיות כללית, כמובן), כי אם בחובה או יכולת. ניתוח ממצה של המקורות השייכים לעניין זה מצוי בקונטרס של **הרב דייכעש**, המוסף לשו"ת הריב"ש במהדורת ווילנא, תרל"ט.

¹¹⁵ (מח) כגון "הקנה לו חצרו להכניס בו זיזין, וכן כל כיצא בזה": שו"ע חו"מ סי' רי"ב סעי' ב'.

חברו, שהלה יהא רשאי לפעול בחפץ תחתיו - ומכאן משתמעת בסתם האפשרות להעביר את הקניין או לפצל את הרשויות הגלומות בו לידים שונות, כפי שחשוב ביחוד לגבי החלק השני של הגדרתנו במושג הקניין.

מעבר לכן מבדילה הגדרתנו את קניין-הגוף (על הקניינים המתפצלים ממנו) מזיקות-רשות אחרות, על-ידי-כך שבקניין-הגוף נדרש דווקא בסיס עקרוני של רשות במובן התר-מעשה, בעוד שזיקות-רשות אחרות תיתכנה אפילו על בסיס של חובה ויכולת בלבד, ואפילו תוך איסור להגשים את היכולת בפועל - כגון הרשות באיסורי-הנאה ורשות הגנב, כפי שראינו לעיל¹¹⁶.

אולם, הדגש המושם בגורם של התר-מעשה אינו נועד רק להבדיל את קניין-הגוף מזיקות-רשות אחרות, - כי לעניין זה יוצאים היינו ידי חובתנו גם על ידי עצם ציון ההקף הבלתי-מוגבל של הרשות הגלומה בקניין-הגוף, בלי להזכיר את חשיבותו של גורם זה לגבי יסוד אחד מסוים דווקא שממנו מתפתחת הרשות.

[34]] הזכרת היסוד המסוים של התר-מעשה חשובה בעיקר כדי להכריע בשאלה מהותית, הנוגעת לטיבו של קניין-הגוף מתוכו ולפנים, - והיינו אם ההקף הבלתי-מוגבל של הרשות מוכרח להתקיים דווקא בתוכנה הענייני של הרשות **ובכוח-התמדתה** גם יחד, או שמא די כי יתקיים בתוכן הענייני בלבד. במלים אחרות, השאלה היא אם ייתכן קניין-הגוף לזמן מוגבל, באופן שתוך אותו הזמן ייחשב כבעל מי שנתונה לו הרשות העניינית הבלתי-מוגבלת בנשוא-הקניין למעשה - או שמא יכול להיחשב כבעל רק מי שרשותו היא בלתי-מוגבלת גם בכיוון אל הנצח, באופן שצמצום רשותו על ידי הוצאת כל תוכנה הענייני לתקופת-זמן כלשהי ייחשב רק צמצום חלקי ובלתי עקרוני, שאינו פוגע בכלליותה של הרשות במותר, וממילא גם לא בטיבה המושגי. נראה כי התשובה לעניין זה בדיני ישראל היא כאפשרות הראשונה¹¹⁷ - ולכן מצאנו נכון להדגיש בהגדרה את הגורם התוכני, המתבטא בעיקר בחרות-המעשה: כל זמן שחירות-המעשה תישאר מבחינה עקרונית בעינה, ולו גם [[35]] מוגבלת מאוד בנקודות מיוחדות, רבות ושונות - עדיין נכיר שם

¹¹⁶ (מט) הערות ט"ז, כ"ח, ל', ל"ג ול"ד, ור' גם שו"ע חו"מ סי' שס"א סעי' ו'.
¹¹⁷ (ג) מסקנה זו זקוקה לברור מקיף למדי. האפשרות של בעלות, הנתונה מעצם מהותה המושגית לזמן מוגבל, נקבעת אצל הרמב"ם, בפכ"ג מהל' מכירה הל' ה'-ו': "המוכר גוף הקרקע לזמן קצוב, הרי זה מכירה, ובסוף תחזור לבעליה. ומה הפרש יש בין המוכר קרקע לזמן קצוב ובין המקנה אותה לפירותיה? שהקונה לפירות אינו יכול לשנות צורת הקרקע, ולא יבנה ולא ירוס, אבל הקונה לזמן קצוב הוא בונה והורס ועושה בכל זמנו הקצוב כמו שעושה הקונה קניין עולם לעולם". תוך כדי כך אין לחשוש לקביעה שבסוף הזמן חוזרת הקרקע "לבעליה", כי מסתבר שבמושג זה אין הרמב"ם מתכוון כאן אלא ל"בעליה הראשונים": השווה בפ"א מהל' שמיטה ויובל, הל' א' כנגד הל' ט"ו, - ועל-כל-פנים ברור שקניין הגוף לזמן קצוב ייתכן גם במקום שאין החפץ אמור לחזור בתום הזמן לבעליו הראשונים, כי אם לעבור לאדם שלישי, באופן שבזמן-הביניים לא יהא שם כלל מי שיוכל להיחשב כבעל, מלבד הקונה לזמן קצוב: ר' פ"ב מהל' זכיה ומתנה. יתר-על-כן, לפי מקור זה ברור כי תוך הזמן יכול הקונה להכשיל את זכותו של הבא אחריו על ידי הקנאת הגוף לאחרים אפילו מעבר לזמנו, - וזכות ההקנאה הבלתי-מוגבלת (או הזכות לכלות את הגוף, או לאוסרו על כלי עלמא) היא המבחן המובהק ביותר לבעלות על-פי פ"ז מהל' נדרים הל' ט"ז. בקשר לכך יש גם להעיר שאין המסקנה הנידונה נסתרת על ידי העובדה שבזמן שהיובל נוהג אין רציפות הבעלות בקרקע נפסקת על ידי הקניין הזמני של הלוקח - מפני שקניין הלוקח אינו כאן באמת קניין-הגוף, כי אם קניין פירות, - ור' משנה למלך על פ"א מהל' שמיטה ויובל הל' א'. עם זאת עשויה קושייה לחזור ולהתעורר על-פי שו"ע חו"מ סי' שמי"ו סעי' י"ח, ההולך בזה לשיטת התוספות ומחייב את הקונה לזמן קצוב באחריות כשומר - אבל הנטייה היא לדחות את העמדה הזאת; ר' בקצה"ח לבעה"ש. בדומה לכך עשויה הקושייה להתעורר גם על-פי ההכרעה באו"ח סי' תרנ"ח סעי' ג', לפי שיטת הרא"ש, שאין אדם יוצא באתרו הקנוי לו לזמן קצוב בלבד; אבל גם הכרעה זו נדחית - לע"ד בצדק - על ידי קצה"ח בסי' רמ"א ס"ק ד' (אמנם שלא כנתה"מ שם, ור' ביאור ההלכה במשנה ברורה).

קניין-הגוף ובעלות; אבל אם מחירות-המעשה לא יישאר כל מאומה, לא לחיוב ואף לא לשלילה - באופן שהאיש לא יהא רשאי לעשות בחפץ שום דבר בעצמו, ובכלל זה גם לא להתקומם נגד מעשה כלשהו הנעשה בחפץ בדרך חומרית או משפטית על ידי אחרים - שוב לא נכיר לו את קניין-הגוף או הבעלות, אף אם עדיין יישאר החפץ ברשותו לעניין צדדי כלשהו, כגון לקניין סיכוי החזרה האוטונומאלית של מותר החפץ לידו, במקרה שהקונה-הגוף שבינתיים יבחר אמנם להשאיר לו מותר¹¹⁸.

[[36]] משנתברר לנו המושג של **קניין-הגוף** יכולים אנו לחזור לחלק השני של הגדרת מושג הקניין בכללו - ובכיוון זה נפתח בבירור המושג של **רשות המתפצלת מקניין-הגוף**¹¹⁹.

מן הבחינה המושגית הפשוטה תיתכן התפצלות כזאת בשני אופנים. האפשרות האחת היא שחלק מן הרשויות הכלולות בקניין-הגוף תגענה לראובן וחלק לשמעון, באופן שקניין-הגוף במובן שהגדרנו ייעלם במקרה המסוים מעיקרו. פיצול כזה מקובל היה במשפט הפיאודלי של אירופה,

¹¹⁸ (נא) גישה זו מנוגדת ביחוד לתפיסת **המשפט האנגלי**, לפיה הנצחיות המושגית של הבעלות היא מיסודות הגדרתה, ולא מי שקונה את הקרקע ב-life estate, אלא מי שזכאי ל-remainder, הוא הנחשב כבעל הקרקע גם בזמן הביניים, אפילו כשה-tenant for life פטור לחלוטין מאחריות להשחתת גוף הקרקע וזכאי הוא להקנות את הגוף לעולם לאחרים: ר' **צ'שיר**, עמ' 108 ואילך ו-202 ואילך. **ביבשת אירופה** יש פרשנים הדורשים מן הבעלות כי תהיה עולמית, כגון **פלניול וריפר**, ג', עמ' 220, וכן **ולף רייזר**, בעמ' 176 - אבל בדרך כלל מתעלמים כאן מן הבעייה. עם זאת ברור למעיין, גם באנגליה וגם ביבשת אירופה, כי בעלות המוגבלת בכוח התמדתה מצויה למעשה, ותהא אשר תהא התפיסה העיונית הרשמית: ר' למשל - באנגליה - את הבעלות בקרקע המופקעת מן הבעלים הראשונים למטרה מסוימת, והעשויה לחזור לבעלים הראשונים עם אבדן המטרה (**צ'שיר**, עמ' 110), הבעלות בבניין על-פי קניין-מקום באיטליה (סע' 953 של ספר החוקים האזרחי), הבעלות הזמנית בצינורות השקאה, המוכרת בצרפת (**פלניול וריפר**, ג', עמ' 222), וכן הבעלות העומדת להיפסק מכוח Anwartschaft של אחר בגרמניה (**ולף-רייזר**, עמ' 176 בהערה). מצד שני יש לציין כי הגישה המוצעת עולה בקנה אחד עם דברי **פלניול וריפר** (כרך ג' עמ' 225), כי "מה שמאפיין את זכות הבעלות ומציין אותה מכל יתר הזכויות הריאליות, הרי זו הרשות לפעול בדבר על ידי אכילתו, על ידי השחתתו החומרית או על ידי שינוי גופו... כל יתר הזכויות הריאליות מתירות לזכאים להשתמש בחפץ הזולת במידה מלאה או חסרה, אך תמיד בתנאי שיקיימו את גופו... כלומר שהזכויות השונות האלה אינן כוללות אף פעם את ה-abusus, הנשאר באופן כזה היסוד האופייני לבעלות". עם זאת לא מצאנו נכון להעמיד את הגדרת קניין-הגוף על ה-abusus, הנשאר באופן כזה היסוד האופייני לבעלות". עם זאת גם במקורות העבריים (כפי שראינו בהערה נ' לעיל; ר' גם את החפירה של "בורות שיחין ומערות" כסימן המובהק לבעלות בקרקע, למשל בבבא בתרא נ' ב' או גיטין מ"ז א'), - כי רשות מוגבלת של abusus עשויה להינתן גם לזר, ולכל הדעות לא תהא בכך העברה של הבעלות או קניין הגוף (השווה כתובות ע"ט ב').

תוך כדי כך עומדים אנו באגב על מקורו הרעיוני והצדקתו של נוסח המושג **קניין-הגוף** בעצמו. הדבר נרמז גם אצל הרמב"ם, בפכ"ג מהל' מכירה הל' א', בהבחנה בין **קניין-הגוף** לקניין **הנאת-הגוף**; והשווה סע' 354 של ספר החוקים האזרחי **האוסטרי**, המונה בהגדרת הבעלות את "הרשות לשלוט ב-sache Substantz der -" כיסוד עיקרי (בעקבות המגבלה הרומית על קניין-החירות בנוסח "salva rerum substantia": ר' **מלוי**, עמ' 280).

¹¹⁹ (נב) ביחס למושג ההתפצלות מקניין-הגוף, ר' למשל שו"ע חו"מ סי' ר"ט סע' ז' ודוק, והשווה **ולף-רייזר**, עמ' 177, **פלניול וריפר**, ג', עמ' 753, 918, **מסיניאו**, ב/א, עמ' 182. בעמ' 414-413 אמנם מסיניאו **מסיניאו** ומדגיש כי מה שאנו קוראים "התפצלות מקניין-הגוף" אינו צריך להתקבל במובן דווקני, באשר מתכוונים במושג זה גם למיני רשויות שמלכתחילה אינן נכללות בקניין-הגוף או שעל-כל-פנים אין להן קיום עצמאי או מובחן בתוכו. אולם לע"ד נראה לי כי באשר לרשויות שאין להן מלכתחילה קיום עצמאי או מובחן - אין בהסתייגותו של מסיניאו שום נפקא מינה, ואילו במה שנוגע לרשויות שאינן נכללות כלל בקניין-הגוף, הרי באמת אין צורך להכלילן גם במושג ההתפצלות, כפי שנבחר ביתר פרוטרוט בהערה י"א בפרק ג' להלן.

ועוד כיום נשארו ממנו בגרמניה שרידים, שמשתדלים להיפטר מהם¹²⁰ - אבל בדיני ישראל נמנעה האפשרות של פיצול כזה למעשה, על-פי דין מפורש¹²¹.

מעבר לכך נשארת האפשרות של פיצול באופן שקניין-הגוף הטרומי יישאר בעינו, אלא שרשות מוגבלת כלשהי מתוכו תעבור במסויג לאדם אחר - והיינו [[37]] שהרשות המועברת תהא מוגבלת לא רק בתוכנה, אלא גם בעצם גודלי העברתה לזולת¹²², והריהי תישאר אפוא מעורה ומושרשת

¹²⁰ (ג) היילפרון, ג', עמ' 266 בהערה; וולף-רייזר, עמ' 354, 379 ואילך. באנגליה, השרידים של אפשרות הפיצול ממין זה הם אף יותר חשובים ומבוססים, אבל מבחינה מושגית נבלעים הם במוסד של ה-trust: ר' צ'שיר, עמ' 129 ואילך.

¹²¹ (נד) משנה נדרים פ"ה מ"ו: "כל מתנה שאינה שאם הקדישה תהא מקודשת אינה מתנה", ורי' בתוס' יו"ט שם, שמתנה כזאת "אפילו לשעתה אינה כלום". - מבחינת הניתוח המושגי של הדברים, הכוונה כאן היא כמובן לנסיון של הסדר שכל רשויות קניין-הגוף תעבורנה למקבל, בכפוף להגבלה העקרונית שהאיש לא יוכל להקנות (או לאסור) את הגוף, ושהרשות למניעת התוצאות המעשיות של התיימרות-הקנאה או איסור תישארה לנותן. הסדר כזה הוא הדוגמה המובהקת ביותר של "בעלות מחולקת" במובן המשפט הפיאודלי.

¹²² (נה) ההעברה יכולה להיות מסויגת, קודם-כל, על ידי תנאי של זמניות. ר' למשל פכ"ג מהל' מכירה הלי' וי, שמשמע שם שקציבת זמן היא יסוד מהותי בקניין הפירות, וכן הגהת הרמ"א על שו"ע חו"מ סי' רי"ב סעי' א', שקניין-מדור שלא נקצב בו זמן עומד לסיום בכל עת.

בקשר לנקודה זו מתנהל אמנם ויכוח מסוים בין הסמ"ע, הש"ך והט"ז, שצריכים אנו לפלס לנו את מסקנתנו דרכו. מקור הדברים הוא בדברי רב נחמן בבבא בתרא קמ"ז ב': "...שכיב מרע שאמר, פלוני ידור בבית זה, יאכל פלוני פירות דקל זה, לא אמר כלום עד שיאמר תנו בית זה לפלוני וידור בו, תנו דקל זה לפלוני ויאכל פירותיו". על זה מובא בהגהות המרדכי (פרק ט', סי' תרע"א): "כתב רב האי גאון דדבר שאין בו ממש, כגון אויר ודירה ואכילת-פירות בלא גוף, כולו לא מהני בהו קניין... וראיה מדאמר ידור פלוני בבית זה כו', ורב נחשון השיב דידור בו שעה אחת, משום שלא אמר ידור כך וכך זמן; וידור בו - שעה אחת משמע, עכ"ל...". לפי זה נראה לע"ד פשוט, שהמחלוקת בין רב האי ורב נחשון היא כלהלן: לדעת רב האי, טעם הבחנתו של רב נחמן הוא שבנוסחה הראשונה מדובר בעניין שאין בו ממש (בעוד שבנוסחה השנייה מדובר בהקנת הגוף הממשי להנאה מסוימת); ואילו לדעת רב נחשון, אף בנוסחה הראשונה אין רב נחמן רואה עניין שאין בו ממש, כי אם דווקא שם מוצא הוא כוונה להקנות הגוף הממשי להנאה מסוימת - ולכן אף בזה מקיים הוא את ההקנאה מבחינה עקרונית, אלא שמעמיד הוא את הקניין לסיום בכל עת, כי לא נקצב בו זמן, - ואילו בנוסחה השנייה מבין רב נחמן כוונה להקנות גופו של הבית או הדקל עצמו, על כל הנאותיו (ולו גם מתוך כוונה של תכלית מסוימת), ולכן אין לו כאן צורך בקציבת זמן, כי קניין הגוף נתון בסתם לעולם. בקשר לכך מתעוררת אמנם השאלה, מה עניין הגבלת התכלית כשהמדובר הוא בקניין-הגוף במלואו, אך נראה כי התירוץ הוא זה: קניין-הגוף בבניין או בדקל אינו נתון בפני עצמו, אלא כרוך הוא בקניין הנאת-המקום בקרקע שבה הבניין או הדקל עומדים, והגבלת התכלית אינה מכוונת כאן במישרין לקניין-הגוף, כי אם להנאה המסוימת של קניין-המקום. הנאה זו, מצידה, אינה צריכה קציבת-זמן מפורשת, כי זמנה מוגבל בסתם ממילא על ידי משך קיומו של הבניין או הדקל (השווה שו"ע אה"ע סי' צ"ד סעי' ב' וחו"מ סי' רט"ז סעי' ז'), ועל ידי הגבלת התכלית משיג כאן הנותן בעקיפין את התוצאה, שגם את קניין-הגוף לא תהא למקבל רשות לנצל למעשה כנגד בעל הקרקע אלא בגדר התכלית שנקבעה. בהתאם לכך, אמנם אפשר לראות אפוא בתשובת רב נחשון אסמכתא חד-משמעית למסקנה, שבקניין הנאת-הגוף, היינו קניין בדרך התפצלות מקניין-הגוף, אין אנו מכירים התמדה עולמית, וכל אימת שלא נקצב בזה זמן בפירוש או מכללא, עומד הקניין לסיום בכל עת. אולם, משבאו הדברים להתפרש על ידי הסמ"ע (סי' ב') והש"ך (סי' ד'), ריכז הסמ"ע את עניינו בעצם הנקודה הזאת עצמה, בעוד שהש"ך ריכז את עניינו בנקודה הצדדית, שבהקנת עצם גופו של הבניין או הדקל לשם דירה או אכילת פירות אין צורך בקציבת זמן מפורשת - וכך נמצאו דבריהם יוצרים את הרושם כאילו יש בהם מחלוקת, והיינו שהש"ך גורס כביכול שגם בהקנת הגוף להנאה מסוימת בלבד תיתכן הקנאה עולמית; אבל באמת אין המצב כזה, ודברי שניהם עולים בקנה אחד.

מצד שני, הט"ז (על סעי' ב' הגה וסעי' ד') אמנם איננו מוגבל בפירושו כדרך הש"ך, ובהמשך ישר מן האפשרות להקנאה עולמית של הדקל לשם אכילת פירותיו רואה הוא גם אפשרות להקנאה עולמית של שדה לפירותיה, אך את גישתו זו מבסס הוא בעיקר על חוסר-יכולתו להבין את הסמ"ע, ומשהצדקנו את פירושו של הסמ"ע, שוב אין ליתר נימוקי הט"ז אחיזה. אדרבה, יש לנו ראייה מוכרעת נגד גישתו של הט"ז, באשר קניין עולמי בשדה לפירותיה היה עומד בסתירה מהותית למשנה המפורשת שעליה הסתמכנו בהערה נ"ד לעיל, - ואמנם ניתן לומר כי תשובת רב נחשון, לפי פירוש הסמ"ע, אינה באה בעצם אלא לתרגם אותה משנה למשמעותה המעשית המלאה.

עם זאת יש לציין כי סיוג גודלי התעצמותה של רשות המתפצלת מקניין-הגוף אמנם אינו מוכרח להתבטא תמיד במישרין במונחים של הגבלה זמנית. ייתכן, למשל, שבעל החפץ יעביר לנושהו את הרשות למכור את החפץ לאחרים כדי לגבות את חובו מן המחיר, אם לא ייפרע כראוי לו באופן אחר. לכאורה מועברת בזה הרשות בלי הגבלת זמן, אבל מאחר שנשאר לבעל החפץ כוח ביחס לאותה רשות, להחזירה לעצמו, הרי זה

בקניין-הגוף, המתקיים על ידי כך בשלמותו העקרונית, גם בשעה שנמצאה היא מופרשת מתוכן לשימוש עצמאי.

[38]] אך שוב לא כל רשות המתפצלת מקניין-הגוף כאמור היא בגדר קניין, ונחוץ דווקא שהפיצול יהיה **על ידי מעשה משפטי מחייב**. בזה הכוונה היא לפיצול שלא ייערך על ידי הסכמה בעלמא מצד בעל החפץ למעשה כלשהו שייעשה [39]] בחפץ על ידי חברו, באופן שיהא אמנם המעשה כשר וישר נגד כל העולם, אלא שבעל החפץ יוכל על-כל-פנים לחזור בו מהסכמתו ולאסור את המעשה כל עוד שזה לא נעשה - אלא נחוץ שהפיצול ייערך באופן שיטיל על בעל החפץ עצמו גריעות או **חובה משפטית** לסבול את מעשה הצד שכנגד, כמוהו ככל אדם זולתו. דוגמה לפיצול מן הסוג הראשון, יש לנו, למשל, במקרה של הרשאת בעל-הבית לאורח או לפועל, להשתמש בכליו¹²³; דוגמה לפיצול מן הסוג השני יש לנו במקרה שהחפץ מושאל לשימוש הזולת לפי בקשתו, לצורכו¹²⁴. בקשר לכך אמנם ראוי לציין כי ההבדל הענייני בין שני הסוגים עלול לפעמים להיטשטש לחלוטין, כגון שבעל החפץ משאיל אותו על תנאי שיוכל בכל עת לסיים את ההשאלה, לפי רצונו: שהרי כאן, מצד אחד, יש לנו פיצול על ידי מעשה משפטי מחייב, ומצד שני מצב הרשות הוא ממש כאילו לא היה שם מעשה מחייב כלל. אולם, גם אם במקרה-גבול שכזה קשה לומר מהו ההבדל הענייני על-פי ההבחנה שאמרנו, הרי מכל-מקום, ההבדל המושגי נשאר ברור, וגם התוצאות ההלכתיות הנובעות מן ההבדל המושגי נשארות לחלוטין בעינן¹²⁵.

[40]] בהמשך מכאן יש לנו לעמוד על דבר הנרמז ממילא בדרישת "המעשה המשפטי המחייב", אך שיש לו משמעות עקרונית לעצמו. אמרנו שהקניין, באשר הוא זיקת-רשות, עשוי לכלול לא רק רשויות במובן של התר-מעשה, אלא גם מיני זכויות אחרות ואף חובות-אחריות; ואמנם, אף-על-פי שבהגדרת קניין-הגוף הדגשנו ביחוד את הרשות במובן התר-מעשה, הרי כדי שיווצר קניין על ידי **התפצלות מקניין-הגוף**, אין הכרח שהרשות המתפצלת תהא דווקא התר-מעשה, אלא אפשר שזו תתגלם ברשות מסוג אחר המצויה בקניין-הגוף, כגון עצם זיקת-הזכייה בפירותיו של החפץ¹²⁶. עתה באים אנו לשאול, אם באמת תסכון לזה רשות כלשהי, לרבות חובת-אחריות, או שמא אין לנו קניין אלא כשהרשות המתפצלת היא **זכות?** התשובה הנכונה, לפי דיוק הדברים, היא

פיצול כשר (ר' למשל שו"ע חו"מ סי' ע"ב). אם העברת הרשות במקרה הנידון תהיה מוחלטת, ייתכן אמנם גם כן שלא יראו דווקא את הדבר כפסול, אבל מסתבר שההכשרה תוכל להתקבל רק אם לא יראו בפעולה פיצול של קניין-הגוף, אלא העברת הקניין בכללותו, על תנאי "מעכשיו ולכשיממש הנושה את המכירה" (השווה שו"ע חו"מ סי' ר"ו).

¹²³ נו) שהרשאה מסוג זה אינה עולה קניין יש ללמוד, למשל, מנדריים לד' ב', בסוף, לפי פירוש הר"ן, ומדברי הרשב"ם על בבא בתרא פ"ח א', ד"ה ור' יהודה סבר שואל הוי. - השווה **סלמונד**, עמ' 140: "אם בעל קרקע נותן לי רשות להתהלך באדמתו, יש לי זכות לעשות כן במובן שזכות פירושה רשות; אבל אין לי זכות לעשות כן במובן שזכות הנתונה לי היא פועל-יוצא מחובה המוטלת עליו".

¹²⁴ נו) שו"ע חו"מ סי' שמ"א סעי' א'.
¹²⁵ נח) ההבדל ההלכתי המובהק ביותר הוא שזיכוי על ידי מעשה משפטי מחייב מעביר גם את האחריות לחפץ, בעוד שזיכוי על ידי מה שנכנה **הרשאה ארעית** אינו מוציא כשלעצמו את החפץ מאחריות בעליו: השואל אחראי לשלמות החפץ וערב לנזקיו אף אם משאיר הוא את החפץ בשמירת הבעלים; המורשה הארעי, לעומת זאת, אינו אחראי, אלא אם החפץ הוא בשמירתו למעשה, ואין הוא יכול להיעשות בעל-בית לבעליו. ר' שו"ע חו"מ סי' שצ"ו סעי' ח"ט, ובאר היטב שם, ס"ק י"א, וסי' רצ"א סעי' כ"ד הגה, ובבא מציעא ל"ה ב' - ודוק.

¹²⁶ נו) קניין-הפירות הרגיל כולל אמנם גם התר-מעשה, כי מושג הפירות העברי כולל גם את **השימוש** הנאות בחפץ (כתובות ע"ט ב'; פכ"ג מהל' מכירה הל' ו-ז'), אבל ייתכן שהקניין יוגבל לעצם הזכייה בסוג מסוים של פירות, שלא דרך התר-שימוש בחפץ: ר' כתובות ס"ט א', ותוספות שם ד"ה מעמלא דבית.

כנראה כלהלן: אמנם, גם קניין מתפצל עשוי לכלול בתוכו זיקה של חובת-אחריות¹²⁷, אבל אין הוא יכול להתבטא בזיקה של חובת-אחריות בלבד. כמובן, אין פירושו של דבר שבעל החפץ לא יוכל לשמור את כל רשויות הקניין לעצמו ולהעביר לאחר רק את חובת-האחריות לבדה¹²⁸; אבל במקרה כזה ממילא משמע שאין שם מעשה משפטי המחייב את בעל החפץ לסבול את חובת-האחריות של חברו, באופן שלא יוכל להחזיר את החובה לעצמו בכל עת שירצה - דבר שהיה כבר מכניס את חובת-אחריותו של המקבל למסגרת של זכות, - והרא"ש פסק כי זיקה כזאת, כשלעצמה, איננה קניין¹²⁹. לפי זה אפוא, באמת תמיד עיקר הקניין הוא בזכות, ואילו זיקת-רשות לחובה עשויה להיכלל רק במושג באופן משני.

ולבסוף, מה שאמרנו כי הרשות המתפצלת צריכה דווקא להיות לצורך הזוכה בעצמו. בזה הכוונה היא, שאם ניתן החפץ לרשותו של פלוני באופן המזכה אותו לפעול בחפץ בגדרים מסוימים, ואפילו תוך אוטונומיה ידועה, המאפשרת לו להפיק מן הפעולה הנאה לעצמו - אלא שתכלית הרשות איננה על-כל-פנים בהספקת ההנאה לרשאי - אין אותה רשות נחשבת קניין. רשות שכזאת קרויה **טובת הנאה**, [[41]] ומופיעה היא ביחוד במקרים כגון רשות הגזבר לחלק כספי צדקה לפי הכרעתו, רשות התורם למסור את תרומתו לכוהן הישר בעיניו - וכיו"ב¹³⁰.

רשות המתפצלת מקניין-הגוף ושנתקיימו בה הגדרים שהסברנו - אפשר לקרוא, כפי שאמנם כבר נהגנו כאן, על-פי לשון הרמב"ם בפכ"ג מהל' מכירה הל' א', **קניין הנאת-הגוף**; אבל מונח זה אינו מקובל בדרך כלל במקורות, ויותר רגילים להסב על רשות כזאת את מונח **השעבוד**. מושג

¹²⁷ ס' בדרך כלל תימשך זיקה כזאת כרפלקס מזכות-ההחזקה הכלולה בקניין המתפצל: ר' למשל, שו"ע חו"מ סי' ש"ז סעי' א'.

¹²⁸ (א) יהיה בזה עסק של הפקדה, אם לשומר-חנם ואם לשומר-שכר: ר' שו"ע חו"מ סי' רצ"א ואילך. ¹²⁹ (ב) פסקי הרא"ש על בבא קמא פ"ז מ"ו מתבקשת לכאורה מסקנה הפוכה - שאף זיקת-חובה בלבד המתפצלת מקניין-הגוף היא בגדר קניין; אך ר' עה"ש חו"מ סי' רצ"א סעי' ט"ו, שעל-פי דברי הרמב"ם בפ"ב מהל' שכירות הל' ח' מסתבר כי אין זו דעתו של הרמב"ם באמת.

¹³⁰ (ג) מעמדה של טובת-ההנאה מתברר מתוך מחלוקת המתנהלת במקורות, אם טובת-ההנאה היא "ממון" או איננה "ממון". כפי שנראה להלן, ממון - משמע **נכס**, ואילו "נכס" הוא חפץ הנתון לאפשרות של קניין ורשות-הקנאה. והנה, אמנם יש בטובת-ההנאה כמה וכמה דינים של קניין והקנאה וערך ממון: בגדר הרשות הנתונה יתכן שיוכל האיש להקנות את החפץ בדרכי הקניין הרגילות (שו"ע על חו"מ סי' ר"ג ס"ק א'); במידה שטובת-ההנאה כרוכה ברשות **להחזקת החפץ**, מסתבר כי יכולה היא במקרים מסוימים לעבור בירושה, עם ירושת החחזקה (נתה"מ סי' רע"ו ס"ק ד'); המזיק את טובת-ההנאה חייב בפיצוי (פ"ב מהל' גנבה הל' ד'-ה'); הזכאי בטובת-ההנאה יכול להדיר אחרים מלהנות ממנה (פ"ז מהל' נדרים הל' י' י"א); ור' שו"ע על חו"מ סי' ל"ז ס"ק י', בעניין הכשרות להעיד במקום של טובת-הנאה. אולם, טובת-הנאה, מעצם טיבה **וכשלעצמה** אינה ניתנת להעברה: אין היא מעמידה את החפץ ברשות הזכאי כדי לשאת ולתת בו על ענין זכותו העצמית (פ"ה מהל' אישות הל' ו', ור' ד"מ על חו"מ סי' רע"ו ס"ק א', ותשו' מהרי"ק - מהדורת ורשא, תרמ"ד - שרש ו', דף ט' עמ' א', טור ב') - ובהתאם לכך אמנם נראה כי הוכרעה ההלכה שביסוד הדבר אין לראות את טובת-ההנאה כממון (או כזכות העושה את החפץ **לנכס הזכאי**), וממילא גם לא **כקניין** (בניגוד לדעת כמה פוסקים חשובים, וביחוד הרא"ש בפסקיו על נדרים פ"ה א' [הערת עורך: כוונתו לפירוש הרא"ש נדרים שם] וקידושין סוף פרק ב', ור' קרבן נתנאל ותפארת שמואל שם, ושו"ע על חו"מ סי' ש"ן, והשווה עה"ש שם סעי' י"ג. חומר מרוכז נוסף לענייננו נמצא באנציקלופדיה התלמודית, ערך **דבר הגורם לממון**).

את טובת-ההנאה אפשר אולי למצוא גם אצל **השליח והאפוטרופוס** הרגילים, אבל על-כל-פנים יהא צורך להבחין במקרים כאלה בין טובת-ההנאה בבחינת הרשות של השליח או האפוטרופוס עצמם לבין הקניין שהוא **יסוד** טובת-ההנאה ואשר השליח או האפוטרופוס מייצגים בו את השולח או את בן-החסות. בשיטות של אירופה נראה כי מושג מקביל ל"טובת-ההנאה" איננו ידוע, אבל הקבלה עניינית מובהקת אפשר למצוא למשל בזכות "הלגלית" של ה-trustee האנגלי או ב"משורות הרכושיות" בצרפת (**פולניול וריפר**, ג', עמ' 567 ואילך). המנהג הנפוץ אצלנו, לציין כ"טובת-הנאה" את זכותו של ה-cestui-que-trust דווקא, הוא תרגום הפוך מן המובן הנכון של המושג העברי.

"השעבוד", מצידו, [[42]] אמנם נראה לומר כי מבחינה מילונית רחבה אין הוא מיוחד בהכרח לרשויות מן הסוג הנידון, אלא עשוי הוא לחול גם על כל זיקת-זכות שהיא הנתונה לאדם בגופו או בנשוא-קניינו של אחר; אבל תחולה כזאת - גם אם אפשרית היא - מכל מקום אין היא פוגעת במושג השעבוד כמונח טכני ביחוד לקניין המתפצל כפי שהגדרנו, ובהתאם למנהג המקורות נעדיף גם אנו להשתמש בו כך להלן¹³¹.

¹³¹ סד) מושג השעבוד בתפקיד מקביל לזה משמש לפעמים גם בשיטות המשפט באירופה - ר' למשל הכותרת לחלק הרביעי בספרם של וולף-רייזר: Die Belastungen. עם זאת יש לציין כי המושג הרומי של servitutes ותרומיו בשיטות החדשות, מובנו הוא בדרך כלל מצומצם יותר.

פרק ג': השוואה מסכמת

א. יחס לעולם וזיקה לנשוא או לחפץ

לאור מה שראינו בשני הפרקים הקודמים ניתן לסכם, שאם מושג הקניין העברי מקביל לזכות הריאלית, הרי מקביל הוא לה על-פי הגדרתה הקלאסית אצל הפרשנים של יבשת אירופה; אבל גם במסגרת זו, ההבדל בין שני המושגים הוא רחב ביותר - וקודם כל מתבלט כמובן ההבדל במהות. אמנם, אם מגדירים אנו את "הזכות" ככל יתרון משפטי (כפי שאמרנו לגבי הדין העברי), הרי גם "הקניין" וגם "הזכות הריאלית" - זכויות הם; אבל בעוד שב"זכות הריאלית" רואים הפרשנים את עצם היחס שבין האדם והעולם לגבי החפץ (וראייה זו צריכים אנו לייחס גם לקלאסיציסטים האדוקים ביותר, אפילו בעל-כרחם), הרי "הקניין" אינו יחס זה בעצמו אלא הוא מושג היותו של החפץ נשוא ליחס כזה - ומכאן מתפתחים עוד הבדלים נוספים.

היחס בין האדם והעולם לגבי חפץ עשוי להיות ממינים שונים: אפשר שהוא יתבטא ברשות (במובן של הסמכה או התר-מעשה), ואפשר שהוא יתבטא בתביעה, בדין של זכייה (כגון ההתפשטות האוטומטית של היחס המשפטי מתחולתו לגבי החפץ עצמו אל התחולה לגבי פירותיו), כחובת-אחריות, ביכולת-ההעברה של מכלול היחסים או חלק ממנו, בהשפעה על דינו של החפץ (כגון שהשור יהיה תם או מועד, לפי זהות בעליו¹³², או שלא יחולו בחפץ דיני הגנת-הדייר, [[43]] באשר הוא בניין השייך למדינה¹³³) - ואולי ניתן למצוא עוד מיני יחסים אפשריים אחרים. והנה, כל המינים הללו - בדרך כלל אחוזים הם ודבוקים זה בזה; אבל כאשר נתפסת הזכות הריאלית בבחינת עצם היחס בין האדם והעולם לגבי חפץ, ממילא מוכרחה היא למצוא את מקומה בתוך הרשימה, בבחינת יחס ממין אחד כלשהו, ואילו מכלול היחסים - אשר הוא באמת סך-הכל של הזכות לגבי החפץ - נשאר חסר כל ביטוי מושגי מגובש. ואכן, זהו הדבר הקורה למושג "הזכות הריאלית" למעשה. כפי שראינו, מסתיימת הגדרתו כבר בשלב המקביל למושג הרשות העברי, במובן של הסמכה או התר, וניתן לומר כי ההגדרה מכוונת אמנם לבטא את הרשות - או חרות הפעולה - הלזאת, אף-על-פי שמסתבכת היא בביטויים אחרים ומטעים. אבל מבחינה פונקציונלית, באמת אין מושג "הזכות הריאלית" נועד להישאר תקוע בשלב הלזה, אלא נועד הוא לבטא את הזכות בשלמותה, על כל יסודותיה כלם¹³⁴ - וכאן שוב חוזר ונכשל הוא, כשם שהוא נכשל בעצם גם ביחס לשלב הראשון כשלעצמו. העניין מיטשטש קצת בהגדרה הקלאסיציסטית, כי זו מסרבת בעקשנות להגדיר את מושגי "הכוח" או "השלטון" שעליהם היא מבוססת, וכך ניתן לדחוס לתוכה במקרה הצורך גם מין ושאינו מינו¹³⁵; אבל בהגדרה הפרסונליסטית ממש מתפוררים הדברים בידיים - שהרי מה תביעה נגד כולי עלמא יש למשל

¹³² א) פ"ד מהל' נזקי ממון הלי' ט', ופ"ו שם הלי' ו'.

¹³³ ב) ע"א 136/52, בת-גלים בע"מ נ' מפעלי חוף ים בת-גלים בע"מ, פסקי-דין ט', עמ' 776 - לפני חוק הגנת הדייר תשט"ו (סעי' 13).

¹³⁴ ג) ר' היילפרון, ג', שבעמ' 10 מציין הוא את הבעלות כ"זכות ריאלית" ובעמ' 266 מגדיר הוא את הבעלות כזכות שליטה מאוחדת, שאיננה פשוט הסכום של הרשויות הכלולות בה.

¹³⁵ ד) השווה אנקצרוס-ניפרדי, א', עמ' 295, הגורסים כי השלטון הניתן על ידי הזכות הריאלית "עשוי להתיחס הן לשימוש הן להקנאה".

ביכולת הנתונה לבעל החפץ למוכרו, ואשר אין גם הפרסונליסטים חולקים על היותה בשר מבשרה של זכות-הבעלים הריאלית¹³⁶?

לעומת זאת, היתרון של מושג הקניין העברי הוא לא רק בעצם העובדה שמעלה הוא את כל המכלול, אלא גם בעובדה הנוספת שבאמת מעלה הוא את המכלול בבחינת מושג אחדותי. מסתבר כי צורך האחדותיות הוא שהביא את הלשון העברית לטביעתו של מושג הקניין - לא בבחינת צירוף ישיר של מיני היחסים השונים הנרמזים על-ידיו, אלא בדרך העקיפה שראינו - כזיקה הנוצרת על ידי מכלול אותם היחסים. דבר זה, מצידו, איפשר בלשון העברית גמישות מיוחדת, [[44]] אשר על יתרונותיה-למעשה נעמוד בחלק השני של המחקר.

ב. מבחן עיוני ומבחן ענייני

ואילו ההבדל השני, המתפתח מאותו המקור, הוא בדרך שילובם של מושגי הקניין והזכות הריאלית במערכת המשפט הכללית למעשה.

מושג הזכות הריאלית מופיע, כפי שראינו, בתקופה מאוחרת, על דרך ההבחנה המהותית בין סוג אחד של יתרון משפטי (הזכות הישירה לגבי חפצים) לבין סוג אחר (הזכות הפרסונלית, או התביעה). לפי זה, לכאורה, עיקר העניין של מושג הזכות הריאלית הוא לימודי - או עיוני, - ובא הוא לשמש את החוקר במלאכת המיון המדעי בדיעבד. לעומת זאת, אמנם וכמובן, גם במשפט העברי יש ערך עיוני לניתוח מושגי הרשות והקניין בדיעבד; אבל מושגים אלה עצמם אינם פרי של ניתוח כזה ואף אין הם נועדים לצורכו, אלא מופיעים הם בלשון המשפט מלכתחילה, כדי לגלם הבחנות הנוצרות על-פי הדין, הלכה למעשה. הבדל זה אינו בעל חשיבות רבה עד כמה שאמורים הדברים במושג הרשות כשלעצמו, על מובניו השונים, כאשר מושג זה הוא בעל תחולה רחבה, בתחומים שונים של המשפט, ואין מסכת דינים הצמודה אליו ביחוד או הנבנית ביחוד מסביבו. אבל במה שנוגע למושג הקניין, הרי כל תפקידו הוא לציין סוג של זכויות אשר יחודן אינו מהותי-יסודי, כי אם ענייני, ובהתאם לכך אמנם משמש הוא בסיס למסכת דינים מיוחדת המתפתחת סביבו, היא מסכת דיני הקניין. דבר דומה אין לומר על מושג הזכות הריאלית. אמנם, יש ספרי חוקים בהם מוצאים אנו מושג זה בכותרת למסכת-דינים מיוחדת¹³⁷, אבל גם במקרים אלה אין רציפות מושגית-פנימית בין הכותרת לבין נוסח הדינים למעשה. בדינים עצמם אין מדובר כאן על "זכויות ריאליות", כי אם על בעלות וזכויות שונות בחפצי הזולת - בדומה להגדרת הקניין שלנו, - והכותרת באה רק לזהות (באופן בלתי-מוצלח, כאמור) את הבעלות והזכויות האלה עם מושג "הזכויות הריאליות" כמושג עיוני-מהותי-טרנסצנדנטי. בשיטות אחרות שוב, אפילו הכותרת איננה קיימת, ומושג "הזכות הריאלית" מתבחן רק על ידי הפרשנות על רקע מסכת דינים אשר

¹³⁶ (ה) ר' סלמונד, עמ' 271: "הנחנו כי הבעלות הקורפורלית היא זכות ביחס לדבר חומרי. אולם, למען הדיוק, הבעלות הקורפורלית - יותר משהיא זכות אחת הריהי צרור של זכויות, חריות, יכולות ופטורים... אין רע בדיבור על הבעלות הקורפורלית בבחינת זכות יחידה, בתנאי שנדע כי אין זה אלא פישוט". - בויכוח עם הפרסונליסטים בהקשר זה אפשר היה בעצם להביא דוגמה אף יותר חותכת: מה תביעה נגד כלי עלמא יש בחובות-האחריות הכרוכות בבעלות? אולם, שיטות המשפט האירופיות מתעלמות בכלל מן הקשר המהותי בין זכות-הבעלות וחובות-האחריות הכרוכות בה.

¹³⁷ (ו) כך באב"ג האוסטרי ובמרגוס הצרפתי לצג"ב השוייצר: ר' הערה א' במבוא לעיל.

