חוזים במשפט העברי תשע''ו:

שיעור 1- 20/10/15:

## מבוא

### האם יש חוזים במשפט העברי?

האם המשפט העברי מכיר בקיומו של חוזה והאם יש מקום להתייחס לחוזים בכלל בראי המשפט העברי? עצם ההתחבטות בשאלה זו, שמועלית כבר מתחילת ימי האמוראים משפיעה באופן קריטי על המשך המסלול של דיני חוזים.

ישנן מס' עמדות בסיסיות של חוקרים בעניין זה:

1. ***אשר גולאק*** – גולאק כתב בראשית דרכו ספר שנקרא "יסודי המשפט העברי", המהווה ניסיון לכתוב שולחן ערוך של משפט עברי. עמדתו הפכה לימים לעמדה המקובלת במשפט העברי ולפיה המשפט העברי לא מכיר בדיני החוזים ואין חוזים במשפט העברי, לפחות במובן בו אנו מכירים חוזה.

**עמ' 63** –המשפט העברי מכיר רק בהתחייבויות שקשורות לחפצים ובגלל שחוזים הם התחייבות לא-ממשית, אי אפשר לאכוף חוזה זה. במשפט העברי, החיוב הוא קניין חפצים – צריך שיהיו חפצים, צריך שהם יעברו בעלות, כלומר העברה של זכות קניינית, ובמקום שבו אין נתינה של שווי ממשי – אין חוזה. לסיכום, לדעתו של גולאק אין חוזה במשפט העברי וזאת מהסיבה שהוא דורש ממשות אך מאחר שחוזה קשור לזכויות שאינן ממשיות בדר"כ, הוא איננו מכיר בחוזה.

מול עמדתו של גולאק נמצאת עמדה זניחה ויחידה ומי שעומד מאחוריה הוא שלום אלבק.

1. ***פרופ' שלום אלבק –***באחד מהספרים שלו, "מבוא למשפט העברי בימי התלמוד" הוא עוסק בשאלה החוזית.

**עמ' 167** – המושג חוזה לא נמצא בשום מקום בדברי חכמים אך זה לא אומר לדעתו שזה מוכיח שיש אין חוזה. התופעה כשלעצמה קיימת. כל התחייבות קיימת וההוכחה היא שבדיני הממונות מדובר בכלל גדול:

בדברי התנאים, עוסקים בהסכם הקידושין. בהסכם הקידושין אומר אדם לאישתו כי הוא מקדש אותה בתנאי שאין לה עליו "שאר כסות ועונה", כלומר, הוא מתנער מחובותיו אליה. ***רבי מאיר*** אומר כי "כל המתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל" ההסכם הזה בטל, מאחר שהוא מתנה על מה שכתוב בתורה ולכן מדובר בחוזה פסול. ***רבי יהודה*** אומר כי אין להסתכל על כך בצורה חד-גונית ויש סעיפים מסוימים בחוזה בטל שאפשר לקיימם ולכן "בדבר שממון תנאו קיים", כלומר מה שקשור לדיני ממונות אדם יכול להתנות כנגד הדין . לסיכום, יש כאן מחלוקת בין רבי מאיר לבין רבי יהודה – רבי מאיר טוען כי הקידושין תקפים וההסכם בטל, ואילו רבי יהודה טוען כי הקידושין תקפים וההסכם בכל הקשור לדיני ממונות תקף.

***אלבק*** אומר כי מתוך הויכוח הזה הוא יכול להוכיח שחוזה אכן קיים –אם יש ויכוח האם לחוזה יש לו תוקף או לא, ברור כי התופעה החוזית קיימת.

**לסיכום,** אנו רואים שיש מחלוקת – העמדה המקובלת (עמדתו של גולאק) טוענת כי אין חוזה במשפט העברי והבעיה בחוזה היא שהוא מופשט וערטילאי והמשפט העברי תובע ריאליות וממשות ואילו העמדה הזניחה (של אלבק) טוענת כי יש חוזה במשפט העברי.

חוזה: הבטחה או התחייבות שצופה פני עתיד לעשות או לא לעשות משהו- על הסוג הזה של החוזה דיבר גולאק ועליו אנחנו מדברים.

**ניסיון לבדוק את אלבק:**

עמדתו של אלבק היא בעייתית- בדוגמא שהוא נתן, הפעולה המשפטית היא קידושין, וזוהי פעולה שתלויה ברצון הצדדים, ומכיוון שכך- אדם יכול להכתיב את רצונותיו כדי שתחול. וחלק מהכתבת רצונותיו, מהמשא ומתן- זה התנאים. ''הרי את מקודשת לי אם אין עליי כסות ועונה...'' התנאים כאן (החוזה) זה לא פעולה אוטונומית לכשעצמה (ההסכם לא עומד בפני עצמו וצריך לדון אם יש לה תוקף), אלא מדובר במשהו זניח לפעולה המשפטית שהיא הקידושין. וכאשר תנאים מופיעים כנספח לפעולה משפטית אחרת, הם כבר לא יהיו תחת דיני החוזים אלא תחת דיני אותה פעולה משפטית. הדגש הוא לא על ההתחייבות לעשות מעשה אלא תניות שנספחות לפעולה המשפטית שמתרחשת כאן ועכשיו, מעשה שנעשה עכשיו והיא מביעה את הרצון של הצדדים לרצונם של הצדדים. בעצם **הדוגמא שהוא מביא היא מופרכת ולא נכונה**. שאלת הערטילאיות לא רלוונטית כי הפעולה היא עכשיו.

אלבק טוען שחוזה זה הסכם, ומכיון שהסכם מבוסס על רצון, אז כל פעולה משפטית שתלויה ברצון- היא פעולה משפטית שקשורה לחוזה. **אלבק מחזיק בגישה הרחבה לגבי מהו חוזה**. אם אכן זוהי ההגדרה של חוזה- אז אכן אלבק צודק. אך אם גישה זו לגבי החוזה מוטעית- אזי כל הרעיון מוטעה. זה לא נכון שכל הבעת רצון זה חוזה לפי המרצה.

סיכום: מולק ואלבק (דעת מיעוט) חולקים בשאלה האם המה"ע מכיר בתופעה החוזית. **בעצם המחלוקת מתחילה בוויכוח קודם- מהו חוזה.** לדעת כולם תופעת החוזה היא לכל הפחות בעייתית.

**אלבק**: מגדיר חוזה בצורה רחבה ומופשטת. חוזה הוא ביטוי לרצונו של אדם. לכן, כל פעולה משפטית התלויה ברצון, והרצון בא באותה פעולה לידי ביטוי (נניח ע"י תניות), מדובר בה על חוזה. וממילא, חייבים להכיר בקיומו של חוזה לפי המה"ע.

**מולק**: מגדיר חוזה לא כפעולה נלווית, אלא כתופעה אוטונומית העומדת לכשעצמה ולא כנספח. מדובר בהעברת זכויות מצד לצד. ומכיוון שכך- החוזה הוא תופעה ערטילאית- של העברת זכויות- ולכן, מכיון שזהו לא דבר ריאלי וממשי, המה"ע לא יכול להכיר בתופעה זו.

יוצא, שאף אחת מהדעות שלעיל לא אומרת שיש חוזה רגיל במשפט העברי. כי החוזה שאלבק מדבר עליו, הוא חוזה שונה ממה שאנו מדברים עליו. (הוא המציא לו הגדרה משלו..).

1. בעיית ההתחייבות –

התחייבות כספית ("חייב אני לך מנה")

1. משנה כתובות יב, א

הנושא את האשה, ופסקה עמו שיהא זן את בתה חמש שנים - חייב לזונה חמש שנים. נישאת לאחר, ופסקה עמו שיהא זן את בתה חמש שנים - חייב לזונה חמש שנים. לא יאמר הראשון כשתבא אצלי אזונה, אלא מוליך לה מזונותיה למקום שהיא אימה. וכן לא יאמרו שניהם הרי אנו זנין אותה כאחת, אלא אחד זנה ואחד נותן לה דמי מזונות. נישאת - הבעל חייב במזונותיה, והן נותנין לה דמי מזונות. מתו - בנותן ניזונות מנכסים בני חורין, והיא ניזונת מנכסים משועבדים, מפני שהיא כבעלת חוב. הפקחים היו כותבים על מנת שאהא זן את בתך חמש שנים כל זמן שאת עמי.

מסכת זו עוסקת ביחסי ממון בין בני זוג. מדובר כעת באישה שמתחתנת פעם שניה ויש לה בת, והם מסכמים שהוא יהיה חייב במזונות הבת (למרות שהיא לא שלו) למשך 5 שנים. נשאלת השאלה- **מהו טיב ההסכם הזה?** **האם זהו הסכם כספי או אישי?** כספי= האיש מתחייב לסכום כסף לטובת הבת. אישי= לא מתחייבים לסכום של כסף, אלא לדאוג למזונות הבת.

מה הנפקות לשאלה זו?

א. אם האישה מתחתנת שוב עם אחר בתוך ה-5 שנים: ואותו אחר גם מתחייב לזון את הבת בשנים הבאות. אז האם בתקופה החופפת הבעל הקודם עדיין מחויב במזונות הבת? המשנה קובעת שמדובר בהתחייבות כספית ולכן הוא ימשיך להיות מחויב לשלם לה. לו הייתה זו התחייבות אישית- וכל המטרה היא המזונות (הדאגה לילדה שיהיה לה אוכל) ולא הכסף עצמו, אז ברגע שאחר משלם- כבר אין סיבה להמשיך לשלם לה.

ב. אם הבת מתחתנת באותן 5 שנים- כעת גם בעלה חייב במזונותיה. אז שוב נשאלת השאלה האם שני הבעלים עדיין מחויבים להמשיך לשלם לה? המשנה עונה שכן, מכיוון שהתחייבותם היא כספית.

המשנה מסכמת- מי שפיקח יכתוב "אני מחויב בתשלום לבת כל עוד שאני נשוי לאישה". וכך הם הופכים את ההתחייבות לאישית, ולכן היא תפקע ברגע שיהיה אחר שישלם והם כבר לא יהיו עם האישה.

לסיכום- לפי המשנה מדובר בהסכם כספי, בחוזה (כי זו התחייבות עתידית). המשנה קובעת שלחוזה כזה יש תוקף! אז לכאורה, ברור שיש דיני חוזים במשנה ולא ברור מאיפה מגיעה דעתו של מולק שאין חוזים במה"ע.

1. ירושלמי, כתובות יב, א; דף לד, ד

הנושא את האשה ופסקה עמו כו'. במה הוא מתחייב לה? לא כן רבי יוחנן ור' שמעון בן לקיש, תריהון אמרין: הכותב שטר חוב על חבירו בחזקת שהוא חייב לו, ונמצא שאינו חייב לו - אינו חייב ליתן לו?! רבי שמעון בן לקיש אמר: עשו אותה כתוספת כתובה. ויתן בסוף! עשו אותה כקידושי אשה. ויתן משעה הראשונה! עשו אותה כמקדש את האשה, על מנת ליתן לה שנים עשר דינר זהב בשנה, להיות מעלה לה מדינר זהב לחדש.

התלמוד הירושלמי כופר במשנה- אין תוקף להתחייבות כזו (האמוראים תמיד ידחו את ההתחייבות הכספית). שואל הירושלמי למה הוא מתחייב לה? הוא מביא את ר' יוחנן וריש לקיש שניהם מאה שלישית לספירה, חשובים מאד- שאומרים שאדם שכותב שטר חוב לחברו- התחייבות כספית- אין לה תוקף. לכן הירושלמי מנסה להבין מדוע כתבה המשנה שאותו אדם שהתחייב למזונות יהיה חייב? מכוח מה? ריש לקיש- משום שמדובר בשטר חוב. שטר חוב הוא כן תקף ומחייב, לעומת התחייבות כספית. התחייבות עתידית, אין לה בסיס ריאלי, היא לא נישנת על חוב קודם של א' כלפי ב'. התחייבות עתידית שמתחילה מעכשיו: אני כותב שטר חוב כאילו אני חייב לך אבל מבחינה עובדתית לא חייב לו. התלמוד הירושלמי תוקף את ההתחייבות של הבעל כלפי הבת וזו התחייבות כזו שהם טוענים שאין לה תוקף- אין לה בסיס קודם. יש שני סוגי התחייבויות: א.על שטר חוב- ריאלית, יש לה בסיס כי זה החזרה של משהו שלקחתי ויש לה תוקף (אין חולק) (צריך להחזיר את החוב), ב.התחייבות עתידית שלא על בסיס חוב- אין לה תוקף. לכן הם מגדירים את השנייה בצל הראשונה- לראשונה יש תוקף אבל לשנייה לא: זה כאילו לכתוב שטר חוב אבל זה בעצם לא. מה ההבדל ביניהם? בשטר חוב- זו עסקה ריאלית- כי מדובר בחוב שנלקח ויש להחזירו. לעומת זאת, התחייבות כספית- היא לא ריאלית וממשית, היא שטר של "כאילו אתה חייב", אבל בפועל זה חוב בלי שנלקח משהו קודם שיש להחזירו, ולכן הסכם כזה הוא לא תקף. ריש לקיש- מציע פתרון: ההסכם לגבי המזונות הוא נספח לכתובה, תוספת לכתובה. ולכן לתוספת יש כוח מכוח הכתובה (עיקר הכתובה ותוספות- מעבר לסכום הבסיס). אבל אם כך, אז נשאלת השאלה מהו התוקף לשלם בזמן שהם נשואים? כי הרי כתובה מתממשת רק בסיום הנישואים – ברור שיש לה תוקף. זה לא מתאים מבחינה פרקטית כי רוצים שהוא ישלם באופן שואף את מזונותיו. לכך נותן הריש לקיש פתרון- זה לא תוספת כתובה, אלא זה תניות נלוות למעשה הקידושין שהוא מעשה וולנטורי וניתן להתנות עליו תנאים וזה לא חוזה (הביקורת שהעברנו על אלבק) ! אבל אם כך, אז תניות לקידושין צריכות להתקיים על ההתחלה כי אחרת הקידושין לא תקפים- אז האם הוא מחוייב לשלם כבר בתחילת נישואיהם את כל הכסף, תנאים לכתובה צריך לקיימים לפני החתונה, לא הוגן מהצד השני (לא טוב בסוף ולא טוב בהתחלה) ? לכך עונה הריש לקיש- זה כן נספח לקידושין, אך בצורה כזו של סכום שמשולם בהתחלה עם כוונה להוסיף לו במהלך השנים הבאות. וכך יוצא שהבעל צריך לשלם במהלך הנישואין ולא אחריהם, אך בשיעורים ולא את הכל בבת אחת.

לסיכום- דין המשנה: להסכם יש תוקף. האמוראים המייסדים את התלמודי הירושלמי, לא מקבלים את הקביעה שלהתחייבות כספית כזו יש תוקף, משום שזהו חוזה שאינו ריאלי. ורק שטר חוב הוא ריאלי ולכן יהיה לו תוקף. סיפחו את התנאי למעשה הקידושין אך לא זזנו מהעיקרון- לפי האמוראים להתחייבות כספית עתידית שלא על בסיס חוב קיים אין תוקף! הם מצליחים להסביר את המשנה בקונס' משפטית מסובכת אבל חולקים עלייה.

1. בבלי, כתובות קא, ב – קב, א (עפ"י כ"י כ 1323)

גמרא. אתמר: האומר לחבירו חייב אני לך מנה, רבי יוחנן אמר: חייב, וריש לקיש אמר: פטור. היכי דמי? אי דאמר להו אתם עדיי, מאי טעמא דריש לקיש דקא פטר? אי דלא אמר להו אתם עדיי, מאי טעמא דרבי יוחנן דקא מחייב? לעולם דלא קאמר להו אתם עדיי, והכא במאי עסקינן – דאמר ליה: מנה אני חייב לך בשטר, רבי יוחנן אמר: חייב, אלימא מילתא דשטרא וכמה דאמר להו אתם עדיי דמי; וריש לקיש אמר: פטור, לא אלימא מילתא דשטרא, ואי אמר להו אתם עדיי אין, ואי לא - לא.

"חייב אני לך מנה"- ניתן לפרש זאת או כאמירה אמיתית, כהודאה של אדם לחברו על חוב ריאלי שהוא חייב לו, אך ניתן לפרש זאת גם כהתחייבות עתידית- אני מתחייב לתת לך מנה. נראה בהמשך שמבינים זאת לפי האפשרות השניה- התחייבות כספית. שוב מדובר על ר' יוחנן וריש לקיש שמתייחסים בהקשר של התחייבות בכתובות, אך כאן יש שינוי חשוב לעומת הירושלמי: בירושלמי- שניהם טענו שאין תוקף להתחייבות הכספית, אך אילו כאן זוהי מחלוקת.

לכאורה יש מחלוקת בין ר' יוחנן לריש לקיש האם ההתחייבות תקפה. אך התלמוד מדבר על משהו אחר.

כשאדם מוסר הודאה, בדיני ראיות- בכדי שנדע שההודאה ניתנה ברצינות ולא בשיטיון, יש מבחנים, כשהמבחן העליון הוא מסירת ההודאה בפני עדים ולפני כן הכרזה שלו עליהם "אתם עדיי", אם הוא לא אמר את זה הוא יכול להגיד שהודה סתם (השתהה). על הרקע הזה אומר התלמוד הבבלי כך: בנוסחה שאמר האדם "הרי אני חייב לך מנה"- יש להניח שזו הודאה. אך הכללים אומרים שלהודאה יש תוקף רק אם קדמה לה הצהרה "אתם עדיי". ההתחייבות הכספית היא במונחים של דיני ראיות-הודאה ולא דיני חוזים. אם יש כאן עמידה בדרישת הסף של אתם עדיי צריך להיות תוקף. כל השאלה האם להתחייבות יש תוקף או לא תלויה בשאלה אחת בלבד- האם עמדנו בדרישת סף של ''אתם עדיי'' או לא. ברור לנו שהתלמוד הבבלי מבצע העתקה מהמגרש של דיני החוזים למגרש של דיני הראיות ומנסה לתת תוקף ומשמעות כאילו זו הודאה. כשאדם מודה לגבי התחייבות שנטען שהוא חייב במקרה כזה הודאת בעל דין כאילו 100 עדים העידו שהוא חייב. למה באזרחי ההודאה נחשבת? אפשרות א'- למודה אין כלל אינטרס להודות ולכן יש ראיה חלוטה לכך שאכן חייב. אפשרות שנייה היא שההודעה מחייבת לא פני שזו האמת העובדתית אלא זו הודאה דיונית. כשאני מרים דגל לבן ומודה, מוותר אז אני חייב. זו תוצאה דיונית של הכניעה שלו. שתי התפיסות של הודאה כמחייבת ההבחנה ביניהן היא הבאה: לפי תפיסה א' ההודאה מחייבת מפני שזו האמת והעובדות בבסיס ההודאה הם אלה שמחייבות אותי. לפי תפיסה ב' לא נכנסים לשאלה העובדתית אלא ההכרעה אך ורק במישור הדיוני. יכול להיות שעובדתית לוויתי ויכול להיות שלא אבל לפי כללי המשחק נכנעתי אז אני חייבתי את עצמי (ולא העובדות) באמצעות ההודאה שלי. אפשר באיזהשהוא אופן להסתכל על התחייבות כספית שצופה פני עתיד כהודאה. זה מה שעושה התלמוד הבבלי- הסיבה שנחייב אותו כשהוא אומר ''אני לך מנה'' היא לא חוזית אלא ראייתית- רואים את ההתחייבות הכספית שלו כהודאה, הוא כאילו מודה. כמו שזה מחייב כשזה הודאה אז גם בהתחייבות ללא תביעה. המנגנון המחייב הוא הודאה צריך לעמוד בדרישות הסף של הודאה. אי אפשר לדון בה במנגנון חוזי כי כמו הירושלמי הוא כופר במנגנון החוזי ולכן הולך לקונסטרוקציה של הודאה. הבבלי שונה מהירושלמי בכך שהירושלמי סבור שההתחייבות הכספית תקבל תוקף דרך סיפוח לכתובה או לקידושין אבל הלגיטימציה להתחייבות של המשנה היא דרך סיפוח בעוד שהבבלי מציע דרך שונה: העתקה נורמטיבית.

אז על מה המחלוקת? אם יש אתם עדיי ברור שזה תקף ואם לא אז אין. התלמוד טוען שמדובר במקרה ביניים. נכון שמדובר באתם עדיי אבל יש חלופות. מדובר כאן בהודאה שלא קדמה להם ההצרה של "אתם עדיי". אך, ההודאה של "אני חייב לך.." לא נאמרה בע"פ, אלא נכתבה בשטר בצורה רצינית וכמו שצריך, זה עניין רציני. ואז, על כך אמר ר' יוחנן שהשטר הוא מספיק חזק במקום ההצהרה ולכן ההודאה תקפה, זה דומה ל''אתם עדיי'', ואילו ריש לקיש אמר שהשטר לא מספיק חזק במקום ההצהרה, ולכן אין תוקף להודאה. הנוסחה הפורמאלית לא נאמרה אבל יש תחליף לפי רבי יוחנן. ריש לקיש אומר שזה לא תחליף בכל מקרה.

בעצם, המחלוקת היא האם יש לדרוש באופן נוקשה עמידה בתנאים הצורנים, או שניתן לחפש גורמים אחרים שמבטאים את הרצינות של ההודאה במקום ההצהרה. ריש לקיש- נוקשה בעמדתו,פורמאליסט, ואילו ר' יוחנן- מוכן להתגמש והעיקר שיש ווידוא רצינות.

לסיכום- לא מוכן לקבל את ההתחייבות כספית כשלעצמה, טוען שכחוזה אין לה תוקף. המחלוקת היא בדיני הודאה שרק ככה יהיה להתחייבות תוקף, ולא קשורה להתחייבות כספית ולדיני החוזים. הויכוח הוא האם מכשיר ההודאה רק על בסיס הצהרה או גם על גבי בסיס רציני אחר כמו שטר.

גם הבבלי, מבין כמו הירושלמי שבסיפור על האיש שהתחייב למזונות- יש לדון האם זה תקף או לא ומתנגדים למשנה שאומרים שיש. אך הבבלי, מטה את המחלוקת ממקורה, ועובר לדיון בדיני ראיות. למה הבבלי עשה זאת? משום שלפיו, להתחייבות כספית אין תוקף כלל, ולכן לא ייתכן שבכלל דנים בזה ושר' יוחנן מוכן לקבל התחייבות כזו כתקפה, ולכן הוא מעתיק את הדיון לנושא אחר. ואומר שהדיון הוא לא לגבי תוקף ההתחייבות אלא האם להתחייבות על חוב ללא הודאה יש תוקף.

גם הירושלמי וגם הבבלי בעצם מחזיקים שאין תוקף להתחייבות כספית כחוזה. רק שהירושלמי מתמודד עם המשנה בטכניקה של טענת סיפוח: לחוזים יהיה תוקף רק כשהם מסופחים לפעולה משפטית מוכרת (כתובה/ קידושין). ואילו הבבלי מתמודד בדרך של הנחה סמויה שלהתחייבות כספית כלל אין תוקף, ולכן כל הדיון מועתק לדיני הראיות- ששם אם תהיה הודאה תקפה, מדובר על חוב ריאלי ממשי ולא התחייבות כספית עתידית.

פרשני התלמוד נמצאים בסיוטואציה מורכבת כי מצד אחד יש להם את המשנה שהם מאמינים בחוזה ומצד שני יש להם את התלמוד שמתנגד ויש גם את עובדות החיים- החוזה הוא תופעה מוכרת ורווחת באירופה ובספרד של ימה"ב. אז אם הדיו התלמודי אומר שאין תוקף לחוזה איך מנהלים את חיי המסחר?

ההתייחסות שלהם זה דרך פרשנות לתלמוד הבבלי. נראה 3 התייחסויות מרכזיות לחוזים: גישה אחת, מטבע הדברים, תמשיך את הגישה התלמודית- דרך הודאה בלבד (אתם עדיי או תחליף שטר). גישה שנייה בקצה השני תאמר שבסופו של דבר החוזים מתקיימים סביבנו, המשנה אומרת שיש תוקף ואם זה כך ניתן תוקף להתחייבות הכספית כחוזה. באמצע- גישה שתטען שמחוייבים לתלמוד אבל גם פרקטיים ולכן יתנו תוקף להתחייבות כספית בלי צורך להישמע לכללים הנוקשים של ההודאה.

רש"י, שם, קא, ב ד"ה הכי גרסינן

הכי גרסינן (הגרסה שלו) לעולם דלא אמר להו אתם עדיי והכא במאי עסקינן בשטרא - שמסר לו שטר בפנינו, וכתוב בו: אני חייב לך מנה, ואע"פ שכתב ידו הוא, הואיל ולא חתם - פטור…

רש''י, באופן לא מפתיע, שהוא פרשן צמוד טקסט הולך לפי הגישה הראשונה- לפי רש"י רק להתחייבות על דרך ההודאה יש תוקף. אם ההתחייבות לא מתייחסת לשום אירוע שהיה בעבר, לשום חוב שכבר ישנו, ובעצם מדובר בחוזה עתידי- לא יהיה לה תוקף!

רש"י מסביר את המקרה כך- מדובר באדם שמסר שטר כתוב לחברו וכתוב בו שהוא חייב לו מנה. אם זה ללא חתימה, אז למרות שזה בכתב ידו- ההודאה לא תהא תקפה. בעצם הוא מפרש את המחלוקת בין ריש לקיש לבין ר' יוחנן כדיון על שטר כתוב בכתב יד, ור' יוחנן מוכן לקבל זאת כתקף גם אם לא חתום, וריש לקיש מתעקש על חתימה. הוא נכנס לרזולוציות שלא מוזכרות בתלמוד- מפנים עוד מדיני ההודאה בסוגיה התלמודית, ממשיך את הקו התלמודי. **רש"י בעצם נשאר נאמן לתלמוד** למרות הניגוד בינו לבין הסביבה בה הוא חי.

. תוספות, שם, קב, א ד"ה אליבא

ור"ת מפרש כולה סוגיא בלא הודאה, שלא היה חייב לו כלום מתחלה. והא דקאמר חייב אני לך מנה בשטר, היינו בשטר גמור, שחתמו היטב, שרוצה להשתעבד ולהתחייב לו מנה בשטר זה, ובהא פליגי. רבי יוחנן סבר: אלימא מילתא דשטרא לאקנויי ביה בשטר זה, כמו שהודה בפני עדים…

ואין לתמוה: היכי משתעבד בשטר זה, הא אין מטלטלין נקנין בשטר! דיש לומר, דהואיל וטרח למכתב שטרא, גמר ומשעבד נפשיה, שהרי אפילו באמירה בעלמא - יש דברים שנקנים, כדקאמר בסמוך. ועוד דשמעינן ליה לרבי יוחנן בהזהב (ב"מ דף מט.): הנותן מתנה מועטת לחבירו קנה, אע"פ שלא הגיע לידו דגמר ומקני. הכא נמי, מתוך שטרח ליתנם בשטר, בכהאי גוונא גמר ומקנה…

גישת הביניים. התוספות- טענו שהתלמוד הוא ספר לא אחיד- יותר מ10 ישיבות בבבל על פני 280 שנה והוא בנוי פרוטוקלים ולכן ניסו להכניס עד כמה שאפשר הרמוניזציה בתוך התלמוד- נעמיד סתירות במקורות סותרים וננסה לתת פתרונות. אבל הם לא מוכנים להשלים עם דברי רש''י שיש טקסטים חולקים. הנחת היסוד שלהם שאין ניגודים ולכן ניסו לייצר מבט על הרמוני על התלמוד. הם מנסים לספק לסוגיה מבט רחב. מי שעומד מאחורי המהלך הזה הוא רבינו תם (נכדו של רש''י, רבינו יעקב בן מאיר). הוא מפרש את הסוגיה בלא הודאה- צמוד לתלמוד בכך שמסרב להודות בחוזים. ברור שמדובר בהתחייבות כספית פונה פני עתיד אין פה חוב ריאלי לא היה חוב מלכתחילה, אין התייחסות לעבר אז איך הודאה? הוא אמר שלא בא בחשבון שכל התחייבות כספית תעבור את המסננת של הודאה שזה בעצם קשור לעבר כשהתחייבות כספית קשורה לעתיד. הוא אומר שרש''י טעה, מדובר בשטר חתום היטב (ולא כמו רשי שאומר שזו המחלוקת). רבינו תם טוען שיש פה שעבוד- שטר חתום וגמור. וטוען בנוסף שיש משהו קנייני. ואז יש מחלוקת בין רבי יוחנן לריש לקיש האם יש תוקף להתחייבות כזו. רבי יוחנן: יש תוקף לשטר זה החתום. רבינו תם רוצה להעביר את ההתחייבות העתידית מהמגרש הראייתי למגרש הקנייני. אבל לא במובן של זכות קניין מלאה אלא שעבוד, שזה גם זכות קניין מסויימת). רבינו תם טוען שהתחייבות כספית זה סוג של קניין במובן שיש התחייבות מסויימת- סכום של כסף מסויים ואני רוצה להעביר לך את הזכויות ולכן זה נקרא שעבוד- קניין בזכויות. הקניה של זכות כספית מהמתחייב לזוכה תחת הכותרת של דיני הקניין. רבינו תם מעלה שאלה פורמאלית שמחזקת את העניין המהותי: אם זה קניין צריך להגדיר אותה כאובייקט מסויים וזכויות זה מטלטלין ולכן מקנים בדרכים פיזיות- מסירה וכו'. זכויות לא ניתן להעביר בדרכים פיזיות כי זה לא פיזי והוא תוהה מדוע אפשר בשטר כי שטר זה רק למקרקעין. שעבוד הוא הקנייה של זכויות במטלטלין ואי אפשר בשטר- לא מציית לדיני הקניין. מנסה להעביר לדיני הקניין אבל אי אפשר בשטר אז מה עושים? אפשר להסתדר- רבינו תם הלא פורמליסט טוען כי כל דרכי הקניין הן פרוצדורות אבל יש משהו עקרוני ומהותי- דרכי הקניין צריכות להראות את גמירת דעתו של המוכר, זו כל המטרה ולכן הוא טוען שתמיד צריך לבדוק אם משיגים את המהות. הפרוצד' לא מעניינות, כל דרך היא תהיה כשרה להתנות בה. אם מה שמעניין זה המהות בלבד אז אדם שטרח לכתוב שטר עבר מבחינה פסיכולוגית החלטה וגמירת דעת ומשעבד את עצמו. המהות של גמירת דעת הושגה. מכיוון שהיא הושגה הפרוצדורה כשרה (היא מבטאת גמירת דעת), אי הקנייה בשטר זה עניין פורמאלי שלא מעניין אותו, בסוף השאלה היא של גמירת דעת ובשטר יש אותה. מאיפה הוא מביא את זה (זה צעד גדול מאיפה החוצפה)?? 2 הוכחות: 1. אפילו בעלמא דברים נקנים (יש סיטואציות שאמירה בלבד יוצרת קניין) אז ברור שאפשר גם בשטר. 2. התלמוד אומר במקום אחר שאם יש התחייבות בע''פ להקנות מתנה זה תקף- אמנם זה סכום קטן (מתנה מועטת כי אם זה יהיה גדול אולי יש בעיה עם הגמירת דעת)- אפשר לייצר קניין עם התחייבות בלבד למרות שהזוכה או המובטח לא אחז במתנה או לא עשה שום דבר פיזי. כי מניחים שהמעניק גמר בדעתו.

אלו הן 2 הוכחות של הקנייה באמירה בלבד: הורים של זוג העומד להינשא- באמירה ומתנה מועטת. אם בשניהם אפשר אז כאן גם אפשר כשאדם טורח לכתוב שטר זה לא סתם. סיכום דבריו של רבינו תם: יש להתחייבות עתידית תוקף- לא מדיני החוזים, לא מדיני הראיות אלא דרך דיני הקניין מכיוון שההתחייבות הכספית נעשית בשטר וכשהיא נעשית בשטר אני מסיק שיש מגמירת דעת ואז ממילא אפשר לקבל את ההעברה התקפה. - לפי התוספות הודאה מתייחסת לאירוע לעבר, וזה לא מתאים להתחייבות שלנו, כי זה לא מתייחס לדבר שבעבר, אלא עתידי. ולכן רבנו ת"ם הלך בכיוון קנייני. הוא לוקח את הכלי שהתלמוד עבד איתו- שטר אך הוא לא הלך לפי התלמוד- לוקח בשביל קניין ולא בשביל ראיות.

רי"ף שם

והלכתא כר' יוחנן. ומדמקשינן עליה דר"ל ממתני' הנושא את האשה ופסקה עמו שיהא זן את בתה ה' שנים, דלית לה גביה מעיקרא ולא מידי, אלא איהו חייב נפשיה במילתא דלא הוה מיחייב ביה... שמעינן מהני כולהי, דפלוגתא דר' יוחנן וריש לקיש במאן דקביל על נפשיה מילתא דלא הוה מיחייב בה, וכיון דהילכתא כרבי יוחנן דאמר חייב אני לך מנה בשטר חייב, ואפילו לא אמר אתם עידי, כל שכן אי אמר אתם עידי, דבהא אפי' ריש לקיש מודה, וכל שכן אי קנו מיניה.

גישה שלישית הקיצונית (לדעת רבים היא נועזת יותר מרבינו תם). יש ויכוח בין ריש לקיש לרבני יוחנן וריף פוסק כמו ר' יוחנן (לא מפתיע, בדר''כ פוסקים כרבי יוחנן במחלוקת עם ריש לקיש). הריף מגיב על התלמוד הבבלי- שלפיו ההודאה היא על חיוב שכבר נעשה בעבר. אך ברור שבמשנה מדובר על התחייבות עתידית ללא שום רקע ריאלי בעבר- כי איזה חיוב קודם יש בין איש ואישה שרוצים להינשא?? אלא, האיש חייב את עצמו בדבר שהוא לא היה חייב בו!

בעצם, הרי"ף אומר שלא נכון ולא הגיוני לקרוא את הסוגיה כאילו היא על רקע דבר שכבר נעשה בעבר אלא התחייבות כספית עתידית. ריש לקיש ורבי יוחנן מדברים על סיטואציה לגבי התחייבות עתידית- מקיש שיש קשר בין המחלוקת ביניהם לבין הסיטואציה במשנה. בעצם, הוא אומר: המשנה מדברת על חוזים ולא על דיני ראיות.

ומכל הדיון בין ר' יוחנן לריש לקיש, הרי נפסק שהלכה כר' יוחנן--> ז"א שיש תוקף להתחייבות עתידית. בוודאי שיש תוקף אם יש ''אתם עדיי'' ואם יש שכלול של אקט קנייני אבל זה תוספים, אין צורך בזה. לחוזה יש תוקף כי הוא חוזה, עומד בפני עצמו. הוא לא סתם ''נכנס'' בתלמוד אלא מבין שיש את המשנה, ורבי יוחנן וריש לקיש מדברים על זה- הוא לא מציית לגמרי לתלמוד גם הוא ולכן משחק משחק כפול- מציית למשנה. רבי יוחנן אמר לפי פשוטם של דברים שלהתחייבות יש תוקף וגם המשנה אמרה את זה. הוא עושה את זה כדי להתאים לפרטיקה ללא סרבולים כמו רבנו תם. הוא שובר את הכלים אך לא לגמרי לדעת המרצה- יש נאמנות לטקטס של המשנה ולפשוטם של רבי יונן (התלמוד הכניס לו דברים אחרים ממה שאמר, במקור התייחס לזה כהתחייבות עתידית).

אך, כדי שזה יהיה תקף, נדרשת לא רק התחייבות, אלא ממש העברה של חפץ בין המתחייב לזכאי- ובכך הוא כאילו מגלם את זכויותיו לחפץ מקנה לו אותן באמצעותו. וכך הוא הופך את העסקה הערטילאית לעסקה בעלת ממשות.

לסיכום- הרי"ף אומר שהסוגיה מדברת לא רק על הודאה אלא על התחייבות חוזית עתידית! ולהתחייבות הזו יש תוקף- משום שהכלל הוא שפוסקים לפי ר' יוחנן. קל וחומר, שלהתחייבות זו יהיה תוקף אם יוספו לה רכיבים נוספים- כמו שטר שמהווה קניין ממשי, או כמו הצהרה שמעידה על רצינות. אך כל זה זה רק תוספת! הרי"ף קודם כל טוען שלהתחייבות חוזית לכשעצמה גם ללא תוספת יש תוקף!

תגובתו של הרי"ף אינה פשוטה, כי איך ניתן לפרשה לאור האמור בתלמוד כולו שאין כלל חוזים?

לשם כך ניעזר בתלמידי הרי"ף שמפרשים את דבריו:

רמב"ן שם

...והב"ע דא"ל חייב אני לך מנה בשטר, כלומר שאינו מודה שהי' חייב לו, אלא שהוא מחייב עצמו בכך מעתה, וכותב לה שטר חיוב על המנה, דר' יוחנן סבר אלימא מלתא דשטרא וכמאן דא"ל אתם עדי דמי, כלומר הרי הוא מתחייב בשטר, כאלו הודה שהי' חייב לו מתחלה מחמת הלואה או פקדון ואמר לעדים אתם עדי, והוצרכתי לפרש כן מפני שאי אפשר לפרש כמאן דא"ל אתם עדי שאני מחייב לו עצמי, שאלו אמר כן, אין ספק אצלי שהוא פטור לדברי הכל, דבמאי משתעבד בדברים... אבל המחייב עצמו בדבר שאינו חייב אף על פי שאמר אתם עדי ודאי פטור, דהא בערב נמי בעינן או קנין או מתן מעות ובההיא הנאה דקא מהימן ליה, וגבי מתנה שומר חנם להיות כשומר שכר (ב"מ צ"ד א') אקשינן במאי בדברים ואיצטריך לפרוקי בההיא הנאה דקא מהימן ליה וכו' ובעי משיכה... אלמא אין אדם משעבד עצמו בדבר שאינו חייב בדברים, אף על פי שאמר לעדים אתם עדי, אלא באחת מדרכי ההקנאות.

הרמב''ן יוצא נגד הריף. מפריע לו שהריף בורח מהתלמוד מהסוגיה המסויימת אבל גם שהוא נוגד את כל מקורות התלמוד. אמנם אכן מדובר בהתחייבות כלפי העתיד ובזה הוא מסכים עם הריף , אך היא פועלת בצורה של הודאה (הוא מחוייב לתלמוד)- למה?

כי לו היה מדובר סתם בהתחייבות כספית, הוא לא היה מחויב כלל. כי זה ערטילאי, מילים בעלמא, ואין לכך תוקף (מנוגד גם לרבינו תם שאומר שאפשר בעלמא). ואפילו אם אמר "אתם עדיי" על התחייבות עתידית לא יהיה לכך תוקף (קיצוני)- בכך הוא חולק על הרי"ף! רמב''ן מביא דוגמה של הסכם בין שומרי שכר לבעלים וברור שהתלמוד לא קיבל את זה שההסכם נסגר בדברים.

לפי הרמב"ן- כל עוד אין חוב קודם אין סיכוי שיהיה תוקף להתחייבות באמצעות דברים אלא באחת מדרכי ההקניות- טוען שיש פרוצדורות בתלמוד בכל מקום שהוא מדבר על התחייבויות חוזיות ולכן צריך ללוות את הערטילאיות אקט נלווה.

רמב"ן בעצם לוקח את הרי"ף מהקשרו המקומי ומנסה לתת לו את ההקשר התלמודי הרחב- לפיו להתחייבות חוזית מילולית, אפילו אם היא כתובה, אין תוקף אלא רק אם נלווה באחת מדרכי ההקניות או הודאה. זה הכלל שיש בכל התלמוד. ולכן הרמב''ן שואל כיצד הריף מעיז להגיד שזה תוקף רק על מילים. אם התלמוד דוחה איך אתה מקבל? זו הביקורת החריפה והיא רצינית מאד. הרמב''ן ממושמע לתלמוד- רק דרך הודעה וגם למרחב התלמודי- אקט קנייני.

שיעור 2- 27/10/15

המכנה המשותף לאמוראים הוא שהם נוטים לדחות את תוקפה של ההתחייבות הכספית, בניגוד לתנאים. על הרקע הזה דיברנו על הספרות הפרשנית ובדקנו מה קורה שם בשלושה זרמים מרכזיים: 1. ממשיך עם התלמוד, מכירים בהתחייבות כספית כהודאה, התלמוד הגביל את ההתחייבות על פי דיני ההודאה אז זה יהיה מוגבל- אתם עדיי, הצורך בשטר וכו'- רש''י, 2. זרם ביינים- צריך לתת תוקף להתחייבות הכספית, אמנם אי אפשר דרך חוזים (כמו התלמוד) אבל זה מגביל מדי לעשות את זה דרך דיני הודאה ולכן כדי לאוורר את המרחב של ההתחייבות הכספית ניתן לה תוקף דרך דיני הקניין (כמו שאדם יכול להקנות חפץ הוא יכול להקנות זכות), צריך לוודא שיש גמירת דעת (בשטר אבל גם בע''פ)- רבינו תם ובעלי התוספות. 3.שובר חזק מהתלמוד, חוזר אל התנאים. אומר שמכירים בתוקפה של ההתחייבות הכספית דרך דיני החוזים אבל בניגוד לאמוראים. מי שמוביל את זה הוא הרי''ף. דבריו הם לא פשוטים בכלל מפני שהם סותרים את התלמודים (ירושלמי ובבלי), אך לא רק כאן אלא באופן כללי. התלמודים לא אוהבים חוזים. אם חוזרים לדברי המבוא צודק גולאק שבגדול התלמודים לא אוהבים את החוזה. ולכן, עם כל הכבוד לריף, דבריו בעייתים מבחינת הסתמכות על התלמוד. הראיה שהוא מצא זה דברי התנאים. אי אפשר להגיד שדבריו חסרי בסיס- התלמוד מתבונן בתופעה הזו- וויכוח בין רבי יוחנן לריש לקיש- הסכם בעל ובת אבל כאמור בראיה כוללת של המרחב התלמודי דבריו מאד קשים. הרמב''ן מעביר ביקורת על דבריו.

עכשיו נעבור לרמב''ם, זרם של הרי''ף. הוא מחובר חיבור עמוק מאד לפסקיו של הרי''ף, הקשר הזה מתקיים גם דרך הקווים הביוגרפיים וגם דרך ההשתייכות הגאו' תורנית תרבותית של הרמב''ם. אביו של הרמב''ם למד אצל תלמידו של הרי''ף ולכן השפיע עליו. הרמב''ם במקרים רבים הולך עם הרי''ף. הרי''ף בסופו של דבר מביא לצפון אפריקה את תורת הגאונים והרמב''ם גם הוא מחובר באופן עמוק לתורת הגאונים. מבחינת ההשתייכות המרחבית בלי קשר לביתו ממילא הוא קשור לפסקיו של הרי''ף.

**הרמב"ם, מכירה יא, טז**

הרמב"ם הוא מרשה לעצמו להתעלם מסוגיות שלמות בתלמוד ולבחור "צד".

המחייב עצמו בממון לאחר בלא תנאי כלל, אף על פי שלא היה חייב לו כלום הרי זה חיב, שדבר זה מתנה היא ואינה אסמכתא, כיצד האומר לעדין הוו עלי עדים שאני חייב לפלוני מנה, או שכתב לו בשטר הריני חייב לך מנה אע"פ שאין שם עדים, או שאמר לו בפני עדים הריני חייב לך מנה בשטר, אע"פ שלא אמר אתם עדי, הואיל ואמר בשטר הרי זה כמי שאמר הוו עלי עדים וחייב לשם, אע"פ ששניהם מודים והעדים יודעים שלא היה לו אצלו כלום, שהרי חייב עצמו, כמו שישתעבד הערב, וכזה הורו רוב הגאונים.

המשמעות היא שלהתחייבות עתידית ללא תנאי בעבר, התחייבות כספית, יש תוקף. הוא אומר זאת בעקב' הרי''ף, כמו רבי יוחנן. וההנמקה היא שזוהי מתנה – "שדבר זה מתנה היא". ''בלא תנאי כלל, ולא אסמתכא''- נחזור לכך בהמשך.

באופן עקרוני, הוא אומר לנו בעצם שיש לו שני מודלים מוכרים של התחייבויות כספיות, שאין בהן שום אקט קנייני, שאין בהן תמורה אבל בכל זאת יש להן תוקף, המשותף להם הוא שזה התחייבות כספית ללא תמורה.

1.   מתנה- בהקשר לדבריו של רבינו תם. חוזה מתנה הוא תקף.

2.   ערבות- יש לה תוקף כחוזה.

הרמב''ם פוסק כמו הרי''ף, עם שדרוג מסויים למתנה וערבות, אומר שיש תוקף לכל התחייבות עתידית מתוקף דיני החוזים.

כעת הרמב"ם עובר להסבר, "כיצד"? איך מתחייבים? הוא נכנס למבוך מסויים. באופן כללי, אומר התלמוד שאם אני רוצה להתחייב בפני אדם, הנוסחה להתחייבות היא "חייב אני לך מנה" ואפשר לעשות זאת בפני עדים ולהצהיר בפניהם "אתם עדיי" או להחליף את ההצהרה של העדים בשטר, שבו אפשר לעשות אחת משתיים – להצהיר על השטר בע"פ או לכתוב אותו בשטר.

1.       אמירה בעל פה: "חייב אני לך מנה, אתם עדיי"

2.       אמירה בעל פה: "חייב אני לך מנה בשטר"- האדם המתחייב כתב בשטר- צורת ההודאה היא בכתב לפי הסבר אחד אבל יש אפשרות אחרת- כל הנוסחה כולה נוסחה אחת וכולה נאמרה בע''פ- אני מודה שאני חייב לך מנה וזה היה בשטר- המילה בשטר מתייחס לאירוע ולא לדרך (אפשרות השלישית זה על כתיבת השטר).

3.       אמירה בע"פ וכתיבה: "חייב אני לך מנה" + כתיבת שטר.

2 שהן 3 דרכים- התחייבות כספית חייבת לעבור דרך מסלול של הודאה או דרך אתם עדיי. מוסיף הרמב''ם שהועיל ואמר ושטר זה כמי שאמר אתם עדיי- כשאדם אומר שהתחייב בשטר זה אירוע יותר משמעותי. זה חזק כמו אתם עדיי. ההודעה מתייחסת לאירוע שהוא ידוע, שהיה אומר הרמב''ם כולם מודעים שלא היה כלום- זו לא הודעה במובן הקלאסי כי לא היה אירוע כזה, ההודעה היא תלושה, לא מתייחסת לשום אירוע. הרמב''ם לא מתחכם מדי, הוא הולך בעקבות התלמוד. יש פער דרמטי בין התאוריה לפרקטיקה- התאוריה אומרת כמו הרי''ף (לא מפתיע) מכוח דיני החוזים, מוכיח את דבריו כמו מתנה וערבות. אבל בפרקטיקה אי אפשר רק חוזה אלא חייבת לעבור דרך הודאה, דרך דיני הראיות כפי שאמר התלמוד הבבלי. הדבר הזה לא מפתיע כי הרמב''ם הוא פוסק הלכה שהוא גם פילוסוף ומביא את ההלכה לפילוספיה ואת הפילוספיה להלכה. כשהוא פוסק הלכה הוא הולך מבחינה פילוספית כמו הרי''ף. אבל הרמב''ם הוא אחרי הכל צמוד תלמוד,התלמוד לא מעוניין בחוזה ולכן מגדיר אותו כהודאה ולכן אי אפשר להתנהג כפשוטו כאילו יש חוזה. ההלכה בסוף זה הפרטיקה- כמו בתלמוד. תיאוריה לפעמים שונה מהפרקטיקה. זה וריאנט משמעותי על הרי''ף ולא בדיוק כמוהו.

בשלושת הזרמים יש קושי לא מבוטל לבסס את החוזים על ההתחייבות החוזית- 2 זרמים ראשונים לא מקבלים וגם הזרם השלישי- לרמב''ן יש ביקורת על הרי''ף והרמב''ם גם מבקר אותו למרות שהולך בעקבותיו (הפרקטיקה שונה). אם נחזור לוויכוח של אלבק וגולאק כרגע אנו רואים שגולאק צודק- התלמוד לא אוהב את התופעה הזו. זה בנתיים מבלי לקבוע מסמרות.

**נבדוק עוד דוגמה- למה? יש בה מרכיבים של קושי ובעיה שאין בהתחייבות כספית. בין היתר הערטילאיות- פעולה זה יותר ערטילאי מכסף.** יש מקום לבדוק איך התחייבות לפעולה עובדת. רוב התניות החוזיות נמצאות במסגרת הזו יותר ממה שהן נמצאות במסגרת של התחייבות כספית, בדר''כ יש יותר התחייבויות לפעולה מאשר לכספיות.

**התחייבות לפעולה**

בבלי, בבא בתרא ג',א

(משנה בבתא בתרא, א, א: השותפין שרצו לעשות מחיצה בחצר- בונין את הכותל באמצע)

...כי רצו מאי הוי? נהדרו בהו! א"ר אסי א"ר יוחנן: שקנו מידן. וכי קנו מידן מאי הוי? קנין דברים בעלמא הוא! בשקנו מידן ברוחות. רבי אשי אמר: כגון שהלך זה בתוך שלו והחזיק, וזה בתוך שלו והחזיק.

המשנה עוסקת בזכויות במקרקעין בעיקר ובחלק הראשון של המסכת עוסקת בשותפות במקרקעין. אם שני שותפים במקרקעין בחצרים רוצים לפרק את השיתוף ביניהם- מחיצה בחצר, בונים את הכותל באמצע. המשנה מתכוונת וכך התלמוד מבין אותה שכוונת הדברים שאם הם רצו, הסכימו לפרק את השיתוף אז ההסכם מחייב- תקף. התלמוד שואל מהי המשמעות של ההסכמה בין הצדדים בדבר התחייבות עתידית לפעולה? הם יכולים לחזור בהם, מי אמר שלהסכמים יש תוקף? **ר' יוחנן** אומר כי התוקף של ההתחייבות הוא "שקנו מידן". ''קנו מידו'' זו פרקטיקה מוכרת בתלמוד. לפני טקס החופה בדר''כ יושבים ומכינים את הכתובה- יש אקט שמעבירים חפץ מאחד לשני- ''קנו ממנו'' /''קנו מידו''. התלמוד לא אוהב תופעות ערטילאיות אלא ממשות. איך נתגבר על בעיית הערטילאיות? אחת הדרכים והמרכזית היא התופעה הזו. **את הזכויות שעוברות בחוזה מגלמים בחפץ מסוים וברגע שהזכויות מגולמות בחפץ ועכשיו מה שעובר מן המתחייב לזוכה הוא חפץ וכך פותרים את בעיית הערטילאיות** (עליה הצביע גולאק). נגלם את ההתחייבות בחפץ אשר עובר מיד ליד ובדרך הזו ההתחייבויות והזכויות הם לא רק ערטילאיות אלא כאילו עוברות מיד ליד. בעצם מה שקורה בטקס הזה הוא אקט משכלל. החוזה הופך להיות סוג של קניין. התלמוד מסביר שמדובר בקניין על מושא שהוא דברים בעלמא. המשנה אומרת שאין שום בעיה לעשות פירוק שיתוף, גם בע''פ, התלמוד אומר שאם זה בע''פ אין לזה תוקף אלא אם כן ''קנו מידו'' אבל אז הוא אומר שזה לא תמיד עובד וזה לא יעבוד על פירוק שיתוף. אלא זה ''קניין דברים בעלמא''- קניין- אקט משכלל שבעצם נותן לחוזה דימוי מסויים של קניין. אבל לפעמים הקניין הוא על משהו ממשי ולפעמים הוא מתייחס למשהו ערטילאי וכאשר זה כך קוראים לזה קניין דברים (או קניין על דברים, מילה אם זה בארמית)- דברים ריקים, אין שום משמעות לדיבורים. האקט הקנייני נותן לתופעת ההתחייבות מימד של ממשות. האקט המשכלל פותר בעיה ביחס לפרוצד', הוא לא יכול לפתור בעיה ביחס למהות. המושא הוא ממשי ואני מתחייב אליו- מתחיי לסכום של כסף, דבר ממשי ואם יש בעיה בהעברה של הכסף, בהליך יוצרים ע''י אקט הליך שיש בו בשר. אם ההתחייבות היא לפעולה (ערטילאי) האקט המשכלל יכול לפתור בעיות ביחס להליך אבל לא יכול ביחס למושא, במקרה כזה הקנו מידם לא יכול לעבוד. זה לא פתרון קסם אלא רק כאשר מושא ההתחייבות הוא ממשי, כשזה פעולה (אינו ממשי) לא יכול לעבוד. הסכם של פירוק שיתוף הוא הסכם של פעולה אז מכיוון שהמושא של ההתחייבות הוא מושא ערטילאי ולכן רבי יוחנן לא פותר שום בעיה.

התלמוד מציע 2 חלופות להתגברות על בעיית החפציות כשלעצמה:

1. **לשדרג את הפתרון של רבי יוחנן- הפיכת מושא ההתחייבות מערטילאי לחפצי (מפעולה למשהו ממשי יותר)**: לא לפרק קיר אלא ''אנחנו מתחייבים להעביר לאחר את הזכויות שיש לו במחצית מן החצר''. כל אחד מקבל מחצית מן החצר. התחייבות זו, לתת חצי מהחצר, היא כבר עניין חפצי, מושא הקניין הוא תת חלקה שכל אחד זוכה בה. כלומר, כל אחד בעצם מהצדדים מתחייב למשהו מאוד ממשי, מתחייב להעביר את זכויות בחלקה לשותף אחר. אם כך הדבר, התגברו על בעיית הערטילאיות של מושא ההתחייבות- הוא אינו פעולה אלא חפץ. נשארו עם הקונספט לפיו ההליך המשוכלל הוא "קנו מידן" אל הוספתי את המילה "ברוחות" מה שאומר שלמעשה שהם לא מעבירים זכויות אלא חפץ, מקשרים הכל לחפצים. עכשיו הבעיה היא רק בהליך. החלק הפור' (טקסי) היה חזק מאד בעבר, היום זה כבר מתפוגג.
2. זהו פתרון דרמטי שמערער את עצם הנחת היסוד- הנחנו כי מדובר בפעולה חוזית עד כה. רב אשי חוזר מכל עניין זה ומניח כי **ההליך הוא לא חוזי, ההליך הוא קנייני**. אפשר לפרק שיתוף באמצעות קניין. אחרי שפלוני מקבל תת חלקה אחת יבצע מעשה קניין בחלק שלו. קרקע נקנית באחת מ-3 דרכים:
3. כסף
4. שטר
5. חזקה: להחזיק מלשון "החזקה"- החזקה בנכס. התפיסה ההלכתית בקניין היא תפיסה חפצית פירושו של דבר שההליך הקנייני הוא הליך שבו אני מחזיק בנכס ומעביר את ההחזקה בנכס לקונה (הרמה ומשיכה במיטלטלין והחזקה בקרקע במקרקעין- בדירה מדובר בהחזקה במפתח הדירה וכשמדובר בחצרים/ שדה- פעולה שבאמצעותה אני פיזית נוגע בקרקע מבטאת את ההחזקה במקרקעין) . אי אפשר לעשות את זה ע''י הסכם (קניין דברים בעלמא), קניין ממש ולא כאילו.

**רב אשי** טוען שלא מדובר בהליך חוזי אלא בפירוק שיתוף בפועל- ההליך הוא הליך קנייני. כל אחד הלך לצד שלו וביצע פעולה של החזקה ובכך הוא קנה את זכותו בחלק שלו.

בקטע זה של התלמוד אנחנו רואים את התרחיש המוכר- התנאים מכירים בהתחייבות החוזית והתלמוד לא מוכן לקבל זאת וטוען שוודאי אי אפשר לקבל חוזה לכשעצמו ולכל הפחות צריך "קנו מידן" שגם הוא לא תמיד עובד אלא רק כאשר מושא ההתחייבות הוא חוזי. הנקודה שהתחדשה לנו הוא בפסקה של "קניין דברים בעמלא" –שהליך ה"קנו מידן" הוא לא יעיל כאשר מושא ההתחייבות הוא ערטילאי.

התנאים טוענים שיש לפירוק שיתוך תוקך כשלעצמו, האוראים לא מוכנים להכיר כי הם לא מכירים בחוזים ולכן יש אחת משתי דרכים- אחת היא מאד מקובלת ביחס לחוזה- שכלול החוזה באמצעות קנו מידו, משדרגים את האקט המשכלל ע''י המרת מושא ההתחייבות מערטילאי למוחשי. האופציה השנייה- אי אפשר באמצעות חוזים אלא לחרוג וללכת לפי דיני הקניין.

איך לראות את הבעיה של קניין דברים? אופציה אחת: התחייבות לפעולה בלבד מבלי להשוות להתחייבויות אחרות. דרך שרבים הולכים בה, גם הרמב''ם.

רמב"ם, מכירה ה, יד

הדברים שאין בהן ממש אין הקנין מועיל בהן, כיצד? הרי שכתב בשטר: וקנינו מפלוני **שילך בסחורה עם פלוני**, או **שיחלקו השדה שביניהם**, או **שישתתפו שניהם באומנות**, וכיוצא בדברים אלו כולן – הרי זה קנין דברים ואינו מועיל כלום, שהרי לא הקנה לחבירו דבר מסויים וידוע, לא עיקר ולא פירות עיקר הידוע.

הרמב"ם נותן לנו **דוגמאות למקרים שבהם אין הקניין מועיל בהם**. כל מה שמשותף למקרים ההלו הוא שמושא ההסכם הוא ערטילאי. הוא מדבר על הסכם לשותפות עסקית מסחרית, או הסכם פירוק שיתוף, או שיתוף של ייצור ביחד. הסכים כאלה הם דברים- מושא הפעולות הוא התחייבות. מדובר בקניין דברים והוא אינו מועיל שהרי אין את העקרונות של דיני הקניין לפי המשפט המוסלמי -לא מדובר בהקניה של משהו מסוים (איזה בית אני קונה?) וידוע (תכולת הבית צריכה להיות ידועה- היא אמנם מסוימת אבל צריך לפרוט אותה). הרמב"ם אומר שקניין יכול לחול רק על משהו מסוים וידוע. במקרה הזה מדובר בפעולות שאינן ידועות או מסוימות. מסיבה זו, כאשר מדובר בהסכמי שיתוף או פירוק שיתוף שמבוססים על התחייבות לפעולה, גם אם "קנו מידן", הם אינם חלים. הרמב"ם אינו מחדש לנו דבר אלא מבהיר את חוסר התחולה של הסכמים המבוססים על התחייבות לפעולה. משכלל את ההלכה- קובע שאין תוקף להסכמים שמושא ההתחייבות שלהם הוא ערטילאי. הרמב''ם לא אומר כאן אבל בהלכות שכנים הוא מציע את שתי הדרכים של התלמוד כדי להתגבר מבחינת הפרקטיקה על התחייבות לדבר ערטליאי.

הפוסקים, בעקבות הרמב"ם נכנסו למחלוקת בשאלה האם בעיית הקניין דברים היא בלתי פתירה או שיש פעולות מסוימות שניתן להכיר בחוזים עבורם- יש סדקים ראשונים לגביי השליליות בהתחייבות לפעולה. הפוסקים חיפשו להגביל את כלל התלמוד של "קניין דברים" ולייצר חריגים של פעולות חוזיות מסוימות שבהם כן נכיר. המקור הברור ביותר בעניין זה הוא המקור הבא: רמ''ה מעמיד את ההתחייבות לכספית לפעולה-

יד רמ"ה, בבא בתרא, שם, אות כו

מהא שמעינן דלא מהני קנין אלא היכא דקנו מיניה אגופא דממונא- האקט המשכלל של קנו מידו רלוונטי רק כשיש נכס ממשי, אבל היכא דקנו מיניה למעבד הקנאה- כאשר ההתחייבות היא פעולה, כיון דלא מקנו ליה לגופיה דממונא בההוא קנין –האקט המשכלל לא חל על נכס ריאלי לא משתעבד לאקנויי ליה- אי אפשר ליצור שעבוד באמצעות האקט הקנייני, דהוה ליה קנין דברים בעלמא ולא הוה קנין...

דלא מהניא הודאה במילתא דלא הוה מחייב ביה- לכאורה מעמידים את זה מול התחייבות כספית, זה גם עתידי, אלא היכא דהוה יכיל לאקנויי או לחייביה נפשיה בגווה- ההודאה רק במקרים שבהם אפשר להקנות את הדבר או לחייב את עצמי במושא ההתחייבות, כדאמרינן בהנושא את האשה (כתובות דף ק"א ע"ב) גבי חייב אני לך מנה בשטר, אבל גבי חלוקה וכיוצא בה, כיון דליכא אנפא דמשעבד בה נפשיה למיפלג היכא דלא מחייב מדינא למיפלג, כי אודי נמי דמיחייב בהני, ולא כלום הוא.

וה"מ היכא דקנו מידו, דמחייב לחלוק או להקנות, וכל שכן היכא דקנו מידו לחלוק או להקנות. אבל קנו מידו שחייב לתת כך וכך או לבנות או לזון, מסתברא דלאו קנין דברים בעלמא הוא, שהנתינה עצמה אינה ממון, והאי לאו אנתינה גופא קנו מיניה, אלא אגופא דממונא קנו מיניה, דמחייב למיתב ליה כך וכך ממון...

אלא מיהו הני מילי היכא דקנו מיניה, דמחייב למיתן ליה כך וכך, דדרך הודאה הוא, אי נמי דרך שיעבודא דשעביד נפשיה להכי, ולאו קנין דברים הוא. אבל [אם] קנו מידו לתת כך וכך, או לבנות, או לזון, כיון שאין הקנין נופל על החיוב ולא על גוף הממון אלא על הנתינה עצמה, והנתינה עצמה אין בה ממש אלא מעשה בעלמא הוא, [קנין דברים הוי] ומצי למהדר ביה. תדע דהא לישנא דשאתן לאו לשון חיוב משמע, דמחייב מהשתא למיתב, אלא לשון הבטחה משמע, דלא משתעבד...

הדין הוא סברא דילן, ורבוותא קמאי נמי הכי אסכימו. ואיכא מן רבוותא בתראי מאן דהוה ס"ל, דקנין לתת לאו קנין דברים בעלמא הוא, אלא כמאן דקנו מיניה דמחייב לתת דמי, ולא מיקרי קנין דברים לפום הדין טעמא דידהו אלא במי שקנו מידו לחלוק או להשתתף או לילך... ומילתא צריכא עיונא.

הוא מאפיין למה התחייבות כספית היא בתוקף, זה רק במקרה שהמושא בר הקנאה או מושא ההתחייבות לחייב את עצמו בו באמצעות הודאה. מצד אחד אפשר לייצר התחייבות במנה או להקנות מנה. מכיוון שזה בר קניין או בר חיוב בהודאה אבל לגבי חלוקה- פירוק שיתוף זה לא יכול לעבוד כיוון שאין צד שהוא יכול לשעבד את עצמו לחלוק וגם כשהוא מודה ומתחייב באלו זה לא כלום (כשאדם מודה שהוא חייב כסף זה סוגר עניין אבל בפירוק שיתוף זה לא כך). הטענה שלו היא שהמבחן להתחייבות כספית היא בת הודאה או בר קניין (אולי רומז לרבינו תם)- דרך אחת מהמסלולים האלה נותנים תוקף להתחייבות. פירוק שיתוף לא כולל את אחת מהדרכים. המבחן בסוף הוא האם המאפיינים שלמעלה לגבי התחייבות כספית קיימת לגבי התחייבות אחרת. כשאתה מתחייב להקנות זו התחייבות לביצוע פעולה אבל לזון, לבנות זה לא דברים בעלמא- יש הסכמים לפעמים שברור מהם שזו התחייבות כספית ביסודם ואם זה כך אז זה עומד בהודאה או בברת קניין ולכן מחייבים. המרצה לא מבין למה לבנות זה לא דברים בעלמא, התלמוד יכול להתייחס לכך ולהגיד שגם פירוק שיתוף זה בנייה ולכן זה נוגד לגמרי את התלמוד. מבחין בין נתינה- שהיא בעיניו תחת התחייבות לפעולה שאין לו תוקף לעומת התחייבות כספית היא התחייבות למושא שהוא בר הודאה או קניין ולכן יש תוקף. הסברה שלו מבחינה הבחנה ברורה של התחייבות כספית לבין התחייבות לפעולה והמבחן הוא פשוט: התחייבות לפעולה כשאין נכס ריאלי- לא גופא דממונא והתחייבות כספית עונה על אחד משני תנאים- ההודאה יוצאת חיוב או בר הקנאה (יש תוקף), כשהמושא ריאלי אין בעיה. יש גאונים שהסכימו איתו. מוסיף שמול העמדה שלו ושל הגאונים הראשונים יש גאונים מאוחרים שחושבים לגבי קניין לתת- שיכללתי את הנתינה באמצעות קניין. הדעה הזאת חושבת שקניין לתת הוא לא דברים, למרות שהנתינה היא לא בת הודאה ולא בת קניין והיא התחייבות לפעולה מכיוון שהתחייבות לתת מתייחסת בסוף לנכס ריאלי למרות שהניסוח הפורמאלי הוא סביב פעולה התמצית שלה מתייחסת לנכס ריאלי ולכן יהיה לה תוקף. יכול להיות שזה סוג של מתנה כמו הרמב''ם. הוויכוח הוא לגבי פורמאליות או לא- התחייבות לפעולה תמיד יהיה קניין דברים או שיש במהות של נתינה נכס ריאלי. הדעה היותר פורמ'- הניסוח דרך פעולה ההסכם לא בר התחייבות ולכן לא ניתן לשכלל על ידי קנו מידי- קניין דברים (רמ''ה וגאונים ראשונים), דעה פחות פורמ'- לא התייחסות רק לאופן שבו ניסחתי אלא לתוכן ולמהות שעומדת מחוץ לדברים. הדעה השנייה היא עד כמה שאפשר לסייג את הכלל התלמודי לגבי התחייבות לפעולה. זה כלל שהוא מאד מגביל ולכן מודעים לשחרר כמה שיותר חוזים מהמגבלה הזו. היו הרבה חוזים על נתינה ולכן שיחררו את חוזים אלו מכך. כשמעמידים התחייבות עתידית מול כספית אם אתה פורמאליסט אתה נשאר עם ההבחנה אך אם אתה פחות אתה נשאר כמה שיותר עם המהות. עצם העובדה שמעמידים את האפשרויות אחת מול השנייה סודקים את הגישה לקניין דברים. אלו הם הניצנים הראשונים אחרי התלמוד שמנסים לתת תוקף בכל זאת להתחייבויות לפעולה, לפחות במקרים מסויימים.

הטור, בנו של הרא"ש, סיכם את הדברים ומבהיר את המחלוקת שהרמ"ה מתייחס אלייה:

טור, חושן משפט, קנז

וכתב הרמ"ה (= ר' מאיר הלוי): ומיהו דוקא דקנו מיניה, דמיחייב ליתן כך וכך דדרך הודאה הוא, א"נ דרך שיעבוד דשיעבד נפשיה להכי ולאו קנין דברים הוא, אבל אם קנו מידו לתת כך וכך או לבנות, כיון שאין קנין נופל על החיוב ולא על גוף הממון אלא על הנתינה עצמה, והנתינה אין בה ממש אלא מעשה בעלמא, הוי קנין דברים ומצי הדר ביה.

ואיכא מרבוותא דסבירי להו, דקנין לתת לאו קנין דברים הוא, דלא מיקרי קנין דברים אלא במי שקנו מידו לחלוק או להשתתף או לילך –**לקח מהרמב''ם** ע"כ, ויראה מדברי א"א הרא"ש ז"ל דלבנות לא הוי קנין דברים.

הטור מביא את המחלוקת שהרמ"ה מתייחס אליה- כשההתחייבות עוברת דרך המסלול של הודאה היא לא נופלת תחת קניין דברים, אם קנו מידו לתת או לבנות זה קניין דברים ויכול לחזור בו. כשהוא מסכם את דברי הרמ''ה הוא אומר שלבנות זה כמו לתת- פעולה ואי אפשר לשכלל את זה. הרא''ש- היה יקי והגיע לקהילה של ס''ט ולכן היה מושפע ממסורת אשכנזית. בנו, רבי יעקב שספג מסורת אשכנזית אבל גם ספרדית. הטור הוא מביא את הרמה ולכאורה עד עכשיו יש 2 דעות: פור' נוקשה ופור' נוקשה פחות, ראינו שהרמ''ה אומר את זה ברמה הפורמ' הנוקשה. אפשרות שלישית זה הרא''ש- גם לבנות זה לא קניין דברים- עמדה שאין לה בסיס בעמדה הרכה יותר והיא סותרת לגמרי את התלמוד. התלמוד מדבר לכאורה על התחייבות לבנות ואומר שזה קניין דברים אז למה הרא''ש אמר את זה- אותה מגמה שהנחתה את הגישה הפורמ' הרכה יותר של להכשיר כמה שיותר חוזים, הרא''ש לקח את זה קדימה- לא רק לתת אלא גם לבנות.

סיכום התחייבות לפעולה- התנאים: אין בעיה, כמו כל חוזה אחר. האמוראים חשבו שיש בעיה בהתחייבות בכלל ועוד יותר בהתחייבות לפעולה ואת בעיית ההתחייבות בכלל אפשר לפתור ע''י ''קנו בידו'' לעומת התחייבות לפעולה שאי אפשר ואז צריך ללכת בכל מיני מסלולים חלופיים שהתלמוד דיבר עליהם. בקרב הפרשנים שבעק' התלמוד היו 3 גישות: כל ההתחייבויות לא ניתן לשכלל- כמו התלמוד, אותה מייצג הרא''ש. רכה יותר- קניין לתת לא התחייבות לפעולה אלא למושא ריאלי וישנה עוד עמדה עוד יותר מרוככת- הרא''ש- עוד פעולה שאפשר למצוא את הזיקה בין פעולה אלה למשהו ריאלי וניתן להכשיר ע''י קנו מידו.

הטור לא הכריע במחלוקת וכך גם השולחן הערוך שבא בעקבותיו. אם כן, מה ההכרעה במחלוקת זו? ***הרב עובדיה*** יוסף טען כי שולחן ערוך, דווקא הכריע בשאלה. מדובר בערעור על החלטה של ביה"ד האזורי שנגעה להסכם גירושין בין בני זוג. האיש התחייב לאשה למזונות בתה לסכום של 150 לירות בחודש. נאמר שסכום זה אינו סכום סופי ואם הכנסותיו/ צרכי הבת יגדלו באופן משמעותי, יוכלו בני הזוג לחזור לביה"ד הרבני שרשאי לקבוע סכום גדול יותר. הם אכן עשו זאת וביה"ד הרבני האזורי הגדיל את הסכום ל-180 לירות. האישה לא הייתה מרוצה מהסכום ופנתה לביה"ד הרבני הגדול. לכאורה, ניתן היה לפסול את הערעור. הרב עובדיה נבחר בשם הדיינים להשיב לה על תביעתה. הוא מבקש להראות נקודה עקרונית- שאין תוקף לדברי האב במס' דרכים כאשר דרך אחת היא להגיד לה שלהסכם הגירושין אין תוקף מלכתחילה. ההתחייבות הכספית של האב רואה את זה בתור ההתחייבות לתת. החידוש בפסק שלו הוא שיש הכרעה בשאלה וההכרעה היא דרך מקבילה בשולחן ערוך. מביא מקור משולחן ערוך ממקום אחר בכלל. אדם מתחייב לתת- התחייבות לתת אז שטר שכתובה בו התחייבות לתת השולחן הערוך מביא מחלוקת- להתחייבות לתת אין תוקף. בדעה השנייה- יש אומרים שאם קנו מידו- אם הייתה התחייבות לתת שמגובה בקנו מידו אפשר לשכלל ויש תוקף. הרב עובדיה אומר שזה בדיוק המחלוקת- שואלים האם אפשר לשכלל התחייבות לתת ע''י קנו מידו- כן או לא? הדעה הראשונה היא כמו הרמ''ה הנוקשה והשנייה היא דעת הגאונים המרוככת. הרב אומר שיש כללי פסיקה- מביאים שתי דעות- הראשונה היא סתמית לא רשומה תחת כותרת ואילו את השנייה אומרים בשם יש אומרין. ולכן באין להבליט את הדעה הסתמית (יש אומרין זה סתם כדי להראות שיש דעה נוספת), לפי הסברה שיש דעה ראשונה לא מועיל לשכלל ולכן זו ההלכה. לפי האופן שבו הדברים מופיעים בשולחן ערוך ניתן לדעת. השולחן הערוך תומך בגרסה הנוקשה. רבי עובדיה יוסף אומר שלא כדאי להיכנס לשאלות מהותיות כי אולי אין לזה תוקף. מצד אחד עובדיה יוסף עושה פה עבודה מתודולוגית מסודרת ופוסק לפי שולחן ערוך אבל לא בטוח שצריך לקחת ברצינות לפי המרצה כי הוא לא מתערב בסכום, השאלה המהותית היא מורכבת עובדה שהוא לא מבטל לה את הסעיף והיא תישאר עם הסכום. אם לוקחים את הדעה ברצינות אז השולחן הערוך פוסק לפי העמדה הנוקשה וזה יותר קושי. אבל לדעת המרצה זו לא ההלכה- השולחן ערוך פסק אבל השאלה אם נשתמש בו או לא. בפרקטיקה לא מתייחסים לזה.

דיון אחד בהתחייבות כספית ודיון שני בהתחייבות לפעולה, הרמ''ה מקשר בין שניהם. כשעושים מכנה משותף בשני הדיונים רואים שהתנאים תומכים בהתחייבות הכספית ובהתחייבות העתידית. האמוראים בשני המקרים שמים מקלות בגלגלים ואומרים שאין להתחייבות כשלעצמה תוקף- לגבי התחייבות כספית הבבלי והירושלמי הציעו דרכים. לגבי התחייבות לפעולה גם הוצעו דרכים. הפתרון היחיד שהתלמוד נתן זה קנו מידו והמרה לאובייקטים. בעולם הבתר תלמודי אפשר לראות ריכוך בדעות רבות- התחייבות כספית אפילו אצל הרי''ף והרמב''ם- חוזה ממש. לגבי התחייבות לפעולה יש עמדות שמנסות לרכך או עמדות שחולקות על התלמוד- הדעת הגאונים ברמ''ה או דעת הרא''ש (חולקת באופן חזיתי לדעת המרצה).

על הרקע הזה חוזרים לשאלת היסוד- מה יש למשפט העברי נגד חוזים? הכוונה בעיקר לתלמודים: **מה הסיבה לשוני בין דעת התנאים לדעת האמוראים?**

אם באמת התנאים הכירו בתופעה החוזית, מדוע חלקו עליהם התנאים? ***ברכיהו ליפשיץ*** דן בכך (מדוע אין המשפט העברי אוכף קיומה של הבטחה). סה''כ יש 4 תשובות.

