

קניין אגב

חושן משפט סימן ר"ב

הקדמה	סיכום קצר
א. שיטת הרמב"ם ע"פ המ"מ - 'צבורין' מדין	ד. השלכות
חצר	1. שדה במכר ומיטלטלין במתנה
ב. אפשרויות אחרות להבנת פעולתו של קניין	2. שדה לאחד ומיטלטלין לאחר
אגב	3. אגב בהפקר
1. איחוד עסקאות	4. עבדים בקניין אגב
2. מיטלטלין כגוף הקרקע	5. מטלטלי דניידי ומקרקעי דניידי
ג. היחס בין צבורין ושאינם צבורין	6. שיעבוד מיטלטלין הנקנים באגב

הקדמה

המשנה בקידושין [כו ע"א] מגדירה את הקניין הקרוי 'אגב', וקובעת:

...נכסים שאין להם אחריות נקנין עם נכסים שיש להם אחריות, בכסף, ובשטר, ובחזקה.

ומפרש רש"י [שם]:

אם מכר מטלטלין עם קרקע, כיון שקנה לוקח את הקרקע באחד משלשה קנינים - נקנים מטלטלין עמה.

הגמרא [שם] מביאה מקור לקניין:

מנהני מילי? אמר חזקיה, דאמר קרא: ויתן להם אביהם מותנות... עם ערי מצורות ביהודה.¹

וכן נפסק ברמב"ם [מכירה ג', ח, דבריו יובאו להלן בפרק א'] ובשו"ע² [ר"ב, א].

קניין אגב הוא קניין יוצא דופן. ייחודו הוא בכך שבעוד שברוב הקניינים מעשה הקניין מתבצע באמצעות פעולה על החפץ הנקנה, (כגון קניין משיכה, בו הקונה מושך את הבהמה שקנה), בקניין אגב לכאורה לא נעשית שום פעולה על החפץ הנקנה. במאמר זה ננסה לברר את גדרו של קניין זה, וטעמו.

א. שיטת הרמב"ם ע"פ המ"מ - 'צבורין' מדין חצר

במבט פשוט נראה שיש דמיון בין קניין אגב ובין קניין חצר, ודמיון זה בולט כאשר המיטלטלין צבורין בתוך הקרקע.

הרמב"ם [מכירה ג', ח-ט] כותב:

ח. המקנה קרקע ומיטלטלין כאחד, כינון שקנה קרקע בכסף או בשטר או בחזקה נקנו המיטלטלין עמהם. בין שהיו שניהם במכר או במתנה, בין שמכר מיטלטלין ונתן קרקע, בין שמכר הקרקע ונתן המיטלטלין - כינון שקנה קרקע קנה מיטלטלין.

ט. במה דברים אמורים, בשהיו המיטלטלין צבורין באותה קרקע. אבל אם היו במקום אחר צריך שיאמר לו קנה המיטלטלין על גבי הקרקע.

המ"מ³ מסביר מדוע בהלכה ח' אין הרמב"ם דורש אמירה, ובהלכה ט' הוא דורש אמירת 'קני אגב':

1. **תוספות** [ב"ק יב ע"א ד"ה אנא] אומרים ש'אגב' הוא קניין דרבנן, וקרא אסמכתא בעלמא. **הנימוקי יוסף** [שם] אומר שהקניין מדאורייתא, ועיין **בקצות החושן** [ס"ק ה] שדן בדברי התוספות הנ"ל, ומסיק שקניין אגב הוא מדאורייתא.

2. הפנייה סתמית לשולחן ערוך מכוונת לסימן זה.

3. בדברי הרמב"ם עצמם נדון בהמשך.

אבל בצבורין, כיון דקנה קרקע, דעתו ז"ל דהוי ליה קרקע זה כחצרו, וחצרו של אדם קונה לו.

לדעתו, כשהמיטלטלין צבורין הקניין הוא קניין חצר שאינו מצריך אמירה, ולא קניין אגב. בצבורין יש אפוא, לדעתו, שני מעשי קניין: הראשון הוא קניין הקרקע, והשני הוא קניין חצר שעל ידו נקנים המיטלטלין.⁴ וקשה על הבנה זו מכמה בחינות:

א. בהמשך הסוגיא [קידושין כו ע"א] מעלה הגמרא 'הוה אמינא' שקניין אגב מועיל רק אם המיטלטלין צבורין. וקשה, מדוע אם כן שאלה הגמרא "מנהני מילין", והרי המקור לקניין חצר ידוע ונלמד בגמרא [ב"מ י ע"ב] מהפסוק (שמות כ"ב, ג) "אם המצא תמצא בידו הגנבה"?

ב. הכס"מ אומר, שאם נכסים צבורין נקנים בקניין חצר, לא היה על הרמב"ם להזכיר זאת בהלכות אלו, העוסקות בקניין אגב.⁵

הר"ן [י ע"ב מדפי הרי"ף] מבין גם הוא שלדעת הרמב"ם 'צבורין' נקנים מדין חצר, ומקשה, מדוע אם כן לא חילק הרמב"ם בין חצר משתמרת לשאינה משתמרת. ומוסיף הר"ן שזו השגת הראב"ד.

אולם מפשט לשון הראב"ד נראה שהוא לא השיג על עניין זה כלל. הראב"ד לא חולק על אופן הקניין שבדברי הרמב"ם, אלא על הצורך באמירה המוזכר שם, וכפי שנראה להלן (וכן כותב הכס"מ).

4. ואולי יש לחלק לפי שיטת המ"מ גם בין שני סוגי נכסים צבורין, ולומר שכשהנכסים צבורין והחצר משתמרת הקניין הוא מדין חצר, וכשאינה משתמרת - מדין אגב. כך משמע מהב"י [סעיף א' ד"ה וכתב הרמב"ם], שמתיר את קושיית הר"ן (שתובא להלן) ואומר, שדרכו של הרמב"ם לסתום במקום אחד ולפרש באחר, וכאן סמך על מה שאמר שצריך שהחצר תהיה משתמרת. כלומר, שבחצר משתמרת הקניין מועיל מדין חצר (ונפקא מינה לכך שאין צורך באמירה), ובחצר שאינה משתמרת הקניין מועיל מדין אגב, כמו ב'אינם צבורין'.

5. **המאירי** [קידושין, שם] מקשה: מדוע הגמרא מסתפקת אם בעיני צבורין או לא, שהרי אם 'הוי צבורין' ייקנו בתורת חצר? ועונה המאירי, שכנראה הגמרא מדברת על חצר שאינה משתמרת. ולפי המ"מ, שמסביר שמיטלטלין צבורין נקנים בקניין חצר, חוזרת קושיית המאירי.

בספר גידולי תרומה [על ספר התרומות. שער מג. ח"א. אות ז] מקשה על המ"מ שלכאורה יש בדבריו סתירה פנימית בהבנת קניין אגב לפי שיטת הרמב"ם. הרמב"ם פוסק בהלכה ז' שם: "וכן השוכר את המקום שאותן המטלטלין... קנה". ומפרש המ"מ:

ודנקא בחצר המשתמרת לדעת השוכר, או שהוא עומד בצד המקום ההוא, הא לאו הכי - לא, אלא אם כן הקנה לו מדין מטלטלין עם הקרקע, ולדעת ההשגות צריך אגב בפירוש.