נשואה היחודי הוא אחד. כנשוא יסודי שכזה אפשר לציין את הנכסים, החפצים או הרכוש, כפי שמנינו במבוא.

ג. חוסר-ההצדקה התכליתית למושג הזכות הריאלית

אף-על-פי-כן, גם אם מושג הזכות הריאלית לא נועד לייחד שום מסכת דינים, העובדה היא שלו גם בדיעבד ולמפרע ממלא הוא תפקיד מקביל למושג הקניין העברי גם בעניין זה, - כפי שצינו כבר ביחס לחוק האוסטרי והנוסח הצרפתי של הצ"ב השוייצר. הכוונה היא לכך, שלא רק בחוקים [[45]] אלה, אלא גם בשיטות האחרות של אירופה, למעשה חופף מושג הזכות הריאלית (או, באנגליה, לפחות מייחד הוא) את הזכויות הנוגעות לחפצים, והמוסדרות - תוך הבחנה בין בעלות וזכויות בחפצי הזולת - בדיני הנכסים, החפצים או הרכוש. מכאן מתפתחת ההקבלה שהזכרנו בין דיני הנכסים, החפצים או הרכוש לבין מסכת דיני הקניין, שאלה נחזור עוד בחלק השני של מחקרנו, - אך בינתיים ראוי לנו לתת את הדעת על הבדל חשוב נוסף המתגלה בין מושגי הקניין והזכות הריאלית עצמם בנקודה זו שאלה הגענו.

ההבדל הוא ברשימת הזכויות הנתפסות במושגים אלה והנמסרות על-ידיהם לתחולת מסכת הדינים המתאימה. אכן, להבדל כלשהו ראוי היה לצפות מתוך עצם העובדה שהגדרות המושגים אינן זהות, אך בהתבוננות יותר קרובה מתברר כי ההבדל הנמצא למעשה אין לו שום שייכות להגדרות.

ההגדרות (בתחום התפיסה היבשתית של הזכות הריאלית) רומזות לכאורה לשלשה הבדלים, והיינו שהזכות הריאלית צריכה היתה לכלול גם טובות-הנאה, כמו כן זכויות המבוססות בהרשאה בלתי-מחייבת, ושלישית - זכויות בחפצים של הפקר, שכלן אינן נכללות בקניין. אולם האמת היא שבעיית טובות-ההנאה אינה מתעוררת כלל באירופה באופן שתוכל להשפיע על היקפן של הזכויות הריאליות, ונמצא כי לפחות להלכה (רמז לדיני ה-trust האנגליים), גם תכלית הזכות הריאלית היא תמיד בטובת הזכאי בעצמו¹³⁸. כן מסתבר שבדומה לקניין, אף הזכות הריאלית באמת אינה כוללת הרשאות של עראי, הקרויה בלטינית precarium¹³⁹ - ונמצא שגם הזכות הריאלית צריכה מעשה משפטי מחייב ביסודה. ואילו במה שנוגע לזכויות בחפצים של הפקר, אמנם אין הכללתן נמנעת על-פי שום חומר מפורש שראיתי, אך גם לא ראיתי כי מישהו ימנה את [[46]] הזכויות האלו עם הזכויות הריאליות למעשה¹⁴⁰ - ועל-פי השימוש המצוי במושג הזכות

¹³⁸ ז' השווה וינדישיד, א', עמ' 99.

¹³⁹ ח) הדבר מסתבר מתוך כך, שהמחזיק חפץ על-פי הרשאה של עראי אינו מוגן בשיטות המשפט של אירופה, לא רק נגד המרשה, בגין יכולתו לסיים את ההרשאה בכל עת, אלא גם לא נגד כל העולם זולתו: ר' פייטון, עמ' 432; סלמונד, עמ' 286; בג"ב, סעי' 855; ספר החוקים האזרחי האיטלקי, סעי' 1144. אף-על-פי-כן יש לציין שגם באירופה כמובן אין ה-precarium חסר-משמעות משפטית לחלוטין, כי על-כל-פנים מעביר הוא את המורשה ממצב של גזלן למצב של אדם הפועל כדן - ונמצא אפוא שלמעשה מגיעות כאן השיטות של אירופה למושג של זכות שאינה לא ריאלית ולא פרסונלית, אם כי המושג היסודי של רשות - אף במובן של התר-מעשה גרידא - אינו מוכר בהן מבחינה עקרונית - במגילה מוכרת ההרשאה הארעית כזכות, בגדרי עניינה, בסעי' 836 ו-875.

¹⁴⁰ ט) אכן, אנקצרוס-ניפרדי (בכרך א', עמ' 299) מדבר על "זכות הרכישה הריאלית" לגבי חפצים של הפקר וחפצי הזולת כאחד; אבל זכויות הרכישה, אף אם מכונות הן "ריאליות", הריהן מחלקה מיוחדת, אשר אין לערבבה עם מערכת הזכויות אשר נמנית בה הזכות הריאלית במובן הרגיל - הסטאטי (השווה עמ' 295). מן הבחינה הדינמית, כמובן גם מושג הקניין העברי שייך בהפקר; ובוודאי גם פתרון החידה של מושג

הריאלית נראה אפוא נכון לתקן ולומר שגם הזכות הריאלית איננה שייכת בחפצים המיוחדים לאדם מסוים.

ההבדל המצוי למעשה מתבטא בכך שכל רשות המתפצלת מקניין-הגוף על ידי מעשה משפטי מחייב לצורך הזוכה בעצמו הריהי בגדר קניין ומסורה לדיני הקניין, בדיני ישראל - אבל אין הקבלה לעקרון כזה בשיטות המשפט של אירופה. אכן, גם כאן מדברים על זכויות המתפצלות מן הבעלות¹⁴¹ - ובאמת, בעיקרו של דבר, הזכויות הריאליות שאינן בעלות הריהן גם כאן רק זכויות בחפצי הזולת, המתפצלות מן הבעלות על-ידי מעשה משפטי מחייב לצורך הזוכה בעצמו¹⁴². אולם, לא כל הזכויות שניתן היה לומר כי הן זכויות בחפצי הזולת, המתפצלות מן הבעלות וכו', מוכרות כאן כזכויות ריאליות, כדי להיכלל בתחום דיני הנכסים, החפצים או הרכוש, - וקנה-מידה כלשהו שעל-פיו ניתן היה להחליט אילו הן הזכויות השייכות לסוג האחד או למשנהו הוא החסר כאן לחלוטין. **פלניול וריפר** מנסים במקום אחד להבחין ולומר כי זכות להנאה מוגבלת, הנמסרת מן הבעלים לאחר, היא "זכות ריאלית" רק אם המעשה המייחד אותה **איננו חוזה** (להבדיל מצוואה, התישנות מקנה וכו'): אם המעשה הוא **חוזה**, אין הזכות ישירה כי אם עקיפה, אין היא ניתנת למימוש אלא על יסוד של תביעה לבעל החפץ, ואין היא אפוא "ריאלית" כי אם "פרסונלית" (וראויה היא אם-כן להידון רק בדיני החיובים)¹⁴³. אך הבחנה זו - לא זו בלבד [[47]] שאין לה שום הצדקה מהותית¹⁴⁴, אלא היא פשוט בלתי-נכונה גם מבחינת המשפט החיובי למעשה. **למעשה יש גם זכויות רבות המבוססות בחוזה והנחשבות כ"ריאליות" ולא "פרסונליות"**: כגון המשכון וקניין-המקום¹⁴⁵, והמוזר ביותר - השכירות, שהיא יכולה להיות או "ריאלית" או "פרסונלית", **לפי מה שהחוזה מגדיר אותה**, ובלי שום קנה-מידה תוכני-ממשי להבחנה בין שני הסוגים¹⁴⁶.

"השותפות בהפקר" המצוי **במג'לה** (סעי' 1045, 1234) הריהו בהבחנה בין הקניין הסטאטי וזכות-הקניין הדינמית, לפי הגדרת המושג בסעי' 1045.

¹⁴¹ (ז' ר' הערה נ"ב בפרק ב' לעיל).

¹⁴² (יא) הסתייגנו לומר "בעיקרו של דבר", כי יש לפעמים אנומליות הסוטות מדרך המלך של תורת-המשפט. כך, למשל, ה-vorkaufsrecht הקרקעי בגרמניה (בג"ב, סעי' 1094), המוצג כשעבוד בקרקע הזולת, בעוד שמבחינה מהותית-אובייקטיבית אין זה אלא מכר על תנאי. כמו-כן ה-Reallast בגרמניה, שהבג"ב (בסעי' 1105) משתדל לדחוק אותו לגדרי השעבודים הרגילים בקרקע הזולת, בעוד שלמעשה יש בו לא רק שעבוד (מסוג האפותיקי) בקרקע עצמו, אלא קודם כל **תביעה**, אשר החיוב למלאה עובר עם הבעלות בקרקע. תביעה כזאת איננה כמובן זכות ריאלית במובן המקובל, ובוודאי לא על-פי ההגדרה השלטת ביבשת אירופה: זוהי "זכות פרסונלית" בעלמא, אלא שבאופן יוצא מן-הכלל ניתן לה להיווצר לאו דווקא נגד פלוני וירשיו, אלא נגד פלוני וחליפיו בבעלות.

¹⁴³ (יב) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 42.

¹⁴⁴ (יג) אין לה הצדקה, כי "הזכות הפרסונלית" שמדובר בה כאן אינה רק מזכה את האדם **לתבוע** מן הבעלים כי יעמידו את החפץ לרשותו, אלא היא ממש מזכה את האיש **ליהנות** מן החפץ כנגד הבעלים (ר' - מקל וחומר - סעי' 1888 של ספר החוקים האזרחי הצרפתי, וסעי' 1725 שם). בקשר לכך יש להעיר, כי השאלה אם זכות ההנאה מתמידה נגד צד שלישי שהבעלות הועברה אליו אינה עניין לכאן: ייתכן שזכות-ההנאה תהיה מוגבלת בהתמדתה, באופן שתיפסק עם העברת הבעלות לאחר, בין אם גרם-ההפסקה בדרך זו ייחשב כהפרת התחייבות לזכאי ובין אם לא, - ואף-על-פי-כן, לפי ההגדרה הכללית, ראוי היה לזכות להיחשב כ"ריאלית" בזמן-הביניים, אם בינתיים מתקיימת היא אפילו בעל-כרחם של הבעלים, תוך רשות מעשית לפעול בחפץ לאלתר ובמישרין. על אחת כמה וכמה אפוא שראוי לה לזכות להיחשב כ"ריאלית", אם למעשה מתמידה היא אפילו כנגד לקוחות, כאמור בסעי' 1743. ר' גם **סוואטיה**, עמ' 338-340.

¹⁴⁵ (יד) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 324 ואילך, וכרך י"ב, עמ' 2; **אנקצרוס-ניפרדי**, עמ' 297.

¹⁴⁶ (טו) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 42 לעומת 985 ואילך. כאן יש להעיר כי את שכירות החפצים בכללותה (והסדרים כיו"ב) ראוי היה בעצם שלא לדחוק לא לסוג הזכויות "הריאליות" ולא לסוג "הפרסונליות", אלא רצוי היה להבחין בין צד **השעבוד** שבקשר, שהוא "ריאלי", לבין צד **חיובי-הלואי ההדדיים**, שהוא ביסודו "פרסונלי", אלא שמשני קצוותיו אין הוא רק מחייב את הצדדים המקוריים וירשיהם, כי אם עובר הוא גם לחליפיהם בבעלות או בשעבוד. השווה בדיני ישראל, בבא מציעא נ"ו ב' (שכירות ביומה מכירה היא), ותוספתא בבא מציעא ט' י"ב, ופ"ה מהל' שכירות הל' ד' - ודוק. דומה לזה ההבחנה האנגלית בין

התוצאה היא אפוא שלא רק מצד התיאור המהותי, כפי שראינו לעיל, אלא גם מצד הפירוש המעשי, כפי שרואים אנו כאן, נשמט כל בסיס עקרוני מתחת להבחנה בין זכויות "ריאליות" ו"פרסונליות", ולמעשה נפתרת השאלה אם זכות מסוימת היא "ריאלית" או "פרסונלית" לא על-פי עקרון עיוני כלשהו, כי אם על-פי **קטלוג** המוכן מלכתחילה ואשר יסודו הוא יותר היסטורי מאשר משפטי חיובי¹⁴⁷. לגבי ענייננו פירוש הדבר הוא שמושג הזכות הריאלית חוזר ומאבד [[48]] כל ערך תכליתי שיכול היה להיות לו לגבי שיבוצן של זכויות בפרקי הדינים השונים; כי השאלה אם זכות מסוימת שייכת לדיני הנכסים, החפצים או הרכוש - או לדיני חיובים - נפתרת על-פיו רק באותו אופן שרירותי עצמו, כפי שיכולה היתה להיפתר בלעדין¹⁴⁸.

לעומת זאת, מושג **הקניין** העברי - כל הקשיים האלה אינם שייכים בו, ונשאר לנו עוד לבדוק רק את טעם ההבחנה המסוימת אשר **הוא** מכניס בין סוגי הזכויות, מצידו. [[49]]

privity of estate-privity of contract: **צ'שיר**, עמ' 441-440, ושלא כמסקנת השופט זילברג בע"א 208/51 (ארוין הקר נגד שינה ברש, פסקי-דין ח', עמ' 556 ואילך).

¹⁴⁷ טז) השווה **אנקצרוס-ניפרדי**, א', עמ' 295 ואילך.
¹⁴⁸ יז) מובן מאליו שאף פחות מזה יש ערך תכליתי למושג **הזכות הריאלית** על-פי התפיסה הפרסונליסטית-הקיצונית שהתקבלה אצל הפרשנים האנגליים. אף-על-פי-כן נעשה נסיון להשתמש במושג זה לתכלית מעשית בשורה של פסקי-דין במדינת-ישראל; ע"א 208/51 (הקר נגד ברש, פסקי-דין ח', עמ' 566), ע"א 375/54 (אלון נגד מלניק, פסקי דין י', עמ' 486) וע"א 309/54 (נאמן נגד עירית תל-אביב, פסקי-דין י', עמ' 1942). פסקי-דין אלה עשויים לבסס באופן הטוב ביותר את המסקנה שהגיעו אליה באירופה כי בעיית הזכויות "הריאליות" וה"פרסונליות" - מוטב לכל שומר נפשו לרחק ממנה: ר' **גינסר**, עמ' 1-2.

חלק שני: דיני הקניין ודיני הנכסים, החפצים או הרכוש

פרק א': גדר דיני הנכסים, החפצים או הרכוש בשיטות של אירופה

א. מהות הבעיה

השאלה שהגענו אליה בסיכום החלק הראשון - מה טעם ההבחנה המסוימת אשר מושג הקניין העברי מכניס, מצידו, בין סוגי הזכויות השונות? - הריהי במלים אחרות השאלה, אם יש הצדקה אובייקטיבית להסדרת הקניינים, כפי שהגדרנו מושג זה לעיל, במסכת דינים מיוחדת. אולם במחקר השוואתי אין שאלה זו מתעוררת רק כנגד ההבחנה האירופית בין הזכויות "הריאליות" ו"הפרסונליות" בחפצי הזולת¹⁴⁹, אשר ראינו פשוט כי אין לה הצדקה, - אלא מתעוררת היא גם באופן אחר. כי אמנם, אף השיטות האירופיות מכניסות כאמור את הזכויות הריאליות בחפצים לתחום דינים מסוים, המקביל לדיני הקניין העבריים; אבל לא זו בלבד שמפרישות הן מתחום זה ולחוץ, שלא לצורך, את הזכויות "הפרסונליות" בחפצי הזולת, אלא מצד שני יש גם שמצטרפות הן לתחום הדינים זכויות שאינן דווקא זכויות ריאליות בחפצים - ונשאלת השאלה אם צירוף זה, מצידו, הוא מוצדק, והאם דיני הקניין העבריים אינם אפוא צרים יותר מדי כשמבדילים הם את הבעלות בחפצים ואת הזכויות בחפצי הזולת כעניין מיוחד לחלוטין, לעצמו.

הנסיון להשיב על השאלה הזאת יהיה משימתנו הבאה במהלך המחקר, ותוך כדי כך ממילא יתברר לנו מהו הטעם - אם אמנם יש טעם - לאותו יחוד שאמרנו. כצעד ראשון להגשמת הדבר נפנה עתה לסקירה השוואתית של השיטות האירופיות השונות, כפי שהן עומדות בעניין הנידון.

ב. מיון הנכסים בשיטת המשפט הצרפתית

נתחיל את סקירתנו משיטת המשפט הצרפתית. כאן מתפתחים הדברים בענייננו מתוך מושג ה-patrimoine, שהוא מכלול הזכויות והחובות הממוניות¹⁵⁰ הצמודות לאישיותו של אדם¹⁵¹; ואילו הנכסים (biens), שהם הנשוא של [[50]] דיני הנכסים - הם כל שעשוי להימנות באקטיב, או בצד הזכות, של patrimoine¹⁵². לפי זה מסתבר ממילא כי בצד האקטיב של patrimoine עשויה להימנות כל זכות ממונית שהיא; ובהתאם לכך, אמנם, כל זכות ממונית היא נכס (ונשוא לדיני הנכסים), בלי הבדל אם היא "ריאלית" או שהיא תביעה אישית בלבד¹⁵³. אולם, בנקודה זו מסתבכים הדברים בעקב העובדה הלשונית (המיוחסת כאנומליה למשפט הרומי), שביחס לבעלות בחפצים אין מדברים על זכות הבעלות כ"נכס", אלא על החפץ עצמו, וכך נמצא כי הצרפתים אינם מחלקים את הנכסים רק לזכויות ממוניות משני הסוגים ("ריאליות" ו"פרסונליות"), אלא מחלקים הם אותם לשלשה: לחפצים, לזכויות ריאליות בחפצי הזולת ולזכויות פרסונליות. את שלשת

¹⁴⁹ א) הביטוי "זכות פרסונלית בחפץ" איננו כמובן ביטוי מדויק להלכה, כי זכות בחפץ משמע ממילא זכות in rem, והיינו "זכות ריאלית". אולם, מתכוונים אנו כאן לזכויות שהן "פרסונליות" להלכה ואשר יסודות הזכות "הריאלית" מתקיימות בהן למעשה, וכדי להדגיש את הגורם הזה נוקטים אנו כאן בכוונה בביטוי של כלאיים.

¹⁵⁰ ב) לבעיית משמעותו של מושג "הממוניות" נחזור עוד בהמשך המחקר.

¹⁵¹ ג) פלניול וריפר, ג', עמ' 19.

¹⁵² ד) שם, עמ' 58.

¹⁵³ ה) שם, עמ' 28.

הסוגים הללו שוב חוזרים אחר-כך ומחלקים: את החפצים מכנים *res corporales* ומבדילים אותם מן **הזכויות**, הנתפסות יחד בבחינת *res incorporales*¹⁵⁴ - ואת שתי הקבוצות האלו שוב חוזרים ומפצלים במצולב בין סוג **המקרקעין**, מצד אחד, וסוג **המיטלטלין** מצד שני¹⁵⁵.

בסיכומו של דבר יוצא אפוא כי תפיסת תוכנו של *patrimoine* נהפכת כביכול על-פיה: במקום שיראו את האקטיב של ה-*patrimoine* כמורכב פשוט מזכויות, רואים אותו כמורכב **מחפצים** - כל הנכסים חוזרים ונהפכים לחפצים, ודיני הנכסים נהפכים לדיני חפצים (או, כפי שמתחייב ממילא, לדיני **הזכויות בחפצים**), - וכך אמנם מוחזרת לכאורה ההקבלה העניינית הגמורה לדיני הקניין העבריים, שעליה דיברנו לעיל, על אף צירופם של סוגי חפצים חדשים לנידון. אולם, באמת אין הדברים מסתברים פה באופן כזה בפשטות. הקושי הוא כפול. ראשית, העובדה היא כי הצירוף האמור אינו מתקיים אלא כל זמן ובמידה שנחוץ הדבר לשם עצם עריכת המיון שסקרנו, ומשנשלם המיון - מועברות הזכויות הפרסונליות לדיני החיובים, ואילו בתחום דיני הנכסים נשארות שוב רק הזכויות הריאליות לגבי החפצים החומרניים לבדם¹⁵⁶. נמצא אפוא כי מושג דיני הנכסים מסתבך פה במין דו-משמעות; ובעוד שבמובנו האחד - העיקרי והמצומצם - אמנם מקביל הוא לדיני הקניין העבריים בדיוק, הרי נשוא מורחב יש לו רק במובן מיוחד ו"זמני". ושנית: בגדר המובן המורחב הלזה שונה המבנה של דיני הנכסים לחלוטין מהמבנה שלהם במובן המצומצם ומן המבנה של דיני הקניין. במובן המצומצם ובדיני הקניין מדובר פשוט על דיני הקניין או הזכויות הריאליות המתיחסות לחפצים - או, להיפך, על דיני החפצים, **באשר הם נשוא** לקניין או לזכויות הריאליות. לעומת זאת, במובן המורחב של דיני הנכסים, רק החפצים [[51]] החומרניים נשארים עדיין נשוא לזכויות הריאליות, ואילו החפצים הבלתי-חומרניים אינם נהפכים אפילו מבחינה משפטית בעלמא לחפצים-ממש לכל דבר, אלא נשארים הם חפצים מיוחדים במינם, אשר הזכויות הריאליות אינן חלות בהן (כפי שמתברר ממה שראינו בחלק הראשון) ואשר - ממילא - גם עצם עניין הצגתם כחפצים אינו מבורר, **מחוסר כל השלמה לדימוי זה במבנה המוכר של מערכת הזכויות**.

אף-על-פי-כן, ודאי ניתן לתרץ כי ההשוואה העניינית בין החפצים והיסודות האחרים המוכרים כחלקי ה-*patrimoine* מסתברת מתוך כך שגם התביעות והזכויות בחפצי הזולת הריהן לכאורה נשוא אפשרי למשא-ומתן ולמחזור כלכלי-משפטי, ממש כחפצים החומרניים (או ה**בעלות** בחפצים החומרניים). כל סוגי הנכסים, לפי המיון שראינו, עשויים לעבור בירושה, נתפסים הם בהסדר-נישואין, אפשר למוכרם, להחליפם ולתיתם במתנה, כפופים הם לנושה לגבות מהם את חובו - ואף את התביעות והזכויות בחפצי הזולת אפשר לכאורה לשעבד לזכויות הזולת, בדומה לחפצים חומרניים, כמו על ידי מתן במשכון או שעבוד לפירות. בהתאם לכך נראה השוויון הענייני בין החפצים (או הבעלות בהם) לבין יתר הזכויות כמחויב המציאות; ולא זו בלבד שחדלים אנו לתמוה על המיון של מין עם שאינו מינו, אלא אדרבה - מתחילים אנו לתמוה, כפי שהקדמנו לעיל, אם הבדלת החפצים החומרניים לעצמם, כנשוא יחידי לבעלות ולזכויות ריאליות (או קנייניות) אחרות,

¹⁵⁴ ו' שם, עמ' 61-60.

¹⁵⁵ ז' שם, עמ' 69 ואילך.

¹⁵⁶ ח' ר' ספר החוקים האזרחי הצרפתי, ספר ב' וספר ג' סי' ג' ואילך.

אמנם יש לה הצדקה מספיקה. על-כל-פנים, משמכיר המשפט בזכויות שאינן בעלות כבנכסים דמויי-חפצים - באמת מתבקש לכאורה להרחיב את מושג הבעלות גם על הזכויות האלו עצמן; ומתוך האפשרות לשעבד את הזכויות האלו (או הבעלות בהן), נרמזת גם הרחבת המושג של הזכויות הריאליות - נאמר **בנכסי הזולת** - במקביל.

נסיון לתקן את התפיסה הצרפתית בהתאם לכך נעשה אפוא בספרו של **פרופ' גינוסר**, " Droit réel, propriété et créance". לדעתו, הנכון הוא שהבעלות איננה זכות שוות-דרגה במערכת הזכויות, אלא היא מין זכות עליונה, אשר על-ידיה נקשרים הנכסים (חפצים חומריים וזכויות) למכלול ה-patrimoine של האדם; ואילו הזכות הריאלית איננה דווקא זכות לגבי חפץ הטובה נגד כל העולם, אלא היא **תביעה נגד בעל נכס כלשהו, לקיום זכותו של התובע ביחס לנכס** (שהוא אם-כן תמיד רק חפץ חומרי או **תביעה**).

אך על זה יש להוסיף את בעיית הזכויות **בקשר לרעיונות**. זכויות אלה באות להבטיח לאדם את הרשות היחודית לשימוש ברעיון - לאו דווקא בדרך המונופולין המוגן בדיני העונשין, אלא, בעיקר בדרך של תביעה אישית למניעת השימוש על ידי אנשים אחרים ובדרך התביעה לפיצויים על נזק שנגרם תוך שימוש בלתי-מוסמך. יתר-על-כן, זכויות הרעיון יש להן ערך ממוני לא רק מצד הזכות לפיצוי במקרה של הפרה, אלא גם מצד ההכנסה הצפויה לאדם על ידי השימוש החיובי ברעיון - ומתוך צרוף הדברים האלה נמצא בהן דמיון [[52]] מרובה לזכויות הריאליות בחפצים. בהתאם לכך מסכימים **פלניול וריפר** לראות בזכויות הרעיון **זכויות ריאליות ממש**, כאילו הרעיון היה **חפץ ממש** - ולו יהא שאין הם יכולים כמובן למיין את החפץ הזה בין החפצים החומריים, אלא רק בין ה-res incorporales בלבד¹⁵⁷, התוצאה היא שפלניול וריפר מסתבכים בהבחנה בין res incorporales שהם נשוא לבעלות וזכויות ריאליות אחרות (הרעיונות) ו-res incorporales בהם בעלות וזכויות ריאליות, אף-על-פי שאמנם גם הם **נכסים** (היינו התביעות והזכויות הריאליות בחפצי הזולת). אצל **פרופ' גינוסר**, מצידו מתבטלת ממילא גם האנומליה הזאת, על ידי כך שמקבל הוא את הרעיונות כסוג נכסים **שלישי** בצד החפצים והתביעות, באופן ששלשתם כאחד נתונים לבעלות ולזכויות (או התביעות) הריאליות¹⁵⁸.

למען השלמות נציין לבסוף כי למעמד של זכויות הרעיון משווים **פלניול וריפר** גם שלשה מיני זכויות אחרות: טובת-ההנאה העשויה להיות כרוכה במשרה ממשלתית¹⁵⁹, הזכויות הכרוכות במכתבים נשלחים¹⁶⁰ והזכויות המתיחסות למכלול הויתו של **בית-עסק** (fonds de commerce)¹⁶¹.

¹⁵⁷ (ט) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 56-57 ו-566.

¹⁵⁸ (י) **גינור**, עמ' 187.

¹⁵⁹ (יא) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 574-567. הכוונה היא למשרות מסוג מיוחד הניתנות להעברה בדמי-מפתח.

¹⁶⁰ (יב) שם, עמ' 589-588.

¹⁶¹ (יג) שם, עמ' 111.

ג. "דיני הרכוש" במשפט האנגלי

בשיטת המשפט האנגלית אין אנו מוצאים מושג מקביל ל-patrimoine, ואף לא הקבלה מדויקת ל-biens או נכסים, אבל התפיסה הכללית של הפרשן האנגלי **סלמונד** דומה עד מאוד למה שראינו בצרפת, לפי **פרופסור גינוסר**. את מושג הבעלות (ownership) מגדיר הוא "היחס בין אדם וזכות כלשהי הנתונה לו"¹⁶²; מקבל הוא את התמזוגות המושגים של "זכות הבעלות בחפץ" והחפץ עצמו, ולפי זה מבחין הוא בין "בעלות קורפורלית" - המתייחסת לחפצים - ו"בעלות בלתי-קורפורלית" המתייחסת לזכויות¹⁶³; ולבסוף מדבר הוא על רכושו של אדם (property) המורכב מדברים חומריים (res corporales) - שהם נתונים ל"בעלות קורפורלית" - ודברים בלתי-חומריים (היינו תביעות, זכויות ריאליות בחפצי הזולת ורעיונות, או res incorporales), שהם נתונים ל"בעלות בלתי-קורפורלית"¹⁶⁴.

[[53]] עם זאת ראוי לציין הבדל מסוים בין התפיסה של סלמונד בדבר "הבעלות הקורפורלית" ובין התפיסה הדומה של פרופ' גינוסר, שראינו לעיל. אצל פרופ' גינוסר באמת נהפך החפץ ל**נשוא ישיר** של הבעלות, כמוהו כתביעות, וכוונת המושג היא לומר **שנשוא הבעלות (החפץ, התביעה או הרעיון) שייך לבעליו, ומתוך כך נתון הוא לשליטתו בפועל או בכוח**¹⁶⁵; אצל סלמונד, לעומת זאת, רק **זכות** יכולה באמת להיות נשוא של בעלות - ואם מכיר הוא גם ב"בעלות הקורפורלית", הרי זו לדידו רק דרך מקוצרת לומר כי פלוני הוא **בעל זכות הבעלות** בחפץ¹⁶⁶. לפי זה, אצל סלמונד, החפץ אינו נשוא של בעלות בשווה עם הזכויות, אלא דרגתו המושגית היא יותר נמוכה, ורק **"זכות הבעלות בחפץ"** היא נשוא של **"בעלות"** - בשווה עם מיני הזכויות האחרות. הדבר רומז לשתי משמעויות שונות של מושג הבעלות, ועוד נחזור לבדוק את ההבחנה ביניהן בפרק הבא. כאן נציין רק כי מסקנה מחויבת מן הגישה הזאת היא שלא תיתכנה למעשה כלל "זכויות בחפצי הזולת", אלא רק "זכויות כנגד זכויות הזולת" - ודווקא בדומה מאוד למה שמציע פרופ' גינוסר, מצידו¹⁶⁷.

אף-על-פי-כן, האמת היא בתפיסה שהתוונו בזה אין סלמונד עקבי. בפרק אחר של ספרו עומד הוא על כך שמושג ה**רכוש** במשפט האנגלי יש לו שימושים שונים, ואילו במובן הטכני המדויק - לעניין **"דיני הרכוש"** - אין זה מתייחס לכל הזכויות באשר הן, אף לא לכל הזכויות הממוניות, אלא באמת רק ל**זכויות הממוניות in rem** - היינו הזכויות הריאליות המתייחסות לחפצים - ובנוסף עליהן **זכויות הרעיון** בלבד¹⁶⁸ (בדומה שוב לתפיסה ה**אורתודוקסית** בצרפת לפי **פלניול וריפר**). והנה, קביעה זו אולי יכלה להיות לה הצדקה הגיונית-אובייקטיבית, כפי שנראה להלן, אבל ספק רק אם נכונה היא מבחינה עובדתית. אין באנגליה "חוק דיני-רכוש" כללי, אשר אפשר

¹⁶² **יד סלמונד**, עמ' 268.

¹⁶³ טו שם, עמ' 269, ורי המשך הערה c בעמ' 272.

¹⁶⁴ טז שם, עמ' 273. עם זכויות הרעיון מונה סלמונד - בדומה ל**פלניול וריפר** - גם את הזכויות המתייחסות לרעיונות **מסחריים**, כגון שם העסק או סמל מסחרי; אך הוא, מצידו, אינו מסתפק באלה, ומוסיף הוא על-ידם - בבחינת חפץ רכושי בלתי-חומרי - גם את עצם המוניטין של בית-העסק, כלומר את הקביעות העובדתיות של קשרי-המסחר: שם, עמ' 435, והשווה **הלסבורי סיימונדס**, כרך כ"ט, עמ' 360 ואילך. לפי התפיסה הצרפתית נראה כי המוניטין אינם נתפסים כגורם עצמאי של רכוש, מחוץ למכלול הוויתו של בית-העסק.

¹⁶⁵ יז **גינור**, עמ' 32-33, ורי הערה בעמ' 34.

¹⁶⁶ יח **סלמונד**, עמ' 271.

¹⁶⁷ יט רי שם, עמ' 269.

¹⁶⁸ כ שם, עמ' 423-425.

היה לבדוק על-פיו על מה דיני הרכוש חלים; לעניין המיון המושגי אין לנו אלא מה שהפרשנים כותבים, והעובדה היא כי **גודיב**, למשל, בספר המיוחד לחלק מ"דיני הרכוש", אינו מצטמצם בחפצים ורעיונות בלבד, אלא מכליל הוא בדיון גם את "**הרכוש** [[54]] **בתביעות**", בהתאמה גמורה לתפיסה המורחבת אשר סלמונד מבקש לסייגה^{169 170}.

ד. "דיני החפצים" במשפט הגרמני

במשפט הגרמני, לעומת זאת, הגישה בענייננו היא שונה לחלוטין. אמנם, אף כאן מוכר מושג יסודי של **רכוש** (Vermögen), המקביל למה שציינו בשם זה באנגליה. "הרכוש" במובן זה נבדל מן ה-patrimoine הצרפתי על-ידי כך שאין הוא כולל את הפסיב הממוני של האדם, כי אם רק את האקטיב - ובגדר זו כולל הוא את כל הזכויות הממוניות באשר הן¹⁷¹. אולם, מושג **הרכוש** הגרמני, עם כל מעמדו היסודי, אינו נעשה בסיס למיון הזכויות הנכללות בו לשם תחולתם של "דיני רכוש" - או "דיני נכסים" - עליהן. "דיני הרכוש" הגרמניים חלים כל אימת שיש מקום לטיפול משפטי ב"רכוש" מסוים **בכללו**; אבל כאשר המדובר הוא בגורמים מיוחדים של רכוש, יש לכל סוג של גורמים מעמד עצמאי משלו, מתוך נקודת-ראות מיוחדת המתאימה לטיבו, - ופרטי הדמיון אשר מנינו ב"נכסים" השונים בצרפת אינם מולידים כאן תפיסה עקרונית מאוחדת.

בהתאם לכך, החפצים החומריים הריהם בגרמניה נשוא לפרק דינים מיוחד ומובחן, ופרק זה קובע את **דיני החפצים** מצד היותם נשואים של הזכויות הריאליות¹⁷². כן יש לציין כי אף-על-פי שרק הזכויות, ולא החפצים, הם נשוא של **רכוש**, הרי מושג הבעלות אינו חל בגרמניה על זכויות, כי אם רק על החפצים לבדם¹⁷³. [[55]]

ה. "דיני הרכוש" באיטליה

באיטליה שוב מוצאים אנו את מושג ה-patrimonio המקביל ל-patrimoine הצרפתי¹⁷⁴; אבל מושג "הנכסים" אינו משתלשל כאן ממושג זה - אין הוא מציין את הזכויות הנכללות ב-patrimonio -

¹⁶⁹ כא) **גודיב**, עמ' 8 ו-195 ואילך.

¹⁷⁰ (כב) אותה התפיסה באה לביטוי גם באופן חוקי-חיובי, בהגדרת "המיטלטלין" בפקודת הפרשנות במדינת-ישראל, הרומזת לצורך לפרש את מושג **הרכוש** במובנו הרחב ביותר (ר' לעניין זה ביחוד את המקור האנגלי של הפקודה); ובהדגשה מיוחדת, כדי למנוע כל טעות אפשרית, אומצה התפיסה המורחבת בהגדרת המושג "נכס" בחוק נכסי המדינה, תשי"א. **במג'לה**, לעומת זאת, מוצאים אנו הבחנה בין **רכוש**, הכולל חפצים ו"דברים שבהנאה" (היינו פירות, ולרבות זכות-שימוש) לבין **נכסים**, שהם דווקא חפצים חומריים העשויים להיאצר (סעי' 125, 126, ור' **סלים באז**), - ואילו סעי' 64 של **חוק הפרוצדורה העותמני** מגדיר מצידו את "הנכסים" כמושג הכולל חפצים, "דברים שבהנאה" ותביעות העשויות לעבור מיד ליד. הגדרה זו עולה בקנה אחד עם התפיסה המיובאת מן המשפט האנגלי, אך מאחר שעיקר דיני הרכוש במדינת ישראל נשאר מבוסס על המגילה וחוק הקרקעות העותמני, הדומה לה בתפיסתו, קשה כמובן לדבר על איזו תפיסה עיונית מסוימת שתהא נכונה לגבי המשפט במדינה בכללו.

¹⁷¹ (ג) **אנקצרוס-ניפרדי**, א', עמ' 556 ואילך. הפסיב נחשב בגרמניה **כשעבוד** של הרכוש.

¹⁷² **כז** ו**ולף-רייזר**, עמ' 8. ל"דיני החפצים" בגרמניה אין מצטרפות אפילו **זכויות הרעיון**. אלו נתפסות כאן גם-כן כעניין עצמאי לחלוטין: **אנקצרוס-ניפרדי**, א', עמ' 300. המוניטין או מכלול הויתו של בית-עסק אינם נחשבים כאן בנשוא עצמאי של זכויות בכלל: שם, עמ' 564-565. אף-על-פי-כן, כפי שנראה ביתר פירוט להלן, יש גם אנומליה, כי לפרק המיוחד והמובחן של דיני החפצים מצורפים גם פרקי-משנה על קניין-הפירות והמשכון בזכויות, כאילו בבחינת אורחים מן החוץ כביכול, המוזמנים באופן פרטי על-ידי קניין-הפירות והמשכון בחפצים (בג"ב, סעי' 1065 ואילך, סעי' 1273 ואילך).

¹⁷³ **כה** ו**ולף-רייזר**, עמ' 177.

¹⁷⁴ **כו** **מסיניאו**, א', עמ' 383.

אלא, לפי הגדרת החוק, רק את "החפצים העשויים להיות נשוא לזכויות"¹⁷⁵. הנכסים במובן זה הם הנשוא לדיני הרכוש (La proprieta)¹⁷⁶, וכך נוצר גם באיטליה אותו היחס בין ה-patrimonio לבין "דיני הרכוש", אשר ראינו בגרמניה בין ה-Vermögen ו"דיני החפצים". עם זאת יש לציין כי ליבו של המחוקק האיטלקי לא היה כנראה לגמרי שלם עם החלפת השיטה הצרפתית בשיטה הגרמנית¹⁷⁷, כי בסעי' 873 קובע הוא לאמור: "כל אימת שאין החוק מחייב אחרת, חלות ההוראות הנוגעות לנכסי מקרקעין גם על הזכויות הריאליות אשר נשואן מקרקעין ועל התביעות המתחסות אליהן; ההוראות הנוגעות לנכסים מיטלטלים חלות על כל הזכויות האחריות". כמו כן מצרף סעי' 814 למושג הנכסים את "הכוחות הטבעיים שיש להם ערך כלכלי"¹⁷⁸, ואילו הפרשן **מסיניאו** מצרף למושג הנכסים גם את **הרעיונות**, בבחינת "חפצים או נכסים מופשטים"¹⁷⁹.

ו. השיטה השוייצית

השיטה השוייצית דומה בעקרון לחלוטין לשיטה הגרמנית, אך גם בשוייצריה יש כמה סטיות מעקבות השיטה הגרמנית. החשובה ביותר היא, שהזכויות הריאליות אשר אינן צמודות לזכות במקרקע מסוים והנרשמות בספרי האחוזה לתקופה של שלשים שנה לפחות, דינן כחפצים ונתונות הן לבעלות כחפצים חומריים¹⁸⁰.

[[56]] הסטייה השנייה, הדומה במהותה לאחותה, הריהי שגם **המיכרות** נידונים כחפצים חומריים¹⁸¹, ואילו הסטייה השלישית היא ש"כוחות הטבע הניתנים לשליטה משפטית ואינם נמנים עם המקרקעין" הריהם **מיטלטלין**, וגם הם אפוא דינם כחפצים¹⁸². "הכוחות הנמנים עם המקרקעין" הריהם אותם שיש זכות להפיקם ממקרקע בגדר הסטייה הראשונה שאמרנו¹⁸³. יש לציין גם-כן שלעניין **מכר** נחשבות כחפץ (מיטלטל) אף **זכויות של תביעה** וזכויות אחרות שאינן

¹⁷⁵ כז' סעי' 810 של ספר החוקים האזרחי.

¹⁷⁶ (כח) שם, ספר שלישי; ואולי יש להבדיל בין הכותרת "Della Proprieta" בראש הספר השלישי, ששם יש לתרגם "רכוש", לבין אותה הכותרת בראש הפרק השני של הספר השלישי, ששם נראה לתרגם "בעלות".

¹⁷⁷ (כט) ספר החוקים האזרחי החדש באיטליה נכנס לתוקפו ב-1942. קודם לכן היה החוק האיטלקי זהה כמעט לחוק הצרפתי.

¹⁷⁸ (ל) בהבדל מן המשפט הגרמני: **אנקצרוס-ניפרדי**, א', עמ' 498-499. **בצרפת** נפסק כי הטיית חשמל דינה כגנבת מיטלטל: **פלניול**, א', עמ' 906, והשווה לגבי המשפט **האנגלי - קני**, עמ' 222. **במדינת-ישראל** נראה מן הסעיפים 126, 1234 ו-1261 של המגילה כי הכוחות הטבעיים צריכים להיתפס כחפצים במידה שניתנים הם "להיאצר". **פרופ' טדסקי**, במאמרו "הנכסים ללא בעלים והמדינה" (בעמ' 170) מבקש אמנם לתרץ את המגילה באופן אחר, אך לשם כך מניח הוא כי יש סתירה במגילה, ועל-כל-פנים אין הוא מזכיר את סעי' 126, אשר לע"ד מיישב הוא את הסתירה.

¹⁷⁹ (לא) **מסיניאו**, א', עמ' 407 ואילך. עם זאת הסתייג מסיניאו מתפיסת המוניטין או מכלול בית-העסק כ"חפצים מופשטים": שם, עמ' 414 ואילך.

¹⁸⁰ (לב) סעי' 655; ור' **רוסל ומנתא**, ב', עמ' 320. תופעה דומה ישנה אמנם גם במשפט הגרמני, לגבי **קניין מקום** (סעי' 1017 של הבג"ב וסעי' 11 של חוק קניין המקום - Babbaurechtsverordnung - מ-1919); אבל במשפט הגרמני זוהי רק אנומליה (הנובעת באופן פרדוקסלי דווקא משאיפת-עקביות שלא לצורך, בעקרון שאין להפריד בין הבעלות בקרקע לבין הבעלות בחיבוריה), ואילו במשפט השוייצרי כבר פותחו הדברים עד כדי כך, שהאנומליה עצמה הפכה לשיטה.

¹⁸¹ (לג) סעי' 655. הסטייה מתבטאת בכך, שעל פי המיון הפשוט צריכה היתה זכות המיכרה להיתפס כזכותשל כרייה בקרקע הזולת.

¹⁸² (לד) צג"ב סעי' 713.

¹⁸³ (לה) **טואור**, עמ' 495.

שבת י בן דב : מושג הקניין ומערכת זכויות הממון

מקבלות מעמד חפצי כמקרקעין (כגון זכויות רעיון, ואפילו זכויות ריאליות במקרקעין שאינן נתפסות בגדר הסטייה הראשונה שלעיל)¹⁸⁴.

¹⁸⁴ לו) חוק החיובים, סעי' 187; **רוסל ומנתא**, ב', עמ' 397.