1. **התיזה החפצית (גולאק)**: מדגיש את החפציות שבעסקה, את העובדה שההבטחה חלה על דבר ממשי ואילו הנתינה והעשייה אינן ממשיות, ולכן העסקה לא יכולה "להיתפס" בהן. כלומר, קניין צריך שיעשה בדבר שיש בו ממש – קניין הוא זכויות בחפץ, וחפץ הוא דבר בעל נוכחות פיזית בעולם הדברים הגשמיים, כלומר – הבטחה אינה מעשה קניין. עם זאת, אפשר לראות בו כמוסד משפטי אחר שאינו קניין במשמעותו הדווקנית, אלא התחייבות לעשייה כלשהי. גולאק אומר כי חיובים אלו נשארו "רפים" במשפט העברי וזאת מאחר שאין בהם נשוא ממשי שיתפוס בו את החיוב ועל כן לא ניתן לאכוף אותם. יש קניין או חוזים- לקניין יש תוקף ולחוזים לא.

ליפשיץ טוען כי תיזה זו שגויה משתי סיבות: 1. יש חוזים שכן יש להם תוקף- מתנה וערבות. 2. יש להתחייבות כספית תוקף, אז איך נקבל את ההבדל? לא מקבל את העניין הכספי. 3. כל ההבחנה בין מושא ריאלי ללא ריאלי לא נמצאת בתלמוד.

לדעת המרצה, זה לא נכון כי בגדול (חוץ מכמה חריגים) התלמוד יוצא חוצץ כנגד התחייבויות. בנוסף, ההבחנה בין ערטילאיות וממשות מתחילה גם בתלמוד ולא רק בספרות שאחרי. קניין דברים זה בדיוק על זה- קניין ערטילאי וממשי. מנסים לטפל בבעיית הערטילאיות כבר בתלמוד עצמו. התלמוד מעודד אדם לקיים התחייבותו אבל זה עדיין לא אומרים שאוכפים מבחינה משפטית. לדעת המרצה צריך לקחת את המרצה בשיא הרצינות.

1. לאחר מכן ליפשיץ עובר למחנה המנטאלי- **התיזה של גמירות הדעת (שלום אלבק)**: המבחן החוזי העליון לדידו הוא מבחן גמירות הדעת אשר קיימת כאשר ישנם חפצי ואיננה קיימת כאשר מדובר בחפצים. הבעיה היא לא באובייקט אלא ברפלקסיה שזה עושה על הזוכה והמתחייב. ליפשיץ פוסל דעה זו לפיה אם נצליח להוכיח גמירות דעת שאין חולק עליך, יהיה להבטחה תוקף, גם אם היא ערטילאית למרות שמתנגד לזה בפחות תוקף מאשר לגולאק. הוא טוען שאם מוסיפים ''מעכשיו'' זה לא מוסיף לגמירות דעת- ההנחה היא שמי שאומר מעכשיו יש משמעות ולכן יש לו יותר גמירת דעת לגבי פעולה כזו. הוא טוען שזה לא מרפא העדר גמירת דעת, לא מבין איך מעכשיו זה תקף רטרו'. יש עדיין בעיה.

שיעור 3- 3/11/15

**המרצה מתייחס לביקורת של פרופסור ליפשיץ ע"פ הצגת העמדות בשיעור הקודם:**

א.תזה ריאלית (גולאק, דעת הרוב) לא ניתן לסלק את העמדה החפצית (כפי שמנסה ליפשיץ) ע"י הביקורת, להלן הנימוקים: 1.עצם הטקס של "קנו מידו" נועד לעשות ריאליזציה לתופעת ההתחייבות, טקס זה אינו נדרש בהתחייבות כספית שם הריאליות נמצאת במושא עצמו, כשלעצמה. **על הרקע הזה, ניתן לומר שהתלמוד כן עוסק ברעיון הריאלי באמצעות הדרישות שמציב כיצד להפוך התחייבות לתקפה. אם כך, הרעיון כן נמצא בתלמוד**.2. יש מצד אחד אופציה להתחייבות דרך "קנו מידו" שהופך את המושא לריאלי, אופציה נוספת היא שהמושא ריאלי וכך לא נדרש להפעיל את "קנו מידו". **תמיד יש דרישה ריאלית, לא נכון לטעון שיש מסלול מקביל בו וויתרנו על העניין הריאלי.** 3.התלמוד בעצמו אומר שההבחנה בין התחייבות כספית להתחייבות לפעולה מקורה במושא ההתחייבות. בכספית המושא ריאלי, ובפעולה מדובר ב"קניין דברים". כלומר פעולה על דברים, המושא הינו דברים ודברים זה שם קוד לדבר ערטילאי.

ב.תזה מנטלית (אלבק, סיני דוייטש) לפיה הבעייתיות בהתחייבות לא בערטילאיות, כי הערטיאליות היא רק גורם שלבסוף משפיע על התהליך המנטלי. הבעיה האמיתית – העדר גמירת דעת שנוצר ע"י הערטילאיות. בעולם העתיק, רוב העסקאות נעשו על בסיס ריאלי, אנשים רגילים לפעולה פיזית, וכשאין פיזיות, התפקוד חלש ואינו עומד בדרישות גמירת הדעת. ע"פ ליפשיץ הדרישות שאנחנו מציבים כדי שנכיר בהתחייבות אינן קשורות בהכרח לג"מ. לטענתו, הדרישה המרכזית הינה הדרישה "מעכשיו", כלומר, התחייבות שנעשית "מעכשיו" יש לה תוקף, ואינה קשורה לג"מ. מסביר דרך -"בההיא ההנאה" (משמעותה שכנגד ההתחייבות שלך אתה מקבל טובת הנאה)-ע"פ ליפשיץ ההתחייבות בעלת תוקף כי אינה רק צופה פני עתיד אלא יש בה גם יסוד עכשווי (ההנאה), כלומר יש בה את הרכיב "מעכשיו", הגורם שנותן להתחייבות תוקף אך "אתם עדי", "מעכשיו", הודאה, אלו אקטים שלא קשורים לג"מ. **לדעת המרצה, דבריו קשים מאד, בדרישות שהמציב התלמוד (הודאה, או "אתם עדי") נדרשת ג"מ. ניתן להסביר את כל האקטים המשכללים דרך ג"מ, ואי אפשר לפזר דבריו אלו באוויר ולא להסביר למה.**

\*לגבי בההיא הנאה לא הרחיב. אמר שנעסוק בזה בהמשך.

סיכום עד כה: ע"פ המרצה התזה החפצית יותר חזקה בתלמוד, כי מחדד אותה יותר מאשר את המנטלית. הביקורת של פרופ' ליפשיץ לא מספיק חזקה כדי לבטל אותה.

ליפשיץ מציע שתי תאוריות נוספות:

1.תאוריית הריבית (מודה לגביה שאינה מרכזית). בין היחידים שבקיאים בהלכות ריבית לכן נוטה להסביר לא מעט מהמוסדות שבתחום דיני הממונות באמצעות הלכות ריבית, למשל מנסה (מבחינתו גם ניסיון) להסביר את הבעיה שיש למ"ע לגבי התחייבות עתידית דרך מוסד "מכר באמנה". מהו "מכר באמנה"? מכר עתידי כשיש אמון בין המוכר והקונה שהעסקה תתבצע. כלומר משלם על הטובין עכשיו, אך הטובין כרגע לא במצב שניתן לשווק אותם לדוג' קונה פירות שאינם בשלים, לכן משלם מחיר נמוך, יש סיכון כי לא ברור אם יבשילו. כשהטובין יגיעו מחיר השוק יהיה גבוה יותר. נעשתה הרחבה של השימוש בריבית מהלוואה למכר, התלמוד טוען שיש בכך בעיית ריבית אסורה (חלק טוענים שאסורה מדאורייתא, חלק מדרבנן). מכר מתקיים כשאתה משלם ומקבל בתמורה עכשיו, כאן לא כך כי מפרקים את התהליך: בשלב ראשון הקונה משלם סכום מסוים (רואים בכך הלוואה), עבור טובין שכשיתקבלו יהיו בעלי ערך גבוה יותר, לכן מדובר בריבית. יש הרחבה של הריבית למכר ועל הרקע הזה **מכר בריבית אסור**. **אם כך, ע"פ ליפשיץ בהרבה התחייבויות עתידיות נכנסים למכר באמנה, ומכיוון שזה אסור, ההלכה מתנגדת לכל התחייבות.** **ע"פ המרצה** – קשה לראות קשר לריבית. לא בכל התחייבות לפעולה, יש ריבית. ליפשיץ בעצמו כותב בסוף דבריו (ס' ט' במאמר) שהלכות ריבית היו שיקול משני בסוגיה, אך לדעת המרצה יודע שזה לא שיקול משני. אם טוען שלא ניתן לדבר על הרעיון הריאלי מבלי שמופיע בתלמוד, בוודאי שלא ניתן להסביר את הבעיה לגבי התחייבות דרך ריבית שלגביה אין אפילו רמז.

2.הסבר מוסד משפטי דרך המושג הלשוני - התזה שמבחינתו קובעת, ובונה אותה בשלבים. בודק מה המושגים הלשוניים שהתלמוד משתמש בהם ביחס להתחייבות ומגיע למסקנה ש"דברים" (לא אובייקט, הכוונה לדיבורים) ו"מיליי" (מילים). שמות הקוד בהם התלמוד מגדיר פעמים רבות את ההתחייבות. כשבוחנים את הבעיה של המ"ע עם התחייבות נדרש לבחון דרך הלשון, מה עומד מאחורי זה? ע"פ הגישה החפצית זה ברור, מעוניינים בתופעה ממשית ודיבורים/מילים הינה תופעה ערטילאית. לדעת ליפשיץ – פוסל את הגישה החפצית לכן לא ניתן להסביר לפיה, ופונה להגות הדתית. בוחן באיזה אופן ההגות הדתית מתייחסת לתופעת הדיבורים (לא לגמרי טבעי). המהלך שלו – טוען שדיבור מתחיל באופן שבו המקרא מתאר את הבריאה. כבר שם ניתן לראות שהדיבור לא רק אמצעי קומוניקטיבי אלא כוח פועל, יוצר - האל בורא את העולם בדיבור, הדיבור מחולל את המציאות. האל נותן לאדם את הכוח הזה, הכוח באמצעות הדיבור לא רק לתקשר גם לחולל מציאות, זה ניכר בברכה, קללה, מקדיש משהו כקורבן, נודר נדר, נשבע שבועה. דיבורים הם כוח פועל ויוצר, יכולת אלוהית שנתנה לאדם. אם כך– למה להתייחס לדיבורים בתור משהו ערטילאי ולא ממשי? ע"פ ההגות הדתית צריך לתת תוקף לדיבורים ולא הפוך! ליפשיץ מסביר - ע"פ ניטשה מה שמייחד את האדם הוא יכולתו להבטיח, לתת מילה ביחס לעתיד, מילה עם משמעות. היכולת להבטיח, הינה סגולה המשקפת ריבונות, חופש שיש למבטיח – להבטיח ולקיים. אם כך – יכולת של האדם להתחייב, ולייצר ממשות באמצעות התחייבות נובעת מהריבונות, אז לא יכול להיות שהתחייבות של אדם לבסוף תגביל את הכוח שלו. במקום שהאדם יוכל באמצעותה של סגולה אנושית אדירה, אלוהית, לבטא את מעלתו, הופך לעבד של התחייבותו. ליפשיץ טוען – חילצתי את התאוריה החוזית מאחד המלכודים החזקים שלה. ההתחייבות נובעת מחופש, מרצון עצמי לכן המשפט לא יאכוף, נצפה שמבחינה אתית-מוסרית תקיים. ע"פ המרצה יש כשלים בכל שלב אצל ליפשיץ – בהתחלה כשהוא מניח שבתופעה החוזית צריך לאפיין דרך מושג הדיבורים אך לא מוכן להסביר ע"ר החפציות. אח"כ פונה להגות דתית, מנסה להסביר תופעה משפטית באמצעות הגות דתית ולא בזירה המשפטית. ולבסוף בתוך ההגות הדתית התוצאה הישירה היא שנותנים תוקף להתחייבות, אך לבסוף אליבא דניטשה, התוצאה הפוכה.

מלבד הביקורת והכשלים שדברנו עליהם, יש משהו נוסף בעייתי בתאוריה של ליפשיץ. בשורה תחתונה, התוצאה בעייתית-מבחינה מוסרית כל עם ולשון מחייבים אדם לעמוד בהתחייבות ונותנים תוקף לתופעה החוזית והגישה היהודית אומרת שלא צריך. יש משקל לא רק למה אנחנו חושבים על ההלכה אלא גם מה הגויים אומרים. הרמב"ם אומר שלא יכול להיות שיש חוקים בתורה שלא צדיקים כלומר משקפים צדק, ומוסר אנושי טבעי. נניח שכל הפלפולים נכונים, השורה התחתונה היא שההלכה יוצאת רע. דווקא בגלל העליונות שמייחסים לדיבורים, לא עומד במבחן הרמב"מי של משפטים וחוקים צדיקים.

המרצה מכניס לתמונה תאוריה של גבריאלה שלו, במאמרה "הסכמים ג'נטלמנים (שם זמני)" בודקת את תופעת ההבטחה בכל מיני תרבויות ומביאה תופעות בקהילות סגורות. עובדה סוציולגית, תופעה שהבטחה/חוזה אינם אכיפים וזה נובע מהעובדה שחברה סגורה מעוניינת לקיים אווירה של אמון, וכך לא יוצרים חוזים ולא נאלצים לאכוף אותם. למשל בתוך המשפחה, בין חברים, לא עושים חוזים, לא ראוי בכל אופן. מעדיפים שיהיה מבוסס על יחסי אמון, ליצר חוזה ולאכוף הבטחה נתפס כמעשה לא ראוי. המרצה חושב שאפשר לקחת את התאוריה שלה ולהעבירה למגרש ההלכתי של המ"ע. המ"ע רואה עצמו משפט שפועל בחברה קהילתית, בה אנחנו מעוניינים שיהיו בה כמה שיותר יחסי אמון בין חבריה, ואולי על הרקע הזה מתנגד.

שיעור 4- 10/11/15

התחייבות כספית מול התחייבות לפעולה. בחנו מה עומד מאחורי סימן השאלה. היום נכיר דפוס שלישי של התחייבות. רק למען ההגדרה הראשונית נאמר שמדובר בהתחייבות מותנית- קוראים לה אסמתכא. תניות רבות בחוזים הן התחייבויות מותנות ולכן לכאורה נופלות תחת ההגדרה של אסמכתא (למרות שתכף נראה שלא הכל), מדובר בתופעה חוזית רווחת למדי והתלמוד לגבי התחייבויות חוזיות מסויימות מנסה לשים רגל דרך המושג אסמתכא. למשל ערב- התלמוד מנסה לערער עלייה מפני שהיא אסכמתא. זו רק דוג' אחת אבל מדובר שתופעה חוזית רווחת. ניתן דוג', נגיד מהו המכנה המשותף ואח''כ נגיד מהי אסמכתא ולמה קוראים לה כך.

## אסמכתא

המונח אסמכתא נמצא בשימוש בתלמוד הבבלי בלבד.

#### שו"ת הרשב"א, חלק א, תתקלג

אלא מפני שנתחבטו.. ולא ראיתי אחד שהסכים עם חברו...וכל אחד מביא ראיה שהסתמך עלייה.

לדעת הרשב"א, כל אחד מהרבנים נתן פירוש משלו לאסמכתא וכל הניסיונות האלו כושלים בעיניו אבל הוא מצא את הפתרון.

אנחנו נציג 4 מקרים ראשוניים. המושג לא נזכר אצל התנאים. האמוראים בתלמוד הבבלי כינו תופעות של התנאים בשם הזה אז מבחינתם יש את התופעה הזו אצל התנאים.

#### תוספתא, בבא מציעא (ליברמן) א, טז-יז

**רקע**: המקרה הראשון שהתלמוד מכנה אותו אסמכתא הוא המקרה הזה, שאנחנו נכנה אותו "עיצומים" – שני אנשים שמתווכחים בביהמ"ש וכל אחד מנסה להראות את כוחו ועוצמתו.

שנים שנתעצמו זה בזה, ואמ' אחד מהן לחבירו: אם לא באתי מיכן ועד יום פלני הילך בידי כך וכך, תבע הגיע זמן ולא בא יתקיים התניי, דברי ר' יוסה. אמ' ר' יהודה: היאך זוכה זה בדבר שלא בא לתוך ידו, אלא ינתחנו.

אדם שהוא אחד מבעלי הדין במשפט מבקש הפסקה ורוצה להמשיך את הדיון במועד אחר, מפקיד כסף בקופת בית המשפט למקרה שבו יימשך הדיון והוא לא יתייצב אליו – והוא אכן לא מגיע לדיון אליו הוא נדרש. כעת ישנה מחלוקת בין שני תלמידיו של רבי עקביא- ***ר' יוסי*** אומר שיש כאן תניה, התחייבות, מעין חוזה והתקיים התנאי ולכן יש לקיים את ההתחייבות ולהעביר את הכסף, ***ר' יהודה*** חולק- שואל איך זכה הצד השני בכסף? הוא לא בא לתוך ידו וכדי שתהיה לו זכות קניינית בכסף, חייבת שתהיה פעולה קניינית, זה לא בא לתוך ידו. פעולות קנייניות הן פיזיות, צריך שהדבר יבוא לתוך ידך ואם הוא לא בא – אין לך זכות קניינית בו, כלומר להתחייבות אין תוקף במובן שהיא לא יוצרת זכות קניינית אוטומטית. הכוונה היא לממש את הזכות ע''י תביעה משפטית (לנתח). כלומר, יש כאן מחלוקת בין ר' יהודה לבין ר' יוסי האם יש לעיצומים הללו תוקף או לא. רבי יהודה- זכות חוזית שצריך לדרוש, רבי יוסי- קניינית.

יש לביטויים בתופעה החוזית שדה סמנטי: כריתת חוזה, ''פסיקה' בהסכם בין איש-אישה-בת. לכרות, לקצוב, לפסוק וכמובן לנתח- מימוש זכות חוזית באמצעות ביה''מ. בסורית להסכם קוראים בשם קצצטה, מצטרף לשדה הסמנטי אבל מכיוון אחר (קצצה- הסכם). במהדורה הראשונה של ההסכם הוא ברית (בתנ''ך למשל), בריתות היו נעשות בצורה מאד מסויימת. הברית בין אברהם ל-ה' נקראית ברית בין הבתרים- לקחת גוזל ועוד חיות ולבתר אותן ולאחר מכן שם אותן בצדדים ונופלת עליו תרדמה וחשיכה ואז נאמר שלפיד אש עובר בין הגזרים האלה. הלפיד הוא סמל ל-ה'. זה בעצם דפוס הברית שאנו מכירים אותו מכאן וממקורות אחרים בתורה. למה ברית נעשית באמצעות כריתה, חיתוך, הפרדה ואז עוברים? יש שני הסברים לשדה הסמנטי הזה: 1. ההסבר הפחות סימפטי- יש ניסיון להכניס את הצדדים לאימת הנסקציה- מי שיפר את הברית זה יהיה סופו- יהרגוהו ויחתכו אותו. 2. הסימפטי: יש פה ניסיון דווקא לומר לבעלי הברית שאנחנו שותפים והשותפות בינינו הופכת אותנו לגוף אורגני אחד. הבעל חיים הזה היה קודם יצור ארוגני אחד ועכשיו שמים אותו בצדדים, כשאנחנו עוברים בין הבתרים ונותנים להם משמעות להיותם חלק מדבר אחד אומרים שככה אנחנו- חלק מגוף אחד. זה בא להראות את השיתופיות והאחדות, זה מה שיגרום להם לכבד התחייבויות. אז כל המונחים שקשורים לתופעה החוזית הם בהמשך לחיתוך, פסיקה, קציבה, קציצה וכו'. מימוש הזכות החוזית כאן מכונה בשם ''לנתח''. לליפשיץ (שדיברנו עליו שבוע שעבר) יש טענה קשה מאד: כל המונחים המשפטיים קשורים לשדה הסמנטית הזאת ולא רק של התופעה החוזית.

כאמור, משמעות המונח "אסמכתא" שנוי במחלוקת וההגדרות אינן מכסות את כל המקרים. הרשב"א סוקר את המצב ומצביע על ריבוי ההגדרות של המונח. המונח "אסמכתא" הוא מונח שמופיע בתלמוד הבבלי. עובדה זו לא מלמדת על כך שמוסד התוכן של המונח לא קיים בתלמוד הירושלמי.

**מקרה 2- "משכנתא"**

משכן לו בית משכן לו שדה, ואמ' לו: אם לא נתתי לך מיכן ועד יום פלני אין לי בידך כלום. הגיע זמן ולא נתן יתקיים התניי, דברי ר' יוסה. אמ' ר' יהודה: היאך זוכה זה בדבר שאינו שלו, אלא ינתחנו...

אם החוב לא יוחזר עד תאריך מסוים, המשכנתא תהיה מחולטת. החוב לא הוחזר. שוב, ישנה מחלוקת לגבי זכות האכיפה של הזוכה כנגד המתחייב:

ר' יוסה :טוען שיש תוקף להתחייבות וכתוצאה מזה לנושה ישנה זכות קניינית במשכנתא.

ר' יהודה: חולק על דעתו של ר' יוסי שטוען, בשנית, שנדרשת פעולה קניינית, ינתחנו- צריך לבית המשפט.

**מקרה מס' 3- "עירבון"**

הנותן ערבון על חבירו על הבית ועל השדה, ואמ' לו: אם לא נתתי לך מיכן עד יום פל' אין לי בידך כלום, והלה כותב לו: אם אחזור בך הריני כופל לך עירבונך, והגיע זמן ולא נתן - יתקיים התניי, דברי ר' יוסה. אמ' ר' יהודה: היאך זוכה זה בדבר שאינו שלו, אלא נותן לו עירבון שלו.

העירבון של התוספתא הוא נגזרת של המילה יוונית והכוונה היא ל"מקדמה". מדובר על עסקת מכר של בית ושדה. במסגרת העסקה, הקונה נותן מקדמה למוכר ומבטיח שאם לא ישלים את המכירה (את העסקה) עד לתאריך מסוים, הוא יפסיד את המקדמה (את הערבון). כדי להבטיח שהמוכר לא יתקע את העסקה הוא מתחייב בהתחייבות דומה מצידו- המוכר, מן הצד השני, אומר שאם הוא לא ישלים את המכירה עד ליום מסוים, הוא יחזיר לו את העירבון כפול 2. כל אחד מן הצדדים במקרה של פקיעת ההסכם יצטרך לשלם סכום ששווה לסכום המקדמה. הגיע זמן והמוכר פוקע את העסקה (בפשטות הכוונה לשניהם). ישנה מחלוקת:

ר' יוסי: המוכר צריך להקדים את המקדמה ולשלם סכום שווה לסכום דיני המקדמה- צריך לשלם את הערבון הכפול. התנאי תקף.

ר' יהודה: המוכר התחייב לכפל ערבון אבל הוא לא צריך לתת הכפל אלא צריך להחזיר את הערבון. הקונה לא מקבל זכות אוטומטית בכפל דמי המקדמה וזכאי רק לדמי המקדמה עצמם. הוא לא אומר כאן לקונה שאם מעוניין לזכות בכפל תלך לבית המשפט (ינתחנו), לא ברור למה אבל גם כאן זו הכוונה- מימוש באמצעות תביעה.

**מקרה מס' 4**

בבלי, בבא בתרא קסח, א

מתני'. מי שפרע מקצת חובו, והשליש את שטרו ואמר לו: אם לא נתתי לך מכאן ועד יום פלוני תן לו שטרו, הגיע זמן ולא נתן - רבי יוסי אומר: יתן, רבי יהודה אומר: לא יתן.

הנוהל הרגיל הוא שכאשר אדם פורע את חובו, חובה על הנושה שמחזיק בשטר החוב להחזירו לידי החייב (השטר נשאר אצל הנושה כדי שתהיה לו הוכחה). מקובל הוא שהחייב קורע את השטר. במקרה הנ"ל החייב לא פרע את כל החוב אלא רק את מקצת חובו. במקרה כזה הנוהל הרגיל הסתבך משום שעדיין נותר חוב- השטר צריך להישאר אצל הנושה כדי שיוכל לגבות את השטר, מצד שני על השטר כתוב את כל הסכום. מה שמוצע כאן הוא להשליש את השטר, דהיינו להפקידו בידי צד שלישי. מי שפרע מקצת חובו והשליש את שטרו ואמר לו החייב בנוכחות הנושה "אם לא נתתי לך מכאן ועד יום פלוני, אתן לו שטרו"- אם לא אפרע את החוב עד תאריך מסוים, על הצד השלישי להחזיר את השטר לנושה ולהפסיד את הסכום שהוא כבר שילם. הגיע זמן שהחייב קבע להשלמת הפירעון והוא לא השלימו. ישנה מחלוקת:

ר' יוסי: על השליש להחזיר את השטר לנושה. כלומר, החייב מפסיד את האחוז מהחוב שהוא כבר שילם, החוב מתחיל מ-0.

ר' יהודה: השליש לא צריך להחזיר את השטר לנושה- החייב לא הפסיד את הכסף אלא משלם את ההפרש שנשאר.

**נביט על ארבעת המקרים- כולם עשויים מעור אחד** ולכן כולם אסמתכא:

1. נוסחת ההתחייבות: בכל ארבעת המקרים, נוסחת התחייבות דומה. אדם מתחייב לפעולה משפטית והוא קוצב זמן שבתוכו הוא יבצע את הפעולה. אם הוא לא יבצע את הפעולה עד לאותו זמן, הוא מתחייב לפיצוי עונשי. הדבר משותף לכל המקרים.
2. מחלוקת בין רבי יהודה לרבי יוסי: המחלוקת בשאלה האם נוסחת ההתחייבות יוצרת זכות קניינית זהה בין כל המקרים. ניתן להכליל בביטחון מלא ולומר שאסמכתא היא נוסחת התחייבות מהסוג הזה והמחלוקת היא האם היא קונה או לא.

על רקע המשנה לעיל, התלמוד שואל:

גמ'. במאי קמיפלגי? ר' יוסי סבר: אסמכתא קניא, ורבי יהודה סבר: אסמכתא לא קניא. אמר רב נחמן אמר רבה בר אבוה אמר רב: הלכה כרבי יוסי. כי אתו לקמיה דרבי אמי, אמר להו: וכי מאחר שרבי יוחנן מלמדנו פעם ראשונה ושניה הלכה כרבי יוסי, אני מה אעשה? ואין הלכה כרבי יוסי.

במה רבי יוסי ורבי יהודה חולקים? הסוג של ההתחייבות הוא אסמכתא והשאלה היא האם אסמכתא יוצרת זכות קניינית או לא. התלמוד מקצין את העמדה של רבי יהודה. ***רב***, מהאמוראים הבבליים הראשוניים, סבור כדעת יוסי. התלמיד של רבי יוחנן, ***רבי אמי***, מציין כי אין לו ברירה אלא לסבור כדעת רבו, ***רבי יוחנן***, שההלכה היא כדעת רבי יוסי- מחוייב לרב שלו. במילים אחרות, גם בבבל ההלכה היא שאסמכתא קונה וגם בארץ ישראל ההלכה היא כזו. לאחר כל הדברים האלה רשום "ואין הלכה כרבי יוסי". העורך של התלמוד אמר שהוא יודע שההלכה היא כרבי יהודה אבל העורך אומר שההלכה היא לא כרבי יוסי- לא קניא. הקודמת חשבה שאסכמתא קונה אבל המאוחרת היא שאסמתכא לא קונה.

**יש כאן סתירה.** ההלכה הקדומה בארץ ישראל ובבל היא שאסמכתא קונה זכות אך למרות זאת, "ואין הלכה כרבי יוסי". זוהי תוספת מאוחרת. **ההלכה היא** **שאסמכתא אינה קונה**. ההלכה היא כמו הפסיקה המאוחרת.

4 מקרים, המכנה המשותף העובדתי שלהם – התחייבות מותנת בזמן מוגובה בסקנציה. יש מחלוקת לגבי ההתחייבות ששמה אסמכתא. הפסיקה הקדומה – תוקף מיידי, המאוחרת – אין לה תוקף כלל. ההלכה כמו הפסיקה המאוחרת.

**אסמכתא היא, כאמור, נוסחת ההתחייבות מהסוג הזה. מה הבעייתיות שיש בנוסחת התחייבות מסוג זה?** יש 4 אסכולות:

1. **אסכולת בעלי התוספות**

בעלי התוספות טענו כי הפגם באסמכתא הוא היעדר גמירת דעת:

רשב"ם, בבא בתרא, שם

אסמכתא - המבטיח לחבירו דבר על מנת שיעשה דבר לעתיד וסומך בלבו בשעת התנאי שיוכל לקיים הדבר כשיגיע זמן וכשיגיע הזמן יאנס ולא יוכל לקיים. לא קניא - ואינו נתפס בתנאו ולא יפסיד בכך.

ננסה לחלץ מתוך ההגדרה מה הפגם באסמכתא ולמה היא מכונה כך. בכל נוסחת ההתחייבויות של התחייבות לפעולה שבצידה סנקציה, המתחייב למעשה לא גמר בדעתו לגבי הסנקציה. המתחייב סומך בליבו בשעת התנאי שיוכל לקיים את התנאי אך מה קורה אם ברגע האמת לא יכול לשלם? לא עלה על דעתו שלא יוכל לעמוד בתנאי. הבטחה זו נגועה בהיעדר גמירת דעת- הרשב"ם מתאר זאת כ"אונס". חיוב של אדם כזה היא חיוב של אדם "אנוס". ההתחייבות מכונה "אסמכתא" משום שהאדם סמוך ובטוח שהוא יתקיים את ההתחייבות. אסמכתא היא מושג שמתאר את המצב הפסיכולוגי של המתחייב בשעת ההתחייבות. הדברים שהוא אומר הם קשים: מתאר התחייבות של זמן ואי הקיום הוא בלתי צפוי מבחינתו ואסור להטיל על אדם חיובים בגין אונס. אנחנו מניחים שזה לא קרה ברשלנותו אלא באונס וכמו בכל מקרה של אונס פותרים את המתחייב מחיוביו. השורש ס.מ.כ מחליף את ב.ט.ח- סמוך ובטוח, אסכמתא- המבטיח בטוח שהוא יצליח לקיים את התנאי- אי קיומו= אונס. אי אפשר להסביר את ההיגיון- הרציונאל נראה מעוות- יש הרי גם צד שני, כשאתה מבטיח אז המסתמך בטוח ומאמין לך שאתה מלא בכוונות טובות ותחזיר את החוב בזמן אבל מצד שני זה שהוא מוכן להרפות ממך זה כי הוא בטוח שתשלם. איך מתעלמים לחלוטין מהאינטרס של ההסתמכות ורואים רק את המבטיח? קשה להסביר אבל זוהי נקודת מבטו של הרשב''ם- הכל מתחיל מהשאלה האם אפשר לחייב את המבטיח בגין התחייבותו והוא טוען שלא.

תוספות בבא מציעא עד, א

פר"ת דוקא כי ההיא דאם אני חוזר בי ערבוני מחול לך... וההיא דמשליש חשיב אסמכתא כיון דגזים שאין מתכוין אלא להסמיך חברו על דבריו שיאמינהו.

רבנו תם מתאר את מקרה העירבון שתיארנו לעיל או את מקרה השילוש. מקרים אלה מכונים "אסמכתא" לדידו. הבעיה היא לא אונס אלא נוסחת התחייבות זו מאופיינת בהגזמה ולכן מאופיינת בחוסר כוונה ולא רק חוסר גמירת דעת. המתחייב לא מתכוון לשלם אלא רק ליצור אמון והסתמכות אצל הצד השני. העדר כוונה- פגם קוגנטיבי. החייב מנסה לגרום לצד השני שיאמין לו ולכן לוקח על עצמו התחייבויות וסנקציות שהן מוגזמות. מפני שסנקציה זו היא מוגזמת, היא נגועה בחוסר גמירות דעת. "אסמכתא" זה לא הביטחון של המתחייב (לא כי היה סמוך ובטוח) שהוא יקיים את ההתחייבות אלא הביטחון של הזוכה במתחייב. מכיוון שבסופו של דבר ההתחייבות ריקה בהיעדר כוונה היא חסרת תוקף. קשה פי כמה לקבל את דבריו מאשר את דברי הרשב''ם- מתן פרס לרמאי. פעם ראשונה הוא מפזר התחייבויות כדי לגרום לצד השני להאמין לו- לא התכוונת ולכן אתה פטור. הרשב''ם עוד מילא כי הוא נאנס אבל רבינו תם- הוא בכוונה לא התכוון ולכן במקום שהוא ישלם הוא לא משלם.

שני המקורות לעיל מצביעים על הבעייתיות שבאסמכתא- פגם במנטליות. דורש שהמבטיח מבחינה מנטלית התחייב תחת רצון ולא תחת אונס או שדורשים שהמבטיח התכוון להתחייבותו- מכל מקום כשיש פגם כזה בהתחייבות (אחד מהם) כתוצאה מזה אין להתחייבות תוקף. בעלי התוספת שבויים בקונספציה של גמירות דעת ולכן על הרקע הזה הם מסבירים את המונח "אסמכתא". אסמתכא- מתאמת את הפגם המנטלי מצידו של המובטח או המבטיח. יש הרבה ניואנסים בזרם הזה אבל בגדול זו הדעה שלהם.

1. **אסכולת הרשב"א:**

שו"ת הרשב"א (ספרד המאה ה-14), חלק א, תתקלג

אלא מפני שנתחבטו חכמי הדורות הראשונים והאחרונים בענין האסמכתא מהו הדבר שנקרא אסמכתא ובמה תלוי ולא ראיתי לאחד שהסכים עם חבירו... וכל אחד מביא ראיה שראוי לסמוך עליה. ואני יגעתי ומצאתי קושיות והויות על כל אחד מצדדין אלה. עד שמצאתי בחמלת השם ענין שכל ההלכות שהאסמכתא תלויות בו אין יוצא דבר ממנו לפי דעתי ואכללנו לך במלות. והוא בכל דאי שאמרו דרך קנס הוי אסמכתא. אם לא נתתי לך מכאן ועד יום פלוני החזיר לו את שטרו. אם לא נתתי לך מכאן ועד יום פלוני הרי הוא שלי (שלך- יש בלבול לשוני אבל הכוונה להתחייבות המשכנתא). אם אוביר ולא אעביד אשלם אלפא זוזי...

חוכר ושוכר- היו נותנים לאיכרים וחקלאים לעבד את השדות והתמורה הייתה משתלמת בתמורה לחלק מהייבול. הוא לא רק היה מקבל זכויות על הייבולים אלא מתחייב לעבד את השדה אבל מה עם הבעלים- רוצים לקבל את החלק העיקרי של הייבולים- אם אוביר ולא אעביד- אם אגרום לכך שלא אעבד את השדה אני אשלם כאילו היו גידולים ולשלם את מיטב הייבולים- הבעלים לא יפסידו אם אתרשל- לפי המשנה יש להתחייבות כזו תוקף. החקלאי אומר שאם לא אעבד את השדה אשלם 1000 זוז- המון- יש פה טון של הגזמה- התלמוד אומר שזו הגזמה שלפי התרבות המאוחרת אין לה תוקף. דרך קנס- פיצויים עונשיים.

לדידו, כל נוסחת התחייבות שניתנת בדרך של קנס היא אסמכתא. בכדי להבין מה זה ''דרך קנס'' נסתכל על מקור מקביל:

5. ספר החינוך מצוה שמג

ודרך כלל למדני רבי ישמרו אל בענין דיני האסמכתא, שכל שיתנה האדם עם חבירו דרך קנס, כלומר אם לא יהיה כן יענש בממון כן וכן, זה יקרא אסמכתא, ועל זה יאמרו זכרונם לברכה [שם ע"ב] דאסמכתא לא קניא. ובלשון אחרת אמרוה זכרונם לברכה [שם] גם כן, כל דאי לא קני. אבל כל תנאי שיתנה האדם עם חבירו ויאמר אם אתה תעשה כן אף אני אעשה כן וכן, כדרך בני אדם שמתנין בלשון זה, אין זה בכלל אסמכתא כלל, חלילה, שאם כן איך נמצא ידינו ורגלינו על כל תנאי בני אדם זה עם זה שכולם בלשון אם הם, דאי אפשר בלאו הכי. ועוד, בכל התנאין הנזכרים בענין גיטין וקידושין שכולן בלשון אם מה נאמר בהן.

ספר החינוך מבקש לחנך אותנו לערכים המוסריים של מצווה מסוימת. את ספר החינוך כתב אדם שחי במאה ה-14 שהוא תלמיד של הרשב"א וחי בברצלונה. הכותב רוצה להתייחס לעניין של האסמכתא (מדבר על הונאה ומכניס את האסמתכא) ומאזכר את הרשב"א. לדידו לא כל נוסחת התחייבות מותנית היא בגדר של אסמכתא. התחייבויות מותנות שאינן דרך קנס (ענישה עצמית), שהינן הדדיות, אינן אסמכתא. להתחייבויות אלה יש תוקף (בעוד שלאסמכתא אין תוקף כפי שציין הרשב"א). בהרבה מקרים, התחייבות מותנית אינה דרך קנס ולכן יש לה תוקף. זה ציטוט של הרשב''א (משתמש ב''דרך קנס'') ולכן הדברים כנראה מתכתבים איתו.

הרשב"א טוען שהמכנה המשותף לכל מקרה האסמכתא הוא התחייבות דרך קנס. זוהי גם הבעיה שיש לדידו במוסד האסמכתא. קנס מוגדר כעונש בית דין. רק בית דין יכול לקנוס קנסות והאדם לא יכול לקנוס את עצמו. הוא נתפס כעונש והתפיסה המקובלת היא שאין אדם יכול להעניש את עצמו. מי שיכול לקבוע שאדם רשע ולכן הוא ראוי לעונש הוא רק בית דין. אדם אינו יכול לתייג את עצמו כמורשע וממילא כמי שצריך לשאת בעונש. התחייבות דרך קנס הן התחייבויות שיש בהן בעייתיות דיונית. עונש גופני ברור אך גם עונש כספי. לכן כל המקרים הם אסמכתא דרך קנס ואין להם תוקף. המרצה לא בטוח שבמקרה של הערבון מדובר על קנס- הוא רוצה להבטיח לעצמו עסקה וזה הוגן. המרצה לא בטוח שכל המקרים כולם נכנסים לקטגוריה שזה עונש וקנס, ולכן הרשב''א לא בטוח כולל את כל המקרים כמו שהוא אומר. אסמתכא- התחייבות דרך קנס.

1. **אסכולת הרמב"ם**

6. רמב"ם הלכות מכירה פרק יא

הלכה א המקנה בין קרקע בין מטלטלין והתנה תנאין שאפשר לקיימן(=לא תנאים מופרזים), בין שהתנה המקנה בין שהתנה הקונה, אם נתקיימו התנאין נקנה הדבר שהוקנה, ואם לא נתקיים התנאי לא קנה, וכבר ביארנו משפטי התנאים בהלכות אישות.

הלכה ב במה דברים אמורים בשקנה בדרך מן הדרכים שקונין בהן והרי יש עליו לקיים את התנאי, אבל אם לא קנה עתה והתנה עמו שאם נתקיים התנאי זה יקנה ואם לא נתקיים לא יקנה אע"פ שנתקיים התנאי לא קנה, שזו אסמכתא היא, שהרי סמך קנייתו לעשות כך וכך וכל אסמכתא אינה קונה שהרי לא גמר בלבו להקנותו.

הלכה ג כיצד המוכר בית לחבירו או נתנו לו במתנה על מנת שילך עמו לירושלים ביום פלוני, והחזיק זה בבית הרי זה קנה כשילך עמו לירושלים באותו היום, ואם עבר אותו היום ולא הלך לא קנה, אבל אם התנה ואמר לו אם תלך עמי לירושלים ביום פלוני או אם תביא לי דבר פלוני, אתן לך בית זה, או אמכרנו לך בכך וכך, והלך עמו באותו היום או שהביא לו, אע"פ שהחזיק בבית אחר שקיים התנאי לא קנה שזו היא אסמכתא, וכן כל כיוצא בזה.

הלכה ו וכן כל תנאין שמתנין בני אדם ביניהן, אע"פ שהן בעדים ובשטר, אם יהיה כך או אם תעשה כך אתן לך מנה או אקנה לך בית זה, ואם לא יהיה או לא תעשה לא אקנה לך ולא אתן לך, אע"פ שעשה או שהיה הדבר לא קנה, שכל האומר אם יהיה אם לא יהיה לא גמר והקנה, שהרי דעתו עדיין סומכת שמא יהיה או שמא לא יהיה.

הלכה ז כל האומר קנה מעכשיו אין כאן אסמכתא כלל וקנה, שאילו לא גמר להקנותו לא הקנהו מעכשיו, כיצד אם באתי מכאן ועד יום פלוני קנה בית זה מעכשיו וקנו מידו על כך, הרי זה קנה אם בא בתוך הזמן שקבע, וכן כל כיוצא בזה.

הלכה יג אסמכתא שקנו מידו עליה בבית דין חשוב הרי זה קנה, והוא שיתפוס זכיותיו בבית דין, והוא שלא יהיה אנוס.

הלכה טו המחייב עצמו בממון לאחר בלא תנאי כלל, אף על פי שלא היה חייב לו כלום הרי זה חייב, שדבר זה מתנה היא ואינה אסמכתא, כיצד האומר לעדים הוו עלי עדים שאני חייב לפלוני מנה, או שכתב לו בשטר הריני חייב לך מנה אע"פ שאין שם עדים, או שאמר לו בפני עדים הריני חייב לך מנה בשטר, אע"פ שלא אמר אתם עדי, הואיל ואמר בשטר הרי זה כמי שאמר הוו עלי עדים וחייב לשלם, אע"פ ששניהם מודים והעדים יודעים שלא היה לו אצלו כלום, שהרי חייב עצמו, כמו שישתעבד הערב, וכזה הורו רוב הגאונים.

לדעת הרמב"ם אסמכתא מוגבלת רק לסוג מסוים של עסקאות מכר. הרמב"ם בחר לדון באסמכתא בהלכות מכירה. הרמב"ם, כפי הנראה, נסמך על אחד מחיבורי הגאונים, "ספר המכר והממכר" שנכתב ע"י אחרון הגאונים, ***רבי גאון*** שחי 150 שנה לפני רמב"ם.

הרמב"ם בונה בשלבים את הסיטואציה של אסמכתא ומדבר על פעולות משפטיות מותנית מהן הוא גוזר את הדיון באסמכתא. לדידו, דיני התנאים רלוונטיים גם לדיני הקניין ולעסקת מכר- עסקת מכר יכולה להיות עסקה מותנית. עם זאת, אין זה אומר שכל תנאי בעסקת מכר הוא תנאי שיש לו תוקף. מתוך הסייג הזה הוא מגיע למונח אסמכתא. הרמב"ם טוען שעסקת מכר יכולה להתבצע ב-2 אופנים:

1. **עסק מכר עם מעשה קניין**: אקט פיזי שעושים כשרוצים להעביר בעלות מקים קניין. אם התנתי עסקה מסוג זה, לתנאי יהיה תוקף. אם יתקיים התנאי- תתקיים העסקה ואם התנאי לא יתקיים- העסקה לא תתקיים. כשמדובר בפעולה משפטית קניינית מותנית שמלווה מההתחלה במעשה קניין היא עונה על הדרישות של פעולה קניינית ולכן אם היא מותנית היא תהיה תקפה כאשר מתקיים התנאי.
2. **חוזה מכר**: זאת לא פעולה קניינית אלא חוזה לקניין עתידי, אם פעולה כזאת היא מותנית אז להתחייבות החוזית הקניינית אין תוקף. אסמכתא לפי הרמב"ם. אדם מתחייב בעתיד למכור ומתנה את ההתחייבות בעתיד למכור בתנאי מסוים אבל זוהי התחייבות בלבד שאינה מלווה באקט קנייני. בסוג זה של התחייבות, מדובר באסמכתא ואסמכתא לא קונה מפני שאדם פועל ללא גמירות דעת. הרמב"ם טוען שאסמכתא היא סוג מסוים של התחייבות מותנית- היא התחייבות מותנית בחוזה מכר. הפגם באסמכתא הוא העדר גמירת דעת שנובע מהיעדרו של האקט הקנייני. האקט הקנייני הוא המוכיח את גמירת הדעת של המוכר. מדוע הדבר מכונה אסמכתא? הפירוש של המונח אסמכתא זה בעצם התנייה. המכר תלוי במשהו. הוא מגדיר מהי אסכמתא ואומר מה הבעיה בה- היא לא תהיה תקפה עם התנאי כי אין מעשה קניין. הרבמ''ם אומר שאין גמירות דעת וההתחייבות מותנית.

הרמב"ם מביא דוגמאות: כיצד המוכר בית לחבירו או נתנו לו במתנה על מנת שילך עמו לירושלים ביום פלוני, והחזיק זה בבית הרי זה קנה כשילך עמו לירושלים באותו היום, ואם עבר אותו היום ולא הלך לא קנה, אבל אם התנה ואמר לו אם תלך עמי לירושלים ביום פלוני או אם תביא לי דבר פלוני, אתן לך בית זה, או אמכרנו לך בכך וכך, והלך עמו באותו היום או שהביא לו, אע"פ שהחזיק בבית אחר שקיים התנאי לא קנה שזו היא אסמכתא, וכן כל כיוצא בזה.

אדם מוכר דירה ומתנה אותה בכך שחברו יבוא איתו לירושלים. המכר יחול בתנאי שיתקיים התנאי. אם נעשה מעשה קניין אז יש לעסקה תוקף (דפוס א') אבל אם לא היה מעשה קניין והאדם הלך אתו וקיים את התנאי והאקט הקנייני נעשה לאחר ההתחייבות, לא יהיה לה תוקף (המקרה השני-אסמכתא). הרמב''ם הדגים אבל יש תוספת חשובה- גם אם בעתיד תתבצע פעולה קניין, בכל זאת לא יהיה תוקף לעסקה. על ההתחייבות הקניינית להתבצע בעת ביצוע העסקה. **באסמכתא גם אם יש אקט קנייני אבל הוא מאוחר הוא לא יועיל להכשיר רטרואקטיבית להתחייבות החוזית**.

יש לנו את ההגדרה של הרמב''ם- התחייבות חוזית לפעולה בעתיד שהיא מותנית. קוראים לה אסכמתא בגלל שהיא מותנית-ס.מ.כ במובן של תלוי והפגם שלה שהיא נעדרת גמירת דעת. כדי להעמיק עוד רוצים לדון בדברי הרבמ''ם על רקע של דבריו בעצמו: למדנו שלדעת הרמב''ם להתחייבות כספית יש תוקף כהתחייבות חוזית- הלך אחרי הרי''ף. אז למה להתחייבות כספית יש תוקף כחוזה אז למה פה אין לה תוקף חוזי? (לאסמכתא אין תוקף בכלל). ההקשר השני הוא ביחס לדברי התלמוד: אם לפי הרמב''ם אסמכתא צריכה לעבור דרך קניין האם התלמוד מדבר רק על פעולות קנייניות?

למשל, במקרה שדיברנו עליו מקודם:

מקרה 1- "עיצומים": לא מדובר על הסכם מכר ולכן הדבר לא עומד בתנאי הסף של הרמב"ם. זה לא קנייני (אקט קנייני לא יעזור פה). גם הימורים למשל- אין משהו קנייני. בנתיים הרמב''ם מדבר על בית וכו'.

הלכה ו וכן כל תנאין שמתנין בני אדם ביניהן, אע"פ שהן בעדים ובשטר, אם יהיה כך או אם תעשה כך אתן לך מנה או אקנה לך בית זה, ואם לא יהיה או לא תעשה לא אקנה לך ולא אתן לך, אע"פ שעשה או שהיה הדבר לא קנה, שכל האומר אם יהיה אם לא יהיה לא גמר והקנה, שהרי דעתו עדיין סומכת שמא יהיה או שמא לא יהיה.

הרמב''ם טוען שבתוך ההגדרה של אסמכתא צריך להכניס לא רק התחייבות חוזית לקניין בעתיד אלא התחייבות חוזית שהיא התחייבות כספית -''אתן לך מנה''. הרמב''ם רואה בהתחייבות כספית כסוג של מתנה. לפי הרמב''ם המושג קניין צריך להתרחב והוא מכיל גם התחייבויות כספיות. עיצומים, הימורים- חוזים. הרמב''ם מכסה את עצמו כי ההגדרה שלו לאסמכתא מכלילה את כל המקרים בתלמוד.

הלכה טו המחייב עצמו בממון לאחר בלא תנאי כלל, אף על פי שלא היה חייב לו כלום הרי זה חייב, שדבר זה מתנה היא ואינה אסמכתא, כיצד האומר לעדים הוו עלי עדים שאני חייב לפלוני מנה, או שכתב לו בשטר הריני חייב לך מנה אע"פ שאין שם עדים, או שאמר לו בפני עדים הריני חייב לך מנה בשטר, אע"פ שלא אמר אתם עדי, הואיל ואמר בשטר הרי זה כמי שאמר הוו עלי עדים וחייב לשלם, אע"פ ששניהם מודים והעדים יודעים שלא היה לו אצלו כלום, שהרי חייב עצמו, כמו שישתעבד הערב, וכזה הורו רוב הגאונים.

הרמב"ם מנסה להסביר מדוע מקרה זה לא עונה על תנאי האסמכתא. מי שמתחייב לחברו בהתחייבות חוזית כספית ללא כל תנאי אע''פ שלא היה חייב לו כלום, חייב לקיים את ההתחייבות והיא אינה אסמכתא (שהרי אין תנאי). כאן לא מדובר על הסכם מכר ואילו הרמב"ם דיבר רק על הסכמי מכר. הרמב"ם רומז שכשהוא דיבר על הסכמי מכר, הוא לא התכוון למכר במובנו הצר. הסכמי מכר לפי הרמב"ם הם העברת זכויות. לפי זה, גם התחייבות כספית מותנית היא אסמכתא. במקרה זה לא דובר על התחייבות מותנית ולכן לא מדובר באסמכתא. הוא טוען שזו התחייבות שדומה לערבות (שזה דומה למתנה זה בסדר כי זה לא מותנה), שזה בעייתי כי ערבון זה מותנה. הוא אומר שהתחייבות כספית זה חלק מהאסמכתא ועכשיו הוא שוב מחבר אותנו לאסמכתא- כשהתחייבות היא לא מותנית זו אסמכתא.

הרמב''ם חושב שהתחייבות עתידית במובן הרחב של המושג קנייני היא התחייבות שאפשר לראות אותה נעה בשני ערוצים נפרדים- יש התחייבות אחת שהיא כספית עתידית ואפשר לתת לה תוקף של חוזה. אבל זה בתנאי שהיא מוחלטת ולא מותנית. מפני שם היא מותנית יש לה בעיה של העדר גמירת דעת- בהלכה ו'- שהרי דעתו עדיין סומכת.. לא גמר ויקנה.. כשלאדם יש התחייבות שהיא מותנית גורם לכך שאני לא סגור על זה- דעתו סומכת- הדעה שלי תלויה במשהו. יכול להיות שזה יהיה אך גם יכול להיות שלא. אם היא מותנית יש פגיעה בגמירת הדעת. על זה רמב''ם דיבר בהלכה טו ובהלכה ו. יש גם ערוץ שני: זו לא התחייבות כספית אלא מעשה קניין- התחייבות חוזית לבצע קניין בעתיד שהיא גם מותנית. הבעיה היא של העדר מעשה קניין כי פעולה קניינית דורשת מעשה קניין. מה שבעצם מבטיח גמירות דעת בפעולה קניינית הוא מעשה הקניין, בלעדיו אין גמירת דעת**. לכן אם עשיתי חוזה קניין בלי מעשה קניין אין לזה תוקף קנייני כי אין מעשה קניין אבל החידוש הוא שאין לה תוקף חוזי- אין גם גמירת דעת חוזית. פעם אחת אין גמירת דעת קניינית כי לא עשיתי מעשה קניין ולכן במישור הקנייני זה לא תקף אבל בפעם השנייה אין גמירת דעת חוזית (למרות שלא צריך לזה מעשה קניין) בגלל שהיא מותנית- אין גמירות דעת חוזית.** ולכן הפרספקטיבה יותר רחבה ממה שנראה בהתחלה כהלכות מכירה- הרמב''ם מודה לכך שלא יכול להסתפק באסמכתא שמתייחסת רק לחוזה קניין כי יש הרבה מקרים שמדברים על חוזה. הרמב''ם מודה לכך שאסמכתא כוללת תחתיה התחייבויות כספיות. החידוש: באסכמתא חשופים לפגמים משני כיוונים- מהכיוון הקנייני (אין מעשה קניים שאמור לבטא את גמירת הדעת) ומהכיוון החוזי (תוצאה של ההתנייה). הבעיה היא העדר החלטיות. הרמב''ם מודע ליחס הזה שבין אסמכתא חוזית לאסמכתא קניינית- מודעת היטב להבדלים שיש בין השניים האלה וחושב שצריך לשלב ביניהם. כך הרמב''ם מתיישב עם דברי התלמוד.

**4. אסכולת הגאונים**

שו"ת הרי"ף סימן רעו...וכן יודיענו על איזה דרך היא האסמכתא ובאיזה מקום קונה ובאיזה מקום אינו קונה לפי שבא לידינו מעשה ראובן אמר לשמעון בקנין לא אמכור לך שדותי אתן לך במתנה חצר. היאך הדין בכי האי גוונא.

...ולענין אסמכתא ששאלת על איזו דרך היא כל שאומר אם יהיה כך וכך אתן לך כך וכך ואם לא יהיה לא אתן לך זו היא אסמכתא שאינה קיימת וכה אמרו רבותינו ז"ל כל דאי לא קנה ואפילו אם נתקיים לא קנה.

אסכולה זו הייתה חבויה מהעין במשך תקופה רבה עד לבואו של ברכיהו ליפשיץ- מבליט את שיטת הגאונים. ספרות הגאונים היא ספרות שהלכה לאיבוד בהשתלשלות ההלכה. הגאונים כתבו ספרות עצומה וחשובה מאוד מפני שרובם חיו בבבל בסמוך לתקופה התלמודית וישבו עם האמוראים באותם ישיבות ולכן היכולת שלהם לפרש את התלמוד באופן אותנטי הייתה טובה מאוד. ההלכה התפתחה בשני מוקדים עיקריים, בספרד ובאשכנז, והמוקד הבבלי התפוגג. חלק מן הדברים עברו בע"פ ורק בסוף המאה ה-19 התגלתה הגניזה הקהירית, אחת התגליות החשובות ביותר שאפשרו לנו להיחשף אל עולם הכתיבה שלהם. הספרות שלהם חשובה- חוליית הקשר בינינו לבין האמוראים- הספרות שלהם זו אותה אחת של האמוראים החיים בבבל והמשך שלה, לא הייתה בידנו שנים ארוכות. היא הגיעה בכל מיני צורות עקיפות לספרד אבל הספרות עצמה לא הייתה בידנו.

הרי"ף (הרבה פעמים מייצג באופן רשמי את ספרות הגאונים) מתאר מצב שבו אדם מתחייב לחברו לתת לו במתנה חצר – חוזה מתנה, לא מתאים למה דבירנו על עכשיו - נשאלת השאלה, האם התחייבות עתידית לתת מתנה היא בגדר אסמכתא? הרי"ף מבחין בין 2 מצבים:

1. התחייבות כספית עתידית שאינה מותנית או התחייבות למתנה שאינה מותנית: להתחייבויות כאלה יש תוקף (לפי הודאה).
2. ההתחייבות הכספית או ההתחייבות למתנה עתידית שהינה מותנית: התחייבות כזו היא אסמכתא ואסמכתא אינה קונה. הריף הרי כבר אמר שכל התחייבות כספית עתידית יש לה תוקף אבל אם היא מותנית אז לא. אם זה התחייבויות כספיות מותנות אסמכתא.

הגאונים למעשה הגדירו מחדש את מונח האסמכתא. רוחב ההגדרה השתנה- אסמכתא היא כל נוסחת התחייבות עתידית מותנית בהקשרים קניינים (מהתחייבות כספית ועד למכר). הרמב''ם קושר למסגרת של קניין- גם התחייבות כספית זה נחשב קניין ולכן כאשר יש חוזה קניין מותנה אין לו תוקף קנייני ולא חוזה, הבסיס שלו זה הלכות מכירה. הרי''ף אומר שהמגרש היסודי של אסמתכא זה חוזי ולא קניין. לצד העקרון שלהתחייבות עתידית כספית יש תוקף, אם היא מותנית אין לה תוקף כי היא אסמכתא.

|  |  |
| --- | --- |
| 8. תשובות הגאונים - הרכבי סימן תפט  והבגדים אם הם דבר שבעין אצלו ונמצאים ברשותו היא קנתה אותם. ואם אינם נמצאים ברשותו הם גם כן דבר שלא בא לעולם.  וזהו אם אמר לה נתתי לך כזה וכזה. [או] נתחייבתי לך כזה וכזה. אבל אם אמר לה נתן לך כזה וכזה. נכתוב לך כזה וכזה. אין זה מהני כלום אפילו אם הדבר הניתן נמצא ברשותו.  לפי שזה רק הבטחה [אסמכתא] הנקראת אצל רבותינו קנין דברים בעלמא הוא. | שו"ת הרי"ף סימן יד  נקנה בקנין. אינו נקנה  אלא אם כן אמר לו נתתי לה כך וכך ופסקתי על עצמי כך וכך, אבל אם אמר לו אתן לה כך וכך, אינו נקנה ואפילו יהיה ברשותו,  לפי שהוא אסמכתא שרבותינו קורין אותה קנין דברים בעלמא. |

יש לפנינו בצד ימין תשובת גאונים שמתארת מקרה של הסכם בין איש ואשה עובר לנישואין. במסגרת ההסכם האיש מתחייב לתת לאשה מעין נדוניה. הבעל מתחייב לתת לאשה בגדים, אם הבגדים ברשותו בזמן ההתחייבות, תהיה ההתחייבות תקפה. אם הבגדים לא בידו עדיין, להתחייבות לא יהיה תוקף (דבר שלא בא לעולם). נוסחת ההתחייבות לפי הגאונים היא נוסחה שמנוסחת כך: "נתתי לך כזה וכזה" אך אם הוא כותב לה "נתן לך כזה וכזה" (התחייבות עתידית), להתחייבות לא יהיה תוקף, גם אם הבגדים נמצאים ברשותו. הם מציגים הגדרה אחרת של אסמכתא- כל התחייבות עתידית לפעולה, גם אם מדובר בהתחייבות כספית, אין לה תוקף (אין את אלמנט ההתנייה). אסמכתא היא הבטחה לפי הגאונים (הסמכה- הבטחה), התחייבות עתידית. כל התחייבות עתידית לפעולה, גם אם היא אינה מותנית, אינה בעלת תוקף, היא אסמכתא, קניין דברים, ואין לה תוקף. כל התחייבות לפעולה (לרבות התחייבות כספית) אין לה תוקף כי זה קניין דברים בעלמא וזאת הבטחה שהיא תרגום מילולי לאסמכתא ולכן כל הבטחה אין לה תוקף. הגאונים מציגים זהות מוחלטת בין אסמכתא לקניין דברים. הגדרה רחבה. כולם מסיקים שללא מעשה קניין אין תוקף לעסקה קניינית (חוץ מרבנו תם שאמר לגבי הבטחה מועטת לא צריך מעשה קניין). הרי"ף (צד שמאל) מציג את אותה ההגדרה והרעיון בבסיס הדברים זהה. הרי''ף הכיר את התשובה של הגאונים (למרות שלא אומר כך) כי הוא ממש אומר כמוהם. אם כן, בעצם יש לנו סתירה- איך נסדיר את דברי הרי''ף באופן כללי ולא רק למעלה? התחייבות כספית עתידית גם אם אינה מותנית אין לה תוקף כי היא התחייבות לפעולה. זה מרחיב מאד את האסמכתא= הבטחה. זו הרחבה עצומה של תופעת האסמכתא, הרבה מעבר לסוגיות שראינו קודם (כי היו רק התניה, גוזמה, עונש ,תלוי בזמן וכו'). ההרחבה של הגאונים כוללת בתוכה את המקרים של התלמוד אבל הם מקרים מיוחדים. השיטה של הגאונים מופרזת- כל ההתחייבויות (כספיות ולפעולה) הן קניין בעלמא. השיטה לא תואמת את התלמוד והם ידעו שזה כך. יש אסכולה רווחת שאסמכתא מציגה את הבעיה של התופעה החוזית בכללה וזה בלי קשר לתלמוד, שלא אומר את זה (התלמוד יתאים לזה כי זה רחב אך לא כיוון לזה). הגאונים הושפעו מהשיטה המוסלמית ומאד יכול להיות שבהשפעה של הביקורת על התופעה החוזית בסביבה המוסלמית לקחו את זה קדימה ולכן פסלו בכלל את התופעה החוזית כאסמכתא. הרי''ף חשב שזה רק מותנה אז למה הוא אומר כמו הגאונים? הכניסו לשם גם תשובות של הרי''ף כשהוא לא בהכרח עומד מאחוריה (סיבה טכנית של ערבוב שו''ת).

הגאונים מדברים על הפירוש המילולי- אסמכתא= הבטחה ולכן הבעיה היא הערטילאיות ואין להן תוקף. אם שלושת הגישות הקודמות מיישרות קו עם התלמוד על אסמכתא במקרים בהם מפרט .הגישה הזו חורגת מזה, לא מבוססת על הבנתם של הגאונים את התלמוד אלא השפעה חיצונית, אולי המשפט המוסלמי (זאת השערה). יש 3 אסכולות ועוד אחת- הגישה האחרונה של הגאונים לא הייתה תמיד והיא הגיעה מאוחר. סגירת מעגל- היא אינה חלק מהדיון באסמכתא ואולי טוב שכך. הרמב'''ם מחזיר להתחייבות כספית והגאונים להתחייבות לפעולה.

**יחידה 2- יסודות החוזה: הבטחה והסתמכות:**

עד כאן עסקנו בבעיית ההתחייבות ושאלנו האם המשפט העברי מכיר במוסד החוזה. התשובה לשאלה זו לא הייתה חד משמעית אך הנטייה הייתה הסתייגות קשה למוסד זה. כעת נבחן את יסודות החוזה. שאלת היסודות קשורה לבעיית ההתחייבות שדנו בה עד כה.

אינטרס ההבטחה-טענתם של פולר ופרדייה: חידדו את אינטרס ההסתכמות, ניסו דרכו למלא חלל לתופעה החוזית ע''מ לתת לה תוקף דרך אנטרס המסתמך. בסיס הדיון שלהם נמצא בדיאלקטיקה שבין תנאים ואמוראים (בין אינטרס ההבטחה להסתמכות).

התחייבות חוזית בהקשר קנייני, אדם מתחייב בעתיד למכור, לתת מתנה – לא מותנית (לפחות ע"פ הרמבם), נכיר בסיסי דיני קניין: הדרישה שקניין יעשה באופן פיזי למשל מטלטלין נתנים במשיכה, במסירה, בהגבהה, במקרקעין בצורת החזקה, החזקה באמצעות שטר כאביזר שבאמצעותו תופסים בע"ח אז השטר הוא כרסן שמחזיק את הקרקע. התפיסה – פיזית.

ניתן לדבר על 3 דרגות של מכר:

**קומה ראשונה: מכר בסיסי**: נעשה מעשה קניין כראוי לפי דין (ללא התניה, לפי רמב''ם לפחות זו לא אסמכתא). במקרה כזה ברור שהמכר תקף ואכיף אך לא ניתנה תמורה. ...משך הימנו פירות ולא נתן לו מעות אינו יכול לחזור בו..- גם אם לא שילמתי הצדדים לא יכולים לחזור בהם, הקניין הוא חלוט כאשר נעשה במעשה קניין.

משנה, בבא מציעא ד, א-ב

**קומה שנייה: מכר שנעשה ללא מעשה קניין אך ניתנה תמורה**: כזכור, מתן תמורה איננו מעשה קניין במיטלטלין (קרקע כן אך מיטלטלין לא). יש מכר, אין מעשה קניין אך שולמה תמורה. במצב כזה המכר לא תקף ולא אכיף אבל יש סנקציה ברקע- **"מי שפרע".** מי שלא שילמו לו יכול לתבוע אבל התמורה לא גורם לקניין להתבצע אלא מעשה הקניין.

נתן לו מעות ולא משך הימנו פירות יכול לחזור בו, אבל אמרו מי שפרע מאנשי דור המבול ומדור הפלגה הוא עתיד להפרע ממי שאינו עומד בדבורו.

לאותו אדם שהפר את חוזה המכר, משפטית אתה צודק- לא הייתה משיכה ולכן אתה יכול לחזור בך אבל הייתה התחייבות וקיבלת תמורה ולכן אתה חשוף לסנקציה. האל יטפל בו. יש האומרים שסנקציה זו היא בגדר של קללה, מעין סנקציה דתית. יש הסבורים שזה מעבר לכך- מדובר על סנקציה חברתית אמתית, נידוי. נידוי בתקופה זו הוא דבר חמור.

דור המבול- חמס, שחיטות בעיקר (יש האומרים שזו שחיטות מינית אבל המרצה לא בטוח).

מהו דור הפלגא? מדובר על הסיפור של מגדל בבל- חטא דתי- התרסה כנגד ה'. למה בוחרים דווקא לציין בהקשר זה של נידוי דווקא את דור הפלגא ודור המבול? יש כאלה שטוענים שמי שמפר חוזה מכר מפר גם התחייבות דתית- אלוהים יודע שהתחייבת וגם התחייבות חברתית. את ההפרה של ההתחייבות הדתית מייצג דור הפלגא ואילו את ההפרה של החטא החברתי מצייגים בני דור המבול. הסבר נוסף טוען שאם אי אפשר לאכוף חוזים התוקף שלה הוא מוסרי. בכוונה נצמדו לחטאים שנעשו לפני מתן התורה. אם אנחנו אומרים שמקור הכוח בעולם זה מהתורה אז מכוח מה היה צריך לעמוד במסגרת של החוזה, כמו למשל דור המבול שזה היה לפני התורה ובשום מקום לא היה כתוב שאסור לגזול. הם עברו על חטאים שלא נחשבו חוק. אבל הם הפרו קודים חברתיים (או דתיים) מוסריים ברורים- כמו שאי אפשר לאכוף מעשה קניין מוסרית וחברתית זה לא ראוי ולכן אפשר להעניש גם מה שלא כתוב בספר החוקים אבל הם הפרות של קודים מוסריים. אלוהים מעניש את מי שמעניש פרצות בחוק או ייצוג של דתי וחברתי. יש בעולם תגובות קשור גם כנגד הפרות של משפט הטבע שהרי דורות אלו לא היו מחוייבים לקוד נורמטיבי רשמי ובכל זאת הם נענשו.

**קומה שלישית- חוזית: עסקת מכר שאין בה מעשה קניין וגם אין בה תמורה:** בעסקה זו יש חוזה בלבד. מדובר בחוזה מכר נקי שלא נלווה לו מעשה קניין או תמורה. דרגה זו מתבררת בתוספתא.

תוספתא, בבא מציעא (ליברמן) פרק ג, יד

רבי שמעון אומ': אף כשאמרו טלית קונה דינרי זהב... אבל מי שפרע מאנשי דור המבול ומאנשי דור הפלגה עתיד ליפרע ממי שאינו עומד בדיבורו; והנושא והנותן בדברים אין לו עליו אונאה, אבל אמרו חכמים כל המבטל את דבריו אין רוח חכמים נוחה הימנו.

מדובר בעסקת חליפין בין טלית לבין דינרי זהב (לא משמשים ככסף אלא כחומר, זהב). "נושא ונותן" בלשון המקרא פירושו מקח וממכר- מכר. נושא ונותן זה קונה ומוכר. נושא ונותן בדברים- מבצע עסקה קניינית בדברים- דיבורים. האם לחוזה כזה יש תוקף? כשקניתי הוא למעלה מ-20 אחוז מהשווי זו הונאה ולכן העסקה מתבטלת. פה הונאה לא תחול כי כשאדם מבצע עסקת מכר, אין למכר תוקף אך מי שמפר חוזה מכר אין רוח חכמים נוחה ממנו- במסגרת החוזה התחייבת. ביטול עסקת מכר הינה התנהגות אינה ראויה אך אין היא גוררת אחריה סנקציה חמורה כגון "מי שפרע".

לסיכום, הואיל ודיני הקניין הם פיזיים וריאליים אז כלל שיש פעולה יותר פיזית בממכר עצמו (מושך פירות) אז התכולה המשפטית היא מלאה והעסקה אכיפה- הצדדים לא יכולים לחזור בהם. קומה מתחת לזה- לא עשיתי מעשה פיזי בממכר אבל היה מעשה- שילמתי (מטלטלין לא נקנים בכסף אלא הגבהה, משיכה), כאן מכיוון שהפיזיות נמוכה יותר התכולה המשפטית היא חלשה יותר. מבחינה משפטית העסקה לא אכיפה אבל יש סקנציה- דתית או חברתית. הקומה הכי נמוכה, כאין שום מעשה (לא תשלום ולא קניין) ומדובר רק בדיבורים אז במקרה הזה גם התכולה היא ברמה החלושה ביותר, נזיפה קלה ולא סנקציה חברתית או דתית.

ננסה לבדוק איך הגיבו לקומה של חוזה כשאין מעשה קניין ואין תמורה. בקומה הקניינית הזו איך מתייחסים עלייה האמוראים בעיקר בבבל. עד עכשיו ראינו את התנאים- התנאים אמרו שבקומה הזו אין תוקף קנייני או דתי חברתי לעסקה אבל יש איזה מן מורת רוח של חכמים.

שיעור 5- 17/11/15

נראה שהמהלך שמאמת את אינטרס ההבטחה מול אינטרס ההסתמכות, כל קו המחשבה הזה שורשיו הרבה לפני- בספרות חז''ל וננסה להראות את זה. דיברנו על סוגיה שעוסקת במעמדו של חוזה מכר. הבעיה מתחזקת כי קניין נתפס כאקט משפט ריאלי- חפץ נמסר באופן פיזי מצד לצד. לכן, כשיש ניסיון להעביר את הבעלות באמצעות חוזה- אקט לא פיזי, ברור שיש קושי נוסף ובשביל להמחיש הראנו את הקומות שבעצם בונים את דיני המכר (דברי התנאים)- 3 קומות: א. הפשוטה: מכר מתחייב על בסיס אקט פיזי של קניין, לכל אובייקט יש את מעשה הקניין המתאים- מטלטלין: הגבה, משיכה וכו'. סיטואציה פשוטה- אקט פיזי- בוצע. ב. הקומה השנייה- אקט פיזי כנדרש לא היה אבל ניתנה תמורה, עצם מסירה של תמורה לא יוצר קניין במטלטלין לפי המשפט התלמודי. אם כן, במקרה כזה זה יותר מורכב כי מצד אחד חסר המעשי הפיזי של המכירה אבל יש מעשה פיזי אחר גם אם לא פורמלית אקט קנייני. ולכן משפטית אין קניין- הצדדים יכולים לחזור בהם אבל חזרה מן ההסכם במקרה הזה ייחשב דבר פסול בתכלית שמלווה ב''מי שפרע''- נידוי חברתי, קללה- צעד לא נעים. ג. הקומה שנדון בה- חוזה מכר- אין אקט פיזי של מכר ואין מסירה של תמורה, כל מה שיש הוא הסכם על מכירה עתידית. במקרה כזה התוספתא אומרת במקור 2- נושא ונותן בדברים- במקרה כזה אין מה לדבר על כך שהמכר חל, הוא לא חל בגלל שאין אקט פיזי ואין גם מי שפרע, אלא יש אמירת נזיפה- ''אין רוח חכמים הימנו''. תפיסה פיזית ככל שיש אקט פיזי שמלווה את המכירה אז הרי שלמכירה יש תוקף (משפטי, חברתי), ככל שאין אקט פיזי כמו בקומה השלישית של החוזה לכאורה אין למכירה שום שיניים.

הסוגיה התלמודית דנה בנושא זה:

. בבלי, בבא מציעא מט, א

א] רב כהנא יהבי ליה זוזי אכיתנא, לסוף אייקר כיתנא. אתא לקמיה דרב. אמר ליה: במאי דנקיטת זוזי - הב להו, ואידך - דברים נינהו, ודברים אין בהן משום מחוסרי אמנה. דאיתמר; דברים – רב אמר: אין בהן משום מחוסרי אמנה, ורבי יוחנן אמר: יש בהם משום מחוסרי אמנה.

***רב*** (שמו האמיתי הוא רבי אבא) הוא המייסד של הישיבות בבל. ***רב כהנא*** היה סוחר שמכר כותנה. הוא קיבל תמורה אך הכותנה עדיין הייתה בידו. בנתיים הכותנה התייקרה ורב כהנא, שהרגיש פרייאר, ניסה לברר מבחינה הלכתית האם אפשר לבטל את העסקה כדי להרוויח יותר. הוא פנה לרבו, רב. נניח שהוא מכר להם כותנה ב-10,000 ₪ והכותנה התייקרה וניתם היה לגבות 12,0000 ₪. רב אומר לו שנתייחס לזה כאילו זה שווה 12,000. לגבי ה-10,000 ₪ הוא כבר קיבל -הוא נמצא בדרגה 2 בעסקאות מכר ולכן הוא עלול להסתבך עם קללת "מי שפרע", הוא לא יכול לחזור בו. מסיבה זו הוא חייב לתת לקונים את החלק היחסי של הכותנה בשווי הנוכחי, זה שהוא קיבל עליו כסף. לגבי החלק הנותר מן הכותנה, זה נמצא בדרגת שלוש, דרגת "דברים" (מכונה כך משום שלדרגה מס' 3 אין קניין ואין תמורה אלא רק "דברים", דיבורים). אין אקט פיזי ואין תמורה לגבי 2000 הש''ח הנותרים. דרגה זו היא עסקת מכר בלבד וההלכה היא שאין לגביה "מחוסרי אמנה"-אדם חסר אמינות. מבחינה חברתית יהיה אפשר לסייג את המעשה שלך ולהגיד שאתה חסר אמינות (אין פה סנקציה חברתית של ''מי שפרע'') כלומר, המובטח לא יוכל לטעון לכך שהפרו את האמון כלפיו. רב טוען לסיכום שחוזה זה לא צריך לקיים ואין לו לא תוקף מוסרי וחברתי- אתה לא תחשב חסר אמינות- הוא לא חייב להביא להם את החלק של הכותנה שהוא ''הפסיד''. רב לא מקבל את ההלכה של התוספתא כי שם אומרים שאין ''רוח חכים נוחה הימנו'', הוא היה צריך להגיד שעדיף שלא יעשה זאת כדי שחכמים לא יהיו מאוכזבים (הוא מתעלם מה''רוח חכמים...''). התקדים: קומה שנייה-ברור. החידוש: בקומה השלישית יש לכאורה אמירה של רב שחורגת מאמירת התנאים בתוספתא. דברים- רב אמר אין בהם משום מחוסרי אמונה.