המ"מ אומר שלדעת הרמב"ם יש שתי דרכים לקנות ע"י שכירת המקום:

1. לקנות בחצר המשתמרת או בחצר שהקונה עומד על ידה.
 2. לקנות בחצר שאינה משתמרת וכשהקונה אינו עומד לידה מדין אגב, ובכל זאת אומר הרמב"ם שאינו צריך אמירה (בניגוד לדעת הראב"ד).
- מפורש, אם כן, בדבריו, שגם כאשר אין קונים מדין חצר וקונים בקניין אגב לא נצרכת אמירה! ועיין בגידולי תרומה [שם] שתירץ בדוחק.⁶

6. ואולי אפשר להציע חלוקה בדברי המ"מ, ולחלק בין קניין אגב הפועל מדין חצר, ובין קניין חצר הרגיל.

מה ההבדל בין קניין אגב מדין חצר לדין חצר הרגיל? נבאר את הדברים באמצעות דברי הפרישה.

הפרישה [סעיף ב] מסביר, שלפי דעת הרמב"ם 'אגב' אינו מועיל מדין חצר, ומקשה הפרישה: ואם תאמר להרמב"ם, איך מצינו לעולם דבעי חצר המשומר, הא כל שמונח בתוכו קני ליה בתורת אגב!... וצ"ל, דסבירא ליה להר"מ דע"כ לא שייך קניין אגב אלא כשלא היה שום אחד מהן שלו... דכי האי גוונא כתוב 'ויתן להם אביהם מתנות'... אבל כשהחצר בתחילה היה שלו... לא שייך קניין אגב כלל... אלא קניין תורת חצר, ולהכי בעינן שיהיה משומר.

החלוקה שבדבריו ברורה. הסברנו שכל עניינו של אגב הוא לצמצם את מעשי הקניין, ולכן כשאדם קונה קרקע עם מיטלטלין, פעולת הקניין של הקרקע מועילה לקניין המיטלטלין. אבל אם הקרקע כבר שלו לא יועיל אגב, משום שלא נעשה שום מעשה קניין במיטלטלין.

על פי זה אפשר להסביר את דעת המ"מ. כזכור, הציע המ"מ שתי אפשרויות לקניין מיטלטלין ע"י קרקע שכורה: או שיעמוד על ידה ויקנה מדין חצר, או שיקנה את המיטלטלין אגב הקרקע השכורה. ונראה לפרש, ששתי האפשרויות הן גווניו שונים של קניין חצר (קניין חצר רגיל או קניין אגב שהוא מדין חצר). המ"מ מבחין בין שתי התייחסויות של האדם לקניין. אם האדם מתכוון לקנות את הקרקע ורק אחר כך לקנות מכוחה את המיטלטלין, הוא זקוק לחצר משתמרת או לחצר שעומד בצידה, אולם אם הוא מתכוון לשכור את הקרקע ובד בבד לקנות גם

נסכם בקצרה: המ"מ מסביר שלפי שיטת הרמב"ם נכסים צבורין נקנים בקניין חצר ולא בקניין אגב, ולכן אין צורך באמירה כדי לקנותם. ואולם במקום אחר אומר המ"מ שלפי דעת הרמב"ם אין צורך באמירה גם בחצר שאינה משתמרת (וברור ששם קניין חצר רגיל לא יועיל). כמו כן ראינו שההבנה שיצבורין נקנים בקניין חצר אינה מתיישבת כל כך בתוך הסוגיא. ואכן, שיטתו של המ"מ היא שיטה יחידאית.

ב. אפשרויות אחרות להבנת פעולתו של קניין אגב

1. איחוד עסקאות

בפשטות, קניין אגב בא לצמצם את מעשי הקניין. נפרט: כאשר אדם רוצה להקנות לחבירו קרקע ומיטלטלין, בעצם הוא מבקש ליצור שתי עסקאות: עסקה לקניין הקרקע, ועסקה לקניין המיטלטלין. ובאופן פשוט, יש צורך במעשה קניין לכל עסקה. לכאורה, נראה שקניין אגב בא לאחד את העסקאות ולעשותן לעסקה אחת, ולוותר על מעשה הקניין בעסקה אחת.

את המיטלטלין, הרי שלמרות שמנגנון הקניין - קניין אגב - הוא בעצם חצר, לא נדרשת חצר משתמרת או חצר שעומד בצידה. ומכל מקום לא מצאנו סברא לחלוקה זו וצ"ע רב בעניין. (וגם אם לא נקבל את שיטתו של המ"מ, יש מקום רב מסברא לחלוקה זו).
הרמ"א [סעיף ב'] מביא את דעת הראב"ד: "וי"א דאפי' הם צבורים בתוכה צריך שיאמר קנה אגב קרקעי". ומעיר **הסמ"ע** [ס"ק ד]: "והיינו דוקא כשאין הקרקע משומר לדעתו, דאלי"כ היה קונה בתורת חצר".
הסמ"ע פוסק, אפוא, שניתן לקנות את הקרקע ואת המיטלטלין כאחד, ובכל זאת לקנות בקניין חצר.

הש"ך [ס"ק ג] דוחה את דברי הסמ"ע, ואומר שקניין חצר מועיל רק כשהחצר כבר הייתה שלו, אבל כאשר 'חצירו ומתנתו באים כאחד' אינו קונה מדין חצר אלא מדין אגב. (וממילא, לפי פירושו של הש"ך, אזדא לה תמיחתו של המאירי על הגמרא, שהבאנו לעיל, מדוע אם הנכסים צבורין אין הם נקנים בתורת חצר).

אנו רצינו לומר שלדעת המ"מ ע"פ הרמב"ם כאשר חצירו ומתנתו באים כאחד יש קניין אגב מדין חצר, ודין חצר כאן עדיף מדין חצר רגילה, שהרי כשקונה מדין אגב החצר אינה צריכה להיות משתמרת. ולעומת זאת סובר הש"ך שלדעת הראב"ד (ואולי אפילו לדעת הרמב"ם) אם חצירו ומיטלטליו באין כאחד, אין זה קניין חצר.

ויש להעיר, **שקצה"ח** [ס"ק ג'] ו**נתה"מ** [ס"ק א'] דוחים את הש"ך ואומרים שדעתו היא נגד כמה סוגיות מפורשות בש"ס.

אפשרות אחת להסביר זאת היא לומר שכאשר בוחנים את היחס שבין שתי העסקאות, מגלים שיש עסקה מרכזית ועסקה משנית לה. קניין המיטלטלין הוא משני לקניין הקרקע, וטפל לו, ולכן די בעסקה לקניין הקרקע כדי לקנות הן את הקרקע והן את המיטלטלין.

אפשר להבין זאת גם מצד גמירת הדעת. אפשר לומר שכאשר נעשה מעשה הקניין על הקרקע, שהיא העסקה המרכזית, יש גמירת דעת גם לקניית המיטלטלין ואין צורך במעשה קניין נוסף. (אפשרות זו מובנת יותר לפי שיטתו של החזו"א [ח"מ סוף סימן כ"ב], האומר שהעיקר בקניינים הוא גמירת הדעת).⁷

2. מיטלטלין כגוף הקרקע

הסבר נוסף לקניין אגב מובא בסמ"ע [ס"ק ג].