פרק ב': הזכויות המתיחסות לחפצים כנושא מיוחד

א. ביקורת שיטתו של פרופ' גינוסר

השאלה הראשונה, המתעוררת מתוך הסקירה ההשוואתית שלעיל, מכוונת לברר אם מוצדקת הצעת פרופ' גינוסר להעמיד את מיון הנכסים הצרפתי על פסקניותו העקבית; שהרי אם ההצעה מוצדקת היא לא רק על-פי דרך המשפט הצרפתי בלבד, אלא גם באופן אובייקטיבי, מטבע העניין, ממילא נעלם באמת כל טעם להבדלת הזכויות המתיחסות לחפצים (חומריים) כנושא משפטי מיוחד.

והנה, ההנחה היסודית להצעת פרופ' גינוסר היא שהחפצים והתביעות דומים לחלוטין זה לזה מבחינת היותם כפופים באופן שווה לזכות השלטון שבפועל או בכוח, הנתונה לאיש אשר לו הם שייכים; ואמנם כבר ראינו את המיקדמות הפסיכולוגיות העשויות להוליך להנחה שכזאת. אך מיקדמות אלו - **הרומזות לדמיון** - אינן כמובן מספיקות כשלעצמן כדי להוכיח שוויון, ואת [[57]] הפער מסלק פרופ' גינוסר כלהלן. מסתמך הוא על תורת הפרשנים של המשפט הרומי, אשר מנו בזכות הבעלות לגבי חפצים את שלשת היסודות של usus, fructus ו-abusus, ואת שלשת היסודות האלה מוצא הוא, בזה אחר זה, גם במעמד האדם לגבי תביעותיו. זכאי אדם לגבות את תביעתו ולכלותה בכך, כדרך שזכאי אדם לאכול את גופם של נכסי-**פירות**¹⁸⁵ השייכים לו - והרי usus. זכאי אדם לריבית המגיעה בגין תביעתו, כדרך שזוכה בעל החפץ בפירותיו של החפץ - והרי fructus; וכן זכאי האדם להעביר את תביעתו או "לשעבדה", כדרך שזכאי אדם להעביר או לשעבד את החפץ - והרי abus¹⁸⁶.

אולם, באמת, אם נתבונן בכל הרשימה הזאת ביתר עיון, נמצא קודם כל כי נעדר בה לכל ארכה אותו יסוד עיקרי המאפיין את מושג הקניין העברי ואשר ראינו כי נכון היה להדגישו יותר גם ב"זכות הריאלית" - היינו **הרשות** במובן של התר או חרות-מעשה. כך, למשל, אין ספק כי זכאי התובע לגבות את תביעתו, כפי שפרופ' גינוסר מונה והולך; אבל זכות זו אינה אלא **הכוח** להשתתף בקביעת המשמעות המשפטית של מעשה, אשר יהא בו כדי להביא את התביעה על סיפוקה¹⁸⁷ - ואין זכות זו מסוג **ההתר** הנתון לבעל הפירות לאכלסם, בין אם יש לו כוח לכך ואם אין. משמעות ה-usus בגדרי המובן הראשון היא **שינוי ביחסי-המשפט**, הנגרם ממילא ואשר שום הפרעה מן הצד אינה שייכת בו כלל, בעוד שה-usus בגדרי המובן השני אין לו כשלעצמו משמעות משפטית כלשהי - הוא מעניין את המשפט רק ודווקא מתוך חוסר האיסור לעשותו וחוסר הרשות להפריע, שהמשפט מצרף לצידו - והרי אלו הן שתי מהויות הנבדלות זו מזו לחלוטין. בדומה לכך, הזכות לריבית אינה רשות (במובן המצומצם), כי אם **התרחבות התביעה**; ואם כי אמנם גם הפירות של החפץ עשויים להתבטא בתביעה - כגון הזכות לדמי שכירותו של החפץ - הרי על-כל-פנים העובדה

¹⁸⁵ א) **פירות** - להבדיל **מכלים**, והיינו res consumptibiles. ר' **גולאק**, א', עמ' 94.

¹⁸⁶ ב) **גינור**, עמ' 53-46.

¹⁸⁷ ג) את הזכות לגבות את התביעה נחוץ כמובן להבדיל מן הזכות להפעיל את החיזוק המשפטי הנועד לכפות את מילוי החיוב שכנגד. ה-"usus של התביעה", במובן של פרופ' גינוסר, יוצא אל הפועל גם אם לא ננקטו אמצעי כפייה כלשהם. - נימוק מכריע נוסף נגד תפיסתו של פרופ' גינוסר בנקודה זו נעלה להלן בהערה י"ט לפרק ח'.

נשארה שאין מדובר כאן **ברשות**, וטענה זו מספיקה לדידנו. כמו-כן, גם בדוגמות ה-abusus של פרופ' גינוסר אין אנו מוצאים את **הרשות**, כי אם רק את היכולת; ובסך-הכל ניתן לומר שהבעלות בחפצים, מצד אחד, ומעמד התובע, מצד שני, אולי [[58]] דומים זה לזה בהיותם כרוכים שניהם בזכות לפירות וביכולת להעביר את הזכות ולפצלה על דרך "שעבוד", אבל על-כל-פנים, יסוד הדברים בשני המקרים הוא שונה, כי עיקר הבעלות בחפצים הוא **רשות**, ואילו במעמד התובע שום "רשות" במובן זה איננה שייכת¹⁸⁸.

ושנית - מה שחשוב ביחוד: עצם העמדת התביעה כנשוא של זכויות במקביל לחפצים נתקלת בקשיים עקרוניים אשר פרופ' גינוסר איננו פוטרם. התביעה קודם-כל, לפני שעשויה היא להופיע כנשוא של זכויות, הרי בהיותה יצירה משפטית ולא פיסית, מופיעה היא כמהות המקבילה לא לחפץ עצמו, כי אם **לרשות הנתונה לאדם לגבי החפץ** - וברגע שאומרים אנו את הדבר הלזה, ממילא מתברר שאם אמנם יש במעמד התובע זכות ל- fructus, usus ו-abusus, הרי זו צריכה להקביל לזכות של fructus, usus ו-abusus, אשר תהיה לרשאי **לגבי רשותו**, ולא לזכות דומה כלשהי הנתונה כביכול לבעל החפץ לגבי החפץ עצמו. ובאמת, עם העמקת העיון רואים אנו כי "זכות התובע לגבות את זכותו" אינה מקבילה לעצם רשות הבעלים לאכול ולכלות את פרו, אלא מקבילה היא **לרשותו לממש את רשות האכילה הזאת**; לאחר מכן קל גם-כן לראות שלגבי החפץ אין כלל יכולת משפטית של העברה ופיצול, אלא זו קיימת רק לגבי **הרשות אל החפץ ומערכת הזכויות הנבנית מסביבה** - ואין צריך לומר שזכות ה-fructus אינה זכות לגבי החפץ עצמו, אלא שוב: הריהי **התפשטות של הרשות המתיחסת לחפץ ושל מערכת הזכויות הנבנית מסביבה**¹⁸⁹. לפי זה מתברר בעליל כי הקונסטרוקציה של פרופ' גינוסר אינה מדויקת, ואם עדיין רוצים אנו לתפוס את התביעה כנשוא של זכויות, בדומה למנהג הנהוג בחפצים, הרי שצריכים אנו לכאורה לקבל את הקונסטרוקציה של **סלמונד**, אשר לפיה יש מין בעלות מיוחדת בחפצים (היינו רשות השימוש בהם, במובן המצומצם?), ואילו התביעות [[59]] אינן מתדמות אל החפצים בעצמם, אלא מצטרפות הן אל הבעלות המיוחדת הזאת, כדי להיות כמוה נשוא למין בעלות יותר עליונה¹⁹⁰.

ב. ביקורת שיטתו של סלמונד

על ידי הדברים האלה ממילא מוחזר כבר בסיס עיוני לתפיסת החפצים (החומרניים) כנשוא משפטי, הנבדל מן התביעות הבדלה מהותית; אבל בהמשך מכאן, כדי להעמיד את הדברים על

¹⁸⁸ ד) לפחות לא במישרין. אפשר כמובן לומר כי התובע - לא זו בלבד שהוא יכול לגבות את תביעתו או להעבירה, אלא גם **רשאי** הוא לעשות כן; אבל רשות זו כבר אינה אמורה לגבי סתם פעולה בתביעה עצמה, כי אם רק לגבי **מימוש הזכות המתיחסת אליה**. ברוב המקרים גם לא תהיה אפוא ל"רשות" בהקשר זה שום משמעות מעשית, כשם שאין משמעות לדיבור כי בעל החפץ "רשאי לממש את רשותו" כדי לעשות בחפץ שימוש כלשהו. מצד שני יש להדגיש **ביחס ל"שעבוד"**, שאמנם גם בקשר לחפצים וגם בקשר לתביעות פירוש המושג הוא **העברת חלק הזכות**; אבל בעוד שבשעבוד החפץ מקבל הלוקח חלק מן הזכות לגבי החפץ, הרי ב"שעבוד התביעה" למעשה אין הלוקח מקבל שום זכות **לגבי התביעה**, אלא הוא מקבל רק חלק מן הזכות **כנגד החייב**. "שעבוד התביעה" הריהו אפוא **מושג מושאל** בעלמא, הנבדל ממבנה "שעבוד החפצים" באופן מהותי. השווה **מסיניאו**, א', עמ' 147.

¹⁸⁹ ה) הדברים אמורים ב-fructus במובן הרומי, בהבדל מזכות הפירות בדיני ישראל, כי זכות הפירות העברית - כפי שכבר הערנו לעיל (חלק א', פרק ב', הערה נ"ט) - כוללת גם את ה-usus הרומי וגם את ה-fructus.

¹⁹⁰ ו) אכן, רמז בכיוון זה אפשר למצוא אצל פרופ' גינוסר בעצמו (עמ' 34), אך בפיתוח תפיסתו נוהג הוא כאילו היה הרמז חסר חשיבות.

משמעותם המלאה, יש לנו למעשה לדחות גם את הקונסטרוקציה של **סלמונד**, באשר אף מידת הדמיון בין החפצים והתביעות הנרמזות אצלו הריהי עוד באמת מוגזמת מאוד.

כי ראשית-כל, אם הזכרנו קודם "רשות לממש את הרשות", הרי לא באנו למין צירוף שכזה אלא מתוך מסיבות הויכוח, ולמעשה ברור שזהו צירוף חסר-משמעות. התוצאה היא אפוא, שכשם של-usus בחפצים אין הקבלה לגבי התביעות, כן אין גם ל-usus בתביעות שום הקבלה מסוימת - לא רק לגבי החפצים בעצמם, אלא **אף לא לגבי הרשות ביחס להם**. שנית, כפי שנרמז כבר - ההעברה של עצם הרשות לגבי החפץ אינה ממצה כלל את זכות ההעברה הנתונה לבעלים: זכות זו מתייחסת לכל המכלול הנבנה מסביב לרשות, הכולל גם את זכות הפירות ואת **זכות ההעברה בעצמה**; ובדומה לכך, גם זכות הפירות (במובן הרומי) איננה התפשטות של רשות השימוש לבדה, אלא היא התפשטות של כל המכלול, לרבות את זכות ההעברה ואת זכות הפירות בעצמה. לפי זה ברור **שמשום בחינה אין רשות השימוש יכולה להיחשב כנשוא של בעלות, בנבדל מן הזכויות האמורות להוות את הבעלות בעצמה**. הרשות לגבי החפצים שייכת למעשה למיקשה אחת עם זכות ההעברה והפירות, אף-על-פי שזכות ההעברה והפירות מתייחסת יותר למיקשה מאשר לחפצים שהם נשוא הרשות - ומיקשה זו, שהיא מבחינה מסוימת הנשוא של עצמה, היא היא מה שמכנים **אנו הבעלות בחפצים**. מעבר לבעלות זו, אין שום טעם לדבר על "בעלות יותר עליונה": אם הבעלות בחפצים ניתנת להעברה, ומתפשטת היא לפירות, וניתנת היא למימוש על ידי השימוש בחפץ, הרי זה לא משום שלבעל החפץ יש איזה כוח לגבי אותה בעלות, אלא אדרבה - **משום שבעצם הבעלות הנתונה לו גלומים כל הכוחות שאמרנו**; ואם בכל זאת מדבר **סלמונד** על "בעלות בבעלות" הרי שיכול עוד להיות לדבריו מובן כלשהו רק אם נאמר כי במושג "הבעלות בחפצים" ("הבעלות הקורפורלית", או *jus in re propria*) אין הוא מתכוון רק לרשות השימוש בלבד, כפי שהנחנו לעיל, אלא באמת מתכוון הוא (כפי שמודה הוא בעצמו) לכל מכלול הזכויות של הבעל - ואילו במושג "הבעלות בבעלות" שוב אין הוא מתכוון למכלול של זכויות, או אפילו לזכות כלשהי, כי אם לעצם עובדת "השייכות" של הזכות, היינו לעובדה **שזכות הבעלות אינה עומדת אלא לבעל**. אבל אם-כן, הריהו רק חוזר ואומר שהבעל הוא בעל, ולא מאומה מלבד [[60/61]] זה, - וממילא חוזר ונשמע הדבר שאמרנו, היינו ש"הבעלות בבעלות" של סלמונד היא רק תוספתן מושגי, שאינו מבהיר ולא כלום אך מערפל את הכל מסביבו¹⁹¹.

ומשתופסים אנו ברור איך מושג הבעלות בחפצים מספיק לחלוטין לעצמו, ממילא מתבררת בשלמות הפירכה שבהחלת הבעלות על **תביעות**. כבר ראינו מצדדים שונים כיצד אין ליחס לתביעות את ה-usus הגלום בבעלות, ועתה נוסיף ונאמר כי ממש כמו רשות השימוש בחפצים כן גם התביעות אינן משמשות כלל נשוא עצמאי לזכות של העברה או פירות. זכות העברת התביעה איננה זכות להעביר את **התביעה בלבד**, אלא היא גם הזכות להעביר את זכות-הפירות הכרוכה בתביעה, את הזכות לגבות את התביעה ואת זכות ההעברה בעצמה; וכן, זכות הפירות הכרוכה בתביעה איננה התפשטות של עצם התביעה לבדה, אלא היא התפשטות של כל מכלול הזכויות הכרוכות בתביעה. לפי זה, אמנם נמצא יחס ברור בין מושג התביעה ומושג הבעלות - אבל **אין זה יחס כפיפות, כי אם יחס של הקבלה שלמה, ברמה של שוויון**. רואים אנו כי ממש כמו הבעלות,

¹⁹¹ ז' ר' גם **קמפבל**, עמ' 218 ואילך.

כן גם התביעה היא עניין של מכלול, ולו יהא שמכלול זה אין לו שם מיוחד, אלא נקרא הוא על שם הזכות העיקרית שמסביבה הוא נבנה; בבחינת מכלול שכזה אין התביעה משמשת נשוא למין בעלות שמעבר לה, אלא עשויה היא לשמש נשוא לזכויות מסוימות הנמשכות ממנה ונבלעות בתוכה בעצמה - וההבדל בין הבעלות והתביעה הוא, שהבעלות נבנית מסביב **לרשות**, ויש לה אפוא נשוא חיצוני במישרין - ואילו התביעה היא מכלול של זכויות אשר אם יש לו נשוא ישיר הרי זה רק גלום בתוכו, ובעיקרו של דבר (בעצם זכות התביעה) אמנם אין למכלול זה נשוא ישיר כלשהו, כי אם רק **תכלית**.

לפי זה, גם "הבעלות בתביעות" על פי שיטת סלמונד יכולה לציין רק את "שייכות" התביעה, אבל לא זכויות כלשהן הכלולות בשייכות ואינן נכללות בתביעה עצמה - ובמובן זה המושג הוא מיוחד לחלוטין - כפי שאמרנו על "הבעלות בבעלות": כשם שבעל החפץ זכאי בכל הכרוך בבעלות באשר הוא הבעל, ולא באשר הוא "בעל הבעלות", כן גם התובע זכאי בכל הכרוך בתביעה לא באשר הוא "בעל התביעה", כי אם באשר הוא **התובע**. התוצאה היא אפוא כי החפצים (או הבעלות בחפצים) והתביעות נשארים משוחררים לחלוטין ממושג-הגג של בעלות משותפת כלשהי מעליהם, וממילא נופלת השאלה אם החפצים והתביעות צריכים להיתפס כמהות מאוחדת - אם במישרין, בהצעת פרופ' גינוסר, ואם בעקיפין, כרמז של סלמונד. מתברר **שרק החפצים** אמנם הם נשוא לזכויות שמחוצה להם, אבל לא **הבעלות בחפצים** ולא מכלול מושג **התביעה**; ואילו שני המושגים האלה - באשר אין הם נשוא של זכויות, כי אם עצם הזכויות השונות מעצמן - ממילא מופיעים הם כשני נשואים נפרדים של תורת המשפט, אשר תורת המשפט אמנם צריכה לטפל בכל אחד מהם לעצמו.

[[62]]

ג. סיכום

ובאופן כזה - ייאמר עתה בסיכום - אמנם חוזר העיון המשפטי ומתאחד עם מה שנמצא במשפט למעשה. אין אנו יודעים על שום שיטת משפט המסדירה את החפצים והתביעות כמהות אחת, בפרק דינים אחד ומאוחד לשניהם. כבר ראינו שאף במשפט הצרפתי, המניח ביסודו את דמיון החפצים והתביעות, נפרדים למעשה החפצים כדי להיחשב כסוג נכסים מיוחד - ואותו פרק עצמו בחוק הצרפתי, הקובע את הדמיון האמור, אינו עוסק בהמשכו אלא בזכויות החפצים-ממש, בעוד שאת דיני התביעות משאיר הוא לפרק אחר. בדומה לכך רואים אנו אצל **גודיב**, במשפט האנגלי, שגם אם הקדיש הוא את ספרו לרכוש החפצים והתביעות כאחד, בכל-זאת מוכרח הוא להבדיל את "רכוש התביעות" לחלק מיוחד של ספרו - ומתברר, יתר-על-כן, שכלל אין באפשרותו לדון במשפט התביעות בצורה ממצה, באשר הפרספקטיבה של "הבעלות בתביעות" אינה מצליחה להיות בסיס מתאים לפיתוח הנושא. אף-על-פי-כן, לא הסתפקנו אנחנו במציאות המעשית-הכללית הלזאת, מפני שקמו עליה עוררין, בטענות וברמזי-טענות המתקבלים לכאורה על הדעת, שאין היא נכונה מבחינת ההיגיון השלם, ואשר נשמע מתוכם כי לו באים היינו לבנות שיטת דיני ממונות הגיונית מן היסוד, הרי שצריכים היינו לבנותה באופן אחר לחלוטין. לאחר שבדקנו את הטענות האלו רואים אנו כי המשפט המעשי, כפי שעלה מן הנסיון, נשאר נכון ביסודו גם מבחינה מושגית הגיונית-אובייקטיבית; ומה שחשוב לדידנו הוא, שעל אף היוקרה המגיעה לטענות המועלות מתוך מחקר בדיעבד, הרי דווקא מתוך בדיקתן של אלו הצלחנו להבין ביתר בירור

ועמקות את צדקת ההגיון המסורתי המבוקר - המשמש בענייננו, ודווקא בעקביות מיוחדת, גם **במשפט העברי**. כנגד קביעה אחרונה זו אמנם מוצאים אנו ממש דעה הפוכה, אשר כבר לפני קרוב למאה שנים דימתה למצוא דווקא במשפט העברי את התפיסה שהבאנו לעיל בשם פרופ' גינוסר¹⁹²; אך את הדעה הזאת נפריך להלן בהמשך מחקרנו¹⁹³. כאן נוסיף עוד ונסב את תשומת-הלב לעובדה, שאת התפיסה של סלמונד ופרופ' גינוסר דחינו לאור הדברים שנתבררו לנו מתוך ניתוח **מושג הקניין העברי**, ושאם נוטה העיון האירופי להסתכס בתפיסה שדחינו, הרי זה בודאי נובע מן **הטשטוש** אשר מושג "הזכות הריאלית" נוהג בשני היסודות החשובים של מושג הקניין - **יסוד הרשות ויסוד המכלול הרב-גוני**, כפי שראינו וניתחנו לעיל¹⁹⁴. [[63]]

¹⁹² ח אורבך, עמ' 164-165.

¹⁹³ ט) פרק ה' סעי' א'-ב'.

¹⁹⁴ פ) אמנם **וינדשייד** (בכרך א', עמ' 122-123) מתקרב עד מאוד לתפיסה שהעלינו בזה, אך בעקב חוסר ההכרה ביסודות **הרשות והמכלול הרב-גוני** נשארו דבריו בלתי-מחוזרים ונדחו למעשה על-ידי **דרנבורג** (כרך א', עמ' 612 בהערה) ו**אנקצרוס-ניפרדי** (כרך א', עמ' 290). ליישוב טענותיהם ראה ביחוד הערה ד' לעיל ופרק ח' להלן.

אשר **לאורבך**, המיחס את התפיסה הנדחית גם למשפט העברי, הרי למעשה מיובאת תפיסתו באופן ברור מן העיון האירופי, ומולבשת היא על הלכות המשפט העברי מבחוץ.

פרק ג': הקשר בין החפצים והתביעות על בסיס של הבדלה מהותית ביניהם בשיטות של אירופה

א. הגישה האורתודוכסית בצרפת והתפיסה הגרמנית

בפרק הקודם נפטרו אס-כן מן הפיתוי לראות בחפצים ובתביעות נשואים שווי-עניין למושג מאוחד של **זכות-בעלות**; אבל עדיין העובדה נשארת, שהחפצים (על הבעלות והזכויות האחרות המתחסות אליהם) והתביעות הריהם נשואים דומים בחיי המשא-ומתן - ואין המסקנה של הפרדתם יכולה לספקנו כל זמן שלא ביררנו כיצד מתיישבת היא עם עובדת הדמיון-העקרוני הלזאת.

הדבר מחזיר אותנו לבעיית היחס בין מושגי הרכוש, הנכסים והזכויות במקום שהחפצים והתביעות נתפסים אמנם **כמהויות שונות**, - ונבדוק בקשר לכך קודם-כל את שתי שיטות המשפט היסודיות ביבשת אירופה: **השיטה הצרפתית**, בצורתה ובתפיסתה **האורתודוכסית**, והשיטה **הגרמנית**.

למעשה מתברר, שאם מחזירים אנו את השיטה הצרפתית מפתרונו של פרופ' גינוסר, ומנסים אנו להסתפק במה שהיא לפי פירוש פלניול וריפר, הרי ההבדל העקרוני בינה לבין השיטה הגרמנית מצטמצם ביותר. נשאר קודם כל ההבדל המושגי בין ה- *patrimoine* וה- *Vermögen* - אבל הבדל זה אינו חשוב לנו כרגע, ויכולים אנו לקבל את מושג ה**רכוש** כמכנה משותף לשניהם, בלי להגדיר כאן את זיקתו לחובות הממוניות ביתר דיוק. שנית, נשאר הזיהוי הלשוני הצרפתי בין החפצים והבעלות בחפצים; אבל כפי שראינו, זיהוי לשוני זה אינו גם **זיהוי מושגי**, ונמצא שבעצם גם בצרפת - כמו בגרמניה - אין החפצים נמנים בתוך הרכוש במישרין, אלא רק הבעלות בחפצים היא גורם רכוש. ושלישית, נשאר ההבדל, שבצרפת מכנים את כל הזכויות הרכושיות במושג **נכסים** - מה שאין כן דווקא במשפט הגרמני. מעבר לזה מתברר כי הן בצרפת הן בגרמניה נתפסות כל הזכויות הממוניות בגדר הרכוש לא באשר יש איזו "בעלות" בהן¹⁹⁵, אלא **באשר הן עצמן הן הרכוש** - והריהן רכוש, **באשר ניתנות הן להיערך** [[64]] **בממון**¹⁹⁶. בהמשך מכאן שוב נמצא כי הן בגרמניה הן בצרפת נידונות הזכויות הרכושיות השונות ("הזכויות הריאליות" והתביעות) בדינים נפרדים - על אף העובדה המשותפת כי שני מיני הזכויות עשויים לשמש נשוא למשא-ומתן. אולם -

¹⁹⁵ א) אף כי אמנם אין עקביות בזה בגופו של החוק הצרפתי, כפי שנראה למשל באופן מובהק ביותר בסעי' 711 של ספר החוקים האזרחי הצרפתי. כאן מדובר על "הבעלות בנכסים" - ומתוך סמיכותו של הסעיף אל הסעיפים הבאים, וכן מתוך השוואה למשל לסעי' 724, ניתן להסיק לכאורה כי המלה "נכסים" אינה מציינת כאן אלא חפצים חומריים, ושהבעלות אינה חלה אס-כן אלא באלו. מסתבר גם כן שזו היתה דעת מנסחיו של החוק. אבל בשים לב למיין הנכסים בסעי' 516 ואילך ולמשמעות הרחבה הנרמזת מתוך הסעיף בעל-כורחו, באמת מתאים יותר לפרש כי הנכסים מציינים כאן את הזכויות הרכושיות באשר הן - ונמצא כי הסעיף תומך אפוא בכיוון של פרופ' גינוסר.

¹⁹⁶ **ב) פלניול וריפר**, ג', עמ' 18; **היילפרון**, א', עמ' 95. **אנקצרוס-ניפרדי** (בכרך א', עמ' 293-295) חולק אמנם על הגדרה זו, בטענה שיש זכויות רכושיות שאין להן ערך ממון - והצעתו היא להגדיר כי הזכויות הרכושיות הן אלו **שבאות לספק את צרכי האדם**; אך לע"ד אין טענותיו מצליחות לערער את ההגדרה המקובלת, וסבורני שעל-כל-פנים ניתן לומר כי גם זכויות שאינן רכושיות "מספקות את צרכי האדם". אף סלמונד (בעמ' 257) מגדיר את הזכויות הרכושיות כזכויות העשויות להיערך בממון. ליתר הבהרת העניין נחזור עוד בהמשך.

וכאן מתגלה ההבדל החשוב ביותר לדידנו - בעוד שבגרמניה אין לעובדה המשותפת הזאת שום השפעה עיונית, הרי בצרפת אפשר למצוא השפעה שכזאת, כי דיני העברת "הנכסים", או הזכויות הרכושיות באשר הן, עדיין עשויים להילמד כאן בבחינת עניין משפטי מאוחד, על-פי סעי' 711 הנ"ל; ומושג "הנכסים" הצרפתי חוזר לפי זה לקבל משמעות מיוחדת - אם לא כנשוא למין "בעלות" עליונה, הרי על-כל-פנים כנשוא לדיני העברה של הזכויות השונות.

ב. יתרונות השיטה הצרפתית

צריכים אנו לבדוק אפוא מהו ערכן היחסי של שתי הגישות בהשוואה הדדית, וכזה נראה לומר כי יש פנים לכאן ולכאן.

סעי' 711 - בניסוח מתוקן על-פי תפיסת פלניול וריפר - קובע, כי "הנכסים (או הזכויות הרכושיות באשר הן) "נרכשים ועוברים על ידי ירושה, על ידי מתנה בין חיים או צוואה ומכוח התחייבויות". והנה, מתברר כי אחדות התפיסה אמנם ממש כופה את עצמה ביחס לירושה וצוואה, כי גם בצרפת וגם בגרמניה - בעיקרו של דבר - מעבירים דיני הירושה והצוואה את הזכויות הרכושיות באשר הן¹⁹⁷; ואף אם יש בזה לפעמים דינים מיוחדים לגבי הזכויות השונות - כגון הצורך לרשום בדיעבד את העברת הזכויות במקרקעין¹⁹⁸ - הרי אין אלה הבדלים מהותיים, שיהיו עשויים להצדיק הבחנות מושגיות בעצם דיני ההעברה בעצמם¹⁹⁹. מצד שני, זהו באמת אחד השטחים שבעצם פונה גם המשפט הגרמני להשתמש במושג המאוחד של Vermögen - בבחינת הנשוא לתחולת הירושה או הצוואה ודינייהן; אבל בעקב הכלליות המקפת של הזכויות אשר מושג זה בא לבטא, נמצא למעשה כי אין הוא מספיק כשמתעורר הצורך לציין זכות כלשהי (בין ריאלית ובין פרסונלית) הראויה להיתפס בדיני הירושה או הצוואה במבודד. במקרים כאלה משתמש החוק הגרמני במונח Erbschaftsgegenstand - הזהה ממילא ומטבע העניין ל-"Vermögensgegenstand" - ונמצא אפוא כי למעשה מובא כאן גם המשפט הגרמני להשתמש במושג המקביל ל"נכסים" הצרפתיים, ולו גם בעל-כורחו, כי עושה הוא כן בעקיפין, לא בפה מלא ובלי הכרה עיונית²⁰⁰.

[65]] פחות חד-משמעי הוא המצב במה שנוגע למתנה בין חיים. כאן הסיבוך הוא כפול. ראשית, המתנה איננה רק העברה (או העמדת חינוס) של זכויות, אלא היא מורכבת מבחינה אנליטית משניים: מהסכם-ההעברה ומגמר-ההעברה למעשה - ואל המשמעות של הבחנה זו בענייננו נחזור עוד תיכף ומיד, בקשר להעברת זכויות "מכוח התחייבויות". לגבי המתנה, כשלעצמה, חשוב אף יותר שאין הסכם המתנה מוכרח להתייחס דווקא להעברה של זכויות, אלא עשוי הוא להתייחס גם להסבת הנאה של חינוס באופן אחר²⁰¹ - ונמצא אפוא כי בריכוז דיני המתנה ראוי להבליע את העברת הזכויות בנשוא שהוא אף רחב ומקיף יותר מן "הנכסים" הצרפתיים כשלעצמם.

¹⁹⁷ ג) ר' סעי' 724 של ספר החוקים האזרחי הצרפתי, וקולין וקפיטון, ג', עמ' 558 ו-568; כמו-כן קיפ-קואינג, עמ' 314 ו-52.

¹⁹⁸ ד) ר', למשל, קולין וקפיטון, ג', עמ' 556.

¹⁹⁹ ה) קיפ-קואינג, עמ' 3.

²⁰⁰ ו) בג"ב, סעי' 2149, והשווה סעי' 2087 ו-1922. ר' גם מאירס, בדברי ההסבר על הצעתו לחידוש המשפט האזרחי בהולנד, עמ' 159.

²⁰¹ ז) אנקצרוס-להמן, עמ' 487-488. בהגדרת המתנה הגרמנית (בסעי' 516 של הבג"ב) מדובר אמנם על "הנאה שיש בה משום התעשרות מתוך ה-Vermögen של הזולת", אבל מדברי אנקצרוס-להמן מסתבר, כי

אולם, סיבוך זה קיים אמנם רק לעניין **מתנה**, ואילו כשעוברים אנו ל"רכישת הזכויות והעברתן מכוח התחייבויות", חוזרים אנו להתפצלות המושגים בין **חוזה** ההעברה או ההעמדה לבין **עצם העברתה של הזכות או העמדתה** למעשה. והנה, העובדה היא שלעניין **גמר-ההעברה** שונים הם דיני העברת הזכויות המתייחסות לחפצים מדיני העברת התביעות²⁰², וזימון שני מיני הזכויות האלה במושג מאוחד הוא בהקשר זה מיותר, ולמעשה אף עשוי להכביד, כפי שנראה בפרק הבא. כמו-כן, [[66]] אם המדובר הוא בחוזה שאינו מכוון דווקא להעברת זכות קיימת, כי אם להעמדתה של זכות חדשה, הרי הדינים בעיקרם הם שונים בין המקרה שהכוונה היא להעמדת **זכות של תביעה** לבין המקרה שבאים הצדדים להעמיד במישרין **זכות בחפץ** (או, ביתר דיוק, זכות בחפץ הזולת, כי זכות בעלות חדשה אינה ניתנת כמובן להיווצר מכוח חוזה)²⁰³ - ושוב נמצא כי האחדת המושג לצורך הנידון היא פוגמת. אבל מעבר לכך, לא זו בלבד שהדינים של שני מיני החוזים האלה גם יחד מאוחדים הם מכל-מקום בשרשם²⁰⁴ - ורק מקרה הוא אפוא שספרי החוקים אינם נזקקים במישור זה **בפירוש** למושג אחד, כדי לציין את הנשוא המאוחד שאליו במישרין, או בעקיפין, מכוונים החוזים, - אלא יתר-על-כן: לפחות כשהמדובר הוא **בהעברה של זכויות**, הרי הדינים של חוזה ההעברה שווים גם בעיקרם²⁰⁵, וכשאינן המשפט הגרמני מוצא לו בזה מושג מאוחד, נהפך לו הדבר לתקלה בניסוח²⁰⁶.

ובנוסף על אלה נמצאת חשיבות למושג "הנכסים" גם בעניינים שאינם נזכרים בסעי' 711 הנ"ל של החוק הצרפתי. ראשית בקשר **לשעבודים**, או זכויות בנכסי הזולת. דיני החכירה, קניין-הפירות והמשכון חלים בצרפת ובגרמניה במידה אחת או אחרת של שוויון ואחדות ביחס לבעלות בחפצים וזכויות אחרות - [[67]] ובעוד שבמשפט הצרפתי מתקבל הדבר מתוך התאמה לגישה העקרונית

אין להבין את הדברים במובנם הטכני, אחר שגם **שרות** הכרוך בהוצאות לאחד ובחשכון לאחר עשוי לשמש נשוא למתנה. כך משתמע גם בצרפת (דוק **בפלניול וריפר**, ה', עמ' 440, 448, **וקולין וקפיטון**, ג', עמ' 504) - וכן עולה גם בבירור **בדיני ישראל**, על רקע הכלל שבמקום שזה נהנה וזה חסר, בסתם חייב הנהנה בתשלום החסרון (בבא קמא כ' - כ"א): אם ההנאה ניתנה על-פי הסכם מפורש שלא על מנת להיפרע, הרי שיש כאן אפוא לא סתם מעשה של גרימת הנאה בעלמא, כי אם **חוזה** של שינוי דין בין הצדדים (והוא בהכרח **חוזה-מתנה**) - ועם זאת אין לתרץ כי המתנה מתבטאת במחילת התשלום, כי מלכתחילה אין חובת התשלום נולדת כאן כלל. לעומת זאת ניתן לומר כי המצב הוא שונה במשפט **האנגלי**. הסכם ששרות מסוים ינתן בחינם אינו משנה כאן מבחינה משפטית ולא כלום, ומשמע כי מושג המתנה יכול כאן להיות חשוב באמת רק במקום שנשוא המתנה עצמו הוא העברה של זכויות.

²⁰² ח השווה, למשל, בספר החוקים האזרחי הצרפתי, סעי' 1604 ואילך וסעי' 1689 ואילך; בג"ב, סעי' 398 ואילך, 873 ואילך ו-929 ואילך.

²⁰³ ט השווה למשל, בספר החוקים האזרחי הצרפתי, סעי' 1101 ואילך וסעי' 2071, 2076, 2117, 2124, ואילך; בג"ב, סעי' 241 ואילך וסעי' 1018 ואילך, 1094 ואילך, 1113 ואילך, 1191 ואילך, 1204, 1205.

²⁰⁴ ז הדבר אינו בא לביטוי מפורש בחוק הצרפתי, כי עדיין הכריעה כאן הגישה הבלתי-מדויקת (השלטת גם במשפט האנגלי) והמבליעה את מושג החוזה במושג ההתחייבות - ר' ביחוד סעי' 1108 (והשווה הגדרת החוזה כ"הבטחה מחייבת" אצל **אנסון**, עמ' 3); אבל בג"ב, ההבחנה בין התחייבויות וחוזים-בדרך-כלל היא ברורה, ופרקים מיוחדים דנים כאן ביסודות המשותפים להתחייבויות ומיני חוזים אחרים (סעי' 104 ואילך).

²⁰⁵ יא מלבד המתנה, שכבר דנו בה לעיל, ר' **הסדרי הנישואין** - סעי' 1387 ואילך של החוק הצרפתי וסעי' 1363 של הבג"ב - וביחוד **המכר והחליפין**: סעי' 1582 ואילך בחוק הצרפתי וסעי' 433 ואילך בבג"ב.

²⁰⁶ יב ר' הגדרת המיקח בסעי' 433 של הבג"ב: "על ידי חוזה המיקח מתחייב המוכר של חפץ למסור את החפץ ללוקח ולהעמיד את הבעלות בחפץ ללוקח. המוכר של זכות חייב להעמיד ללוקח את הזכות, וכשמזכה הזכות בהחזקתו של חפץ, חייב הוא למסור את החפץ". לא זו בלבד אפוא שמסתבכים כאן בכפילות של הגדרה, אלא נרמז גם להפרשת הבעלות ממערכת הזכויות, - וכדי להתגבר על כך חוזר **אנקצרוס-להמן** (בעמ' 403) למושג הבלתי-רשמי של *Vermögensgegenstand*, בנסייון של הגדרה עקבית ומאוחדת. מצד שני, בהסדרי הנישואין נעזר הבג"ב במושג המיוחד של *Güter*, המובא לידי שימוש בצידו של *gegenstande* לסירוגין.

שראינו, הרי המשפט הגרמני שוב מסתבך בזה בסתירות ואנומליות²⁰⁷. - מלבד זה אפשר לציין את חשיבותו של מושג "הנכסים" לעניינים כגון הנשוא הממוני של האפוטרופוסות²⁰⁸, הנשוא הממוני בפירוק גופים משפטיים²⁰⁹, הנשוא של חוזה המתיחס לבעלות בחפצים ולזכויות אחרות במעורב²¹⁰, או הנשוא הממוני העומד לרשותם של נושים כדי לגבות מתוכו את חובם.

ג. ביקורת השיטה הצרפתית

לפי זה, לכאורה ניתן היה להפיק פשוט, כי הגישה הצרפתית - לפחות בדרך כלל - היא העדיפה. אולם, בעיון מדויק יותר מתברר כי אין המסקנה הזאת יכולה להתקבל כסופית. טעם הדבר הוא שבהנחת-היסוד שימשה לנו תפיסת המושג "נכסים" כציון לדברים מן הסוג המאוחד של זכויות, אך האמת היא, כזכור, שזהו הפירוש רק לעניין קישור הזכויות ביניהן מבחינה עיונית, במכלול מושג הרכוש, ואילו בנוסח החוק למעשה לא הזכויות הן תמיד נשוא הפעולות המשפטיות, אלא - במידה שאמורים הדברים בזכות-הבעלות - נכנסים החפצים החומריים במקומה. אכן, עצם מושג הנכסים אינו נחוץ לשיטה הצרפתית - ואין היא יכולה להסתפק במושג "הזכויות הממוניות" גרידא - אלא משום שנוקת היא למושג שישתף זכויות וחפצים. והנה, תופעה זו של הכנסת החפצים עצמם - במקום הבעלות בהם - כנשוא המשפט, איננה רק אנומליה היסטורית בלבד. מוצדקת היא על ידי העובדה הפשוטה, שזכות הבעלות אינה בעיקרה אלא זכות של פעולה בנשוא החפצי, ואך טבעי הוא אם-כן, אם בהמשך מכאן עיצבה הלשון גם את הפעולות "הרפלקסיביות" - הנעשות מכוח הבעלות בבעלות עצמה - לאו דווקא כפעולות [[68]] בבעלות, אלא כפעולות בחפצים-נשוא-הבעלות; וכך לא רק בעברית, אלא גם בלשונות של אירופה. בכל השפות האלו אין אדם יכול לומר כי הוא "לוקח או מוכר בעלות", אלא רק שהוא לוקח או מוכר דבר-מה המשמש נשוא-בעלות - וכך לאו דווקא על-פי שיגרת הסגנון, כי אם על-פי עצם מובן המילה של "מוכר" או "לוקח". מילים אלו אינן מציינות סתם העברת בעלות, כי אם העברת דבר לבעלות הזולת. ומאחר שאין ביטוי למשפט אלא על בסיסה של לשון בני-אדם, נמצא כי מוכרח גם המשפט להיענות ולהכיר בחפצים - ולא בבעלות בחפצים - את נשוא הפעולות המשפטיות של מיקח ומכירה.

יתר על-כן, גם בזכויות בחפצי הזולת מופיעים החפצים, מטבע העניין, כנשוא של הזכות, והעמדת הזכות בחפץ הזולת נחשבת שוב כפעולה בחפץ, ולא דווקא כפעולה בזכות הבעלות או בזכות המתפצלת ממנה. "לשעבד את החפץ" - גם בלשונות של אירופה²¹¹ - כמובן אין פירושו סתם לפצל את הבעלות, כי אם להעמיד את החפץ למימוש העצמאי של הזכות המתפצלת: ונמצא אפוא כי

²⁰⁷ יג' ר' סעי' 1713 של החוק הצרפתי: "אפשר לשכור כל מיני נכסים, מיטלטלין או מקרקעין", בעוד שסעי' 581 של הבג"ב נאלץ שוב להשתמש במונח Gegenstand כנשוא המאוחד של דיני החכירה; בדומה לזה, סעי' 581 הצרפתי, המבדיל שקניין-פירות "ניתן להיקבע בכל מין של נכסים" וכו', בעוד שהבג"ב מסדיר אמנם את קניין-הפירות בחפצים ובזכויות בפרקים שונים, אך גם את הפרק על קניין-הפירות בזכויות או במכלול ה-Vermögen מצרף הוא ל-sachenrecht (סעי' 1068 ואילך, 1085 ואילך), - ובסעי' 1068 מחיל הוא במסויג על קניין-הפירות בזכויות את דיני הקניין-הפירות בחפצים, תוך שימוש במושג Gegenstand כנשוא המאוחד של הדין (סעי' 1085); וכן, בעוד שסעי' 2075 הצרפתי רואה את דיני המשכון כחלים ממילא ובאופן מובן מאליו אף על "מיטלטלין בלתי-קורפורליים", הרי הבג"ב מבחין בבירור בין משכון בחפצים למשכון בזכויות, אבל גם את הפרק על המשכון בזכויות משייך הוא בכל-זאת ל-sachenrecht, תוך החלה מסויגת של דיני המשכון בחפצים (סעי' 1273 ואילך).

²⁰⁸ יד' סעי' 389 ואילך בחוק הצרפתי; בג"ב, סעי' 1773 ואילך.

²⁰⁹ טו' בג"ב, סעי' 45.

²¹⁰ טז' שם, סעי' 311.

²¹¹ יז' ר', למשל, סעי' 637 בספר החוקים הצרפתי; בג"ב, סעי' 1018, 1030, 1090 ועוד.

בכל השטח של הזכויות המתייחסות לחפצים (בכפוף אמנם לסייג מסויים שנעמוד עליו בפרק הבא) נעשים החפצים - ולא הזכויות בחפצים - לנשוא המושגים הבאים לבטא את הדינמיקה המשפטית.