וויכוח: ***רבי יוחנן*** (א''י) טוען, לעומת זאת, שלחוזה כזה אמנם אין תוקף אך המובטח בהחלט יכול להעלות טענה חברתית כנגד המבטיח. הוויכוח בקומה השלישית הוא בין האמוראים הראשונים של ארץ ישראל- העמדה הבבלית ניתן לחזור מהסכמי מכר והעמדה הארץ ישראלית- יש בדברים משום מחוסרי אמונה. חלוקת הדורות של המוראים בין א''י לבבל היא שונה. רב חי שנים רבות בא''י אבל רוב חייו בבבל, הסיפור הוא בבבל.

ההצהרה העקרונית של התקדים חושפת אותנו למחלוקת בקומה השלישית- בין רבי יוחנן לרב.

קודם כל, אפשר לראות שמה שהיה ברור לתנאים- רוח חכמים נוחה הימנו לא ברור לאמוראים. נשאלת השאלה מה היחס בין "מחוסר אמנה" לבין "אין רוח חכמים נוחה ממנו" ? הם הרי שני ביטויים שונים. בהנחה שהאמוראים מכירים את התוספתא ובכל זאת העדיף רבי יוחנן את התוספתא אבל לא משתמש במונח של התוספתא. לכאורה, אין הבדל דרמטי בין שני המונחים ולכן לא ברור מדוע מציינים את המונח "מחוסר אמנה"- יוצר מערכת מונחים חדשה.

בשלב הבא, התלמוד מעמת בין הוויכוח למקורות התנאים שקדמה להם. יש בספרות התנאית התייחסוית קודמות.

ב] מיתיבי, רבי יוסי ברבי יהודה אומר: מה תלמוד לומר +ויקרא י"ט+ הין צדק? והלא הין בכלל איפה היה? אלא לומר לך: שיהא הן שלך צדק, ולאו שלך צדק! אמר אביי: ההוא שלא ידבר אחד בפה ואחד בלב.

"מתיבי" בארמית זה "משיבים" או "להקשות קושייה". התלמוד מקשה קושייה אשר מסתמך על מדרש הלכה (פרויקט של התנאים כלפי המקרא, פירוש המקרא). ***רבי יוסי ברבי יהודה*** מציין שעל פי המקרא סוחר צריך לשמור על מידות ומשקולות תקניים-מידות של צדק: "הין"- מידת נוזלית, "איפה"- מידת מוצקים, פי 12 מה"הין". מדרש ההלכה מפרש את הדרישה הזו. התלמוד שואל שאלה: למה צריך לצוות על תקניות לגבי שניהם? אם ציוו על האיפה ברור שצריך גם על ההין. כיול כלי לשנתות- צריך שכולן יהיו תקניות. בדרך, כדי להגיע לתקניות בשנתות עוברים דרך המידות הקטנות, קל וחומר ברמה בפרקטית. ברמה הנורמטיבית- לגבי מידות קטנות ברור שדורשים הקפדה בתקניות יותר מאשר למידות גדולות והרי אם ציווינו על האיפה קל וחומר שזה גם ההין. זה דרשנות כי המקרא אומר שצריך בתחום הנוזלים וגם המוצקים לשמור על תקינות. כבסיס לדרשה אפשר לשאול כל שאלה שרוצים.

הפרשנות אומרת שהמילה "הין" לא מציינת כאן מידה אלא "הן", הגינות שקשורה לקיום הבטחות. מדרש ההלכה אומר שכאשר יש הסכם מכר, ה"הן" וה"לאו" שלך צריכים להיות מדויקים וצודקים. עליך לעמוד בדיבוריך- יש תוקף להסכם מכר (הנחיה אתית יותר מהנחיה משפטית), לפי התנאים.

התלמוד אומר משהו אחר-מעמתים את ***אביי, שאמר ההפך***- אומר שההנחייה שאדם צריך לקיים את דיבורו היא הנחייה מוגבלת ולא כללית- אדם צריך להיזהר מהטעיית האחר- אחד בפה ואחד בלבד (לא צריך לקיים את דיבורו באופן כללי). מה ההבדל בין לקיים דיבורו לבין אחד בפה ואחד בלבד- אם ניישם את זה על הסיפור של רב כהנא, אם נלך על פי הפירוש של רבי יוסי ברבי יהודה, נוכל לומר שרב כהנא לא עמד בדיבורו והוא חייב לתת לקונים את כל הכותנה שהוא התחייב לתת מלכתחילה. אם נלך לפי הפרשנות של אביי נוכל לומר שרב כהנא לא הטעה את הקונים ולכן עומדת לו הזכות שלא לתת את כל הכמות- לא הטעה אלא הנסיבות השתנו. נפרש באופן מצמצם- הנחיה ספציפית ומוגבלת יותר שאומרת שצריך להימנע ממצג כפול. אבל אם משתנות הנסיבות אתה יכול לחזור בך מהתחייבותך.

הקושי השני: ברור שאביי לא מפרש את ההנחיה של הדרשה לפי פשוטה- זה בכלל לא מדבר על אחד בפה ואחד בלב, אלא שהכן שלך יהיה כן והלא יהיה לא- לעמוד במילתו. מה פתאום להגיד הטעיה.

התלמוד ממשיך לעמת את האמוראים מול דברי התנאים:

ג] מיתיבי, רבי שמעון אומר: אף על פי שאמרו טלית קונה דינר זהב ואין דינר זהב קונה טלית, מכל מקום כך הלכה, אבל אמרו: מי שפרע מאנשי דור המבול ומאנשי דור הפלגה - הוא עתיד ליפרע ממי שאינו עומד בדיבורו! והנושא והנותן בדברים לא קנה, והחוזר בו אין רוח חכמים נוחה הימנו. ואמר רבא אנו אין לנו עליו אלא אין רוח חכמים נוחה הימנו.

במקור זה מובאת ההלכה של התוספתא- לא ראוי להפר חוזרה מכר מסוג 3. זה המקסימום שאפשר לדרוש- רוח חכמים.... התלמוד אומר שדבר זה מקשה על דבריו של רב שאמר שאין בכך "מחוסר אמנה". הפתרון של התלמוד מופיע בפסקה הבאה- מחלוקת בין תנאים. נכון שלפי התופסתא זו הדעה אבל יש תנאים שחושבים אחרים ורב חושב כמוהם.

ד] תנאי היא, דתנן: מעשה ברבי יוחנן בן מתיא שאמר לבנו: צא ושכור לנו פועלים. הלך ופסק להם מזונות. וכשבא אצל אביו אמר לו: בני, אפילו אתה עושה להם כסעודת שלמה בשעתו לא יצאת ידי חובתך עמהם, שהן בני אברהם יצחק ויעקב. אלא, עד שלא יתחילו במלאכה צא ואמור להם: על מנת שאין לכם עלי אלא פת וקטנית בלבד. ואי אמרת דברים שיש בהן משום מחוסרי אמנה, הכי אמר ליה זיל הדר בהו? שאני התם, דפועלים גופייהו לא סמכא דעתייהו. מאי טעמא- מידע ידעי דעל אבהו סמך. אי הכי, אפילו התחילו במלאכה נמי! התחילו במלאכה ודאי סמכי דעתייהו, אמרו: מימד אמר קמיה דאבוה, וניחא ליה.

התלמוד אומר שיש מחלוקת תנאים לגבי הפרה של חוזה מכר (דרגה 3). מדובר על ***רבי יוחנן בן מתיא*** שביקש מבנו שיצא לשכור פועלים. הבן התחייב לספק לפועלים ארוחת צהריים מלבד המשכורת. הילד מספר לאביו על העסקה. האב מציין שאם הבן כלל בהסכם סעיף של מזונות, הוא נכנס לבעיה גדולה שהרי הוא לא פירט מה תכיל הארוחה ולא משנה מה הוא יספק להם, זה לעולם לא יהיה מספיק, גם אם יתן להם ארוחה כמו של "שלמה בשעתו". רבי יוחנן מציע לבנו לצאת אל הפועלים ולהבהיר להם מה פירוש סעיף המזונות. לסגור איתם על סנדוויץ בלבד. על הבהרה זו להיעשות לפני שתתחיל העבודה- ''תחזור בך''. מסיפור זה מסיק התלמוד שהסכם מכר ניתן להפר שהרי האב אמר לבנו לחזור בו מהבטחתו. האם אכן ניתן ללמוד זאת? לא בטוח. יש תניית מזונות עמומה ולכן המשרעת שבה אפשר לפרש אותה היא מינימום סנדוויץ עד סעודת שלמה- פרשנות של הסכם ולא חזרה- הוא התחייב למזונות וייתן מזונות, הוא לא מתנער. התלמוד ממשיך לעבד את הסיפור. התלמוד טוען כי מן הסיפור אין כדי לאשש את עמדת רב לפיה הסכם מכר ניתן להפר ובטח שלא להסיק שהפרה כזו נוחה לדעת חכמים. הסיבה לכך נעוצה בכך שהשיח בין העובדים לבן היו בשלב המשא ומתן לקראת חתימת החוזה. הפועלים עדיין לא סמכה דעתם על ההסכם. בנוסף, לצורך חתימת החוזה נדרשת חתימת האב. תחילת העבודה היא זו שמסמלת את שלב ביצוע העסקה. במקרה זה אנחנו נמצאים בשלב המו"מ ולכן ממילא אין הפרת חוזה. האב מזרז את הבן להגיד לפועלים לפני העסקה כי לפני שמתחילים זו לא עסקה. אחרת, אין משמעות ללחץ של האב. ההנחה היא שיש גמירת דעת מצד הפועלים והאב. לפני שהתחילו לעבוד שום דבר לא נסגר ולכן אין הסכם ולכן רב לא יכול להסתמך עליו. התלמוד ניסה להביא אסמכתא תנאית לדבריו רב אך הוא נכשל במשימתו כי המקור לא מדבר על הסכם סגור.

סיכום ביינים: תקדים של רב- מחוסרי אמונה, שלב שני- מעמידים את רבי יוחנן ורב מול מקורות תנאים- 1. הן ולאו, 2. מעמידים את התוספתא- רב הסתמך על עמדה תנאית אחרת אך לא יכול לעשות זאת. השלב הבא בניסיון התלמודי הוא להתמודד עם רבי יוחנן. עד כה התלמוד ביקר את רב, איך אתה אומר שזה לא דעת חכמים. בדרך כלל מתייחסים בעיקר לאמוראי בבל ורק אח''כ לא''י.

ה] ומי אמר רבי יוחנן הכי? והאמר רבה בר בר חנה אמר רבי יוחנן: האומר לחבירו מתנה אני נותן לך - יכול לחזור בו. יכול, פשיטא! - אלא: מותר לחזור בו. - אמר רב פפא; ומודה רבי יוחנן במתנה מועטת, דסמכא דעתייהו. הכי נמי מסתברא, דאמר רבי אבהו אמר רבי יוחנן: ישראל שאמר לבן לוי: כור מעשר יש לך בידי - בן לוי רשאי לעשותו תרומת מעשר על מקום אחר…

עד כה הקשנו על דעתו של רב. האם באמת רבי יוחנן חשב שאסור לחזור? יש עדות ש***רבי יוחנן*** אומר שניתן (כן מוסרית והן מעשית) להפר חוזה מתנה לכאורה (יכול לחזור בו), יש כאן סתירה בין 2 אמירות של רבי יוחנן- למה מהסכם מכר לא מוסרי לחזור וממתנה מותר. העסקאות הן שונות, לא מדובר על סתירה אמיתית משום שמתנה, לעומת מכר, היא פעולה חד סיתרית. במכר, יש צד שני שנוצרת אצלו הסתמכות.

***רב פפא*** אומר שכשרבי יוחנן אמר שאדם יכול לחזור בו מחוזה מתנה, הוא דיבר על חוזה מתנה מסוים, על מתנה מרובה. במתנה מועטת, אדם אינו יכול לחזור בו משום שלמקבל יש אינטרס הסתמכות (כשאומרים לאדם שהוא זכה במיליון ₪, הוא לא מאמין עד שהוא לא מקבל את הכסף ולכן לא נוצרת אצלו הסתמכות. לעומת זאת, אם מבטיחים לאדם 100 ₪ אז הוא מצפה להם ומסתמך על קבלתם). חוזה מכר הוא כמו מתנה מועטת משום שבחוזה מכר יש גם צד שני (במתנה מרובה אין צד שני משום שהצד השני,כאמור, לא הסתמך) ולכן לא ניתן לחזור בך מביצועו. מכר זה סוג של מתנה קטנה. הכל תלוי בהסתמכות של הצד השני, מהבחינה הזו יש הבדל בין מכר ובין מתנה. כלומר, כשרבי יוחנן דיבר על מכר זה כמו מתנה קטנה. במתנה גדולה הוא יכול לחזור.

התלמוד מבקש להוכיח את ההבחנה בין המתנה המרובה לזו המועטת. מוצג הסכם בין בן ישראל לבין לוי. בן ישראל מבטיח לתת ללוי עשרות קילוגרמים של מעשר- המעשר שמגיע מהיבולים מגיע ללווים ולכהן מביאים תרומה. מה מעמד המעשר? בדברי רבי יוחנן כתוב שהלוי רשאי לראות את המעשר כאילו הוא שלו ושיש לו זכות קניינית בו, הוא יכול להסתמך עליו ולהביא לכהנים חובות שנצברו לו. לכאורה יש כאן הסכם להביא מתנה. מתנה זו היא מתנה בלתי הדירה שהרי ללוי יש זכות קניינית בה. רבי יוחנן אומר לנו שחוזה מתנה הוא חוזה בלתי הדיר- ההבטחה כאילו בוצעה. איך זה מסתדר עם מה שהוא אמר קודם, שניתן לחזור מהסכם מתנה? לכאורה יש סתירה. התלמוד מנסה להסביר ולהגיד שפה מדובר במתנה מועטת ולכן בן ישראל לא יכול לחזור בו. זה מסתדר עם האמירה לפיה לא ניתן לחזור בך ממתנה מועטת. האם באמת מדובר במתנה מועטת? לא צריך ללכת שולל אחרי העשרות קילוגרמים כי הרי מתנות הכהונה והלווים אלו הן מתנות ששייכות להם ולא לישראל. אז המתנה היא לא 35 קילו של תבואה אלא בהחלטה לתת ללוי מסויים ולא לאחר- את עצן הבחירה- טובת הנאה זה הכי הרבה שלוי יכול לקבל. השווי של המתנה זה לא כמו השווי בשוק אלא מתנה מועטת מאד. קביעה האם מתנה היא מרובה או מועטת תלויה בתפיסת העולם של **הנותן**- מעשר מבחינת הנותן היא מתנה מועטת. מבחינת המקבל המעשר שווה הרבה כסף אבל לא כך מבחינת הנותן.

**לסיכום**, יש הבחנה בין 2 סוגים של חוזה מתנה, מתנה מועטת שהינה בלתי הדירה ומתנה מרובה שהינה הדירה. חוזה מכר הוא כמו מתנה מועטת ולכן לא ניתן לחזור בך מביצועו.

כשמנתחים ספרותית צריך לראות מה הרעיונות המנחים בטקסט. יש שניים כאלה ללא ספק: קדושת החוזה, הצורך של אדם לעמוד בדיבורו. ברור שזה הכוח המניע המרכזי שעומד מאחורי כל הדיון מתחילתו ועוד סופו- אינטרס ההבטחה וכו'. מול זה אנחנו פוגשים עוד גורם מוביל שבעצם אפשר לומר שבגישה הספרותית מחפשים לפי המילה המנחה: בקטע זה ניתן לראות הרבה חזרות על השורש "ס.מ.ך" (אפילו יותר ממחוסר אמונה). זה מלמד אותנו שמבחינת הסוגיה הבבלית, סמיכות הדעת היא מוטו מרכזי- זו לא גמירות דעת! מצד אחד יש לנו דיון שנוגע למתחייב ונשאלת השאלה האם הוא צריך לעמוד בהתחייבותו בחוזה מכר. שאלה נוספת מתמקדת בצד השני, במובטח. התנאים חשבו שאדם שמבטיח, בין מכר ובין אם מתנה, צריך לקיים את הבטחתו . רבי יוחנן סבר גם הוא כדעת התנאים. בבבל חשבו אחרת- רב חשב שחוזה מכר ניתן להפרה עם הסתייגות קלה. יש התנדנדות בין ההבטחה- קדושת החוזה לבין אינטרס ההסתמכות. במקור של ''הן צדק ולאו צדק'' הוא מקור שנאמר לגבי סוחרים בתוספתא- צריך לעמוד בהבטחות. יש ציפייה אתית חברתית שאנשים יקיימו את הבטחותיהם גם כשמדובר בחוזה מכר.

שני הגורמים המרכזיים ששולטים כאן בסוגיה הינם:

1. **הגורם של עמידה בהתחייבות** – השאלה האם אדם חייב או איננו חייב לעמוד בהתחייבותו בחוזה מכר ואפשר לראות לפחות בחלק הארי של הסוגיה שישנם מקורות לפיהם אדם צריך לעמוד בהתחייבותו.
2. **"סמיכות הדעת"** – מינוח משפטי רווח בסוגיה, קל לזהות אותו מבחינה ספרותית אך לא מבחינה נושאית. המושג הזה מופיע מס' פעמים (סמכא דעתייהו בפסקה ד' ובפסקה ה'), מה שמראה על כך שיש לו חשיבות בסוגיה.

מצד אחד יש לו אינטרס של התחייבות או כפי שמכנים אותו כאן, קדושת החוזה ומצד שני, יש את סמיכות הדעת, אינטרס שנרחיב עליו את הדיבור שבפשטות נזהה אותו עם מה שאנחנו רגילים לדבר עליו כאינטרס ההסתמכות. ההבדל היסודי בין שני גורמים אלו – בקדושת החוזה אנחנו מתמקדים בעיקר במבטיח, במתחייב ואנחנו בעצם דורשים ממנו לעמוד בהתחייבותו. מהצד השני, באינטרס ההסתמכות אנחנו מסיטים את המבט לא למתחייב, אלא דווקא לצד השני, למי שהסתמך על ההבטחה ועל ההתחייבות. פגיעה בהסתמכות בעצם מסיבה נזק לצד השני. בעצם מדובר כאן בשני גורמים שמתמקדים בשני מוקדים של הזירה החוזית ואלו בעצם שני הגורמים שהסוגיה עוסקת בהם. אם לוקחים את זה עוד צעד קדימה, אפשר לראות שכאשר מנתחים את הסוגיה, הגורם הראשון של קדושת החוזה, הגורם החוזי, נוכח בעיקר במקורות התנאים – במדרש ההלכה שאומר שיהא הן שלך צדק ועוד. הם עוסקים במחויבות של אדם בחוזה, גם כשמדובר בחוזה מכר. לעומת זאת, האמוראים מערבים את המונח של "סמיכות הדעת". כשאנחנו משלבים את שני המקורות יחד תוך שימת לב לגורם התנאי ולגורם האמוראי, אנחנו רואים שניתן למצוא פתרון לסוגיות הללו.

אבל אצל האמוראים זה שונה: זה חוזר על עצמו בכל מה שלמדנו בעבר (אסכמתא איננה קונה). הפער מזין את מה שקורה בסוגיה שלב אחרי שלב. הדבר הזה בא לידי ביטוי במחלוקת שבין האמוראים- משתמשת במונח אחר מהמונח התנאי. מי שחוזר ממנו אין רוח חכמים נוחה ממנו זה נוגע למבטיח. הביטוי מחוסר אמנה- פירשנו בשלב הראשון כפי שכולם מפרשים- חסר אמינות, מי שמפר ניתן לראות אותו כחסר אמינות. מחוסר אמנה מתייחס למבטיח לכאורה אך זה לא נכון כי המונח הזה עוד הומצא לפני כן- רבי יוחנן משתמש בו בהקשר אחר. בכל המקומות האלו למחוסר אמנה יש פירוש אחר:

בכל ההקשרים האחרים שהמונח מופיע בהם, הוא לא מופיע בהקשרים של הלכה או משפט אלא בהקשרים של אגדה. רק כאן הוא נמצא בהקשר הלכתי.

הפירוש מחוסר אמנה כאדם שלא ניתן לתת בו אמון לא מופיע בשום מקום אחר.

#### מכילתא דר' ישמעאל (מסכתא דויסע, פרשה ב)

היה ר' אלעזר המודעי אומר: כל מי שיש לו מה יאכל היום, ואומר מה אוכל למחר – הרי זה מחוסר אמנה, שנאמר: 'למען אנסנו הילך בתורתי אם לא'.

טל היה יורד בכל יום והיה אסור לשמור אותו למחר. אדם שהיה מפקפק בכך שהוא לא יאכל מחר, היה מחוסר אמונה באל, כלומר – מי הביטוי מחוסר אמנה מתכוון לאדם שאינו מאמין, לא חסר אמינות. אמירה טיפוסית- למעט בחסכונות ולבזבז באותו יום.

#### ספרי דברים

'כי אשא אל שמים ידי' – כשברא הקדוש ברוך את העולם לא בראו אלא במאמר, ולא בראו אלא בשבועה. ומי גרם לו לישבע? מחוסרי אמנה הם גרמו לו לישבע.

הכוונה היא שיש בעולם אנשים שלא מאמינים, אבל כשאלוהים נשבע הם מאמינים לו. אלוהים צריך לנקוט בדרכים אנושיות כדי לעורר אמון. חסר אמונה ולא אדם שאינו אמין.

#### בראשית רבה, מהד' תיאודורו-אלבק, פרשה לב, ז, 293

'ויבא נח ובניו וגו' [מפני מי המבול]' – אמר ר' יוחנן: מחוסר אמנה היה. אילולי הגיעו מים עד קרסוליו לא נכנס לתיבה.

רבי יוחנן משתמש בעצמו במונח "מחוסר אמנה". משתמע מהפסוקים שנח נכנס לתיבה מפני המבול, הוא לא האמין שאכן יש מבול למרות שבנה את התיבה במשך שנים, ועד שהמים לא נגעו בקרסוליו הוא לא נכנס לתיבה. רבי יוחנן מותח עליו ביקורת ואומר כי הוא מחוסר אמנה. מה הכוונה במחוסר אמנה? אדם שאינו מאמין בדבר מסוים, בהקשר הזה אלוהים.

ניקח את הביטוי הזה בחזרה אל המחלוקת בין רב לרבי יוחנן. הביטוי מחוסר אמנה כמו שראינו הוא אדם שלא נותן אמון באדם אחר – כלומר, לא המתחייב (חסר אמינות), אלא המסתמך. המחלוקת כזכור היא בשאלה האם אדם המסתמך יכול לטעון טענת הסתמכות, כלומר, הוויכוח בין רב לרבי יוחנן הוא בשאלה האם הוא יכול לטעון שהוא "מחוסר אמנה"? הסוגיה למעשה מעבירה את מרכז הכובד שבתוספתא שעוסקת במתחייב "הנושא ונותן בדברים אין רוח חכמים נוחה ממנו", אל המסתמך – התלמוד משנה את המינוח הרלוונטי כדי להעביר את מרכז הכובד מן המתחייב אל המסתמך. הוא לא מאמין בחבר שלו.

כעת, אנחנו יכולים להבין מדוע המינוח שונה ובמקום ''רוח חכמים" (מתחייב) בתלמוד מחליפים את המינוח ל"מחוסר אמנה" (מסתמך). התנאים ראו את קדושת החוזה. האמוראים יצרו את ההסתמכות- יש צד שני שמסתמך ולא כי הבטחת.

 את המקור התנאי אנחנו צריכים להסביר כעת מחדש מנקודת המבט של האמוראים – לא נקודת מבט של חוזה אלא של הסתמכות. בהסתמכות, השאלה היא האם כשאתה מתחייב או מבטיח, האם אתה יוצר מצג שווא כלפי המסתמך? השאלה היא לא מה אמרתי, אלא מה אמרת שיכול לפגוע במסתמך? כלומר, ההן צדק והלאו צדק תמיד נבחנים מנקודת מבטו של המסתמך. הרעיון הוא להעביר את מרכז הכובד מאינטרס ההבטחה להסתמכות. זה כבר בשלב הראשון- הן לאו והן- האמוראים פירשו אחד בפה ואחד בלב כי זה בעיה כלפי המסתמך- הוא מטעה אותו. ההתנגשות שבין האמוראים לתנאים אילצה את אביי להוציא את המקור התנאי מפשוטו ולאמץ את התפיסה האמוראית של ההסתמכות. בשלב הבא:

ד] תנאי היא, דתנן: מעשה ברבי יוחנן בן מתיא שאמר לבנו: צא ושכור לנו פועלים. הלך ופסק להם מזונות. וכשבא אצל אביו אמר לו: בני, אפילו אתה עושה להם כסעודת שלמה בשעתו לא יצאת ידי חובתך עמהם, שהן בני אברהם יצחק ויעקב. אלא, עד שלא יתחילו במלאכה צא ואמור להם: על מנת שאין לכם עלי אלא פת וקטנית בלבד. ואי סלקא דעתך דברים יש בהן משום מחוסרי אמנה, היכי אמר ליה זיל הדר בך? שאני התם, דפועלים גופייהו לא סמכא דעתייהו. מאי טעמא - מידע ידעי דעל אבוה סמך. אי הכי, אפילו התחילו במלאכה נמי! התחילו במלאכה ודאי סמכי דעתייהו, אמרו: מימר אמר קמיה דאבוה, וניחא ליה.

כאן יש פרשנות מחדש, פרשנות של סעיף והסכם. כשמדברים על קדושת חוזה ברור שיש הבדל בין לחזור בי מהתחייבות לבין הבטחה עמומה שנתתי, כלומר לתת פרשנות חדשה להסכם. כשמעבירים את ההתמקדות לשאלת האמון וההסתמכות אז אין הבדל בין מקרה בו הסעיף גורם להבנה אחרת או הניסוח המדויק כי הבדיקה היא סובייקטיבית – מה קרה אצל המסתמך, האם הוא בנה על ההסתמכות והאם המתחייב רשאי להוריד אותו. אין הבדל אם הפועלים הבינו שמדובר בסעיף מזונות מוגדל וזה לא נאמר להם במפורש לבין אם נאמר להם שמדובר בסעיף מזונות מוגדל. השאלה היא במפורש האם הפועלים סמכו דעתם על הבן או לא – מדובר במפורש על סמיכות הדעת של הפועלים. מה שחשוב הוא הפן הסובייקטיבי. אם חזר מהסכם או חזר מהארוחה הגדולה זה אותו דבר מבחינת הפועלים.

ה] ומי אמר רבי יוחנן הכי? והאמר רבה בר בר חנה אמר רבי יוחנן: האומר לחבירו מתנה אני נותן לך - יכול לחזור בו. יכול, פשיטא! - אלא: מותר לחזור בו. - אמר רב פפא; ומודה רבי יוחנן במתנה מועטת, דסמכא דעתייהו. הכי נמי מסתברא, דאמר רבי אבהו אמר רבי יוחנן: ישראל שאמר לבן לוי: כור מעשר יש לך בידי - בן לוי רשאי לעשותו תרומת מעשר על מקום אחר…

בפסקה ה', מהבחינה הזו יש הבדל גדול בין מתנה לבין חוזה מכר, שעל מתנה אין מסתמך מנקודת המבט של המתחייב. אבל, כשנסתכל על נקודת מבטו של המסתמך – אין הבדל מבחינתו אם מדובר במכר או במתנה, הוא מסתמך בשניהם. זה לא תלוי במתחייב מה הצעתי אלא על מה מסתמך הצד השני. זה בדיוק מה שהתלמוד אומר, אך הוא מבחין – אם מדובר במתנה גדולה, אז ההסתמכות היא לא סבירה, כי לא בטוח שהבטחות כאלו מתקיימות. אבל, כשמדובר במתנה מועטת, יש סמיכות דעת, יש הסתמכות וכשיש הסתמכות אז ברור שלצד השני יש ציפיות סבירות שאכן המבטיח יקיים את התחייבותו ויתן את המתנה. אינטרס ההסתמכות הוא מה שעושה את ההבדל- נמצא בצורה הכי חזקה על השולחן. רק ההסתמכות ולא ההבטחה- זה משנה אם הוא בנה על מתנה מועטת או מרובה. מצד אינטרס ההבטחה לא צריך לקיים הבטחות אלא מצד אינטרס ההסתמכות. נשאל מה הנפקות בין התחייבות לבין הסתמכות? עצם ההתחייבות למתנה אינה מחייבת, אלא ההסתמכות היא זו שמחייבת – ויש כאן יש נפקות גדולה – בסיטואציה של מתנה מרובה, מצד המתחייב הוא אמור לעמוד בדיבורו ומצד ההסתמכות הוא לא אמור לעשות כן.

שני צירי הדיון הם הבסיס לתנודתיות שיש בסוגיה בין התנאים לאמוראים (לא רק מבחינה לשונית), התנאים ביססו על ההבטחה את התוקף המוסרי שיש לחוזים, האמוראים ביססו על ההסתמכות. רבי יוחנן ממשיך את הקו הארץ ישראלי אבל השתמש במושג אחר (בגלל שחשב הסתמכות), של התנאים שיש תוקף אתי לחוזים על אינטרס ההסתמכות אבל רב לא מקבל אפילו את זה- אינטרס ההסתמכות לא מספיק חזק כדי לחייב כיבוד של הבטחה בחוזה מכר. התלמוד לא מכריז על המהפכה אלא שינו את זה בצניעות- הם לא שמו את זה על השולחן אבל זה כן כתוב והתלמוד מצפה מאיתנו שנקרא את הטקסט בצורה זהירה ומושכלת. בישראל הושפעו מהמשפט הרומי ואילו בבבל היה המשפט הששני וזה השפיע.

אפשר לראות את התופעה הבאה, הסוגיה שלפנינו היא סוגיה שנעה בתנועת מטוטלת בין ההתחייבות החוזית, בין האינטרס של קדושת החוזה לבין האינטרס המקביל שהוא יותר נזיקי מאשר חוזי. למעשה, התנאים העדיפו ללא ספק את קדושת החוזה והם תמכו בחוזה מכר ובזה שיש חובה לקיים אותנו, לפחות מבחינה מוסרית-דתית, והאמוראים, בוודאי בבבל (רב) מעבירים את מרכז הכובד ממגרש ההתחייבות למגרש ההסתמכות, כלומר שגם את המקורות התנאיים נפרש מחדש וננסה לייחס להם הסתמכות וגם כשנבוא לקבוע את ההלכה, למשל כשמדובר במתנה, נקבע כי לא הכל תלוי בהתחייבות, אלא גם בהסתמכות. יש כאן המרה של מושגים שגוררת העברה מהזירה החוזית אל הזירה הנזיקית.

הזירה הראשונה שבה ביצעו מעבר זה, מהמגרש החוזי לנזיקי דרך אינטרס ההסתמכות זה בעצם לא המלומדים במאה ה-20, אלא כבר בתלמוד הבבלי, 1,500 שנים קודם.

#### שו"ת אגרות משה, חושן משפט א', סימן נח

**רקע**: הרב משה פיינשטיין במשך כ-50 שנה, בין שנות ה-30 לשנות ה-80 של המאה ה-20 היה מגדולי הפוסקים בעולם היהודי, ובאותם 50 שנה הוא ישב בארה"ב, לפני כן היה ברוסיה ונפטר בשנת 1985. בעצם העובדה שהוא היה בארה"ב הוא היה צריך להתמודד בשאלות כבדות מבחינה הלכתית, כמו שאלות של חשמל בשבת וכו'. בשו"ת הנ"ל, הרב עוסק בשאלה שבה אנחנו עוסקים תחת הרקע של הסכמים קיבוציים שנעשו בין איגודי הפועלים לבין העובדים עצמם. השאלה היא האם להסכמים קיבוציים יש תוקף? הרב פיינשטיין מחליט לבדוק שאלה זו דרך בדיקת תוקפם של חוזי מכר.

הנה בדבר עצם אגודת הפועלים שקורין יוניאנס שעושין ביניהן תקנות וקביעות השכר ושלא יוכלו הבעלים לסלקם ושצריכים לעזור זה את זה בשביתות וכדומה מדברים שהוא לתועלתם …ואף אם אין שייך קנינים בדיני תורה על תנאי שותפות כאלו, הוא רק לענין חזרה ואין שייך זה לענין איסורין, דודאי רשאין לעשות מקח וממכר ולהתנות תנאים גם באלו שאין בהן גדרי קנינים, ואדרבה יש עליהם מצוה לקיים מה שהתנו מדין הן שלך צדק דהלכה כר' יוחנן בבבא מציעא דף מ"ט בדברים שיש בהם משום מחוסרי אמנה, ואף לרב דפליג הוא רק שליכא איסור בזה מצד מחוסר אמנה, אבל מעלה ומצוה ודאי יש בזה גם לדידיה, דלא יפלוג שיש מעלה ומדת חסידות אף רק בגמר בלבו, כהא דרב ספרא שעל זה נאמר הקרא ודובר אמת בלבבו... ואם כן, כל שכן שיש לו לקיים מה שמכר בדברים.

הוא אומר שנכון שלכאורה כשנעשים הסכמים כאלו הם נעשים ללא שום אקט קנייני נלווה (אי אפשר לשכלל ע''י אקט קנייני), לכאורה אולי היינו אומרים אין להם תוקף, והוא אומר שאולי אין להם תוקף ברמה המשפטית, אבל זה לא שייך לעניין איסורים – בכל מה שקשור לזירה המוסרית והדתית ברור שהסכמים כאלה צריך לקיים.

כלומר, גם אם זה לא עומד בקריטריונים של דיני קניין, יש מקום להסכמים כאלה, ולא רק שאנחנו רשאים לעשות הסכמים כאלה, אנחנו מחוייבים לעמוד בהם, גם כשמדובר בחוזי מכר (שנוגעים לקניין)- הלכה כרבי יוחנן.

למה? משום דברי רבי יוחנן, שההלכה לפיו, ויש לפרש את המקור של "הן צדק ולאו צדק" כמתייחס גם למסתמך ולא רק למתחייב. אבל גם לפי דעתו של ***רב*** שאמר ש"דברים" אין בהן מחוסרי אמנה, פיינשטיין מוכיח שגם לפי רב צריך לכבד הסכמים קיבוציים. כלומר, רב חושב שאין איסור משפטי, אך הוא וודאי חשוב שראוי היה מבחינה מוסרית לקיים הסכמים כאלו "מעלה ומצוה ודאי יש בזה..". פיינשטיין אומר שרב היה אומר שגם אם אמרתי רק לעצמי, גמרתי בליבי לעשות משהו, אני צריך לעמוד באותה הסכמה ביני לבין עצמי, גם אם לא אמרתי אותה החוצה – "יש מעלה ומידת חסידות אף רק בגמר בלבו". איך פיינשטיין מוכיח זאת? ישנו סיפור על ***רב ספרא*** שעמד בתפילה ומישהו ניגש אליו והציע לו עסקה. רב ספרא לא ענה לו, ואותו מציע העלה שוב ושוב את המחיר והרב ספרא לא ענה. כשרב ספרא סיים את התפילה הוא ענה לאותו אדם ואמר לו שהוא מוכן לקבל את ההצעה – במחיר הראשוני, וזאת משום שכבר בהצעה הראשונית הוא הסכים בינו לבין עצמו לקבל את העסקה ולכן הוא חייב לעמוד בהתחייבותו. רב ספרא פעל לפי ספר תהילים- אדם דובר אמת בלבבו- בינו לבין עצמו קיבל התחייבות. מכיוון שברגע הראשון ששמע את ההצעה הסכים לה ולכן צריך לעמוד בדיבורי ליבו.

***הרב פיינשטיין*** אומר שגם רב יסכים שיש לכוון את המחשבות שלנו לכיוונו של רב ספרא ולכן הסכמים יש לקיים. רב פינשטיין לא מחייב רק לעמוד בהסכמי עבודה למשל שלא נעשו בצורה קניינית, אלא גם הסכמים שאדם קיבל בינו לבין עצמו – מדובר ב"מעלה ומידת חסידות".

הרב פינטשיין אומר שאין חולק שמבחינה מוסרית יש בקיום הסכמים מעלה ומצווה. הוויכוח בין רבי יוחנן לרב הוא לא מהבחינה האתית (רצוי ומצוי- כמו רב ספרא) אלא האם יש איסור- דרישה המונית לאיסור לחזור מהחוזה. רבי יוחנן חשב שזה גם אסור, התנהגות מחוייבת, אסור לחזור מהבטחתך לעומת רב שאומר שזה לא אסור.

יש כמה קשיים בדבריו- מבחינה נורמטיבית לוקח את דברי רב ספרא ודורש מאדם לנהוג כך. בתלמוד זה ברור שהמעשה של הרב ספרא זה באמת התנהגות מופת שמצופה מיחידי סגולה וזו לא התנהגות שמצופה מההמון. מבחינת המקורות: רב היה צריך להגיד לרב כהנא שזה מעלה וחסידות ולכן צריך לקיים, לא יכול להסתפק שאין איסור, אין איסור אבל יש מעלה חסידות. בתלמוד זה לא כתוב. אז ברור שהתלמוד מבחין בין התנהגות מופת של הרב ספרא לבין אנשים רגילים. למה הוא מציג בכל זאת את הדברים באופן הזה- צריך להבין את התרבות שהוא נמצא מולה- יעלה על הדעת שיגידו שלפי רב אפשר להפר? הרב מנסה עד כמה שהוא יכול להתאים את ההלכה למציאות החברתית. אין וויכוח שראוי לקיים הסכמים, זה כולם מסכימים, הרב בכוונה מותח את העמדה של רב למקום של הבטחות צריך לקיים כדי לסלק את הפערים שבין ההלכה לבין המציאות הנוהגת. אחרת קשה מאד לפרש את תשובתו.

המרצה חושב שאפשר להבין את הקטע שהרב מעביר את אינטרס ההסתמכות לראש סדר העדיפויות.

האם יש במעבר בין ההתחייבות להסתמכות ממש? ננסה להסביר את המעבר התאורטי ונראה כמה אינטרס ההסתמכות הוא חזק.

### הערה לקסיאלית (מילונית) לגבי סמיכות הדעת

יש לפעמים חורים- יש סיטואציות שקשה לתאר את ההסתמכות בפן החוזי. זה הסכם שלא עונה על הדרישות החוזיות הבסיסות ואז מצד אחד רוצים שיקיימו הסכים אבל לא רוצים להשתית את הדרישה החוזית על סמך ההבטחה כי אין חוזה ואז יעמוד לצידנו אינטרס הההסתמכות. הטענה היא שאינטרס ההסתמכות הוא לא חוזי אלא יש אלמנטים נזיקיים. ההנחה היא שכאשר מישהו מסתמך כל ההבטחות שלי זה משפיע על הההתנהגות שלו ולכן אם אני מפר את ההבטחה אני מסב לו נזקים.

המרצה מכניס לתמונה תאוריה של גבריאלה שלו, במאמרה "הסכמים ג'נטלמנים (שם זמני)" בודקת את תופעת ההבטחה בכל מיני תרבויות ומביאה תופעות בקהילות סגורות. עובדה סוציולגית, תופעה שהבטחה/חוזה אינם אכיפים וזה נובע מהעובדה שחברה סגורה מעוניינת לקיים אווירה של אמון, וכך לא יוצרים חוזים ולא נאלצים לאכוף אותם. למשל בתוך המשפחה, בין חברים, לא עושים חוזים, לא ראוי בכל אופן. מעדיפים שיהיה מבוסס על יחסי אמון, ליצר חוזה ולאכוף הבטחה נתפס כמעשה לא ראוי. המרצה חושב שאפשר לקחת את התאוריה שלה ולהעבירה למגרש ההלכתי של סמיכות הדעת.

הרומים תיארו את דיני החיובים: תוצאה של הסכמים ותוצאה של הדין. תוצאה של הסכמים- חוזה, הדין- נזיקין. יש חובה שמוטלת עלייך מן הדין או מן ההסכם. ישנה הפרה של החיוב- הפרה של חוזה או חובה נזיקית (עוולה) ואז בעקב' ההפרה יש סעד בסיסי שבדר''כ הוא פיצויים. התרחיש בשני הראשים האלו הוא דומה (פיצויים נזיקים או חוזיים). יש מצבים שבהם הנזקים החוזיים לא מספקים אבל יש אינטרס למחוקק שהסכמים ייקימו ולכן מייצר מהלך מעין נזיקי של המהלך המקביל- בסיס החיוב הוא לא חיוב מן ההסכם ואז נוכל להעשיר את החיובים מן ההסכם דרך החיובים מן הדין. יכולת אינטרס ההסתמכות לסתום חורים שנוצרו באינטרס ההבטחה הוא כמעט בסיסי במעבר בין דיני החוזים לדיני הנזיקין**. דוגמא מהמאמר של המרצה:** חוזרת מספרות חז''ל לא מעט- תנאי בי-דין: מחייבים אדם על פי תנאי זה- חיוב מן הדין שמוטל על האדם ע''י בית הדין כרשות שלטונית. למה קוראים לזה כך? למה תנאי? לדעת המרצה יש שילוב- לפעמים אי אפשר להטיל את התניות מכוח ההסכם ולכן צריך שמי שיטיל תהיה רשות שלטונית ולכן קוראים לזה תנאי- תקף מפני שהוא חיוב של בי דין. קצרה ידם של דיני החוזים של התלמוד (ראינו כבר שזה כך כי התלמוד לא אוהב את החוזה) ולכן המסלול המעין נזיקי סותם חורים.

אנחנו רואים שסמיכות היא משורש ס.מ.ך. באשורית, הוראת הפועל סמ"ך, היא קירוב ועירוב. סמיכות דעת מתארת בצורה רחבה הסכמה, ואז היא לאו דווקא מצד מסוים – של מסתמך כלפי מבטיח, אפשר לומר שגם המבטיח סומך דעתו ולא רק המסתמך. באכדית הוראת הפועל סמ"ך היא התקשרות עם אחר. במנדעית – אמון, בטחון.

בסביבה הלשונית הקרובה יותר אלינו, ארמית-בבלית גם כן הפירוש הוא אמון ובטחון.

#### חזון איש, חושן משפט, סימן כב, בני ברק תשנ"א, דף נא, 1

**רקע**: החזון איש יצר גוון חדש של ההלכה. הוא היה איש עצמאי ודעתן וכאשר הוא פסק הלכה, לא כל כך עניין אותו מה אמרו הפוסקים בדורות שלפניו. הוא בעצם ניסה לבנות מתוך הדורות הראשונים את ההתייחסות ההלכתית מחדש. אם פוסקים אחרונים התנהלו בקו מסוים ואחר זה לא עניין אותו. מהבחינה הזו, הוא יצר הלכה מחדש והלכה לחומרה. הרבה מאוד מההלכה החרדית היום היא בהשפעת החזון אי"ש.

כלל גדול יהיה לך בקניינים, דעיקר הקנין הוא שיגמור בליבו להקנות הדבר לחבירו, וחבירו יסמוך דעתו עליו.

הוא מבחין כאן בין שני מונחים חשובים בדיני החוזים – גמירת דעת וסמיכות דעת. הוא אומר כי גמירת הדעת משמעותו שדעתי מוחלטת, כלומר הדבר מתאר הכרעה והחלטיות, וההחלטיות כמובן נדרשת מצידו של המבטיח. מן הצד השני אנחנו מדברים על ביטחון מצידו של המסתמך. גמירת הדעת היא בעצם ההחלטיות והיא מתארת את המצב המנטלי של המבטיח.

שיעור 6- 24/11/15

סמיכות הדעת-ניסינו להראות שיש לה יסוד בדיני החוזים וכדי לבסס את היסוד הזה ניסינו לבדוק איך הוא מתנהל בתלמוד:

#### בבא מציעא טו, ב-טז, ב, עפ"י כ"י המבורג 165

**רקע**: מדובר באדם שגנב משהו ואחרי שהוא גנב, הוא מכר את החפץ לאחר ואחרי שהוא גנב ומכר לאחר, הגנב חוזר אל הבעלים הראשונים שממנו הוא גנב ואומר לו שהוא הגנב ושהוא רוצה ליישר את ההדורים והוא רוצה לקנות ממנו את החפץ כדי שהכל יהיה חוקי. מדוע שגנב יעשה דבר כזה? שיקולים תדמיתיים (זה לא פסיכולוגי אלא יש לזה השלכה על המשפט). מי הופך להיות המחזיק הפור' משפטי קרקע? האם זה הגנב או שמא זהו הקונה שקנה מן הגזלן? הסוגיה היא האם הקונה שקנה מהגזלן יהיה מוגן עכשיו כשהגנב קנה מהבעלים החוקי של החפץ את החפץ? האם כאשר הגנב מכר לקונה את הרכוש הוא מכר זכויות לא-מוגנות וזהו כי זה מה שהיה בידי הגנב באותה עת של מכירה, או שניתן להפוך אותן לזכויות חוקיות? האם מודדים את הזכויות בעת העסקה או שאפשר להחיל בתוך היקף הזכויות גם את הזכויות העתידיות? התלמוד אומר שהגנב מסר לקונה לא רק את הזכויות באותה שעה אלא גם את הזכויות העתידיות ולכן הקונה הוא הבעלים המלא והרשמי.

1. בעה מיניה שמואל מרב: חזק ולקחה מבעלים הראשונים, מהו? אמ'[ר] ליה: מה מכר ראשון לשיני, כל זכות שתבא לידו. מאי טע'[מא]? מר זוטרא אמ'[ר]: ניחא ליה דלא ליקריוה גזלנא ורב אשי אמ'[ר]: ניחא ליה דליקום בהימנותיה..

התלמוד מתמקד בשלב השני- הגנב מוכר את הקרקע לאחר לפני שהוא רכש את הזכויות המקוריות מהבעלים המקוריים. התשובה של ***רב*** לשאלה זו היא שהעסקה היא עסקה מוגנת מאחר שהיא מכילה את הזכויות העתידיות. הסיבה לפי התלמוד (רב) לכך שהגנב חוזר לבעלים המקורי היא שהגנב לא רוצה שיקראו לו גזלן והוא מעוניין לשמור על דימוי מהוגן, ולכן כשהוא רוכש את החפץ הגנוב הוא מכשיר את העסקה והופך אותה לחוקית. ***רב אשי*** רואה את הסיבה אחרת – כעניין מוסרי מצפוני, הגנב רוצה לעמוד במהימנותו.

1. מתקיף לה רמי בר חמא: מכדאי האי לוקח במאי קא קני לה להא ארעא? האי שטרא חספא בעל'[מא] הוא! אמ' רבא: תהא במאמינו, בההיא הנאה דלא קאמ'[ר] ליה [ולא] מידי וקא סמיך, [גמר ומקני ליה].

אי אפשר למכור מה שלא שלך- בהנחה שמכרו את זה בשטר, השטר הוא חרס בעלמא, הוא לא שווה את החרס שהוא כתוב עליו. זה שטר ריק, מדובר במכירת סרק, ריקה. **הפתרון של התלמוד –רבא** (דור רביעי, בן דורו של רבי בר חמא)**: הוא שבעסקה בין הגנב לבין הקונה יש מערכת מאוד רגישה ועדינה של אמון.** כל גנב כשהוא מוכר רכוש גנוב, הוא חסר-נוחות, והעובדה שהצד השני מסתמך עליו, תחושת "בההיא הנאה", תחושת הנוחות שהצד השני מעניק לו בכך שהוא נותן בו אמון, יוצרת יחס דו-סטרי לגנב ולכן כתוצאה מזה יש גמירות דעת אצל הגנב. הסמיכות דעת של הקונה מעוררת גמירות דעת של הגנב. האמון הזה שהקונה נותן בגנב יוצר את מפגש הרצונות בעסקה. התלמוד אומר שיש עסקה קניינית בלי אמצעי קניין, עסקה כזו יכולה לעמוד גם על יחסים פסיכולוגיים, יחסי אמון שיש בין הצדדים. אם הקונה מעניק אמון באופן מיוחד בגנב אז כמענה לכך הגנב גמר בדעתו.

במילים אחרות, רבא אומר שיש כאן קושי קנייני, יש כאן עסקה ריקה, כלי הקניין הוא פגום כי השטר הוא "חספא בעלמא". הוא מקלף את הכלים הקניינים ודן כאן בשאלה החוזית, האם היה כאן חוזה או לא. רבא אומר שיש סמיכות דעת מצד הקונה שיוצרת גמירות דעת מצד הגנב והוא לא צריך יותר מזה- הוא שמח שמישהו מאמין לו. כשיש לו את החוזה, הוא יכול להתעלם מהקניין. דבר זה מזכיר את מה שאמר רבנו תם בסוגיית "חייב אני לך מנה" – ***רבנו תם*** אמר כי יש כאן גמירות דעת וכשיש גמירות דעת לא מעניינת אותו המעטפת הקניינית – הוא הסתמך בין השאר על סמיכות הדעת. אז רבנו תם לא חידש, זה מופיע לפני. זו לא הגישה הרווחת, הגישה היא פורמ' אבל יש פעמים שהתלמוד חורג ממנהגו ומוכן לכלול עסקה קניינית ללא אמצע קניין- כשכללי הצדק מחייבים על בסיס הסתמכות וגמירת דעת.

הבעיה שאין אמצעי קניין נפתרה. אך יש עוד בעיה- כשהגנב מכר לקונה את הקרקע הוא מכר לו את הזכויות העתידיות- התלמוד מניח שמכירה בהווה יכולה להסתמך גם על זכויות עתידיות. וזאת עוד שאלה בדיני קניין- האם ניתן באמת להקנות זכויות עתידיות?

השאלה אם אפשר למכור זכויות עתידיות היא סוגיה קניינית, זה מתקשר ל**הלכת "דבר שלא בא לעולם**" – הלכה לפיה אי אפשר למכור דבר שעוד לא בא לעולם, אדם לא יכול להקנות לחברו דבר שעוד לא נברא, כמו למשל פירות מעץ הדקל, וזאת בשל הריאליות והחפציות של דיני הקניין. אז איך אתה אומר שהגנב העביר לקונה את הזכויות העתידיות שלו?

ג. מתיב רב ששת: מה שאירש בהאי שטרא, מאבא מכור לך, מה שתעלה מצודתי מכור לך...

אמ'[ר] רמי בר חמא: הא גברא והא תיובתא.

אמ'[ר] רבא: גברא קא חזינא, ותיובתא לא קא חזינא. הכא סמכא דעתיה, התם לא סמכ'[א] דעתיה.

(התם לא סמכא דעתיה, דאי הדר ביה לא מצי קרי ליה גזלנא; הכא סמכא דעתיה דמצי קרי ליה גזלנא, וטרח ומוקים לה בידיה כי היכי דלא ליקריוה גזלנא).

שלחוה בימיה ר' אבא בר זוטרא. אמ'[ר] להו: זו אינה צריכה לפנים.

אמ'[ר] רבא: צריכה לפנים ולפני לפנים. הכא סמכ'[א] דעתיה, התם לא סמכא דעתיה...

רב ששת מקשה כאן ומעלה מקור תנאי מהתוספתא, שעוסק בעסקה שבה אדם מוכר ירושה עתידית. התוספתא אומרת שלסוגיה כזו אין תוקף. "מה שתעלה מצודתי מוכר לך" – סוגיה של אדם שמוכר כעת את הציד שהוא יצוד בעתיד, מכירה שאין לה תוקף- דבר שלא בא לעולם. **התלמוד שואל אם למדנו שאי אפשר למכור זכויות עתידיות, על מה רב מדבר כשהוא אומר שניתן היה למכור על סמך הזכות שתבוא לידו של הגנב?**

רבא אומר שאין כאן קושייה אמיתית כי הסיפור של מכירת ירושה, הוא סיפור אחד והסיפור של הגנב הוא סיפור אחר. ההבדל הוא שמכירת הירושה העתידית היא עניין אחר – אין בה סמיכות דעת. זה מקרה בין שני אנשים נורטמטייבים ולכן אין סמיכות דעת שמוכרים נכס עתידי- נגיד שאחד יחזור בו השני לא יקרא לו גנב אבל במקרה של גנב קונה סמכא דעתה- יש יחסי סמיכות דעת מפני שאם הגנב יחזור בו יגידו לו שהוא גנב ולכן הגנב מתאמץ במיוחד לקנות את הזכויות המקוריות ולהעמידן בידי הקונה כדי שלא יקראו לו גזלן. פה הפסיכולוגיה מתכתבת עם המשפט.

מן הסוגיה עולות 2 שאלות:

1. איך העסקה עבדה מבחינה קניינית בין הגנב לקונה- אמצעי הקניין ריק.
2. בשאלת הממכר של הזכויות עתידיות (שהרי נמכרו זכויות עתידיות).

התשובה לשאלות הללו היא הסתמכות – המעטפת הקניינית לא מעניינת, מה שמעניין זה הליבה החוזית וזו קיימת משום שיש הסתמכות. גם לגבי העניין הזכויות העתידיות ניתן לומר כי אם יש הסתמכות ואמון ויש גמירות דעת מצידו של הגנב ולכן יש תוקף לממכר זכויות עתידיות ואם לא אז לא. בדר''כ אי אפשר להקנות נכיסם עתיידים אך ניתן לעשות זאת כאשר יש באופן מובהק הסתמכות מצידו של הקונה. **הסתכמות יוצרת מנגנון פסיכולוגי של אמון וגמירות דעת.**

התלמוד משתמש פעמיים בהסתמכות כאמצעי חסר- זכויות עתידיות ואמצעי קניין ולכן ניתן להכיר בעסקה בין הגנב לקונה גם בהווה וגם בזכויות עתידיות. ההסתמכות משכללת יחסים חוזיים- המרצה אומר שאין פה זכויות קנייניות אלא זכויות חוזיות בעלות תוקף מחייב. לסוגיה יש מסר מאד ברור- הסתמכות יכולה לשכלל עסקה קניינית ולהביא לה תוקף לפחות חוזי. התלמוד אומר זאת רק כאן (למשל בדבר שלא בא לעולם הוא לא מחריג את זה לסמיכות דעת).

הסוגיה די מהפכנית שהרי היא קובעת שניתן למכור זכויות עתידיות ושאין צורך אמיתי בפרוצדורה קניינית והכל עניין של סמיכות דעת- למרות שזה כתוב רק כאן. במאה ה-18 היה ויכוח חריף באשר לפירוש הרעיון החתרני לכאורה הזה. הוויכוח התנהל בין הנודע ביהודה, הרב יחזקאל סגל לנדאו לבין הרב אלכסנדר מרגליות:

#### הרב אלכסנדר סענדר מרגליות תשובות הרא"ם, אבן העזר, סי' לג, כו, ורשא תרי"ט, דף מו, ד

דבזה יש לחלק בין קטן לקטנה, דבאמת גם קטנה מקרי דשלב"ל, רק דס"ד הואיל והיא מקודשת מדרבנן סמכא דעתא, ובב"מ דף טז מבואר היכא דסמכא דעתא קני, אף בדבר שלב"ל.

הרב אלכסנדר דן במקרה של קידושין של קטן (הקטן מקדש) לבין מקרה שבו קטנה מקודשת (הצעירה מקודשת). המונח "קטן" מתייחס לילד בן פחות מ-13 ו"קטנה" מתייחס לנערה בת פחות מ-12 וחצי. מדובר על מקרה שהאבא לא מקדש כי אין אבא, הילדה יכולה לקדש את עצמה כשתהיה בוגרת. הטענה שלו שלקידושי קטן לא יינתן תוקף ואילו לקידושי קטנה ייתכן ויינתן תוקף-התוקף לא מהתורה אלא מדרבנן. לטענתו, ברגע הקידושין אין לקידושין תוקף ולכן הם בבחינת "שאינו בא לעולם"- במובן המשפטי הזכויות לגבי עצמה הן עתידיות. על רקע זה היינו צריכים לפסול גם את קידושי הקטנה וגם את קידושי הקטן אך בפועל מכיוון שהקטנה פסיבית בפעולה, האב יכול לקדש אותה. הדבר נובע מתפיסה קניינית רכושית לפיה הקטנה שייכת לאביה ואז מועברת לבעלה. יחסי אמון יכולים לרפא פגם של דבר שלא בא לעולם ולכן הקטנה למרות שלא באה לעולם אמון יכול לשכלל זאת.

כלומר, הוא אומר בפועל מכיוון ש"קטנה" היא הפסיבית בפעולה, האבא יכול לבצע את הפעולה עבורה, או בשמה ולקדש אותה, ולכן קידושין של קטנה הם תקפים. הטענה היא ש"קטנה" הוא סוג של דבר שלא בא לעולם, ובכל זאת אפשר להכשיר אותה דרך סמיכות הדעת. ***הרב מרגליות*** אומר שאפשר למעשה לקנות דבר שלא בא לעולם באמצעות סמיכות הדעת, הוא הבין את הסוגיה הזו כפשוטה, הסתמכות הדעת "סוגרת חורים" במגרש הקנייני, בין היתר את החור של מכירת זכויות עתידיות ולמעשה אפשר לפתור את ההסתמכות של המקדש.

הרב לנדאו מתכתב על כך עם הרב מרגליות וכותב לו על כך דברים קשים:

#### ר' יחזקאל סג"ל לנדאו שו"ת נודע ביהודה , מהדורה תניינא, אבן העזר, נד (יב).

ואני אומר אפריון נמטי ליה, שהשמיענו חדשות אשר לא שמענו מעולם, לחלק בדשלב"ל בין סמכא דעתיה או לא; וסוגיא דב"מ הנ"ל לא סמכה דעת הרב המשיג כלל, ולא זו העיר ולא זו הדרך, ושם לא איכא חשש דשלב"ל כלל, אבל שיועיל סמיכת דעת לקנות דבר שלב"ל – ליתא.

הוא אומר "אפריון נמטי ליה, שהשמיענו חדשות אשר לא שמענו בעולם" – הוא אומר בציניות שיש לעשות כבוד לרב מרגליות שסיפר לנו חדשות שלא שמענו מעולם, לפיהן אפשר להקנות דבר שלא בא לעולם באמצעות סמיכות דעת. הוא משתמש במושג סמיכות הדעת ואומר – אי אפשר לסמוך על הרב מרגליות (שאומר שסמיכות דעת יכול לשכלל עסקאות), להגיד שאפשר באמצעות סמיכות דעת לקנות דבר שלא בא לעולם כלל זה דבר שלא נברא ולא נשמע. הנודע ביהודה הולך לפי הגישה הקלאסית בתלמוד. לדעת ברנד, הפירוש של הרב מרגליות הוא הפירוש הפשוט לסוגיה, ולבטל את הסוגיה כאילו היא לא כתובה, כאילו לא הבנו מה קרה כמו שהרב לנדאו מנסה לטעון זה בעייתי. הנודע ביהודה מייצג את דעת הרוב. בתלמוד אין ספק שההסתמכות הוא אלמנט חזק כדי לשכלל פגמים קניינים ויש וויכוח האם לקבל את ההלכה הזו.

דילוג מהתלמוד לראשונים- מכאן והלאה ננסה לתאר את מושג ההסתמכות בספרות הראשונים. בתלמוד ראינו את זה בצורה מאד חזקה בשתי סוגיות- ''הנושא ונותן בדברים''- סמיכות דעת נותנת תוקף ליחסים חוזיים (מתנה וכו') ובסוגיה של בבא מציעא שהסתמכות כמרפא לפגמים קניינים. מעכשיו נבדוק איך הראשונים מתייסחים למושג זה.

#### בבא מציעא עג, ב

**רקע**: הריטב"א הוא רב ספרדי מהמאה ה-14, הוא תלמיד של הרשב''א. הוא משתמש בהסתמכות כסותם חורים במגרש הנזיקי.

אמר רב חמא: האי מאן דיהיב זוזי לחבריה למיזבן ליה חמרא, ופשע ולא זבין ליה - משלם ליה כדקא אזיל אפרוותא דזולשפט.

אדם נתן זוזים לחברו על מנת שיקנה לו יין. הוא מעוניין להשקיע את כספו באמצעות יין – נותן את כספו לאיש עסקים, יזם, ואותו יזם פשע (ופשע ולא זבין ליה), הוא לא מעל בכספים אך גם לא עשה דבר כדי להשביח אותם-התרשל. מה דינו של אותו יזם? ***רב חמא*** אומר כי אותו איש עסקים צריך לשלם לאדם שמסר לו את הכספים לפי מה שניתן היה להרוויח על אותו יין במרכז העסקים של בבל שמכונה בפרסית "פרוותא דזולשפט". כעת נשאל האם באמת יש חובה כזו לאיש העסקים לשלם בחזרה למשקיע? האם יש כאן עילה נזיקית? בתלמודים דנים ב''מבטל כיס''- למנוע רווחים מחברו. ההלכה היא שמי שמנע רווח מחברו הוא פטור- לא צריך לשלם כי זה רק לפי דיני הנזיקין. הכלל ההלכתי בדיני נזיקין קובע שבנזקים אתה חייב בנזק ישיר שנגרם כתוצאה ממעשה אקטיבי של המעוול, של המזיק. אם מדובר בנזק עקיף, ההלכה היא שהגורם פטור. הרבה מאוד מהנזקים אשר כיום משלמים עבורם ("נזקי גרמא") על פי ההלכה פטורים. הנזק של היזם הוא עקיף- לא עשה לו משהו ישירות. מדוע גרמא בנזיקין פטור? הדבר קשור לתפיסה ההלכתית באשר לנזיקין, שהם לא ביטוחיים וכלכליים כמו היום כאילו מדובר בעניין פלילי, כאילו מדובר בעבירה (או לפחות עוולה), תחום הנזיקין הוא כמו התחום הפלילי בעיני ההלכה. בשל כך, אנחנו דורשים קשר ישיר בין המעוול לבין המעשה ולכן ככל שהנזק מתרחק מהמעוול, המעוול פטור. החברה רואה אותך כעבריין כאשר הקשר שלך לנזק הוא קרוב.

ריטב"א שם, ד"ה האי מאן

ולכולהו פירושי קשה לי: למה חייב לשלם לו כלום, ומאי שנא ממבטל כיסו של חברו שהוא פטור, מפני שאין היזקו אלא גרמא!

...ומורי הרב תירץ, דהכא אע"פ שלא קבל עליו תשלומין כלל, כיון שנתן לו מעותיו ליקח סחורתו, ואלמלא הוא, היה לוקח ע"י עצמו או ע"י אחרים, אלא שזה הבטיחו שיקח לו, וסמך עליו ונתן לו מעותיו על דעת כן, הרי הוא חייב לשלם לו מה שהפסיד בהבטחתו, דבההיא הנאה דסמיך עליה ונותן לו ממונו משתעבד ליה משום ערב.

הריטב''א (כנראה הוא בעל הדברים)- אין בהסכם בין המשקיע והיזם הסכמה לשלם לו אם לא ישיקע את כספיו. אלמלא היזם הזה היה המשקיע לוקח ע'' עצמו או ע''י אחרים, אלא שהמשקיע סמך על היזם. הוא מתאר שרשרת גורמים- יש הבטחה: היזם הבטיח למשקיע, כתוצאה מההבטחה יש הסתמכות של המשקיע ולכן השרשרת מניעה את הצעד הבא- סמכתי עלייך ולכן לא באתי ליזם אחר, ההבטחה שלך גרמה לי הפסד וכדי לתת עיגון משפטי לתפיסה הזאת שעל נזקי הסתמכות כאלה ניתן לחייב הוא משתמש בערבות- הנושה סומך על הערב והחייב לא מחזיר לו את הכסף- בזכות הבטחה של הערב הסכמתי להוציא כסף (הנושה) ולכן יש פה אותה שרשרת, נזקי הסתמכות. חיוב של ערב ויזם זה נובע מנזקי הסתמכות. טוען שמורו לימד אותו עקרון גדול- מקורו בתפיסת חיובו של הערב. בעקב' תפיסה זו נחייב את היזם.

וזה ענין שכירות פועלים דבפרקין דלקמן, שחייבין לשלם לבעה"ב מה שמפסיד כשחזרו בהן או שבעה"ב חייב לשלם להם מה שמפסידין, דכיון שסמכו זה על זה נתחייבו זה לזה במה שיפסידו על פיו, וזה דין גדול.

***הריטב"א*** אומר שאינטרס ההסתמכות הוא בסיס לחיוב נוסף. באיזה מקרה? במקרה בו העובדים מפרים את חוזה העבודה וחזרו בהם וכתוצאה מכך בעל הבית "תקוע" ואין לו איך להמשיך את העבודה, הפועלים צריכים לפצות את בעל הבית. על איזה בסיס? בסיס החיוב לדברי הריטב"א הוא ההתחייבות שגרמה להסתמכות. בעל הבית מסתמך על ההבטחה של הפועלים שיעבדו עבורו ולכן אם הם בורחים באמצע הזמן הם גורמים לו נזקים וכך להפך – במקרה שבעל הבית מתחייב לפועלים ואז גורם נזקים להם, למשל מפסיק את העבודה, הוא חייב לשלם להם גם כן (או שחייב לשלם להם מה שמפסידים...). הסיבה לתשלום הוא ההסתמכות – "סמכו זה על זה, נתחייבו זה לזה..". הוא מסיים את דבריו במילים "וזה דין גדול", כלומר – גם בהיעדרו של הסכם אפשר לייצר חיוב על בסיס הסתמכות ונזקים שההסתמכות גרמה, אנחנו נצליח למלא את הפגם החוזי באמצעות ההסתמכות ולכן הדין הזה הוא דין גדול. בעיית ההתחייבות שאיתה פתחנו את הקורס נפתרת כאן בצורה כמעט הרמטית ע"י הריטב"א. זוהי פסקה משמעותית בדברי הריטב"א.

לסיכום, הריטב"א אומר מס' דברים:

1. מדובר כאן בהבטחה ובהסתמכות – אמון זה בהבטחה יוצר הסתמכות אצל הצד שמנגד ואם ישנו נזק אצל הצד שמנגד, הרי בשל אותו אמון הצד המפר חייב לשלם למסתמך את מה שהפסיד בהסתמכותו, את שווי ההבטחה. מדובר באינטרס הסתמכות בדיני הנזיקין.
2. חיוב של ערב – חיוב זה, שהוא חיוב מעין נזיקי של ההסתמכות הוא חיוב שדומה לחיוב של ערב. יש כאן ניסיון לומר שגם ערב פעל על פי אינטרס הסתמכות, שהוא אינטרס נזיקי. אנחנו מפרשים בדר"כ חיוב של ערב כחיוב על בסיס חוזי. כלומר, ערב התחייב לנושה וההבטחה יוצרת הסתמכות אצל הנושה, ואם החייב לא משלם אז כתוצאה מההסתמכות של הנושה יש נזק ולכן חייבים לפצות אותו, כלומר – הערב חייב לשלם לנושה.
3. הפרת הסכם עבודה.

על רקע שלושת אלו מתברר שאותו אדם שנגרמו לו נזקים הסתמך על איש העסקים ולכן הוא חייב לשלם. הריטב"א מפנה לרבו לעניין זה – כעת נראה מה רבו (הרשב"א) אומר בעניין זה.

#### שו"ת רשב"א, חלק ג, שסא

הרשב"א הוא רבו של הריטב"א, סוף המאה ה-13 ותחילת המאה ה-14 בספרד.

ולפי מה שאמרתי אני: אפילו אמר לו, בין יש לו בין אין לו, לפי שאין הערב משתעבד מן הדין, דאסמכתא היא, משום דמהימן ליה, משעבד עצמו ש ל א י פ ס י ד, כיון ש ע ל א מ ו נ ת ו הלוהו, ועל זה ויתר על דינו; אבל כל שאינו מפסיד על אמונתו, לא גמר ושעבד עצמו; ואעפ"י שהתנה עמו בפירוש, פיטומי מילי נינהו.

הוא מתייחס לערבות כיחסי הסתמכות, כפי הריטב''א התייחס. ערבות: סדר הגבייה- החייב ובהנחה שיש לו ממה לשלם הוא חייב לשלם ורק אם אין לחייב מה לשלם ניתן לפנות לערב. הרשב''א מנסה לפרש את ההלכה הזו על פי עקרון ההסתמכות. הוא אומר שהערב מתחייב בכל מקרה- גם אם יש לחייב מה לשלם וגם אם לא. לפי הרשב"א כל ערבות היא מקרה פרטי של אסמכתא. נזכיר שאסמכתא לפי הרשב"א עצמו מאופיינת בקנס עצמי. כלומר, אם עד מועד מסוים אני לא אעשה כך וכך אני קונס את עצמי, סוג של פיצוי עונשי. כלומר, כל התחייבות מותנית שבסופה יש התחייבות לפיצויים עונשיים יש בסופה אסמכתא. הוא מתאר את המנגנון של הערבות כאמון בין החייב לערב. על בסיס האמון הזה הערב משעבד את עצמו שלא יפסיד- אומר לנושה שלא ידאג. בעצם הערב פועל פה תחת וויתור על הדין- יש אסמכתא וזה אומר שהוא פטור מכך אבל יש משהו מעבר, אמון והסתמכות על בסיס ההתחייבות. יחסי האמון סוגרים פה חור. צריך לבדוק בכל מקרה אם הערבות גרמו לנושה להפסיד? אם אתה יכול ללכת לחייב הערב לא גרם הפסד אלא רק במקרה שאין. הרשב''א טוען על בסיס הגישה שלו שיש הסתמכות בערבות, שהנושה יכול לפרוע את החוב מן הערב רק במקרה שלחייב אין ממה לשלם, אפילו שבהסכם בין הערב לנושה יכול לגבות ממנו בכל מקרה. **המודל הזה מחייב שהערב יהיה פטור מלשלם גם הוא התחייב לנושה שהוא יפרע את החוב גם אם יש לחייב ממה לפרוע כי המודל מדבר על תחנות של הבטחה הסתמכות הפסד ולכן רק כשיש הפסד ההתחייבות של הערב תקפה, אם אין הפסד אין לה תוקף ולכן בכל מקרה- גם אם יש הסכם ערב נושה על פרעון במקרה שיש לחייב הערב התחייב רק במקרה שאין לחייב.**

בכל אופן, החיבור שיש כאן בין הסתמכות לבין חיובו של הערב ברור מהקטע של הרשב"א ולכן הוא לדעת המרצה מהווה מקור השראה לדברי הריטב"א- הוא אומר שהדבר מבוסס על מודל התחייבות של הערב. לדעת המרצה שמקורם של הדברים- הפסדי ההסתמכות באו מהרשב''א והגיע לתלמידו הריטב''א. הרשב''א זרק לעבר ואילו הריטב''א הפך את זה לשיטה ויישם את זה בעוד 2 מקרים.

הוא חוזר על עקרון זה במקומות נוספים:

#### שו"ת ריטב"א, קצט

**רקע**: הריטב"א עוסק בסוגית השומרים. חוק השומרים בישראל מבוסס על המשפט העברי שיש בו שומר חינם, שומר שכר, שואל ושוכר. אם אתה משלם שכר עבור ההחזקה והשימוש – אתה שוכר, ואם אתה לא משלם שכר עבור כך אלא רק מבקש להחזיק ולהשתמש – אתה שואל. לא ברור למה שומר חינם צריך להיות חייב במקרה שנגרמו נזקים לחפץ?

ודהא (קשיא) [דקשיא] לך דפושע מזיק הוא וחייב שלא מדין שומר, הא ליתה, דפשיעה (גרמה) [גרמא] בנזקין היא שהוא פטור מדיני אדם, כדאי' בבא קמא פ' הכונס (דף נה, ב) ובכמה דוכתי, אלא שהתורה חייבה שומרין בפשיעה, מפני שסמך עליהן בעל הפקדון והבטיחו שומר לשומרו, וזה ברור.

**המנגנון של השומרים- השומר מבטיח לשמור, הבעלים כתוצאה מכך שומר עליו ואז יש הפסד. על בסיס זה מחייבים את שומר החינם. על בסיס חוזי/נזיקי.**

#### בבא מציעא עז, ב

הרי שמכר לחבירו באלף זוז – ונתן לו מעות מהן מאתים זוז, בזמן שהמוכר חוזר בו – יד לוקח על העליונה: רצה – אומר לו תן לי מעותי, או תן לי קרקע כנגד מעותי. מהיכן מגביהו? מן העידית.

פיצויי הסתמכות זה רעיון מעין נזיקי-במקום שבו לא ניתן לחייב מחיובים מן ההסכם (יש בעייתיות בהסכם) נחייב מהדין- בהקשר החוזי נזיקין ממלא חורים של דיני החוזים. הסכם מכר: קונה נותן מקדמה על חלק מהסכום לקניית חפץ כלשהו מהמוכר. המוכר חוזר בו מן העסקה והקונה אומר לו "יד לוקח על העליונה" – מה זאת אומרת "יד הלוקח על העליונה"? הקונה מחליט מבחינה משפטית: תן לי את הכסף שלי או לפחות תיתן לי קרקע כנגד הכסף. מהיכן הקונה מביא את הקרקע? "מן העידית", כלומר, מחלקים את הקרקע לפי שוויה החקלאי, העידית הוא החלק הטוב ביותר. התשלום בקרקעות תלוי בסוג החיובים או בסוג ההסכמים. ההלכה בחיובים היא שבדר''כ מקבלים מהבינונית. יוצא הדופן הוא ההלכה בנזיקין: ההלכה קובעת כי בנזיקין אם משלמים בקרקעות את הפיצוי, יש לשלם מן העידית (ממיטב השדה וממיטב הכרם)- למשל אם הבהמה של אדם אוכלת לאדם אחר את השדה. לכאורה פה זה מקרה של חיובים ולא נזקים- צריך בינונית ולא עידית.

אנחנו מנסים להסביר למה כשהמוכר נותן לקונה קרקע כנגד מקדמה, זה צריך להיות בעידית כנגד נכסיו ולא בינונית או זיבורית? אם המוכר צריך לשלם מעידית מדובר בסוג של נזק? ***הריטב"א*** כותב כי הסיבה שהמוכר צריך לשלם את המקדמה – מפני שהוא מזיק, מפני שהוא מדבר על כך שההבטחה יוצרת נזק, כלומר הנזק הוא בגין ההבטחה, בגין ההסתמכות והתוצאה היא שעושים אותו כמזיק. שוב המנגנון של הבטחה, הסתמכות והפסד- לא כתוב במפורש הסתמכות אבל משלימים זאת לבד. ההפסד כאן מזוהה כנזק ודיני הנזיקין חלים כאן כאילו מדובר על נזק מן העידית. המנגנון הוא גורם שמשכלל הסכם- אפשר לתת תוקף להסכם על פיו. זה רעיון שהרשב''א כנראה פיתח נוגע לערבות אבל הריטב''א פיתח מאד- זה דין גדול מאד. למעשה דרך הרעיון של הריטב''א אפשר לפתור חלק גדול מבעיית ההתחייבות- לא בכל החוזים אבל בכל חוזה שבו הפרת הסכם גרמה להפסד לצד השני ניתן לחייב בחוזה כזה על בסיס הסתמכות על בסיס דברי הריטב''א. זו סתימת חורים גדולה בחלק גדול מאד מן ההסכמים ואין צורך במנגנונים מלאכותיים וטקסים, החשיבה היא מקבילה לגמרי למחשב המודרנית. המסר הגדול של פיצויי הסתמכות התפתח ע''י הרשב''א והריטב''א.