הסמ"ע [ס"ק ג] מסביר מדוע אין צורך באמירה כשהמיטלטלין צבורין: "דמחשבינן המיטלטלין שעל הקרקע, כאילו הן מגוף הקרקע ומחוברין אצלה". הסמ"ע אומר יותר ממה שהעלינו. לשיטתו, המיטלטלין הם חלק מגוף הקרקע, ואין כאן שתי עסקאות שאחת מהן מרכזית והאחרת משנית לה, אלא עסקה אחת. יש ביטול של החפצים הנקנים זה לזה, ולא ביטול של פעולות הקניין. מה הסברא לומר שהמיטלטלין הם מגוף הקרקע?

אפשר להסביר שהמיטלטלין הם משמשים של הקרקע, של הבית. השימוש לא חייב להיות אקטיבי, שכן יש כל מיני רבדים ואופנים של שימוש. אדם שקונה בית עם רהיטים, הרהיטים אינם נתפסים כדבר עצמאי, אלא כחלק מהבית, כמו הקירות של הבית. כמו שקירות הבית אינם נחשבים ליחידה עצמאית, כך מתחדש על ידי קניין אגב שאין המיטלטלין שבבית עומדים בפני עצמם.⁸

7. ההבדל בין שני הבנות אלו תלוי בשתי ההבנות במעשה קניין. לפי הבנה אחת גמירת הדעת היא העיקר (וכך סובר החזו"א), וצריך מעשה כדי לחזק את גמירת הדעת. לפי הבנה שנייה, העיקר הוא מעשה הקניין (על פי הרב מיכאל אברהם).

8. ההבדל היסודי בין שתי ההבנות תלוי בשאלה האם נעשה קניין במיטלטלין או לא. לפי ההבנה הראשונה של צמצום מעשי הקניין לא נעשה קניין במיטלטלין, אולם לפי ההבנה השנייה שהמיטלטלין כגוף הקרקע מעשה הקניין נעשה גם בהם. ההבנה השנייה מסתברת כאשר עוסקים ב'צבורין', אבל באינם צבורין קשה להסביר שנעשה מעשה קניין גם במיטלטלין. הגר"י אברמסקי (חזון יחזקאל, בבא בתרא, השמטות ומילואים, עמ' 128) חוקר בעניין, ואכן טוען שבאינם צבורין אי אפשר לומר שנעשה מעשה קניין במיטלטלין, אלא שהוא לא תולה חקירה זו

נראה שאפשר למצוא חיזוק לדברי הסמ"ע בדברי הריטב"א:

הגמרא [קידושין כז ע"א] אומרת, שאם אדם מכר לחבירו עשר שדות במקומות שונים, אם תפס הקונה אחת מהן (בקניין חזקה) קנה כולן. אומרת הגמרא שדין זה קיים רק בקרקעות, אבל אם יקנה עשר בהמות יצטרך לקנות כל אחת מהן בנפרד. והטעם שבקרקעות אפשר לקנות כמה קרקעות על ידי מעשה קניין באחת מהן ובבהמות אי אפשר הוא: "התם (בבהמות) גופים מחולקים, הכא (בקרקעות), סדנא דארעא חד הוא". בקרקעות, אפשר לראות את כל הקרקעות כקרקע אחת, כי כל הקרקע מחוברת (רש"י).

מעיר על כך הריטב"א: "פירוש, ומטלטלין דקני בחזקת מקרקעי, היינו משום דאגב עבדינהו כקרקע בעצמו, וכגוף אחד דמו, והיינו דטריף בהא מטלטלי מלקוחות כדין קרקע, כי שיעבד ליה מטלטלי אגב מקרקעי".

לאור מסקנת הגמרא, שלא ניתן לקנות קרקעות שאינן מחוברות זו לזו על ידי קניין אחת מהן, ורק 'סדנא דארעא' שמחבר בין הקרקעות מאפשר לקנות אחת באמצעות השנייה, מתקשה הריטב"א כיצד מועיל קניין אגב. בקניין אגב המיטלטלין אינם מחוברים לקרקע, וכיצד ניתן לקנותם? הריטב"א מתרץ, שהמיטלטלין נחשבים מחוברים לקרקע, ולכן ניתן לקנותם עמה, ובכך מסייעים דבריו לשיטת הסמ"ע שהבאנו לעיל (הריטב"א אף מרחיק לכת וקובע שהמיטלטלין הללו אף משתעבדים לבעל חוב כקרקע).

ייתכן ששיטת הריטב"א מוסיפה נדבך נוסף על שיטת הסמ"ע. כדי לברר זאת נעין במחלוקת הראשונים האם לשון 'עם' מועילה, או שרק לשון 'אגב':

ה"ן [י ע"ב מדפי הרי"ף] מדייק בלשון רש"י בעניין הצורך באמירה בשאינן צבורין. רש"י אומר: "שיאמר לו קני קרקע, וקני מטלטלין אגבה". כלומר, רק לשון אגב מועילה, אבל אם יאמר 'וקני מיטלטלין עמה', זה לא יועיל.

לעומתו סובר הרא"ה (מובא בר"ן הנ"ל) שאפשר לומר גם 'עם'.

מה ההבדל העקרוני בין 'עם' לבין 'אגב'?

בהבנות הנ"ל. ועיין בדבריו, שתולה כמה הלכות בהבנה שאין מעשה קניין במיטלטלין. ואפשר שלפי ההבנה של 'סדנא דארעא' שנביא בדברי הריטב"א אפשר להסביר כיצד נעשה מעשה קניין במיטלטלין אפילו כשאינם צבורין.

'אגב' משמעו, שיש דבר מרכזי, וישנו דבר משני שהוא אגבו, הטפל נקנה אגב המרכזי.

'עם' משמעו, שאין עיקר וטפל, אני קונה את זה עם זה. שניהם שווים.

נפקא מינה לקניין קרקע אגב קרקע, בו אי אפשר לראות קרקע אחת כטפלה לשנייה, שהרי הן שוות במעמדן.

בשיטה לא נודע למי [כז ע"א ד"ה איבעיא להו] מביא את דעת מורו, שמשמע ממנה שאפשר לקנות קרקע אגב קרקע. והשיטה דוחה את רבו ואומר, שהדין של אגב נאמר רק במיטלטלין: "דמיטלטלי לא חשיבי ונגררין אגב קרקע". קניין אגב קשור לקניין עיקר וטפל, ולא לקניין נכס 'עם' נכס אחר.

אמנם, יש שמסבירים⁹ שהמחלוקת בין הרא"ה ורש"י איננה עקרונית, והיא מצטמצמת רק לשאלה האם לשון 'עם' נתפסת גם במשמעות של אגב.

ייתכן שהריטב"א משלב בין 'אגב' ו'עם'. לפי הריטב"א, 'אגב' יוצר קשר בין הקרקע למיטלטלין, אך לא זהות. כשם שכשקונים עשר קרקעות באמצעות החזקה באחת מהן יש אבחנה בין הקרקעות, אלא שהקשר ביניהן מאפשר להחזיק בכולן באמצעות אחת מהן, כך גם בקניין אגב, הקשר בין הקרקע למיטלטלין - שנוצר על ידי היחס של 'אגב' - מאפשר לקנות את המיטלטלין 'עם' הקרקע.