בקשר לכך חשוב גם להדגיש כי התופעה איננה עניין של חוסר-דיוק מחשבתי, שכביכול הכוונה היא לפעולה בזכויות, ועם זאת מדברים על פעולה בחפצים: הפעולה המשפטית נעשית אמנם תמיד ובהכרח **בזכות**, ולא בנשוא שלה - אבל לשוננו אינה מתייחסת כלל לפעולה זו במישרין; היא מתייחסת **להשתקפותה של פעולה זו לגבי הנשוא** - ובעניין זה הביטוי הלשוני הוא אמנם מדויק ונאמן לחלוטין למציאות. פירושו של דבר הוא אם-כן, במילים אחרות, שההתייחסות לחפצים כלנשוא הדינמיקה איננה סתם עניין מילולי, כי אם התוצאה של מבנה מחשבתי שיש בו הגיון משלו; אבל הגיון זה, לפי עצם מהותו וטיבו, אינו שייך כמובן בדינמיקה של זכויות, אשר שום נשוא חיצוני ישיר אין להם כלל. המושגים של מיקח, מכירה ושיעבוד - באותו המובן **העקיף** שיש להם לגבי זכויות-חפצים - אינם יכולים לומר ולא כלום, לפי מה שראינו, אם מחילים אותם על זכויות של תביעה כשלעצמן: בהקשר זה, פירושם הוא - אמנם ובהכרח - **העברת התביעה או העמדתה לזכות המתייחסת אליה**, כפי שמסכימים סלמונד או פרופ' גינוסר; ואם מסרבת תורת המשפט להכיר בקונסטרוקציה המופרכת הזאת - ואף-על-פי-כן משתמשת היא במושגים האמורים בהקשר הנידון, - הרי שנשארת היא על-כל-פנים תקועה מבחינה הגיונית בין אותה קונסטרוקציה מופרכת לבין ההכרח לומר כי המושגים הנידונים מובנם הוא שונה, בדיני החפצים לחוד ובדיני התביעות לחוד.

[69]] ובאמת, המוצא השני הזה הוא המוצא הכן שבחרה לה השיטה הגרמנית²¹²; ולו היא שכנות זו מסבכת את השיטה הגרמנית באי-נוחות ואנומליות, כפי שראינו, ולבסוף נאלצת היא מכל-מקום להיאחז במושגים כלשהם שיאחדו **חפצים וזכויות** - כי תפיסת הזכויות-בלבד כמרכיבות ה-Vermögen אינה הולמת גם בה את נוסח החוק. לעומת זאת, השיטה הצרפתית - כפי שדנו בה כאן - אינה אלא ניסיון לקיים את דו-המשמעות של מושגיה תוך כדי תירוץ בעת ובעונה אחת. לשם כך מדמה היא את הזכויות לחפצים, כדי שמושגי המיקח, המכירה והשעבוד יוכלו לחול לגביהם במאוחד, - ולבסוף מפרשת היא שגם ביחס לחפצים לא הייתה דעתה למושגי המיקח, המכירה והשעבוד במובן הטבעי-העקיף, כי אם במובן **משפטי-משונה**, המותאם במיוחד לזכויות; אך אין צריך לומר, שגם אם גישה כזאת - כשלעצמה - אינה בהכרח **אסון**, מכל-מקום מתימרת היא במה שלאמיתו של דבר איננו נכון, ועל-כל-פנים אף יוצא שכרה לבסוף בהפסדה. כל עניין הנידון הוא בהעמדת הדברים על העקרון ההגיוני המאחד אותם, על אף השוני המצוי ביניהם מעבר לו - והיינו, במילים אחרות, **לברור את הפשוט מן הסבך**; אך דרך הפישוט הצרפתית אינה למעשה פחות מסובכת מן הסיבוך הגרמני, המאפשר - מצידו - דווקא **פישוט רב** בנוסח החוק לכאורה. העובדה היא כי הנוסח האמיתי והתרוץ העיוני של החוק הצרפתי נמצאים תמיד בהתנגשות דיאלקטית; הדבר מכביד על העקיבות המחשבתית, משאיר טעם בלתי-נעים לא פחות מחוסר-הנוחות המורגש בחוק הגרמני, וממילא משמע שבקשת ההגיון הפשוט איננה נרגעת כאן, אלא

²¹² יח' דוק ביחוד בהגדרת המיקח הגרמנית, בסעי' 433 של הבג"ב: המיקח נותן כאן תמיד תביעה להעברתה של זכות, אבל כשהזכות הצריכה העברה היא בעלות - נשוא המיקח אינה הבעלות, כי אם **החפץ**, ואילו כשהזכות היא אחרת, הרי **אותה זכות עצמה** היא נשוא המיקח.

מחזרת היא תמיד על דרכים חדשות לפריצת המעגל. כך, למשל, השיטה של פרופ' גינוסר שסקרנו אינה אלא אחד הנסיונות המרובים המתחדשים מדי פעם בפעם בכיוון הלזה - ואכן, אף שיטת המשפט הגרמני עצמו אינה אלא ניסיון שנעשה פעם לאותה מטרה, כנגד המצב הדומה ששרר ב"משפט הגרמני (הרומי) האחיד"²¹³.

ד. נסיונות מוצא בשיטות אירופיות אחרות

גם בשיטות המשפט החדשות יותר שהועלו באירופה, נקודה מרכזית ללבטים היא בנסיון לפרוץ את המעגל שאמרנו - ללא הצלחה.

הראשונה בהן היא השיטה **השווייצית**. זו, כפי שראינו מקבלת בעקרון את הגישה הגרמנית, אך בכמה נקודות מעדיפה היא לשבור את העיקרון, בפה מלא, ולהכיר בזכויות גורמים דמויי-חפצים - אפילו בצורה קיצונית יותר מן הגישה הצרפתית-האורתודוקסית; כי במידה שמוכרות כאן הזכויות כדמויות-חפצים [[70]] נעשות הן נשוא לבעלות, כדרישתו של פרופ' גינוסר. נמצא אפוא כי מתוך עודף בקשת הפשוט מסתבכת השיטה השווייצית בסיבוך הגיוני כפול ומכופל²¹⁴.

דומה לזה הוא גם גורל השיטה **האיטלקית**. בעקב הרצון להשתחרר ממושג הזכויות שהן דמויות-חפצים, יוחד כאן, כאמור, מושג "הנכסים" לחפצים החומריים בלבד (סעי' 810) - ועם זאת נשאר מושג הנכסים לציין גם את כל שנכלל בו בצרפת, על-פי סעי' 813, ולו בדרך עקיפין. בהתאם לכך מתנסחים כאן אמנם דיני הירושה, למשל, על-פי הנחה שמתייחסים הם פשוט ל"נכסים"²¹⁵; אבל מתוך שסעי' 813 איננו בכל-זאת ביסוס פשוט וחד-משמעי לשימוש שכזה, נראה שלא שש המחוקק האיטלקי לנקטו, ובהגדרת המכר נשאר הוא צמוד לכפילות הגרמנית²¹⁶.

בתקופה האחרונה שוב, בהצעת החוק האזרחי החדש בשביל **הולנד**, מדמה המחבר, **פרופ' מאירס**, "להשלים את ההתפתחות" על-ידי נקיטת העקרון של הגישה הצרפתית (או הקלאסית), אבל תוך הבחנה ברורה ועקבית יותר - בהשפעת השיטה הגרמנית - בין מושג "החפצים", שהם רק חומריים, לבין מושג "הנכסים", הכולל זכויות וחפצים במאוחד²¹⁷. לעומת זאת, בחוק **החבשי** החדש, מ-1960, שחובר בעיקרו על ידי המשפטן **הצרפתי רנה-דז'יד**, נמצא דווקא נכון לפתח את השיטה **הגרמנית**. אין מזכירים כאן בפירוש אלא "נכסים חומריים" - אם כי בזה, כמובן, נרמז ממילא לקיומם גם של נכסים "בלתי-חומריים", ואמנם מכלילים לפעמים אף את אלה במושג "הנכסים" סתם, אם אין נראה מפלט; אבל כל אימת שאין הדבר מסובך יותר מדי, מעדיף החוק

²¹³ (ט) ר' **דרנבורג**, א', עמ' 159-160; **וינדשייד**, עמ' 100-102.

²¹⁴ (כ) תוצאות השיטה השווייצית מסתמלות באופן המובהק ביותר בעובדה, שאמנם זוכה היא בהגדרה מאוחדת של מכר (סעי' 184 של חוק החיובים), אבל בדומה לשיטה הגרמנית נשארת היא **בלי** מושג מאוחד ל"נכסים" - ויתר על-כן, מפסידה היא גם את הפשטות הגרמנית במושג "החפצים", על-ידי כך שהמושגים Gegenstand ו-Sache נהפכים בה למושגים מתחלפים: השווה סעי' 641 ו-484 של הצג"ב, וסעי' 184 של חוק החיובים.

²¹⁵ (כא) ר', למשל, סעי' 493 של ספר החוקים האזרחי.

²¹⁶ (כב) שם, סעי' 1470.

²¹⁷ (כג) ספר ג', פרק א', סעי' 1 וסעי' 8, ור' בדברי ההסבר, עמ' 159-160.

לדבר על "הזכויות שאינן חומריות" כמושג בפני עצמו - ואף אם מבחינת הדין אין הבדל ביניהן ל"נכסים החומריים"²¹⁸. [[71]]

²¹⁸ כד ר' ביחוד סעי' 1126 ואילך, סעי' 826, סעי' 2226, 2411-2408, 1309, ולעומתם הסעי' 647, 829, 2427, 2825, 2727.

פרק ד': מעמד הזכויות בחפצי הזולת - בשיטות של אירופה ובדיני ישראל

א. המצב בשיטות של אירופה

בפרק הקודם יצאנו לברר את "הקשר בין החפצים והתביעות על בסיס של הבדלה מהותית ביניהם בשיטות של אירופה" - אך למעשה נאלצנו להצטמצם שם ולעמוד בעיקר רק על הקשר בין החפצים בגדר זכות הבעלות והתביעות. עדיין צריכים אנו לעמוד אפוא על הקשר בין החפצים (או הבעלות בהם), התביעות והזכויות בחפצי הזולת - ובירור זה ישמש לנו כחוליה המקשרת בין ביקורת השיטות של אירופה לבין בירור ענייננו בדיני ישראל. תוך כדי כך יש להדגיש כי בפרק זה נדון אמנם רק בזכויות בחפצי הזולת, ונתעלם לפי-שעה מן הבעיות המתעוררות על ידי הדמיון הענייני ביניהן - היינו בין הזכויות הנובעות באמת מפיצול הבעלות המתיחסת לחפץ - לבין זכויות המתפצלות רק מזכות אחרת כלשהי.

במסגרת זו - אם גם כאן נמשיך ונעסוק רק בתפיסה שאינה מכירה בזכויות נשוא-בעלות, כאילו היו הן ממש חפצים, - ניתן לסכם כי המעמד הרכושי של הזכויות בחפצי הזולת, בשיטות של אירופה, דומה למעמד הבעלות מזה ולמעמד התביעות מזה. מצד אחד, נידונות הן עם הבעלות בדיני החפצים - והעמדתן היא פעולה בחפץ, כדין הפעולה בבעלות²¹⁹; אך מצד שני, אם המדובר הוא בהעברה של הזכות (בשלמות או במפוצל) - שוב אין הדבר נידון כפעולה בחפץ, בדומה להעברת הבעלות, אלא מתגלה אופיה של הזכות כ"נכס בלתי-חומרי", בצד התביעות. עם זאת, עצם דיני העברת הזכויות בנכסי הזולת (בהבדל מדיני החוזה המבסס את ההעברה) הריהם כאמור שונים מדיני העברת התביעות, ודומים דווקא לדיני הפעולה המתיחסת לחפץ²²⁰ - ובסך-הכל נמצא אפוא שכל הקשיים הדיאלקטיים, אשר ראינו לעיל בשיבוץ החפצים והתביעות, מתקיימים גם כאן, אולי בצורה מודגשת יותר, ועל-כל-פנים לא יותר קלה. [[72]]

ב. הגישה בדיני ישראל

לעומת זאת, בדיני ישראל, הרי לפחות לגבי הזכויות בחפצי הזולת אפשר לומר בלי פקפוק כי שום בעייה דיאלקטית של שילוב חפצים וזכויות אינה מתעוררת. הדבר מסתכם בהלכה מפורשת, כפי שמנסח אותה הרמב"ם, זה לשונו: "אין אדם מקנה לא במכר ולא במתנה אלא דבר שיש בו ממש, אבל דבר שאין בו ממש אינו נקנה. כיצד: אין אדם מקנה ריח התפוח הזה, או טעם הדבש הזה, או עין הבדולח הזה, וכן כל כיוצא בזה. לפיכך, המקנה לחברו פירות דקל זה או דירת בית זה - לא קנה, עד שיקנה לו גוף הבית לדור בו וגוף האילן לאכול פירותיו"²²¹. הלכה זו, למעשה הריהי המקור העיקרי המבסס את מה שאמרנו לעיל, שמושג הקניין בדיני ישראל אינו מציין (כמו "הזכות הריאלית") את עצם היחס המשפטי שבין האדם והעולם לגבי החפץ, אלא רק את הזיקה הנוצרת בין האדם והחפץ על-ידי היחס הזה. אם אומרים אנו כי "זכות הדירה", למשל, איננה

²¹⁹ א) ואמנם יש לציין כי למעשה נמצא בזה צד פעולה בבעלות, כי העמדת הזכות בחפץ הזולת אינה אלא פיצול הבעלות בעצמה.

²²⁰ ב) ר' הערה ח' לפרק הקודם.

²²¹ ג) פכ"ב מהלי מכירה הלי י"ג-י"ד.

נשוא הקנאה, אלא רק גופו של הבית יכול להיקנות לצורך דירה, ממילא פירוש הדבר הוא כי ההקנאה איננה פשוט העברה של זכות, אלא היא **מעין הפעלת שעבוד על החפץ, שתחול לגבי העברת הזכות המבוצעת תוך כדי אותה פעולה** (-) וממילא משמע כי הקניין המתקבל בתוצאה איננו עצם הזכות שהועברה, כי אם רק מושג היותו של החפץ מוצב לתחולתה של הזכות). אכן, דומה הדבר למה שראינו גם בלשונות של אירופה, בעניין המושגים של מיקח, מכירה ושעבוד - והיינו שלמעשה גם שם, לא זכות הבעלות עצמה היא הנמכרת למשל על-פי סעי' 433 של הבג"ב הגרמני, אלא רק החפץ הוא הנמכר **לזכות בעלות**; אבל בלשונות של אירופה אין המחשבה המשפטית מתפתחת על הדרך הזאת - למעשה אף אין הדעת כלל ניתנת שם על הדיוק האמור - וכבר מהמשכו של הסעיף מתקבל, שאם יהא המדובר למשל בהעברה של **זכות-הדירה** בתמורה, הרי לא גופו של הבית "ימכר לדירה" (כשם שנמכר לבעלות), אלא זכות הדירה עצמה היא שתהא נשוא המיקח והממכר - ואילו הבית יישאר כביכול לחלוטין מחוצה לעסק. לעומת זאת, המחשבה העברית מאחדת את הגישה להעברת הבעלות, להעמדת שעבודים וגם להעברת שעבודים לזולת - ואם כי אמנם בשלושת המקרים נשוא **ההעברה** הוא העניין המופשט של זכויות, הרי **כנשוא ההקנאה**, זה המושג הטכני של ההעברה, נקבע **בשלושת המקרים** הגוף החומרי של החפץ אשר הזכויות חלות לגביו.

וחשיבות הגישה הזאת לגבי ענייננו מתקשרת על-ידי כך שהמקורות העבריים אינם מטפלים אם-כן מבחינה עקרונית בהעברת הזכויות המופשטות, כנושא לעצמו, אלא מבליעים הם את העברת הזכויות - גם מעבר לבעלות - במושג [[73]] המסובך אך השגור יותר של הקנאת החפצים החומריים²²². באופן כזה ממילא מתרחק המשפט העברי מתפיסת הזכויות המופשטות עצמן כנשוא התנועה הכלכלית והמשפטית - כפי שנתפסות הן בתורות הרכוש של שיטות המשפט באירופה - ובמקומן נוטה הוא לראות כנשוא התנועה הזאת רק את החפצים החומריים לבדם. הדבר נכון, כאמור, קודם-כל בתחום הבעלות והשעבודים או הזכויות בחפצי הזולת - היינו בתחום אותן הזכויות הנכללות במה שהגדרנו לעיל **כקניין**; ולפחות בתחום הזה יכולים לנו לסכם אפוא שהתפיסה העברית נוטה כביכול למזג את מושגי "הנכס" של המשפט הצרפתי והאיטלקי ולהפכם לאחד. בעיני הצרפתים, "הנכס" הוא נשוא התנועה הכלכלית והמשפטית; בעיני האיטלקים, "הנכס" הוא חפץ העשוי להיות נשוא של זכויות; ואילו על-פי התפיסה שלנו - לפחות בתחום הנידון - החפץ שהוא נשוא של זכויות הוא גם תמיד נשוא התנועה.

²²² ד) בנקודה זו אמנם צריכים לנו לחזור ולהעיר על דבר שכבר רמזנו אליו לעיל, בהערה ל"ט לחלק א' פרק ב', והיינו שלכאורה מוצאים לנו במקורות את מושג הקניין לא רק לגבי החפצים החומריים, אלא אף לגבי זכויות מופשטות; ואכן, שימוש שכזה מוצאים לנו אפילו לגבי אותן הזכויות שהרמב"ם פוסק לגביהן בפירוש שהקניין אינו חל בהן. יתר-על-כן, שימוש שכזה, לגבי אותן הזכויות, מוצאים לנו אפילו אצל הרמב"ם בעצמו. ר', למשל פ"א מהל' מכירה הל' י"ח (בעקבות בבא קמא ע"ט א'): "כשם שהקרקע נקנה בכסף, בשטר ובחזקה, כך **שכירות הקרקע נקנה**" - והרי כאן לכאורה גם אצלנו זיהוי של החפץ והבעלות מחד ופעולה טכנית בזכות החפץ הזולת מאידך; וכן בבבא מציעא ט"ו ב' (לגבי זכות בעלות): "מה מכר לו ראשון לשני? **כל זכות** שתבוא לידו". אולם, אחר שהרמב"ם עצמו הוא הנוהג כך, בניגוד להלכה שהוא עצמו מנסח - ויתר-על-כן, אחר שאין חולק על פסק ההלכה של הרמב"ם, ואין פסק ההלכה שלו נסתר משום מקום **למעשה** - הרי שבהכרח צריכים לנו להסיק כי באמת אין כאן שום סתירות מהותיות בתפיסה, אלא פסק ההלכה המפורש הוא עיקר, ואילו שימושי הלשון הסותרים אינם אלא פרי של שיגרה בלשון הדיוטות בלתי-מדויקת. כך **לפחות** במה שנוגע לסוג הזכויות שאנו דנים בהן כאן.

ג. יתרון הגישה העברית למעשה

אל התוצאה הזאת, קודם-כל, התכוונו לעיל באמרנו, שכאשר מושג הקניין אינו מציין במישרין את היחס המשפטי לגבי החפץ, אלא את הזיקה הנוצרת בין האדם והחפץ על-ידי היחס הזה, הריהו מאפשר גמישות לשונית מיוחדת הנושאת יתרונות²²³. כי כמובן - עצם היחס הדיאלקטי המתפתח בשיטות של אירופה בין הבעלות והחפצים מזה והזכויות האחרות מזה - כבר הוא כשלעצמו מתעה מבחינה הגיונית, ומוטב בלעדיו. אבל יש לדברים גם משמעות יותר מעשית ומיוחדת [[74]] לענייננו בפרק הזה. ראינו לעיל²²⁴ כי לעניין עצם מעשה ההעמדה של שעבוד או גמר-העברתו לזולת, אין גם הדינים בשיטות-המשפט באירופה מחייבים את דימוי השעבוד לתביעות, אלא אדרבה - דיני השעבוד הם דומים לדיני הפעולה בבעלות או בחפץ²²⁵, ולמעשה זקוקים הם אפוא לתפיסה מושגית מאוחדת דווקא לצד זה. אולם, היחס הדיאלקטי בין הבעלות והזכויות בחפצי הזולת רק מביא בעניין זה לידי תצורות משפטיות משונות, כגון צרוף של חפצים והזכויות המתיחסות אליהם בהגדרות של מקרקעין ומיטלטלין²²⁶, או נוסחאות מאולצות כדי לעקוף את הצרוף²²⁷, - או שמונע הוא את התפיסה המאוחדת בכלל²²⁸.

לעומת זאת, על-פי הגישה העברית, נפתרים הדברים בפשטות. כאן אין לנו שום משולש פרובלמתי של בעלות, חפץ וזכויות בחפצי הזולת, אלא יש לנו קודם-כל חפץ; החפץ מוקנה ונקנה לזכות כלשהי - וכשנשמע למשל כי דין החפץ להיקנות "בכסף, בשטר ובחזקה", ממילא צריכים אנו להסיק בסתם כי אלו הן דרכי קניינו לכל מיני הזכויות שאפשר, וההגיון והמעשה יחד באים אפוא על סיפוקם המלא.

ד. הבעלות בחפץ ושייכות הנכס, או התפיסה העיונית של הזכויות בחפצי הזולת

אך משמעות הגישה העברית אינה מסתיימת בכך. אם - כפי שאמרנו - החפץ החומרי הוא נשוא התנועה, בין להעברת הבעלות בין לזכויות יותר מוגבלות, וחפץ מסוים מוקנה למשל לבעלות ראובן ובה בעת מוקנה הוא לפירות לשמעון, [[75]] ושמעון נפטר ומוריש את "נכסיו" (במובן שאמרנו) לבנו - הרי שיהא פירוש הדבר כי בין "נכסי שמעון" יירש הבן גם את אותו החפץ שהיה מוקנה לשמעון לזכות-הפירות לבדה (ולו יהא שהירושה תחול אמנם רק בגדר אותה הזכות המוגבלת)²²⁹. לפי זה היה מתחייב לכאורה כי דיני ישראל לא יכירו בשום הבדל מהותי בין זכות

²²³ (ה) סוף סעי' א' בפרק ג' לחלק א'.

²²⁴ (ו) הערות ח' וט' בפרק הקודם, פיסקה שנייה בסעי' ג' שם וסעי' א' בפרק זה.

²²⁵ (ז) כך הוא גם בדיני ישראל: ר' למשל בבא קמא ע"ט א' או שו"ע חו"מ סי' ש"ז סעי' ב'. השווה גם צ"שיר, גבי המשפט האנגלי, עמ' 660, ופקודת העברת קרקעות במדינת ישראל.

²²⁶ (ח) כך באנגליה (סלמונד, עמ' 428-433); בצרפת (סעי' 516 ואילך בספר החוקים האזרחי, וביחוד סעי' 526 ו-529 ואילך), בשווייץ (סעי' 655 של הצ"ב), בפקודת הפרשנות במדינת ישראל. עם זאת יש לציין כי ההבחנה בין המקרקעין והמיטלטלין בשיטות אלו אינה דווקא נועדת לשמש את התכלית הנידונה. מסתבר שהתכלית הנידונה היתה אמנם מלכתחילה היסוד לצירוף הגוף החומרי והזכויות המתיחסות אליו במושג המקרקעין, אבל לאחר מכן שוב לא יוחדו המיטלטלין לאותה התכלית, כי אם ליחד את כלל הזכויות שאינן מקרקעין, לשם תכליות אחרות. ר' וינדשייד, עמ' 422; סלמונד, עמ' 430; פלניול וריפר, ג', עמ' 70-71; סעי' 187 של חוק החיובים השוייצרי. נמצא אפוא שלגבי הזכויות במיטלטלין ממש - במובן של זכויות בחפצי-מיטלטלין - נשאר כאן ענייננו על-כל-פנים בלתי-מכוסה. לבעיית המקרקעין והמיטלטלין במסגרת הרכוש נחזור עוד ביתר יחוד להלן, בהמשך המחקר.

²²⁷ (ט) סעי' 813 של ספר החוקים האזרחי באיטליה; סעי' 82-83 בספר החוקים האזרחי המצרי (מ-1948).

²²⁸ (י) בג"ב, סעי' 873.

²²⁹ (יא) דוק ברשב"ם על בבא בתרא קכ"ה ב', בסוף, ד"ה ואין הבכור נוטל פי שנים במלוה.

הבעלות לבין הזכויות המוגבלות יותר המתקיימות עמה בעת ובעונה אחת לגבי החפץ : צריכים היינו לומר לכאורה כי הזכויות המוגבלות אינן מתקיימות **כנגד** הבעלות, אלא מתקיימות הן **בצידה**, ויוצרות הן **זיקת שייכות מקבילה**, במישור אחד עמה; שהרי שוב, לפי מה שאמרנו נשמע לכאורה שכשם שהחפץ הוא "של בעליו" כן הוא גם "של הקונה המוגבל לפירות".

והנה, אמנם, ההלכה העברית אינה מרחיקה לכת עד כדי כך : לגבי הקונה המוגבל אין אנו אומרים כי החפץ "שלו" הוא, כשם שאנו אומרים באמת על הבעל²³⁰ - ומשמע שגם בדיני ישראל אפשר להבחין בין "זכות בעלות" לבין "זכויות בחפצי הזולת". אך אף-על-פי-כן, אין מתחייב כי נחזור ונוציא את החפץ המוקנה לפירות מגדר "נכסיו של שמעון". הדבר מסתדר על ידי רב-משמעות מסוימת שמוכרחים אנו לבוא ליחס למושג השייכות ולמלת-היחס "של". כבר עמדנו על כך ש**הזכות המופשטת** הריהי כמובן **זכות הזכאי**, או זכות "של" הזכאי, אם כי אין לומר כי הזכאי הוא "בעל הזכות"; עתה נוסיף ונאמר דבר דומה לגבי זוג המושגים **חפץ ונכס** : לשון המשפט העברי משייכת אמנם **חפץ** לאדם רק אם האדם הוא **בעל החפץ**, **ובאשר הוא בעליו** - וכאן מתמזגות אמנם הבעלות והשייכות לדבר אחד; אך לגבי "הנכס" (כמו לגבי הזכות המופשטת) אין השייכות כרוכה דווקא בבעלות, וכדי שייחשב החפץ כנכס של פלוני די לנו (בגדרי מה שראינו עד כאן) שהחפץ ימצא **בקניין האדם**, ואף אם לזכות מוגבלת בלבד²³¹.

ותוצאה זו מספיקה כדי להעמיד אותנו על התפיסה האובייקטיבית הנכונה של "הזכויות בחפצי הזולת", בהבדל מן התפיסה שהזכרנו לעיל אצל פרופ' גינוסר - שהזכויות בחפצי הזולת אינן כביכול אלא תביעות נגד בעל החפץ. פרופ' גינוסר ודאי לא היה מציע תפיסה שכזאת, אלמלא מצא לפניו את מיון הזכויות בחפצי הזולת במסגרת הרכוש על בסיס של זיהוי החפץ עם הבעלות לבדה וצירוף [[76]] כל הזכויות האחרות במחלקה שכנגד, "בלתי-קורפורלית"²³². אך התפיסה העברית מעלה בבירור, שגם אם אין החפץ שייך ב"שייכות בעלותית" אלא לבעל, הרי מכל-מקום, מן "הבחינה הנכסית" - **הקניינית הכללית** - שייך הוא גם לקוניו המוגבלים; ומבחינה זו, אמנם, אין הקניינים המוגבלים באים אפוא "כנגד הבעלות", אלא באים הם רק **בצידה**, על בסיס ריבוני, במישור אחד עמה.

ההבדל בין שתי הבחינות נובע מכך שמלכתחילה אמנם נגזרת הזכות בחפץ הזולת **מתוך הבעלות**, זו נדחקה מפני הזכות המוגבלת כל ימי קיומה, ובין השתים - ביחסן ההדדי - באמת נמצא אפוא יסוד של ניגוד והיתאמות, על דרך של הכרה בעליונות "בעל-בית", הזכאי למנוע כל חריגה מגדרי השעבוד, מחד גיסא, וכפיפות בעל-הבית עצמו לשעבודו של אחר מאידך. אבל ניגוד מתואם זה אין לו שום משמעות כשתופסים אנו כל אחת מן הזכויות **לעצמה** : הזכאים בהן יכולים להוציאן אל הפועל בלי שום היזקקות בין איש לרעהו - יש להם רשויות של שימוש, זכייה בפירות, יכולת

²³⁰ (ב) פ"ד מהל' ביכורים ה"ו ר'.

²³¹ (ג) עם זאת אין כוונתנו לומר שכשם שאי-אפשר לכנות אדם באופן מדויק כ"בעל של זכות", כן גם אין לכנות אדם כ"בעל של נכס". מאחר שהנכס הוא חפץ, אין מניעה כמובן שבעל החפץ ייקרא ממילא גם "בעל הנכס" - רק נחוץ שנוזכר כי אף-על-פי שפלוני הוא **בעל הנכס**, ייתכן שאותו הנכס עצמו יהא שייך בו בזמן, בשייכות מצומצמת יותר, גם למישהו אחר.

²³² (ד) ר' **גינזור**, עמ' 115-116 : "החשוב הוא שהחפץ שייך לבעליו, בעוד שאין הוא שייך **בשום פנים** לזכאי בזכות אחרת כלשהי, בין ריאלית בין פרסונלית: הזכות הריאלית משעבדת את החפץ; הבעלות מתמזגת עמו - והרי אלה הם דברים השונים לחלוטין".

הקנאה, חובות אחריות וכיו"ב, אבל לא תביעות אישיות זה על זה - מלבד התביעות שיש להם ממילא נגד כל העולם, להגנת רשותם, או התביעות שהועמדו ביניהם על-פי הסכם-לואי כרצונם ושאינן יסוד מהותי בעצם מושג השעבוד או הזכות בחפצו של אחר²³³. דבר זה, שוב, הוא עצמו מסתבר גם-כן מתוך כך שהזכויות בחפצי הזולת אינן אלא **מתפצלות מן הבעלות**, כפי שראינו בחלק הראשון של המחקר; שהרי אם יסודות הבעלות הם מעצם טיבם **אוטונומיים**, ואינם צריכים לתיווכו של נתבע כדי לצאת אל הפועל - ממילא הוא הדין, בהכרח, באותם היסודות בהיפצלים. במילים אחרות רשאים אנו לומר אם-כן, שכאשר תופסים אנו את הבעלות והזכויות בחפצי הזולת מבחינת **התוכן המהותי-העצמי** - להבדיל מבחינת **גדריו** של התוכן והיחס התולדתי בין שני מיני הזכויות - נמצאים שני המינים דומים לחלוטין בטיבם; ואכן, על הדמיון העקרוני הזה עומד על-פי דרכו גם הפרופ' גינוסר בעצמו בפרוטרוט²³⁴, [[77]] אלא שהנימוק המכריע בידו לסתירת הדמיון הוא **בעובדת המיון הרכושי**. משעלינו במשפט העברי על דרך האפשרות לתפיסה רכושית אחרת, נופל ממילא הנימוק המכריע הזה - ולאחר מכן שוב אין קושי לדחות גם את הנימוקים האחרים שפרופ' גינוסר מעלה, ואשר אף באחד מהם לא נוכל למצוא עניין מיוחד לדידנו²³⁵.

הסיכום נשאר אפוא שהזכויות בחפצי הזולת ראויות אמנם להיתפס בקבוצה אחת עם הבעלות, כפי שהעלינו במשפט העברי וכפי שהמצב הוא (לפחות מן הבחינה המהותית, בהבדל מן הבחינה הרכושית) גם בתפיסה המסורתית באירופה; וכשם שאין לערבב את מהות החפצים עם התביעות, כן אין לערבב את מהותן של הזכויות בחפצי הזולת. [[78]]

²³³ טו) ר' לעיל, הערה ט"ו לפרק ג' בחלק א'.

²³⁴ **טז) גינוסר**, עמ' 114-115.

²³⁵ יז) שם, עמ' 87 ואילך. כדאי רק לציין שהנימוק המכריע שלנו - היינו שהזכויות בחפצי הזולת נגזרות מן הבעלות - אינו מפריע לפרופ' גינוסר, באשר השיטות האירופיות נוטות להתעלם מעובדת היותן של הזכויות בחפצי הזולת מושרשות בזכות הבעלות בעצמה (אם כי העובדה אמנם ידועה בהן כפי שראינו): לדידם, כאמור, אין הזכויות בחפצי הזולת (בזיהוין עם "הזכויות הריאליות") מתיחדות על-פי שום עקרון מהותי, אלא הן עניין של **קטלוג** שרירותי, אשר יש כי זכויות "אוטונומיות" לגבי החפץ מוצאות מתוכו, ואילו תביעות אישיות בעלמא עשויות לפעמים להיכלל בו גם כן. דוק ביחוד בעמ' 118.

פרק ה': הקניין והתביעות בדיני ישראל - קניין במוחזק וקניין בראוי

א. שיטת ד"ר ליאופולד אורבך

המסקנה שהגענו אליה בפרק הקודם צריכה עתה השלמה, במה שנוגע ליחס בין הבעלות והזכויות בחפצי הזולת, מצד אחד, שהוכחנו את צדקת צירופם במושג האחד של קניין, לבין התביעות מצד שני, שנשאר עדיין מחוץ לתמונה; אך קביעת גדריו של היחס הזה היא באמת משימה הרבה יותר קשה ממה שניטל עלינו לעשות בקביעת היחס בין הבעלות והזכויות בחפצי הזולת לבדן. כאן לכאורה מביאים אותנו המקורות לסתירה יסודית, כי מצד אחד מוצאים אנו גם ביחס לתביעות הלכה מפורשת, הדומה מאוד להלכה שהבאנו לעיל ביחס לזכויות בחפצי הזולת: "הדברים שאין בהם ממש אין הקניין מועיל בהן. כיצד? הרי שכתב בשטר: וקנינו מפלוני שילך בסחורה עם פלוני, או שיחלקו השדה שביניהם, או שישתתפו שניהם באמנות, וכיוצא בדברים אלו כולן - הרי זה קניין דברים ואינו מועיל כלום, שהרי לא הקנה לחברו דבר מסוים וידוע..."²³⁶; אך מצד שני, הלכה זו כל-כך מפורזת היא, שיכול היה להימצא חוקר (כפי שכבר הזכרנו לעיל) אשר ייחס למשפט העברי ממש אותה תפיסה בעניין התביעות אשר הבאנו מקודם בשם פרופ' גינוסר. ואלה דברי החוקר הזה, **ד"ר ליאופולד אורבך**: "התביעה כשלעצמה והחיוב כשלעצמו נבדלים בדיני ישראל במהותם המשפטית מן החפצים החומריים רק במידה שאי-חומריותם מונעת בהם מעשים מסוימים המצריכים דווקא משהו מוחש, כגון המסירה, בבחינת אופן הרכישה של דברים; בכל המקרים האחרים נידונים התביעה והחיוב כשלעצמם בשווה עם החפצים החומריים. את התביעה והחיוב רואים בדיני ישראל כנכסים בפני עצמם: התובע הוא בעל תביעתו, החייב הוא הבעל המאולץ של חיובו... דברים אלה אינם נקבעים אמנם בשום מקום בפירוש, אבל תחולתם בכל שטח דיני החיובים מוכחת מעבר לכל ספק על-ידי אינדוקציה שלמה ביותר"²³⁷.

היסוד לאינדוקציה כזאת ניתן לנו קודם-כל בכך שעל אף ההלכה המנוסחה, באמת מוצאים אנו את מושג ההקנאה גם ביחס לתביעות. כבר הזכרנו, למשל, את ההלכה בגיטין, דף י"ג עמ' ב'²³⁸: "אמר רב הונא אמר רב: מנה לי בידך, תנהו לפלוני במעמד שלשתן - קנה"; אך אם את המאמר הזה אפשר עוד לתרץ על דרך של רהט הלשון בעלמא, כפי שתירצנו את הסתירות בקשר לזכויות בחפצים²³⁹, הרי נדמה שתירוץ כזה לא יספיק לגבי מקורות כגון אלה: "ומתנה שומר שכר להיות בשואל. במאי? בדברים? אמר שמואל **בשקנו מיזו**. ור' יוחנן אמר **אפילו תימא** [[79]] **בשלא קנו מיזו**, בההיא הנאה דקא נפיק ליה קלא דאיניש מהימנא הוא גמיר ומשעבד נפשיה"²⁴⁰ - ומשמע שגם ר' יוחנן אינו דוחה כאן את עצם האפשרות כי ההקנאה תוכל להועיל, ואמנם כך גם נמצא בפירוש מקום אחר: "השוכר את הפועל לשמור את הפרה, לשמור את התינוק, לשמור את הזרעים, אין נותנין לו שכר שבת, לפיכך אין אחריות שבת עליו. היה שכיר שבת, שכיר חדש, שכיר שנה, שכיר שבוע - נותנין לו שכר שבת, לפיכך אחריות שבת עליו. מאי, לאו לשלם? - לא, להפסיד

²³⁶ א) פ"ה מהלי מכירה הלי י"ד.

²³⁷ ב) **אורבך**, עמ' 164-165.

²³⁸ ג) הערה ל"ט לפרק ב' בחלק א'.

²³⁹ ד) הערה ד' לפרק הקודם.

²⁴⁰ ה) בבא מציעא צ"ד א'.

שכרו. - אי הכי, רישא, דקתני אין אחריות שבת עליו, הכי נמי דלהפסיד שכרו! ומי אית ליה שכר שבת? והא קתני אין נותנין לו שכר שבת!... - אמר רב ששת: בשקנו מידו, **וכן א"ר יוחנן: בשקנו מידו**,²⁴¹.

יתר-על-כן, אף הרמב"ם עצמו מזכיר את ההקנאה בתביעות במקומות מרובים. ר' למשל: "העבדים והשטרות והקרקות וההקדשות - שומר חנם שלהם אינו נשבע, ונושא שכר או שוכר אינו משלם, ואם קנו מידו חייב באחריותו"²⁴², או "הנושא אשה ופסקה עמו שיהיה זן את בתה כך וכך שנים - חייב לזון אותם שנים שקיבל על עצמו, והוא שיתנו על דבר זה בשעת הקדושין, אבל שלא בשעת הקדושין - עד שיקנו מידו או עד שיכתוב בשטר וכיו"ב"²⁴³.

ב. המשמעות האמיתית של מעשה-הקניין בחיובים

אולם, באמת נראה שד"ר אורבך לא היה מוצדק באינדוקציה שאליה הגיע - מן הסיבה הפשוטה שהסתירה מתישבת באופן מוגדר לחלוטין במקורות ההלכה בעצמם, ומתישבת היא על יסוד התפיסה העקרונית שהבאנו בשם הרמב"ם.

במקורות אין חולק על כך שהתביעה כשלעצמה, בבחינת מהות בלתי-חפצית, אין מושג הקניין שייך בה, ואילו תחולת הקניין **בקשר** לתביעות מתישבת בשלשה אופנים המשלימים זה את זה. [[80]] ראשית, לפי הדוגמאות שראינו, עיקר הקושי בכך הוא ש"קניין מיד המתחייב" עשוי להעמיד **תביעה**, בעוד ש"קניין מיד המתחייב" משמע מעשה של **קניין-סודר**, והיינו צורה מובהקת של הקנאת חפצים חומריים²⁴⁴. אולם, בקשר לכך מתברר כי מעשה מיוחד של קניין איננו כלל דרישה יסודית בתביעות, בהבדל מן המצב בחפצים²⁴⁵. די שראובן יקבל הלוואה משמעון כדי שיהא חייב להחזירה; די ששמעון יסמוך על הבטחת ראובן ויפעל על-פיה, כדי שיהא ראובן חייב לקיימה²⁴⁶; ודי שראובן יקנה חפץ משמעון על מנת לשלם, כדי שאמנם יהא חייב במחירו²⁴⁷. ועל-פי דוגמה אחרונה זו ניתן לומר, שאף אם מתחייב ראובן רק על-ידי כך ש"קונים מידו" - היינו על ידי כך שמושך הוא סודר או כלי אחר מיד שמעון²⁴⁸ - אין משמע שהקניין מוסב באמת על ההתחייבות, או על התביעה שכנגדה, אלא מוסב הוא על **הסודר שראובן קונה משמעון, כביכול על**

²⁴¹ ו) שם, נ"ח א'. הסוגיה דנה באחריות שמירה כלפי הקדש, שעל-פי דין אין היא מכסה נזק הבא מעלמא. ניסו אפוא להקשות כאן על דין זה, מן העובדה ששומר המקבל שכר שבת נושא באחריות ליום השבת. השיבו למקשה, כי הכוונה אינה כאן לאחריות-תשלום, אלא להפסד השכר בלבד; אבל תשובה זו נדחית, מפני שאם כן פשיטא שהשומר שאינו מקבל שכר שבת - אין לאחריותו במה להתבטא כלל, ולא היה מקום אפוא להזכיר את פטורו. התרוץ הנכון הוא אם-כן, שאמנם האחריות האמורה כאן היא אחריות-תשלום, אבל אין היא חלה מן הדין, כי אם על-פי התחייבות מיוחדת.

²⁴² ז) פ"ב מהלי שכירות הלי א'.

²⁴³ ח) פכ"ג מהלי אישות הלי י"ז.

²⁴⁴ ט) ר' **גולאק**, א', עמ' 125-122.

²⁴⁵ ו) השווה פ"א מהלי מכירה הלי א' ופ"א שם, הלי ט"ו. יש אמנם מקרים יוצאים מן הכלל שבהם מעשה הקניין אינו נדרש גם לגבי חפצים, כגון בבבא מציעא ט"ז א', על-פי דברי רבא, או בבבא בתרא ק"ו ב', על-פי דברי רב אשי. אך אלה הם באופן מובהק מקרים יוצאים מן הכלל, וחילופי של דבר מוצאים אנו בהעמדת חיובים.

²⁴⁶ יא) בבא בתרא קע"ו ב' - ור' דעת ר' יוחנן שהבאנו לעיל מבבא מציעא צ"ד א'.

²⁴⁷ יב) שו"ע חו"מ סי' ק"צ סעי' י'.

²⁴⁸ יג) שם, סי' קצ"ה סעי' א'.

מנת לשלם את מחירו²⁴⁹, ובאמת אין החיוב חל משום ש"קנו מיד ראובן", אלא משום שראובן קנה חפץ של ממש **מיד שמעון** וקיבל עליו חיוב בתמורתו²⁵⁰. באופן כזה, התירוץ הוא אפוא שתחולת מושג הקניין בקשר להתחייבות באמת איננה עניין של תפיסה מהותית לגבי התביעות, אלא - שוב - הריהי רק עניין של רהט הלשון, ולו גם מתוך התפתחות מסובכת: מבחינה מהותית אמנם חל הקניין רק על הסודר, ולא על ההתחייבות, אבל מתוך שהכוונה המעשית איננה להקנות סודר, כי אם לזכות בהתחייבות - ועל הקניית הסודר אין האנשים נותנים בכלל את הדעת - הפכה הלשון את היוצרות, ודימתה את ההתחייבות עצמה כנשוא הפעולה הצורנית של הקניין, המבוצעת סוף סוף רק לשמה.

אולם, גם אם אין ספק כמעט שכך היתה ההתפתחות ההיסטורית, הרי העובדה נשארת שהלשון הסבה על-כל-פנים את מושג הקניין מגוף הסודר אל העמדת החיוב, וזאת בהתאמה גמורה למשמעות האמיתית של העסק - ועל יסוד זה הועלה ההסבר השני. הסבר זה מופיע בקשר לקניין-סודר הנדרש לפעמים גם כדי לקיים **מחילה של תביעה**, ובא הוא על ביטוי בתוספות על סנדהרין, דף ו' עמ' א' ד"ה צריכה [[81]] קניין, ובנימוקי יוסף על סנהדרין, פרק זה בורר, סי' תתקפ"ט (דף כ"ד עמ' ב'), ד"ה אין לאחר קניין כלום. מן ההסבר הזה משתמע כי מעשה-הקניין בקשר להעמדת תביעות ומחילתן - אף אם מוסב הוא עליהן - מכל-מקום אין לו משמעות קניינית של ממש, אלא בא הוא רק בבחינת **חיקוי של הקנאה**, כדי להפגין את גמירת-הדעת של הצדדים במקום של ספק: ביסודו של דבר מתקשרת המחילה בלי שום הקנאה צורנית, בדברים בעלמא, ואף העמדת התביעה די לה בדברים הנאמרים בפני עדים, או המועלים על הכתב²⁵¹, או המבוססים בהנאה גלויה שכנגד, כפי שראינו לעיל - אך אם בכל-זאת נשארת סיבה כדי לפקפק בדברים, עשוי קניין-הסודר "לאלמם" או "לחזקם"²⁵², כעניין צורני בעלמא, שאין לו משמעות עיונית.