לסיכום, אפשר לראות בשלושת התבטאויות אלו של הריטב"א שהוא נאמן לדין הגדול וזה בעצם אומר שבכל מקרה של הסתמכות אנחנו מטילים חיוב על המבטיח, שהוא חיוב מעין נזיקי.

## אלמנט חוזי נוסף: גמירות דעת – הסכם כפוי (עושק)

גמירת דעת בלשון חכמים לא מתייחסת לאלמנט המודעות אלא לאלמנט הרצון, הדעת מתפקדת כרצון ובעצם את המונח גמירת דעת צריך להחליף במונח "רצון גמור". אין חולק שצריך גמירת דעת בחוזים ובקניין, וכל דיני החיובים בנויים על גמירת דעת. התלמוד מנסה לבדוק את הגבולות של גמירת הדעת. נקו' המוצא לכל הדיון היא הסוגיה של רב הונא- אמצע המאה השלישית.

אנחנו ננסה לברר את גמירת הדעת דרך המקרה בו יש ההסכם אך הוא הסכם כפוי, כשיש רצון אך ברור שהוא איננו גמור.

#### בבלי, בבא בתרא מז, ב – מח, ב

אמר רב הונא: תליוהו וזבין - זביניה זביני; מ"ט? כל דמזבין איניש, אי לאו דאניס לא הוה מזבין, ואפילו הכי זביניה זביני.

תלו את המוכר (תליוהו וזבין), כלומר הכריחו אותו למכור למרות שהוא לא רצה, ואומר לנו ***רב הונא*** שיש תוקף למכירה זו למרות שנדרשת גמירת דעת. מה הכוונה בתלו את המוכר? יש לכך מס' פרשנויות:

#### רשב"ם, שם

תליוהו וזבין - מי שתלו אותו או עשו לו יסורין עד שמכר וקיבל הדמים, ואומר רוצה אני...

***רשב"ם*** מפרש כפשוטו – מדובר באקט פיזי ממשי. תלו את המוכר הפוך, עינו אותו (עשו לו יסורין) עד שאמר "רוצה אני", כלומר ביטא בעל פה את גמירות הדעת שלו.

#### רבינו גרשום, שם

**רקע**: חי בגרמניה לפני 1,100 שנה. מלבד היותו תלמיד חכם, דיין ופוסק הוא גם היה מנהיג מרכזי של קהילת אשכנז בגרמניה ותיקן קרוב ל-20 תקנות שונות שאנחנו מכירים, בהן תקנת דרבנו גרשום שעסקה בגירושין מאישה שלא בהסכמתה. רבינו גרשם חולק על הרשב"ם.

אמר רב הונא. אי אמרו ואיימו לאיש תלוהו בעץ אי לא מזבין לו שדהו וזבין מחמת יראה - זביניה זביני, אף על גב דאנסוהו.

רבינו גרשום מפרש לא כאקט פיזי של תלייה או ייסורים אלא באיומים לאלימות פיזית, אלימות מילולית – "אמרו ואיימו לאיש". זה ממתן קצת. אך יהיה מה שיהיה, המכר יהיה תקף למרות הלחצים שהופעלו על המוכר. לא נוח לו עם הדעה שממש מרביצים לו- העיקר שיגיד רוצה אני.

התלמוד טוען שבכל מכר אין רציה גמורה מצד המוכר. בכל מכר, אדם באיזשהו מקום נמצא תחת לחץ – אם אדם לא היה מוכרח, הוא לא היה מוכר. אנשים לא רוצים להיפטר מהדברים שלהם, בעבר היו מוכרים לרוב דברים שלהם. אדם תמיד מוכר כי אין לו ברירה. מדובר כמובן בהנחה שמבוססת על שוק החליפין שבו אדם שומר על חפציו כל עוד הוא יכול לעשות כן וימכור רק כאשר הוא צריך משהו אחר, כלומר תמיד פועל תחת לחץ וצורך ואף פעם לא מתוך רצון גמור ולכן המרכיב של הלחץ תמיד קיים ובכל זאת אנחנו לא פוסלים את עסקת המכר, גם לא כשתולים את האדם וגם לא כשמאיימים עליו- ממילא אין רצון טהור אז אם כבר אז כבר. מדובר בפירוש מרחיק לכת – כי הלחץ שבעסקה רגילה הוא לא כמו הלחץ שבעסקת בה תולים את המוכר הפוך.

ההנחה היא שבהרבה מאוד מקרים גמירת הדעת היא לא ברורה, גבולותיה של גמירת הדעת, במיוחד בעסקאות מכר הם לא ברורים. רב הונא קורא תיגר על הגבולות הלא ברורים הללו, זוהי האמירה הבסיסית שלו. רב הונא מבטל את ההבדל בין הכפייה הפנימית לחיצונית.

התלמוד מעלה שאלה בצורה עדינה (לדעת המרצה השאלה צריכה לעלות בצורה חריפה) ואומר כי אולי יש הבדל בין כפייה פנימית לכפייה חיצונית:

ודילמא (אולי) שאני אונסא דנפשיה מאונסא דאחריני!

התלמוד עצמו מתקשה לקבל את הרציונל שאלמנט הכפייה מתקיים בכל מקרה – גם בכפייה פנימית וגם בכפייה חיצונית, הם טוענים שיש הבדל בין השניים. דווקא מהמקום הכי נמוך של הרצייה הם מחפשים מה הגבולות של ג''מ. הם מחפשים בסיס אחר, אסמכתא אחרת וטוענים שאולי דבריו של רב הונא מתבססת על דיני קרבנות בספר ויקרא. הם עוסקים במדרש התנאים שבדיני קורבנות, אדם חייב להביא קורבן ואין משמעות לרצון. הבסיס האחר הוא ההלכה של דיני הקורבנות שבה נאמר "יקריב אותו לרצונו". כלומר, הקורבן אמור לבוא מרצון, אך דרכם של חכמים שהם מנסים להרחיב את גבולותיו של המקרא והם מרחיבים אותו על בסיס ספקולציה לשונית וחותכים את הביטוי לשניים: יקריב אותו ו-לרצונו- שני מהלכים נפרדים. מדרש ההלכה מדבר לא רק על קרובנות הנדבה אלא גם על חובה (למרות שהמקור מדבר על נדבה) ולכן צריך ללחוץ עליו שיביא קורבן אבל עדיין צריך רצון. משמעות המדרש התנאי היא שבדיני קורבנות אדם יקריב אם הוא רוצה, אך גם אם הוא לא רוצה – נכריח אותו, כלומר, מציאות ביניים שבין כפייה לבין רצון. החכמים הרחיבו את הטקסט המקראי שבו ברור שמדובר ברצון. הם אומרים שרצון הוא מושג מורחב, גם רצון שבא על בסיס כפייה מוקדמת הוא רצון. התלמוד אומר שבהלכה של דיני קורבנות יש הרחבה של מושג הרצון.

אלא כדתניא: יקריב אותו - מלמד שכופין אותו, יכול בעל כרחו (ברור שצריך שיהיה רצון, זה דבר דתי, אין משמעות לכפייה),? תלמוד לומר: לרצונו, הא כיצד? כופין אותו עד שיאמר רוצה אני. ודלמא שאני התם, דניחא ליה דתיהוי ליה כפרה! ואלא מסיפא: וכן אתה אומר בגיטי נשים, כופין אותו עד שיאמר רוצה אני. ודלמא שאני התם, דמצוה לשמוע דברי חכמים! אלא סברא הוא, אגב אונסיה גמר ומקנה...

הסבר פשטני: דרישת הרצון היא נמוכה- נדרשת הבעת רצון מצידו של האדם, כופין אותו ואומר רוצה אני. רף רצייה הוא נמוך. הסבר נוסף: הרמב''ם טוען שאדם חי בתוך מציאות שיש לו רצון נקי ואילו יש גם מערכת רצונות לא אמיתיים אבל כתוצאה מאילוצי חיים, יצרים, מחשבות מוטעות וכו' יש לו מערבולות של רצונות אחרים. הוא טוען שיש דרכים לחדור את קליפות האדם ולהגיע לרצון האמיתי שלו- לפי הרמב''ם הרציה זה הרצון העמוק והפנימי שלו. הרמב''ם טוען שאדם חוטא מעוניין לכפר על חטאיו ולכן הוא ירצה להקריב קורבן ולכן זה ההסבר העמוק. כמו תפילה- תרגיל בבנייה מהרצון הנמוך לרצון הגבוה.

כלומר, אנו בודקים איך ההלכה התנאית קשורה לדבריו של רב הונא. התלמוד אומר שיש כפייה מוקדמת, כלומר אחרי שתלו את המוכר – הוא אמר רוצה אני. כלומר, הוא מבצע נסיגה ואומר שגם כשתלו את המוכר, היה שכנוע, הסבירו למוכר עד שהוא אמר שהוא רוצה. התלמוד מפנים לתוך דברי רב הונא שלאחר הכפייה היה איזשהו גילוי לרצון. מדוע זוהי נסיגה, הסתייגות? כי רב הונא לא אמר שהמוכר אמר "רוצה אני" אחרי שתלו אותו, התלמוד מכניס את זה לשם.

דרישת הרצון היא בעייתית. התלמוד ממשיך ואומר שאולי דרישת הרצייה היא בעייתית, אי אפשר ללמוד ממנה לחוזה מכר.

לתלמוד לא ברור שיש אינטרס של המוכר שאנחנו יכולים להרגיש בנוח לממש אותו בכל מקרה, גם בכפייה. בקורבן, בכל מקרה יש סיפוק של אינטרס יסודי, דתי של האדם ובמכר זה לא קיים. התלמוד ממשיך לסיפא של ההלכה מנסה להבחין בין קורבן לבין מכר. אולי באמת דרישת הרצייה והבעת הרצון כשלעצמה לא יכולה להסתפק אבל בכל זאת נדרש אינטרס והוא רצייה קונסטר'. במכר לא מוכנים לקבל את העניין הזה שהעדר הסדר טהור מצדיק כפייה אבל נדרש לפחות אינטרס- התלמוד אומר בוא נבדוק אצל המוכר ע''י עוד מקור , בדיני קורבנות שמאזכרת דיני גירושין:

ואלא מסיפא: וכן אתה אומר בגיטי נשים, כופין אותו עד שיאמר רוצה אני. ודלמא שאני התם, דמצוה לשמוע דברי חכמים! אלא סברא הוא, אגב אונסיה גמר ומקנה...

הוא עוסק בגט מעושה, שגם שם כופים את הסרבן עד שיאמר "רוצה אני", גם בדיני גירושין כשכופים אדם עד שהוא אומר רוצה אני זה נחשב רצון, אז אולי אפשר להשתמש באותו הדבר גם בקניין ובחוזים? הרי אין אינטרס בגט. התלמוד אומר שלא. גם בגט יש אינטרס דתי – האינטרס לציית לפסק דינו של בית דין רבני ("דמצוה לשמוע דברי חכמים"). אנחנו עוזרים לאדם להגיע לרצון הפנימי שלו, לרצון הבסיסי שלו – שהוא לציית לבית הדין. בעולם הדתי יש קודים אחרים, והם לא מסייעים לנו לפתור את נושא הכפייה בדיני הקניין והחוזים. זה שיהיה קונפורמיסט זה האינטרס שלו והוא עונה על דרישת הרצייה. ואז חוזרת השאלה מה קורה במכר? אין אינטרס דתי.

לכן, התלמוד אומר שעלינו לחזור לרציונל הראשון, לרציונל שבא מדעתו של רב הונא אבל מנסה להגביה – מדובר באונס שעל בסיסו התפתחה גמירות דעת. התלמוד נסוג לכך שלא מדובר כאן בכפייה גמורה מתחילתה ועד סופה, היא רק שלב מקדמי בתוך תהליך נפשי מורכב יותר- התהליך התחיל בכפייה אבל האדם עבר מהפך. באמת, בשלב מוקדם כפו את האדם הזה ואחרי זה התפתח אצלו במהלך הכפייה הרצון, הכפייה הובילה אותו לרצון כך שההליך לא באמת היה כפוי. התלמוד לא אומר שהייתה גמירת דעת מלכתחילה אלא שהיא הגיעה אחרי תהליך אלים של שכנוע. ההחלטה הסופית ''רוצה אני''- מספקת. התלמוד התחיל מהמקום הנמוך ביותר של הרצייה- תפיסה שרציעה היא כל הבעת רצון שהיא. זה מתחיל מתפיסה שאין רצון מוחלט בעולם ואנשים פועלים בעקב' אילוצים ולכן ממילא צריך להתחיל בשלב הנמוך של הרצייה. דרישת רצייה קונס'- האינטרס, בגלל האינטרס אני מניח שקיימת רציעה. הרמנו את הרף- צריך רצייה כלשהיא- אינטרס לשמוע דברי חכמים למשל. בסופו של דבר אומר שרף הרצייה הוא נמוך אבל מניחים שאם אדם אומר שרוצה אז הוא גם גמר בדעתו. יש קושי עם זה- אם אמר איך אפשר לדעת שבאמת רוצה? **מבחינת רב הונא זה מספיק אך התלמוד לא אהב את הרעיון. לכן התלמוד אומר שכדי שיהיה ברור שיש באמת רצייה צריך לבדוק לא רק את האופן המילולי. צריך להראות שזו בחירה, שיש כמה אפשרויות והאם באמת בחר, הייתה לו ברירה. התלמוד ינסה להראות אינדיקציות נוספות.** ינסה לקחת את דרישת הרצייה למקום של בחירה והחלטה, כדי שנדע שאדם באמת בחר- גם אם היו 2 או 3 אפשרויות. סגרנו עליו אבל היו לו כמה אפשרויות מבחינתו זו החלטה, גמירת דעת. **מנסים להגביה את הרף לכך שגמירות דעת היא החלטה על בסיס בחירה.**

כעת, התלמוד ינסה להגדיר את גבולות ההליך במסגרתו אנחנו כופים אדם והוא מגלה רצון בעקבות כך:

מותיב רב המנונא: לקח מסיקריקון וחזר ולקח מבעל הבית - מקחו בטל; ואמאי? התם נמי נימא: אגב אונסיה גמר ומקני!

***רב המנונא*** מנסה לפתור זאת. הוא נותן דוגמה של אדם שקנה קרקע משודד קרקעות (סיקריקון- היו דוקרים אנשים ולוקחים את הקרקע, תופעה נפוצה ביוון הקדומה). עכשיו, השודד אילץ אותו לסיים את העסקה מולו- תבדוק מולו בלי קשר אליי, יצא מהעסק כך שהעסקה בין אותו אדם לבעל הבית. אותו אדם הגיע לבעל הבית המקורי ורכש ממנו את הקרקע. בעל הבית מוכר את הקרקע עכשיו בגלל תהליך מוקדם, כלומר כל התהליך התחיל בכפייה – בא גנב, לקח מבעל הבית את הקרקע וברור שבעל הבית לא רצה שהקרקע תצא מידו. כעת, במכירה עצמה, בעל הבית מוכר ברצון. אז לכאורה, לפי התזה הזו של הליך שמתחיל בכפייה ומסתיים ברצון הוא הליך תקף, אפשר להגיד גם כאן על מקרה כזה שהעסקה היא תקפה, כי היא נמכרה מרצון בסופו של דבר- עבר תהליך פנימי. אם כן, מדוע כתוב בהמשך "מקחו בטל"? נראה כי העסקה הזו נעשתה בחזקה ועל כן אין לה תוקף, היה עליה להיעשות בשטר. מתי מכר מול שודד יהיה תקף ומתי יהיה בטל? אם הכל נגמר במילים והקונה (הבעלים המקורי) לא עושה כלום אין הבעת רצון משום צד. אבל בשטר, במקרה שהקונה הלך לבעלים המקורי ועשו עסקה כמו שצריך- שטר וכו'. במקרה כזה אני אגיד בסדר- טקס כזה מחייב הכרעה, בחירה, החלטיות מבחינה מסויימת משני הצדדים. יש אותות רצייה ולפיהן נוכל להכיר בעסקה.

קרקע יכולה להיקנות באחת משלוש דרכים – כסף, שטר, או חזקה. חזקה היא פעולה שבאמצעותה הקונה מבטא את ההחזקה הפיזית שלו בקרקע, פעולה חקלאית, גידור וכו'.

התלמוד אומר שהרציה ברף הנמוך לא מקובלת- מכר משודד בטל ולכן צריך לכוון לרף גבוה יותר- מילולי לא נחשב- רוצים מעשים שבאיזהשהוא אופן אדם בחר. התלמוד עושה מהלך- רצייה שטחית ואז מעלה- רצייה שמגובה באותות של מעשים פיזיים שמביעים את רצונו של הקונה והמוכר. היה מקור של קורבנות, גיטין, סיקריקון- תנאים. עכשיו התלמוד לוקח את זה לדיון ההלכתי- יציב סייגים הלכתיים שהמכנה המשותף שלהם זה הניסיון להראות אותו רצייה מעשיים ולא מילוליים רק אז נוכל להכיר ברצייה בתנאים של כפייה.

התלמוד מסכם:

אמר רבא, הלכתא: תליוהו וזבין - זביניה זביני. ולא אמרן אלא בשדה סתם, אבל בשדה זו - לא.

התלמוד מסכם ואומר כי נדרש אות רצון ומפרט כמה סוגים בתוך הדגמה של סוגיה אחת:

***רבא*** אומר כי יש תוקף לעסקה בה כופים על המוכר רק כאשר המוכר והקונה דיברו ביניהם וסיכמו לקנות "שדה סתם", אחד מתוך השדות של המוכר, והמוכר החליט איזה שדה למכור בינו לבין עצמו, הבחירה של המוכר בשדה מסוימת היא ביטוי לגמירת דעת, כלומר אפשר להסתמך על ההחלטה שלו איזה שדה למכור כאות לרצון. הוא בסוף כיוון לשדה המסויימת- זה עונה על דרישת הרצייה, יש פה אות רצייה. גם כאשר מדובר על שדה מסוימת מלכתחילה אפשר למצוא גמירת דעת:

ובשדה זו נמי - לא אמרן אלא דלא ארצי זוזי, אבל ארצי זוזי - לא. ולא אמרן אלא דלא הוה לאישתמוטי, אבל הוה ליה לאישתמוטי - לא.

צריך אותות רצייה- מקבלים את רב הונא- עושק אכן תקף אבל לא מקבלים את דרישת הרצייה הנמוכה של רב הונא אל דורשים אותות רצייה, יש חלופות: אות הרצייה הראשון- בחר אחת מבין 10, שני- המוכר שיתף פעולה במהלך העסקה למשל לספור את הכסף ולקבל. שלישי- (הכי נמוך) גם במקרה שהמוכר לא ספק את הכסף, אם לא הייתה לו ברירה אבל אם הייתה לו דרך מפלט לצאת ממנה והוא לא השתמש בה זה גם ביטוי לדרישת רצייה. התלמוד מנסה לעדן את הלכת רב הונא.

אם הכרחת אותו למכור שדה מסויים זה לא גמירת דעת אבל אם מעבירים את הכסף מיד ליד זה מראה על רצייה- ניתנה תמורה ובטקס של התמורה המוכר משתף פעולה. איך נמצא את גמירת הדעת? בשלב בו המוכר מקבל את הכסף, בוחר את הקרקע המסוימת שהוא עומד למכור, אם היה לו סדק להתנער מהעסקה לפני שהוא נטל את הכסף ולפני שהוא בחר את הקרקע והוא לא ניצל את הסדק הזה, את הפרצה הזו – הוא גמר בדעתו. בכל אחת משלושת הדרכים נכיר במכר. מעבר לכך, יכול להיות שגם בשדה זו במכר- התלמוד מנסה לטעון שאפשר להכיר במכר גם בלי דרישה לאותות רצייה. אמימר מביא את זה מהקידושין- שמכריחים אדם לקדש אישה אין לו אפשרות לבחור אחת מתוך 10, מכריחים אותו לקדש אחת מסויימת ואין אותות אבל עדיין זה קידושין ולכן יש תוקף. התלמוד אומר שלקידושין כאלה אין תוקף משיקולי צדק- אי אפשר לכפות קידושין. ולכן אי אפשר לוותר על דרישת הרצייה- אישה זו לא כמו שדה זו. אפשר להכיר במכר כפוי כל עוד יש אותות רצייה.

לסיכום- יש בתלמוד תנועה בין מקורות וגם בין מימרות: רב הונא מאד קיצוני- מידת הרצייה שואפת לאפס, הבעת רצייה מילולית זה מספיק. מצד שני, התלמוד לא אוהב את הרעיון הזה. התנועה הזו לא רק בין מה שרב הונא אמר למה שאמוראים אחרים חושבים על זה אלא גם בין מקורות: כפייה- קורבנות, גיטין מצד שני יש את הסיריקרון- כשיש איום המקח בטל. יש בתוך הסוגיה התלמודית תנועה בין מקורות מתנגשים וגם בין תפיסות שונות. התלמוד כתוצאה מזה מייצר סולם של רצייה שמתחיל ממקום מאד נמוך והתלמוד מגביה את השלבים כל הזמן. אולי לא צריך רק רצייה אלא אינטרס (רצייה קונס')- כפרה בקורבן, מצווה לשמוע לחכמים בגיטין וכו'. אח''כ הוא עולה עוד שלב ואומר שלא מסתפקים רק באינטרס אלא רוצים רצייה ממשית ואז אומר שאדם מביע את רצונו מבחוץ זה משתלב עם רצון פנימי- כנראה שאם בנאדם אמר שהוא רוצה אז גם הבשיל פנימה עד לרצון. התלמוד גם בזה לא מסתפק ולכן בסופו של דבר הוא מכוון לשלבים גבוהים יותר- לא מספיק רק הבעת רצון מילולית אלא גם הבעת רצון מעשית, פיזית. אנחנו מניחים שמעשים כאלה שייעשו בסופו של דבר מביעים רצייה- זה בהחלט מבצע החלטה, בחירה וכדו'. דיבר על 3 אפשרויות: 1. מעשה הקניין שהמוכר שותף לו- לא רק מילולי כמו חזקה אלא באמצעות כתיבת שטר למשל (הרצאת המעות זה יישום של אפשרות זו). 2. בוחר ממכר מסויים מתוך כמה אופציות, 3. יש לו דרך מפלט אך לא השתמש בה. המגמה של התלמוד יותר טובה מהתוצאה הסופית, לדעת המרצה היה אפשר לבטל את דעתו של רב הונא אבל הוא רק מוסיף עלייה.

נראה כי בסוגיה זו התפיסה היא שלגמירת הדעת אין משקל בעולם העסקי כי עסקים תמיד מתנהלים מחוסר נחת וחוסר רצון ולחצים וכד' ולכן אם זה העולם העסקי אז מה הטעם לדבר על רצון. דברי ***רב הונא*** לפי פשוטם הם לא מסויגים, הם מוחלטים, רב הונא הוא בעל תפיסה הלכתית ריאליסטית ולא פוזיטיביסטית או נורמטיבית, מבחינתו ההלכה צריכה להיצמד למציאות, היא וודאי לא מגיעה מהאוטונומיה של הרצון, העולם הוא ריאלי ואין שם רצון חופשי בעצם. כיוון שאין שם רצון חופשי אין מה לדבר על גמירות דעת.

אך, הסוגיה התלמודית לא סובלת את האמירות הללו של רב הונא והוא טוען שיש הכרח בגמירת הדעת ולא ניתן להתחמק מיסוד זה, והיא חייבת גם להתבטא באמצעות אקט שיבטא את ה''רוצה אני'' הזה. התלמוד מציע אותות רצון וגמירת דעת שהם יחסית חלשים, כלומר בין ביטול הרצון לפי רב הונא לבין האוטונומיה של הרצון החופשי, יש עמדת ביניים והיא שאין דרישה לגמירת דעת אלא דרישה לדעת. התלמוד כן משתמש במונחים של גמירת דעת אך הוא מונח ללא כיסוי כי התלמוד לא מחזיק בגישה שיש צורך בגמירת דעת. מדובר בנקודת איזון בין גישה ריאליסטית לגישה פוזיטיביסטית. רף האוטונומיה הוא נמוך באופן קיצוני מהיום (ובכלל העולם הישן).

#### שולחן ערוך, חושן משפט, הלכות מקח וממכר, סימן רה, סעיף א

המקור מסכם את המכר הכפוי: מי שאנסוהו עד שמכר ולקח דמי המקח, אפילו תלוהו עד שמכרו, ממכרו ממכר בין במטלטלים בין בקרקע, שמפני אונסו גמר והקנה אף על פי שלא לקח הדמים בפני העדים. הגה: ויש חולקין וסבירא להו דבעינן שראו העדים נתינת המעות. אבל הודאתו לחוד לא מהני (טור וראב"ד פ"י דמכירה). וי"א דבעינן דווקא שנתן לו המעות, אבל אם נתן לו שטר עליו, אינו קונה (ב"י בשם הראב"ד לדעת הרי"ף); ויש חולקין (ב"י לדעת הרי"ף והרא"ש). לפיכך אם מסר מודעא קודם שימכור, ואמר לשני עדים: דעו שזה שאני מוכר חפץ פלוני או שדה פלוני לפלוני מפני אונס, הרי המכר בטל, ואפילו החזיק כמה שנים מוציאים אותה מידו ומחזיר הדמים. וצריכים העדים לידע שהוא מוכר מפני האונס ושהוא אנוס ודאי, לא שיסמכו על פיו. וכל מודעא שאין כתוב בה: אנו העדים ידענו שפלוני זה אנוס היה, אינה מודעא.

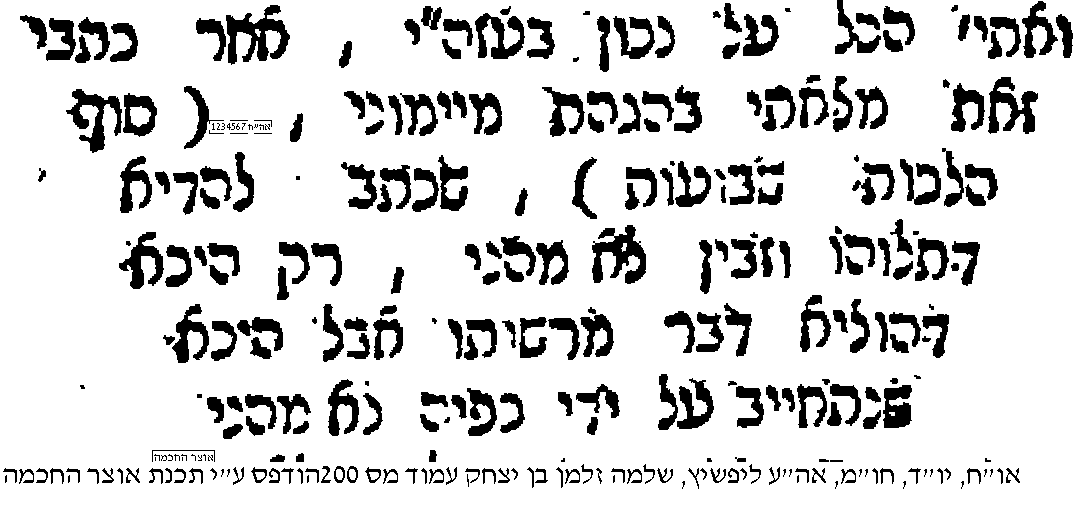
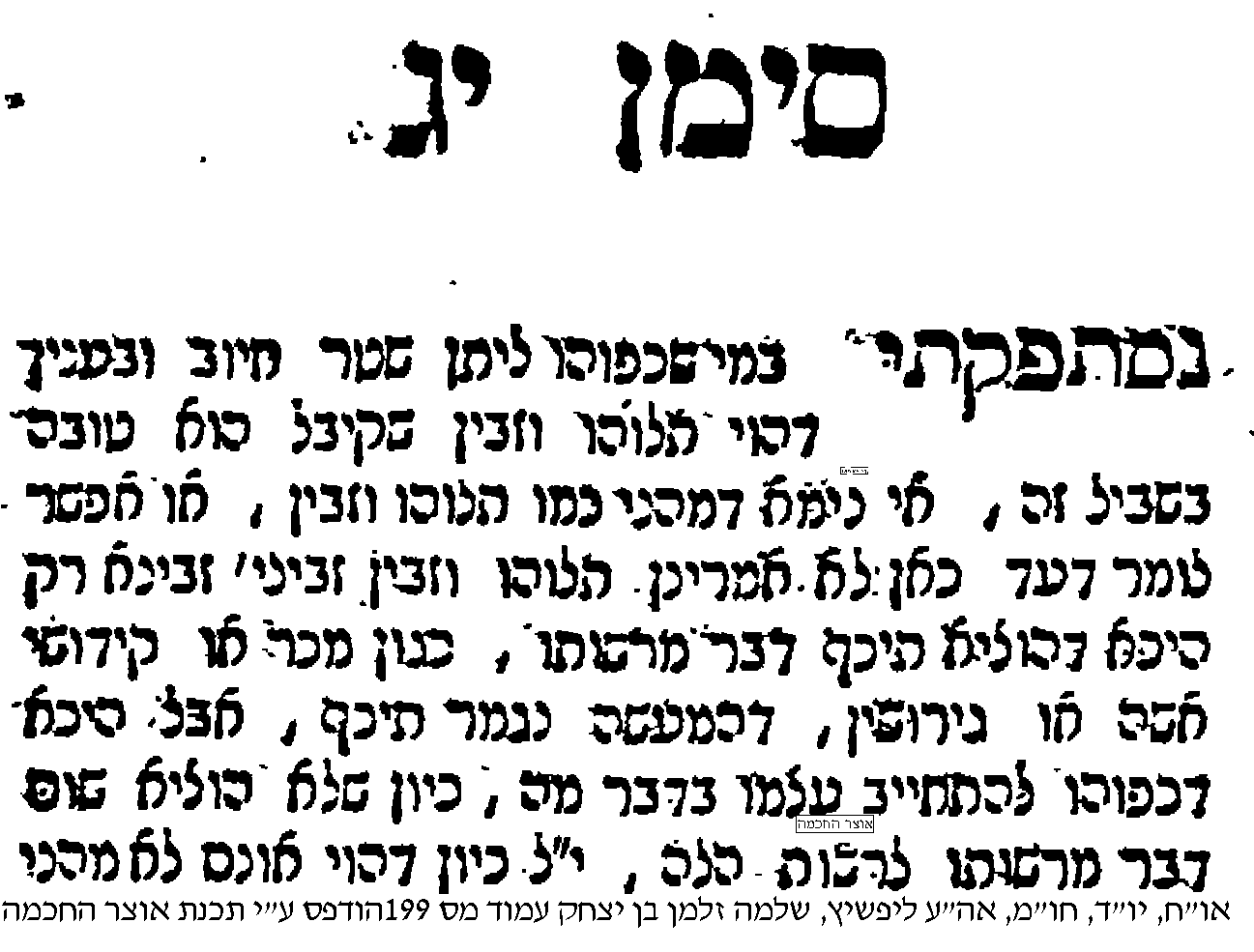
המקרה של תלוהו וזבין – מיישר קו עם הרף הראשון – לפי רב הונא, אך מיד אח"כ מיישר קו עם דרישות הרצייה של התלמוד. אע"פ שלא ראינו שלוקח את הכסף מבחינתנו מפני אונסו גמר והקנה. מוסד המודעה הוא מפלט שיש לאדם במכר כפוי. אם לפני המכירה הכפוי אני כותב מודעה ואני מצהיר שהכל כפייה. לפעמים צריך גם בשטר. אם הייתה מודעה כזו והיה מכר והוא החזיק כמה שנים, אם אדם יביא יום אחד את המודעה ועדים יוציאו את זה מידי הקונה ויחזירו למוכר. בהצהרה כזו לא מספיק להסתפק בכך שהוא מסר את ההצהרה אלא צריך את הנסיבות- לא יסמכו רק על פיו- העדים לא רק עדים להצהרה המילולית אלא להכיר את העובדות שזה היה בכפייה. את הידיעה הזו העדים צריכים לצרף לשטר אם יש כזה. השולחן הערוך אומר שמכר כפוי חל בתנאים של רב הונא לכאורה, מניחים שאדם עבר תהליך חוץ מהבעת הרצון אבל הוא מסייג את הדברים דרך המודעה- תמיד יש דרך מפלט ובגלל שיש את האפשרות הזאת ולא השתמשת בה אז באיזהשהוא מקום אתה לא לגמרי אנוס. הרף מסתמך על האפשרות השלישית של המפלט- אם לא עשית מודעה אתה לא אנוס, כנראה שרצית. הרמ''א מוסיף את אותות הרצייה של התלמוד- דורשים גם עדים שיעידו על כך שראינו שנמסר כסף- שת''פ (הרצת המעות). כמה צריך לשתף פעולה? יש האומרים שזה צריך להיות ממשי (סופר כסף), אולי קבלה של שטר זה לא מספיק כי האלמנטיים האקטיביים בשטר הם יותר חלשים. יש מחלוקת. לפי הרמ"א שפוסק לפי הראב"ד, האקט המכונן הוא נטילת המעות והוא צריך להיעשות בפני עדים. זה שהמוכר הודה בכך שהייתה מכירה זה לא מספיק, יש צורך שעדים יעידו על כך. הרמ"א מביא בסוף דבריו מחלוקת נוספת ואומר כי יש האומרים שצריך מעות ולא מספיק שטר ויש האומרים כי שטר מספיק כדי לבטא גמירות דעת. השולחן הערוך לא מקבל את הרף הנמוך שדי בהבעת רצון בלבד- השולחן ערוך מצידו שקיימת אפשרות המודעה, הבחירה בה מעידה על רצייה או לפחות שאין היעדר רצייה. שת''פ כזה או אחר מצידו של המוכר באקט הקנייני עצמו. כל מה שאמרנו משקפים את הגישה לרצייה ולהליך גמירת הדעת בחוזה מכר. לאור הנתונים האלו, כשמנסים להתאים לחוזה, מה יהיה הרף של גמירת הדעת בחוזה? בחוזה זה יותר מסובך, לפחות ככל שמדובר על אותות פיזיים. שיתוף פעולה של המתחייב עם האילוצים של הזוכה. במכר יש מעשה קניין, אם החוזה מילולי בלבד ולא נעשה בשטר איך כאן נשיג את אותות הרצייה? ואולי אם לא נשיג אותם נגיד שאין על זה תוקף.

שיעור 7- 1/12/15

התחלתנו לדבר על גמירת הדעת- סוגיה שעוסקת בהסכם מכר כפוי, ראינו שהסוגיה (מתארת את ההליך) מעצבת את מדרג גמירות הדעת (סוגייה- מהלך בתלמוד, בארמית). יש כיוון ומהלך והוא להפוך את גמירת הדעת ממושג שהוא כללי וכמעט אמורפי למוגדר. הסוגייה עוברת כאן כמה שלבים מהבחינה הזו: 1. גמירת הדעת מתוארת כהבעת רצון חיצונית. 2. התלמוד מיתן קצת יותר ואמר שלא די בהבעת רצון אלא צריך שתהיה אינדיקציה שהיא מהותית ופנימית ויותר ולכן עבר לאינטרס- אם יש לך אינטרס יש לך רצון- הראה דרך קורבן וגיטין (קורבן- אינטרס לכפרה, גט- אינטרס לשמוע לדברי כמים כשכופים עליו את הגט). 3. התלמוד אמר שלא די גם באינטרס אלא צריך להניח שיש רצון פנימי, ההנחה היא שלפחות במכר יש תהליך בסופו של דבר למכור- גמירת דעת מנטאלית פנימית תוך כדי ההליך אצל האדם. 4. המוגדר והמדוייק ביותר- התלמוד אומר שהבעת רצון פירושה בחירה והכרעה- יש לך כמה אפשרויות ואתה בוחר אחת מביניהן, מתוך המעשים שעשית נראה שהחלטת- נטילת הכסף, נטילת שטר, הבחירה של המוכר בשדה אחת מבין כמה. ממילא הברירה מלמדת על החלטה וזה בעצם בסוף גמירת דעת פנימית. כשהדברים מגיעים לשולחן ערוך יש פיצול בין השולחן ערוך לבין הרמ''א. שולחן ערוך: גמירת הדעת ברף נמוך יותר- לפי השולחן ערוך אין צורך באותו רצון פיזיים כמו נטילת מעות, שטר וכו'. אך יש הנחה ברורה לגבי הברירה שתלויה באופציה הקבועה של מודעא- כשיש אונס אפשר להשתחרר ע''י ההודעה בסמוך למכר. אם יכלתי לכתוב מודעא ולא עשיתי זאת אז החלטתי להתמסר לעסקה. זאת לא ברירה שניכרת מתוך הסיטוא' הבסיסית אלא מתוך אופציה משפטית ברורה שתמיד נמצאת ברקע. לפי השולחן ערוך לגמירת הדעת רף נמוך. הרמ''א דורש רף בוה יותר- נטילת המהות- אותות רצון ספציפיים יותר לגבי המקרה הממוקד שמראים את ההחלטה. מעות בוודאי אך לגבי שטר מחלוקת. הרמ''א מחזיר לסוגייה התלמודית שדורשת אותות רצון.

התלמוד דיבר על עסקאות מכר-הסכם ייחודי, חוץ מאשר התחייבות יש גם מעשה קניין (שטר, נטילת מעות), יש אפשרויות שעוזרות לי לזהות את המצב המנטאלי של הצדדים. בדיני חוזים יש קושי גדול יותר לגבי אותו הרצון ועולה השאלה האם ניתן לגזור ולהדביק מדיני עסקאות המכר לדיני החוזים- מהם הקריטריונים לגמירות דעת בחוזה? לכאורה אין כל הבדל והמתנה היחיד הוא המשתנה הנסיבתי- אם אנחנו דורשים אותות של הסכמה אז במקרה של מכר האותות יהיו ברורים יותר. ביחס להסכם רגיל ולא הסכם מכר- למרבה ההפתעה הדיונים המפורשים בעניין זה הם מהמאה ה-19 אז הלכה וגברה התופעה החוזית באירופה בעולם היהודי (עד אז יהודים לא נהגו לעשות חוזים). עד אז הסתמכו על ההלכה והיא לא תמכה בחוזים, רק כשהחברה מתחילה להיות חילונית יש פתיחות לעולם שבחוץ- אמנציפציה וצעדים רבים ודפוסי ההתנהגות כבר לא דתיים כמו בעבר. התשובה הראשונה בהקשר זה היא התשובה של ***הרב שלמה זלמן ליפשיץ,*** רב פולני.

שו"ת חמדת שלמה, חושן משפט, יג

מדובר בחוזה כפוי בנסיבות דומות להסכם המכר הכפוי. זה דומה למכר במובן הזה שכמו שבמכר מקבלים תמורה גם כאן ברור שיש אינטרס, טובת הנאה בשביל זה. השאלה אם אפשר להשליך מה שנאמר במכר כפוי מבחינת גמירות הדעת לחוזה כפוי? הרב אומר ש"תלוהו וזבין" אינו רלוונטי לחוזים וזאת בניגוד למכר, כי במכר יש ביצוע מיידי- המכר נכפה ובאופן אוטומטי המוכר מוציא מרשותו דבר, המעשה נגמר תכף (גט למשל). הגורם של המיידיות משפיעה פה- במכר קיים וחוזה לא. אולי זה האלמנט שקריטי מבחינתו להכרה במכר ולא בחוזה- זה מה שמראה על גמירת דעת. יש חוסר נאמנות לסוגייה כי לא נזכרת המיידיות. יש בסוגיה אינדיקציות אחרות (אותו רצון וכו') שאותם לכאורה אפשר היה לבחון אם הן מתעסקות בחוזה רגיל או לא והוא מעמיד הכל על יצא מרשותו ולכן דעתו נראית מלאכותית. רק אחרי שהוא כותב אומר שהוא מצא את התשובה בתשובה קדומה מהרבה- תלמידו של המהר''ם מרוטנברג (מאה ה-13) מחכמי אשכנז, הגהה על הרמב''ם. במקרה הזה הוא מפנה את תשומת ליבנו:

להשלים שו''ת מהר''ם מרוטנברוג.

מתוך התשובה נראה שהנסיבות הן כאלה: מדובר על יהודים שהם סוג של משתפי''ם של השלטונות (בגרמניה של המאה ה-14 לא הייתה אהבה גדולה ליהודים והידוים נכלאו או גורשו משם- המהר''ם מרוטנברג עצמו נכלא. תלמיד אחר- הרא''ש ברח מגרמניה ב-1303 בגלל רדיפות). הגרמנים גם סוחטים כספים לפעמים מהיהודים. המשתפי''ם באים לקהילה וכופים את אנשי הקהילה להתחייב לשלם מיסים או כספים אחרים לטובת הגרמנים. היהודים האלה התחייבו ליהודים אחרים- בני הקהילה התחייבו למשתפים והם שאלו את המהר''ם מרוטנברג אם אפשר להתשחרר מזה- התחייבו בכפייה- האם אפשר להיחלץ? שאלה הלכתית. המרה''ם כותב- ההתחייבות הייתה תחת חרם- אם לא התקיימו יוטל חרם. הרב אומר שיש הבדל בין מכר כפוי לבין הסיטואציה כאן של התחייבות כפוייה- לגבי התחייבות כפויה לא היה מעשה, לא נתנו שום דבר וזה היסוד שמבחין בין חוזה כפוי למכר כפוי- התחייבות עתידית שאין לצידה מעשה מיידי גורמת לכך שאין דרישה לגמירת הגעת ולרצייה ולכן אין תוקף להסכם כפוי. בחזרה לרב לישפיץ: ההבחנה היא בין הוצאת הדבר מרשותו (נתן דבר מה) לבין התחייבות עתידית. חוזה כפוי אין לו תוקף מפני שהוא עתידי ואין אותות רצייה ברורים. יכול להיות שאפשר לראות אות הדברים בצורה אחרת- לפי הרמ''א, שולחן ערוך דרישת הרצייה היא לא מידתיות אלא אחרות וצריך לראות אם האחרות קיימות בחוזה. גם בחוזה יכולה להיות ברירה למשל- אם הוא התחייבות שיש בה ברירה אחת מבין כמה והמתחייב בחוזה בחר באופציה מסויימת אז זה כמו שדה סתם ולכן די באינדיקציה כזאת לפי התלמוד. ולכן דברי הרב ליפשיץ ניתנים לוויכוח, צריך לשים את זה בסימן שאלה.

**יסוד התמורה**

יסוד זה היה קיים במשפט הישראלי עד חקיקתו של חוק החוזים- חוזה שאין בו מענה לתנאי התמורה אינו חוזה (כמו הצעה, קיבול, גמירת הדעת). ננסה לבחון את עמדת המשפט התלמודי בשאלה זו של יסוד התמורה, במשפט העברי יש דרישת תמורה אך הדבר מורכב- יחס לתמורה הוא משתנה- אמוראים מוקדמים העלו ואמוראים מאוחרים לא העלו- לא ברור שהיא דרישה מכוננת אולי יש לה הקשרים אחרים.

נתחיל מסוג מאד מסויים של עסקה- מתארת בצורה המובהקת ביותר את ההתפתחות בגישת התמורה, זו פריזמה צרה ומפה זה ייפתח. בסוגיה זו אפשר לראות את ההתפתחות בעסקה זו לפי דורות האמוראים- יש תמונה מדוייקת וזה נדיר יחסית.

יסוד התמורה מכונה **"בההיא הנאה"** (טובת הנאה).

1. קידושין ט, ב, עפ"י כ"י וטיקן 111- **"דברים הנקנים באמירה"**

איתמר: כתבו לשמה ושלא מדעתה. רבא ורבינא אמרי: מקודשת. רב פפא ורב שרביא אמרי: אינה מקודשת...

מיתיבי: [אין](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=1323&SUM=%2279325%22&ERECH=%22אֵין%20%7bאון%7d%22) [כותבין](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=15390&SUM=%2218389%22&ZMAN=%224%22&ERECH=%22כתב%20%5bקל%5d%20%7bכתב%7d%22) [שטרי](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=32626&SUM=%221694%22&ERECH=%22שְׁטָר%20%7bשׁטר%7d%22) [אירוסין](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=3033&SUM=%22347%22&ZMAN=%228%22&ERECH=%22ארס%20%5bפיעל%5d%20(אירוסין)%20%7bארס%7d%22) [ונישו'[אין]](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=21003&SUM=%22668%22&ZMAN=%228%22&ERECH=%22נשׂא%20%5bפיעל%5d%20%7bנשׂא%7d%22) [אלא](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=1484&SUM=%2232470%22&ERECH=%22אֶלָּא%20%7bאֶלָּא%7d%22) [מדעת](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=7378&SUM=%224529%22&ERECH=%22דַּעַת%20%7bידע%7d%22) [שניהם.](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=33379&SUM=%2213855%22&ERECH=%22שְׁנַיִם%20(שניים%20(לזכר))%20%7bשׁני%7d%22) מאי לאו, [שטרי](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=32626&SUM=%221694%22&ERECH=%22שְׁטָר%20%7bשׁטר%7d%22) [אירוסין](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=3033&SUM=%22347%22&ZMAN=%228%22&ERECH=%22ארס%20%5bפיעל%5d%20(אירוסין)%20%7bארס%7d%22) [ממש?](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=17840&SUM=%22646%22&ERECH=%22מַמָּשׁ%20%7bמשׁשׁ%7d%22) לא, שטרי פסיקתא, וכדרב גידל אמ'[ר] רב, דא'[מר] רב גידל אמ'[ר] רב: [כמה](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=14717&SUM=%225252%22&ERECH=%22כַּמָּה%20%7bמָה%7d%22) [אתה](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=3316&SUM=%2217271%22&ERECH=%22אַתָּה%20%7bאַתָּה%7d%22) [נותן](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=21163&SUM=%2222321%22&ZMAN=%224%22&ERECH=%22נתן%20%5bקל%5d%20%7bנתן%7d%22) [לבנך,](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=4337&SUM=%2237143%22&ERECH=%22בֵּן%20(ולד%20זכר,%20רכיב%20של%20שם%20פרטי)%20%7bבני%7d%22) [כך וכך,](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=14540&SUM=%2216647%22&ERECH=%22כָּךְ%20%7bכָּךְ%7d%22) [וכמה](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=14717&SUM=%225252%22&ERECH=%22כַּמָּה%20%7bמָה%7d%22) [אתה](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=3316&SUM=%2217271%22&ERECH=%22אַתָּה%20%7bאַתָּה%7d%22) [נותן](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=21163&SUM=%2222321%22&ZMAN=%224%22&ERECH=%22נתן%20%5bקל%5d%20%7bנתן%7d%22) [לבתך,](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=4958&SUM=%227363%22&ERECH=%22בַּת%20(ולד%20נקבה,%20בעלת)%20%7bבני%7d%22) [כך וכך,](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=14540&SUM=%2216647%22&ERECH=%22כָּךְ%20%7bכָּךְ%7d%22)  [עמדו](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=23868&SUM=%2211583%22&ZMAN=%221%22&ERECH=%22עמד%20%5bקל%5d%20%7bעמד%7d%22) [וקדש[ו]](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=28426&SUM=%224869%22&ZMAN=%221%22&ERECH=%22קדשׁ%20%5bפיעל%5d%20%7bקדשׁ%7d%22) [קנו,](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=29259&SUM=%223257%22&ZMAN=%221%22&ERECH=%22קני%20%5bקל%5d%20%7bקני%7d%22) [הן הן](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=8202&SUM=%2217936%22&ERECH=%22הֵם%20%7bהוּא%7d%22) [הדברים](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=6618&SUM=%2234019%22&ERECH=%22דָּבָר%20%7bדבר%7d%22) [הנקנין](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=29261&SUM=%22344%22&ZMAN=%224%22&ERECH=%22קני%20%5bנפעל%5d%20%7bקני%7d%22) [באמירה.](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=1921&SUM=%22126931%22&ZMAN=%228%22&ERECH=%22אמר%20%5bקל%5d%20(דיבור,%20מחשבה)%20%7bאמר%7d%22)

סוגייה זו חושפת את השלבים השונים בדיון ביסוד התמורה. "דברים הנקנים באמירה" הם הסכמים בין הורי בני הזוג הנישאים. ההורים מעוניינים להכניס נכסים לטובת ילדיהם הנישאים. שטר אירוסין באופן בעייתי- למשל גט ידוע שזה בשטר. אבל איך מבצעים אירוסין? הדבר לא כתוב במקרא- מניין הדבר נלמד? מגירושין- פירוש המילה "גט" בארמית היא "שטר". גירושין נעשים באמצעות שטר ואם הפקעת נישואין נעשית כך אז גם כינון הנישואין יכול להיעשות באמצעות שטר. האם דיני האירוסין יחולו או דיני הגט? הסוגייה הזו נידונה בשני חלקים – לשמה ולדעתה. גט אשה צריך להיכתב לשמה של האשה- הסופר שכותב את הגיטין לא יכול לכתוב גיטין מראש. זה עוד אחד ממנגוני ההשעייה שההלכה מעוניינת בה כאשר אדם מגרש אשה. הדבר נועד לכך שאם אדם רוצה לגרש עליו לעבור הליך מסורבל וארוך, שיקול דעת. מן הליך צינון. אפשר היה עדיין לגרש את האישה נגד רצונה- חייב להיות כתוב לשמה. מה דינו של שטר אירוסין? האם שטר זה מעתיק את הגט או שלא? שטר קידושין צריך להיות לדעתה של האשה.

השאלה היא מה דינו של שטר אירוסין שנכתב לשמה אבל לא לדעתה? השטר עומד על דרישות של גט. יש מחלוקת בשאלת תוקף השטר. הוא כתוב כמו גט- לא מרצונה של האישה (לא לדעתה) משמה. אין בעיה לכתוב משמה אבל האירוסין חייבים להיות מדעתה. כאן בעצם מתחדדת השאלה האם שטר כזה שהתחפש לגט הוא כשר- דיניו כמו בגט או דיניו כמו באירוסין? ניתן לא רק לקדש אותה או גם לכתב את השטר רק מרוצה. רב ורבינא חשבו שמערכת הדינים שחלה על האירוסין זה על גט- כמו שגט כזה כשר (לא מדעתה) אז גם אירוסין כשר. יש מחלוקת עם רב פפי ורבי שבריא- לא מקודשת- כתיבת השטר לא מרצונה ולא אפשרית.

החכמים מקשים על אותם אמוראים הראשונים שאמרו שדין שטר אירוסין כדין גט מהמקור התנאי בה שכתוב בו ששטר אירוסין חייב לכתב מדעת שניהם- ברור שבלי דעתה פסול (בניגוד למה שהחכמים אומרים). התלמוד מנסה להבין מה זה שטר אירוסין- כשהתלמוד אומר ''ממש'' זה סימן שזה לא ממש. כשכתוב שטר אירוסין זה לא ממש אלא משהו אחר- ברור שפרשנות כזו היא לא הפשט. הפשוט היא כמו הדעה של הזוג השני- שאין תוקף כי זה ללא דעתה. אבל כדי להתאים לפירוש של הזוג הראשון ניתן פירוש דחוק- השטר הזה הוא לא אירוסין ממש אלא זה שטרי פסיקתא. הסיפא של המדרש עוסק בדברים הנקנין באמירה ומתאר משא ומתן בין ההורים שבסופו "עמדו וקדשו קנו" (באירוסין), כלומר הסכמים בעל פה בין ההורים גרמו לתוצאה קניינית, מקבל תוקף. ההתחייבות משתכללת ומקבלת תוקף רק כאשר הקידושים יוצאים אל הפועל. התלמוד אומר שלתופעה זו קוראים **"שטרי פסיקתא"** (פסיקתא היא חוזה קצוב). כמו כן אומר התלמוד ששטרי הפסיקתא האלה הם גם שטרי אירוסין. השטר אירוסין זה לא ממש אלא שטרי פסיקתא, מן הסכם ממון בין ההורים- ברור שהסכם ממון חייב להיעשות מדעת שני הצדדים. המקור מזהה בין שלוש תופעות- ''דברים נקנים באמירה''- יש תוקף קנייני אבל אפשר לעשות באמירה. זה שם אחד של ההסכם של הורים לטובת ילדיהם. התלמוד אומר שקוראים לזה גם שטרי פסיקתא- סכומים קצובים. זה לא דברים הנקנים באמירה, זה נעשה בשטר והשם השלישי שמצטרף זה שטרי אירוסין- כאשר אומרים מדעת שניהם הכוונה לאותו שטר פסיקתא. זה לא ממש שטרי אירוסין אלא פסיקתא אבל יש 3 סוגים.

זוהי נוסחה משולשת:

**שטרי פסיקתא= שטרי אירוסין= דברים הנקנים באמירה (הסכמים בין ההורים).**

אנחנו מבינים שאפשר לעשות את ההסכם באמירה בלבד אבל אם צריך שטר אז זה שטר פסיקתא וגם קשורים באיזהשהוא אופן לשטר אירוסין. מה הזיקה שצריכה להתקיים בין שטרי הפסיתקא לאירוסין?

מן הנוסחה עולה קושי, אם הדברים נקנים באמירה איך אפשר לכנות אותם שטרי פסיקתא (שטר בכתב בסכום קצוב) ואיך אפשר לכנות אותם שטרי אירוסין?

בנקודה זו אנו מזהים את **2 נקודות הקיצון** של תופעת "הדברים הנקנים באמירה":

**דעת קיצון 1- דעתו המוקדמת** (סביב 230 לספירה) **של רב:** ] רב, דא'[מר] רב גידל אמ'[ר] רב: [כמה](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=14717&SUM=%225252%22&ERECH=%22כַּמָּה%20%7bמָה%7d%22) [אתה](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=3316&SUM=%2217271%22&ERECH=%22אַתָּה%20%7bאַתָּה%7d%22) [נותן](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=21163&SUM=%2222321%22&ZMAN=%224%22&ERECH=%22נתן%20%5bקל%5d%20%7bנתן%7d%22) [לבנך,](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=4337&SUM=%2237143%22&ERECH=%22בֵּן%20(ולד%20זכר,%20רכיב%20של%20שם%20פרטי)%20%7bבני%7d%22) [כך וכך,](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=14540&SUM=%2216647%22&ERECH=%22כָּךְ%20%7bכָּךְ%7d%22) [וכמה](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=14717&SUM=%225252%22&ERECH=%22כַּמָּה%20%7bמָה%7d%22) [אתה](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=3316&SUM=%2217271%22&ERECH=%22אַתָּה%20%7bאַתָּה%7d%22) [נותן](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=21163&SUM=%2222321%22&ZMAN=%224%22&ERECH=%22נתן%20%5bקל%5d%20%7bנתן%7d%22) [לבתך,](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=4958&SUM=%227363%22&ERECH=%22בַּת%20(ולד%20נקבה,%20בעלת)%20%7bבני%7d%22) [כך וכך,](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=14540&SUM=%2216647%22&ERECH=%22כָּךְ%20%7bכָּךְ%7d%22)  [עמדו](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=23868&SUM=%2211583%22&ZMAN=%221%22&ERECH=%22עמד%20%5bקל%5d%20%7bעמד%7d%22) [וקדש[ו]](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=28426&SUM=%224869%22&ZMAN=%221%22&ERECH=%22קדשׁ%20%5bפיעל%5d%20%7bקדשׁ%7d%22) [קנו,](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=29259&SUM=%223257%22&ZMAN=%221%22&ERECH=%22קני%20%5bקל%5d%20%7bקני%7d%22) [הן הן](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=8202&SUM=%2217936%22&ERECH=%22הֵם%20%7bהוּא%7d%22) [הדברים](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=6618&SUM=%2234019%22&ERECH=%22דָּבָר%20%7bדבר%7d%22) [הנקנין](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=29261&SUM=%22344%22&ZMAN=%224%22&ERECH=%22קני%20%5bנפעל%5d%20%7bקני%7d%22) [באמירה.](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=1921&SUM=%22126931%22&ZMAN=%228%22&ERECH=%22אמר%20%5bקל%5d%20(דיבור,%20מחשבה)%20%7bאמר%7d%22)

רב עומד מאחורי התופעה שבאמצעות הסכם בע"פ של הורים בנוגע לנישואי ילדיהם ההסכם תקף ויש לו תוקף קנייני.

**דעת קיצון 2- דעתו של העורך המאוחר (סתם התלמוד)**: דן בדבריהם בשלב מאוחר של המאה ה-500 לספירה (דור שביעי של אמוראי בבל ולאחר מכן) נטען שעל מנת שלהסכם בין ההורים בנוגע לילדיהם יהיה תוקף, הוא חייב להיות בכתב שקשור לאירוסין- נוסחה משולשת. יש לנוסחה 2 משמעויות- מעכשיו זה לא באמירה אלא בכתב ולא זו בלבד אלא שצריך גם דבר מה נוסף: שזה יהיה קשור לאירוסין (לא יודעים עדיין מה הזיקה). 2 דרישות חדשות שלא מקופלות במקור.

גופה: אמ'[ר] רב גידל אמ'[ר] רב: [כמה](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=14717&SUM=%225252%22&ERECH=%22כַּמָּה%20%7bמָה%7d%22) [אתה](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=3316&SUM=%2217271%22&ERECH=%22אַתָּה%20%7bאַתָּה%7d%22) [נותן](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=21163&SUM=%2222321%22&ZMAN=%224%22&ERECH=%22נתן%20%5bקל%5d%20%7bנתן%7d%22) [לבתך?](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=4958&SUM=%227363%22&ERECH=%22בַּת%20(ולד%20נקבה,%20בעלת)%20%7bבני%7d%22) [כך וכך.](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=14540&SUM=%2216647%22&ERECH=%22כָּךְ%20%7bכָּךְ%7d%22) [כמה](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=14717&SUM=%225252%22&ERECH=%22כַּמָּה%20%7bמָה%7d%22) [אתה](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=3316&SUM=%2217271%22&ERECH=%22אַתָּה%20%7bאַתָּה%7d%22) [נותן](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=21163&SUM=%2222321%22&ZMAN=%224%22&ERECH=%22נתן%20%5bקל%5d%20%7bנתן%7d%22) [לבנך?](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=4337&SUM=%2237143%22&ERECH=%22בֵּן%20(ולד%20זכר,%20רכיב%20של%20שם%20פרטי)%20%7bבני%7d%22) כך [וכך.](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=14540&SUM=%2216647%22&ERECH=%22כָּךְ%20%7bכָּךְ%7d%22)  [עמדו](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=23868&SUM=%2211583%22&ZMAN=%221%22&ERECH=%22עמד%20%5bקל%5d%20%7bעמד%7d%22) [וקדשו](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=28426&SUM=%224869%22&ZMAN=%221%22&ERECH=%22קדשׁ%20%5bפיעל%5d%20%7bקדשׁ%7d%22) [קנו,](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=29259&SUM=%223257%22&ZMAN=%221%22&ERECH=%22קני%20%5bקל%5d%20%7bקני%7d%22) [הן הן](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=8202&SUM=%2217936%22&ERECH=%22הֵם%20%7bהוּא%7d%22) [הדברים](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=6618&SUM=%2234019%22&ERECH=%22דָּבָר%20%7bדבר%7d%22) [הנקנין](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=29261&SUM=%22344%22&ZMAN=%224%22&ERECH=%22קני%20%5bנפעל%5d%20%7bקני%7d%22) [באמירה.](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=1921&SUM=%22126931%22&ZMAN=%228%22&ERECH=%22אמר%20%5bקל%5d%20(דיבור,%20מחשבה)%20%7bאמר%7d%22)  לפי דעת רב יש תוקף קניינילעסקאות כאלה גם אם נעשו בע''פ.

**שלב שלישי- שלב ביניים- דעתו של רבא**: שלב זה הוא מאמצע המאה ה-4. רבא דן בהלכה הראשונים של רב:

אמ'[ר] רבא: מסתברא טעמ'[א] דרב - בבתו נערה, דקא ממטי ליה הנאה, אבל בבתו בוגרת - לא

פירוט על הסוגייה (גופה). רבא (350 לספירה) טוען שיש היגיון משפטי לתוקף קנייני לאמירה בהסכים כאלה רק בבת נערה אבל אם היא בוגרת אין הגייון בדבריו של רב- מסייג את הלכת הדברים שנקנים באמירה לבת נערה מול בת בוגרת. לגבי בת בוגרת הלכה זו לא תחול. **מה ההבדל בין בת בוגרת לבת נערה**? בהלכה החלוקה בין בגירים לקטינים היא חלוקה ל-3: קטנה, נערה ובגירה. נערה הוא שלב שבו מבחינת הכשרות המשפטית היא יכולה לקבל החלטות כבוגרת אך היא עדיין תחת חסות אביה-נערה. במקרא יש לא מעט הלכות שהמושא שלהן הוא נערה וחכמים קבעו ששלב ביניים זה הוא שלב שמתפרש על חצי שנה: מגיל 12 ועד גיל 12 וחצי. מבינים שיש פיקציה משפטית כלשהיא. יש כמה תיאוריות לגבי החלוקה הזו- ***אלברטל*** טוען שהלכות אלה קובעות את העדנות והבעלות של האבא בבת. המקרא אכן חשב כך- האבא הוא הבעלים על ילדיו. חכמים לא אהבו את הרעיון לפיו האבא הוא הבעלים של האשה גם כשהיא בגירה ולכן צמצו את ההלכה כך שהאבא הוא הבעלים עד לתום תקופת הנערות ולכן אמרו את הדבר הבא: כל עוד הילדה קטנה היא חסרת כשרות משפטית ולכן היא סוג של רכוש, כשהיא גדלה זה צריך להשתנות- כשהיא נערה יש לה דעת ורצון **אבל עדיין שלב מעבר** ולכן הוא עדיין מקדש אותה אבל צריך לשאול אותה והטובות הנאה מגיעות לאב בחצי שנה הזו. יש הרבה מאד הלכות במקרא לגבי נערה- והאבא קיבל את טובות ההנאה ובגלל שזה היה מושג אמורפי החליטו שזה חצי שנה שצמודה לקטנות ולאחר מכן יש לבגירה כשרות משפטית. **לא כך בבת בוגרת- בת בוגרת היא בגירה והיא מחליטה למי להתקדש ולכן על תמורה שתצמח ממעשה הקידושין, שלה היא.** על רקע זה אומר רבא שהלכת הדברים שנקנים באמירה הגיוניים רק כאשר הבת נערה שהרי רק אז האב מארס את הבת והוא מקבל תמורה ומתחייב בהתחייבות כספית- מגיעה אליו הנאה, מקבל טובת הנאה כספית כשהוא מארס את ביתו ולכן בגלל שמקבל תמורה אפשר להבין למה להסכם כזה יינתן תוקף. בבת בוגרת האב לא יקבל שום תמורה ולכן לא נוכל לומר שההסכם בע"פ מסתכם לתוצאה קניינית ולכן לא יהיה לו תוקף. **רבא מסייג את דברי רב וטוען למעשה שצריך להכניס להסכם בין הורים לגבי ילדיהם גורם חדש שהוא דרישת התמורה- אם אנחנו מעוניינים שלהסכם יהיה תוקף קנייני (ושיהיה תקף כמובן), חייבת להיות תמורה.**

התלמוד מבקר את דרישת רבא לתמורה ב-2 מישורים:

והאלהים! אמ'[ר] רב אפילו בבתו בוגרת, דאי לא תימא הכי, אבי הבן מה הנאה קא ממטי לידיה?

* + - 1. המסורת הברורה אומרת כי ההסכם בע''פ תקף גם בבתו הבוגרת (גם בלי תמורה של האב).
      2. גם ללא המסורת, מבחינת ההיגיון, מכיוון שמדובר בעסקת בעלת 2 צדדים- אבי הבן לא מקבל תמורה ולכן דרישת התמורה לעולם לא תתקיים לגביו. מתרכזים בכלה אבל יש תוקף גם לגבי החתן- הוא לא מקבל טובת הנאה, להפך, הוא צריך לשלם (אין תמורה לאבא של החתן). ולכן רבא לא צודק עם דרישת התמורה, הוספת באופן מלאכותי.

התלמוד מציע שיפור מסוים בדבריו של רבא:

אלא בההיא הנאה דקא מיחתני גבי הדדי, גמרי ומקני להדדי.

מכניס מנגנון של בההיא הנאה- טובת הנאה. עד עכשיו הבנו שדרישת התמורה של רבא היא כספית. אבל התלמוד אומר שזה לאו דווקא תמורה כספית וריאלית- אלא גם ע''י טובת הנאה שצומחת למתחייב. החיתון הוא חיתון לא רק בין בני זוג אלא בין המשפחות. באותה ההנאה שההורים מתחתנים זה בזה, הם גם מקנים זה לזה. התלמוד אומר כי אנחנו עומדים על דרישת התמורה על מנת שלהסכם יהיה תוקף אבל התמורה לא חייבת להיות תמורה כספית וממשית אלא יכולה להיות גם טובת הנאה כללית, מעין סיפוק אינטרס. התלמוד אומר שמצד אחד אנחנו נשאר עם דרישת התמורה של רבא אבל נגדיר אותה בצורה רחבה יותר- הנאה היא לא תמורה כספית אלא סיפוק אינטרס. הורים שמחתנים את הילדים שלהם מספקים מעין אינטרס. **בעבור סיפוק זה הם גומרים בדעתם- בההיא הנאה נחשבת תמורה.** דברי רבא נכונים שהוסיף תמורה וגם לפי דברי רב שיש תוקף לאמירה- תמיד תתקיים התמורה, גם אם לא כספית וריאלית.

פרשנות זו למעשה פתרה את שתי הביקורות של התלמוד על דרישת רבא לתמורה- גם לאבא של הבת הבוגרת יש הנאה וגם למשפחת החתן, אבי החתן יש תמורה בדמות גמירות דעת ולכן הביקורת מתבטלת יחיד עם פרשנות זו של התלמוד.

**קיצוני- אמירה בע''פ, קיצוני השני-דרישת כתב עם דרישה לאירוסין, באמצע- רבא: תוקף קנייני= דרישת תמורה. לגבי דרישת התמורה רבא חשב שזו תמורה כספית ממשית לכן צמצם את דברי רב לבתו נערה והתלמוד מכריח את רבא לצאת ממחשבות אלה כי ככה לא מסביר את המסורת שחל על בוגרת ועל אבי החתן- דרישת התמורה גם לא טובת הנאה כספית אלא אחרת.**

**שלב 4-** **שלב ביניים:**

א'ל [=אמר ליה] רבינ' לרב אשי: [דברים](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=6618&SUM=%2234019%22&ERECH=%22דָּבָר%20%7bדבר%7d%22) [הללו](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=8178&SUM=%221360%22&ERECH=%22הַלָּלוּ%20%7bזֶה%7d%22) [ניתנו](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=21166&SUM=%222456%22&ZMAN=%221%22&ERECH=%22נתן%20%5bנפעל%5d%20%7bנתן%7d%22) [להכתב](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=15392&SUM=%22723%22&ZMAN=%227%22&ERECH=%22כתב%20%5bנפעל%5d%20%7bכתב%7d%22) [או](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=696&SUM=%2213100%22&ERECH=%22אוֹ%20(מילת%20ברירה)%20%7bאוֹ%7d%22) [לא](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=15476&SUM=%22110908%22&ERECH=%22לֹא%20%7bלֹא%7d%22) [ניתנו](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=21166&SUM=%222456%22&ZMAN=%221%22&ERECH=%22נתן%20%5bנפעל%5d%20%7bנתן%7d%22) [להיכתב?](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=15392&SUM=%22723%22&ZMAN=%227%22&ERECH=%22כתב%20%5bנפעל%5d%20%7bכתב%7d%22)

א'ל [=אמר ליה]: [לא](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=15476&SUM=%22110908%22&ERECH=%22לֹא%20%7bלֹא%7d%22) [ניתנו](http://hebrew-treasures.huji.ac.il.mgs.hertzog.macam.ac.il/resolve.asp?KODERECH=21166&SUM=%222456%22&ZMAN=%221%22&ERECH=%22נתן%20%5bנפעל%5d%20%7bנתן%7d%22) להיכתב...

דברים בין רבינא לרב אשי. השאלה היא האם את אותם הסכמי טרום נישואין בין ההורים שנעשו בע"פ יכולים לעלות על הכתב? האם ניתן לכתוב אותם או לא? המשמעות היא האם מותר או אסור לכתוב את ההסכמים. למה שיהיה אסור לכתוב? כזכור, יש הבדל בין התחייבות כתובה להתחייבות בע"פ.

דיברנו על ההבדל בין הלוואה שניתנה בע"פ לבין הלוואה שניתנה בשטר. כאשר ההלוואה היא בע"פ, היחסים הם אובליגטוריים ולכן ניתן לגבות את החוב רק מנכסים שהם תחת ידי החייב. כאשר יש שטר היחסים הם מעבר ליחסים אובליטרוריים, מעיין קנייניים במובן זה שהנושה יכול לפרוע את החוב גם מנכסים של החייב שנמצאים בידי צדדים שלישיים וזאת מפני שיחסי החיוב הם לא רק כלפי החייב אלא כלפי קניינו ומכיוון שכך אז יש זכות עקיבה אחרי הנכס גם כשהוא נמצא בידי צד ג'- אפשר לעקוב אחרי נכסים משועבדים. מה הסיבה לשדרוג יחסים זה? השטר הוא ביטוי לפומביות. אי אפשר לגבות מבסיס השטר ביחסים אובליגטוריים. אם נעשה הסכם בכתב מכניסים לתוך מעגל החיוב צדדי ג', למרות שלא צריכים להיות שם. השאלה מה קורה בזמן שבין ההתחייבות בפועל נעשה בע''פ לבין המצב שהם נכתבו על השטר? אם היחסים בעלי אופי אובליגטורי אסור לכתוב אותם אך אם הם קניינים אפשר להעלות אותם כי שום דבר לא השתנה. זו השאלה של רבינא לרב אשי.

רב אשי אומר שלא- אין להסכמים אלה אופי קנייני אם נעשו בע''פ ורק אם יעמדו בדרישת הכתב יהיה להם אופי קנייני. אם מעלים את זה ישר על הכתב אז יש לזה אופי קנייני או לתת אופי קנייני מהשלב שאני כותבת אך לא באופן רטרו' כי כשהביאו את החוזה לכתב יצרו למעשה מצג שווא כלפי הצדדים השלישיים שלא חשבו שבמידה וההסכם לא ימולא ניתן יהיה לגבות את חוב ההורים מהם (כאמור, כשהסכם בכתב ניתן לגבות את החוב גם מצדדים שלישיים). זה הנימוק שנותן ***רב אשי*** לסיבה שבגללה לא ניתן להעלות לכתב הסכמי טרום נישואין בע"פ.

***רב אשי*** אומר למעשה שיש פער בין הסכם בע"פ להסכם כתוב. הסכם בע"פ הוא חסר תוקף קנייני, הוא אובליגטורי בלבד. להסכם בכתב (שהיה בכתב מלכתחילה) יהיה תוקף קנייני.

***לסיכום***, השלבים שלנו מתחילים עם האמורא רב. רב שגדל בארץ ישראל הכיר את ההסכם הרומאי שנעשה בע"פ בצורה של שאלה ותשובה והיה לו תוקף קנייני. מסיבה זו רב אומר שלהסכמים כאלה שנעשו בע"פ היה תוקף. גם דרך הכתיבה שלו דומה לזו של הרומאים, צורה של שאלה ותשובה- כשהוא מתאר את התופעה של הסכמים של הוריהם- נוסחה מילולית: נותן כך וכך (נוסחת הסטיקולציו). חוזים כאלה במרחב הרומי היו בעלי תוקף קנייני.

בהמשך רב ירד לבבל ותלמידיו שפעלו בסביבה אחת, הסביבה הבבלית שבה נוהג המשפט הססני הנכשל. זה מסתדר עם כך שהתנאים והאמוראים המוקדמים שחיו במרחב הארץ ישראלי השפעו מהמשפט הרומי שהכירו בתופעה החוזית. ככל שההלכה הזו נקלטת בבבל, שלא מכירים בה בתופעה החוזית ולכן לאחר 100+ שנים, כשהדברים מגיעים לרבא.

**רבא, שנטוע עמוק בהוויה הבבלית,** שעל מנת להגיע לתוצאה הקניינית נדרש הליך מענין קנייני, דהיינו דרישת תמורה (על מנת להגיע לתיאום בין הלכת רב להלכת רבא צריך להגיש שהתמורה היא לא כספית אלא תמורת הנאה- בההיא הנאה). באופן הזה ניתן לתת תוקף- משהו ממשי: אני נותן משהו ומקבל משהו. לא רק תוקף חוזי אלא קנייני.

לאחר 100 שנים קובע ***רב אשי*** דבר אחר. לדידו, אם רוצים להסכם יהיה תוקף קנייני, עליו להיות כתוב. מהסכמים בע"פ לא יצא קניין. העורך מסכים איתו וקובע גם הוא שעל מנת שלהסכם יהיה תוקף, עליו להיות בכתב. הוא מוסיף ואומר שלהסכם הכתוב צריך להיות קשר לאירוסין.

אחרי התמורה והכתב מגיעים לדעת העורך- בעבר זה היה באמירה אבל היום זה צריך להיות בשטר (בכתב). לא מספיק שתהיה דרישת כתב אלא מעוניינים שהכל יהיה ערוך באירוסין- מערך כללי של אירוסין ומצרפים לאירוסים בכללם את ההסכם הזה. זה עוד מכשול- חלק עסקת החבילה של האירוסין. בצורה קיצונית זה אומר שעדיף לא לתת תוקף לאף הסכם אלא רק כשהוא נלווה למשהו.

לסיכום, התלמוד עומד על דרישת התמורה (חוץ מעוד אלמנטים) והתפקיד שלה הוא בעצם לשוות להסכם גוון שהוא קנייני או מעין-קנייני ובדרך הזאת אנחנו בעצם משיגים שני דברים – קודם כל ההסכם חורג מהסביבה החוזית ועובר לסביבה הקניינית, שהיא סביבה הרבה יותר נוחה, זה נותן ממשות להסכם הערטילאי, והדבר השני הוא שלהסכם עשוי להיות תוצאות קנייניות.