ג. היחס בין צבורין ושאנים צבורין

הגמרא [סו] מתלבטת: "איבעיא להו, בעינן צבורין או לא?" ומפרש רש"י: "שיהיו אותן מיטלטלין מונחין באותו קרקע". מסקנת הגמרא היא שאין צורך בצבורין.

מהי התלבטות הגמרא?

לפי ההבנה הראשונה נראה היה לומר שאין צורך בצבורין, שכן עסקת המיטלטלין היא עסקה טפלה לעסקת הקרקע, בין אם המיטלטלין צבורין ובין אם לא, ואכן לפי הבנה זו מובנת מאוד מסקנת הגמרא שאין צורך בצבורין.

9. אינני זוכר המקור.

לפי ההבנה השנייה, לא מובן כיצד ישנה 'הוה' אמינא' שמיטלטלין ייחשבו כגוף הקרקע על אף שאינם נמצאים בתוכה. קשה לראות, למשל, שולחן כחלק מבית כשאינו עומד בתוכו. ובוודאי שמסקנת הגמרא קשה לפי הבנה זו.

הגמרא [כז ע"א] מביאה עוד איבעיא :

איבעיא להו, מי בעינן אגב או לא? (רש"י - "שיאמר לו, קני קרקע וקני מטלטלין אגבה"). ... והלכתא, צבורין לא בעינן, אגב וקני בעינן.

וקשה, מדוע חוזרת הגמרא ואומרת 'צבורין לא בעינן', והרי זו מסקנה שכבר נאמרה לעיל: "ש"מ לא בעינן צבורין, ש"מ"¹⁰. נראה שהגמרא תולה את הצורך באמירה במצב המיטלטלין. כלומר, אם המיטלטלין אינם צבורין יש צורך באמירה. מסקנת הגמרא שאין צורך בצבורין, היא זו שהובילה למסקנה שיש צורך באמירה. ואכן פוסק הרמב"ם [מכירה ג', ט] :

במה דברים אמורים, בשהיו המטלטלין צבורין באותה קרקע, אבל אם היו במקום אחר, צריך שיאמר לו קנה המטלטלין על גבי הקרקע... ואם לא אמר לו קנה ע"ג קרקע, לא קנה.

הראב"ד חולק על הרמב"ם ואומר :

זה ההפרש שכתב בין צבורין לשאינן צבורין אינו מחוור, דשמעתא לא מתחזיא, אלא לעולם אגב וקני בעינן, אפילו בצבורין בה.

המ"מ מתקשה למצוא מקור לדברי הרמב"ם, משום שהדין "אינו מבואר בגמרא".

לפי דברינו המקור לדברי הרמב"ם ברור, שהרי הגמרא תולה באופן די מפורש את הדין לגבי האמירה בדיון לגבי צבורין, כפי שמפרש ב'כסף משנה' וכפי ששמע מהמשך דברי המ"מ. כיצד, לפי שיטת הרמב"ם, פותרת, אם כן, האמירה את בעיית שאינן צבורין?

10. יש מקום להסביר שהלשון 'הלכתא' היא קביעת הלכה סופית, בניגוד ל'שמע מינה' שהיא סיכום פנימי בתוך הסוגיא, וממילא אין קושי ב'חזרה' זו. (ח.א.)

נראה להסביר, שהאמירה באה ליצור מצב המקביל למצב של צבורין.

לפי ההסבר הראשון, שיש באגב איחוד של שתי עסקאות, אמרנו שלכאורה גם בלי אמירה לא צריכה להיות בעיה לקנות מיטלטלין שאינם צבורין באגב. נצטרך להסביר, שהגמרא אומרת שיש צורך באמירה, למרות שבאופן אובייקטיבי עסקת המיטלטלין טפלה לעסקת הקרקע, כי ללא האמירה תהיינה שתי העסקאות נפרדות זו מזו, ולא יהיה מקום להשוות ביניהן ולומר שאחת מהן עיקרית. כאשר המקנה מקשר בין העסקאות ע"י אמירה, הופכת מאליה עסקת המיטלטלין להיות משנית לעסקת הקרקע.

ואפשר לומר שהמיטלטלין אינם טפלים לקרקע באופן אובייקטיבי. האדם הוא שמטפיל אותם ורואה אותם כעסקה משנית. כשהמיטלטלין צבורין ההטפלה היא טבעית, אבל כשאינם צבורין צריך שהאדם יטפיל אותם בדיבורו.

לפי ההסבר השני שהמיטלטלין הם כגוף הקרקע, קשה להבין כיצד ניתן לקנות באגב מיטלטלין שאינם צבורין, אפילו כשיש אמירה. אפשר לומר, שהאמירה מייחסת אותם לקרקע הנקנית, היא מכניסה אותם מבחינה משפטית לתוך הקרקע. למשל, אדם המוכר בית ושולחן באגב, מתכוון לומר שהשולחן הוא כבר חלק מן הבית ואינו עצמאי, הוא כגוף הבית.

כנראה שהראב"ד, החולק על הרמב"ם ודורש אמירה ללא קשר למצב המיטלטלין, סובר שגם כשהמיטלטלין צבורין לא די בנסיבות העובדתיות. הימצאות המיטלטלין בתוך הקרקע לא הופכת אותם באופן אוטומטי להיות משניים לקרקע, ולכן יש צורך באמירה שתיצור את היחס בין הקרקע למיטלטלין.

הכס"מ מסביר אחרת את הצורך באמירה בשאינם צבורין: "הטעם הוא, דנהי דכשאינן צבורין צריך לומר אגב, להודיע שעם הקרקע הוא מקנה אותן מיטלטלין, אבל כשהם צבורין בתוכו, אין צורך לדיבורו, שהרי העניין עצמו מוכיח שאגב החצר הוא מקנה אותן מיטלטלין".¹¹

11. לא ברור מדברי הכס"מ אם גם בחצר משתמרת הוא טוען שלפי שיטת הרמב"ם הקניין הוא מדין אגב, או שבחצר משתמרת הוא יודה שהקניין מדין חצר, כמו שמובא בדברי המאירי שהבאנו (והגמרא דיברה רק על חצר שאינה משתמרת).

כך הסביר את ההבדל גם בעיר שושן (בסעיף ב), שכשהן צבורין מסתמא מכר אותם עם הקרקע, אבל כשאינם צבורין מן הסתם אינם נקנים עם הקרקע, ולכן יש צורך באמירה.

הכס"מ והעיר שושן מסבירים שרק כשהמיטלטלין צבורין יש הוכחה שרוצה למכור אותם יחד עם הקרקע, אך אינם מבארים כיצד פועל קניין אגב. ננסה להסביר את דעתם לפי האפשרות הראשונה שהעלינו, שקניין אגב מאחד בין שתי עסקאות (בניגוד לדעת הסמ"ע שהבאנו לעיל הסובר שהמיטלטלין נחשבים כחלק מגוף הקרקע).

א. אפשר לומר, שלדעתם אין הבדל מהותי בין נכסים צבורין לשאינם צבורין. גם מיטלטלין שאינם צבורין אפשר לראותם באופן טבעי כמשניים לקרקע, אלא שיש צורך באמירה כדי להודיע שגם הם חלק מהעסקה עם הקרקע (אפשרות זאת היא כעין האופן הראשון שהצענו לעיל).