והנה, גם תירוץ זה ודאי משקף התפתחות היסטורית ברורה²⁵³, אך כשלעצמו נתקל הוא במכשול הלכתי: אותה הלכה שהבאנו בתחילה, בדבר אי-תחולתו של מושג הקניין בתביעות, הריהי נלמדת מסוגיה שבה הוצעה אפשרות על חיזוק דברי התחייבות "בקניין", והאפשרות נדחתה כבלתי-מועילה בשום-פנים²⁵⁴. ולפי זה, שוב, מסתבכת הפקעת ביותר; שהרי לכאורה נסתר מכאן גם התירוץ **הראשון**, ואם-כן משמע שאין ההתחייבות נולדת לא רק כנגד הקנאה **מדומה** של סודר, אלא גם לא כנגד הקנאת חפץ אמיתית וכנה - תוצאה שבוודאי אין להעלותה על הדעת.

לכן נזקקים אנו גם לתירוץ השלישי, המתגבש מתוך התוספות על בבא בתרא דף ג' עמ' א', ד"ה כי רצו מאי הוי וד"ה קניין דברים בעלמא הוא; מדברי הרא"ש בפסקיו, שם, סי' ג'; מן התוספות על כתובות, דף נ"ד עמ' ב' ד"ה אף-על-פי; ומנימוקי יוסף על בבא מציעא, פרק הזהב, דף נ"ה עמ' א'

²⁴⁹ (יד) השווה נדרים מ"ח ב'.

²⁵⁰ טו) דוק בדברי הרשב"א המובאים בשיטה מקובצת על בבא מציעא צ"ד א', ד"ה הקשה הראב"ד; ורי **גולאק**, ב', עמ' 47.

²⁵¹ טז) פי"א מהלי מכירה הלי ט"ו.

²⁵² יז) ר' גם-כן תוספות על בבא מציעא נ"ח א', ד"ה א"ר יוחנן, ונ"י שם, ד"ה ואם קנו מידו; והשווה פכ"ג מהלי אישות הלי י"ז וטור חו"מ סי' קנ"ה סעי' ס"א.

²⁵³ יח) השווה פי"ה מהלי מכירה הלי י"א-י"ג.

²⁵⁴ יט) בבא בתרא ג' א'.

ד"ה ואם קנו מידו. ומשמעותו השלמה של התירוץ הזה כך היא: מושג הקניין איננו שייך אמנם ב"דברים בעלמא", והיינו **בהבטחות** כלשהן, כדי להפכן לחיובים עם זכות תביעה משפטית כנגדם - ולא רק במובן זה שהבטחה כשלעצמה אינה יכולה "להיקנות", אלא גם במובן שאי-אפשר כלל "לאלם" אותה לדרגה משפטית, לא על-ידי קניין-הסודר הסמלי ולא על-ידי הקנאה אמיתית תמורתה. אולם, דבר זה איננו תקלה משפטית, אלא נובע הוא מטבע המשפט בעצמו. כי החובה לקיים הבטחות באשר הן איננה כלל עניין לדיני הממונות, אשר מושג הקניין שייך [[82]] לתחומם, אלא היא עניין **לדיני האיסור** - וכאן אמנם אפשר "לאלם" הבטחות כלשהן בשבועות ונדריים, שיש להם גם חיזוק משפטי מתאים בדרך עונשין²⁵⁵. לעומת זאת, **בדיני הממונות** יש לנו עניין רק באותן הבטחות אשר **המבטיח ערב לקיומן בנכסיו**²⁵⁶ - וכשם שאפשר להקנות את הנכסים לזכויות בחפצי הזולת, בגדרים שונים, כן אפשר להקנותם גם בהקף המיוחד של **הזכות למכרם ולגבות מהם את ערך נשוא ההבטחה במקרה שתופר**. הנחת היסוד להסבר היא כי בסוגיה הנ"ל בבבא בתרא מדובר היה בהבטחה שמטבעה לא הייתה שייכת בה ערבות הנכסים; וכפועל-יוצא משמע כי במקום שמוצעת ערבות הנכסים, הרי תוך שתופס הקניין בנכסים ממילא "מאלם" הוא גם את ההבטחה הנערבת²⁵⁷.

אך לא רק זאת. הבטחה הנלווית בהצעה של ערבות נכסים - אין כלל צורך כי ביסוסה המשפטי יתחיל דווקא במעשה המותאם לקניין הנכסים. כפי שראינו, עשויים להועיל בתביעה אפילו דברים בלתי-צורניים, שאינם מועילים בדרך-כלל להקנאת חפצים. יוצא אפוא כי במקום שישנו הצורך של הבטחה והצעת ערבות, עשויה החובה השלמה להתקשר גם מן הכיוון ההפוך, היינו שהעמדת התביעה היא שתעמיד גם את ערבות הנכסים - וכך נסגר המעגל של שלשת ההסברים שראינו: העיקר הוא שהיחס האישי בעלמא של תביעה וחיוב אינו יכול להיות נשוא של קניין, אלא רק חפצים חומריים עשויים להיות נשוא למושג הלזה; אך במקרה שיש צירוף של יחס אישי וקניין חפצים, ונמצא בסיס מתאים לתביעה בדיני ממונות, עשוי קניין-הסודר להועיל הן במובן זה שמקנה הוא לתובע את נכסי הערבות, הן במובן ש"מאלם" הוא את דברי ההבטחה, והן במובן השלישי שבתמורה להקנאת הסודר מתקשרת תביעה משפטית (המבוססת בערבות קניינית). מאיזה צד אנו מתחילים את המניין אין נפקא מינה²⁵⁸. [[83]]

ג. התביעה עצמה כסוג של קניין

אולם, במעגל דברים זה, כשלעצמו, כמובן אין העניין יכול להסתיים. כי מצד אחד, אמנם מיתרץ בו הקשר בין זכות התביעה למושג הקניין; אך מצד שני מתברר כי מושג התביעה הממונית בדיני

²⁵⁵ (כ) שו"ע יו"ד, הלכות נדרים ושבעות (סי' ר"ג-רל"ט) - ור"י ביחוד סי' רל"ט סעי' א' וב', לעניין ההבחנה בין הבטחה בדיני האיסור והבטחה בדיני ממונות. השווה **הרב הרצוג**, ב' עמ' 9.

²⁵⁶ (כא) כפי שעוד ננתח את המושג ביתר דיוק להלן, אך יוקדם על-כל-פנים שמציין הוא רק חפצים חומריים.

²⁵⁷ (כב) השווה **הרב הרצוג**, ב' עמ' 9: "קניין משעבד הן את האיש הן את נכסיו בעת ובעונה אחת, בתנאי שהעניין הוא כזה אשר ייתכן בו קניין במובן המקורי".

²⁵⁸ (כג) מעגל דומה מתקבל גם במקרה של העמדת תביעה בלי "קניין", אלא "בההיא הנאה" בלבד: כאן מתקשרת - מצד אחד - התביעה האישית, ממילא "מתאלמת" הקנאת הנכסים הערבים, וההנאה שהפיק המתחייב מולידה את התביעה האישית והזכות בנכסים כאחת. אשר **למחילה** שהזכרנו, הרי גם בה חלים אותם הדברים - רק בכיוון ההפוך. שהמחילה כשלעצמה היא בלתי-קניינית משתמע בבירור בקידושין ט"ז א', אך גם כאן שייכת הקנאה כדי **לסלק** את ערבות הנכסים, והיינו להקנות את הנכסים בגדר הערבות חזרה לחייב. השווה ראב"ן על שבועות ל"ט א'.

ישראל אינו מתמצה כלל ביחס האישי בין הנושה והחייב, אשר את קשרו למושג הקניין ביקשנו לחרף. החידוש איננו בעצם הזימון של היחס האישי הזה עם ערבות הנכסים הקניינית: מבחינה עניינית, לכאורה מובן הזימון מאליו, ולמעשה אפשר לגלותו גם בכל השיטות המשפטיות הידועות. אולם, העובדה היא כי בשיטות האחרות הזימון הוא מעשי בלבד, ואילו מבחינה מושגית נשארים הדברים מופרדים לחלוטין: התביעה, מבחינה מושגית, היא רק היחס האישי עצמו, ואילו ערבות הנכסים מופיעה כמשהו נוסף וחיצוני, בשלב ההוצאה-לפועל²⁵⁹. לעומת זאת, בתפיסה העברית רואים אנו כי שני היסודות מצטרפים בהכרח כבר עם העמדת התביעה, מלכתחילה, - ולא זו בלבד שמצטרפים הם, אלא מעמידים הם זה את זה ונמשכים הם זה מזה, עד שלמעשה מתגבש צירופם לכלל מושג מאוחד. הדבר מתברר ביחוד מתוך כך, שגם אם מבחינה אנליטית יכולים אנו להבחין בין העמדת התביעה או העברתה והקנאת הנכסים, הרי העובדה נשארת שלמעשה אין השתיים נוצרות על-ידי שתי פעולות, שאופיין המשפטי הוא שונה, אלא נוצרות או נעות הן תמיד על-ידי פעולה אחת, המעמידה או מעבירה תביעה תוך כדי הקנאת נכסים - ולהפך²⁶⁰. בפעולה זו, לאור מה שראינו, שוב אין אנו יכולים לדמות את התביעה למין הפך, המשמש כביכול נשוא של קניין; אבל במקום זה, על-כל-פנים, נמתח מושג התביעה עד כדי כך, שמיחס אישי גרידא בין נושה וחייב מגיע הוא עצמו להיות מושג של קניין בחפצים חומריים²⁶¹.

ד. "שעבוד-הגוף" ו"שעבוד-הנכסים"

כדי שנוכל עתה להתקדם בענייננו, צריכים אנו להבין היטב את מושג התביעה הזה במובן של קניין, ונדגיש קודם-כל שגם במושג המאוחד אין החיוב האישי הולך לאיבוד. על אף ערבות הנכסים, וחוסר חיזוק המקודש בשבועה, נראה שגם מילוי ההבטחה הממונית איננו יוצא מגדר מצווה²⁶², ומבחינה עקרונית אפשר [[84]] לכפות גם את המתחייב הממוני כי ימלא את חיובו - כמות שהוא - בעצמו²⁶³. זהו כמובן הדבר שהשתקף ב"יחס האישי" אשר ראינו בפיתוח העיוני שהביאנו עד כאן, ומקבל הוא גם הכרה מושגית מפורשת, על-ידי ההבחנה המועלית במקורות - בגדר מושג התביעה - בין שעבוד-הגוף, לציון היחס האישי בין הנושה לחייב, ובין שעבוד-הנכסים, לציון הערבות הקניינית²⁶⁴. יתר-על-כן, מושג התביעה - על-פי טבעו הלשוני - מלכתחילה מזדהה אף הוא בעצם רק עם צד שעבוד-הגוף לבדו; וכך אפילו מסתבכים אנו בדו-משמעות: כי מאחר ששעבוד-הגוף מוסיף לקיים את זהותו המהותית המיוחדת, נמצא שגם מושג התביעה עצמו

²⁵⁹ כד השווה אנקצרוס-ניפרדי, א', עמ' 301, והערה 5 בעמ' 279.

²⁶⁰ (כה) דוק בהגהת הרמ"א על חו"מ סי' קכ"ג סעי' ב', ודברי השי"ך, שם, סי"ק י"ג.

²⁶¹ (כו) השווה גולאק, ב', עמ' 47-48, והרב הרצוג, ב', עמ' 3 ו-8. ביקורת הרב הרצוג על גולאק בנקודה זו אינה מוצדקת לע"ד, שהרי גם גולאק אינו מתעלם מן היסוד החובי-האישי שבקשר הנידון (והשווה אצלו, עמ' 6-8 שם). תפיסת היחס האישי וערבות הנכסים כמושג מאוחד באופן מודע לחלוטין במקורות תתברר עוד בהמשך הדברים בניתוח מושג הנכסים (להלן, פרק ו' הערה י"א).

²⁶² (ז) מנחת חינוך, סי' רכ"ח; ור' דברי רב פפא בערכין כ"ב א': אף-על-פי שאין הלכה כמותו, אין סתירה לדבריו שפריעת בעל-חוב היא מצווה.

²⁶³ (ח) ר' למשל, קצות החושן סי' רמ"ה ס"ק א', השווה המשא-ומתן על דברי רב פפא בכתובות פ"ו ובבא בתרא קע"ד.

²⁶⁴ (ט) תוספות על כתובות נ"ד ב' ד"ה ד"ה אף-על-פי. את המושג "שעבוד-הגוף" אין להבין במשמעות שעבוד הגוף החומרי של החייב, אלא במובן של שעבוד עצמו, היינו שעבוד אישיותו, בהבדל משעבוד נכסיו. הדבר מתברר מן הביטוי הארמי אשר אין ספק כי הביטוי העברי נועד לתרגמו: ר' למשל, בבא מציעא צ"ד א', "גמיר ומשעבד נפשיה", ועיין אצל פרופ' זילברג, עמ' 74 בהערה.

עדיין יכול לשמש לא רק במובן המורחב של **שעבוד-הגוף ושעבוד-הנכסים במאוחד**, אלא אף במובן המקורי המצומצם של **שעבוד-הגוף לבדו**.²⁶⁵

ה. קניין במוחזק וקניין בראוי

ומצד שני, לא זו בלבד שמושג התביעה אינו מאבד לחלוטין את זהותו עם צד שעבוד-הגוף לבדו, אלא גם הקניין הנבלע בתביעה איננו קניין שלם במלוא מובן המילה. הדבר מתבטא בכך שנכסי החייב, הערבים לתביעה, אינם נעשים "**נכסים מוחזקים**" לנושה, אלא הם רק "**נכסים ראויים**" לו, "שלא באו לרשותו"²⁶⁶ - ופירוש הדברים הוא שכל זמן אשר לא ירד הנושה לנכסים על-פי בית-הדין, בעקב אי-מילוי החיוב בעתו²⁶⁷, אין לנושה שום זכות מגובשת בנכסים הללו, שאינה ניתנת לסיכול על-ידי החייב עצמו או זכאים אחרים; כל אותו הזמן יכול ורשאי החייב לפעול בנכסיו כאילו לא היה בהם שום שעבוד כלל²⁶⁸, אף הזהות וההיקף של הנכסים עשויים להשתנות על-ידי הפחתה, חילופין או [[85]] הוספות²⁶⁹, - ורק משעת ההורדה מתגבשת זהות החפצים אשר שעבוד התובע חל בהם למעשה, וזכותו לגבות את הערבות מקבלת משמעות של ממש בבחינת קניין בחפצים ידועים. במלים אחרות משמע אפוא שלמעשה אין כאן לנושה שום **קניין הווה** בנכסים - לא במובן של בעלות ולא במובן של רשות כלשהי המתפצלת מן הבעלות, - וכך לא רק במובן של קניין מוגמר, הנתון ועומד מלכתחילה ובמישרין למימוש, אלא גם לא במובן של קניין התלוי מלכתחילה בתנאי. כאן יש רק **שעבוד-בכוח**, או **אפשרות של שעבוד**, על תנאי **מלשעתיד**²⁷⁰; אך מכל-מקום, גם אם כך הוא, העובדה נשארת שכבר **מעכשיו** נתונה כאן לנושה **זכות מסויימת ומוחלטת**²⁷¹ **שקניין-השעבוד יולד אמנם לכשיתקיים התנאי ויימצאו נכסים מתאימים** - וזכות כזאת **לזכייה בקניין**, אף היא עצמה נידונה כקניין²⁷². בין שני מיני הקניין הללו יש כמובן הבדל מעשי מרובה, כפי שנחזור ונבהיר להלן - ובגינה של הבדל זה מבחינים גם מבחינה מושגית בין

²⁶⁵ (ל) ר' הגהת הרמ"א בחו"מ סי' קכ"ג סעי' ב'.

²⁶⁶ (לא) שו"ע חו"מ סי' רע"ח סעי' ג' וז'.

²⁶⁷ (לב) שם, סי' צ"ח ואילך.

²⁶⁸ (ג) אמנם, על-פי שו"ע חו"מ סי' צ"ג סעי' ד' אסור לחייב לבזבז את נכסיו או לאבדם שלא לצורך; אך דווקא הסייג הזה הוא האישור המובהק ביותר לדברינו, כי משתמע ממנו שכל אימת שאין החייב פועל דרך רשעות בעלמא, באמת אין לו להתחשב באיזו רשות הנתונה לנושה בנכסים במוחלט: ההגנה ניתנת אפוא לשעבוד הנכסים רק "מן הצד", בבחינת סייג מיוחד **לתקנת השעבוד**, שאינו נובע ממושג השעבוד עצמו באופן מהותי - והשווה הערה י"ד לחלק א' פרק ב'.

²⁶⁹ (לד) דוק בתוספות על כתובות נ"ד ב', ד"ה אף-על-פי.

²⁷⁰ (לה) לא נוכל כאן להפליג לתיאור תורת התנאים העברית לפרטיה, והקורא עשוי אולי להתקשות בהבנת ההבחנה הדקה שהעלינו פה בתמצית. כדי לבוא איך שהוא לקראתו נחזור ונדגיש שההבחנה היא בין קניין הנתון אמנם מלכתחילה אבל על תנאי שתחולתו תתאשר בדיעבד למפרע, לבין קניין שכל אפשרותו היא רק מלשעתיד.

²⁷¹ (לו) מוחלטת, במובן שנתונה היא מעכשיו ואינה רק תלויה באפשרות מלשעתיד - אבל אין משמע שבגדר המובן הזה אין הזכות יכולה להיות מותנית, מצידה. התביעה ושעבוד-הנכסים הערב לה יכולים להיות מותנים כדרך ההתנאה על קניין **בהווה**, אף-על-פי ששעבוד הנכסים אינו אמור להתגבש אלא **מלשעתיד**.

²⁷² (לז) אף-על-פי שאין אנו עוסקים כאן, כאמור, בתורת התנאים העברית, יש על-כל-פנים לציין שאת הזכות הנידונה אין לערבב עם מעשה משפטי המשמש בסיס לתוצאה, שאם יתקדמו הדברים למישרין תיוולד מכוחו זכות של קניין בעתיד, באופן אוטומטי - כגון מעשה-ההקנאה "על תנאי בני גד ובני ראובן". מעשה כזה, כשלעצמו, אינו כרוך בזמן-הביניים בשום יחסים של זכות וחובה בין הצדדים; אין לו שום חיזוק משפטי מלבד עצם התוקף המוכר לו למקרה שלא יופר - ובזמן הביניים יכול ורשאי כל אחד מן הצדדים לחזור בו או לגרום באופן אחר להפרת המעשה. לעומת זאת, בעניין שבו אנו דנים בפתשגן, יש **זכות**, שמבחינה משפטית אין היא ניתנת לסיכול. רק זכות כזאת היא לא רק **מעשה של קניין**, אלא גם **זכות של קניין**, המעמידה את הנכסים שאליהם היא מתייחסת כקנויים בראוי לזכאי.

הקניין-סתם, שהוא קניין (מוגמר או מותנה) בהווה, או קניין-במוחזק²⁷³, לבין הקניין המתאפשר רק על-פי זכות לעתיד, שהוא קניין-בראוי²⁷⁴. אך על-כל-פנים דומה הקניין-בראוי [[86]] לקניין-במוחזק, על-ידי כך שגם תנועת הקניין-בראוי אינה נחשבת כפעולה בזכות המופשטת בעלמא, אלא כפעולת-הקנאה של "הנכסים הראויים", העשויים להיתפס בקניין העתיד²⁷⁵ - וקניין זה הוא הנבלע כפי שאמרנו במושג התביעה.

1. התביעה כקניין-בראוי

בהתאם לכך לא ייפלא מה שאמרנו, שגם במושג המאוחד - לא זו בלבד שהצד האישי שבתביעה, הוא שעבוד-הגוף, איננו הולך לאיבוד, אלא צד זה נשאר העיקר, ומושג התביעה נוטה לקיים את זהותו עם שעבוד-הגוף לבדו. שהרי בזמן הביניים, באמת רק שעבוד-הגוף הוא הממזה את כל הזכות האקטואלית שהתביעה מגלמת, ואילו צד הקניין איננו אפילו חבוי ורדום, אלא נתון הוא רק במצב עוברי. מכאן, שוב, התוצאה הטבעית היא שכל זמן שעומדת התביעה בעינה אין היא נכללת בדיני הקניין (אשר בסתם הריהם, כאמור, דיני הקניין-במוחזק), אלא משמשת היא נשוא למסכת דינים מיוחדת, - ומתקבלת אותה עובדה שהיתה לנו הזדמנות להזכיר²⁷⁶, שגם במשפט העברי מתחלקים כמעט כל דיני הממונות בין מושג הקניין, מצד אחד, ומושג התביעה מצד שני. יתר-על-כן, אף כששעבוד-הנכסים מגיע להיות קניין אקטואלי, הרי מסיבות העניין שונות הן כל-כך מן המסיבות הרגילות של מימוש קניין בחפצי הזולת, שגם בשלב זה אין הדברים מצטרפים למסכת דיני הקניין הכללית, אלא גם במשפט העברי נשארים הם כנושא מיוחד לעצמו: דיני גביית מלווה (או חיוב), המקבילים ל"הוצאה לפועל" במושגים של אירופה.

[[87]] אולם, כשמתעלים אנו מכאן לבעיית המהות של הזכות הנידונה על-ידינו, הרי אין השיטה העברית מתעלמת אף מן הקניין העוברי, הצמוד על-כל-פנים לתביעה מלכתחילה, ובהתאמה גמורה למציאות מצרפתו התפיסה העברית לשלמות המושג. צירוף שכזה - שוב יש לומר - ודאי

²⁷³ (לח) מקור הכינוי "קניין-במוחזק" הוא כמובן בעובדה, שנכס הקנוי בהווה לפלוני (ואפילו על תנאי) נמצא בדרך-כלל ממילא בהחזקתו, אם במישרין ואם בעקיפין, אך הדבר אינו מחויב: כגון שהנכס נגזל, או שהקניין הוא אפותיקי או שעבוד של תשמיש. מתוך המקרים האלה, אין קושי לגבי שעבוד של תשמיש, אבל בעיות מתעוררות בקשר לאפותיקי ונכסים שנגזלו. לעניין אפותיקי, הבעיה היא אם חיוב המובטח לא רק על-ידי שעבוד-נכסים כללי, אלא גם על-ידי קניין מוגמר בנכסים מסוימים, דינו אצל הנושה זכות במוחזק או זכות בראוי. הדין הוא, שאם ההבטחה הנוספת היא על-ידי משכון, המוחזק למעשה לנושה, הזכות היא במוחזק, - וכן גם בכל מקרה שאין לחייב זכות של פדיון לגבי הערובה הנוספת; אבל אם יש שם זכות-פדיון, נחשבת הזכות בכללה כזכות בראוי. לדעת הרשב"א, לפי זה, אפילו אפותיקי מפורש - אף-על-פי שאין בה ערובה מלבדה, הרי מאחר שיש בה זכות-פדיון, אין הבטחון שבאפותיקי נחשב בה כעיקר הזכות, אלא הזכות המובטחת, ויש לראות את הזכות בכללה כזכות בראוי (שו"ע חו"מ סי' רע"ח סעי' ז', ובית-יוסף על טור חו"מ סי' ס"ז ס"ק א'). אשר לנכסים גזולים, נראה לי נכון כנתה"מ בסי' רע"ח ס"ק י', ושלא כקצוה"ח בס"ק י"ד, שהגזלה כשלעצמה אינה מוציאה את הנכס מדין קניין-במוחזק - גם במקרה שהגזול אינו יכול להקנות את הנכס לאחרים אלא על ידי העברת התביעה שיש לו על הגזול; אבל על-כל-פנים, אם חל יאוש בגזלה - הרי אף-על-פי שקניינו של הגזול אינו נפקע מבחינה עקרונית (ר' נתה"מ על סי' רס"ב ס"ק ג'), אין הסיכוי הרופף שנותר לו נחשב עוד כקניין במוחזק, אלא כקניין בראוי. המקרקעין בארץ ישראל, שאין בהם יאוש לעולם, הקניין בהם הוא תמיד במוחזק (שו"ע חו"מ סי' שע"א סעי' א', משנה בבא בתרא פ"ח מ"ג וגמרא שם, דף קי"ט עמ' א').

²⁷⁴ (לט) המושג של קניין-בראוי מקביל מבחינה מהותית למושג ה-Auwarttschaft במשפט הגרמני: אנקצרוס-ניפרדי, א', עמ' 310; אך ר' עוד סייג לכך להלן, בפרק ז' סעי' ב'. מבחינה עניינית מקבילה ההבחנה בין קניין במוחזק לקניין בראוי להבחנת האנגלית בין choses in action ל-choses in possession: גודיב, עמ' 7-8 ו-195-197, ור' להלן, פרק ט' סעי' א'.

²⁷⁵ (מ) השווה כתובות פ"ג א'.

²⁷⁶ (מא) בחלק א', פרק ב' סעי' ב', והערה ד' שם.

צריך להיות מוזר למחשבה האמונה על מושגי המשפט באירופה, שהם בדרך-כלל חד-גרמיים; אבל ראינו כבר את דרך המחשבה העברית לבטא **מכלול** של יחסים במושג מאוחד - וזהו הדבר המתקבל גם כאן. נשאר לנו רק לנסות ולהגדיר את המושג המאוחד הלוה, ונראה שאפשר להגדירו הן על שם **היחס האישי**, או שעבוד-הגוף הגלום בו, הן על שם **שעבוד-הנכסים**. מצד היחס האישי יש לומר כי התביעה הממונית איננה סתם זכות של דרישה כלפי אישיות החייב, אלא היא **זכות של דרישה מחייב, המושכת עמה קניין ראוי בנכסים ערבים**, ואילו מצד שעבוד-הנכסים נגדיר כי התביעה הממונית היא **קניין ראוי, הכרוך בזכות כלפי אישיותו של חייב והמתבטא בערבות נכסים למילוי החיוב**. הזיהוי של שתי ההגדרות האלו יכול אולי במבט ראשון להיראות שרירותי, - שהרי הציר המרכזי בכל אחת מהן הוא שונה, ושני הצירים שומרים כל אחד על יסוד מהותו הנפרדת; אך ההבדל ייפרץ מאלינו אם ניתן את הדעת על מהותו היסודית של מושג **הקניין**. הקניין - אמרנו - הוא זיקה הנוצרת בין אדם לחפצים על ידי מכלול של יחסים משפטיים המתקיימים בין האדם והעולם בקשר לאותם חפצים; והרי **"זכות הדרישה" בצמידותה אל "הקניין הראוי (או הזכות) בנכסים הערבים"**, היא היא **מכלול היחסים המשפטיים המתקיימים בין הנושה והעולם והיוצרים את הזיקה הגלומה באותו "קניין ראוי" שאמרנו, אשר מעצם טיבו "כרוך הוא בזכות כלפי אישיות החייב והמתבטא בערבות נכסים למילוי החיוב"**. עם הבנת הדבר הזה מתברר שגם אם ההגדרות כשלעצמן אינן זהות **בדיוק**, מכל מקום הן **מיתרגמות זו בזו**, וממילא משמע כי **אמנם אפשר לתאר את התביעה הממונית כקניין, וכל תנועה שלה כהקנאת חפצים - ממש כשם שרואים אנו הקנאת חפצים כהעברת זכויות רגילות בחפצי הזולת - ואף-על-פי שאמנם בשום פנים לא נתעלם מן העובדה, שקניין-התביעה הוא קניין בתוספת גורם אישי מיוחד, ובהרכבו השלם אי אפשר למנותו פשוט עם הבעלות או הזכויות המתפצלות ממנה, ולו גם בראוי²⁷⁷. [[88]]**

²⁷⁷ (מב) להעמקה נוספת בהבנת התביעה כקניין בראוי, ר' להלן, פרק ח' סעי' ד'.

פרק ו': מושג הנכסים העברי

במסקנה שאליה הגענו מתגלה שוב הגמישות הלשונית המתאפשרת על-ידי מושג הקניין, ומתוך הגמישות הזאת נוכל עתה להבין את שלמות התפיסה העברית ביחס למושג הנכסים²⁷⁸. אמרנו כי לפחות לעניין הבעלות והזכויות בחפצי הזולת משמש מושג הנכסים העברי לציון החפצים הן בבחינת נשוא הזכויות הן בבחינת נשוא התנועה; עתה יכולים אנו להוסיף שהוא הדין גם לעניין התביעות.

ובאופן כזה ממילא מתאפשר הדבר, שלמרות מה שמושג הנכסים העברי מציין דווקא חפצים חומריים - בכל-זאת נמצאת בו הקבלה מלאה למושגי הנכסים והרכוש האירופיים, המציינים את מכלול הזכויות הממוניות במופשט²⁷⁹. הדברים משתווים על-ידי כך שבעוד אשר האירופיים רואים את נשוא התנועה הכלכלית והמשפטית בזכויות, הרי העברי תופס את הנשוא הזה בחפצים, אשר הזכויות הממוניות (לרבות התביעות) מוכרחות מעצם טיבן להתייחס אליהם, ולשונו המשפטית נבנית לפי זה. מלת המפתח לעניין זה היא קניין, הממזגת את מושג הזכות המופשטת עם מושג הנשוא שלה או ערבונה החפצי, ועל-ידי כך מאפשרת היא לבטא את העברת הזכויות בבחינת מעשה הקנאה החל על החפצים בעצמם; והחפצים, באשר נתונים הם לאפשרות של קניין והקנאה הריהם קרואים נכסים²⁸⁰. והנה, הגדרה זו מעצם טיבה מתקשרת היא להגדרה הניתנת ל"רכוש" האירופי, שהרי החפצים אשר יש [[89]] בהם אפשרות של קניין והקנאה - הם הם, מטבע הדברים, אותם חפצים אשר להם (או לזכויות המתייחסות אליהם) יש ערך ממון. זיהוי זה מוכר גם בלשון העברית עצמה, כי מושג הממון הורחב בה עד כדי היותו שם נרדף

²⁷⁸ א) לשם כך נניח לפי שעה שענייננו מתמצה בזכויות הקניין-במוחזק והתביעות בלבד. בפרק הבא נראה כיצד יתישבו הדברים עם מציאותן של מיני זכויות אחרות השייכות גם הם לנידון.

²⁷⁹ ב) בהקשר זה נחוץ להעיר כי בעברית מתמזגים "הנכסים" ו"הרכוש" למושג אחד. כפי שמציין הרב הרצוג (בכרך א', עמ' 65-66), אין מושג "הנכסים" מופיע במקורות אלא ברבים, ומשמש הוא כהקבלה התלמודית למושג "הרכוש" המקראי. אמנם, בדיעבד נראה כי התפתחות המושג "נכס", ביחיד, מתוך "הנכסים" בלשון רבים, הייתה התפתחות לגיטימית; ולפי זה מסתבר שגם בעברית לא נחטא אם נאמר כי "הרכוש" - שהוא זהה ל"נכסים" - הוא ממילא גם מורכב מנכסים. אולם, העובדה נשארת כי "נכסים" בעברית אינם רק צירוף הנכסים, כי אם גם מכלול הנכסים, והיינו "רכוש" - ובעיית ההבחנה ביניהם אינה מתעוררת. לעניין הבחנה כזאת, השווה וינדשייד, א', עמ' 99.

²⁸⁰ ג) השווה בבא בתרא קנ"א א', ותוספות שם, ד"ה איבעיא להו. בקשר לכך נחוץ להעיר על המעמד הדו-משמעי של זכויות אשר אפשרות ההעברה (או הקנאת הנשוא החפצי) אמנם אינה נמנעת בהן על-פי עצם תוכןן (בדרך שנמנעת היא בטובת-ההנאה, למשל, - ר' חלק א' פרק ב' בהערה ס"ג, לעיל), אלא שמכל-מקום אפשרות העברתן מותלית או מוגבלת. המדובר הוא באותן הזכויות שאמנם מתקבלות הן בהעברה מן הזולת בדרך קניין, אלא שהקונה אינו חופשי לחזור ולהעבירן מצדו, כגון הקניין בספר תורה, שאין להעבירו בתמורה אלא מתוך צרכים מיוחדים (בבא בתרא שם); או קניין השוכר, שרשות ההעברה נמנעת מאתו בחוזה השכירות; או קניין הפירות של הבעל בנכסי אשתו. מסתבר כי זכויות כאלו אמנם עושות את הנשוא שלהן לנכס (השווה תוספות על בבא בתרא שם, ואנציקלופדיה תלמודית, ערך "דבר הגורם לממון לאחר זמן"); אלא שתוצאה זו נמצאת על-פי רוב חסרה חשיבות מעשית, באשר מושג הנכס חשוב בעיקר לעניין אפשרות העברתה של הזכות בתוך מכלול של זכויות, ואילו כשמדברים אנו על הקנאת נכסיו של אדם דרך כלל - ממילא אין נכללים אותם חפצים [הערה 11]: מעניין להזכיר בהקשר זה את פסק-הדין שניתן בבית-המשפט העליון במדינת-ישראל, בע"א 292/60 (וקף עלה אל-דין אשכונתנה נגד רשות הפיתוח, פסקי-דין ט"ו, עמ' 1278). כאן נידונה הטענה שאדמת "וקף" אינה נכס באשר אין בה דין מכירה, והטענה נדחתה כמין "תורה חדשה" שתם, שלא נודע לה יסוד כלשהו. האמת היא כי העניין אינו פשוט כלל-כך כלל. השווה גם אנקצרוס-ניפרדי, א', עמ' 294, הערה 11]. מצד שני, הנכסים הראויים לאדם הריהם בכלל הנכסים אף כשהראיית היא אישית, ועל-פי טבעה נמנע בה הכוח להעברת הקניין בראוי, כגון במקרה של זכות ירושה (ר' שו"ע חו"מ סי' רע"ח סע' ג'): כאן מספיק ודאי לענייננו שהזכות תהא ניתנת להעברה לכשתתגבש במוחזק (שאז על-כל-פנים יכול הזכאי להקנות את הנכסים מראש בראוי, גם שלא בדרך העברת הראיית של עצמה: דוק בשו"ע חו"מ סי' ר"א סע' ב', ור' להלן, הערה מ"ט לפרק ח'). על זכות הירושה בקניין ראוי, ר' להלן, הערה י"ב לפרק ז'.

ל"נכסים", וניתן לומר כי "דיני הממונות" העבריים אינם אלא הדינים המתייחסים לנכסים²⁸¹. בהמשך מכאן יוצא כי מכלול נכסיו של אדם (המוחזקים והראויים) - היינו **מכלול החפצים הקנויים לו (או העומדים להיקנות לו) והעשויים להיקנות מאתו** - הם **החפצים אשר בקשר אליהם ובאמצעותם עשוי מכלול זכויותיו הממוניות של אדם להיפעל במכלול** - ובה נשלמת הקבלת "הנכסים" העבריים למושג "הרכוש" האירופי לחלוטין²⁸². מצד שני ממילא משמע כי המושג מאפשר גם להביע במאחד את נשוא התנועה לעניין [[90]] העברתן של הזכויות הממוניות מכל הסוגים השונים: בעלות, זכויות בחפצי הזולת ותביעות²⁸³ - ובה נשלמת הקבלתו גם למושג "הנכסים" (biens) לפי המודגש ביחוד במשפט הצרפתי. השימוש המובהק ביותר במושג הנכסים בשני התיפקודים נעשה בדיני ישראל לעניין ירושה²⁸⁴, לעניין אפוטרופוסות²⁸⁵, לעניין ההסדר הממוני בין בעל ואשתו²⁸⁶ ולעניין הקרן הממונית, הערבה כפי שאמרנו למילוי החיוב האישי^{287, 288}.

[[91]] עם זאת מתבלט הדבר כי הרשימה אינה כוללת את עניין העברתן של זכויות על-פי חוזה, וביחוד על-פי חוזה של מכר. העובדה היא כי מקורותינו דנים בחוזי ההעברה של הזכויות בחפצים לחוד וזכויות התביעה לחוד, בלי להיזקק כלל למושג מאוחד לשם ציון הנשוא של מיני החוזים

²⁸¹ ד) השווה **הרב הרצוג**, א', עמ' 67. מכאן עשוי להישמע כי "דיני הממונות" אף אינם בעצם אלא "דיני הקניין" - ובמובן מסוים אמנם נכון הדבר, היינו באותו המובן שגם התביעות הן קניין; ועוד נחזור לעניין זה בפרק האחרון, שם נעמוד גם ביתר פירוט על עצם הבעיה של ייחוס ערך ממון לחפצים או לזכויות המתייחסות אליהם.

²⁸² ה) מבחינת התפיסה של **הפסיב** אמנם מקביל מושג "הנכסים" העברי ביחוד לשיטת הבג"ב הגרמני (לעיל, פרק א', הערה כ"ג), כי גם אצלנו, כפי שראינו, מופיע הפסיב באופן מובהק ביותר כ**שעבוד הנכסים** ולא כגורם מהותי פנימי במושג הרכוש בעצמו.

²⁸³ ו) על התאמת העניין **לפיצול התביעות** - או מה שנקרא לפעמים כ"שעבוד" התביעות - נעמוד בפרק מיוחד להלן.

²⁸⁴ ז) שו"ע חו"מ סי' רע"ח.

²⁸⁵ ח) שם, סי' ר"צ וסי' רפ"ה.

²⁸⁶ ט) שו"ע אה"ע סי' פ"ה, ור"ש שם סי' צ"א סעי' א' (ועיין בהגהה ובבאר היטב).

²⁸⁷ י) שו"ע חו"מ סי' צ"ח וק"א, ור"ש סי' פ"ו סעי' ב' וסי' קי"א סעי' כ"א.

²⁸⁸ יא) בזה נסתרים דברי **הרב הרצוג** (בכרך א', עמ' 66), שמושג "הנכסים" העברי אינו רחב מספיק כדי להקביל למושג "הרכוש" האירופי, באשר "הנכסים" העבריים אינם כוללים **תביעות**. אכן, הרב הרצוג עצמו מזכיר ש"הנכסים" כוללים לפחות **תביעות על-פי שטר** (על-פי הכללה מפורשת של **השטרות** בהגדרת מושג "הנכסים" בבבא בתרא ק"נ ב'); אך את ההכללה הזאת מסביר הרב הרצוג **בחומריות גופו של השטר**. לע"ד אין הסברה זו יכולה למצות את העניין. ולא רק באשר מתעלמת היא מכל התיאוריה שהבאנו בדבר שייכותו של מושג **הקניין** לתביעות (ואשר אף הרב הרצוג מקבל אותה ביסודה בכרך ב' של ספרו, בעמ' 7-9), אלא גם באשר נסתרת הסברתו על ידי הלכה מפורשת המובאת בבבא בתרא, דף קכ"ה עמ' ב'. שם נקבע כי מילווה - ואפילו בשטר - הריהו בבחינת "נכסים ראויים" (ולא "מוחזקים"), וממילא מתחייבות שתי מסקנות: א) שנכסיות המילווה אינה מושגת מטבע השטר בעצמו, שהרי השטר הוא **מוחזק**; וב) שנכסיות המילווה - ואפילו בשטר - אמנם מבוססת על **ערבות החפצים שמהם הוא אמור להיגבות**, שהרי רק על החפצים האלה אפשר לומר כי הם "ראויים" לנושה, בהבדל מדברים (חפצים או זכויות) שבהם מוחזק הוא מכבר. עובדה זו, שהמילווה הוא נכס לא על-פי טיבו העצמי-המופשט, ולא בגין השטר שלו, אלא **בגין החפצים הערבים לו**, מוכחת למעשה גם משאר דברי הסוגיה מעבר לכל ספק (דוק במלים "אין הבכור נוטל פי שנים במלוה בין שגבו קרקע בין שגבו מעות"), הבאות לומר שגם אם למעשה נגבה המילווה מקרקע האפותיקי הכללית, אשר כשלעצמה היא "מוחזקת", הרי המילווה בכללו נידון על-פי המעות, שמלכתחילה היו הן "הראויות" לסילוקו) - ומכאן שוב מתברר כי התיאוריה שפיתחנו איננה רק תירוץ שהעלו בעלי התוספות בדיעבד, אלא באמת היא כבר הייתה מודעת לחלוטין לחכמי הגמרא עצמם, ומתוך הכרה עיונית ברורה הם ניסחו את דבריהם כפי שניסחו. ואם כך הוא המצב בעניין המילווה בשטר - אין שום סיבה לומר כי שונה הוא בעניין המילווה על-פה. אכן, הסוגיה בבבא בתרא קכ"ה ב' אינה מבחינה כלל בין מילווה בשטר ומילווה על-פה: שם נאמר שנים "מילווה", והרשב"ם מפרש "ואפילו בשטר" - והרי אסמכתא מפורשת שאין בנייהם הבדל. לכן גם סבורני שאין להירתע מתשובת הראנ"ח סי' ע"ז, והתשובה המובאת בפתחי תשובה על חו"מ סי' רמ"ח ס"ק ו', שנפסק בהן (בראויות בלתי משכנעות לע"ד) כי מילווה על-פה איננו בכלל הנכסים - ואמנם דחה את מסקנת התשובות האלה בפירוש בעל ערוך השלחן בחו"מ סי' רמ"ח סעי' י"ח.

השוניים²⁸⁹ - ואפשר היה לומר לכאורה כי בזה חוזרים אנו לפרשת הדרכים בין מושג הקניין ומושג התביעה. אך באמת מסתבר כי אין ליחס לתופעה זו משמעות עיונית מיוחדת. עיקרי חוזה ההעברה (להבדיל ממעשה-ההעברה) הם שווים לשני מיני הזכויות גם בדיני ישראל²⁹⁰, ואין צריך לומר כי לגבי חוזה ההעברה אינה מתפרקת אותה צמידות של התביעה לשעבוד הנכסים אשר ראינו מקודם²⁹¹. יוצא אפוא כי מבחינה עקרונית אמנם יכול היה מושג "הנכסים" העברי לאחד את הזכויות בחפצים והתביעות גם לעניין הזה. אלא שכאן משפיעה העובדה כי בהעברה חוזית אין לנו בדרך כלל עסק בהעברת מכלול של זכויות מסוגים שונים, כי אם בהעברת זכות אחת מסוג מסוים - ותוך כדי כך מתברר שהעברת תביעה זקוקה מטבע העניין לצורה מיוחדת, שאינה שייכת בהעברת זכויות המתייחסות לחפצים גרידא²⁹². מעשה ההעברה הצורני מופיע במקורותינו כמרכז-הכובד של חוזה ההעברה בכללו, בעוד שפרק מנוסח של דיני חוזים כלליים לא עובד אצלנו בכלל - וזוהי הסיבה הטכנית להפרדה שהתקבלה בענייננו. מתוך ההפרדה, בהכרח נוצרת אצלנו הבחנה לשונית בין המכר והמתנה של חפצים לבין המכר והמתנה של תביעות, בדומה להבחנה שראינו בבג"ב הגרמני, בסעי' 433; אך בעוד שעל-פי התפיסה האירופית נוצרת בחוק הגרמני אנומליה מושגית, כפי שהסברנו, הרי לא זוהי התוצאה אצלנו, על-פי התפיסה העברית. כי שוב: אף-על-פי שהתביעה אינה נחשבת אצלנו כחפץ, בכל-זאת צמודה היא לחפצים של ממש הנבלעים במושגה, והחפצים הממשיים האלה הם הם הנשוא של המתנה והמכר, הנאמרים בתביעה מתוך קפנדריה לשונית בעלמא²⁹³.