התנאים וראשוני האמוראים יקום רק על דרישת התמורה (יכול להיות בע''פ) ,יש מקום להגיד שלפי רב אין בכלל צורך בדרישת התמורה והרעיון של הדרישה הזו היא המצאה של התלמוד, היא לא דרישה מקורית במשפט התלמודי ולא נמצא אותה אצל תנאים וגם לא אצל רב, היא יצירה אמוראית, בבלית מאוחרת שבאה לתת תוקף להסכמים ולהסביר למה יש להם תוצאות קנייניות, היא תחפושת קניינית על הסכם ערטילאי וזהו למעשה תפקידה שקשור לבעיות שונות בסביבה הבבלית. **עדייו לא ברור אם צריך תמורה בכל חוזה או דווקא כשמעוניינים שיהיה גוון קנייני ואז צריך לדבר על תן וקח- אז אולי אפילו דרישת התמורה לא נדרשת תמיד אלא רק בחוזים שאני מעוניין שיהיה לה תוקף קנייני. לא ברור מה התפקיד המדויי' של תמורה- תפקיד כללי לתת תוקף לחוזה או תפקיד ספציפי לתת גוון קנייני? בהמשך, יתברר לנו שהיא דרישת תמורה כללית- כדי שיהיה לו תוקף.** חוץ מהתמורה אפשר להוסיף גם בההיא הנאה- נראה איך זה עובד.

**דוגמה בה רואים שדרישת התמורה היא מכוננת (בלעדייה אין תוקף להסכם):**

בבא מציעא צד, א, עפ"י כ"י המבורג 165

תנא: ומתנין על שומר חנם להיות כשואל. במאי, בדברים?

אמ'[ר] שמואל: בשקנו מידו.

ור'[בי] יוחנן אמ'[ר]: אפלו תימא לא קנו מידו, בההוא הנאה דקא מהימן ליה - גמר ומשעביד נפשיה.

יש מספר סוגי שומרים. ההלכה קובעת ששואל חייב לשלם לבעל החפץ אם קרה לחפץ משהו. שומר חינם חב באחריות אם אירע משהו לחפץ בשמירתו רק במקרה של רשלנות פושעת ואירע נזק בגין הרשלנות שלו, רשלנות רגילה או אונס פטור. השואל הוא על הצד השני של הסקטאלה- אחריות מוחלטת. מתנים על שומר חינם להיות כשואל. והתלמוד שואל איך אפשר לעשות הסכמים כאלה?

מקור זה אומר שלפעמים שומרים יכולים לעשות הסכמים שמבחינת האחריות חורגת מן הדין, לקולא או לחומרא. אם שומר עשה הסכם שבו הוא מטיל על עצמו אחריות גדולה יותר מזו שיש לשומר רגיל, יהיה להסכם תוקף. התלמוד שואל כיצד נעשה הסכם כזה? ***רבי שמואל*** אומר שההסכם נעשה באמצעות "קנו מידו"- באמצעות סימולציה הופכים את העסקה הערטליאית לממשית- דרך אחת. ***רבי יוחנן*** מציע הצעה אחרת, לא חייב קנו מידו. אומר שההסכם משתכלל באמצעות תמורה מסוג "בההיא הנאה"- לשומר יש הנאה מכך שהוא שומר על החפץ שהרי כך הוא מצטייר כנאמן. רבי יוחנן טוען שמכיוון שלשומר חינם יוצא משהו מן השמירה, תמורת סיפוק האינטרס הוא מוכן לקחת על עצמו התחייבויות, גם כאלה שיותר מחמירות- יש לו טובת הנאה מכך שמאמינים לו. ההנאה היא התמורה (תמורה בצורתה הרחבה, דהיינו הנאה), וזו נותנת תוקף לחוזה. יהיה להסכם הזה תוקף מכוח המנגנון של בההיא הנאה. הוא מתפקד בתוך מנגנון שנותן תוקף להסכם- התלמוד אומר שזה לא יכול להיות בדברים. לפי סוגיה זו התפקיד של בההיא הנאה לקחת חוזה שאין לו תוקף ולתת לו תוקף ממשי- תעביר אותו ממצב של דברים למצב של ממשות. הבההיא הנאה פה היא סוג של תמורה (בהמשך נבין איך הבההיא הנאה עובד, פה זה נראה תמורה).

דוגמא נוספת:

בבלי, בבא בתרא קעג, ב

אמר אמימר: ערב דמשתעבד - מחלוקת ר' יהודה ור' יוסי, לרבי יוסי דאמר: אסמכתא קניא - ערב משתעבד, לר' יהודה דאמר: אסמכתא לא קניא - ערב לא משתעבד.

אמר ליה רב אשי לאמימר: הא מעשים בכל יום, דאסמכתא לא קניא וערב משתעבד! אלא אמר רב אשי: בההוא הנאה דקא מהימן ליה - גמר ומשתעבד נפשיה.

הערב מבטיח לנושה שאם החייב לא ישלם, הוא ישלם במקומו אז בעצם כל הסכם ערבות הוא הסכם שעלול להיות נגוע באסמכתא ולכן יכול להיות שאין לה תוקף (בלי קשר לכך שיכול להיות שלהסכם בפני עצמו לא יהיה תוקף- בלי קשר לכך שהיא אסמתכא). התלמוד שואל איך בכלל יש תוקף להסכם ערבות? "אמר אמימר: ערב משתעבד"- הערב תלוי במחלוקת בין ר' יהודה לבין רבי יוסי. כלומר, ערבות היא מקרה פרטי של אסמכתא ולכן יש לו תוקף רק על פי הדעה של ר' יוסי לפיה אסמכתא קונה ור' יהודה "לא קניא"- אין תוקף להסכם כזה. מה שנוסף בקטע לעיל הוא שלהסכם ערבות יש תוקף רק לפי ר' יוסי. רב אשי אומר שההלכה הבבלית לעניין אסמכתא היא שאין לה תוקף אז איך לערבות יש תוקף? **בדומה לשומר חינם- רב אשי עונה שהסכמי ערבות משתכללים באמצעות "בההיא הנאה". זה לא נכון שלערב לא יוצא מזה כלום- סומכים עליו** (על החייב הנושה לא סומך ועל הערב כן- דימוי חברתי של מהימן) **בעק' טובת ההנאה מוכן לשעבד את עצמו ולהתחייב. ערבות ללא בההיא הנאה היא אסמתכא- אין לה תוקף, הבההיא הנאה נותנת את התוקף החוזי.**

בשני המקורות שראינו תפקיד "הבההיא הנאה" הוא לפתור בעיות בדיני החוזים, לתת תוקף לחוזים. אחרי מה שאמר רבא לגבי ההסכם ניתן לראות עכשיו שדרישת התמורה היא בסיסית- נועדה לפתור את בעיית ההתחייבות ולתת להסכם תוקף כללי, משהו בסיסי יותר. בנוסף, המנגנון יפתור בעיה נוספת- יכול לשוות גם גוון קנייני.

ראינו שיש מחלוקת באשר לשאלה מהי תמורה- האם מדובר בתמורה כספית או שמא בכל סוג של תמורה. נראה כי דרישת התמורה לא הייתה קיימת בתחילה והיא נכנסה לתמונה בשלב מאוחר יותר. דרישה זו, בין השלב המוקדם למאוחר, מקבלת פנים חדשות, רחבות יותר- היא מתפרשת באופן שאינו דווקני אלא באופן מופשט ורחב. **התמורה נדרשת כמו במשפט האנגלי- כדי שיהיה תוקף לחוזה. אך כיצד זה עובד? איך מנגנון הבההיא הנאה פותר את בעיית ההתחייבות כשלעצמה ואת בעיית האסמכתא?**

אז אחרי שאנו יודעים שיש דרישת תמורה שנכנסה לתמונה, ושיש בכוחה לפתור בעיות הקשורות להיעדר תוקף חוזי, אנו ננסה להראות **ויכוח חשוב בעניין זה בין הגאונים לראשונים לגבי התפקיד של דרישת התמורה והאופן שבו היא עובדת**, והחוקרים מצטרפים לויכוח הקדמון הזה בין ביודעין בין שלא ביודעין.

**העמדה ה-1:** דרישת התמורה המסופקת דרך בההיא הנאה על בסיס של תפיסה קניינית או מעין קניינית. טובת ההנאה שמוחלפת בין הצדדים היא שוות כסף שקולה לטובין, ומתוך כך פועלת כאילו קיבלת חפץ לידך ואתה משאיר חפץ תמורתו🡨מעין עסקת חליפין. **ודבר זה מסביר גם למה אופי ההתחייבות הוא קנייני ולא חוזי:**

בההיא הנאה- אקט מעין קנייני- משולבת בו כביכול תמורה ממש- אקט מעין חליפי. תומך בגישה זו רבנו חננאל.

רבנו חננאל, אוצר הגאונים, קידושין ז, א, עמ' 9

וההיא הנאה מיחשבא לה ככלי דיהביה הקונה למקנה, וקנה בו בתורת חליפין...

***רבנו חננאל*** סבור ש"בההיא הנאה" היא מעין החלפת חפצים. ההנאה היא מעין חפץ שמועבר מיד ליד. רבבנו חננאל סבור שההנאה של ההורים שמחתנים את ילדיהם היא כטובין שמועבר מיד ליד. מדבר על מונחים קנייניים.

הר"ן (ג, א מדפי הרי"ף, ד"ה גרסי')

ולא תטעה דבריו לומר, שהוא סובר דההיא הנאה מדין חליפין, ולא מדין דמים, שאם כן אשה שאינה נקנית בחליפין, היאך נקנית באותה הנאה...

***הר"ן*** מעצים את הדברים- ממש כסף. מבקש לדייק את רבנו חננאל- בההיא הנאה אפשר לצאת לידי חובה כשצריך חליפין אבל הוא אומר שגם במקרה שצריך תמורה כספית ממשית בההיא הנאה יועיל. ומוכיח ע''י מנגנון של קידושין: אם אישה מתחתנת עם אדם חשוב ואם היא נתנה לו מתנה והוא הסכים לקבל ממנה, תמורת אותה טובת הנאה שהוא מסכים לקבל ממנה כי הוא אדם חשוב היא מתקדשת בקידושי כסף. זה מעבר לחליפין, אם זה מנגנון שעובד בקידושין אז זו תמורה כספית ממשית. כמובן שדבריו בעייתים במיוחד לרקע הסוגייה של ההסכם בין ההורים- יש להניח שבבוגרת לא מקבל תמורה ממשית. מהתלמוד זה נראה שונה. בקידושין זה נכון, שם זה כן מתפקד כמנגנון של קידושי כסף, אך זה לא תמיד ככה.

רבים מסכימים עם העמדה הזו. אחד מהם הוא ***אשר גולאק:***

אשר גולאק, תולדות המשפט בישראל בתקופת התלמוד א, החיוב ושעבודיו, ירושלים תרצ"ט, עמ' 4 ...טובת הנאה המגיעה לזה שמתחייב, שגם היא משמשת **מעין נתינת** **חפץ** (ההדגשה במקור) ממשי- אמירה מינואית- דומה לרבנ חננאל.

אשר גולאק, יסודי המשפט העברי ב, ת"א תשכ"ז, עמ' 37: ...היסוד העיקרי בהעמדת החיובים... מתן שווי של תגמול... וטובת הנאה זו יש לה ערך השווי, והיא כנתינה של תגמול כנגד החיוב- דומה יותר לר''ן.

בההיא הנאה מצליח לתת תוקף לחוזה מאחר שהיא נותנת תמורה כספית, לפחות שווה פרוטה. ל**בההיא הנאה צריך להצטרף אינטרס ששווה כסף על מנת להכשיר עסקה ולכן כאילו כסף-** עושים סימולציה- מבחינתנו כאילו היה כאן משהו ריאלי**. זה התפיסה של תמורה כתמורה כספית וממילא התמורה מסיבה את החוזה לקניין.** כשהיא חוזית זו בעיה אבל כשהיא קניינית היא ממשית והיא כאן ועכשיו ולא עתידית. בהההיא הנאה הופכת מערטילאיות לממשיות, זה יכול לפתור את בעיית האסמכתא- בערבות מעתיקים את מרכז הכובד מהעתיד להווה- עכשיו מסתמכים עליו והוא נותן את ההבטחה שלו בתמורה.

עמדה ב'- אם לא ניתן תקבול כספי לא ניתן לראות בזה שווה כסף. סבורה ש"בההיא הנאה" זה לא תכלית כשלעצמה אלא אמצעי שמייצר/ מוכיח גמירת דעת. מה שנותן את התוקף לעסקה החוזית זה גמירת הדעת. תזה זו טוענת שבההיא הנאה זה לא דבר שעומד בפני עצמו אלא אינדיקציה לגמירת דעת. כשהאינטרס של אחד הצדדים מסופק, ניתן ללמוד שיש לו גמירת דעת. המטרה של המנגנון זה לייצר באופן וודאי ג''ד אצל המתחייב. הבעיה היא לא הערטיליאיות אלא המנטלית. לפי הגישה הזו העסקה החוזית נשארת חוזית- יש בעיה של ג''ד שמתגברים עלייה ע''י בההיא הנאה.

***הרשב"א*** מייצג עמדה זו (נושא הדגל העיקרי):

רשב"א בחידושיו, קידושין ז, א, ד"ה איתמר

...דאטו באשה ובקרקע הנאה זו כסף ממש היא? הנאה יש כאן, **כסף אין כאן**! אלא כדי לקיים כונת המקנה ודעתו, אנו רואים הנאתו כאלו יש לה ממש, **שיתקיים דעתו עליו**...

הרשב"א סבור שלא ניתן לטעון שהנאה היא כסף ממש- יש הנאה אך אין כסף- הוא פורמאליסט. בההיא הנאה לא פועלת כתמורה אלא רק כטריגר על מנת לייצר ולהוכיח גמירת דעת. ההנאה יוצרת ומלמדת על כך שיש גמירת דעת. בההיא הנאה **לא** פועל כגמור כספי- בההיא הנאה פועל רק במישור המנטלי והיא רק כלי לייצור והוכחת גמירות דעת. כזכור, הוא אומר זאת גם על ערבות:

רשב"א, שם ו, ב, ד"ה תן מנה

דערב נמי בההיא הנאה דקא מהימן ליה **משתעבד**, **ולא מחמת גוף הממון ממש**...

הוא חוזר על כך שאין כאן גוף ממשי כספי שעובר לערב. אחרי שנותן בו אמון מוכן לגמור בדעתו ולשעבד את עצמו.

עמדה זו של הרשב"א נתמכת במשפט המודרני ע"י דעתו של ***חיים סולוביצ'יק***:

חיים סולוביצ'יק, "ערב בריבית", ציון לז (תשל"ב), עמ 10, הע' 32

לא ברור כלל באם ההלכה של "ההיא הנאה גמר ומשעבד נפשיה" נובעת מקנין כסף שהרי התחייבות מטעם קנין כסף לא ידועה לנו בהלכה, שמי שהוא יתחיב על-ידי קבלת שווה פרוטה, חידוש הוא.

חיים סולוביצ'יק לא מקבל את העמדה הראשונה לפיה "בההיא הנאה" שווה לתמורה כספית. הוא מסמתך על כך שבמרבית המקרים שבהם מצויינת בתלמוד נוסחת הבבהיא הנאה, בסופה בדר"כ מצוין רכיב של גמירות דעת. בכך הוא מסכים עם הרשב"א לפיה התפקיד של בההיא הנאה היא להעיד על גמירות דעת. הוא טוען שלא מצא בשום מקום שאפשר להתחייב ללא כסף ביד, בההיא הנאה ככסף. כן אפשר למצוא הוא פשוט מראש לא רואה זאת כך, לכן מבחינתו זה לא חידוש. לטענתו אין כל סיבה לחשוב שאפשר להכשיר חוזים באמצעות כסף שהרי לא מצאנו בשום מקום שכלול קניין באמצעות כסף- אקט חוזי לא יכלול להשתכלל באמצעות כסף אלא רק באמצעות גמירת דעת.

זהו ויכוח חשוב מאוד באשר לדרישת התמורה ותפקידה- בהקשר הפיזי, בא לפתור את בעיית העריטלאיות, האם היא מתפקדת כמעין כסף או שהיא מתפקדת כזרז וכאינדיקציה לגמירת דעת.

המרצה טוען שבדר''כ התלמוד משתמש בבההיא הנאה בשתי המרכיבים- למשל בסוגיית הערב: טובת הנאה וגמר ומשתעבד נפשי- בההיא הנאה מופיע ב-15 מקומות בתלמוד וברובם מופיעות שתי הגישות. לכן אפשר ברוב המקומות להסביר לפי שתי הגישות.

דנו בדרישת התמורה- האם תמיד ביקש את הדרישה או שזה נכנס אח''כ- כנראה נכנס בלמוד הבבלי ואז ניסינו להבין איך עובד המנגון- תמורה ממשית או זרז מנטאלי.

לדעת המרצה העמדה הראשונה נכונה- בההיא הנאה משמש כמושג של תמורה ובא להתמודד עם בעיה של הפיזיות של העסקה. אגב הדיון המהותי, המרצה ינסה לטעון טענה היסטורית- יש תיזה שאחד ממוביליה הוא גולאק איתו הסכים פרופ' שלום פרידמן, אחד מחשובי חוקרי התלמוד. הם סברו שמוסד בההיא הנאה הוא מוסד עתיק והוא מופיע רק כנספח לדברי האמוראים שהתווסף ע"י העורכים (גם אם אמורא מאוחר אמר זה לא באמת אלא העורך הכניס), שהאמוראים המוקדמים בכלל לא הכירו אותו. למשל רבי יוחנן- הוא אמר משהו והעורך רק דובב אותו אבל המרצה טוען שגישת השכל הישר זה להגיד שאכן האמוראים המוקדמים הכירו את המושג הזה.

המרצה ינסה להוכיח שדרישת התמורה היא דרישת תקבול ונוקטת עמדה פיזית ועל הדרך ינסה להראות גם שהוויכוח ההיסטורי (המרצה בדעת מיעוט יחידה, כולם וחשבים שזה מאוחר) תוצאתו היא שזה מושג מוקדם.

שיעור 8- 8/12/15

דרישת התמורה לא הייתה מאז ומעולן- היא נולדה בשלב מסויים. בסוגיה של דברים הנקנים באמירה זה בא לידי ביטוי- דרישת התמורה כפי שזה נראה עלתה כעוד סוג של פתרון אמוראי (תלמודי) לבעיית ההתחייבות. כלומר, בעיה זו שכבר עסקנו בה בהרחבה זכתה לכל מיני פתרונות. אפשר להתחיל לראות שיש מאפיין משותף לחלק ניכר מהם- העברה של התופעה החוזית למגרש הקנייני ודבר דומה מתרחש גם גאן- דרישת התמורה מעניקה להתחייבות מימד של חליפין- נותן ומקבל ומכאן בההיא הנאה (דרישת התמורה) צומחת בשלב בו אנו צריכים פתרון לבעיית ההתחייבות. מה עומד מאחורי דרישת התמורה (בההיא הנאה)- שתי אפשרויות שמקופלות כבר בנוסחה התלמודית של בההיא הנאה- רישא וסיפא. רישא: בעבור ההיא הנאה- בעבור בההיא הנאה- יש אלמנט של תמורה. סיפא: גמר ומשעבד נפשי- גמירת דעת. האלמנטים האלה שנמצאים בנוסחה הופכים אח''כ למחלוקת- גם אצל החוקים המודרנים וגם אצל חכמי ימי הביינים. אסכולה 1- בההיא הנאה זו תמורה והתפקיד שלה הוא לדבר על בעיית העריטלאיות של תופעת ההתחייבות- מתגברים דרך זה שבעצם חוץ מהעסקה החוזית מתרקמת עסקה מעין קניינית. העובדה שאני נותן תמורה ומקבל התחייבות רואים את זה כמעין עסקת חליפין- אסכולה מעין קניינית (רבננו חננאל, רבנו ניסים שמפרש את רבנו חננאל, גולאק יותר מאוחר). אסכולה 2- לא חפצית אלא מנטלית, דרישת התמורה מחוללת שינוי במובן המנטלי. הבעיה החוזית היא היעדר גמירת דעת כי ההתחייבות היא ערטיאליות אז הבעיה היא שאין גמירת דעת ולא הערטילאיות כשלעצמה. הפתרון לזה הוא בההיא הנאה- ההנחה שיש גמירת דעת (הרשב''א, סולובציק).

נבחן 2 שאלות בפרק הבא- ניסיון לקחת צעד בוויכוח- האסכולה של התמורה או הגמירת דעת היא הדומיננטית? מתוך התלמוד נראה שהתמורה היא הדומיננטית. השאלה השנייה היא הכרונולוגית- הואיל ובמחקר רווחת הדעה שבההיא הנאה זה מוסד מאוחר מאד- בתר תלמודית (תחילת המאה ה-6). זוהי הדעה הרווחת- אף אמורא לא השתמש בנוסחה הזו ולכן יש לשער שזו נוסחת עורך וממילא מאוחרת. המרצה סבור שהם טועים- זה מוסד קדום מאג שכבר ראשי האמוראים השתמשו בו. כדי לטפל בשתי הבעיות נראה שלבההיא הנאה יש מקבילות- בההיא הנאה היא נוסחה רווחת (נמצאת ב-15 מקומות בתלמוד הבבלי), בתלמוד הירושלמי הנוסחה של בההיא הנאה כמו שהיא לא מופיעה. אך המרצה מבקש להראות שכבר בתלמוד הירושלמי יש הופעות של המונח (לא בטרמינולוגיה המדויקת אלא במובן של המהות שעומדת מאחורי המונח). דרך השורשים הקודמים של בההיא הנאה נוכיח שזהו מוסד מוקדם ושהוא מתפקד כגמול כספי (כדעת גולאק). נראה מס' קטעים מן התלמוד הירושלמי :

בההיא הנאה [טובת הנאה] = רוצה ליתן כמה

ירושלמי, כתובות ה, א; דף כט, ג (מהדורת האקדמיה ללשון עברית, עמ' 981)

כ!מ!ה הוא מתחייב ל(ו)[ה]...? ר ו צ ה ה ו א ל י ת ן כ מ ה וליקרות חתנו שלפל'[וני].

עד כדון כשפסק מן האירוסין, פסק מן הנישואין - ר ו צ ה ה ו א ל י ת ן כ מ ה בתשמישה שהוא ערב.

עד כדון כשבעל, לא בעל - ר ו צ ה ה ו א ל י ת ן כ מ ה על קיניינו שהוסיף.

(ספ)[פס]ק מן האירוסין (ספ)[פס]ק מן הנישואין... ר ו צ ה ה ו א ל י ת ן כ מ ה ולא תחזור בה...

תני כשם שהבעל פוסק כך ה(מת)[אב] פוסק...

והאב אינו מזכה (הכתב) אלא בדברים, ובלבד ד ב ר י ם ש ה ן נ ק נ י ן ב א מ י ר ה.

התחייבויות בין איש לאישתו כאשר הפריזמה היא רחבה יותר- התחייבות טרום נישואין (גם של הורים כלפי ילדיהם העומדים להינשא). זה ברור שהעורך כורך בין התופעות האלה של התחייבות של איש כלפי אישתו לבין ההתחייבות של הורים כלפי ילדיהם- דברים הנקנים באמירה. התלמוד הבבלי אמר שמה שמכונן את הדברים הנקנים באמירה זה בההיא הנאה (רבא). הסוגיה מקבילה לסוגיה בתלמוד הבבלי. התלמוד הירושלמי גם מכיר בבעיית ההתחייבות ושואל במה הוא מתחייב לה? התלמוד הבבלי אמר שבבהיא ההנאה שמשכללת את ההתחייבות היא טובת הנאה של המשפחות להתחתן זה עם זה- גומרים בדעתם. זה מה שמכלל את ההסכם שבין איש לבין אישה, הוא מקבל טובת הנאה ושווה לו לשלם עבורה. המונח **"אדם רוצה הוא ליתן כמה"** אשר חוזר בתלמוד הירושלמי מספר פעמים מקביל למונח "בההיא הנאה" ומשמעו "כמה אתה רוצה לשלם". מכאן ברור שמשמעות המונח היא כספית. שווה לי לשלם. התלמוד הירושלמי מעלה את בעיית ההתחייבות והפתרון זה סוג של בההיא הנאה- הסב לו תמורת הנאה. בשלב המוקדם- כשמתארסים ולכן זה מובן שיש וואו גדול סביב להיות חתנו של פלוני. מה קורה אם הסכמים נעשו אחרי הנישואין? קשרי החיתון כבר קיימים אז קשה לומר שקשרי החיתון והגמול הוא זה שיצר את החוזה שהרי עובר לנישואין זה שלב שבו כבר הייתה תמורה. תשמישי קדושה- יחסי המין זה טובת ההנאה שלו. שווה לו להוסיף עוד משהו, כבר נוצר קשר והוא רוצה להוסיף עוד משהו, שווה לו. יש עוד עניין לתת מתנות והלציע גמולים מפני שההנחה היא שזה מחזק את האישה ברצונה להינשא לו. התלמוד הירושלמי ממציא טובות הנאה ששווה לי לשלם עבורן- שווה לי להתחייב. ההסכם הוא בעצם סוג של תמורה שאני מקבל מהנתניה בהסכם.

סוגייה זו עוסקת בשאלה איך דברים נקנים באמירה- מה שנותן את התוקף להסכם לפי התלמוד הירושלמי זה ''בההיא הנאה", מקביל לזה- רוצה הוא ליתן כמה. הירושלמי חושב שמונח זה הוא פתרון לבעיית ההתחייבות. רוצה ליתן כמה- לגבי ההורים ולגבי בני הזוג. יש לבההיא הנאה של התלמוד מקבילה בתלמוד הירושלמי. זה נתן תשובות לשתי השאלות: רוצה ליתן כמה- נוסחה של תמורה, התלמוד הירושלמי מצדד שזה שווה כסף (האסכולה הראשונה). על הדרך מרוויחים תשובה לשאלה השנייה- התלמוד הירושלמי מוקדם לבבלי. התלמוד הירושלמי הוא עד שנת 360 ולכן ברור שזה לא נכון שסביב שנת 500 זו הפעם הראשונה שעסקו בבהיא הנאה. זה בגלל שלא מחפשים מונח אחר ולכן טעו.

יש דוגמאות לכך שהמונח "בההיא הנאה" מקביל ל"טובת הנאה" ול''רוצה ליתן כמה'':

8. תוספתא מכות א, ו, עמ' 438, עפ"י כ"י וינה

וכי מה היא ט ו ב ת ה נ א ת כתובה? אין אומ'[רים] כ מ ה א ד ן ר ו צ ה ל י ת ן בכתובתה של זו, שאם תמות בחיי בעלה - בעלה יורש כתובתה ואין יורשין אותה; לפיכך הן משלמין.

9. ירושלמי, מכות א, א, דף לא, א (מהד' האקדמיה ללשון עברית, עמ' 1333)

ואין משלמין כל הכתובה אבל משלמין הן **טובת הניית כתובה.** כיצד? אומ' **כמה אדם רוצה ליתן** בכתובתה של זו...

תופעה בדיני ראיות- עדים זוממים- תיכננו לפגוע באדם ( נפש או גוף) ולא הצליחו. העונש שמקבלים עדים כאלה מפורש במקרא- מה שהוא תיכנן מביאים על ראשו. מסכת מכות עוסקת בעדים זוממים ויש שם נושאים רבים שעדים זממו. אחד מהם זה המקרה הבא:

האישה מבקשת למכור את הכתובה שלה כשהזוג חיים יחדיו. העדים הזוממים אומרים שהיא התגרשה וקיבלה את כתובתה ולכן לא יכולה למכור. בפועל לא הצליחו לעשות זאת וזה לא היה רלוונטי גם כי לא התגרשה ולכן הנזק שהם גורמים זה לא לאבד כתובה אלא לא מאפשרים לה לעשות פעולות בכתובתה כבר עכשיו כשהיא נשואה- הנזק שניסו לגרום לה זה לחסום אותה כל מיני פעולות בכתובה בעודה נשואה. היא מוכרת את הכתובה על בסיס מכפלת סיכון שהרי היא יכולה לפרוע אותה רק במועד גירושין או במועד התאלמנות. הסיכון הוא שהיא תמות לפני פקיעת הנישואין. היא מוכנה למכור את הכתובה ב-30% אחוז פחות. אם היא לא יכולה לסחור בה אז מפסידה את השווי האופצ' של הכתובה. זה מכונה "טובת הנאה הכתובה"- טובת הנאה שיכולה לצמוח לה ולא הכתובה עצמה. בסוף הקטע שוב מופיע המונח "כמה אדם רוצה ליתן בכתובה של זו". שווי הכתובה נוכח הסיכון שאם היא תמות לפני בעלה לא תקבל את הכתובה. ניתן לראות כבר אצל התנאים את המקביליות של טובת הנאה ל''כמה אדם רוצה ליתן''. כמה הוא ישלם בסיכון שהיא תמות וזה הקנס של העדים הזוממים.

ניתן דוגמא נוספת להקבלה בין המונח בההיא הנאה למונח "רוצה אני ליתן כמה". דוגמא זו היא מתחום דיני הנזיקין.

10. תוספתא, בבא קמא א, ז, מהד' ליברמן, עמ' 3

כיצד משלמת **מה שנהנית**? אומ'[דין] **כמה אדם רוצה להאכיל** את בהמתו מה שאכלה היא אינו ראוי לאכילה.

ליברמן, תוספתא כפשוטה שם, עמ' 12: "ולפי פשוטה הכוונה, שאם הבהמה אכלה קב או קביים של שעורים, ובעליה אינו רגיל להאכילה שעורים, אלא תבן או עמיר... אומדין כמה אדם רוצה להוציא מעות ולגרום הנאה לבהמתו ולהאכילה שעורים, אם ימצא שעורים בזול".

בדיני הנזיקין יש הלכה שקובעת שאם בהמתו של אדם גרמה לנזקים מסוימים, יהיה האדם פטור מפיצוי עבור נזקים אלה. נזק מסוים הוא נזק שנגרם בגלל הנאה של הבהמה- ההנחה היא שרשות הרבים היא רשות הרבים ולכן כאשר בהמה אוכלת ארגז של מלפפונים שנמצא ברשות הרבים, מי ששם את הארגז יש לו 100% רשלנות תורמת ואז הבעלים של הבהמה יהיה פטור כי אחרת זה ינטרל פעילות ברשות הרבים (ברשות היחיד הוא צריך לפצות). באו חכמים וטענו כי מה שהבהמה הזיקה לא צריך לשלם אבל יש לשים לב לכך שהבעלים של הבהמה הרוויח מכך שהרי עכשיו הוא לא יצטרך להאכיל את הבהמה- נגרמה טובת הנאה לבעלים למרות שלא צריך לשלם על הנזק. הואיל והוא נהנה, עליו לשלם על מה שהוא נהנה ממנו- "לשלם את מה שנהנת". נהנה ממה שהייתה צריכה לאכול הבהמה בבית- גם אם יש נזק שסכום גדול יותר אני הרווחתי רק את הסכום שאני רגיל לשלם עלייה. כיצד יעשה זו? בודקים כמה האדם מוכן לשלם עבור ארוחה יותר מהרגיל- משובח יותר לבהמתו ואת מחיר הארוחה הזו הוא צריך לשלם בעל המלפפונים. האומדן של טובת ההנאה שנגרמה לבעלים של הבהמה זה כמה הוא רוצה להאכיל את הבהמה במשהו משובך יותר.

ליברמן: היה מוכן לשלם מדי פעם על שעורים, ישלם לפי שעורים בזול כי לא היה קונה לה משובחות אלא מהסוג הכי ירוד שיש. יש פה מקבילה ארץ ישראלית תנאית לבין טובת הנאה לבין כמה אם רוצה ליתן- להאכיל. המקבילה הזו היא ישנה- גם התנאים הכירו אותה והתלמוד הירושלמי עושה שימוש במקבילה הזו כאשר הוא עושה שימוש באדם רוצה ליתן כמה כתחליף לבההיא הנאה. לפחות מהמקבילה הזו למדים שבההיא הנאה מבחינת המשמעות זה תמורה- שווי ערך כספי ובנוסף שהנוסחה והתפיסה הזו היא בעצם פתרון קדום.

זה מתכתב עם סוגית השומרים שדיברנו עלייה- היה ויכוח איך משכללים את הסכם השמירה – כבר אז אמר ר' יוחנן "בההיא הנאה", אומנם לא השתמש במונח אך במשהו דומה. כלומר ר' יוחנן שהוא ראשון האמוראים (המאה ה3) בא"י ומדבר על כך ולכן מי שטען שלא ר' יוחנן אמר והעורך שם בפיו – לדעת המרצה זה מופרך. הרעיון היה קיים אצל ר' יוחנן, וזה בדיוק הויכוח עם שמואל. רבי יוחנן אומר שאפשר לשכלל הסכם כזה בלי קנו מידו. אולי בתור נוסחה בההיא הנאה היא מאחורת אבל הרעיון יכול להיות מאד ישן אבל עד שמקבל את הפורמט זה מאוחר.

התלמוד הבבלי משתמש בבהיא הנאה באופן גמור כנוסחה של תמורה ממשית. הדוגמה היא אמנים:

11. בבא מציעא פ, ב, עפ"י כ"י המבורג 165

[משנה: כל האומנין שומרי שכר הן]

ב ה ה י א ה נ א ה דקא שביק כולי עלמא ויהיב ליה לדידיה - הוי עליה שומר שכר... אלא ב ה ה י א ה נ א ה דתפיס ליה אאגריה - הוי עליה שומר שכר.

אני מזמין מאומן דבר מה. ישנה הבחנה בין שומר חינם לשומר שכר. שומר שכר מקבל תמורה מסוימת עבור השמירה שלו ולכן האחריות גבוהה יותר. בהקשר זה המקור לעיל מתייחס לכך שכל אומן, אדם שמייצר עבור אדם אחר מכשיר מסוים, הוא שומר שכר עד שההזמנה מגיעה למזמין, הוא אמור להיות חינם. דרגת האחריות שלי היא גבוהה למדי למרות שלא משלמים לו שכר עבור השמירה אלא עבור העבודה. השכר הוא באמצעות "בההיא הנאה"- כשהמזמין בחר בפלוני שיבצע לו את העבודה, הוא נתן לו הנאה שבזכותה הוא מסכים להיות שומר שכר. ההנאה של האומן היא עצם הבחירה בו לבצע את העבודה. כל אומן נהנה מזה שהרבה אנשים מזמינים אצלו וטובת ההנאה הזו הופכת אותו לשומר שכר- רואים את זה כתמורה ממשית- כאילו מקבל שכר. רואים את זה כגמול ממשי. טובת ההנאה שצומחת לאומן זה שהוא תופס את החפץ עבור שכרו- החפץ משמש סוג של עכבון ובטוחה שהמזמין ישלם לו. זה אמצעי ללחץ, כשאני מחזיק אצלי אי אפשר להגיד שלא צומח לי מזה כלום (לא סתם עשה לו טובה) מפני שמחזיק את זה אצלו ולא נתן את זה זה מלחיץ את האדם לשלם לו במהירות.

12. בבא קמא נו, ב, עפ"י כ"י המבורג 165

[שומר אבדה הוא כשומר שכר]

ב ה ה י א ה נ א' [ה] דלא בעיא למיתב ריפתא לעניא הוה ליה שומר שכר.

הוא אמור להיות שומר חינם. אז למה הוא שכר? איזה גמול (טובת הנאה) קיבל? ישנה הלכה שאומרת שמי שמתעסק במצווה אחת פטור ממצווה אחרת- צ'יפור מסויים. ולכן, כאשר אדם מצא אבידה ועסוק בהשבחתה, הוא עסוק במצווה, ולכן פטור ממצוות מתן צדקה לעני (שזה לא יפריע לו לעשות מצווה אחת)- ואותה הנאה בכך שהוא פטור ממצוות אחרות הופכת אותו לשומר שכר. הכוונה היא שאדם באופן אקטיבי עוסק בהשבת האבידה ולא שזה נמצא אצלו במחסן וזהו. ''עוסק''- צריך לעסוק במצווה האחרת כשנקרית בדרכך מצווה אחרת. התלמוד טוען שיש אינטרסים כלכליים לאדם ששומר על עבירה, כי הוא פטור ממצוות כלכליות אחרות. אז למרות שהוא לא קיבל תמורה ממשית עבור השמירה, יש לו טובה כלכלית מזה ולכן הוא הופך לשומר שכר. זה חוסך לו את המצווה הבאה- עולה לו כסף לתת צדקה לעניים.

13. ירושלמי, בבא מציעא ו, ה; דף יא, א (מהדורת האקדמיה ללשון עברית, עמ' 1232)

[משנה בבא מציעא ו, ז : המלווה על המשכון – שומר שכרוּ. רבי יהודה אומר: הלוהו מעות- שומר חינם. הלוהו פירות- שומר שכר].

אמ'[ר] ר'[בי] יוחנן: ר ו צ ה א ד ם ל י ת ן כ מ ה ולמכור פירותיו על ידי משכון.

ר'[בי] אבהו בשם [ר']בי יוסי בן חנינה: ר ו צ ה א ד ם ל י ת ן כ מ ה ולמכור פירותיו למי שיפייסנו על ידי משכון.

הנושה אחראי על המשכון, בזמן הזה הוא אחראי עליו- איזה סוג של שומר הוא? במשנה- כל נושה שמחזיק במשכון הוא ביחס למשכון שומר שכר. לנושה צומחת טובת הנאה מזה שמחזיק במשוכן- זה יוצר אמצעי לחץ על החייב (כמו באומן שלוחץ על המזמין). רבי יהודה- אם הוא הלווה לו מעות והחייב נותן לנושה משכון אז ביחס למשכון הזה הנושה הוא שומר חינם, אבל אם הלווה לו דברי מזון שמתקלים הוא שומר שכר רק במקרים האלה. יש מחלוקת: שומר שכר בכל סוג של הלווה או כשמושא ההלוואה הוא חפצים מתקלים. רבי יוחנן משתמש בזה- לגביו היינו בספק אם הוא מכיר את הרעיון או לא. תלמוד מסביר את הדעה ה2, הירושלמי משוחח עם שני מקורות שהופיעו בבבלי שמשתמש בנוסחה של בההיא הנאה. ההנחה שכל מי שמלווה חפצים מתכלים זה משתלם עבורו, אם יש אנשים שאין להם כסף, מעדיף להלוות להם את הפירות (בכדי להפטר מסחורה מתכלה כמה שיותר מהר) לקחת מהם משכון ובעתיד הם ישלמו לו. זה שווה לאדם שמחזיק בחפצים מתכלים, עסקה כזו שווה לו, להלוות את הפרי למרות שאין לך מה לשלם לי ולקחת ממך משכון. במקרה כזה כשמחזיק במשכון מחזיק בו ע"ב עסקי (כי רוצה להפטר מזה כמה שיותר מהר) וצומחת ט"ה. ר' יהודה אומר לא כל מי שמחזיק במשכון, כי לא תמיד צומחת טובת הנאה כספית, רק במקרה של חפצים מתכלים כי זה חלק ממהלך העסקים שלו. ההלוואה היא כיסוי למהלך עסקי רגיל, נפטר כמה שיותר מהר מהפרות המתכלים, והמנגנון הזה מחייב גם להחזיק במשכון אז זה שווה לי. גם ר' יוחנן מדבר על מכירת הפירות, לכן גם כאן ניתן לראות שמכיר את רעיון ט"ה.. בעתיד האדם ישלם לו, הנושה שמחזיק במשכון אחרי שהביא את הפירות יש לו טובת הנאה מזה. המשכון הוא לא רגיל בהלוואה אלא ההלוואה זה סיכוי למהלך עסקי רגיל להיפטר כמה שיותר מהר מהפירות המתכלים שלי והמנגנון הזה מחייב בין השאר שאני מחזיק במשכון ולכן שווה לי. הדעה השלישית היא עוסקת בדקות: כשאתה מלווה פירות בכל מקרה היית מוכר אותם, אתה מוכן להלוות וכו', אתה לחוץ להיפטר שלא תפסיד אבל בכל זאת טובת ההנאה שצומחת היא שעצם העובדה שמישהו מציע לי משכון במצב כזה- הדבר הזה ממלא אותי סיפוק יותר מהדבר הרגיל. הייתי מוכן לתת בסכום מבלי משכון. הטובת הנאה היא שבנסיבות האלה מישהו מציע משכון- ''יפייסנו ע''י משכון''. טובת הנאה עם היבטים מנטליים. זה שווה ערך בשבילו, הוא מוכן לתת משהו בשביל זה, עצם ההבטחה של המשכון.

גישת התמורה נוכחת, נמצאת גם בתלמוד הבבלי וגם בירושלמי כפתרון לבעיית ההתחייבות בשני המקומות. הדרך היא תלויה במחלוקת ימי הביינים- מסלול של תמורה- מעין קנייני או מסלול מנטאלי. בדוגמאות הללו התפקיד של בההיא הנאה הוא תפקיד של גמול כספי. ולא בתור זרז לגמירת דעת, שהרי השאלה שעל הפרק היא למה השומר הוא שומר שכר- מהי התמורה עבור שמירתו, ולא מדוע יש תוקף להסכם, רוצה ליתן כמה וכו'. מכך אנו מבינים שגמ"ד היא בכלל לא פקטור בסיפור הזה. צריך לפרש כמעין תמורה ממשית. הרעיון לא נמצא התנאי כי חושבים שיש תוקף להתחייבות גם בלי תמורה אך בעולם התנאי זה נמצא והשימוש הוא כנראה מוקדם. העורך אולי רק ניסח את הנוסחה של בההיא הנאה באופן אחיד אבל הרעיון הוא קדום וזה בעצם הבההיא הנאה בעולם התלמודי.

נלך עם בההיא הנאה מעבר לתלמודים (ראינו- אדם רוצה ליתן ובההיא הנאה). לכאורה, בשנים האחרונות כתבו הרבה מנגנונים איך לפתור את בעיית החוזה המודרני בהלכה- חוזים שראו אותם כעכשוויים. אבל לא צריך בכלל להתאמץ- יש בההיא הנאה וזה לאו דווקא תמורה ממשית אלא טובת הנאה כללית כזו, מנטאלית. אם העסקה החוזית נותנת לי אינטרס מסויים אז יש לי טובת הנאה- בההיא הנאה. לא צריך טקסים נוספים של ''קנו מידו''. המרצה הציע את זה אבל לא הסכימו איתו- זה נמצא בתלמוד אך אח''כ פוסקים לא השתמשו בזה. גם פוסקים מאחורים עשו את זה, למרות שלא הרבו להשתמש במושג הזה.

כל בעיית ההסכמים שיש בהלכה עשויה להיפטר באמצעות "בההיא הנאה". על מנת לשכנע אותנו שזה נכון, נביא 2 דוגמאות רציניות (ולא סוגיות צדדיות):

תשובת רב שרירא גאון / רב האי גאון?, אצל: מרדכי עקיבא פרידמן, "פוליגאמיה – תעודות ותשובות מן הגניזה", תרביץ מג (תשל"ד), עמ' 170-168. אב ובן, מקובל לראות אותם כאחרוני הגאונים.

וששאלתם. הכותב]ת] תנוי על בעלה, כל זמן שנושא עליה אשה אחרת יוצא בכתובתה, מועיל לה תנאה או לא? הכין חזינהא, שמועיל לה תנאה, דהוה ליה תנוי שבממון, וקימא לן כל דבר שבממון - תנאי קיים, וכיון שלא נשאה לו אלא בתנוי זה, בההיא הנאה דקא מינסביא לה גאמר ומשעביד נפשיה. ועוד הוא כד מתני עלה, שאין ליך ]ע[לי שאר ולא כסות, מי לא תנוי קיים הוא? אף היא כד מתנאי עליה כהדין תנאה, תנאה קיים.

תשובה זו עוסקת במקרה של הסכם בין גבר לאשה שבו נאמר שלגבר אסור לשאת אשה נוספת אחרת מאשתו, אם יעשה זאת זה יהיה עילה לגירושין. נשאלת השאלה האם להסכם כזה יש תוקף שהרי על פניו לגבר מותר לקחת כמה נשים שהוא רוצה ובתנאי שהוא יכול לפרנס אותן (חרם דרבנו גרשום לא נהג בספרד או שזה היה לפני החרם ולכן זה היה בלי קשר לחרם). זה תנאי נוגד דין- זו לא עילת גירושין ולכן לא אמור לשלם כתובתה אבל מכיוון שדבר שבממון אפשר להתנות על דין לתנאי יש תוקף.התנאי הוא ממון כי זה עניין של כתובתה ולא עילה לגירושין. למה יש תוקף- מפני שהגבר זוכה להנאה מהחתונה. יש בההיא הנאה- הסכימה להינשא לו תמורת אותו תנאי ולכן זה שווה לו. לגבי כל החלקים הממוניים של פטור שמנסה להשיג לעצמו ביחס לשאר ולכסות הוא תקף (לגבי האיש והאישה), צריך ליצור כאן איזון בין האפשרות של האיש להתנות לאפשרות של האישה להתנות. היא גם יכולה להתנות נגד הדין ולדרוש ממנו כל מיני זכויות שבדין הרגיל אינן מגיעות לה. בנימוקו הראשון הוא טוען שההסכם עומד על בההיא הנאה- נעשה שימוש בבהיא הנאה גם במקומות שלא נאמרו במפורש בתלמוד והפוסקים נותנים תוקף להסכמים על בסיס בההיא הנאה בלבד. החידוש של גאון: מוכנה להינשא לו תמורת אותו תנאי זו התמורה שלו ולכן נותנת תוקף להתחייבות.

הדוגמא השנייה נוגעת להסכמי שותפות:

רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ד

הלכה א כשירצו השותפין להשתתף במה יקנה כל אחד מהן ממון חבירו להשתתף בו? אם במעות נשתתפו - יביא זה מעותיו ויביא זה מעותיו, ויטילו אותן לכיס אחד, ויגביהו את הכיס שניהם; אבל אם כתבו שטר והעידו עדים - אע"פ שקנו מיד שניהם שיביא זה מאה וזה מאה וישתתפו בהן - לא קנו ועדיין לא נעשו שותפין, שאין המטבע נקנה בחליפין. לפיכך, אם נשתתפו בשאר המטלטלין - כיון שקנו מידם, שיביא זה חביתו של יין וזה כדו של דבש, והרי נשתתפו בהן נעשו שותפין בהן, וכן אם עירבו פירותיהן או ששכרו מקום בשותפות והניח זה כדו וזה חביתו שנשתתפו בהן הרי אלו שותפין. כללו של דבר: בכל הדרכים שקונה הלוקח - באותן הדרכים עצמן קונין השותפין זה מזה הממון המוטל ביניהם להשתתף בו.

רקע: לא רק בההיא הנאה כשמשכלל התחייבות לפי הפוסקים אלא המרצה ינסה להוכיח שהוא פתרון סלקטיבי. משתמשים בפזורה האשכנזית צרפתית ולא הספרדית. יהודים שחיים תחת הפזורה המוסלמית בארצות המזרח לא משתמשים ואילו האשכנזית צרפתית משתמשים. הסכמי שיתוף כלכליים יכולים להיות בכמה דרכים- דרך אחת היא שיתוף באומנות, קבוצה של בעלי מלאכה שמתאגדת ופועלת יחד. הם מוכרים את המיומניות שלהם יחד ומתחלקים ביניהם. הרמב"ם וחכמי ספרד פעלו בהקשר זה כמו בסביבה המוסלמית לפיה כל ההסכמים צריכים להיות פיזיים. כשיש שותפות יש קושי מסוים משום שלא כל השותפיות הן פיזיות. הרמב"ם מנסה לפתור בעיה זו. הרמב"ם סבור ששיתוף בכסף הוא דרך קניין משותף- לכל אחד יש בעלות על חלק מהנכסים, יחסים קניינים. איך יוצרים את הקנייניות? ההלכה אומרת שמטבע אפשר להקנות במשיכה אבל לא בחליפין. חליפין מתאים רק לסחורות וכסף הוא לא סחורות ולכן יכול להיקנות במשיכה. דרכי השיתוף הן תלויות המושא של השיתוף- כסף זה משיכה. בשאר מטלטלין כיוון שקנו מידם, לא חייבים לעשות משיכה אלא חליפין- אם מישהו רוכש זכות אז השני מוטלת עליו חובה גם אם הוא לא עשה כלום בשביל זה. חליפין יכול להניע את המנגנון באמצעות קנו מידו. את החליפין אפשר לעשות באמצעות קנו בידו. אפשר גם לייצר שיתוף קנייני גם באמצעות שיתוף מקום- קניין חצר- חצר משותפת אז גם מה שיהיה בה אמור להיות משותף לשנינו. יש הצמדה מלאה בין הפרוצ' הקניינית לבין הפרוצד' של שיתוף- בגלל שהן קנייניות הן בדיוק כמו דרכי הקניין.

הלכה ב האומנין שנשתתפו באומנות, אע"פ שקנו מידם - אינן שותפין. כיצד? שני חייטים או שני אורגים שהתנו ביניהם שכל שיקח זה וזה במלאכתו יהיה ביניהן בשוה - אין כאן שותפות כלל, שאין אדם מקנה לחבירו דבר שלא בא לעולם. אבל אם היו לוקחין הבגדים בממון עצמן ותופרין אותן ומוכרין ולוקחין השתי והערב ממעותיהן ואורגים ומוכרין ונשתתפו במעות שלוקחין בו - הרי אלו שותפין וכל מה שירויחו בשכר מלאכתן ובמשאן ובמתנן הרי אלו לאמצע.

אם אמרנו ששיתוף חייב להיות קנייני והוא כבול לדרכי הקניין האם אפשר ליצור שיתוף באומנות? עסק של אומנת- התוצרת תהיה משותפת לשנינו ונתחלק ברווחים. הרמב''ם אומר שאי אפשר. לא ניתן לחלק רווחים עתידיים- אי אפשר לעשות שיתוף בדבר שלא בא לעולם. אי אפשר לעשות קניין ברווחים העתידיים ולכן הסכם השיתוף הוא חסר תוקף מלכתחילה. אבל אפשר לייצר שותפות דרך אחיזה משותפת של השותפים בחומרי הגלם- חייטים שקונים ביחד את כל חומרי הגלם, אז במקרה זה מכיוון שאנחנו שותפים בכל האמצעים שמאפשרים את יצירת התוצרת אז השותפות בחומרי הגלם יוצרת את השיתוף בעתיד. זוהי הדרך בכל זאת לייצר שותפות בתחום העיצוב. הרמב''ם כתב ששיתוף צריך להיות קנייני ולא חוזי ולכן הוא כבול לדיני הקניין.

לעומת זאת חכמי צרפת ואשכנז חלקו על הרמב"ם. שם נהג המשפט הרומי.

ספר העיטור אות שני - שיתוף

והיכא שהטילו לכיס זה מנה וזה מנה, והתנו ביניהן שיתוף עד זמן פלוני בכל מה שיזדמן להם מן השמים, בין במציאה בין בכל דבר, איכא פלוגתא ביני רבוותא: איכא מאן דאמר, דלא מהני תנאה במציאה וכיוצא בה דדבר שלא בא לעול' הוא, ואיכא מאן דאמר דמהני...

ומסתברא טעמא דרבינו משולם בר' קלונימוס מלוקא, שהשיב לבית דין שבארלדי, על שלשה אחים שהתנו זה לזה בקנין על נכסי אחותם שנתן לה בעלה, שכל מי שיקבל מתנה מאחותם יחלקו שלשתם בשוה. ולימים נתנה מתנה לאחד מהם, והשיב: אע"ג דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, בההוא הנאה דקא סמכי להדדי כדאמר באחין שחלקו: בההוא הנאה דקא צייתי להדדי גמרי ומקנו. ובפסקא אמרינן בההוא הנאה דקא מיחתנו אהדדי גמרי ומקנו. וגבי שומר אמרי נמי בההוא הנאה דקא סמוך עילויה ומהימן ליה גמר ומשעבד. הילכך כל תנאה מהני בשיתוף, בין מציאה בין דורון משום האי טעמא, דקא משתתפי אהדדי גמרי ומקנו.

מקור זה הגיע מהפרובנס של צרפת. שם יש חלק שהמסורת שלהם היא אשכנזית וחלק מסורת ספרדית לכן יש דיונים פורים רבים. ספר העיטור הרבה פעמים מביא מסורות משותפות.

מדובר בשיתוף של נכסים עתידיים (רווחים)- כל הכנסה משותפת עתידית תחולק בין השניים. הייתה מחלוקת במאה ה-12 האם לתת תוקף להסכים אלה. יש מי שאמר שזה דבר שלא בא לעולם (כדעת הרמב"ם) וששיתוף ניתן לעשות רק בדרכים קנייניות (אין כל אקט פיזי לעשות על נכסים עתידים). יש מי שאמר שהסכמים כאלה יועילו (דעה שנייה). בעל ספר העיטור מביא את הסיפור הבא: היה חכם מגרמניה ממשפחת קלונימוס שנשאל בבית הדין בפרובנס על הנושא הזה- בית הדין לא מצא פתרון לסיפור אז שלח לאיטליה. זה פסק שמגיע למרחב הפרוב' מאיטליה אשכנז (עד גירוש ספרד היא אשכנזית), התשובה חזרה לפרובנס. דובר על שלושה אחים עניים להם אחות שמתחנת עם אדם עשיר. הם אמרו שאם אחד מהם יקבל מתנה מהאחות, המתנה תחולק בין שלושת האחים על מנת שאף אחד לא יהיה מקופח- נוח לכולם. לימים היא נתנה לאחד מהם והתחיל סכסוך בין האחים. השאלה באה בפני החכם. לכאורה יש כאן בעיה משום שלהסכם בדבר רווחים עתידיות אין תוקף- גם אם נמצא בעולם אבל לא בבעלותך. הוא ניסה לספק פתרון ואמר שלמרות שהאפיק הקנייני בעייתי (דשב''ל), ניתן לתת להסכם שיתוף עתידי מכוח דיני החוזים. משכלל את התוקף בגלל הסכם האחווה שנוצר בין האחים, הוא בגדר "בההיא הנאה". הסכם חלוקת עזבון יש בההיא הנאה- אחים הולכים ביחד בנושא סבוך כמו חלוקת עזבון, לכל אחד יש טובת הנאה מזה (מזכיר הסכמים בין הורים ושומר- בההיא הנאה). ההנאה כאן דומה לעזבון- היא האחווה והציות בין האחים, ההסכמה שלהם. הנאה זו נותנת תוקף להסכם. אם אני אומר שבסיס השיתוף הוא חוזי ולא קנייני אין מגבלה של דשב''ל אבל הרי חוזים הם תמיד עתידיים. האח יצטרך לחלק את המתנה, ההסכם תקף על בסיס חוזי והחוזה משתכלל באמצעות בההיא הנאה. הרמב''ם לא קיבל את הרעיון הזה. יש וויכוח בשאלה של בההיא הנאה כמנגנון משכלל.

מי שהיה תחת השלטון המוסלמי לא אהב את המנגנון הזה, החוזים לא היו אהובים שם. בארצות הנוצריות המשפט הרומי שלט ואין לו בעיה עם חוזית וכל מה שנותר זה לאמץ את התופעה החוזית שרווחה במרחב הזה ולתת לה מנגנון משכלל. קשה לדמיין הסכם שאין בו בההיא הנאה ולכן קל לאמץ אותו- אינטרס בדבר, טובת הנאה. זה הפתרון הנוח ביותר ונמצא כבר בתלמוד ובספרות הפוסקים. המרחב המוסלמי מתנער מהתופעה החוזית. ספרד הנוצרית הושפעה מספרד המוסלמית- הרמב''ם משפיע יותר מהסביבה.

**באמצעות בההיא הנאה ניתן לפתור כל בעיות קנייניות וחוזיות של חוזה** (לא עושק, כפייה אלא בעיות של עמימות).

17. מרדכי, ב"ק, קעו – לא למבחן!!!!

[תוספתא, ב"מ יא, כג-כה: כופין בני העיר זה את זה לבנות להן בית הכנסת ולקנות להן ספר תורה ונביאים ורשאין בני העיר להתנות על השערים ועל המדות ועל שכר פועלין… ורשאין הצמרין והצבעין לומר כל מקח שיבוא לעיר נהא כולנו שותפין בו… רשאין נחתומין לעשות רגיעה ביניהן…]

רשאין החמרין להתנות וכו' פי' ר"מ דבלא קניין איירי, והקמ"ל דהתנאי קיים בדברים בעלמא. וכן הדין בכל מה שהשותפים מתנין כדאמרינן… בההיא הנאה דצייתי אהדדי גמרו ומקנו אהדדי, ולא כמו שפירש מיימוני בהלכות שלוחים גבי דין השותפין, דצריך להביא הכיס לשום מעות השותפות בתוכה ויגביהו אותו שניהם…

מרדכי מוסיף- כתב על התלמוד ויש אצלו הרבה מקורות של חכמי אשכנז. הוא דן בתוספתא, הלכה שאומרת תקנות קהל- כופים בני העיר זה את זה לקנות בית כנסת ולקנות ספר תורה, סמכות לציבור לתקן תקנות לקבל החלטות והרוב יכול לכפות את דעתו על המיעוט. אח"כ גם גילדות מקצועיות יכולות לתקן תקנות לעצמן. למשל יגידו הגילדה כל מקח שיבוא לעיר נהיה כולנו שותפים בו (למשל גילדת צמר)- מחלקים את ההצעות שיבואו שווה בשווה. על הבסיס הזה שאיגוד מקצועי יכול לאגוף הסכם שיתוף ל החברים באיגוד, החברות באיגוד הייתה אוטומטית, כל מי שעוסק באותו מקצוע מחויב אוטומטית לגילדה. איך עושים את ההסכם השיתוף הזה? זה על עסקאות עתידיות הרי.

מרדכי אומר- המהר"ם מרוטנברג פירש שאותו הסכם שיתוף בין כל החברים בגילדה זה בלי קניין, לא צריך קנו מידיו בשביל ההסכם, הוא מלמד אותנו שההסכם עומד גם אם נעשה בע"פ, כל הסכם שיתוף אפשר לעשותו בע"פ, למה? כי בהיא הנאה. באותה הנאה שיש לצדדים מזה כל אחד מהצדדים מוכן לבל על עצמו את מרות ההסכם, זה כשלעצמו סיפוק אינטרס ודי בזה עמ"נ לשכלל את ההסכם. כך אומר המהר"ל (אשכנז) בגרמניה אמרו שהסכמי שיתוף ניתן לעשות בע"פ, ולכן הסכם השיתוף של האיגוד תקף. זה בניגוד לרמב"ם, שאומר שצריך להגביה ארנק וכדו'- שותפות יכולה להיעשות רק במעשה קניין. מעבה את דעת אשכנז.

**סיכום- האם בהיא הנאה יכול לשכלל חוזים?**

המרחב האשכנזי והמושפע ממנו (גרמניה צרפת וכו') אז אפשר להשתמש בבהיא הנאה בשביל לפתור בעיית התחייבות. בספרד התשובה תהא אחרת, וזה מושפע מהמשפט בסביבה- הרמב"ם מושפע מהמשפט המוסלמי (או ישירות או שמושפע מגאוני בבל שהושפעו הם מהמשפט המוסלמי) שהוא ריאלי ופיזי, חושב שיש בעיה עם הסכמים בעיית ריאליות, ואילו אשכנז ופרובנס וצרפת שם שולט המשפט הרומי המכיר בחוזים, ולכן גם הם הכירו בחוזים, וכדי שיוכלו להכיר בחוזים ביתר קלות השתמשו במנגנונים ואחד מהם זה מנגנון בההיא הנאה. המנגנון של בהיא הנאה יכול לפתור את בעיית ההתחייבות. המרצה חושב שזו הדרך הכי טובה לפתור את בעיית ההתחייבות. הפוסקים מהמאה ה19 עד היום פחות אוהבים את הפתרון הזה, עוד לא קם הפוסק שהרים את הדגל ואמר שאפשר לפתור את בעיית ההתחייבות דרך בההיא הנאה. כל התחייבות שהיא, לפי המרצה, יש לה תוקף כי יש טובת הנאה בכל דבר.

עד כה עסקנו בבעיית ההתחייבות, לאחר מכן יסודות החוזה- הבטחה, הסתמכות, גמ''ד ותמורה.

עכשיו עוברים לעוד נושא, שעוסק בפור' של דיני החוזים הקלאסיים. הפור' מגביל מאד- יש לו הרבה מאד דרישות. במשפט הרומי- היו נוסחאות קבועות ואם לא עמדת בהם אין הסכם. בתלמוד יש כל מיני סוגים של טקסים אבל המגבלות הפור' החזקות ביותר באות מהצד של נוסחאות החוזה. התנאים ולאחר מכן האמוראים דורשים דרישות קפדניות מנוסחת החוזה. זה מתחיל אצל התנאים, זה מתחיל בקטן ככל הנראה והאמוראים מעבים את דרישות התנאים. **בשפה המוכרת בהלכה- תנאי בני גד ובני ראובן.**

**צורת החוזה- משפטי התנאים**

ננסה להציע את הכללים של הנוסחאות החוזיות של התנאים ושל הברייתות בתלמוד.

**מגבלה חוזית צורנית מס' 1- תנאי כפול**

רוב הדיונים על התנאים היו לגבי קידושין וגיטין.

משנה קידושין ג, ד

רבי מאיר אומר: כל תנאי שאינו כתנאי בני גד ובני ראובן - אינו תנאי, שנאמר (במדבר ל"ב): ויאמר משה אליהם אם יעברו בני גד ובני ראובן, וכתיב: ואם לא יעברו חלוצים. רבי חנינא בן גמליאל אומר: צריך היה הדבר לאמרו, שאלמלא כן יש במשמע, שאפילו בארץ כנען לא ינחלו.

לפי רבי מאיר יש דרישה פור' אחת לנוסחת החוזה: תנאי כפול- מה כן ומה לא. רבי חנינא בן גמליאל- זה לא נכון, לא חייב תנאי כפול. יש סיבות שמיד נראה שבשל הסיבות האלה היה צריך בהסכם של בני גד וראובן להגיד מה כן ומה לא, כי זה לא היה ברור. כה''לא'' ברור, אין צורך להגיד אותו.

רבי מאיר טוען שאמורים לעצב את תנאי החוזה הם תנאי גד ותנאי ראובן:

במדבר פרק לב

(כט) וַיֹּאמֶר מֹשֶׁה אֲלֵהֶם אִם־יַעַבְרוּ בְנֵי־גָד וּבְנֵי־רְאוּבֵן אִתְּכֶם אֶת־הַיַּרְדֵּן כָּל־חָלוּץ לַמִּלְחָמָה לִפְנֵי יְקֹוָק וְנִכְבְּשָׁה הָאָרֶץ לִפְנֵיכֶם וּנְתַתֶּם לָהֶם אֶת־אֶרֶץ הַגִּלְעָד לַאֲחֻזָּה: (ל) וְאִם־לֹא יַעַבְרוּ חֲלוּצִים אִתְּכֶם וְנֹאחֲזוּ בְתֹכְכֶם בְּאֶרֶץ כְּנָעַן.

בשנת ה-40 ליציאה ממצרים, עם ישראל נמצא בערבות מואב, סמוך לירדן. בני גד ובני ראובן, שצריכים הרבה שטחי מרעה, אומרים למשה שהם רוצים להישאר בעבר הירדן, אזור ירוק מאוד- הגלעד. רצו להישאר בארץ- באו תחת אבותיהם. אומרים שלא התכוונו שלא ייצאו למלחמה, אלא רוצים להישאר פה. נהיה שותפים במלחמה, אנחנו רוצים את הזכויות להתיישבות בארץ הגלעד. מנסחים את ההצעה שלהם באופן הזה. בהסכם זה אומר משה לבני גד ולבני ראובן שאם בני גד ובני ראובן ישתתפו במאמץ המלחמתי ויעזרו לכבוש את ארץ כנען, הם יוכלו לחזור אחרי המלחמה לארץ הגלעד. אם הם לא עוזרים במאמץ המלחמתי, הם יאבדו את זכותם בארץ הגלעד ויקבלו חלק, ככל השבטים, בארץ כנען. יש להם מה להפסיד כי הם רוצים את החלקה המסויימת אבל אם לא יצאו למלחמה יאבדו את מה שרצו אבל עדיין יקבלו כמו כולם. ההסכם יוצא אל הפועל. ההסכם הוא פעמיים- מול משה ומול המוסדות. ההסכם מנוסח ע''י משה בצורה מאד זהירה ומחושבת- "תנאי כפול" אם א' אז ב' ואם לא א' אז ג'. זה המקום העיקרי שיש בו ממש נוסחה מסויימת. יש דפוס ונוסחאות לאיך עושים הסכם כזה. זה המודל. באיזה מובן זה המודל? רק בהקשר של התנאי הכפול. צריך בהסכם להתייחס גם לאם כן וגם לאם לא וגם זה שנוי במחלוקת- רבי מאיר סבר כי כל תניה חוזית צריכה לשקף גם את ההן וגם את הלאו. רבי חנינא חלק על רבי מאיר. לדבריו לבני גד ולבני ראובן הייתה סיבה מיוחדת לבחירתם בנוסחת הלאו וההן שהרי במקרה שלהם הלאו לא ברור מן ההן- לא ברור מה קורה אם לא נלחמים, אפשר להבין שלא היו מקבלים כלום ולא חלקה מהארץ. זו לא דרישה פור' אלא אם משה לא היה אומר מה לא, הייתי חושב משהו אחר. כשיש חידוש ב''אם לא'' צריך לציין. ייתכן כי במקרים שבהן הלאו ברור מהן לא יהיה צורך לפרש את הלאו. רבי מאיר דורש דרישה פורמאלית שאומרת שכל נוסחה חוזית תקפה צריכה להיות נוסחת דו צדדית, שיש בה גם הן וגם לאו. רבי חנינא טוען שאין כל דרישה פורמאלית.

בסיבוב הראשון משה אומר שאם לא יעמדו בהתחייבות שלהם זה לא בסדר, זה חטא, זה לא הכרחי ה''אם לא''- ברור שאתם חוטאים. רבי חנינא מתייחס לסיבוב השני, את רבי מאיר זה לא מעניין- תמיד צריך להזכיר את התנאי הכפול. היא מגבילה אך לא מאד, זה לא נראה כמו תפיסה מאד קשה, האמוראים עיבו את הדרישה של רבי מאיר.

את עוצמתו של הויכוח נראה בהמשך אך בתלמוד יש ויכוח בין שתי דעות לגבי הבנת עמדתו של רבי מאיר.

**לפי דעה אחת** עמדתו של רבי מאיר מבוססת על תפיסה מהותית- הסיבה שבגללה צריך להתייחס גם ללאו וגם להן נובעת מסיבה פרשנית. זה וויכוח פרשני- האם באופן אוטומטי כשאדם אומר משהו חיובי אפשר להסיק במשתמע את השלילי וההפך בהנחה שזה לא מצויין במפורש. למה זה משנה שזה לא מצויין? בגלל בעיה פורמאלית או משמעות- משמעות. השאלה היא לא לוגית אלא האם זה מחייב מבחינה חוזית. הא התחייבות צריכה להיות במפורש בלבד או גם במשתמע- עד שהוא לא אומר אי אפשר להכניס לו מילים לפה. איך התחייבות נוצרות- באופן מילולי או משתמע?

**לפי דעה אחרת** היא עמדה לפיה מאחורי עמדתו של רבי מאיר אין כל סיבה פרשנית והדעה שלו נובעת ממניעים טכניים ופורמאליים גרידא.

2. בבלי, נדרים יא, א (נדר מאד דומה להתחייבות חוזית).

[משנה, נדרים א, ג: האומר לא חולים לא אוכל לך... אסור]

[לחולין שאוכל לך... - אסור] סברוה מאי לחולין? לא לחולין ליהוי אלא קרבן, מני מתני'? אי ר"מ, לית ליה מכלל לאו אתה שומע הן, דתנן, ר"מ אומר: כל תנאי שאינו כתנאי בני גד ובני ראובן - אינו תנאי!...

כמו שאני מודר מבית המקדש מחמת קדושתם לפעמים אני מדיר את עצמי גם אם הדבר חולין. הנוסח: הדבר הוא לא חולין, כמו הקדש- מזה נגזר שאי אפשר לאכול ממך. אדם מדיר את עצמו לאכול דברים של חברו דרך הנוסחה הזו, זה הקדש ולא חולין. המשנה אומרת שהנוסחה הזו תופסת. התלמוד מנסה להבין איך עובדת הנוסחה הזו. שואלים למי מתאימה צורת פרשנות כזאת. התלמוד מפרש את הדרישה של רבי מאיר כדרישה שבסיסה בכלל הפרשני שלא לומדים מהכן את הלא. זו לא דרישה פור' אלא דרישה פרשנית. התלמוד אומר שאם זה כך אי אפשר להסביר כמו רבי מאיר כי אם החפץ הזה לא חולין- נוקט בכלל הפרשני שלא לומדים משלילי חיובי אז הפרשנות של נוסחת הנדר היא לא שאם זה לא חולין- לא חל. אם זה לא חולין אז כן הקדש ולכן לא אוכל. לא חולין משמעו כן קורבן זה לפי הכלל שמה''לא'' לומדים את הכן. רק אם אני מניח שניתן להסיק את החיובי מהשלילי ניתן לקבל נוסחת נדר כזו. אם רבי מאיר אומר שזה לא לגיטימי אי אפשר להסביר את המשנה לפי רבי מאיר. התלמוד מבין שלפי רבי מאיר דרישת הכלל הכפול נשענת על כלל פרשני שאי אפשר להסיק חיובי משלילי וההפך. לכן אי אפשר להסביר לפי רבי מאיר. יש כאלה שפירשו את דברי רבי מאיר לא כדרישה טקסית אלא מהותית, פרשנית.

שיעור 9- 15/12/15

בבסיס הדיון של התנאים עומדת הפרשה המקראית שנקראית תנאי בני גד ובני ראובן. ראינו שיש סבבים שבתוכם מתנהל המו''מ הזה וניתן לראות בצורה ברורה שיש הקפדה על הניסוח ולכן זה לא פלא שהפרשה המקראית הזו הפכה להיות דגל של דיני החוזים או לפחת הנוסחאות הראויות של דיני החוזים- זו הפרשה המקראית הכי ארוכה והכי מפורטת שמתדיינת בנושא הזה. יש את התנאי הכפול- אם ישיש א' אז כך ואם לא יהיה א אז אחרת. רבי מאיר תומך בגישה הזאת. אם יעברו ואם לא יעברו- רבי מאיר מתכוון למאפיין של התנאי הכפול. גם זה לא בהכרח מוסכם- רבי חנינא בן גמליאל טוען שלא בכל חוזה או תניה צריך להתייחס להן וללאו ובבני גד וראובן הייתה סיבה מיוחדת להתייחס לשני המצבים כי הכן לא משליך על הלא- הלאו לא היה ברור מתוך ההן. אבל במקומות שבהם זה ברור ובחוזים זה בדרך כלל ברור לא צריך להכפיל. דרישת התנאי הכפול, אם כן, שנויה במחלוקת. יש דרישה אחת בנתיים- התנאי הכפול וגם היא לא מוסכמת על כולם. מה עומד בבסיס התנאי הכפול? 1. פורמ' ואין מאחורה שום רציונאל, יש נאמנות לנוסחה המקראית. בתלמוד מופיעה גישה נוספת: 2. תפיסה פרשנית, מהותית. התפיסה שאומרת שלא אומרים שמכלל הן אתה שומע לאו ומכלל לאו אתה שומע הן. בבלי נדרים- הדרה מחפץ, כאילו הוא קורבן. האדם במשנה מנסח את זה ''הוא לא חולין- הוא הקדש, לא אוכל לך. התלמוד מנסה לבדוק מה רבי מאיר יגיד על נוסחה כזו- לא חולין= הקדש. התלמוד טוען פה ובמקומות רבים אחרים גישה רבי מאיר מושפעת מגישה שלא מבינים מההן או הלאו. תפיסה פרשנית שאומרת שעד שדבר לא בטוח במאת האחוזים זה לא מחייב את האדם ולכן ההשתמעות של הלא מהכן וההפך זו לא השתעמות של 100% ולכן עד שזה לא כך, זה לא מחייב את האדם. יש פה תפיסה מהותית של פרוצדורת ההתחייבות- לא הכוונה מחייבת את האדם אלא דיבורו. ממילא לא די במה שמשתמע בדבריו אלא צריך להגיד במפורש. רבי מאיר דורש לפי זה לא רק בגלל פורמ' של צמידות לנוסחה המקראית אלא יש תפיסה פרשנית.

3. תוספתא גיטין ה, ו

על מנת שתשמשי אבא ועל מנת שתיניקי את בני הרי זו מגורשת מיד עד שיאמר אם לא תשמשי ואם לא תניקי דברי ר' מאיר וחכמים אומ' אם נתקיים התניי מגורשת ואם לאו אינה מגורשת. רבן שמעון בן גמליאל אומ' אין תניי בכתובין שאינו כפול.

בשביל גט היא צריכה לטפל באבא שלו. התנאי לא תופס כי הוא לא כפול- הרי את מגורשת אם תשמשי ותיניקי ואם לא תניקי ותשמשי אז לא. היא מגורשת מיד ללא תלות בתנאי כי התנאי לא תופס- כמו רבי מאיר. לפי חכמים לא צריך לנסח ניסוח כפול- הן או את הלאו ומה שקובע זה לא הנוסחאות אלא אם התנאי מתבצע או לא. רבן שמעון בן גמליאל מעצים את דברי רבי מאיר- זה לא עניין של פרשת בני גד ובני ראובן, כל המקרא כולו כשמדבר בשפה של תנאים זה תמיד יהיה תנאי כפול. זה לא קשור לדיני חוזים אלא להתנסחויות הכלליות בשפה של התנאים. המקרא בדר''כ כשהוא מדבר בשפה של תנאים הוא מדבר על כן ועל הלאו, גם כשהכן ברור. תמיד התנאי צריך להיות כפול. זוהי הדרישה של רבי מאיר- פורמ' או דרישות פרשניות.

4. ירושלמי, עירובין ג, ה (ונציה), דף כא, ב

אמר רבי אבהו בשם רבי יוחנן סדר סימפון כך הוא אנא פלוני בר פלוני מקדש אותך את פלוני' בת פלוני ע"מ מיתן ליך מקמת פלוני ומיכנסיניך ביום פלוני אין אתא יום פלוני ולא כנסתיך לא יהוי לי עלייך כלום ויימר על מנת שלא יכפיל תנייו אילו לא כפל תנייו מי עקר קידושיו אמר רבי יוסה בי רבי בון בכל אתר אית ליה לרבי מאיר ממשמע לאו את שומע הין והכא לית ליה אמר רבי מתנייה על שם חומר הוא בעריות לא התנה.