ב. אולם אפשר לומר, שהסברם של הכס"מ והעיר שושן משקף את ההבדל המהותי בין צבורין לשאינם צבורין. ייתכן שלדעתם כשהמיטלטלין אינם צבורין אי אפשר לראותם כחלק מעסקה הגדולה, כעסקה משנית לה, משום שהם נפרדים מהקרקע וממילא אי אפשר להכליל אותם בקנייה הגדולה. ולכן יש צורך באמירה שתודיע שהם חלק מהעסקה, וכלולים בקניית הקרקע (אפשרות זאת קרובה לאופן השני שהצענו, התולה את הטפלת המיטלטלין בדעת האדם).

סיכום קצר

עד כה העלינו שלוש אפשרויות עיקריות להבנת דרך פעולתו של קניין אגב:

א. בקניין אגב מתבצע איחוד של שתי עסקאות, ולכן די במעשה קניין על העסקה המרכזית (הקרקע).

ב. קניין אגב מתייחס למיטלטלין כאילו הם חלק מגוף הקרקע (סמ"ע).

ג. קניין אגב הוא מדין חצר, ומנגנון זה מועיל דווקא בצבורין (מ"מ).

בהמשך המאמר ננסה לבחון איבעיות העולות בגמרא לאור הבנות אלו. נראה בפשטות שאף אחת מהאיבעיות שנתייחס אליהן איננה תואמת את הבנתו של המ"מ שבצבורין הקניין הוא מדין חצר. ונראה שלפי דעתו כל האיבעיות אינן עוסקות

(בהכרח, לפחות) בצבורין אלא גם בשאינם צבורין. מסיבה זו נתייחס בעיונו רק לשתי ההבנות הראשונות.

ד. השלכות

1. שדה במכר ומיטלטלין במתנה

הגמרא [כז ע"א] שואלת :

איבעיא להו, שדה במכר ומיטלטלין במתנה מהו?

לפי ההבנה הראשונה, שאגב מאחד בין שני הקניינים ורואה אותם כקניין אחד, אפשר בהחלט לחשוב שכאשר אופיו של אחד הקניינים שונה, זה במכר וזה במתנה, אי אפשר לראות אותם כקניין אחד וכעסקה אחת. וכן מצד גמירת דעתו של המקנה, ניתן לומר שכשאופי העסקאות שווה אנו אומרים שמעשה הקניין בעסקה המרכזית יוצר גמירת דעת בעסקה המשנית. אבל כשאופיין שונה יש מקום להבין שלא נוצרת גמירת דעת, שהרי אלו שתי עסקאות הנפרדות זו מזו, והמקנה איננו רוצה לכלול אותן בעסקה אחת.

אולם לפי ההבנה השנייה, שהמיטלטלין הם חלק מהקרקע, לא מובנת כל כך הסתפקות הגמרא. אם המיטלטלין הם כגוף הקרקע, מה לי אם הם ניתנים במתנה והקרקע ניתנת במכר? הרי ודאי הוא שאדם יכול למכור לחבירו חצי בהמה, ולתת לו במתנה את חציה השני! וצריך עיון.

וממורי הרב מיכאל שמעתי שאפשר להסביר שהסתפקות הגמרא היא בין שתי ההבנות בקניין 'אגב', ואכן לפי ההבנה שהמיטלטלין ב'אגב' הם כגוף הקרקע, אין מניעה לקנות את הקרקע במכר והמיטלטלין במתנה.

נמשיך לדון בדברי הגמרא לאור ההבנה הראשונה :

הרא"ש [בתוספותיו] מסביר את האיבעיא :

מבעיא להו, משום דאגב הוא קניין גרוע, הלכך אין לנו לומר אלא כמו שמצינו ביהושפט שהיה הכל במתנה, וה"ה נמי אם היה הכל במכר.

מדוע אגב הוא קניין גרוע?

אפשר לומר, שלמרות כל ההבנות והסברות, עדיין לא נעשתה פעולת קניין במיטלטלין, ומשום כך אגב הוא קניין גרוע. הסבר זה אינו מתאים להבנה השנייה, שהמיטלטלין נחשבים כגופה של קרקע, שהרי לפי הסבר זה נעשה קניין במיטלטלין, אבל לפי ההסבר הראשון הקושי מובן, שעם כל זה שהמיטלטלין טפלים לקרקע, בכל זאת לא נעשה עליהם מעשה קניין.

הגמרא פושטת את האיבעיא, ומסיקה שקניין אגב מועיל גם בשדה במכר ומיטלטלין במתנה, ונחלקו הראשונים האם הקניין יועיל גם במצב ההפוך, כשהמיטלטלין במכר והקרקע במתנה. **הריטב"א** אומר: "וה"ה איפכא, דמאי שנא". ונראה שלדעתו גם האיבעיא דנה בשני הכיוונים, וכך משמע מרוב הראשונים. אולם **בשיטה לא נודע למי** נאמר: "אבל שדה במתנה ומיטלטלין במכר פשיטא ליה דקני, דשדה קא אחזיק בה, ומיטלטלין הא יהיב דמי, הילכך פשיטא דגמר ומקני מיטלטלין באגב".

בעל השיטה אומר שהגמרא לא נסתפקה כלל האם קניין אגב מועיל לקנות מיטלטלין במכר וקרקע במתנה, משום שבמקרה זה אין ספק שהמוכר גומר בדעתו להקנות. המוכר גומר בדעתו להקנות את השדה על ידי קניין חזקה, וגמירת הדעת לגבי המיטלטלין נובעת מכך שהוא מקבל תמורה. הסתפקות הגמרא הייתה רק כשהמיטלטלין ניתנו במתנה, ולא נעשה בהם מעשה קניין וגם לא נתנה תמורה לערכם, ולכן הגמרא מסתפקת האם יש גם לגביהם גמירת דעת.¹²

אלא שלפי זה צריך עיון, מדוע לא הסתפקה הגמרא גם במקרה שהן הקרקע והן המיטלטלין ניתנים במתנה, שהרי גם במקרה כזה לא נעשה במיטלטלין מעשה קניין, וכן לא ניתנה תמורה? וצריך עיון.

בכל אופן, נראה שדעת השיטה מתאימה להבנה שהעלינו בדעת הרא"ש, שהבעיה בקניין אגב היא שלא נעשה בו מעשה קניין במיטלטלין, או שלא ניתנה להם תמורה.¹³

12. דבריו מתאימים להבנה הראשונה ב'אגב' שיש איחוד עסקאות, והזכרנו שלפי הבנה זו לא נעשה מעשה קניין במיטלטלין.

13. רבינו ירוחם (נחבא בבי"ר) אומר שגם כשלקח קרקע בשכירות ומיטלטלין במתנה (או להפך) קנה (שכירות - ממכר ליומיה), אבל קרקע בשאילה ומיטלטלין במתנה, י"א שלא קנה.

הש"ך [סק"ב] אינו מקבל את ההבחנה בין שאילה לשכירות, ואומר שלפי תוספות והרא"ש אין לחלק. קצה"ח [סק"א] מצדד כדעת הי"א - "דודאי שני ושני שאילה משכירות". קצה"ח לא מסביר במה שונה שאילה משכירות, וצ"ע, שהרי כמו ששכירות היא ממכר ליומיה כך שאילה מתנה ליומיה [רעק"א]. ועיין במלואי חושן שם.

אבעיא להו : שדה לאחד ומיטלטלין לאחר מהו?