²⁸⁹ יב) ר' שו"ע חו"מ סי' קפ"ט ואילך - מצד אחד - והסי' קכ"ו וסי' מצד שני. ר' גם סי' קכ"ג סעיף א'-ב'.

²⁹⁰ יג) ר' למשל, שו"ע חו"מ סי' ס"ו סעי' ל"ד וסי' קכ"ו סעי' ב' ואילך.

²⁹¹ יד) השווה שוב "מנה לי בידך, תנהו לפלוני - במעמד שלשתן - קנה" (גיטין י"ג ב').

²⁹² טו) ר' שו"ע חו"מ סי' ס"ו, קכ"ג וקכ"ו, והשווה סי' רנ"ג סעי' כ'.

²⁹³ טז) השווה הגהת הרמ"א על שו"ע חו"מ סי' קכ"ג סעי' ב', וש"ך שם ס"ק י"ג.

פרק ז': מושג הקניין ודיני הרעיונות, הזכויות, המערופיא וכוחות

הטבע

בפרק הקודם מיצינו את בירור היחס הנוצר במשפט העברי בין מושג הקניין למושג התביעה בדיני ממונות, בהקבלה לשיתוף התביעה והזכות הריאלית [[92]] במושגי הרכוש והנכסים בשיטות של אירופה; אך כפי שהערנו, דילגנו תוך כדי כך על היחס בין מושג הקניין לערכים ממוניים אחרים, פחות חשובים. הכוונה היא למה שבפרק הקודם נחפזנו לומר כי "בזה נשלמת הקבלת הנכסים העבריים למושג הרכוש האירופי לחלוטין", בטרם ביררנו את מצב זכויות הרעיון, הזכויות לגבי כוחות טבע ועוד, אשר אף הן נחשבות כ"נכסים" ו"רכוש" באירופה - ועתה נחזור על עקבינו כדי להשלים את בירור העניין באמת.

א. זכויות הרעיון בדיני ישראל

אשר לזכויות הרעיון, אמנם נכון להקדים כי עיבוד הנושא במקורותינו עדיין לא נתבסס על יסודות איתנים, אך ניתן לומר כי החומר שבעין מספיק על-כל-פנים כדי להגיע על-פיו להכרעה עקרונית²⁹⁴.

הדעה הקיצונית ביותר לקיומן של זכויות-רעיון ממוניות בדיני ישראל מובעת על ידי ר' יוסף שאול הלוי נתנזון, בספר תשובותיו "שואל ומשיב", ח"א סי' מ"ד. לדעתו, "זה ודאי שספר חדש שמדפיס מחבר... - פשיטא שיש לו זכות בזה לעולם, והרי בלא"ה אם מדפיסים או מחדשים איזה מלאכה אינו רשאי אחר לעשות בלא רשותו... ומה שנמצא בספרים שהמחבר מדפיס וגוזרים עד זמן מוגבל, לאו משום שאין לו כוח לאסור עולמית, ז"א דבשלו אדם רשאי לגזור שלא ידפיסו עולמית בלתי רשותו או ב"כ, רק שאדברא, המחבר עצמו רוצה שידפיסו ספריו אחר שיזכה למכור ספריו ומבקש שיפוצו דבריו ע"פ תבל...". ולפי זה הסיק הרב הרצוג כי לדעת הרי"ש נתנזון "יצירת רוחו של המחבר היא רכוש"²⁹⁵, ממש כתפיסה שראינו באירופה. אולם, תפיסה זו מתפוררת בתשובות "בית-יצחק" מאת ר' יצחק יהודה שמלקיש, יו"ד [חלק ב] סי' ע"ד (ע"ד) [ע"ה] - אם כי הרב שמלקיש מבקש כאן ללכת דווקא בעקבות ה"שואל ומשיב". תוך נסיונו לבסס את הסברה כי יש ליוצר הרוחני זכות בדיני ישראל, הנמשכת מעצם עובדת יצירתו - ולא רק בדברים שבכתב, אלא גם בדברים שבעל-פה - מתברר כי למעשה אין לסברה על מה שתסמוך. ה"בית יצחק" עצמו מסרב להכיר ליוצר זכות עולמית. בנקודה זו חולק הוא על ה"שואל ומשיב", וכותב: "דזה אינו, דבתורה נאמר מה אנו בחנם אף אתם בחנם, ואין התורה קרדום לחתוך בה, וגם בכלי מלאכות, אם אין לו רשיון מהמלכות ששייך לו הזכות לעולם, [[93]] לא אדע איסור שאחר יעשה כמתכונתו. ואף דפרושי דברי סופרים מותר ליטול שכר, כמבואר ברמ"א סי' רמ"ו - גם כן רק שכר בטלה, אבל שיקח עבור זכותו מבלי טורח - מי התיר? ואף אם נאמר שמותר - אבל לאסור להדפיס עד שישלם עבור זכות, מי הוא האוסר, והתורה נמשלה למים לשאוב בלי תשלומין!". לכן סובר הוא כי מדינא נתונה למחבר זכות רק להדפסה ראשונה ועד שתימכר המהדורה בשלמותה, ואף

²⁹⁴ א) דיון מרכזי בזכויות הרעיון בדיני ישראל מצוי בספרו של הרב הרצוג, כרך א', עמ' 127 ואילך, ובחוברת של ד"ר זאב פלק, "הקניין הרוחני בדיני ישראל", ירושלים, תש"ז. גישת שניהם נוטה בכיוון התפיסה האירופית, שנסתייג ממנה להלן.
²⁹⁵ ב) הרב הרצוג, א' עמ' 135.

את הזכות הזאת מבסס הוא לאו דווקא במעשה היצירה, אלא **בבעלות בכתב-היד**, אשר המחבר ויורשיו **זכאים לפירותיו** בגדר הדפסה של מהדורה אחת. אבל ביסוס זה חוזר כמובן ומפריך את הגבלתה של זכות הפירות למהדורה אחת בלבד - כי למה דווקא לאחת? - ומצד שני נראה הוא עצמו מופרך מבחינה עניינית, שהרי הבעלות בכתב-היד היא תופעה מקרית וחסרת חשיבות לגבי עיקר הבעייה העומדת לדיון. לכן נראה כי את "השואל ומשיב" אמנם מצליח "בית יצחק" לסתור, אבל שום פתרון חיובי אין לנו יכולים ללמוד מאתו, וכך חוזרים לנו למצב ההלכה כפי שהיתה מקובלת לפני "השואל ומשיב" - והיינו **שמדינת אמנם אין ליוצר הרוחני שום זכות יחודית ביצירתו, אלא שמפני תקנת הציבור ראוי לגזור על ההתחרות המסחרית בענייננו, בגדרים קבועים, בכל מקרה מתאים**.²⁹⁶

לפי זה יוצא כי זכויות-הרעיון בדיני ישראל הריהן בבחינת **זכיון** או **זכות-חזקה**,²⁹⁷ ומצטרפות הן לסוג של זכויות אשר אינן מתייחסות דווקא לניצול המסחרי של **רעיון**, אלא ליחודיות הניהול של עסקים כלשהם. והנה, צירוף זה - משנותנים לנו על הדבר את הדעת - אמנם נראה הרבה יותר טבעי מבחינה עיונית מאשר הבדלת הרעיונות כנשוא של קניין כביכול; שהרי זכויות הרעיון באמת אינן מתייחסות ל**שימוש ברעיון**, דרך חפץ, אלא ל**הבטחת הסיכוי של הפקת הכנסות בגינו**,²⁹⁸ ואין לכאורה מקום להבדיל בין הבטחת הסיכוי המסחרי בקשר ליצירה רוחנית לבין הבטחת הסיכוי של תעשייה או מסחר רגילים, הניתנת בעקב השקעה [[94]] גדולה או מעמד אישי מיוחד. בשיטות של אירופה כנראה נוצר ההבדל מתוך כך, שלגבי התעשייה והמסחר הרגילים מסתפקים כאן בדרך-כלל בזכיון המוגן על-ידי המשפט הציבורי לבדו,²⁹⁹ בעוד שהזכיון הרעיוני מוגן בעיקר בדיני הממונות הפרטיים - אך זהו כמובן הבדל מקרי, ולא מהותי, ואף בלתי-מוצדק מבחינה מעשית.³⁰⁰ לעומת זאת במשפט העברי מוכר גם הזכיון המסחרי הרגיל המוגן בדיני הממונות הפרטיים, בין על-פי תקנה כללית ובין על-פי הענקה או גזירה מיוחדת³⁰¹ - ונשאר לנו עתה לתהות על מעמדו הרכושי של מין זכיון שכזה.

²⁹⁶ ג) פתחי תשובה על יו"ד סי' רל"ו סי"ק א', ותשו' חת"ס חחו"מ סי' מ"א וע"ט. - עם זאת לא מן הנמנע הוא שהיוצר הרוחני יהא מוגן בדיני נזיקין מפני **סילוף רעיוני בשמו**. ר' תנחומא, במדבר: "הלכה למעשה מסיני, כל מי שאינו אומר דבר בשם אומרו עליו הכתוב אומר אל תגזל דל"י... וספרי, דברים י"ט י"ד: "מניין למחליף דברי ר' אליעזר בדברי ר' יהושע ודברי ר' יהושע בדברי ר' אליעזר לומר על טהור טמא ועל טמא טהור שהוא עובר בלא תעשה? ת"ל: לא תשיג גבול רעך".

²⁹⁷ ד) ביחס למונח "זכות-חזקה", ר' **גולאק**, א', עמ' 172 ואילך. להלן נעדיף את המונח המחודש **זכיון**, אחר שמושג החזקה מסורבל כבר במובנים שונים בלאו הכי, ועל-כל-פנים, במובן של זכיון מותאם המושג של "זכות-חזקה" ביחוד לזכיון המבוסס דווקא **בנוהג נמשך**, וזוהי הגבלה שמחוץ לענייננו.

²⁹⁸ ה) השווה **וינדשייד**, א', עמ' 419 בהערה.

²⁹⁹ ו) ר' **מליינר**, עמ' 210 ואילך; **רולאן**, עמ' 127 ואילך; והשווה **אנקצרוס-ניפרדי**, ב', עמ' 1158, וסעי' 18 של התוספת לפקודת זכויות החשמל **במדינת-ישראל**. עם זאת יש להדגיש שגם באירופה לא נעלם הזכיון המוגן במשפט הפרטי: ר', למשל, **פלניול וריפר**, ג', עמ' 613, ו-**וולף-רייזר**, עמ' 292, 293-294, לעניין זכויות ציד ודיג. זכויות אלו אינן נזכרות כבעלות מעמד מיוחד ברשימת הזכויות הרכושיות, כנראה משום שרגילים היו להכלילן בזכות הפירות של המקרקעין (ר' **דרנבורג**, א', עמ' 480), אך תפיסה זו היא בוודאי "ממותחת", ו-וולף-רייזר רומז אמנם לתפיסת הזכויות האלו כזכויות ממין מיוחד, אשר מבחינה מהותית לא נשאר למעשה שום הבדל בינן לבין זכויות-הרעיון.

³⁰⁰ ז) מעניין, למשל, מהי התקנה של חברת החשמל במדינת ישראל כנגד מי שיתחרה עמה שלא כדין, בניגוד לסעי' 18 הנ"ל. בחוקי מדינת ישראל אין על כך שום תשובה מסוימת.

³⁰¹ ח) תשו' חת"ס, חחו"מ סי' ע"ט וקע"ה. הזכיון שנידון בתשובה השנייה אמנם לא ניתן על-פי דיני ישראל, כי אם על-פי המשפט הציבורי של דינא דמלכותא, אך היהודים הנוגעים בדבר התדיינו ביניהם על-פי המסקנה הנובעת מזכיון בדיני ישראל.

ב. המעמד הרכושי של זכיון וגדרי הבטחתו

הדבר לא נידון במקורות בפירוש, אך מסתבר כי את התשובה יכולים אנו להסיק באופן כפול: ראשית, מתוך החיזוק המשפטי שהזכיון מעניק לרשות-הפעולה המיוחדת הניתנת למזוכה, ושנית - מרמז עיוני מסוים המצוי במקורות בכל-זאת.

אשר לחיזוק המשפטי נראה כי מתבטא הוא בזה, שהמזוכה מקבל זכות מוחלטת לכל ריווח שיופק בתחום הזכיון על-ידי ניהול עסק מאותו סוג שהזכיון חל לגביו, ובקשר לכך אף ניתנת תביעה למזוכה למניעת התחרות שלא כדין עמדו, תוך שעבוד נכסי המתחרה לפיצוי על כל הפסד שיגרם³⁰². והנה, התביעה הנערבת על-ידי אחריות הנכסים להפסד - ודאי אינה יכולה להיחשב כמקנה את נכסי-האחריות בראוי למזוכה כבר בטרם שנתגשמה הפגיעה ונתברר הנתבע, - ממש כשם שהסיכוי להיפרע מחבלן אפשרי בעתיד, בדיני הנזיקין, אינו מוסיף מלכתחילה על נכסי כל אדם³⁰³; אבל הזכות לכל ריווח שיופק פירושה הוא זכות מסוימת ומגובשת מעכשיו, שברגע בו יבוא הריווח לעולם הריהו כבר יהיה **מוחזק** למזוכה, והזר שיתיימר לזכות לעצמו ייחשב כגנב (או שולח יד בפקדון) - ומסתבר אפוא פשוט, שאפשר לראות את הזכות כמקנה את נכסי הריווח **בראוי מלכתחילה**, ואף אם [[95]] עדיין לא נתברר מאי-זה צד יבואו הנכסים או אם יבואו בכלל³⁰⁴. לפי זה משמע כי הזכיון העברי אמנם הוא גם-כן **קניין**, ולא כנשוא מופשט כלשהו, אלא שוב בחפצים חומריים - אבל על-כל-פנים אין זה קניין **במוחזק**, כי אם קניין **בראוי**, ואין הוא נידון אפוא בדיני הקניין שבסתם אלא הוא סוג של קניין מיוחד, בצד התביעה ובצד הקניינים האחרים בראוי, כגון זכות הירוש³⁰⁵, זכות הארוס³⁰⁶, וכו'.

ועל-פי הרמז העיוני שאמרנו, מסתבר כי אין המסקנה צריכה להשתנות אף אם החיזוק שיינתן בזכיון לא יהיה כל-כך רחב, אוטומאטי וישיר, ולמעשה יוגן המזוכה רק על-ידי תביעה על הפסד³⁰⁷, או בתביעה למניעת התחרות מלכתחילה בלבד, או אפילו רק על-ידי הגנה שאופייה **ציבורי** - כגון שהמתחרה יוכר כ"רשע". הדבר מסתבר מתוך כך שאגב בירור ההלכה נדחות דיעות מסוימות, אשר על-פיהן ניתן היה לומר כי הגנת הזכיון בדינינו אמנם היא מצומצמת בגדרים שהזכרנו - בעוד שכל הדעות האלו נזקקות לסוגיה האחת של "מצודת הדג" ו"הדגים דיהבי סייארא", בבבא בתרא דף כ"א עמ' ב', אשר לפי רש"י מצטרפת בה ההבחנה בין זכיון - או סיכוי של ריווח המוגן על-פי דין - לבין סיכוי שאיננו מוגן, לשאלה אם יש שם קניין בראוי ואם לא.

³⁰² ט) דוק בתשוי חת"ס חחו"מ סי' ע"ט וקע"ה.

³⁰³ ה) שהרי בינתיים לא רק **קניין הנכסים במוחזק** איננו מוחלט, אלא גם שעבוד הנכסים בראוי - אף הוא עצמו נתון רק על תנאי מלשעתיד. והשווה **גינוסר**, עמ' 6-8.

³⁰⁴ יא) תוך כדי כך יש להניח כי אף אם הריווח לא ייגבה לאלתר, אלא הוא יגיע על-פי קשר חובי, הרי גם התביעה לגביו תיעשה תביעת **המזוכה**; כי יהא שהזכיון מתייחס מבחינה מושגית במישרין אל הריווח הנגבה, הרי מכל-מקום - משנתבררה ראיותו של ריווח מסוים - מוכרחה הראיית להתברר **למזוכה**.

³⁰⁵ יב) זכות הירושה בדיני ישראל הריהו בבחינת קניין ראוי בנכסי המוריש (שו"ע חו"מ סי' רע"ח סע' ג'), בהבדל מן התפיסה האירופית, שאינה מכירה את זכות-הירושה כ-Anwartschaft (**אנקצרוס-ניפרדי**, א', עמ' 556). מסתבר כי ההבדל נובע מכך שזכות הירושה הישראלית היא מוחלטת, מה שאין כן בשיטות של אירופה, שבהן יכולה זכות הירושה לא רק **להיסכל**, אלא גם **להישלל** על-ידי צוואה.

³⁰⁶ ג) כתובות פ"ג א'.

³⁰⁷ יד) דברים אלה יש להבדיל ממה שאמרנו לעיל, שהסיכוי של תביעת נזיקין כשלעצמו אינו מקנה בראוי את הנכסים העשויים לערוך לתביעה: אכן, אין הוא מקנה את הנכסים **העתידיים לערוך לתביעה שעדיין לא נולדה**, אך רוצים אנו לומר כי מקנה הוא בראוי - מעכשיו - את הנכסים **אשר אפשרות התביעה העתידה באה להבטיח את השגתם**.

המדובר הוא כאן בהגנת סיכוי של דייג אשר "נתן עיניו בדג עד שהכיר חורו", וממשיך רש"י ומפרט כי טעם ההגנה והזכיון הוא, ד"כיון שהכיר זה חורו ונתן מזונות בתוך מלא ריצתו, ובטוח [[96]] הוא שילכדנו, דה"ל כמאן דמטא לידיה", - אבל אם הסיכוי הוא פחות מזה, אין שם הגנה, וממילא אין שם זכיון. והינה לפי זה ניתן היה לכאורה להסיק כי עצם הבטחון העובדתי בקניין העתידי הוא המעלה את המצב לדרגת קניין מוגשם כבר מעכשיו (אם כי בהכרח נגביל ונאמר: קניין-בראוי), וההגנה הניתנת לזכות (או לקניין הראוי) בזמן שבינתיים אינה אם-כן יסוד ההתפתחות המשפטית-המושגית הלזאת, כי אם רק פרייה. אולם, מסקנה כזאת היתה יותר מדי פזיזה, כפי שנראה מיד, בסעיף הבא בהמשך: הזכיון אינו נוצר על-פי הבטחון העובדתי בסתם, כי אם על פי הבטחון שגדריו נמצאו מספיקים כדי לצרף לו הגנה משפטית, ועל-כל-פנים - מבחינה דוגמתית, בהבדל מבחינת ההתפתחות ההיסטורית - אי-אפשר כמובן להפריד בין מושג הקניין-בראוי ומשמעותו המעשית, שהם "כאילפס וכיסויה". יוצא אפוא, שגם אם סיכוי הדייג הוא מוגן "משום דה"ל כמאן דמטא לידיה", הרי לא עצם הבטחון הזה הוא הגורם המשפטי להתהוות הקניין המוגן בראוי מלכתחילה, כי אם העובדה שהבטחון הזה הוא מוכר ומוגן; ומתוך צירוף הדעות הנידחות משמע, שאמנם די לנו בהכרה והגנה כלשהי כדי שיבואו הדברים מבחינה מושגית לכלל "הווה לן כמאן דמטא לידיה" - או, במלים אחרות, לכלל אותו הקניין המוגשם בראוי, החוזר ומתבטא מצידו בהגנה הניתנת.

את הכלל המתגלם בכך שוב אפשר לנסח לאמור, שלא רק ציפיית-קניין המובטחת בדין במישרין (כמו במושג ה-Anwartschaft הגרמני³⁰⁸), אלא גם כל ציפיית-קניין המוגנה איך-שהוא מבחינה משפטית מלכתחילה, הריהי בבחינת קניין ראוי בדינינו, באין נפקא מינה מהו טיב ההגנה (והקניין הוא כאן הבעלות או השעבוד הנתונים לאדם על תנאי מלשעתיד, בצרוף למכלול אחד עם הזכות או צרור הזכויות המבטיחות מעכשיו את צפייות הקניין העתיד). למעשה, זהו כלל שההגיון הענייני היה מחייבו על-כל-פנים, ואישור נוסף אפשר למצוא לו גם בצירוף אותן הדעות הנידחות שאמרנו אל העובדה המאלפת, שבבא מציעא דף ט"ז עמ' א' אמנם נזכרת "מצודת הדג" - בגוף הגמרא עצמה - בנשימה אחת עם ציפיית היורש, שהיא קניין-בראוי לכל הדעות. [[97]]

ג. בעיית ה"מערופיא" ומכלול בית-העסק

סוגיית "הדגים דיהבי סייארא" מעבירתנו לבעייה הקרובה לנידון, היא בעיית "המוניטין" - או רגילות הקשרים הכלכליים עם ציבור מסוים, - ובמונח מדויק יותר, המקובל במקורות, בעיית המערופיא³⁰⁹. בעייה זו היתה נפתרת בתחומי מושג הזכיון לו היו קשרי בעל-העסק עם מערופיותיו מוגנים על-פי דין. אולם, נראה כי בקרב העוסקים נפלה ההכרעה שרגילות הקשרים המסחריים אינה מבטיחה ציפיית ריווח איתנה ומוצדקת כל-כך שתוכל להיתפס בדין "הדגים דיהבי סייארא", בין להגנה המלאה הניתנת כאן, בין להגנה רופפת יותר; ומאחר שלפי רש"י מוגנה ציפיית-הריווח כפועל-יוצא מן הקניין המתגלם בה מלכתחילה, ממילא משמע שאם קביעות-המערופיא אינה מוגנה, הרי שגם אין בה קניין בראוי.

³⁰⁸ טו) אנקצרוס-ניפרדי, א', עמ' 310.

³⁰⁹ טז) זהו ביטוי העשוי גם לתרגם את מושג ה-client, או clientele, באופן מותאם ומדויק יותר מכפי שנעשה הדבר כיום באמצעות הביטוי "לקוחות" - שהרי אין כמובן טעם לדבר על "לקוחות" של עורך-דין, רופא-שיניים או רואה-חשבון.

הנה, תוצאה זו, מצד אחד, אמנם עולה היא לחלוטין בקנה אחד עם המקובל בשיטות של אירופה, שגם כאן אין המערופיא ניתן עניין לזכויות³¹⁰; אבל מצד שני העובדה נשאר ש"המוניטין" או קשרי-המערופיא משמשים לעתים קרובות נשוא למשא-ומתן מסחרי, גם אם אין הם מוגנים כשלעצמם - וכפי שראינו מספיק אפילו דבר זה בלבד כדי להופכם לנכס, או מעין נכס, למשל במשפט האנגלי. לעומת זאת, אמנם לא כן הוא ביבשת אירופה, שכאן אין המערופיא נכלל במסגרת הרכוש, לא במישרין ולא באמצעות זכויות-בעלות כלשהן שתתיחסנה אליו³¹¹, - וצריכים אנו לשאול עתה מהי העמדה המתחייבת **במישור זה** בדיני ישראל.

נראה לומר, שאם קשרי-המערופיא זוכים לתמורה ממונית, הרי מטבע הדברים אי-אפשר כי הם יזכו בתמורה **כשלעצמם**, אלא זוכים הם בה בבחינת **שבח העסק** (והיינו שבח הנכסים החומריים, המוחזקים או הראויים, שהם עיקרו של העסק, ואשר בלי הקנאתם שלהם לא תתואר העברת קשרי-המערופיא העובדתיים במופשט): רק עם הקנאת הנכסים הללו יכולים הקשרים העובדתיים עם ציבור מסוים להיות מועברים ממילא. אכן, דומה הדבר לתוספת-הערך העשויה [[98]] להגיע לנכסים בעקב מיקומם הנוח או עליית הביקוש לגביהם - או בעקב צבעם הנדיר; וכשם שמטבע הדברים אין יתרון הצבע יכול לשמש נשוא לקניין מיוחד, או להופיע כ**נכס** (במישרין או בעקיפין) בנבדל מן הגוף הצבוע, כן גם יתרון הזיקה הבלתי-מוגנה לציבור מערופיאות³¹².

תפיסה זו מתקרבת מבחינה מסוימת לתפיסה שראינו בצרפת בדבר ה-fonds de commerce, או **מכלול בית-העסק**, והיינו בכך שעל-פי שתי התפיסות ניתן ביטוי לעיקרו של העסק במאוחד עם תכונותיו; אולם, נשאר הבדל עקרוני בין השתיים. לפי התפיסה של "שבח העסק" אין העיקר מוצא מגדר עיקר, והתכונה אינה יוצאת מגדר תכונה בעלמא; לעומת זאת, לפי התפיסה של ה-fonds de commerce מופיע העיקר-על-תכונותיו כמשהו שונה מן העיקר כשלעצמו, ונדמה כי גם תפיסה שכזאת מופרכת היא מעצם טיבה.

בהתאם לכך, אף לעניין המערופיא ומכלול בית-העסק אין שום תקלה - ואדרבה, יש יתרון עיוני - כשמסרבת המחשבה העברית להכיר "נכסים" בדברים שאינם חומריים.

³¹⁰ (ז) המדובר הוא בזכויות שתבואנה להגן על הקביעות העובדתיות של קשרי-המסחר כשלעצמם, - וזכויות כאלו אינן קיימות, למשל, גם לגבי ה-goodwill האנגלי, על אף היותו מוסד משפטי מוכר. עם זאת יתכן שההגנה תינתן לקביעות הנידונה בעקיפין, על-ידי הענקת מונופולין לגבי השימוש בשמו של בית-העסק, - אבל את הבעיות הכרוכות באפשרות כזאת למעשה פתרנו כבר כשדנו בזכויות-הרעיון.

³¹¹ (ח) כך בשיטות שסקרנו לעיל; אך ביחס למשפט הרומי כפי שהיה נהוג בגרמניה מציין **דרנבורג** את המערופיא כגורם רכושי (כרך א', עמ' 49. בהקשר זה מזכיר דרנבורג גם את **עצם ההחזקה בחפץ** כגורם רכושי. בקשר לכך ר' להלן, פרק ט' הערה ג').

³¹² (ט) ר' **הרב-הרצוג**, א', עמ' 135; פתחי-תשובה על חו"מ סי' קנ"ו ס"ק ג', ז' ו-ח'; תשו' חת"ס חחו"מ סי' ע"ט; פכ"ב מהל' מכירה הל' יד'; והשווה ה**לסבורי-סיימונדס**, כרך כ"ט, עמ' 361 ואילך, ו**אנקצרוס-ניפרדי**, א', עמ' 563-565. אנקצרוס-ניפרדי מזכיר בעסק עוד גורמים אחרים, אשר מבחינה משפטית דומים הם למערופיא, כגון **הארגון היעיל**. ברשימת הגורמים מזכיר **אנקצרוס-ניפרדי** גם **סודות עסקיים**; אבל גורם זה, כנדמה, הוא שונה בטבעו, ובהעברתו אין לראות העברת **שבח**, הגלום בעסק ממילא, כי את עשיית שרות מיוחד ללוקח - היינו שרות **גילוי הסודות**, העשוי להיות כרוך אמנם גם במכר המסמכים שבהם הסודות נרשמו. לענין זה השווה נימוקי יוסף על יבמות ק"ו א', שמדובר שם על רופא, הלוקח "שכר חכמתו"; ואין להבין מכאן (כפי שרומז הרב הרצוג, בכרך א', עמ' 128) כי הידיעה או הכשרון המנוצלים להפקת הכנסה קרובים להיתפס כנשוא של קניין בדיני ישראל - ממש כשם שאין הם נחשבים **כנכס** במובן המשפטי גם בשיטות אחרות.

ד. כוחות הטבע

הוא הדין באשר ל**כוח הטבע**. כאן הבעיה שהתעוררה באירופה סותרת למעשה את עצמה; כי לו היו כוחות הטבע עומדים באמת בפני עצמם, והיינו דנים בהם רק בבחינת האוסף או הזרם של החלקיקים הפיסיים אשר מהם הכוחות מורכבים, הרי שלא היתה שום סיבה שלא לראות בהם גופים חומרניים ככל האחרים, אשר גם דיני הקניין חלים בהם באופן הרגיל ביותר³¹³. אלא שהאמת היא כי לעולם אין לנו עניין משפטי בחלקיקים הפיסיים כשלעצמם; העניין המשפטי הוא **בהפקת החלקיקים הללו - בבחינת כוח פועל - מתוך מקור נתון כלשהו**; ומאחר שהמקור [[99]] תמיד חפץ הוא, אשר הכוח המופשט מופק מתוכו ולחוץ, ייתכן שתפתה המחשבה לראות כאן שני נשואים משפטיים נפרדים: המקור, כנשוא לדיני הקניין החפציים לחוד, והכוח המופשט, הזקוק לכאורה לתפיסה משפטית מיוחדת. אולם, האמת היותר עמוקה היא שאין כאן שני נשואים: הזכות לגבי הכוח אינה אלא הזכות להפיק את הכוח ממקורו, ואין היא אפוא קניין או מעין-קניין בכוח עצמו או בחלקיקיו (שאינם מעניינים אותנו כלל), אלא היא **קניין במקור להפקתו של הכוח**³¹⁴. זוהי הסיבה, **שהרמב"ם** - כפי שראינו - מזכיר את הזכות **לריח התפוח** בנשימה אחת עם קניין הבית לדור בתוכו³¹⁵; וכאשר שואלים באירופה אם יכול החשמל לשמש נשוא לגניבה (במובן החפצי הרגיל), הרי התשובה האובייקטיבית היא שאין הוא יכול, והעבירה הנרמזת ב"גניבת החשמל" הריהי רק עבירת השימוש המזיק בחוטי הזולת **שלא ברשות**³¹⁶.

ה. גורמים רכושיים אחרים

לאחר מכן נשארים לנו עוד רק שני גורמים רכושיים שנתקלנו בהם כגורמים מיוחדים בסקירת השיטות באירופה (או, ביתר דיוק: **בצרפת**) ושלא פטרנום מנקודת-הראות של דיני ישראל: טובת-ההנאה הכרוכה במשרה ממשלתית והזכויות הכרוכות במכתבים נשלחים. אך באמת מסתבר שגם אלה אינם פורצים את אופק הגישה העברית. טובת-ההנאה הכרוכה במשרה ממשלתית בצרפת אינה מבחינה משפטית אובייקטיבית אלא משרה שנהפכה לזכיון כלכלי, ואילו בזכויות הכרוכות במכתבים נשלחים³¹⁷, אין למעשה שום יחוד נכסי כלל, מלבד ההזדמנות של כמה מיני זכויות סותרות במוקד דברים אחד. [[100]]

³¹³ כ) השווה **אנקצרוס-ניפרדי**, א', עמ' 498; **מסיניאו**, א', עמ' 406.

³¹⁴ כא) השווה **רוסל-ומנתא**, ב', עמ' 397, ומאמרו של **פרופ' טדסקי**, כנזכר לעיל, בהערה ל' לפרק א'. - מצד שני, אם תעלה על הדעת זכות להפיק כוח שלא ממקור חפצי, הרי שיהא כאן **זכיון**, כפי שהסברנו לעיל - ושוב, על-כל-פנים, לא זכות מעין-חפצית בנשוא מופשט.

³¹⁵ כב) פכ"ב מהלי מכירה ה' י"ד.

³¹⁶ כג) מבחינה מעשית גם-כן נראה שאין טעם לדמות את הפקת החשמל בגניבה לגניבת מיטלטלין, שהרי הפועל-היוצא הראשון מגניבת מיטלטלין הוא החובה להחזירם בעין - דבר שאינו שייך כמובן בגניבת החשמל. ור' **רוסל ומנתא**, ב', עמ' 396, שחוץ מלעניין השיתוף במושג הגניבה אין הם בכלל רואים טעם בדימוי הכוחות לחפצים של ממש. לדבריהם יש להוסיף שעל-כל-פנים אי-אפשר למנות את הכוחות בבחינת "נכסים" בחשבון האקטיבה הרכושית של האדם.

³¹⁷ כד) היינו זכות הבעלות, מצד אחד, וזכות המחבר, זכות הסודיות וזכות השימוש במכתב כבראייה משפטית, מצד שני.

פרק ח': מושגי הפירות והשעבוד ביחס לקניין בראוי ושעבוד קיים

במוחזק

א. גדרי העניין

אחר כל הדברים האלה פנויים אנו לחזור ולהשלים את מסקנותינו בבעייה אחרונה אחת שפסחנו עליה תוך דילוג מפורש בפרק ד', והיינו בעיית הדמיון לענייני משא-ומתן בין זכויות הנובעות מפיצול הבעלות המתיחסת לחפץ לבין זכויות הנובעות מפיצולה של זכות אחרת. ו"זכות אחרת" - נדייק עתה ונאמר - משמע, לפי מה שראינו עד כאן, **זכות של קניין בראוי או שעבוד במוחזק.**

את הבעיה עצמה צריכים אנו קודם-כל להגביל משני כיוונים משלימים. הגבלה אחת היא מבחינת מה שאמרנו שהשעבוד במוחזק הוא דווקא פיצול **מסויג** של זכות הבעלות, באשר פיצול בלתי-מסויג של הזכות היה מפקיע את מושג הבעלות מעיקרא. לעומת זאת, בזכויות האחרות ייתכן גם פיצול בלתי-מסויג: תביעת ראובן למאה שקל, אפשר שתתחלק באופן סופי ומוחלט לתביעת חמישים שקל שתשתמר לראובן ותביעת חמישים שקל שתועבר לשמעון; זכות-המו"לות הנתונה לראובן ביחס לספר למשך עשר שנים, ייתכן שראובן ישמור לעצמו ממנה רק זכות לחמש שנים, בעוד שמן הזכות גבי חמש השנים הנותרות יסתלק מראש ויעביר לשמעון; וכן שעבודו של ראובן, להשתמש במשך שנה, מדי יום ביומו, בחדרו של שמעון, ייתכן שיפוצל במוחלט, באופן שלשלה ימים בשבוע תועבר הזכות ללוי, בבחינת שעבוד מקביל וישיר על שמעון. והנה, כל מיני ההעברות האלה נכנסות פשוט, בכל שיטות המשפט, במושג **ההעברה של הזכות**, ושום בעיה מיוחדת אינה מתעוררת ביחס אליהן לדידנו. כשם שההעברה **השלמה** של הזכות תיתפס כאן בהסדר המאוחד של העברת זכויות באמצעות המושג של **הקנאת הנכסים (הראויים או המוחזקים) אשר אליהן הזכות מתיחסת** - כן תיתפס גם ההעברה החלקית.

אולם, בעיה מתעוררת למקרה שהפיצול איננו פשוט על הדרך הזאת, אלא נערך הוא כביכול על דרך "שעבוד הזכות", בדומה לשעבוד בחפצים, כפי שנסביר בהמשך³¹⁸; וכאן שוב צריכים אנו לעמוד על הגבלה אחרת המתחייבת בענייננו **מבפנים**. כי בחפצים, או - ביתר דיוק - בנכסים מוחזקים, כפי שראינו, יכולה כל רשות הגלומה בבעלות להתפצל כשעבוד; וכך הוא למעשה לא רק בשעבוד המתפצל מן הבעלות במישרין, אלא גם בשעבוד המתפצל משעבוד הקיים כבר - שכל "רשות בעלותית" הגלומה בשעבוד המקורי עשויה מבחינה עקרונית לחזור ולהתפצל לתוך "שעבוד השעבוד". ההקבלה בנקודה זו היא מובהקת כל-כך, שאף בלשון המורגלת [[101]] באירופה מדברים בזה לפעמים לאו דווקא על "שעבוד השעבוד", כי אם על **שעבוד-משנה** המתיחס במישרין אל החפץ³¹⁹. אך **בשעבוד אצל זכות בראוי** אין אנו מוצאים כלל הקבלה שכזאת. כאן מוכרים רק שני הסדרים בלבד שהם מעין שעבודים של הזכות: **זכות של פירות** (בין,

³¹⁸ א) ר' גם לעיל, סעי' א' לפרק ד' והערה י"ג לפרק ג'.

³¹⁹ ב) ר' למשל הכותרת לסעי' 519 של הבג"ב (בהוצאת *Untermiete*: *Been'sche*, 1961); אך החוק עצמו מדבר תמיד על "שעבוד הזכות" גם בנידון זה: ר', למשל, סעי' 873.

למשל, בדרך צוואה ובין בדרך השכרה או החכרה) **זכות של משכון** - ועיונו צריך כאן להתפתח אפוא בצמוד לגדרי הצמצום הלזה.

ב. שעבוד-משנה במוחזק

הבדל זה שהדגשנו, כמובן איננו מקרי. משתקף בו פשוט היחוד של הזכות החפצית - או הזכות במוחזק - שמבוססת היא במכלול רשויות אקטואליות בנשוא החומרי של החפץ; ומאחר שמכלול זה, מלכתחילה, הוא רב-גוני בתוכנו, ממילא גם אפשרויות-התפצלותו הן רב-גוניות: כמו מן הבעלות לשעבוד המקורי, כך מן השעבוד המקורי לשעבודים שניים, שלישיים וכו', בגדרי תוכנו של השעבוד המתפצל. ובמקביל לזה גם משתמר כאן במושג **שעבוד-המשנה** אותו המובן עצמו, שהגדרנו במושג השעבוד המקורי. כי, כפי שאמרנו, אם ההתפצלות מן השעבוד המקורי היא בלתי-מסוייגת - ועל מקום השעבוד המקורי האחד נוצרים פשוט שני שעבודים מקבילים-משלימים - הרי שהמעשה הוא רק בבחינת **העברה, ולו גם חלקית**, של השעבוד המקורי, ושום "שעבוד-משנה" איננו נוצר שם. **רק אם ההעברה היא מסוייגת - לא רק בתוכנה אלא גם בעצם גדרי המעשה, - באופן שהרשות המועברת נשארת מעורה ומושרשת בשעבוד המקורי, המתקיים על-ידי כך בשלמותו העקרונית, וקונה השעבוד המקורי נעשה אפוא בעל-בית אמצעי לקונה השעבוד השני**³²⁰ - רק אז באמת יש לפנינו שעבוד-משנה כנגד השעבוד המקורי בחפץ הזולת³²¹.

[[102]] והנה, טעם ההבחנה הוא אמנם, שבמקרה הראשון, עם גמר ההעברה, מסתיים העניין מבחינתו של המעביר לגמרי, בעוד שבמקרה השני נשארים יחסים של קבע בין המעביר והלוקח או הבאים מכוחם, כל זמן שתוצאות ההעברה מתקיימות, - ויחסים מיוחדים אלה, על רקע המשך קיומו של השעבוד המקורי, הם אפוא המסגרת לקיום הזכות המועברת, כשם שהיחסים בין בעל החפץ וקונה השעבוד המקורי הם המסגרת לקיומו של אותו שעבוד מצידו. במלים אחרות אפשר גם לומר, מנקודת-הראות המיוחדת שלנו, שבמקרה הראשון יש צד של חידוש רכושי רק בעצם המעשה ההעברה לבדו, כי לאחר-מכן נשארים אנו במסגרת הישנה של יחסי בעל החפץ וקונה-שעבוד כנגדו, בעוד שבמקרה השני נוצרת מין זכות חדשה, אשר מקודם לא היתה לכאורה כמותה. אולם, באמת, כפי שאמרנו בעניין יחסי בעל החפץ וקונה השעבוד המקורי, שלא הם הקובעים את המעמד המהותי של זכות-השעבוד³²² - כן יש לומר גם על יחסי קונה השעבוד המקורי וקונה השעבוד מאתו. מבחינה מהותית, עניינית ומושגית, אין הבדל בין השעבוד המקורי בחפץ הזולת והשעבוד שכנגד שעבוד שכזה³²³ - מלבד העובדה שהשעבוד המקורי מתפצל מן הבעלות במישרין,

³²⁰ (ג) השווה לעיל, חלק א', פרק ב' סעי' ד' והערה נ"ה שם, וחלק ב', פרק ד' סעי' ד'.

³²¹ (ד) ביחס להכרתם של שני מיני ההעברות בדיני ישראל, השווה, למשל, פ"ה מהל' שכירות הל' ד': "השוכר את הספינה... - אם מכר כל הסחורה שבספינה לאיש אחר בחצי הדרך, וירד, ועלה הלוקח, נוטל (בעל הספינה) שכר חצי הדרך מן הראשון ושכר החצי מזה האחרון..." (היינו העברה חלקית גרידא), ומצד שני הגהת הרמ"א בחו"מ סי' שס"ג סעי' י': "השוכר בית מחברו וחזר והשכירו לאחרים ביותר ממה ששכרו, אם היה לו רשות להשכירו לאחרים... - המותר הוא שלו" (והיינו שכירות-משנה). השווה גם שו"ע חו"מ סי' שט"ז סעי' א', שבמקרה השני - בהבדל מן המקרה הראשון - נשאר קונה השעבוד המקורי כצד-ביניים בעסק המשולש.

³²² (ה) לעיל, פרק ד' סעי' ד'.

³²³ (ו) כאן יש להיזהר מלומר "בחפץ הזולת", כי ייתכן שבעל החפץ עצמו יחזור ויקבל שעבוד נגד קונה השעבוד: ר' בבא מציעא ל"ה ב'.

בעוד שאחיו מתפצל בעקיפין. מעבר לכך, שני השעבודים הם על-כל-פנים רשויות המתפצלות באופן מחייב ובמסויג מן הבעלות ביחס לחפץ, לצורך הזוכה בעצמו; במלים אחרות, הריהם פשוט קנייני-שעבוד (במוחזק) לפי המוגדר בחלק הראשון של מחקרנו, - וכל מה שאמרנו מן הבחינה הנכסית או הרכושית ביחס לשעבוד המקורי ראוי אפוא ממילא לחול גם על השעבוד כנגדו.

בהתאם לכך שוב פשוט הדבר, כי השעבוד נגד שעבוד במוחזק אינו צריך להיתפס בדיני ישראל כשעבוד-השעבוד, אלא רק **כתוספת זרעה בסולם הקניינים שבחפץ**, והיינו - בהכרח - **כשעבוד-משנה**; בגדר הרשות הכלולה בכך נעשה החפץ נכס **לא רק של בעל החפץ וקונה השעבוד המקורי, אלא גם של קונה שעבוד-המשנה**, ובאמצעות המושגים של קניין, הקנאה ונכס נתפסת גם זכותו של זה בכל הסדר רכושי מאוחד³²⁴. [[103]]

ג. מושג הפירות

לעומת זאת, בזכויות בראוי, אמנם שוב יש מקום להבחין כאמור בין העברה בלתי-מסויגת - ולו גם חלקית - שהיא סתם העברה, לבין העברה מסויגת, הנשארת מעורה ביחסים של קבע בין המעביר והלוקח, - והיא היא המצטרפת למושג **השעבוד**. אולם, כפי שכבר הערנו³²⁵ - והדבר נכון לא רק לגבי התביעות, אלא גם לגבי זכויות אחרות בראוי, - בתחום זה אין כבר עניין של פיצול רשות רב-גונית קיימת ביחס לנשוא חיצוני; מכאן כמובן, אותו צמצום בעניין השעבודים שהזכרנו, וכדי לעמוד על גדריו ועל המשמעות המושגית המתחייבת בו נפנה תחילה למושג **"הפירות"**.