מסביר למה רבי מאיר דורש את התנאי הכפול- יש שטר וכך כתוב בשטר: אני פלוני בן פלוני מקדש אותך את פלונית בת פלונית על מנת שאני אתן לך מלפני פלוני. הוא ייתן לה מתנות (סוג של הסכם קדם נישואין) ואני מתחייב לשאת אותך ביום פלוני. אם יבוא אותו יום ואני לא אשא אותך לאישה, במקרה כזה לא תהיה מוטלת עליי שום חובה כלפייך. חובת המתנות שחלה עליי קשורה לעובדה שאני אשא אותך לאישה. כאן התלמוד הירושלמי דן בכך שיש לכאורה תנאי כפול- על זה אומר התלמוד שהוא משתמש בשפת ''על מנת''. השימוש במילות התנאי ''על מנת'' ו''אם''- כשאני מתנה תנאי ומשתמש במילה אם אז המילה אם היא מילה של ספק- אם יהיה כך ואם לא אז לא. כל פעולה של תנאי שקשורה באם, היא בעצם פעולה שהיא מסופקת והיא מותנית בביצוע של פעולה/דבר אחר שלגביו אני מתנה. ''על מנת''- מתארת תכלית, בשביל משהו. אדם אומר שאני רוצה לעשות פעולה משפטית מסויימת ואני עושה אותה על מנת ש.. אני מעוניין שתתבצע פעולה כדי שהפעולה המשפטית תחול- הפעולה המשפטית היא חלוטה אבל מכיוון שנועדה לתכלית מסויימת אז גם התכלית צריכה להתקיים כדי שהפעולה תחול. בהקשר הזה נראה כלל תלמודי שכל מי שאומר על מנת- הפעולה המשפטית תקפה מעכשיו אבל הוא מעוניין להשיג תכלית- על מנת שתיניקי את בני, בדבר נוסף אז גם התכלית תתבצע- הגט יחול מעכשיו אבל אם התכלית לא תתקיים אז הגט רטרו' יתבטל (או כל פעולה אחרת). כשאדם משתמש ב''אם'', הוא שם סימן שאלה. נוסחה מתלה, אין לפעולה תוקף עד ביצוע התנאי. יש התדיינות שלמה סביב הדבר הזה שאם יש על מנת אז לא צריך תנאי כפול. בהמשך נסביר למה. כדי שתנאי יחול צריכים את התנאי הכפול- בניגוד למה שטוען הבבלי, הירושלמי טוען שבאופן עקרוני ככל פרשני אפשר לשמוע הן מלאו ולאו מהן אבל כאן רבי מאיר משנה את התפיסה הכללית של כללי הפרשנות והוא חושב שכאן אי אפשר. רבי יוסי שואל למה באופן כללי רבי מאיר דורש את התנאי הכפול. רבי מתניה- הדרישה של רבי מאיר היא לא דרישה כללית אלא ספציפית לתחומי עריות- קידושין וגירושין. דווקא שם רבי מאיר אמר את דבריו כי אלו הם דברים חמורים במיוחד- אשת איש וממזרות. רבי מאיר דורש דרישות קפדניות. בעקרון רבי מאיר היה מוכן לוותר על העניין הזה כי כן שומעים את הכן מהלא, צריך רק בתחומים האלה. יש כאן בעצם רציונאל נוסף לגבי דרישת התנאי הכפול. אפשר לפרש את הדרישה של רבי מאיר ב-3 דרכים: 1. העתק וגזור של הנוסחה המקראית, 2. מבוססת על תפיסה פרשנית או פרוצד' ההתחייבות שלו, 3. דרישה מוגבלת לתחום העריות- אישות מפני שהתחום הזה השלכותיו הן חמורות ביותר. הרוב לא הסכימו עם דרישת התנאי הכפול. מיד נראה שאל דרישה זו נוספות דרישות פורמ' נוספות.

**מגבלה חוזית צורנית מס' 2- תנאי קודם למעשה**

משנה, בבא מציעא ז, יא

5.כל המתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל, **וכל תנאי שיש מעשה בתחלתו תנאו בטל**, וכל שאפשר לו לקיימו בסופו והתנה עליו מתחלתו תנאו קיים.

תניה חייבת לתאום את הדין- אסור לה לנגוד את הדין. התנאי יהיה קיים רק אם המעשה הוא בסופו וזהו תנאי מהותי (לא דרישה פור'). "כל תנאי שיש מעשה בתחילתו בטל"- ההסבר המקובל למגבלה זו מתייחס לנוסחת החוזה. כלומר, כשאני מנסחת חוזה יש בו תנאי ומעשה. למשל: המכירה של החוזה תצא לפועל אם אני יוצאת לשבתון. התנאי הוא היציאה לשבתון והמעשה הוא מכירת הדירה. לפי מה שכתוב כאן הנוסחה החוזית הראויה הוא שהתנאי יהיה קודם למעשה- אם אני נוסע לשבתון אז הדירה תימכר (ולא המכירה של החוזה תצא לפועל אם אני יוצא לשבתון). ההסבר השני הוא של הרמב''ם.

רמב"ם הלכות אישות פרק ו

הלכה ד אבל אם אמר לה הרי את מקודשת לי בדינר זה ונתן הדינר בידה והשלים התנאי ואמר אם תתני לי מאתים זוז תהי מקודשת ואם לא תתני לי לא תהי מקודשת הרי התנאי בטל מפני שהקדים המעשה ונתן בידה ואחר כך התנה ואף על פי שהכל בתוך כדי דיבור, והרי זו מקודשת מיד ואינה צריכה ליתן לו כלום.

הרמב"ם סבור שהתנאי והמעשה הם לא רכיבים שונים אלא התנאי הוא החוזה והמעשה הוא הפעולה המשפטית עצמה. אם החוזה קודם לפעולה המשפטית אז לחוזה יש תקף אבל אם החוזה מאוחר לפעולה המשפטית אז לחוזה אין תוקף. אם אני עושה פעולה משפטית ללא תנאי ואחרי שעשיתי אותה התניתי אותה, הואיל והפועלה המשפטית יצאה לדרך באופן חלוט ללא תנאי, התנאי בטל. המעשה בתחילתו- הפעולה המשפטית קדמה לתנאי. לפי הרמבם אם מכרתי למישהו את הדירה ואחרי המכירה יידעתי אותו שהמכירה תלויה ביציאה לשבתון, המכירה תהיה תקפה. הרמב"ם סבור שהיגד זה לגבי תנאי ומעשה נוגע ליחסים שבין חוזה לפעולה משפטית- מה צריך להיות קודם למה. לא מדובר על דרישה פורמאלית לגבי האופן שבו יש לכתוב את ההיגד. ניתן לכתוב את הנוסחה כפי שאתה רוצה כל עוד סדר הפעולות נכון.

בקטע זה מדובר על מקרה שבו אדם קידש אישה ורק לאחר מכן התנה את הקידושין. הקידושין לפי הרמב"ם תקפים שהרי התנאי ניתן לאחר שהקידושין נהיו חלוטים. אדם קידש אישה ללא תנאי ואחרי הקידושין בחר לפתע להוסיף תנאי- התנאי בטל. הקדים המעשה ונתן בידה- כבר מקודשת. למרות שזה נעשה ברציפות. היא מקודשת מיד- מכיוון שהנישואים יצאו לדרך באופן חלוט וללא תנאי. גם אם לא תתן לו כלום הנישואים תקפים. **המעשה צריך לבוא לאחר התנאי- הפעולה המשפטית יוצאת לדרך אחרי שהתנתה ולא להפך.**

התלמוד טוען שזו דרישה פורמ', הנוסחה של תנאי צריכה להיות שסדר הרכיבים בה הוא כזה- אם תיתני לי סכום מסויים של כסף אז מוכן לשאת אותך לאישה. לרכיב של הפעולה המשפטית קוראים בשם מעשה ולרכיב של התנאי קוראים תנאי. סדר הרכיבים בתניה צריך להיות כזה שהתנאי קודם למעשה. זה לא הסדר של הפעולות בשטח אלא הסדר של הרכיבים בתנייה. ואם ניסחתי באופן הפוך- הרי את מקודשת לי אם תתני לי 200 זוז במקרה כזה לנוסחה אין תוקף (גם אם בפועל התנאי מתקיים קודם). זו דרישה פורמ'.

המשנה אומרת עוד תנאי לדרישה: התנאי חייב להיות בר קיום- אם תרחפי באוויר.... כשהדרישה לא ניתנת לקיום אז התניה בטלה- ''כל שאפשר לקיים בתחילתו ואפשר לקיים בסופו קיימה''.

התלמוד בסוגיה אחרת מראה שכל המגבלות הללו הן מגבלות שנובעות מתנאי בני גד ובני ראובן. זהו הדגם העליון ממנו אנו לומדים את כל התניות:

. בבלי, גיטין עה, א - ב

ת"ר: הרי זה גיטיך והנייר שלי - אינה מגורשת, על מנת שתחזירי לי את הנייר - מגורשת.

מאי שנא רישא ומאי שנא סיפא? אמר רב חסדא: הא מני? רשב"ג היא, דאמר: תתן לו את דמיה, ה"נ אפשר דמפייסה ליה בדמי.

מתקיף לה אביי: אימור דאמר רשב"ג - היכא דליתיה בעיניה, היכא דאיתיה בעיניה מי אמר? אלא אמר אביי: הא מני? ר"מ היא, דאמר בעינן תנאי כפול, והכא הא לא כפליה לתנאיה.

מתקיף לה רבא: טעמא דלא כפליה לתנאיה, הא כפליה לתנאיה לא הוי גיטא, מכדי כל תנאי מהיכא גמרינן להו? מתנאי בני גד ובני ראובן, מה התם תנאי קודם למעשה, אף כל תנאי קודם למעשה, לאפוקי הכא דמעשה קודם לתנאי! אלא אמר רבא: משום דמעשה קודם לתנאי.

מנסים לפרש מקור תנאי אבל אז הסוגיה מכניסה פרשנות פורמ' למקור התנאי.

התלמוד טוען שרבי מאיר עומד מאחורי הדרישה של תנאי קודם למעשה. ההבנה של התלמוד היא שסדר הרכיבים בתניה צריך להיות כך שהרכיב של התנאי קודם לרכיב של המעשה. אם.... אז... רוב הדעות פסקו לפי הדעות של התלמוד אבל לא כולם.

במקרה זו נידון מקרה שבו גבר מתנה לאשתו תנאים לגמרי בלתי ישימים על מנת שתקבל גט. על פי אחת העמדות, המגבלה הינה **שתנאי בחוזה צריך להיות ישים מבחינה מהותית**. אם האישה לא יכולה בשום אופן וצורה לקיים את התנאי, לחוזה לא יהיה תנאי (לא נתייחס לויכוח בין שתי העמדות- זוהי דעת הרוב).

מקור זה עוסק בגירושין על תנאי. הגבר למעשה מסרב לתת לאשה גט- הוא רוצה את הנייר שעליו הוא ירשום את הגט בחזרה. אינה מגורשת- הדרישות של הגט לא מאפשרות זאת. לכן, כשאדם אומר לאישה הרי זה גיטך אבל הנייר של הגירושין נשאר שלו לא עומד בדרישה של נתן בידה ואינה מגורשת. אבל אם אומר לה על מנת שתחזירי לי את הנייר היא מגורשת. בשני המקרים המוצגים (באחד לגט לא יהיה תוקף ובשני כן) הגבר לא מוכן שהנייר ישאר בידי האשה.  ***התלמוד תוהה למה- שואל מה ההבדל בין הרישא לסיפא.*** *אפשר היה לפרש את זה לפי הנוסחאות שדיברנו קודם-על מנת- זה קיים עכשיו, אחר כך תצטרכי להחזיר לי את הנייר. אם הוא אומר הנייר שלי- זה מכאן והלאה ואין שום זמן שהנייר שלה. זה ההסבר המהותי והפשוט- אין לגט תוקף* כי יש תנאי אח''כ. אך התלמוד הולך לא בכיוון הזה אלא  **ההצעה היא ברמה המהותית- ההבדל הוא בנסיבות והן האם האישה מציעה לאישה לשלם לו במקום להחזיר לו את הגט-** על מנת תיתן לו את הדמיה. הטענה היא שברישא הוא אומר לה הרי זה גיטך והנייר שלי- הוא נותן לה את הגט והנייר נשאר אצלו ולכן זה לא יכול להתקיים. אבל בסיפא מדובר על כך שהאישה מציעה לו תשלום על הנייר, הגט נשאר אצלה אז ברור שהיא מגורשת. התלמוד כאן נדחק אן כשהוא מתאר כל מיני תיאורים נסיבתיים. התלמוד מעוניין לומר שהמבחין בין הרישא לסיפא הוא עמידה בתנאים קניינים- הגט נשאר אצלה והיא משלמת במקום. אביי מקשה על כך- לא נראה לו הגיוני שההבדל הוא התשלום. רבן שמעון בן גמליאל התכוון שהיא קיבלה את הגט ואם לא מוצאים אז היא תשלם במקום. במקרה כזה הוא אמר לה ''על מנת שתחזירי'' והגט לא נמצא אז יש תחליף. אבל אם הגט נמצא והוא אמר לה על מנת שתחזירי לי איך יעלה על הדעת לשנות את התנאי- תחזירי לי את הנייר מה פתאום לשלם במקום? אי אפשר לפרש שבמקום ההחזרה של הנייר היא תשלם. עד כאן התלמוד ניסה לפרש את המקור הזה לא באופן פור' אלא באופן מהותי- הואיל ועולה כאן תניה שקשורה לתניות הקנייניות של הגט אז מפרשים את התניות על רקע הדרישות האלה- הדרך הפשוטה*.*

מכאן והלאה הפרשנות של התלמוד להבדל בין הרישא והסיפא יהיה על בסיס פורמ'- ההבדל הוא בנוסחאות של התנאי. האם הדרישות עומדות בקפדנות שדורשים מנוסחאות תנאי. התלמוד יעביר אותנו על תנאים פור' וינסה לשייך למקור הזה- **תנאי כפול:** אביי אומר שברישא אין תנאים- גירושין שבמסגרתם הנייר נשאר אצל המגרש אין תוקף. ''על מנת שתחזירי את הנייר'' היא מגורשת כי נוסחת התנאי לא עומדת בדרישות הפור' ולכן התנאי מתבטל- כאילו לא התנת. פעולה חלוטית- זה הסיפא. הוא אמר ''את תהיי מגורשת אם תחזירי את הנייר אבל הוא לא אמר שאם לא תחזירי לא תהיי''- לא עמד בדרישת התנאי הכפול והוא בטל. הרישא מובנית- אי אפשר לתת גט כאשר הנייר בבעלותו של הבעל. הסיפא לא הייתה אמורה להיות שונה, גם שם היה אמור להיות הגט מבוטל. אבל למה זה ככה? על מנת נופל- ההסבר הראשון אומר שזה בשל כך שזה לא תנאי כפול.

רבא מקשה על הדרישה הכפולה של אביי- הניסיון השני להצביע על כשל של התנאי מצד הדרישה הפורמ' השנייה-

מתקיף לה רבא: טעמא דלא כפליה לתנאיה, הא כפליה לתנאיה לא הוי גיטא, מכדי כל תנאי מהיכא גמרינן להו? מתנאי בני גד ובני ראובן,

רבא מקשה על אביי. התלמוד לומד מתנאי בני גד ובני ראובן שעל התנאי להיות קודם למעשה. היא נוסחה כושלת כי היא מקדימה את המעשה לתנאי התנאי נופל והיא מגורשת ללא תנאי. אין כל חידוש בדברים אלה. **החידוש היחיד הוא שמקורו של התנאי הוא בתנאי בני גד ובני ראובן.** הדרישה הופכת להיות כללית בקשר לכל תניה שהיא.

**מגבלה חוזית צורנית מס' 3- עצמאות התנאי**

מתקיף לה רב אדא בר אהבה: טעמא דמעשה קודם לתנאי, הא תנאי קודם למעשה לא הוי גיטא, מכדי כל תנאי מהיכא גמרינן להו? מתנאי בני גד ובני ראובן, מה התם תנאי בדבר אחד ומעשה בדבר אחר, אף כל, לאפוקי הכא דתנאי ומעשה בדבר אחד! אלא אמר רב אדא בר אהבה: משום דתנאי ומעשה בדבר אחד.

הסיבה שמכשילים את התנאי זה בגלל שהתנאי מאוחר למעשה. מהיכן לומדים את כל התנאים- בני גד וראובן- אם לומדים את הלכות התנאים מבני גד וראובן- נציע דרישה שלישית: תנאי בדבר אחד ומעשה בדבר אחר- התנאי והמעשה צריכים להיות דברים שונים. קידושין וכסף זה דבר אחד- זה שונה לגמרי. כדי שהתנאי יהיה כשר צריך שהתנאי יהיה בדבר אחד והמעשה בדבר אחר, כמו למשל בגט. .

בגט כשגבר אומר לאשה שהוא יתן לה גט בתנאי שהיא תחזיר לו את הנייר- התנאי והמעשה הם אותה פעולה וקשורים זה בזה שהרי אם הוא לא יתן לה את הגט היא לא תוכל להחזיר את הנייר. התנאי צריך להיות חיצוני לפעולה המשפטית (אמכור לך את השדה אם תבוא איתי לירושלים- אין קשר בין ההליכה לירושלמים למכירת השדה). אם התנאי קשור באופן ישיר למעשה, התנאי בטל. בני גד ובני ראובן- התנאי והמעשה שונים.

גט יהיה תקף ללא תנאי לפי זה ש2- הדרישות לא מתקיימות.

הפוגה- רב אשי אמר: הא מני? רבי היא, דאמר רב הונא אמר רב: כל האומר על מנת כאומר מעכשיו דמי.

**רב אשי נותן הסבר לא על דרישה אלא ע''ב אחר: טוען שכשאדם נתן גט אז זה היה נוסחת על מנת**- כל האומר על מנת האומר מעכשיו- אדם שמשתמש בתנאי על מנת הוא רוצה שהפעולה המשפטית תתקיים מעכשיו אבל מתנה בתכלית מסויימת, הוא לא שם סימן שאלה. הוא רוצה שהיא תתגרש כבר מעכשיו ובהמשך תחזיר לו את הנייר. אין תלות בדרישות פור'. בגלל העל מנת היא מגורשת ולא בגלל שהדרישות לא מתקיימות, פוטרים את עצמנו מכל הדרישות הפור'- מגורשת כבר מעכשיו ואח''כ נסתדר. לא בגלל שאין דרישה אלא בגלל שיש על מנת.

אתקין שמואל בגיטא דשכיב מרע: אם לא מתי לא יהא גט, ואם מתי יהא גט. ולימא: אם מתי יהא גט, ואם לא מתי לא יהא גט! לא מקדים איניש פורענותא, לנפשיה. ולימא: לא יהא גט אם לא מתי! בעינן תנאי קודם למעשה.

שכיב מרע החליט לתת מתנה, אפשר אפילו בדיבור בלבד. כאן עשה זאת בשטר (גט). האמורא שמואל, שהוא מהדור הראשון של האמוראים בבבל, התקין שהנוסחה צריכה להיות: אם אני אמות אני רוצה שכל המתנות יתקיימו, אם אני אצליח להבריא אז הכסף יישאר אצלו. שמואל התקין שהנוסחה חייבת להיות תנאי כפול. התלמוד שואל למה הוא מנסח אם לא ואז כן? צריך הפוך- אם השטר יהיה תקף (חיובי) ואז אם לא יהיה תוקף. התלמוד עונה: במובן האנושי הוא מקווה להישאר בחיים- אם לא אמות. שוב שאלה: למה זה מתחיל באם לא מתי ולא מתחילים ביהיה גט או לא יהיה- הדרישה השנייה: תנאי קודם למעשה.

המרצה לא מבין את ההפוגה הזו- התלמוד חוזר לכשל הנוסף:

**מגבלה מס' 4- ההן צריך להיות קודם ללאו**

מתקיף לה רבא: מכדי כל תנאי מהיכא גמרינן? מתנאי בני גד ובני ראובן, מה התם הן קודם ללאו, אף כל, לאפוקי הכא דלאו קודם להן! אלא אמר רבא: אם לא מתי לא יהא גט, אם מתי יהא גט אם לא מתי לא יהא גט, אם לא מתי לא יהא גט - לא מקדים איניש פורענותא לנפשיה, אם מתי יהא גט אם לא מתי לא יהא גט - בעינן הן קודם ללאו.

שוב מדגישים שאת כל התנאים לומדים מתנאי בני גד ובני ראובן. מגבלה זו קובעת שההן צריך להיות קודם ללאו. כשמנסחים בתנאי הכפול אם הכן והלא, האם כן צריך להיות קודם ללא וגם את זה לומדים מבני גד וראובן. אז התלמוד שואל מה קורה לגבי שכיב מרע (הרי הוא אומר קודם ''אם לא אמות'')- מבחינה משפטית רבא אומר שזה לא בסדר. הוא מבין למה זה נוסח כך מבחינה פסיכולוגית אבל זה לא עומד בנוסחה הפור' שאני מציע, לא עומד במשפט. אני אמות ואם אני לא. וויכוח בין שמואל לבין רבא- להעדיף פסיכולוגיה או את המשפט.

אנחנו עכשיו משופעים בדרישות. במשנה יש רק דרישה אחת- תנאי כפול, מבני גד וראובן. כפי שראינו, האמוראים מאביי ורבא והלאה הוסיפו על דרישת התנאי הכפול עוד 3 נוספות- הרכיב של התנאי צריך להיות קודם לרכיב של המעשה, התנאי והמעשה צריכים להיות בדבר אחר והחיובי קודם לשלילי. הפוסקים, על בסיס הסוגיה התלמודית הזאת אימצו את הדרישות הפור' האלה.

הרמב"ם מבצע סיכום של כל מה שלמדנו עד כה:

רמב"ם הלכות אישות פרק ו

הלכה א המקדש על תנאי אם נתקיים התנאי מקודשת ואם לא נתקיים אינה מקודשת, בין שהיה התנאי מן האיש בין שהיה מן האשה, וכל תנאי שבעולם בין בקידושין בין בגירושין בין במקח וממכר בין בשאר דיני ממון **צריך להיות בתנאי ארבעה דברים**.

הרמב''ם טוען שהתכולה היא על כל המרחב ההלכתי. בירושלמי היה כתוב משהו אחר- כך פוסק הרמב''ם ועוד רבים כמותו- דרישות פור'. הרמב"מ מתעלם מהתנאי של התנאי והמעשה בדבר אחר, לא ידוע למה. אם התנאי לא עומד בדרישות הפורמליות, הוא בטל, והפעולה המשפטית חלוטה, כאילו ללא תנאי. מדגים – למשל

הלכה ה וכן אם אמר לה אם תתני לי מאתים זוז הרי את מקודשת לי בדינר זה ואחר כך נתן הדינר בידה הרי התנאי בטל מפני שלא כפל תנאו, שהרי לא אמר לה ואם לא תתני לא תהי מקודשת, והרי זו מקודשת מיד ואינה צריכה ליתן לו כלום.

הלכה ו- יש כשל פור'- קודם כל לא ואז כן- הפעולת קידושין חלוטה.

הלכה ז וכן אם אמר לה אם תעלי לרקיע או תרדי לתהום הרי את מקודשת לי בדינר זה ואם לא תעלי לרקיע ולא תרדי לתהום לא תהי מקודשת ואחר כך נתן הדינר בידה הרי התנאי בטל והרי היא מקודשת מיד שהדבר ידוע שאי אפשר לה לקיים תנאי זה ואין זה אלא כמפליגה בדברים דרך שחוק והיתול.

לא ניתן לקיים את התנאים ולכן התנאי יהיה בטל. הפגם שהתנאי אינו בר קיום.

הלכה יג שים אלו הדברים של תנאים לנגד עיניך תמיד, וכל מקום שאתה שומע המקדש על תנאי כך וכך או הנותן גט על תנאי כך וכך או המוכר או הנותן על תנאי תדע שהתנאי יש בו ארבעה דברים אלו שביארנו כדי שלא נהיה צריכין לפרש אותן בכל מקום ומקום, ואם חסר אחד מהן אין כאן תנאי.

הרמב"ם מדגיש שתניות אלו תקפות לא רק בעיניני נישואין וגירושין אלא בכל התחומים. כדי שלא נצטרך לפרש כל פעם, זה מיותר.

הדרישה התחילה בקטנה- תנאי כפול, תנאי קודם למעשה אפשר לפרש שזה מהותי כמו הרמב''ם. האמוראים אומרים שניתן ללמוד מכל המאפיינים הפורמ' מבני גד ובני ראובן. אתה נדרש לחקיינות מושלמות- האמוראים החמירו את הדרישות של בני גד וראובן.

התנועה הזו הרחיבה את התנאים הפור' של החוזה. זה יוצר קשיים עצומים. לא תמיד כשניסחו תניות ידעו מה רוצים לעשות. זה ברור שמצד אחד היו מעוניינים להתנות תנאים אבל הדרישות הפור' הפכו את התנאים לבלתי אפשריים. במיוחד פעולות רצוניות והם תלויות ברצונו של אדם והוא מבטא את רצונו באמצעות תנאי ואם התנאי לא התקיים אז הרצון לא יתקיים. התפתחה מגמה הפוכה- הגבלה של התחומים בהם נחיל את הדרישות הפור'. נדחוס את הדרישות הפור' ל''גטו'' ושם יציקו אבל במתחם הגדול לא יציקו. פתח פתח למחלוקת גדולה מאד. ראינו את זה בעיקר בדיני אישות אבל גם בשכיב מרע. התלמוד הירושלמי אומר שזה רק בדיני אישות בגלל החומרה. יש וויכוח גדול שמתחיל אצל הגאוני וממשיך אצל הראשונים בקשר להיקף התכולה.

הלכה יד יש מקצת גאונים אחרונים שאמרו שאין אדם צריך לכפול תנאו אלא בגיטין וקידושין בלבד אבל בדיני ממון אינו צריך לכפול, ואין ראוי לסמוך על דבר זה, שכפילת התנאי עם שאר הארבעה דברים מתנאי בני גד ובני ראובן למדו אותן חכמים +במדבר ל"ב+ אם יעברו בני גד וכו' ואם לא יעברו ותנאי זה לא היה לא בגיטין ולא בקידושין, וכזה הורו גדולי הגאונים הראשונים וכן ראוי לעשות. /השגת הראב"ד/ וכן הורו גדולי הגאונים וכן ראוי לעשות. א"א כבר כתבנו הטעם בספר משפטים כדברי האחרונים.

הרמב"ם מביא מחלוקת גדולה בין ***הגאונים הראשונים*** לאחרונים לגבי ההיקף של המגבלות הצורניות. הגאונים הראשונים סברו שהמגבלות הצורניות חלות לגבי כל תחומי ההלכה. כך גם תפיסתו של הרמב"ם כאמור לעיל. ***הגאונים האחרונים*** סברו אחרת. לדידם המגבלות הצורניות חלות רק על גיטין וקידושין ולא על דיני ממונות. אפשר להגיד שזה בגלל שיקולי מדיניות או בגלל שהשלכות הן מאד חמורות ולכן דורשים שכל פעולה תנוסח בצורה קפדנית וזהירה. הרמב"ם מנמק את ההיגיון שעומד מאחורי דעתו ודעת הגאונים הראשונה- התלמוד תלה את הדרישות הצורניות בתנאי בני גד ובני ראובן שלא היה בענייני גיטין ונישואין אלא בדיני ממונות (קרקעות). הסבר זה מניח את הדעת. אם כן- מה ההסבר לגישה המצמצמת של הגאונים האחרונים? ***הראב"ד*** מנסה להסביר, היה ווכוח ביניהם:

/השגת הראב"ד/ ואין לדבר זה ראיה וכו'. א"א אף על פי שאין ראיה לדבר זכר לדבר וטעם גדול יש לדבר ואיך יתכן דזה מוכר קרקע או נותנו ואומר איני נותנו או מוכרו אא"כ יעשה לי כך וכך ונוציא אותו מידו ולא עשה בו מה שהתנה עליו אבל גיטין וקדושין אומדן דעתא הוא מכיון שנתן דעתו לגרש או לקדש אינו אלא כמפליג בדברים וקירוב הדעת וריחוק הדעת אין תנאי מועיל בו לרחק ולקרב אא"כ חזקו בכפילו ובכל העניינים שנתפרשו בו כי כולם חזוק התנאי הם ובין תבין ונחלת בני גד ובני ראובן לא היתה מוחזקת ביד ישראל ואינו דומה לקרקע המוחזק לו לאדם מירושתו או ממקחו עכ"ל.

הראב"ד טוען כי אין לו דרך להוכיח שיש להבחין בין דיני קידושין וגיטין לבין דיני ממונות אך להבחנה כזו יש היגיון. הראב"ד אומר שדיני ממונות מבוססים בעיקר על חיובים מן ההסכם, חיובים וולנטריים. הראב"ד שואל- איך יכול להיות בתחום שכל כולו תלוי ברצון והסכמה אתה תכפה על אדם דברים שהוא איננו רוצה בהם? דיני ממונות הוא תחום שכל הוויתור הוא הסכמה ורצון ולכן לא הגיוני בתחום זה נטיל על אדם דרישות פורמאליות כך שיצא שאדם ימכור את השדה שלו בניגוד לרצונו (שהרי אם הדרישות הצורניות לא יתקיימו, העסקה תהיה תקפה אבל התנאי שהתנה המוכר יהיה בטל). גיטין וקידושין הוא תחום שבו יש כללים ברורים ולכן תפקיד התנאים הם לא ביטוי מזוקק לרצונו של האדם אלא הם רק כלי עזר לבטא את הרצון של האדם. האדם מבין שבגיטין וקידושין יש כללים ברורים מראש. תפקידן של הדרישות הוא להביא אותך למוד רציונאלי ולא לפעול לפי הרגש. בשאר התחומים לא רק שהדרישות לא עוזרות אלא הן מפריעות. בדיני אישות חייב להטיל.

הרמב''ם טוען שהוא לא מוצא טעם להגביל את הדרישות רק לתחום של גיטין וגירושין אבל הראב''ד טוען טענה חזקה. הראב''ד טוען זה ''מחזק את התנאי''- כרגע לא ברור מה זה אומר, בהמשך נבין. הרמב''ם אמר שזה לא יכול להיות בדיני אישות בלבד כי המקור היה בדיני ממונות. הראב''ד עונה על כך- מה שקורה בבני גד וראובן זה לא סיפור רגיל של דיני ממונות, זו לא קרקע שמורשת אלא אם יקבלו נחלה או לא. הזכייה הזו בעבר הירדן המזרחי או ארץ כנען זה לא דיני ממונות אלא בעצם מדובר כאן בפעולה דתית. והשאלה היא באילו תנאים אתה בר זכות- לא מדובר בדיני ממונות אלא תחום אחר. התשובה לא מספקת לדעת המרצה.

הויכוח בין הרמב"ם לבין הראב"ד הוא ויכוח בין לוגיקה לפורמליזם. הניסיון הוא לצמצם.

עמדה קיצונית עוד יותר הוא של רב סעדיה הגאון:

. דיני התנאים לרשב"ח, כ"י פירקוביץ, דף 5 ע"ב

נאמר (= יש אומרים) שראש הישיבה הפיומי זצ"ל (רב סעדיה הגאון) אמר שלא נזדקק לתנאי כפול אלא בגיטין ובקידושין בלבד, והעיון מגלה לנו שהם לא הצריכו תנאי כפול אלא בדברים מסוימים בגיטין ומה שדומה להם בדין, וזה כגט שכיב מרע, והוא: אם היה חולה ובחר לכתוב לאשתו גט, כך שאם ימות תינצל מן היבום ואם יבריא לא תיאסר עליו אם היה כהן, יכתוב אותו וימסרנו לה על פי התנאים שתיאר: אתקין שמואל בגטא דשכיב מרע אם לא באתי לא יהא גט ואם מתתי יהא גט והאריכו החכמים (?) בזה והבהיר רבא את הדיבור, באמרם 'אלא אמ' רבא הכי קאמ' אם לא באתי לא יהא גט ואם באתי יהא גט ואם מתתי לא יהא גט ואם מתתי יהא גט'. ותקנת מר שמואל זאת, עם ההבהרה של רבא, אינו מצביע על כך שההלכה לדעתם כר' מאיר בתנאי כפול...

הוא מפרש שהגט של שכיב מרע זה גט ממש ולא מתנה, כי אם תהיה אלמנה יכול ליפול לייבום והיא לא מסתדרת עם אחיו ולכן תהיה פטורה מזה אם יתגרשו. הוא טוען שצריך להגביל את הדרישה הפור' רק לגיטין וקידושין אבל רק בדברים מסויימים- גיטין ומה שדומה להם בדין, זה לא נכון על כל המרחב של גיטין וקידושין אלא רק בדברים שהתלמוד דיבר עליהם, צמצום התחולה רק לתחומים מאד מסויימים. יש פה צמצום נוסף, עוד יותר חמור מהרמב''ם. שיקולי מדיניות עומדים מאחורי זה.

גולאק טוען שאי אפשר לנהל ככה חיים נורמליים ולכן נהגו להטיל סייגים ומגבלות על הדרישות- מתאר את המהלך ההפוך להקשייה של האמוראים לגבי הדרישות הפור'- צמצום התחומים. זה גם משיקולי מדיניות, טקסטואליים וגם רציונאליים- הראב''ד.

כעת ננסה להציע כמה פשרים לכל מהלך זה ונשאל **מדוע מה ההגיון שעומד מאחורי התניות הצורניות הללו** שהרי לכאורה אין קשר בין הדרישות הצורניות לאלמנט ההסכמה- למה זה טוב? במיוחד כשזה עומד מול הגישה של הראב''ד- מחילים תוצאות משפטיות בניגוד לרצונו. ניתן לזהות 4 תיזות:

* + - 1. **תיזה פורמליסטית דווקנית- תיזת הרא"ש**:

שו"ת הרא"ש כלל מו סימן ב

ועיקר הטעם, מה שיכול לבטל התנאי וישאר המעשה קיים, משום דילפינן מתנאי בני גד ובני ראובן שיש כח בתנאי לבטל המעשה, אם לא יתקיים התנאי. ואי לאו דילפינן מהתם, לא הוי כח בתנאי לבטל המעשה, ואף אם לא נתקיים התנאי יהיה המעשה קיים, אפילו אי כפליה לתנאיה. ולהכי בעינן שיהיה התנאי לגמרי כתנאי בני גד ובני ראובן: כפול, ותנאי קודם למעשה, והן קודם ללאו, ותנאי בדבר אחד ומעשה בדבר אחר; דחידוש הוא, ואין לך בו אלא חידושו. וכיון שכן הוא, שמעשה הוא דבר בפני עצמו וראוי להתקיים בלא קיום תנאי, אלא דילפינן מתנאי בני גד ובני ראובן, אם כן, התנאי יכול לבטל, ההוא מעשה בפני עצמו, ואין קיום המעשה תלוי בו, ודיבור בעלמא הוא, ואתי דיבור, דביטול התנאי, ומבטל דיבור של התנאי, וכשאין המעשה קיים.

הרא"ש סבור שהדרישות הצורניות הן דרישות מטרידות שקשה להסביר אותן. הדרישות הן סוג של גזירת כתוב ולא ניתן לעשות דבר בנידון. הרא"ש מתחיל את דבריו באמירה חריגה- אם אני מקיים תנאי מסויים, הפעולה המשפטית אמורה לחול. הדעת נותנת שאף תנאי לא יכול להגביל פעולה משפטית אך הרעיון שלפיו תנאי של אדם יכול לסייג פעולה משפטית שהיא פעולה מוכרת על פי הדת (כל פעולה משפטית מוכרת ע"י הדת) הוא חדשני ובעייתי. התופעה היא אבסורדית ואנומלית אך זוהי גזירת הכתוב ולכן עלינו לקבל את המגבלות של בני גד ובני ראובן באופן דווקני ומצומצם (לא להגדיל ראש). אסור לסטות מן הדרישות הצורניות של בני גד ראובן. מרחיק לכת- ברור שאם התנאי לא יתקיים הפעולה לא תצא לפועל. ההיגיון שלו הפוך- עשה פעולה משפטית לפי הספר אז יש לה תוקף, איך אדם יכול למנוע את התוקף של הפעולה המשפטית?! ברגע שהיא עומדת בתנאים הבסיסיים תקופה הוא אוטומטי. למשל כשאדם קידש אישה הוא עשה פעולה כמעט טבעית וזה לא תלוי בדברים אחרים. תכולתן של פעולות משפטיות כשהן עומדות בדרישות הבסיסיות שלהן ורצונו של האדם לא יכול להגביל אותן. זה גזירת הכתוב, חידוש- אם לא היו לומדים מבני גד ובני ראובן, לא היינו בכלל יכולים לקבוע את העקרון שאפשר להתנות פעולות משפטיות. בניגוד לראב''ד, רא''ש טוען שתכולתן של פעולות משפטיות היא אוטומו' ותנאי לא יכול להתנות. זה לא הגיוני אבל ככה זה וצריך לכבד את הכללים האלה. הראב''ד- התנאי מבטא את רצונו של האדם ולכן תמיד צריך שיהיה תוקף לתנאים, לא הגיוני שילכו נגד התנאים (הרצון) רק בגלל דרישות נוקשות. הרא''ש- הפוך: כל רעיון התנאי הוא רעיון שסותר את התפיסה הדתית הבסיסית שפעולות תקפות מעצם עשייתן. חייב להיות צמוד למקורות, להיצמד להלכה שלא מאפשרת להתנות.

* + - 1. **עמדה קוטבית הפוכה- התיזה הגמישה- בעלי התוספות**

גישה זו הפוכה מהתיזה של הרא"ש. הדרישות של בני גד ובני ראובן הן אבסורדיות ולכן יש לצמצם את הדרישות ככל הניתן. מדובר בנוסחאות שמבטאות את רצונם והסכמתם של בני האדם אבל נוהג לא מקדשים. אם ברור לנו מה הרצון וההסכמה ואלה חורגים מהדרישות הצורניות, ניתן לוותר על הדרישות הצורניות. הנוסחאות הצורניות צריכות להיות מופעלות רק אם זה לא סותר על הרצון וההסכמה של בני האדם.

[בבלי קידושין מט ב ההוא גברא דזבין לנכסיה אדעתא למיסק לארץ ישראל, ובעידנא דזבין לא אמר ולא מידי; אמר רבא: הוי דברים שבלב, ודברים שבלב אינם דברים.]

תוספות שם

דברים שבלב אינם דברים - משמע דוקא משום שלא פירש דבריו אבל אם פירש דבריו להדיא ואמר בשעת המכר שהוא מוכרם לפי שהוא רוצה ללכת לארץ ישראל הוה המכר בטל. וקשה אמאי הא בעינן תנאי כפול והרי לא התנה שאם לא ילך לא יתקיים המקח...

ואומר ר"י דצריך לחלק ולומר דיש דברים שאינם צריכין תנאי כפול אלא גלוי מילתא דאנן סהדי דאדעתא דהכי עביד וגם יש דברים דאפילו גילוי מילתא לא בעי כגון ההיא דהכותב כל נכסיו לאחרים ושמע שיש לו בן שהמתנה בטלה וכן הכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפוטרופא לפי שאנו אומדין שלכך היה בדעתו וכמו כן אנן סהדי דלא זבן אלא אדעתא למיסק לארעא דישראל.

האדם פירסם מודעה שהוא רוצה למכור את התכולה של הדירה כי הוא רוצה לעלות לארץ. הוא לא אמר לקונים שזה בגלל שהוא עולה לארץ ובסופו של דבר האדם נשאר בבבל. לפי דין תורה לא התנו בשום תנאי ולכן זה שלהם, מצד שני ברור שהוא לא יכול להישאר בלי כלום. רבא אורמ שהקונים צודקים- הכוונה משפטית יותר חזקה מדברים שלבד, במיוחד אם זה לא ברור. הרצון וההסכמה של הקונה היו ברורים אבל התנאי לא מפני שלא נאמרו והדברים דברים שבלב אינם דברים. עסקת המכר תחול.

שיעור 10- 29/12/15

הכותר שהתקבל בתקופ' הגאונים ואח''כ אצל הרמב''ם הוא ''משפטי התנאים''. התלמוד קרא לזה תנאי בני גד ובני ראובן. במשנה התנאים האלו היו מוסד די מוגבל- הדרישה היחידה שקוראים עלייה במשנה זו הדרישה לתנאי כפול, שגם היא שנויה במחלוקת. היא היחידה שמופיעה בספרות התנאים. לעומת זאת, התלמוד (האמורא רבא) ובעקבותיו העורך של התלמוד הרחיבו מאד את משפטי התנאים ואת הדרישה לדמיון לתנאי בני גד ובני ראובן- ההן קודם ללאו, התנאי והמעשה בדברים שונים. עוד ראינו (זה שנוי במחלוקת) שהתנאי יהיה קודם למעשה- לפי אחד ההסברים הרכיב של התנאי צריך להיות קודם לרכיב של המעשה- ''אם יעשה כך אז יחול כך''. כל הדרישות האלה מבוססת על הדמיון בני גד ובני ראובן לבין כל תנייה או הסכם שיש בו תניות.

אין ספק שהדרישות הפור' האלה הורחבו ע''י התלמוד הרבה מעבר למה שמצאנו כמותו במשנה. מול המגמה הזו של ההרחבה שמרבית מן הפוסקים הזדהו איתם (הרמב''ם טען שזה חל תמיד) יש מגמה אחרת של צמצום- כי הרי המציאות עם כל הדרישות האלה היא קשה וזה הופך את נושא החוזים לסבוך ומורכב. מעבר לעניין בפרקטי יש פה פגיעה אנושה בעקרונות משפטיים ובכללי צדק. ברגע שאדם מתנה את רצונו, ובדר''כ מדובר בפעולות וולנטריות אתה מכשיל לו את התנאים- בניגוד לרצונו של אדם וזה דבר שהדעת מתקשה לסבול. הפעולה חלה בניגוד לרצונו של אדם.

יש מגמת הרחבה מן המשנה לאמוראים שמעבה מאד את המגבלות הפור' אך מצד שני מתחילה להתפתח מגמה בספרות הפוסקים שמנסה עד כמה שאפשר להסתייג מההרחבה הזו- לצמצם את התחולה של הדרישות הקשות האלה. כפי שראינו- הסייגים העיקיים שהפוסקים שמו אותם זה דרך ההיקף והתחולה של התנאים הפור' האלה. כל התנאים האלה יחולו בהגבלה- בדיני אישות ולא בדיני ממונות. לפי סעדיה הגאון גם לא בכל דיני אישות אלא רק מקרים ספציפיים. זה ברור שהניסיונות האלה המטרה שלהם זה לצמצם את הבעייתיות שיש בדרישות הפור' האלה ואת הבעייתיות הזאת ציינו קודם. הוויכוח על התחולה של הכללים הוא גם מסתמך על מקורות ורציונאליים. מבחינת מקורות הדברים אינם פשוטים- מצד אחד התנאי נערך באגף המשפטי- האם יקבלו את הנחלה או לא אם יעשו כך או לא יעשו אחרת. על פניו תנאי גד וראובן נאמרו לראשונה על ממונות. מאידך, כשבוחנים את המקומות שהתלמוד מדבר על התנאים האלה זה תמיד בענייני גיטין וגירושין. אז ברמת המקורות יש היתכנות לשתי הדעות, ברמת ההיגיון- מצד אחד, הדעת נותנת שהתחולה של תנאי בני גד ובני ראובן אם זה חל בנושא מסויים, למה שלא יחול באחר, מה ההבדל המשמעותי שצריך להבדיל בין הנושאים?? אם באופן כללי אני מגביל את הוולנטריות מה זה משנה אם זה בממונות או באישות. מבחינת זה הרמב''ם צודק. מצד שני, הראב''ד, שהתנגד לדעה זו, טוען כי ההתנהלות של הרצון של האדם בתחומי דיני אישות שונה מהרצון שלו בדיני ממונות. כשאדם עושה עסקים בדיני ממונות הפעילות יותר רציונאלית ושקולה, זהירה ולכן צריך לוותר לאדם ולתת אמון בהבעת רצונו- אין סיבה להתערב לו. עכשיו צריך להסיר את ידיי מהמגבלות הקשות. בדיני אישות הרציונאליות נמצאת במקום אחר- האדם נמצא תחת סערת רגשות (קירוב דעת וריחוק דעת- אהבה ושנאה) ולכן אני פחות נותן אמון בהבעת הרצון של האדם- פה מאד יכול להיות שבגלל שלא פועל באופן רציונאלי הפעולה המשפטית דורשת פיקוח. איך מפקחים על הבעת הרצון? משליטים משפטי תנאים. מוד רצוני זהיר. גם ברמה של רציונאלי יש מקום לוויכוח אם להחיל דרישות אלה על כל המרחב או מוגדר כמו גיטין ונישואין. בספרות הפוסקים יש מגמת צמצום, ע"פ גולק ממקום של פרקטיקה, כמה שאפשר לשחרר את המערכת ההלכתית מעול הדרישות הנוקשות.

**מה עומד מאחורי התנאים האלה? האם אפשר להבין ואיך צריך להבין אותם?** בלי קשר להרחבה ולצמצום.

יש גישה שמתחילה מבעלי התוספות ואח''כ. הר''י (ובעקבותיו הרא''ש)- תנאי בני גד ובני ראובן מגיע ממקום פור'. כל פעולה משפטית תחולתה אוטו'. החוק דורש ממני לעשות דברים מסויימים כדי שפעולה מסויימת תחול. אם אדם מקדש אישה בקידושי כסף אז היא מקודשת. הגישה הפור' אומרת שאם עשית דברים אלה, עמדת בכל הדרישות של הדין אז היא מקודשת ולכן אם אני אבוא ואבקש להתנות- אני נתתי לך טבעת אבל אל לא מקודשת כי אני דורש שתתני לי 2000 זוז אחרת לא תהיי מקודשת. אז השאלה היא אם בכלל במערכת משפטית ובעיקר דתית דבר כזה הוא אפשרי, אולי התחולה היא אוטומטית לפי המעשים? כל רעיון התנאי הוא בעצם רעיון שהוא לא מובן מאליו ובגדר של חידוש ומכיוון שכל רעיון התנאי בגדר של חידוש הוא סותר את הנחות היסוד של עצם פעולות המשפט לכן התנאי יחול רק בגבולות הצרים שייעדתי לו מראש. בשפה של הרא''ש- לולא התנאים ההנחה היא שבעקבות הפעולה יש תוצאה משפטית חלוטה. חידוש צריך להחיל באופן דווקני ומוגבל. כל תופעה משפטית ייחודית נוטים לצמצמם את גבולותיה- בדיוק אבל בדיוק כמו שזה נמצא אצלם. זוהי תופעה אנומלית ולכן אדם רציונאלי יעדיף לצמצם את התופעות האלה. כדי לשמר את הרציונ' מה שלא מסתדר נזרוק לצד (זה לא אנחנו). ''אין לך בו אלא חידושו''- מעיפים הצידה מה שלא רציונאלי.

מול הגישה הזו יש גישה הפוכה: גם היא מתחילה אצל בעלי התוספות. גם היא התחילה מהר''י. כדי לשמר את הרציונאליות של דיני הממונות ופעולות רצוניות צריך עד כמה שאפשר לצמצם את הרעיונות ההזויים האלה. הם אומרים שרק במקרים מסויימים הסכמים יהיו כפופים לתנאים האלה (ולכן זה ההפך מהגישה הקודמת שאומרת שחייב לדבוק בהם בצורה דווקנית). מכר של אדם שבסוף נשאר בארץ- רבא אומר שיש גם קונה והואיל והקונה לא ידע מזה הקונה לא מחוייב לאפשרות הזו, ממילא המכר חל. יישאר בבבל בלי בית ובלי תכולה. התוספות מנסים להבין מה היחס בין האמירה לדברים שבלב אינם דברים לכל הבעת הרצון והתנאים. הם אומרים שאם הוא דיבר על זה במפורש זה בסדר- אם הייתה הבעת רצון זה בסדר.

**הר''י טוען שיש 3 קטגרויות של פעולות משפטיות**: **ראשונה:** גילוי מילתא- ניתן להסיק בצורה ברורה מהאדם למה הוא התכוון- יש אותות. יש דברים שלא נדרשים אפילו אותות שבאמצעותם יודעים מה רצונותיו של האדם- אדם לפני פטירתו מצווה את כל רכושו לאנשים זרים ואז מתברר שהיה ו בן שהוא לא ידע מזה. במצב כזה המתנה בטלה- ברור שהיה נותן לבנו אם היה יודע. עוד דוג' נוספת: אם אדם כותב את כל נכסיו לאשתו גם כשיש לו ילדים (מדובר בחברה לא מודרנית) זה לא הגיוני אז מניחים שהוא לא התכוון שהיא תהיה היורשת הבלעדית אלא תהיה רק בגדר של נאמן של הכסף. יש מקרים שבהם לא זקוקים לאותות כי זה ברור- חזקה התנהגותית. במצב כזה לא אומרים ''דברים שבלב'' כי זה ברור, זה לא דברים שבלב. **קטגוריה שנייה-** דברים פחות ברורים שלגביהם צריך אותות רצון ואז נוכל להיות עדים שכך הוא עשה. המקרה של הדירה נמצא בקטגו' הזו. אם אדם מוכר דירה עם כל התחולה אז זה ברור שמגלים את כוונתו או רצונו של האדם. הנסיבות והמעשים שעשה מהם אפשר לחלץ תובנות לגבי רצונותיו של האדם- אותות דרך הנסיבות. הוא לא אמר שהוא רוצה למכור כי הוא עולה לארץ ישראל. הכוונה היא למקרים שהקונה הסתמך והמוכר לא אמר כלום. בקטגרויה השנייה אין חזקה התנהגותית ולכן כאן צריך נסיבות, אותות כוונה וכו'. קטגוריה שלישית שלא מפורשת במקור אבל היא ברורה- תנאי בני גד ובני ראובן. צריך אותו כשהרצון לא ברור. אם יש חזקות התנהגותיות כאלה שבכלל אותו רצון לא צריך ברור שבמקרה כזה לא משנה אם השתמשנו בתנאים או לא. מה שמעניין זה לא ההתנסחויות אלא הרצון. גם בשנייה אין תחולה לתנאים כי יש אותות כוונה. גם כאן משפטי התנאים לא יכשילו אותי. זה מיישב את שאלת בעלי התוספות- הוא לא השתמש בתנאי גד וראובן אבל זה לא מעניין כי אם יודעים מה רצונו לא צריך את התנאים. עוברים לקטגוריה שלישית אם לא מבינים את הרצון ואפשר ללמוד את הרצון רק מתוך מה שהוא אומר לו. כשזה כך, הוא צריך לומר לי את זה בהקפדה של משפטי התנאים. משפטי התנאים זה המסלול הנכון שבו לומדים על רצונו של האדם כשאין לי מסלול אחר.

לסיכום, לדעתם במקום שבו ברורה כוונת האדם ורצונו ברור, יש לפעול לפי רצונו גם אם הדרישות הפורמאליות לא מתקיימות. רצונו והסכמתו של האדם עומדים קודם. הדרישות הפור' זה רק במקרים גבוליים וקשים.

בקשר לעמדה זו יש לציין את העמדה של אלבק- בזמן המשנה והתלמוד ככה נהגו להתנות- תנאי כפול, הן קודם ללאו וכו'. בני אדם נורמליים היו מתנים כך. הוא אומר שאם יש חזקה התנהגותית ואם יש אותות רצון אז במקרה כזה לא הקפידו על כלום כי ידעו שהרצון ברור. אבל כשבני אדם ידעו שהרצון לא ברור היו מנסחים בצורה כל כך דווקנית את התנאי וזה בעצם תנאי בני גד ובני ראובן. זוהי דרכם כדי להביע את רצונם כי אם לא ידקדקו לא יבינו את המשמעות- אם לא יקפידו על התנאים זה לא יהיה **ברור. אלבק טוען שכך צריך לפרש את דברי בעלי התוספות- הסיבה שעומדת מאחורי הקטגוריה השלישית היא בגלל שאין ביטויי רצון, זה בא מהאדם להשתמש בתנאים.** בתחומים שונים אלבק טוען שההלכה איננה אלה תשקיף של מה שאנשים עושים או אומרים. ההלכה לא מחייבת את בני האדם אלא בני האדם עושים מעצמם. הטענה היא קשה- שהאנשים יצרו את התנאים האלה זה דבר מוזר ביותר. **ברכיהו ליפשיץ מותח עליו ביקורת- ליפשיץ אומר שגולק טוען שאין משמעות למשפטי התנאים- זה לא הגיוני שאלה הם משפטי התנאים.** לפי אלבק משפטי התנאים זה גמיש- הדרך שבה הם רגילים להתנות. זו אמירה מאד גמישה. ליפשיץ אומר שגולאק דוגל בדרך ההגמשה אבל זה לא נכון כי כל מי שנוגע בתנאים אלה רואים שזה נוצר ליצור נוקשות ולא גמישות. ליפשיץ שולל את הבנתו של אלבק. הבנתנו את בעלי התוספות היא שהמשפט מתאים את עצמו להתנהגות בני אדם ולא הפוך. אלבק- טענה קשה- כל ההלכה היא מערכת שבני האדם המציאו. המרצה תומך בביקורת של ליפשיץ.

* + - 1. **תיזת הראב"ד:**

ראב"ד - תשובות ופסקים סימן כו (חי בזמנו של הרמב''ם)

אמר אברהם: הרב ר' יצחק אלפסי ז"ל כתב בהלכותיו וכן כתב ר"ח ז"ל דהא (קי"ל) [דקי"ל] כר"מ דבעינן תנאי כפול דוקא באם, אבל בע"מ לא, דקי"ל כר"מ דאמר כל האומר על מנת כאומר מעכשו דמי. והרב צרפתי האחרון (= רבנו תם) הקשה על דבריו בעבור שפי' הטעם הזה לדבריו, דאדרבה כיון דכמעכשו דמי הגט קיים והתנאי בטל, וזו הקושיא היינו מקשים אותה מנעורינו, ועוד דר"מ אפילו בע"מ נמי אמר כדאיתא בגמרא. ובאמת וברור (היו) כי כח נערות היו, כי האמת והצדק עמהם;

והטעם שהתנאי שהוא באם, שאין הגט עושה מעשה עד שיתקיים התנאי, ואם נקרע או נשרף או אבד אינו כלום, צריך התנאי הזה (חזק) [חזוק] לבטלו ולסתור נתינת הגט, ואינו חזק עד שיכפלנו ויהיה הן קודם ללאו ויהיה התנאי מדבר אחר, כדי שלא יהיה התנאי חזרת המעשה, מפני שהוא כחוכא וטללא. ועוד שיהיה התנאי קודם למעשה, כי כל אלה נראין חזוק התנאי. ואף על פי כי הן קודם ללאו אין בו חזוק תנאי, אפ"ה סברא הוא, שאין תנאי נופל אלא על מעשה, ומי שאינו עושה כלום ואין נותנים לו כלום איך יחול עליו תנאי, וכיון שהוא (בו) [בא] לסתור מעשה מעיקרו ולעקרו לגמרי צריך לחזקו הרבה.

עוד אמר שאין תנאי נופל אלא על דבר שאיפשר לעשותו ע"י שליחה כגון נתינת גט וקידושין והקנאת ממון שהמעשה חלוש ויכול התנאי לבטלו, אבל מעשה שא"א לעשותו ע"י שליח כגון חליצה אין תנאי חל עליו כדי לבטלו מפני שעשאו הוא בעצמו והוא חזק ואין תנאי עוד מבטלו כלל.

אבל למעכשו ולעל מנת הדומה לו שהמעשה כבר נתקיים אפילו עד שלא נתקיים התנאי שהרי נתקרע הגט או אבד הרי היא מגורשת והיא תתן, ואין התנאי סותר המעשה והיא נתינת הגט, שכבר הוא נתון ומקובל ואין צריך למעשה אחר כי אם קיום התנאי, וכשיתקיים כבר הוא הגט גט משעת נתינה, ואף על פי שאין עכשו קיים אין צריך לתנאי הזה לפוסלו ולחזקו, לפי שאינו בא לסתור את המעשה אלא למלאתו מ"מ צריך לקיימו, זהו הטעם לרבואתא ז"ל, והוא טעם יפה וראוי לסמוך עליו.

הגישה אומרת שלא נהיה פור' ונגיד שאין היגיון, כה זה במקרא אז נשתמש, מצד שני לא נגיד גם שרק אם לא ברור נשתמש אלא משהו באמצע: יש היגיון בתנאי בני גד ובני ראובן ולכן זה הגיוני לדרוש אותם באופן נרחב ולא רק בנסיבות שלא ברור מה האדם מתכוון. הסיבה הזאת נובעת מההבנה של היחסים בין תנאי לבין מעשה- מהו היחס בין פעולה משפטית לבין ההתנייה שלה. הראב"ד מתחיל את דבריו בהסבר על "על מנת". הוא מציין כי על פי דעה אחת, זו של ***הריף ורבננו חננאל***, אם התנאי מנוסח ב"על מנת", הוא משוחרר מתנאי גד ובני ראובן.- רק אם הנוסחה היא ''אם'' יש מקום לתנאי בני גד. המעשה המשפטי יהיה תלוי בתנאי. על מנת- המעשה מעכשיו ולכן אין מקום לתנאים. **רבנו תם מפורבנס נוקט דעה אחרת**- סייג על מנת מחליש את התנאי ולא מחזק אותו. אם אתה הריף אומר שבעל מנת משפטי התנאים לא חלים התוצאה היא שאם אדם עשה מעשה והתנה אותו בתנאי ולא הקפיד על מעשי התנאים התנאי יחול- בגלל דברי הריף בעל מנת מחזקים את התנאי מול המעשה- נותן לתנאי יותר כוח להתנות את המעשה. ואז שואל איך זה עומד במבחן ההסבר של ריף בעצמו? כשאדם אמר על מנת המעשה חל מעכשיו רק צריך שהתנאי ישלים אותו אז מחזק את המעשה ואז מחליש את התנאי- אתה אומר דבר והיפוכו: הנימוק שלך מחזק את המעשה מול התנאי אבל אתה אומר שהתנאי חזק מול המעשה.

ראב''ד אומר שבעבר חשבו שרבנו תם צודק, שהביקורת שלו צודק אבל עכשיו (בתקו' השלישית בחייו) באמת וברור שהשאלה לא רצינית כי הריף צודק. מעתה והאלה המטרה של התשובה להסביר את ההבדל בין אם ועל מנת בכדי להוכיח שהריף צודק.

**הראב"ד טוען היחסים בין תנאי לבין מעשה משתנים בין אם לעל מנת. מה גורלה של הפעולה המשפטית בזמן שעדיין לא התקיים התנאי? האם בפרק זמן הביניים הזה הפעולה המשפטית תקפה או לא?** הראב''ד טוען שזה תלוי בנוסחה- **כאשר תניה מנוסחת ב"אם"**, הפעולה המשפטית מעוכבת עד שיתבצע התנאי-לא תחול מתחילת עשייתה אלא רק תחול רק בקיום התנאי ולכן תחולתה היא רטרו' אבל עד קיום התנאי אין לה תוקף. **ב''על מנת''** הפעולה היא בת קיום מהרגע הראשון אך היא לא תושלם עד שיתקיים התנאי. מה קורה אם גבר נותן גט על תנאי ובאמצע הגט נשרף- לפי נוסחת אם פעולת הגירושין לא התקיימה מעולם. אם הגט נשרף באותה תקופת ביניים לגירושין אן תוקף. לעו''ז בעל מנת הגירושין התחילו כבר אך לא הסתיימו אם הגט ישרף או ילך לאיבוד זה לא רלוונטי- הגט יחול, הפעולה נעשתה כדין וכבר אז הגירושין החלו והתנאי ישלים (הנייר גט לא קשור לתנאי). ''האם'' הוא מנגנון השהייה. איך עובד מנגנון השהייה של תניה? הראב"ד מבין את מגנון ההשהייה כמערכת של בלמים. התנאים מתפקדים כבלמים והפעולה המשפטית משולה לרכב דוהר. מכיוון שתפקיד התנאים הוא בלמים, על הבלמים להיות חזקים כמו תנאי גד ובני ראובן. הראב"ד סבור שכל הדרישות של בני גד ובני ראובן הן לא דרישות שרירותיות ופורמליסטיות אלא הן ביטוי לחוזקו וחוסנו של התנאי- על התנאי להיות חזק משום שעליו לבלום מעשה שדוהר קדימה. דרישות בני גד ובני ראובן אכן חזקות שכן הן מציבות תנאים ברורים לקיומו של החוזה. התנאי והמעשה הם שני גורמים מתנגשים ועלינו לחזק את התנאי כנגד המעשה- שיהווה משקל ראוי נגד המעשה. כדי שהתנאי יהיה חזק מספיק לבלום את המעשה צריך להקפיד על משפטי התנאים. ולכן ב''אם'' המעשה לא חל עד שיתקיים התנאי מישהו דאג לזה ולא האם אלא משפטי התנאי- יוצרים את משקל הנגד הרצוי. על פי סוגיה אחרת בתלמוד יש עוד כלל שנוסף על משפטי התנאים- כדי שלתנאי יהיה תוקף צריך שהתנאי יופעל על פעולה משפטית כזאת שיכולה להתבצע גם על ידי שליח. פעולה שהאדם חייב לבצע אותה בעצמו ובגופו כזאת איננה ניתנת להתנאה. גירושין למשל אפשר ע''י שליח. ייבום נעשה באמצעות יחסי אישות וחייב ע''י האדם עצמו. מה ההסבר לזה? הואיל ותפקידו של התנאי זה לבלום את המעשה, תלוי על איזה מעשה מדובר (ממשיך עם הקו של תנאי בולם מעשה)- פעולה שאתה צריך לעשות בגוף היא פעולה פיזית ולא סמלית. פעולות משפטיות שניתן לבצע ע"י שליח ,לדעת הראב"ד הן סימליות- העיקר התוצאה. נגיד קידושין וגירושין- לא קורה משהו במציאות אלא צורך לייצר הצהרה, סטטוס. לכן כשמדובר בפעולות שצריך לעשות בעצמך יש חשיבות למעשה בעצמו ולכן הוא חזק- נוכחות ריאלית ופיזית. תנאי לא יכול לבלום אותו אבל ע''י שליח הן פעולות משפטיות חלשות ולכן יכול התנאי לבטלו. מכיוון שבנוסחת אם למעשה אין תחולה עד שעת קיום התנאי כדי לייצר תנאי כזה צריך תנאי חזק וכזה מייצרים בתנאי בני גד ובני ראובן.

**בנוגע ל"על מנת**" הוא טוען כי על מנת אינה מילת ספק (כמו "אם"). ההתנהלות המשפטית שונה לחלוטין מאשר ב"אם". ב"אם" יש מנגנון השהייה אך ב"על מנת" זה לא כך- בעל מנת המעשה חל מרגע הפעולה המשפטית. אם אדם נותן לאשה גט "על מנת", התחולה היא תחולה מרגע נתינת הגט. המשמעות היא שאם הגט הולך לאבוד עד שהתקיים התנאי, האשה מגורשת כי היא קיבלה גט ליד והגירושין התחילו להתגלגל ברגע שניתן הגט- "כל האומר על מנת כאילו אומר מעכשיו". התנאי לא מתפקד כמערכת בלמים אלא להפך- משלים את המעשה, הוא רק ביטוי לרצונו של האדם. מכיוון שאין צורך לבלום מעשה אין צורך בתנאים, לא צריך משקל כנגד כי זה לא התפקיד בעל מנת כמו באם. תפקיד מערכת הבלמים הוא שולי משום שהגט כבר התחיל להתגלגל. התנאי הוא לא וקטור ניגודי שעובד נגד המעשה ובולם אותו אלא הוא מהווה דרישה נוספת שנועד על מנת לקיים באופן סופי את תחולת הגט שכבר החל לחול. לכן לא צריך את התנאים.

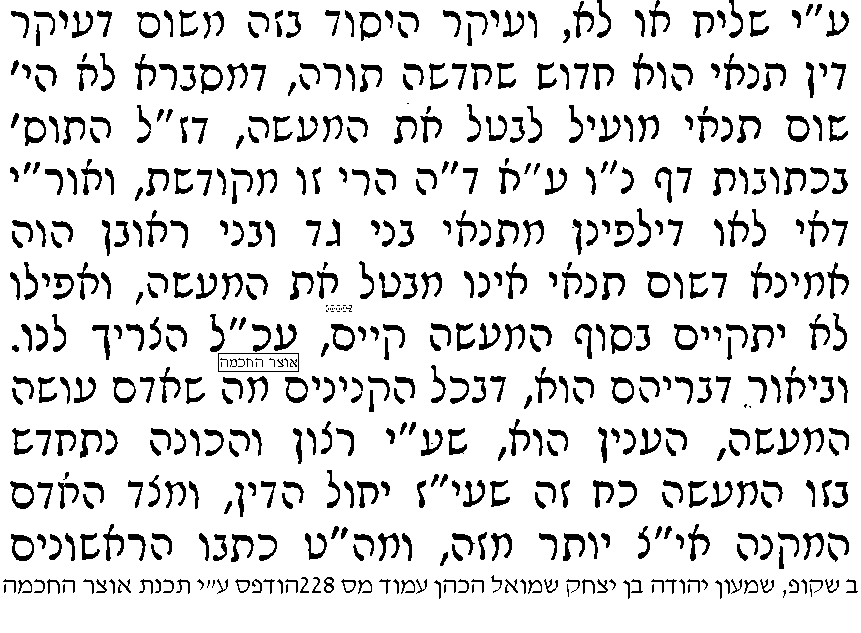
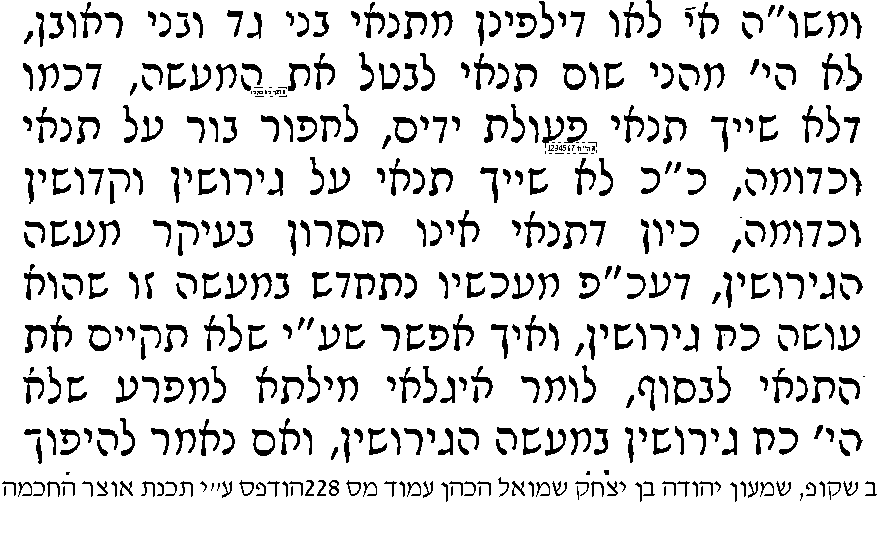
לסיכום, הראב''ד טוען כי יש הגיון בתנאים, תפקידם לבלום מעשים, צריך לחזק את התנאי בכדי לעמוד נגד המעשה. לכן מצד אחד התנאים הם לא סתם תנאים פורמ' ולכן אי אפשר להגיד שיש מקרים שמסתמכים על הרצון ויש חשיבות למה שאדם אומר. הגישה שלו היא בין הגישה הפור' לבין הגישה הגמישה.

**ההסבר להבחנה בין "על מנת ל"אם" הוא עניין עקרוני**. אלו הם שני מנגנונים שונים של התהוות של פעולות משפטיות- בנוסחת "אם" הפעולה המשפטית איננה בת תוקף עד שיתקיים התנאי. לעומת זאת, בנוסחת "על מנת" הפעולה המשפטית חלה מן הרגע שבו היא נעשתה באופן מתגלגל- היא תסתיים ברגע שהתנאי התקיים. כשיינתן לה האישור הסופי הוא יינתן לה באופן רטרואקטיבי. התפקיד של התנאים הוא לא תפקיד ניגודי- לעומתי אלא הוא תפקיד תומך.

4. **תיזת רבי שמעון שקופ מטלז:**

תיזה זו יותר קרובה לתיזה של הרא"ש משום שהוא סבור שהתנאי בני גד ובני ראובן הם תנאים קשים- הבסיס של הגישה הרביעית היא הגישה הראשונה. היא גישה נטורליסטית שמתכתבת עם פורמ'.

ר' שמעון שקופ, שערי ישר, שער ז, פרק ח, עמ' רכו-רכח



**נטורליזם:** זרם של הגישה האנליסטית. גישה שמתייחסת אל חוקי המשפט כאילו הם חוקי טבע- משפט טבע. הגישה הזאת חושבת שמשפט זה לא רק כללי משחק ולא רק יירה של סטטוסים אלא המשפט פועל פעולות ממשיות בתוך המציאות. כשאדם מקדש אישה למשל, הם משנים את המציאות והאדם שהיה לפני הגירושין הוא לא אותו אחד אחרי. המשפט הוא הטבע. זה קשור לתפיסה הגותית מוקדמת שלהם שההלכה היא לא רק כללי משחק והסדרים שניתנו לבני אדם אלא היא הכלי שבאמצעתו ה' משקף את רצונותיו ותפיסותו ביחס למציאות- ה' הודיע את רצונותיו דרך הההלכה.

הפעולה המשפטית אמורה לחול בלי קשר לאם אני מתנה או לא, תופעת התנאי היא אנומלית. זה מתחבר עם הפור' כי אם אתה עושה פעולה אז אתה עושה בלי קשר לתנאי. הנטור'- הפעולה משתקפת באופן פיזי וריאלי במציאות הטבעית ולכן אי אפשר להתנות את הטבע. אחרי שאני עושה פעולה ממשית, פיזית, ריאלית אי אפשר להקנות. אחרי שחפרתי אפשר להתנות שלפעמים הוא לא יהיה בור? זה קשקוש. הפעולות הן חלוטות ואיך אפשר להתנות. **הגישה הנטור' אומרת שאם החוק הוא סוג של טבע אז אם הפעולה המשפטית יוצרת מציאות והחוק אומר שאפשר להתנות פעולה משפטית זה גם חוק אז החוק יצר את התנאי בתור גורם שמתנה. גם חוק התנאי הוא חוק טבע.** אם כך הדבר האפשרות של תנאי להשפיע על פעולה משפטית זה רק כשהוא מוגדר ככזה- תנאי בני גד ובני ראובן. היא מתכתבת עם הגישה הפור' אבל בונה את זה מנק' אחרת לגמרי. זה ברור שהשאלה אם אקיים את התנאי או לא היא צדדית לשאלה האם מעשה הגירושין היה כראוי- ברור שהוא היה כראוי. האדם שנותן גט על תנאי הוא לא רוצה שהפעולה של הגירושין תהיה פגומה כי זה לא יועיל גם אם יתקיים התנאי. האדם לא בא לגרוע מהפעולה המשפטית אלא שעדיין הוא מעוניין שיקרה עוד דבר. האפשרות למנוע תחולה של פעולה משפטית למרות שהיא נעשתה באופן שלם זה ע''י בני גדי ובני ראובן. זוהי תפיסה נטורליסטית- התנאי הוא גם חוק טבע ולכן הוא יכול לעצור את המעשה, בגלל שהחוק הוא טבעי רק הוא יכול לעצור את חוק הפעולה המשפטית. על הרקע הזה מסביר הרב שמעון שקופ את תנאי בני גד ובני ראובן.

בקטע זה, "שערי יושר", דן בכך הרב. הוא טוען, כמו הרא"ש, כי התנאים הם חידוש. הוא טוען כי על פי ההגיון הפשוט תנאי אינו יכול לבטל מעשה. ברגע שאדם רוצה שהפעולה תחול, היא אמורה לחול. זה כמו חוק טבע. אם לא היה את מוסד בני גד ובני ראובן, שום תנאי לא יכול היה לפסול מעשה. הפעולה של הגירושין היא פעולה שכל הכללים שלה נעשו וכמו שבחוקי טבע כשמתרחש משהו, הוא מתרחש בלי תנאים, כך גם חוקי ההלכה שמתקיימים בלי קשר לגחמות שלך אבל עם קשר לרצונות שלך- ברגע שאתה רוצה שזה יקרה ועשית את מה שצריך שזה יקרה, זה קרה. התנאים סותרים את תפיסת הנטורליסטיקה.

התנאי לדעתו היא תופעה אנומלית ויש להתייחס אליה באופן מגביל ומצמצם (כמו דעת הרא"ש). עם זאת, הרא"ש מדבר במונחים פורמאליים ואילו הרב שקופ מדבר במונחים ריאליסטיים.

**נתמקד בהקשר הזה בתנאי שאומר כי התנאי הוא לפני המעשה- תקף**. נעקוב אחרי תנאי ומעשה בשלושה גלגולים- הרעיון הזה לכאורה מופיע במשנה אבל המשנה עצמה מתכתבת עם שני מקורות תנאים אחרים- תוספתא שמתכתב עם המשנה ולאחר מכן ברייתא. שלושת ההתכתבויות האלה יוצרים מצגים לגבי תנאי ומעשה.

משנת בבא מציעא ז, יא, עפ"י כ"י קויפמן כל המתנה על הכתוב שבתורה – תניו בטל, וכל תניי שהוא מעשה מתחילתו– תניו בטל, וכל שאפשר לו לקיימו בסופו והיתנה עליו מתחילתו – תניו קיים.

יש במשנה 3 הלכות- 1. התנאי לא יכול להיות נוגד את הדין. 2. תנאי צריך להיות בר קיום- אפשרי לקיימו. 3. כל תנאי שהוא מעשה מתחילתו בטל (זה התנאי השני). על זה יש וויכוח במשנה- הרמב''ם מול הראב''ד:

רמב"ם הלכות אישות פרק ו הלכה ד אבל אם אמר לה הרי את מקודשת לי בדינר זה ונתן הדינר בידה והשלים התנאי ואמר אם תתני לי מאתים זוז תהי מקודשת ואם לא תתני לי לא תהי מקודשת הרי התנאי בטל מפני שהקדים המעשה ונתן בידה ואחר כך התנה ואף על פי שהכל בתוך כדי דיבור, והרי זו מקודשת מיד ואינה צריכה ליתן לו כלום.

הרמב''ם: אם כבר עשיתי את הפעולה המשפטית ואחרי שעשיתי נזכרתי להתנות- המעשה חלוט ואז יש תנאי. לכאורה אמירה טריוויאלית אך הרמבם ממשיך: ''תוך כדי דיבור''- בהפסקות קצרות של זמן שניתן להתעלם מהן ולראות אותה ברצף. בדר''כ אפשר להצמיד את אמירת התנאי כאילו נעשה תוך כדי נתינת הטבעת כי מדלגים, אם זה תוך כדי הטבעת יש לזה תוקף. אז הרמב''ם אומר שפה אין תוך כדי דיבור, התנאי חייב להיות לפני. דרישה מהותית שהתנאי יהיה לפני.