ומפרש רש"י :

ואמר לבעל השדה, קנה השדה לעצמך ואגב יקנו המיטלטלין לפלוני.

הגמרא איננה פושטת את האיבעיא.

אפשר להסביר את האיבעיא ע"פ דברי הרא"ש הנ"ל. מכיוון שקניין אגב הוא קניין גרוע אין לך בו אלא חידושו כפי שהתפרש בפסוק. אלא שלפי זה קשה, מדוע הגמרא לא פשטה כאן את האיבעיא.

הרי"ף (נ' ע"ב מדפי הרי"ף) כלל לא מזכיר הסתפקות זו. יש שמסבירים¹⁴ שהיה פשוט לרי"ף שבסיטואציה כזו קניין אגב איננו פועל.

מדוע פשוט כל כך שבמקרה זה לא יועיל קניין אגב?

לפי ההבנה הראשונה, אי אפשר לראות שתי עסקאות של אנשים שונים כעסקה אחת. וגם מצד גמירת הדעת, זה כמו להגיד לפלוני עשה הגבהה על חפץ פלוני וזה יועיל לקניין של אלמוני. גמירת דעת שייכת בקונה אחד הקונה את שני החפצים, דמכיוון שעשה פעולה בקנייה המרכזית יש גמיר"ד גם במשנית.¹⁵ אולם לפי ההבנה השנייה, לכאורה אין זה פשוט כל כך שלא יקנה, שהרי אם אנו רואים את המיטלטלין כגוף הקרקע, הרי שקונה הקרקע עשה פעולת קניין גם במיטלטלין, ומדוע לא נתייחס לקניין זה כאל דין 'זכין' בו אדם קונה חפץ לחבירו? צריך לומר, שאנו רואים את המיטלטלין כגוף הקרקע רק כשהם קשורים אליה בכך שידוע שייכנסו לתוכה, כפי שהסברנו את הצורך באמירה כשאינם צבורין. אבל כאן אין קשר בין המיטלטלין לקרקע, שהרי לעולם לא ייכנסו לתוכה, ולכן אינם נחשבים חלק ממנה וקניין הקרקע לא יועיל למיטלטלין.¹⁶

14. אינני זוכר המקור.

15. הגר"י אברמסקי טוען שמעצם זה שהגמרא מסתפקת בזה ודאי שהיא סוברת שנעשה מעשה קניין במיטלטלין, שאם לא כן, אין במה להסתפק ודאי שלא קונה לחבירו שהרי לא עשה שום מעשה קניין. אפשר לומר, שהרי"ף אכן הבין כך, ולכן היה פשוט לו שאגב לא פועל.

16. נפק"מ נוספת היא לכאורה, לעניין אדם הקונה בית, ושולחן עבוד בית אחר שלו (על פי הרב מיכאל אברהם).

קצה"ח [ער"ה ס"א] מסתפק האם אגב מועיל רק כשדעת אחרת מקנה, אבל אדם אינו יכול לקנות בעצמו על ידי אגב, או שקונה גם בעצמו.

הוא מוכיח מהגמרא בב"ק [ק"ז ע"ב] שאין צורך בדעת אחרת, וגם הפקר אפשר יהיה לקנות באגב (כלומר, קרקע הפקר ועליה מיטלטלין הפקר). קצה"ח מחלק בין מתנה והפקר:

במתנה - קונה בין בצבורין בין בשאינן צבורין.

בהפקר - קונה רק בצבורין.

והטעם, שהרי באינן צבורין יש צורך באמירת 'קני אגב', ואמירה זו מועילה רק ע"י המקנה, ואם יאמר הקונה שהוא קונה באגב, אמירתו לא תועיל.

אבל במיטלטלין צבורין שהן כגוף הקרקע (לפי דעת הסמ"ע), אין צורך באמירה, ולכן קונה גם בהפקר. (בכך מסביר קצה"ח גם את החלוקה שעשה הרמב"ם, בין צבורין לשאינן צבורין).

יש להבין מדוע האמירה יכולה להעשות דווקא ע"י בעל הממון, ולא ע"י הקונה. נראה, שאפילו קביעה משפטית שהמיטלטלין הם חלק מהקרקע, יכולה להעשות רק על ידי בעל הממון. מי שאין לו זיקה לנכסים לא יכול לקבוע דבר ביחס לממון שאינו שלו. ולכן אמירתו של הקונה לא תועיל לקניין המיטלטלין משום שהוא עדיין לא בעלים עליהם.

אבל כשהמיטלטלין צבורין, עצם ההימצאות בקרקע קובעת 'מציאות בחפץ', וכפי שיתבאר בהמשך לגבי עבדים. ולכן במקרה זה אין צורך באמירה, וממילא קונה גם בהפקר.

לאור הסבר זה, לפי השיטות המצריכות אמירה גם בצבורין (ראב"ד, רא"ש), אין קניין אגב בהפקר. (וכך מובא בנתה"מ [ר"ב ס"א]. קצה"ח עוסק בשיטת הרמב"ם).

נתה"מ [ער"ה ס"א] חולק על קצה"ח, ואומר שאי אפשר לקנות הפקר ב'אגב', שהרי הפסוק של 'אגב' עוסק רק במתנה (ואגב קניין גרוע, ואין לך בו אלא חידוש, כדברי הרא"ש דלעיל).

האור שמח [מכירה ב', א] סובר כדעת נתה"מ ומסביר:

...הרי מפורש, שבמקנה תלוי, שהוא מקנה המיטלטלין אגב קרקע, דעל קרקע סמכא דעתיה דאיניש טפי. וכינן דהמחזיק קנה את הקרקע, תו גמיר ומקנה הבעלים גם את המיטלטלין, וזה לא שייך בהפקר, דמאן מקנה ליה.

ננסה לעיין במחלוקת קצה"ח והאו"ש לאור שתי ההבנות שהעלינו לגבי אופן פעולת הקניין.

נראה שהאו"ש מבין את דרך פעולתו של הקניין לפי האפשרות הראשונה שהבאנו, שישנו קניין מרכזי וקניין משני לו, וסובר שהטפלת המיטלטלין קשורה לגמירת הדעת. לכן הוא מסביר שכשהקונה מבצע מעשה קניין על הקרקע, יש גמירת דעת מצד הבעלים שיקנה בזה גם את המיטלטלין. (וכאמור, לפי שיטת החזו"א [חז"ח סוף סימן כב] שהעיקר בקניינים הוא גמירת הדעת, ומעשה הקניין רק מבטא אותה, הדברים פשוטים). ולכן כשהנכסים הפקר, ואין מקנה הגומר בדעתו, אי אפשר להקנות ב'אגב'.

לעומתו סובר קצה"ח שהמיטלטלין הם כגוף הקרקע (כפי שהסברנו לפי ההבנה השנייה), ורק כשאינם צבורין ואינם קשורים לקרקע הם צריכים לאמירה שתראה שיש יחס ביניהם לבין הקרקע. ולכן כשהמיטלטלין צבורין בקרקע ושיוכם אליה הוא טבעי וברור אין צורך באמירה (ובהמשך המאמר נראה חלוקה זו בדברי אבן האזל).