במושג זה יש להבחין בין מובנו העברי, שהוא מורחב ומקביל למושג ה-Nutzungen של הבג"ב הגרמני³²⁶, לבין מובנו הרומי (fructus), שהוא יותר מצומצם³²⁷. במובן הראשון, יש למושג הפירות משמעות משולשת: עצם השימוש בחפץ כדרכו; כל המופק מגופו של חפץ כדרך הנאתו; ו"הפירות הבאים בעלמא", או כל הכנסה בכסף או בנכסים אחרים המגיעה לאדם בדין ממקורות חיצוניים מחמת קניינו³²⁸. במובן השני מציין המושג רק את הפירות המופקים מן הגוף והפירות הבאים מעלמא³²⁹, אבל לא את השימוש כשלעצמו. והנה, חשיבות המושג היא בעיקר לציון מכלול ההנאה

³²⁴ ז) עדיפות התפיסה הזאת מתגלה ביחוד בדוגמה של שעבוד-משכון כנגד שעבוד של שכירות-שימוש. המעיין ימצא על נקל כי דיני המשכון מכוחו של שוכר אינם צריכים להיות שונים מדיני המשכון מכוחו של בעל החפץ עצמו - ביחוד לעניין העברת החזקה לנושה, על כל הכרוך בכך - אם כי אמנם אין הנושה צריך לקבל כאן אפשרות להיפרע אלא בגדרי ערכה של השכירות ובכפוף לחובות השוכר. אך אמת זו מיטשטשת לחלוטין כשאומרים באירופה כי השוכר ממשכן את **זכות השכירות** שלו, על-פי דיני "המשכון בזכויות", השונים מדיני המשכון בחפצים (ר', למשל, בג"ב, סעי' 1204 ואילך, 1273 ואילך). בדיני ישראל, לעומת זאת, נאמר כי השוכר ממשכן את החפץ לשכירותו, או בגדר זכות השכירות שלו, - וממילא יחולו הדינים המתאימים, בלי שום צורך בהוראה מיוחדת.

³²⁵ ח) בהערה ד' לפרק ב' לעיל.

³²⁶ ט) סעי' 100.

³²⁷ י) גם מובן זה בא על ביטויו המיוחד בבג"ב הגרמני, סעי' 99, במושג Fruchte.

³²⁸ יא) דוק בכתובות ע"ט, עמ' א'-ב' ואילך. את הביטוי "פירות הבאים מעלמא" אימצנו לצרכנו, אף-על-פי שבמקורות עשוי להשתמע כי מובנו יותר מצומצם (השווה תוספות על כתובות ע"ט ב', ד"ה פירא, ועל בבא קמא פ"ט א' ד"ה פירא, והר"ן על כתובות ע"ט ב', וכן הרא"ש והרי"ף ושיטה מקובצת על שלש הסוגיות). ר' גם כתובות ס"ט א', ותוספות שם, ד"ה מעמלא דביתי.

³²⁹ יב) Erzeugnisse und sonstige Ausbeute - Fruits naturels en industriels - לעומת fruits civils או Zivilfruchte. בין ההגדרות שלנו וההגדרות באירופה יש הבדלים, שלא נתעכב על דיוקיהם. השווה **פלניול וריפר**, ג', עמ' 255, ו**אנקצרוס-ניפרדי**, א', עמ' 537 ואילך.

המגיע לאדם, במקום שניתנת לו זכות להפיק לעצמו את ההנאה האקטואלית של נכס, בעוד שהזכות היסודית, אשר על-פיה היתה ההנאה מגיעה מלכתחילה, נשארת לזכאי המקורי או לבאים מכוחו; ולפי זה ברור שהמובן העברי המורחב הוא יותר מותאם לעניין³³⁰.

[[104]] אולם, מתוך המובן הלוז ולפנים, ברור שיסודותיו - מבחינה משפטית-מהותית - אינם אחידים: **זכות השימוש** אינה באמת אלא רשות-מעשה ביחס לחפץ, אבל הפירות במובן הרומי המצומצם אינם כלל עניין לרשות שכזאת, כי אם - לפי מושגי מחקרנו - הריהם עניין למין זכיון, או על-כל-פנים **לקניין-בראוי**, שמעיקרא **מצורף** הוא לזכות היסודית, והמתבטא, כפי שצינו לעיל³³¹, בזכות להתפשטותה של הזכות על נכסים אחרים.

לפי זה, כפי שכבר ציינו גם-כן, ממילא משמע שאפילו ביחס לחפץ, או נכס מוחזק, - זכות הפירות במובן המצומצם איננה באמת זכות ישירה לגבי החפץ, ואם נתפסת היא בכל-זאת כזכות אל החפץ, הרי זה רק באמצעות המושג המורחב של זיקת-רשות וקניין³³². מושגים אלה מאפשרים להציג את זכות הפירות במובן המצומצם בשורה אחת עם הזכות לעצם השימוש בחפץ, וכך מתאפשר גם שהבדלת זכות הפירות במובן המצומצם, מתוך הבעלות, תיתפס **כשעבוד של החפץ** - ממש באותו אופן ומובן בעצמו כמו הבדלתה של זכות שימוש כלשהי.

ד. פירות התביעה

לעומת זאת, אם עוברים אנו מכאן אל מושג התביעה - בבחינת **שעבוד-הגוף** בלבד, ובנדל משעבוד-הנכסים, כדרך תפיסת המושג באירופה, - הרי מטבע הדברים אין בה מקום לפירות במובן של שימוש או פירות המופקים מן הגוף³³³. יתכנו בה רק **פירות הבאים מעלמא**³³⁴ - והבדלת הזכות לפירות האלה מתוכה היא למעשה הפיצול היחיד המתאפשר בה בכלל במקביל לשעבוד החפצים, לבד מעניין המשכון, שאליו נשוב להלן³³⁵. הדבר יתברר אם נשים אל לב כי [[105]] פיצול אחר בתביעה הוא ממילא פגיעה **בעיקר** התביעה וכילוי **הקרן** שבה³³⁶, וממילא אין בו מקום ליחסים של קבע מן הסוג שבין בעל בית וקונה-שעבוד³³⁷.

³³⁰ יג) הדבר משתקף גם בלשון הרומית, במושג המצורף של *ususfructus*.

³³¹ יד) בפרק ב' סעי' א'.

³³² טו) אכן, זכות הפירות נתפסת כזכות אל החפץ גם בשיטות של אירופה, אשר מושגים אלה אינם קיימים בהן; אך התירוץ הוא בודאי שהדבר נעשה שם רק מכוח השיגרה של המסורת הרומית, אשר **פונטשארט** אמנם מצא ביסודה מושג מקביל לזיקת-הרשות (ר' הערה ל"ב לפרק ב' בחלק א'). במסגרת של תורת-המשפט האירופית המודרנית, הדבר הוא באמת אנומליה.

³³³ טז) כך, אמנם, רק אם מצטמצמים אנו בתביעות במובן המדויק - בהבדל מן התביעות במובן השרירותי המצוי באירופה והעשוי לכלול גם זכויות שהיו ראויות להיחשב כזכויות ריאליות בחפצים. הבלבול בנקודה זו מסבך ללא צורך את מושג פירות-התביעה, כפי שמתברר למשל אצל **אנקצרוס-ניפרדי**, בכרך א', עמ' 540.

³³⁴ יז) היינו, בדרך-כלל, **ריבית** - מושג שאינו שייך כמובן בפירות מנכסים מוחזקים, ששם הפירות הבאים מעלמא הם בעיקר דמי-שכירות. העובדה שהריבית אסורה בדיני ישראל אינה מבטלת כאן את חשיבות המושג של פירות-התביעה, שהרי על-כל-פנים, ריבית הגוי היא מותרת.

³³⁵ יח) כנגד זה, כדי למנוע פקפוק, אולי כדאי להדגיש שבנכסים מוחזקים, הרי אף התחום **המשולש** של "פירות" אינו ממצה את אפשרויות השעבוד שמעבר לשעבודי הערובה: ייתכן כאן, למשל, שעבוד להפקת חמרים שאינם "פירות", שעבוד למניעת בנייה (ר' שו"ע חו"מ סי' קמ"ט בסוף, בהגהה), וכו'.

³³⁶ טז) דוק בשו"ע אה"ע סי' צ"א. מכאן, דרך אגב, נימוק נוסף לסתירת דימויו של **פרופ' גינוסר** (ר' סעי' א' לפרק ב' לעיל), שגביית התביעה כמנהג השימוש בחפץ. אמנם, בחפצים הכלים על-ידי שימושם הרגיל והנמשך - אין הכליון מונע כי השימוש המכלה ייחשב כ"**פירות**", ולא דווקא ככילוי הקרן (כתובות ע"ט ב'; ספר החוקים הצרפתי, סעי' 589). אך גביית התביעה איננה מעשה נמשך; ובאמת, הסכום הנגבה למשל

אך גם ביחס לפירות הבאים מעלמא, בלבד- קשה לראות כיצד יכולה התפצלות הזכות לגביהם להיחשב כשעבוד. מושגי הקניין והרשות (או זכות אחרת כלשהי שמעל התביעה) אינם שייכים בתביעה, כפי שהסברנו - וממילא אי-אפשר להחיל את מושג השעבוד באופן מוצלח על התביעה בעצמה. ומצד שני, אף אם עוברים אנו למסגרת התפיסה העברית ומצרפים לתמונה את הנכסים (החומרניים) הראויים על-פי התביעה - מסתבר שלא נוכל על-כל-פנים לומר גם כי הנכסים הללו, הם נשוא השעבוד. טעם הדבר הוא ששעבוד לפי מה שהגדרנו - הוא דווקא קניין המתפצל מן הבעלות, במישרין או בעקיפין; אבל התביעה עצמה, הלא בסך-הכל אין היא קניין אלא בבחינת שעבוד הראוי להתפצל מן הבעלות בנכסי-הערבות **בעתיד**, - ואילו הזכות לפירות המגיעים בגינה אינה כלל מתפצלת מאותה בעלות, אלא מצטרפת היא אל התביעה מן הצד-כביכול, לפני שזו נהפכה לשעבוד בממש, ופיצולן זו מזו אף אינו יכול על-כל-פנים להשפיע במאומה על תוכן השעבוד בנכסי-הערבות לכשייווצר באמת, - ונמצא אפוא שהבדלת הזכות לפירות איננה פיצול של אותו השעבוד, אפילו לא בראוי (או מראש), וממילא אין היא גם, בעצמה, בשום אופן, שעבוד בנכסי הערבות³³⁸.

[[106]] אולם, עם זאת, משמגיעים אנו לנכסי הערבות ומחזירים על כנו את הקשר בין הזכות לנכסים הללו ומושג התביעה, מתברר שבעיית פירות התביעה אינה מתמצה כלל בבעיית הפירות המגיעים בגין שעבוד-הגוף לבדו. כי שעבוד הגוף הוא עניין זמני: נוצר הוא עם העמדת התביעה ומסתיים עם פרעונה; אבל הנכס הנתון לאדם באמצעות התביעה הוא בר-קיימא יותר: מתגלם הוא בנכסי הערבות, - ואף אם מלכתחילה מתגלם הוא בהם רק בראוי, הרי **אותה נכסיות עצמה מתקיימת לתובע גם כשזכותו מגיעה לתכליתה ונהפכת היא לשעבוד במוחזק**. ובהמשך מכאן: אף אם אין הדברים מגיעים לידי שעבוד במוחזק, באשר נכסי השעבוד נפדים על-ידי פרעון התביעה בעינה, או - להפך - אף אם באמת מתגבש השעבוד, והתובע ממשיך וגובה את זכותו על-ידי מימוש, הרי על-כל-פנים, **הנכסים שהתובע זוכה בהם באופן כזה הם פשוט חילופי נכסי-הערבות ונכסים במקומם, בדרך מימושה הישיר של אותה זכות אחת בעצמה שהתייחסה מלכתחילה אליהם**. נמצא אפוא³³⁹ כי באמת, התביעה היא קניין-בראוי לא רק בדרך השעבוד הראוי בנכסי-הערבות, אלא גם בדרך הקניין הראוי בנכסי-הפרעון העשויים להגיע באמצעותה

על-ידי הבעל מכוח תביעה של אשתו אינו נחשב לו כפירות, אלא כקרן, ומצטרף הוא לנכסי-המילוג או נכסי-צאן-הברזל, לפי גדרי הכתובה (אה"ע, שם). דומה לזה המצב גם במשפט הצרפתי (סעי' 587, 1549), והסתמכות פרופ' גינוסר דווקא על סעי' 587, כדי להוכיח שגביית התביעה על-ידי אדם לעצמו היא *abusus* ולא *abusus* (בעמ' 48 של ספרו), נסתרת אפוא מתוכה.

³³⁷ (כ) אפשר אמנם להעלות על הדעת הסדר, שראובן התובע סכום כסף משמעון יעביר למשל את התביעה ללוי למשך שנה, באופן שאם יגבה לוי - מוטב, ואם לא - תחזור התביעה לראובן; אבל זו תהא פשוט העברת התביעה על תנאי, ולא יצירת מצב שבו יישאר עיקר התביעה לראובן, בכפוף רק להעברה חלקית מסויגת לשמעון. כמו-כן, אף אם יעביר ראובן רק את מחצית תביעתו, אין לדמות את הדבר לשעבוד להפקת חמרים שאינם פירות ושהפקתם מכלה את גופו של החפץ: שם על-כל-פנים נשאר בעל החפץ במעמד של בעל, אשר הפקת החמרים מתקיימת כנגד זכותו שברקע, אבל במקרה שלנו - כאמור - מסתלק ראובן מן העניין לגמרי במידה שהעביר את זכותו, ויחסי שמעון מתקיימים רק עם לוי, ולא עם ראובן.

³³⁸ (כא) מסקנה זו אינה מערערת את התפיסה המתחייבת ממשקנותינו הקודמות, שהזכות לפירות התביעה היא מלכתחילה חלק אינטגרלי של מושג התביעה, וממילא גם של מושג התביעה כשעבוד ראוי בנכסי-הערבות: אכן, זכות זו היא חלק אינטגרלי ממושג **השעבוד בראוי**, אבל משמגיעים הדברים לכלל החזקה - ממילא פוקע מושג השעבוד **בראוי**, והזכות לפירות פוקעת עמו, בלי שלה מצידה יהא בכלל מוצא אל הנכסים במוחזק.

³³⁹ (כב) לפי מה שסיכמנו בפרק ז' סוף סעי' ב'.

לחילופין³⁴⁰; ממילא יש בה קניין ראוי, אם-כן, [[107]] לא רק בנכסים הללו עצמם אלא גם בפירות הראויים באמצעות הקניין המתיחס אליהם; וכאשר מתפצלת ממנה הזכות לפירות, הרי לא רק הזכות לפירות שעבוד-הגוף לבדו מתפצלת, אלא גם הזכות לפירות נכסי הפרעון - תחילה בראוי מן הראוי, ולכשיתממש הפרעון, בראוי מן המוחזק.

פירושו של דבר הוא במלים אחרות, שעל-כל-פנים אמנם יש בפיצול הזכות לפירות-התביעה משום שעבוד ראוי של הנכסים המגיעים באמצעותה - היינו שעבודים-בראוי לפירותיהם שהוא שעבוד המתפצל בראוי מן הבעלות הראויה; ואם למשל זוכה ראובן בפירות הנכסים שמכניסה לו אשתו, ואשתו מכניסה לו מילוה, ממילא מקבל ראובן את הזכות לגבות את המילוה - אם כי לא באשר זוכה הוא בגוף הפרעון, אלא באשר מלכתחילה מגיע לו הפרעון לפירותיו, ומשבא הפירעון לידי החזקה הרי הוא הזכאי להחזיק בו ולהשתמש בו, כדרך הקונה-לפירות במוחזק. בתפיסה זו שוב רואים אנו יתרון להגיון השיטה העברית, כי לפי הגישה האירופית - אם כי הדין המעשי הוא דומה - אין הסבר לזכות הגבייה ואכילת-הפירות של "אוזופרוקטואריוס-התביעה" בנכסי-הפרעון, מעבר לשעבוד הניתן לו בתביעה בעצמה³⁴¹.

אולם בירור זה פוטר את ענייננו רק בגדרים המיוחדים של תחומו, ועתה צריכים אנו לחזור ולשאול כיצד מתישבת מסקנתנו עם המקרה שהתביעה באמת נפרעת בעינה על-ידי מעשה שאין בו משום הקנאת נכסים (כגון שהתביעה היא - נאמר - לתספורת, על-פי מינוי שנתי אצל ספר) - ומצד שני, כיצד מתישבת היא עם מציאותם של פירות בגין שעבוד-הגוף לבדו.

אשר לשאלה הראשונה, מסתבר בה התירוץ כלהלן. התפיסה השעבודית, מלכתחילה, הריהי כאן בוודאי אותה עצמה שהסברנו, אלא שאם באה התביעה לפרעון בלי מעשה-הקנאה, נמצא כי הנכסים הראויים לקונה לפירותיהם באים להתחלף בדבר שאין קרנו מתקיימת (מקרה העשוי להתארע לפעמים גם כשהפרעון הוא במעשה-הקנאה) - ובכן נזקקים בהם גם על-פי הדין העברי לתקנה שהיא חיצונית למושג הפירות: מוכרים את הנכסים וקונים בתמורתם דבר שקרנו מתקיימת והנכנס במקומם³⁴².

³⁴⁰ (ג) ניסוח זה עשוי להיראות תמוה, שהרי מבחינה עניינית - הפרעון הוא עיקר, והערבות אלטרנטיבה, ולא להפך. אבל מבחינת סדר הקניין, הדברים הם באמת כפי שניסחנו: המשפט מבטיח במישרין רק את הערבות, והערבות, היא המבטיחה את הפרעון. יתר-על-כן, פרעון התביעה בעינה - ייתכן שיתבטא במעשה שאין עמו הקנאת נכסים, ובמקרה כזה, באמת כל נכסיות התביעה מתבטאת רק בערבות ובנכסי-החילופין האפשריים שיושגו על-ידי מימוש הערבות.

³⁴¹ (ד) פלניול וריפר, למשל (בכרך ג', עמ' 794-795), נזקקים למושג של "זכות הנהלה" הנתונה לקונה-הפירות לגבי התביעה, שעל-ידי כך הוא גובה אותה, ואילו לאחר הגביה מדברים הם על "שינוי" הבא משום-מה בנשוא הזכות, כשנכסי הפרעון נכנסים תחת התביעה בעצמה. אך אין זה כמובן הסבר, אלא רק תרגום הדין למילים אחרות. השווה סעי' 1075 על הבג"ב וולף-רייזר, עמ' 485-486. באיטליה, לעומת זאת, מגיעים בכלל למניעת זכות גבייה עצמאית מן הקונה-לפירות: נכסי-הפרעון צריכים להיות מושקעים בהשתתפות הצדדים, ורק אז חוזר קונה-הפירות ומקבל זכות לפירותיהם: מסיניאו, ב/א, עמ' 450-451.

³⁴² (ה) כתובות ע"ט א'; והשווה למשל סעי' 587 של ספר החוקים הצרפתי, לפיו מקבל קונה-הפירות את הדברים שאין קרנם מתקיימת על דרך נכסי-צאן-ברזל. - יש להדגיש כי בנידון זה, התקנה החיצונית שוב אינה עניין שרירותי, כפי שנראית היא בהסבר האירופי שהבאנו בהערה כ"ד לעיל, כי כאן מוצדקת היא על-ידי טעם פרגמאטי ברור. יתר-על-כן, בדיעבד אף משתלבת כאן התקנה באופן אורגני מבחינה מושגית, כי ניתן לומר שנכסי התביעה משתעבדים לא רק לפירותיהם, אלא - באופן אוונטואלי - גם לפירות תמורתם.

[[108]] אשר לשאלה השנייה, נראה לומר כי פיצול הזכות לפירות התביעה צריך להיתפס כפעולה מורכבת, הכוללת אמנם את השעבוד הראוי בנכסי התביעה לפירותיהם אך המתבטאת בסך-הכל, בצירוף שני אגפיה ביחד, לאו דווקא במושג השעבוד, אלא בעצם **ההקנאה-בראוי של פירות התביעה**. הפנייה לתפיסה המיוחדת הזאת, השונה מן התפיסה המושגית של פיצול הזכות לפירות-המוחזק, אינה כרוכה בשום תקלה, אלא אדרבה, יש בה יתרון של פשטות והתאמה למציאות, כי בעיית פיצול הזכות לפירות התביעה היא מטבע הדברים שונה מן השעבוד לפירות במוחזק, כפי שהסברנו, - ובמקום שיש שוני מהותי-ענייני הרי דווקא הניסיון לאיחוד מושגי עשוי להיות מקור-תקלה³⁴³. למעשה, אף באירופה - במקום שנזקקים למושג מאוחד של שעבוד - אין מנוס מפיצול הדינים הפרטיים בשני התחומים³⁴⁴, דבר המחייב ממילא פיצול מושגי; ואילו הפיצול המושגי, מצידו, אינו מונע בכל מקרה מתאים שיתוף של דינים, בתוקף שרשם המשותף של הדברים - גם על-פי התפיסה המוצעת - במושג **ההקנאה של פירות**.

צד-ההפרדה מוצדק בענייננו באופן מיוחד גם על-ידי כך ששעבוד-הפירות במוחזק הוא רק סעיף אחד במערכת שעבודי-המוחזק בדרך-כלל, בעוד שקניין פירות-התביעה הוא באמת עניין המובדל - במכלול דיני התביעה - לעצמו. ויתר-על-כן, אף בעיית היחס בין קונה-העיקר וקונה-הפירות מסייעת לגישתנו ואינה סותרתה, כי בהרבה נקודות - מטבע הדברים - שונים יחסי בעלי-בית וקונה שעבוד מיחסי תובע וקונה פירות-התביעה במידה מהותית³⁴⁵.

אולם, עוד בעיה אחת קטנה מתעוררת כאן למקרה שפירות התביעה אינם באים להיקנות כשלעצמם, אלא על-פי זכות כללית הנתונה לאדם לפירות של נכסי חברו. אם מבדילים אנו בין השעבוד הראוי של נכסי-התביעה-לפירותיהם לבין פירות התביעה בגין שעבוד-הגוף כשלעצמו - יש לשאול, האם ייתפסו גם פירות אחרונים אלה במושג הפירות של מכלול הנכסים? התשובה היא, שאמנם הם ייתפסו וייתפסו. כי אכן, הזכות הנפרדת לפירות אלה כשלעצמם אינה [[109]] יכולה להיתפס כ**שעבוד** של נכסי התביעה; אך כפי שהסברנו בהערה כ"א לעיל - מלכתחילה ולפני הפיצול יש על-כל-פנים לראות גם את הזכות לפירות אלה כחלק אינטרגלי של מושג הזכות או הקניין הראוי באותם נכסים. משמע אם-כן, שמנקודת-ראות זו, הדיבור על "פירות בגין שעבוד-הגוף כשלעצמו" בעצם אינו מדויק: אף הפירות האלה הם באמת פירות בגין נכסים (או זכות בנכסים) - ולו יהא שאין הם פירות בגין נכסים כפי שהללו יהיו במוחזק, כי אם רק פירות **בגין הנכסים בראוי**³⁴⁶.

³⁴³ (כו) ר' למשל, את הנסיונות הכושלים לתרץ את הרחבת מושג השעבוד על פיצול הזכות לפירות הזכות אצל ה**הילפרון**, ג', עמ' 588-589, או **מסיניאו**, ב/א, עמ' 450.

³⁴⁴ (ז) ר', למשל, בג"ב סעי' 1030 ואילך, 1068 ואילך.

³⁴⁵ (ח) למשל, קונה הפירות במוחזק - עיקר עניינו עם בעל-הבית הוא בשמירת הגוף וגידור סמכויותיהם המשלימות ביחס לגוף, בעוד שכל הדברים האלה אינם שייכים ביחסי התובע וקונה פירות תביעתו. כאן, למשל, בעייה חשובה היא הסדר היחסים במקרה של פרעון בדבר שאין קרנו מתקיימת - בעיה שאינה מתעוררת, ועל-כל-פנים לא כמות שהיא, בשעבוד פירות במוחזק.

³⁴⁶ (ט) בעיה דומה עשויה להתעורר להלכה גם בקשר לפירות של זכות במוחזק, - כגון שחברת "עמידר" תהא חייבת לחלק סכך לסוכות לכל השוכרים דירות מאתה. הסכך יהיה בוודאי בבחינת פרי של השכירות במוחזק, וייתכן שיוכל לעבור בהקנאה בראוי לדייר-משנה, אך זכותו של דייר-משנה לסכך לא תוכל על-כל-פנים להיחשב כשעבוד-משנה של הדירה לפרי-הסכך המגיע בגינה, שהרי זכות-הסכך היא מקורית לשוכר ואינה מתפצלת מן הבעלות. נראה לומר אפוא כי הסכך אמנם יהיה פרי הדירה, אבל לא סתם כך כי אם בהדגשה המיוחדת של **פרי הדירה בגין השכירות**.

ה. פירות הזכיון

אחרת במידה רבה - אם כי לא לחלוטין - מצטיירים הדברים בעברנו מן התביעה לבעיית הפירות בזכיון; ומתברר כאן בעליל כי לא זו בלבד שאת עניין הפירות של קניין בראוי אי-אפשר לתפוס כסעיף פשוט של דיני השעבודים-בכלל או של שעבוד-הפירות בפרט, אלא אי-אפשר לתפוס גם כפרק עצמאי אבל מאוחד בתוכו, ביחס לכל מיני הזכויות בראוי.

השוני יסודו בכך, שכילוי הנכסים המופקים על-פי הזכיון, בהבדל מכילוי הנכסים המופקים מכוח התביעה, אינו יכול להיחשב תמיד ככילוי קרן-הנכסים המובטחים על-פי הזכות. אם הזכיון אינו נתון רק ביחס להפקת נכסים מסוימים בלבד, אלא מתבטא הוא ברשות-מעשה הכרוכה בזכות להכנסה מתחדשת והולכת, הרי הזכיון הזה - בהבדל מן התביעה - ממשך להתקיים בגדריו המקוריים גם לאחר שהכנסה מסוימת הופקה על-פיו; ומשמע, מתוך אנלוגיה לדין הפירות מנכסים מוחזקים, כי הנכסים הראויים על-פי הזכיון - הרי **בראיותם** דינם כאן **קרון**, ואילו **במידה שמגיעים הם לידי החזקה נהפכים הם עצמם לפירות קרון זו**, - ממש כשם שפחם המופק משיכבה במיכרה הוא פרי השיכבה, אף-על-פי שמלכתחילה הוא עצמו נכלל בה כקרן³⁴⁷.

[110]] בהתאם לכך מתחייבת בדין פירות הזכיון הבחנה: אם הזכיון הוא מן הסוג הראשון, המכוון רק להפקת נכסים מסוימים בלבד, נשארים נכסי הזכיון **קרון** אף בהגיעם למוחזק; ולפי זה, פיצול הזכות לפירות הוא שעבוד הנכסים הללו, בראוי, לפירותיהם (או לפירות תמורתם). אבל אם הזכיון הוא מן הסוג השני, הרי פיצול הזכות לפירות אינו אלא **העברה מסויגת של עצם הזכיון עצמו**, ומשמע כי נכסי הזכיון אינם משתעבדים כלל, אלא **פשוט מוקנים הם בראיותם, לגופם**³⁴⁸. עם זאת יש לציין, כי ההקנאה תוכל כאן להיות לא רק בדרך מכר רגיל, מתנה, צוואה או נישואין, אלא גם בדרך **שכירות** - היינו חוזה, אשר ביחס לנכסים מוחזקים הריהו מטבעו חוזה של שעבוד³⁴⁹. אך אין הדבר מפריע למסקנתנו במאום: מושג השכירות - לפחות בעברית - ייתכן כאן רק מפני שבאמת מובנו הוא רחב יותר מאשר צורת חוזה מסוימת של העמדת שעבוד במוחזק; מציין הוא חוזה כלשהו של הספקת הנאה נמשכת, כנגד תמורה המתווספת והולכת במקביל (כמו, למשל, גם **בשכירות פועלים**³⁵⁰) - והקנאת פירות הזכיון עשויה להיכנס בגדר זה אף אם לא תהא שעבוד³⁵¹.

מצד שני, יש לכאורה מקום לשאול, לשם מה בכלל ההבחנה של מושג הפירות בתחום הנידון, אם על-כל-פנים הקניין הוא בנכסים לגופם. התשובה היא כי ההבחנה חשובה, קודם-כל, למקרה שפירות הזכיון מגיעים לאדם במסגרת קניין-פירות כללי, - אך מלבד זה גם למקרה שהזכיון

³⁴⁷ (ל) השווה כתובות ע"ט ב'.

³⁴⁸ (לא) אין מתקבל על הדעת שמלכתחילה יוכלו כאן הנכסים להיות ראויים לשעבוד בלבד, ולא לגופם; אבל אם יקרה הדבר, הרי גם העברתה של זכות הפירות תתבטא בהקנאת הנכסים לאותו שעבוד עצמו שהיה ראוי מלכתחילה למקנה.

³⁴⁹ (לב) ר' לעיל בחלק א', הערה ט"ו לפרק ג'.

³⁵⁰ (לג) שו"ע חו"מ סי' של"א ואילך, ודוק בכלל המובא בעבודה זרה י"ט ב' ובמקומות אחרים: "ישנה לשכירות מתחילה ועד הסוף".

³⁵¹ (לד) יש להעיר גם-כן, שאמנם, בחוזה השכירות אפשר יהיה להגביל את גדרי רשות-הפעולה הנמסרת לשוכר; אך על-כל-פנים, גדרי הזכות בנכסים - לכשתגבש במוחזק - לא יוגבלו בכך, ומשמע שאמנם אין כאן לדבר על שעבוד הנכסים.

כשלעצמו מתפצל בגדרי האמור: נחוץ לנו מושג שיבדיל בין הקנאה גמורה להקנאה מסויגת המקבילה לשעבוד, וההקנאה מסוג זה לא תיזקק אפוא לכינוי המסורבל של קניין נכסי הזכיון בסייג פלוני אלמוני, אלא תוכל להיקרא **קניין פירות-הזכיון**³⁵².

אולם, בזה עדיין אין בעית פירות הזכיון מתמצה, - כי במקום שהכנסה צפויה בממושך, ותיתכן בה השכרה, הרי גם השכר שיופק כך צריך להיתפס כפרי הזכיון (כדרך השכר המופק על-ידי השכרת נכסים במוחזק). באופן כזה מתאפשרים כאן - בנוסף על הפירות הבאים מגוף נכסי הזכיון - [[111]] גם **פירות הבאים מעלמא**; ונראה לומר כי הדין המושגי של הפירות הללו אמנם צריך לדמות לדין הפירות הבאים מעלמא בתביעה³⁵³.

גם בזכיון אין להעלות על הדעת פיצול חלקי מסויג מלבד המשכון שלא על דרך קניין-פירות, שהרי הזכות להפקת נכסי הזכיון על פירותיהם הבאים מעלמא היא כל תוכן הזכיון כלו.

ו. פירות בגין זכויות אחרות בראוי

אשר לזכויות אחרות בראוי - נראה בפרק הבא אילו בכלל יכולות הן להיות מבחינה עקרונית. בדרך-כלל מסתבר כי בעיית הפירות לא תתעורר לגביהן מכל-מקום, ואם תתעורר - הרי שעל-כל-פנים היא תבוא על פתרונה לפי מה שראינו עד כאן. גם בזכויות האלו אין להעלות על הדעת פיצול מעין-שעבודי לבד מן הפירות והמשכון, מאותם טעמים שראינו.

נותר לנו רק לבדוק כיצד כל הדברים שראינו מתפתחים בהסדר שיקביל **לשעבוד-משנה לפירות**, היינו הסדר שבו יועברו שוב פירי-הפירות לשלישי. נראה לומר שביחס לפירות הבאים מעלמא מכוח עצם הזכות לפירות הראויים (כגון ריבית דריבית או ריבית פיגורי-השכירות של זכיון) אין שום רבותא. אשר לפירות שיגיעו בגין הפירות שיוחזקו בגינה של קרן בראוי (כגון פירות הריבית שתיגבה או פירות הנכסים שיופקו בזכיון), הרי יוצר בהסדר שעבוד ראוי כנגד הבעלות הראויה של קונה-הפירות הראשון. ואילו במה שנוגע לפירות שיגיעו בגין הפירות שיוחזקו בגינה של קרן שתוחזק לפירותיה (כגון הריבית שתגיע לצד השלישי על הריבית שתיפרע על השקעת מילווה האישה, שהבעל עתיד לגבות) - מסתבר שצריכים אנו להכיר במושג של **שעבוד-משנה בראוי**. את הצירוף המשולש נוכל לתפוס במושג האחד של **קניין פירי-פירות**³⁵⁴. [[112]]

ז. "משכון" בראוי

את מושג המשכון שמנו במרכאות, כי גם ביחס אליו אין למעשה זהות בין תוכנו המעשי בנוגע לנכסים מוחזקים לבין תוכנו לגבי נכסים ראויים. באשר למוחזק, המשכון הוא רק אחד משורת

³⁵² (לה) כינוי זה יוכל כמובן להתייחס גם לזכיון חד-פעמי, שנכסיו **משעבדים** לפירותיהם. ³⁵³ (לו) לפי שיגרת הגישה האירופית היתה מתחייבת בענייננו התפיסה כי **הזכיון עצמו** הוא הקרן, ולפי זה היו נחשבים גם השכר וגם הכנסת הזכיון עצמו כפירות הבאים מעלמא. מצידנו אין אנו יכולים לקבל את התפיסה הזאת, כי על-פיה שוב מתחייב היה לומר כי הזכיון עצמו הוא נשוא מעשי-הקניין, על כל הבלבול הכרוך בכך בהבנתם המהותית של הדברים. בהקשר זה יש להדגיש, שכאשר אף אנו מדברים בפתשגן על "פירות הזכיון", הכוונה היא לפירות **שבגין** הזכיון, המופקים לא ממנו עצמו, כי אם - מבחינת המושג המשפטי - מן הנכסים הראויים על פיו. ³⁵⁴ (לז) ר' מושג זה במשנה כתובות פ"ט מ"א.

שעבודים אפשריים שיבואו להעמיד את הנכסים כערובה לפרעונו של סכום כלשהו או עשיית מעשה אחר. כך, יתכן כאן, למשל, שעבוד של אפותיקי, המזכה את הקונה למכור את הנכסים כדי לגבות את הסכום המגיע לו (או את ערך המעשה המגיע לו) ממחיר הנכסים³⁵⁵; ייתכן שעבוד של משכנתא, המזכה את הקונה בפירות הנכסים לסילוק חובו, בתוספת אפותיקי אפשרית למקרה שהפירות לא יספיקו³⁵⁶; וייתכן שעבוד של משכון, המזכה את הקונה באפותיקי בצירוף לזכות של החזקת הנכסים עד הסילוק או מימוש השעבוד³⁵⁷. לעומת זאת, בנכסים ראויים, אמנם גם-כן תיתכן כמובן הקנאת הפירות לסילוק המגיע, - אבל בזה כשלעצמו אין שום רבותא על מה שכבר ראינו, ועל-כל-פנים אין לדבר משמעות מעשית רבה בענייננו. כמו-כן אין כאן קושי מיוחד במה שהיה מתיחס לאפותיקי בראוי, היינו לזכות שהיתה ניתנת לנושה למכור את הנכסים הראויים לגביית חובו - בין בעודם בראוי בין לכשיגיעו לכלל החזקה³⁵⁸; אבל גם הסדר כזה אינו ממצה את דרישות הערובה בראוי, וכשלעצמו אין הוא מקובל. מה שדרוש כאן, ביחוד כשמדובר בנכסים הראויים על-פי תביעה, הרי זה שהנושה יוכל לא רק למכור את הנכסים, אלא גם לגבות את התביעה בעצמו, כדי להיפרע במישרין מנכסי הגבייה; והסדר בכיוון זה הוא העיקר במושג "המשכון של זכויות" המקובל באירופה³⁵⁹. [113]]

ח. ערובה בתביעה

אך אין צריך לומר כי הסדר מסוג זה אין לו ולא כלום עם ההגדרה המהותית של משכון במוחזק, אשר בה מושרש מושג המשכון. כאן נעלם הגורם העקרוני של זכות-החזקה, ואף אין כאן בכלל פיצול של רשות או רשויות מסוימות מתוך מכלול התביעה הערבה, כי אם יש העברה מסויגת של מכלול התביעה כלו - וננסה עתה להבין כיצד משתלב הסדר כזה במערכת המושגית העולה לנו מתוך דיני ישראל.

מסתבר שההסדר הוא על-כל-פנים שעבוד-משנה של נכסי-הערבות הראויים על-פי התביעה (ושעבוד פשוט של נכסי הפרעון הראויים על-פי התביעה לחילופין). כי אמנם, אין כאן פיצול של רשויות מסוימות לטובת הנושה, אבל על-כל-פנים³⁶⁰ גם אין הנושה מקבל את כל מכלול הרשויות הקנייניות הגלומות בתביעה הערבה, בשלמות, כי אם רק במידה שנחוץ הדבר לגביית זכותו הנערבת - ובכן, יש כאן על-כל-פנים פיצול שעבודי בתחום הגדרתו. הדבר יתברר בעליל, אם

³⁵⁵ לח) שו"ע חו"מ סי' קי"ז, והשווה למשל בג"ב, סעי' 1113 ואילך, סעי' 2114 ואילך בספר החוקים הצרפתי ו"חוק המשכנתאות" העותמני במדינת ישראל.

³⁵⁶ (לט) שו"ע יו"ד סי' קע"ב, והשווה למשל ספר החוקים הצרפתי, סעי' 2085 ואילך. ³⁵⁷ (מ) שו"ע חו"מ סי' ע"ב, ע"ג, והשווה למשל סעי' 701 ואילך במג"לה, סעי' 2071 ואילך של ספר החוקים הצרפתי, סעי' 1204 ואילך של הבג"ב.

³⁵⁸ (מא) אפותיקי כזאת הייתה פשוט שעבוד או שעבוד-משנה בראוי - היינו פיצול מוקדם של רשות-ההעברה העשויה להימצא במכלול הקניין הראוי לחייב, והעברתה החלקית והמסויגת לנושה. אמרנו שעבוד - למקרה שהקניין הראוי הוא בעלות, כפי שיהא, למשל, בדרך-כלל, בזכיון; אמרנו שעבוד-משנה - ביחוד למקרה שמדובר בתביעה: כאן, כל הראייות המקוריות עצמה אינה מעיקרא אלא על דרך אפותיקי, והחייב מעביר לנושה רשות-ההעברה מתוך רשות-ההעברה שלו, שהיא בעצמה רק שעבוד כנגד הקניין השלם של החייב הראשון.

³⁵⁹ (מב) בג"ב, סעי' 1273 ואילך; צג"ב, סעי' 899 ואילך; ספר החוקים הצרפתי, סעי' 2075; ספר החוקים האיטלקי, סעי' 2800 ואילך. הסדר דומה בדיני ישראל - אם כי לאו דווקא על-פי חוזה, אלא מכוח תקנה - קרוי "שעבודא דר' נתן": שו"ע חו"מ סי' פ"ו. מלבד ההסדר האמור כולל מושג "המשכון בזכויות" שעבוד-משנה של משכון במוחזק, שעליו עמדנו כבר בהערה ז' לעיל, וכן ערובות על-ידי כל מיני זכויות בראוי, במשמעות בלתי-מוגדרת.

³⁶⁰ (מג) בהבדל ממה שראינו לעיל בהעברת מכלול הזכיון לפירותיו - בהערה ל"ו.

נמשיך ונתחקה באופן אנליטי על משמעותו המעשית. כל זמן שנשארים הנכסים בראוי, משתמע מתוך ההעברה שיש לנושא קודם-כל אפותיקי, למכור את הנכסים, ושנית - אפשרות לממש את שעבוד-הנכסים שבתביעה לעצמו, בגדרי הנחוץ - ואלו הן זכויות שעבודיות בפשטות. מלבד זה יש לנושה, מכוח ההעברה, אפשרות לגבות את הפרעון במישרין - אבל אף זו אינה ניתנת לו אלא בגדרי הנחוץ; ומשמע שאם הפרעון הוא כסף בסכום העולה על החוב הנערב - זכותו של הנושה איננה בעלות על כולו, כי אם רק זכות לתפוס חלק ממנו (בדומה לשעבוד של הפקת חומרים מן הקרן). אם, מצד שני, הפרעון הוא בנכסים מוחזקים שאינם כסף - מתחייב גם-כן שהנושה לא יוכל לגבות את הפרעון על דרך בעלות, כי אם רק על דרך ערובה - ומשמע שההעברה, על אף כלליותה, תחזור ותצטמצם כאן לזכות של אפותיקי משכון או משכנתא במוחזק - היינו שוב, פשוט, לזכות שעבודית³⁶¹. אם לעומת זאת, יבוצע הפירעון במישרין על-ידי מעשה שאין בו קניין (כלומר שירות), מסתבר שהנושה יקבל את השירות, ובמידה שיעלה ערך השירות על הזכות הנערבת יצטרך הוא לפצות את חברו מדין "זה נהנה וזה חסר"³⁶² - אבל על-כל-פנים [[114]] אין כבר העניין משפיע על המבנה המושגי בתחום הקנייני. נשארת אם-כן בעיה רק למקרה שהפרעון הישיר הוא על-ידי הספקת נכסים **בראוי**, שאז גם הערובה תצטרך להיות בראוי; אבל כפי שאנו מבררים והולכים - אף ערובה כזאת היא שעבוד.

אם נתבונן עתה בדיני "משכון התביעה" באירופה, נראה שאמנם חותרים הם אל המסקנות המעשיות שהסקנו³⁶³; אך המושג של "משכון התביעה", המבוסס על גישה של **שעבוד התביעה עצמה**, אין לו מוצא מושגי-אורגני לאותן מסקנות, והגיון הדינים הנקבעים באירופה נשאר אפוא מעורפל וגם חסר לפעמים עקביות מעשית³⁶⁴: נראה שהמחוקק גישש כאן את דרכו באפלה. לעומת זאת, הגישה המושגית העברית פותחת כאן את האופקים לשיטה הגיונית עקיבה, - ואף-על-פי שהדינים המעשיים בתחום זה אינם מפותחים במקורות העבריים כמעט כלל, אפשר על-פי השיטה העברית להגיע לדינים המעשיים על-ידי ניתוח מושגי פשוט, כפי שראינו, ואפשר גם להעריך ולשפוט על-פיה את מידת ההצדקה האובייקטיבית של הדינים בשיטות האחרות.