השגת הראב"ד, שם הרי התנאי בטל מפני שהקדים המעשה ונתן בידה ואחר כך התנה. א"א לא זו הדרך אלא אפילו אמר הכל קודם המעשה ואחר כך נתן הדינר הרי התנאי בטל משום דלא דמי לתנאי בני גד שאמרו אם יעברו דהיינו תנאי והדר ונתתם דהיינו מעשה וזה לא אמר כן אלא אמר הרי את מקודשת דהיינו מעשה והדר התנאי.

הראב''ד טוען שאת המשנה צריך לקרוא לא כמו הרמב''ם אלא הדרישה היא צורנית- הדרישה היא ביחס לנוסחת התנייה- הרכיב של התנאי צריך להיות קודם למעשה, לא שהתנאי בפועל קודם למעשה. ברור שהתנאי צריך להיות לפני המעשה אבל הדגש הוא על הנוסחה הפור'. יש כאן וויכוח איך צריך לקרוא את האיבר האמצעי במשנה- מהותית למעשה בפועל- רמב''ם או כמו ראב''ד פור'- בניסוח.

אפשר לפרש את המשנה בשתי דרכים: 3 הלכות שלא קשורות אחת לשנייה- התלמוד קרא כך את המשנה וגם מנסה להראות שכל הלכה נאמרה ע''י תנא אחר ולכן אין קשר ביניהן. קיראה שנייה של המשנה: צריך לקרוא אותה כ-2 הלכות באופן סימטרי. חלק הראשון מכיל שני אברים – "כל המתנה..תנאו בטל"- אסור לנגוד את הדין. "ותנאי במעשה בתחילתו..תנאו בטל"- התנאי צריך להיות בתחילתו. ואז בא החלק השני, ניגודי לחלק הראשון, וגם הוא מכיל שני אברים – כל שאפשר לקיימו בסופו והתנה עליו בתחילתו- אפשר לקיימו. כל שהתנה לקיימו בסופו נוגד את כל המתנה על הכתוב בתורה. והתנה עליו בתחילתו עומד באופן ניגודי לתנאי שמעשה בתחילתו. אדם שמתנה על מה שכתוב בתורה זה סוג של תנאי שלא ניתן לקיים כי לא ניתן לפעול בניגוד לדין, התנאי בר קיום מבחינה פיזית אין בעיה שמישהו יתן לך ריבית אך לא בר קיום מבחינה משפטית כי ריבית אסורה. ומול תנאי שהוא מעשה בתחילתו עומד והתנה עליו... כלומר בשתי האפשרויות הראשונות התנאי בטל כי אדם לא יכול לעשות משהו בניגוד לתורה. בחלק השני אפשר לו לקיימו, בסיפא- תנאי קיים. הרמב''ן קורא את זה לפי האפשרות השנייה- הרמב''ן מסביר בין אפשרות קיום במובן הפיזי- מצד העניין עצמו לבין אפשרות קיום מהבחינה הנור'- מבחינת הדין. הוא לקח את זה מהמשנה. הרמב''ן אמר שהמתנה על מה שכתוב בתורה- תנאו בטל מבחינה נורמ'. המשנה אומרת שהתנאי צריך להיות בר קיום נורמט'. ראינו שהרמב''ם והראב''ד מתווכחים על דרישה מהותית או נוסחתית. אם קוראים את המשנה על פי זה- אי אפשר לפרש לפי הראב''ד כי רואים שהתנת מההתחלה- זו עובדה ולא עניין של ניסוח, מה שקרה בפועל. אם רוצים ללמד אותי שהתנאי צריך להיות בר קיום אז למה הוסיפו את התנה עליו מתחילו ולמה לא כתבו אחרי זה אפשרו לו לקיימו- תנאו בטל. אם באמת המשנה היא לא סימטרית אז למה את א',ב משמיעה בצורה של בטל ו-ג' בצורה של קיים? זה מוזר. אבל המשנה התנסחה אחרת ולכן זאת הקריאה הנכונה של המשנה. הוכחה שהרמב''ם צודק מבחינת הפירוש של המשנה כפשוטה. המשנה לפי פשוטה כמו הרמב''ם אומרת את הדבר הבא- הניגוד הוא בין תנאי שמעשה בתחילתו לבין מעשה שתנאי בתחילתו. המטרה היא להראות שבשלב המוקדם של המשנה כשהיא מדברת על תנאי ומעשה היא אומרת את האמירה הרב''מית- כשאתה מתנה צריך להתנות לפני הפעולה המשפטית ולא אחריה. רק לפי הרמב''ם אפשר לפרש את המשנה באופן ראוי.

שני נימוקים למה הקריאה השנייה היא הנכונה, המשנה מטפלת ביחסי תנאי ומעשי במישור המהותי ולא הפור': 1. אם רוצים ללמד אותי בהלכה השלישית צריך להיות בר קיום לא צריך לכתוב שהתנה מתחילתו. 2.הוא שאם מדובר ב-3 הלכות אז למה 2 שליליות ואז קיים.

איך מתכתבים עם ההלכה בהמשך? התוספתא והברייתא הם קוראים את התנאי במשנה בצורה שונה לחלוטין.

שיעור 11- 5/1/16

המשנה מדברת על מה שנראה על פניו כשלושה כללים במשפטי התנאים- כל המתנה על מה שאמור בתורה בטל, כל תנאי שמעשה בתחילתו- בטל וכל שאפשר לקיים בסופו והתנה מתחילתו- תנאו קיים.

2 אפשרויות לקריאת המקבץ: 3 הלכות שונות. הכלל השלישי דורש שהתנאי יהיה בר קיום והדרישה השנייה שנויה במחלוקת- יש המפרשים אותה כדרישה מהותית- הרמב''פם- ההתנאה צריכה להגדיר את הפעולה המשפטית, אם הפעולה קודמת- התנאי בטל. אם אדם קידש אישה ואח''כ מתנה זה בטל. האפשרות השנייה היא פור' צורני- הנוסחה של התנייה מכילה רכיב של פעולה משפטית ורכיב של תנאי. וסדר הרכיבים מבחינה פור' הרכיב של התנאי צריך להיות מוקדם למעשה- נוסחת השטר- אם אבא ירצה את מקודשת- הראב''ד ורש''י. האפשרות הראשונה היא בעייתית- היא לא מסבירה למה כתוב ''והתנה מתחילתו''?? הרי זה מיותר. וגם בעיה שנייה: שני הכללים הראשונים בצורה שלילית והאחרון חיובי. למה שינו מ''בטל'' לקיים?

שתי ההערות צריכות להילקח בחשבון כשרואים שהצורה היא תמציתית, כמו מקצב. זה מתאים למשנה הקדומה. תקו' המשנה השתרעה על כמעט 200 שנה. המשנה הקדומה הכוונה היא למשניות ברובד המוקדם יותר, במאה הראשונה. ההסבר הראשון של 3 הלכות הוא בעייתי, והבעייתיות גוברת על רקע המקצביות- ברור שמילים אחרות וניסוח אחר לדבר מכביד יותר זה דבר שפוגע בשיווי המשקל ובקצב. ההסבר השני היא שלא קוראים את המשנה סביב 3 אלא 2 הלכות והיא מחולקת לשני חלקים וצריך לקרוא אותה כמו שיר שיש בו שני בתים- בבית הראשון כתובות 2 הלכות- אי אפשר להתנות נגד הדין והלכה שנייה שאפשר להסבירה בהסבר מהותי או פור (חייב מהותי)- כל תנאי לפני מעשה בטל. הבית השני- החלק הראשון של ההלכה השלישית מתכתב עם כל המתנה על מה שכתוב בתורה והצלע השנייה- התנה בתחילתו מתכתבת עם כל תנאי בתחילתו בטל. אז מה שכתוב זה שאי אפשר לקיימו נורמטיבית אם אתה מתנה על מה שכתוב בתורה. כל שאפשר לקיימו, התנאי קיים. התנה מתחילתו- כל תנאי שמעשה בתחילתו: כשמהעשה בתחילתו התנאי קיים אבל כשהתנה מתחילתו התנאי קיים. לפי הפירוש הזה שתי הבעיות שדיברנו עליהן אינן קיימות: זה ברור למה מנוסח חיובי ושלילי- ניגודיות בבתים. והתנה בתחילתו נדרש כי הוא חלק מהעמדת הניגוד בין הבית השני לראשון.

את כל המהלך הפרשני הזה אנחנו עושים כדי להבין למה מעדיפים בהתכתבות שבין הצלע השנייה להלכה השנייה מסיקים שהפירוש של הרמב''ם הוא הנכון. אם מדברים על התנה מתחילתו- רק פירוש אחד: את התנאי התנה בהתחלה (לפני המעשה). תנאי שהוא מעשה בתחילתו בטל. מדובר מהניגוד שלא מדובר בסדר של רכיבים בתנייה אלא בסדר פעולו- האם קודפ היה התנאי ואח''כ המעשה או להפך- מהותי. התנה- פעולה. הפירוש של המשנה באופן הזה אומר שבצורתה הפושטה צריכה להתפרש כמו הרמב''ם. **בסיכומו של המהלך**-הלכה של תנאי ומעשה כפי שמופיעה במשנה בגלגולה הראשון הפירוש של תנאי ומעשה הוא פירוש שמתייחס לסדר הפעולות, ההתנייה צריכה להיות קודמת לעולם לביצוע של הפעולה המשפטית. הפאנץ הוא שאפילו אם תוך כדי דיבור- תוך כדי דיבור זה פער של זמן שאפשר למחוק אותו ולהפוך לפעולות סימולנטיות, אם תוך כדי דיבור עברת אל התנאי היינו אמורים להגיד שתוך כדי הדיבור סוגר את המעמד הזמן וזה נותן לזה את הסימול' אבל הרמב''ם אומר שזה לא עוב דכאן- חייב לעולם התנאי להיות קודם למעשה. מעשה- פעולה משפטית והתנאי צריך להיות קודם לה.

תוספתא- לא תמיד מאוחר, זה ספציפית מאוחר למשנה- הגלגול השני של הההלכה:

תוספתא קידושין ג, ז-ח, ליברמן, עמ' 287 **כל תניי שיש בו מעשה מתחלתו** - תנאו בטל. כיצד? הריני חולצך על מנת שירצה אבא, אף על פי שלא רצה האב [הרי זו מגורשת; הריני בועלך על מנת שירצה אבא אף על פי שלא רצה האב] מקודשת.

ר' שמעון בן לעזר אומ' משם ר' מאיר: רצה האב מקודשת לא רצה אינה מקודשת, שלא היתה בעילה אלא מחמת קידושין הראשונים.

כלל אמ' ר' שמעון בן לעזר: **כל תניי שאיפשר ליעשות** בה ובשלוחה והתנה עמה - תנאו קיים, וכל תנאי שאי איפשר ליעשות אלא בגופה והתנה עמה - תנאו בטל. כיצד? הריני מגרשך על מנת שירצה אבא רצה האב מגורשת, לא רצה אינה מגורשת; הריני מקדשך על מנת שירצה אבא רצה האב מקודשת, לא רצה אינה מקודשת.

על מנת שאם מתי לא תהא זקוקה ליבם הרי זו מקודשת ובטל תנאו, שהתנה על מה שכת' בתורה וכל המתנה על מה שכת' בתורה תנאו בטל. על מנת שאין ליך עלי שאר כסות ועונה הרי זו מקודשת ותנאו בטל. זה הכלל: **כל המתנה על מה שכת' בתורה -** בדבר של ממון תנאו קיים, בדבר שאינו של ממון תנאו בטל.

הוא מקדש את אשתו בתנאי שאם היא תגיע לנסיבות של ייבום היא לא תתייבם- תנאו בטל כי זה נגד הדין. דוג' נוספת: מדובר בקידושן על תנאי שהבעל יהיה פטור מחובתו- שאר, כסות ועונתה- מי שמבקש לפטור את עצמו זה נגד הדין ולכן בטל. אם זה נמצא בדבר של ממון- הלכה בדיני ממונות התנאי קיים ודבר שאינו של ממון תנאו בטל. אותם פטורים שהוא מנסה לקחת על עצמו חלק מהפטורים בתחום הממונות- פטור מזונות וביגוד לו מתנה עליהם התנאי קיים, אפשר להתנות נגד הדין בדבר שבממון. החובה של יחסי האישות היא לא בממונות ולכן אי אפשר להתנות על חובה כזו והתנאי בטל. זאת עמדה שאומרת שבממון אפשר להתנות נגד הדין- זה נראה מנוגד. הבהרה מהסיפא שאין ברישא. האפשרות של ההפרדה בין החובות קשורה למימוש ולא לניסוח. זאת ההלכה השלישית בתוספתא- תואמת לחלוטין את ההלכה הראשונה שבמשנה, זה רק בסיפא. מבחינת הכלל זה עוסק באותו עניין של חוזה פסול.

ההלכה הראשונה מבחינת הניסוח מנוסחת בדיוק כמו ההלכה השנייה במשנה- כל תנאי שיש מעשה בתחילתו תנאו בטל. התוספתא מביאה קטע ממשנה ואז מבהרת אותה- הכיצד? יש פירוש למשנה אבל קשה לראות בו ככזה. אי אפשר להבין את מה שכתוב פה, היו הרבה פירושים לא נכונים גם של מומחי המפרשים. אם זה פור' או מהותי אי אפשר להבין את המשנה. מדובר על חליצה, גירושין וקידושין. קשה להבין את העניין של הגירושין- הריני חולצך וקשה להבין מה זה הריני בועלך ואת מקודשת. ננסה להבין האם זה עומד במבחן של ההסברים מהמשנה- אם מדברים לפי הרמב''ם- סדר פעולות אז מבחינת סדר הפעולות לא נראה בשום אופן שהמעשה הקדים את התנאי, להפך- אני בועל אותך על מנת שאבא ירצה- אני עומד לעשות את הפעולה הזו אם אבא ירצה. לפי הפירוש השני- סדר הרכיבים אז על פניו נראה שהרכיב של המעשה (הריני חולצך) הוא קודם לתנאי, על מנת שירצה אבא. רבי אלעזר- בניגוד לדברייך שהתנאי בטל ולכן לא משנה מה אבא רוצה או לא, התנאי בטל אני חולק עלייך- התנאי קיים. הפעולות תלויות ברצונות האב- רק אם רצה האב היא מקודשת. מהי הסיבה- לא הייתה בעילה אלא מחמת הקידושין הראשונים. בדוג' השנייה מדובר על זה שהריני בועלך אם אבא ירצה- אם מעשה בתחילתו התנאי בטל ולא משנה מה אבא יגיד כי זה גם ככה בטל. הלכה זו מציגה מחלוקת בשאלה האם תנאי מהסוג הזה הוא קיים או בטל. העמדה הראשונה: תנאי כזה שיש מעשה בתחילתו הוא בטל והשנייה- התנאי הזה הוא קיים. ההסבר המהותי וודאי לא נכון- לא מתוארת סיטואציה שהייתה הפעולה ואז התנאי. ההסבר הפור' מתאים לעמדה הראשונית (בגלל שהוא אל מנוסח כתנאי ראשון בטל). הדעה השנייה לא מאפשרת אותו. למה התנאי קיים? התנאי קיים בגלל שלא הייתה בעילה אלא מחמת קידושין הראשונים. **הביטוי הזה מופיע בכמה מקומות ולא רק כאן- מחמת הקידושין הראשונים**: אדם מקדש אישה 2 בשווי פרוטה. מדובר שקידש 2 נשים בשווה פרוטה ולכן זה לא נחשב- חייב פרוטה. אח''כ שלח מתנות- אחרי הקידושין הראתי את התנדבותי. למרות שקודם התקמצנתי. האם אפשר לראות את המתנות כהשלמה לשווה הפרוטה או לא? אינה מקודשת- יש פעולה מתגלגלת בעקב' הקידושין אבל היא לא חלק ממנה. הביטוי של קידושין ראשונים יש לו פירוש אחד- פעולה מתגלגלת שהתחילה בקידושין ושואלים מה הזיקה בין הקידושין הראשונים לפעולות שיבואו בהמשך. ההסבר הזה לא מתאים לרמב''ם כי זו לא פעולה שנעשתה אחרי התנאי ולכן כמו שהרמב''ם אומר בטל. להפך, אפשר להבין שהתנאי נעשה בשעת הפעולה.

נחזור לתוספתא- איך זה קשור? התשובה פשוטה- איש קידש אישה. היו קידושין ובקידושין אמר לה בהמשך נקיים יחסי אישות, אחרי הטקס. כל זה יהיה תקף אם אבא ירצה. מבחינת סדר הפעולות יש 3 נקו': קידושין, בעילה, תנאי- רכיבים. כל הסיפור תלוי בתנאי- אי אפשר להבין אחרת. רבי שמעון טוען שיש זיקה בין הקידושין הראשונים לבין הבעילה (שתי הנקודות) חולק על דברי קודמו כנראה הדעה שחולקת אומרת שאין זיקה בין הבעילה לקידושין, זו כנראה המחלוקת. כפי הנראה הוויכוח בין היחס בין שתי הנקודות, רבי שמעון בן אלעזר מנמק- הנימוק שלו היא שהבעילה מחמת הקידושין הראשונים. הבנו שהמשמעות של חמת הקידושין הראשונים זה שיש זיקה בין הקידושין למה שיבוא אח''כ- אבל מה המשמעות של היחס בין נק' מס' 1 למס' 2 כדי שזה יגרום לוויכוח האם זה בטל או קיים?

ההלכה השנייה: כלל אמר רבי שמעון....עוד תנאי שקיים שהרמב''ם לא מביא אבל אחרים כן: יש שני סוגים של פעולות משפטיות- שניתן לבצע גם ע''י שליח ויש כאלה שאי אפשר ע''י שליח אלא על ידיד האדם גופו. למשל, רוב הפעולות המשפטיות הדתיות אדם חייב לבצע בעצמו- אדם לא יכול לשלוח מישהו להניח בשבילו תפילין. לעומת זאת, רוב הפעולות המשפטיות אפשר לבצע ע''י שליח. אפשר להתנות פעולות ע''י שליח, פעולות שאדם חייב לבצע בגופו הן לא ניתנות להתנאה (ראב''ד אמר שהתנאי יכול לבלום פעולה חלשה- שליח אבל לא יכול לבלום חזקה- אדם בעצמו). התוספתא מסבירה: יש דוג' של קידושין וגירושין- אפשר לבצע ע''י שליח (ימי קדם- סוחרים היו נוסעים ממקום למקום, אם כבר מגיע למקום אז שיקדש בשבילו מישהי) ולכן אלו פעולות שניתנות להתנאה- אני מקדש אותך אם אבא ירצה זה תלוי ברצונו כי התנאי קיים, אפשר לבצע. מה זה פעולות שאי אפשר לבצע ע''י שליח- רבי אלעזר הסביר לנו את הדברים הפשוטים אבל מה הן הפעולות שלא ניתן להתנות עליהם? נחזור לסיפור בהלכה הראשונה- מדובר על קידושין, בעילה, ירצה אבא. קידושין אפשר ע''י שליח ובעילה לא- לכן איך אנחנו מתייחסים? אפשר לעשות ע''י שליח או לא. עכשיו הגענו לוויכוח בין הדוברים: אלעזר אומר שסדר הפעולות של קידושין ובעילה- הפעולה של הבעילה מתייחסת לקידושין- קידושין שבהמשכן תהיה בעילה ולכן ניתנת להתנאה (אפשר ע''י שליח) ולכן התנאי קיים ותלוי אם אבא ירצה. הדובר הראשון- יש קידושין אבל הם נמשכים ותלויים בבעילה, שמשלימה אותם בסוף ולכן מתייחסים לזה כבעילה אי אפשר לעשות ע''י שליח ולכן זו פעולה שלא ניתנת להתנאה ולכן לדעת הדובר הראשון התנאי בטל, אי אפשר להתנות. לכן הוויכוח בין הדוברים הוא על השאלה איך לראות פעולה משפטית מורכבת שיש בה מרכיב אחד שהוא ניתן לביצוע ע''י שליח ומרכיב שני שאי אפשר לבצע ע''י שליח. רבי אלעזר אומר- הולכים לפי הראשון, הוא העיקרי והדובר הראשון אומר לא נכון, דווקא השני שמשלים את המהלך הוא העיקרי. **כל זה כדי להסביר למה תנאי שיש מעשה בתחילתו תנאו בטל. מעשה בתחילתו- פעולה משפטית מסוג מסויים, שהמרכיב הדומיננטי שבה הוא מרכיב של מעשה.** הסבר: קידושין ובעילה- הקידושין היא פעולה סמלית, לא קורה שום דבר בעולם, לא השתנה לכאורה שום דבר באישה לפני שהייתה מקודשת ואחרי- מבחינה פיזית. יש הצהרה משפטית שוקבעת סטטוס, זו פעולה משפטית ולא פיזית. לעומת זאת, בעילה היא פעולה ריאלית, בגלל שמדובר במשהו פיזי יש לזה תקפות- תוצאה משפטית- היא תלויה במעמד הצהרתי. מעשה- פעולה משפטית שנעשית באמצעות מעשה פיזי וריאלי. בתנאי שיש מעשה בתחילתו- כאשר התנאי בא על גבי מעשה, על גבי פעולה פיזית ריאלית התנאי לא יכול להתנות מעשה כזה והוא בטל. הדובר הראשון אומר שכל תנאי שיש מעשה בתחילתו בטל- אי אפשר להתנות על פעולה משפטית פיזית. דוג': חליצה- אי אפשר שליח, בעילה- אי אפשר שליח ולכן אי אפשר להתנות פעולות משפטיות מהסוג הזה ולכן התנאי בטל. בן אלעזר חולק- שכחת שהסיפור הוא קצת אחר, מתחיל בקידושין שעוברים לבעילה על מנת שירצה אבא. לא הייתה בעילה אלא מחמת.... קידושין זאת פעולה משפטית שהיא לא מעשה ולכן אפשר להתנות ולכן התנאי קיים. אין מחלוקת בינהים על כך שעל מעשה חזק אי אפשר להתנות, המחלוקת היא על איך להתמודד עם פעולה מורכבת. **על רקע זה יש לרבי שמעון בן אלעזר- כלל: אם המעשה יכול להתבצע ע''י שליח התנאי קיים, אם לא היה מחמת הקידושין קיים (אם לא תלו בקידושין- בעילה לבד אי אפשר). הוא לא חולק על כך שאי אפשר להתנות על בעילה אלא רק הופך את המעשה המרכזי- זה פירוש אחר.**

החיבור בין התוספתא למשנה- מדברת על שלושת ההלכות. בגדול היא מכתבת למרות שהמעשה הוא דבר אחר. היא בוודאי מתכתב עם כל תנאי שיש מעשו בתחילתו תנאו בטל. המשנה קבעה שסדר הפעולות קובע. התוספתא אומרת שזה פשוט מדי- ברור שאם הפעולה משפטית קדמה לתנאי. אנחנו נפרש את הכלל בצורה קצת אחרת: **ברור שהתנאי צריך להיות קודם לפעולה המשפטית אבל יש פעולה משפטית שאי אפשר להתנות אותן גם אם נתנה מראש וזה פעולות משפטיות חזקות- פיזיות וריאליות.** רוב רובן של הפעולות הדתיות הן פיזיות אבל לא ההפך. התוספתא מפרשת את הכלל בצורה שונה מהמשנה- בגלגול השני המושג ''מעשה'' והיחסים בין תנאי למעשה מופיעים במבט אחר.

הגלגול השלישי- מקור תנאי חיצוני שמופיע בתלמוד- ברייתא, שגם הוא מתכתב עם המשנה, הוא מאוחר גם לתוספתא:

בבא מציעא צד, א, עפ"י כ"י המבורג 165 מתנה שומר חנם וכו'. מני? ר' יהודה היא, דאמ' בדבר שבממון תנאו קיים... אימא סופא: כל תנאי שיש מעשה בתחלתו תנאו בטל, אתאן לר' מאיר, דתניא, אבא חלפתא איש כפר חנניה או' משום ר' מאיר: אם תנאי קודם למעשה - הרי זה תנאי. מעשה קודם לתנאי - אין זה תנאי. אפלו תימא ר' מאיר, ושאני הכא דמעיקרא לא שעביד נפשיה.

התלמוד מנסה להבין הלכה מסויימת בקשר לשומרים. בשורה השנייה: ההלכה הזו היא כמו דעת רבי מאיר. התלמוד אומר שהברייתא שאומרת שתנאי קודם למעשה- הרי זה תנאי, מעשה קודם לתנאי-אין זה תנאי זה כמו רבי מאיר. התלמוד בשפה הזאת בסוגיה קודמת שלמדנו- סוגיה של גט- על מנת שתחזירי לי את הנייר מקודשת. רבא אמר שהמעשה קודם לתנאי ולכן היא מגורשת- התנאי בטל. רבא טוען שצריך להתייחס לזה לפי ההלכה של תנאי קודם למעשה ומעשה קודם לתנאי. אם התנאי בהתחלה יש תוקף וההפך. זה ההבדל בין הרישא לסיפא- הרי זה גיטך לא מגורשת, על מנת שתחזירי לי את הנייר מגורשת. מעשה קודם לתנאי ולכן הגט ללא תנאים. רבא אומר שהיא מגורשת בגלל עניין פורמ'- התנאי כאילו לא נאמר, בטל כי הוא לא עומד בפורמט הראוי- שהתנאי קודם למעשה. במקרה הזה המעשה קודם לתנאי- מה הכוונה? עדיין הפעולה המשפטית, הקידושין לא נעשתה. אבל הניסוח- הרי זה גיטך- הרכיב של המעשה קודם לרכיב של ע''מ שתחזירי לי את התנאי-זה לא עומד בדרישות הפורמ' של התנאי כמו שהיה אצל בני גד וראובן. אין ספק בכלל שכשרבא מפרש את הביטוי מעשה קודם לתנאי ותנאי קודם למעשה שלקח מרבי מאיר, הוא מתכוון להסבר הפור'- רבא מפרש את המשנה שכל תנאי שיש בתחילתו לפי הראב''ד. יותר נכון, ראב''ד מפרש לפי רבא. רבי מאיר לא אומר דבר ברור אבל רבא אומר דבר ברור- סדר רכיבים ולא פעולות. הוא פירש את רבי מאיר, שפירש את המשנה ולכן זה איך רבא פירש את המשנה.

הגלגול השלישי של המשנה הוא האופן שבו המשנה מתפרשת בתלמוד, היא מתפרשת לפי הברייתא ועל פי רבא: הפירוש של המשנה שכל תנאי שיש מעשהה בתחילתו, השאלה היא האם התנאי קודם למעשה או מעשה קודם לתנאי, מבחינת סדר הרכיבים התנאי קודם לרכיב המעשה. מי שאחראי לזה בסוף זה רבא. רבא אומר שזה עניין של פורמט ורבא מחבר את זה דרך הברייתא אל המשנה- דרך המילים תנאי קודם למעשה ומעשה קודם לתנאי. זה הפירוש של רבא למשנה. הפירוש של המילה מעשה בגלגול השלישי הוא לא פעולה משפטית שנעשית ממש וגם לא פעולה משפטית מהסוג של פעולות פיזיות אלא פירוש המילה מעשה אלא מרכיב בתנייה. המילה מעשה עברה שלושה גלגולים והיחס בין התנאי למעשה בשל כך גם עברו 3 גלגולים: 1. משנה- הפעולה המשפטית צריכה להיעשות לעולם אחרי התנאי, אם נעשה הפעולה המשפטית אי אפשר להתנות אותה, אין בזה שום חידוש. 2. תוספתא- צעד קדימה- ברור שהתנאי צריך להיות לפני הפעולה המשפטית אבל יש עוד סייג: תנאי לא יכול להתנות כל פעולה, תנאי לא יוכל להתנות פעולה משפטית שהיא חזקה, פיזית ולא סמלית. פה כבר יש חידוש מסויים בתנאי ומעשה, תנאי מסוגל להתנות רק מעשים מסויימים. 3. ברייתא- מה המשמעות של כך שהרכיב של התנאי צריך לבוא לפני המעשה- איך מתייחסים לניסוח הפור' לפי הגלגול השלישי? מתייחסים להרי את מגורשת כאילו זה מעשה למרות שבעצם זה לא מעשה, אלא הצהרה ואולי רק כתובה. זה בעצם נותן כוח למשהו הצהרתי, פור' כאילו הוא ממשי. לכן, לא יכול להיות שתכתוב קודם הרי את מגורשת ואז את התנאי כי אם כתבת ואמרת הרי זה גיטיך בעצם הניסוח הזה יש אמירה נורמטיבית, עדיין המעשה לא נעשה אבל השחרור של ההצהרה הזו יש לו כוח כאילו נעשה מעשה. לכן אם התנת קודם איך אפשר לעשות אח''כ. יש קשר בין הגלגולים: 1. חלוט, אי אפשר להתנות, 2. גם אם המעשה לא חלוט אי אפשר להתנות על חלקם. 3. קו הרצף ההגיוני מחייב שגלגול זה אומר שאפילו שאין פעולה משפטית פיזית ואפילו שלא נעשה אבל אתה יוצא איתה לדרך ואומר הרי את מקודשת יש משקל לצד ההצהרתי הנורמטיבי הפור' הזה פיזי. לכן, ראוי שתקדים את התנאי לפני שאתה משחרר את ההצהרה הזו. זה מחבר אותנו לגישות השונות בין תנאי למעשה- אפשר לטעון שכל העניין זה עניין פור' ואין לו שום משמעות- לומדים מבני גד ובני ראובן- לפי השיעור הקודם הגישה הפור' אומרת שאי אפשר להתנות פעולה משפטית ואמורה לחול מבחינה פור'. יש תנאים אבל אין לך בו אלא חידושו (הרא''ש) ולכן כל משפטי התנאים תלמד אותם מבני גד ובני ראובן. אפשר להגיד לפי שזה שזה מה שרבא אמר בגלגול השלישי- תופעה אנומלית ולכן גוזרים ומדביקים. אבל ההסבר הנטור' מתכתב עם ההסבר הפור'- הוא אומר שלא סתם המעשה אמור להתקיים אלא זה בא מתפיסה נטור' שאין דבר כזה פעולה סמלית, כל פעולה משפטית היא פעולה שמעוררת שינוי במציאות. כל פעולה משפטית היא טבעית (נטורליזם) ולכן כשעשית פעולה משפטית שכל תנאיה התקיימו חוללת שינוי במציאות, כאילו חפרת בור- אי אפשר להתנות אח''כ. הגישה הנטו' אומרת שמתייחסים לכל פעולה משפטית כאילו היא מעשה ריאלי ולכן הדרישה מבחינת סדר הרכיבים נובעת מזה שכאשר אתה אומר לאישה הרי את מקודשת לו באותו זמן מתבצעים כל הדרישות כדי שזה יתקיים אז מתחיל המעשה- הוא הופך להיות פיזי ולכן אי אפשר להתנות אותו ולכן חייב קודם כל להתנות את התנאי. בקיצור, הגלגולים גם בפירוש המילה מעשה וגם באיך זה משליך על יחסי תנאי ומעשה הרצף הזה מביא אותנו לישה הנטור'- יש לה אחיזה בגלגול התלמודי, כשהתלמוד מדבר על היחס בין תנאי למעשה.

**פרשנות החוזה-**

**הסוגייה הפכה להיות סוגיה מאד מרכזית בכלל ובמשפטים בפרט.**  לכן זו הפכה להיות סוגיה שחייבים לדבר עלייה. מי שעשה את העבודה הכי משמעותית בנושא הזה בנתיים הוא ד''ר בני פורת- הדברים שנאמר זה על הדוק' שלו.

***הגישה האובייקטיבית לפרשנות***

שוב מדובר בנושא שהגיע מהעולם הכללי אל עולם ההלכה.

מקובל להבחין בין 3 תאוריות בנושא של פרשנות חוזה, תלויות באופן שבו אתה רואה את החוזה. בהקשר הזה מקובל להבחין בין 3 תקופות:

1. **התקופ' העתיקה- הגישה הקלאסית: הטקסט מקודש.** המדיניות הייתה שכותבים מעט מאד ובעיקר מדברים, והכתב הופך כל מסמך למסמך שהוא כמעט מקודש- מעמד על. זה קשור גם לעובדה שכתבי הקודש היו נכתבים ודברים אחרים לא, כי אין להם את אותו מעמד (כמו ההבדל בין תורה שבכתב שלה יש מעמד מסויים ותורה שבע''פ אסור היה לכתוב בהתחלה, כדי להדגיש את ההבדל). כל מילה קיבלה מעמד עודף ועל הרקע הזה היה לכתובים מעמד מיוחד. זה השפיע על פרשנות החוזה באופן הזה שאתה מפעיל על מסמך כתוב טקטיקות שאתה מפעיל על כתבי קודש. מפעילים מדרש גם על מסמכים משפטיים כתובים. פרשנות החוזה עובדת לפי פרשנות של טקסט- פרשנות אובייקטיבית של החוזה (המשפט האנגלי). מילות החוזה הן המרכז, והפרשנות צריכה לפרש באופן אובייקטיבי עד כמה שניתן את מה שכתוב בפועל בחוזה (ולא את מה שהתכוונו לכתוב), כמו בכתבי קודש- לא מנסים להבין את כוונת האל אלא מה כתוב בטקסט.

1. תוספתא, כתובות (ליברמן) ד, ט (דוגמא לפרשנות אובייקטיבית).

דרש הלל הזקן לשון הדיוט כשהיו בני אלכסנדריא מקדשין נשים אחר בא וחוטפה מן השוק ובא מעשה לפני חכמים בקשו לעשות בניהן ממזרין אמ' להם הלל הזקן הוציאו לי כתובת אמותיכם הוציאו לו וכתוב בה כשתכנסי לביתי תהוי לי לאנתו כדת משה וישראל.

יש לשון של הדיוטות ויש לשון של קודש. המקור כאן אומר שניתן להתייחס ללשון הדיוט כמו אל לשון קודש, הלל הזקן הפעיל על זה דרשות פרשניות כמו שמפעילים על כתבי הקודש. היה מנהג מגונה בסביבה המקומית של לארס אישה נשואה ואח"כ אחר חוטף אותה ובניהם יהיו ממזרים. אמר להם הלל הזקן- תראו לי את הכתובה: וראו שכתוב בה "כשתכנסי לביתי אז תהיי לי לאישה כדמו"י". הואיל והיו רק קידושין אך לא היה נישואין= לא הייתה כניסה לבית, היא לא תהא מקודשת. הלל בעצם לקח את נוסחת הכתובה, ולמרות שהיא הסכם בין אנשים, והפך אותה לחוק שאומר שכל קידושין שנעשים הם על תנאי שתיכנס לביתו. ומכיוון שלא נכנסה לביתו, בטלו הקידושין, רק הייתה מאורסת וטרם נישאה. יש כאן פרשנות חוזה כאילו הוא חוק המחייב את כל הצדדים באשר הם. קידושיה הראשונים הם על תנאי- בטלים ולכן הילדים שנולדו מהחטיפה כשרים. לוקחים פסוקית מהכתובה ומפעילים עלייה דרשה (הייתה כתובה בעת הקידושין- האירוסין והייתה בעת הנישואין). זה היה מנהג של יהודי אלכסנדריה.

יש כאן פרשנות שלא מתעניינת במה חשב החכם הראשון ומה הייתה כוונתו הסוביי', אלא השאלה היא האם כשהוא אמר "היי לי לאישה" הוא התייחס לכניסה לבית בשעת הקידושין. אם כן, הקידושין עתידים להישלם רק במקרה שתהיה כניסה לביתו, וזהו חוק שתקף לכולי עלמא.

2. משנה, יבמות טו, ג

[אשה שבאה ממדינת הים ואמרה מת בעלי...] בית שמאי אומרים: תנשא ותטול כתובתה. בית הלל אומרים: תנשא ולא תטול כתובתה. אמרו להן בית שמאי: התרתם ערוה חמורה לא תתירו את ממון הקל? אמרו להן בית הלל: מצינו שאין האחים נכנסים לנחלה על פיה. אמרו להם בית שמאי: והלא מספר כתובתה נלמוד שהוא כותב לה: שאם תנשאי לאחר תטלי מה שכתוב ליכי, וחזרו בית הלל להורות כדברי בית שמאי [הם דרשו מדרש כתובה].

המקור השני מדבר על אשה שמגיעה מחו"ל ומספרת על כך שלאחר 20 שנות נישואין בעלה נפטר. אין על מותו רישום מסודר ולכן נשאלת השאלה האם ניתן להאמין לה. בית הלל אמר שיכולה להינשא לאחרים אבל היא לא תיטול את כתובתה- ההגיון הוא שמשיקולי מדיניות לא רוצים שהיא תהיה עגונה אבל מבחינה ממונית מקסימום תפסיד. אי אפשר לסמוך על ראיה כזו אבל מקלים עלייה תוכל להינשא. בית שמאי אומרים שלא זאת בלבד שאנו מתירים לה על פי דבריה להינשא לאחר אלא שלעדותה יש גם תוקף כלפי חוץ, כלפי יורשי בעלה- היא יכולה לטעון את כתובתה- היה תנאי בכתובה לקבל את הכתובה לאחר שתינשא לאחר, שיקום. בית שמאי פירשו שיש זיקה בין הנישואים לאחר לבין נטילת הכתובה. יש התליה בין היתר הנישואין לאחר לבין האפשרות ליטול את הכתובה. בית שמאי אומרים בתגובה כי אם התרתם לה להינשא על אחת כמה וכמה עליהם להתיר לה לקבל את כתובתה שהרי האיסור של אשת איש הוא איסור חמור יותר מאיסורי ממון. אומרים שיש קשר ואי אפשר להפריד. בית שמאי דרשו את הכתובה בדרך של מדרש כי זה לא הדבר הברור שהתכוונו הצדדים. בית שמאי סומכים על עדותה מכל הבחינות- הם טוענים שהואיל ונוסחת הכתובה היא ''תינשאי ותיטלי'' אז יש פה זיקה- אם את יכולה להינשא לאחר את גם יכולה ליטול את הכתובה). פרשנות החוזה שבאה לידי ביטוי היא תפיסה של אוביי', שמתייחסת למילים הכתובות כמות שהן, אין ניסיון להתחקות אחר כוונת הצדדים והסיבה לזה שמפעילים דרשה גם על לשון הדיוט. למדים מכאן שבעצם מתייחסים ללשון הדיוט כמו ללשון קודש. זו תקופה מאד קדומה ובאמת בתקו' הזו התייחסות למסמכים הייתה מקודשת. יש יחס מיוחד למסמך הכתוב וכתוצאה מכך הכללים שחלים עליו הם מיוחדים- פרשנות ע''פ הכתוב בעצמו מבלי להתייחס בהכרח לכוונת הצדדים. כוונת הצדדים נכנסה בשלה הבא. יש וויכוח על כך בתקו' התנאים המאוחרת וזה כנראה קשור לירידה במעמדו של המסמך הכתוב. אם זה כך, ממילא זה מייצג רק מפגש רצונות ולכן ברור שהדבר המרכזי הוא הרצון והכוונה של הצדדים.

1. **הגישה הסובייקטיבית:** החוזה הוא מפגש רצונות, ולכן חשוב יותר לדעת מהם הרצונות של הצדדים ופחות מה אומר החוזה מבחינה אובייקטיבית. גישה זו היא תוצר של זרמים שונים, ובעיקר- של **תפיסת האוטונומיה של הפרט**. אין עניין לכפות על הצדדים חוקים אובייקטיביים.

. בבלי בבא בתרא ז, א

תניא: האומר בית כור עפר אני מוכר לך, אף על פי שאינו אלא לתך - הגיעו, שלא מכר לו אלא שמא, והוא דמיתקרי בית כור; פרדס אני מוכר לך, אף על פי שאין בו רמונים - הגיעו, שלא מכר לו אלא שמא, והוא דמיתקרי פרדס; כרם אני מוכר לך, אף על פי שאין בו גפנים - הגיעו, שלא מכר לו אלא שמא, והוא דמיתקרי כרמא!

יש ייצוג של התקופ' הראשונה אבל רואים איך לאט לאט זה משתנה. לא מדובר בחלקות אדמה כל כך גדולות. אם בסופו של דבר מתברר שאפשר להפיק רק 50 אחוז ממה שאמור להיות בכל זאת המכר מתקיים כי כולם קראו לה כככה- ברגע שקראו לה ככה זה השם לך וזה מה שמכרת- הולכים אחרי המילים ולא אחרי מה שכתוב. אם זה באמת השם המקובל, מספיק שמבחינה מילולית זה השם המקובל כדי שנכשיר את העסקה. המקור אומר שמתייחסים למילים שנאמרו. המשנה נותנת מעין מילון למונחי מכר. במקרים רבים יש כאן פרשנות מילולית- האם עלייה היא חלק מבית או לא? המשנה במסכת בבא בתרא מביאה שלל פירושים מילוניים שמקבילים לפקודת הפרשנות של ימינו. מילון זה הוא תוצר של גישה פרשנית אובייקטיבית. המקור לעיל הינו דוגמא לפרשנות מילונית כזו:

* בית כור עפר- בית שיש בו מקום לנפח של כור עפר. סדר גודל של אלפי סמ"ק. אם רק מכנים את המקום "בית כור עפר" אז המכר חל וזה לא משנה שהשטח קטן בהרבה.
* פרדס אני מוכר לך- המילה פרדס מגיעה מן השפה הפרסית. פרדס הוא בוסתן שיש בו פירות משובחים. אדם שאומר לחברו "פרדס אני מוכר לך" ואין בפרדס רימונים- המכר יחול למרות זאת. היה על הקונה לבדוק שיש בפרדס רימונים. המילה פרדס לא כוללת רימונים. זוהי הפעלה של פרשנות מילולית והשאלה היא רק מה נכלל במילה "פרדס". אם בפרדס אין רימונים המכר חל, כולם קוראים לזה ככה ולכן זה חל.
* כרם- כשאדם מוכר כרם, המונח "כרם" לא כולל ענבים. המוכר מכר את השם כרם ולכן המכר חל.

יש למקור אחיזה בחשיבה הראשונה- מפרשים חוזה לפי המילון הארמי- איך קוראים לממכר.

4. רמב"ם, מכירה כח, טו

וכן כל הדברים האלו במקום שאין שם מנהג כמו שביארנו אבל במקום שיש מנהג הלך אחר המנהג ואחר לשון רוב אנשי המקום הידועים להן.

יש לפרש הסכמים על פי השפה המפורשת. זוהי פרשנות מילולית אובייקטיבית. זרם זה הוא זרם דומיננטי במקורות הקלאסיים. התפיסה היא שיש קדושה בחוזים שמבוססת על דיבור (ברכיהו ליפשיץ). זה לא מקור מייצג, הוא קיצוני לתקו'.

5. בבלי, בבא בתרא עז, ב - עח, א

מכר את הצמד - לא מכר את הבקר, מכר את הבקר - לא מכר את הצמד. ר' יהודה אומר: הדמים מודיעין; כיצד? אמר לו: מכור לי צימדך במאתים זוז, הדבר ידוע שאין הצמד במאתים זוז; וחכמים אומרים: אין הדמים ראיה.

גמ'. מכר את הצמד - לא מכר את הבקר וכו'. היכי דמי? אילימא דקרו לצימדא צימדא, ולבקר - בקר, פשיטא, צימדא זבין ליה, בקר לא זבין ליה! ואלא דקרו ליה נמי לבקר צימדא, כוליה זבין ליה! לא צריכא, באתרא דקרו ליה לצימדא צימדא, ולבקר - בקר, ואיכא נמי דקרו לבקר צימדא, ר' יהודה סבר: הדמים מודיעין, ורבנן סברי: אין הדמים ראיה.

ואי אין הדמים ראיה, ליהוי ביטול מקח! וכי תימא, ביטול מקח לרבנן לית להו, ולא? והתנן, רבי יהודה אומר: המוכר ס"ת, בהמה ומרגלית - אין להן אונאה; אמרו לו: לא אמרו אלא את אלו! מאי אין דמים ראיה נמי דקתני? דהוי ביטול מקח. ואיבעית אימא: כי אמור רבנן אונאה וביטול מקח - בכדי שהדעת טועה, אבל בכדי שאין הדעת טועה לא, אימור מתנה יהב ליה.

אדם בא לקנות צמד. המילה בקר מתייחסת לבעלי החיים. המילה צמד לעיתים מכוונת לא לאביזר אלא לצמד הבקר עצמו. כשאדם היה קונה בקר נשאלת השאלה אם הוא קונה את הבקר עם אבזורים (למשל צמד שמשמש לחרישה). המשנה אומרת (דעת הרוב) שאם אדם בא לקנות צמד אז הוא קונה צמד ולא בקר ולהפך. לכאורה הדעה הראשונה במשנה היא מאוד טקסטואלית- מה שבאת לקנות זה מה שאתה קונה. רבי יהודה אומר "הדמים מודיעים"- איך זה יעלה על הדעת שלא רק מה שאדם מוציא מהפה זה מה שקובע ויש לבחון את כוונת הצדדים- אם אדם שילם עבור הבקר סכום נוסף ברור שהוא התכוון לרכוש גם את הצמד. לא ניתן להיצמד לפרשנות טקסטואלית גרידא. אם אדם קונה צמד ב200 זוז שזה סכום מופקע עבור צמד ניתן יהיה ללמוד שהוא לא התכוון לקנות רק צמד. אדם אמר שהוא מוכר צמד, אני משלם לו על הצמד ואז הוא אומר שמקבלים רק האיבזורים. חייב להבין למה התכוונו הצדדים, לפי הסכום.

זוהי מחלוקת מאוד עקרונית בפרשנות חוזה בשאלה האם ניתן לפרש חוזה גם דרך נסיבות העניין או דרך הדברים של הצדדים בלבד- בין אוביי' לבין רבי יהודה.

התלמוד אומר שברור שכאשר אדם אמר אומר שהוא קונה צמד ב-200 זוז אז הוא התכוון לקנות צמד עם בקר ולא בקר לבד. דעת הרוב נראית נוקשה מאד. איך יעלה על הדעת לפי חכמים כך? יש פה הונאה, צמד עולה הרבה פחות מהבקר. אומר התלמוד שבנקודה זו יש מחלוקת:

איך מדמיינים את הסיטואציה בין רבי יהודה לבין חכמים? אם כולם קוראים לבקר בקר וצמד לצמד ואם סיכמנו על צמד תקבל צמד ואין מה לעשות. במקרה כזה שכולם קוראים לזה ככה הוא מכר צמד ולא בקר. אלא שאולי השפה לא חד משמעית ולפעמים לבקר קוראים גם לבקר כולל הכל צמד ואז אומר צמד והנסיבות מראות שהוא שילם סכום גבוה ולכן ברור שהוא מכר לו את כל החבילה. נדבקים למילים ככל שזה הגיוני. יש 20% שקוראים לזה כך. הוויכוח על העמימות של המקרה- בשפה יש רוב מוחלט ששומרים על הדיוק של המילים אבל יש גם מיעוט שחושב אחרת.

שיעור 12- 12/1/16

הגל הראשון בפרשנות חוזה הוא הגל האובייקטיבי. פרשנות שלא מתחקה אחר כוונת הצדדים אלא מתייחסת לנוסח ולמילים שבחוזה כמות שהן. התפיסה שעומדת ברקע הגישה הפרשנית הזו היא תפיסה שרואה את החוזה הכתוב ככתב קודש- היחס לכתב בוודאי במאה הראשונה ובתחילת השנייה היה מקודש, לא היו כותבים, הדברים הנכתבים היו בעצם בדרגה הראשונה- הייתה להם עילה של חשיבות יתר, כמעט קדושה. ממילא מפעילים על החוזה הכתוב את אותן טכניקות פרשניות שהפעילו על כתבי קודש. קראו לזה ''מדרש לשון הדיוט''. על כתבי הקודש מפעילים גישה פרשנית שהיא אוביי'- מכוונים לכתוב באמת ולא למי שכתב- לא מנסים להבין מה ה' התכוון אלא לפרש את מה שכתוב בפועל. כפי שראינו על הרקע הזה, הגישה הזו מתייחסת לכתוב כמות שהוא. יש כל מיני כלים בארגז של הפרשן אבל הכלי הכי מרכזי הוא ציטוגרפי- מפרשים לפי מה שכתוב במילון ולא מה שהתכוונו הצדדים. זו גישה קדומה- מקורות של המשנה- הלל ושמאי (התורה שבע''פ עוד לא כתובה בגלל הגישה לכתב). רואים גם שרידים לזה בתקופה יותר מאוחרת, גם אם זה מדולל. פרדס, בית כור עפר- בפועל נתן רק חצי כור. בכל זאת אומרים שלא מכר לו אלא שם- בחוזים אנחנו מתייחסים להגדרות מילוניות. זהו ביטוי לגישה המילונית.

הגל השני כבר פותח פתח לכיוון אחר והוא כוונת הצדדים- הגל הזה שבו אנו אומרים שחוזה מתפרש לפי כוונת הצדדים הוא עתיק מאד, מתחיל מהמשפט התלמודי (מופיע גם במשפט הרומי) וכמובן שזה הולך ומתעצם בעת החדשה. ככל שגישות ליברליות ופילוסופיות גוברות אז בעצם מעבירים את מרכז הכובד המשפטי אל הצדדים ואל רצונות הצדדים וממילא חוזה עבורנו המסמך הוא לא קדוש וחשוב כשלעצמו אלא מתייחסים לאנשים מאחורי המסמך. מה שחשוב זה מה שהם התכוונו, הריבון הוא הצדדים. היא גישה ישנה אבל הולכת ומתעצמת. יש דרכים שונות לפרש את כוונת הצדדים- יש את הגישה האנגלית- כוונה אוביי' (מה חושב האדם הסביר) ויש את הכוונה הסוביי'. ברור שהגישה האנגלית מנסה להתחבר לעולם הישן והגישה הסוביי' מתחזקת ככל שמדובר על רעיונות ליברליים ואוטונומיים.

המקור של הצמד והבקר: יש מחלוקת בין תנאים לגבי ממכר של צמד ובקר. הצמד- לפי רשב''ם- האבזורים: העול, שרשרת החבלים וכו'. דעת החכמים- הרוב היא שמתייחסים למילים כמות שהוא (מכר את הצמד ולא את הבקר, מכר את הבקר ולא את הצמד). אם מוזכר שהמכירה היא של צמד אין בידי הקונה אלא את הצמד ולא את הבקר. רבי יהודה אומר שהדמים מדברים- צריך לראות את הסכום שעובר בפועל ולפי כך מפרשים את ההסכמים, הכסף מראה את כוונת הצדדים. אם מישהו שילם 200 זוז על צמד ברור שהתכוון גם לבקר. חכמים עונים- אין הדמים ראיה. עיקשים להיצמד למילים שהשתמשו בהם הצדדים. זה לא רק הבעיה של ההתעלמות אלא גם בעיה של הונאה- לפי ההלכה אם אדם חורג ביותר מ-20% ממחיר השוק אז העסקה בטלה. כאן ברור שזה מעבר ל20%. דעת חכמים מאד קשה. הסוגייה התלמודית מנסה להעמיד מחדש את המחלוקת בין רבי יהודה לחכמים ומה שמפתיע זה שגוררים את רבי יהודה בצורה עוד יותר חזקה את דעת הרוב.

הפירוש התלמודי של הסוגייה:

רבי יהודה מנסה לחרוג מן המסגרת הנוקשה המילולית ומנסה לבחון את כוונת הצדדים על פי הכסף ששולם. במקרה זה שולמו 200 זוז וזה לא סביר שאדם יקנה אביזר במחיר גבוה זה ולכן ברור שהכוונה הייתה לקנות גם את הבקר. חכמים מתנגדים ואומרים שמה שמעניין אותם זה מה שנאמר בפועל ולכסף ששולם אין חשיבות. כוונת חכמים היא ביטול המקח בגלל הפער בין החוזה לתמורה ולכן יש כאן הונאה או הפקעת מחירים ואז המקח בטל אוטומטית.

כאשר התלמוד בוחן את המחלוקת הוא מנסה לבחון את הרקע המילולי של ההסכם. התלמוד מצמצם את המחלוקת למקרה שבו הפרשנות האובייקטיבית אינה ברורה (כשמילים אינן חד משמעיות). בזה גם רבי יהודה יודה. המחלוקת היא במקרים שבו יש סדקים בפרשנות האובייקטיבית כמו למשל במקרה שבו מכנים את הבקר "צמד". כשמתחילים בהליך פרשני מתחילים בנדבך באובייקטיבי וכשזה ברור אז אין כל מחלוקת- מפרשים לפי השם והכסף ששולם לא ישנה כלום. מה שיוצא מהמהלך הפרשני הזה הוא שהתלמוד מכוון בצורה ברורה שבמדרג הפרשנות קודם כל נסתכל על המילון- הפירוש הלקסיקאלי של אותה מילה כפי שהיא נאמרה. כולם מסכימים לזה. הוויכוח הוא במקומות שבהם יש עמימות מסויימת בשפה. יש קבוצת מיעוט שיוצאת את העמימות הזו וקוראת גם לבקר בשם צמד ואולי התכוונו לבקר. לכן רבי יהודה אומר שיש לחשוש לדעת המיעוט. אבל רבי יהודה לא אומר את דבריו ללא תנאי- מה שמעניין זו כוונת הצדדים בלבד (לדמים). לפי איך שהתלמוד מעמיד את הדברים גם רבי יהודה חושב שצריך להתייחס למשמעות של אותם מילים. רבי יהודה טוען שבמקום שיש עמימות בשפה הלקסיקון הוא לא חד משמעי. התלמוד בעצם במקום להעצים את רעיון הכוונה הוא דוחק אותו לפינה והוא מעצים דווקא את הגישה המילונית וגם לוקח את רבי יהודה לשם. החכמים אומרים שצריך להתעלם מהמיעוט, כי יש רוב וככה הרוב מדברים. רבי יהודה טוען שכשיש מיעוט אי אפשר להתעלם מכך ולכן נלמד מהנסיבות- יש עמימות ולכן אין כלי אחיד לכן צריך להכניס גורם נוסף. זה לא אומר שרבי יהודה חושב שכוונת הצדדים הוא גורם, פשוט צריך מעבר למילון משהו שישדר לנו שדר ברור ויעזור לנו במהלך הפרשני. אם הרוב יגידו שבקר זה צמד לפי החכמים וגם לדעת רבי יהודה הולכים לפירוש המילוני-צמד זה בקר.

התלמוד לוקח מחלוקת שעל פניה היא מחלוקת בשאלה האם ניתן לסטות לכיוון הסובייקטיבי ומצמצם זליגה זו למקרה שבו יש סדק בנדבך הפרשני האובייקטיבי. התלמוד (דעת חכמים) מגביל את הפרשנות הסובייקטיבית והמשנה (דעת רבי יהודה) דווקא מוכנה לזלוג לכיוון זה.

התלמוד עובר לדבר על ההונאה- אם התמורה ששולמה לא יכולה ללמד אותי כלום על העסקה היא צריכה להתבטל מדין הונאה. חכמים ללא חושבים שגם אם יש הפקעת מחיר מטורפת העסקה העומדת בעינה. רבי יהודה והחכמים מתווכחים בעניין של הפקעת מחיר. יש פה התייחסות לסוג מאד מיוחד שקשה להעמיד את השווי של הדברים (ספר תורה- המחיר נע בטווחי מחירים מאד גדולים, יש מדדים אוביי'). בדברים כאלה אין הונאה לדעת רבי יהודה כי אין מחיר שוק ברור ואתה לא יכול לטעון שהונו אותך. חכמים אמרו לו שהם מסכימים איתו שיש סוגים מסויימים בעייתים אבל מרגיעים את רבי יהודה- אל תתחיל לפתוח את הרשימה. ברור מתוך הדיון הזה שלדעת חכמים יש דין של הפקעת חכמים אלא אם מדובר בסוגי ממכר מאד ספציפיים. חכמים ורבי יהודה מסכימים שיש דין הונאה חות מדברים ספציפיים. אומר התלמוד- אם החכמים מסכימים וגם רבי יהודה לכך שבאופן עקרוני יש דין הונאה איך נסביר את המקור שהוא שילם 200 עבור בקר ויקבל צמד ששווה 20- הרי זו הונאה!

2 תשובות: 1. כשהחכמים אמרו שהדמים הם לא ראיה למה הם התכוונו- מה קשור למקח? החכמים לא התכוונו להגיד שאין הדמים ראיה ולכן מפסידים את הכסף אלא יש ביטול מקח באמת. תשובה מובנת מאליה, מפרידים בין המישורים, הוויכוח על צמד ובקר זה לגבי פרשנות חוזה אבל לגבי ההונאה אין מחלוקת שהיא בטלה. 2. ניסיון לקבוע את מתחם הטעות הסבירה- לא בכל מקרה עסקה תתבטל בשל הפקעת מחיר. זה יקרה כאשר ברור לי שהייתה כאן טעות. עד 20% מעל המחיר זה סביר. במרחב האפור- מישהו באמת לקחת תמורה והתמורה הזו היא מעבר למקובל- מעל30% אבל אדם שלוקח פי 10 עבור ממכר, במקרה הזה זה לא סביר שאדם שילם כל כך הרבה. המרחב האפור: בכדי שהדעת טועה, מעבר למרחב הזה- בכדי שאין הדעת טועה. בתוך המרחב האפור אין מחלוקת- מקום שבו הטעות היא אפשרית יש דין הונאה ויש דין ביטול מקח, חוץ מדברים מסויימים (ספר תורה וכו'). מעבר לקו האפור יש מחלוקת- כשהטעות היא לא סבירה, כשאדם משלם 200 על צמד במקום 20, אולי הוא רצה לתת מתנה, בדיני הונאה באים להגן על מרחב טעות. אנחנו לא מייעדים את ההגנה שלנו למקרים חריגים. המרצה אומר שהפתרון קשה אבל לא בלתי הגיוני.

ביחס לדיני הונאה, התלמוד מציע 2 הצעות: 1. גם במקרה של צמד ובקר חלים דיני הונאה ועסקה תתבטל (הפרדה בין המישורים), 2. במקרה הזה לא יחולו דיני הונאה כי מדובר בטעות שחורגת ממרחב הטעות הלגיטימית. ולכן החכמים אומר שאין הדמים ראיה בשני המישורים- העסקה לא תתבטל, היא תעמוד בעינה. זו הדעה של כולם.

כל זה בתלמוד. הגל השני שכאילו אמור לפתוח פתח לכוונת הצדדים די מאכזב. רבי יהודה מכניס כביכול את כוונת הצדדים אבל התלמוד די דוחק אותו לפינה. מה שלא עשה התלמוד כאן בעקב' סוגייה אחרת עשו פרשני התלמוד. הגישות הפרשניות חלקן מעצימות את כוונות הצדדים וחלקן מקטינות- פרשני התלמוד נאלצים משתי הסוגיות האלה להגדיר את היחס בין שתיהן. על פניו מקור זה עומד בעימות בין המקור הבא:

בבלי, בבא קמא מו, א

דאתמר: המוכר שור לחבירו ונמצא נגחן, רב אמר: הרי זה מקח טעות, ושמואל אמר: יכול שיאמר לו לשחיטה מכרתיו לך. אמאי? וניחזי אי גברא דזבין לרדיא, אי גברא דזבין לנכסתא! לא צריכא, בגברא דזבין להא ולהא. וניחזי אי דמי רדיא - לרדיא, אי דמי נכסתא - לנכסתא! לא צריכא, דאוקיר בישרא וקאי בדמי רדיא.

יש מחלוקת בין האמוראים אם אפשר לבטל עסקה כזו- הקונה כועס על המוכר שמכר לו שור נגחן. מקור זה דן בסכסוך בין המוכר לקונה בשאלה האם שור נגחן עומד במכירה. רב טען שמדובר במקח טעות- הקונה צודק. שמואל אומר שייתכן והשור נמכר לשחיטה ולכן זה לא משנה שהשור נגחן- לכן הקונה לא צודק, המוכר לא אמור לדווח על השור. השאלה היא מהי הפרשנות הנכונה להסכם שבו אני קונה שור והוא נמצא נגחן- יש להניח שיש מוכרי בקר שמתמחים במכירה לחרישה ויש שמתמחים בבקר לשחיטה- ניתן לנסיבות לדבר. האם יש לפרש את החוזה כך שקניתי את השור לחרישה או לכך שקניתי אותו לשחיטה? התלמוד אומר שיש לבדוק את הרגלי הצריכה של הקונה. במקרה זה לא ניתן להפעיל מדד זה, הוא עמום, משום שייתכן שהאדם קונה גם לצורכי חרישה וגם לצורכי שחיטה ולכן בדיקה של הרגלי הצריכה לא תועיל. התלמוד מציע לבחון את הכסף ששולם שהרי יש הבדל בין קנייה לחרישה לשחיטה (חרישה יותר גבוה)- בוא ניתן לדמים לדבר. מדד זה גם לא יועיל בגלל עליית המחירים שקיימת- מצב השוק לא ברור כי הבקר התייקר פתאום ואז גם שור לבשר הוא בשווי פחות או יותר כמו שור לחרישה. התלמוד אומר שאין בעיה להשתמש בנסיבות חיצוניות לחוזה באופן עקרוני- כמה שולם, מה הוא מוכר וכו', אלו הם מדדים סבירים לפרש עסקה אבל הבעיה היא שבמקרה הזה למרות שאתה אמור וצריך, אתה לא יכול להשתמש (המורכר מוכר גם וגם ויש בעיה בשוק).

המקור הזה על פניו הפוך למקור הקודם – בסיפור על הבקר והצמד אמרנו שאנחנו קודם הולכים לפרשנות אובייקטיבית ורק אם יהיה בה סדק נלך לסובייקטיבית. המקור הזה אומר דבר הפוך – בואו נבדוק את כוונת הצדדים לפי מדדים חיצוניים. לולא המחירים היו בדיוק מתייקרים ולולא האיש הזה היה קונה שור גם לשחיטה וגם לחרישה היינו הולכים לפי כוונת הצדדים. אם כן, יש סתירה ברורה בין המקורות, מטבע הדברים יהיו פרשנים שייקחו את הכוונה לעיקר ויש כאלה שיעשו ההפך. בין הפרשנים ישנם 3 כיוונים עיקריים להסבר הסתירה:

יש להבחין בין שתי סיטואציות פרשניות- הסיטואציה של שור נגחן שונה מזו של צמד בקר:

חידושי הריטב"א, בבא בתרא צב, א

ונחזי דמי היכי. פי' שיהו הדמים מודיעין, ולאו אליבא דר' יהודה פרכינן כדכתב ר"ח ז"ל, דהא יחידאה הוא, אלא דכל היכא דליכא עיולי בלישנא מידי והלשון הולם מה שמכר [ואינם] אלא לגלויי מילתא, אפי' רבנן מודו שהדמים מודיעין.

הסיטואציה שמתרחשת בצמד בקר היא סיטואציה שבה יש לבחון את המטען שעומד מאחורי המילים. הטענה היא שיש הבדל בנסיבות בין שני המקורות. בצמד ובקר המילונאות ברורה. ואז אפשר להפעיל ממילא את הגישה המילונאית- צמד ובקר ובמקרה כזה דעת רבי יהודה שאומר שמכניסים לתמונה גם גורמים נוספים היא דעת מיעוט. אבל סיטואציה פרשנית שנייה היא סיטואציה שבמוקד שלה אין מילים, למילונאות אין שום תפקיד- הדיון הפרשני הוא לא דיון על מילים והשאלה היא למה משמש השור, זה כבר חורג מהמילונאות ולכן מחייב התייחסות לכוונת הצדדים. נשוא הקנייה הוא ברור (בניגוד למקרה של צמד בקר שם לא היה ברור מה בכלל רציתי לקנות). לא עומדת שאלה טקסטואלית אלא שאלה של כוונת הצדדים- זה לא מה באתי לקנות אלא למה ישמש מה שבאתי לקנות. המילון לא משרת אותי ולכן כולם מסכימים שיש להתייחס לכוונת הצדדים. פה כולם מסכימים, גם חכמים שהדמים הם ראיה. הוא אומר שהמתווה הפרשני הוא לא נתיב אחד- יש נתיבים שונים. יש מצבים פרשניים שבהם אפעיל פרשנות מילונאית ויש פעמים שאפעיל על דרך הכוונה. נראה מתוך דבריו שכאש המרחב המילוני פתוח לפנייך עלייך לפנות אליו, כשהטא לא פתוח אתה כבר מההתחלה פונה לכוונת הצדדים. נראה שהוא כן מעדיף את המילוני.

2.בדעה זו תומך רבי מיגאש, רבי מיגאש הוא וריאציה של הריטבא:

ר"י מיגאש, בבא בתרא שם

ואיתחזי לן בפירוקא דהאי קושיא דהמוכר שור ונמצא נגחן לא דמי למתני' אין הדמים ראיה, דכי קתני אין הדמים ראיה הני מילי לעיולי בזבינא מידי דלא זבין ליה בהדיא כגון צמד ובקר, אבל לברורי מילתא דזבינא גופיה היכא הוא, דנדע אי הוה זביני אי לא, בכי הא לא אמרי רבנן אין הדמים ראיה, אלא לעולם הוי ראיה, דגלוי מילתא בעלמא הוא עליה דההוא זבינא היכי היה מילתיה, ומשום הכי אמרינן הכא לענין המוכר שור לחבירו ונמצא נגחן ולחזי דמי היכי.

רבי יוסף מיגאש הוא רבו העקיף של הרמב"ם. הרבי מיגאש עומד מאחורי אפשרות שיש הבדל בין שני המקרים- דעתו דומה לריטב''א אבל יש הבדל מסויים. הר"י מיגאש אומר שנראה שיש הבדל בין המקרה של שור נגחן וצמד בקר. גם הוא טוען שההבדל בין שתי הסוגיות הוא הבדל מקרה שבו אפשר להפעיל פרשנות מילונית לבין מקרה שבו אי אפשר. ההבדל מהריטבא הוא שהריטבא מדבר על מדרג של מילוני ואם לא זה פונים לנתיב אחר. פה אין מדרג, אין גישה שעדיפה על השנייה. מדובר בשתי דרכים פרשניות נפרדות. יש מצבים שבהם מראש אתה הולך פרשנות מילולית- צמד ובקר אז פעילים פרשנות מילונית אבל בצמד ובקר זה לא מה זה שור אלא למה האדם קנה, מראש שהשאלה היא למה הוא קנה לא נדרשים לפרשנות מילולית והולכים לפרשנות של כוונה.

1. **גישת הרשב"ם:**

. רשב"ם, בבא בתרא שם

ואמאי לימא הדמים מודיעין, דהא אפילו לרבנן דאמרי בפרק המוכר את [הספינה] (דף עז:) אין הדמים ראיה הני מילי גבי מכר את הצמד לא מכר את הבקר, וכדאוקימנא בדוכתא דקרי לצמד צמד ולבקר בקר ואיכא נמי דקרי ליה לבקר צמד, דכיון דלאו כולי עלמא קרו ליה לבקר צמד, איכא למימר דהאי לוקח הוי מהנהו דקרי לבקר בקר, והלכך קא"ל מוכר צמדי מכרתי לך ולא בקר, שהמוציא מחבירו עליו הראיה, והלכך על הלוקח להביא ראיה שהוא מאותן הרגילין לקרוא לבקר צמד ומדלא מייתי ראיה מפסיד.

הרשב"ם טוען שהכל הוא עניין של מציאות ראייתית. ההבדל הוא לא בכך שצריך גישות פרשניות שונות אלא ההבדל הוא בנטלי הראיה. זאת אומרת שהשאלה האם אתה מתמודד במדד של תמורה או לא תלויה בזירה הראייתית. במקרה של בקר וצמד האדם אמר צמד והוא שילם בשביל צמד ובקר. עכשיו הקונה בא למוכר ושואל מה עם הבקר (לקח רק אביזרים) אז כרגע נטל הראיה מוטל על הקונה כשאמר צמד התכוון גם לבקר. הוא צריך להרים את נטל הראיה דרך המילון- להוכיח בפירוש שהתכוון לבקר. משתמשים במדד התמורה רק כמדד של ברירת מחדל- אם הפרשנות אובייקטיבית מספקת תשובה ברורה אין צורך להשתמש במדד של גובה התמורה. כשהקונה טוען שהוא בקבוצת המיעוט שקוראת לבקר "צמד", עליו להביא נטל ראיה לכך. אם יוכיח תופעל פרשנות סובייקטיבית ויבדקו את המדדים.

אבל הכא דהאי גברא זבין לרדיא ולשחיטה, מודו רבנן דהדמים מודיעים, דכיון דידעינן בודאי בהאי לוקח דרגיל לקנות לרדיא, וגם הדמים מודיעין, הלכך הדמים ראיה, דכי האי גוונא נמי אמרינן התם היכי דמי אי דקרו ליה לצמד צמד כו' אלא דקרו ליה נמי לבקר צמד כולה זבין ליה אלמא היכא דכל בני העיר קורין לבקר צמד אף על פי שקורין לו לפעמים בקר אמרינן דכוליה זבין דכיון דידעינן ביה בהאי לוקח שרגיל לקרות נמי לבקר צמד כשאר בני העיר וגם הדמים מודיעין דבקר עם צמד זבן הלכך אמרי רבנן דהדמים ראיה, וה"נ כיון דהאי גברא זבין לרדיא ולשחיטה והדמים מודיעין דלרדיא זבין ודאי כיון דאיכא מילתא דמוכחא - הדמים ראיה. כן נראה בעיני.

שור נגחן: התלמוד טוען שמדובר על רוכש שמבחינת הרגלי הצריכה שלו יש לו הרגלים כפולים – הוא קונה גם לחרישה וגם לבקר, הנסיבות לא ברורות, הזירה הראייתית היא שונה ולכן צריך להכריע בנסיבות. כשאנחנו פונים למדד זה אנחנו רואים שיש מצב של 50% לפחות שהוא קנה את השור לחרישה ולא לבקר ולכן נקודת המוצא היא שונה, עד לכאן אין נטל ראיה כי לא ברור מה הוא קנה. זה לא כמו במקרה של בקר וצמד שהקונה טוען שהוא שייך לקבוצת מיעוט שקוראת לבקר צמד. שם, הקונה צריך להוכיח שהוא שייך לקבוצת מיעוט. נטל הראייה שונה במקרה הזה לעומת צמד ובקר- כאן, אנחנו לא משייכים את קונה השור לקבוצת מיעוט (שמשנה את השפה), אנחנו מסתכלים על הרגלי הצריכה שלו ואנחנו רואים שיש 50% שהוא קנה אותו לצורך חרישה והזירה הראייתית היא שונה- כשאתה במיעוט אתה בבעיה ופה זה 50% 50% ולכן המציאות עמומה ולא ברור איזה שור קניתי, מוכנים ללכת לקראת הקונה. לכן, במקרה כזה נטל הראיה עובר אל המוכר להראות שהקונה התכוון לקנות את השור לצורך בקר. השאלה אם המוכר יכול להסתמך על מדדים של תמורה או לא תלויה בזירה הראייתית – אם הזירה הראייתית היא מאוזנת אז אין שום סיבה שלא נשתמש גם במדד של הדמים כדי ללכת עם הקונה וזה משנה את נטלי הראיה נגד המוכר. הדמים יכולה להשתמש כדי להכריע. נטל הראיה שלי הוא יחסית קל- המציאות היא מאויינת- כל דבר אפשרי. הרשב''ם לא תלוי נסיבות אלא הפרשנות הלגיטימית היחידה היא המילונית והיא הקובעת, במקרה שכבר יש פרשנות מילונית קבועה אתה במצב נחות וצריך להוכיח אחרת. אבל כשצריך להרים נטל ראיה לגביה אי אפשר להשתמש בשום דבר אחר. מבחינת המצב הראייתי אין לי שום גורם שיכול לבדוק מה קורה כאן ומהבחינה הזו פונים לאותות ראייתים שיש לי והכי זמין שיש לי זה הדמים אז פונים לדמים. ברמה של פרשנות הוא לא רוצה להגיע למקום שכוונה קובעת, הוא רוצה למזער את הסוגיה של השור הנגחן ולהעצים את הסוגיה של הצמד והבקר.

בגל הפרשני הזה על פניו יש מחלוקת בין רבי יהודה וחכמים בצמד ובקר ונראה שרבי יהודה חושב שלכוונה יש מעמד. התלמוד בסוגייה של צמד ובקר מנסה לדחוק את רבי יהודה לפינה ולהעצים את הפרשנות המילונית. אבל בסוגיה של שור נגחן נראה שהתלמוד מתייסח לכוונה. במרחב של שתי הסוגיות האלה יש את הפרשנים: הר''י מיגש- בסופו של דבר ההליך הפרשני הוא תלוי נסיבות- לפעמים נפעיל פרשנות מילונית כשהשאלה היא מילונית ולפעמים נפעיל על דרך הכוונה כאשר אין שאלה מילונית ומדברים על כוונה (הכי מעצים את הכוונה). הריטב''א מוכן לקבל את העמדה הזו אבל כפי שזה נראה מדבריו הוא מעדיף את הכלי המילוני על כלי הכוונה. הרשב''ם הוא הכי קיצוני לצד השני- באופן כללי הכוונה היא לא מדד פרשני, הפרשנות היא מילונית. כשהיא לא קיימת נמצאים בערפל ואז השאלה היא של נטלי ראייה. ויש בשטח הרבה אותות ולכן נשתמש במה שזמין בשטח ויכול לבוא לטובתך. רואים שמתחילה להיות נוכחות לפרשנות של כוונה, לא רק לפי רבי יהודה אלא גם לדעת חכמים.

הגל השלישי הוא הפרשנות התכליתית. היא חדשה גם בפרשנות המודרנית. דרך של ביה''מ להשליט תפיסות ערכיות על החוזה. דרך להפנים בתוך החוזה עקרונות של שוויון ותו''ל. הביקורת ידועה בהקשר הזה, במובן הזה שהיא מכניסה אי וודאות בשוק העיסקי- הצדדים כותבים משהו מסויים וביה''מ קובע שהחוזה הוא משהו אחר. הפגיעה האנושה בחופש החוזים ועוד ביקורות. מכיוון שמדובר בגישה חדשה כל מה שניתן לצפת בהקשר הזה מהמשפט התלמודי או הבאים אחריו האם יש גירויים או נגיעות לעניין הזה, אי אפשר לדעת על גל משפטי משמעותי אבל יש נקודות מאתגרות.