לכאורה, לפי הגוון הראשון בהבנה הראשונה שהעלינו, שב'אגב' נעשה קניין על העסקה המרכזית והוא מועיל למשנית (לא מצד גמירות דעת), בהפקר היה צריך להועיל הקניין גם בשאינם צבורין, שהרי באופן אובייקטיבי יש כאן עסקה מרכזית (הקרקע) ומשנית (המיטלטלין).

או שנאמר, שדין אגב נאמר רק על עסקאות בין מוכר וקונה.

4. עבדים בקניין אגב

הגמרא בבבא קמא [יב ע"א] מביאה מחלוקת, האם מיטלטלין נקנים עם עבדים בקניין אגב. לפי מאן דאמר אחד:

מכר לו עבדים וקרקעות, החזיק בעבדים - לא קנה קרקעות, בקרקעות - לא קנה עבדים...עבדים ומטלטלין, החזיק בעבדים - לא קנה מטלטלין, החזיק במטלטלין - לא קנה עבדים.

לפי מאן דאמר שני:

החזיק בעבדים - קנה מטלטלין.

בשלב הראשון, תולה הגמרא את המחלוקת בשאלה מהו מעמדם של עבדים, האם הם נחשבים כקרקע או כמיטלטלין. רב איקא דוחה הבנה זו, ואומר שלכו"ע עבדים כקרקע, ואם כן פשוטה דעתו של מאן דאמר שקנה, ומאן דאמר שלא קנה אומר, שהפסוק מדבר על מקרקעי דלא נידי (דומיא ד'ערים מצורות').

ננסה לבדוק האם שתי ההבנות שהצענו לגבי אופן פעולתו של 'אגב', מתיישבות עם סוגיא זו.

לפי ההבנה הראשונה שיש שני קניינים, שאחד מהם מְשַׁנִּי וטפל לחבירו, אפשר להבין שעבד מרכזי יותר ממיטלטלין, הוא חשוב יותר. אלא שאם כן, היה מקום לומר שגם אם נאמר שעבדים כמיטלטלין תעמוד סברא זו, ואולי יותר מזה, נבוא ונחלק במיטלטלין עצמן בין חפץ יותר חשוב וחפץ חשוב פחות. אלא שצריך לומר, שאי אפשר לחרוג מעיקר הפסוק, והפסוק מדבר על קרקע. (וטעם הדבר הוא, שהיחס בין מיטלטלין וקרקע הוא ברור, אך אם נבוא להעריך את היחס שבין מיטלטלין שונים, לא יהיה לדבר סוף).

ועוד אפשר לומר, שההבדל בין קרקע ומיטלטלין הוא הבדל איכותי, אלו שני דברים שונים מהותית, אבל מיטלטלין ומיטלטלין, ההבדל ביניהם הוא כמותי ומתבטא בכך שזה גדול או חשוב מזה, אבל מבחינה מהותית אין ביניהם כל הבדל.

לפי ההבנה שהמיטלטלין והקרקע הם גוף אחד, יותר קשה להסביר כיצד ניתן לקנות מיטלטלין אגב עבד. באופן פשוט אפשר לומר, ש'לא פלוג'¹⁷ ואם עבד נחשב כקרקע, גם לגביו חל קניין אגב. ואפשר לומר, שאפשר לראות את המיטלטלין כמשרתים של העבד, שהרי הוא משתמש בהם, והם תחת ידו. (הסבר זה דחוק, ואינו מתאים לכל סוגי המיטלטלין).

5. מטלטלי דניידי ומקרקעי דניידי

בהמשך הסוגיא מקשה הגמרא הן אליבא דמ"ד שעבדים כמיטלטלין והן אליבא דמ"ד שעבדים כקרקעות, על סתירה בין שתי ברייתות. בברייתא אחת נאמר שאי אפשר לקנות עבדים אגב קרקע, ובברייתא שנייה נאמר שאפשר לקנות עבדים אגב קרקע.

17. על הדיון בשאלה האם יש 'לא פלוג' בדאורייתא עיין ב**שדי חמד** [כללים, מערכת ה' כלל צג].

למסקנה אומרת הגמרא, שגם לפי מ"ד שעבד כמיטלטלין, עבד שונה כי הוא נייד. ולכן כדי לקנות עבד הוא צריך לעמוד בתוך הקרקע (להיות צבור בתוכה), ואם איננו עומד בתוך הקרקע, הוא לא נקנה. וגם לפי מ"ד שעבד הוא כקרקע, לא חל לגביו הדין שאם מכר לו עשר שדות בעשר מדינות והחזיק באחת מהן קנה, משום שעבד הוא נייד.

הקביעה שעבד שונה ממיטלטלין רגילים מפני שהוא נייד, מעוררת מספר שאלות:

- א. מדוע ישנה אבחנה מהותית בין מטלטלי דניידי למטלטלי דלא ניידים?
- ב. מדוע יש משמעות לשאלה אם העבד נמצא בתוך הקרקע או מחוץ לקרקע?
- ג. האם דין זה נאמר גם בבהמות, שהרי הן ניידות?
- ד. איך אפשר לראות עבד צבור כטפל ומשני לקרקע, ולאפשר לקנותו אגבה?

תוספות [ד"ה שאני מטלטלי] אומרים:

פי', שיש להם דעת, אבל בהמות לא חשיבי מטלטלי דניידי ונקנין באגב, אפי' אין צבורין, כדאמרינן בפ"ק דקידושין - טפח על טפח לפלוני, ועמו מאה צאן.

תוספות מסבירים שהמעכב בעבד הוא לא הניידות שלו, אלא דעתו. שהרי אם הבעיה הייתה הניידות, היינו צריכים לומר שדין זה נוהג גם בבהמות. ביאור זה נראה דחוק בפשט הגמרא, מפני שהגמרא תלתה לכאורה את ייחודו של עבד בניידותו, ועוד שלגבי החילוק לפי מ"ד שעבד כקרקע המסביר שעבד אינו מחובר ל'סדנא דארעא', נראה בבירור שהמעכב הוא הניידות ולא הדעת, ואכן הגמרא השתמשה גם שם באותו ביטוי - 'מקרקעי דניידי'.

מדוע דעתו של העבד מעכבת לקנותו כשאינו צבור?

הדעת מבטאת עצמאות (וכפי שאומרת הגמרא בגיטין [נעח ע"א, ועיין רש"י שם עז ע"ב ד"ה כמי שבתוך ביתה] שעבד הוא חצר המשתמרת לדעתו), אי אפשר לראות את העבד כחלק ממשוהו, כבטל כלפי משוהו, מפני שיש לו דעה אקטיבית המתנגדת לצירופו לקרקע.

אלא שלפי זה לא מובן מדוע כשהעבד צבור בקרקע, הוא בכל זאת נקנה באגב.

אפשר ליישב קושיא זו לפי דעת המ"מ, שהרי לפי דעתו כשהמיטלטלין צבורין אין הם נקנים מדין אגב, אלא מדין חצר. ובקניין חצר הדעת אינה מעכבת ולכן ניתן לקנות את העבד.

הגמרא אומרת שגם לפי מ"ד שעבד הוא כקרקע, בכל זאת שונה עבד מקרקע מפני שהוא נייד, ולכן אי אפשר לקנותו ע"י חזקה בקרקע וכדומה.

שואלים תוספות [ד"ה שאני מקרקעין]:

וא"ת, אפי' לא נייד, הא תרי תשמישי נינהו (ולא קונה כשמחזיק באחד)... וי"ל דעבד וקרקע חשיב חד תשמיש, לפי שהעבד ראוי לעבודת קרקע.