ט. ערובה בזכיון ובזכויות אחרות בראוי

מסקנה זו מקבלת משנה-תוקף כשעוברים אנו מבעיות הערובה בתביעה לבעיות הערובה בזכיון ובזכויות אחרות בראוי. באירופה יש לחפש את הפתרון בתחום זה בפרק על "המשכון בזכויות" - אך מהי המשמעות המעשית של הדבר מעבר לערובה בתביעה נשאר כאן סתום לחלוטין. לעומת זאת, לפי הכיוון המושגי העברי, אם אומרים אנו - כפי שכנראה יש להסכים מטבע הדברים בהכרח - שלא רק בתביעה, אלא גם בכל זכות בראוי, הדרך המתאימה לעשיית הזכות ערובה היא על-ידי העברתה המסויגת במידת הנחוץ לשם כך, הרי התוצאות המעשיות של הדבר מתבררות מאליהן, - כי באמת ובעיקר הריהן אותן שראינו בתביעה. ההבדל החשוב היחיד הוא שבתביעה

³⁶¹ מד) על ההבחנה בין כסף ושאינו כסף ראה להלן, בפרק האחרון של מחקרנו.

³⁶² מה) בבא קמא כ"כ"א. הדברים אמורים במקרה שזכות השירות אינה דווקא אישית, וניתנת להעברה. אם לא כן - כפי שאמנם בדרך-כלל יש לצפות - ממילא לא ייערך שם שעבוד הערובה בכלל, או שעל-כל-פנים יסוכל השעבוד על ידי עשיית השירות, כדרכו, לזכאי המקורי.

³⁶³ מו) ר' מקורות בהערה מ"ב לעיל.

³⁶⁴ מז) כגון דרישת ההשלשה של נכסי הגבייה לכל זמן שלא הבשילה זכות הנושה להיפרע - בסעי' 1281 של הבג"ב וסעי' 2803 של החוק האיטלקי, - אף-על-פי שבמשכון המוחזק אין בסתם צורך בהשלשה.

עומדים הנכסים להתקבל מידו של שלישי מסוים - וכל הנחוץ לקבלתם הוא רק המעשה המשפטי המתאים, - בעוד שבזכיון נחוץ להפעיל תהליך פסי ומסחרי לשם הפקת הנכסים. יוצא אפוא כי בזכיון מתחייבת אמנם תוספת תקנה מיוחדת, [[115]] כגון מינוי נאמן או סמיכת הצדדים זה על זה בקשר להפעלת הזכיון בזמן-הביניים, - אבל שום שינוי במסקנות המושגיות איננו נחוץ.

אשר לזכויות אחרות בראוי, הרי העיקרון הוא שהנכסים הראויים על-פיהן עוברים באופן אוטומטי לקניין הזכאי במוחזק, לכשמתמלאים התנאים הדרושים - ומאחר שפירוש הדבר הוא שבדרך-כלל יהא כאן הקניין הראוי אישי בלבד ובלתי-ניתן להעברה, הרי שממילא לא תימצא בדרך-כלל אפשרות לעשות את הזכות ערובה. אם תימצא האפשרות בכל-זאת - אין שום רבותא מושגית נראית כאן מכל-מקום.

י. סיכום

אולם, סקירתנו מראה את עדיפות הגישה העברית לא רק לעניין המסקניות המעשית בתחום הבעיות שדנו בהן בפרק הזה, אלא גם ביחס להשתלבות הבעיות האלו במערכת המושגית הכללית של דיני הממונות והשפעתן החוזרת עליה.

עמדנו כבר לעיל על דו-המשמעות הכרוכה בהכרח בשימוש במושג השעבוד כציון לדבר הנעשה במישרין בזכויות³⁶⁵, אך כאן רואים אנו שהדבר אינו מסתיים רק בדו-משמעות גרידא. השימוש במושג השעבוד במובן של מעשה בזכויות מעלה על הדעת ששעבוד-הזכות דומה לא רק מבחינה פונקציונלית, אלא גם מבחינה משפטית-מעשית לשעבוד המקביל לו כנגד הבעלות בחפצים; אך סקירתנו מראה כי הדבר הוא נכון רק כל זמן שנשארים אנו בתחום **המוחזק**. בתחום הזכויות **בראוי** - השוני המעשי הוא מכריע. בעוד שמושג השעבוד רומז לרשויות מסוימות הניתנות לאדם לגבי נשוא-השעבוד - כפי שהעיקר הוא בשעבוד במוחזק - הרי כאן נעלם יסוד זה לחלוטין, לפחות אם מבקשים אנו לראות את הנשוא כזכות בעצמה או אם בכלל מבקשים אנו לראות רשויות חפציות במציאות אקטואלית. הדינים הם דיני **חוסר** מציאות אקטואלית כזאת - ואלה מאפילים כאן לחלוטין על מספר הדינים השווים המתחייבים בכל-זאת בתוקף הדמיון הפונקציונאלי. בהתאם לכך מסתבר כי בעריכה שיטתית של דיני ממונות צריכות ההקבלות הפונקציונליות של השעבודים במוחזק - ביחס לזכויות בראוי - לבוא על סידורן הנפרד במכלול הדינים המתחייבים לזכויות בראוי, ולא כפי שנעשה הדבר באירופה, בתחום דיני הזכויות במוחזק, על חוד הדמיון הפונקציונאלי. על אחת כמה וכמה, כשהדמיון הפונקציונאלי אף אינו מתקיים כנגד כל שורת [[116]] השעבודים האפשריים במוחזק, אלא רק בשני עניינים בלבד, עצמאיים ביחודם³⁶⁶; שהרי

³⁶⁵ (מח) לעיל, פרק ג' סעי' ג'.

³⁶⁶ (מט) במהלך סקירתנו נרמז אמנם, שאם הקניין הראוי איננו ראוי רק באופן אישי, והוא ניתן להעברה, - יכול הזכאי להקנות את הנכסים בראוי לכל שעבוד שהוא שיתאפשר בהם בעתיד במוחזק. אך אין לערבב את הדברים. קניין הפירות של נכסים ראויים וקניין הערובה בנכסים ראויים הם קניינים שהשורש והעיקר של משמעותם הוא באמת בזמן שנשארים הנכסים ראויים; ניתנים ונחוצים הם **בגין הראייות כשלעצמה** - חשיבותם היא לעניין הפירות הבאים מעלמא, בינתיים, או לעניין הזכות לפעול בנכסים בעודם בראוי, או לעניין הכוח לממש את עצם קבלתם במוחזק, - ואם יש להם משמעות גם לאחר מכן, הרי זו משמעות נגררת בלבד. לכן יש בדיני-הראוי מקום להסדרים מפורטים בנידון, בבחינת הסדרים הנוגעים לזכויות בראוי. לעומת זאת, בשעבודים העשויים להיווצר מן הראוי למוחזק מעבר לכך, כל עיקר המשמעות הוא רק מכשיגיעו הנכסים למוחזק, ואילו בזמן הביניים אין לדברים משמעות אלא במובן זה שמצמצמים הם

בזה מתברר בעליל, כי נקודת-ההתפצלות איננה במושג השעבוד - בין השעבודים במוחזק מזה לבין השעבודים בראוי מזה, - אלא נקודת ההתפצלות השורשית היא בין הקניינים במוחזק לבין הקניינים בראוי, ורק על רקע ההתפצלות **הקודמת** הזאת - והשוני הנובע ממנה - חוזר ונמצא שוב דמיון פונקציונאלי ושטח-מגע כלשהו בשני עניינים, אשר הם מצידם נשארים על-כל-פנים, מבחינה מהותית ותוכנית, מנותקים זה מזה.

[[117]] כשהשיטות האירופיות מתעלמות מכך, ורואות הן גם את קניין פירות-הראוי והערובה בראוי כפעולות-שעבוד הנעשות בזכות עצמה כנשוא, והנושאות דמיון מעשי לשעבוד במוחזק, - שוב אין הן יכולות להימנע מראיית זכויות-השעבוד האלו כזכויות החלות ממש על הזכות המשועבדת; ובאופן כזה חוזרות הן ומאבדות את התירוץ שיכול היה לעמוד להן - שמושגי "השעבוד" במוחזק ובראוי הם שונים, ובעוד שבמוחזק השעבוד הוא אמנם זכות על החפץ, הרי בראוי אין הוא אלא עצם הפיצול של הזכות³⁶⁷. דבר זה קורה למעשה אפילו למי שגורס את התירוץ הזה בעצמו בפירוש³⁶⁸; והתוצאה היא שמצד אחד מסתבכת תורת-המשפט בשאלה חסרת-התשובה מה בכלל טיבה של זכות-השעבוד-בזכויות במיון המקובל בין "זכויות ריאליות" ו"זכויות פרסונליות"³⁶⁹ - ומצד שני מתגלה אפילו אצל הפרשנים הגרמניים הנטייה למשוך את הדברים עד מסקניותם העקבית במושג של "בעלות בזכויות"³⁷⁰. פירושו של דבר הוא במלים אחרות, שמושג "השעבוד בזכויות" נהפך לנקודת המוקד המובהקת ביותר שבה נוטה תורת-הנכסים האירופים להיעשות לא רק בלתי-עקבית במבניה המושגי, אלא גם מופרכת מבחינת תפיסתה המודעת. [[118]]

את קניינו הראוי של הזכאי הראשון. כאן יש חשיבות אפוא - בתחום דיני הראוי - רק לעצם האפשרות ליצור את השעבוד, אבל ההסדר המפורט של השעבוד עצמו, בקיומו, אין מקומו בדיני הראוי, אלא הוא יימצא ממילא בדיני המוחזק.

תוך כדי כך כדאי לנו לעיין בשאלה, אם כל אותה אפשרות של שעבוד מן הראוי למוחזק - לבד מן המקרה שחל הוא על-פי דין ממילא, כגון על-ידי זכות הבעל לפירות הנכסים של אשתו - אינה בעצם תיאורטית בלבד, אחר שלא נודע על דרך מפורשת בדיני ישראל כדי להעמיד שעבוד שכזה מן הבחינה הפורמלית. שהרי הכלל הוא, כי אין אדם מקנה אלא נכסים מסוימים ומצויים ברשותו במוחזק (שו"ע חו"מ סי' ר"ט). מלבד זה אמנם יכול אדם להעביר את זכותו בנכסים **ראויים** על-ידי מעשה כנגד האדם אשר ממנו ראויים הנכסים (שם, סי' קכ"ב ואילך, ור' משנה כתובות פ"ט מ"א), ואילו במה שנוגע להעברת זכיון - מסתבר שדינה תלוי בגדרי הזכיון: למשל, את הזכיון הנתון לדייג מכוח פרישת רשת - מסתבר שיוכל הדייג להעביר על-ידי הקנאת הרשת, ואילו זכות-יוצרים מסתבר שיוכל היוצר להעביר לפי מה שייקבע בתקנה המיוחדת אשר תעניק את הזכות. אבל כיצד יכול אדם להקנות למשל זכות-דרך בקרקע הראויה לו על-פי תביעה מחברו (על אפשרות תביעה כזאת ר' קצוה"ח על סי' רמ"ה ס"ק א')? נראה לומר, שאם תובע-הקרקע יודיע לחייב "במעמד שלשתן", כי בבוא הזמן לא ימסור את הקרקע אלא לשלישי, לשם קניין-דרך - הרי התוצאה המחויבת היא שאמנם קנה השלישי את הדרך בראוי. מכאן שוב יש להסיק, על-פי שו"ע סי' רנ"ג סעי' כ', שעל-ידי מתנת שכיב-מרע תושג אותה מטרה אפילו בלי "מעמד שלשתן" - ועל-פי זה מסתברת המסקנה שאמנם בכל הדרכים שיוכל הזכאי להעביר את הקניין הראוי לו בשלמות, הריהו יוכל גם **לשעבד** את הנכסים בראוי.

³⁶⁷ ג) במקביל לתירוץ הנרמז על-ידי הגדרת המיקח הגרמנית (בסעי' 433 של הבג"ב) ביחס למושג המיקח: ר' לעיל, פרק ג' סעי' ג' והערה י"ח שם.

³⁶⁸ נא) ר', למשל, **מסיניאו**, שבכרך א', עמ' 177, מעלה הוא את התירוץ האמור, ובכרך ב/א, עמ' 450, מנסה הוא לשכנע את הקורא שאין בכך סתירה למושג של קניין-הפירות בתביעה כזכות ריאלית על התביעה. בדומה לזה ר' **וולף-רייזר**, בעמ' 482, המנסה לפטור את העניין בהגיון האומר, שאמנם השעבוד בזכויות הוא פיצול הזכות, ואילו שעבוד החפצים הוא פיצול של זכות הנהפך לזכות בחפץ, אבל מאחר ש(בנוגע לחפצים) זכות-השעבוד (בחפץ) ופיצול הזכות המקורית הם זהים מבחינה **עניינית**, הרי שגם מבחינה **מושגית** מותר לדבר לא רק על פיצול-הזכות שהוא זכות על חפץ, אלא גם על פיצול-הזכות שהוא זכות על הזכות המתפצלת עצמה.

³⁶⁹ נב) **מסיניאו**, ב/א, עמ' 450.

³⁷⁰ ג) **וולף-רייזר**, עמ' 482.

פרק ט': מערכת זכויות-הממון בדיני ישראל (השוואה מסכמת)

א. מבנה המערכת

העולה מן הפרק האחרון הוא, שגם מבחינת ההקבלה הפונקציונלית בעניין אפשרות הפיצול המסויג של הזכות, אין הצדקה לצירוף הזכויות המופשטות כנשוא מקביל לחפצים במסכת דיני הנכסים, החפצים או הרכוש; ונמצא אפוא כי השלמנו לחלוטין את הצדקת גדר מסכת דיני הקניין העבריים, כפי שהסברנו את המושג בחלק הראשון של מחקרנו - או כפי שנכון בעצם לדייק ולבטאו: מסכת דיני הקניין במוחזק.

לפי הגישה המושגית העברית צריכים ויכולים אם-כן דיני הקניין במוחזק להיות באמת פרק-דינים, המקביל באופן מיוחד ומובחן לדיני "הזכויות הריאליות בחפצים חומריים" על-פי המושגים של אירופה; ותוך כדי כך אמנם צריך ויכול הפרק להכיל את דיני "הזכויות הפרסונליות בחפצי הזולת" (היינו דיני שכירות החפצים ושאלתם)³⁷¹, אבל אין לו שום צורך להתפשט על "חפצים בלתי-חומריים" - אם רעיונות וכוחות ואם זכויות מופשטות כנשוא מקביל לחפצים. באופן כזה מאפשרת הגישה העברית את השגת התכלית ההגיונית, שעמדה לפני עיניהם של עורכי הבג"ב הגרמני - היינו החיתוך הטבעי והברור בין מושגי החפצים והזכויות - בלי שתחייב בכל-זאת את ההסתבכות בסתירות, אשר בסופו של דבר חזרו ונסתבכו בהם אלה.

עקביות זו, מצידה, מתאפשרת - כפי שראינו - על-ידי שני תהליכים משלימים. ראשית, אשר ל"חפצים בלתי-חומריים" כגון כוחות, רעיונות וקשרי-מערופיא - מתברר על-פי הגיון הגישה העברית שאין הם כלל גורמים רכושיים המתאימים או הזקוקים למעמד עצמאי; ומצד שני - באשר לעצם הזכויות הרכושיות שאינן נכנסות בגדר "קניין במוחזק" - פותרת הגישה העברית על-ידי כך שחושפת היא את השאיפה הגלומה בהן למצב של קניין במוחזק בעתיד, ובאופן כזה מגיעה היא עד עצם הנשוא החפצי-החומרי המשותף - או, כביכול, "המכנה המשותף" - הקובע את מידת הדמיון הפונקציונאלי והמושגי, המתחייבת אמנם בינן לבין הקניין-במוחזק מלכתחילה.

על-ידי ההתפתחות הזאת מאפשרת הגישה העברית לדון בקניין-במוחזק ובקניין-שלעתיד - או **הקניין בראוי** - במאוחד, כל אימת שנחוץ הדבר: פשוט על-ידי השמטת **תואר** הקניין וקביעת נשוא הקניין במושג **הנכסים** (החומריים) בעלמא. והנה, איחוד זה נחוץ, בסייגים מסוימים, כפי שראינו, בכל הנוגע לתנועה הדינמית של הזכויות; אבל במצב הסטאטי, בניתוח של תוכן הזכויות [[119]] ומשמעותן, חוזרים אנו לצורך של הפרדה עקרונית בין הקניין-במוחזק מכאן לבין הקניין-בראוי מכאן.

³⁷¹ א) ר' פרק א' לעיל, הערה א'.

בתוך הקניין-בראוי, שוב, מתחייבת הבחנה פנימית מסועפת. בכיוון זה עמדנו ביחוד על ההבחנה בין הקניין הראוי על-פי **תביעה** לבין הקניין הראוי **בזכיון**³⁷²; ומסתבר כי בשני אלה מתמצה האפשרות שהקניין הראוי - עם כל היותו עתיד בלבד וחסר רשות אקטואלית בנכסים שאליו הוא מתייחס - יהא כרוך בכל זאת ביחסי זכות-וחובה אקטואליים אף בזמן-הביניים, היינו יחסי זכות-וחובה אשר הם כשלעצמם אינם מסוג הקניין. מעבר לשני הקניינים הללו אין בקניין הראוי (כגון זכות היורש בנכסי המוריש, או זכות הארוס בנכסי ארוסתו) אלא צד של ראיית קניינית בלבד: אין הוא מלווה בזמן-הביניים בשום רשות-מעשה או יכולת אקטואלית שהיא, וכל הזכות מתבטאה בינתיים רק במשמעות האחת הזאת, שאם הכל ילך למישרין יתגשם לבסוף הקניין הצפוי, במוחזק, מאליו.

בהתאם לכך ניתן לומר כי מיני זכויות-הרכוש האקטואליות לפי הגישה העברית - למעשה הם **שלשה: זכות הקניין במוחזק, זכות התביעה וזכות הזכיון**, - ונראה כי שלשה אלה מספיקים כדי להקיף את כל הנחוץ מתוך מניין הזכויות האקטואליות שמוצאים אנו במכלול הרכוש באירופה³⁷³. הקניין הראוי שאין בו צד-אקטואליות מקביל, מצידו, ל-Anwartschaften, שאף הן נמנות ברכוש [[120]] באירופה³⁷⁴; אבל בעוד שה-Anwartschaften, לפי דיוק מובן הגרמני, הן זכויות-הרכוש היחידות המוכרות באירופה כציפיות-זכות לפי מהותן, הרי על-פי הגישה העברית מוכרים גם התביעות והזכיונות כציפיות-זכות, ואף אותם אפשר היה בעצם לצרף בתרגום למושג ה-Anwartschaften³⁷⁵. צירוף כזה של כל מיני הזכויות הרכושיות, שאינן במוחזק, במושג מאוחד - מוצאים אנו במשפט האנגלי, בהבחנה בין choses in possession (ממש "נכסים מוחזקים") ו-choses in action ("נכסים ראויים")³⁷⁶; אך יש להדגיש כי למרות הנוסח המילולי של ההבחנה, אין ה-choses in action מתגלמים ב**נכסים החומריים שהם נשוא הזכות** (בדומה למצב ב-choses in possession), אלא מתגלמים הם בזכויות המופשטות - ויוצא אפוא כי במשפט האנגלי רק נמצא

³⁷² (ב) ייתכן שיתמה הקורא על מנהגנו להשתמש פעם במונח **הקניין-בראוי** ופעם בקניין **הראוי**. התרוץ הוא שאנו הולכים בזה לפי נוחות הסגנון, ואילו לגופו של עניין שני השימושים נכונים. במקורות אמנם אין אנו מוצאים אלא את השימוש של **נכסים מוחזקים ונכסים ראויים**, והעברת התארים אל מושג **הקניין בנכסים** היא רק תוצאה של הקש. בתוך ההתפתחות הזאת, השלב הטבעי הראשון הוא בהופעת הביטויים "קניין במוחזק" ו"קניין בראוי" (בעקבות הביטויים "יורש במוחזק" ו"יורש בראוי", המצויים גם במקורות: ר' למשל, שו"ע אה"ע סי' צ"ט סעי' א'); ואמנם, באשר ל"מוחזק", אין מכאן המשך עוד, כי ודאי לא ייתכן לומר "קניין מוחזק". אולם, במה שנוגע ל"ראוי", הרי כשם **שהנכסים ראויים** - ממילא גם הקניין לגביהם אינו קיים אלא ראוי, ובמילים אחרות משמע שהקניין-בראוי הוא גם ראוי בעצמו.

³⁷³ (ג) ר' **אנקצרוס-ניפרדי**, א', עמ' 556. כאן נזכרת אמנם בין זכויות הרכוש האקטואליות גם זכות

החזקה (של הגזלן - ותימה, אם-כן, למה אין הזכות נמנית עם "הזכויות הריאליות": ר' **היילפרון**, ג', עמ' 29; **וולף-רייזר**, עמ' 19); אבל בדיני ישראל אין החזקת הגזלן מוגנה כפי שהיא באירופה - ואילו היתה מוגנה כך, הרי שצריכה היתה להימנות עם זכויות הקניין-במוחזק, כשעבוד. כמו כן מזכיר כאן אנקצרוס-ניפרדי את הברירה להצטרף לחוזה - אבל זוהי, למעשה, רק **תביעה** גמורה, על תנאי. אשר לזכות-הירושה, המוזכרת אף היא בהקשר זה - ר' את יישוב העניין בעמ' 301-302.

³⁷⁴ (ד) **אנקצרוס-ניפרדי**, א', עמ' 556, 310.

³⁷⁵ (ה) לשם יתר דיוק כדאי להבהיר, שה-Anwartschaft הגרמנית אמנם אינה מוכרחה תמיד להיות ציפיה ישירה למה קוראים קניין-במוחזק: היא יכולה גם להיות ציפיה לתביעה או ציפיה לזכיון. לפי גישתנו, אף ציפיה לתביעה או לזכיון, המובטחת בדיוק, היא קניין ראוי בנכסים הצפויים להתקבל במוחזק על-פי התביעה או הזכיון.

³⁷⁶ (ו) ר' **גודיב**, עמ' 195 ואילך.

בהבחנה זו בסיס ליצירת ההקבלה המופרכת בין חפצים וזכויות, אשר ממנה מבקשת תורת- המשפט להשתחרר³⁷⁷.

ב. מקרקעין ומיטלטלין

שאיפה זו, להשתחרר מן ההקבלה בין החפצים והזכויות, באה על ביטוייה המובהק ביותר בעניין צדדי, שלא יכולנו להתעכב עליו בפרוטרוט בדרך-המלך ההגיונית של הרצאת מחקרנו. הכוונה היא למיפגש הדיאלקטי של החפצים והזכויות במושג **המקרקעין והמיטלטלין**, אשר רק הזכרנו אותו פה ושם באגב³⁷⁸, - ועתה יכולים אנו לחזור ולברר את הבעיה בהקפה המלא, כראוי.

יסוד ההבדלה בין המקרקעין והמיטלטלין הוא בהבדל חומרי לחלוטין: בכמה וכמה עניינים, במה שאנו קוראים דיני הקניין במוחזק, נמצא מן הנכון או ההכרח לקבוע דינים שונים בנכסים שונים, לפי מה שהם מקרקעין³⁷⁹ או [[121]] מיטלטלים מטבעם³⁸⁰. אולם, בגלל הדמיון המחויב בין דיני העברת החפצים (היינו הבעלות בהם) ודיני ההעמדה וההעברה של שעבודים המתייחסים אליהם - במקרקעין מצד אחד ובמיטלטלין מצד שני, - באו שיטות המשפט באירופה לידי זיהוי זכויות-השעבוד המופשטות, גם-כן כמקרקעין או מיטלטלין, - כדי שהחלת הדין על "העברת המקרקעין" או "המיטלטלין" תחול ממילא על מעשה המתיחס לבעלות ומעשה המתיחס לשעבוד, כאחד. יתר-על-כן, מצד המיטלטלין אמנם לא היתה לגורם זה חשיבות רבה מבחינה מעשית; ולכן, כנגד הרחבת מושג המקרקעין על **שעבודי-המקרקעין**, התפשטה הרחבת מושג המיטלטלין בלי סייג כלשהו, כדי להקיף גם את כל הזכויות כלן באשר **אין** הן מקרקעין³⁸¹.

והנה, בשתי הרחבות אלה נמצאה סתירה משולשת: לא זו בלבד שהרחבת מושג המיטלטלין בלי סייג סתרה את השימוש במושג זה כמוקד להאחדת הדין בפעולות המתייחסות למיטלטלין ממש - אלא גם נסתר השימוש במושג המקרקעין והמיטלטלין בבואם לשמש במיוחד במובן החומרי-המקורי. שהרי משבאים מושגים אלה לציין את החפצים החומריים והזכויות המופשטות כאחד, ממילא רק אנומליה היא לדבר על "המחזיק במיטלטלין", למשל, או על "המתפרץ למקרקע הזולת" - ובהתאם לכך, בהמשך, כשם שבתחילה נעשו מושגים אלה מוקד להקבלת החפצים והזכויות, כן נעשו הם בדרך הריאקציה מוקד מיוחד לשאיפה לבטל את ההקבלה המבלבלת הזאת³⁸².

לפי הגישה העברית, לעומת זאת, נפתרת הבעייה בפשטות, על-ידי כך שבאמת רק הנכסים החומריים - שהם הנכסים האפשריים היחידים - מתחלקים למקרקעין ומיטלטלין; וכשדין

³⁷⁷ (ז) את ההבחנה האנגלית בין *choses in possession* ו-*choses in action* אין לערב עם ההבחנה בין *res corporales* ו-*res incorporales*, כי שעבודים ריאליים הם *res incorporales* אבל *choses in possession*, ואילו רעיונות הם *res incorporales* אשר *choses in action* כוללות רק את הזכויות המתייחסות אליהם ולא אותם בעצמם.

³⁷⁸ (ח) לעיל, פרק א' סעי' ב' (הערה ז'), שם הערה כ"ב וסעי' ה' ו-ו', וביחוד פרק ד' סעי' ג' והערות ח' ו-ט' שם.

³⁷⁹ (ט) ר' לעיל חלק א', פרק ב' סעי' ד', הערות ל"ו, ל"ז.

³⁸⁰ (י) ביחוד במה שנוגע לדיני העברת הקניין, דיני ההחזקה ומיני השעבודים האפשריים: זכות דרך, למשל, נמנעת במיטלטלין מטבע הדברים.

³⁸¹ (יא) ר' מקורות בפרק ד' לעיל, הערה ח'.

³⁸² (יב) **סלמונד**, עמ' 430; עבודות הועדה לשינוי ספר החוקים האזרחי הצרפתי, שנת 1946-1947, עמ' 669 ואילך; סעי' 813 של ספר החוקים האזרחי באיטליה; סעי' 82-83 של ספר החוקים האזרחי המצרי מ-1948.

מסוים מוחל על הקנאת מקרקעין או מיטלטלין, חל הוא ממילא על הקנאתם לבעלות או לשעבוד (אלא אם נקבע, או מתחייב משיקולים צדדיים, אחרת)³⁸³. בהתאם לכך אין נשאר אמנם ציון חיובי מאוחד לנכסי-מיטלטלין ונכסים אחרים שאינם דווקא מקרקעין - היינו נכסים ראויים, סתם; והדבר עשוי להיות חשוב, כי [[122]] - למשל - על תביעת מקרקעין, כפי שהערנו זה עתה, אין נשבעים, אבל על תביעת מיטלטלין ונכסים ראויים נדרשה לפעמים שבועה. אבל באמת, התקלה היא אפסית, כי ודאי עדיף לומר "נכסים שאינם מקרקעין" (או, כפי שמקובל במקורותינו, "נכסים שאין להן אחריות")³⁸⁴ מאשר להשתמש בהרחבה מלאכותית ורב-משמעית של מושג המיטלטלין³⁸⁵.

ג. ריכוז זכויות הממון במושג הקניין

נשאר לנו עוד אם-כן לבדוק רק מהם גדרי ההצדקה לריכוז כל זכויות הממון, או הרכוש, במושג הקניין בחפצים לבדו - ולשם כך נפתח בשאלה אחרת: מהו בעצם העניין המשפטי במושג הרכוש ובזכויות הממון בכלל?

ראינו כי בשיטות של אירופה שנויה מהות יחודן של זכויות הרכוש במחלוקת, אלא שמכרעת הדעה כי אלו הן הזכויות שיש להן ערך ממון³⁸⁶. אולם, אילו הן הזכויות שיש להן ערך ממון? על זה, כנדמה, אין לעיון האירופי שום תשובה עקרונית מניחה את הדעת - ומצד שני אין לו גם תשובה על השאלה, כיצד הופך ערך הממון את הזכות לנשוא משפטי מיוחד? כי ערך ממון יש, למשל, לא רק לזכויות, אלא גם לשרות הנעשה תמורת כסף; ומדוע, אם-כן, היכולת לספק את השרות אינה נחשבת כרכוש, אף-על-פי שהבעלות בחפץ - המאפשרת למכרו - היא רכוש?

התשובה מתחילה להתברר כשעוברים אנו להסתכל בדבר מנקודת-הראות של השיטה העברית.

טעות התפיסה האירופית היא, שזו ניגשת אל העניין מלכתחילה מבחינת ערך-החליפין הממוני של הזכות. כי ערך חליפין ממוני - למעשה משמעו רק שיבוץ של נשוא בסולם-העדיפויות של כל מכלול התכליות השונות הרצויות לאדם; וערך-החליפין הממוני של זכות כלשהי אינו אלא שיבוץ התכלית העובדתית של הזכות באותו הסולם. והנה, משנתפסים הדברים על הרקע היסודי הלזה, ממילא [[123]] באים אנו לערך-החליפין הממוני הנמצא אפילו בתכליות כגון בריאות האדם, חרותו, הנאת יחסים עם קרוביו, הצבעתו בבחירות - או הזכויות המתייחסות לכל אלה; ולא רק כפי שמתאשר, למשל, בעליל בדיני הנזיקין, מצד ההגנה המשפטית על התכלית, אלא גם מצד החישובים היום-יומיים של האדם - או מצד האפשרות, החוקית או הבלתי-חוקית, ממש לסחור

³⁸³ (ג) דוק בשו"ע חו"מ סי' קצ"ה סעי' ט"ו; ובדוגמה אחרת: מתוך הכלל שאין נשבעים על תביעת קרקעות, משתמע ממילא שאין נשבעים לא רק על תביעת בעלות בקרקעות, אלא גם על תביעת שעבוד קרקעי: ר'י, למשל, בבא מציעא ד' ב'.

³⁸⁴ (ד) כלומר, נכסים שאין נופל עליהם שעבוד-הקרקעות האוטומטי הנוצר בסתם על-ידי התחייבות בשטר - ר'י בבא מציעא ד' ב'.

³⁸⁵ (ט) בהצעות החקיקה החדשות ביותר על בסיס תורת-המשפט האירופית מעדיפים כבר גם-כן לצמצם את החלוקה בין מקרקעין ומיטלטלין לחפצים החומרניים בלבד - אף בלי דרכי העקיפין שבאמצעותן ניסו עוד לאחוז בשני הקצוות בחוק האיטלקי או המצרי, ואף בלי התקנה השכנגד המצויה לפחות במבנה המושגי העברי: ר' מאירס, סעי' 3.1.2, ודברי-הסבר בעמ' 162; וספר החוקים האזרחי החבשי, סעי' 1126.

³⁸⁶ (ז) לעיל, פרק ג' סעי' א' והערה ב' שם.

בתכליות האמורות, על דרך המסחר בזכויות הרכושיות. מתוך כך מתעוררות השאלות שהזכרנו - מה יחודן של זכויות-הרכוש כנגד שאר תכליות שבעולם, או הזכויות המתייחסות לשאר תכליות שבעולם, אחר שלכלן בעצם יש ערך-חליפין ממוני (ולו יהא שלפעמים אמנם אין התכלית עומדת לחליפין-למעשה "בשום הון").

לעומת זאת, השיטה העברית אינה בודקת את הזכויות מבחינת ערך-החליפין שלהן, אלא גישה היא מלכתחילה עניינית, ובודקת היא את הזכויות מבחינת נשואן או מבחינת תכליתן העובדתית, במישרין. את הבדיקה הזאת יש להבין בצורה התפתחותית. בשלב הראשון מיחדת השיטה העברית מתוך מכלול הזכויות את אותן הזכויות המגלמות את הקניין בחפצים במוחזק ואשר לכל הדעות מיוחדות הן בטיבן מכל מיני הזכויות האחרות. לאחר מכן עוברת היא לתחום היחסים הכלכליים, המתנהלים בין בני אדם באופן הדדי על בסיסו של מודד הממון - וכאן מוצאת היא שאמנם עשוי הממון למדוד את ערכן של תכליות מכל המינים, אלא שעל-כל-פנים אין למדידה זו כשלעצמה משמעות משפטית כלשהי. המשמעות המשפטית מתחילה רק כשיש להבטיח את התכליות - או, נאמר מעכשיו, את הערכים הממוניים - שאדם כבר השיג, או שיש להבטיח לו את הערכים הממוניים הראויים להגיע אליו. כי ההבטחה הזאת עשויה להיעזר אמנם באמצעים מאמצעים שונים, אך אין על-כל-פנים אמצעי בעולם העשוי להבטיח את הערכים (המוחזקים או הראויים) בעין, בודאות מושלמת שאין בה פירצה. מכאן מתעורר הצורך להבטיח לנפגע לפחות ערך ממוני של תחליף, במקרה שהשאיפה להבטיח את הערכים בעינם תיכשל, - והערך הנועד מעצם טיבו לשמש את הצורך הזה הוא ערך הממון בעצמו. בהתאם לכך, הזכויות להבטחת התחליף הממוני של הערכים השונים הריהן זכויות להוצאת ממון מאת הפוגע, או מאת המפר את חובת ההספקה של ערך ממון כלשהו, וזהו בוודאי המקור למושג של "דיני ממונות". אך כאן שוב נתקלת ההתפתחות במכשול בהכרח, משום שלא תמיד ניתן להוציא מן החייב את ממון-התחליף המספיק. והנה, במקום שאמנם חסר לאדם הממון (במובן המדויק) המגיע ממנו, הדרך היחידה להשיג את הממון מידו היא לקחת את החפצים האחרים הקנויים לו ולהחליפם בממון; מלבד החפצים שבממש (ובקניין הניתן להעברה) לא יתואר דבר הנמכר בשוק ושאפשר לקחתו מאדם בעל-כרחו³⁸⁷ - ומשמע, במילים אחרות, כי בין אם ימצא לחייב הממון [[124]] המספיק ובין אם לא, הרי על-כל-פנים אין ערכי-הממון של אדם יכולים להיות מובטחים בתחליף של ממון אלא באמצעותה של זכות לחפצים קנויים של ממש (ובכלל החפצים - הממון עצמו, שאף הוא אינו אלא חפץ ממש). בנקודה זו נקשר הקשר בין "דיני הממונות" לבין "דיני הקניין בחפצים", כי החפצים-הקנויים-בכללם - ולא רק הממון-במצומצם - נמצאים להיות ערך-הממון המיוחד, אשר כל הזכויות המבטחות ערכים של ממון מוכרחות להיות מכוונות סוף-כל-סוף לקראתו; ומתוך כך, שוב, מתגבש הזיהוי בין "דיני הממונות" לבין דיני הקניין בחפצים; שהרי אם הזכויות לממון-בראוי הן בבחינה קניין שבראוי במכלול החפצים הקנויים, ממילא יוצא שגם הקניין בחפצים במוחזק אינו אלא הגשמת-הקניין בערך-הממון המובהק. כל ערכי הממון האחרים, לעומת זאת,

³⁸⁷ יז) דבר אחר שאפשר להכריח את האדם לתיתו, ואשר יש לו ערך בשוק, הריהו לכאורה דבר עבודתו; אך באמת זהו הקושי, שאת העבודה אפשר רק להכריח לתת, אבל אין אפשרות לקחתה בהכרח. את מיקח העבודה יכול החייב תמיד להכשיל, ומטבעה אין היא כשרה אם-כן לשמש בענייננו. - אין צריך לומר שגם זכויות באשר הן אינן יכולות להועיל בענייננו, שהרי הזכויות אינן ערך לעצמן, כי אם רק בגין תכליתן העובדתית, ועדיין רק על ערכים עצמיים שבעובדה אנחנו מדברים פה.

מוצאים מן התמונה לגמרי; משום שגם אם אפשר להעריכם בממון - הרי הזכויות המתייחסות אליהם, כשלעצמם, בהבדל מן הזכויות הבאות להגן עליהם או להבטיח את השגתם, אינן **זכויות ממון**, ואף לא **זכויות באותו ערך-ממון מסוים שבא לידי זיהוי עם מושג הממון בעצמו**, - ועל-פי טבע הדברים הורחב מושג הממון רק על הערך הזה, **משום שהזכויות המתייחסות אליו עשויות להבטיח ערכים אחרים, ואילו הזכויות המתייחסות לערכים אחרים אינן מובטחות אלא באמצעות הזכויות המתייחסות אל הערך הזה**.³⁸⁸

אולם, הסבר זה עדיין אינו ממצה את בעייתנו כלה. אמרנו כי החשיבות המשפטית של מודד הממון מתעוררת מלכתחילה בקשר להבטחת ערכים שכבר **הושגו לאדם** או בקשר להבטחת ערכים **שעדיין הם רק ראויים לו**. אולם, ראינו מקודם כי הערכים הראויים אינם מוכרחים להיות מבוטחים דווקא **בתחליף ממוני**, כדי שהזכויות המבטיחות אותם תיחשבה כזכויות של ממון: והיינו כשהערך אינו מבוטח **בתביעה**, המזכה לקבלו מידי של אחר, כי אם **בזכיון**, המעניק לאדם זכות מיוחדת³⁸⁹ להפיק את הערך בעצמו, או שמבוטחים ערכים בראוי על-ידי **זכיה שתתרחש ממילא, בלי שום זכות אקטואלית בינתיים**.

[[125]] והנה, הזכויות בראוי שאין בהן צד אקטואלי - מטבע הדברים אין הן יכולות להיחשב כזכויות של ממון אלא אם תהיינה מכוונות לזכויות ממון אקטואליות³⁹⁰, והבעיה שנתר לנו לדון בה בהקשר זה למעשה הריהי אפוא רק בעיית **הזכיון**. בקשר לכך יש לומר כי הערך שאליו הזכיון מתייחס, אמנם אינו מוכרח להיות חפץ דווקא, ואפשר אפילו שגם **תמורתו** של הערך תיגבה למעשה בערכים מופשטים (כגון מונופולין של הובלה, המקבל להובלה חפצים של עובד, בשכר עבודתו). אולם, אם המדובר הוא בהפקת **ערכים של ממון**, ממילא פירוש הדבר הוא שמכל-מקום לגבי **תמורת** הערכים תהא לפחות **תביעה הנמשכת עד לממון של ממש**: ומעתה, אף אם תהליך ההפקה או המסחר יסתיים משום-מה לפני שיגיע הזכאי לחפץ-ממש, מכל-מקום העובדה נשארת כי זכותו נתונה לקיים תהליך, אשר אם ימוצה בשלמות - אמנם הוא יסתיים בהשגת חפץ-ממש - ועל שם השלמות הזאת נתפסת אף זכות הזכיון בבחינת קניין בחפצים שבראוי וזכות שבדיני ממונות³⁹¹.

³⁸⁸ (ח) בנקודה זו ראוי לחזור ולתת את הדעת על מעמד אותן זכויות הקניין שאינן ניתנות להעברה. ראינו (לעיל, פרק ו' הערה ג'), שאמנם משמעותן לעניין **נכסים** או **ממון** היא פגומה, אלא שעל-כל פנים, מבחינה עקרונית, נחשבות הן כזכויות של ממון - ויש לשאול, על סמך מה? מסתבר כי התשובה היא שגם אם אין הזכויות האלו מרחיבות את כושר אחריותו הממונית של הקונה, הרי על-כל-פנים תוקפן הממוני איננו בטל, כי אם רק מותלה, והרי הן מקיימות אפוא את החפץ בבחינת **ממון שבכוח**.

³⁸⁹ (ט) הזכות צריכה דווקא להיות מיוחדת, כי במקרה שהיא כללית אין היא מזכה את האדם בשום יתרון של ערך ממוני בהשוואה לזכותם של אנשים אחרים, ואז פשוט מתעלמים ממנה, כדי שלא להביאה תמיד בחשבון הרכוש של כל אדם לחוד.

³⁹⁰ (כ) השווה לעיל הערה ה'.

³⁹¹ (כא) להבהרת-יתר ראוי לציין, שאמנם כל ערך-ממון שהוא, אשר יש לאדם שליטה עליו, עשוי להכניס לאדם תמורה של ממון בממש; אולם, כפי שראינו - סתם ערכים כאלה שאינם חפצים אינם בגדר ממון, ואילו כאן - אף זכיון המסתיים למעשה בערכים כאלה הוא בגדר זכיון ממוני, כי התמורה החפצית של הערכים הבלתי-חפציים היא כאן לא רק **אפשרית**, אלא היא גם **צפויה** על-פי **זכות נתונה, המכוונת להשגתה**. מצד שני, אם הערך המופק על-פי רשות מיוחדת לא יהא חפץ הנקנה למפיק, והפקתו לא תהא גם לשם תמורה ממונית - כגון שיורשה אדם לנגן בציבור בחינם - ודאי לא יהיה כאן זכיון ממוני, אף אם למעשה ישלמו אנשים בעד שמיעת הנגינה.

באופן כזה מתבררת אפוא לחלוטין השלמות הפנימית וההצדקה האובייקטיבית לדרך התפיסה העברית בענייננו ; אך נשאר לנו להשלים עוד את הערכתה היחסית לעומת התפיסה באירופה. לשם כך צריכים אנו לחזור ולשאול, האם "הזכויות שיש להן ערך ממון" - לפי הגדרת הרכוש באירופה - ו"הזכויות המזכות את האדם בקניין בממון (או בחפצים של ממש) במוחזק או בראוי", לפי הגדרת הזכויות הממוניות בדיני ישראל, מכסות באמת את אותו התחום בעצמו? על-פי בחינה עובדתית, התשובה היא כי בכפוף להבדלים מקריים במניין הזכויות המתאפשרות בכל שיטה ושיטה, אמנם התחום הוא שווה³⁹² - ולפי זה מתברר כי ההגדרה העברית לא רק מוצדקת בתוכה, אלא גם עדיפה היא על ההגדרה האירופית, הרומזת לכאורה להכללתן של זכויות אשר אין כוונה להכלילן ושאמנם אינן נכללות. את פגם ההגדרה האירופית ודאי יש להסביר מתוך כך, שבאירופה ניתק הקשר המושגי בין הזכויות לערכים שבראוי לבין הבטחתם הממונית שברקע, ולכן לא יכול היה העיון להבהיר כי בגדר "הזכויות שיש להן ערך-ממון" הכוונה היא למעשה רק לאותן הזכויות שערכן בא להן משום שהן עצמן מזכות בממון, ואין הכוונה לזכויות שערכן בא להן באופן אחר. זוהי אם-כן נקודה נוספת על מה שכבר ראינו, החוזרת ומצדיקה את הרכבה הזכויות שבראוי על מושג הקניין בחפצים, גם כשמשמעותן האקטואלית בינתיים אינה בעצמה קניינית.

³⁹² (כב) לעיל, סעי' א' והערות ג'-ד' שם.