**הגישה התכליתית:** גם בתוכה יש 2 גישות- התכליתית האובייקטיבית והתכליתית הסובייקטיבית.

התכליתית הסובייקטיבית- מתייחסת לצדדים. מבחינת האינטרסים הכלליים של הצדדים, מה היה ראוי שיסכימו עליו ומהן כוונותיהם הכלליות. החידוש של ברק: תכלית אובייקטיבית- הצדדים לא פועלים בחלל ריק, כי אם בסביבה עם גורמים נוספים וחברה, ולכן יש להפעיל מהות על הצדדים גם בהתאם לערכים של הסביבה כולה. איך ראוי שהצדדים יתנהלו לא רק לפי עולמם הסגור אלא לפי הנורמות החברתיות המקובלות. הגישה התכליתית האובייקטיבית מחזירה אותנו בעצם קצת אחורה, לגישה הקלאסית- האובייקטיבית, אך לא כמו שם שיש הכפפה של הצדדים לריבון חיצוני בלי מקום לרצונם הפרטי, כאן יש את החסרונות של הגישה האובייקטיבית: של הכפפת רצון הצדדים לנורמות שמסביב ושלילת האוטונומיה של הצדדים, אך בלי היתרונות של הגישה האובייקטיבית (של צפיות ושל עמידה מול צדדים שלישיים, כי הגישה התכליתית לא לוקחת בחשבון צדדים שלישיים). אמנם יש בגישה התכליתית יתרון- שמאפשרת לבהמ"ש להשית את ערכיו על החברה, וכן מאפשרת קוהרנטיות של המערכת.

דוג' העיקרית – המשנה דנה באדם שמוכר בית, מה כלול בבית בהנחה שבחצר יש בור או מאגרים נוספים האם הם גם למכירה או לא. למרות שבשטר המכר כתוב שמוכר את הבית לעומק ולגובה אך מאגרי מים אלו אינם חלק מהמושג של הבית אלא גורמים עצמאיים. רבי עקיבא – צריך לקנות גם את הבור והדות, אם המוכר אמר שמוכר לו את הבית חוץ מהבור והדות כאן יש לשער שאם כתב במפורש שייר לו לא רק את הבור והדות אלא גם את דרכי הגישה. מה קורה אם המוכר מכר את הבית אבל את הבור והדות לא ואותם מכר לאחר?

משנה, בבא בתרא ד, ב

[המוכר את הבית לא מכר...] לא את הבור ולא את הדות אף על פי שכתב לו עומקא ורומא. וצריך ליקח לו דרך, דברי רבי עקיבא. וחכמים אומרים: אינו צריך ליקח לו דרך. ומודה רבי עקיבא בזמן שאמר לו: חוץ מאלו, שאינו צריך ליקח לו דרך. מכרן לאחר - רבי עקיבא אומר: אינו צריך ליקח לו דרך, וחכמים אומרים: צריך ליקח לו דרך.

הבור הוא והדות הם מאגרי מים, הם לא נכללים בשטר של הבית. **רבי עקיבא** טוען שכאדם שרוכש בית רוכש את החצר אבל לא את הבור שנשארים בידי הבעלים הקודמים ולכן אם המוכר רוצה גישה לבורות אלה הוא צריך להסדיר זאת עם הקונה. **חכמים** טוענים שלמוכר יש דרכי גישה חופשיות לבור כי הבור נשאר בידו, זה ברור שאם שייכי לעצמי אותם אז גם לדרכי הגישה האלה. רבי עקיבא טוען כי אם בהסכם נאמר בפירוש שאת הבור והדות הוא משאיר בידו (''אני מוכר לך את הבית חוץ מ...'') אז המוכר רוכש לעצמו את דרכי גישה, יש לשער שהוא השאיר לעצמו דרכי גישה. המחלוקת היא במקרה שבו לא נאמר במפורש שהמוכר השאיר לעצמו את הבור. השאלה היא באיזה אופן ראוי לנהוג כאשר מוכרים. האם מוכר אמור להיות נדיב או צייקן? רבי עקיבא חושב שאדם מוכר בעין יפה- אם אדם מוכר את הבית אז הוא מוכר גם את החצר ולכן אם הבור נשאר עליו להסדיר את דרכי הגישה לבור. לעומת זאת חכמים טוענים שמוכר מוכר רק את מה שהוא רוצה למכור ולכן הוא לא מכר את דרכי הגישה אלא רק את הבית ולכן הוא לא צריך להסדיר את דרכי הגישה לבור.

11. בבלי, בבא בתרא, סד, א-ב

וצריך ליקח לו דרך, דברי ר"ע; וחכ"א: אינו צריך וכו'. מאי לאו בהא קא מפלגי, דרבי עקיבא סבר: מוכר בעין יפה מוכר, ורבנן סברי: מוכר בעין רעה מוכר, ודקאמר נמי בעלמא: ר' עקיבא לטעמיה, דאמר מוכר בעין יפה מוכר, מהכא.

ממאי? דלמא רבי עקיבא סבר: אין אדם רוצה שיתן מעותיו וידרסוהו אחרים, ורבנן סברי: אין אדם רוצה שיטול מעות ויפרח באויר! ואלא מסיפא: מכרן לאחר - ר' עקיבא אומר: אינו צריך ליקח לו דרך, וחכמים אומרים: צריך.

דלמא בהאי פליגי, דרבי עקיבא סבר: בתר דעתא דלוקח אזלינן, ורבנן סברי: בתר דעתא דמוכר אזלינן! אלא מהא: לא את הבור ולא את הגת ולא את השובך, בין חרבין בין ישובין; וצריך ליקח לו דרך, דברי ר' עקיבא, וחכמים אומרים: אינו צריך; הא תו למה לי? אלא לאו הא קמ"ל, דרבי עקיבא סבר: מוכר בעין יפה מוכר, ורבנן סברי: מוכר בעין רעה מוכר.

התלמוד אומר שנראה שהוויכוח בין רבי עקיבא לחכמים הוא בשאלה האם מוכר מוכר בנדיבות או בקמצנות- בעין טובה או בעין רעה. בסיפא מדובר על כך שאדם מוכר לאחר בור ודות, השאלה אם מכר גם את דרכי הגישה- רבי עקיבא שחושב שהמכירה נדיבה ולכן מכרתי לו גם את דרכי הגישה אליו. חכמים טוענים הפוך- אדם מוכר בקמצנות (איש עסקים קר)- ברישא כשאני מוכר את הבית אז אני מכרתי רק את הבית- אני קמצן כלפי הקונה- לא מכרתי לו את הבור ואת הדות ולכן לא את דרכי הגישה ולכן אני לא צריך לשריין כי זה שלי. בסיפא- כשמוכרים רק את הבור ואת הדות- בגלל שמוכרים בקמצנות זה רק אותם ולכן דרכי הגישה הם אצלי. לכן הקונה צריך לרכוש לעצמו את דרך הגישה. התלמוד טוען שזה הוויכוח. אח''כ מנסה לבדוק את ההגיון, זו לא רק תובנה פסיכולוגית אלא יש הנחת עבודה עסקית. איך מפרשים חוזה? אם נפרש כך שמעודדים לארג'יות במכירה או שמעודדים מכירות קמצניות?

התלמוד שואל מי אמר שהוויכוח על שאלה כזו של לארגיות? אין פה בכלל שאלה ערכית או של מדיניות שמעוניינים לתמרץ אלא זו שאלה של דעת הצדדים ואז מי מבין הדעות אני לוקח יותר בחשבון. ר' עקיבא מסתכל על הפסיכולוגיה של הקונה- הקונה קנה בית והוא לא מוכן ולא רוצה ש"ידרסהו", כלומר לתת לבן אדם זכות מעבר בחצר שלו- מוכר בנדיבות הכל חוץ מהבור והדות, מכר לו את דרכי הגישה ולכן המוכר יצטרך לשריין לעצמו את דרכי הגישה. החכמים ממשיכים לדבר על המוכר- אני קיבלתי כסף תמורת המכירה ועכשיו אתה אומר לי שכדי להגיע לבור שהוא שלי אני צריך לעוף באוויר? משאיר לעצמי את הבור ואת הדות ברור שיש לשער ששיירתי לעצמי גם את דרכי הגישה, זה לא סביר אם לא. התלמוד מנסה לעשות סוויץ- אין הכוונה לפרשנות תכליתית אלא על דרך כוונת הצדדים- אם מתייחסים יותר לכוונה של הקונה- רבי עקיבא- ידרסוהו או מתייחס יותר לכוונת המוכר כמו חכמים- דרכי גישה. התלמוד אומר שלא בטוח מהמקרה של הרישא שהוויכוח הוא על פרשנות תכליתית אלא על כוונת הצדדים. אבל את הטענות האלה אי אפשר לטעון לגבי הסיפא- מוכר רק את הבור ואת הדות. האם מכרתי גם דרכי גישה אליהם? השיקול של הדריסה לא רלוונטי כי פה אני נשארתי בעל הבית ואני מכרתי בור ודות למישהו, אלה לא אותם שיקולים של הרישא. העין יפה ועין רעה נשאר רלוונטי גם לסיפא. אז התלמוד אומר שאולי אפשר את הרישא להסביר אחרת אבל את הסיפא חייבת לפי עין רעה וטובה. התלמוד מתעקש- אולי אפשר בכל זאת להסביר הסבר על דרך הכוונה בואריציה קצת שונה- כוונת המוכר והקונה. רבי עקיבא אומר שמסתכלים תמיד על כוונת הקונה- רישא: כשהוא קנה בית הוא לא רוצה שייכנסו לו, סיפא: כשאדם קונה בור ודות הוא רוצה שתהיה לו גישה אליהם. חכמים- דעת המוכר. רישא: אם אני משאיר לעצמי את הבור ואת הדות אז ברור שגם דרכי גישה ובסיפא: מכרתי לו רק את הדות והבור ללא דרכי גישה. התלמוד מתלבט אם יש פה פרשנות תכליתית במובן של עין רעה ועין יפה-מדיניות שביה''מ מעוניין לעודד או שיש פרשנות על דרך כוונה (בעסקאות את מי אני מעדיף). השורה התחתונה של התלמוד- מביאים עוד מקור שגם לגביו רבי עקיבא וחכמים מתווכחים- דברים שנספחים לבניין- גת או שובח. שוב חוזר רבי עקיבא שצריך ליקח לו דרך וחכמים אומרים שלא צריך. הוויכוח חוזר בהרבה מקרים, התלמוד טוען שבסה''כ של המקרים עין רעה וטובה זה המקרה. ככל שמצרפים עוד מקרים קשה לתת הסבר נקודתי וצריך הסבר רחב יותר. זה אומר שיש סימנים לסוג של פרשנות תכליתית. בכל אופן יש מקום להתלבט איך רואים את הדברים- ביה''מ מעודד מכירות לארגיות או בצורה דווקנית. אפשר לטעון באופן אחר- אין כאן פרשנות תכליתית ואולי אפילו לא פרשנות על דרך כוונת הצדדים אלא מדובר כאן בשאלות של תום לב ושימוש הוגן. כשאני מוכר למישהו משהו, האם יעלה על הדעת שאני מוכר לו את זה ככה שאי אפשר להשתמש בזה באופן סביר. זה מחוייב מצד המכירה עצמה, ברור שתו''ל מחייב אותי להגיד שמכרתי לו את הבור אז גם את דרך הגישה- לא בגלל הכוונה או התכלית אלא מפני שזה חלק מההגדרה של בור- אי אפשר להשתמש בבור באופן סביר אם אין דרך גישה אליו. כשדנים בשאלה על דרכי גישה השיקול המכריע הוא האם יש אפשרות של שימוש סביר בדרכי הגישה אליהם ואם אין אז כנראה צריך לפרש שמכרתי גם את דרכי הגישה- צריך לחתור לשימוש סביר ויעילות. שימוש סביר קשור למה רכשתי ולא למדיניות שאני רוצה לעודד**. ביה''מ באנגליה לוקח את זה למקום של שימוש סביר.**

וויכוח דומה יש במשנה- שימוש סביר או לא סביר: מי שמכר בית, מכר את הדלת ולא את המפתח. אביזרים נוספים שיש בחצר של בית- מכתשת, תנור, כיריים וכו'. רק אם אמר הכל כולל בתוכו אז כן אבל אם בית אז רק בית. זה דבר אבסורדי לא להביא את המפתח. מכירת כרם- האם כשמכר אותו האם מכר רק אותו או גם אביזרים בסיסיים כדי להשתמש בכרם. שימוש סביר בכרם זה לא רק הכרם אלא גם אביזרים לשימוש. אותו דבר לגבי מפתח. פרשנות מילונית דווקנית- המפתח הוא מטלטל ולא קשור אינהנרטית לבית.

**פסק דין של ביה''ד לדיני ממונות בי-ם:** אחד מוכר קומת קרקע בבניין דירות לשני וחוץ מזה גם חצי מטר מחצר הבניין ונותן לו רשות להחנות את הרכב בחניון ששייך למוכר. וכך היה, הקונה השתמש 6 שנים בחניה ובחצר ועם הזמן פרץ פירצה בגדר ובנה שער חשמלי. לאחר מכן, כשהמוכר ראה שהקונה מפגין בעלות יתרה הוא אמר שהוא לא רוצה שיחנה לו יותר בחצר. הזכות לחניה לא הייתה במסגרת ההסכם, זה היה לארג'יות. המוכר סתם את הפירצה בגדר כדי שלא יוכל להחנות את הרכב. הקונה הגיש תביעה לביה''ד לביני ממונות ובית המשפט- הורה לצו עשה זמני לפרוץ את הסתימה בגדר, לאפשר לקונה בנתיים לחנות עד שידונו בדבר. הקונה לא הסתפק בכך והגיש תביעה בבית דין אחר. בסוף הסכימו לבוא לביה''ד לענייני ממונות. ביה''ד דן בשאלה כשהמוכר נתן לקונה את הזכות לחנייה מה עמד מאחורי זה- האם זה עומד תחת מוכר בעין יפה- שימוש סביר או פרשנות תכליתית (עידוד לארגיות), איך אנחנו רואים את הזכות לחניה (האם זו רק רשות או שזה של הקונה) ? הקונה שקנה את הקומה הראשונה קנה לצורך מפעל- עסקים. יש כאן שאלה גם לגבי השימוש הסביר (יכל לחנות בחניה רגילה וללכת להולכי רגל) וגם שאלה לגבי מה כלול במכירה. ביה''ד דן בשאלה מה זה נקרא מוכר בעין יפה מוכר (בהנחה שאנחנו מכריעים כמו רבי עקיבא). אם מדברים על לארגיות זה ברור, הזכות לחניה הייתה חלק מהמכירה אי אפשר לחזור בו. אם מדברים על שימוש סביר- שימוש סביר בבית עסק ברור שהוא לא צריך לסחוב את הסחורה ברגל פנימה ולחנות רחוק. שימוש סביר זה שאם מכרתי בור אז גם דרכי גישה זה חלק מהמכירה. במקרה שלנו, אם מכרתי לו קומת קרקע לעסק ברור שבאופן סביר צריך שתהיה חניה ליד. השאלה היא האם זה שימוש סביר או תוספת? ביה''ד אומר שאם זה נכלל במכירה (שימוש סביר) אז שימוש סביר זה שאני יכול להשתמש בזה- שיש לי את האפשרות להשתמש בעסק גם אם אין חניה, גם אם זה מקשה מאד אי אפשר להגיד שאין אפשרות לעבוד בעסק. אם אני הולך על השימוש הסביר במקרה כזה מספיק שביל הגישה הרגיל. אבל אם אני אומרת שמדובר בלארגיות אז במקרה כזה זה לא עצם האפשרות להשתמש אלא זה משהו מעבר לכך ולכן מניחים שלא מספיק שביל גישה אלא כולל גם חניה. לארגיות: הרשות לא הייתה צל למכירה אלא חלק אינהרנטי של המכירה, גישה נאותה לשם זה כולל את החניה. ביה''ד הכריע בסוף שלקונה יש זכות גם לחניה- תומך בלארגיות. אבל בסוף דבריהם ''דלא גרם משיב אבידה''- מצד אחד ביה''ד כן קובע שיש לתת לו את הזכות בחניה- זה אומר שמוכר בעין יפה זה לאריו, סוג של פרשנות תכליתית אבל מצד שני הנימוק של ביה''ד זה לא כך- אם אדם רואה שרכוש של חברו הולך לאיבוד (או נזק לרכוש של חברו) עליו לעשות הכל בכדי שהנזק לא ייזוק או יילך לאיבוד, ביה''ד שאם אני לא אאפשר לו חניה זה יפגע לו בעסק (הספקים יתפטרו). אם להשיב אבידה אתה חייב, ברור שאסור לך לפגוע לו בעסק באופן פעיל. הוא לא רוצה להכריע בשאלה הזו ולכן מצרף את הנתון של משיב אבידה (למרות שהוא חושב שזה כמו סוג של פרשנות תכליתית).

**זה סוג אחד של פרשנות תכליתית- כמה אפשר להפנים לתוך החוזה שיקולי מדיניות ושיקולים ערכיים של ביה''מ. זה נראה שהוויכוח על עין יפה ורעה הוא כזה. גם לפי פסק הדין של ביה''ד רואים שהוא משתמש בהלכה הזו כדי להגשים באמצעותה מדיניות.**

**עוד סוג של פרשנות תכליתית-** להגשים את עצם שמירת החוק ולא כדי להכניס ערכים. יש חוזה- אנחנו רוצים לפרש ככה שהוא סותר את החוק או שהוא מגשים את החוק. האם יש לי אפשרות לפרש אותו כך שישלים את החוק? אם יש חוזה שנראה שהוא סותר את החוק אני אפרש אחרת, הצדדים לא העלו בדעתם בכלל לעשות משהו לא חוקי אז הפירוש חייב להתאים לחוק, בא ממקום מוגדר של שמירת החוק ולא ערכים.

שו"ת הרא"ש כלל סח סימן יג

והא דכתבי' בשטרות: בין בדיני אומות העולם, יש לפרשו שלא לעקור דברי תורה, כגון: אי גברא אלימא הוא, ואין רשות וכח דייני ישראל שולטת עליו, אז יש לו רשות להביאו בערכאות של עובדי כוכבים, קודם שיפסיד ממונו; כההיא: קרית לחברך ולא ענייך, דחי גודא ושדי אבתריה. וכן בנדון זה, אף על פי שכותבין בשטרות שיש רשות למלוה לירד לנכסי לוה, אין לעבור על דברי תורה; דתנן: המלוה את חברו, לא ימשכננו בבית דין, ולא יכנס בביתו ליטול משכונו, שנאמר: בחוץ תעמוד. אמר שמואל: שליח ב"ד =בית דין= מנתח נתוחי, אין, משכוני, לא. ויש לפרש מה שנהגו לכתוב בשטרות שיוכל המלוה לירד לנכסי הלוה, כגון שלא מצא המלוה דיין שרוצה למשכנו, אז יש לו רשות לעשות דין לעצמו. וכן חקרתי שנוהגין בשני דברים הללו פה בטוליטולה... אלמא, לא נהיגי לדון כלשון הכתוב בשטרות; כל שכן בדברים הללו, שיש עבירה בדבר, ויש לפרש הלשון בענין שלא יהיה עבירה.

הצדדים מקבלים על עצמם גם להתדיין לא לפי דין תורה- ערכאות של גויים. זה סותר את הדין- אסור לשני יהודים להתדיין בערכאות של גויים. הרא''ש אומר שחייב לפרש את הנוסחה בהסכם ככה שתהלום את דין התורה ולא תפגע בחוק. איך? בעקרון אסור לפנות לערכאות של גויים אבל יש חריגים. למשל, כשיש לך עסק עם צד שני שהוא אלים ומסרב לדון בדין תורה. במקרה כזה הגאונים התירו לפנות לערכאות של גויים- צריך להציל את ממונו וזכויותיו ולכן מותר לפנות לגויים. כדי לפרש בצורה שלא סותרת ההלכה הם התכוונו למקרים שמותר בהם לדון אצל גויים. יש כלל שאומר שאם אתה מנסה ליצור קשר עם מישהו והוא לא מבין בדרכי נועם (דרכי ישראל) מותר לך לפנות לערכאות של גויים כדי להפעיל לחץ. אם כן, נוסח השטרות הראשון שהראש מתייחס הוא שמותר להתדיין אצל גויים- מפרש את זה במתחם החריגים שההלכה מאפשרת.

הראש מביא דוגמה של חוזה נוסף שגם בו יש תניה שנוגדת את הדין אבל נפרש שהיא לא נוגדת אותו.: כשמדובר באופן פרטי- הוצאה לפועל לזוכה אסור להפעיל שום כוח או לפגוע בפרטיות החייב- ''בחוץ תעמוד והאיש אשר אתה נושה בו יוציא לך את העבות החוצה''- הוא יוציא את המשכון החוצה אל תפגע בו ואל תדרוס אותו. תהיה זהיר מאד. הם עניים וחלשים וזוהי ההנחה ולכן שומרים על כבודו של החייב. אני מלווה לך כסף אבל בתנאי שיש ל זכות לרדת לנכסיך, לכאורה זה נוגד את הדין. צריך לפרש את זה כך שהוא לא עובר על הדין- גם כן ההלכה מאפשרת חריגים- מנסה לפעול בדרכים נאותות- אומר לו לשלם והוא לא עושה זאת ואז אני הולך לביה''מ ומבקש להפעיל כוח אבל לא נעתרים לו אז אין ברירה במצבים האלה, ניסית ולא הצלחת, הולכים להוצאה לפועל פרטית וזה מאפשר לרדת לנכסיו. לסיכום, בשני המקרים החוזה נראה נוגד את הדין אך הראש מפרש פרשנות תכליתי- ברור שהייתה הכוונה אבל אני מפרש שהם אכן התכוונו לכך בנסיבות מאד חריגות. אני לוקח מהם את מה שהם רצו לתת לעצמם. הכלל: זה עוד סוג של פרשנות תכליתית, למרות שזה לא בתלמוד. זה נראה די מוסכם הרעיון.

במשפט התלמודי אנחנו מבחינים בין שני גלי הפרשנות שאנחנו מכירים בהם גם במפשט המודרני: מילונאי- חזק מאד במשנה והתלמוד, יש גם ביטוי לגל פרשנות שני של כוונת הצדדים, הוא כפוף למקורות תלמודיים משתנים והעניין של הפרשנות התכליתית הוא קיים אבל הוא משני ושולי.

שיעור אחרון!!!!! 19/1/16

**חוזה פסול**

מדובר לכאורה בנושא צדדי אבל זן אבן בוחן טובה בדיון בכמה שאלות עקרוניות בדיני החוזים. למשל המתח של בין החוזה כחוק פרטי לבין החוק הכללי- בעצם רואים את החוזה כחוק פרטי בין הצדדים, המחוקק נותן להסכם בין הצדדים מעמד של חוק שמחייב אותם. ולכן סוגייה זו באה לבחון איפה עומד החוק הפרטי בין הצדדים לחוק הכללי- מה קורה כשהחוק הפרטי מתנגש עם החוק? בסוגיה הזו זה בא לידי ביטוי. נבדוק את המעמד של החוזה הפסול, כשרות, תקפותו. מקורות בסיסיים של התנאים והאמוראים קודם כל- במקומות אלה יש פנים שונות בין שני סוגים של מקורות ונציג את הסתירה הלכאורית הזו ונציג כל מיני פתרונות לסתירה זו שנוגעת לתקפות החוזה הפסול. לבסוף, נדון באפשרות האכיפה של החוזה הפסול, אלו לא שאלות שנגזרות אוטומ' אחת מהשנייה.

תקפות של חוזה פסול: יש דיון כללי וספציפי. כללי- מה בכלל מעמדה של פעולה משפטית הנוגדת את הדין לפי ההלכה- יש או אין לה תוקף? מדובר בכל פעולה משפטית שהיא. והשאלה השנייה היא מעמדו של חוזה שנוגד את הדין? באופן מפתיע יש אי התאמה בין התוצאה שנקבל בדיון הכללי לבין התוצאה בדיון הספציפי.

חשוב לציין לפני שנעיין בקטע שתמורה הוא מוסד משפטי בתוך עולם הקורבנות. אדם מתחייב לקורבן שהוא מעבר ליכולותיו הכלכליות- הוא מבקש להמיר אותה בבהמה אחרת, "ממיר טוב ברע". תתכן אפשרות אחרת לפיה אדם רוצה להקדיש משהו גבוה יותר ממה שהביא לקורבן, "ממיר רע בטוב". התופעה המשפטית הזו מכונה "תמורה". חכמים הקדישו לכך מסכת שלמה. התורה קובעת בספר ויקרא שאסור להמיר לא רע בטוב ולא טוב ברע, תמורה היא אסורה בכל מקרה. במקרה שאדם עבר על העבירה והמיר, הניסיון שלו להמיר ייכשל ובסופו של דבר גם הבהמה הראשונה וגם השנייה יוקדשו. התורה אומרת בויקרא פרק כ"ו שאסור לאדם להמיר בהמה שהוא הקדיש אותה, לא משנה אם ההמרה מקדמת את ההמרה או מביאה אותו אחורה (לא משנה אם הבהמה החלופית טובה או פחות טובה מהנוכחית) מי שביצע את ההמרה בניגוד לדין, ההמרה שלו לא צולחת- גם הבהמה הקודמת וגם החלופית יהיו קודש. הדיון בתמורה מציף את השאלה- מה מעמדה של פעולה משפטית שנוגדת את הדין- בתמורה התשובה היא שהיא כושלת.

מדובר בפעולה משפטית נוגדת דין, והתורה קובעת שאם ביצעת את הפעולה המשפטית הנוגדת, אז אין לה תוקף. אבל באופן כללי, לא בקשר של תמורה יש וויכוח בין שני אמוראים בדור הרביעי- אביי ורבא.

במסכת תמורה מופיעה מחלוקת יסודית בנוגע למעשה הבא בעבירה:

1. תמורה דף ד עמוד ב

אמר אביי: כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד, אם עביד - מהני; דאי סלקא דעתך לא מהני, אמאי לקי? רבא אמר: לא מהני מידי, והאי דלקי - משום דעבר אמימרא דרחמנא הוא.

יש 2 שאלות: מה מעמד של פעולה שנוגדת את הדין ושאלה של דיני העונשין- על מה הבנאדם נענש, השאלות שלובות זו בזו. **אביי** טוען שעצם העובדה שאני נענש היא ההוכחה לכך שהפעולה המשפטית היא ברת תוקף. אדם נענש על כך שהוא פעל בעולם פעולה שהיא פעולה פסולה, הפעולה מוכרת. אם נענשתי על משהו שעשיתי אותו אז ברור שעשיתי משהו- אם בנאדם נענש על כך שעשה פעולה מניחים שהיא תקפה. זוהי תפיסה של משפט טבע- פעלת פעולה עם רוע, פעולה שלילית ולכן העונש, השליליות זה החותם שהטבעת. על הרקע הזה טוען אביי שפעולות משפטיות שנגועות באי חוקיות הן פעולות תקפות. **רבא חולק עליו-** אם פעלת פעולה שנגועה באי חוקיות היא בטלה. אתה נענש משום שעברת על דברי התורה- אתה נענש על זה שעברת את העבירה. זוהי תפיסה רציונליסטית יותר. המחלוקת היא כללית, היא בשאלה מה התוצאות של פעולה משפטית שנגוע באי חוקיות. הפרמטרים של השאלה היא מה הפרמטרים של התפיסה שלי. גם חוזה פסול נוגד את הדין ולכן זה נגזרת של המחלוקת הזו.

דיון זה הוא דיון מקדמי ביחס לתוצאות של פעולה שנגועה באי חוקיות ולא רק ביחס לחוזה פסול. במידה מסוימת יש פה וויכוח גדול על תאוריות ענישה- האם עונש זה להרתיע את האדם, או שהתכלית של הענישה היא תיקון, לא הרתעה מראש אלא תיקון רטרואקטיבית, אחרי שעשית צריך לתקן.

תאוריית הרתעה מול תיקון. רבא טוען שהמטרה היא התרעה בענישה, ולכן לא נכנסים לשאלה האם הפעולות משפטיות יש תוקף או אין, זה לא רלוונטי, החוק לא רוצה שאנשים יפרו אותו ולכן אתה נענש על הפרת הדין ללא קשר לתוצאות. אביי טוען שהמטרה היא תיקון, התוצאה היא חשובה, ואז הפעולה המשפטית צריכה להיות בר תוקף. עונש מול ביטול- האם מענישים כי הוא עשה משהו שלילי אבל החוזה תקף או שזה חוזר לקדמותו.

השאלה קשורה או לתאוריות ענישה או למה תפקיד המשפט- אם הולכים למשפט טבע, כמו אביי, כשאדם פועל פעולות נוגדות דין הוא פעל פעולות פסולות נגד הטבע, הנכיח בעולם ישויות או מעשים שהם שליליים, עשה משהו פסול, וזה עיקר העבירה של האדם ועל זה הוא צריך לשלם את המחיר, לעומת רבא שהמשפט זה מערכת של נורמות ללא קשר למשפט טבע, ולכן הבעיה העיקרית שאתה עובר עבירה זה לא שיצרת משהו שלילי אלא שהפרת את החוק.

גישת התלמוד לפסוק כרבא נגד אביי (חוץ מכמה מקרים יוצאי דופן), למה? כי גישת אביי היא שמרנית, והתלמוד מעדיף את הפוסקים החדשניים. בדיון העקרוני בין אביי לרבא, האם הפעולה תקפה- יש מחלוקת, שיכולה להיות מושפעת מתאוריות ענישה או מהמשפט בכלל, והפסיקה כרבא- הפעולה נוגדת דין לא תקפה.

התוצאה של המקור היא שפעולה משפטית שנוגדת את הדין לא תקפה.

אם כך, היה צריך להיות, שחוזה פסול לא יהיה תקף. אך אנחנו נראה שכמעט תמיד התוצאה הפוכה- במקורות הספציפיים ההלכה חושבת שחוזה פסול הוא תקף. המסקנה הכללית שונה מהספציפית.

הסכם הלוואה שנגוע בריבית: הגאונים מסיקים ממנו מה מעמדו של חוזה הפסול.

2. בבא מציעא דף סה עמוד א

אמר אביי: האי מאן דמסיק זוזי דריביתא בחבריה, וקא אזלי חטי ארבעה גריוי בזוזא בשוקא, ויהיב ליה איהו חמשה, כי מפקינן מיניה - ארבעה מפקינן מיניה, אידך אוזולי הוא דקא מוזיל גביה. רבא אמר: חמשה מפקינן מיניה. דמעיקרא בתורת ריביתא אתאי לידיה.

זהו חוזה הלוואה פסול שנגוע בריבית. מדובר הסכם הלוואה שבו החייב לא מחזיר את הריבית בכסף אלא בטובין, 20% ניתן בריבית (5 קילו במקום 4 באותו מחיר). הוא מחזיר את הסכום- ריבית, שבמסגרת ההסכם של החוזה הוא מחזיר בחיטין אבל מחזיר יותר ממה שאמור. ביה''מ אמור לפעול ע''פ ההלכה הרגילה שמוציאים את הכל מידי הנושה או שאולי לא. החייב התחייב בסעיף הריבית לטובין מסוימים אך בפועל הוא נתן יותר ממה שהוא התחייב (התחייב ל-4 חיטה ונתן 5). לא ברור מדוע הוא נתן יותר ממה שהוא התחייב לו. יש כאן 2 בעיות- האם יש תוקף לחוזה בכלל והאם כאשר בית הדין יתערב ויוציא מידי הנושה את הריבית שהוא קיבל, הוא יוצא ממנו את כל הריבית שהוא קיבל (5) או את מה שכתוב בחוזה (4)? ***אביי*** אמר שכשבית הדין מוציא מן הנושה את מה שהוא קיבל על פי החוזה (4), ה-1 שנותר שהוא קיבל אקסטרה יישאר בידו. יוציאו רק את מה שרשום בחוזה. לא מתערבים במתנות שניתנו לנושה- את מה שנשאר רואים כמתנה ולא כריבית, מפרידים בין מה שמה שהחייב שילם לפרעון חובו לבין מה שאולי בעצם לא חלק מפרעון החוב- אולי זה מתן צדדי. ***רבא*** אמר שמוציאים מן הנושה את כל מה שהוא קיבל (5) שהרי הכל ניתן תחת הריבית. החייב לא סתם הביא לו מתנות אלא היה ביניהם הסכם עם סעיף ריבית ובמסגרת קיום הסעיף הזה הוא קיבל את ה-5 ולכן צריך להוציא ממנו את הכל. השאלה היא איך לראות פרעון ריבית- כניתן להפרדה, שיש בו חלק שהוא בוודאי מענה להלוואה בריבית וחלק של מתנה או שאי אפשר להפריד בין החלקים.

מחלוקת קרובה אליה היא המחלוקת הבאה.

מדובר שהריבית משולמת באמצעות גלימה, בגד.

ואמר אביי: האי מאן דמסיק ארבעה זוזי דריביתא בחבריה, ויהיב ליה גלימא בגוייהו, כי מפקינן מיניה - ארבעה מפקינן מיניה, גלימא לא מפקינן מיניה. רבא אמר: גלימא מפקינן מיניה. מאי טעמא - כי היכי דלא לימרו גלימא דמכסי וקאי גלימא דריביתא הוא.

הריבית משולמת גם באמצעות כסף וגם באמצעות גלימה. אביי סבור כי החייב התחייב שישלם ארבעה זוזי ריבית והוסיף עליהם את הבגד. הוא מפרק את הריבית לרכיביה- מה שעל פי ההסכם, 4 זוזים, מוציאים. מה שלא מופיע בהסכם, הגלימה, לא מוציאים- משאירים אותה בידי הנושה כי זה מתנה. **רבא חולק ואומר** **שוב** כי יש להוציא את הכל מידי החייב. וזאת משום שיש חשש שיצא שם בעיר שהגלימה היא תוצאה מהריבית מה שיגרום לזילות הריבית ותוציא שם רע לזוכה- איך ביה''מ לא הוציא לו את הגלימה. משיקולים אלה יש להוציא את הגלימה ממנו. יש וויכוח די דומה- האם הפרעון ניתן להפרדה או לא. יותר קל להפריד במקרה השני- גלימה וכסף. במקרה הראשון זה יותר מסובך ולמרות זאת אביי טוען שצריך להפריד כי חלק מהפרעון רואים אותו כמתנה ולא כריבית.

הגאונים דנו במקרים אלה וטענו כי ניתן להסיק מכך מסקנה לגבי תוקפו של הסכם פסול. הגאונים טענו כי להסכם פסול יש תוקף:

3. חידושי הרמב"ן, בבא מציעא שם

ארבעה מפקינן מיניה. פי' או זוזא, אם ירצה אחד מהם, שהמקח קיים, ורבא אמר חמשה, או זוזא וחומש זוזא, תדע דגבי גלימא טעמא מאי אמר רבא גלימא מפקינן מיניה משום דאמרי אינשי מיכסי וקאי בגלימא דרביתא, והאי טעמא ליתיה אלא בדבר המסוים אבל בדבר שאינו מסוים נתקיים המקח וכדאמרינן סברת וקבלת... וכן כתב רבינו האי גאון ז"ל בתשובה דהיכא דאית ביה איסורא דאוסיף בדמיה משום אגר נטר לי לא בטלן זביני אלא קיימין בין על לוקח בין על מוכר.

הרמב''ן שואל איך הוא מחזיר את הריבית? הנושה יכול להשאיר בידו את החיטין ולשלם תמורם. מה שהנושה קיבל לידו הוא בעל תוקף, המקח (רואים כסוג של מכר) קיים. הוא יכול לפדות את החיטין באמצעות כסף. גם לפי רביי וגם לפי רבא הנושה יכול להחזיר את שווים ולא את החיטין רבא טוען שהסיבה שבגללה מוציאים את הגלימה מידי הנושה היא בגלל התדמית הרעה. הרמב"ן אומר ששיקול מדיניות זה הוא נכון כשהגלימה היא תוצאה של הריבית- אי אפשר לעבור על סדר היום. אם יהיה מדובר בדבר שאינו מסוים כמו קילו נוסף של התבואה או כסף, משהו שלא ניתן לסמן כריבית, במקרה כזה בית המשפט באמת לא יוציא את הדבר מידי הנושה- מתקיים המקח, היה הסכם, אין סיבה לומר שההסכם בטל. גם אם למשל היה מדובר בריבית של זוזים והחלק הנוסף היה חיטים לא ניתן להגיד שחיטים זה דבר מסוים כי את החיטים אדם אוכל בביתו. הניכרות לעין זה מה שחשוב. הרמב''ן מביא את דבריו של רבינו האי גאון שחי יותר מ-200 שנה לפני הרמב"ן- במקרה שבו יש עסקת מכר והיא נגועה באיסור, האדם במקום לשלם סכום מסויים משלם גבוה יותר- בגלל שאני משלם לך עוד חודש אני אשלם יותר- סוג של הלוואה למרות שזה הסכם מכר, בנתיים המוכר מלווה לו. במקרה כזה רבינו האי אומר שזה תקף. הרמב''ן אומר בעצם שמרבא ואביי הסכם מכר כזה הוא תקף כי הוא יכול להשאיר את נכסיו בידו ולשלם בפרעון- המכר תקף. מאיפה יודעים? מהסיפור של הגלימה- מה שמפריע זה דווקא הדימוי הציבורי של הדבר המסויים, הגלימה. זו הפעם הראשונה שהתבטאו בנושא הזה- רב האי הגאון אומר במפורש שחוזה פסול הוא תקף. גם רבא טוען שאם לא מדובר בגלימה, אפשר הנושה יחזיר את זה איך שהוא רוצה- חוזה פסול הוא תקף. זה נוגד את המקור הכללי שהולך לפי רבא שאומר שם שאין תוקף לחוזה פסול. מה ההבדל בין המקור הכללי לספציפי?

הרמב"ן אומר כי יש 2 סוגי טובין:

* + - 1. טובין מסויימים- משיקולי מדיניות יש להוציאם מידי הנושה כי אם לא נוציא אותם תיווצר זילות באשר לריבית.
      2. טובין שאינם מסוימים- כמו פירות. בית המשפט יוציא מידי הנושה את הריבית אך ישאיר בידיו את הטובין הנוסף.

רב האי גאון טען כי כאשר נעשתה עסקה שנגועה בריבית, לעסקה יש תוקף. הרמב"ן לומד מכאן שהסכם הלוואה בריבית הוא הסכם שיש לו תוקף. אם מדובר בדבר שאינו מסוים לא נוציא אותו מידי הנושה.

למעשה, הסקנו מדברי רבא שבדברים מסוימים אנחנו משאירים את זה בידי הנושה (כסף וטובין שאינם מסוימים).

מכאן הסיק רמב"ן שהסכם בלתי חוקי הוא הסכם תקף כי אחרת מה פתאום בית הדין מאפשר לנושה להחזיק בידיו את הטובין הלא מסוימים. אם משאירים בידיו את הטובין זה מלמד שהחוזה הלא חוקי תקף.

**מקח שנעשה באיסור**:

הדוגמא הקלאסית בנושא זה היא מכירה שנעשתה בשבת. בשבת אסור לבצע פעולות עסקיות:

4. תוספתא מסכת ביצה (יום טוב) (ליברמן) פרק ד הלכה ד

ואילו הן משום מצוה לא מקדישין ולא מעריכין ולא מחרימין ולא מגביהין תרומה ומעשרות כל אילו ביום טוב וקל וחומר בשבת ואין בין יום טוב לשבת אלא אוכל נפש בלבד כולם שעשאום ישראל בין אנוסין בין שוגגין בין מזידין בין מוטעין מה שעשה עשוי בשבת ואין צריך לומר ביום טוב.

התוספתא מביאה מספר מעשים שאסור לעשות ביום טוב וקל וחומר בשבת- סוגים שונים של הקדש,ביום טוב התירו פעולות מחרף נפש (למשל מותר לבשל בחג). אסור לך לעשות, אם כבר עשית, בדיעבד לו הפעולות הללו נעשו, יינתן להן תוקף- מדובר על פעולות חד צדדיות בתחום הדתי. לא דנים פה בחוזים, מה קורה אם עושים חוזה בשבת? על הדברים האלה מעיר הרי"ף שמביא את הדברים בשם התלמוד הירושלמי:

5. רי"ף מסכת ביצה דף כ עמוד ב

ירושלמי וכולן שעשו בין אנוסין בין שוגגין בין מזידין בין מוטעין מה שעשו עשוי בשבת ואצ"ל ביום טוב ושמע מינה דמאן דעבר ואקני בשבת מקרקעי או מטלטלי הקנאתו הקנאה.

הרי"ף מסיק מכאן שאם יינתן לפעולות הללו תוקף בדיעבד אז מי שעבר עבירה בשבת והקנה מיטלטלין או מקרקעין (פעולת חולין) ינתן לפעולה שלו תוקף בדיעבד- זה לא משנה אם זו פעולה דתית או משפטית שקשורה לממון(כל הקדש קשור לממון אז טוען שכל ממון תקף). **הסכם מכר פסול בשל העובדה שנעשה בשבת הוא תקף!** המסקנה שלו לגבי עסקאות חולין היא מסקנה פרטית משום שלא ניתן להבין את מה שהוא קבע מהכתוב בתלמוד הירושלמי- המרצה טוען שזה מהתוספתא ולא מהירושלמי.

מכאן לכאורה ניתן ללמוד כי למכר או ממכר שנעשה בשבת יקבל תוקף. מסקנה זו נמצאת גם בתלמוד הבבלי:

6. מסכת בבא קמא דף ע עמוד ב

[משנה, בבא קמא ז, ב: גנב ומכר בשבת, גנב ומכר לעבודה זרה, גנב וטבח ביום הכפורים... משלם תשלומי ארבעה וחמשה].

גנב ומכר בשבת... והתניא: פטור! אמר רמי בר חמא: כי תניא ההיא דפטור - באומר לו עקוץ (לך) תאינה מתאינתי ותיקני לי גניבותיך. אמרי: וכיון דכי תבע ליה קמן בדינא, לא אמרינן ליה זיל שלים, דמחייב בנפשו הוא, הא מכירה נמי לאו מכירה היא! אלא אמר רב פפא: באומר לו זרוק גניבותיך לחצרי ותיקני לי גניבותיך. כמאן? כר"ע, דאמר: קלוטה כמי שהונחה דמיא, דאי כרבנן, כיון דמטיא לחצר ביתו קנה, לענין שבת לא מחייב עד דמטיא לארעא! באומר לא תיקני לי גניבותיך עד שתנוח. רבא אמר: לעולם כרמי בר חמא, אתנן אסרה תורה ואפילו בא על אמו, ואי תבעה ליה קמן בדינא, מי אמרינן ליה קום הב לה אתנן? אלא אף על גב דכי קא תבעה ליה בדינא, לא אמרינן ליה זיל הב לה, כיון דכי יהיב לה הוי אתנן, הכא נמי אף על גב דלענין תשלומין אי תבע בדינא קמן, לא אמרינן ליה זיל שלים, אפילו הכי כיון דקא מקני ליה בהכי הויא מכירה.

הבסיס של הדיון הוא בשתי הלכות: הבסיסית: בדיני גניבה נקבע כי כאשר אדם גונה חפץ כלשהו הוא צריך לשלם גם את על החפץ (קרן) וגם קנס השווה לערך הנכס. אם הגניבה נעשתה בנסיבות מחמירות כגון- הוא גנב בעל חיים ושחט אותו/ מכר אותו (טביחה או מכירה) אז הוא יחוייב בקנס מוגבר של פי ארבעה (אם גנב שור) או של פי חמישה (אם גנב שה). עונש מוגבר.

הלכה נוספת היא הלכת "אין אדם מת ומשלם". כלל זה הוא כלל מדיני עונשין הקובע כי אם אדם עבר עבירה מורכבת שהעונש המחוייב עליה הוא עונש מורכב מכמה עונשים אז אם אחד העונשים הוא מוות והעונש האחר הוא תשלומים, אנחנו נעניש את העבריין רק בעונש החמור, המוות, ולא בתשלומים. זה תקף רק אם מדובר בשילוב בין עונש מוות לעונש תשלומים. עבירה מתגלגלת- יכול להיות שהתחייבת לעונש כספי ואח''כ עונש מוות אז לא יחול. רק כאשר העונשים חלים סימולטנית יחול הכלל- תוך כדי (נראה שהם מאד דייקנים וגם שנייה אחרי זה יכול להיות 2 עונשים).

המשנה מדברת על אדם שגנב ומכר בשבת, או שגנב ומכר לעבודה זרה. בעצם יש פה שתי עבירות בו זמנית- הוא מכר רכוש גנוב, צריך לשלם קנס של פי 4 או 5, חוץ מזה הוא גנב ומכר בשבת, אז מה דינו? תשלומי 4 או 5, כי למכור בשבת לא מחייב עונש מוות, ולכן מכיוון אין פה מוות ותשלומים, יש פה רק תשלומים, הכלל שתשלם כפול 4 או 5.

אסור למכור לעבודה זרה, זה לא כמו לעבוד עבודה זרה ששם העונש מוות, אבל אם המכירה היא לעבודה זרה- כשהעבירה אין בצידה עונש מוות אבל היא מחייבת בתשלומים, אתה חייב לשלם- אתה צריך לשלם כפול 4 או 5 (ולא כפול 8 או 10!) רק תשלום. לפי המשנה כשאדם מבצע גניבה ומכירה, והמכירה עצמה כרוכה בעבירה- או כי מכרת בשבת או כי מכרת לעבודה זרה- אתה צריך לשלם 4 או 5, ולכן ההלכה בעונשין לא חלה כי אין פה עניין של עונש מוות.

התלמוד- זה בעייתי, יש ברייתא שמי שגנב ומכר בשבת פטור מתשלומי 4 או 5. רבי בר חמא (חבר של רבא)-מדובר על שני מעשים בו זמנית. הגנב רוצה למכור למישהו את הגניבה ומשלם בתאנים שעל העץ. מכירת הגניבה מתבצעת בעסקת חליפין- ברגע שעקצתי את התאנים התחייבתי- זה יוצר חיוב אוטו' להשלים את העסקה. בשנייה שקטפתי את התאנים הוא מכר את הגניבה, כל מה שנותר זה למסור את הגניבה אבל מבחינה משפטית העסקה נעשתה ומחייבת. יש כאן 2 פעולות שחלו בו זמנית ולכן יש 2 עונשים בו זמנית. כשעקץ את התאנים הוא חילל שבת- עונש מוות. חוץ מזה, באותה שנייה קרה גם משהו בהקשר המשפטי- מכרתי את הגניבה- דינו פי 4 או 5. ולכן בו זמנית חל עונש מוות על חילול השבת וחלים תשלומי 4-5 על הגניבה. רבי בר חמא אמר שהברייתא אמרה שהוא פטור מתשלומים 4 או 5 כי יש לו עונש מוות. מה קורה אם הקונה של הגניבה יתבע את הגנב בביה''מ שלא קיבל את הגניבה עדיין? האם נאכוף על הגנב את הביצוע של הסכם המכר כי אין אדם מת ומשלם- התלמוד טוען שאי אפשר לאכוף עליו את הביצוע של הסכם מכר. הוא מתחייב בנפשו. אם לא ניתן לאכוף על הגנב את ההסכם אז זה לא תקף- הסכם שלא ניתן לאכיפה הוא לא תקף. התלמוד אומר שהתמונה הזו שאומרת שיש מצב שאדם גנב ומכר משבת ויהיה פטור במקרה של תאנים זה לא נכון כי אם רוצים להגיע למת לא משלם נכנסים לסתירה- בכל מקרה כזה היא לא ניתנת לאכיפה כי אדם לא מת ומשלם, לא ניתן לאכוף ואז אין לה תוקף, אם אין לה תוקף אז אין גניבה ומכירה.

התלמוד מנסה לתת תמונה אחרת, שלא תהיה בעיה עם אכיפה- יש סיפור אחר: קניין חצר- מה שמגיע לחצר של בנאדם הוא שלו- אפשר להקנות לבנאדם חפץ בהנחה בחצר שלו. האדם זורק את הגניבה לחצר של הקונה ואז שוב מתרחשים במקביל 2 דברים- הגנב נמצא ברשות הרבים והקונה נמצא בבית, הגנב זורק לו מעל הגדר- קורים שני דברים: יש פה חילול שבת-אסור להעביר חפצים ועונשו הוא עונש מוות. מצד שני, באמצעות קניין חצר מבחינה משפטית הייתה גניבה ומכירה- יש תשלומי 4 ו-5 חלים באופן סימולטני ולכן אין אדם מת ומשלם. נמנעו מהשאלה שדיברנו בה קודם- על אכיפה כי במקור הקודם היה צריך להעביר כסף ואי אפשר לאכוף. פה לא צריך לאכוף ביצוע כי הביצוע כבר קיים- הגניבה כבר בחצר ואין את הבעיה שהייתה לך קודם. לא צריך לאכוף כי העסקה כבר בוצעה.

הצעת אחת של התלמוד- גונב ומוכר בשבת פטור מתשלומים מפני שמדובר בנסיבות שהגניבה והמכירה מתבצעות תוך כדי פעולה שבגינה מקבלים עונש מוות ולכן אין מת ומשלם. כאשר עסקת מכר עדיין לא בוצעה וממילא נדרשת אכיפה יש לנו קושי כי העסקה לא ניתנת לאכיפה ולכן היא גם לא תקפה. הנחת היסוד הזו לא עמדה במבחן כי התלמוד הביא מקרה שיש כבר ביצוע.

הפתרון השני הוא ברמה העקרונית- לא צריך לחפש נסיבות מדוייקת שהעסקה כבר בוצעה ולכן לא צריך לאכוף, ההנחה שיש כבר ביצוע לא נכונה כי יש מקרה שאין צורך באכיפה כי יש ביצוע. רבא מביא מקרה של בן ששוכב עם האמא בתשלום לאמא- האם ניתן להביא את האתנן (הכסף שהוא מביא לאמו) אפשר להקריב? האתנן הזה שניתן במסגרת היחסים האלה הוא פסול לקורבן. הילד עבר על עבירה שעונשה הוא עונש מוות. הבן הזה מתחייב לתת אתנן והוא לא נתן את זה- אם אמא שלו תתבע אותו בביה''מ, מה יקרה? ביה''מ יחייב אותו לאתנן או לא? אותו סיפור כמו קודם- אין אדם מת ומשלם, ההסכם לא אכיף. אם הוא לא אכיף אמור להיות לא תקף וזה אומר שאם הוא יתן לה את האתנן זו מתנה- אין להסכם תוקף. ביה''מ לא יכול לכפות אל הילד להביא את האתנן אבל עדיין נראה את הפעולה כתקפה מבחינה משפטית- גם פעולה לא אכיפה יכולה להיות תקפה. רבא חוזר להנחת היסוד- **לא אכיף יכול להיות** תקף (ולא לא אכיף=לא תקף) ולכן הסיטואציה שאני יכולה לתאר אותה ב''מת ולא משלם'' גם על תאנים- אם האמא תתבע בדין לא נוכל להגיד לו לשלם אבל אם הוא כן ייתן לה זה יהיה אתנן- זה לא אכיף אבל תקף. במקרה של התאנים לעניין ביצוע המכר, אם הקונה של הגניבה יתבע את הגנב לא נגיד לגנב לשלם אבל אם הוא ייתן לו את הגניבה נראה את זה בחלק של מכירה ולא מתנה (יש לזה תוקף)! התלמוד מדבר על מכירה וגניבה שנעשו בשבת, שלמרות שנעשו תוך כדי עבירה עדיין נגיד שיש למכירה תוקף, למרות שיש קשיים באכיפה בגלל מת ומשלם (אי אפשר להגיד לו לשלם כי יש עונש מוות) זה לא משנה. זה שזה נעשה בשבת זה לא משפיע על התקפות של ההסכם. מה שמבינים מהמקור הוא שהסכם שנעשה בעבירה הוא הסכם תקף. שאלת תורת משפטית החשובה מאד היא בין אכיפה לתקפות.

יש לנו 3 מקורות ספציפיים שאומרים לנו שחוזה פסול הוא תקף- כולם במקרה מדברים על הסכם מכר- ריבית (רבי האי הגון), התוספתא והריף- מכירה בשבת והמקור השלישי הוא גניבה ומכירה בשבת. מכולם, האחרון הוא החזק ביותר כי הוא מופיע בתלמוד. לעומת זאת, המקור הכללי רבא אומר שפעולה שנוגדת את הדין בטלה- איך זה מסתדר ביחד? ניתן פתרונות שונים.

אנו נחשפים לסתירה בדברי רבא- מצד אחד הוא קובע ברמה הכללית כי פעולות לא חוקיות אינן בעלות תוקף בתמורה ואילו לדעתו לחוזה פסול יש תוקף. יש שני סוגים של פתרונות לסתירה זו (כולם במאה ה-16): 1. ברמה הדאונתולוגית- יש לפעולות ערך חיובי או שלילי בפני עצמן, התוצאה אינה משנה. גישה אידיאולוגית יותר, מי שמוביל את הגישה הזו הוא קאנט. לא מה יועיל אם אבטל את ההסכם או לא אלא שאלה דאונתולגית- עד כמה הפגיעה בדין היא פגיעה משמעותית שלא אוכל לסבול אותה או שמדובר בפגיעה שטחית.

מי שמייצג את הגישה הזו הוא חכם יהודה רוזריס:

7. משנה למלך, הלכות מלוה ולוה, פרק ח הלכה א

וא"ת היכי אמרינן הכא שמקח שנעשה באיסור המקח קיים והלא בפ"ק דתמורה איפליגו אביי ורבא בכל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד אי מהני ורבא ס"ל דלא מהני ופשיטא דהלכה כרבא לגבי אביי...

מצד אחד אנחנו פוסקים הלכה לרבא כי לפעולות לא חוקיות אין תוקף אך מצד שני למקח שנעשה באיסור יש תוקף. הוא טוען כי יש הבדל גדול בין האמירה הכללית של רבא לעניין התמורה-דיון כללי לבין המקרה של עסקה שנעשתה באיסור- ספציפי*.* המקרה של תמורה הוא מקרה שונה. יש פעולות שבעצם הוויתן הן נגועות בעבירה ויותר מכך, הן אינן יכולות להתקיים לולא התבצעה העבירה- המעשה בטבורו כרוך בעבירה. כך במקרה של תמורה כי התורה קבעה כי לא ניתן להמיר בהמה בבהמת הקדש. לא ניתן לבצע המרה בלי לבצע עבירה. במקרה כזה אומר רבא כי אם אתה לא תספור את החוק המקראי ותעבור עבירה, החוק המקראי לא ישתף איתך פעולה ולא יתן תוקף לפעולה- אסורה מעיקרא. במקרה של חוזה פסול כמו מקח שנעשה בתנאי איסור כמו הלוואה בריבית, פעולות ההלוואה עצמה היא לא פעולה אסורה, אלא הנסיבות הפכו אותה להיות אסורה. רק הריבית הינה אסורה. המעשה כשלעצמו אינו מעשה שנוגד את הדין ורק בשוליים שלו יש פסלות ואיסור ולכן המעשה תקף ואנחנו נאסור לא את המעשה עצמו אלא רק את השוליים הפסולים שלו. את חוזי ההלוואה ניתן לעשות באופן כללי באופן מותר ואם ניתן להפריד בין המעשה המותר למעשה האסור, נטפל במה שאסור, בריבית. ההתנגשות עם הדין היא לא שורשית ועמוקה כמו במקרה של תמורה ולכן החוזה הפסול הוא תקף. מתייחס לדברי רבי יוסף קארו- אדם נשבע שלא ימכור ועבר על השבועה ומכר האם במקרה כזה יהיה תקף או לא- הייתה דעה כי המכר יתבטל ורבי יוסף קארו טוען שזה לא משנה, גם אם המכר נעשה כנגד שבועה המכר הוא תקף. על זה שואל המשנה למלך לפי ההבחנה בין פעולה שנוגדת את הדין לפי פעולה שהיא אסור מעצם טבעה או שרק הנסיבות גורמות לה להיות כזו- לפי מה שכתבנו לא דומה כלל המקרה של אדם שנשבע שלא ימכור ובסוף מכר לחלוקה- איך צריכים להתייחס למקרה למכר שנעשה בניגוד לשבועה? איך מגדירים- המשנה למלך אומר שאם המבחן להבחנה התוצאה תהיה איסור תמיד או שרק בחלק מהמקרים, בכל מקרה שתמכור אתה עובר על שבועה זה מהותי ולכן הפעולה בטלה. רבי יוסף קארו חלק- טען שהמבחן הוא לא האם בכל מקרה התוצאה תהיה אסורה או שיש מצבים שזה יהיה מותר, אלא האם הפעולה המשפטית היא אסורה או מותרת ביסודה ורק בנסיבות מסויימות אסורה. בעניינו הפעולה היא מכר- מבחינה משפטית זו פעולה מותרת, עבורו המכר הפך להיות פעולה אסורה, לפי המבחן של קארו זה נקרא פגם נסיבתי, המבחן הוא לא האם האדם הזה בכל מקרה זה יהיה אסור או שזה אסור לכולם. **ההבחנה העקרונית בין סוגים שונים של פסלות היא אותה הבחנה, היא מקובלת על שניהם אך השאלה היא מהו המבחן למהותי ומהו לאינצדנטאלי.** לדעת המשנה למלך המבחן הוא האקראי לעומת הקבוע- כשהפסלות היא קבועה וכשהיא אקראית אז היא אינצדנטלית- תמורה וגם מוכר בניגוד לשבועתו בטלה- פסולות קבועה, תמיד כשיבצעו את זה זה יהיה פסול- בשבת הפעולה תקפה כי זה מקרי שזה יהיה בשבת. לפי קארו המבחן הוא המבחן של הפעולה המשפטית- האם הפעולה המשפטית מעצם הגדרה וטבעה היא פסולה או שהפעולה המשפטית כשלעצמה היא פעולה כשרה- מעצם טבעה פסולה זה פסלות מהותית, מכר בשבועה יהיה חוזה תקף כי הפעולה מעצם הגדרה אינה פסולה.

זה מיישב את הסתירה כי תמורה היא פסלות מהותית- בכל מקרה עברת עבירה- גם לפי המבחן של הקביעות וגם לפי המהות של הפעולה המשפטית.

6. שולחן ערוך חושן משפט סימן רח סעיף א

מקח שנעשה באיסור, כגון שהוסיף בשווי המקח בשביל המתנת המעות, או שפסק קודם שיצא השער ולא היה לו למוכר (וכן אם נשבע או נדר שלא למכור, ועבר ומכר) (עיין בבית יוסף), ונתקיים בקנין או באחד מדרכי ההקנאות, המקח קיים ויתן כשער של היתר, ואין אחד מהם יכול לבטל המקח. ומיהו הלוקח יכול לחזור בו שלא ליתן כשער היוקר...

מדבר על הסכם הלוואה שנגוע בריבית (לשלם אחרי חודש יותר)- תקף.

7. ט"ז שם – פתרון דומה לרבי יוסף קארו.

ע"כ נלע"ד לתרץ הדברים, דכל שיש איסור בענין מצד עצמו אומרים אי עביד לא מהני... משא"כ במוכר בשבת שהאיסור מצד שהיום גורם, וכן בפרק מרובה [ב"ק] דף ע' [ע"ב] זרוק לי גניבתך בשבת ותקנה לי חצרי וכו', דקני אף על גב שהוא חייב מיתה כדאיתא שם. ומשו"ה נמי בנשבע שלא למכור נכסיו, הוי האיסור מצד השבועה ולא מצד המכירה עצמה, הויא מכירה בדיעבד. ומשו"ה נמי במקח שנעשה באיסור, אין האיסור בעיקר מכירה רק בתוספת דמים, ע"כ אי עביד מהני. וסברא טובה היא לחלק כן, דדוקא ביש ריעותא בעיקר המעשה הוי כאילו לא נעשה. ופסק רמ"א כאן הוא עיקר, כנלע"ד שכן ראוי לפסוק, בפרט שהב"י ס"ל ג"כ כהרמ"א כאן.

בסוף דבריו הוא מבחין בין איסור בצד עצמו לבין איסור היום גורם. הבחנה בין פגם מהותי לפגם נסיבתי. התמורה עצמה נגועה בעבירה- גם אם תחליף את הנסיבות העבירה תשאר תמיד עבירה. לעומת זאת, מקח וממכר גם אם נעשה בשבת הוא כשר. הבעייתיות שבה היא בעייתיות נסיבתית- עצם העשייה בשבת. המבחן הוא בחינת הנסיבות- אם נחליף את הנסיבות והפעולה תיהיה חוקתית אז המעשה יהיה כשר. אך כאשר עצם העבירה היא לא כשרה מטבעה- לפעולה לא ינתן תוקף. אין סתירה בין דברי רבא- כשמהכר והממכר נעשו בשבת לו הם נעשו ביום אחר הם לא עבירה בכלל זה מוכיח שאי החוקיות נוגעת לנסיבות ולא לעצם הפעולה המשפטית. המערכת תתערב ותאמר שפעולה משפטית בטלה כשהפעולה המשפטית היא רקובה מיסודה. אם הפעולה היא לגיטימית בסיסה ורק נעשה בנסיות לא חוקיות אין טעם לבטל את הפעולה. אומר בצורה חריפה וברורה חזרה על דבריו של יוסף קארו.

זה דפוס אחד שמיישב את הסתירה. זהו הפתרון הרווח יותר (זה ויוסף קארו).

2.גישה תולעתית- משה שראוי מבחינה מוסרית הוא זה שמביא את המקסימום של אושר למקסימום של בני אדם. מבחן התוצאה- האם מועילה או לא. שואלים מה ייצא לי אם אנקוט בסנקציה שמבטלים חוזה- מה התועלת. הנחת העבודה היא שמבטלים פעולה פסולה כי רוצים להילחם בעבריינים, כשאני יכול להרוויח מזה אלם בזה אבל אם לא יצא לי מזה כלום אז לא שווה לי.

8.שו"ת מהריט"ץ (ישנות) סימן טז

ונראה לתרץ ובזה נבא אל כוונת השואל בס"ד, דהיכא דעבד איסורא במוכר בשבת או קונה או מלוה בי"ט אי חשבינן ליה איסורא בההיא ליכא מאן דפליג דמעשיו קיימין, כמו שכתב הירושלמי ופסק הרי"ף וכל הפוסקים כן, וטעמא משום דאפי' נימא דלא מהני משום קנס, לא פלטי ליה מאיסור מוכר וקונה בשבת. הא למה זה דומה? לבונה כותל בשבת. האם נאמר לו אחר השבת שיסתור הכותל, ובזה סר עונו וחטאתו תכופר?! בודאי שזה אינו, דאפי' יסתור אותו משום קנס, העון עצמו אינו נמחק, ולהכי אמרי' דמעשיו קיימין. אמנם מאי דסבר רבה מאי דאמור רבנן לא תעבד אי עבד לא מהני, הוי כשהדבר ההוא שעשה מתקן במאי דאמרינן ליה דלא מהני...

עסקאות שנעשות בשבת ובחג הן פעולות תקפות. הסיבה לכך היא דוגמא: אם אדם בנה קיר בשבת, אם נורה לו להוריד אותו ביום ראשון, האם חטאו ימחק? זה לא ישנה את תוצאות העבירה ולכן אין טעם בהטלת הסנקציות. האם אפשר להרוויח מהסנקציה של הבטלות. לא מרוויחים כלום מכך שהמכר/בניית הקיר תבוטל. בתמורה למשל- המיר את הבהמה, אם אני אומר שאין תוקף לפעולה שלו, להמרה- 2 הבהמות נשארו קדושות, הרווחתי מזה שביטלו, הסנקציה של בטלות היא יעילה כי זה מונע את הקלקול, הוא מתקן. מסתכלים האם סנקציית הביטול תתקן את הקלקול שכרוך בפעולה (ולא האם הפעולה קרתה או לא). אדם שמוכר בניגוד לשבועתו- לא ארוויח מזה כלום, הוא הפר את שבועתו אין לי מה לבטל את המכר שלו. המכר יהיה תקף.

המשותף לאמירות אלה שהיא שהבטלות היא לא סנקציה- הוא כלי מתקן שהמערכת מחזיקה בידיה על מנת לנסות ולמנוע את התוצאות. אנחנו לא נטיל כעונש רק כדי להטיל עונש. קרה משהו בעולם ולכן הוא כבר עבר עבירה.

\*תמורה- אחרי שכבר הקדיש הוא רוצה להמיר ואז שתיהן הופכות להיות קדושות.

דבר דומה לדברים אלו קובע רבי יוסף ליטרני:

9. שו"ת מהרי"ט חלק א סימן סט

דע"כ לא אמרינן כל מידי דאמר רחמנא לא תעביד, אי עביד היינו אם עביד אותו המעשה הפך מה שאמרה תורה, לא מהני ליה ומעשיו בטלין ודברי תורה קיימין, כגון לא יחליפנו ולא ימיר אותו אם המיר אי לאו קרא דוהי' הוא ותמורתו הוה אמינא לא מהני ואינו מומר לקיים מה שאמר' תורה לא ימיר... וכל מי שעש' מעש' באיסור שאותו האיסור כבר נעש' ואי אתה יכול לתקנו, כגון זה שהלך לעש"ע ועבר על האיסור, כלום יש בידך לתקן מה שעוות, מעתה אותו המעש' שנעש' בפניהם נעש' כדין, בלי שום אונס ובהסכמת הרוב, אטו לפי שהי' בפניהם יתבטל? דבענין זה שנעש' לא אמר' תור' לא תעביד, שאין איסור בגוף המעש' אלא במה שהי' בפני גוים, והעמד' בפניהם א"א לבטל'...

הוא חוזר לדוגמא של תמורה. במקרה זה רבא גורס כי אם אדם המיר את ההקדש בניגוד לחוק, מעשיו בטלים משום שהוא עבר עבירה. הקדושה המקורית נשארת והוא מפסיד את הבהמה המומרת. מעשה ההמרה למעשה כושל.

הוא דן במקרה של אדם שעבר איסור ופנה לערכאות של גויים (דבר אסור) וזה בביה''מ. האם בתי הדין היהודיים יזקקו לפסק הדין הזה או לא? האם בתי הדין יבקשו ממנו להחזיר את מה שהרוויח? לא, כי לא יוצא מזה כלום. כל חוזה פסול שבו תוצאת הפסלות ניתנת לתיקון אנחנו נקבע שהחוזה בטל. אם התוצאות כבר נעשה אז במקרה כזה ניתן להם תוקף. דברים אלה נאמרים גם לגבי ממכר ומכר שכבר נעשה. כאשר זה המצב אז תוצאות המכר והממכר כבר קיימות- הבעלות בנכס כבר הועברה לידי הקונה ובית המשפט לא יתערב. לפי רבא תוצאות הפעולה תקפות. ההבדל בין שני הדפוסים הוא האם הבטלות התוצאה היא של מידת העומק שיש באיסור או שהבטלות היא תוצאה של תועלת. גם ביחס לחוזה פסול יש הבדל- חוזה פסול רק כאשר הפעולה המשפטית (קארו וט''ז) פגומה בעצם הוויתה זה חוזה פסול ואז רוב החוזים הפסולים לא בטלים כי ברוב המקרים הפסלות שלהם היא לא מהותית אלא אינצידנטלית. זו גישה שמצמצמת את התוצאה של הבטלות של חוזים פסולים. לעומת זאת, הגישה שאומרת שרק כאשר אני מרוויח מזה אז אני אומר שהחוזה הוא בטל אז השאלה היא האם ברוב המקרים מרוויחים- מתקנים את המעשה או שלא. קשה לענות על זה, אם יהיה אפשר להשיג תיקון נבטל. לדעת המרצה ברוב המקרים לא ניתן להשיג תיקון ולכן לא יבטלו.

החלק הראשון של הדיון היה לגבי פעולה משפטית נגד הדין- קבילנו 2 תשובות שונות שיש ביניהן מתח. הפתרונות- 2 זרמים- החומרה שבעומק האיסור או שמתייחסים לתועלת שבסנקציה של הבטלות.

החלק הבא של הדיון הוא במסגרת אכיפה- החוזה הפסול הוא תקף אבל האם ביה''מ יאכוף- במקרה של הילד והאמא אמרו שלא יאכפו בגלל מת ומשלם, לא נכנסו לעומק השאלה של הבטלות.

זה בעקב' סע' 30 ו-31 לחוק החוזים כללי. סע' 30 מכריז שחוזה פסול הוא בטל. סע' 31- אם ראה שמן הצדק לעשות כן בתאנים שנראה לנכון לפטור צד מחובת ההשבה ולחייב צד לשלם את החוב שכנגד- לאכוף. זה מפתיע, זה חוזה מת ולמרות זאת ביה''מ עשוי להחיות אותו. ביה''מ יאכוף את החוזה הפסול למרות שהוא בטל. ישנה מחלקות בים אלון לאחרים- אז חוזה פסול הוא תקף, אלא אם כן ביה''מ לבטל או ההפך- מת וביה''מ מחליט אם יחיה. אלון טען שהחוזה חי עד שנהרוג אותו- לפי המשפט העברי. כי סע' 30 אומר שחוזה פסול הוא חוזה בטל והוא נוגד את המשפט העברי, בשביל זה יש את 31- הוא חי קודם כל ואח''כ אפשר להמית אותו ובכך המחוקק הישראלי התאים את עצמו למשפט העברי.

10. בבלי, ראש השנה כב, ב

בראשונה היו מקבלין עדות החדש מכל אדם וכו'. תנו רבנן: מה קלקול קלקלו הבייתוסין? פעם אחת בקשו בייתוסין להטעות את חכמים, שכרו שני בני אדם בארבע מאות זוז, אחד משלנו ואחד משלהם. שלהם העיד עדותו ויצא. שלנו, אמרו לו: אמור כיצד ראית את הלבנה? אמר להם: עולה הייתי במעלה אדומים, וראיתיו שהוא רבוץ בין שני סלעים, ראשו דומה לעגל, אזניו דומין לגדי, קרניו דומות לצבי, וזנבו מונחת לו בין ירכותיו. והצצתי בו, ונרתעתי ונפלתי לאחורי. ואם אין אתם מאמינים לי - הרי מאתים זוז צרורין לי בסדיני. אמרו לו: מי הזקיקך לכך? אמר להם: שמעתי שבקשו בייתוסים להטעות את חכמים, אמרתי: אלך אני ואודיע להם, שמא יבואו בני אדם שאינם מהוגנין, ויטעו את חכמים. אמרו לו: מאתים זוז נתונין לך במתנה, והשוכרך ימתח על העמוד. באותה שעה התקינו שלא יהו מקבלין אלא מן המכירין.

היו קובעים את הימים לפי קידוש החודש (קידוש הלבנה) השאלה היא איך סופרים את העומר. יש ויכוח עקרוני בין הכתות. על הרקע הזה היו ניסיונות של הכתות לנסות ולהשפיע על הלוח של הרוב-פרושים ואסיים. הם ניסו ליצור מצב שלוח הרוב יהיה לפי התפיסה שלהם באמצעות השפעה על העדים. על פי אחת הדעות הבייתיסין הם הכת האיסיית- המרצה חושב שזה נכון. הם שיכנעו עדים להעיד עדות שקר על הלוח ולכן הקביעה היא שלא ניתן להאמין לכל אחד שמעיד על הלוח אלא אם הוא מראה שהוא לא אסיי. מסופר על כך שהם שכרו שני עדים, אחד אסיי ואחד פרושי על מנת שיעידו עדות שקר על ראות הירח בתמורה לסכום כסף גדול, 200 זוז- הסכם של עדות שקר. כשהגיע תורו של הפרושי להעיד הוא גילה את השקר-סיפר להם איזו פנטזיה כדי שיבינו שהוא משקר- הוא אמר ששילמו לו. השאירו בידיו את ה-200 זוז. ימתח על העמוד- לחץ פיזי מתון. זה היה האירוע המכריע שבו איבדו האיסיים את אמונם. מדובר על חוזה פסול ועל פניו בית המשפט כיבד את ההסכם במובן זה שהוא השאיר את התמורה בידי עד השקל. ביה''מ צריך להחליט מה הוא עושה עם הפרושי כי הוא לא קיים את חלקו בהסכם- אנחנו כבר נטפל באלה ששכרו אותך- ימתח על העמוד, את הכסף השאירו בידיו. הוא העמיד את התמורה בידי השכיר למרות שלא קיים את חלקו. בין הפוסקים אנו מבינים כי הסכם כזה של עדות שקר כשהעד נמנע להעיד היה רווח- קיבל רגליים קרות וכו' אבל את הכסף קיבל כבר. ביה''מ היה צריך להכריע. לא תמיד יאכפו- זה מקרה חריג ואי אפשר ללמוד ממנו, לביה''מ יש שק''ד.

מקור 11:

הטענה הכללית היא ששי את הסיפור עם הביתוסין אבל הוא חריג ולא מייצג כי היו מאפיינים ייחודים בסיפור הזה. למשל: 1. מדובר פה לא בעניין פרטי אלא ציבורי דתי מהדרגה הראשונה, ביה''ד של הפרושים נמצא כל הזמן במלחמת קיום עם הביתוסין ולכן יש לקחת את הסנקציה בחשבון כי זה בתחום הציבורי. מכיוון שהאיסיים אפיקורסים צריך לראות את זה במבט ציבורי. 2. מגדל מלתא- תקנת הציבור. יש מאבק ספציפי, חוץ מהכללי, על לוח השנה ומכיוון שיש מאבק על לוח השנה (המועדות) יש סיבה ייחודית שהיא שואבת מהעולם הדתי והציבורי, משאירים את הכסף כחלק מהלוחמה בהם. בשל אלה ועוד מאפיינים ביה''מ השאיר את הכסף ולא החזיר לבייתוסין.

מקור 12, גרמניה: מספר סיפור על כך שאדם לווה כסף, אח''כ פרע את החוב אבל אחרי שפרע את החוב התחילו הקלקולים. היו אנשים שראו שפרע את החוב אז לקח אחד מהם ואמר שהלווה לו כסף ולא החזיר הלוואה, לקח אדם נוסף ששילם לו כדי שיגיד שזו הייתה הלוואה- שכירת עדי שקר. בדיוק כמו בסיפור הקודם, אחד העדים שקיבל את הכסף גילה שהוא עד שקר וביה''מ היה צריך להחליט מה קורה עם הכסף- יכול להישאר עם הכסף. למה? כי זה מקרה מייצג. מדובר על חוזה פסול והוויכוח כאן הוא האם חוזה פסול כזה, שהוא למעשה גם בטל לפי הגישה הדאונתולגית, לפי הגישה התועלתנית לא בטוח. הטענה היא שלמרות שהוא חוזה פסול, לא בטוח שהוא בטל (יכול להיות), בכל אופן ביה''מ אוכף ומקיים אותו. ביה''מ משאיר את השכר של עד השקר למרות שמדובר בחוזה פסול ולא העיד את עדותו- בדיוק כמו בתנאים של סע' 31- מן הצדק לקיים את החוזה הפסול, חלקו וכו'. פה, לעומת העמדה הקודמת יש להשאיר את הכסף אצל עד השקר ולפגוע בצד השני.

הפרשנות של המקורות+ לשלוט בתובנות הכלליות והעקרוניות (פרטי פרטים). אמורה לשקף את המרכיב הפרשני, התאירוטי והמטריאלי. המלצה: לענות על השאלות לפי סדר הסעיפים.