וכן כתב הרשב"א:

עובדים ומפרנסין את הקרקעות.

על פי זה אפשר לומר, שכשהעבד בקרקע, על אף שיש לו דעת, אפשר לראות אותו כחלק מהקרקע, מפני שהוא פועל שלה, הוא 'תשמיש', 'חפץ', של הקרקע, ונחשב באופן טבעי כגוף הקרקע. אבל כשהוא מחוץ לקרקע, אי אפשר ליצור את הביטול הזה באופן מלאכותי כמו שאפשר ליצור אותו במיטלטלין, מפני שהעבד מתנגד לו.

ראינו שלפי תוספות המעכב בעבד הוא הדעת, אולם מכמה ראשונים נשמע כיוון שונה במקצת. הרשב"א כותב: "דניידי לדעתן קאמרינן, משא"כ בצאן דניידי אדעתא דרועה". המעכב הוא לא הדעת בלבד, אלא הניידות הנובעת ממנה, ניידות עצמאית. וכן כותב המאירי: "הואיל ומהלכם ונדנודם מדעת עצמם".

מה הקשר בין ניידות לדעת וקניין אגב? ננסה לענות על שאלה זו על ידי עיון במחלוקת הרמב"ם והראב"ד:

הרמב"ם [מכירה ג, יא] כותב:

החזיק בקרקעות לא קנה העבדים, עד שיהיו עומדין בתוך הקרקע. ואע"פ שאמר לו קנה עבדים על גבי הקרקע לא קנה, עד שיהיו בתוכה, שהעבד מהלך לדעת עצמו.

גם הרמב"ם טוען שהגורם המעכב הוא ההליכה לדעת עצמו.

הראב"ד [שם] - טוען שהסוגיות חלוקות. הסוגיא בב"ק אומרת שעבד הנחשב כ'מטלטלי דנייד' לא נקנה באגב כשאינו צבור, ואילו מהגמרא בקידושין (וכן בב"ב) משמע שניידות לא מעכבת, כפי שמוכח מהמקרה של מאה צאן. ופוסקים כסוגיא בקידושין, ולכן עבד נקנה גם כשאינו צבור, אם אמר לו 'אגב וקני'.

אבן האזל [שם] תולה את מחלוקת הרמב"ם והראב"ד בשתי ההבנות שהעלינו.

לדעת הרמב"ם קניין אגב מחשיב את המיטלטלין כחלק מגוף הקרקע (כהבנה השנייה דלעיל), ולדעת הראב"ד יש באגב איחוד של שני מעשי קניין (כהבנה הראשונה דלעיל).¹⁸

אבן האזל מבאר את דעת הראב"ד, ואומר שהליכה לדעתו של העבד הייתה יכולה להיות גורם מעכב אם הייתה דרישה לצבורין, אולם משאין דרישה כזו הליכה זו אינה גורעת מאיחוד מעשי הקניין.

וביאור דבריו הוא, שאם הייתה דרישה לצבורין, אי אפשר היה לראות את העבד המהלך לדעת עצמו כצבור, שהרי הוא יכול לצאת בכל רגע מהקרקע. מסקנת הגמרא היא שאין צורך בצבורין, וממילא יכולת ההליכה של העבד איננה מפריעה לנו לראות אותו כעסקה משנית לקרקע. ולכן טוען הראב"ד שאפשר לקנות עבד בקניין אגב גם כשאינו צבור בקרקע.

ולפי הרמב"ם, מבאר אבן האזל שהקניין מועיל על ידי החשבת המיטלטלין כחלק מגוף הקרקע. אם המיטלטלין צבורין בקרקע, שיוך המיטלטלין לקרקע הוא טבעי, ואינו דורש פעולה מיוחדת. אולם כאשר המיטלטלין אינם צבורין בתוכה יש צורך בדעת האדם ובאמירתו שתראה בהם חלק מן הקרקע. ולפיכך, בדרך כלל, אכן מועילה דעת האדם והופכת את המיטלטלין לחלק מן הקרקע, אבל כשמדובר בעבד, שיש לו דעת משלו, אין דעת המקנה מועילה, ורק שיוך טבעי של העבד לקרקע, כשהוא צבור בתוכה, יועיל לקנותו באגב.

18. זו לשונו של אבן האזל: "דהראב"ד מפרש דהטפלה הוא בדין הקניין... אבל הרמב"ם מפרש דהטפלות הוא בעצם המטלטלין, דהמטלטלין נטפלים להקרקע".

הדברי יחזקאל [סימן טז] מדייק מהגמרא בב"ב [מד ע"א] שעניינו של אגב הוא הקביעה שהמיטלטלין הם כגוף הקרקע. הגמרא אומרת שמיטלטלין משתעבדים ב'אגב', וזה מסתבר רק אם מבינים שהמיטלטלין הם כגוף הקרקע (וכן ראינו לעיל בריטב"א). אולם הרא"ש [בתשובותיו כלל עט אות יב] מבאר את הגמרא באופן אחר, ומסביר הדבר"י, שכנראה הרא"ש הבין כהבנה השנייה באגב, ולכן פירש אחרת את הגמרא. עיקר חידושו של הדבר"י בסימן זה הוא שקניין אגב מועיל רק אם מקנה לו זכות מסוימת בקרקע, אבל אם כל קניין הקרקע הוא רק בשביל להקנות את המיטלטלין (מעין 'קני ע"מ להקנות'), הקניין לא יועיל.¹⁹ הוא תולה את חידושו זה בחקירה אם 'אגב' משמעו שהמיטלטלין הם כגוף הקרקע, ולכן במקרה שאין לקונה זכות בקרקע, וכל קניינו הוא ע"מ לקנות, אי אפשר לראות את המיטלטלין כטפלים לקרקע וכגופה, שהרי אינה נשאת בידו ואינה קנויה לו. לעומת זאת מסיק הדבר"י, שאם עניינו של אגב הוא לוותר על אחד ממעשי הקניין, גם 'קני על מנת להקנות' נחשב כמעשה קניין ומועיל.

ולכאורה יש להקשות על דבריו, שהרי אם כל עיקר הטענה הוא, שישנו קניין מרכזי וקניין משני, ופעולת הקניין המרכזית כוללת בתוכה גם את הקניין המשני, קשה לראות את קניית הקרקע כקנייה מרכזית כשהיא נקנית רק על מנת להקנות, ואינה נקנית בעצמה. ועוד, שההקנאה של המיטלטלין היא המטרה, ואיך היא תחשב משנית?

מכל מקום, נראה מהגמרא בב"ב [עז ע"ב] שאין צורך להקנות זכות בקרקע. הגמרא שם אומרת: "כי הא דרב פפא הוו ליה תריסר אלפי זוזי בי חוזאי, אקנינהו ניהליה לרב שמואל בר אחא אגב אסיפא דביתיה". לכאורה, לא נראה שרב פפא הקנה לרב שמואל את סף ביתו באופן מלא, אלא רק כדי לקנות את המיטלטלין. (אם כי, אפשר לומר שהקנה לו איזו זכות שם באופן מלא) וצ"ע.

19. ויש בכך נפק"מ גדולה למכירת חמץ (ע"פ הרב מיכאל אברהם).